

## □ 热点追踪

- 《仲裁法》修订背景下境外仲裁机构准入问题研究……………杜涛 朱德沛 3
- 重建常态化 WTO 上诉机构：以《多方临时上诉仲裁安排》实施为契机 … 宋歌 22

## □ 理论研究

- 论国际投资仲裁中的不利推定……………崔起凡 39
- 仲裁案外人救济机制的建构与完善  
——兼论对《仲裁法（修订）（征求意见稿）》的修改建议……………申黎 刘馨兰 53

## □ 实践研究

- 仲裁裁决执行审查制度的实践观察及展望  
——以 2020 年度审结并公开的案件为例……………朱华芳 叶一丁 65
- 商事仲裁裁决法律适用相关问题研究……………王传柱 85
- 非洲投资仲裁的新趋势……………诺德 桑德森 维罗内利著 朱伟东 刘云萍译 95

## □ 青年学范

- 国际投资争端解决机制改革：守正、创新与多元生态 …… 顾天杰 105
- 论投资权益转让对国际投资仲裁管辖权的影响……………曾芳冰 123
- 《新加坡调解公约》中“公共政策”条款的理解与适用 …… 昝晨东 141

# COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION

## No. 6 , 2021 ( Serial No. 10 )

November 10, 2021

---

Market Admittance of Overseas Arbitration Institutions under the Background of Arbitration Law Revision .....	<i>DU Tao ZHU Depei</i> ( 3 )
Reconstruction of the WTO Appellate Body in Normalization: Taking the Implementation of the Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement as an Opportunity .....	<i>SONG Ge</i> ( 22 )
On Adverse Inference in International Investment Arbitration.....	<i>CUI Qifan</i> ( 39 )
The Construction and Improvement of the Remedy Mechanism for Arbitration Outsider — and Suggestions for Amending the Arbitration Law (Revision) (Draft for Solicitation of Comments) .....	<i>SHEN Li LIU Xinlan</i> ( 53 )
Practice Observation and Prospect of the Review Mechanism for Arbitral Awards Enforcement — Taking the Cases Concluded and Made Public in 2020 as an Example .....	<i>ZHU Huafang YE Yiding</i> ( 65 )
Study of Issues Related to the Legal Use of Commercial Arbitration Awards .....	<i>WANG Chuanzhu</i> ( 85 )
Recent Trends in Investment Arbitration in Africa .....Written by	<i>NAUD SANDERSON VERONELLI</i>
	Translated by <i>ZHU Weidong LIU Yunping</i> ( 95 )
The Reform of the Investor-State Dispute Settlement System: Past Achievements, Innovation and Multi-ecology .....	<i>GU Tianjie</i> ( 105 )
The Influence of Assignment of Investment Interests on International Investment Arbitration Jurisdiction .....	<i>ZENG Fangbing</i> ( 123 )
Towards the Understanding and Application of the "Public Policy" Clause in Singapore Convention on Mediation ...	<i>ZAN Chendong</i> ( 141 )

# 《仲裁法》修订背景下境外仲裁机构准入问题研究

杜涛 朱德沛\*

---

**内容提要** 境外仲裁机构的准入问题涉及我国服务贸易对外开放的大局。解决这一问题,首先需要《仲裁法》确定以设立登记地作为仲裁机构的国籍标准,以仲裁地作为仲裁裁决的国籍标准,修改《外商投资准入特别管理措施(负面清单)》,在一定条件下允许外国仲裁机构从事中国法律事务。允许境外仲裁机构在中国内地仲裁有利于为我国境内当事人提供便利,降低成本支出,也有利于打造上海国际争议解决中心,提高我国法律的国际影响力。吸引境外仲裁机构入驻更重要的是营造更为便利的法律环境,为境内外法律服务机构和当事人提供公正公平的司法保障,培养更多高水平涉外法律人才。

**关键词** 仲裁机构 市场准入 仲裁法 仲裁地

---

## 一、问题的提出

2019年2月,上海市委办公厅和市政府办公厅联合发布的《关于完善仲裁管理机制提高仲裁公信力加快打造面向全球的亚太仲裁中心的实施意见》指出:“打造国际争议解决平台。设立上海国际争议解决中心,鼓励我市仲裁机构、境外仲裁机构以及其他争议解决机构驻上海代表机构、各类法律服务机构和其他相关服务机构入驻。鼓励境内外当事人选择上海作为争议解决地,为仲裁机构审理案件提供开庭支持和服务,满足境内外当事人多元化、便利化的争议解决服务需求,充分发挥上海国际争议解决中心的集聚效应。”2019年8月,国务院《中国(上海)自由贸易试验区临港新片区总体方案》和上海市人民政府《中国(上海)自由贸易试验区临港新片区管理办法》进一步规定,允许境外知名仲裁及争议解决机构经市司法局登记报司法部备案,可在区内设立业务机构开展仲裁业务。为落实国务院赋予临港新片区的特殊政策,上海市司法局于2019年11月8日发布了《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》(以下简称《境外仲裁机构管理办法》)明确了设立登记和管理的具体要求和

---

\* 杜涛,华东政法大学国际法学院院长、教授;朱德沛,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”(19ZDA167)和上海仲裁协会2020年度课题研究成果。

措施,该管理办法已于2020年1月1日起施行。

境外仲裁机构在中国内地仲裁,是构建开放型经济新体制、服务我国国家重大发展战略的背景下,推进自由贸易试验区建设、“一带一路”倡议和涉外法律服务业发展、打造上海面向全球的亚太国际仲裁中心的重要举措。要想将这一举措落到实处,涉及很多重大法律问题,尤其是我国现行诸多法律法规的修订完善问题,包括但不限于《仲裁法》和《民事诉讼法》。

2021年7月30日,司法部对外公布了《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》(以下简称为《征求意见稿》)及其说明(以下简称为《征求意见稿说明》),向社会公开征求意见。<sup>①</sup>本文结合该《征求意见稿》的规定提出相应的意见和建议。

## 二、“准入”境外仲裁机构的界定

### (一)“准入”境外仲裁机构的内涵

根据上海市司法局《境外仲裁机构管理办法》第2条,“境外仲裁机构在新片区设立业务机构,业务机构开展涉外仲裁业务以及相关管理活动,适用本办法。”因此,该办法所规定的“准入”,主要是指允许境外仲裁机构在新片区“设立业务机构”并“开展仲裁业务”。

在讨论境外仲裁机构的准入问题时,首先要明确何为“境外仲裁机构”。《境外仲裁机构管理办法》第二条规定:“本办法所称的境外仲裁机构,是指在外国和我国香港、澳门特别行政区、台湾地区合法成立的不以营利为目的的仲裁机构,以及我国加入的国际组织设立的开展仲裁业务的机构。”该条规定仍然有以下几个地方需要明确。

首先,“境外仲裁机构”中的“仲裁机构”是指什么类型?广义上讲,仲裁机构包括临时仲裁机构和常设仲裁机构。临时仲裁机构是指根据当事人达成的仲裁协议临时组成的仲裁庭,该仲裁庭在裁决完案件之后即告解散。这种临时仲裁机构不需要登记注册,因此也不存在所谓的“准入”问题。

我国《仲裁法》所规定的仲裁机构是指常设仲裁机构,即“仲裁委员会”。根据国务院《重新组建仲裁机构方案》的规定,在我国,“仲裁机构”就是指“经省、自治区、直辖市的司法行政部门登记”而设立的“仲裁委员会”。我国境内的仲裁委员会可以在直辖市和省、自治区人民政府所在地的市设立,也可以根据需要在其他设区的市设立,不按行政区划层层设立。仲裁委员会由前款规定的市的人民政府组织有关部门和商会统一组建。自我国仲裁法实施以来,我国内地有仲裁委员会250多家。对此,应当认为《境外仲裁机构管理办法》所指的“仲裁机构”为常设仲裁机构。

其次,“境外仲裁机构”中的“境外”如何理解?《境外仲裁机构管理办法》认为“境

<sup>①</sup> 《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》,载中国政府法制信息网, [http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/zlk/202107/t20210730\\_432958.html](http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/zlk/202107/t20210730_432958.html),最后访问时间:2021年8月20日。

外”是指合法成立于外国和我国香港、澳门特别行政区、台湾地区的仲裁机构,以及部分国际组织开展仲裁业务的机构。我国现行法律、法规和司法解释中均未找到对“境外仲裁机构”的解释。《民事诉讼法》第283条规定:“国外仲裁机构的裁决,需要中华人民共和国人民法院承认和执行的,应当由当事人直接向被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院申请,人民法院应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约,或者按照互惠原则办理。”该条规定仅规定了仲裁裁决的国籍依照仲裁机构的国籍而定,但未规定“境外仲裁机构”的定义。

《境外仲裁机构管理办法》第2条是我国首部对“境外仲裁机构”做出定义的地方部门规章。但是这一定义缺乏上位法的依据,对此本文只能从学理上加以分析。

我国《仲裁法》第10条规定:“仲裁委员会可以在直辖市和省、自治区人民政府所在地的市设立,也可以根据需要在其他设区的市设立,不按行政区划层层设立。仲裁委员会由前款规定的市的人民政府组织有关部门和商会统一组建。设立仲裁委员会,应当经省、自治区、直辖市的司法行政部门登记。”现行《仲裁法》并未规定仲裁机构具有法人地位,我国的仲裁委员会到底是政府机构还是民间法人?在学界和实务界都众说纷纭,争论不休。<sup>②</sup>对仲裁机构性质的界定直接影响到境外仲裁机构准入的规定。<sup>③</sup>《征求意见稿》第13条则明确规定:“仲裁机构是依照本法设立,为解决合同纠纷和其他财产权益纠纷提供公益性服务的非营利法人,包括仲裁委员会和其他开展仲裁业务的专门组织。仲裁机构经登记取得法人资格。”如果明确了仲裁机构的法人地位,以此类推,我国法律对于仲裁机构这样的非营利性法人也应采用“注册登记地”标准(incorporation theory)判断其是否为中国“境外”仲裁机构。可供参照的是《公司法》对外国公司的定义,其191条规定:本法所称外国公司是指依照外国法律在中国境外设立的公司。从这个角度来看,《境外仲裁机构管理办法》第二条的规定中以在外国或其它地区“合法成立”来判断仲裁机构是否属于“境外”是比较恰当的。

最后,如何明确“境外仲裁机构”的属人法?即仲裁机构权利能力和行为能力的准据法。世界各地的仲裁机构根据不同国家和地区法律设立,其法律地位和性质各有不同,其权利能力、行为能力、组织机构等事项应根据其设立登记地法律判断。我国《涉外民事关系法律适用法》第十四条规定:“法人及其分支机构的民事权利能力、民事行为能力、组织机构、股东权利义务等事项,适用登记地法律。法人的主营业地与登记地不一致的,可以适用主营业地法律。法人的经常居所地,为其主营业地。”

例如香港国际仲裁中心(HKIAC)是一家根据香港《公司条例》(原第32章)在香港成立为法团的担保有限公司,其权利能力和行为能力要适用香港《公司条例》。另外根据香港《仲裁条例》第6条,香港特别行政区政府及中央人民政府在香港特别行政

<sup>②</sup> 《仲裁法》第14条规定:“仲裁委员会独立于行政机关,与行政机关没有隶属关系。仲裁委员会之间也没有隶属关系。”

<sup>③</sup> 濮云涛:《外国仲裁机构准入的法律问题研究——借鉴迪拜国际金融中心相关制度》,黄进、肖永平、刘仁山主编:《中国国际私法与比较法年刊(2018年第1期)》,法律出版社2019年5月版,第284-304页。

区设立的仲裁机构均应适用香港《仲裁条例》。香港《仲裁条例》并没有关于仲裁机构的规定,而只是一部仲裁程序法。以中国国际经济贸易仲裁委员会香港仲裁中心为例,是中国贸仲委在香港设立的担保有限公司,依照香港《公司条例》在香港注册,具有香港法人资格,因此贸仲委香港仲裁中心本身是独立法人机构,其法律人格、权利能力、行为能力等应适用香港《公司条例》,而该中心管理的仲裁案件的仲裁地为香港,仲裁程序法应适用《香港仲裁条例》,除非当事人另有约定。

我们认为,虽然《征求意见稿》明确仲裁机构的非盈利法人性质,但其仍然需要对“境外仲裁机构”这一概念作出界定,因为这涉及到境外仲裁机构准入的前提。参照《公司法》的规定,境外仲裁机构是指依照外国或其它地区法律在中国境外设立的仲裁机构。

## (二)“准入”境外仲裁机构的类型

在考虑境外仲裁机构的准入问题时,本文首先排除一部分特殊类型的仲裁机构。

1. 政府间国际组织下设的仲裁机构。目前,一些政府间国际组织设有专门性仲裁机构,比如著名的常设国际仲裁法院,就是根据1899年《关于和平解决国际争端的公约》而成立的,是世界上第一个普遍性的国际司法机构,总部设在海牙和平宫。目前该法院有113个成员国,中国是最早的成员国之一。该仲裁法院有一份由成员国提出的仲裁员名单。如果成员国将其争端诉诸仲裁,便可在名单中选定仲裁员,再由选定的仲裁员推选首席仲裁员组成仲裁庭。此外,国际投资争端解决中心(简称ICSID)也是依据《解决国家与他国国民间投资争端公约》而建立的世界第一个专门解决国际投资争议的仲裁机构,总部位于华盛顿。我国也是该公约缔约国,因此相关争议也受该中心管辖。

这种作为政府间国际组织的仲裁机构,如果要在其他国家和地区设立分支机构或代表处,应当根据该组织的章程以及该组织与东道国之间达成的协议进行处理。目前,国际常设仲裁法院、国际投资争端解决中心等都在新加坡开设了分支机构。中国也应当大力引进这些国际组织下属的仲裁机构在上海设立分支机构。2019年10月,《世界知识产权组织(WIPO)和上海市人民政府关于在知识产权领域发展合作的谅解备忘录的补充协议》正式签署,世界知识产权组织仲裁与调解中心落户上海自贸区,这是中国大陆引进的第一家可以开展仲裁业务的境外仲裁机构。

2. 非政府间国际组织附设的争议解决机构。最典型的是成立于1919年的国际商会。国际商会是一个非盈利的民间社团法人,根据法国法律在巴黎注册成立。国际商会在140多个国家拥有700多个会员,大多数是各国商会和大型跨国公司。国际商会下属的国际商会仲裁院自1923年成立已经成为世界上影响最大的商事仲裁机构。国际商会仲裁院已在香港、纽约、圣保罗和新加坡设立了四个案件管理中心(case management office),并在上海设立了代表处。国际商会仲裁院作为国际商会的下属机构,在其成员国境内开设分支机构需要与东道国政府部门签署合作协议

3. 民间法人仲裁机构。本文主要讨论的是境外设立的、具有民间法人地位的仲裁机构。在大多数国家和地区,仲裁机构被注册为公司法人形式。比如,香港国际仲裁中心

就是一家依据香港公司法成立的非牟利有限担保公司。<sup>④</sup>新加坡国际仲裁中心也是依照新加坡公司法设立的法人机构。

外国仲裁机构能否进入我国新片区营业,需要结合我国相关法律进行分析。

我国《公司法》第一百九十二条规定:“外国公司在中国境内设立分支机构,必须向中国主管机关提出申请,并提交其公司章程、所属国的公司登记证书等有关文件,经批准后,向公司登记机关依法办理登记,领取营业执照。外国公司分支机构的审批办法由国务院另行规定。”那么外国公司形式的仲裁机构能否根据我国《公司法》进入我国市场呢?我们认为,仲裁机构不能直接类推适用“外国公司”的“准入”,因为《外国企业常驻代表机构登记管理条例(2018修正)》第四十二条规定:“本条例所称外国企业,是指依照外国法律在中国境外设立的营利性组织。”这就给这些非营利性境外仲裁机构在我国设立常驻代表机构关闭了大门。另外,我国《外商投资法》对外国投资的准入设置了“负面清单”,也为境外仲裁机构在我国境内的业务设置了限制(见下文)。

目前上海对于境外仲裁机构在上海自贸区设立的代表处的登记管理依据的是《中华人民共和国境外非政府组织境内活动管理法》。该法第二条规定:“本法所称境外非政府组织,是指在境外合法成立的基金会、社会团体、智库机构等非营利、非政府的社会组织。”从该条定义可见,按照该法对境外仲裁机构进行登记管理完全不符合仲裁机构的性质。公安部2016年12月发布的《境外非政府组织在中国境内活动领域和项目目录、业务主管单位名录(2017)》所列举的“法律服务”项目目录中只有“律师管理和能力提升、法律援助、人民调解和法治宣传教育服务”四类,根本没有仲裁项目。<sup>⑤</sup>

### 三、境外仲裁机构“准入”的方式

根据《管理办法》的规定,我国对境外仲裁机构的准入实际上规定了两种方式:设立业务机构和开展涉外仲裁业务。<sup>⑥</sup>

#### (一) 业务机构的准入

即境外仲裁机构以何种商业存在方式进入中国。《境外仲裁机构管理办法》对于这个问题并没有直接界定。理论上既可以是境外仲裁机构的分支机构,也可以是独立的仲裁机构。立法者主要是考虑给予一定灵活度和开放性,由境外仲裁机构根据其内部管理架构、运行机制以及在我国开展仲裁业务实际,自主选择设立业务机构的性质和形式,以便符合国际通行做法,也便于境外仲裁机构设立登记。

<sup>④</sup> 《理事会及委员会》,载 HKIAC 官网, <https://www.hkiac.org/zh-hans/about-us/council-members-and-com-mittees>, 最后访问时间:2021年8月20日。

<sup>⑤</sup> 《境外非政府组织在中国境内活动领域和项目目录、业务主管单位名录(2017)》,载境外非政府组织办事平台官网, [https://ngo.mps.gov.cn/ngo/portal/view.do?p\\_articleId=13117&p\\_topmenu=2&p\\_leftmenu=5](https://ngo.mps.gov.cn/ngo/portal/view.do?p_articleId=13117&p_topmenu=2&p_leftmenu=5), 最后访问时间:2021年8月20日。

<sup>⑥</sup> 刘晓红、冯硕:《制度型开放背景下境外仲裁机构内地仲裁的改革因应》,载《法学评论》2020年第3期,第125页。

从其他地区的实践经验来看,境外仲裁机构的入驻通常是以案件管理办公室的方式,而非将该仲裁机构整体搬入东道国境内或者在东道国境内设立独立的仲裁机构。这主要是因为国外法律都是以“仲裁地”作为判断仲裁裁决“国籍”的标准,而很少采用“仲裁机构”标准,因此仲裁机构不需要把机构搬到东道国。只有在我国这样采用“仲裁机构”作为仲裁裁决国籍标准的国家,将仲裁机构设在我国才有现实的法律意义,可以将“外国裁决”转化为“中国裁决”,从而享受到中国法律对内国裁决的“优惠待遇”。然而,这种“优惠待遇”实际上并不明显,相反,境外仲裁机构如果在我国境内设立独立的仲裁机构,势必要受到我国法律的监管,它们或许对此并不情愿。

俄罗斯就是较为典型例子。2018年4月5日,俄罗斯修订《联邦仲裁法》,简化外国仲裁机构进入俄罗斯仲裁市场的法律程序。外国仲裁机构获得《俄罗斯联邦仲裁法》规定的常设仲裁机构资质,需要满足两个实质性条件:1. 必须具有广泛认可的国际声誉,具体标准由俄罗斯联邦司法部根据其下设的完善仲裁审批委员会的建议确定;2. 在俄罗斯开设分支机构或者设立法人,在法人之下根据俄罗斯法律设立外国常设仲裁机构(如果外国仲裁机构要管理俄罗斯的国内争议案件)。2019年4月4日,俄罗斯联邦司法部下设的完善仲裁审理委员会当日召开会议并作出决定,为香港国际仲裁中心颁发常设仲裁机构许可证。由此,香港国际仲裁中心成为第一个获得俄罗斯联邦政府批准的,获准在俄罗斯管理仲裁案件的国际知名仲裁机构。新加坡国际仲裁中心、奥地利仲裁院和国际商会仲裁院也先后获得许可证。但由于俄罗斯法律对外国仲裁机构受案范围施加了较为严格的限制,到目前为止,上述仲裁机构并没有按照要求在俄罗斯开设分支机构或设立法人。<sup>⑦</sup>

有些地方如迪拜采取合资方式,由迪拜国际金融中心仲裁协会与伦敦国际仲裁中心合资设立迪拜伦敦仲裁中心。但是,在我国设立外商独资或中外合资的独立仲裁机构不符合我国《外商投资法》负面清单的规定,需要在国家层面做出法律授权。

综上,由于我国法律的限制,外国仲裁机构的“准入”目前只能采取代表处形式进入我国,而且必须以非政府机构的形式在公安部门注册登记,而不能以营业性分公司形式进行工商登记。《境外仲裁机构管理办法》出台后,即使境外仲裁机构进入我国自贸区设立业务机构,该业务机构仍然只是案件管理办公室性质,而不是我国法律意义上的仲裁机构。按照现行法律,它们所做出的仲裁仍然是外国裁决而非中国裁决(见下文)。

## (二) 业务范围的准入

即允许境外仲裁机构将其管理的案件放在我国境内进行仲裁或者将案件的仲裁地设在我国。这种情况下,境外仲裁机构即使不在我国境内设立分支机构也可以实现,实践中已经大量发生这样的案件。如果是这种意义上的“准入”,其实根本不需要我国法律的特别授权,只需要最高人民法院在审判实践中承认该裁决即可。

此处产生两个问题,其一是此类仲裁裁决是否合法?这一问题关乎其能否准入我

<sup>⑦</sup> Lorenzo Sasso, *The Russian Arbitration Reform: Between Lights and Shadows*, Russian Law Journal, 2020, Vol.8:2, pp.79-103.

国。其二是此类仲裁裁决的性质是国内裁决还是外国裁决呢?这一问题便涉及到对仲裁裁决“国籍”的认定,此处的“国籍”问题主要讨论仲裁裁决是内国裁决还是境外裁决(包括外国仲裁裁决和港澳台地区仲裁裁决)。不同“国籍”的仲裁裁决,在效力认定、司法审查程序和承认与执行等诸多环节都有不同审查标准。

我国现行国内法并没有仲裁裁决“国籍”的概念,立法中将仲裁裁决分为三种类型:国内仲裁裁决、涉外仲裁裁决和外国仲裁裁决。

我国1995年《仲裁法》规定了两类仲裁委员会:涉外仲裁委员会和新组建的仲裁委员会。涉外仲裁委员会则是指依《仲裁法》第66条,由中国国际商会组织成立的仲裁委员会,即《仲裁法》颁布前就已成立的中国国际经济贸易仲裁委员会和中国海事仲裁委员会。《仲裁法》颁布后,随着中国仲裁体制改革,很多地方成立了一大批新设仲裁委员会。1996年国务院办公厅《关于贯彻实施〈中华人民共和国仲裁法〉需要明确的几个问题的通知》规定:“新组建的仲裁委员会的主要职责是受理国内仲裁案件;涉外仲裁案件的当事人自愿选择新组建的仲裁委员会仲裁的,新组建的仲裁委员会可以受理。”自此以后,国内仲裁机构也可以受理涉外仲裁案件,涉外仲裁机构也可以受理国内案件。由此,我国现行法对仲裁裁决的分类如下:

(1) 对于国内仲裁机构作出的非涉外仲裁裁决,依照《民事诉讼法》第237条的规定进行司法审查。

(2) 对于国内仲裁机构作出的涉外仲裁裁决,则依照《民事诉讼法》第274条进行司法审查。

(3) 而对于国外仲裁机构作出的裁决,应依照我国《民事诉讼法》第283条的规定进行审查后决定是否予以承认和执行。

(4) 对于港、澳、台地区仲裁机构作出的仲裁裁决,依照双边司法协助安排进行审查后决定是否予以承认和执行。

从上述规定中我们可以看出,我国《民事诉讼法》和《仲裁法》并未明确采用“国内仲裁裁决”和“外国仲裁裁决”的措辞,而是以“仲裁机构标准”来区分仲裁“国籍”(籍属),将我国涉外仲裁机构和国内仲裁机构作出的裁决都视为内国裁决,将国外仲裁机构的裁决视为外国裁决(港澳台特殊对待)。<sup>⑧</sup>

按照“国际条约优先适用”的原则,我国法院在判断能否承认和执行外国仲裁裁决时,不仅要考虑承认和执行地的法律,还应当优先考虑《纽约公约》的规定。

《纽约公约》界定外国仲裁裁决国籍的标准有两个:地域标准和非内国标准。

第一,地域标准(即裁决作出地国标准)。《纽约公约》第1条第1款规定:“由于自然人或法人间的争执而引起的仲裁裁决,在一个国家的领土内作出,而在另一个国家请求承认和执行时,适用本公约。”因此,纽约公约以“裁决作出地国”为认定“外国”仲裁裁决的主要标准。

<sup>⑧</sup> 高晓力:《司法应依仲裁地而非仲裁机构所在地确定仲裁裁决籍属》,载《人民司法》2017年第20期,第68页。

第二,非内国裁决标准。《纽约公约》第1条第2款规定“在一个国家请求承认和执行这个国家不认为是本国裁决的仲裁裁决时,也适用本公约”。这便是“非内国裁决”标准,即可以在一个缔约国境内依据《纽约公约》来执行在本国领域内作出而不被认为是本国仲裁裁决的仲裁裁决。《纽约公约》将这一标准最终纳入正式条文,主要是一些大陆法系国家如德国和法国等国极力倡导的结果,其目的在于扩大公约的适用范围。公约制定工作组指出,该标准与裁决作出地国标准并非平行关系,而是主从关系。只有当承认和执行国与裁决作出国为同一国时,如果执行国认为在其领域内作出的裁决不是其内国裁决时,才适用此标准。至于法院如何认定在其领土内作出的仲裁裁决不是内国裁决,《纽约公约》并没有规定,只能依据各缔约国的国内法断定。<sup>⑨</sup>

《公约》第1条第3款规定了互惠保留条款,即允许各缔约国只对缔约国领土内作出的裁决的承认与执行适用公约。我国加入《纽约公约》时也对这条予以保留。<sup>⑩</sup>

综上所述,中国国内立法中采用的是“仲裁机构标准”,而中国参加的《纽约公约》却采用的是“裁决作出地标准”,大多数《纽约公约》成员国也主要采用“裁决作出地”;且中国通过互惠保留排除了《公约》中的“非内国裁决”标准,因此,中国国内立法和中国参加的《纽约公约》标准不一致,导致实践中的困境和矛盾。例如,境外仲裁机构以我国为仲裁地进行仲裁,按照“仲裁机构标准”则仲裁裁决为外国裁决,但按照“裁决作出地标准”则仲裁裁决为国内裁决。

## 四、境外仲裁机构的准入“标准”

### (一) 外商投资准入限制

从形式要件看,境外仲裁机构不符合我国先行公司法所述的“外国公司”,因此其准入我国的商业存在只能以代表处的形式;从实质要件看,境外仲裁机构准入我国的行为本质上属于外商投资,<sup>⑪</sup>因此其必须遵守《外商投资法》负面清单准入标准的限制。根据《外商投资法》第四条规定:“国家对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单管理制度。前款所称准入前国民待遇,是指在投资准入阶段给予外国投资者及其投资不低于

<sup>⑨</sup> 周佳:《1958年〈纽约公约〉第一条评述——兼论我国仲裁法律体系下的国际商事仲裁裁决的国籍》,载《北京仲裁》第57辑,2005年出版,第46页。

<sup>⑩</sup> 《最高人民法院关于执行我国加入的〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》,1987年4月10日发布。

<sup>⑪</sup> 《外商投资法》第2条规定:“在中华人民共和国境内(以下简称中国境内)的外商投资,适用本法。

本法所称外商投资,是指外国的自然人、企业或者其他组织(以下称外国投资者)直接或者间接在中国境内进行的投资活动,包括下列情形:

- (1) 外国投资者单独或者与其他投资者共同在中国境内设立外商投资企业;
- (2) 外国投资者取得中国境内企业的股份、股权、财产份额或者其他类似权益;
- (3) 外国投资者单独或者与其他投资者共同在中国境内投资新建项目;
- (4) 法律、行政法规或者国务院规定的其他方式的投资。

本法所称外商投资企业,是指全部或者部分由外国投资者投资,依照中国法律在中国境内经登记注册设立的企业。”

本国投资者及其投资的待遇；所称负面清单，是指国家规定在特定领域对外商投资实施的准入特别管理措施。国家对负面清单之外的外商投资，给予国民待遇。”《外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2020年版）》第18项规定：“禁止外国投资者投资中国法律事务（提供有关中国法律环境影响的信息除外），不得成为国内律师事务所合伙人。”同年发布的《自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2020年版）》则进一步明确：<sup>②</sup>外国律师事务所只能以代表机构的方式进入中国，且不得聘用中国执业律师，聘用的辅助人员不得为当事人提供法律服务；如在华设立代表机构、派驻代表，须经中国司法行政部门许可。由此可见，境外仲裁机构准入的标准在于是否属于“中国法律事务”，如果境外仲裁机构的准入不属于投资“中国法律事务”，就可以准入我国市场并享受国民待遇。

2018年上海市人民政府发布的《中国（上海）自由贸易试验区跨境服务贸易特别管理措施（负面清单）（2018年）》第84项则明确规定：“外国律师事务所、其他组织或个人不得在中国境内从事法律服务活动。”该规定甚至更为严格，要求任何外国组织（包括仲裁机构）都不得在中国境内从事任何法律服务活动。

我们认为，国家发改委和商务部发布的负面清单在法律效力上高于上海市发布的负面清单，因此应当以发改委的负面清单为准。根据该清单的规定，外国仲裁机构只要不从事“中国法律事务”，就不属于被禁止的范围。

事实上，2015年以来，上海市先后批准了4家境外仲裁机构在上海以非政府组织的形式设立代表处，从事与中国法律事务无关的业务。比如ICC上海代表处业务范围是：从事有关在华贸易和投资方面的信息交流、市场调研，为促进两地间经贸往来进行业务联络，协助组织听证，协助组织培训。香港国际仲裁中心上海代表处的业务范围是：从事有关在华贸易和投资方面的信息交流、市场调研，为促进两地间经贸往来进行业务联络。韩国仲裁中心上海代表处业务范围是：从事有关在华贸易和投资方面的信息交流、市场调研，为促进两地间经贸往来进行业务联络。新加坡国际仲裁中心上海代表处业务范围是：从事有关在华贸易和投资方面的信息交流、市场调研，为促进两地间经贸往来进行业务联络。

2019年国务院批准的《中国（上海）自由贸易试验区临港新片区总体方案》允许境外仲裁机构在我国境内“设立业务机构”并“开展仲裁业务”，其中是否包括负面清单中的“中国法律事务”？它们是否可以在我国境内进行与中国法律无关的仲裁业务？这是迫切需要明确的关键所在。

上述负面清单中的“中国法律事务”从字面上看有两种理解：

1. 任何与“中国”有关的法律事务，具体包括仲裁案件当事人涉及中国政府、企业

<sup>②</sup> 《自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2020年版）》第15项规定：“禁止投资中国法律事务（提供有关中国法律环境影响的信息除外），不得成为国内律师事务所合伙人。（外国律师事务所只能以代表机构的方式进入中国，且不得聘用中国执业律师，聘用的辅助人员不得为当事人提供法律服务；如在华设立代表机构、派驻代表，须经中国司法行政部门许可。）”

和自然人,案件标的物涉及中国境内的财产,案件发生在中国境内等情形。

2. 任何与“中国法律”有关的事务,即涉及对中国法律进行解释和适用的法律事务。

上述两种解释显然都过于宽泛,不符合该条的立法目的,不符合现实中的情况,也不符合我国吸引境外仲裁机构进入的立法政策。尤其是如果按照第1种解释,境外仲裁机构就没有进入中国的动力。因为实践中,外国仲裁机构即使不进入中国境内,也可以办理与“中国”有关的法律事务。比如,中国企业与外国企业之间的合同纠纷,可以约定外国仲裁机构在中国境外仲裁。

第2种解释也过于宽泛,按照此种解释,如果两家外国企业之间的合同约定适用中国法律并在中国境内仲裁,外国仲裁机构也不能受理。

《境外仲裁机构管理办法》第十八条规定:“业务机构不得开展不具有涉外因素争议案件的仲裁业务。”《征求意见稿》第12条第3款规定:“外国仲裁机构在中华人民共和国领域内设立业务机构、办理涉外仲裁业务的,由省、自治区、直辖市的司法行政部门登记,报国务院司法行政部门备案。”这里的规定均采取了狭义的理解,即将“中国法律事务”仅理解为纯粹的中国国内法律事务,或者没有任何涉外因素的法律事务。按照这种理解,外国仲裁机构在中国境内不能受理不具有涉外因素的纯国内案件,但可以“办理涉外仲裁业务”。

这里可能存在的争议是:是否任何“具有涉外因素的争议”都不属于中国法律事务?近年来,我国司法实务界对“涉外因素”的认定开始采取较为开放的态度。2017年1月,最高人民法院发布《关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》,规定自贸试验区内注册的外商独资企业相互之间约定将商事争议提交域外仲裁的,不应仅以其争议不具有涉外因素为由认定相关仲裁协议无效。<sup>⑬</sup>在“西门子国际贸易(上海)有限公司诉上海黄金置地有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决纠纷案”中,法院认为西门子公司与黄金置地公司虽然都是中国法人,但注册地均在上海自贸试验区区域内,且其性质均为外商独资企业,与其境外投资者关联密切。此外,本案合同的履行特征具有涉外因素,案涉设备系先从中国境外运至自贸试验区内进行保税监管,再根据合同履行需要适时办理清关完税手续、从区内流转至区外,至此货物进口手续方才完成,故合同标的物的流转过程也具有一定的国际货物买卖特征。<sup>⑭</sup>另外在“美克斯公司与佳船公司等申请确认仲裁协议条款效力纠纷案”中,申请人美克斯公司与两被申请人佳船公司、天津公司在中国签署了船舶建造合同,买方为申请人或其指定方,卖方为两被申请人。合同约定涉案船舶入美国船级社,按照美国船级社特别检验的规则及规范建造,船舶遵守马绍尔群岛监管机构的法律法规,建造费用以美元支付。建造合同依照英国法律管辖并解释,发生的争议根据伦敦海事仲裁委员会仲裁规则在伦敦最终仲裁裁决。各方当日另行签订备忘录,约定买方将把建造合同转让给此后成立的境外全资子公司,并通知卖方将其

<sup>⑬</sup> 《最高人民法院关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》,法发〔2016〕34号,2016年12月30日发布。

<sup>⑭</sup> 上海市第一中级人民法院(2013)沪一中民认(外仲)字第2号。

在建造合同中的权利义务转让给另行成立的境外全资单船公司。申请人诉称,涉案合同当事人均为中国境内法人,船舶建造在中国境内进行,与合同相关的法律事实均在中国境内发生,该合同并不具有涉外因素,故申请确认涉案合同中的仲裁条款无效。两被申请人共同辩称,合同约定其效力和解释应受英国法律管辖和解释,仲裁协议效力应根据英国仲裁法认定,涉案合同存在涉外因素,请求确认涉案仲裁协议有效。上海海事法院审理后认为,涉案合同为国际船舶建造合同,船舶的建造、交接、入级和加入船旗国等内容均与境外有多个连接点,尤其是加入马绍尔群岛船旗国,须以在马绍尔群岛设立公司为前提条件。合同也明确买方须在卖方交船前在境外成立单船公司,以接收涉案船舶。以上要素足以认定涉案纠纷属于我国法律规定的“可以认定为涉外民事案件的其他情形”,为涉外民事关系。根据英国法律认定仲裁协议的效力的规定,本案各方当事人就涉案仲裁达成了书面的、意思明确的仲裁协议,各方均应以诚实信用对待自行达成的协议。在申请人未提交任何证据以证明涉案仲裁协议存在侵害社会公共利益,或存在其他可致该协议无效情形的情况下,涉案仲裁协议应认定为有效。<sup>⑮</sup>

## (二) 临时仲裁问题

当前,很多境外常设仲裁机构都为临时仲裁提供行政管理服务,包括指定仲裁员、提供仲裁场所等。这些仲裁机构进入我国之后,能否在我国境内为临时仲裁提供此类服务?

最高人民法院 2016 年发布的《关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》规定:“在自贸试验区内注册的企业相互之间约定在内地特定地点、按照特定仲裁规则、由特定人员对有关争议进行仲裁的,可以认定该仲裁协议有效。人民法院认为该仲裁协议无效的,应报请上一级法院进行审查。上级法院同意下级法院意见的,应将其审查意见层报最高人民法院,待最高人民法院答复后作出裁定。”2019 年最高人民法院《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》第 6 条进一步规定:“支持上海建设成为亚太仲裁中心。支持新片区仲裁制度改革创新,支持经登记备案的境外仲裁机构在新片区就国际商事、海事、投资等领域发生的民商事纠纷开展仲裁业务。依法支持和保障中外当事人在仲裁前和仲裁中的财产保全、证据保全、行为保全等临时措施的申请和执行,依法对仲裁裁决进行司法审查,支持上海打造成为亚太仲裁中心。支持新片区内注册的企业之间约定在特定地点、按照特定仲裁规则、由特定人员对有关争议进行仲裁。”上述规定为我国境内采取临时仲裁打开一条口子。<sup>⑯</sup>我们认为,境外仲裁机构进入我国之后,可以在新片区内从事临时仲裁的管理业务,但其所管理的临时仲裁的范围仍然值得进一步研究,是否不得与“中国法律事务”相关?还是仅限于“涉外案件”的仲裁?根据本文上文所述理由,我们认为,也应当以后者为准。

<sup>⑮</sup> 上海海事法院(2017)沪72民特181号裁定书。

<sup>⑯</sup> 张维:《首例跨自贸区临时仲裁案例落地》,载中国国际贸易促进委员会官网, [http://www.legaldaily.com.cn/Finance\\_and\\_Economics/content/2018-04/23/content\\_7527508.htm](http://www.legaldaily.com.cn/Finance_and_Economics/content/2018-04/23/content_7527508.htm),最后访问时间:2021年8月20日。

### （三）境外仲裁机构准入后的管理问题

目前已有国际商会仲裁院、香港国际仲裁中心、新加坡国际仲裁中心和韩国大韩商事仲裁院等多家境外仲裁机构已在上海自贸区设置了代表处,但就其性质而言,仅为境外非政府组织的常设代表处,不具有法人资格,不能从事营业性活动。它们的业务范围均不包括直接提供仲裁服务,更多的是帮助中国企业了解仲裁机构的相关信息、和境内单位合作提供培训、交流活动。从管理角度来看,目前已在我国境内入驻的境外仲裁机构都要遵守《境外非政府组织境内活动管理法》。该法对代表机构的活动做出了较为严格的限制,这些限制虽然使得该法没有直接禁止代表机构提供仲裁服务,但实际上使得各代表处根本无法开展仲裁服务。

首先,《境外非政府组织境内活动管理法》对代表机构开展活动报备做出了严格的规定。该法第十九条规定:境外非政府组织代表机构应当于每年12月31日前将包含项目实施、资金使用等内容的下一年度活动计划报业务主管单位,业务主管单位同意后十日内报登记管理机关备案。特殊情况下需要调整活动计划的,应当及时向登记管理机关备案。对仲裁机构而言,其无法预料当事人何时会向机构提交案件申请,因此实际上是无法在上一年度将相应仲裁活动放在下一年度活动计划进行报备审批的。

其次,在资金问题上,仲裁机构受理案件均会收取相应费用。而按照《NGO管理法》第二十一条规定,境外非政府组织在中国境内活动资金包括:(1)境外合法来源的资金;(2)中国境内的银行存款利息;(3)中国境内合法取得的其他资金。境外非政府组织在中国境内活动不得取得或者使用前款规定以外的资金。境外非政府组织及其代表机构不得在中国境内进行募捐。因此,按照该法,代表机构不能收取任何费用,这也使得仲裁管理工作无法开展。

## 五、境外仲裁机构境内仲裁裁决的性质

如前文所述,由于我国立法的“仲裁机构标准”与《纽约公约》以及大多数《纽约公约》成员国采用的“裁决作出地”标准的区别,境外仲裁机构境内仲裁裁决的性质判断时常陷入困境。本节对我国司法实践以及学术界对这个问题的观点进行分析,可以看出“仲裁地标准”逐渐成为一种共识和趋势,而在适用“仲裁地标准”的时候,仲裁地的认定又将成为一个重要的问题。

### （一）我国司法实践的观点

在国际商事仲裁全球化发展的趋势之下,虽然我国立法并未明确提及外国仲裁机构在中国内地作出仲裁裁决的合法性,但实践中已经出现很多案件,由当事人选择由某一外国仲裁机构或者由该仲裁机构指定在中国境内进行仲裁。2013年3月最高人民法院作出的《关于申请人安徽省龙利得包装印刷有限公司与被申请人BP Agnati S.R.L.申请

确认仲裁协议效力案的复函》,<sup>①⑦</sup> 认可选择国际商会仲裁院仲裁、管辖地为上海的仲裁协议有效。这意味着最高院认可国际商会仲裁院等境外仲裁机构,可以将中国内地作为仲裁地进行仲裁。由此带来的法律问题是:对于外国仲裁机构(比如 ICC)在中国内地作出的仲裁裁决,中国法院如何应对?这类仲裁裁决是“内国裁决”还是“外国裁决”?中国法院能否撤销?能否依据《纽约公约》承认和执行?我国法院在司法实践中选择了以下几种解决方式:

其一、境外仲裁机构境内裁决的性质为外国裁决,依据《纽约公约》申请承认与执行。2004年山西天利公司与香港伟贸公司申请承认和执行 ICC 裁决案中,当事人约定所有与合同有关的争议都应在香港提起仲裁并依照国际商会规则和英国法来进行。最高人民法院在针对此案的复函中指出“本案所涉裁决是国际商会仲裁院根据当事人之间达成的仲裁协议及申请作出的一份机构仲裁裁决,由于国际商会仲裁院系在法国设立的仲裁机构,而我国和法国均为《承认及执行外国仲裁裁决公约》的成员国,因此审查本案裁决的承认和执行,应适用该公约的规定,而不应适用《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互承认和执行仲裁裁决的安排》的规定。”<sup>①⑧</sup> 可见,最高院认为 ICC 仲裁院在香港作出的裁决为法国裁决,因为 ICC 仲裁院总部的所在地在法国,所以应适用《纽约公约》。此判例作出后,受到了来自学界的质疑,因其采用的仲裁机构所在地标准有悖于国际商事仲裁的一般立法与实践。

其二、境外仲裁机构境内裁决的性质为“非内国裁决”,依据《纽约公约》申请承认与执行。典型的案例为 2006 年德国旭普林公司与无锡沃可公司申请承认和执行 ICC 裁决案。该案中,德国旭普林公司与无锡沃可公司签订建筑工程合同,约定适用 ICC 规则在上海进行仲裁。国际商会仲裁院于 2004 年 3 月 30 日作出了对沃可公司不利的仲裁裁决。经过沃可公司申请,合同中的仲裁条款被裁定无效,国际商会仲裁院的裁决也被江苏省无锡市中级人民法院判定不予承认和执行。

本案中,当事双方约定仲裁适用 ICC 规则,但却将仲裁地约定在了中国上海。如果按照中国国内立法采取的仲裁机构所在地标准,该案的裁决属于法国裁决。但是无锡市中级人民法院经审理认为:“……本案被申请承认和执行的仲裁裁决系国际商会仲裁院作出,通过其总部秘书处盖章确认,应被视为非内国裁决。”<sup>①⑨</sup> 由此可见,在司法实践中,《民事诉讼法》的规定不是法院判断裁决国籍的当然依据。无锡市中院没有以我国国内立法为依据判定裁决的国籍,而是采用“非内国裁决”标准判断 ICC 在上海作出的仲裁裁决,并最终适用了《纽约公约》不予承认和执行仲裁裁决。此外,2009 年 4 月 22 日浙江省宁波市中级人民法院在德高钢铁和宁波工艺品公司案中做出了相似的裁定,认为

<sup>①⑦</sup> 《最高人民法院关于申请人安徽省龙利得包装印刷有限公司与被申请人 BP Agnati S.R.L 申请确认仲裁协议效力案的请示的复函》, [2013]民四他字第 13 号, 2014 年 3 月 25 日发布。

<sup>①⑧</sup> 《最高人民法院在不予执行国际商会仲裁院 10334/AMW/BWD/TE 最终裁决一案的复函》, [2004]民四他字第 6 号, 2004 年 7 月 5 日发布。

<sup>①⑨</sup> 江苏省无锡市中级人民法院(2004)锡民三仲 1 号裁定书。

ICC 在中国内地作出的仲裁裁决属于非内国仲裁裁决。

一方面,中国法院如果依据《纽约公约》规定的仲裁地标准进行裁判,就直接违背了国内立法的规定;另一方面,如果直接适用国内立法的标准,将 ICC 在中国境内作出的裁决判定为外国裁决又极为不妥。出于这种考虑,中国法院才提出了“非内国裁决”这一概念,力图在国内立法和《纽约公约》之间取得妥协。然而正如上所说,因为中国在参加《纽约公约》时提出的“互惠保留”,导致中国实际上排除了“非内国裁决”标准的适用。那么中国法院在裁决中提出“非内国裁决”的说法,显然有违中国对《纽约公约》的保留。

其三、境外仲裁机构境内裁决的性质为涉外仲裁裁决,《民事诉讼法》第 274 条申请承认与执行。2020 年布兰特伍德公司申请承认和执行 ICC 裁决案中,仲裁协议约定合同争议提交 ICC 仲裁,仲裁地为项目所在地。广州市中级人民法院裁定,仲裁条款所称的项目所在地为中国广州市,本案为境外仲裁机构在中国内地的仲裁裁决,可以视为中国涉外仲裁裁决。<sup>②</sup> 本案中广州中院事实上是以仲裁地标准判断仲裁裁决的性质的。

2009 年最高人民法院发布的《关于香港仲裁裁决在内地执行的有关问题的通知》明确了 ICC 等仲裁机构在香港所作出的仲裁裁决适用《安排》,而非适用《纽约公约》。<sup>③</sup> 可见,最高人民法院在此司法解释中修正了“山西天利公司案”中按照“仲裁机构标准”把以香港为仲裁地的 ICC 仲裁裁决简单等同于法国裁决的做法,而依照“仲裁地标准”其应当被认为是香港裁决。这表明了我国司法实践采纳仲裁地标准认定涉外仲裁裁决国籍的动向,有利于同国际普遍认可的标准相统一。

## (二) 学术界的观点

目前对于 ICC 等境外仲裁机构适用其仲裁规则在中国内地所做的仲裁裁决之性质,中国学术界有不同观点:<sup>④</sup>

### 1. 视为“非内国裁决”

赵秀文教授认为,ICC 国际仲裁院适用《ICC 国际仲裁院仲裁规则》在我国境内作出的仲裁裁决,对于当事人请求承认与执行该仲裁裁决的我国法院而言,既不是我国仲裁裁决,也不是外国仲裁裁决,而是《纽约公约》项下的“非内国裁决”;<sup>⑤</sup> 而且赵教授认为:“我国加入《纽约公约》时所作的‘互惠保留’声明不能作为不适用《纽约公约》的理由,因为从《纽约公约》本身的措辞看,它既适用于外国仲裁裁决的承认与执行,也适用于非内国裁决的承认与执行。”<sup>⑥</sup>

<sup>②</sup> 广东省广州市中级人民法院(2015)穗中法民四初 62 号裁定书。

<sup>③</sup> 《最高人民法院关于香港仲裁裁决在内地执行的有关问题的通知》(法〔2009〕415 号)规定:“当事人向人民法院申请执行在香港特别行政区做出的临时仲裁裁决、国际商会仲裁院等国外仲裁机构在香港特别行政区作出的仲裁裁决的,人民法院应当按照《安排》的规定进行审查。不存在《安排》第七条规定的情形的,该仲裁裁决可以在内地得到执行。”

<sup>④</sup> 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。

<sup>⑤</sup> 赵秀文:《从相关案例看 ICC 仲裁院裁决在我国的承认与执行》,载《法学》2010 年第 3 期,第 66-77 页。

<sup>⑥</sup> 赵秀文:《国际商事仲裁现代化研究》,法律出版社 2010 年版,第 79、86、291、49 页,第 67-81 页。

黄亚英教授认为,国际商会仲裁院或其他外国仲裁机构在中国境内作出的裁决不属于我国仲裁机构作出的裁决,故既不能对其适用我国《民事诉讼法》第 217 条和《仲裁法》第 62、63 条规定,也不能适用《民事诉讼法》第 259、260 条的规定;其次,又因该裁决在中国境内作出,显然不属于在外国作出的裁决,使中国法院无法依《纽约公约》适用于此类裁决。在这种特殊情况下,他认为:“应根据我国《民事诉讼法》的规定和《纽约公约》的第 2 项标准即非内国裁决标准,将《纽约公约》适用于该种裁决在我国的承认和执行。”<sup>②⑤</sup>

刘晓红教授也认为,将此类裁决性质认定为“非内国裁决”是符合《纽约公约》本身规定的。<sup>②⑥</sup>

宋连斌教授认为,根据国际商事仲裁的一般理论和实践,适用《ICC 国际仲裁院仲裁规则》在我国内地所作的仲裁裁决既不是“外国仲裁裁决”,也不是我国法律所认定的“国内仲裁裁决”;若向我国法院寻求此类仲裁裁决的承认和执行,我国法院可以将其认定为“非内国裁决”并按照《纽约公约》的规定予以处理;在我国相关法律完善以前,只能依赖法院对《纽约公约》的规定作扩大解释,将外国仲裁机构在我国境内作出的仲裁裁决纳入《纽约公约》的适用范围,这种做法体现了我国支持仲裁的政策,有利于树立我国的仲裁形象。<sup>②⑦</sup>

高薇博士认为,解决这一难题的根本途径是修改我国法律中的相关规定,采纳“仲裁地标准”。在目前情况下,可以通过适用我国以往实践及一些立法中所采用的“条约优于国内法”的原则来解决国内法与条约的冲突,并严格依据《纽约公约》的规定对外国裁决进行识别,具体表现为:第一,在外国领土上作出的仲裁裁决为外国裁决,裁决被视为在仲裁地而非仲裁机构所在地(除非二者重合)作出;第二,外国仲裁机构在我国作出的裁决,并非我国裁决,但可以被认定为《纽约公约》项下的“非内国裁决”;第三,我国仲裁机构在外国作出的裁决,应依据《纽约公约》将其认定为外国仲裁裁决,我国法院不应行使监督权。<sup>②⑧</sup>

## 2. 视为“涉外仲裁裁决”

陈力教授认为,将 ICC 国际仲裁院在我国作出仲裁裁决定性为《纽约公约》项下的“非内国裁决”既与我国秉持的仲裁理念不符,也面临现实的法律障碍。而将 ICC 国际仲裁院在我国作出之仲裁裁决定性为“涉外仲裁裁决”是在现行仲裁法律框架下既不违反我国承担的国际法义务又是修法成本最小、最符合我国仲裁理念的适当选择。<sup>②⑨</sup>

<sup>②⑤</sup> 黄亚英:《外国仲裁裁决论析——基于〈纽约公约〉及中国实践的视角》,载《现代法学》2007 年第 1 期,第 124-131 页。

<sup>②⑥</sup> 刘晓红:《非内国仲裁裁决的理论及实证论析》,载《法学杂志》2013 年第 5 期,第 77-87 页。

<sup>②⑦</sup> 宋连斌、董海洲:《国际商会仲裁裁决国籍研究——从最高人民法院的一份复函谈起》,载《北京科技大学学报(社会科学版)》2009 年第 3 期,第 46-54 页。

<sup>②⑧</sup> 高薇:《论仲裁裁决的国籍——兼论中国司法实践中的“双重标准”》,载《西北大学学报(哲学社会科学版)》2011 年 9 月,第 41 卷第 5 期,第 153-158 页。

<sup>②⑨</sup> 陈力:《ICC 国际仲裁院在我国作出仲裁裁决的承认与执行——兼论〈纽约公约〉视角下的“非内国裁决”》,载《法商研究》2010 年第 6 期,第 80-89 页。

### 3. 视为“内国仲裁裁决”

最高人民法院法官杨弘磊认为：仲裁机构所在地标准是我国内地在确定国际商事仲裁国籍方面的“独有”标准。在我国目前的立法框架下是不承认“非内国裁决”的。依据《最高人民法院关于执行我国加入的〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》，我国法院只承认与执行在另一缔约国领土内作出的仲裁裁决，在我国境内作出的仲裁裁决显然被排除在外；鉴于外国仲裁机构在我国作出的仲裁裁决也不是在我国领域外作出的，该类仲裁裁决应当按照内国仲裁裁决进行审查和执行。<sup>③①</sup>

江苏省高级人民法院法官王天红也认为：“根据我国加入《纽约公约》时所作的保留，我国只对另一缔约国领土内作出的仲裁裁决承认和执行适用公约。据此，我国是不承认非内国仲裁裁决的。外国仲裁机构在我国领土内作出的仲裁裁决既不属于《纽约公约》中的外国裁决，也不属于非内国裁决，只能认定为我国裁决。”<sup>③②</sup>

### 4. 视为“外国仲裁裁决”

CIETAC 仲裁员康明认为，在机构仲裁中，仲裁地应为仲裁机构所在地，因为机构仲裁与临时仲裁最显著的区别就在于机构仲裁活动中的程序是由仲裁机构来管理的，而仲裁机构的所在地是确定的，仲裁程序中的关键要素的发生和决定是在仲裁机构所在地进行的，如仲裁申请书的签收、仲裁费（机构管理费和仲裁员的报酬）的确定和收取、给申请人的仲裁受理通知和给被申请人的仲裁通知的发出、首席仲裁员的确定和仲裁庭的组成、案件审理范围的确认、裁决书的核阅等；因此，ICC 所作出的仲裁裁决应属于外国仲裁裁决，而非在我国境内作出的“非内国裁决”。在机构仲裁中，仲裁地应为仲裁机构所在地……国际商会的仲裁地应为法国才为妥当。<sup>③③</sup>

## （三）仲裁地的认定

我国主流学术观点和司法实践越来越倾向于以“仲裁地”作为判断仲裁裁决“国籍”的标准。<sup>③④</sup>但是对于什么是“仲裁地”，理论和实践中也有分歧。这主要是因为我国现行法中缺乏对“仲裁地”这一概念的规定，相关规定也仅仅影响仲裁协议效力的准据法。<sup>③④</sup>《征求意见稿》则对仲裁地的概念作出明确，其中第 27 条规定：“当事人可以在仲裁协议中约定仲裁地。当事人对仲裁地没有约定或者约定不明确的，以管理案件的仲裁机构所在地为仲裁地。仲裁裁决视为在仲裁地作出。”对于涉外仲裁的仲裁地，《征求意见稿》第 91 条的规定和《国际商事仲裁示范法》保持一致：仲裁地首先依照当事人

③① 杨弘磊：《中国内地司法实践视角下的〈纽约公约〉问题研究》，中国政法大学博士学位论文，2006年。

③② 王天红：《论国际商事仲裁裁决国籍的确定》，载《人民司法》2006年第9期，第36页。

③③ 康明：《我国商事仲裁服务市场对外开放问题初探》，载《仲裁与法律》2003年第6期，第57页。

③④ 高晓力：《司法应依仲裁地而非仲裁机构所在地确定仲裁裁决籍属》，载《人民司法》2017年第20期，第68页。

③④ 《最高人民法院关于适用仲裁法若干问题的解释》（法释〔2006〕7号）第16条规定：“对涉外仲裁协议的效力审查，适用当事人约定的法律；当事人没有约定适用的法律但约定了仲裁地的，适用仲裁地法律；没有约定适用的法律也没有约定仲裁地或者仲裁地约定不明的，适用法院地法律。”

《涉外民事关系法律适用法》第18条规定：“当事人可以协议选择仲裁协议适用的法律。当事人没有选择的，适用仲裁机构所在地法律或者仲裁地法律。”

约定;未约定或约定不明的情况下由仲裁庭裁决。<sup>⑤</sup>

以仲裁地标准确认仲裁裁决的国籍对境外仲裁机构的准入影响巨大。因为按照现行法的“仲裁机构标准”,境外仲裁机构在我国境内的仲裁裁决只能被认定为外国裁决。同样以我国为仲裁地进行裁决,却对境外仲裁机构和我国仲裁机构的司法审查适用不同的标准,这违背了国民待遇的要求。在《仲裁法》的修订生效以后,由于境外仲裁机构的业务范围被限定在涉外仲裁案件之内,因此其仲裁地的认定会直接依照《征求意见稿》第91条,如果仲裁地位于我国境内则仲裁裁决的性质应当为国内裁决。<sup>⑥</sup>

对于仲裁地的认定,应当将其理解为一个法律意义的地点,该地点不一定是仲裁庭实际开庭的地点、合议的地点或者作出裁决的地点。因此仲裁地的认定需要与以下相似概念区分:

1. 仲裁开庭地(The Place of Hearings and Meetings)。一般与前述仲裁裁决地保持一致,但不尽然,有时会在仲裁机构所在地(The Legal Domicile of an Arbitral Tribunal);有时会在当事人、证人及/或仲裁庭方便的任何地方,包括通过现代通讯设备,如可视电话、录像设备等进行开庭的地点等等各种情况。该地点是灵活的,在法律上并没有决定意义。

2. 仲裁庭合议地(The Place of Deliberations among the Arbitrators)。一般也与前述仲裁裁决地保持一致;各地点不一致时,有时也会在仲裁开庭地;有时也会在仲裁机构所在地;所有仲裁员会在同一住所时,在仲裁员住所地;当事人住所地一致时,在当事人住所地;仲裁员之间通过电子邮件、电话确认等现代化方式进行合议时的地点等等。该地点也是灵活的,在法律上也并没有真实意义。

## 六、结论与建议

《纽约公约》是以裁决地作为区分本国裁决和外国裁决的主要标准,而国内立法则是以仲裁机构是否在中国境内来区分本国裁决和外国裁决。法律体系上的不统一,势必导致适用时的不确定和混乱。《征求意见稿》采纳了“仲裁地标准”仲裁裁决的国籍,

<sup>⑤</sup> 《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》第91条规定:“当事人没有约定仲裁地或者约定不明确的,由仲裁庭根据案件情况确定仲裁地。”

1985《联合国国际商事仲裁示范法》第20条规定:“(1)当事人可以自由约定仲裁的地点。未达成此种约定的,由仲裁庭考虑到案件的情况,包括当事人的便利,确定仲裁地点。(2)虽有本条第(1)款的规定,为在仲裁庭成员之间进行磋商,为听取证人、专家或当事人的意见,或者为检查货物、其他财产或文件,除非当事人另有约定,仲裁庭可以在其认为适当的任何地点会晤。”

<sup>⑥</sup> 《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》第77条规定:“当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的,可以向仲裁地的中级人民法院申请撤销裁决……”

《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》第87条规定:“在中华人民共和国领域外作出的仲裁裁决,需要人民法院承认和执行的……”

《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》第27条规定:“仲裁裁决视为在仲裁地作出。”

结合上述规定,可以看出《征求意见稿》以仲裁地为标准确定仲裁裁决的性质(域内、域外),并对应不同的司法审查标准。

但未对境外仲裁机构这一概念进行明确,留下了立法空缺。

对于境外仲裁机构的准入,目前迫切需要解决的问题是规定境外仲裁机构的认定方式并明确其业务范围。境外仲裁机构依照其设立地认定,这一点并无大的争议。

为了真正实现境内外仲裁机构的公平竞争,应当逐步把境外仲裁机构纳入《仲裁法》的管理范围之内。由于我国现行《仲裁法》的规定并未考虑境外仲裁机构,为保障境外仲裁机构在我国境内活动的正常化,一方面应对《仲裁法》中规定较为严格的“仲裁委员会”概念进行扩大化,另一方面在仲裁裁决国籍的认定上,应抛弃现有的“仲裁机构所在地”标准,引入仲裁地概念作为判断仲裁裁决国籍的标准。对《民事诉讼法》第二百八十三条应进行修改,将“国外仲裁机构裁决”改为“外国仲裁裁决”,避免以仲裁机构本身国籍来判断仲裁裁决的国籍。《仲裁法》第五十八条也应进行相应修改,将“仲裁委员会所在地的中级人民法院”改为“仲裁地法院”,以确立仲裁地概念。

此外,为了真正将上海打造成为面向全球的亚太仲裁中心和争端解决中心,吸引境外仲裁机构入驻并不是最为紧要的措施。真正紧迫的是从法律顶层进行整体设计,改善国内营商环境,为外国当事人提供最为优质的司法保障。上海与伦敦、新加坡、迪拜、香港不同,上海坐拥中国这个世界最大的争端解决市场,只要法律环境改善了,境外仲裁机构自然会蜂拥而至,不需要特意地去“吸引”。在现阶段,我国法律允许的境外机构准入只能是以案件管理办公室的形式,上海应当关注的是业务范围准入的方式,吸引境外仲裁机构将仲裁地设在上海提供服务,并更多地任用中国籍仲裁员。

上海面临的最大问题是法律授权不足。由于我国是一个法制统一的国家,全国各地发展水平不一致,上海所需要的法律环境与其他地区有所不同。尤其是在仲裁这个高度细分化、高度国际化的领域,上海自贸区所需要的仲裁立法与国内其他地区也有所不同。试图通过《仲裁法》的修订一步到位满足上海等国际化城市的需要是不现实的,因为《仲裁法》同样要关注内地广大地区的需求。2021年7月,中共中央和国务院公布了《关于支持浦东新区高水平改革开放打造社会主义现代化建设引领区的意见》,其中提出要“加强商事争端等领域与国际通行规则接轨。<sup>③7</sup>允许境外服务提供商在满足境内监管要求条件下,以跨境交付或自然人移动的方式提供更多跨境专业服务。”该《意见》尤其提出“比照经济特区法规,授权上海市人民代表大会及其常务委员会立足浦东改革创新实践需要,遵循宪法规定以及法律和行政法规基本原则,制定法规,可以对法律、行政法规、部门规章等作变通规定,在浦东实施。对暂无法律法规或明确规定的领域,支持浦东先行制定相关管理措施,按程序报备实施,探索形成的好经验好做法适时以法规规章等形式固化下来。本意见提出的各项改革措施,凡涉及调整适用现行法律和行政法规的,按法定程序办理。”这是对上海最大的支持。只要上海用好用足立法授权,就一定能让上海自贸区更灵活地参与全球竞争,完成国家交给上海自贸区的光荣历史使命。

<sup>③7</sup> 《关于支持浦东新区高水平改革开放打造社会主义现代化建设引领区的意见》,载中华人民共和国中央人民政府官网,[http://www.gov.cn/zhengce/2021-07/15/content\\_5625279.htm](http://www.gov.cn/zhengce/2021-07/15/content_5625279.htm),最后访问时间:2021年8月20日。

**Abstract:** The access of overseas arbitration institutions involves the overall opening up of China's service trade to the outside world. To solve this problem, it is necessary to reform the Arbitration Law to determine the nationality of the arbitration institution according to the establishment standard and to determine the nationality of arbitration award according to the arbitration place. The Special Administrative Measures for Access of Foreign Investment ( Negative List ) should also be modified in order to allow foreign arbitration institutions to engage in Chinese legal affairs under certain conditions. Allowing overseas arbitration institutions to manage arbitration in China is conducive to providing convenience for Chinese parties, reducing costs. In order to build an international dispute settlement center in Shanghai we need to improve the international influence of Chinese law. It is more important to create a more convenient legal environment, provide a fair judicial system for domestic and foreign legal providers and the parties concerned.

**Keywords:** arbitration institution; market access; Arbitration Law; Place of Arbitration

---

---

( 责任编辑: 谭 剑 )

# 重建常态化 WTO 上诉机构： 以《多方临时上诉仲裁安排》实施为契机

宋歌\*

---

**内容提要** 美国持续阻挠世界贸易组织上诉机构法官遴选,致使其深陷“停摆”僵局之中。为应对这一全球经贸治理困境,且保证两审终审及有约束力的裁决能够有效执行,中国联合欧盟等世界贸易组织成员积极推动构建《多方临时上诉仲裁安排》。《多方临时上诉仲裁安排》基于《关于争端解决规则与程序的谅解》第 25 条设计,将争端解决的两种途径——上诉与仲裁结合在一起,实现了制度上的创新与发展。通过设置高效的制度性举措,不仅为上诉仲裁案件的裁决提供具体细化规则,而且对未来上诉机构的改革勇作尝试。我国积极推动构建并实施上诉仲裁机制,彰显了恢复多边贸易体制的信心与决心。一方面,在寻求长远解决危机的同时,通过该机制解决 WTO 当前所面临的上诉难问题;另一方面,以上诉仲裁安排为契机,未来各国间的合作更加密切,重建常态化 WTO 上诉机构已迈上快车道。

**关键词** WTO 上诉机构 《多方临时上诉仲裁安排》 多边贸易体制

---

## 引言

世界贸易组织(WTO)上诉机构作为专门审理上诉案件的常设机构,被视为 WTO 体系中负责裁决贸易争端的“最高法院”。其运行的二十多年来,作为国际争端解决的终局裁判者,对维系多边贸易体制发展发挥了重要作用。<sup>①</sup>然而,当前上诉机构却遭遇着严重的生存危机。依据《关于争端解决规则与程序的谅解》(DSU)第 17 条的规定,如存在上诉机构法官空缺情况,应由全部 WTO 成员以协商一致的方式予以任命。但自美国总统特朗普上任以来,美国对“一票否决权”的行使愈发频繁,直接阻挠上诉法官的任命。2019 年 12 月,上诉机构法官因成员不足三人而陷入“停摆”僵局之中。直到 2020 年 11 月,随着最后一位中国籍法官赵宏的任期结束,上诉机构彻底沦为“真空”状态。美国新任总统拜登也不急于解决上届特朗普政府造成的 WTO 上诉机构停摆问题,致使争端解决机制结构性危机加剧。

---

\* 宋歌,西北政法大学国际法研究中心助理研究员。

① WTO 官方统计表明,自上诉机构成立至今,共发布了专家组报告 306 份,其中上诉机构报告为 203 份,上诉率高达 66%。

为了弥补因上诉机构“停摆”所带来的系统性后果,中国和欧盟等部分 WTO 成员积极探寻解决危机的方法,并依据 DSU 第 25 条对上诉程序进行变通设计,为其提供了另外一种渠道,设想了在多边贸易体系中选择“上诉仲裁”方式来解决争端。这一规定成为临时上诉仲裁的基础,将该机制作为上诉的替代方式,并以此达成《多方临时上诉仲裁安排》(Multi-party Interim Appeal Arrangement, MPIA)。这意味着临时上诉替代方案从早期倡议步入具体实践。<sup>②</sup>

MPIA 设计秉承着 WTO 争端解决机制的两大核心特点——两审终审并确保有约束力的上诉裁决能够执行,以此坚定维护多边贸易体系规则。同时基于 DSU 第 25 条设计,将争端解决机制的两种途径——上诉和仲裁这两类相异的争端解决方式结合起来,体现了特殊形势下的创新性发展。本文将基于 MPIA 的实施视角展开,论证其作为创新性举措能否为 WTO 上诉机构的改革助力,并对 WTO 上诉机构的未来加以展望。

## 一、WTO 上诉机构危机下的《多方临时上诉仲裁安排》改革

### (一) WTO 上诉机构陷入“停摆”僵局

美方早在 2016 年以不满韩国籍上诉机构法官张胜和参与的某些争端裁决结果为由,直接否决其连任资格,在 2017 年特朗普上任后,愈发频繁动用“一票否决权”来行使特权。<sup>③</sup>美国声称其阻止上诉机构成员的任命具有正当理由,认为上诉机构长期违反世贸组织成员制定的规则并破坏 WTO 成员国的整体利益,对后续法官直接以“离任法官未经争端解决实体(DSB)批准继续审理上诉案件”为由,持续阻挠遴选工作开展。<sup>④</sup>根据 DSU 第 17.1 条“上诉机构成员不得少于三人”的规定,因离任法官不能得到及时有效的增补使其不得已陷入“停摆”僵局之中,随着 2020 年最后一名中国籍上诉法官的任期结束,标志着上诉机构彻底陷入“真空”状态。

面对当前危机不仅是上诉机构,甚至整个 WTO 争端解决机制都将会面临无法全面运作从而导致整体陷入困境的紧张局势。<sup>⑤</sup>

### (二) 多方试图挽救危机

为了尽快打破上诉机构“停摆”危机,中国、欧盟、加拿大等世贸成员多次提出改革倡议和提案,积极对美国提出的质疑作出回应,但均被美国以未能触及其“核心诉求”为由予以拒绝,美国的极力阻挠成为上诉机构改革的最大阻力。

从客观方面来说,上诉机构的危机因美国而起,改革主张也主要取决于美国的政治

<sup>②</sup> 杨国华:《WTO 上诉仲裁机制的建立》,载《上海对外经贸大学学报》2020 年第 6 期,第 32 页。

<sup>③</sup> 自 2017 年至 2019 年,上诉机构成员选任议题在 WTO 争端解决机构(DSB)会议上已被连续讨论数次,均因美国的阻挠未能达成一致意见。

<sup>④</sup> United States Trade Representative, *Report on the Appellate Body of the The World Trade Organization*, [https://ustr.gov/sites/default/files/Report on the Appellate Body of the World Trade Organization.pdf](https://ustr.gov/sites/default/files/Report%20on%20the%20Appellate%20Body%20of%20the%20World%20Trade%20Organization.pdf), last visited Jun. 16, 2021.

<sup>⑤</sup> 张乃根:《关于 WTO 未来的若干国际法问题》,载《国际法研究》2020 年第 5 期,第 14 页。

意愿。即使 WTO 成员国基于美方诉求提出了种种针对上诉机构的改革意见,但均遭美国的全盘否决。美国不愿也不会同意各项程序性改革提案,因此上诉机构目前所面临的僵局很难通过此种方式破除。归根结底,美国只会对有利于其自身的规则体系表示认可和赞同。从本质来看,美国在建立相关组织和规则时,如果不能达到其所期望的预期或者阻碍了美国目标的实现,美国便会试图作出对其有利的改变。若 WTO 争端解决机制不能向着美国的预期方向做出改变,美国绝不会妥协。这也进一步表明,美国在短期内并不会致力于恢复上诉机构正常运行,反而是想以上诉机构停摆为契机,为其今后提出更为强势、更符合其自身利益的改革方案创造条件。美国此种政治化行为同时导致了 WTO 争端解决机制深陷困境,如果 WTO 成员方有上诉的权利但却没有上诉机构进行审理的话,败诉方就可以通过提出上诉的通知来妨碍专家组报告的通过,<sup>⑥</sup> 排除了报告的约束力进而使得争端无法得到及时解决,<sup>⑦</sup> 最终进一步恶化多边贸易体制的发展。

### (三) 可行应对提案——《多方临时上诉仲裁安排》

为挽救争端解决机制的颓势,世贸成员国间开始寻求替代性解决方案。在 2020 年召开的达沃斯世界经济论坛中,中国、欧盟等 17 个 WTO 成员贸易部长联合发表声明,以 DSU 第 25 条为依据设立《多方临时上诉仲裁安排》机制,以此解决上诉机构停摆期间的争端案件。<sup>⑧</sup> 3 月 27 日, 16 个成员贸易部长再次发表声明,宣布正式加入 MPIA,<sup>⑨</sup> 并强调该机制的临时性,表明上诉机构一旦恢复运行, MPIA 则终止其效力。同时这项安排是开放的,随时欢迎任何 WTO 成员加入。4 月 30 日, 19 个成员向 WTO 通报 MPIA,<sup>⑩</sup> 随后又新加入四个成员国。<sup>⑪</sup> 同时于 7 月 31 日就仲裁员名单达成一致,成功组建了 10 人的仲裁员库。参与方成员明确表示将依据 DSU 第 25 条以及根据该条款商定的上诉仲裁程序规则解决成员间的上诉贸易争端,坚定地维护以规则为基础的多边贸易体系。<sup>⑫</sup>

## 二、《多方临时上诉仲裁安排》的内容及目标

### (一) MPIA 的主要内容

MPIA 由正文和两个附件组成。正文为《DSU 第 25 条多方临时上诉仲裁安排》,主

<sup>⑥</sup> 上诉机构停摆时共有 14 个案件处于上诉阶段。上诉机构停摆后,审结了已经举行过听证会的四个案件(DS435、DS441、DS499、DS505)。其余 10 个案件的专家组报告被无限期搁置。

<sup>⑦</sup> 上诉机构停摆后共发布了 4 个专家组报告(DS567、DS494、DS533、DS543),其中败诉方都提起了上诉。未来几年还会有许多专家组报告公布,极有可能面临被上诉而无限期被搁置的风险。

<sup>⑧</sup> 参与 MPIA 的 17 个 WTO 成员分别是:中国、欧盟、加拿大、韩国、巴西、新加坡、澳大利亚、智利、哥斯达黎加、危地马拉、墨西哥、哥伦比亚、新西兰、挪威、巴拿马、瑞士和乌拉圭。

<sup>⑨</sup> 韩国、巴拿马宣布退出,中国香港随后加入。

<sup>⑩</sup> 参与 MPIA 的 19 个 WTO 成员是在上述 16 个成员基础上,增加了冰岛、巴基斯坦和乌克兰。

<sup>⑪</sup> 尼加拉瓜、厄瓜多尔、贝宁和黑山宣布加入 MPIA。

<sup>⑫</sup> 卢先堃:《有关 WTO “多方临时上诉仲裁安排”的几点值得关注的信息》,载“卢先堃”微信公众号,最后访问时间:2021 年 7 月 16 日。

要由立场声明和具体安排两部分组成。立场声明共 9 项,强调上诉程序必须为争端解决机制的重要组成部分。具体安排则更加综合全面,15 项条款主要分为一般规定、仲裁程序、仲裁员和杂项四个部分。在一般规定中表明,如若上诉机构面临持续危机,参与方则将援引第 25 条作为替代第 16.4 款和第 17 条的上诉仲裁依据。<sup>⑬</sup> 此处规定明确了参与方的选择,即用上诉仲裁方式替代常规上诉审议程序。然后又规定上诉仲裁程序以 DSU 第 17 条为参考依据,明确了上诉仲裁与常规上诉程序之间的关系。作为基于 DSU 第 25 条仲裁的上诉替代,既保留了普通上诉程序的核心特征,同时提高了程序效率。

在附件一《议定仲裁程序》中共包含 19 项内容,其中主要对具体程序衔接问题作出相应规定,并对参与方在特定争端中将会达成仲裁协议提供示范文本。<sup>⑭</sup> 首先,在参照上诉方面,与传统 WTO 上诉程序大致相同,但对于仲裁员库组成、案件审理范围和仲裁作出期限等程序规则又作出一定的突破。其次,在程序改进方面,明确裁决时限,且仲裁员可对具体措施同当事方商询遵守的期限,仲裁员享有可排除部分上诉事项的权利等,特别是对事实已经进行客观评估的专家组报告。这也是上诉仲裁程序的改进之处。最后,在程序细节方面,例如在具体争端中对仲裁员的选择可在基于上诉机构相关程序上进行灵活变通,专家组可将程序记录转交仲裁员等。

对于仲裁员库的选任由附件二规定。附件二《仲裁员库》中共包含 6 项内容,主要对仲裁员的选任作出细致规定,规定自文件通报争端解决机构,参与成员将立即启动组成程序。<sup>⑮</sup> 每个参与方可推荐一名候选人,候选人将参与预选程序,确保由公认权威的人员组成仲裁员库,预选程序将由预选委员会进行资格审查,由参与方经协商一致的方式予以确定。其与上诉机构“遴选委员会”的区别仅在于把最终人选的决定权留给了参与方。同时并就人选名单达成一致,成功组建 10 人仲裁员库,对参与方之间争端案件进行审理。

## (二) MPIA 的目标

建立 MPIA 的意义,不仅在于通过呼吁更多世贸成员参与进来,使更多上诉案件提前锁定 DSU 第 25 条上诉仲裁的渠道,通过此机制有效解决争端,更在于避免争端方在个案中的策略选择行为,而且预先就 DSU 第 25 条仲裁相关事宜,特别是仲裁程序提前做出周全安排,避免由于谈判细节问题影响争端的及时解决,保障 DSU 第 25 条项下快速解决争端的目的得以有效实施。就 MPIA 而言,既彰显了参与成员对多边主义的决心与支持,同时也是当下维持争端解决的最有效方式。<sup>⑯</sup> 相比在 WTO 之外“另起炉灶”或是“强行投票”,MPIA 智慧性地保全了两审终审制,最大限度的保障了 WTO 判理的权威性与稳定性。

<sup>⑬</sup> DSU 第 16 条第 4 款(“专家组报告的通过”)和第 17 条(“上诉审议”)。

<sup>⑭</sup> 世贸组织文件 JOB/DSB/1/Add.12 ANNEX 1.

<sup>⑮</sup> 世贸组织文件 JOB/DSB/1/Add.12 ANNEX 2.

<sup>⑯</sup> 高峰:《商务部网上例行新闻发布会(2020 年 6 月 18 日)》,载中华人民共和国商务部, <http://www.mofcom.gov.cn/article/ijyj/202007/20200702982115.shtml>, 最后访问时间:2021 年 7 月 16 日。

MPIA 作为各种改革提案的最优选择,在功能性填补上诉机构现存危急的同时,为参与成员提供了一个功能正常且独立的两级争端解决系统。MPIA 也将会一直运行到 WTO 上诉机构能再次发挥效力为止。在未来,在 MPIA 参与成员方发生的任何 WTO 争端中,当一方触发针对 WTO 专家报告的上诉时,都将从 MPIA 仲裁员库中随机选择三位仲裁员受理上诉案件。据悉,参与成员间已将其 4 项争端案件提交 MPIA 进行上诉仲裁,分别为: DS522 (加拿大关于商用飞机贸易一案)、DS524 (哥斯达黎加关于从墨西哥进口新鲜鳄梨一案)、DS537 (加拿大关于管理葡萄酒销售一案)、DS591 (哥伦比亚关于对比利时冷冻薯条征收反倾销税一案)。<sup>①⑦</sup>相信这些诉诸上诉仲裁的争端案件如果能够有效解决,既能在一定程度上缓解因停摆危机所带来的紧张局势,同时也会对今后 WTO 上诉机构的完善提供改革经验。

### 三、《多方临时上诉仲裁安排》的法律性质辨析

MPIA 是以 WTO 框架下的 DSU 第 25 条“仲裁”为法律基础建立的,但实际上 DSU 第 25 条并没有具体明确仲裁是否可以作为争端解决的初始选项。对此,学界对 MPIA 法律性质有着诸多争议。理解 MPIA 的重点不仅在于辨析其与 DSU 第 25 条的关系,更在于通过 DSU 第 25 条所包含的内容厘清 MPIA 与 WTO 争端解决机制的关系。

#### (一) DSU 第 25 条“仲裁”条款是否可以成为“上诉”的程序替代

对于 DSU 第 25 条“仲裁”能否作为上诉的替代程序这一问题中,DSU 作为 WTO 的“诉讼程序法”,在设立了基本原则及磋商、专家组、上诉机构和执行等程序规定之后,作为一种争端解决替代方式,在第 25 条中规定了:“迅速仲裁作为争端解决的一种替代手段,能够便利解决双方已明确界定问题的争端”。<sup>①⑧</sup>这是在文本层面表明了仲裁是可以作为一般上诉程序的“替代手段”,这个理解也符合 DSU 第 25 条的制定背景。在 WTO 争端解决机制处理了将近 600 起案件中,也仅有一起援引了 DSU 第 25 条仲裁作为审理依据——即“欧盟诉美国版权法第 110(5)节仲裁案”。<sup>①⑨</sup>在本案中不涉及实体性的争端解决,仅就具体事项达成仲裁协议。在这个唯一进行过仲裁的“孤案”中,显然与第 25 条仲裁本意不同,但不应过于狭义地理解 DSU 第 25 条的适用范围,而且第 25 条第 1

<sup>①⑦</sup> 四个提交 MPIA 的案件分别为: DS522 Canada—Measures Concerning Trade in Commercial Aircraft、DS524 Costa Rica—Measures Concerning the Importation of Fresh Avocados from Mexico、DS537 Canada—Measures Governing the Sale of Wine、DS591 Colombia—Anti-Dumping Duties on Frozen Fries from Belgium。

<sup>①⑧</sup> 第 25 条全文如下:“1、WTO 中的快速仲裁作为争端解决的一种替代手段,能够便利解决涉及有关双方已明确界定问题的争端。2、除本谅解中另有规定外,诉诸仲裁需经各方同意,且各方应议定将遵循的程序。诉诸仲裁的一致意见应在仲裁程序实际开始之前尽早通报各成员。3、只有经已同意诉诸仲裁的各方同意,其他成员方可成为仲裁程序的一方。诉讼方应同意遵守仲裁裁决。仲裁裁决应通报 DSB 和任何相关协定的理事会或委员会,任何成员均可在此类机构中提出与之相关的任何问题。4、本谅解第 21 条和第 22 条在细节上作必要修改后应适用于仲裁裁决。”

<sup>①⑨</sup> WTO: United States—Section 110(5) of the Us Copyright Act, Recourse to Arbitration Under Article 25 of The DSU, WT/Ds160/Arb25/1, Nov.9, 2001.

款的规定也初步证明了“仲裁在 WTO 框架内进行”。所以，DSU 第 25 条应被理解为在 WTO 框架内成员间达成合意即可诉诸的仲裁机制。同时这个孤案的专家组也指出，尽管普通诉讼程序在 WTO 争端解决中运用普遍，且此争端也仅就其中一小部分达成仲裁协议，但仲裁作为合理替代依据是第 25 条明确规定的。因此，DSU 第 25 条“仲裁”是可以作为争端解决中“上诉”审议的有效替代程序。

## （二）DSU 第 25 条能否成为 MPIA 上诉仲裁的合法性依据

在争议解决领域中，仲裁通常以一裁终局的方式作出，不涉及上诉问题。如上文所述，一项争端选择诉讼或仲裁，两者间往往是互斥的关系。将仲裁用作上诉，很明显不是 DSU 第 25 条的本意。但 MPIA 创造性的将诉讼和仲裁结合在一起，极具创造性地将嫁接仲裁作为临时的上诉渠道，受理参与成员间提起的上诉案件。<sup>②①</sup> MPIA 意在延续上诉程序的做法本质上是为了维持两审终审的上诉目的，尽管以仲裁形式来实现，但实质上仍是替代上诉的职责。同时通过仲裁确保迅速解决上诉机构因停摆所造成的困境，使得上诉程序得以顺利运行。

通过上文论述可知，DSU 第 25 条仲裁可适用的范围很广，对于已明确界定的具体争端事项，只要双方达成合意即可提交仲裁，包括通过 DSU 第 25 条仲裁审查对专家组裁决提出的上诉。MPIA 基本可以涵盖涉案成员间所能提出上诉的所有争端事项。因此，笔者认为，对 MPIA 的理解一方面需要厘清其独特的性质，另一方面要认识到作为临时替代上诉机制的特殊任务及使命。不过，这一独特性质暂时不会给 MPIA 的运转造成一定阻碍，也使得 DSU 第 25 条可以作为上诉仲裁的法律依据运行在争端解决的全过程之中。这种约定既完全符合迅速仲裁方式解决争端的目标，更进一步表明了 DSU 第 25 条可以作为 MPIA 上诉仲裁的法律依据。

## （三）MPIA 在 WTO 框架下的法律地位认定

### 1. MPIA 不属于 WTO 框架下的诸边协定

笔者认为，MPIA 不是《WTO 协定》附件 4 意义上的“诸边协定”。从 WTO 法的角度来看，一份文件若要成为“诸边协定”，需要满足严格的法律条件：经由一份贸易协定的 WTO 参与成员方请求，且部长级会议仅能通过“协商一致”的方式作出方可将其补充到附件 4 中成为 WTO 法意义上的“诸边协定”。<sup>②②</sup> 鉴于美方反对上诉机构的行径，部长级会议想要通过协商一致方式将 MPIA 文件纳入附件 4 当中也很难实践。<sup>②③</sup>

### 2. MPIA 不具备国际条约特性

MPIA 在结构上包括正文和两个附件。从其措辞来看，MPIA 的文件名称并不体现

<sup>②①</sup> 欧盟最早于 2019 年 5 月 16 日散发基于 DSU 第 25 条的临时上诉仲裁建议，加拿大和挪威先后与欧盟达成临时上诉仲裁安排，包括《欧盟与加拿大关于上诉仲裁的声明》及《程序附件》和《欧盟与挪威关于上诉仲裁的声明》及《程序附件》，对上诉机构危机应对起到一定的引领和示范作用。

<sup>②②</sup> 《WTO 协定》第 10 条第 9 款。

<sup>②③</sup> 张乃根：《对〈多方临时上诉仲裁安排〉（MPIA）的初步评析》，载“国际贸易法评论”微信公众号，最后访问日期：2021 年 7 月 16 日。

条约的具体特征和义务,<sup>②3</sup>而被称之为“安排”,更偏向于一种政治承诺。纵观MPIA全文可以发现在正文及附件二中并没有出现“应当”等表示法律义务的词语,而是使用“设想”、“将”等倡议性词语,虽然有共识和表态,但并没有为参与方设立法律上的义务,这两部分更多地体现为参与成员间的政治承诺。从性质上讲,更类似于国际经济合作领域中的“软法”运行机制。<sup>②4</sup>但在附件一内容中却有15个部分中出现了“应当”一词,由此为争端方创设了明确的权利和义务。看似具有一定约束力,但附件一只适用于特定争端的协定,实践中也仅对具体MPIA参与方具有约束力,其设定的法律义务不会广义地涵盖所有成员,因此也不符合条约的特性。

### 3. MPIA能够成为WTO框架下重要组成部分

首先, MPIA具有临时性特征。在序言中也多次强调这一安排的临时性质,明确表明其作为一项临时性应急举措。在MPIA正文第一条也指出,参与成员表明只有因上诉机构无法正常运行的情况下,参与成员方可援引这一安排,以有效保证争端的顺利解决。强调临时性的意义在于表示其最终目的仍是以恢复上诉机构顺利运行为首要目标。<sup>②5</sup>

其次, MPIA具有高度开放性特征。MPIA在正文第12条强调“任何世贸组织成员均被欢迎通过通知争端解决机构其联署本文件的方式,在任何时间加入MPIA”,以及在第14条中规定“参与成员可通过通知争端解决机构撤回其对本文件的联署,决定终止参加MPIA”。<sup>②6</sup>换言之, WTO的成员方可以自由选择加入或退出这项安排。若存在参与方退出的情况,参与期间的仲裁协议依旧有效,同时对退出时尚未了结的争端案件也依旧适用;对于未参与WTO成员而言, MPIA不影响其继续行使上诉的权利,只不过案件会因上诉机构的停摆而处于悬而未决的状态。MPIA建立的目的是形成一套在WTO框架内暂时履行上诉机构职责的安排,参与的成员越多越有助于其功能的发挥与目标的达成,因此MPIA对于加入的成员始终秉持开放的欢迎态度。

强调MPIA特征的意义在于, MPIA为应对上诉机构危机而生,作为替代性上诉程序满足成员的临时上诉需求。临时性和开放性的特点给予参与成员方不断实践此机制的可能性,对MPIA的发展乃至未来上诉机构的改革而言也是一种契机。虽然MPIA并非WTO传统框架下的诸边协定或是国际条约,但其基于DSU第25条制定,这既是中国、欧盟等成员达成MPIA的法律基础和前提,同时也表明MPIA可以构成WTO争端解决机制的重要组成部分,并在WTO框架下具有合法性或可行性依据,体现了DSU第25条在上诉机构停摆危机下的创新性发展。

<sup>②3</sup> 李浩培:《条约法概述》,法律出版社,2003年版,第30页。

<sup>②4</sup> Mary E. Footer, *The (Re)Turn to 'Soft Law' in Reconciling the Antinomies in WTO Law*, *Melbourne Journal of International Law*, 2010, Vol.11, No.2, 2010, pp.241-254.

<sup>②5</sup> 一旦未来上诉机构能够恢复运营,争端方将不再援引上诉仲裁,可单方决定是否上诉。届时仍在进行中的仲裁程序可继续完成,除非当事方另有约定。

<sup>②6</sup> MPIA,第12、14条。

## 四、《多方临时上诉仲裁安排》的程序运行规则及创新

MPIA 在仲裁成员选任、仲裁庭组设置、审议及执行等方面基本复制了上诉审议程序,继承了 WTO 上诉审议的核心特点。但在程序启动、裁决生效方面有别于传统 WTO 上诉审议程序,发挥了仲裁的特殊效力,有效满足了参与成员在特殊时期的上诉需要。MPIA 的程序运行规则在参照 DSU 的前提下进行了一定的创新与完善。

### (一) MPIA 的程序运行规则

MPIA 的程序规则在参照 DSU 的前提下进行了一定的创新与完善。在程序启动、裁决生效方面体现仲裁核心要素,从而使其有别于 WTO 上诉审议;但在仲裁员选任、仲裁庭组成、审理及执行等方面基本复制了上诉审议程序,继承了 WTO 上诉审议的核心特色,包括其独立性与公正性,显示其替代上诉的实质,回应解决参与成员在特殊时期的上诉需求。<sup>②7</sup>

#### 1. 上诉仲裁程序经合意启动

MPIA 虽不是传统意义上的国际商事仲裁,但仍具备鲜明的仲裁特点,相较于上诉机制而言给予争端当事方更多意思自治的空间,对于争端是否提交仲裁、仲裁的具体程序、裁决作出具体时间等都允许当事人在合法范围内进行约定达成。

DSU 第 25.2 款规定“诉诸仲裁需经各方同意”,与 WTO 普通诉讼程序的最大区别即在于诉诸仲裁解决的前提是双方先达成具体合意,否则不能产生具有约束力的裁决。MPIA 上诉仲裁程序的启动也体现双方合意解决争端的特点。如在正文第 11 条中规定“对于某一具体的争端,在不影响本文件基本原则下,双方可一致同意偏离上诉仲裁协议中规定的程序。”<sup>②8</sup>表明在不违背 MPIA 基本原则下,仅需通过协商一致的方式即可就具体争端相关事项达成上诉仲裁协议。<sup>②9</sup>有别于 WTO 普通诉讼程序中上诉审议工作,MPIA 这项规定既体现了参与方在诉诸具体上诉仲裁事项中的灵活性特征,也在一定程度上赋予了参与方意思自治的权利,体现上诉仲裁对提高仲裁效率所作出的改进。

#### 2. 上诉仲裁庭成员选任及庭组设置

鉴于仲裁一裁终局的特殊性质和仲裁员所应具备的公认权威性,MPIA 参与方对上诉仲裁员的选任、仲裁员库的组建及庭组规则在附件二中作出更为细致的规定,是在继承 WTO 现行规则下的全新发展。

在成员选任方面,MPIA 设立了常设仲裁庭,对其中仲裁员由具有公认权威的人组成,不隶属于任何政府,并规定保持适当的总体平衡的要求。同时对附件二中组建仲裁员库等重要而又敏感的问题,如仲裁员的选任、仲裁庭的组成及后续程序修改等问题,在

<sup>②7</sup> 石静霞:《WTO〈多方临时上诉仲裁安排〉基于仲裁的上诉替代》,载《法学研究》2020年第6期,第175页。

<sup>②8</sup> MPIA 正文第9条和第11条。

<sup>②9</sup> MPIA Annex 1,第18条。

附件二第5条中作出以全体参与成员以协商一致方式进行的规定。

在组庭规则方面, MPIA 基本复制了 DSU 第 17 条相关上诉程序规定。需要注意的是, 依据正文第 4 条规定, 对于具体上诉仲裁案件将会从 10 人仲裁员库中选择 3 名成员进行审理, 其不会参与任何会造成直接或间接利益冲突的争端。但是, 应一争端方的要求, 仲裁员库中非为参加成员国民的任何成员将被排除在选择程序之外, 且同一成员的两名国民不得再同一案件中任职。这是 MPIA 相较于传统上诉审议程序中所作的改变。

### 3. 上诉仲裁审议及决策程序

MPIA 基本仿照了 DSU 上诉审议的相关规定。除双方商定程序另有规定外, 上诉仲裁准用上诉机构和 DSU 第 17 条程序和规则, 这样的优势在于在具体适用上相对熟悉, 有相对的具体性。同时 MPIA 还享有在一定的条件下对程序进行灵活调整的权利。<sup>⑩</sup>

在决策方面, 尽量保证裁决一致性。但对于上诉机构报告, 上诉仲裁裁决可在一定的条件下对先前认定的结果予以支持、修改或推翻。同时 MPIA 附件一第 8 条规定了集体磋商制度, 所有成员都应收到与上诉有关的任何文件。附件一第 15 条同时规定“根据 DSU 第 25.3 条, 裁决将仅通报 DSB (但不被 DSB 通过) 和任何相关协定的委员会或理事会”。<sup>⑪</sup> 此类要求更类似于诉讼程序中的披露, 也是对 DSU 的规则进行了变通适用。笔者认为, 这体现出 MPIA 以变通方式回应 WTO 争端解决机制多边性的要求, 有助于澄清仲裁机构对于 WTO 协议的理解, 促进 MPIA 下仲裁裁决的一致性与稳定性。

### 4. 上诉仲裁的法律适用

通常来讲, 对于上诉仲裁协定的法律适用问题应当与 WTO 中的普通诉讼程序保持相一致。因此, 上诉仲裁裁决应当以相关依据为具体准则, 不能增加或减少适用协定中规定的权利和义务。此规定既是对 DSU 第 3.5 条 (明确提到包括仲裁裁决在内) 的具体要求, 也有助于在一定程度上避免美国对上诉机构所谓“越权造法”等指责。<sup>⑫</sup>

但需要注意到 MPIA 并未提及上诉仲裁裁决是否应考虑先前 DSB 所通过的报告, 对此问题选择留白, 可避免美国将 DSB 报告作为“先例”持续指责。<sup>⑬</sup> 但不同于国际商事仲裁, MPIA 参与方坚持将保障裁决的一致性和可预见性写入文本, 有效贯彻争端解决的权威性和稳定性。上诉仲裁事实上发挥着对专家组程序的纠错功能以及保持条约解释一致性和可预见性的作用, 所以, 在综合考量之下, MPIA 并不能直接排除上诉仲裁庭在澄清及解释 WTO 所涵盖协定时上诉机构长期以来形成的条约解释原则、路径及方法。

### 5. 上诉仲裁的裁决效力

在 WTO 普通诉讼程序中, 专家组和上诉机构报告必须经由 DSB 以协商一致的方式通过, 虽为准自动通过的方式, 但同时表明其强制性的特点。但在 DSU 第 25 条的条款中

<sup>⑩</sup> MPIA Annex 1, 第 11 条。

<sup>⑪</sup> MPIA Annex 1, 第 8 条和第 15 条。

<sup>⑫</sup> 美国对上诉机构诟病主要理由之一认为对实施问题上采取了扩展式的做法, 包括根据 DSU 第 11 条提出的上诉。

<sup>⑬</sup> 美国对上诉机构诟病的主要理由之一是上诉机构将其以往的裁决视为具有约束力的裁决先例, 美国认为这些裁决仅仅具有说服力价值, 不能作为先例。

明确规定了争端方应当遵守仲裁裁决,同时 MPIA 在附件一第 15 条中也规定了若争端方同意遵守仲裁裁决,该裁决具有终局性且自动产生效力。因此 MPIA 能最大限度利用 WTO 争端解决机制下的裁决执行优势,这也解释了 MPIA 成员基于 DSU 框架内寻求上诉仲裁的合理选择。

尽管上诉仲裁裁决与 DSB 通过的专家组和上诉机构报告在法律效力方面存在差异,但这两种不同的生效方式都是 DSU 明文规定的,完全符合 DSU 第 25 条的相关规定,不能按照专家组和上诉机构报告所通过的方式强制性要求上诉仲裁裁决保持相一致,更不能以其生效方式的不同来否认上诉仲裁所产生的相关法律效力。

## (二) MPIA 的程序创新之处

### 1. 限定可审理案件的范围

对于可审理案件的范围, MPIA 对仲裁员的审查范围进行了新的规定,即仲裁员的审查事项应限于争端解决。该规定在一定程度上更有利于上诉裁决的公正性。在附件一第 9 条也规定了“审理事项应仅限于对报告进行法律问题和法律解释”,此条款与 DSU 第 17 条的规定一致。<sup>③</sup>但在第 10 条中“仲裁员应只处理解决争端所必需的问题,同时应只处理争端方提出的问题”相较于 DSU 所规定的上诉审查限于法律问题和法律解释不同之处在于 MPIA 增加了两个类似“司法节制”的条款,进一步缩限了争端处理的范围。MPIA 在限定可审理案件范围上的做法,一定程度上提升了上诉仲裁的程序审理效率,是在合理安排下的大胆尝试。

### 2. 扩充仲裁庭人员组成

在仲裁员组成方面,相较于 DSU 中由 7 名法官组成的规定, MPIA 在附件二中作出了法官人员的突破。见附件一第 7 条规定遴选了 10 名常设仲裁人员并组建仲裁员库,负责审理参与成员间的上诉仲裁案件。MPIA 在数量方面有所增加,既能降低审议人员与当事国相同国籍的几率,对于定期更新的仲裁员库也起到能够灵活保障裁决公正的作用,同时也在一定程度上提高了争端的解决效率。

### 3. 明确上诉仲裁裁决的作出期限

首先,对于上诉案件的具体起算日和截止日作出明确的具体规定,在相关程序细节方面作出具体回应,相较于传统 60 天的期限实现了大幅度的缩减。

其次,对于上诉仲裁的作出期限作出明确的规定,其规定具体不应超过 90 天的审理期限。但在实践中,上诉案件往往因为案件众多且审理事项的难度逐渐增大使得很难在 90 天内作出裁决,但这也是美国对上诉机构“审理超期”的诟病理由之一。对此, MPIA 在审理期限上作出两项新规定:第一,在附件一第 12 条中规定“争端方要求仲裁员在提交上诉通知后 90 日内发布裁决”。但考虑到上诉案件的复杂性,为保障争端方的权利和义务和程序正当的前提下,在第 13 条中规定“根据仲裁员的提议,争端方可以统一延长 90 日的裁决发布期限”。在这一点上积极回应了美国对上诉机构延期裁决的批

<sup>③</sup> MPIA Annex 1, 第 9 条, DSU 第 17 条第 6 款 (“上诉审议”)。

评。<sup>35</sup> 第二,附件一第12条同时规定为在具体时限内作出裁决,仲裁员在当事方同意的情况下可适当精简程序,包括对时间、页数限制以及所需听证会的次数等作出具体决定。与WTO争端解决机制相比,DSU虽明确规定了裁决时间,但在实践中却因各种原因延迟,导致案件无法在预期时间内完成。若能有效的实施此做法,也不失为未来推进DSU改革的合理举措。

#### 4. 增设对争端方上诉范围的建议权

MPIA的另一处重大创新之处在于创设一定的“建议权”,即得到争端方的同意即可提出实施对争端方减少诉请的建议权利。如在其附件一第13条中规定“为在有效期限内作出裁决,仲裁员可向双方提出建议性举措,如可以排除对缺乏事实进行客观审查的诉请。”此规定是对第12条的进一步细化。但在授予建议权的同时,强调排除对事实问题的审查。换言之,DSU第11条规定可就争端“全部事项”进行客观评估,却又在DSU第17.6条中缩限上诉审议的范围至法律问题和法律解释。<sup>36</sup> 实践中WTO上诉审议中对事实问题和法律问题的审查及解释一直存有较大的争议。对于上述问题美国不满已久,认为这是不尊重成员国国内法以及导致争端不能及时有效解决的错误做法。<sup>37</sup> 对此,MPIA允许仲裁员建议争端方排除关于缺乏对事实进行客观审查的诉请。这样既缩减了审理程序,也在一定程度上加快了争端的解决。但需要注意的是,对于提起上诉以及争端方决定是否同意建议的实质性措施,争端方在不同意仲裁员建议的情况下也并不影响争端方的相应权利和案件的正常裁决。MPIA参与方考虑到具体案件中对事实和法律问题难以真正厘清,因此有必要充分保障当事方意思自治的权利能够得到有效实施。这既符合WTO争端解决机制的工作理念,具有较强的可操作性,同时也体现在争端解决项下的创新性发展。

## 五、《多方临时上诉仲裁安排》的问题及应对

### (一) MPIA 面临的问题

#### 1. 部分WTO成员大国缺位

目前,一些主要的WTO成员大国都还没有加入MPIA,这无疑阻碍了MPIA更好地发挥效力。<sup>38</sup> MPIA目前最大的障碍在于美国的反对。但从案件统计数量上看,在WTO所有案件中涉美案件约占二分之一,其中上诉案件更是占到了三分之二,涉案之多也从另一方面表明美国是WTO争端解决机制的最大受益者,但在此种情况下依旧招致美方反对。但实际上,在上诉机构停止运作后,美国当即在DS436案件中对专家组报告提出

<sup>35</sup> MPIA Annex 1,第12条和第13条。

<sup>36</sup> MPIA Annex 1,第11条、DSU第17条第6款(“上诉审议”)。

<sup>37</sup> USTR, Report on the Appellate Body of the World Trade Organization, Feb. 2020, pp.37-47.

<sup>38</sup> 冯迪帆:《中欧宣布WTO下MPIA仲裁员库成功组建,美日为何缺席?》,载“第一财经”微信公众号,最后访问时间:2021年7月16日。

上诉,直接阻止报告的有效通过。<sup>③⑨</sup>暂时来看,美国加入此安排的可能性不大,甚至还可能采取更进一步的限制措施。那么,如果没有美国这样一个占全球 GDP 和全球贸易超过 20% 的国家参与进来, MPIA 能够继续顺利运行下去吗? 创建一个没有美国参与的新机制能够发挥多大的作用? 这些问题不仅涉及到美国,对中国或是欧盟等成员国也是未来需要面临的一项严峻挑战。对于其他国家,尤其是以印度为典型的发展中国家而言,虽未明确对 MPIA 表示反对,但客观上面临着一些敏感争议议题,诸如发展中国家地位认定、关税等问题使其不得不选择游离在 MPIA 之外。同时对于日本与韩国这样的发达国家而言其立场也较为微妙,主要处于政治考量而暂时选择中立,但也不排除未来加入 MPIA 的可能性。<sup>④⑩</sup>我们需要注意的是, MPIA 仅在参与成员间具有法律约束力,对于部分未参与的 WTO 成员大国而言,一套不包括他们在内的争端解决机制其缺陷是不言自明的。这将会使 WTO 按照不同标准运行,由此是否会带来新的上诉困境,这都是今后在实践中值得关注的问题。

## 2. 实际运作面临诸多挑战

从实际运作来看, MPIA 在真正发挥作用前仍需要克服一定的阻碍,特别是“行政支持”和“经费支出”问题。对于上述两点,2020 年,美国常驻 WTO 大使谢依曾公开致函表达强烈反对,其反对意见分为两项:反对在 WTO 成立专门机构进行服务工作,以及反对启动资金支持部分预算的支付。这对于 MPIA 的顺利开展带来了一定的现实挑战。

首先,对于“行政支持”工作在 MPIA 文本上的规定较为模糊,仅在正文第 7 条中设立了可以获得相关支持的规定。<sup>④⑪</sup> MPIA 成员设想由 WTO 提供相应辅助支持,但美方以 MPIA 的存在等于将其“重新恢复”或是“建立上诉机构的替代”为由强烈反对提供行政支持,并指出参与方想要设立这样的独立机构应自己承担相应责任,而不是使用 WTO 成员共有的预算。其次,对使用 WTO 的预算资金来支付上诉仲裁工作的“经费支出”问题,美国对资金支持问题诟病已久,而按照 MPIA 参与方的设想,这些费用将延续先前做法,由 WTO 秘书处的正常预算承担。但 MPIA 方强调这些工作目的是为促进决策程序的一致性和协同性,这恰恰是美国对上诉机构最为深恶痛疾之处,即通过裁决创造“先例”,因而遭到美方的极力反对,认为这是“利用 WTO 资源,并通过诸边安排的方式,重新恢复上诉机构的错误做法”。

对于上述问题,有学者曾设想可由 MPIA 参与方或上诉方出资,但笔者认为这一方面可能引发对仲裁结果公正性的质疑,另一方面在客观上可能难以覆盖 MPIA 的日常需求,并不是一个合适的解决路径。因此,在 MPIA 投入运作前,资金的来源和仲裁员工作的支持方式恐怕都是亟待需要解决的难题。

<sup>③⑨</sup> 美国在该上诉通知中提及,鉴于上诉机构已不能审理本案,美国将与印度协商决定案件下步走向,包括是否能在目前情况下解决涉案事项,还是考虑对上诉程序的替代方法等。

<sup>④⑩</sup> 卢先堃:《有关美国反对“多方临时上诉仲裁安排”的分析》,载“卢先堃”微信公众号,最后访问时间:2021 年 7 月 16 日。

<sup>④⑪</sup> MPIA 正文第 7 条。

### 3. 上诉仲裁裁决效力的认定

MPIA 虽不是传统意义上 WTO 框架内的体系,但其基于 DSU 第 25 条仲裁的灵活性特点创设,是在 WTO 框架下具有合法性的制度安排。因此,基于上诉仲裁裁决的自动生效效力,产生了一系列相关的法律问题需要进一步探讨。

从 WTO 法发展体系上看,从未规定过遵循先例的原则。普通诉讼程序中无论是专家组还是上诉机构报告,都需要经由 DSB 会议通过才能产生法律效力。但这其中特别是上诉机构的报告,因在成员间创设了一定地“合法期待”,使得争端审议过程中不可避免地朝着解释被诉方权利义务的方向发展,从而为今后的条约解释提供了相应的“判理”基础,若无特殊情况,则应被后续的争端所遵循。<sup>④</sup>如上诉机构复审的第一起“美国汽油标准案”就以先前判理作为指导依据,招致美方的强烈不满。<sup>⑤</sup>MPIA 作为基于仲裁的上诉替代,其上诉裁决是基于仲裁设计,在裁决生效方面,又体现着传统仲裁一经作出即为生效的特点,以此就会产生诸多法律问题需要解释。如果以 DSB 通过的方式使得报告具有强制法律约束力,那这些报告就具有超越其对个案争端方的影响,并可以补充为的 WTO 法律体系中的一部分。MPIA 所设置的规定是否在一定程度上回应了美方对“先例报告”的诟病呢?同时对于上诉仲裁裁决在 WTO 裁决体系中的法律地位该如何界定?鉴于 MPIA 参与各方强调要保证裁决的一致性和可预见性,对于该制度设计背后深层次的法律问题则需要我们在未来进一步深入研究。<sup>⑥</sup>

### 4. 上诉仲裁是否会长期存在

虽然当前 MPIA 参与方就四起案件达成上诉仲裁协议,但目前审理的过程和结果还尚未可知。据仲裁员定期例会披露,上诉仲裁案件的审理还需等待专家组报告的散发,同时对专家组报告的具体通过时间当前也没有确定期限,预计在 2022 年会有 1 至 2 起上诉仲裁提交审议。

通过正文第 13 条中的规定来看,这项临时安排存在的时间至少会持续一年以上。同时附件二第 5 条规定“参加成员将自仲裁员库组成两年时间起,根据本附件建立的程序,定期部分重组仲裁员库”。<sup>⑦</sup>这些规定也似乎意味着参与成员在策略上已经做好了长期适用此安排的可能性。对于 MPIA 具体能够运行多长时间、实施成效,有赖于区域谈判的不断达成或是可能因 MPIA 的程序创新而触发 WTO 系统性改革,值得我们持续关注。

## (二) 具体应对策略

### 1. 逐步完善机制设置,呼吁更多国家参与

从现实意义上讲,虽然美方当前并没有意愿恢复上诉机构,但 MPIA 在 WTO 体系中

<sup>④</sup> 韩立余:《WTO 争端解决中的案例方法》,载《现代法学》2008 年第 3 期,第 140 页。

<sup>⑤</sup> 美国对上诉机构诟病的主要理由之一是上诉机构将其以往的裁决视为具有约束力的裁决先例,美国认为这些裁决仅具有说服力价值,不能作为先例。

<sup>⑥</sup> 胡加祥:《从 WTO 争端解决程序看〈多方临时上诉仲裁安排〉的可执行性》,载《国际经贸探索》2021 年第 2 期,第 104 页。

<sup>⑦</sup> MPIA Annex 2,第 5 条。

所扮演角色和其独特作用所产生的影响,对未来 WTO 上诉机构的改革起到了强有力的推动作用。美国近年来对多边主义的持续破坏, MPIA 作为打破僵局的次优方案,体现了超越其实际作用的价值。同时这也是参与成员发出的一个“善意”信号,一方面,对于危机现状,各国仍不断努力寻求替代性解决手段维护多边贸易体制能够顺利运行;另一方面, MPIA 从相关规则设计上来看,作为临时性上诉替代手段,我们也仍将致力于同美国及其他成员重新参与进来协商谈判,包括对于上诉改革的合理关注作出回应,推动主要成员国重新回归到一个全面运作的 WTO 争端解决机制当中。

虽然目前可移送审理的上诉仲裁案件有限,但对于 MPIA 的作用和价值的评判也并不意味着取决于有多起案件得以解决,更在于做出了多少高质量、有说服力的仲裁裁决报告。MPIA 也将会在今后持续对协定细节进行补充完善,积极呼吁更多非参与成员随时加入,以满足各方对争端顺利解决的诉求。相信 MPIA 一定会逐渐展现出在维护争端解决机制运转方面的价值,并最终实现恢复上诉机构的目的。

### 2. 保障秘书处运作,完善辅助工作具体应对路径

我们需要认识到仲裁员之间肯定需要某种形式的辅助工作。因此,可由 WTO 秘书处相关部门组成一个管理委员会,负责对今后上诉仲裁事项进行“初步性”探讨,并可由集体指派的方式提供相关工作支持。实际上,在从秘书处支付预算资金可行性极低的情况下,可由 MPIA 自行组建基金来支付此部分费用,作为有效应对危机的主要手段。至于案件的审理场所以及上诉仲裁员之间的沟通问题等,也可通过视频会议、网络连线等方式减少相关费用支出。

### 3. 加强中美间良性互动,将改革同中美经贸谈判相结合

中国一方面应以合作为起点,积极团结其他成员寻求共同立场助力改革;另一方面,协调同相关国家关于滥用单边主义、滥用国家安全例外措施等议题的立场分歧,全力应对百年未有之大变局带来的新挑战。

同时,从战略层面上看,中美经贸关系与 WTO 改革休戚相关。两国代表着全球不同的经贸立场,具有超越双边范畴的丰富战略内涵,中美关系深刻地牵动世界的未来走向。若两国能突破结构性问题,则将会推动 WTO 朝着更深层的方向改革。但自 2021 年初拜登就任美国总统以来,其明确表明新政府的主要任务是控制新冠疫情和恢复美国自身经济,并没有尽快完成任何新贸易协议谈判的计划。并在上任后首次参加 WTO 争端解决机构会议中也继续拒绝重启上诉机构成员提名的议案,目前对于多边贸易政策走向尚不明确。实际上,唯一不变的是中国对多边贸易体系始终保持的坚定立场和态度。在新的历史条件下,两国应当加强协商谈判,努力化解分歧,认识到制裁和施压不是解决矛盾的长久之计,加强中美两国在商贸领域的良性互动,尽快推动上诉机构成员遴选,携手合作引领全球经贸秩序新走向,以增强国际社会对多边主义的信心。

## 六、WTO 上诉机构未来改革的展望

目前, WTO 上诉机构的停摆僵局可能会持续存在, 距离完全恢复运作还有很长一段路要走。MPIA 虽以 DSU 第 25 条作为上诉仲裁依据, 却不是一个系统性的最佳解决方案。但 MPIA 对于维护以规则为基础的多边贸易体制、推动寻求上诉机构的持久改进具有重要的借鉴意义。我国应更紧密地联合其他成员国, 努力寻求解决路径和改革举措, 和其他成员一道破解美国难题, 发挥大国领导作用, 以期争取早日恢复上诉机构的正常运行。

### (一) 中国始终坚定维护以规则为导向多边贸易体系

MPIA 的建立, 不仅彰显了我国作为负责任的大国, 以实际行动探寻解决方案、有效维护和增强上诉机构的独立性和公正性正确尝试, 同时也表现出与 WTO 参与方团结协作, 共同维护基于规则的多边贸易体制的决心, 这是在上诉机构艰难处境下的巨大进步。

习近平总书记多次在公开场合强调坚持维护多边贸易体系的重要性。面对经济全球化所带来的挑战, 不能任由保护主义和单边主义肆意对国际秩序和规则进行破坏, 各国间应协商一致, 推进合作共治的发展理念, 不断完善全球经济治理规则, 推动建设开放型世界经济。中国与欧盟等部分世贸成员在维护多边贸易体系方面存在共同的态度与立场, 具有相互合作的基础, 而加入 MPIA 正是最关键的一环。因此, 中方应与其他世贸成员继续加强合作, 确保上诉仲裁机制顺利实施, 持续推进解决上诉机构停摆问题, 坚定维护以规则为基础的多边贸易体系发展。

### (二) 上诉机构未来的改革方向

在新冠疫情尚未消退的国际环境下, 国际合作和全球经贸规则的完善相比以往显得更为关键和重要。我国在这场危机中如何积极应对、主动破解美方的难题, 并在未来 WTO 改革中发挥领导力, 提出中国方案, 考验着中国的智慧。

一方面, 我国始终坚信, 恢复常设的上诉机构是确保国际争端解决的最佳方案, 而 MPIA 作为唯一应急的合法选择, 虽然存在缺点, 但优点良多, 值得尊重并借鉴学习。同时我们也需要注意到, 除了美方在争端解决机制改革问题上的偏狭立场和政治操控之外, 其他世贸成员提出的真正涉及上诉机构改革的问题很难一蹴而就式的全部加以解决, 需要各方相互合作, 通过谈判、协商的友好方式解决。这必定会经历一个十分漫长的过程。MPIA 没有刻意避开美国, 甚至很多安排也兼顾了美国等各方所需, 参与方将会持续推进和完善 MPIA, 以实践所体现的价值来完善上诉机构改革, 并随时对其他国家保持开放态度。

另一方面, 我们也应该认识到, 打破当前僵局所需要的改革, 也不仅仅限于 WTO 成员间就争端解决事项达成协议或共识那么简单, 而且 MPIA 可能会随着时间的推移而消失。美国对于 WTO 改革的态度已经非常明确, 并且已经成功达到了使 WTO 上诉机构停摆的目的。如果仅凭个别国家的破坏就使多年来的成果付之东流, 那将会是整个国际贸

易规则体系和政策的一次倒退。从 WTO 整体发挥的作用来看,只要中国、欧盟还有广大的新兴国家和发展中国家能够支持 WTO 改革的话,美国企图把 WTO 边缘化的做法便不可能实现。我们也要认识到改革不仅仅针对上诉机构,更广泛地涉及到对 WTO 现行规则的修改或谈判从而建立完善新的贸易规则。我国作为世界第二大经济体,亟待需要全方位统筹国际国内局势,促进全球经贸治理体系新变革。对于 WTO 而言, WTO 争端解决机制相较于 GATT 时期更具有可执行性,尽管在具体细节方面仍存有一定的分歧,但我们应认识到一个能够维持两审终审、且确保裁决具有强制执行力的上诉审议程序在国际经贸体系中的重要地位。因此,我国在支持 WTO 上诉机构改革和完善、注重寻找长远解决危机方法的同时,通过 MPIA 来有效解决上诉争端,以此对未来上诉机构乃至 WTO 争端解决机制的改革提供大国贡献。

## 结 语

一个运作良好的多边贸易体系,最核心就是有效地争端解决,上诉机构的重要性不言而喻。为维护两审终审并确保有约束力的上诉裁决能有效落实,贯彻该体系的权威性和稳定性,MPIA 应运而生。MPIA 基于 DSU 第 25 条设计,将争端解决机制两种途径——诉讼与仲裁结合在一起,将这种发展设想转变为现实,实现了制度上的颠覆与创新。MPIA 作为上诉机构停摆期间取得的最重要进展,在制度上勇作尝试,试图在这一危机背景下回应上诉机构的改革需要,具有开创性的意义。其虽为化解上诉机构停摆危机下的一项临时安排,但各国应以 MPIA 为契机,重建常态化的 WTO 上诉机构。我国作为负责任大国积极参与促成 MPIA,充分彰显出我国对于恢复多边贸易体系的信心与决心。在寻求长远地解决危机的同时,尝试通过运用该机制来解决争端,为未来推动上诉机构乃至整个 WTO 恢复正常运作而不断努力。

---

**Abstract:** The United States continued to obstruct the WTO Appellate Body judge selection, causing it to fall into a “shutdown” deadlock. In response to this dilemma of global governance and trade, and to ensure that instance is final and binding ruling can effectively implement, China joint European Union and other WTO members to actively promote the construction of “Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangements”. MPIA is designed on the basis of Article 25 of the DSU, and combines the two methods of dispute settlement mechanism-litigation and arbitration, which achieved institutional innovation and development. By providing efficient institutional initiatives, not only for the determination of appeals in arbitration cases specific and detailed rules, but also for the future improvement of the Appellate Body. China actively promotes the establishment and implementation of MPIA, demonstrating its confidence and determination to restore the multilateral trading system. On the one hand, while

---

seeking a long-term solution to the crisis of the Appellate Body, try to solve the problem through this mechanism. On the other hand, taking the implementation of the MPIA as a development opportunity, In the future, the cooperation between countries will become closer, the rebuilding of the normalization of the WTO Appellate Body has taken the fast track.

**Keywords:** WTO Appellate Body; Multi-party Interim Appeal Arbitration Arrangement; multilateral trading system

---

---

(责任编辑: 佟 尧)

# 论国际投资仲裁中的不利推定

崔起凡\*

---

**内容提要** 在国际投资仲裁中,不利推定是应对证明妨碍行为的主要救济措施。不利推定不具有惩罚性质,同时不利推定不转移举证责任,也不降低证明标准。作出不利推定需要符合相应的条件,夏普(Sharpe)对此归纳的标准在理论上和实践中获得了广泛的援引,不过,它不是一个穷尽式的列举,且仍有需要澄清与完善之处。在参与国际投资仲裁时,我国法律实务人士应当注意避免因国内不利推定立法与实践的不同而带来的消极影响;同时,国际投资仲裁不利推定规则对于我国国内立法完善也有一定的借鉴意义。针对国际投资仲裁实践中的证明妨碍行为,当事方和仲裁庭应适当地运用不利推定,以实现案件的公正审理。

**关键词** 国际投资仲裁 举证责任 证明妨碍 不利推定

---

在国内民事诉讼中,为避免对自己不利的事实认定,当事方可能会实施证明妨碍行为。对于这种行为,两大法系都规定了多元化的救济,尤其是在美国等普通法国家,除了作出不利推定可以判定藐视法庭或者直接做出终局判决。<sup>①</sup>在国际投资仲裁中,仲裁庭有权命令证据出示和证据保全,不过,在当事人拒绝配合的情况下,它缺乏像国内法院那样的强制性权力,其“工具箱”中应对证明妨碍的选项相对有限,其中不利推定最为常用。

不利推定在国际投资仲裁实践中常有涉及,关系到事实认定以及程序的顺利推进。不过,它在实践和理论上仍然存在模糊甚至分歧的问题。本文通过实践考察和理论梳理,以期为我国政府或海外投资企业参与投资仲裁提供更清晰的指引。

## 一、国际投资仲裁中不利推定的一般理论问题

不利推定是指“事实认定者因一方未能提供该方控制范围内的证据而得出的有害结论”。<sup>②</sup>不利推定的概念产生于法谚“所有事情都推定对破坏者或者违法者不利(omnia

---

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

① 崔起凡:《我国知识产权诉讼证明妨碍规则之不足与完善——基于比较法视角的分析》,李双元主编:《国际法与比较法论丛(第25辑)》,武汉大学出版社2019年12月版,第173-174页。

② Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, 8 ed., America: west, 2004, p.2276.

praesumuntur contra spoliatorem)”。作为应对证明妨碍的救济措施与事实认定方法,不利推定已广泛运用于国内和国际各种争议解决程序。

### (一) 不利推定的性质

关于不利推定是否具有惩罚性,不仅是一个理论问题,而且具有重要的实践意义。它关系到该规则的出发点,是使得证明活动恢复到如无此妨碍情形下的公平,还是不限于此,即通过惩罚,使妨碍人“偷鸡不成反蚀一把米”。

有学者指出,不利推定是国际仲裁庭施加给不合作及违反善意原则的当事方“最有效的惩罚”。<sup>③</sup>也有学者认为,仲裁庭对不遵守书证出示命令的典型惩罚方法是作出不利推定,在大多数情况下,不利推定将为仲裁命令的遵守提供足够的激励。<sup>④</sup>在这些论述中,不利推定被界定为或者至少被描述为“惩罚”。

不过,在国际争端解决实践中,仲裁庭或法庭将不利推定尤其是将针对具有主权地位的东道国的不利推定作为惩罚往往会持谨慎立场。Methanex 案仲裁庭指出,通过推定导致案件事实的认定,推定必须合乎情理,而且与未被提交的证据的性质具有逻辑上的关联性。如果推定与已认定的事实不符,或者案件的整体情况不支持这样的推定,仲裁庭不能作出不利推定。<sup>⑤</sup>这种谨慎立场在 WTO 争端解决实践中也有所体现。在“加拿大飞机案”中,上诉机构认为,《争端解决谅解》(DSU)并不试图规定在何种具体情况下,专家组可以从各种系列事实中作出推定,无论不利推定还是其他推定。专家组在履行对事实进行客观评价的职责中通常从被记录的事实得出推定。事实必须能够合理地支持所做的推定,不管记录中的事实是否确立了初步证据案件,都可以作出推定。<sup>⑥</sup>上诉机构也特别强调,不利推定实质上仅仅是一种推论,即在某种环境之下由专家组根据它所掌握的事实作出的符合逻辑的或合理的推论。<sup>⑦</sup>也有学者指出,在国际争端解决中,“不利推定”的真正价值在于它引导合作的功能而不是推定本身,至少其主要功能不是惩罚或惩戒。<sup>⑧</sup>

如果把不利推定界定为一种惩罚,那么仲裁庭实施惩罚的权力依据就会受到质疑。仲裁庭不具有像国内法院那样的法定的强制性权力,因为相关规则(比如《ICSID 公约》、国内仲裁立法、仲裁规则)都没有这样的明确授权,“固有权力”理论也不能提供惩罚的正当性。所谓“固有权力”只有为履行司法职能必要时才能实施。<sup>⑨</sup>惩罚超出了这一“必要”之范围。在没有当事方明确授权的情况下,仲裁庭的惩罚包括“惩罚性推定”会被质疑为越权,从而导致将来裁决的可执行性可能遭受挑战。在许多国家比如美国的

③ Durward V. Sandifer, *Evidence before International Tribunals*, America: the University Press of Virginia, 1975, p.147.

④ Thomas H. Webster, *Obtaining Documents from Adverse Parties in International Arbitration*, Arbitration International, 2001, Vol.17:1, pp.56-57.

⑤ Methanex v. America, NAFTA/UNCITRAL, Final Award, 2005, para.25.

⑥ AB Report, *Canada- Aircraft*, WT/DS70/AB/R, para.198.

⑦ *Id.*, at para.200.

⑧ Chittharanjan F. Amerasinghe, *Evidence in International Litigation*, Netherlands: Martinus Nijhoff Publisher, 2005, p.137.

⑨ 仲裁庭作出不利推定的法律依据详见本文第二章的论述。

法院,对于证明妨碍行为有权进行惩罚,但是这种惩罚表现为判定藐视法庭或者直接做出终局判决等形式,而不是通过作出不利推定。事实上,仲裁庭通常希望作出逻辑严密的裁决,尽量在确定的事实上进行,如果依据推理尤其是逻辑存在瑕疵的推理得出结论,那么至少裁决可能会缺乏足够的说服力。

所以,作为一种推理活动,不利推定不应具有惩罚性。仲裁庭在作出不利推定时需谨慎而为,作出不利推定是某种经验法则的体现,或是逻辑推理的过程,而并非是为惩罚。

## (二) 不利推定与举证责任、证明标准的关系

不利推定可以使当事人能够在没有其他足以证明其案情的证据的情况下完成其举证责任。<sup>⑩</sup>在 *Amt v. Ukraine* 案中,仲裁庭指出,在这种情况下,不利推定的法律效果是,仲裁庭将行为意义上的举证责任转移给控制证据的一方,但结果意义上的举证责任不受影响。<sup>⑪</sup>也有学者明确指出,不利推定并不会涉及(结果意义上的)举证责任的转移。<sup>⑫</sup>事实上,不利推定的功能不是转移举证责任,而是填补被请求人拒不提供证据所产生的证据缺失,在实际作用上本身相当于一项间接证据,与此前已提供的证据相结合,可以用于完成被妨碍人的举证责任,或者反驳对方的事实主张或证据。

有观点认为,作出不利推定是降低了待证事实的证明标准,<sup>⑬</sup>也有一些不同的观点,认为并非如此。<sup>⑭</sup>须澄清的是,不利推定的运用不会改变待证事实的证明标准,不利推定与降低证明标准不同。在当事人缺乏足够证据的情况下,已有的证据结合不利推定的运用可能帮助其完成举证责任,这种情况下达到的证明标准未曾变化(实践中仲裁庭确定的证明标准通常是优势证据,在特别情况下也可能采用更高的证明标准,比如清晰而令人信服,因为具有代表性的观点认为,指控越严重,证明标准就应当越高)。<sup>⑮</sup>

实际上,降低证明标准是仲裁庭认定案件事实的另外一种方法,也可以作为针对证明妨碍行为的救济措施。<sup>⑯</sup>在 *AAPL v. Sri Lanka* 案中,仲裁庭指出,如果重要证据完全由一方控制,仲裁庭可因此允许处于不利地位的另一方承担较低的证明标准,比如初步证据(*prima facie evidence*)。<sup>⑰</sup>降低证明标准与不利推定都可以作为证明妨碍的救济措施,在效果上容易产生直觉混淆,实际上却彼此独立:降低证明标准作为救济措施,标准降低的多少由仲裁

<sup>⑩</sup> Jeremy K. Sharpe, *Drawing Adverse Inferences from the Non-production of Evidence*, *Arbitration International*, 2006, Vol.22, p.550.

<sup>⑪</sup> *Amt v. Ukraine*, SCC Case No.080/2005, Final Award, 2008, para.65. 该案仲裁庭指出,证据难以获得的情况支持将披露义务施加给可获得证据的一方,以便需要证据的当事方获得请求信息披露的机会,但举证责任并未改变。

<sup>⑫</sup> Guilherme Rizzo Amaral, *Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for an Inference Chart*, *Journal of International Arbitration*, 2018, Vol.35:1, p.9.

<sup>⑬</sup> Michael Polkinghorne and Charles B. Rosenberg, *The Adverse Inference in ICSID Practice*, *ICSID Review*, 2015, Vol.30:3, p.742.

<sup>⑭</sup> *Supra* note 12.

<sup>⑮</sup> 崔起凡:《论国际投资仲裁中腐败的证明标准》,载《商事仲裁与调解》2021年第4期,第33-34页。

<sup>⑯</sup> 比如,在德国民事诉讼中,针对证明妨碍可以采取的救济措施包括不利推定、降低证明标准、自由心证、转换证明责任等。详见前注①,第172-173页。

<sup>⑰</sup> *AAPL v. Sri Lanka*, ICSID Case No.ARB/87/3, Final Award, 1990, para.56.

庭视具体情况裁量。当承担举证责任的一方满足了降低后的证明标准即被认定完成了举证责任,运行机制相对简单,它试图解决的举证困难可能是当事人或者第三人造成,也可能是特定事件或时代背景比如战争造成;不利推定的运用有特定的条件与标准(详见下文分析),运行机制相对复杂,这种救济措施试图解决的举证困难系对方当事人违反善意原则未能履行证据提出义务所造成。

### (三) 不利推定的价值追求与理论基础

对于国际投资仲裁中的证明妨碍行为,仲裁庭缺乏强制性权力,对于拒不配合提出证据的当事人无法强制其提出,通常也很难寻求国内法院的取证协助,至少在东道国法院申请向东道国取证缺乏程序保障。费用分配也是仲裁庭可以选择的一种救济措施,不过其局限性在于“太少而且太晚”,也就是说,国际投资仲裁的费用通常大大低于争端的标的金额,并且通常在诉讼结束时进行分配。<sup>⑮</sup>

不利推定是国际投资仲裁中一种常用且相对有效的救济措施,有利于实现程序公正和实体公正。首先,因为拒绝合作的一方当事人基于私利阻碍对方的证明活动,造成双方接近诉讼资料的不平等,并使对方当事人在证明过程中处于不利地位,也妨碍了仲裁庭查明事实的职能行使。不利推定作为救济用以维护当事人的合法权益,对损害当事人权益的恶意行为进行遏制,有利于维护程序公正和推动程序顺利进行。此外,证明妨碍影响案件事实的发现和实体公正的实现,不利推定的运用使得案件证明活动可以恢复到如无此妨碍行为情况下的平衡状态,有利于仲裁庭相对准确地认定事实,因为在已知事实基础上结合不利推定得出的结论事实,即“已知事实+推定=推定事实(结论事实)”,并未降低该事实原本的证明标准,与完全通过证据证明本质上并无不同。

不利推定的价值获得了仲裁界一再的充分认可。比如,学者们指出,仲裁庭作出不利推定的可能性是迫使各方拿出证据的有效工具。<sup>⑯</sup>不利推定的威慑可能促使不配合的当事方提供不利的证据,从而允许其对手证明其主张或抗辩。因此,不利推定有助于确保国际仲裁的效力和公平性。<sup>⑰</sup>

对于证明妨碍行为作出不利推定具有相应的理论基础,国内外学者多有论述。有学者认为,不利推定的作出是基于经验法则,因为证据持有人担心这些证据导致不利于本方的事实认定,所以在该方当事人实施证明妨碍行为的情况下,应当推定对方的主张已经得到证明。<sup>⑱</sup>不过,“经验法则说”的适用仅在当事人故意实施妨碍行为时才具有合理性,而证明妨碍行为也可以是出于过失,这种情况下“经验法则说”无法进行解释。有学者提出“善意原则违反说”,该理论提出,依据一项古老的原则,任何人均不能从自己恶意的行为中获得利益。因此,违反义务引起证明困境的不负证明责任之当事人,从

<sup>⑮</sup> *Supra* note 13, at 742-743.

<sup>⑯</sup> Charles N. Brower, *Evidence before International Tribunals: the Need for Some Standard Rules*, the International Lawyer, 1994, Vol.28, p.57.

<sup>⑰</sup> *Supra* note 10, at 549-550.

<sup>⑱</sup> [德] 莱奥·罗森贝格:《证明责任论》,庄敬华译,中国法制出版社2002年1月版,第199页。

该证明困境中获得利益即应认为是违反了善意原则,这种学说最能合理解释证明妨碍,<sup>②</sup>而且善意作为一般法律原则普遍为各国接受,可以用作国际投资仲裁中不利推定的法理基础。

综上,在国际投资仲裁中,不利推定是针对证明妨碍行为的必要救济,防止证明妨碍人不当获益,善意原则可以作出不利推定的理论基础;同时,就其价值目标而言,不利推定可以促进案件审理的实体公正和程序公正。

## 二、国际投资仲裁庭作出不利推定的法律依据

关于仲裁庭作出不利推定的法律依据,存在两种路径可供考察:其一,明文规定,即有哪些不同渊源的规则明确赋予仲裁庭作出不利推定的权力;其二,如果缺乏明文规定,那么仲裁庭能否作出不利推定,如果能,其法律依据为何?

### (一) 不利推定的明文规定

对于 ICSID 仲裁和非 ICSID 仲裁而言,证据规则的渊源不尽相同,比如国内仲裁法是非 ICSID 仲裁的法律渊源,这一点不同于“非国内化”的 ICSID 仲裁。不过,综合来看,两种投资仲裁的证据(包括推定)规则的渊源都具有多元化特征。

首先,有些国家的仲裁立法明确规定了仲裁庭作出不利推定的权力。比如,《英国仲裁法》第 41 条第 7 款 b 项规定,如果一方当事人未遵从仲裁庭的关于证据获取与保全的强制性命令,而且情况表明具有正当性,仲裁庭得以对不遵从的行为作出不利推定。其次,有些仲裁规则明确规定了仲裁庭作出不利推定的权力,比如《斯德哥尔摩商会仲裁规则》第 35.3 条明确规定,在无正当理由的情形下当事人未能遵守仲裁庭所做出的任何程序指令,仲裁庭有权就此做出其认为适当的推定。最后,一些国际仲裁软法,比如《IBA 证据规则》第 9 条为不利推定提供了明确的依据。在 Waste Management 案中,仲裁庭明确援引 1999 年《IBA 证据规则》第 9 条第 5 款,指出“对拒绝披露的最终惩罚是作出不利推定”。

### (二) 一般性授权或者固有权力

仲裁立法或仲裁规则对仲裁庭的一般性授权可以成为仲裁庭作出不利推定的依据。现在大多现代仲裁立法和仲裁规则都规定,在不违反仲裁程序法的强制性规定的情况下,当事人有约定程序规则的自由,如果当事人没有约定(情况通常如此),则仲裁庭享有决定程序事项的广泛自由裁量权。根据《UNCITRAL 仲裁规则》和《ICSID 仲裁规则》,仲裁庭享有处理证据以及决定和实施程序的广泛权力。<sup>③</sup>此外,这样的规定也体现在贸

<sup>②</sup> 占善刚:《证明妨害论——以德国法为中心的考察》,载《中国法学》2010年第3期,第103-104页。

<sup>③</sup> 参见《UNCITRAL 仲裁规则》第 17.1 条、第 27.3 条以及《ICSID 仲裁规则》第 43 条。另外,其他仲裁规则如《ICC 仲裁规则》第 15 条也有类似规定。

易法委员会《国际商事仲裁示范法》第19条和一些国家的立法中。<sup>②④</sup> 这些关于仲裁庭程序事项权力的一般性规定,可以认为包括了仲裁庭作出不利推定的权力。

退一步讲,投资仲裁庭作出不利推定的权力不依赖于相关规则(无论明文规定还是一般性授权)或者当事方的约定,其法律依据可以是“固有权力”。固有权力是仅凭作为裁判者的事实或地位即可享有的权力,<sup>②⑤</sup> 只有当在特定的争端解决机制中为履行其司法职能必要时才能够实施,它不以法律的明文规定为必要。<sup>②⑥</sup> Libananco 案仲裁庭指出,它从未怀疑的是,“与任何其他国际法庭(或仲裁庭)一样,它必须被视为拥有维护自身程序完整性所需的固有权力,即使它拥有的救济措施必然不同于国内法院可能拥有的救济措施”。<sup>②⑦</sup> 显然,该仲裁庭提及的救济措施包括了针对证明妨碍行为可能作出的不利推定。仲裁庭享有作出不利推定的固有权力,因为授权仲裁员审理案件,本身即意味着至少默示地允许仲裁员采取为审理案件、查明事实所必要的措施,包括在一定情况下作出不利推定。因此,在国际仲裁实践中,不利推定作为救济手段得到普遍认可。<sup>②⑧</sup>

需要强调的是,固有权力与默示权力是有区别的两个概念。默示权力仅指未被明确授权的情况下享有的权力。固有权力可以是默示权力,也可以是明示权力。无论经过明确或是默示地授权,投资仲裁庭都可以在符合条件下作出不利推定,以有效履行其职责、解决争端。<sup>②⑨</sup>

### (三) 撤销委员会对于不利推定权力的充分认可

从国际投资仲裁实践看,仲裁庭作出不利推定的自由裁量权往往受到尊重和认可,从ICSID撤销委员会对于撤销申请的立场可见一斑。

比如,在 Caratube 诉哈萨克斯塔案中,申请人主张,仲裁庭从申请人撤回出示的文件这一行为作出不利推定,这“构成明显的越权行为,严重背离了基本程序规则”。<sup>③⑩</sup> 撤销委员会驳回了申请人的异议,指出,“仲裁庭对证据和事实调查结果的权衡必须有效,除非事实错误如此严重,或权衡如此不合理,以致构成撤销的独立原因。”<sup>③⑪</sup>

再比如,在 Dogan 诉土库曼斯坦案中,被申请人以严重偏离程序为由请求撤销裁决,主张仲裁庭错误地分配了举证责任,并不当地对土库曼斯坦作出了不利推定。<sup>③⑫</sup> 撤销委员会指出,作出不利推定是证据评价问题,鉴于撤销委员会的角色不是一个上诉机构,改

<sup>②④</sup> 比如《英国仲裁法》第34条第1款、《德国民事诉讼法》第1042条第4款。

<sup>②⑤</sup> *Supra* note 2, at 3709.

<sup>②⑥</sup> Chester Brown, *the Inherent Powers of International Courts and Tribunals*, British Yearbook of International Law, 2005, Vol.76, pp.222-229.

<sup>②⑦</sup> Libananco v. Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8, Decision on Preliminary Issues, 2008, para.78.

<sup>②⑧</sup> The IBA Working Party, *Commentary on the New IBA Rules of Evidence*, Business Law International, 2000, Vol.2, p.34.

<sup>②⑨</sup> 崔起凡:《论国际投资仲裁中东道国的证明妨害及其救济》,广州仲裁委员会主编:《仲裁研究》(第39辑),法律出版社2015年12月版,第41页。

<sup>③⑩</sup> Caratube v. Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/08/12, Annulment Decision, 2014, paras.97, 248.

<sup>③⑪</sup> *Id.*, at paras.258-259.

<sup>③⑫</sup> Adem Dogan v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/09/9, Decision on Annulment, 2016, para.168.

变仲裁庭在这些事项上达成的结论超出了该委员会的职责范围。<sup>③③</sup>

仲裁庭享有是否作出不利推定的权力,而且作出何种具体的不利推定也有赖于其自由裁量。不过,该权力的行使仍有其边界,需要符合不利推定的属性即非惩罚性,以及具备相应的适用条件。

### 三、国际投资仲裁中不利推定的适用条件：“夏普标准”的解读

不利推定意味着仲裁庭作出对争端一方当事人不利的事实认定,可能直接影响裁决结果。为了避免仲裁庭滥用权力,兼顾双方当事人的利益,不利推定的作出需要满足一些条件。关于国际仲裁中不利推定的适用条件,夏普(Sharpe)通过对伊朗-美国求偿庭的判例进行分析归纳,得出五个方面的标准(本文简称“夏普标准”):其一,要求作出不利推定的当事人必须提供所有可取得的支持该不利推定的证据;其二,要求作出不利推定的当事人必须确认对方当事人已经或应当已经取得被要求出示的证据;其三,试图作出的推定必须是合理的,与记录的事实相符,并且与未提供之证据的可能性质具有逻辑上的关联;其四,要求作出不利推定的当事人必须提供初步证据(*prima facie evidence*);其五,对方必须知道或有理由知道其义务并有机会反驳不利推定。<sup>③④</sup>

在国际争端解决(包括且不限于国际投资仲裁、国际商事仲裁)领域的不利推定的适用问题上,“夏普标准”具有代表性与广泛影响,近些年来不断地获得各种文献的援引和认同。<sup>③⑤</sup>也有学者提出了类似的不利推定标准。比如,伯恩提出不利推定的以下适用条件:“1. 请求方必须提出与其诉求相关的实质性证据;2. 非提供方必须有能力提供被请求的证据;3. 被请求的推定必须是合理的,由表面上确凿的证据支撑,以及与案件的记录相一致;4. 非提供方必须被通知其可能因不提供而作出不利推定。”<sup>③⑥</sup>

#### (一) 请求人提供所有可能取得的相关证据并确立初步证据案件

这是“夏普标准”中第一项和第四项的结合,体现了对请求人两个方面的举证要求:其一,请求人应尽可能积极举证。其二,不利推定以请求人提供初步证据为条件。这些要求意在避免当事人基于臆断或恶意而进行的摸索证明。初步证据主要是普通法律文化中的概念和规则。布莱克法律辞典对“初步证据”的解释是“除非相抵触的证据被出示,否则能确立一个事实或支持一个判断的证据。”<sup>③⑦</sup>初步证据对于诉请的真实性不要求产生内心确信(*moral certainty*),但为合理相信其真实性提供了充分的依据,除非通

<sup>③③</sup> *Id.*, at para.214.

<sup>③④</sup> *Supra* note 10, at 551.

<sup>③⑤</sup> e.g., Simon Greenberg & Felix Lautenschlager, *Adverse Inferences in International Arbitral Practice*, ICC Int'l Ct. Arb. Bulletin, 2011, Vol. 22:2, pp.52-55; Peter Halprin & Siddharth Matai, *Adverse Inferences as a Means of Addressing Guerrilla Tactics in International Arbitration*, Dispute Resolution Journal, 2020, Vol.75:1, pp.49-50; *Supra* note 12, at 11-26.

<sup>③⑥</sup> Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2 ed., Netherlands: Kluwer Law International, 2014, p.2392.

<sup>③⑦</sup> *Supra* note 2, at 598.

过相反的证据予以反驳。缺乏反驳的证据是认可初步证据的一个基本考虑因素,如果对方当事人可以很容易地提出反驳证据但又未能提供证据,仲裁庭在权衡证据时可以给予考虑。<sup>③⑧</sup>

## (二) 被请求人控制证据

作为“夏普标准”的第二项条件,这一点比较容易理解。被请求人对证据的控制是提供证据以及作出不利推定的基本前提。当证据由第三方持有,通常情况下,第三方拒绝出示不会导致不利推定。不过,如果该第三方是其母公司、子公司或关联公司,仲裁庭可能从未出示证据中作出适当的不利推定。<sup>③⑨</sup>《IBA 证据规则》第3条第10款的规定体现了类似立场,根据该款规定仲裁庭可命令仲裁的当事一方“尽最大努力”确保书证的出示,这表明如果第三人与被请求人之间有特殊关系,被请求人应当尽力施加影响。不过,如果在获取上述证据方面表现出最大努力仍没有任何积极结果,则不应作出不利推定。

## (三) 推定具有合理性、与已查明事实相符且与未提供证据具有逻辑关联

作为“夏普标准”的第三项条件,它是对不利推定作为一种推理活动与逻辑过程在技术层面的要求,体现了不利推定制度旨在恢复“公平”,而不是“惩罚”。包括了以下三个方面:

### 1. 推定本身具有合理性

合理性涉及的是仲裁庭通过不利推定认定的事实,仅仅推测和臆想是不够的,推定事实的成立须要达到相应的证明标准,不应存在不当的逻辑“跳跃”。

在 *Metal-Tech 诉乌兹别克斯坦案*中,被申请人指控申请人支付了 440 万美元的咨询费,并且指出没有证据证明这些支付是合理的,请求仲裁庭作出不利推定,以“得出腐败的结论”。<sup>④⑩</sup> 仲裁庭最终认为付款合法的证明具有说服力。<sup>④⑪</sup> 申请人免于不利推定,因为被申请人所依赖的证据(包括不利推定)不足以证明所谓的腐败,并且被能够证明付款合法的证据所推翻。

### 2. 与已查明的事实相符

在 *科夫海峡案*中,英国拒绝提交书证(涉及军舰通过的性质),而且英方证人拒绝回答关于书证的问题,不过,国际法院未作出不利推定,部分因为英国提供了直接证据,足以反驳阿尔巴尼亚的相关事实主张。此外,在 *Glamis 诉美国案*中,申请人请求仲裁庭针对被申请人提交经改动的文件作出不利推定。<sup>④⑫</sup> 仲裁庭拒绝了该请求并指出,从文件修订部分的存在得出的推定不太可能反驳或抵消记录的其余部分。<sup>④⑬</sup>

<sup>③⑧</sup> Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, UK: Cambridge University Press, 1987, p.324.

<sup>③⑨</sup> *Supra* note 10, at 558.

<sup>④⑩</sup> *Metal-Tech v. Uzbekistan*, ICSID Case No.ARB/10/3, Award, 2013, para.229.

<sup>④⑪</sup> *Id.*, at para.364.

<sup>④⑫</sup> *Glamis v. America*, UNCITRAL, Award, 2009, para.707.

<sup>④⑬</sup> *Id.*, at para.822.

### 3. 与未提供的证据的可能性质具有逻辑上的关联

不利推定的作出须要与未提供的证据在逻辑上指向请求人提出的事实结论。比如,在 Methanex 诉美国案中,由于若干原因,仲裁庭无法从 Methanex 收集的材料中得出 Methanex 提出的推定。主要原因是,即使加利福尼亚州希望发展一个州内工业来处理生物质(biomass)废物并鼓励农村经济发展,而且相关倡议与《北美自由贸易协定》(NAFTA)不相容,推定这一假定的政策意在危害 Methanex 仍缺乏证据或依据。<sup>④</sup> 仲裁庭拒绝作出不利推定,因为不利推定与未提交证据的可能性质之间缺乏逻辑联系。此外,在 Gemplus 诉墨西哥案中,被申请人要求仲裁庭基于出庭作证但对第三人身份撒谎的证人作出不利推定。仲裁庭予以否决,因为认定第三方的身份与案件结果无关,证人是否撒谎在本案中无关紧要。<sup>⑤</sup>

#### (四) 正当程序要求

作为“夏普标准”的第五项条件,它要求被请求人必须知道或有理由知道其有义务提供证据并有机会反驳不利推定,这是一项正当程序要求,用以保护被请求人获得通知和陈述意见的权利。正当程序的违反可能影响裁决的可执行性。

该项条件存在一定的争议,即仲裁庭发出的证据出示命令是否为推定对方实际或潜在了解其义务的必要条件。根据有关学者的论点,在适用《IBA 证据规则》的情况下,作出不利推定的一个重要限制是“必须有仲裁庭关于出示相关文件或其他证词的命令”。<sup>⑥</sup> 比如,在 Methanex 诉美国案中,申请人辩称,应从被申请人未能提供 NAFTA 的谈判历史和关键证人,以及妨碍申请人从美国法院收集第三方证据的能力中作出不利推定。<sup>⑦</sup> 仲裁庭驳回了不利推定请求,主要是因为请求人以前没有向仲裁庭申请下令出示所涉文件。<sup>⑧</sup> 不过,在 2017 法国法院受理的一起国际商事仲裁裁决撤销案(Dresser-Rand 案)中,请求撤销裁决援引的理由之一就是不利推定的作出违反了正当程序,仲裁庭没有命令证据出示并要求被请求人说明理由。法院认为,被申请人有机会抗辩而没有提出反对意见,无须仲裁庭发布书证提出命令。<sup>⑨</sup>

#### (五) 简评

首先,“夏普标准”存在不合理之处。第一项条件要求请求人提供“所有可得的证据”,过于苛刻,为平衡不同当事方利益,应当改为“所有合理可得的证据”。具体的理由有三点:其一,这容易造成当事人不必要的负担和成本,比如非 ICSID 通过法院协助收集证据在理论上是可能的取证方法,但是成本较高、结果因各国立法差异而不可预期,在个案中甚至不具有可行性,这不合理地提高了不利推定运用的门槛,不利于制度目的的

<sup>④</sup> *Supra* note 5, at para.5.

<sup>⑤</sup> *Gemplus v. Mexico*, ICSID Case No.ARB(AF)/04/3 & ARB(AF)/04/4, Award, 2010, paras.4-142.

<sup>⑥</sup> Nigel Blackaby et al., *Redfern & Hunter on International Commercial Arbitration*, 6 ed., UK: Oxford University Press, 2015, p.388.

<sup>⑦</sup> *Supra* note 5, at para.23.

<sup>⑧</sup> *Supra* note 5, at paras.25-26.

<sup>⑨</sup> *Courd'appel*, Paris, Pôle 1, chambre 1, Feb.28, 2017, No.15/06036.

实现。其二,在国际投资仲裁中,一般认为,书证出示请求不应当造成被请求人过重的负担,否则在实践中可以构成拒绝出示的理由;<sup>⑤0</sup>同理,对于不利推定的请求人,证据提供的要求也不宜过高。其三,关于证据披露的条件,《TRIPS协议》《欧盟统一专利法院协定》中要求请求人“提供了可合理获得且表面合理的证据(plausible evidence)支持其主张”,<sup>⑤1</sup>虽然它们所涉程序与国际投资仲裁不同,不过在证据披露问题上同样应体现比例原则以及合理性和现实性的需要,因而具有可类比性。

其次,作为“夏普标准”第三项没有明确提及、实际上是其隐含的内容,当事方应当准确说明其要求仲裁庭作出的具体推定内容,否则仲裁庭可能会拒绝作出不利推定。<sup>⑤2</sup>

最后,“夏普标准”不是作出不利推定条件的穷尽式列举。作出不利推定的条件(下一章对此将全面展开阐述)至少还应包括:被请求人不存在免于证据披露的正当理由,比如存在特免权、给被请求人造成过重负担等例外情况。<sup>⑤3</sup>“夏普标准”对此未予明确提及,其第5项条件赋予被请求人有陈述意见的权利属于程序条件,而不存在证据披露例外情况等正当理由属于实体要求,两者不同。

## 四、国际投资仲裁中不利推定的适用:进一步厘清与反思

### (一) 仲裁庭作出不利推定的应然条件分析

如上所述,关于作出不利推定的条件,“夏普标准”并未提供穷尽式的列举,部分原因在于有些条件是隐含的或无意予以强调,比如被请求人负有证据提供义务。事实上,仲裁庭作出不利推定应当全面考虑以下条件。

1. 被请求人负有证据提供义务。仲裁庭可以主动或依申请发布证据提出命令,从而被请求人产生相应义务。当然,被请求人控制相应证据是证据提供义务的前提,请求人请求证据提供需要先证明证据在对方控制之下(“夏普标准”的第二项)。

2. 被请求人实施了证明妨碍行为,比如拒不遵从证据提出命令、妨碍证人作证,具有正当理由的除外。正当理由或者证据提供义务的例外情形包括特免权、证据已损坏,以及提供证据会造成负担过重,等等。<sup>⑤4</sup>在UPS案中,东道国以公共利益特免权为由拒绝披露证据,不过,仲裁庭裁定公共利益特免权的主张不能成立,指出拒绝披露将导致在争议

<sup>⑤0</sup> 崔起凡:《国际投资仲裁书证出示规则研究》,载《昆明理工大学学报》2015年第4期,第47-48页。

<sup>⑤1</sup> 参见《TRIPS协定》第43条第1款、《欧盟知识产权指令》第6条。

<sup>⑤2</sup> Simon Greenberg and Felix Lautenschlager, *Adverse Inferences in Arbitral Practice, in International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, Stefan Kröll et al. (eds), Netherlands: Kluwer Law International, 2011, p.198. 作者指出,请求方必须明确表述其希望得出的推定内容。在实践中,并不总是这样做的。一个仲裁庭甚至拒绝考虑不利推定的作出,因为寻求推定的当事人没有确切地表述它希望的推定。

<sup>⑤3</sup> 关于例外情况的论述,参见崔起凡:《国际投资仲裁中的特免权问题研究》,载《国际经济法论刊》2018年第3期,第97-108页。

<sup>⑤4</sup> 参见《IBA证据规则》第9条第2款。

问题上的不利推定。<sup>⑤⑤</sup>不过,如果特免权主张能够成立,那么仲裁庭将不应作出不利推定。

3. 请求人须提供可合理获得的所有证据并确立初步证据案件。这是“夏普标准”第一项和第四项对请求人的要求,意在避免请求人滥用程序,进行摸索证明。

4. 被请求人的妨碍行为造成请求人无法举证或举证困难,包括两个方面:请求人举证困难以致无法完成举证责任或者无法有效进行反证;妨碍行为与请求人举证困难之间存在因果关系。如果通过具有可替代性的证据可以证明请求人主张的事实,那么仲裁庭无须作出不利推定。比如,在欧洲水泥案中,仲裁庭命令申请人出示原始股票以供查验,并确立了时间表。<sup>⑤⑥</sup>不过,仲裁庭刻意避免将这种推定作为管辖权驳回的依据,而是认为现有的证据记录足以驳回本案管辖。<sup>⑤⑦</sup>

5. 被请求人的正当程序权利获得尊重。即“夏普标准”第五项,被请求人知道自己的证据提供义务,并且获知仲裁庭将会作出不利推定以及获得陈述意见的机会。

6. 不利推定的作出应当符合逻辑或经验法则,即推定应具有合理性、与已查明的事实相符,并且与未提供的证据的可能性质具有逻辑关联(“夏普标准”第三项)。

## (二) 不利推定涉及的具体问题

### 1. 所涉证据形式与不利推定

在理论上和实践中,作出不利推定的最典型情况是当事人拒绝书证出示命令。不过,仲裁庭作出不利推定针对的证明妨碍行为涵盖所有证据形式,书证、事实证人、专家证人以及勘验等证据形式涉及的证明妨碍都不影响不利推定的作出。相关机构的调查也印证了国际仲裁中涉及各种证据形式的证明妨碍都可能面临不利推定。<sup>⑤⑧</sup>实际上,不同法域民事诉讼中的证明妨碍(或不利推定)规则通常一般性地适用所有证据形式。<sup>⑤⑨</sup>不过,我国不利推定的立法与实践存在局限性,不利推定作为“书证提出命令制度”的救济手段只是明确适用于书证,以及准用于视听资料、电子数据。<sup>⑥⑩</sup>我国法律实务人士应当突破既有的法律思维,避免对国际投资仲裁中不利推定的适用可能产生的曲解。

### 2. 妨碍行为的表现形态与不利推定

在国际投资仲裁中,当事方对证据提交负有基于善意原则的合作义务。该义务不

<sup>⑤⑤</sup> UPS v. Canada, ICSID Case No. UNCT/02/1, Tribunal Decision Relating to Canada's Claim of Cabinet Privilege, 2004, para.15.

<sup>⑤⑥</sup> Europe Cement v. Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, Award, 2009, para.63.

<sup>⑤⑦</sup> *Id.*, at para.143.

<sup>⑤⑧</sup> 针对 2004 年至 2010 年 ICC 裁决的调查表明,一方当事人要求作出不利推定的最常见原因是未出示文件(53%)以及未传唤证人进行直接询问或未出示证人进行交叉询问(25%)。其他原因包括未能提供关于损害赔偿数额的专家证据、拒绝允许勘验作为争议主题的证据以及证人未能记住关键事实。*Supra* note 52, at 49-50.

<sup>⑤⑨</sup> 比如,我国台湾地区“民事诉讼法”在 2000 年修正时,在文书提出命令制度中的证明妨碍规定之外,增设证明妨碍之一般规定,即第 282 条第 1 款,从而使不利推定适用于其他证据形式涉及的证明妨碍。

<sup>⑥⑩</sup> 我国民事诉讼的不利推定规定在 2015 年通过的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 112 条、第 113 条和 2019 年通过的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 48 条,是作为我国“书证提出命令制度”的救济手段而存在。

2019 年通过的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 99 条第 2 款规定:“关于书证的规定适用于视听资料、电子数据;存储在电子计算机等电子介质中的视听资料,适用电子数据的规定。”

仅要求当事方遵守仲裁庭的命令,提交证据,而且包含其他内容,比如当事方不得破坏证据,阻碍证人作证。证明妨碍的主观状态可以故意,也可以是过失;证明妨碍的形式可以是作为和不作为。不过,值得注意的是,我国民事诉讼不利推定制度适用的条件是“拒不提供”“以妨碍对方当事人使用为目的”,这些条件表明妨碍人主观上必须出于故意或恶意,排除了过失情形下不利推定的适用。<sup>⑥1</sup>

在国际投资仲裁实践中,当事方撤回已提交的书证也可能构成证明妨碍,在 Caratube 诉哈萨克斯坦案中作出的不利推定即属于这种情况。<sup>⑥2</sup>此外,当事人拒绝传唤本方证人以满足对方交叉询问的要求也可能遭致不利推定,不仅如此,当事人撤回原定出庭的本方证人、取消直接询问本身也有可能同样构成证明妨碍,因为仲裁庭可能根据案情认为当事人的背后意图是为了避免证人遭遇交叉询问可能产生的不利后果。<sup>⑥3</sup>

当事方的证据披露义务派生出证据保存义务,没有履行该义务也构成证明妨碍,因为妥善保存是履行披露证据义务的前提。当事方须主动履行证据保存义务,必要时,仲裁庭可发布命令要求当事人保全证据。保存相关性的证据的义务在证据持有人注意到该证据与争端有关时(这种情况大多时候已提起仲裁),或者在证据持有人本应知道证据与将来的争端有关时产生。<sup>⑥4</sup>一旦当事人能够明确预期证据的相关性,该方应尽必要的努力保留相关证据,无论谁将从中受益。在这种情况下,故意和过失均可对责任方作出不利的推定。<sup>⑥5</sup>在国际投资仲裁中,当事方的证据保存义务和证据提供义务一样,从根本上说产生于善意原则,具体可能因法律规定、合同要求、当事人自身文件保管政策而需要保存证据材料,这时,如果无正当理由没有保存,仲裁庭可能推定系恶意而为。

### 3. 证明妨碍与推定效果

当事方证明妨碍的确认是否必然导致推定事实(结论事实)的成立?作为推定的效果,这个结论事实是对当事人关于特定证据(内容)主张的确认,还是对该证据应证事实的确认?这些问题需要进一步分析。

显然,并非证明妨碍行为得到确认就必然会导致推定事实的成立。不利推定能否适用是一个逻辑推理的过程,至少,如果不能满足“夏普标准”的第三项条件,仲裁庭不能作出相应的不利推定。

不利推定的效果与当事人的主观状态、举证困难的严重程度以及证据的重要性存在一定的逻辑关联,关于推定的结论事实是否成立,仲裁庭行使裁量权时应当考虑这些因素。证据毁坏的原因可能是由于疏忽也可能是恶意破坏造成,仲裁庭作出不利推定时可以给予不同的处理,对于前者可以推定请求人关于特定证据的主张为真实,而对于后者

<sup>⑥1</sup> 参见 2015 年通过的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 112 条、第 113 条和 2019 年通过的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 48 条。

<sup>⑥2</sup> *Supra* note 30.

<sup>⑥3</sup> *Supra* note 12, at 28.

<sup>⑥4</sup> Andrew Hebl, *Spoilation of Electronically Stored Information, Good Faith, and Rule 37(e)*, North Illinois University Law Review, 2008, Vol.29, pp.83-84.

<sup>⑥5</sup> *Supra* note 46, at 388.

即恶意状态下的证明妨碍可以直接推定请求人主张的相应事实（即该证据应证的事实）为真实。此外，如果一方当事人能够证明相对人一再违反证据披露要求，<sup>⑥⑥</sup>或者仲裁庭先前已明确说明所涉具体文件的重要性以及不利推定将作为救济措施，<sup>⑥⑦</sup>甚至证据持有人伪造、篡改证据或者存在证据欺诈，<sup>⑥⑧</sup>仲裁庭都可以考虑在合理的情况下作出对该当事人相对更为不利的推定。证据具有重要性或不可替代性也应是仲裁庭作出不利推定的重要考虑因素，恶意的证明妨碍本身也佐证了证据的重要性，由于此类证据无法获取导致证据内容不可知悉，仲裁庭有权推定该证据应证事实的成立，而不仅仅是推定请求人关于该证据的主张为真实。

## 五、结 论

国际投资仲裁中的不利推定是一个逻辑推理的过程，不具有惩罚性质。同时，不利推定的作出，不转移举证责任，也不降低证明标准。关于仲裁庭作出不利推定的条件，“夏普标准”具有广泛的影响，同时它不是一个穷尽式的列举，仍有需要澄清与完善之处。此外，由于我国国内民事诉讼不利推定的制度与实践有所不同，在国际投资仲裁实践中我国法律实务人士应当避免“先入之见”可能带来的消极影响；同时，因为不利推定规则体现的是逻辑的过程，不同程序的相关问题具有共通性，因此国际投资仲裁实践对于我国国内相关立法的完善也有借鉴意义。

当然，不利推定并非仲裁庭针对证明妨碍行为可采取的唯一救济方法，仲裁庭可以根据案情需要决定综合采用多种救济措施，除不利推定之外，还有费用分配、证据排除、禁止令（cease and desist orders）等等。<sup>⑥⑨</sup>

不利推定可以成为法律利器。在参与国际投资仲裁程序中，我国政府或海外投资企业应善于运用，在符合条件的情况下，积极请求并说服仲裁庭作出不利推定，以应对对方的证明妨碍；同时，对于针对我方可能作出的不利推定，应妥善做好防守，充分阐述适用条件的不符，比如主张特免权、证据不在我方控制之下以及存在替代性证据等等。此外，仲裁庭在组织程序、公正高效解决争端方面发挥着关键作用，抑制证明妨碍有赖于仲裁庭适当行使权力。针对证明妨碍，仲裁庭应当主动或者依申请适用不利推定，同时应遵循相应的条件，尤其是正当程序要求。仲裁庭应在程序的尽早阶段发出警告将针对证明妨碍行为积极采取救济措施，而且，应在实际作出具体不利推定之前，通知当事人，以激励其善意合作提供证据，实现案件的公正审理。<sup>⑦⑩</sup>

<sup>⑥⑥</sup> *Supra* note 40, at paras.245-266.

<sup>⑥⑦</sup> *Fraport v. Philippines*, ICSID Case No.ARB/03/25, Award, 2007, para.47.

<sup>⑥⑧</sup> *Supra* note 56, at paras.141-143.

<sup>⑥⑨</sup> 同前注<sup>②⑨</sup>，第41-44页。

<sup>⑦⑩</sup> Benoit Le Bars & Tejas Shiroor, *Provisional Measures in Investment Arbitration: Wading Through the Murky Waters of Enforcement*, *Indian J. of Arb. L.*, 2017, Vol.7, p.29.

**Abstract:** In international investment arbitration, adverse inference is the fundamental remedy to spoliation of evidence. Adverse inference is not punitive in nature. Adverse inference does not transfer the burden of proof and reduce the standard of proof. To make an adverse inference should meet the conditions. Sharpe's test has been invoked widely in theory and practice. However, it is not exhaustive, and there is still the need to be clarified and improved. In participating in international investment arbitration, Chinese practitioners should try to avoid the negative impact by the difference between domestic legislation and the practice of international arbitration; moreover, the rules of adverse inference in international investment arbitration can also provide a model for the improvement of domestic legislation. As for spoliation of evidence in the practice of international investment arbitration, the parties and the arbitral tribunal should use adverse inference properly in order to achieve a fair trial.

**Keywords:** international investment arbitration; burden of proof; spoliation of evidence; adverse inference

---

---

(责任编辑:刘 鹏)

# 仲裁案外人救济机制的建构与完善

## ——兼论对《仲裁法(修订)(征求意见稿)》 的修改建议

申黎 刘馨兰\*

---

**内容提要** 2021年7月30日,司法部发布了《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》(以下简称“《仲裁法修订草案》”),《仲裁法修订草案》就当事人对仲裁裁决的司法监督机制作出了较大幅度的改动,建立了案外人的异议制度,但未对案外人关于撤销仲裁裁决或申请不予执行仲裁裁决的救济权作出规定。近年来,仲裁实务中当事人恶意串通、虚构事实、严重损害案外人合法权益的虚假仲裁行为频频出现,对仲裁秩序和商事仲裁的公信力都产生了严重的影响。基于此,本文在分析我国仲裁案外人权利救济必要性的基础上,借鉴域外仲裁案外人权利保护机制,立足我国的相应实践,针对《仲裁法修订草案》中的案外人救济制度部分,提出立足现实困境且符合现实需求、顺应仲裁发展趋势的修改建议。

**关键词** 仲裁案外人 救济机制 修改建议

---

### 一、问题的提出：虚假仲裁与《仲裁法修订草案》下的仲裁案外人救济机制

商事仲裁作为与诉讼制度并行的争议解决方式,以其高效性、灵活性和保密性等特征受到当事人的信赖和追捧,但随着商事仲裁制度的进一步发展,我国尚没有建立健全与之相对应的诚信机制与案外人救济机制。近年来,仲裁实务中当事人恶意串通、虚构事实、严重损害案外人合法权益的虚假仲裁行为频频出现,虚假仲裁通常表现为仲裁当事人通过虚构事实、伪造证据获得仲裁裁决来损害案外人的物权、债权或形成对案外人不利的的事实,对案外人的权益保障造成了很大的威胁。<sup>①</sup>针对当事人提起的虚假仲裁、恶

---

\* 申黎,国浩律师(上海)事务所合伙人,中国国际经济贸易仲裁委员会、上海国际仲裁中心、深圳国际仲裁院、上海仲裁委员会、杭州仲裁委员会、青岛仲裁委员会、廊坊仲裁委员会等机构仲裁员;刘馨兰:国浩律师(上海)事务所律师助理。

① 参见靳建丽:《对仲裁案外人权利救济法律路径研究——以虚假仲裁为视角》,载《山东社会科学》2021年第1期,第147页。

意仲裁等公然违反仲裁秩序和法治精神的行为,我国法律尚未赋予案外人申请撤销仲裁裁决等救济权利,人民法院作为监督机关也没有主动撤销仲裁裁决的法律途径,仲裁委员会通常也不会进行自我纠错。法律制度的缺失势必会阻碍仲裁制度的良性发展,建立仲裁案外人救济机制对我国仲裁秩序的发展具有重大意义。

本次《仲裁法修订草案》在总结我国多年仲裁实践经验的基础上,对现行仲裁立法进行完善和优化。《仲裁法修订草案》对仲裁裁决所涉司法监督机制作出了较大幅度的改动:《仲裁法修订草案》第七十七条规定了当事人撤销仲裁裁决的情形;<sup>②</sup>第八十二条取消了当事人依申请裁定不予执行仲裁裁决机制,仅保留在仲裁裁决违背社会公共利益情形下,人民法院得依职权主动审查并作出不予确认执行的裁定。<sup>③</sup>如此,《仲裁法修订草案》对案外人可供选择的救济路径仅有两条:仲裁案外人或在裁决执行过程中提出书面执行异议(第八十四条),或依法向仲裁当事人提起侵权之诉(第八十五条)。<sup>④</sup>在当事人恶意仲裁、虚假仲裁,故意利用仲裁程序损害案外人合法权益的情况下,仅靠第八十四条、第八十五条的救济途径尚不足以充分保障案外人的正当利益。

另外,国际仲裁实践对仲裁透明度的反思与2018年发布的《最高人民法院关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》(以下简称“《仲裁裁决执行规定》”)对外人申请不予执行仲裁裁决机制的创设,都体现了国际仲裁和国内仲裁实践中,为平衡仲裁当事人间的意思自治与案外人权益保障的努力。<sup>⑤</sup>《仲裁法修订草案》的现行规定在某种程度上很可能导致前述努力的耗弱,进一步甚至可能出现《仲裁裁决执行规定》丧失上位法的支持,最高人民法院陷入体系外立法的尴尬境地。因此,本文着重考察我国建立健全仲裁案外人救济机制之必要性,结合域内外仲裁立法与实践经验,对我国仲裁案外人救济机制进行思考,从而针对《仲裁法修订草案》案外人救济部分提出

② 《仲裁法(修订)(征求意见稿)》第77条规定:“当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的,可以向仲裁地的中级人民法院申请撤销裁决:(一)没有仲裁协议或者仲裁协议无效的;(二)裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者超出本法规定的仲裁范围的;(三)被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知,或者其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见的;(四)仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序或者当事人约定,以致于严重损害当事人权利的;(五)裁决因恶意串通、伪造证据等欺诈行为取得的;(六)仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿,徇私舞弊,枉法裁决行为的。人民法院经组成合议庭审查核实裁决有前款规定情形之一的,应当裁定撤销。当事人申请撤销的情形仅涉及部分裁决事项的,人民法院可以部分撤销。裁决事项不可分的,应当裁定撤销。人民法院认定该裁决违背社会公共利益的,应当裁定撤销。”

③ 《仲裁法(修订)(征求意见稿)》第82条规定:“当事人应当履行裁决。一方当事人不履行的,对方当事人可以向有管辖权的中级人民法院申请执行。人民法院经审查认定执行该裁决不违背社会公共利益的,应当裁定确认执行;否则,裁定不予确认执行。”

④ 《仲裁法(修订)(征求意见稿)》第84条规定:“裁决执行过程中,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。案外人应当自知道或者应当知道人民法院对该标的采取执行措施之日起三十日内,且主张的合法权益所涉及的执行标的尚未执行终结前提出。”

《仲裁法(修订)(征求意见稿)》第85条规定:“案外人有证据证明裁决的部分或者全部内容错误,损害其民事权益的,可以依法对当事人提起诉讼。案外人起诉且提供有效担保的,该裁决中止执行。裁决执行的恢复或者终结,由人民法院根据诉讼结果裁定。”

⑤ 关于透明度反思的内容,详见下文[二、(三)]部分的相关论述。

立足现实困境且符合现实需求、顺应仲裁发展趋势的修改建议。

## 二、我国仲裁案外人救济机制现状检视

### （一）我国立法体系下的仲裁案外人救济机制

《中华人民共和国民事诉讼法（2017修正）》（以下简称“《民事诉讼法》”）第五十六条、第二百二十七条的第三人制度与案外人异议体现了对第三人权益保护的意旨。当民事诉讼判决侵害案外第三人合法权益，第三人可以根据民事诉讼法第五十六条提起第三人撤销之诉，抑或根据《民事诉讼法》第二百二十七条申请再审，作出判决的法院可以依照审判监督启动再审撤销原判决。

但仲裁领域，案外人救济机制不甚健全。首先，《民事诉讼法》第二百三十七条、第二百七十四条与《仲裁法》（2017年修正）（以下简称“《2017仲裁法》”）第六十三条规定仅被申请人可以向人民法院申请裁定不予执行仲裁裁决；<sup>⑥</sup>其次，《2017仲裁法》第五十八条规定仅当事人可以申请撤销仲裁裁决，这里的当事人作立法与体系解释应当认定为仲裁案件的申请人与被申请人，不涵盖仲裁案外人的范畴，同时，撤销仲裁裁决制度赋予了人民法院在特定情况下依社会公共利益主动行使职权以撤销裁决（第五十八条第三款）；<sup>⑦</sup>最后，《民事诉讼法》第二百二十七条允许案外人在执行过程中提起执行异议，但结合条文内容，该项异议虽涉及对执行标的的实体性主张，如适用，也仅使法院“裁定中止对该标的的执行”，不具认定事实及否定裁决效力的终局之效。

2018年2月23日，为了规范人民法院办理仲裁裁决执行案件，依法保护当事人、案外人的合法权益，最高人民法院制定并发布了《仲裁裁决执行规定》。《仲裁裁决执行规定》创设了案外人申请不予执行仲裁裁决制度：第九条赋予了案外人在有证据证明仲裁案件当事人恶意仲裁或者虚假仲裁，损害其合法权益且所涉执行标的尚未执行终结的情况下，可向人民法院申请不予执行仲裁裁决的权利；第十八条则明确了案外人申请不予执行仲裁裁决的实质审查标准；第二十二条一是赋予案外人与被执行人申请不予执行仲裁裁决被人民法院处理后的不同救济途径，视情况向上一级人民法院申请复议，二是在

<sup>⑥</sup> 《中华人民共和国民事诉讼法（2017修正）》第237条第2、3款规定：“被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：（一）当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；（二）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的；（三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；（四）裁决所根据的证据是伪造的；（五）对方当事人向仲裁机构隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；（六）仲裁员在仲裁该案时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。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。”

《中华人民共和国民事诉讼法（2017修正）》第274条规定：“对中华人民共和国涉外仲裁机构作出的裁决，被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：……”

《中华人民共和国仲裁法（2017修正）》第63条规定：“被申请人提出证据证明裁决有民事诉讼法第二百一十三条第二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。”

<sup>⑦</sup> 《中华人民共和国仲裁法（2017修正）》第58条规定：“当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的，可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决：……人民法院认定该裁决违背社会公共利益的，应当裁定撤销。”

申请不予执行仲裁裁决不予支持的情况下,只赋予了案外人复议救济的权利,未赋予当事人进一步救济的权利,以此充分保障案外人权益。<sup>⑧</sup>

2021年《仲裁法修订草案》基于国内、涉外仲裁裁决司法审查标准不统一、申请撤销仲裁裁决和不予执行仲裁裁决两种司法监督方式存在内在冲突的问题,取消了申请不予执行制度;同时为更好衔接民事诉讼法规的规定,第八十四条强调了仲裁案外人能够申请执行异议之诉的权利;第八十五条指出在仲裁裁决损害案外人民事权益时通过实体法上另行起诉以维护其权利的路径。但《仲裁法修订草案》对执行程序救济方式的删除使得《仲裁裁决执行规定》第九条这一符合现实困境的创新救济模式失去了支撑依据,后者性质仅为司法解释,若无上位法的支撑,其实施时必然会受到合法性质疑,司法解释项下案外人申请不予承认和执行仲裁裁决机制的实施效果便会存在可预见性障碍。

表1 我国现行仲裁案外人救济机制汇总

适用规范 救济机制	民诉法 2017	仲裁法 2017	仲裁裁决执 行规定 2018	仲裁法修订草 案 2021
撤销仲裁裁决之诉	-	第 58 条 (仅限当事人)	-	第 77 条 (仅限当事人)
申请不予承认和执 行仲裁裁决	第 237 & 274 条 (仅限被申请人)	第 63 条 (仅限被申请人)	第 9&22 条	-
申请执行异议	第 227 条	-	-	第 84 条
另行起诉	-	-	-	第 85 条

## (二) 引入仲裁案外人救济机制的必要性和价值

以“《最高人民法院关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》第九条”为关键词在裁判文书网进行检索,显示《仲裁裁决执行规定》实施后的三年内,仅案外人以规定第九条为由申请不予执行仲裁裁决或者仲裁调解书的,就有 1158 例,<sup>⑨</sup>侵害方式一般表现为仲裁当事人或当事人之间恶意串通、虚构事实、伪造证据等,由此获得的仲裁裁决通常造成案外人物权遭受侵害、债权遭受侵害(如仲裁案件当事人通过仲裁裁决影响被查封执行标的的执行分配或阻碍案外人债权清偿)、仲裁裁决对案外人产生不利法律事实等结果。<sup>⑩</sup>究其根本,有学者认为仲裁裁决既判力主观范围向案外人扩张和仲

⑧ 参见江必新:《执行规范与适用:最新民事诉讼法与民诉法解释、保全、执行条文关联解读》,中国法制出版社 2018 年 8 月版,第 304 页。

⑨ 中国裁判文书网, <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html?pageId=a1489e16539fa80b1c4b60feb93e3b04&s21=%E3%80%8A%E6%9C%80%E9%AB%98%E4%BA%BA%E6%B0%91%E6%B3%95%E9%99%A2%E5%85%B3%E4%BA%8E%E4%BA%BA%E6%B0%91%E6%B3%95%E9%99%A2%E5%8A%9E%E7%90%86%E4%B2%B2%E8%A3%81%E8%A3%81%E5%86%B3%E6%89%A7%E8%A1%8C%E6%A1%88%E4%BB%B6%E8%8B%A5%E5%B9%B2%E9%97%AE%E9%A2%98%E7%9A%84%E8%A7%84%E5%AE%9A%E3%80%8B%E7%AC%AC%E4%B9%9D%E6%9D%A1>,最后访问时间:2021年10月18日。

⑩ 同前注①,第147页。

裁裁决的反射效力是使案外人利益受到损害的根本原因,而仲裁本身的自治性、保密性和协议基础加剧了这种影响;<sup>⑪</sup>也有学者认为仲裁的合意性、不公开性方便了对案外人的侵害,同时我国仲裁立法也欠缺对利益相关第三人权利保护的规定。<sup>⑫</sup>

隐秘性、自治性与高效性毋庸置疑是仲裁制度最突出的特征与优势,但此把双刃剑<sup>⑬</sup>同样在特定情形下将案外人置于法律风险的不利处境。近年来,仲裁事项是否应当公开已经成为一项新的议题和思考对象。<sup>⑭</sup>虽然私法仲裁以不公开为原则,但诸多国家也承认该项原则下的一些例外情形。<sup>⑮</sup>在国际商事仲裁中,仲裁的透明度问题同样系近年国际仲裁发展的一项重大议题,仲裁员们逐渐认识到国际商事仲裁的透明度应予增加。例如有仲裁员认为,在涉及公共利益案件中,社会监督可以避免裁决结果实时性地损害公共利益。<sup>⑯</sup>有仲裁员认为,目前对增加透明度的考虑更多从利益平衡的角度出发,即在仲裁的公正性和可信赖性与仲裁程序的灵活性和秘密性之间做出权衡。<sup>⑰</sup>客观而言,仲裁的自治性与隐秘性确实使得仲裁裁决对案外人侵权造成了可能,仲裁裁决的既判力促使了该种损害的形成。一方面,“隐秘性”是仲裁裁决区别于一般诉讼程序的基本特征。仲裁的不公开性包括程序与判断的非公示性、仲裁参与人在仲裁过程中所获得的资讯与资料负有不公开之义务(non-disclosure)等。<sup>⑱</sup>另一方面,仲裁裁决的既判力在《2017 仲裁法》第九条中得以明确,既判力意味着裁决必然会对外界产生影响,由此可能被当事人恶意串通滥用仲裁以损害案外人利益,此种行为既违背诚实信用原则也易造成人们对仲裁的排斥。<sup>⑲</sup>长此以往,不利于仲裁制度的健康发展。

### 三、域外仲裁案外人救济机制现状检视

基于商事仲裁的自治性、私密性和不公开性可能对仲裁案外人的合法权益造成的侵害,域外法律中已有对仲裁案外人救济权的相关立法例,虽然域外与我国之间关于案外

<sup>⑪</sup> 参见张楠:《仲裁案外人权利救济制度研究》,载《西部法学评论》2013年第4期,第111页。

<sup>⑫</sup> 同前注<sup>⑪</sup>,第147-148页。

<sup>⑬</sup> 参见马贤兴:《虚假诉讼·虚假仲裁防治与实案精解》,中国检察出版社2018年10月版,第166页。

<sup>⑭</sup> 参见蓝瀛芳:《比较的仲裁法(下)》,元照出版公司2018年版,第1478页。

<sup>⑮</sup> 基本上这些例外情形限于:依据法律法规应当公开的;基于公共利益的合理需要的;机密持有人对他人负有履行公开义务的;机密持有人为保护自己的利益而需对他人公开的,同上。

<sup>⑯</sup> Andreas Dracoulis, *International Arbitration Experts Discuss Shifts In Transparency, Significant Development This Year And What 2018 May Bring*, MEALEY'S International Arbitration Report, 2017, Vol.32:11, p.48.

<sup>⑰</sup> *Id.*

<sup>⑱</sup> 同前注<sup>⑭</sup>,第1479页。

<sup>⑲</sup> 《中华人民共和国仲裁法(2017修正)》第9条规定:“仲裁实行一裁终局的制度。裁决作出后,当事人就同一纠纷再申请仲裁或者向人民法院起诉的,仲裁委员会或者人民法院不予受理。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。”

参见刘东:《论仲裁裁决案外人利益的保护——以案外第三人撤销仲裁裁决之诉为中心的研究》,载《法治研究》2015年第2期,第89页。

人救济权利的立法环境和制度背景存在差异,但基于仲裁案外人权益保护与平衡具有的许多共性问题,其立法和司法实践,值得我国研究与参考。

### (一)“撤销仲裁裁决”

撤销仲裁裁决是仲裁当事人寻求司法救济的最重要途径,因此,有的国家立法也将其作为案外人寻求司法救济的重要途径之一。对于类似案外人撤销仲裁裁决的域外法律规定中,最具有代表性的为法国的立法规定,法国《新民事诉讼法典》第1481条和第1482条规定,仲裁裁决可以向如没有诉诸仲裁即对争议有管辖权的法院提出第三人异议,对仲裁裁决也可以向上诉法院提起上诉。<sup>②</sup>关于仲裁裁决的第三人异议,第583条第1款规定,于其中有利益的任何人,均允许提出第三人异议,但以第三人在作出利益受到侵害的裁决程序中既不是当事人也没有委托代理人为条件。<sup>③</sup>根据第583条和第591条的规定,任何认为其利益受到侵害的第三人都可以提起异议,请求撤销或变更仲裁裁决。法国民事诉讼法典赋予仲裁案外人(法国民事诉讼法典称之为“第三人”)享有对仲裁裁决申请异议、提出第三人撤销之诉的权利。针对案外人(第三人)撤销仲裁裁决之诉,法国《新民事诉讼法典》第586、591、592条分别对案外人提起救济的诉讼时效、法律后果及上诉权利等作出了规定。

其次,我国澳门地区《自愿仲裁法》也对案外人认定裁决无效作出了类似的规定,其中第三十七条规定,在具备法定理由的情形下,认定裁决无效之诉的主体是任何利害关系人(不论是否仲裁当事人)、检察院及司法法院自身。上述法定理由主要包括(1)涉及非当事人可处分的权利;(2)未依法传唤被上诉人,且被上诉人未参与到相关程序;(3)仲裁庭的审理不属于其管辖范围之内的问题或未对应审理的问题进行审查;如果各事项的决定可以分开,则该裁决部分无效;(4)裁决违反公共秩序原则。<sup>④</sup>上述法律规定对申请仲裁裁决无效的申请主体和法定事由作出了规定,使得包括案外人在内的利害关系人均能够通过法律程序维护自己的合法利益,使仲裁裁决归于无效。

再次,鉴于目前多数国家仲裁立法参照国际法的标准适用已成趋势,在国际法层面,法律关于撤销仲裁裁决与不予承认与执行仲裁裁决的申请事由几乎相同。例如,《承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称“《纽约公约》”)第5条规定了拒绝承认和执行外国仲裁裁决可援引的理由,其也是《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(以下简称“《示范法》”)中撤销仲裁裁决的理由。其中,第1款明确裁决被执行人在5种情形下得主动向法院申请不予承认和执行仲裁裁决;第2款规定法院可依职权查明的理由共计2项,即争议事项不得通过仲裁解决以及承认或执行有违当地公共政策。因此,一方面,《纽约公约》在主体层面规定有且仅有被执行人得向执行地的主管机关提出证据请求拒绝承认与执行仲裁裁决;另一方面,拒绝承认与执行的理由具有穷尽性质,即任何缔约

<sup>②</sup> 参见罗结珍:《法国新民事诉讼法典(下册)》,法律出版社2008年10月版,第1179页。

<sup>③</sup> 同上,第634页。

<sup>④</sup> 李萍:《仲裁案外人权利救济制度研究》,广东商学院硕士学位论文,2010年。

国都无权以公约第5条规定的7项理由之外的事项,拒绝承认与执行适用公约作出的裁决。<sup>②③</sup>各国立法大多也遵循《纽约公约》第5条之意旨。

《纽约公约》中也没有对案外人的仲裁救济权作出明确规定,但值得注意的是,在撤销仲裁裁决制度中,对于违背公共利益的,多数支持法院可以依职权主动裁定撤销。因此对于仲裁案外人的权利保护,从国际立法(国际条约与域外国国内仲裁立法)关于撤销仲裁裁决的规定来看,似有通过“公共政策”着力的适用空间。作为国际仲裁裁决司法审查的一个重要方面,“公共政策”(又称“公序”“社会公共利益”)为国际社会所公认,《纽约公约》第5款第2项对此予以肯定。国际法学会(International Law Association)在《关于以公共政策为由拒绝承认执行国际仲裁裁决的最终报告》(The Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards)<sup>②④</sup>中认为:“‘实体性基本原则’(substantive fundamental principle)包含了善意原则与禁止权利滥用原则(特别是在民法法系国家)”<sup>②⑤</sup>如《日本仲裁法》就仲裁裁决承认与执行的条件中有规定,仲裁裁决承认违反日本公序良俗的,属于法院职权调查事项。<sup>②⑥</sup>

## (二)“执行异议之诉”

执行异议之诉是在执行程序中仲裁案外人可以提起的救济途径,在各国的法律规定中,德国和日本的法律规定具有代表性和典型性。

《德国民事诉讼法》第771条规定,案外人/第三人对执行标的的强制执行存在异议时,可以以债权人和债务人为被告向实施强制执行的法院提起异议之诉。<sup>②⑦</sup>除此之外,德国民事诉讼法还规定了配偶对共同财产的执行异议、后顺位继承人对继承财产的执行异议等内容,这使得德国法域下案外人执行异议之诉更加全面和规范,相较于其他国家的法律规定,《德国民事诉讼法》特别规定了针对配偶和后顺位继承人对执行标的的异议权。《日本民事执行法》第三十八条规定,对强制执行的标的物拥有所有权的第三方,或拥有阻碍标的物转让或交付的任何其他权利的第三方,可以提出反对执行的第三方诉讼,以寻求不允许这种强制执行。<sup>②⑧</sup>

## (三)仲裁第三人制度

在域外仲裁案外人救济途径中,除了提起撤销仲裁裁决和提起执行异议之诉外,有部分国家作出了类似于仲裁第三人制度的相关规定。

<sup>②③</sup> CIAP30:《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12月版,第76页。

<sup>②④</sup> 报告名称的中文译文参见《关于以公共政策为由拒绝承认执行国际仲裁裁决的最终报告》,杜焕芳译,载中国国际贸易仲裁委员会编(2010):《〈纽约公约〉与国际商事仲裁的司法实践》,法律出版社2010年5月版,第365-384页。

<sup>②⑤</sup> Pierre Mayer, Audley Sheppard, *Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards*, Arbitration International, 2003, Vol.19, p.256. 原文为: An example of a substantive fundamental principle is the principle of good faith and prohibition of abuse of rights (especially in civil law countries).

<sup>②⑥</sup> [日]本间靖规、中野俊一郎、酒井一:《国际民事诉讼法(第二版)》,柴裕红译,商务印书馆2020年10月版,第187页。

<sup>②⑦</sup> [德]汉斯-约阿希姆·穆泽拉克,《德国民事诉讼法基础教程》,周翠译,中国政法大学出版社2005年8月版,第367页。

<sup>②⑧</sup> 《日本民事执行法》第38条。

首先,关于仲裁第三人制度,较有代表性的为《荷兰民事诉讼法》和《伦敦国际商会仲裁规则》中的有关规定。《荷兰民事诉讼法》第1045条规定在经过对仲裁结果具有利害关系的案外人的书面请求或者仲裁一方当事人主张得到案外人的赔偿时,仲裁庭可以允许该案外人加入程序中来。<sup>②⑨</sup>但该1045条第3款对上述案外人进入仲裁程序中设置了前提条件,只有在第三人与原仲裁协议各方当事人达成新的书面协议的情况下,并且仲裁庭在听取了各方当事人的意见后,才可以允许第三人加入仲裁程序中。《伦敦国际商会仲裁规则》第22条也作出了类似的规定,仲裁庭可以根据任何一方的申请或自行决定允许一个或多个第三人加入到仲裁程序中,但前提条件是任何此类第三人和申请方在生效日期后或(如果更早)在仲裁协议中明确同意此类加入。<sup>③⑩</sup>通过上述规定可以看出,虽然各国、各仲裁机构规定了在特定情形下可以使第三人或案外人加入到仲裁程序中,但在规定类似仲裁第三人制度时通常都会加入第三人和仲裁当事人同意作为相应的前提条件。

#### 四、《仲裁法修订草案》案外人救济机制的建构与完善

##### (一)对“社会公共利益”作适当性解释、增设案外人撤销仲裁裁决制度

一方面,无论参考我国仲裁立法还是国外立法及国际公约,申请撤销仲裁裁决的事由大多统一且仅限于仲裁当事人主体。有观点认为,对仲裁裁决的撤销可视为当事人间权利义务关系继仲裁裁决第一次矫正后的第二次矫正,<sup>③①</sup>而案外人因自身权益侵害申请撤销仲裁裁决属于实体性请求,将撤销主体扩张至案外人无疑限制其救济次数。但对此问题,同样有观点认为可将“案外人申请撤销仲裁裁决”结合我国民事诉讼中的第三人撤销制度,明确为“案外人申请撤销仲裁裁决之诉”,以完善仲裁案外人救济机制——如此有利于仲裁案外人权利保障与仲裁制度中支持仲裁与司法监督的原则平衡。就现行撤销仲裁裁决制度而言,如本文第三部分第一节所述,可将侵害案外人利益的仲裁裁决作为违背社会公共利益的情形进行适用。<sup>③②</sup>但亦如最高人民法院所述,我国仲裁实践中社会公共利益的范围难以界定,具体内涵还需要在实务中逐步总结。<sup>③③</sup>因此,考虑国外仲裁立法与司法经验,同时结合我国现行《民事诉讼法》第113条之规定,对“社会公共利益”进行适当性解释是值得考虑的保障案外人权利的有效路径,能够最大程度的维护仲裁案外人的正当权益。

<sup>②⑨</sup> 《荷兰民事诉讼法》第1045条。

<sup>③⑩</sup> 《伦敦国际商会仲裁规则》第22条。

<sup>③①</sup> 同前注<sup>①①</sup>,第120页。

<sup>③②</sup> 类似观点可参见刘东冲:《论仲裁裁决案外人利益的保护》,载丽水仲裁委员会, [http://zcw.lishui.gov.cn/art/2020/8/27/art\\_1229404432\\_151.html](http://zcw.lishui.gov.cn/art/2020/8/27/art_1229404432_151.html),最后访问时间:2021年10月9日。

<sup>③③</sup> 同前注<sup>⑧</sup>,第304页。

另一方面,基于目前的立法情况还不足以充分保障仲裁案外人的合法权益的基础上,参照我国民事诉讼中的第三人撤销制度,在“撤销仲裁裁决”层面,建议在草案第七十七条中增设如下款项:

非仲裁案件当事人的第三人提出证据证明裁决有下列情形的,可以向仲裁地的中级人民法院申请撤销裁决:

裁决因恶意串通等欺诈行为取得,并损害第三人合法权益的;

申请撤销的情形仅涉及部分裁决事项的,人民法院可以部分撤销。裁决事项不可分的,应当裁定撤销。

非仲裁案件当事人的第三人申请撤销裁决的,应当自知道或者应当知道裁决之日起三个月内提出。

## （二）肯定案外人申请不予承认和执行仲裁裁决制度

2018年《仲裁裁决执行规定》既已创设了案外人申请不予执行仲裁裁决制度,且申请不予执行仲裁裁决与撤销仲裁裁决分属不同救济渠道,并不因二者在适用事项上的基本一致性而直接否定其中任一路径的存在价值,申请不予执行仲裁裁决之救济属非诉程序,目的是使裁决在执行法院不发生执行力,能够赋予案外人在执行阶段对侵犯其合法权益的恶意仲裁行为提起救济,故建议《仲裁法修订草案》应对该项制度予以明确,具体增设条款内容如下:

第八十二条 当事人应当履行裁决。一方当事人不履行的,对方当事人可以向有管辖权的中级人民法院申请执行。

被申请执行人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的,经人民法院组成合议庭审查核实,可以裁定不予执行:

（一）没有仲裁协议或者仲裁协议无效、失效或者不能实施的;

（二）被申请执行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执行人负责的原因未能陈述意见,以致于严重损害当事人权利的;

（三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序与当事人的约定或适用的仲裁规则不符的;

（四）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或不在请求仲裁的范围之列,但是,如果有关提交仲裁事项的决定可以和未提交仲裁事项的决定分开,则裁决中提交仲裁事项的决定那个部分可以执行;

（五）裁决对当事人尚无拘束力,或者裁决已经由仲裁地法院撤销的;

非仲裁案件当事人的第三人提出证据证明仲裁裁决有下列情形的,且主张

的合法权益所涉及的执行标的尚未执行终结的,经人民法院组成合议庭审查核实,可以裁定不予执行:

裁决因恶意串通等欺诈行为取得,并损害第三人合法权益的。

上述不予执行的申请应当自知道或者应当知道人民法院对该标的采取执行措施之日起三十日内提出。

### (三) 暂缓建立仲裁第三人制度

根据本文第三部分域外法律研究中可以看出,英国、荷兰等国家规定了仲裁第三人制度,我国也有部分学者在有关仲裁案外人救济途径的讨论中提议我国建立与“诉讼第三人”相类似的“仲裁第三人”制度,使对仲裁案件具有利害关系的第三人能够在仲裁进行过程中加入进来,通过这种事先预防的手段以最经济的手段解决纠纷,保护案外人的正当权益。

然而,仲裁法规定当事人采用仲裁方式解决纠纷,应当双方自愿,达成仲裁协议。仲裁第三人制度使案外人突破了仲裁双方自愿的原则,使未达成仲裁协议的第三人强制进入到仲裁程序中,其制度是否具有正当性基础是一件值得深思的事情。即使在荷兰、英国等规定了仲裁第三人制度的国家,第三人加入到仲裁程序中也需要第三人和仲裁当事人的同意为基础条件,这实际意味着原仲裁当事人与案外第三人之间达成了新的仲裁协议,并不是任何有利害关系的第三人都可以任意加入到仲裁程序中,实质是没有突破仲裁的自愿性和契约性原则的。因此,对于参照诉讼第三人制度拟建立的仲裁第三人制度,由于缺乏案外人和仲裁当事人达成仲裁的合意,违反了仲裁的基本原则,不具有相应的法理基础。因此,对于我国目前的仲裁案外人救济机制的构建中不宜采用仲裁第三人制度。

近年来,仲裁实务中当事人恶意串通、虚构事实、严重损害案外人合法权益的虚假仲裁行为频频出现,基于此,本文从三个方面论述了仲裁案外人的救济机制并相应提出对《仲裁法修订草案》的修改建议。首先,从有利于仲裁案外人权利保障与仲裁制度中支持仲裁与司法监督的原则,建议在《仲裁法修订草案》第七十七条增设非仲裁案件当事人的第三人向人民法院申请撤销仲裁裁决制度。另外,可将侵害案外人利益的仲裁裁决作为违背社会公共利益的情形进行适用,并对社会公共利益进行适当的解释。其次,基于2018年《仲裁裁决执行规定》中已创设的案外人申请不予执行仲裁裁决制度,为保证法律适用的统一性,赋予案外人在执行阶段对侵犯其合法利益的恶意仲裁行为提起救济,建议在《仲裁法修订草案》第八十二条加入案外人申请不予承认和执行仲裁裁决制度,目的是使仲裁裁决在执行法院不发生执行力,防止因恶意串通等欺诈行为取得的仲裁裁决损害案外人的合法权益。再次,针对目前学术界讨论较多的“仲裁第三人”制度,建议根据仲裁法的基本原则应当暂缓建立仲裁第三人制度。仲裁法规定当事人采用仲裁方式解决纠纷,应当双方自愿,达成仲裁协议。仲裁第三人制度使案外人突破了仲裁

双方自愿的原则,使未达成仲裁协议的第三人强制进入到仲裁程序中,其制度是否具有正当性基础是一件值得深思的事情。对于参照诉讼第三人制度拟建立的仲裁第三人制度,由于违反了仲裁的基本原则,不具有相应的法理基础。因此,对于我国目前的仲裁案外人救济机制的构建中不宜采用仲裁第三人制度。

## 结 论

《仲裁法（修订）（征求意见稿）》对仲裁裁决的救济途径作出了较大幅度的改动:一是统一国内外仲裁裁决撤销事由,且主体仅限于仲裁当事人;二是取消依申请不予执行仲裁裁决机制,仅保留在认定仲裁裁决违背社会公共利益的情形下,人民法院裁定不予确认执行的制度,该等变化引发界内激烈的争议与讨论。经检索可知,我国仲裁案外人遭受侵害之纠纷繁多,恶意串通、伪造证据进行虚假仲裁的情形层出不穷,同时我国现行立法体系下仲裁案外人救济机制仅为案外人申请执行异议、另行起诉与《仲裁裁决执行规定》创设的申请不予执行仲裁裁决,对仲裁案外人的保护力度不足,加之当前国际社会对仲裁透明度的思考、撤销仲裁裁决与不予执行仲裁裁决二者存在诸多性质与效果上的差异,案外人救济机制之必要性应进一步作出肯定与重视。域外仲裁立法对撤销仲裁裁决事由之“违反公序”可解释囊括实体公序的适用,同时存在“欺诈、证词或证据不真实”时的“发回仲裁裁决”机制作为前者的补充。因此,结合我国实际情势,针对《仲裁法修订草案》,首先,需对“社会公共利益”作适当性解释,以其为落脚点建立案外人救济渠道;其次,增设案外人申请撤销仲裁裁决的诉讼机制;第三,应该在立法层面进一步肯定案外人申请不予执行仲裁裁决机制,由此与《仲裁裁决执行规定》的规定和司法实践相衔接。

---

**Abstract:** On July 30, 2021, the Ministry of Justice issued *the Arbitration Law of the People's Republic of China (Revised) (Draft for Solicitation of Comments)* (hereinafter referred to as the “*Draft Revision of the Arbitration Law*”). *The Draft Revision of the Arbitration Law* has made substantial changes to the judicial supervision mechanism of parties on arbitral awards and established the system of outsider dissidence, but has not provided for the right of remedy for outsiders on setting aside arbitral awards or applying for non-enforcement of arbitral awards. In recent years, sham arbitrations, in which the parties collude in bad faith, falsify facts, and seriously damage the legitimate rights and interests of the outsider, have frequently emerged in arbitration practice, which has a serious impact on the order and the credibility of commercial arbitration. Then, based on the analysis of the necessity of the remedy of the rights of arbitration outsider in China, the mechanism for the protection of the rights of arbitration outsider in foreign countries, and the corresponding practice in China, this paper proposes amendments to the

---

part of *the Draft Revision of the Arbitration Law* on the remedy system of arbitration outsider based on the realistic dilemma and in line with the realistic needs and the development trend of arbitration.

**Keywords:** arbitration outsider; remedy mechanism; revision suggestion

---

---

(责任编辑:张靖昆)

# 仲裁裁决执行审查制度的实践观察及展望 ——以 2020 年度审结并公开的案件为例

朱华芳 叶一丁\*

---

**内容提要** 司法实践中,法院对仲裁裁决的执行审查存在未另行立案、混淆不予执行及驳回执行申请事由、不予执行事由援引失当等问题,规范性有待提高。网络借贷仲裁、虚假仲裁是法院对仲裁裁决进行执行审查的重点领域,一方面,法院在加强对网络借贷仲裁裁决执行审查的同时,部分不予执行/驳回执行申请的论证理由值得商榷;另一方面,案外人申请不予执行仲裁裁决制度存在扩张适用的问题,部分法院忽略对“虚假仲裁”要件的审查。《仲裁法修订草案》关于仲裁裁决执行审查制度的修改方向值得肯定,但具体制度设计仍有待完善。

**关键词** 仲裁裁决执行 司法审查 网络借贷仲裁 虚假仲裁 仲裁法修订

---

## 引言

2017 年至 2018 年初,最高人民法院(以下简称最高法院)先后发布《最高人民法院关于仲裁司法审查案件归口办理有关问题的通知》(法〔2017〕152号)、《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,以下简称《仲裁司法审查案件报核规定》)、《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》(法释〔2017〕22号)、《关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》(以下简称《仲裁裁决执行规定》)等一系列司法解释,细化了仲裁裁决撤销、执行案件的处理规则,有力推动了仲裁司法审查实践的发展与完善。相较于申请确认仲裁协议效力、申请撤销仲裁裁决、申请承认和执行外国仲裁裁决等其他仲裁司法审查案件,仲裁裁决执行审查案件受制于案件基数大、审查法院分散、涉及与执行问题的交叉等原因,在程序及实体方面仍有诸多尚待规范之处。

2021 年 7 月 30 日,司法部发布《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》(以下简称《仲裁法修订草案》)及其说明,向社会公开征求意见。《仲裁法修订草案》对仲裁裁决执行审查制度进行了颠覆性修改,拟以执行前的仲裁裁决审查确认制度取得申请不予执行仲裁裁决制度,并拟在执行标的异议之外为案外人另设侵权之诉的救济路径。

---

\* 朱华芳,天同律师事务所高级合伙人;叶一丁,天同律师事务所实习律师。

本文将结合《仲裁法修订草案》的相关内容,对2020年度审结并公开的仲裁裁决执行案件进行观察分析,通过提出制度设计及司法审查实践方面的既有问题,以期对完善仲裁裁决执行审查制度、提升其司法适用的规范性有所裨益。

## 一、仲裁裁决执行审查实践概况

截至2021年4月30日,经剔除因重复申请、执行完毕、无管辖权等非因仲裁裁决本身的原因被裁定驳回的案件和串案后,2020年审结并公开的驳回仲裁裁决执行申请的有效样本案件共595件(含串案为2946件),除网络借贷仲裁裁决执行案件以外的有效样本案件为260件(含串案为392件)。经剔除终结审查或与仲裁裁决执行无关的案件和串案后,2020年审结并公开的涉仲裁裁决不予执行审查的有效样本案件共1320件(含串案为4722件),被裁定不予执行的有625件(含串案为3821件),占比约为47.35%。相较于2019年的有效样本案件1544件(不含串案)、不予执行比例56.54%,2020年在案件总量及否定率上均有所下降,或与司法从严审查背景下的申请执行网络借贷仲裁裁决案件数量减少有关。除网络借贷仲裁裁决执行案件外,2020年涉仲裁裁决不予执行审查的有效样本案件为859件(含串案为1157件),被裁定不予执行的有190件(含串案为285件),占比约为22.12%,与2019年同口径的不予执行比例22.75%基本持平。<sup>①</sup>以2020年审结并公开的案件为观察对象,本文对仲裁裁决被不予执行/驳回执行申请的事由分布、仲裁裁决执行审查存在的问题作如下梳理分析。

### (一) 仲裁裁决被不予执行/驳回执行申请的主要事由

在2020年审结并公开的625件仲裁裁决被裁定不予执行的案件中,法院援引的具体事由如下表所示:<sup>②</sup>

表1 法院裁定不予执行仲裁裁决的事由

排名	法院裁定不予执行仲裁裁决的事由	案件数量	占法院裁定不予执行案件(625件)比例
1	仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序	421	67.36%
2	执行该裁决违背社会公共利益	177	28.32%
3	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	77	12.32%
4	对方当事人向仲裁机构隐瞒了足以影响公正裁决的证据	19	3.04%

<sup>①</sup> 本文使用的检索工具包括中国裁判文书网、无讼案例和威科先行。因裁判文书公开节奏不一,不排除三个平台后续会新增一定数量的2020年度仲裁司法审查案件裁判文书;同时,由于部分仲裁司法审查裁判文书未上网公开,本文统计的相关数据和实际情况不可避免存在一定误差。

<sup>②</sup> 如无特别说明,正文及表格中的数据均将串案计为1件。

排名	法院裁定不予执行 仲裁裁决的事由	案件数量	占法院裁定不予执行 案件（625 件）比例
5	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	16	2.56%
6	虚假仲裁损害案外人利益	15	2.40%
7	裁决所根据的证据是伪造的	13	2.08%
/	其他	8 <sup>③</sup>	1.28%

在 2020 年审结并公开的 595 件仲裁裁决执行申请被裁定驳回的案件中,法院援引的具体事由如下表所示:

表 2 法院驳回仲裁裁决执行申请的事由<sup>④</sup>

排名	法院驳回仲裁裁决 执行申请的事由	案件数量	占驳回执行申请案件 （595 件）比例
1	违反法定程序	254	42.69%
2	未提交有仲裁条款的合同或仲裁协议	83	13.95%
3	权利义务主体不明确	63	10.59%
4	未提交证据证明仲裁裁决已送达被执行人, 仲裁裁决未生效	45	7.56%
5	违背社会公共利益	33	5.55%
6	金钱给付具体数额不明确或者计算方法不明 明确导致无法计算出具体数额	24	4.03%
7	因仲裁机构未经批准异地仲裁,仲裁裁决不 具有法律效力	21	3.53%
8	仲裁裁决确定的履行期限未届满或被执行人 履行义务的前提条件未成就	20	3.36%
9	申请执行人主体不适格	16	2.69%

③ 包括: (1) 申请执行超过法定期限, 参见河北省邯郸市中级人民法院 (2020) 冀 04 执异 77 号执行裁定书、吉林省长春市中级人民法院 (2020) 吉 01 执异 116 号执行裁定书; (2) 仲裁员在仲裁该案时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为, 参见甘肃省定西市中级人民法院 (2020) 甘 11 执 237 号执行裁定书; (3) 仲裁员未审查债权转让合法性, 执行裁决有损当事人利益, 参见甘肃省武威市中级人民法院 (2020) 甘 06 执 114 号执行裁定书; (4) 被执行人与裁决书所载主体不一致, 参见河北省高阳县人民法院 (2020) 冀 0628 执 108 号执行裁定书; (5) 被执行人主体消灭, 参见河北省泊头市人民法院 (2020) 冀 0981 执 611 号执行裁定书; (6) 执行标的灭失, 参见吉林省通化市中级人民法院 (2020) 吉 05 执 36 号执行裁定书; (7) 未明确不予执行事由, 参见江苏省无锡市中级人民法院 (2020) 苏 02 执 437 号执行裁定书。

④ 若同一案件涉及多个驳回执行申请事由, 则该案同时计入多个事由下的案件数量。

排名	法院驳回仲裁裁决 申请执行的事由	案件数量	占驳回申请执行案件 (595件)比例
10	因涉及行政管制、存在在先查封等原因,不具备可执行性	15	2.52%
11	行为履行的标准、对象、范围不明确	14	2.35%
12	申请执行人未提交证据证明具有从事金融业务的资质	12	2.02%
	申请执行人从事金融业务违反法律规定、属非法经营,或未提交证据证明网络借贷合法	12	2.02%
13	交付的特定物不明确或者无法确定	10	1.68%
14	概括表述申请执行立案提交的材料不合规定	9	1.51%
15	因采用电子送达或邮件显示退回,仲裁裁决未生效	7	1.18%
16	因仲裁员未在裁决上签名,仲裁裁决未生效	6	1.01%
	不具有实际给付内容	6	1.01%
17	当地全面取缔网贷业务	5	0.84%
18	继续履行的权利义务,以及履行的方式、期限等具体内容不明确	4	0.67%
/	其他	7 <sup>⑤</sup>	1.18%

## (二) 仲裁裁决执行审查实践存在的问题

不同于申请确认仲裁协议效力、申请撤销内地仲裁裁决、申请承认和执行外国仲裁裁决等其他仲裁司法审查案件已归口由专门业务庭办理,申请执行内地仲裁裁决案件仍由执行部门负责审查、实施。或因执行部门案件量大、在仲裁司法审查方面专业度不足,通过对2020年度审结并公开的仲裁裁决执行案件的梳理可查,各地法院对仲裁裁决的执行审查凸显以下问题,有待进一步规范。<sup>⑥</sup>

⑤ 包括:(1)权利义务主体错误,参见广东省广州市中级人民法院(2020)粤01执5号执行裁定书等(串案);(2)仲裁裁决与原件不一致,参见河南省浚池县人民法院(2020)豫1221执1589号执行裁定书;(3)寄送仲裁文件的主体与仲裁机构不符,参见广东省揭阳市中级人民法院(2020)粤52执131号执行裁定书;(4)利率高于24%,参见广东省汕头市中级人民法院(2020)粤05执22号之一执行裁定书;(5)被执行人进入破产程序,不具备执行案件主体资格,参见贵州省安顺市西秀区人民法院(2020)黔0402执1776号执行裁定书;(6)仲裁裁决生效时,被执行人已不具备民事权利能力,参见河北省邯郸市邯山区人民法院(2020)冀0402执484号之二执行裁定书;(7)应通过执行异议程序主张权利,参见山东省潍坊市中级人民法院(2020)鲁07执327号执行裁定书。

⑥ 《最高人民法院关于仲裁司法审查案件归口办理有关问题的通知》(法〔2017〕152号)第2条规定:“当事人申请确认仲裁协议效力的案件,申请撤销我国内地仲裁机构仲裁裁决的案件,申请认可和执行香港特别行政区、澳门特别行政区、台湾地区仲裁裁决的案件、申请承认和执行外国仲裁裁决等仲裁司法审查案件,由各级人民法院专门业务庭办理。”

第一,部分仲裁裁决不予执行裁定直接由基层法院作出。《仲裁裁决执行规定》第 2 条第 3 款规定:“被执行人、案外人对仲裁裁决执行案件申请不予执行的,负责执行的中级人民法院应当另行立案审查处理;执行案件已指定基层人民法院管辖的,应当于收到不予执行申请后三日内移送原执行法院另行立案审查处理。”据此,申请不予执行仲裁裁决案件由中级法院审查处理,且应区别于执行实施案件另行立案。但实践中,部分不予执行仲裁裁决裁定直接由基层法院作出,<sup>⑦</sup>且不排除中级法院内部亦存在未对不予执行申请另行立案审查的情况,主要表现为不予执行裁定仍以“执”字而非“执异”字号作出。<sup>⑧</sup>该等处理与前述规定不符,也不利于仲裁司法审查标准的统一。<sup>⑨</sup>

值得讨论的是,如果中级法院的执行实施部门或基层法院在执行中发现仲裁裁决存在违背社会公共利益的情形,能否直接作出处理?本文认为,虽然现行规定仅明确在被执行人、案外人主动提出不予执行申请时,另行立案审查,但考虑到其规范目的系为保障不予执行审查质量,法院依职权裁定不予执行仲裁裁决前也应对此另行立案,并交由中级法院的执行裁判部门进行审查。同时,拟以违背社会公共利益为由裁定不予执行仲裁裁决的,应按照《仲裁司法审查案件报核规定》第 2 条、第 3 条规定向最高法院报核。<sup>⑩</sup>

第二,驳回执行申请事由及不予执行事由存在混用的情况。一方面,大量驳回执行申请的案件系以违反法定程序、违背社会公共利益等不予执行事由为依据;<sup>⑪</sup>另一方面,部分法院对于申请执行超过法定期限、被执行人主体消灭、执行标的灭失等应当裁定不予受理或驳回执行申请的案件,以裁定不予执行方式作出处理。<sup>⑫</sup>本文认为,驳回执行申

⑦ 安徽省东至县人民法院(2020)皖 1721 执 368 号执行裁定书、湖南省桃江县人民法院(2020)湘 0922 执 168 号执行裁定书、江苏省灌南县人民法院(2020)苏 0724 执 1898 号执行裁定书等。

⑧ 《最高人民法院关于执行案件立案、结案若干问题的意见》第 9 条规定:“下列案件,人民法院应当按照执行异议案件予以立案……(六)被执行人对仲裁裁决或者公证机关赋予强制执行效力的公证债权文书申请不予执行的……”

⑨ 参见刘贵祥、孟祥、何东宁、林莹:《〈关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定〉的理解与适用》,载《人民司法(应用)》2018 年第 13 期,第 40 页。

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)第 2 条规定:“各中级人民法院或者专门人民法院办理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,不予认可和执行香港特别行政区、澳门特别行政区、台湾地区仲裁裁决,不予承认和执行外国仲裁裁决,应当向本辖区所属高级人民法院报核;高级人民法院经审查拟同意的,应当向最高人民法院报核。待最高人民法院审核后,方可依最高人民法院的审核意见作出裁定。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。”

《最高人民法院关于仲裁司法审查案件报核问题的有关规定》(法释〔2017〕21 号)第 3 条规定:“本规定第二条第二款规定的非涉外涉港澳台仲裁司法审查案件,高级人民法院经审查拟同意中级人民法院或者专门人民法院认定仲裁协议无效,不予执行或者撤销我国内地仲裁机构的仲裁裁决,在下列情形下,应当向最高人民法院报核,待最高人民法院审核后,方可依最高人民法院的审核意见作出裁定:(一)仲裁司法审查案件当事人住所地跨省级行政区域;(二)以违背社会公共利益为由不予执行或者撤销我国内地仲裁机构的仲裁裁决。”

⑪ 陕西省宝鸡市中级人民法院(2020)陕 03 执 125 号执行裁定书、吉林省松原市中级人民法院(2020)吉 07 执 154 号执行裁定书、广东省中山市中级人民法院(2020)粤 20 执恢 20 号执行裁定书等。

⑫ 吉林省长春市中级人民法院(2020)吉 01 执异 116 号执行裁定书、河北省泊头市中级人民法院(2020)冀 0981 执 611 号执行裁定书、吉林省通化市中级人民法院(2020)吉 05 执 36 号执行裁定书等。

请和不予执行是对仲裁裁决执行案件两种不同的处理方式,因其救济路径及审查启动方式有别,不应混用。首先,“不予执行”是对仲裁裁决的根本性否定,仲裁裁决被裁定不予执行后,相当于原实体纠纷未得到解决,当事人可以根据重新达成的仲裁协议申请仲裁,也可以向法院起诉;而“驳回执行申请”仅意味仲裁裁决存在执行障碍,仲裁裁决作为执行依据仍然具有法律效力,当事人无法就同一纠纷另行申请仲裁或提起诉讼,只能通过申请复议等程序性路径寻求救济。<sup>⑬</sup>其次,除违背社会公共利益外,不予执行情形需由被执行人、案外人主动提出并提供证据证明;而是否存在法定不予受理/驳回执行申请情形,则是由法院在受理前后依职权自行审查。基于前述区别,如果以驳回执行申请的方式处理应作不予执行审查的案件,不仅有司法过度干预仲裁之嫌,而且也可能导致申请执行人的胜诉权益被不当剥夺。

第三,部分法院援引的不予执行事由失当。例如,有法院混淆无仲裁协议和无权仲裁两种不予执行事由,在当事人无仲裁协议的情形下,以仲裁机构无权仲裁为由裁定不予执行;<sup>⑭</sup>有法院错误理解违反法定程序事由的适用情形,仅因仲裁裁决的邮寄信息显示未妥投,或采取电子方式送达仲裁裁决,就认定仲裁程序违法;<sup>⑮</sup>有法院未能准确把握社会公共利益的认定标准,认为委托代理协议中关于“委托人自行和解、撤回申请、终止合同,视为代理人已完成委托事项”的约定违反社会公共利益;<sup>⑯</sup>还有法院对仲裁案件实体问题进行审查,因债权转让公告未在被执行人住所地报刊上发布、无法确认债权转让通知已到达被执行人,以仲裁裁决的执行有损借款人权益为由裁定不予执行。<sup>⑰</sup>

## 二、网络借贷裁决被不予执行/驳回执行申请的主要事由

在“金融强监管”背景下,各地法院继续加强对网络借贷仲裁裁决的执行审查,就公开可查的申请不予执行网络借贷仲裁裁决案件,除极少数被裁定驳回外,大部分均被裁定不予执行。<sup>⑱</sup>2020年,网络借贷裁决被裁定不予执行或驳回执行申请的事由中,排名前三的是违反法定程序、违背社会公共利益、无仲裁协议。

<sup>⑬</sup> 《最高人民法院关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》第5条规定:“申请执行人对人民法院依照本规定第三条、第四条作出的驳回执行申请裁定不服的,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。”

<sup>⑭</sup> 广东省潮州市中级人民法院(2020)粤51执217号执行裁定书、甘肃省定西市中级人民法院(2020)甘11执126号执行裁定书。

<sup>⑮</sup> 安徽省阜阳市中级人民法院(2020)皖12执348号执行裁定书、四川省达州市中级人民法院(2020)川17执33号执行裁定书。

<sup>⑯</sup> 广西壮族自治区梧州市中级人民法院(2018)桂04执异22号执行裁定书。

<sup>⑰</sup> 甘肃省武威市中级人民法院(2020)甘06执114号执行裁定书。

<sup>⑱</sup> 山东省青岛市中级人民法院(2019)鲁02执异581号执行裁定书、四川省德阳市中级人民法院(2020)川06执异8号执行裁定书、辽宁省沈阳市中级人民法院(2020)辽01执异427号执行裁定书、内蒙古自治区包头市中级人民法院(2020)内02执异82号执行裁定书、北京市第二中级人民法院(2020)京02执异175号执行裁定书。

### （一）违反法定程序

电子送达仲裁通知<sup>①9</sup>、电子送达仲裁裁决<sup>②0</sup>、进行书面审理<sup>②1</sup>、答辩期限过短<sup>②2</sup>、先予仲裁<sup>②3</sup>是网络借贷仲裁被认定违反法定程序的常见情形。本文认为,部分法院直接以电子送达、书面审理为由裁定不予执行网络借贷仲裁裁决,存在不当:

首先,根据《仲裁裁决执行规定》第 14 条第 1 款规定,“违反法定程序”系指违反仲裁法、仲裁规则规定的程序或当事人关于仲裁程序的特别约定,可能影响案件公正裁决的情形,因此仲裁法、仲裁规则及当事人特约均可构成仲裁程序的合法性基础。<sup>②4</sup>如果仲裁程序的进行符合仲裁机构制定的网络仲裁规则,或当事人就选择电子送达、书面审理达成明确合意且案件材料能够有效送达当事人,不宜直接以仲裁采用书面仲裁、电子送达的方式而认定其程序违法。

其次,根据《仲裁裁决执行规定》第 14 条第 2 款规定,送达方式不符合规定只有在导致当事人未能参与仲裁的情况下才构成不予执行事由。<sup>②5</sup>仲裁裁决/调解书作出后,对其采取何种送达方式原则上不会导致当事人不能参与仲裁,亦不会再对案件裁决公正性产生影响,因此该条第 2 款所述“仲裁法律文书”不应包含仲裁裁决/调解书在内。在电子送达仲裁调解书的情况下,涉及的是执行依据是否生效的问题,而在电子送达仲裁裁决书的情况,需要判断的是义务人能否知悉裁决内容、是否存在不履行生效法律文书的行为。<sup>②6</sup>前述情形均不属于不予执行仲裁裁决的法定事由,而是与执行申请是否符合法院受理条件有关,因此若法院认定电子送达仲裁裁决/调解书不合法,也应以驳回执行申请的方式作出处理。

最后,基于在线纠纷解决方式快速发展的现实背景,《仲裁法修订草案》拟增设互联网仲裁的有关规定。一是,明确“仲裁程序可以通过网络方式进行”(第 30 条第 2 款);二是,在肯定书面审理方式的基础上灵活质证方式,规定当事人可以约定质证方式,或通

<sup>①9</sup> 重庆市第四中级人民法院(2020)渝 04 执 1245 号执行裁定书等。

<sup>②0</sup> 湖北省孝感市中级人民法院(2020)鄂 09 执 204 号执行裁定书等。

<sup>②1</sup> 吉林省松原市中级人民法院(2020)吉 07 执 44 号执行裁定书等。

<sup>②2</sup> 安徽省淮南市中级人民法院(2020)皖 04 执 361 号执行裁定书等。

<sup>②3</sup> 福建省龙岩市新罗区人民法院(2020)闽 0802 执恢 563 号执行裁定书等。

<sup>②4</sup> 《最高人民法院关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》第 14 条第 1 款规定:“违反仲裁法规定的仲裁程序、当事人选择的仲裁规则或者当事人对仲裁程序的特别约定,可能影响案件公正裁决,经人民法院审查属实的,应当认定为民事诉讼法第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。”

<sup>②5</sup> 《最高人民法院关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》第 14 条第 2 款规定:“当事人主张未按照仲裁法或仲裁规则规定的方式送达法律文书导致其未能参与仲裁,或者仲裁员根据仲裁法或仲裁规则的规定应当回避而未回避,可能影响公正裁决,经审查属实的,人民法院应当支持;仲裁庭按照仲裁法或仲裁规则以及当事人约定的方式送达仲裁法律文书,当事人主张不符合民事诉讼法有关送达规定的,人民法院不予支持。”

<sup>②6</sup> 例如在四川省南充市中级人民法院(2020)川 13 执 176 号执行裁定书中,因被执行人是否已收到仲裁裁决无法确定,四川省南充市中级人民法院指出:“《民事诉讼法》第二百三十七条第一款规定,‘对依法设立的仲裁机构的裁决,一方当事人不履行的,对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请执行。受申请的人民法院应当执行’。也就是说,只有在一方当事人已经知道或者应当知道涉案裁决内容且未履行仲裁裁决的情况下,对方当事人才可以向人民法院申请执行。申请执行人现向本院申请执行,不符合前述法条的规定,理应驳回其执行申请。”

过仲裁庭认为合适的方式质证(第58条、第63条);三是,增加关于网络信息手段送达的规定,明确当事人没有约定的,可以采用电子邮件、即时通讯工具等信息系统可记载的方式送达仲裁文件,且并未将仲裁裁决书/调解书排除在可电子送达的仲裁文件之外(第34条)。如修订后的《仲裁法》最终作出前述规定,法院将无法再简单以网络仲裁、书面审理、电子送达等为对网络借贷仲裁裁决作出不予执行或驳回执行申请裁定。

## (二) 违背社会公共利益

申请执行人/平台运营者/实际出借人未经批准向不特定主体发放贷款<sup>⑲</sup>,或仲裁庭未对前述主体是否具备相关业务资质进行审查<sup>⑳</sup>是网络借贷仲裁被认定违背社会公共利益的常见情形,也有法院因存在大批违反法定程序的同类案件,认为执行该类仲裁裁决可能违背社会公共利益。<sup>㉑</sup> 本文认为,前述案件中,部分法院的论证理由值得商榷:首先,违反法定程序与违背社会公共利益是两种并列的仲裁裁决不予执行事由,即使存在多个违反法定程序的同类案件,也不必然构成违背社会公共利益的情形,仅以案件数量多而认为涉及社会公共利益,论证逻辑欠妥;其次,仲裁庭是否对平台运营者或出借人的业务资质进行审查属于实体处理范畴,且审查与否本身并不会对社会公共利益产生影响,执行法院应当自行审查相关主体的业务资质并据此判断执行仲裁裁决是否违背社会公共利益,而不应简单以仲裁庭未作审查为由裁定不予执行。

除具有通谋虚伪表示、恶意串通等特殊情形外,一项合同被认定无效主要系因违反法律、行政法规的效力性强制性规定或违背公序良俗,另根据《全国法院民商事审判工作会议纪要》第30条规定,影响合同效力的“效力性强制性规定”通常系指涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的强制性规定。可见,在关涉金融安全、市场秩序、国家宏观政策等领域时,强制性规定本身就蕴含了公序良俗的要求。对网络借贷的监管涉及国家金融安全和金融管制的宏观政策,故在相当程度上,关于网络借贷仲裁是否违背社会公共利益的判断,可以转化为对网络借贷合同的效力判断。参照《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》(2020第二次修正)第13条规定,如果网络借贷合同存在非法转贷、职业放贷等无效情形,执行确认该合同有效的仲裁裁决具备认定为违背社会公共利益的基础。

司法实践中,有执行障碍的网络借贷仲裁包括三种情况:一是,平台运营者将归集的资金提供给出借人,由出借人以自己名义放贷,并在逾期后申请仲裁;<sup>⑳</sup>二是,出借人和借款人通过互联网平台进行借贷,逾期后债权依约定自动无偿转让于平台运营者或其他

<sup>⑲</sup> 安徽省阜阳市中级人民法院(2020)皖12执250号执行裁定书、甘肃省武威市中级人民法院(2020)甘06执166号执行裁定书、安徽省安庆市中级人民法院(2020)皖08执315号执行裁定书等。

<sup>⑳</sup> 广东省河源市中级人民法院(2020)粤16执46号执行裁定书等。

<sup>㉑</sup> 广西壮族自治区南宁市中级人民法院(2020)桂01执577号执行裁定书等。

<sup>㉒</sup> 安徽省滁州市中级人民法院(2020)皖11执21号执行裁定书等。

第三方主体,由债权受让方申请仲裁;<sup>③①</sup>三是,出借人和借款人通过互联网平台进行借贷,逾期后担保人清偿债务并取得对借款人的追偿权,由担保人或其追偿权受让方申请仲裁。<sup>③②</sup>在后两种情形下,法院认为,申请执行人通过受让债权、承担担保责任等方式间接取得对不特定主体的贷款债权,违反《中华人民共和国银行业监督管理法》第 19 条关于任何单位或个人未经批准不得从事金融业务的规定,执行相关仲裁裁决违背社会公共利益(职业放贷);<sup>③③</sup>而在第一种情形下,法院认定网络借贷仲裁违背社会公共利益的原因在于,平台运营者存在资金归集行为,在实质上构成非法吸收公众存款后转贷(非法转贷)。

需要注意的是,《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》等监管规范将网络借贷中的平台运营者定位为信息中介机构,如果平台运营者仅为借贷双方提供居间服务,不特定主体通过互联网平台开展非常业性的借贷活动原则上并不影响金融秩序,不应仅因平台运营者不具备存贷款业务资质裁定不予执行仲裁裁决。<sup>③④</sup>

### (三) 无仲裁协议

借款合同中印刷字体的签名无法确认为本人签署是网络借贷仲裁被认定无仲裁协议的主要情形。<sup>③⑤</sup>根据《中华人民共和国电子签名法》第 13 条规定,同时符合属于电子签名人专有、仅由电子签名人控制、任何改动能够被发现等条件的电子签名,才是可靠的电子签名。依托于互联网平台达成的借款合同通常系以电子签名方式完成签署,因打印体签名不具备电子签名的专有性和独占性特征,无法确定系由本人所签,亦无法证明该当事人具有同意将纠纷提交仲裁的真实意思。此外,也有部分案件系因申请执行人未提交仲裁协议,被法院认定不符合执行案件受理条件、裁定驳回执行申请。<sup>③⑥</sup>

<sup>③①</sup> 重庆市第四中级人民法院(2020)渝04执414号执行裁定书、甘肃省武威市中级人民法院(2020)甘06执1号执行裁定书等。

<sup>③②</sup> 河南省平顶山市中级人民法院(2019)豫04执异80号执行裁定书等。

<sup>③③</sup> 《中华人民共和国银行业监督管理法》第 19 条规定:“未经国务院银行业监督管理机构批准,任何单位或者个人不得设立银行业金融机构或者从事银行业金融机构的业务活动。”该条属于效力性强制性规范,参见最高人民法院民事审判第二庭:《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》,人民法院出版社 2019 年 12 月版,第 339 页。

<sup>③④</sup> 《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》(银发〔2015〕221号)第 2 条规定:“(八)网络借贷。网络借贷包括个体网络借贷(即 P2P 网络借贷)和网络小额贷款。个体网络借贷是指个体和个体之间通过互联网平台实现的直接借贷。在个体网络借贷平台上发生的直接借贷行为属于民间借贷范畴,受合同法、民法通则等法律法规以及最高人民法院相关司法解释规范。个体网络借贷要坚持平台功能,为投资方和融资方提供信息交互、撮合、资信评估等中介服务。个体网络借贷机构要明确信息中介性质,主要为借贷双方的直接借贷提供信息服务,不得提供增信服务,不得非法集资……”《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》第 2 条第 2 款规定:“本办法所称网络借贷是指个体和个体之间通过互联网平台实现的直接借贷。个体包含自然人、法人及其他组织。网络借贷信息中介机构是指依法设立,专门从事网络借贷信息中介业务活动的金融信息中介公司。该类机构以互联网为主要渠道,为借款人与出借人(即贷款人)实现直接借贷提供信息搜集、信息公布、资信评估、信息交互、借贷撮合等服务。”

<sup>③⑤</sup> 湖南省永州市中级人民法院(2020)湘11执203号执行裁定书等。

<sup>③⑥</sup> 四川省达州市中级人民法院(2020)川17执266号执行裁定书等。

#### (四) 其他事由

除上述三种事由外,还有法院以《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)第237条第2款规定的其他情形、《仲裁裁决执行规定》第3条、《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(试行)》)第18条(2020年修正后为第16条)为依据,裁定不予执行网络借贷仲裁裁决或驳回执行申请:(1)因实际出借人涉嫌非法吸收公众存款,相关借款合同、担保合同、债权转让协议无效,投资人应通过刑事追赃挽回损失,债权受让方与借款人之间的纠纷不属于仲裁调整范围;<sup>③7</sup>(2)申请执行人故意隐瞒其不具有放贷资质的事实,导致仲裁案件的事实认定和法律适用错误;<sup>③8</sup>(3)借款合同没有当事人的签名盖章、主要条款不明确,仲裁机构作出归还借款本金的仲裁结果构成枉法裁决;<sup>③9</sup>(4)裁决认定的本金金额没有扣除预先收取的“服务费”,与借款人实际收到的本金金额不符,金钱具体给付数额不明确;<sup>④0</sup>(5)因采用电子送达方式,仲裁裁决应视为至今未送达被执行人、尚未发生法律效力。<sup>④1</sup>前述案件虽然在法律适用方面可能有失妥当,但也在一定程度上反映了法院对申请执行网络借贷仲裁裁决案件的严格审查。<sup>④2</sup>

<sup>③7</sup> 《最高人民法院关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》第3条规定:“仲裁裁决或者仲裁调解书执行内容具有下列情形之一导致无法执行的,人民法院可以裁定驳回执行申请;导致部分无法执行的,可以裁定驳回该部分的执行申请;导致部分无法执行且该部分与其他部分不可分的,可以裁定驳回执行申请。(一)权利义务主体不明确;(二)金钱给付具体数额不明确或者计算方法不明确导致无法计算出具体数额;(三)交付的特定物不明确或者无法确定;(四)行为履行的标准、对象、范围不明确;仲裁裁决或者仲裁调解书仅确定继续履行合同,但对继续履行的权利义务,以及履行的方式、期限等具体内容不明确,导致无法执行的,依照前款规定处理。”

《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)(2020修正)》第16条规定:“人民法院受理执行案件应当符合下列条件:(1)申请或移送执行的法律文书已经生效;(2)申请执行人是生效法律文书确定的权利人或其继承人、权利承受人;(3)申请执行的法律文书有给付内容,且执行标的和被执行人明确;(4)义务人在生效法律文书确定的期限内未履行义务;(5)属于受申请执行的人民法院管辖。人民法院对符合上述条件的申请,应当在七日内予以立案;不符合上述条件之一的,应当在七日内裁定不予受理。”

广西壮族自治区贵港市中级人民法院(2020)桂08执3号执行裁定书。

<sup>③8</sup> 山东省泰安市泰山区人民法院(2020)鲁0902执797号执行裁定书。

<sup>③9</sup> 甘肃省定西市中级人民法院(2020)甘11执237号执行裁定书。

<sup>④0</sup> 广西壮族自治区崇左市中级人民法院(2020)桂14执64号执行裁定书。

<sup>④1</sup> 广西壮族自治区崇左市中级人民法院(2020)桂14执175号执行裁定书。

<sup>④2</sup> 第一,(2020)桂08执3号案中,刑事案件与仲裁案件所涉法律关系及责任主体并不相同,且仲裁裁决在刑事立案侦查前即已作出,以实际出借人涉嫌刑事犯罪为由认定仲裁机构无权仲裁,缺乏法律依据;第二,(2020)鲁0902执797号、(2020)甘11执237号案中,“对方当事人向仲裁机构隐瞒了足以影响公正裁决的证据”“仲裁员有枉法裁决行为”的认定均需符合特定条件,有无放贷资质显然不属于仅为一方当事人掌握的证据,在无生效法律文书或纪律处分决定支撑的情况下,径行认定仲裁员枉法裁决,也不符合《仲裁裁决执行规定》第16条、《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》第18条的规定;第三,(2020)桂14执64号案中,在认定本金金额时是否扣除预先收取的高额利息属于仲裁庭对案件的实体处理,即使存在事实认定和法律适用错误,也并非仲裁裁决执行审查范围,亦不构成“金钱给付具体数额不明确”;第四,(2020)桂14执175号案中,仲裁裁决作出后即发生法律效力,是否有效送达当事人并不影响仲裁裁决本身的生效。

### 三、案外人申请不予执行仲裁裁决制度的适用情况

对于执行实践中当事人恶意申请仲裁或以“手拉手”虚假仲裁方式损害案外人合法权益的问题,《仲裁裁决执行规定》创设了案外人申请不予执行仲裁裁决/仲裁调解书(以下统称案外人申请不予执行仲裁裁决)制度。2020年,法院支持案外人不予执行申请的案件较少,该制度的适用也存在不少需要进一步规范的地方。《仲裁法修订草案》针对案外人救济设计了提出执行标的异议和提起侵权之诉两条路径,或将取消案外人申请不予执行仲裁裁决制度。

#### (一) 申请不予执行仲裁裁决的案外人类别

根据《仲裁裁决执行规定》第18条,有权提出不予执行申请的是权利或利益受到仲裁裁决/仲裁调解书侵害的主体,司法实践中主要包括以下几种类型:<sup>⑬</sup>

第一,执行标的的所有权人。例如,被执行人恶意隐瞒其与案外人之间的共有关系,通过仲裁程序将共有物处分给申请执行人,案外人因共有权受到侵害申请不予执行仲裁裁决;<sup>⑭</sup>申请执行人基于虚假合同提起仲裁,要求被执行人交付实为案外人所有的房屋,案外人因所有权受到侵害申请不予执行仲裁裁决。<sup>⑮</sup>

第二,执行标的的买受人。例如,被执行人恶意隐瞒其与案外人之间的买卖合同关系,通过仲裁程序将同一标的处分给申请执行人,影响案外人货物交付请求权的实现,案外人据此提出不予执行申请。<sup>⑯</sup>

第三,执行标的的查封权利人。例如,案外人基于其与被执行人间的债权纠纷申请保全了涉案标的,被执行人通过恶意仲裁确认申请执行人对相同标的物享有优先受偿权,案外人因债权实现受到影响申请不予执行仲裁裁决。<sup>⑰</sup>

第四,被执行人的一般金钱债权人。在最高法院(2020)最高法执监10号案中,天津高院曾以案外人主张的合法权益系一般金钱债权、未涉及具体执行标的为由,认为不符合案外人申请不予执行仲裁调解书的法定条件。对此,最高法院明确指出,虚假仲裁结果将导致被执行人清偿能力降低,影响案外人债权实现,案外人的合法债权亦属于《仲裁裁决执行规定》第九条规定的“合法权益”。实践中,在判断被执行人的一般金钱债权人能否通过案外人申请不予执行仲裁裁决制度寻求救济时,关键在于虚假仲裁与案外人债权受损之间因果关系的认定,如果被执行人已进入破产程序,<sup>⑱</sup>或案外人对其提起的

<sup>⑬</sup> 《最高人民法院关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》第18条规定:“案外人根据本规定第九条申请不予执行仲裁裁决或者仲裁调解书,符合下列条件的,人民法院应当支持:(一)案外人系权利或者利益的主体;(二)案外人主张的权利或者利益合法、真实;(三)仲裁案件当事人之间存在虚构法律关系,捏造案件事实的情形;(四)仲裁裁决主文或者仲裁调解书处理当事人民事权利义务的结果部分或者全部错误,损害案外人合法权益。”

<sup>⑭</sup> 陕西省商洛市中级人民法院(2020)陕10执异8号执行裁定书。

<sup>⑮</sup> 湖南省常德市中级人民法院(2020)湘07执异10号执行裁定书。

<sup>⑯</sup> 四川省高级人民法院(2019)川执复370号执行裁定书。

<sup>⑰</sup> 江苏省徐州市中级人民法院(2018)苏03民特48号执行裁定书。

<sup>⑱</sup> 贵州省安顺市中级人民法院(2020)黔04执异15号执行裁定书。

另案执行案件因无财产可供执行被裁定终结本次执行程序,<sup>④</sup>法院倾向于认为虚假仲裁与案外人具有利害关系,案外人有申请不予执行仲裁裁决的资格。

第五,被执行人股东。有部分获得法院支持的案外人申请不予执行仲裁裁决案件系由被执行人股东提起,例如在(2020)沪01执异24号之一、(2020)沪01执异60号案中,上海一中院认为申请执行人与被执行人原法定代表人/实际控制人存在恶意仲裁、虚构法律关系、捏造案件事实的情形,仲裁裁决结果会损害案外人作为被执行人股东的合法权益。<sup>⑤</sup>本文认为,股权并不会因为公司处置自有财产而直接受损,公司高管或实控人代表公司恶意仲裁、稀释财产侵害的实际是公司自身的权益,只是可能会对股东最终获得的利润或剩余财产间接产生影响,因此在判断公司股东能否申请不予执行公司所涉裁决时应当慎重。

## (二) 虚假仲裁的审查标准

根据《仲裁裁决执行规定》第18条,“仲裁案件当事人之间存在虚构法律关系,捏造案件事实的情形”是案外人申请不予执行仲裁裁决的实体要件,关于“虚假仲裁”的审查标准,结合2020年度法院支持案外人不予执行仲裁裁决申请的典型案例,本文作如下梳理分析。

### 1. 上海一中院(2020)沪01执异24号之一案

基本案情:案外人C与被执行人A公司原法定代表人D因经营发生分歧,A公司作出股东会决议变更C为法定代表人,后D提起决议无效之诉并在此期间代表A公司参加其与B之间的租赁合同纠纷仲裁程序。仲裁庭经审理裁决A公司向B支付租金及违约金,在裁决执行过程中,C提出不予执行申请。A公司破产管理人到庭披露,B与D系夫妻关系;B与A公司之间涉仲裁的房屋租赁合同未进行工商存档,且租金系D通过个人账户转账支付,A公司内部没有记账明确款项用途,在仲裁裁决作出后才予以入账。

法院认为:根据A公司破产管理人披露的事实,可以认定原法定代表人D与B存在恶意申请仲裁、虚构法律关系、捏造案件事实的情形,裁决结果会损害案外人C的合法权益。

### 2. 上海一中院(2020)沪01执异60号案

基本案情:B因合作开发房地产合同纠纷对A公司提起仲裁,仲裁庭基于合同解除情况裁决A公司向B返还合同款项并赔偿损失,在裁决执行过程中,案外人C以B与A公司实控人恶意仲裁为由提出不予执行申请。A公司清算组到庭披露有关事实并认为,从合作开发房地产合同的约定内容及记账凭证看,B不共担项目开发风险,双方之间更类似房屋买卖或借贷关系;A公司实控人依据合作开发房地产合同分配给B的房产金额远高于其支付的对价。

<sup>④</sup> 最高人民法院(2020)最高法执监10号执行裁定书。

<sup>⑤</sup> 上海市第一中级人民法院(2020)沪01执异24号之一执行裁定书、上海市第一中级人民法院(2020)沪01执异60号执行裁定书。

法院认为：根据 A 公司清算组披露的事实，B 与 A 公司签订的合同不具备合作开发房地产的法律要件，B 与 A 公司实际控制人存在恶意申请仲裁、虚构法律关系的情形，裁决结果会损害案外人 C 作为股东的合法权益。

### 3. 四川成都中院（2020）川 01 执异 706 号案

基本案情：B 公司因借款合同纠纷对 A 公司提起仲裁，仲裁庭裁决 A 公司偿还借款本金及利息。执行过程中，法院冻结了 A 公司在 D 公司的应收账款。因前述应收账款已在案外人 C 公司与 A 公司的另一执行案中被首先冻结，C 公司在裁决执行过程中提出不予执行申请。

法院认为：仲裁案件中 B 公司对 A 公司的借款债权产生时，两公司法定代表人均为 D、具有利益关联关系；B 公司主张的出借资金经循环转账后又回到 B 公司账户，形成不真实的借款流水；仲裁案件的裁决依据除委托贷款合同、借款凭证、证人证言外，无借款转账相关凭证。综合以上事实，A 公司与 B 公司借款关系不真实，仲裁当事人之间存在虚构法律关系、捏造案件事实的情形，裁决结果损害了 C 公司作为 A 公司真实债权人的合法权益。

### 4. 江苏徐州中院（2018）苏 03 民特 48 号案

基本案情：案外人 C 以借款合同纠纷为由对 A 公司提起诉讼，并申请查封了 A 公司所有的涉案房产。1 个月后，B 公司即以建设工程施工合同纠纷为由对 A 公司提起仲裁，仲裁庭裁决 A 公司支付工程款，B 公司有权对涉案房产优先受偿。在裁决执行过程中，C 提出不予执行申请。

法院认为：A 公司与 B 公司存在恶意串通、虚假仲裁的情形。从仲裁程序的启动来看，C 公司申请保全涉案房产后不久，B 公司即提起仲裁并主张优先受偿权；从仲裁审理的经过来看，两次庭审中 A 公司对相关仲裁请求和证据全部认可；从仲裁认定的事实来看，一方面，B 公司主张的工程量实际未全部完成，且 A 公司已向实际施工人结算了部分工程款，但仲裁庭仅根据当事人陈述认定工程价款数额，另一方面，仲裁庭未对建设工程质量是否合格进行审查，直接确认 B 公司享有建设工程价款优先受偿权，不符合《合同法》第二百八十六条规定。

### 5. 湖北十堰中院（2019）鄂 03 执异 196 号案

基本案情：案外人 C 以借款合同纠纷为由对 A 公司提起诉讼，并在取得生效判决后申请执行 A 公司所有的涉案房产。后 B 公司以建设工程施工合同纠纷为由对 A 公司提起仲裁，仲裁庭裁决 A 公司支付工程款，B 公司有权对涉案房产优先受偿。在裁决执行过程中，C 提出不予执行申请。

法院认为：根据 C 提供的证据，可以认定涉案工程实际施工人为 B 公司存疑，且仲裁委复函亦认为可能存在虚构事实、伪造证据申请仲裁的嫌疑。因此，案外人 C 提出的不予执行仲裁裁决申请符合法律规定，应予支持。

通过对上述案件的梳理可以发现，司法实践中，法院在认定恶意申请仲裁或虚假仲裁时，通常会从仲裁当事人的关联关系、仲裁案件的提起背景、当事人在仲裁庭审中的表

态、仲裁裁决所依据的证据是否充分、仲裁案件所涉合同的约定及履行情况是否符合常理等方面综合判断:第一,仲裁裁决所依据的合同在内容设置或履行情况上不符合常理,是法院认定构成虚假仲裁的主要理由之一。例如,合同约定的权利义务明显不对等、<sup>⑤1</sup>借款合同下的出借资金通过循环转账的方式未实际发放、<sup>⑤2</sup>款项支出与约定不符或未如实进行财务处理等。<sup>⑤3</sup>第二,如果仲裁庭关于案件事实的认定与实际明显不符,且被执行人在仲裁程序中未提出抗辩,法院可能认定构成虚假仲裁。例如,仲裁庭基于当事人提交的案件材料对欠付工程款或借款本金作出认定,法院嗣后查明相关款项的计算有误或未予扣除已经支付的部分。<sup>⑤4</sup>第三,当事人关系、提起仲裁的时点选择、仲裁委所作说明,往往也是法院在认定是否构成虚假仲裁时的参考因素。例如,仲裁当事人或其实控人之间系夫妻、姻亲或具有其他关联关系;<sup>⑤5</sup>当事人在系争标的被案外人申请查封、冻结后不久,即通过提起仲裁确认优先权利;<sup>⑤6</sup>仲裁委发函表示当事人存在伪造证据、虚假仲裁嫌疑等。<sup>⑤7</sup>

### (三) 案外人申请不予执行仲裁裁决制度存在扩张适用的问题

执行标的异议、申请不予执行仲裁裁决系现行法对仲裁案外人赋予的两条救济路径。根据《民事诉讼法》第227条的规定,案外人提出的执行标的异议被驳回后,案外人认为原判决、裁定错误的,依照审判监督程序办理;与原判决、裁定无关的,应当提起执行异议之诉。前述“原判决、裁定”包括仲裁机构作出的、依法应当由法院执行的仲裁裁决书、仲裁调解书,<sup>⑤8</sup>但在作为执行依据的仲裁裁决/仲裁调解书存在错误的情况下,案外人在现行法下并无申请审判监督的路径。另根据《仲裁裁决执行规定》相关规定,案外人申请不予执行仲裁裁决的情形限于仲裁当事人恶意申请仲裁或虚假仲裁。因此,在仲裁裁决非因虚假仲裁而确有错误的情形下,案外人缺乏救济路径。或出于保护案外人利益的考虑,一些法院在实践中扩张了案外人申请不予执行仲裁裁决制度的适用范围。

第一,部分法院将执行异议、执行异议之诉的相关规定套用于案外人申请不予执行仲裁裁决案件,不再依据《仲裁裁决执行规定》第9条、第18条等规定对是否存在恶意申请仲裁或虚假仲裁的情形进行审查。例如,在(2020)吉24执异35号案中,因仲裁庭裁决确认申请执行人对涉案商品房享有抵押权,已占有房屋并付清价款的买受人认为仲裁当事人恶意申请仲裁、损害其合法权益,据此申请不予执行仲裁裁决。吉林省延边

<sup>⑤1</sup> 上海市第一中级人民法院(2020)沪01执异60号执行裁定书。

<sup>⑤2</sup> 四川省成都市中级人民法院(2020)川01执异706号执行裁定书。

<sup>⑤3</sup> 上海市第一中级人民法院(2020)沪01执异24号之一执行裁定书。

<sup>⑤4</sup> 江苏省徐州市中级人民法院(2018)苏03民特48号执行裁定书。

<sup>⑤5</sup> 上海市第一中级人民法院(2020)沪01执异60号执行裁定书、上海市第一中级人民法院(2020)沪01执异24号之一执行裁定书。

<sup>⑤6</sup> 江苏省徐州市中级人民法院(2018)苏03民特48号执行裁定书。

<sup>⑤7</sup> 湖北省十堰市中级人民法院(2019)鄂03执异196号执行裁定书。

<sup>⑤8</sup> 最高法院在(2018)最高法民申2423号案中指出:“《民事诉讼法解释》第三百零五条第一款第二项规定的提起执行异议之诉的条件,即‘有明确的排除对执行标的执行的诉讼请求,且诉讼请求与原判决、裁定无关’中,‘原判决、裁定’宜解释为包括仲裁机关发生法律效力、依法应当由法院执行的裁决书、调解书等在内的法律文书。”

朝鲜族自治州中级人民法院未对该案是否符合案外人申请不予执行仲裁裁决的要件进行审查,而是直接根据《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题规定》第 28 条规定,以申请执行人抵押权不能对抗案外人物权期待权为由作出不予执行裁定。<sup>⑤9</sup> 前述处理方式明显混淆了案外人申请不予执行仲裁裁决与案外人执行标的异议的审查事项。在复议阶段,吉林省高级人民法院亦认为原裁定未查明仲裁当事人是否存在“虚构法律关系,捏造案件事实”,属于基本事实认定不清,应重新进行审查。<sup>⑥0</sup>

第二,部分法院直接以仲裁裁决遗漏事实、裁决内容与事实不符、证据不充分等为由裁定不予执行仲裁裁决,不对是否存在虚假仲裁作出审查认定,实际仅以《仲裁裁决执行规定》第 18 条第(四)项作为不予执行仲裁裁决的充分条件,遗漏审查该条第(三)项规定的“仲裁案件当事人之间存在虚构法律关系,捏造案件事实的情形”之要件是否成立。例如,在(2019)川执复 370 号案中,因仲裁当事人未在仲裁程序中披露被执行人与案外人之间的房屋买卖合同关系,四川省高级人民法院认为仲裁裁决遗漏事实,可能损害案外人合法权益,申请执行人与案外人就同一标的的权利冲突应另行解决。<sup>⑥1</sup> 又如,在(2020)新 01 执异 205 号案中,因申请执行人改扩建的工程项目中包括案外人已办理抵押登记的房产及未取得产权手续的违法建筑,属于不宜折价拍卖的范围,建设工程价款优先受偿权无法实现,新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院认为仲裁裁决中关于申请执行人对建设工程拍卖价款优先受偿的部分与事实不符,且损害案外人合法权益。<sup>⑥2</sup> 再如,在(2020)豫 17 执他 2 号案中,因仲裁裁决采纳的评估报告在仲裁案件立案时已过有效期,河南省驻马店市中级人民法院据此认为仲裁裁决确定当事人投资收益的证据不充分、损害案外人合法权益。<sup>⑥3</sup>

第三,部分法院错误认定当事人恶意申请仲裁或虚假仲裁要件。例如,在(2020)湘 07 执异 11 号案中,因双方签订的买卖合同实为对民间借贷的担保,湖南省常德市中级人民法院认为当事人之间的买卖合同关系虚假,申请执行人提起仲裁要求对方履行房屋交付义务构成虚假仲裁。<sup>⑥4</sup> 在与前案案情类似的(2020)湘 07 执异 10 号案中,湖南省常德市中级人民法院虽未明确认定仲裁系虚假仲裁,但指出仲裁庭确认双方虚构的买卖合同关系有效,裁决被执行人交付案涉房屋的处理结果错误。<sup>⑥5</sup> 本文认为,后让与担保合同或者流质、流押契约系当事人为担保债权实现所作的真实交易安排,债权人依表面买卖合同关系提起仲裁并不构成恶意申请仲裁或虚假仲裁。

无论是借用案外人申请不予执行的程序实质进行执行异议审查,还是有意或无意忽略“当事人虚构法律关系、捏造案件事实”的实体要件,都在一定程度上反映了法院在

<sup>⑤9</sup> 吉林省延边朝鲜族自治州中级人民法院(2020)吉 24 执异 35 号执行裁定书。

<sup>⑥0</sup> 吉林省高级人民法院(2021)吉执复 11 号民事裁定书。

<sup>⑥1</sup> 四川省高级人民法院(2019)川执复 370 号执行裁定书。

<sup>⑥2</sup> 新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院(2020)新 01 执异 205 号执行裁定书。

<sup>⑥3</sup> 河南省驻马店市中级人民法院(2020)豫 17 执他 2 号执行裁定书。

<sup>⑥4</sup> 湖南省常德市中级人民法院(2020)湘 07 执异 11 号执行裁定书。

<sup>⑥5</sup> 湖南省常德市中级人民法院(2020)湘 07 执异 10 号执行裁定书。

面对错误仲裁裁决时主动纠错的积极性。但本文认为,法院应严格根据《仲裁裁决执行规定》第9条、第18条规定对案外人的不予执行申请进行审查,不宜任意扩张该项制度的适用范围。一方面,案外人申请不予执行仲裁裁决制度的设立初衷是为解决实践中的虚假仲裁问题,法院在具体执行过程中不应擅自放宽适用标准;另一方面,法院对仲裁案件的司法审查应保持谦抑性,在当事人非恶意仲裁的情况下,不宜过多干涉仲裁庭对实体问题的判断和处理。

#### 四、《仲裁法修订草案》关于仲裁裁决执行审查制度的修改

根据司法部公布的草案说明,除统一国内、涉外案件的执行审查标准外,本次关于裁决执行制度的完善主要体现在两个方面:一是,依据审执分离原则,为解决撤销程序与不予执行程序对仲裁裁决重复审查和易造成结果冲突的问题,删除当事人在执行程序中提出不予执行审查的规定,同时赋予执行法院对裁决是否符合社会公共利益的主动审查权(第82条);二是,对案外人救济设计两条路径,规定案外人可以在执行程序中对执行标的提出异议(第84条),也有权因裁决内容错误对仲裁当事人提起诉讼(第85条)。

##### (一) 拟建立仲裁裁决审查确认制度

《仲裁法修订草案》拟对仲裁裁决的执行制度进行重大修改,在取消当事人/案外人申请不予执行仲裁裁决权利的同时,明确法院对仲裁裁决的审查确认制度。对此,本文简要作如下分析。

第一,在现行仲裁法律体系下,撤销仲裁裁决与不予执行仲裁裁决系两种并行但法律效果相近的司法监督制度,取消当事人申请不予执行仲裁裁决制度有利于提升仲裁执行效率、节约司法资源、避免法院因司法审查尺度不一作出冲突裁定;但因申请不予执行仲裁裁决制度的取消相应缩减了当事人寻求监督救济的空间,撤销仲裁裁决制度有待进一步完善。

首先,不予执行仲裁裁决与撤销仲裁裁决的申请事由相同,在法律效果上亦均是导致仲裁裁决丧失既判力,申请撤销仲裁裁决制度的效力完全可以涵盖申请不予执行仲裁裁决制度,进行双重监督既不经济,也在司法实践中引发诸多问题。一方面,虽然《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》第26条、《仲裁裁决执行规定》第20条尝试厘清两种司法监督制度的关系,规定当事人不能先后以相同事由提出不予执行或撤销仲裁裁决申请,但在具体实施过程中,因不同裁判者对相同事由的理解可能不同,当事人极易通过策略性变更申请理由的方式规避前述限制。如此,当事人为拖延于己不利裁决的执行,既可以在撤销仲裁裁决的申请被驳回后向执行法院提出不予执行申请,亦可以在不予执行申请被驳回后通过申请撤销仲裁裁决迫使执行程序中止(以仍在申请撤裁的6个月时限内为前提),导致仲裁裁决的效力长期处于不确定状态,减损仲裁高效解决纠纷的制度价值。另一方面,根据现行《仲裁法》《民事诉讼法》及相关司法解释规定,仲裁裁决撤销案件由仲裁机构所在地中院专门业务庭办理,而仲

裁裁决不予执行审查案件由被执行人或被执行财产所在地中院执行庭办理,直接由负责执行实施的基层法院进行不予执行审查的亦非少数。多地甚至多级法院不同部门对同一裁决进行重复审查,不仅造成司法资源浪费,且可能因司法审查标准的不统一作出相反裁定,出现下级法院事实上否定上级法院裁定意见的结果。

其次,在申请不予执行仲裁裁决的权利被取消后,当事人只能诉诸于仲裁裁决撤销程序寻求救济,而根据《仲裁法修订草案》第 78 条规定,当事人无论以何种事由申请撤销仲裁裁决,均应自收到裁决书之日起三个月内提出,修订后的规定虽然可以提高纠纷解决效率,但可能无法充分保障当事人权益。实践中,就仲裁程序中发生的伪造证据等欺诈行为或仲裁员索贿受贿、徇私舞弊行为,当事人往往无法在裁决作出后及时发现,对此可考虑吸纳《仲裁裁决执行规定》第 8 条规定,自当事人知道或应当知道有关事实之日起计算申请时限。

第二,将执行程序中的不予执行审查制度调整为执行前的审查确认制度,反映我国司法界对于仲裁裁决效力认知的转变,该等处理与大陆法系通行做法一致,也更符合法理。《仲裁法修订草案》第 82 条第 2 款规定:“人民法院经审查认定执行该裁决不违背社会公共利益的,应当裁定确认执行;否则,裁定不予确认执行。”<sup>⑥6</sup> 前述规定看似系对此前《民事诉讼法》第 237 条第 3 款的移植,实则创设性的确立了法院对仲裁裁决的执行前监督即审查确认制度。仲裁虽然具有一定准司法性质,但仍属民间性的纠纷解决方式,得到司法机关的确认并赋予执行力后才能被强制执行。<sup>⑥7</sup> 在不予执行审查制度下,仲裁裁决被预设为天然具有强制执行力,一经作出即可作为执行依据,不予执行裁定系对仲裁裁决既判力和执行力的双重否定;而在执行审查确认制度下,仲裁裁决因被法院审查确认才具有强制执行力,作为执行依据的是“仲裁裁决+确认裁定”。

## (二) 拟重构案外人救济路径

《仲裁法修订草案》为案外人设计了两条救济路径:一是,规定案外人可以在裁决执行程序中执行标的提出异议,但应当自知道或应当知道法院对该标的采取措施之日起三十日内提出(第 84 条),这是案外人执行异议制度在仲裁领域的体现,同时借鉴了《仲裁裁决执行规定》关于案外人申请不予执行的期间限制。鉴于仲裁裁决执行程序中的案外人异议与法院判决执行程序中的案外人异议并无本质区别,均不会对执行依据的效力产生影响,两种情形下的异议提出期限宜保持一致。《仲裁法修订草案》第 84 条中关于异议应于“知道或应当知道法院对该标的采取措施之日起三十日内提出”的限制,在案外人申请不予执行仲裁裁决制度下系为避免仲裁裁决长期陷入不稳定状态,应否适

<sup>⑥6</sup> 大陆法系国家和地区的立法及法理均不承认仲裁裁决当然具有执行力,认为仲裁裁决需要向法院申请确认之后才能获得执行力。例如,德国与日本实行执行文(执行条款)制度,即对于生效判决、仲裁裁决等,需要权利人向执行文付与机构(即法院书记官或公证人)申请付与执行文(执行条款),经书记官审查并付与执行文(即许可予以申请执行的文书)后,当事人才可以向执行法院申请强制执行。参见张卫平:《现行仲裁执行司法监督制度结构的反思与调整——兼论仲裁裁决不予执行制度》,载《现代法学》2020 年第 1 期,第 125 页。

<sup>⑥7</sup> 张卫平:《现行仲裁执行司法监督制度结构的反思与调整——兼论仲裁裁决不予执行制度》,载《现代法学》2020 年第 1 期,第 124 页。

用于仲裁案外人执行异议制度值得商榷。二是,规定案外人有证据证明裁决内容错误,损害其民事权益的,可以对当事人提起诉讼;案外人起诉且提供有效担保的,该裁决中止执行,法院根据诉讼结果裁定恢复或终结裁决执行(第85条)。前述规定拟以另行起诉作为案外人纠正裁决错误的救济路径,若修订后的仲裁法最终确立该项制度,功能与此相近的案外人申请不予执行仲裁裁决制度或将被废止。<sup>⑧</sup>

就《仲裁法修订草案》拟新设的案外人另诉制度,本文初步分析如下。

第一,案外人申请不予执行仲裁裁决最初系作为案外人申请撤销仲裁裁决的替代制度产生,适用范围有限且在司法适用情况未达预期,在赋予案外人其他救济路径的前提下,适时取消案外人申请不予执行制度具有一定合理性。

首先,案外人申请不予执行制度的救济范围有限,适度扩大对案外人权益的保护范围有其必要性与合理性。如仲裁裁决未进入执行程序,在现行制度下,案外人没有救济路径。同时,因在案外人申请不予执行仲裁裁决制度中,法院审查事项限于仲裁裁决是否存在恶意申请仲裁或虚假仲裁情形,对于其他有损案外人合法权益的错误裁决,案外人亦无救济路径。对于上述局限性,最高法院法官在阐述案外人申请不予执行制度的立法背景时指出,“因撤销仲裁裁决程序属于诉讼审查程序,在制定仲裁裁决的执行程序司法解释时难以对该程序予以调整,最后综合考虑民事诉讼法的立法意图、仲裁裁决执行案件的实际情况及保护案外人合法权益的需要”,《仲裁裁决执行规定》允许案外人对法院申请不予执行虚假仲裁裁决。<sup>⑨</sup>可见,案外人申请不予执行仲裁裁决制度受立法权限所限,不能完全解决案外人合法权益的保护问题。因此,通过修订仲裁法扩大对案外人的保护,是治本之策。其次,在2020年公开并审结的案外人申请不予执行的105件(不含串案)案件中,最终被法院裁定不予执行的案件仅有15件(不含串案),且多数实际并不涉及虚假仲裁问题。该等司法适用现状反映出两点问题:一是,基于仲裁的私密性特点,案外人提供证据证明当事人之间虚构法律关系、捏造案件事实的难度很大,提出的不予执行申请大多会因举证不能被裁定驳回;二是,对于仲裁裁决有明显法律适用错误的案件,法院有主动纠错的倾向,在作出不予执行裁定时往往忽略对虚假仲裁的审查。

第二,《仲裁法修订草案》第85条第1款规定案外人“可以依法对当事人提起诉讼”,但并未明确该诉讼的性质、请求事项、法律效果等重大事项。按照司法部公布的说明,此种诉讼定位为侵权诉讼。但《仲裁法修订草案》第85条第2款又提出:“案外人起诉且提供有效担保的,该裁决中止执行。裁决执行的恢复或者终结,由人民法院根据诉讼结果裁定。”据此,案外人另行起诉可能发生中止甚至终结裁决执行的法律效力。

<sup>⑧</sup> 司法部《关于〈中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)〉的说明》:“(七)完善裁决执行制度……三是对案外人的救济设计两条路径:第一,规定案外人在执行程序中可以对执行标的提出异议。第二,明确案外人可以提起侵权之诉。(第八十四条、第八十五条)。”据此,《仲裁法》的修订方向是以案外人提起侵权诉讼取代申请不予执行制度,若修订后的仲裁法最终保留相关规定,《仲裁裁决执行规定》中有关案外人申请不予执行仲裁裁决制度的规定有较大概率会被删除。

<sup>⑨</sup> 刘贵祥、孟祥、何东宁、林莹:《〈关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定〉的理解与适用》,载《人民司法·应用》2018年第13期,第44页。

由此不无疑问的是,案外人提出的侵权诉讼何以能够直接产生否定仲裁裁决执行效力的效果,其法理基础和逻辑是什么?在法院支持案外人诉请、裁定终结裁决执行的情况下,仲裁裁决的效力如何?如果认为案外人可以提出终结仲裁裁决的请求,该请求实质是指向法院的执行行为,亦非侵权诉讼所能涵盖。总体看来,《仲裁法修订草案》拟设立案外人另诉制度的初衷虽值肯定,但具体设计上仍值得深入研究和推敲。

关于案外人救济,学界此前广泛讨论的主要包括以下两种方案:一是,建议效仿《民事诉讼法》第 56 条规定的第三人撤销之诉,构建案外人申请撤销仲裁裁决制度。另因案外人并未参与此前仲裁程序,不同于当事人申请撤销仲裁裁决系通过非讼特殊程序进行,持该等观点者特别强调案外人申请撤销仲裁裁决应以诉讼形式处理。<sup>⑩</sup>二是,认为在明确仲裁裁决既判力相对性原则的基础上,在既有法体系内积极运用另行诉讼制度即可解决对案外人的救济问题,没有必要设立仲裁第三人参加制度或第三人撤销仲裁裁决制度。<sup>⑪</sup>从本次《仲裁法修订草案》的规定情况看,无论拟设立的案外人另诉制度最终如何构建(与前述第二种方案下的另行诉讼不完全相同),草案并未采纳此前热议的案外人申请撤销仲裁裁决之诉制度。

我们认为,包括仲裁裁决执行审查在内的仲裁裁决制度的构建,应当立足于对仲裁裁决的效力分析。在肯认仲裁相对性原则的前提下,仲裁裁决本身不会对案外人产生拘束力,因此可能并无必要通过申请撤销或不予执行制度从根本上否定仲裁裁决的既判力。真正对案外人权益产生影响的是仲裁裁决的履行/执行行为,对此,通过案外人执行异议之诉(如通过仲裁处分他人之物等情况下)、债权人撤销权诉讼(如通过仲裁虚构债务等情况下)等既有制度亦可解决,赋予案外人挑战仲裁裁决效力的权利反而会在一定程度上影响裁决的安定性,减损其作为纠纷解决方式的功能。

## 五、结 语

仲裁裁决的有效执行是仲裁公信力的保障。总体来看,仲裁裁决执行审查实践的规范性有待提高,尤其是对于占据仲裁裁决执行案件逾半数的网络借贷仲裁,各地法院在从严审查的同时也应当注意法律适用的准确性,不宜简单以仲裁机构进行电子送达或书面审理、未对相关主体是否具有放贷资质进行审查等为由,径行作出不予执行/驳回执行申请裁定。《仲裁法修订草案》为中国仲裁裁决执行审查制度的改革指明了方向,但在具体内容设计方面存在需进一步完善的地方。一方面,以仲裁裁决审查确认制度取代申请不予执行仲裁裁决制度,体现司法界对仲裁裁决效力认知的转变,有利于从根本上解

<sup>⑩</sup> 参见宋春龙:《民事诉讼视角下虚假仲裁的规制——以我国司法实践为切入点》,载《北京仲裁》(第 102 辑),第 102-103 页。

<sup>⑪</sup> 参见杨秀清:《虚假仲裁与案外人权益保护——实体法与程序法之理论阐释》,载《政法论丛》2021 年第 2 期,第 85-88 页;张卫平:《仲裁案外人权益的程序保障与救济机制》,载《法学评论》2021 年第 3 期,第 42-45 页。

决撤销仲裁裁决及不予执行仲裁裁决制度的冲突问题;另一方面,建立更为全面的案外人救济路径以取代仅为虚假仲裁而设的案外人申请不予执行仲裁裁决制度虽值肯定,但目前《仲裁法修订草案》规定的另诉路径在法理逻辑上有待澄清。

---

**Abstract:** In practice, numerous problems have been spotted in the judicial review of the enforcement of arbitral awards, such as failure to separately file the case, confusion of standards for non-enforcement and dismissal of enforcement application, improper reference of causes for non-enforcement, etc. Peer-to-peer lending arbitration and sham arbitration are the key areas for courts to review the enforcement of arbitration awards. On the one hand, the courts have exercised stricter review standards for arbitral awards concerning peer-to-peer lending, while certain rulings of non-enforcement or dismissal of enforcement applications are controversial. On the other hand, the system of applications for non-enforcement of arbitral awards by outsiders is expanded, i.e., some courts disregard the elements of “sham arbitration” during the review. *The Draft Revised Arbitration Law of the People’s Republic of China (published for comments)* indicates a promising direction in promoting the review mechanism for arbitral awards enforcement, but the specific rules still require further improvement.

**Keywords:** enforcement of arbitral awards; judicial review; peer-to-peer lending arbitration; sham arbitration; amendment of the Arbitration Law

---

(责任编辑:张靖昆)

# 商事仲裁裁决法律适用相关问题研究

王传柱\*

---

**内容提要** 商事仲裁是一种民间性的争议解决方式,其生命力在于裁决得到遵守或履行。如果裁决的确定力和执行力无法得到保证,将极大削弱商事仲裁裁决的权威性。法律适用作为裁决的重要组成部分,体现了仲裁庭裁决的路径,使得其不可避免的落入了司法审查的范畴。尽管裁决的法律适用并不属于仲裁法规定的可以撤销或不予执行裁决的情形,但在司法审查实践中却出现了完全相反的认知。因此,从保证仲裁裁决的确定力和执行力的角度出发,有必要就建立统一的仲裁裁决的法律适用规则进行讨论。

**关键词** 商事仲裁 司法监督 法律适用

---

商事仲裁制度是商品经济发展到一定阶段,商事主体内部基于纠纷解决的需求而自发形成的一种商事争议解决制度。在我国二元为主的争议解决体系中,商事仲裁近年来得到了长足的发展,但是诉讼对于仲裁的影响依然是巨大的。一方面,律师作为商事仲裁活动的重要参与者,其代理仲裁案件会不自主地遵从诉讼经验,因而在仲裁活动中,我们经常可以看到他们发表的意见中引用司法解释及司法机关发布的纪要、通知、批复等相关规范性文件,这并不能说明律师代理仲裁案件缺乏专业性,而可能仅是一种思维习惯;另一方面,在仲裁裁决过程中,仲裁庭的组成不一,仲裁员基于自身认知对裁决的法律适用也会产生不同的认识,甚至有很大比例的仲裁员并未意识到这是一个问题或分歧,这也就造成了裁决的法律适用标准不一,裁决中是否可以引用法律法规之外的规范性法律文件、商事习惯等,如可以引用,是否会导致裁决被撤销或不予执行,目前在实践中也出现了不同的声音。因而有必要从仲裁本身及司法审查两个方面,审视建立统一的仲裁裁决的法律适用规则。

## 一、现状及成因剖析

仲裁裁决法律适用不一可以说是一个长期存在的共同现象,这一现象的成因很多,对此,我们引入两则司法监督案例进行探讨。

---

\* 王传柱,南京仲裁委员会案件承办二部办案秘书。

### 案例一、应××与张××民间借贷不予执行一案

2016年8月29日,应××(申请人)与张××(被申请人)在居间方的撮合下签订了《借款合同》,合同约定由被申请人向申请人借款37000元,借款期限为一年,年利率为13.46%。申请人支付时扣除被申请人委托申请人代为支付的咨询费和服务费。被申请人如未在还款日足额还款,应向申请人支付逾期违约金。双方后发生纠纷,申请人申请仲裁要求被申请人偿还本息。被申请人未到庭,仲裁庭缺席进行了审理。审理后,仲裁庭认为:“申请人主张的金额不超过按年利率24%所计算的金额,不违反法律法规的规定,予以支持。”后申请人向××市中级人民法院申请执行,该院审查后认为:“被执行人已支付的咨询费、服务费及××仲裁委员会作出的仲裁裁决书支持的借款年利率及违约金系不可分割的,总计超过年利率24%,已违反《最高人民法院〈关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定〉》第三十条的规定,显然违背社会公共利益,不予执行××仲裁委员会××号裁决书。”

### 案例二、××日化公司与××销售服务有限公司房屋租赁合同纠纷撤销仲裁裁决一案

2011年1月14日,××日化公司作为甲方、××公司作为乙方,签订了租赁合同,租赁期限20年,约定乙方承租甲方相关场地及建筑物。合同签订前,案涉租赁物曾被认定为违建,并被相关部门要求责令改正。2019年3月18日,××日化公司向××仲裁委员会申请仲裁,请求确认双方于2011年1月14日签订的租赁合同无效等。××仲裁委员会于2019年11月25日作出裁决,认为在充分考虑《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》内容以及相关释义(最高人民法院民事审判第一庭编著的《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件适用法律若干问题的解释的理解与适用》)的基础上,决定不参照适用该司法解释第二条,并认为本案租赁标的物虽有权利瑕疵,只要行政主管部门未要求建造人拆除,建造人便可以自行使用,或者出租,故对该日化公司的仲裁请求不予支持。裁决作出后,该日化公司向××中级人民法院申请撤销仲裁裁决,主要理由是仲裁裁决不适用房屋租赁合同纠纷司法解释,违背了社会公共利益。仲裁庭依照法律对案件进行认定和裁决应当包括最高人民法院的司法解释,仲裁规则参照司法解释并不是赋予仲裁庭否定司法解释的权力,不能够与司法解释作出背道而驰的认定,所以仲裁庭决定不参照最高人民法院的司法解释即违背了社会公共利益,属于程序违法。××销售公司认为:“裁决适用法律的理由,系仲裁庭独立判断的结果,最终认定合同无效与否、与司法解释的精神是否存在偏差都属于仲裁庭适用法律的理解和把握的范畴,并非法院撤销仲裁裁决的法定事由,司法解释的适用范围是法院的司法审判工作,并非适用于所有的涉及到法律相关的场合。根据仲裁法和全国人大的文件规定,仲裁庭审理仲裁案件时适用的是法律,仲裁庭有权根据案件的情况决定是否适用相应司法解释”。××中级人民法院认为:“裁决决定不参照《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》系仲裁委对于案涉相关事实及证据的认定以及对法律的适用,属仲裁委行使裁决权的范畴,不属于

违反法定程序的情形,亦不违反《中华人民共和国仲裁法》关于仲裁程序的相关规定,故裁定驳回申请人的撤销申请。”

第一则案例中,虽然仲裁裁决意见没有明确表明适用民间借贷司法解释,但意见中表明息费总和未超出年利率 24%,实际上是参考或适用了该解释的相关规定,而法院也在执行审查中主动适用了该解释,并认定裁决超出了相关的利率标准,进而将此解释为违背社会公共利益的行为并裁定不予执行。第二则案例中,仲裁裁决意见明确表明不适用相应司法解释,而相关的法律并无明确规定仲裁裁决的法律适用,因此法院认为对于仲裁裁决是否适用司法解释等属于裁决权的范畴,进而裁定驳回撤销仲裁裁决的申请。为何不同法院会得出不同的结论呢?为何仲裁庭的裁决法律适用不一呢?对此,笔者认为主要有以下几个方面的考虑:

### (一) 上位法的缺失是仲裁裁决法律适用混乱的根本原因

诉讼与仲裁不同,从诉讼的管理体制上看,存在一个自上而下的管理体系,各法院或法庭在法律适用上虽然有着一定的自主性,但是在大的原则上还是能够做到基本统一,具体到裁判文书的引用依据上,既有民事诉讼法的相关规范,也有《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》作为指引,因此在这一方面各地法院的差别并不大。而仲裁虽然由司法行政部门作为主管机关,但是各仲裁委员会仍主要由各地人民政府等组建,因此仲裁机构的管理相对松散,也不存在一个自上而下的管理体系,更没有行业性的指导意见,民事诉讼法及仲裁法也没有就此进行特别明确的规定,导致仲裁庭在裁决的法律适用上仁者见仁智者见智,因此上位法的缺失是造成裁决法律适用混乱的根本原因。

### (二) 仲裁庭的认知不一是仲裁裁决法律适用混乱的直接原因

仲裁员来自各行各业,既有律师、曾任法官或仲裁工作人员,也有行业专家、学者等,这是仲裁专业性的要求,但这也造成了不同组成的仲裁庭对仲裁裁决法律适用的不一,比如从事律师、曾任法官的仲裁员,其受诉讼影响较大,诉讼思维的惯性较强,更可能不自主地引用司法解释等规范性文件;行业专家则更可能是从行业管理经验、行业内的规范性文件、行业习惯等角度进行分析甚至引用;学者则可能更侧重于从学理角度进行综合分析,凡此种种,最终导致裁决法律适用不一。

### (三) 司法监督的反向传导是仲裁裁决法律适用混乱的重要诱因

诉讼与仲裁是并行的争议解决方式,但是仲裁依然受司法的监督,法院对仲裁裁决的撤销及执行审查的意见和结论最终也会传导至仲裁机构,仲裁机构面对不同法院审查意见自然是无所适从。如前两案例所言,虽然最高人民法院在关于仲裁司法审查的意见中,要求对于不予撤销或执行的案件逐级报核,但在实务中,仲裁机构无法获知和了解报核的情况,也无法就报核问题与法院进行沟通。这样的后果是法院是否适用司法解释对仲裁案件进行评判,或者通过解释的方法将不符合司法解释等规范性文件意见的仲裁裁决解释为违反公共利益,进而撤销或不予执行仲裁裁决或者通过其它方法使得仲裁裁决处于一种不确定状态的情形频现。只要这种不确定性存在,那么这种反向传导就会

影响仲裁裁决的依据适用,使得仲裁日趋诉讼化,成为仲裁裁决法律适用混乱的一个重要诱因。

## 二、建立统一的仲裁裁决法律适用规则的必要性

### (一) 基于提高当事人可预期性的考虑

是否选择仲裁,或者选择什么样的机构仲裁,是仲裁当事人基于自身理性的选择,这种自身理性的基础在于当事人对仲裁的法律适用有着清晰的理解与运用。仲裁实践中,当事人经常反馈仲裁的透明度和可预期性较低,特别是裁决的法律适用规则混乱,导致当事人对仲裁产生抵触。因而,建立统一的仲裁裁决法律适用规则可以进一步提高当事人对仲裁裁决的可预期性,进而提高当事人选择仲裁的意愿。

### (二) 基于提高仲裁裁决一致性的考虑

仲裁庭组成的多样性必然会导致对于同一类型的案件产生不同的裁决及法律适用,为了提高仲裁裁决的一致性,内地很多仲裁机构的规则赋予了机构对裁决的核阅权及建议权。如同一机构就某一类型的案件,法律适用前后不一,容易导致当事人对裁决的公正性产生怀疑,机构行使核阅权实质上就是统一裁决法律适用的一种具体方式,但是仲裁庭的独立性是受到法律保障的,在仲裁庭与机构意见不一致时,如果没有统一的法律适用规则,将会增大沟通难度,也难以保证裁决的一致性。

### (三) 基于规范司法审查尺度的考虑

法律适用问题并不属于现行仲裁法规定的撤销或不予执行的情形。但是如果仲裁裁决对于法律适用的规则不一,特别是主动、直接适用的情况下,很有可能会导致进入司法审查的视野,如果能够有统一的裁决法律适用规则,将可以规范司法审查的尺度。

格劳秀斯在其著名的《论仲裁》中写道:“通常有两种仲裁员,一种是以法官的身份来裁决争议,其必须遵循规定法官职责履行的法律规范和诉讼程序;另一种仲裁员并不依照专门的法律规定或诉讼程序来审理案件并作出裁决,而是依据公平合理的信念来审判。”<sup>①</sup>在格劳秀斯看来,仲裁的裁决与诉讼的判决的法律适用是截然不同的,这也是基于仲裁的起源而得出的结论。但从国内仲裁发展的实践看,这种不同的界限正在逐渐模糊甚至混乱,因此有必要从比较研究的角度分析当下仲裁裁决的法律适用,这也正是本文关注的内容,即在我国的法律体系下,仲裁裁决的法律适用应当如何确定和规范。

## 三、现行仲裁裁决法律适用的比较分析

### (一) 国内仲裁裁决与诉讼裁判法律适用的对比

民事诉讼法及最高人民法院对于诉讼裁判的法律适用的相关规定构成了民事诉讼

<sup>①</sup> [丹麦]麦卡锡·林登:《仲裁的起源及其意义》,周园译,载《中国国际私法与比较法年刊》2013年第16卷,第351页。

过程中法律适用的基本规则。仲裁作为与诉讼并行的争议解决方式,在仲裁裁决的法律适用上,有必要以民事诉讼中的法律适用规则为参照,为此笔者分别从现行《仲裁法》《民事诉讼法》及《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》入手,摘录了其中的相关条款,下表 1 即为相关条款的内容。从表 1 可以看出,对于仲裁裁决的法律适用,上位法并未予以明确规定。无论是仲裁还是诉讼,对于法律、法律解释、行政法规等法律法规应予以适用并无太大的争议,关键在于司法解释及其它规范性文件在仲裁裁决中是否适用的问题并无一致意见。在此情形下,仲裁规则能否就裁决依据的引用作出规定呢?笔者认为,在法律法规没有作出禁止性规定的情况下,仲裁规则作为双方选择的争议解决规则,在当事人没有明确排除适用的情况下,可以就此进行规定。

表 1

仲裁	诉讼
<p>《仲裁法》 第五十四条：“裁决书应当写明仲裁请求、争议事实、裁决理由、裁决结果、仲裁费用的负担和裁决日期。”</p>	<p>《民事诉讼法》 第七条：“人民法院审理民事案件,必须以事实为根据,以法律为准绳。” 第一百五十二条：“判决书应当写明判决结果和作出该判决的理由。……(二)判决认定的事实和理由、适用的法律和理由……”</p> <p>《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》 第四条：“民事裁判文书应当引用法律、法律解释或者司法解释。对于应当适用的行政法规、地方性法规或者自治条例和单行条例,可以直接引用。” 第六条：“对于本规定第三条、第四条、第五条规定之外的规范性文件,根据审理案件的需要,经审查认定为合法有效的,可以作为裁判说理的依据。” 第七条：“人民法院制作裁判文书确需引用的规范性文件之间,如果存在冲突,根据立法法等有关规定无法选择适用的,应当依法提请有决定权的机关做出裁决,不得自行在裁判文书中认定相关规范性法律文件的效力。”</p>

## (二) 国内外仲裁规则关于裁决法律适用的比较分析

### 1. 境外及香港地区仲裁机构仲裁规则

联合国贸法会商事仲裁示范法对于推动协调各国国际商事仲裁的法律起到了积极作用,香港、新加坡、斯德哥尔摩等作为国际知名商事仲裁机构,特别是香港、新加坡管理的当事人为内地的案件逐渐增多,因此这些机构的规则对于裁决的法律适用的规定,对我们研究商事仲裁裁决的法律适用极具借鉴意义。为此笔者分别登录了这些机构的官方网站对此进行检索,并形成表 2。从表 2 可以看出,不论是联合国贸法会商事仲裁示范法,还是境外及香港地区仲裁机构均以当事人约定的法律或法律规则为优先进行裁决,可以考虑商业惯例。这里的“法律”的范围,除了示范法或者仲裁规则提及的实体法或

冲突规范外,在不同法系的国家的语境下,可能有着不同的内涵或外延,比如在英美法系国家,这里的法律是否包含相应的判例等,换言之,也就是说如果双方选择适用的法律渊源包括判例,而仲裁地的法律渊源不包括判例,执行仲裁裁决所在国在承认或执行仲裁裁决时,这些判例是否落入司法审查的范畴确实需要我们注意。当然,前述示范法及仲裁规则也并未涉及到仲裁机构所在地或合同约定的适用法律所涉及的规范性文件或司法文件。

表 2

《联合国贸易法委员会国际商事仲裁示范法》	第 28 条：“(1) 仲裁庭应当依照当事人选择的适用于争议实体的法律规则对争议作出决定。除非另有表明,指定适用某一国家的法律或法律制度应认为是直接指该国的实体法而不是其法律冲突规范。(4) 在任何情况下,仲裁庭都应当按照合同条款并考虑到适用于该项交易的贸易惯例作出决定。”
《2013 香港国际仲裁中心机构仲裁规则》	第 35 条：“35.1 仲裁庭应根据当事人约定的法律规则裁决实体争议。除非另有说明,指定某一司法辖区的法律或法律体系,应理解为直接指此司法辖区的实体法律,而不包括其冲突法规则。若当事人未指定,仲裁庭应适用其认为适当的法律规则。35.3 在任何情况下,仲裁庭均应按相关合同条款裁决争议,并可考虑交易所适用的商业惯例。”
《新加坡国际仲裁中心仲裁规则》第六版	第 31 条：“31.1 仲裁庭应当适用当事人指定的法律或法规,作为争议实体的准据法;当事人未指定的,仲裁庭应当适用其认为适当的法律或法规。33.3 对所有仲裁案件,仲裁庭应当依据合同条款(如有规定)进行裁决,并应当考虑任何适用的商业惯例。”
《斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则》2017 版	第二十七条：“适用法律(1) 仲裁庭应当根据当事人约定的法律或法律规则裁决案件。如果没有约定,仲裁庭应当适用其认为最为合适的法律或法律规则。(2) 当事人所约定的特定国家的法律均视为指该国的实体法,而并非其冲突法规则。”

## 2. 内地仲裁机构仲裁规则

除表 1、表 2 所涉及的相关规则外,大部分国内商事仲裁机构的仲裁规则亦对裁决的法律适用作了规定,为此笔者分别通过这些机构的官方网站对规则进行检索摘录,形成了表 3。从表 3 可以看出,内地各仲裁机构的仲裁规则,对于裁决的法律适用规定可以分为两个类型,一种类型是未在规则的裁决专章规定裁决的法律适用,而仅在证据认定部分,对证据的认证规则进行限定,并以此作出裁决;另一种类型是在裁决专章进行规定,明确裁决的法律适用。对于二者的优劣,笔者不敢妄自发表意见,但从体例上看,证据的认证虽然也需要依照法律、行政法规等,但是证据的认证仅是裁决的一个部分,二者并不等同,从裁决的直观性上看,似乎直接规定裁决的法律适用更为妥当。但是不论仲裁规则如何规定,仲裁规则与仲裁庭对于法律适用的把握之间难以找到一个平衡点。

表 3

《南京仲裁委员会仲裁规则》	第四十条：“证据的认定 仲裁庭在认定证据时,除依照相关法律、行政法规,参照司法解释外,还可以结合行业惯例、交易习惯等,综合案件整体情况进行认定。”
《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》	第四十九条：“裁决的作出(一)仲裁庭应当根据事实和合同约定,依照法律规定,参考国际惯例,公平合理、独立公正地作出裁决。”
《中国海事仲裁委员会仲裁规则》	第五十四条：“裁决的作出(一)仲裁庭应当根据事实和合同约定,依照法律规定,参考国际惯例,公平合理、独立公正地作出裁决。”
《深圳国际仲裁院仲裁规则》	第五十一条：“裁决的作出(一)仲裁庭应当基于事实,依据可适用的法律及公认的法律原则,参考商业惯例,公平合理、独立公正地作出裁决。”
《北京仲裁委员会仲裁规则》	第三十八条：“证据的认定(二)仲裁庭在认定证据时,除依照相关法律、行政法规,参照司法解释外,还可以结合行业惯例、交易习惯等,综合案件整体情况进行认定。”
《上海仲裁委员会仲裁规则》	第三十六条：“证据的认定(二)仲裁庭在认定证据时,除依照相关法律、行政法规,参照司法解释外,还可以结合行业惯例、交易习惯等,综合案件整体情况进行认定。”
《广州仲裁委员会仲裁规则》	第五十一条：“证据认定(一)证据由仲裁庭认定。仲裁庭应当全面、客观地审核证据,依据相关法律、法规规定,参照司法解释,结合商业惯例和交易习惯,运用逻辑推理和日常生活经验法则等,对证据进行综合认定。”

## 四、规范仲裁裁决法律适用的措施

### (一) 以尊重当事人意思自治为基本原则

当事人意思自治是贯穿仲裁整个过程的最基本原则,在实体法律适用上,不论是贸法会商事仲裁示范法还是知名国际商事仲裁机构仲裁规则都明确以当事人约定的法律作为裁决的依据,但这种约定的法律不应当违反仲裁地所在国强制性的法律规范及公共政策,否则在裁决的承认或执行上可能存在风险。对于国内仲裁机构的仲裁规则,虽然大部分的仲裁规则没有表明可以选择适用的外国法,但是我国《民法典》第十二条规定:“中华人民共和国领域内的民事活动,适用中华人民共和国法律。法律另有规定的,依照其规定。”《涉外民事关系规范适用法》第三条规定:“当事人依照法律规定可以明示选择涉外民事关系适用的法律。”第十条规定:“涉外民事关系适用的外国法律,由人民法院、仲裁机构或者行政机关查明。当事人选择适用外国法律的,应当提供该国法律。不能查明外国法律或者该国法律没有规定的,适用中华人民共和国法律。”因此,即便仲裁规则没有规定可以适用当事人约定的法律,根据上述法律规定,仲裁庭依然可以适用当事人约定适用的法律。

## （二）以分类引用为主要手段

仲裁裁决的适用法律实际上是法律的渊源,在讨论仲裁裁决法律适用时实际上是在讨论哪些渊源可以成为裁决的依据。在我国,法律的渊源包括正式渊源和非正式渊源,下面我们以此作为分类引用的基础。

1. 宪法。在我国,司法或仲裁过程中一般不得直接引用或解释宪法,但宪法的最高法律地位决定了相关的仲裁裁决不得违反宪法的相关规定。

2. 法律、行政法规。法律、行政法规作为一国内统一施行的基本规范,体现了最高权力机关和最高行政机关的立法或行政管理的意志和需要,是商事主体及争议解决机构应当遵循的规范,因此,仲裁裁决应当引用法律、行政法规。

3. 部门规章、政府规章、地方性法规、自治条例或单行条例、行政决定或命令等。虽然这些法规、条例或规章也体现了一定地域内的地方立法或行政管理的需要,但是仲裁法及其上位法对这些规范的引用并无规定,而这些规范的法律位阶相对较低,规范之间可能也存在一些冲突的地方。如某仲裁裁决适用A地的政府规章作出裁决,而在B地法院申请执行,恰好B地的政府规章与A地政府规章不一致,可能就存在履行或执行的风险。诉讼判决尽管可能也存在这样的问题,但生效判决的执行上并不存在横跨诉讼、仲裁两种争议解决模式的问题,也不存在撤销或不予执行的风险。因此笔者个人倾向认为在仲裁裁决中不应当直接引用或适用这些规范。

4. 法律解释。法律解释是立法机关针对法律作出的立法解释,从本质上看还是属于法律的范畴,因此可以直接引用和适用。

5. 司法解释、批复、会议纪要、通知、意见等司法规范。笔者认为,针对这一类的司法规范可以区分为仲裁类和非仲裁类规范。对于仲裁类规范,如《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》,体现了司法机关对仲裁司法监督的思想及路径及具体有关仲裁裁决的执行等,具有较强的指导性意义,因此对于这些规范,笔者认为原则上还是应当予以适用。而对于非仲裁类规范,大多体现了司法机关对某类案件的理解及法律适用,其适用或指导的范围主要是司法机关,并不包括仲裁机构,否则容易丧失仲裁的独立性,但是也应当注意到这些规范可能与某些大政方针、公共政策等密切相关,可能涉及公共利益,对于这一类规范可以选择性适用,特别是涉金融领域类的司法规范,由于金融监管具有极强的政策性,法院在审查涉金融纠纷仲裁裁决时会出现两种处理方式,一种是以仲裁裁决违反金融监管政策,进而违背社会公共利益为由撤销或不予执行,这在民间借贷类纠纷中十分常见;另一种是以申请执行不符合立案条件,直接驳回执行申请,这就造成一种困境,仲裁裁决的执行是在中级人民法院,而中级人民法院根据争议金额将执行分配到基层法院,那么驳回执行申请的作出主体是哪一级法院,最终的结果是部分案件无法进行司法审查的报核程序,因为该部分案件已经被裁定不予受理或驳回申请。因此仲裁机构对涉金融纠纷的司法规范的适用日趋增多,这可能也是一种迂回的处理方式。

6. 判例。尽管我国不是判例法国家,但是目前判例的指导作用日趋重要,特别是司

法系统对于类案裁判的尺度及指引的要求更为明确及规范。从裁判的可预期性上看,判例也发挥了重要的作用。就仲裁而言,囿于仲裁的保密性,仲裁判例的类案对比上是存在困难的,主要还是司法判例能否对仲裁案件的裁决起到指引作用。对此,笔者认为判例实质上是体现裁判的思路,不同的裁判者对案件的理解是不同的,在我国尚未正式将判例作为裁判依据的情况下,仲裁也不宜直接引用判例。

7. 习惯。习惯包括交易习惯、商业习惯等,在裁决或判决中引用并不多见,这也是由于习惯的查明或裁判者对习惯的了解程度所决定的。商事仲裁在习惯的适用方面更具优势,这是由仲裁制度及仲裁员来自行业内的专业人员,对交易习惯及商业习惯更为熟知,但我国内地仲裁机构,比如专门的海事仲裁委员会的仲裁规则仍然没有就商业习惯作出明确的适用意见,仅是规定可以参考国际惯例,在这方面,内地仲裁机构可以做更多的尝试。但是,考虑到司法监督的问题,我们依然认为应当加大对商事主体的仲裁条款作出专门的辅导,并对商业习惯的适用作出专门的约定。

### (三) 加强仲裁行业指导意见的指引作用

全国性的仲裁协会尚未成立,可以依托全国性的仲裁法学研究组织,充分发挥研究组织的协调、智库作用,组织仲裁机构、仲裁员代表、商事主体、司法机关就仲裁裁决的法律适用进行研讨,形成法律适用的指导意见供仲裁机构或仲裁庭参考,这种指引可以在一定程度上引导和规范仲裁裁决的法律适用。

### (四) 以培养专门的仲裁司法监督人才为根本

司法监督的目的是为了保障仲裁的规范有序运行,具有专门知识和视野的仲裁司法监督的人才才是司法监督赖以良好运行的核心,因此司法机关应当培养专门的仲裁司法监督人才,可以让一部分专门从事仲裁司法监督的法官进入仲裁机构进行工作交流,只有真正熟悉了解仲裁制度,才能更为专业地进行仲裁的司法监督。

## 五、结 语

从立法层面上看,《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》第七条规定:“仲裁应当根据事实,符合法律规定,参照交易习惯,公平合理地解决纠纷”已经为仲裁裁决的法律适用指明了方向。笔者认为,应借助仲裁法修订的东风,进一步对仲裁裁决的法律适用规则予以明确。在新的仲裁法颁布施行前,商事仲裁裁决法律适用不一的现象可能将持续存在,在现实环境下,亟需行业主管部门或仲裁协会积极协调司法机关,就此形成相对统一的意见,规范商事仲裁裁决法律适用。

---

**Abstract:** Arbitration of commercial cases is a form of civil dispute resolution where the vitality of the award is compliance or performance. If the certainty and enforceability of the award cannot be guaranteed, the authority of the arbitration of commercial cases award will be

---

significantly weakened. As an essential part of the award, the application of the law reflects the path of the tribunal's decision, making it inevitably fall into the realm of judicial review. Although the application of the law of the award does not fall under the circumstances in which the award can be set aside or not enforced under the arbitration law, the exact opposite perception has emerged in the practice of judicial review. Therefore, from the perspective of ensuring the certainty and enforceability of arbitral awards, it is necessary to discuss the establishment of uniform rules of application of the law for arbitral awards.

**Keywords:** arbitration of commercial cases; judicial oversight; application of the law

---

---

(责任编辑:刘 纲)

# 非洲投资仲裁的新趋势

诺德 桑德森 维罗内利 著 朱伟东 刘云萍 译\*

---

**内容提要** 近年来非洲在投资仲裁方面作出了很多改革与创新,丰富了投资争端解决的内容与形式。未来非洲经济增长以及外国投资将呈现积极发展态势,因而非洲投资仲裁前景广阔。在非洲投资争端不断上升的推动下,非洲的投资仲裁制度改革也逐渐深入,非洲国家通过国内立法、双边条约和区域性或泛非协定,促进投资保护制度现代化以供外国投资者利用。然而非洲在起草条约和改革投资仲裁制度过程中仍存在很多问题,如环境保护、投资仲裁中的透明度以及投资者的义务和国家的反请求等相关内容需要完善。最后要肯定并支持投资仲裁非洲化继续进行,以便为外国投资创造安全的经济环境,协调各国共建投资仲裁新机制。

**关键词** 非洲 投资仲裁 国内立法 透明度 环境保护

---

## 引言

科学家们已经证明,非洲是人类的摇篮。它也可称得上是投资仲裁的诞生地。1964年,世界银行在亚的斯亚贝巴召开了四次区域会议中的第一次会议,讨论建立一个新的国际机构:国际投资争端解决中心(ICSID)。正如时任世界银行总法律顾问、《ICSID公约》的主要起草人和ICSID的创始秘书长阿伦·布洛斯(Aron Broches)当时指出:

世界银行将所要举行的四次区域会议中的第一次放在非洲召开是非常合适的。非洲国家急需鼓励资本和技能的国际流动,并且愿意创造一种宽松的金融和经济合作的氛围。<sup>①</sup>

在ICSID成立后,非洲国家参与了一些具有里程碑意义的案件:

---

\* 原文于2019年4月发表于《中东与非洲仲裁法律评论》(*The Middle Eastern and African Arbitration Review*)。特奥博登·诺德(Theobald Naud),欧华律师事务所(DLA Piper)合伙人;本·桑德森(Ben Sanderson)和安茱莉亚·拉普齐娜·维罗内利(Andrea Lapunzina Veronelli)都是欧华律师事务所律师。朱伟东,中国非洲研究院(中国社科院西亚非洲研究所)研究员、非洲法律研究中心主任;刘云萍,湘潭大学法学院国际法专业硕士研究生。本译文是国家社科基金专项研究课题《非洲本土化立法研究》(项目编号:19VJX062)的阶段成果之一。

<sup>①</sup> *History of the ICSID Convention (vol. II-1)*, pp.239-240, <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/History%20of%20the%20ICSID%20Convention/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20II-1.pdf>, last visited Feb. 15, 2021.

- Adriano Gardella SpA 诉科特迪瓦案, ICSID 就该案作出了第一份仲裁裁决;
- Salini 诉摩洛哥案, ICSID 仲裁庭在该案中阐明了广为引用的“投资”的界定标准;
- Klöckner 诉喀麦隆案, 该案中首次成立了 ICSID 特设委员会。

所有这些案件都是投资仲裁领域的重要里程碑式案件。<sup>②</sup>

除 ICSID 之外, 非洲国家在其他方面也显示出自身是投资仲裁制度的重大创新者: 它们采取了一些集体步骤, 例如对非洲商法协调组织 (OHADA) 仲裁规则进行现代化改造, 并制定了一些示范投资条约, 同时也采取了一些双边举措, 例如, 摩洛哥—尼日利亚双边投资条约 (BIT) 的签署是投资条约历史上的一个里程碑式的发展。

通常, 只要有大量投资就会发生纠纷。非洲未来的经济增长和外国投资具有积极发展势头。非洲开发银行在其年度展望中指出, “估计 2017 年实际产出增长了 3.6%, 并在 2018 年和 2019 年间加速增长 4.1%”。<sup>③</sup> 非洲的外国直接投资 (FDI) 也在增加,<sup>④</sup> 主要涉及大型能源和制造业项目。<sup>⑤</sup> 联合国贸发会强调, “预计非洲的外国直接投资流入量将在 2018 年增加约 20%, 达到 500 亿美元”。<sup>⑥</sup> 鉴于这种投资和增长水平, 非洲国家定会继续面临很多与投资者的争议, 并因此会继续在投资仲裁发展中发挥重要作用。

## 一、涉及非洲国家的投资仲裁的前景

首先, 除安哥拉、厄立特里亚、赤道几内亚、利比亚和南非外, 非洲大陆有 49 个国家是《ICSID 公约》的缔约国或签署国。<sup>⑦</sup> 埃塞俄比亚、几内亚比绍和纳米比亚已签署《ICSID 公约》, 但迄今尚未批准该公约。这意味着绝大多数非洲国家 (54 个国家中有 46 个) 受《ICSID 公约》约束, 该公约为选择投资仲裁程序提供了可靠的框架和值得信任的机构, 并确保仲裁裁决可以在其所有缔约国之间得到强制执行。

其次, 根据贸发会数据库, 非洲有 43 个国家制定了投资法, 为外国直接投资及其保护建立了具体的制度。<sup>⑧</sup> 这 43 部投资法中, 约有 29 部 (约四分之三) 为投资者提供了国际仲裁救济措施。

除投资法外, 国际公约仍然是外国投资者能否就涉非投资争端提起国际仲裁的关键

<sup>②</sup> 这些案件都得到了 ICSID 的认可, ICSID 还以其中两起案件 (Salini and Klöckner) 为其办公场所的庭审室命名。

<sup>③</sup> African Development Bank Group, *African Economic Outlook (2018)*, [https://www.afdb.org/fileadmin/uploads/afdb/Documents/Publications/African\\_Economic\\_Outlook\\_2018\\_-\\_EN.pdf](https://www.afdb.org/fileadmin/uploads/afdb/Documents/Publications/African_Economic_Outlook_2018_-_EN.pdf), last visited Jan.18, 2021.

<sup>④</sup> UNCTAD, *World Investment Report 2018-Investment and New Industrial Policies*, p.39, [https://unctad.org/system/files/official-document/wir2018\\_overview\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/wir2018_overview_en.pdf), last visited May.12, 2021. 尽管大宗商品价格的下跌, 影响了 2016 年至 2018 年期间外国直接投资在非洲的流动, 但预计 2019 年将恢复 2010 年至 2015 年期间的显著增长。

<sup>⑤</sup> *Id.*

<sup>⑥</sup> *Id.*, at 14.

<sup>⑦</sup> ICSID, *The ICSID Caseload Statistics (Issue 2019-1)*, p.6, [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Caseload%20Statistics/en/ICSID%20Web%20Stats%202019-1%20%28English%29\\_rev.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Caseload%20Statistics/en/ICSID%20Web%20Stats%202019-1%20%28English%29_rev.pdf), last visited Mar.11, 2021.

<sup>⑧</sup> <https://investmentpolicyhub.unctad.org/InvestmentLaws>, last visited Feb.11, 2021.

依据。截至 2019 年 3 月,非洲国家加入了目前生效的 531 项国际投资协定 (IIAs),其中 517 项是双边投资条约。<sup>⑨</sup> 非洲国家总共又签署了 367 项有待生效的国际投资协定。<sup>⑩</sup> 近年来,非洲国家与其他新兴经济体 (例如巴西 - 埃塞俄比亚双边投资条约<sup>⑪</sup>) 以及非洲国家之间 (例如摩洛哥 - 刚果双边投资条约) 签署了大量国际投资协定。过去三年来,非洲国家还与土耳其和阿拉伯联合酋长国签署了大量条约。<sup>⑫</sup>

正如世界其他地区正在发生的事情一样,无论是《北美自由贸易协定》更新为《美国 - 墨西哥 - 加拿大协定》,还是欧盟努力建立一个协调的投资争端解决机制,非洲见证了越来越多的与投资保护和争端解决机制有关的区域文件。<sup>⑬</sup> 2018 年,随着《非洲大陆自由贸易协定》的签署,这一区域合作达到了一个新的高度。《非洲大陆自由贸易协定》旨在建立统一的非洲大陆单一市场,它是在下文继续探讨的非洲联盟《泛非投资法典》谈判的基础上达成的。

根据 ICSID 秘书处公布的最新统计数据,2018 年登记的 56 起新的 ICSID 仲裁案件中,有 11 起是针对非洲国家的 (占当年登记的索赔案件的 19.6%)。<sup>⑭</sup> 此外,统计数据显示,这些案件中大约有一半与石油、天然气或采矿项目有关。

尽管针对非洲国家的案件数量有所增加,但在 ICSID 案件中任命的非洲仲裁员仍然很少。事实上,多年来 ICSID 案件中任命的非洲仲裁员、调解员和特设委员会成员的比例实际上有所下降——从 2009 年总数的 5% 下降到 2018 年的 3% 左右。<sup>⑮</sup>

仲裁庭中相对缺乏非洲代表的情况受到严厉指责,特别是现任国际法院院长、索马里法官阿卜杜勒卡维·优素福 (Abdulqawi Yusuf) 在毛里求斯国际商事仲裁 (ICCA) 会议上的讲话特别强调了这一问题。<sup>⑯</sup>

因此,解决投资仲裁庭代表性严重不足的问题还有许多工作要做,许多机构为提升非洲仲裁员人数都在不懈努力。例如,就 ICSID 而言,截至 2009 年,也即 ICSID 发展史的前 40 年左右,只有 41 名非洲国民作为仲裁员、调解员或特设委员会成员参与了 ICSID 程序。<sup>⑰</sup> 不过,到 2018 年底,这一数字已上升到 93 名 (有 4 名人员具有双重国籍)。<sup>⑱</sup> 这

<sup>⑨</sup> <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>, last visited Mar.15, 2021.

<sup>⑩</sup> 其中七项条约是在 2018 年签署的。

<sup>⑪</sup> 这一双边投资条约的签署是一个强有力的信号,因为根据贸发会数据库,这两个国家各自签署的双边投资条约不到 50 项,众所周知,它们在诉诸投资仲裁机制方面并不积极。该双边投资条约尚未生效,但巴西迄今仅有一项有效的双边投资协定,是在 2015 年与安哥拉签署的。

<sup>⑫</sup> 土耳其已与非洲国家签署了 30 个双边投资保护条约,目前只有 7 个已生效;在其他 23 个双边投资保护条约中,有 11 个是在 2016 年 1 月以后签署的。在那同一期间,非洲国家与阿联酋签署了 8 个双边投资保护条约。

<sup>⑬</sup> *Supra* note 4, at xiii.

<sup>⑭</sup> 所登记的新案件是针对阿尔及利亚 (2 起)、埃及 (2 起)、摩洛哥 (2 起)、多哥、塞内加尔、卢旺达、冈比亚和加蓬提起的。

<sup>⑮</sup> *Supra* note 7, Issue 2019-1, at 21-22; *Supra* note 7, Issue 2010-1, at 17.

<sup>⑯</sup> Abdulqawi A. Yusuf, *The Contribution of Arbitration to the Rule of Law-The Experience of African Countries, in International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity*, Andrea Menaker (ed.), 2017, pp.27-34.

<sup>⑰</sup> *Supra* note 7, Issue 2010-1, at 17.

<sup>⑱</sup> *Id.*, Issue 2019-1, at 21-22.

些任命大多数是由 ICSID 自身作出的,这展现出该机构促使仲裁员队伍更加多样化作出的不懈努力。<sup>①9</sup>

与此同时,仲裁协会为培训非洲当地的从业人员,促进他们参与投资仲裁,在非洲组织的活动越来越多。<sup>②0</sup> 2018年,青年仲裁员协会(AYA)组织了首届非洲裁决书写作比赛,其中一名尼日利亚执业人员获胜。随着时间的推移,这些活动终会增加仲裁庭组成的多样性。

## 二、非洲投资保护制度的新发展

近期许多非洲国家单独或联合采取了各种措施,促进投资保护制度现代化以供外国投资者利用,某些学者为此发出了投资争端“非洲化”的评论。<sup>②1</sup> 这些举措包含多种形式,包括通过国内立法、双边条约、区域性条约、泛非协定等形式。

### (一) 国内投资保护法

投资保护法律和法规在整个非洲仍然是相对常见的投资争端解决工具。虽然有些法律规定了国际仲裁,但仍有法律反对投资仲裁,并试图使投资争端案件最终流向国内法院。

最著名的例子是南非的《2015年投资保护法》。<sup>②2</sup> 该法最初在2000年末被提出,最终于2018年7月生效。该法寻求将投资者与国家之间的争端解决从仲裁转向调解和南非法院的诉讼。该法的过渡性条款规定,根据双边投资条约进行的现有投资“将在条约规定的期限和条件内继续得到保护”,但在条约终止后和该法颁布前进行的投资将受南非普通法管辖。经南非国家同意,该法还允许南非与外国投资者的母国之间进行国与国之间的仲裁。<sup>②3</sup> 在这种情况下,只有投资者用尽国内所有可用的救济办法,并且国家明确同意仲裁之后,这一机制才可实施。这一新的争端解决机制能否平衡东道国和投资者的利益,受到了部分批评者的质疑,这将在今后几年得到验证。<sup>②4</sup>

为了限制投资仲裁(案件)进入国际法庭而修改当地立法,南非绝非唯一这样做的非洲国家。2016年《纳米比亚投资保护法》规定了调解或诉诸当地法院。虽然仍有诉

<sup>①9</sup> *Id.*, Issue 2019-1, at 20. 需要特别注意的是,在50个参与ICSID程序的撒哈拉以南非洲国民中,有29个是由ICSID指定的。

<sup>②0</sup> 因此,在2018年3月至12月期间,至少举行了五次专门讨论非洲投资仲裁的会议。此外,非洲国际法意识协会(AILA)于2019年9月组织了针对非洲从业人员的投资条约法和仲裁培训。

<sup>②1</sup> Athina Fouchard Papaefstratiou, Capucine du Pac de Marsoulies, Martin Tavaut, and Clément Fouchard, (AfricArb), *The Africanisation of Rule-Making in International Investment Arbitration (2018)*, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/08/17/africanisation-rule-making-international-investment-arbitration/>, last visited Jul.2, 2021; B. Le Bars, *The Evolution of Investment Arbitration in Africa*, *The Middle Eastern and African Arbitration Review*, May, 2018, at 50-55.

<sup>②2</sup> Protection of Investment Act (2015), Republic of South Africa's Government Gazette, Vol.606, No.39514, Dec.15, 2015.

<sup>②3</sup> *Id.*, at Art.13 (5).

<sup>②4</sup> M. Kenton & A-S Petitedemange, *South African Protection of Investment Act: A Balance of Interests?*, *Transnational Dispute Management*, 2016, Vol.13:4, at 61-75.

诸国际投资仲裁的可能,但只有在国家和投资者之间签署了具体的仲裁协议的情况下才能利用这一方式。<sup>②⑤</sup> 2017年,埃及新立法规定建立一个新地方机构——埃及仲裁与调解中心,来负责解决投资争端。<sup>②⑥</sup> 2018年8月,科特迪瓦通过新《投资法》修改了投资保护制度。<sup>②⑦</sup> 该法规定了新型的争端解决机制,可供其他西非国家参考。该《投资法》规定,争议首先应根据联合国国际贸易法委员会调解规则进行调解,然后根据非洲商法协调组织(OHADA)司法与仲裁共同法院的规则进行投资仲裁。<sup>②⑧</sup> 所有这些举措都有助于投资仲裁的非洲化。

## (二) 双边投资保护条约

非洲有大量的双边投资保护条约。如上所述,非洲国家是目前生效的517项双边投资保护条约的缔约国。

近期通过的双边投资条约的内容及条款的倾向发生变化。尤其是2014年签订的加拿大-尼日利亚和加拿大-喀麦隆双边投资条约,这是首批纳入企业社会责任条款的非洲双边投资条约。但对一些人来说,这些规定还不够:国家有义务根据双边投资条约确保投资者履行企业社会责任标准。但这两个双边投资条约却没有对外国投资者施加遵守这些标准的任何义务。<sup>②⑨</sup>

虽然2016年签订的摩洛哥-尼日利亚双边投资条约尚未生效,但它的规定却更具先进性。它被誉为双边投资条约发展史上的一项里程碑。在该条约中,两国规定了投资者的义务,尤其是关于遵守当地有关环境、社会、人权和反腐败措施的立法的义务。<sup>③⑩</sup> 此外,两国同意设立联合委员会来负责条约的实施以及交流投资信息。<sup>③⑪</sup> 通过这些法律规定,两国所发挥的作用比通常双边投资条约签署国所发挥的作用更为积极,通常情况下双边投资条约的签署国只是根据投资东道国的法律和总体投资战略在彼此之间进行投资。<sup>③⑫</sup>

摩洛哥-尼日利亚双边投资条约在仲裁方面也采用了某些创新规则。一是明确禁止仲裁员在仲裁中适用“败诉方付费”规则,而要求各方承担自己的法律费用和程序费用。<sup>③⑬</sup> 二是禁止仲裁庭下令对任何一方的资产采取临时或保全措施,尤其是东道国在行使外交职务中所使用的或打算使用的任何财产。<sup>③⑭</sup>

<sup>②⑤</sup> *Supra* note 22.

<sup>②⑥</sup> UNCTAD, *Egyptian Investment Law (2017)*, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-laws/laws/167/egypt-investment-law->, last visited Jul.8, 2021.

<sup>②⑦</sup> Ordonnance No. 2018-646, <http://www.cepici.gouv.ci/web/docs/Ordonnance-2018-646-du-01-08-2018code-investissement.pdf>, last visited Jun.21, 2021.

<sup>②⑧</sup> *Id.*, at Art.50.

<sup>②⑨</sup> 参见这两项双边投资保护条约的第15条。

<sup>③⑩</sup> Morocco-Nigeria BIT, at Arts. 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20 and 24.

<sup>③⑪</sup> *Id.*, at Arts.4 and 5.

<sup>③⑫</sup> *Id.*, at Arts.13, 14, 15, 17, 18, 19, 20 and 24.

<sup>③⑬</sup> *Id.*, at Art.27 (2) (d).

<sup>③⑭</sup> *Id.*, at Art.27 (2) (e).

然而,摩洛哥在近期的其他双边投资条约中并没有谈判类似的条款。例如,2018年摩洛哥-刚果双边投资条约有一份仲裁协议范本,其中不包含摩洛哥-尼日利亚双边投资条约中规定的任何限制。<sup>③⑤</sup>

### (三) 多边投资条约

非洲有八个区域经济共同体<sup>③⑥</sup>,其中许多已经建立了具体的投资保护制度。<sup>③⑦</sup>下文将更详细地分析其中两种区域性投资保护制度。

2008年,西非国家经济共同体(ECOWAS,以下简称“西共体”)15个成员国发布了一项投资示范法。<sup>③⑧</sup>西共体《共同体投资规则》于2009年1月19日生效,它遵循了部分双边投资条约的趋势,明确要求投资者证明遵守了当地的法律。<sup>③⑨</sup>另一项值得注意的规定是第13条第1款,它规定投资者从一开始及整个投资过程中负有反腐败义务。

西共体《共同体投资规则》保留了一项传统的争端解决机制,允许在六个月的冷静期后进行仲裁。双方可将争议提交国内法院或者任何解决投资争端的国家机构或成员国的国家法院解决。<sup>④⑩</sup>然而,有趣的是,如果当事方未能就争端解决机制达成一致,该规则规定争端将提交西共体法院解决,这剥夺了某一仲裁机构原本可能拥有的管辖权。但该规定没有明确当事方必须就争议解决机制达成一致的期限。<sup>④⑪</sup>

另一区域组织是南部非洲发展共同体(SADC,以下简称“南共体”),其16个成员国受到南非放弃投资仲裁决定的影响。<sup>④⑫</sup>2008年,南共体发布了《金融和投资议定书》。议定书的附件1规定了两种备选仲裁——ICSID仲裁或联合国国际贸易法委员会临时仲裁(若双方未能就争议解决机制达成一致,则将强制适用后一备选)。四年后,伴随着南非终止双边投资条约的进程,南共体发布了一个双边投资条约范本,建议成员国不要采用任何投资者-国家争端解决条款,而应只采用类似外交保护的机制。<sup>④⑬</sup>起草委员会特别指出:“一些国家正在选择退出或考虑退出投资者-国家争端解决机制,包括……南非。”<sup>④⑭</sup>然而,起草委员会认为,某些国家可能仍然希望列入投资者与国家间争端解决条款,并根据美国和加拿大双边投资条约范本等提出了一项选择性的建议条款。<sup>④⑮</sup>

<sup>③⑤</sup> Morocco-Congo BIT, at Art.9.

<sup>③⑥</sup> 它们是阿拉伯马格里布联盟、东部和南部非洲共同市场、萨赫勒-撒哈拉国家共同体、东非共同体、中部非洲经济和货币共同体、西非国家经济共同体、政府间发展管理局和南部非洲发展共同体。

<sup>③⑦</sup> 例如《东南非共同市场条约》和《中非经货共同体投资条约》。

<sup>③⑧</sup> 下列国家是西共体成员:贝宁、布基纳法索、佛得角、科摩罗、科特迪瓦、冈比亚、加纳、几内亚、几内亚比绍、利比里亚、马里、尼日尔、尼日利亚、塞内加尔、塞舌尔、塞拉利昂和多哥。

<sup>③⑨</sup> ECOWAS Community Rules on Investment, at Art.11.

<sup>④⑩</sup> *Id.*, at Art.33 (6).

<sup>④⑪</sup> *Id.*

<sup>④⑫</sup> 下列国家是南共体成员:安哥拉、博茨瓦纳、科摩罗、刚果民主共和国、莱索托、马拉维、马达加斯加、毛里求斯、莫桑比克、纳米比亚、塞舌尔、南非、斯威士兰、坦桑尼亚、赞比亚和津巴布韦。

<sup>④⑬</sup> 南共体双边投资条约范本第28条第3款(a)项规定,一个国家可就所声称的违反条约的情形代表其投资者提起国家-国家仲裁,寻求获得赔偿。

<sup>④⑭</sup> SADC Model Bilateral Investment Treaty with Commentary, 2012, Art.29.

<sup>④⑮</sup> *Id.*, at Art.22. 这条规定在很大程度上受美国双边投资条约范本的启发(特别是有关上诉机制的条款)。

2016年,整个非洲投资保护模式发生了重大转变,当时非洲联盟(包括非洲大陆几乎所有国家)发布了《泛非投资法典(PAIC)》草案。该草案的目标是“在2063年议程的全球框架下,参与到构建一个与非洲大陆经济转型议程一致的、健全且有竞争力的非洲私营部门的进程中”。<sup>④⑥</sup>它的目标是为非盟成员国之间的投资提供一个框架。在非洲联盟通过非洲大陆自由贸易区的启动而正在成为一种引人关注的新经济力量之际,该草案的框架尤其重要。非洲大陆自由贸易区的国内生产总值合计超过3万亿美元。

《泛非投资法典》强调,非洲立法者对近期的投资仲裁判例有一个全面地认识,特别是那些引起激烈讨论的案件,例如菲利普·莫里斯(Philip Morris)诉澳大利亚和乌拉圭案以及2001年经济危机后针对阿根廷所提起的一系列案件。例如,《泛非投资法典》明确规定保护国家的自主管理权,特别是“与保护人类、动物或植物生命或健康相关举措”方面。<sup>④⑦</sup>这一规定可能包括任何环境和健康法规,例如,可能规定香烟采用简单包装的新立法。<sup>④⑧</sup>在另一项规定中,法典草案明确规定各国有权采取临时措施,这就表明当“发生国际收支和外部财政困难或威胁事件”时将采取限制投资措施<sup>④⑨</sup>——类似于阿根廷在因管理2001年经济危机而引起的众多投资仲裁程序中提出的抗辩。

最后,似乎是为了回应优素福(Yusuf)法官的批评,即非洲仲裁用户——尤其是国家——未能推广使用非洲仲裁,《泛非投资法典》草案中的投资者与国家争端解决条款规定,在强制性谈判期之后,联合国国际贸易法委员会的仲裁“可在任何公认的非洲公共或非洲私人替代争端解决中心进行”。<sup>⑤⑩</sup>因此,《泛非投资法典》采取了积极举措,以确保非洲内部的投资争端在非洲得到审理,而不是将案件转到伦敦或巴黎等地。

### 三、涉及非洲国家投资仲裁程序的问题

近期投资仲裁程序的改革和最近公布的涉及非洲国家的裁决引发了重要的新问题,进一步证实了非洲在投资仲裁领域的重要性。

#### (一) 环境保护

环境保护是各国和全球应对气候变化倡议的热门话题,如2015年《联合国气候变化框架公约》缔约方大会第二十一届会议和《巴黎协定》的签署,证明了全球对气候态度的转变。所有54个非洲国家都签署了《巴黎协定》,迄今只有4个国家没有批准该协定。<sup>⑤⑪</sup>除了这些倡议之外,非洲国家还采取了措施确保将环境保护纳入投资条约和准则中。

<sup>④⑥</sup> Report: Meeting of Member State Experts on the consideration of the PAIC and AIMEC (2016), para.33, African Union, [https://au.int/sites/default/files/documents/32844-doc-report\\_aimecpaic.pdf](https://au.int/sites/default/files/documents/32844-doc-report_aimecpaic.pdf), last visited Nov.16, 2021.

<sup>④⑦</sup> Draft PAIC, at Art.14 (1).

<sup>④⑧</sup> 众所周知,一些非洲国家如果执行世界卫生组织有关普通包装的建议,就会受到投资仲裁的威胁。多哥的例子就出现在美国一个受欢迎的深夜节目中,即在2015年播出的“上周今夜与约翰·奥利弗(烟草)在一起”的系列节目中。

<sup>④⑨</sup> *Supra* note 46, at Art.16 (4) (a).

<sup>⑤⑩</sup> *Supra* note 46, at Art.42.

<sup>⑤⑪</sup> 这些国家是安哥拉、厄立特里亚、利比亚和南苏丹。

例如,西共体《共同体投资规则》明确指出,“成员国认识到通过放松环境管制措施来鼓励投资是不合适的”,要求各国为了投资而优先考虑可持续发展投资。<sup>⑤2</sup>同样,《南共体投资议定书》规定了环境保护并保障国家规制健康、安全和环境等事项的权利。<sup>⑤3</sup>此外,2012年《南共体双边投资条约范本》授权仲裁庭有权裁定投资者违反保护环境和人权的条约规定是否对争议的实体问题产生影响。最近,《泛非投资法典》第37条既要求成员国确保其法律和法规保护环境,也要求投资者承担保护环境责任。<sup>⑤4</sup>

仲裁庭也非常关注投资者遵守保护环境的国内法律的必要性。2018年10月,在Cortec Mining诉肯尼亚案中,仲裁庭裁定投资者在英国-肯尼亚双边投资条约下的投资不受保护,因为他们没有遵守肯尼亚法律而获得采矿许可证。<sup>⑤5</sup>仲裁庭查明——这与肯尼亚上诉法院早先的一项裁决一致——投资者没有遵守肯尼亚法律的规定,该规定要求在颁发有效的采矿许可证之前,先获得环境影响评估许可。该案特别重要的一个事实是,所涉双边投资条约没有明确包含一些条约中要求“根据东道国法律”进行投资的明确措辞。仲裁庭一致认为,遵守东道国法律的要求可能隐含在对双边投资条约和《ICSID公约》的解释中。

## (二) 投资仲裁中的透明度

多年来,民间社会团体一直对投资者与国家间仲裁缺乏透明度表示关切。公共利益始终是使国家与外国投资者对立而产生争端的关键,当争端涉及某些贫穷国家的重大经济项目并可能影响公众的生活时,这种情况可能会更加严重。此外,很多类似程序不公开进行,仲裁庭成员经验匮乏,这就导致一些人质疑这些程序的合法性。

这些关切是一些国家决定签署《毛里求斯公约》的核心,该公约是有关投资仲裁透明度的多边条约。该公约载有《透明度规则》,这是一套旨在提高投资仲裁透明度的独立程序规则。虽然这些规则可以在个案基础上适用,但如果投资者的东道国和母国都是《毛里求斯公约》的缔约方,批准《毛里求斯公约》将使这些规则自动得到执行。截至2019年3月1日,已有23个国家签署了《毛里求斯公约》,其中7个是非洲国家。<sup>⑤6</sup>迄今为止,这23个国家中有5个批准了《毛里求斯公约》,其中包括喀麦隆、冈比亚和毛里求斯。<sup>⑤7</sup>

此外,在适用透明度规则或以透明度规则为范本制定条款的49项条约中,非洲国家已经签署了15项。<sup>⑤8</sup>其中三项条约是非洲国家之间缔结的。<sup>⑤9</sup>一些示范条约也纳入了一

<sup>⑤2</sup> *Supra* note 38, at Art.20.

<sup>⑤3</sup> *Supra* note 43, at Arts.13 and 14.

<sup>⑤4</sup> *Supra* note 46, at Art.37.

<sup>⑤5</sup> Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited v. Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/15/29, ICSID. 欧华律师事务所在这些程序中代理了肯尼亚共和国。

<sup>⑤6</sup> [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/2014Transparency\\_Convention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention_status.html), last visited Oct.21, 2021.

<sup>⑤7</sup> *Id.*

<sup>⑤8</sup> *Id.*

<sup>⑤9</sup> 这三项条约都是摩洛哥与尼日利亚、卢旺达和几内亚比绍签署的,它们都尚未生效。

些条款,以便使公众更容易了解投资仲裁。例如,2008年西共体《共同体投资规则》规定了庭审透明度规则。<sup>⑥0</sup>2012年(《透明度规则》公布之前),<sup>⑥1</sup>《南共体双边投资条约范本》明确规定了仲裁程序的透明度,特别是向公众公布当事方提交的材料和仲裁庭的裁决内容。<sup>⑥2</sup>有趣的是,《泛非投资法典》没有提供任何透明机制。

在ICSID仲裁中第一个同意适用《透明度规则》的也是非洲国家,即几内亚共和国。虽然几内亚共和国不是《毛里求斯公约》的缔约国,但它同意在2014年8月开始的BSGR诉几内亚案中适用《透明度规则》。<sup>⑥3</sup>经双方同意,所有书状、物证、法庭命令和裁决都在ICSID网站上公布,同时保留以保密或特权为由申请遮盖某些信息的权利。庭审将在ICSID的网站(法文和英文)上以流媒体形式延迟播放,庭审环节处理机密或豁免权文件的部分则暂停播放。<sup>⑥4</sup>录像和流媒体使新闻界和公众能够密切关注这一进程。<sup>⑥5</sup>本案举行的两次庭审的录音已永久上传到ICSID的YouTube频道。<sup>⑥6</sup>

### (三) 投资者的义务和国家的反请求

非洲作为在投资仲裁中创造多个第一的大陆,对国家反请求并不陌生。在MINE诉几内亚案中,几内亚共和国是第一个在ICSID仲裁中提出反请求的国家,也是第一个仲裁庭同意其要求的国家。<sup>⑥7</sup>

根据某些法律文件,尽管国家在投资仲裁中提出请求或反请求的权利不会轻易获得支持,但《泛非投资法典》草案采纳了最新一代的投资保护条约,其中包括有关投资者义务的整章内容(包括关于贿赂和遵守人权的规定),并且明确允许国家提出反请求。<sup>⑥8</sup>上文详述的新示范条约中的明确措辞和对投资者施加的义务要求,区别于传统义务规范,将会导致仲裁中国家反请求更普遍。

<sup>⑥0</sup> *Supra* note 38, at Art.34.

<sup>⑥1</sup> 2012年发布的《SADC双边投资条约范本评论》指出,贸易法委员会正在为此目的修订投资者与国家之间的仲裁规则。

<sup>⑥2</sup> *Supra* note 43, at Art.29.17. 该条约第18条规定了合同和支付的透明原则,特别是向政府作出的支付,这对于打击腐败迈出了重要一步。

<sup>⑥3</sup> BSG Resources Limited (in administration), BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL v. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/14/22. 欧华律师事务所在这些程序中代理了几内亚共和国。

<sup>⑥4</sup> 正如该机构网站所述,仲裁的过程中,ICSID建立了一个创新的协议,来处理在闭门庭审和公开庭审之间的过渡问题。

<sup>⑥5</sup> 在听证会期间发表的新闻文章包括以下内容:<https://www.telegraph.co.uk/business/2017/06/05/inside-simandou-mining-project-has-cursed-come-near/>; <https://www.telegraph.co.uk/business/2017/05/24/george-soros-nuts-claims-mining-magnate-beny-steinmetz/>; <http://m.miningweekly.com/article/billionaire-steinmetz-recovers-from-setback-in-simandou-battle-2017-06-02>, last visited May 9, 2021.

<sup>⑥6</sup> 这两场听证会都可以在ICSID的YouTube频道观看。2017年5月的案情听证会(证人、专家):<https://www.youtube.com/watch?v=70r1k0E-JLE>; 2018年3月关于笔迹专业知识的听证会:<https://www.youtube.com/watch?v=YlrAXAKA-hU&list=PLTPAflBOjQljsQdhKklyn5SGitGpitLT>, last visited May 9, 2021.

<sup>⑥7</sup> *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/84/4. 需要注意的是,基础文件是一项投资合同,而不是投资条约。

<sup>⑥8</sup> *Supra* note 46, Chapter 14, at Art.43.

## 结 论

近年来,非洲悄然成为最具创新性的投资仲裁发展热土。条约起草方面的最新发展有助于投资保护领域非洲时代的到来。

非洲国家对双边投资条约过于偏向保护投资者这一批评作出了回应,具体措施是,确保新条约中投资者承担保护环境和企业社会责任等义务。<sup>⑥</sup>其他重要的发展包括对国家规制权的明确规定<sup>⑦</sup>和在非洲领土上审理涉及非洲国家的争端的诉求。<sup>⑧</sup>

应赞扬和鼓励投资仲裁非洲化的继续进行,同时也要高度关注如何使新条约、新法律和新从业者联合起来,为非洲的外国投资创造安全的经济环境做出贡献。接下来的十年将是行动与实践,各国应负责且良好实施它们所创建的新机制。无疑,未来非洲投资仲裁将出现更多的变化。

---

**Abstract:** Many reforms and innovations have been made in recent years in investment arbitration in Africa, which enriches the scope and mechanisms of investment arbitration. The investment arbitration in Africa will have a promising prospect in the future due to the rising FDI into Africa. Many African countries adopted the Africanisation reforms relating to investment arbitration through domestic legislation, bilateral treaties as well as regional or pan-African agreements. But African countries still have a long way to go in such matters as environment protection, transparency in investment arbitration, the balance of the investors' obligation, and the right of the host state to regulate. The Africanisation of investment arbitration should be encouraged to continue for creating a safe economic environment for FDI in Africa.

**Keywords:** Africa; investment arbitration; domestic legislation; transparency; environment protection

---

(责任编辑:傅攀峰)

<sup>⑥</sup> *Supra* note 29, at Arts.13, 14, 15, 17, 18, 19, 20 and 24; *Supra* note 46, at Chapter 14.

<sup>⑦</sup> *Supra* note 29, at Art.23; *Supra* note 43, at Art.20.

<sup>⑧</sup> *Supra* note 46, at Art.42; *Supra* note 38, at Art.33.

# 国际投资争端解决机制改革： 守正、创新与多元生态

顾天杰\*

---

**内容提要** 近年来,国际社会对投资者-东道国争端解决机制(ISDS)的批评愈发激烈,ISDS机制的改革已经提上日程。当前,设立上诉机制和建立常设投资法庭是认可度与可行性较高的改革方案。但是,鉴于各国对于ISDS的改革存在较大的分歧,国际投资争端解决机制在多元利益格局的影响下可能将向多元生态方向发展,我国的“一带一路”争端解决机制也有可能成为其中的生态之一。从守正与创新的视角来看,国际投资争端解决要应对碎片化的趋势,应当尊重投资争端解决机制改革的规律性,并实现新旧规则的借鉴与弥合。在此过程中,我国也应当通过积极构建“一带一路”争端解决机制,贡献国际投资争端解决多元生态,并及时抢占话语高地。

**关键词** 国际投资仲裁 上诉机制 国际投资法庭 守正创新 多元生态

---

投资者-东道国争端解决机制(ISDS)作为当前主流的国际投资争端解决机制,于20世纪60年代初步形成,在东道国政府相关措施违反特定投资协定下的义务时,外国投资者可以通过该机制对东道国政府发起国际投资仲裁。ISDS机制赋予了外国投资者将东道国立法、行政和司法等措施直接诉诸国际仲裁的可能,通过越过东道国国内法,避免了东道国法律体制中可能存在的腐败、地方保护主义等干扰,实现了投资争端领域的“去政治化”。在晚近签署的绝大多数国际投资协定(IIAs)中,ISDS机制均作为解决投资者与东道国投资争端的主要方式出现在争议解决条款中。截至2020年12月,全球累计产生ISDS案件1104起,其中740起已经结案。<sup>①</sup>然而在实际运行过程中,ISDS机制产生了大量的问题,如裁决不一致、偏向投资者利益、透明度问题等,引发了所谓“正当性危机”,并促使国际社会开始考虑改革方案。2017年以来,联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)已开始就投资者与东道国的争端解决机制组织讨论,当前改革热潮主要可以分为两个风向,一是在原有的ISDS机制的基础上,构建双边或者多边的上诉机制,对仲裁裁决进行“二审”,二是彻底抛弃原先的商业化仲裁机制,转向国际司法,构建多边

---

\* 顾天杰,浙江大学光华法学院国际法博士研究生。

① UNCTAD, Investment Policy Hub, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>, last visited Jul.19, 2021.

投资法庭。<sup>②</sup>其中,欧盟是多边投资法庭的关键倡导者,2018年3月,欧盟理事会已经授权欧盟委员会就设立多边投资法院进行谈判。当前,已经不能排除两项改革机制在未来并行的可能性,国际投资争端解决在制度上的碎片化将加剧。本文认为,从国际投资争端解决机制改革的守正与创新之维可以更好地理解两类改革措施的目标、实施与冲突,从而为两类机制在未来的调和共进寻求可行的道路。

近年来,中国吸收境外直接投资数额以及对外投资数额均稳居世界前列,<sup>③</sup>中国作为双向投资大国,被诉风险及起诉可能性均持续增加,同时,“一带一路”倡议也在稳步推进,期间将涉及与沿线国的大量投资争端,而当前以ICSID为核心的国际投资仲裁机制并不完全符合沿线国家争端解决的需求。在这样的背景下,中国应当把握住ISDS机制的改革方向,在“一带一路”纠纷解决机制的构建等实践中考虑自身的定位及对策。从守正与创新的辩证视角出发,我国对于ISDS改革热潮中的观点和建议应当做出审慎取舍,明确我国参与构建的投资争端解决机制应当有哪些“变”与“不变”,力图在未来可能出现的多元投资争端解决生态环境中,构建出具有中国特色和智慧、拥有一定国际话语权的争端解决生态。

## 一、国际投资争端解决机制的现实困境与改革动因

全球化背景下,传统的国际公法和主权国家的国内法无法满足跨国投资活动的规制与保护需求,因而出现了以双边投资协定(BIT)和“混合仲裁”机制ISDS为核心特征的现代国际投资法。国际投资法满足了投资争端去政治化的要求,但其商事特征与东道国主权的冲突也引发了诸多争议。近年来,对于国际投资法的正当性危机已有不少分析与评论,本部分对此予以简述。

### (一) 公私冲突与国家的“回归”

维护东道国权益和保护外国投资者的私人利益是国际投资法实践中长期存在的矛盾。私主体对于东道国政府而言,相较于其与母国之间,弱势地位更加突出,因而出于保护投资的目的,早期发达国家与发展中国家签订的国际投资协定一直着力于强化对外国投资者及其财产的保护,忽视了投资者的义务规范和东道国的规制权。而ISDS一直以来也被认为过于偏向投资者利益,忽视东道国治安权(police power)及公共利益,加剧了国际投资利益保护的不平衡,当前私主体对于ISDS的适用乃至滥用,一定程度上干预了东道国规制权的行使,削弱了东道国的行政能力,特别是面对重大公共危机时的处置

<sup>②</sup> *Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Appellate and Multilateral Court Mechanisms* (November, 9, 2019), A/CN.9/WG.III/WP.185, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.185>, last visited Jul.19, 2021.

<sup>③</sup> 据统计,2020年我国吸收外资投资总额1490亿美元,位列世界第二,对外投资总额1330亿美元,位列世界第一。UNCTAD, *World Investment Report 2021*, United Nations Publications, 2021, pp.5, 7.

能力,<sup>④</sup>一些学者甚至批评现行的 ISDS 机制是损害国家主权的机制。<sup>⑤</sup>基于此,近年来出现了国家的回归现象,这一方面体现为缔约国在新近签订的国际投资协定中不断回应国际投资法的正当性危机,在协定中强化主权国家的规制权,另一方面体现为国际社会对国际投资仲裁机制的改革,以期通过程序上的变革重新平衡东道国与投资者的权利。

## (二)“同案不同判”

如果说当前国际投资仲裁庭对于投资者的偏向性问题尚且存在争议,那么 ISDS 机制下的“同案不同判”及其所造成的投资仲裁裁决缺乏可预期性等问题则显得更为现实。国际投资仲裁庭常常对国际投资协定(IIAs)中相同或相似的条款做出不同的解释和适用,这主要是由于在现行 ISDS 机制下,不同的仲裁庭在相似的案件中有时会对类似条款产生根本性的分歧,仲裁员有充足的自由裁量权做出与先例截然不同的判决。即便是已经经过多次实践而几乎成为共识的裁判规则,仍然有可能被某些激进的仲裁庭推翻,例如 SGS v. Pakistan 案的仲裁庭否认保护伞条款(umbrella clause)能够直接将合同之诉上升为条约之诉,<sup>⑥</sup>这与其他多数仲裁庭的裁决相左。再如对于公平公正待遇(Fair and Equitable Treatment, FET)条款的含义,在 Tecmed v. Mexico 案中,仲裁庭认为 FET 条款要求东道国以完全透明的方式处理与外国投资者的关系,以便投资者可以预先知道任何与其投资相关的法律法规和行政措施。<sup>⑦</sup>而 Waste Management v. Venezuela 案的仲裁庭则认为,即便东道国的相关行为不够透明,但只有在造成武断、不合理或者歧视性待遇的结果时,才应当被认定是违反了 FET 条款。<sup>⑧</sup>裁决不一致导致 ISDS 机制缺乏可预见性和稳定性,使得东道国和投资者不能预估自身行为的合法性和有效性。

## (三)商事化特征与混合仲裁特征的不兼容

ISDS 机制直接脱胎于私主体之间的国际商事仲裁,保留了大量商事仲裁的特征,例如强调保密性、当事方可自主选择仲裁员等。但是在国际投资争端中,争端当事的一方为主权国家的这一混合仲裁特征导致投资仲裁与商事仲裁的存在显然的差别。众多投资争端直接涉及东道国的国内法或公共政策,牵涉到东道国公共利益保护和东道国的法律主权,而不仅仅是单纯的合同或侵权纠纷,这与国际商事仲裁存在根本不同。这样的背景下,ISDS 的商事化特征与主权国家维护公共利益的需求产生矛盾,并造成一系列争议,例如在透明度方面,由于商事仲裁本身的私密性特征,ISDS 机制的仲裁过程和资料往往不对外公开,这与东道国对本国国民的公开义务可能产生冲突。<sup>⑨</sup>再如仲裁员的遴

<sup>④</sup> 王鹏:《论国际投资法与国内法的互动》,载《国际经贸探索》2014年第9期,第87页。

<sup>⑤</sup> 郭玉军:《论国际投资条约仲裁的正当性缺失及其矫正》,载《法学家》2011年第3期,第145页。

<sup>⑥</sup> SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No.ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, Aug.6, 2003, para.155.

<sup>⑦</sup> Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No.ARB (AF)/00/2, Award, May.29, 2003, para.154.

<sup>⑧</sup> Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No.ARB(AF)/09/1, Award, Sep.22, 2014, para.576.

<sup>⑨</sup> 赵骏、刘芸:《国际投资仲裁透明度改革及我国的应对》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2014年第3期,第153页。

选,争端当事方自由选择仲裁员是投资争端解决的核心内容,而目前由当事人挑选仲裁员的模式有可能违反中立性的风险,从而对裁决的合理性和可接受度产生影响。<sup>⑩</sup>

## 二、国际投资争端解决机制的改革路径：守正与创新的冲突之维

UNCITRAL 第三工作组自 2017 年起开始讨论 ISDS 现存问题,并收集整理各国的改革方案。从各国提交的改革方案和建议上来看,除维持原状与拒斥 ISDS 这两种传统思路之外,目前还有两类机制上的创新方案,一是建立 ISDS 上诉机制 (Appellate Mechanism),二是建立多边常设仲裁法庭 (Multilateral Investment Court, MIC)。二者均提倡将更多的司法特征纳入到当前的 ISDS 机制中,以克服其现存缺陷。但二者又存在着根本上的不同:前者致力于以当前的 ISDS 机制为基础进行改革,以期最大限度的保留“商事化”纠纷解决机制的优势和特征,例如当事方选择仲裁员的自由等;而后者则更为激进,主张以完全的“司法化”代替“商事化”,即以多边常设法庭结构彻底代替现有机制。从逻辑起点来看,上诉机制与多边投资法庭的矛盾主要在于对待 ISDS 商事化特征的去留的态度,本质上属于“守正”与“创新”两个维度的辩论。然而,新机制的创建也引发了诸多忧虑与批评,体现出守正与创新之间的紧张关系,主要表现为三个方面,其一,当前的创新机制能否妥善回应旧机制的缺陷值得怀疑;其二,新机制的构建牺牲了旧机制原本具有的诸多优势;其三,新机制也衍生出了诸多新的问题。

### (一) 构建 ISDS 上诉机制

#### 1. 上诉机制改革的历史及内涵

构建上诉机制是 ISDS 机制改革历程中被最早提出的设想,早在 1981 年的 Klöckner v. Cameroon 案<sup>⑪</sup>的讨论中,就已经有学者提出建立投资仲裁上诉机制来弥补现行机制的不足。在 1995 年至 1998 年 OECD 起草多边投资协定 (Multilateral Agreement on Investment, 简称“MAI”) 草案的尝试中,亦有成员国提出建立上诉机制的主张。<sup>⑫</sup> 构建上诉机制的主要目的在于赋予 ISDS 机制纠错属性,保证仲裁庭裁决在程序或实体中的重大错误可以在上诉机制中予以纠正,促进 ISDS 裁决的连贯性和可预测性。<sup>⑬</sup> 构建上诉机制可以使得 ISDS 机制向 WTO 上诉机制、欧洲人权法院等其他常设国际司法机构更加靠拢,从而强化其正当性和合法性。

当前世界各国就构建上诉机制的思路,可以归纳为构建以现有机制为基础的上诉机

<sup>⑩</sup> David Gaukrodger & Kathryn Gordon, *Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community*, OECD Working Papers on International Investment, 2012, pp.45-48; <http://dx.doi.org/10.1787/5k46b1r85j6f-en>, last visited Jul.19, 2021.

<sup>⑪</sup> Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and Others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais, ICSID Case No.ARB/81/2.

<sup>⑫</sup> 参见樊静、衣淑玲:《国际投资仲裁监督机制改革问题研究》,载《河北法学》2015年第33期,第119页。

<sup>⑬</sup> *Submission from the European Union and its Member States to UNCITRAL Working Group III (Jan.24, 2019)*, A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1>, last visited Jul.19, 2021.

构,和构建独立于现有机制的常设上诉机构两种。

主张以现有机制为基础构建特设上诉机构的派别认为,可以从现存的双多边投资协定和 ICSID 等制度出发,对 ISDS 机制进行改革,目前主要有三种提议:一是以协定为基础。在双边或多边投资协定中加入有关建立上诉机制的条款似乎是一条可行之路,实际上,在当前的一些双边投资协定(BITs)中已经出现了关于磋商构建上诉机制或体系的条款,甚至已经有投资协定开始尝试建立上诉机制。以协定为基础的上诉机制的构建极具灵活性和选择性,由于投资协定是缔约方经过长期、充分的谈判并形成共识的结果,因而可以最大程度的吸收缔约方的意见,其执行力有相当程度的保障;二是以案件为基础。上诉机制根据当事方对个案的需求特设(ad hoc),并可以根据实际情况临时“定制”上诉机构的具体规则;三是以机构为基础。ICSID 秘书处在 2004 年的一份提案中阐述了在 ICSID 框架下建立统一上诉机制的可能性,该文件提到,由于《ICSID 公约》第 66 条的存在,以修正案的方式在 ICSID 公约中直接增加上诉机构的规定十分困难,因此该文件建议按照《维也纳条约法公约》(VCLT)第 41 条规定的程序建立上诉机构,也即建立上诉机构的规定仅在同意构建上诉机构的缔约方之间生效。<sup>⑭</sup>

另一派则主张各国应当形成新的多边投资协定,以构建一个全球性的多边常设上诉机制。在 UNCITRAL 第三工作组收集的意见中,一些国家提议构建独立上诉体系(Standalone Appellate Body),以作为当前国际仲裁体制的补充。<sup>⑮</sup>而欧盟则倾向于将上诉机制纳入到其致力于构建的多边常设仲裁法庭(MIC)中。欧盟希望 MIC 的上诉机制可以审理由投资仲裁庭或投资法庭(包括 MIC 本身以及其他区域或双边投资法庭)做出的“一审”裁决。<sup>⑯</sup>

## 2. 上诉机制面临的问题

构建上诉机制,尤其是常设多边上上诉机制,面临的首要问题是可行性。当前各国对于上诉机制具体构建方式和内容尚存在较大争议,例如允许上诉的范围及程度要求、<sup>⑰</sup>二

<sup>⑭</sup> ICSID, *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, ICSID Secretariat Discussion Paper (October 22, 2004), <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf>, last visited Jul.19, 2021.

<sup>⑮</sup> *Submission from the Government of Morocco to UNCITRAL Working Group III (Mar.4, 2019)*, A/CN.9/WG.III/WP.161, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.161>; *Submission from the Government of Ecuador to UNCITRAL Working Group III (Jul.17, 2019)*, A/CN.9/WG.III/WP.175, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.175>; *Submission from the Government of China to UNCITRAL Working Group III (Jul.19, 2019)*, A/CN.9/WG.III/WP.177, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.177>, last visited Jul.19, 2021.

<sup>⑯</sup> *Submission from the European Union and its Member States to UNCITRAL Working Group III (Jan.24, 2019)*, A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1>, last visited Jul.19, 2021.

<sup>⑰</sup> *Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Appellate and Multilateral Court Mechanisms (Nov.9, 2019)*, A/CN.9/WG.III/WP.185, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.185>, at para.11 (A question for consideration is whether (i) an error in the interpretation of the law or in its application should be a ground for appeal and, if so, whether review for errors as to law should be limited to certain questions of law; and (ii) an error as to finding of facts could also be a ground for appeal.), last visited Jul.19, 2021.

审程序与一审程序的关系问题等。<sup>⑮</sup> 这些问题如若不能达成一致,多边上诉机构的建立无疑只能停留在设想阶段。此外,构建上诉机制能否解决 ISDS 机制当前面临的正当性危机也令人生疑。

首先需要明确的是,ISDS 裁决不一致、缺乏连贯性和可预测性的弊端仅依靠双边上诉机制将仍然难以解决。这是因为双边上诉机制仅能在缔约国之间发挥作用,其裁决并不能保证可以在世界范围内得到接受和承认;另一方面,在存在众多双边上诉机制的前提下,各上诉机制面对相似案件、相似条款,仍然有可能做出不同的解释。显然,缺乏持续性的双边上诉机制能够起到的改革作用极为有限,只有多边主义才真正可以在国际投资法的规范领域形成完整的生态,从而解决“同案不同判”等弊端。当然,遵循渐进主义,即在多边主义在短期内难以实施的前提下,从双边机制入手再逐步过渡到多边机制,也是一种可能的道路。

第二,国际投资仲裁往往偏向于投资者利益,并不能完全归咎于 ISDS 机制的不公平。争端解决机制的革新只能保证仲裁在程序上将更加公正,但如果 BIT 不进一步改革,做到东道国和投资者利益在实体意义上的平衡,偏向投资者的裁决仍将大量发生。受新自由主义和投资自由化影响,在 20 世纪 80 年代之后缔结的 BITs,通常更为强调保护投资者利益,忽视东道国主权,这种利益结构的设定极大地影响了国际投资仲裁的实践。以 CMS v Argentina 案为例,该案的仲裁庭在解释公平公正待遇、国家根本利益等关键概念的含义时,援引了美国-阿根廷 BIT 序言中的有关内容,采用“目的解释”的路径做出了对阿根廷不利的解释,例如认为公平公正待遇要求东道国保持国内投资法律体系的稳定、保护投资者利益是阿根廷的根本利益等。<sup>⑯</sup> 如果不对 BIT 的实体条款进行变更,打破这种利益平衡结构,那么仅仅依靠争端解决机制的改革仍将无法解决东道国和投资者利益保护失衡的问题。换言之,上诉机制和 MIC 在裁判时如果仍然主要依据的是现行 BIT,那么裁判者在进行有关条款的解释时仍然可能偏向投资者。

第三,上诉机制意味着争端当事方将承担更加高昂的费用成本和时间成本。可以预见的是,上诉机构一旦建立,争端当事方上诉的可能性将相当大,这种强烈的“上诉”倾向在当前的 ISDS 机制中就已经可以洞见。ICSID 公约第 52 条规定了仲裁裁决撤销机制,<sup>⑰</sup> 尽管仲裁裁决被成功撤销的概率仅为约 3%,但是在 2011 年至 2018 年期间,有高达 50.6% 的仲裁裁决被争端当事方申请撤销。<sup>⑱</sup> 上诉机制的审查范围大大超过仲裁裁决撤销机制的审查范围,这也扩大了潜在的上诉几率。根据联合国的统计,国际投资仲裁

<sup>⑮</sup> *Id.*, at paras.24-26.

<sup>⑯</sup> CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8.

<sup>⑰</sup> 本条规定了如下五个撤销理由:仲裁庭组成不当、仲裁庭明显越权、严重违背基本程序规则、仲裁庭的成员有受贿行为、裁决未说明其所依据的理由。

<sup>⑱</sup> ICSID, *ICSID Annual Report 2018*, [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/annual-report/en/ICSID\\_AR18\\_Interior\\_English\\_CRA\\_web.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/annual-report/en/ICSID_AR18_Interior_English_CRA_web.pdf), at p.36, last visited Jul.19, 2021.

案件平均结案时间为三到四年,各项法律费用在案件总费用中的占比平均达到60%,<sup>②</sup>对于一些东道国及投资者而言已经是沉重的负担,如果增加上诉机制,负担将持续加重,这可能会影响当事方对 ISDS 机制的依赖。

第四,上诉机制有可能矫枉过正,从而诱发新的不平衡。部分投资者担忧当事方在上诉机制中将不会再被允许行使自主选择仲裁员的权力,同时上诉机制(尤其是多边常设上诉机制)及其仲裁员或法官的资助也将主要来源于缔约国,这可能会对作为当事一方的投资者产生潜在的不利影响。类似的担忧对于常设多边投资法庭也同样存在。

## (二) 构建多边常设投资法庭

欧盟是建立投资法庭体系(ICS)的主要推动者。与上诉机制改革不同,ICS 寻求的是国际投资法争端解决领域彻底的司法化革命,即摒弃几乎所有的商事化仲裁特征,建立一个可以融入国际司法体系的法庭结构。欧盟在2014年达成的CETA和欧盟-新加坡FTA中,就争端解决机制的构建已经吸收了一定的法庭构造。<sup>③</sup>2015年欧盟委员会发布的TTIP投资章节草案中,欧盟正式提出了建立常设投资法院体系的倡议,并详细规定了机构设置、法官遴选、程序规则等。<sup>④</sup>次年欧盟与越南签订自由贸易协定,并专设一节对投资法庭进行了规定,这是历史上首次在条约实践的意义上纳入投资法庭体系。欧盟目前已不满足于双边或区域性的投资法庭体系,而是开始积极谋求构建多边常设投资法庭,以求替代当前的ISDS机制。欧盟已于2019年1月向UNCITRAL提交建议书,正式提出构建MIC的倡议,引发各界讨论。<sup>⑤</sup>

### 1. 多边常设投资法庭的主要特征及优势

相较于传统的ISDS机制以及上诉机制改革方案,常设投资法庭的强司法化特征呈现出不同于商事仲裁的特征与优势。首先是多边性。ISDS效力渊源基于双边投资协定(BIT),因此更为强调双边关系,MIC则是对多边投资协议谈判的重启,如果最终确立,则将建立一个类似于WTO DSB的多边争议解决机制,因此其更强调多边之构建。第二是持续性。ISDS作为争端解决机制,其所允许的仲裁庭通常为专案专设。MIC作为法庭体系,建立初审法庭和上诉法庭双层机制,机构和人员相对固定,显示出更为持久的样态。第三是法庭伦理。在ISDS制度下,仲裁员可能担任争端各方的律师或其他从业人员,有造成利益冲突的隐患,MIC体系特别规定了法庭系统成员行为伦理规则,以预防各方之利益冲突。<sup>⑥</sup>

<sup>②</sup> The United Nations, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, [https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia200911\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia200911_en.pdf), pp.17-18, last visited Jul.19, 2021.

<sup>③</sup> EU-Singapore FTA, *Chapter Nine Investment, Section b Investor-State Dispute Settlement*, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/october/tradoc\\_152844.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/october/tradoc_152844.pdf), last visited Jul.19, 2021.

<sup>④</sup> *Text of the Proposal on Investment Protection and Resolution of Investment Disputes and Investment Court System in TTIP*, Sep.16, 2015, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc\\_153807.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf), last visited Jul.19, 2021.

<sup>⑤</sup> *Submission from the European Union and its Member States to UNCITRAL Working Group III (Jan.24, 2019)*, A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1>, last visited Jul.19, 2021.

<sup>⑥</sup> 例如,TTIP投资章节第四部分9-11条对法官选任、期限、竞业禁止等做出了详细的规定。

## 2. 多边常设投资法庭面临的困境

多边争端解决机制的建立和运转,不仅需要争取到尽可能多的缔约国,还需要得到投资者的认可。而建立多边法庭的意图在于重新平衡东道国和投资者的权利,进一步加强对东道国利益的保护。<sup>⑲</sup>在这样的背景下,如何充分保障投资者利益,使其愿意将争端提交至 MIC,对法庭能否正常运转至关重要。投资者当前对 MIC 可能存在的疑问可以归纳为两个方面,一是可行性,即 MIC 作为司法机构是否能够公正运转;二是必要性,如果投资者无法接受司法化带来的商事仲裁优势的缺位,那么投资者选择 MIC 作为争端解决场所的可能性无疑将受到影响。

对 MIC 公正性的怀疑主要来自法官遴选和资金来源。法庭伦理下的法官遴选与 ISDS 机制下的仲裁员遴选相比具有根本性的不同,被认为是 MIC 改革强化东道国权力的一个重要表现。根据欧盟的提案,法官均为全职法官,不允许参与审判活动之外的其他活动,例如在跨国公司兼职等;法官长期任职,并禁止连任。欧盟希望这些措施可以保证法官独立,公正裁判。但问题在于,法官的独立地位仍然并不是绝对的,因为法庭的运转和法官的薪酬都由缔约国承担。<sup>⑳</sup>在当事方都是主权国家或成员方的其他国际法庭,如 ICJ、WTO 等,这样的资助安排并不会产生问题,但在国际投资法庭中,通常作为原告的投资者与法庭之间并不会产生资金资助联系,此外,由于法官任期固定,这也意味着即便法官在裁决中表现出了偏向性或歧视,通常也不会受到惩戒,并且可以继续裁判案件。这些变动在无形中可能将投资者推向劣势地位,或至少使投资者在主观上产生对 MIC 的不信任感,从而急于将争端交予 MIC。

相较于 ISDS 机制, MIC 改革剥夺了当事方自由选择法官(仲裁员)的权利。在 ISDS 机制中,仲裁员的选择对裁决走向至关重要,当事方通常会耗费大量精力选择仲裁员。国际投资争端通常涉及大量复杂的事实和法律问题,自主选择权赋予了当事方选择具有充分学识和经验的仲裁员的机会,允许当事方充分考虑仲裁员的法律背景、实务经验、国籍等要素。<sup>㉑</sup>自主选择权被认为是国际投资仲裁中最核心最吸引人的特征。<sup>㉒</sup>而在 MIC 的改革中,自主选择权被完全抹去,这种完全“去商事化”的做法将很可能影响当事方(尤其是投资者)向 MIC 提交争端的积极性。

从必要性来看,对于欧盟摒弃商事化仲裁,完全转向司法化的做法,跨国公司等国际投资者可能是难以接受的。对于许多投资者而言,当前的 ISDS 机制并没有过于偏袒自己,从 UNCTAD 公布数据上看,截至 2019 年 1 月,在已结案的 602 起投资争端中,主权国

<sup>⑲</sup> *Submission from the European Union and its Member States to UNCITRAL Working Group III (Jan.24, 2019)*, A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1>, at para. 23. ([the assumption] would be expected to appoint objective adjudicators, rather than ones that are perceived to lean too heavily in favour of investors or states, because they are expected to internalize not only their defensive interests, as potential respondents in), last visited Jul.19, 2021.

<sup>⑳</sup> *Id.*, at para.33 ("Contributions to the financing of a standing mechanism would be made, in principle, by the contracting parties.").

<sup>㉑</sup> *Submission from the Government of China to UNCITRAL Working Group III (Jul.19, 2019)*, A/CN.9/WG.III/WP.177, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.177>, last visited Jul.19, 2021.

<sup>㉒</sup> *Id.*

家获胜的案件约占 36%，而投资者获胜的案件仅占 29%，其余案件以其他方式了结或终止裁决，<sup>③①</sup> 并且在结案的 ISDS 案件中，有超过 80% 裁决的做出依据的是第一代 BITs，与之后的 BITs 相比，第一代 BITs 更加强调投资自由化和投资者利益保护、轻视东道国主权权力。<sup>③②</sup> 在这样的数据支持下，投资者可能会认为以完全的司法化取缔商事化，以加强东道国权益的举措是过当的。

投资者对当前的 ISDS 机制拥有充足的信赖，一些对主权国家而言的“缺陷”，对投资者来说可能恰恰是 ISDS 机制的特色甚至优势。就“仲裁裁决缺乏一致性 (consistency)”这一点而言，尽管一致性及其带来的可预见性对投资者和东道国而言都很有益，但是对投资者而言，仲裁裁决的正确性 (correctness) 同样重要，在当前的 ISDS 机制下，争端双方可以挑选自己信赖的、适合当前案件的仲裁员，案件的裁决基于案件的实际情况以及仲裁员的经验与学识，而不完全拘泥于先例 (precedents)，这让争端当事方对个案更具有把控力。

以司法化取缔商事化，有可能打破 ISDS 机制构建的投资者 - 东道国的利益平衡结构，重构投资者参与争端的模式和在争端解决中的地位，投资者对于当前是否有必要完全摒弃商事化特征、采用司法化模式，是有理由保持怀疑的。

### 三、国际投资争端解决机制的多元生态构建： 守正与创新的统一之维

在商事争端领域，随着《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 或称《新加坡调解公约》) 于 2020 年 9 月 12 日的正式生效，以商事仲裁、诉讼和调解为主要特征的国际商事争端解决生态已经正式形成。反观国际投资法，如果说以 MAI 为代表的多边投资条约的失败意味着国际投资法在实体法层面的碎片化，那么当前上诉机制与投资法庭之争则意味着国际投资法在争端解决层面的碎片化。本文认为，尽管当前国际投资法的正当性危机的确正在呼唤新机制的构建，但新机制与既有机制之间能否有效联结，即“守正”与“创新”能否实现统一，决定了新机制的生命力，也决定了各个新机制之间能否避免碎片化带来的潜在风险，实现国际投资争端解决机制的多元生态构建。

#### (一) 国际投资争端解决机制的未来：从碎片化到多元生态

各国和国际组织倾向于采取的改革措施存在较大差异，尽管何种改革方案将得到多数国家的支持目前仍不明朗，但考虑到国际投资领域多元利益格局的既定事实，多种改

<sup>③①</sup> UNCTAD Fact Sheet on Investor-State Dispute Settlement Cases in 2018 (May 2019), [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2019d4\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2019d4_en.pdf), p.4, last visited Jul.19, 2021.

<sup>③②</sup> Submission from the Governments of Chile, Israel, Japan, Mexico, and Peru to UNCITRAL Working Group III (Oct.2, 2019), A/CN.9/WG.III/WP.182, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.182>, last visited Jul.19, 2021.

革方案并行的未来已经可以预见,这在当前欧盟投资法院体系构建与部分国家对该体系的排斥中可以得到印证。如何看待与处理未来将面临的国际投资争端解决机制碎片化(fragmentation)将成为国际社会不得不面临的难题。随着全球化和相互依赖的加深,国际司法机构之间的互动正愈发复杂。<sup>③④</sup>一些先例已经表现出这种复杂性所带来的问题,例如, Mexico-Soft Drinks 案就关涉到 WTO 与 NAFTA 争端解决机构的管辖权冲突。<sup>④</sup>机制的碎片化,可能引发管辖权冲突、法院挑选(Forum Shopping)、裁决与执行的冲突等等隐患。

在当前的改革与重构之争中,已经逐渐展现出这样的趋势,即具有相似特征(例如国内法制结构、资本输入和输出状况、地缘政治、国民经济发展水平等)的国家之间似乎就投资争端解决机制的构建更容易达成一致,在一个全球统一的投资争端解决机构暂时难以组建的情形下,各国之间更有可能互相“抱团”,形成更符合自身需求的争端解决模式。在未来,在投资争端解决领域可能会形成多种“生态”,每个生态具有不同的特色,例如有的根植于原先的 ISDS 模式,有的在 ISDS 基础上进行不同程度的改革,有的完全摒弃 ISDS 而转向国际投资法庭等。以中国为中心的“一带一路”投资争端解决机制也将很有可能成为众多生态之一。对于原先 ISDS 机制所带来的各项利弊,各个生态可以根据自己的特征,在自身的生态范围内做出取舍或改革,形成多元利益格局下各种生态共生共长的样态。<sup>⑤</sup>

具体来讲,在未来有可能存在如下几种“生态”:(1)以 ICSID 为核心的 ISDS 机制。当前约 70% 的投资争端都由 ICSID 裁决,以美国为首的部分国家传统上是 ISDS 机制的积极拥护者,急于对 ISDS 机制做出根本性的改变;(2)以欧盟为核心的国际投资法庭机制;(3)区域性的争端解决机制,如“一带一路”争端解决机制, USMCA, RCEP 等。(4)回归政治手段,拒斥 BIT 和 ISDS 机制,以东道国国内救济或国家间仲裁为投资争端解决的主要方式。<sup>⑥</sup>

<sup>③④</sup> James Crawford, *Chance, Order, Change: the Course of International Law*, General Course of Public International Law, The Hague: Hague Academy of International Law, 2014, p.217.

<sup>④</sup> *Mexico-Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*, wT/DS308/R, Panel Report, Oct.7, 2005; *Mexico-Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*, wT/DS308/aB/R, Appellate Body Report, Mar.6, 2006.

<sup>⑤</sup> 对于投资者—国家仲裁机制发展路径分化,可参见韩秀丽,翟雨萌:《论“一带一路”倡议下中外投资协定中的投资者—国家仲裁机制》,载《国际法研究》2017年第2期,第26-30页。

<sup>⑥</sup> 在卡尔沃主义(Calvo Doctrine)回归的背景下,部分南美国家放弃了 ISDS 机制,同时也未对上诉机制或投资法庭表示出兴趣,例如,巴西从未接受过 ISDS 机制,在巴西的 2015 年推出的《合作与促进投资条约》(CFIA)范本中,选择以国家间仲裁解决投资争端,争端能否解决很大程度上取决于东道国和投资者母国的政治意愿。参见肖军:《论投资者—东道国争端解决机制改革分歧的弥合进路》,载《国际经济法学刊》2021年第2期,第88-89页。

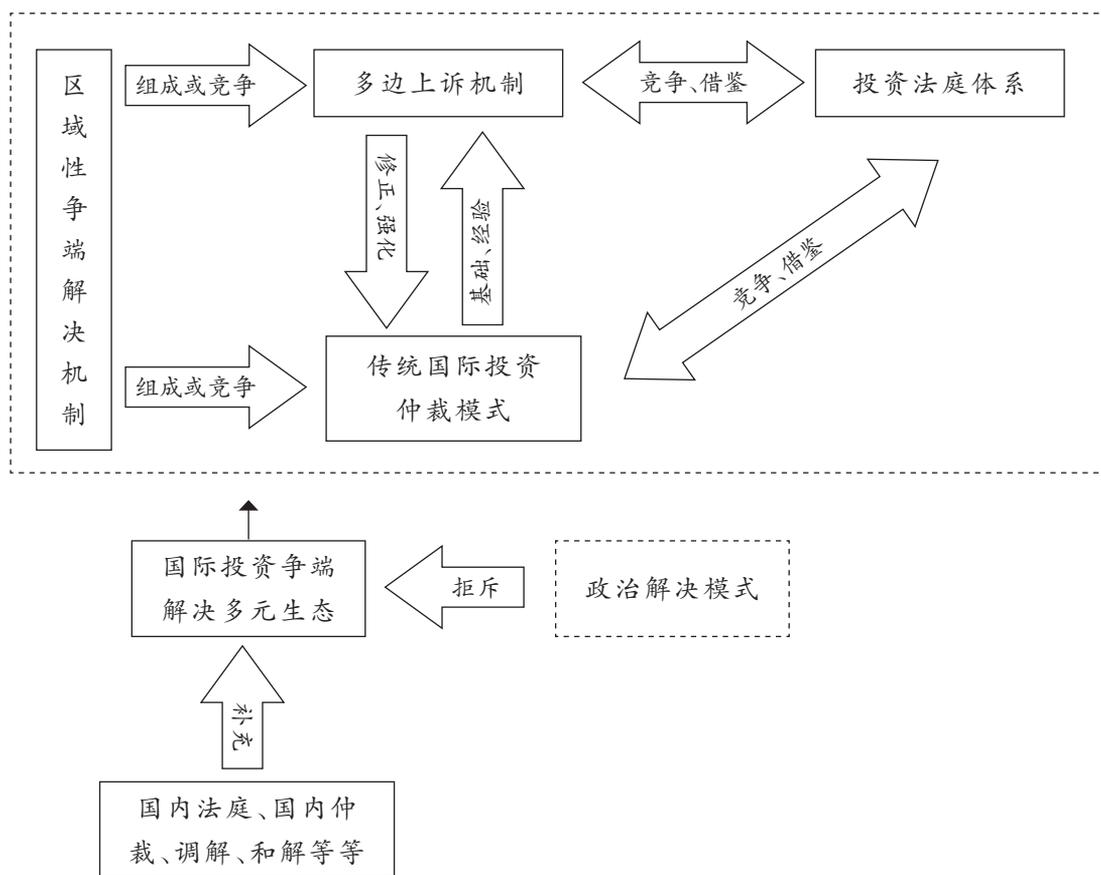


图 1：可能的国际投资争端解决生态设想

## （二）尊重争端解决机制改革的规律性

守正是创新的起点，守正意味遵循国际法的现代性、价值性与规律性。<sup>③⑦</sup>其中，尊重规律在国际投资争端解决的改革中尤为突出。

第一，改革应当回应国际投资争端解决发展的客观需求。“法律创新涉及技术性层面的法律适用或解释问题，但它的主要任务在于对社会治理中涉及价值性与结构性的议题作出回应。”<sup>③⑧</sup>问题在于，南北矛盾、东西矛盾尖锐的国际投资领域，各国对于机制构建的价值取向和结构构建存在较大的观念差异。考虑到 2006 年《ICSID 仲裁规则》修订时纳入上诉机制设想的最终失败，短期内构建全球性的常设多边上诉机制的可能性并不高，未来率先建立的上诉机制很可能仅能以双边或区域的形式出现，这也反映了改革的渐进性特征。

第二，改革应当基于国际投资领域各利益主体的博弈状态。大国并不是国际投资

<sup>③⑦</sup> 赵骏：《国际法的守正与创新——以全球治理体系变革的规范需求为视角》，载《中国社会科学》2021 年第 5 期，第 31-35 页。

<sup>③⑧</sup> 同上，第 28 页。

争端解决机制改革的唯一影响势力,投资者和效果作为未来争端的潜在当事方,能够对改革的动向产生影响。在现阶段,在国际投资领域组建一个类似 WTO DSB 的全球性机制的可能性和必要性并不高,即便一些国家出于政治或其他原因的考虑而成为缔约国,但毫无疑问的是,投资者或欠缺实力的东道国仍然有权利拒绝将争端提交给这样的机构,或者拒绝执行该机构的裁决。<sup>③⑨</sup>在公司律师国际仲裁集团(Corporate Counsel International Arbitration Group, CCIAG)提交给 UNCITRAL 第三工作组的意见中,就表示了商业团体对当前上诉机制和投资法庭改革提议的不满,具体包括这些改革可能延长争端解决时间、仲裁员或法官的中立性无法保障、裁决执行无法保障等。<sup>④⑩</sup>如果争端解决的“生态环境”没有给予投资者和发展中国家等“小物种”以必要的保护,导致其“灭绝”(退场),则该生态环境必将失衡,也即该多边机制的活力难以得到确保。<sup>④⑪</sup>

### (三) 实现新旧规则的借鉴与弥合

有学者将当前的 ISDS 改革划分“政治化的拒斥派”“沿袭商事化的改良派”和“准司法化或司法化的改良派”三类。<sup>④⑫</sup>各派之间虽然在创新程度上存在较大的差异,但是在实践中,各派相互借鉴与融合的现象却很普遍。新机制与旧机制并非必须是取代关系,也可能是互补或秉承关系。从历史和现实的维度来看,新旧机制以及新机制之间的融合、碰撞是体制发展的必由之路,如果当前国际投资争端解决各机制之间能够实现充分的规则的借鉴与融合,那么未来则可以形成良好的生态。

第一,新机制可以为旧机制提供指引或倒逼其改革。例如,2016 以来的 ICSID 规则修订力度空前,很大程度上是对欧盟投资法院倡议的回应,修订的目的在于避免投资法庭体系对 ICSID 的架空或取代,以维持组织的生存。<sup>④⑬</sup>这种倒逼效应一定程度上可以减少修旧机制在构造上的差异,弥合各个碎片之间的距离。

第二,旧机制可以为新机制提供创新的材料与经验。无论怎样的创新,都需要以其在先的改革和经验为借鉴。即便是独立性较强的投资法庭体系,在其设立过程中,也有

<sup>③⑨</sup> 实践中,东道国能否自觉执行裁决,主要取决于东道国遵守国际义务的意愿和国际社会施加的压力。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66页。

<sup>④⑩</sup> *Comments: Appointment of Arbitrators, Appellate Mechanism, and Enforcement Submitted by the Corporate Counsel International Arbitration Group and the United States Council for International Business*, Dec.4, 2020, [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/120420\\_cciag\\_and\\_uscib\\_comments\\_on\\_december\\_15\\_uncitral\\_papers.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/120420_cciag_and_uscib_comments_on_december_15_uncitral_papers.pdf), last visited Jul.19, 2021. See also *Submission by the Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG) to UNCITRAL Working Group III*, Dec.18, 2019, [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/cciag\\_isds\\_reform.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/cciag_isds_reform.pdf), last visited Jul.19, 2021.

<sup>④⑪</sup> 投资争端参与者的强弱关系,可以与国内证券市场监管对象的强弱关系相类比,“如果立法、执法和司法机构没有对弱势群体予以特别保护,以使其能够‘与强共舞’,强势主体也拒绝与弱势群体和平共处,则中小投资者这些‘小物种’将因得不到保护而黯然离场,其‘生态灭绝’也会使基金、券商等机构这些‘大物种’因缺乏‘游戏玩伴’而孤独致死”,参见罗培新:《我国证券市场和谐生态环境之法律构建——以理念为研究视角》,载《中国法学》2005年第4期,第93页。

<sup>④⑫</sup> 梁咏:《国际投资仲裁机制变革与中国对策研究》,载《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2018年第3期,第162-164页。

<sup>④⑬</sup> 至2020年,ICSID先后四次公布修改建议稿,对仲裁规则的实质性修订包括第三方资助信息披露、仲裁员质疑程序、费用担保及费用裁决考量因素、透明度要求等。参见前注<sup>④⑩</sup>,第90-91页。

人建议将其与 ICSID、WTO 等既有机制关联起来,例如将投资法庭的判决视为 ICSID 的仲裁裁决,以通过《ICSID 公约》便利其执行。<sup>④</sup>当前 ICSID 仲裁规则中的诸多规定,如“明显缺乏法律依据之诉请”异议程序等,也为后来的 CPTPP、CETA 等规则提供了启发,起到了“传帮带”的效果。<sup>⑤</sup>新机制的构建无疑会大量参考既有机制的规则与经验,这可以为新机制之间的规则弥合提供制度性的基础。

第三,新机制之间也可以进行规则的弥合。在上诉机制和投资法庭体系尚未完善之际,各国可以就机制的构建与互动进行充分的讨论,在相关条约形成之前就管辖权冲突、判决的相互承认、判决执行、证据规则等技术性问题尝试构建统一的规则,以减少将来各个新机制正式建立之后可能发生的冲突,实现国际投资争端解决生态的稳定。这在当前 UNCITRAL 第三工作组的指导下是完全可以进行的事项。

#### 四、国际投资争端解决改革的中国参与

在国际投资争端解决机制面临变革的同时,我国的“一带一路”倡议也在稳步推行。“一带一路”已经并且将持续涉及大规模的基础建设、工程承包和投资行为。<sup>⑥</sup>在这个过程中,不可避免将牵涉大量的投资纠纷,有学者对“一带一路”沿线 64 个国家为被申请人的国际投资仲裁案件进行了统计,1997—2016 年间全球共计发生仲裁案 726 件,其中关系到一带一路沿线国家的案件共计 395 件,约占总数的 54%,并且其中有 26 个“一带一路”国家作为被申请人的案件总量超过了 5 件,这表明一带一路沿线已经成为国际投资争端的高发地。<sup>⑦</sup>

我国已经充分注意到当前国际投资争端改革路径和重构路径的发展趋势,并在不同的场合公开发表过关于当前 ISDS 改革风向的意见,表达了自身的立场。<sup>⑧</sup>“一带一路”争端解决机制的构建,将成为我国对于“改革”与“重构”的理解与态度具体应用的实践过程。这个过程既是我国对自身立场的有力阐释,也是占据 ISDS 改革头部地位,抢先参与构建争端机制改革多元生态的契机。

##### (一) 正确认识守正与创新的关系,积极参与 ISDS 机制改革

在东道国国内司法环境较差,无法提供充足救济的情况下,转向 ISDS 机制无疑是中国投资者的必然选择,但现行的 ISDS 机制存在极大的局限性,首先是我国与沿线国家

<sup>④</sup> [德] 薄克暮、芮离谷著《从双边仲裁庭、双边投资法庭到多边投资法院——投资者与国家间争端解决的机制化选择》,池漫郊译,法律出版社 2020 年版,第 160—161 页。

<sup>⑤</sup> 同前注<sup>⑥</sup>,第 90 页。

<sup>⑥</sup> 2018 年,中国企业在“一带一路”沿线国家非金融领域的投资额超过 150 亿美元,同比增长 8.9%;吸引投资 60 亿美元,同比增长 11.9%。参见商务部:《2018 年,中国与“一带一路”沿线国家贸易投资合作快速发展》, <http://www.mofcom.gov.cn/article/i/jyj/k/201902/20190202833498.shtml>, 最后访问时间:2021 年 7 月 19 日。

<sup>⑦</sup> 明瑶华:《“一带一路”投资争端调解机制研究》,载《南通大学学报·社会科学版》2018 年第 1 期,第 62 页。

<sup>⑧</sup> *Submission from the Government of China to UNCITRAL Working Group III (Jul.19, 2019)*, A/CN.9/WG.III/WP.177, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.177>, last visited Jul.19, 2021.

的 BIT 较为落后。我国与“一带一路”国家已签订 56 个国际投资条约,其中 45 个属于二十世纪八九十年代签订的第一代 BIT;<sup>④</sup> 其二是存在对发展中国家的不利因素,如费用过高、时间过长、沿线国家缺乏国际投资领域的专家作为仲裁员等; 其三是国际投资仲裁有影响国家间关系的潜在可能,尽管国际投资仲裁本身力求“去政治化”,但是由于投资本身所夹杂的政治因素以及巨额赔偿可能带来的公众舆论,东道国和母国之间的关系仍有可能受到影响。基于上述原因,就一带一路争端解决机制而言,完全采用以 ICSID 为核心的 ISDS 机制并不合适,需要进行本土化的改造和创新。

当前国际投资争端领域守正与创新的争论为“一带一路”争端解决机制提供了丰富的材料和选择,对于中国而言,应当在秉持自身立场和原则的前提下,对守正与创新的具体内涵进行本土化的理解。

宏观上看,改革中应当坚守我国一以贯之的原则与立场。本文认为,当前中国对 ISDS 机制改革的立场可以概括为以下几个方面:首先是兼顾东道国主权权益和投资者利益。当前国际投资法律体系整体上按照均衡自由主义路径发展,各国在保护投资自由化的同时,开始进一步强调东道国的监管权和对外资的规制。<sup>⑤</sup> 这是国际社会对上世纪末过度自由化的反思,遵循这一规律不仅与国际潮流相契合,也与我国对外投资大国和吸收外资大国的“双重身份”相符。第二是维护广大发展中国家的共同利益。我国以及“一带一路”沿线的多数国家均为发展中国家,根据世界银行的统计数据,“一带一路”沿线国家人口占全球 62%,但 GDP 仅占全球总量的 31%,沿线的 65 个国家中仅有 18 个国家跻身发达国家行列。<sup>⑥</sup> 基于这样的事实,构建符合广大发展中国家共同利益的争端解决机制是我国的必然选择。第三是兼顾裁决的公正、效率和成本的控制。公正与效率是司法价值的追求目标,也是投资者和东道国最为关切的价值取向,兼顾公正与效率对构建一个稳定、可信赖的争端解决机制至关重要。中国应当在这些原则的基础上,吸收改革派与重构派的有益经验,并且通过一带一路机制的构建参与到 ISDS 改革的大潮之中,代表广大发展中国家争夺国际法的话语权,为未来可能形成的多元纠纷解决生态抢占高地。

## (二) 保留“商事化”主要优势,提振争端解决机制生命力

微观上看,我国在寻求投资争端解决机制司法化改革的同时,应当尽可能保留 ISDS 机制“商事化”的主要特征和优势,这对保障投资者与东道国对于争端解决机制的信心至关重要。本文认为,与“司法化”相比,“商事化”的特征体现在三个方面:(1) 根植于 BIT。现行的 ISDS 机制根植于以国际投资协定中,这些协定大多旨在降低投资风险、保护投资者投资自由和合理期待。<sup>⑦</sup> 由 BIT 所设立的争端解决机制也是基于这样的

<sup>④</sup> 同前注<sup>④</sup>,第 63 页。

<sup>⑤</sup> 单文华、王鹏:《均衡自由主义与国际投资仲裁改革的中国立场分析》,载《西安交通大学学报(社会科学版)》2019 年第 5 期,第 21 页。

<sup>⑥</sup> 吴舒钰:《“一带一路”沿线国家的经济发展》,载《经济研究参考》2017 年第 15 期,第 16 页。

<sup>⑦</sup> 王燕:《国际投资条约仲裁审查标准之反思》,载《法学》2013 年第 6 期,第 127 页。

宗旨,因而基于 ISDS 机制的国际投资争端解决机制的改革将无法忽视 BIT 本身的限制。(2) 争端双方地位平等且当事方对个案的控制力较强。这主要体现在争端双方拥有自主选择仲裁员的权力、仲裁裁决不拘泥于先例、当事方负责支付仲裁员的酬金、当事方有权利选择仲裁程序等方面,这些特征使得国际投资仲裁能够实现去政治化的优势。(3) 执行力强。ISDS 机制的执行力主要体现在国际条约的背书上,当前《ICSID 公约》已有 164 个缔约国,<sup>⑤③</sup>《纽约公约》已有 168 个缔约国。<sup>⑤④</sup>在《ICSID 公约》框架下,成员国对于国际投资仲裁的结果不允许进行审查,而《纽约公约》框架下成员国也只允许进行有限制的审查。由于这些公约的存在,使得 ISDS 机制的执行效率有一定程度的保障,在改革中应当充分利用既有国际公约带来的执行力。

我国政府在 2019 年 7 月向联合国提交的意见书中已经表明,我国对于 ISDS 机制改革的立场选择是“投资仲裁 + 多边常设上诉机制”。<sup>⑤⑤</sup>这种立场的选择,一方面是为了要保留国际投资仲裁“去政治化”、高效性和保密性等优势,有利于保护中国企业的对外投资和广大发展中国家的利益,另一方面,设置多边常设上诉机制可以较大程度地保证仲裁裁决的公平合理,同时避免在“一带一路”投资争端范围内出现“同案不同判”的情况,保护当事方的合理期待。从“一带一路”争端解决机制的创新视角出发,新的争端解决机制应当贯彻我国的基本立场,并且应当注意处理好已有制度和新设制度、国际经验与本土实际之间的联系。

“一带一路”沿线国家多为发展中国家,经济发展差距较大,法治水平和处理争端的能力不一,对于争端解决的要求也不尽相同。对于有较强经济实力、对程序性要求较高<sup>⑤⑥</sup>的成员方及其投资者来说,诉诸仲裁乃至上诉机制可能是首选的方案,但是对于一些对程序没有严格需求、希望案件可以快速廉价地得到解决的成员方和投资者来说,仲裁仍然显得不够高效和便利。而调解 (mediation) 等替代性争议解决机制 (ADR) 则不完全拘泥于对复杂事实的认定,赔偿形式也不局限于金钱赔偿,为争端方提供了更多的自由和效率。<sup>⑤⑦</sup>调解机制被誉为“东方瑰宝”,其形式和程序不同于 ICSID 或 UNCITRAL 规定的“调解” (conciliation)。<sup>⑤⑧</sup>调解员除力图解决争议外,更注重维护投资者及其母国

<sup>⑤③</sup> ICSID, *Database of ICSID Member States*, <https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-state>, last visited Jul.19, 2021.

<sup>⑤④</sup> The New York Convention, *Contracting States-List of Contracting States*, <https://www.newyorkconvention.org/list-of-contracting+state>, last visited Jul.19, 2021.

<sup>⑤⑤</sup> Anthea Roberts and Taylor St. John, *UNCITRAL and ISDS Reform: China's Proposal*, EJILTALK, Aug.5, 2019, <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reform-chinas-proposal/>, last visited Jul.19, 2021.

<sup>⑤⑥</sup> 这些需求可能包括条约解释、违约事实认定、损害认定等方面。See *UNCITRAL Working Group III, Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS), Note by the Secretariat, Thirty-fourth Session*, U.N. Doc. A/CN.9/WG.III/WP.142, Sep.18, 2017, para.24.

<sup>⑤⑦</sup> UNCTAD, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development 23-24 (2010), [http://unctad.org/en/Docs/diaeia200911\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/diaeia200911_en.pdf), last visited Jul.19, 2021.

<sup>⑤⑧</sup> 在 Conciliation 中,调解员更注重于争议的实质性解决,当事方应当遵循正式的程序和规则,且需要投入较多的时间和费用。

与东道国之间的良好关系。<sup>⑤⑨</sup>虽然我国与沿线国家签署的 BITs 中,大多有争端“友好协商解决”的规定,但由于这种协商机制的规定大多流于形式,过于模糊,因而在实践中即使当事人未进行友好协商也不影响提起仲裁。<sup>⑥⑩</sup>在一带一路争端解决机制中,可以对调解制度进行更为详细的规定,包括调解员的遴选及职业规范、争端方发起和退出调解机制的程序以及调解与仲裁之间的衔接等,使得调解机制可以真正发挥作用。

为了保障一带一路争端解决机制能够在各国之间顺利运行,除了更新我国与沿线国家的 BIT 之外,构建一个维护发展中国家利益、体现我国立场、兼顾特色争端解决机制和 ISDS 改革需求的较高水平的区域性协定是必要的。在区域性多边协定暂时没有条件达成时,借鉴《毛里求斯透明度公约》的规定,采取选择进入(opt in)的模式在各国的投资协定中引入上诉机制,也是可行的道路。在多边协定中,如果考虑加入上诉机制,那么至少在如下几个方面可以考虑在已有制度和新设制度之间进行联结。首先是上诉机制的审查范围。上诉机构应当对实体和程序性事项进行审查,但是从兼顾效率、成本以及避免当事人滥用上诉机制的角度出发,应当对上诉范围进行一定的限制。对此,可以借鉴 WTO 的有益经验,将审查范围主要聚焦于法律问题(points of law)、明显(manifest)的事实问题,对于程序性事项的审查则可以借鉴《ICSID 公约》第 52 条有关裁决撤销的审查内容;第二是人员遴选。为了兼顾当事方的自由选择权和裁决的一致性,以及裁决能够被东道国与投资者所真正接受,可以构建一个封闭式的上诉成员名册,并设置专门的守则和机构,对成员的任期、行为规范、回避事项、惩戒等方面做出规定。遴选封闭式名册中的成员时还应当考虑到成员的专业能力、法律水平和道德水准,同时要照顾到地域因素、性别等方面的多样性;第三是裁决执行。考虑到新机制的执行力往往会受到怀疑,在上诉机制建设初期,可以借助《纽约公约》,使裁决在满足该公约的要求下得到认可与执行;第四是“一审”案件的范围。基于“一带一路”倡议共商、共建、共享、共赢的信念,在成员国有需求的情况下,可以考虑该上诉机制接受不同类型的“初审”的上诉,<sup>⑥⑪</sup>甚至模仿 ICSID 附加便利机制,在争端一方不是“一带一路”沿线国的情况下也允许双方将裁决提请上诉。

### (三) 通过“一带一路”贡献国际投资争端解决机制多元生态

当前就 ISDS 改革的观点冲突已经下沉到缔约与国际司法实践。CETA 等条约的生效对以 ICSID 为核心的 ISDS 机制的主流地位造成了影响,对以往较为单一的投资争端解决的生态环境形成了冲击。从现实情况来看,欧盟所倡议的多边常设投资法庭缺乏各国同意的基础,难以在短期内建立,但欧盟利用自身的影响力,可以形成以自我为中心的投资法庭体系,并不排除在未来成为主流的可能性,或至少在未来可能形成区域性的、具

<sup>⑤⑨</sup> Susan D. Franck, *Challenges Facing Investment Disputes: Reconsidering Dispute Resolution in International Investment Agreements, in Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Karl P. Sauvant (ed.), 2008, p.172.

<sup>⑥⑩</sup> Susan D. Franck, *Integrating Investment Treaty Conflict and Dispute Systems Design*, Minnesota Law Review, Vol.92, 2007, p.198.

<sup>⑥⑪</sup> 例如允许上诉机制接收现行的 ISDS 机制下的裁决以及双(多)边投资法庭的一审裁决。

有一定影响力的生态。“一带一路”投资争端体系的建立,可以在保留当前 ISDS 机制的主要优势和特征的同时,更加紧密各国之间的信任和联系,为未来多边主义路径的进一步发展留下了道路,可进可退,能够最大限度的保持沿线六十多个国家之间的投资争端生态,并为未来可能的更加激进的改革以及与其他生态的统合铺就一条可选择的道路。

构建具有中国特色和智慧的“一带一路”争端解决机制,一方面可以维护沿线国家和投资者的正当利益,推动“一带一路”倡议的顺利实施,另一方面,通过“一带一路”争端解决机制的构建参与多元生态的形成,并占据改革的头部地位,可以形成示范作用,为我国在全球规则的构建中争取更多的话语权。<sup>⑥2</sup>在“一带一路”争端解决机制构建的过程中,处理好守正与创新的关系,从而解决当前改革方案中被忽视的问题,在弥补 ISDS 机制固有缺陷的同时照顾发展中国家和区域的实际情况,在沿线国范围内构建一个更加协调、兼顾东道国和投资者利益的生态,同时也可以避免过于激进的改革可能造成的风险。

在适时的情况下,“一带一路”倡议在未来也可能形成一个“初审”、上诉、执行均完全独立于现行其他机制的“争端解决中心”,从而使得该生态更加稳固。根据背靠世界银行的 ICSID 的运作经验,该中心依托亚洲基础设施投资银行(AIIB)可能较为合适。<sup>⑥3</sup>除了达到引领和示范的目的之外,“一带一路”争端解决机制还可以通过建立类似 ICSID 附加便利机制的措施,与其他生态进行互动,避免各生态之间完全独立,为未来可能的全球统一的争端解决机制的构建留下选择的余地。

## 五、结 语

当前就 ISDS 机制的未来,存在不同的意见,但是从守正与创新的角度而言,无论是上诉机制的改革或是欧盟推行的 MIC 体制,二者根本上的区别仅在于对 ISDS 机制的保留程度,而对于原先商事化争端解决模式的取舍与创新,应当基于投资争端发生区域的实际需求,充分考虑其必要性和可行性。从“一带一路”沿线国实际情况、平衡投资者与东道国利益、维护广大发展中国家权益等角度出发,当前尚不具备建立统一的争端解决中心或包含二级审理程序的投资法庭的条件,在商事化争端解决机制已经比较成熟的情况下,通过融入中国式调解机制、更新沿线国家的 BIT、建立多边上上诉机制等方面完善当前的“一带一路”争端解决机制更为合适。在世界各国就投资争端的解决范式尚不能达成一致的现实情况下,在未来很可能形成多种不同的争端解决生态,因此我国应当通过“一带一路”争端解决机制的构建,探索可能的多元生态格局,抢占话语权高地。

<sup>⑥2</sup> 刘威:《“一带一路”倡议与中国参与国际经贸规则的重塑》,载《学习与实践》2017年第9期,第8页。

<sup>⑥3</sup> 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23页。

**Abstract:** In recent years, the international community has increasingly criticized the Investor-State Dispute Settlement (ISDS), and the reform of the ISDS mechanism has been put on the agenda. At present, the appellate mechanism and the multilateral investment court are highly recognized and feasible reform programs. However, considering the discrepancies among different countries on ISDS reform, ISDS may develop towards a multi-ecology direction under the influence of the diversified interest. China's "Belt and Road" dispute settlement mechanism may also become one player in the ecology. From the perspective of past achievements and innovation, in order to deal with the fragmentation in international investment dispute settlement, the regularity of the reform should be respected, the old and new rules should be bridged. In this process, China should also actively build a dispute settlement mechanism for the "Belt and Road", in order to contribute to the multi-ecology of international investment dispute resolution, and seize the speech high ground in a timely manner.

**Keywords:** international investment arbitration; appellate mechanism; international investment court; innovation; diversified ecology

---

---

(责任编辑:张靖昆)

# 论投资权益转让对国际投资仲裁管辖权的影响

曾芳冰\*

---

**内容提要** 投资者通过转让股权或求偿权可实现各种经济目标,但随之可能引发国际投资仲裁的管辖权争议。在不同的阶段转让投资权益可能对管辖权产生不同影响:在投资争端发生前不久,以恶意条约选购为目的转让投资权益主要会引发投资者滥用权利的问题,往往会被排除管辖权;在投资争端发生后至提起仲裁程序前,投资权益的转让会引发东道国对投资者条约选购、不满足所有权继续、国籍继续、合格“投资”方面的指控,分别对管辖权产生不同的影响;在提起仲裁程序后,投资权益转让主要是引发所有权继续问题,但一般不会对管辖权产生负面影响。东道国和投资者需采取针对性的措施以应对投资权益转让对管辖权产生的不同影响。

**关键词** 投资权益转让 投资仲裁管辖权 条约选购 所有权继续 国籍继续

---

## 一、问题的提出

投资权益转让 (assignment of investment interests) 是指原始投资者将自己在外国投资过程中享有的投资权益——求偿权 (claim) 或股权 (share) 有偿或无偿地转让给他人的行为。其中求偿权 (或称诉权) 是一项程序性权利,指东道国措施给投资者造成损害时,投资者依据母国与东道国签署的投资保护协定或自身与东道国签订的投资协议中的争议解决条款,向国际投资争端解决机构提出诉请 (一般为请求损害赔偿) 的权利。

在国际投资仲裁案件中也会出现投资权益转让的情形,并可能对仲裁庭的管辖权产生影响。一方面,为了实现跨国集团的结构重整从而获得商业竞争优势,或为了获得更有利的投资条约待遇、维持仲裁地位,或为了获得现金流、减少损失,投资者往往会选择将其所享有的投资权益转让给其他主体。<sup>①</sup>另一方面,在国际投资过程中,投资者难免

---

\* 曾芳冰,厦门大学法学院硕士研究生。本文系国家社科基金重点项目“大数据分析方法在国际投资仲裁研究中的运用与中国‘一带一路’投资争议风险预警与防范机制研究”(课题编号:18AZD018)的阶段性成果。

① 例如 *Mihaly v. Sri Lanka* (ICSID Case No. ARB/00/2) 和 *Phoenix Action v. Czech Republic* (ICSID Case No. ARB/06/5) 等案转让目的是获得更有利的投资条约待遇,对东道国提起投资仲裁; *Loewen v. America* (ICSID Case No. ARB(AF)/98/3) 一案投资者转让目的是维持仲裁程序中申请人国籍的连续性,避免丧失仲裁资格; *El Paso v. Argentina* (ICSID Case No. ARB/03/15) 和 *National Grid v. Argentina* 两个案件出让投资者的转让目的是减少在阿根廷的投资损失。

会与东道国发生争端进而提起国际投资仲裁程序。当国际投资仲裁案件中出现投资权益转让的情形时,东道国提起管辖权异议的理由通常都包括由投资权益转让引发的法律问题,仲裁庭在做出管辖权裁定时也会逐一对这些法律问题进行探讨、发表意见,甚至基于相关意见驳回投资者的管辖申请。可见,投资权益转让可能对国际投资仲裁的管辖权产生独立的影响。目前,国内外对投资权益转让的研究主要集中在滥程序<sup>②</sup>或条约选购<sup>③</sup>背景下将其作为情形之一进行探讨。对该问题的专门研究较少,<sup>④</sup>且现有专门研究的转让标的仅局限于股权或条约索赔权,并未按照转让的时间阶段对案件进行类型化梳理,无法全面揭示投资权益转让对仲裁庭管辖权的影响。本文主要尝试弥补这一不足。

笔者通过检索和筛选共计得到16份由各大国际仲裁机构作出的因为投资权益转让引发管辖权争议的裁判文书。为了实现本文的研究目的,笔者对案件进行筛选的标准是:1. 投资者之间实际发生了投资权益的转让;<sup>⑤</sup>2. 东道国所提出的相关法律问题之一是由投资权益转让所引发的;<sup>⑥</sup>3. 仲裁庭将投资权益转让的相关要素作为管辖裁定的依据。通过梳理这些案件的相关信息,笔者发现,在不同的时间阶段转让投资权益会产生不同的法律问题,进而对仲裁庭管辖权产生不同的影响。这种影响可从三个时间阶段展开讨论:第一,在争端发生不久前转让投资权益;第二,在投资争端发生后至提起国际投资仲裁程序前转让投资权益;第三,在提起仲裁程序后转让投资权益。此外,投资权益转让对仲裁庭管辖权产生的不同影响可以分为两种情况:一是投资权益转让直接导致仲裁庭驳回管辖请求,转让投资权益的行为要素是仲裁庭驳回管辖权的依据或关键原因。二是投资权益转让并非并非导致仲裁庭无管辖权,东道国在管辖权异议中提出的权益转让要素没有被仲裁庭所采纳作为排除管辖权的依据;需要说明的是,仲裁庭仍然可能因为其他

② 银红武:《论国际投资仲裁“程序滥用”及其规制》,载《西北大学学报(哲学社会科学版)》2020年第2期;徐树:《国际投资仲裁中滥诉防范机制的构建》,载《法学》2017年第5期;H. Ascensio, *Abuse of process in international investment arbitration*, Chinese Journal of International Law, 2014, Vol.13:4, pp.763-785; T. Voon, A. Mitchel, J. Munro, *Legal Responses to Corporate Manoeuvring in International Investment Arbitration*, Social Science Electronic Publishing, 2014, Vol.5:1, pp.41-68.

③ 柯月婷:《论国际投资仲裁中的条约挑选问题——善意原则适用的视角》,载《国际经济法学刊》2019年第1期;W. L. Kirtley, *The transfer of treaty claims and treaty-shopping in investor-state disputes*, The Journal of World Investment & Trade, 2009, Vol.10:3, pp.427-461.

④ 孙颖:《论投资者股权转让对投资仲裁管辖的影响》,载《上海对外经贸大学学报》2020年第2期;M. Burgstaller, A. Zarowna, *Effects of disposal of investments on claims in investment arbitration*, Journal of International Arbitration, 2019, Vol. 36:2, pp.231-258; N. Goh, *The Assignment of Investment Treaty Claims: Mapping the Principles*, Journal of International Dispute Settlement, 2019, Vol.10:1, pp.23-41; H. Wehland, *The Transfer of Investments and Rights of Investors under International Investment Agreements—Some Unresolved Issues*, Arbitration International, 2014, Vol.30:3, pp.565-576.

⑤ 例如Rumeli v. Kazakhstan (ICSID Case No.ARB/05/16)一案,虽然东道国的管辖权异议理由中包括由投资权益转让引发的相关法律问题,但最终仲裁庭认定投资者间并未实际发生投资权益的转让,东道国的指控缺乏现实依据。因此该案也就不存在投资权益转让对管辖权产生的影响这一问题,该案不在本文案例选取的范围。

⑥ 例如Loewen v. America (ICSID Case No.ARB(AF)/98/3)一案,投资者为加拿大公司,在仲裁程序开始后破产重组为美国公司,并将其享有的实体和程序性权利都转让给了另一家加拿大公司,美国以该公司未满足国籍继续原则的要求为由提出管辖权异议。虽然该案涉及投资权益转让的事实和国籍继续这一法律问题,但此案中未满足国籍继续原则并非是由投资权益转让所引发的,而是由投资者变更自身国籍所导致的,所以该案也不在本文选取案例的范围内。

原因最终裁定无管辖权。

本文根据转让投资权益的时间阶段将案件信息整理如表 1 所示,下文将根据三个时间阶段分别展开论述,对投资权益转让如何对国际投资仲裁的管辖权产生影响以及产生了怎样的影响进行研究,并尝试为投资者和东道国提供应对投资权益转让带来的管辖权问题可能的措施。

表 1 不同阶段投资权益转让案例归纳

转让时间	序号	案件名称	案号	投资权益流向	转让标的	仲裁庭在管辖权阶段主要考察的转让因素	投资权益转让是否导致排除管辖权
争端发生前	1	Europe Cement v. Turkey	ICSID Case No. ARB(AF)/07/2	东道国投资者→外国投资者	股权	①转让目的:非善意、欺诈 ②转让时对争端有可预见性	是
	2	Cementownia v. Turkey	ICSID Case No. ARB(AF)/06/2		股权		
	3	Philip Morris v. Australia	PCA Case No. 2012-12	外国投资者→第三国投资者	股权		
争端发生后,提起仲裁程序前	4	Mihaly v. Sri Lanka	ICSID Case No. ARB/00/2	外国投资者→第三国投资者	股权和求偿权	转让目的:非善意	
	5	Banro v. Congo	ICSID Case No. ARB/98/7		股权		
	6	ST-AD v.v. Bulgaria	PCA Case No. 2011-06	东道国投资者→外国投资者	股权	①转让目的:非善意 ②转让的投资权益是否是合格“投资”	
	7	Phoenix Action v. Czech Republic	ICSID Case No. ARB/06/5		股权		
8	SG v. Dominica	LCIA Case No. UN 7927	外国投资者→第三国投资者	股权	①转让目的:善意 ②转让的投资权益是否属于合格“投资”	否	

转让时间	序号	案件名称	案号	投资权益流向	转让标的	仲裁庭在管辖权阶段主要考察的转让因素	投资权益转让是否导致排除管辖权
争端发生后, 提起仲裁程序前	9	Mobil v. Venezuela	ICSID Case No. ARB/07/27	外国投资者→第三国投资者	股权	①转让目的: 善意	否
	10	Gemplus v. Mexico	ICSID Case No. ARB(AF)/04/3		股权	转让前后投资者国籍的一致性	
	11	African Holding v. DR Congo	ICSID Case No. ARB/05/21	外国投资者→同国籍投资者	求偿权	①转让的投资权益是否是合格“投资” ②转让求偿权后原投资者是否仍有权提起仲裁	①排除对出让投资者诉求的管辖权 ②对受让投资者诉求无负面影响
	12	Daimler v. Argentine	ICSID Case No. ARB/05/1		股权	是否需要满足所有权继续的要求	
提起仲裁程序后	13	EnCana Corporation v. Republic of Ecuador	LCIA Case No. UN3481	外国投资者→第三国投资者	股权	是否需要满足所有权继续的要求	否
	14	CSOB v. Slovakia	ICSID Case No. ARB/97/4	外国投资者→同国籍投资者	求偿权		
	15	El Paso v. Argentina	ICSID Case No. ARB/03/15	外国投资者→未知国籍投资者	股权		
	16	National Grid v. Argentina	未知	未知国籍投资者	股权		

## 二、争端发生不久前转让投资权益对管辖权的影响

在争端发生不久前转让投资权益对仲裁管辖权具有负面影响。通常情况下,在投资争端发生之前进行的权益转让或公司重组行为更容易被接受。<sup>⑦</sup>然而,笔者认为因转让时间与争端方发生时间间隔较久,转让的事实本身与投资争端、仲裁程序之间的关联并不密切。争端发生不久前进行转让投资对管辖权的影响微乎其微。<sup>⑧</sup>但若在争端发生不久之前具有恶意的条约选购(treaty shopping)目的,即以获得不适当的管辖权优势为目的转让投资权益,转让事实与投资争端、仲裁程序间的关联密切,能够引发管辖权争议,甚至导致仲裁庭裁定无管辖权。

### (一) 三个典型案例

Europe Cement v. Turkey 和 Cementownia v. Turkey 两案发生在同一背景之下。原始投资者是土耳其本国人,不可能享有根据 IIA 对土耳其政府提起投资仲裁的权利。投资者所在国与土耳其当局关系恶化后,投资者担心土耳其政府终止项目公司拥有的特许权,其投资无法获得充足的保护;所以未经当局批准,在争端实际发生前 12 天迅速转让了项目公司的股权给波兰国籍的受让人,并由受让人提起了仲裁程序。仲裁庭认为权益受让人不能出示有效的证据证明交易的真实,该诉请基于虚假的投资所有权提出,无疑滥用了诉讼程序。<sup>⑨</sup>并且即使发生了真实交易,股权的转让也并非是为了善意,而是为了故意制造所谓的国际管辖权,即将国内纠纷转化为国际投资纠纷,是一种欺诈行为,同样构成滥用诉讼程序。<sup>⑩</sup>最终,两个案件的仲裁庭都裁定不具有案件的管辖权。

而在 Philip Morris v. Australia 一案中,香港公司 PM Asia(索赔人)于 2010 年 9 月借助 Philip Morris 集团的内部重组从瑞典籍公司 PM Brand 处受让了 PM Australia 的全部股权,并于 2011 年 6 月就 PM Australia 与澳大利亚之间的争端正式向澳大利发出索赔通知。仲裁庭认定,在索赔人受让股权之前澳大利亚国内就早已存在执行烟草简易包装措施(Plain Packaging Measures)的争论,至少在 2010 年 4 月 29 日澳大利亚总理发布改革公告后就可以预见未来会发生投资争端。需要强调的是,仲裁庭认定重组的决定性原因并非商业原因,而主要是为了获得香港和澳大利亚间 BIT 的条约保护以启动投资仲裁。

<sup>⑦</sup> *Supra* note 4, at 23-41.

<sup>⑧</sup> 以 *Autopista v. Venezuela* (ICSID Case No.ARB/00/5) 一案为例进行说明。从已公开的信息来看,出于方便获得融资的考虑,原投资者将项目公司的股份转让给美国子公司,转让时并没有预见争端的发生,转让与投资争端之间并无因果关系。在受让股份一年半后,受让人与委内瑞拉政府发生了投资争端。在管辖权阶段,仲裁庭也只考察了转让时是否得到东道国同意这一个与转让有关的因素,来论证东道国的仲裁同意。仲裁庭判断有无管辖权的关键主要还是外国投资者“有效控制”、外交保护等与转让无关的问题。在投资争端发生之前进行的权益转让对案件管辖权的影响是微乎其微的。

<sup>⑨</sup> *Europe Cement v. Turkey*, ICSID Case No.ARB(AF)/07/2, Award, 2009, paras.174-175.

<sup>⑩</sup> *Cementownia v. Turkey*, ICSID Case No.ARB (AF)/06/2, Award, 2009, para.117.

基于以上因素,仲裁庭裁定受让人滥用权利,仲裁庭无权对该争端行使管辖权。<sup>①</sup>

## (二) 影响剖析

通过对以上三个案例的分析,可以得出如下结论:一方面,客观上,转让时争端的发生已具有较高的可能性。根据现实中已有的切实证据,一个理性的经济人能够合理推出投资者与东道国不久很可能发生投资争端的结论。另一方面,主观上,原始投资者对争端有预见性、转让目的具有恶意性。即原始投资者已经意识到未来发生投资争端的高度可能性,并为了获得本不能享有的进入国际投资仲裁的权利而实施投资权益的转让。基于以上结论,投资者实施的投资权益转让行为并不是合理的事前规划,而是一种“准事后规划”。

仲裁庭在认定该类案件的管辖权时,转让目的是关键因素;要判断转让目的的善意或恶意则需要进一步结合转让时间和争端发生时间间隔的长短、转让方和受让方的国籍、投资者母国和东道国之间签订投资协定的情况等因素。投资者以利用他国的投资协定获得本不享有的国际投资仲裁诉权为目的实施投资权益转让行为,往往会被仲裁庭认定为非正当的欺诈,进而构成了“滥用程序”并违反了国际法中的善意原则,最终直接导致仲裁庭无管辖权。

## 三、争端发生后至提起仲裁程序前转让投资权益对管辖权的影响

争端发生后至提起仲裁程序前,投资者仍然有利用他国更为有利的国际投资协定(International Investment Agreement,以下简称IIA)的机会,因此转让投资权益引起管辖权争议的案件又可以分为两类:有条约选购目的的权益转让和无条约选购目的的权益转让。该阶段由投资权益转让所引发的法律问题较为复杂,包括是否滥用权利、是否为满足合格“投资”、国籍继续(continuous nationality)、所有权继续(continuous ownership)的要求,会对管辖权产生不同的影响,以下分别讨论。

### (一) 争端发生后有条约选购目的的权益转让对管辖权的影响

在有条约选购目的的权益转让中,又可以分为具有恶意条约选购目的的权益转让案件和善意条约选购目的的权益转让案件。虽然都是为了获得更加优惠、有利的投资保护待遇,但二者之间的区别在于:恶意的条约选购针对已发生或未来高度可能发生的损害,试图通过权益转让的方式变更股东的国籍以利用他国与东道国之间的IIA获得本不享有的针对具体案件的投资仲裁诉权。而善意的条约选购针对的是未来不可预见的损害,基于趋利避害的合理要求进行公司规划。

#### 1. 有恶意条约选购目的的权益转让对管辖权的影响

具有恶意条约选购目的的投资权益转让违反了国际法中的善意原则,构成权利滥用,会导致排除管辖权的结果。Mihaly v. Sri Lanka 和 Banro v. Congo 两个案件都属于外

<sup>①</sup> Philip Morris v. Australia, PCA Case No.2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 2015, paras.535-588.

国投资者向第三国投资者转让投资权益。Mihaly 和 Banro 两案的原投资者母国都为加拿大,且加拿大都没有与东道国斯里兰卡、刚果缔结投资协定。在争端已经发生后,两案的原投资者 Mihaly 和 Banro Resource 分别将相关权益转让给两个美国公司,试图借助美国投资者的国籍优势,根据美国与东道国的投资协定提起仲裁。Mihaly 一案的仲裁庭认为,加拿大投资者本身就没有在 ICSID 机制下对斯里兰卡提出诉请的权利,这种权利的缺乏不可能通过转让得到改善,没有人能够转让比他实际拥有的更好的权利。<sup>⑫</sup> Banro 一案的仲裁庭指出,进入 ICSID 的权利 (the right of access to ICSID) 从未存在过,所以也不能转让或扩张给受让人。<sup>⑬</sup> 求偿权作为一项投资权益其可转让的前提是存在这样一项权利,投资者不可以通过虚假的权益转让凭空创造或扩大求偿权。

ST-AD v. Bulgaria 和 Phoenix Action v. Czech Republic 两案则属于东道国投资者向国外投资者转让投资权益,被申请国投资者在争端发生后分别将国内公司的股权转让给了德国公司 ST-AD GmbH 和以色列公司 Phoenix。区别于前述两个案件,出让投资者的东道国国籍使得该投资争端一开始就不具有“国际”特征。ST-AD 一案的仲裁庭认为,这起案件是东道国国民为了利用国际投资仲裁保护机制进行的条约挑选和事后规划行为,索赔人投资的主要目的是获得初始投资者无权获得的国际管辖权,这种投资是“非善意”的。<sup>⑭</sup> 仲裁庭最终裁定自身无管辖权。Phoenix Action 一案仲裁庭认为,试图将国内争端国际化的交易目的并非“善意”,不符合“善意投资的资产”(assets invested bona fide)这一要素,不能成为一项受保护的合格“投资”。<sup>⑮</sup> 仲裁庭还指出,为了获得其无权享有的国际仲裁权利而制造转让的法律假象是对 ICSID 投资仲裁机制的滥用,法庭有责任不保护这种滥用行为。<sup>⑯</sup> 因此,仲裁庭裁定自身无管辖权。

值得注意的是,在前述争端发生不久前或争端发生后具有恶意条约选购目的的投资权益转让案件中,转让目的与善意原则和“滥用仲裁机制”、“滥用程序”、“滥用权利”(以下统一使用“滥用权利”这一表述)等表述密切相关。其中禁止滥用权利原则是从国际法中的善意原则推导而来的。<sup>⑰</sup> 三者间与管辖权的关联似乎可以概括为:投资者通过转让投资权益来变更投资者的国籍,达到利用其他国与东道国签署的 IIA 获得就特定争端进入投资仲裁的权利的目的,滥用了东道国赋予不特定投资者的一般性投资仲裁诉权,<sup>⑱</sup> 损害了东道国的利益,是对善意原则的违反,会对仲裁庭行使管辖权造成妨碍。不论是第三国投资者还是东道国投资者向他国投资者转让投资权益,这类案件的权益出让入都不具有合格的“投资者”国籍,不符合属人管辖的要求;在转让后,权益受让人表面

<sup>⑫</sup> Mihaly v. Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/00/2, Award, 2002, para.24.

<sup>⑬</sup> Banro v. Congo, ICSID Case No. ARB/98/7, Award of the Tribunal of September 1, 2000 (excerpts), 2000, para.5.

<sup>⑭</sup> ST-AD v. Bulgaria, PCA Case No. 2011-06, Award on Jurisdiction, 2013, para.421.

<sup>⑮</sup> Phoenix Action v. Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 2009, para.114.

<sup>⑯</sup> *Id.*, at paras.142-144.

<sup>⑰</sup> *Supra* note 2, at 41-68.

<sup>⑱</sup> 同前注<sup>②</sup>,第71页。

上具有适格的国籍身份,但仍不符合其他的管辖权要求。在将善意原则纳入“投资”定义的少数情况中,例如 *Phoenix Action v. Czech Republic*, 投资权益转让目的的恶意性影响了“投资”的性质,导致仲裁庭丧失属物管辖权。但在大多数案件中,IIA 中鲜有关于善意原则和滥用权利的规定,仲裁庭裁定无管辖权的依据并非是关于“投资”、“投资者”或“投资争端”的具体条文。为防止对国家制定条约的自主权造成损害,滥用权利理论本身无法作为拒绝管辖权的一般性依据。<sup>①⑨</sup> 在这种情况下,仲裁庭基于滥用权利裁定无管辖权的权力似乎来源于《ICSID 仲裁规则》或国际法中的管辖权自治原则 (the principle of “competence-competence”)。<sup>②⑩</sup>

## 2. 有善意条约选购目的的权益转让对管辖权的影响

善意的投资权益转让不会给管辖权带来负面影响,仲裁庭对重组后发生的投资者和东道国争端具有管辖权。相较于前述的恶意条约选购, *SG v. Dominica* 和 *Mobil v. Venezuela* 两个案件的共同点在于:一,投资者都没有隐瞒重组或股权转让的事实,东道国明确知晓并且没有提出异议;二,东道国措施对投资者的损害在转让后还在持续发生,但申请人都放弃了对转让前发生的损害的诉请,仅对受让投资权益后遭受的损害提出索赔。以上这些共同点成为了仲裁庭考察投资者权益转让给是否属于合理公司规划的重要因素。*SG* 一案仲裁庭指出,仲裁庭指出所涉交易必须是善意的交易,在该案中未发现任何迹象表明交易是为了获得不适当的管辖权优势,<sup>③</sup> 因此仲裁庭对转让后发生的损害享有属事管辖权。*Mobil* 一案的仲裁庭认为,申请人针对未来争端进行重组是完全合法的公司规划。<sup>④</sup>

*SG v. Dominica* 一案还引发了关于合格“投资”的争议。东道国认为该案整个投资权益转让的操作过程都是投机的,不符合投资协定序言规定的“为了法国和多米尼加共和国的经济发展”和“刺激两国之间资本和技术的转让”目的,因此不是一项适格的“投资”。<sup>⑤</sup> 但该案仲裁庭对“投资”的目的解释进行了严格的限制,认为对“投资”定义的任何限制都应该规定在条款的文本中而不是序言中。<sup>⑥</sup> 投资协定条款并没有对“投资”进行明确地限制,因此,受让的权益被判定为一项 IIA 下适格的“投资”。在认定受让权益是否属于条约定义的“投资”方面,仲裁庭似乎有保护投资者利益的倾向。

综上所述,最终会被仲裁庭认定为“滥用仲裁机制”还是“合理的公司规划”还要取决于案件的具体情况:对已经预见到的不久后高度可能发生的损害或已发生的损害进行事后规划,试图利用本无权使用的仲裁机制获得赔偿的行为会遭到仲裁庭的否定性评价;但为未预见到的将来可能遭受的损害进行国籍的事先规划以寻求国际投资仲裁机制

<sup>①⑨</sup> *Supra* note 17, at 123.

<sup>②⑩</sup> *Supra* note 2, at 782-783.

<sup>③</sup> *SG v. Dominica*, LCIA Case No. UN 7927, Award on Preliminary Objections to Jurisdiction, 2008, para.110.

<sup>④</sup> *Mobil v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, 2010, paras.202-207.

<sup>⑤</sup> *Supra* note 21, at para.16.

<sup>⑥</sup> *Id.*, at para.32.

的保护是被允许的,这种事先的条约选购不会被认定为恶意的滥用权利行为。在认定权益转让的善意性时,仲裁庭主要考虑的因素包括:转让之前的资产所有者是否有权提起投资仲裁程序、转让的时间与争端发生时间的先后顺序和间距的长短、证明交易真实性的证据、索赔投资者的诉请范围是否包括转让前的损害赔偿、转让前后投资者的母国与东道国的投资协定签订情况、东道国措施造成的损害持续时间、转让事实是否向东道国和仲裁庭进行了披露、东道国对权益转让事实是否同意等。

## (二) 争端发生后无条约选购目的的权益转让对管辖权的影响

在争议发生后无条约选购目的(即无获得更为有利的投资条约待遇的目的)的权益转让案件中,都是外国投资者向同国籍投资者转让投资权益,投资者国籍没有发生变化,不会对属人管辖产生影响。在这类型案件中,投资者在管辖权阶段面临的指控主要包括未遵守国籍继续原则、购买的投资权益不符合合格“投资”的要求、未遵守所有权继续原则。

### 1. 投资权益转让引发的国籍继续问题对管辖权的影响

在国际投资仲裁中投资者需要遵守国籍继续原则,否则可能对管辖权产生负面影响。Gemplus v. Mexico 一案中东道国引用了奥本海和布朗利的观点,认为应该适用习惯国际法之一的“国籍继续原则”:从发生损害之时起直到作出裁决,求偿权必须连续和不间断地属于一个或一系列的主体,该主体具有提出诉请的国家的国籍并且不具有被提出诉请的国家的国籍。<sup>②⑤</sup>但东道国认为 Gemplus Industrial (Mexico) 公司的股权先后转让给了卢森堡和法国投资者,不符合国籍继续原则的要求,因此仲裁庭不具有管辖权。即在国籍继续原则下,求偿权可以转让,但要求求偿权的前后所有人必须持续保持相同的国籍,一旦持续和相同国籍的链条断裂,基于此提出的诉请也不能再被受理。然而仲裁庭认为,法国投资者只将 Gemplus Mexico 公司的所有权转让给了另一家法国公司 SLP,不存在两次转让,投资所有者的国籍始终是法国,国籍链条没有中断。<sup>②⑥</sup>该案仲裁庭肯定了国籍继续原则作为一项习惯国际法在投资仲裁中的适用,求偿权出让人和受让人的国籍一致性和连续性是影响仲裁庭属人管辖的重要因素。

国籍继续原则有助于维护仲裁庭属人管辖的稳定性,但在国际投资仲裁中适用这一原则的公正性似乎存疑。首先,国籍继续原则的内涵本身存在不一致性。国籍连续要从争端发生之日保持到争端提交裁决之日或作出裁决之日还是提出正式的外交索赔之日是存在争议的。<sup>②⑦</sup>其适用的主体究竟是投资权益的历任所有者还是提起仲裁申请的投资者也存在争议。Gemplus v. Mexico 一案要求股权的历任所有者都要保持相同国籍。但在 Loewen v. America 一案,加拿大投资者在提起仲裁程序后将重组为一家美国公司,便事先将 Loewen 公司的股权和求偿权转让给了另一加拿大公司 Nafcanco。该案的权益所有者

<sup>②⑤</sup> Gemplus v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/04/3, Award, 2010, paras.56-59.

<sup>②⑥</sup> *Id.*, at Part V-14-15.

<sup>②⑦</sup> *Id.*, at Part V-7-8.

始终保持加拿大国籍,但仲裁庭将国籍继续原则适用于提起仲裁请求的权益出让人,强调重组后的美国公司不再是适格的主体,国籍继续原则要求权益出让人从引起索赔的事件发生之日至纠纷解决之日要保持国际法所要求的国籍。<sup>⑳</sup>其次,国籍继续原则并不支持投资权益向非同国籍投资者转让。但矛盾的是 *SG v. Dominica* 和 *Mobil v. Venezuela* 案的权益出让人和受让人并非非同国籍的投资者,但这两个案件的仲裁庭皆裁定对案件享有管辖权,东道国和仲裁庭都没有适用国籍继续原则,显示出国际投资仲裁实践适用国籍继续原则的不一致性。再次,国籍继续原则是为了防止国家滥用外交保护权而设置的,但在国际投资仲裁中并不存在这种隐患。在投资者提交仲裁后就确定了受何投资协定的约束,为了维持仲裁管辖权而维持国籍不变会阻碍投资的自由化。<sup>㉑</sup>因此笔者认为,只要受让投资者母国与东道国也签订有投资协定,也可以将投资权益转让给不同国籍的投资者,投资者提起仲裁程序后也可以变更国籍。

## 2. 受让的投资权益引发的合格“投资”问题对管辖权的影响

*African Holding v. DR Congo* 一案中,原权益所有者美国公司 *SAFRICAS* 在争端发生后向同为美国国籍的 *African Holding* 转让了应收账款债权和对刚果的求偿权,随后 *African Holding* 和 *SAFRICAS* 共同向 *ICSID* 提起了仲裁程序。东道国认为 *African Holding* 作为受让人购买的权益不能被视为合格的“投资”。因为购买权益未向东道国转移财政资源或在东道国建立了一个工业,无助于刚果民主共和国的经济发展;其次,受让人持有的时间不够长。<sup>㉒</sup>但仲裁庭认为,双边投资协定对投资的定义是广义的,双方的转让行为还包含其经济价值的转让,因此是一项符合投资保护协定文本的适格“投资”。<sup>㉓</sup>此外,在仲裁程序开始之时, *SAFRICAS* 作为出让人已不再享有求偿权。仲裁庭认为,转让行为通常会具有使受让人完全取代出让人法律地位的效力, *African Holding* 已经成为了有关法律关系的受让人,对于 *SAFRICAS* 可以驳回管辖权。<sup>㉔</sup>

在确认一项投资是否符合“投资”的定义时,通常要考虑 *ICSID* 公约、投资条约的规定。此外,还会考虑仲裁先例,典型的例如援引 *Salini* 案考量“投资”的四个要素:出资、投资持续期、投资者对交易风险的参与、对东道国经济发展的贡献。<sup>㉕</sup>在该案中,投资权益的转让并没有对仲裁庭的属物管辖权造成负面影响。仲裁庭对“投资”采用了一种较为宽泛的审查标准,甚至认为转让行为除了转让权利以外,还转让了其包含的经济价值,似有扩大仲裁管辖权之嫌。此外,也应当注意到,仲裁庭驳回了权益出让人的管辖请求,投资者在提起仲裁程序时保有求偿权似乎是仲裁庭行使管辖权的必要条件。

<sup>⑳</sup> *Loewen v. America*, *ICSID Case No. ARB(AF)/98/3*, Award, 2003, para.225.

<sup>㉑</sup> 梁丹妮:《论国籍继续原则在国际投资争端仲裁中的适用——以洛文诉美国案为起点》,载《西北大学学报(哲学社会科学版)》2009年第5期,第132-133页。

<sup>㉒</sup> *African Holding v. DR Congo*, *ICSID Case No. ARB/05/21*, Sentence sur les déclinatoires de compétence et la recevabilité, 2008, para.74.

<sup>㉓</sup> *Id.*, at paras.75, 80, 83, 84.

<sup>㉔</sup> *Id.*, at paras.64, 73.

<sup>㉕</sup> *Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v. Morocco*, *ICSID Case No. ARB/00/4*, Decision on Jurisdiction.

### 3. 投资权益转让引发的所有权继续问题对管辖权的影响

在 *Daimler v. Argentine* 一案中, Daimler 在争端发生后向其母公司转让了其在阿根廷公司 DCS 的股权,但保留了 ICSID 的求偿权,并随后向 ICSID 提起了诉讼。被申请人认为申请人转让股权后不再拥有一项受投资条约保护的“投资”,不符合所有权继续的要求,所以仲裁庭不具有管辖权。仲裁庭则引用了其他案件的观点,认为似乎有充分的理由不实行所有权继续原则,强制实施持续所有权要求可能会破坏司法的公正性。<sup>③</sup> 东道国要求投资者持续保留股权这一“投资”,事实上是对仲裁庭的属物管辖权进行质疑。但仲裁庭认为投资权益出让方可以将基础投资与 ICSID 诉请分割后转让,并在转让后依然享有提起投资仲裁的权利,即属物管辖权并不需要满足所有权继续的要求。

综上所述,在争端发生后至提起仲裁程序前的权益转让案件影响管辖权的因素主要包括转让的目的是否善意、转让前后投资者国籍的连续性和一致性、相关国际条约对“投资”的定义内容等。上述影响因素将引发是否滥用权利、是否满足投资协定对“投资”的定义、转让后申请人是否享有求偿权、转让后投资者是否满足国籍继续原则、所有权继续原则等相关法律问题。投资权益转让会改变投资者的国籍或基础投资的属性,进而影响仲裁庭的属人管辖权或属物管辖权。从仲裁庭的裁决结果看,恶意的条约选购案件都被驳回了管辖权,而善意的条约选购不影响管辖权;仲裁庭对“投资”都采取了较为宽泛的定义,不要求投资者在争端提交仲裁前遵守所有权继续原则的要求,但需遵守国籍继续原则。总体而言,投资权益的转让并未对恶意条约选购外的其他案件管辖权产生负面影响。

## 四、提起仲裁程序后转让投资权益对管辖权的影响

在提起仲裁程序后,所适用的投资协定根据投资者母国与东道国之间的签订情况就已经确定,投资者无法再利用他与东道国所订立的投资协定,因此不可能存在条约选购的目的。在此阶段投资权益转让对管辖权的影响集中表现在引发关于所有权继续原则的适用问题。不同的仲裁庭从条约和案例、“关键日”理论两个不同的角度考察该问题,给出的一致结论是:投资者不需要为了维持管辖权而遵守所有权继续原则,在提起仲裁程序后转让投资权益不会导致排除管辖权,并且不要求所有权继续原则的观点验证了求偿权和股权的可转让性和可分割性特征。

### (一) 提起仲裁程序后转让投资权益无需适用所有权继续原则

#### 1. 仲裁庭从条约和案例出发考察所有权继续原则的适用

在 *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador* 和 *El Paso v. Argentina* 两个案件中,申请人在仲裁程序开始后分别转让其在东道国的股权权益。被申请人则认为投资者不再持有股权后不属于“投资者”,因此法庭也不具有案件的管辖权。*EnCana* 案的仲裁庭根

<sup>③</sup> *Daimler v. Argentine*, ICSID Case No. ARB/05/1, Award, 2012, para.142.

据双边投资条约的规定及其目标和宗旨认为,应对双边投资协定中的规定应做广义的解释,采取违反条约的措施给投资者造成损害时产生了“争端”就足以确立管辖权,持续地保留对子公司的所有权对仲裁庭的管辖没有任何作用。<sup>③⑤</sup> El Paso 一案的仲裁庭指出根据双边投资条约和 ICSID 公约以及有关的案例,没有关于投资持续所有权的要求。如果要在国际投资仲裁机制中适用这一要求,会使得保护被没收、征收或国有化的投资的目的落空,所以即使投资已经被转让给了其他主体,仲裁庭并不因此丧失管辖权。<sup>③⑥</sup> 这两个案件的仲裁庭从条约和案列的角度出发再次否定了“投资”所有权继续原则在管辖权阶段的适用。

## 2. 仲裁庭以“关键日”理论考察所有权继续原则的适用

相较于前两个案件的仲裁庭从条约和案例出发对所有权继续原则作出认定,在 CSOB v. Slovakia 和 National Grid v. Argentina 两个案件中,仲裁庭则通过“关键日”的理论得出相同的结论。正如 Daimler v. Argentine 一案所指出的那样,仲裁程序开始后,投资的后续出售并不影响仲裁庭对诉请的管辖权,这是因为国际法下“关键日”是仲裁的开始之日。<sup>③⑦</sup>

CSOB v. Slovakia 一案中,捷克投资者在提起仲裁程序后,向捷克财政部转让了对斯洛伐克共和国和相关公司的应收账款债权和求偿权。仲裁庭认为,管辖权是根据仲裁提起之日(即“关键日”)来确定的,由于索赔人在转让结束之前提起了仲裁,无论转让在提交案件之前可能对索赔人的地位产生何种法律效力,仲裁庭都有本案的管辖权。<sup>③⑧</sup> 即使申请人在诉请中不再享有受益所有权(beneficial ownership)或申请人转移了仲裁结果的经济风险,仲裁庭也不会因此而丧失当前仲裁的管辖权,甚至不论当前的受益所有人(beneficial owner)是国家还是私主体。<sup>③⑨</sup>

在 National Grid v. Argentina 一案中,索赔人转让了 Citelec 公司的股权并保留了对东道国的求偿权,以上的商业操作得到了阿根廷当局的批准。在管辖权阶段,被申请人提出异议,认为转让后索赔人不再具有“投资者”的地位,仲裁庭认为问题的关键在于投资者在投资所有权上的连续性。<sup>④⑩</sup> 仲裁庭援引了 CSOB 和 Mondev 等案的观点,认为满足管辖权要求的关键日期是提起仲裁之日,关键日之后的事件与法庭的管辖权无关。<sup>④⑪</sup> 在出售或处分其资产之前已经是一名遭受损失的投资者,无需在仲裁开始时保持其在投资中的所有权利益。<sup>④⑫</sup> 并且阿根廷同意索赔人对求偿权的保留,因此阿根廷的反对是缺乏依据的,仲裁庭享有管辖权。

<sup>③⑤</sup> EnCana Corporation v. Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3481, Award, 2006, paras.131-132.

<sup>③⑥</sup> El Paso v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, 2006, para.135.

<sup>③⑦</sup> *Supra* note 34, at para.141.

<sup>③⑧</sup> CSOB v. Slovakia, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 1999, para.31.

<sup>③⑨</sup> *Id.*, at para.32.

<sup>④⑩</sup> National Grid v. Argentina, Decision on Jurisdiction, 2006, paras.115-116.

<sup>④⑪</sup> *Id.*, at para.118.

<sup>④⑫</sup> *Id.*, at para.120.

从仲裁庭的判决来看,似乎并不要求投资者为了维持管辖权而在仲裁程序开始后继续保有求偿权或股权,在“关键日”后实施的转让行为并不会使仲裁庭失去管辖权。<sup>④③</sup>同时,结合仲裁程序提起前要求所有权继续的案件裁判结果,可知争端发生后不再保有股权都不会对管辖权产生负面影响,只要求在争端产生时拥有合格的“投资”即可。但在提起仲裁前不再保有求偿权会导致仲裁庭驳回管辖权,因此,出于管辖权的考虑,求偿权至少应当保留至仲裁程序开始时。概言之,在提起仲裁程序后,投资权益的转让对管辖权的影响表现为:仲裁程序的开始之日是决定仲裁庭是否具有管辖权的节点日,在该日之后发生的投资权益转让事实不再影响仲裁庭的管辖权,如果仲裁庭在案件提交给它之日拥有管辖权,就将持续拥有管辖权。

## (二) 不要求所有权继续验证投资权益的特点:可转让性和可分割性

在国际投资仲裁中,求偿权是否可以转让,以及求偿权是否必然附随股权而转让是一个有争议的问题。<sup>④④</sup>仲裁庭一致认为不要求适用所有权继续原则,无需为了管辖权而持续地保有股权或求偿权,并且允许投资者以股权、求偿权、股权和求偿权三种形式转让投资权益。这说明国际投资仲裁实践验证了投资权益的特点:可转让性和可分割性。求偿权和股权不仅是可转让的,而且二者可以在相互分离后由缔约双方根据意思自治决定权益的归属方。投资权益的可转让性和可分割性也是投资权益转让能对管辖权造成影响的前提条件。

### 1. 投资权益的可转让性

股权的可转让性是不言自明的。而求偿权虽然是一项程序性权利,但却不同于国内法中具有人身专属性的诉权,并不专属于原始投资者(即转让关系中的出让人),可以通过转让由另一个主体在国际仲裁机构中行使这一权利。在 *CSOB v. Slovakia* 一案中,申请人在争议发生后,将对斯洛伐克的求偿权利转让给捷克共和国财政部。<sup>④⑤</sup> *African Holding v. DR Congo* 一案中,原投资者 *SAFRICAS* 将既存的损害求偿权转让给 *African Holding* 后,仲裁庭裁定受让方 *African Holding* 有权对刚果提起投资仲裁。<sup>④⑥</sup>但值得注意的是,这种可转让的求偿权范围只包括对于已经发生的投资损害提出诉请的权利,未来可能发生的求偿权并非现实权利,只能由投资权益的受让人基于后续发生的投资损害产生自己的求偿权。

### 2. 投资权益的可分割性

投资权益的可分割性是指股权和求偿权相对于彼此的可分性。值得说明的是,求偿权虽然产生于投资损害的事实,但是并不依附于投资本身而存在。求偿权一旦产生就

<sup>④③</sup> 但值得注意的是,仲裁庭同时强调,申请人对案件的结果还享有一定的权益,因为第二次转让的法律效果在程序结束后才生效,并且申请人对受让人获得的金额享有一定的份额。*African Holding* 诉刚果一案的被申请人也怀疑仲裁庭没有驳回申请人的诉请是因为申请人在转让后仍然享有利益,而非不要求对求偿权的持续拥有。

<sup>④④</sup> 例如 *Daimler v. Argentine* 一案的东道国主张申请人在 *ICSID* 的求偿权 (*ICSID claim*) 必须随着股份一起自动转让给受让方,即暗示了求偿权之于基础投资的从属性。

<sup>④⑤</sup> *Supra* note 38, at para.29.

<sup>④⑥</sup> *Supra* note 30, at para.73.

具有独立性,可以与基础投资(underlying investment)相分离作为一个单独的标的进行转让或由原始投资者单独保留,也可与基础投资一起转让。提起仲裁程序后转让投资权益所列举的四个案件,出让投资者都将股权和求偿权相分割,单独转让其中的一项,并得到仲裁庭和东道国的承认或批准。在 *El Paso v. Argentina* 一案中,申请人在仲裁程序开始后转让了其在阿根廷投资的公司的股权,但仲裁庭认为申请人仍然保有求偿权。<sup>④7</sup> 在 *National Grid v. Argentina* 一案中,申请人在股权转让协议的条款中保留了求偿权,并得到了阿根廷主管当局的批准和仲裁庭的承认。<sup>④8</sup> *Daimler v. Argentine* 一案仲裁庭甚至直言:“ICSID 求偿权是否随股权一起转让取决于股权购买协议缔约方的意图;<sup>④9</sup> 承认损害求偿权与基础资产之间可分割的理由可能更加充分……ICSID 的求偿权在原则上可以与基础投资相分割。<sup>⑤0</sup>”

## 五、东道国和投资者应对投资权益转让引发管辖权问题的措施

在三个不同的时间阶段转让求偿权或股份往往产生改变投资者的国籍或基础投资属性的效果,引发不同的法律问题,对国际投资仲裁的属人管辖权和属物管辖权产生不同影响,进而分别影响到东道国和投资者的利益。因此,东道国和投资者都有必要从各自的立场出发,采取一定的措施保全自身的利益。以下将从东道国和投资者两个角度出发,探讨应对投资权益转让带来的管辖权风险的措施。

### (一) 东道国应对投资权益转让引发管辖权问题的措施

针对不同类型的投资权益转让案件,东道国需要采取不同的措施予以应对。总的来说,在东道国订立 IIA 时要更加明确文本措辞的含义,特别是要限制“投资”和“投资者”的内涵;在投资者转让投资权益时,要谨慎表达对转让的同意、谨慎签订新的投资仲裁协议;在仲裁程序中,东道国要擅用善意原则、国籍继续原则进行应诉。

#### 1. 擅用善意原则

针对争端发生不久前转让投资权益的案件,东道国要擅于运用善意原则或禁止滥用权利原则(禁止滥用权利源自善意原则)排除案件的管辖权,并进一步考虑明文规定这项原则,制止投资者滥诉。该阶段由于其时间的特殊性,容易出现恶意条约选购问题。认定投资者恶意条约选购的关键在于证明争端发生的高度可能性和可预见性以及投资者刻意进行国籍规划的行为。争端发生前的某些征兆性事件,例如投资者与东道国政府关系恶化,东道国颁布对投资者不利的法令等,以及投资权益转让的时间和争端实际发生时间间隔的长短,都可以表明争端发生的高度可能性和可预见性。出让投资者母国通

<sup>④7</sup> *Supra* note 36, at para.135.

<sup>④8</sup> *Supra* note 40, at para.121.

<sup>④9</sup> *Supra* note 34, at para.111.

<sup>⑤0</sup> *Supra* note 34, at paras.144–145.

常未与东道国签署 IIA 或出让投资者本身就是东道国的国民,而受让投资者母国与东道国签署了 IIA,可以利用其中的争端解决机制,这些足以表明投资者的国籍规划意图。善意原则可以有效将具有不当转让意图、滥用诉讼权利的案件拦截在管辖权阶段,制止恶性条约挑选行为,但这两项原则在 IIA 中通常没有体现。因此,东道国在缔结条约或签署投资合同时应当考虑采用“利益拒绝条款”、明确规定禁止滥用权利或考虑将“善意”因素纳入合格“投资”的定义等措施。东道国也可在与投资者另行签订投资合同,约定未来可将争端提交仲裁解决时,明确规定选用含有“诚实信用原则”的仲裁规则。<sup>⑤</sup> 以上措施一方面能对投资者施加限制,另一方面也为仲裁庭拒绝管辖权提供明确的指引,起到防止投资者滥用权利的作用。

### 2. 擅用善意原则和国籍继续原则,完善投资条约文本

对于争端发生后至提前仲裁程序前转让投资权益的案件,东道国要根据不同的情况采取不同的措施。针对具有恶意条约选购目的的案件,同上一阶段,东道国同样要主张适用善意原则和禁止滥用权利原则,在该阶段要关注投资者国籍筹划行为的恶性性。对不具有恶意条约选购目的的案件,首先,东道国要在缔约阶段完善投资条约中的“投资”和“投资者”定义。条约本文是东道国防止投资者滥诉的第一道高墙,东道国在缔约时有自主权决定投资保护的范围是宽松还是严格。现有的大多数国际投资协定都采用较为宽泛的“投资者”定义,<sup>⑥</sup> 加上仲裁庭倾向于保护投资者利益,对受让后的投资权益也采用较为宽泛的“投资”定义,保护的过大。因此东道国在订立 IIA 时应当尽量详细化、明确化“投资”和“投资者”的定义,施加投资特征限制或“实质性的商业活动”、“有效的管理或控制”等规定。<sup>⑦</sup> 将投资条约的保护对象进行进一步的限缩,避免诉累。其次,东道国应在仲裁程序中积极主张国籍继续原则,对投资者的国籍情况进行考察,可以有效地对在仲裁程序中变更自身国籍以及转让前后的权益所有人国籍不同的案件提出抗辩,排除管辖。

### 3. 谨慎表达对投资权益转让的同意

对于提起仲裁程序后转让投资权益的案件,东道国应谨慎表达对转让的同意态度。在提起仲裁程序后转让投资权益的案件通常涉及所有权继续原则的适用问题,但案例统一的裁判结果表明基于该原则提出的异议对管辖权并无不利影响。如果东道国在缔结条约时强行增加所有权继续的要求,既不符合国际投资协定的发展趋势,也不符合投资仲裁的实践。因此,笔者认为在该阶段要求所有权继续并不是一个有利于东道国的措施。

<sup>⑤</sup> 例如《中国国际经济贸易仲裁委员会国际投资争端仲裁规则》第 6 条:“仲裁参与者应遵循诚实信用原则,进行仲裁程序。”为仲裁庭制止滥用程序的行为提供了明文规定。

<sup>⑥</sup> UNCTAD, *International Investment Agreements and Their Implications for Tax Measures: What Tax Policymakers Need to Know*, p.14, [https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2021d3\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2021d3_en.pdf), last visited Sep.28, 2021.

<sup>⑦</sup> 例如《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》投资章节第 9.1 条规定:“投资指投资者直接或间接拥有或控制的具有投资特征的各种资产,此类特征包括资本或其他资源的投入、获得收入或利润的预期或风险的承担等。”对“投资”的定义施加了“投资特征”限制。

但东道国对投资者转让的同意与否也是仲裁庭的考量因素之一,东道国应注意评估投资者目的和滥诉风险,谨慎表达对转让的同意态度。尤其是投资者未将基础资产和求偿权同时转让的情况下,东道国同意转让将增加被诉和败诉的风险,投资权益的转让人和受让投资者都可能基于前后同一投资对东道国提起国际投资仲裁程序。东道国的同意也可能成为支持仲裁庭管辖权的有力因素,因此应谨慎表达同意态度。

## (二) 投资者应对投资权益转让所引发管辖权问题的措施

从投资者视角看,为避免因投资权益转让被驳回管辖申请,投资者应遵守善意原则和国籍继续原则,避免恶意的条约选购行为,早做国籍规划,也要擅用“关键日”理论保护自身利益。

### 1. 尽早实施合理的国籍规划

在争端发生之前转让投资权益,投资者应尽早做好国籍规划。在预见争端发生后才实施的国籍规划往往会被仲裁庭认定为恶意的条约挑选行为,驳回投资者的诉请。这类投资往往没有做好事前的法律尽调工作,为了预防日后无权使用国际投资仲裁机制的窘迫局面,投资者应当在东道国投资之前就对投资载体公司的国籍进行事先规划,获得有利于投资仲裁的国籍。投资者也可以争取在投资前或预见争端发生后,与东道国政府订立争端解决协议,将争端提交仲裁,充分保障投资安全。

### 2. 遵守善意原则和国籍继续原则

在争端发生后至提起仲裁程序前转让投资权益,投资者应注意遵守善意原则和国籍继续原则,积极披露转让事实并取得东道国同意。首先,投资者应当遵守商事交往中的善意原则,避免在争端发生后为了获取进入投资仲裁的机会而进行恶意的事后国籍规划,可以积极利用东道国的当地救济保护投资利益。对于为了正常的商业目的转让投资权益的投资者,应主动向东道国和仲裁庭披露转让投资权益、公司重组、双重国籍等重要事项,减少欺诈和恶意的疑虑。在披露之后,投资者最好取得东道国对投资权益转让的同意,增强转让的合法性、有效性。特别是基于投资合同受让权益的投资者,有必要取得东道国对转让的批准或是达成新的仲裁合意,编织好投资仲裁保护网。其次,在投资者国籍方面,欲达到在转让股权后顺利行使求偿权的目的,投资者似乎宜在投资争端发生后至争端解决前,或至少在提交仲裁前都保持自身国籍不变。转让投资权益也最好寻求本国交易对象,保持权益所有人国籍的持续性和一致性,防止打破国籍继续原则。

### 3. 擅用“关键日”保护投资利益

在争端发生后转让投资权益,投资者要利用好“关键日”理论维护管辖利益。为了避免在争端发生后转让投资权益可能导致仲裁庭排除管辖权的风险,投资者可以选择在提起仲裁程序后再转让投资权益,利用好“关键日”对投资者的保护作用。不过,利用“关键日”理论的前提是,出让投资者本身拥有适格的“投资”和“投资者”地位,能够基于投资协定或投资合同中的争端解决条款获得仲裁庭对其诉求的管辖权,否则也无法实现在转让前后持续利用国际投资仲裁解决争端的目的。其次,东道国若提出投资者未满足所有权继续的要求,投资者可以条约、案例和“关键日”理论进行抗辩。

## 六、结 语

求偿权和股份作为国际投资仲裁中常见的两项投资者权益,具有可转让性和可分割性的特点。求偿权和股份分别或共同转让给其他投资者后,可能会导致权益所有者国籍的变化,或“投资”本身性质的变化,或由于转让目的的性质而对仲裁庭的管辖权产生不同程度的影响。在争端发生不久之前以及争端发生后但未提起仲裁程序前,以条约挑选为目的进行投资权益转让,会引发东道国和仲裁庭对转让目的是否善意的质疑。投资者有可能违反国际法中的善意原则,构成权利的滥用,所转让的投资权益也可能不符合“投资”之定义,对仲裁庭的属物管辖权形成负面影响。在争端发生后提起仲裁程序前,无条约选购目的的投资者在转让投资权益时,如果没有遵守国籍继续原则仍可能对仲裁庭的属人管辖权造成妨碍,受让的投资权益也可能不属于“投资”的定义从而不符合属物管辖权。但在争端发生后,投资者转让投资权益无需遵守所有权继续原则,股权可以和求偿权相剥离分别归属于不同的投资者。特别是在仲裁登记之日这一“关键日”后转让投资权益,此时管辖权已经确定,随后发生的事项不会再对管辖权造成影响。

我国目前是世界上最大的外国直接投资流出国和第二大外国直接投资流入国,是名副其实的双向投资大国;<sup>⑤</sup>在我国基于“一带一路”建设坚持“引进来”和“走出去”并重的战略背景下,我国需要同时保护好“引进来”时作为投资东道国的利益和我国投资者“走出去”时在海外的投资利益。我国政府或投资者在国际投资仲裁中遇到投资权益转让的有关情形时,需要根据转让的不同时间阶段,在仲裁程序中采取不同的措施予以应对,在最大限度内维护我国的经济利益,促进我国引进外资和对外投资的协调发展。我国政府可以在条约文本中强化对投资保护的限制,在诉讼策略上擅用善意原则、国籍继续原则,谨慎表达对转让的同意态度。对于我国投资者而言,要在投资前做好法律尽调和事前规划,在商业活动中遵守善意原则,在诉讼策略上也要善于利用“关键日”等理论,最大限度保护投资利益。

---

**Abstract:** Investors will assign shares or claims to achieve various economic goals, which will lead to disputes over the jurisdiction of international investment arbitration. The assignment of investment interests at different stages may have different effects on jurisdiction. The jurisdictions of cases that assign investment interests for malicious treaty shopping shortly before the dispute occurred were often excluded due to abuse of rights by investors. After the dispute occurs until the institution of arbitration proceedings, the assignment of investment interests

---

<sup>⑤</sup> UNCTAD: *World Investment Report 2021*, pp.5-7, [https://unctad.org/system/files/official-document/wir2021\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/wir2021_en.pdf), last visited Nov.16, 2021.

would lead to the host country's allegations of treaty shopping, non-satisfaction with continuous ownership, continuous nationality, and qualified investment, also lead to different influences on jurisdiction. After the institution of arbitration proceedings, the assignment of investment interests raises the issue of continuous ownership but generally does not have a negative impact on jurisdiction. Host countries and investors need to take targeted measures at different stages to address the different effects of the assignment of investment interests on jurisdiction.

**Keywords:** the assignment of investment interests; investment arbitration jurisdiction; treaty shopping; continuous ownership; continuous nationality

---

---

(责任编辑:吕 辉)

# 《新加坡调解公约》中“公共政策”条款的理解与适用

笕晨东\*

---

**内容提要** 《新加坡调解公约》的目的在于破除国与国之间和解协议的执行壁垒,建立统一的和解协议跨境执行制度。因此,《新加坡调解公约》第5条第(1)款以穷尽列举的方式规定了缔约国可以拒绝准与救济(refuse to grant relief)的情形,将拒绝予以救济的情形严格限缩在6种以内。但是考虑到各缔约国法律文化的多元性,为减少法律冲突,尽快完成公约的起草工作。工作组并未在《新加坡调解公约》中对第5条第(2)款的解释与适用作出规定,而是将“公共政策”的概念解释权交由每一个公约缔约方。在此背景下,如何解释这一条款,在实现《新加坡调解公约》价值与维护本国法益中找到平衡,是各缔约国加入公约后面临的共性问题。本文试图从国际、国内两个角度进行分析,尝试在本国法律体系的框架下对“公共政策”作出符合公约目的的理解和适用。

**关键词** 国际商事调解 公共政策条款 新加坡调解公约

---

## 引言

伴随着全球化不断深入,商事争议的数量逐渐增多,更多的国际贸易纠纷通过调解得到解决。相比于诉讼和仲裁,调解的价值追求在于高效、和谐地解决问题。<sup>①</sup> 调解具有如下比较优势:第一,当事人主导性。调解由当事人启动、主导,能最大程度尊重当事人意愿,减少对抗性,彻底解决争议。第二,低成本。调解的低成本相较于诉讼和仲裁是显而易见的。第三,高效性。调解的高效性除了体现在其本身的高效,还体现在当事人对和解协议的积极履行。<sup>②</sup> 第四,低风险性。调节的低风险性体现在调节过程完全私密,当事人双方不必担心自己在调解中披露的信息被外界知晓,避免了个人或企业商业信誉受损。<sup>③</sup> 值得一提的是,在商业伙伴关系日益受到重视的今天,调解解决纠纷能最大限度地

---

\* 笕晨东,中国社会科学院大学(中国社会科学院研究生院)硕士研究生。

① 参见尹力:《国际商事调解法律问题研究》,武汉大学出版社2007年6月版,第34-39页。

② 本文所称的“和解协议”,是指在《新加坡调解公约》当事人通过调解机构或个人调解员而达成的协议,与我国民事诉讼法中的调解协议语意相当。

③ 参见王钢:《国际商事调解规则研究》,中国社会科学出版社2019年10月版,第3-8页。

维护双方的商业形象和合作关系,甚至促成新的商业合作。<sup>④</sup>但是,调解所产生的和解协议缺乏国际法上的司法效力和跨国执行力。因此调解作为原本最具经济性的国际商事纠纷解决方式,在实践中遇到了诸多问题,一直发展缓慢。<sup>⑤</sup>

《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(以下简称《公约》)的出现提供了一种执行跨国调解协议的思路。根据条约必须遵守原则,《公约》缔约国对国际商事和解协议准予救济是履行国际法义务的应有之义。<sup>⑥</sup>自此,关于执行“国际商事和解协议”的国际法体系的得以建立,国际商事调解协议的执行问题得以初步解决。关于和解协议效力的问题,《公约》采用了“原则+例外”的规范模式。原则性准用条款是《公约》第1条和第4条,例外性条款是《公约》第5条,其中《公约》在其第5条第(2)款中规定了两项主管机关可以主动依职权认定的抗辩事由,即“准予救济将违反公约该当事方的公共政策”和“根据公约该当事方的法律,争议事项无法以调解方式解决”。在制定公约的过程中,关于这两项抗辩事由产生的关切主要在于“公共政策”的解释。

鉴于国内外直接研究《公约》中“公共政策”条款的文献较少,本文将以《公约》制度设计的价值取向为主线,通过对《公约》文本、联合国国际贸易法委员会(以下简称:UNCITRAL)的工作文件的分析,并与《1927年日内瓦执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《日内瓦公约》)、《1958年承认和执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》)等法律文件的制度设计进行对比,为我国主管机构正确理解、适用该条款提供解决思路。

## 一、“公共政策”条款的基本内涵和立法背景

### (一)“公共政策”的基本内涵

“公共政策”(public policy)概念广泛出现在是各国国内立法或判例法中的一个法律概念。英美法系称之为“public policy”,大陆法系国家则称之为“public order”(公共秩序),两者在基本含义方面相似:都包含政治稳定、宗教信仰、风俗习惯乃和民族心理等内容,但在涵摄范围上有所区别。与“公共秩序”不同,英美法上的“公共政策”不包括程序法上的“正当程序”(due process),而是依靠宪法条款来保护的。随着大陆法系国家越来越多地接受“国际公共秩序”(international public order)的思想,这两个概念之间的区别已很小了,在许多情况下可以互换使用。<sup>⑦</sup>在我国的语境中,立法机关将这一

④ 荣成法院:《【“一站式”建设】解纷不只止争,案结再促合作,诉前调解调成1300万大案!》,载“荣成法院”微信公众号,最后访问时间:2021年2月23日。

⑤ 在《新加坡调解公约》之前,当事人需要通过以下三种路径之一申请执行,但都存在不足。第一种路径是,将调解协议视为合同,但合同对相对人的强制力低于仲裁和诉讼;第二种路径是将和解协议转化为法院判决执行,但这种方式需要借助国与国之间的双边条约或国际公约;第三种路径是将和解协议转化为仲裁裁决,但这种路径相对于直接进入仲裁更加费时费力。

⑥ 曾令良主编:《国际法》,武汉大学出版社第3版,2011年08月版,第351页。

⑦ 朱克鹏:《论公共政策在国际商事仲裁中的运用》,载《安徽大学学报》1997年第2期,第46-50页。

模糊的概念归纳为“公共利益”<sup>⑧</sup>或者“公序良俗”。<sup>⑨</sup>纵观各国国内法上的规定,并没有关于“公共政策”的立法解释,该条款的内涵可能随着各国社会发展的程度的不断变化。<sup>⑩</sup>

## (二)“公共政策”条款的立法背景:直接执行机制的泄压阀

《公约》为了保障和解协议的最终执行,最重要的就是确认和解协议的有效性。最初工作组曾考虑过采用执行审查机制。执行审查机制意味着和解协议首先需要经过各执行国主管机构认可以后才能在另一国寻求执行。<sup>⑪</sup>这一机制受到了美国、法国、瑞士、以色列等国代表的反对。主要理由有三条:第一,与法院判决和仲裁裁决不同,和解协议的来源国可能很难确定,因为各国确定来源国的关联因素不同。第二,审查机制可能导致和解协议需要双重执行确认,这与公约追求便宜高效的目的相悖。第三,当事人可以对和解协议的执行提出抗辩,这使得来源国的审查变得多余。<sup>⑫</sup>基于以上考量,工作组最终选择参考《纽约公约》的相关做法,坚持了直接执行机制。工作组在第六十二届会议指出:“第一种选择提供了一种简易且直接的执行机制,但是为了使和解协议得以在另一国执行,还需要满足一定的要求。”<sup>⑬</sup>这其中通过相关规定赋予和解协议以直接交付执行的效力,并通过明确规范相应的抗辩理由,交由申请执行国进行执行前审查,而不要求来源国在执行前对和解协议进行相应的审查。<sup>⑭</sup>在此背景下,《公约》规定,国际和解协议在满足《公约》第1条适用范围和第4条对依赖于和解协议的要求以后,可以在执行国得到救济。

《公约》未对第(2)款(a)项中规定的“公共政策”条款作出具体的规定和解释,而是交给每一个公约的当事方来确定。这种处理使得第(2)款(a)项成为第5条中唯一一处存在模糊性和可解释空间的条款。这种模糊性使得该条款成为执行国主管机构的一道泄压阀。当主管机构意欲拒绝和解协议执行,但是不符合《公约》第5条第(1)款和第5条第(2)款(b)项列举的事由时,可以援引该第5条第(2)款(a)项中的“公

⑧ 例如《中华人民共和国宪法》第11条规定:“城市的土地属于国家所有。农村和城市郊区的土地,除由法律规定属于国家所有的以外,属于集体所有;宅基地和自留地、自留山,也属于集体所有。国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿。任何组织或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地。土地的使用权可以依照法律的规定转让。一切使用土地的组织和个人必须合理地利用土地。”第13条规定:“公民的合法的私有财产不受侵犯。国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”

⑨ 例如《中华人民共和国民法典》第8条规定:“民事主体从事民事活动,不得违反法律,不得违背公序良俗。”第153条第2款规定:“违背公序良俗的民事法律行为无效。”

⑩ 赵秀文:《从永宁公司案看公共政策作为我国法院拒绝执行外国仲裁裁决的理由》,载《法学家》2009年第4期,第98-105、159页。

⑪ 工作组第六十二届会议工作报告(A/CN.9/832第54段)。参见孙巍:《〈联合国关于调解所产生的国际和解协议公约〉立法背景及条文释义》,法律出版社2018年10月版,第33页。

⑫ 工作组第六十二届会议工作报告(A/CN.9/861第81段)。参见孙巍著:《〈联合国关于调解所产生的国际和解协议公约〉立法背景及条文释义》,法律出版社2018年10月版,第32页。

⑬ 同上。

⑭ 童俊哲:《〈新加坡公约〉下的国际商事和解协议在中国的强制执行力规范研究》,安徽大学硕士学位论文,2020年。

表1 《新加坡调解公约》第5条条文分析

适用方式	条款性质	条款类型	条款顺序	条款内容
依申请	封闭式条款	实体性抗辩事由	第(1)款(a)和解协议一方当事人处于某种无行为能力状态	和解协议当事人一方无行为能力
			第(1)款(b)所寻求依赖的和解协议	和解协议无效、不可操作或无法执行;根据和解协议的条款,不具有约束力或不是终局的;和解协议被修改。
			第(1)款(c)和解协议中的义务	和解协议中的义务已得到履行;不清楚或无法理解。
			第(1)款(d)和解协议中的条款	准与救济有悖于和解协议条款
		程序性抗辩事由	第(1)款(e)调解员违反规则	调解员严重违反调解员准则
			第(1)款(f)调解员未履行披露义务	调解员未履行披露义务
依申请/依职权	开放式条款	其他抗辩事由	第(2)款(a)公共政策	违反公约当事方的公共政策
			第(2)款(b)争议不适用调解	争议事项无法以调解方式解决

共政策”事由予以拒绝。因此,“公共政策”条款的目的在于,作为保留条款,适用于不能为《公约》第5条第(1)款和第5条第(2)款(b)项调整的情形。因此,有学者指出,对于法院而言,“公共政策”是一条“兜底防线”,用来补充《公约》规定的“穷尽性”事项的不足。<sup>⑮</sup>

### (三)对“公共政策”条款进行本土化理解的必要性

整体而言,工作组并没有在《公约》中对“公共政策”进行解释。“公共政策”条款在历次工作组会议中曾有过不同的表述,《公约》版本采用的是第四稿和第五稿的范式。在第六十四届会议通过的草案初稿中,“公共政策”只包括和解协议来源国的“公共政策”,由和解协议来源国主管机构进行审查,与之对应,此时的审查机制为单向审查机制。这种规定将大量的审核工作留在了和解协议的来源国,单向审核也有利于提高效率。但是这种模式,变相剥夺了执行国的司法权,这种狭隘的司法主义很难以国际公约的形式确立。因此,第六十五次会议时,草案条款将执行国的“公共政策”纳入考量,与之对应采用双向审查机制。这种模式充分地考虑了和解协议来源国和执行国的司法主

<sup>⑮</sup> 马德才、杜焕芳:《〈纽约公约〉中的公共政策三题》,载《河北法学》2009年第7期,第11-15页。

权,但是操作过于繁琐,和《公约》高效、便宜的价值取向相悖。因此,第六十六次会议通过的草案第三稿删去了和解协议来源国(本国)的“公共政策”,仅保留和解协议执行国(该国)的“公共政策”,再次回归单向审查机制。与第六十七次会议通过的草案第四稿和第五稿相比,该条文修改了措辞,并没有改变“公共政策”条款的内涵和射程。《公约》正式文本中的“公共政策”条款遵循了草案第四稿的表述,“公共政策”条款在文本层面得到确认。<sup>⑩</sup>

表2 “公共政策”条款在各个稿次草案中的表述变化

稿次	英文表述	中文表述
草案初稿 <sup>⑪</sup>	The enforcement of settlement agreement would be contrary to the public policy of the where enforcement is sought.	和解协议的执行将违背提出执行请求所在国的公共政策。
草案二稿 <sup>⑫</sup>	Recognition or enforcement of settlement agreement would be contrary to the public policy of this state that state.	和解协议的承认和执行将违背本国和该国的公共政策。
草案三稿 <sup>⑬</sup>	Giving legal effect to, or enforcing, the settlement agreement would be contrary to the public policy of that state.	赋予和解协议法律效力或者执行和解协议将违背该国的公共政策。
草案四稿和草案五稿 <sup>⑭</sup>	Granting relief would be contrary to the public policy of that state.	准予救济将违反该国的公共政策。

在“公共政策”的解释方面,有代表认为,为了防止非法的和解协议执行,应当尽可能地详尽列举违反“公共政策”的情形;但也有代表认为,若将“公共政策”的涵义过分扩张,则主管机关在审查和解协议时,还需要对争议中程序性、实质性的问题进行审核,这与“促进和解协议执行的便利”的宗旨相违背。因此《新加坡调解公约》在这一问题上保持了回避的态度。<sup>⑮</sup>《新加坡调解公约》在这一问题上的沉默,将更多的解释余地留予各国主管机关,更能为各国所接受。<sup>⑯</sup>

<sup>⑩</sup> 参见孙巍著:《〈联合国关于调解所产生的国际和解协议公约〉立法背景及条文释义》,法律出版社2018年10月版,第72页。

<sup>⑪</sup> 工作组第六十四届会议秘书处的说明(A/CN.9/WG.II/WP.195第56段)。参见孙巍著:《〈联合国关于调解所产生的国际和解协议公约〉立法背景及条文释义》,法律出版社2018年10月版,第72页。

<sup>⑫</sup> 工作组第六十五届会议秘书处的说明(A/CN.9/WG.II/WP.198第35段)。参见孙巍著:《〈联合国关于调解所产生的国际和解协议公约〉立法背景及条文释义》,法律出版社2018年10月版,第72页。

<sup>⑬</sup> 工作组第六十六届会议秘书处的说明(A/CN.9/WG.II/WP.200第37段)。参见孙巍著:《〈联合国关于调解所产生的国际和解协议公约〉立法背景及条文释义》,法律出版社2018年10月版,第72页。

<sup>⑭</sup> 工作组第六十七届会议秘书处的说明(A/CN.9/WG.II/WP.202第39段)。参见孙巍著:《〈联合国关于调解所产生的国际和解协议公约〉立法背景及条文释义》,法律出版社2018年10月版,第72页。

<sup>⑮</sup> 陆一凡:《〈新加坡公约〉视角下国际商事和解协议的执行问题研究》,对外经贸大学硕士学位论文,2020年。

<sup>⑯</sup> 蒂莫西·施纳贝尔,王徽:《〈新加坡调解公约〉:跨境承认和执行调解而产生的和解协议的制度基础》,载《国际法研究》2020年第6期,第105-126页。

由于工作组并未在《公约》中给出“公共政策”一词的解释,从工作组报告中得到的有关于“公共政策”概念的信息也十分有限。<sup>②③</sup>笔者认为,对“公共政策”条款的理解将会影响《公约》第5条的完整理解以及《公约》中的“公共政策”的准确适用,因而需要厘清“公共政策”在《公约》中的性质问题,对《公约》中“公共政策”一词进行尽量客观化的理解,从而达到本土化的理解和适用。

## 二、域外法语境中的“公共政策”

### (一) 冲突法上的公共政策

冲突法意义上的“公共政策”范围比较狭窄,仅指当内国法院按照冲突规范本应适用外国法,但是外国法的适用将违反内国公共秩序,内国法院就可以此为理由而拒绝适用。实际上是排除外国法适用的一种制度,有的学者将之称为“公共秩序机制”,是法院地国为保护其法律制度免受因适用外国法所产生的不能容忍后果的侵害而设置的一道“安全闸”。<sup>②④</sup>在某些国家,法官甚至可以以此作为直接援引国内法的理由。<sup>②⑤</sup>但是,在大多数情况下,“公共政策”原则被认为仅仅具有消极作用。通常情况下,该条款被用来证明不适用“外国”法律是合理的,即“外国”法律应该“原则上”适用。<sup>②⑥</sup>美国哥伦比亚大学法学院教授 Monrad G. Paulsen 认为,所有立法者都会保留冲突法中的“公共政策”原则,只要它是基于基本的道德观念或基本正义的观念。以“公共政策”为理由拒绝适用外国法,就是在某种程度上断言,外国法的内容在经过内国法律观念的检验后,在质量上存在严重缺陷 (seriously deficient in quality)。在这种意义上,“公共政策”的判断取决于外国法律是否明智和公正。<sup>②⑦</sup>在 Monrad G. Paulsen 教授看来,“公共政策”条款的援引实际上是以内国法的标准度量外国法的质量,“公共政策”的判断标准是内国法和该国加入或认可的国际条约。显而易见的是,这种判定并不会参考外国的法律体系和外国法律观念。Paulsen 教授将对这种做法的法理学解释概括为:“全世界的法院工作都是为了公正地调解争议,法院的裁决不应该向本国公民展示一个有害和可憎的例子。”<sup>②⑧</sup>

美国大法官卡多佐则认为“公共政策”不仅包含国内法上的基本正义和价值观念,还包括一些国际法上的普世价值和基本原则。他认为,“公共政策”的违反是“违反正义的一些基本原则,良好的道德的一些普遍的概念,常见的一些根深蒂固的传统福

<sup>②③</sup> 工作组第六十二届会议工作报告 (A/CN.9/867 第 156 段)。参见孙巍著:《〈联合国关于调解所产生的国际和解协议公约〉立法背景及条文释义》,法律出版社 2018 年 10 月版,第 73 页。

<sup>②④</sup> 朱克鹏:《论公共政策在国际商事仲裁中的运用》,载《安徽大学学报》1997 年第 2 期,第 46-50 页。

<sup>②⑤</sup> 例如我国《涉外民事关系法律适用法》第 5 条规定:“外国法律的适用将损害中华人民共和国社会公共利益的,适用中华人民共和国法律。”

<sup>②⑥</sup> Lorenzen Ernest G, *Territoriality Public Policy and the Conflict of Laws*, Yale Law Journal, 1923-1924, Vol.33, p.746.

<sup>②⑦</sup> Paulsen Monrad G, *Public Policy in the Conflict of Laws*, Columbia Law Review, 1956, Vol.56, p.969.

<sup>②⑧</sup> *Id.*, at 1016.

祉 (some deep-rooted tradition of the common weal)”。<sup>②⑨</sup> 该观点将“公共政策”的进行了扩张,不仅包括前文中具体的内国法上的公共利益,还纳入了一些基本的国际法上的基本原则和普遍利益。更进一步,荷兰最高司法法院 (the Supreme Court of Judicature of the Netherlands) 的 J. Kosrss 教授更是认为,在效力优先级上,国内法上“公共政策”的效力来自于国际法上的“公共政策”,而后的效力则来自于成员的普遍认同。<sup>③⑩</sup> 否则,内国法不可能获得国际法上的效力,因为其他国家没有义务承认这些法律,更不可能 (为了承认这些法律) 去违反国际法。

在“公共政策”条款的适用上,Paulsen 的观点与大多数学者的观点一致:他们认为诉诸“公共政策”这一概念是相对更容易的、简便的做法:此种做法不需要认真制定更狭窄、更精确的法律规则,而是选择用模糊的条款规避外国法的适用。因此,他们主张缩小“公共政策”语词的适用范围,否则,国际争端将根据“当地法院的想象”(local fancies) 进行判断,并受到司法狭隘主义的限制。<sup>③⑪</sup> Paulsen 认为,对“公共政策”的适用应当采用两分法:是外国法律条款本身是野蛮的、不正义的,还是在特定的案件中适用导致该条款显得极不公正。对于前者,法官可以考虑适用“公共政策”条款予以排除。对于后者,法官应当考虑的是一个与法律选择有关的问题,是否只有在法院所在地引用该国法律才会导致违背当地“公共政策”的结果,而在其他可能的审判地点无法获得的这样结果? 在这种情况下,法官应当考虑是否有其他的法律选择的途径,谨慎适用“公共政策”条款,以防止“公共政策”成为法律分析的替代品。<sup>③⑫</sup> 由此不难看出,“公共政策”原则不仅是一种防止适用“外国”法律的便利的安全阀,而且可以作为一种修改旧规则、建立新规则的方法。<sup>③⑬</sup>

综上所述,冲突法中的“公共政策”条款是本国法院拒绝援引外国法律的例外,这种例外发生的原因既可以是外国法本身存在质量问题,也可以是在个案中适用该国法律将会导致个案的不公正。但是,应当指出的是,这种例外的援引是被动的、消极的,一般不会成为法官的首选。为避免出现利用该条款恶意规避外国法适用的情况,美国法院对该条款的适用非常审慎。只有当外国法本身存在不正义性,且选择法律的结果不因法院地法而出现不同结果时,才能适用“公共政策”予以排除。

## (二)《日内瓦公约》中的“公共政策”条款

《纽约公约》中“公共政策”条款脱胎于《日内瓦公约》。结合两公约整体比较,从条文涵摄的范围看,两公约针对的对象都是已生效的仲裁裁决书。从审查机构来看,审查“公共政策”的主管机构都是执行国机构。区别在于,《纽约公约》删去了《日内瓦

<sup>②⑨</sup> Mr. Justice Cardozo's language, "violate some fundamental principle of justice, some prevalent conception of good morals, some deep-rooted tradition of the common weal."

<sup>③⑩</sup> J Kosrss, *Public Policy in Private International Law*, Yale Law Journal, 1910-1920, Vol.29, p.746.

<sup>③⑪</sup> Nussbaum, *Public Policy and the Political Crisis in the Conflict of Laws*, Yale Law Journal, 1940, Vol.49, pp.1027-1049.

<sup>③⑫</sup> *Supra* note 28.

<sup>③⑬</sup> *Supra* note 26.

公约》中的“法律原则”条款,仅保留了“公共政策”条款。仅从文本上,就可以轻易得出一个结论:《纽约公约》的“公共政策”条款进行了缩小。

这种改变引发了“国内公共政策”和“国际公共政策”的讨论。一般认为,“公共政策”分为两类:国内“公共政策”和国际“公共政策”。区分国内“公共政策”和国际“公共政策”的原因在于,国内“公共政策”主要是根据国内的情况确定的。<sup>③④</sup>国际“公共政策”则被理解为国家共同认可的“公共政策”。主流观点认为,《日内瓦公约》中的“公共政策”既包括国内“公共政策”,也包括国际“公共政策”,因为某些情况下,“公共政策”也可以包括国家在国际法上的利益。<sup>③⑤</sup>国内也有学者认为,《日内瓦公约》中的“公共政策”仅指国际“公共政策”,因为国内“公共政策”可以包含在“法律原则”中。据此,该学者还认为《纽约公约》实际上是将违背一国“法律原则”纳入了违背“公共政策”。<sup>③⑥</sup>

表3 三公约“公共政策”条款对比分析

公约名称	条文序号	英文表述	中文表述
《日内瓦公约》	Article1 ( e )	That the recognition of enforcement of the award is not contrary to the public policy or to the principles of the law of the country in which it is sought to be relied upon.	裁决的承认或执行不违反其依赖国的公共政策或法律原则。
《纽约公约》	Article5.2 ( b )	The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.	承认或执行该项裁决将和这个国家的公共秩序相抵触。
《新加坡调解公约》	Article5.2( a )	Granting relief would be contrary to the “public policy” of that state.	准与救济将违反该国的公共政策。

### (三)《纽约公约》中的“公共政策”条款

和《日内瓦公约》一样,《纽约公约》并未对“公共政策”的具体含义及适用标准给予明确规定,这就导致各国在这一“公共政策”条款的适用上有可能不一致,甚至差异很大,这与公约的目标显然是相悖的。为促进国际仲裁发展,更好的适用《纽约公约》,国际商事仲裁委员会从1996年开始对“公共政策”条款进行深入研究,并在2000年伦敦会议上提交了《关于以公共政策为由拒绝执行国际仲裁裁决的中期报告》(以下简称《中期报告》)、在2002年新德里会议上通过了《关于以公共政策为由拒绝执行国际

<sup>③④</sup> 马德才:《〈纽约公约〉中的公共政策性质之辨》,载《法学杂志》2010年第4期,第69-72页。

<sup>③⑤</sup> 参见孙巍:《〈联合国关于调解所产生的国际和解协议公约〉立法背景及条文释义》,法律出版社2018年10月版,第73页。

<sup>③⑥</sup> Javier Garcfa De Enterra, *The Role of Public Policy in International Commercial Arbitration*, Law & Policy in International Business, 1990, Vol.21, pp.405-406.

仲裁裁决的最终报告》(以下简称《最终报告》)。<sup>③⑦</sup>根据报告,“公共政策”被分为实体性“公共政策”和程序性“公共政策”。

### 1. 程序性的“公共政策”与实体性的“公共政策”

根据两个报告,程序性“公共政策”的违法被概括为:①裁决因受欺诈或贿赂引诱或受其影响而做出;②违反自然公正和正当程序;③当事人在指定仲裁员时地位不平等;④裁决与执行地法院已具既判效力的法院判决或仲裁裁决不一致等。对比发现,程序性“公共政策”的适用情形可能与《纽约公约》第5条第(1)款(b)项的规定有重复的可能。笔者认为,这一情况出现的原因可能是,正当程序原则本身被很多国家视为重要的法律原则或国际“公共政策”。从各国司法实践中看,各国都认为正当程序原则可以作为“公共政策”的一种适用情形,但未对程序问题中,适用正当程序条款与适用“公共政策”条款的情形进行区分。关于实体性“公共政策”,两份报告均认为实体性“公共政策”是一种兜底性条款,实体方面不便一一列举,否则会变相地干预执行国的司法决断权。

### 2. 兜底条款和主要条款

《纽约公约》第5条第(1)款和第(2)款分项列举的拒绝承认和执行外国仲裁裁决的各项事由是相互独立的,因此各公约缔约国可以援引该条两个条款中的任何条款的一个或多个作为拒绝的理由。<sup>③⑧</sup>不同之处在于,法院适用第(1)款规定只能由当事人提出申请,而第(2)款的适用则不仅仅依赖于当事人申请,法院也可以依职权进行适用。另一方面,在适用顺序上,《纽约公约》第5条第(1)款和《纽约公约》第5条第(2)款有先后顺序。第(1)款列举的是拒绝承认和执行外国仲裁裁决的具体原因,优先于第(2)款中(a)项和(b)项适用。在第(2)款内部,(a)项“不适用仲裁解决的纠纷”也优先于(b)项“公共政策”条款优先适用。因此,“公共政策”条款,无论是在《纽约公约》文本中的条款顺序,还是在司法实践中的适用顺序,都体现了一种“剩余条款”(兜底条款)的作用。因此,在理解适用上,应当将《纽约公约》中的“公共政策”条款作为兜底条款而非主要条款进行理解与适用。

### 3. 严格适用“公共政策”条款

Troy L. Harris 教授指出:在大多数明确地援引了“公共政策”例外的案例中,法院

<sup>③⑦</sup> 詹慧娟:《〈纽约公约〉第5条中公共政策条款与正当程序条款的适用》,载《北京仲裁》2009年第2期,第21-36页。

<sup>③⑧</sup> 一、裁决唯有于受裁决援用之一造向声请承认及执行地之主管机关提具证据证明有下列情形之一时,始得依该造之请求,拒予承认及执行:(甲)第二条所称协定之当事人依对其适用之法律有某种无行为能力情形者,或该项协定依当事人作为协定准据之法律系属无效,或未指明以何法律为准时,依裁决地所在国法律系属无效者;(乙)受裁决援用之一造未接获关于指派仲裁员或仲裁程序之适当通知,或因他故,致未能申辩者;(丙)裁决所处理之争议非为交付仲裁之标的或不在其条款之列,或裁决载有关于交付仲裁范围以外事项之决定者,但交付仲裁事项之决定可与未交付仲裁之事项划分时,裁决中关于交付仲裁事项之决定部分得予承认及执行;(丁)仲裁机关之组成或仲裁程序与各造间之协议不符,或无协议而与仲裁地所在国法律不符者;(戊)裁决对各造尚无拘束力,或业经裁决地所在国或裁决所依据法律之国家之主管机关撤销或停止执行者。二、倘声请承认及执行地所在国之主管机关认定有下列情形之一,亦得拒不承担及执行仲裁裁决:(甲)依该国法律,争议事项系不能以仲裁解决者;(乙)承认或执行裁决有违该国公共政策者。

都进行了狭隘的解释。<sup>③⑨</sup>只有在强制执行会违反执行国最基本的道德和正义观念的情况下,外国仲裁裁决的执行才可能因此而被拒绝。我国司法实践亦是如此,据笔者统计的1997年至2017年中国大陆地区援引“公共政策”抗辩的案件中,仅有2件被最高人民法院基于“公共政策”拒绝执行仲裁协议和仲裁裁决。<sup>④⑩</sup>

#### (四)《新加坡调解公约》中的“公共政策”条款

工作组普遍同意将“公共政策”条款作为主管机构依职权认定的抗辩理由但对于如何解释“公共政策”存在不同意见。基于该条款的立法目的和调解的特点,结合《纽约公约》的有关条款,本文尝试分析一二。

##### 1. “公共政策”条款不限于“国际”公共政策

如前文所述,国内“公共政策”和国际“公共政策”的区分来自于《纽约公约》对《日内瓦公约》的修改。原《日内瓦公约》中的执行国“公共政策”和“法律原则”被《纽约公约》中的执行国“公共政策”取代。这一改变使得“公共政策”条款实际承担了原来执行国法律原则条款的职能。工作组在第六十四届会议时曾提议将《公约》中的“公共政策”条款改为“国际公共政策”,用以限缩该条款的规制范围。部分国家代表认同这一提议,认为当存在涉外情形时,判例法更倾向于对“公共政策”进行限缩解释,这样有利于减少执行国对和解协议拒绝予以救济的情形,也与《纽约公约》的实践相符合。也有部分国家的代表反对这一提议,他们认为,这种改动将《纽约公约》中的“公共政策”进行了大幅度限缩,修改以后的“国际公共政策”条款可能被理解为“国际社会共同认可的公共政策”。这种修改带来两种弊端,一是会产生理解上的分歧,国与国之间对国际“公共政策”的理解不同,增大了适用难度。二是打破了《纽约公约》以来“公共政策”条款形成的惯例,增加了各国签署该文书的难度。<sup>④⑪</sup>

最后工作组选择了与《纽约公约》中“公共政策”条款保持一致,认为“公共政策”条款的范围不限于“国际”公共政策,其涵摄范围包括后者,将“公共政策”条款的解释交给了各缔约国的职能机构。

##### 2. “公共政策”涉及实体和程序两方面

工作组在第六十四次会议时明确指出,“公共政策”包括实体方面和程序方面,工作组并未列举可能出现的情况,而是交给各缔约方执行机构进行裁断。但是,考虑到当事人一方很容易以调解程序存在瑕疵要求执行机构拒绝予以救济,工作组建议执行机构在评价程序性“公共政策”时适当考虑调解的这一特性。<sup>④⑫</sup>

<sup>③⑨</sup> Troy L. Harris, *Public Policy Exception to Enforcement of International Arbitration Awards under the New York Convention*, *Journal of International Arbitration*, 2007, Vol.24, p.9.

<sup>④⑩</sup> 参见《最高人民法院关于不予承认和执行国际商会仲裁院仲裁裁决的请示的复函》,发文字号:〔2008〕民四他字第11号。

<sup>④⑪</sup> 工作组第六十二届会议工作报告(A/CN.9/867第156段)。参见孙巍著:《〈联合国关于调解所产生的国际和解协议公约〉立法背景及条文释义》,法律出版社2018年10月版,第73页。

<sup>④⑫</sup> 工作组第六十二届会议工作报告(A/CN.9/867第157段)。参见孙巍著:《〈联合国关于调解所产生的国际和解协议公约〉立法背景及条文释义》,法律出版社2018年10月版,第73页。

### 3. “公共政策”作为兜底条款

首先,从立法体例上看,《公约》第5条与《纽约公约》第5条相同的结构:拒绝准予救济的理由是列举式的,而且是穷尽性列举。两公约第(1)款规定的五种情形都只能依申请进行适用;两公约第(2)款规定的两种情形都属于既可以由主管机关主动适用,也可以依申请适用。这种立法目的在于,最大程度地限制主管机构依职权审查的情形,使得裁决书/和解协议能更多地得到执行。两部公约第5条第(2)款所载的两种情形也是相同的,即违反寻求救济所在缔约国的“公共政策”以及争议不具有可仲裁/调解性。至于第(1)款规定的需要被申请人举证证明方可适用的情形,两部规则均提及的情形是当事人能力欠缺、调解员/仲裁员缺乏公正性、以及仲裁裁决/和解协议不是终局的。不同的是,《纽约公约》还将超裁、仲裁程序存在瑕疵作为抗辩理由,但由于调解的典型,《公约》不便对调解程序作出规定。

其次,在条款适用顺序上,专家组肯定了《纽约公约》确立的适用原则,将“公共政策”作为最后的兜底,尽可能地减少该条款的适用,促进和解协议的执行。

《纽约公约》确立的原则之一,是不对裁决书的实体问题进行审查,因此其规定的所有审查标准均为程序性事项。然而,由于和解协议中约定的义务相对于裁决、判决而言往往更为灵活,不便于规定程序性排除条款。对此,《公约》选择将程序性违反纳入“公共政策”条款进行兜底。但这就要求缔约国主管机关制定统一的审查标准,以确定和解协议违反程序是否达到了违反“公共政策”的程度,并对审查程序作出规定。

## 三、本土司法实践中的“公共政策”

通过以上对比,我们发现,由于仲裁与调解的截然区别,两公约中的“公共政策”条款的设计理念和功能取向完全不同,因此,适用《公约》准予救济的条款不能直接套用《纽约公约》所形成的国际经验,如何正确理解《纽约公约》中的“公共政策”条款还应当结合各国实践进行总结归纳。下面,本文将通过法律文本和司法判例,尝试归纳总结我国司法实践中的“公共政策”的语义和适用情况。

### (一) 法律文本中的“公共政策”

根据笔者在“国家法律法规数据库”的检索,我国法律文本中对“公共政策”的表达主要有3种:“公共政策”“公序良俗”和“社会公共利益”。其中“公共政策”的表述出现在《中华人民共和国老年人权益保障法》《中华人民共和国妇女权益保障法》《中华人民共和国残疾人保障法》等3部法律中;“公序良俗”的表述出现在《中华人民共和国公职人员政务处分法》《中华人民共和国民法典》《中华人民共和国公共图书馆法》等3部法律;“社会公共利益”的表述有《中华人民共和国宪法》《中华人民共和国公司法》《涉外民事关系法律适用法》等78部法律。这说明我国本土的法律实践中,更习惯于使用“社会公共利益”这一表达。但是,在具体每一部法律的规范中,“社会公共利益”表达都非常含糊,最高人民法院也未就“公共秩序”等语词出台相关的司法解释,这造

成了法院系统在司法实践中实质不区分“公共政策”“公序良俗”和“社会公共利益”等词语的界限,司法实践中对于“公共政策”的标准变得更加难以把握。

我国《民事诉讼法》司法解释第360条用6个条文规定了人民法院应当裁定驳回调解协议申请执行的情形。<sup>④</sup>该条款用列举的形式规定了5种具体情形,并用“其他不能进行司法确认的情形”进行兜底。通过与《公约》第5条对比分析,笔者发现《民事诉讼法》司法解释第360条并不能与《调解公约》第5条的情况一一对应,以“公共政策”条款为例,前者用“损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的”和“违背公序良俗的”予以规制。这将导致我国的法官在适用“公共政策”条款时需要进行转化,将“公共政策”具体化为这两种情况的一种。在国内立法较为粗糙的情况下,显然不能将国内所有的法律文件都进行修改,将其中的“社会公共利益”和“公序良俗”统一修改为“公共政策”。因此,《公约》签署后,如何将“公共政策”进行精准适用,也将是未来司法实践的一大难题。

表4 我国《民诉解释》与《新加坡调解公约》相关条款对比分析

条款特征	我国《民事诉讼法》司法解释第360条应当裁定驳回申请的情形	《新加坡调解公约》第5条拒绝予以救济的情形
与和解协议有关的	违反自愿原则的; 内容不明确的;	和解协议当事人一方无行为能力; 和解协议无效、不可操作或无法执行; 根据和解协议的条款,不具有约束力或不是终局的;和解协议被修改; 和解协议中的义务已得到履行;不清楚或无法理解; 准与救济有悖于和解协议条款;
与调解程序有关的		调解员严重违反调解员准则; 调解员未履行披露义务;
与公共政策有关的	损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的; 违反公序良俗的;	违背公约当事方的公共政策;
与强行法规定有关的	违反法律强制性规定的;	争议事项无法以调解方式解决;
兜底性条款	其他不能进行司法确认的情形。	

<sup>④</sup> 《民事诉讼法》司法解释第360条规定:“经审查,调解协议有下列情形之一的,人民法院应当裁定驳回申请:(一)违反法律强制性规定的;(二)损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的;(三)违背公序良俗的;(四)违反自愿原则的;(五)内容不明确的;(六)其他不能进行司法确认的情形。”

## （二）司法实践中“公共政策”条款——最高人民法院对申请承认和执行仲裁裁决请示的复函对比分析

鉴于我国法律、司法解释未对“公共政策”进行定义和分类,本文尝试对11个最高人民法院复函的国际商事仲裁案件进行分析。在对典型案件中涉及到的“公共政策”进行分类的基础上,作出一般意义上的总结与评述。笔者认为,最高人民法院对申请承认和执行仲裁裁决请示的复函仲裁案件主要可以分为以下几类:①涉及违反社会主流价值观的案件;②涉及违反法律、行政法规和部门规章的案件;③涉及侵犯司法主权和司法管辖权的案件;④涉及个案公正的案件。

通过分类,笔者发现我国对“公共政策”条款的适用存在以下特点:

严格化适用,优先适用“非公共政策”条款。出于对《纽约公约》的立法目的之尊重,为了最大限度促进国际商事仲裁裁决书的执行,最高人民法院在实践中严格“公共政策”条款,而选择优先适用“非公共政策”条款。例如在“天瑞酒店投资有限公司案”中,最高法明确,违反行政法意义上的管理性强制性规定不构成对“公共政策”的违反。也即只有违反法律的效力性强制性规定时,才可能考虑“公共政策”的适用,尽量限缩“公共政策”条款使用的情况。

类型化适用,将“公共政策”的类型分为实体性“公共政策”和程序性“公共政策”。例如在“中国妇女旅行社案”中,最高人民法院认为被执行裁决书在内容上违背中国的公序良俗,如果被执行与社会主流价值观相悖,影响国家根本利益。在“济南永宁制药股份有限公司案”中,最高人民法院认为,执行该案的裁决书将架空中国法院的管辖权,造成仲裁裁决凌驾于法院判决的窘境,侵犯中国法院的司法管辖权。

个案适用,避免在个案中明确“公共政策”的裁量标准。例如,在2001年“日本三井物产株式会社案”中,最高人民法院指出,对于行政法规和部门规章中强制性规定的违反,并不当然构成对我国公共政策的违反。”在2003年“ED & F曼氏(香港)有限公司案”中,最高人民法院又强调,违反中国法律的强制性规定不能完全等同于违反中国的“公共政策”。在2010年“天瑞酒店投资有限公司案”中,最高人民法院再次强调,行政法规之强制性规范中的管理性规定,不属于我国强制性法律规定,不构成违反我国公共政策的情形。十年间,最高人民法院始终坚持个案适用的原则,未对“违反行政法规的强制性规定”“违反部门规章的强制性规定”和“违反法律的强制性规定”进行辨析,也未明确三者与“公共政策”条款的语词界限和涵摄关系,违反中国法律的强制性规定等同于违反中国的“公共政策”。其中,在2003年“ED & F曼氏(香港)有限公司案”中,最高人民法院更是采用“违反中国法律的强制性规定不能完全等同于违反中国的公共政策”这一表述,变相肯定了“在特定情况下,违反中国法律的强制性规定将导致对公共政策的违反”这一结论。

表5 1997年—2017年部分最高人民法院对申请承认和执行仲裁裁决请示的复函对比分析

序号	发文字号	案件	地方法院意见	最高人民法院意见	类型归纳
1	他 [1997]35 号	中国妇女旅行社案	北京市高级人民法院：“重金属歌曲”，违背了我国的社会公共利益，造成了很坏的影响，人民法院如果执行该裁决，就会损害我国的社会公共利益。	裁决书在内容上违背中国的公序良俗，如果被执行与社会主流价值观相悖，影响国家根本利益。	中国的公序良俗和社会主流价值观可以作为公共政策予以考虑。
2	[2001]民 四他字 第12号	日本三井物产株式会社案	海南省高级人民法院：程序公正，应该是《纽约公约》和各国法律的基本原则，违反了程序公正，当然也违反了中国（即执行地所在国）的法律的基本原则，也就违反了执行地国的公共政策。	对于行政法规和部门规章中强制性规定的违反，并不当然构成对我国公共政策的违反。本案仲裁裁决不应以违反公共政策为由拒绝承认和执行。	对于行政法规和部门规章中强制性规定的违反，并不当然构成对我国公共政策的违反。
3	[2003]民 四他字 第3号	ED&F曼氏（香港）有限公司案	北京市高级人民法院：仲裁裁决认可了双方通过规避中国期货交易管理法规，非法从事境外期货交易取得的非法利益，违反了我国法律强制性的规定，构成了对我国公共政策的违反。	依照我国有关法律法规的规定，境内企业未经批准擅自从事境外期货交易，依照中国法律无疑应认定为无效。但违反我国法律的强制性规定不能完全等同于违反我国的公共政策。	违反法律的强制性规定不能完全等同于违反我国的公共政策。
4	[2008]民 四他字 第11号	济南永宁制药有限公司案	山东省高级人民法院：本案仲裁裁决否定了人民法院生效判决、裁定的既判力，侵害了人民法院的司法管辖权，损害了我国的司法主权。	裁决侵犯了中国的司法主权和中国法院的司法管辖权，不予承认与执行。	司法主权和法院管辖权属于公共政策的范围。
5	[2008]民 四他字 第48号	GRD Minproc有限公司案	上海市高级人民法院：仲裁院裁决有悖于公平正义的仲裁精神，并且裁决执行客观上将造成环境和职工身体造成严重污染和伤害，不利于我国社会公共利益。	不能以仲裁实体结果是否公平合理作为认定承认和执行仲裁裁决是否违反我国公共政策的标准。	个案仲裁的实体结果不属于公共政策的范围。

序号	发文 字号	案件	地方法院意见	最高人民法院意见	类型归纳
6	[2010]民 四他字 第18号	天瑞酒 店投资 有限公司 案	浙江省高级人民法院： 虽然违反我国法律强制性规定不一定构成对我国社会公共利益的侵犯，但是将特许经营合同故意拆分成两份协议，试图规避我国对外国公司从事特许经营业务的准入制度，可以认定违反了我国社会公共利益。	备案制度属于行政法规之强制性规范中的管理性规定，不影响当事人之间民事合同的效力。仲裁裁决不违反我国强制性法律规定，更不构成违反我国公共政策的情形。	行政法规的强制性规范中的管理性规定，不属于公共政策。
7	[2012]民 四他字 第12号	韦斯瓦 克公司 案	天津市高级人民法院： 仲裁结果显失公平，严重危害了中国当事人的利益，有违我国社会公共利益。	对公共秩序应作严格解释和适用。只有在承认和执行外国商事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、危害国家及社会公共安全、违反善良风俗等危及我国根本社会公共利益情形的，才能援引公共政策事由予以拒绝承认和执行。	个案的公平不属于公共政策考量的范畴。
8	[2015]民 四他字 第5号	西门子 国际贸 易（上 海）有 限公司 案	上海市高级人民法院： 仲裁管辖权作为法律授予的权力，在很大程度上关系到我国基本法律原则和国家司法主权，如果承认和执行本案系争裁决，可能对我国基本法律原则和国家司法主权造成冲击，有违我国公共政策。	综合考虑本案实际情况，同时，结合禁止反言、诚实信用和公平合理等公认的法律原则，可以认定本案仲裁协议符合《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释（一）〉第1条第5项“可以认定为涉外民事关系的其他情形”。此外，并无证据证明承认与执行该仲裁裁决将违反我国公共政策。	事前约定的涉外仲裁管辖协议不当构成对司法管辖权的限制，不构成对公共政策的违反。

序号	发文字号	案件	地方法院意见	最高人民法院意见	类型归纳
9	[2015]民四他字第48号	西特福船运公司案	山东省高级人民法院:在我国司法实践中,对于违反我国基本法律原则、司法主权、司法管辖权的行为,可以视为违反我国的公共政策。	该仲裁与诉讼两案争议的当事人、标的、法律关系、具体请求均不同,没有充分证据证明承认涉案仲裁裁决会与我国司法主权相冲突或者违反我国公共政策。	对于违反我国基本法律原则、司法主权、司法管辖权的行为,可以视为违反我国的公共政策。
10	[2016]最高法民他38号	株式会社J&D IB案	吉林省高级人民法院:本案中的对外担保合同,没有按照法律规定在外汇管理局办理境外担保批准及登记手续,违反了我国法律,系无效担保合同,承认该仲裁裁决违反我国公共政策,所以应当拒绝承认和执行。	对外担保行为,并不违反我国法律、行政法规的强制性规范;本案仅为个案,承认及执行案涉仲裁裁决不应认定为违反我国公共政策。	个案的公平不属于公共政策考量的范畴。
11	[2017]最高法民他44号	Bright Morning Limited案	江苏省高级人民法院:法律适用不当,一般不应上升至违背公共政策的高度,除非承认和执行该裁决会造成严重损害我国法律基本原则的后果。显然本案仲裁庭法律适用是否适当,影响的仅仅是赔偿额的高低,据此难以得出承认和执行该裁决将违背我国公共政策的结论。	本案中仲裁庭适用我国法律适当与否,影响的仅是赔偿金额,并不构成对我国公共政策的违反。	个案的公平不属于公共政策考量的范畴。

#### 四、“公共政策”条款在我国应用的初步设想

“公共政策”条款自诞生之日起,人们对它的讨论就从未停止。寥寥数千字的论文也不可能精准的给出“公共政策”条款的定义和解释标准。在《新加坡调解公约》已经生效的今天,笔者尝试立足我国司法体制,结合国际商事惯例和《新加坡调解公约》的立法目的,给出“公共政策”条款在我国应用的初步设想。

### （一）建立二级“公共政策”审查机构

根据《民事诉讼法》的相关规定和司法实践,目前我国外国国民商事判决和仲裁裁决的承认与执行工作基本由被执行人住所地或其财产所在地的中级人民法院管辖。审理涉外民商事案件的审判庭作为专门业务庭负责案件的司法审查,审查通过后交执行部门执行。按照目前的确认程序,国际商事调解达成的和解协议在我国的执行也将由被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院的涉外业务法庭组成合议庭进行审查。<sup>④</sup>基于调解解决争议的低成本和高效率,可以预见,《公约》生效之后,和解协议执行的案件数量将会呈倍数增加。鉴于目前中级法院涉外业务庭除了涉外审判工作还担任涉外判决和裁决的审查工作,工作压力大。

对此,有学者提出可以考虑参照国际商事法庭专家委员会的设置,在各中级人民法院同样设立专家委员会,由地方的学者、专家、律师、商事调解员等组成,利用其专业性、独立性和对外国法以及调解相关制度和方法熟悉等优势,对国际和解协议进行审查,以此减轻合议庭压力。<sup>⑤</sup>笔者认为,考虑到“公共政策”条款的模糊性,学者、律师、商事调解员不便于直接进行审查。可以尝试对“公共政策”条款设立二级审查机制,区别于《公约》第5条第(1)款和第5条第(2)款(b)项,由法官进行二次审核,增加该条款适用的准确性。

### （二）出台统一的调解法律规范

如前文第三部分所述,在当年加入《纽约公约》时,我国并未配合修改国内“公共政策”的表述,而是将《纽约公约》中的“公共政策”条款转化为本土化的“社会公共利益”和“公序良俗”,这一做法节省了部分司法成本,但长期来看,造成了我国司法适用上的不稳定性,如果继续如此将有损于我国法院执行公约义务的国际公信力。<sup>⑥</sup>

笔者认为,经过几十年的发展,我国已经形成一支国际化的法律人才队伍。可以以签署《公约》为契机,将现行立法中的“社会公共利益”和“公序良俗”概念转换成“公共政策”概念,与国际上使用的“公共政策”概念接轨。即使不可能覆盖所有的法律文本,也应当在于调解有关的法律中保持一致。具体而言,应当包括《民事诉讼法》《民事诉讼法司法解释》《人民调解法》《关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》《涉外民事法律关系适用法》等法律文本的修订。例如《民事诉讼法司法解释》第360条和《关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》第7条列举了6项规定相比《公约》的8项规定更为详细、具体,但在实质内容上不存在根本性的冲突。为增强现实可操作性,可通过修订《民事诉讼法》或通过司法解释的方式将公约的8种拒绝予以救济的情形

<sup>④</sup> 《中华人民共和国民事诉讼法》第283条规定:“国外仲裁机构的裁决,需要中华人民共和国人民法院承认和执行的,应当由当事人直接向被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院申请,人民法院应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约,或者按照互惠原则办理。”

<sup>⑤</sup> 陈洁:《我国国际和解协议准予救济制度的构建》,载《东南大学学报(哲学社会科学版)》2020年第3期,第92-101页。

<sup>⑥</sup> 同前注<sup>⑤</sup>,第11-15页。

予以明确规定,并确定审查和执行国际商事和解协议的级别管辖和地域管辖法院。<sup>④7</sup>

### (三) 尊重意思自治

尊重意思自治的反义词是减少司法能动主义。笔者对比发现,我国人民法院在以“公共政策”为由拒绝承认或执行外国仲裁裁决时应具有一定灵活性。《公约》第5条第(2)款在将“公共政策”作为拒绝予以救济的理由时,所使用的表述是“may also”即“也可以”,这从侧面反映了《公约》鼓励承认和执行外国和解协议的宗旨。而我国《民事诉讼法司法解释》第360条和《关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》第7条的规定则是“应当”,我国法院在适用法律时无法充分行使自由裁量权,而是必须裁定拒绝承认或执行外国和解协议,这与公约支持调解的宗旨不相符。在《新加坡调解公约》模式下,应当结合公约支持调解的目的,尽量尊重当事人意思自治,减少拒绝准予救济的情形。

另一方面,出于最大限度执行和解协议的目标,可以允许当事人对和解协议在法院的监督下进行修改或者分割执行。简言之就是,对于违反执行国“公共政策”的条款,可以要求当事人进行修改。这一修改应当在法院的监督下,修改后的作为新形成的和解协议进行执行。如果当事人不愿意进行修改,也可以对当事人申请执行不违反的“公共政策”部分,予以支持。通过这种做法,尽可能地保证当事人在调解过程中达成的共同意思表示,同时保证最低限度的公平要求。从而实现维护调解制度与和解协议的法律效力,推进调解制度的发展进步的目的。

### (四) 区分国际法上的“公共政策”和国内法上的“公共政策”

对“国际”公共政策和“国内”公共政策进行区分的原则确立于《纽约公约》时代,我国司法实践也对这一原则进行了认可。《公约》工作组报告中对“公共政策”一次包括“国际”公共政策和“国内”公共政策进行了确认,并将解释权交给了各缔约国。

在有关国际仲裁司法确认的案件中,我国对《纽约公约》的执行标准高于国际平均水平,具有较高的国际公信力。那么,我们可以预期到在执行《新加坡调解公约》时,国内法院还将保持较为严格的水准。区分“国际”公共政策和“国内”公共政策的意义在于,尽量减少因国内的一般性“公共政策”(例如法律的效力性强制性规定)导致的和解协议无法执行的情况。在“一带一路”不断推进的今天,应当尽量使用“国际”公共政策的解释,避免因维护国内社会公共利益,减损对公约义务的履行,从而降低我国的国际公信力。

### (五) 区分程序性“公共政策”和实体性“公共政策”

不同于仲裁具有一定的公断力,调解协议具有很强的自治性。区分程序性公共政策和实体性公共政策的意义在于,对于那些因为程序存在瑕疵而实体上符合《公约》执行条件的和解协议,可以在法院的主持下修改或者重新拟定和解协议。这种做法能最大限度的执行国际和解协议,也更符合《公约》的价值追求。

<sup>④7</sup> 连俊雅:《经调解产生的国际商事和解协议的执行困境与突破》,载《国际商务研究》2021年第1期,第50-62页。

#### （六）通过司法判例总结、释义“公共政策”

《新加坡调解公约》并未对公共政策一词进行解释,但是作为大陆法系国家,法官适用法律离不开立法解释和司法解释。通过《纽约公约》的实践,笔者认为制定专门的司法解释的可能性不大,原因有二:作为只具有国内效力的司法解释,规定具有国际效力的《新加坡调解公约》中的概念,在法律位阶上出现混乱;其次,司法解释的制定主体是最高人民法院,而公约的缔约主体是国家,在主体上也不太合适;最后,《公约》的开放性表达为各国灵活地适用《公约》提供了可能,法无明文禁止即自由,这样能够最大限度地保障和解协议的跨国执行。

在这一背景下,笔者认为,可以结合我国的案例指导制度和《纽约公约》的实践,由最高人民法院或国际商事法庭出台一批国际和解协议审查、执行的案例。对地方法院审查和解协议予以纠偏和斧正。

### 结 语

一国法院如何适用和解释《公约》,实际上是平衡参加国际商事活动和维护本国公共利益的问题。《纽约公约》的实践表明,国内法院应该以支持国际商事活动为主要目标,而不应该狭隘地顾及本国利益。这样能最大限度地促进多边主义,推动国际贸易全球化,最终各国从国际贸易中获益。随着我国在国际社会中的话语权日益增强,参与国际事务越来越多,展现大国担当和维持国际公信力日趋重要。在这种背景下,协调好国内公共利益与参与国际事务的关系,是我们这一代法律人必须要处理的问题。

---

**Abstract:** The purpose of *the Singapore Convention on Mediation* is to break down the barriers to the implementation of reconciliation agreements between countries and establish a unified cross-border implementation system of reconciliation agreements. Therefore, Article 5(1) of *the Singapore Convention on Mediation* stipulates the circumstances under which a state party may refuse to grant relief by exhaustive enumeration, strictly limiting the circumstances under which relief can be refused to be granted within 6 categories. However, considering the diversity of the legal cultures of the States Parties, the drafting of the Convention should be completed as soon as possible in order to reduce legal conflicts. The Working Group did not provide for the interpretation and application of Article 5(2) of *the Singapore Convention on Mediation* but left the concept of “public policy” to each of the Parties to the Convention. In this context, how to interpret this provision and find a balance between the realization of the value of *the Singapore Convention on Mediation* and the maintenance of their own legal interests are the common problems faced by the contracting parties after their accession to the Convention. This paper tries to analyze from both international and domestic perspectives and tries to understand

and apply “public policy” in accordance with the purpose of the Convention under the framework of the domestic legal system.

**Keywords:** international commercial mediation; public policy clause; the Singapore Convention on Mediation

---

---

(责任编辑:孙保国)