

□ 理论研究

- 第三方资助国际仲裁中仲裁员与受资助方披露义务之比较研究……孙 珺 王雨蓉 3
- 国际商事仲裁快速程序之比较研究……梁庭瑜 17
- 论国际投资仲裁中腐败的证明标准……崔起凡 31
- 南美洲国家联盟新型投资争端解决中心方案探析及对中国的启示……许 皓 吴效乾 42

□ 实证研究

- 境外仲裁裁决在中国内地法院的承认与执行的实证研究……张正怡 董奕玮 54
- 仲裁司法审查裁定的效力与救济
——以司法解释和司法实践为视角……朱华芳 郭佑宁 71
- 国际实践视野下商事调解员的素质及个人调解的作用……王源泉 83

□ 青年学范

- 仲裁裁决撤销事由中“违反法定程序”的法律适用
——以 64 份撤销裁定书为样本的考察 (上)……牛 鹏 98
- 中国国际商事调解市场的国际化: 开拓与反哺……张金凤 108
- 我国国际商事争端多元解决机制: 创新、影响与展望……黄佳贝 122

□ 行业述评

- 大变局时代的国际仲裁——2021 年《国际仲裁调查报告》述评……冯 硕 142

COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION

No. 4 , 2021 (Serial No. 8)

July 10, 2021

- A Comparative Study of Disclosure Obligations between Arbitrators
and Recipients in TPF International Arbitration *SUN Jun WANG Yurong* (3)
- A Comparative Research of Expedited Procedures in
International Commercial Arbitration *LIANG Tingyu* (17)
- The Standard of Proof for Corruption in
International Investment Arbitration *CUI Qifan* (31)
- The Core Solution to New Investment Disputes in the Union of
South American Nations and Related Implications for China ... *XU Hao WU Xiaoqian* (42)
- Empirical Study on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitration Awards by
Mainland Chinese Courts *ZHANG Zhengyi DONG Yiwei* (54)
- Court Ruling's Effects and Remedies in the Judicial Review
of Arbitration-related Cases — from the Perspectives
of Judicial Interpretations and Practice *ZHU Huafang GUO Youning* (71)
- The Role of Individual Mediation in International Commercial Disputes
and Analysis of the Skills of Commercial Mediators *WANG Yuanquan* (83)
- Application of Law in "Violation of Statutory Procedures" in
the Grounds for Revocation of Arbitration Awards
—A Survey Based on 64 Revocation Rulings as Samples (I) *NIU Peng* (98)
- Internationalization of China's Cross-border Commercial Mediation Market:
Development & Feedback *ZHANG Jinfeng* (108)
- The Innovations, Influence and Outlook of Diversified Resolution Mechanism of
International Commercial Disputes in China *HUANG Jiabei* (122)
- The Great Change and International Arbitration
—Review of 2021 International Arbitration Survey *FENG Shuo* (142)

第三方资助国际仲裁中仲裁员与受资助方披露义务之比较研究

孙 珺 王雨蓉*

内容提要 近年来,随着第三方资助国际仲裁的兴起,其暴露的问题也随之增多,尤其是第三方资助国际仲裁在披露方面存在的问题,主要体现在以下两方面:一方面是仲裁员披露义务存在的问题,例如,既有规则对披露主体的规定与实践的脱节、与仲裁保密性的冲突等;另一方面是受资助方披露义务存在的问题,例如,披露范围与时间等的不确定性、与第三方资助协议保密性的冲突等。将第三方资助国际仲裁中仲裁员与受资助方的披露义务进行对比分析,得出受资助方履行披露义务的优势性。最后,为中国构建第三方资助国际仲裁披露制度提出建议并提供具体思路。

关键词 第三方资助 国际仲裁 披露义务

引 言

近年来,第三方资助(Third Party Funding,以下简称“TPF”)国际仲裁,在国际上受到理论界和实务界的广泛关注。国际仲裁中的 TPF 是指第三方机构或个人应仲裁一方当事人的申请,通过捐赠或赠予的方式帮助申请资助的当事人解决其在仲裁费用上的困扰。在 TPF 国际仲裁中,若受资助方胜诉,资助方享有按事先约定的比例获得经济利益的权利;若受资助方败诉,受资助方无需向资助方支付任何费用。过去,由于“禁止助讼和帮讼分利”原则的存在,TPF 国际仲裁在英美法系国家是不被允许的,因为担心这会“玷污司法的纯粹性”。^①然而晚近以来,随着司法案例对 TPF 的接纳,尤其是新加坡和香港,通过立法的方式,进一步确立了 TPF 的合法地位。TPF 诚然可以缓解一方当事人的经济负担,使得仲裁程序能够顺利进行,提高仲裁的效率,但其存在的问题也不容忽视。无论是国际投资争端解决中心(The International Center for Settlement of Investment

* 孙珺,河海大学法学院教授;王雨蓉,河海大学法学院国际法硕士研究生。本文为中央高校基本科研业务专项资金资助项目(项目编号: B210207035)。

① Oliver Gayner & Susanna Khouri, *Singapore and Hong Kong: International Arbitration Meets Third Party Funding*, *Fordham International Law Journal*, 2017, Vol.40:3, p.1034.

Disputes, 以下简称 ICSID) 改革, 还是投资者 - 国家争端解决 (Investor-State Dispute Settlement, 以下简称 ISDS) 机制的改革, 都将披露问题放在了重要的位置。因此, 完善 TPF 国际仲裁中的披露制度成为了优化 TPF 国际仲裁机制的关键。

作为国际争端解决方法之一, 国际仲裁久已闻名。近代仲裁的起源, 可追溯至 1794 英国与美国之间的《杰伊条约》(Jay Treaty)。1899 年, 依据《和平解决国际争端海牙公约》(Hague Convention for the Pacific Settlement of Disputes), 常设仲裁法院 (Permanent Court of Arbitration, 以下简称 PCA) 成立了。在 1900 年至 1920 年期间, PCA 是主要的国际仲裁组织。1945 年新创的国际法院 (International Court of Justice, 以下简称 ICJ) 实质上是 PCA 的延续, 是在之前仲裁经验的基础上发展而来的。^② 国际仲裁种类较多, 依所解决争端主体可分为国家与国家间的国际争端、私人投资者与主权国家间的国际投资争端及平等私人主体间的国际商事争端。此外, 就特定行业而言, 近年来悄然兴起的还有国际体育仲裁。国际体育仲裁所解决的体育争端大体可分为以下两类: 一类是与体育有关的商事争端, 也被称为普通体育争端, 与国际商事仲裁所解决的国际商事争端无甚区别; 另一类是典型的体育行业内的特殊争端, 例如裁判纠纷、兴奋剂纠纷、运动员及辅助人员违规违纪纠纷等等。鉴于 TPF 在相关领域运用的程度, 本文仅围绕国际仲裁中的国际商事仲裁与国际投资仲裁进行研究。因此, 下文所探讨的国际仲裁仅涵盖国际商事仲裁与国际投资仲裁。

一、TPF 国际仲裁中披露义务主体存在的问题比较

(一) TPF 国际仲裁中仲裁员作为披露义务主体存在的问题

1. 既有规则对披露主体的规定与 TPF 实践相脱节的问题

由于 TPF 国际仲裁在国际上起步较晚, 规制 TPF 国际仲裁披露方面的文件甚少。虽然不少既有传统的仲裁规则针对国际仲裁中的披露问题进行了规定, 但并未对有关 TPF 介入的国际仲裁的披露义务进行特别规定。例如: 《ICSID 仲裁规则》第六条第二款^③、《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》第十一条^④ 以及《国际商会仲裁规则》第十一条第二

② [英] 马尔科姆·N·肖:《国际法》(第五版)(下), 北京大学出版社 2005 年 7 月版, 第 952-953 页; [法] 伊恩·布朗利:《国际公法原理》, 曾令良、余敏友等译, 法律出版社 2003 年 8 月版, 第 781-784 页。

③ ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings, Arbitration Rules, Article 6.2: Attached is a statement of (a) my past and present professional, business and other relationships (if any) with the parties and (b) any other circumstance that might cause my reliability for independent judgment to be questioned by a party.

④ 《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》第 11 条: “可能被指定为仲裁员的人, 应在与此指定有关的洽谈中披露可能对其公正性和独立性产生有正当理由怀疑的任何情况。仲裁员应自其被指定之时起, 并在整个仲裁程序期间, 毫无延迟地向各方当事人以及其他仲裁员披露任何此种情况, 除非此种情况已由其告知各方当事人。”

款^⑤等,上述文件均规定了仲裁员的披露义务,所有可能影响仲裁员公正和独立判断的情况都必须披露。^⑥可见,传统的仲裁规则对于披露义务多为笼统式的一般表述,^⑦这造成了既有仲裁规则对披露主体的规定与新发展起来的 TPF 实践相脱节的问题。

众所周知,仲裁员履行披露义务,防止利益冲突,确保公正地、独立地进行裁判,是仲裁的一项基本原则。无论是否涉及 TPF,在仲裁程序中,仲裁员理所应当承担披露义务。如果仲裁程序有了 TPF 的介入,则对各主体披露义务的要求也相应提升。

2. 仲裁员披露义务与仲裁保密性相冲突的问题

披露的障碍还在于仲裁员披露义务可能与仲裁保密性相冲突。近年来,对仲裁透明度的提升在国际上备受重视。尽管如此,鉴于国际商事仲裁与国际投资仲裁的区别,就仲裁员披露义务与仲裁保密性相冲突的问题应一分为二看待。

第一,从透明度与保密性的关系来看,国际商事仲裁以保密性为原则。正是其具有的保密性,国际商事仲裁一直以来都被作为首选的争端解决方式。国际仲裁机构的仲裁规则都有涉及仲裁保密性的规定,例如:《国际商会仲裁规则》第二十六条第三款、《伦敦仲裁院仲裁规则》第三十条第一款等,规定了仲裁庭、争端双方及其他参与人,不得将仲裁的审理过程以及有关仲裁的任何书面资料向任何第三方披露。但有学者指出,仲裁的保密性只是形式上的,并未在本质上给保密性提供坚固的保障。^⑧这种说法意在指责披露规则对保密性的冲击,由于有披露规则的存在,使得仲裁的保密性名存实亡。与国际商事仲裁不同,国际投资仲裁并不特别强调保密性,而以透明度为基本原则。透明度规则贯穿了国际投资仲裁从开始到裁决作出的整个过程。因而有学者指出,国际商事仲裁遵循“保密—透明例外”原则,而国际投资仲裁遵循“透明—保密例外”原则。^⑨

因此,针对仲裁员披露义务与仲裁保密性相冲突的问题,应当区分不同类型的仲裁并相应酌情对待。在国际商事仲裁中,仲裁员履行披露义务确实可能与保密性发生冲突,要谨慎规定仲裁员的披露义务;而在国际投资仲裁中,仲裁员原则上应当遵循透明度规则,履行相应的披露义务,可加强规定仲裁员的披露义务。

第二,从所适用的法律及法律属性来看,国际商事仲裁所适用的法律由当事人选择,通常为一国的国内法,具有私法属性。而在国际投资仲裁中,所适用的法律往往是双边投资条约、国际习惯法,有时争议的焦点是对条约的解释,兼具公法属性。就此而言,也

^⑤ Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce, Article 11.2: Before appointment or confirmation, a prospective arbitrator shall sign a statement of acceptance, availability, impartiality and independence. The prospective arbitrator shall disclose in writing to the Secretariat any facts or circumstances which might be of such a nature as to call into question the arbitrator's independence in the eyes of the parties, as well as any circumstances that could give rise to reasonable doubts as to the arbitrator's impartiality. The Secretariat shall provide such information to the parties in writing and fix a time limit for any comments from them.

^⑥ 应晓、张建:《刍议国际投资仲裁第三方融资披露问题》,载《吉林工商学院学报》2016年第4期,第101页。

^⑦ 丁汉韬:《论第三方出资下商事仲裁披露义务规则之完善》,载《武大国际法评论》2016年第2期,第229页。

^⑧ Alexis Brown Stokes, *Presumption Meets Reality: An Exploration of the Confidentiality Obligation in International Commercial Arbitration*, Social Science Electronic Publishing, 2001, Vol.16:4, pp.1-8.

^⑨ 朱明新:《联合国国际贸易法委员会“投资仲裁透明度规则”评析》,载《武大国际法评论》2017年第1期,第120页。

应当对仲裁员披露义务与仲裁保密性相冲突的问题一分为二来看待,区分仲裁保密性及仲裁员披露义务的要求在两种类型仲裁中的不同。在国际商事仲裁中,基于意思自治原则,争端各方很可能选择对己方信息实行充分保护的法律,这时如果要求仲裁员履行披露义务就具有相当的难度,从而引发仲裁员披露义务与仲裁保密性相冲突的问题。而在国际投资仲裁中,争端所依据的法律基础为双边投资协定,仲裁员是否履行披露义务具有可预见性。

因此,在国际投资仲裁中,如果要求仲裁员履行披露义务,发生仲裁员披露义务与仲裁保密性相冲突问题的可能性较小。尽管国际商事仲裁和国际投资仲裁同为仲裁制度,鉴于各自特性,两者存在较为明显的区别,因而在仲裁员披露义务、仲裁保密性及仲裁透明度等方面的要求上存在着区别。

(二) TPF 国际仲裁中受资助方作为披露义务主体存在的问题

1. 既有规则规定的披露义务主体单一的问题

如前所述,既有传统的仲裁规则对于披露义务多为一般性规定,^⑩因而无法以其为据确定 TPF 国际仲裁中履行披露义务的各主体,造成了披露义务主体单一的问题。随着 TPF 愈加频繁地介入国际仲裁,不仅仲裁员负有相关的披露义务,各主体均应当履行与之相关且必要的披露义务,尤其是受资助方当事人。

2. 受资助方披露范围与时间不确定的问题

在 TPF 国际仲裁中,关于受资助方当事人进行披露的范围、时间以及方式上也存在着不确定性。

在披露范围的确定上,学界的争议比较大,主要存在两种观点,一种是以香港为代表的,要求受资助方当事人应当披露:(1)存在资助协议,资助其进行仲裁程序这一事实;(2)资助方的姓名、名称和地址等基本信息。另一种观点是以新加坡为代表的,要求受资助方当事人披露的内容除了第一种观点所包含的之外,还应当披露资助协议中的更详细条款。^⑪可见,披露范围不确定的问题主要体现于对资助协议的内容是否可以披露,尚无法形成统一看法。

在披露时间的确定上,学界普遍认为越早披露越好,但对于“越早”并没有统一的标准。由于程序公正性的要求,何时披露 TPF 十分重要。越早披露,越有利于指定适格仲裁员,推进仲裁程序的流畅进行,从而使得 TPF 所带来的风险被有效规避。如果披露不及时,则无法有效维护对方当事人的合法权益,则可能导致仲裁被选为争端解决方式的意愿和频率降低。^⑫在披露时间的确定上,香港国际仲裁中心机构率先作出了回应,规

^⑩ 丁汉韬:《论第三方出资下商事仲裁披露义务规则之完善》,载《武大国际法评论》2016年第2期,第229页。

^⑪ 谈晨逸:《第三方资助仲裁对仲裁员独立性的挑战与防范》,载《国际商务研究》2019年第1期,第84页。

^⑫ 周艳云、周忠学:《第三方资助国际商事仲裁中受资助方披露义务的规制——基于“一带一路”视阈》,载《广西社会科学学报》2018年第2期,第102页。

定应当在资助协议签订的十五日内进行披露。^⑬然而,十五天的规定是否过长,披露 TPF 的事实在临近十五天之时是否还具有时效性,都是值得思考的问题。

3. 受资助方履行披露义务的规制效力微弱的问题

此外,受资助方履行披露义务的规制效力微弱的问题。如前所述,仲裁员具有披露义务是国际仲裁的一项基本原则,在国际上已形成共识。然而,在 TPF 国际仲裁中,关于受资助方履行披露义务的规制,尚存在效力微弱的问题。对 TPF 国际仲裁的披露问题作出规定的多为仅具有软法性质的行业指引,^⑭例如,国际律师协会的《国际仲裁利益冲突指引》。在 *EDF International v. Argentine Republic* 案中,仲裁被申请人阿根廷向 ICSID 秘书处递交了关于申请方指定的仲裁员 Kohler 教授的回避申请。阿根廷声称 Kohler 教授有义务调查所有的潜在利益冲突,并指出这项义务是基于《国际仲裁利益冲突指引》一般原则第 3 条和第 7 条。但仲裁申请方指出,《国际仲裁利益冲突指引》并不适用于本案,即便适用,在决定仲裁员资格的问题上,它也毫无依据。最终,仲裁庭以 Kohler 教授与仲裁申请方的利益冲突是不重要的和最低限度原则驳回了阿根廷的回避申请。^⑮

在该案中,阿根廷为了自身的利益引用了《国际仲裁利益冲突指引》,但仲裁申请方则完全否认该指引在本案中的效力,这正是由于披露义务的规制效力微弱引起的。国际律师协会《国际仲裁利益冲突指引》既不是可普遍适用的国际条约,也不是可选择适用的仲裁规则,充其量最多可被视为具有软法性质的国际文件。国际软法的效力是非强制性的,但又受到舆论监督的间接约束。^⑯由此可见,软法不是必须要遵从的,而是根据内心的自愿。若软法的适用与当事人的利益相违背时,当事人可以申请排除适用该软法,从而无法规定 TPF 国际仲裁中仲裁员抑或是受资助方的强制披露义务。

4. 受资助方披露义务与资助协议保密性相冲突的问题

除了前文提及的仲裁员披露义务与仲裁保密性相冲突会阻碍仲裁员履行披露义务,就受资助方而言,披露的障碍还在于受资助方披露义务与资助协议保密性相冲突。在受资助方当事人与资助者签订资助协议时,通常会在协议中附加保密条款。基于对商业秘密的保护,在很多情况下,仲裁庭和另一方当事人对 TPF 的事实也无从知晓。基于 TPF 协议的保密条款,受资助方当事人很可能不会披露 TPF 的事实,并以履行保密义务来抗辩仲裁庭提出的披露要求。因此,保护商业秘密很可能被受资助方当事人用来作为不履行披露义务的“保护伞”,这在仲裁实践中已经有过先例,例如:玻利维亚在申请 *South American Silver* 公司(以下简称 SAS 公司)披露 TPF 时,以费用担保为由要求 SAS 公司

^⑬ 2017 年仲裁及调解法例(第三者资助)(修订)条例(2017 年第 6 号条例)第 98U 项、98V 项,载香港法律改革委员会官网, <https://www.gld.gov.hk/egazette/pdf/20172125/es1201721256.pdf>, 最后访问时间:2021 年 4 月 27 日。

^⑭ 赵勇、方祖鹏:《国际商事仲裁中第三方资助者与仲裁员的利益冲突与防范》,载《西部学刊》2020 年第 12 期,第 88 页。

^⑮ *EDF International S.A., SAUR International S. A. and León Participaciones Argentinas S. A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/23. *Challenge Decision Regarding Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler*, para.133, <https://arbitration.org/sites/default/files/awards/arb2071.pdf>, last visited Apr.27,2021.

^⑯ 何志鹏、尚杰:《国际软法的效力、局限及完善》,载《甘肃社会科学》2015 年第 2 期,第 128 页。

披露 TPF 协议的内容,但 SAS 公司以资助协议内容是商业秘密、具有保密性为由拒绝,并称如果披露协议具体内容,会让外界对 SAS 公司及投资者产生不好的看法。^{①⑦}

如果将仲裁员披露视为对保密性的一种冲击,那么 TPF 的资助方使用从受资助方当事人处获得的争端事实信息来帮助其对抗另一方当事人,岂不是另一种对保密性的破坏?因为 TPF 的资助方与通常的代理人是有区别的,其并不受仲裁庭的约束,无法纳入涉案当事方,只能作为无关第三人,本不应享有知情权。无论是受资助方当事人让 TPF 机构了解到争端事实,还是受资助方当事人向外界披露 TPF 协议的内容,都与保密性产生了冲突。

二、TPF 国际仲裁中仲裁员与受资助方作为披露义务主体的利弊比较

(一) 仲裁员履行披露义务的利弊

1. 利:效果较好

在 TPF 国际仲裁中,仲裁员履行披露义务,可从以下两方面考虑:一是仲裁员自身情况的披露,即仲裁员披露与其自身有关的可能影响裁决公正性的情况;另一个方面是仲裁员通过仲裁庭的强制披露权要求受资助方当事人进行相关情况的披露。仲裁员通过发布仲裁庭的强制披露命令来达到避免利益冲突的目的,有诸多优势。

首先,仲裁员发布强制披露命令可提高仲裁当事人对仲裁庭的信任。当仲裁员强制受资助方当事人进行 TPF 披露时,给另一方当事人的直观感受是仲裁员在依规履行程序,相关当事人对该仲裁机构的专业性会予以肯定,自然提升了对该仲裁机构仲裁员的信任。其次,仲裁员发布强制披露命令还可以解决披露与保密冲突的问题。大多数受资助方当事人对于披露 TPF 之所以持消极态度,是因为其与 TPF 的资助方签订的协议中规定了“商业秘密条款”,若其对仲裁庭进行披露,很可能违反其与 TPF 的资助方所签协议的规定,从而承担违约责任。如果仲裁员通过仲裁庭发布强制披露命令,可以很大程度将受资助方当事人从“商业秘密条款”中解脱出来,避免其陷入困境。因为仲裁庭的强制披露命令的法律位阶高于 TPF 协议,若其中的“商业秘密条款”包含了不允许向仲裁庭披露 TPF 协议的内容,可被认定为无效条款,从而免除受资助方当事人的相关违约责任。最后,仲裁员发布强制披露命令可节约仲裁成本,提高仲裁效率。^{①⑧}试想,在没有规制仲裁员通过仲裁庭的强制披露权要求受资助方当事人披露的情形下,只能由另一方当事人向仲裁庭申请受资助方进行披露或期待受资助方当事人主动披露,势必要走程序,

^{①⑦} South American Silver Limited v. Bolivia, PCA Case No. 2013-15. *Claimant Opposition to Respondent Request for Cautionary Judgment and Disclosure of Information* (Dec 14, 2015), <https://pcacases.com/web/sendAttach/1551>, last visited Apr. 27, 2021.

^{①⑧} 张晓萍:《论国际商事仲裁第三方资助信息披露机制》,载《国际经济法学刊》2021年第2期,第140、144-145页。

可能拖延仲裁的进程,从而降低仲裁的效率,增加当事人的仲裁成本。

可见,仲裁员履行披露义务的优势较多,尤其是仲裁员通过仲裁庭发布强制披露命令要求受资助方当事人进行 TPF 披露。虽然有学者提出质疑,认为强制披露命令是对仲裁意思自治的一种破坏,但受资助方当事人在未经另一方当事人同意的情形下,擅自在仲裁程序开始之前或过程中引进 TPF 的资助方,又何尝不是对意思自治的一种破坏呢?在此情形下,有必要由仲裁庭发挥监管功能。否则,破坏意思自治的行为只会愈演愈烈。仲裁员通过仲裁庭发布强制披露命令正是在发挥其监管功能,适当纠偏,回归公正。^{①9}

2. 弊:规定欠缺

在国际仲裁中,要求仲裁员履行披露义务的规定大多是概括性表述,并未明确规定仲裁员履行披露 TPF 的特定义务。国际律师协会《国际仲裁利益冲突指引》中有关于 TPF 的规定,在一般标准 7 (b) 中规定了仲裁员和仲裁当事人的披露义务,并在第二章不可弃权的红色清单中进一步指出,在某个案件中,若仲裁员与 TPF 公司有直接利害关系,而该 TPF 公司又与该案件有直接利害关系,则会因利益冲突要求仲裁员回避。除此之外,要求仲裁员履行关于 TPF 的披露义务的明确规定仍寥寥无几。

尤其,如前所述,国际律师协会《国际仲裁利益冲突指引》充其量最多可被视为具有软法性质的国际文件,不具有强制约束力。在前述 EDF International v. Argentine Republic 案中,仲裁庭没有支持阿根廷基于《国际仲裁利益冲突指引》要求仲裁员 Kohler 教授回避的申请,也是因为《国际仲裁利益冲突指引》的软法性质,其针对披露义务的规制效力非常微弱。因此,总体而言,关于仲裁员履行披露 TPF 特定义务的规定尚缺失。

(二) 受资助方履行披露义务的利弊

1. 利:规定较完善

首先,在披露义务主体的规定上,目前国际上绝大多数仲裁规则均规定受资助方当事人为履行 TPF 披露义务的主体。例如:中国国际经济贸易仲裁委员会 2017 年 9 月 12 日的《国际投资争端仲裁规则(试行)》第二十七条第二款,^{②0}它规定了 TPF 国际仲裁中履行披露义务的主体为受资助方当事人,还对披露的范围及方式作出了规定。再如,ICSID 有关规则规定了争端方在登记立案后即刻披露 TPF 的义务(Oblige disputing parties to declare third party funding as soon as a case is registered)。^{②1}由此可见,ICSID 意图通过将披露义务加于争端当事方,从而达到使仲裁程序更公开透明的目的。又如,2018 年 8 月的《ICSID 规则》修正提案也要求受资助方当事人在仲裁请求登记时或登

^{①9} 王超:《商事仲裁第三方资助的制度构建》,载《国际商务研究》2019 年第 4 期,第 51 页。

^{②0} 《中国国际经济贸易仲裁委员会国际投资争端仲裁规则(试行)》第 27 条第 2 款:“获得第三方资助的当事人应在签署资助协议后,毫不迟延地将第三方资助安排的事实、性质、第三方的名称与住址,书面告知对方当事人、仲裁庭即案件管理的投资争端解决中心或香港仲裁中心。”

^{②1} ICSID Proposes Updates to Investment Dispute Settlement Rules, <https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/icsid-proposes-updates-investment-dispute-settlement-rules>, last visited Jun.13, 2021.

记后缔结 TPF 协议时立即通知秘书处其受助事实和资助者名称,并对以后任何上述事项改变和协议终止予以披露。^② 由此也可见, ICSID 认为,在 TPF 国际仲裁中,由受资助方履行相关披露义务。此外,新加坡国际仲裁中心的《投资仲裁规则》第二十四条规定仲裁庭有权要求当事人披露是否存在 TPF 协议以及 TPF 的资助方名称。必要时,还要求当事人披露 TPF 的资助方的收益分配、TPF 的资助方有无承诺承担不利裁决的风险等细节。^③

其次,针对披露范围、时间及方式的问题,不少仲裁规则也作出了规定。虽然在披露范围上还存在不小的争议,但关于披露义务的主体基本达成共识,即受资助方当事人。关于披露范围,主要涉及以下不同观点:一是只披露存在 TPF 的事实即可,二是披露 TPF 机构基本信息,如名称、地址、电话等,三是披露 TPF 协议,即协议的具体条款内容。^④ 在披露方式上,多数仲裁规则要求受资助方当事人以书面方式进行披露。

2. 弊:效果较差及规制效力微弱

履行披露义务就可能违背保密义务。在 TPF 国际仲裁中,可从两个角度探讨保密性问题,一是仲裁员视角的仲裁保密性,二是受资助方当事人视角的商业保密性。披露 TPF 相关信息,可能涉及商业秘密。TPF 协议是资助方与受资助方之间的契约,具有相对性,不具有普遍效力。TPF 机构不是仲裁当事方,仲裁庭对其不具有管辖权,如果受资助方当事人不向仲裁庭披露存在 TPF 的事实,仲裁庭难以从其他渠道获知该事实,更无法对披露 TPF 信息进行监管。在实践中,少有受资助方当事人主动披露的情况。即便受资助方当事人主动履行披露义务,在缺乏仲裁庭强制命令的情况下,究竟披露哪些内容、如何披露等等,就只能交由受资助方当事人自由裁量了。在此情形下,可能存在受资助方当事人隐瞒信息、选择性披露或是披露虚假信息等问题。因此,如何审查披露信息的真实性是值得思考的问题。所以,受资助方履行披露义务最大的弊端是披露效果较差,可能无法实现披露的初衷。

此外,受资助方履行披露义务的规制效力微弱。虽然目前有些仲裁规则规定了受资助方的披露义务,但仲裁规则并非具有普遍强制效力的法律,仅在选择其的当事人之间有效,具有相对性。而且,以意思自治为核心原则的仲裁,当事人有权选择、修改仲裁规则,可以排除规定了受资助方披露义务的相关条款。在没有强制性规定的情形下,要求受资助方当事人履行披露义务,恐难实现,这是亟待解决的问题。不过,这无法抹杀受资助方作为披露主体履行披露义务的优势,不能阻碍受资助方成为履行披露义务的主体。

^② Updated Proposals for Amendment of the ICSID Rules, <https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/updated-proposals-amendment-icsid-rules>, last visited Jun.13, 2021.

^③ 2017 SIAC Investment Arbitration Rules, Article 24(L): Order the disclosure of the existence of a Party's third-party funding arrangement and/or the identity of the third-party funder and, where appropriate, details of the third-party funder's interest in the outcome of the proceedings, and/or whether or not the third-party funder has committed to undertake adverse costs liability.

^④ 沈伟、董炜堃:《国际仲裁第三方资助的披露制度研究——以香港和新加坡立法监管为切入》,载《商事仲裁与调解》2020年第2期,第126页。

（三）比较分析

在国际仲裁中,由仲裁员履行 TPF 披露义务的优势在于成本较低、效率较高,不仅可以提升仲裁员及仲裁庭的可信度,而且可以较好地处理披露与保密之间的冲突问题。不过,目前在国际仲裁中,尚欠缺关于仲裁员履行 TPF 披露义务的明确规定。虽然有诸如国际律师协会《国际仲裁利益冲突指引》这样的国际文件涉及仲裁员针对 TPF 履行特定的披露义务,但这类国际文件不具备硬法的强制拘束力。因此,关于由仲裁员履行 TPF 披露义务的规制效力普遍较弱。

相比较而言,在国际仲裁中,关于由受资助方履行 TPF 披露义务的规定较为完善。针对受资助方的披露范围、时间及方式等,各国仲裁机构以及国际性仲裁机构的一些仲裁规则分别相应加以规定。然而,不可避免的是,如果受资助方全面履行 TPF 披露义务,就很可能违反商业保密条款、违背保密义务。正是囿于保密义务,无论是在披露的主动性方面,还是在披露的全面性方面,由受资助方履行 TPF 披露义务的成效想必不会太显著。此外,尽管与国际律师协会《国际仲裁利益冲突指引》相比,仲裁规则对仲裁当事人具有更强的拘束力,但此种拘束力只是相对的,因为仲裁规则毕竟不是具有普遍强制效力的法律规定,只能在选择其的当事人之间产生拘束力。

三、对中国构建 TPF 国际仲裁披露制度的建议

（一）构建以受资助方披露为主以仲裁员披露为辅的模式

首先,以受资助方披露为主,可以更加高效地推进仲裁员进一步披露。基于 TPF 协议的保密性特征,只有受资助方当事人在与 TPF 的资助方达成一致后,向仲裁机构披露 TPF 的基本信息,仲裁员才可能知晓存在 TPF 的事实。即使 TPF 的资助方与仲裁员有潜在的利益冲突,如果受资助方当事人不披露,仲裁员无从知晓,也无法进行披露。仲裁员的披露义务仅限于披露与其有潜在利益冲突的争端当事方的关系。仲裁员不是专职的,其与当事方或 TPF 的资助方之间都可能存在利益冲突,这成为了影响其公正性和独立性的重灾区。Langford 等人在对 1039 起 ICSID 案例和 3910 位从业者的研究中发现一种“旋转门”(revolving door)现象,即担任仲裁员频率最高的 25 位、担任专家证人频率最高的 25 位和代理案件最多的 25 位,其名单出现了很多的重合。^⑤ 在 *Salini v. Jordan* 一案中,投资者质疑东道国约旦指派的仲裁员的适格性,原因是该仲裁员曾在另一起涉及该投资者的案件中,担任过投资者一方的代理人。^⑥ 正是由于此原因,该仲裁员最终选择回避。这种身份的冲突极易导致仲裁员与争端方或 TPF 的资助方之间的利益冲突,进而影

^⑤ Malcolm Langford, Daniel Behn and Runar Hilleren Lie, *The Revolving Door in International Investment Arbitration*, *Journal of International Economic Law*, 2017, Vol.20:2, pp.310, 315, 317.

^⑥ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13. *Decision of the Tribunal on Jurisdiction of 9 November 2004*, para.9, <https://arbitration.org/sites/default/files/awards/arb1324.pdf>, last visited Jun.14, 2021.

响仲裁员公正独立地进行裁决。在 ICSID 工作组报告中(一)中, ICSID 出于避免仲裁员与 TPF 的资助方之间利益冲突的目的,要求仲裁员对 TPF 进行披露,^{②7} 在工作组报告(二)中则将披露 TPF 与仲裁员的公正裁判声明联系起来。^{②8} 在 TPF 国际仲裁中,强制受资助方当事人履行披露义务,可以更加高效地推进仲裁员进一步履行其披露义务,不仅披露其与争端双方之间潜在的利益冲突,还应当披露其与 TPF 的资助方之间潜在的利益冲突。

其次,受资助方主动履行披露义务,公开其与 TPF 的资助方之间存在协议的事实,能够确保争端双方地位的平等性。在 TPF 国际仲裁中,是否申请 TPF 是争端双方共同享有的平等的权利。若一方当事人在对方当事人未知的情况下签订了 TPF 协议,则可能导致双方当事人的法律储备不均衡,进而侵犯另一方当事人的权利。若 TPF 协议是在另一方当事人知晓的情况下签订的,则视为另一方当事人自动放弃寻求 TPF 的权利。就后者而言,即便存在双方当事人法律储备不均衡的事实,基于事先的知情知晓,则不影响争端双方地位的平等性。

最后,受资助方主动履行披露义务,反而是对仲裁保密性的一种巩固。其可以要求仅向仲裁庭的专门机构进行披露,或者对关键事项进行模糊处理。在综合考虑 TPF 协议的保密性、契约精神以及意思自治原则的基础上,强制受资助方当事人履行披露义务可以让 TPF 协议朝着更加法治化的道路发展。受资助方当事人在与 TPF 的资助方签订协议时,订立保密条款时,规定向仲裁庭披露 TPF 的基本事实及基本信息不属于违反保密义务。在一定范围内强制受资助方当事人履行披露 TPF 的义务,可以更好地完善保密条款。

因此,构建以受资助方披露为主以仲裁员披露为辅的模式,允许仲裁员通过发布强制披露命令要求受资助方当事人在一定范围内履行披露 TPF 的义务,可以兼顾仲裁的意思自治、保密性及公正性,解决披露与保密的冲突,平衡好信息披露与商业秘密的关系。

(二) 具体规则设计

1. 规定受资助方的主要披露义务

可以在相关仲裁规则中初步引入 TPF 模式,明确规定受资助方是披露义务的主体。主要从以下三方面考虑:(1) 仲裁员具有披露一切可能影响其公正裁判的事项的义务,当然包含涉 TPF 的事项。因此,在 TPF 国际仲裁中,不必特别强调仲裁员披露 TPF 的义务,而要专门将受资助方当事人披露 TPF 的义务纳入相关仲裁规则。(2) TPF 协议具有商业性, TPF 的资助方将其资助行为视为投资行为,基于商业协议的保密性质以及合同的契约精神,外界无法知悉 TPF 的受资助方与资助方签订的协议,除非受资助方主动向仲裁机构披露。为了平衡意思自治与公平正义、个人利益和国家利益的关系,考虑到

^{②7} *ICSID Proposals for Amendment of the ICSID Rules — Working Paper # 1*, para.255, https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_3_Complete_WP+Schedules.pdf, last visited Jun.14, 2021.

^{②8} *ICSID Working Paper # 2 – Volume 2 – English*, p.118, https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Vol_1.pdf, last visited Jun.14, 2021.

TPF 即将成为一项成熟、广泛运用且高度市场化的制度,^{②⑨}应当明确规定主要由受资助方履行披露义务。而且,规制受资助方披露义务的规定应当被赋予强制性效力。因此,建议相关仲裁规则使用措辞时选择“必须”“应当”,而不要选择“可以”。TPF 国际仲裁尚属新生事物,相关制度尚不成熟,在信息披露方面,目前尚不宜过度选用约束力过强的硬性规定。不过,这并不意味着相关仲裁规制不能规定受资助方的主要披露义务。披露义务的主体处于“龙头”的位置,若不明确,则披露范围、时间和方式都无从执行。虽然强制规定受资助方当事人履行披露 TPF 的义务会在一定程度上限制仲裁自由和当事人意思自治,^{③⑩}但正因为利益冲突具有不易察觉性,加之信息核实的困难,才更加体现规制强制披露义务的必要性。^{③⑪}如果不强制规制受资助方作为主要履行 TPF 披露义务的主体,那么 TPF 介入仲裁将对另一方当事人的权利造成侵害,也是对意思自治原则的破坏。事实上,在国际上也早有案例表明受资助方应当承担 TPF 的披露义务,例如 *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan* 一案中,仲裁庭作出了第 3 号程序命令,要求投资者披露是否存在 TPF 的事实,若投资者获得 TPF,则应当披露 TPF 机构的名称、协议的细节及收益分配情况等信息。^{③⑫}(3) 既有的一些仲裁规制关于履行 TPF 披露义务的主体大多规定的是受资助方,例如:中国国际经济贸易仲裁委员会的投资仲裁规则。而且,目前这些规制都行之有效,未出现较大矛盾。因此,结合国际已有经验和国内实际情况,中国在 TPF 披露方面规定受资助方履行主要披露义务是可行的。

2. 明确披露范围

应在相关仲裁规则中明确受资助方披露的事项有哪些。对此,可从以下两个层面考虑:(1) TPF 的基本信息是强制披露的范围。基本信息包括存在 TPF 的事实、TPF 的资助方姓名或名称、地址。应当强制受资助方披露 TPF 基本信息,因为这些信息的披露不会损害 TPF 的资助方利益。披露 TPF 的基本事实和 TPF 的资助方基本身份信息是首位且必要的,因为这将是揭露一切利益冲突的源头。^{③⑬}只有了解了 TPF 的资助方身份信息后,才有可能知晓其与仲裁员之间是否存在利益冲突,从而判断仲裁员是否应当回避。只有强制受资助方披露 TPF 的基本信息才能提高仲裁效率,因为如果受资助方不披露,将无从知晓 TPF 相关事实。(2) 受资助方与资助方之间的 TPF 协议不属于强制披露的范围,相关仲裁规则可以酌情进行弹性规定。在确有必要的情况下,例如,因案件审理需要,必须知晓 TPF 协议中的相关内容,仲裁庭也可以要求受资助方当事人向仲裁庭进行

^{②⑨} 丁夏:《国际投资仲裁案件中“客观行为标准”的适用——以质疑仲裁员公正性为视角》,载《国际经贸探索》2016 年第 3 期,第 93 页。

^{③⑩} 王超:《商事仲裁第三方资助的制度构建》,载《国际商务研究》2019 年第 4 期,第 51 页。

^{③⑪} 侯鹏:《第三方出资机制的二元监管模式》,载《法学评论》2019 年第 3 期,第 138 页。

^{③⑫} *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/12/6. *Procedural order NO. 3*, para.13, <https://arbitration.org/sites/default/files/awards/arb2462.pdf>, last visited Jun.14, 2021. 肖芳:《国际投资仲裁第三方资助的规制困境与出路——以国际投资仲裁“正当性危机”及其改革为背景》,载《政法论坛》2017 年第 6 期,第 71 页。

^{③⑬} 刘敬东、李青原:《论第三方资助国际投资仲裁及其规制》,载《学术交流》2020 年第 12 期,第 73 页。

披露。这点在 ICSID 于 2019 年 8 月发布的工作组报告（三）中得到强调，依仲裁规则，仲裁庭没有权力要求受资助方当事披露 TPF 协议的详细内容。如果 TPF 协议与所涉争端相关，则由其他规则处理。在特定情形下，仲裁庭有权要求在仲裁的任何阶段出示一切与争端问题相关的信息或证据。如果 TPF 确实与仲裁所涉争端问题有关，仲裁庭也有权做出命令要求披露相关文件和信息。^{③④} 在缺乏披露机制的情形下，应将 TPF 协议视为书证，可用一般的举证标准来判断是否需要披露。^{③⑤} TPF 协议的具体内容不属于强制披露的范围，这并不意味着对其进行披露完全不可能。当然，仲裁庭对披露程度较高的披露要求需要审慎处理。^{③⑥} 换言之，TPF 协议的具体内容虽然不属强制披露的范围，但也不能以法律未进行强制性规制为由一味地认为不可以披露 TPF 协议的具体内容。

3. 限定披露时间

如前所述，就披露时间而言，越早披露越好，但对于“越早”并没有统一的标准。从高效办案、推进仲裁程序顺利进行的角度考虑，在 TPF 国际仲裁中，受资助方当事人应当立即向仲裁庭进行披露 TPF 信息。限定受资助方披露的时间，应当以仲裁程序的开始作为界线。在仲裁程序开始前，若存在 TPF 的事实，受资助方当事人应当在提交仲裁申请的同时，以书面的形式向仲裁庭提交存在 TPF 的情况说明。在仲裁程序开始后签订 TPF 协议的，受资助方应当在协议签订之日起三日内向仲裁庭提交包括 TPF 基本情况的书面报告。同理，若中止、变更或终止 TPF 协议的，也要在中止、变更或终止之日起三日内向仲裁庭书面提交情况报告。鉴于便利、高效、快捷是仲裁的核心价值，在 TPF 国际仲裁中，越早向仲裁庭披露 TPF 越好。因此，要求受资助方当事人应当立即向仲裁庭进行披露 TPF 信息，这里可以将“三日内”视为“立即”的时限。

（三）披露与保密冲突的解决

解决披露与保密之间的冲突可区分以下两个层面：（1）从仲裁员的角度出发，涉及仲裁的保密性；（2）从受资助方的角度出发，涉及 TPF 的保密性。当事方之所以不愿意仲裁员公开进行仲裁，受资助方之所以不愿意主动披露 TPF 存在的事实，就是因为考虑到仲裁的保密性与 TPF 的保密性关涉商业秘密。

从仲裁员及仲裁庭的角度出发，可以通过发布强制仲裁命令，在一定范围内解除受资助方基于 TPF 协议保密条款的保密义务，避免其因为披露信息而产生违约责任，使其可以安心地向仲裁员及仲裁庭履行披露义务。如前所述，仲裁的保密性是指仲裁案件的信息不向除了仲裁庭以及当事人以外的第三人进行泄露。因此，受资助方向仲裁员及仲裁庭披露 TPF 信息，并不当然违反仲裁的保密性原则。此外，可通过修改仲裁规则将

^{③④} ICSID Working Paper # 3 – Volume 1 – English, para. 56, https://icsid.worldbank.org/en/Documents/WP_3_VOLUME_1_ENGLISH.pdf, last visited Jun.14 2021.

^{③⑤} Jonas Von Geoler, Third-party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure, Netherlands: Kluwer Law International, 2016, pp.133-134, 转引自谈晨逸：《第三方资助仲裁对仲裁员独立性的挑战与规范》，载《国际商务研究》2019年第1期，第84页。

^{③⑥} 范冰冰：《论国际投资仲裁中第三方资助披露问题》，载《国际商务研究》2020年第2期，第87页。

TPF 的资助方纳入履行保密义务的主体中,明确告知其若要以 TPF 的资助方身份参与仲裁,则必须要承担本案的保密义务,不得将本案的一切情况透露给与本案无关人员。最后,还可通过修改仲裁规则将 TPF 协议纳入保密范围,明确 TPF 协议为履行保密义务的内容之一,任何参与仲裁的当事人包括 TPF 的资助方不得将 TPF 协议透露给与本案无关的人员。^{③7}

从受资助方的角度出发,受资助方在与资助方洽谈 TPF 协议时,就应当明确该协议有可能会向仲裁庭披露,提前告知披露风险,由资助方自行决定是否予以资助。TPF 的资助方一旦同意向仲裁庭披露 TPF 协议后,则不得更改相关披露条款,且不得在协议的保密条款中规定相关的违约责任。^{③8}此外,在 TPF 国际仲裁中,解决披露与保密之间的冲突,可以考虑受资助方只对仲裁员及仲裁庭披露必要的 TPF 信息,并规定仲裁员及仲裁庭必须对向其披露的信息进行保密处理,确保相关信息不会通过仲裁员及仲裁庭向外流传。众所周知,仲裁保密性是指仲裁案件的信息不向除了仲裁庭以及当事人以外的第三人泄露。因此,受资助方向仲裁庭披露 TPF 信息并不违反仲裁保密性原则。最后,受资助方当事人在披露 TPF 信息时,还对应当保密的关键信息酌情加密处理。例如,澳大利亚联邦法院的实践指南中规定,当事人提交的信息可以通过编辑加以隐藏。^{③9}可见,实践中,在披露信息时,为防止商业秘密等保密信息泄露被不法利用,或出于战术考虑,都可以对不必披露的信息进行保密处理。

(四) 建议小结

基于前述对 TPF 国际仲裁中披露义务主体存在的问题以及仲裁员与受资助方作为披露义务主体之利弊的比较分析,在此从宏观、微观两方面对中国构建 TPF 国际仲裁披露制度提出建设性的建议。首先,在宏观上确立构建以受资助方披露为主、以仲裁员披露为辅的模式;其次,在微观具体规则设计上,从披露主体、披露范围、披露时间等方面予以规定。除此之外,针对妥善解决披露与保密相冲突的问题,兼顾仲裁员与受资助方二者的地位,提出可操作性的建议。一方面,在国际仲裁程序过程中,借助仲裁员及仲裁庭的强制仲裁命令,对受资助方的保密责任予以一定程度的免除,促使其履行 TPF 披露义务。另一方面,在进入国际仲裁程序之前,受资助方在与资助方洽谈 TPF 协议时,可事前预告披露风险,从而在一定范围内免除受资助方以仲裁员及仲裁庭为相对方的保密责任。同时,要相应规制受资助方当事人披露 TPF 信息时的加密处理,还要规制仲裁员及仲裁庭对向其所披露信息的保密义务。

^{③7} 侯鹏:《第三方出资机制的二元监管模式》,载《法学评论》2019年第3期,第138页。

^{③8} 陈文婧:《商业第三方资助诉讼的中国实践及域外经验借鉴》,载《商业研究》2019年第4期,第132页。

^{③9} Federal Court of Australia Practice Note CM 17, Art. 3. 6, <https://www.fedcourt.gov.au/law-and-practice/practice-documents/practice-notes/cm17>, last visited Jun.14, 2021.

结 语

通过对 TPF 国际仲裁中的仲裁员与受资助方披露义务的比较研究,可以发现,构建以受资助方披露为主,以仲裁员披露为辅的模式更具有可行性。随着 TPF 国际仲裁优势的逐渐显现,在中国发展乃至完善 TPF 的相关制度的必要性日趋凸显。因此,无论是从打造国际化仲裁机构的视角出发,还是从自由贸易港政策对法治要求的提升角度考虑,^④ 规制 TPF 国际仲裁中受资助方履行披露义务,构建顺应国际形势、符合中国国情的 TPF 国际仲裁披露制度是当务之急。

Abstract: In recent years, problems have been exposed with the rise of the third party funding in international arbitration, especially in the following two aspects of disclosure: on the one hand, there are problems with the disclosure obligation of arbitrators. For instance, the existing rules are disconnected from practice and have conflicts with arbitration confidentiality, etc. On the other hand, there are also problems with the disclosure obligation of recipients, such as the uncertainty of the scope and timing of disclosure and the conflict with the confidentiality of the TPF agreement. The advantage of recipients in fulfilling the disclosure obligations comes out when comparing and analyzing the disclosure obligation of arbitrators and recipients. Finally, suggestions and specific ideas are given to China's TPF international arbitration disclosure system.

Keywords: third-party funding; international arbitration; disclosure obligation

(责任编辑:沈 健)

^④ 唐琼琼:《第三方资助纠纷解决规制模式的国际经验及思考》,载《上海财经大学学报》2018年第6期,第148页。

国际商事仲裁快速程序之比较研究

梁庭瑜*

内容提要 随着我国即将批准《海牙判决公约》，国际商事仲裁的可执行性优势将消失殆尽，保持竞争性的当务之急是改善其效率问题。商事仲裁快速程序应运而生，然而因缺少相关的示范规则和国际条约的规制，各个机构在摸索中发展，有些机构的快速程序过于重视效率而忽略了裁决的可执行性。这不仅导致实践中裁决的承认与执行受到阻碍，且也不利于商事仲裁的健康发展。本文通过比较分析，以国际主流仲裁机构快速程序规则作为样本，结合案例分析和数据统计，明确快速程序的概念和价值追求，为我国仲裁机构快速程序的设计提供参考。

关键词 商事仲裁 快速程序 独任仲裁庭 权利放弃

国际商事仲裁制度作为一种快捷、经济、裁决可执行度高的争端解决机制而备受青睐。但近年来，国际商事仲裁的效率问题受到了很多当事人的批评：仲裁变得越发复杂，过程冗长并且费用高昂。为了维持仲裁在国际商事纠纷争端解决方式中的首选地位，快速程序（expedited procedure）应然而生。虽然《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》（UNCITRAL Arbitration Rules）中缺少相关示范规则，且《承认及执行外国仲裁裁决公约》（以下简称《纽约公约》）也未专章对快速程序裁决的承认和执行予以特殊规定，世界上大部分仲裁机构已经推出了自己的快速程序，并且已经存在大量的实践案例。由于涉及到程序性事项的简化、对当事人意思自治的限制以及违反公共政策的风险，如何保证快速程序的公正性直接关系到其裁决的可执行性，决定了快速程序的发展前景和价值。

快速程序面对着许多挑战和质疑，譬如违反程序正当原则，限制当事人意思自治等。各个仲裁机构在不断提高立法技术，寻求效率与公正的价值平衡点，以期减少快速程序裁决在执行上的风险。快速程序在国际社会上引起了广泛的争论和关注，我国理论界对此问题也进行了探讨，就法律法规层面而言，《中华人民共和国仲裁法》（以下简称“《仲裁法》”）修订已经列入立法计划，修订后的《仲裁法》能为快速程序等简易程序提供法律支持将极大提升快速程序规则的实际效能；^①就具体规则层面而言，应当注意保证

* 梁庭瑜，武汉大学国际法研究所博士研究生。

① 柳正权、牛鹏：《论我国商事仲裁简易程序之完善——以当事人程序选择权保障为视角》，载《商事仲裁与调解》2020年第3期，第76页。

当事人的正当权利,提高仲裁庭、仲裁员的专业性,并适当增加仲裁规则的灵活性。^②然而先行研究并未提出顺应国际商事仲裁发展的趋势,配合我国争创国际商事仲裁目的地精神的快速仲裁规则模板,这将是本研究的重点。只有完善的、可执行性强的快速程序规则才能吸引更多国际商事当事人选择我国作为仲裁目的地,先进的仲裁规则也有利于促进我国早日建成国际影响力大、国际竞争性强、服务于“一带一路”建设的国际商事仲裁中心。^③在快速程序规则的设计中,适用条件是决定性的环节,它与当事人意思自治的程度、裁决的可执行性有着直接联系。快速程序的仲裁庭组成模式是快速程序规则中最容易产生争议的部分,必须重视仲裁规则优先于当事人意思自治的法律风险。本文以快速程序的历史为切入点,通过探寻快速程序的根本价值追求和其形成的因素界定其概念,结合实践中不同快速程序适用条件中对当事人权利义务产生的影响,对比不同法域对待类似案例的司法态度,明确快速程序的健康发展方向,拟订适合于“一带一路”建设的国际商事仲裁快速程序规则的模板。

一、快速程序之产生背景

(一) 快速程序之渊源

国际商事仲裁制度起源于英国,其目的是为了创造一个方便外国当事人的快速、公平且经济的非诉讼争端解决机制。时至今日,仲裁作为解决诉讼时间成本和经济成本过高的良方,也出现了类似诉讼的顽疾。根据2015年国际仲裁调查显示,有68%的被调查人认为仲裁最大的缺点是成本太高,排在其后的两个缺点是缺少对仲裁员效率的监管、速度慢。^④同时,有92%的被调查者倾向于适用更加简便、快速的仲裁程序。^⑤为了改善国际商事仲裁的现状,各大仲裁机构的快速程序也应运而生。快速程序大都有一套更加紧凑且严格的时间框架,然而快速程序不仅仅关乎于速度,一套理想的快速程序规则应兼顾效率、公正与经济成本。

现代商事仲裁快速程序据称源自体育仲裁 Formula One 仲裁案,^⑥在该案中,某F1车队的赞助商欲将该车队的两台赛车分别涂装其旗下两个香烟品牌的广告,国际汽车联合会明确表示反对,表示每个车队是一个整体,不允许该涂装计划。双方同意将争议交由国际商会仲裁院(International Chamber of Commerce,以下简称“ICC”)裁决,并且为了在下个赛季开始前(即次年二月底)将赛车完成涂装并运送至比赛地,双方约定次年一

② 桑远棵:《国际商事仲裁快速程序问题与完善》,载《国际商务(对外经济贸易大学学报)》2019年第5期,第143页。

③ 肖永平:《提升中国司法的国际公信力:共建“一带一路”的抓手》,载《武大国际法评论》2017年第1期,第15页。

④ 2015 *Queen Mary International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*, http://res.cloudinary.com/lbresearch/image/upload/v1444141994/thisoneqmul_international_arbitration_survey_2015_report_final_69115_1532.pdf, last visited May 22, 2021.

⑤ *Id.*

⑥ Nigel Blackaby & Constantine Partasides et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th ed, Netherlands: Kluwer Law International, 2015, p.363.

月底之前完成该仲裁。申请人于 1992 年的圣诞节当天提交了仲裁申请, 该案的庭前会议和文书提交于当年的 12 月 31 日完成, 于次年新年组成仲裁庭, 一月底 ICC 作出了完整的有理由裁决。该案例的效率是令人振奋的, 尤其是时值西方国家圣诞节假期之际, 在仲裁越来越像诉讼之后, 人们开始重拾对仲裁效率的信心。在之后的 Panhandle 一案中, 涉案合同是一个长期的天然气供给合同, 当事方来自美国和加拿大。^⑦ 合同中的仲裁条款约定了如果出现了有关天然气价格的争议, 那么该争议交由 ICC 仲裁庭并在两个月内解决。最终, 双方同意延期一个星期, 在提交仲裁申请后的第九周得到了仲裁裁决。以上案件的迅速结案为快速程序的出现奠定了基础, 上述案例的共性值得注意: 第一, 案件双方当事人就提高仲裁效率这一事项达成了合意, 尽管这些案件的复杂程度较高、涉案金额较大、专业性较强; 第二, 上述案例的仲裁程序较为完整, 并未一味提高效率而违反程序正当原则。随着大量执业律师对仲裁效率的不断抱怨、当事人对争端解决效率要求不断提高以及各个仲裁机构以变革谋求更多案件资源的共同驱使下, 在 1994 年, 世界知识产权组织调解与仲裁中心 (简称 “WIPO”) 第一次在其规则中使用了以 “Expedited Arbitration Rules” 命名的章节。^⑧ 随后中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则也设立了简易程序规则, 世界各大仲裁机构的快速程序规则也接踵而至。其目的都是为了满足现代商事仲裁服务接受者对效率和经济的需求, 但是因为立法技术参差不齐, 其模式大相径庭, 在关键的程序性事项上的规定也各不相同。时至今日, 全球最受欢迎的五大仲裁机构的仲裁规则除了伦敦国际仲裁院之外都设定了快速程序规则。^⑨

(二) 快速程序之概念界定

由于人们对效率愈发重视, 同时又缺乏一套示范规则, 仲裁机构推出了五花八门的以效率为导向的程序。这些程序包括小额索赔程序 (small claim procedure)、简易程序 (summary procedure)、即时仲裁 (instant arbitration) 以及先予仲裁等。然而这些程序和本文所述的快速程序 (Expedited Procedure) 存在许多差异。

小额索赔程序以伦敦海事仲裁院协会 (London Maritime Arbitrators Association, 以下简称 “LMAA”) 小额索赔程序最为著名, 它是一套独立于伦敦海事仲裁院仲裁规则 (LMAA Terms 2017) 的规则体系。争议金额在 10 万美元以下的案件自动适用 (请求和反请求分开计算), 适用这套规则将会自动适用独任仲裁员, 该程序不仅对当事人的申请书、答辩书等文书有严格的字数限制, 还利用权利放弃条款排除了当事人将除管辖权以外的事项上诉至法院的权利。其作出裁决的期限为仲裁庭收到所有文书之日起的一个

^⑦ Emmanuel Gaillard & John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Netherlands: Kluwer Law International, 1999, p.1248.

^⑧ Yas Banifatemi & Laurent Lévy et al., *Expedited Procedures in International Arbitration*, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, 2017, Vol.16, p.10.

^⑨ 全球最受欢迎的五大仲裁机构为: 国际商会仲裁院、伦敦国际仲裁院、新加坡国际仲裁中心、香港国际仲裁中心、斯德哥尔摩商会仲裁院, 参见 2018 Queen Mary International Arbitration Survey, 载仲裁博客网, <http://arbitrationblog.practicallaw.com/2018-queen-mary-international-arbitration-survey-nihil-novi-sub-sole/>, 最后访问时间: 2021 年 5 月 22 日。

月(若开庭审理会则从庭审结束之日起算)。可以看出该规则的设计初衷为快速解决海事纠纷中大量存在的小额索赔案件,并且出于促进海运业发展的价值追求,将效率优先级排在最高。^⑩这和快速程序主要的不同点在于,快速程序的金额限制要远高于10万美元,已经不属于“小额”的范围;快速程序对文书和材料的字数没有限制,仅仅对时间框架予以要求;通常而言,快速程序不会强制适用,且通过当事人合意即可排除适用;为了兼顾公正,快速程序不排除当事人的上诉权。

即时仲裁产生于临时仲裁(ad hoc arbitration)之中,^⑪是对争议面极小,双方当事人积极配合,且不存在事实上的争论的案件尽快作出裁决的非正式程序。该程序的最大特点是灵活性和非正式性。即时仲裁同时要求仲裁员有充分的时间和丰富的相关知识储备,以便于在极短的时间内作出裁决。快速程序则对争议大小和复杂性没有具体的要求,而且快速程序属于机构仲裁,其规则有三种方式出现:第一,作为机构仲裁规则的一个章节;第二,以附件的形式附于正文后;第三,独立于机构仲裁的一套完整规则。

“先予仲裁”是湛江仲裁委员会为了预防大量的网络借贷合同争议而推出的程序。“先予仲裁”是在当事人签订合同的同时,为保障其合法权益将来得以实现、避免以后再去仲裁或诉讼的麻烦、迫使双方履行已确定的条款,而约定通过仲裁机构就合同所涉及的内容提前仲裁,以调解方式结案并出具调解书或裁决书的一种仲裁程序。对这种程序我国最高人民法院已经作出了相关的批复,将“先予仲裁”认定为民事诉讼法第二百三十七条第二款第三项规定的“仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序”的情形,对此程序作出的裁决法院应当不予受理。^⑫这种程序可以说出发点和LMAA小额赔偿程序是类似的,但是设计规则之时只考虑效率,并未综合考虑程序正当原则和意思自治原则,以至于缺失了合法性,最终导致该程序的失败,是我国仲裁机构发展快速程序需要重视的案例。

通过以上对比可以看出,快速程序是机构仲裁中拥有紧凑的时间框架、完整的规则体系的程序。总而言之,快速程序以效率价值优先,然而并不因效率优先而忽略裁决的可执行性。

二、快速程序之适用条件

各个机构的快速程序规则各不相同,主要差异在于快速程序适用的条件和模式、仲裁庭的组成、审理模式和程序变更条款等要件的设计上。本文选取了国内外17家仲裁机构(9家国内仲裁机构,8家国外仲裁机构)的快速程序规则为研究对象,着重分析

^⑩ 邓杰:《伦敦海事仲裁中的小额索赔程序及快速低费程序述评——兼评我国国际商事、海事仲裁中的简易程序》,载《北京仲裁》2005年第3期,第40页。

^⑪ 杨良宜、莫世杰、杨大明:《仲裁法:从1996年英国仲裁法到国际商务仲裁》,法律出版社,2006年5月版,第962页。

^⑫ 《最高人民法院关于仲裁机构“先予仲裁”裁决或者调解书立案、执行等法律适用问题的批复》,载中国人民法院网,<https://www.chinacourt.org/law/detail/2018/06/id/149780.shtml>,最后访问时间:2021年5月22日。

其适用条件的不同。快速程序的适用模式基本分为三种,分别为:限额自动适用、双方合意适用和单方申请适用(见表一)。其中国内机构大部分选择了限额自动适用模式,只有上海国际仲裁中心选用了双方合意适用模式。适用快速程序的限额各不相同,国内机构的限额相对较低;国外对于限额并无严格要求,基本上不以标的额多少来判断案件的复杂程序,国外还存在无金额限制的快速程序。国内机构的其他适用情况中多数规定了“委可视情况决定适用快速程序”,国外则没有;国外机构存在紧急情况下可以适用快速程序,国内则没有;而当事人一致同意为多数机构的“其他适用快速程序的条件”之一。程序变更条款在多数快速程序中都有规定,而适用模式为“双方合意适用”的快速程序都没有对此加以规定。作出裁决的期限最短为结束听证的14天内,大部分机构裁决作出时间为受理后2个月内,该期限可以由机构决定延长。总体上,国内仲裁机构的快速程序规则对当事人意思自治的限制较多,缺乏灵活性,在规则设计上与民事诉讼法中的简易程序类似,适用条件僵硬,存在严重的诉讼色彩;优点则是效率较高,并且基本符合程序正当原则,大多机构的快速程序规则都拥有完整的体系,从通知到裁决作出都有详细的规定。而国外机构的快速程序则趋向于仲裁庭决定一切,只要进入快速程序,则仲裁庭有权决定程序的所有期限,对于具体的程序性事项并未加以规制,完全取决于仲裁庭的自由裁量。其缺点显而易见,即裁决的可执行性不足,容易被外国法院撤销;优点为符合商事仲裁的初衷和特点,基本上延续了仲裁是当事人通过类似合同的形式将争议交由仲裁机构处理,灵活性较高。下文将对三种适用模式逐一分析。

表一: 国际主流仲裁机构快速程序要件对比

快速程序要件 仲裁机构规则	快速程序适用模式	适用快速程序金额	其他适用条件	作出裁决的期限	程序变更条款 (fallback provision)
贸仲规则 2015	限额自动适用	500 万元人民币	超过限额, 双方当事人约定适用; 仲裁委可视情况决定适用	3 个月, 院长可决定延期	当事人约定或确有必要
上海仲裁委仲裁规则	限额自动适用	100 万元人民币	超过限额, 双方当事人约定适用	2 个月, 主任决定延期	未规定
武汉仲裁委仲裁规则 2015	限额自动适用	100 万元人民币	超过限额, 双方当事人约定适用; 仲裁委可视情况决定适用	2 个月, 主任决定延期	超过金额, 经申请或确有必要, 主任决定
深圳仲裁委仲裁规则	限额自动适用	80 万元人民币	超过限额, 双方当事人约定适用; 仲裁委可视情况决定适用	2 个月	超过金额即变更, 有约从约

快速程序要件 仲裁机构规则	快速程序适用模式	适用快速程序金额	其他适用条件	作出裁决的期限	程序变更条款 (fallback provision)
广州仲裁委仲裁规则	限额自动适用	50 万元人民币	超过限额, 双方当事人约定适用; 仲裁委可视情况决定适用	2 个月, 主任决定延期	有约从约, 超过金额原则不变, 一方申请的, 主任决定
北京仲裁委员会仲裁规则 2019	限额自动适用	500 万元人民币	超过限额, 双方当事人约定适用	75 天, 秘书长决定延期	有约从约, 超过金额原则不变, 一方申请的, 主任决定
上海自贸区仲裁规则	双方合意适用	10 万至 100 万元人民币	仲裁委视情况决定适用	3 个月, 秘书长决定延期	超过金额, 除非约定继续适用简易程序
深圳国际仲裁院仲裁规则	限额自动适用	100 万元人民币	超过限额, 双方当事人约定适用; 仲裁委可视情况决定适用	3 个月, 仲裁院决定延期	超过金额, 一方申请, 确有必要
中国重庆两江国际仲裁中心仲裁规则	限额自动适用	100 万元人民币	超过限额, 双方当事人约定适用; 仲裁中心可视情况决定适用	3 个月, 仲裁院决定延期	超过金额, 一方申请, 确有必要
香港国际仲裁中心仲裁规则	单方申请适用	2500 万元港币	当事各方同意; 出现极为紧急的情况	6 个月, 中心可延长	无
新加坡国际仲裁中心仲裁规则	单方申请适用	600 万元新加坡币	当事人约定适用; 遇异常紧急情况	6 个月, 主簿可延长	一方申请, 额外材料, 主簿意见, 可不在适用快速程序
国际商会仲裁院仲裁规则	限额自动适用	200 万美元	当事各方同意	6 个月, 仲裁院可延期	仲裁院可提出, 或一方要求, 与仲裁庭协商后决定
斯德哥尔摩商会仲裁院快速程序规则	双方合意适用	无金额要求	无	3 个月, 仲裁院可延期	无
维也纳国际仲裁中心仲裁规则	双方合意适用	无金额要求	无	6 个月内, 秘书长可基于仲裁庭的要求或者在其认为必要的时候决定延期	无

快速程序要件 仲裁机构规则	快速程序适用模式	适用快速程序金额	其他适用条件	作出裁决的期限	程序变更条款 (fallback provision)
美国仲裁协会商事仲裁规则之快速程序	限额自动适用	75000 美元	双方同意适用	听证结束十四天内,放弃听证的以最后一次书证收到的日期起算	超过金额自动变更,除非双方有约定
澳大利亚国际商事仲裁中心仲裁规则 2016	单方申请适用	500 万澳元	双方同意适用; 出现紧急情况	未规定	无
德国仲裁院仲裁规则 2018	双方合意适用	无金额要求	无	案件管理会议召开后六个月内	无

(一) “限额自动适用”

本文选取的九家国内机构有八家都采取了这种模式,国外机构中 ICC 和美国仲裁协会 (American Arbitration Association, 以下简称“AAA”) 采取了这种模式。该模式的优点是效率优先,争议金额在规定限额以下的适用快速程序,除非双方当事人约定排除(opt-out)。有支持这种模式的学者指出,快速程序应该使仲裁过程更加简洁,而不是更复杂,^⑬所以为了效率价值优先,一定金额以下自动适用,并给予当事方选择退出的权利,是最理想的适用条件。^⑭但在实践中,由于国外仲裁机构的快速程序规则中大多没有针对适用快速程序的通知作出相应的规定,当事人在没有选择所适用程序前就已经适用了快速程序。此时,退出的条件被限制在双方约定排除,而实践中有败诉风险的一方往往不会选择快速程序,而另一方会积极追求快速结案,双方很难就程序性事项达成一致意见,这就导致了该模式的“自动适用”。笔者认为这种适用模式有严重的诉讼色彩,类似我国《民事诉讼法》中规定的小额诉讼,尤其是在国际商事仲裁案件中,涉案金额的多少和案件的复杂性并没有直接关系,涉案金额较小但法律问题复杂的案件比比皆是,所以金额设定的参照标准和公正性不明确。以 ICC 为例,在其问卷调查中,有九成以上的被调查者认为快速程序的限额应该为 100 万美元以下,但是根据其每年的大数据显示,涉案金额为 100 万美元以下的案件又只占很小一部分,所以其规则设定 200 万美元为快速程序适用的金额限制。可见设置这一金额限制的考量更倾向于处理大量堆积的案件,这也为其裁决的执行情况造成了一定的隐患。若采取该适用条件,则必须在仲裁规则中明确仲裁协议优先于当事人意思自治适用,且需要通过仲裁规则其他章节的内容明确“选

^⑬ Yas Banifatemi & Laurent Lévy et al., *Expedited Procedures in International Arbitration*, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, 2017, Vol.16, p.12.

^⑭ Javier Tarjuelo, *Fast Track Procedures: A New Trend in Institutional Arbitration*, Dispute Resolution International, 2017, Vol.11, p.108.

择该仲裁规则后若案件金额在一定数量以下视为双方默示的方式同意适用快速程序”。

实践中,该模式的代表是 ICC,根据 ICC Arbitration Rules 2017 第 30 条的规定,争议金额在 200 万美元以下的案件自动适用快速程序,除非当事人约定排除适用(opt-out);争议金额超过 200 万美元的案件,当事人对适用快速程序达成一致意见也可选择适用(opt-in)。该规则第 30 条第三款还规定了排除适用快速程序的条件:即当事人已同意不采用快速程序,或者一方当事人在仲裁庭成立前提出申请,仲裁院视情况决定不适用。可以看出 ICC 还赋予了仲裁院最终是否适用快速程序的决定权,在这样一套自动适用的快速程序下最终决定权依然在仲裁院手中,势必会对当事人的意思自治造成严重的限制。ICC 关于快速程序的适用条件是最复杂的,除限额以下自动适用外,当事人可以约定排除适用,超过限额也可以约定选择适用;它不仅在仲裁规则正文有所规定,还通过附件的形式对快速程序的整体框架加以严格的限制。通过 ICC 官网的调查显示,2017 年当事人主动申请适用快速程序的案件占总案件数的 6.2%,^⑮仅 50 件。同时,只有 3 个案例在快速程序规定的六个月的期限内作出了裁决。可以看出以效率为价值追求自动适用模式并没有被广泛适用,由于其限额下当事人排除适用的条件过于严苛,导致其裁决的可执行性频频受到挑战。

适用这种模式最成熟的规则当属瑞士国际仲裁规则(Swiss Rules of International Arbitration)。瑞士某公司与加拿大某公司因一石化品买卖合同纠纷适用该仲裁规则,因争议金额低于 100 万瑞士法郎,该案自动适用了快速程序。随后争议一方因该裁决在 6 个月内作出无理由裁决,侵犯了其表达意见权,违反了程序正当原则,向瑞士最高法院申请撤销案件。^⑯瑞士最高法院认为双方协议选择了快速程序并同意了简要裁决,因此驳回了当事人的申请。瑞士最高法院还特别说明,适用瑞士国际仲裁规则快速程序作出的裁决与普通程序是一样安全的。虽然这一案件很大程度取决于司法对仲裁的态度,但该案仍说明快速程序的适用需要一套具体并完整的规则,尤其是其仲裁规则体系内对快速程序适用后对当事人意思自治的限制必须明确表达,以便于在裁决遭受挑战后法院通过体系解释维护裁决的可执行性。快速程序的设计初衷是为了节省法律成本,但如果因为规则设计上的失误导致裁决被撤销,那无疑是事与愿违的。

(二)“单方申请适用”

“单方申请模式”是指涉案金额在规定限额以下,一方当事人申请适用快速程序的,由仲裁机构根据当事人的意见和案件具体情况决定是否适用快速程序。新加坡国际仲裁中心(Singapore International Arbitration Centre,以下简称“SIAC”)、香港国际仲裁中心

^⑮ ICC announces 2017 figures confirming global reach and leading position for complex, high-value disputes, <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-announces-2017-figures-confirming-global-reach-leading-position-complex-high-value-disputes/>, last visited May 22, 2021.

^⑯ Domitille Baizeau, Award under expedited arbitration rules examined by the Swiss Supreme Court, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2009/04/06/award-under-expedited-arbitration-rules-examined-by-the-swiss-supreme-court/>, last visited May 22, 2021.

(Hong Kong International Arbitration Centre,以下简称“HKIAC”)和澳大利亚国际商事仲裁中心(Australian Centre for International Commercial Arbitration,以下简称“ACICA”)采取了这种模式。该模式相比“限额自动适用”更加灵活,只要双方当事人选择适用仲裁规则,则视为对整个规则的全盘接受,符合适用快速程序的案件经一方当事人申请后由仲裁院决定适用。这种模式下,一方申请适用快速程序时无需征得对方的同意,且通过其规则^{①⑦}的文义解释可得,仲裁院需考虑各方观点和案情复杂程度之后作出决定,并不要求必须征得双方的同意,只要另外一方在规定时间内未明确提出反对意见,最终决定适用与否的权力在仲裁院,所以在这种情况下存在和上述“限额自动适用”模式同样的风险,一方当事人若得到了不利裁决,很可能以其没有得到完整的陈述申辩的权利为由申请撤销裁决。这种情况下仍需要仲裁规则中明确若选择适用了该机构的仲裁规则,则默示将决定适用快速程序的权利让渡于仲裁院,且根据禁止反言原则,不能以此作为理由申请撤销裁决。但是仲裁院基于何种因素考虑是否适用快速程序,各个机构并未给出具体标准。根据HKIAC的统计,在2016年适用快速程序的案件只占全年案件数的2.6%,2017年适用快速程序的案件下降到只占全年案件数的2%。^{①⑧}而根据SIAC的统计,从2010年7月1日到2017年3月31日,申请适用快速程序的案件有341起,最后适用快速程序的案件有186起,占该时间段案件总数的8.7%。实践中,因快速程序适用而产生争议的案件大多是由SIAC作出,因为其规则中存在许多对意思自治的限制,例如,独任仲裁庭将强制使用,即便仲裁协议明确指出适用三人仲裁庭。^{①⑨}所以在设计适用条件时,若采用单方申请模式,仲裁规则需要更加注意整体设计,尤其是对仲裁庭的自由裁量权行使的依据和范围必须明确,应当以附件或单行规则的形式披露仲裁庭选择适用快速程序的具体细则和标准;仲裁庭必须充分履行通知义务,而且仲裁院在此模式下应当谨慎适用快速程序,维护仲裁的透明度和公信力,以保证裁决的可执行性。

(三)“双方合意适用”

该模式下快速程序的适用完全尊重当事人的意思自治,因此该模式下得到的裁决被申请撤销的最少,并且不根据案件争议金额判定是否适用快速程序。斯德哥尔摩商会仲裁院(The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce,以下简称“SCC”)、维也纳国际仲裁中心(Vienna International Arbitral Centre,以下简称“VIAC”)和上海国际仲裁中心仲裁规则采取了这种模式,最新发布的德国仲裁院(The German Institution of Arbitration,以下简称“DIS”)仲裁规则也采用了这种模式。SCC的快速程序是一整套完整的、独立的仲裁规则,而VIAC则是将快速程序以附件的形式进行规定。SCC的快速程序虽然是独立存在的,需要双方当事人同意才能适用,这看似限制了快速程序的适用范围,但实际上SCC在2016年适用快速程序的案件占总案件数的28%,并且这个数据在

^{①⑦} 参见《香港国际仲裁中心仲裁规则》第41条第1款、第2款;《新加坡国际仲裁中心仲裁规则》第5条第1款、第2款。

^{①⑧} HKIAC 2020 Statistics, www.hkiac.org/about-us/statistics, last visited May 22, 2021.

^{①⑨} 例如AQZ v. ARA,49, originating Summons No. 530 of 2014 and Summons No. 3168 of 2014, SGHC, 2015, paras.1-21; 宝资源国际诉上海信泰国际贸易上海市第一中级人民法院(2016)沪01协外认1号民事裁定书等案件。

2017年上升到了36%，案件数和所占比例是三种模式中最高，而且尚未出现裁决被申请撤销的案例。^{②①}这种模式其实是和Formula One案、Panhandle案类似的，因为当事人对效率的追求是一致的，并通过仲裁协议将控制仲裁进程的权力让渡于仲裁庭，所以即便是涉案金额较大的、案情较复杂的案件也可以在相对高效的节奏下得到解决。因为当事人双方同意适用快速程序规则之时相当于对其全盘接受，其裁决被挑战的空间也随之受限。

从历史上看，快速程序适用与否取决于当事人的态度，与争议数额并没有直接关系。“限额自动适用”虽然适用更加简单，更追求效率，但诉讼色彩浓厚，而且大多限额过高，容易造成当事人不知情的情况下被自动适用快速程序，容易导致裁决被申请撤销。AAA的快速程序更加类似于LMAA的小额赔偿程序，限额较低（75000美元），并且自动适用，并不属于本文所讨论的快速程序的范畴。而“单方申请适用”由于仲裁院并不需要征得另一方当事人的同意，也会出现影响当事人陈述和申辩的权利的情况。考虑到快速程序规则中包含大量对于当事人意思自治原则和程序正当原则的限制，适用快速程序与否充分尊重当事人的意愿才能避免对裁决的可执行性造成负面影响。

以上三种快速程序的适用模式各有利弊，“限额自动适用”效率最高，最符合快速程序的价值追求，但是也存在最大的隐患；而“双方合意适用”模式充分尊重当事人的意思自治，但效率偏低，尤其是考虑争议发生后双方很难就程序性事项达成一致意见，可能会导致快速程序难以适用。兼顾效率和裁决的可执行性，同时考虑“一带一路”各国的经济发展水平不平衡，案件标的额偏低等情况，应当设计一套限额自动适用加适当退出规则的快速程序。即“1. 双方合同仲裁条款包含‘快速’‘高效’等有意加速仲裁程序的字眼时，则视为选择适用快速程序规则；2. 双方一致同意适用快速程序；3. 一方申请适用快速程序，另一方经仲裁院充分通知后未在规定时间内提出明确反对意见的，适用快速程序；4. 涉案争议金额不超过500万元人民币，争议面单一，权利义务明确的，除双方约定排除适用外，由仲裁院决定适用快速程序。”与此同时，快速程序的适用条件不能脱离快速程序的体系而单独考量，需要结合规则中对当事人意思自治的限制程度进行体系化的设计。实践中快速程序产生的争议大多出现于独任仲裁庭的适用是否能够优先于当事人的仲裁条款，下文将对此问题进行具体分析。

三、快速程序之仲裁庭组成模式

商事仲裁的快速程序的又一大特点是仲裁庭的组成模式。根据相关的调查，适用独任仲裁员的案件正在逐渐增多，甚至有些机构超过半数的案件都是由独任仲裁庭裁决。^{②②}独任仲裁员最大的优点是节约金钱和时间，当事人选择三人仲裁庭组庭和材料审查需要很长的时间，且三人仲裁庭的花费显然多于独任仲裁庭，然而独任仲裁庭对仲裁员的水

^{②①} SCC Statistics 2020, <http://www.sccinstitute.com/statistics/>, last visited May 22, 2021.

^{②②} White & Case LLP law firm, *Arbitral Institutions Respond to Parties' Needs*, www.whitecase.com/news/arbitral-institutions-respond-parties-needs, last visited May 22, 2021.

平和决断力要求更高,同时在结果的公正性上面临着很大的挑战。因为有些规则涉及到了对当事人意思自治的限制,根据 UNCITRAL 示范法和《纽约公约》的规定,如果仲裁庭的组成和仲裁条款不一致,该仲裁庭所作出的裁决是可能被撤销的。本文所选取的快速程序规则都采取了独任制仲裁庭,但是关于仲裁庭的规定是否优先于仲裁协议的规定适用则各不相同。主要的区别在于有些规则关于快速程序仲裁庭的规定是优先于当事人仲裁协议中对三人仲裁庭的规定而适用的,比如 ICC 中明确规定“尽管仲裁协议有任何相反规定,但仲裁庭可任命独任仲裁员”;^②SIAC 中的“当事人如果同意依照本规则进行仲裁,当案件根据本第 5 条规定的‘快速程序’进行仲裁时,则第 5.2 条的规定应被视为当事人已经同意予以适用,即使其仲裁协议中有相反的约定”。^③这就会导致仲裁败诉方以此理由诉至法院要求撤销裁决。虽然现在全球法院的态度是倾向于承认裁决,但是个案结果还是取决于仲裁规则的设计和当事方的举证情况。

在 *AQZ v. ARA* 一案中,被申请人是印尼无烟煤炭供应商,申请人是采购商,双方签订了一个 5 万吨煤炭的采购合同,争议在于双方第二份同样主要条款的合同是否成立。^④采购商认为第二份合同已经成立,被申请人违约。被申请人则辩称认为第二份合同根本没有成立。双方的第二份合同中的第 16 款仲裁条款援引了 SIAC 仲裁规则,并且明示将争议提交三人仲裁庭审理。但是 SIAC 的主簿批准了申请人也就是采购商适用快速程序的申请,并且指任了独任仲裁员审理。需要注意的是,双方对此仲裁庭的组成达成了合意。裁决作出后被申请人诉至新加坡高院,要求撤销该裁决,理由是独任仲裁庭违反了当事人的仲裁条款中对三人仲裁庭的规定。法院认为,当事人的仲裁条款援引了 SIAC 规则,所以其仲裁条款应当依照 SIAC 所倡导的理念进行体系解释。以促进商业的角度解释仲裁条款,SIAC 的主簿是 有权依照其仲裁规则第 5.3 条和第 5.2 条指任独立仲裁庭进行审理的。即使被申请人的申辩是正确的,即该仲裁不应由独任仲裁庭审理,仍需注意的是被申请人并没有就独任仲裁庭审理的程序对结果造成的损害承担举证责任。新加坡高院的判决表明了在没有证据证明违反自然正义和严重程序性瑕疵的情况下,仅仅是遵循了 SIAC 的仲裁规则,是不足以建立申请撤销仲裁裁决的基础的。^⑤ 该案给我们的启示是,快速程序规则的完整性是法院进行体系解释的前提,如果快速程序的规则中没有赋予仲裁委员会对仲裁庭的组成自由裁量权,就留给了败诉当事人以违反程序正当原则申请撤销裁决的机会。虽然程序正当原则的测试标准经过一系列案件的确立已经非常难以打破,^⑥ 在实践中,问题的关键在于当事方能否对仲裁庭违反程序正当原则对其造成的实质损害举证,而不是所谓的该法域对于仲裁的态度。

^② 《国际商会仲裁院仲裁规则(2017版)》附件六快速程序规则第 2 条第 1 款。

^③ 《新加坡国际仲裁中心仲裁规则(第 5 版)》第 5 条。

^④ *AQZ v. ARA*, 49, originating Summons No. 530 of 2014 and Summons No. 3168 of 2014, SGHC, 2015, paras.1-21.

^⑤ Gary B. Born & Jonathan W. Lim, *AQZ v. ARA: Singapore High Court Upholds Award Made under SIAC Expedited Procedure*, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/03/09/aqz-v-ara-singapore-high-court-upholds-award-made-under-siac-expedited-procedure/>, last visited May 22, 2021.

^⑥ *X.v.Y.*, 4A_294/2008, First Civil Law Division of the Swiss Federal Tribunal, 2008, pp.4-9.

在2016年,上海第一中级人民法院在一申请承认与执行新加坡国际仲裁中心裁决的裁定中,认为新加坡仲裁院将当事人之间明确约定的三人仲裁庭变更为独任仲裁庭,违反了程序正当原则,裁定不予承认与执行该裁决。^{②⑦}上海一中院在裁定中指出, SIAC 仲裁规则没有赋予主簿强迫当事人接受独任仲裁庭管辖的权力,并且当事人之间的仲裁协议明确了将争议提交于三人仲裁庭解决,采用独任仲裁庭审理此案违背了当事人的意图和程序正当规则。该案结果显然是与 AQZ v. ARA 不同的,法官对当事人的目的加以解释,认为当事人选择三人仲裁庭的意愿非常明确,且仲裁庭并未考虑当事人信泰公司的反请求、抵消金额和关联合同金额,并且不顾当事方四次对适用独任仲裁庭提出异议。并且本案是在信泰公司缺席、未进行任何答辩的情况下作出。有国外学者指出,该案的做法表明了我国是仲裁不友好型 (Arbitration-unfriendly) 国家,法院的职权应当限定于审查仲裁庭的自由裁量权是否适当履行,法院在承认与执行仲裁裁决时不应该去试图解释仲裁案件当事人的意图。^{②⑧}笔者认为,上海一中院的做法并非司法干预仲裁,而是对仲裁规则进行了体系解释,根据当事人举证情况综合判断是否剥夺了当事人的正当权利,是完全符合法治精神的,所谓的仲裁友好型司法不应该是分清红皂白一律维持仲裁机构的裁决,而是在合法合理的情况下为仲裁裁决提供适当的司法支持。本案与 AQZ v. ARA 一案最大的区别在于当事人能否对仲裁庭违反正当程序原则造成的损害举证。如果司法对仲裁的外部监督和支持以考量仲裁庭自由裁量权的行使是否适当为限,上海一中院所作裁定并未超过该范围。根据新加坡国际仲裁中心仲裁规则第5版(以下简称为“SIAC Rules 2013”)第5.2条规定:“当事人已依据本规则第5.1条向主簿申请快速程序时,主簿考虑各方当事人观点后决定仲裁应当适用本条快速程序的,仲裁程序应当按照如下规定进行……b. 案件应当由独任仲裁员审理,但主席另有决定的除外……”显然 SIAC Rules 2013 的快速程序规则并未排除快速程序和三人仲裁庭共同适用的情形,也并未授予主簿强行适用独任仲裁庭的权力。显然本案中仲裁庭的行为已经不属于其自由裁量的范围,而是扩大解释了仲裁规则。在裁定中,法院还认为本案适用快速程序并未违反仲裁规则和当事人的仲裁协议;同时表明了意思自治是仲裁的基石,明确了仲裁中心自由裁量权的应限于仲裁规则所赋予的范围。虽然本案与 AQZ v. ARA 都以独任仲裁庭适用的程序正当性问题为焦点,二者具体案情存在个体差异,当事人参与仲裁时的态度不同,对独任仲裁庭的异议方式不同,不能因为结果的不同就对某国法院对仲裁的态度妄下结论。上海一中院拒绝承认与执行本裁决完全依照《纽约公约》的规定,同时对 SIAC Rules 2013 相关规则进行了深入的分析 and 适当的解释,这种裁决并不代表我国是仲裁不友好型国家,恰恰表明了依法治国在国际商事争端解决层面的成效,是我国国际司法公信力建设的成果之一。

独任制仲裁庭的优点是显而易见的,其对效率和经济的作用毋庸置疑。如果快速程

^{②⑦} 上海市第一中级人民法院(2016)沪01协外认1号民事裁定书。

^{②⑧} Sacchit Joshi & Brijesh Chhatrola, *Expedited Procedure Vis-à-Vis Party Autonomy, Enforceable?*, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/05/12/expedited-procedure-vis-vis-party-autonomy-enforceable/>, last visited May 22, 2021.

程序的适用条件更尊重当事人的意思自治,那么强制适用独任制仲裁庭也是可行的。但是需要完整的、缜密的仲裁规则予以支持。最佳模式是在规则中明确以独任制为一般组庭方式,三人仲裁庭为例外模式。对于独任制的优先于仲裁协议关于三人仲裁庭约定的适用,应该在规则中明确为当事方的一种权利放弃,比如在机构所推荐的快速仲裁协议中写明,双方通过合意的方式放弃通过诉讼撤销仲裁裁决的权利。当然,这种权利放弃需要根据具体案情和仲裁地来确定。这种权利放弃已经在一些法域得到了认可,并且符合快速程序的价值取向,可以减少败诉当事人通过撤销之诉延缓执行期限、与申请人达成和解协议等目的的可能性,更加有利于裁决的承认与执行,同时大大提高了仲裁的效率。对于双方在仲裁协议中明确要求适用三人仲裁庭,应当在快速程序规则中明确赋予仲裁中心主任采用三人仲裁庭进行快速程序的权利。仲裁庭也需要在实际中严格按照仲裁规则的规定,保障当事人的权利在紧凑和快节奏的时间节点中充分行使。

四、结 论

我国仲裁机构现有的快速程序规则的体系完整,确定性和可执行性较强;然而大多显得过于刻板,缺乏灵活性,存在严重的诉讼色彩。我国仲裁机构在构建和完善快速程序时需要综合考虑意思自治与程序正当原则,一味加速和简化程序会导致仲裁裁决丧失其最宝贵的可执行性。在此过程中,不仅要借鉴国外机构的经验和教训与快速程序的价值追求有机结合,同时要注重司法实践。应避免“先予仲裁”制度中存在的问题,切莫“揠苗助长”;也不能畏首畏尾,将一些先进理念诸如权利放弃条款视为鸩酒。设计快速程序时,应当将适用条件、对当事人意思自治的限制和权利放弃条款三位一体考量,将重心放在规则意识和国际视野上,寻求效率与公正的平衡点。就顶层设计而言,《仲裁法》修订应考虑对快速程序提供法律依据和保障,赋予仲裁庭更多的自由裁量权,从大政方针上推动仲裁机构有意识地提高立法技术,切实有效改善效率问题。就政策保障而言,我国《监察法》的出台为仲裁机构的透明度和公正性提供了外部监督机制,有利于倒逼仲裁员提高自己的法治意识和专业素养。^{②9}考虑到商事仲裁的本质是民间争议解决,尤其是快速程序这种注重效率的模式,应在机构内部设立快速程序内部监督和投诉机制,大众司法系统网站 Crowdjury 正在尝试利用区块链技术让个人征信良好的公民以在线陪审团的身份参与争议和投诉的处理中,^{③0}我国仲裁机构也应当紧跟科技发展,不断提高立法和监督技术,为提高仲裁公信力和吸引力进一步完善自我。就司法保障而言,法院在面对快速仲裁裁决撤销案件时,不应刻板严守程序正当原则,而应注重对仲裁规则的体系解释,同时以司法支持仲裁的基本原则维持一定的仲裁灵活性,明确快速程序与普通程序裁决的司法审查标准差异,在审理相关案件应当尊重快速程序赋予当事人和仲裁

^{②9} 李虎:《试论仲裁机构管理和仲裁庭独立裁决的有机结合》,载《商事仲裁与调解》2020年第1期,第41页。

^{③0} Crowdjury Whitepaper, <http://crowdjury.org>, last visited Apr.1, 2021.

庭的程序自主权。我国仲裁机构应当在快速仲裁程序中有意识地充分运用并平衡其双重身份:作为案件裁判者,应当以充分利用快速程序规则赋予仲裁庭的广泛裁量权,将快速程序的精神适用于案件的各个阶段;作为服务提供者,应在保障当事人各项权利的基础上,通过配套服务提升裁决效率,努力将当事人利益最大化。就具体规则而言,必须明确快速程序的能否发挥其应有的效果不仅取决于快速程序规则本身,更依赖于整体仲裁规则体系性的支持,尤其是涉及到对当事人意思自治的限制时,应提供适当的规则保障。在设计“一带一路”沿线国商事仲裁快速程序规则时,应当充分考虑沿线国的经济状况,根据涉“一带一路”商事纠纷的争议标的的平均值设立快速程序适用的金额上限。不应一味模仿国外仲裁中心的高额快速程序适用标准。应在快速程序规则中保留程序变更条款,以便当事人在仲裁进程中根据案件实际情况选择适当的程序并且得到可执行性更强的裁决。同时,应当专门对快速程序的通知和答辩时间做出特殊规定,使得快速程序规则更加完整,并且明确在双方当事人同意的情况下可以加速任何期间。最后,应当有意识提高仲裁员的专业性和节奏掌控能力,对于独任仲裁员选取规则进行细化,注重培养效率意识规则意识并重的仲裁秘书以加速仲裁进程的发展。

全球各大仲裁机构均将快速程序作为一项重要的法律服务产品大力推广,其优点不言而喻。我国作为后疫情时代经济复苏最快的经济体之一,必然将在未来的国际贸易中起到举足轻重的作用,贸易量增大的同时商事纠纷也会随之增加,只有提高商事仲裁的效率才能尽快消化这些案件,为当事人争取最大的时效收益。我国《仲裁法》的修订和各大仲裁机构仲裁规则的不断更新必须把握这一机遇,通过完善的快速仲裁规则和完备的仲裁法律体系提高国际认同度,提升国际公信力,最终实现我国建立亚太仲裁中心的目标。

Abstract: As China is about to ratify the Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, the executive advantage of international commercial arbitration will disappear, and the priority of maintaining competitiveness is to improve its efficiency. The expedited procedures have thus arisen rapidly, but due to the lack of relevant model rules and the regulation of international conventions, various institutions have been exploring their own rules. This trend caused negative influence on recognition and enforcement of arbitration award in practice, but also leads to chaos in the development of commercial arbitration. Through historical analysis, combined with cases and data statistics, this paper clarifies the concept and spirit of expedited procedures, and compares the advantages and disadvantages of expedited procedural rules. Provide reference for the construction and improvement of the expedited procedures of arbitration institutions in China.

Keywords: international commercial arbitration; expedited procedure; sole arbitration tribunal; waiver

(责任编辑:王海峰)

论国际投资仲裁中腐败的证明标准

崔起凡*

内容提要 在国际投资仲裁中,关于腐败的证明标准存在不同的理论观点和实践,包括排除合理怀疑、清晰而令人信服、优势证据、初步证据案件以及自由裁量等标准。国际投资仲裁中的腐败问题应当适用优势证据标准,同时可以灵活运用间接证据并结合不利推定予以认定。“一带一路”倡议落实过程中,我国政府和企业应重视腐败包括国际投资仲裁中腐败的证明标准问题。

关键词 国际投资仲裁 腐败 证明标准 间接证据 “一带一路”倡议

引言

关于反腐的重要性与某些具体制度安排,国际社会达成了一定程度的共识,^①并体现于一系列国际法律文件之中,比如《联合国反腐败公约》《关于打击国际商业交易中行贿外国公职人员行为的公约》。其中,《北京反腐败宣言》《二十国集团反腐败追逃追赃高级原则》则代表了在这一问题上的中国主张。在国际社会,腐败被认为与国际公共政策相违背。^②

“一带一路”倡议的落实必须重视腐败问题,因为这项倡议本来就面临一些西方国家的刁难和恶意抹黑,而且,它涉及大量基建项目投资,中国企业习惯于“上层路线”思维,同时“一带一路”沿线国投资法治状况总体欠佳,也为腐败滋生提供了土壤。

大量国际投资仲裁案件涉及腐败问题,主要表现为东道国提出腐败抗辩,主张投资合同是外国投资者通过贿赂取得,因而应认定合同无效或者不受投资协定保护,^③也有个别案件(比如EDF诉罗马尼亚案)中投资者主张东道国官员索贿,违反了“公平与公正

* 崔起凡,浙江万里学院法学院副教授,硕士生导师。本文系浙江省社会科学规划项目(项目编号:18NDJC090YB)的阶段性成果。

① 参见张建:《国际投资仲裁管辖权研究》,中国政法大学博士论文,2018年,第159-160页。关于腐败的概念,尚未形成国际统一的界定,原因在于各国国内法律与实践的差异,在某一国家被视为非法的商业行为,依据另一国的法律、道德准则、习惯或惯例,可能被视为合法的、可以容忍的。

② 同上,第165页。

③ E.g., Metal-Tech v. Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, 2013, paras.372-374.

待遇原则”。

国际投资仲裁中腐败问题的应对是国际反腐制度体系的一部分,而证明标准成为影响腐败认定的关键。在国际投资仲裁领域,相关公约和仲裁规则通常没有明确规定证明标准问题。在国际投资仲裁实践中,腐败的证明标准也存在争议。本文从各国证明标准的比较法考察入手,进而实证分析国际投资仲裁的相关实践,最后提出在“一带一路”背景下我国的应有立场。

一、国内诉讼证明标准的比较法考察

关于国内诉讼中的证明标准,不同法系甚至不同国家之间都存在一定的法律文化差异。仲裁的参与者(包括仲裁员、律师及当事人)来自不同国家,其关于证明标准的立场难免受不同法律文化背景的一定影响。因此,有必要对国内诉讼证明标准问题先行予以考察。

(一) 普通法

总体而言,普通法系法院采取了多元化的证明标准。比如在美国,根据诉讼的性质和负担证明责任的主体不同,主要采取如下三种证明标准,即优势证据标准(preponderance of evidence),清晰和令人信服标准(clear and convincing)以及排除合理怀疑标准(beyond a reasonable doubt)。其中,优势证据标准是指证据显示某一待证事实存在的可能性明显大于其不存在的可能性,适用于普通民事诉讼和刑事诉讼中的积极抗辩;排除合理怀疑是指对于事实的认定不存在符合常理的、有根据的怀疑,通常适用于刑事案件;清晰和令人信服标准介于“优势证据”和“排除合理怀疑”之间,是指证据使得裁判者充分确信其事实的主张是正确的,适用于特殊民事案件。在普通法下,由于指控的严重性较高,腐败、欺诈等严重不法行为的证明标准通常需要适用清晰和令人信服标准。^④在普通法司法实践中还有“初步证据案件”(prima facie case)标准的适用,该标准在不同语境下具有不同的含义,可以分别指程度较低和程度较高的证明标准。^⑤前者仅要求举证人提供初步的证据,如果不能达到,案件将会被驳回;而后者则指构成推定,如果另一方没有反驳,则裁判者可以认定事实。

(二) 大陆法

在许多大陆法系国家,如果法官确信当事方提交的论据证明了事实主张,那么就满足了证明标准,证明标准是一种法官内在的深层次的个人确信。^⑥有学者指出,大陆法系

^④ Richard H. Kreindler, *Aspects of Illegality in the Formation and Performance of Contracts*, Transnational Dispute Management, 2006, Vol. 3:2, p.223.

^⑤ Georg Nils Herlitz, *The Meaning of the Term "Prima Facie"*, Louisiana Law Review, 1994, Vol.55, p.391.

^⑥ Kevin M. Clermont & Emily L. Sherwin, *A Comparative View of Standards of Proof*, American Journal of Comparative Law, 2002, Vol.50:2, p.246.

国家对于腐败和欺诈也会提高证明标准。^⑦ 不过,即使事实如此,大陆法系国家对于腐败和欺诈问题通常没有法律上的证明标准区分。在我国,刑事诉讼中,公诉方的控诉通常须满足排除合理怀疑标准,被告人的积极抗辩适用优势证据标准。而在民事诉讼中,主要适用两种证明标准:高度盖然性为一般证明标准,当涉及欺诈等严重指控,证明标准被提高为排除合理怀疑。^⑧

此外,关于证据标准的性质属于实体问题还是程序问题,在各国理论上存在争议,司法实践的立场也不尽一致。有些国家的主流观点将其视为实体问题,比如瑞士、英国;有些国家的主流观点将其视为程序问题,比如德国、奥地利、乌克兰。

二、国际投资仲裁中证明标准的一般适用

有观点认为,在国际仲裁中证明标准应当适用实体法,理由是证明标准很大程度上决定了一项诉请的重要性,当事方期待实体法能规范与主张的重要性有关的所有问题,意思自治和较高的可预见性是支持适用实体法的主要理由;也有观点认为,国际仲裁中的证明标准应当由程序法调整,在缺乏相关规定时,由仲裁庭自由裁量。^⑨

在国际投资仲裁领域,无论投资协定、习惯国际法还是仲裁程序规则均鲜见证明标准的规定,国际投资仲裁庭实际上享有决定腐败证明标准的自由裁量权。^⑩ 这一点与国际商事仲裁存在差别,因为在国际商事仲裁中,可能因适用不同准据法中的证明标准规则,而对裁决结果产生微妙影响。^⑪

理论上,指控的轻重差异影响证明标准的适用。正如 Higgins 法官在国际法院解决争端过程中指出的那样,“指控越严重,对于所依赖的证据就必须越有信心”。^⑫ 同时,证明标准常常会因为程序的目的、性质、当事方地位事实上是否平等因素的差异而有不同。具体的国际司法程序涉及不同的证明标准,包括初步证据案件,优势证据,清楚和令人信服的证据,排除合理怀疑。此外,自由裁量标准在一些案件,如国际法院审理的 Oil Platform 案中也得到了应用。^⑬

国际司法机构适用的一般证据标准应是优势证据标准,^⑭ 国际投资仲裁领域也是如

^⑦ Allan Redfern, Claude Reymond & Andreas Reiner et al., *Burdens and General Standards of Proof in International Arbitration*, Arbitration International, 1994, Vol.10:1, p.336.

^⑧ 《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 108、109 条。

^⑨ Florian Haugeneder & Christoph Liebscher, *Corruption and Investment Arbitration: Substantive Standards and Proof*, in Austrian Arbitration Yearbook 2009, Christian Klausegger et al. (ed.), 2009, pp.545-546.

^⑩ *Id.*, at 547.

^⑪ Michael J. Bond, *The Standard of Proof in International Commercial Arbitration*, Arbitration, 2011, Vol.77, pp.316-317.

^⑫ Oil Platforms (Iran v. USA), Judgment of 6 November 2003, Separate Opinion of Judge Higgins, ICJ, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders (2003), p.234, para.33.

^⑬ Chester Brown, *A Common Law of International Adjudication*, U.K.: Oxford University Press, 2007, pp.97-102.

^⑭ Mojtaba Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues: a Study on Evidence before International Tribunals*, Netherlands: Kluwer Law International, 1996, p.333.

此。在 Ron Fuchs 案中,仲裁庭认为,绝大多数仲裁庭就国际仲裁程序中证明责任所表达的原则是它们不要求各方当事人承担任何超过优势证据的证明责任。^⑮ 在 Gold Reserve 案中,仲裁庭未能发现依据支持损害赔偿的证据标准应当高于证明实体问题,所以确信其适当的证明标准是盖然性占优(即优势证据)。“盖然性占优”“优势证据”之类的表述在其他投资仲裁案件中也有非常多的适用。^⑯

三、国际投资仲裁实践中腐败证明标准的适用

在国际投资仲裁实践中,腐败等严重不法行为的证明标准的适用存在突出的分歧,而且在部分案件中,仲裁庭采取回避态度,没有明确表明其所采用的具体证明标准。

(一) 未明确提及证明标准

在 World Duty Free 诉肯尼亚案中,针对肯尼亚提出申请人贿赂肯尼亚总统的抗辩,申请人承认支付了两百万美元,但是认为这属于政治性的“私人捐款”,是合法支付行为。仲裁庭认为,由于支付款项的方式非常隐秘,这些款项应该不是为公共目的进行的“私人捐款”,而是为了订立 1989 年协议,所以申请方的行为构成贿赂。^⑰ 不过,仲裁庭在裁决中并没有讨论腐败的证明标准问题。

Inceysa 诉萨尔瓦多案涉及欺诈(欺诈一般被认为与贿赂属于同等程度的严重指控,适用相同的证明标准),仲裁庭认为在投标程序中申请方提交的财务声明及标书中包含了关于其经验和实力的虚假信息。^⑱ 仲裁庭在审查证据后认为欺诈已得到“充分证明”(fully proven)。^⑲ 仲裁庭在认定申请方提交错误信息时,还使用了“明显及充分证明”(clear and were duly proven)、^⑳“明显”(obvious)等表述。^㉑ 不过,仲裁庭在裁决说理中没有涉及欺诈适用的证明标准。

在 Wena 诉埃及案中,埃及主张申请方在订立租赁协议时对一家埃及国有企业的主席进行了贿赂。仲裁庭指出, Kandil 先生(即埃及主张的出面为申请方行贿之人)从未因涉案协议在埃及遭到起诉,埃及未能向仲裁庭提交关于相关调查的任何信息,仲裁庭不知道调查是否进行,以及如果进行了调查,该调查是否因为 Kandil 先生无罪、缺乏证据或是牵连其他政府官员而停止。^㉒ 仲裁庭指出,应该由埃及承担存在贿赂行为的证明责任,不过,除了款项支付时间与租赁协议的签订时间非常巧合地重合以外,埃及并未提交

^⑮ Ron Fuchs v. Georgia, ICSID Case No. ARB/07/15, Award, 2010, para.229.

^⑯ See Marion Unglaube and Reinhard Unglaube v. Costa Rica, ICSID Case No. ARB/08/1 and ARB/09/20, Award, 2012, para.34; Tokios Tokeles v. Ukraine, Case No. ARB/02/18, Award, 2007, para.124.

^⑰ World Duty Free v. Kenya, ICSID Case No.ARB/00/7, Award, 2006, paras.134-136.

^⑱ Inceysa Vallisoletana S.L. v. El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2006, para.103.

^⑲ *Id.*, at para.118.

^⑳ *Id.*, at para.108.

^㉑ *Id.*, at para.118.

^㉒ Wena Hotels Limited v. Egypt, ICSID Case No.ARB/98/4, Award, 2000, para.116.

任何证据反驳申请方提出的相关协议合法的主张。最终,仲裁庭认定埃及提出的申请方曾经贿赂埃及官员的主张没有得到证实。^{②③} 该案也未明确涉及腐败的证明标准。

(二) 提高的证明标准

提高的证明标准是指高于普通案件所要求的优势证据的标准。在国际投资仲裁实践中,腐败等严重不法行为适用的证明标准多是“清晰而令人信服”,也有个别案件采用了“排除合理怀疑”的证明标准。

早在伊朗-美国求偿仲裁庭审理的案件中,针对存在腐败的指控,仲裁庭主张如果仍然存在合理怀疑,那么这一主张不能被认为已经确立。^{②④} 这起案件表明了腐败指控需要满足排除合理怀疑标准。在伊朗-美国求偿仲裁庭审理的另一起案件中,仲裁庭再次指出,仲裁庭一直以来所持的立场是,关于欺诈和伪造的主张必须通过高于其他一般主张的盖然性才能得到证明。^{②⑤} 可见,早在伊朗-美国求偿仲裁庭审理的案件中,仲裁庭已经就腐败等严重不法行为确立了高于“优势证据”的证明标准。

在 EDF 诉罗马尼亚案中,申请方宣称其拒绝向代表时任总理的政府高官支付被索取的贿赂款项之后,包括司法、立法以及税务在内的国家机关协调行动破坏申请方在罗马尼亚的投资,同时拒绝给予申请方到期协议的展期。考虑到指控的严重性,仲裁庭采纳了“清晰而令人信服”的证明标准。仲裁庭对申请人提交的证据逐一加以审查,认为申请人没有满足这一证明标准。^{②⑥} 仲裁庭指出,“在国际仲裁庭和评论者之中,关于腐败需要一个较高的证明标准存在普遍的共识,而在本案中,向仲裁庭提供的关于索贿指控的证据离清晰和令人信服的标准相去甚远。^{②⑦}

在 Siag 诉埃及案中,埃及针对申请方的黎巴嫩国籍提出异议并主张存在欺诈。仲裁庭多数意见认为,通常在大多数法律制度下,对于严重的指控比如欺诈,需要一个较高的证明标准,国际仲裁程序中也是如此。该案仲裁庭援引了 Wena 案的立场,最终采用了“清晰而令人信服”标准。^{②⑧}

(三) 较低证明标准

在国际商事仲裁中存在这样的实践:当腐败的初步证据案件得以确立,仲裁庭认为应当要求另一当事方证明没有卷入腐败(即证明责任倒置);或者,在优势证据的基础上降低对主张腐败的当事方的举证要求。^{②⑨}

在国际投资仲裁实践中,腐败的证明标准尚未出现如此做法。^{③⑩} 不过,一般国际投资

^{②③} *Id.*, at paras.111-117.

^{②④} Oil Field of Texas, Inc. v. Iran, Case No. 258-43-1, Award, 1986, in 12 Iran-US C.T.R. 308, 1986, para.25.

^{②⑤} Gulf Associates Inc v. Iran, Zamzam Bottling Co et al., Case No. 385, Award No. 594-385-2, 1999, para.15.

^{②⑥} *Id.*, at paras.223-231.

^{②⑦} EDF v. Romania, ICSID Case No. ARB/05 /13, Award, 2009, para.221.

^{②⑧} Siag v. Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Award, 2009, para.326.

^{②⑨} Final Award in ICC 6497 (1999), in Yearbook Commercial Arbitration 1999, Albert Jan van den Berg(ed.), 1999, p.71.

^{③⑩} Aloysius P. Llamzon, *Corruption in International Investment Arbitration*, U.K.: Oxford University Press, 2014, p.233.

仲裁案件,比如 Thunderbird 诉墨西哥案^{③①}和 Feldman 诉墨西哥案^{③②},存在初步证据案件的确立足以转移证明责任的实践。有一些学者也支持国际投资仲裁中对腐败适用较低证明标准,认为因为证明腐败几乎不可能,当存在腐败的合理迹象,作为一个适当决定的方法是将证明责任转移给被指控腐败的当事方,由后者证明法定和善意的要求得到了适当满足,而且后者往往容易提供为此所需的证据。^{③③}

(四) 普通证明标准

为了缓和腐败主张的证明困境,一些仲裁庭没有提高证明标准。在 Libananco 案中,申请人主张欺诈等严重指控应当提高证明标准,作为回应,仲裁庭指出,欺诈的确是严重指控,但是不需要适用提高的证明标准。^{③④}在 Tokios Tokelès 案中,仲裁庭要求申请人证明存在针对申请人投资的政府部门之间协同的非法运动,而且要达到“较为可能”(more likely than not)为真实的程度,^{③⑤}即优势证据标准。不过,总体而言,在国际投资仲裁实践中,仲裁庭较少明确提出腐败问题适用优势证据标准。

(五) 自由裁量

这种观点反对在国际投资仲裁中的腐败问题僵化适用清晰而令人信服的证明标准,认为存在灵活适用证明标准的空间。在 Siag 诉埃及案中,持有异议观点的 Orrego 教授认为:清晰而令人信服的证明标准是不适当的,仲裁庭尤其是当它依据国际法裁决争端时,可依据案件情况和所涉事实的性质自由选择相关规则,这一点正在越来越多地被认可。在该案中,采用的证明标准应当是允许仲裁庭自由裁量,从一系列同期的间接证据去推定事实。^{③⑥}此外, Metal-Tech 诉乌兹别克斯坦案的仲裁庭指出,它在决定支持腐败裁定的必要标准时具有相对自由的权力。^{③⑦}Rompetrol 诉罗马尼亚案仲裁庭认为,申请人提出的严重不法行为应当提高证明标准的主张不能成立,即其不认为该案中的欺诈应当适用提高的证明标准。^{③⑧}

^{③①} Thunderbird v. Mexico, A Contribution by the ITA Board of Reporters, 2006, para.95. 在 Thunderbird 案中,仲裁庭指出,如果当事人提交了支持其主张的初步证据,证明责任可以转移到另一方。

^{③②} Marvin Feldman Karpá v. Mexican, ICSID Case No. ARB/99/01, Final Award, 2002, para.177. 在该案中,仲裁庭认为,如果当事人提供的证据足以确立一项其主张为真的推定,证明责任将转移至另一方,如果另一方不能提供足够的证据反驳该推定就会承担不利后果。

^{③③} E.g., Karen Mills, *Corruption and Other Illegality in the Formation and Performance of Contracts and in the Conduct of Arbitration Relating Thereto*, in *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, Albert Jan van den Berg (ed.), 2003, p.295.

^{③④} Libananco v. Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8, Award, 2011, para.125 et seq.

^{③⑤} Tokios Tokelès v. Ukraine, Case No. ARB/02/18, Award, 2007, para.124.

^{③⑥} Siag v. Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Dissenting Opinion of Professor Francisco Orrego Vicuña (of the Award), 2009, p.4.

^{③⑦} *Supra* note 3, at para.238.

^{③⑧} Rompetrol v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/3, Award, 2013, paras.178, 181.

四、国际投资仲裁中腐败证明标准之评述

国际投资仲裁实践中腐败问题适用了不同的证明标准,体现了不同的价值取向,在一定程度上也反映了不同法律文化的影响。^{③⑨}为了增强国际投资仲裁案件审理的可预见性,有必要重新进行理论梳理,确定应然的证明标准。

(一) 不宜适用初步证据案件标准

在国际投资仲裁中适用初步证据案件标准的主张是为克服举证难困境,在该语境下初步证据案件是指一种较低程度的证明标准。此种观点的出发点在于,腐败行为难以被发现和证明,通常申请人不能提交关于腐败的物证或书证,仅仅能提供证人证言,证明作用有限。

如果初步证据案件的确立可以导致证明责任(“说服责任”或者“客观证明责任”)转移的话,^{④⑩}那将明显造成不公,因为主张腐败的人容易转移证明责任,较低证明标准可能鼓励当事方提出没有依据或过多的腐败主张以干扰仲裁程序。尽管腐败证据难以获取,这仍不足以作为适用较低证明标准或转移证明责任的理由。而且,确立初步证据案件即能转移证明责任背离了“谁主张,谁举证”的一般原则,仅仅因为难以获取证据就轻易倒置证明责任,缺乏足够的正当性,也会对东道国造成过于沉重的负担。

(二) 不宜提高证明标准

国际投资仲裁中提高腐败证明标准的理由在于腐败指控比较严重,相应地证明标准也应当提高。实际上,指控越严重,证明标准应当越高,作为一种较为普遍接受的观点更适合国内司法。基于多方面的原因,国际投资仲裁中腐败的证明标准不宜提高。首先,在国际投资仲裁中,“清晰而令人信服”或“排除合理怀疑”标准几乎无法达到,尤其是国际投资仲裁庭没有国内司法机关那样的调查、审讯机制和相应的强制性权力,客观上极易纵容腐败等非法行为。其次,国际仲裁中的腐败主张如果成立可能会导致投资合同被宣告无效,而不像在国内司法中腐败的成立会导致更为严重的刑事追责(除了罚金、没收财产等金钱处罚,通常会限制责任人的人身自由),所以国际投资仲裁中的腐败主张和国内诉讼一样适用提高的证明标准并不当然具有合理性。最后,在英美等一些国家,已有法庭质疑严重指控应提高证明标准这一原则。例如,在 *Hornal v. Neuberger Products Ltd* 案中,上诉法庭明确指出,即便在民事诉讼中指控存在犯罪行为,证明标准仍是“盖然性权衡”。^{④⑪}

^{③⑨} *Supra* note 30.

^{④⑩} *Supra* note 14, at 36, 251–253. 有学者指出,国际司法机构的证明责任分配,与一般国内法庭相当,于整个程序进行中并不会转移,而始终由特定当事者负担特定事项的证明责任。

^{④⑪} Adrian Keane, James Griffiths & Paul McKeown, *the Modern Law of Evidence*, U.K.: Oxford University Press, 2010, p.108.

（三）自由裁量标准具有局限性

国际投资仲裁领域缺乏明确的证明标准,一般而言,仲裁庭就证明标准包括腐败行为的证明标准享有自由裁量权。不过,完全凭仲裁庭的自由裁量认定腐败是否得到证明,可能造成标准具体适用的随意性和不一致性,进一步恶化已经广泛存在的关于国际投资仲裁正当性的质疑。至少,国际投资仲裁中腐败的证明标准应当具有相对的确定性。

（四）一般应适用优势证据标准

国际投资仲裁中的腐败原则上应当适用优势证据标准,同时允许有一定灵活性的处理。

原则上腐败问题适用优势证据标准,原因在于:其一,优势证据标准合理平衡了双方的利益,也大致平等地分配了裁判错误的风险。其二,优势证据标准可以调动当事方提交证据的积极性,有利于查明事实。由于缺乏强制性权力,国际投资仲裁更依赖于当事方的善意合作。如果提高证据标准,在该标准被满足以前,不承担证明责任的一方可能保持观望态度而不用担心败诉。而在优势证据标准下,该当事人通常更可能积极举证,以影响仲裁员产生对己方有利的心证,这样在双方对抗之下,仲裁庭可以在相对充分的证据基础上准确认定事实。

因腐败等严重非法行为的直接证据难以获取,仲裁庭可以通过间接证据结合不利推定的方法来缓和证据标准的要求(间接证据的应用将在后文详述)。也就是说,主张存在腐败等严重不法行为的当事方提供的间接证据,如果已确立了初步证据案件但难以满足应然的证明标准时,仲裁庭可以自行或依申请命令另一当事方履行证据披露的合作义务,如果对方未能提供或者拒绝提供反证却没有做出合理解释,仲裁庭可以认定其目的是隐瞒腐败等非法行为从而推定非法行为得以证实。^{④2}

当仲裁庭决定进行不利推定,仲裁庭必须确认相关条件的满足:首先,要求不利推定的当事人已经提交了在其控制之下的所有相关证据,无论如何,已经确立了腐败的足够表象(sufficient indicia)以支持其主张;其次,被要求提供证据的当事人拒绝提供证据;最后,进行的不利推定与记录在案的事实相符,而且与当事人保留不提交的证据具有逻辑上的关联。^{④3}进行不利推定时,仲裁庭必须谨慎从事,仅能在逻辑和日常经验支持的情况下进行。在EDF案中,仲裁庭指出,即使被申请人不提出反证,仍然不具备进行不利推定的空间。由于申请人提供的关于腐败的证据较弱且证据之间不一致,申请人的证据离应然的证明标准存在非常重大的差距。^{④4}

这里不利推定的适用不同于上文所述适用较低证明标准立场中的证明责任倒置。不利推定仅发生在被指控方未能提交证据的情况下,这时可以合理解释为被指控方试图

^{④2} T. J. Fox & S. Wilske, *Corruption in International Arbitration and Problems with Standard of Proof: Baseless Allegations or Prima Facie Evidence*, *Transnational Dispute Management*, 2013, Vol. 3, p.501.

^{④3} Carolyn B. Lamm, Hansel T. Pham & Rahim Moloo, *Fraud and Corruption in International Arbitration*, *Transnational Dispute Management*, 2013, Vol.10:3, pp.704-706.

^{④4} *Supra* note 27, at para.221.

隐瞒非法行为,这为主张严重不法行为的当事人提供了进行推定的另外的基础事实,不过证明责任在程序中始终都由该当事人承担。而证明责任倒置的情况是指在主张非法行为的一方提供初步证据之后,证明责任即由被指控方负担,即使被指控方不存在拒绝提交证据或隐瞒证据嫌疑的情况下也是如此。可见,证明责任倒置使被指控方承担了更重的负担,破坏了利益平衡。

五、间接证据在国际投资仲裁中的应用

由于贿赂等行为高度的隐蔽性,在国际投资仲裁程序中,主张腐败的当事人不大可能获得直接证据,比如可以单独证明在受贿方和行贿方之间存在贿赂行为的视听资料、证人证言或者书面合同。当事方往往只能提供相关的间接证据或旁证,即不能单独证明而需要与其他证据结合才能证明案件主要事实的证据(参见在本节援引的 Metal-Tech 诉乌兹别克斯坦案中,仲裁庭考虑的三个方面的要素,它们都是典型的间接证据)。在国际投资仲裁中,腐败的间接证据能否以及如何应用与证明标准的满足密切相关,尤其是在仅有这些间接证据的情况下。

总体而言,在国际争端解决中间接证据的应用比较常见。比如,国际法院在 Corfu Channel 案中指出:违反国际法的受害一方,通常不能提供引发责任的事实的直接证据。这样的国家应当被允许更自由地求助于事实推定和间接证据。这样的间接证据在所有法律制度中被承认,并且间接证据的应用在国际裁决中被普遍认可。^{④⑤}

在国际投资仲裁中,间接证据在理论上被认为足以证明腐败的存在,^{④⑥}实践中这种观点也得到了采纳。比如 Metal-Tech 诉乌兹别克斯坦案仲裁庭指出,提供腐败的直接证据非常困难,通过间接证据也可以证明腐败。^{④⑦}一些仲裁庭似乎表明由于间接证据的性质,通常需要结合相当数量的表征(a multitude of indices)才能够证明腐败存在,对于这些表征,在不同案件的具体情况下可能会被赋予或多或少的权重,而且在这方面没有强制适用的规则。^{④⑧}在 Rumeli 诉哈萨克斯坦案中,仲裁庭指出:“通常国际仲裁庭已经给予间接证据完全的证明价值。当评估应该给予该证据的证明价值时,仲裁庭考虑两个独立的因素:一是当事人在程序中的态度。如果一方当事人,就像本案中的被申请人,未能履行其义务,比如拒绝出示被要求出示的书证或人证,仲裁庭有权从该行为中得出不利结论。当证人明显缺乏独立性,这同样也适用,就如本案中被申请人提供的那些证人。二是直接证据是否无法获得。”^{④⑨}

^{④⑤} Corfu Channel, U.K. v. Albania, I.C.J. 4, Judgment, 1949, para.47.

^{④⑥} Matthias Scherer, *Circumstantial Evidence in Corruption Cases before International Arbitral Tribunals*, International Arbitration Law Review, 2002, Vol. 5:2, pp.31-36.

^{④⑦} *Supra* note 3, at paras.243, 293.

^{④⑧} *Supra* note 9, at 539-555.

^{④⑨} Rumeli v. Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, 2008, A Contribution by the ITA Board of Reporters, para.444.

关于间接证据的具体应用,一些仲裁庭进行了颇具意义的尝试。在 Metal-Tech 诉乌兹别克斯坦案中,仲裁庭试图借鉴国内司法经验,援引了英国法律实践中的“红旗”原则(该原则涉及腐败的表征清单)的做法,^{⑤0}指出“红旗”清单仅仅是列明了一些具有良好常识的法官在评估腐败时会考虑的因素。^{⑤1}仲裁庭指出,关于该案中认定与顾问合同有关的腐败问题,它考虑了三个方面的因素:(1)该顾问没有任何相关必要的资质;(2)该顾问与政府官员关系密切,其中一个顾问是总理的兄弟;(3)该顾问接受了不成比例的高报酬。在此基础上,仲裁庭认定在乌兹别克斯坦法下腐败的证明达到了合理确定性,因此在相关双边投资条约的框架下该项投资不受保护,而且仲裁庭对于基于条约的诉请缺乏管辖权。在 Methanex 诉美国案中,仲裁庭采用了对间接证据进行“多点联系”(connecting the dots)的方法,在已证事实基础上得出结论。仲裁庭在该案中指出:当孤立地去看个别证据的时候,似乎不能发现其重要意义,当放在一起看,它们则为事件提供了具有说服力的可能解释。当适用该方法时,非常重要的一点是,首先把所有相关的点集合一起;其次,在一个被尝试的方案中,审查每一个点,考虑它所在的具体情境和重要意义。^{⑤2}

六、结 论

关于腐败,国际投资仲裁领域缺少明确的证明标准规则。国际投资仲裁的相关实践中证明标准的适用具有明显的不一致性,这是一定程度上受到不同价值取向和不同法律文化影响的结果。腐败的证明标准不宜采用“清晰而令人信服”“排除合理怀疑”或者“初步证据案件”,也不宜赋予仲裁庭过大的自由裁量权,应当采用优势证据标准。而且,在国际投资仲裁中间接证据往往至关重要。当主张腐败的一方确立了初步证据案件,仲裁庭可以自行或依申请要求另一方提供反驳证据,如果遭到无理拒绝,可以进行不利推定并认定相关事实成立。间接证据结合不利推定认定腐败,是仲裁庭灵活适用优势证据标准的具体表现。

为落实“一带一路”倡议,中国政府须要高度重视反腐败问题,应当坚定地倡导和引领各国,尤其“一带一路”沿线国家强化国际反腐机制的建设,在相关投资协定中明确规制腐败问题,包括腐败的证明标准应采用优势证据。在参与国际投资仲裁的过程中,我国企业或政府应重视仲裁员的不同法律文化背景,以及它对腐败证明标准适用可能带来的微妙影响,做好具有针对性的攻防准备,能够根据需要援引关于腐败证明标准的先例。在收集证据过程中,重视间接证据,合理要求对方当事人的证据出示,并配合不利推定的运用,^{⑤3}以获得所需关于贿赂的证据(包括书证和证人证言)或事实认定。不同证

^{⑤0} Woolf Committee & Business Ethics, *Global Companies and the Defence Industry: Ethical Business Conduct in BAE Systems Plc*, May 2008, pp. 25-26 and footnote 340, <http://www.baesystems.com>, last visited Mar. 28, 2021.

^{⑤1} *Supra* note 3, at para.238.

^{⑤2} *Methanex v. U.S.A.*, NAFTA/UNCITRAL, Final Award on Jurisdiction and Merits, 2005, Part III, Ch.B, para.2.

^{⑤3} 参见《国际律师协会关于国际商事仲裁的取证规则》第3条、第4条第9款、第9条第4、5款。

明标准的适用将影响腐败的认定,为防止证明标准的适用给当事方造成“突袭”,仲裁庭最好尽早与当事各方公开讨论证明标准,促成当事方就此达成协议,或者,至少仲裁庭可在当事方获取证据之前提供证明标准的指引,以免违反正当程序的基本原则。^{⑤4}

Abstract: As for standard of proof for corruption in international investment arbitration, there exist different opinions and practices, such as beyond any doubt, clear and convincing, preponderance of evidence, prima facie and discretion. The standard of preponderance of evidence should be applied for corruption in international investment arbitration, and circumstantial evidence could be used to find the truth, in combination with adverse inference. During the course of OBOR implementation, the government and enterprises of China should pay much attention to the issues of corruption including its standard of proof in international investment arbitration.

Keywords: international investment arbitration; corruption; standard of proof; circumstantial evidence; OBOR initiative

(责任编辑:魏 庆)

^{⑤4} José Rosell & Harvey Prager, *Illicit Commissions and International Arbitration: The Question of Proof*, Arbitration International, 1999, Vol.15:4, p.348.

南美洲国家联盟新型投资争端解决中心 方案探析及对中国的启示

许皓 吴效乾*

内容提要 南美洲国家联盟新型投资争端解决中心方案,是当前发展中国家对投资者-国家争端解决机制予以完善的最新实践之一。该方案对投资者-国家争端解决机制的外部组织架构和内部运行制度都进行了一定的革新,对于国际投资法制的发展具有一定的进步意义,但也留下了一定的隐患。“一带一路”倡议是新时期中国全面扩大对外开放的重要举措,反映了当今时代的特点和要求,中国在探索构建“一带一路”新型投资争端解决机制的过程之中,应当充分汲取南美洲国家联盟新型投资争端解决中心方案的经验和教训,逐步构建出具有新时代中国特色的投资争端解决方案,为国际投资法制的发展贡献出“中国智慧”。

关键词 南美洲国家联盟 投资争端解决机制 投资者-国家争端解决 “一带一路”

近年来,随着我国“一带一路”倡议以及营商环境改革的推进,“一带一路”投资争端解决机制的构建逐渐成为理论和实践热点,众多学者对于该机制设立的基础、风险、内部制度、组织架构等问题,均进行了诸多富有创设性和前瞻性的讨论。^①从目前国内外的政治经济环境以及中国政府对待“一带一路”投资争端解决机制的态度来看,^②构建新型的“一带一路”投资争端解决机制极有可能成为我国国际投资法制构建的重点。^③作为世界上最大的发展中国家,中国在探索构建“一带一路”投资争端解决机制的过

* 许皓,黄冈师范学院政法学院讲师,明珠学者;华东政法大学国际法学院博士后研究人员。吴效乾,上海文盛资产管理股份有限公司法务经理。本文为黄冈师范学院“习近平新时代中国特色社会主义思想”研究专项课题(项目编号:202007603)资助成果。

- ① 参见王贵国:《“一带一路”争端解决制度研究》,载《中国法学》2017年第6期,第56-71页;初北平:《“一带一路”多元争端解决中心构建的当下与未来》,载《中国法学》2017年第6期,第72-90页;廖丽:《“一带一路”争端解决机制创新研究——国际法与比较法的视角》,载《法学评论》2018年第2期,第166-173页;石春雷:《国际商事仲裁在“一带一路”争端解决机制中的定位与发展》,载《法学杂志》2018年第8期,第24-31页;王军杰、石林:《论“一带一路”沿线“投资者-东道国”争端解决的路径与机制》,载《西北民族大学学报》(人文社会科学版),2018年第6期,第99-103页;贺旭红、郭翠萍:《ICSID管辖权的扩大及应对——以“一带一路”倡议为视角》,载《经济问题》2016年第4期,第7-12页。
- ② 2018年11月于北京召开的中国国际经济法年会上,商务部副司长蒋成华介绍,中国政府逐渐开始重视构建“一带一路”投资争端解决机制的相关内容,并鼓励学界对此问题进行更加充分地讨论和研究。
- ③ 王琦:《“一带一路”争端解决机制的阐释与构建》,载《法学杂志》2018年第8期,第14页。

程中,理应充分汲取世界各国和国际组织在推动构建投资者—国家争端解决(Investor-State Dispute Settlement,以下简称ISDS)机制中所形成的经验或教训,进而推动这一方案朝向更具可持续性的方向发展。本文以此为出发点,将目光放置在拉丁美洲这一发展中国家和区域性国际组织十分集中的地区,着重研究当前发展中国家针对ISDS机制所提出的最新改革方案——南美洲国家联盟(Unión de Naciones Suramericanas,以下简称UNASUR)新型投资争端解决中心方案的缘起、制度等内容,并在深入分析该方案优劣的基础之上,为我国推动“一带一路”投资争端解决机制的构建提供一定的思考和建议。

一、南美洲国家联盟新型投资争端解决中心缘起

纵观国际争端解决机制的发展历史,都是按照已签署的双边协定或区域协定中做出的明确约定进行区域内的争端解决,每一种国际争端解决机制都在促进全球及区域性合作中发挥了重要作用。某种程度上看,当前UNASUR所提出的新型投资争端解决中心方案,是拉丁美洲发展中国家数十年来参与ISDS机制所采取的最为大胆的改革。这一改革方案的缘起有着其独特的历史、政治和社会背景,归纳起来,主要有两大因素对这一方案产生了最为重要的影响:一是拉丁美洲国家的区域一体化进程不断发展;二是拉丁美洲国家对以国际投资争端解决中心(International Centre for Settlement of Investment Disputes,以下简称ICSID)为核心的ISDS机制越来越多的不满。

一方面,拉丁美洲国家的区域一体化进程,为UNASUR提出自己的投资争端解决方案奠定了政治基础。^④自二战后,拉丁美洲因其在历史、文化、人口、地理等方面所具有的天然认同感,推动该地区一体化的进程始终处于不断的发展过程之中。^⑤作为拉丁美洲区域一体化发展的新近产物,UNASUR以欧盟为参考,力图实现完整的区域联盟这一鲜明特征而成为当前拉美区域一体化的代表。该联盟以2004年产生的南美洲国家共同体为基础,与安第斯共同体(Comunidad Andina De Naciones,简称CAN)合并形成,2007年改名为“南美洲国家联盟”。^⑥2008年5月,联盟成员12个国家领导人签署《南美洲国家联盟宪章》,宪章指出,UNASUR的目标是在优先考虑政治对话、社会政策、教育、能源、基础设施、融资和环境等基础上,以参与、协商的方式在文化、社会、经济和政治领域为人民建立一体化和联合的空间,从而消除社会经济不平等、实现社会包容和公众参与,并在强调国家主权和独立的框架内加强民主、减少不平衡。联盟在经济、政治等问题上

^④ Manuel a. Gómez, *The South American Way: Sub-regional Integration under ALBA and UNASUR and International Dispute Resolution*, Hungarian Journal of Legal Studies, 2017, Vol.58:4, p.455.

^⑤ 比较典型的有中美洲共同市场(CACM, 1960)、拉丁美洲自由贸易协会(LAFTA, 1961)、加勒比自由贸易区(CARIFTA, 1969)、安第斯共同市场(ACM, 1969)、加勒比共同体(CARICOM, 1973)、拉丁美洲一体化协会(LAIA, 1980)、南方共同市场(MERCOSUR, 1991)、美洲人民玻利瓦尔联盟(ALBA, 2004)、南美洲国家联盟(UNASUR, 2008)等一体化组织。

^⑥ 南美洲国家联盟由玻利维亚、哥伦比亚、厄瓜多尔、秘鲁4个安第斯共同体成员国和阿根廷、巴西、乌拉圭、巴拉圭和委内瑞拉5个南方共同市场成员国,以及智利、圭亚那和苏里南共12个南美国家组成。

的高度合作与一致发展目标,成为之后 UNASUR 力图在投资制度等问题上取得突破的重要政治支撑。

另一方面,拉丁美洲国家对 ISDS 机制愈发不满的态度,成为 UNASUR 主动推进投资争端解决中心建立的另一重要因素。曾经,拉美国家希望通过加入全球 ISDS 机制来获取国际社会投资以及世界银行的帮助,因而决定将自己纳入到 ICSID 的管辖之中。虽然这一选择对于拉美地区在之后数十年持续的投资繁荣确实产生了重要的推动作用,然而,20 世纪八九十年代拉丁美洲所爆发的一系列经济危机和政治动荡,诱发了大量以 ISDS 机制为支撑向拉丁美洲国家主权发起挑战的案件,ISDS 机制所具有的弊端也开始在拉丁美洲越来越多地体现。根据 ICISD 的统计,ICSID 所有受理的案件,23% 的被告方为南美洲国家,6% 为中美洲和加勒比地区国家。一系列案件赔偿使得本就因经济危机面临巨大财政压力的拉美国家政府更加困难,同时案件裁决过程中对公共利益、环境保护等可持续发展问题等的忽视,也使得许多国家政府面临着巨大的舆论压力,甚至社会稳定也受到一定程度的不利影响。因此,拉美国家纷纷以不同形式表达对以 ICSID 为代表的 ISDS 机制的不满:有的国家直接退出 ICSID,例如厄瓜多尔和玻利维亚;有的国家以法院审查为由不服从裁决,例如委内瑞拉和阿根廷;还有的国家选择建立反对投资争端解决委员会的形式表达不满,例如尼加拉瓜。^⑦

正是在上述拉美一体化和对 ISDS 不满等因素的影响下,拉美国家开始尝试,在 UNASUR 这一区域性一体化组织中,建立符合自身利益的新型投资争端解决中心。2009 年 6 月,在美洲国家组织大会第三十九届会议上,厄瓜多尔外交部长 Fander Falcon í 提议 UNASUR 建立一个仲裁中心作为 ICSID 的替代方案,之后在 2010 年 12 月,南美洲联盟成员国的外交部长一致决定厄瓜多尔应该主持拟议的仲裁中心争端解决机制的工作组,在同次会议上,厄瓜多尔提交了关于该中心规则的提案。2012 年,《解决南美洲国家联盟投资争端中心的组织协议草案》产生,但是各成员国对此草案并不满意,因此没有达成共识,UNASUR 遂于 2014 年制定了新的草案,该草案相比于 2012 年草案,由 26 条扩充至 41 条并涵盖过渡性条款,对新设中心的管辖、裁判程序、仲裁员选任、撤销和上诉等 ISDS 关键性问题均进行了规定。该集团在 2016 年已就 UNASUR 投资争端中心约 80% 的组织协议达成共识,这似乎也是 UNASUR 投资争端解决中心逐渐构建的积极信号。^⑧

二、UNASUR 投资争端解决中心草案对 ISDS 机制的革新

2014 年《解决南美洲国家联盟投资争端中心的组织协议草案》序言对 UNASUR 新设中心的定位十分明确,即为了鼓励在南美洲进行投资,并鼓励投资者更多地参与实施

^⑦ 韩秀丽:《再论卡尔沃主义的复活——投资者-国家争端解决视角》,载《现代法学》2014 年第 4 期,第 123 页。

^⑧ Katia Fach Gómez & Catharine Titi, *International Investment Law and ISDS: Mapping Contemporary Latin America*, Journal of World Investment & Trade: Special Issue, 2016, Vol.17:4, p.5.

有助于东道国发展的区域生产项目，UNASUR 需要在尊重成员国的主权并事先明确表示同意接受本协议所设机构的管辖基础上，设立一个专门、独立和公正的机构来解决投资争端。在这一宗旨的指导下，UNASUR 针对新投资争端解决中心的基本构成，进行了系统性地规定，涉及新中心的一般规定、结构和运作、中心框架内建立的机制以及过渡性条款等内容。而正如 Silvia Karina Fiezzoni 学者所言，这一改革方案包括了拉丁美洲国家对 ICSID 程序的所有观察。^⑨ 具体来看，在以下几个方面的创新，是该新设投资争端解决中心草案最大的创新之处。

首先，在管辖范围上，虽然 UNASUR 仅是一个区域性的投资争端解决中心，但其在解决投资争端这一问题上并不局限于 UNASUR 的范围之内。2012 年制定第一份新投资争端解决中心草案时，UNASUR 仍然保留着较强的区域主义倾向，其在前期仅将中心的管辖范围限定在联盟范围之内。而到了 2014 年草案修订时，联盟对新设投资争端解决中心的管辖范围进行了较大的拓展，在内容上与 ICSID 管辖范围已经十分相似，无论是联盟内部的投资争端，还是域外国家和地区发生的争端，在符合相关管辖权规定的条件下，均可提交至该中心。此外，值得一提的是，相比于 ICSID，该新设中心对于拓展国际投资仲裁的管辖范围具有较大的积极作用，其典型的体现是巴西对 ISDS 机制的接纳：巴西不是 ICSID 公约的签署国，也未批准任何双边的投资条约，但是其决定批准 UNASUR 条约，并与其他成员国一道在 UNASUR 内建立区域仲裁中心这一政治意愿，本身代表了国际仲裁法制的创新发展。由此可见，随着区域性协定，甚至建立区域性合作组织一体化建设，导致“国际规范密度、数量和复杂性”^⑩ 增强。某种程度上这也表明，区域性投资争端机制的建立虽然始于区域一体化的政治基础，但在实际运作过程中却呈现出某种“溢出效应”。换言之，即便 UNASUR 设立的最初动因源自于南美洲国家联盟在经济、政治、文化等方面的地方认同感，但作为一个负责任的投资争端解决机构，UNASUR 势必会在经济全球化的背景下更多地体现出有效解决争端的基本功能。它不仅能在联盟内部高效地解决南美洲国家之间的投资争端，更能够随着市场四大自由的跨国流动，在域外国家和地区发挥出合理解决争端的重大作用。

其次，组织架构改革，是新型投资争端解决中心的一大创新。UNASUR 在此问题上，坚持打破传统 ISDS 机制一裁终局的基本属性，各成员均一致同意创设新的组织架构，从而保证裁决的公平公正与协调统一。但在具体内容设计上，目前 UNASUR 存在着两种不同的方案：第一种方案是由阿根廷、厄瓜多尔、巴拉圭和委内瑞拉四国所提议设立的常设法庭，此方案成为草案中争议最大但也是最具创新性的内容。上述四国提议由最多 12 名来自成员国的法官组成 UNASUR 常设法院负责 UNASUR 成员国投资争议的上诉或者

^⑨ Silvia Karina Fiezzoni, *The Challenge of UNASUR Member Countries to Replace ICSID Arbitration*, Beijing Law Review, 2011, Vol.2, p.143.

^⑩ [英] 切斯特·布朗：《国际裁决的共同法》，韩秀丽等译，法律出版社 2015 年 9 月版，第 30-31 页。

撤销事宜。^⑪ 在处理撤销或上诉请求时,除非双方另有协议,将组建由常设法院三名成员组成的分庭,而在建立分庭时,如果存在一方当事人国籍的成员时,那么也必须还有另一名成员来自另一方当事方的国家。而第二种方案则由巴西、哥伦比亚和秘鲁三国提出,其不赞成较为激进的投资法庭法院设计,而是提议立即设立一个特设上诉委员会,该委员会由双方任命的在同一争议中未曾担任过仲裁员、协调人或调解人的三名成员组成,由该委员会对相关的投资争议中的撤销或者上诉事宜予以审查。^⑫ 尽管目前两种不同的方案仍在商讨之中,但无疑表明了南美洲国家对于公平解决投资争端的价值追求。尤其是从机构设置和人员构成方面的构想中可以看出, UNASUR 成员国试图通过不同的方案设计来保持争端解决的中立性和公平性,据此排除法官国籍因素及相关政治因素的干扰。

再次,与组织架构改革紧密联系的撤销机制和上诉机制的具体制度设置,也是该中心的一大创新点,2014年草案第27条至第32条对这一重要内容进行了详细的规定。在撤销问题上,草案强化了《华盛顿公约》第52条的规定,明确规定在以下几种情形下,任何一方都可以提出撤销申请:法庭没有适当组成;法庭明显超出其权力;法庭任何成员存在贪污行为;严重违背任何基本程序规则;仲裁员未在裁决中表明决定所依据的理由。而在上诉问题上,草案相比于《华盛顿公约》有了很大的突破。虽然上诉机构的具体设置上,联盟内部仍然存在一定的分歧,但是成员国突破性地一致规定了当事方的上诉权,即在仲裁庭发布裁决后的120天内,各方当事人可在草案规定的特定情形出现时,向中心秘书提起上诉。这一具体情形包括争议适用法律存在解释或适用错误,或事实理解存在明显错误进而对证据采纳产生负面影响并因此改变案件裁决时(阿根廷、巴拉圭和委内瑞拉三国提议)。^⑬ 此外,该草案对于上诉机构设置的时间限制、仲裁员成员以及上诉机构成员的国籍等问题也进行了诸多细化。这些具体细致的规定充分表明, UNASUR 在制度设计上试图以更全面和更完备的规则实现公平解决争端的基本宗旨,同时也更大程度地展现了对于当事人权利的尊重。可以说,草案的规定一方面加强了对于法庭及仲裁员权力的限制,另一方面也拓展了当事人的权利范围,尽最大可能改善和优化了投资争端解决的程序性事项。

最后,对于 ISDS 机制存在的仲裁员选任和资格认定这一问题, UNASUR 的草案进行了较大的改进。例如,在首席仲裁员的任命上,草案创设性地采用了“剔除挑选”的

^⑪ IISD, *UNASUR Centre for the Settlement of Investment Disputes: Comments on the Draft Constitutive Agreement*, https://www.iisd.org/itn/en/2016/08/10/unasur-centre-for-the-settlement-of-investment-disputes-comments-on-the-draft-constitutive-agreement-katia-fach-gomez-catharine-titi/#_edn7, last visited Jun.21,2021.

^⑫ IISD, *UNASUR Centre for the Settlement of Investment Disputes: Comments on the Draft Constitutive Agreement*, https://www.iisd.org/itn/en/2016/08/10/unasur-centre-for-the-settlement-of-investment-disputes-comments-on-the-draft-constitutive-agreement-katia-fach-gomez-catharine-titi/#_edn7, last visited Jun.21,2021.

^⑬ IISD, *UNASUR Centre for the Settlement of Investment Disputes: Comments on the Draft Constitutive Agreement*, https://www.iisd.org/itn/en/2016/08/10/unasur-centre-for-the-settlement-of-investment-disputes-comments-on-the-draft-constitutive-agreement-katia-fach-gomez-catharine-titi/#_edn7, last visited Jun.21,2021.

方式。草案规定,如果当事方在协商开始后十天内未能就担任仲裁庭主席的仲裁员达成协议,则秘书处将向其提交五名候选人名单;每一缔约方应从名单中排除两名候选人,并在未被排除的三名候选人中作出优先顺序;最后,秘书处根据当事方的相似性选择将担任仲裁庭主席的仲裁员。这一选择方式,也延续到了特设上诉委员会的成员选任之上,在双方就上诉委员会成员无法达成一致意见时,秘书处也会提交给当事方一份不少于六人的候选人名单,由当事方进行选择 and 剔除,秘书处则基于选择的相似性作出最终决定。又如,在仲裁员、调解员或者法院成员的资格问题上,草案授权中心董事会批准秘书处、协调人、调解人和仲裁员的行为准则,对于常设法院的成员,草案规定,法院成员应在国际法领域享有崇高的道德价值、声誉和公认的专业经验,他们应具有必要的公正性和职能独立性,并且不接受任何与争议有关的政府指示。^⑭此外,为了确保法院成员能够适格地履行职能,草案规定,上述关于成员资格的行为守则应载有关于确保常设法院成员与参与争端的所有缔约方保持独立性的规定。草案的规定与联合国贸易法委员会第三工作组提出的改革方案相比较而言,更加具有可操作性,而联合国贸易法委员会第三工作组的改革方案中仅笼统提到“在过程更透明度的情况下更多地使用指定机构和使用预先制定的仲裁员/审裁员名单(名册)”。^⑮

三、新设投资争端解决中心评析

一个社会的争端解决方式反映了这种文化的世界观,并在争端解决的过程中突出表现出来。^⑯南美洲国家联盟新型投资争端解决中心的设立,无疑体现了拉丁美洲国家独特的社会文化及世界观。尽管 UNASUR 设立区域性争端解决机制的初衷,更多地是基于发展中国家的身份试图改变 ICSID 对其产生的不利局面,然而,推动该机构得以设立的根本动力则在于拉丁美洲国家区域一体化的政治基础。换言之,虽然南美洲许多国家对 ICSID 存在种种不满,但如果缺乏拉美地区区域一体化的发展作支撑, UNASUR 投资争端解决中心的设立可能仍然只是一种虚幻的构想。正因为南美洲国家在文化认同、经济发展以及政治合作上奠定了较为良好的基础,这一新设投资争端解决中心才具备了从设想到设立的现实可能性。

纵观各家之言,对于拉丁美洲设立新投资争端解决中心,学者对于其评价褒贬不一。有的学者,例如 María Sarmiento 认为,为了改善目前的国际投资争端解决状况,建立一个解决投资争端的区域或拉丁美洲中心既明智又可行,如果 UNASUR 投资争端解决中心

^⑭ 2014 Draft Constitutive Agreement of the Centre for the Settlement of Investment Disputes of the UNASUR, Article 32 bis.

^⑮ UNCITRAL, *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Note by the Secretariat*, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.166/Add.1>, last visited Jun.21,2021.

^⑯ P.H.Gulliver, *Dispute and Negotiations*, USA: New York Academic Press, 1979, pp.60-65.

成为拉丁美洲国家的合法选择,那么这一努力将给予拉美国家极大的自信和尊重。^{①⑦}诚如所言,从积极意义看来,区域性争端解决中心的设立的确在一定程度上改善了拉美国家在国际投资领域的基本面貌,展现了其从根本上试图解决当前投资争端解决所面临的困境。并且,从既有的投资争端解决的国际法实践来看,以 ICSID 为代表的 ISDS 机制给拉美国家带来了诸如主权挑战、财政危机、社会动荡等一系列负面影响,而 UNASUR 投资争端解决中心的设立无疑将极大地改善这一局面,为公平合理地解决投资争端奠定制度基础。

不过,也有学者指出,如果 UNASUR 的中心仅仅被视为区域财团或者投资者组成的不当场所,那么它只不过是一个由发展中国家组成的“北美自由贸易区”(North American Free Trade Area,简称 NAFTA)翻版而已,并且任何此类论坛,无论是区域论坛还是全球论坛,都会带来政治干预的风险,特别是在缺乏司法独立的传统因素的情况下。^{①⑧}的确,UNASUR 投资争端解决中心虽然因其区域一体化的政治基础而更显优势,但也会在某种意义上受制于这一政治因素。一般而言,国际争端的解决因争端的类型差异而采取不同的解决方法,例如法律争端、政治争端和混合型争端等,各自所采取的解决方法便有外交与司法等不同方式。而国际投资争端,则更多地表现为高度法律化乃至去政治化的国际争端。因此,就国际投资争端解决机制而言,也必然倾向于中立性的基本立场。这一点无论是从既有的 ICSID 的机构成员设置,还是 UNASUR 投资争端解决中心自身的组织架构,都可以印证这种去政治化的设计初衷。并且,从前述草案对于法庭及仲裁员权力事无巨细的限制性条款也可看出,南美洲国家对于这一新设投资争端解决中心所肩负的公正解决争端的责任和使命抱有较高期待。然而,一个建在区域一体化政治基础上的争端解决机构,其在构想、设立、运作、实施等诸多环节势必也会依赖于拉美地区各国的政治互信。这种政治互信,在某种程度上则具有很大的不确定性。其一,南美洲国家区域一体化的进程虽然有所加快,但其一体化程度仍然处在发展之中,各国由经贸往来所形成的相互依赖关系仍然较为脆弱,而由经济一体化所促成的政治互信和文化认同则仍处在成型阶段。其二,由各国政治互信所搭建起来的投资争端解决机构具有相当程度的不稳定性,各国难免会因为经贸摩擦乃至矛盾而造成彼此间的信任危机,从而影响 UNASUR 投资争端解决的中立性和公平性。

一方面,新中心的探索,是广大发展中国家对于 ISDS 机制改革的有益尝试。该新设中心草案对于近年来发展中国家所深恶痛绝的裁决不一致、救济机制缺失以及仲裁员裁判任意性等问题,均提出了来自发展中国家的思考。中心具体的制度设置,以发展中国家最为不满的裁决不一、救济机制缺失问题为核心,而对于发达国家所广泛关注的第三

^{①⑦} Maria Sarmiento, *Policies Stances and Strategies of an UNASUR Member State, The Case of Venezuela and the UNASUR Centre for the Settlement of Investment Disputes. Will Both Soon See Light at the End of the Tunnel?*, *Journal of World Investment & Trade*, 2016, Vol.17, p.676.

^{①⑧} Kendall Grant, *The ICSID Under Siege: UNASUR and the Rise of a Hybrid Regime for International Investment Arbitration*, *Osgoode Hall Law Journal*, 2015, Vol.52, p.32.

方参与、文件公开等透明度问题则并未予以过多重视。这既将发展中国家在 ISDS 机制运行中的利益展示出来,也提供了完善该机制的探索方案,这一拉丁美洲方案,对于 ISDS 机制如何更好地维护发展中国家利益提供了相对明确的指导。同时,这一工作的开展,也鼓励和推动了其他发展中国家更多参与 ISDS 机制改革,提供更多来自发展中国家的思考和建议。未来一些发展中国家,例如中国,意欲构建更符合发展中国家利益的 ISDS 机制时,可以从这一方案中汲取有益经验。除此之外, UNASUR 在仲裁员选任以及对撤销、上诉机制的重视,如其他改革一样,长远来看,对于改善 ISDS 机制在可持续发展问题上存在的不足,也有一定的正面作用。

另一方面,该新设中心的倡议,对于 ISDS 机制的可持续健康发展依然可能带来一定的问题,其中,最大的不足在于该机制的设置过于理想化,在当前的国际政治经济环境下可能无法真正有效的运行。在这一问题上,阿拉伯投资法院和南部非洲发展共同体法庭的实践可以为 UNASUR 投资争端解决中心提供一定的启示。阿拉伯投资法院由埃及、沙特阿拉伯、巴勒斯坦等数十个阿拉伯国家和地区于 20 世纪 80 年代建立,但是其成立后的首个案件直到 2004 年才出现,而尽管已经加入该投资法院,成员国之中的阿曼和科威特仍将案件提交至 ICSID。^{①9} 于 2005 年成立的南部非洲共同体法庭,在成立仅五年时因运转低效而被解散。此外,不同于 ICSID 依托世界银行这一国际组织建立的方案,该新设中心在诞生之初,就缺少相应的政治或物质基础,这也导致该中心在建立之后的裁决,缺少对相关成员的约束和惩罚机制,成员国或者其他国家在不遵循该中心裁决时, UNASUR 将缺乏必要的非政治手段,予以解决该问题。截止目前为止,该中心仍然处于探索阶段而未正式落地,也没有产生任何具体的争端解决实践。可以推断,对于 UNASUR 投资争端解决中心来说,如果无法有效克服发展中国家所存在的法治水平低下,无法有效解决该机制的配套设施等问题,将很难在 ISDS 机制完善的道路上有所建树。归根结底,区域性争端解决机制都是建立在一定的政治互信基础之上,有关争端解决条款都是较为原则、笼统和宽泛的软条款,属于用政治外交方式解决国际经贸争端。

概言之, UNASUR 投资争端解决中心的设立,的确在很大程度上展示了拉美国家从根本上改善当前国际投资争端解决现状的决心,并从其制度设计上看,也体现了南美洲各国对于争端解决公平价值的基本诉求,甚至在诸多具体的程序性规则设置上,都极具创新性和借鉴意义。然而,无论从组织架构自身而言,还是未来的实际运行而言,该机构所存在的隐患和困境都是显而易见的。其中,最值得注意的,便是该机构的设立在政治基础方面的经验教训。拉美地区区域一体化的发展在经济融合、政治互信和文化认同等诸多方面都构成了 UNASUR 投资争端解决中心的重要社会基础。该争端机制之所以能够实现从设想到设立的跨越,最为关键的因素便在于南美洲各国经由多年经济贸易往来所形成的自由市场,以及由此所构筑的政治互信和文化认同。尽管政治互信的基础具有

^{①9} Jean E. Kalicki & Anna Joubin-Bret, *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System Journeys for the 21st Century*, Netherlands: Brill Nijhoff, 2015, p.406.

很大的不确定性,文化认同的稳固成型也存在较多的障碍,但无可否认的是,各国间愈发密切的经贸往来产生了“溢出效应”,在极大的程度上促进了政治互信程度的加深,更促成了区域性投资争端解决机制的设立。这对于我国“一带一路”投资争端解决机制的构建而言,具有极大的参考借鉴价值。

四、新方案对我国“一带一路”投资争端解决机制建立的启示

随着“一带一路”建设的深入推进,需要沿线国政府的合作,需要企业 and 个人的参与,这些合作需要相关国家在政策、法律和行政层面以及规范企业和个人行为方面进行协调。^{②①}同时,中国企业也将更多地参与到国际规则的运用中,相关配套措施,例如区域投资争端解决机制的设立也逐渐成为政府及相关机构的重点工作之一。UNASUR 新型投资争端解决中心方案的出现,为我国主动构建更加符合自身和发展中国家利益的新型 ISDS 机制,提供了新的启示。

(一) 积极探索,承担国际责任

当前的 ISDS 机制正在面临着前所未有的变化局面,欧盟、美国以及亚非拉广大发展中国家都在尝试构建更加符合自身发展利益的新型 ISDS 机制,并努力将其作为全球模式进行推广。在这一背景下,作为世界上最大的发展中国家,以及世界上第二大的资本输入国和资本输出国,中国理应为国际投资法制的发展贡献出更多来自中国的方案和智慧。

而相比于 UNASUR 在 UNASUR 范围内的小规模探索,中国利用“一带一路”倡议不断推动对外投资领域的快速拓展,为中国积极探索相应的国际投资法制,提供了一个更具影响力的平台。中国应当充分利用“一带一路”倡议的拓展以及中国在对外投资领域的话语权,借助自身在发展中国家群体中所具有的影响力,将更多的国家吸引进入新型投资争端解决机制的构建之中来,并在这一新型机制的构建之中,对于广大发展中国家所普遍关心的上诉和撤销机制、仲裁员选任以及赔偿标准等问题予以实验和探索。

(二) 凝聚共识,减少内部分歧

相比于 UNASUR,在“一带一路”倡议下构建新型投资争端解决机制,中国所面临的内部阻力更加大。这主要是由于,相比于 UNASUR 在政治上共识和统一,“一带一路”沿线国家绝大多数为发展中国家,经济发展水平不高,同时政治、文化、社会背景差异较大。^{②②}此外,域内国家对于 ISDS 机制的认同相比于 UNASUR 较低,有些国家对于该机制甚至存在排斥甚至抵制的态度。

因此,在中国推动构建“一带一路”投资争端解决机制的过程中,应当着力推动沿线国家对该机制的接纳和认可。目前,沿线国家,例如东南亚国家就解决投资者与东盟国家之间的争端构建新的投资争端解决机制形成了共同的议定文件,而俄罗斯、哈萨克

^{②①} 王贵国:《“一带一路”战略争端解决机制》,载《中国法律评论》2016年第2期,第33页。

^{②②} 张丽娜:《“一带一路”国际投资争端解决机制完善研究》,载《法学杂志》2018年第8期,第39页。

斯坦以及白俄罗斯等国对于建立新型的一体化争端解决机制也已经达到了一定的共识,^②中国应在此基础上,通过双边或者多边协定推广 ISDS 机制,将更多的国家纳入到“一带一路”投资者争端解决机制的讨论之中,并在对新机制所涉及的组织架构和内部制度广泛商议的基础之上,最大程度地凝聚域内国家和国际组织的共识,减少内部的分歧。

(三) 夯实基础,构建配套平台

UNASUR 提出的新设投资争端解决方案所存在的一个重要问题是,该机制缺少相应的配套基础设施。如前所述,该机制不同于 ICSID,缺少世界银行这一具有全球影响力的国际组织作为支撑,进而导致其在裁决问题上缺少必要的外在强制力。而根据穆迪的报告,多数“一带一路”国家的信用状况相对较弱。在“一带一路”沿线国家和地区中,42个国家(62%)的评级低于投资级别(Ba 区间或以下)或不在穆迪评级范围内,意味着潜在执行风险较高。^③因此,中国在构建相应的 ISDS 机制时,应当意识到,在搭建基本的 ISDS 平台时,也应当将该机制放置在相应的经济或者政治组织框架之下,以此夯实新机制运行和执行裁决的基础。

在这一问题上,“一带一路”倡议已经具有一定的基础,即为推动“一带一路”倡议而创设的亚洲基础设施投资银行(Asian Infrastructure Investment Bank,以下简称 AIIB)。有学者建议,在 AIIB 内部建立一个争端解决机构,负责处理 AIIB 内部以及因 AIIB 投资项目违约产生的争议。^④未来在构建“一带一路”投资争端解决机制的过程之中,应当借鉴世界银行的经验,着力完善 AIIB 的相关配套制度,由 AIIB 为新机制的创设提供资金支持、人员辅助以及运行保障,既利用 AIIB 吸引更多的沿线国家加入到新机制的构建之中,也借助 AIIB 督促沿线国家依照相关的国际法律规范对待投资争议,并严格执行相关的裁决。

(四) 长期坚持,逐步扩大影响

当前以 UNASUR 为代表的发展中国家组织对于 ISDS 机制改革的探索,均会面临一个问题,即在探索初期所具有的影响极小,对于国际投资法制的改革作用微乎其微,以至于无法长期坚持并最终黯然收场。但需要指出,即便是当今对于国际投资法制具有重要影响的 ICSID,其在初期的发展之时,也面临着同样的问题:从 1961 年 9 月时任世界银行行长的 Eugene Robert Black 先生正式提出 ICSID 公约的构想,到 1966 年 9 月作为公约生效要件的第二十份批准书交存银行,ICSID 成立历时五年的艰苦谈判才顺利完成;^⑤而在 20 世纪 90 年代中期前,ICSID 年均受理案件不到 2 起,由于受案量少,ICSID 甚

^② 张晓君、陈喆:《“一带一路”区域投资争端解决机制的构建》,载《学术论坛》2017年第3期,第51页。

^③ 《2017年中国对外投资合作发展报告》,载中国技术投资贸易(香港)有限公司网站, <http://www.ctihk.com/files/up2018516191953.pdf>,最后访问时间:2021年7月6日。

^④ 强力:《亚投行面临的法律问题与对策》,王贵国主编:《“一带一路”的国际法律视野》,浙江大学出版社2016年3月版,第281页。

^⑤ ICSID, History of the ICSID Convention (volume I), Washington: ICSID Publication, 1970, pp.2-11.

至被认为没有实现预期目的。^{②6}

因此,争端解决机制是全球治理的有力保障,在探索构建新型投资争端解决机制的过程之中,应当认识到,“一带一路”新型国际投资争端解决机制的发展始终是一个长期的过程。缺乏公正、高效的争端解决机制,“一带一路”倡议将无法保持长期繁荣与稳定。中国应当在推动“一带一路”倡议逐步落实的基础之上,逐步扩大该机制在国际社会的影响力。无论是前期的方案提出,抑或是后期的制度构建,均应当充分汲取发展中国家对ISDS机制进行的探索经验,稳步推进,长期坚持,逐步推进该机制成为“一带一路”倡议下投资争端解决的主要场所。“一带一路”倡议以“利益共同体、责任共同体、命运共同体”^{②7}作为目标,强调照顾各方利益,这也是国际区域合作史上第一次提出“人类命运共同体”的发展理念,对于传播“中国声音”具有重大意义。

结 语

“一带一路”是中国倡导的全球治理模式的新探索,^{②8}“一带一路”投资争端解决机制的构建,看似容易,但无论是相关条约或协定的签订,还是内部诸如管辖、程序设置、仲裁员选任、执行机制等制度的确定,都是十分繁复的工作,需要政府和学界进行充分的研究和探索。^{②9}2018年,中共中央办公厅和国务院办公厅印发《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》(以下简称《意见》),虽然原则性地提出了要支持“一带一路”国际商事纠纷通过调解、仲裁等方式解决,培育并完善诉讼、仲裁、调解有机衔接的争端解决服务保障机制,但长远来看,中国需要以更加积极的态度参与到ISDS机制的构建和国际投资法制的完善之中。因此,无论是当前发达国家对ISDS机制予以的改革,还是本文所探析的发展中国家新设投资争端解决中心方案,都应当成为我国学界需要重点关注的改革动向,以此为完善该机制并构建更加符合中国国家利益的新机制提供更多的“中国方案”。^{③0}《意见》还特别指出,要研究“一带一路”建设中的国际经贸争端解决机制,探索司法支持贸易、投资等国际争端解决机制充分发挥作用的方法与途径,保障沿线各国双边投资保护协定、自由贸易区协定等协定义务的履行。这表明,构建“一带一路”争端解决机制不仅需要统筹国际法治与国内法治,更应按照坚持各国“共商、共建、共享”的原则,遵循平等互利的价值理念,实现“一带一路”沿线各国之间的良性互动,将增进“一带一路”沿线各国人民福祉作为宗旨和最终目标,使“中国方案”

^{②6} Ibrahim F. I. Shihata, *The Settlement of Disputes Regarding Foreign Investment: The Role of the World Bank, with Particular Reference to ICSID and MIGA*, American University Law Review, 1986, Vol.1:1, pp.104-106.

^{②7} 《习近平在蒙古国国家大呼拉尔的演讲》,载新华网, http://www.xinhuanet.com/world/2014-08/22/c_1112195359.htm, 最后访问时间:2021年6月22日。

^{②8} 杨国华:《“一带一路”与国际法治》,载《法学杂志》2018年第11期,第7页。

^{②9} 石静霞、董暖:《“一带一路”倡议下投资争端解决机制的构建》,载《武大国际法评论》2018年第2期,第1-24页。

^{③0} 王贵国:《“一带一路”争端解决机制研究》,载《中国法学》2017年第6期,第71页。

得到“一带一路”参与国的广泛鼎力支持,以保障“一带一路”建设和法治化进程的顺利进行。

Abstract: The UNASUR's new Investment Dispute Resolution Center program is one of the latest practice in developing countries to improve Investor-State dispute settlement mechanism. The emergence of this program is linked to the current advancement of Latin American integration and the region's dissatisfaction with the current state of the Investor-State dispute settlement mechanism. The program has made some innovations to the external structure and internal operation system of the Investor-State dispute settlement mechanism, and has certain progressive significance for the development of the international investment legal system. However, the program also has some problems, lacking of such as supporting measures. In the process of exploring and constructing a new "Belt and Road" investment dispute settlement mechanism. China should fully draw on the experience and lessons of UNASUR's new investment dispute settlement center program so as to build an investment dispute solution with Chinese characteristic and contribute Chinese wisdom to the development of the international investment legal system.

Keywords: UNASUR; investment dispute settlement mechanism; investor-state dispute resolution; Belt and Road

(责任编辑:沈佩兰)

境外仲裁裁决在中国内地法院的承认与执行的实证研究

张正怡 董奕玮*

内容提要 在我国大力推进高水平对外开放以及经济全球化的趋势背景下,国际贸易往来更加密切的同时也产生了许多国际贸易纠纷。仲裁凭借其可执行性优势,以仲裁方式解决国际商事纠纷成为当事人的首要选择。然而通过对大量案例的整理和研究发现,有相当一部分仲裁裁决未获得我国法院的承认和执行,并且法院在仲裁审查过程中由于立法的缺陷以及概念的模糊,在某些关键问题的处理出现了争议,包括对于境外仲裁裁决国籍的认定以及临时仲裁制度的态度等。本文将通过实证分析方法讨论境外仲裁裁决在我国内地法院被拒绝承认和执行的原因并提出对境外仲裁裁决在我国得到承认与执行的展望。

关键词 境外仲裁机构 境外仲裁裁决 承认与执行 实证分析

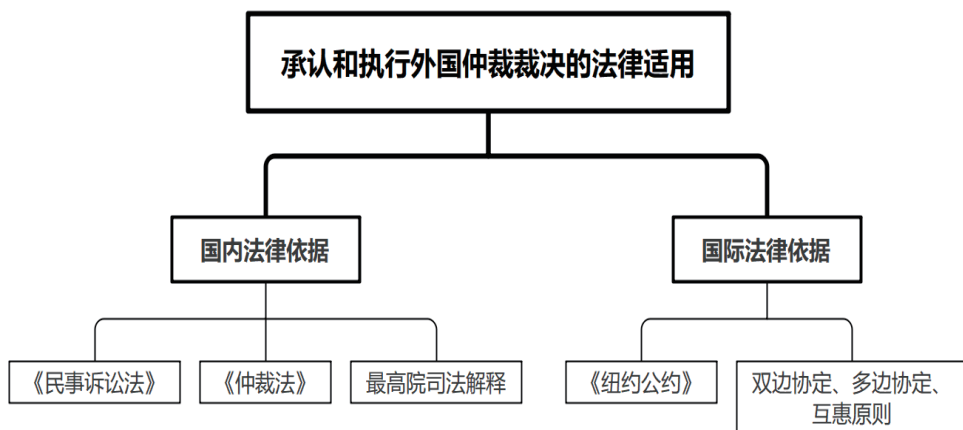
在实践中,并不是所有境外仲裁裁决都能得到中国内地法院的承认和执行。相比于其他纠纷解决方式,仲裁的受欢迎程度很大程度上取决于仲裁裁决的可执行性。然而,现实情况中往往会出现境外仲裁机构作出了一份具有法律约束力的仲裁裁决,但是被申请人不会自己主动执行的情况,此时就出现了境外仲裁裁决的承认与执行问题。下文将通过近年来法院不予承认与执行的仲裁裁决进行整理和归纳,以实证分析的方式讨论境外仲裁裁决在我国内地法院被拒绝承认和执行的原因并提出对境外仲裁裁决在我国得到承认与执行的展望。

一、我国法院承认和执行境外仲裁裁决的法律依据类型

中国是成文法传统国家,法院、法官必须根据法律行事。^①故在申请人向法院书面申请承认和执行仲裁裁决后,由法院依据应当适用的法律来审查裁定是否应予以承认和执行。

* 张正怡,上海政法学院副教授、上海政法学院国际交流处副处长,上海市法学会“一带一路”法律研究会秘书长;董奕玮,上海政法学院国际法学院硕士研究生。

① 高晓力:《中国法院承认和执行外国仲裁裁决的积极实践》,载《法律适用》2018年第5期,第2页。



（一）国内法律依据

1. 《民事诉讼法》

我国《民事诉讼法》第 274 条中通过列举的形式明确了法院对于涉外仲裁机构作出的裁决可以裁定不予执行的五种情况，^② 其中第 1 款至第 4 款涉及的是有关程序方面的事项；另一种是涉及实体问题，即违背社会公共利益而不予执行的情形。我国《民事诉讼法》通过法律直接规定的形式，确定了法院可以拒绝予以执行的五种情况，即除这五种情况以外的外国仲裁裁决可以被承认与执行。

2. 《仲裁法》

1994 年《仲裁法》第 63 条在立法技术上采用了“援引技术”，^③ 没有直接规定境外仲裁裁决承认和执行问题，而是通过援引《民事诉讼法》第 74 条的方式有所简单涉及。虽然援引的立法技术会带来一些例如在法条修改后产生的条文序号错位的情形，但是有关境外仲裁裁决的承认与执行问题的指向是明确且具体的，不会产生法律的冲突，也避免了立法上的重复。

3. 最高人民法院司法解释

1995 年最高人民法院出台司法解释对于《仲裁法》颁布后出现的涉及外国仲裁的有关问题作出了规定，^④ 并在 2008 年对其进行了再次调整；2017 年针对仲裁司法审查中的问题最高院给予充分重视并出台了一系列相关司法解释；^⑤ 2018 年最高院又出台司法

^② 《民事诉讼法》第 274 条规定：“（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）被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知，或者由于其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见的；（三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序与仲裁规则不符的；（四）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。人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。”

^③ 《仲裁法》第 63 条规定：“被申请人提出证据证明裁决有民事诉讼法第 213 条第 2 款规定的情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行。”

^④ 《最高人民法院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》（2008 调整），法发〔1995〕18 号，2008 年 12 月 16 日发布。

^⑤ 《最高人民法院关于仲裁司法审查案件报核问题的有关规定》，法释〔2017〕21 号，2017 年 12 月 26 日发布；《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》，法释〔2017〕22 号，2017 年 12 月 26 日发布。

解释对法院规范执行仲裁裁决进行补充规定。^⑥我国通过最高院发布司法解释的方式仲裁确立了仲裁审查案件报核制度,并为实践中的该类仲裁司法审查案件的法律适用统一了尺度并提供了依据。

(二) 国际法律依据

1. 《承认及执行外国仲裁裁决公约》(《纽约公约》)

1958年《纽约公约》不仅是联合国制定的最有影响力的公约之一,也是境外仲裁裁决得以承认和执行的最主要的依据之一。截止至2021年4月26日,据联合国官网显示,《纽约公约》已有168个缔约国,^⑦虽然随着实践运用的推移,《纽约公约》渐渐显现出公约自身无法解决的问题,但是其为国际仲裁的承认与执行做出了巨大的贡献,甚至为推动以仲裁方式解决商事争议奠定了坚实的地位。

依照《纽约公约》第5条的规定,任何缔约国法院无权根据第5条列明的7项理由以外的任何理由,拒绝承认执行一项公约裁决。^⑧对于公约中所列举的理由(如图1所示)主要以程序性事项为主,对于实体性事项一般各国都会予以认可来表示对国家主权的尊重。我国作为该公约的缔约国在处理其他缔约国所涉境外仲裁裁决时,对于该境外仲裁裁决是否可以得到承认与执行问题,则应当依据《纽约公约》第5条进行审查。

当事人无行为能力或仲裁协议无效	《纽约公约》第5条第1款甲项
当事人陈述案情的机会被剥夺	《纽约公约》第5条第1款乙项
裁决涉及的内容为仲裁范围以外的事项	《纽约公约》第5条第1款丙项
仲裁庭的组成或仲裁程序与双方约定不符	《纽约公约》第5条第1款丁项
裁决无拘束力或已被仲裁地法院撤销	《纽约公约》第5条第1款戊项
争议事项不能以仲裁解决	《纽约公约》第5条第2款甲项
裁决违反公共秩序	《纽约公约》第5条第2款乙项

图1:《纽约公约》下拒绝承认仲裁裁决的事由^⑨

2. 双边协定、多边协定或互惠原则

我国《民事诉讼法》第283条对于以互惠原则的途径来解决境外仲裁裁决的承认和执行问题作出了规定。从该法条本身来看,互惠原则以及双边或多边协定的规定是对《纽约公约》的一种补充,为国家间承认和执行境外仲裁裁决提供了另一条路径以保障当事人权益。

⑥ 《最高人民法院关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》,法释〔2018〕5号,2018年2月22日发布。

⑦ UN, *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mdsg_no=XXII-1&chapter=22&clang=_en, last visited Apr. 26, 2021.

⑧ 中国国际仲裁30人编著:《1958年〈承认与执行外国仲裁裁决公约〉(《纽约公约》)理论与适用》,法律出版社2020年10月版,第76页。

⑨ [美]加里·博恩:《国际仲裁法律与实践》,白麟等译,商务印书馆2015年10月版,第507-508页。

二、境外仲裁机构裁决在中国内地执行的现状

由于经济全球化的世界经济客观趋势以及“一带一路”等政策引领下对外开放程度的不断加深,境外仲裁裁决到中国内地法院申请承认与执行的案件日益增长。下文将通过实证研究方法主要对于最高院的批复以及境外仲裁机构的仲裁裁决的承认和执行案例进行整理,以数据来反映我国法院承认和执行境外仲裁裁决的现状。

(一) 最高人民法院对境外仲裁裁决承认与执行的批复的情况

由于我国司法审查制度中确立了不予承认和执行的内部报核制度,^⑩对于不予承认和执行的案件都需要层层上报至最高法院,并由最高法院作出批复,因此从最高法院的批复着手来检索案例可以直观得出不予承认和执行案件的数据。

通过检索“最高人民法院批复”以及“承认与执行”两个关键词,对北大法宝数据库中 2000-2016 年我国法院裁定承认和执行境外仲裁裁决的公开案例进行整理,得到了 47 个有关对于境外仲裁裁决承认和执行的案例(如图 2 所示),其中不予承认和执行的有 23 件,承认和执行的有 24 件。

年份	不予承认和执行	予以承认和执行
2000	0	1
2001	2	2
2003	1	1
2004	1	1
2005	1	2
2006	3	2
2007	2	0
2008	3	1
2009	1	0
2010	1	0
2011	1	0
2012	1	0
2013	2	4
2015	3	4
2016	1	3
	23	24

图 2: 最高人民法院对于承认和执行境外仲裁裁决的批复的情况

^⑩ 《最高人民法院关于仲裁司法审查案件报核问题的有关规定》,法释〔2017〕21号,2017年12月26日发布。

在上述 24 个不予承认和执行的案件中,对于法院裁定拒绝承认和执行的理由进行简要的归纳后得知,我国法院在裁定不予承认和执行境外仲裁裁决时,给出的理由主要是有关仲裁协议效力问题、在仲裁过程中出现的相关的程序性问题以及申请执行的期限问题(如图 3 所示)。

序号	案号	不予承认和执行的理由
1	[2016] 最高法民他 8 号	仲裁协议无效
2	[2013] 民四他字第 64 号	
3	[2013] 民四他字第 28 号	
4	[2001] 民四他字第 2 号	
5	[2015] 民四他字第 46 号	裁决事项超出仲裁协议范围
6	[2008] 民四他字第 11 号	
7	[2015] 民四他字第 48 号	
8	[2003] 民四他字第 12 号	
9	[2015] 民四他字第 29 号	无仲裁协议
10	[2005] 民四他字第 53 号	
11	[2001] 民四他字第 43 号	
12	[2012] 民四他字第 54 号	仲裁庭的组成与当事人协议不符
13	[2007] 民四他字第 35 号	
14	[2006] 民四他字第 41 号	
15	[2008] 民四他字第 17 号	仲裁程序与当事人协议不符
16	[2010] 民四他字第 32 号	
17	[2011] 民四他字第 21 号	
18	[2009] 民四他字第 46 号	未收到有效通知
19	[2008] 民四他字第 18 号	
20	[2007] 民四他字第 26 号	
21	[2006] 民四他字第 34 号	
22	[2006] 民四他字第 35 号	申请超过了法定期限
23	[2004] 民四他字第 32 号	

图 3: 最高院批复中不予承认和执行境外仲裁裁决的理由

(二) 我国内地法院对境外仲裁机构所作仲裁裁决的承认与执行情况

对于法院执行境外仲裁机构所作仲裁裁决的承认和执行率的数据统计,不仅可以帮助了解我国当事人选择境外仲裁机构的倾向,还可以归纳出仲裁机构在仲裁过程中可能出现的导致仲裁裁决不予承认和执行的共病。这对于当事人选择境外仲裁机构以及境外仲裁机构的自我查漏补缺都有借鉴意义。

由于新加坡国际仲裁中心(SIAC)、香港国际仲裁中心(HKIAC)、国际商会仲裁院

(ICC) 分别是仲裁机构中的后起之秀和老牌劲旅以及受案量明显较多(如图4所示),^⑪ 因此对于境外仲裁裁决在中国内地的执行情况,本文以SIAC、HKIAC、ICC三个仲裁机构为样本,通过三个在全球有影响力的仲裁机构案例,分析了部分不予承认与执行的案例情况。

仲裁机构	2020 受理量	2019 受理量	2018 受理量	2017 受理量	2016 受理量	2015 受理量	2014 受理量	2013 受理量	2012 受理量	2011 受理量
SIAC	1080	479	402	452	343	271	222	259	235	188
HKIAC	318	308	265	297	262	271	252	260	293	275
ICC		869	842	810	966	801	791	767	759	

图4: SIAC、HKIAC、ICC历年的受案量

1.SIAC 仲裁裁决在中国内地法院执行的情况

根据SIAC发布的2020年度报告,SIAC创造了1080起新的立案纪录,办案量首次突破1000件大关,并在2020年有来自60个司法管辖区的当事人选择在SIAC进行仲裁。显然,SIAC已然是亚洲首选的仲裁机构,是全球最受欢迎的仲裁机构之一。^⑫

从北大法宝上搜索关键词“SIAC”进行筛选整理而得出的不完全数据统计(如下图5所示),在2006-2019年间,法院对于受理的23件SIAC仲裁裁决中,有20件得到了承认和执行,不予承认和执行的有3件。

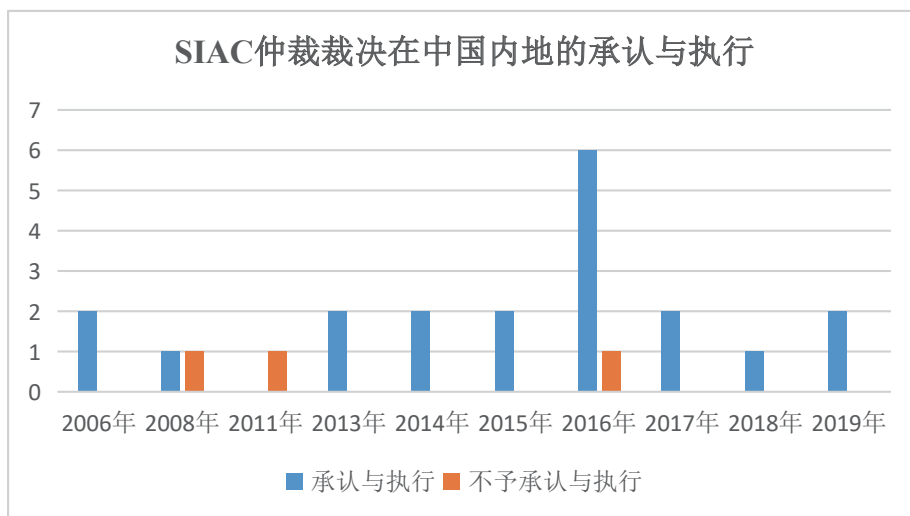


图5: SIAC 仲裁裁决在中国内地的承认与执行情况

^⑪ SIAC ANNUAL REPORT 2020, https://www.siac.org.sg/images/stories/articles/annual_report/SIAC_Annual_Report_2020.pdf, last visited Apr. 3, 2021; HKIAC 2020 statistics, <https://www.hkiac.org/zh-hans/about-us/statistics/>, last visited Apr. 3, 2021; 2019 ICC Dispute Resolution Statistics, <https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics/>, last visited Apr. 3, 2021.

^⑫ Id.

2.HKIAC 仲裁裁决在中国内地法院执行的情况

HKIAC 作为最受青睐的仲裁机构之一,在 2020 年来自 45 个国家或地区的当事人参与了 HKIAC 仲裁,^⑬ 并且 HKIAC 是国际仲裁中心中处理最多涉及中国当事人案件的仲裁机构。^⑭

从北大法宝上搜索关键词“HKIAC”进行筛选整理而得出的不完全数据统计(如图 6 所示),在 2014-2020 年间,法院对于受理的 20 件 HKIAC 仲裁裁决中,有 18 件得到了承认并 / 或执行,不予承认和执行的有 2 件,可见 HKIAC 仲裁裁决的执行在中国内地法院保持着极佳的纪录。^⑮

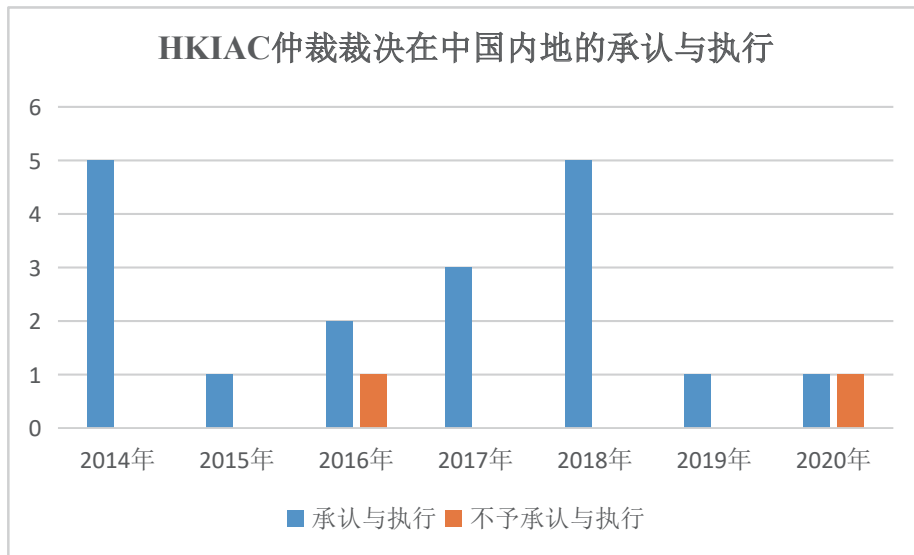


图 6: HKIAC 仲裁裁决在中国内地的承认与执行情况

3.ICC 仲裁裁决在中国内地法院执行的情况

由于 ICC 仲裁院收费高昂以及其它问题, ICC 仲裁裁决在中国承认与执行的案件量并不多。从北大法宝上搜索关键词“ICC”进行筛选整理而得出的不完全数据统计(如图 7 所示),在 2004-2018 年间,法院对于受理的 6 件 ICC 仲裁裁决中,有 4 件得到了承认并 / 或执行,不予承认和执行的有 2 件。

通过上述境外仲裁机构不予承认和执行的 7 个案例进行归纳分析,可知我国内地法院裁定不予承认和执行的理由集中于仲裁协议无效、仲裁庭组成与当事人协议不符、裁决事项超出仲裁协议范围以及申请超出法定期限(如图 8 所示)。

^⑬ *Id.*

^⑭ *Why choose HKIAC?*, <https://www.hkiac.org/zh-hans/arbitration/why-choose-hkiac>, last visited Apr. 11, 2021.

^⑮ *Id.*

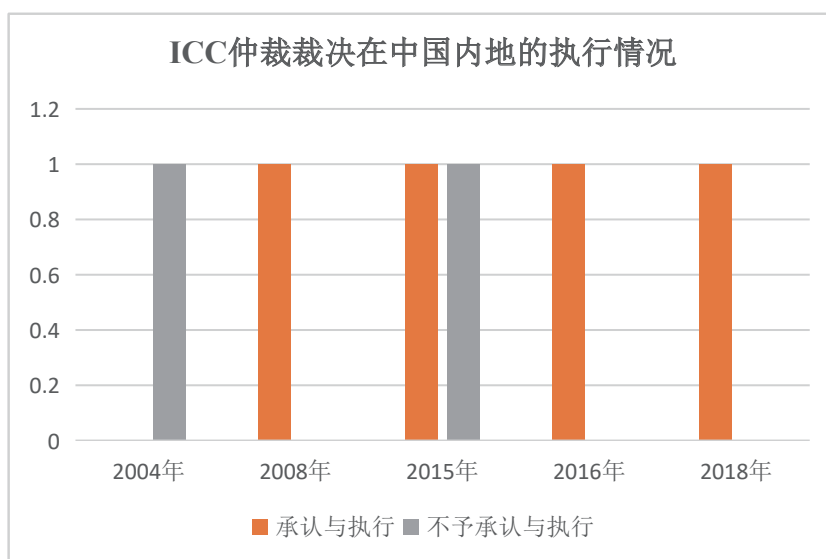


图 7: ICC 仲裁裁决在中国内地的承认与执行情况

境外仲裁机构	当事人	不予承认和执行的理由
SIAC	美国 VOEST-ALPINE 国际贸易公司与江苏省对外经贸股份有限公司	无仲裁协议
	宝腾汽车(中国)有限公司与金星重工制造有限公司	仲裁协议无效
	来宝资源国际私人有限公司与上海信泰国际贸易有限公司	仲裁庭的组成与当事人协议不符
HKIAC	英属盖曼群岛商智龙二基金公司 (IPCathayII) 与周维庭等	裁决事项超出仲裁协议范围
	美国史带投资开曼公司 II 与林欧文、林庆平	申请超过了法定期限
ICC	德国旭普林国际有限责任公司与中国无锡沃可通用工程橡胶有限公司	仲裁协议无效
	WicorHoldingAG 与泰州浩普投资有限公司等	仲裁协议无效

图 8: SIAC、HKIAC、ICC 仲裁裁决不予承认和执行的理由

三、中国内地法院拒绝承认与执行境外仲裁裁决的裁判理由

针对上述案例进行整理分析后发现我国对于境外仲裁裁决的承认与执行主要依据《纽约公约》以及《民事诉讼法》进行审查。由于世界上大多数国家都已经加入了《纽约公约》，因此在涉及另一缔约国仲裁机构作出的仲裁裁决的承认和执行时，我国法院主要依据该公约的规定进行司法审查。所以下文将主要结合《纽约公约》的第 5 条并通过个案分析法来归纳分析法院不予承认和执行的裁判理由。

（一）不存在有效的仲裁协议

仲裁条款的效力问题对于申请承认和执行仲裁裁决来说是一个基础性的问题,仲裁条款的有效性直接决定了当事人能否以仲裁的方式来解决争端,关系到仲裁庭是否有管辖该案件的权利。该问题包括两种类型,即当事人为无民事行为能力人以及订立的仲裁条款为无效的情形。

1. 当事人无民事行为能力

此处所讲的当事人无行为能力,通常是指当事人是否有资格签订仲裁协议,即是否有公司的授权来代表公司进行一系列的签约行为。

在英国嘉能可有限公司申请承认和执行仲裁裁决一案中,^⑩重庆公司的职工在无委托授权书的情况下“代表”公司与英国公司签订合同,并且该合同中未加盖重庆公司的公章。事后,重庆公司对于该职工的无权代理行为明确表示否认,因此该职工的行为既不构成委托代理也不构成表见代理,其与英国公司之间的合同只能在他们之间发生效力,不能约束合同之外的第三人重庆公司。同理,该职工与英国公司之间的仲裁条款也不能约束第三人重庆公司,则该英国伦敦金属交易所所作的仲裁裁决应被拒绝承认及执行。

2. 订立的仲裁条款无效

在法院仲裁审查中以下两种情形通常会直接导致仲裁条款被认定为无效,一种是由于不存在仲裁协议而无效;另一种是由于不满足仲裁协议的构成要件而无效。

（1）因仲裁协议不存在而无效

在美国 VOEST-ALPINE 国际贸易公司与江苏省对外经贸股份有限公司的申请承认和执行仲裁裁决纠纷的案件中,^⑪从省外贸公司未签署确认销售确认书的行为以及未给予任何形式的答复来看,不能默示推定省外贸公司已经对该美国公司作出的要约表示承诺,且双方也没有确立的已经知道或理应知道的惯例来将省外贸公司的行为视为默示同意。即当事人对于是否存在仲裁协议这一客观事实还有存疑,因此在未认定双方当事人就解决涉案纠纷达成了有效的仲裁协议的情况下,SIAC 依据所谓存在的仲裁协议而受理案件则缺乏事实和法律依据,所以对于 SIAC 作出的该案的仲裁裁决也应当不予认可。

仲裁协议的是否成立作为一个事实问题是仲裁协议是否有效的前提。最高院在 2019 年作出的民事裁定书中对于该问题作出了明确回复,^⑫即有效仲裁协议是否存在不仅是事实问题,更是仲裁的先决问题,都会直接影响到纠纷解决方式的适用。因此,确认仲裁协议是否成立的事实问题也属于对仲裁协议效力异议的范围,若缺乏仲裁协议则必然导致不予承认和执行的不利后果。

（2）因不符合有效仲裁协议的构成要件而无效

在宝腾汽车公司申请承认及执行境外仲裁裁决一案中,^⑬法院认为本案的当事人提

^⑩ 最高人民法院（2001）民四他 2 号复函。

^⑪ 江苏省南京市中级人民法院（2008）宁民五初 43 号民事裁定书。

^⑫ 最高人民法院（2019）最高法民特 1 号民事裁定书。

^⑬ 广东省东莞市中级人民法院（2011）东中法民四认 1 号民事裁定书。

交了《备忘录》对于原合同中的仲裁条款进行的修改,决定以诉讼的方式来解决争议,且《备忘录》是双方真实的意思表示,则原合同中所规定的仲裁条款为无效条款,仲裁机构失去了该案的管辖权依据,因此 SIAC 就不能以该无效仲裁条款为依据作出裁决。

在丰岛株式会社与山东省昌邑琨福纺织公司的仲裁案中,^{②①}由于双方没有约定仲裁所适用的法律,因此根据《纽约公约》对仲裁协议效力的审查应当适用仲裁地的法律,即《英国仲裁法》来审查。而在《英国仲裁法》中并没有因仲裁机构约定不明而导致仲裁协议无效的规定,且根据《英国仲裁法》第 30 条规定,仲裁庭有决定是否由自己管辖的权限,即国际棉花协会(ICA)有权自行决定该仲裁协议是否有效。由于 ICA 已经就该仲裁协议作出了有效的仲裁裁决,等同于承认了当事人订立的仲裁协议的有效性,因此该案中不存在《纽约公约》所规定的不予承认和执行的理由,法院理应予以承认和执行。

关于仲裁协议是否有效问题,公约并没有规定统一的实体规则或判别标准,^{②②}但是就《纽约公约》的第 5 条第 1 款(甲)项而言,仅通过列举方式确定了两种无效的情形而并未约定可以适用法院地国家的法律来认定仲裁协议是否有效。然而在我国司法审查实践中,法院在裁定时存在根据我国《仲裁法》第 16 条的规定来判断仲裁协议成立与否的情形。对此,最高院在复函中确切指出关于涉案仲裁条款的效力问题应当严格依照《纽约公约》第 5 条第 1 款(甲)项的规定进行司法审查,^{②③}仅以法院地法律认定仲裁条款无效从而拒绝承认涉案裁决不符合上述规定。

(二) 当事人未获得适当通知

关于仲裁的通知问题是指被申请人在仲裁过程中仲裁裁决在通知程序方面是否与仲裁规则的规定不符,是否存在因为没有得到有效的通知而导致未陈述理由的情况发生。

据上述统计的最高院批复中不予承认和执行的理由中,有 5 个案件是由于通知的瑕疵问题而导致境外仲裁裁决的不予承认和执行,该理由的占比还是相对较高的。如果一份境外仲裁裁决因为通知的送达问题而导致被申请人未能陈述理由,则违反了公平原则,法院应当拒绝承认和执行以维护被申请人的利益。

在申请承认与执行蒙古国家仲裁法庭 73/23-06 号仲裁裁决的案件中,^{②④}根据法院所查明的事实,仲裁庭未复核该仲裁通知是否有效发出以及该通知是否有效送达,即在被申请人不到庭的情况下直接作出仲裁裁决,则该仲裁裁决不能客观反映事实并实质上剥夺了被申请人提出申辩的权利和机会,没有对被申请人的权利予以尊重和保障。故法院应当拒绝承认和执行该仲裁裁决。

仲裁的通知问题下还包含送达问题,在我国《仲裁法》第 25 条中只规定了送达的程序而没有对送达作出具体规定,但是境外仲裁机构在其仲裁规则中对通知送达以及期

^{②①} 最高人民法院(2015)民四他字第 31 号复函。

^{②②} 中国国际仲裁 30 人:《1958 年〈承认与执行外国仲裁裁决公约〉(〈纽约公约〉)理论与适用》,法律出版社 2020 年 10 月版,第 78 页。

^{②③} 最高人民法院(2009)民四他字第 46 号复函。

^{②④} 同上。

间的计算都作出了规定,例如2016年版新加坡国际仲裁中心仲裁规则第2条、2018年版香港国际仲裁中心仲裁规则第3条、2017年版斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则第5条,虽然各仲裁机构对于通知程序的要求不尽相同,但是都对其作出了通知的要求,则仲裁机构的裁决要符合仲裁规则的要求。此外,在新冠疫情发生后,不仅更多运用线上仲裁的方式进行纠纷解决,在送达方式上也因其便捷等特点广受采用,虽然以电子送达的方式能够一定程度上解决传统送达被拒收或无人签收的问题,但是电子送达也会产生其他的问题,例如安全性问题等。

(三) 仲裁裁决超出裁决事项范围

《纽约公约》第5条第1款(丙)项对于仲裁裁决所涉及的裁决事项范围的问题的规范,通常表现为两种类型,第一种是仲裁庭对仲裁协议约定以外的事项进行裁决;第二种是仲裁机构作出的仲裁裁决涉及并约束了仲裁程序以外的当事人。

1. 仲裁庭对仲裁协议约定以外的事项进行裁决

在FSG汽车公司与武汉泛洲公司仲裁案中,^④双方约定因合资合同引起的争议应提交仲裁解决,即双方对于仲裁事项范围已经作出了明确的约定。然而仲裁庭作出的裁决的第5项(IV)所解决的是FSG公司和合资公司之间的应收账款结算争议,并不属于合资合同纠纷,因此该仲裁裁决的事项超出了当事人的约定,构成了“超裁”,法院应当裁定不予承认和执行。

2. 仲裁庭的仲裁裁决涉及并约束了仲裁程序以外的当事人

在法院不予承认和执行的美国GMI公司仲裁案中,^⑤既然当事人提交的仲裁协议只有双方签字,表明当事人双方同意受仲裁协议约束,则仲裁庭只有对双方当事人作出裁决的权限,其作出的仲裁裁决也只能约束仲裁协议的当事人。但是本案中仲裁庭作出的裁决已经对非仲裁程序的第三方作出了约束,显然已经超出本案仲裁协议约定的事项。

仲裁机构或仲裁庭对于案件的管辖范围应当仅限于当事人约定的仲裁事项,即仲裁庭无书面明示授权下不可以对未约定的事项进行作出裁决,仲裁庭可以审理的争议事项不得超越仲裁协议约定的可仲裁事项并且仲裁庭无权对于当事人以外的第三方作出约束,其作出的仲裁裁决对第三方也并无法律拘束力,法院对其可拒绝承认和执行。

(四) 仲裁庭的组成或程序不符合当事人约定

通常来说,由于仲裁争议纠纷解决方式的灵活性,仲裁庭都会依照仲裁协议中的要求进行仲裁,近年来境外仲裁机构的仲裁规则也都有趋近统一的趋势,但是每一仲裁机构都有其独特性以及特定的机构设置。例如:在当事人协商选择适用ICC仲裁规则在其他仲裁机构进行仲裁的情形中,由于ICC仲裁庭的独有的结构模式会与其他仲裁机构的设置有所不同而导致仲裁裁决不予承认和执行的情况发生。

^④ 最高人民法院(2015)民四他字第46号复函。

^⑤ 最高人民法院(2003)民四他字第12号复函。

在 ALSTOM Technology Ltd. 仲裁案中,^{②⑥} 当事人约定该案件由 SIAC 适用 ICC 仲裁规则进行仲裁,然而 SIAC 没有依据约定的 ICC 仲裁规则组成仲裁庭,而是根据其自身的仲裁规则组成仲裁庭,造成了仲裁庭的组成与当事人在仲裁协议约定不符的情形。故法院依据《纽约公约》第 5 条第 1 款(丁)项的规定裁定不予以承认和执行并无不当。

在来宝公司申请承认和执行境外仲裁裁决案中,^{②⑦} 当事人约定将争议纠纷提交 SIAC 仲裁并同意仲裁庭由三名仲裁员组成。在仲裁条款真实有效的情况下,仲裁庭应当遵循当事人之间的约定来解决争议,即仲裁庭由三名仲裁员组成。然而,仲裁庭却根据一方当事人的申请决定对该案根据快速程序由独任仲裁员仲裁。根据当时有效的《2013 年新加坡国际仲裁中心仲裁规则》规定,^{②⑧} 虽然本案的争议金额不足六百万新加坡元,但是“快速程序”并不应该强制予以适用,则在仲裁条款已约定由三名仲裁员组成仲裁庭且信泰公司明确表示反对独任仲裁的情形下,新加坡仲裁中心仍然决定采取独任仲裁员的组成方式,违反了当事人的约定,法院同样裁定拒绝承认与执行。

当事人双方签订仲裁协议是基于诚实信用原则的行为,是已经协商后作出的双方都认同的决定,因此如果协议条款中明确约定了仲裁庭组成方式,仲裁庭作为该仲裁协议中的一部分应从其约定。若该境外仲裁裁决是在仲裁庭组成方式违反当事人仲裁条款之约定的情形下作出的,那么法院应当裁定不予承认和不执行该仲裁裁决。

(五) 仲裁裁决违反我国社会公共秩序

2008 年审结的济南永宁制药公司仲裁案是我国最早适用《纽约公约》第 5 条第 2 款(乙)项来拒绝承认和执行境外仲裁裁决的案件。^{②⑨} 在该案中,仲裁庭对于我国已经作出判决的纠纷进行二次再审理并作出裁决,其仲裁裁决的作出等同于对我国法院就该事项作出的判决予以否定,该仲裁庭的仲裁裁决严重冲击我国国家主权和司法主权,对我国司法制度缺乏基本尊重,违背了我国社会公共利益。

虽然我国不同的法律中都出现了“社会公共利益”一词,但是我国法律皆未曾对“社会公共利益”作出具体法定定义。然而最高人民法院在 Castel 公司申请承认和执行境外仲裁裁决一案的复函中对此进行了解释。^{③⑩} 在实践中,虽然该条似乎是一条兜底条款,但由于对“社会公共利益”做了严格的限制解释,则对于该条款的适用少之又少。

(六) 申请执行时间超过了法定期限

在林欧文、美国史带投资开曼公司 II、林庆平申请执行一案中,^{③⑪} 本案的不予执行并不是因为仲裁裁决本身具有不予承认与执行的情形,而是因为申请人由于自身原因而导

^{②⑥} 最高人民法院(2012)民四他字第 54 号复函。

^{②⑦} 上海市第一中级人民法院(2016)沪 01 协外认 1 号民事裁定书。

^{②⑧} 《新加坡国际仲裁中心仲裁规则(2016)》第 5.1 条。

^{②⑨} 最高人民法院(2008)民四他字第 11 号复函。

^{③⑩} 最高人民法院(2013)民四他字第 46 号复函,即关于《纽约公约》第 5 条第 2 款第(乙)项规定的违反公共政策情形,应当理解为承认和执行外国仲裁裁决将导致违反我国法律基本原则、侵犯我国国家主权、危害社会公共安全、违反善良风俗等足以危及我国根本社会公共利益的情形。

^{③⑪} 福建省福州市中级人民法院(2020)闽 01 执异 22 号执行裁定书。

致该仲裁裁决未得到执行。按照我国《民事诉讼法》第239条规定,申请人应当在2年的申请执行期限提出申请。因此,如果当事人向我国法院申请承认与执行的时间节点超出了2年的法定期限,则法院有权拒绝执行仲裁裁决。

四、境外仲裁裁决在中国内地法院的承认与执行的趋势与展望

鉴于上述对法院承认和执行案例的整合和分析,就我国当前境外仲裁裁决的承认和执行的现状而言,我们应当结合我国对仲裁服务业发布的政策来进行理性预测,并结合现行中国仲裁制度对境外仲裁裁决在我国内地法院的承认和执行提出建议和展望。

(一) 我国内地法院承认和执行境外仲裁裁决的趋势分析

根据最高法院统计的仲裁审查数据,2019年我国法院不予承认与执行境外仲裁裁决的比例为3%,而承认与执行境外仲裁裁决的比例为62.5%,并且仲裁裁决中共涉及9家境外仲裁机构。^{③②}上述悬殊的数据明显展现出我国法院对于境外仲裁裁决的承认和执行率较高以及法院倾向于积极承认与执行的态度。此外由于内部报核制度,我国裁定不予承认和执行时通过拟报至最高法院,在处理境外仲裁裁决的承认与执行时对其予以了充分的尊重,并且能够有效发挥统一裁判尺度的作用。从中国法院的司法实践来看,我国在加入《纽约公约》的三十多年中,中国已经构建了较为完备的仲裁审查制度以及承认和执行仲裁裁决的法律规范。^{③③}

此外,最高人民法院和香港特别行政区律政司相继签署了《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的补充安排》(2020)以及《补充安排》(2021),^{③④}对申请认可和执行的香港仲裁裁决,规定按香港特区《仲裁条例》作出的仲裁裁决均可向内地人民法院申请认可和执行,既包括香港仲裁机构作出的仲裁裁决,也包括临时仲裁裁决和香港以外仲裁机构作出的仲裁裁决。该文件的签署增强域外仲裁裁决的可执行性,为我国仲裁裁决的承认和执行机制提供了有力举措和良性互动。

由此看来,中国法院对境外仲裁裁决的承认与执行延续了谨慎解释、严格适用的原则,不断实现较高的承认与执行率,反映了中国司法机构支持国际仲裁的立场、努力营造仲裁友好型的司法监督环境的坚定立场,以及大力推动完善仲裁制度和提高仲裁公信力的态度。^{③⑤}

^{③②} 《中国仲裁司法审查年度报告(2019年度)》,载最高人民法院网, <https://www.chinacourt.org/article/subjectdetail/id/MzAwNMjNM4ABAA.shtml>,最后访问时间:2021年4月12日。

^{③③} 杨逢柱:《境外仲裁裁决在中国的承认与执行问题:实证分析》,载《国际经济法学刊》2009年第16期,第52页。

^{③④} 《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的补充安排》,法释〔2020〕13号,2020年11月26日发布;《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的补充安排(2021)》,法释〔2020〕13号,2021年5月18日发布。

^{③⑤} 《营造仲裁友好型司法环境,积极服务“一带一路”建设》,载中国法院网, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2018/09/id/3502941.shtml>,最后访问时间:2021年4月23日。

（二）境外仲裁裁决在我国内地法院的承认和执行的建议与展望

我国法院在仲裁审查的过程中,由于我国现行1994年《仲裁法》的立法缺陷以及相关概念的模糊,导致法院在审查仲裁裁决的某些关键问题的处理出现了争议,甚至出现与国际通行规则相背而行的情形。结合我国当前的现状,我们可以从以下方面提出合理建议及展望:

1. 法院应当积极推进境外仲裁裁决的承认与执行以促进国际商事争议纠纷解决

对于在我国境外作出的仲裁裁决应当依据《纽约公约》进行审查,如果法院经审查发现没有符合《纽约公约》第5条不予承认和执行的情形,则不应当对该仲裁裁决拒绝承认与执行。

首先,法院应当重视仲裁协议有效性的审查。争端解决条款存在的意义,就是在发生争端时,为双方提供一条尽可能迅速、有效的道路。^{③6}根据《纽约公约》中关于仲裁协议效力的规定,双方协商一致的仲裁协议若同时符合形式要件(书面协议)和实质要件(仲裁事项具有可仲裁性)即应当认定为有效。这不仅是对当事人意思自治的尊重,也是促进仲裁制度发展的体现。

其次,法院应当全面审查仲裁程序的规范性。从近年来法院裁定不予承认和执行境外仲裁裁决的案例来看,拒绝承认和执行的理由主要聚焦于仲裁程序中存在的问题,包括仲裁庭的组成以及仲裁通知送达等程序性问题。我国法院通过缩小审查范围的方式仅审查程序性事项来减少对仲裁裁决的实质性干预,表示出对仲裁机构的尊重以及对仲裁制度的支持,并最大限度保障仲裁裁决的公正性并维护当事人的权益。

最后,法院应当秉持贯彻“有利于执行仲裁裁决”的理念。纵观他国法院的仲裁司法实践,支持仲裁已经是大势所趋并成为一种国际共识,各国法院对仲裁裁决的承认和执行是国家支持仲裁发展的具体表现之一。因此,我国积极推进仲裁制度的发展,则离不开法院对境外仲裁裁决承认和执行的支持和监督。^{③7}

2. 我国法院应当采用“仲裁地”标准来认定境外仲裁机构内地仲裁的仲裁裁决的国籍问题

鉴于我国对国内仲裁裁决和境外仲裁裁决的司法审查标准有所区分,因此判断仲裁裁决的国籍问题是裁定承认和执行仲裁裁决的先决问题。如果仲裁裁决被认定为国内仲裁裁决,则应当适用《民事诉讼法》第237条进行司法审查,即除了审查程序性事项以外,还可以对仲裁裁决的实质性事项一并进行审查;但是如果仲裁裁决被认定为境外仲裁裁决,则应当适用《民事诉讼法》274条、《纽约公约》第5条的规定进行审查。

我国《仲裁法》对于境外仲裁机构在中国内地进行仲裁分为三类:其一是国内仲裁机构所做出的无涉外因素的国内仲裁裁决;其二是我国涉外仲裁机构作出的含有涉外

^{③6} 许杰:《国际商事仲裁实务》,法律出版社2017年8月版,第39页。

^{③7} 上海国际仲裁中心国际商事仲裁研究中心:《上海法院仲裁司法审查的积极实践与发展展望》,载《上海法学研究》集刊2019年第17卷,第141页。

因素的涉外仲裁裁决；其三是仲裁地在境外的境外仲裁机构作出的境外仲裁裁决。对上述三种分类标准进行深入分析后发现我国主要采用的还是仲裁机构所在地标准。然而这种分类标准与国际通行的标准大相径庭，国际上对于仲裁裁决的国籍问题通常采用仲裁地标准，即若仲裁地在中国，则仲裁无论是境外仲裁机构作出还是境内仲裁机构作出都应适用中国法律来进行审查。

从中国司法实践看，通常以仲裁机构作为判断仲裁裁决国籍的标准。但在美国意艾德建筑师事务所与富力南京地产开发有限公司申请执行仲裁裁决案后，^{③⑧} 中国法院在仲裁审查实践中逐渐趋向于采用仲裁地标准的态度。从其他国家的仲裁立法来看，大多数国家对于仲裁裁决国籍认定的标准皆采用仲裁地标准，然而我国由于对“仲裁地”概念的模糊理解未对仲裁裁决的国籍标准问题作出规定。因此该案件被认为是法院采用“仲裁地”标准承认和执行仲裁裁决的第一案，^{③⑨} 尽管法院裁定书中未对该仲裁裁决的国籍问题完全定性，但对于我国判断仲裁裁决国籍的标准有着里程碑式意义。

仲裁地并不是一个地理概念。一般而言，只有仲裁地才具有法律意义并产生相应的法律效果，仲裁庭审地点与仲裁机构所在地在国际商事仲裁中通常不具有任何法律意义。我国法院应当采用“仲裁地”标准来认定境外仲裁机构内地仲裁所作仲裁裁决的国籍问题，这不仅有助于中国仲裁机构以境外作为其仲裁地，境外仲裁组织以中国内地为仲裁地；还有利于提高中国国际商事仲裁制度的国际化程度。

3. 《仲裁法》应及时加以修订并引入临时仲裁制度以满足中国仲裁发展的需要

我国商事仲裁机制的制度设计和欧美仲裁法体系的最大不同在于对临时仲裁的地位有不同的定位。在欧美各国立法中，并未刻意区分临时仲裁与机构仲裁，而是将临时仲裁作为整个仲裁法体系的主体，并将机构仲裁引入至立法条文中。^{④⑩} 例如，《1996年英国仲裁法》虽然有110个条文，但仅在9个条文中考虑到机构仲裁的特殊性。^{④⑪} 然而我国《仲裁法》第16条规定将约定仲裁机构作为仲裁协议有效的必要要件之一，明确规定了我国适用机构仲裁制度，即从立法上直接排除了对临时仲裁制度的适用，并至今从未进行过修订。^{④⑫} 若一份由境外临时仲裁庭作出的合法“临时仲裁裁决”，根据《纽约公约》的规定我国应当有义务对其进行承认与执行，但是由于我国目前仲裁法律体系中并未承认临时仲裁，使得在是否应予以承认和执行问题上存在矛盾冲突，导致了我国法院在依据《纽约公约》进行审查仲裁裁决时由于临时仲裁制度的缺失而拒绝承认与执行的情形发生。

^{③⑧} 江苏省南京市中级人民法院（2016）苏01认港1号民事裁定书。

^{③⑨} 《内地与香港特别行政区发布相互执行仲裁裁决的典型案列》，载最高人民法院网，<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-275321.html>，最后访问时间：2021年4月25日。

^{④⑩} 李建忠：《临时仲裁的中国尝试：制度困境与现实路径——以中国自贸试验区为视角》，载《法治研究》2020年第2期，第35页。

^{④⑪} 同上。

^{④⑫} Liu Ying & Zhang Weijia, *Establishment of Ad Hoc Arbitration Mechanism in China*, *Journal of WTO and China*, vol.10:4, 2020, p. 68.

在我国仲裁审查实践中,从2003年旭普林公司申请确认仲裁协议效力案法院裁定该仲裁条款无效,^{④③}到2013年龙利得公司申请确认仲裁协议效力案法院裁定该仲裁协议有效,^{④④}可见我国法院对于临时仲裁的态度已经放宽。2016年最高院出台司法解释回应对于临时仲裁制度的现行态度的回应,^{④⑤}2017年《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》的出炉,2019年和2021年最高院分别发布《意见》对上海自贸区临港新片区和海南自由贸易港的多元化纠纷解决体系的新型仲裁制度的探索,即实质上突破了我国仲裁法对临时仲裁的限制,^{④⑥}允许了临时仲裁制度在中国的适用。然而,临时仲裁制度的适用不应当仅仅局限于试验区范围,我国现行《仲裁法》应该全面引进临时仲裁制度来填补临时仲裁制度的漏洞,加强临时仲裁和机构仲裁的协调性以提高我国仲裁制度的完整性。

为了保障境外仲裁裁决的承认和执行,推进我国仲裁业的有序发展,引入临时仲裁制度是迫在眉睫的事情,因此对于我国《仲裁法》中有关机构仲裁的规定需要进行全面的修订,将临时仲裁制度纳入我国《仲裁法》。

4. 进一步放开境外仲裁机构的内地仲裁业务以推动仲裁服务业的发展

自2015年国务院开放了上海自贸区新一轮的仲裁试验田,^{④⑦}明确了我国对于优化国际商事纠纷争议解决机制发展环境的立场后,境外仲裁机构(如HKIAC、ICC、SIAC)陆续在上海自贸区设立代表处或办公室。^{④⑧}2019年国务院和上海市司法局陆续发布文件明确表明同意境外仲裁机构在上海临港新片区设立业务机构。^{④⑨}随后,世界知识产权组织(WIPO)仲裁与调解上海中心在上海自由贸易试验区设立并开展业务,意味着我国通过发布政策的方式表明了对仲裁制度改革并与国际接轨的支持态度。

2020年8月国务院发布文件表示同意深化开放北京市的仲裁服务业并要求认真组织实施。^{⑤⑩}这一文件的出台更加鲜明的表明了推进仲裁制度改革的决心,扩大了境外仲裁机构的办事机构设立点而不仅仅局限于自贸区试点内,这对于我国仲裁业务对外开放有着里程碑式的意义,意味着我国正在逐渐放开仲裁业务,朝着仲裁国际化的方向迈进。

进一步放开境外仲裁机构的内地仲裁业务以发展涉外法律服务业,进而促进我国涉

^{④③} 最高人民法院(2003)民四他字第23号复函。

^{④④} 最高人民法院(2013)民四他字第13号复函。

^{④⑤} 《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。

^{④⑥} 《最高人民法院关于人民法院为中国(上海)自由贸易试验区临港新片区建设提供司法服务和保障的意见》,法发〔2019〕31号,2019年12月13日发布;《最高人民法院关于人民法院为海南自由贸易港建设提供司法服务和保障的意见》,法发〔2021〕1号,2021年1月8日发布。

^{④⑦} 《国务院关于印发进一步深化中国(上海)自由贸易试验区改革开放方案的通知》,国发〔2015〕21号,2015年04月20日发布。

^{④⑧} 李庆明:《境外仲裁机构在中国内地仲裁的法律问题研究》,载《环球法律评论》2016年第3期,第181页。

^{④⑨} 《关于印发〈境外仲裁机构在中国(上海)自由贸易试验区临港新片区设立业务机构管理办法〉的通知》,载上海政府法制信息网, http://sfj.sh.gov.cn/xxgk_gfxwj/20191020/3fbcd61ef43147379c5841e28bdf6007.html,最后访问时间:2021年4月21日。

^{⑤⑩} 《国务院关于深化北京市新一轮服务业扩大开放综合试点建设国家服务业扩大开放综合示范区工作方案的批复国函》〔2020〕123号,2020年9月7日发布。

外服务业在良性发展已经成为了新一轮服务业扩大开放的重头戏。正所谓“海纳百川，有容乃大”，我国仲裁服务业的发展不仅要依靠自身仲裁机构的提高和走出去，更要引入更多优秀的境外仲裁机构的走进来，通过相互间的经验借鉴和竞争关系来促进共同发展。

结 语

在我国大力推进高水平对外开放以及经济全球化的趋势背景下，中国经济更加纵深深地融入进世界经济中去。越来越多的境外企业与中国企业之间贸易往来合作更加密切的同时也产生了许多国际贸易纠纷，申请承认和执行境外仲裁裁决的数量也正逐年上升。基于我国对仲裁事业的积极推进和大力支持，越来越多的境外仲裁裁决在我国法院得到承认与执行。然而，由于我国1994年《仲裁法》固有的缺陷导致了在仲裁裁决国籍的性质等问题上与国际通行做法不一致的情形，从而导致了境外仲裁裁决在中国内地法院得不到承认和执行。因此，法院在仲裁裁决的审查中应当秉持“有限干预”的理念积极促进仲裁裁决的承认和执行，营造仲裁友好型的司法监督环境。此外，我国《仲裁法》也应当及时加以修订，对于临时仲裁制度以及仲裁裁决的国籍问题作出合理规定，填补我国立法上的漏洞以推进我国仲裁发展。我国也应当进一步放开境外仲裁机构的内地仲裁业务，以提高中国仲裁的国际影响力和公信力。

Abstract: Under the background of China's vigorous promotion on high level of all-round opening and the trend of economic globalization, communicating with other countries has become more frequent, producing a large number of international trade disputes. By virtue of the advantage of enforceability of arbitration, the settlement of international commercial disputes by arbitration appeal to the parties. However, through the collation and study of a large number of cases, it is found that a considerable number of arbitration awards have not been recognized and enforced by our courts. Moreover, in the course of the judicial examination of arbitration, there are disputes in our courts over the handling of some key issues due to legislative defects and conceptual disorders, including the determination of the nationality of overseas arbitration awards and the attitude of the Ad hoc arbitration system. This article will discuss the reasons for the refusal of recognition and enforcement of foreign arbitration awards in Chinese courts by means of empirical analysis and express the prospect of recognition and enforcement of foreign arbitration awards in China.

Keywords: overseas arbitration institution; foreign arbitration award; recognition and enforcement; empirical analysis

(责任编辑:刘 纲)

仲裁司法审查裁定的效力与救济

——以司法解释和司法实践为视角

朱华芳 郭佑宁*

内容提要 《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》第20条使用的“不予受理”“驳回申请”等用语应当予以限缩解释,该条但书规定应从严理解。关于法院能否依职权或者根据检察机关抗诉、检察建议对仲裁司法审查裁定进行再审,原则上应予禁止。当事人不能通过执行监督程序对法院在不予执行仲裁裁决程序作出的裁定寻求救济。仲裁司法审查案件不适用特别程序异议程序。

关键词 仲裁司法审查 不予受理 驳回申请 再审 执行监督 特别程序

一、引言

仲裁司法审查,是指法院为了使因仲裁权的不当运行而受损的仲裁当事人的合法权利得到恢复和弥补,在当事人各方的参与下,通过听取当事人各方的意见,对仲裁活动的合法性、合约性进行审查。^①为规范仲裁司法审查,2017年12月、2018年2月,最高人民法院(以下简称最高法院)相继发布《最高人民法院关于仲裁司法审查案件报核问题的有关规定》(法释〔2017〕21号)、《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》(法释〔2017〕22号,以下简称《仲裁司法审查规定》)、《最高人民法院关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》(法释〔2018〕5号,以下简称《仲裁裁决执行规定》)三项重要司法解释,对仲裁司法审查若干问题作出规范。其中,有关法院在仲裁司法审查程序中作出裁定的效力及其救济,引发实务界的热烈关注。

《仲裁司法审查规定》第7条、第8条和第10条分别规定,仲裁司法审查案件当事人对不予受理的裁定、法院立案后发现不符合受理条件而驳回申请的裁定以及对被申请人提出的管辖权异议作出的裁定不服的,可以提起上诉。第20条规定:“人民法院在仲裁司法审查案件中作出的裁定,除不予受理、驳回申请、管辖权异议的裁定外,一经送达

* 朱华芳,天同律师事务所高级合伙人;郭佑宁,天同律师事务所律师。

① 姜霞:《仲裁司法审查程序本质论》,载《河北法学》2007年第6期,第154页。

即发生法律效力。当事人申请复议、提出上诉或者申请再审的,人民法院不予受理,但法律和司法解释另有规定的除外。”《仲裁裁决执行规定》第22条第1款规定:“人民法院裁定不予执行仲裁裁决、驳回或者不予受理不予执行仲裁裁决申请后,当事人对该裁定提出执行异议或者申请复议的,人民法院不予受理。”^②第3款规定:“人民法院基于案外人申请裁定不予执行仲裁裁决或者仲裁调解书,当事人不服的,可以自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院申请复议;人民法院裁定驳回或者不予受理案外人提出的不予执行仲裁裁决、仲裁调解书申请,案外人不服的,可以自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院申请复议。”根据上述规定,除案外人申请不予执行案件及法律和司法解释另有规定的其他情形外,仲裁司法审查案件中法院实体审查后作出的裁定,包括裁定确认仲裁协议有(无)效、裁定撤销仲裁裁决或驳回撤销仲裁裁决申请、裁定不予执行仲裁裁决或驳回不予执行仲裁裁决申请、裁定承认/认可和执行外国/港澳台仲裁裁决或驳回承认/认可和执行外国/港澳台仲裁裁决申请的,当事人不得申请复议、提出上诉或者申请再审。

上述结论应当是相对明确的,但对《仲裁司法审查规定》第20条中“不予受理”“驳回申请”的理解,以及对仲裁司法审查裁定法院能否依职权启动再审、检察机关能否进行检察监督,法院能否通过执行监督程序、特别程序异议程序对进行监督等问题,司法实践存在不同认识和做法,有必要逐一讨论,予以澄清,促进司法裁判标准的统一。

二、仲裁机构对仲裁协议效力作出决定后,法院不予受理当事人确认仲裁协议效力申请的裁定,是否属于《仲裁司法审查规定》第20条所指的“不予受理”裁定

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《仲裁法解释》)第13条第2款规定:“仲裁机构对仲裁协议的效力作出决定后,当事人向人民法院申请确认仲裁协议效力或者申请撤销仲裁机构的决定的,人民法院不予受理。”如法院援引该条规定裁定不予受理,当事人能否援引《仲裁司法审查规定》第20

^② 2015年2月4日实施的《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》(以下简称《民事诉讼法解释》)第478条规定:“人民法院裁定不予执行仲裁裁决后,当事人对该裁定提出执行异议或者复议的,人民法院不予受理。”该规定改变了2015年1月1日实施的最高人民法院《关于执行案件立案、结案若干问题的意见》(以下简称《执行案件立案结案意见》)第10条的相关规定(即当事人不服人民法院作出的不予执行仲裁裁决、驳回不予执行仲裁裁决申请的裁定,向上一级人民法院申请复议的,人民法院应当按照执行复议案件予以立案)。《民事诉讼法解释》实施后,对不予执行裁定的裁定,当事人不能提出执行异议或复议,这已明确;但对法院驳回不予执行仲裁裁决申请的裁定,当事人是否可以申请复议,却有不同看法。有观点认为,既然《执行案件立案结案意见》第10条规定这种情况可以申请复议,而《民事诉讼法解释》第478条又未予以禁止,那自然应可。但也有观点认为,虽然根据《执行案件立案结案意见》第9条的规定,法院把不予执行仲裁裁决申请作为执行异议案件立案,但它与一般执行异议案件性质很不一样,法院审查的依据也完全不同;从尽量减少司法对仲裁的干预,促进仲裁发展的角度出发,在法院驳回当事人不予执行裁决申请后,不应赋予当事人申请复议权。《仲裁裁决执行规定》第22条采纳了第二种观点。

条申请复议、提出上诉或者申请再审？实践中，不少法院因裁定主文为“不予受理”而认可当事人有上诉权。^③ 本文认为，这种观点值得商榷，主要理由如下：

第一，《中华人民共和国仲裁法》（以下简称《仲裁法》）第 20 条、《仲裁法解释》第 13 条第 2 款对仲裁协议效力审查权限的配置，意在表明如仲裁机构先于法院对仲裁协议效力作出决定，该决定即排除法院在确认仲裁协议效力程序再行审查仲裁协议效力，即已决的自裁管辖优先于司法审查。^④ 因此，《仲裁法解释》第 13 条第 2 款虽使用“不予受理”裁定，但其表达的含义是不允许当事人通过确认仲裁协议效力程序再向法院请求审查仲裁协议效力，故如对上述“不予受理”裁定赋予当事人进一步救济的路径，不符合法律和司法解释本意。

第二，《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）第 154 条规定不予受理的裁定可以上诉，其目的在于矫正一审法院应受理而未受理的情形，避免剥夺当事人合法享有的诉权。但在仲裁机构已经对仲裁协议效力作出决定的情形，当事人并不享有再向法院申请确认仲裁协议效力的诉权，自然没有必要再赋予救济其诉权的上诉权。事实上，即使允许对此类不予受理的案件上诉，二审法院亦无权在仲裁机构已经对仲裁协议效力作出决定后，裁定受理当事人向法院提出的确认仲裁协议效力申请，否则明显有违《仲裁法解释》第 13 条第 2 款的规定，可见，所谓“上诉”本身不具有任何实质意义。因此，此种情形下不允许当事人对不予受理裁定提出上诉，并不违背《民事诉讼法》第 154 条的规范目的。

第三，国际仲裁实践和我国仲裁法理论普遍肯定仲裁庭享有自裁管辖权。国内学界一般将仲裁庭自裁管辖权界定为“仲裁庭有权判断自己的管辖权，并且不受法院相关诉讼程序的影响，开始或继续审理案件直至作出裁决”。^⑤ 从支持仲裁的政策取向出发，自裁管辖理论的最终效果是赋予仲裁庭更多的权力。^⑥ 因此，在仲裁庭已对仲裁协议效力作出决定后，法院应当予以尊重以使仲裁庭顺利推进对案件的实体审理。为此，对于当事人另行向法院提出的确认仲裁协议效力申请，法院理应采取一审终审的方式尽快处理，避免损害仲裁效率。

第四，在仲裁裁决作出后，法院仍可在撤销或不予执行仲裁裁决程序中审查仲裁协议的效力。因此，在确认仲裁协议效力阶段，明确当事人对法院依据《仲裁法解释》第 13 条第 2 款作出的裁定不得申请复议、提出上诉或申请再审，不会减损当事人的权利，更为符合司法有限监督仲裁、节省司法资源的政策取向。

基于上述理由，本文认为，应对《仲裁司法审查规定》第 20 条规定的“不予受理”进行限缩解释，对于法院依照《仲裁法解释》第 13 条第 2 款作出的“不予受理”裁定，

^③ 例如：湖南省高级人民法院（2019）湘民终 725 号民事裁定书、广西壮族自治区高级人民法院（2019）桂民终 574 号民事裁定书。

^④ 孙南、申胡荻：《国际商事仲裁的自裁管辖与司法审查之法律分析》，载《武大国际法评论》2017 年第 3 期，第 21 页。

^⑤ 王翰、李广辉：《论仲裁庭自裁管辖权原则》，载《中国法学》2004 年第 2 期，第 165 页。

^⑥ 孙南、申胡荻：《国际商事仲裁的自裁管辖与司法审查之法律分析》，载《武大国际法评论》2017 年第 3 期，第 12 页。

当事人不得申请复议、提出上诉或申请再审。

三、《仲裁司法审查规定》第20条所指的“驳回申请”裁定的界定

在仲裁司法审查案件中,如法院拟支持当事人的请求,裁定主文通常会表述为“确认仲裁协议有(无)效”,“撤销××裁决”,“裁定不予执行××裁决”,“裁定承认/认可和执行××裁决”。此等裁定当事人不可申请复议、提出上诉、申请再审,应无疑义。但如法院驳回当事人的请求,裁定主文可能表述为“驳回××的申请”,此种裁定是否属于《仲裁司法审查规定》第20条所指的“驳回申请”裁定而允许上诉、申请再审,则存在不同认识和做法。

例如,(2018)湘民终125号、(2018)湘民终710号案中,湖南省高级人民法院裁定不予受理当事人对下级法院驳回其确认仲裁协议无效申请的裁定提出的上诉;(2015)粤高法民四申字第111号案当事人就广东省珠海市中级人民法院驳回其不予执行仲裁裁决申请的裁定申请再审,^⑦广东省高级人民法院裁定驳回再审申请。但在更多情形中,二审法院受理了当事人对下级法院驳回其确认仲裁协议效力或撤销仲裁裁决申请的裁定提出的上诉并进行了审查。

从《仲裁司法审查规定》的条文和实践情况来看,仲裁司法审查程序中表述为“驳回申请”的裁定,主要以下几类:

第一类是因申请人提交的申请文件不符合规定(《仲裁司法审查规定》第5条、第6条),法院立案后发现不符合受理条件,故裁定驳回申请。这类裁定不涉及对仲裁协议效力、撤销或不予执行仲裁裁决事由的实体审查,其系依据《仲裁司法审查规定》第5条至第8条作出,故依该司法解释第8条的规定可以上诉。^⑧

第二类是针对当事人对仲裁司法审查案件管辖权提出的异议,法院审查后作出的驳回管辖权异议申请的裁定。依照《仲裁司法审查规定》第10条的规定,这类裁定亦可上诉。^⑨

第三类是法院受理确认仲裁协议效力案件后,查明仲裁机构已经对仲裁协议的效力作出决定,故援引《仲裁法解释》第13条第2款和《仲裁司法审查规定》第8条第1

^⑦ 本案裁定作出日期为2018年2月2日。

^⑧ 例如:天津市高级人民法院(2018)津民终213号民事裁定书、广东省高级人民法院(2018)粤民终752号民事裁定书、安徽省高级人民法院(2018)皖民特3号民事裁定书。

^⑨ 例如:上海市高级人民法院(2020)沪民终481号民事裁定书、(2020)沪民辖终66号民事裁定书、天津市高级人民法院(2018)津民辖终46号民事裁定书、广东省高级人民法院(2019)粤民辖终271号民事裁定书、(2019)粤民辖终500号民事裁定书、浙江省高级人民法院(2020)浙民辖终9号民事裁定书、(2019)浙民终66号民事裁定书、贵州省高级人民法院(2020)黔民辖终15号。

款^⑩裁定驳回申请。^⑪但同于本文第二部分的理由,笔者认为这种处理不妥当。

第四类是法院对申请人的实体请求事由进行审查后,认定申请人相关请求不能成立,故裁定驳回申请。这类裁定的主文表述虽为“驳回申请”,但其本质是对申请人请求能否成立的司法判断,此点与主文为“确认仲裁协议有(无)效”“撤销××裁决”“裁定不予执行××裁决”的裁定并无二致,故依循仲裁司法审查案件一审终审的原则,不应允许当事人申请复议、提出上诉或申请再审。就此,最高法院也曾在《最高人民法院关于人民法院裁定撤销仲裁裁决或驳回当事人申请后当事人能否上诉问题的批复》(法复〔1997〕5号)、《最高人民法院关于对驳回申请撤销仲裁裁决的裁定能否申请再审问题的复函》(〔2003〕民立他字第71号)、《最高人民法院关于当事人对驳回其申请撤销仲裁裁决的裁定不服而申请再审,人民法院不予受理问题的批复》(法释〔2004〕9号)等多个司法文件中明确,对于撤销仲裁裁决的裁定及驳回申请撤销仲裁裁决的裁定,当事人无权上诉,法院亦不得受理当事人的再审申请。

值得注意的是,实践中,除依照法律规定的仲裁协议无效事由、撤销或不予执行仲裁裁决的事由进行审查,^⑫法院对申请人实体请求事由的审查还可从多个角度进行,例如:(1)案件存在申请撤销仲裁裁决、调解书超出《仲裁法》第59条规定期限,案外人不具备申请撤销仲裁裁决的主体资格等情形,一审法院裁定驳回申请;^⑬(2)重庆市高级人民法院(2020)渝民终1062号案中,申请人认为附生效条件的仲裁协议,因生效条件未成就,请求法院裁定仲裁协议未生效,一审法院认定仲裁协议生效与否属于仲裁庭实体审查范畴,不属于仲裁协议效力程序的审查范围,裁定驳回申请;(3)湖北省高级人民法院(2020)鄂民终191号案中,申请人以涉案土地出让合同系行政协议,不能仲裁为由,向法院申请确认仲裁机构无主管权,一审法院认定此不属于受案范围,裁定驳回申请;(4)河北省高级人民法院(2020)冀民终43号案中,申请人向法院请求撤销仲裁机构对仲裁协议效力作出的决定,一审法院以其不属于受案范围为由,裁定驳回申请。本文认为,上述案件中法院均对申请人的请求能否成立作了审查,相应裁定的本质都是对申请人实体请求的否定性判断,故遵循仲裁司法审查案件一审终审原则,不应允许当事人上诉;上述案件中,二审法院均受理当事人的上诉,其处理值得商榷。

^⑩ 《仲裁司法审查规定》第8条第1款规定:“人民法院立案后发现不符合受理条件的,裁定驳回申请。”

^⑪ 例如:北京市高级人民法院(2020)京民终258号民事裁定书、(2020)京民终740号民事裁定书、广东省高级人民法院(2020)粤民终75号民事裁定书、(2020)粤民终1401号民事裁定书、(2020)粤民终2328号民事裁定书、山东省高级人民法院(2020)鲁民终2044号民事裁定书、(2020)鲁民终2247号民事裁定书、新疆维吾尔自治区高级人民法院(2020)新民终413号民事裁定书、上海市高级人民法院(2019)沪民终334号民事裁定书、江苏省高级人民法院(2019)苏民终465号民事裁定书。

^⑫ 例如:湖南省高级人民法院(2020)湘执复202号执行裁定书、重庆市高级人民法院(2018)渝民终473号民事裁定书。

^⑬ 例如:北京市高级人民法院(2020)京民终657号民事裁定书、重庆市高级人民法院(2020)渝民终715号民事裁定书、(2020)渝民终1166号民事裁定书、山东省高级人民法院(2020)鲁民终1907号民事裁定书、(2020)鲁民终2199号民事裁定书、广东省高级人民法院(2019)粤民终2513号民事裁定书。以案外人不具备申请撤销仲裁裁决主体资格为由驳回申请并允许上诉的案例:山东省高级人民法院(2020)鲁民终2046号民事裁定书,都是以申请撤销仲裁裁决或调解书超过法定期限为由驳回申请并允许上诉的案例。

本文建议,为避免文字表述可能引起的歧义,《仲裁司法审查规定》第20条所指可以上诉的驳回申请裁定,应进一步明确为依据《仲裁司法审查规定》第8条作出的驳回申请裁定,而对第8条所指立案后发现不符合受理条件的,则应限于第7条所指的不予受理的情形。

四、《仲裁司法审查规定》第20条但书所指情形的界定

如上分析,《仲裁司法审查规定》第20条确立了经实体审查作出的仲裁司法审查裁定不得申请复议、提出上诉、申请再审的原则,但该条也规定“法律和司法解释另有规定的除外”,为特殊情况下赋予当事人进一步寻求救济的权利留下空间。本文认为,该等“另有规定”宜从严解释,一方面必须是法律和司法解释,而不能是效力层级低于它们的规范性文件,另一方面则必须是明确具体的关于特定类型的仲裁司法审查裁定可以申请复议、提出上诉或申请再审的规定。最高法院法官撰写的文章也指出:“为了避免与将来可能出台的其他法律或司法解释的规定相冲突,该条进一步规定‘但法律和司法解释另有规定的除外’。”^⑭这表明司法解释但书规定主要是为将来立法而预备,在《仲裁司法审查规定》之前的法律、司法解释实际均不涉及除外情形。

截至目前,该等“另有规定”主要有两处:一是《仲裁裁决执行规定》第5条。根据该条规定,执行法院因仲裁裁决或调解书执行内容不明确而驳回执行申请的,申请执行人可以向上一级法院申请复议。二是《仲裁裁决执行规定》第22条第3款的规定。根据该款规定,案外人申请不予执行仲裁裁决、仲裁调解书,法院裁定不予执行的,仲裁裁决、仲裁调解书的当事人可以向上一级法院申请复议;法院裁定驳回或不予受理案外人不予执行仲裁裁决、仲裁调解书申请的,案外人可以向上一级法院申请复议。需要指出的是,根据《仲裁裁决执行规定》第9条、第18条的规定,案外人申请不予执行仲裁裁决的事由限于仲裁案件当事人恶意申请仲裁或虚假仲裁损害案外人合法权益,这与案外人对仲裁裁决的执行标的提出异议的情形不同,不可混淆。在仲裁裁决执行过程中,案外人对执行标的提出异议的,应当参照《民事诉讼法》第227条的程序处理,^⑮但因仲裁裁决一裁终局,故该条中关于按照审判监督程序办理的规定不得适用。也就是说,在案外人的异议被执行法院驳回的情况下,若案外人异议理由与仲裁裁决无关的,案外人可以提起执行异议之诉;若案外人异议理由与仲裁裁决有关,案外人不得对仲裁裁决申请再审。

^⑭ 张勇健、任雪峰、梁颖:《〈关于仲裁司法审查案件报核问题的有关规定〉及〈关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定〉的理解与适用》,载《人民司法》2018年第4期,第32页。

^⑮ 《民事诉讼法》第227条规定:“执行过程中,案外人对执行标的提出书面异议的,人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查,理由成立的,裁定中止对该标的的执行;理由不成立的,裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服,认为原判决、裁定错误的,依照审判监督程序办理;与原判决、裁定无关的,可以自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起诉讼。”

五、对仲裁司法审查裁定,法院能否依职权启动再审,检察机关能否提出抗诉或检察建议,理论和实践尚有不同观点和做法

(一) 法院能否依职权启动再审,最高法院在不同文件中表态不一

《民事诉讼法》第198条并未限定法院可依职权启动再审的裁判文书的范围。^{①⑥}对于仲裁司法审查裁定,法院能否依职权启动再审程序,《仲裁司法审查规定》未予明确,实践中存在不同处理方式,最高法院在不同文件中的态度亦不一致。

《最高人民法院关于下级法院撤销仲裁裁决后又以院长监督程序提起再审应如何处理问题的复函》(〔2003〕民立他字第45号)、《最高人民法院研究室关于驳回申请撤销仲裁裁决的裁定法院能否依职权启动再审问题的研究意见》均认为,法院不应依职权对撤销仲裁裁决的裁定或驳回申请撤销裁定的裁定进行再审。但与之相对的是,《最高人民法院关于朱裕华与上海海船厨房设备金属制品厂申请撤销仲裁裁决再审一案的请示报告的复函》(〔2007〕民四他字第7号)显示,最高法院在〔2006〕民四他字第15号批复中同意上海市高级人民法院就上海市第二中级人民法院驳回当事人申请撤销裁定的裁定依职权提审或指令下级法院再审;该案由上海市第二中级人民法院再审后,裁定撤销其此前作出的驳回当事人撤裁申请的裁定并撤销相关仲裁裁决。

笔者检索到近年来亦有法院依职权启动再审的案例,如在(2018)豫15民再67号案中,河南省信阳市中级人民法院就其作出的撤销(2016)信仲裁字第003号仲裁裁决的民事调解书,在当事人提出申诉后依职权启动再审,并基于以调解的形式撤销仲裁裁决违法,裁定撤销民事调解书,继续由其审理撤裁案件。再如(2019)粤民监3号、(2019)冀01民监1号、(2020)鄂08民监3号等案中,法院以裁定确有错误为由,依职权裁定对本院或者下级法院作出的驳回撤销仲裁裁决申请的裁定进行再审。

(二) 最高法院司法解释规定不受理检察机关的抗诉,但实践中有不同做法

《仲裁司法审查规定》也未规定检察机关能否对仲裁司法审查裁定提出抗诉或者检察建议。但《最高人民法院关于人民检察院对不撤销仲裁裁决的民事裁定提出抗诉,人民法院应否受理问题的批复》(法释〔2000〕46号)和《最高人民法院关于人民检察院对撤销仲裁裁决的民事裁定提起抗诉,人民法院应如何处理问题的批复》(法释〔2000〕17号)两个司法解释均规定,检察机关对撤销仲裁裁决裁定或驳回申请撤销裁定的裁定提起抗诉,没有法律依据,法院应当不予受理。但在实践中,也存在法院受理检察院抗诉或检察建议的案例。

^{①⑥} 《民事诉讼法》第198条规定:“各级人民法院院长对本院已经发生法律效力、发现确有错误,认为需要再审的,应当提交审判委员会讨论决定。最高人民法院对地方各级人民法院已经发生法律效力、发现确有错误的,有权提审或者指令下级人民法院再审。”

例如,在(2018)吉04民再11号案中,贾淑娣向吉林省辽源市中级人民法院申请撤销吉林省辽源仲裁委员会作出的仲裁裁决,辽源市中级人民法院作出(2015)辽民他字第4号裁定,驳回其申请。贾淑娣向辽源市人民检察院申诉,辽源市人民检察院向辽源市中级人民法院发出检察建议,建议法院再审。经审判委员会讨论,辽源市中级人民法院裁定再审。裁定再审后,经审判委员会讨论,辽源市中级人民法院作出(2016)吉04民再5号裁定,撤销仲裁裁决。后经辽源市中级人民法院院长提交审判委员会讨论,认为(2016)吉04民再5号民事裁定确有错误,再次裁定再审。后经再审,辽源市中级人民法院作出(2018)吉04民再11号裁定,撤销(2016)吉04民再5号民事裁定,维持(2015)辽民他字第4号裁定和仲裁裁决。该案中,辽源市中级人民法院通过检察监督程序和审判监督程序两次启动再审。抛开实体问题不论,仅就程序处理本身而言,违反了《仲裁法》《仲裁司法审查规定》以及前述最高法院一系列批复、复函的规定和精神。

值得注意的是,前述最高法院关于法院不能依职权启动再审、检察机关提出抗诉法院不予受理的批复、复函均是针对申请撤裁程序作出的裁定,对于确认仲裁协议效力裁定、不予执行仲裁裁决裁定或驳回当事人、案外人申请不予执行仲裁裁决裁定,法院能否依职权启动再审、检察机关能否抗诉,最高法院尚无明确规定。地方法院层面,《江苏省高级人民法院关于审理民商事仲裁司法审查案件若干问题的意见》(2010年修正)(苏高法审委〔2010〕11号)第3条规定:“人民法院审理仲裁司法审查案件实行一审终审。人民法院对当事人申请再审或人民检察院的抗诉,不予受理;也不得依职权提起审判监督程序。”《河南省高级人民法院审理民商事仲裁司法审查案件若干问题的暂行规定》(豫高法〔2011〕294号)第9条规定:“人民法院不予受理下列已经司法审查的案件:……(五)人民检察院对发生法律效力的撤销仲裁裁决的民事裁定提起抗诉的;(六)人民检察院对发生法律效力的不撤销仲裁裁决的民事裁定提出抗诉的。”

本文认为,确认仲裁协议效力、不予执行仲裁裁决等案件与撤裁案件同为仲裁司法审查案件,在救济路径方面宜基本保持一致。原则上,对于当事人不能申请再审的仲裁司法审查裁定,亦不宜赋予法院审判监督权和赋予检察机关检察监督权。一方面,基于仲裁一裁终局、当事人意思自治和司法有限监督原则,仲裁司法审查案件实行一审终审,若允许法院依职权或受理检察院抗诉而启动再审,则与这些原则背道而驰,导致如上案例所示的多次再审问题,将严重削弱仲裁这一独立纠纷解决方式的权威性和高效性;另一方面,《仲裁法》第9条第2款规定:“裁决被人民法院依法裁定撤销或者不予执行的,当事人就该纠纷可以根据双方重新达成的仲裁协议申请仲裁,也可以向人民法院起诉。”据此,裁决被撤销或不予执行的,法律已为当事人规定了明确的救济路径,应由当事人根据意思自治原则予以选择,法院、检察院不宜再行介入。

不过,考虑到我国仲裁及司法审查实践的客观情况,确实存在因仲裁司法审查裁定错误而导致当事人救济无门的情况。对此,理论上观点认为,应当吸收内部报核制度,建立仲裁司法审查案件有限上诉制度,对于法院否定仲裁裁决的情形,允许当事人提出

上诉^⑰或复议^⑱。但这种主张需要大幅修改现行法律和司法解释,短期内难以落地,而且亦无法解决撤裁申请被错误驳回时的当事人救济问题。本文建议,在立法修订完善之前,可以采取过渡性的权宜之计,允许在特定情况下法院依职权或受理检察院抗诉而启动再审。对拟作出否定性裁定(如认定仲裁协议无效、撤销或不予执行我国仲裁裁决、不予承认/认可和执行外国/港澳台仲裁裁决等)的仲裁司法审查案件,我国已全面实行报核制度,很大程度上保障了裁判尺度的统一和法律适用的正确,实际上已赋予当事人多一道救济,故此类案件不宜再允许法院依职权或受理检察院抗诉而启动再审。而对于驳回撤裁申请裁定和驳回不予执行申请裁定案件,可进一步予以细分,明确特定情形下法院发现仲裁司法审查裁定确有错误的,可依职权启动再审。

六、对不予执行裁决申请作出的裁定,上级法院能否以执行监督的名义予以审查

(一) 最高法院及部分地方法院案例通过执行监督程序审查不予执行仲裁裁决案件

《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》(以下简称《执行工作规定》)(2020年修正)第71条规定:“上级人民法院依法监督下级人民法院的执行工作。最高人民法院依法监督地方各级人民法院和专门法院的执行工作。”第72条第1款规定:“上级法院发现下级法院在执行中作出的裁定、决定、通知或具体执行行为不当或有错误的,应当及时指令下级法院纠正,并可以通知有关法院暂缓执行。”实践中,最高法院及部分高院以执行监督的名义,改变下级法院对不予执行裁决申请作出的裁定的案例并不少见。

在(2013)执监字第204号案中,最高法院通过执行监督程序受理当事人申诉并作出执行裁定书,撤销了北京市高级人民法院复议后作出的裁定,维持了北京市第一中级人民法院不予执行相关裁决的裁定。该案中,对一方当事人提出的最高法院不应再就对方当事人的再审申请进行审查的质疑,最高法院回应如下:1996年6月26日《关于当事人因不予执行仲裁裁决的裁定不服而申请再审人民法院不予受理的批复》是指“人民法院不予受理当事人因对不予执行仲裁裁决的裁定不服而提起的再审申请”,并不涉及执行监督问题;根据原《执行工作规定》第129条、第130条的规定,^⑲最高法院有权立案处理当事人就不予执行仲裁裁决案件提起的执行监督申请。

地方层面,亦有法院根据原《执行工作规定》第129条对申请不予执行仲裁裁决案件的裁定进行执行监督:(1)在(2020)甘执监41号、(2020)湘执监8号等案中,法院以下级法院未履行报核程序违法为由,撤销了下级法院做出的不予执行仲裁裁决裁

^⑰ 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130页。

^⑱ 董少谋:《“一裁终局”下仲裁裁决的司法救济途径》,载《仲裁研究》2015年第3期,第26页。

^⑲ 2020年修正后的《执行工作规定》序号为第71条、第72条。

定；(2)在(2018)鲁执监69号案中,山东省高级人民法院受理了当事人对山东省淄博市中级人民法院应案外人申请裁定不予执行仲裁调解书的申诉,裁定撤销淄博市中级人民法院的裁定,将案件发回淄博市中级人民法院重新审查；(3)在(2020)川执监78号、(2020)新执监97号、(2019)京执监46号、(2018)冀执监13号、(2017)苏执监763号等案中,法院均受理了当事人对下级法院裁定驳回其不予执行仲裁裁决申请的申诉,在对申诉人请求不予执行仲裁裁决的理由进行审查后,驳回了相应申诉请求。

此外,《重庆市高级人民法院关于规范民商事仲裁案件执行工作的意见》第15条规定:“当事人、利害关系人不服人民法院裁定驳回不予执行仲裁裁决和调解书申请的,可以向上级人民法院提出申诉。当事人、利害关系人因不服人民法院对仲裁裁决和调解书的执行审查裁定申诉的,人民法院按照执行监督程序办理。”

(二)北京市高级人民法院、广东省高级人民法院文件明确将不予执行裁决案件排除在执行监督范围外

实践中,也有部分高院认为不予执行裁决的裁定或驳回不予执行裁决申请的裁定,不属于执行监督范围。例如,《北京市法院执行局局长座谈会(第八次会议)纪要——关于仲裁裁决执行与不予执行申请审查若干问题的意见》第23条规定:“当事人、仲裁事项的利害关系人对不予执行裁定向人民法院申请执行监督的,不予受理;已经受理的,从程序上予以驳回。”再如,《广东省高级人民法院关于办理执行监督案件的指引》(粤高法〔2018〕243号)第13条规定:“申诉人的申诉属于下列情形之一的,人民法院不予立案监督,分别处理:……(六)对不予执行仲裁裁决的裁定不服的,告知其可以重新达成书面仲裁协议申请仲裁,或者向人民法院起诉;(七)对驳回不予执行仲裁裁决申请的裁定不服的,告知其不属于执行监督的范围……”

(三)本文认为不宜将不予执行裁决案件纳入执行监督范围

第一,执行监督,是指具有执行监督权的机关认为受其监督的执行机关在执行程序中的具体执行行为错误或者不当,要求受监督的执行机关予以矫正的法律制度。^②执行监督制度针对的主要是法院基于执行依据作出的具体执行行为,包括执行实施行为和执行裁决行为,除执行依据不明确导致无法执行外,一般不涉及执行依据本身;而不予执行裁决制度是仲裁司法审查在执行程序中的具体体现,本质上是对执行依据(即仲裁裁决、仲裁调解书)进行监督的制度,其结果直接指向执行依据的效力。因此,不予执行裁决制度虽有“执行”之名,但与执行监督制度的目的、对象有本质区别,不宜将执行监督的规定套用在不予执行裁决程序中。

第二,《民事诉讼法》第237条和《仲裁法》第9条已对法院裁定不予执行裁决后当事人的救济途径作出明确规定,通过执行监督程序审查不予执行裁决的裁定,不符合法律对当事人救济途径的规定,亦违背一裁终局和司法有限监督的原则。

^② 谭桂秋:《民事执行法学》,北京大学出版社2015年版,第319页。

七、当事人不得援引《民事诉讼法解释》第 374 条对仲裁司法审查裁定提出异议

《民事诉讼法解释》第 374 条第 1 款规定：“适用特别程序作出的判决、裁定，当事人、利害关系人认为有错误的，可以向作出该判决、裁定的人民法院提出异议。”笔者注意到，(2017)京 03 民特监 6 号案中，当事人对北京市第三中级人民法院驳回其撤裁申请的裁定不服，向该院提出异议，法院援引上述司法解释另行组成合议庭进行审查后裁定驳回异议申请。

上述程序处理本质上涉及的问题是如何界定仲裁司法审查案件的性质。对此，有观点认为具有诉讼程序性质，^①有观点认为具有非讼程序性质，^②还有观点认为兼有诉讼程序性质与非讼程序性质。^③尽管理论上存在争议，但在实体法层面，由于现行《民事诉讼法》第十五章并未将仲裁司法审查案件纳入适用特别程序的范围，故《民事诉讼法解释》第 374 条所指的适用特别程序作出的裁判，不应包括仲裁司法审查程序中作出的裁判。而且，特别程序裁判之所以允许当事人提出异议，其合理性在于特别程序审理的案件均实行一审终审，故须为当事人提供进一步救济路径，而仲裁司法审查案件本身虽然实行一审终审，但当事人已历经仲裁审理和法院审查两次程序，且法院程序可能还涉及报核程序，权利保障已较为充分，故再允许当事人对仲裁司法审查裁定提出异议，实无必要，也有悖于仲裁高效的价值取向和司法有限审查的原则。

八、结 论

对于仲裁司法审查案件相关裁定的效力与救济，《仲裁司法审查规定》《仲裁裁决执行规定》作出了一系列重要规定，进一步完善了我国仲裁司法审查的规则体系。但是，由于《仲裁司法审查规定》第 20 条使用的“不予受理”“驳回申请”等用语存在模糊，导致司法实践对相关程序规则的具体适用存在不同做法，对此，应着眼于维护仲裁制度的高效性，运用体系解释、目的解释等方法，对《仲裁司法审查规定》第 20 条所指的“不予受理”“驳回申请”裁定进行限缩，从严理解该条但书规定。关于法院能否依职权或者根据检察机关抗诉、检察建议对仲裁司法审查裁定进行再审，原则上应予禁止。法院在不予执行仲裁裁决程序作出的裁定不属于执行监督范围，当事人不能通过执行监督程序寻求救济。仲裁司法审查程序不属于《民事诉讼法》规定的特别程序，故仲裁司法审查案件作出的裁定不允许当事人依据《民事诉讼法解释》第 374 条第 1 款提出异议。

^① 江伟、肖建国：《仲裁法》，中国人民大学出版社 2016 年版，第 296 页。

^② 韩红俊、杨蕾：《我国商事仲裁裁决司法审查程序研究》，载《商事仲裁与调解》2020 年第 3 期，第 61 页。

^③ 董少谋：《“一裁终局”下仲裁裁决的司法救济途径》，载《仲裁研究》2015 年第 3 期，第 24 页。

Abstract: The terms such as “ruling of inadmissibility” and “dismissal of application” used in Article 20 of the Provisions of the Supreme People’s Court on Several Issues Concerning the Trial of Cases Involving Judicial Review of Arbitration shall be interpreted narrowly, and the proviso thereunder shall be construed in a strict manner. The court shall, in principle, not be allowed to rehear a ruling made in the judicial review of arbitration proceedings regardless based on the court’s discretion, the protest of the procuratorate or the procuratorate’s suggestion. The parties shall not seek remedies by invoking the supervision mechanism against the ruling made in the proceedings of not enforcing the arbitration award. In addition, the objection mechanism in the special proceedings shall not apply to the judicial review of arbitration-related cases.

Keywords: judicial review of arbitration; ruling of inadmissibility; dismissal of application; retrial; supervision on the enforcement proceedings; special proceedings

(责任编辑:陈 锋)

国际实践视野下商事调解员的素质 及个人调解的作用

王源泉*

内容提要 本文通过国际技术和商务纠纷中个人调解的五个案例介绍和分析,归纳了商事调解员应该具备的知识结构、拥有的实践经验,以及运用这些知识和经验调解纠纷的综合素质和技能。区别于机构调解,个人调解不是被动地坐等当事人上门,而是积极地深入到企业之中,存在于当事人之内,对于日常频发的商务和技术琐事纠纷,可以随时随地、快捷便利地现场化解矛盾,有时还需要调解员亲赴实地考察和组织现场试验,协助当事人从中找到解决问题的办法。本文建议,我国应逐步放开个人调解业务,作为机构调解制度的完善和补充,广泛地建立分布在社会和企业之中的商事调解员人才库,方便当事人从中自主选择调解员,充分体现当事人的意思自治,适应于国内外市场发展的需要。

关键词 国际商事纠纷 个人调解 调解员技能

一、引言

随着跨国经济交往日益频繁,国际商事纠纷逐渐增多,争议解决途径亦呈现出多元化发展趋势,商事调解具有方便快捷、成本低廉、非对抗性、私密性强等特点,作为一种独立的替代性纠纷解决方式,日益受到人们的重视和欢迎。

在李双元主编的《国际私法》中,作者从我国目前的现状考虑,将调解分为机构调解和个人调解两类。^①《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(以下简称《新加坡调解公约》或《公约》)将“调解”定义为,“不论使用何种称谓或者进行过程以何为依据,指由一名或者几名第三人(‘调解员’)协助,在其无权对争议当事人强加解决办法的情况下,当事人设法友好解决争议的过程。”^②目前,我国尚未实施个人调解员制度,在立法规定上,要求以组织调解为形式,并对调解员设置相对严格的资质规定,如调

* 王源泉,哈尔滨市民商事调解中心主任,青岛仲裁委员会上合示范区国际仲裁院副秘书长,青岛市中级人民法院涉外商事纠纷特邀调解员,青岛仲裁委员会仲裁员、调解员,哈尔滨仲裁委员会调解员,俄罗斯工业家企业家联盟仲裁中心仲裁员。

① 李双元等:《国际私法》,北京大学出版社2018年10月第五版,第533页。

② 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》第2条第3款。

解机构中的调解员名册制度。然而,《公约》并不强制设定调解员的资质要求,不强制缔约方实施调解员许可制度。缔约方无法拒绝个人调解员开展业务,特别是在国外开展个人调解员业务。^③

本文旨在阐明个人调解是在解决国际商事纠纷中自发产生的、完全来源于市场实际需要的纠纷解决方式。文章重点在于通过实际案例叙述与分析,归纳商事调解员所应具备的知识结构、实践经验、调解技能、人格魅力等基本素质,阐述个人调解在实践中解决纠纷的作用,以期对今后个人调解的发展和商事调解员的选用提供参考。出于保密考虑,案中涉及的公司名称均采用化名,在此特别说明。

二、国际商事调解实践案例概况

(一)“伯特卡”与“东苑机械”买卖合同案

1. 合同签约背景

(1) 合同主体

采购方是伯特卡钻井有限公司,简称伯特卡,是一家设计制造高端钻机的D国公司。供货方是东苑丽园机械制造有限公司,简称东苑机械,是一家专门生产钻井设备的中国公司。

(2) 签约背景

2003年初,国际原油价格从30美元/桶低位不断升高,2008年直逼147.27美元/桶高位,2007年12月,东苑机械和伯特卡签订了四套“列车式移动高寒钻机和沙漠快速移动钻机买卖合同”。

(3) 合同仲裁条款

因本合同引起的或与本合同有关的任何争议,应提交英国伦敦国际仲裁院仲裁,裁决是终局的,对双方均有约束力。

(4) 选择调解人

伯特卡严格的技术要求与东苑机械现实状况时常出现激烈的争执和冲突,严重地影响生产进度和合作关系。为此双方商定聘请一名技术专家从中协调,某工程师(以下简称工程师)曾是焊接材料和工艺、金属材料及热处理、石油机械制造领域的专家,被聘为技术纠纷的调解人。

2. 具体调解情况(案例1-4)

案例1:产品误差与尺寸公差

(1) 争议事由:在伯特卡防寒房顶梁设计图纸中,顶梁边端高度2200毫米,中间高度2540毫米,即拱形高度为340毫米。顶梁长度12000毫米,总件数为25件。东苑机械技术人员出于好心,便于房顶流水,将拱高提到370毫米。待焊完18件顶梁时,伯特

^③ 刘敬东等:《批准“新加坡调解公约”对我国的挑战及应对研究》,载《商事仲裁与调解》2020年第1期,第56页。

卡质检员发现拱高提高了 30 毫米,于是反应强烈,坚决要求返工或者重焊,并拍照报告总部。若质检员在该节点不签字,生产进度就不能继续。双方多次沟通,质检员态度坚决,拒不让步,工期拖延了两天,无奈之下请工程师调解。

(2) 调解建议:工程师说:“东苑机械技术人员没有与伯特卡专家商量,自行微调原图纸拱高尺寸,尽管出发点好,但做法欠妥,不过这个调整出现的产品误差,并不影响产品质量和整体结构美观。而伯特卡设计图纸存在着错误,是导致实际生产无法严格按照图纸进行生产的主要原因。”工程师指出,“图纸上所有尺寸均未标注公差,谁能做到一毫米不能多,一毫米也不能少呢?”伯特卡质检员顿时恍然大悟,表示将请示伯特卡总部做决定,次日,其余 7 件防寒房顶梁按照以前焊好的尺寸继续生产了。

案例 2: 热处理工艺的选择

(1) 争议事由:由于井架和底座上使用大量槽钢和工字钢,其规格在中国市场上买不到现货,只能用型钢焊接。伯特卡专家担心,焊缝、熔合区和热影响区会发生局部硬化,满足不了塑性和韧性要求,需要对焊接件进行热处理。关于采用哪一方设计的热处理工艺,双方各持己见,互不妥协,问题提交给工程师。

(2) 调解建议:工程师提议,双方从两个热处理工艺中各自挑选一个,被选中的热处理工艺,其设计方保证不能出现质量问题,保证不延误生产进度,否则将承担由此可能产生的经济损失。伯特卡专家权衡后,不再坚持原来立场,转而支持采用东苑机械制定的热处理工艺。

案例 3: 探伤检验与打磨工具

(1) 争议事由:在钻机底座和井架上需要各焊四个大号吊耳,因焊接吊耳的钢板厚,坡口切入深,故底层焊缝表面用砂轮很难打磨。若打磨不彻底,焊缝留下焊渣,继续堆焊将会出现夹杂,超声波探伤就会发现。于是焊工要求改变吊耳的检验方法,把超声波探伤改为磁粉探伤。因为现场焊接只能依赖焊工操作,别人没有办法,于是逐级请示,领导不得不批示同意。但伯特卡专家反对,希望工程师从中调解。

(2) 解决办法:工程师来到现场,拿起手持式砂轮机亲自打磨,果然砂轮片刚好碰到第一层焊缝表面,无法打磨焊缝,他用卡尺测量了砂轮片,直径为 180 毫米,他让工人打开工具箱中,找出直径为 230 毫米砂轮片换上,由于半径多出了 25 毫米,砂轮片就可以打磨到焊缝了。

案例 4: 高压管材无损探伤

(1) 争议事由:2010 年 12 月 3 日,伯特卡给东苑机械发邮件:“桑益石化机械公司(分供应商之一)在 10 月底从衡阳华菱钢管厂购入 30 吨管材,无相应材质报告,无法证明该厂在生产过程中或者之后进行过无损探伤检验,我们拒绝桑益公司提出的采用人工交流磁轭化机、磁粉和超声波探伤来检验高压管材缺陷的检验程序,因为手工无损探伤以及人员因素会有很大风险,无法发现钢材的全部缺陷。我们要求你们确认,只使用认证过的钢材,没有任何缺陷并有正确的检测证书,为了保证质量,我们不接受在问题解决前开始焊接工作,手动交流磁轭检验对于我们不予考虑也不可接受。”

(2) 争议焦点: 邮件继续写道: “在桑益公司评审时, 审核团队尝试在欧洲购置一个电容放电磁粉探伤设备, 在 D 国找到了这样设备, 没有公司强迫其他公司购买, 我们不是出售检验设备, 仅仅是希望尽快解决上述问题, 而不要对项目价格和进度计划造成影响。” 但东苑机械不同意采购欧洲电容放电磁粉探伤设备。

(3) 调解建议: 东苑机械与伯特卡成立了联合协调小组, 工程师作为调解人, 双方各派一名代表。工程师建议, 优先考虑在中国国内寻找自动探伤设备, 对管材进行连续探伤, 这样既满足伯特卡提出的检验要求, 又可避开进口设备, 对双方都不失面子, 两位代表表示赞同。

(4) 现场试验: 12月6日, 协调小组找到一台美国公司生产的漏磁探伤设备, 伯特卡认为: “从提供设备照片上的静态磁化线圈证明, 使用该技术探伤是用纵向磁场来检测管线常见的横向缺陷, 不能检测纵向缺陷, 因此上述检测设备不是高压管材无损检验合适工具。我们请东苑机械再次考虑采购电容放电磁粉探伤设备的建议, 我们坚信 D 国的电容放电磁粉探伤设备是最适合的, 也是最好的解决方法, 应当使用。我们已经陷入了很大的麻烦之中, 我们不能接受这件事儿再次被推迟!”

明珠石油装备公司拥有一台钻杆纵横漏磁和超声波综合探伤系统, 并配备程序荧光磁粉探伤机来检测钢管端头的盲区, 工程师联系到制造该设备的上海华东理工大学教授武老师, 他用邮件把“管内形成的横向磁场检测纵向缺陷的励磁工艺程序和原理”英文资料传来。12月10日, 协调小组和两国公司领导召开 Skype 视频会议, 伯特卡对此没有异议。

12月11日进行探伤试验, 但漏磁探伤曲线振幅波动很大, 很难区分是样品小孔还是产品缺陷, 肉眼观察, 管材表面粗糙不平。是设备敏感度没调节好、操作人员的技术问题, 还是钢管表面粗糙影响测试效果, 一时难以判断。伯特卡认为这是操作人员技能问题, 建议到 2008 年 D 国专家曾参观过的浮瑞特公司, 那儿有很好的漏磁探伤设备。为了减少钢管表面粗糙影响, 浮瑞特推荐采用连续自动超声波探伤, 伯特卡代表汇报后迅速得到了领导肯定答复。然而不到半小时, 遭到了无损检测博士的坚决反对, 伯特卡技术领导撤回原来立场转而支持博士。

12月17日浮瑞特技术员工加班探伤, 当晚 9 点试验完毕, 尽管有 3 根管材纵向检测曲线出现了 5.5 伏的振幅, 但在标准之内, 浮瑞特出具了漏磁探伤记录和试验报告, 并由 II 级无损检测技术人员签字。本以为到此结束了, 然而伯特卡无损检测博士又发来邮件, 认为纵向检测曲线上出现了 5.5 伏振幅的 3 根管子不合格, 强烈质疑浮瑞特漏磁探伤记录的结论, 并再次把购买电容放电磁粉探伤设备作为备用方案。

(5) 求教专家: 工程师请教了著名的无损检验专家, 合肥工业大学何辅云教授, 得到答复是: “根据试样上的一个缺陷, L4 缺陷的报警电平为 8V。那么, 其他被检测管件噪声 (可能为缺陷) 电平虽然达到 5V, 即使考虑容许周向灵敏度 3dB 变化 (实际比 L4 等级缺陷电平低 $20\lg 5/8=8.5\text{dB}$), 应该理解为噪声, 缺陷没有达到 L4 等级, 这 3 根管材应该符合 L4 等级探伤要求。” 这样就迫使 D 国无损检测博士不得不作出让步, 他请求在曲线

出现振幅的部位,找出管材不平表面进行打磨,再手工探伤检查。桑益公司进行了打磨,测厚,超声波探伤,之后拍照,写出探伤报告。

D 国无损检测博士最后邮件写道:“我们高兴地看到,通过两国专家合作与共同努力,减少了高压管件过早失效的风险,祝贺协调小组取得了积极成果。”三周紧张的调解工作经过一波三折,终于就此画上了圆满的句号。

(二)“油气公司”与“西宁机械”买卖合同案

1. 合同签订背景

(1) 合同主体

招标方:W 国油气开采股份公司,简称油气公司,是当地最大的石油天然气开采公司。

投标方:中国西宁百花石油机械有限公司,简称西宁机械,一家大型石油装备制造
商和供应商。

(2) 招标相关内容

2017 年 2 月,油气公司面向全世界公开招标,标书中招标方指定的设备为:艾里逊(ALLISON)变速箱、卡特彼勒(CAT)柴油机、奔泰克(BENTEC)顶驱和柯斯瓦克(SWACO)除砂器、真空除气器和除泥器。提交标书截止日期为 2017 年 3 月 22 日 16 时,每个标的投标保函金额为 50 万美元。

(3) 截标期多次推迟

由于油气公司标书中的技术指标多次调整,提交标书的日期不断推迟,累计延期长达 6 个半月之久。

(4) 合同仲裁条款

西宁机械在竞标中一举中标,11 月 6 日,油气公司与西宁机械签订钻机买卖合同,在合同第 17 条第 2 款中规定:“本合同在履行期间发生的一切争议和分歧,均由 W 国工商会国际仲裁院按照其仲裁规则进行审理。仲裁员人数为三人,仲裁地点为基辅市,仲裁语言为带英语翻译的当地语,适用法律为 W 国实体法。”

(5) 国际市场变化

自 2017 年 4 月开始,国际市场原材料持续走高,尤其是制造钻机底座、井架和罐体的各种型钢,如角钢,槽钢和工字钢价格涨幅在 25%—30%。

2. 具体调解情况(案例 5)

(1) 争议事由

2017 年 11 月 16 日,西宁机械提出请求,希望修改 10 天前签订的合同价格和供货期条款,否则无法履行合同,理由是由于投标截止期延长,国际市场原材料价格暴涨,分供应商提价和交货期延长,导致所签合同履行成本提高,出现亏损,分包商无法按期交货。该请求遭到了油气公司强烈反对和坚决拒绝。

(2) 合同陷于僵局

西宁机械先后两次派代表进行磋商,皆因油气公司拒不让步而谈判未果。原因很简单,公开竞标的项目,任何指标与条款都不能更改。油气公司甚至警告,若不履行合同将

诉诸法律,不排除向W国工商会国际仲裁院申请仲裁的可能。油公司还通知中华人民共和国驻W国大使馆经济商务处和当地中国商会,请求他们出面干预,迫使西宁机械履行合同。

(3) 推荐调解人

西宁机械决定寻找一名调解人从中斡旋,把不利影响和损失减到最小。考虑到某工程师(以下简称工程师)作为W国中国商会能源委员会会长,了解投标内容,熟悉市场行情,可利用其在W国的人脉关系和俄语优势,直接与油气公司协调。

(4) 打破僵局

12月17日,油气公司召开“年终总结和未来三年采购计划”大会,邀请所有国内外供应商代表和W国中国商会会员参加。油气公司领导倡议,欢迎和邀请国内外供应商积极参加未来的项目招标,请在座诸位代表多提宝贵建议。

工程师发言:“首先感谢油气公司的邀请,贵公司未来三年的招标采购计划,对供应商来说是非常难得的机会。但贵公司在过去的招标中,标书内容和指标经常修改,截标期也多次推迟,在这段延期时间内,国际市场发生了巨大变化,原材料价格上涨了四分之一,分供应商提价和延长供货期,让中标方处于进退两难境地,不履行合同是违约,履行合同不仅亏损,也无法如期交货,还是违约。我相信,每一位供应商参加投标都是认真的,所面对的现实困境是相同的,希望采购方想办法消除这种不利的客观因素,共同解决这样的现实问题。”

会后,油气公司董事长助理亚历山大代表董事长邀请工程师和W国中国商会执行总裁鲁斯兰一起商量,当着鲁斯兰的面,亚历山大请工程师作为调解人,从中协助油气公司与西宁机械友好解决当前面临的问题。

(5) 和解协议

经过多次沟通,达成和解协议如下:“经调解人工程师提议,双方同意,由西宁机械通过调解人发给油气公司一封英文书面致歉函,其内容包括西宁机械正式通知油气公司解除合同及解释不能履行合同的原因,同时油气公司承诺不将西宁机械未能履行合同的行为提交W国工商会国际仲裁院仲裁。”工程师将上述英文和解协议由其个人邮箱一并发送到双方各自指定的企业邮箱,双方邮箱自动回复收到了邮件。

(6) 和解协议后续执行问题

根据和解协议,12月19日西宁机械写了一封英文致歉信,12月24日工程师收到了致歉信原件,12月27日下午4点,工程师将扫描件转发到油气公司企业邮箱,原件直接交给了油气公司负责人亚历山大。

12月28日下午,西宁机械突然接到中国银行西宁分行电话,说W国国家进出口银行发来电讯,由于西宁机械不能履行合同,要求中国银行履行50万美元投标保函的义务,其证据是西宁机械出具的一封不能履约的致歉函。

西宁机械有一种上当的感觉。工程师解释道,投标保函规定到期日为2017年12月31日,到期地为中国银行西宁分行所在地,国际特快专递从W国城市到中国西宁市,最

快邮递时间是5个日历日。即使12月28日上午W国国家进出口银行收到油气公司转交的致歉函原件,无论如何,在投标保函期满前也无法把纸质版申请和证据寄到中国银行西宁分行所在地,所以,任何有悖于和解协议的想法和做法都不会实现。

三、关于商事调解员素质的探讨

笔者结合上述案例,分析并总结商事调解员应该具备的素质如下:

(一) 求真务实的工作态度

调解不应“和稀泥”,一味寻求折中,应该查清是非、曲直分明,在考虑中西方文化差异的同时,应全面衡量各种因素的利弊关系,提出让双方当事人都能接受的解决方案。如案例1,东苑机械技术人员虽然认识到未经允许修改顶梁尺寸做法欠妥,但觉得这并不算什么大不了的问题,是D国人在小题大做。而伯特卡质检员认为,未经允许擅自修改图纸尺寸是不可原谅的,尤其是不容挑战他们的技术权威。从工作态度角度来看,做事儿不仔细认真,“差不多就行”的思维应该纠正。防寒房顶梁实际拱高比设计图纸尺寸虽然增加了30毫米,但顶梁长达12000毫米,从外形视野看,所占比例微不足道,仅为1/400,同时,18件顶梁拱高尺寸一样,既不损坏产品质量,也不影响整体外形的视觉美观。调解应该本着促进合同有效履行的原则,朝着有利于生产进度的方向引导,达到符合实际生产需要的目的。因此,工程师找出设计图纸中未标注“公差”的错误,引用莎士比亚《威尼斯商人》戏剧中一句经典台词,“只许割一磅肉,不能流一滴血,不能多一两,也不能少一两”来借古喻今,从而成功地说服了D国质检员。

(二) 掌握一点商务心理学

调解工作不宜于头痛治头,脚痛医脚,可以从商务心理学方面进行心态分析和寻找方案。如案例2,这项热处理工艺在实际生产中比较简单常见,属于焊接结构件消除残余应力退火,在加热和保温过程中不发生内部组织转变,内应力在保温和缓冷过程中消除,使焊缝、熔合区和热影响区局部软化,从而使硬度降低,塑性和韧性提高。该争议实质上并不在于工艺技术本身,而是出于心理原因。解决争议的办法不是直接去评价和选择哪个工艺更适合,而是根据《联合国国际货物销售合同公约》平等互利和公平合理的原则提示当事人,权利享有者应承担相应责任,责任承担者要享有权利,谁想拥有热处理工艺的设计权和选择权,谁就应该承担由此可能产生的质量事故,生产延期而带来的经济损失责任,从调整当事人心态和心理失衡角度提出方案,解决问题就顺理成章了。

(三) 拥有丰富的实践经验

调解商事纠纷,仅靠理论知识是远远不够的,调解员还应有赖于自身日积月累的实践生活和工作经验。如案例3,吊耳是钻机的承重件之一,一旦堆焊内部含有夹杂等缺陷,留下了隐患,存在不安全潜在因素,其后果是非常严重的,吊装时可能发生事故,导致重大损失。采用超声波探伤方法检验内部缺陷是必须的、坚定不移的,但如何能打磨到底层焊缝表面,是不能回避的现实问题。工程师凭借在焊接研究院的实际工作经验,熟

悉焊接工具和设备,了解手动砂轮片的各种规格,因而能及时发现问题所安装的砂轮片尺寸不对,建议更换最大砂轮片,从而使问题迎刃而解。后来了解到,东苑机械焊工曾尝试使用过230毫米的砂轮片,打磨几次就磨短了,觉得一条焊缝可能需要更换十几个,不仅麻烦费事儿,还担心焊渣打磨不净承担责任,所以才建议把超声波探伤改为磁粉探伤。

(四) 亲临现场组织试验

调解员与法官仲裁员不同,不能完全按照传统的模式坐等上门,而是要积极地帮助当事人出点子,想办法,找方案,有时需要主动深入实地,亲临现场与当事人一起进行试验。很多时候,调解不是评价和选择哪一方正确或有理,而是需要找到解决问题的方案和办法。如案例3,只有到现场检查观看,才能发现砂轮片的尺寸问题。如案例4,从争议实质上看,与其说围绕着是否从欧洲购置电容放电磁粉探伤设备的问题,不如说如何具体解决高压管材的无损探伤检验问题。如果任何一方都不主动想办法找途径解决实际问题,就事论事争执不休,就会陷于僵局,这时需要调解员展现出自己的专业技能和调解本领,建议和协助当事人,通过试验和实验找到问题的解决办法,从而化解商事纠纷。

(五) 扎实深厚的专业功底

调解员不可能熟悉每个专业领域,但在技术争议调解中,必须是具有某一专业的专家,可以带着问题学,学以致用,触类旁通。如案例4,无损检测(NDT)是利用声、光、磁和电等特性,在不损害或不影响被检对象使用性能的前提下,检测被检对象中是否存在缺陷或不均匀性,给出缺陷的大小、位置、性质和数量等信息,进而判定被检对象所处技术状态(如合格与否、剩余寿命等)的技术手段。东苑机械在无相应材质报告,无法证明进行过无损探伤检验的情况下,委托分供应商桑益公司进行生产,确实存在着很大风险和隐患,说明其内部存在着工作不认真和责任心不强的管理漏洞。这时,调解员应该凭借掌握的专业知识,判断和找到纠纷的性质和本质,避开双方直接冲突,采用另外一种组织当事人试验的方式,从而达到了解决矛盾的目的。实践证明,在国内寻找自动探伤设备,快速对管材进行连续探伤,避开设备进口的建议是切实可行的,得到了争议当事人的信服和认可。在试验结果分析时,借助无损探伤检验国际知名专家的分析 and 意见,验证试验结论更具权威性和说服力。由于调解内容都是通过电子邮件相互传递,因此和解协议具有书面合同的性质,对双方均有约束力,实际上,也得到了双方自愿遵守和自觉履行。

(六) 全方位的综合技能

国际商事纠纷调解,涉及到贸易、技术、市场、金融和法律等诸多学科,调解员应掌握综合知识和技能,从全方位视觉看待问题,将会考虑得更全面更客观,如案例5。西宁机械本是业界知名度和诚信度很高的一家企业,从没有违约记录,但这次面对眼前的问题承受着巨大压力,陷于进退两难的被动境地。由于参标价格核算人员和内部监管人员严重失误,没有根据国际市场变化把握住自己的竞标底线,没有准确掌握分供货商的供货期限而及时调整投标策略,轻易地参与到“恶性竞争”的漩涡之中,导致出现无法履行

合同这种骑虎难下的尴尬局面。

对于西宁机械不能履行合同,调解人采用“沙盘推演”的方式,从如下几方面进行了分析和推论,成功地说服了油气公司自愿接受相互妥协的调解方案,从而使双方顺利达成和解协议。

关于投标保函,按照标书第3章第3条要求,中国银行开出的投标保函内容是:“申请人在投标有效期内撤回其投标,或申请人已被提名为中标人,但未能或拒绝签署合同,或本保函项下的任何要求必须在上述提交地点于到期日或之前由我方收到。中国银行作为担保人,特此不可撤销地承诺向受益人支付任何担保金额的款项,如果受益人以上述提示的形式符合相应的要求,表明申请人违反了其在投标基础关系下的义务。出示形式为任何交付方式的纸质形式。”作为保函申请人西宁机械在投标有效期内既没有撤回其投标,被提名为中标人后,也未拒绝签署合同,因此投标保函受益人油气公司要求担保人中国银行支付保证金的前提条件并不成立。

关于履约保函,根据钻机采购合同第4条第1款第1项规定,“在合同项下所有货物价值70%应通过买方银行开具不可撤销的跟单信用证支付,信用证在双方签订本合同之日起60个日历日内开立。收到信用证7个银行日内,由卖方银行开立与信用证等值的履约担保。”由于西宁机械向油气公司提出修改合同或者不能履行合同的请求时,买方还未开立不可撤销的跟单信用证,当然卖方也就不会开出履约保函。

国际市场原材料涨价属于商业风险范畴,应该含在投标方自己预见或者预料之中。但是,标书规定截标日期为3月下旬,投标方与分供货商的询价和预计签订采购合同时间,应该在6到7月份,那时正处于每年年中采购的淡季,投标方案的报价和供货期都是按淡季采购设计的。由于招标方单方面一再延期,将开标截标日期拖到10月份,签订钻机采购合同时间安排在11月份,正好处于当年年底和第二年年初采购旺季,而某些专有设备生产厂的月生产能力是固定的,采购旺季势必导致随着订货量增加而交货期延长。并且,这些专有设备是招标方在标书中指定的分供货商产品,即艾里逊(ALLISON)变速箱、卡特彼勒(CAT)柴油机、奔泰克(BENTEC)顶驱和柯斯瓦克(SWACO)除砂器、真空除气器、除泥器,不由投标方自己从市场上选择。尤其是,这次招标的12台钻机所需卡特彼勒同型号柴油机(CAT 3512B)至少72台,在年底销售旺季订货,即使按照标书规定的最长供货期,如果不提前预订,也无法同时按期供货。在签订采购钻机合同之前,任何投标方都不可能以100%预付款提前几个月预购该型号的专用柴油机和其他专有设备。这种不由投标方所能控制和预料的变化和状况,应该属于情势变更的范畴,招标方油气公司可以直接从分供应商那里得到了确认和证实。这样继续履行合同对投标方来说显然有失公平,由于该合同是公开竞标项目,不允许双方在延长供货期上进行协商和妥协,事实上,这种状况属于合同履行不能的情形,导致不能实现合同目的,因此,一方当事人可以请求解除或终止合同权利义务关系。

根据《联合国国际货物销售合同公约》第4条规定:“本公约只适用于销售合同的订立和卖方和买方因此种合同而产生的权利和义务。”第79条规定:“(1)当事人对不

履行义务,不负责任,如果他能证明此种不履行义务,是由于某种非他所能控制的障碍,而且对于这种障碍,没有理由预期他在订立合同时能考虑到或能避免或克服它或它的后果。(2)如果当事人不履行义务是由于他所雇用履行合同的全部或部分规定的第三方不履行义务所致,该当事人只有在以下情况下才能免除责任:(a)他按照上一款的规定应免除责任,和(b)假如该项的规定也适用于他所雇用的人,这个人也同样会免除责任。……(4)不履行义务的一方必须将障碍及其对他履行义务能力的影响通知另一方。由于专有部分设备的分供货商由招标方指定,而不由投标方选择和控制,况且,招标方延期招标错误在先,此种不履行合同义务可以适用上述免责条款。”^④

双方签订的钻机采购合同第13条第1款规定,如果不履行或不油气公司当履行本合同规定的义务,双方应按照W国立法和本合同的规定承担责任。合同第13条第6款规定,如果卖方未能履行其在本合同项下承担的义务,卖方应赔偿买方因其未能履行义务而造成的直接损失。由于不能履行合同的请求是在准备开立信用证之前进行通知的,未给油气公司造成直接损失,即使油气公司申请仲裁,也无法得到任何损失赔偿。

油气公司为此曾尝试顺延第二、第三的其他投标人,后者同样都是以招标方延期投标,国际市场原材料涨价和分供应商无法按期交货为由,没有任何其他投标商准备接盘的意愿,显然,该项招标方案的程序不具有可操作性。

(七) 预防和警惕“虚假调解”

调解人建议和考虑让西宁机械写一封致歉函,对于一触即发的冲突和防止矛盾进一步激化可以起到缓冲、调节和平衡作用,达到了及时化解分歧的目的。同时,若其中一方或者双方企图反悔,违背承诺或者利用和解协议,怀有单方面从中获取利益的企图,对此应该如何应对,调解人也做了充分考虑和准备了预防措施。假如油气公司向W国工商会国际仲裁院申请仲裁,提供包括通知解除合同内容的致歉函作为证据,那么相对方就可以证明,和解协议是通过电子邮件由双方达成的新的书面合同,是当事双方真实意思表示,油气公司承诺不将西宁机械未能履行合同的行为提交仲裁,应当视为其自愿放弃和撤销仲裁条款的行为。此外,根据《联合国国际贸易法委员会国际商事调解示范法》第10条第1款规定:“(c)一方当事人在调解程序过程中作出的陈述或承认和(d)调解人提出的建议,不得在仲裁、司法或类似的程序中作为依据、将之作为证据提出或提供证言或证据。”^⑤

实践证明,油气公司确实曾侥幸利用和解协议,凭借西宁机械书写的含有不能履行合同内容的致歉函扫描件为证,以“本保函项下的任何要求”为由,试图要求中国银行承担保函义务。但由于调解人事先有所预防,有意拖延三天才提交致歉函原件,故在投标保函有效期到期日之前,纸质版致歉函原件无论如何也不能寄到中国银行西宁分行所在地,从而有效地预防了油气公司有悖于和解协议的想法及其行为的实现。

^④ 《联合国国际货物销售合同公约》第4、79条。

^⑤ 《联合国国际贸易法委员会国际商事调解示范法》第10条第1款。

四、个人调解在国际商事中的作用及展望

（一）商事调解的内在动力

无论是机构调解还是个人调解（或称非机构调解），都蕴藏着极强的内在潜力、动力和活力。从意愿上，大型企业更倾向于采用调解方式解决纠纷，在接受调查的财富 1000 强企业中，98% 曾将调解作为争议解决办法，86% 有意愿利用调解解决未来的商事争议；^⑥ 从环境上，当国际市场需求旺盛时，当事方会把更多精力和时间集中在市场竞争上，希望通过调解快速化解纠纷，不愿意消耗在诉讼和仲裁程序上，如技术纠纷调解案例 1-4；从程度上，只要纠纷未激化到不可调和的地步，当事方都希望利用非对抗性非裁决性争议解决程序，这样有利于双方商业活动的持续性和不丧失未来的相互合作机会；从程序上，调解是当事人自愿参加，不能有任何一方缺席，更能体现当事人的意思自治和自主决定调解程序的原则；从名誉上，任何企业都不愿意在仲裁和诉讼中撕破脸，相互厮杀，给外界留下自己不够包容和不饶人的形象；从目的上，不争输赢，只求双赢，减少时间和费用成本，利益最大化才是目的。

（二）个人调解的优势和作用

除了具有机构调解的特点之外，个人调解还拥有自己的一些优势：第一，当事人选择调解员，既不受某个机构约束，也不限于调解员名册，只要秉持独立、公正和中立的立场，具有协调水平和专业技能，拥有良好的职业道德，得到各方当事人充分信赖的第三人即可，完全取决于商事纠纷的实际需要和当事人的意愿；第二，调解方式、时间和地点灵活，不设前提条件，即使是商务琐事纠纷，调解人也可应邀随时随地、当时就地进行调解，极大地方便了当事人；第三，调解程序简便快捷高效，节约成本和时间，如果各方当事人能够达成和解协议，可以当时现场签字，不需要另外通知和送达。

个人调解的形式有点类似临时仲裁，除了能够承担复杂尖锐的国际商事纠纷，具有机构调解的功能外，还拥有自身的独特作用。第一，在习惯上，调解最初就起源于个人调解，古代调解由祭司和部落首领主持，在古罗斯，调解人是神职人员，而调解程序的机构从 14 世纪末才开始在俄罗斯形成；^⑦ 在中国有“礼之用，和为贵”的调解传统，同样推举德高望重的人作为调解人，个人调解正好符合人们固有的惯性思维，就近解决纠纷的愿望；第二，在观念上，健康人不到医院，好企业不去法院，许多微小的和零散的纠纷出现初期得不到调解，当矛盾尖锐和激化时，才不得不申请调解、仲裁或起诉，实际上已经错过了最佳的调解时机，普及个人调解，会将纠纷及时化解于萌芽状态；第三，在规模上，俗话说，冰冻三尺非一日之寒，很多尖锐复杂的纠纷，是由日常频发的琐事矛盾日积月累形

^⑥ 安娜·乔宾·布莱特、刘雅施：《联合国国际贸易法委员会在国际商事调解中的法律创新》，载《商事仲裁与调解》2020 年第 1 期，第 14 页。

^⑦ 《调解的历史》，载俄罗斯“第五上诉仲裁法院”官网，https://5aas.arbitr.ru/process/history_mediac，最后访问时间：2021 年 2 月 22 日。

成,个人调解可以在发现矛盾纠纷苗头隐患时,随时随地积极进行化解,避免矛盾积累和激化;第四,在地点上,在国际合资、合作企业内部,在跨国施工工地,跨境野外作业,时常也会发生纠纷,如果个人调解员身处其中,可以就地临时调解,既方便又有效;第五,在时间上,个人调解可以随时进行,在当今日新月异,瞬息万变,时间就是金钱,效率就是生命的现代商业社会中,人们对简单、及时、便利和高效的个人调解解决纠纷方式有着热切的追求和向往,实现利益最大化是商家的最终目的,迟来的公正往往不具有任何价值。^⑧

(三) 和解协议的可执行力

与诉讼和仲裁相比,调解不确定因素更多,诉讼和仲裁程序可以在被申请人无故不到场的情况下开庭,总会做出一个结论,判决书和裁决书具有强制执行力。而调解需要各方当事人到场,也未必取得一致,即使达成了和解协议,或称谓君子协议,完全依赖于当事人诚信、自觉遵守和自愿履行,没有强制执行力。如果一方不遵守,不仅浪费时间和费用,可能面临再次仲裁或诉讼程序的困境,这是调解未能广泛采用的主要因素。对此,中国采取了一系列间接执行和解协议的措施,初步建立了“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制,当事人可以选择纳入机制的机构调解,调解达成协议的,由国际商事法庭依法出具调解书或判决书。^⑨对于中国境内通过机构调解达成的商事和解协议,双方当事人可以依法共同向有管辖权的人民法院申请司法确认。具有给付内容的和解协议,经公证机关依法赋予强制执行力的,可以向有管辖权的人民法院申请强制执行;^⑩也可以在调解协议中纳入仲裁条款——“当事人调解不成,再将本争议提交XX仲裁委员会仲裁。”

2020年9月12日,《公约》正式生效,给全世界带来了商事调解发展重大契机,使全球企业可以在调解解决跨境争议方面拥有更大确定性,赋予了基于调解而达成的和解协议将与诉讼判决书、仲裁裁决书具有相同的强制执行力,极大地提升了此类和解协议的可执行性。鉴于商事调解具有非正式性、非常态性的特点,无论经专业机构调解还是个人调解达成的和解协议均可向缔约国法院申请执行,但《公约》不适用于经由法院或系在与法院相关程序中订立的且被该法院所在国作为判决予以执行的和解协议以及可作为仲裁裁决执行的和解协议。

(四) 开展个人调解的提议与展望

1. 《关于完善矛盾纠纷多元化解机制的意见》自印发以来,^⑪中国多元化纠纷解决机制建设进入了新阶段,把非诉讼纠纷解决机制挺在前面,进一步推动多元化纠纷解决机制的国际化发展,充分尊重中外当事人法律文化的多元性,支持其自愿选择调解、仲裁

^⑧ 沈四宝:《商事调解员的素质及思维》,载德衡商法网, <http://deheng.com.cn/about/info/16609?type=jtdt>,最后访问时间:2020年6月18日。

^⑨ 沈红雨:《服务党和国家工作大局促进中国法治的国际传播》,载武汉新闻网, <http://www.jinguanwh.com/sh/117511.html>,最后访问时间:2020年8月12日。

^⑩ 《中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心调解规则》(2012)第26、27、28条。

^⑪ 《关于完善矛盾纠纷多元化解机制的意见》,中办发〔2015〕60号,2015年12月6日发布。

等非诉讼方式解决纠纷,不断满足中外当事人纠纷解决的多元需求,^⑫鼓励当事人就纠纷解决先行协商,达成和解协议。青岛市中级人民法院与青岛仲裁委员会联合举行服务保障上合地方经贸合作示范区、山东自贸试验区青岛片区法仲联动多元纠纷化解机制启动仪式,聘任长期从事涉外法律服务工作,熟悉国际贸易交易背景的5人担任首批涉外商事纠纷特邀调解员,通过发挥自身的语言和专业优势,促进涉外商事纠纷化解。^⑬商事调解出现逐步向着与国际接轨的方向发展,调解中心设有推荐性调解员名册,当事人也可以在调解员名册外选择调解员。^⑭为了适应国际市场的需要,还需要勇于冲破传统观念的束缚,尽快排除难于管理的顾虑,大胆突破现有机构调解的框架,作为我国调解制度未来突破的方向,应该将个人调解正式纳入非诉讼纠纷解决机制的方式之一。可喜的是,我国部分省市如厦门市^⑮、山东省^⑯和黑龙江省^⑰通过制定地方法规形式将个人调解作为当事人自主选择 and 自愿申请的调解解决纠纷方式之一。我国司法部印发《关于推进个人调解工作室建设的指导意见》^⑱和《全国人民调解工作规范》^⑲规定,人民调解委员会根据人民调解员申请,并由县级以上司法行政机关命名,可以人民调解员姓名和特有名称设立个人调解工作室,为个人商事调解的合法化突破性地迈出了重要的一步。

2. 根据《新加坡调解公约》,每一当事方应按照本国程序规则并根据本公约规定的条件执行和解协议,以证明该事项已得到解决。如果一方不遵守和解协议,另一方当事人可以根据本公约所依据的和解协议,向寻求救济所在公约当事方主管机关出具由各方当事人签署的和解协议,以及出具显示和解协议产生的调解证据,比如调解员在和解协议上的签名,调解员签署表明进行了调解的文件,调解过程管理机构的证明或者可为主管机关接受的其他任何证据。根据《联合国国际贸易法委员会国际商事调解示范法》,33个国家共在45个法域通过了以《示范法》为基础或在其影响下形成的立法,此后欧洲议会及欧盟理事会,德国、新加坡、中国香港等国家和地区就调解相继立法,俄罗斯联邦、哈萨克斯坦共和国和吉尔吉斯斯坦共和国也分别于2010年、2011年和2017年进行立法。目前我国还没有一部统一的商事调解法,虽然《全国人民调解工作规范》包含了调解特定行业和专业领域纠纷的内容,但远不能满足涵盖国际商事争议调解实践发展需

^⑫ 《最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》,法发〔2016〕14号,2016年6月28日发布,第16条。

^⑬ 《青岛聘任首批涉外商事纠纷特邀调解员》,载青岛市中级人民法院网, <http://qdzy.sdccourt.gov.cn/qdzy/394632/394641/6203595/index.html>, 最后访问时间:2021年6月12日。

^⑭ 《北京仲裁委员会调解中心调解规则》第13条。

^⑮ 《厦门经济特区多元化纠纷解决机制促进条例》,2015年4月1日厦门市第十四届人民代表大会常务委员会第二十五次会议通过,第9条第2款。

^⑯ 《山东省多元化纠纷解决促进条例》,2016年7月22日山东省第十二届人民代表大会常务委员会第二十二次会议通过,第22条。

^⑰ 《黑龙江省社会矛盾纠纷多元化解条例》,2017年10月13日黑龙江省第十二届人民代表大会常务委员会第三十六次会议通过,第2条。

^⑱ 《关于推进个人调解工作室建设的指导意见》,司发通〔2018〕119号,2018年11月12日发布,第1条。

^⑲ 《全国人民调解工作规范》,SF/T0083-2020,2020年12月31日发布,第4.1.3条。

求,为了方便商事调解员有法可依,有章可循,淡化机构和个人调解的界限,确认个人调解的法律地位,使个人调解走上正规化和合法化的道路,与《新加坡调解公约》接轨,制定一部专门的商事调解法或者列入人民调解法中的特别章节十分必要,势在必行。

3. 调解员作为商事纠纷的协调人和组织者,对争议不具有裁判权,因此要求调解员应具有更高的业务素质,更敏锐的嗅觉视觉、更强的协调力和判断力。商事调解员应该刚柔兼备,所谓柔,就是做到心态平和、态度温和、语调柔和、说话亲和,充分展示出调解员的人格魅力,让当事人对个人调解感到欢心,安心、放心和充满信心,让当事人喜欢你、选择你和信赖你,在自行和解无望的情况下,当事人会自愿选择调解方式解决其纠纷。而刚意味着商事调解员凭借自己的实践经验、综合专业技能、人格魅力、心理学知识、创造性思维、良好的沟通力、超强说服力,善于倾听聆听,劝导当事人摒弃零和博弈和狭隘思维,极其耐心地协助当事人平息和消除之间的对立情绪,安抚当事人恢复平静和理性状态。基于坚持原则,明法析理,主持公道,尊重合同,公平合理的原则,查明案情是非、分清各方责任,调整和掌握好当事人心理和利益平衡杠杆,有条不紊地引导和说服当事双方在平等自愿的基础上达成和解协议。因此,对商事调解员需要有针对性的进行专业调解技能技巧的培训,系统地进行行为规范和职业伦理教育和指导,培训出一批专职调解、德才兼备、训练有素的专业化、职业化国际商事调解员队伍,充实到机构调解之中,进入个人调解之列。为了进行有效监督,保证专业调解员质量,俄罗斯联邦《关于调解员参与的替代性纠纷解决程序(调解程序)》联邦法要求建立专业调解员自律组织,^{②0} 吉尔吉斯共和国调解法采用培训颁发调解员证书方式,^{②1} 哈萨克斯坦共和国调解法规定专业调解员登记制度,^{②2} 我国《全国人民调解工作规范》规定岗前培训,培训合格者颁发调解员证,实行持证上岗以及年度培训的办法。笔者认为我国涉外调解员,只要经过正规培训,持有调解员证或列入有关部门调解员名册,具有涉外调解技能和素质,应该得到社会上的承认和法律上的认可。

4. 为了满足国内外市场的实际需求,应该在我国建立专职和兼职的国际商事调解员人才库,选择职业道德高,社会责任心强、公正无私,具有一定技术、商务、法律和外语知识,了解和熟悉国际习惯和风俗,善于运用商业思维处理问题,愿意从事商事调解业务的人士列入国际商事调解员名册。这些调解员广泛地分布在社会的调解机构,企业、协会、商会、社会团体和其他行业性专业性组织之中,方便于当事人随时随地从人才库中挑选国际商事调解员,用个人调解方式快速解决他们的纠纷,在现实中体现和尊重当事人意思自治的愿望。

②0 《关于调解员参与的替代性纠纷解决程序(调解程序)》联邦法第18条,载俄罗斯联邦法律网, <https://fzrf.su/zakon/o-procedure-mediicii-193-fz/>,最后访问时间:2020年9月1日。

②1 《吉尔吉斯斯坦共和国调解法》第9条第1款第3、4项,载吉尔吉斯共和国工商局国际仲裁院网站, http://www.arbitr.kg/web/index.php?act=view_material&id=143,最后访问时间:2020年9月1日。

②2 《哈萨克斯坦共和国调解法》第14条,载哈萨克斯坦共和国最高法院网站, <https://www.sud.gov.kz/rus/content/zakon-respubliki-kazahstan-o-mediicii-2>,最后访问时间:2021年2月22日。

五、结 语

培养一批具有国际视野、通晓国际法律、了解当地风土人情、懂得经贸和外语、掌握跨学科知识、善于处理涉外纠纷的复合型、应用型、专业型的商事调解人员,是我国教育界、法律界和实业界当前一项重要任务和课题。虽然我国尚未实施个人调解员制度,但现行法律并没有禁止和限制个人作为调解员进行商事调解工作,特别是对于涉外商事纠纷的案件。个人调解作为对当前机构调解的补充、完善,或者是竞争对象,为当事方提供了多种调解方式的选择机会,增加了有效预防矛盾激化,及时化解分歧,在日常频发的国际商事琐事纠纷中,可随时随地现场及时解决的路径。因此,个人调解对于国际商事纠纷解决具有不可或缺和无法取代的作用,具有很大的吸引力,显示出较强的生命力,必将受到争议当事人的广泛的欢迎和青睐。

Abstract: Through the introduction and analysis of five cases of individual mediation in international technical and commercial disputes. This paper summarizes that commercial mediators should have the knowledge structure, the practical experience and the comprehensive quality and skills of using this knowledge and experience to mediate disputes. Different from institutional mediation, personal mediation is not passive waiting for the parties to come to mediation, but the mediator should actively penetrate or exist into the enterprise and society. They can quickly and expediently resolve contradictions on-site anytime anywhere for daily frequent business and technical disputes. Sometimes it is also necessary for the mediator to visit the field and organize field trials to assist the parties in finding a solution to the problem. It is convenient for the parties to choose the mediator independently, fully embodies the meaning of the parties' autonomy, and adapts to the needs of the development of the domestic and foreign markets.

Keywords: international commercial disputes; personal mediation; the skills of commercial mediators

(责任编辑: 孙保国)

仲裁裁决撤销事由中“违反法定程序”的法律适用

——以 64 份撤销裁定书为样本的考察(上)

牛 鹏*

内容提要 《仲裁法》第 58 条明确了申请撤销国内仲裁裁决的七种法定事由,但对这七种法定事由的解释,仲裁法学界和实务界仍存有一些争议。以中国裁判文书网上 64 份撤销裁定书为样本,对“违反法定程序”事由的适用情况进行考察发现:“违反法定程序”常被当事人滥用拖延执行、“违反法定程序”的认定标准尚不统一、仲裁员依法应当回避而未回避和送达程序瑕疵构成“违反法定程序”的主要原因。“违反法定程序”作为撤销事由的目的在于保障当事人的基本程序权利,但其适用中存在的问题也表明这一事由有被滥用和异化之风险。要规避这一风险,离不开法院、仲裁机构、仲裁员以及当事人的共同努力和理念的更新。

关键词 仲裁裁决 撤销 违反法定程序 送达程序

一、问题、材料与方法

(一) 问题的界定

仲裁裁决的撤销是指为防止因仲裁程序不当导致当事人利益或公共秩序受损,在仲裁裁决存在法律规定的情形时,由当事人向法院对仲裁裁决提出异议,经法院审查核实,当事人提出异议的理由成立,法院撤销有关裁决,使之归于无效的制度。^① 仲裁裁决的撤销是世界各国家和地区仲裁法律制度中普遍包含的一项制度,我国也不例外。^② 《仲裁法》第 58 条和《民事诉讼法》第 274 条分别规定了申请撤销国内仲裁裁决和涉外仲裁

* 牛鹏,武汉大学法学院博士研究生。

① 严红:《论我国撤销仲裁裁决制度的设立和实施》,载《山东社会科学》2003 年第 4 期,第 84 页。

② 张圣翠:《论我国仲裁裁决撤销制度的完善》,载《上海财经大学学报》2012 年第 1 期,第 37 页。

裁决的法定事由,^③但在适用中对这些法定事由特别是“违反法定程序”事由的解释仍存在一些争议。基于此,本文首先从法教义学的角度对“违反法定程序”的实质进行了解读,其次以64份撤销裁定书为样本,对国内仲裁裁决撤销事由中“违反法定程序”的适用情况进行了考察,并针对适用中存在的问题分别从法院、仲裁机构、仲裁员和当事人的角度提出改善建议。之所以将问题聚焦于国内仲裁裁决撤销事由中“违反法定程序”的适用,主要出于如下两个方面考虑:

首先,为什么选择国内仲裁裁决?本文未将涉外仲裁裁决与国内仲裁裁决合并研究甚至未将涉外仲裁裁决纳入研究视野,主要是由于:第一,我国仲裁裁决撤销制度对国内仲裁裁决与涉外仲裁裁决实行不同的司法审查标准,对国内仲裁裁决的撤销适用《仲裁法》第58条之规定,对涉外仲裁裁决的撤销适用《民事诉讼法》第274条之规定。审查标准的不一致决定无法将国内仲裁裁决与涉外仲裁裁决同等看待、合并研究。^④第二,我国在涉外仲裁裁决撤销方面一直实行“内部报告”制度,^⑤凡撤销涉外仲裁裁决均需报最高人民法院批准,这决定了涉外仲裁裁决撤销事由的适用相对较为统一。国内仲裁裁决的撤销在最高人民法院《关于仲裁司法审查案件报核问题的有关规定》(以下简称“《报核规定》”)颁布前一直由各中级人民法院自主决定,^⑥撤销事由的适用存在极大不统一的情况,即使在《报核规定》颁布后,撤销国内仲裁裁决需要待高级人民法院审核,方可依高级人民法院的审核意见作出裁定,^⑦也未能完全解决撤销事由在适用中不统一的问题。因此,相比涉外仲裁裁决,国内仲裁裁决撤销事由的适用情况更值得关注。第三,从仲裁机构受案量看,我国各仲裁机构受理的案件绝大多数为国内案件,涉外案件数

③ 这一规定确立了我国仲裁裁决撤销制度的“双轨制”格局,即申请撤销国内仲裁裁决的审查适用《仲裁法》第58条,申请撤销涉外仲裁裁决的审查适用《民事诉讼法》第274条。仲裁裁决撤销事由的“双轨制”曾在学界引起巨大争议,许多研究者建议变“双轨制”为“单轨制”。参见陈安:《中国涉外仲裁监督机制评析》,载《中国社会科学》1995年第4期,第19页;肖永平:《内国、涉外仲裁监督机制之我见——对〈中国涉外仲裁监督机制评析〉一文的高榘》,载《中国社会科学》1998年第2期,第3页;马占军:《论我国仲裁裁决的撤销与不予执行制度的修改与完善》,载《法学杂志》2007年第2期,第108页;李广辉:《仲裁裁决撤销制度之比较研究——兼谈我国仲裁裁决撤销制度之完善》,载《河南大学学报(社会科学版)》2012年第4期,第53页;贺晓翊:《从双轨走向并轨:我国国内仲裁与涉外仲裁司法审查制度之反思与重构》,载《人民司法》2013年17期,第4页。

④ 以“违反法定程序”事由为例,《仲裁法》第58条第1款第3项规定:“仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序”;《民事诉讼法》第274条第1款第3项规定:“仲裁庭的组成或者仲裁的程序与仲裁规则不符”,两者之间的区别可见一斑。

⑤ 参见张雪:《论我国国际商事仲裁裁决司法追诉的内部报告制度》,载《山东审判》2005年第5期,第36页;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126页。“内部报告”制度的确立主要源于最高人民法院于1995年和1998年下发的两份通知,其中1995年最高人民法院出台了《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》,标志着“内部报告”制度的正式确立,1998年最高人民法院又出台了《关于人民法院撤销涉外仲裁裁决有关事项的通知》,对“内部报告”制度进行了补充。

⑥ 牛鹏、黄雄义:《中国仲裁裁决撤销与不予执行制度的回顾、现状与展望——兼评最高人民法院关于仲裁最新司法解释的相关规定》,载《武汉仲裁》,2018年第1辑,第87页。

⑦ 《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2条第2款规定:“各中级人民法院或者专门人民法院办理非涉外涉港澳台仲裁司法审查案件,经审查拟认定仲裁协议无效,不予执行或者撤销我国内地仲裁机构的仲裁裁决,应当向本辖区所属高级人民法院报核;待高级人民法院审核后,方可依高级人民法院的审核意见作出裁定。”

量较少,这也决定了研究国内仲裁裁决撤销事由的适用情况更具实践和现实意义。

其次,为什么选择“违反法定程序”事由?《仲裁法》第58条第1款规定了当事人申请撤销仲裁裁决的六种事由,这六种事由与“社会公共利益”条款一道构成了申请撤销国内仲裁裁决的七类法定事由。在这些法定事由中之所以选择“违反法定程序”事由作为研究对象是由于《仲裁法》规定对仲裁的监督主要是程序监督,在仲裁裁决被撤销的案件中50%以上的案件均是由于“违反法定程序”而被撤销。比如刘晓红教授在对北京市二中院1996至2010年期间撤销北京仲裁委员仲裁裁决的66份裁定进行研究后发现:裁定撤销的理由出现频数最高的是“仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序”,为29次,占认定理由总频数的41.43%。^⑧有研究者对西安仲裁委员会2016至2019年间向西安市中级人民法院申请撤销的案件进行了查找和归纳,发现四年间西安市中级人民法院共受理申请撤销仲裁裁决案件183件,被司法撤销的裁决为33件,其中有25件裁决是因为“违反法定程序”而被撤销,比例高达76%。^⑨还有研究者在对广州仲裁委员会近十年被撤销案件进行总结后发现“仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序”占比近30%。^⑩基于此,选择“违反法定程序”这一事由分析其适用情况更具实践价值。

(二) 材料的选择

在明确要研究的问题后,如何选择材料更费思量。有研究者认为鉴于法院撤销仲裁裁决之例于实践中较为特殊且占比极低,我国仲裁司法监督实务操作整体状况怎样、存在的问题如何,很大程度上有赖于对法院驳回撤销仲裁裁决申请案例的深度分析。^⑪这一说法固然有一定道理,但笔者认为与法院驳回撤销仲裁裁决申请的案例相比,裁决被撤销表明法官与仲裁员甚至仲裁机构对同一案件的看法存在分歧,对仲裁员以及仲裁机构的价值更大,也更值得研究。

基于此,笔者以中国裁判文书网为主要检索渠道,并结合威科先行·法律信息库、北大法宝、部分微信公众号等进行交叉搜索,检索日期截止至2020年6月30日,累计收集各地法院以“违反法定程序”为由撤销国内仲裁裁决的裁定书64件。必须说明的是,就样本的选择看,笔者虽意图统计2020年6月30日之前法院所有以“违反法定程序”为由撤销国内仲裁裁决的案例,但统计难免有挂一漏万之嫌。但考虑到样本的收集具有随机性,样本统计的不完全虽在一定程度上减损了研究的科学性,但尚不至于使研究结果全然失真。

(三) 方法的说明

学界对仲裁裁决撤销事由的法理与法教义学分析已有颇多成果,^⑫但关于仲裁裁决

^⑧ 刘晓红主编:《仲裁“一裁终局”制度之困境及本位回归》,法律出版社2016年6月版,第92页。

^⑨ 王雪:《仲裁裁决违反法定程序司法撤销案例研究》,西北大学硕士学位论文,2019年。

^⑩ 马占军:《关于广州仲裁委员会近十年被撤销案件的思考》,载《仲裁研究》2005年第3期,第58页。

^⑪ 刘文鹏:《法院驳回撤销仲裁裁决申请实务研究——以北京仲裁委员会2016年度裁决为研究样本》,载《北京仲裁》2018年第1期,第33页。

^⑫ 参见张卫平:《仲裁裁决撤销程序的法理分析》,载《比较法研究》2018年第6期,第10页;张卫平:《仲裁裁决撤销事由的解析及调整》,载《经贸法律评论》2018年第1期,第104页。

撤销事由的实证研究尚比较薄弱。目前已有之实证研究多是法官或仲裁机构工作人员利用特定法院或仲裁机构数据对仲裁裁决撤销事由所作的全景式概览,^⑬几乎没有以法院撤销裁定书为样本,聚焦于“违反法定程序”事由适用情况的实证研究。出现这一情况的原因在于:一方面由于仲裁的保密性,仲裁裁决书并不会公开,即使研究者从中国裁判文书网等法律数据库中获得了法院的撤销裁定书,也无法对照仲裁裁决书去评判或分析个案的裁定是否正确,减损了学者的研究热情。另一方面在司法支持仲裁的理念下,法院的撤销裁定在全部案件中的占比极低,研究者很难获取足够的样本量开展研究,客观上限制了学者利用这些裁定开展研究。基于此,笔者拟以收集到的64份撤销裁定书为样本,通过观察与分析每个裁定书中“违反法定程序”的具体类型,探究法官在面对“违反法定程序”这一事由时是如何适用的,从而对“违反法定程序”事由的适用情况进行系统分析。当然,笔者进行案例收集与分析并非为了判断个案的对错,毕竟对仲裁程序是否违法的认定要结合各仲裁机构的仲裁规则具体判断,不能简单粗暴地依据《仲裁法》或《民事诉讼法》的规定评判。因此,在笔者看来,本文的意义更在于总结“违反法定程序”事由在适用中存在的问题,并针对这些问题分别从法院、仲裁机构、仲裁员以及当事人的角度提出改善建议。

二、“违反法定程序”事由的法教义学解读

(一) 关于“违反法定程序”的两种理解

《仲裁法》第58条第1款第3项规定,仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的,人民法院应当裁定撤销。根据这一规定,广义的“违反法定程序”包括两方面内容:一是仲裁庭的组成违反法定程序,二是仲裁的程序违反法定程序。但对何谓“违反法定程序”,《仲裁法》并未作出明确规定。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称“《仲裁法司法解释》”)第20条明确:“《仲裁法》第58条规定的违反法定程序,是指违反《仲裁法》规定的仲裁程序和当事人选择的仲裁规则可能影响案件正确裁决的情形。”但对这一规定,学界却存在两种不同的理解。

一种理解认为,《仲裁法司法解释》第20条事实上明确“违反法定程序”的认定应同时满足形式要件和实质要件,其中形式要件要求违反《仲裁法》规定的仲裁程序或当事人选择的仲裁规则,实质要件要求可能影响案件正确裁决。换言之,即使违反《仲

^⑬ 参见宋连斌、颜杰雄:《申请撤销仲裁裁决:现状·问题·建言》,载《法学评论》2013年第6期,第100页;马占军:《关于广州仲裁委员会近十年被撤销案件的思考》,载《仲裁研究》2005年第3期,第58页;章杰超:《仲裁司法审查实践中的共识?——2012年申请撤销北京仲裁委员会裁决之民事裁定的实证分析》,载《北京仲裁》2013年第3期,第63页;刘文鹏:《法院驳回撤销仲裁裁决申请实务研究——以北京仲裁委员会2016年度裁决为研究样本》,载《北京仲裁》2018年第1期,第33页;崔学杰、杨馥宇:《商事仲裁司法监督的实证研究——以上海市第二中级人民法院商事仲裁司法监督的实践为视角》,载《北京仲裁》2010年第1期,第142页;李杨:《我国商事仲裁司法监督中“违反法定程序”的理解与适用》,载《北京仲裁》2014年第1期,第68页。

裁法》规定的仲裁程序或当事人选择的仲裁规则,如果不可能影响案件正确裁决也不应认定为“违反法定程序”。^⑭另一种理解则认为,《仲裁法司法解释》第20条事实上明确两类情形可认定为“违反法定程序”:一是违反《仲裁法》规定的仲裁程序,即只要违反《仲裁法》规定的仲裁程序,不需要可能影响案件正确裁决就可撤销。二是违反当事人选择的仲裁规则并可能影响案件正确裁决。^⑮

两种理解的区别在于:违反《仲裁法》规定的仲裁程序是否要以可能影响案件正确裁决为要件。持第二种理解者认为《仲裁法》规定的程序条款是为确保仲裁的“最低正当程序标准”而设的,违反《仲裁法》规定的程序就是属于“违反法定程序”的情形,不需要从后果上加以限制。最高人民法院在《仲裁法司法解释的理解与适用》中将“违反法定程序并可能影响案件正确裁决的情形”界定为:第一,违反了《仲裁法》的强制性规定的,如《仲裁法》第31条、32条、33条关于仲裁员选任程序的规定;第二,违反了当事人约定的仲裁程序,且严重影响仲裁当事人的权利;第三,违反了仲裁的其他程序,且实质影响到仲裁裁决公正的。^⑯这一界定似更倾向于第二种理解,但笔者认为仍有商榷之空间。

一方面从文义解释的角度看,“《仲裁法》规定的仲裁程序”和“当事人选择的仲裁规则”在《仲裁法司法解释》第20条中是并列关系,“可能影响案件正确裁决”构成对两者的共同补充,不能据此认定“违反《仲裁法》规定的仲裁程序”不需要以“可能影响案件正确裁决”为要件。另一方面从体系解释的角度看,《仲裁法》关于仲裁程序的规定并非都是强制性规定,违反《仲裁法》规定的仲裁程序并不必然违反《仲裁法》的强制性规定。据此,对违反《仲裁法》规定的仲裁程序也应以“可能影响案件的正确裁决”为要件更为合理。

此外,诉讼法学界关于程序违法事由的讨论亦可佐证第一种理解的合理性。《民事诉讼法》将“严重违反法定程序”作为二审撤销原判决的事由之一,但这一做法已遭到学界的广泛批判,认为二审法院撤销原判决应以程序违法和判决结论之间有因果关系为要件,撤销原判决的程序违法事由应回归“原判决违反法定程序,可能影响案件正确裁决”之立法设计。^⑰

(二) 关于“法定程序”内涵的不同解释

理解“违反法定程序”的前提是明晰“法定程序”的内涵,但“法定程序”是一个比较抽象的概念,有关“法定程序”的内涵,学界存在不同解释。以《民事诉讼法》的相关规定以及当事人双方关于仲裁程序的契约或合意是否属于“法定程序”为例,一种观点根据文义解释的方法,认为“法定程序”仅指《仲裁法》规定的程序和当事人选择的仲裁规则,而不包括《民事诉讼法》的相关规定以及当事人双方关于仲裁程序的契约

^⑭ 张卫平:《仲裁裁决撤销事由的解析及调整》,载《经贸法律评论》2018年第1期,第108页。

^⑮ 沈涛:《关于仲裁违反法定程序的思考——从国内仲裁裁决撤销的角度》,载《法制与经济》2013年第10期,第9页。

^⑯ 沈德咏、万鄂湘主编:《最高人民法院仲裁法司法解释的理解与适用》,人民法院出版社2007年3月版,第185页。

^⑰ 占善刚:《民事诉讼撤销原判决之程序违法事由》,载《法学研究》2021年第1期,第89页。

或合意。另一种观点则认为所谓“法定程序”不仅指《仲裁法》、仲裁机构制定的仲裁规则,还应当包括《民事诉讼法》中可以适用于仲裁的相关规定以及当事人双方之间关于仲裁程序的契约或合意。^⑮

笔者认为,《仲裁法司法解释》第20条中并没有“等”字之表述,在《仲裁法》及《仲裁法司法解释》没有修改的前提下,不宜擅自扩大“法定程序”的内涵,应将“法定程序”界定为《仲裁法》规定的程序和当事人选择的仲裁规则。^⑯这意味着法院并不能以仲裁的程序违反《民事诉讼法》的相关规定为由认定程序违法。事实上,从公法和私法的基本范畴划分,诉讼属于公法而仲裁属于私法;在法律体系中,《仲裁法》和《民事诉讼法》均属于民商事程序法,即《民事诉讼法》是公法范畴的诉讼程序法,《仲裁法》是私法范畴的非诉讼程序法,二者本质不同,对于同一民商事法律关系的纠纷解决程序不必也不可能既符合《仲裁法》又符合《民事诉讼法》。^⑰

三、“违反法定程序”事由的适用情况考察

前文述及,广义的“违反法定程序”包括两方面内容:一是仲裁庭的组成违反法定程序,二是仲裁的程序违反法定程序。最高人民法院在《仲裁法司法解释的理解与适用》中进一步对仲裁庭的组成和仲裁的程序违反法定程序的情形作了列举式规定,其中仲裁庭的组成违反法定程序的情形主要有三种:1. 仲裁庭的组成不符合当事人约定或仲裁规则的相关规定;2. 未给当事人选定或共同选定仲裁员的机会;3. 仲裁员依法应当回避而没有回避。仲裁的程序违反法定程序的情形主要有八种:1. 没有在法律规定或者仲裁规则规定的期限内向被申请人送达仲裁申请书副本、仲裁规则和仲裁员名册;2. 没有给被申请人仲裁规则中规定的答辩期间;3. 当事人约定开庭审理而未开庭审理;4. 未以适当方式通知当事人参加庭审;5. 当事人有正当理由申请延期而未获准许;6. 证据未向对方当事人展示的;7. 未给予当事人陈述和辩论机会的;8. 仲裁庭未形成多数意见时未按首席仲裁员的意见裁决的。^⑱

以64份撤销裁定书为样本,经统计发现:在64件样本案例中,因仲裁庭的组成违反法定程序被撤销的案件有14件,包括:仲裁员指定不符合规定、仲裁庭组庭超期、仲裁员身份不适格、未给当事人选定仲裁员机会、仲裁员依法应当回避而未回避五种具体类型。其中因仲裁员依法应当回避而未回避被撤销仲裁裁决的案件有8件,占全部14件案件的57%。因仲裁的程序违反法定程序被撤销的案件有50件,包括:未查明当事人身份或代理人权限、适用简易程序错误、部分仲裁员未参与庭审、证据未经开庭出示或质证、仲

^⑮ 覃华平:《我国仲裁裁决撤销制度探析及立法完善之建议》,载《中国政法大学学报》2017年第2期,第65页。

^⑯ 值得说明的是,也有观点认为仲裁规则的制定者一般都是仲裁机构,不论是当事人还是仲裁机构都不属于立法主体,其制定的规则当然不能属于法定程序。

^⑰ 姜丽丽:《对仲裁法第七十五条的准确理解与修改建议》,《法治日报》2020年7月7日,第10版。

^⑱ 同前注^⑮,第185页。

裁庭未对当事人释明、保全或鉴定程序不规范、未经仲裁庭评议或未按多数意见作裁决、仲裁裁决书制作不规范、仲裁案件超期且未办理延期手续、送达程序瑕疵十种情形。其中因送达程序瑕疵被撤销仲裁裁决的案件有 18 件,占全部 50 件案件的 36%。

为了能够更加全面而细致地反映法院是如何适用“违反法定程序”事由的,笔者以 64 份样本案例为基础对申请人所提出程序违法的具体事由和法院采纳该事由的原因进行了详细归纳,以进一步探究“违反法定程序”事由的适用情况(详见表一)。

表一: 64 份样本案例中法院采纳原因一览表^②

	申请人所提出程序违法的具体事由	法院采纳的原因	案号	案件数量
仲裁庭的组成违反法定程序	仲裁员指定不符合规定	1. 由副主任指定仲裁员违反《仲裁法》第 32 条之规定; 2. 未按照当事人约定和《仲裁法》第 32 条之规定指定仲裁员	(2015)鄂十堰中民一仲字第 00005 号、(2017)豫 15 民特 9 号	2
	仲裁庭组庭超期	在无合理、正当事由的情况下长达十个月的时间内不组成仲裁庭违反法律和仲裁规则规定,可能影响案件正确裁决	(2017)苏 05 民特 30 号	1
	仲裁员身份不合格	仲裁员未签署保证独立、公正仲裁的声明书,违反了当事人选择的仲裁规则,可能影响案件正确裁决	(2018)豫 09 民特 24 号	1
	未给当事人选定仲裁员机会	仲裁庭组成人员变更没有通知当事人重新选定或指定仲裁员	(2017)冀 08 民特 79 号、(2017)鲁 14 民特 10 号	2
	仲裁员依法应当回避而未回避	仲裁员或仲裁员的近亲属与一方当事人或其代理人有其他关系可能影响案件公正裁决	(2013)鄂武汉中仲监字第 00035 号、(2014)长中民五仲字第 00057 号、(2015)浙甬仲撤字第 26 号、(2015)信中法民仲字第 7 号、(2016)鲁 04 民特 9 号、(2016)晋 02 民特 29 号、(2016)苏 07 民特 48 号、(2018)冀 01 民特 9 号	8

^② 法院在裁定撤销某一仲裁裁决时,该仲裁裁决可能同时符合多个撤销事由,但为统计之便,本表仅统计法院采纳以“违反法定程序”为由撤销仲裁裁决的原因。

	申请人所提出程序违法的具体事由	法院采纳的原因	案号	案件数量
仲裁的程序违反法定程序	未查明当事人身份或代理人权限	仲裁机构未对当事人身份或代理人的代理权限、手续等仔细核查,违反相关法律规定的程序	(2013)鄂武汉中仲监字第00186号、(2015)沧民特字第1号、(2017)吉05民初129号、(2018)黔01民特16号	4
	适用简易程序错误	申请仲裁时争议标的额较大,不应适用简易程序而仲裁机构错误地适用了简易程序	(2017)冀08民特90号、(2017)冀08民特91号、(2018)冀09民特15号	3
	部分仲裁员未参与庭审	部分仲裁员未参加庭审,未按规定履行仲裁员职责,违反了法定程序	(2014)长中民五仲字第00616号、(2019)云06民特16号	2
	证据未经开庭出示或质证	对补充提交的证据或庭后提交的证据,仲裁庭未组织双方当事人质证,也未要求当事人提交书面质证意见,违反《仲裁法》和仲裁规则中关于证据质证程序的规定	(2013)鄂武汉中仲监字第00108号、(2015)通中民三初字第26号、(2015)乌中民仲字第7号、(2017)黔01民特97号、(2017)苏05民特30号、(2018)鄂01民特296号	6
	仲裁庭未对当事人释明	1. 仲裁庭在未对待证事实的举证证明责任进行分配及相应举证期限进一步释明的情况下,依据举证证明责任规则裁决一方败诉违反法定程序; 2. 仲裁庭未向当事人释明待清算后可就本案主张另行起诉的权利,程序上存在瑕疵	(2016)吉05民初7号、(2016)青01民特9号	2
	保全或鉴定程序不规范	1. 证据保全程序不符合《仲裁法》第46条的规定; 2. 仲裁庭没有对当事人的鉴定申请作出处理或处理不当,可能影响案件正确裁决; 3. 开庭时未让鉴定人或评估人出庭或未等待鉴定结论就作出裁决。	(2011)焦民一初字第11号、(2016)新01民特274号、(2017)晋01民特4号、(2017)豫03民特41号、(2017)豫10民特16号	5
	未经仲裁庭评议或未按多数意见作裁决	1. 仲裁裁决结果没有经过仲裁庭评议; 2. 部分仲裁员没有参加最终形成仲裁裁决意见的合议讨论,嗣后也没有在该意见上补充认可意见并签名; 3. 仲裁结果采信了仲裁庭合议时少数人的意见,违反《仲裁法》第53条之规定	(2013)鄂武汉中仲监字第00136号、(2015)长中民五仲字第01746号、(2017)冀08民特86号	3

	申请人所提出程序违法的具体事由	法院采纳的原因	案号	案件数量
仲裁的 程序违 反法定 程序	仲裁裁决书制作不规范	1. 仲裁裁决书未对全部争议进行评判; 2. 仲裁裁决书没有按照仲裁规则对补充证据进行认定; 3. 补正仲裁裁决书对仲裁裁决进行实质变更, 违反《仲裁法》第56条之规定; 4. 仲裁员未签名	(2013)鄂武汉中仲监字第00081号、(2016)辽03民特12号、(2017)皖16民特30号、(2017)琼01民特50号、(2017)鄂01民特85号	5
	仲裁案件超期且未办理延期手续	无正当理由或特殊情况, 未在其仲裁规则规定的裁决期限内作出裁决, 不符合仲裁规则的规定, 让当事人对案件能否公正裁决产生质疑	(2016)苏01民特127号、(2018)鲁14民特2号	2
	送达程序瑕疵	1. 送达方式不正确, 错误适用公告送达、电子送达等; 2. 送达材料有缺漏, 寄送相关材料时遗漏仲裁规则、仲裁员名册等重要材料; 3. 送达对象不正确, 向当事人已经解聘的代理人或法律顾问送达; 4. 送达地址不正确, 未向当事人经常使用的地址送达	(2011)郴民仲字第6号、(2013)鄂武汉中仲监字第00188号、(2013)长中民五仲字第01079号、(2013)长中民五仲字第01021号、(2014)筑民二特字第11号、(2014)鄂武汉中仲监字第00084号、(2015)鄂武汉中仲监字第00132号、(2015)呼民仲字第25号、(2015)黔六中申仲字第6号、(2016)鲁05民特53号、(2016)川09民特1号、(2016)内01民特72号、(2016)陕06民特44号、(2017)鲁14民特24号、(2017)鄂01民特606号、(2017)鄂01民特407号、(2017)陕01民特16号、(2018)鄂01民特175号	18

Abstract: Article 58 of the arbitration law specifies seven legal reasons for applying for the cancellation of domestic arbitral awards. However, there are still some disputes on the interpretation of these seven legal reasons in the field of Arbitration Law and practice. Taking 64 online revocation rulings of Chinese judicial documents as samples, this paper studies the application of “violation of legal procedure” causes. It is found that “violation of

legal procedure” is often abused by the parties to delay the implementation, “violation of legal procedure” is not uniform, arbitrators who should avoid but not avoid in accordance with the law, and service procedure defects are the main reasons for “violation of legal procedure”. The purpose of “violation of legal procedure” as the reason for withdrawal of arbitration is to protect the basic procedural rights of the parties. However, the problems in its application show that this reason has the risk of abuse and alienation. To avoid this risk, it is necessary for the court, arbitration institutions, arbitrators and the parties to work together and update their ideas.

Keywords: arbitration award; revocation; violation of legal procedure; service procedure

（责任编辑：沈 健）

中国国际商事调解市场的国际化： 开拓与反哺

张金凤*

内容提要 《新加坡调解公约》的签署迎来了国际商事调解市场的持续增长和格局重塑,但国内调解制度缺陷使中国面临着国际市场蓝海的占领和开拓压力。“一带一路”倡议为中国提供了良好区域市场基础,因此中国商事调解市场的国际化路径应当聚焦“一带一路”,着力改革国内商事调解供给侧要素,以国际调解员为核心加强国内商事调解机构的国际服务质量和效率;充分利用宣传和教育等激励措施提高区域商事调解市场占有率;协同国际社会率先在区域商事调解市场形成多元化监管体制;此外,中国应顺应后疫情时代数字经济和信息技术发展的浪潮,积极通过核心技术研发和信息安全立法占领“一带一路”国际商事调解虚拟市场的高地。在此基础上力求通过“一带一路”制度规则和调解产品的输出反哺国际商事调解的全球市场。

关键词 国际商事调解 “一带一路” 国际调解员 商事调解机构 调解激励 调解监管 信息技术

中国在全球经济版图中不断崛起,在各类国际投资和贸易中话语权持续提高,但我国商事调解的国际市场却尚未打开,在世界争端解决市场的占有量不能完全匹配日渐强大的区域经济主导权。因此,如何实现中国商事调解市场的国际化,迅速开拓国际商事调解的蓝海成为理论和实践层面上的一大焦点。为实现这一目标,需从宏观角度审视国际商事调解发展的全球生态体系,形成对国际商事调解市场的整体性和前沿性认识。

一、机遇：全球商事争端解决市场的发展与重塑

(一)《新加坡调解公约》加速国际商事调解需求增长

经济全球化和信息技术的迅猛发展造成全球经贸市场在时空上不断压缩,人们日益追求国际争端解决的多样性和效率。在这一背景下,国际商事调解以其平等和谐、灵活便捷、快速经济等优势适应了国际经济活动的规律和需求,越来越受到欢迎和推崇。尤

* 张金凤,湘潭大学法学院硕士研究生。

其是《新加坡调解公约》通过以来,截至2021年6月4日,已有54个国家签署,其中包含了世界上最大的两个经济体,美国和中国,以及除中国外的亚洲四大经济体之二——印度和韩国,诸多主权国家的加入显示了国际社会对商事调解的支持与期待。另一方面,作为市场主体的机构的调解活动更直观地反映了商事调解需求近年来的增长态势。举例来说,国际商会替代性争议解决国际中心(ADR)统计数据显示2020年其调解申请数量创历史新高,^①新加坡国际商事调解中心(SIMC)官网指出2020年受理商事调解的数量接近2019年的两倍,新加坡国际争端解决学院发布的《2020年国际争端解决报告》则表明2016–2018年间,如果将混合争议解决机制中的调解考虑在内的话,商事调解的使用率增加到53%。^②这些机构数据展示了近几年法律工作者和用户在国际商事争端解决市场上的偏好、经验和观点,种种迹象表明市场对调解的需求不断增长。尤其是《新加坡调解公约》弥补了国际商事调解的最大短板——执行问题,该问题被诸多调解用户视为绝对关键或重要的影响因素,这将给用户选择调解带来更大的信心。随着更多法域和主权国签署《新加坡调解公约》,国际商事调解将具备更加稳定和可预测的国际法律框架,从而加速在全球争端解决市场的开拓进程,真正成为与仲裁、诉讼并驾齐驱的国际法律公共产品。

伴随使用率稳定增长,国际商事调解也呈现出新的特点,具体来说表现为:

1. 国际商事调解市场不断细分。在人类历史上,从未有如此之多的人有机会参与最新的、不断变化的生产、交易和消费方式,^③这导致商事纠纷性质的转变和调解在新型纠纷领域的延伸。例如,“投资者–国家”调解、B2B调解、个人消费者跨境调解等细分需求日益增长;信息技术变革促进了在线调解(ODR)的迅速发展,创新了调解的沟通方式。除了调解领域的多元化,人们越来越重视商事调解不同的实践模式以及支撑这些模式的文化假设。^④混合调解模式的多样性不断拓展,而新加坡和中国等极具传统调解文化的国家正努力探索赋予传统调解以商事气息的内生型商事调解模式。

2. 作为市场服务提供者的商事调解机构的能力不断展现。越来越多的国际商事仲裁机构和国家组织,诸如国际商会(ICC)、美国司法仲裁调解服务股份有限公司(JAMS)等,依托其在争端解决市场业已形成的权威和竞争力不断拓展国际商事调解的业务范围并试图规范调解市场的监管标准;与此同时,新的专门性调解机构大规模涌现,国家争相建立官方国际商事调解机构处理国际商事纠纷,诸如美国、新加坡、欧盟等都建立完备的国际商事调解制度体系来保证其官方性和合法性。^⑤总之,国际商事调解机构成为最具

① ICC Announces Record 2020 Caseloads in Arbitration and ADR, <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-announces-record-2020-caseloads-in-arbitration-and-adr/>, last visited Jun. 22, 2021.

② Singapore International Dispute Resolution Academy, *SIDRA International Dispute Resolution Survey: 2020 Final Report*, <https://sidra.smu.edu.sg/research-program/international-dispute-resolution-survey/sidra-survey-2020>, last visited Jun. 22, 2021.

③ [德]柯武刚、史漫飞:《制度经济学:社会秩序与公共政策》,韩朝华译,商务印书馆2000年5月版,第416页。

④ Alexander Nadja, *Ten Trends in International Commercial Mediation*, SAclJ, 2019, Vol.31, pp.405–447.

⑤ 王维新:《关于后公约时代国际商事调解对中国的影响研究》,载《法制博览》2020年第12期,第179–180页。

活力和创造力的市场参与主体。

3. 资格认证、调解员培训和律师参与成为国际商事调解的新专业化内涵。各类调解员资格认证标准不断规范着国际商事调解市场,包括立法规范(如奥地利)、^⑥行业标准(如澳大利亚)^⑦或如新加坡^⑧一般二者兼具。近年来,资格认证从机构层面逐渐发展至国家层面乃至国际层面的伙伴协调和交叉认证。作为新专业化的另一方面,2018年《国际调解员爱丁堡宣言》呼吁共享调解员培训的最佳实践,调解员培训已经成为国际共识和基础制度;值得注意的是,该方面的新发展强调终身培训和其他法律从业者的培训,比如法官和律师。最后,现代国际商事调解逐渐注意到律师对调解市场推广的作用。律师若具备丰富的商事调解经验,能够胜任起草调解协议、提供调解建议、解释调解法适用等工作,就越有可能将案件恰当地引入调解。这种以律师为重点的市场推广形式已经得到了法律认可,如新加坡最高法院《实务指示》第35B条鼓励律师和当事人在早期阶段考虑和尝试调解。^⑨

(二) 国际商事调解市场的重塑

国际商事调解的新发展助推了国际商事调解市场格局的改变,这种改变可以通过透视作为市场主体的跨境调解机构的市场行为和边界变化得以宏观把握。总览现有市场,已然在国际上有一定知名度并成熟运行的跨境商事调解服务的机构包括国际商会、国际调解机构、欧盟仲裁协会、英国有效争议解决中心、意大利代替性争议解决中心、法国国际仲裁和调解中心、美国JAMS、加拿大代替性争端解决中心、加拿大仲裁和调解中心、国际冲突预防和解决研究所、澳大利亚商事争议解决中心、新加坡国际调解中心、日本国际调解中心、韩国国际商事仲裁院和印度尼西亚调解中心等。而中国具有跨境商事调解能力的机构包括成熟运行已久的香港调解中心,以及纳入中国国际商事法庭一站式纠纷平台的上海经贸商事调解中心、中国贸促会调解中心,还包括专门服务“一带一路”的“一带一路”国际商事调解中心。通过对上述机构官方网站信息加以总结,可以相对客观地观察国际商事调解市场的基本构成。整体上近年来国际商事调解市场呈现出了新的分布特点,主要表现为:

1. 《新加坡调解公约》推动市场优势转移。对于国际商事调解来说,西方促进式调

⑥ 奥地利现行有效的调解法包括《奥地利调解法》(Austrian Mediation Act)和《奥地利欧盟调解法》(Austrian EU Mediation Act),该国调解立法一直走在前列,其立法不仅将调解规定为一种职业规范,而且还为调解员的训练和职业资格获取制定了细致的标准和规范,以实现调解制度体系的高标准化。

⑦ 澳大利亚调解员协会作为行业自治组织,负有制定行业标准、监督调解员行为的职责。2007年,协会制定了《国家调解员资质认定标准》(National Mediator Accreditation System),其中第2条至第6条对调解员认证标准、续展认证、暂停执业、重新恢复认证等作出详细规定。

⑧ 新加坡2017年《调解法》第7条授权部长为本法目的指定适用调解机构的调解员认证标准,而未在法律中就调解认证作出更详细的规定;目前新加坡主要适用新加坡国际调解协会制定的四级调解员资格认证体系,这无疑是一种更为谨慎灵活的法律策略。

⑨ 新加坡最高法院《实务指示》(Supreme Court Practice Directions) 35B:“(4)(律师和委托人)应当尽早考虑非诉讼纠纷解决机制,以促进公正、快速、经济地处理民事案件,尤其是在非诉讼纠纷解决机制可以节省成本、高效快速以及更符合当事人需求的情况下。”

解的便利性和先发性使其在迈入国际市场的一开始就迅速蔓延,先行国家诸如美国、加拿大经过时间积累在国际商事调解市场具备明显的先发优势,从而凭借先发性迅速实现规模经济。但《新加坡调解公约》使国际商事调解市场的新兴力量展现出强大的后发优势,一般来说,联合国将新加坡定为公约签署地并以此命名,已然显示了该地区在调解领域的全球影响力。经过短时间迅速发展,新加坡业已形成成熟完整的国际商事调解生态系统,成为了亚洲调解服务及纠纷解决的首选目的地。^⑩ 不仅仅是新加坡,亚太地区的声誉和受欢迎程度正在提高,其中很大因素归功于《新加坡调解公约》的地区辐射,良好的执行环境和区域法律文化共性助推调解在亚太地区高歌猛进。总体上,尽管原有优势地区仍受欢迎,但新兴力量正在平衡甚至重塑全球商事调解市场格局,甚至不久的将来亚洲可能会超越美国、欧盟等国家或地区,带给世界新的调解视野和创新机制,使国际商事调解不必完全按照商事仲裁发展的路径而探索出独立自新的风格。

2. 市场划分的大区域性。国际商事调解市场分布和国际经贸的区位性有较大的协同效应,这是由商事调解本身的服务性决定的。尽管经济全球化发展的进程始终不曾停驻,但近年来逆全球化、区域一体化的声音日益高涨,尤其像综合性经济贸易协议(CETA)、跨大西洋贸易与投资伙伴协议(TTIP)、国际服务贸易协定(TiSA)等“大区域性”(Mega-Regional)贸易协定的签订加剧了全球经济竞争的紧张感。在这种区域化协调动力下,国际商事调解市场也面临着区域性整体发展需求:早在北美自由贸易区成立之初便同时建立了美洲商事仲裁和调解中心;在《欧盟调解指令》的规范下,欧洲国际商事调解市场别具一格;2005年大西洋调解组织联盟的成立充分显示了国际商事调解的协调;《新加坡调解公约》的签署促进亚洲商事调解版图日渐清晰;2017年非洲商法协调组织(OHADA)通过了《调解统一法》,可以预见,非洲大陆自贸区的建立必将加快非洲商事调解一体化和本土化。总而言之,大区域性的贸易集团意味着大调解格局成为服务区域经济法化的重要组件。

3. 国际市场开拓和交织。在《新加坡调解公约》以及其他国际法律框架的推动下,国际商事调解稳步地朝着规范化和统一性路径发展,尽管这种统一性被许多学者质疑违背了调解自治的本质。这一路径在市场上反映为各机构市场行为和服务边界的变化。例如,上海经贸商事调解中心(SCMC)先后与美国JAMS、欧盟仲裁协会、英国有效争议解决中心(CEDR)、巴塞尔商会调解中心、新加坡国际调解中心(SIMC)等世界知名纠纷解决机构建立战略合作关系;^⑪ 中国贸促会调解中心截至2019年,已与意大利、美国、英国、加拿大、马来西亚、新加坡、韩国、日本等多个国家和地区的21个相关机构签署了合作协议;^⑫ 美国JAMS始终定位服务全球市场;英国有效争议解决中心(CEDR)则建立了大数据库,与各国知名企业保持经常性联系,从而形成了在全球国际商事调解市场

^⑩ 黄一文、王婕:《新加坡商事调解制度的发展及其启示》,载《商事仲裁与调解》2020年第3期,第88-113页。

^⑪ 中心介绍,载上海经贸商事调解中心网, http://www.scmc.org.cn/page112?article_id=70&menu_id=45, 最后访问时间:2021年6月22日。

^⑫ 中心简介,载中国国际贸易促进委员会调解中心官网, <https://adr.ccpit.org/articles/25>, 最后访问时间:2021年6月22日。

上高端、稳定的客户源。从各机构网站信息可见,各类调解机构通过联合调解、设办事处、调解员跨区流动等方式拓展自己的国际市场,由此形成了密切交织的网络形态,这意味着国际市场竞争的加剧并对市场主体能力提出了越来越高的要求。

二、压力:国内调解制度缺陷减损国际市场竞争力

于中国而言,商事调解的国际化意味着引进来和走出去,这主要体现在:中国作为商事调解地点的境外吸引力和中国商事调解机构深入国际市场的能力。然而,中国的商事调解比较年轻,在两方面都存在先天不足使得开拓国际市场的压力繁重。

(一) 中国国际商事调解体制缺陷降低品牌吸引力

调解在中国有着悠久的历史文化,但商事调解十分年轻。虽然近年来在调解日盛的大趋势下飞速发展,但种种体制障碍使得其难以在短时间内实现突破。这首先表现为法律规范本身的空白,即使是传统调解制度,在立法上仍然属于零敲碎打式,更遑论专门的商事调解基本没有对应的法律规范可以遵循,在2021年两会上有代表提出应当尽快制定商事调解法规,但事实上立法进程缓慢,难以匹配现阶段商事调解发展的迫切需求。由于缺乏立法性的综合规则和程序规则,对商事调解机构、执行等市场各方面的监管和质量把控不足就成为中国商事调解国际化发展的桎梏。其次,在国际层面,除了《新加坡调解公约》,中国尚未能够与各国达成有关商事调解的具体制度安排或制度化平台,仅凭借《新加坡调解公约》最低限度的共识对进军国际市场显然是不够的。再次,如前文所述,在现有国际商事调解市场上,已有诸多知名国际商事调解机构,它们占据当今市场的绝大多数,这种市场吸引力源于时间和实践经验的积淀,并非一蹴而就,业已形成的品牌声誉使得新兴市场力量难以匹敌。幸运的是,互联网、信息技术和数字经济的发展使得新进入者能够通过诸多调解激励措施快速实现品牌赋能。遗憾的是,尽管国家政策积极支持商事调解的发展,但实践中中国现阶段在调解激励措施和宣传方面的力度仍然不足以改观国际社会对中国司法制度的刻板印象。种种因素使得当事人在选择调解地点的时候仍然寄希望于声誉良好的国家,比如“一带一路”实施初期,诸多争议都是由新加坡国际调解中心(SIMC)解决的。2018年新加坡国际调解中心与中国贸促会签署了谅解备忘录,以求共同制定争议调解启动规则、示范调解协议和执行程序规则,并成立一个调解员小组解决“一带一路”产生的争议,这使得中国作为调解地点的吸引力有所提高。打铁还需自身硬,在国际商事调解如火如荼发展中,中国预想实现弯道超车,不得不尽快完成国内商事调解的高质量变革,从而打造中国国际商事调解品牌并为之赋能。

(二) 国内调解机构质量不足以支撑国际化需求

相比司法机关,国际商事调解机构能够更灵活地深入国际商事调解市场并敏捷地感知和应对市场变化。但调查显示,在现有国际商事调解市场上,榜上有名的中国机构仅香港调解中心(Hong Kong Mediation Centre,简称HKMC),其受欢迎程度占18%,相比新

加坡国际调解中心（65%）和国际商会（45%），^⑬竞争力仍显不足，更不用说大陆国际商事调解机构仍籍籍无名。

在国际商事调解中，机构的竞争力指标表现为国际调解员数量、案件受理与解决数量、跨文化因素、国际合作与交流能力、调解结果保障能力等综合指数。近年来，尽管国内成立了诸多商事调解机构，但多而不强。从案件受理数量、国际影响力、信息化建设程度等因素来看，一站式平台中仅纳入了上海经贸商事调解中心和中国贸促会调解中心，再加上特别成立的“一带一路”国际商事调解中心，即为国内具备国际商事调解能力的领先机构。但无论是从机构的运营管理还是市场影响力、客户吸引力以及外籍调解员数量来看，与已然声名鹊起的知名国际商事调解机构都有巨大差距。以调解员质量为例，国际商事调解对调解员有着截然不同的要求，国际调解员应当具备跨境沟通和协调能力，同时应有足够的技术经济知识、充分掌握争端中的商业信息并熟知国际谈判的基本文化问题。^⑭然而实践中，国内调解机构调解员教育和培训仍然侧重于调解规则、程序和行为标准、法律规范方面，对于技术经济知识、谈判技能等方面则依赖调解员自身的发展。总的来说，国内调解机构参与国际市场的最大桎梏在于本身核心竞争力的缺失，并不能满足当前国际争端解决市场高质量发展的需求。

无论如何，伴随《新加坡调解公约》的正式生效，国际商事调解市场的竞争将变得愈加激烈，这对商事调解体制机制尚未健全的中国来说把握市场先机紧迫而必要。中国想迅速开拓全球市场是很困难的，一个折中的路径是以区域为跳板向全球辐射。庆幸的是，“一带一路”已然成为中国走向世界舞台的名片，其在调解领域的天然优势将成为中国商事调解走向国际市场的敲门砖。

三、优势：“一带一路”是中国国际商事调解市场的主场

（一）“一带一路”国际商事调解的市场需求

国际商事调解发展的推动力本质上来自国际经贸的需求，“一带一路”沿线经济的迅速繁荣激励了商事争端解决服务机制的区域复兴。《中国“一带一路”贸易投资发展报告 2020》指出：尽管受疫情影响世界经济低迷，但中国与“一带一路”相关国家的经贸合作仍取得骄人的成绩，2013-2019年，中国与“一带一路”沿线国家货物贸易进出口总额占中国货物贸易总额的29.4%，中国对“一带一路”沿线基础设施投资的比重也在持续增长。发展持续向好意味着“一带一路”潜在商业纠纷数量的激增，这吸引了争端解决机构的目光，例如国际商会专门发起“一带一路”纠纷解决研究项目，并在其指导说明中建议通过调解手段解决“一带一路”区域纠纷。机构的关注和策略调整展示了“一带一路”的吸引力以及知名国际争端服务机构想要参与“一带一路”商事调解

^⑬ *Supra* note 2.

^⑭ Thomas Gaultier, *Cross-Border Mediation: A New Solution for International Commercial Dispute Settlement?*, NYSBA International Law Practicum, 2013, Vol.26:1, pp.38-48.

市场的雄心。

除了数量的集群,“一带一路”部分行业表现出对商事调解的特殊需求。大型基础设施项目是“一带一路”的支柱,诸多项目涉及双边或多边国计民生,相关争端若非妥善解决,可能导致项目停滞而给相关受益国家和民众带来负面影响。通过仲裁解决“一带一路”争议的过程中,仲裁的对抗性导致仲裁员应根据争议事实和适用法律作出裁决,首要关注重点并非其裁决可能对国家或地区的整体发展产生的更广泛的影响。因此,在长期合同中,特别是在国际基础设施和建筑合同中,人们越来越多地采用调解,^⑮可见商事调解和谐共赢的本质更容易迎合“一带一路”贸易争端解决市场的长远愿景,调解员可以更充分考虑相关国家的文化传统和国际关系,通过非对抗的调解过程实现纠纷化解并帮助促进强劲、可持续、平衡包容和互惠增长。此外,航海运输、国家-投资者争端也越来越偏好调解机制的运用,中国作为“一带一路”最大的投资主体,这些行业发展是“一带一路”建设的重要内容,并反过来激发“一带一路”沿线商事调解的活力。除此之外,得益于沿线人文情感、法律文化、商业关系、政治互信等诸多优势,商事调解在“一带一路”争端解决市场有强有力的可持续发展动能。

(二) 中国在“一带一路”国际商事调解市场的主场优势

从“一带一路”倡议提出至今,已经没有人能够否认“一带一路”是中国的主场。所谓主场,即中国在“一带一路”发展中所扮演的角色从首倡国、始发国到主导国,无论从经济制度层面还是文化精神层面,中国都成为“一带一路”区域一体化的发动机,几年来在国际区域治理方面展现出中国方案和中国智慧。因此,尽管中国在开拓世界市场上压力巨大,但在“一带一路”区域商事调解市场上有着明显优势,主要包括以下几点:

1. 积极的立法环境。事实上,“一带一路”各国都感受到了这场世界范围内的调解变革并纷纷作出高层次回应,主要反映为国家标准的制定。近年来,马来西亚、新加坡、印度等国家相继制定了国家调解法令,通过立法修法为调解制度建立框架,为深度参与“一带一路”国际商事调解市场营造了良好的国内环境。2017年《新加坡调解法》明确涉及了国际商事调解,该法第6条和第12条关于调解适用范围和跨境执行的规定体现了新加坡对国际商事调解的支持;《香港调解条例》第355条规定了调解的含义,为国际商事调解提供了重要前提,其2017年《道歉条例草案》也敏锐地迎合了国际商事调解在道歉立法方面的发展趋势。“一带一路”沿线43个国家先后签署了《新加坡调解公约》,并努力在双边条约中加入调解安排,体现了各国在国际商事调解领域的主动性,为“一带一路”区域商事调解市场的发展营造了良好的营商环境和法治屏障。

2. 平台设施和技术支持质量。中国国际商事法庭(CICC)及其“一站式”平台的创建为处理“一带一路”纠纷提供有利司法支持;^⑯除司法机构,中国创造性地搭建了

^⑮ Zeynep Derya Tarman, *Mediation as an Option for International Commercial Disputes*, *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, 2016, Vol.48:65, pp.229-244.

^⑯ Gu Weixia, *Hybrid Dispute Resolution Beyond the Belt and Road: Toward a New Design of Chinese Arb-Med (-Arb) and Its Global Implications*, *Wash. Int'l LJ*, 2019, Vol. 29:1, pp.117-171.

“一带一路”法律服务机制（Belt and Road Service Connections, 简称 BNRSC）并下设“一带一路”国际商事调解中心（BNRMC）和“一带一路”融商中心,加上“一带一路”法律查明系统,尝试为沿线区域贸易伙伴提供综合性法律服务,特别是新型商事调解服务。目前为止, BNRMC 已经在国内外设立 72 个调解室,培训百余名中外调解员,并致力于建成能力强大的全球资源专业服务平台,高质量服务“一带一路”争端解决市场。总体而言,中国在“一带一路”搭建的商事调解平台已初具规模并颇受欢迎,平台能力不断发展将助力市场开拓,提高区域知名度并为中国赢得了国际法治实践的认可和支持。

3. 信息技术发展与援助给中国商事调解带来新契机。全球疾病大流行和数字经济的迅猛发展导致时代巨变,并使国际商事调解行业产生了积极的转折性变化,主要表现为国际商事调解虚拟市场的开拓和虚拟产品的增加,在线商事调解再一次迸发强劲生机,成为疫情期间最主要的调解服务形态。这一变化并不会随着疫情的消失而消逝,后疫情时代国际商事调解将越来越紧密地沉浸在信息技术的汪洋中,这对中国参与“一带一路”商事调解市场是一种契机。理由在于,电子商务在“一带一路”市场迸发强劲生机,为“一带一路”在线调解的发展提供动力;更重要的是,“一带一路”倡议从提出至今,中国始终致力于沿线互联网国际合作和信息技术融通,在沿线各国、各地区数字信息互联互通和 5G 信息基础建设和援助过程中已然营造了国际商事调解数字化发展的基础技术条件。据“一带一路”服务机制国际部谢丹介绍,“一带一路”国际商事调解中心系统 3.0 版本是市面上独一无二且功能最齐全的中英双语调解系统。中国在信息技术,尤其是 5G 技术方面的绝对优势以及良好的国际声誉为参与“一带一路”国际商事调解虚拟市场提供了坚实的基础。

除此之外,中国还受益于地缘关系、政治外交环境、法律职业群体及商业用户的普遍理解、文化共性等多种优势条件,受到“一带一路”国际商事调解市场的欢迎。伴随《新加坡调解公约》的正式实施,中国在“一带一路”国际商事调解市场的发展生逢其时,正可谓大鹏一日同风起,扶摇直上九万里。

四、开拓：加强国内商事调解市场的供给侧改革

作为项目的发起者,如果说经贸合作是“一带一路”建设的重要内容,那么建立与之相伴随的法律保障体系,尤其是加快推进便捷、高效、共享共赢的商事调解机制,就成为其中必不可少的重要一环。^①这一要求说到底是我国商事调解领域供给侧改革的问题,对供给侧要素的改革与创新将成为中国破解国际市场参与困境的重要方案。

（一）加强调解机构的市场核心竞争力

几乎可以肯定的是,“一带一路”商事争端绝大部分涉及不同经济水平、政治结构和文化因素,如果不能妥善处理,将减损中国机构在“一带一路”市场的竞争力。综合

^① 张巍:《“一带一路”商事调解的上海实践》,载《人民法院报》第 005 版,2017 年 7 月 28 日。

考察世界知名国际商事调解机构的现有建制,发现市场主体能力要素主要包括管理运营体制、规则体系、调解员质量控制制度、信息化建设以及跨文化因素。整体上各机构展现出一定共性,比如独立市场化运营,制定或提供调解的规范性文件,明确界定调解员必须具备的技能和知识,确保调解员接受一定时间或课程的教育与培训。但更值得注意的是各机构发展中形成的自身特色,正是这些特色使得其在“一带一路”市场上显示出核心竞争力,通过差异性战略形成细分市场的巨大占有量。其中,新加坡国际调解中心独特的调解员资格认证体系就是很好的例子,四级认证结构可以更好的辨识调解员技能、知识和经验层次;此外其同国际调解机构(IMI)共同开发了两种不同的能力认证:(1)基本认证,即专业调解员能力认证以及(2)跨文化能力认证。国际商事调解有别于国内商事调解最广为人知的便是跨文化调解带来的困难。跨文化能力使新加坡成为“一带一路”国际商事调解的首选。此外,用户反馈、投诉制度亦成为吸引调解当事人越来越重要的制度,但目前看来这一制度并不规范,尽管各机构都认识到提高调解透明度的重要性,但大部分前述提及的国际知名机构尚未提供这样的系统。最后,国际调解员的数量和质量是各机构参与国际市场最重要的竞争力来源,尤其是来自不同法域、不同语种的调解员在国际商事调解中具有重要地位。

据此,我国商事调解机构应当扩大国际洞察力,借鉴知名机构的做法,尽快提升市场化运营能力和国际调解员培养能力。一方面,应当促进调解机构的市场化转型,通过减少行政依赖性提高机构管理的独立性,尤其是参考上海经贸商事调解中心的发展经验,通过市场分配提供国际商事调解的有偿服务,推进国内机构的市场化发展。当然,这一治理模式的转变需要国家行政管理体制的变革与支持。另一方面,鼓励国内机构积极借鉴国际商事调解市场的“最佳实践”,以调解员为核心提高机构的人才储备能力。在调解中,调解员的主要作用是以结构化、建设性的方式促进各方之间的对话和沟通,“一带一路”争端的复杂性使这一过程变得尤为困难,即使是一流的国内调解员也未必是成功的国际调解员,针对“一带一路”需求储备一支国际调解员队伍势在必行。因此,应积极鼓励国内商事调解组织和机构通过承认外国调解员的资格、交叉承认沿线调解机构的调解员标准、制定调解员资格认证的区域标准等方式实现国际调解员的跨境流动;加强与新加坡调解培训组织的协调合作并尽快建立我国调解机构在“一带一路”市场上的权威和影响力;通过融合中国传统调解、司法调解的特色制度形成中国特色的调解方式以减少调解产品的市场混淆。此外,为了在“一带一路”国际商事调解市场上获得更多的权威,应当在BNRMC的基础上进一步开发高质量联合培训、考核监督、退出机制和用户反馈、投诉机制,致力于为不同法域的群体服务。

(二) 大力推广国际商事调解在“一带一路”使用

中国欲开拓“一带一路”国际商事调解市场,首先应当提高中方当事人的调解使用率以带动外国当事人的调解意愿,这需要积极采取多元化调解激励措施提高人们的调解信心。

1. 利用法律技术促进国际商事调解的使用和成果保障

一项关于国际商事调解的实证研究表明：国际商事调解最有可能根据合同授权产生，要么通过独立调解协议，要么通过多层争议解决条款。^⑮ 尽管《新加坡调解公约》确立了调解协议终局性的法律地位，但人们仍然存在执行难的担忧，因此在现有争端解决条款的基础上，可以试图通过其他合同条款辅助“一带一路”商事调解成果的固化和保障。比如增加争端解决条款的违约处罚条款，通过货币支付或处罚的措辞避免因忽视调解条款而导致的确定损害价值的困难，但这样一种惩罚性条款是否会瓦解双方的信任也是需要关注的。此外，中国作为“一带一路”的主要投资国可以充分发挥金融机构的激励作用。有学者鼓励在“一带一路”商事投资贸易中，可以通过亚投行、国家开发银行在融资合同、贷款合同中设置诉诸商事调解的格式条款推动投资领域的跨境调解。^⑯ 另一种方法在理论和实践中存在颇多争论，那就是将强制性调解要求引入“一带一路”商事纠纷解决中。中国国际商事法庭“调解优先”的指导思想表明我国鼓励将调解作为“一带一路”争端解决的前置性手段；在其他国家，强制性调解得到了一定发展，比如土耳其、希腊、菲律宾均将知识产权纠纷纳入强制调解范畴，这阐明了部分特定类型商事纠纷强制调解的可能性，中国未尝不可在“一带一路”部分类型的纠纷中率先引入强制性调解。

2. 强化调解宣传和教育并鼓励律师调解的前置性

国外商事调解市场的欣欣向荣景象，除了有赖于完备的国家的立法保障、高美誉度的调解机构外，商事主体自身的调解意识也占据了重要原因，这三个因素是互相促进的关系。^⑰ 尽管“一带一路”沿线有着良好的调解传统，但法域、语言、政治形态的差异性使调解互信尚未完全达成，法律和商业的行业壁垒亦使调解不能为广大普通用户理解和使用，这造成商事调解在沿线国家间、行业间、群体间存在不同程度的信息闭塞，阻碍了个人和机构选择调解。因此，对中国来说，拓展“一带一路”商事调解市场很大程度上是一个教育和宣传问题，需通过机构和政府加强“一带一路”法律制度、调解文化、商业环境、跨国谈判等全方位宣传和教育的提高，提高社会对于调解的理解和认识。当然，教育的主体除了普通公众，更应当落实到法律专业群体上，尤其是内部法律顾问、律师，律师作为数量庞大的法律专业人才，应当积极发挥在“一带一路”国际商事调解市场的推广作用。许多调解用户表示内部法律顾问和律师未能有效地向外部法律顾问表达他们的需求，是导致非诉讼纠纷解决机制使用不力的原因。实践中律师群体越来越多地为客户提供附加的调解服务，但律师对抗性的职业惯性使人们始终担心律师是否能够恰当地引导商事调解，因此应通过教育积极转变律师对抗性思维惯性，通过规范化商事调解中律师准入

^⑮ S. I. Strong, *Realizing rationality: An empirical assessment of international commercial mediation*, Wash. & Lee L. Rev., 2016, Vol.73, p.1973.

^⑯ Giovanni Matteucci, *International Commercial Mediation, an Opportunity for the OBOR, in The Belt and Road Initiative*, Brill Nijhoff, 2018, pp.621-648.

^⑰ 谢绮雯：《论我国商事调解体系的完善构想》，华东政法大学硕士学位论文，2020年。

和存续、调解保密和回避、律师调解收费等具体制度将律师纳入调解员行为守则的遵规领域,提高律师参与调解的道德性,使律师行业精准而谨慎地融入商事调解体系之中,努力对接“一带一路”商事调解市场对律师调解的需求。

(三) 营造“一带一路”商事调解市场的多重监管环境

世界各国和各机构已经颁布了诸多关于商事调解的法律、法规和标准,以求在适当监管的同时不过分限制国际商事调解的弹性。但中国商事调解大部分监管依赖于调解机构的个别规则,这也是为什么“一带一路”外国商事主体对在中国进行调解敬而远之的原因,只有尽快完善国内国际的监管制度,才能提高当事人的调解信心。

1. 发挥市场自我监管多样化功能

当代监管理论将重点从政府规则制定转移到通过机构和组织发挥作用上。对于“一带一路”,在更正式的法律监管和政府层面的监管协调出现之前,机构、行业组织对于国际商事调解的自我监管有着重要的现实意义。成功的自我监管模式消除了特定行业引入全面立法的必要性,另外,自我监管试点和项目为立法提供了有效经验,可以以此为基础开展立法工作。^①在国内市场环境方面,最初阶段应积极推动我国领先的国际商事调解机构及时审查、修改调解规则和程序缺陷,以保持市场上的竞争力,不断弥合国际商事调解的国别差距,尤其注重以普遍接受的国际标准推进“一带一路”国际商事调解标准化建设。其次,在机构全面发展的同时积极发挥行业组织的统筹作用,通过集体自律建立调解机构质量保障机制,尤其是以行业主导为调解员和调解实践设定规范。我国商事调解行业尚缺乏这种集体组织,为此有学者提出,应该建立一个自律性管理机构,在调解协会尚未成立时,由某个部门牵头代行调解协会的相关职能。^②在国家立法机关不能迅速建立法律监管的背景下,通过行业监管可以一定程度上填补法律空白,如成熟的商业或专业做法、行业或专业行为守则以及投诉和纪律机制。对此,新西兰在调解监管中的做法较为成熟,成立了新西兰仲裁员和调解员协会作为争端解决领域的主要管理机构,致力于维护、认证和促进仲裁、调解以及其他争端解决方式的最高标准。遗憾的是,即使是发展先一步的商事仲裁尚未能建立国家层面的仲裁协会,在调解协会的建立上可谓道阻且长。

2. 加快法律对市场监管的补充

法律监管是在伴随国际商事调解渐趋成熟的过程中逐步建立起来的,主要表现为国内调解立法和国际层面的监管共识。理论界已经对调解立法进行了诸多深刻的研究并探索出了诸多立法模式,值得立法者持续关注并作出回应。除了调解立法,“一带一路”国际商事调解市场的监管应当格外关注国际私法的适用性问题。国际商事调解可能会因调解协议产生诸多法律适用问题,比如管辖争议解决条款、调解程序、调解员及其他调

^① 黄子頔:《〈新加坡调解公约〉下国际商事调解制度问题研究》,华东政法大学硕士学位论文,2020年。

^② 廖永安、段明:《我国发展“一带一路”商事调解的机遇、挑战与路径选择》,载《南华大学学报(社会科学版)》,2018年第4期,第27-34页。

解参与者行为、寻求承认、调解结果的执行或撤销,以及启动司法或仲裁程序、临时救济或收集证据等问题,可能导致适用不同的准据法和调解实体法。况且“一带一路”国际商事调解的复杂性使得不能简单将各类关系均归结为合同关系,在法律适用方面的困难越来越需要从国际私法的层面作出更详实的回应。此外,“一带一路”愈加广泛和深入的合作需要国际公法来支持不断变化的国际关系,截至2021年1月30日,中国与171个国家和国际组织签署了205份共建“一带一路”合作文件,在此基础上,未来建立独立的或与仲裁、诉讼相结合的多边调解条约体系是“一带一路”在区域法律框架层面值得考虑的问题。这并非是一个全新的调解体系,而是各国经过长期磨合和协商一致来共建共享区域级较为统一的争端解决规则,就像《欧盟调解指令》一般。中国作为“一带一路”倡导者应率先在现有双边机制或协定中鼓励调解元素的正增长,积极促进在国际商事调解领域的多边联系与合作,届时“一带一路”区域商事调解市场将带给中国参与全球市场的巨大辐射动能。

(四) 将技术措施融入“一带一路”商事调解的各个阶段

在全球数字经济、互联互通的进程中,知名国际商事调解机构纷纷通过拥抱互联网融入国际商事调解的虚拟市场,完成“互联网+”商事调解的市场升级。中国如何融入数字经济发展大潮,如何应对信息技术为国际商事调解开创的发展局面,是当前理论和实践从业者需要探索的问题。事实上,技术支持已经不同层面地融入国际商事调解过程,使当事人的能够在调解的许多环节使用技术辅助工具,比如电子备案、电子邮件、视频会议、文件管理和信息共享软件、电子签名等等。突如其来的全球疾病大流行加速了技术融入商事调解的进程并从根本上不可逆转的影响了国际商事调解的形态,使得虚拟调解成为全球封闭性、隔离性抗疫环境中跨境争端解决的新常态。例如在过去的两年间,亚洲调解机构开展了数次线上研讨会议和视频调解过程。中国要想迎合国际商事调解服务形式的范式转变,就必须借助已然在“一带一路”创建的互联网国际合作和信息基础设施优势。首先是技术上的挑战,这主要是指开发和供给商事调解数字产品、调解支持技术、网络安全维护等服务,通过产品和服务的输出在“一带一路”商事调解虚拟市场获取技术先机,主要产品或服务种类如图1。正如现阶段ZOOM在全球在线调解市场取得的成功一般,中国在技术上的卓越能力足以承担“一带一路”国际商事调解市场的软件供应。当然,鉴于虚拟环境潜在的信息泄露、隐私和数据安全隐患,法律保障机制成为开拓“一带一路”国际商事调解虚拟市场的重要构成。中国应当积极完善在线调解相关法律法规,尤其是建立在线商事调解在程序规则、证据规则、个人信息数据保护等方面的法律保护体系,充分确保“一带一路”区域跨境数据传输、存储、使用的合法合规和高度保密性,从而提高国际商事纠纷主体的在线调解体验感,近日《个人信息保护法(草案)》的起草是一个良好的开端。除此之外,调解员培训也应当顺应新形势,加入对相关人员软件技能、线上调解运转程序等方面的培训。我们期待着中国进一步发挥“一带一路”规则贡献者的角色,协同国际调解机构制定在线调解和网络空间法律保障机制的最佳实践和区域标准,并积极贡献中国智慧和方案。

虚拟产品 / 服务种类	服务内容	
信息提供	法律数据库、调解信息查询、公共资源(新闻、学术成果等)	
在线服务	非交互式服务	调解申请
	交互式服务	在线咨询、在线调解过程
虚拟产品	数字化产品	各类调解表格、规范文件下载
	中间衍生品	虚拟调解室、在线调解管理平台、各类通讯软件和APP、智能AI调解员或分析工具等
	保护性产品	主要是服务数据安全传输和稳定通讯环境的技术产品,如防火墙

图1 国际商事调解虚拟产品 / 服务种类

五、后疫情时代：反哺国际商事调解市场的未来畅想

对中国来说,通过国内供给侧改革开拓“一带一路”国际商事调解市场只是一个起点。面对全球治理新趋势、新科技革命新态势、新冠肺炎疫情新挑战,世界正处于百年未有之变局中,国际经贸争端解决规则的构建途径和模式正在发生变革,覆盖范围辽阔、发展成果惠及全球的“一带一路”将成为中国深入全球国际商事调解市场的一个跳板。中国的愿景是通过“一带一路”实现区域话语权和国际规则制定参与权的回归,不断拓展中国国际商事调解市场的地理外延,从而深度参与全球经济治理。《新加坡调解公约》通过之后,国际商事调解有了更强有力的健全的国际法律框架来为之保驾护航。有学者预测,调解最终将成为“一带一路”争端解决的核心。^②把握住“一带一路”倡议带来的机遇,对于中国在新的历史节点参与国际争端解决规则重构具有重大意义。对于“一带一路”倡议本身来说,国际商事调解市场的开拓将为“一带一路”倡议的深入实施提供法治保障和执行信心,并进一步丰富“一带一路”倡议的国际法治内涵。

在这一过程中,中国并非是唯一受益者,对于相互依存的沿线国家和地区而言,任何国家的努力最终都将是互利互惠、共建共享的,中国借助“一带一路”开拓国际商事调解市场将给沿线国家带来巨大的协同力量,反哺各国商事调解制度化发展,这主要包括:(1)促进各国调解机构能力、行业组织和调解程序的快速健全和高质量发展;(2)实现区域内调解多元价值体系的增长;(3)促进“一带一路”调解的使用和可执行性;(4)助推“一带一路”国际商事调解市场领先在共同监管方面达成共识。总之,“一带一路”国际商事调解市场的发展必然带动沿线商事调解市场的完善发展和制度建设,平衡沿线不同国家和地区的法治理水平,促进区域调解制度体系的创新。

在此基础上,中国作为人类命运共同体这一价值观的倡导者更希望能够借助“一带

^② Feldman Mark, *Connectivity and Decoupling: Belt and Road Dispute Resolution in a Fractured Trade Environment*, Peking University School of Transnational Law Research Paper, 2019, p.12.

一路”国际商事调解市场反哺更为广泛的全球市场。当前,大多数类型的全球跨境流动正在向亚洲和“一带一路”转移,“一带一路”内部的流动也在不断增加,“一带一路”国际商事调解市场成为亚洲调解市场增长的主要动力,它的规模将具有全球意义。随着“一带一路”区域商事调解市场的融合、创新和规范化,亚洲或将成为全球国际商事调解市场的最前沿。借助区域性发展,中国将可能从规则接受者转变为规则制定者,中国方案或将促进全球调解价值的提升,创新全球争端解决的合作模式和推崇化干戈为玉帛的东方智慧。在逆全球化势头兴起的背景下,借助“一带一路”国际商事调解市场构建更公平的多边争端解决框架,促进区域活动与全球化多边活动的良性结合,以“一带一路”为契机抵制逆全球化的贸易投资态势是中国作为世界大国的底气和目标。另一个很重要的方面在于,中国可以借助“一带一路”国际商事调解市场探索后疫情时代全球互联网国际商事调解的新模式。我们期待着中国国际商事调解通过知识和经验的交叉交流努力打开并顺应国际市场,在借鉴引进的过程中致力于转向技术、产品和标准规范的输出和反哺,积极谋求中国国际商事调解区域化和国际化的市场图景。

Abstract: The signing of Singapore Convention on Mediation brings the continuous growth and pattern restructuring of the international commercial mediation market. However, China's system deficiencies make China facing the pressure of occupying and developing the blue ocean in the international mediation market. The "Belt & Road" Initiative has laid a sound regional market base for China, so that the international paths for China's cross-border commercial mediation market need to focus on the Belt and Road, to attach importance to reform the supply-side factors of China's commercial mediation, and to strengthen the quality and efficiency of international service of China's commercial mediation institutions with the core of international mediators; to improve the market share of commercial mediation by making full use of the incentives, such as publicity and education; and to take the lead in forming a diversified regulatory system of institutions, industries and laws in the regional commercial mediation market with the international community, in addition, China should go with the rapid development of digital economy and information technology in the post-epidemic times, actively occupy the virtual market highland of international commercial mediation through core technology research and development and information security legislation. On this basis, China can strive to feed back the global market of international commercial mediation through the the export of virtual derivatives of mediation and new mediation rules created in the Belt & Road.

Keywords: cross-border commercial mediation; the Belt & Road; international mediator; commercial mediation agency; mediation incentive; mediation supervision; information technology

(责任编辑: 孙保国)

我国国际商事争端多元解决机制： 创新、影响与展望

黄佳贝*

内容提要 随着国际商事纠纷日益复杂和增多,为公正高效、专业法治地解决商事纠纷,营造公平、透明、可预期的营商环境,纯粹从制度上改变传统的诉讼解决争议的机制并不符合中国实际。因而,在原有的调解、仲裁、诉讼机制的基础上完善健全国际商事纠纷解决机制的需求应运而生。我国国际商事争端多元解决机制的创新举措层出不穷:诉讼体现在“一站式”的国际商事争端诉讼解决机制;仲裁体现在临时仲裁、临时措施和谈判促进机制方面的创新;调解则主要体现在“一带一路”国际商事调解中心的建立。上述创新举措对国内外国际商事争端解决制度的发展具有重大的理论与实践意义和影响,就国内而言:信息化技术的广泛应用便利纠纷解决,高效解决纠纷有利于保障法治营商环境;就国际而言:为“一带一路”倡议的深度推进提供了保障、创新了国际争端解决的新方式、提升了中国在国际商事争端解决方面的话语权。因此,构建既符合我国需求又适应国际规则的国际商事争端多元解决机制,应当着重注意始终坚守法治原则的底线,同时加强对当事人意思自治的保障。

关键词 国际商事争端解决 多元化纠纷解决机制 “一带一路”倡议

一、我国国际商事争端多元解决机制的创新背景

(一) 国际商事争端及其主要解决途径

《中华人民共和国民事诉讼法》《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》^①以及《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》^②规定了涉外民商事关系的四个标准。据此,国际商事争端是指当事人(商事主体)、当事人经常住所地、标的物或商事法律事实四者中至少有一项具有涉外因素的违约和财产性侵权纠纷。国家间的贸易和投资争端以及东道国和

* 黄佳贝,华东政法大学国际法学院硕士研究生。本文是国家社科基金“一带一路”背景下争端解决共生机制构建研究(项目编号:17CFX082)的阶段性成果。

① 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》,法释〔2012〕24号,2012年12月28日发布,第1条。

② 《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》,法释〔2018〕11号,2018年6月29日发布,第3条。

投资者之间的投资争端不在国际商事争端解决机制的调整范围内。对于涉港澳台地区的商事案件,其本质属于国内商事纠纷,但由于各处不同法域的特殊性,除有特别法律规定,在司法实践中一般比照涉外案件处理。^③

目前,我国解决国际商事争端主要有诉讼、仲裁和调解三种方式。从立案管辖层面上看,当事人可合意选择仲裁机构或调解机构而不受实际联系地原则的约束。在执行层面上,国内仲裁裁决书可以直接申请法院执行,国内调解协议经司法确认后也可以申请法院执行;而国际商事争端,尤其是“一带一路”沿线参与国解决商事争端的诉讼判决书的跨境承认与执行取决于两国间是否存在司法协助条约以及目的国相关法律规定;调解协议需看其转化为仲裁裁决还是经司法确认,前者可根据《承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》)申请承认与执行,后者需依据司法协助条约予以执行;只有国际商事仲裁裁决,可直接依据《纽约公约》在任一成员国直接申请承认与执行。

随着“一带一路”倡议以及粤港澳大湾区的建设,以调解、仲裁为首的替代性纠纷解决机制或称非诉讼纠纷解决机制在国内外商事争端解决中体现出了制度性的优势。这种轻对抗、重意思自治,兼具秘密性和非公开性的解纷方式得到了国际商事争端当事人的青睐,也有效缓解了法院的诉讼压力。在此情形下,建立“一站式”商事纠纷解决平台有利于完善国际商事调解与诉讼以及仲裁与诉讼之间的衔接,便于国际商事争端诉调对接、仲裁保全和执行等程序的进行。

(二) 多元化纠纷解决机制改革及其成效

我国国际商事争端多元解决机制的创新与影响有赖于全国法院多元化纠纷解决机制改革的优良成效。多元纠纷解决机制是指在一个社会中,包括诉讼与非诉讼方式在内的多样的纠纷解决方式以其特定的功能相互协调、共同存在,所构成的一种满足社会主体多样需求的程序体系和动态的调整系统。^④

2005年,最高人民法院颁布《人民法院第二个五年改革纲要(2004-2008)》首次提出确立和完善多元化的纠纷解决机制。^⑤2014年,党的十八届四中全会通过《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,该决定从中央层面法治工作基本格局出发,将完善调解、仲裁、行政裁决等非诉讼与诉讼方式有机衔接、相互协调的多元化纠纷解决机制纳入全面依法治国的法治社会建设的一项重要内容。^⑥2015年全国法院多元化纠纷解决机制改革工作推进会上公布的第一批50家多元化纠纷解决机制改革示范

^③ 同前注^①,第19条;《中华人民共和国台湾同胞投资保护法实施细则》第5条。

^④ 范愉:《纠纷解决的理论与实践》,清华大学出版社2007年11月版,第221页;“多元纠纷解决机制改革项目”综合研究子课题组:《论中国多元纠纷解决机制的构建与完善——以司法为视角的分析》,俞灵雨主编:《纠纷解决机制改革研究与探索》,人民法院出版社2011年12月版,第3页。

^⑤ 《人民法院第二个五年改革纲要(2004-2008)》,法发〔2005〕18号,2005年10月26日发布;参见龙飞:《“一带一路”战略中多元化纠纷解决机制的地位》,《人民法院报》2017年7月14日,第5版。

^⑥ 参见《习近平:关于〈中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定〉的说明》,载新华网, http://www.xinhuanet.com/politics/2014-10/28/c_1113015372.htm,最后访问时间:2021年3月24日。

法院,^⑦为全国各级法院开展多元化纠纷解决机制改革提供了优良范本和引领。

2018年,中共中央办公厅、国务院办公厅《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》要求依托国内现有争端解决机制整合国内外法律服务资源,建立各机制有机衔接的多元化解纷机制为“一带一路”商贸和投资往来提供权威性的司法服务和保障。^⑧2019年8月1日,《最高人民法院关于建设一站式多元解纷机制一站式诉讼服务中心的意见》创造性地提出“一站式多元解纷、一站式诉讼服务”的工作目标,要求全面推行在线立案和跨域立案机制,强调主动发挥人民法院职能作用,为非诉讼方式解决纠纷提供司法保障,建立类型多样的调解平台并引入各类调解人员,配备速裁法官或团队,为当事人提供多元解纷服务,打造中国特色纠纷解决和诉讼服务新模式。

根据《中国法院的多元化纠纷解决机制改革报告(2015-2020)》,截至2020年底,全国98%的法院建立诉讼服务大厅,98%的法院运行诉讼服务网,全国各级法院设置专门的诉调对接中心3835个,全国3000多个基层法院指导80万个人民调解组织工作,每年人民调解组织化解纠纷近1000万件。^⑨法院审判只是纠纷解决的一种方式,是“多元”中的“一元”,^⑩多元解决商事争端不排除来自民间和社会的各种仲裁、调解组织的力量在纠纷解决中的积极作用,反之相当重视非诉讼纠纷解决方式。

二、我国国际商事争端解决机制的创新举措

(一) 国际商事争端诉讼解决机制的创新

随着“一带一路”倡议为参与国带来经济发展动力的同时,也对各国国际商事争端的解决带来了挑战。2018年6月27日,最高人民法院发布《关于设立国际商事法庭若干问题的规定》(以下简称《规定》)设立以国际商事法庭为核心的“一带一路”国际商事争端解决中心,组建国际商事专家委员会。^⑪同年6月29日,最高人民法院第一、第二国际商事法庭分别在深圳、西安挂牌成立,^⑫而后又相继发布施行一系列配套文件,为我国商事主体的国际经济贸易活动保驾护航。此外,深圳前海合作区法院是最高院批准设立的第一批综合性司法改革示范法院,于2018年起与共计47家境内外仲裁机构、调

^⑦ 《最高人民法院关于确定多元化纠纷解决机制改革示范法院的决定》,法〔2014〕358号,2015年1月19日发布。

^⑧ 参见《中共中央办公厅、国务院办公厅印发〈关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见〉》,载中华人民共和国中央人民政府网, http://www.gov.cn/zhengce/2018-06/27/content_5301657.htm,最后访问时间:2021年3月24日。

^⑨ 最高人民法院:《中国法院的多元化纠纷解决机制改革报告(2015-2020)》,第14页,载中国法院网, <https://file.chinacourt.org/f.php?id=9d89b9037df1b9eb&class=enclosure>,最后访问时间:2021年7月9日。

^⑩ 参见李广宇:《最高人民法院举办人民法院调解平台应用成效暨〈中国法院的多元化纠纷解决机制改革报告(2015-2020)〉新闻发布会》,载国务院新闻办公室网, <http://www.scio.gov.cn/xwfbh/gfgjxwfbh/xwfbh/44193/Document/1698959/1698959.htm>,最后访问时间:2021年4月16日。

^⑪ 同前注^②,第1、11条。

^⑫ 参见唐荣、卢伟:《最高法第一第二国际商事法庭分别揭牌》,载法制网, http://www.legaldaily.com.cn/zfzz/content/2018-07/02/content_7583764.htm?node=81122,最后访问时间:2021年4月21日。

解组织合作,升级成立全国首个“一带一路”国际商事诉调对接中心。^⑬

1. 国际商事法庭

国际商事法庭利用“三位一体”的“一站式”国际商事纠纷解决机制,国际商事调解机构、国际商事仲裁机构与国际商事法庭共同构建了解调、仲裁、诉讼有机衔接的纠纷解决平台。

(1) “三位一体”的“一站式”国际商事纠纷解决机制

根据《规定》,由最高人民法院秉持共商共建共享理念,选定符合条件的国际商事调解机构、国际商事仲裁机构与国际商事法庭共同构建解调、仲裁、诉讼有机衔接的纠纷解决平台,形成“三位一体”的“一站式”国际商事纠纷解决机制。同年12月,《关于确定首批纳入“一站式”国际商事纠纷多元化解机制的国际商事仲裁及调解机构的通知》确定了由五个国际商事仲裁及两个调解机构成为首批共建“一站式”国际商事纠纷解决机制的民间机构。^⑭

“一站式”国际商事纠纷解决机制下,调解与诉讼的有机衔接表现为:国际商事法庭受案后,经当事人同意,可以委托国际商事专家委员会成员或者国际商事调解机构调解,达成调解协议的可以由国际商事法庭制发调解书或判决书。^⑮仲裁与诉讼的衔接体现在:当事人可以向国际商事法庭申请证据、财产或者行为保全,并有权向国际商事法庭申请撤销或者执行该机制项下的仲裁机构作出的仲裁裁决。^⑯此外,国际商事法庭允许当事人提交英文证据材料,而免交中文翻译件,^⑰在调查收集证据以及组织质证时还可采用视听传输技术等信息网络方式。^⑱

(2) 国际商事专家委员会

国际商事专家委员会是我国国际商事诉讼与多元纠纷解决机制中的一项重大独特创新,其他国家尚无类似制度。^⑲

目前,已有53名具有国际影响力、精通国际贸易、投资等国际商事法律领域的中外专家受最高人民法院聘任为专家委员,^⑳主要负责调解国际商事案件,对商事案件中的专门性法律问题、国际商事法庭的发展规划以及最高法制定相关司法解释和政策提供咨询

^⑬ 参见马培贵:《前海法院交出涉外涉港澳台商事审判“五年答卷”》,《深圳特区报》2020年9月16日,第A05版。

^⑭ 《关于确定首批纳入“一站式”国际商事纠纷多元化解机制的国际商事仲裁及调解机构的通知》,法办〔2018〕212号,2018年11月13日发布。根据该通知,首批纳入“一站式”国际商事纠纷多元化解机制的机构有:中国国际经济贸易仲裁委员会、深圳国际仲裁院、上海国际经济贸易仲裁委员会、北京仲裁委员会、中国海事仲裁委员会五家国际商事仲裁机构,以及中国国际贸易促进委员会调解中心、上海经贸商事调解中心两家国际商事调解机构。

^⑮ 同前注②,第12、13条。

^⑯ 同前注②,第14条。

^⑰ 同前注②,第9条。

^⑱ 同前注②,第10条。

^⑲ 杜涛、叶珊珊:《国际商事法庭:一个新型的国际商事纠纷解决机构》,《人民法院报》2018年7月10日,第2版。

^⑳ 参见国际商事专家委员会专家委员简历,载最高人民法院国际商事法庭官网, <http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/226/234/index.html>,最后访问时间:2021年6月20日。

意见。^{②①} 国际商事专家委员会不仅为国际商事的诉讼、调解工作提供专业的咨询意见、调解意见,也为我国对外签署国际条约、制定商事规则提供了国际化、专业化的辅助。

(3) 域外法查明平台

2019年11月29日,依据《规定》对法律查明机构查明外国法的立法认可,^{②②} 最高人民法院域外法查明平台在国际商事法庭网站正式上线启动。最高法民四庭与华东政法大学外国法查明研究中心等五家外国法查明中心和研究基地共同签署了合作协议,共建共享最高法域外法查明平台。

该平台提供了由专家委员会提供的专家委员查明和专业机构查明两种外国法查明途径。各级人民法院、诉讼案件当事人及代理律师、跨境商贸投资或跨境争议需要查明域外法律的企业,需要了解域外法律的立法机关、行政机关、仲裁机构或其他单位都有权使用。为国家机关和社会提供高效便捷的外国法查明服务,这是进一步优化法治化营商环境的重要举措。

2. 深圳前海合作区法院

2014年12月,经最高人民法院批准于深圳前海成立综合性司法改革示范法院,在区域司法标准确立的权限、程序、权力等机制上进行了实践探索,集中管辖深圳市基层法院审理的一审涉外、涉港澳台商事案件,服务和保障前海深港现代服务业合作区与前海蛇口自贸片区发展。^{②③}

(1) “一带一路”国际商事诉调对接中心及联合跨境调解机制

前海法院在原诉调对接中心基础上,与香港和解中心、粤港澳调解联盟、澳门世界贸易中心仲裁中心、深圳国际仲裁院等47家域内外仲裁、调解机构合作建立“一带一路”国际商事诉调对接中心。该诉调中心根据受理纠纷类型和特点,制定调解规则和实务指引,实行“类案类调”机制,并设置涉港纠纷、知识产权纠纷、金融纠纷等7个调解室,建设成为国际化、专业化、市场化、信息化多元衔接的国际商事争议解决平台。^{②④}

在涉港商事纠纷的个案中,经双方当事人同意通过该中心跨境调解机制,可将案件委托于该中心推荐的合作调解员,并尊重当事人的意愿选择在内地或香港进行调解。精通香港法律的调解员可以采用诸如以当事人为主导地位的香港促进式调解方式,不从法律角度作评判,而主持推动和解进程,引导双方积极陈述观点和解决方案并帮助其达成和解协议。^{②⑤}

(2) 中立第三方评估机制

早在2016年6月最高法发布了《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》,鼓励人民法院在医疗卫生、不动产、建筑工程、知识产权、环境保护等领域探索

^{②①} 《最高人民法院国际商事专家委员会工作规则》,法办发〔2018〕14号,2018年11月21日发布,第3条。

^{②②} 同前注^{②①},第8条。

^{②③} 罗书臻:《深圳前海合作区人民法院成立胡春华周强揭牌》,《人民法院报》2015年1月29日,第01版。

^{②④} 同前注^{②③}。

^{②⑤} 前海法院:《前海法院探索国际化多元纠纷解决新路径》,《人民法院报》2019年5月11日,第04版。

建立民商事纠纷中立评估机制。^{②⑥}前海国际商事诉调对接中心在2017年确立了中立第三方评估机制,聘请专业领域的专家担任中立评估员,经当事人选择评估员对判决结果进行预测,提供评估意见,最后当事人可根据评估意见自行和解或再选择调解、仲裁和诉讼。^{②⑦}

例如,在庄某诉文某寿、文某光保证合同纠纷一案中,原告庄某系内地居民,被告二人均为香港居民,经前海法院审查认为该案应当参照涉外法律关系适用香港法律,委托香港资深法律专家作为中立第三方,对该案适用的香港法律及可能的判决结果进行评估后,认为该案被告并非适格当事人,最终原告申请撤诉。^{②⑧}这是前海法院启用中立第三方评估机制后当事人主动撤诉的第一案,被收录入广东省高级人民法院首次统一发布的20例粤港澳大湾区跨境纠纷典型案例,该案吸取香港法律专家意见不仅提高了对适用香港法律的准确性,增加审判结果的可预测性,还能有效引导当事人多元化解决纠纷。

(3) 港籍陪审员和港籍调解员制度

港籍陪审员和调解员一般为各行业专家,在其专业范围内提供相关的法律意见,对香港及有关国家和地区法律进行有效查明。他们更了解涉港案件适用香港法律及证据认定规则、商业交易习惯及行业情况,甚至更具有母语优势,充分发挥了自身专业知识和文化背景优势。为实现国际化现代服务业发展要求,港籍调解员一般在金融、互联网、现代物流等行业中选任,建立系统全面的港籍调解员培训、交流和保障机制。^{②⑨}

前海法院建立的“精英法官+港籍陪审员+专家咨询”审理机制,采取“分类管理+随机抽取”模式,组建具有普通法学习背景、涉外审判经验丰富的专家型精英法官队伍;签约金融、投资、商贸、物流、知识产权等专业领域的港籍陪审员参加庭审,提升了涉外涉港澳台案件的公信力;建立由金融保险、国际贸易、知识产权、证券期货等领域专家组成的专家智库,对自贸区和合作区内的复杂疑难案件提供专业咨询意见,促进案件专业化审理。港籍陪审员分为普通陪审员和专家陪审员两大类,其中专家类陪审员按照金融、贸易、财会、股权、知识产权再分为五组,参审时随机抽取,确保兼具公开性和专业性。

(4) 当事人转交送达制度

借鉴了英美法系当事人间送达的理念,对于涉港案件,在坚持有效送达的基础上,^{③⑩}由前海法院委托原告将法律文书送达给被告,当事人应诉或提交答辩状的,受送达人提及了所送达司法文书内容的,受送达人已履行的视为转交送达成功,否则应及时另行安

^{②⑥} 《最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》,法发〔2016〕14号,2016年6月28日发布,第3条第22款。

^{②⑦} 参见马培贵:《全力构建域外法律查明与适用体系——前海法院适用香港法裁判案件全国领先》,《深圳特区报》2021年2月5日,第A05版。

^{②⑧} 《庄某诉文某寿等保证合同纠纷案——采纳香港律师法律意见解决涉港民商事纠纷》,载《广东法院粤港澳大湾区跨境纠纷典型案例(第一批)》,载广东法院网, <http://www.gdcourts.gov.cn/index.php?v=show&cid=170&id=54990>,最后访问时间:2021年7月9日。

^{②⑨} 前海法院:《深圳前海合作区人民法院涉外涉港澳台商事审判白皮书》,载深圳前海合作区法院网, <http://www.szqhcourt.gov.cn/SFGG/sfggDetail.aspx?cls=7&id=629>,最后访问时间:2021年4月28日。

^{③⑩} 前海法院:《前海法院推进诉讼当事人合作机制之当事人转达司法文书》,载深圳律师网, <http://www.szlawyers.com/info/ae32f80e2e444da2b4bd398d5f40c5c5>,最后访问时间:2021年4月28日。

排送达。当事人转交送达机制缩减送达时间以确保庭审顺利进行,突破了区际司法协助原有途径。

(二) 国际商事争端仲裁解决机制的创新

1. 自贸区内临时仲裁规则

目前我国共设有 21 个自由贸易试验区,为临时仲裁制度的设立提供了空间和制度条件。^①虽然与《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)相关规定有冲突,^②但是最高人民法院在《关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》(以下简称《自贸区司法保障意见》)中,认可了由自贸区内的注册企业约定特定地点、特定仲裁规则、特定人员主持仲裁的仲裁协议为有效,^③可以理解为司法机关在该范围内接受了临时仲裁,为自贸区内企业提供更加丰富的纠纷解决渠道。

我国内地约有 250 多家仲裁机构,各机构的仲裁规则不尽相同,当事人未必对信任的仲裁员与相应机构规则两头熟知,但临时仲裁当事人可以选择任一仲裁规则,甚至自行确定,也可选择任意仲裁地,给予了当事人意思自治选择空间。最为重要的是,临时仲裁与机构仲裁相结合,促进了我国仲裁制度的发展,^④也为机构仲裁的改善提供了动力。

(1) 广东横琴自贸片区《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》

虽然《自贸区司法保障意见》突破了强制机构仲裁的规则,但是其条款过于简单,并不足以支持自贸区内临时仲裁的具体引入和操作。^⑤2017年3月,我国首部临时仲裁规则《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》出台,于广东横琴自贸片区施行,细化了临时仲裁中对选定的仲裁员的要求,并规定临时仲裁做出的裁决书或调解书经过珠海仲裁委员会确认后,将被视为机构仲裁,降低了临时仲裁执行阶段的不确定性。

(2) 中国互联网仲裁联盟《临时仲裁与机构仲裁对接规则》

2017年9月19日,中国互联网仲裁联盟《临时仲裁与机构仲裁对接规则》(简称《对接规则》)在依据国内法并参照国际仲裁示范法及仲裁规则的基础上,对实现临时仲裁与机构仲裁有效对接制定了详细规则,完善了我国临时仲裁相关法律规则。由中国互联网仲裁联盟负责运营互联网仲裁云平台“易简云平台”,开创了“互联网+”临时仲裁的共享模式。

《对接规则》有如下三种可对接的临时仲裁:(1)自由贸易试验区内注册企业之间约定按特定规则、特定地点以及特定人员进行的临时仲裁;(2)非自由贸易试验区内注

① 赵凯东:《构建中国临时仲裁规则的法律思考——基于自由贸易试验区建设展开》,载《经济研究导刊》2019年第29期,第194页。

② 《中华人民共和国仲裁法》第16条规定:“仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面方式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的请求仲裁的协议。仲裁协议应当具有下列内容:(一)请求仲裁的意思表示;(二)仲裁事项;(三)选定的仲裁委员会。”

③ 《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,第9条。

④ 参见张礼洪:《上海自贸区制度的探索创新及问题反思》,载《人民法治》2016年第12期,第21页。

⑤ 参见李建忠:《临时仲裁的中国尝试:制度困境与现实路径以中国自贸试验区为视角》,载《法治研究》2020年第2期,第32页。

册企业的临时仲裁；（3）为便于在国内的承认与执行，境外根据临时仲裁程序作出的裁决文书。^{③⑥}由此可见，《对接规则》下与机构仲裁对接的临时仲裁范围还包括了非自贸试验区企业之间的临时仲裁案件。然而这一规定显然超出了《自贸区司法保障意见》第9条对自贸区内临时仲裁的许可范围，更与我国《仲裁法》第16条相关规定不符。此外，根据我国《民事诉讼法》及其司法解释、我国参与的《承认及执行外国仲裁裁决公约》以及最高人民法院的有关法律文件的规定，我国对外国仲裁裁决的承认和执行施行司法审查报告制度，《对接规则》将外国仲裁裁决转化为我国国内机构仲裁裁决这一做法显然违反了上位法。

由于《对接规则》在内容上与我国立法存在冲突，其合法性存在很大的瑕疵，极有可能在实践中产生非法的临时仲裁案件通过对接程序获得“合法”形式的情况，以及外国临时仲裁裁决避开我国的司法审查报告制度而得到执行，扰乱我国仲裁秩序。

2. 临时措施条款

我国规定了仲裁临时措施由法院专属管辖，^{③⑦}但是随着我国经济的快速发展，相关司法部门以及仲裁机构开始重视国际商事仲裁的作用及影响。

（1）上海国际仲裁中心《上海自贸区仲裁规则》临时措施条款

2014年上海国际仲裁中心推出的《上海自贸区仲裁规则》首次引入仲裁临时措施，凸显自贸区的制度创新性和仲裁规则对立法的引领性。《上海自贸区仲裁规则》第三章通过七个条文对仲裁临时措施予以完善：①规定临时措施的范围，包括财产保全、证据保全、行为保全和法律规定的其他措施，^{③⑧}相较于《仲裁法》，添加了行为保全，与《民事诉讼法》的保全措施一致；②创设了仲裁前的临时措施，将仲裁临时措施的时间范围全面覆盖至整个仲裁过程；^{③⑨}③设立紧急仲裁庭，为处理受理案件之后、仲裁庭组成之前这一阶段当事人提起的临时措施申请；^{④⑩}④赋予了仲裁双方对临时措施决定提出异议救济的权利。^{④⑪}

（2）最高人民法院《关于设立国际商事法庭若干问题的规定》临时措施条款

最高法的《关于设立国际商事法庭若干问题的规定》采取了与《上海自贸区仲裁规则》截然不同的立场，即维持现有的法院专属管辖，在此基础上进一步提高效率与裁决质量。

为此，作出了两项具体的改变：①当事人可以向国际商事法庭申请证据、财产和行为保全，不再必须通过仲裁机构这一途径；^{④⑫}②临时措施的申请由国际商事法庭统一受理

^{③⑥} 《中国互联网仲裁联盟临时仲裁与机构仲裁对接规则》第21条。

^{③⑦} 《中华人民共和国民事诉讼法》第272条；《中华人民共和国仲裁法》第28、46、68条；《中华人民共和国民事诉讼法特别程序法》第13条。

^{③⑧} 《中国（上海）自由贸易试验区仲裁规则》第18条。

^{③⑨} 同上，第19条。

^{④⑩} 同上，第21条。

^{④⑪} 同上，第23条。

^{④⑫} 同前注②，第14条。

作出裁定,指定执行地法院直接执行。^{④③}如此一来可以避免因为仲裁机构转交临时措施申请而增加的时间,减去当事人与执行地法院联络的环节,为当事人提供了便利,进一步提高临时裁决的效率。

3. 谈判促进机制

2016年12月16日,深圳国际仲裁院(深圳仲裁委员会)谈判促进中心在深圳罗湖区揭幕,同时举办的还有“深圳市城市更新与棚户区改造谈判促进机制启动仪式暨谈判促进规则发布会”。^{④④}

深圳国际仲裁院谈判促进中心系全国首创,根据《深圳国际仲裁院谈判促进规则》,经当事人自愿适用谈判促进机制的争议或谈判事项包括但不限于城市更新、棚户区改造、公司治理、债务重组、知识产权、国际投资、国际贸易范围。受该谈判促进中心聘请,相关领域的专家以中立、独立和业内权威第三方的身份协助公司治理项目、城市更新等各参与方开展谈判工作,助其高效达成谈判结果,而且参与方可要求仲裁院就该谈判结果制作出具有强制执行力的仲裁裁决书来保证其执行力。^{④⑤}值得注意的是,各参与方在谈判促进过程中的陈述、自认或可能性方案都不可作为仲裁或诉讼的依据,受聘的谈判专家也不得以仲裁员、证人或代理人身份参与仲裁或诉讼程序。^{④⑥}

谈判促进机制的原意是为重点促进股权投资为主的公司治理项目进行仲裁程序之前或之外的多方主体谈判而创,^{④⑦}但其城市更新和房地产领域却最先发挥出了和谐、高效、低成本解纷的效用。在中国谈判促进第一案,深圳罗湖区城改项目中,涉及居民超过8.6万,经谈判专家介入,三个月内《搬迁补偿安置前置协议》签署率达98%。^{④⑧}城市更新和棚户区改造工作事关城市发展和民生问题,该机制为解决诸如此类的城市旧改项目提供了谈判途径和支撑,能有效地推进项目实施进展,降低社会成本,有利于城市长远规划和发展。

(三) 国际商事争端调解解决机制的创新

1. “一带一路”国际商事调解中心

2016年10月,由北京融商“一带一路”法律与商事服务中心成立“一带一路”国际商事调解中心,推行倡导以调解方式解决“一带一路”国际商事纠纷,与“一带一路”沿线国家政府、司法机关合作推动诉调对接、调解协议的司法确认和域外执行,探索出了

^{④③} 同前注②,第6、14条。

^{④④} 冯庆:《和谐有序促进城市更新和棚户区改造——谈判促进机制在罗湖启动》,《深圳特区报》2016年12月17日,第A04版。

^{④⑤} 《深圳国际仲裁院谈判促进规则》第4条。

^{④⑥} Douglas Thomson, *Shenzhen Launches Rules to Assist Negotiation*, <https://globalarbitrationreview.com/shenzhen-launches-rules-assist-negotiation>, last visited Apr. 28, 2021.

^{④⑦} 刘晓春:《首届百强法务总论坛·嘉宾发言新时代房地产纠纷仲裁的三个原则》,载“地产与工程法律观察”微信公众号,最后访问时间:2021年4月28日。

^{④⑧} 参见《特区仲裁十大经典案例》,载深圳国际仲裁院网, <http://scia.com.cn/home/index/cases/id/21.html>, 最后访问时间:2021年5月28日。

“诉调对接、仲调对接、证调对接、线上线下对接、国内国外对接、官方民间对接”的工作模式,^④为境外的中国企业和商人提供更全面的商事调解服务和投资法律建议。

借助北京融商中心国际性、跨国性平台优势,“一带一路”国际商事调解中心组建了一支200多位国内外专家组成的调解员队伍,支持中文、英语、法语、俄语、西班牙语、阿拉伯语等工作语言,满足当事人在西班牙、意大利、哈萨克斯坦等60多个国家180多个城市开展线上或线下调解。截至2020年7月31日,该中心共接收包含涉外案件5949件,受理2337件,调解成功1149件,调解结案成功率58%。^⑤

(1) 法院调解室

该中心在北京、西安、重庆等地人民法院合作设立法院调解室,便于法院收到国际商事纠纷立案材料后“能调则调”转至诉前调解。在皮某诉陶某投资合同纠纷一案中,被告陶某是在老挝生产中老铁路建设物资的老挝厂商,双方就投资合同条款产生了纠纷。原告皮某欲向重庆两江新区(自贸区)人民法院提起诉讼,“一带一路”国际商事调解中心重庆两江新区(自贸区)调解室接到该案后,在一个多月内组织了两次调解,便促使双方在第二次调解中达成了调解协议并进行司法确认,省去了诉讼中涉外案件送达、委托公证等程序,高效化解纠纷,成功为当事人和法院减少诉累。^⑥

(2) 多方位域外合作机制

“一带一路”国际商事调解中心不仅与国内法院合作调解跨国争议,更放眼于与域外的机构的对接机制,与多国法院、仲裁机构和律师事务所建立了跨境合作关系,构建了可以交流“一带一路”国际商事纠纷积极经验、开展研讨会议的跨国平台,共同致力于维护包括中国企业和商人在内的“一带一路”经济体合法的经济贸易权益。

2018年10月10日,由北京融商中心牵头在意大利罗马举办对的“一带一路”国际商事调解论坛上,来自亚洲、欧洲、美洲和非洲四大洲12个国家的21个机构代表共同签署了《关于“一带一路”国际商事调解的原则的宣言》,^⑦为“东方经验”——中国商事调解走向世界开辟道路,为中国企业“走出去”排忧解难,保驾护航。

2019年7月5日,该中心在哈萨克斯坦阿拉木图建立“一带一路”商事调解中心阿拉木图调解室,并与哈萨克斯坦IUS国际仲裁中心签署《关于仲裁和调解领域互助合作协议》约定IUS国际仲裁中心涉及中国相关的仲裁案件,将优先被推荐给一带一路国际商事调解中心进行调解,对于达成的调解协议可以转化为IUS的仲裁裁决。^⑧

^④ 张景华:《北京创新国际商事调解新路径》,《光明日报》2019年4月30日,第6版。

^⑤ 陈杭:《“一带一路”国际商事调解中心推动建立国际法治平台》,载中国新闻网, <http://www.chinanews.com/sh/2020/08-10/9261399.shtml>,最后访问时间:2021年4月28日。

^⑥ 参见一带一路国际商事调解中心:《2019年度一带一路国际商事调解中心优秀调解案例(十三)》,载一带一路国际商事调解中心网, <http://www.bnrmediation.com/Home/Article/detail/id/550.html>,最后访问时间:2021年7月9日。

^⑦ 新华社罗马:《多国签署〈罗马宣言〉指导“一带一路”国际商事调解》,载新华网2018年10月11日, http://www.xinhuanet.com/2018-10/11/c_129969561.htm,最后访问时间:2021年7月9日。

^⑧ 努尔苏丹:《“一带一路”国际商事调解中心在哈萨克斯坦成立调解室》,载新华网2019年7月5日, http://www.xinhuanet.com/world/2019-07/05/c_1210179655.htm,最后访问时间:2021年7月9日。

2. 在线矛盾纠纷多元化解平台

2017年浙江成立了我国首个在线矛盾纠纷多元化解平台(简称浙江ODR),该平台建立了社会矛盾过滤模型:在线咨询→在线评估→在线调解→在线仲裁→在线诉讼,与法院审判系统、移动微法院、网上立案平台以及人民调解等平台间形成信息互通、数据共享。目前已与浙江省189家人民法院和五千多家仲裁委员会、律师事务所、公证处等机构合作,受理民商事纠纷1378795例,调解成功率达73%,^{⑤4}调解成功的案件可直接在线申请司法确认,未调解成功的案件则将自动回传到法院系统立案。

3. 上海经贸商事调解中心

上海经贸商事调解中心成立于2011年1月8日,是我国第一家专门以社会组织形式专门从事商事调解的机构,^{⑤5}也是最高院司法改革办公室确定的多元化纠纷解决机制改革课题单位。作为目前唯一一家与最高人民法院国际商事法庭、上海市高级人民法院、上海市中级法院、上海部分基层法院建立了四个审级的诉调对接机制的调解组织,上海经贸商事调解中心在多元纠纷解决机制领域的探索实践,包括与法院诉调对接机制、创设中欧、中美国际商事联合调解机制等实践举措,得到了最高人民法院、商务部等有关方面的高度认可。^{⑤6}

上海高院一站式纠纷解决平台唯一一个专业商事调解机构,上海经贸商事调解中心为国际海事海商、商事贸易纠纷提供了专业化的调解服务。2020年10月12日签订调解协议的一起海上、通海水域货物运输合同纠纷案件中,在精通中、英、日三国语言的外籍调解员Peter Corne提示双方从商业利益角度解决纠纷后,通过沟通交流并达成了一致的解决建议,由上海海事法院对调解协议出具司法确认书。^{⑤7}

三、我国国际商事多元争端解决机制在国内外的影响

(一) 我国国际商事多元争端解决机制的国内影响

1. 利用信息化技术便利纠纷解决

习近平总书记指出:“没有信息化就没有现代化。”^{⑤8}如火如荼的司法改革、多元化纠纷解决机制改革、诉调衔接机制以及审理水平现代化转型不能没有信息化建设的参与。截至2020年底,全国法院在线立案715.9万件,在线调解385.4万次,在线开庭85.6万场,

^{⑤4} 参见在线矛盾纠纷多元化解平台网, <https://yundr.gov.cn/>,最后访问时间:2021年3月25日。

^{⑤5} 《推进多元化争议解决发展,优化法治化营商环境》,载上海市商务委员会网, <https://sww.sh.gov.cn/swdt/20180211/0023-244037.html>,最后访问时间:2021年4月27日。

^{⑤6} 《调解中心与上海金融法院签署诉调对接工作机制合作协议》,载上海经贸商事调解中心网, http://www.scmc.org.cn/page67?article_id=568,最后访问时间:2021年4月27日。

^{⑤7} 《调解中心外籍调解员成功调处一起海上货损纠纷案件》,载上海经贸商事调解中心网, http://www.scmc.org.cn/page111?article_id=564,最后访问时间:2021年4月27日。

^{⑤8} 《中央网络安全和信息化领导小组第一次会议召开习近平发表重要讲话》,载中华人民共和国国家互联网信息办公室网, http://www.cac.gov.cn/2014-02/27/c_133148354.htm?from=timeline,最后访问时间:2021年4月27日。

电子送达 2088.3 万次,网上司法拍卖 84.18 万余件。^{⑤⑨}

在新冠疫情防控期间,依托智慧法院建设成果,在线庭审、电子卷宗系统、电子送达平台等互联网产品发挥了巨大的作用。全国各级法院响应最高人民法院的号召,根据《最高人民法院关于新冠肺炎疫情防控期间加强和规范在线诉讼工作的通知》,^{⑥⑩}推行在线诉讼,充分发挥了互联网优势,为打赢疫情防控阻击战提供了有力的司法服务和保障。根据“互联网+”战略要求,在线调解、在线仲裁、在线庭审等线上纠纷解决方式的普及满足了当事人即使身在异国异地,也可以不拘泥于时间和地域的限制选择国内诉讼途径解决商事纠纷,有助于提高纠纷解决服务市场份额。

在国际社会,在线纠纷化解平台已从发达国家流行至国际组织和发展中国家。2013 年欧盟为了规范调解跨境在线销售、服务合同纠纷出台的《欧洲消费者在线纠纷解决机制条例》,^{⑥⑪}以及 2016 年联合国国际贸易法委员会通过的《网上争议解决技术指引》都证明了这种趋势。我国各法院在互联网的辅助下建立的“一站式诉讼平台”为欲求直接诉讼的当事人提供了线上咨询、诉前调解等服务,法院带头对接调解或仲裁组织,最后达成调解或无法仲裁的案件将流入法院。这样一个漏斗模式的诉讼平台,将案件分流至各类争议解决平台,便利当事人解决纠纷的同时,用社会力量大大减少了法院的诉讼压力。

2. 高效解决纠纷保障法治营商环境

和谐社会的建成有赖于一切纠纷都得到公正的解决,多元的商事争端解决机制有利于优化营商环境,促进我国经贸发展。自 2015 年我国商事制度改革后,商事主体的数量呈现出“井喷式”增长,至 2020 年 3 月底,上海商事主体总量达 274.25 万户;^{⑥⑫}至 2020 年 10 月底,深圳商事主体总量达 351.1 万户。^{⑥⑬}随之产生的国内外商事争端案件也不断增多,靠诉讼为传统的传统解纷方式显然会使法院超负荷运作,而从社会内部形成的多元纠纷解决机制在减少法院诉累的同时,也为商事主体提供了可选择的多元化解纷方案,有利于营造公平、透明、可预期的一流国际化营商环境。

(1) 多元机制尊重纠纷当事人选择自由

“给人民群众更多的解决纠纷的选择权,这就是民主政治。”^{⑥⑭}营商环境是指商事主体从事商事组织或经营行为的各种情况和条件,包括影响商事主体行为的政治、经济、文化等要素。^{⑥⑮}构建法治化营商环境主要针对参与从事商事组织或经营活动的商事主体,

^{⑤⑨} 刘峥、何帆:《司法改革 2020: 继续奋斗,勇往直前》,《人民法院报》2021 年 1 月 18 日,第 01 版。

^{⑥⑩} 《最高人民法院关于新冠肺炎疫情防控期间加强和规范在线诉讼工作的通知》,法〔2020〕49 号,2020 年 2 月 14 日发布。

^{⑥⑪} 参见邹国勇、李俊夫:《欧盟消费者在线争议解决机制的新发展——2013 年〈欧盟消费者在线争议解决条例〉述评》,载《国际法研究》2015 年第 3 期,第 56—67 页。

^{⑥⑫} 《上海市商务委:截至 3 月底市场主体数量为 274.35 万户,同增 3.8%》,载新浪网, http://k.sina.com.cn/article_6192937794_17120bb42020018x7e.html?sudaref=www.baidu.com&display=0&retcode=0,最后访问时间:2021 年 4 月 27 日。

^{⑥⑬} 李佳佳:《深圳商事主体总量达 351.1 万户》,《深圳商报》2020 年 12 月 15 日,第 A01 版。

^{⑥⑭} 吴晓峰、廉颖婷:《景汉朝:纠纷得到很好解决是幸福生活必须条件——专访最高人民法院司法改革办公室主任景汉朝大法官》,载中国法院网, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2008/02/id/287247.shtml>,最后访问时间:2021 年 4 月 27 日。

^{⑥⑮} 董彪、李仁玉:《我国法治化国际化营商环境建设研究——基于〈营商环境报告〉的分析》,载《商业经济研究》2016 年第 13 期,第 141 页。

其兼具两类特性:第一,充分体现意思自治;第二,商事交往中追求利益优化。当商事纠纷产生时,当事人可以选择以法院诉讼的司法救济方式或商事仲裁、调解等社会救济方式,依据相关法律法规及商事协议、惯例化解纠纷,赋予了商事主体以选择权。然而不论当事人选择何种争端解决方式,都需要法治机制来保障商事主体的自治、平衡商事主体的利益。商事主体是市场经济的主要参与者,也是市场经济的核心主体之一,而市场经济本质上就是法治经济。^⑥营商环境需要配套的法律制度对商事主体的经济活动予以规范和保障,为商事主体服务。^⑦以法律形式设立商事争端多元解决机制,即是法治市场经济的体现,又能尊重当事人的意识自治,有效化解商事矛盾,保障市场经济有序发展。

(2) 多元机制有利于节约纠纷化解成本

根据2019年10月世界银行发布的《2020年营商环境报告》显示,中国的全球营商环境便利度总体排名位居全球190个经济体的第31位(中国香港地区位列第三名),并接连两年成为全球优化营商环境改善幅度最大的十大经济体之一。^⑧中国的“执行合同”指标得分排列全球第5,是我国唯一一个连续5年保持世界前十的指标。^⑨根据世行标准,“执行合同”指标也被称为“法院竞争力”指标,评价了该经济体所处的司法制度和诉讼程序的运行和质效,^⑩反应了法治保障的力度。

“执行合同”指标主要包括解决商业纠纷的效率和成本,以及司法程序质量指数,还包含有法院结构和诉讼程序、法院自动化、替代性纠纷解决等评价要素。^⑪最高人民法院出台的一系列司法解释、指导意见、规范性文件等法律文件,在完善诉讼与非诉讼机制衔接、健全司法制度、提升诉讼效率等方面取得了显著效果,有效地提升了营商环境的相关指标。^⑫合同执行率的营商环境指标从侧面反映出我国已基本建成与法治化国际化营商环境相靠拢的司法救济制度。^⑬

(二) 我国国际商事多元争端解决机制的国际影响

1. 为“一带一路”倡议的深度推进保驾护航

(1) 国际商事法庭:专门性司法机构提供服务保障

国际商事法庭的设立标志着我国首个专门从事国际商事纠纷解决的司法机构正式诞生。中国社科院国际投资研究室主任张明谈道,国际商事法庭是党中央实行高水平贸易和投资自由化便利化政策,推动建设开放型世界经济的重大举措,是人民法院服务保

^⑥ 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,2014年10月20日中共十八届四中全会通过,第2条第4款。

^⑦ 参见娄成武、张国勇:《基于市场主体主观感知的营商环境评估框架构建——兼评世界银行营商环境评估模式》,载《当代经济管理》2018年第40卷第6期,第65页。

^⑧ World Bank, Doing Business 2020, Washington DC: World Bank, 2020, pp. 4, 8.

^⑨ 参见乔文心:《世行营商环境报告解读:人民法院如何助力中国提高“得分率”?》,《人民法院报》2019年10月28日,第1版。

^⑩ 李泽伟:《2020年世行〈营商环境报告〉:我国执行合同指标全球第五》,《北京青年报》2019年11月1日,第A5版。

^⑪ 参见执行合同,载世界银行营商环境小组官网, <https://chinese.doingbusiness.org/zh/methodology/enforcing-contracts>,最后访问时间:2021年4月29日。

^⑫ 同前注^⑨。

^⑬ 同前注^⑥,第142页。

障“一带一路”建设,建造稳定、公平、可预期的法治环境的具体行动。

国际商事法庭并非中国首创,例如新加坡设有国际商事法院,兼采了诉讼和仲裁制度的优势,将与新加坡没有实质性联系的离岸案件也纳入管辖范围,该法院判决的每个案件都需有至少有一名非新加坡籍国际法官参与。新加坡最高法院还与多国法院合作签署了“备忘录指南”,简化各国法院判决的执行程序。波罗的海国际航运公会(BIMCO)于2013年将新加坡置于伦敦和纽约之后,作为仲裁条款上的第三替代仲裁地。

(2) 粤港澳大湾区国际区际司法合作

中国香港和澳门地区在现存的商事争端解决体系中已有卓越的解纷经验和成效,粤港澳大湾区以其独特的地缘优势,联合港澳地区助力构建国际化多元商事争端解决机制。2019年2月印发的《粤港澳大湾区发展规划纲要》突出了香港地区作为中国普通法法域的特殊性,可以在涉及“一带一路”商事纠纷提供强有力的解纷服务。2019年2月23日,我国粤港澳大湾区仲裁联盟“9+2”城市仲裁机构代表在广州共同签署《粤港澳大湾区仲裁联盟合作备忘录》,倡导支持港澳仲裁及调解机构在内地试点实际开展仲裁业务,深化粤港澳仲裁机构交流合作,为中国建立国际仲裁中心,推动完善健全共商、共建、共享的商事争端多元解决机制服务。

地处粤港澳大湾区内的深圳前海合作区亦是我国“一带一路”倡议的重要战略支点。截至2020年6月,前海蛇口自贸片区内共有455家企业由41个“一带一路”沿线国家投资设立,合同利用金额达17亿美元;前海企业累计向“一带一路”沿线17个国家设立企业或机构56家,中方协议投资额约16亿美元。^⑭至2020年底,片区内累计外商投资企业达14751家,其中港资企业12808家。^⑮

截至2020年7月,前海法院“一带一路”国际商事诉调对接中心登记在册有77名港澳台地区调解员和外籍调解员,并与广州南沙、珠海横琴自贸区法院共享外籍和港澳台地区调解员名册。香港地区调解员成功调解商事纠纷案件623件,澳门地区、台湾地区、外籍调解员成功调解商事纠纷案件35件。^⑯对接区际国际机构联盟能有效消除制度差异和交易习惯不同对争端解决机制的影响,粤港澳大湾区城市群正在以爆发式的经济活力成为中国对外开放之窗。

2. 为创新国际争议解决的新方式提供参照

人民法院一站式多元解纷和诉讼服务体系建设是中国司法文明的一张亮丽名片,为世界法制提供了科技、智能的中国经验和中国样本。^⑰以上海经贸商事调解中心为例,兼具专业化、国际化和中国特色的社会组织在国际商事争议解决机制中取得的工作成效亦

^⑭ 深圳市前海管理局:《前海蛇口片区举办“联动前海拥抱世界”,海外自贸园区宣传推介会》,载深圳政府网, http://www.sz.gov.cn/cn/xxgk/zfxxgj/bmdt/content/post_7969360.html,最后访问时间:2021年4月29日。

^⑮ 张程:《两家外企服务工作站揭牌——前海蛇口自贸片区去年实际利用外资增11.1%》,《深圳特区报》2021年2月4日,第A2版。

^⑯ 马培贵、何龙:《前海法院创新跨境商事争议多元解纷体系打造前海社会主义法治建设新“名片”》,《深圳特区报》2020年7月14日,第A5版。

^⑰ 参见宋朝武:《一站式建设打造多元解纷和诉讼服务新局面》,《人民法院报》2021年3月14日,第2版。

为世界各国国际争端解决提供了创新性的中国特色方式,同时这也标志着中国社会组织的发展高度,已形成了良好的社会组织品牌效应。^{⑦⑧}

在2019年4月25日,“一带一路”国际合作高峰论坛举行期间,来自中国、意大利、马来西亚、英国、俄罗斯、新加坡、德国等12个国家的23个律师事务所、调解中心、仲裁中心等机构代表共同签署了《“一带一路”服务机制北京倡议》(以下简称《北京倡议》)。^{⑦⑨}根据《北京倡议》,各签约机构承认和支持在国际投资和贸易等商事协议中加入通过“一带一路”国际商事调解中心及其调解规则解决争议的示范性调解条款。^{⑧⑩}除了商事主体间的商事纠纷,《北京倡议》亦为投资东道国提供了既存的国际投资争端解决中心(ICSID)以外的富有中国特色的投资争端解决途径。《北京倡议》的签署是“一带一路”和平、交流、包容、合作、共赢精神的体现,更说明了世界多国对中国多元化解国际商事纠纷的高度认可。

3. 提升中国在国际商事争端解决方面的话语权

以美国为首的西方国家曾一度是国际经济贸易规则的制定者,甚至不断抢占国际商事争端解决机构的话语权。中国一直是多边主义的坚定支持者,先后成为《纽约公约》、《选择法院协议公约》、《承认与执行外国国民商事判决公约》以及《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》参与国,^{⑧⑪}积极打造具有国际影响力的商事争端多元解决机制。

中国将不仅是参与者,而是重要的建设者。最高法司改办主任胡仕浩称,进一步改革的重点方向之一是要加强多元解纷国际交流,提升中国在国际商事争议解决方面的话语权,构建中国特色话语体系。^{⑧⑫}当今全球竞争逐渐变为制度规则的竞争,拥有更优质的制度规则的国家自然会吸引资源、技术、人才前去。开放、多元、包容的中国经验、中国方案逐步在国际经贸纠纷解决领域中揽起一片天地,跨越法律制度差异向全世界展示中国特色的社会治理文化和国家治理体系。

四、我国国际商事多元争端解决机制的展望

随着我国对外开放格局的不断更新,更频繁、深入的跨国经贸往来势必会增加对我国国际商事争端解决机制的需求。然而目前我国国际商事争端多元解决机制仍存在不

^{⑦⑧} 参见《上海市民政局局长朱勤皓一行莅临上海经贸商事调解中心调研》,载上海经贸商事调解中心, http://www.scmc.org.cn/page67?article_id=514,最后访问时间:2021年4月29日。

^{⑦⑨} 荣悦:《〈一带一路服务机制北京倡议〉发布》,载法制网, http://www.legaldaily.com.cn/index/content/2019-04/26/content_7843852.htm?from=groupmessage,最后访问时间:2021年4月29日。

^{⑧⑩} 《“一带一路”服务机制北京倡议》第4条:“各方承认和支持在国际投资和贸易等商事协议中适用如下示范性调解条款:‘本合同各方一致同意将因本合同产生或与本合同有关的任何争议或分歧,先行提交一带一路国际商事调解中心并按其当时所实行的调解规则调解,且该调解规则自动并入本条款。’”

^{⑧⑪} 我国于1987年批准加入《纽约公约》,且于同年《纽约公约》对我国生效;我国分别于2017年签署《选择法院协议公约》、2019年签署《承认与执行外国国民商事判决公约》、2019年签署《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》,但该三项公约尚未对我国生效。

^{⑧⑫} 参见胡仕浩:《多元化纠纷解决机制的中国趋势》,载《人民司法(应用)》2018年第1期,第31页。

足,在对其探索和发展的过程中,应当着重注意始终坚守法治原则的底线,同时加强对当事人意思自治的保障。

(一) 坚持法治原则构建国际商事争端多元解决机制

2020年《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》(以下简称“十四五”规划)提出:通过建设更高水平开放型经济新体制、推进共建“一带一路”高质量发展、积极参与全球治理体系改革和建设,来实现“实行高水平对外开放,开拓合作共赢新局面”的目标。^⑧在我国全面对外开放的进程中,公正高效解决商事主体间的各类纠纷反映了我国对国际经贸往来法治环境的规范程度。而在全面依法治国的战略背景下,法治建设是一个逐渐推进的过程,在法治引领改革的同时,法治必然会随着改革的深入推进而不断完善和发展。^⑨各地方在探索创新商事争端解决时,必须坚持以法治为原则,在上位法允许的范围内进行创新,于法有据地完善多元争端解决机制。

1. 完善自贸区国际商事争端解决配套细则

根据“十四五”规划,我国计划要稳步推进海南自由贸易港建设,同时在宁夏、贵州、江西建设“内陆”开放型经济试验区。目前在国内21个自由贸易试验区中,上海自贸区以仲裁为核心、发展多种方式的多元争端解决机制实践和自贸区配套规则已形成了一系列值得借鉴的创新经验,为后续创设的灵活高效的自贸区提供了丰富的先进模板。^⑩然而学习和研究已有经验、完善自贸区规则,必须要坚持以法治为原则,置身于中国法律体系发展的框架之中。诸如《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》《临时仲裁与机构仲裁对接规则》等民间仲裁规则中所提出的“临时仲裁”制度,实际上与我国现行的《仲裁法》《民事诉讼法》等上位法存在冲突,即便最高法《自贸区司法保障意见》已允许某些地方开展实践,但该制度之实施与推广仍存在严重的欠缺、缺乏法律的全面保障与支撑。因此,在国家授权可开展创新举措的地方,可以政策创新,制定自贸区争端解决配套细则,为多元争议解决机制的完善提供法律基础。例如,在《中华人民共和国海南自由贸易港法》第五十四条中,国家便对海南自由贸易港建立“多元化商事纠纷解决机制,完善国际商事纠纷案件集中审判机制”提出了要求,^⑪并对其探索给予了支持,这实质上对海南自由贸易港将来创新、完善多元化商事纠纷解决机制提供了法律依据。

^⑧ 《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》,载中华人民共和国中央人民政府网, http://www.gov.cn/xinwen/2021-03/13/content_5592681.htm,最后访问时间:2021年6月20日。

^⑨ 李涛:《“变”与“定”:改革与法治关系的演进理路及新时代界分》,载《湖北大学学报(哲学社会科学版)》2020年第2期,第133页。

^⑩ 参见吴燕、张慧超:《中国自贸区法治建设的创新与完善——专访上海政法学院校长、教授、博士生导师刘晓红》,载《人民法治》2016年第12期,第50页。

^⑪ 《中华人民共和国海南自由贸易港法》第54条:“国家支持探索与海南自由贸易港相适应的司法体制改革。海南自由贸易港建立多元化商事纠纷解决机制,完善国际商事纠纷案件集中审判机制,支持通过仲裁、调解等多种非诉讼方式解决纠纷。”

2. 建设高素质、国际化的法治队伍

法治工作队伍是法治化特色争端解决机制的重要建设者,更是实现全面推进依法治国总目标的强有力的人才保障。国际商事纠纷的复杂性、国际性和专业性,决定了必须要有一支高水平、高素质、专业化的争端解决人才队伍。

一方面,涉外法律人才的培养要适应世界多极化、经济全球化深入发展与中国和平崛起对于涉外法治人才的需要,借鉴国际先进理念和经验,着力为国家培养通晓国际法律规则、善于处理涉外法律事务的涉外法治人才。^{⑧7}为深入贯彻落实习近平总书记关于加强涉外法治专业人才培养的重要指示精神,落实中央关于发展涉外法律服务业的决策部署,2021年国家教研司出台1号文件《关于实施法律硕士专业学位(涉外律师)研究生培养项目的通知》(简称《通知》)实施法律硕士专业学位(涉外律师)研究生培养项目,支持有关高校和法律实务部门积极探索和创新涉外法治高层次人才培养模式,完善具有中国特色的高层次法治人才培养体系。^{⑧8}《通知》出台前,众多专家、学者以多种形式从各个方面对如何开展涉外法治人才的培养进行了论证,部分高校近期陆续成立专门院系或联合社会上的其他机构以打造涉外法治人才培养基地。高校应以此为契机,探索更全面、更有效、更符合我国国情的涉外法治人才培养机制。

另一方面,丰富法治队伍国籍的多元化,有助于吸引“一带一路”沿线国的当事人选择在中国解决商事纠纷。港籍陪审员和调解员制度在区际司法审判领域取得了良好成效,南沙法院、前海法院、横琴法院等广东自贸区法院先行先试,在涉港案件的诉前调解以及审判中都起到了重要作用。为推动上海自贸区临港新片区建设,最高人民法院在《关于人民法院为中国(上海)自由贸易试验区临港新片区建设提供司法服务和保障的意见》中提出要在临港新片区探索港、澳、台人士担任人民陪审员、发挥调解职能,允许外籍当事人使用英语参加诉讼活动的创新国际商事审判机制。^{⑧9}此外,虽然最高法国际商事专家委员会中外籍专家有30人,占比超过五成,^{⑨0}然而第一、第二国际商事法庭坐落在深圳和西安,我国中西部地区及内陆的外籍法律工作者参与程度仍不理想。作为中西部地区首家专门解决国际商事争议的国际仲裁机构,坐落于“一带一路”“渝新欧”铁路起点,重庆两江国际仲裁中心并没有外籍仲裁员,其主管单位重庆仲裁委员会也仅有15名国际和港澳台仲裁员。^{⑨1}长春作为“一带一路”“长满欧”“长珲欧”铁路起点,既是“一带一路”北线重要节点城市,也是中蒙俄经济走廊重要节点城市,亦尚未有引进外籍人才参与到国际商事纠纷解决中。尤其是“一带一路”重要节点城市应当结合自

^{⑧7} 黄进:《创新法治人才培养机制,全面推进依法治国》,载《中国高校社会科学》2014年第6期,第19页。

^{⑧8} 《关于实施法律硕士专业学位(涉外律师)研究生培养项目的通知》,教研司〔2021〕1号,2021年2月2日发布。

^{⑧9} 《关于人民法院为中国(上海)自由贸易试验区临港新片区建设提供司法服务和保障的意见》,法发〔2019〕31号,2019年12月13日发布。

^{⑨0} 参见国际商事专家委员会专家委员简历,载最高人民法院国际商事法庭官网, <http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/226/234/index.html>,最后访问时间:2021年6月22日。

^{⑨1} 参见重庆仲裁委员会中国港澳台和国外仲裁员名单,载重庆仲裁委员会官网, <http://www.cqac.org.cn/Arbitrator/zggatgw/index.html>,最后访问时间:2021年6月22日。

身商贸往来特点,提高法治队伍的国际化程度。

(二) 加强当事人意思自治的保障

1. 过度强调“调解前置”削弱对当事人意思自治的尊重

多元化的纠纷解决机制最大的特点之一就是给予当事人充分的自由选择权,即充分保障当事人意思自治。商事多元争端解决机制诚然为当事人提供了多样的解纷选项,然而提倡调解优先、“能调则调”的调解前置程序虽然能减轻法院诉累,实际上削弱了对当事人意思自治的保障。

首先,当事人选择诉讼或仲裁解决纠纷的一大初衷在于仲裁员和法官的“中立性”。虽然调解本身的确是和谐解决纠纷的方式,但是要达成调解也就意味着有一方当事人需要作出让步,这与当事人最初寻求中立救济的目的相悖。其次,当事人往往缺乏经验,并不能判断如果进入调解是否可以获得更妥当的纠纷解决,在这种情况下,当事人的“自愿”由于没有足够的知悉就达不到真正的“自愿”。^②再次,一旦诉前或仲裁前调解失败,就会增加当事人的错误成本,减损仲裁具有的“效率性”,与高效解决纠纷的机制要求背道而驰。最后,法院和仲裁机构内应当避免政策和规则导向来促使法官和仲裁员进行调解。例如,将调解率作为绩效考核指标,将调解写入程序规则条款等。

2. 强化替代性纠纷解决的民间性

替代性纠纷解决机制(或称非诉讼纠纷解决机制)在国内外商事争端解决中体现出了制度性的优势,与诉讼相比,当事人往往会倾向于选择调解、仲裁这种轻对抗、重意思自治,具有秘密性、灵活性、简便性的解纷方式。相较于具有司法强制力的诉讼模式,“民间性”是替代性纠纷解决方式的一大特点,也是充分尊重当事人意思自治的体现。

仲裁不仅是替代性纠纷解决方式的核心,也是商事争端多元解决机制的核心。我国仲裁机构的发展极具中国特色。早在1994年《仲裁法》出台之前,仲裁机构以“行政机关”的身份主持仲裁活动,当事人对仲裁裁决不服可以向上一级仲裁机关申请仲裁或复议。^③但这一定位显然不符合国际通行的仲裁惯例。而后颁布的《仲裁法》第14条规定了,仲裁委员会独立于行政机关,仲裁委员会之间也无隶属关系,指明了仲裁的民间性。^④然而实践中,仲裁机构与行政机关和政府的关系仍有密切的关系。上海仲裁委员会由上海司法局主管,仲裁机构的主要领导由政府决定任免,^⑤全国仲裁会议由国务院下属部门牵头举办。^⑥恰恰体现了仲裁机构与行政机关之间关系的扑朔迷离。为了强调仲裁这种非诉讼纠纷解决机制的自由性,应当强化仲裁的“民间性”特点,在其行政方式

^② 参见熊浩:《论中国调解法律规制模式的转型》,载《法商研究(武汉)》2018年第3期,第115-125页。

^③ 参见宋连斌、杨玲:《我国仲裁机构民间化的制度困境——以我国民间组织立法为背景的考察》,载《法学评论》2009年第3期,第49-57页。

^④ 《中华人民共和国仲裁法》第14条。

^⑤ 参见《王信芳同志任上海仲裁委员会主任》,载上海仲裁委员会网, <http://www.accsh.org/index.php?m=content&c=index&a=show&catid=68&id=50>,最后访问时间:2021年6月22日。

^⑥ 《聚焦全国仲裁工作会议》,载中华人民共和国司法部官网, http://www.moj.gov.cn/subject/node_859.html,最后访问时间:2021年6月22日。

上脱离政府主管的现状。此外,为了保持仲裁区别于诉讼所具有的独特的中立和独立性,仲裁程序在仲裁庭组成、举证质证、鉴定等方面不应效仿诉讼程序的设置,否则会淡化仲裁所应有的便利、当事人意思自治特点。

五、结 语

近年来,从党中央部署到最高人民法院颁布司法解释,从最高法到各基层法院的新举措,从政府主导的商事调解和仲裁机构到民间机构的新响应,都在为健全社会纠纷预防化解机制,完善调解、仲裁、诉讼有机衔接,增强国家治理能力和治理水平贡献妙计。就如“云上”“线上”这些概念只在几年前,还是新颖的技术和课题,但实际上随着智慧法院信息化建设迅猛发展,以及疫情防控的实际需要,大部分法院现在都能实现线上庭审,互联网仲裁和线上调解也在普及,大数据平台、区块链等技术在电子证据平台、电子监督平台等方面都开始了试点运用。

纵观我国国际商事争端解决机制的多元化创新经历了脚踏实地、突飞猛进的发展,探索出了一条适合我国的多元化纠纷解决道路,发挥出了巨大的现代化社会治理能力。在国际上,尤其是在“一带一路”倡议、金砖国家等与我国有着密切国际经济贸易往来的国家群体中也颇具影响力。但是在以西方国家为主导的旧国际争端解决领域,我国的话语权并不算强大。国家文化、法律制度甚至语言的差异,都使得为世界提供中国经验的中国方案,依然任重而道远。构建既符合我国需求又适应国际规则的多元国际商事争端解决机制,应当在适应我国经济发展、配合对外开放战略的同时,注重保障当事人意思自治,坚持始终守住法治原则这一底线。

Abstract: With the increasing complexity and number of international commercial disputes, in order to resolve commercial disputes in a fair, efficient, professional and legal manner, and to create a fair, transparent and predictable business environment, the purely institutional change of the traditional litigation dispute resolution mechanism does not conform to China's reality. Therefore, the need to improve the international commercial dispute resolution mechanism based on the original mediation, arbitration, and litigation mechanisms has arisen at the right moment. Innovative measures of multiple settlement mechanism of international commercial disputes in China emerge in endlessly: innovation in litigation is embodied in the "one-stop" international commercial dispute resolution mechanism; innovation in arbitration is embodied in ad hoc arbitration, provisional measures and negotiation mechanism; and, innovation in mediation is mainly embodied in the establishment of International Commercial Mediation Center for the Belt and Road Initiative. The above-mentioned innovative measures have great theoretical and practical significance for the development of domestic and international commercial dispute resolution systems. From a domestic perspective: the wide application of information technology

facilitates dispute resolution, which is conducive to efficient dispute resolution and guarantees a legal business environment. From the international perspective, it provides a guarantee for the in-depth promotion of the Belt and Road Initiative, innovates new methods for international dispute resolution, and enhances China's voice in international commercial dispute resolution. Therefore, to build a diversified resolution mechanism for international commercial disputes that not only meets China's needs but also adapts to international rules, the principle of rule of law and the guarantee of the parties' autonomy shall be adhered and strengthened all the time.

Keywords: resolution of international commercial disputes; diversified dispute resolution mechanism; the Belt and Road Initiative

(责任编辑：孙保国)

大变局时代的国际仲裁

——2021年《国际仲裁调查报告》述评

冯 硕*

内容提要 2021年伦敦玛丽女王大学等发布的《2021国际仲裁调查：让仲裁适应变动中的世界》分别针对当前国际仲裁的现实发展、仲裁多样性建设、新技术在仲裁中的应用以及仲裁与可持续发展和信息安全等问题进行了调查与分析。一方面，《报告》延续了以往调查报告的主要内容，实现了对国际仲裁领域关键问题的持续性关注，勾勒出了国际仲裁不断发展变化的制度变迁图景。另一方面，其也基于新冠肺炎疫情的全球蔓延，尝试作出更为现实性和更具前瞻性的研究，以期展望国际仲裁在可预期的未来可能的发展方向。而站在中国的立场上，《报告》的内容及方法也对我国仲裁制度改革和仲裁法学研究具有如下的启示，需要我们在更为客观的角度加以评估，从而助力于中国的仲裁制度改革和《仲裁法》的修订。

关键词 《国际仲裁调查报告》《仲裁法》修订 亚太仲裁中心 新冠肺炎疫情

由伦敦玛丽女王大学组织开展的国际仲裁调查项目，是目前深受国际仲裁业界关注和认可的一项系统性调查活动。继2018年报告发布后，2021年其再度发布名为《2021国际仲裁调查：让仲裁适应变动中的世界》（*2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world*）（以下简称《报告》）的报告。该《报告》立足近年来国际仲裁的新发展，较为全面地梳理了当前国际仲裁所面临的新问题和新挑战，为国际仲裁的研究与实践工作提供了新的参考。因此，本文将对《报告》的主要内容进行述评，以期抛砖引玉，推动国内业界的关注和讨论。

一、国际仲裁现实的选择与未来的调整

（一）“仲裁+ADR”：疫情之下的最佳选择

《报告》显示（图1），在后疫情时代国际仲裁依旧是各方解决跨境争议的首要选择（占比高达90%），其中选择“仲裁+替代性纠纷解决机制（Alternative Dispute Resolution,

* 冯硕，华东政法大学国际法学院博士研究生。本文系国家社科基金重大项目“中国特色社会主义对外关系法律体系构建研究”（项目编号：19ZDA167）的阶段性研究成果。

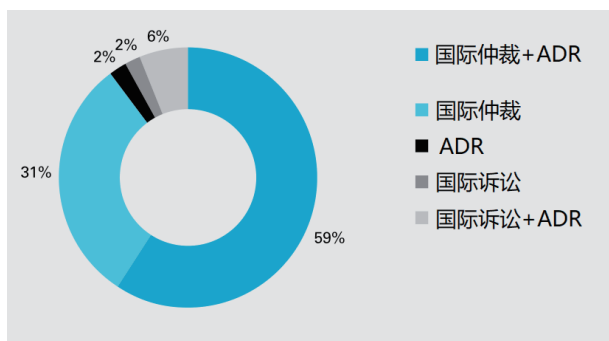


图 1: 后疫情时代, 你会选择哪些跨境争议解决方式?

ADR) 的占比达 59%, 单独选择仲裁的也占比 31%。从项目组长期的调查看, 仲裁始终是各方解决跨境争议的最佳方式, 此次报告中这一论断再次得到确认。同时, 较之于以往的调查数据 (2015 年 34%, 2018 年 49%), 此次调查中选择通过“仲裁+ADR”方式的占比继续增长, 并且受访者们普遍表示该选择并不会受新冠肺炎疫情全球蔓延的影响。

之所以近年来“仲裁+ADR”愈发得到青睐, 是因为在仲裁前通过 ADR 能够找到更便捷且效益更高的方式。虽然该方式的实现往往需要依据多层次争议解决条款, 但受访者也表示即使不存在该类条款, 当事人也会在争议解决中尝试使用“仲裁+ADR”。此外, 在某些特定行业, 采用“仲裁+ADR”是解决争议的惯常做法。例如在建筑行业, 从业者产生争议后多会选择争议审查委员会来解决建筑项目争议, 多数情况下这种 ADR 是能够高效便捷的解决争议的。但同时受访者也指出, 由于争议审查委员会的决定不具有强制执行力, 因而需要当事人的自愿执行。如果当事人无法达成合意, 那么争议解决就回到了原点, 加剧了争议解决的重复和低效。

随着《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(以下简称《新加坡公约》) 的生效, 国际商事调解日益成为解决国际商事争议的重要方式。仲裁与调解的结合也将在可预期的未来成为热点, 其中有关调解与仲裁的衔接问题也愈发得到实务界的关注。^① 例如在先调解后仲裁的争议解决中, 许多当事人和律师都担忧调解阶段的过度披露会影响其在仲裁中的利益实现, 因而需要构建相应的衔接规则予以协调。对于中国而言, 尽管我们作为首批签字国签署了《新加坡公约》, 但目前我国并未正式批准也尚未建立相应的商事调解机制, 故需要进一步挖掘我国本土调解资源并对标公约展开妥善的制度构建。^②

(二) 最受欢迎仲裁地: 趋于稳定中的“东升西降”

1. 最受欢迎仲裁地的位次变动

仲裁地作为现代国际商事仲裁法律体系的核心概念, 既会影响具体仲裁案件的成败, 也反映着相关法域仲裁制度的国际认可度及该国法域外适用的可能。长期以来, 项目组都关注对最受欢迎仲裁地选择的调查。此次《报告》显示 (表 1), 在全球 90 多个备选席位中, 伦敦 (54%)、新加坡 (54%)、香港 (50%)、巴黎 (35%) 和日内瓦 (13%) 再次荣登最受欢迎仲裁地的前五位。较之之前的数据, 一方面, 前五位的仲裁地并未产生变动, 凸显出上述五个城市已成为深受国际仲裁业界青睐的理想仲裁地。另一方面,

^① 参见龙飞:《论多元化纠纷解决机制的衔接问题》,载《中国应用法学》2019年第6期,第135-138页。

^② 参见刘晓红、徐梓文:《〈新加坡公约〉与我国商事调解制度的对接》,载《法治社会》2020年第3期,第61-64页。

在具体位次上,伦敦再度蝉联全球最受欢迎仲裁地,显示出脱欧并未冲击其在全球仲裁市场的地位。而新加坡的从2018年的第三位跃居为并列第一,中国香港也进一步跃升至第三,反映出近年来亚太地区商事活动的活跃以及亚太地区在全球仲裁市场影响力的提升。更为可喜的是,在此次调查中,北京和上海也超越了斯德哥尔摩跻身最受欢迎仲裁地排名前列。这既反映出近年来中国在国际商事活动中影响力的提升,也凸显出中国内地在仲裁制度改革和开放方面的努力。同时《报告》也认为,此次席位的变动反映出在“一带一路”倡议等政策的推动下,亚太地区经济活跃度显著提高,而这也将是影响未来发展的重要因素。

表 1: 2018 年和 2021 年《报告》中最受欢迎仲裁地排名

2018 年《报告》最受欢迎仲裁地排名		2021 年《报告》最受欢迎仲裁地排名	
城市	占比	城市	占比
伦敦	64%	伦敦	54%
巴黎	53%	新加坡	54%
新加坡	39%	香港	50%
香港	28%	巴黎	35%
日内瓦	26%	日内瓦	13%
纽约	22%	纽约	12%
斯德哥尔摩	12%	北京	12%
		上海	8%
		斯德哥尔摩	6%
		迪拜	5%

尽管在全球范围内最受欢迎仲裁地位次趋于稳定,但在区域层面最受欢迎仲裁地的选择也产生一些变化。例如在2018年的调查中,伦敦在主要地区都位列最受欢迎仲裁地前列。但此次《报告》显示,在亚太和拉美地区显然逊色于区域内的仲裁中心,这都为未来全球最受欢迎仲裁地席位可能的变动提供了参考。

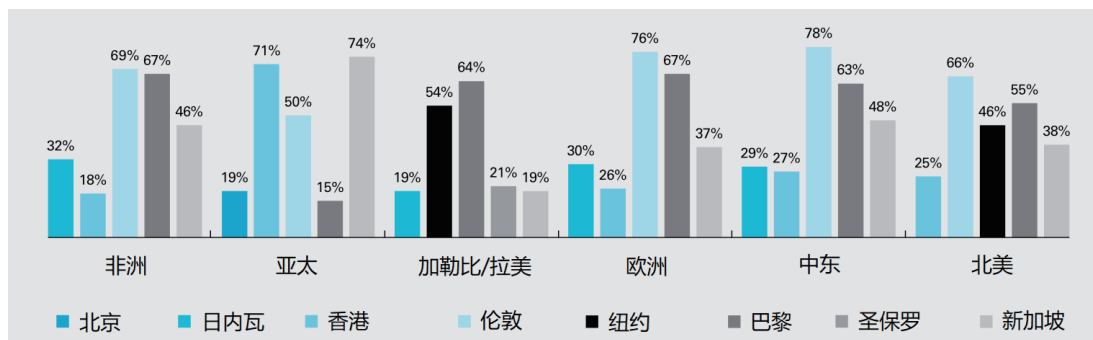


图 2: 全球主要地区最受欢迎的前五大仲裁地

2. 如何提升仲裁地的吸引力?

近年来,包括中国在内的相关国家都在努力推动国际仲裁中心的建设,笔者也曾在相关研究成果中提出“建设国际仲裁中心应从建设一流仲裁地开始”的观点。^③此次《报告》除了调查了各方对仲裁地的偏好外,同时也就如何推动仲裁地的建设进行调查。结果显示(图3)，“加强仲裁地法院对仲裁的支持”和“提升仲裁地法律体系的中立性与公正性”等,是各方的共识。同时,受疫情的影响,能够“提供远程处理仲裁的服务”和“允许仲裁裁决的电子化签署”也成为受访者关注的问题,这都反映出了后疫情时代国际仲裁业可能的发展走向。

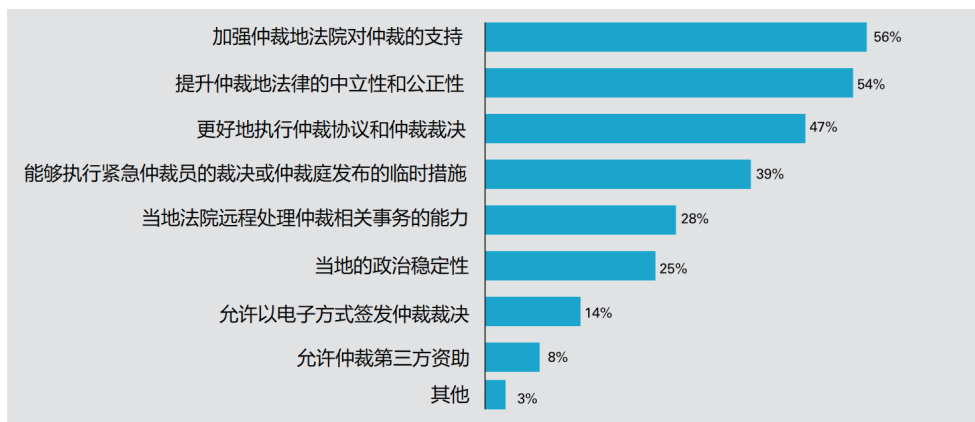


图3：采用什么方式才能提升仲裁地的吸引力？

对于中国而言,打造一流仲裁地并推动内地城市建设国际仲裁中心是近年来重要的政策目标。对标《报告》的具体指标,近年来在最高人民法院的重视和支持下,先后出台了一系列措施树立并强化仲裁友好型的司法政策立场。^④同时在信息化建设中,中国的智慧法院建设也成为当前司法改革的一大亮点,尤其在疫情期间更发挥出了巨大作用,这都在一定程度上推动了北京和上海席位的提升。

最受欢迎仲裁地席位的变化凸显国际仲裁发展中的变与不变。所谓“变”主要是国际仲裁的中心始终与全球经济活跃度密切相关。近年来全球经济中心从西欧转向亚太已成为客观趋势,尤其在以中国为代表的新兴经济体崛起的过程中,极大地带动了亚洲经济的发展,从而令中国香港和新加坡等地区在全球争议解决市场中的地位崛起。所谓“不变”主要是在最受欢迎仲裁地中,英美法系仍具有相对优势,这既是长期以来历史积淀的结果,也是判例法不断更新并迎合商事交易新情况的制度优势。

当前,《仲裁法》修订工作是中国仲裁业界关注的重点,将会对中国仲裁制度的改革与发展产生深远影响,更直接关系着制度型开放体系的建设。因此,如何在贯彻落实

^③ 参见冯硕等:《上海打造面向全球亚太仲裁中心应从打造国际一流“仲裁地”开始》,《上海法治报》2018年9月17日,第A7版。

^④ 刘敬东:《司法:中国仲裁事业发展的坚定支持者》,载《人民法治》2018年第5期,第13-15页。

“完善仲裁制度提高仲裁公信力”的理念基础上,提高《仲裁法》立法的科学性和仲裁制度改革稳定性则是需要持续关注的问题。^⑤

基于上述趋势,在中国建设亚太仲裁中心的过程中,笔者认为下述几点是需要继续重视的。首先,应充分发挥和支持香港的仲裁建设,进一步巩固其国际仲裁领域的优势地位。近年来,中央通过粤港澳大湾区建设等政策全力支持香港的发展,为香港的稳定和繁荣提供了有力支撑。而在仲裁方面,我们更应重视香港的地位与作用,使其在“一带一路”争端解决中发挥更大作用。其次,应继续树立仲裁友好的司法政策,不断提升中国司法的国际形象。自2017年最高人民法院发布《关于仲裁司法审查案件报核问题的有关规定》以来,一种中央控制型的仲裁司法审查模式渐趋形成,中国司法对仲裁的支持力度不断加强并取得了令人瞩目的成绩。^⑥最后,要充分利用好“一带一路”建设、自贸区和自贸港的改革红利,通过地方立法的先行先试进行仲裁制度改革试验,为《仲裁法》修订积累经验。无论是上海自贸区允许境外仲裁机构进驻,还是法院对自贸区“三特定”仲裁的认可;无论是深圳仲裁条例推动仲裁机构市场化改革,还是上海建立仲裁协会理顺仲裁管理体制机制,都对制度改革和《仲裁法》修订积累了宝贵经验。目前,《仲裁法》修订正在进行中,如何在过程中充分发挥改革与法治两翼并举、双轮驱动的制度优势是值得深思的。^⑦

(三) 最受欢迎的临时仲裁程序:《UNCITRAL 仲裁规则》持续领跑

尽管机构仲裁日渐成为主流,且多数仲裁机构都要求当事人一经选择该机构便视为适用其仲裁规则。但是在临时仲裁中,仲裁程序规则的确定仍有赖于当事人的选择。《报告》显示,在过去五年中采用过临时仲裁的受访者多数会选择《UNCITRAL 仲裁规则》,且占比高达76%。紧随其后的是“国家仲裁法”(28%)、双方自行协议的程序(26%)和LMAA仲裁规则(13%)。该结果与2018年《报告》结果基本一致,凸显出《UNCITRAL 仲裁规则》依旧是全球最受欢迎的临时仲裁程序,而这多归功于该规则的精心设计和广泛测试,并且其在全球范围内具有较高的普遍性和认可度,这也是为何该规则在商事和投资仲裁等各领域都被广泛使用的原因之一。

在此次调查中,许多受访者认为相较于机构仲裁,临时仲裁在程序上具有更大的灵活性并且更加尊重当事人意思自治。尤其在海事海商领域临时仲裁备受欢迎,但相关专业人士也认为海商行业应当建立一套由其本行业主导的专业化的争议解决机制。

(四) 最受欢迎仲裁机构:亚太机构的迅速崛起

1. 最受欢迎仲裁机构的位次变动

随着国际仲裁的制度化发展,机构仲裁愈发成为国际仲裁的主流,国际性的仲裁机构也通过各种方式成为推动仲裁国际化发展的主导力量。在全球受访者中,最受欢迎的

^⑤ 袁发强:《中国仲裁公信力建设的侧面思考》,载武汉仲裁委员会主编:《武汉仲裁》,法律出版社2018年版,第29-35页。

^⑥ 沈伟:《地方保护主义的司法抑制之困:中央化司法控制进路的实证研究——以执行涉外仲裁裁决内部报告制度为切入视角》,载《当代法学》2019年第4期,第77-78页。

^⑦ 参见丁伟:《以法治思维法治方式推进改革创新》,《文汇报》2013年6月17日,第5版。

仲裁机构排名如表2所示。尽管从排名上,国际商会仲裁院(ICC)、新加坡国际仲裁中心(SIAC)、香港国际仲裁中心(HKIAC)和伦敦国际仲裁院(LCIA)依旧位列全球最受欢迎的仲裁机构,但相较于2015年和2018年的《报告》,此次排名凸显出亚太地区仲裁机构受欢迎程度持续性提升的趋势。

一方面,SIAC和HKIAC无论从受欢迎程度上还是位次上都较2018年有所提升,CIETAC作为中国内地仲裁机构也首次进入到全球最受欢迎仲裁机构前五名。另一方面,ICC作为全球影响力最大的国际仲裁机构尽管依旧拔得头筹,但其受欢迎程度则相较于2018年有所下降,而LCIA和SCC等欧洲传统仲裁机构也在排名和占比上均有所下降。受访者们普遍表示,机构的声誉和他们以前在该机构的经历是其选择仲裁机构的关键因素。同时在某些特定争议中用户还会进一步考虑各个机构的费用以及能够提供的仲裁员的质量等,但这都属于相对次要的因素。

表2:2018年和2021年《报告》中最受欢迎仲裁机构排名

2018年《报告》最受欢迎仲裁机构排名		2021年《报告》最受欢迎仲裁机构排名	
仲裁机构	占比	仲裁机构	占比
国际商会仲裁院(ICC)	77%	国际商会仲裁院(ICC)	57%
伦敦国际仲裁院(LCIA)	51%	新加坡国际仲裁中心(SIAC)	49%
新加坡国际仲裁中心(SIAC)	36%	香港国际仲裁中心(HKIAC)	44%
香港国际仲裁中心(HKIAC)	27%	伦敦国际仲裁院(LCIA)	39%
斯德哥尔摩商会仲裁院(SCC)	16%	中国国际经济贸易仲裁委员会(CIETAC)	17%
国际投资争端解决中心(ICSID)	13%	国际投资争端解决中心(ICSID)	11%
美国仲裁协会国际争议解决中心(ICDR)	13%	斯德哥尔摩商会仲裁院(SCC)	7%
		美国仲裁协会国际争议解决中心(ICDR)	6%
		海牙常设仲裁法院(PCA)	5%
		伦敦海事仲裁员协会(LMAA)	5%

在关注全球总体排名之外,《报告》也根据受访者所在区域进行了更为精细的数据分析。如图4所示,ICC除了在亚太地区屈居第二外,在全球主要区域均位列第一。同样,除亚太地区外,LCIA在所有地区中排名第二。前五名之外,还可以发现很多区域性特色。例如,ICSID和PCA都出现在所有分组的前十名中,其他几个机构在所有分组(如SCC)或几乎所有分组(如LMAA)中都进入了前十名。也有一些机构虽然没有进入全球前十,但在它们所在的地区被列为前十名最受欢迎的机构。例如,欧洲的维也纳国际仲裁中心(VIAC)和德国仲裁院(DIS)、北美的美国司法仲裁与调解服务股份有限公司(JAMS)和AAA/ICDR、中东的迪拜国际仲裁中心(DIAC)和非洲的拉各斯仲裁院(LCA)。

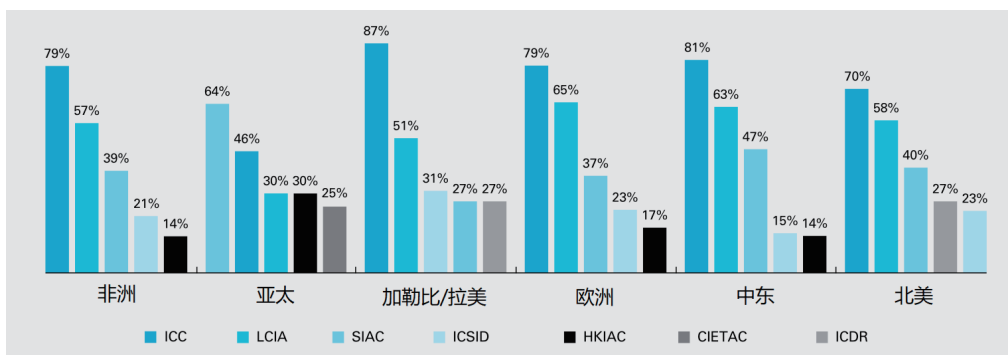


图 4: 全球主要地区最受欢迎的前五大仲裁地

笔者认为,最受欢迎仲裁机构的排名与仲裁地所在区域经济活跃程度之间长期具有正相关的关系。此次亚太仲裁机构的全面崛起,很大程度上还是得益于近年来亚太地区经济活跃度的持续攀升,这为亚太地区的仲裁机构提供了更多的市场机会。同时,以 SIAC 和 HKIAC 为代表的亚太仲裁机构的快速发展,也得益于相关地区政府和司法部门的支持,尤其在税收、基建等各方面的支持有效提升了它们的国际竞争力。^⑧ 所以,为本地区仲裁机构发展提供政策支持,努力营造良好的营商环境,是后发国家提升本国仲裁机构国际影响力的可行路径,这也为中国的仲裁制度改革工作提供了一定的参考。

2. 如何提升仲裁机构的吸引力?

相较于 2018 年《报告》中受访者普遍关注的是仲裁机构的管理水平、透明度等宏观问题,此次调查更加凸显对具体领域具体问题的调查,进一步加强了调查的针对性。具体而言,如图 5 所示,在如何提升仲裁机构吸引力的问题上,受疫情的影响多数人认为能够提供对网络仲裁虚拟听证的支持是他们最为关切的问题。与之类似,能够通过规则提供仲裁员与用户在线和面对面的听证(23%)也是受访者关心的问题,这都为后疫情时代仲裁机构的发展提供了参考。

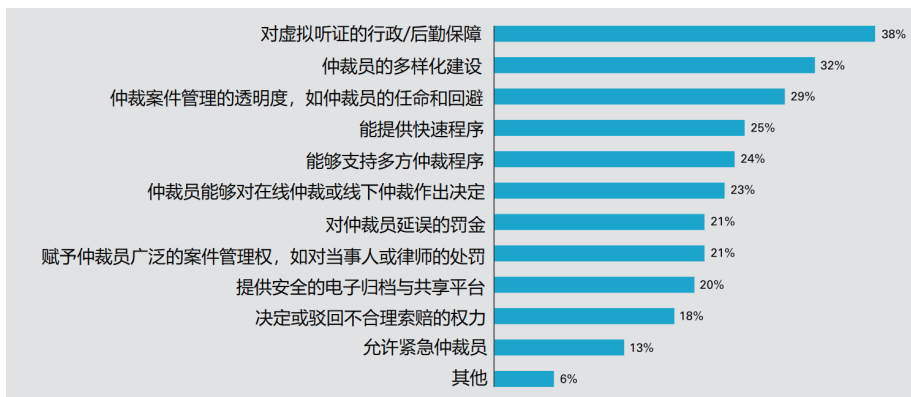


图 5: 怎样作出改变才能提升仲裁机构或者仲裁规则的吸引力?

^⑧ 参见冯硕:《境外仲裁机构内地仲裁的政策动因与法治保障》,载《商事仲裁与调解》2021年第1期,第79页。

除此之外,在一些常规问题上,受访者们也表达了他们对仲裁机构的期许。数据显示,仲裁机构备选仲裁员的多样性也是各方关切的问题,尤其在公司内部律师群体中更加突出。更加有趣的是,部分受访者也表示,他们也会根据争议的类型选择一些在国际上并没有太大知名度或者相对新兴的仲裁机构,这取决于该机构能否为争议解决提供更加合适的仲裁员,尤其是了解本行业或本地区情况的仲裁员,这在一定程度上反映了仲裁用户对本土化仲裁服务的青睐。

相关受访者也对仲裁机构案件管理和决定程序透明度、能否提供快速仲裁程序、强化对仲裁员延误仲裁的惩戒、仲裁员能否加强对案件及相关当事人的管理表示关切,这反映了用户对仲裁效率和灵活性的关注。在调查中部分受访者表示,由于仲裁员在仲裁程序中过度谨慎,使其怠于全面行使仲裁规则赋予的权力,从而导致了仲裁程序的延宕。因此,他们也希望仲裁机构能够加以介入,以提升仲裁员的工作效率与质量。与之相对,部分受访者(主要是全职仲裁员)则表示近年来仲裁机构在管理上过于强势,极大地贬损了仲裁程序的灵活性。质言之,在相关问题上,究竟应当加强仲裁机构权力还是限制仲裁机构权力各方是存在分歧的,这种分歧很大程度上也取决于当事人的立场。

无论双方是否有分歧,一个不容忽视的现实就是近年来国际仲裁机构越发从过去的服务者或者辅助者转变为一个支配者甚至主导者,仲裁机构在国际仲裁规范体系构建和具体仲裁程序推进中享有某些权力也成为既定事实。在近年来的部分司法案件中,仲裁机构的权力行使往往会被打上侵蚀当事人意思自治的烙印。相关司法案件的确揭露了仲裁机构在规则上的漏洞,但面对漏洞,仲裁机构非但没有弱化其权力反而“变本加厉”地加强甚至扩张权力,形成了一种针锋相对的态势。笔者认为,我们不应总是高举着当事人意思自治这个极度抽象的概念来批驳仲裁机构的权力行使,毕竟此次调查也显示加强仲裁机构的管理权也是部分人的意愿。而真正应当做的或许是挖掘仲裁机构强化权力的原因,并在此基础上探寻如何有效规范仲裁机构权力,以达成仲裁制度的价值目标。^⑨

(五) 提高仲裁效益的“减法”策略

长期以来,提升仲裁效益是业界关注的重要问题,这其中既包括降低仲裁的费用也包括提升仲裁的效率,实际上是对仲裁“成本—收益”的考量。在此次调查中,项目组采用一种“减法”策略,希望明确受访者为了提升仲裁效益会选择放弃或限制哪些程序要素。

《报告》(图6)显示,限制仲裁文书的长度是各方的首选。这其中既包括限制当事人提交文书的字数,也包括限制仲裁庭裁决的字数。与之类似,受访者还表示愿意放弃“一轮以上的书面陈述”(24%)。关于程序问题的口头听证(38%)是受访者愿意放弃的第二个程序,他们认为程序问题可能在整个仲裁过程中频繁出现,各方当事人和仲裁庭应谨慎寻求避免程序问题口头审理带来的额外费用和时间负担。文件制作(27%)也

^⑨ Alexis Mourre, *Standards for Arbitration Institutions*, <https://journal.arbitration.ru/analytics/standards-for-arbitration-institutions/>, last visited Jun. 14, 2021.

是一个可以放弃的程序,许多受访者表示文件制作可能是一个非常昂贵和耗时的过程,并可能成为延宕仲裁程序的一种手段,导致仲裁的投入与收益不成比例。而受新冠肺炎疫情的影响,部分受访者(25%)也表示可以放弃面对面听证程序,这或许也是后疫情时代最有可能的选择。

从受访者的态度来看,他们不约而同地都提到了司法化对仲裁灵活性的危害。正如一位仲裁员所言,多年来对仲裁形式的要求,极大地折损了双方在签署仲裁条款时所希望的效率。他们认为可以根据争议的需要调整程序,而不是采用僵化或过于形式主义的程序。同时也有受访者建议,各机构应引入成本预算机制来帮助用户及其资助者监测和规划仲裁潜在的成本风险。

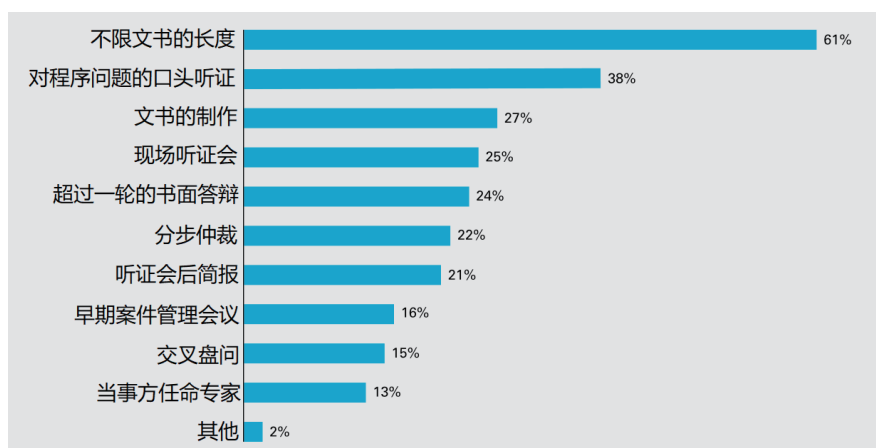


图 6: 如果你是寻求仲裁方,为了在仲裁中降低成本或者减少时间,你愿意省略下面哪些程序?

二、仲裁庭多样性建设的前景评估

(一) 多样性建设在各方面的具体进步

提升国际仲裁的多样性是近年来国际仲裁业界的基本共识,其中仲裁员的多样性是促进体系多样性的关键所在。《报告》(图7)显示,受访者在被问及是否同意过去三年在仲裁任命的多样性的各个方面(即性别、地域、年龄、文化和种族)取得进展,以及同意或不同意的程度时,很少有受访者对所列五个多样性方面中的任何一个表示强烈同意或不同意,并且多数受访者(61%)认为在性别多样性方面取得了一些进展,而在地域、年龄、文化和种族多样性方面,不到三分之一的受访者对近年来取得的进展表示肯定。对于多样性的所有方面,很大比例的受访者(21%—35%)采取中立立场,即他们既不同意也不反对已经或尚未取得进展。较之于2018年的《报告》,尽管对该问题的关注度有所提高,但在立场上受访者依旧趋于稳定的中立。

受访者之所以普遍持中立立场,主要是其认为在多样性方面进行量化是相对困难的。虽然各机构公布的与多样性有关的仲裁员任命统计数据能够作为参考,但这些数据

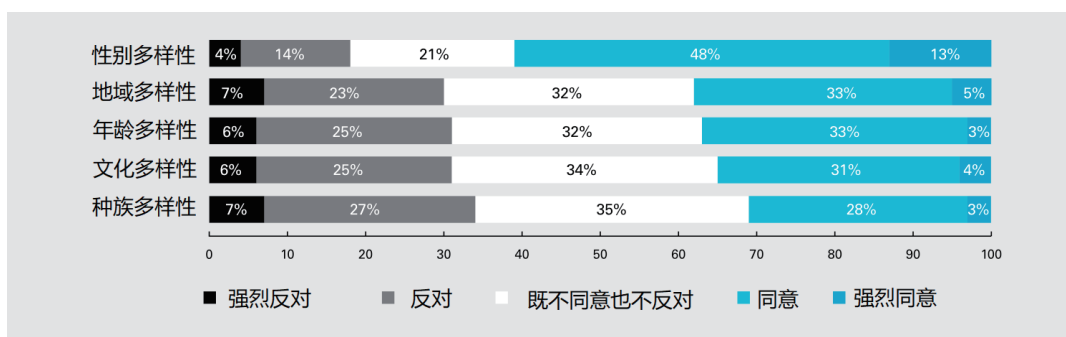


图7：在过去三年仲裁庭多样化程度所取得的进步中，你认同哪一种进步？

带有一定的局限性。同样，受访者提到了界定多样性不同方面的困难。例如，在没有对年龄多样性达成统一标准的前提下，就不能从统计角度衡量年龄多样性。尤其是种族多样性，仍然是受访者认为明显需要改进的一个领域。与2018年的调查一样，在所列的五个多样性方面中，各方对种族多样性的进步程度存在分歧，一些受访者对这一领域缺乏进展表示失望和沮丧。他们认为，除非在仲裁界的参与机会和知名度方面有一个公平的竞争环境，否则很难促进种族多样性。例如，一位受访者就谈到在他参加的一个以非洲仲裁为主题的会议上，竟然没有一位受邀的演讲者来自非洲。虽然项目组向受访者提出的问题仅列出了多样性的一小部分，但有受访者也认为应给予多样性其他方面的考虑。尤其一些来自特定行业受访者认为，在仲裁员的“背景”方面有更大的多样性空间，他们欢迎更多来自相关行业且受过国际仲裁程序培训的仲裁员参与其中，而其并不一定需要具有法律从业资格。

（二）多样性与独立性、公正性之间有联系吗？

仲裁员的独立性和公正性是保证仲裁质量的关键，而加强多样性建设是否会对独立性和公正性产生影响则需要关注。《报告》（图8）显示，在该问题上受访者的态度相对分散，只有略超过半数的受访者（57%）认为多样性对仲裁员独立性和公正性有“最积极的影响”（21%）或“积极的影响”（36%）。只有6%的受访者认为它有“负面”（5%）或“最负面的影响”（1%）。然而，超过三分之一的受访者（37%）表示，仲裁员的多样性对仲裁员独立性和公正性没有任何影响。

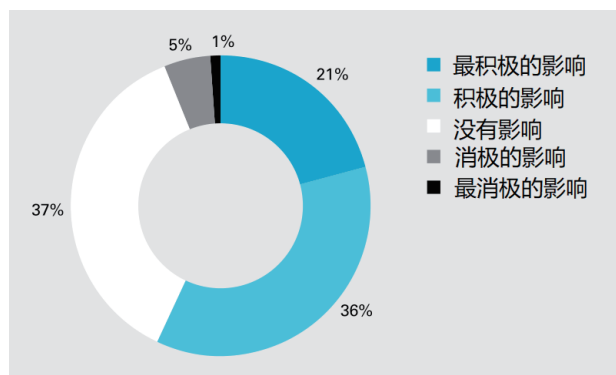


图8：加强多样性建设是否会对独立性和公正性产生影响

然而，超过三分之一的受访者（37%）表示，仲裁员的多样性对仲裁员独立性和公正性没有任何影响。

在具体方面，受访者认为就性别多样性而言，缺乏性别多样性不会影响他们对仲裁庭独立性和公正性的看法。同样，年龄多样性在很大程度上被认为与独立性和公正性无关，而种族、地域和文化多样性往

往被认为可能影响仲裁员的独立公正。一些受访者认为,种族、地域和文化多样性对仲裁员公正性和独立性的影响部分取决于争议的性质。尤其在争议涉及到某一国家或地区的现实情况时,由于文化等方面的差异,极有可能导致仲裁员下意识地偏向向其更熟悉的地区或文化的当事人。另外,相当多的受访者也表示,在当今时代,根本没有必要通过将多样性与仲裁员的独立性和公正性联系起来,来证明促进多样性是合理的,因为拥有更多样化的仲裁员群体本身就是正确的,而真正的问题是如何在实践中促进多样性。

(三) 如何促进多样性?

针对如何促进仲裁员多样性问题,多数受访者都认为仲裁机构及相关任命机构应当在建议和任命仲裁员上注重多样性。除此之外,当事人及律师在仲裁员的任命上也发挥着重要作用,这其中律师应当着力去影响客户选择仲裁员的倾向。另外,加强不同地区对仲裁员业务水平的提升也是解决多样性的关键一环,只有实现各个地区仲裁员水平的相对统一,才能在保障仲裁质量的同时促进仲裁员的多样性。

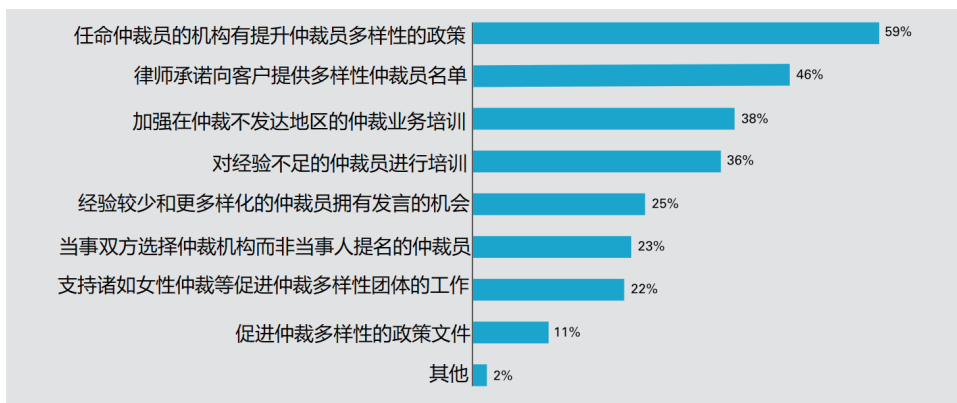


图 9: 你认为下列做法中最能鼓励仲裁任命发展更加多元化?

(四) 多样性建设与疫情发展

为了应对新冠肺炎疫情,仲裁不得不在许多方面进行调整。受访者普遍认为,新冠肺炎疫情的蔓延对多样性建设存在双重影响。一方面,在线仲裁的普遍开展可能会对那些来自非国际仲裁中心的从业人员提供更多参与国际仲裁的机会,而信息技术的使用可以鼓励更熟悉新技术的年轻仲裁员加入。另一方面,也有人认为由于仲裁员之间缺乏面对面的沟通,导致某些“新手”难以获得同业者的信任,进而促使他们倾向于选择一个与仲裁庭其他成员更加熟悉的候选人。

笔者认为,仲裁多样性建设是近年来国际仲裁界共同面临的挑战,《报告》对该问题的调研也让业界进一步厘清了当下的具体问题和未来努力的方向。在近年来的国际仲裁实践中,许多国家甚至当事人频繁在国际仲裁中折戟,失败的原因之一也往往是当事人与仲裁员之间存在认知或文化差异导致的沟通不畅。^⑩ 尤其在国际投资仲裁中,以

^⑩ 参见刘东方:《中企海外仲裁逾九成败诉原因及对策》,载《经济界》2015年第3期,第25-28页。

拉美国家为代表的相关国家就因为频繁的仲裁失利而选择退出现有国际投资争端解决机制,并引发了卡尔沃主义的回潮,这都直接威胁到国际仲裁体系的完整性。^⑪因此,国际仲裁机制如果想要继续保持广泛的认可度,就需要通过内部改革来提高多样性,从而弥合分歧并促进发展。同时,多样性建设也需要重视对仲裁人才的培养,不能为了多样性而贬损国际仲裁的质量与良性发展。

三、虚拟与现实之间的仲裁技术应用

借助新兴技术开展国际仲裁已经愈发普遍,相关技术对仲裁效率的提高也日益得到国际仲裁界的认可。而新冠肺炎疫情的蔓延,也使得新兴技术在仲裁中得到了进一步的应用,因此我们需要就以下问题进行思考:一是近年来新技术在仲裁中的应用有哪些变化?二是哪些技术会在未来的国际仲裁中继续得到用户青睐?三是在疫情期间的新技术应用,究竟是一种危机驱动下的应激反应,还是一种持续性的演进?

(一) 虽然 IT 应用增多,但是 AI 仍是科幻小说

项目组根据 2018 年调查的经验,在此次调查中对受访者在仲裁中使用信息技术(IT)的情况进行了分析。如图 10 所示,受访者被要求回答他们在国际仲裁中使用以下形式的信息技术的频率,具体包括“视频会议”“听证室技术(如多媒体演示、实时电子笔录)”“云存储(如文件传输协议网站、基于云的存储)”“虚拟听证室”和“人工智能(如数据分析、技术辅助文档审查)”。其中前两者是较为常用的技术,而 AI 技术则较少出现在仲裁实践当中。

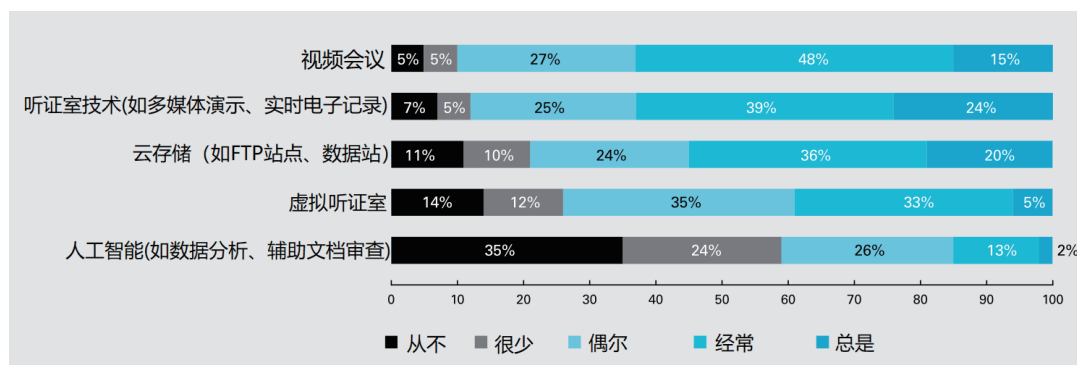


图 10: 国际仲裁中使用信息技术的频率

相较于 2018 年的调查,听证室技术、视频会议和云存储的使用比例基本一致,并未显现出实质性的增长。究其原因,可能那些已经在使用这些技术的人依旧在这样做,但

^⑪ Shuo Feng & Wei Shen, *Calvo Is Back! Changing Sovereignty and Evolutionary Investment Law in a Leaving and Return of the State Paradigm*, *Journal of East Asia and International Law*, 2020, Vol.13:2, pp.326-330.

那些不经常或偶尔使用的人,即使面对新冠肺炎疫情也没有选择接纳新技术。例如,听证室技术被认为是不必要的或过于昂贵的,用户对成本收益的分析可能不会因疫情而变化,客户甚至可能比以往更加渴望降低成本。同时,从现场听证到虚拟听证的转变,本身也不一定与是否使用实时转录或多媒体演示等工具存在联系。另外,部分受访者也指出,特定部门的仲裁往往不需要口头听证,而疫情对书面审理的实际影响相对较小,因此参与仲裁的人不太可能提高对某些技术的使用频率。与前述技术应用停滞不前形成鲜明对比的是虚拟听证技术的应用,在2018年的调查中该技术并不完全为人所知,但疫情发生后它的应用频率却迎来了爆炸式的增长,这体现出了新冠肺炎疫情蔓延对国际仲裁的影响,但在后疫情时代该趋势是否会继续则有待观察。

人工智能(AI)作为新一轮科技革命的重要成果,已经成为当下各个行业重点关注的新技术。尽管从2018年的调查中就显示AI技术在仲裁中的使用已有所增加,但它的应用仍落后于其他技术。调查显示,当前AI在仲裁中的应用主要局限于辅助文档审查,但它的使用费用还是相对高昂的。即使客户能够承担费用,他们也不总是相信这些工具有使用的必要。受访者进一步表示,他们对AI技术和算法在预测性司法中的潜在用途保有怀疑,更对这类技术是否会妨碍仲裁公正性有所质疑,并且表示AI不能代替人类仲裁员和律师。与之相对,部分受访者则认为我们不能以不熟悉和担心新技术产生不利后果,而放弃相关技术的应用。我们应当主动去学习和掌握相关技术在仲裁中的应用,并且发挥其在风险评估等方面的作用,从而时刻准备好应对新的技术变革。同时,部分受访者也认为,随着技术的发展,AI的使用成本也将不断降低,未来其也会在标的额较低的争议中发挥作用,尤其从仲裁发展的大局出发,仲裁理应是在争议解决技术革新浪潮中的弄潮儿。

(二) 虚拟听证会是昙花一现吗?

听证是多数仲裁程序的关键环节,在新冠肺炎疫情蔓延下无法按照预定计划进行当面听证时,《报告》显示(图11)绝大多数受访者(80%)表示愿意“在预定时间展开虚拟听证”,而17%的人则选择“推迟听证会,直到可以亲自举行为止”,同时3%的受访者也表示可以接受书面审理。在调查中项目组发现:其一,虚拟听证在新冠肺炎疫情之前虽然使用率不高,但是相关技术实际上是成熟的,因此在疫情期间可以得到广泛应用。其二,虚拟听证技术实际上是在疫情不断持续的背景下得以推广的。在疫情发生之初,多数用户都持有一种观望态度,并多会选择推迟听证。但随着疫情的持续,他们也不得不将听证会移至线上进行。

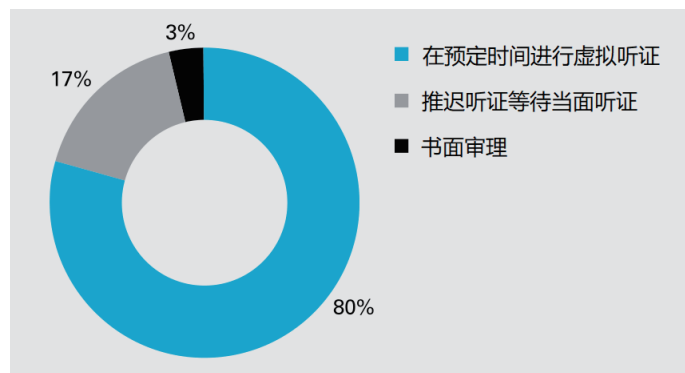


图 11: 无法出席当面听证时将作何选择

另外,根据受访者身份的划分,他们对虚拟听证的态度也有所差异。在仲裁员群体中,绝大多数仲裁员(87%)选择按期进行虚拟听证,他们不想因为拖延而打乱原定的工作计划。同时,在诸如海事海商领域的仲裁中,许多受访者会选择书面审理,因为在相关领域的仲裁中听证本不是必备的环节。

(三) 虚拟听证的利弊分析

总体而言,新冠肺炎疫情的蔓延起初导致了仲裁程序的停滞。但通过仲裁机构的快速反应和虚拟听证等新技术的应用,实际上解决了相关的问题。在调查中,项目组也就虚拟听证的利弊问题征询了受访者的看法。统计显示(图12),虚拟听证的最大优势是“提供更多备选听证时间的可能性”(65%),其次是“通过使用技术提高效率”(58%)和“更大的程序和后勤支持的灵活性”(55%)。34%的受访者表示“对环境的影响小于现场听证”,13%的受访者选择了“减少对律师和仲裁员的干扰”和“鼓励仲裁庭多元化”,紧随其后的是“比面对面听证更能看清人们的脸”(12%)。

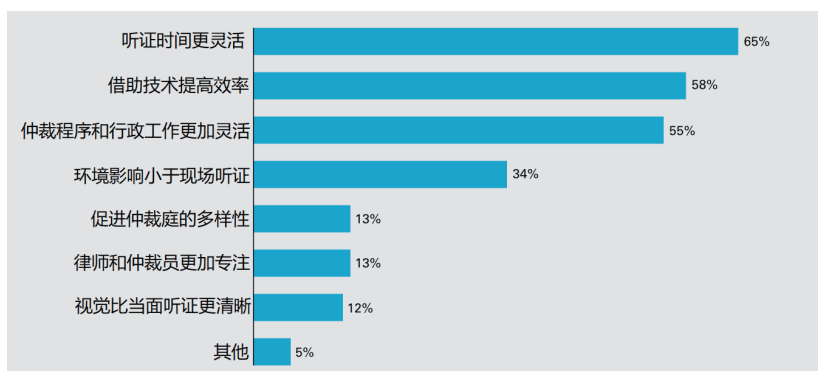


图 12: 虚拟听证的主要优势在哪?

同时,受访者也指出了虚拟听证的劣势。如图13所示,受访者认为虚拟听证最大的缺点是“难以协调时区的差异”和“听证会期间律师与当事人很难进行及时的沟通”,而“控制证人和评估他们的可信度可能更加困难”也几乎得到了受访者的认同。除此之外,诸如技术故障、视觉疲劳导致难以精力集中等问题都被认为是虚拟听证的劣势。

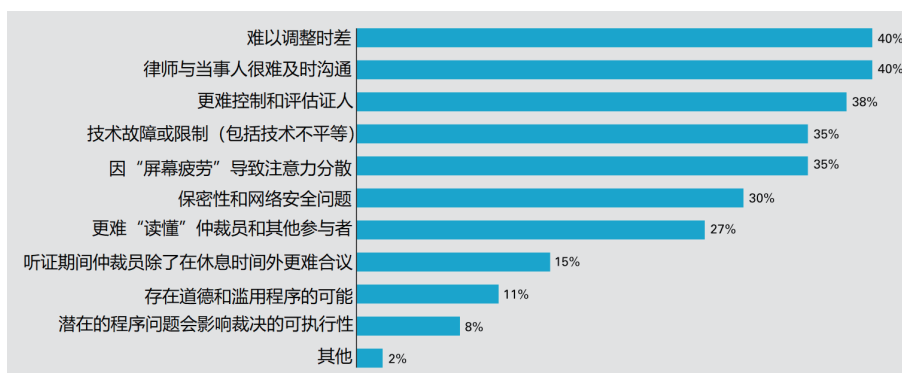


图 13: 虚拟听证的主要劣势在哪?

（四）后疫情时代是否还会选择虚拟听证？

很多人认为采用虚拟听证只是疫情之下的权宜之计，而疫情之后它的作用也会逐渐降低，仲裁依旧会回到现实世界。对此，《报告》（图14）显示，多数受访者都乐于在疫情之后继续通过虚拟与现实相结合的方式

进行仲裁。而根据程序类型的不同，受访者也呈现出不同的偏好。例如在实体听证上，选择面对面听证的人依旧占到了45%，而在程序性会议和听证会上，选择面对面听证的只占到8%。

聚焦具体原因，如图15所示，后疫情时代相关从业者选择虚拟听证等新技术的原因主要有以下几点：一是虚拟听证可以有效节约时间和成本；二是随着用户对虚拟技术的熟悉和经验的增加，他们使用的信心也与日俱增；三是随着相关技术的进步和服务的升级，虚拟听证也能满足用户的一系列需求等。

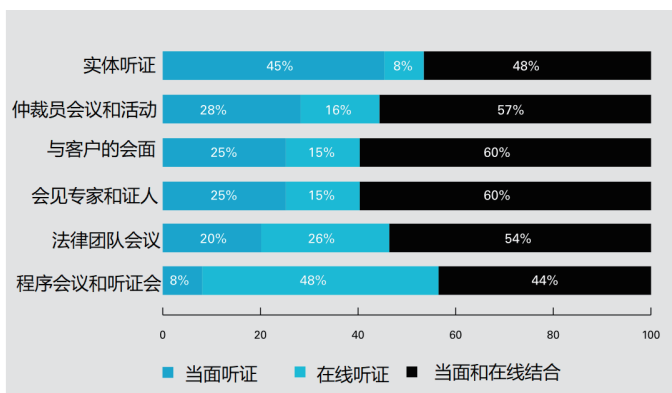


图14：后疫情时代，你更喜欢下面哪种互动方式？

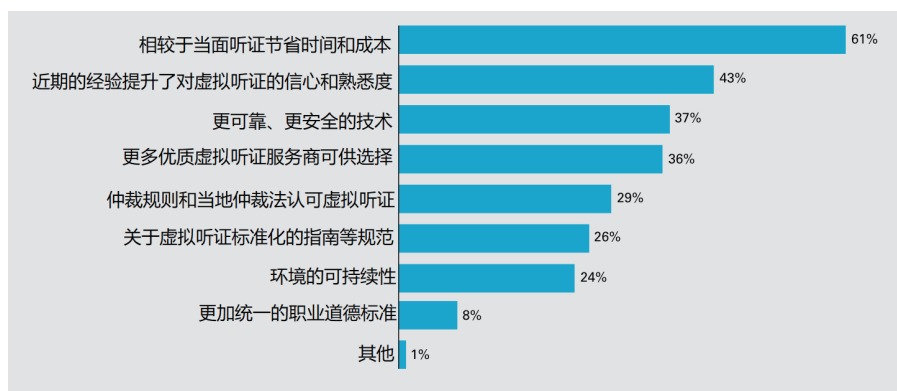


图15：后疫情时代的听证中，下面哪些因素让你更加倾向选择虚拟听证，而不是面对面听证？

新冠肺炎疫情的全球蔓延已经对包括国际仲裁在内的各个领域造成挑战，而在国际仲裁领域最直接的影响便是导致大量的庭审不得不中断而转至线上。虽然线上听证是一种紧急状态下不得不作出的选择，但从《报告》的数据和业界的普遍反映来看，仲裁从业者也在适应中逐渐接受了这一方式。^⑫在后疫情时代，笔者认为这种在线方式极有可能得到进一步普及，尤其是在线仲裁在降低仲裁成本并便利当事人方面的优势，会令各方更加青睐这一方式。但是我们也应看到，在线仲裁在诸多方面仍存在问题。尤其

^⑫ David Bateson, *Virtual Arbitration: The Impact of COVID-19*, *Indian Journal of Arbitration Law*, 2020, Vol.9:1, pp.159-161.

是在各国网络基础设施发展不均衡的前提下,是否会进一步加剧南北国家在仲裁领域的差距值得深思。^⑬因此,通过何种方式来弥合差距是值得关注的,这也将是未来相关国家和机构展开仲裁市场竞争的关键点,相关规则的制定也是国际仲裁界需要共同努力的方向。毕竟机遇与挑战总是相伴而行,疫情之下国际仲裁对新技术的应用也让我们看到了国际仲裁业新的发展窗口。能否抓住这个机遇,则关系到相关个人、机构甚至国家在未来国际仲裁领域的竞争力。毕竟时代潮流不可逆转,而我们所能做的则是顺势而为并迎风成长。

四、国际仲裁中的环境可持续发展和信息安全

(一) 国际仲裁与环境可持续发展

近年来,国际仲裁与环境可持续发展问题成为一个新兴话题,同时其也是一个日益严肃的问题。因此,项目组着重就仲裁如何减少对环境的破坏进行了调查。在被问及“您曾经采取过或认为应当采取哪些措施减少国际仲裁对环境的影响”时,多数人都认为采用无纸化仲裁方式是最有必要的。这既有利于节省资源和保护环境,也能够有效降低仲裁成本并提高效率。同时,环境可持续发展目标也被认为是影响用户选择在线仲裁活动的一个因素。通过电话会议、视频会议或虚拟听证室举行的程序性会议等方式开展仲裁,也会对环境保护产生积极影响。

在具体的实现路径上,多数受访者表示仲裁机构应当肩负起推动环境可持续发展的责任,通过诸如修改规则等方式强化对电子化文书的使用和认可,进一步推广相应的环保措施。同时,也有受访者建议通过制定相关“软法”来促进国际仲裁的“绿色化”,但也有人担忧这种软法监管模式可能导致过度监督,从而产生不利影响。

近年来,以ICC为代表的国际性仲裁机构通过专项研究的方式展开了对国际仲裁和环境发展的研究。这一问题的产生,伴随着国际社会日益重视环境的可持续发展,使得大量的国际商事活动不得不将环境问题纳入考量范围。因各国环境保护政策的变动导致新型商事交易模式的形成和变化,这都促使国际仲裁不得不对此予以关注。从仲裁法理基础出发,环境政策在很大程度上寓于各国公共政策之内,因而仲裁在平衡国际合作利益和主权国家公共政策的过程中必然要对此有所考虑。^⑭而摆在我们面前的现实问题则是如何找寻保护环境和仲裁的平衡点,这既需要包括主权国家、国际组织和国际仲裁机构通过具体实践的努力,也需要国际社会通过国际法的发展来予以标准的明晰,需要我们进一步深思。

(二) 国际仲裁与数据保护

随着近年来以欧盟为代表的相关法域对包括个人数据在内的信息安全问题的关注,

^⑬ 参见蔡翠红:《国际关系中的大数据变革及其挑战》,载《世界经济与政治》2014年第5期,第129-131页。

^⑭ Jared E. Hazleton, *Public Policy for Controlling the Environment*, *Journal of Urban Law*, 1970, Vol.48:3, pp.653-656.

使得包括国际仲裁在内的相关国际活动中的数据跨境问题得到重视。因此,项目组以欧盟《通用数据保护条例》(GDPR)为例调查其对国际仲裁所产生的影响。

调查结果显示(图16),有51%的受访者表示,是否产生影响“取决于谁参与仲裁”,44%的受访者表示这

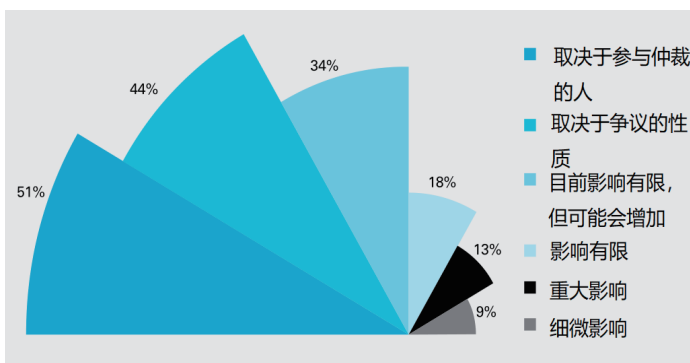


图16: 您认为数据保护问题(如GDPR)对仲裁有多大影响?

“取决于争议的性质”。关于数据保护对国际仲裁的影响程度,34%的受访者认为“目前影响有限,但可能会增加”,13%的受访者认为他们有“重大影响”,只有9%的受访者认为影响可以忽略不计。这些结果可能表明,人们对世界各地现有的数据保护制度缺乏了解。有趣的是,尽管我们在问题中仅将GDPR作为一个指示性的例子,但在讨论数据保护时,所有地区和职业的绝大多数受访者都明确提到了它。正如一位受访者指出的那样,GDPR将仲裁中的数据处理业务问责问题提上了议事日程。同时,多数受访者也表示,他们缺乏国际仲裁中进行数据管理的经验与能力。

(三) 国际仲裁与网络安全

项目组针对受访者在国际仲裁中采取措施保护电子数据的机密性和安全性的频率进行了调查。结果显示,只有约四分之一的受访者“经常”(18%)或“总是”(9%)看到网络安全措施在国际仲裁中得到落实。大多数受访者表示,他们在多数情况下(57%)遇到过此类措施,而另有16%的受访者表示“从未”见过此类措施。

许多受访者指出,他们在仲裁中对网络安全的考虑程度主要取决于争议的性质和各方的利益与身份。例如,受访者认为,当争议涉及国家或公共利益时,网络安全可能是一个重要问题。同时,项目组也向受访者抛出了“是否经历过或认为应该使用的具体网络安全措施”这一问题。从反馈结果看,受访者使用最多的方式是“基于云平台,用于共享电子或以电子方式提交的数据”(42%),这表明对许多仲裁用户来说采用该选项已成为一种相对规范的做法。约三分之一的受访者称看到了各种具体的信息技术安全措施和工具的使用,具体包括“限制对指定个人的访问”(37%)、“数据加密”(33%)和“访问控制,例如多因素身份验证”(32%)。其中,22%的受访者表示他们使用了“仲裁机构提供或控制的平台或技术”,并表示欢迎这一方式的存在。从调查来看,在国际仲裁中,业界已经开始关注网络安全问题,并且已经出现了相关实践。但受访者也普遍表示,目前对该问题的关注度仍有所欠缺,该领域依旧需要相关的制度支撑和规则保障。

随着在线争议解决方式的发展和全球信息监管格局的形成,仲裁中的信息安全问题会愈发重要。个人信息跨境监管力度的加强,使得在线仲裁的私法属性被撼动并影响其私密性、效率性和全球性,从而产生相关问题。该问题实际上来自于在线仲裁所依靠的个

人信息跨境流动与各国信息监管权的对立,^⑮这是一个公法与私法融合、国内法与国际法交织的问题,将会对未来国际仲裁的业态发展产生深远影响。尤其在后疫情时代,随着在线争议解决机制的广泛运用,包括国际仲裁在内的相关主体也势必要重视这一领域。

五、结 语

总体而言,2021年的《报告》一方面延续了以往调查报告的主要内容,实现了对国际仲裁领域关键问题的持续性关注,勾勒出了国际仲裁不断发展变化的制度变迁图景。另一方面,《报告》也基于新冠肺炎疫情的全球蔓延,尝试作出更为现实性和更具前瞻性的研究,以期展望国际仲裁在可预期的未来可能的发展方向。而站在中国的立场上,《报告》的内容及方法也对我国仲裁制度改革和仲裁法学研究具有如下的启示,需要我们站在更为客观的角度加以评估。

在调查方法上,《报告》分为了定量和定性两个阶段。在定量阶段,课题组组织了1218名答卷人完成了一份由31个问题组成的在线问卷。受访者身份囊括了律师、全职仲裁员、公司及公共机构的法务、仲裁机构工作人员等。在定性阶段,课题组先后开展了198次视频或电话采访,访谈期间收集的定性信息用于补充定量问卷数据,对所涵盖的特定问题的调查结果进行细微区分和进一步解释。相关受访者来自39个国家和53个城市,受访者群体反映了不同受访群体的所有类别。笔者认为,课题组的调研基本做到了职业、区域和从业经历的多样性要求,得出的结论也相对客观。但由于调查采用的是问卷方式,因而受访者在调查中是否如实地进行了作答也很难做出评估,故对于真实性的考察也有待商榷。

在篇章布局上,由于新冠肺炎疫情的蔓延导致此次《报告》过度侧重于对疫情的关注,忽视了诸如仲裁保密性、仲裁机构发展和仲裁法律革新等传统议题下的具体问题。笔者并不否认疫情的蔓延会促使国际仲裁发展产生变化,但这种突发事件是否会对传统议题产生颠覆性的影响仍有待观察。毕竟国际仲裁的发展仍有其内在规律,并不会因某一事件而产生巨大的变化。

在具体内容上,《报告》虽然涵盖了国际仲裁领域相对重要的问题,但受限于调查组主观认识的影响,使得许多问题可能过于前沿或特殊,并不能够普遍反映各个国家和地区的现实情况。换言之,由于课题组长期置身于伦敦、中国香港和新加坡等仲裁发达地区,使其对仲裁制度的认知处在一个相对较高的层次。从而忽略了某些法域并不具备相应的软硬件条件,更忽略了各地区基于本地特色而制定的仲裁制度,难以全面的反映全球仲裁发展的现状。当其使用一种自认为的“高标准”来衡量各个法域时,一种无形的偏见便会产生并直接影响调查的客观中立和结果的普适性。

^⑮ 参见冯硕:《个人信息跨境监管背景下在线纠纷解决方式的发展困境与出路——以软法为路径》,载《国际经济法学刊》2019年第4期,第48-61页。

总之,《报告》为我们勾勒出了当前国际仲裁发展的基本现状,也向我们展示了在可预期的未来仲裁发展的几个基本的趋向。而身处其中的中国,如何基于本国立场对仲裁制度进行改革并对《仲裁法》进行修改,则是我们应当共同关注的问题。这将直接影响到中国在国际仲裁领域的地位与发展,更关系到“一带一路”建设等国际合作的推进。

Abstract: The 2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world published by Queen Mary University in London investigates and analyzes the current choices and future adaptations of international arbitration, the diversity on arbitral tribunals, use of technology in arbitration, arbitration and sustainability and information security. On the one hand, the report continues the main contents of previous survey reports, realizes the continuous attention to the key issues in the field of international arbitration, and outlines the prospect of the development and change of international arbitration system. On the other hand, due to global spread of the COVID-19, the report tries to make more realistic and prospective research in order to predict the possible future development direction of international arbitration. From China's point of view, the contents and methods of the report also have the following enlightenment for the reform of China's arbitration system and the study of arbitration law. We need to evaluate it from a more objective perspective, so as to help the reform of China's arbitration system and the revision of the Arbitration Law.

Keywords: international arbitration survey report; revision of the Arbitration Law; Asia-Pacific Arbitration Center; COVID-19

(责任编辑:马琛)