



中国国际经济贸易仲裁委员会  
CHINA INTERNATIONAL ECONOMIC AND  
TRADE ARBITRATION COMMISSION

# 国际仲裁的 CHINESE 中国经验 EXPERIENCE IN INTERNATIONAL ARBITRATION

# 中国仲裁的 国际品牌 INTERNATIONAL BRAND OF CHINESE ARBITRATION

## 贸仲委被评为全球最受欢迎的 五大仲裁机构之一

—业界权威《2021年国际仲裁调查报告》，英国伦敦玛丽女王大学和美国伟凯律师事务所共同发布  
—中国内地仲裁机构首次在全球权威仲裁机构调研报告中跻身前五

案件数量持续增长

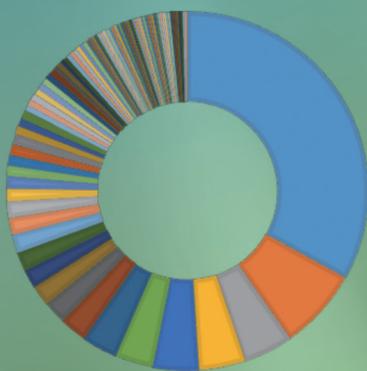


争议标的连续四年突破千亿元



## 国别数实现再增长

案件涉及 57 个国家和地区  
其中当事人来自 74 个国家和地区  
涵盖 36 个“一带一路”国家和地区



- 中国香港
- 美国
- 新加坡
- 德国
- 韩国
- 台湾地区
- 日本
- 泰国
- 英国
- 意大利
- 俄罗斯
- 加拿大
- 英属维尔京
- 澳大利亚
- 阿联酋
- 南非
- 印度
- 巴拉圭
- 开曼群岛
- 老挝
- 瑞士
- 哈萨克斯坦
- 柬埔寨
- 西班牙
- 白俄罗斯
- 芬兰
- 荷兰
- 墨西哥
- 孟加拉
- 马来西亚
- 萨摩亚
- 印度尼西亚
- 埃塞俄比亚
- 埃及
- 法国
- 菲律宾
- 科威特
- 卢森堡
- 摩洛哥
- 蒙古
- 挪威
- 智利
- 中国澳门
- 阿尔及利亚
- 阿根廷
- 阿曼
- 安圭拉
- 比利时
- 巴西
- 厄瓜多尔
- 斐济
- 刚果
- 克罗地亚
- 利比里亚
- 罗马尼亚
- 毛里求斯
- 马耳他
- 马绍尔群岛
- 尼泊尔
- 斯洛文尼亚
- 塞尔维亚
- 塞拉利昂
- 沙特阿拉伯
- 塔吉克斯坦
- 突尼斯
- 乌克兰
- 新西兰
- 叙利亚
- 越南
- 伊朗
- 以色列
- 约旦
- 赞比亚
- 巴基斯坦
- 文莱
- 哥斯达
- 缅甸
- 古巴
- 瑞典
- 牙买加
- 巴拿马
- 马达加斯加
- 伊拉克
- 毛里塔尼亚
- 哥伦比亚
- 尼日利亚
- 委内瑞拉
- 奥地利
- 喀麦隆
- 巴哈马
- 纳米比亚
- 乌兹别克斯坦
- 中国内地 (图表未显示)

## 示范条款

因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均应提交中国国际经济贸易仲裁委员会，按照申请仲裁时该会现行有效的仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的，对双方均有约束力。

地址：中国北京市西城区桦皮厂胡同 2 号国际商会大厦 6 层 邮编：100035  
Address: 6/F, CCOIC Building, No.2 Huapichang Hutong, Xicheng District, Beijing, 10035, P.R. China Tel: (86-10) 8221  
7788 Fax: (86-10) 8221 7766, 6464 3500 Email: info@cietac.org

WWW.CIETAC.ORG



# 广州仲裁委员会

塑公信、重创新、勇争先、树品牌

2021年案件受理量高居全国首位

打造南沙国际仲裁先行区

打造广州全球互联网仲裁首选地

## 奋力做好六个“一”

### ▶ 聚焦一个标准

制定发布推广全球首个互联网仲裁  
“广州标准”

### ▶ 打造一个平台

搭建亚太经合组织跨境商事争议  
在线解决APEC-ODR平台

### ▶ 构建一个机制

首创庭审标准、仲裁庭室、仲裁员名册、  
服务窗口“四个共享”仲裁协作机制

### ▶ 创设一个模式

创设发展3+N为核心的多元化民商事  
仲裁“广州模式”

### ▶ 办好一个“广州仲裁日”

着力办好每年8月29日“广州仲裁日”  
普法宣传推广活动

### ▶ 共建一个学院

联合国内一流院校共建全国首家  
粤港澳大湾区国际仲裁学院、共建  
华南仲裁创新与法治发展研究院

地址：广州市越秀区沿江中路298号江湾新城C座14楼（案件受理部）

电话：(020) 8328 7919

官方网站（网上立案）：<https://www.gzac.org>

跨境商事纠纷在线争议解决平台（ODR）：<https://odr.gzac.org>



## □ 高端访谈

奋力打造全球互联网仲裁首选地

——广州仲裁委员会探索“一站式”ODR争议解决平台及实践 ..... 5

## □ 实践研究

斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁员回避规则的实证分析及其启示

——以1995–2019的实践为分析视角 ..... 胡海容 10

论国际投资仲裁中的现场勘验 ..... 崔起凡 25

香港海事临时仲裁在内地法院财产保全的实证分析及理论探讨 ..... 李慧 39

论法律价值目标下体育仲裁的演进逻辑与现实进路 ..... 尚博文 陈源荣 53

## □ 理论研究

《新加坡调解公约》政府保留条款的适用问题及中国因应 ..... 黄子淋 69

理财通视角下的粤港跨境金融消费纠纷调解机制研究 ..... 王楠 82

中间裁决制度的体系展开 ..... 苟应鹏 97

虚假仲裁案外人权益保护的病理探索 ..... 韩雪 113

## □ 案例分析

国际投资仲裁中的国际最低待遇标准和征收赔偿问题研究

——以格拉姆斯冶金有限公司诉美利坚合众国仲裁案为例 ..... 马良 126

国际投资仲裁中的间接征收及其认定研究

——以恩卡纳公司诉厄瓜多尔共和国仲裁案为例 ..... 马良 139

国家电网公司诉阿根廷共和国仲裁案 ..... 黄睿君 151

上述三起案例均为中国贸促会法律部编写

# COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION

## No. 2 , 2022 ( Serial No. 12 )

March 10, 2022

---

Striving to Build the Preferred Venue for Global Internet Arbitration —Guangzhou Arbitration Commission Explores "One-Stop" ODR Dispute Resolution Platform·····	( 5 )
An Empirical Study on the Challenges to Arbitrators of SCC ······	<i>HU Hairong</i> ( 10 )
On the On-Site Inspection in International Investment Arbitration ······	<i>CUI Qifan</i> ( 25 )
An Empirical Analysis and Theoretical Discussion of Property Preservation in Hong Kong Maritime Ad Hoc Arbitration by Mainland Courts·····	<i>LI Hui</i> ( 39 )
Examining the Evolutionary Logic and Realistic Approach of Sports Arbitration from the Perspective of Legal Value Goals ······	<i>SHANG Bowen CHEN Yuanrong</i> ( 53 )
Study on the Application Issues and China’s Countermeasures of Government Reservation Clause of Singapore Convention on Mediation ······	<i>HUANG Zilin</i> ( 69 )
Research on the Mediation Mechanism for Guangdong-Hong Kong Financial Consumption Dispute from the Perspective of Wealth Management Connect Scheme ······	<i>WANG Nan</i> ( 82 )
Unfolding the System of Interim Award ······	<i>GOU Yingpeng</i> ( 97 )
Exploration on the Protection of Rights and Interests of Outsiders in False Arbitration Case ······	<i>HAN Xue</i> ( 113 )
Research on International Minimum Treatment Standards and Expropriation Compensation in International Investment Arbitration —Taking the Case of Glamis Gold Ltd. v. United States of America as an Example ······	<i>MA Liang</i> ( 126 )
Research on Indirect Expropriation and Its Determination in International Investment Arbitration —Taking the Case of EnCana Corporation v. Republic of Ecuador as an Example ······	<i>MA Liang</i> ( 139 )
National Grid v. Argentina Arbitration Case ······	<i>HUANG Ruijun</i> ( 151 )

The above three cases are edited by the Legal Department of CCPIT

# 奋力打造全球互联网仲裁首选地

## ——广州仲裁委员会探索“一站式”ODR 争议解决平台及实践

本刊采访广州仲裁委员会党组书记、主任陈思民实录

广州仲裁委员会（以下简称广仲）贯彻落实习近平法治思想，坚持新发展理念，聚焦加强涉外法治工作需要，紧紧抓住共建“一带一路”倡议、“粤港澳大湾区建设”等重大发展机遇，推进涉外法治实践创新平台建设，充分发挥互联网仲裁领先优势，首创“一站式”在线争议解决平台（即 ODR 平台），为群众、中小微企业提供高效、易用、低成本的一站式商事争议在线仲裁服务，努力以仲裁“不见面”服务“不打烊”践行“办实事、开新局”，ODR 平台已成为聚焦群众“急难愁盼”、探索服务企业解纷新模式的标杆亮点，也是该委秉持首创精神打造的优势特色、仲裁品牌。本刊编辑部记者对广州仲裁委员会党组书记、主任陈思民进行了专访。以下是采访实录。

记者：思民主任，近几年，广仲首创“一站式”在线争议解决平台，大大提高了服务效率，向中国仲裁行业贡献了“广仲经验”，向国际仲裁业界贡献了“广州模式”。请您简要介绍一下广仲 ODR 平台的特点。

陈思民：谢谢期刊对广仲一直以来的关心和支持。

为适应全球互联网经济迅猛发展条件下跨境电子商务纠纷快速增加的新形势，广仲基于亚太经合组织（APEC）的跨境电子商务纠纷在线争议解决合作框架（ODR, Online Dispute Resolution 框架），全新打造了集谈判—调解—仲裁于一体的“在线争议解决 ODR 平台”，通过网上立案、远程庭审、线上谈判及调解、在线签署文书、电子送达等方式，实现仲裁“不见面”、服务“不打烊”，为使用不同语言、具有不同使用习惯的当事人提供了自主、便捷、高效、国际化的一站式在线解纷途径。入选人民日报社《民生周刊》杂志等央媒主办的 2021 民生示范工程推选案例，入选“我为群众办实事”广州市法治领域改革创新项目及 2021 年广州市市域社会治理创新项目。近日，广仲“首创互联网仲裁广州标准”案例入选国务院全面深化服务贸易创新发展试点第二批 17 个“最佳实践案例”，这是继 2020 年获司法部疫情防控和复工复产公共法律服务十大典型

案例后,广仲再次获得“国字”号荣誉。广仲互联网仲裁“广州标准”获国际同行肯定,2022年3月底,联合国国际贸易法委员会官网英文以 APEC - Stocktake of APEC ODR Technologies 为题专版推介。2022年5月,广仲作为中国内地城市仲裁机构的唯一代表,被 APEC 官网列为 ODR 争议解决平台三大提供方之一。

记者:广仲作为位居全国前列的仲裁机构,为什么会选择 ODR 作为业务创新的发力点和增长点?

陈思民:随着经济全球化的发展,互联网+传统行业深度融合,网络数字等新型经济纠纷日益增多,互联网仲裁在全国各地迅猛发展,但仲裁发展不平衡、不规范的问题日益凸显,呈五花八门之势,构建规范、高效、便捷的解纷机制已成为互联网时代迫切的司法需求,标准统一、运作规范已成为互联网仲裁健康发展的必然选择,加之疫情防控时代背景下企业高效快速维权的客观需要,广仲作为获司法部唯一推荐参与亚太经合组织企业间跨境商事争议在线解决机制(简称 APEC-ODR)建设的中国仲裁机构,全力以赴推动 ODR 平台建设正当其时,很有必要。

(一)贯彻落实国家全面开放和发展战略基本要求。广仲贯彻落实习近平总书记关于培育国际一流仲裁机构的重要指示精神,紧紧围绕广东省和广州市关于完善仲裁制度、提升仲裁国际竞争力的工作部署和要求,奋力推进“十四五”时期仲裁体制机制深化改革,牢牢把握“一带一路”、粤港澳大湾区建设等历史发展机遇,以完善仲裁制度、提升仲裁公信力为抓手,着力化解商事纠纷,推动实现老城市新活力,为地方经济社会发展贡献仲裁力量。2021年8月,广州市委全面深化改革委员会审议通过《关于更好发挥商事仲裁独特优势推动广州打造全球互联网仲裁首选地的行动方案》,省市领导先后16次对该委工作作出重要批示。近日,广东省委全面深化改革委员会印发《关于支持广州打造全球互联网仲裁首选地的行动方案》,明确要求省司法厅、省委政法委、省法院等多个单位支持广州仲裁委进一步发挥领先优势,建设国际一流仲裁机构。要持续推进 APEC-ODR 平台建设,积极运用商事仲裁制度维护企业海外利益和国家发展利益,积极参与全球法律事务,力争在国际规则制定中发出更多中国声音、注入更多中国元素。

(二)提升涉外法治保障能力,服务“一带一路”、“粤港澳大湾区”建设,提升广州仲裁公信力的重要举措。在“互联网+传统行业”深度融合的背景下,互联网经济日新月异,新型经济纠纷日益增多,如何满足互联网民商事活动主体对公正、高效、便捷解决纠纷日益增长的司法需求,跨越法律制度差异,妥善化解贸易投资争端,畅通裁决执行,是构建多元化纠纷化解机制必须解答的难题。构建 ODR 平台,有利于解决跨境电子商务、跨境资本流动等新型争议,充分发挥互联网仲裁在解决国际投资贸易争端的优势,有效提升聚合法律服务资源的能力和水平。要着力提升涉外法治保障能力,带动更多国家和地区的商业主体认可中国仲裁、选择广仲裁,以高度的仲裁公信力助力塑造国际法治践行者的形象,更好服务共建“一带一路”、“粤港澳大湾区”、构建人类命运共同体,积极参与全球法律事务,努力在合作交流等领域全方位“走出去”,不断提升广州仲裁的公

信力、竞争力。

(三) 适应国际国内双循环、电子商务迅猛发展的客观需要。根据 CNNIC 发布的第 44 次《中国互联网络发展状况统计报告》中公布的数据显示,截至 2019 年 6 月,我国网购用户规模达 6.39 亿人,渗透率达 74.8%,2020 年我国网购用户规模达到 6.49 亿人,同比增长 6.39%,网络零售交易规模达到了 10.63 万亿元,同比增长 18.1%,占 2019 年社会消费零售总额的 25.8%。从我国电子商务行业主要细分市场结构来看,B2B 行业的交易规模依然占据着巨大部分的份额,其次是零售电商行业。2019 年 B2B 行业市场规模占比为 66.74%;零售电商行业市场规模占比为 28.88%。截至 2020 年 12 月,我国电子商务已上市的企业共 66 家。其中,零售电商 28 家、生活服务电商 21 家、产业电商 10 家、跨境电商 7 家。可见,推行 ODR 项目是我国电子商务发展的必然要求,是势在必行的创新举措。

记者:广仲勇于创新,建成一个业内全新的 ODR 工作平台,在技术上你们采取了哪些步骤?

陈思民:我们遵循安全、专业、便利的原则,以满足当事人需求为导向,以新一代信息技术为支撑,高水平建设 ODR 平台。

(一) 集思广益,聚焦群众“急难愁盼”。ODR 平台建设得到司法部的悉心指导,先后与非洲、欧洲、拉丁美洲等地的仲裁机构、法律组织、商会等举办了 55 次的研讨、推介活动,其中出席活动的领事、参赞等政要人士近 20 位。通过走访、座谈、问卷回访等方式,广泛听取专家学者、仲裁员及使用者意见,走访中小微企业、行业协会近 100 家次,举办调研座谈会 10 多场,发放问卷调查 300 多份,收集意见建议,开列改进升级清单,不断完善 ODR 平台。

(二) “一站式”解纷,全程网上立案,普及推广远程庭审。案件处理全程网络化,当事人可在 ODR 平台完成注册和验证身份,案件材料提交,线上缴纳仲裁费等线上立案程序。平台具备网络传输安全、身份认证、庭审记录、意思表示认可等软硬件规则,可以实现跨境庭审,既解决受防疫措施影响无法出庭的问题,又能节约线下开庭的金钱、时间、人力成本。当事人可自主选择主张权利所使用的语言以及纠纷解决方式,通过平台提供电子送达、异步沟通、实时翻译、法律智能咨询、文书签署、申请司法确认等多项服务。

(三) 科技赋能,研发运用批量智审解纷平台。加强智慧仲裁建设,赋予 ODR 机制批量案件导入、区块链存证、电子送达、类案文书自动生成、在线合议等功能,对于特定类型批量案件,可以实现全部程序通过线上智能处理,最大限度简化仲裁员和仲裁秘书的工作量。

(四) 推广应用,打造全球互联网仲裁首选地。广州仲裁委不断拓展国际“朋友圈”,促成 ODR 平台的全球推广。畅通涉外法律服务供需对接,受中国驻巴西里约热内卢总领馆特邀参加中巴服贸对接会、交易会,联系塞浦路斯、英国、挪威、新西兰、秘鲁、巴拿马、泰国等国华商会,推动实现“走出去投资,拉回来仲裁”,双边合作先后获泰国驻穗总领

事、巴拿马驻穗总领事、巴基斯坦司法部前部长等高度好评。积极服务企业走出去,为共建“一带一路”提供优质高效法律服务保障。积极参办大型国际论坛、会议,与环太平洋律师协会共同举办“2021环太律协仲裁日”论坛,司法部副部长熊选国致辞表示希望我委打造成联动港澳、服务全球的国际商事法律和争议解决服务新高地。与珠海国际仲裁院共同举办粤港澳大湾区仲裁联盟2021年度工作会议暨十大经典案(事)例发布会。

记者:对于ODR平台的运行,您有什么体会?

陈思民:ODR平台的建成运行,对于支持广仲的业务发展,发挥了重要作用。特别是新冠肺炎疫情仍在全球多地发生的情况下,不仅大大便利了当事人,也大大提高了案件办理效率。

(一) 不见面不打烊,办案疫情防控两不误。在疫情防控常态化的背景下,广州仲裁委的立案数和标的的不降反升,2021年,广仲全年受理案件28204件,居全国首位,标的536.1亿元,同比增长62.1%。受理涉外案件466宗,标的73.9亿元,同比增长近3倍,国际仲裁业务量跃居全国前列。其中,受理亿元以上案件56宗,有4宗标的超20亿,而过去26年来从未受理过超15亿的案件。受理涉欧美国国家案件同比增长超过1倍,涉新加坡、马来西亚案件分别是去年全年的6倍和5倍,涉巴西、泰国案件实现了从无到有。2021年通过远程庭审处理仲裁案件超过800余宗,尤其是6月广州疫情严峻时期,远程庭审数量是前5个月4倍之多。

(二) 低成本高效率,切实为企业“定纷止争”提质增效。ODR平台提供一种集谈判、调解、仲裁“三维一体”的纷争解决机制,具有零距离、高效率、低成本三种优势,高效灵活化解纠纷,当事人实现“足不出户”跨时空高效便捷解决纠纷。自2021年1月上线以来,已收案150多宗,调解率达67%,远超传统案件20%的调解率,平均结案周期由4个月压缩至23天,结案效率较传统方式提升三倍,曾在10天内解决涉粤港澳三地4亿元的关联案,收到良好反响。利用批量智审方式处理的案件达3608件,平均不到一个月就结案,远低于传统商事仲裁4个月的审理周期。

(三) 可复制可推广,依托“四个共享”广泛应用。因ODR平台建设成效突出,2021年10月8日,在日本APEC的有关研讨会上,广仲作为中国唯一发言代表在研讨会上介绍经验。2022年5月,广仲作为ODR平台三大官方提供方之一应邀出席亚太经合组织(APEC)年度会议。APEC美国顾问对广仲的ODR平台给予高度评价,认为广仲创造性地推进标准、模式、共享三维联动,在APEC-ODR机制建设和发展方面起到了引领作用。与此同时,广仲还依托“四个共享”,促成全国140多个仲裁机构及全球30多个国家和地区机构签约认可并共同推广“广州标准”“广州条款”,合作机构遍及亚非欧等六大洲,持续扩大仲裁“朋友圈”。如一起拖欠了近四年的4.5亿港币的涉及香港、澳门、广州、肇庆、珠海五地当事人的借款纠纷,一方表示无力支付,一方因此陷入经营困难,广仲通过ODR平台在10天内成功调解结案,快速妥善解决了纷争,产生了良好社会效应,涉案当事人对ODR平台提供的服务给予高度评价。2021年6月,广仲利用伊朗

商会仲裁中心服务窗口完成一宗标的额近800万元的涉伊朗案件的送达程序,反响强烈。8月,在中美贸易战背景下,广仲的一份仲裁裁决获得美国联邦法院认可执行,国内外媒体广泛关注。

记者:当事人需求在不断变化,要求仲裁机构不断提供更高水平的服务,服务手段也需要不断丰富完善,广仲在ODR平台建设上,还有哪些新思路新举措?

陈思民:近年来,广仲在ODR平台建设中取得了一定的成效,也面临着一些困难和问题,如法律规范及政策指导缺失、信息共享和法律服务联通不畅、传统的执行方式无法满足网络案件的执行需求等等,平台建设有待加强,平台的功能完善、技术赋能、用户体验等仍需优化,ODR平台与互联网仲裁的叠加优势尚未完全体现。下一阶段,广仲将在司法部的指导下,继续推进APEC-ODR平台建设,努力打造仲裁创新标杆,努力向全链条、高标准方向改造升级,力争在互联网仲裁领域为世界贡献中国智慧、中国方案。

(一)充分发挥争议解决ODR机制驱动功能。“建设数字经济引领型城市”已作为专章写入广州市政府十四五规划,2022年,广仲将在APEC-ODR平台基础上,围绕“数字经济”继续开拓创新。加强技术应用与创新,广泛听取专家学者、调解员、仲裁员以及当事人意见,不断改进升级平台建设清单,优化完善APEC-ODR平台,推进通用ODR平台建设,不断拓宽ODR机制适用领域。

(二)不断完善互联网仲裁“广州标准”的引领功能。规范互联网仲裁的全流程监管,梳理整合重要环节的操作规程,在实践基础上丰富和优化“广州标准”,推动互联网仲裁推荐标准上升为国家层面的互联网仲裁标准,为完善互联网法治提出中国方案,努力提升国内仲裁机构在互联网仲裁领域的公信力和影响力。

(三)继续构建“四个共享”协作机制的联动功能。当前世界各国互联网与电子商务相关法律、政策差异极大,广仲将积极参与国际交流合作,加强与世界知名仲裁机构、相关国际组织的对接沟通,积极参加亚太经合组织等国际组织的相关论坛、研讨会,致力于APEC-ODR平台以及“四个共享”合作机制,推动互联网仲裁相关标准的制定与国际认可,推进仲裁制度国际化与仲裁服务标准化,保障和促进企业在国际经贸活动中的合法权益,提高法律服务的国际竞争力。

(四)全面提升ODR平台“战疫情稳发展”的服务功能。依托仲裁云平台和APEC-ODR平台的叠加优势,打造具有全国及国际影响力的精品案例,为国内外商事主体提供优质、便捷、高效的商事争议仲裁服务。提高ODR平台全球推介力度,加强与境内外仲裁调解机构、商会及行业协会的交流合作,进一步加大宣传力度,鼓励国有企业、龙头企业在经贸活动中选择仲裁,提升维护民生民益和涉外法治保障能力,带动更多国家和地区商事主体认可中国仲裁、选择广州仲裁委,打造全球互联网仲裁首选地。

(责任编辑:谭 剑)

# 斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁员回避规则的实证分析及其启示

## ——以 1995-2019 的实践为分析视角

胡海容\*

---

**内容提要** 随着全社会对仲裁透明度要求的不断提高,不少国际仲裁机构选择公开仲裁员回避决定。SCC 自 1995 年以来,率先在经过保密处理后逐步公开了回避的事由、双方的观点以及仲裁机构的推理过程。对 SCC 在 1995 年至 2019 年公开的仲裁员回避案件进行实证分析显示:在程序规则方面,SCC 已形成较为良好的兼顾效率与公平的体系;在实体规则方面,SCC 形成了“公正性”“独立性”和“合理怀疑”三要素组成的一般性规则,以及“整体考虑”“个案因素”和“最佳仲裁实践”组成的具体规则。我国应结合具体国情,适时公开附有理由的回避决定,并形成具有中国特色的仲裁员回避规则体系。

**关键词** 回避 公正性 独立性 合理怀疑 整体考虑

---

在国际商事纠纷解决机制中,具有保密特点的仲裁常常成为争议双方的首选。与此同时,全社会对于仲裁透明度的要求也与日俱增。因此,如何平衡保密性与透明度之间的关系逐渐成为各大国际仲裁机构共同面临的问题。以仲裁员回避为例,世界上多数仲裁机构的仲裁规则均对仲裁员回避的事由和程序作出了规定,但是却罕有仲裁规则要求该机构公开回避决定的结果并说明理由。尽管从一些进入司法审查的回避案件中可以获知部分国家法院的立场,但是多数仲裁规则明确规定仲裁机构作出的决定是终局决定,这就使得仲裁机构所适用的仲裁员回避标准很难为业界了解,并因此招致了一些批评意见。<sup>①</sup>

以瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院(SCC, The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce)、英国伦敦国际仲裁院(LCIA, The London Court of International

---

\* 胡海容,重庆理工大学重庆知识产权学院教授,重庆仲裁委员会仲裁员。

① Hober K., *International Commercial in Sweden*, London: Oxford University Press, 2011, p.133; Madsen F., *Commercial Arbitration in Sweden*, London: Oxford University Press, 2007, p.133; Andrea Carlevaris, *The Communication and Publication of Reasons for Decisions on Arbitrator Challenges: Increasing the Transparency of Standards and the Predictability of Decisions*, BCDR International Arbitration Review, 2019, Vol.6:1, p.63.

Arbitration)、国际商会仲裁院 (ICC, ICC International Court of Arbitration)<sup>②</sup>、国际投资争端解决中心 (ICSID, the International Centre for Settlement of Investment Disputes)<sup>③</sup>、香港国际仲裁中心 (HKIAC, Hong Kong International Arbitration Centre)<sup>④</sup> 等为代表的国际仲裁机构开始尝试以多种方式增强回避问题的透明度,其中 SCC 更是自 1995 年以来,率先在经过保密处理后逐步公开了回避的事由、双方的观点以及仲裁机构的推理过程。这一做法广受业界好评并正为更多的仲裁机构所效仿。基于此,本文以 SCC 已公开的 1995 年至 2019 年的仲裁员回避决定为研究对象,重点从程序规则和实体规则两个维度分析回避规则的标准及其判定实践,以期为我国第三次《仲裁法》修改中的仲裁员回避规则的完善提供有益的参考。

## 一、SCC 仲裁员回避程序规则的形成与适用分析

SCC 成立于 1917 年,虽隶属于瑞典斯德哥尔摩商会,但又具有完全的独立性。最初设立仅是为了解决瑞典国内纠纷的需要,但自 20 世纪 70 年代以来,SCC 凭借其在解决俄罗斯、中国等国间商事纠纷的优势,逐渐成为一家全球领先的国际性仲裁机构。在过去的十年里,SCC 每年大约审理 190 件案件,其中大约有一半为国际商事案件,涉及三十到四十个国家和地区。

### (一) SCC 仲裁员回避程序规则的形成

在 1995 年至 2019 年期间,SCC 分别适用的是 1988 年、1999 年、2007 年、2010 年和 2017 年仲裁规则。对比前述五个版本可以发现,仲裁员回避程序规则的主要变化如下:

第一,回避流程逐步变短。对于提起回避申请的时间,1988 年仲裁规则中规定的是自知道回避事由之日起 30 日内,但是自 1999 年仲裁规则起则缩短为 15 日内;对于另一方当事人、被要求回避的仲裁员作出陈述的时间,仲裁规则并无明确的规定,但在实践中则已逐步从两周缩短为一周。<sup>⑤</sup>

第二,回避决定权限下放。有权作出回避决定的机构由 SCC 变更为 SCC 下设的理事会。SCC 一直下设有理事会和秘书处。在 2007 年仲裁规则之前,回避决定是由 SCC

<sup>②</sup> Michael Hwang, *Arbitrators and Barristers in the Same Chambers - An Unsuccessful Challenge*, Business Law International, 2005. Vol.6:2, pp.235-257.

<sup>③</sup> Nwakoby Greg C. & Charles Emenogha Aduaka, *Challenge of Arbitrator under ICSID*, Journal of law, policy and globalization, 2015, Vol.36, pp.170-176; Cristani & Federica, *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Investment Arbitration: An Overview*, Law & Practice of International Courts and Tribunals, 2014, Vol.13:2, pp.153-177; Bray Heather L. & Karel Daele, *Challenge and Disqualifications of Arbitrators in International Arbitration*, Journal of World Investment & Trade, 2014, Vol.15:1-2, pp.338-344.

<sup>④</sup> 《仲裁员回避实务指引》(2019 年 3 月 11 日生效)第 3.3 条规定:“虽然 HKIAC 没有义务对其决定提供理由,但在通常情况下 HKIAC 会向当事人提供相关理由。”香港国际仲裁中心网站, <https://www.hkiac.org/zh-hans/arbitration/arbitrators/challenge>, 最后访问时间:2022 年 3 月 10 日。

<sup>⑤</sup> Marie Johansson, *Decisions by the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce Regarding Challenge of Arbitrators*, Stockholm Arbitration Report, 1999, p.178.

作出的,之后则由理事会作出。与此同时,理事会的规模也由最初的三人逐步扩大到目前一名主席、三名副主席和十二名理事共16人组成。此外,秘书处的作用也逐步显现,自2007年仲裁规则起,已明确规定由秘书处负责处理仲裁员回避的程序性工作,其中包括回避决定的起草。

第三,回避决定终局性规则不断完善。1988年仲裁规则未就回避决定的终局与否作出规定。1999年仲裁规则首次规定SCC作出的回避决定是终局的。到了2007年仲裁规则则将其区分为两种情形:如果另一方也同意该仲裁员回避的,仲裁员将会直接被解职;除此以外,理事会作出的回避决定是终局性的。<sup>⑥</sup>

## (二) SCC 仲裁员回避程序规则的主要内容

2017年仲裁规则第20条是对仲裁员回避的程序性规定。根据该规定,任何一方当事人应当在得知仲裁员回避的事由之日起15日内以书面形式向秘书处提出,否则视为放弃。这里的回避事由既包括一方当事人自行了解的事由,也包括仲裁员在《接受确认表》或审理过程中披露的事由。一方当事人可以要求对方选定的仲裁员或者SCC指定的仲裁员回避,也可以要求自己选定的仲裁员,甚至可以要求整个仲裁庭回避。

自2007年仲裁规则施行以来,理事会负责对包括回避在内的事项作出决定。一方当事人提出书面回避申请后,理事会通常会成立一个专门委员会与秘书处一起处理。通常会给予对方、仲裁员一周的时间予以回应,随后提出回避申请的一方还可以再次发表意见。如果均对该名仲裁员的回避没有异议,该名仲裁员则必须辞职。如果该名仲裁员自行回避的,则视为自动解除选定或指定。但是只要任何一方对回避有异议,就需要由理事会作出回避与否的决定。自2018年1月1日起,理事会还需要就回避决定说明理由,“以回应用户的需求以及仲裁应更加透明化的普遍趋势”。<sup>⑦</sup>提供给双方当事人的理由以简要为原则,但是如果有必要也可以很详实。<sup>⑧</sup>在实践中,SCC理事会通常会在四周内作出具有终局性的决定。

需要注意的是,对于SCC受理的临时仲裁,SCC所作出的回避决定将按照《瑞典仲裁法》第10条和第11条的规定处理。此时,将会分成三种情形:第一,如果SCC理事会支持回避申请的,不能提起上诉;第二,如果SCC理事会驳回回避申请的,当事人可以上诉到地区法院要求其解除仲裁员的指定;第三,双方当事人也可以约定SCC对回避的决定是终局的。因此,当最终的决定支持回避申请的,被申请回避的仲裁员将会被解除指定,并由一方当事人选定或者SCC指定新的仲裁员。此外,需要注意的是,SCC并

<sup>⑥</sup> SCC Arbitration Rules 2007, Article 15(4). “If the other party agrees to the challenge, the arbitrator shall resign. In all other cases, the Board shall make the final decision on the challenge.”

<sup>⑦</sup> Anja Ipp, Rodrigo Carè and Valeryia Dubeshka. *SCC PRACTICE NOTE: SCC Board Decisions on Challenges to Arbitrators 2016–2018*, [https://sccinstitute.com/media/795278/scc-practice-note\\_scc-decisions-on-challenges-to-arbitrators-2016-2018.pdf](https://sccinstitute.com/media/795278/scc-practice-note_scc-decisions-on-challenges-to-arbitrators-2016-2018.pdf), last visited April 15, 2022. 中国海事仲裁委员会副主任李虎博士对此亦有贡献。

<sup>⑧</sup> Christoffer Coello Hedberg & Annette Magnusson, *SCC Decisions on Challenges*, *BCDR International Arbitration Review*, 2019, Vol.6:1, p.177.

不会依职权要求仲裁员回避。

### （三）SCC 仲裁员回避程序适用的实证分析

如表1所示，1995年至2019年间，SCC受理的仲裁案件数量总体呈现小幅增长的趋势。与此相对应，同时期受理的仲裁员回避案件的数量也呈现增长趋势，特别是自2013年以来，回避案件所占的比例从4%逐步增长到8%。

同时，笔者也注意到SCC的仲裁员回避案件也呈现“双低”的特点。一是，申请仲裁员回避的案件占比很低。即便是在占比最高的2016到2018年间，也只有8%，而在占比最低的2008到2010年间，甚至只有2%。二是，回避申请得到SCC支持的比例很低。2019年的支持率最低，仅为11%；即便是在支持率最高的2011到2012年间，也仅为50%；其余年份则大致维持在30%。

此外，笔者还注意到，虽然自1995年以来，SCC已经开始对外公布回避案件，但是已受理的回避案件数量和已公开的回避案件数量之间仍存在较大差异。目前，已公开的回避案件数量为84件，占已受理的回避案件数量的43.8%；已公开的支持回避的案件数量为29件，占全部支持回避案件总数的58%。产生这一差距的原因，一方面在于SCC并未公开全部的回避申请案件，另一方面也在于当事人虽然提出了回避申请，但是由于仲裁员自愿回避，或者当事人双方已就回避问题达成一致，因此并不需要由SCC来作出决定。以2013到2015年间为例，SCC的报告显示，虽然提出回避申请的案件数量为28件，但是最终需要由SCC裁决的只有14件。但值得注意的是，自2011年以来，SCC公开的回避案件数量呈现逐年增多甚至全部公开的特点，例如2016年便公开了当年全部16件回避案件。

表1 SCC 仲裁员三类案件对比表（1995-2019）

年份	案件总数	回避案件	同意回避	已公开	已公开同意回避
1995-1998		14	3	4	2
1999-2001	300	11	3	5	2
2002-2004	412	17	6	4	1
2005-2007	411	22	10	7	2
2008-2010	588	14	4	7	4
2011-2012	376	14	7	10	7
2013-2015	567	28	5	14	5
2016-2018	551	46	9	31	6
2019-	175	9	1	2	0
合计	3380	175	48	84	29

数据来源：根据SCC官网公布的历年报告整理。<sup>⑨</sup>

<sup>⑨</sup> 需要说明的是，SCC自1995年起公布申请对仲裁员回避案件的基本情况，并自2005年基本按照每三年公布一次的频率公开，但是公开的内容并不完全一致。为完整展示考虑，该表并未严格遵循三年标准。斯德哥尔摩商会仲裁院网站：<https://sccinstitute.com/statistics/>，最后访问时间：2022年4月15日。

从表2可以看出,从已公开的84件回避案件来看,被申请人申请仲裁员回避的比例为60.2%,明显高于申请人提出的比例。从这个角度来讲,申请仲裁员回避可能常被被申请人视为一种策略。<sup>⑩</sup>笔者注意到,在已公开的84件回避案件中,案号分别为60/1999、14/2004、002/2006、2018/114的案件<sup>⑪</sup>较为特殊,因为在这四个案件中,申请人和被申请人均对对方选定的仲裁员提出了回避申请。<sup>⑫</sup>

对被申请回避方的统计可知,申请独任仲裁员、首席仲裁员、边裁和整个仲裁庭回避的案件数量分别为7件、12件、67件和3件。<sup>⑬</sup>可见,合议庭的仲裁员被申请回避的比例明显高于独任仲裁员。当然,这也与SCC受理的案件大多数由合议庭审理有关。由合议庭审理的案件中,边裁被申请回避的比例最高,约占75.3%,其次是首席仲裁员,约占13.5%,再其次为整个合议庭。笔者注意到,一方当事人申请对方当事人选定的仲裁员的情形占绝大多数,但在170/2011案件中,被申请人同时申请了自己选定的仲裁员回避,理由是该仲裁员将发给首席仲裁员的邮件错误地发送给了被申请人的代理律师,并在该邮件中评论了被申请人及其代理律师。与此同时,绝大多数的案件中,一方当事人只申请一名仲裁员回避,但在少数案件中,也有申请两名仲裁员,甚至是整个合议庭回避的情形,如2017/176号案件。

对于当事人获知回避理由的来源来看,占比最高的是因仲裁员在《接受确认表》中披露的事由,约为26.2%。可见,仲裁员的披露对于回避程序的重要影响。其他来源则呈现五花八门的状态,例如在002/2012号案件中,申请人的律师偶然听到被申请人选定的仲裁员与其律师之间的谈话,随后便将谈话内容告诉了申请人,为此申请人的律师还接受了测谎仪的测试。

表2 已公开的回避案件概况表(1995-2019)

年份	回避申请方		被申请回避方				来源
	申请人	被申请人	独任仲裁员	首席	边裁	仲裁庭	因披露
1995	1			1			
1996	1				1		1
1998	1	1		1	1		
1999	1	1			2		1
2000	1	1			2		1
2001		2		1	1		2

<sup>⑩</sup> Brian King, *Party Autonomy, the "Right" to Appoint, and the Rise of Strategic Challenges*, *European International Arbitration Review*, 2020, Vol.8:1, p.32.

<sup>⑪</sup> 关于SCC的案件编号问题,1995至1998年间公布的案件没有编号,1999年至2012年间公布的案件为顺序号在前,年份在后,自2013以后则改为年份在前,顺序号在后。

<sup>⑫</sup> 由于这四个案件中有两份回避申请,而SCC的裁决结果并不一致,因此表2分别进行了统计,这就使得表2的统计数量为88件,与表1中的84件略有出入。

<sup>⑬</sup> 这里的统计数量为89件的原因是在2007/137号案件中,被申请人同时申请了申请人选定的仲裁员和首席仲裁员回避。

年份	回避申请方		被申请回避方				来源
	申请人	被申请人	独任仲裁员	首席	边裁	仲裁庭	因披露
2003		2			2		
2004	1	2		1	2		1
2005		2	1	1			1
2006	1	2			3		2
2007	1	2		1	3		2
2008	2				2		
2009	1	1			2		
2010	2	1		1	2		
2011	2	4			5	1	4
2012	2	2			3	1	1
2013	3	3		3	3		2
2014	1				1		
2015	3	4		1	6		1
2016	2	14	5		11		2
2017	7	3	1	1	7	1	1
2018	2	4			6		
2019		2			2		
合计	35	53	7	12	67	3	22

数据来源：根据 SCC 官网公开的历年报告整理。<sup>⑭</sup>

## 二、SCC 仲裁员回避实体规则的适用现状分析

### （一）SCC 仲裁员回避实体规则的渊源

笔者注意到，SCC 公布的回避案件提及的实体规则的渊源主要有三个：一是瑞典仲裁法；二是 SCC 仲裁规则和《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》（以下简称“UNCITRAL 仲裁规则”）；三是《国际律师协会国际仲裁利益冲突指引》（以下简称“IBA 指引”）。

在 1995 年至 2019 年间，瑞典先后适用了《1929 年瑞典仲裁法》《1999 年瑞典仲裁法》和《2019 年瑞典仲裁法》。这三部仲裁法均对仲裁员的回避事由作出了规定。从条文的表述来看，差异在于前两部仲裁法规定的是“仲裁员应是公正的”，2019 年仲裁法则将其修改为“仲裁员应是公正的和独立的”。理论界和实务界认为，虽然前两部仲裁

<sup>⑭</sup> *Supra* note 9.

法没有关于独立性的表述,但是独立性被视为公正性的应有之意。

在1995年到2019年间,SCC所适用的五个仲裁规则对仲裁员回避的规定大同小异,差异仅在于措辞的方式。1988年仲裁规则第6条规定,“仲裁员应披露任何可能削弱其公正性或独立性的事由”。自1999年仲裁规则起,这一措辞被修改为“仲裁员应是公正的和独立的”。与此同时,笔者注意到,SCC已公开的回避案件还适用了UNCITRAL仲裁规则,这是因为即便当事人选择了SCC作为仲裁机构,也可以选择适用非SCC的仲裁规则。由于该仲裁规则关于仲裁员回避的规定与SCC仲裁规则并无实质差异,在此不再赘述。

对于仲裁员“公正性”和“独立性”的要求,最初是由1985年的《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(以下简称“UNCITRAL示范法”)规定的。该示范法第12条第(1)款规定,仲裁员应披露可能引起公正性或独立性的合理怀疑的事由。虽然该示范法并不能直接在瑞典适用,但是普遍认为这是瑞典仲裁法以及SCC仲裁规则中仲裁员回避标准的源头,特别是后者深受其影响,以致两者的规定并无实质差异。<sup>⑮</sup>

在SCC现已公布的回避决定中并未出现UNCITRAL示范法的身影,但是IBA指引出现的频率则很高。IBA指引在序言中写道:“该指引自2004年发布以来在国际仲裁界获得广泛接受。仲裁员使用‘指引’来决定是否接受指定和作出披露。同样,当事人及其律师经常根据‘指引’来评估仲裁员的公正性和独立性,仲裁机构和法院也常常参考‘指引’来决定对仲裁员的回避申请。”对此,瑞典高等法院认为,当依据仲裁法的规定作出裁决时,也可以考虑IBA指引——特别是在涉及非瑞典当事人的情形。<sup>⑯</sup>适用IBA指引的原因,瑞典斯韦亚上诉法院认为,与其他国内和国际仲裁规则一样,IBA指引同样是律师和仲裁员的重要指引,同时当法院适用仲裁法的规定审理案件时,将其作为背景材料也具有相关性。<sup>⑰</sup>IBA指引对仲裁员回避规则的影响并不在于同样有关于“公正性和独立性”的要求,而是在于其分别列出了红色、橙色、绿色三种清单,用以指引回避与否的判定。“SCC在评判是否存在SCC规则规定的仲裁员回避的情形、关系或状态时,通常会参考IBA指引的红色、橙色和绿色清单。但是与此同时,SCC也强调说IBA指引并不是决定性的”。<sup>⑱</sup>当理事会根据自己的分析得出不同的结论时,则会选择

<sup>⑮</sup> Jonas Löttiger, Anna Lindsö, András Vincze and Felix Perbo, Eversheds Sutherland Advokatbyrå AB, *Arbitration Procedures and Practice in Sweden: Overview*. Thomson Reuters. [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-385-8297?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true#co\\_anchor\\_a924607](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-385-8297?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true#co_anchor_a924607), last visited April 15, 2022.

<sup>⑯</sup> Judgment of the Svea Court of Appeal, Case No. T 2484-11, Swedish Arbitration Portal, April 10, 2013, <https://www.arbitration.sccinstitute.com/dokument/Court-Decisions/1973471/Judgment-of-theSvea-Court-of-Appeal-10-April-2013-Case-No-T-2484-11?pageid=95791>, last visited Mar 2, 2022.

<sup>⑰</sup> Niklas Lindström, *Challenges to Arbitrators – Decisions by the SCC Board during 2008-2010*, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, <https://sccinstitute.com/media/93825/challenges-to-arbitrators-decisions-by-the-scc-board-during-2008.pdf>, last visited April 15, 2022.

<sup>⑱</sup> Anja Havedal Ipp & Elena Burova, *SCC PRACTICE NOTE: SCC Board Decisions on Challenges to Arbitrators 2013-2015*, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, <https://sccinstitute.com/media/176447/scc-decisions-on-challenges-to-arbitrators-2013-2015.pdf>, last visited April 15, 2022.

背离该指引。<sup>①⑨</sup>

## （二）SCC 仲裁员回避实体规则分析

可见,公正性和独立性是判定仲裁员是否应回避的关键标准,实际上这也是整个仲裁制度存续的核心和基石。SCC 仲裁规则进一步要求仲裁员“披露可能对公正性和独立性产生合理怀疑的事由”。自此,“合理怀疑”与“公正性”“独立性”一起成为判定 SCC 仲裁员是否回避的三要素。

关于“独立性”的问题,“传统上被定义为自由于当局。但是在国际仲裁中,这个术语更常用于描述仲裁员与任何一方当事人、代理人或仲裁庭的其他仲裁员没有关联性”。<sup>②⑩</sup>对于独立性的判断标准,应“采用客观标准,因为这与仲裁员的主观心态无关”。<sup>②⑪</sup>瑞典仲裁法对于仲裁员公正性的评价采用客观标准。如果存在从第三人的角度会对仲裁员的公正性产生合理怀疑的情形,仲裁员应回避。至于仲裁员事实上是否公正则是无关紧要的。<sup>②⑫</sup>瑞典高等法院也持相同的观点,即“如果这些事由通常会导致公正性的怀疑时,即使在本案中没有理由怀疑仲裁员实际上存在不公正,仲裁员也应回避”<sup>②⑬</sup>。

关于“公正性”的问题,“通常被用来描述仲裁员的主观心态。为了做到不偏不倚,仲裁员不能对任何一方当事人或者代理律师有偏见。因为实际上很难判断一个仲裁员是否不偏不倚,因此常常将不偏不倚看成是公正的宣示”。<sup>②⑭</sup>另一种观点也认为,“公正性则是关于仲裁员是否实际或者明显有偏见的问题,或者是支持一方当事人或者与目前的争议有关。因此,与独立性相比,公正性是一个主观且更抽象的概念,主要涉及主观心态”。<sup>②⑮</sup>

对于“合理怀疑”的问题,“分析旨在确定存在风险或偏见的可能性,而不是要求偏见的准确性或者概率。因此,并不需要提出质疑的一方宣布缺乏独立性或公正性,而是对仲裁员的独立性或公正性有合理的怀疑就足够了”。<sup>②⑯</sup>对此,IBA 指引第一部分也指出:对仲裁员的公正性或独立性的正当怀疑应客观地适用表面检验标准(“合理的第

<sup>①⑨</sup> *Supra* note 8, at 181.

<sup>②⑩</sup> Helena Jung, *The standard of Independence and Impartiality for arbitrators in International Arbitration: A comparative study between the standards of the SCC, the ICC, the LCIA and the AAA*, Master's thesis, Faculty of Law Uppsala University, 2008. 7.

<sup>②⑪</sup> Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, Martin Hunter, Redfern and Hunter on International Arbitration, 5 ed., London: Oxford University Press, 2009, p.267.

<sup>②⑫</sup> Niklas Lindström., *Challenges to Arbitrators – Decisions by the SCC Board during 2008-2010*, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, <https://sccinstitute.com/media/93825/challenges-to-arbitrators-decisions-by-the-scc-board-during-2008.pdf>, last visited April 25, 2022.

<sup>②⑬</sup> Judgment of the Supreme Court of Sweden, 19 November 2007, Case No. T 2448-06/NJA 2007 s. 481, Sweden Arbitration Portal, <http://www.arbitration.sccinstitute.com/dokument/Court-Decisions/1083436/Judgment-of-the-Supreme-Court-of-Sweden-19-November-2007-Case-No-T-2448-06NJA-2007-s-481?pageid=95788>, last visited April 25, 2022.

<sup>②⑭</sup> *Supra* note 20, at 7.

<sup>②⑮</sup> *Supra* note 21, at 477. Felipe Mutis Tellez, *Arbitrators' Independence and Impartiality: A Review of SCC Board Decisions on Challenges to Arbitrators (2010-2012)*, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, [https://sccinstitute.com/media/30001/felipe-mutis-tellez\\_article-on-scc-challenges-on-arbitrators.pdf](https://sccinstitute.com/media/30001/felipe-mutis-tellez_article-on-scc-challenges-on-arbitrators.pdf), last visited April 25, 2022.

<sup>②⑯</sup> Born G., *International Commercial Arbitration*, 3 ed., Netherlands: Kluwer Law International, 2009. pp.1474-1475.

三人检验标准”),即从一个第三人的角度来看是否存在偏见的外观,而不是实际的偏见,就可以导致仲裁员回避。<sup>②7</sup>

对于影响公正性和独立性的事由,SCC仲裁规则并未进行明确规定,但是瑞典三部仲裁法均采用列举的方式予以明确。《2019年瑞典仲裁法》第8条规定:仲裁员具有下列情形之一的,将会削弱公正性或独立性:1.如果仲裁员或与仲裁员有密切关系的人是当事人,或者可能从争议案件的结果中明显获益或者受损;2.如果仲裁员或与仲裁员有密切关系的人是任何一方的公司的董事或有任何其他联系,或者代表的是可能从争议案件的结果中明显获益或者受损的一方当事人或其他任何人;3.如果仲裁员已经以专家或者其他身份对争议案件表明立场,或者已经帮助一方当事人准备或者处理争议案件;4.如果仲裁员因违反本法第39条第二款的规定已经收到或者要求赔偿。<sup>②8</sup>如果说瑞典仲裁法的规定尚显概括的话,IBA指引则详细列举了15种红色清单事由、17种橙色清单事由以及10种绿色清单事由。尽管如此,SCC仍表示,以上列举仍然是不完全的,还需要结合具体的案件来判定仲裁员是否应回避。

### (三) SCC 仲裁员回避实体规则适用的实证分析

尽管理论界和实务届均认为,SCC仲裁员回避实体规则有十分清晰的界定和划分标准,但是从已公开的回避案件来看,无论是当事人、仲裁员,还是SCC理事会均未分别围绕“公正性”“独立性”“合理怀疑”三个要素进行分析,而是概括地分析具体的事由是否引起对仲裁员公正性和独立性的合理怀疑。

1. 仲裁员所在律所与当事人之间的“委托代理”关系对SCC仲裁员回避判定有重要影响

SCC已公开的回避案件中有12件属于此类。对此,SCC均予以了支持。这里的“委托代理”关系既包括担任代理律师,<sup>②9</sup>也包括提供法律咨询。有意思的是,这12个案件中,委托代理关系并非直接存在于仲裁员与当事人之间,而是存在于仲裁员所在的律所与当事人或其利益相关方之间。而且,“委托代理”关系发生的时间通常也不受3年的限制。例如,在2016/051案件中,仲裁员所在律所的其他办公室曾在3年前为一方当事人提供法律意见,SCC也认为应支持回避申请。

较为典型的事由主要有以下三类:一是在60/1999案件中,仲裁员所在律所的合伙人为申请人提供了法律意见,而仲裁员也同为该所的合伙人;二是在60/2001案件中,仲裁员所在律所的同事在另一个案件中代表了申请人的母公司,2017/042案件也同属此类;三是在2015/166和2015/179两个案件中,仲裁员所在的律所在合并全球业务的过程中通过一个共同的母公司接受与被申请人有关的集团公司的业务,而该母公司通过控股公司持有被申请人50%的股份。

<sup>②7</sup> *Supra* note 17.

<sup>②8</sup> 《2019年瑞典仲裁法》第39条第2款规定:“任何未经当事人双方签订的支付仲裁员报酬的协议无效。如果任何一方当事人已经提供了全部担保,该方当事人则可以单独同意仲裁员实现担保,用以支付仲裁员的报酬。”

<sup>②9</sup> 参见:53/2005、124/2011、170/2011、174/2011、081/2012。

SCC 理事会似乎一直持有这样的观点,来自律师事务所其中一间办公室的客户应被视为整个律师事务所的客户来审查利益冲突,即便该事务所是全球性的也是如此。同样地,一名律师也常常被推定为律所的代表。因此,一方和律所任一合伙人的关系常常被归因于其他合伙人,当然并不总是如此。<sup>⑩</sup>

## 2. 仲裁员与当事人及其相关者之间的关系仅被 SCC 作为个案因素考虑

这些关系可能存在于仲裁员与当事人之间,也可能存在于仲裁员与当事人的律师之间,还可能存在于仲裁员与当事人的律师所在的律所之间。

对于第一种情形,SCC 已公布的回避案件中有 11 件属于此种类型,仅有三件获得支持。例如,仲裁员曾为一方当事人提供过咨询建议<sup>⑪</sup>、作为其代理律师<sup>⑫</sup>或者担任顾问或董事<sup>⑬</sup>。三个获得支持的案件主要情形如下:在 078/2012 案中,仲裁员为一方当事人提供常年法律服务,而且在本案仲裁时仍未结束;而在 046/2007 案中,仲裁员则是代表集团公司就其与被申请人之间的未决仲裁纠纷发表过意见;124/2011 案则更为特殊,因为仲裁员所有的公司曾与一方当事人一起参加过另一方当事人的竞标活动,但未成功。

对于第二种情形,SCC 已公布的案件有 14 件属于此类,仅有四件获得支持。较为常见的是仲裁员与当事人的律师在其他案件中担任代理人<sup>⑭</sup>、担任仲裁员<sup>⑮</sup>、曾经是同事<sup>⑯</sup>或者共同参加会议<sup>⑰</sup>等。对于后面三种情形,SCC 均驳回了回避申请,但是第一种情形则视情况而定。在 14/2004 案件中,该案中的首席仲裁员是法院正在审理中的另一个案件中的被告的律师,而本案中申请人的律师则是当时原告的律师,SCC 驳回了回避申请。但是在 2015/64 案件中,仲裁员、申请人的代理律师分别代理了同一个案件的两个原告,而当时被申请人的律师则代理了另一方当事人,SCC 支持了该回避申请。在 2016/183 案件中,仲裁员也因与一方的代理律师共同代理案件等原因而被裁决回避。另两个获得支持的案件中,一个因为仲裁员曾参与了涉及一方当事人的案件处理,且该案与本仲裁案有重叠<sup>⑱</sup>,另一个则因为仲裁员是申请人的代理律师代理的其他案件的当事人<sup>⑲</sup>。

对于第三种情形,SCC 已公开的回避案件中有八件属于此类,其中有三件获得了 SCC 支持。这些案件中涉及的特定关系包括曾在该事务所工作<sup>⑳</sup>、曾为该事务所担任专

<sup>⑩</sup> *Supra* note 8, at 190.

<sup>⑪</sup> 参见: 019/2006、078/2012、2015/099。

<sup>⑫</sup> 参见: 2013/094、2014/104。

<sup>⑬</sup> 参见: 45/2008、2018/121。

<sup>⑭</sup> 参见: 2013/180、2015/41、2015/64、2015/93、2016/45、2016/157。

<sup>⑮</sup> 参见: 2016/131。

<sup>⑯</sup> 参见: 190/2010、2019/126。

<sup>⑰</sup> 参见: 2016/92、2016/143。

<sup>⑱</sup> 参见: 2013/139。

<sup>⑲</sup> 参见: 58/2008。

<sup>⑳</sup> 参见 1998 年发生在美国公司和俄罗斯公司之间的案件, Marie Johansson, *Decisions by the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce Regarding Challenge of Arbitrators*, Stockholm Arbitration Report, 1999, p.182; 002/2006、2017/89。

家证人<sup>④①</sup>、仲裁员与该事务所有其他关系<sup>④②</sup>等。如果仲裁员仅为该事务所的普通律师, SCC通常会驳回该回避申请,比如002/2006案件,但是如果仲裁员曾经是该事务所的合伙人,则可能面临不同的结果。例如,在1998年的案件中,仲裁员曾为被申请人律师所在律所的合伙人,虽然已离开5年,但是SCC仍然支持了回避申请。<sup>④③</sup>但是在2017/89案件中,仲裁员退休之前的几十年一直是被申请人代理律师所在律所的合伙人,SCC却驳回了回避申请。与此同时,如果仲裁员与该律师事务所存在尚未结束的关系的,SCC均支持了回避申请。例如在2013/192案件中,首席仲裁员多次作为申请人律师所在律所的专家证人,且有一次正在进行中;再比如在2017/201案件中,仲裁员与申请人的律师所在的律所的莫斯科办公室之间存在合同关系,仲裁员要提供专家意见并参加一个未决案件的审理。此外,对仲裁员与一方当事人律师所在的律所有其他关系的另外两个案件,SCC均予以了驳回。在72/2003案件中,仲裁员曾经是申请人所在律所的客户,因为仲裁员曾委托本案申请人所在律所的律师帮助自己收取仲裁费。而在2017/169案件中,仲裁员曾在17年前对被申请人所在律所的一名合伙人提出过索赔。

此外,对于仲裁员的亲属与当事人及其相关者的特定关系也仅作为个案考虑。SCC已公开的回避案件中只有四件属于此类,其中仅有一件获得支持。这些案件涉及仲裁员的侄子担任一方当事人的母公司的董事会成员<sup>④④</sup>、仲裁员的配偶与当事人的律师因其他案件发生过冲突<sup>④⑤</sup>、仲裁员的女儿在一方当事人的律师所在的律所工作过<sup>④⑥</sup>等。仅在2016/007案件中,仲裁员的妻子所在的律所与被申请人的代理律师所在的律所合并且其妻子成为了新律所的合伙人,SCC支持了回避申请。

由上可知,SCC判定上述关系对回避决定的影响时主要从个案的角度考虑,重点考虑这种关系与仲裁案件的密切程度和关联性问题。

### 3. 常见的偏见因素对SCC仲裁员回避判定的影响较小

从SCC已公开的回避案件来看,常见的偏见因素主要包括三类:一是仲裁员的言论;二是平行关系;三是国籍因素。

对于第一类案件,SCC已公开的回避案件中有六件属于此类,但是只有一件获得支持。这里的仲裁员言论既包括在接受指定之前在书籍中发表的观点,也包括仲裁员在担任专家证人或裁决其他案件时发表的观点<sup>④⑦</sup>,还包括仲裁员在审理案件过程中的言论<sup>④⑧</sup>。仅有的支持决定是在2016/154案件中,仲裁员所在的律所发表在网站上的文章涉及了仲

<sup>④①</sup> 参见:2013/192。

<sup>④②</sup> 参见:2017/169、148/2012。

<sup>④③</sup> 该案没有公布案号。Marie Johansson, *Decisions by the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce Regarding Challenge of Arbitrators*, Stockholm Arbitration Report, 1999, p.180.

<sup>④④</sup> 参见:87/2000。

<sup>④⑤</sup> 参见:001/2010。

<sup>④⑥</sup> 参见:2017/077。

<sup>④⑦</sup> 参见:081/2007、2019/027。

<sup>④⑧</sup> 参见:120/2001。

裁案件,而该观点是不利于一方当事人的。

对于第二类案件,在 SCC 已公开的回避案件中有 11 件属于此类,其中两件获得了支持。这里所称的平行关系既包括仲裁员被多次选定,也包括仲裁员同时涉及其他案件容易导致身份混淆或预判。多次指定既包括一方当事人在不同的案件中三次以上选定了同一名仲裁员<sup>④</sup>,也包括不同的被申请人在与同一个申请人的案件中选定了同一名仲裁员<sup>⑤</sup>。在 14/2014 案件中, SCC 支持了回避申请,理由是仲裁员曾被申请人所在的集团公司选定,而且也被被申请人律师所在的律所多次选定,且有尚在审理中的案件。在 018/2009 案件中, SCC 也因申请人在几个案件中选定了同一名仲裁员而支持了回避申请。对于仲裁员同时涉及其他案件的情形,例如在 1998 年的发生在印度尼西亚公司和百慕大公司之间的案件中,同一仲裁庭处理的两个案件中申请人相同,另一方分别为被申请人及其姐妹公司, SCC 认为不构成应回避的情形。

对于第三类案件, SCC 已公开的仲裁案件中有三件属于此类,但是均未获得支持。在 60/1999 案件中,申请回避的理由是仲裁员与一方当事人及其律师均来自北京。在 2018/102 案件中,申请回避的理由则是仲裁员工作地所在国与申请人一致。

由上可知,已经实际存在的偏见和可能出现的偏见有可能导致仲裁员回避,但如果是基于已经结束的关系作为回避事由则通常不会被支持。IBA 指引设定的三年时间框架可作为参考,但并不必然成为决定性因素。

#### (四) SCC 仲裁员回避实体规则的适用小结

笔者认为, SCC 在适用仲裁员回避实体规则方面大致遵循三个基本原则:

一是整体考虑原则。瑞典斯韦亚上诉法院也判决说,高等法院已经确认,是否支持对仲裁员的回避应该将所有相关事由考虑进来进行整体评价。<sup>⑥</sup>从 SCC 已公开的 84 件回避案件来看,也同样遵循了这一原则,特别是在当事人提出多个回避事由时, SCC 会结合案件的实际情况进行整体考虑。可能某一个事由是较为边缘的,并不足以引起对仲裁员公正性和独立性的合理怀疑,但是多个事由综合在一起仍可能使得 SCC 作出支持的决定。例如在 207/2009 案件中,仲裁员担任董事的公司是由与被申请人有密切关系的一方控股的,仲裁员所在的律所因与被申请人关系密切得以将民房改为商用办公场所,整体考虑相关事实后 SCC 支持了回避申请。而在 2015/25 案件中,申请人提出的回避事由包括:(1) 仲裁员所在的律所与申请人的代理律师共同参与了两个交易项目;(2) 仲裁员和首席均为另一个仲裁机构的仲裁员;(3) 仲裁员所在律所的律师之前曾与被申请

<sup>④</sup> 参见: 2016/159、2018/112、2018/113。

<sup>⑤</sup> 参见: 2017/012、2017/015、2017/016。

<sup>⑥</sup> Decision of the Svea Court of Appeal, 10 December 2008, Case No. T 10321-06, Sweden Arbitration Portal, <https://www.arbitration.sccinstitute.com/dokument/Court-Decisions/952259/Decision-of-theSvea-Court-of-Appeal-10-December-2008-Case-No-T-10321-06?pageid=95791>. Upheld by the Judgment of the Supreme Court of Sweden, 9 June 2010, Case No. T 156-09/NJA 2010 s. 317, Sweden Arbitration Portal, <https://www.arbitration.sccinstitute.com/dokument/Court-Decisions/952262/Judgment-of-theSupreme-Court-of-Sweden-9-June-2010-Case-No-T-156-09NJA-2010-s-317?pageid=95788>, last visited April 20, 2022.

人的代理律师供职于同一家律所。SCC 经整体考虑后予以驳回。

二是个案因素原则。客观来讲,除了前文所提及的仲裁员所在的律所与当事人之间存在委托代理关系时支持回避比例较高外,其他事由对仲裁员回避的影响在 SCC 已公开的案件中完全无规律可循。正如前文所述,仲裁员曾在当事人律师所在的律所担任合伙人或长期工作可能会有重要影响,但是也并非如此。仲裁员与当事人及其律师之间的关系常常以三年为限,但是也并非如此,有案例认为超过五年的关系仍然会产生公正性和独立性的怀疑,也有案例认为未超过三年的关系也不会。因此,在这些案件中,SCC 可能更多考虑的还是个案因素。

三是最佳国际仲裁实践。SCC 在多份报告中提及 IBA 指引,可见其对国际仲裁实践的关注。在 SCC 已公开的回避案件中,有 12 个案件中明确引用了 IBA 指引,主要涉及的是橙色清单,偶有提及绿色清单,没有出现红色清单。在橙色清单中,主要提及的是 IBA 指引第 3.1.4 条,仲裁员所在的律所过去三年中曾经在不相关的事宜上代理过一方当事人或一方当事人的关联公司,或者是关联公司的相对方,但仲裁员并未参涉其中。在现有的案件,有些得到了支持,有些被驳回。<sup>⑤2</sup>

总体而言,先前的决定可以被看成 SCC 理事会将来会如何决定,但是 SCC 理事会考虑每个回避申请时会有自己的观点以及该案所涉及的所有相关情形。<sup>⑤3</sup> SCC 的实践反映出其在判定仲裁员的中立性方面遵循严格标准。这将有助于增强人们对于仲裁争议解决方式的信心。因为不能对仲裁决定本身的是非曲直提出质疑,因此双方当事人对审理案件的仲裁员有信心就很重要了。<sup>⑤4</sup>

### 三、余论：中国可能的选择

#### (一) 我国仲裁员回避规则现状分析

新中国仲裁制度始于 20 世纪 50 年代。设立于 1956 年 4 月的中国国际经济贸易仲裁委员会(以下简称“贸仲委”)是我国设立的首个国际仲裁机构,现已成为世界上主要的常设商事仲裁机构之一。设立于 1959 年 1 月的中国海事仲裁委员会(以下简称“海仲委”)是专门受理国内外海事争议的常设仲裁机构。自 1995 年仲裁法颁布以来,根据当事人的选择,各设区的市设立的仲裁机构也可以受理国际仲裁案件。目前,北京、上海、广州、深圳、重庆等地仲裁委员会受理的国际仲裁案件较多。

从程序规则来看,《2014 贸仲委仲裁规则》《2021 海仲委仲裁规则》《2019 北京仲裁委员会仲裁规则》《2020 深圳国际仲裁院仲裁规则》与 SCC 仲裁规则更为接近。从实体规则来看,仅有《2018 上海仲裁委员会仲裁规则》《2018 重庆仲裁委员会仲裁规则》

<sup>⑤2</sup> 参见: 53/2005、068/2010、081/2012。

<sup>⑤3</sup> *Supra* note 8, at 190.

<sup>⑤4</sup> *Supra* note 20, at 32.

《2021广州仲裁委员会仲裁规则》列举了回避事由,但主要回避事由与《仲裁法》基本一致,仅《2021广州仲裁委员会仲裁规则》增加列举了“与本案当事人、代理人有其他关系”的七种情形。

对于是否应对回避决定说明理由的问题,《2021上海仲裁委员会仲裁规则》明确规定“说明理由”,而《2014贸仲委仲裁规则》则明确规定“可以不说明理由”,《2019北京仲裁委员会仲裁规则》和《2018上海仲裁委员会仲裁规则》则规定“有权根据具体情况决定是否说明理由”,其余代表性仲裁机构的仲裁规则对此问题没有规定。目前,尚未有仲裁机构公开关于仲裁员回避案件的基本情况。

对于仲裁员回避规则问题,我国1995年、2009年和2017年仲裁法均对回避的程序和回避的事由进行了规定。2021年7月30日,司法部公布的《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》(以下简称《征求意见稿》)第52条至56条涉及回避制度。主要变化有三:一是进一步明确了当事人申请回避的期限;二是增加了仲裁员的披露义务;三是新增了仲裁机构应对回避决定说明理由的规定。

## (二) 进一步完善我国仲裁员回避规则的建议

### 1. 公开附有理由的仲裁员回避决定有利于推动仲裁员回避规则的完善

仲裁员的公正性和独立性是仲裁公正性和独立性的前提和基础,而仲裁员的选任与回避将直接影响当事人对仲裁的信心,因此增强仲裁员选任与回避的透明度是关键所在。固然,保密性是商事仲裁应坚持的基本原则,但是这并不意味着仲裁的所有环节都需要保密。正如《关于〈中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)〉的说明》中所说,“提升回避制度透明度,要求仲裁机构对回避决定说明理由”。笔者认为,应遵循多数国际仲裁机构的实践,进一步明确为“仲裁机构应公开附有理由的仲裁员回避决定”。

业界也有担心公开回避案件会引发新的问题,比如因回避决定的前后不一致引发当事人对仲裁的信任,再比如当事人可能据此采取策略行为。笔者认为,法律适用追求的是个案的公正性,而非所有案件结果的一致性。因此,无论是在法官还是仲裁员在适用法律的过程中,由于个案的差异,判决结果不一致的情况并不少见。仲裁委员会作出的回避决定也同样如此。因此,单纯以苛求回避决定结果的一致性而否定公开回避决定的必要性,这一理由是不充分的。与此同时,策略行为是人类社会常态,并不只在法律领域存在。相反,通过公开仲裁回避决定本身能够明显增加仲裁的透明度,这可以在一定程度上减少当事人的不当策略行为,或者可以引导当事人作出正确的策略行为。更为重要的是,公开的回避决定应是附有理由的。目前,代表性机构所作出的回避决定极少说明理由,这无异于将回避决定置于“法不可知,则威不可测”的境地。如果《征求意见稿》中关于说明理由的条款获得通过,这将在无形中推动仲裁机构形成较为一致的裁决结果,进而提高当事人以及公众对于回避决定的可预见性。

### 2. 进一步细化我国仲裁员回避规则

在程序规则方面,应兼顾好效率与公平问题。效率一直是当事人选择仲裁的重要考量因素,但任何回避程序总是存在延长仲裁案件审理时长的风险,因此如何既保证当事

人和仲裁员在回避程序中获得充分发表意见的机会,又保证不因回避程序影响仲裁案件审理的效率,这将十分考验仲裁规则设计者以及仲裁案件管理者的智慧。目前,代表性的仲裁规则多数仅对当事人提出回避申请的时间进行了规定,但是《征求意见稿》以及仲裁规则尚未对仲裁员及另一方当事人陈述的时间,以及仲裁机构作出回避决定的时间进行规定。

在实体规则方面,应明晰仲裁员回避判定规则。目前,我国尚未建立起关于仲裁员回避的一般性规则和具体规则。公正性和独立性是国际通行的仲裁员回避一般性规则,但是在我国无论是《仲裁法》还是代表性仲裁规则均未旗帜鲜明地将其列明。对于具体规则而言,则大多沿袭仲裁法的规定,而《征求意见稿》对此也并无任何突破,仍然过于概括和原则。对比 SCC 的实践可知,我国一方面尚未形成适合中国国情的具体规则体系,另一方面则呈现为部分规则与国际实践不一致,例如,SCC 以及 IBA 指南中十分看重的仲裁员所在的律所与一方当事人的特定关系并未被纳入其中。

时至今日,全社会对仲裁的透明度期待和要求日益提高。以 SCC 为代表的国际仲裁机构纷纷通过公开仲裁员回避决定及其理由的方式尝试回应这种需求。目前,我国正处于“基本建成法治国家、法治政府、法治社会”的关键时期,充分发挥仲裁在解决国内、国际民商事纠纷中的重要作用很有必要。适逢《仲裁法》第三次修改之际,我国可在参考国际知名仲裁机构实践的同时充分考虑中国国情,适时推动形成具有中国特色的仲裁员回避规则体系。

---

**Abstract:** With the continuous improvement for transparency in arbitration, many international arbitration institutes choose to publish decisions on the challenges to arbitrators. SCC has been the first to gradually disclose the grounds, the arguments of parties, and the reasoning process since 1995. An empirical analysis of challenges to arbitrators disclosed by SCC from 1995 to 2019 shows that, in terms of procedural rules, SCC has formed a relatively good system that takes efficiency and fairness into account; in terms of substantive rules, SCC has formed general rules consisting of impartiality, independence and reasonable doubt, as well as specific rules consisting of holistic consideration, case factors and best arbitration practices. China should take into account its particular circumstances, timely and appropriately disclose the reasoned challenge decision, and form rules of challenge to arbitrators in the Chinese context.

**Keywords:** challenge; impartiality; independence; reasonable doubt; holistic consideration

---

(责任编辑:魏庆)

# 论国际投资仲裁中的现场勘验

崔起凡\*

---

**内容提要** 勘验是国际投资仲裁中的四种证据形式之一,这种证据形式具有自身的局限和优势。仲裁庭享有命令现场勘验的固有权力。在具体案件中是否运用现场勘验,仲裁庭享有广泛的自由裁量权,同时就具体勘验安排有义务与当事方协商;当事方在现场勘验中享有正当程序权利,也承担善意合作的义务。具体勘验涉及诸多事项,仲裁机构或国际组织应当加强相关国际软法的建设,仲裁庭和当事方应事先妥善筹划和安排,以实现预期的良好效果。

**关键词** 国际投资仲裁 现场勘验 正当程序 自由裁量

---

## 引言

勘验是指在争端解决中对与案件有关的物品或者场所进行的查验、测量以及调查活动。根据勘验地点是否为涉案现场,勘验可以分为现场勘验和非现场勘验。在国际仲裁领域中,现场勘验(on-site inspection)或者说实地调查(site visit)是一种不可或缺的证据形式。现场勘验尤其适合某些纠纷类型,比如建筑工程纠纷、买卖合同商品质量纠纷。在国际公法领域,比如陆地边界争端、海洋划界争端以及国际投资争端中勘验都有一定程度的应用。对于国际投资仲裁中的勘验问题,国内较少有学者或实务人士予以专门研究,笔者在此抛砖引玉,基于国际投资仲裁的理论与实践展开分析,并提出建议,以期能对实践中有关问题的解决有所助益。

## 一、国际投资仲裁中的勘验：证据形式角度的考察

### (一) 勘验的属性界定：实物证据

勘验作为证据形式,在国际仲裁领域中,其内涵和外延与各国国内立法与实践存在一定差异。

---

\* 崔起凡,浙江万里学院法学院副教授,硕士生导师。本文系浙江省社会科学规划项目(项目编号:18NDJC090YB)的阶段性成果之一。

各国民事诉讼法关于证据形式的规定不尽相同,在不同法系之间、甚至同一法系的不同国家之间都可能存在不同程度的差异。限于篇幅,在此对各国的证据形式的相关制度不做全面比较。不过,有些国家或地区规定了“勘验”这种证据形式,有些国家则没有如此规定,而是规定了“物证”或类似证据形式。比如,根据《德国民事诉讼法》,勘验是其五种证据形式(勘验、证人、鉴定人、书证以及当事人询问)之一,我国台湾地区借鉴德国立法经验也作了同样规定。而美、英等国家的法律中没有规定勘验这种证据形式。比如,1968年《英国证据法》包含的证据形式包括文件证据、证人证言、实物证据;《美国联邦证据规则》规定的证据形式包括实物证据、书面证据、证人证言和司法认知。我国民事诉讼中的证据分为八大类,分别是当事人陈述、书证、物证、视听资料、电子数据、证人证言、鉴定意见以及勘验笔录。

综上,有些国家将勘验作为一种证据形式对待,有些国家将勘验作为通过对有关物品和场所进行查验的一种取证方式,这是因为它们对证据形式划分的角度不同。作为证据形式,勘验属于实物证据的范畴;<sup>①</sup>其范围不仅涵盖了我国民事诉讼法中“勘验笔录”涉及的勘验,还涵盖了我国民事诉讼法中的物证,甚至对视听资料、电子数据等其他证据进行的查验也属于勘验的范畴。勘验属于实物证据这一点,在国际仲裁语境下也可以得到进一步印证。

在跨法律文化背景下,无论理论上还是实践中,国际仲裁中证据形式最具有代表性的分类包括:书证、事实证人(当事人被视为特殊的事实证人)、专家证人(包括当事人指定的专家和仲裁庭指定的专家)以及勘验,在许多国际经典教材与专著中都采用了这一分类方式。<sup>②</sup>另外,许多仲裁规则也是采用了这样的一种分类,比如《IBA证据规则》第3-7条分别对上述四种证据形式进行了规定。总之,在国际仲裁中,勘验作为四种证据形式之一被广泛接受。不过,也有一些国际法律文件,比如《贸易法委员会关于安排仲裁程序的说明》第16条(实地、不动产及货物的勘验)的规定同时使用了“实物证据”和“勘验”的表述。<sup>③</sup>由于国际仲裁实践参与者、理论研究者的法律文化背景差异,在有些研究文献或者实践中使用物证或实物证据而不使用勘验的表述,也不足为奇。

国际仲裁中勘验的对象非常广泛,可以是各种实物,包括“任何场所、财产、机械或任何其他物品、样品、系统、程序及文件材料”。<sup>④</sup>勘验可以分为现场勘验和非现场勘验,现场勘验强调到与案件或争议事件相关的地点进行检验或查验。1999年版《IBA证据规则》第7条的标题原本是“现场勘验”,到了2010年和2020年版本,该标题改为“勘验”,不再强调勘验的地点必须为“现场”或“实地”,也就是说,《IBA证据规则》针对

① 有学者认为勘验属于物证范畴,参见尹伟民:《国际民事诉讼中证据能力问题研究》,法律出版社2008年2月版,第30页。不过,物证和实物证据存在区别,在我国实物证据只是一种理论上的分类,与言辞证据对应,包括物证和书证。

② See e.g., Nigel Blackaby et al., Redfern & Hunter on International Commercial Arbitration, 6th ed., U.K.: Oxford University Press, 2015, paras.6.89-6.153; Julian D M Lew et al., Comparative International Commercial Arbitration, Netherlands: Kluwer Law International, 2003, pp.564-579.

③ 2016 UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings, para.108.

④ 《IBA证据规则》第7条。

的勘验对象“无论它们位于何处”，均不是问题。<sup>⑤</sup>

## （二）现场勘验作为证据形式的局限与优势

客观而言，在国际投资仲裁中，勘验不像其他证据尤其书证那样频繁地得到运用。这是因为在国际仲裁中仲裁员为查清案件事实，勘验以外的其他证据形式往往已经足够，勘验并非在每个案件中都必不可少；而且这与现场勘验本身的特点也密切相关，即它往往成本高昂，费时费力，在许多案件中仲裁庭和当事方可能不会将其视为解决争端的一种符合成本效益原则的做法。<sup>⑥</sup>

尽管如此，勘验仍然具有其自身独特的优势，在有些情况下其他证据形式难以将其取代。第一，实地勘验有助于仲裁庭在案件中获得第一手资料和具体直观的感受，包括可以获得有益的案件信息和思路启发，从而更好地理解其面临的问题。<sup>⑦</sup>因此，在 *Burlington 诉厄瓜多尔案* 中，仲裁庭向双方建议，对不同地点的实地调查将有助于理解与反请求有关的几个关键问题，如土壤和地下水污染、专家的取样方案、土地利用、街区和特定地点的地形以及双方专家采用的大量的模型和略图（*delineation*）。<sup>⑧</sup>第二，现场勘验可用于评价和核实已经记录在案的证据。现场勘验获取的信息可能会对仲裁庭评价证据产生重大影响，甚至会改变案件的结果。在有些典型的情况下，勘验的价值会得以突出体现。比如，当事各方的专家提供了同样具有说服力但相互矛盾的证词，并辅以照片或其他书证，仲裁庭在检查现场条件的基础上可能有助于作出公正的判定。<sup>⑨</sup>

## 二、国际争端解决中现场勘验的运用

### （一）其他国际争端解决机制中现场勘验的运用实践

在国家间的争端解决实践中，国际常设法院、国际法院以及一些临时仲裁庭对现场勘验都有一定程度的运用，尽管总体上数量有限。

在盖巴斯科夫—拉基玛洛水电站项目（匈牙利诉斯洛伐克）案中，依据《国际法院规则》第 66 条，应当事双方的要求，国际法院在第一轮和第二轮口头答辩之间实地调查了多瑙河上的水电站大坝项目。<sup>⑩</sup> 当事双方达成了勘验协议，对勘验事项作出了共同安

<sup>⑤</sup> 1999 IBA Working Party and 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee, *Commentary on the Revised Text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, p.22, <https://www.ibanet.org>, last visited Mar.29, 2022.

<sup>⑥</sup> Meg Kinnear & Randi Ayman, *Site Visits in ICSID Arbitration*, in *International Arbitration under Review: Essays in Honour of John Beechey*, Andrea Carlevaris et al. (eds.), ICC Publication No. 772E, 2015, p.247.

<sup>⑦</sup> *Id.*

<sup>⑧</sup> *Burlington v. Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Counterclaims, 7 Feb. 2017, para.76.

<sup>⑨</sup> Michael J Altschuler, *Seeing is Believing: The Importance of Site Visits in Arbitrating Construction Disputes*, in *AAA Handbook on Construction Arbitration and ADR*, 3rd ed., American Arbitration Association (ed.), 2016, p.93.

<sup>⑩</sup> 《国际法院规则》第 66 条规定：“法院得主动地或根据当事国一方的请求随时决定执行其在与案件有关的地点或场所搜集证据的职务，但须遵从法院在查明当事国双方的意见后所决定的条件。必要的安排应按照规约第 44 条作出。”

排。在双方代理人和技术顾问的陪同下,法官们实地调查了涉案地区,并且基于专家提供的技术解释,得以有效地向两国代表提出事实方面的问题。<sup>⑪</sup>

在孟加拉湾海洋边界仲裁案中,因孟加拉国和印度之间海上边界存在争端,双方诉诸仲裁。在该案中,仲裁庭利用直升机和气垫船对相关海域情况进行了细致勘验,并且根据程序令,这些活动的照片和录像片段被正式采纳为证据,对案件的审理发挥了重要作用。<sup>⑫</sup>

在基申甘加水坝仲裁案中,巴基斯坦担心印度水电站的建设和未来运营对水流的影响,因此提起仲裁。专家组面对大量的技术数据和科学问题,在处理复杂的事实时,适当地利用了现场勘验。仲裁庭在程序令中对勘验作出了非常详细的安排。在该案中,现场勘验期间获得的信息引起了各方当事人的重视和意见反馈,对于仲裁庭全面理解和查明事实提供了帮助。<sup>⑬</sup>

## (二) 国际投资仲裁中现场勘验的运用实践

在许多国际投资仲裁案件中,仲裁庭准许通过现场勘验收集证据。比如,在 *Marion Unglaube* 诉哥斯达黎加案中,申请人指控哥斯达黎加基于“环境条例”间接征用其位于海滩上的财产而未支付赔偿金。被申请人提出抗辩,称其行为目标是维护公共利益,即保护该国濒临灭绝的橄榄龟(Olive Ridley turtles)。出于“对特定地区有更深入了解的愿望”,仲裁庭同意了勘验请求,并与当事人双方到哥斯达黎加的相关海滩勘验现场。<sup>⑭</sup> 在 *Elsamex* 诉洪都拉斯案中,仲裁员实地调查了洪都拉斯一个有争议的公路修复项目的15个地点。仲裁庭依据调查结果,拒绝接受一方当事人的损害赔偿专家的结论,这些体现在裁决书的几个部分之中。<sup>⑮</sup> 在 *Burlington* 诉厄瓜多尔案中的现场勘验,与厄瓜多尔基于环境保护提出的反请求有关,仲裁庭选择调查某些石油生产区,通知双方勘验的目的是有争议的土壤污染和土地利用问题。在仲裁庭的引导下,当事双方达成勘验协议,而且相关安排被并入到程序令之中,全面涉及了勘验场所信息,仲裁庭和双方参与人员,保密与豁免,以及交通、安全、食宿等事项。此外,现场勘验中的交流以英语和西班牙语进行,并配有同声翻译。勘验过程通过音频和视频记录,记录的内容包括:双方的陈述,仲裁庭的提问,对仲裁庭提问的回答,以及仲裁庭要求记录的现场的所有特征。<sup>⑯</sup> 在 *Enkev* 诉波兰案中,仲裁庭任命了一名专家实地调查,仲裁庭指出,专家的职责实质上是永久地记录他和当事人认为与争端有关的事项;而且,在现场调查期间,他应该可以自由地以最有用和最有效的方式解释他的职责,行使基于其专业的自由裁量权。<sup>⑰</sup>

<sup>⑪</sup> Eduardo Valencia-Ospina, *Evidence before the International Court of Justice*, Int'l L Forum du droit international, 1999, Vol.1, p.205.

<sup>⑫</sup> Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration, *Bangladesh v. India*, Award, 2014, paras.18-26.

<sup>⑬</sup> Indus Waters Kishenganga Arbitration, *Pakistan v. India*, Award, 2013, paras.33-40 and 77-88.

<sup>⑭</sup> *Marion Unglaube v. Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/08/1, Award, 16 May 2012, para. 165.

<sup>⑮</sup> *Elsamex v. Honduras*, ICSID Case No. ARB/09/4, Award, 16 Nov. 2012, paras. 382, 477-479.

<sup>⑯</sup> *Supra* note 8, at paras.18-25.

<sup>⑰</sup> *Enkev v. Poland*, UNCITRAL, PCA Case No. 2013-01, First Partial Award, 29 April 2014, paras.39-40.

在有些国际投资仲裁案件中,仲裁庭否决了现场勘验请求。比如,在 Micula 诉罗马尼亚案中,当事方提出现场勘验的请求,仲裁庭予以拒绝并同时强调,只是在该阶段看来,仲裁庭认为现场勘验不会对仲裁庭有所启发,并且邀请当事方在实体审理阶段重新申请,如果那时仍然希望现场勘验的话。<sup>⑮</sup>此后,申请人再次提交了现场勘验申请,具体说明现场勘验将有助于证明或反驳某些主张。<sup>⑯</sup>仲裁庭在仔细考虑了每一方的立场并审查了记录在案的证据后认为,现场勘验对解决争端没有必要,也没有帮助,最终驳回了现场勘验申请。

### 三、投资仲裁庭命令现场勘验：法律依据与权力属性

在国际争端解决领域,关于勘验的明确规定较为少见。就国际法院而言,《国际法院规约》第 44 条第 2 款<sup>⑰</sup>涉及“就地收集证据”,可理解为包涵了现场勘验这一取证形式,《国际法院规则》第 66 条实际上也涉及了现场勘验。<sup>⑱</sup>不过,在国际投资仲裁领域,存在相当数量的成文规则,或直接或隐含地对现场勘验作出了规定。不管怎样,仲裁庭命令现场勘验的权力并不依赖于成文规则,这属于其固有权力的范畴。

#### (一) 成文规则的考察

对于 ICSID 仲裁和非 ICSID 仲裁,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,但是不适用于具有自足性的 ICSID 仲裁程序。笼统而言,国际投资仲裁证据规则的渊源包括:国内法、国际条约、仲裁规则以及其他国际软法比如《IBA 证据规则》。<sup>⑳</sup>

《ICSID 公约》和《ICSID 仲裁规则》授权仲裁庭进行现场勘验和询问。<sup>㉑</sup>《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第 24(2)条、26(1)(b)条涉及勘验。此外,一些国家的仲裁法也明确规定了现场勘验。比如《英国仲裁法》第 38(4)(a)条和《荷兰民事诉讼法》第 1022b 条。即使没有此类明确规定,也不意味着缺乏明确的国内法依据,国内法可能会规定仲裁庭关于证据收集方面的一般性授权,其中包括命令现场勘验的权力。<sup>㉒</sup>

<sup>⑮</sup> Micula v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, Final Award, 11 Dec. 2013, para.58.

<sup>⑯</sup> *Id.*, at para.113.

<sup>⑰</sup> 《国际法院规约》第 44 条第 2 款规定:“为就地 (on the spot) 收集证据而须采取步骤时,适用前项规定。”

<sup>⑱</sup> 《国际法院规则》第 66 条规定:“法院得主动地或根据当事国一方的请求随时决定执行其在与案件有关的地点或场所搜集证据的职务,但须遵从法院在查明当事国双方的意见后所决定的条件。必要的安排应按照规约第 44 条作出。”

<sup>⑳</sup> 关于《IBA 证据规则》在国际投资仲裁中的适用问题,参见崔起凡:《国际投资仲裁中的特权权》,载《国际经济法学刊》2018 年第 3 期,第 100 页。

<sup>㉑</sup> 《ICSID 公约》第 43(b)条规定:“仲裁庭可以在诉讼的任何阶段认为必要时,……勘察与争议有关的现场,并在现场进行其认为适当的调查。”《ICSID 仲裁规则》第 34(2)(b)条大致重复了公约第 43 条的上述规定;第 37(1)条进一步规定:“如果仲裁庭认为有必要勘察与争议有关的任何地方或在那里进行询问,则应为此发布命令。命令须订明勘察的范围或询问的主题、时限、须遵循的程序及其他详情。双方可参与任何勘察或询问。”

<sup>㉒</sup> 比如,《德国民事诉讼法》第 1042 条第 4 款规定:“如当事人没有约定,且本编也没有规定,则仲裁庭应以其认为适当的方式进行仲裁……”

就仲裁规则而言,除了上述《ICSID 仲裁规则》第 43(b) 条的规定,为数不多的国际仲裁规则明确授予仲裁庭进行现场勘察的权力。比如,《伦敦国际仲裁院仲裁规则》规定仲裁庭有权根据任何一方的申请或依职权命令任何一方提供“其控制下的场地或物品……以供仲裁庭、任何其他当事方、该当事方的任何专家和仲裁庭的任何专家进行勘察”。<sup>⑤</sup>此外,2019年《北京仲裁委员会国际投资仲裁规则》涉及“现场勘察或询问”,其第 26 条第 2 款明确规定:“仲裁庭可以自行或应一方当事人在仲裁庭规定期限内提交的合理申请:……2. 对与争端有关的现场进行勘察,并在现场进行询问;双方当事人有权参加勘察和询问。2017年《中国国际经济贸易仲裁委员会国际投资争端仲裁规则》第 39 条第 2 款可以作为勘察的依据,只是该款的适用具有两个限制:其一,它是在仲裁庭指定专家或鉴定人的前提下进行的勘察;其二,勘察对象限于文件或财产、实物,没有明确涉及场地。<sup>⑥</sup>不过,该规则第 7 条的规定对此可以起到弥补的作用,根据这一规定,仲裁庭在认为必要时,可以调查事实,收集证据;在仲裁庭调查取证时,可以通知当事人到场。据此,仲裁庭调查取证的具体方法可以解释为包括现场勘察或实地调查。

在其他国际仲裁规则之下,仲裁庭进行现场勘察的权力隐含在其获取证据、管理程序的一般性授权之中。比如,根据《UNCITRAL 仲裁规则》,现场勘察可以归类于第 27(3) 条规定的仲裁庭可能要求各方提供的“其他证据”;此外,根据其第 18(2) 条,仲裁庭有权“在其认为适合进行审议的任何地点举行会议”或“出于任何其他目的举行会议,包括听证”,这也为现场勘察的权力行使提供了可能的解释空间。

作为具有代表性的国际软法,《IBA 证据规则》在国际仲裁界获得了广泛认可。在一些国际投资仲裁程序中它得到了正式援引,在另外一些仲裁程序中被用作一个宽泛的指南,在考虑具体案情的基础上适当变更后予以适用。<sup>⑦</sup>《IBA 证据规则》第 7 条专门规定了勘察。此外,2016年《贸易法委员会关于安排仲裁程序的说明》第 16 条(第 108 至 113 段)也规定了“对财产或货物进行勘察”,并且对勘察安排作出了基本的要求。

## (二) 仲裁庭这一权力的属性:固有权力

即使缺乏上述明确的规则,仲裁庭也有权命令勘察。有学者指出,仲裁规则未具体处理的任何问题属于法庭的自由裁量权范围,只要尊重当事各方获得平等对待和陈述意见的权利即可。与大多数现代仲裁规则一样,《UNCITRAL 仲裁规则》只包含个别与证据有关的条款,仲裁庭在必要时需要行使广泛的程序自由裁量权,以填补规则中的空白并对其进行解释。<sup>⑧</sup>

国际仲裁庭命令现场勘察属于其固有权力范畴。一些国际仲裁权威专家,比如加

<sup>⑤</sup> 《伦敦国际仲裁院仲裁规则》第 22.1 条下的第 4 项。

<sup>⑥</sup> 《中国国际经济贸易仲裁委员会国际投资争端仲裁规则》第 39 条第 2 款规定:“仲裁庭有权要求当事人、当事人也有义务向仲裁庭指定专家或鉴定人提供或出示任何有关资料、文件或财产、实物,以供专家或鉴定人审阅、检验或鉴定。”

<sup>⑦</sup> 同前注<sup>⑥</sup>,第 100 页。

<sup>⑧</sup> M. Aghahosseini, *Evidence before the Iran–United States Claims Tribunal*, Int'l L Forum du droit international, 1999, Vol.1:4, p.208.

里·伯恩明确提出这一立场。他认为,主要的机构规则通常授予仲裁庭在国际仲裁中关于取证的广泛自由裁量权,尽管通常没有明确提及命令各方开示或披露证据的权力。然而,这些权力确实存在,无论是否有任何明确授权,命令开示或披露证据的权力是国际仲裁庭的职责所固有的。在特定案件中,这并不意味着仲裁庭有义务发布这样的命令,而是(在没有相反协议的情况下)让仲裁庭自行决定。<sup>②⑨</sup> 不仅国际投资仲裁庭,其他国际法庭(或仲裁庭)都被认为享有同样的固有权力。<sup>③①</sup>

“固有权力”是因职位、地位或身份而必然产生的权力。<sup>③①</sup> 也就是说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,只有当在特定的争端解决中为履行其司法职责必要时才能够实施,这就是它具有正当性的理由,<sup>③②</sup> 其实施不依赖于明文规定,固有权力的内容取决于权力实施的具体情境。这构成一项可反驳的推定,即当事人同意将一个国际投资争端提交仲裁,也就意味着同意授予仲裁庭相关的必要权力。通过现场勘验补充收集证据或者查明事实,是履行查明事实职责的基本手段,所以命令现场勘验属于仲裁庭固有权力的范畴。

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的,也可以是明示的。不管经过明确或默示的授权,投资仲裁庭总可以依据固有权力有效地解决争端,以有效履行其职责。<sup>③③</sup>

## 四、现场勘验中仲裁庭与当事方的法律地位

### (一) 仲裁庭启动勘验程序的裁量权及其界限

仲裁庭在证据收集方面享有广泛的自由裁量权,在仲裁理论与实践已获得广泛认可。依据《IBA 证据规则》第7条的规定,仲裁庭可“在其认为适当的情况下”发出勘验(包括现场勘验)的命令,这明确确认了在是否启动勘验的问题上,仲裁庭享有的自由裁量权。

仲裁庭有权自行决定进行勘验,当事人也可以提出勘验请求,不过最终要由仲裁庭决定。如果仲裁庭认为争议问题不需要现场勘验,它有权拒绝进行勘验,即使双方当事人都如此要求。比如,在 Santa Elena 诉哥斯达黎加案中,当事各方建议,仲裁庭应安排对哥斯达黎加境内作为争议标的相关财产所在地进行现场勘验。仲裁庭经过审议,通知双方它只考虑在口头审理结束后安排现场勘验,条件是仲裁庭届时认为现场勘验会有助益。不过,尽管在仲裁程序中多次审议了现场勘验问题,仲裁庭最终得出结论,没有必要

<sup>②⑨</sup> Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2nd ed., Netherlands: Kluwer Law International, 2014, p.2353.

<sup>③①</sup> Chester Brown, *A Common Law of International Adjudication*, U.K.: Oxford University Press, 2007, p.111.

<sup>③②</sup> Brayan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 8th ed., America: West, 2004, p.3709.

<sup>③③</sup> Chester Brown, *the Inherent Powers of International Courts and Tribunals*, *British Yearbook of International Law*, 2005, Vol.76:1, pp.222-229.

<sup>③④</sup> 崔起凡:《论国际投资仲裁中东道国的证明妨害及其救济》,载《仲裁研究》2015年第2期,第41页。

进行现场勘验。<sup>③④</sup>

不过,仲裁庭在一些情况下不适宜决定现场勘验,《IBA 证据规则》对相关情况集中进行了归纳。根据其第 9.2 条,仲裁庭应当依据一方当事人的请求或自行决定,将属于以下情况的勘验排除在证据或出示范围之外:1. 缺乏与案件充分的关联性或足够影响案件结果的重要性;2. 根据仲裁庭决定适用的法律或职业规范,存在法律障碍或特免权;<sup>③⑤</sup>3. 会给被请求方(在勘验的情况下通常指勘验场所或物品的控制方)造成不合理负担,比如严重影响其商业运营;4. 证据的丢失或毁损已被证明具有合理可能性,这一点仅在勘验标的是动产的情况下可以适用;5. 仲裁庭认定商业保密或技术保密理由具有说服力,这是基于秘密保护的需要而作为否定勘验的理由,条件是经过权衡双方利益,保密利益重于事实查明的利益;6. 仲裁庭认定特殊的政治或机构敏感性(包括被政府或国际公共机构归类为机密的证据)理由具有说服力,比如勘验场所涉及东道国的重要军事秘密;7. 仲裁庭认定基于程序的经济性、比例性和公平,以及平等对待当事人的考虑具有说服力。鉴于现场勘验可能费时费力,仲裁庭应在开始现场勘验之前权衡成本和收益,<sup>③⑥</sup>这一点即体现了《IBA 证据规则》第 9.2 条第 7 项的经济性和比例性要求。实践中仲裁庭通常会进行权衡,甚至会考虑是否存在可替代的证据收集方法,因为在现代仲裁实践中现场勘验的功能有时可以通过使用模型、照片、图纸和视频等视觉辅助工具来替代,甚至可以通过租用直升机制作视频,以了解相关场所和物品。<sup>③⑦</sup>此外,第 9.2 条中的第 7 项也要求仲裁庭在决定是否以及如何勘验时考虑当事各方的平等对待问题。

## (二) 仲裁庭就具体勘验安排与当事方的协商义务

在现场勘验中,争端各方的合作对于勘验效果通常发挥关键作用。大多数涉及勘验的成文规则规定,现场勘验的任何具体安排只能在与各方协商后决定。在有些国家间的仲裁中,现场勘验需要获得当事各国达成协议,否则不会进行。<sup>③⑧</sup>以往国际争端解决实践也一再表明,通常情况下需要双方密切参与筹划勘验的程序和方式,这被视为成功实施现场勘验的关键因素。<sup>③⑨</sup>

《IBA 证据规则》第 7 条赋予仲裁庭决定勘验的时间和具体安排的权力,同时要求仲裁庭需要“与当事各方协商”。这是一项重要的要求,可以避免给当事人造成突袭效果,同时有利于双方接受勘验的具体安排,协商过程使每一方都有机会表达自己的关切,并提出建议,以解决仲裁庭可能遇到的具体勘验问题。实际上,如果当事方之间达成协议,那么调查就更有可能会顺利进行,仲裁庭只有在必要的情况下(比如双方产生了无法弥合的分歧),才须介入勘验事项的具体安排。

<sup>③④</sup> Santa Elena v. Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, 17 Feb. 2000, para.14 and its footnote.

<sup>③⑤</sup> 关于特免权的详细论述,可以参见前注<sup>②②</sup>,第 97-108 页。

<sup>③⑥</sup> *Supra* note 6, at 247.

<sup>③⑦</sup> *Supra* note 4, at paras.6, 148.

<sup>③⑧</sup> 张卫彬:《国际法院证据问题研究》,法律出版社 2012 年 6 月版,第 35-36 页。

<sup>③⑨</sup> F. Meadows, *The First Site Visit by the International Court of Justice*, LJIL, 1998, Vol.11:3, p.606.

### （三）当事方的正当程序权利

现场勘验中往往涉及当事方的正当程序权利问题。这里的正当程序权利包括三个方面的内容：其一，到场见证的权利，它也是了解勘验信息和陈述意见的权利的前提与基础；其二，陈述意见的权利，就勘验过程涉及的问题当事人有发表意见的机会；其三，当事人的平等对待权利，包括仲裁员应当给予双方平等陈述意见的机会。

双方及其代表有权参加任何勘验，因为勘验过程中发生的事情的透明度对于确保双方的公平以及陈述意见至关重要。如果勘验的目的是收集证据，透明度尤其重要。如果一方当事人不知道仲裁庭或另一方当事人的专家获知了什么内容，或者仲裁庭得到了关于某一问题的什么解释，那么该当事人可能处于不利地位。

公平对待各方也是一个重要的考虑因素。当仲裁庭命令进行勘验时，它必须确保为勘验制定的程序和安排对各方公平。这一因素的考虑体现在《IBA 证据规则》第 9.2 条第 7 项规定的拒绝勘验理由之中。因此，仲裁庭可能需要采取一些保障措施，以确保一方当事人不会因与勘验有关的安排而获得相对另一方而言不公平的优势。为此，《贸易法委员会关于安排仲裁程序的说明》指出，如果对财产或货物进行现场勘验，仲裁庭需要考虑作出必要安排，确保所有当事人能够亲自到场或者派代表到场，避免仲裁员与当事人在另一方当事人不在的情况下就争议点进行沟通。<sup>⑩</sup> 有学者指出，在执行决定时，仅在一方在场的情况下进行勘验可能会对胜诉方产生潜在的损害，即导致裁决最终遭遇撤销或拒绝执行。<sup>⑪</sup>

### （四）当事方的善意合作义务

首先，勘验的进行及其效果依赖于双方基于善意达成勘验安排的具体协议，勘验涉及诸多繁杂事项，尤其需要当事方善意协商以及执行过程中的合作。比如，在 Burlington 诉厄瓜多尔案中，双方的协议规定了实地调查的范围，共享的现场信息包（joint site information packets）的准备，说明了现场勘验之前的预先调查，规定了现场访问行程和时间表，保密制度以及豁免问题，并涉及其他杂项事务，如交通和安全，住宿，食品，安全和健康。<sup>⑫</sup> 这些事项的善意协商有助于实现勘验的顺利进行和良好效果。

其次，一旦决定进行现场勘验，各方就必须为仲裁庭的工作提供便利，尤其是勘验的场地或物品处于一方当事人控制的情况下。有些国际条约或规则明确提到了国际争端解决涉及勘验时当事人的这种善意合作义务，比如《联合国海洋法公约》附件七第 6 条。《IBA 规则》第 9.7 条也适用这种情况，它规定如果控制勘验物的一方当事人拒绝配合，可能构成该方未能遵守关于“相关证据”的勘验命令，则仲裁庭有权根据情况对不合作方作出不利推定。不管有无明确的适用规则，当事方善意合作的义务都要求如此行事，

<sup>⑩</sup> *Supra* note 3, at paras.111, 113.

<sup>⑪</sup> *Supra* note 4, at paras.6, 150.

<sup>⑫</sup> *Supra* note 8, at para.19.

而且,当事方应当遵守仲裁命令,允许勘验的参与人员进入这些地点并提供技术协助。<sup>④③</sup>

最后,勘验的具体安排也应善意地照顾到控制勘验场所的一方当事人的利益。在现场勘验的过程中,在满足勘验目的的情况下,仲裁庭和另一方当事人在具体安排上应当考虑对勘验场所的生产经营活动尽量避免产生不必要的不良影响。

## 五、国际投资仲裁中现场勘验的具体事项

一旦仲裁庭决定勘验,应当与当事人协商确定勘验的具体安排,并将相关必要内容体现于程序令之中。仲裁庭应当根据案件的需要、当事方的态度以及勘验的目的作出适当的安排。通常具体的勘验安排涉及如下几个方面的内容。

### (一) 勘验的目的

一旦作出勘验决定,就应该对确切的勘验目的达成共识。勘验的目的直接影响到勘验如何具体安排,比如仲裁庭是否应当指定专家参与到勘验之中。仲裁庭应与当事各方协商,确定现场勘验的目的,比如,勘验用于为仲裁庭提供充分的技术支持,以理解和评价已采纳的证据或将要采信的证据;或者,勘验用于补充收集证据和进一步查明案件的争议事实。

### (二) 时间安排

涉及勘验的相关规则(比如《IBA 证据规则》),通常不会规定勘验的具体时间安排。关于勘验的时间安排,各方可能会从自身利益而不是从最适合案件需要的角度考虑予以确定,因而可能产生分歧。如果分歧无法解决,仲裁庭将不得不作出最终决定。有观点认为,从书面陈述结束到听证会开始这段时间被认为是组织勘验的合适时机。<sup>④④</sup>不过,这是就一般而言的观点,具体案情不同,适宜的时间安排也可能不同。有学者指出,如果现场勘验旨在为证据评价提供一个总体框架,则应尽早进行,可以在获取任何其他证据之前进行现场勘验,以澄清存在争议的问题。不过,如果现场勘验用于证明或反驳争议事实,则在援引其他证据之后,现场勘验可能更为合适,通过勘验可以确认争议中的未决问题。<sup>④⑤</sup>比如,在 Burlington 诉厄瓜多尔案和 Marion Unglaube 诉哥斯达黎加案中,当仲裁庭有正当理由相信记录在案的证据实际上不足以解决争端时,才会进行现场勘验,而这种勘验是补强证据价值的最佳方式。

### (三) 勘验参与人的确定

《IBA 证据规则》第7条明确指出,双方及其代表有权参加任何勘验。这是其正当程序权利的重要体现。事实上,各方及其代表最好尽量参与现场勘验。因为他们的积极

<sup>④③</sup> M Benzing, *Evidentiary Issues*, in *The Statute of the International Court of Justice*, 2nd ed., A Zimmermann et al.(eds.), U.K.: Oxford University Press, 2012, pp.1234-1275.

<sup>④④</sup> D Anderson, *Article 81*, in *The Rules of the International Tribunal for the Law of the Sea: A Commentary*, P. Chandrasekhara Rao and P. Gautier (eds.), Netherlands: MartinusNijhoff, 2006, pp.229- 230.

<sup>④⑤</sup> *Supra* note 6, at 255-256.

有效参与可以提升勘验的效果,不仅可以随时协商安排勘验涉及的细节问题,而且可以为此后的发表意见或庭审辩论奠定扎实的基础。

为获得专业支持,仲裁庭有权委托专家参与勘验,当事人也可委托自己的专家。依据《IBA 证据规则》第7条,仲裁庭有权自行勘验,或者要求仲裁庭指定的或者当事人指定的专家进行勘验。仲裁庭是否委托专家的决定,取决于案件需要。专家在现场勘验期间扮演的角色应予以明确。专家在进行勘验时,是否应获准自行进行调查,或者专家是否应仅在当事方在场的情况下进行调查,或在仲裁庭成员在场的情况下进行。<sup>④⑥</sup> 这些问题必须由当事人和仲裁庭讨论,最好记录在程序令之中。

在有些特殊的情况下,仲裁庭决定不参与现场勘验是可能的,比如,勘验的目的是收集样本,仲裁庭可能认为无需亲自参与而只是委托专家进行。在有些情况下,仲裁庭可以决定或者当事方可以商定,双方律师不参与勘验。律师的参与会产生问题是,律师可能会妨碍双方专家之间为缩小争议范围而进行的建设性讨论。不过,律师参与也有好处,比如在出现意外问题的情况下,律师可能会确定一种解决方案,以推进勘验的继续进行;而且,如果仲裁庭或其指定的专家希望向当事方代表提问,律师的参与可协助确保“公平竞争”。<sup>④⑦</sup>

#### (四) 食宿与行程安排

双方达成的勘验协议应当列明行程表,包括安排交通、住宿、安全和膳食。

行程表中应当指明经过哪些不同的地点,在这些地点,调查或者察看重点是什么,这样有利于确保当事各方做好相应准备,促使勘验的顺畅进行。当事方还可以考虑对相关场地或物品进行预先调查,以确定仲裁庭在勘验期间应关注什么。<sup>④⑧</sup> 双方应确保在现场勘验之前,现场控制方准备开放所有区域,包括可能隐藏争议问题的区域。不过,仲裁庭可自由进入的建设项目除外(例如,该项目为道路、广场、公共建筑),在这种情况下,如果仲裁庭决定在当事各方未出席的情况下自行勘验现场,则必须向当事各方提供其对现场的调查结果以及就此调查结果发表意见的机会。<sup>④⑨</sup>

为确保中立,仲裁庭各成员应一起或在双方陪同下往返现场。通常,不得仅接受一方的交通服务,作为控制方的当事人不应提供任何午餐或晚餐休息时间,因为这会使另一方处于不利地位。<sup>⑤⑩</sup>

勘验的进行还有必要安排安全措施,为参与方提供安全保障。此外,现场勘验通常是保密的,仲裁庭应就勘验的保密程度与各方协商,因为所收集的任何证据都可能被纳

<sup>④⑥</sup> Marc Blessing, *The Arbitral Process Part III: The Procedure Before the Arbitral Tribunal*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, 1992, Vol.3:2, pp.36-37.

<sup>④⑦</sup> Roman Khodykin et al., *A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, U.K.: Oxford University Press, 2019, p.561.

<sup>④⑧</sup> *Supra* note 6, at 256.

<sup>④⑨</sup> Bernhard Berger and Franz Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 2nd ed., Switzerland: Stämpfli Verlag AG, 2010, p.353.

<sup>⑤⑩</sup> See e.g., Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration, Procedural Order No.1, 28 Aug. 2013.

入适用于整个仲裁的保密机制之中。<sup>⑤①</sup>

### （五）勘验中的交流与沟通

仲裁庭应确定现场勘验期间使用的语言（通常与仲裁程序使用的语言相同），并确保提供任何必要的翻译。双方应商定谁陪同仲裁员并讲述勘验现场的情况，谁应回答仲裁庭可能提出的任何问题，以及各方可在多大程度上提出问题、反对对方主动提供的信息。<sup>⑤②</sup>

勘验场所或物品的控制方的雇员或代表可能被安排向仲裁庭提供说明和解释，这些解释的性质不同于这些人员将来在庭审中作为事实证人作出的陈述，通常在仲裁程序中不作为证言对待。<sup>⑤③</sup>

双方可能希望明确约定，在勘验过程中，任何一方代表都不会试图主张本方的立场或论点，或者约定除非另一方的法律顾问在场，否则仲裁庭不会与一方代表进行对话。《贸易法委员会关于安排仲裁程序的说明》也明确要求，仲裁员应避免与某一方的代表、律师或者专家进行私下交流。

如果有律师在场，仲裁庭可能会热衷于向每一方的专家提问，以便更好地了解勘验情况以及双方之间的任何技术问题。有学者建议，在勘验期间，如果仲裁庭观察到他们认为对争端有重大影响的事项，应提请双方注意，以便双方都有机会发表意见。<sup>⑤④</sup>

### （六）勘验记录和证据使用

仲裁庭通常应发出指示，说明是否以及如何记录和分发勘验的信息以及由此产生的任何证据。<sup>⑤⑤</sup> 比如，由仲裁庭进行拍照并与当事方分享，此后作为勘验记录的附件。

可以考虑对仲裁庭和当事方的意见进行现场记录。不过，仲裁庭和当事方应认真考虑是否需要实时记录参与者之间进行的任何提问和回答。虽然完整记录可能有用，但在某些情况下，它带来的形式化和延时可能会妨碍参与者进行有益的对话。<sup>⑤⑥</sup>

仲裁庭必须有一个清晰的设想并体现于程序令，即哪些将成为证据，哪些将被视为解释性的材料，类似于律师的陈述。<sup>⑤⑦</sup> 程序令应明确指出当事人可否就其观察在勘验之后提出意见，以及如何提出意见。如果现场勘验用于收集证据，协议应确定如何进行勘验记录（例如，通过视频、照片、勘验记录），在现场勘验期间或之后双方是否进行交叉询问，以及是否有权提出反驳证据。在证据采纳（entered on the record）之前，还应给予当

<sup>⑤①</sup> Bernd Ehle and Courtney Furner, *Eyeopeners – The Enlightening Effect of Site Visits in Construction Disputes*, Dispute Resolution international, 2018, Vol.12:2, p.189.

<sup>⑤②</sup> *Supra* note 6, at 256.

<sup>⑤③</sup> *Supra* note 3, at para.113.

<sup>⑤④</sup> Tobias Zuberbühler et al., *IBA Rules of Evidence: Commentary on the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, Switzerland: Schulthess, 2012, p.149.

<sup>⑤⑤</sup> *Supra* note 47, at 563.

<sup>⑤⑥</sup> *Supra* note 4, at paras.6.151.

<sup>⑤⑦</sup> *Supra* note 6, at 256.

事人对证据发表意见的机会。<sup>⑤⑧</sup>

### （七）费用的分配

由于现场勘验的费用可能很高,因此勘验协议或程序令中应当具体说明如何分配这些费用。在仲裁中常有的情况是,败诉方承担仲裁费用,包括任何现场勘验产生的费用。不过,有些仲裁规则规定仲裁庭可根据案件情况决定在双方当事人之间分摊费用(比如,2012年《PCA 仲裁规则》第42条第1款)。程序令可以明确规定由某一方承担现场勘验的费用,也可以规定由双方分担。

## 六、国际投资仲裁中勘验问题的应对建议：代结论

在国际投资仲裁实践中,现场勘验具有其自身的独特优势和特点,在一些具体案件可以发挥不可替代的作用。仲裁庭一旦决定予以应用,往往可能对案件审理结果产生实质影响。在国际投资仲裁中,为更为充分地发挥现场勘验的作用,可以从以下几个方面入手进行应对。

### （一）仲裁机构或相关国际组织

仲裁机构或者国际组织如国际律师协会应当加强“指南”“勘验指令范本”等软法的建设。仲裁员、律师通常不擅长于现场勘验活动,他们的执业经历更擅长其他证据形式,经验和习惯方面的原因可能导致他们不倾向于现场勘验的运用。相关软法的发展可以帮助其适应并驾驭案件所需的勘验活动。

### （二）仲裁庭

勘验所涉诸多事项需要仲裁庭预先确定和各方善意合作。仲裁庭应当基于双方意见,充分权衡成本和收益,必要时寻求专家的意见。如果确有必要进行现场勘验,仲裁庭应确保事先决定与勘验有关的每一个复杂问题。同时,在仲裁庭允许当事方谈判此类条件的情况下,应注意确保此类谈判不会导致诉讼程序的拖延。作为一个可行的选择,仲裁庭可以为这种谈判规定一个时间期限,在谈判结束时,在没有达成一致意见的情况下,仲裁庭可以通过程序令来确定这些错综复杂的问题。不过,应优先考虑当事方的谈判,这样有利于促进勘验过程中的信任和合作氛围的营造。此外,仲裁庭应注意现场勘验实施的程序和具体细节,避免违反正当程序。

### （三）当事方

当事方应当能够妥善运用“勘验”这一相对特殊的证据形式。在具体案件中,可以基于案情和本方利益需要,充分阐述理由,基于利益和成本的衡量,说服仲裁庭作出是否进行现场勘验的决定。“细节决定一切”,妥当的勘验安排往往会为案件审理提供良好的助益效果。当涉及勘验问题的处理,当事方不仅应当注意维护其正当程序权利,展示必

<sup>⑤⑧</sup> *Id.*

要的善意,而且应当积极争取公平且适当的具体勘验安排,包括在必要的情况下指定本方专家参与其中并发挥适当的作用。

---

**Abstract:** As one of the four forms of evidence in international investment arbitration, inspection has its own disadvantages and advantages. The tribunal has the inherent power to order on-site inspection. In specific cases, the tribunal has extensive discretion on whether to apply on-site inspection, while it has the obligation to negotiate with the parties on specific inspection arrangements. The parties enjoy the right of due process in the process of on-site inspection and the obligation of good faith to cooperate. The inspection may involve many matters. The arbitration institution or international organization should strengthen the establishment of relevant international soft law. The tribunal and the parties should plan and arrange various matters involved in the on-site inspection properly in advance, so as to achieve the expected effects.

**Keywords:** international investment arbitration; on-site inspection; due process; discretion

---

(责任编辑:魏庆)

# 香港海事临时仲裁在内地法院财产保全的实证分析及理论探讨

李 慧\*

---

**内容提要** 本文针对内地法院在香港海事临时仲裁司法审查实践中出现的新情况、新问题,结合我国国情进行调研、深化分析,探讨海事临时仲裁保全制度的固有缺陷及其与我国法律间的衔接问题。在海事临时仲裁制度中寻求重点突破已成为亟待解决的问题,本文旨在扩大海事仲裁纠纷解决方式,遵循海事纠纷解决的发展规律,完善顶层设计,强化国家主权意识。为此,一方面立法者需要对海事临时仲裁制度在法律层面加以明确,不断修正完善现有的仲裁保全制度;另一方面,司法机关需要在海事临时仲裁财产保全等方面提供大力支持,以匹配国际海事司法中心的软环境建设,为目前国内外立法和海事法院实务提供宝贵经验。

**关键词** 香港海事临时仲裁 内地法院 财产保全

---

## 引 言

本文以香港海事临时仲裁在内地法院申请银行账户财产保全的案件为基础,导入临时仲裁的法律概念,分析内地法院对香港临时仲裁的保全,彰显司法对仲裁的支持与监督,探讨现有的规定及困境,并得出应完善法律制度的结论。

本文以实证为出发点进行探讨,在厦门海事法院审理的两件保全案件中,香港 Z 公司与内地 T 公司、案外人马来西亚 S 公司签订《租船合同确认书》,约定由 Z 公司作为出租人将船舶租赁给 S 公司运送河沙。T 公司作为履约担保人,就承租人 S 公司所负债务承担保证责任。合同约定争议解决方式为香港仲裁;同日, T 公司向 Z 公司出具《履约保函》,并声明保函项下责任提交香港高等法院解决。上述合同及保函签订后, Z 公司依约提供了船舶,但 S 公司的违约,导致 Z 公司的损失。Z 公司在多次索赔无果后,针对承租人 S 公司及担保人 T 公司在香港启动了临时仲裁程序。在仲裁过程中,为防止 T 公司转移财产, Z 公司向海事法院提起财产保全申请,请求冻结 T 公司的银行账户。<sup>①</sup>

---

\* 李慧,厦门海事法院海商庭法官助理。

① 厦门海事法院(2020)闽72财保17号、(2020)闽72财保18号民事裁定书。

法院在对基本法律关系、担保数额依法审核后,根据法律规定,裁定准予Z公司的申请。<sup>②</sup> T公司在法定期限内提出异议,认为申请人提出的账户保全不属于海事请求保全,请求法院撤销保全。法院在听证程序中,了解到Z、T公司对于案涉纠纷应在香港仲裁或香港高等法院诉讼存有争议,建议双方从节约诉讼成本的角度出发,以此次程序争议的处理为契机,将实体纠纷一次性化解。后双方当事人出具声明书放弃已在香港进行的仲裁,重新约定由厦门海事法院管辖案涉纠纷。此后,该案在法院的主持下达成调解,双方均向法院申请撤回财产保全申请及异议。

笔者借上述案件对三个法律适用问题进行理论探讨,第一是案涉纠纷属于香港临时仲裁,在《关于内地与香港特别行政区法院就仲裁程序相互协助保全的安排》(以下简称《两地仲裁保全安排》)无法适用的情况下,是否可以依据海事法律的规定进行保全;第二是若适用海事法律,申请人请求保全的对象并非法律规定的涉船财产海事请求,是否可以依法裁定予以保全;第三,在目前的法律框架下,虽不应对案涉当事人的银行账户进行保全,但基于保全的积极后果,本文着重探讨突破现有规则的可行性与必要性。

笔者希望借由上述问题的探讨,实现涉外临时仲裁在内地法院保全的“三步走战略”,第一步确保香港海事临时仲裁当事人可以依据《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》(以下简称《海事诉讼特别程序法》)就非涉船财产申请保全,确保其有法可依;第二步逐步放宽至允许香港非海事临时仲裁当事人在内地财产保全申请;第三步最终在内地临时仲裁制度试水成功,以国内法的形式确定临时仲裁后,确保所有涉外临时仲裁均可在内地法院申请财产保全,融入国际化舞台。

## 一、香港海事临时仲裁在内地法院财产保全概况

仲裁,是当事人在协议中约定以仲裁的方式化解纠纷。根据争议解决机构的不同,仲裁包括临时仲裁和机构仲裁。本文的论述重点为,对于在我国香港有悠久历史,但我国内地尚未普遍推广的临时仲裁,通过探讨临时仲裁中的保全问题,以小见大,针对香港临时仲裁司法审查实践中出现的新情况、新问题及时调研、深入研究,旨在强化国家主权意识,遵循海事纠纷解决的发展规律,强化顶层设计,扩大海事纠纷解决方式。

在现阶段,香港作为英美法系法域的典型及国际贸易中心,其临时仲裁在国际上占有一席之地。香港临时仲裁分为两类,包括接受机构管理及不接受机构管理的模式。因香港国际仲裁中心为香港最重要的仲裁机构,<sup>③</sup>为临时仲裁提供设施和服务,<sup>④</sup>故本文以其为代表论述香港临时仲裁;香港国际仲裁中心委任机构或为提供其他行政服务的

② 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国海事诉讼特别程序法〉若干问题的解释》第21条。

③ 龙振奕:《香港国际航运中心法律制度探析以香港仲裁制度为例》,载《广西政法管理干部学院学报》2013年第3期,第61-65页。

④ 李剑强:《香港仲裁机构的临时仲裁及其启示》,载《北京仲裁》2006年第3期,第82-95页。

机构制定相关程序。<sup>⑤</sup>除此之外,香港还存在工程师学会等不接受机构管理的临时仲裁模式。<sup>⑥</sup>

香港目前存在大量海事方面的临时仲裁,随着“一带一路”的推广,经济贸易、国际多式联运货物运输等跨境商事纠纷不断增加,与香港和内地均具有关联因素的海事纠纷将随之增多,香港海事临时仲裁也会越来越多。海事纠纷涉及资金流动及船舶跨境等需求,时间对于船舶而言及其重要,因海事案由、海事诉求、海事时效与临时仲裁高度契合,成为海事争端的最优选择。“在国际上……仲裁地点最多的当然是伦敦,其次是纽约、香港和新加坡”。<sup>⑦</sup>可见,香港实为海事临时仲裁重地。

### (一) 香港海事临时仲裁的优势

“临时仲裁,即按照当事人约定的规则或仲裁庭确立的规则进行的仲裁。”<sup>⑧</sup>“临时”,即非常设性,在个案解决后可自行解散。临时仲裁纠纷的当事人可以针对个案创设仲裁机制、程序、规则,当事人亦可授权仲裁员选择仲裁程序,是一种较为灵活的纠纷解决方式。临时仲裁的特点为“自己‘立法’,自己选‘法官’”。<sup>⑨</sup>因没有机构对临时仲裁进行管理,故临时仲裁的自主选择性较强。香港的海事临时仲裁具有区别于其他国家、地区的优势:

1. 制度优势。国家制度为香港海事临时仲裁提供保障,“十四五”规划的港澳部分提出要支持香港参与“一带一路”建设。充分发挥香港和澳门特有的优势,创新和完善各领域对外开放合作的体制和机制。在此背景下,香港通过修改及完善《仲裁条例》的方式,在临时仲裁领域不断提升其竞争力。<sup>⑩</sup>目前,香港司法独立指数位居世界前列。<sup>⑪</sup>

2. 人才优势。香港有为数众多的中立、专业、高效的仲裁员可供临时仲裁当事人挑选,司法人才配备齐全;<sup>⑫</sup>且仲裁员熟悉中英等多语种和粤语方言,仲裁当事人面临的语言障碍较小。另外,香港仲裁当事人还可以从世界各地选定仲裁员,选择权亦不受限。

3. 地缘优势。香港为我国“一国、两制、三法域、四法系”的地缘连接点,属于中华人民共和国的一部分,基于特别法的存在,又属于中华人民共和国的“特别”部分。跨境交易中,各方都不希望去对方的法域解决争议,但是香港作为“中立第三方”和“交

<sup>⑤</sup> 参见许进胜、陈曦:《中国涉外商事仲裁实务指引》,法律出版社2014年版,第46页。

<sup>⑥</sup> 陈芝兰:《中国临时仲裁制度的具体设计》,载《云南大学学报法学版》2007年版,第81-85页。

<sup>⑦</sup> 《司法解释理解与适用全集》,人民法院出版社2019年版,第76页。

<sup>⑧</sup> 韩健:《商事仲裁律师基础实务》,中国人民大学出版社2014年版,第35页。

<sup>⑨</sup> 《法足修行·揭开临时仲裁的神秘面纱(上)》,载360个人图书馆, [http://www.360doc.com/content/17/0218/00/9863105\\_630151565.shtml](http://www.360doc.com/content/17/0218/00/9863105_630151565.shtml),最后访问时间:2020年8月16日。

<sup>⑩</sup> 例如《仲裁条例》(第609章)生效后,香港与仲裁相关的法律框架再没有「本地仲裁」与「国际仲裁」在法定体制上的区别。

<sup>⑪</sup> 《香港法治指数始终在全球名列前茅 外交部:对香港的未来充满信心》,载 [https://www.sohu.com/a/448063419\\_162522](https://www.sohu.com/a/448063419_162522),最后访问时间:2022年5月25日。

<sup>⑫</sup> 香港的仲裁员包括众多大律师、工程师、会计师、测量师、建筑师等。

易促成者”，为内地和港澳台地区均可接受的中立地。<sup>⑬</sup> 根据香港国际仲裁中心的不完全<sup>⑭</sup> 统计数据，2013年以后，内地当事人案件数排名连年位于前列。<sup>⑮</sup>

4. 海事优势。香港目前存在大量海事方面的临时仲裁，随着“一带一路”的推广，经济贸易、国际多式联运货物运输等跨境商事纠纷不断增加，与香港和内地均具有关联因素的海事纠纷将随之增多，香港海事临时仲裁也会越来越多。海事纠纷涉及资金流动及船舶跨境流动等需求，因此时间对于船舶而言极其重要。而海事案由、海事诉求、海事时效等海事纠纷的特殊性与临时仲裁制度高度契合，临时仲裁成为香港海事争端的最优选择。

表 1 2010–2019 年香港海事临时仲裁数据统计<sup>⑯</sup>

年份	内地当事人案件数排名	海事领域占比
2019	2	14.4%
2018	2	15.1%
2017	2	8.8%
2016	2	21.6%
2015	2	18%
2014	1	15.5%
2013	1	11%（据香港国际仲裁中心海事仲裁组报告，其成员在 2013 年间被委任为仲裁员共 157 次。 <sup>⑰</sup> ）
2012	无统计数据	据香港国际仲裁中心海事仲裁组报告，其成员在 2012 年 163 次被任命为仲裁员
2011	无统计数据	38%（据香港国际仲裁中心海事仲裁组报告，其成员在 2011 年间被委任为仲裁员共 98 次。）
2010	无统计数据	17%（据香港国际仲裁中心海事仲裁组报告，其成员在 2011 年间被委任为仲裁员共 131 次。）

⑬ 杨玲：《香港国际仲裁中心（香港国际仲裁中心）与中国内地：趋势与机遇 I 仲裁圈》，载天同诉讼圈微信公众号，[https://www.360kuai.com/pc/9c095d065d94be40f?cota=4&kuai\\_so=1&tj\\_url=so\\_rec&sign=360\\_57c3bbd1&refer\\_scene=so\\_1](https://www.360kuai.com/pc/9c095d065d94be40f?cota=4&kuai_so=1&tj_url=so_rec&sign=360_57c3bbd1&refer_scene=so_1)，最后访问时间：2022 年 3 月 13 日。

⑭ 下文所述的包括香港国际仲裁中心统计在内的临时仲裁的数据均为不完全统计，其原因在于临时仲裁的保密性，而有效保障仲裁的保密性，《仲裁条例》（第 609 章）规定仲裁任何一方不得发表、披露或传达任何关乎仲裁程序及仲裁裁决的资料，除非各方另有协议，参与仲裁程序的双方需要保障或体现其法律权益，或者在强制执行或质疑某项仲裁裁决时，当事人才可披露有关仲裁的资料。另外，香港不止香港国际仲裁中心这一家机构有临时仲裁，所以该数据不能代表香港海事临时仲裁的全貌，但可用以管窥一斑。

⑮ 《统计数据》，载 HKIAC 官网，<https://www.hkiac.org/zh-hans/about-us/statistics>，最后访问时间：2022 年 3 月 13 日。

⑯ 《香港国际仲裁中心统计数据》，<https://www.香港国际仲裁中心.org/zh-hans/about-us/statistics>，最后访问时间：2021 年 2 月 14 日。

⑰ 海事仲裁组是香港国际仲裁中心的一个分支，由专长于解决海事争端的仲裁员组成。

## （二）香港海事临时仲裁在内地法院财产保全之困境

本文主要探讨香港海事临时仲裁在内地法院的保全。2000年《海事诉讼特别程序法》规定,保全的对象为海事请求,其主要目的为通过临时救济、保护性质的强制措施,迫使对方提供类似于质押、留置、抵押的足额担保。当事人申请海事仲裁保全的直接目的在于获取担保,一旦足额有效的担保到手,法院即予以终结保全措施。<sup>⑮</sup>

所有香港临时仲裁是否都可以在我国内地进行财产保全?笔者梳理发现,并不尽然。我国“一国、两制、三法系、四法域”体制导致在不同法域之间的法律存在差异性并由此引出衔接问题。<sup>⑯</sup>内地法律对于临时仲裁的态度与香港并不一致,加之目前对于临时仲裁逐渐认可的趋势,导致内地与香港关于临时仲裁的法律仍存在冲突,故目前只有涉及海事方面的临时仲裁可以在内地法院进行财产保全。内地的民事法律及《两地仲裁保全安排》排除了香港临时仲裁在内地法院的保全,将间接影响香港海事临时仲裁的受案量。

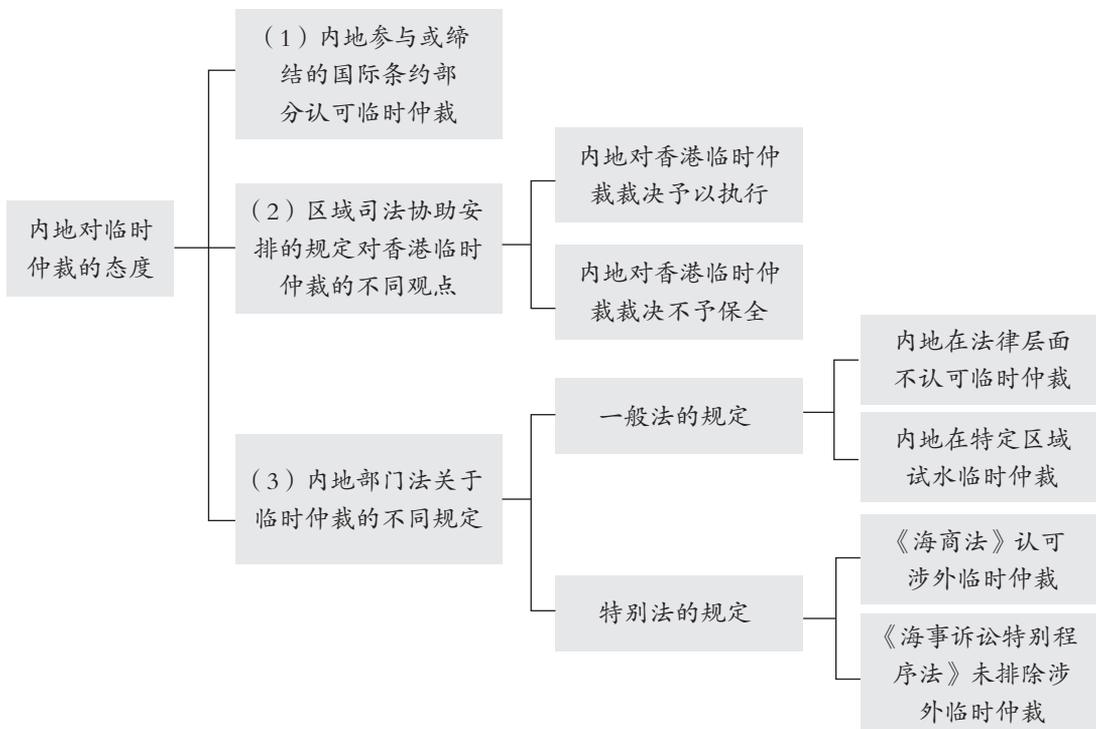


图1 内地对临时仲裁的态度

<sup>⑮</sup> 《最新法律文件解读》编辑委员会著,《民事法官必备法律司法解释解读(第三版)(下册)》,人民法院出版社2019年版,第2672-2673页。

<sup>⑯</sup> 王丽丽、李静:《中国诸法域婚姻家庭法律制度比较研究》,中国政法大学出版社2013年版,第45页。我国在一国之内并存着社会主义和资本主义两种制度;大陆的社会主义法律体系,香港的普通法系,澳门、台湾的大陆法系三个法系;大陆、香港、澳门、台湾四个法域。

## 二、香港海事临时仲裁在内地法院财产保全的具体适用

### (一) 海事法律的相关援引规则

《海事诉讼特别程序法》设专章规定海事请求保全,其中部分内容涉及海事仲裁保全,加上零散分布在海事担保一章的条文,共占《海事诉讼特别程序法》百分之三十左右的篇幅。海事仲裁的保全规则具体细分为援引规则、请求对象及衔接规则等三方面的内容。

#### 1. 援引规则

根据2003年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《海事诉讼特别程序法解释》)第14条及第21条,该援引规则认定,不论当事人是否已经提起仲裁,不论当事人提起的仲裁种类是临时仲裁抑或是机构仲裁,当事人均可援引《海事诉讼特别程序法解释》向海事法院提起财产保全申请,保全申请的对象均限定为海事请求。<sup>②①</sup>

#### 2. 请求对象

根据《海事诉讼特别程序法》第12条,可针对被请求人的财产申请保全。根据“援引规则”中的两个法条,仲裁保全的对象应为海事请求。<sup>②②</sup>海事请求的具体界定详见《海事诉讼特别程序法解释》第18条,也即对于船舶、船载货物、船用燃油以及船用物料的保全,适用海事法律的规定,对非涉船财产的海事请求保全,适用民事法律的规定。<sup>②③</sup>

#### 3. 涉港衔接规则

关于涉外的法律适用规则,适用的法律条文为《海事诉讼特别程序法》第2条、《海事诉讼特别程序法解释》第97条及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民诉法解释》)第551条。<sup>②④</sup>上述第2条与第97条之间为递进关系,即在海事诉讼中,优先适用海事法律,次之适用民事法律,根据《民诉法解释》,涉港案件可以参照适用民事诉讼涉外编的规定。<sup>②⑤</sup>

<sup>②①</sup> 《海事诉讼特别程序法解释》第14条规定:“海事请求保全不受当事人之间关于该海事请求的诉讼管辖协议或者仲裁协议的约束。”第21条规定:“诉讼或者仲裁前申请海事请求保全适用海事诉讼特别程序法第14条的规定。外国法院已受理相关海事案件或者有关纠纷已经提交仲裁,但涉案财产在中华人民共和国领域内,当事人向财产所在地的海事法院提出海事请求保全申请的,海事法院应当受理。”

<sup>②②</sup> 《海事诉讼特别程序法》第12条规定:“海事请求保全是指海事法院根据海事请求人的申请,为保障其海事请求的实现,对被请求人的财产所采取的强制措施。”

<sup>②③</sup> 《海事诉讼特别程序法解释》第18条规定:“海事诉讼特别程序法第12条规定的被请求人的财产包括船舶、船载货物、船用燃油以及船用物料。对其他财产的海事请求保全适用民事诉讼法有关财产保全的规定。”

<sup>②④</sup> 《海事诉讼特别程序法》第2条规定:“在中华人民共和国领域内进行海事诉讼,适用《民事诉讼法》和本法。本法有规定的,依照其规定。”《海事诉讼特别程序法解释》第97条规定:“在中华人民共和国领域内进行海事诉讼,适用海事诉讼特别程序法的规定。海事诉讼特别程序法没有规定的,适用《民事诉讼法》的有关规定。”《民诉法解释》第551条规定:“人民法院审理涉及香港、澳门特别行政区和台湾地区的民事诉讼案件,可以参照适用涉外民事诉讼程序的特别规定。”

<sup>②⑤</sup> 《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、19条。涉外的认定依据包括当事人、标的物,民事法律关系涉外、涉港、澳、台。

## （二）涉船财产与非涉船财产的法律区分

是否所有海事纠纷,都可以依据《两地仲裁保全安排》,向海事法院申请保全?笔者认为亦不尽然。我国的海事法律将船舶、船载货物、船用燃油以及船用物料(以下简称“涉船财产”)与非涉船财产的财产保全进行区分,即《海事诉讼特别程序法》对海事请求保全作出定义,提起仲裁保全的对象为海事请求。<sup>⑤</sup>《海事诉讼特别程序法解释》对《海事诉讼特别程序法》的海事请求进一步作出规定,确定涉船财产的保全,适用海事法律;非涉船财产的保全,适用民事法律。<sup>⑥</sup>

为何我国的海事司法要将涉船财产与非涉船财产进行区分?笔者试分析如下:

第一,关于船舶。我国的海事法律借鉴英美法系的特别规定,英美法中存在对物诉讼的理念,即针对船舶这种“价值高、流动性亦高,但船舶责任人不一定随船且不好送达”的财产,可以通过保全的方式,强制船东提供担保或者迫使其出庭应诉,此种规定实为迅速解纷方式的战略性制度。第二,关于船载货物、船用燃油以及船用物料。上述三者同列为涉船财产的原因在于其具有附属性,在船舶被扣押时将一并成为海事请求对象。第三,关于非涉船财产。随着经济社会的发展以及全球化进程的深入,除了涉船财产之外所有有价值的财产都可以成为非涉船财产的指向对象。

## （三）涉船财产与非涉船财产保全的法律适用

香港海事临时仲裁当事人可就“涉船财产”申请海事请求保全,笔者在此演示涉船财产保全的法律适用过程。第一,根据上文“援引规则”的介绍,《海事诉讼特别程序法解释》第21条、《海事诉讼特别程序法》第14条认定外国当事人向法院申请保全,不受仲裁协议的约束。<sup>⑦</sup>此处遇到的问题是香港并非外国,不存在外国当事人,不应适用该条文。为了解决该问题,笔者继续推演。第二,根据上文“衔接规则”的介绍,《海事诉讼特别程序法解释》第97条规定,认定海事法律没有规定的,可以适用民事法律的规定;<sup>⑧</sup>又根据《民诉法解释》第551条,涉港程序可参照涉外编规定。<sup>⑨</sup>综上,根据数次交叉援引规则后可以认定,外国的仲裁规则中仅需具备“相关海事案件或者有关纠纷已经提交仲裁”,并没有排除临时仲裁,且涉外规范可以作为涉港纠纷的法律适用的参照,故根据“法无禁止即可为”原则,涉港临时仲裁可以在内地法院提起财产保全。

<sup>⑤</sup> 《海事诉讼特别程序法》第12条规定:“海事请求保全是指海事法院根据海事请求人的申请,为保障其海事请求的实现,对被请求人的财产所采取的强制措施。”

<sup>⑥</sup> 《海事诉讼特别程序法解释》第18条规定:“海事诉讼特别程序法第12条规定的被请求人的财产包括船舶、船载货物、船用燃油以及船用物料。对其他财产的海事请求保全适用民事诉讼法有关财产保全的规定。”

<sup>⑦</sup> 《海事诉讼特别程序法解释》第21条规定:“诉讼或者仲裁前申请海事请求保全适用海事诉讼特别程序法第14条的规定。外国法院已受理相关海事案件或者有关纠纷已经提交仲裁,但涉案财产在中华人民共和国领域内,当事人向财产所在地的海事法院提出海事请求保全申请的,海事法院应当受理。”《海事诉讼特别程序法》第14条规定:“海事请求保全不受当事人之间关于该海事请求的诉讼管辖协议或者仲裁协议的约束。”

<sup>⑧</sup> 《海事诉讼特别程序法解释》第97条规定:“在中华人民共和国领域内进行海事诉讼,适用海事诉讼特别程序法的规定。海事诉讼特别程序法没有规定的,适用民事诉讼法的有关规定。”

<sup>⑨</sup> 《民诉法解释》第551条规定:“人民法院审理涉及香港、澳门特别行政区和台湾地区的民事诉讼案件,可以参照适用涉外民事诉讼程序的特别规定。”

香港海事临时仲裁不可就“非涉船财产”申请海事请求保全,笔者在此演示非涉船财产保全的找法过程。(1)《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)并无涉外仲裁保全的直接规定。第一,《民事诉讼法》第104条不适用于涉外仲裁,为仲裁前财产、行为保全的相关规定,仅针对内地仲裁,不适用于涉外仲裁;第二,《民事诉讼法》第279条亦不适用于涉外仲裁,仅适用于中国境内的涉外仲裁机构受理的案件,排除境外仲裁的适用性。综上,《民事诉讼法》中并未查找到涉外仲裁中财产保全的规定,即其未对香港临时仲裁在内地法院进行财产保全作出直接规定。(2)《民诉法解释》亦无涉外仲裁保全的援引规定。根据《民诉法解释》第551条规定,涉港案件可参照适用涉外编的规定。笔者在涉外编中检索时发现2002年《民事诉讼法》第249条“关于涉外民事诉讼当事人或利害关系人申请采取财产保全的措施”已被2007年《民事诉讼法》删除。删除的理由为“删减与《海事诉讼特别程序法》具有重复性的法律条文”,该法被删除的后果是2007年《民事诉讼法》未规定涉外财产保全;现行的2021年《民事诉讼法》在修法时亦未新增境外仲裁保全措施的相关规定。

结合上述涉船财产与非涉船财产的法律适用,可以得出下述结论,即涉船财产海事请求适用海事法律的规定,非涉船但涉外海事请求保全适用民事法律的相关规范,但《民事诉讼法》却因为特别法已对涉外扣船作出了明确规定,认为《民事诉讼法》涉外编的财产保全规定已无规定的必要,对相关的内容进行删减,造成了香港临时仲裁当事人非涉船财产请求无法在内地法院采取保全措施的现状。

#### (四) 涉船财产与非涉船财产保全的不一致的原因分析

为何我国《海事诉讼特别程序法》中的海事请求保全仅有四类?笔者认为,我国借鉴了外国的“对物诉讼”的模式,“对当事船舶,可以直接起诉而不问财产所有人是谁”,<sup>③①</sup>故单列“海事请求保全”一章。且在该章首条(即该法第十二条)对“海事请求保全”作出定义,其实质为司法解释规定的四类项目。<sup>③②</sup>在实践中已有众多当事人根据该章节的内容进行仲裁财产保全的案例。

香港临时仲裁当事人不应以涉船财产之外的财产向内地法院申请财产保全,笔者认为,原因在于在实务中存在涉船财产之外的银行存款、房地产、租金等其他财产保全的申请,应由最高人民法院进一步作出规范,在《海事诉讼特别程序法解释》中重新对“海事请求保全”作出定义,认定该类海事请求可以适用民事法律有关财产保全的规定。综上,根据海事法律规定,除涉船财产以外,仍有非涉船海事请求保全。

根据《民诉法解释》,内地删除了《民事诉讼法》涉外编中仲裁财产保全的内容,导致了目前涉外海事仲裁保全无法可依的局面。

<sup>③①</sup> 方建华:《英美法对物诉讼制度及其借鉴意义》,载《福建政法管理干部学院学报》2011年第1期,第63-65页。

<sup>③②</sup> 《海事诉讼特别程序法》第12条规定:“海事请求保全是指海事法院根据海事请求人的申请,为保障其海事请求的实现,对被请求人的财产所采取的强制措施。”《海事诉讼特别程序法解释》第18条规定:“海事诉讼特别程序法第十二条规定的被请求人的财产包括船舶、船载货物、船用燃油以及船用物料。对其他财产的海事请求保全适用民事诉讼法有关财产保全的规定。”

### 三、题述案例的应然性及实然性分析

#### (一) 题述案例的应然性分析——程序不能类推

现行法律规定海事请求保全的对象仅限于涉船财产,可否将涉船财产的海事请求保全扩大到对任何种类的财产所申请的保全?笔者认为,应对程序问题秉持最严谨治学的态度,根据“程序不能类推”原则,做到精准适用程序法律,方能有效保障法律体系的安定性及法律大厦的稳定性。所谓“程序不能类推”,即诉讼程序是程序法规定,不能根据类推或参照适用的方式进行推定,保全应依据明确的程序法规定进行。“程序不能类推”的法律基础在于程序法的公法性质,类似于《行政法》和《刑法》。程序会对当事人产生直接的、实质性的影响,程序正义是“看得见的正义”,若可以适用类推原则,将无法保障程序的确定性及可预见性。仲裁保全协助属于程序法的范围,程序法不同于民商法等私法,其本质是对国家司法权的规范与限制,程序不应随意跨越,应遵循“法无规定则禁止”的原则。法院所作出的任何程序决定都应当以法律及司法解释明确规定为限,不可类推适用,不应将《海事诉讼特别程序法》及其司法解释中的涉船财产海事请求保全扩大到对其他种类的财产的保全申请。

仲裁财产保全制度是商事仲裁案件的程序制度,故法院不应使用类推规则进行裁判。试举几个例子,例如不能因为香港的机构仲裁可以在内地进行保全,即推定香港的临时仲裁亦可以相应适用;不能因为涉船财产海事请求可以取得保全,即推定非涉船财产亦可适用。对于引言的案例,被保全方若在法定期限内提出异议,认为申请人提出的银行账户保全不属于海事请求保全,不应适用《海事诉讼特别程序法》,则法院应依法裁定撤销已经作出的保全措施。结合本文,法律的适用过程实则也是查缺补漏的过程。笔者认为,若是实体问题,在无法找到对应的法条时,可以使用推演的法则;但因程序问题不能适用类推的法律原则,故不可以作扩大化解释。在法律实务界有一句话是“程序问题是硬伤”,根据《民事诉讼法》的相关规定,即便一审法院作出准予保全的裁判,该裁判文书也有可能被上诉法院改判或发回重审。<sup>⑳</sup>

#### (二) 题述案例的实然性分析——良性违反规则

笔者以财产保全、海事、香港、仲裁为关键字进行交叉搜索,共计在裁判文书网检索到 298 件裁判文书。再将案由限定为申请扣押船舶、申请诉前财产保全、仲裁程序案件、因申请诉前财产保全损害赔偿纠纷、仲裁程序中的财产保全,将审理法院限定为海事法院后,文书共计 98 件。虽上述的文书未能明确体现香港海事临时仲裁字样,亦无法从仲裁庭的组成人员等方式判定属于临时仲裁或是机构仲裁,但按照香港临时仲裁占香港仲裁 20—40% 的比例看,上述裁判文书应有部分比例属于临时仲裁。

<sup>⑳</sup> 《民事诉讼法》第 177 条规定:“第二审人民法院对上诉案件,经过审理,按照下列情形,分别处理:(四)原判决遗漏当事人或者违法缺席判决等严重违反法定程序的,裁定撤销原判决,发回原审人民法院重审。”

按照申请的时间区分,申请诉前财产保全案件中,因诉前财产保全申请的案数为70件,其他案件共计28件。基于检索分析,可以认定大多案件为诉讼前即向法院提出财产保全申请。按照申请的对象区分,冻结银行存款案件为58件(其中账户具体明确的有5件),未具体说明财产种类的2件,扣押船舶30件,扣押船载货物1件,查封房产2件,冻结保险赔款1件,冻结集装箱或等值财产1件,冻结股份1件,驳回原告扣船申请1件,扣押被申请人的船舶同时申请冻结担保人银行存款1件。基于检索分析,可以认定大多案件中当事人向法院提起扣押当事人银行账户的请求,占比数为59.18%(58/98),其中在保全裁定书中有明确账户的占比为5.1%(5/98),亦存在法院未在裁定书中明确具体账户,但基于当事人的申请,法院在协助执行通知书中明确冻结账户名、账号等的情况。

笔者结合实践进行分析,基于以下原因,认为应对非涉船财产采取财产保全措施。第一,申请人最容易获得的财产线索来自于双方所签订合同中约定的被申请人银行账户,因此如前文“香港海事临时仲裁在内地法院财产保全之实证”章节的数据认定所言,当事人向内地法院申请保全时,多为申请冻结账户等非涉船财产;第二,以厦门海事法院福州法庭为例,在2020年受理的所有涉及香港仲裁过程中申请财产保全的案件,均呈现出涉及临时仲裁和账户等非涉船财产保全这两类特征;第三,对账户进行保全,付出成本也远小于船舶开航等涉船财产的转移,因错误保全带来的损害赔偿远小于对涉船财产的保全;第四,既然法律允许香港海事临时仲裁申请人向境内法院就涉船财产进行保全,秉承“举轻以明重”之司法原则,亦应就其他财产保全予以准许;第五,如案涉纠纷,体现的思路代表了合理突破现有体制的“良性违反规则”。在法院作出解除保全裁定之前,被申请人得知账户保全措施,主动与申请人进入商谈程序。双方当事人放弃适用英国法在香港临时仲裁,重新约定适用中国法由厦门海事法院管辖案涉纠纷,并在法院的协调下达成调解。该举措突破了诉讼与仲裁之间的主管问题,彰显了我国的司法公信力。

综上,香港海事临时仲裁申请人向内地法院申请非涉船财产保全的司法需求不应忽视。依据上述应然性分析及“程序不能类推原则”,目前不应将《海事诉讼特别程序法》及其司法解释中的涉船财产海事请求保全扩大至非涉船财产的保全;但根据实然性分析,结合法官说法及以案释法环节,加之“良性违反规则”的适用,笔者认为在日后修法的过程中,应将保全对象扩大至非涉船财产。

#### 四、香港海事临时仲裁在内地法院财产保全的解决途径

民事诉讼法律、海事诉讼法律在各自的法律体系内基本具备自治性,即法律、各相关部门制定的司法解释虽有若干小瑕疵,但基本上能保障部门法律的有效运作。如上文所述,民事诉讼法律的规定与海事法律存在衔接性问题。笔者认为,目前亟需推进修改法律的进程,同时在部门法内部采用微调的方式,在部门法之间通过协调的方式进行修改,增加法律体系间的完备性。

从法律逻辑而言,香港海事临时仲裁的保全协助中,内地法院不准许非涉船财产的

保全。立法出现窘境的原因在于现行特别法中海事请求保全的立法的自治性问题及普通法与特别法的衔接性问题。在增加司法对涉外临时仲裁“辅助”的前提下,应修改法律规定,确保香港海事临时仲裁可以在内地司法机构申请保全:

### (一)《海事诉讼特别程序法》的自治性与周延性问题

《海事诉讼特别程序法》第12条对海事请求保全作出定义,其为第三章“海事请求保全”的首条,普遍适用于包括涉船财产扣押与拍卖等三节共三十八条的内容,其重要性可见一斑。但笔者认为,该条文存在两方面瑕疵:

#### 1. 自治性冲突

该定义描述了“海事请求保全”,但内容仅为财产保全,未涉及行为保全及证据保全<sup>③③</sup>,不符合立法的意图和现行体例。<sup>③④</sup>

针对上述问题,笔者认为,首先,“海事请求保全”的置放位置出错,应置于该章外,作为统辖海事证据、行为、财产保全的定义式规定。其次,因为第三章的内容均为海事请求的财产保全,故应修改该章节的名称,添加“财产”二字,为“海事请求财产保全”。

#### 2. 周延性冲突

《海事诉讼特别程序法》与其司法解释存在立法上的不周延性。笔者认为,因司法解释第18条将海事请求财产保全的对象区分为包括涉船财产及非涉船财产的海事请求,即司法解释认为不仅存在《海事诉讼特别程序法》所列举的海事请求,还存在其他财产的海事请求;出现了新的司法解释在对海事请求下定义的过程中,推翻了旧的法律的定义性规定,引发法律体系间的矛盾。

针对上述问题,笔者认为,在遇到冲突时,应借鉴《海商法》的立法理念,针对部门法及章节下定义,修改为“本法所指的”海事请求财产保全,减少以后在法律修改时出现的法律依据不一致的窘境。

综上,笔者认为,应将条文修改为“本法所指的海事请求保全,是指海事法院根据海事请求人的申请,为保障其海事请求的实现,对被请求人的财产、行为、证据所采取的强制措施”,并将该条放置于三类保全之前,用以提纲挈领;同时在海事请求财产保全一章中对该章节的内容再下一个小的定义。另外,基于涉船财产保全方式的特殊性,规定“对于涉船财产的海事请求财产保全,适用本法第三章(海事请求财产保全)中第x条到第y条的规定,对非涉船财产海事请求保全,适用民事法律有关财产保全的规定”。另外,若《民事诉讼法》中单列可能会影响其他法律,笔者建议也可在海事法律中直接对非涉船财产的保全作出规定,不需援引民事法律涉外篇的规定。

### (二)一般法与特别法的衔接性问题

根据上文所述,内地法院不可以对非涉船财产的海事请求进行财产保全。立法出现

<sup>③③</sup> 参见金正佳:《海事诉讼法论》,大连海事大学出版社2001年版,第90-97页。

<sup>③④</sup> 最新法律文件解读编辑委员会著:《民事法官必备法律司法解释解读(第三版)(下册)》,人民法院出版社2019年版,第2672-2673页。王淑梅在《关于海事请求保全》一文中提到“海事保全所指向的对象包括被申请人所有的船舶或光船承租的船舶,或被申请人所有的船载货物以及运费、租金,或被请求人的行为,或与争议有关联的证据”。

窘境的原因在于《民事诉讼法》未对关于涉外保全作出规定,导致法条的援引链出现断裂。我国内地法律对涉外仲裁机构当事人的保全申请未作规定。“外国仲裁机构进行仲裁的案件当事人向中国法院申请保全”,因于法无据而无法保全。<sup>⑤</sup>

如上文所述,最高人民法院编辑的丛书<sup>⑥</sup>阐明了我国2012年《民事诉讼法》立法的理由,认为2012年立法中,删除了2007年《民事诉讼法》第249条内容的原因在于认定“涉外编中财产保全的规定已基本上失去其意义”。<sup>⑦</sup>笔者认为,在判断是否丧失意义时需要秉持更加严谨的治学态度,应通过大数据分析及交叉比对的方法加以分析并作出最终决定,轻易删减可能导致法律部门间的不周延状态。

### 1. 确保体系的完整性

现行有效的2021年《民事诉讼法》在修法时并未规定境外临时仲裁的保全措施。笔者翻阅2015年版《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》,该书阐释了我国2012年《民事诉讼法》关于涉外临时仲裁保全立法的历史背景及立法意图,提到了下述理由:“在立法之初,国内和涉外诉讼中的财产保全并无区别。”笔者认为上文的解释有其客观性,但在删除时未考虑到其他部门法律中可能涉及到2007年《民事诉讼法》第249条的内容。笔者认为,对该条文应加以修改而非删除,应认定涉外保全可以参照适用内地保全的规定。

综上,《民事诉讼法》为包括《海事诉讼特别程序法》在内的其他民事法律的基础,且与实体法存在连接性,故在删减或修改法律条文时需慎之又慎,以维护法律的体系完整性。

### 2. 确保体系的逻辑性

《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》提到了删减的另外一理由,即“在涉外民事诉讼中订立财产保全的规定主要是考虑海事诉讼中与扣船有关的问题”。1999年《海事诉讼特别程序法》对于海事请求保全已经进行专章规定,形成了完整的以船舶等海事请求为保全对象的财产保全制度。故“涉外编中的财产保全已无意义,而且从保全的目的、性质以及具体措施而言,涉外民事诉讼的财产保全与国内民事诉讼财产保全并无本质区别”。

笔者认为上文所述的法律删减理由缺乏时间逻辑性:其一是2012年的《民事诉讼法》删除了2007年《民事诉讼法》第249条关于涉外民事诉讼当事人或利害关系人申请采取财产保全的措施,其原因不应是1999年生效的《海事诉讼特别程序法》的“明确”且“专章”规定,因旧的2007年《民事诉讼法》生效之时,海事法律的规定早已存在,不符时间逻辑;第二,2008年海事司法解释规定非涉船财产的海事请求保全适用民事法律的规定;2012年的民事法律涉外保全的内容全部删除,将导致涉外的非涉船财产

<sup>⑤</sup> 高菲:《中国海事仲裁的理论与实践》,中国人民大学出版社1998版,第33页。

<sup>⑥</sup> 沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015版,第574-579页。

<sup>⑦</sup> 《民事诉讼法》(2007年版)第249条规定:“当事人依照本法第九十二条的规定可以向人民法院申请财产保全。利害关系人依照本法第九十三条的规定可以在起诉前向人民法院申请财产保全。”

保全无法可依,即现行有效的海事诉讼法律的规定因颁布时间在后的 2012 年的《民事诉讼法》部分内容的删除而无法适用,同样不符合时间逻辑。

### 3. 完善一般法与特别法的法律冲突规则

《海事诉讼特别程序法》的法律等级为全国人大常委会制定的法律,属于特别法。根据 2015 年《中华人民共和国立法法》,若有新的一般规定的出现,影响到海事诉讼法律的自洽性时,应提交人大常委会认定。<sup>③⑧</sup>但笔者认为,专设海事法院的原因在于海事诉讼与其他诉讼体制的区别性。在影响到海事诉讼进程的特别问题出现时,可以借鉴《两地仲裁保全安排》的规定进行立法,规定“除非其他法律明确适用于海事方面,否则不得减损本法赋予当事人权利及义务”,以排除其他新的一般法的适用。<sup>③⑨</sup>

综上,笔者认为,在 2012 年修改《民事诉讼法》时存在未考虑法律体系完整性及逻辑性的问题,在日后的立法中应加以重视。同时,若《海事诉讼特别程序法》在修法时没有对涉船财产作出规定,《民事诉讼法》还应恢复“涉外当事人申请财产保全措施”的相关法律条文,确保《海事诉讼特别程序法》在适用时有可供援引的依据。

## 结语:香港海事临时仲裁在内地法院财产保全之裨益

现任伦敦海事仲裁员协会主席 Ian Gaunt (邝仁彦)称“从 2009 年到 2018 年间,约有 10%—20% 的伦敦海事仲裁员协会案件涉及中国当事人。尤其在 2009 年到 2015 年间,有大量涉及中国造船厂的合同纠纷。”<sup>④⑩</sup>中国为造船业、航运业大国,案件纠纷当事人人数众多、案件标的亦颇为可观,若赋予香港海事临时仲裁在内地法院申请保全的权利,将有利于将本约定在外国进行的海事临时仲裁转引至我国香港,有利于香港临时仲裁事业的长足发展。海事法律服务业是航运服务业的重中之重,海事仲裁亦为核心,海事仲裁业的发展,是“推动国际航运中心软环境的建设”重要基础工作。<sup>④⑪</sup>

---

**Abstract:** This paper takes into account China's national conditions to investigate and deepen the research on the new situation and new problems that arise in the practice of judicial review of maritime ad hoc arbitration in Hong Kong by the Mainland courts, and analyzes the inherent defects of the maritime ad hoc arbitration preservation system and its interface with China's laws. This paper aims to expand the settlement of maritime arbitration disputes, follow

---

<sup>③⑧</sup> 《中华人民共和国立法法》第 85 条规定:“法律之间对同一事项的新的—般规定与旧的特别规定不一致,不能确定如何适用时,由全国人民代表大会常务委员会裁决。”

<sup>③⑨</sup> 《两地仲裁保全安排》第 11 条规定:“本安排不减损内地和香港特别行政区的仲裁机构、仲裁庭、当事人依据对方法律享有的权利。”

<sup>④⑩</sup> 邝仁彦:《伦敦海事仲裁员协会何以独树一帜》,载国际船舶网, [http://www.eworldship.com/html/2019/person\\_character\\_0612/150173.html](http://www.eworldship.com/html/2019/person_character_0612/150173.html),最后访问时间:2021 年 2 月 16 日。

<sup>④⑪</sup> 吴筱婉:《临时仲裁制度及其对我国海事仲裁的借鉴意义研究》,大连海事大学硕士学位论文,2010 年。

---

the law of development of maritime dispute settlement, improve the top-level design and strengthen the awareness of national sovereignty. Therefore, on the one hand, legislators need to clarify the maritime ad hoc arbitration system at the legal level and continuously amend and improve the existing arbitration preservation system; on the other hand, the judiciary needs to provide strong support in such aspects as property preservation in maritime ad hoc arbitration in order to match the construction of the soft environment of the international maritime judicial center and provide valuable experience for the current domestic and international legislation and maritime court practice.

**Keywords:** maritime ad hoc arbitration in Hong Kong; mainland courts; property preservation

---

---

(责任编辑:黄晨亮)

# 论法律价值目标下体育仲裁的演进逻辑与现实进路

尚博文 陈源荣\*

---

**内容提要** 我国独立的体育仲裁始终缺位,现有体育争议解决面临着国内“求助无门”,国外“话语缺失”的尴尬境地。从历史演进与国际经验来看,体育仲裁实质是继承商事仲裁理念之上对体育实践的融合,具有实效性、强制力、公共属性三大特质。本文运用法律经济学分析、文献分析、模型构建等方法,将现有商事仲裁制度直接适配于体育仲裁的结果作为比照对象,探索正义、秩序、效率三大法律价值目标下“内外平衡”的体育仲裁建构理念,并提出基于法律价值目标的体育仲裁制度进路。

**关键词** 法律价值目标 法益平衡 体育仲裁 争议解决

---

习近平总书记指出,体育是社会发展和人类进步的重要标志,要在国际竞争局势不断变化中聚焦重点领域和关键环节,深化改革创新,不断开创体育事业发展新局面。<sup>①</sup>我国体育事业正处在蓬勃发展的新阶段,体育强国建设在新时代中被赋予了全新内涵与外延。但是,作为保障体育产业发展助推器的体育争端解决制度,特别是独具特色的体育仲裁制度,却迟迟未跟上体育强国建设的步伐。2021年4月,《中华人民共和国体育法》的修改正式列入全国人大常委会年度立法计划。2021年10月和2022年4月,《体育法》修订草案两次提请全国人大常委会会议审议,长期“呼之不出”的体育仲裁制度终于得以“正名”。

纵览体育仲裁之外的其他体育争端解决方式,行业协会内部仲裁难保公正,行业外部的商事仲裁与法院审判受限于专业性与实效性等因素,亦难处理。体育仲裁发源自商事仲裁,是对传统商事仲裁中自愿、保密、快速等理念的传承,并在此基础上有时效性、强制力、公共属性三大特质的创新。富勒(Lon Fuller)曾言:“法律是要满足或有助于满足人们共同需要的一种合作努力,每一条法律规则都有旨在实现法律秩序某种价值的目的”。<sup>②</sup>体育仲裁制度不外乎也是如此。本文拟将现有商事仲裁制度直接适配于体育仲

---

\* 尚博文,北京大学法学院博士研究生;陈源荣,对外经济贸易大学法学院硕士研究生。

① 《习近平:在教育文化卫生体育领域专家代表座谈会上的讲话》,载新华网, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1678543970153851165&wfr=spider&for=pc>,最后访问时间:2022年4月12日。

② [美]博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2017年7月版,第208页。

裁的结果作为参照对象,将体育仲裁的上述特质与正义、秩序、效率等法的三大价值目标建立内在联系,探索构建理想状态下“内外平衡”的体育仲裁建构理念,并为激活我国体育仲裁机制提出现实建议。

## 一、我国体育争议解决领域的现存问题

### (一) 国内层面：“求助无门”

随着竞技体育及周边产业的快速发展,体育领域内就纪律处分、劳务薪资、赞助利益分配等纠纷的数量随之增长,但纠纷决断途径与质效却并未同步提升,国内视角下体育争议申请人往往“求助无门”。尽管体育运动员在体育运动中往往是得到充分曝光的明星群体,但在“求助无门”的窘境下,其所面临的待决争议相较普通争议更难得助。在部分案例所凸显的社会现象中,且不论上述争议双方实质“结果正义”与否,申请人只能从某一机构得到首次裁定结果,此后再无申请上诉渠道可言,难保申请人“程序正义”的权利。

2019年发生的前大连超越足球俱乐部球员讨薪案当属典型。如下图1所示,本案中当事人首先向中国足球协会仲裁委员会提交仲裁申请,但因所在俱乐部已不在足协注册名单、工资奖金确认表未被发放等原因,导致仲裁申请被驳回。随后,当事人又向大连当地劳动人事仲裁机构申请劳动仲裁,但得到的回复是“申请人的仲裁请求不属于劳动人事争议处理范围”,劳动仲裁委员会拒绝受理此案。寄希望于法院,当事人向大连市沙河口区人民法院提起劳动争议诉讼,但最终法院认为依据劳动合同的管辖约定与《体育法》第三十二条,该案应交予足协仲裁委裁决。当事人不服提起上诉,大连市中级人民法院以“纠纷应提交中国足球协会仲裁委员会裁决”的相同理由驳回。<sup>③</sup>最终,当事人未能有效诉诸法律救济渠道而难以讨回被欠薪资,被迫回至原点。

“求助无门”的窘境在其他现实案例中也得到体现,典型的如某游泳运动员违规参与商业广告被除名案,当事人违背《国家游泳队在役运动员从事广告经营、社会活动的管理办法》的规定,在未经游泳运动管理中心同意的情况

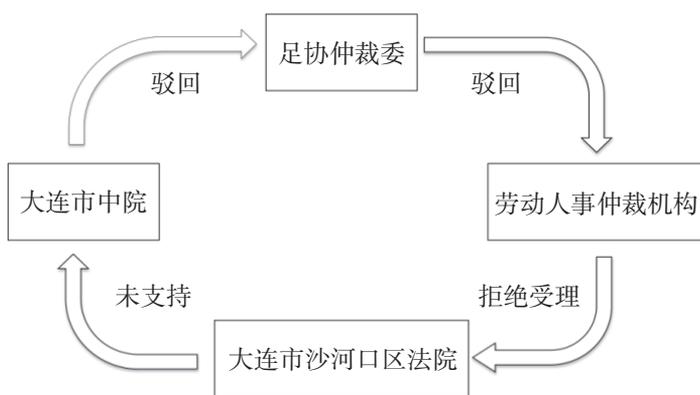


图1 前大连超越足球俱乐部球员讨薪“求助无门”

<sup>③</sup> 马邦杰、王镜宇、林德韧,《25年虚位以待,中国体育仲裁该登场了》,载新华网, <https://3w.huanqiu.com/a/3458fa/420yu8iT1ov?p=2&agt=10>,最后访问时间:2022年4月12日。

下参与商业广告活动,本属违规;然游泳中心直接按该办法第十条适用了“国家队除名”的顶格处分。而后因游泳中心申诉机制缺乏、处分行为属于行政机关内部事项而不可诉等原因,该项争议至今仍未解决。<sup>④</sup>又例如某篮球运动员受独家签约权所限强制注册案,当事人与俱乐部的争议历经“CBA 联盟调解—CBA 联赛纪律与争议解决委员会合议庭仲裁—中国篮协仲裁初裁—中国篮协仲裁上诉”等四项程序,后因该事项无法解决导致当事人离队远赴欧洲签约他队。<sup>⑤</sup>

## (二) 国际层面:“话语缺失”

国内体育争议解决尤其是体育仲裁制度不健全,致使中国在国际体育纠纷解决中“话语缺失”。国际体育仲裁院(Court of Arbitration for Sport,以下简称CAS)主要因孙杨案的曝光才进入中国普罗大众视野。由于对反兴奋剂严格责任的价值选择,CAS对孙杨采取了禁赛八年的处罚。<sup>⑥</sup>2020年5月,孙杨方上诉至瑞士联邦最高法院,并提出CAS仲裁小组主席弗拉蒂尼个人社交媒体平台上发表偏见与歧视言论的证据,质疑其个人及CAS仲裁小组的中立性。CAS初次裁决结果被瑞士联邦最高法院判决撤销,并在终裁中将孙杨的八年禁赛期减至四年零三个月。<sup>⑦</sup>无论是在体坛亦或是仲裁庭上,遵守并敬畏规则实为重要:当事人对世界反兴奋剂机构事后申诉救济、举证与仲裁规则的漠视,导致了“抗检”和禁赛的悲剧,却也正是借助法院上诉、程序正义的规则,当事人成功获得接近四年的“减刑”,是之为败也规则,成也规则。

通过CAS官方网站判例库检索发现,1998年至今被收录至判例库的案件总数高达2057件,但其中涉及中国籍当事人的案件有29件,18件是中国当事人作为原告。<sup>⑧</sup>往届奥运会中不乏对我国运动员竞赛结果的争议,但大多数选择接受最终裁判结果,未选择CAS进一步维权。<sup>⑨</sup>这一现象实质上揭示出我国体育行业对CAS规则运用的陌生。体育仲裁制度长期呼之不出、“话语缺失”的背后,暴露出体育仲裁制度未与国际接轨下涉外体育法治理念和人才的缺失,往往使得我国运动员作为弱势一方,难有发声方式。

## 二、审视我国体育仲裁的植根基础

在独立体育仲裁制度尚未建立的背景下,当前我国体育争议解决机制主要分为行业内外救济两大类,内部救济如行业协会做出决定、通过协会另设或下设仲裁委员会等

<sup>④</sup> 董双全:《体育赞助冲突的法律解读——以宁泽涛事件为例》,载《体育成人教育学报》2017年第1期,第56-58页。

<sup>⑤</sup> 丁涛、陈隽慷:《法律视角复盘周琦退赛事件,再论中国体育领域的争议解决》,载“懒熊体育”微信公众号, <https://mp.weixin.qq.com/s/FJLzgmnutONvzzEHLTsPQ>,最后访问时间:2022年4月12日。

<sup>⑥</sup> 王晓牛:《从孙杨案看国际体育仲裁对我国体育法治的影响》,载《四川体育科学》2021年第4期,第6页。

<sup>⑦</sup> Chengming Yang & Chaohui Sun, *Letter to the Journal The Swiss Federal Tribunal Annulled the Arbitral Award in the SUN Yang v. WADA & FINA Case: The Applicant's Duty of Curiosity on the Qualifications of an Arbitrator and the Neutrality of the Arbitrator*, Chinese Journal of International Law, 2021, Vol.20:2, pp.441-445.

<sup>⑧</sup> 姜世波、祝海洁:《提升我国国际体育仲裁话语权的思考》,载《武汉体育学院学报》2022年第1期,第21页。

<sup>⑨</sup> 张婵丽、郭志光、贾志强:《国际体育仲裁院仲裁机制特点及启示》,载《体育文化导刊》2020年第7期,第41页。

机制,外部救济则包括司法与准司法行为,即通过诉讼与仲裁方式定纷止争。然而,现有行业内外救济方式均在理论或现实上与体育仲裁制度难以适配,导致“内部乱象、外部无助”的局面产生,且仍处于《体育法》与《立法法》对抗张力显著,体育争议解决国际化发展尚浅的尴尬境地。

### (一) 行业内部: 协会决定或内部仲裁

行业内部救济的核心特征在于自治性、灵活性和非强制性,这些特征体现在: 止争程序大多取决于当事人,尤其是行业协会的自主需求和选择; 救济方式的多元化、救济程序的快捷化导致相当数量的争端所依据的仅是行业惯例或内部规则; 行业内部救济结果无法像法院判决或仲裁庭裁决一般,具有法律意义上的强制力。<sup>⑩</sup> 而在实践中,行业内部救济最大痛点在于我国各体育行业协会无法完全去除其行政底色,尤其是下设所谓仲裁部门大多隶属于该行业协会,导致内部救济的独立性堪忧,从而大大影响内部救济的实质公平性,以及当事人对该程序公正性的信赖程度,滞碍当事人行使进一步提出异议的权利。

例如,足协将全国足球纠纷强制纳入自身协会的内部管辖之中,以听证和申诉为主要争端解决方式,足协仲裁委为其申诉机构,甚至在其章程中明确“一裁终局”以排斥司法管辖。<sup>⑪</sup> 在此种制度设计下,各方当事人的相关权益无法得到相应保障,现实问题自然频发。

### (二) 行业外部: 法院审理或商事仲裁

与行业内部救济相对应的行业外部救济,在体育行业即指诉讼、以及具有准司法属性的仲裁方式。然而,由于我国《体育法》第三十二条的阻断效应,法院对相关体育争端敬而远之; 又囿于我国体育仲裁制度尚未形成,普通仲裁机构对于该类非商事争端管辖受阻,从而陷于诉讼仲裁两不管的尴尬境地。

从法院救济的路径来看,《体育法》第三十二条排除了法院对竞技体育纠纷的管辖,遑论各行业协会的强制性管辖协议大多否认了法院司法介入的资格,大大降低了法院在该类案件中的话语权。就行政性纠纷而言,因争议对手方往往是具备一定行政权能的组织,实践中的情形通常无法采用行政复议的方式,因此仅存在行政诉讼一条道路可供救济。但对于体育运动员不满“游泳中心”等行政机构纪律处罚的诸多情形,由于这种情形属于行政机构内部事务,无法纳入行政诉讼的范畴中。此外,法院的审理效率相较体育争议解决时效性需求而言亦难以适配。

于仲裁渠道而言,因其并非《体育法》第三十二条规定的“体育仲裁机构”,作出裁决师出无名; 而对运动员转会、薪酬和参赛资格等问题更是无法处理。同法院一样,体育争议解决的专业性需要大量拥有体育背景、具备专业化知识的仲裁员,商事仲裁机构的

<sup>⑩</sup> 张岩晶:《论我国独立体育仲裁制度的建构》,载《体育科技文献通报》2021年第6期,第146页。

<sup>⑪</sup> 黄世昌、晏子昂:《中国职业足球运动员纠纷解决机制的现存问题与优化路径》,载《上海体育学院学报》2022年第2期,第15页。

人力资源现状无法满足实际需求。

### (三)《体育法》与《立法法》之间的对抗张力

《体育法》与《立法法》对抗张力显著,法律根基不牢直接导致体育仲裁制度“呼之不出”。我国现行《体育法》自1995年8月颁布实施,经2009年和2016年两次修改。其中第三十二条第一款创设性地规定了体育仲裁机构负责调解和仲裁竞技体育活动纠纷,并在第二款中规定“体育仲裁机构的设立办法和仲裁范围由国务院另行规定”,将这一权力交给国务院,而这与《立法法》第八条对“诉讼和仲裁制度”只能制定法律的规定相冲突。<sup>⑫</sup>更为甚者,“司法制度”这一事项属《立法法》第九条“绝对保留”的事项,而仲裁这一具备准司法性质的程序是否属于司法制度尚存争议,学术界与实践领域对这一问题鲜有聚焦性的探讨。

以上种种法条对抗张力的问题,与体育仲裁制度的建立互为因果:根本性立法问题未得到解决,使得我国体育争议解决处于“仲裁无名”的困境,导致诸多体育争议无法及时有效地诉诸于法治化仲裁机构和渠道解决。<sup>⑬</sup>而现实中,各类体育组织内部的仲裁机制与体育仲裁相差甚远,独立体育仲裁在现实中从未得到过真正实践的尴尬现状,也难以推动立法的优化完善。

### (四)体育争议解决国际化发展较低

敬畏规则的前提是了解规则。建立于20世纪80年代的CAS是当今全球体育争端解决的最权威机构,堪称“世界体育最高法院”。由于CAS提供了体育仲裁制度的模板,世界许多国家或地区已参考CAS机构及规则建立了相应的独立体育仲裁机构。<sup>⑭</sup>如加拿大在千禧年初就建立了加拿大体育争端解决中心(Sport Dispute Resolution Centre of Canada),通过争议预防资源中心(Dispute Prevention Resource Centre)和争议解决秘书处(Dispute Resolution Secretariat)两项机制,为国家层面处理体育争端提供创新性方法,比利时、卢森堡、澳大利亚、日本等国也纷纷建立了独立体育仲裁机构。<sup>⑮</sup>在这一点,因立法和现实发展的局限性,我国尚未形成属于自己的体育仲裁经验,导致规则之上的行业发展、人才培养均为空白。<sup>⑯</sup>

尤其需要重视的是,对规则内容的深入了解是挑战并反制部分不平等规则的基础。从历史来看,不仅是孙杨案,CAS仲裁的公正性一直在受到怀疑。例如,2009年,罗马尼亚足球运动员阿德里安·穆图(Adrian Mutu)与英超俱乐部切尔西因停药发生违约纠纷,并对CAS的决定提出上诉的过程中,辩称CAS裁判员缺乏独立性;德国速度滑冰

<sup>⑫</sup> 陈浩:《〈立法法〉视角下的〈体育法〉修改:目标与策略》,载《上海体育学院学报》2019年第3期,第24页。

<sup>⑬</sup> 张黎、郭春玲、张恩利:《建立我国体育仲裁制度的法律依据》,载《西安体育学院学报》2007年第6期,第31页。

<sup>⑭</sup> Zachary Gotlib, *Athletes Have Rights Too, Right? Investigating the Extreme Unfairness in Sports' Purported Supreme Authority – Why the International Court of Arbitration For Sport Fails to Reign Supreme*, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 2016, Vol.24:2, p.392.

<sup>⑮</sup> Anik L. Jodouin, *The Sport Dispute Resolution Centre of Canada: An Innovation Development in Canadian Amateur Sport*, *Journal of Legal Aspects of Sport*, 2005, Vol.15:2, p.295.

<sup>⑯</sup> Shuli Guo, *China and CAS (Court of Arbitration for Sport)*, *Marquette Sports Law Review*, 2014, Vol.25:1, p.301.

运动员克劳迪娅·佩希斯坦 (Claudia Pechstein) 在国内法院对 CAS 的独立性和公正性提出了质疑。<sup>①⑦</sup> 类似的批评还体现在具有约束力的仲裁条款、有限的上诉程序、严格责任制度等诸多方面。<sup>①⑧</sup>

CAS 仲裁庭组成的单一化、脸谱化, 裁判员国籍、法律背景的趋同化等潜移默化地在顺应和遵守西方法律体系。对国际、西方国家的体育仲裁制度规则了解程度不深, 不仅造成国内体育争议解决方式落后, 更使得利用相关制度规则保障我国运动员合法权益、发展我国体育产业成为空谈。

### 三、体育仲裁的演进溯源与国际经验考察

有观点认为, 体育仲裁与商事仲裁是仲裁机理在不同领域的延伸与实践, 而体育仲裁仅是在一般仲裁规律的机理上嫁接体育个性的产物。<sup>①⑨</sup> 这一观点虽揭示了体育仲裁与商事仲裁之间的联系, 但未注重仲裁制度在商事领域经验实践的旺盛生命力。溯源体育仲裁的发展逻辑, 应沿着“商事仲裁——商事仲裁的理念——理念革新下体育仲裁特质”路径出发, 问道于商事仲裁。本部分系统考察了 CAS 体育仲裁的发展经验, 总结出体育仲裁的三项本质特征。

#### (一) 发源于商事仲裁并继承理念

体育仲裁发源自商事仲裁。以欧洲为例, 古罗马与古希腊最早将仲裁确立为一种争议解决制度, 但真正赋予仲裁生命力的是地中海沿岸海路商品交易的繁荣。公元 11 世纪, 商品经济的迅速发展催生出专门用来调整商事关系的商人习惯法, 而完全尊重当事人合意、决断依赖裁判者公正信仰的商事仲裁在其中占据着重要地位。<sup>②⑩</sup> 随着 19 世纪“契约世纪”的到来, 仲裁开始被国际社会普遍承认为一种解决民商事争议的方法。概言之, 尽管仲裁这一裁判机制看似自古即有, 然则是商事仲裁赋予了这一制度蓬勃的生命力。

传统商事仲裁作为一种“实践认同”的制度, 其胎生所携之理念始终未变。自临时仲裁形式悄然在商人之间开始盛行之后, 根据实践需求的不断充实与调整, 借助商事主体的认同与仲裁机构的确立, 仲裁获得法定效力, 合同范本、机构标准、商事习惯已然在当代社会构成了一种效力自赋的商人法。<sup>②⑪</sup> 以商事实践为载体的自赋型商人法, 会随着商事活动的标准化而日益趋同, 不同国家的仲裁机构遵循着同一套商事仲裁理念, 商事仲裁普遍呈现出自愿性、保密性、快速性等特征。

<sup>①⑦</sup> Paul C. Weiler et al., *Sports and The Law: Text, Cases, and Problems*, 5 ed., West Academic Publishing, 2015, p.1147.

<sup>①⑧</sup> Zachary Gotlib, *Athletes Have Rights Too, Right? Investigating the Extreme Unfairness in Sports' Purported Supreme Authority - Why the International Court of Arbitration For Sport Fails to Reign Supreme*, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 2016, Vol.24:2, p.398.

<sup>①⑨</sup> 刘想树:《国际体育仲裁研究》, 法律出版社 2010 年 8 月版, 第 398 页。

<sup>②⑩</sup> 谢石松:《商事仲裁法学》, 高等教育出版社 2003 年 2 月版, 第 15 页。

<sup>②⑪</sup> 朱慈蕴、毛健铭:《商法探源——论中世纪的商人法》, 载《法制与社会发展》2003 年第 4 期, 第 131 页。

对于商事仲裁上述传统特质的研究不胜枚举,但需要明确:体育仲裁不应因其独特的争议类型而脱离传统仲裁所应具备的理念范围,应当是对传统商事仲裁中自愿、保密、快速等理念的传承与创新。相比之下,体育仲裁的特质根植于体育运动本身的独特需求:如一场职业运动比赛通常由初复赛三轮以上的轮次完成,足球、篮球等运动在赛季中更是需要每隔数日举办一场,待决事项的结果直接决定了某个队伍、甚至大型赛事中某个国家或地区能否获取名次。实践中,CAS甚至要求对于某些足球比赛的红牌裁决需要在24小时内做出。因此,体育仲裁庭应在体育仲裁的送达、调查证据等方面拥有超越传统商事仲裁限度的自主决定权。

## (二) 国际体育仲裁实践经验考察

CAS于1984年在瑞士洛桑建立,由于《纽约公约》的实行及国际奥委会的协调,其裁决得以在《纽约公约》成员国内获得司法机关的强制执行支持。<sup>②</sup>CAS的建立旨在构建一个可预测且在世界各地均适用的统一体育法系,各国国家奥委会以及体育协会也均在组织章程、行业规范中确立了“争议诉诸于国际体育仲裁院”的基本仲裁条款,由此建立起几乎排斥国家司法管辖的国际统一私法秩序。<sup>③</sup>

在纠纷类型上,职业体育运动依纠纷类型不同可以概括为两大类型:一是商业纠纷,包括涉及运动员薪资、转播权、赛事举办权等;二是涉及维护比赛公平性规则的纠纷:包括合法的参赛资格、裁判判罚、赛事纪律。<sup>④</sup>在程序设计上,CAS下设普通仲裁与上诉仲裁两类程序。普通仲裁主要处理运动员与体育组织间以及体育组织之间的民商事争议与劳务争议,CAS作出的裁决在不具备上诉情形或可撤销情形的情况下获得强制执行;而上诉仲裁则主要处理体育组织对运动员的纪律性处罚纠纷、兴奋剂认定争议、判罚不公等,上诉仲裁只有在当事人用尽体育组织所有内部救济措施以及体育组织与当事人存在仲裁上诉约定的情况下方能行使。<sup>⑤</sup>

对于CAS的裁决效力,在不具备法定情形下送达当事人即可生效。然而若认为存在仲裁程序违规、仲裁庭组成违法、仲裁裁决违背公共秩序等情形,当事人可以在收到裁决之日起30日内向瑞士联邦最高法院提起裁决撤销请求。若请求成立,则瑞士联邦最高法院可指令国际体育仲裁庭重新裁决。<sup>⑥</sup>

CAS的广泛实践同样着眼于体育争议的特殊性,注重商事仲裁理念的继承并再造。

<sup>②</sup> Melissa Hewitt, *An Unbalanced Act: A Criticism of How the Court of Arbitration for Sport Issues Unjustly Harsh Sanctions by Attempting to Regulate Doping in Sport*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2015, Vol.22:2, p.776.

<sup>③</sup> Matthew J. Mitten & Hayden Opie, *Sports Law: Implications for the Development of International, Comparative, and National Law and Global Dispute Resolution*, *Tulane Law Review*, 2010, Vol.85:2, p.308.

<sup>④</sup> Abbas Ravjani, *The Court of Arbitration for Sport: A Subtle Form of International Delegation*, *Journal of International Media & Entertainment Law*, 2009, Vol.2:2, p.248.

<sup>⑤</sup> Matthew J. Mitten, *The Court of Arbitration for Sport and its Global Jurisprudence: International Legal Pluralism in a World without National Boundaries*, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2014, Vol.30:1, pp.12-15.

<sup>⑥</sup> Maureen A. Weston, *Simply a Dress Rehearsal - U.S. Olympic Sports Arbitration and De Novo Review at the Court of Arbitration for Sport*, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2009, Vol.38:1, p.127.

其三类不同于商事仲裁的独特做法值得深思。第一, CAS 裁决具有特殊的强制力支持。由于 CAS 依托于国际奥委会、国际单项体育组织以及各国国内体育组织的支持,故其裁决在体育领域内能够通过行业自我约束的方式得以获得强制性保障。例如在兴奋剂争议上诉、纪律处罚上诉等上诉裁决案件中, CAS 依据世界反兴奋剂机构、国际奥委会的反兴奋剂规范,根据当事人使用兴奋剂的情节轻重,可以对当事人作出训诫至终身禁赛的裁决,而后该裁决通过各国际体育组织的赛事安排得以实现。在这个层面上,国际体育仲裁尽管国际私法味道浓厚,但在上诉裁决领域则具有国际公法的制度架构。<sup>⑦</sup>

第二, CAS 审理强调对先例的援引使用,这既是英美判例法 (Case Law) 渊源的体现,亦是体育行业自身的特殊性所致。CAS 规定,在普通程序中,若当事人约定法律适用则依从约定,若无约定则适用瑞士法;而在上诉程序中,若当事人约定法律适用则依从约定,若无约定则仲裁庭需要根据“最密切联系原则”适用体育组织所在地法律。实践中当事人间无约定的状况较为常见,使得国际体育仲裁往往需要依据既有先例实行裁决。最典型的便是转会费纠纷,运动员与俱乐部往往对违约金存在不同的认定标准,由于运动员转会会对原俱乐部造成重大损失,加之损失金额计算亦往往未被合同约定,这使得国际体育仲裁庭需要依据大量先例来对不同领域的转会费予以计算,从而实现转会费计算的精准性。<sup>⑧</sup>

第三, CAS 往往对技术性赛事决定不予审查。受限于体育赛事的专业性, CAS 不能像国际商事仲裁机构一样对案件的实质性争议作出裁决,最典型的便是“赛事判罚公正性”问题:国际赛事中时常出现一方主张裁判判罚不公而要求重赛的情形, CAS 往往出于“尊重专业性决定”的立场而不对技术性赛事决定进行审查,而仅审查裁判程序是否合规、裁判仪器是否精确、裁判员本身是否受贿等。<sup>⑨</sup>

### (三) 总结: 体育仲裁的三大特质

体育仲裁是继承商事仲裁理念之上对体育实践的融合。在探寻商事仲裁发源、考察国际经验的基础上,本文总结出体育仲裁的三大理念创新,也即体育仲裁之特质如下:

第一,体育仲裁对时效性要求极高,仲裁庭需尤其注重程序效率。长久以来,注重效率一直是传统商事仲裁旺盛生命力之重要源泉,而体育仲裁对于时效性的要求更上层楼。不同于普通商事纠纷,体育纠纷的特定化类型常涉及以天、以小时计的高时效纠纷,例如兴奋剂调查与赛事资格争议,需要仲裁庭在极短时间内完成组庭、开庭、裁决等流程,实践中, CAS 甚至要求对于某些足球比赛的红牌裁决需要在 24 小时内做出,否则将实质影响重大赛事的进行与某个运动员体育生涯之存亡。

第二,体育仲裁程序及协议凸显强制性需求。如前所述,体育仲裁的特殊性根植于

<sup>⑦</sup> Richard H. McLaren, *Sports Law Arbitration by CAS: Is It the Same as International Arbitration*, *Pepperdine Law Review*, 2001, Vol.29:1, p.114.

<sup>⑧</sup> 杨秀清:《先例在国际体育仲裁法律适用中的指引作用探析》,载《体育科学》2014年第1期,第23页。

<sup>⑨</sup> 熊瑛子:《国际体育仲裁中“体育性争议不予审查”原则探讨——兼谈未来中国体育仲裁制度的选择》,载《体育科学》2014年第6期,第76页。

体育实践本身的独特需求,要求快速定纷止争,仲裁庭在体育仲裁的送达、调查证据等方面需要拥有超越传统商事仲裁限度的自主决定权。这一权力主要体现在:一是限制当事人的部分程序自由选择权,如对仲裁员的选任方面;二是强制性仲裁协议在国际相关体育争端中得到认同,瑞士最高法院及其他许多国家法院均默示承认强制性仲裁协议的效力。这种看似不够公平合理现象,其本质却是对公平裁判的必然要求:由于体育争端的专业性需求,普通法院对该类案件极难做出既能合乎法理又在情理之中的判决,缓和法律与法之间张力的切入点,在于寻找除诉讼外的第二条道路,即体育仲裁。

第三,体育仲裁具备一定的公共属性。体育赛事往往涉及多个国家与地区的参赛主体,其影响范围较公司、个人的商事行为而言更广泛,体育仲裁的裁决在保守行业秘密、维护声誉等方面的要求相对较少,甚至针对部分大型赛事的裁决还具有社会示范性的功能,公开听证制度即是体育仲裁制度公共属性的体现。公开听证主要发挥两个功能:一是监督仲裁员裁决过程,自欧洲人权法院支持德国运动员克劳迪娅·佩希施泰针对公开听证权利的主张后,增加公开听证条款已成为2019年CAS改革的重大措施之一。<sup>⑩</sup>实践中,CAS、加拿大体育纠纷解决中心等机构也采取了公开举行听证会、公开判决的做法。二是注重考量仲裁裁决的社会影响。仲裁员对运动员、裁判等是否遵守了体育规则的判罚并非仅仅局限于商业影响,而是代表了权威官方对赛事竞争公平性的认可,是对国民、公众、参赛者公平正义理念的维护。

## 四、建构理念:法的价值目标下“内外平衡”模式

### (一) 体育仲裁特质与法价值目标的联系

体育仲裁之“良法”构建的法理基础何在?解答这一问题,应着眼法的价值目标与体育仲裁特质之间的联系。如上文所述,体育仲裁在时效性、强制性、公共性等理念中呈现出其独有的特点,必然对仲裁制度法律规则的塑造产生影响。而“法律是要满足或有助于满足人们共同需要的一种合作努力,每一条法律规则都有旨在实现法律秩序某种价值的目的”。<sup>⑪</sup>体育仲裁制度不外乎也是如此。

国际体育仲裁的演进过程,凸显了制度背后公平、秩序、效率三大法律价值目标的实现。正义优先论将公平、正义价值作为法的首要价值选择,认为“其价值目标也应该是实践和维护全社会的公平与正义,促进人类的全面自由发展”。<sup>⑫</sup>法律制度是一种正义和秩序的综合体,“一个法律制度若要恰当地完成其职能,就不仅要力求实现正义,而且还

<sup>⑩</sup> CAS. *The Hearing in the CAS Arbitration Procedure Between WADA, Sun Yang and FINA to be Held in Public on 15 November 2019*, <https://www.tas-cas.org/en/media/media-releases/article/the-hearing-in-the-cas-arbitration-procedure-between-wada-sun-yang-and-fina-to-be-held-in-public-on/>, last visited Apr.14, 2022.

<sup>⑪</sup> 同前注②,第208页。

<sup>⑫</sup> 卓泽渊:《法的价值论》,法律出版社2006年版,第5页。

须致力于创造秩序”。<sup>③③</sup>秩序是一种有规律、可预见、和谐稳定的状态,而法“形式上的调整功能”也产生了法对秩序的创设。<sup>③④</sup>从制度构建角度审视,效率价值是一种评价尺度,“法律对人们的重要意义之一,应当是与其特有的权威性的分配权利义务的方式,实现效率的极大化”。<sup>③⑤</sup>本文无意探讨三者之间的价值取舍与衡量之界限,而是希望充分考量体育仲裁的特质同争议解决机制原则的公平、秩序、效率三项价值目标的适配与平衡,以求得最大程度实现体育仲裁支持行业争端解决质效的路径。

本文认为,法的价值目标下“内外平衡”模式更加适合作为体育仲裁制度的建构理念。体育仲裁制度中种种安排的背后闪烁着法的价值目标:制度中的公平正义价值,即是申请人与被申请人之间的争议能否受到公平的裁判;裁决在行业争议实践需求的时间范围内得到解决体现了效率价值;秩序价值反映在案件的公共属性及其示范效应、仲裁机构及仲裁庭拥有超过商事仲裁的部分强制力之中。

## (二) 对比情形: 现有商事仲裁制度的直接适配

因无法通过案例实证分析或是量化推导得出,以模型的方式先行考察商事仲裁制度对体育仲裁机制的直接适配结果,能够习彼之短补为己之长,对观察结果未善之处予以改进,不失为较为良好的方式。由此,本文通过如下体育仲裁质效三棱锥模型,对“商事仲裁制度的直接适配”与“内外平衡”构想这两种不同情况进行展示说明,对比观察商事仲裁制度何以不能直接适配,以凸显“内外平衡”之“平衡”所在:

假设在同一平面中存在三条直线  $l_1, l_2, l_3$ , 其中任意两直线之间的夹角为  $60^\circ$ ; 不妨令任意两直线的交点分别为  $X, Y, Z$ , 即  $\triangle XYZ$  为等边三角形; 假设  $\triangle XYZ$  的中心为  $V$ ; 假设存在一点  $D$ , 使得  $DV \perp XYZ$ ; 假设三棱锥的四个顶点分别为  $A, B, C, D$ , 底面为  $ABC$ , 底面  $ABC$  的中心为  $E$ , 且  $A, B, C$  分别在  $l_1, l_2, l_3$  上滑动; 其中  $AB$  长度  $a$ , 代表制度公平价值;  $BC$  长度  $b$ , 代表制度秩序价值;  $AC$  长度  $c$ , 代表制度效率价值; 顶点  $D$  至底面 ( $ABC$ ) 中心  $E$  的距离  $d$ , 代表三棱锥模型下体育仲裁支持行业争端解决质效。<sup>③⑥</sup>

由三棱锥特性可知,当  $ABC$  为等边三角形时,  $E$  与重合  $V$ , 此时  $DE$  垂直于三棱锥底面  $ABC$ ,  $DE$  长度最小 (设此时  $DE=d_0$ ), 代表处于体育仲裁支持行业争端解决质效最优状态。

如下图 2 所示, 现有商事仲裁制度直接加于体育争端解决之上, 会产生如下推论及解释:

<sup>③③</sup> 同前注②, 第 332 页。

<sup>③④</sup> [德] 伯恩·魏德士:《法理学》, 丁小春、吴越译, 法律出版社 2003 年 7 月版, 第 41 页。

<sup>③⑤</sup> 张文显:《法理学》, 法律出版社 1997 年 10 月版, 第 317 页。

<sup>③⑥</sup> 注意:  $l_1, l_2, l_3$  没有现实意义, 只用来为底面顶点  $A, B, C$  提供滑动轨迹。随着  $A, B, C$  位置的移动, 可以生成任意一种形状的三角形, 从而对应现实中不同制度下三种法律价值目标的复杂关系。

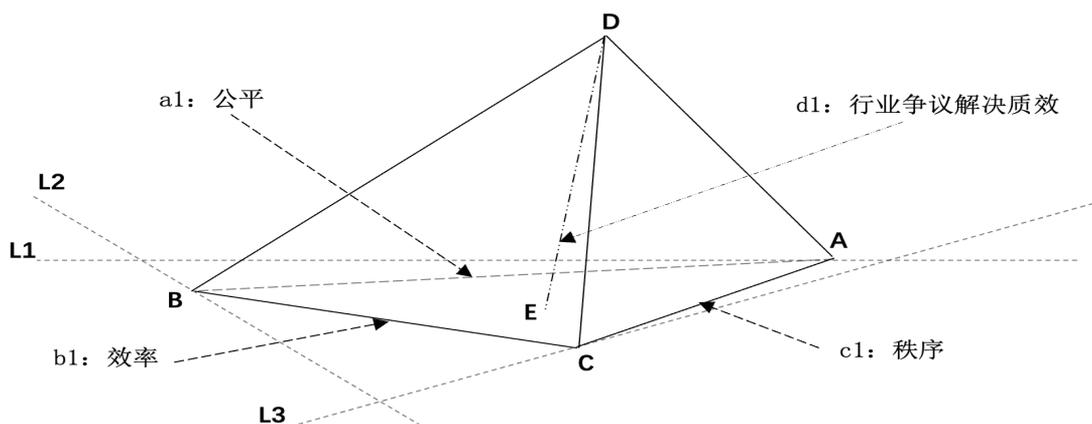


图2 对比情形：直接适配现有商事仲裁制度于体育仲裁

推论 1:  $d_1 > d_0$ , 行业效率未达到最优状态

推论 2:  $a_1 > b_1 > c_1$

结合前文所述体育争端特质进行分析,若将现有商事仲裁制度直接适配于体育争议解决,则会过于注重当事人合意下的自由选择权,消解三项价值目标之间的平衡,产生后果如下:公平价值方面,当事人自由选择权超额,体育仲裁机构无法实际满足仲裁专业性与独立性的需求;效率价值下难达时效要求,争端无法在特定时间要求下得到高效解决;秩序价值下难以达到仲裁的公共示范效应,且无法对体育仲裁机制形成有效监督。

### (三) 理想状态：“内外平衡”理念下的体育仲裁

对传统商事仲裁制度直接移植的效果不彰,其根源在于前述体育争端的特殊性对仲裁制度需求的异化。解决上述分析中所暴露的这一问题,仍需秉承体育争端的特质进行考察,构建出三棱锥“内外平衡”的体育仲裁制度。“内外平衡”视角下,如下图3及其推论所示:

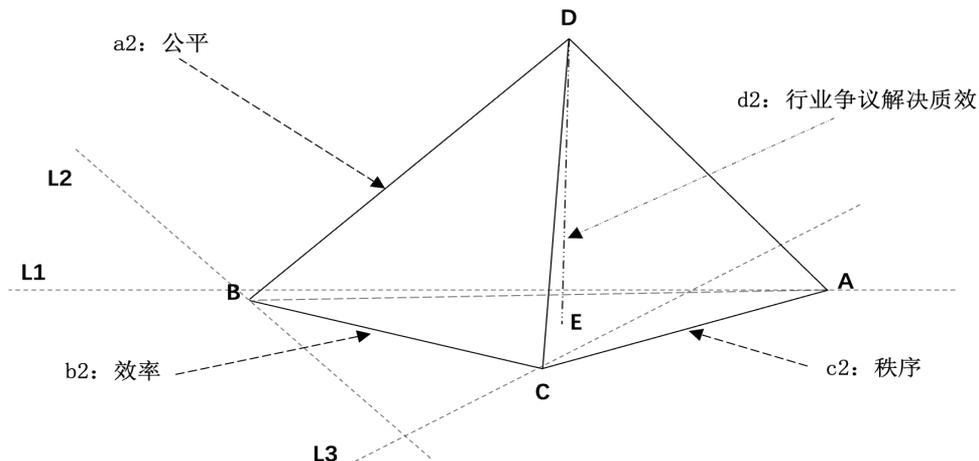


图3 理想状态：“内外平衡”理念下的体育仲裁

推论 1:  $d_2 = d_0$ ,  $DE \perp ABC$ , 行业效率达到最优状态

推论 2:  $a_2 = b_2 = c_2$ ;  $a_2 < a_1$ ,  $b_2 > b_1$ ,  $c_2 > c_1$

着眼体育争端特质的“内外平衡”,存在“三内一外”四项平衡。“三内”是指公平、效率、秩序各自法益内部达到平衡:一是公平正义价值,因体育仲裁专业化和高门槛的特质,当事人的自由选择权相较商事仲裁制度呈现一定程度的限缩,仲裁规则下机构能够对专家选任、程序性规定等事项有更大的话语权,却又受到法院审查等程序的约束,奠定了争议解决实质公平的基础;二是效率较高,体育仲裁对于如足球比赛中红牌判罚等特定争议能够 24 小时内作出裁决,满足场内外各类体育竞赛、活动的需求;三是秩序稳定,体育争端公共属性的凸显使得当事人让渡部分传统商事仲裁下的隐私权,而利用公开听证等制度达到的仲裁过程公开,也能够给体育行业带来一定的案件示范效应。“一外”是指体育仲裁制度三棱锥下三项法益之间的平衡,也即上图中的“ $a_2 = b_2 = c_2$ ”。

因此,体育仲裁之“良法”,应在正义、效率、秩序之间寻找支点,探求三者之间最佳平衡状态。“内外平衡”理念下,公平、效率、秩序三项法益在体育仲裁制度中融合统一,各类价值得到重视与保障,最终形成独具特质的体育争端解决机制的稳定,使得仲裁支持行业争议解决质效达到最优解。

## 五、现实进路：激活我国体育仲裁机制的建议

### (一) 缓解体育仲裁立法冲突张力

构建体育仲裁机制的前提在于做好顶层设计,而立法修订的核心便在于为体育仲裁“正名”,并妥善处理《体育法》与《仲裁法》之间的关系。对于这一核心问题,应当借鉴《劳动争议调解仲裁法》的立法形式。

从法规之间的关系来看,劳动仲裁与体育仲裁均根植于仲裁制度。如下图 4 所示,《仲裁法》第七十七条明确将劳动争议作为“另行规定”处理,由此实现了劳动争议解决自《仲裁法》至《劳动争议调解仲裁法》的过渡。进一步看,《劳动法》将“劳动争议”独立作为第十章的内容,就争议处理原则、仲裁委员会、仲裁程序作出原则性规定,而《劳动争议调解仲裁法》是对《劳动法》第十章的内容的具化与推进。实操层面,人力资源和社会保障部等颁布《劳动人事争议仲裁办案规则》等行政法规具体适用。

从体育仲裁与劳动仲裁的特征来看,不同于公司与外部主体签订契约的过程,发生在内部的劳动争

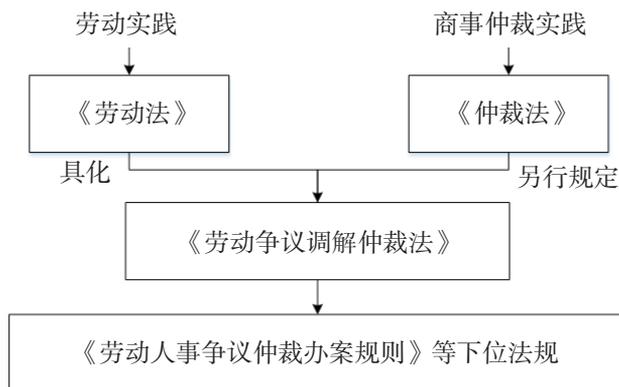


图 4 劳动仲裁立法处理模式

议是合同纠纷之外的人身关系纠纷,且在大多数案件中公司相对当事人具备一定的强势地位。<sup>⑦</sup> 体育仲裁与劳动仲裁都在一定程度上体现出对传统商事仲裁的“异化”,但仍均根植于仲裁制度。因此,可以借鉴劳动领域争端解决方式探寻体育仲裁机制的构建路径。

2022年4月发布的《体育法》修订草案二审稿,在第九章设定了“体育仲裁”专章。相比一审稿,二审稿在立法技术上更显简洁,仅在“体育仲裁”一章中对受案范围、仲裁机构设立、管辖范围、撤销裁定等重要内容进行了原则性规定,删去了一审稿中关于仲裁员资格、回避、组成、案件裁限等具体规则。由此看来,正如上文所述,立法部门对体育仲裁的法律制度建构路径与劳动仲裁的路径较为相似,具体的体育仲裁规则依靠其他下位法进行细化。因此,下一步应当推动制定《体育争议调解仲裁法》的建立,以法律落地彻底解决《立法法》与《体育法》之间的冲突。最后,依据《体育法》《体育争议调解仲裁法》相关规定出台各项行政法规、部门规章等下位法,保障体育仲裁制度的落地与完善。

## (二) 秩序价值: 体育仲裁机构设置的第三条路径

体育仲裁机构构建路径的观点主要可以分为两类,一是在体育行业相关行政机构中下设体育仲裁机构,二是在现有的民商事仲裁机构中分设体育仲裁庭。本文认为,以上两种方案均有不当之处。就前一种方案而言,在制度构建之初依托外部力量来带动机构发展,固然有助于选拔配备专业素质过硬的仲裁员,也在一定程度上能够借助行政权力使裁决落地执行。但需要注意的是,这一方案仍然难以解决体育争端解决行政化问题,同时也会削弱仲裁庭裁决的权威性与认可度。后一种方案在既有成熟民商事仲裁机构内设体育仲裁庭,固然可以发挥民商事仲裁机构的市场化、专业性功能,但是民商事与体育仲裁的差异使得民商事仲裁机构短期内难以适应体育仲裁的逻辑。同时,由于缺乏激励和约束机制,民商事仲裁机构未必有足够的动力,从现有业务中再辟新庭,由其所做的裁决也很难得到体育组织的认可与执行。

从《体育法》修订草案来看,二审稿第九十条规定由“国务院体育行政部门”设立体育仲裁委员会,表面上看与草案一审稿规定的“中华全国体育总会”有所不同,但二者其实是“一个机构、两块牌子”。因此,修订草案其实选择了在行政机构下设体育仲裁机构的模式。本文认为,独立性是确保仲裁机构公信力和权威性得以实现的前提,也是秩序价值得以体现的关键。二审稿第八十八条规定“体育仲裁依法独立进行,不受行政机关、社会组织 and 个人的干涉”,但由行政机构自身设立体育仲裁委员会的方式难以使第八十八条真正实现。更加现实,亦是更加理性的方式是“第三条路径”,即设置全国性的、独立于行政机构和民商事仲裁机构的体育仲裁机构,解决体育争端解决机构过度行政化的现实问题。一个独立、权威和具备公信力的机构方能平衡申请人与被申请人的利益,才有建构体育仲裁秩序的现实基础,保障裁决公共属性得以实现。此外,还应尝试赋予体育仲裁委员会对特定大型赛事体育争议的强制仲裁管辖权,并进一步强化体育仲裁委

<sup>⑦</sup> 董保华:《论我国劳动争议处理立法的基本定位》,载《法律科学(西北政法学院学报)》2008年第2期,第150页。

员会与现有商事仲裁机构的联系与配合,在全国范围内选拔优秀体育工作者作为兼职仲裁员,持续推动体育仲裁委员会健康发展。

### (三) 公平价值: 仲裁程序及其监督

体育仲裁制度规则设计落脚点在于仲裁员选任及仲裁程序,二者之良法及监督是实现公平价值的关键。一是体育仲裁员的选任来源。因法律与体育知识的交叉性要求使得选任程序需要兼顾双重标准,体育仲裁机构应当在全国范围内建立仲裁员人才库,并根据法律尤其是体育法学位背景、仲裁员经历、过往相关竞技体育行业从业履历等多重因素综合评定。这一点,商事仲裁机构的仲裁员选聘流程较为成熟,可以参照适用。

二是仲裁程序方面,可以参考前述CAS的实践经验,将普通程序与上诉程序一并纳入。普通程序主要致力于解决发生在体育领域的人身及财产争议,而上诉程序则主要致力于解决纪律性处罚纠纷、兴奋剂认定争议、赛事裁判公正性争议等。

三是在裁决规范依据上,现有体育法及其法规体系完善度不足,而体育正义多数情况下事实情节较为相似,这使得适用先例亦成为快速裁决、保持仲裁稳定性与可预期性的重要方式。因此,体育仲裁领域可以探索尝试参考和适用国内、国际体育先前裁决案例。

四是仲裁监督层面,一方面应追求仲裁程序的公开,尤其是在涉兴奋剂案件、涉赛事裁判公正性等案件中应当举行公开听证。另一方面,应适时引入司法监督。这一点,《体育法》修订草案第九十五条明确规定了向中级人民法院申请撤销裁决的具体情形。考虑到尊重行业自治的特殊性,司法机关对体育仲裁裁决的审查应以“程序监督”为主,对仲裁过程中超越程序性争议的实质性争议不予审查,仅在缺失管辖权、程序严重违规、裁决违背公共利益等情形下予以认定。若审查裁决程序违法,法院可撤销裁决并判令重新仲裁,作为保障公平价值实现的兜底与救济举措。

### (四) 效率价值: 整体与分割对待下的机制选择

体育仲裁整体与分割对待下的机制选择问题,决定了体育活动中发生的各类纠纷如何管辖。即是否需要将体育纠纷按其性质分门别类、按照不同的争议解决机制分割救济;抑或是将体育纠纷适用类似“专属管辖”,由确定的仲裁地及仲裁机构整体救济。后者则是决定管辖主体与管辖效果的关键。

就国内目前法律框架下的体育纠纷解决现状而言,整体与分割对待呈现模糊不清的状态:体育组织内部争端解决机制往往“大包大揽”,任何组织内部或组织举办赛事中发生的人身或财产纠纷均由内部“委员会”解决。法院则遵循“分割处理”原则,往往会根据涉诉纠纷性质不同分流至民事、行政等不同审判庭。而从仲裁委来看,劳动争议往往通过劳动仲裁委居中裁决,专业体育仲裁机构并未在中国实际建立,更无从谈起整体与分割对待的机制选择问题。

从国外现实经验来看,诸如CAS、日本、美国AAA等机构均采用整体对待模式。<sup>③</sup>以CAS为例,受1992年Gundel v. Federation Equestre Internationale案的影响,其在1994

<sup>③</sup> 黄晖、张春良:《国际体育仲裁专题研究》,中国社会科学出版社2017年9月版,第56页。

年进行了重大改革,设立了普通仲裁司、上诉仲裁司并沿用至今。<sup>③⑨</sup> 如下图 5 所示,普通仲裁司负责解决一审争端,待裁纠纷主要为商业纠纷,包括赞助商协议、运动员转会及其他合同、赛事转播与举办等事项;上诉仲裁司除负责处理普通仲裁司及其他体育机构作出商业纠纷的初步裁决外,还负责处理兴奋剂、运动员纪律等争议。CAS 在洛桑、纽约、悉尼设有三个办事处,每个办事处都有权处理上述商业和纪律纠纷。<sup>④⑩</sup> CAS 将整体对待的方式作为纠纷解决模式效果显著,其所有裁决都是最终裁决,并根据《纽约公约》在成员国中获得承认与执行。

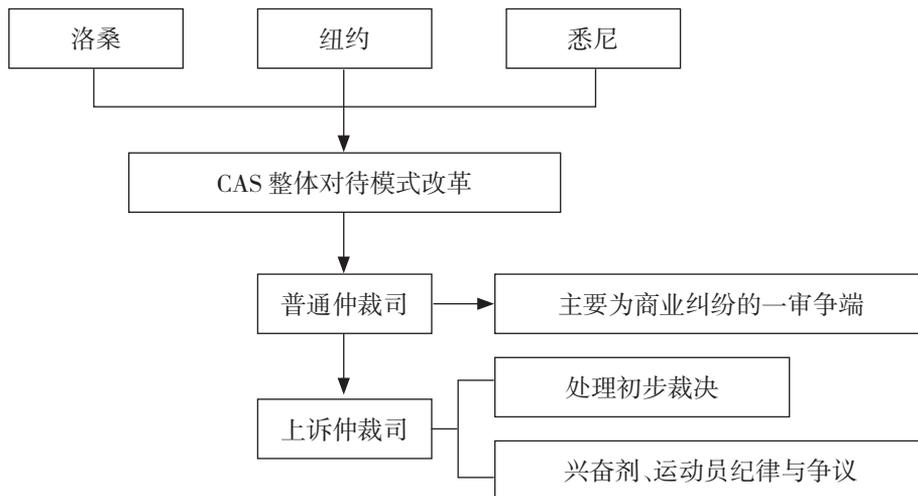


图 5 改革后 CAS 案件处理模式流程图

整体对待模式在专业化、成本收益分析等方面都更加适合作为体育纠纷解决机制。一方面,整体对待模式下纠纷解决能够达到高度专业化。体育领域各类纠纷往往均具备专业化与高门槛特点,这些部门化特质无法因纠纷类型的分割而剥离。举例来说,近期发生的某篮球运动员转会风波案件,表面上看是作为劳方的球员同资方俱乐部有关球员效力问题的劳动争议,但与篮协自身新旧规定的沿革问题密切相关。相较于法院、劳动仲裁委,这一问题更需要精通体育法、篮协等机构内部规则的人员居中裁判,全面考察案件事实与法律法规裁决案件。而整体对待模式下,体育仲裁机构专业仲裁员也能够满足案件裁决专业性要求,这一选择同金融司法审判改革、建立北京、上海专业金融法院的理念是一致的。<sup>④①</sup> 另一方面,从成本收益分析的角度看,整体对待模式对体育仲裁机构的构建与发展更加有利。该模式下,体育仲裁机构将迎来丰富的纠纷类型与广阔的市场前景,

<sup>③⑨</sup> Sean Rassel, *The Necessity For National Federations to Stand Up for Themselves*, Michigan State University College of Law International Law Review, 2012, Vol.20:3, p.809.

<sup>④⑩</sup> Daniel H. Yi, *Turning Medals into Metal: Evaluating the Court of Arbitration for Sport as an International Tribunal*, Asper Review of International Business and Trade Law, 2006, Vol.6, pp.294-295.

<sup>④①</sup> 陈道富、王刚、尚博文:《金融法院管辖范围待拓展》,载《中国金融》2021年第8期,第78页。

体育仲裁机构能够集中资源,充分招揽体育纠纷解决人才、培养专业化体育仲裁专家,高效发挥“一站式”争议解决的特殊优势。

---

**Abstract:** China's independent sports arbitration has always been absent, and the existing sports dispute resolution is faced with the embarrassing situation of "no way to ask for help" in China and "lack of discourse" in foreign countries. Judging from historical evolution and international experience, the essence of sports arbitration is the integration of sports practice based on the concept of commercial arbitration. Using the methods of law and economics analysis, literature analysis, model construction and other methods, this paper takes the existing commercial arbitration system as a comparison object, and explores the construction concept of sports arbitration of "internal and external balance" under the three legal values of justice, order and efficiency. In order to activate the sports arbitration system in our country, some suggestions are put forward, such as alleviating the tension of sports arbitration legislation conflict, setting up a national independent sports arbitration institution, selecting and appointing arbitrators, realizing the fair value of arbitration procedures, and selecting the overall treatment mode.

**Keywords:** legal values; legal interests balance; sports arbitration; dispute resolution

---

(责任编辑:张靖昆)

# 《新加坡调解公约》政府保留条款的适用问题及中国因应

黄子淋\*

---

**内容提要** 《新加坡调解公约》一方面允许投资者与东道国和解协议的适用；另一方面通过设置政府保留条款为缔约国预留了豁免投资者与东道国和解协议执行的空间。在《新加坡调解公约》开放签署的背景下,审视政府保留条款的合理价值、适用问题及对中国适用的必要性,确立政府保留条款的中国对策尤为重要。应在明确《新加坡调解公约》适用于 ISDS 机制可行性的基础上,充分审视政府保留条款的适用必要性问题。我国应结合当前发展实际和国家治理能力建设水平,审慎考虑对于政府保留条款的应对态度和制度衔接之策,进而寻求在国际协定谈判和国内多元化纠纷解决机制改革中逐步发展投资者与东道国调解制度。

**关键词** 投资者与东道国争端解决 《新加坡调解公约》 政府保留 国家豁免

---

调解是一种以共识为导向的争议解决方法,能够更加高效地定纷止争并促使各方将谈判重点置于重大问题之上。<sup>①</sup>与仲裁相比,调解的广泛适用能够更好回应各方对投资者与东道国间争端解决机制(Investor-State Dispute Settlement Mechanism,以下简称 ISDS 机制)费用和时效问题的关切,保障长期合作关系和保护外国投资。<sup>②</sup>各国关于 ISDS 机制中替代性争议解决机制的实践探索最具普遍性的即为在双边投资协定(以下简称 BIT)和自由贸易协定(以下简称 FTA)中纳入调解条款,或在国际机构规则中设置专门调解规则。据统计,包含替代性争议解决机制条款(主要是调解和调停)的国际投资协定现已占生效投资协定比例约为 1/4。<sup>③</sup>然而到目前为止,国际投资争端解决中心

---

\* 黄子淋,四川大学法学院博士研究生,四川大学自贸区暨“一带一路”法律研究中心助理研究员。本文系四川大学 2021 年“双一流”建设一流学术成果培育项目“我国涉外法律体系的完善与创新问题研究”(项目编号:sculaw20210102)、中国高等教育学会 2021 年度项目“高质量共建一带一路背景下卓越涉外法治人才培养路径研究”(项目编号:21YDD03)的阶段性成果。

- ① Rachel Chiu, *Arbitration, Mediation, and the Singapore Convention on Mediation*, <https://www.bclplaw.com/en-GB/insights/arbitration-mediation-and-the-singapore-convention-on-mediation.html>, last visited June. 20, 2021.
- ② 《联合国国际贸易法委员会第三工作组(投资人与国家间争端解决制度改革)第三十九届会议(2020 年 3 月 30 日至 4 月 3 日,纽约)秘书处的说明》(A/CN.9/WG.III/WP.190,第 30 段), <https://undocs.org/zh/A/CN.9/WG.III/WP.190>, 最后访问时间:2021 年 6 月 10 日。
- ③ UNCITRAL Working Group III Webinar, *Mediation in Future Investor-State Dispute Settlement*, [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/anne\\_von\\_aacken\\_pp\\_english\\_18\\_june\\_mediation.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/anne_von_aacken_pp_english_18_june_mediation.pdf), last visited Jun. 10, 2021.

(以下简称 ICSID) 仅登记了 12 起调解案件; 常设仲裁法院、能源宪章秘书处、斯德哥尔摩商会仲裁院均未管理过基于条约的调解程序。<sup>④</sup> 可见, 国际社会将调解用于缓和 ISDS 制度困境的目标和调解的实际适用程度间存在着极大差距, 其成因很大程度上在于高效且统一的跨境执行框架的缺失, 导致国际和解协议缺乏约束力和执行力。值此背景下, 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(以下简称《新加坡公约》) 于 2019 年 8 月 7 日在新加坡开放签署, 致力于推动国际商事交往中通过调解友好解决争议。《新加坡公约》一方面未排除投资者与东道国和解协议的适用, 另一方面为增强公约的灵活性和接受度, 又通过政府保留条款为缔约国提供了排除投资者与东道国和解协议执行的途径。在《新加坡公约》开放签署的背景下, 审视政府保留条款的合理价值、适用问题及对中国的适用必要性, 确立政府保留条款的中国对策将尤为重要。

## 一、《新加坡公约》政府保留条款释义

国际法语境下的“保留”, 是指一国于签署、批准、接受、赞同或加入条约时所做之片面声明, 不论措辞或名称如何, 其目的在摒除或更改条约中若干规定对该国适用时之法律效果。<sup>⑤</sup> 多边条约是多国协商一致的结果, 允许“保留”可促使来自不同地理区域、具有不同法律传统和文化敏感性的国家达成共识。<sup>⑥</sup>

### (一) 《新加坡公约》政府保留条款的涵义

《新加坡公约》共规定了两项保留措施, 一是“政府保留”, 二是“同意保留”, 除以上两项公约明确授权的保留外, 不允许缔约国作出其他任何保留, 本文就政府保留条款展开论述。《新加坡公约》第 8 条第 1 款第 1 项对“政府保留”进行了规定, 其涵义是允许对缔约国为一方当事人的和解协议, 以及政府机构或代表政府机构行事的任何人为一方当事人的和解协议, 不适用《新加坡公约》。<sup>⑦</sup> 从文本表述中可知, 该项保留条款着眼于“国家、政府机构或代表政府机构行事的任何人”作为国际和解协议一方当事人的问题, 旨在凸显争议主体的商事性, 是故本文称其为政府保留条款。

《新加坡公约》设置政府保留条款之目的在于, 对部分国家而言将投资者与东道国调解排除在公约之外是其加入公约所要考量的决定性因素。这一保留框架将为各国在考量是否加入公约时提供更多的回旋余地, 同时为寻求全球遵守国际和解协议的各方提

④ 《联合国国际贸易法委员会第三工作组(投资人与国家间争端解决制度改革)第三十九届会议(2020年3月30日至4月3日, 纽约)秘书处的说明》(A/CN.9/WG.III/WP.190, 第43段), <https://undocs.org/zh/A/CN.9/WG.III/WP.190>, 最后访问时间: 2021年6月10日。

⑤ 《维也纳条约法公约》第2条第1款第(d)项。

⑥ Itai Apter & Coral Henig Muchnik, *Reservations in the Singapore Convention—Helping to Make the “New York Dream” Come True*, in *Singapore Mediation Convention Reference Book*, Harold Abramson(ed.), 2019, p.1270.

⑦ 《新加坡公约》第8条第1款第1项规定: “公约当事方可声明, 对于其为一方当事人的和解协议, 或者对于任何政府机构或者代表政府机构行事的任何人为一方当事人的和解协议, 在声明规定的限度内, 本公约不适用。”

供更大的法律确定性。<sup>⑧</sup>但另一方面,该项保留可能阻却私人投资者同选择保留的缔约国达成国际调解下的和解协议。在国家逐渐成为全球商业及投资合作的不可分割一方的趋势下,可能对调解制度在全球范围的广泛推行产生一定不利影响。在公约的55个签署国中,目前共有7个国家批准或核准加入公约,其中仅有白俄罗斯和沙特阿拉伯声明将作政府保留。<sup>⑨</sup>我国目前未最终批准《新加坡公约》,对政府保留条款也尚未明确表态。

## (二) 对《纽约公约》商事保留条款的承继与差异

基于《纽约公约》在国际商事仲裁裁决承认与执行领域的成功经验,《新加坡公约》基本比照《纽约公约》的框架结构展开。《新加坡公约》的政府保留条款很大程度上脱胎于《纽约公约》商事保留条款,同时二者亦存在区别。

《纽约公约》第1条第3款将适用于公约的争议限定于“提出声明国家之国内法认为系属商事关系者”,即商事保留条款。虽然《纽约公约》第7条将投资者与东道国争端纳入公约调整范围,但并不影响缔约国国内法对商事关系的认定。<sup>⑩</sup>缔约国可声明,其“只对根据本国法律属于商事的法律关系,不论是不是合同关系,所引起的争执”适用《纽约公约》。<sup>⑪</sup>之所以作此保留,是因为在《纽约公约》谈判之时,某些国家的国内法对于民事和商事案件并无区分,而诸如法国、土耳其、比利时等国又实行“民商分立”。故联合国国际贸易法委员会(United Nations Commission on International Trade Law,以下简称UNCITRAL)并未将《纽约公约》的适用范围限于商事争议,但同时又应荷兰代表的建议增设了商事保留条款。<sup>⑫</sup>此举为各国选择加入《纽约公约》提供了充分的考量空间。《纽约公约》168个缔约国中,迄今共有55国作出商事保留声明,体现出《纽约公约》的良好实践及缔约国间对于商事保留条款的普遍认同。<sup>⑬</sup>《新加坡公约》为吸引潜在当事方成为缔约国,选择模仿《纽约公约》的做法,为各国提供保留路径,不失为其促进国际和解协议执行机制的全球认同所作出的努力,有助于为具有不同法律制度和需求的国家加入《新加坡公约》创造契机。

同时,对比可知,《纽约公约》的保留条款着眼于争议本身的商事性,《新加坡公约》

<sup>⑧</sup> *Supra* note 6, at 1281.

<sup>⑨</sup> UNCITRAL, *Status: United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation*, [https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international\\_settlement\\_agreements/status](https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status), last visited Oct. 13, 2021.

<sup>⑩</sup> 《纽约公约》第7条第1款规定:“本公约之规定不影响缔约国间所订关于承认及执行仲裁裁决之多边或双边协定之效力,亦不剥夺任何利害关系人可依援引裁决地所在国之法律或条约所认许之方式,在其许可范围内,援用仲裁裁决之任何权利。”

<sup>⑪</sup> 《纽约公约》第1条第3款规定:“任何国家亦得声明,该国唯于争议起于法律关系,不论其为契约性质与否,而依提出声明国家之国内法认为系属商事关系者,始适用本公约。”

<sup>⑫</sup> 《贸易法委员会秘书处关于〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉(1958年,纽约)的指南》(2016年版,第33页), <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/zh/v1604038-1.pdf>, 最后访问时间:2021年6月20日。

<sup>⑬</sup> UNCITRAL, *Status: Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)*, [https://uncitral.un.org/zh/texts/arbitration/conventions/foreign\\_arbitral\\_awards/status2](https://uncitral.un.org/zh/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2), last visited Oct. 13, 2021.

的保留条款则着眼于争议主体的商事性。<sup>⑭</sup>在商事保留条款的基础上,政府保留条款更加强化了对于政府主体作为国际和解协议执行一方当事人的针对性。但考察两项公约签署之时的国际背景可以发现,随着三十余年间经济全球化和全球价值链的不断发展变动,国际商事交往的内容和主体已发生深刻变化。经过《纽约公约》数十年的实践和国际商事交往的不断深化,政府主体能够作为平等当事方参与国际商事活动已成为广泛的经济现实和司法共识,其国家属性在国际商事交往中并不能获得当然豁免,这与《纽约公约》签署之时的国际背景存在着较大差异。因此,本文认为在政府保留条款的设置上,《新加坡公约》有轻率照搬《纽约公约》框架而忽视规则之实际效果之嫌。<sup>⑮</sup>

## 二、《新加坡公约》政府保留条款适用性的审视

在《新加坡公约》框架下,国际和解协议的执行可依两条路径:其一,当事方自愿遵守并主动履行和解协议;其二,一方依《新加坡公约》向缔约国主管机关申请执行和解协议。《新加坡公约》政府保留条款为选择保留的缔约国免除了第二条强制执行路径之可能,一方面吸引更多缔约国加入《新加坡公约》,有利于公约在全球范围内的推行;另一方面阻却了投资者依公约规定申请对东道国政府强制执行之路径。对此,需充分审视政府保留条款的适用性,进而为明确中国之对策提供相应基础。

### (一)《新加坡公约》适用于 ISDS 机制具有可行性

由于《新加坡公约》并未明文规定是否可以适用于投资者与东道国间达成的和解协议,故需通过文本分析对这一问题予以明确,这也是探讨政府保留条款设置之必要性问题的前提。依据《新加坡公约》规定,只要国际商事和解协议符合公约第1条“适用范围”的要求则具备效力,并直接具备执行力。故审视《新加坡公约》适用于投资者与东道国和解协议的可行性,主要在于投资者与东道国间达成的和解协议是否符合公约“适用范围”中“国际性”和“商事性”标准。

其一,就和解协议的国际性而言,根据公约第1条的规定,只要当事人营业地在不同国家,或营业地与和解协议履行地分属不同国家,均可认定和解协议具有国际性。<sup>⑯</sup>可见,不同于国际仲裁对于仲裁地的关注,《新加坡公约》并未就调解地作出任何要求,而是主要关注调解主体的国际性,即“营业地”标准。虽然普遍认为投资者与东道国调解中的东道国政府并不具有一般商事主体的营业地,公约亦未就政府实体营业地的认定提

<sup>⑭</sup> 温先涛:《〈新加坡公约〉与中国商事调解——与〈纽约公约〉〈选择法院协议公约〉相比较》,载《中国法律评论》2019年第4期,第204页。

<sup>⑮</sup> 包康赞:《〈新加坡公约〉的“后发优势”与中国立场》,载《武大国际法评论》2020年第6期,第24页。

<sup>⑯</sup> 《新加坡公约》第1条第1款规定:“本公约适用于调解所产生的、当事人为解决商事争议而以书面形式订立的协议(‘和解协议’),该协议在订立时由于以下原因而具有国际性:(a)和解协议至少有两方当事人在不同国家设有营业地;或者(b)和解协议各方当事人设有营业地的国家不是:(一)和解协议所规定的相当一部分义务履行地所在国;或者(二)与和解协议所涉事项关系最密切的国家。”

出明确标准。但公约既已通过第1条第2款的“负面清单”模式列明不适用的和解协议范围,则可以推定其默认政府机构或者代表政府机构行事的任何人作为当事人之可能性。<sup>①⑦</sup>且东道国与外国投资者的商事关系显然涉及两个国家,故而可以认定符合公约“国际性”要求。

其二,就和解协议的商事性而言,《新加坡公约》并未在正文中就“商事性”这一概念作具体解释,而是利用第1条第2款的除外条款模式将涉及家庭、继承、就业的和解协议排除在商事和解协议的范围之外。《新加坡公约》通过除外条款定义“商事性”,与UNCITRAL 2002年颁布的《调解示范法》具有相同的目的,力图广泛涵盖商业安排内的调解。《调解示范法》在解释“商事”概念时依赖开放式的例证来列举符合“商事性”的交易类型,从而将“商业”概念广泛适用于调解。<sup>①⑧</sup>这表明《调解示范法》所定义的“商业”范围并不限于根据国内法可能具有商业资格的事项。<sup>①⑨</sup>同时,UNCITRAL也建议各国共同努力以进一步扩大《调解示范法》的涵盖范围,完全取消对商业事项的限制。不过,这一广泛性的解释方式并不能完全达到促进国际商事和解协议执行的目的。因此《新加坡公约》通过除外条款限缩受约束的商业关系的概念,通过这一“负面清单”模式增加了国际商事和解协议的确定性和可执行性。纵观《调解示范法》到《新加坡公约》对“商事性”的界定不难发现,UNCITRAL一直致力于对“商事性”概念作宽口径解释,使有关国际和解协议的执行框架涵盖面更为广泛。故不论从《新加坡公约》文本表述,抑或是从其实施背景和目标出发,均应对投资者与东道国和解协议的商事性质予以宽口径解释,认定为符合《新加坡公约》的“商事性”要求。

综上可知,《新加坡公约》的条款设置本身默认了投资者与东道国和解协议的适用,公约对适用范围“国际性”和“商事性”的解释为投资者与东道国和解协议的适用留有充分余地,《新加坡公约》可以直接适用于ISDS机制。

## (二) ISDS机制下政府保留条款的适用缺乏充分的必要性

既已确认《新加坡公约》适用于ISDS机制之可行性,便可在在此基础上进一步探讨政府保留条款的适用对ISDS机制的可能影响。《新加坡公约》政府保留条款的设置并无全然阻却投资者与东道国调解之意旨,亦非否认投资者与东道国间和解协议之效力,而是旨在豁免该类和解协议依公约的强制执行,即在执行层面对和解协议产生影响。因此,关于政府保留条款适用的必要性,主要在于审视其执行层面的功能及对于国际和解

<sup>①⑦</sup> 《新加坡公约》第1条第2款规定:“本公约不适用于以下和解协议:(a)为解决其中一方当事人(消费者)为个人、家庭或者家居目的进行交易所产生的争议而订立的协议;(b)与家庭法、继承法或者就业法有关的协议。”

<sup>①⑧</sup> 《贸易法委员会国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法》注释1规定:“对‘商事’一词应作广义解释,以涵盖由于商业性质的所有各种关系而发生的事项,无论这种关系是否属于合同关系。商业性质的关系包括但不限于下述交易:供应或交换货物或服务的任何贸易交易;分销协议;商业代表或代理;保理;租赁;工程建设;咨询;工程;许可证交易;投资;融资;银行;保险;开发协议或特许权;合营企业和其他形式的工业或商业合作;航空、海路、铁路或公路客货运载。”

<sup>①⑨</sup> Ellen E. Deason, *What's in a Name? The Terms "Commercial" and "Mediation" in the Singapore Convention on Mediation*, in *Singapore Mediation Convention Reference Book*, Harold Abramson(ed.), 2019, p.1152.

协议跨境执行所生影响的可能后果。

### 1. 政府保留与国家豁免的功能重叠

国家豁免是一项公认的习惯国际法原则,分为绝对豁免和限制豁免。绝对豁免指非经一国同意,外国法院不得管辖以该国为被告的诉讼(管辖豁免);即使一国同意接受诉讼管辖,非经该国另行同意,外国法院亦不得强制执行该国国家财产(执行豁免)。<sup>②0</sup>其理论基础源于平等者之间无管辖以及不得干涉他国内部事务原则。<sup>②1</sup>而由于国家主体在国际市场中的参与度逐渐加深,绝对豁免理论开始实现向限制豁免理论的转变。在限制豁免理论下,一国的主权行为因蕴含国家公权力而可以享受管辖豁免,但国家作为国际市场平等主体实施的商业行为则可以受外国法院管辖。

执行豁免的性质、法律依据、效果等方面均与管辖豁免存在差异,因此国际上对于执行豁免的立场更为严格,执行豁免亦被称为国家豁免的“最后堡垒”。<sup>②2</sup>在限制豁免理论下,一国接受司法管辖通常被视为对管辖豁免的默示放弃,但这并不等同于放弃执行豁免,只有“非商业目的”的国家财产才能给予执行豁免。<sup>②3</sup>由此,在目前的国际法环境下国家豁免并非绝对,如果法律程序涉及的行为不属于公共权力的行使范围,则不适用国家豁免;但当争端涉及以统治权行使的主权行为时,国家豁免通常得到承认。<sup>②4</sup>当前最具有代表性的适用限制豁免理论的国际条约即2004年通过的《联合国国家及其财产管辖豁免公约》,其旨在将国家及其财产的管辖豁免上升为一项“普遍接受的习惯国际法原则”。虽然时至今日这一公约仍未生效,但已成功证明限制豁免全球性机制形成的可能性。<sup>②5</sup>在国内立法层面,美国于1976年颁布的《外国主权豁免法案》(以下简称FSIA)则代表着国内法对限制豁免理论的接受。FSIA将国家豁免限于政府行为引发的索赔,即国家豁免不适用于“在美国进行的商业活动;在美国实施的与其他地方的商业活动有关的行为;外国在其他地方从事的但在美国造成直接影响的与商业活动有关的行为”三种情形,亦即“商业活动”例外。<sup>②6</sup>除此之外,FSIA规定了“仲裁执行”例外,即“外

②0 孙昂:《国家豁免案件的法律适用问题研究——在司法与外交复合语境中的探讨》,载《国际法研究》2021年第2期,第2页。

②1 何志鹏:《法治中国视野下的国家豁免问题——从日本、韩国比较法角度的探究》,载《甘肃政法学院学报》2017年第2期,第39页。

②2 Ben Juratowitch, *Waiver of State Immunity and Enforcement of Arbitral Awards*, *Asian Journal of International Law*, 2016, Vol.6:2, p.230.

②3 孙南申:《论国际投资仲裁裁决在〈纽约公约〉下的执行问题》,载《广西师范大学学报(哲学社会科学版)》2020年第1期,第61页。

②4 Anna Wyrozumska, *Some Remarks on State Immunity and Professor Wolfke's Concept of International Customary Law*, *Wroclaw Review of Law, Administration & Economics*, 2018, Vol.8:2, p.218.

②5 《联合国国家及其财产豁免公约》第19条规定:“不得在另一国法院的诉讼中针对一国财产采取判决后的强制措施,例如查封、扣押和执行措施,除非(a)该国以下列方式明示同意采取此类措施:国际协定;仲裁协议或书面合同;或在法院发表的声明或在当事方发生争端后提出的书面函件;或(b)该国已经拨出或专门指定该财产用于清偿该诉讼标的的请求;或(c)已经证明该财产被该国具体用于或意图用于政府非商业性用途以外的目的,并且处于法院地国领土内,但条件是只可对与被诉实体有联系的财产采取判决后强制措施。”

②6 Foreign Sovereign Immunities Act 28 USC § 1605(a)(2).

国不能免于执行其与私人订立或为私人利益订立的仲裁协议和仲裁裁决的诉讼”。<sup>②7</sup> 基于“仲裁执行”例外,《纽约公约》框架下的东道国与私人投资者间投资仲裁裁决亦不能获得美国法的执行豁免。

《新加坡公约》虽通篇未见“豁免”相关字眼,但要求“公约每一当事方应按照本国程序规则并根据本公约规定的条件执行和解协议”,执行地国的程序规则当然包含与国家豁免有关的规则。此外,UNCITRAL工作组亦在谈判中确认,公约文本不影响或干涉国家赔偿责任或国家豁免权在国际公法方面的应用。<sup>②8</sup> 故虽然《新加坡公约》项下的投资者与东道国和解协议在每一缔约国都具有执行力,但仍要受到执行地国家的国家豁免法制约。对照国家豁免及商事保留条款,二者对于执行效果的影响在一定程度上存在重合,故而需检视商事保留条款之特性,及国家豁免下的适用必要性问题。就商事保留条款之特性及优势而言,其为缔约国提供了仅通过声明保留即豁免政府和解协议强制执行义务的可能性,尤其对于实施绝对豁免立场的国家而言,能够免于在执行之诉中再次声明国家管辖豁免、执行豁免抗辩,减少应诉成本、立法成本的同时保证国家财产免于执行。但另一方面,既已存在关于国家豁免适用于ISDS机制的理论基础、广泛实践及国际认同,政府保留条款的适用并不具有充分的必要性,且因其绝对豁免立场缺乏规则的灵活性。绝对豁免已为主权国家提供了避免任何国家财产被执行的充分保障。即便是在适用限制豁免理论的国家,寻求执行国家财产的投资者仍要经历漫长且复杂的申请过程。一方面,投资者须肩负起证明被执行国家财产为“非商业财产”性质且与被诉国有实际联系的责任,对此的调查取证不仅周期过长且难度较高;另一方面,由于一国国家财产的执行可能涉及国家行为、运作以及外交和政治关系,无论是出于国际礼让还是内部组织结构的原因,执行地国法院可能不会选择执行外国国家财产,从而避免招致外交问题的敏感化、复杂化。

简言之,国家豁免与政府保留具有相似的功能性,且前者在适用上更为灵活。在ISDS机制下,一国若想防止和解协议的强制执行对国家主权和财产造成不利影响,全然可以援引国家豁免作为抗辩。同时,一国亦可以通过国内关于国家豁免政策的设置与调整,在实践中适时转变本国国家豁免立场。因此国家豁免抗辩可作为政府保留条款的有效替代。

## 2. 政府保留与国际和解协议契约性的张力

调解本是非强制性的替代性争端解决方式之一,但在长期立法历史中,和解协议通常被认为是一种“确定契约”,对当事方具有法律强制力和执行力。和解协议的契约化最早可以追溯到古罗马时期,但直到1804年《法国民法典》的颁布才成为成文法中有名合同的一种。在此之后各国也纷纷将和解协议纳入本国民法中,赋予和解协议以法律

<sup>②7</sup> Foreign Sovereign Immunities Act 28 USC § 1605(a)(6).

<sup>②8</sup> 《联合国国际贸易法委员会第二工作组(争议解决)第六十五届会议(2016年9月12至23日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/896,第61段), <https://undocs.org/zh/A/CN.9/896>, 最后访问时间:2021年6月20日。

的确定效力。虽然不具有等同于判决、裁决的执行力,但不论是在英美法系还是大陆法系,和解协议均具备与合同类似的法律约束力。法律赋予和解协议“确定性”和“既判力”,使当事人能够基于和解协议向法院主张执行。调解的基础是契约的合意精神,实质上是通过当事人的合意及让步解决纠纷,这也决定了调解不仅能够适用于私法纠纷,亦可以适用于特定的公法纠纷。

与国内法上的和解协议等同,国际商事和解协议仍是一种确定的契约,只是在和解协议基础上增加了“国际性”和“商事性”要求。也正因如此,《新加坡公约》项下的和解协议在符合公约适用条件时便自动产生可执行效力,除非存在公约第5条规定的拒绝准予救济的理由方能拒绝执行。<sup>②⑨</sup>和解协议达成的前提之一是双方当事人地位的平等,这也是商品交换和商事活动的前提。在国际商事和解协议语境下,投资者和东道国作为平等的商事主体开展对话并达成确定的契约,这一和解协议代表着双方独立、平等的商事契约关系,投资者和东道国享有平等的权利并承担对等的义务。在文书效力层面,《新加坡公约》默许投资者与东道国间达成的和解协议的效力,体现了国际和解协议的契约性、公正性遵循。在执行效力层面,政府保留条款却为缔约国政府规划了一条可以在一定程度上规避执行义务的路径,这无疑是对国际商事和解协议契约性的部分偏离。对于具有国家公权力性质的执行标的,一国通过公共政策和国家豁免抗辩已成为国际共识。但若是通过政府保留使商业性质的国家财产免于执行,这将可能阻塞投资者获得国际商事和解协议执行的最终通道,而只能被动希冀东道国的主动履行或投资者母国的外交保护手段,国际商事和解协议的契约性也将部分失去其执行层面的意义。虽然《维也纳条约法公约》第19条允许各国对条约的保留,但该条文第3款亦明确该项保留应当与条约目的或宗旨相符。<sup>③⑩</sup>《新加坡公约》的目的在于建立跨境执行国际和解协议的统一法律框架,以发展和谐的国际经济关系。对于ISDS机制而言,同样能够促进更为广泛的投资者与东道国调解机制的建立,通过替代性争端解决机制的有效实施助推ISDS实体制度改革,缓解当前ISDS机制危机。虽然政府保留条款的设置将为更多国家纳入《新加坡公约》的国际框架提供了空间,但其对和解协议契约性、平等性的部分偏离可能不利于投资者与东道国的相互信任和长远友好商业伙伴关系的确立,这在一定程度上同《新加坡公约》的目的和宗旨不相一致。

### 三、《新加坡公约》政府保留条款的中国因应

中国已于2019年8月签署《新加坡公约》,展现了发展国际商事争议解决机制国际

<sup>②⑨</sup> 《新加坡公约》第5条。该条文共规定了2款共8项可以拒绝准予救济的理由,其中6项为依当事人向公约当事方主管机关提供证明,请求拒绝准予救济,2项为依当事方主管机关审查决定拒绝准予救济。

<sup>③⑩</sup> 《维也纳条约法公约》第19条规定:“一国得于签署、批准、接受、赞同或加入条约时,提具保留,但有下列情形之一者不在此限:(丙)凡不属(甲)及(乙)两款所称之情形,该项保留与条约目的及宗旨不合者。”

法治、维护以联合国为核心的国际体系和真正的多边主义的国际立场。但中国尚未最终完成《新加坡公约》的批准程序,对于政府保留的态度亦未明确。基于对政府保留条款适用问题的审视,结合中国条约实践和发展需求,确立中国对政府保留条款的立场和国内制度的衔接,是未来批准加入《新加坡公约》之必要考量。

### (一) 中国可审慎考虑不予政府保留

综合上文对《新加坡公约》适用于 ISDS 机制的可行性分析,及政府保留条款的适用必要性审视,《新加坡公约》适用于 ISDS 机制是公约的目的和宗旨所向,符合 ISDS 机制的发展和改革趋势,在国家豁免下亦不会造成国家利益的过度减损。于中国而言,《新加坡公约》适用于 ISDS 机制符合国家的经济发展进程和实践需求。我国加入《纽约公约》之时正处于改革开放初期,国家参与国际经济治理和国际争议解决的经验 and 能力都尚存不足,对相关国际法律体系的研究也不甚深入。作出商事保留安排符合当时的国家法治能力,及产业和经济政策状况。相比之下,当前我国国家治理能力和法律体系建设已大幅提升和完善,在世界经济和法律格局中的参与程度持续加深,相较于加入《纽约公约》之时,国家参与国际争议解决的能力已发生了深刻变化。同时,我国既往的 BIT 实践中亦有就投资者与东道国间争端提交非 ICSID 仲裁的相关条款,表明对商事保留态度的部分修正。<sup>③</sup>此外,“一带一路”倡议对于多元化纠纷解决机制的需求越发迫切,《“一带一路”司法意见》明确,“进一步推动完善商事调解、仲裁调解、人民调解、行政调解、行业调解、司法调解联动工作体系。”契合了“一带一路”倡议的契约性特征,调解以其独特优势更能促进投资者与东道国双方通过谈判或互相让步定纷止争,从而更快恢复投资合作,促进“一带一路”高质量、可持续发展。

基于对《新加坡公约》政府保留条款和我国实际的考量,本文认为,我国宜考虑不予“政府保留”。对此,应借助全面对接《新加坡公约》的契机,以更为开放和包容和态度,积极加入发展投资者与东道国调解机制的国际合作之中,促进国内相关制度与《新加坡公约》的衔接,提升国家参与国际调解的能力,完善多元化纠纷解决机制。

### (二) 中国不予政府保留的制度衔接

在不予政府保留的情况下,一方面可以通过国内立法完善及国际多元化纠纷解决机制建设,实现同《新加坡公约》下投资者与东道国调解的制度衔接;同时适时援用国家豁免抗辩,作为政府保留的灵活替代,避免对国家主权及合法财产可能造成不利影响的国际和解协议的执行。

#### 1. 通过司法解释转变“商事性”认定标准

我国在 1986 年正式加入《纽约公约》时作出商事保留,仅承认与执行依据我国法律属于商事关系的外国仲裁裁决。其后,最高人民法院发布《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》(以下简称《通知》),对“契约性和非契约性”

<sup>③</sup> 主要是根据 UNCITRAL 规则仲裁,如中德 BIT、中荷 BIT、中法 BIT、中韩 BIT 等。

商事法律关系作出界定,并明确将外国投资者与东道国间的争端排除在商事关系之外。<sup>③②</sup>由此可见,我国在加入《纽约公约》之初并不愿将我国政府纳入除ICSID争端解决机制之外的任何国际仲裁庭,及裁决执行程序的管辖范围。然而,《新加坡公约》已然涵盖了投资者与东道国间的和解协议,我国在不予“政府保留”的情况下批准加入《新加坡公约》,将受到国内法关于“商事法律关系”定义的制约。在此背景下,我国应转变过往对于“商事性”的认定标准,对此,可由最高人民法院发布司法解释,将1987年《通知》中对“契约和非契约性”商事法律关系的定义扩张至“外国投资者与东道国政府间的争端”,避免《新加坡公约》与国内法的冲突。

## 2. 发展投资者与东道国调解制度

通过赋予投资者与东道国关系的“商事性”,可为投资者与东道国调解制度的确立提供国内法基础。由此,应于国际、国内实践中逐步发展投资者与东道国调解制度,促进与《新加坡公约》的全面衔接。

其一,在BIT和FTA中纳入投资者与东道国调解条款。作为两国间保护与促进国际投资的双边条约,BIT以平等互利为基础,能够促进形成公平、高效、稳定的国际投资环境;FTA通过消除国家间贸易壁垒,推动商品和服务在国家间自由流动,营造自由、便利、法治的国际营商环境。二者在国际经济合作上相互配合并呈现出贸易和投资逐渐融合的趋势。研究以往BIT和FTA相关条款,投资者与东道国调解多表现为设置冷静期条款,鼓励性调解条款,或明确调解为双方可以合意选择的方式。投资者与东道国调解并未得以足够重视和充分适用。

目前我国已有对外签订的BIT共104项,FTA共21项。<sup>③③</sup>依托“一带一路”倡议、《区域全面经济伙伴关系协定》(RCEP)及申请加入《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP)带来的新起点,未来将构建起更为完善、更高标准的BIT和FTA网络,实现更高水平对外开放的新发展格局。在《新加坡公约》为国际和解协议的执行划定统一框架之际,我国在新一代BIT与FTA谈判中可以纳入鼓励性调解条款,推动投资者与东道国调解的适用;或设置调解前置条款,促进调解先行及调解与后续争端解决程序的衔接,进而在国际规则合作和国际投资活动中展现出更为开放、包容的国家姿态。

其二,完善我国“一站式”国际争议解决平台调解机制,加强投资者与东道国争议调解功能。当下,国际商事争议裁判机构方兴未艾,成为各国参与全球竞争、营造优质营

<sup>③②</sup> 《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》第2条规定:“根据我国加入该公约时所作商事保留声明,我国仅对按照我国法律属于契约性和非契约性商事法律关系所引起的争议适用该公约。所谓‘契约性和非契约性商事法律关系’,具体的是指由于合同、侵权或者根据有关法律规定的经济上的权利义务关系,例如货物买卖、财产租赁、工程承包、加工承揽、技术转让、合资经营、合作经营、勘探开发自然资源、保险、信贷、劳务、代理、咨询服务和海上、民用航空、铁路、公路的客货运输以及产品责任、环境污染、海上事故和所有权争议等,但不包括外国投资者与东道国政府之间的争端。”

<sup>③③</sup> 《我国对外签订双边投资协定一览表》,载商务部网站, <http://tfs.mofcom.gov.cn/article/NoCategory/201111/20111107819474.shtml>,最后访问时间:2022年1月19日;《已签协议的自贸区》,载中国自由贸易区服务网, <http://fta.mofcom.gov.cn/>,最后访问时间:2022年1月19日。

商环境的重要工具。<sup>④</sup>我国应借助《新加坡公约》签署和“一带一路”建设带来的充分契机,以调解机构改革创新为抓手,加快建设“一站式”国际争议解决平台;以最高人民法院国际商事法庭为主管机关,负责《新加坡公约》生效后国内审查与执行事项;以国内外仲裁机构和调解机构为主体,整合调解资源;以适格调解员为主要力量,供给争议解决主体的专业需求。对此,首先宜完善“一站式”国际争议解决平台总体架构。作为专门处理国际商事纠纷的常设审判机构,中国国际商事法庭致力于推动诉讼、调解、仲裁的有机衔接。中国国际商事法庭的“国际”二字寓意着法庭服务于国际法治的应然目的和价值追求。<sup>⑤</sup>以中国国际商事法庭作为《新加坡公约》的国内主管机关,不仅是对其国际化多元纠纷解决机制路径的遵循,亦是以其专业性加强“一站式”国际争议解决平台国际竞争力的举措。如若通过司法解释扩张“商事”概念范围,则更应明确国际商事法庭的可调事项,确保国际商事法庭运行规则与国内立法及《新加坡公约》的一致性。其次,加快建立联合调解机制。可参照新加坡 Maxwell 议事厅模式,整合国内具备较为充分国际争议解决经验或专业性、针对性的仲裁机构、调解机构,如中国国际经济贸易仲裁委员会、“一带一路”国际商事调解中心、上海经贸商事调解中心等;并吸引国际上知名的商事调解机构入驻,建立联合调解机制。由于针对投资争端的调解往往具有较强的复杂性和敏感性,因此对于调解员资质提出了更高要求。通过“一站式”争议解决平台建立联合机制,可期逐步形成一项完善的投资争端调解员专门选任制度和适格调解员储备库,促使投资争端调解在事实认定和法律适用等专业方面水平的提升,以吸引更多投资争端当事方选择调解解决争议,提高调解在投资争端解决中的利用率;同时借助调解特有的高效、便捷、衡平等优势,提升投资争端解决效率,在一定程度上缓和 ISDS 机制的制度危机。

### 3. 充分研究并援用国家豁免抗辩

依国家主权原则而确立的国家豁免具备高度的国际法合法性及适用灵活性,是政府保留的最佳替代,能够有效避免对国家主权及合法财产可能造成不利影响的国际和解协议的执行。依据《新加坡公约》规定,执行地主管机关在处理相关国际和解协议时,可能会面临拒绝准予救济的抗辩。其中涉及投资者与东道国和解协议的抗辩理由主要是公共政策抗辩及国家豁免抗辩。根据《新加坡公约》第 5 条第 2 款(a)项,当准予救济违反当事方公共政策时,可以拒绝准予救济。《新加坡公约》工作组亦明确公共政策的概念应由每一缔约国确定。然而,主权国家由于政治体制、社会状况、经济发展水平、法律体系等的差异,对国际投资争端所涉及的一国国家安全、社会公共利益、环境资源等敏感事项往往存在不同解释,因此公共秩序的概念具有较强的不确定性,进而导致其适用存在较大难度;而就国家豁免而言,其具有法律和外交双重属性,国家豁免制度的合法性已在国际上得到广泛的认可和适用,主权国家在国际争端中援用国家豁免抗辩通常不

<sup>④</sup> 蔡伟:《国际商事法庭:制度比较、规则冲突与构建路径》,载《环球法律评论》2018年第5期,第175页。

<sup>⑤</sup> 林福辰:《中国国际商事法庭的运行机制研究》,载《四川师范大学学报(社会科学版)》2022年第1期,第49页。

会引起国家保护主义的非议。相较于公共政策抗辩,国家豁免抗辩的适用具有更大的确定性,更为广泛的国际共识,以及更为充足的国际实践参考。

因此,在将政府和公共机构达成的国际和解协议纳入《新加坡公约》调整的同时,我国应就国家豁免抗辩作充分研究,以在必要时作为政府保留的有效替代。我国签署的《联合国国家及其财产管辖豁免公约》对国家豁免采用“限制豁免”说,但我国国内关于国家豁免的态度并未完全放开,仍采取对于国家管辖豁免、国家执行豁免的“绝对豁免”立场,亦缺乏关于国家豁免的专门立法。“绝对豁免”虽有助于最大限度实现国家主权,但可能引发投资者权益保护的缺失,国家豁免立法的缺位亦不利于通过法律手段加强涉外法律斗争和反制。同时,在考量当前面临的针对我国政府的新冠疫情滥诉,及我国既有国家豁免立法、司法、政策实践的情况下,不宜直接通过统一的国家豁免法,一次性完成向限制豁免立场的转变,否则可能导致对国家主权行使、司法系统及经贸活动的较大挑战。因此,可针对目前实践较为丰富、经贸领域较为突出的国家豁免商业行为例外制定单行立法,以放开国家商业行为管辖豁免为始发点,渐进地在实践中探索我国国家豁免的尺度。具体而言,可参照《联合国国家及其财产管辖豁免公约》等国际法及FSIA等外国法的整体架构及具体规则,对我国国家豁免立场、商业行为例外的认定标准、商业行为例外的列举、自愿和对等原则等国家豁免立法的主体内容进行细致规定。以商业行为的管辖豁免为例外,契合了《新加坡公约》发展国际商事争议解决机制的目标,可以在适度放开我国豁免标准的同时,树立起更为开放包容、合作共赢的国家形象;并在必要时以国家立法为支撑在国际争议中充分、合法适用国家豁免抗辩,从规则层面最大程度维护我国国家主权利益、财产权益和投资者经济利益,提升国家参与国际争议解决能力。

## 结 语

《新加坡公约》所建立的国际和解协议统一执行框架对于全球治理和全球经贸的可持续发展均显现出重要的制度价值。在《新加坡公约》框架下适用调解解决投资者与东道国争议,不仅是对ISDS机制现有困境的回应,亦是国际经济合作发展的应有之义。我国从人类命运共同体的视角出发,逐步树立起更为深远的共同利益观和全球治理观,在法律上则表现为对法律全球化的追求。值此背景下,我国应抓住《新加坡公约》所带来的契机,及时出台相关司法解释转变过去的商事保留态度,发展投资者与东道国调解制度。以国际条约实践助力深层次对外开放和“一带一路”高质量、可持续发展,以新时代的“东方智慧”助推全球治理合作。

---

**Abstract:** On the one hand, the Singapore Convention on Mediation allows the application of settlement agreement between the investor and host country; On the other hand,

by setting up the government reservation clause, it reserves the space for countries to exempt the implementation of the settlement agreement with investors. Under the background of Singapore Convention on Mediation, it is particularly important to examine the reasonable value of the government reservation clause, its application issues and the necessity of its application to China, and to establish China's countermeasures for the government reservation clause. In this regard, on the basis of making clear the feasibility of applying the Singapore Convention on Mediation to ISDS mechanism, we should fully examine the necessity of applying the government reservation clause. It is advisable for China to carefully consider its attitude and countermeasures towards the government reservation clause in light of the current development reality and the level of national governance capacity building, develop the mediation system between investors and host countries in international agreements and domestic diversified dispute settlement mechanism reform.

**Keywords:** investor-state dispute settlement; Singapore Convention on Mediation; government reservation; state immunity

---

---

( 责任编辑: 孙保国 )

# 理财通视角下的粤港跨境金融消费纠纷 调解机制研究

王楠\*

---

**内容提要** 大湾区跨境理财通的推出拓宽了粤港一地消费者与另一地金融机构的交易渠道,也增加了有关纠纷发生的可能性。两地现有金融消费纠纷调解机制差异较大,缺乏相应的合作机制,使消费者在解决跨境金融消费纠纷时面临一定的障碍。大湾区内地方面应以理财通为突破口,完善金融消费纠纷调解机制,推动建立跨境金融消费纠纷咨询服务及案件资料移交机制,制定跨境金融消费纠纷调解员名册,并借助调解协议转化为仲裁裁决的方式间接实现调解协议的跨境执行,促进粤港金融消费纠纷调解制度的衔接和协调,便利粤港金融消费者解决跨境纠纷。

**关键词** 理财通 粤港 跨境金融消费纠纷 调解

---

## 一、问题的提出

随着大湾区发展规划的逐步推进,粤港经济交往程度不断加深,一地消费者购买另一地金融产品和服务的频率和规模也将日益增加。2021年9月10日,粤港澳大湾区“跨境理财通”业务正式启动,不仅有助于促进内地资本项目开放,推动人民币国际化,深化大湾区金融业的融合,也为三地居民提供了更加多样化的投资选择。港澳居民得以通过这一渠道分享内地经济成长和金融开放的红利,而国际化程度较高的境外资管产品也可以满足内地居民全球配置资产的需求。目前共有40家位于广州及深圳的内地银行、19家香港银行及7家澳门银行开展了跨境理财通业务。截至2021年10月31日,港澳地区合计共5022人参与北向通,累计办理业务1270笔,跨境汇划金额6550.60万元;内地合计共2578人参与南向通,累计办理业务482笔,跨境汇划金额6574.73万元。<sup>①</sup>

---

\* 王楠,深圳大学法学院副教授。本文系广东省教育科学“十三五”规划2019年度高校哲学社会科学专项研究项目《粤港澳大湾区金融业协同发展法律问题研究》(项目编号:2019GXJK081)、深圳市哲学社会科学规划课题项目《粤港澳大湾区商事纠纷解决机制的合作创新》(项目编号:SZ2020B023)的阶段性成果。

① 《跨境理财通落地首月,办理金额1.31亿,北上与南下基本持平》,载澎湃新闻, [https://www.thepaper.cn/newsDetail\\_forward\\_15222889](https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_15222889),最后访问时间2021年12月28日。

理财产品的复杂性和专业性使消费者在与金融机构的交易中面临严重的信息不对称,该领域也成为金融消费纠纷的重灾区。<sup>②</sup> 尽管在试行初期理财通纳入的产品风险相对较低,但并非绝对安全,加之一地消费者对另一地银行系统、交易规则等较为陌生,亦可能因此招致损失。<sup>③</sup> 理财通采用“业务环节发生地原则”,消费者与金融机构间的纠纷将适用金融机构所在地相关法律规则。粤港澳金融法律制度相互独立,差异较大,可能对参与包括理财通在内的各类跨境交易的金融消费者的权益造成不利影响。

消费者相对匮乏的专业知识以及较弱的资金实力,使其在金融消费纠纷诉讼中处于较为不利的地位。民事诉讼中“谁主张谁举证”的一般证据规则往往迫使处于信息劣势的消费者一方承担与其地位不相称的举证责任。<sup>④</sup> 尽管《全国法院民商事审判工作会议纪要》(九民纪要)加强了金融机构在理财业务中的责任,规定金融机构违反适当性义务应承担全部损失,但在实践中法院仍倾向于判决金融机构与消费者分担损失。<sup>⑤</sup> 受制于管辖权的要求,消费者只能在金融机构所在地法院诉讼。繁琐的诉讼程序加上跨境因素的影响,使消费者在事实上承担较重的出庭成本,也难以在较短时间内解决纠纷。在2009年的KODA投资纠纷案中,一些内地居民受到香港银行的不当劝诱,购买了高风险的金融产品,招致巨额损失。由于香港及内地间金融规则的差异以及有关司法管辖的问题,受损个人并未得到有效救济。<sup>⑥</sup>

2015年中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于完善矛盾纠纷多元化解机制的意见》,从制度层面对多元化纠纷解决机制改革进行了顶层设计。2019年,习近平总书记在中央政法工作会议上作出“把非诉讼纠纷解决机制挺在前面”的重要指示。通过仲裁解决金融消费纠纷具有一定的灵活性,但费用较高。在全国各仲裁委员会处理的案件中,金融纠纷数量较大,涉案金额较高,但在排除金融机构之间的争议案件后,属于金融消费纠纷的仲裁案件并不多。<sup>⑦</sup> 调解具有自愿性强,非对抗性、程序灵活、费用相对较低等特点,尤其适用于争议金额相对较低、纠纷数量多的金融消费纠纷。中共中央、国务院印发的《粤港澳大湾区发展规划纲要》明确提出支持粤港澳调解机构交流合作,为粤港澳经济贸易提供调解服务。2019年7月25日,澳门世界贸易中心仲裁中心、广州金融消费纠纷调处中心、深圳市银行业消费者权益保护促进会以及珠海、佛山、惠州、东莞、中山、江

② 本文中“金融消费者”沿用《中国人民银行消费者权益保护实施办法》中的定义,指购买、使用金融机构提供的金融产品和服务的自然人,包括跨境理财通谅解备忘录及三地相关实施细则中的“投资者”。

③ 例如,香港银行对账户管理较为严格,除了涉及可疑交易之外,相关账户如超过一段时间未有使用,或密码输入错误等都可能被锁定,必须由账户持有人亲自前往柜台办理方能启用。在疫情的影响下,两地通关尚未恢复,可能令账户内资金事实上处于被“冻结”状态。

④ 杨东:《金融申诉专员制度之类型化研究》,载《法学评论》,2013年第4期,第77页。

⑤ 王艺璇:《适当性义务纠纷中过失相抵之适用——平安银行代销基金巨赔案的评议与引申》,载“北京大学金融法研究中心”微信公众号,最后访问时间:2021年5月31日。

⑥ 刘燕、楼建波:《银行理财产品中的金融衍生交易法律问题研究——以“KODA”血洗大陆富豪事件为标本》,载《金融法律评论》2010年第1期,第50-71页;周怡、陈秧秧:《境外投资金融消费者的保护及其创新——以香港KODA投资纠纷案为视角》,载《海南金融》2013年第3期,第70-74页。

⑦ 王凯:《金融消费纠纷仲裁机制研究》,华东政法大学硕士论文,2019年。

门、肇庆等地相关部门共同签署了《粤澳地区金融纠纷调解合作框架协议》，为粤澳金融消费纠纷调解合作机制的建立奠定了基础。与澳门相比，香港金融业发展水平更高，并设有专门的金融消费纠纷调解机构，粤港居民的跨境金融活动的规模、频次和范围更大，应尽快推动两地金融消费纠纷调解机制的协调与合作，以保护两地消费者的跨境金融活动，促进大湾区金融业的健康融合发展。

## 二、粤港金融消费纠纷调解机制的主要差异

内地和香港分属不同法域，法律制度及法律理念亦有所不同，在金融消费纠纷调解机制方面具体表现为两地金融消费纠纷调解的机构设置、价值取向、调解模式、调解规则、调解费用、以及调解与司法衔接等方面各具特色。这些差异一方面为两地间相关制度的借鉴与移植提供了可能，为当事人提供了多样化的纠纷解决选择，另一方面也会增加跨境金融消费纠纷解决的难度。

### （一）分散化多类型的调解机构 vs. 专门化的调解机构

目前广东各地市金融消费纠纷调解机制包括人民调解、专业调解及行业调解。大多数金融消费纠纷通过调解得以解决，各地金融消费者权益保护联合会成为金融消费纠纷调解的中坚力量。<sup>⑧</sup>在大湾区内地城市中，除了深圳和中山，其余七市均在当地金融消费者权益保护联合会下设立了金融消费纠纷人民调解委员会。在行业调解方面，在广东省和深圳市层面主要是基于银行、保险、证券业的分业态势，分别设立专门机构就特定领域的金融消费纠纷提供调解服务。在一些城市，人民调解与专业调解、行业调解间的界限并不清晰。广州和珠海的金融消费权益保护联合会设立了金融纠纷调处中心，但事实上是与人民调解委员会合署办公，佛山银行、保险行业协会建立的调解组织也冠名为“人民调解委员会”。

表 1 大湾区内地方面主要金融消费纠纷调解机构

地区	广东省	广州市	深圳市	珠海市	佛山市
调解机构及其设立机构	1、广东正和银行业保险业消费者权益保护中心 (广东银行同业公会、广东省保险行业协会、广东省保险行业协会联合发起设立)	1、广州市金融消费纠纷调处中心 (广东省金融消费者权益保护联合会设立，与广州市金融纠纷人民调解委员会合署办公)	1、深圳市银行业消费者权益保护促进会 (深圳辖内主要银行业金融机构、部分律师事务所与热心银行业消费者权益保护事业的媒体、学界等知名人士自愿发起设立)	1、珠海市金融消费纠纷调处中心 (珠海市金融消费者权益保护联合会设立，与珠海市金融消费纠纷人民调解委员会合署办公)	1、佛山市金融消费纠纷调处专业委员会 (佛山市金融消费者权益保护协会设立，与佛山市金融消费纠纷人民调解委员会合署办公)

⑧ 《广东金融消费纠纷八成被调解》，载中国金融新闻网，[https://www.sohu.com/a/325825537\\_175647](https://www.sohu.com/a/325825537_175647)，最后访问时间 2021 年 12 月 28 日。

地区	广东省	广州市	深圳市	珠海市	佛山市
调解机构及其设立机构	2、广东中证投资者服务与纠纷调解中心 (广东证券期货业协会、广东上市公司协会会同辖区部分法人机构共同发起设立)	2、广州市金融纠纷人民调解委员会 (广东省金融消费者权益保护联合会设立,与广州市金融消费调处中心合署办公)	2、深圳证券期货业纠纷调解中心 (深圳国际仲裁院和深圳市证券业协会、深圳市期货业协会和深圳市投资基金同业公会共同设立)	2、珠海市金融纠纷人民调解委员会 (珠海市金融消费者权益保护联合会设立,与珠海市金融纠纷调处中心合署办公)	2、佛山市金融消费纠纷人民调解委员会 (佛山市金融消费者权益保护联合会设立,与佛山市金融消费调处中心合署办公)
			3、深圳市保险消费者权益服务中心 (深圳市保险同业公会举办)		3、佛山市银行业消费纠纷人民调解委员会 (佛山市银行业协会牵头组建成立)
					4、佛山市保险纠纷人民调解委员会 (佛山市保险行业协会联合佛山市司法局设立)
地区	东莞市	中山市	惠州市	江门市	肇庆市
调解机构及其设立机构	1、东莞市金融消费纠纷人民调解委员会 (东莞市金融消费者权益保护协会设立)	1、中山市金融消费纠纷调解工作室 (人民银行中山市中心支行与中山市金融消费者权益保护联合会共同组建)	1、惠州市金融消费纠纷人民调解委员会 (惠州市金融消费者权益保护联合会设立)	1、江门市金融消费纠纷人民调解委员会 (江门市金融消费者权益保护联合会设立)	1、肇庆市金融消费纠纷人民调解委员会 (肇庆市金融消费者权益保护联合会设立)

在香港方面,受 2008 年次贷危机的波及,大量投资者因金融衍生品遭受严重损失,暴露出香港金融消费纠纷解决机制存在的问题。除了 1990 年 2 月成立的保险索偿投诉局通过裁决处理因个人保险合同引致索偿纠纷之外,其他类型的金融消费纠纷只能通过诉讼或仲裁解决。为了补足这一短板,香港于 2011 年 11 月设立了金融纠纷调解中心(Financial Dispute Resolution Centre,以下简称 FDRC)。FDRC 处理的争议包括个人、独资经营者和小型企业与金管局和证监会发牌金融机构之间的金钱纠纷,并基于争议金额分别提供“先调解,后仲裁”、“只调解”或“只仲裁”的纠纷解决机制。此外,2018 年 1 月 16 日成立的保险投诉局(Insurance Complaints Bureau,以下简称 ICB)取代了原保

险索偿投诉局,通过改革治理结构,提高了机构的独立性,还将受理纠纷的范围从因个人保单合约引起的80万港币索偿纠纷扩大到100万港币索偿纠纷,并针对非索偿纠纷引入调解机制。

### (二) 当事人平等自愿 vs. 对消费者倾斜保护

内地金融消费纠纷调解在很大程度上依托于人民调解委员会。无论是《人民调解法》还是广东省《关于全面推进金融纠纷多元化解机制建设的实施意见》都明确将“自愿平等”作为调解的基本原则。即便是广东省高院、广东省政府金融工作办公室、人民银行广州分行共同发布的《关于建立金融消费纠纷诉调衔接工作机制的意见》亦是將消费者置于与金融机构“平等”的地位。在现有规则下,对于金融消费纠纷,无论是直接提交调解机构调解,或由法院在立案前、立案后、诉讼进行中,将案件委派、委托调解机构进行调解,还是向法院申请调解协议的司法确认,都需要经消费者和金融机构双方同意。这种形式上的平等无法满足消费者弱势地位对调解制度的特殊需求,甚至导致事实上的不平等,有悖于金融消费纠纷解决专门机制的初衷。广州、肇庆等地的金融消费者权益保护机构下设的人民调解委员会甚至已更名为金融纠纷人民调解委员会,将处理纠纷的范围从金融消费纠纷扩展至一般的金融纠纷。

香港的金融消费纠纷解决机制更多地体现出对消费者的倾斜保护。以FDRC为例,其采用强制会员制,所有获香港金管局以及证监会发牌/注册的金融机构的金融机构都必须加入,有效确保了金融消费纠纷调解机制的涵盖面。对于合资格争议,消费者可以单方面启动调解及终止程序,而不需要会员金融机构的同意。<sup>⑨</sup>为了部分弥补机构的营运费用,并避免有关纠纷解决机制被滥用,FDRC采用用者自付的原则,要求消费者和金融机构均需支付相关费用,但消费者仅承担较小份额。

### (三) 评价式调解模式 vs. 促进式调解模式

内地的调解制度属于评价式调解模式,调解员的介入程度较深,会提供与争议有关的法律、事实和证据的意见,尝试借此说服各方以解决纠纷。根据《人民调解法》,人民调解员在调解过程中会讲解有关法律、法规和国家政策,采用包括说服、疏导等方法促使当事人自愿达成调解协议。《广东省实施〈中华人民共和国人民调解法〉办法》也规定人民调解委员会可以核对证据材料,根据需要进行调查核实,在当事人平等协商、互谅互让的基础上,提出纠纷解决方案。在内地法律语境下,各方当事人自行达成的和解协议不适用司法确认程序,而经调解机构参与达成的调解协议经司法确认后即被赋予执行力。该差异从侧面反映出内地法律制度对于调解机构在达成纠纷解决方案过程中发挥的作用尤其关注,这与调解人员对纠纷解决的介入程度较深不无关系。评价式调解有利于协助当事双方在进入对抗性的仲裁或诉讼之前,加深对己方法律观点的认识,并促成双方和解。但这种调解模式对调解员的专业性和中立性要求较高,如果调解员表现出对

<sup>⑨</sup> 争议金额在100万港元以下的纠纷属于标准合资格争议,消费者需自购买金融产品(服务)或知悉遭受损失日起24个月内提请纠纷解决申请。

一方的倾向性可能导致调解失败。

香港普遍采用的是促进式调解模式,调解员并不负责查明事实,判断是非,而仅是作为中立的第三方主持调解程序,引导和协助当事人找出共同利益所在,以达成和解协议。<sup>⑩</sup> 2010年发布的《香港调解守则》在所附的《调解协议》中陈明“调解员不会为任何一方提供法律或其他专业意见,或把某个结果强加于任何一方之上,或为任何一方做出决定”。FDRC《职权范围》附件 VI-A 和 VI-B 的《调解协议》中也都规定“调解员不会对争议或其任何方面做出裁决,又或向任何一方当事人提供法律或其他专业意见”。这一调解模式有利于发挥当事人自身积极性,提高及时化解与他人纠纷的能力。

#### (四) 调解规则零散简单 vs. 调解规则完备详尽

尽管调解的价值很大程度上体现在其灵活性、便利性上,但也不能排斥程序性规范,而是要通过适当的制度设计,达到灵活性与规范性的平衡。纵观大湾区内地各金融消费纠纷调解机构,个别机构虽有专门的调解规则,但也较为简单,各规则之间及其与法律法规的衔接性不够密切。例如,广州金融消费调处中心主要依据《广州金融消费调处中心规程》运作,其中第五章调解程序仅包含四个条款,主要是规定了简易程序和一般程序,不仅没有明确区别适用这两类程序的具体条件,也没有针对调解程序的时限、调解记录、保密、调解书的制作等问题做出规定。在调处员的聘期问题上,《广州金融消费调处中心规程》规定“调处员聘任期为三年”,而《广州金融消费纠纷调处中心调处员制度》则规定“调处员的任期原则上无时间限制”。此外,广州金融消费调处中心与广州金融消费纠纷人民调解委员会合署办公,后者因人民调解的性质应适用《人民调解法》及《广东省实施〈中华人民共和国人民调解法〉办法》。规则适用上的不清晰导致了专业调解与人民调解的边界模糊。这些问题在一定程度上会影响调解机制的法定性和公信力。<sup>⑪</sup>

香港金融消费纠纷调解机构的设立及运作均以具体的规则为基础。例如,FDRC通过《职权范围》规定了本机构的规则及程序,包括受理的纠纷范围、纠纷解决的方式及程序等。FDRC《职权范围》D部规定了调解计划的程序,包括初步要求、初次查询、提出申请、调解计划主任的角色、调解程序、保密要求等具体规则,并在附件中列明了调解计划《个案受理准则指引》、《调解及仲裁规则》、《调解员及仲裁员操守守则》。《取录至调解中心调解员名单及调解中心仲裁员名单的标准和程序》不仅规定了取得调解员资格的条件及申请程序,还要求其为延续会籍需满足具体的持续专业发展学分要求。

#### (五) 免费调解 vs. 用者自付

《人民调解法》明确要求人民调解委员会调解民间纠纷,不收取任何费用。这一安排有效降低了纠纷解决的成本,并极大地促进了调解机制对金融消费者的可获得性。为了确保人民调解委员会能够顺利开展,广东各级政府将人民调解工作指导经费列入财政预算,并建立政府购买人民调解服务机制。人民调解委员会的设立单位也要为其提

<sup>⑩</sup> 邓伟强:《粤港澳大湾区诉讼外调解制度的发展与对策研究》,载《岭南学刊》2021年第1期,第99-100页。

<sup>⑪</sup> 同前注<sup>④</sup>,第77页。

供办公条件和必要的工作经费。其他的金融消费纠纷调解机构则是通过举办者出资、向会员收取会费、接受捐赠及政府资助等方式满足机构日常运营的资金需求。

反观香港,FDRC秉承用者自付的理念,要求纠纷当事人均需承担一定的调解费用。消费者向FDRC提出纠纷解决的申请,无论申请是否被受理,都要支付200元的行政费用。FDRC在收费机制的设计上,在一定程度上照顾到消费者的弱势地位,在4小时以内的调解,对消费者收取较金融机构更低的费用。例如对申索金额在20万元以下的纠纷,消费者和金融机构需分别支付1000元及5000元费用。适当的收费并不会给消费者增加过重的负担,也有助于避免纠纷解决机制被滥用,但事实上也会将相对小额的金融消费纠纷排除在外。如调解时间需延长,消费者则和金融机构一样需支付每小时750元的调解费用,成本较高。

#### (六) 法院与调解机构多方式联动 vs. 法院与调解机构无合作关系

广东省各级法院已与金融纠纷调解组织建立起多种方式的联动机制,有效推动调解与诉讼的衔接。在“调解优先、调判结合”方针的指引下,法院通过立案前委派、立案后委托、诉中邀请等方式,引导当事方通过金融纠纷调解组织解决纠纷。经调解机构参与达成的调解协议经过司法确认后即被赋予执行力。<sup>⑫</sup>

目前珠海、佛山、东莞、惠州、肇庆等地的金融纠纷调解组织已经与当地法院密切协作,建立了“法院受理+金调委调解+法院司法确认”一站式调解平台。广州、珠海、东莞、佛山等地金融纠纷调解组织还积极推动在当地法院设立诉调对接工作室。截至2020年末,广东全省全部地市均建立与中级法院的诉调对接机制,广州、惠州等地实现了基层法院全覆盖。<sup>⑬</sup>

近十年来,香港调解制度日趋完善。2010年生效的《调解实务指示》(PD 31)对于推动通过调解解决民事纠纷发挥了重大作用。法官会根据当事双方的意愿决定是否把案件转交给外部调解员。当事人在向法庭提交有关诉讼材料后,还要提交“调解证明书”,以证明其在诉讼初期曾积极考虑通过调解解决纠纷的可行性。当事人如决定不参与调解,必须说明原因。主审法官在审讯后,会考虑当事人提出的原因,如认为其无理拒绝参与调解,可以做出对其不利的讼费令。法官享有对诉讼案件时间安排和程序管理上的权力,可以向当事人发出要求调解的动议。<sup>⑭</sup>尽管两地法院均鼓励当事人借助调解机构解决纠纷,但与内地不同,香港法院并不会与调解机构建立合作关系,也不会依职权向

<sup>⑫</sup> 调解协议一词在内地法律语境和香港法律语境下所指不同。在内地,当事方经法院或调解机构主持或参与达成的纠纷解决安排被称为调解协议,经过司法确认后即被赋予执行力;而未经法院或调解机构主持或参与,由各方当事人自行达成的纠纷解决安排则被称为“和解协议”,不适用司法确认程序。香港法律制度中的“调解协议”是指当事双方愿意接受调解的意思表示,对双方达成的解决争议安排并不区分是否经过调解,被统称为“和解协议”,所有的和解协议均被视为合同,须经诉讼才可被强制执行。为了表述方便,本文统一使用调解协议,分别指代内地法律语境下的调解协议及香港法律语境下的经调解达成的和解协议。

<sup>⑬</sup> 《2020年广东以调解方式化解32亿元金融纠纷》,载新华网, [http://www.gd.xinhuanet.com/newscenter/2021-02/23/c\\_1127129804.htm](http://www.gd.xinhuanet.com/newscenter/2021-02/23/c_1127129804.htm),最后访问时间2021年12月28日。

<sup>⑭</sup> 潘炫明:《香港诉讼调解改革评述》,载《司法》2010年第3辑,第218-232页。

特定的调解机构转介案件。香港没有调解协议的司法确认机制,若当事一方违反调解协议,另一方只能当作违反合约通过诉讼寻求救济。

### 三、现行调解机制下解决粤港跨境金融消费纠纷面临的困境

现行粤港金融消费纠纷调解机制在解决本地纠纷方面已经发挥了较为重要的积极作用,但对于跨境金融纠纷的解决却力有不逮。由于两地金融纠纷调解机制间的差异以及有关衔接机制的缺位,境内消费者在通过调解解决与境外金融机构之间的纠纷时往往面临诸多现实困境。

#### (一) 内地金融消费纠纷调解机制的不足降低香港当事人的使用意愿

在理财通业务中,消费者与金融机构的纠纷包括一地消费者与本地银行因汇款专户产生的纠纷,以及一地消费者与另一地银行因投资专户产生的纠纷,其中后者在主体、所涉及的问题以及对消费者的影响等方面都更加复杂。香港金管局发布的实施细则仅要求有关银行根据监管要求处理投诉,并未列明具体的纠纷解决途径。对于内地消费者与香港代销银行间的纠纷,原则上双方可自愿选择调解机构进行调解。由于香港所有的银行都已加入 FDRC 调解计划,对于标准资格争议,消费者可以单方面向 FDRC 提起调解请求,但其若想通过内地调解机构调解则需要香港银行的同意。就内地方面而言,理财通业务实施细则明确规定港澳投资者如欲通过调解解决与内地代销银行发生的纠纷,只能选择内地金融纠纷调解机构。

对于香港的金融机构及金融消费者而言,使用内地金融消费纠纷调解机制的经济成本更低。目前内地和香港之间尚未就调解协议跨境执行达成安排,由内地调解机构进行调解有助于保证代销银行执行调解协议,对香港消费者更具积极意义。但是跨境金融消费纠纷的香港当事人对内地调解机制并不熟悉,而且内地金融消费纠纷调解机制较之香港还存在一些不足之处,这些因素会影响跨境金融消费纠纷调解的顺利进行及调解协议的达成,甚至降低香港当事人使用内地调解机制的意愿。

调解员的专业水平与职业素养不仅影响当下纠纷的解决,更影响到当事人对调解机制的信任。香港金融消费纠纷调解机构以规则导向为基础,在调解员资格取得及维持、行为守则等方面均有较明确的规定。<sup>⑮</sup> 反观内地,在促进式的调解模式下,调解员在调解程序中介入较深,然而有关调解员的资格规定却并不完备。《人民调解法》及广东、深圳相关实施办法,《最高人民法院关于人民法院特邀调解的规定》分别对人民调解员和法院特邀管理者的资格及管理做出了原则规定。除了广州、珠海、佛山市等地制定的专职

<sup>⑮</sup> 例如 FDRC《取录至调解中心调解员名单及调解中心仲裁员名单的标准和程序》规定申请成为 FDRC 调解员应已经获得香港国际仲裁中心、香港律师会、香港大律师协会、香港和解中心、香港调解资历评审协会有限公司等组织的调解员资格,否则需经选委会另行审批,并具有金融产品纠纷调解或商业合约调解相关经验,在完成 FDRC 要求的有关监管规定、调解经验和金融产品及其销售过程的培训课程后的两年内提出申请。调解员会籍为两年,在此期间调解员需完成 FDRC 及其认可机构提供的培训课程并取得相关学分方可申请续期。

人民调解员管理规定,大湾区内地其他城市尚未建立具体的调解员准入制度,在对调解员的专业考核和技能培训,以及能力和信誉的评价等方面的制度也相对欠缺。<sup>①⑥</sup>在表1所列的调解机构中,仅有广州金融消费纠纷调处中心、广东中证投资者服务与纠纷调解中心、深圳证券期货业纠纷调解中心和惠州市金融消费权益保护联合会在其官网公布了具体的调解员聘任及管理规则。这方面的欠缺很可能会使香港当事人对内地调解的专业性和中立性产生怀疑。

调解的保密性是其作为金融消费纠纷解决方式的优势之一,但内地各相关规则大多未就调解中的保密问题做出详细规定。《人民调解法》仅规定当事人有权要求调解公开进行或者不公开进行,《最高人民法院、中国人民银行、中国银行保险监督管理委员会关于全面推进金融纠纷多元化解机制建设的意见》也只是对调解员提出了保密要求,表1中各调解机构的相关规则也大多没有给与保密问题充分的关注。这难免让极为关注个人隐私和商业秘密的香港个人及金融机构对内地的调解机制望而却步。

## (二) 粤港金融消费纠纷调解协作机制缺位增加跨境调解的难度

现有粤港调解合作平台主要包括粤港澳仲裁调解联盟、内地—香港联合调解中心、港珠澳商事争议联合调解中心等。除了深圳证券期货业调解中心已加入粤港澳仲裁调解联盟之外,粤港其他金融消费纠纷调解机构均未加入任何调解合作平台,也没有建立具体的合作机制。与一般的民商事纠纷不同,金融消费纠纷双方力量对比悬殊,必须顾及到金融消费者在专业知识、技能、财力、精力等方面的弱势地位,在纠纷解决程序维护金融消费者的权益或者设计有利于金融消费者的内嵌式制度因素。<sup>①⑦</sup>《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》在界定商事调解时就将其限制为狭义的传统商事争议,并明确将消费纠纷排除在外。现有粤港跨境调解合作机制主要针对普通的民商事调解,出发点是基于纠纷双方的平等地位,并不切合对消费者倾斜保护的制度需求。

目前内地金融消费纠纷在线调解机制建设取得了一定的进展,<sup>①⑧</sup>广州金融纠纷调处中心和深圳市银行业消费者权益保护促进会已经与“中国金融消费纠纷调解网”及小程序对接,消费者如使用线上调解服务需经实名认证,但系统在身份证明识别中仅包含内地居民身份证一项,使香港金融消费者事实上难以借助该系统进行线上调解。香港FDRC也未针对线上调解做出规定。理财通业务下,粤港消费者需要必须亲自出境到另一地启动并参与调解,面临诸多不便,加之疫情的影响,更可能导致程序进展的拖延甚至

<sup>①⑥</sup> 孙南翔:《〈新加坡调解公约〉在中国的批准与实施》,载《法学研究》2021年第2期,第171页。

<sup>①⑦</sup> 沈伟、余涛:《金融纠纷诉讼调解机制运行的影响因素及其实证分析》,载《法学论坛》2016年第11期,第113页。

<sup>①⑧</sup> 2017年12月,由上海市金融消费纠纷调解中心开发建设的中国金融消费纠纷线上调解系统正式投入运作。作为全国首个线上金融消费纠纷调解系统,中国金融消费纠纷调解网包括“金融消费纠纷调解网站”及“金融消费纠纷调解APP”两大平台,具有跨地域、全时段、不受环境约束的特点,实现了金融消费纠纷调解领域的多项突破。《中国金融消费纠纷网上线运行:调解进入智能化时代》,《浦东时报》2017年12月5日,第5版。2020年8月,人民银行推动指导下的中国金融消费纠纷调解网与人民法院调解平台实现“总对总”系统对接,建立起金融纠纷在线诉调对接机制。《去年各金融纠纷调解组织通过线上调解的纠纷近万件》,载北青网, <https://t.yinet.cn/baijia/30403297.html>,最后访问日期2021年12月28日。

是陷入困境。

### （三）调解协议无法直接跨境执行导致消费者处于两难困境

除了在理财通业务下港澳投资者与内地代销银行纠纷需按内地实施细则要求选择内地金融消费纠纷调解机构之外,对于其他类型的跨境金融消费纠纷则可在双方自愿的基础上选择有关调解机构,进而引发调解协议的跨境执行问题。在内地方面,除了已被转化成判决或裁决之外,在境外达成的调解协议在内地申请执行或寻求救济,尚无法可依。<sup>①9</sup>在香港法律下,调解协议被视为一般的合同,如一方拒绝履行或履行存在瑕疵,另一方只能通过诉讼的方式寻求救济。未来随着《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排》的生效,内地的调解协议经司法确认后转化的裁定和调解书也可在香港法院被执行,但香港调解机构所作的调解协议却没有类似的通道在内地被执行。粤港消费者在选择调解机构时会面临过程和结果方面的两难困境。如果为了确保调解协议的有效执行,选择金融机构所在地进行调解更加稳妥,但却不得不因此承担境外调解带来的诸多不便和额外成本。

## 四、完善粤港跨境金融消费纠纷调解机制的建议

深港金融业融合发展为金融消费者提供了更广阔的选择空间,跨境金融消费纠纷的数量也会随之增加,完备的纠纷解决机制不仅有助于高效便捷地解决跨境金融消费纠纷,保护消费者的利益,更有助于提升市场信心,从底层为大湾区金融业注入活力。现有粤港两地金融消费纠纷调解机制难以满足高效便捷地解决跨境金融消费纠纷的需求。一方面,内地金融消费纠纷调解机制在制度设计中未能有效实现对消费者的倾斜保护,调解规则亦不完备,影响了香港当事人使用该机制的意愿;另一方面两地金融消费调解机制尚未有效衔接,使跨境金融消费纠纷解决面临现实的障碍。就内地方面而言,应从完善自身和强化协作两方面优化制度供给,便利粤港跨境金融消费纠纷的解决。两地金融消费纠纷调解机构也应发挥主观能动性,通过与仲裁机构的合作间接实现金融消费纠纷调解协议的跨境执行。

### （一）完善广东金融消费纠纷调解机制

在消费者与金融机构间的关系中,除了需要明确消费者权利并强化金融机构义务之外,更应从纠纷解决机制处着力,建立专门争议解决机构和程序性规则来实现对消费者的倾斜保护。金融消费纠纷调解属于新型商事纠纷调解,因纠纷双方地位不平等,解纷机制具有公益性,调解主体多元化,需要根据行业特点进行设计,并采用不同于传统商事调解的调解理念和技术。<sup>②0</sup> 尽管各国金融消费纠纷解决机制的具体机构组织形态和运行

<sup>①9</sup> 温先涛:《〈新加坡公约〉与中国商事调解——与〈纽约公约〉〈选择法院协议公约〉相比较》,载《中国法律评论》2019年第1期,第206页。

<sup>②0</sup> 范愉:《商事调解的过去、现状和未来》,载《商事调解与仲裁》2020年第1期,第137页。

模式有所不同,但大多会赋予消费者特殊的权利。例如消费者可以不经金融机构专门同意单方面启动调解程序;调解对消费者免费或仅象征性地收取小额费用;有关调解或裁定结果仅对金融机构有约束力,消费者仍可继续寻求司法救济等。<sup>①</sup>

目前广东省各金融消费调解机构中金融消费者权益保护协会下设的人民调解委员会所占比例相对较大。但建立在当事人平等自愿原则之上人民调解制度并不能实现对金融消费者的倾斜保护,也无法满足金融消费纠纷解决的专业性、技术性、便捷性和行业高度内化的认同性之需求。<sup>②</sup>虽然《关于全面推进金融纠纷多元化解机制建设的意见》要求金融管理部门将金融纠纷调解结案率纳入金融机构消费者权益保护考核评价体系,引导金融机构强化“能调尽调”意识,但在现有机制下,仍然存在因金融机构不同意导致调解难以开展的可能性。金融机构通过采用标准格式合同等专业化手段降低了法律风险,其法务团队也更习惯使用诉讼的方式,而调解则增加了案件处理结果的不确定性。金融机构往往更倾向于选择诉讼而非调解来解决纠纷。<sup>③</sup>为了便利消费者以调解方式便捷高效地解决与金融机构间纠纷,应赋予金融消费者单方面启动调解程序以及申请司法确认的权利,而不需要作为调解机构会员单位的金融机构另行同意。

目前广州、东莞、佛山金融(消费)纠纷人民调解委员会、广东正和银行业保险业消费者权益保护中心等通过与一些金融机构签订协议,建立了小额纠纷快速解决机制,对赔付金额在一定数额内的纠纷,调解员可以提出纠纷解决意见,金融机构必须接受调解员的调解意见,而消费者则可以根据自己的意愿决定是否接受。这一做法有助于推动调解的快速解决,也体现出对消费者的倾斜保护,应进一步推广。

广东省可以理财通业务为突破口,推动以调解的方式解决金融消费纠纷。监管机构应要求内地理财通业务试点银行与所在地金融消费纠纷调解机构达成事先协议或安排,同意就与理财通业务相关的纠纷接受调解,并建立小额纠纷快速调解机制,从而使消费者在程序上享有特殊的权利。

## (二) 推动粤港金融消费纠纷调解机制间的合作与协调

### 1. 建立粤港调解机构间的合作机制,便利消费者境外调解

为了推动粤港澳三地调解制度的协调与衔接,2020年12月11日,粤港澳大湾区法律部门第二次联席会议通过了《粤港澳大湾区调解平台建设工作方案》,并批准设立粤港澳大湾区调解工作委员会。但有关大湾区调解平台的具体形式,三地现有调解机构的接入,与现有纠纷解决合作平台的衔接,案件的受理及移交等问题尚未有明确的方案公布。粤港金融消费纠纷调解机构应加强合作,以跨境金融消费纠纷解决为突破口,推动大湾区调解合作机制的发展。

现阶段,粤港可借鉴欧盟跨境金融消费纠纷处理平台(FIN-NET)的做法,由消费

<sup>①</sup> 同前注<sup>④</sup>,第78-80页。

<sup>②</sup> 吴弘:《金融纠纷非讼解决机制的借鉴与更新—金融消费者保护的视角》,载《东方法学》2015年第4期,第9页。

<sup>③</sup> 同前注<sup>①⑦</sup>,第119页。

者所在金融消费纠纷解决机构作为就近机制（the nearest scheme）协助其通过专责机制（the competence scheme）解决纠纷。<sup>②④</sup> 两地金融消费纠纷调解机构可以签订合作协议，建立跨境纠纷咨询服务及案件资料移交机制，在一定程度上解决一地消费者使用另一地调解机制面临的实际困难。

### 2. 制定粤港跨境金融消费纠纷调解员名册，提高调解公信力

为了消除港澳当事人因法律文化背景等差异带来的顾虑，探索粤港澳法律规则衔接和机制对接，广州南沙法院、深圳前海法院、珠海横琴法院等法院已经引入港澳调解员参与跨境纠纷解决。港澳地区的律师等专业人士可以通过自己申请或法院邀请的方式，经过一定的资格审核成为法院的特邀调解员。有学者建议建立粤港澳大湾区调解员资格互认制度，以确立调解员的地位，适应三地不同金融纠纷解决市场的需求。<sup>②⑤</sup> 2021年12月10日，粤港澳大湾区法律部门第三次联席会议审议通过了《粤港澳大湾区调解员资格资历评审标准》和《粤港澳大湾区调解员专业操守最佳准则》，分别就调解员的资格资历要求、评审机构评审流程、除名机制、退出机制、名册管理，以及调解员的基本责任和原则、角色定位、能力要求等做出了规定。上述两项标准已于2021年12月30日起实施，对于未来三地实现调解员资格互认奠定了良好基础。在这种自上而下的制度构建过程中，粤港两地金融消费纠纷调解机构也可从解决跨境金融消费纠纷的现实需求出发，通过制定“跨境金融消费纠纷调解员名册”并建立相关培训交流制度，解决两地调解员制度差异给跨境调解带来的不利影响。现阶段，各机构可以从现有的调解员名单中根据相关专业背景及工作经验推选出一批调解员，收录至“跨境金融消费纠纷调解员名册”，并对外公布。在处理粤港跨境金融消费纠纷时，应优先从本机构“跨境金融消费纠纷调解员名册”中选任调解员。粤港司法主管部门、金融监管部门、行业协会等可就跨境金融业务、粤港金融法规等问题联合举办研讨会及培训课程，推动名册内两地调解员间的交流学习，提升专业水平。内地金融消费纠纷调解机构也可率先实现对香港金融消费纠纷调解机构调解员名册中的认可，并选任香港调解员解决香港消费者与内地金融机构间纠纷。

### 3. 制定金融消费纠纷调解规则，促进粤港规则协调

为了提高调解机制的透明度和公信力，增加其可获得性，广东省方面应着力完善金融消费纠纷调解规则。可依托广东省金融消费者权益保护联合会制定统一的金融消费纠纷调解规则，在其所辖各地市金融消费调解机构推广适用。除了增加对消费者倾斜保护的相关条款，该调解规则还应在保密方面借鉴香港调解规则，促进两地规则间的协调，并增加当事人对调解机制的信任度。

香港的调解制度对保密问题尤其关注。《调解条例》主要立法目的之一就在于使调

<sup>②④</sup> 刘国灿：《欧盟境金融消费纠纷网络解决机制（FIN-NET）研究》，载《特区经济》2015年第4期，第76页。

<sup>②⑤</sup> 赵蕾、于恺、蔡绿茵：《大湾区金融纠纷一体化解决机制建构》，载《商事仲裁与调解》2020年第4期，第21页；江保国、赵蕾、孙梦：《论粤港澳大湾区金融消费纠纷调解合作机制的构建》，载《理论月刊》2020年第2期，第76页。

解通讯得以保密。<sup>②6</sup> FDRC《职权范围》明确规定除了调解中心有权委任观察员出席调解之外,调解应秘密进行。所有参与调解的人员都负有保密义务,除法律及法院另有要求,或为了执行有关和解协议和仲裁裁决之外,不得将在调解及中发生的事宜以及取得的信息以明示或默示的方式向第三方披露。在与争议有关的任何法律程序中,当事人不得传召调解员或调解中心(或其任何雇员、人员或代表)作为证人、顾问、调解员、仲裁员或专家,也不得将调解取得的所有材料,以及因此而提交或产生的文件或其他资料作为证据或予以披露。广东省金融消费者权益保护联合会制定的金融消费纠纷调解规则应就保密问题设立专门章节,借鉴香港做法,分别就保密义务的主体、保密义务的范围及例外、违反保密义务的后果等方面做出具体规定。

### (三) 通过转化为仲裁裁决的方式间接实现调解协议跨境执行

理论上来说,理财通业务下内地消费者与香港代销银行间纠纷也可以通过内地机构调解。内地调解制度并没有具体的时效限制及争议金额要求,可以在一定程度上解决消费者受制于门槛限制,难以诉诸香港FDRC调解计划的困境。<sup>②7</sup>内地多数金融消费纠纷调解机构对纠纷双方均不收取调解费用,这一成本优势也令其具有吸引力。粤港应着力推动金融消费纠纷调解协议的跨境执行,进而实现两地金融消费纠纷调解机制的优势互补,共同为大湾区金融消费者和金融机构提供多样化的纠纷解决选择及便利。

在自上而下的内港调解协议跨境执行制度建立之前,两地金融消费纠纷调解机构可以积极发挥主观能动性,通过多种路径间接实现金融消费纠纷调解协议的跨境执行。路径之一是两地金融消费纠纷调解机构间建立调解协议互认机制,将另一地机构的调解协议转化为本地调解协议,再借助本地现有司法机制解决执行问题。有鉴于在粤的金融消费纠纷调解机构数量较多,相关制度尚不健全,加之两地金融消费纠纷调解制度差异较大,调解协议的互认短期内恐难实现。

路径之二是将调解协议转化为本地或另一地仲裁裁决,借助粤港司法机制及两地间安排间接实现调解协议的跨境执行。FDRC本身提供了调解和仲裁两种机制,但其没有与香港或内地其他仲裁机构建立合作关系。FDRC调解计划下的调仲衔接仅针对调解失败后再由本机构进行仲裁的情况,而没有将调解协议转化为仲裁裁决的机制。对于标准资格争议,必须采用先调解后仲裁的方式,如调解失败,消费者一方单方面决定启

<sup>②6</sup> 《调解条例》第2条规定:“调解通讯(mediation communication)是指为调解的目的或在调解的过程中而说出的任何说话或做出的任何作为;拟备的任何文件;或提供的任何资料,但不包括调解协议,亦不包括经调解的和解协议。”

<sup>②7</sup> 消费者向FDRC提出调解申请的前提是其已向金融机构提出投诉,并收到金融机构书面答复,或在投诉60日后未收到相关答复。消费者只有在首次获悉损失后的24个月内就其与会员金融机构间的争议金额在100万港币以下纠纷,才可以单方面启动调解程序。2020年,FDRC共收到586宗与金融产品及服务有关的投诉,根据当时适用的《职权范围》的《个案受理准则》,共479宗投诉属在表面资料上被列为不符合条件的争议。未能符合资格的争议其中三个主要原因为:查询者知悉蒙受金钱损失超过时效期限;争议涉及的机构并非调解计划成员;申索额超过最高申索金额。在35宗调解申请中,18宗申请获受理,5宗因不符合当时适用的《职权范围》中的《个案受理准则》而被拒绝。参见《金融纠纷调解中心2020年报》,载香港金融消费调解中心网站,chrome-extension://ibllepahcoppkijllbabhnigc bffpi/https://www.fdr.org.hk/annualreport/2020/files/download/FDRC\_annual\_report.pdf,最后访问时间2021年12月28日。

动仲裁程序。仲裁由来自于 FDRC 仲裁员名册的一名仲裁员以“只审理文件”的方式进行,<sup>②⑧</sup> 仲裁地为香港。现阶段广州、汕头、惠州、深圳金融纠纷调解组织分别与当地仲裁机构建立了相关对接机制,<sup>②⑨</sup> 但此类调仲衔接的关注点也主要集中在案件转接方面。未来粤港金融消费调解机构可借鉴深圳证券期货业纠纷调解中心<sup>③⑩</sup> 和香港和解中心<sup>③①</sup> 的做法,加强与本地及另一地仲裁机构的合作,使调解协议得以转化为仲裁裁决,并将其嵌入本机构的调解制度,从而解决调解协议跨境执行中的困境。

## 结 语

建设粤港澳大湾区是习近平总书记亲自谋划、亲自部署、亲自推动的国家战略,对于促进港澳融入国家发展大局,推动“一国两制”事业发展意义重大。粤港金融业协同发展不能只关注市场统一及金融效率提升,还需要确保进行跨境金融活动的消费者能够诉诸有效的救济机制。以理财通业务作为小切口,完善粤港跨境金融消费纠纷调解机制,不仅有助于保护两地金融消费者的利益,更有助于填补粤港调解合作机制在金融消费纠纷解决领域的空白,助力实现大湾区跨境纠纷解决规则衔接、机制对接的大变化。

---

**Abstract:** The Cross-boundary Wealth Management Connect Scheme has broadened the transaction channels between consumers in Guangdong and Hong Kong and financial institutions in another, which also increase the possibility of related disputes. The existing mediation mechanisms for financial consumption disputes in Guangdong and Hong Kong are quite different, and the lack of corresponding cooperation mechanisms has caused consumers to face certain obstacles in resolving cross-border financial consumption disputes. Guangdong should improve its financial consumption dispute mediation mechanism, promote the establishment of Guangdong-Hong Kong cross-border financial consumption dispute consultation service and case transfer mechanism, formulate a roster of cross-border financial consumption dispute mediators, and indirectly realize the cross-border execution of the mediation agreement by transforming mediation agreements into arbitration awards, promote

---

<sup>②⑧</sup> 在特殊的情况下,如仲裁员决定有需要进行由当事人亲身出席的正式聆讯,而双方当事人又愿意承担因此招致的有关开支及费用,则仲裁员可召开正式聆讯。

<sup>②⑨</sup> 例如,在深圳证券期货业纠纷调解中心调成案件中,近七成向深圳国际仲裁院申请了仲裁确认。《深圳证券期货业纠纷调解中心:调仲结合、诉调对接高效率低成本化解纠纷》,《上海证券报》2020年11月6日,第3版。

<sup>③⑩</sup> 深圳证券期货业纠纷调解中心调解规则规定当事人可依据调解协议中的仲裁条款,申请深圳国际仲裁院依调解协议快速做出仲裁裁决。

<sup>③①</sup> 香港和解中心于2014年10月推出“香港调解结合中国国际仲裁”方案,如当事人能通过调解解决争议,深圳国际仲裁员或深圳仲裁委会就其所签的经调解的和解协议发出仲裁裁决。《跨境争议解决服务:香港调解结合中国国际仲裁》,载香港和解中心网站, <http://www.mediationcentre.org.hk/tc/services/MediationandArbitrationMechanism.php>, 最后访问时间2021年12月28日。

the convergence and coordination of the mediation systems of financial consumption disputes in the two places, and facilitate the settlement of cross-border disputes by financial consumers in Guangdong and Hong Kong.

**Keyword:** Cross-Boundary Wealth Management Connect Scheme; Guangdong-Hong Kong; cross-border financial consumption dispute; mediation

---

---

(责任编辑:孙保国)

# 中间裁决制度的体系展开

苟应鹏\*

---

**内容提要** 将中间裁决等同于部分裁决、临时裁决,或是将中间裁决限于程序问题的认识既背离了仲裁制度的基本原理,也与我国对仲裁裁决的固有认识相抵牾。产生这种认识的根源在于国际上对中间裁决、部分裁决与临时裁决的不同界定。对中间裁决的澄清需要回归我国制度环境,并借助与其原理相称的中间判决理论进行体系阐释。中间裁决实际是针对实体性先决事项的仲裁裁决,虽然该裁决对于整个仲裁程序而言是中间性的,但对已经决定了的事项却是最终性的。当事人、仲裁庭皆应受其拘束,当事人不服的,可以直接向法院申请撤销而不用等到仲裁程序结束时。

**关键词** 中间裁决 部分裁决 中间判决 先决问题 部分仲裁请求

---

## 一、问题的提出

2021年7月30日,司法部公布的《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》(以下简称《仲裁法修订意见稿》)第74条规定:“仲裁庭仲裁纠纷时,其中一部分事实已经清楚,可以就该部分先行作出部分裁决。仲裁庭仲裁纠纷时,其中有争议事项影响仲裁程序进展或者需要在最终裁决作出前予以明确的,可以就该问题先行作出中间裁决。部分裁决和中间裁决有履行内容的,当事人应当履行。当事人不履行部分裁决的,对方当事人可以依法申请人民法院强制执行。部分裁决或者中间裁决是否履行不影响仲裁程序的进行和最终裁决的作出。”如果该条规定最终确定下来,就意味着我国将增加一种全新的仲裁裁决类型——中间裁决。然而,对于什么是中间裁决,我国仲裁理论与实务界并没有一个清晰的认识,甚至有教科书认为,中间裁决就是部分裁决,二者没有实质上的差异。<sup>①</sup>即使有教科书区分了中间裁决和部分裁决,对二者内涵与外延的区分也比较含糊,甚至有违仲裁制度的基本原理。<sup>②</sup>如果以此来指引我国立法和实践,《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)增设中间裁决制度的可行性就显然值得

---

\* 苟应鹏,南京大学法学院博士研究生。

① 黄进、徐前进、宋连斌:《仲裁法学》,中国政法大学出版社1997年版,第142页。

② 参见江伟、肖建国主编:《仲裁法》,中国人民大学出版社2016年版,第207页。

怀疑。因此,我们必须思考的问题是,中间裁决和部分裁决的关系究竟是怎样的?如果二者并不相同,那么中间裁决的制度体系又是什么样的?

基于上述问题,本文将首先考察我国既有理论对中间裁决的论述,进而从比较法层面分析中间裁决的适用状况,最后整合前述理论资源,参考《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)上的中间判决,建构能够有效回应仲裁实践需求的中间裁决制度体系。基于此,下文从三个部分递进展开:第一部分,考察自1995年《仲裁法》确立部分裁决制度以来我国对中间裁决的制度认识,在发现我国对中间裁决认识不清实际源自国际上对中间裁决、部分裁决与临时裁决界定不一的基础上,分析各国立法与国际商事仲裁规则对中间裁决、部分裁决与临时裁决的适用状况。检视发现,真正厘清中间裁决的制度体系,需要回归本国制度环境。第二部分,以此为依据,对与中间裁决原理相称的中间判决进行理论考察,指引我国中间裁决制度的具体建构。第三部分,从我国仲裁法体系出发,以中间判决的理论内核为指引,围绕我国仲裁制度的独特品性,建构中间裁决制度的规则体系,明确中间裁决的适用范围、效力与救济途径。

## 二、背景:中间裁决的既有认识

### (一) 我国的认识

我国现行《仲裁法》第55条规定:“仲裁庭仲裁纠纷时,其中一部分事实已经清楚,可以就该部分先行裁决。”根据全国人大常委会法工委的解释,这是我国《仲裁法》对先行裁决的规定。所谓先行裁决指的是在案件审理过程中,对某一个或某几个问题已经审理清楚,为及时保护当事人的合法权益或有利于继续审理其他问题,“仲裁庭对当事人的部分仲裁请求先行作出的终局性裁决”,先行裁决是最终裁决的一部分。<sup>③</sup>由于先行裁决是对当事人的部分仲裁请求作出的终局裁决,因此理论上大多将先行裁决称为部分裁决,《仲裁法修订意见稿》第74条也接纳了这种认识。虽然我国现行《仲裁法》没有规定中间裁决制度,但我国仲裁实践中却是有中间裁决制度的。然而,对于中间裁决是什么?其适用范围是怎样的?我国仲裁理论与实践并没有一个非常清晰的认识。

#### 1. 中间裁决和部分裁决相同

在我国仲裁实践中,多数仲裁规则只是规定仲裁庭可以在最终裁决作出前作出中间裁决,并将其与部分裁决并列,供仲裁庭裁量适用。中间裁决和部分裁决的适用范围与对象基本一致,出具什么样的文书主要根据当事人申请的裁决名称而命名。<sup>④</sup>比如,1988—2011年的《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》规定,仲裁庭可以在最终裁决作出前就案件中的任何问题作出中间裁决或部分裁决。1995—2014年的《北京仲裁

<sup>③</sup> 全国人大常委会法制工作委员会编著:《中华人民共和国仲裁法律释评》,法律出版社1997年版,第60页。

<sup>④</sup> 王瑞华:《我国商事仲裁中间裁决制度的运行实践考察及思考——以北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心为样本》,载《北京仲裁》2017年第1期,第41页。

委员会仲裁规则》规定,仲裁庭可以在最终裁决作出前就案件争议问题作出中间裁决或部分裁决。<sup>⑤</sup>对部分裁决和中间裁决不加区分的仲裁规则直接影响了我国部分学者的认识:中间裁决和部分裁决其实是相同的。<sup>⑥</sup>除了受到在我国施行多年的仲裁规则的影响以外,将中间裁决和部分裁决等同的另一重要原因是受到了我国早期对国际商事仲裁规则的认识影响。比如,韩健教授在对国际商事仲裁裁决类别考察后表示,各国仲裁立法和实践中的中间裁决和部分裁决没有非常明确的区分。<sup>⑦</sup>赵秀文教授也指出,中间裁决和部分裁决属于同义语。<sup>⑧</sup>如果以这样一种认识来看,《仲裁法修订意见稿》第74条试图建立的中间裁决制度就显然没有必要出现在《仲裁法》当中。

## 2. 中间裁决和部分裁决相异

虽然我国仲裁实践没有区分中间裁决和部分裁决,但在学理上,还是有学者以裁决内容、裁决作出时间为标准将仲裁裁决划分为中间裁决、部分裁决与最终裁决。不过,中间裁决和部分裁决的界限仍然是模糊的,在法理和逻辑上也存在着或多或少的问题。

比较权威的观点认为,部分裁决是对已经审理清楚的部分实体争议所作的判断,一般在两种情况下可以作出:未查清的案件事实比较复杂,短期内不能得出结论;不先作出裁决将使当事人的生产生活受到重大影响、造成重大损失。中间裁决也称临时裁决,主要是对案件的程序性事项,如仲裁庭的管辖权、仲裁协议的效力以及仲裁可适用的法律等问题所作出的一种裁决。中间裁决和部分裁决的差异在于裁决对象和裁决效力,部分裁决具有终局性,中间裁决不具有终局性。<sup>⑨</sup>这一观点基本可以代表我国学界对中间裁决和部分裁决的认识。只不过在中间裁决的界定上,有学者将中间裁决针对的对象限定在了“争议事项”,但在与部分裁决进行区分的时候,仍是以实体问题和程序问题为标准展开的。<sup>⑩</sup>

然而,以实体问题和程序问题为界限区分部分裁决和中间裁决很难在法理和逻辑上站稳脚跟。首先,部分裁决和中间裁决分别针对实体问题和程序问题,只是两类裁决的“表相”,以此为依据界定部分裁决和中间裁决,存在以“表相”定“本相”的逻辑错误。其次,将中间裁决的适用对象限定在程序问题脱离了仲裁制度的基本原理,要知道通常意义上的仲裁裁决都是以解决实体争议为内容的。再次,中间裁决和部分裁决的区别在于是否具有终局性,然而,不论是实践中的仲裁规则,还是《仲裁法修订意见稿》,都明确

<sup>⑤</sup> 也许是发现了中间裁决和部分裁决的不同,自2012年起的《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》不再规定中间裁决,并明确部分裁决的对象是“当事人的某些请求事项”;2015年起的《北京仲裁委员会仲裁规则》虽然还是规定了中间裁决,但明确区分了中间裁决和部分裁决的适用对象:仲裁庭可以就当事人的某些请求事项作出部分裁决;仲裁庭可以就案件争议的程序问题或者实体问题作出中间裁决。

<sup>⑥</sup> 参见谭兵:《中国仲裁制度研究》,法律出版社1995年版,第244页;宋连斌主编:《仲裁法》,武汉大学出版社2010年版,第194页。

<sup>⑦</sup> 韩健:《现代国际商事仲裁法的理论与实践》,法律出版社1993年版,第259-262页。

<sup>⑧</sup> 赵秀文:《国际商事仲裁法》,中国人民大学出版社2012年版,第313页。

<sup>⑨</sup> 同前注②,第207-208页。

<sup>⑩</sup> 参见宋朝武主编:《仲裁法学》,北京大学出版社2013年版,第151页。

将其设在“审理和裁决”一节,既然将中间裁决视为仲裁裁决的一种,那么中间裁决不具有终局性的主张就不可避免地为一裁终局的基本原则相背离。最后,将部分裁决的适用对象限定在实体问题,不符合我国《仲裁法》对部分裁决的制度定位。在我国现行《仲裁法》下,部分裁决只能针对当事人的“部分仲裁请求”,而不是案件中的实体问题,二者的划分标准并不相同。虽然当事人的仲裁请求大多属于实体问题,但将部分裁决原本针对的部分仲裁请求扩及至案件中的实体问题,即使将其限定在一些急需处理的问题上,也极有可能超出当事人的仲裁请求范围,从而与《仲裁法》原本追求的部分仲裁请求相去甚远。

笔者在分析我国学者对中间裁决的认识时发现,不论是否主张中间裁决和部分裁决相异,二者不约而同地以国际上对中间裁决的认识为依据展开分析和论证。不夸张地说,我国仲裁理论与实践对中间裁决没有形成一个符合法理和逻辑的认识,其问题根源或许就在于受到了国际上对中间裁决、部分裁决与临时裁决的不同界定的困缚影响。因此,下文不得不就国际上对仲裁裁决类别的认识展开分析。概括而言,大致有以下几种认识:部分裁决与中间裁决相异;部分裁决与中间裁决相同;中间裁决与临时裁决相同;中间裁决与临时裁决相异。

## (二) 国际上的认识

1958年《关于承认及执行外国仲裁裁决公约》(the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards,以下简称《纽约公约》)并没有区分部分裁决、中间裁决与临时裁决,而是在第3条规定:“各缔约国应承认仲裁裁决具有拘束力,并依援引裁决地之程序规则及下列各条所载条件执行之。承认或执行适用本公约之仲裁裁决时,不得较承认或执行内国仲裁裁决附加过苛之条件或征收过多之费用。”这是因为《纽约公约》的代表大多认为,对一项决定是否属于裁决的判定须取决于其性质和内容,而不是仲裁员加之于上的标签。不过,1976年《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》(UNCITRAL Arbitration Rules)明确划分了仲裁裁决的具体类别。其第32(1)条规定:“仲裁庭除作出最终裁决外,还应有权作出临时裁决、中间裁决或部分裁决。”但是,由于各个国家或地区对中间裁决、临时裁决与部分裁决的界定不一,2010年修订的《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》没有再将仲裁裁决划分为具体的中间裁决、部分裁决、临时裁决与最终裁决,而是仿照英国1996年《仲裁法》第47条的规定,在第34(1)条规定:“仲裁庭可在不同时间对不同问题分别作出裁决。”但在英国仲裁法的解释上,这指的就是中间裁决。<sup>①</sup>相较于《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》对仲裁裁决类别界定的“逃避”,2021年修订的《国际商会仲裁规则》(ICC Arbitration Rules)第2(5)条规定:仲裁裁决包括中间裁决(interim award)、部分裁决(partial award)、最终裁决(final award)和附加裁决(additional award)。然而,如何清楚地界定中间裁决和部分裁决始终是横亘在各国仲裁立法和国际仲裁规则中的一大难题。国际

<sup>①</sup> 参见罗楚湘:《英国仲裁法研究》,武汉大学出版社2012年版,第187页。

商会在工作组报告中甚至直言：不可能在部分裁决和中间裁决的界定上达成共识。<sup>⑫</sup>

### 1. 部分裁决

相较于中间裁决、部分裁决与临时裁决，国际上对最终裁决的界定相对明确。通常情况下，最终裁决指的是一项仲裁中最后的裁决，对于所有（或尚还存续的所有）的主张作出处理，标志着仲裁庭委任的终结。和最终裁决相对的一般是部分裁决，即终局性地处理当事人在仲裁中部分而非全部的主张，将剩余部分的主张留待后续仲裁程序中进行考虑和解决的仲裁裁决。<sup>⑬</sup> 最终裁决和部分裁决均有终局效力，可以被承认和执行（或被撤销），当事人对裁决有异议的可以立即向法院提出而不用等到仲裁程序结束时，区别在于仲裁庭处理的是当事人的部分请求还是全部请求（或反请求）。比如在瑞典，当一项请求与其他请求没有关联并可依有限证据作出认定而其他请求还需要大量取证时，仲裁庭即可作出单独的部分裁决，以使当事人立即获得可执行的权益。<sup>⑭</sup> 而在德国，部分裁决的概念是根据民事诉讼法的规定确立的。<sup>⑮</sup> 即当个别请求权或请求权的某些部分还需要继续澄清时，仲裁庭可以在《德国民事诉讼法》第 301 条（即部分判决）的前提条件下（个别请求达到作出终局裁判的程度）作出部分裁决。<sup>⑯</sup>

### 2. 中间裁决

在我国，用以指代中间裁决的语源既有“interim award”，也有“interlocutory award”，不过，“interim award”一词也经常被我国部分机构或学者译为临时裁决。比如 1976 年《联合国国际贸易法委员会仲裁规则（中文版）》第 32（1）条就将“interim award”译为“临时裁决”，将“interlocutory award”译为“中间裁决”。而在没有规定“interlocutory award”的仲裁规则当中，“interim award”大多被译为“中间裁决”而不是“临时裁决”。比如，《国际商会仲裁规则（中文版）》第 2（5）条中的“interim award”指的就是“中间裁决”，2022 年修订的《北京仲裁委员会仲裁规则（英文版）》第 50 条规定的中间裁决指的也是“interim award”。其实，用语只是一个符号，探寻用语背后的调整对象才能理解其真实含义，也才能够区分什么是中间裁决，什么是临时裁决。

国际上，多数国内法认为，与部分裁决终局性地处理特定主张不同，中间裁决确定的是与处理主张相关的初步事项而非最终处理这一主张，临时性（中间性）体现在它是解决当事人主张的前置步骤，而不是作出支持或否决这些主张的最终决定。<sup>⑰</sup> 比如在“PT Perusahaan Gas Negara v. CRW Joint Operation (2015)”案中，新加坡法院就区分了部分裁决和中间裁决，中间裁决解决的是与仲裁请求密切相关的初步事项 / 先决问题

<sup>⑫</sup> ICC International Court of Arbitration, *Final Report on Interim and Partial Awards*, [https://library.iccwbo.org/content/dr/COMMISSION\\_REPORTS/CR\\_0001.htm?l1=Commission+Reports](https://library.iccwbo.org/content/dr/COMMISSION_REPORTS/CR_0001.htm?l1=Commission+Reports), last visited May 25, 2022.

<sup>⑬</sup> [美] 加里·B. 博恩：《国际仲裁：法律与实践》，白麟等译，商务印书馆 2015 年版，第 380 页。

<sup>⑭</sup> [美] 拉斯·休曼：《瑞典仲裁法：实践和程序》，顾华宁译，法律出版社 2012 年版，第 404 页。

<sup>⑮</sup> Rolf Trittman, *When Should Arbitrators Issue Interim or Partial Awards and or Procedural Orders?*, *Journal of International Arbitration*, 2003, Vol.20:255, p.259.

<sup>⑯</sup> [德] 罗森贝格、施瓦布、戈特瓦尔德：《德国民事诉讼法》，李大雪译，中国法制出版社 2007 年版，第 1400 页。

<sup>⑰</sup> 同前注<sup>⑬</sup>，第 380-381 页。

(preliminary issues),例如责任成立与否、准据法的选择等,而非如部分裁决一般对当事人的仲裁请求进行决断。<sup>⑱</sup>中间裁决对先决问题的处理主要是为了限制争议范围,以加速和节约仲裁程序。<sup>⑲</sup>

在英国,其中间裁决主要就适用于仲裁程序中的先决问题,一般包括责任问题(责任和定量分离)、法律适用问题(准据法查明)、管辖权问题,以及没有法律争议、事实明显的债务等。<sup>⑳</sup>在瑞典,仲裁庭同样可以对争议解决具有关键意义的先决问题作出单独的临时裁决(中间裁决),最终裁决不能背离中间裁决的裁定,如果中间裁决和最终裁决发生矛盾或不相容,最终裁决应被撤销,不过在两裁决理由存在矛盾或不相容时,最终裁决不会被撤销。<sup>㉑</sup>而在德国,仲裁庭除了可以对管辖权作出中间裁决以外,对其他中间裁决的适用则与部分裁决相同,需要类推适用民事诉讼法的规定,其中主要是《德国民事诉讼法》第303条关于中间判决、第304条关于原因判决的规定。<sup>㉒</sup>

如果以部分裁决针对部分请求(或反请求)、中间裁决针对先决问题来看,部分裁决与中间裁决可谓泾渭分明。然而,国际上也有很多商事仲裁案件或学者将对管辖权、法律适用、合同有效性、责任原则等问题的判断纳入部分裁决的范畴。<sup>㉓</sup>这样一来,部分裁决和中间裁决就又是相同的了,二者基本可以互换。<sup>㉔</sup>在《纽约公约》的讨论中,一家美国法院也认为,即便尚无裁决终局性地处理提交仲裁的所有请求,终局性地明确处理一项单独的独立请求的中间裁决仍可确认。<sup>㉕</sup>不过,在部分裁决与中间裁决可以自由互换的界定当中,部分裁决或中间裁决更多是用来表达仲裁裁决是在仲裁程序中期阶段作出,从而与能够导致仲裁程序结束的最终裁决相区别,并不强调裁决所针对的具体对象。<sup>㉖</sup>或许是受到这一认识影响,原国务院法制办公室在对《仲裁法》第55条进行注解时甚至没有强调部分裁决针对的是部分仲裁请求,而是将合同成立与否、合同有效与否、侵权责任存在与否等先决事项纳入部分裁决的适用范围,导致部分裁决与中间裁决的界

<sup>⑱</sup> PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v. CRW Joint Operation, Civil Appeals Nos 148 and 149 of 2013, Court of Appeal, Judgment, 2015, para.47.

<sup>⑲</sup> *Supra* note 15, at 260.

<sup>⑳</sup> 同前注<sup>⑪</sup>,第187-189页。

<sup>㉑</sup> 同前注<sup>⑭</sup>,第405-408页。

<sup>㉒</sup> 同前注<sup>⑯</sup>。

<sup>㉓</sup> Artan Spahiu, *Types of international arbitral awards and their effects, focusing on two case studies: arbitral award on case "La Petrolifera Italo-Rumena" vs Republic of Albania (2007) and arbitral award on case "DIA Ltd. vs OSHEE sh.a"(2015)*, Juridical Tribune (Tribuna Juridica), 2019, Vol.9:60, p.63. Emmanuel Gaillard & John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Netherlands: Kluwer Law International, 1999, pp.735-737.

<sup>㉔</sup> Aero Club v. Solar Creations Pvt Ltd, Appeal (Ld.). No.63 of 2020, Bombay High Court, Judgment, 2020, para.4. The Court is not distinguishing between interim and partial awards, on multiple occasions, referring to 'partial final award[s]' and interim awards interchangeably.

<sup>㉕</sup> UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 2016, p.16.

<sup>㉖</sup> Hse Yu Chiu, *Final, Interim, Interlocutory or Partial Award: Misnomers Apt to Mislead*, Singapore Academy of Law Journal, 2001, Vol.13:467, p.467.

限越来越模糊不清。<sup>②7</sup>

### 3. 临时裁决

国际上,“interim award”也经常被仲裁庭用于作出临时救济措施。比如,《美国统一仲裁法》第8(b)(1)条规定“interim award”可以作出临时性救济的决定。美国仲裁协会国际争议解决中心(ICDR)在2021年修订的《国际争议解决程序》第7条、第27条也规定,禁令救济、财产保全等临时救济措施(interim measures)与紧急保护措施(emergency measures of protection)可以“interim award”形式作出。2021年修订的《瑞士国际仲裁规则》(Swiss Rules)第29(2)条同样规定,临时救济措施可以“interim award”形式作出。

由此可见,作为国际通用术语的“interim award”既被部分国家用于先决问题的判断,也被部分国家用于临时救济措施的决断,甚至在同一国家交替使用,比如美国。<sup>②8</sup>因此,我国多数教科书都将中间裁决和临时裁决等同也就不难理解了。<sup>②9</sup>事实是,从效力上看,针对先决问题的裁决与针对临时救济措施的裁决仍然有所不同。在英国,针对临时救济措施的裁决是1996年《仲裁法》第39条规定的临时裁决(provisional award),包括仲裁庭作出的关于当事人间的金钱支付或财产处置的临时命令以及对部分仲裁费用进行临时支付的命令,本质是“临时命令”(provisional order)而不是真正意义上的仲裁裁决。<sup>③0</sup>这种以临时救济为核心的裁决才是真正的“临时”裁决,其与中间裁决的区别在于,中间裁决是具有终局效力的裁决,临时裁决从属于最终裁决,不具有终局性,仲裁庭可以在最终裁决当中对临时裁决进行灵活调整甚至撤销。<sup>③1</sup>临时裁决的目的不是判断仲裁争端的是非曲直,而是保存仲裁标的物或为当事人提供特定的临时性保护。基于这种差异,国际商会曾表示,临时救济措施通常不以裁决(award)形式作出,而是以命令(order)形式作出,以裁决形式作出更多是便于后期执行,因为如果不迅速执行临时救济措施,最终的仲裁可能就是徒劳的,实践中的临时救济措施与金钱给付裁决对当事人同样重要。<sup>③2</sup>以仲裁裁决形式作出临时救济措施的另一重要因素是《纽约公约》的规范要求。根据《纽约公约》第3条的规定,只有“仲裁裁决”才能够得到其他法域的承认和执行,如果不以裁决形式作出临时救济措施,将导致临时救济措施无法得到他国承认和执行。紧急仲裁员制度便体现了这一点。在国际上,紧急仲裁员大多会以裁决形式作出临时救济措施,以便契合《纽约公约》,使之能够得到其他法域的承认和执行。

<sup>②7</sup> 参见国务院法制办公室编:《中华人民共和国仲裁法注解与配套》,中国法制出版社2008年版,第55页。

<sup>②8</sup> Bello & Temitayo, *Arbitral Awards: The Legal Requirements and Interlocutory Applications*, <https://ssrn.com/abstract=2972591>, last visited Mar.26, 2022.

<sup>②9</sup> 实践中,《深圳国际仲裁院仲裁规则》曾规定仲裁庭可以“就案件的相关程序问题、临时措施或者要释明的问题作出中间裁决”,并将其与部分裁决区分。但在2019年修订后,《深圳国际仲裁院仲裁规则》就只规定了部分裁决,没有再规定中间裁决。

<sup>③0</sup> 同前注<sup>①1</sup>,第189-190页。

<sup>③1</sup> *Supra* note 26, at 480-481.

<sup>③2</sup> *Supra* note 12.

### （三）中间裁决的认识启示

对国际上关于部分裁决、中间裁决与临时裁决的认识进行分析,不只是为了澄清我国既有认识缺陷,更是为了指引我国仲裁立法和实践。从国际上的认识可以看出,无论对各类仲裁裁决作何界定,关键在于其是否与本国制度环境相匹配。比如德国参照民事诉讼规则适用的部分裁决和中间裁决,在体系上就没有呈现出“一义多词”或“一词多义”的紊乱状态。然而,一旦将其对应到其他国家制度体系下,就有可能出现适用上的矛盾,毕竟各国对中间裁决、部分裁决的界定并不完全相同。因此,我们不能以中间裁决为标签简单移植比较法上的制度规则,而需以本土法治环境为中心,在我国既有制度框架下建构符合我国法治体系的中间裁决制度。

从我国现实情况来看,由于1995年《仲裁法》只规定了部分裁决,没有涉及中间裁决和临时裁决,因而对中间裁决的认识不得不借助部分裁决展开。<sup>③</sup>按照全国人大常委会法工委的解释,我国对部分裁决的界定系以对“部分仲裁请求”的判断为核心,这样一来,我国对仲裁裁决类型的区分实际是以裁决针对的对象为依据的。如果以此为参照,中间裁决的调整对象在逻辑上就应当是仲裁程序中的先决问题。《仲裁法修订意见稿》第74条、2022年《北京仲裁委员会仲裁规则》第50条对中间裁决的适用显然也倾向于此。

然而,对于中间裁决的适用范围、效力与救济途径等中间裁决制度的核心命题在我国长期处于“空白”,实践做法更是纷繁各异。在我国《仲裁法》意欲建立中间裁决制度之际,仲裁理论必须对前述问题进行回应,否则我国中间裁决制度的建立就属于“无本之木”。而要真正阐释中间裁决的制度体系,有必要参考民事诉讼法上的中间判决对中间裁决进行制度层面的建构。选择以中间判决为参照对象,主要有以下三个方面的原因:其一,从广义上说,仲裁裁决也属于裁判的范畴。<sup>④</sup>二者具有天然的亲合性,包括我国在内多数国家都认为仲裁裁决具有与法院判决相同的法律效力即可说明这一点。其二,从内在机理上看,中间裁决和中间判决均是对先决问题的判断,二者运作逻辑基本一致,皆是为了固定审理目标,加速和节约审理程序,中间判决“丰沃”的理论资源可以为“贫瘠”的中间裁决所用。其三,在比较法上,德国甚至没有直接规定部分裁决和中间裁决,而是类推适用民事诉讼法上的部分判决和中间判决,这说明作为我国民事诉讼法建设模本的德国民事诉讼理论同样认可中间裁决和中间判决在理论内核上的趋同性。即使从我国自身情况来看,部分裁决和部分判决判断逻辑的相同也能够一定程度上证立中间裁决参照中间判决建立的可行性。<sup>⑤</sup>遗憾的是,我国民事诉讼法并没有建立中间判决制度,笔者不得不对与我国法系意识相同的德日中间判决制度进行理论考察,以指引我国中间裁决制度的具体建构。

<sup>③</sup> 《仲裁法》第28条。仲裁财产保全需由法院裁定是否准许,不属于临时裁决的范畴。

<sup>④</sup> 傅郁林:《先决问题与中间裁判》,载《中国法学》2008年第6期,第157页。在法国,仲裁裁决就属于广义上的判决。

<sup>⑤</sup> 《民事诉讼法》第156条规定:“人民法院审理案件,其中一部分事实已经清楚,可以就该部分先行判决。”与《仲裁法》第55条关于部分裁决的表述基本相同。

### 三、参考：中间判决的理论考察

根据是否具有终结审级诉讼程序的效果,可以将法院判决分为终局判决和中间判决。不具有终结审级诉讼程序效果的中间判决是先于终局判决作出的、针对诉讼进行中产生的诉讼法上或实体法上的争点予以解决的判决。中间判决只处理诉讼中的先决问题,既不涉及诉讼标的本身,也不涉及诉讼标的的某部分(例外是原因判决)。<sup>③⑥</sup> 中间判决的制度目的在于通过揭示对先决问题的判断来对审理予以整理,进而为终局判决的判断作准备。因而是否作出中间判决属于法院诉讼指挥权行使的范畴,无需赋予当事人申请权,而由法院裁量认定。同时,由于对中间事项予以审理时应当限制审理对象,因此作出中间判决的前提是限制辩论。<sup>③⑦</sup> 具言之,如果属于在中间判决的口头辩论终结前可以提出的攻击防御方法,在中间判决作出后当事人不得再行提出。由此,法院必须通过限定辩论及其他方法让当事人预知中间判决,并让其穷尽提出有关中间判决的攻击防御方法。<sup>③⑧</sup> 虽然在中间判决制度的域外立法上,德国与日本、我国台湾地区有所差异,但总体来看,能够作为中间判决的事项包括独立的攻击防御方法、中间争议和请求原因三种,一般不包括法规解释等法律问题。

#### (一) 中间判决的事项

##### 1. 独立的攻击防御方法

所谓独立的攻击防御方法是指与其他攻击防御方法分离并可独立作为权利关系及其法律效果的基础事实,如果它们仅仅符合各个构成要件要素的事实主张则不属于独立的攻击防御方法,比如因不法行为而产生的损害赔偿请求权发生的基础事实的过失只能与其他要件事实相结合才能发生相应的法律效果。<sup>③⑨</sup> 虽然德国从1924年2月13日修订民事诉讼法开始,不再允许对独立的攻击防御方法作出中间判决,但实务中仍然存在对独立的攻击防御方法作出中间判决的情况,只不过它只能与终局判决一起被声明不服,且对法院没有拘束力。<sup>④⑩</sup>

与德国不同,《日本民事诉讼法》第245条、我国台湾地区《民事诉讼法》第383条均规定,独立的攻击防御方法适于作出裁判时,法院得为中间判决。其适用范围一般是能够直接、单独地使特定权利义务发生、变更、消灭且符合要件事实主张所构成的攻击防御方法。例如,原告主张被告违反约定将租赁房屋转租,请求收回租赁房屋,违约转租事实成立的,便构成独立的攻击方法。原告请求被告给付价款,被告抗辩称价款已经偿还、给付请求权超过时效期间,清偿抗辩或时效抗辩成立的,便构成独立的防御方法。不

<sup>③⑥</sup> [德] 奥特马·尧厄尼希:《民事诉讼法》,周翠译,法律出版社2003年版,第308页。

<sup>③⑦</sup> [日] 伊藤真:《民事诉讼法》,曹云吉译,北京大学出版社2019年版,第338页。

<sup>③⑧</sup> [日] 新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第459页。

<sup>③⑨</sup> 同前注<sup>③⑦</sup>。

<sup>④⑩</sup> 同前注<sup>③⑥</sup>,第386页。

过,法院能够对独立的攻击防御方法作出中间判决的情形限于该攻击防御方法不成立,如果该攻击防御方法成立,法院能够直接得出关于诉讼标的的结论,就应当作出终局判决而不是中间判决。也就是说,法院可以根据一种攻击防御方法来维持原告请求或排斥原告请求,但只有在未能依据这种攻击防御方法形成肯定的心证时才可以作出中间判决将此种攻击防御方法排除,继续审理其他攻击防御方法,如果法院能够据此形成肯定的心证,就应作出终局判决。<sup>④</sup>

## 2. 中间争议

中间争议指的是在当事人有关诉讼程序发生的争议中应当经过口头辩论来予以判断的争议。需要口头辩论的情形指的是与诉讼系属存否相关的事项,主要涉及诉讼程序开始、进行、终结法律效果的诉讼上事项以及与诉讼行为效力相关的事项。例如,诉讼要件之存否(诉之合法性)、诉之撤回、自认的撤回、诉讼上和解的效力、认诺的效力等。不过,当对这些争议的判断能够导致诉讼终结时,法院仍应作出终局判决。比如法院否定诉的合法性,就应以终局判决驳回诉讼。

值得注意的是,在中间判决能够适用的中间争议的具体事项上,德国和日本有所不同。由于日本民事诉讼法规定无需口头辩论的中间争议需以决定程序作出,因而诸如诉讼继受、诉之变更、辅助参加、文书提出命令,以及诉讼中产生的当事人与第三人间的争议(如诉讼承继、证人拒绝作证等)皆不属于中间判决事项,以保持裁判形式上的一致性。<sup>④</sup>而在德国,诉之变更、诉讼继受以及一方当事人与第三人间的中间争议等仍属中间判决事项,法院可以自由裁量决定是否作出中间判决。

## 3. 请求原因

在双方当事人对请求原因及数额均有争议的情形中,请求原因得为中间判决事项,目的在于确定被告是否具有债务而不涉及具体的数额。<sup>④</sup>这里的请求原因指的是除数额范围以外的有关实体法上请求权存在与否的事项总和,请求权的发生原因事实(如加害人故意或过失、侵害权利与否、损害发生与否等)、消灭事实(如清偿、消灭时效、过失抵销等)以及与内容变动相关的事实均被包含在内。<sup>④</sup>一般出现在用数额表示的侵权请求权和不当得利请求权当中,不适用于只能通过抗辩主张的请求权(如以抵消主张对待债权)。例如,A在某地驾驶机动车撞倒B,致B行动不便,B起诉主张损害赔偿,诉讼中A、B就A是否存有过错以及具体的赔偿数额发生争执,此时如果直接对损害赔偿数额进行认定,有可能导致证据调查程序无益开展,浪费司法资源。在这种情况下,法院可以先对损害赔偿请求权是否存在依其请求原因进行判断,如果法院审查认为A存在过错即认可原因存在,便可据此作出中间判决,事后只需对损害赔偿数额进行审理,如果法院认为A不存在过错即否定原因存在,则可以此为前提作出终局判决。可以看出,与其他中

<sup>④</sup> [日]中村英郎:《新民事诉讼法讲义》,陈刚等译,法律出版社2001年版,第219页。

<sup>④</sup> 同前注<sup>③</sup>,第457页。

<sup>④</sup> [日]三月章:《日本民事诉讼法》,汪一凡译,五南图书出版公司1997年版,第336页。

<sup>④</sup> 同前注<sup>③</sup>。

间判决不同,请求原因下的中间判决本质不是对诉讼的先决问题进行裁判,而是对终局裁判的实体权利部分进行裁判,因而也被称为特殊的中间判决或原因判决。<sup>④5</sup>

## (二) 中间判决的效力与救济途径

由于中间判决不以作为诉讼标的之权利关系为判断对象,因而中间判决无法产生既判力。再加上中间判决只是对争议事项进行确认,不具有给付内容,因而中间判决也没有执行力。不过,法院一旦作出中间判决,就将受到判决内容拘束,法院应当以在中间判决主文中所表示的判断为前提来作出终局判决,不得背离中间判决作出相反认定。比如《德国民事诉讼法》第318条规定:“法院在其宣示的终局判决与中间判决中所作的裁判,对该法院有拘束力。”中间判决除了能够对审级法院产生拘束力以外,还可以产生终局效应。<sup>④6</sup>当事人不得对中间判决所决事项再行争议。

由于中间判决没有终结审级审理的效果,而在立法上明确建立中间判决制度的德国、日本和我国台湾地区都明确规定,除了不能声明不服的情形外,只有对第一审终局判决方可上诉至二审法院。<sup>④7</sup>因而在他们看来,中间判决并不是合法的上诉对象,当事人不能对中间判决单独提起上诉,而只能在对终局判决的上诉中对中间判决声明不服。从诉讼促进上来看,不允许当事人对中间判决独立上诉也能够避免普通法上中间上诉所带来的诉讼延迟问题。<sup>④8</sup>由于中间判决仅对审级法院产生自缚力,对于上级法院并无拘束力,因而在终局判决的上诉审程序中,上级法院可以对中间判决事项继续审理,如果上级法院仅撤销终局判决并将案件发回重审(如当事人仅对终局判决上诉而未对中间判决上诉),原审法院仍应受自己作出的中间判决拘束。<sup>④9</sup>但是,根据《德国民事诉讼法》第280条、第304条的规定,法院对诉之合法与否所作中间判决以及对请求原因所作中间判决,在上诉时应被视为终局判决,所以此类判决可被独立声明不服。从效力上看就意味着,原因判决可以发生形式既判力而缺乏实质既判力,因为原因判决作为中间判决只对请求原因进行了裁判,而没有从整体上对实体请求权进行裁判,诉讼在后程序(数额程序)中仍有可能被驳回。<sup>⑤0</sup>

## 四、建构：中间裁决制度的体系阐释

虽然比较法上的中间判决的确可以为我们提供理论参考,但这种参考只能是方向性和逻辑性的指引,而不能是简单的制度移植,毕竟仲裁庭仲裁与法院审判的运作逻辑并

<sup>④5</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年版,第285页。

<sup>④6</sup> 同前注<sup>④5</sup>。

<sup>④7</sup> 参见《德国民事诉讼法》第512、557条;《日本民事诉讼法》第283条;我国台湾地区“民事诉讼法”第437条。

<sup>④8</sup> 参见段文波:《构建我国民事诉讼中间判决制度论——对德国和日本民事中间判决制度的借鉴》,载《政治与法律》2009年第10期,第149页。

<sup>④9</sup> 陈荣宗、林庆苗:《民事诉讼法》(下),三民书局有限公司2021年版,第170页。

<sup>⑤0</sup> 同前注<sup>④6</sup>,第309页。

不完全相同。对中间裁决制度进行体系阐释,必须结合我国仲裁制度本身的特性展开。

### (一) 中间裁决的适用范围

按照《仲裁法修订意见稿》第74条的规定,中间裁决的适用范围是会影响仲裁程序进展或需要在最终裁决作出前予以明确的争议事项。在2022年《北京仲裁委员会仲裁规则》第50条的规定下,这种争议事项应当包括实体问题和程序问题两种。由此可见,即使我国仲裁实践摆脱了理论上对中间裁决只适用于程序问题的限制,但仍是以实体问题和程序问题为标准界定中间裁决事项的。这的确符合我国对裁判形式界分的固有逻辑和标准。

如果以我国民事诉讼语境下的程序问题和实体问题来看中间判决事项下的独立攻击防御方法、中间争议与请求原因,大体可以将其划分为实体性先决事项、程序性先决事项与攻击防御方法事项三种。具体而言,实体性先决事项一般是请求原因;程序性先决事项主要涉及诉的合法性问题,比如在起诉和诉的合并中法院的主体资格(主管和管辖)与当事人的主体资格(当事人适格)问题,这基本属于中间争议下的诉讼要件存否问题;攻击防御方法事项则是与诉讼标的相关但又不构成诉讼标的本身的争议事项以及围绕事实调查和证明产生的争议事项,比如自认的撤回、准许或否定诉的变更、客体合并、证据抗辩和证据调查等。由于我国司法实务习惯将纯粹的攻击防御事项作为裁判理由进行认定,因而攻击防御方法事项在我国并不适宜作出中间裁判。不过,针对请求权及其法律关系基础进行的权利抗辩可以被纳入实体性先决事项进而适用中间判决。<sup>⑤1</sup>

由于我国仲裁裁决书同样习惯将攻击防御方法事项归入裁判理由,在上述区分标准下,我国中间裁决事项就只能既包含实体性先决事项又包含程序性先决事项,这也从侧面印证了2022年《北京仲裁委员会仲裁规则》第50条提出的“案件争议的实体问题或程序问题”的合理性。即使从比较法上看,认为中间裁决是解决先决问题的国家所适用的责任和定量相分离中的责任存否问题以及仲裁庭的管辖权问题,同样分别属于实体性先决事项与程序性先决事项的范畴。然而,看似明确的结论实则忽视了仲裁裁决的本质属性。

一项法律文件要成为仲裁“裁决”,需要同时满足三项要件:(1)裁决必须基于一项约定的仲裁协议作出;(2)裁决必须具备“裁决”这一概念蕴含的基本特征;(3)裁决必须解决实体法上的问题,而不是程序上的问题。<sup>⑤2</sup>因此,包括中间裁决在内的仲裁裁决只能解决实体争议,对程序性质的决断应当以其他形式的法律文书作出,如命令和决定。瑞典仲裁法明确表示,部分裁决与中间裁决不可针对程序问题,仲裁庭应作出决定解决程序问题。<sup>⑤3</sup>问题在于,在国际上,英美法系国家甚至是大陆法系国家都会以“裁决”形式对程序问题进行决断,比如英国、美国和德国都允许仲裁庭对管辖权作出中间裁决。

<sup>⑤1</sup> 同前注<sup>④4</sup>,第156页。

<sup>⑤2</sup> 同前注<sup>④3</sup>,第369页。

<sup>⑤3</sup> 同前注<sup>④4</sup>,第406页。

比较法上的这一实践现实除了存在实体问题与程序问题界定标准不同的影响外,更重要的原因是背后的裁判制度体系不同。例如,德国对裁判形式进行划分的标准不是根据争议事项属于实体问题还是程序问题,而是根据作出裁判的程序是否经过庭审辩论来决定的。对应到仲裁当中,由于德国中间裁决直接适用中间判决的规定,因而只要经过庭审辩论,实体性先决事项、程序性先决事项与攻击防御方法事项原则上都可以适用中间裁决。即使是没有类推适用民事诉讼规则的管辖权问题,《德国民事诉讼法》第1040条也规定,仲裁庭应在当事人对自己有无管辖权进行抗辩的基础上作出中间裁决。然而,我国对裁判文书适用范围的划分是非常固定的,只能在实体问题、程序问题与特殊事项的界分下作出裁判,仲裁裁决也不例外。这可以从现行《仲裁法》与司法部公布的《仲裁法修订意见稿》找到依据。

针对典型的管辖权问题,现行《仲裁法》并未赋予仲裁庭以自主审查权,《仲裁法修订意见稿》第28条根据国际商事仲裁通行惯例明确了仲裁庭自裁管辖权。但根据该条规定,仲裁庭系以“决定”形式对管辖权进行决断,而不是“裁决”。在体系定位上,该条规定也不在“审理和裁决”一节,而是在“仲裁协议”部分。不过,区分不同决断形式最明显的标志仍然是效力和救济途径。仲裁裁决一经作出即生效,当事人只得通过撤销程序予以救济。但在《仲裁法修订意见稿》第28条的规定下,当事人对管辖权决定有异议的,应当自收到决定之日起十日内提请仲裁地的中级法院审查,当事人对仲裁案件无管辖权的“裁定”不服的,可以自裁定送达之日起十日内向上级法院申请“复议”,并不适用仲裁裁决撤销程序。如果说这只是司法部的“一厢情愿”,那么作为程序性先决事项的仲裁协议效力问题(当事人申请仲裁,必须有合法有效的仲裁协议)也能够说明这一问题。我国现行《仲裁法》第20条规定:当事人对仲裁协议的效力有异议的,可以请求仲裁委员会作出“决定”或请求法院作出“裁定”。由此可以看出,至少在我国立法者看来,程序问题并不适于作出仲裁裁决。实践中将确认仲裁协议效力、处理仲裁案件管辖权异议、处理仲裁主体资格异议等程序性先决事项纳入中间裁决的适用范围,不得不说是对于仲裁裁决只能处理实体问题的根本背离。<sup>⑤</sup>

在这样的认识下,我国中间裁决就只能针对实体性先决事项进行决断,如合同成立与否、合同有效与否、无效合同发生的过错在哪一方、侵权责任存在与否等。程序性先决事项(如管辖、仲裁协议效力)与攻击防御方法事项(如仲裁可适用的法律)在必要时可以通过决定作出,即使他们存在需要执行的问题也不必过于忧虑,而可如《仲裁法修订意见稿》规定的临时措施(仲裁庭有权“决定”是否采取临时措施)一般,请求法院协助执行。这与日本中间判决制度对裁判形式一致的坚持是相同的。至于德国认为的一方当事人与第三人间的中间争议,由于我国现行《仲裁法》、司法部《仲裁法修订意见稿》并未明确规定仲裁第三人制度,也就没有合法适用的空间。

<sup>⑤</sup> 同前注④,第42页。

## （二）中间裁决的效力与救济途径

根据一裁终局的基本原则,仲裁裁决自作出之日起发生法律效力,当事人不得就同一纠纷再申请仲裁或向法院起诉。中间裁决属于仲裁裁决的一种,遵守这一仲裁原理自无疑问。然而,无论我们如何强调中间裁决在整理审理、加速和节约整个仲裁程序方面的独特价值,始终都无法回避其与能够导致仲裁程序结束的最终裁决的实际差异,因而对中间裁决效力的认识仍然要从中间裁决是否具有终局性的不同认识上展开,以使我们“知来处,明去处”。对此,我们可以先从两则国际经典案例看起。<sup>⑤⑤</sup>

“MCIS Insurance Bhd v. Associated Cover Sdn Bhd”案。在该案中,仲裁庭于1995年作出中间裁决认定MCIS公司负有赔偿责任。4年后,仲裁庭作出最终裁决确定MCIS公司应承担的赔偿数额。MCIS针对中间裁决与最终裁决向法院声明不服,主张4年前的中间裁决是一项在最终裁决作出前的临时裁决(temporary award),是不完整的裁决,他们在最终裁决作出后1个月内声明不服并不“超时”。法院审查认为,中间裁决的效力是终局性(final)的,当事人不认可裁决内容的,应在中间裁决作出后及时提出。

“Tang Boon Jek Jeffrey v. Tan Poh Leng Stanley”案。在该案中,仲裁庭作出中间裁决后又撤销了该项裁决并作出一项新的裁决,当事人向法院声明不服。新加坡高等法院认为中间裁决具有终局效力,仲裁庭不得撤销自己作出的裁决。然而新加坡上诉法院认为,根据《国际商事仲裁示范法》第32(1)条的规定,中间裁决没有终局效力,具有终局效力的只能是处理了所有争议事项并导致仲裁程序结束的最终裁决。<sup>⑤⑥</sup>

虽然《国际商事仲裁示范法》第32(1)条的确规定“final award”导致仲裁程序结束,但这并不意味着仲裁裁决的终局性就等于仲裁裁决结束仲裁庭的职责。正如哥伦比亚法院在“Drummond Ltd. v. Instituto Nacional de Concesiones”案中指出的一样,仲裁裁决具有终局性“不是因为其结束了仲裁或者法庭职责,而是因为其以终局方式解决了提交仲裁的一些争议。”<sup>⑤⑦</sup>因此,即使《国际商事仲裁示范法》没有规定中间裁决,也不意味着中间裁决不可以对已经决定了的事情发挥终局性功能(partial *functus officio*)。<sup>⑤⑧</sup>导致新加坡上诉法院产生误识的根源实际在于“final award”的含义不清晰。在国际上,“final award”既可以指仲裁裁决就其所决定的问题是终局性的,也可以指处理仲裁程序中的所有问题并导致仲裁程序结束的最终裁决。只不过大家习惯性地将“final award”视为导致仲裁程序结束的最终裁决。为避免人们误解中间裁决的终局效力,英国甚至要求仲裁员在中间裁决书后写明“虽然该裁决对于整个仲裁程序是中间性(interim)的,但对已经决定了的事情是最终性(final)的”,并在裁决书后声明:该裁决对所提交的问题是终局的,而且我保留对当事人其他未决事项作出进一步裁决的权利。<sup>⑤⑨</sup>总而言之,只

<sup>⑤⑤</sup> *Supra* note 26, at 468-469.

<sup>⑤⑥</sup> 《国际商事仲裁示范法》第32(1)条规定:“仲裁程序依终局裁决或仲裁庭按照本条第(2)款发出的裁定宣告终止。”

<sup>⑤⑦</sup> *Supra* note 25, at 13.

<sup>⑤⑧</sup> *Supra* note 26, at 475.

<sup>⑤⑨</sup> 同前注<sup>⑤①</sup>,第189页。

要中间裁决满足成为法律意义上的仲裁裁决的必备条件,并以终局方式解决案件中的争议问题,其就具有终局性。这样一来,中间裁决与部分裁决、最终裁决实际都是具有终局性质的仲裁裁决,只不过在终局效力的具体表现上,中间裁决与其他两者有所不同。

由于我国中间裁决只能对实体性先决事项进行确认,不具有给付内容,因而中间裁决并不存在执行的问题。一裁终局对中间裁决效力的影响主要是拘束力的问题。对仲裁庭来说,其后作出的最终裁决或部分裁决不能背离中间裁决的判断。对于当事人而言,其不得要求仲裁庭对已经决断的实体性先决事项再行审理,亦不得对该事项再行争议。从既判力的角度观察,中间裁决与德国针对请求原因的中间判决相同,二者都没有从整体上对实体请求权进行决断,而是对请求原因进行确认,因而中间裁决也可以发生形式既判力。

在中间裁决的救济途径上,按照一裁终局的基本原则,仲裁裁决生效后,当事人不能就同一纠纷向法院起诉,或向其他仲裁机构申请仲裁(包括向仲裁机构申请复议),也不能向法院申请再审,而只能通过仲裁裁决撤销程序否定仲裁裁决效力。允许当事人直接向法院申请撤销中间裁决,也不会与我国仲裁裁决撤销制度相抵牾。这是因为我国仲裁法一直强调的是“仲裁实行一裁终局的制度”,而没有要求仲裁裁决导致仲裁程序结束。因此,在中间裁决生效以后,当事人声明不服的,可以立即向法院请求撤销仲裁裁决,而不用等到仲裁程序结束时。由于中间裁决针对的是仲裁程序中的先决问题,在法院审理中间裁决撤销案件时,仲裁庭有必要中止审理。

## 五、结 语

虽然将中间裁决限定在实体性先决事项似乎是一种“离经叛道”,与我们对中间裁决的既有认识截然相反。但这种认识调整却是有必要的,否则将很难与我国仲裁制度体系相容,这其实也是推动我国仲裁制度完善和发展需要做的事情。总体而言,仲裁裁决在类别上可以划分为部分裁决、中间裁决与最终裁决,最终裁决是能够导致仲裁程序结束的仲裁裁决,针对当事人部分仲裁请求的部分裁决与针对实体性先决事项的中间裁决则是在仲裁程序中期阶段作出的仲裁裁决。虽然它们的适用阶段和调整对象不同,但对其所决断的事项都具有终局性。国际上针对临时救济措施的临时裁决,在我国只能以决定形式作出,其适用范围包括程序性先决事项、攻击防御方法事项以及保全等临时性救济措施。清楚地界定它们的适用范围、效力与救济途径既是我国仲裁立法需要考虑的问题,也是我国仲裁实践适用的现实要求。

---

**Abstract:** The understanding that the interim award is equivalent to partial award, provisional award, or the interim award is limited to procedural issues not only deviates from the basic principles of the arbitration system, but also contradicts the inherent understanding

---

of the arbitration award in our country. The root of this misunderstanding is that the existing understanding is submerged in the different definitions of interim award, partial award and provisional award in the world. The clarification of interim award needs to return to China's institutional environment, and to make a systematic interpretation with the help of interim judgment commensurate with its principle. In fact, an interim award is an arbitration award for substantive preconditions. Although the award is intermediate for the whole arbitration procedure, it is final for the things that have been decided. The parties and the arbitration tribunal shall be bound by them. If the parties are not satisfied, they may directly apply to the court for cancellation without waiting until the end of the arbitration proceedings.

**Keywords:** interim award; partial award; interim judgment; pre-requisites; partial arbitration claim

---

---

(责任编辑:黄晨亮)

# 虚假仲裁案外人权益保护的途径探索

韩 雪\*

---

**内容提要** 仲裁作为传统纠纷解决机制,从产生之日起便以高效便捷的显著优势而具有极强的适用性。但在实践中,仲裁当事人有时会虚构法律事实,利用仲裁来损害案外人的正当利益。目前对于虚假仲裁的防范机制阙如,使得案外人的权益保护陷入困境,对仲裁案外人的有效救济手段尚需确定。通过对事先救济、事后救济、仲裁救济、司法救济、检察救济等多方比较,案外人权利保护的构建方向在于设置案外人申请法院撤销仲裁裁决制度,同时将仲裁调解书也纳入可申请撤销的范围。配套制度构建上,设置虚假仲裁案外人损害侵权赔偿机制。

**关键词** 虚假仲裁 案外人 权益救济 申请撤销仲裁裁决

---

## 一、问题的提出

随着商事交易的繁荣发展,如何高效便捷地解决商事冲突成为市场的主要追求目标之一。仲裁与诉讼同为纠纷解决机制而并行,共同完成定纷止争的神圣使命。其中,仲裁制度以其自治性实现了对当事人意愿的最大尊重,以其灵活性打破了级别管辖和地域管辖的限制,以其快捷性解决了诉讼审理步骤繁杂的问题,日渐成为商事主体化解纷争的优化选择。但在经济利益最大化的驱使下,部分主体从事民商事活动时会通过虚假诉讼、虚假仲裁等方式,恶意损害第三人的合法权益。随着立法对虚假诉讼的打击力度加大,虚假仲裁规制的缺失为不法侵权者敞开了方便之门。虚假仲裁既侵犯了案外人的正当权益,也损害了仲裁公信力,浪费了仲裁资源。如何在事先有效规避虚假仲裁的产生,如何在事后即虚假仲裁发生后切实保护案外第三人权益的问题函需解决。劳动纠纷具有其特殊性,劳动仲裁是提起司法诉讼的前置程序。从这个意义来讲,劳动仲裁可以理解为归属于诉讼领域,因此本文的研究对象将劳动仲裁排除在外。另外,虚假仲裁如何进行刑事规制的问题,涉及刑法的原理与制度,并非本文的研究对象,对此不展开论述。

虚假仲裁并非纯粹的学理概念,而是从实务中归纳出来的一种实际现象。目前尚未

---

\* 韩雪,南开大学法学院硕士研究生。

形成对虚假仲裁的统一定义,学者多从虚假诉讼的角度出发对其进行界定。<sup>①</sup>从已有研究对虚假仲裁的内涵确定来看,其行为特征需要满足以下方面:当事人之间实际并不存在民商事纠纷、当事人恶意串通欺骗仲裁机构及仲裁人员裁决(通常情况下虚假仲裁是当事人欺骗仲裁机构,但也有仲裁人员参与虚假仲裁的特殊情况)。<sup>②</sup>本文的研究针对的是当事人欺骗仲裁机构及仲裁人员的情形、仲裁裁决侵害案外人合法权益(广义的虚假仲裁包含损害国家、社会、他人的合法权益,本文采用的是狭义概念,仅指侵犯他人合法权益的情形)。实践中虚假仲裁对案外人合法利益的侵犯往往表现出两种形式:其一是侵犯案外第三人的财产性利益,既包括对物权的侵犯,也包含对债权的侵犯。其二是使案外第三人陷入不利的法律地位,通过生效的仲裁裁决使案外人在诉讼中处于劣势。<sup>③</sup>在进行案外人权利救济的制度设计时,需要考虑是否实现了对不同侵权情形的周延保护。另外,需要考虑仲裁裁决侵犯的案外人利益是否包含可能利益?笔者认为,仅包含实体利益而不包含可能利益。只有案外人的实际权益现实受损方可进行救济,否则就会构成对仲裁制度的过分破坏。

## 二、虚假仲裁问题成因

### (一) 虚假仲裁产生的内在原因

内在原因总的来说是由于仲裁制度自身的局限性所致。

其一,仲裁的自身属性具有利弊两面性。意思自治是整个仲裁制度的灵魂与基石,保密性原则有效减少了企业身陷纠纷的不良影响及商业秘密的不当泄露,一裁终局满足商事主体追求高效解决纠纷、降低诉讼成本的现实需求。但在虚假仲裁中这些优势被不当利用,双方当事人以意思自治外观掩盖其违法行为,以保密性原则排除案外人的知情及参与,以一裁终局快速解决虚假纠纷使得案外人毫无救济反应时间,此时仲裁的种种优势反而造成了案外人极低的参与度,变成案外人保障其合法权益的壁垒。<sup>④</sup>

其二,仲裁内部机制的缺陷被刻意放大。例如,调解工作贯穿仲裁程序始终。虚假仲裁的当事人恶意串通,必然会积极主动配合调解工作的顺利开展,仲裁人员不便也不愿做过多干涉,此时仲裁调解制度沦为了侵害案外人利益的催化剂。另外,仲裁证据规则同样存在疏漏。<sup>⑤</sup>当事人在举证期内向仲裁委提供证据,仲裁庭无权主动收集证据,只能根据当事人提供的证据来验证其主张,无法防范当事人串通提供虚假证据的危险。仲裁庭对于裁决需查明的事实认定并非基于严格的客观真实,为仲裁当事人串通合谋编

① 马贤兴:《虚假诉讼与虚假仲裁的治理路径》,载《人民检察》2018年第3期,第75页。

② 刘文勇:《虚假仲裁中案外人的救济路径研究》,载《仲裁研究》2021年第1期,第36页。

③ 易晓东:《虚假仲裁中的案外第三人权益保护》,载《山西师大学报(社会科学版)》2018年第1期,第34页。

④ 李昌超:《论仲裁案外人权利救济》,载《甘肃理论学刊》2013年第6期,第130页。

⑤ 汪勇钢、陈伟君:《在幻象中寻求突破:虚假仲裁现象研究——兼议案外人取消仲裁裁决异议之诉制度的构建》,载《法律适用》2012年第1期,第104页。

造虚假证据存有空间。<sup>⑥</sup>因此,依靠仲裁制度自身防范虚假仲裁确实存在困难。

## (二) 虚假仲裁产生的外在原因

虚假仲裁的外在原因由多方面因素共同作用组成。其一,虚假诉讼得以有力规制,当事人“被迫”选择以仲裁方式继续侵权。新增了虚假诉讼罪,出台了《关于进一步加强虚假诉讼犯罪惩治工作的意见》,对虚假诉讼的打击力度加大。相比较而言,我国现有立法及司法实践中对虚假仲裁的规制缺失,部分当事人将此漏洞视为侵犯案外人权益的宣泄口,实践中当事人利用虚假仲裁侵犯案外人合法权益的行为屡见不鲜。其二,社会诚信机制尚未建立完善,虚假仲裁的违法成本低廉。<sup>⑦</sup>信用关系日益透明是市场经济发展的固有要旨,但目前我国建立的失信惩戒机制局限在被执行人的层面,一方面欠缺信用体系的预防机制,另一方面虚假仲裁往往不进入执行程序,也无法涵盖在失信惩戒机制的射程之内。其三,对于仲裁的监督机制阙如,当事人进行虚假仲裁毫无顾忌。对仲裁的司法监督更多体现在程序性事项方面,依据仲裁当事人的异议申请而展开。但虚假仲裁的当事人通常不会对仲裁内容产生异议,使得司法监督陷入无用武之地的局面。

## 三、案外人权益救济的现实困境

已有研究在分析虚假仲裁成因和案外人为何难以获得救济时常常不加区分。上文所述的虚假仲裁的产生原因能够帮助理解为何“当事人”选择虚假仲裁,基于此可以研究的是如何从源头有效规避虚假仲裁的产生(事先预防机制)。而案外人权利救济的现实困境更加强调为何“案外人”在虚假仲裁中难以获得救济,针对此可以研究的是如何在虚假仲裁发生后切实保护案外第三人权益(事后救济机制)。两者解决问题的角度和路径各不相同,因此有必要在原因分析上加以区分。学界关于仲裁案外人与仲裁第三人的辨析研究颇多,在此不再赘述。本文所指的仲裁案外人是指受仲裁结果影响、但未参加仲裁程序的民商事主体。案外人在虚假仲裁中权利救济陷入的现实困境可以概括为以下三个方面:

其一,仲裁机构缺乏自我纠错机制。一方面仲裁机构仅有权对不涉及实体法律关系的形式错误事项进行补正,另一方面不能够依职权主动撤销虚假仲裁裁决。目前只有仲裁当事人有权向法院提出撤销申请,但虚假仲裁的当事人旨在谋求非法利益,不可能期望当事人提出撤销申请。同时,仲裁机构相互之间具有独立性,不存在内部的审理监督机制,无法通过启动再审程序进行纠错。<sup>⑧</sup>另外,仲裁机构内部监督的重心主要集中在仲裁开始前的事项,对于仲裁开始后的把控却主动放弃了监督权。

<sup>⑥</sup> 李柏正、张一土:《仲裁案外人的权利救济研究》,上海市法学会主编:《上海法学研究集刊(2020年)》,上海人民出版社2020年10月版,第73页。

<sup>⑦</sup> 王晓琴:《论虚假仲裁成因及案外第三人权益救济》,载《中北大学学报(社会科学版)》2019年第3期,第100页。

<sup>⑧</sup> 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148页。

其二,仲裁司法审查程序难以保障案外人权利。现有的仲裁司法审查停留在程序层面,不涉及实体内容。另外,从审查程序的提起主体来看也不包含案外人在内。根据目前立法规定,人民法院对仲裁的司法审查都是以当事人的申请行为作为启动前提,案外人被排除在申请主体之外。虽然法院能够在关乎公共利益的特殊情况下,依职权主动撤销仲裁协议,但公共利益的内涵本身难以界定,法院行使职权具有谨慎性。<sup>⑨</sup>关于法院基于公共利益依职权主动撤销仲裁裁决的内容将在后文展开论述。

其三,《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》)的实然作用发挥有限。有学者的调查研究显示,实践中案外人申请不予执行的案件多由中级以上的人民法院审理,反映了此类案件的难度之高、争议之大。<sup>⑩</sup>受理案外人申请不予执行仲裁裁决的诸多案例中,仅少数的个别法院裁定支持不予执行仲裁裁决,而举证困难是案外人败诉的主要原因。<sup>⑪</sup>该规定虽然赋予了案外人向执行法院申请不予执行的权利,但仅限于执行尚未终结前,而虚假仲裁往往不进入执行程序。该规定同时要求案外人“有证据证明”存在虚假仲裁,无形中增加了案外人的救济成本,提高了救济难度。另外,案外人申请不予执行仲裁裁决,只是在执行效果上产生阻却力,却不涉及作为执行依据的仲裁裁决的效力。<sup>⑫</sup>以上种种原因,使得案外人权益受损暂无有效救济途径。

#### 四、虚假仲裁案外人权益救济的模式分歧

结合前述所说的虚假仲裁的成因和案外人现实困境的两方面内容,针对如何预防虚假仲裁、虚假仲裁出现后如何救济的情形,以仲裁裁决作出为区分节点,已有研究呈现出事先救济、事后救济两种不同方案。

##### (一) 虚假仲裁事先预防机制难以提供有效保障

虚假仲裁的事先预防针对的是在仲裁裁决作出前的阶段,即在虚假仲裁过程中考虑如何对其防范,主要围绕着建立识别机制、仲裁第三人制度展开。<sup>⑬</sup>

##### 1. 虚假仲裁识别机制的作用发挥存在局限性

虚假仲裁当事人急于获得生效的仲裁裁决,往往会放弃仲裁程序中的期限利益。<sup>⑭</sup>据此,有学者主张可以建立虚假仲裁识别机制,从告知警示、立案预防、审理发现、听取评

<sup>⑨</sup> 胡鸿高:《论公共利益的法律界定——从要素解释的路径》,载《中国法学》2008年第4期,第56页。

<sup>⑩</sup> 孙子良、刘翠翠:《检视与完善:案外人申请不予执行仲裁裁决制度实施效果评测》,载《商事仲裁与调解》2021年第1期,第150页。

<sup>⑪</sup> 同前注<sup>②</sup>,第38页。

<sup>⑫</sup> 牛正浩、刘允霞:《虚假仲裁规制与案外人权利保障》,载《法律适用》2020年第17期,第149页。

<sup>⑬</sup> 刘妍:《论虚假仲裁中案外人的司法救济——以案外人司法撤销仲裁裁决为视角》,载《河南广播电视大学学报》2019年第2期,第53页。

<sup>⑭</sup> 王瑞华:《仲裁实务中虚假仲裁的识别与应对》,载《北京仲裁》2019年第3期,第36页。

判、信息共享等方面规制虚假仲裁的产生。<sup>⑮</sup>实践中也有仲裁机构创新性地设立虚假仲裁警示方案,出台相关规范性文件强化机制建设,增强自身识别与应对虚假仲裁能力。<sup>⑯</sup>但笔者认为,仲裁当事人在进行虚假仲裁之前往往经过长期预谋规划,采取相应的避嫌措施。既不会因诚信仲裁的事前警示而自动放弃,也不会对各种突发事件毫无准备而露出明显破绽,这将导致虚假仲裁识别机制作用的发挥具有随机性、偶然性。尽管仲裁人员可以根据当事人的反常表现认定其具有虚假仲裁的嫌疑,例如当事人关系密切、法律关系极为简单清楚等外在表现,但也难免存在疏漏,例如仲裁双方故意以抗争的姿态完成争议应有的流程混淆视听。<sup>⑰</sup>不同地区、不同仲裁员的识别能力各不相同,识别水平参差不齐,不可能制定统一的识别标准,难以保证具体识别结果的大体一致性。虚假仲裁识别机制并不能保证所有的虚假仲裁案件都能在仲裁裁决作出前被识别,必然有部分虚假仲裁者会获得仲裁裁决。因此,建立虚假仲裁的识别机制有其自身局限性,难以有效落到实处。

## 2. 仲裁第三人制度构建面临理论和现实障碍

有学者建议增设仲裁第三人制度,旨在希望案外人能够有机会参与侵害其权益的仲裁裁决的形成过程。<sup>⑱</sup>需要明晰的是,仲裁案外人与仲裁第三人的名称不同,反映出研究内容的不同侧重点。<sup>⑲</sup>前者强调对仲裁当事人以外的其他主体的权益保护,后者关注的是仲裁制度本身的体系完善。<sup>⑳</sup>换言之,仲裁案外人强调的是仲裁结果作出后对其有何影响,而仲裁第三人强调的是仲裁协议效力如何约束非仲裁签字人。<sup>㉑</sup>仲裁第三人制度是基于诉讼第三人而引申出的相似概念,是指仲裁当事人以外的其他主体加入到仲裁过程中。<sup>㉒</sup>现有的案外人加入仲裁,实质上是案外人作为新的当事人与原当事人重新签署仲裁协议,但虚假仲裁中当事人出于损害案外人利益的目的,一般不会吸纳案外人加入仲裁。<sup>㉓</sup>

有学者指出仲裁第三人包含的三种情形,分别是基于债权债务概括转让、权益受仲裁裁决结果影响、仲裁过程中依申请或依通知加入的非原仲裁签字人的其他主体。<sup>㉔</sup>由此可见,仲裁第三人的构建是仲裁制度本身的完善,其范围涵盖对虚假仲裁案外人权益保护的情形。通过设置仲裁第三人制度来对案外人权益进行保护略显不相匹配。还有

<sup>⑮</sup> 同前注⑤,第106页。

<sup>⑯</sup> 牛鹏:《从“阶梯式治理”走向“协同治理”——我国虚假仲裁治理的另一种思路》,载《仲裁研究》2021年第1期,第46页。

<sup>⑰</sup> 同前注⑤,第103页。

<sup>⑱</sup> 萧凯、罗晓:《仲裁第三人的法理基础与规则制定》,载《法学评论》2006年第5期,第71页。

<sup>⑲</sup> 同前注⑧,第146页。

<sup>⑳</sup> 王晓伟、吴大华:《虚假仲裁之“何时休”与“以何休”》,载《凯里学院学报》2013年第2期,第55页。

<sup>㉑</sup> 同前注⑫,第153页。

<sup>㉒</sup> 罗依凯、任壮:《国际商事仲裁案外人权利救济研究——以案外人加入仲裁程序为视角》,载《仲裁研究》2017年第1期,第103页。

<sup>㉓</sup> 董暖、杨弘磊:《虚假仲裁案外人权利的司法救济研究》,载《法律适用》2017年第21期,第69页。

<sup>㉔</sup> 同前注②,第36页。

学者提出,当仲裁人员发现有存在虚假仲裁可能性时,及时通报利害关系人。<sup>②⑤</sup>对此笔者存在疑惑,仲裁庭如何能够得知并确定利害关系人?即便假设能够确定利害关系人,仲裁庭通知利害关系人的权限何来?整个仲裁工作是基于当事人的授权而进行,在当事人不同意通知案外人的情况下,仲裁庭并无行使职权的依据。因此,在实践层面和理论层面并不具备可行性,听取评判机制仅能停留在逻辑构想层面。

仲裁第三人制度面临的桎梏在于对仲裁契约性的破坏,如果案外人能够直接申请加入或由仲裁机构通知加入仲裁程序,就完全颠覆了仲裁合意的基础性原则,也使得仲裁不再具有可预见性。除此之外,还会对仲裁相对性、保密性等形成挑战。<sup>②⑥</sup>因此,如果存在其他救济可能性的前提下,仲裁第三人制度的建立对其他主体的过度保护有违最小比例原则。即便退一步讲,允许案外人加入仲裁,需要考虑的是,案外人被允许参加仲裁的相关利益的大小问题。<sup>②⑦</sup>难道只要案外人存有利益就能够参加仲裁吗?显然不合适,否则仲裁的安定性如何保障?如果要衡量案外人利益的大小进而判断其是否其能够加入仲裁,那么有何标准呢?很明显也无法准确衡量,因此仲裁第三人制度的构建存在实际操作困难。

## (二) 虚假仲裁事后救济机制呈现合理选择

面对虚假仲裁发生后案外人权益救济的现实困境,事后救济机制针对的是仲裁裁决作出后的阶段,包含通过仲裁途径救济和通过司法途径救济两种模式。其中,通过仲裁途径救济的关注重点在于设立仲裁自我纠错机制。而司法途径救济则方式多样,整体来看包含司法审查方式和司法诉讼方式。

### 1. 事后救济机制之仲裁救济途径

事后的仲裁救济途径主要是仲裁自我纠错机制的建立。<sup>②⑧</sup>仲裁机构本应成为虚假仲裁治理的核心力量,但从实践现状看,仲裁机构参与虚假仲裁治理的手段有限且缺乏强制力,严重制约了仲裁机构在治理虚假仲裁中的作用发挥。<sup>②⑨</sup>目前立法中并无关于仲裁委员会主动纠错的明确规定,已有规定只是针对仲裁书中的文字错误、计算错误、被遗漏事项进行补正,并不涉及实体层面。

有学者提出,可以建立交由仲裁庭重新仲裁的纠错模式。<sup>③⑩</sup>存在虚假仲裁嫌疑的,经法院形式审查后发回仲裁庭经简易程序重新裁定。笔者认为,这种观点存在三处明显疑惑需要考虑:其一,简易程序能否有效规制虚假仲裁以保护案外人利益?其二,原仲裁结束后仲裁庭便告解散,重新仲裁是由原来的仲裁人员负责还是另外选定新的人员?原仲

<sup>②⑤</sup> 同前注<sup>⑤</sup>,第106页。

<sup>②⑥</sup> 同前注<sup>②②</sup>,第103页。

<sup>②⑦</sup> 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37页。

<sup>②⑧</sup> 同前注<sup>②⑩</sup>,第158页。

<sup>②⑨</sup> 同前注<sup>②⑬</sup>,第46页。

<sup>③⑩</sup> 谢颖霞:《仲裁案外人的权利救济模式研究》,载《郑州航空工业管理学院学报(社会科学版)》2013年第3期,第124页。

裁人员在没有立即发现虚假仲裁的情况下作出了错误裁定,是否还有重新仲裁的资格?另外选定新的仲裁人员是否还算仲裁庭复活?其三,法院实际上扮演了程序启动的角色,既如此何不直接赋予仲裁机构自行审查监督权?另外,如果法院形式审查出现失误,仲裁机构在明知存在虚假仲裁的情况下也无法主动启动审查程序,此时仲裁机构是否可以请求法院进行形式审查?法院对虚假仲裁在形式审查后将实体审查的部分移交仲裁体制内部解决,在性质上究竟属于司法审查还是仲裁内部监督?上述疑惑需要作出回应之后,方能考虑是否建立此种模式,否则仲裁的内部监督仅仅停留在逻辑假设层面,短期内并不具有实际意义。

## 2. 事后救济机制之司法救济途径

事后的司法救济途径包含狭义的司法审查、司法诉讼、检察机关审查三种类型。狭义的司法审查主要针对以法院为审查主体的情形,具体包括法院依职权撤销仲裁裁决和案外人申请法院撤销仲裁裁决。司法诉讼包含案外人另行起诉、案外人执行异议之诉、案外人申请撤销仲裁裁决之诉。检察机关属于司法系统,因此检察机关审查属于广义的司法审查。但由于其检察主体及检察功能的特殊性,因此单独对其进行分析。

### (1) 司法审查——依职权还是依申请

其一,法院依职权主动撤销仲裁裁决。特殊情况下,法院可以基于对公共利益的考量依职权撤销仲裁裁决(仲裁法 58 条)。关于虚假仲裁是否侵犯公共利益,目前存在着不同观点。有观点认为虚假仲裁不属于侵犯公共利益。<sup>③①</sup>但也有学者提出,虚假仲裁违反诚实守信和公序良俗原则,侵害了仲裁的制度价值,应当属于违反公共利益。<sup>③②</sup>笔者认为,将个别案外人的权益扩张解释为公共利益的做法过于牵强,是对公共利益范围的不当扩大。如果按照这种观点来看,任何不适当的行为都可以理解为是对公共利益的侵犯。比如违约行为,不仅仅是对合同约定的违反,更是对合同秩序和诚信原则的违反,如果也视为违反公共利益则明显矫枉过正。也许案外人利益作为公共利益组成部分的最小元素,可以在实质上认为属于公共利益的范畴,但不应是被国家纳入公共利益范畴的具体利益。<sup>③③</sup>规范处处都可适用就相当于如同虚设,如此解释会令法律丧失安定性。公共利益作为弹性概念,其内涵随社会变迁而不断变化发展。如果法院对公共利益随意进行扩大解释,有滥用司法权的嫌疑。即便赋予法院此项自由裁量权,可能的结果也是法院谨慎行使职权。此外,法院依职权撤销仲裁裁决只能在申请执行后、尚未执行完毕前操作,所以并不适用未进入执行程序的情形。法院依职权主动撤销仲裁裁决存在明显的适用局限性。

其二,案外人申请法院撤销仲裁裁决。在《仲裁裁决执行规定》出台前,有权申请撤销或不予执行仲裁裁决的主体分别是当事人与被执行人,案外人并不在其列。<sup>③④</sup>《仲裁

<sup>③①</sup> 同前注<sup>③③</sup>,第 55 页。

<sup>③②</sup> 同前注<sup>③③</sup>,第 72 页。

<sup>③③</sup> 同前注<sup>③③</sup>,第 61 页。

<sup>③④</sup> 同前注<sup>③③</sup>,第 132 页。

裁决执行规定》颁布以后,便赋予了案外人申请不予执行仲裁裁决的权利。由此引发思考,立法在赋予案外人申请不予执行仲裁裁决权利的同时,为何不也一并赋予案外人申请撤销仲裁裁决的权利?立法特意这样区分规定有何用意?是为未来制定案外人申请撤销仲裁裁决制度留有空白,还是以消极形式表示否定态度?基于目前申请撤销仲裁裁决的主体严格限定在当事人的范围,将案外人排除在外。对此有学者主张,赋予案外人申请撤销仲裁裁决的权利,案外人向人民法院提出审查仲裁裁决的书面申请,法院审查核实后确认存在虚假仲裁的,裁定撤销仲裁裁决。<sup>③⑤</sup> 人民法院的司法审查具有程序被动性、内容有限性、方式特定性等局限,案外人申请审查仲裁裁决制度可以对这些缺陷在一定程度上加以弥补。<sup>③⑥</sup> 在这种制度设计下,法院的审查程序启动被限制在案外人的申请前提下,依然可以保持司法谦抑性,将对仲裁产生的干扰降至最小。同时,在撤销虚假仲裁裁决的同时实现了利益重置,对案外人权益救济一步到位。

## (2) 司法诉讼三种路径难以提供有效帮助

其一,仲裁案外人另行起诉。有学者建议将虚假仲裁作为独立的侵权行为提起诉讼,可以利用已有的侵权制度节约立法资源。<sup>③⑦</sup> 但对此种方案加以分析便发现不妥之处。侵权之诉仅能对物权受损权益进行救济,而对于案外人债权受损的情况无法规制。是否将虚假仲裁设置为独立的侵权行为并不重要,重要的是如何对案外人权益进行全面救济。如果要针对虚假仲裁所侵犯的物权和债权分别进行救济则程序又过于繁杂。另行起诉面临的问题还在于,是否违反一裁终局原则。学界对此存在着否定说、肯定说。否定说中有的观点是从主体角度出发,认为案外人并非仲裁当事人,不受一裁终局的约束。<sup>③⑧</sup> 有的观点则是从实体权利与程序权利出发,认为案外人的实体权利没有得到保障的前提下,则仲裁裁决也无法对其产生程序拘束力。<sup>③⑨</sup> 肯定说则认为,仲裁裁决一经生效,任何人均无提起二次仲裁的权利。<sup>④⑩</sup> 笔者认为,一裁终局制度针对的是当事人之间存在的真实纠纷不得进行二裁。但在虚假仲裁中,当事人之间本身不存在真实纠纷,一裁终局原则不能被机械利用而成为违法行为的避风港。仲裁案外人的实体权利在虚假仲裁裁决中并未得到保障,产生的裁决无法对其产生程序效力。不过笔者认为,虽然另行起诉并不违反一裁终局,但从经济效益角度出发,另行起诉是对仲裁资源和司法资源的双重浪费,并非案外人权益救济的最佳选择。

其二,案外人提起执行异议之诉。有学者提出,案外人民事权益受仲裁裁决执行影响的,通过提起案外人执行异议之诉以阻碍对特定标的执行。<sup>④⑪</sup> 此种观点面临的质疑有

<sup>③⑤</sup> 同前注<sup>⑫</sup>,第159页。

<sup>③⑥</sup> 于喜富:《被执行人虚假仲裁处罚与仲裁司法审查》,载《人民司法》2013年第13期,第105页。

<sup>③⑦</sup> 洗景宏:《虚假仲裁中案外人权益之侵权法救济(上)》,载《仲裁研究》2019年第3期,第78页。

<sup>③⑧</sup> 宋连斌、武振国:《虚假仲裁中案外人权利保障机制研究(上)》,载《商事仲裁与调解》2020年第1期,第109页。

<sup>③⑨</sup> 同前注<sup>⑧</sup>,第149页。

<sup>④⑩</sup> 同前注<sup>⑦</sup>,第99页。

<sup>④⑪</sup> 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87页。

三,其一执行机构仅仅通过简单的异议程序便对实体法律关系审理,明显有违审执分离的理念,以形式程序处理实质争议的正当性易遭质疑。<sup>④②</sup>其二,执行异议之诉关注的是能否排除法院的执行,不涉及对原仲裁裁决的审查,因此无法解决在先裁决的效力问题。<sup>④③</sup>如果要从根本解决问题,关键的是如何对仲裁裁决进行审查。其三,仅能排除对特定标的的执行,但虚假仲裁中也存在着没有执行标的的情形。还有学者主张,仲裁案外人提起执行异议和执行异议之诉可以结合适用或选择适用,分别处理程序方面和实体方面的不同争议。<sup>④④</sup>即便如此,虽然一定程度上在实体和程序上均赋予了仲裁案外人救济的权利,但其存在的前提条件是已经进入了执行程序,但虚假仲裁则未必进入执行程序。

其三,案外人申请撤销仲裁裁决之诉。其本质也属于民事诉讼程序,需要遵循全套完整的诉讼流程,双方对于该裁决具有上诉权。有学者主张,设立仲裁案外人申请撤销仲裁裁决之诉制度。<sup>④⑤</sup>也有学者主张,借鉴法国的案外人取消仲裁裁决之诉,构建我国的案外人申请撤销仲裁裁决之诉制度。<sup>④⑥</sup>首先可以得出的结论是,法国的做法并不适用于我国,法国案外人取消仲裁裁决之诉的适用前提是仲裁本身可以上诉,与我国仅对仲裁进行程序监督的理念背离。<sup>④⑦</sup>其次,案外人申请撤销仲裁裁决之诉所面临的问题在于,一方面,仲裁的保密性使得案外人对仲裁裁决的具体内容难以知情,在诉讼过程中存在举证困难的情况。虽然有学者提出完善仲裁案外人的取证能力,但从诉讼地位的力量对比来看,仲裁案外人难以在取证方面获得便利。另一方面,造成仲裁的诉讼化趋势,会使得仲裁沦为民事诉讼制度的附属而丧失自身价值及存在的必要性,也与我国倡导多元化纠纷解决机制的趋势不相符合。<sup>④⑧</sup>

### (3) 检察机关审查监督模式助力不足

有学者指出,仲裁机构和人民法院对于虚假仲裁的治理机制都存在一定的局限性,那么在这两者的基础上发挥检察监督的优势也许恰能互相弥补。<sup>④⑨</sup>2020年广州仲裁委员会与广州市人民检察院共同签署出台《关于加强仲裁与检察监督工作衔接的实施意见》,提出建立线索移送机制、调查取证协助机制、日常联络机制等。除此以外,2021年泉州市人民检察院与泉州仲裁委员会同样会签文件建立工作衔接机制,旨在合力打击虚假仲裁。泉州市检察机关将常态化开展虚假诉讼监督作为重点工作之一,对虚假仲裁行为开展重点监督工作。实践中类似的检察监督尝试需要理论方面加以证成。

关于检察机关能否监督虚假仲裁的问题,存在着肯定说、否定说两种观点。肯定说

<sup>④②</sup> 同前注⑥,第76页。

<sup>④③</sup> 同前注③⑦,第75页。

<sup>④④</sup> 宋连斌、武振国:《虚假仲裁中案外人权利保障机制研究(下)》,载《商事仲裁与调解》2020年第2期,第89页。

<sup>④⑤</sup> 同前注⑦,第103页。

<sup>④⑥</sup> 同前注②,第40页。

<sup>④⑦</sup> 同前注③⑩,第123页。

<sup>④⑧</sup> 同前注④①,第78页。

<sup>④⑨</sup> 同前注④①⑥,第50页。

认为,虽然检察监督缺乏法律明确授权,但由检察机关进行法律监督符合其职能定位。<sup>⑤①</sup> 检察机关有权对司法程序进行监督,而仲裁具有准司法性,可以被涵盖在检察监督的职能范围内。<sup>⑤②</sup> 并且检察机关具有丰富的检察经验和系统完备的检察措施,可以全方位、多手段监督虚假仲裁。否定说的观点认为,检察机关监督虚假仲裁缺乏明确的法律规定。<sup>⑤③</sup> 最高人民检察院《人民检察院民事诉讼监督规则(试行)》第41条规定了依职权监督的情形,其中并未明确包括虚假仲裁。对此笔者认为,仲裁制度虽具有准司法属性,但从实质来看,仲裁作为当事人自行选择的纠纷解决方式,最终是为实现当事人的实体权利而订立的契约。仲裁的本质具有民间性,可以理解为契约关系,不能被随意扩大解释为司法程序。因此,肯定说所主张的理由无法提供有力支撑。另外,检察监督属于事后被动监督且局限在执行程序之内,对未进入执行程序的情形难以约束。

2021年施行的《人民检察院民事诉讼监督规则》第18条、第19条规定了检察机关对民事诉讼的监督可以依据当事人申请、案外人控告、检察机关自行发现等形式启动,但未将仲裁包含其中。目前学界关于检察机关审查仲裁程序的启动问题,存在着依职权审查和依申请审查两种不同观点。主张依职权审查的观点认为,虚假仲裁扰乱了正常的司法秩序、损害了司法公信,属于对国家利益、社会利益的侵害,检察机关应当依职权监督。<sup>⑤④</sup> 主张依职权进行检察监督观点的前提是虚假仲裁侵犯公共利益。关于虚假仲裁是否被认定为违反公共利益的问题前文已经提及,在此不再赘述。主张依申请审查的观点认为,应拓宽依申请监督案件的范围,允许检察机关审查监督已生效的仲裁裁决。检察机关在办理其他案件时发现虚假仲裁损害案外人合法权益的,宜通知案外人进而启动监督程序。<sup>⑤⑤</sup> 此种观点主张将依申请检察监督的范围扩大到涵盖仲裁裁决,却忽视了目前依申请的主体仅限于当事人。如果将案外人也纳入依申请检察监督的范围,则与案外人控告的形式发生重合,似无必要。而案外人控告更多指向刑事责任层面,虚假仲裁作为侵权行为是否必然承担刑事责任尚不确定。

关于检察机关对仲裁的监督能否由执行领域延伸至整个仲裁程序的问题,对此存在着全面监督、有限监督的不同观点。有学者主张检察机关有必要对全部阶段的虚假仲裁开展监督,不应局限于进入执行程序的仲裁行为。<sup>⑤⑥</sup> 也有学者持反对意见,认为在实行仲裁限制司法监督原则的前提下,检察机关不应过早介入,应尽量引导当事人通过司法审查等渠道先行救济。<sup>⑤⑦</sup> 笔者认为,法院对仲裁的司法审查遵循有限审查原则,检察机关作

⑤① 邱祥美、兰希:《检察机关监督虚假仲裁的理论证成与制度构想》,黄河等主编:《新时代民事检察的理论与实践——第十五届国家高级检察官论坛论文集》,中国检察出版社2019年10月版,第516页。

⑤② 同前注⑦,第100页。

⑤③ 同前注①⑥,第47页。

⑤④ 黄杰文、朱腾飞:《虚假仲裁检察监督路径探析》,载《人民检察》2021年第7期,第74页。

⑤⑤ 同上,第75页。

⑤⑥ 同前注①⑥,第50页。

⑤⑦ 程建玲:《虚假仲裁执行监督的难点与制度完善》,黄河等主编:《新时代民事检察的理论与实践——第十五届国家高级检察官论坛论文集》,中国检察出版社2019年10月版,第742页。

为司法系统机关也应与此保持一致。主张全面监督的观点主要是考虑到虚假仲裁在萌芽期将其遏制可以免除后续的规避成本,但这必然造成国家公权力对仲裁私权性的过分干扰。总而言之,检察机关的审查监督职能固然重要但也不代表处处适用。目前在虚假仲裁的规制及案外人受损权益救济方面,在存在其他救济手段可能性的前提下不宜采用检察监督。

## 五、虚假仲裁案外人权益保护的途径探索

### (一) 设置案外人申请法院撤销仲裁裁决是最佳安排

对于虚假仲裁性质的判断,牵涉到对案外人权益保护的制度选择。虚假仲裁到底属于绝对无效行为还是可撤销行为?有学者认为,虚假仲裁本身属于无效行为。<sup>⑦</sup>但如果属于无效行为,后续的其他问题还存在讨论的必要吗?据此作出的仲裁裁决还需要撤销吗?笔者认为,从前述公共利益能否扩大解释的论述中可以推断,虚假仲裁不必然属于违背公共利益,因此其属于可撤销行为。需要进一步考虑的是,虚假仲裁裁决在被撤销前是否对案外人具有约束力?答案是肯定的。仲裁协议约束者的范围与仲裁签署主体并非等同概念。<sup>⑧</sup>就像保险合同的主体,其中保险协议的签订者为投保人与保险人,但保险合同的约束主体不局限于此。只有在肯定仲裁裁决对案外人具有约束力的前提下,才能继续探讨何以消除其不利影响。<sup>⑨</sup>至于前文所述的一裁终局的程序约束力,与对案外人实体权利的约束力并不相同。基于此,如果能赋予虚假仲裁案外人得以撤销仲裁裁决的机会,既能彻底消除仲裁裁决的不利影响,也能避免仲裁诉讼化发展的不良态势。

对案外人权益救济的途径不能同时设置,否则会导致对案外人的过分布施。需要思考的问题在于,能否赋予案外人救济方式的选择权。对此答案是否定的。《九民纪要》第122条有关诉讼案外人能否行使选择权的问题,采取了限制约束的司法立场。无论是对于诉讼案外人抑或仲裁案外人而言,为了避免案外人滥用救济权利,都不允许通过不同程序来拖延案件的执行。通过上文对事先事后、仲裁救济或司法救济模式的比较,出于对司法克制、救济效率、可操作性的考虑,案外人权益救济的真正构建方向在于事后救济的司法审查方式,其中设置案外人申请法院撤销仲裁裁决制度是最优选择。另外应当对仲裁裁决作广义理解,将仲裁调解书纳入可申请撤销的范围。虚假仲裁中调解结案的概率很高,如果案外人权益保护只针对仲裁裁决设置,其合法权益仍然不能得到维护。当然,对仲裁的司法审查不可避免会造成审查结果与在先裁决结果的不一致,对仲裁的权威性造成不良影响。对此要有正确认识,一方面,对错误裁决的纠正本身也属于维护权威性的内在要求。另一方面,将错就错并非仲裁制度良性发展应该采取的态度。

<sup>⑦</sup> 同前注⑫,第148页。

<sup>⑧</sup> 同前注④,第129页。

<sup>⑨</sup> 同前注⑳,第105页。

## （二）构建案外人申请撤销仲裁裁决制度的具体操作

构建案外人申请撤销仲裁裁决制度需要对以下四个方面进行具体规定：其一是关于被申请人，仲裁当事人双方均为侵权人，案外人应当将原虚假仲裁的双方当事人作为共同被申请人；其二是关于申请法院，为与现行法律规定保持一致性，案外人可以向仲裁机构所在地的中级人民法院申请撤销仲裁裁决；其三是关于审理范围，不应严格受限于案外人所提起的申请范围。虽然有学者主张，人民法院的审理范围应该严格限制于申请范围，不宜对仲裁多加干涉，以此保持司法谦抑性。<sup>⑥0</sup>但笔者认为，司法谦抑性在案外人没有提起申请之前已经获得了支持，一旦案外人提起撤销申请，那么整个虚假仲裁便进入了司法审查的射程之内。因此，只要是进行虚假仲裁的部分人民法院均可以进行撤销，为的不仅仅是保障案外人权益免受侵害，更要打击虚假仲裁的不良风气。虚假仲裁存在负外部效应和主观故意，有必要进行规制。<sup>⑥1</sup>不能因为案外人对部分虚假仲裁内容没有提起申请，就放任其逍遥法外，这会导致将错就错的妥协态势。其四是关于申请期限，案外人自知道或者应当知道其民事权益受到损害之日起六个月内提出撤销申请。

除此之外，案外人申请撤销仲裁裁决制度的设置还需要注意以下事项：首先，存有异议的生效法律文书只能作为待证事实。正如前文所述，我国《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第93条有关证据规则存在明显漏洞。该条虽然规定了“当事人有相反证据足以推翻的除外”，却没有考虑到当事人恶意串通提起虚假仲裁的特殊衍化情形。虽然赋予了案外人推翻免证事实的权利和机会，但是在实践中往往难以实现。<sup>⑥2</sup>其次，为案外人获取虚假仲裁线索提供便利，建立法院与仲裁机构的信息共享机制。在未掌握初步线索的情况下，法院缺乏受理撤销仲裁裁决申请的前提和条件。在仲裁案外人提供初步线索后，法院可以依职权进一步调取证据。<sup>⑥3</sup>但问题在于案外人也未能及时发现虚假仲裁的证据。对此需要完善仲裁机构对可能存在恶意仲裁的材料收集制度，实现法院与仲裁机构的信息共享和证据互通。<sup>⑥4</sup>目前实践中已有法院联合劳动人事争议仲裁委员会建立信息互通机制，未来可将范围扩大到非劳动仲裁领域。最后，建立虚假仲裁案外人损害侵权赔偿机制。虚假仲裁的侵权往往是通过侵害案外人的财产性利益体现，应当增加案外人请求主张损害赔偿的相关规定，将虚假仲裁当事人之间确认为连带责任。为了避免案外人提起的侵权损害赔偿主张受到已生效仲裁裁决的不利影响，应当将申请法院撤销仲裁裁决作为提起侵权损害赔偿的前置程序。<sup>⑥5</sup>

<sup>⑥0</sup> 同前注<sup>⑬</sup>，第56页。

<sup>⑥1</sup> 同前注<sup>⑳</sup>，第69页。

<sup>⑥2</sup> 同前注<sup>⑳</sup>，第110页。

<sup>⑥3</sup> 同前注<sup>⑧</sup>，第151页。

<sup>⑥4</sup> 同前注<sup>⑤</sup>，第107页。

<sup>⑥5</sup> 同前注<sup>⑦</sup>，第104页。

## 六、结 语

仲裁制度中当事人意思自治原则和仲裁的合同基础使仲裁成为一种高效纠纷解决机制,从而促进了仲裁在国内外商业界的日益普及。一方面,仲裁制度凭借其自身内在优势而在商事实践中得以广泛运用,但另一方面,仲裁自身所具备的某些优势被当事人不当利用时,会使无辜善良的案外人遭受不利损失。在我国现有立法体制下,案外人寻求权利救济的路径受阻。如何防范虚假仲裁的频发,如何对仲裁外的案外人加以保护,还需要从案外人申请撤销仲裁裁决制度入手,构建合理有效的事后司法救济模式。

---

**Abstract:** Arbitration, as a traditional dispute resolution mechanism, has been highly applicable since its emergence with significant advantages of high efficiency and convenience. But in practice, the parties to arbitration sometimes make up legal facts to damage the legitimate interests of outsiders. The absence of prevention mechanisms for spurious arbitration causes the protection of rights and interests of outsiders to be in dire straits. Effective remedies for outsiders in arbitration are in dire need of confirmation. Through the comparison of prior relief, after relief, arbitration relief, judicial relief, procuratorial relief and other aspects, the construction direction of the protection of the rights of outsiders in a case lies in the establishment of the system for outsiders to apply to the court to cancel the arbitration award, and at the same time, the mediation of arbitration is also included in the scope of cancellation. In terms of the construction of supporting system, the compensation mechanism for damages and infringement of outsiders in false arbitration cases is set up.

**Keywords:** false arbitration; an outsider; equity relief; apply for setting aside the arbitration award

---

(责任编辑:刘 纲)

# 国际投资仲裁中的国际最低待遇标准和征收赔偿问题研究

## ——以格拉姆斯冶金有限公司诉美利坚合众国仲裁案为例

中国贸促会法律部编 本篇作者马良\*

---

**内容提要** 国际投资中,投资者与东道国政府之间的争端解决往往应用仲裁形式来解决。北美自由贸易协定应区域经济合作发展之大趋势而诞生,是二十世纪以来众多地区投资贸易协议中最为成功的一个例子,特别是在投资纠纷解决上,第一次以专章的方式对投资者诉国家仲裁争端解决制度进行了详细规范。《北美自由贸易协定》第 1105 条、第 1110 条涉及的国际最低待遇标准的认定、征收与赔偿等问题,需要结合案例深入研究。第一部分对格拉姆斯冶金有限公司诉美利坚合众国仲裁案这一经典案例的投资事实、主要法律争议进行了梳理和分析,对仲裁请求和结论进行研究。第二部分结合本案发生时的其他国际投资纠纷仲裁判决,分析《北美自由贸易协定》中对最低待遇标准和征收与赔偿问题的规定及其背后法理。第三部分探究本案中仲裁庭对上述两个问题所持观点对后续仲裁实践的影响。

**关键词** 国际投资 国际最低待遇标准 征收与赔偿 北美自由贸易协定

---

### 一、格拉姆斯冶金有限公司诉美利坚合众国仲裁案案情概要

在 21 世纪初,美国的矿产开发采集行业受到联邦政府制定的与公共资源保护有关政策的影响,格拉姆斯冶金有限公司诉美利坚合众国仲裁案就发生于这样的背景下。申请人格拉姆斯冶金有限公司将相关投资项目未能及时被审议并因此遭受的经济损失归咎于联邦和州政府的行动,因此请求仲裁庭宣布美国对其投资进行非法征收并寻求赔偿。但仲裁庭驳回了申请人的请求。具体案情概要如下:

---

\* 本文系中国贸促会法律部《投资仲裁案例分析汇编》项目的部分研究成果。中国贸促会法律部部长刘超担任项目负责人。国家高端智库武汉大学国际法研究所教授、博士生导师漆彤担任项目课题组主持人。本文由上海对外经贸大学 2019 级法律硕士研究生马良编写,中国贸促会法律部舒寰、陈怀生、耿鹏鹏审核。

表 1 案情概要

案名	格拉姆斯冶金有限公司诉美利坚合众国仲裁案	
案号	无	
当事人	申请人：格拉姆斯冶金有限公司	
	被申请人：美利坚合众国（以下简称“美国”）	
行业	采矿和采石	
双方主要代表	申请人一方： Crowell & Moring 律师事务所：Alan W. H. Gourley 先生、R. Timothy McCrum 先生、Alexander H. Schaefer 先生、David P. Ross 女士、Sobia Haque 女士、Jessica A. Hall 女士	
	被申请人一方： Jeffrey D. Kovar 先生（助理法律顾问） Lisa J. Grosh 女士（副助理法律顾问） Mark E. Feldman 先生（NAFTA/CAFTA-DR 仲裁主任） Jeremy K. Sharpe 女士、Jennifer Thornton 女士（律师顾问） 国际索赔和投资争端办公室 美国国务院	
仲裁机构	国际投资争端解决中心（ICSID）	
仲裁地	美国华盛顿特区	
仲裁依据	北美自由贸易协定（1992）	
所涉条款	第 1105 条、第 1110 条	
适用的仲裁规则	联合国国际贸易法委员会仲裁规则（1976）	
仲裁庭组成	首席仲裁员：Michael K. Young	
	仲裁员（申请人指定）：David D. Caron	
	仲裁员（被申请人指定）：Kenneth D. Hubbard	
日期	仲裁程序开始日期：2003 年 12 月 9 日	
	最终裁决发布日期：2009 年 6 月 8 日	
案件裁判来源	网址： <a href="https://www.italaw.com/cases/487">https://www.italaw.com/cases/487</a>	
仲裁请求	申请人请求仲裁庭宣布美国对其投资进行非法征收并寻求赔偿	
主要争议点概要	核心争议点	美国是否违反《北美自由贸易协定》第 1105 条关于国际最低待遇标准的规定
	其它争议点	美国是否违反《北美自由贸易协定》第 1110 条关于征收和赔偿的规定

案名	格拉姆斯冶金有限公司诉美利坚合众国仲裁案
仲裁庭对核心争议点的主要结论概要	申请人没有证明被申请人的行为不符合国际法最低待遇标准。东道国要违反《北美自由贸易协定》第1105条第1款所规定的国际法最低待遇标准,其行为必须足够恶劣和令人震惊,即粗暴地剥夺司法公正,明显的任意性、明目张胆的不公平、完全缺乏正当程序、明显的歧视或明显缺乏理由,以致低于公认的国际标准。这种行为可能表现为“严重拒绝司法公正或明显的任意性,低于可接受的国际标准”,或国家为诱导投资而设定客观期望,随后拒绝这些期望。
裁决结果	驳回申请人的两项请求
后续进展	无

## One Page Summary

At the beginning of the 21st century, the mining industry in the United States has been affected by federal policies related to the conservation of public resources. The case of Glamis Gold Ltd. v. United States of America in Arbitration took place against such a background. The Claimant attributed the delay in having its investment project reviewed and the economic losses it suffered as a result to actions of the federal and state governments and requested the tribunal to declare that the US had carried out illegal expropriation of its investment and sought compensation. The tribunal, however, dismissed the Claimant's claims. The case is summarized as follows:

表2 one page summary

Name of Case	Glamis Gold Ltd. v. United States of America
Case Number	None
Parties	Claimant(s): Glamis Gold Ltd.
	Respondent(s): United States of America
Industry	Mining and quarrying
Representatives of The Parties	Representatives of The Claimant(S): Crowell & Moring LLP: Mr. Alan W. H. Gourley Mr. R. Timothy McCrum Mr. Alexander H. Schaefer Mr. David P. Ross Ms. Sobia Haque Ms. Jessica A. Hall

Name of Case	Glamis Gold Ltd. v. United States of America	
Representatives of The Parties	Representatives of The Respondent(s): Mr. Jeffrey D. Kovar (Assistant Legal Adviser) Ms. Lisa J. Grosh (Deputy Assistant Legal Adviser) Mr. Mark E. Feldman (Chief, NAFTA/CAFTA-DR Arbitration) Mr. Jeremy K. Sharpe and Ms. Jennifer Thornton (Attorney-Advisers) Office of International Claims and Investment Disputes United States Department of State	
Administering Institution	International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)	
Seat of Arbitration	Washington, D.C.	
Basis for Arbitration	North American Free Trade Agreement (1992) ( “NAFTA” )	
Disputed Clauses	Art. 1105, Art. 1110	
Rules Used in Arbitral Proceedings	UNCITRAL Arbitration Rules (1976)	
Arbitrator(s)	Presiding Arbitrator: Michael K. Young	
	Arbitrator (claimants’ appointee): David D. Caron	
	Arbitrator (Respondent’s appointee): Kenneth D. Hubbard	
Date	Date of Commencement of Proceeding: 9 December 2003	
	Date of Issue of Final Award: 8 June 2009	
Web page	<a href="https://www.italaw.com/cases/487">https://www.italaw.com/cases/487</a>	
Relief Request	The applicant requests to declare the U.S. levy illegal and seek compensation	
The issues of the case	Controversial issue	Whether the United States violated Article 1105 of NAFTA
	Other issues	Whether the United States violated Article 1110 of NAFTA

Name of Case	Glamis Gold Ltd. v. United States of America
Tribunal's conclusions on the Controversial issue	The applicant did not prove that the alleged behavior did not meet the minimum standards of international law. To violate the minimum standards of treatment under international law stipulated in Article 1105 of NAFTA, an act must be bad enough and shocking, that is, gross deprivation of judicial justice, obvious arbitrariness, blatant unfairness, and complete lack of justification. Procedures, obvious discrimination, or obvious lack of reasons, so as to fall below the recognized international standards, constitute a violation of Article 1105 (1). Such violations may be manifested as “serious rejection of judicial justice or obvious arbitrariness below acceptable international standards”; or the state sets objective expectations to induce investment and subsequently rejects these expectations.
Award	In favour of the respondent
Follow-up progress	None.

## 二、案件事实

本案将从申请人的投资事实入手,介绍格拉姆斯冶金有限公司的投资情况。进而对引发此案的联邦政府和加利福尼亚州政府行为进行梳理,阐明两者之间的联系。由此概括双方仲裁请求和仲裁庭的结论,力图展现本案中重要的事实情况。

### (一) 投资事实

格拉姆斯冶金有限公司(Glamis Gold Ltd, 申请人)是一家依据加拿大不列颠哥伦比亚省法律成立于1972年的加拿大上市公司,从事美国和拉丁美洲的贵金属勘探、开发和提取的业务。20世纪80年代和90年代,申请人成功地在加利福尼亚沙漠中开发和经营了两个大型露天金矿:克恩县的兰德矿和因皮里尔县的皮卡乔矿。此后,申请人又通过合资子公司格拉姆斯帝国公司(Glamis Imperial Corporation)在内华达州、美国其他地方和拉丁美洲经营露天金矿和银矿。1994年,格拉姆斯帝国公司购买了合伙人的全部股份,并成为加利福尼亚州帝国郡帝国项目(Imperial Project)矿产权益的唯一所有人。从1994年到2002年,申请人利用其拥有的采矿权在加利福尼亚州东南部联邦土地上开采黄金。2006年11月4日,申请人和另一家加拿大公司Goldcorp, Inc. 合并。

### (二) 被诉行为

美国《紧急情况条例》(2002年12月18日生效,生效后120天,即2003年4月17日到期)要求“露天金属采矿作业的复垦计划……符合《公共资源法典》第2711、2712、2733和2773节规定的要求”,特别是,所有金属矿物应“回填至不低于原始水

平”“地表标高”,且“不得”超过采矿前地表等高线高程 25 英尺以上。2003 年 4 月 15 日,国家矿业和地质局延长《紧急情况条例》生效期至 120 日,至 2003 年 8 月 13 日。2003 年 4 月 18 日,国家矿业和地质局提交了最终的永久性法规;2003 年 5 月 30 日,该法规被行政法办公室批准生效。在此期间,对于该法规,国家矿业和地质局收到了 2500 多条支持意见及 4 条反对意见。

联邦和州政府采取上述行动后,申请人于 2003 年 7 月 21 日提交了仲裁意向通知书,声称被申请人违反了《北美自由贸易协定》第 11 章规定的义务。申请人认为:(1) 联邦政府通过各种行为,错误地推迟了对其拟议项目的审议;(2) 当拟议项目在联邦层面似乎有可能获得批准时,加利福尼亚州通过了有关拟议项目的立法和法规,使得该项目在经济上不可行。2003 年 12 月 9 日,申请人依据《贸易法委员会仲裁规则》第 3 条,并参照《北美自由贸易协定》第 1117 条和第 1120 条,向被申请人发出仲裁通知。通知详细说明了被申请人在联邦和州一级采取的各种行动,声称被申请人违反了《北美自由贸易协定》第 11 章第 A 节规定的义务,包括第 1105 条(最低待遇标准)和第 1110 条(征收和赔偿)的规定。

### (三) 仲裁请求

#### 1. 仲裁申请人的仲裁请求

2006 年 5 月 5 日,申请人提交了申请书并提出如下仲裁请求:

(a) 裁定被申请人联邦和州一级政府采取的各种行动违反《北美自由贸易协定》第 1105 条规定的最低待遇标准;

(b) 裁定被申请人违反《北美自由贸易协定》第 1110 条所规定的征收和赔偿义务。

#### 2. 被申请人的仲裁请求

2006 年 9 月 19 日,被申请人提交了答辩状。答辩状中仲裁请求如下:

(a) 申请人尚未遭受实际损害,不满足《北美自由贸易协定》第 1117 条第 1 款的要求,因此不符合第 1110 条规定的提出索赔的前提条件;

(b) 申请人提出索赔的时间并不符合《北美自由贸易协定》第 1105 条第 1 款的要求,因此申请人对被申请人相关措施的质疑尚不成熟,仲裁庭应予以驳回。

### (四) 仲裁庭的结论

2005 年 2 月 25 日,仲裁庭在华盛顿特区举行了第一次程序性会议。2007 年 2 月 15 日,仲裁庭分别致函全国矿业协会、Quechan 印第安民族、塞拉俱乐部和土方工程以及地球之友,决定接受非争议方提交的意见书,斟酌情况予以审议。四个月之后,仲裁庭在华盛顿特区的世界银行举行了预审程序听证会。2008 年 3 月 21 日,仲裁庭发出请求,要求仲裁双方提供有关财务保证的进一步资料。

最终收到了被申请人关于财务保证发布时间的进一步答复,同时获取了申请人关于财务保证问题的最终意见。

仲裁庭得出结论如下:

(a) 驳回申请人根据《北美自由贸易协定》第 1110 条提出的索赔;

- (b) 驳回申请人根据《北美自由贸易协定》第 1105 条提出的索赔；
- (c) 责令申请人支付 2/3 的仲裁费用,被申请人支付 1/3 的仲裁费用;各方自行承担提交仲裁的费用;
- (d) 驳回申请人的其他所有索赔要求。

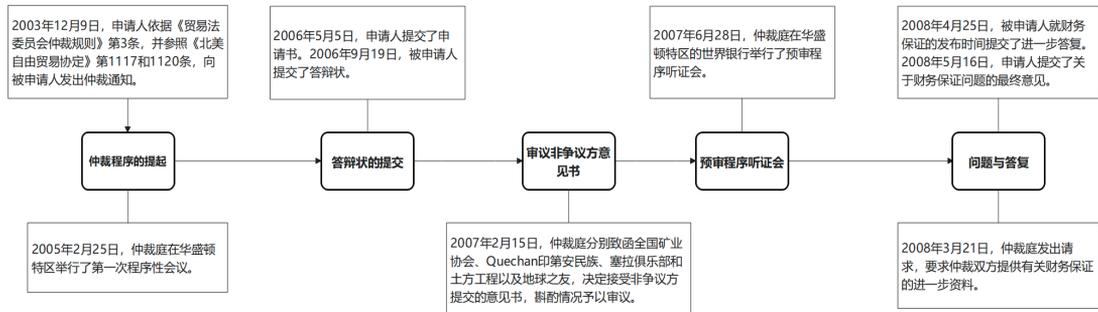


图 1 格拉姆斯冶金有限公司诉美利坚合众国仲裁案时间节点

### 三、主要法律争议分析

在案件事实梳理清晰之后,申请人与被申请人之间的法律争议自然浮出水面,关于美国是否违反《北美自由贸易协定》第 1105 条关于国际最低待遇标准的规定以及美国是否违反《北美自由贸易协定》第 1110 条关于征收和赔偿的规定这两个问题,仲裁庭观点如下:

#### (一) 申请人根据第 1110 条提出的征收赔偿请求

申请人主张,联邦和加利福尼亚州的措施是单独采取的,但合在一起产生了征收的效果。至于它们的集体影响,申请人称,被申请人在联邦和州一级实施了“连续的行为”,由于联邦政府对决定和批准的拖延和拒绝,加利福尼亚州有时间对帝国项目(Imperial Project)实施立法和监管措施。尽管联邦措施被“部分取消”,但申请人称,联邦政府从未对其行为进行“更正”;因此,申请人的投资随后才受到了加利福尼亚州措施的影响。

为了确定申请人对帝国项目的投资是否被彻底剥夺了经济价值,从而可能构成征收和违反《北美自由贸易协定》第 1110 条,仲裁庭就被诉措施对项目价值的影响进行了评估。仲裁庭认为,尽管双方采用了不同的贴现率计算方法,但双方都无可争议的是,在所称的征用日,黄金价格为每盎司 326 美元。仲裁庭认为,这一价格对于确定是否存在重大经济影响,以满足征用的第一个要求,是足够的。尽管各方就未来黄金价的相关性展开了激烈的辩论,但这并不能为项目价值的调查提供帮助。最终,仲裁庭认可了申请人对于贴现率的推导方法和 9.283% 的计算结果。

仲裁庭认为,每吨回填的适当费用为 28.44 美分,其中包括与工程回填相比的坑顶倾倒入所节省的费用。仲裁庭将申请人使用一台设备回填的预计费用降低了约 770 万美

元,并减少了预计的总运输吨位 3190 万吨。估价结果显示,帝国项目回填后的估价超过 2000 万美元。鉴于这一显著的积极估价,仲裁庭认为,任何征用分析中的第一个因素都没有得到满足,即被诉措施没有对帝国项目造成足够的经济影响,从而影响申请人的投资。据此,仲裁庭否认申请人依据《北美自由贸易协定》第 1110 条主张的被申请人联邦政府非法剥夺其拥有的采矿权,理由是权利从未因被申请人的行动而实质上失去价值。

## (二) 申请人根据第 1105 条提出的索赔

申请人认为,美国联邦和加利福尼亚州政府的措施,无论是单独还是整体看,都侵犯了其根据《北美自由贸易协定》第 1105 条获得公平和公正待遇的权利。

被申请人辩称,正如申请人“自己承认的那样,随着时间的推移,规则只有通过各国普遍和一致的实践才能逐渐形成习惯国际法,这种惯例是从法律义务的意义得到遵守的”。因此,被申请人认为,建立这样的规则需要满足两个要素:“一些国家的一致做法得到其他国家的默许,以及认为该实践是现行法律的要求或符合现行法律的概念(法律确信)。”申请人既没有证明存在习惯国际法,要求“国家以这种方式进行监管——或不进行监管——以避免扰乱外国投资者对其投资的既定预期”,也没有证明被申请人违反了该习惯国际法规则。

仲裁庭认为,“公平公正”一词的含义需要依据特定的文化语境来加以明确,而相应的举证应由申请人完成。在本案中,申请人未能证明其声称的“公平公正”内涵的习俗演变。因此,尽管如今提交仲裁的情况比 Neer 案发生时更加多样和复杂,但是两个案件所要求的审查水平是一样的。由于申请人没有足够的证据来确定习俗的改变,Neer 案确定标准的基本原则仍然适用,即如果要违反《北美自由贸易协定》第 1105 条规定的国际习惯法上的最低待遇标准,一项行为必须是严重的和令人震惊的,即严重地拒绝司法、具有明显的任意性、显示出公然的不公平性、完全缺乏正当程序、明显地歧视或明显缺乏理由,从而低于公认的国际标准并构成违反第 1105 条第 1 款的情形。

仲裁庭首先认为,被申请人内政部出具的法律意见没有违反被申请人根据《北美自由贸易协定》第 1105 条所承担的义务。首先,它不是任意的,也不是明显没有理由的。它并非具有明显的不公平性或明显的歧视性,也没有否定准合同关系形成的期望或完全缺乏正当程序的证据;其次,拒绝申请人行动计划的决定记录并不违反国际义务,因为它是根据上述符合被申请人国际义务的法律意见作出的;再者,关于联邦政府对申请人行动计划的审查,在申请人提交仲裁之前,没有任何延误,即使此后被申请人虽然未能尽职地进行行政复议,也未能就同一复审进行仲裁辩护,但这并不构成武断的、完全缺乏正当程序的、明显歧视或明显缺乏正当理由的事项;复次,仲裁庭还认为,被申请人对申请人行动计划的审查也不违反第 1105 条,因为它是由合格的专业人员进行的,他们提供了合理且有根据的意见,被申请人有理由依赖这些意见,而且没有受到偏见或偏见的损害;最后,最终直接向内政部长提出建议的文化审查的结论也不是明显武断的、公然拒绝司法的和明显缺乏理由的。基于此,仲裁庭进一步认为,该项立法没有违反被申请人保

护投资者期望的义务,因为这种期望不是由特定的保证产生的,也不是任意的。

仲裁庭认为,申请人没有证明所诉行为不符合国际法的最低待遇标准。被诉行为并不恶劣和令人震惊——即粗暴地剥夺司法公正、明显的任意性、公然的不公平、完全缺乏正当程序、明显的歧视或明显缺乏理由。申请人的期望没有具体的诱因,帝国工程虽然肯定是被申请人采取某些措施的触发事件,但并不是歧视性目标。

联邦措施和加利福尼亚州措施这两套措施在时间上确实是一致的,但仲裁庭认为,申请人没有成功地证明它们是同一组事件的一部分或存在其他因果关系。虽然一组事件显然在另一组事件停止的地方继续发生,但在仲裁庭看来,它们更像是单独的事实分组,即本身不违反《北美自由贸易协定》第 1105 条的事实分组,而且合在一起也不违反。

此外,仲裁庭将联邦政府和州政府的措施放在一起,以确定当个别行为不违反国际义务时,整体行为是否违反国际义务。仲裁庭裁定,对于单独不违反、但叠加在一起违反第 1105 条的行为,必须有一些额外的特质,只有当这些行为被视为一个整体,而不是单独地看待时才存在。一般而言,尚不清楚在所有情况下这种具体特质会是什么,但在本案中,仲裁庭不认为作为一个整体的行为会违反公平和公正待遇标准。

#### 四、简要评析

本案主要争议涉及《北美自由贸易协定》第 1105 条和第 1110 条的两个规定。下文将结合本案仲裁庭的判决对国际最低待遇标准和征收赔偿问题进行分析。

##### (一) 征收和赔偿问题

征收(或国有化)是国家对原属私人或外国政府的财产采取的收归国有的强制性措施。然而,西方学者一直认为征收不仅包括直接剥夺财产权,还包括对外国人“使用、占有和处置财产的无理干涉”,从而使所有权人在干涉开始后的合理时期不能使用、占有和处置该财产。他们把这种以间接的方式影响私人财产权的国家措施称之为“间接征收”“逐步征收”或“变相征收”。<sup>①</sup>

本案中,被申请人的行为属于以法律法规和行政审批的方式影响申请人的财产。申请人依据第 1110 条提出赔偿请求,争议在于各种项目价值的计算方法。申请人提出确定项目价值的几大关键因素:仲裁庭一一调整;使其标准合理化;最后的估价结果显示;帝国项目回填后的估价超过 2000 万美元。鉴于这一显著的积极估价,仲裁庭认为,任何征收分析中的因素都没有得到满足,被诉措施没有对帝国项目造成足够的经济影响,从而影响申请人的投资。在“波普与塔波特公司诉加拿大案”(PoPe & Talbot v. Canada),仲裁庭在解释《美国对外关系法重述(第三次)》时认为,管制是否导致征收“取决于(管制)对财产利益的妨碍程度”、“剥夺投资者对企业有效管理”的程度以及

<sup>①</sup> 余劲松:《国际投资法》,法律出版社 1997 年出版,第 358 页。

是否使得“该企业不可能获利”。<sup>②</sup>根据该标准,仲裁庭认为对于原告财产利益的妨碍程度尚不足以构成习惯国际法上的征收,特别是该外国投资者仍然保持着对企业的管理,继续出口大量的软木材而且因此获得可观的利益。而 Metalclad 案与本案事实情况更加类似,原告认为墨西哥政府参与并默许了剥夺其投资项目经营权的行为,构成了《北美自由贸易协定》第 1110 条规定的等价征收。<sup>③</sup>仲裁庭认为,墨西哥的做法是一项等同的征收措施,因为原告相信墨西哥政府的声明,而且该市拒绝向原告发放施工许可,这一做法既不及时,也不符合程序,而且也没有实际的法律基础。

可见在东道国和投资者利益的平衡中,仲裁庭倾向从政府行为对申请人财产的影响这一角度,认定被诉行为是否属于征收,分析政府行为是否给申请人带来客观期待,并由此导致财产损失,同时也会分析政府行为的程序正当性和法律基础。仲裁庭在实践中采取了“实质性干涉”的认定标准。对于征收的条件,《北美自由贸易协定》延续了美式双边投资条约的传统做法,其将第 1105 条第 1 款列于正当程序要求之后,使得“最低待遇标准”成为正当程序的认定标准。<sup>④</sup>本案中,仲裁庭认定申请人没有证明所诉行为不符合国际法的最低待遇标准。也就表明“正当程序”的认定标准得到满足,具体请见下文分析。

## (二) 国际最低待遇标准

在利用外资的进程中,各国都意识到,必须建立一个透明、稳定、可预期的法治环境。其中,界定外国投资者权利义务、投资待遇更是重中之重。而且,从投资者的角度来看,外资待遇标准不仅关乎其投资成败,更牵涉到投资者母国的利益。目前,在国际法上,对外国投资者的待遇标准并没有一个统一的、具体的规定。在双边投资协定和部分地区投资协定中,逐步建立起了一套完善的对外资待遇标准制度。在本案中涉及到的即为《北美自由贸易协定》第 1105 条所规定的国际法最低待遇标准。

仲裁庭认定,要违反《北美自由贸易协定》第 1105 条所规定的国际法最低待遇标准,一项行为必须足够恶劣和令人震惊,即粗暴地剥夺司法公正,具有明显的任意性、显示出明目张胆的不公平、完全缺乏正当程序、明显的歧视或明显缺乏理由,以致低于公认的国际标准,才构成对第 1105 条第 1 款的违反的情形。这种违背行为可能表现为“严重拒绝司法公正或明显的任意性低于可接受的国际标准”,或国家为诱导投资而设定客观期望,而随后拒绝这些期望。申请人认为美国联邦和加利福尼亚州政府的措施,无论是从单独还是从整体来看,都侵犯了其根据《北美自由贸易协定》第 1105 条获得公平和公正待遇的权利,但是没有证明被申请人的措施不符合国际法的最低待遇标准。

实际上,美国关于该条款的缔约初衷似乎包含了两个方面:(1) 必须重申在国民待遇、最惠国待遇以外还有所谓的最低待遇标准,从而限制东道国在“文明国家”中的普

<sup>②</sup> Pope & Talbot, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL Award, 26 January 2000, paras.96-99.

<sup>③</sup> Metalclad Corp. v. United Mexican States, NAFTA Case No.ARB(AF)/97/1, 21 Award of Aug.30, 2000, 40 I.L.M. pp.47, 49, 73-97.

<sup>④</sup> 王斌:《论 NAFTA 对征收的法律控制》,载《法学杂志》2007 年第 3 期,第 138-140 页。

遍接受程度,即使东道国已经具备了国民待遇、最惠国待遇等相关待遇,仍然需要就最低待遇条款进行规定;(2)最低待遇标准不是一个抽象的概念,而是要求东道国按照国际法有关规定向投资者提供公平公正的待遇,以及适当的安全和保护。<sup>⑤</sup>但是第1105条并没有给出更精确的适用条件的判断标准,例如文中提到“符合国际法”,然而却并没有指明是国际社会通行做法还是另有所指;另外“公平公正”、“充分”需要到何种程度等问题不一而足。故在《北美自由贸易协定》下,不同国家不同背景的仲裁案件的结果并不相同。不同于本案仲裁庭将公平公正待遇与最低待遇标准区分开来的结论,作为第一起涉及《北美自由贸易协定》下公平与公正待遇标准之争的案件, Metalclad 案仲裁庭对公平与公正待遇标准作出扩张解释,认为透明度、正当程序及稳定的法律与商业环境是衡量公平与公正待遇的标准。<sup>⑥</sup>此后的《北美自由贸易协定》案件也有仲裁庭作出类似认定。但《北美自由贸易协定》在第18章所规定的透明度为一般义务,若以此衡量公平与公正待遇标准,使之宽泛、模糊化,将增加东道国的应诉压力,亦不利于东道国制定和实施公共政策。在“波普与塔波特公司诉加拿大案”中,仲裁庭认为,《北美自由贸易协定》“公平公正待遇”的权利是“依据国际法享有的待遇”之外的权利,不受“依据国际法享有的待遇”一语的限制。国际法的限制会使外国投资者获得低于国内投资者的待遇,这种待遇与国民待遇原则不一致。<sup>⑦</sup>也就是说,不论国际法中的认定标准如何,公平公正要素都应当无条件地体现于东道国的行为之中。

这样一来,东道国对本国利益的保护就受到了《北美自由贸易协定》第1105条中抽象概念的挑战。随着美国等缔约国讼累的增加,在此情势下,北美自由贸易区自由贸易委员会于2001年7月31日作出了一项专门针对上述条款的解释,解释的主要内容包括以下三个方面:(1)投资者及其投资所享有的最低待遇应限定在习惯国际法所认可的范畴;(2)公平公正待遇标准不提供最低待遇标准之外或额外的待遇;(3)违反《北美自由贸易协定》其他条款并不构成对最低待遇义务的违反。上述解释将美国、加拿大、墨西哥三国依据《北美自由贸易协定》第1105条所应承担的条约义务限制在一个较低的程度。在此背景下, Neer 案是否还能够作为最低待遇标准的衡量依据引发了广泛的讨论。在不同案件的仲裁结论中呈现的趋势是,当下的国际环境与 Neer 案发生时不尽相同,东道国对于外国投资者的保护水平已经有了明显提升,此时将最低待遇标准完全限定在“严重违反……恶劣和令人震惊”的情形下是不合时宜的,需要结合具体案情来进行判断。本案中仲裁庭虽然应用了 Neer 案中的判断标准,但实际上也承认了该标准需要与时俱进。

同时仲裁庭并没有将第1105条中的“公正与公平待遇”和“充分保护与保障”作为最低待遇标准中不可分离的两个要素。笔者认为只有当两点都得到满足时,东道国的

<sup>⑤</sup> 刘笋:《论投资条约中的国际最低待遇标准》,载《法商研究》2011年第6期,第100-107页。

<sup>⑥</sup> *Supra* note 3.

<sup>⑦</sup> *Supra* note 2.

行为才能被认定为符合最低待遇标准。而本案中,仲裁庭着重分析了前者,而且据投资实施来看,美国联邦政府和加利福尼亚州政府对申请人的投资项目也并未承担“充分保护与保障”的义务。仲裁庭将联邦政府和州政府的措施放在一起,以确定当个别事件不违反国际义务时,整个行为是否违反了国际义务。仲裁庭认为,对于单独不违反、但合在一起违反第 1105 条规定的行为,必须有一些额外的特质,只有当这些行为被视为一个整体,而不是单独地看待时才存在。

### (三) 仲裁庭上述所持观点对后续实践的影响

最终,仲裁庭驳回了申请人依据《北美自由贸易协定》提出的两项请求。在最低待遇标准的认定上,仲裁庭的做法,一方面为限制公平与公正待遇作为独立于最低待遇标准而扩大适用的进程提供了助力。美国学者 M. C. Porterfield 认为,即便是将其界定为国际习惯法中的“最低待遇标准”,因为抽象和概括的国际习惯法之最低待遇标准是不存在的,同样也会导致公平公正待遇独立性主张风险的发生。<sup>⑧</sup> 因此,必须严格地把公平公正待遇在不同案件中具体化限制在国际习惯法构成要素的范畴之内,可以从东道国是否违反正当程序、采取歧视性行为 and 实行专断措施等方面进行考量,并且不得影响东道国的经济管理主权。<sup>⑨</sup> 另一方面,提示各仲裁庭往后适用 Neer 案裁决所确定的判断标准并排除一些泛泛的影响因素时,不可局限于 Neer 案本身。

至于对《北美自由贸易协定》第 1110 条的征收认定,仲裁庭在判断政府行为是否构成征收时,首先对财产损失计算标准进行统一;其次主要考虑政府被诉措施是否对项目造成足够的经济影响,从而影响申请人的投资。如果投资者相关权利从未因被申请人的行动而实质上失去价值,那么不能认定联邦政府非法剥夺申请人拥有的采矿权。综上,在征收认定时,可依据政府行为的某一要素为主,通过对其效果的分析来认定是否构成征收行为。

---

**Abstract:** Arbitration is often used to resolve the dispute between the investor and the host country in international investment. The North American Free Trade Agreement (NAFTA) came into being with the general trend of regional economic cooperation, and it is the most successful example among the many regional investment and trade agreements in the 20th century. Especially in the investment dispute settlement, it is the first time to regulate the investor-state arbitration dispute settlement system in the way of a special chapter. The first part of this article reviews and analyzes the investment facts and main legal disputes in *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, and studies the claims and conclusions of arbitration. The second part analyzes the minimum standard of treatment, collection and compensation in the North American Free Trade Agreement and its legal principle. The third part explores the

<sup>⑧</sup> Matthew C. Porterfield, *An International Common Law of Investors Rights*, 27 U. Pa. J. Int'l L. 2006, p.79.

<sup>⑨</sup> 梁开银:《公平公正待遇条款的法方法困境及出路》,载《中国法学》2015年第6期,第179-199页。

impact of the arbitral tribunal's views on the above two issues on the subsequent arbitration practice.

**Keywords:** international investment; international minimum standard of treatment; collection and compensation; North American Free Trade Agreement

---

---

(责任编辑: 韦 洁)

# 国际投资仲裁中的间接征收及其认定研究

## ——以恩卡纳公司诉厄瓜多尔共和国 仲裁案为例

中国贸促会法律部编 本篇作者马良\*

---

**内容提要** 国际投资争端解决是近年来国际投资法研究的重点,而投资者与东道国政府之间的争端解决,历来是国际投资争端解决中最为复杂的问题。在国际投资条约仲裁程序中,由于不存在至高无上的司法权威,因此,任何投资仲裁庭的仲裁权均来自争端当事方的合意授予。但除了具备争端当事方的仲裁合意外,仲裁庭管辖权的取得还须充分满足其他相关的法定要件。第一部分对恩卡纳公司诉厄瓜多尔共和国仲裁案这一经典案例的投资事实、主要法律争议进行了梳理和分析,对国际投资中的间接征收的认定问题和管辖权争议进行研究。第二部分结合当前国际投资形势,首先对本案涉及的管辖权争议进行研究,突出属物管辖权、属人管辖权等管辖权在本案中就对案件实体纠纷有效裁决的作用。其次以间接征收认定的本质为逻辑起点,厘清其与无需补偿的政府管制措施之界限,并由此提出间接征收认定的三种方式:具体问题具体分析、丰富认定要素以及应用比例原则。

**关键词** 国际投资 管辖权 间接征收 比例原则

---

### 一、恩卡纳公司诉厄瓜多尔共和国仲裁案案情概要

恩卡纳公司诉厄瓜多尔共和国仲裁案发生于 21 世纪初期,申请人的间接全资子公司在厄瓜多尔当地参与了一些能源经营活动,在合同的执行所产生的增值税退款问题上,双方产生了争议。争议的核心在于“申请人称自己是间接征收的受害者是不合理的,只有当税法具有特殊性、惩罚性或任意性时,间接征收问题才会被提出,而在本案中,被申请人拒绝退还 10% 与石油生产和出口有关交易的增值税退税并没有‘全部或大部分’剥夺申请人的投资收益”。

---

\* 本文系中国贸促会法律部《投资仲裁案例分析汇编》项目的部分研究成果。中国贸促会法律部部长刘超担任项目负责人。国家高端智库武汉大学国际法研究所教授、博士生导师漆彤担任项目课题组主持人。本文由上海对外经贸大学 2019 级法律硕士研究生马良编写,中国贸促会法律部舒寰、陈怀生、耿鹏鹏审核。

表1 案情概要

案名	恩卡纳公司诉厄瓜多尔共和国仲裁案	
案号	LCIA Case No. UN3481	
当事人	申请人: 恩卡纳公司	
	被申请人: 厄瓜多尔共和国	
行业	能源	
双方主要代表	申请人一方: Michael Barrack 先生、Riyaz Dattu 先生 (McCarthy Tetrault 有限责任合伙) Barry C. rilchrist 先生 (恩卡纳副总裁) John Keplinger 先生 (恩卡纳厄瓜多尔总经理) John V Harries 先生 (恩卡纳公司离岸及国际业务高级法律顾问)	
	被申请人一方: Eric Ordway 先生、Charles E Roh 先生 (Jr Weil, Gotshal & Manges 有限责任合伙) Augustin Hurtado Larrea, Bustamante & Bustamante 先生、Elsa De Mena 女士 (Servicio de Rentas Intemas 局长)	
仲裁机构	伦敦国际仲裁院	
仲裁地	伦敦	
仲裁依据	《加拿大 - 厄瓜多尔 BIT》(1996)	
所涉条款	第8条、第13条	
适用的仲裁规则	联合国国际贸易法委员会仲裁规则 (1976)	
仲裁庭组成	首席仲裁员: James Crawford 教授	
	仲裁员 (申请人指定): Horacio Grigera Naon 先生	
	仲裁员 (被申请人指定): Christopher Thomas 先生	
日期 案件裁判来源	仲裁程序开始日期: 2003年3月14日	
	最终裁决发布日期: 2006年2月3日	
	网址: <a href="https://www.italaw.com/cases/393">https://www.italaw.com/cases/393</a>	
仲裁请求	申请人请求仲裁庭宣布被申请人对其投资的征收违法, 并寻求赔偿	
主要争议点 概要其它 争议点	核心争议点	A. 间接征收 B. 公平公正待遇 / 最低待遇标准, 包括拒绝司法 C. 国民待遇
	管辖权问题	
仲裁庭对核心争议点的主要结论概要	申请人称自己是间接征收的受害者是不合理的。只有当税法具有特殊性、惩罚性或任意性时, 间接征收问题才会被提出, 而在本案中, 被申请人拒绝退还 10% 与石油生产和出口有关的交易的增值税退税并没有“全部或大部分”剥夺申请人的投资收益	
裁决结果	驳回投资者的申请	
后续进展	无	

## One Page Summary

The arbitration case between EnCana and the Republic of Ecuador took place in the early 21st century. The indirect wholly-owned subsidiary of the Claimant engaged in some energy business activities in Ecuador, and the two parties had disputes over the refund of value-added tax arising from the performance of the contract. At the heart of the controversy is “the unreasonableness of an applicant claiming to be a victim of indirect expropriation. In this case, the respondent’s refusal to refund 10 per cent of the VAT refund for transactions related to oil production and export did not ‘wholly or substantially’ deprive the applicant of the return on investment.”

表 2 Summary of case

Name of Case	EnCana Corporation v. Republic of Ecuador
Case Number	LCIA Case No. UN3481
Parties	Claimant(s): EnCana Corporation
	Respondent(s): Ecuador
Industry	Mining and quarrying
Representatives of The Parties	Representatives of The Claimant(s): Mr Michael Barrack and Mr Riyaz Dattu (McCarthy Tetrault LLP) Mr Barry C. rilchrist (EnCana, Vice-President, Commercial Services) Mr John Keplinger (EnCanEcuador, General Manager) Mr John V Harries (QC, Senior Legal Advisor, Offshore & International Operations, Encana Corporation)
	Representatives of The Respondent(s): Mr Eric Ordway and Mr Charles E Roh (Jr Weil, Gotshal & Manges, LLP) Mr Augustin Hurtado Larrea, Bustamante & Bustamante, Ms Elsa De Mena (Director General, Servicio de Rentas Intemas)
Administering Institution	LCIA (London Court of International Arbitration)
Seat of Arbitration	London
Basis for Arbitration	Canada - Ecuador BIT (1996)
Disputed Clauses	Art. 8, Art. 13
Rules Used in Arbitral Proceedings	UNCITRAL Arbitration Rules

Arbitrator(s)	Presiding Arbitrator: Professor James Crawford,	
	Arbitrator (Claimants' appointment): Mr. Horacio Grigera Naon	
	Arbitrator (Respondent's appointment): Mr. Christopher Thomas	
Date	Date of Commencement of Proceeding: 14 March 2003	
	Date of Issue of Final Award: 3 February 2006	
Web page	<a href="https://www.italaw.com/cases/393">https://www.italaw.com/cases/393</a>	
Relief Request	Claimants petitioned the tribunal to declare the confiscation of the investment illegitimate and to order the Defendant to pay damages	
The issues of the case	Controversial issue	A. Indirect expropriation B. Fair and equitable treatment/Minimum standard of treatment, including denial of justice claims C. National treatment
	Other issues	Jurisdiction issues
Tribunal's conclusions on the Controversial issue	It is unreasonable to call oneself a victim of indirect expropriation. Only when the tax law is peculiar, punitive or arbitrary, indirect taxation will be raised. In this case, in any case, the refusal to refund the 10% value-added tax refund for transactions related to oil production and export did not deprive EnCana of "all or most" of its investment income.	
Award	Decided in favour of State	
Follow-up progress	None	

## 二、案件事实

本案中案情较为复杂,笔者将遵循从事实到法律的顺序,对投资事实进行梳理,突出当事人双方的诉求以及仲裁庭的裁决过程,以便于后续对当事人双方的法律争议进行分析。

### (一) 投资事实

1995年3月29日,城市东方公司(City Oriente Limited,简称“COL”)与厄瓜多尔国家石油公司(简称“Petroecuador”)签订了“第27区块参与合同”。1995年7月25日,AEC厄瓜多尔公司(AEC Ecuador Ltd,简称“AEC”)与Petroecuador签订了“Tarapoa参与合同”(与上述合同统称“参与合同”),该合同修改了(实际上取代了)1973年10月23日的协会合同。1995年10月27日,AEC与Petroproduccion(厄瓜多尔国家石油勘探与开发公司,Petroecuador的附属公司)签订了“18B Fanny联合经营协议”。1999年11月25日,AEC与Petroproduccion签订了“Mariann 4A联合经营协议”。

1999年5月,申请人收购了加拿大 Pacalta 资源有限公司 (“Pacalta”),该公司全资拥有 AEC,而 AEC 又是 COL 的间接所有人,且二者均在巴巴多斯注册。在 2003 年 3 月 14 日提交仲裁通知时,AEC 和 COL 都是申请人的间接全资子公司。2003 年 11 月 28 日,申请人将其在 COL 的权益出售给美国公司 Condor Petroleum Ltd (“Condor”)。2005 年 9 月 13 日,申请人宣布打算将其剩余的厄瓜多尔资产出售给一家中国合资企业,预计在 2005 年年底前完成。<sup>①</sup>

## (二) 被诉行为

本案涉及 AEC 和 COL 在申请人收购厄瓜多尔石油和天然气储量开采权前后所签订的四项合同的执行所产生的增值税退税索赔。2003 年 3 月 14 日,申请人根据《加拿大 - 厄瓜多尔 BIT》第 13 条第 2 款,对被申请人提起了仲裁程序。申请人指出,“被申请人采取的措施,包括发布《国际租赁服务》(Servicio de Rentas Internas,简称“SRI”)第 233、669、670、736 和 3191 号决议,过去和现在拒绝税收抵免和退税,以及对旨在剥夺石油公司的增值税抵免和退税权利的条例的修正,违反了《加拿大 - 厄瓜多尔 BIT》所载的义务,已经造成并继续给申请人造成重大损失和损害”。对此,申请人寻求相应的救济,包括已经被拒绝的(价值约为 8000 万美元)和将来可能被拒绝的税收抵免的偿还。申请人还指出,被申请人通过 SRI 拒绝增值税抵免和退税是基于错误的结论做出的。申请人还主张,与采矿业和农业等采掘业的其他出口商相比,外国石油公司受到歧视性待遇,被申请人通过拒绝增值税退税,没收投资者的投资或回报。

## (三) 仲裁请求

### 1. 仲裁申请人的仲裁请求

- (a) 请求仲裁庭采取措施,防止冻结申请人子公司的资产;
- (b) 裁定被申请人拒绝向申请人的子公司退还增值税的行为(特别是通过 SRI 的决议)违反了《加拿大 - 厄瓜多尔 BIT》的规定。
- (c) 责令被申请人赔偿,包括被拒绝的和将来可能被拒绝的税收抵免的偿还以及已经被拒绝的价值约为 8000 万美元的税收抵免。

### 2. 被申请人的仲裁请求

- (a) 申请人不能就具有第三国国籍的子公司遭受的损失提出索赔;
- (b) 即使申请人可以代表 AEC 提出索赔,但考虑到其已于 2003 年 11 月 28 日出售其在 COL 中的权益,也无法代表 COL 提出索赔;
- (c) 增值税退税的权利涉及“税收事项”,除非构成征收,否则根据《加拿大 - 厄瓜多尔 BIT》第 12 条第 1 款,不受条约保护。

## (四) 仲裁庭结论

2004 年 11 月 8 日至 13 日,仲裁庭在伦敦举行了一次关于案情的听证会,涉及法律辩论和双方提交的事实证词和专家证据。2005 年 4 月 4 日,仲裁庭进一步向仲裁双方提

<sup>①</sup> EnCana Corporation v. Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3481, para.22.

出若干问题。2005年5月16日和27日,仲裁双方对此提交了声明和答复。由此仲裁庭得出结论如下:

(a) 除了与《加拿大-厄瓜多尔 BIT》第8条有关的索赔,根据《加拿大-厄瓜多尔 BIT》第12条,申请人的索赔不在其管辖范围内;

(b) 以多数票否决了申请人根据《加拿大-厄瓜多尔 BIT》第8条提出的索赔;

(c) 被申请人应负责偿还申请人作为存款持有人向伦敦国际仲裁院存入的与仲裁费用有关的金额 330267.44 美元,否则各方应自行承担在这些诉讼中的代表费用。

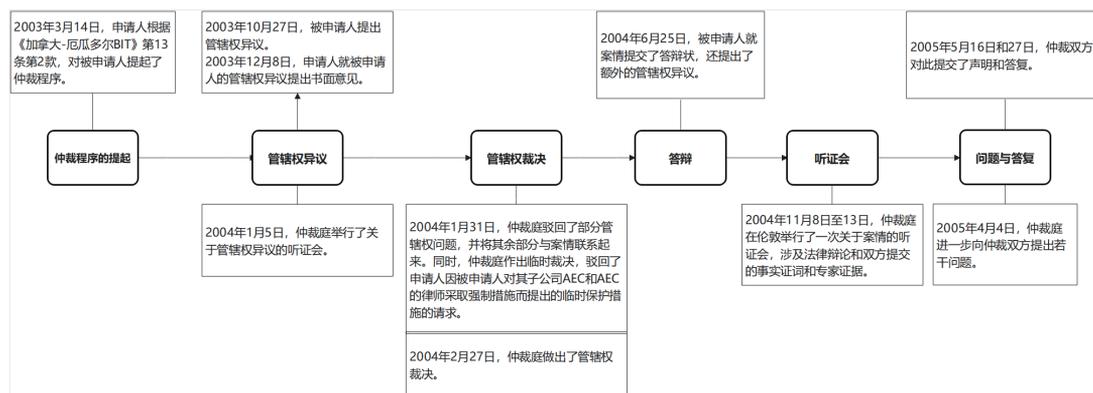


图1 恩卡纳公司诉厄瓜多尔共和国仲裁案时间节点

### 三、主要法律争议

根据本案主要事实、双方的仲裁请求和仲裁庭的梳理,我们得出本案主要法律争议分为两点:即仲裁庭对投资者的索赔是否有管辖权以及被申请人拒绝向申请人的子公司退还增值税的行为是否构成征收。

#### (一) 管辖权异议

##### 1. 被申请人的主张

2003年10月27日,被申请人提出管辖权异议。并在提交答辩状之后,还提出了额外的管辖权异议。被申请人辩称,《加拿大-厄瓜多尔 BIT》试图区分投资者根据第13条第1款就其自身遭受的损失或损害提出的索赔,以及根据第13条第12款代表投资者“直接或间接拥有或控制”的企业提出的索赔。在后一种情况下,只有当企业是东道国“根据适用法律成立或正式成立的法人”时,才能维持债权。AEC和COL都不是厄瓜多尔公司,因此,根据《加拿大-厄瓜多尔 BIT》,没有一种机制能够使投资者代表一个未在东道国注册成立的企业对该企业所遭受的损失和损害提出索赔。相反,投资者只能对其自己遭受的损失或损害提出索赔。据被申请人称,申请人没有就其自身的损失或损害提出索赔,而是就AEC和COL遭受的损失或损害提出索赔,因为所寻求的救济是向这些子公司偿还款项。特别是,考虑到第13条第12款,投资协定的缔约方不可能就在第三

国注册的子公司所遭受的损失或损害提出索赔,否则就有必要根据第 13 条第 12 款提出索赔。申请人依据的所谓“覆盖范围差距(overage gap)”是由有关索赔国籍的一般国际法而产生的,《加拿大-厄瓜多尔 BIT》并未修改这一国际法。<sup>②</sup>

## 2. 申请人的主张

申请人主张,《加拿大-厄瓜多尔 BIT》第 13 条第 1 款的措词没有任何将其限制在直接或间接损害的索赔范围内的规定。申请人认为,第 13 条第 12 款并不限制第 13 条第 1 款的适用,相反,第 13 条第 12 款是一项特殊规定,如果该子公司在东道国遭受损失或损害,则允许投资者代表在东道国注册的子公司提起诉讼。第 13 条第 12 款是排除本国国民对该国提出索赔的国际法规则的例外。在本案中,申请人认定它是为自己而非为子公司的损失提出索赔。申请人认为,证据表明,两家子公司的现金资金需求都是由申请人提供的;拒绝增值税退款/抵免是“子公司现金价值的直接损失”,并且此类资金的任何收回都可以直接转交给申请人,而不进行任何扣除,或者会增加子公司的流动资产,增加所产生的投资价值。在任何情况下,仲裁庭根据第 13 条第 9 款裁定归还财产或赔偿金的权力不受限制;如果仲裁庭认定有财产被征收,仲裁庭应下令将财产归还子公司。

## 3. 仲裁庭的裁定

2004 年 1 月 5 日,仲裁庭举行了关于管辖权异议的听证会。仲裁庭认为,为了裁定临时保护措施,必须有明显的管辖权依据,即所寻求的措施必须是紧急的,并且采取该措施的基础是,除非获得批准,否则可能会造成无法弥补的损害。而目前的情况虽然很紧急,但这些措施是根据被申请人的国内法采取的,可以在当地法院或仲裁中提出质疑。因此,仲裁庭认为缺乏采取临时措施所必需的不可弥补的损害。

仲裁庭没有将第 13 条第 2 款解释为限制第 1 条和第 13 条第 1 款的明确表述,即允许投资者就因违反《加拿大-厄瓜多尔 BIT》而遭受的损失提出索赔。显然,《加拿大-厄瓜多尔 BIT》是在尊重不同国家和地区注册的公司的独立身份基础上进行的。尽管如此,它明确允许通过第三国公司持有投资,并在投资者因此遭受损失或损害的情况下,对涉及违反这类投资协议的行为提出索赔。诚然,它确实区分了本地注册企业遭受的损失或损害和投资者本身直接或间接遭受的损失或损害。可以设想的情况是,影响当地注册子公司的违约不会对母公司造成任何损失或损害,例如,违约不会对母公司的回报或子公司的股份价值造成任何后果。在这种情况下,投资者只能根据第 13 条第 2 款提起诉讼来追偿。或者,外国投资者的损失衡量标准可能与在当地注册的企业的损失衡量标准不同,例如,在多数控股企业或按照合同要求赔偿其母公司任何损失的企业的情况下,投资者却声称其直接或间接因违反《加拿大-厄瓜多尔 BIT》而遭受损失或损害时,有权根据第 13 条第 1 款和第 2 款提起诉讼。如果它不能证明可予赔偿的损失或损害,它将无法获得相应的赔偿。但这并不影响根据第 13 条第 4 款组成的仲裁庭受理其索赔的管

<sup>②</sup> EnCana Corporation v. Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3481, Award dated 3 February 2006, para.115.

管辖权。<sup>③</sup> 2004年1月31日,仲裁庭驳回了部分管辖权问题,并将其余部分与案情联系起来。同时,仲裁庭作出临时裁决,驳回了申请人因被申请人对其子公司 AEC 和 AEC 的律师采取强制措施而提出的临时保护措施的请求。2004年2月27日,仲裁庭做出了管辖权裁决:在本案中,申请人就因被申请人涉嫌违反影响其投资的《加拿大-厄瓜多尔 BIT》而造成的损失或损害提出索赔,这种索赔属于《加拿大-厄瓜多尔 BIT》第1条和第13条第1款明确规定的,仲裁庭拥有管辖权。

本案申请人没有指控被申请人中央政府当局与申请人之间的任何协定遭到违反。实际上,根本不清楚是否存在任何违反参与协议的行为。SRI 误解了这些协议的基础,这一事实并不构成违约,也没有人以此为由提出申诉。此外,参与合同不是与 SRI 签订的,而是与 Petroecuador 签订的,而且这些合同不是由这些诉讼中的投资者签订的,而是由投资者在第三国注册的子公司签订的。<sup>④</sup> 因此,根据第13条第3款,仲裁庭对申请人提出的索赔没有管辖权,除非涉及征收问题。<sup>⑤</sup>

## (二) 征收请求权的正当性

申请人通知了两国税务机关,但税务机关没有就征收事宜作出联合裁定。因此,从程序的角度来看,申请人可以就“投资者的投资或回报”提出征收索赔。<sup>⑥</sup> 申请人认为,根据厄瓜多尔法律,被申请人不当地剥夺了申请人子公司的退款权利,该行为与没收投资具有同等效力。<sup>⑦</sup>

关于间接征收:从征收的角度看,税收是一个特殊的范畴。从原则上讲,税法规定了一种新的法律责任,规定了一类人就某些特定类别的交易向国家支付款项,即用于公共目的的资金。这一法律本身并不是对财产的占有,如果是这样的话,一项普遍的国家特权将被一项禁止征收的保证所剥夺,但事实并非如此。只有当税法具有特殊性、惩罚性或任意性时,间接征收问题才会被提出。在本案中,无论如何,拒绝退还10%与石油生产和出口有关交易的增值税退税,并没有“全部或大部分”剥夺申请人的投资收益。因此,申请人自称是间接征收受害者,是不合理的。

关于直接征收:行政部门对受当地法律管辖的事项所采取的不确定的立场(a questionable position)与违反法律的明确认定(a definitive determination)之间是有区别的。就《加拿大-厄瓜多尔 BIT》而言,行政部门有权就个人提出的索赔采取立场,即使这一立场可能在法律上被证明是错误的,但前提是行政部门本着诚信的原则,并随时准备在仲裁庭上捍卫自己的立场。与私人团体一样,政府不会仅仅通过质疑义务的存在而拒绝履行义务,行政机关不会仅仅通过拒绝支付而剥夺法定付款义务所代表的价值,前提是(a)拒绝支付不仅仅是故意的;(b)法院对权利受损的私人当事人开放;(c)法

<sup>③</sup> *Id.*, at para. 118.

<sup>④</sup> *Id.*, at para. 167.

<sup>⑤</sup> *Id.*, at para. 168.

<sup>⑥</sup> *Id.*, at para. 170.

<sup>⑦</sup> *Id.*, at para. 179.

院的裁决本身并没有被国家采纳或否认。<sup>⑧</sup> 根据《加拿大 - 厄瓜多尔 BIT》第 8 条（特别是考虑到第 12 条），诸如 SRI 这样的税务机关的政策是不可复审的，除非该政策本身就相当于实际和有效地剥夺了合法权利。<sup>⑨</sup> 在 2004 年 11 月之前，SRI 的石油退款政策从未上升到剥夺厄瓜多尔公民合法权利的程度，因此，这并不违反第 8 条的规定。<sup>⑩</sup>

## 四、简要评析

本案侧重两个部分，第一个是管辖权问题，第二个是征收的认定问题。下文将结合本案中仲裁庭对这两个问题的认定进行分析。

### （一）管辖权问题<sup>⑪</sup>

管辖权的确立是任何争议解决制度有效发挥作用的基础，其逻辑合理性在于，任何裁判者必须有权力对具体个案作出特定决断，只有如此，其裁判结果方为有效，并进而得到法律的保障和执行。管辖权是仲裁庭开启具体法律问题认定的钥匙。在管辖权问题上，仲裁庭认为本案申请人没有指控被申请人中央政府当局违反与申请人之间的任何协定。实际上，根本不清楚是否有任何违反参与协议的行为。此外，参与合同不是与 SRI 签订的，而是与 Petroecuador 签订的，而且这些合同不是由这些诉讼中的投资者签订的，而是由投资者在第三国注册的子公司签订的。因此，根据《加拿大 - 厄瓜多尔 BIT》第 13 条第 3 款，仲裁庭对索赔行使管辖权缺乏根据。由上述结论可以总结出，此处管辖权涉及属人管辖权和属事管辖权。所谓属人管辖权，特殊之处在于东道国与投资人均需符合主体要求。本案中申请人以何种名义（自身遭受损失还是子公司遭受损失）提出索赔以及仲裁庭对《加拿大 - 厄瓜多尔 BIT》第 13 条第 12 款的解释是属人管辖权确立的关键。在增值税退还问题上，申请人投资利益来自于其子公司，此时“这种索赔属于《加拿大 - 厄瓜多尔 BIT》第 1 条和第 13 条第 1 款明确规定的，仲裁庭拥有管辖权”。而针对被申请人通过 SRI 的决议，涉及主体为第三国注册的子公司，根据属事管辖权，此时的争端不产生于该投资，因此仲裁庭缺乏管辖权。

### （二）征收问题

至于征收问题，几乎所有的国际条约或者协定都没有关于间接征收认定核心的详细规定，且不同国家对于投资人与东道国的纠纷在判定上有所不同，甚至对实体案件的判定呈现出“一案一判”的态势。<sup>⑫</sup> 然而，间接征收认定标准将同时影响东道国维护本国公共利益的权限大小以及投资者承担的投资风险，故间接征收认定问题在国际投资实践中十分棘手，亟待解决。首先，以间接征收问题认定的本质为起点，学理上的间接征收指

<sup>⑧</sup> *Id.*, at para.194.

<sup>⑨</sup> *Id.*, at para.195.

<sup>⑩</sup> *Id.*, at para.197.

<sup>⑪</sup> Krista N. Schefer, *International Investment Law: Text, Cases and Materials* 452, 2nd ed., Edward Elgar Publishing, 2016.

<sup>⑫</sup> 孙理理：《国际投资领域间接征收判定路径和对策思考》，载《浙江社会科学》2020 年第 8 期，第 39 页。

“东道国政府从法律上虽未取得外国投资者的所有权,但采取的措施影响或阻碍了外国投资者有效控制、使用或处分其资产的权力”。<sup>⑬</sup>由此可见,对间接征收的认定应当以东道国符合征收的合法性要件为前提,与无需补偿的政府管制措施作出区分。<sup>⑭</sup>这个界限至关重要,不仅影响补偿结果,同时也会影响东道国在管理经济的过程中应当在多大程度上自主承担风险。<sup>⑮</sup>倘若这一界限对间接征收的范围过于限缩,那么投资人将承担更多财产化为“无用”的风险,反之,东道国对于外来资产的管制权势弱,公共利益将得不到保障。这也体现了东道国与投资者利益的平衡。在本案中,拒绝退还10%与石油生产和出口有关的交易的增值税退税的行为并不能与普通税收行为画上等号,因为税收作为一项国家权力,一般应当清楚明确地被正向规定在相关法律之中。既然如此,则应当对比上述行为与具有“特殊性、惩罚性、任意性”的税法行为,衡量上述行为是否“全部或大部分”剥夺了申请人的投资权益。此处间接征收的认定则关乎被申请人在多大程度上可以剥夺申请人子公司的退款权利以及申请人在多大程度上可以就投资收益提出征收索赔。其次,应当在重视上述区分和利益平衡的基础之上,进一步完善征收的相应理论。传统理论分为“纯粹效果标准”“纯粹目的标准”与“效果与目的兼顾标准”,或者为从某一角度出发进行的单一性考量,或者过于宏观难以把控。采用“目的标准”意味着充分考虑东道国的公共利益,对政府的管制权予以足够的尊重,而采用“效果标准”则意味着片面保护投资者的利益却不顾东道国的公共利益诉求。<sup>⑯</sup>因此传统理论对于国际投资实践以及仲裁实践的作用有限,有待进一步发展与完善。

那么,究竟何种路径适用于间接征收的认定呢?依据国际投资和仲裁的实践经验,具体问题具体分析、丰富认定要素以及应用比例原则等方式有利于间接征收的认定。

### (1) 具体问题具体分析

如上文所述,目前间接征收认定的标准尚不统一,此时对事实的调查就显得尤为重要。在认定中,需要更多关注不同国家间的投资环境、交易习惯等因素,而不必强求完全统一的间接征收与“无需补偿的政府管制措施”的界限。例如2004年美国BIT范本中规定“关于决定缔约一方的一项行为或一系列行为在具体情况下是否构成间接征收,需要在事实的基础上针对个案进行调查。”2012年美国的BIT范本沿用了这一规定。美国-智利FTA、澳大利亚-智利FTA等均规定了认定间接征收应当在调查案件事实的基础上进行逐案考量。<sup>⑰</sup>

<sup>⑬</sup> 曾华群:《国际投资法》,北京大学出版社2009年版,第447页。

<sup>⑭</sup> 王涵:《国际投资中间接征收认定的要素分析与路径选择》,载《西部法学评论》2021年第5期,第106页。

<sup>⑮</sup> 曹晴:《浅析间接征收与非补偿性政府管制措施的界限》,载《环球法律评论》2008年第6期,第13页。

<sup>⑯</sup> William W. Burke-White & Andreas Von Staden, *Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations*, *Yale Journal of International Law*, 2010, Vol.35, pp.283-346.

<sup>⑰</sup> 章晶:《国际投资法间接征收认定规则之嬗变——间接征收研究意义之于中国》,载《上海海关学院学报》2012年第1期,第80-90页。

## (2) 丰富认定要素

政府的措施中包含很多要素,这些要素均可能对间接征收的认定产生影响。首先,考虑经济影响要素,即政府措施的效力是否使得投资人财产在实际上被剥削、控制;其次,考虑政府措施对投资者信赖利益的影响,即政府措施不应当侵害投资者的合理信赖利益;最后,考虑政府措施的持续时间要素、目的要素等等。在新一代的国际投资协定中,对该方式也有所规定。如美国 2004 年双边投资协定范本附件明确了认定间接征收需要综合考虑的因素有政府行为的经济影响、政府行为干预明显合理的投资期待的程度以及政府行为的性质。在本案中,实际上亦可以考虑从当事人双方约定、《加拿大 - 厄瓜多尔 BIT》的相关规定、拒绝退还增值税这一行为对申请人的投资财产的实际影响以及政府的目的是否与公共利益相关来认定。

## (3) 应用比例原则

在国际投资中,比例原则是指判定政府管制行为承担的责任与投资者个人行为承担的责任比例关系。<sup>⑱</sup> 具体而言,比例原则又可分为关乎公共利益这一目的根本性的妥当性原则、关乎对投资人影响最低性的必要性原则以及关乎两方利益的均衡性原则。在具体认定中,仲裁庭要结合以上三层标准进行综合性认定。有时,即使投资人受到了来自政府行政行为的负面影响,但是在政府行为符合比例原则的背景下,间接征收也可能并不会被认定。在本案中,仲裁庭认为被申请人的行为没有“实际和有效地剥夺了合法权益”,表明在间接征收的认定中,仲裁庭依循必要性原则和均衡性原则做出该行为符合这两个原则的肯定性判断。故被申请人的行为不构成间接征收。申请人的索赔请求中除了与《加拿大 - 厄瓜多尔 BIT》第 8 条有关的索赔,则因为仲裁庭缺乏管辖权而不能得到支持。

综上,本案中仲裁庭对于间接征收的认定将对后续条约实践和仲裁实践产生深远影响,有利于仲裁庭在此类投资争议中对比例原则的适用。对间接征收标准进行更加科学合理的认定,有利于对投资者财产利益和东道国公共利益的保护,降低预期风险,这无论对东道国还是投资者,都是一种有利的行为。

---

**Abstract:** International investment dispute settlement is the focus of international investment law in recent years, and the dispute settlement between investors and host governments is always the most complicated problem. In international investment treaty arbitration proceedings, since there is no supremacy of judicial authority, the arbitration power of any investment tribunal comes from the consent of the parties to the dispute. However, in addition to the arbitration agreement of the parties to the dispute, the acquisition of the jurisdiction of the arbitral tribunal must fully meet other relevant statutory requirements.

---

<sup>⑱</sup> 同前注<sup>⑫</sup>。

---

In the first part of this paper, the author combs and analyzes the investment facts and the main legal disputes in the classic case of *EnCana v. Republic of Ecuador*, and studies the determination of indirect expropriation and jurisdiction disputes. The second part, combined with the current international investment situation, firstly studies the dispute of jurisdiction involved in this case, highlighting the role of jurisdiction such as property jurisdiction and personal jurisdiction in the effective adjudication of substantive disputes. Secondly, taking the essence of indirect expropriation ascertainment as the logical starting point, the author clarifies the boundary between indirect expropriation and government control measures without compensation.

**Keywords:** international investment; indirect expropriation; principle of proportionality

---

---

(责任编辑: 韦 洁)

# 国家电网公司诉阿根廷共和国仲裁案

中国贸促会法律部编 本篇作者黄睿君\*

**内容提要** 本文通过对英国国家电网诉阿根廷共和国案案件事实分析,讨论在仲裁庭审议过程中的争议焦点问题。文章整理当事人及仲裁庭对间接与直接征收的区别主张,论述投资收益以及行为产生的影响与如何决定是否征收行为;同时文章对投资中投资者的合理期待保护需结合当时投资环境进行讨论并详细分析了仲裁庭的支持论据;文章也对案件争议焦点紧急避险行为的认定与赔偿金计算归纳总结。文章最后总结本案要点并结合国际投资仲裁庭的案例归纳仲裁庭的通常考量与裁决作出依据供读者参考。

**关键词** 征收行为效果 合理期待保护 紧急避险抗辩

本案中案情较为复杂,笔者将遵循从事实到法律的顺序,对投资事实进行梳理,突出当事人双方的诉求以及仲裁庭的裁决过程,以便后续对当事人双方的法律争议进行分析。

案名	国家电网公司诉阿根廷共和国仲裁案
当事人	申请人:国家电网公司(根据英国法律注册)
	被申请人:阿根廷共和国(以下简称“阿根廷”)
双方主要代表	申请人一方: 律师英国富而德律师事务所: Nigel Blackaby、Lluís Paradell、Sylvia Noury、Gregory Fullelove、Caroline Richard 奥法雷尔工作室: Uriel O’Farrell
	被申请人一方: Osvaldo César Guglielmino(阿根廷国家财政总检察长)、Buenos Aires(阿根廷国家宝藏代理人)
仲裁机构	国际投资争端解决中心(ICSID)
仲裁地	美国华盛顿

\* 本文系中国贸促会法律部《投资仲裁案例分析汇编》项目的部分研究成果。中国贸促会法律部部长刘超担任项目负责人。国家高端智库武汉大学国际法研究所教授、博士生导师漆彤担任项目课题组主持人。本文由上海对外经贸大学国际法专业2019级硕士研究生黄睿君编写,中国贸促会法律部舒寰、陈怀生、耿鹏鹏审核。

投资条约	英国—阿根廷双边投资协定（1993）	
适用的仲裁规则	联合国国际贸易法委员会仲裁规则（1976）	
日期	仲裁程序开始日期：2003年4月25日	
	最终裁决发布日期：2008年11月3日	
仲裁请求	申请人请求被申请人支付采取措施导致的相关损失	
主要争议点概要	核心争议点	被申请人的措施是否违反 BIT 中的公平公正待遇和对投资进行持续性保护的义务,以及被申请人的措施是否构成紧急避险?
	其它争议点	申请人损失范围的确定
仲裁庭对核心争议点的主要结论概要	仲裁庭认为被申请人的措施构成对 BIT 中公平公正待遇和对投资进行持续性保护的义务的违反,不构成紧急避险,应向申请人赔偿因此导致的损失。	
裁决结果	支持申请人（一致裁定）	

The case is relatively complex and the author will follow the order from facts to law, then sort out the investment facts, with highlight the demands of both parties and the ruling process of the tribunal. So as to facilitate the subsequent analysis of the legal disputes between both parties.

Name of Case	NATIONAL GRID P.L.C.v. ARGENTINE REPUBLIC
Parties	Claimant(s): NATIONAL GRID P.L.C.
	Respondent(s): ARGENTINE REPUBLIC
Representatives of The Parties	Representatives of The Claimant(S): Freshfields Bruckhaus Deringer: Nigel Blackaby, Lluís Paradell, Sylvia Noury, Gregory Fullelove, Caroline Richard Estudio O'Farrell: Uriel O'Farrell
	Representatives of The Respondent(s): Osvaldo César Guglielmino (Procuración del Tesoro de la Nación Argentina), Buenos Aires (Procurador General del Tesoro de la Nación Argentina)
Administering Institution	ICSID
Seat of Arbitration	Washington, D.C., USA
Treaty	UK- Argentine BIT(1993)
Rules Used in Arbitral Proceedings	UNCITRAL Arbitration Rules (1976)

Date	Date of Commencement of Proceeding: April 25, 2003	
	Date of Issue of Final Award: November 3, 2008	
Web page	<a href="https://investmentpolicy.unctad.org">https://investmentpolicy.unctad.org</a>	
Relief Request	Claimants seek compensations for the breach of UK- Argentine BIT by the Respondent.	
The issues of the case	Controversial issue	Whether the Respondent breached the provisions of fair and equitable treatment and protection obligations under BIT? Were the Measures taken by respondent in response to a state of necessity?
	Other issues	Scope of losses
Tribunal's conclusions on the Controversial issue	Tribunal considered that the Respondent violated the BIT and should pay the compensation for the Claimant's loss.	
Award	In favor of Claimant (Unanimous Verdict)	

## 一、案件事实简要分析

为了解决经济危机,被申请人于 1989 年颁布《国家改革法案》,允许对国有电力企业进行私有化改革;于 1991 年颁布《汇率法案》,固定比索与美元的汇率为 1:1。1992 年 5 月,被申请人将三家电力公司的高压电力传输网络整合,成立了 Transener 公司。1992 年 12 月,被申请人欲出售 Transener 公司 65% 股权,发出招标的同时,给予了 Transener 公司长达 95 年的在阿根廷内开展高压电传输服务的许可。1993 年,申请人的全资子公司联合两家美国公司和两家阿根廷公司组成联合体,参与 Transener 公司的投标。为此,该联合体在阿根廷专门设立了 Citelec 公司,申请人以 1850 万美元的对价占有该公司 15% 的股份。随后, Citelec 公司成功中标, Transener 公司与被申请人签订了特许经营协议,申请人又以 4880 万美元收购了 Citelec 26.25% 的股权,并批准 Transener 公司以 2.202 亿美元收购 Transba 公司 90% 的股权,并承担其欠省政府 1000 万美元的债务。1997 年至 2000 年间,申请人获得三份建造、运营和维护传输线路的合同,以此获得周期性报酬,该报酬以美元计算并随美国的 CPI 和 PPI 指数进行调整。1999 年 12 月,申请人又购买了 Citelec 公司 1.243% 的股份。

2002 年 1 月 6 日,被申请人颁布《改革法案》,终止了公共事业企业税费以美元结算并随国际价格指数调整的待遇,公共服务税费转化为以比索结算。截至 2003 年 4 月,比索兑美元汇率跌至 2.9:1;《改革法案》还禁止输电和公用事业公司暂停或修改其特许经营权和许可证项下的义务,它还为重新谈判公用事业合同规定了一定的条件。提起仲裁前申请人声称协商毫无进展。2004 年 3 月,申请人作价 1400 万美元出售其持有的 Citelec 公司的股份给 Dolphin 公司。申请人宣称,出售股份是为了减少损失,不影响提起仲裁。

申请人认为被申请人采取的措施导致其资金贬值,违反了《英国-阿根廷 BIT》第2条第2款关于公平公正待遇和提供稳定可预期投资环境的承诺,未能遵守其与投资者缔结的投资协议的规定,并主张按照与此案情相似的先例判决获得赔偿。2003年4月25日,申请人根据《英国-阿根廷 BIT》提起仲裁。2006年6月20日,仲裁庭做出管辖权决定,驳回被申请人提起的异议申请。2007年7月9日至20日,仲裁庭在华盛顿开庭。2008年11月,仲裁庭在华盛顿做出裁决。

申请人申请裁决被申请人采取的措施构成征收并且违反《英国-阿根廷 BIT》中的公平公正待遇及持续保护投资义务,并向申请人支付投资价值损失、股份贬值损失和相应利息损失。被申请人抗辩其未剥夺申请人的股份所有权,其行为不属于征收,未违反公平公正待遇和持续保护投资义务。并且被申请人认为所采取的措施属于紧急避险,是合法的国内措施,不应承担责任;同时申请人出售股份的行为是商业决策,应自担责任,申请人主张的利息标准过高。

仲裁庭认为被申请人违反《英国-阿根廷 BIT》第2条第2款关于提供公平公正待遇和为申请人的投资提供持续保护的规定,支持申请人关于利息等金钱项目的索赔,驳回申请人的其余仲裁请求。

## 二、主要法律争议

### (1) 是否构成征收

申请人认为被申请人违反了《英国-阿根廷 BIT》第5条第1款的规定。衡量行政措施是否构成征收的合理标准不在于它的合理性或适当性,而在于该措施是否违反东道国向投资者作出的具体承诺,之所以如此,是因为东道国对投资者做出的承诺通常会让投资者产生合理的期待。申请人认为,即使在不改变投资者形式上的财产权的情况下,征收也可能对投资的价值和经济利益产生影响。被申请人对申请人的行为造成 Transener 公司和 Transba 公司在电力传输税费方面的支出,也对公司报酬制度造成意料之外的影响,减少了申请人通过特许经营协议和合同获得应享有的权益,这种行为足以构成对申请人投资的直接征收。

被申请人认为,申请人主张的征收并不存在,因为申请人作为股东具有完整的权利,并且自行决定出售目标公司股份,而征收必须有剥夺股份、干预管理、拒绝获取劳力或原材料资源、收取过度或任意的税收的特征。违反合同并不构成征收,《英国-阿根廷 BIT》并不为投资不达预期或者无法获利提供保护。而被申请人的行为是合法适当的,是为保护人权而实施的且具有普适性。被申请人援引 Saluka 案仲裁庭的观点认为,只有具备明确且具有说服力的明显错误或存在不适当行为的证据,才能驳斥行政措施,否则,因

合法的行政行为产生的损失并不会给予投资者赔偿。<sup>①</sup>此外,被申请人声称,东道国征收所依据的《紧急状态法》及对特许权影响的解释包含在国家享有的制定政策权权益范围内。被申请人引用了 Saluka 案和相关资料说明国家有权对货币进行合法贬值,并且这种行为并不构成对财产的没收,仅仅是股份价值的损失不构成征收并且申请人并未遭受实际财产损失。被申请人认为,申请人定义的“资产”并不被《英国 - 阿根廷 BIT》或国内法承认,“资产”仅仅指代的是有形资产,不包括申请人在本案中主张的在将来可能获得的期待收益。

仲裁庭认为,关于直接征收,《英国 - 阿根廷 BIT》所保护的“资产”的含义要大于被申请人主张的有形资产的范围,其并没有被申请人主张的直接征收理论说服,因为并没有形式上的财产权被转移至国家。没收财产权是直接征收的内在特征,本案并没有证据显示该情况。相反,申请人保留了它的股份并在适当时候出售获益,被申请人的措施可能对申请人的投资收益造成减损,但并未转移其对财产的所有权。

关于间接征收,仲裁庭从《英国 - 阿根廷 BIT》第 5 条第 1 款进行分析,该条规定了征收补偿应符合的三个特征,即“公共目的、非歧视原则以及给予及时充分和有效的补偿”。该条对于缔约方的关键在于最后的兜底条款“产生类似的效果的措施”,该措施的效果需要等同于征收或国有化措施产生的效果。仲裁庭归纳并分析了双方当事人上书状中引用的大量案例观点,认为这些案例构成间接征收的措施特征必须符合中立、根本剥夺所有权、造成不可挽回的损失、致使无法使用、享有或处分财产。在本案中,申请人持续拥有公司股份并且能够行使股东权利处分投资,投资的收益价值虽然减少但并没有到毫无收益的地步,因此仲裁庭认为被申请人不构成对申请人投资的征收。

## (2) 公平公正待遇

申请人认为《英国 - 阿根廷 BIT》第 2 条第 2 款并未明确东道国应当提供的投资保护,认为“该种条约遗漏反映了一项被广泛接受的原则,即公平公正待遇不能在一份具体的法律义务声明中被具体的总结”。申请人进一步认为,根据当前的投资仲裁判例,公平公正待遇要求投资者受到东道国对其做出投资决定产生信赖基础的合理期待予以保护,在后期合同履行过程中维持稳定的投资环境,如东道国未能遵守在吸引投资并且使投资者产生信赖保护时的保证,则构成对公平公正待遇的违反。申请人认为该标准不需要证明国家行为有恶意,并且与习惯国际法上对外国投资者的最低待遇标准的定义不同。申请人强调,正是基于被申请人对稳定的投资环境的先前承诺,申请人才决定进行投资并扩大投资规模。

被申请人认为其并未违反《英国 - 阿根廷 BIT》第 2 条第 2 款规定,因为公平公正标准并不要求东道国具有按照投资者的合理期待而维持稳定、可预期的投资环境的绝对

<sup>①</sup> 在“Saluka 诉捷克案”中, Saluka 是由某英国公司全资控股的荷兰公司。捷克政府认为, Saluka 作为英国公司的空壳公司,无权援引荷兰与捷克 BIT 对捷克提起投资仲裁,否则将导致对投资条约的选购和对仲裁程序的滥用。但仲裁庭认为,只要 Saluka 是在荷兰注册成立,即便其属于空壳公司、与荷兰无实质经济联系,也不影响其在荷兰与捷克 BIT 下的投资者身份。

义务,相反,投资者应对东道国的政治和经济现状有所认知,投资者投资阿根廷的原因是阿根廷是相对投资环境更稳定的国家,投资获得的回报率更高。被申请人认为申请人对公平公正待遇的定义范围过大,已经超出条约起草者的意图。被申请人认为,投资者的合理期待并不意味着尊重投资者的所有期待,应该以具体特定的承诺为基础,而本案中被申请人并未作出此类承诺。被申请人采取的措施是应对国内经济危机的合理举措,这些措施适当且合理,裁决此类措施违反公平公正待遇构成对一国立法权的不正当干涉,也违背了在国际法上被广泛承认的国内事务自主权。

仲裁庭对公平公正的通常含义进行了介绍,认为需要考虑个案中所有的因素,因此其考察了《英国 - 阿根廷 BIT》的缔约目的和双方引用的大量案例,认为对公平公正待遇应进行客观考量而不论国家是否恶意,并应保护投资者根据东道国的承诺所作投资时的合理期待。该种保护首先应该将政策导致的投资环境风险与投资者的正常商业风险区分,其次,投资者对投资的期待应当产生在决定投资时,并且必须是基于当时的环境合理合法的。仲裁庭认为,被申请人缔结 BIT 的目的之一是吸引国际投资者到其国内进行投资,现在被申请人的措施意在改变申请人决定投资时所依赖的投资环境。提交仲裁庭的证据显示,申请人决定投资时信赖的政府监管措施在合同履行过程中被被申请人的一系列政策根本改变,导致稳定的投资环境被破坏。仲裁庭基于此信息认为被申请人违反了公平公正待遇标准,主要包括以下几个原因:被申请人根本性改变了其吸引投资者和申请人开始投资时的法律制度;从被申请人采取措施到申请人出售公司股份两年内未进行有意义的重新订立投资条约条款或维护稳定投资环境的磋商;被申请人要求目标公司以放弃可能享有的法律救济作为重新协商特许经营协议的条件。关于被申请人违反公平公正待遇的时间,仲裁庭认为不是其采取措施的时间,而是要求申请人同类公司放弃要求重新协商特许协议的时间。

此外,仲裁庭还对“持续性保护义务”和“不合理和歧视性措施”进行了分析。关于“持续性保护义务”,仲裁庭认为《英国 - 阿根廷 BIT》并未对“资产”的定义限制性列举,没有合理理由认为《英国 - 阿根廷 BIT》中的“资产”仅限于有形资产,被申请人采取的措施导致的不确定性在申请人出售股权的前两年一直存在,违反了“持续性保护义务”。关于“不合理和歧视性措施”,仲裁庭综合考察了被申请人采取措施时的特定环境,认为没有充足的证据显示有歧视情况的发生。

### (3) 紧急避险

被申请人在答辩状中声称采取的政府措施是为应对紧急情况采取的合法行为,应免于承担责任。首先,被申请人并不想产生危机,同时被申请人也是危机的主要受害者;其次,采取该措施是应对紧急危险的唯一方式;第三,英国或国际社会的重大利益并未受到严重影响;第四,被申请人并未对外国投资者进行区别对待;最后,《英国 - 阿根廷 BIT》并未限制被申请人援引紧急避险抗辩,相反,第 4 条还预见并规定了紧急避险。

申请人认为,一国不能通过援引紧急状态来免除国际法上的责任。《英国 - 阿根廷 BIT》第 4 条仅限于因武装冲突导致的财产物理上的损坏,并不适用于本案,同时申请人

援引联合国贸法会 UNCTAD1998 年报告显示“国家紧急状态”并不包括经济危机。申请人提出的损害并非由被申请人国内经济状况导致,而是由被申请人采取的特定措施导致,并且申请人否认被申请人采取该措施时存在严重且急迫的危机,2001 年至 2002 年的经济困难是其国内长期存在的经济问题不断累积的结果,并不存在足以威胁被申请人作为一个国家存在及影响其机构运作的危险。在任何情况下,紧急避险的措施只能是暂时的,但在本案措施仍然生效的时候,被申请人政府宣布其 2002 年第二季度国家经济开始复苏。

仲裁庭对紧急避险措施进行了法律分析。首先,仲裁庭对《英国 - 阿根廷 BIT》第 4 条进行了分析。该条对导致投资者损失的情形进行了规定,投资者获得的补偿标准不应低于国民待遇甚至是最惠国待遇,并且该种补偿是可以自由转出的。很明显,该条将包括因国家紧急状态导致的损失也包含在内,目的是不让投资者因此产生损失。仲裁庭还发现,因战争武装冲突等导致的损失经常与任意对待混为一谈,而这种对待违反《英国 - 阿根廷 BIT》第 2 条第 2 款的规定,并赋予了投资者获得补偿的权利。仲裁庭通过分析先例及国家责任条款草案后认为,紧急避险条款在实践中的使用具有很高的门槛,并且需同时符合一系列例外规定,而且该条款只能免除不作为义务,为了防止滥用,紧急避险的抗辩应被严格限制适用。

其次,仲裁庭对紧急避险的要件进行了分析。紧急避险需考虑被申请人是否助推了紧急状况的发生,该种助推必须是十分关键的并且不是偶然的。仲裁庭认为,紧急状态的发生是被申请人一系列错误政策导致的结果,因此被申请人关于其对于紧急状态的发生没有助推的抗辩无法成立。在认为被申请人对于危机的发生具有直接且重大的责任的情况下,仲裁庭认为不必再对紧急避险的其他因素进行分析。

#### (4) 补偿的计算

申请人认为应该用公允价值(FMV)来衡量被申请人违约措施导致的目标公司的损失。确定损失最合适的方法是采用贬值现金流(DCF),具体为截至 2020 年 1 月 1 日用未采取措施时的投资价值减去采取措施后该日的投资价值,计算出的 FMV 损失为 59,069,583 美元。其次,申请人认为被申请人应补偿申请人从 2002 年 1 月 1 日至申请人出售目标公司股权 2004 年 8 月 18 日止的股份价值损失,其认为被申请人应补偿按照其监管机构认定的每年 12.94% 的标准计算股份回报,总计 81,390,722 美元。最后,申请人认为被申请人应赔偿其因缺少资金而导致的从 2004 年 8 月 18 日至实际支付之日止的股份回报,按照每年 10.9% 的标准,以 81,390,722 美元为基数计算。

被申请人认为若仲裁庭认为被申请人应支付补偿,补偿范围也应限制在申请人出售股份可能获得的收益范围内。申请人购买目标公司的股份时存在溢价,申请人投资应自担风险,处分目标公司股份时也过于仓促,由此导致的损失应该自负。最后,被申请人认为即使仲裁庭裁决被申请人应支付某些款项,这些款项的利息也应该是《英国 - 阿根廷 BIT》第 5 条规定的普通的商业利息。

仲裁庭认为《英国 - 阿根廷 BIT》仅规定了征收的补偿标准,也并未对其他类型的

补偿提供指引,因此仲裁庭需要回顾国家责任草案反映的习惯国际法规则,“补偿应尽可能消除不法行为导致的一切后果并且尽一切可能恢复不法行为未实施时的状态”。仲裁庭首先驳斥了被申请人对申请人出售目标公司股份不是一种合理的商业决定而是一种过失、甚至是有意将经济负担施加给被申请人的指控,认为没有证据证明被申请人的这一论断。其次,仲裁庭要确定被申请人违反《英国-阿根廷 BIT》中的公平公正待遇和保护义务导致的具体赔偿数额,为此,仲裁庭通过呈现“未采取措施”的情景,采用了申请人的 DCF 计算方法,得出截至 2002 年 6 月 25 日,申请人的股份减去出售后的价值为 3880 万美元。再次,仲裁庭认为申请人的利息损失应参照银行贷款产生的利息计算,即采用伦敦银行同业拆借利率加 2% 确定,利率为 5.15%,每半年复利一次,因此被申请人应向申请人支付 2002 年 6 月 25 日至 2008 年 10 月 31 日期间的本金加利息损失共计 53,592,439.25 美元。

### 三、简要评析

本案涉及到两个复杂的问题此处进行简要评析总结。

#### (1) 直接征收与间接征收

在分析关于征收的问题上,投资协定中约定“除基于公共目的需要,投资者获得及时、充足和有效的补偿外,一国投资者在东道国的投资不应被东道国征收或国有化或被采取产生类似效果的措施”。检验一项行政措施是否构成征收行为的标准依据是制定措施的根本目的,还是该措施是否违反东道国向投资者作出的依据投资产生收益的承诺?事实上本案中并未产生对财产的所有权的没收,政府行为仅仅造成了公司股价下跌,同时投资条约所保护的“资产”仅仅指代的是有形资产,不包括对股价等变化可能造成的期待收益损失等等。

针对措施效果的法律分析,仲裁庭将征收行为做出归类并结合案情做出比较后,得出被申请人的行为既不构成直接征收,也不成立间接征收。直接征收需转移财产的所有权,但本案中因为并没有将财产权转移至国家。另外间接征收需存在《英国-阿根廷 BIT》中约定“产生类似的效果的措施”,该措施产生的效果需要等同于征收或国有化措施产生的效果,措施对投资产生的效果并无根本剥夺所有权、造成不可挽回的损失,因此不构成对申请人投资的征收。

无独有偶,在对征收行为的判断上,投资仲裁庭往往会更倾向于通过对行为产生的效果判断其是否属于间接征收。在 *Tecnicas 诉 Mexican* 案中仲裁庭认为政府的行政措施对投资实际产生的效果比对措施本身的目的解释更为重要。<sup>②</sup> 另在 *Popes 诉 Talbot* 案中,东道国政府实施的措施不论出于何种意图,并没有剥夺投资人的财产权,因此不能被

<sup>②</sup> *Tecnicas v. The United Mexican*, ICSID Case No. ARB (AF)/002, 2003, pp.152, 174. 该案中申请人认为由于被申请人的决定,投资已完全丧失持续经营的经济价值,构成了征收。

简单的认定为征收。<sup>③</sup>笔者认为,相较于对政府行为的目的解释,应采取灵活标准判断行为产生的效果的影响对投资进行有效的管理与规范,仲裁庭行使自由裁量权从客观和主观的角度判断,兼顾政府行为的目的与效果,结合对投资者的影响做出公正的裁决。

## (2) 稳定投资环境与合理期待

仲裁先例有支持公平公正待遇要求东道国为投资者维持稳定和可预期的投资环境,本案中东道国的政治和经济现状稳定,投资环境优且投资获得的回报率高。但尊重投资者的合理期待并不意味着尊重投资者的所有期待,被申请人采取的措施是应对国内经济危机的合理举措,在考虑措施是否会影响到投资者投资环境时也应当结合措施的目的性进行判断。被申请人根本性改变了被申请人吸引投资者选择投资的维持稳定投资环境的制度保障,申请人亟需的法律救济也被作为置换特许经营的条款重新要求协商。投资人赖以投资的环境遭到根本性的更改,违背“持续性保护义务”的措施导致的不确定性在申请人投资期间一直存在。

投资时东道国现有法律决定了投资者对东道国投资的期待,仲裁庭认为合理期待以东道国承诺提出的特殊条件为基础,东道国后期行为不应当破坏投资者在做出投资时的合理期待。<sup>④</sup>东道国的行政行为应当维护稳定的投资商业环境,例如在 Gami 诉 Mexican 案件中,仲裁庭认为应当把焦点放在投资者做出投资决定时的东道国法律;<sup>⑤</sup>另外在 Grid 诉 Argentine 案中仲裁庭认为投资应当在当时的法律环境稳定持续的情况下作出;<sup>⑥</sup>相同的在 Marvin 诉 Mexican 案中仲裁庭同样对投资当时的相关法律作出了分析。<sup>⑦</sup>因此,国际投资仲裁中稳定的环境与法律基础是投资者所依赖东道国具体承诺的合理期待。

---

**Abstract:** Based on the analysis of the facts of the case, discuss the focus of controversy in the deliberation process of the arbitration tribunal. This essay sorts out the claims of the Parties and the Arbitration Tribunal on the difference between indirect and direct expropriation, and discusses the impact of investment income and behavior to decide whether it is expropriation or not. At the same time, the essay discusses the reasonable

---

③ Pope v. The Government of Canada, UNCITRAL DECISION BY THE ARBITRAL TRIBUNAL, 2002, pp.1, 12. 仲裁庭根据不同待遇比较的对象不同,分为三步对相似情形的事实背景进行了分析,最终裁定被申请人未违反对投资者的国民待遇。

④ 余劲松:《外资的公平与公正待遇问题研究》,载《法商研究》2005年第6期,第41页。

⑤ Gami Investments, Inc. v. United Mexican States, UNCITRAL FINAL AWARD, 2004, pp.31, 43, 仲裁庭认为不需要判断部分股权被破坏是否等同于征收,仲裁庭在任何情形下都应当先考察在征收令颁布时申请人所持有的股权的价值,在确定了投资减损的具体数值后,一旦超过这一标准,则该投资可以视为被征收。

⑥ National Grid plv v. The Argentine Republic, UNCITRAL AWARD, 2011, pp.67, 74, 仲裁庭认为,“公平公正待遇”一词旨在为投资者的正当预期提供充分的保护。但如果将二者相联系,则必须考虑所有情况进行评估。

⑦ Marvin Roy Feldman Karpa v. Unbited Mexican States, ICSID Case No. ABR(AF)/99/1, 2002, p.44, 该案中仲裁庭裁定,只有被申请人在 NAFTA 生效之后的措施,且是涉嫌违反 NAFTA 的措施,才与案件中的仲裁请求有关。因此仲裁庭拒绝任何 NAFTA 生效前的诉请。

---

expectation protection of investors in investment, combined with the investment environment at that time, and analyzes the supporting arguments of the Arbitration Tribunal in detail. Also it summarizes the identification of emergency hedging behavior and the calculation of compensation. Finally, the author summarizes the main points of this case and the general considerations and the basis of the award of the international investment arbitration tribunal in combination with the cases of the international investment Arbitration Tribunal for readers' reference.

**Keywords:** effect of expropriation; reasonable expectation protection; emergency hedge defense

---

---

(责任编辑: 赵一普)