



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

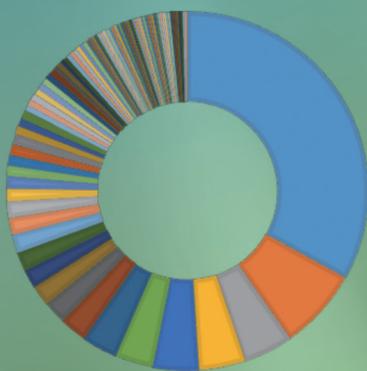


争议标的连续四年突破千亿元



## 国别数实现再增长

案件涉及 55 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
- 巴巴马
- 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>



## □ 实践研究

国际体育仲裁中临时措施的适用研究·····	桑远樑	5
论内地与香港区际诉讼与仲裁平行程序的解决·····	谢婉	17
巴基斯坦仲裁法律制度述评·····	杨陶 张炯	33
论互联网保险纠纷在线调解机制的构建·····	段明	47

## □ 理论研究

国际商事仲裁协议准据法的确定——英国法和中国法比较考察·····	聂羽欣	60
比较法视野下中国国际商事法庭的创设与运作·····	刘静	78
比较法视域下非诉调解协议效力规则的优化 ——以《新加坡调解公约》为切入·····	李佳	90

## □ 青年学范

论仲裁机构对临时仲裁的协助 ——《深圳国际仲裁院条例》第二十五条评述·····	孟伟 黄启蒙	101
《新加坡调解公约》签署后我国商事调解员的任职资格·····	刘沁予	113
《新加坡调解公约》下我国执行国际商事和解协议的衔接构建·····	张琳	132

## □ 案例分析

评 EDF 服务有限公司诉罗马尼亚仲裁案·····	时界	143
评嘉吉公司诉墨西哥仲裁案·····	梅冰	154

上述两起案例均为中国贸促会法律部编写

# COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION

## No. 3 , 2022 ( Serial No. 13 )

May 10, 2022

---

Study on the Application of Interim Measure in International Sports Arbitration .....	<i>SANG Yuanke</i> ( 5 )
The Settlement of Parallel Proceedings Between the Mainland and Hong Kong.....	<i>XIE Wan</i> ( 17 )
A Review of the Arbitration Legal System in Pakistan .....	<i>YANG Tao ZHANG Jiong</i> ( 33 )
On the Construction of Online Mediation Mechanism for Internet Insurance Disputes .....	<i>DUAN Ming</i> ( 47 )
Ascertaining the Governing Law of the International Commercial Arbitration Agreements: A Comparative Study of English and Chinese Law .....	<i>NIE Yuxin</i> ( 60 )
The Establishment and Operation of China’s International Commercial Court from the Perspective of Comparative Law .....	<i>LIU Jing</i> ( 78 )
Optimization of the Effectiveness Rules of Non-litigation Mediation Agreement from the Perspective of Comparative Law —Take the Singapore Mediation Convention as an Entry Point .....	<i>LI Jia</i> ( 90 )
Empower the Arbitral Institution’s Assistance to Ad Hoc Arbitration — Commentary on Article 25 of the “Provisions on the Shenzhen Court of International Arbitration” .....	<i>MENG Wei HUANG Qimeng</i> ( 101 )
Qualifications for Commercial Mediators in China after the Signing of the Singapore Convention on Mediation .....	<i>LIU Qinyu</i> ( 113 )
Exploring China’s Enforcement Mechanism of International Commercial Settlement Agreement under the Singapore Convention on Mediation .....	<i>ZHANG Lin</i> ( 132 )
Case Comment on EDF (Services) Limited v. Romania .....	<i>SHI Jie</i> ( 143 )
Analyses on Case of Cargill Inc. v. United Mexican States .....	<i>MEI Bing</i> ( 154 )

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

# 国际体育仲裁中临时措施的适用研究

桑远棵\*

---

**内容提要** 临时措施是国际体育仲裁中的重要机制,在体育争议当事人之间发挥着利益平衡的支点作用。CAS《体育仲裁法典》第 R37 条就授予临时措施的条件作了大致规定,不过在临时措施的实体性适用条件、类型和可执行性方面仍需进一步明确。通过分析 CAS 案例、瑞士法等可以确定:首先,在实体性适用条件中,“不可弥补的损害”不限于金钱性损害,“实体胜诉的可能性”应是看似合理的较低证明标准,“利益的平衡”则要求适当地保障他方当事人的合法权利,三个要素不必在所有情形下同时满足;其次,CAS 仲裁庭有权依据个案情形授予不同类型的临时措施,但应受限于当事人的协议和瑞士强制性规范;最后,CAS 临时措施可依申请获得瑞士法院的协助执行,在其他国家则存在不确定性。未来中国制定体育仲裁规则临时措施条款应当吸收 CAS 的有益经验。

**关键词** 临时措施 国际体育仲裁 CAS《体育仲裁法典》 保全措施

---

## 一、问题的提出

在国际体育法领域,国际体育仲裁院(Court of Arbitration for Sport, CAS)是解决国际体育争议的权威机构,被誉为世界体育界的最高法院,因其中立性、专业性、高效性、权威性而获得了最广泛的认可与使用,在塑造具有自成一体性质的国际体育法方面发挥了举足轻重的作用。在这当中,临时措施(interim measure)是一项赋予当事人保护自身合法权益的有效救济措施,在必要情形尤其是紧急情形下可以及时地维护当事人的核心权益,避免因他方当事人的行为而遭受重大损害。从根本上而言,临时措施发挥着平衡各方利益和分配潜在风险的支点作用。

临时措施是指,在最终争议结果作出之前,由仲裁庭或仲裁机构作出的临时性命令,旨在保障当事人的权利或者规制当事人的关系,使争议解决程序更为公平、有效。<sup>①</sup>在具体表述上,CAS《体育仲裁法典》第 R37 条和《反兴奋剂临时分庭仲裁规则》第 A18 条都使用“临时与保全措施”(provisional and conservatory measure),CAS《奥运会临

---

\* 桑远棵,浙江工商大学法学院讲师。本文受浙江工商大学科研启动经费(项目编号:No.1100XJ2321076)资助。

① Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 3 ed., Netherlands: Kluwer Law International, 2021, p.2605.

时分庭仲裁规则》( Arbitration Rules applicable to the CAS ad hoc division for the Olympic Games ) 第 14 条则使用的是“在先救济”( preliminary relief ), 2006 年联合国国际贸易法委员会修订的《国际商事仲裁示范法》第 17 条使用的是“临时措施”。从实质上看, 这些不同的表述具有相同的内涵。

然而, 临时措施的制度性功能在实践中并没有受到应有的重视, 因而被认为是一个还未得到充分使用的机制。<sup>②</sup> 主要原因是 CAS 《体育仲裁法典》( Code of Sports-Related Arbitration ) 第 R37 条仅规定了临时措施的大致适用条件, CAS 临时措施的实体性适用条件、类型和可执行性等相关问题仍有待于澄清, 本文将结合 CAS 的具体实践予以详细分析。对中国而言, 未来在制定体育仲裁规则时有必要明确临时措施的适用标准等事项。

## 二、程序与实体: CAS 授予临时措施的两大条件

### (一) 程序性条件

#### 1. 用尽内部程序救济措施

CAS 《体育仲裁法典》第 R37 条第 1 款规定, 当事人必须在用尽体育机构的内部救济之后才有权向 CAS 提交临时措施申请。这一要求是所有版本的 CAS 《体育仲裁法典》所明确规定的前置性要求。可见, CAS 不太愿意过早地介入或干涉那些仍处于体育联合会或机构内部争议解决体系的争议事项。<sup>③</sup> 在 CAS 2012/A/2993 号案件中, 仲裁庭就认为在被上诉的决定还未生效之前就提出临时措施请求是不成熟的。<sup>④</sup>

从本质上看, 用尽内部救济具有一定的合理性, 主要是因为很多临时措施案件都具有纪律处罚性质, 当事人尤其是运动员因为涉嫌违反兴奋剂条例或其他原因受到体育主管机构作出的停赛、罚金等不同类型的处罚, 如果允许当事人在任何时候向 CAS 申请临时救济, 不但可能妨碍体育主管机构的内部救济程序, 还可能出现 CAS 临时措施与内部救济措施相冲突的问题。因此, CAS 有义务审查当事人是否用尽内部救济措施。

#### 2. CAS 具有初步管辖权

一般而言, 如果 CAS 对体育争议案件不具有管辖权, 也就无权受理当事人的临时措施请求。现行 CAS 《体育仲裁法典》第 R27 条规定, 只有当事人在仲裁协议或者在体育联合会的章程或条例中约定 CAS 的管辖权, CAS 才获得裁判相关案件的管辖权, 这也是 CAS 受理临时措施请求的法律基础。应当指出, 临时措施只具有暂时性特征, 不应提前预判或干涉争议案件的最终结果。因此, CAS 仲裁庭在判定自身是否具有管辖权

<sup>②</sup> Ian Blackshaw, *Provisional and Conservatory Measures—An Under-utilized Resource in the Court of Arbitration for Sports*, Entertainment and Sports Law Journal, 2006, Vol.4:2, p.6.

<sup>③</sup> Ian Blackshaw & Thilo Pachmann, *CAS Provisional and Conservatory Measures and Other Options to Be Granted Interim Legal Relief*, in Yearbook of International Sports Arbitration, 2015, A. Duval, A. Rigozzi (ed.), 2016, p.97.

<sup>④</sup> Liberia Football Association v. Confederation Africaine de Football (CAF), CAS 2012/A/2993, Order of 30 November 2012, para.49.

上并不需要达到确定无疑的标准,而只需要符合初步的或表面上的(*prima facie*)管辖权。这种标准实际上是一个相对较低的门槛。<sup>⑤</sup>换言之,除非CAS仲裁庭认为其对争议案件明显不具有管辖权,否则便应受理临时措施请求。

在这方面,不同版本的CAS《体育仲裁法典》第R37条的具体内容就有很鲜明的体现。一方面,2012年及之后版本的《体育仲裁法典》一致要求,CAS分庭主席如果认定其明显(*clearly/manifestly*)地缺乏管辖权,则应当终止仲裁程序。另一方面,2012年版《体育仲裁法典》规定,相关分庭主席或仲裁庭应首先判定CAS的管辖权。所不同的是,2013年及之后版本的《体育仲裁法典》则降低了管辖权的认定标准,只要求相关分庭主席或者仲裁庭首先判定CAS的初步管辖权。在CAS 98/202号案件中,上诉人向CAS一并提起上诉程序和临时措施申请,CAS分庭主席认为上诉人援引的仲裁条款不具有关联性,CAS没有受理本案的管辖权。<sup>⑥</sup>这也就表明,CAS只需要初步地认定自身的管辖权即可,不需要全面审查管辖权事项,尤其是在奥运会比赛等紧急情形下,CAS也没有充分的时间进行全面审查。

### 3. 申请人必须在规定期限内提交仲裁或上诉请求

2013年版CAS《体育仲裁法典》第R37条首次要求:在普通仲裁程序中,申请人必须在提交临时措施请求的10天内提交一份相关的仲裁请求;在上诉仲裁程序中,则要求其在规定的期限内提交一份上诉声明,否则临时措施程序自动撤销。而且,不得协议延长这个期限。这意味着,一方面,当事人有权在仲裁程序启动之前向CAS提出临时措施申请,而无需等到仲裁庭组成之后,为当事人提供了更加快速有效的救济手段;另一方面,临时措施涉及当事人之间的权益分配,无法独立存在于一个正式的仲裁程序。一般而言,申请人大多在提交仲裁申请或上诉请求之时便提交临时措施请求,这也间接地表明案件的紧急性和申请人利益保护的重要性。

## (二) 实体性条件

在判定是否授予临时措施时,CAS分庭主席或仲裁庭还应当考虑多个实体性因素。最早的1994年版CAS《体育仲裁法典》没有作出任何规定。不过,2003年的《奥运会临时分庭仲裁规则》第14条就是否授予在先救济作出了具体规定:一是救济措施是否对保护申请人免受不可弥补的损害是必要的,二是实体性诉求是否具有胜诉可能性,三是申请人的利益是否大于另一当事人或者奥林匹克共同体成员的利益。这项规定可称之为“三要素标准”。直到2013年,CAS《体育仲裁法典》才首次引入三要素标准,内容大致相当,只不过第三个要素有略微不同。2013年之后版本的CAS《体育仲裁法典》第R37条未作任何改变。

<sup>⑤</sup> Stephen Benz, *Strengthening Interim Measures in International Arbitration*, Georgetown Journal of International Law, 2002, Vol.50, p.152.

<sup>⑥</sup> Peristeri A.C. v. International Baseball Federation (FIBA), CAS 98/202, Order of 13 July 1998, pp.2-3.

### 1. 不可弥补的损害

申请人可能遭受不可弥补的损害,是仲裁庭应当首先衡量的重要标准。CAS《体育仲裁法典》第 R37 条仅规定,临时措施或在先救济对保护申请人免受不可弥补的损害是否有必要,而没有解释或列举这项标准的具体情形。然而,缺乏一个明确的指引将导致仲裁庭就此事项作出纷繁多样的解释,不仅有碍于法律适用上的统一性,也不符合当事人的合理期待。通过分析已有的 CAS 案件,可以进一步厘清“不可弥补的损害”的内涵。

首先,不可弥补的损害强调外在形势的紧迫性,对申请人的现时重大利益可能造成即刻的风险或威胁。例如,在每 4 年举办一次的奥运会和世锦赛上,比赛日期短暂且紧凑,取消申请人的参赛资格势必造成不可弥补的损害。<sup>⑦</sup>在 CAS 1997/A/169 号案件中,仲裁庭认为维持停赛的决定将使申请人失去参加意大利比赛的资格,无疑将对其造成难以恢复的额外损害。<sup>⑧</sup>可见,一般来说大型的重要赛事都具有内在的紧迫性,因其无法人为地推迟或者再次复制,体育主管机构对运动员等判处的停赛、剥夺参赛资格或禁令,大多符合不可弥补的损害要求。而对于体育的性质与体育产业而言,救济的时间经常是救济本身的根本性质。<sup>⑨</sup>

其次,一般情形下申请人只需要符合“看似合理的标准”(plausibility test)。换言之,申请人所应提供的证明标准应当是相对较低的。一方面,申请人无须证明该项损害必定会发生;另一方面,也没有必要具体地说明损害的具体数额与程度。少数情形下,甚至只需要不可弥补的损害的发生仅具有微小的可能性。在 CAS 2004/A/780 号案件中,国际足联(FIFA)对巴西运动员 Christian 作出停赛等惩罚决定,Christian 请求 CAS 授予中止 FIFA 决定的紧急临时措施,因为停赛将对其职业生涯带来严重损害,如失去在俱乐部中的位置以及任何的奖金,还可能失去工作。仲裁庭认为 FIFA 至少没有从表面上证明上诉人不会遭受损害,现阶段执行特定的纪律处罚将对上诉人产生直接损失,后续难以获得补偿。<sup>⑩</sup>可见,申请人的证明义务只限于证明其可能遭受的损害超过了仅仅可能恢复的经济影响。

最后,不可弥补的损害不一定完全指向金钱性质的损害,还包括道德和荣誉上的损害,甚至是机会损失。应当指出,在判断不可弥补的损害时,损害本身应当与申请人的利益具有直接关联性,而不是外在的第三人。而且,不可弥补的损害应当是具体的、真实的,而不是基于一般的臆断或猜想,如申请人运动员的职业生涯将受到不利的影 响。在 CAS 2008/A/1569 号案件中,上诉仲裁庭主席驳回上诉人第一项关于中止执行国际马术联合会决定的请求,所依据的一个理由便是上诉人缺乏任何对不可弥补的损害风险的证明。<sup>⑪</sup>

⑦ 王蓉:《国际体育仲裁院授予临时措施的审查标准探析》,载《体育学刊》2009年第9期,第16页。

⑧ M. v. Fédération Italienne de Cyclisme (FIC), CAS 1997/A/169, Order of 15 May 1997, p.10.

⑨ Jeffrey G. Benz & William Sternheimer, *Expedited Procedures before the Court of Arbitration for Sport*, CAS Bulletin, 2015, Vol.1, p.10.

⑩ Christian Maicon Henning v. Prudentopolis Esporte Clube & Federation Internationale de Football Association (FIFA), CAS 2004/A/780, Order of 6 January 2005, p.18.

⑪ Jessica Kurten v. Federation Equestre Internationale (FEI), CAS 2008/A/1569, Award of 2 February 2009, p.4.

实践之中,一般意义上的经济损害经常难以定性为不可弥补的损害。如果之后申请人在争议实体问题上取得胜诉,通过在仲裁裁决中裁定金钱性赔偿金的方式便可以弥补申请人的潜在损失,这种情形便不适于、也没有必要授予临时措施。在 CAS 2005/A/990 号案件中,国际冰球联合会纪律委员会就乌克兰运动员违反兴奋剂规定对其处以停赛惩罚,申请人乌克兰运动员向 CAS 提起要求中止该项决定的请求,其认为停赛将使其失去维持家庭生活的收入,遭受不可弥补的损害。仲裁庭最终驳回了此项请求,原因是停赛所造成的经济上的、情感上的和心理上的损害是不可避免的结果。<sup>⑫</sup>但在特殊情形下,如果申请人能够证明金钱性损害从根本上难以弥补或无法恢复,则其请求也应当获予支持。事实上,道德与荣誉损害以及机会损失通常难以证明,一般情形下所造成的损害无法符合标准,只有明显具有严重性或实质性的损害才可能达到要求。

## 2. 实体胜诉的可能性

申请人在诉求的实体方面存在胜诉的可能性 (likelihood of success on the merits), 是判定是否授予临时措施的重要标准之一。只有申请人在争议实体方面具有合法诉求,临时措施才具有存在的合理性,否则可能沦为恶意当事人寻求不正当利益的工具。在这方面,申请人至少需要证明或使仲裁庭相信其在未来胜诉是看似合理的。实践中,已有多个仲裁庭一致认为,申请人必须证明胜诉具有最低限度的合理可能性,所依据的事实与援引的权利是存在的,以及符合法律诉讼的实质性条件。<sup>⑬</sup>

申请人在诉求实体方面存在胜诉的可能性是一个相对较低的标准。之所以设定这样一个标准,是因为实体争议的最终结果在仲裁程序开始阶段是无法确定的,它取决于全面地审查所有的主张与证据,历经所有的必要程序性步骤。然而,临时措施的制度性功能并不要求在程序初期对案件的结果有非常准确的认知,其价值仅仅在于平衡当事人之间的权利与义务。而且在此阶段,仲裁庭不应当提前预判争议的最终结果,否则可能构成对实体结果的预先干涉。在 CAS 2002/H/OG 号案件中,仲裁庭认为在作出临时措施的决定时,不应当就潜在的案件实体表达任何的观点。<sup>⑭</sup>

尽管普遍认为,实体胜诉的可能性仅仅要求,仲裁庭在初步了解案情后确信其未来可能支持申请人的实体诉求。但在具体的实践中,这种胜诉的可能性到底有多大,需要达到何种程序,至今还未形成统一认识。如果任由仲裁庭随意地解释,而不施加必要的限制,很有可能减损临时措施的实际效果。在理论层面,就如何判定实体胜诉的可能性存在两种认定模式:一种是积极标准,要求存在胜诉的合理可能性;另一种是消极标准,即如果胜诉的可能性未被完全低估,或者说胜诉的可能性高于被驳回的可能性,则临时

<sup>⑫</sup> P. v. IIHF, Order on Request for Provisional Measures of 19 January 2006, CAS 2005/A/990, 2006, p.3.

<sup>⑬</sup> Christian Maicon Henning v. Prudentopolis Esporte Clube & Federation Internationale de Football Association (FIFA), CAS 2004/A/780, Order of 6 January 2005, p.15; Fulham FC v. Olympique Lyonnais (OL), CAS 2003/O/486, Preliminary Award of 15 September 2003, p.17; Addo & van Nistelrooij v. Union des Association Europeennes de Football (UEFA), CAS 2001/A/324, Award of 15 March 2001, p.5; S. v. FINA, CAS 2000/A/274, Order of 26 May 2000, p.2.

<sup>⑭</sup> Canadian Olympic Association (COA) v. International Skating Union (ISU), Order of 14 February 2002, CAS 2002/H/OG 02-004, 2002, pp.2-3.

措施申请是可能获得支持的。<sup>⑮</sup>

在 CAS 2001/A/324 号案件中,两位上诉人向 CAS 共同提交了临时措施请求,要求允许其参加欧足联下一阶段的比赛, CAS 上诉仲裁庭主席认为,上诉人必须让人觉得其胜诉已经在事实上具有特定的可能性,也必须合理地证明所援引的权利是存在的以及符合法律诉讼的实质条件性。<sup>⑯</sup> 在 CAS 2004/A/780 号案件中,仲裁庭准许了当事人的临时措施请求,一个原因是上诉人的胜诉可能性从表面上看是合理的,它们不能被完全低估。同时,上诉人也简要地提出了其没有违反合同的证据。<sup>⑰</sup> 因此,申请人在实体胜诉方面仅仅需要符合看似合理的标准,不需要达到充分或者必然的胜诉程度,过高的要求将迫使仲裁庭提前不当地干涉实体争议的最终结果。

### 3. 利益的平衡

利益的平衡 (balance of interest), 亦称为便利的平衡或比例原则, 是一项维护临时措施的制度价值的重要手段, 要求仲裁员更加全面考虑当事人所处的经济状况, 以保证一方当事人不会因为临时措施而处于绝对的不利地位, 从而适当地平衡当事人之间的利益关系。事实上, 这项因素在国际体育仲裁中得到了广泛运用, 可以防范仲裁庭作出可能是错误的或未臻成熟的命令的风险, 尤其是在庭审中呈现了所有的事实与法律之后。<sup>⑱</sup> 在这方面, CAS《体育仲裁法典》第 R37 条仅仅要求考虑申请人的利益是否高于被申请人的利益。有所不同的是,《奥运会临时分庭仲裁规则》第 14 条还进一步要求考虑申请人的利益是否大于其他奥林匹克共同体成员的利益。这也表明, 体育领域所涉及到的利益主体经常超出 CAS 仲裁程序的当事人, 延伸至与仲裁程序无关联的第三方。

事实上, 在 CAS 2001/A/328、2003/O/486、2004/A/780 号等多个案件中, 仲裁庭一以贯之地强调, 作为一般性原则, 在决定是否授予临时措施时, 有必要考虑上诉人的利益是否大于另一方当事人的利益, 比较分析上诉人在立即执行决定的情形下所产生的风险以及被上诉人在被中止执行的情形下所产生的不利影响。这一分析说理便是适用利益平衡的具体表现。在 CAS 2001/A/324 号案件中, 两位上诉人请求 CAS 授予临时措施, 以便于允许其参加欧足联的下一阶段赛事, CAS 上诉仲裁庭主席驳回了请求, 其中一个理由是上诉人参加欧足联最后一轮比赛的利益没有大于欧足联使其条例平等适用于所有参赛者的利益。<sup>⑲</sup> 在 CAS 2001/A/328 号案件中, 上诉人就被申请人国际奥委会作出的

<sup>⑮</sup> Antonio Rigozzi & Erika Hasler, *Commentary on the CAS Procedural Rules: Article R37—Provisional and Conservatory Measure, in Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, Manuel Arroyo (ed.), 2013, p.943.

<sup>⑯</sup> Addo & van Nistelrooij v. Union des Association Europeennes de Football (UEFA), CAS 2001/A/324, Award of 15 March 2001, p.5; S. v. FINA, CAS 2000/A/274, Order of 26 May 2000, p.2.

<sup>⑰</sup> Christian Maicon Henning v. Prudentopolis Esporte Clube & Federation Internationale de Football Association (FIFA), CAS 2004/A/780, Order of 6 January 2005, p.7.

<sup>⑱</sup> David E. Wagoner, *Interim Relief in International Arbitration: Enforcement Is a Substantial Problem*, *Dispute Resolution Journal*, 1996, Vol.51, p.69.

<sup>⑲</sup> Addo & van Nistelrooij v. Union des Association Europeennes de Football (UEFA), CAS 2001/A/324, Award of 15 March 2001, p.5.

停赛处罚决定提出上诉以及申请临时措施。仲裁庭认为,如果授予有限的临时措施,被申请人在维持现有的停赛决定方面的利益似乎将受到最低限度的影响,最终授予了临时措施。<sup>⑳</sup>因此,仲裁庭在是否授予临时措施问题上应当结合具体的案情,尤其是当事人的经济地位、第三方的利益以及相关处罚决定对双方当事人可能产生的影响,最大限度地平衡双方当事人的权利与利益关系。

#### 4. 三要素标准的可选择性

从文本上看,CAS《体育仲裁法典》并没有明确三要素标准应当同时满足,还是只需要选择性地符合其中的一个或两个条件。尽管有部分CAS案件的仲裁庭认为,三个要素应当全部满足,三者具有并存性质,<sup>㉑</sup>不过,从文义解释的角度出发,可以发现其仅仅要求CAS仲裁庭“考虑”或“参考”,而并没有强制性要求三者同时满足。而且,现有条文还特别强调应当“根据案件的情形”加以考虑,这也就间接地表明三要素是无须在任何情形下都获得满足。在CAS 98/190号案件中,仲裁庭也仅仅分析了申请人是否具有合理的胜诉可能性。<sup>㉒</sup>

事实上,过高的适用标准势必将大量临时措施请求拒之门外,不当妨碍当事人的合法权益,以至于从根本上造成临时措施的制度性瘫痪。正如CAS 2002/H/OG号案件的仲裁庭所言,每个因素都具有关联性,但是任何一个因素在个案中都可能发挥决定性作用。<sup>㉓</sup>还有观点认为,三要素标准在某种程度上至少是多余的,很明显,不可弥补的损害越大,申请人的利益越重要,仅仅以争议实体的初步分析为由拒绝临时措施的可能性也就越小。<sup>㉔</sup>因此,在是否判定授予临时措施方面,并不要求在任何情形下都完全符合三要素标准,根据个案的特殊情形也可以只需要符合其中的一个或两个要素,过于严格或机械地适用三要素标准不仅是不可取的,也并非有益,在可预见性上所产生的困难将胜过实际解决的问题。<sup>㉕</sup>

### 三、CAS临时措施的具体类型及其可执行性

#### (一) CAS临时措施的具体类型

在国际仲裁领域,仲裁庭有权依据个案情形授予不同种类的临时措施,以便在更大程度上保护当事人的正当利益。从现有规范来看,CAS《体育仲裁法典》第R37条都没有就临时措施的类型作出具体的规定。不过,《奥运会临时分庭仲裁规则》第14条

<sup>⑳</sup> F. v. International Sports Organization for the Disabled (ISOD), International Paralympic Committee (IPC), Disabled Sports USA (DS/USA), CAS 2001/A/328, Order of 3 August 2001, p.3.

<sup>㉑</sup> AEK Athens and SK Slavia Prague v. UEFA, Arbitration CAS 98/200, Order of 17 July 1998, pp.10-11.

<sup>㉒</sup> HC Prilly v. LSHG, CAS 1998/A/190, Order of 10 March 1998, p.3.

<sup>㉓</sup> Canadian Olympic Association (COA) v. International Skating Union (ISU), CAS 2002/H/OG 02-004, Order of 14 February 2002, pp.1-2.

<sup>㉔</sup> Ian S. Blackshaw et al., The Court of Arbitration for Sport: 1984-2004, Netherlands: T.M.C. Asser Press, 2006, p.226.

<sup>㉕</sup> P. et al, v. FIFA, CAS 2011/A/2489, Order of 8 July 2011, pp.7-8.

却明确规定了一种临时措施,即中止被异议或被上诉决定的效力。然而,CAS《体育仲裁法典》未对临时措施的类型作出具体规定,是否就意味着CAS分庭主席或仲裁庭有权授予任何类型的临时措施而不会受到限制?答案当然是否定的。因为CAS是设立于瑞士的仲裁机构,CAS《体育仲裁法典》第R28条规定CAS仲裁程序的仲裁地始终是瑞士,无论奥运会的举办城市或者仲裁程序的庭审地是否位于瑞士。为此,CAS仲裁程序必须受制于瑞士《国际私法法典》或《民事诉讼法》的相关规定。

### 1. 临时措施的具体类型

事实上,瑞士《国际私法法典》第183条指向的是国际仲裁中仲裁庭授予临时措施的问题,其没有直接规定临时措施的类型,也没有明确限制仲裁庭授予何种类型的临时措施。这默示地表明,仲裁庭在授予临时措施的类型上拥有宽泛的裁量权,有权在个案中授予其认为适当的临时措施。一般而言,国际仲裁中主要有三类临时措施:一是保全性措施,旨在仲裁程序期间维持现状,以保证最终裁决的可执行性;二是规制性措施,意在最终裁决作出之前规制当事人之间的关系;三是履行性措施,主要目的是临时执行所有或部分实体性诉求。<sup>②6</sup>以上三种类型的临时措施并不是穷尽性的。

具体而言,在CAS 2002/H/OG号案件中,申请人加拿大奥林匹克协会向CAS临时分庭提交了一份在先救济请求,要求其命令花样滑冰比赛中的裁判员出席仲裁程序及提供证明,因为该项比赛的一名裁判员已经离开了盐湖城,为了保存证据,仲裁庭作出了要求被申请人尽最大的努力保证裁判员留在盐湖城的命令。<sup>②7</sup>可见,CAS仲裁庭有权就个案情形授予适当的临时措施,而不完全限于以上三种类型。

### 2. 临时措施的限制性范围

应当指出,仲裁庭授予临时措施必须受到两个方面的限制:一个是当事人的约定,最明显的例子是当事人在仲裁协议中明确排除或限制仲裁庭授予临时措施的权力,这一点为瑞士《国际私法法典》第183条第1款所明确允许;另一个是可予适用的强制性规范,仲裁地法明确禁止仲裁庭授予特定类型的临时措施,如瑞士法就不允许仲裁庭授予扣押财产的临时措施。<sup>②8</sup>

## (二) CAS临时措施的可执行性

在国际体育仲裁领域,临时措施能否得到不同国家的广泛执行,是检验这一机制有效性的最终落脚点。就目前而言,1958年《联合国承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》)的适用对象仅仅是就全部或部分争议实体事项作出的终局性裁决,而不适用于具有中间性质、临时性特征的程序性命令。无论临时措施的表述形式是命令

<sup>②6</sup> Antonio Rigozzi & Erika Hasler, *Commentary on the CAS Procedural Rules: Article R37--Provisional and Conservatory Measures, in Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, Manuel Arroyo (ed.), 2013, p.940.

<sup>②7</sup> Canadian Olympic Association (COA) v. International Skating Union (ISU), CAS 2002/H/OG 02-004, Order of 14 February 2002, p.2.

<sup>②8</sup> Paolo Michele Patocchi, *Provisional Measures in International Arbitration, in International Sports Law and Jurisprudence of the CAS*, Michele Bernasconi (ed.), 2014, p.74.

(order) 还是裁决 (award), 多数国家的司法实践主要还是坚持适用“实体优于形式”的认定标准, 并不认为临时措施属于裁决的范围。<sup>29</sup> 因此, CAS 临时措施无法通过《纽约公约》在其他国家获得协助执行, 而只能留待各个国家依据其国内法予以决定。

### 1. CAS 临时措施在瑞士的强制执行

由于 CAS 仲裁庭缺乏强制执行权或刑事处罚权, 在当事人拒不履行临时措施的情形下, 则应请求相关国家的法院强制执行。又由于 CAS 仲裁程序的仲裁地位于瑞士洛桑, 瑞士《国际私法法典》第 183 条第 2 款明确规定, 如果当事人不自愿遵守临时性与保护性措施, 仲裁庭有权寻求法官的协助执行。第 184 条第 2 款还规定仲裁庭可以请求瑞士的司法或行政机关协助取证。第 185 条更是允许其他类型的司法协助, 可以在最大程度上涵盖更多类型的临时措施。因此, 如果被申请人的住所是在瑞士或者相关的体育竞赛是在瑞士举办, CAS 发布的临时措施可以获得瑞士法院的协助执行。

### 2. CAS 临时措施在瑞士以外国家的强制执行

事实上, CAS 临时措施在瑞士之外的国家寻求承认与执行, 则可能存在不确定性。一方面, 很多国家的国内法已经明确规定, 该国法院可以执行仲裁庭授予的临时措施。例如, 新加坡《国际仲裁法》第 143A 章第 12.6 条规定, 仲裁庭在仲裁过程中作出的命令或指令, 具有与法院命令相同的可执行性。2013 年的比利时《司法法典》第 1696 条规定, 除非当事人另有约定, 仲裁庭授予的临时或保护措施应具有约束力, 不论该措施是在哪国作出的, 都由一审法院执行。2016 年, 韩国修订的《仲裁法》第 18—7 条也明示允许当事人向该国法院申请人承认与执行临时措施。

另一方面, 目前仍有很多国家的法律并未就临时措施的强制执行作出明确的规定, 还从根本上禁止或剥夺了仲裁庭发布临时措施的程序性权力, 主要有意大利、希腊、巴西、中国、阿根廷等少数国家。<sup>30</sup> 具体来说, 意大利《民事程序法典》第 818 条就规定仲裁员无权授予扣押或其他临时保全措施。事实上, 这类规定为 CAS 临时措施的全球执行设置了难以逾越的法律障碍。

### 3. CAS 临时措施的总体执行状况

实践表明, CAS 仲裁庭授予的临时措施在绝大多数情形下都获得了当事人的自愿执行, 尤其是上诉仲裁程序中的临时措施, 这是国际体育领域自治性的重要表现。之所以出现这类现象, 主要原因在于: 一方面, 临时措施大多具有很高程度的道德权威, 国家或国际体育联合会形成了高效的内部执行机制, 可以保证其管辖范围内的运动员予以遵

<sup>29</sup> Jonathan Hill, *Is an Interim Measure of Protection Ordered by an Arbitral Tribunal an Arbitral Award?* Journal of International Dispute Settlement, 2018, Vol.9, p.593.

<sup>30</sup> 胡荻:《论国际商事仲裁中仲裁庭的临时保全措施决定权》,载《南昌大学学报(人文社会科学版)》2013年第4期,第104页。

守和服从;<sup>③1</sup>另一方面,当事人若不遵守临时措施,仲裁庭可能就特定事项作出不利推定,或者在最终的裁决中裁定不履行方支付更多的程序性费用,以此作为间接的惩罚措施。因此可以认为,CAS临时措施的可执行性还是获得了最大限度的保障,只有极少数的临时措施需要由国家法院协助执行。

## 四、CAS临时措施的中国应对与借鉴

### (一) CAS临时措施在中国的可执行性

从当前来看,临时措施的全球执行还缺乏统一的国际公约,致使CAS临时措施的域外执行必须依据执行地的国内法。在中国,2017年《仲裁法》《民事诉讼法》都没有就外国仲裁庭授予的临时措施的执行作出规定。在此规范缺失的情形下,有必要从其他方面分析CAS临时措施能否在中国获得强制执行。

首先,对于CAS处理的争议类型。一般来说,主要有商事性争议和非商事性争议。对普通仲裁程序下平等主体之间的商事性争议而言,CAS授予的临时措施与中国《仲裁法》不存在冲突。相反,对于上诉仲裁程序下的非商事性争议,所涉争议主要是体育主管机构作出的纪律处罚决定,具有非常强烈的行政色彩,往往直接涉及体育活动参赛者的身份、称号和名誉等人身权利。<sup>③2</sup>《仲裁法》第2条规定平等主体之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷具有可仲裁性。这项规定属于强制性规范,当事人不得违反,因此就纪律处罚之类的争议作出的临时措施很可能无法获得强制执行。

其次,对于临时措施的授予权。《仲裁法》第28条和第46条分别规定,当事人申请财产或证据保全的,仲裁委员会应将当事人的申请依照《民事诉讼法》的规定提交法院。这表明,临时措施的授予权专属于中国法院,仲裁庭不具有临时措施的授予权,仲裁机构仅仅负责转交当事人的申请。可见,中国在临时措施的授予权上是采纳一元化的法院专属模式,具有很大程度的强制性特征或司法主权因素,可能使CAS仲裁庭授予的临时措施因为违反中国法律而无法获得中国法院的执行。

最后,对于临时措施的类型。《仲裁法》规定了财产保全和证据保全两种类型,2017年《民事诉讼法》则将临时措施的类型扩大到财产保全、证据保全、行为保全。由此可见,中国法上的临时措施范围相对宽泛,基本涵盖了实践中可能出现的情形,与外国法上的临时措施类型大抵相当。

从目前来看,CAS临时措施在中国无法获得强制执行。有观点认为,可以通过适用

<sup>③1</sup> Daniel Girsberger & Nathalie Voser, *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives*, Netherlands: Kluwer Law International, 2016, p.490. Ian Blackshaw & Thilo Pachmann, *CAS Provisional and Conservatory Measures and Other Options to Be Granted Interim Legal Relief*, in *Yearbook of International Sports Arbitration 2015*, A. Duval, A. Rigozzi (ed.), 2016, p.104.

<sup>③2</sup> 石现明:《承认与执行国际体育仲裁裁决相关法律问题研究》,载《体育科学》2008年第6期,第71页。

互惠原则执行外国仲裁机构的临时措施。<sup>③</sup>实际上,这项方案并不具有可行性,主要在于互惠原则的适用必须以不违反中国法律为前提,而当前中国法律还不允许仲裁庭授予临时措施。不过,2021年司法部公布的《仲裁法(修订)(征求意见稿)》(《意见稿》)第48条第3款明确规定,当事人可以申请法院协助执行临时措施。而且,《意见稿》第46条还允许仲裁庭授予临时措施。因此,一旦《意见稿》的上述修订事项获得最终的通过,未来CAS临时措施在中国的执行便具有直接的法律依据。

## (二) 未来中国体育仲裁规则中临时措施条款的设计

1995年《体育法》第33条、2016年修订的《体育法》第32条规定,在竞技体育活动中发生纠纷由体育仲裁机构负责调解、仲裁。但长久以来,我国一直没有建立起独立的体育仲裁机制。只有在体育行业协会如中国足球协会的内部争议解决体系中存在仲裁委员会,但它并没有设定具体的临时措施规则。现实情形已经表明,单独的体育仲裁机制的缺失使得我国体育争议当事人如运动员与俱乐部的合法权益无法获得有效保障,<sup>④</sup>因而根本无法发挥临时措施的制度性功能。

不过,2022年6月通过的新的《体育法》第9章第91条明确规定,国家建立体育仲裁制度。第93条进一步要求国务院体育行政部门设立体育仲裁委员会并制定体育仲裁规则。这是我国体育争议解决法治化的重要里程碑。因此,未来体育仲裁规则的制定应当高度重视临时措施的程序性价值。在该条款的设计上,有必要适当借鉴CAS的有益经验:首先,应当列明仲裁庭应当考虑的三个实体性要素,分别为“不可弥补的损害”、“实体胜诉的可能性”、“利益的平衡”;其次,应当明确规定前述的三个要素是选择性的,并不要求在任何情形下完全符合三项要求;最后,有必要规定仲裁庭有权根据具体的情形授予不同类型的临时措施,但是必须受制于当事人的协议和我国法上的强制性规范。

## 五、结 论

临时措施是国际体育仲裁中的一项重要程序性机制,旨在平衡当事人之间利益关系,其有效运用不仅可以合理地分配当事人之间的潜在风险,还有利于进一步增进国际体育仲裁的合法性。实践之中,运动员、俱乐部等体育主体应当高度重视临时措施的程序性价值,提高临时措施的有效使用率,最大限度地释放临时措施的制度性功能。这就要求,一方面,应适当地解释和澄清CAS《体育仲裁法典》第R37条等相关规则的含义和范围;另一方面,也应最大限度地支持CAS在临时措施上的裁判权,尽可能地减少外在司法因素对体育争议解决的不必要干涉,进而维护国际体育法的自治性。

当前,中国还未制定专门的体育仲裁法,也未设立单独的体育仲裁机制,国内体育争议主要是通过体育主管机构的内设机制予以解决,致使临时措施程序没有任何适用的空

<sup>③</sup> 郭树理、王蓉:《奥运会体育仲裁中的临时措施探讨》,载《华东政法大学学报》2008年第3期,第109页。

<sup>④</sup> 刘建进、莫然:《中国体育仲裁制度构建路径探析》,载《体育学刊》2021年第4期,第42页。

间。可以预见随着新《体育法》的出台,未来中国将建立专门的独立体育仲裁机构。在体育仲裁规则具体制定过程中,应高度重视临时措施的制度性功能,适当借鉴CAS的有益经验,进一步细化临时措施的适用条件、类型等相关事项。与此同时,中国运动员等主体也应在体育争议解决过程中善于运用临时措施,以此维护自身的合法权益。

---

**Abstract:** Interim measure is an important mechanism in international sports arbitration, which plays as a pivot of interest balance between parties of sports dispute. The Article R37 of CAS Code of Sports-Related Arbitration has provided a incomplete rules of conditions for granting interim measure, but the interim measure's substantive applicable standard, genre and enforceability are still vague. By analysis of the CAS arbitral practices and the law of Switzerland etc., it can be concluded that, firstly for the substantive conditions, the irreparable harm cannot be limited to monetary harm, the likelihood of success in merits should be a low burden proof as plausibility test, balance of interest requires appropriate guarantee of the opposing party's legal rights and the abovementioned elements do not need to satisfy cumulatively. Secondly, CAS arbitral tribunal has discretion to grant diverse types of interim measure in light of the particular circumstance, but should be subject to parties' agreement and mandatory rules of Switzerland. Lastly, the execution of CAS interim measure can be assisted by the court of Switzerland upon the application of party concerned, but whether it can be enforced in other countries is uncertain. In future, China should absorb the CAS beneficial experience in adopting the interim measures clause of sports arbitration rules.

**Keywords:** interim measure; international sports arbitration; CAS Code of Sports-related Arbitration; conservatory measure

---

(责任编辑:傅攀峰)

# 论内地与香港区际诉讼与仲裁平行程序的解决

谢婉\*

---

**内容提要** 内地与香港区际诉讼与仲裁平行程序冲突的实质是区际司法管辖权和仲裁管辖权的冲突。有效的仲裁协议能明确仲裁庭的管辖权、排除法院管辖权,是解决诉讼与仲裁平行程序的关键。内地和香港对仲裁协议效力认定的法律冲突,使得双方对同一份仲裁协议效力作出相反判断,最终引发区际诉讼与仲裁平行程序的发生。国际上解决诉讼与仲裁平行程序的机制主要包括自裁管辖权原则、禁诉令、禁裁令、未决诉讼原则以及“诉讼与仲裁并行”模式。内地和香港分别采用“诉讼与仲裁并行”模式和禁诉令机制,无法有效解决区际诉讼和仲裁平行程序问题。立足于立法和司法两个层面,解决仲裁协议效力认定的法律冲突,协调临时措施签发标准,才能有效解决内地与香港区际诉讼与仲裁平行程序问题。

**关键词** 平行程序 仲裁协议效力 管辖权冲突

---

## 一、问题的提出

内地与香港区际诉讼与仲裁平行程序是指相同当事人基于同一实体争议于内地和香港分别提起诉讼程序和仲裁程序,并且两地对该案件均认定享有仲裁或诉讼管辖权而进行审理的现象。2013年,最高人民法院在恒光公司案件中首次作出界定:“当事人就相同争议向内地法院提起诉讼,并且向香港国际仲裁中心提出仲裁申请,香港国际仲裁中心予以受理并作出仲裁裁决,这属于涉外、涉港民商事案件中产生的平行解决纠纷现象。”<sup>①</sup>

内地与香港区际诉讼与仲裁平行程序表现为两种类型。一种是内地诉讼程序与香港仲裁程序的冲突,例如恒光公司案。2010年3月3日,恒光公司作为申请人,以超级汽车公司在内的三家公司为被申请人,向香港国际仲裁中心提起仲裁。被申请人向香港仲裁庭提出管辖权异议,认为该案应由中国内地法院管辖。2011年4月,香港国际仲裁中

---

\* 谢婉,深圳大学法学院硕士研究生。本文系深圳市课题《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。感谢张淑钿副教授对本文的指导。

① 最高人民法院(2013)民四终3号民事判决书。

心作出管辖异议的裁决,认定仲裁庭对该案享有管辖权,驳回超级汽车公司此前提出的管辖权异议。与此同时,在恒光公司提起香港仲裁的过程中,2010年4月1日,超级汽车公司就同一实体争议以恒光公司为被告,向广东省珠海市中级人民法院提起诉讼。恒光公司未对内地法院的管辖权提出异议并应诉答辩,内地法院行使了该案件的管辖权,引发了内地和香港区际诉讼与仲裁的平行程序。案件最终上诉到最高人民法院,最高人民法院裁定内地法院享有该案件的管辖权,并认为这属于涉港平行解决纠纷问题。

另一种情形是内地仲裁程序与香港诉讼程序的冲突。例如“Chen Hongqing v. Mi Jingtian & Another”案,该案申请人在内地中国国际经济贸易仲裁委员会(CIETAC)提起了仲裁程序,为支持仲裁程序,申请人随后向香港法院申请采用临时救济措施任命股份接管人。被告主张香港法院不是本案的适当法院,香港法院管辖权的行使可能会剥夺CIETAC仲裁庭和内地法院的管辖权。最终香港高等法院的Mimmie Chan法官援引了香港仲裁条例第45条来支持当事人临时措施的申请,保障了内地仲裁程序的继续进行,并阐明香港法院依据该条款对已在或将要在内地展开的仲裁程序不仅具有管辖权,还有采取临时措施的权力。<sup>②</sup>

随着大湾区的快速建设,内地与香港的经贸来往愈发密切,跨境民商事纠纷日趋复杂,引发内地与香港区际诉讼与仲裁平行程序问题的频发。内地与香港区际诉讼与仲裁平行程序的实质是区际司法管辖权和仲裁管辖权的冲突。当事人为增加胜诉的可能性,于内地和香港启动不同的纠纷解决程序,虽然获得了最大限度的救济,但会造成诉讼资源的浪费,影响仲裁的效率。同时,两地立法存在不同,就同一争议可能出现仲裁裁决与法院判决的冲突问题,进而破坏司法和仲裁的权威性,不利于仲裁裁决的认可和执行。近年来,内地与香港在仲裁、送达、判决的承认与执行等方面已经达成一系列区际民商事司法协助安排以解决复杂的区际民商事纠纷问题。遗憾的是,在如何协调区际管辖权的冲突问题上,尚未有相关的法律依据,国际上亦不存在统一的解决机制。为此,需要进一步探寻引发内港区际诉讼与仲裁平行程序产生的原因,并通过分析国际和国内现有解决模式,找到两地管辖权纠纷中法院与仲裁庭之间合理的平衡点。

## 二、内地与香港区际诉讼与仲裁平行程序产生的原因探微

### (一) 仲裁协议效力判断的差异:引发内港区际诉讼与仲裁平行程序的根本原因

首先,诉讼和仲裁是民商事争议解决中相互独立且排斥的两种主要方式。鉴于诉讼和仲裁是非此即彼的关系,当事人之间发生法律纠纷后,其纠纷解决方式在仲裁和诉讼中只能择一选择,不能同时适用。1958年达成的《承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》)在其第2条第3款中规定了“或裁或审”原则,充分说明了诉讼

<sup>②</sup> Chen Hongqing v. Mi Jingtian & Another, [2017] HKCFI 1148, High Court of Hong Kong, 2017, para.7.

和仲裁的互斥关系,仲裁庭和法院之间没有平行的管辖权。<sup>③</sup>

其次,仲裁协议的效力问题是仲裁庭管辖权纠纷中的一个方面。<sup>④</sup>有效的仲裁协议是仲裁管辖的基础,是进入仲裁程序解决纠纷的依据。《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)第5条及香港《仲裁条例》第20条皆规定了若一方当事人在法定期限内主张存在有效的仲裁协议,法院应拒绝行使该案的管辖权,让当事人将争议诉诸仲裁。因此,有效的仲裁协议,不仅能明确仲裁庭对该案件的管辖权,还可以起到排除法院诉讼管辖权的效果,是解决诉讼与仲裁平行程序的关键。<sup>⑤</sup>当事人凭借有效的仲裁协议可以排除平行的法院诉讼管辖权。

再次,根据立法规定,若仲裁条款不存在或无效,法院有权继续行使对该案的管辖权。<sup>⑥</sup>司法实践中,在仲裁程序开始前,双方当事人对仲裁协议效力往往存在不同的主张,也时常会发生两地法院和仲裁庭对同一仲裁协议效力作出相反认定的情形。<sup>⑦</sup>具体来说是一个法域依据内地法律认定仲裁协议无效而对此案进行诉讼管辖,另一个法域依据香港法律认定仲裁协议有效而受理仲裁,内地与香港区际诉讼与仲裁平行程序的产生便不可避免。进而推断出,两地对仲裁协议效力判断的差异是内地与香港区际诉讼与仲裁平行程序出现的根本原因。

## (二) 内地和香港仲裁协议效力认定的法律冲突

内地和香港并没有排除诉讼与仲裁平行程序的法律规定,对仲裁协议效力的认定也不存在统一的认定流程和标准,因此需要进一步分析导致两地对仲裁协议效力判断存在差异的原因。

### 1. 两地仲裁管辖权制度的冲突

管辖权的取得不仅是仲裁程序启动的前提,也是诉讼程序启动的先决条件。在谁具有仲裁管辖、确认仲裁协议效力的决定权问题上,内地和香港的法律规定和实践有所不同。

在内地,虽然《仲裁法》、司法解释和绝大部分仲裁机构都规定了仲裁机构有权就仲裁案件的管辖权作出决定,比如《深圳国际仲裁院仲裁规则(2020年版)》第10条关于管辖权异议及管辖权决定的规定,<sup>⑧</sup>但是《仲裁法》第20条规定:若双方当事人分别向

<sup>③</sup> 1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》第2条第3款规定:“当事人就诉讼事项订有本条所称之协定者,缔约国法院受理诉讼时应依当事人一方之请求,命当事人提交仲裁,但前述协定经法院认定无效、失效或不能实行者不在此限。”

<sup>④</sup> 张圣翠:《仲裁协议纠纷司法审查阶段制度的国际比较与我国的借鉴》,载《国际商务研究》2017年第3期,第57页。

<sup>⑤</sup> 张建:《评“英国天然气集团公司诉阿根廷”仲裁案——以仲裁条款解释权力的归属为中心》,载《北京仲裁》2017年第1期,第2页。

<sup>⑥</sup> 《仲裁法》第26条规定:“当事人达成仲裁协议,一方向人民法院起诉未声明有仲裁协议,人民法院受理后,另一方在首次开庭前提交仲裁协议的,人民法院应当驳回起诉,但仲裁协议无效的除外。”

<sup>⑦</sup> 广东省深圳市中级人民法院(2019)粤03民辖终341号民事裁定书。

<sup>⑧</sup> 《深圳国际仲裁院仲裁规则(2020年版)》第10条规定:“(一)当事人就仲裁协议的存在、效力或者其他问题对仲裁案件的管辖权有异议的,可以向仲裁院提出。(三)仲裁院或者仲裁院授权的仲裁庭有权就仲裁案件的管辖权作出决定。仲裁庭的决定可以在仲裁程序进行中作出,也可以在裁决书中作出。”

仲裁机构或法院提出确认仲裁协议效力的申请,法院具有优先权。在法院介入管辖权异议案件进行司法审查的问题上,根据《最高人民法院关于确认仲裁协议效力几个问题的批复》第3条以及2006年实施的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第13条规定,仲裁机构对管辖权异议案件作出决定之前法院可以随时介入仲裁程序中,并且终止仲裁机构的审理程序。即使仲裁庭作出具有管辖权的决定,仍然可以在仲裁裁决的认可与执行阶段对仲裁协议的效力进行司法审查。

在香港,根据《国际商事仲裁示范法》第16条和一些仲裁机构的规则,如HKIAC规则第19.1和19.2条,仲裁庭有权决定自己的管辖权异议案件,审查仲裁协议的效力。<sup>⑨</sup>香港采用的是仲裁庭自裁管辖权原则(Competence-Competence)。在X & Another v. ZPRC & Another (ZPRC)案中,香港法院明确指出法院虽然有审查仲裁协议效力的管辖权的正确性,但仅限于法律规定的特定情形,否则无权干预仲裁程序的进行。<sup>⑩</sup>在法院对管辖权异议案件司法审查制度问题上,香港《仲裁条例》第34条规定:“仲裁庭可以根据案情将本条第(2)款所指抗辩作为一个初步问题裁定或在实体裁决中裁定。仲裁庭将抗辩作为一个初步问题,裁定其拥有管辖权的,任何一方当事人可在收到裁定通知后三十天内请求第6条规定的法院对此事项作出决定,该决定不得上诉;在对该请求未决期间,仲裁庭可以继续仲裁程序和作出裁决。”可以看出香港法院只在当事人提出管辖权异议后介入仲裁程序且仲裁程序不因法院的介入而终止。

内地和香港关于仲裁协议管辖权的规定不同,是引发两地区际诉讼与仲裁平行程序的原因之一。若一方当事人在内地仲裁庭提起仲裁程序,另一当事人于香港提起诉讼程序,根据香港法律,内地仲裁庭具有确认仲裁协议效力的管辖权,香港法院无权干涉。相反,如果一方在内地提起诉讼,另一方在香港提起仲裁时,根据香港法律,香港的仲裁机构可以根据自裁管辖权原则行使管辖权,但内地法院也有权对仲裁协议是否有效作出裁定。以恒光案为例,一方在香港提起了仲裁,另一方向内地法院起诉,双方就内地法院是否享有管辖权发生争议,判断内地法院是否有管辖权的前提是双方的仲裁协议是否有效。最高人民法院认为:“程序问题应当适用法院地法律,即我国内地法律。涉港民事案件中产生的平行解决纠纷现象,内地法院依法行使管辖权不受当事人域外解决争议程序的影响,除非域外裁决已经得到内地法院认可和执行。”因此恒光公司仅仅以存在正在香港进行的仲裁程序为由提出中止审理的申请,未能得到支持。

可见,两地在管辖权认定上的差异主要在于内地无仲裁庭的自裁管辖权制度而香港

⑨ 《国际商事仲裁示范法》第16条规定:(1)仲裁庭可以对其管辖权,包括对关于仲裁协议的存在或效力的任何异议作出裁定。为此目的,构成合同一部分的仲裁条款应当视为独立于合同其他条款的一项协议。仲裁庭作出关于合同无效的决定,在法律上不导致仲裁条款无效。”《HKIAC规则》第19.1条规定:“仲裁庭有权决定其在本规则下的管辖权,包括就仲裁协议的存在、效力或范围提出的任何异议。”第19.2条规定:“仲裁庭有权决定包含仲裁协议的任何合同的存在性和有效性。就本第19条而言,合同中约定依本规则仲裁的仲裁协议,应视为独立于合同其他条款。仲裁庭对合同作出的无效认定并不必然导致仲裁协议的无效。”

⑩ X & Another v. ZPRC & Another, [2020] HKCFI 631, High Court of Hong Kong, 2020, paras.54-55.

有,所以可能发生两地各自认为具有管辖权的情况。两地无统一的管辖权认定标准,容易产生管辖权冲突,互不让步、妥协。

## 2. 两地仲裁协议效力认定标准的冲突

仲裁协议的有效性是仲裁机构取得案件管辖权的基础。在仲裁协议效力认定标准上,两地立法存在着不同。

内地对仲裁协议的有效性有着严格的标准。内地《仲裁法》第16条规定了仲裁协议有效性,即有仲裁合意、约定明确、符合法定范围,三者缺一不可。第17条则对仲裁协议无效情形进行了详细列举。此外,2006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》第7条明确规定了仲裁协议中若约定争议解决方式为“或诉或裁”,则该仲裁协议应认定为无效。<sup>⑪</sup>香港对仲裁协议的要求仅有两点:第一,双方当事人有仲裁的合意;第二,采用书面形式。<sup>⑫</sup>两地法律的不同,给双方当事人在同一份仲裁协议效力问题上分别主张适用内地法律和香港法律创造了利用空间,主要体现在病态仲裁协议(Pathological Arbitration agreement)效力认定问题上。例如,在或裁或诉的仲裁协议效力认定上,内地和香港存在争议。根据2006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》第7条,内地对于具有选择性的仲裁条款的态度是消极的,即或裁或诉的仲裁协议为无效的仲裁协议。香港对于或裁或诉的仲裁协议效力认定却与内地的立法态度截然相反,在William Company v. Chu Kong Agency案中,当事人在合同中约定“所有争议应依中国法律在中华人民共和国法院解决或在中国仲裁解决”,香港法院认为双方当事人已达成仲裁协议。当发生争议时,申请人具有选择权,既可以选择仲裁也可以选择诉讼,并且一旦申请人做出了选择,该选择则具有约束力,被告无权拒绝。<sup>⑬</sup>鉴于此,可以看到香港法院对或裁或诉的仲裁协议效力是持积极态度的,这也符合香港法院一贯遵循的支持仲裁的原则。除此之外,在约定临时仲裁的仲裁协议效力认定上,两地的立法大不相同。香港是承认临时仲裁的,而内地《仲裁法》第16条中规定了有效的仲裁协议需要具备“选定的仲裁委员会”这一要件,不认可境内临时仲裁的效力和法律地位。双方当事人若在仲裁条款中约定了临时仲裁,那么将出现该仲裁协议依照内地法律将被认定为无效的仲裁协议,而依照香港法律会被认定为有效的仲裁协议的情形。

因此,两地法律对仲裁协议有效性的认定标准不同,也将引发两地之间仲裁协议效力认定的冲突,进而可能造成区际诉讼与仲裁平行程序。若两地法院和仲裁庭皆采纳

<sup>⑪</sup> 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第7条规定:“当事人约定争议可以向仲裁机构申请仲裁也可以向人民法院起诉的,仲裁协议无效。但一方向仲裁机构申请仲裁,另一方未在仲裁法第20条第2款规定期间内提出异议的除外。”

<sup>⑫</sup> 《贸法委示范法》第7条规定:“(1)‘仲裁协议’是指当事人同意将他们之间一项确定的契约性或非契约性的法律关系中已经发生或可能发生的一切争议或某些争议交付仲裁的协议。仲裁协议可以采取合同中的仲裁条款形式或单独的协议形式。(2)仲裁协议应为书面形式。”

<sup>⑬</sup> 张宗师:《国际商事仲裁中瑕疵仲裁协议效力析论》,载《法制与社会》2015年第18期,第89页。

了当事人的主张,就同一仲裁协议效力采用不同的准据法,将作出不同效力判断的结果。以“泰州浩普公司案”为例,内地法院认为该案的仲裁条款中既未明确约定仲裁机构,也未约定仲裁地,因而适用法院地法即内地法律认定仲裁协议无效,该无效的仲裁协议不能排除内地法院的诉讼管辖权。而香港的国际商会仲裁院认为本案的仲裁地应认定为香港,根据香港法律即使仲裁条款未约定明确的仲裁机构仍然是有效的仲裁协议,国际商会仲裁院享有该争议的管辖权。<sup>⑭</sup>

### 3. 两地仲裁协议冲突规范的冲突

确定涉外仲裁协议适用的准据法往往是审查仲裁协议效力争议的焦点,两地仲裁协议适用法律的不同将直接关系到该仲裁协议效力的认定。因此,法院在审查涉外仲裁协议效力争议时必须准确适用冲突规范,通过冲突规范的指引,找到适用的准据法。内地与香港并不存在统一的仲裁协议冲突规范,依据不同的冲突规范指引,将可能出现仲裁协议准据法适用的冲突问题。

在内地,根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第18条及最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》第16条规定,审查涉外仲裁协议的效力应优先适用当事人约定的法律,其次考虑仲裁地或仲裁机构所在地法律,若仲裁协议中未约定仲裁地或仲裁机构的则适用法院地的法律。在主合同准据法与仲裁协议准据法的关系上,《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》第13条明确排除将主合同准据法适用于仲裁协议。

在香港,若当事人对仲裁协议的适用法律进行约定,则适用该约定的法律,若无约定则由法院根据案件事实和商业习惯,自由裁量仲裁协议的适用法律。<sup>⑮</sup>在主合同准据法与仲裁协议准据法的关系上,《HKIAC规则》示范条款的第1条规定:“仲裁协议的适用法在一般情况下管辖仲裁协议的存在、范围、效力、解释、履行、违反、终止及可执行性。其不得取代主合同的适用法律。”该规定体现了仲裁协议的独立性,即仲裁协议适用的准据法可以不同于主合同。

内地和香港仲裁协议冲突规范的冲突是诱发两地之间仲裁协议效力认定的冲突的直接原因。内地和香港无统一的冲突规范,在认定仲裁协议的准据法时容易产生分歧。分析两地冲突规范的相关法律可得知,两地法律均尊重当事人的意思自治,且明确规定了仲裁协议具有独立性,排除主合同的准据法直接适用于仲裁协议的准据法。然而即便两地法律均明确指出仲裁协议在法律适用问题上独立于主合同,并不意味着主合同约定的准据法一定不能适用于仲裁协议。实践中,当事人通常会对主合同的准据法进行约定,专门约定仲裁协议的准据法的案件较为少见。针对此类未约定仲裁协议的准据法以及准据法适用问题模糊不清的案件,两地法院的实践存在差异。内地各法院在主合同准据

<sup>⑭</sup> 江苏省泰州市中级人民法院(2015)泰中商仲审00004号民事裁定书;江苏省泰州市中级人民法院(2011)泰中商外初0012号民事裁定书;江苏省高级人民法院(2012)苏商外辖终0012号民事裁定书。

<sup>⑮</sup> A & Others v. D, 2020 HKCFI 2887, High Court of Hong Kong, 2020, para.34.

法是否适用于仲裁协议的问题上未能形成一致的认定标准。大连海事法院于 2001 年审理的大连华农集团案中认定本案仲裁协议准据法为主合同约定的英国法,而厦门中院于 2004 年审理的厦门象屿集团案中强调了仲裁协议的独立性,否定了主合同准据法适用于仲裁协议。<sup>①⑥</sup> 香港法院审理案件采用最密切联系原则时并不排除认定主合同与仲裁条款存在最密切联系的情况,将主合同准据法适用于仲裁协议中。由此可见,法院在仲裁协议准据法的适用问题上具有自由裁量权,其忽视或者错误适用冲突规范,确定错误的准据法将可能直接导致两地对同一仲裁协议效力认定的差异,最终引发区际诉讼与仲裁平行程序。

需要注意的是,内地法院在论证仲裁协议效力时缺乏对仲裁协议准据法的关注也是引起两地仲裁协议适用法律冲突的重要原因之一。首先,内地法院忽视或错误判断涉外仲裁协议效力案件的涉外性,将其当作国内案件进行审理的情况并不少见。在天津市第一中级人民法院审理的一起确认仲裁协议效力的案件中,当事人在合同中约定了仲裁机构为香港国际仲裁中心,但法院认为案涉双方、标的物、合同订立地、履行地等皆无涉外因素,不属于涉外合同,因此该仲裁协议无效。<sup>①⑦</sup> 然而内地并无明确的法律规定禁止无涉外因素争议提交境外仲裁机构进行仲裁,天津法院这一行为似乎有违“法不禁止即可为”原则,在法理上站不住脚。其次,在司法实践中,内地法院常常出现忽视涉外仲裁协议效力认定流程,没有按照“涉外仲裁协议效力争议→管辖权→事实认定→法律适用→裁判”进行审判工作,导致准据法的适用错误的情况。<sup>①⑧</sup> 譬如,海南省高级人民法院审理的“诺和诺德股份有限公司与海南际中医药科技开发公司经销协议纠纷案”,本案原告海南际中医药科技开发公司与被告诺和诺德股份有限公司就仲裁协议效力发生争议。海南省高级人民法院及后来请示的最高人民法院在认定该仲裁协议效力时,均未识别本案仲裁协议适用的准据法而直接适用内地法律,根据《仲裁法》第 16 条将其认定为无效的仲裁协议。<sup>①⑨</sup> 再次,内地各法院在确认仲裁协议效力的准据法时并没有统一的裁判方法。在一起航次租船合同纠纷案中,双方当事人约定“仲裁地在香港适用英国法律”,就该仲裁协议是否有效,两级法院得出了完全不同的结论。<sup>②⑩</sup> 一审法院认为双方当事人均未提供证据证明该案仲裁条款的效力认定适用域外法,因此仲裁条款应适用法院地法即内地法律进行审查,据此得出案涉仲裁协议无效的结论。然而二审法院认定仲裁协议的准据法为英国法律和香港法律并进行了域外法的查明,认定该争议仲裁条款为有效的仲裁条款。通过以上案例可以看出,内地法院直接适用内地法律解决纠纷,回避和错误适用冲

<sup>①⑥</sup> 马一飞:《涉外商事合同准据法对仲裁条款的适用——以仲裁条款独立性为视角》,载《商事仲裁与调解》2021 年第 1 期,第 140 页。

<sup>①⑦</sup> 天津市第一中级人民法院(2021)津 01 民特 11 号民事裁定书。

<sup>①⑧</sup> 宋连斌:《涉外仲裁协议效力认定的裁判方法——以“仲裁地在香港适用英国法”为例》,载《政治与法律》2010 年第 11 期,第 4 页。

<sup>①⑨</sup> 《最高人民法院关于海南省高级人民法院审理诺和诺德股份有限公司与海南际中医药科技开发公司经销协议纠纷案的报告的复函》,法经〔1996〕449 号,1996 年 12 月 20 日发布。

<sup>②⑩</sup> 上海市高级人民法院(2009)沪高民四(海)终字第 58 号民事裁定书。

突规范是当前涉外仲裁协议效力案件法律适用的突出问题。两地法律存在不同,内地法院与香港仲裁庭分别适用不同的准据法,将产生对同一仲裁协议效力认定的冲突裁判,引发两地区际诉讼与仲裁平行程序问题。

### 三、跨境诉讼与仲裁平行程序解决的国际立法

诉讼与仲裁平行程序问题,不仅是我国当前区际司法所面临的难题,同时也是世界各国普遍面临的难题,各国立法以及司法实践中均在探索对诉讼与仲裁平行程序的有效解决机制。

#### (一) 自裁管辖权原则的应用

自裁管辖权原则是仲裁庭优先于法院决定自身管辖权问题的一种方式。在诉讼与仲裁平行程序中具体包含两重含义:第一,仲裁庭有权判断其自身是否具备管辖权及仲裁协议的效力;第二,即使面临诉讼与仲裁平行程序时仍有决定自身管辖权的权利,法院需要等候仲裁庭完成管辖权的裁定。学界上将这两重含义称为自裁管辖权原则的积极效力规则和消极效力规则。<sup>①</sup>

各国实践中对于自裁管辖权的应用程度不完全相同,具体处理方式区分为绝对仲裁庭优先和相对仲裁庭优先。法国采取绝对的仲裁庭优先制度,在1995年的一起涉及仲裁协议效力的案件中,法国最高法院强调了法院不能以仲裁协议失效为由剥夺仲裁庭的管辖权,在这个仲裁协议效力问题上,法院具有绝对的优先权。<sup>②</sup>不同于法国的立场,新加坡则是相对的仲裁优先。在Tomolugen Holdings v. Silica Investors案,双方就没有约定仲裁地和仲裁员的选定方式的“极简”仲裁条款(“bare” arbitration clause)的效力发生争议,一方当事人向新加坡法院提起诉讼,另一方当事人根据《新加坡国际仲裁法》第6条第1款向法院提请中止诉讼程序,并将案件移交仲裁。<sup>③</sup>新加坡上诉法院认为当事人需要初步证明仲裁协议满足存在、有效、争议事项在仲裁协议范围内且具有可实行性和可执行性的条件,法院才会中止诉讼程序并将管辖权让位于仲裁庭。概言之,新加坡的自裁管辖权制度受到一定的限制,需要法院对仲裁协议效力进行形式审查后才将管辖权移交于仲裁庭。

#### (二) 禁诉令

诉讼与仲裁平行程序中的禁诉令是仲裁庭对法院的禁令亦或是仲裁地法院为抑制诉讼程序的进行而签发的禁令,其根本目的是维护仲裁庭的优先管辖权,阻止当事人滥

<sup>①</sup> 伊曼纽尔·盖拉德:《协调抑或混乱:礼让、未决之诉与既判力等原则适用于国际仲裁吗?》,傅攀峰译,载《国际法研究》2020年第3期,第105页。

<sup>②</sup> Nadja Erk-Kubat, *Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective*, Kluwer Law International, 2014, p.39.

<sup>③</sup> Tomolugen Holdings Ltd & Another v. Silica Investors Ltd & Other appeals, [2015] SGCA 57, Singapore Court of Appeal, 2015, paras.63-64.

用诉讼权利,造成司法资源的浪费。禁诉令的签发为自裁管辖权制度提供了保障。国际上,《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第17条为各成员国仲裁庭具有命令采取临时措施的权力提供了立法依据,《纽约公约》第3条规定同样也赋予了成员国法院以仲裁协议存在为由签发禁诉令的权力。<sup>④</sup>具体到国家层面,英国1981年的《最高法院法》第37条第1款及《1996年仲裁法》第44条,这些条款赋予了英国高等法院为实现仲裁的目的而作出禁诉令的权力。除了英国,新加坡2002年《国际仲裁法》第12条第1款规定了仲裁庭有权向当事任何一方发出临时禁令或其他临时措施,为仲裁庭禁诉令的签发提供了法律依据。司法实践中,瑞典的仲裁院应用了禁诉令以解决诉讼与仲裁平行程序问题。“俄罗斯天然气工业股份公司诉立陶宛能源部”案中,俄罗斯天然气工业股份公司就存在的仲裁条款向斯德哥尔摩商会仲裁院提请仲裁,并且确认了仲裁条款的效力。为保障仲裁庭的管辖权,斯德哥尔摩商会仲裁院向立陶宛司法部签发了禁诉令。该禁诉令遭到了立陶宛初审法院和立陶宛最高法院的否认,但最终在欧盟法院的判决中得到了承认与执行。<sup>⑤</sup>

### (三) 禁裁令

诉讼与仲裁平行程序中的禁裁令与禁诉令的含义相反,是法院对仲裁庭的禁令。禁裁令的签发保障了法院的司法管辖权,与自裁管辖权原则相违背。诉讼与仲裁平行程序是签发禁裁令最常见的情形。以 *Sana Hassib Sabbagh v. Wael Said Khoury & Others* 案为例,该案中,法官为限制黎巴嫩仲裁程序的进行,签发了禁止仲裁令,上诉法院确认《高等法院法》第37条赋予法院签发禁令的权力,并且认定这种禁令既包括“禁止诉讼令”,也包括“禁止仲裁令”。<sup>⑥</sup>值得一提的是,禁裁令的应用将剥夺仲裁庭的管辖权,违反《纽约公约》的宗旨,也与国际上一贯的“支持仲裁”的做法相违背。为此,美国和英国的相关法律规定皆对禁裁令的签发情形进行了十分严厉的限制,如自裁管辖权无法适用,法院对仲裁程序的完整性具有合理且实质怀疑的情形。<sup>⑦</sup>

### (四) 未决诉讼原则的应用

诉讼与仲裁平行程序中的未决诉讼来源于国际礼让原则,是指当事人为解决争议而提起的第一个纠纷解决程序正在进行的情况下,后受理的法院(仲裁庭)需等待先受理的法院(仲裁庭)作出管辖权决定或拒绝管辖权的行使。关于未决诉讼原则是否能用于解决诉讼与仲裁平行程序,学界上有不同的声音。有的学者认为未决诉讼原则并不能应用于解决诉讼与仲裁平行程序问题,其成立条件是法院和仲裁庭同时享有对该案件的

<sup>④</sup> 杨彩霞:《论欧盟法对仲裁协议效力保障之弱化——兼评欧盟法院 *West Tankers* 案》,载《政治与法律》2010年第11期,第25页。

<sup>⑤</sup> 杨运福、陈滔:《英国禁诉令制度的发展与挑战——兼议我国涉外商事审判中仲裁条款的效力问题》,载广州海事法院网, [https://www.gzhsfy.gov.cn/hsmh/web/content?gid=89645#\\_ftn1](https://www.gzhsfy.gov.cn/hsmh/web/content?gid=89645#_ftn1),最后访问时间:2022年5月29日。

<sup>⑥</sup> *Sana Hassib Sabbagh v. Wael Said Khoury & Others*, [2019] EWCA Civ 1219, High Court of England and Wales, 2019, para.85.

<sup>⑦</sup> 同前注<sup>④</sup>,第108-110页。

管辖权。但根据《纽约公约》第2条第3款中规定的“或裁或审”原则,仲裁庭和法院之间不存在平行的管辖权,有效的仲裁协议使得仲裁庭享有排他管辖权。但是有的学者认为未决诉讼原则是诉讼与仲裁平行程序的指导原则,立法和司法实践中证明了这一观点。<sup>⑳</sup>

未决诉讼原则应用于诉讼与仲裁平行程序存在两种情形,第一,当仲裁庭先于法院受理案件时,后受理案件的法院应拒绝行使管辖权。这种情形下的结果无异于自裁管辖权原则的应用。因此,争议的焦点在于第二种情形,即当法院先受理案件时,后受理案件的仲裁庭是否应该等待先受理的法院作出管辖权决定。瑞典最高法院曾在 *Fomento v. Colon* 案中将瑞士《联邦国际私法典》第9条规定的未决诉讼的原则类推适用应用于诉讼与仲裁平行程序中,并指出法院和仲裁庭在管辖权冲突问题上具有同等地位,仲裁庭不具有优先权。<sup>㉑</sup>然而这一做法却与瑞士一贯“支持仲裁”的态度相左,造成当事人为恶意拖延仲裁程序而挑选法院的后果,因此瑞士于2007年修改了立法,认定未决诉讼原则不适用于仲裁领域。据此可以看到未决诉讼原则虽曾被应用于解决诉讼与仲裁平行程序,但由于其最终结果偏离仲裁庭自裁管辖权原则,所以在后来的立法和实践中逐渐被摒弃。<sup>㉒</sup>

#### (五)“诉讼与仲裁并行”模式

不同于前面介绍的几种积极协调法院与仲裁庭管辖权冲突的应用,“诉讼与仲裁并行”模式是在案件审理的初始阶段放任诉讼与仲裁平行程序的发展,允许诉讼程序与仲裁程序同时进行,将管辖权争议问题置后处理。在这种模式下,法院和仲裁庭均有权对仲裁协议的效力进行自主决定,互不干涉、影响。“诉讼与仲裁并行”模式大多存在于大陆法系的国家中例如《德国民事诉讼法典》第1032条第3款和《意大利民事诉讼法典》第819条第2款,上述法条皆从立法层面为“诉讼与仲裁并行”模式提供了依据。<sup>㉓</sup>某种程度上看“诉讼与仲裁并行”模式是“懒政”,一味放任“诉讼与仲裁并行”不仅加重了当事人的负担、造成了司法资源的浪费,还可能导致判决(裁决)在其他国家不被认可和执行的严重后果,破坏仲裁裁决和法院判决的权威性。

## 四、内地与香港区际诉讼与仲裁平行程序的解决机制

如何处理内地与香港区际诉讼与仲裁平行程序问题,内地法院和香港法院在司法实

<sup>⑳</sup> 同前注<sup>⑲</sup>,第104页。伊曼纽尔·盖拉德认为诉讼与仲裁平行程序的指导原则并非礼让或未决之诉原则,而是自裁管辖权原则;涂广建则认为“先行优先”原则用于处理诉讼与仲裁平行程序问题则相对更加复杂,详见涂广建:《论国际商事仲裁与诉讼的平行程序》,载《南大法学》2021年第4期,第22-23页。

<sup>㉑</sup> 高薇:《仲裁抑或诉讼?——国际商事仲裁平行程序及其解决机制》,载《河北法学》2011年第5期,第88页。

<sup>⑳</sup> 瑞士《联邦国际私法典》186条第1款规定:“仲裁庭应就其自身管辖权作出决定。其决定自身管辖权,不受在一个法院或在另一仲裁庭已经进行的基于相同当事人之间相同争议的诉讼的影响,除非值得重视的理由要求中止程序。”

<sup>㉒</sup> 涂广建:《论国际商事仲裁与诉讼的平行程序》,载《南大法学》2021年第4期,第25页。

践上存在不同的解决机制。

### (一) 内地法院的实践

内地法院在应对涉香港诉讼与仲裁平行程序问题上采用“诉讼与仲裁并行”模式。最高院在恒光公司案中根据“程序问题应当适用法院地法律”原则,允许了内地诉讼与香港仲裁的同时进行。这种模式保证了仲裁裁决的可执行性,即使香港仲裁庭作出的仲裁裁决不能得到香港法院的认可和执行,仍然可以通过在内地提起诉讼程序来主张裁决的认可和执行仲裁裁决。但这种模式也存在着突出的缺点,容易引发双方当事人为确认仲裁协议效力于内地和香港分别提出诉讼和仲裁的平行程序,增加当事人争议解决的成本,还可能出现判决与裁决冲突的严重后果。例如,“泰州浩普公司案”,原告泰州浩普投资有限公司于2011年5月向内地法院提起诉讼,被告瑞士魏克控股有限公司提出管辖异议,先后两次均被内地两级法院以未约定明确的仲裁机构为由认定为无效的仲裁协议而驳回管辖异议。然而,在内地诉讼进行的同时,2011年11月香港的国际商会仲裁院认定合同中的仲裁条款为有效的仲裁条款,进而受理了瑞士魏克控股有限公司的仲裁申请。随后作出的两份仲裁裁决却因内地法院与香港国际商会仲裁院对认定仲裁条款效力判断冲突,违反了内地社会公共利益而不被内地法院所认可和执行。<sup>③②</sup>

综上,内地法院在面对同样具有管辖权的香港仲裁庭时,不仅不认可其在管辖权决定的优先性,同时也不认可基于该管辖权决定而作出的裁决的优先性。

### (二) 香港法院的实践

香港法院在应对涉内地诉讼与仲裁平行程序问题的常见做法是采取临时禁令阻止内地平行程序的继续进行。香港法院行使管辖权、采取临时措施具有法律依据,不受内地法院管辖权行使的影响。主要采用禁诉令阻止内地诉讼程序,目的是保障仲裁庭管辖权和仲裁裁决的可执行性,这样的策略符合香港一贯“支持仲裁”的理念。

#### 1. 行使管辖权、作出临时禁令的法律依据

香港法律赋予了仲裁庭和法院采取临时保护措施的权力。比如,2011年香港《仲裁条例》第35条以及香港国际仲裁中心《机构仲裁规则》第23条规定赋予了仲裁庭采取临时保护措施的权力;<sup>③③</sup>《仲裁条例》第45条和《高等法院条例》第21L条则规定了法院可采取临时保护措施来支持仲裁程序。<sup>③④</sup>

<sup>③②</sup> 同前注<sup>①④</sup>。

<sup>③③</sup> 香港《仲裁条例》第35条规定:“(1)除非当事人另有约定,仲裁庭经一方当事人请求,可以准予采取临时措施。”;香港国际仲裁中心《机构仲裁规则》第23.1条规定:“在仲裁庭组成前,当事人可按附录4申请紧急临时或保全性救济(“紧急救济”)。”第23.2条规定:“经任何一方当事人申请,仲裁庭可指令其认为必要或适当的临时措施。”

<sup>③④</sup> 香港《仲裁条例》第45条规定:“(2)原讼法庭可应任何一方的申请,就已在或将会在香港或香港以外地方展开的任何仲裁程序,批给临时措施。(3)本条授予的权力,可由原讼法庭行使,不论仲裁庭是否可根据第35条就同一争议行使类似的权力。(4)原讼法庭可基于以下理由,拒绝根据第(2)款批给临时措施:(a)所寻求的临时措施,在当时是仲裁程序的标的;及(b)原讼法庭认为,由仲裁庭处理所寻求的临时措施,更为适当。”;《高等法院条例》第21L条规定:“(1)原讼法庭具有司法管辖权,在其有权在紧接《1987年最高法院(修订)条例》(#1987年第52号)生效日期前作出履行义务令、禁止令及移审令的各类案件中,作出该等命令。(由1998年第25号第2条修订)”

实践上,香港法院行使管辖权,作出临时禁令所依据的法律主要集中在香港《仲裁条例》第45条和《高等法院条例》第21L条。如Mimmie Chan法官在“Chen Hongqing v. Mi Jingtian & Another”案所强调的,根据香港《仲裁条例》第45条,香港法院对于“已经或者将要在香港以外的地方展开的仲裁程序”享有不容置疑的管辖权,同时有权采取临时救济措施来支持仲裁程序。<sup>③⑤</sup>在“GM1 and GM2 v. KC”一案中,香港高等法院原讼法庭明确指出,禁诉令属于《仲裁条例》第45条和《高等法院条例》第21L条所指的临时措施的范围,香港法院有权根据这两条法律规定作出禁诉令。此案法官更是援引了Millett法官在The Angelic Grace [1995] 1 Lloyd’s Rep87和Donahue v. Armco Inc [2002] CLC 440两个经典案例中确立的原则进行说理,向当事人阐明香港法院有权管辖当事人违反仲裁协议而提起或继续在外国的诉讼程序。值得注意的是,本案中的内地法院受理了案件并坚持了管辖权。香港法院认为这一事实不影响香港法院(仲裁地法院)行使管辖权,不能据此而拒绝禁令的签发。<sup>③⑥</sup>随后的“Giorgio Armani SPA & Others v. Elan Clothes Co Ltd f/k/a Dalian Les Copious Clothes Co Ltd”(SPA)案更是坚持了这一观点,即使原告在内地诉讼中的管辖权异议被驳回也不影响香港高等法院原讼法庭行使管辖权,并谴责了被告明知仲裁程序已经开始仍在内地提起诉讼的行为,认为这种行为是违反仲裁条款的、是无理取闹地试图避开仲裁协议的行为,最终签发了禁诉令以抑制被告在内地的诉讼程序。<sup>③⑦</sup>

## 2. 采用临时禁令阻止内地平行程序

实务中,香港法院常使用禁诉令来阻止当事人在内地法院启动诉讼程序,保障香港仲裁程序的继续进行。例如ZPRC案,本案当事人X就存在的仲裁条款于香港国际仲裁中心提起仲裁,另一方当事人ZPRC以不存在有效的仲裁协议为诉由在内地法院提起了诉讼程序,为抑制ZPRC在内地的诉讼程序,X向香港高等法院原讼法庭申请签发永久禁令。<sup>③⑧</sup>又如,SPA案,案中当事人SPA向香港高等法院原讼法庭请求签发禁令以终止另一方当事人在山东法院提起的诉讼,从而保障正在香港进行的仲裁程序。<sup>③⑨</sup>

除了禁诉令,理论上禁裁令是可以用于解决诉讼与仲裁平行程序的。但禁裁令的签发将与香港的自裁管辖权制度相左,有损香港作为国际友好仲裁地的名声,因此其香港法院准予其签发的案例少之又少。“Lin Ming v. Chen Shu Quan”案中香港法院认为本案不符合禁裁令签发的特殊情况要求,仲裁不是无理取闹的、不合情理的,由此作出拒绝签发的决定。<sup>④⑩</sup>在此之后的“Atkins China Limited v. China State Construction Engineering

<sup>③⑤</sup> 同前注②。

<sup>③⑥</sup> GM1 & Another v. KC, [2019] HKCFI 2793, High Court of Hong Kong, 2019, paras.7-8.

<sup>③⑦</sup> Giorgio Armani SPA & Others v. Elan Clothes Co Ltd f/k/a Dalian Les Copious Clothes Co Ltd, [2019] HKCFI 2983, High Court of Hong Kong, 2019, paras.23-25.

<sup>③⑧</sup> 同前注⑩。

<sup>③⑨</sup> 同前注③⑦。

<sup>④⑩</sup> 黄旭:《国际商事争议解决中的禁止仲裁令制度研究》,载《北京仲裁》2020年第2期,第102页。

(Hong Kong) Limited”案,原告同样以被告的仲裁程序是压迫性的、无理取闹的、不合情理的或滥用程序的为诉由,向香港高等法院原讼法庭提出禁裁令的申请,希望法院行使管辖权以限制仲裁程序继续进行。<sup>⑪</sup>该案的香港法院根据 American Cyanamid v. Ethicon Ltd [1975] AC 396 案所规定的授予临时禁令应满足的条件,<sup>⑫</sup>以及 SA v. KB [2016] 2 HKLRD 1249 案所列举的关于禁裁令签发的考虑因素,<sup>⑬</sup>最终以不够紧迫为由作出拒绝禁裁令申请的决定。以上两则案例中的当事人皆作出了禁裁令申请的尝试,但最终都被法院所拒绝。可以看到香港虽有仲裁优先制度,但允许签发禁裁令的行为也是客观存在的,只不过其使用的条件十分严苛,须特别谨慎。

### 3. “支持仲裁”理念的体现

香港法律赋予了香港法院(仲裁地法院)介入管辖权异议案件进行司法审查的权力,并在“支持仲裁”的立场上作出临时禁令处理涉内地平行程序问题。“HKK2 Limited v. Shandong Chenming Paper Holdings Limited”案中,香港法院在仲裁裁决司法监督程序中介入案件进行司法审查,充分展示了香港法院在平行程序问题中“支持仲裁”的理念。该案申请人已于2015年在香港获得了仲裁裁决并获得了香港法院可延期采取对被申请人执行裁决的措施的准许。然而被申请人为了不执行仲裁裁决,于2017年在内地法院启动了诉讼程序。为禁止被申请人(香港仲裁裁决的败诉方)在山东省潍坊法院启动的平行程序,保障仲裁裁决的可执行性和稳定性,香港高等法院原讼法庭准予了禁诉令的申请,并指出被申请人不尊重仲裁协议的行为会破坏仲裁裁决的权威性,是不道德、应受责备、不能接受的,是对香港法院的蔑视和无视。<sup>⑭</sup>

通过以上案例我们可以总结香港法院在处理涉内地诉讼与仲裁平行程序问题的基本态度。第一,坚持支持仲裁的一贯立场。上述案件中香港法院采取或不采取临时措施的最终目的都是为了避免仲裁程序受到平行的诉讼程序的干扰,保障仲裁庭的管辖权和仲裁裁决的可执行性。第二,认为当事人为逃避仲裁协议,于内地提起的诉讼程序的行为是不道德的、无理取闹的。而临时措施的采取是行使仲裁协议的消极效力,能够防止当事人“选择管辖”的策略。第三,在存在仲裁协议的情况下,内地法院对仲裁协议效

<sup>⑪</sup> Atkins China Ltd v. China State Construction Engineering (Hong Kong) Ltd, [2020] HKCFI 2092, High Court of Hong Kong, 2020, paras.13-14.

<sup>⑫</sup> 根据 American Cyanamid v. Ethicon Ltd [1975] AC 396 案的原则,授予临时禁令须满足以下条件:(1)是否存在需要审理的严肃的争议点(a serious issue to be tried),其中,“严肃”是指申请人是否有真正和实质性的胜诉机会,若是没有或胜诉概率极低,则不符合“严肃”的条件。(2)考虑损害赔偿是否能够得到足够的救济。如果不作出临时禁令,被申请人在申请人将来胜诉后有足够的金钱对申请人所遭受的损失给予赔偿,则法院会尽量避免作出任何涉及实质正义的决定。同时,考虑临时禁令是错误作出时,被申请人是否能够从申请人处得到赔偿,法院会结合申请人的财力进行考虑。(3)根据衡平原则,全面考虑、衡量对双方的公平与不公平。(4)其他考虑因素。

<sup>⑬</sup> 根据 SA v. KB [2016] 2 HKLRD 1249 案,在考虑以下因素后,法院有权授予禁令限制仲裁程序:(1)禁令不会对仲裁申请人造成不公;(2)继续仲裁将是压迫性的、无理的、不合情理的或滥用程序的;(3)拖延提出禁令申请可能对该申请造成致命的后果,法院将行使其自由裁量权,谨慎地批准这种禁令。

<sup>⑭</sup> Arjowiggins HKK2 Ltd v. Shandong Chenming Paper Holdings Ltd, [2018] HKCFI 93, High Court of Hong Kong, 2018, para.29.

力案件行使管辖权不影响香港法院主张管辖权的行使和批准采取临时措施。

## 五、内地与香港区际诉讼与仲裁平行程序的解决思路

内地与香港区际诉讼与仲裁平行程序的频发往往是当事人在管辖问题上“程序性策略”的结果。解决内港区际诉讼与仲裁平行程序处理的问题,一方面可以借鉴国际上各个国家的经验,另一方面,还应从我国一国三法域的国情出发,立足于立法和司法两个层面,化解区际司法管辖权和仲裁管辖的矛盾。

### (一) 立法层面

#### 1. 准确把握自裁管辖权的含义,加快建立仲裁庭的自裁管辖权制度

仲裁庭的自裁管辖权是以当事人意思自治原则为基础的仲裁制度,核心价值在于仲裁庭有权决定自己的管辖权问题,该仲裁裁决对法院具有约束力。<sup>④⑤</sup> 仲裁庭的自裁管辖权原则现已被国际上大多数国家所接受,香港亦是如此,是现代国际商事仲裁立法的趋势。然而,内地《仲裁法》规定了仲裁机构而不是仲裁庭具有决定仲裁协议的效力,并且法院在这一问题上具有优先决定权。这与香港确立的自裁管辖权原则不一致,也与国际惯例不一致。法院在仲裁程序开始前的介入将严重影响仲裁程序的效率和公正性。

因此,分析两地在自裁管辖权相关立法上的异同,准确把握自裁管辖权的涵义将有助于内地构建完全的自裁管辖权制度,防止当事人为拖延仲裁而启动平行诉讼程序。一是应该在立法上明确赋予仲裁庭享有自裁管辖权,尊重仲裁庭的自裁管辖权。使得仲裁庭的管辖权不再依附于仲裁机构的授权,法院在认定仲裁协议效力案件中也不再具有优先地位。二是强调法院在管辖权异议案件上的作用和地位,法院以支持、监督仲裁的立场,只在一定情况下介入且不打断仲裁程序,对仲裁进行司法审查。这种审查包括,因当事人不服仲裁庭管辖权的初步裁定而介入仲裁程序的审查以及裁决作出后认可和执行阶段进行审查。三是限定法院对仲裁协议审查的内容,即仅限于审查仲裁协议的形式要件,对仲裁协议的实质审查只能在仲裁程序中由仲裁庭进行审理、调查和分析。值得注意的是,实务中,部分内地法院针对仲裁条款的初期司法审查采纳了形式性标准,这与香港法院在判例中确立的立场相一致。<sup>④⑥</sup> 这样的审查方式一方面保障了仲裁庭的管辖权,确保了仲裁协议的可执行性,另一方面也为对仲裁协议效力产生合理质疑的当事人提供了救济途径,让仲裁庭的权力在司法的监督下行使。

#### 2. 放宽仲裁协议效力的认定标准

有效的仲裁协议是仲裁庭拥有管辖权的唯一依据。相较于香港法律对仲裁协议效力的要求来说,内地法律的仲裁协议效力的标准显得过于严格,无法充分尊重当事人意

<sup>④⑤</sup> 赵秀举:《诉讼视角下的仲裁管辖权限的扩张及问题》,载《当代法学》2015年第6期,第3页。

<sup>④⑥</sup> PCCW Global Ltd v. Interactive Communications Service Ltd, [2007] 1 HKLRD 309, High Court of Hong Kong, 2018, para.60.

思自治,也不符合“使其有效”原则(validation principle)的要求,与国际上“支持仲裁”的理念相违背。因此确认仲裁协议效力不应僵化,放宽仲裁协议效力的认定标准,认可仲裁协议的效力,能从源头上保障仲裁庭对仲裁管辖的决定权。如果能通过仲裁条款解读出双方当事人有将争议提交仲裁的意思,则不应该直接否定仲裁协议的效力,例如仲裁机构名称不准确的仲裁条款、“先仲裁后诉讼”的仲裁条款等。除此之外,内地《仲裁法》第16条第3款中规定仲裁协议必须满足“选定的仲裁委员会”这一要求,在立法上否定了临时仲裁在内地的效力。然而临时仲裁在内港民商事纠纷解决中具有显而易见的作用,最高人民法院更是于2009年发布《关于香港仲裁裁决在内地执行的有关问题的通知》中明确了香港地区作出的临时仲裁裁决适用《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》,仲裁裁决可依据此安排得到认可和执行。<sup>④7</sup>有效的仲裁协议不仅是仲裁庭管辖权的基石,也是仲裁裁决取得承认和执行的前提条件。内地承认临时仲裁的仲裁协议效力将有利于与《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》相适应。此前《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》第91至93条便引入了颇具中国特色的临时仲裁制度,允许涉外民商事案件的当事人约定专设仲裁机构仲裁。

## (二) 司法层面

一是尊重仲裁地法院在仲裁管辖权问题上的司法监督权。已经发生的内港区际诉讼与仲裁平行程序问题中,不乏出现内地法院和香港法院同时对仲裁裁决进行司法审查,作出相反认定的情况。两地法院在管辖权问题上的针锋相对源于对公共利益维护的急切,然而并非所有涉及管辖权冲突的案件都涉及公共利益。此外,承认仲裁庭自裁管辖权并不意味着仲裁庭对仲裁协议效力的决定不受法院的监督。因此认可和执行阶段中的司法监督,应当尊重仲裁地法院对仲裁协议效力的认定,让仲裁地法院拥有认定管辖权异议问题的优先性,将可能涉及公共利益案件作为例外情况,审慎使用司法主权,避免将管辖权问题政治化。

二是规范内地各法院在涉港民商事案件中的“找法”流程。司法实践中频繁发生内地法院法官对涉外法律适用问题认识不够充分而直接适用内地法律认定仲裁协议效力,回避了法定冲突规范所确立的找法路径的案件。因此规范内地各法院在涉港民商事案件中的“找法”流程,即“涉外仲裁协议效力争议→管辖权→事实认定→法律适用→裁判”,将有利于适用正确的准据法,准确判断涉外仲裁协议的效力,避免错误裁定仲裁协议效力案件的发生,作出公平公正的裁判结果。

三是在临时措施的适用上达成一致的签发标准。国际甚至内港实践中常常应用临时措施作为仲裁庭与法院之间的管辖权冲突的解决路径。内地与香港为平衡仲裁自治原则和国家司法主权之间的关系应该秉持“支持仲裁”这一理念,在禁诉令、禁裁令的主体资格、签发场合、签发条件、签发对象等问题达成一致的标准,避免临时措施的滥用。

<sup>④7</sup> 《最高人民法院关于香港仲裁裁决在内地执行的有关问题的通知》,法[2009]415号,2009年12月30日发布。

具体包括：第一，法院是否可以主动采取禁诉令、禁裁令以及仲裁协议第三人是否是申请签发的主体；第二，签发场合是否包括诉讼与仲裁的对抗程序，是否可以依据裁判结果的既判力申请签发临时禁令；第三，是否需要满足香港法院在应用禁裁令实践中频繁提及的“仲裁具有压迫性、无理取闹性、不合情理或滥用程序的情形”的条件，当事人提出禁令申请是否应当有时间的限制等问题；第四，仲裁庭是否可以对法院签发相关临时措施。当然，需要明确的一点是无论是禁裁令还是禁诉令，其签发均不涉及公共利益问题。

---

**Abstract:** The essence of the parallel proceedings of litigation and arbitration between the Mainland and Hong Kong is the conflict of jurisdiction between the court and the arbitral tribunal. A valid arbitration agreement can establish the jurisdiction of the arbitral tribunal and exclude the jurisdiction of the court, which is the key to resolving parallel proceedings between litigation and arbitration. Due to the conflict of laws between the Mainland and Hong Kong regarding the validity of the arbitration agreement, both parties made opposite judgments on the validity of the same arbitration agreement, which eventually led to the occurrence of parallel proceedings. The international methods for resolving parallel proceedings mainly include the principle of autonomy jurisdiction, anti-suit injunction, anti-arbitration injunction, the principle of pending action, and the "parallel litigation and arbitration" model. The Mainland and Hong Kong have adopted the "parallel litigation and arbitration" model and anti-suit injunction respectively, which cannot effectively resolve the problem of parallel proceedings. The effective resolution of the issue of parallel proceedings between the Mainland and Hong Kong should be based on both the legislative and judicial levels, resolve the legal conflict in the determination of the validity of the arbitration agreement, and coordinate the standards for issuing interim measures.

**Keywords:** parallel proceeding; the validity of arbitration agreement; the conflict of jurisdiction

---

(责任编辑：张靖昆)

# 巴基斯坦仲裁法律制度述评

杨陶 张炯\*

**内容提要** 巴基斯坦仲裁法律体系较为复杂,包含《仲裁法》《仲裁(议定书和公约)法》《承认和执行仲裁协议和外国仲裁裁决法》以及《替代性纠纷解决法》等法律。这些法律详细地规定了仲裁协议的定义和有效性、仲裁条款的独立性、仲裁的法律适用、仲裁程序的启动、仲裁员的选任、法院在仲裁中的权力、国内仲裁裁决和外国仲裁裁决的区分以及仲裁裁决的承认与执行等内容。但巴基斯坦仲裁法律并未完全吸纳现代仲裁法的相关制度,如没有接受仲裁庭的管辖权自裁原则,没有规定仲裁临时措施规则,没有较好地限制法院在仲裁中的权力等,因而被称为“仲裁不友好国家”。此外,巴基斯坦仲裁相关法律间的适用关系复杂、不确定。基于此,建议中方当事人在巴基斯坦参与仲裁时,充分利用巴基斯坦承认和执行仲裁裁决规则,密切关注巴基斯坦公共秩序规则,以规避法律风险。

**关键词** 巴基斯坦 仲裁协议 仲裁程序 仲裁裁决 承认与执行

仲裁作为一种古老的纠纷解决方式,源于古希腊和古罗马,先于诉讼产生,是人们在日常生活生产实践中的伟大创造,被誉为“构成文明法律制度的基础”。<sup>①</sup>与世界上大多数文明相类似,仲裁在巴基斯坦也有着悠久的历史。早在古代,巴基斯坦的部落人民就已通过提名部落年长人士作为仲裁员来解决家庭纠纷,通过 Jirgas 和 Panchayets 解决商业纠纷。<sup>②</sup>虽然该历史渊源表明巴基斯坦对仲裁无历史偏见,但巴基斯坦现代仲裁法律制度较为复杂,仲裁实践较为落后,被认为是“仲裁不友好国家”。有鉴于此,考虑到中巴交往的日益深入以及中巴当事人通常选择仲裁方式解决纠纷的实践做法,为指导在巴基斯坦进行贸易投资活动的中国企业和个人有效运用仲裁解决民商事纠纷,避免因巴基斯坦仲裁法律制度的复杂性和落后性而招致法律风险,需要研究巴基斯坦的仲裁制度。<sup>③</sup>

\* 杨陶,喀什大学政法学院副教授;张炯,喀什大学政法学院助教。本文系2021年新疆维吾尔自治区高校科研计划项目“新疆企业参与‘中巴经济走廊建设’的法律对策研究”(项目编号:XJEDU2021SY039)和喀什大学中巴经济走廊高质量发展研究课题“中巴国际民商事争议解决制度比较研究”(课题编号:202101B)的研究成果。

① 陈忠谦:《仲裁的起源、发展及展望》,载《仲裁研究》2006年第3期,第44页。

② Hussain Rizwan, *International Arbitration in Pakistan*, <https://ssrn.com/abstract=2597551>, last visited Feb.10, 2022.

③ 《对外投资合作国别(地区)指南之〈巴基斯坦〉》(2021年版),载中华人民共和国驻巴基斯坦伊斯兰共和国大使馆经济商务处官网, <http://pk.mofcom.gov.cn>, 最后访问时间:2022年2月15日。

## 一、巴基斯坦仲裁立法

### (一) 巴基斯坦《仲裁法》

《仲裁法》(The Arbitration Act 1940)是巴基斯坦仲裁法律制度的重要组成部分之一,通过于英属印度时期。印巴分治后,被巴基斯坦沿用至今。该法包含引言、无法院干预的仲裁(Arbitration without intervention of a court)、无未决诉讼时法院介入的仲裁(Arbitration with intervention of a court where there is no suit pending)、诉讼中的仲裁(Arbitration in suits)、一般规定(General)、上诉(Appeals)、其他规定(Miscellaneous)七个章节,四十九条。

该法颁布后并未进行实质性修改,但巴基斯坦为普通法系国家,其法院通过司法判例为商业和贸易纠纷提供法律解释。<sup>④</sup>《仲裁法》赋予法院广泛的自由裁量权,但巴基斯坦法院作出的判决、裁定互相矛盾,且与国际统一的仲裁原则、实践以及惯例不一致,从而使巴基斯坦的仲裁制度备受诟病。如 *Eckhardt & Com Marine GmbH v. Muhammad Hanif* 案中,尽管仲裁协议内容明确,但巴基斯坦最高法院却援引不方便仲裁原则,以很难将大量证据或众多证人带到外国进行仲裁,仲裁费用十分昂贵,违约行为发生地和合同的主要标的在巴基斯坦等理由作为支持巴方当事人继续在巴法院进行诉讼的理由,并依据《仲裁法》第34条,驳回了德国当事方提出中止诉讼的请求。<sup>⑤</sup>这种自由裁量权直到 *Travel Automation (Pvt.) Ltd. v. Abacus International (Pvt.) Ltd.* 案中才得到一定的限制。<sup>⑥</sup>在案件基本情况相似的前提下,信德省高级法院依据2005年总统令第4条第2款的规定,声称即使存在不方便仲裁的理由,法院也只有在仲裁协议本身无效或者无法执行的情况下才能终止仲裁程序。<sup>⑦</sup>这种限制表明巴基斯坦对待仲裁态度的转变,特别是对待国际商事仲裁态度的转变。<sup>⑧</sup>

此外,《仲裁法》作为巴基斯坦的仲裁法,未涉及现代仲裁法所应当具备的重要规定,如仲裁庭的管辖权自裁原则(The competence-competence doctrine)、仲裁庭采取临时措施的权力(Grant of interim measures by arbitral tribunal)、仲裁程序的隐私性和保密性(Privacy and confidentiality of arbitration proceedings)、仲裁员的公正性与独立性(Impartiality and independence of arbitrators)等规定。这是因为巴基斯坦缺乏成熟的仲裁

④ 不能忽略巴基斯坦作为伊斯兰国家的本质而简单地将其划归为普通法系国家,也不能错误地直接将其划分为伊斯兰法系国家,应当将其理解为一个部分具有伊斯兰教法(Sharia)特征与内容的普通法系国家。Jan M. Smits, *Contract Law: A Comparative Introduction*, 2 ed., Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017, p.58.

⑤ *Eckhardt & Com Marine GmbH v. Mohammad Hanif*, PLD SC 42, 1993, para.5.

⑥ *Travel Automation (Pvt.) Ltd. v. Abacus International (Pvt.) Ltd.*, CLD Karachi 497, 2006, paras.1, 4.

⑦ 该总统令专门为执行《纽约公约》而颁布,但有效期只有120日。

⑧ 中国国际经济贸易仲裁委员会编著:《“一带一路”沿线国家国际仲裁制度研究(四)》,法律出版社2020年版,第311页。

法,以致巴基斯坦的仲裁实践较为落后,也给外国当事人留下了仲裁不友好国家的印象。<sup>⑨</sup>

## (二) 巴基斯坦其他相关仲裁立法

除《仲裁法》和司法判例外,巴基斯坦的仲裁法律渊源还见于1872年《合同法》(The Contract Act 1872)、1908年《民事诉讼法典》(The Code of Civil Procedure 1908)、1937年《仲裁(议定书和公约)法》(The Arbitration (Protocol and Convention) Act 1937,下文简称“《议定书法》”)、2011年《承认和执行仲裁协议和外国仲裁裁决法》(The Recognition and Enforcement (Arbitration Agreements and Foreign Arbitral Awards) Act 2011,下文简称“《承认与执行法》”)。以上法律和法典虽然都有涉及或者部分涉及与仲裁相关的规定,但与《仲裁法》相比不尽完备,多为对巴基斯坦仲裁法律制度的补充和完善,如对仲裁协议效力的审查主要规定在1872年《合同法》中,对外国仲裁裁决的承认与执行主要规定在《议定书法》和《承认与执行法》中。<sup>⑩</sup>此外,值得注意的是,为回应实践诉求,提高法院解决纠纷的能力与效率,改进传统司法程序中的不足,巴基斯坦紧随其他国家探索替代性纠纷解决机制的步伐,于2017年出台了《替代性纠纷解决法》(The Alternative Dispute Resolution Act 2017,以下简称“《ADR法》”)。<sup>⑪</sup>《ADR法》下的仲裁,与《仲裁法》具有较强的关联性,甚至可以视为是《仲裁法》的延伸。<sup>⑫</sup>但《ADR法》作为一种“面向国内探索高效纠纷解决制度的试验”,仅适用于巴基斯坦首都伊斯兰堡地区,且在具体仲裁程序设置上缺乏明确规定,与《仲裁法》的适用关系模糊,不具备广泛代表性和参考价值。<sup>⑬</sup>故不存在“挤压”《仲裁法》适用空间的可能。<sup>⑭</sup>

总体而言,巴基斯坦仲裁法律体系较为复杂,但实质上这也是导致其产生复杂适用关系的根源。实践中,巴基斯坦法院在适用《仲裁法》和《议定书法》时,作出了许多相互冲突的判决。<sup>⑮</sup>此外,《仲裁法》《议定书法》以及《承认与执行法》在仲裁裁决的承认与执行以及仲裁裁决性质的认定上存在较为复杂的适用关系。<sup>⑯</sup>为解决这一问题,巴基斯坦于2015年根据《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration)制定了《仲裁与调解法(草案)》(The Arbitration and Conciliation Bill 2015),意图合并、修订与国内仲裁裁决、国际商事仲裁裁

<sup>⑨</sup> *Supra* note 2.

<sup>⑩</sup> 尽管《承认与执行法》废除了《议定书法》,但在外国仲裁裁决的承认与执行上,《议定书法》仍适用于某些外国仲裁协议和裁决。Ghoury A. Ali, *Law and Practice of Foreign Arbitration and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Pakistan*, Springer, 2012, pp.6-37.

<sup>⑪</sup> Ali Khan & Muhammad Mumtaz, *Justice Delayed Is Justice Denied: Access to Speedy Justice and Alternative Dispute Resolution System in Pakistan*, *Journal of Law & Social Policy*, 2020, Vol.80:2, pp.82-103.

<sup>⑫</sup> 2017年巴基斯坦《替代性纠纷解决法》第20条第1款(c)项。

<sup>⑬</sup> Hassan A, Malik D M, *Status of ADR in Existing Laws of Pakistan: A Brief Study*, *Global Regional Review*, 2020, Vol.25:5, pp.263-268.

<sup>⑭</sup> 同前注<sup>⑧</sup>,第287页。

<sup>⑮</sup> Jamil Shahid, *Pakistan's Implementation of the New York Convention*, *International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 2008, Vol.74:2, pp.165-178.

<sup>⑯</sup> *Supra* note 10, at 47.

决和外国仲裁裁决执行相关的法律,并界定与调解有关的法律。虽然该草案最终未获通过,但表明巴基斯坦改变现行仲裁制度的决心。<sup>①7</sup>这与巴基斯坦国际投资与商事仲裁中心推动国际商事仲裁在巴基斯坦发展以及司法实践逐渐同国际商事仲裁惯例和原则接轨的做法,都将促使巴基斯坦不断完善和发展仲裁制度,使其最终成为“仲裁友好国家”。

## 二、巴基斯坦仲裁协议规则

### (一) 仲裁协议的定义

《仲裁法》第2.1条将仲裁协议定义为,将业已发生或将来可能发生的争议提交仲裁解决的书面协议,无论是否指定了仲裁员。《议定书法》依据1923年《仲裁条款议定书》第1条的规定将仲裁协议界定为,在不同缔约国管辖权下的合同当事人之间,签订的一项关于解决现有或者将来的争议的协议,同意将由于合同所发生的一切或任何争议,不论是商事问题或其他可以用仲裁解决的问题,提交仲裁。《承认与执行法》则依据1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》(下文简称“《纽约公约》”)第2.1条的规定将仲裁协议界定为:当事人约定将彼此间所发生或可能发生的一切或任何争议,如关涉可以仲裁解决事项确定的法律关系,不论为契约性质与否,提交仲裁解决的书面协定。据此,巴基斯坦仲裁法律对仲裁协议的界定符合现代国际仲裁法的要求,与我国仲裁立法和有关国际商事仲裁公约的规定一致,不但要求采用书面形式,而且现有争议和将来争议均可提交仲裁。

### (二) 仲裁协议的有效性

仲裁协议是整个仲裁制度的基石,是仲裁程序得以进行的前提,必须符合法律规定的有效要件,才能在纠纷解决中发挥应有的作用。根据巴基斯坦仲裁法律及相关实践,一项有效的仲裁协议必须包含以下基本要素:(1)书面形式;<sup>①8</sup>(2)处理的是当事人之间现有的争议或将来的争议;(3)争议与特定的法律关系有关;(4)当事人明示或者默示同意用仲裁方式解决纠纷;(5)争议事项具有可仲裁性。此外,仲裁协议属于合同,实践中巴基斯坦法院通常依据《合同法》审查协议的有效性。如,在2005年的Travel Automation (Pvt.) Ltd. v. Abacus International (Pvt.) Ltd.案中,巴基斯坦法院依据1872年《合同法》对仲裁协议的有效性进行了审查。<sup>①9</sup>在2016年的Karachi Dock Labour Board v. Quality Builders Ltd.案中,巴基斯坦法院更是明确指出,仲裁协议应符合1872年《合同

<sup>①7</sup> 2015年《仲裁与调解法(草案)》(The Arbitration and Conciliation Bill 2015),载巴基斯坦参议院官网, [http://www.senate.gov.pk/uploads/documents/1453277461\\_862.pdf](http://www.senate.gov.pk/uploads/documents/1453277461_862.pdf),最后访问时间:2022年3月10日。

<sup>①8</sup> 根据Metropolitan Steel Corporation Ltd. v. Macsteel International U.K. Ltd.案确定的司法判例,在缺乏书面形式时可以通过当事人往来的传真和邮件等通信信息,确定当事人对通过仲裁解决纠纷的实质同意以及仲裁协议的存在。Metropolitan Steel Corporation Ltd. v. Macsteel International U.K. Ltd., PLD Karachi 664, 2006, para.4.

<sup>①9</sup> *Supra* note 6, at para.4.

法》对有效合同的认定规定。<sup>②①</sup> 巴基斯坦 1872 年《合同法》第 10 条规定,一个有效合同,应当符合以下条件:(1) 双方当事人自由同意;(2) 双方有权订立合同,也即当事人主体适格;(3) 存在对价 (Consideration); (4) 具有合法目的 (Lawful object); (5) 未被明确宣布无效。前述五项条件同时满足,仲裁协议即有效。

### (三) 争议事项的可仲裁性

仲裁协议中约定提交的争议事项,必须是有关国家法律允许采用仲裁方式解决的事项,即争议事项应具有“可仲裁性”(Arbitrability)。“可仲裁性”关系到一个国家对审判权排他性管辖范围的界定,关系到一个国家的司法政策。<sup>②②</sup> 通常情况下,各国仲裁法律和有关国际商事仲裁公约会通过列举具体的“可仲裁事项”或“不可仲裁事项”的方式对仲裁活动进行指引,但出于“兜底”考虑,鲜有国家会对其详尽陈列。我国仲裁立法即采此种方式。但巴基斯坦《仲裁法》《议定书法》以及《承认与执行法》均未列举“可仲裁事项”或“不可仲裁事项”的具体范围,而是通过司法判例予以指导。司法实践中,涉及的“不可仲裁事项”有:(1) 腐败、欺诈和恶意情况,因违反公共秩序,所引起的纠纷事项;<sup>②③</sup> (2) 1984 年《公司条例》下的少数股东压迫纠纷事项和公司清盘纠纷事项;<sup>②④</sup> (3) 所得税、关税、消费税以及竞争纠纷事项;(4) 刑事案件情况下涉及的纠纷事项。<sup>②⑤</sup> 但根据巴基斯坦 2002 年《小额索赔和轻罪法院条例》(The Small Claims and Minor Offences Courts Ordinance 2002) 的相关规定,可和解犯罪 (Compoundable offence) 中的民事争议部分属于可仲裁事项。

### (四) 仲裁条款的独立性

仲裁条款独立原则 (Separability) 是一项被广泛认可的基本法律原则。仲裁条款通常是基础合同的组成部分或与基础合同直接相关。仲裁条款的独立性在本质上是一种法律许可的推定,推定仲裁条款独立于基础合同或者可以与基础合同相分离,旨在为解决仲裁主管、仲裁管辖权和仲裁协议效力认定问题创造必要的条件。学者们指出,仲裁条款独立性推定有诸多后果,其中有代表性的观点有:(1) 基础合同无效不一定意味着仲裁条款无效;(2) 反之,仲裁条款无效不一定意味着基础合同无效;(3) 基础合同的准据法和仲裁协议的准据法可以不同;(4) 基础合同的形式要求和仲裁协议的形式要求可以不同。<sup>②⑥</sup> 巴基斯坦司法实践承认仲裁条款独立性原则。如 *Sezai Turkes Feyzi*

<sup>②①</sup> Chishti I. Ali, *Issues of Jurisdiction, Choice of Law and Enforcement in International Commercial Arbitration: A Pakistan Perspective*, in *Private International Law: South Asian States' Practice*, Sai Ramani Garimella(ed.), 2017, p.372.

<sup>②②</sup> 金春:《“一带一路”背景下国际商事仲裁与破产法的协调——兼议〈企业破产法司法解释(三)〉》,载《人民司法》2019 年第 13 期,第 19 页。

<sup>②③</sup> *Hub Power Co. v. Wapda*, CLC Karachi 1320, 1999, para.13.

<sup>②④</sup> *Pakistan Water and Power Development Authority v. Kot Addu Power Company Limited.*, MLD Lahore 829, 2002, para.9; *Orix Leasing Pakistan Limited v. Colony Thal Textile Mills Limited.*, PLD Lahore 443, 1997, para.7.

<sup>②⑤</sup> *Ali Muhammad and others v. Bashir Ahmad through his legal heirs*, SCMR 1928, 1991, p.1930.

<sup>②⑥</sup> 王生长:《仲裁协议独立性要义——中国国际商事法庭第一案述评》,上海国际经济贸易仲裁委员会文集:《上海法学研究(2019 年)》,上海人民出版社 2017 年 12 月版,第 24 页。

Akkaya Construction Company v. Crescent Services 案中,巴基斯坦最高法院认为,尽管基础合同受挫、被否定,甚至内容非法,仲裁条款仍然有效。<sup>26</sup> Hitachi v. Rupali Polyester 案中,巴基斯坦法院认为,基础合同的准据法为巴基斯坦法,而仲裁协议的准据法为英国法。<sup>27</sup> Government of Punjab and ors v. Khyber International Printer 案中,巴基斯坦法院指出,除《仲裁法》《财产转让法》等另有规定外,合同并不要求以书面形式订立。<sup>28</sup> 据此,可推出巴基斯坦并不要求基础合同和仲裁协议形式一致,前者可采口头形式,后者则必须采用书面形式。Shipyard and Engineering Works Ltd. v. General Iron and Steel 案中,巴基斯坦法院认为,修改和更新基础合同,并不影响与基础合同分离的仲裁条款的效力。<sup>29</sup> M/s Uzin Export & Import Enterprises for Foreign Trade v. M/s M.Iftikhar & Company Limited 案中,巴基斯坦法院认为,即使仲裁协议的某些条款为不可执行条款,并不影响其余条款的效力。<sup>30</sup>

### 三、巴基斯坦仲裁法律适用规则

在国际商事仲裁中,开展仲裁通常会涉及:合同准据法(Substantive law)、仲裁协议准据法(Governing law)以及仲裁程序法(Lex arbitri)三类法律。合同准据法是管辖合同实体纠纷的法律。仲裁协议准据法则是调整“双方当事人同意将合同争议提交仲裁”的这项“约定”是否合法有效的问题,属于仲裁程序能否合法开始的初始问题。仲裁程序法在国际仲裁实践中的常用说法是 Lex arbitri,源自拉丁语,本意是仲裁的法律。其作用主要体现在三个方面:(1)为仲裁程序提供最基本的框架,保障仲裁当事人基本的程序权利,例如仲裁庭应当平等对待双方当事人等;(2)确定仲裁与仲裁地法院的关系,其中包括法院支持仲裁、监督仲裁的各个方面,例如法院协助组成仲裁庭、发布临时措施、对仲裁协议效力或仲裁庭管辖权作出最终决定、撤销仲裁裁决等;(3)明确仲裁程序与“公共政策”的关系,例如,该仲裁程序是否与当地的公序良俗,或者宗教习俗发生冲突等等。<sup>31</sup>

通常情况下,合同准据法可以是当事人明示选择的法律或是根据事实情况推断当事人会意图适用的法律。仲裁协议准据法和仲裁程序法通常是当事人明示选择的法律,当事人无明示选择时,为仲裁地法。但巴基斯坦的实践做法似乎略有不同:(1)合同准据法。若纠纷当事人没有约定,也无法根据事实情况推出合同准据法时,巴基斯坦法院要

<sup>26</sup> Manzoor Hussain and Others v. Wali Muhammad and another, PLD (WP) Karachi 877, 1962, para.8.

<sup>27</sup> Hitachi v. Rupali Polyester, SCMR 1618, 1998, paras.1, 4.

<sup>28</sup> Government of Punjab and ors v. Khyber International Printer, PLD Lahore 518, 2009, pp.520-523.

<sup>29</sup> Shipyard and Engineering Works Ltd. v. General Iron and Steel, PLD Karachi 501, 1971, pp.503-504.

<sup>30</sup> M/s Uzin Export & Import Enterprises for Foreign Trade v. M/s M.Iftikhar & Company Limited., SCMR 866, 1993, p.876..

<sup>31</sup> Alastair Henderson, 'Lex Arbitri', *Procedural Law and the Seat of Arbitration: Unravelling the Laws of the Arbitration Process*, Singapore Academy of Law, 2014, Vol.26:2, pp.95-132.

么依据冲突规则的基本原则确定准据法,要么直接选择巴基斯坦法律作为合同准据法;<sup>③②</sup> (2) 仲裁协议准据法。在基础合同和仲裁协议“分离”的情况下,如果当事人没有在仲裁协议中明示或默示选择仲裁协议准据法,则法院可根据最密切联系原则确定仲裁协议准据法。此时,如果当事人在基础合同中选择适用巴基斯坦法,那么仲裁协议准据法通常会被确定为巴基斯坦法。在基础合同和仲裁协议“一体”的情况下,如果当事人已经选择了合同准据法,并且没有任何相反的规定表明不适用于仲裁协议时,合同准据法会作为仲裁协议的准据法得以适用;<sup>③③</sup> (3) 仲裁程序法。如果当事人未选择仲裁程序法时,则仲裁程序将由仲裁地法支配。就国际仲裁协议而言,巴基斯坦法院已经认可当事人所选择的仲裁地的法院拥有管辖程序性事项的权力。

## 四、巴基斯坦仲裁程序规则

### (一) 仲裁程序启动规则

《仲裁法》下仲裁程序的启动方式有三种:(1) 当事人启动仲裁。这类仲裁属于“无需法院介入的仲裁”,适用于当事各方已达成仲裁协议,并在发生争议时愿意根据仲裁协议将争议提交仲裁的情况。在这类仲裁中,法院的作用仅限于协助争议各方履行协议条款;<sup>③④</sup> (2) 法院启动仲裁。《仲裁法》第三章规定了“通过法院但不进行诉讼的仲裁”形式,明确在有仲裁协议的情况下,如果协议所约定的争议事项已经发生但尚未启动仲裁程序的,当事人可以向有管辖权的法院提交仲裁协议以便启动仲裁程序。这类仲裁程序由法院启动,法院在收到申请后,应当向仲裁协议的当事人发出书面通知,要求其在规定的时间内陈述不应启动仲裁程序的理由。如果当事人未能在规定的时间内提出充分理由,法院则作出启动仲裁程序的决定;<sup>③⑤</sup> (3) 诉讼程序中的仲裁。《仲裁法》第四章规定了“通过法院诉讼的仲裁”形式,明确在诉讼程序中,所有当事人可以约定将正在审理的争议提交仲裁解决。为此,当事人应当在法院判决作出前通过书面形式向法院提出申请。如果法院允许,则应当将有关争议提交仲裁解决,并要求仲裁员在其认为合理的期限内作出裁决。对于已经提交仲裁解决的争议,法院在不违背本法规定的情况下,将不再进行审理。如果只有部分当事人同意将他们之间的诉争事项提交仲裁,法院同意且该争议事项可以与其他诉争事项分离的,法院可以根据本章规定将争议提交仲裁,而对于其他诉争事项则由法院继续审理。<sup>③⑥</sup>

<sup>③②</sup> Light Industries (Pvt.) Limited, through Chief Executive v. ZSK STICKMASCHINEN GmbH through Attorney, CLD Karachi 1340, 2009, para.13.

<sup>③③</sup> *Supra* note 27, at paras.1-7.

<sup>③④</sup> Haji Abdul Rashid Arif v. Aziz Rehman and others, CLC Peshawar 1014, 2010, para.5.

<sup>③⑤</sup> 同前注<sup>③</sup>,第277页。

<sup>③⑥</sup> 同上,第278页。

## （二）仲裁员选任规则

仲裁员的选任方式关系当事人的切身利益,由谁以及以怎样的方式选任仲裁员,是仲裁程序中最关键的事项。因为不同的仲裁员对同一问题的看法可能存在差异,由此产生对当事人不同的审理结果。目前各国的仲裁制度中仲裁员选任规则各不相同。巴基斯坦仲裁员选任规则依据《仲裁法》中不同的仲裁程序启动方式区分为三类。(1)当事人启动仲裁程序中的仲裁员选任规则。依据《仲裁法》第4条、第10条以及附表一第1条至第7条的规定:“争议应当提交独任仲裁员审理,除非当事人另有明确约定。”“如当事人明确约定将争议提交一个由偶数仲裁员组成的仲裁庭,仲裁员应在最后一名被指定之日后一个月内指定一名首席仲裁员。”“当事人可在仲裁协议中提名或指明届时担任某一职务的人担任仲裁员,也可以由仲裁机构指定仲裁员。”(2)法院启动仲裁程序中的仲裁员选任规则。《仲裁法》第20.4条规定,法院应当判令由当事人通过仲裁协议或其他方式指定的仲裁员进行审理,如当事人未在仲裁协议中指定仲裁员,则由法院指定仲裁员审理。(3)在通过法院诉讼的仲裁中,仲裁员的选任规则。根据《仲裁法》第22条的规定,仲裁员应当由当事人共同选定。此外,《ADR法》第20.1条规定,无论《仲裁法》如何规定仲裁员选任规则,在《ADR法》下开展的仲裁,仲裁员必须由当事人共同选任。

## （三）仲裁庭的管辖权自裁原则

仲裁庭的管辖权自裁原则,指仲裁庭有权裁定自身的管辖权问题,是一项被国际公认的准则。<sup>③7</sup>但巴基斯坦《仲裁法》并未接受该原则。该法明确规定,在国内仲裁中,仲裁员无权对自己的管辖权问题作出裁决,此问题应由法院裁决。尽管如此,在巴基斯坦的仲裁实践中,该原则也曾得到过短暂运用。如LSE v. Fredrick J Whyte Group (Pakistan) Ltd.案中,巴基斯坦法院认可仲裁员有权处理争议引起的所有问题。<sup>③8</sup>但在Karachi Dock Labour Board v. Quality Builders Ltd.案中,巴基斯坦最高法院明确指出,仲裁庭的管辖权自裁原则“违背《仲裁法》的明文规定”。<sup>③9</sup>在Hitachi v. Rupali Polyester案中,巴基斯坦最高法院为国际仲裁提供了一些指导:仲裁程序及其相关事项将受仲裁地的法律管辖,并由仲裁所在地法院管辖。可见巴基斯坦法院采纳了“所在地理论(The seat theory)”,认为只有仲裁所在国的法院才有权对裁决的有效性和仲裁的其他方面提出质疑。<sup>④0</sup>

## （四）法院在仲裁中的权力

在国内仲裁情况下,《仲裁法》并未赋予仲裁庭裁定临时措施(Interim measures)的权力,但是仲裁员可以根据《仲裁法》第27条,作出临时裁决(Interim award)。但这种临时裁决是否能够成为最终的执行命令则取决于法院的裁量。根据《仲裁法》第41.2条与附表二(法院的权力)的规定,法院有权通过裁定的方式采取下列临时措施:

<sup>③7</sup> 张玉卿:《试论商事仲裁自裁管辖权的现状与中国的改进》,载《国际经济法学刊》2018年第1期,第118页。

<sup>③8</sup> LSE v. Fredrick J Whyte Group (Pakistan) Ltd., PLD SC 48, 1990, pp.53-59.

<sup>③9</sup> Karachi Dock Labour Board v. Quality Builders Ltd., PLD SC 121, 2016, para.8.

<sup>④0</sup> *Supra* note 27, at paras.4, 7-8.

(1) 对仲裁审理标的的任何货物进行保全、临时监管或出售；(2) 暂管仲裁审理中的争议金额；(3) 对仲裁案中的任何财产或物件进行扣留、保存或检验,并对可能产生问题的财物采取同样措施。此外,为实现上述目的,可以授权任何人进入当事人的任何土地或房屋,授权任何人采集样本,进行为收集证据或信息所必要的检验和试验；(4) 临时指定破产管理人；(5) 为仲裁程序的目的,为未成年人或精神病人指定监护人。除此以外,根据《仲裁法》的规定,法院还有以下权力:(1) 指定仲裁员(第8条、第12条);(2) 将仲裁员除名(第9条、第10条、第11条);(3) 修改或更正仲裁裁决(第15条);(4) 将裁决发回仲裁员重审(第16条);(5) 根据仲裁裁决作出裁定(第17条);(6) 作出临时裁定(Interim order);(7) 宣布仲裁协议无效(第19条)。在国际仲裁情况下,巴基斯坦认为,即使合同准据法为巴基斯坦法,但若仲裁地在巴基斯坦之外,则出于尽量避免干涉仲裁程序的目的,巴基斯坦法院不会行使管辖权。<sup>④①</sup>

### (五) 一般规则

《仲裁法》第五章规定了仲裁的一般问题。(1) 仲裁裁决中的说理。仲裁员应当在裁决书中陈述作出裁决的充足理由,以便法院全面审查该裁决可能引发的任何法律问题。如果裁决没有充足陈述理由,法院应发回仲裁员重审,并要求再次提交裁决以及作出裁决的充足理由。(第26条)(2) 裁决期限的延长。无论裁决期限是否已届满或是否已经作出,法院认为适当,可延长裁决期限。此外,当事人一致同意也可延长裁决期限。(第28条)(3) 司法机关中止诉讼程序的权力。在存在仲裁协议而又启动诉讼程序的情况下,当事人可以在提出书面陈述或采取其他步骤之前向受理该诉讼程序的司法机关提出申请,请求中止诉讼程序。如果司法机关认为不应根据仲裁协议进行仲裁的理由不充分,且申请人在司法程序开始时直至提出申请之时都愿意进行仲裁,那么司法机关可以裁定中止司法程序(第34条)。<sup>④②</sup>

《仲裁法》第六章对上诉法院的裁定以及对上诉具有管辖权的法院进行了规定。《仲裁法》第39条规定,以下裁定可上诉:(1) 废止仲裁的裁定(Superseding an arbitration);(2) 以特例形式陈述的裁决报告(On an award stated in the form of a special case);(3) 宣布仲裁协议无效的裁定;(4) 修改或更正裁决的裁定;(5) 当存在仲裁协议时中止或拒绝中止诉讼程序的裁定;(6) 撤销或拒绝撤销裁决的裁定。<sup>④③</sup>《仲裁法》第40条规定,简易法院(Small Cause Court)对任何仲裁程序或因仲裁程序而产生的任何申请无管辖权,但若相关申请获全体利害关系当事人一致同意将诉讼中的任何争议提交仲裁后产生的,则所作申请不在此限制规定内。

<sup>④①</sup> *Id.*, at para.9.

<sup>④②</sup> 同前注<sup>⑧</sup>,第279页。

<sup>④③</sup> 同上。

## 五、巴基斯坦承认与执行仲裁裁决规则

### (一) 国内仲裁裁决与外国仲裁裁决区分规则

1. 国内仲裁裁决的认定标准。根据巴基斯坦司法实践,如果一项裁决是根据《仲裁法》所规定的仲裁程序在巴基斯坦进行的,则为国内仲裁(Domestic arbitration),并可据此予以执行。<sup>④</sup>该判断标准显然采取了“仲裁地”理论。然而,根据巴基斯坦法院的解释,仲裁裁决的国籍并不完全取决于仲裁地。在以下情形下,即使仲裁裁决在外国作出,仍被视为国内仲裁,进而受《仲裁法》调整:<sup>⑤</sup>(1)当事人在仲裁协议中约定巴基斯坦法为合同准据法;<sup>⑥</sup>(2)即使当事人未在仲裁协议中约定仲裁协议准据法,但巴基斯坦法为合同准据法。<sup>⑦</sup>据此,与传统仲裁理论与实践以仲裁地作为判定仲裁国籍的主要标准不同,巴基斯坦兼采仲裁地和合同准据法所属国标准。<sup>⑧</sup>

2. 外国仲裁裁决的认定标准。2011年《承认与执行法》颁布之前,1937年《议定书法》和1940年《仲裁法》共同构成了巴基斯坦承认与执行外国仲裁裁决的法律依据。《议定书法》旨在使1923年《仲裁条款议定书》和1927年《执行外国仲裁裁决公约》在巴生效。该法第2条规定,外国仲裁裁决需同时满足下列三个条件,否则其就会依据《仲裁法》的相关规定,以“国内仲裁裁决”的“身份”予以执行:(1)与商业纠纷有关;(2)基于1923年《仲裁条款议定书》适用仲裁协议;(3)外国缔约方属于巴基斯坦政府通知宣布为1927年《执行外国仲裁裁决公约》缔约方的国家或机构。《承认与执行法》的主要目的在于使1958年《纽约公约》在巴生效。该法第2.5条规定,“外国仲裁裁决是指在一个缔约国和巴基斯坦联邦政府官方公报上通知的其他国家作出的裁决”。故《议定书法》《仲裁法》以及《承认与执行法》共同构成了认定外国仲裁裁决的法律依据。实践中,为了将裁决作为外国仲裁裁决执行,巴基斯坦法院一般首先确定该裁决是否为《承认与执行法》下的外国仲裁裁决;若不是,则进一步确定该裁决是否为《议定书法》下的外国仲裁裁决;若不是,则依据《仲裁法》作为“国内仲裁裁决”予以执行。<sup>⑨</sup>

### (二) 承认与执行仲裁裁决规则

1. 《承认与执行法》中的承认与执行规则。《承认与执行法》第2.5条将“外国仲裁裁决”表述为:在《纽约公约》缔约国和巴基斯坦联邦政府官方公报上通知的其他国家作出的外国仲裁裁决。该条款包含两个条件:(1)仲裁裁决在《纽约公约》缔约国

<sup>④</sup> Jugotekstil Impex v. Shams Textile Mills Ltd., MLD Karachi 857, 1990, para.17.

<sup>⑤</sup> *Supra* note 27, at paras.4,7-9.

<sup>⑥</sup> *Id.*

<sup>⑦</sup> China National Machinery Import and Export Corporation v. Tufail Chemical Industries Ltd., CLD Karachi 1577, 2005, para.16.

<sup>⑧</sup> 同前注<sup>⑤</sup>。

<sup>⑨</sup> *Supra* note 5, at paras.5-10.

作出；(2) 该缔约国已由巴基斯坦联邦政府在官方公报上进行了通知。由此可见,《承认与执行法》中承认与执行外国仲裁裁决的规则较为复杂:(1) 当事人双方均为外国人或者一方为外国人,仲裁裁决在巴基斯坦境内作出时,该裁决是否构成《承认与执行法》第 2.5 条下的外国仲裁裁决处于不确定状态;(2) 如果巴基斯坦联邦政府没有对某一《纽约公约》缔约国作出通知,则在《纽约公约》缔约国作出的裁决仍难以在巴基斯坦执行。<sup>⑤0</sup> 该裁决仅能在满足条件的情况下,依据《议定书法》或依据《仲裁法》作为“国内仲裁裁决”予以执行;(3) 即使巴基斯坦联邦政府对某一缔约国发出了通知,但如果当事人约定合同准据法为巴基斯坦法,那么在该国作出的裁决仍被巴基斯坦法院定性为国内仲裁裁决。虽然有巴基斯坦学者提出,由于《承认与执行法》中没有与《议定书法》第 9 条相同的规定,即排除《议定书法》对依据巴基斯坦法作出的仲裁裁决的适用,因此《承认与执行法》适用于在巴基斯坦联邦政府通知的国家作出的裁决,即使其合同准据法为巴基斯坦法。<sup>⑤1</sup> *Taisei Corporation v. A.M. Construction Company Pvt. Limited* 案却否定了该观点,认为巴基斯坦法院仍可依据自由裁量权,将根据受巴基斯坦法支配的协议所作的裁决认定为国内仲裁裁决。<sup>⑤2</sup> 虽然该判决备受诟病,但总体而言,《承认与执行法》的出台仍然表明了巴基斯坦对国际商事仲裁友好和支持的态度。尤其是该法第 6 条明确规定,法院应该以对待巴基斯坦境内法院的裁决或判决一样的方式承认和执行外国仲裁裁决,除非法院依据该法第 7 条拒绝承认和执行。也就是说,巴基斯坦法院仅可依据《纽约公约》第 5 条规定的情形拒绝承认和执行外国仲裁裁决:(1) 仲裁协议无效;(2) 当事人未获指派仲裁员或仲裁程序的适当通知,或因他故,未能申辩;(3) 裁决所处理的争议非为交付仲裁的标的或不在其条款之列;(4) 作出裁决的仲裁庭的组成不当;(5) 裁决对当事人不具有约束力;(6) 裁决事项是不能进行仲裁的事项;(7) 承认或执行裁决有违执行国公共秩序。

2. 《议定书法》中的承认与执行规则。符合《议定书法》第 2 条规定的裁决在巴基斯坦被视为外国仲裁裁决。然而,根据《议定书法》第 9.2 条的规定,如果双方约定合同准据法为巴基斯坦法,则该法不予适用。此时,外国仲裁庭的裁决将被视为国内仲裁裁决。<sup>⑤3</sup> 司法实践中,巴基斯坦法院甚至认为,在满足《议定书法》第 2 条和第 9.2 条要求的情况下,《议定书法》可以适用于国内仲裁裁决,如 *Hitachi v. Rupali Polyester* 案。<sup>⑤4</sup> 但一旦一项仲裁裁决被认定为《议定书法》下的外国仲裁裁决,则应排除《仲裁法》的适用。<sup>⑤5</sup> 也即无法依据《仲裁法》第 30 条的规定,对仲裁裁决提出质疑。<sup>⑤6</sup> 《议定书法》

<sup>⑤0</sup> *Supra* note 47.

<sup>⑤1</sup> *Supra* note 10, at 43.

<sup>⑤2</sup> *Taisei Corporation v. A.M. Construction Company Pvt. Limited.*, PLD Lahore 455, 2012, paras.11-16.

<sup>⑤3</sup> *Supra* note 27.

<sup>⑤4</sup> *Id.*

<sup>⑤5</sup> *Quinn Corporation and Others v. Cotton Export Corporation and Others*, CLD Karachi 1040, 2004, paras.5-6.

<sup>⑤6</sup> *Meredith Jones & Co. Ltd. v. Quetta Textile Mills Ltd.* CLD Karachi 1191, 2002, paras.1, 3-4.

第4条规定：“外国仲裁裁决就好像是在巴基斯坦所作的裁决一样，在巴基斯坦具有可执行性。”《议定书法》第5条规定：“外国仲裁裁决利害关系人可以向有管辖权的法院提交执行裁决申请。法院收到申请后，应将其视为普通诉讼，指示相关各方提交裁决申请反对意见。<sup>⑤7</sup>在 *Meredith Jones & Co. Ltd. v. Quetta Textile Mills Ltd.* 案中，信德省高级法院详细解读了《议定书法》第7.1条规定的承认和执行外国仲裁裁决的条件：（1）该裁决是依据一项有效的仲裁协议作出，该仲裁协议的效力依据准据法确定；（2）该裁决由仲裁协议选定的仲裁机构作出或由当事人约定的方式组成的仲裁庭作出；（3）该裁决的作出符合仲裁程序法；（4）该裁决在裁决作出地国为一项终局裁决；（5）依据巴基斯坦法，提交仲裁解决的争议事项具有可仲裁性；（6）执行该裁决不违反巴基斯坦的公共秩序。此外，根据《议定书法》第7.2条的规定，若有下列情形之一，将不予执行外国仲裁裁决：（1）该裁决被裁决作出国宣布无效；（2）仲裁庭没有给予当事人陈述的足够通知或当事人欠缺法律能力而不能适当地陈述；（3）该裁决就没有提请仲裁解决的事项进行裁决或该裁决超出了仲裁范围。<sup>⑤8</sup>

3. 《仲裁法》中的执行规则。如果一项裁决是根据《仲裁法》规定的仲裁程序作出的，那么它就是一项国内仲裁裁决，并可据此予以执行。<sup>⑤9</sup>《仲裁法》第30条规定，符合下列情形的仲裁裁决予以撤销：（1）仲裁员行为不当或仲裁程序不当；（2）该裁决是在法院裁决中止仲裁后作出的，或依据该法第35条认定仲裁协议无效后作出的；（3）不当促成裁决或因其他原因裁决无效。与《议定书法》第7条规定的执行外国仲裁裁决的条件相比，该条规定的执行国内仲裁裁决的条件显然更为宽松，即在巴基斯坦境外仲裁而合同准据法为巴基斯坦法的仲裁裁决，相较于外国仲裁裁决更容易执行。

4. 在巴基斯坦缔结协议的仲裁裁决的执行。司法实践中，巴基斯坦法院在 *Yangtze (London) Ltd. v. Barlas Bros* 案中确定了 *Yangtze* 原则。<sup>⑥0</sup> 根据该原则，即使仲裁裁决不是《议定书法》下的外国裁决，也没有因基础合同准据法为巴基斯坦法而被视为国内仲裁裁决，但基础合同在巴基斯坦境内缔结，该裁决也可以在巴基斯坦执行。该原则在司法实践中被广泛援引。如 *China National Machinery Import and Export Corporation v. Tufail Chemical Industries Ltd.* 案中，法院依据 *Yangtze* 原则判决如下：由于当事人之间的基础合同是在巴基斯坦签署的，而且当事人一方为巴基斯坦人且在巴基斯坦开展业务，因此，尽管根据《议定书法》和《仲裁法》的规定，该裁决无法执行，但可根据1908年的《民事诉讼法典》第151条提起诉讼申请强制执行。<sup>⑥1</sup>

<sup>⑤7</sup> *Petrocon (Pvt.) Ltd. v. Hyderabad Development Authority*, Hyderabad, MLD 1675, 1990, paras.1-4.

<sup>⑤8</sup> *Supra* note 56.

<sup>⑤9</sup> *Supra* note 44.

<sup>⑥0</sup> *Yangtze (London) Ltd. v. Barlas Bros (Karachi) Ltd.*, PLD Supreme Court 573, 1961, p.585.

<sup>⑥1</sup> *Supra* note 47.

## 六、中国当事人在巴参与仲裁的建议

### （一）充分利用巴基斯坦承认和执行仲裁裁决规则

虽然近些年巴基斯坦一直朝着“仲裁友好国家”的目标发展,司法实践也逐渐限制法院对仲裁的过度干预,如 *Travel Automation (Pvt.) Ltd. v. Abacus International (Pvt.) Ltd.* 案等。<sup>⑥2</sup> 但就国内仲裁而言,《仲裁法》未吸纳现代仲裁法的相关制度,如仲裁庭的管辖权自裁原则、仲裁临时措施制度等,仲裁实践也较为落后;就国际仲裁而言,《议定书法》和《承认与执行法》间的适用关系复杂、不确定。据此,建议中国当事人从以下两个方面规避法律风险:(1) 在准据法的选择上。若谈判力量足够强大,应避免选择巴基斯坦法作为合同准据法和仲裁协议准据法,以便仲裁裁决可以适用《承认与执行法》,获得巴基斯坦法院承认与执行的可能性更大。若谈判力量不够强大,无法约定在巴基斯坦境外《纽约公约》的缔约国进行仲裁,则可约定巴基斯坦法为合同准据法,因为与《议定书法》第7条规定的承认和执行外国仲裁裁决的条件相比,《仲裁法》第30条规定的在巴基斯坦境外仲裁而合同准据法为巴基斯坦法的国内仲裁裁决更容易执行;(2) 在仲裁地的选择上。虽然尚不清楚当事人双方均为外国人或者一方为外国人在巴基斯坦境内作出的仲裁裁决是否构成《承认与执行法》第2.5条下的外国仲裁裁决,但考虑到巴基斯坦法院已经承认当事人所选择的仲裁地的法院拥有管辖程序性事项的权力,为避免缺乏司法判例而招致的不确定性和最大程度避免法院对仲裁的过度干预,建议将仲裁地确定在巴基斯坦外、且同时满足《承认与执行法》两个承认与执行前提条件下的国家。

### （二）密切关注巴基斯坦公共秩序规则

在国际仲裁中,不管是仲裁员还是法官,在许多问题的考虑中都会涉及公共秩序。如可仲裁性的考虑、仲裁程序的要求、仲裁裁决的承认和执行等,都与公共秩序有关。违背公共秩序可能导致整个仲裁协议无效,也可能导致仲裁裁决无法得到承认和执行。巴基斯坦《仲裁法》《议定书法》和《承认与执行法》均规定了公共秩序问题。实践中,只要涉及欺诈、腐败或程序不透明等情形,巴基斯坦法院就可能会援引公共秩序宣布仲裁协议无效,并禁止当事人启动仲裁程序。但公共秩序的基本特点之一是实际内容的不确定和含糊性。据此,现代各国法院对在认定仲裁协议无效或拒绝承认和执行外国仲裁裁决中适用公共秩序多主张施加严格限制,以尽可能不给需要进行的国际商事仲裁活动设置严重的障碍。与大多数国家一样,巴基斯坦法院对公共秩序的适用整体也呈限制态度。如在 *The Official Assignee of the High Court of West Pakistan v. The Lloyds Bank Ltd.* 案中,巴基斯坦最高法院明确指出,法院的职责是阐释而不是扩大公共秩序,只有无可争辩地损害了公共利益时,才可适用该原则。<sup>⑥3</sup> 但巴基斯坦作为一个具有伊斯

<sup>⑥2</sup> *Supra* note 6.

<sup>⑥3</sup> *The Official Assignee of the High Court of West Pakistan v. The Lloyds Bank Ltd. Karachi and others*, PLD SC 301, 1969, pp.303-305.

兰教法 (Sharia) 特征与内容的普通法系国家,在公共秩序的认定上具有一些不同于传统普通法系和大陆法系国家的特征,需提请中国当事人注意:(1) 教法学原则。伊斯兰教法对巴基斯坦的司法活动做了一定的限制。如在 *Grosvenor Casino Ltd. v. Abdul Malik Badruddin* 案中,因外国仲裁裁决支持伊斯兰教法所禁止的索赔,巴基斯坦法院拒绝承认和执行该裁决。<sup>⑥4</sup> (2) 包含利息给付的仲裁裁决。在 *Flame Maritime Limited v. Hassan Ali Rice Export* 案中,巴基斯坦法院认为利息给付违反了巴基斯坦的公共秩序,因此拒绝执行该裁决。<sup>⑥5</sup> 虽然巴基斯坦法院后续承认非穆斯林有权根据自己的宗教习俗签订合同进而确认与利息有关的事项,但若其中一方为穆斯林,则法院仍会援引公共秩序保留而拒绝承认和执行仲裁裁决。

---

**Abstract:** The Pakistani arbitration legal system is complex and contains laws such as the Arbitration (Protocol and Convention) Act 1937, the Arbitration Act 1940, the Recognition and Enforcement (Arbitration Agreements and Foreign Arbitral Awards) Act 2011 and the Alternative Dispute Resolution Act 2017. These laws specify in detail the definition and validity of the arbitration agreement, the independence of the arbitration clause, the application of law of arbitration, the initiation of arbitration proceedings, the selection of arbitrators, the power of the court in arbitration, the distinction between domestic and foreign arbitral awards, and the recognition and enforcement of arbitral awards. However, Pakistan's arbitration law does not fully incorporate the relevant systems of modern arbitration law. For example, it does not accept the competence-competence principle, does not stipulate the rules of interim measures for arbitration, and does not better restrict the power of the court in arbitration. Therefore, it is called an "Unfriendly jurisdiction for international arbitration". In addition, the legal application relationship between relevant laws of arbitration in Pakistan is complex and uncertain. Based on this, it is suggested that the Chinese parties, when participating in the arbitration in Pakistan, make full use of Pakistan's rules on recognition and enforcement of arbitral awards, and pay close attention to Pakistan's public order rules to avoid legal risks.

**Keywords:** Pakistan; arbitration agreement; arbitration proceedings; arbitral award; recognition and enforcement

---

(责任编辑:胡余嘉)

<sup>⑥4</sup> *Grosvenor Casino Ltd. v. Abdul Malik Badruddin*, PLD Karachi 104, 1998, paras.10-13.

<sup>⑥5</sup> *Flame Maritime Limited v. Hassan Ali Rice Export*, CLD 697, 2006, paras.3, 5, 7.

# 论互联网保险纠纷在线调解机制的构建

段明\*

---

**内容提要** 作为“互联网”与“保险行业”深度融合的产物,互联网保险行业在我国的发展极为迅速。然而,由于市场监管和法律规制相对滞后,由互联网保险引发的纠纷数量与日俱增。公正高效化解互联网保险纠纷已经成为保护保险消费者合法权益和促进互联网保险行业健康发展的现实需要。相较于传统的保险纠纷解决机制而言,在线调解机制在化解互联网保险纠纷中具有诸多优势,较为契合互联网保险纠纷的化解需要。构筑双方当事人均信任的互联网保险纠纷在线调解平台,规范调解程序,完善激励机制,以及保障和解协议顺利执行,是构建符合中国实际的互联网保险纠纷在线调解机制的可行路径。

**关键词** 互联网保险纠纷 在线调解 和解协议

---

网络正在深刻地改变人类的生存方式。作为“互联网”和“保险行业”深度融合的产物,互联网保险行业在我国数字经济浪潮的推动下快速发展。依托互联网的技术优势和保险的专业优势,互联网保险具有分散风险和保障的独特功能,在社会经济发展过程中起着“经济助推器”和“社会稳定器”的作用,能够促进经济与社会的协调发展。<sup>①</sup>遗憾的是,由于我国互联网保险行业的粗放式发展,加之行政监管和法治规则的相对滞后,互联网保险纠纷也日益增多,严重影响了保险消费者的权益保障和互联网保险行业的健康发展。及时高效地化解互联网保险纠纷是满足人民日益增长的美好生活需要的必然要求。因此,如何有效化解互联网保险纠纷,规范互联网保险行业运营秩序,已经成为我国互联网保险行业治理的重要议题。传统的保险纠纷解决机制在面对日益增加的互联网保险纠纷时,暴露出诸多不足,难以有效适应互联网保险纠纷的化解需要。尤其是新冠肺炎疫情暴发以来,传统的保险纠纷解决机制在化解互联网保险纠纷时更加显得“捉襟见肘”。有鉴于此,本文基于互联网保险纠纷基本特征及其化解需要,提出了构建互联网保险纠纷在线调解机制的命题,并着重分析了在线调解在化解互联网保险纠纷中

---

\* 段明,湘潭大学法学院副教授,硕士生导师。本文系国家重点研发计划重点专项“智慧司法科学理论与司法改革科技支撑技术研究”(项目编号:2020YFC0832400)的阶段性成果。

① Leemore S. Dafny & Igal Hendel, *Narrow Networks on the Health Insurance Marketplaces: Prevalence, Pricing and the Cost of Network Breadth*, *Health Affairs*, 2017, Vol.9, pp.1606-1614.

的比较优势,以及构建互联网保险纠纷在线调解机制的具体路径,以期为公正高效化解互联网保险纠纷,规范互联网保险行业秩序提供些许参考。

## 一、何以应对与日俱增的互联网保险纠纷

### (一) 国内互联网保险的迅猛发展

不同于传统保险,互联网保险能够穿越时空限制,有效降低交易成本,并依托海量的用户数据形成了“以用户需求为中心的产品设计和定价策略”这一核心优势。互联网保险在产品方面能够遵循“定制需求、极简条款、碎片场景、普惠原则”的理念;在定价策略方面,能够基于风险控制进行精准定价。这些核心优势的有效聚合,使国内互联网保险行业的发展十分迅速。

尤其是伴随着80后、90后等“网络世代”逐渐成为保险消费主体,互联网保险行业在国内的发展呈现出“爆发式”增长的局面,行业整体规模持续扩张。根据艾瑞咨询发布的《中国互联网保险行业研究报告2019》,自2012-2019年,中国互联网保险行业的保费规模从111亿元增长至1889亿元,短短7年内增长了将近20倍;从事互联网保险经营业务的保险机构,如“雨后春笋”之势,数量从2011年28家上升至2019年的129家。<sup>②</sup>以2013年中国保险监督管理委员会批准的全国首家持牌互联网保险机构——众安在线为例,其2014年至2019年的保费收入从7.9亿元增长至146亿元,增长幅度高达1748%。<sup>③</sup>与“众安保险”并称互联网保险行业“四小龙”的其他三家持牌专业互联网保险公司,易安财险、安心财险、泰康在线等自2016年获批成立以来,也经历了“井喷式”的增长。

### (二) 与日俱增的互联网保险纠纷

面对互联网保险迅猛发展带来的冲击和挑战,建立在传统保险基础上的监管规则与法律规制无可避免地陷入了规制失灵的困境,由此导致互联网保险的发展过程中问题丛生。<sup>④</sup>其中,格外需要注意的就是,由互联网保险行业的迅猛发展所引发的互联网保险纠纷日益增多的问题。因为,从当前互联网保险行业的发展实际来看,互联网保险纠纷能否得到妥善解决,从微观层面来看会直接影响互联网保险消费者的消费体验和权益保护;从宏观层面来看,则会影响互联网保险行业的社会形象、风险防范和秩序建构。<sup>⑤</sup>因此可以说,依法公正高效化解互联网保险纠纷,于互联网保险行业的健康可持续发展而言,十分重要且迫切。

<sup>②</sup> 参见《2019年中国互联网保险行业研究报告》,载艾瑞咨询官网, <https://www.iiresearch.com.cn/Detail/report?id=3392&isfree=0>,最后访问时间:2021年8月10日。

<sup>③</sup> 参见《众安保险2014-2019年信息披露报告》,载众安保险官网, [https://www.zhongan.com/channel/public/publicInfo\\_ndxx2018.html](https://www.zhongan.com/channel/public/publicInfo_ndxx2018.html),最后访问时间:2021年8月10日。

<sup>④</sup> 罗艳君:《互联网保险的发展与监管》,载《中国金融》2013年第24期,第50页。

<sup>⑤</sup> 刘长宏、朱晓涛:《互联网保险风险及其防范》,载《金融纵横》2015年第8期,第78-87页。

从当前互联网保险的实践来看,监管漏洞与法规滞后是引发互联网行业纠纷多发的重要原因。根据中国银保监会发布的保险消费投诉情况通报,中国银保监会及其派出机构在2017年度共接收互联网保险投诉4303件,较2016年同比增长63.05%;<sup>⑥</sup>在2018年度共接收互联网保险投诉10531件,较2017年同比增长121.01%;<sup>⑦</sup>在2019年发布的亿元保费投诉量统计中,易安财险、安心财险、泰康在线、众安在线四家专业互联网保险公司的投诉量在前五名中占据了四席。<sup>⑧</sup>相关数据显示,目前互联网保险消费投诉的问题主要集中于理赔纠纷、销售纠纷、退保纠纷、承保纠纷等保险合同纠纷。其中,理赔纠纷的发生主要是因为理赔条件不合理、拒赔理由不充分、理赔金额争议、责任认定争议、理赔资料繁琐等;而销售纠纷主要是因为销售告知不充分或有歧义、强制销售、捆绑销售、未经同意自动续保,以及误导保险责任或收益等行为所引起。官方发布的保险消费投诉情况通报说明,近年来互联网保险领域的保险合同纠纷大幅增长,给互联网保险行业的健康发展带来了巨大风险和挑战。

另一方面,从四家持牌的专业互联网保险公司在法院的涉诉案件数量来看,也足以证明互联网保险纠纷数量的持续增长。通过在中国裁判文书网检索可以发现,众安在线、易安财险、安心财险、泰康在线等互联网保险龙头企业自成立以来,作为当事人参与法院诉讼的涉案数量正在成倍的增长。以众安在线为例,其涉诉案件数量从2016年的20件增长至2019年的1459件,三年内的增长幅度达到1123%。通常来说,消费者在向监管部门提出互联网保险投诉之后,监管部门会先让保险机构与消费者协商解决,只有协商解决无果时,消费者才会选择向法院提起诉讼。由此可知,在保险行业内部已经过滤大量互联网保险纠纷的情况下,涌向法院的互联网保险纠纷的数量仍然庞大,这也足以证明当前互联网保险纠纷数量的持续增长。倘若不能有效化解日益增多的互联网保险纠纷,将有可能导致消费者对互联网保险行业的“信任危机”,<sup>⑨</sup>这势必会给互联网保险的长远发展埋下重大隐患。

### (三) 互联网保险纠纷的基本特征

与传统保险纠纷相比,互联网保险纠纷拥有天然的“互联网”基因,呈现出网络化、金额小、跨地域等三大特征。(1) 网络化。网络化是互联网保险纠纷与传统保险纠纷的最大区别。在互联网保险运营过程中,各方业务主体均是通过网络平台进行信息交互、签订合同、资金转移,保险交易过程全程网络化、虚拟化。由此形成的互联网保险纠纷自然也会打上“网络化”的烙印,具体表现为纠纷形式和纠纷过程的网络化。<sup>⑩</sup>(2) 金额

<sup>⑥</sup> 《关于2017年度保险消费投诉情况的通报》,载中国保险监督管理委员会官网, <http://bxjg.circ.gov.cn/web/site65/tab6528/info4099316.htm>,最后访问时间:2021年8月10日。

<sup>⑦</sup> 《关于2018年度保险消费投诉情况的通报》,载中国银行保险监督管理委员会官网, <http://www.cbirc.gov.cn/cn/view/pages/tongjishuju/tongjishuju.html>,最后访问时间:2020年8月10日。

<sup>⑧</sup> 《关于2019年度保险消费投诉情况的通报》,载中国银行保险监督管理委员会官网, <http://www.cbirc.gov.cn/cn/view/pages/ItemDetail.html?docId=895623&itemId=4099&generaltype=0>,最后访问时间:2020年8月10日。

<sup>⑨</sup> 吴军:《保险合同纠纷非诉讼争议解决机制的构建》,载《保险研究》2014年第3期,第88页。

<sup>⑩</sup> 李亚光、闫俊花:《我国互联网保险的发展基础、过程与逻辑》,载《现代管理科学》2017年第3期,第53页。

小。相较于传统的商业保险,互联网保险的保费价格通常来说并不算高,因此引发的互联网保险纠纷在争议金额方面也比较小。以众安在线为例,消费者可以在其网络销售平台上购买健康险、意外险、旅行险及其他特殊保险,这些险种在定价方面均较为低廉。其中,定价最为低廉的是“共享单车意外险”售价5元,售价最高的“个人高端医疗保险”也不过9856元,大多数险种的售价平均只有100—200元。在保费定价如此低廉的情况下,由此形成的互联网保险纠纷在争议金额方面定然不会太高。(3)跨地域。藉由网络信息技术,互联网保险的运行方式实现了从“面对面”到“网到网”的转变,消费者可随时随地的在保险机构的相关网络平台上购买心仪的保险产品,完全不受时空的限制。保险机构和保险消费者之间的距离既可以近在咫尺,也可以相隔万里、分属异国。如此情形下产生的互联网保险纠纷,必然有很大部分是跨地域,甚至跨国的。

纠纷解决的理想状态就是特定类型的纠纷能够通过最为适当的机制予以解决。<sup>①</sup>因此,围绕互联网保险纠纷的纠纷解决机制建构,自然也应该充分关照互联网保险纠纷数量持续激增的趋势,及其网络化、金额小、跨地域等典型特征。遗憾的是,现行的纠纷解决机制尚不能非常有效地适应互联网保险纠纷化解的需要,并衍生出许多其他问题。

## 二、现行解决机制在互联网保险纠纷中的乏力

目前,国内围绕互联网保险纠纷的解决,已经形成多元化的纠纷解决机制。诸如诉讼、仲裁、调解等纠纷解决方式,均在互联网保险纠纷的解决中发挥着一定的作用。然而,这些纠纷解决机制囿于自身特质和外在因素的制约,在化解互联网保险纠纷的过程中均存在不同程度的缺陷与不足,并呈现出一定的乏力状态。

### (一) 诉讼机制的不足之处

诉讼是日常生活中最为熟悉的纠纷解决方式,但却不是使用频率最高的纠纷解决方式。尤其是在互联网保险纠纷的解决实践中,尽管诉讼机制具有权威性、强制性以及纠纷解决彻底性等天然优势,但作为“正义的最后一道防线”,当事人往往只有在寻求其他纠纷解决方式无果的情况下,才会选择诉讼实现权利。实践中,保险机构和消费者之所以不倾向于选择诉讼,乃是因为诉讼机制在化解互联网保险纠纷中存在诸多固有的缺陷与不足。

(1) 诉讼机制自身存在程序繁琐与成本高昂的问题。诉讼无疑是程序保障最为严密的纠纷解决机制,但也是程序最为繁琐的纠纷解决机制。从起诉到审判再到执行,诉讼程序短则半月,长则数年,甚至还会出现一审、二审、再审轮番上阵、循环往复的极端现象。因此,面对诉讼程序可能带来的繁复性,当事人也只能“望诉兴叹”了。此外,相对于争议金额普遍较小的互联网保险纠纷而言,选择诉讼机制这样一种成本相对高昂的纠

<sup>①</sup> 范愉:《浅谈当代非诉讼纠纷解决的发展及其趋势》,载《比较法研究》2003年第4期,第38页。

纷解决方式,显然违背了民事诉讼中的程序相称性原理和费用相当性原理。<sup>⑫</sup>故而对于希望尽快解决互联网保险纠纷的当事人而言,诉讼机制在解纷效率和解纷成本方面,显然不是最为理想的纠纷解决机制。(2) 保险机构和消费者在诉讼中容易出现诉讼势差。购买互联网保险纠纷的大多是个体消费者,相较于互联网保险公司,个体消费者在诉讼能力和诉讼实力等方面都远逊于互联网保险机构,这就是所谓的“诉讼势差”。尤其是对于亟需解决纠纷获得赔偿的消费者而言,保险机构可以利用“诉讼势差”恶意拖延诉讼,迫使当事人在诉讼中作出妥协。因此,于消费者而言,“诉讼势差”的存在是其不愿轻易选择诉讼的重要原因。(3) 频繁的诉讼案件可能影响保险机构的行业声誉。网络时代的信息飞速传播,事实真相复杂难辨,行业声誉的维护对于互联网保险机构而言显得极为重要。倘若保险机构频繁出现在互联网保险纠纷的诉讼案件中,势必会损其行业声誉,引发市场的信任危机。<sup>⑬</sup>因此,出于维护行业声誉的需要,保险机构一般不会轻易选择诉讼。(4) 诉讼可能会影响保险机构与消费者的长期合作。诉讼通常被视为当事人展开对抗的“竞技场”,双方当事人竭尽全力的攻击防御,尽管最终实现了争议事实的“是非分明”,但也将不可避免地破坏和终结当事人之间的关系。<sup>⑭</sup>尤其是对互联网保险行业而言,诉讼意味着保险机构将与消费者“撕破脸”,后续的友好合作和消费关系也将终结,这显然是互联网保险机构不愿看到的。

## (二) 仲裁机制的不足之处

仲裁机制向来以专业性、高效性、中立性著称,主要用于解决海事海商、金融证券、国际贸易等较为复杂和专业的争端。<sup>⑮</sup>相对于互联网保险纠纷而言,仲裁机制的适用将存在以下几个方面的缺陷与不足。(1) 事先存在“仲裁协议”是启动仲裁机制的基本前提,而在互联网保险纠纷中,如果没有事先在保险合同中约定仲裁协议或仲裁条款,纠纷发生后作为弱势一方的消费者事实上很难与强势的互联网保险机构达成仲裁合意,使用仲裁机制解决纠纷也就无从谈起。(2) 目前国内只有地级市设有仲裁机构,很多保险消费者并不愿意选择距离自己较远的仲裁机构进行仲裁,尤其是对那些位于县城和农村的互联网保险消费者而言,选择仲裁意味着自己必须付出更多的纠纷解决成本。<sup>⑯</sup>(3) 国内仲裁程序也出现了“诉讼化”倾向,这意味仲裁愈来愈像诉讼,诉讼中存在的缺陷与不足因此也会不同程度地“投影”到仲裁之上。<sup>⑰</sup>以上因素的存在,都会不同程度地影响保险机构和消费者选择仲裁解决互联网保险纠纷的意愿。

## (三) 线下调解的不足之处

自古以来,调解便在我国民事争议解决中扮演着极其重要的角色,形成了丰富的

<sup>⑫</sup> 汤维建:《民事检察监督制度的定位》,载《国家检察官学院学报》2013年第2期,第38页。

<sup>⑬</sup> 郁青峰:《“仲裁”较“诉讼”更适用于解决保险纠纷》,载《保险研究》2003年第2期,第49-50页。

<sup>⑭</sup> 任以顺、王冶英:《仲裁是解决保险纠纷的最佳方法》,载《保险研究》2002年第5期,第52-53页。

<sup>⑮</sup> 康明:《论商事仲裁的专业服务属性》,对外经济贸易大学硕士论文,2004年。

<sup>⑯</sup> 贾小雷、刘媛:《我国保险消费纠纷的替代性解决机制分析》,载《保险研究》2011年第6期,第111页。

<sup>⑰</sup> 施明浩:《金融创新下证券纠纷解决模式比较——从纠纷调解机制的视角》,载《证券市场导报》2013年第9期,第75页。

调解文化和调解经验,并被西方世界誉为“东方一枝花”。相较于其他纠纷解决方式,调解具有自愿、高效、灵活、便捷等典型优势。<sup>⑮</sup>因此在解决传统的保险纠纷中,传统的线下调解发挥了重要的作用。比如,人民委员会组织的人民调解、保险监管部门组织的行政调解,以及消费者协会组织的专业调解,均在化解传统保险纠纷中作出了重要贡献。遗憾的是,线下调解虽然在化解传统保险纠纷中具有诸多优势,但当其适用于互联网保险纠纷时,却显露出许多缺陷和不足。(1)专业的互联网保险公司不设分支机构,线下调解便捷性不足。根据《互联网保险业务监管办法(征求意见稿)》的相关规定,专业互联网保险公司不设分支机构,这意味着当发生互联网保险纠纷时,保险消费者很难近距离、面对面地与互联网保险公司的工作人员进行调解,由此导致传统线下调解的便捷性优势在互联网保险纠纷解决中无法体现。(2)线下调解达成的和解协议面临执行困境。依据国内现行法律规定,和解协议在法律上仅有“民事合同”的效力,而不具有强制执行效力,意味着一方当事人可以随时反悔之前达成的和解协议,而另一方当事人只能无奈地继续寻求诉讼解决,这是调解机制最大的“软肋”。正是由于和解协议没有强制执行力,其在互联网保险纠纷解决中的优势大为降低。

综上可知,诉讼机制、仲裁机制、线下调解等实践中常用的纠纷解决方式,在适用于互联网保险纠纷时,在纠纷解决的收益、成本、效率、机制、功能等方面均不同程度地存在缺陷与不足。因此,面对与日俱增的互联网保险纠纷,迫切需要我们加快互联网保险纠纷解决的机制创新,以满足互联网保险行业日益丰富多元的纠纷解决需要,实现互联网保险行业的健康平稳发展。

### 三、在线调解在互联网保险纠纷中的比较优势

网络在塑造出互联网保险行业的同时,也催生出了“互联网+纠纷解决”的新模式。伴随着互联网、大数据、人工智能、区块链等信息技术与纠纷解决机制的深度融合,国内不断涌现出在线诉讼、在线仲裁、在线调解、在线公证、在线信访等在线纠纷解决方式(Online Dispute Resolution)。向社会公众提供更多的“数字正义”也已经成为我国新一轮司法改革的重要目标。其中,在线调解无疑是当前在线纠纷解决机制中发展最为迅速的纠纷解决方式。当前,在线调解在国内的发展正处于“百花齐放”的阶段,各式各样的在线调解纷纷亮相。总体而言,在线调解可以根据组织主体的不同,划分为“政府主导型”“法院主导型”“社会主导型”三种类型。

其中,“政府主导型”主要是政府及其有关部门通过成立相关平台,在线调解本辖区或本部门的纠纷。“政府主导型”在线调解较为成功的范例,是浙江省杭州市余杭区设立的全国首个“网络交易纠纷在线调解平台”。该平台具有纠纷自行和解、全程在线

<sup>⑮</sup> 廖永安、段明:《我国发展“一带一路”商事调解的机遇、挑战与路径选择》,载《南华大学学报(社会科学版)》2018年第4期,第27-34页。

调解、信息智能分析等多种功能,成立4年以来已经化解60余万件网络纠纷,日均化解纠纷420余件。<sup>①</sup>“法院主导型”主要是指各级人民法院构建的在线调解平台,较为成功的范例有浙江省高级人民法院主导建设的“在线矛盾纠纷多元化解平台”。目前该平台注册用户达43.2万人,注册调解员3.4万人,申请调解案件24万余件,调解成功20.8万件,调解成功率达88.17%。<sup>②</sup>“社会主导型”主要是指各类网络购物平台、社会组织等社会力量组织设立的在线调解平台,譬如“阿里巴巴人民调解委员会”“百度人民调解委员会”“今日头条互联网纠纷人民调解委员会”等互联网纠纷在线调解平台。

综上可知,目前国内的在线调解正在快速发展,各类在线调解平台不断涌现,尤其是自从2019年新冠肺炎疫情暴发以来,在线调解实现了“跨越式发展”。相较于其他纠纷解决机制在化解互联网保险纠纷中面临的短板和缺陷而言,在线调解机制在化解互联网保险纠纷时具有诸多优势,较为适应当前与日俱增的互联网保险纠纷的化解需要。

### (一) 在线调解与互联网保险纠纷基本特征的耦合

根据纠纷的基本特征寻找适当的纠纷解决机制,是遵循纠纷解决规律的体现。正如前文所述,相较于传统保险纠纷,互联网保险纠纷具有网络化、金额小、跨地域的基本特征。传统的保险纠纷解决机制显然难以有效适应新型互联网保险纠纷解决的需要。相较而言,在线调解机制则与互联网保险纠纷的基本特征存在结构性耦合,适宜用来解决互联网保险纠纷。

首先,在线调解的运行必须建立在互联网的基础之上,这与互联网保险纠纷天然具有的“网络化”特征完全契合。在线调解藉由网络实现了由物理世界的“面对面解纷”到“屏对屏解纷”的飞跃,其所追求的是“网上纠纷、网上解决、网上执行”。<sup>③</sup>因此在线调解从设计理念到程序构造再到机制运行,全流程都贯彻了“网络化”的思维。而这恰恰与互联网保险纠纷的“网络化”特征深度契合,故运用在线调解化解互联网保险纠纷具有天然的优势。其次,在线调解追求的简易便捷和成本低廉与互联网保险纠纷的“金额小”特征非常契合。提高效率与降低成本始终是在线调解机制设计和运行中的重要目标。双方当事人通过在线调解平台,即可实现纠纷事实的澄清、利益诉求的协调、解纷方案的制定与和解协议的执行,相较于物理空间的纠纷解决而言,这无疑可以极大地提高纠纷解决效力和降低双方当事人的解纷成本。因此对于普遍“金额小”的互联网保险纠纷而言,在线调解是最为合适的纠纷解决机制。最后,在线调解能够突破时间和空间的界限,符合互联网保险纠纷“跨地域”的特征。能够摆脱时空距离的拘束无疑是在线调解最大的优势,这意味着当事人不需要为了维护权益来回奔走,足不出户便可以有效解决纠纷。因此在线调解能够有效化解互联网保险纠纷“跨地域”解决的难题。综上可知,在线调解机制与互联网保险纠纷基本特征的结构耦合,能够使其成为化解互

<sup>①</sup> 万笑影、陈道亮:《余杭区网络交易纠纷调解中心四年化解逾60万件投诉》,《浙江日报》2019年3月21日,第A4版。

<sup>②</sup> 王俏:《多元解纷:从“枫桥经验”到“互联网+”》,《人民法院报》2019年3月6日,第005版。

<sup>③</sup> 郑世保:《ODR裁决书强制执行机制研究》,载《法学评论》2014年第3期,第161页。

联网保险纠纷的最佳利器。

## （二）在线调解比较契合当事人的纠纷解决需求

人们对纠纷解决是典型的实用主义逻辑,哪种方式对其更有效用、成本更低、更便利、更快捷,就会选择哪一种方式,即纠纷解决选择的关键在于,是否行之有效。<sup>②</sup>作为互联网保险纠纷的当事人,保险机构和保险消费者在纠纷解决中通常具有不同的利益诉求和价值偏好,而在线调解恰好能够比较周全地满足各方的需求。保险机构的纠纷解决需求通常包括:有效降低纠纷解决成本、避免对行业声誉的不利影响,继续维持与消费者的良好关系,故其对纠纷解决成本、纠纷解决过程的保密性和关系利益的维护要求较高。诉讼和仲裁等较为“刚性”的纠纷解决机制显然难以充分满足保险机构的上述纠纷解决需求,而在线调解在这些方面却具有诸多优势。其一,在线调解可以帮助保险机构节约大量的纠纷解决成本。尤其是对于不能设立分支机构的专业互联网保险公司而言,这意味其无需再为解决纠纷而奔赴异地,从而可以有效降低纠纷解决成本。这也是在线调解相较于线下调解的重要优势。其二,保密原则是在线调解遵循的基本原则,<sup>③</sup>互联网保险机构无需担心纠纷解决信息的泄露而影响自己的行业声誉。基于保密原则,保险机构与保险消费者可以在调解过程中坦诚沟通、充分交流,这势必有助于互联网保险纠纷的有效解决。其三,具有“柔性”优势的在线调解能够有效维持保险机构与保险消费者之间的友好关系。<sup>④</sup>通过在线调解,一方面能够给双方当事人提供一个“理性商谈”的平台,另一方面也可以避免双方当事人的“正面冲突”,从而能够有效避免因激烈争议而有损关系。

无独有偶,保险消费者在互联网保险纠纷中也有特定的纠纷解决需求,最为重要的需求就是降低维权成本和提高解纷效率。之于保险消费者而言,互联网保险纠纷本来涉及金额就小,他们不想因主动维权而耗费大量纠纷解决成本,甚至陷入“赢了官司输了钱”的尴尬境地。因此在互联网保险纠纷的解决中,保险消费者极为关心纠纷解决的成本问题和效率问题。针对保险消费者上述纠纷解决需求,在线调解无疑是最为适当的互联网保险纠纷解决机制。其一,运用在线调解可以使当事人利用电脑、手机等触手可及的工具化解纠纷,无需再像诉讼和仲裁那样来回奔走,徒增成本。其二,在线调解相较于线下调解而言,更加简便快捷,能够有效提高互联网保险纠纷的解决效率,使当事人无需再担心会因解决纠纷而深陷其中,难以脱身。因此对于比较注重解纷成本和效率的保险消费者而言,在线调解是最为合适的纠纷解决选择。

除了契合互联网保险机构和保险消费者的纠纷解决需求之外,在线调解也比较切合当前社会治理的新趋势。推动现代科技与社会治理的深度融合,实现社会治理的智能化和信息化,是当前我国社会治理的重要趋势。纠纷解决作为社会治理的重要组成部分,

<sup>②</sup> 徐昕:《论私力救济》,广西师范大学出版社2015年版,第38页。

<sup>③</sup> 董彪:《消费者权益保护视角下的互联网保险营商自由》,载《国家检察官学院学报》2017年第2期,第145页。

<sup>④</sup> 孙蓉、李炎杰:《我国保险合同纠纷的多元化解机制探析》,载《保险研究》2010年第12期,第110页。

大数据、区块链、人工智能等新兴技术在其中的运用日益广泛。作为互联网时代的产物,互联网保险纠纷诞生于网上,也适合在网上解决。因此,发展和运用在线调解机制化解互联网保险纠纷,是切合当前社会治理新趋势的重要体现。尤其是新冠肺炎疫情的暴发,传统的线下纠纷解决机制在应对各类矛盾纠纷以及涉疫矛盾纠纷时显得无能为力,发展在线调解的现实需求更加迫切。

## 四、互联网保险纠纷在线调解机制的具体构建

经由以上分析可知,在线调解是当前最为适合化解互联网保险纠纷的纠纷解决机制。不过,从调研情况来看,在互联网保险纠纷的解决实践中,在线调解机制的运用尚不广泛,相关机制的构建仍处于滞后状态。有鉴于此,本文认为应从以下几个方面加快互联网保险纠纷在线调解机制的具体构建,从而有效应对与日俱增的互联网保险纠纷,促进互联网保险行业的健康可持续发展。

### (一) 构建双方当事人信任的在线调解平台

运用在线调解机制化解互联网保险纠纷必须以存在相应的调解平台为前提,而让当事人充分“信任”该平台则是开展在线调解的基本前提。长期以来,当事人的信任程度不高是各类在线纠纷解决平台运行效益欠佳的最大障碍。<sup>⑤</sup>互联网保险纠纷在线调解平台同样面临着当事人是否“信任”的问题,如果当事人对在线调解平台信任程度不高,那么运用该平台化解纠纷就是空谈。因此,构建互联网保险纠纷在线调解平台的首要任务,就是提高纠纷当事人对在线调解平台的信任度。具体而言,构建双方当事人信任的在线调解平台,应从权威性、安全性、专业性、高效性等四个维度进行。

(1) 权威性方面。构建在线调解平台的主体必须具有一定的权威性,倘若互联网保险纠纷当事人对构建在线调解平台的主体都抱持不信任的态度,更遑论对其调解平台的信任。而政府权威恰恰能够在一定程度上补强此类平台的权威性。因此,根据目前我国互联网保险行业的发展实际,应当由具有中立性的权威组织牵头构建互联网保险纠纷在线调解平台。其中,作为互联网保险行业法定监督管理机构的中国银行保险监督管理委员会,以及作为全国性保险业自律组织的中国保险行业协会,是当前互联网保险领域比较具有权威性的组织,由这两个机构牵头构建互联网保险纠纷在线调解平台,能够集合各类调解资源参与调解平台建设,提高互联网保险纠纷在线调解平台的权威性。(2) 安全性方面。身处信息时代的人们越来越重视个人信息和隐私权益的安全保障,因此在互联网保险纠纷在线调解平台的构建过程中应当妥善处理当事人个人信息、隐私和数据的安全保障问题。具体在信息收集方面,应当在充分保障当事人知情同意权的基础上,遵循比例原则,以“最小必要”为收集准则;在数据存储方面,应当提供足够的技术支持,保障各类数据信息的安全,防止出现数据信息泄露等问题,并允许当事人在和解协议

<sup>⑤</sup> 郑世保:《在线纠纷解决机制的困境和对策》,载《法律科学》2013年第6期,第192页。

执行之后,申请删除在平台存储的各类信息。(3)专业性方面。在线调解平台是否专业,主要取决于其调解人员的专业程度,因此在互联网保险纠纷在线调解平台的构建中,应当尽量吸收和遴选保险领域资深专业的调解人员。调解人员既要具备保险领域的专业知识,也要具备足够的调解能力。此外,调解人员的构成也应当多元化,诸如人民调解、行政调解、司法调解、行业调解、商事调解、律师调解等领域的优秀调解人员也应当尽量吸收到互联网保险纠纷在线调解平台,并为他们定期开展在线调解技能培训。(4)高效性方面。针对互联网保险纠纷当事人对高效解纷的需求,在线调解平台的构建应当体现互联网保险的专业特色,流程设计方面应该尽量方便当事人操作,程序设计应当尽量简单易快捷,能够将智能咨询与评估、证据上传、调解笔录自动生成、和解协议自动生成、和解协议直接执行等技术嵌入在线调解平台,提高互联网保险纠纷的解决效率。

## (二) 规范互联网保险纠纷的在线调解程序

长期以来,理论界和实务界围绕调解是否应当程序化的争议持久不衰。具体到互联网保险纠纷的在线调解,笔者认为,合理的程序规范是在线调解机制有序运转的基本前提,也是影响纠纷当事人对调解结果可接受性的重要因素。与“物理空间”的线下调解相比,纠纷当事人对“虚拟空间”在线调解的程序需求可能更加强烈,因此有必要合理规范互联网保险纠纷的在线调解程序,在符合互联网保险纠纷的基本特征的基础上,寻求在线调解灵活性与规范性的平衡。具体来说,若要实现互联网保险纠纷在线调解的公正性、中立性、专业性、灵活性,应从以下方面进行程序规范:

(1) 身份在线认证。确保当事人身份真实是在虚拟空间进行在线调解的首要前提,因此进行互联网保险纠纷在线调解的第一道关键程序就是对当事人的真实身份进行在线确认。具体在平台设计中,可以综合运用证照比对、生物特征识别、国家统一身份认证系统、依托网络实名认证等比较成熟的技术,核实和确保纠纷当事人的真实身份。(2) 确定调解人员。调解人员的确定应当充分尊重当事人的意愿,双方当事人可以在互联网保险纠纷调解员名册中协商选定一名或多名调解员参与互联网保险纠纷的调解,也可申请由互联网保险纠纷在线调解平台推荐调解员。如果当事人无法就调解员的选任达成共识,则表示不同意通过调解解决纠纷。此外,当存在与纠纷有利益关联等需要回避的情形时,调解员应当主动选择回避,或者由当事人申请回避。<sup>⑥</sup>(3) 告知权利义务。互联网保险纠纷当事人进入调解平台之后,平台应当嵌入相应的权利义务告知程序,告诉双方当事人在在线调解中所享有的权利和负担的义务,以此保障当事人的知情同意权,确保当事人能够在调解过程中基于正确的意思表示作出调解行为。(4) 进行调解活动。互联网保险纠纷在线调解活动的进行应当充分体现调解的灵活性和互联网保险的特色,既可以同步调解也可以异步调解,既可以“面对面”调解也可以“背对背”调解。凡是有利于当事人达成和解协议,又不侵害当事人合法权益的调解方法,调解员均可采用。(5) 签署和解协议。和解协议达成之后应当由双方当事人和调解员共同签字确认

<sup>⑥</sup> 李支:《我国保险纠纷调解机制的主要模式及其完善》,载《商业经济》2016年第2期,第35页。

才能生效,具体签字方式应当符合《电子签名法》的相关规定。

### (三) 完善调解员参与在线调解的激励机制

鼓励和吸引调解员参与在线调解互联网保险纠纷离不开完备的激励机制。通常而言,提高调解员参与在线调解互联网保险纠纷的积极性,主要可以从荣誉奖励、经费保障和技能培训三个方面着手。

(1) 荣誉奖励方面的激励主要包括调解效果的在线评价、赋予调解员荣誉等方式。在调解员完成互联网保险纠纷调解之后,双方当事人可以对其调解效果进行“打分”评价,评分达到一定级别的调解员,调解平台应当为其提供一定的精神奖励,如颁发证书、授予称号等形式。(2) 经费保障方面的激励主要体现为调解收费方面的激励。尽管大部分调解员都饱含公益情怀,但是这种情怀很难支撑在线调解平台的长远发展,因此制定科学合理的调解收费规则就显得尤为重要了。鉴于人民调解、行政调解具有特定的公益色彩,因此调解收费规则的制定主要集中在商事调解、行业调解两方面。商事调解是典型的市场化纠纷解决机制,其调解收费规则也应当具有“市场化”色彩,故在收费标准的设定方面应由互联网保险市场机制形成。行业调解主要是由保险行业协会内部调解机构组织开展,其在承担化解互联网保险纠纷的社会责任时,也应当允许其收取一定的调解费用,以此提高保险行业调解员的积极性。(3) 技能培训方面的激励主要表现为定期对调解员进行调解技能和保险知识等方面的培训,并通过设立执业许可、资格认证、等级考试等方式,不断优化调解员的职业培训体系,以此提升互联网保险纠纷调解队伍建设的职业化水平。

### (四) 保障互联网保险纠纷和解协议的执行

纠纷解决结果能否获得有效执行是纠纷解决机制的生命力所在,倘若几经周折达成的结果不能获得顺利执行,该纠纷解决机制的吸引力也将荡然无存。传统的线下调解所形成的和解协议不具有法律强制力,因此当事人可以随意反悔,这无疑降低了线下调解机制的吸引力。因此,互联网保险纠纷在线调解机制的构建过程中,必须格外注意利用互联网的技术优势来保障和解协议执行的有效机制。具体可以从以下三个方面入手:

(1) 构建互联网保险的在线多边声誉机制。“多边声誉机制”是由美国经济学家格雷夫在考察马格里布的商业活动时总结出来的理论概念。<sup>⑦</sup>格雷夫发现,马格里布商人会将关于代理人的信息反馈给商会,并通过商会传播到其他商人那里,声誉差的代理人将受到马格里布商人的集体惩罚,格雷夫将此抽象为“多边声誉机制”。通过这种多边声誉机制,促使“共同体”内的各方主体都能够主动遵守业已形成共识的规则,否则将遭受来自“共同体”的声誉惩戒。互联网保险纠纷在线调解平台同样可以借鉴这一原理,构建属于自己的在线多边声誉机制,从而促使纠纷主体能够主动执行业已达成的和解协议。由中国银行保险监督管理委员会或中国保险行业协会构建的互联网保险纠纷在线

<sup>⑦</sup> [美]阿夫纳·格雷夫:《大裂变——中世纪贸易制度比较和西方的兴起》,郑江淮等译,中信出版社2008年版,第42-50页。

调解平台,如果出现保险机构不履行已经达成的和解协议,平台管理者可以将不履行和解协议的“负面信息”广而告之于入驻平台的所有保险机构,并定期向社会公布,通过这种在线多边声誉机制倒逼和促使保险机构主动履行和解协议。

(2) 完善和解协议在线司法确认机制。根据《民事诉讼法》《人民调解法》等法律和司法解释的规定,经过司法确认的诉讼外和解协议,可以转化为具有强制执行效力的民事裁定书。和解协议司法确认是指对符合法律规定的非诉讼和解协议,法院根据双方当事人的共同申请对其自愿性、合法性、执行内容明确性进行审查后,赋予非诉和解协议以执行效力的程序机制。鉴于在线司法确认的高效便捷,目前全国已有不少法院正在试点在线司法确认。因此可以加强互联网保险纠纷在线调解平台与人民法院在线司法确认平台的衔接机制,推动保险纠纷在线调解完成后,立即进行和解协议的在线司法确认,即时固定调解成果。

同时,为了保障和解协议的顺利执行,未来应当加强互联网保险纠纷在线调解平台与在线司法确认平台之间的数据交换、互联互通,完善互联网保险纠纷和解协议的在线司法确认机制。具体而言,就是在实现数据对接的基础上,双方当事人在对互联网保险纠纷达成和解协议之后,可以共同申请将和解协议传送至法院的在线司法确认平台。<sup>②</sup>法院即可在线审查和解协议,核对当事人信息,询问当事人对调解结果的意思表示是否真实,以及和解协议内容的可执行性等问题。如果法院在线审查和解协议无误,即可在线生成司法确认裁定书,并通过在线送达的方式送达至双方当事人和互联网保险纠纷在线调解平台。

(3) 完善和解协议在线执行机制。经由在线司法确认只是赋予了互联网保险纠纷和解协议执行效力,最后的执行还是需要依靠法院执行部门。因此在实现互联网保险纠纷在线调解平台与在线司法确认平台有序衔接的基础上,还需进一步实现互联网保险纠纷在线调解平台与法院在线执行平台的顺畅衔接,以此保障和解协议的最终执行。即应当完善在线调解平台与法院在线执行平台的数据联通。如果一方当事人不履行已经司法确认的和解协议,另一方当事人可以通过在线调解平台直接向法院在线执行平台申请执行该和解协议,并传送相关执行文书和材料。法院在线执行平台接收当事人的执行申请之后,由法官进行视频审查或电子书面审查。法院审查无误之后,即可通过网络查控系统实施在线查询、冻结、划拨、查封、扣押、拍卖等强制执行措施,从而实现互联网保险纠纷和解协议从达成到确认再到执行的无缝衔接。

---

**Abstract:** As the product of the deep integration of “Internet” and “insurance industry”, the internet insurance industry has developed very rapidly in China. However, due to the relative lag of market supervision and legal regulation, the number of disputes caused by

---

<sup>②</sup> 薛然巍:《大数据时代互联网保险消费者权益保护问题研究》,载《上海金融》2019年第1期,第83页。

Internet insurance is increasing day by day. Fair and efficient resolution of Internet insurance disputes has become a practical need to protect the legitimate rights and interests of insurance consumers and promote the healthy development of the Internet insurance industry. Compared with the traditional insurance dispute resolution mechanism, online mediation mechanism has many advantages in resolving Internet insurance disputes, which is more in line with the needs of resolving Internet insurance disputes. Building an Internet insurance dispute online mediation platform trusted by both parties, standardizing mediation procedures, improving incentive mechanism, and ensuring the smooth implementation of mediation agreements are a feasible path to build an Internet insurance dispute online mediation mechanism in line with China's actual needs.

**Keywords:** internet insurance disputes; online mediation; mediation agreement

---

---

( 责任编辑: 孙保国 )

# 国际商事仲裁协议准据法的确定

## ——英国法和中国法比较考察

聂羽欣\*

---

**内容提要** 在缺乏当事人的明示选择时,如何确定国际商事仲裁协议准据法,国际社会尚未达成一致意见。英国法院以 *Sulamérica* 案为基础,通过一系列判例逐步发展出了判断仲裁协议准据法的“三步法”。本文梳理和比较了中英两国的立法和实践,发现两国法律在仲裁协议准据法的适用范围、主合同准据法对于仲裁协议的适用性、无法律选择时的兜底规则和有利于仲裁协议有效原则的适用四个方面存在显著差异。基于对意思自治原则的贯彻、强化我国在国际商事仲裁领域的竞争力,在中国《仲裁法》修改过程中,应明确仲裁协议准据法的适用范围,有条件地将主合同准据法纳入仲裁协议准据法的选法范围,删除适用中国法的兜底规则,并重新引入有利于仲裁协议有效原则。

**关键词** 国际商事仲裁协议 准据法 比较法 仲裁协议的效力

---

### 一、问题的提出

在国际商事仲裁实践中,当事人为仲裁协议专门作出法律选择的情况并不多见。<sup>①</sup>在这种情况下,如何确定仲裁协议的准据法对于国际商事仲裁具有重要意义。这是因为仲裁协议存在与否、效力如何以及如何解释等问题,都必须以仲裁协议的准据法为依据。如果仲裁协议有效,则该仲裁协议能够排除法院对当事人之间争议的管辖权;如果仲裁协议无效或不存在,则仲裁庭对于争议没有管辖权,其作出的仲裁裁决也难以得到承认与执行。在缺乏当事人明示选择时,应该如何确定国际商事仲裁协议的准据法,国际社会尚未达成一致意见。<sup>②</sup>传统理论认为,仲裁协议的准据法常常徘徊在合同准据法与仲裁地法之间。<sup>③</sup>仲裁协议准据法之所以适用主合同法,是因为仲裁协议是主合同的一部分,在物理上二者是一体的。而仲裁协议亦可系属于仲裁地法,这是因为仲裁地法与仲

---

\* 聂羽欣,中国社会科学院大学本科生。

① 参见杨良宜、莫世杰、杨大明:《仲裁法:从1996年英国仲裁法到国际商务仲裁》,法律出版社2006年版,第116页。

② Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 3 ed., Netherlands: Kluwer Law International, 2021, p.508.

③ Nigel Blackaby et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6 ed., Oxford: Oxford University Press, 2015, p.158.

裁协议具有最密切联系。上述两种传统冲突规则单独以主合同准据法或仲裁地法作为仲裁协议准据法,完全不对当事人的真实意图加以考虑,不免具有一定机械性。

近年来,英国法院以 *Sulamérica* 案为基础,通过一系列判例发展出的判断仲裁协议准据法的“三步法(three-step approach)”已经逐渐成熟。伦敦玛丽女王大学 2021 年的国际仲裁调查报告显示,伦敦、新加坡和香港是三个全世界范围内最受欢迎的仲裁地。<sup>④</sup> 作为著名的国际仲裁机构所在地,英国对于仲裁司法审查的态度受到许多法域的广泛关注,也深刻影响着新加坡、香港在内的诸多普通法法域的司法实践。

自加入《承认与执行外国仲裁裁决公约》(简称“《纽约公约》”)以来,我国对仲裁制度采取了愈发友好的态度。但现行仲裁制度包括仲裁协议准据法的判断标准仍与国际主流制度存在差异,影响着我国多元化商事纠纷解决机制的发展。目前,《中华人民共和国仲裁法》(简称“《仲裁法》”)的修改已被第十三届全国人大常委会纳入了立法规划。《仲裁法》修改意见中明确指出,我国现行仲裁法在一些制度规则设计上与发展中的国际仲裁衔接不够,影响我国仲裁的国际竞争力和我国仲裁法的域外适用,制约了我国仲裁的高质量发展,亟需修改完善。可以预见,对于现行《仲裁法》的不足与建议会成为今后一段时间内讨论的重点。

本文从比较研究的视角切入,首先基于相关规则与具体实践对英国“三步法”以及中国法下国际商事仲裁协议准据法的确定方法进行梳理总结,随后在四个维度上对中英两国法律适用规则的差异进行探讨比较,希望对《仲裁法》中涉及仲裁协议准据法的相关规则提出修订建议。

## 二、英国法下国际商事仲裁协议准据法的确定规则

### (一) 成文法

英国 1996 年《仲裁法》并未明确规定国际仲裁协议的选法规则。该法在第 4 条明确了当事人有权选择仲裁协议的准据法,第 103 条对拒绝承认或执行外国仲裁裁决的情况作出规定,其中第 2 款第 2 项明确了若根据当事人选择适用于仲裁协议的法律或未指明适用的法律时根据裁决作出地国家的法律规定仲裁协议无效,则裁决可被拒绝承认与执行。作为《纽约公约》成员国,英国将《纽约公约》第 5 条第 1 款第 1 项的规定直接纳入了 1996 年《仲裁法》第 103 条中,和《联合国国际商事仲裁示范法》(简称“《示

<sup>④</sup> The School of International Arbitration, *Queen Mary University of London. 2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World*, <https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2021-International-Arbitration-Survey-Adapting-arbitration-to-a-changing-world.pdf>, last visited May 28, 2022.

范法》)中的规定保持了一致,间接指出了判断仲裁协议准据法的依据。<sup>⑤</sup>但是,该条主要适用于拒绝承认或执行裁决的情形。成文法并没有为仲裁协议准据法的确定提供直接的指引。<sup>⑥</sup>

## (二)“三步法”的形成

从2012年的 *Sulamérica* 案到2021年的 *Kabab* 案,英国法院通过一系列司法实践确立了国际商事仲裁协议的法律适用规则。英国法院对三宗涉及国际仲裁协议准据法认定案件的审理,为研究普通法下仲裁协议准据法的认定规则提供了范例。

### 1. 创始判例: *Sulamérica v. Enesa* 案(简称“*Sulamérica* 案”)

#### (1) 基本案情

本案中,当事人之间的纠纷由两份不同险种的保险单引起。保单约定实体问题适用巴西法律,保单包含一项仲裁条款,约定若发生争议应通过仲裁解决,仲裁地为伦敦。仲裁协议的效力是决定能否颁发禁诉令的关键因素。被告主张仲裁协议应适用巴西法,根据巴西法提起仲裁需要经过被告的同意,而被告并未作出同意的意思表示,因此仲裁庭无管辖权,适用英国法则仲裁协议有效。

#### (2) 判例要旨

上诉法院法官通过回溯英国法下的相关先例以及权威学者观点,总结出了判断仲裁协议准据法的“三步法”:第一步,是否存在对于仲裁协议明示的法律选择?第二步,若无明示选择,是否存在默示的法律选择?第三步,如果明示和默示选择都不存在,仲裁协议与何种法律有最密切、最实际的联系?法院认为,当不存在明示选择时,当事人对主合同准据法的约定本身就足以使法院推定当事人默示选择了主合同准据法,除非存在相反的证明。<sup>⑦</sup>这是因为仲裁条款是合同的一部分,在当事人对仲裁协议未进行法律选择时,自然合理的推论(natural inference)是当事人希望主合同的准据法同时适用于仲裁协议。<sup>⑧</sup>

本案中不存在对于仲裁条款准据法的明示选择。在进入第二步前,法院分析了仲裁协议的形式对于法律适用的影响。如果仲裁协议独立于主合同存在(free-standing),则不存在任何默示推定,只需要通过最密切联系原则确定仲裁协议的准据法。如果仲裁协议是主合同中的仲裁条款,则可以推定当事人默示选择了主合同准据法作为仲裁条款的

<sup>⑤</sup> 《纽约公约》第5条第1款第1项规定:“仲裁协议有效与否的准据法为:(1)当事人协议选择的仲裁协议的准据法。(2)当事人未协议选择的,裁决作出地国的法律为准据法。”《示范法》第34条第2款(A)(a)项规定:“仲裁协议的准据法是:(1)当事人各方所同意遵守的法律;(2)当事人各方未指明同意遵守的法律时,依据本国法律。依据本国法律指的是被申请要求撤销仲裁裁决的法院地国的法律,而有权受理撤销仲裁裁决的法院一般指的是裁决作出国的法院。”可见,《示范法》与《纽约公约》的规定实质上是一样的。英国是《纽约公约》成员国,而《示范法》又是其制定1996年《仲裁法》的蓝本。因此,它们在仲裁协议准据法问题上的态度影响了英国的立法。罗楚湘:《英国仲裁法研究》,武汉大学出版社2012年版,第93页。

<sup>⑥</sup> Ardavan Arzandeh & Jonathan Hill, *Ascertaining the Proper Law of an Arbitration Clause under English Law*, *Journal of Private International Law*, 2009, Vol.5:3, p.442.

<sup>⑦</sup> *Sulamérica Cia Nacional de Seguros SA v. Enesa Engenharia SA*, [2012] EWCA Civ 638, 2012, paras. 25-26.

<sup>⑧</sup> *Id.*, at para. 11.

准据法。本案中仲裁协议是以保单中的仲裁条款形式出现的,因此法院认为应当推定巴西法系当事人对于仲裁协议准据法的默示选择。<sup>⑨</sup> 第二步的推定是否能够成立呢? 法院认为, 本案中存在两个相反的因素能够推翻上述推定。其一是当事人选择了伦敦作为仲裁地, 这表明仲裁地法有作为当事人默示选择的可能性。其二是本案若适用主合同准据法, 将导致仲裁的启动权完全掌握在被告手中, 这不仅与合同第 11 条所约定的“双方均有权提起仲裁”有所冲突, 而且很有可能导致仲裁协议无效。基于此, 法院认为双方不可能存在选择巴西法的合意, 进而推翻了适用主合同准据法的推论。在第三步最密切联系原则的分析中, 考虑到仲裁协议的性质和目的, 法院认为, 仲裁协议与仲裁地法具有最密切联系, 因为仲裁程序在仲裁地进行, 需要依靠仲裁地法院的支持与监督。<sup>⑩</sup> 基于上述分析, 法院最终认为本案的仲裁条款应当适用仲裁地法。

### (3) 判例意义

Sulamérica 案是英国法下判断仲裁协议准据法的标杆性判例, 该案首次系统性地提出了确定仲裁协议准据法的“三步法”, 在后续案件中被英国法院所沿用, 亦得到了新加坡、香港等法域的普遍认可。<sup>⑪</sup>

#### 2. Sulamérica 案之后续判例发展

在 Sulamérica 案的基础上, 英国最高法院在其审理的两个案件中对仲裁协议准据法确定的“三步法”进行了全面阐释和发展:

##### (1) Enka v. Chubb 案 (简称“Enka 案”)

该案涉及当事人签订的一份建设工程保险合同, 合同中包含一项伦敦仲裁协议, 但当事人并未对主合同和仲裁协议的准据法作出约定。仲裁协议适用何种法律对英国法院能否颁发禁诉令至关重要。若适用俄罗斯法律, 所涉争议属于不可裁的侵权问题, 适用英国法则会得出相反的结论。

本案中, 英国最高法院援引并进一步阐明了 Sulamérica 案中确立的判断方法。法院认为, 在当事人未对仲裁协议准据法作出明确约定时, 主要应该考虑当事人在约定主合同准据法时的意图。如果当事人已经明示或默示选择了主合同准据法, 那么通常来说, 该法律也应作为对仲裁协议准据法的默示选择。相对于仲裁地法, 适用主合同准据法的优势在于更能够实现合同解释和法律适用上的一致性, 避免适用两种不同法律带来的复杂性和不确定性。适用主合同准据法也更贴近当事人的真实意思, 因为从事商事交易的双方并非职业法律人, 对仲裁协议独立性原则很可能无从知晓。在普通商人眼中, 仲裁条款只是合同的一部分, 他们有理由期待 (reasonably expect) 法律选择适用于整个合同的所有条款。<sup>⑫</sup> 而对于何种因素能够推翻默示选择阶段的推定, 除了 Sulamérica 案中确立的“适用主合同准据法可能导致仲裁协议无效”这一因素外, 法院还将仲裁地法纳入

<sup>⑨</sup> *Id.*, at para. 26.

<sup>⑩</sup> *Id.*, at paras. 29-32.

<sup>⑪</sup> 详见附件。

<sup>⑫</sup> *Enka Insaat Ve Sanayi AS v. OOO Insurance Company Chubb*, [2020] EWCA Civ 6, 2020, para. 53.

了考量。如果仲裁地法规定,当仲裁受该国法律管辖时,仲裁协议也被视为受该国法律管辖,那么此时,适用主合同准据法的推定亦可能被推翻。<sup>⑬</sup>当不存在上述明示或默示的法律选择时,则应当适用与仲裁协议具有最密切联系的仲裁地法。英国最高法院认为,如果当事人选择了仲裁地,那么仲裁地法律是与仲裁协议具有最密切联系的,因为这是最常用的连结因素,符合国际实践和立法政策。本案由于当事人没有对主合同准据法的明示或默示选择,因此需要进入第三步。由于仲裁地是伦敦,所以仲裁协议应适用英国法。<sup>⑭</sup>

值得注意的是,在 *Enka* 案中,英国最高法院首次明确了在确定仲裁协议准据法问题上,有利于仲裁协议有效原则是英国冲突法的一项基本原则。<sup>⑮</sup>有利于仲裁协议有效原则的目的是尽可能“实现而非破坏当事方可以认为具有的目标或目的”。法院认为,在当事人没有对准据法进行明示选择时,若推定适用的法律将导致协议的全部或部分无效,那么就应当适用另一种能够让仲裁协议有效的法律,这是因为“缔约各方不可能希望使其合同中的重要条款(如仲裁条款)无效”。<sup>⑯</sup>

*Enka* 案是第一起由英国最高法院对仲裁协议准据法适用问题进行审理的案件,阐明了在当事人没有作出明确选择的情况下确定仲裁协议准据法的原则,其先例效力和影响值得重视。

## (2) *Kabab-Ji v. KFG* 案(简称“*Kabab*案”)

该案原告 *Kabab* 为一家黎巴嫩公司,其与一家科威特企业 *AHFC* 签订了一份特许经营协议。协议约定主合同准据法为英国法<sup>⑰</sup>,其中仲裁条款约定仲裁地为法国<sup>⑱</sup>。后 *AHFC* 经过重组成为了 *KFG* 的子公司。当特许经营协议下发生争议后, *Kabab* 以 *KFG* 为被申请人向国际商会仲裁院(简称“*ICC*”)提起了仲裁。若适用主合同准据法,则 *KFG* 并非仲裁协议的当事人,而适用仲裁地法则会得出相反的结论。在 *ICC* 获得胜诉裁决后, *Kabab* 向英国法院申请承认和执行该仲裁裁决。

*Kabab* 案是继 *Enka* 案后第二起由英国最高法院审理的涉及仲裁协议准据法确定的案件。与 *Enka* 案不同的是,此案发生在承认与执行仲裁裁决时,但英国最高法院仍然遵循了 *Enka* 案中总结的判断方法,认定书面合同中的一般法律选择条款通常足以“表明(*indicate*)”当事人在仲裁协议中所选择适用的法律,满足《纽约公约》第5条第1款第1项下的仲裁协议的有效性受当事人选择的法律管辖的“基本规则”。<sup>⑲</sup>具体而言,法院运用了合同整体解释的方法,基于特许经营协议的第1条“本合同……应当被作为以一

<sup>⑬</sup> *Id.*, at para. 170.

<sup>⑭</sup> *Id.*, at para. 171.

<sup>⑮</sup> *Id.*, at para. 198.

<sup>⑯</sup> *Id.*, at para. 106.

<sup>⑰</sup> 该条款原文为:“This Agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of England.”

<sup>⑱</sup> 该条款原文为:“14.5 The arbitration shall be conducted in the English language, in Paris, France.”

<sup>⑲</sup> *Kabab-Ji SAL v. Kout Food Group*, [2021] UKSC 48, 2021, para. 35.

个整体来考虑”<sup>⑳</sup>,认为特许经营协议所约定的“本协议”应受英国法律管辖,通常和合理地理解为合同文件中包含的所有条款,包括仲裁条款。<sup>㉑</sup>据此,法院维持了上诉法院的判决,认定英国法是当事人对于仲裁协议准据法的明示选择。根据英国法,仲裁协议对KFG无约束力。最终,英国最高法院拒绝承认与执行ICC仲裁裁决。

与前述案件不同的是,Kabab案中法院否定了当事人基于有利于仲裁协议有效原则的抗辩。法院认为,有利于仲裁协议有效原则是一项合同解释的原则而不是合同成立的原则,该原则意在维护仲裁协议的效力,适用于当事人已经同意通过仲裁解决纠纷的情况。法院进一步对有利于仲裁协议有效原则的适用范围进行了廓清:当争议焦点是当事人之间是否存在任何仲裁协议时,有利于仲裁协议有效原则对于仲裁协议准据法及仲裁协议效力判断并没有适用的余地。<sup>㉒</sup>

英国司法实践中仲裁协议法律适用的相关判例总结如下:

表 2.1 英国案例中“三步法”的运用<sup>㉓</sup>

案件	审理法院	第一步: 明示选择	第二步: 默示选择	按主合同准据法仲裁协议是否有效	第三步: 最密切联系	结果
Sulamérica v. Enesa [2012] EWCA Civ 638	上诉法院	无	主合同准据法	无效	仲裁地法	适用仲裁地法
Arsanovia v. Cruz City [2012] EWHC 3702	高等法院	无	主合同准据法	有效	仲裁地法	适用主合同准据法
Habas v. VSC [2013] EWHC 4071 (Comm)	高等法院	无	无	/	仲裁地法	适用仲裁地法
Carpatsky v. Ukrnafta [2020] EWHC 769 (Comm)	高等法院	无	主合同准据法	无效	仲裁地法	适用仲裁地法
Enka v. Chubb [2020] EWCA Civ 6	最高法院	无	无	/	仲裁地法	适用仲裁地法
Kabab-Ji v. KFG [2021] UKSC 48	最高法院	主合同准据法	/	/	/	适用主合同准据法

<sup>⑳</sup> 该条款原文为:“This Agreement consists of the foregoing paragraphs... It shall be construed as a whole and each of the documents mentioned is to be regarded as an integral part of this Agreement and shall be interpreted as complementing the others.”

<sup>㉑</sup> *Supra* note 19, at para. 39.

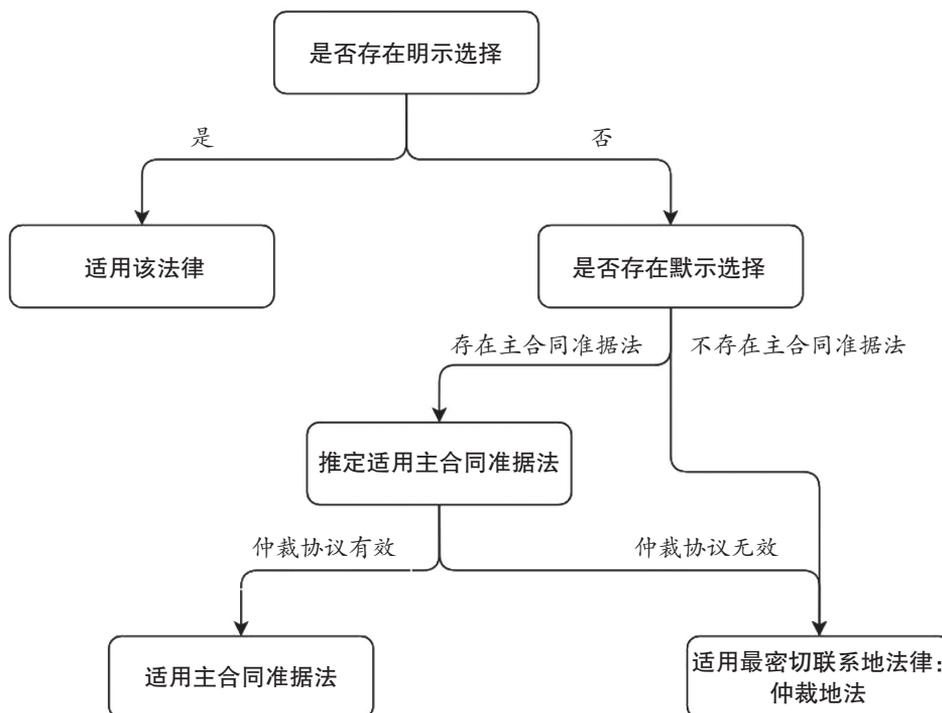
<sup>㉒</sup> *Id.*, at paras. 49-52.

<sup>㉓</sup> “/”表示未进入该步的讨论。

### (三)“三步法”总结

上述典型判例对“三步法”规则的阐释和运用显示,英国在仲裁协议准据法的确定这一问题上所采取的方式已较为清晰:第一步,判断当事人是否作出了明确约定。在这一阶段,在当事人仅对整个合同而非具体仲裁协议进行法律选择的情况下,不能简单地认为主合同准据法适用于仲裁协议。只有在极少数案件中,当事人对主合同准据法的约定可以视为对仲裁协议准据法的明示选择。如在 *Kabab* 案中,上诉法院认为,只有当涉案合同的语言和案件情形表明主合同准据法的选择可以被恰当解释为对仲裁协议准据法进行了明确选择时,才能得出这样的结论。第二步,探求是否存在当事人默示的法律选择。这是通过研究案件的事实和情况、推断当事人的真实意图来实现的。如果仲裁协议的客观表现形式并非存在于合同中的仲裁条款,而是独立的仲裁协议书,那么,因其具有较强的独立性,法院认为在这种情况下不存在默示的法律选择。若仲裁协议是附随于主合同中的仲裁条款,一般而言主合同准据法会被推定为当事人的默示选择。若适用主合同准据法将导致仲裁协议无效,则第二步的推定被推翻,进入第三步最密切联系的判断:根据《纽约公约》等国际公约和国际实践,英国法院认为仲裁地与仲裁协议具有最密切联系。

相较于直接以主合同、仲裁地作为单一连结点的冲突规范,“三步法”以递进式的法律选择方法综合了多重连结因素,既避免了冲突规则的僵化适用,符合国际私法“软化处理”的发展趋势,又克服了直接适用最密切联系原则所导致的不确定性,具有可操作性和可预见性。



图：2.2 “三步法”判断路径

### 三、中国法下国际商事仲裁协议准据法的确定规则

#### (一) 现行有关规定

现行《仲裁法》并未对仲裁协议的法律适用作出专门规定。中国法下国际商事仲裁协议准据法的确定规则主要经过了以下五个发展阶段。

##### 1. 第一阶段:《仲裁法解释》第16条

2006年的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》(简称“《仲裁法解释》”)首次对仲裁协议的法律适用作出了规定。《仲裁法解释》第16条为仲裁协议的法律适用设置了三个选法位阶,即“当事人约定的法律——仲裁地法——中国法”。然而,《仲裁法》并未明确仲裁地的概念,导致各地法院对仲裁地的理解存在差异,司法实践仍存在着较大不确定性。

##### 2. 第二阶段:《法律适用法》第18条

2011年颁布的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(简称“《法律适用法》”)第18条将仲裁协议法律适用的位阶调整为“当事人约定的法律——仲裁机构所在地法或仲裁地法”。《法律适用法》将第一阶段的司法解释正式上升为了国家法律,体现了仲裁协议法律适用问题的重要性。《法律适用法》第18条删去了中国法这一连结点,纠正了适用法院地法的倾向。

该条的不足之处主要在于:其一,引入了在国际商事仲裁中并不重要的仲裁机构所在地法作为与仲裁地法相并列的连结点,体现了强烈的机构主义倾向。其二,采用了无条件的选法模式,造成法律适用上的模糊。按照第18条的表述,在当事人未约定仲裁协议准据法时,法院应适用仲裁机构所在地法律或仲裁地法。当仲裁机构地法律和仲裁地法一致时,本条并不存在适用上的问题。而当仲裁机构地法律和仲裁地法不一致,两者对于仲裁协议效力作出不同认定,当事人又各执一词时,将会产生法律适用上的矛盾,增加了国际商事仲裁协议效力判定的不确定性。《法律适用法》颁布后,一些学者提出应该弱化仲裁机构的法律功能,将有利于仲裁协议有效原则这一公认的现代国际商事仲裁理念作为仲裁协议准据法的判断方法。<sup>②④</sup>

##### 3. 第三阶段:《法律适用法》解释(一)第14条

2012年的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》(简称“《法律适用法》解释一”)第14条在《法律适用法》第18条的基础上引入了“中国法”这个连结点,恢复了法院地法的兜底地位。

<sup>②④</sup> 陈卫佐:《国际性仲裁协议的准据法确定——以仲裁协议的有效性为中心》,载《比较法研究》2016年第2期,第165-169页;杨玲:《仲裁机构法律功能批判——以国际商事仲裁为分析视角》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2016年第2期,第180页;王兰:《我国仲裁协议法律适用的理论反思与制度完善》,载《甘肃社会科学》2014年第2期,第150页。

#### 4. 第四阶段:《仲裁司法审查规定》第14条

2017年的《仲裁司法审查规定》的亮点是引入了有利于仲裁协议有效原则:当仲裁协议在仲裁地法或仲裁机构所在地法中任何一种情况下有效时,仲裁协议即为有效。该条彰显了我国司法界“支持仲裁”的政策主张,有利于实现仲裁解决纠纷的目标。

值得注意的是,《仲裁司法审查规定》第13条明确规定,当事人仅约定合同的准据法不能作为确认合同中仲裁条款效力适用的法律。该司法解释立足于仲裁协议独立性原则,认为合同准据法并不能自然而然地延伸至仲裁协议。

#### 5. 第五阶段:《仲裁法征求意见稿》第90条

2021年的《仲裁法(修订)(征求意见稿)》(简称“《仲裁法征求意见稿》”)将仲裁协议准据法适用的位阶改为了“当事人约定的法律——仲裁地法——中国法”。该条基本上延续了现行《仲裁法》及相关文件确立的冲突法规则,仅删除了“仲裁机构所在地”这一连结点。

上述五阶段的法律适用规则总结如下:

表 3.1 中国仲裁协议准据法适用规则的嬗变

公布时间	规则	位阶	适用顺序	规则特点
2006	《仲裁法解释》第16条	司法解释	当事人约定——仲裁地法——中国法	附条件的三阶选法
2011	《法律适用法》第18条	法律	当事人约定——仲裁机构所在地法或仲裁地法	增加仲裁机构所在地法
2012	《法律适用法》解释(一)第14条	司法解释	当事人约定——仲裁机构所在地法或仲裁地法——中国法	恢复中国法作为兜底规则
2017	《仲裁司法审查规定》第14条	司法解释	当事人约定——(仲裁机构所在地法或仲裁地法中)有利于仲裁协议有效的法律——中国法	引入有利于仲裁协议有效原则
2021	《仲裁法征求意见稿》第90条	征求意见稿	当事人约定——仲裁地法——中国法	删除仲裁机构所在地法

## (二) 司法实践

《仲裁司法审查规定》出台前,在当事人仅对主合同准据法作出约定时,法院倾向于运用独立性原则排除主合同准据法对仲裁协议的适用。在2009年的“番禺珠江钢管案”中,当事人仅约定主合同准据法为中国法。最高法院认为该案未约定审查仲裁协议效力的准据法。<sup>⑤</sup>2012年的“天津瑞福能源案”中,当事人约定:“该合同下的争议应在香港

<sup>⑤</sup> 《最高人民法院关于申请人番禺珠江钢管有限公司与被申请人深圳市泛邦国际货运有限公司申请确认仲裁协议效力一案的请示的复函》[(2009)民四他字第7号]。

仲裁,适用英国法。”最高法院对仲裁协议的法律适用仍采取了严格要求,认定当事人未对仲裁协议准据法作出约定。<sup>②6</sup>与之类似,2012年的“青岛新安泰钢结构案”中,青岛中院根据仲裁协议独立性原则,认定当事人约定的主合同准据法不能当然视为仲裁协议的准据法。<sup>②7</sup>2016年的“瑞福船舶案”中,当事人在《订租确认书》约定“适用英国法,在厦门仲裁(English law to apply arbitration in Xiamen/Fujian/China)”。作为一方当事人的瑞福公司首先在广州海事法院立案,广州海事法院以存在仲裁条款为由裁定不予受理。广东高院二审认为,合同的准据法不能用来确认仲裁协议的效力。由于厦门只有一个仲裁委员会,应视涉案条款约定了明确的仲裁委员会,根据中国法涉案仲裁条款有效。此后,瑞福公司又转向厦门海事法院请求确认仲裁协议效力,该案以撤诉告终。最后,瑞福公司向青岛海事法院起诉。历经两地四家法院审理后,青岛海事法院认定,本案中不存在当事人对于仲裁协议准据法的约定,应当根据仲裁地法即中国法判定仲裁协议的效力。由于涉案仲裁协议未明确约定仲裁机构,该仲裁条款无效。<sup>②8</sup>这一结果既不符合当事人解决争议的真实意图,也造成了司法资源的浪费。

《仲裁法解释》颁布前,如果当事人没有对仲裁协议准据法进行明示的法律选择,司法实践中主要将法院地法作为仲裁协议的准据法。<sup>②9</sup>虽然《仲裁法解释》增加了“仲裁地法”这一连结点,然而实践中当事人未对仲裁地进行选择的情况也并不鲜见,因此在司法实践中适用法院地法倾向仍然严重。在2007年的“恒基公司案”中,协议中的仲裁条款约定当事人之间的协议应适用香港法律。<sup>③0</sup>最高人民法院认为,当事人对仲裁条款准据法的约定必须是明确约定,合同的准据法不能延伸至仲裁条款。本案中当事人没有约定仲裁条款的准据法,也没有约定仲裁地,最高法院根据《仲裁法解释》适用了中国法,而非与仲裁条款具有最密切联系的香港法。而由于未约定仲裁机构,仲裁条款被中国法认定为无效。对此,有学者质疑道,为什么一个由香港当事人在香港订立的、明确表达了仲裁意愿的仲裁条款,仅仅因为违反了内地仲裁法对于协议有效性要件的苛刻要求就被宣告无效了呢?<sup>③1</sup>这显然与当事人选择仲裁解决争议的预期和国际商事仲裁的目标背道而驰。

近年,随着对《纽约公约》更加深入的研判,中国司法实践开始逐步接受《纽约公约》所确立的仲裁地标准,从高度强调仲裁机构所在地的重要性转为了接受仲裁地这一

<sup>②6</sup> 最高人民法院(2012)民申709号民事裁定书。

<sup>②7</sup> 山东省青岛市中级人民法院(2012)青民四确2号民事裁定书。

<sup>②8</sup> 广州海事法院(2015)广海法立3号民事裁定书、广东省高级人民法院(2015)粤高法立民终766号民事裁定书、山东省青岛海事法院(2016)鲁72民特466号民事裁定书。

<sup>②9</sup> 《最高人民法院关于海南省高级人民法院审理诺和诺德股份有限公司与海南际中医药科技开发公司经销协议纠纷案的报告的复函》,法经(1996)449号等。

<sup>③0</sup> 最高人民法院(2006)民四终28号民事裁定书。

<sup>③1</sup> 宋晓:《涉外仲裁条款的准据法——“恒基公司案”对实在法和法院裁判的双重拷问》,载《法学》2008年第6期,第122页。

连结点。<sup>③②</sup>在2013年著名的“龙利得案”中,最高法院便以仲裁地标准确定仲裁协议的准据法。<sup>③③</sup>

## 四、两种路径之比较

### (一) 仲裁协议准据法的适用范围

狭义上,仲裁协议的准据法仅指仲裁协议实体性事项应适用的法律,它适用于仲裁协议的成立、仲裁协议的实质有效性和仲裁协议的解释等问题;广义上,仲裁协议的准据法还可能适用于其他方面,比如当事人的缔约能力、争议的可裁性、仲裁协议的形式有效性等。<sup>③④</sup>由于当事人的缔约能力通常由当事人的属人法来决定;争议的可仲裁性根据《纽约公约》第5条第2款第1项应由承认与执行地的法律进行审查;仲裁协议的形式有效性受制于《纽约公约》第2条的规定,因此不属于本文讨论的范围。

在英国法下,仲裁协议准据法解决的问题比较广泛。Kabab案和Arsanovia v. Cruz City案的核心争议是仲裁协议是否约束非签约方,法院认为管辖仲裁协议效力的法律同样管辖非签约方是否成为仲裁协议相对方的问题。Sulamérica案和Enka案中,仲裁协议的范围问题也由仲裁协议的准据法来决定。这种做法符合普通法和欧盟《罗马条例I》在冲突法中采取的一般做法,即将合同的效力和范围(以及违约后果和解除义务的方式等其他问题)视为由同一法律管辖。其原因是有效性和范围问题之间的界限并不总是那么清晰。<sup>③⑤</sup>

而在中国法下,对于何种法律问题受制于准据法,立法的规定较为模糊,《法律适用法》及其司法解释都没有对这个问题作出明确的规定。司法实践显示,法院普遍认为仲裁协议的范围、对非签约方的约束力不属于仲裁协议准据法的适用范围。<sup>③⑥</sup>令人疑窦丛生的是仲裁协议的成立问题是否属于仲裁协议效力审查的范围。2013年的“神华公司案”中,争议问题之一是租船合同中所载的“根据英国法律,在伦敦仲裁”的仲裁条款是否有效地纳入了提单。最高法院在复函中说明,仲裁条款纳入的准据法与仲裁条款有效性所适用的法律不同,因此本案不应适用仲裁地法。<sup>③⑦</sup>而2019年最高法院国际商事法

<sup>③②</sup> 高晓力:《司法应依仲裁地而非仲裁机构所在地确定仲裁裁决籍属》,载《人民司法(案例)》2017年第20期,第73-74页。

<sup>③③</sup> 《最高人民法院关于申请人安徽省龙利得包装印刷有限公司与被申请人BP Agnati S. R. L申请确认仲裁协议效力案的请示的复函》[(2013)民四他13号]。

<sup>③④</sup> 陈卫佐:《国际性仲裁协议的准据法确定——以仲裁协议的有效性为中心》,载《比较法研究》2016年第2期,第158页。

<sup>③⑤</sup> *Supra* note 12, at para. 138.

<sup>③⑥</sup> 见北京市第二中级人民法院(2016)京02民特94号民事裁定书、北京市第三中级人民法院(2015)三中民(商)特10138号民事裁定书、北京市第三中级人民法院(2014)三中民特09095号民事裁定书。

<sup>③⑦</sup> 《最高人民法院关于神华煤炭运销公司与马瑞尼克船务公司确认之诉仲裁条款问题的请示的复函》[(2013)民四他4号]。

庭在其审理的“运裕公司案”中指出,仲裁协议的成立问题同样属于仲裁协议效力问题,应该适用仲裁协议的准据法即中国法来判断协议的效力。<sup>③⑧</sup>即使最高法院在本案中明确了仲裁协议的成立问题属于准据法的调整范围,但在此之后仍然有法院作出与之相反的认定。<sup>③⑨</sup>

除非当事人另有约定,英国法对仲裁协议的有效性、解释和范围等问题都适用了同一法律,这样做能够避免分割适用不同法律带来的复杂性。中国司法实践更倾向于“分割”方法,而对于各事项如何“分割”尚不明朗,还有待于在立法层面尽快地回应现实需求,提供可适用的规则。

## (二) 主合同准据法对于仲裁协议的可适用性

主合同准据法能否适用于仲裁协议是中英两国法律最大的分歧。中国现行立法和司法解释不支持将合同准据法适用于仲裁协议。这一规定立足于仲裁协议的独立性。<sup>④⑩</sup>仲裁协议的独立性指的是仲裁条款独立于主合同,主合同无效或不存在并不会剥夺仲裁条款的法律效力。<sup>④⑪</sup>独立性原则是一个被广泛接受的国际仲裁原则,在各国立法和实践之中均有所体现。然而对于独立性原则所覆盖的范围大小,各法域存在着分歧。传统理论认为,由于仲裁协议的独立性,仲裁协议完全独立于主合同,主合同准据法并不能延伸适用于仲裁协议,在当事人未对仲裁协议作出法律选择时,应当根据仲裁协议自身的冲突法规则确定其准据法。<sup>④⑫</sup>与之形成对比的是,英国1996年《仲裁法》第7条规定:“除非当事人另有约定,构成或意在构成另一协议(无论书面形式与否)一部分的仲裁协议不因为该另一协议无效、不存在或失效而被视为无效、不成立或失效。为此目的,该仲裁协议应被视为一个独立的协议。”<sup>④⑬</sup>这表明仲裁协议并非全方位独立于主合同,只有为了挽救仲裁协议的效力时,才应将其视为一个独立的合同。在这种对独立性原则的狭义理解基础上,英国法院将主合同准据法作为“三步法”第二步中对当事人默示选法的推定。<sup>④⑭</sup>在准据法的确定问题上,仲裁协议与主合同似乎并不存在着绝对的分离。

那么,仲裁协议适用主合同准据法是否有悖于独立性原则呢?首先,独立性原则是一种法律拟制,它所追求的政策目标是避免主合同的瑕疵蔓延至仲裁协议,尽可能地使

<sup>③⑧</sup> 最高人民法院(2019)最高法民特1号民事裁定书。

<sup>③⑨</sup> 北京市第四中级人民法院(2020)京04民特99号民事裁定书、广东省广州市中级人民法院(2020)粤01民特875号民事裁定书、重庆市高级人民法院(2019)渝民终79号民事裁定书。

<sup>④⑩</sup> 沈德咏、万鄂湘主编:《最高人民法院仲裁法司法解释的理解与适用》,法律出版社2015年版,第129页。

<sup>④⑪</sup> Explanatory Note by the UNCITRAL secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006, para. 25.

<sup>④⑫</sup> 刘晓红:《国际商事仲裁协议的法理与实证》,商务印书馆2005年版,第267-269页。

<sup>④⑬</sup> 该条款原文为:“Unless otherwise agreed by the parties, an arbitration agreement which forms or was intended to form part of another agreement (whether or not in writing) shall not be regarded as invalid, non-existent or ineffective because that other agreement is invalid, or did not come into existence or has become ineffective, and it shall for that purpose be treated as a distinct agreement.”

<sup>④⑭</sup> *Supra* note 12, at para. 233; Adrian Briggs, *Private International Law in English Courts*, London: Oxford University Press, 2014, para. 14.37.

仲裁协议有效。<sup>④⑤</sup> 独立性原则并不意味着仲裁协议完全地与主合同分离。事实上,独立性原则处理的是主合同效力和仲裁协议效力之间的关系,而仲裁协议的法律适用是一个独立的问题,并不直接指向实体效力问题。因而,在确定仲裁协议的准据法时,独立性原则并不构成适用主合同准据法的障碍。<sup>④⑥</sup> 其次,与其认为独立性原则决定了主合同准据法和仲裁协议准据法之间的隔绝,不如说是“分割方法(dépeçage)”导致了合同中的不同部分可能适用不同的法律。独立性原则表明仲裁协议“可能(may)”适用不同于主合同准据法的法律,但并“不必然(not necessarily)”适用其他法律。<sup>④⑦</sup> 最后,“三步法”并未直接将主合同准据法视为当事人对于仲裁协议准据法的明示选择,而是将其作为一种默示的推定。若适用主合同准据法会使得仲裁协议无效,那么这种推定就会被推翻。可见,仲裁协议适用主合同准据法并非直接适用,仍然符合独立性原则所追求的尽可能使仲裁协议有效的目标。<sup>④⑧</sup>

中国现行立法以及司法实践并未认可主合同准据法对于仲裁协议的适用性,适用主合同准据法更大的障碍则在于《法律适用法》第3条从立法层面否认了默示选法的可能性。<sup>④⑨</sup> 然而,这种做法可能有违当事人的真实意思。正如英国法院的观点,在商业实践中,若当事人确有意图使主合同准据法适用于包括仲裁协议在内的所有条款,则往往不会对仲裁协议的准据法进行单独的明示约定。在这种情况下,适用主合同准据法更加符合当事人的真实意图。仲裁协议是私法契约,只要当事人对于仲裁协议的法律选择具有内心意思,那么无论这种意思表示以明示还是默示方式呈现,这种选法意思都应该得到尊重。且如今默示选法已经广泛地为世界各国所承认,并被国际公约所吸纳,《罗马条例 I》《墨西哥公约》及《海牙国际合同法律选择原则》都予以承认。基于对意思自治原则的贯彻,在当事人存在默示选择时,应当肯定主合同准据法对于仲裁协议的可适用性。

主合同准据法存在适用于仲裁协议的空间,但这并不意味着在不存在明示法律选择时,法院可以不加考察地将主合同准据法认定为当事人的默示法律选择。英国法院认为,作为交易双方的当事人很可能不会意识到合同中的仲裁条款会适用不同于主合同准据法的其他法律,因而推定主合同准据法是当事人的默示选择。但在这种情况下,当事人很有可能并不存在任何默示选法的意图。径直将主合同准据法作为第二步默示选择的推论,这种做法与其说是在维护当事人的意思自治,不如说是人为地“构建”了当事人

<sup>④⑤</sup> 韩德培主编:《国际私法问题专论》,武汉大学出版社2004年版,第347页。

<sup>④⑥</sup> *Supra* note 7, at para. 26.

<sup>④⑦</sup> *Supra* note 2, at 498; Ian Glick & Niranjana Venkatesan, *Choosing the law Governing the Arbitration Agreement, in Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration*, Neil Kaplan and Michael J Moser(ed.), 2018, p.139.

<sup>④⑧</sup> 王克玉:《国际商事仲裁法律选择的逻辑透视》,载《法学》2015年第6期,第78页。

<sup>④⑨</sup> 《法律适用法》第3条规定:“当事人依照法律规定可以明示选择涉外民事关系适用的法律。”

的默示意思,是由法院代替当事人作出的法律选择。<sup>⑤①</sup>此种推定显然有违默示选法的真实含义。对于当事人默示选择的认定,应当设定严格的证明标准。以《罗马条例 I》为例,其第 3 条第 1 款规定默示的法律选择必须能够明确地通过合同条款或者案件情况证明 (clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case)。<sup>⑤②</sup>综上,本文认为,只有通过结合个案事实,比如合同的协商过程、合同的用语、当事人之间建立的商业惯例等证明当事人适用主合同准据法的意图是明确且真实的情况下,才可以推断主合同准据法是当事人的默示选择。在缺乏切实证据的情况下,主合同准据法不能延伸至仲裁协议。

### (三) 无法律选择时的兜底规则

当不存在对于仲裁协议准据法的明示或默示选择时,英国法采用最密切联系原则来确定仲裁协议的准据法。根据英国法院的司法实践,运用最密切联系原则得出的结果是适用仲裁地法。中国法也采用了仲裁地法作为默认规则,这种以仲裁地法确定仲裁协议效力的理论认识同样根源于最密切联系原则。<sup>⑤③</sup>对于合同的法律适用,若当事人未约定适用的法律,则依据最密切联系原则适用与合同有最密切联系的国家的法律。同理,对于作为一种特殊合同的仲裁协议而言,在当事人未作约定时,也应当适用与仲裁协议有最密切联系的国家的法律。英国法院认为,普通法下,合同履行地长期以来被认为是与合同具有最密切联系的法律体系,而与之类似的,仲裁地是法律意义上履行仲裁协议的地点。当事人同意在某地仲裁,即表示接受该地法院对仲裁的监督和约束,这体现了仲裁地与仲裁协议的紧密联系。除此之外,将仲裁地法作为兜底规则也与《纽约公约》等国际条约的规定保持了一致。最后,将最密切联系原则测试的结果固定为仲裁地避免了法院适用该原则时的不确定性。

与英国法不同的是,中国法还规定了在当事人对仲裁协议准据法和仲裁地都没有约定时适用法院地法的兜底规则。该兜底条款首先体现在《仲裁法解释》中,后《法律适用法》将该连结点删除,而《法律适用法》解释(一)又将其重新引入,《仲裁法征求意见稿》保留了这条兜底规则。

法院地法适用的前提是当事人对仲裁地没有约定或约定不明确。然而,在当事人未对仲裁地作出明确约定时,法院首先可以通过合同解释的方法确定仲裁地。若通过合同

<sup>⑤①</sup> Darius Chan and Teo Jim Yang, *Ascertaining the Proper Law of an Arbitration Agreement: The Artificiality of Inferring Intention When There Is None*, *Journal of International Arbitration*, 2020, Vol.37:5, pp.644-645; 刘仁山、黄志慧:《国际商事合同中的默示选法问题研究》,载《现代法学》2014年第5期,第149页。

<sup>⑤②</sup> 虽然《罗马条例 I》排除了其对于仲裁协议的适用,但在法律选择问题上仍然可以提供参考和指引。

<sup>⑤③</sup> 黄进:《国际商事仲裁的法律适用》,载《法学评论》1993年第4期,第14-19页;赵秀文:《国际商事仲裁现代化研究》,法律出版社2010年版,第101页。

解释仍然无法确定仲裁地,法院可以根据《仲裁法征求意见稿》第27条<sup>③</sup>和第91条<sup>④</sup>的规定确定仲裁地进而适用仲裁地法。可见,仲裁地法实际上已经承担了兜底作用,适用法院地法无疑是多此一举。现行《仲裁法》并未对仲裁地作出明确的规定,司法实践中可能存在难以确定仲裁地的情况,此时适用法院地法进行兜底有一定的合理性。但是,《仲裁法征求意见稿》已经对仲裁地作出了系统的规定,不再会出现前述情形,此时并无必要保留该兜底条款。如果把《仲裁法征求意见稿》第90条的规定理解为,但凡当事人没有对适用法律和仲裁地作出明确的约定,法院就可以适用中国法,那么该兜底条款具有适用的空间。这种解释增加了仲裁协议准据法的判断的确定性,但有可能不符合当事人潜在的真实意思。一方面,这种解释方式只考虑当事人对于准据法和仲裁地的明示约定,而不探求当事人默示的意思表示,增加了中国法适用的可能。另一方面,由于存在路径依赖,法院倾向于适用更为熟悉的中国法而不是仲裁地的外国法。如前文所述,《仲裁法解释》出台后,司法实践中法院普遍更倾向于直接适用中国法。这一定程度上导致仲裁地法被架空,不仅与《纽约公约》中的冲突法规则背道而驰,也不利于我国国际仲裁立法与国际接轨。因此,本文认为应该删除此条规则。

#### (四) 有利于仲裁协议有效原则

从 *Sulamérica* 案隐秘地适用有利于仲裁协议有效性原则 (the silent adoption of a pro-validity approach)<sup>⑤</sup>, 到 *Enka* 案中最高法院五位法官的明确认可, 英国判例显示, 有利于仲裁协议有效原则已经成为了英国法下确定仲裁协议准据法的一条基本原则。

有利于仲裁协议有效原则的目的是为了实现当事人的真实意图——为当事人提供一个有效和可行的国际争端解决机制。当事人签订仲裁协议的真实意思自然是使仲裁协议发生效力, 而非通过法院的司法程序和复杂的法律选择规则解决争议。<sup>⑥</sup> 有利于仲裁协议有效原则的优点是, 通过灵活的冲突规范改进传统选法规则选用单一连结点的弊端, 能够最大程度地实现国际商事仲裁的目的和当事人的预期。英国法院对有利于仲裁协议有效原则认可的背后, 是对国际商事仲裁的支持态度。英国伦敦玛丽女王大学 2021 年开展的国际仲裁调查显示, 当事人在选择仲裁地时最重要的考量因素就是国家法院和司法机关对仲裁的支持力度。<sup>⑦</sup> 通过在法律适用和解释上采取尽量使仲裁协议有效的态度, 仲裁地得以强化其在国际商事仲裁中的竞争力, 吸引更多从事跨国交易的商人选择到本国仲裁。

<sup>③</sup> 《仲裁法征求意见稿》第 27 条规定: “当事人可以在仲裁协议中约定仲裁地。当事人对仲裁地没有约定或者约定不明确的, 以管理案件的仲裁机构所在地为仲裁地。”

<sup>④</sup> 《仲裁法征求意见稿》第 91 条规定: “具有涉外因素的商业纠纷的当事人可以约定仲裁机构仲裁, 也可以直接约定由专设仲裁庭仲裁。……当事人没有约定仲裁地或者约定不明确的, 由仲裁庭根据案件情况确定仲裁地。”

<sup>⑤</sup> Pearson S., *Sulamérica v. Ensa: The Hidden Pro-Validation Approach Adopted by the English Courts with Respect to the Proper Law of the Arbitration Agreement*, *Arbitration International*, 2013, Vol.29:1, p.124.

<sup>⑥</sup> Gary B. Born, *The Law Governing International Arbitration Agreements: An International Perspective*, *Singapore Academy of Law Journal*, 2014, Vol.26: Special Ed, p.834.

<sup>⑦</sup> *Supra* note 4, at 8.

尽管有利于仲裁协议有效原则已经成为了国际商事仲裁中普遍认可的原则,但立法明确采用该原则的国家并不多。以英国为例,有利于仲裁协议有效原则体现在第二步对于默示选法的判断中。若适用主合同准据法的结果是仲裁协议无效,则直接认定当事人不存在默示的选法意图。也就是说,英国法院认为仲裁协议有效就是当事人的默示意图,甚至是将其居于当事人意思自治之上。诚然,有利于仲裁协议有效原则能够实现国际商事仲裁以仲裁解决纠纷的客观目标,但该原则的适用不应当逾越当事人的意思自治。正如施米托夫所言,仲裁协议本质上是一种契约。<sup>⑤8</sup>对于契约而言,最重要的是当事人的意思自治。在当事人已经选择了准据法的情况下,没有理由不顾当事人的选择而适用其他法律。如果当事人默示选择的法律将导致仲裁协议无效,那么当事人也应该承担无效的后果。<sup>⑤9</sup>基于仲裁协议的契约属性,私法自治、契约必守的精神应该得到彻底贯彻。适用当事人所选择的法律导致仲裁协议无效应与合同无效的后果相似,当事人理应受此约束。因此,只有在当事人不存在明示或默示选法意思时,有利于仲裁协议有效原则才有适用的空间。

中国法下有利于仲裁协议有效原则体现在《仲裁司法审查规定》第14条中,但这一条不当地保留了仲裁机构所在地这一连结点。随着《仲裁法征求意见稿》将仲裁机构所在地这一连结点删除,在当事人未就仲裁协议准据法作出约定时将直接适用仲裁地法,有利于仲裁协议有效原则没有了适用空间。这虽然使得法律适用具有确定性和可预测性,但是却缺乏灵活性。本文认为,随着国际商事仲裁市场的繁荣,采取“支持仲裁”的态度更有利于提升我国仲裁机构和仲裁地在国际市场上的竞争力。辅助地适用有利于仲裁协议有效原则也符合中国作为《纽约公约》缔约国所承担的最大限度地承认和执行仲裁协议的公约义务。<sup>⑥0</sup>因此,可以考虑保留有利于仲裁协议有效原则,并扩大其选法范围,增加主合同准据法和法院地法。在当事人没有选择法律时,只要仲裁协议符合主合同准据法、仲裁地法或中国法其中之一即为有效。

## 五、结 语

英国以 *Sulamérica* 案为基础,逐步发展出了判断仲裁协议准据法的“三步法”。英国最高法院在 *Enka* 案中对“三步法”的总结终结了英国仲裁协议法律适用规则的不确定性。本文梳理和比较了中英两国的立法和实践,发现两国的法律选择规则在仲裁协议准据法的适用范围、主合同准据法对于仲裁协议的可适用性、无法律选择时的兜底规则和有利于仲裁协议有效原则的适用上存在着差异。

<sup>⑤8</sup> [英] 施米托夫:《国际贸易法文选》,赵秀文译,中国大百科全书出版社1993年版,第674页。

<sup>⑤9</sup> *BNA v. BNB*, [2019] SGCA 84, 2019, paras. 89-90. 该案中新加坡上诉法院法官认为适用有利于仲裁协议有效原则与当事人的选法意图不一致因而拒绝适用该原则,最终判定仲裁协议的准据法是中国法,即使适用中国法很可能导致仲裁协议无效。

<sup>⑥0</sup> *Supra* note 34, at 166.

党的十八届四中全会提出“完善仲裁制度、提高仲裁公信力”的发展要求,我国立法及司法实践需要更加积极地创建有利于仲裁事业发展的环境,提高中国涉外仲裁规则的世界影响力和国际认可度。本文提出,中国应该在立法中明确仲裁协议准据法的适用范围,删除适用法院地法的兜底规则。当事人意思自治应该得到充分尊重,因此主合同准据法也应该纳入仲裁协议准据法的选法范围,但只限于当事人具有真实选法意图的情形。最后,在国际商事仲裁市场蓬勃发展之际,秉持“支持仲裁”精神引入有利于仲裁协议有效原则是有必要的。

## 附录

## 其他法域采用“三步法”的案例

案件	审理法院	第一步:明示选择	第二步:默示选择	按主合同准据法仲裁协议是否有效	第三步:最密切联系	结果
Klöckner v. Advance Technology [2011] HKCU 1340	香港高等法院	无	主合同准据法	有效	/	适用主合同准据法
OCBC v. KAI SEN [2020] HKCFI 375	香港高等法院	无	主合同准据法	/	/	适用主合同准据法
X v. ZPRC [2020] HKCFI 631	香港高等法院	无	仲裁地法	/	/	适用仲裁地法
CAPITAL WEALTH v. 南通嘉禾 [2020] HKCFI 3025	香港高等法院	无	仲裁地法	/	/	适用仲裁地法
A v. D [2020] HKCFI 2887	香港高等法院	无	无	可能无效	仲裁地法	适用仲裁地法
FirstLink v. GT Payment [2014] SGHCR 12	新加坡高等法院	无	仲裁地法	无效	/	适用仲裁地法
BCY v. BCZ [2016] SGHC 249	新加坡高等法院	无	主合同准据法	有效	/	适用主合同准据法
BMO v. BMP [2017] SGHC 127	新加坡高等法院	无	主合同准据法	有效	/	适用主合同准据法
BNA v. BNB [2019] SGCA 84	新加坡上诉法院	无	主合同准据法	可能无效	/	适用主合同准据法
CLQ v. CLR [2021] SGHC(I) 15	新加坡高等法院	无	主合同准据法	有效	/	适用主合同准据法

**Abstract:** There is no uniform approach to ascertain the governing law of the arbitration agreements in absence of any express choice of law. English courts have developed a well-established case law, the three-step approach, derived from the leading *Sulamérica* case to determine the applicable law. A comparison of Mainland Chinese law and English law shows that there are significant differences: the legal effect of the governing law of the arbitration agreement, the extension of the law of the main contract to the arbitration agreement, the default rule and the validation principle. To implement the principle of party autonomy and to strengthen competitiveness in international commercial arbitration, on the amendment of the Chinese Arbitration Law, this article suggests: (1) clarifying the legal effect of the governing law of the arbitration agreement, (2) extending the governing law of the main contract to the arbitration agreement subject to strict requirements, (3) deleting the default rule for the application of Chinese law, and (4) adopting the validation principle to decide the governing law of the arbitration agreements.

**Keywords:** arbitration agreement; applicable law; comparative law; the validity of arbitration agreement

---

---

( 责任编辑: 傅攀峰 )

# 比较法视野下中国国际商事法庭的创设与运作

刘 静\*

---

**内容提要** 现有 ICSID 和 WTO 争端解决机制无法完全满足我国对外交往的实际需求,我国于 2018 年成立国际商事法庭,用以专门处理国际商事纠纷。新加坡 2015 年成立的国际商事法庭能在一定程度上为我国国际商事法庭的创设和运作提供样板。目前我国国际商事法庭存在管辖权受限、法官单一、商事专家委员会职责有限、审级制度不健全和判决执行难等问题。对此,建议适当比照新加坡国际商事法庭的运行机制,以特别立法突破现行法律体系对国际商事法庭的限制,放宽“国际性”和“商事性”的认定标准,取消实际联系原则,进一步扩张管辖权,实现法官多元化和国际化,允许专家委员以法庭之友身份参与诉讼或担任人民陪审员,修改一审终审制为上诉制,增强判决的承认和执行,提高我国司法国际公信力,从而为我国参与全球治理提供法治保障。

**关键词** 国际商事法庭 商事专家委员会 管辖权 判决的承认和执行

---

## 一、引言

当今世界格局处于大发展大变革大调整时期:一方面,经济全球化是当代世界经济的重要趋势,各国相互联系和依存日益加深,我国国际地位显著提高,正处于战略机遇期;另一方面,世界进入动荡变革期,我国面对的外部环境日趋复杂,风险挑战积累叠加。在此背景下,如何通过完善我国国际商事争端解决机制保护私人主体在对外交往过程中的利益成为新形势下我国关注的重点。

随着我国私人主体频繁参与各类国际商事活动,其面临的被诉风险和不确定性的贸易纠纷也随之增多。为依法妥善化解“一带一路”建设过程中产生的商事争端,平等保护中外当事人合法权益,努力营造公平公正的营商环境,2018年1月,中央全面深化改革领导小组会议审议通过了《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》(以下简称《意见》),要求建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构相关工

---

\* 刘静,中国政法大学国际法学院博士研究生。本文系中国政法大学2021年博士创新实践一般项目《国内法域外适用的国际法合规性——以统筹推进国内法治和涉外法治为视域》(项目编号:2021BSCX17)的阶段性成果。

作……由最高人民法院牵头制定并组织实施。<sup>①</sup>6月25日,最高人民法院审判委员会第1743次会议通过《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》(以下简称《规定》),指出最高人民法院设立国际商事法庭,国际商事法庭是最高人民法院的常设审判机构。<sup>②</sup>6月29日,在《规定》的指引下,最高人民法院分别在深圳市和西安市为第一国际商事法庭和第二国际商事法庭揭牌,正式授予国际商事法庭(China International Commercial Court,以下简称CICC)处理国际商事纠纷的权力。<sup>③</sup>

在我国国际商事法庭成立之前,新加坡在2015年就已建立起新加坡国际商事法庭(Singapore International Commercial Court,以下简称SICC),经过近七年发展,SICC已经成为国际社会最具代表性和影响力的商事法庭之一。<sup>④</sup>为吸取SICC建设和发展的先进经验,本文拟从比较法的视角,以SICC和CICC为比较对象,首先分析CICC成立的必要性,其次探讨CICC涉及的核心问题,同时兼论SICC的相关规定,最后提出有关CICC的运行调试建议,并展望CICC的未来发展。

需要强调,与国内现有研究成果相比,本文以国际投资争端解决中心(The International Center for Settlement of Investment Disputes,以下简称ICSID)和世界贸易组织(World Trade Organization,以下简称WTO)存在的不足为切入,分析我国成立CICC的必要性,通过学理分析和实证考察,对CICC的管辖权进行拓展性研究,并在运行调试建议部分提出以特别立法形式适当突破现有法律规定的独创性观点。

## 二、中国国际商事法庭成立的背景与必要性

随着全球经济一体化进程不断加快和程度日益加深,尤其是在我国提出“一带一路”倡议以来,我国与“一带一路”沿线国家和地区进行大量国际商事贸易。在对外贸易过程中,由于不同国家和地区在经济、政治和法律层面不可避免地存在许多差异,以及一些国家的对外投资法律制度不健全、不稳定,导致我国及我国私人主体面临的国际商事纠纷数量持续攀升、复杂性明显加大。如仅在2013—2017年间,我国各级人民法院审理、执结的国际民商事案件就高达20余万件,较过去5年增长了一倍以上。<sup>⑤</sup>

① 《中共中央办公厅、国务院办公厅印发〈关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见〉》,载中华人民共和国中央人民政府官网, [http://www.gov.cn/zhengce/2018-06/27/content\\_5301657.htm?trs=1](http://www.gov.cn/zhengce/2018-06/27/content_5301657.htm?trs=1),最后访问时间:2022年4月10日。

② 《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》,载中国法院网, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2021/10/id/6328632.shtml>,最后访问时间:2022年4月10日。

③ 徐隽:《最高法第一第二国际商事法庭分别在深圳、西安揭牌办公》,载人民网, <http://legal.people.com.cn/n1/2018/0630/c42510-30097080.html>,最后访问时间:2022年4月10日。

④ 参见郑飞飞:《新加坡国际商事法庭的由来与发展》,载北京法院网, <https://bjgy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2017/12/id/3101171.shtml>,最后访问时间:2022年4月10日。

⑤ 乔慧娟:《我国国际商事法庭创设和运作的思考——基于域外经验与本土化建设》,载《对外经贸》2020年第10期,第95-96页。

面对如此严峻的国际商事环境,当前国际层面较为常见的商事争端解决机制,如ICSID和WTO都无法完全满足我国对于国际商事争端解决的需求。其中,ICSID是“一带一路”沿线国家利用最频繁的争端解决机制,其以调解和仲裁方式处理投资者和东道国之间的商业纠纷,而将投资母国和东道国、投资者和投资者间的商事法律关系排除在管辖范围之外,因此管辖范围相对受限。<sup>⑥</sup>此外,ICSID向当事双方提供的调解建议不具有拘束力,做出的仲裁裁决只有在得到《纽约公约》的支持后才能获得东道国的承认和执行。可见,通过ICSID解决国际商事争端涉及的不确定因素较多,消耗的时间和费用成本也较高。<sup>⑦</sup>

对于WTO争端解决机制而言,WTO框架下设立了专门的争端解决机构,即DSB,并通过设置执行监督程序全程监管案件的履行情况。<sup>⑧</sup>尽管如此,DSB仍存在以下三方面局限性:第一,DSB下的“交叉报复”与我国“一带一路”倡议倡导的开放包容、公平正义理念相冲突,且其存在启动标准不明确、规定模糊等不足;<sup>⑨</sup>第二,DSB只受理WTO成员国之间发生的由贸易投资引发的争端,管辖范围受限;第三,发达国家对DSB上诉机构施加重要影响力,掌握上诉机构的话语权,严重偏袒己方利益。此外,因美国单方不作为,DSB的7名大法官全部到期离任,自2020年11月,已彻底停摆。

鉴此,部分国家为弥补ICSID、WTO和其他相关商事争端解决机制的不足,试图探索并成立国际商事法庭来解决各类复杂的国际商事争端。目前,新加坡国际商事法庭、迪拜国际金融中心法院、阿布扎比全球市场法院、卡塔尔国际法院与争议解决中心、荷兰商事法庭、新德里最高法院商业法庭等已建立起来并投入实际运行中。该类国际商事法庭的创设及运行对我国国际商事争端解决机制的完善也起到一定的倒逼作用。2018年6月29日,我国最高人民法院第一国际商事法庭和第二国际商事法庭分别在深圳市和西安市揭牌,正式开始办公。

### 三、中国国际商事法庭涉及的核心问题——兼论新加坡国际商事法庭

从我国国际商事法庭设立和运行以来,理论和实务界纷纷将我国CICC与新加坡SICC做比较,甚至提出了CICC应对标SICC发展的观点。<sup>⑩</sup>事实上,我国和新加坡的国

⑥ 参见张丽娜:《“一带一路”国际投资争端解决机制完善研究》,载《法学杂志》2018年第8期,第37页。

⑦ ICSID做出的仲裁裁决能否得到东道国的承认和执行,取决于多种因素,如败诉东道国的意愿以及社会的压力等。国际商事仲裁裁决需要《纽约公约》的支持才能得到其他国家的承认和执行。但在“一带一路”沿线国家,有许多国家尚未加入《纽约公约》。

⑧ 参见陈建军、曹倩倩:《“一带一路”国际投资争端解决机制完善思考》,载《山西高等学校社会科学学报》2019年第9期,第49页。

⑨ 交叉报复是指败诉方不执行已经做出的裁决时,WTO特定机构经过授权程序后授权胜诉方对败诉方终止减让义务的临时性救济措施。

⑩ 参见姜丽丽:《国际商事法庭的未来抉择》,载《人民司法》2019年第10期,第94页。

情完全不同,两国成立国际商事法庭的目的和理念也有所不同。具体表现在:新加坡国内经济体量非常小、资源极其有限,国内商事活动基本不会对新加坡造成较大影响,其主要依赖于高附加值的高端服务业发展本国经济。因此,新加坡在成立国际商事法庭时,大大降低了对自身内在需求的考虑,采取了更加开放和灵活的态度。与此相反,由于我国商事法治一直围绕自身经济体运转,因而我国成立国际商事法庭必须根植于本国司法体系和法律文化,体现出一种相对保守和审慎的法治理念。

尽管我国和新加坡在建立国际商事法庭过程中考虑的因素不一,但 SICC 作为具有亚洲特色的国际商事争议解决中心之一,依然能对我国 CICC 的创设及运行,尤其是管辖权范围、法官和国际商事专家委员会的任命和职责、审级及判决的承认和执行方面提供一些有益的域外经验。

### (一) 管辖权问题

合理的管辖权规则不仅是本国国际商事法庭受理案件的基础,也是其他国家的法院承认和执行由该国际商事法庭作出判决的前提。《规定》第 2 条规定, CICC 有权管辖五种案件: 1. 当事人依照民事诉讼法第 34 条的规定协议选择最高人民法院管辖且标的额为人民币 3 亿元以上的第一审国际商事案件; 2. 高级人民法院对其所管辖的第一审国际商事案件,认为需要由最高人民法院审理并获准许的; 3. 在全国有重大影响的第一审国际商事案件; 4. 依照本规定第 14 条申请仲裁保全、申请撤销或者执行国际商事仲裁裁决的; 5. 最高人民法院认为应当由国际商事法庭审理的其他国际商事案件。根据该规定的指引,本节通过实证考察和法理分析进一步明确 CICC 所管辖案件的性质。

#### 1. 实证考察

从国际商事法庭及相关制度建立以来, CICC 已经实质性受理了涉及日本、泰国等多个国家和地区的重大疑难商事争议,包括产品责任、公司盈余分配、股东资格确认、委托合同和损害公司利益责任纠纷等类型的案件,在解决国际商事争议方面取得了初步成效。

2019 年 5 月 29 日,我国第二国际商事法庭公开审理“原告泰国华彬国际集团公司(以下简称华彬公司)与被告红牛维他命饮料有限公司(以下简称红牛饮料公司)及第三人红牛维他命饮料(泰国)有限公司(以下简称泰国红牛公司)股东资格确认纠纷案”。在该案中, 1995 年 12 月 25 日,红牛饮料公司成立,工商登记泰国红牛公司持股 68%。1997 年 1 月,北京红牛饮料有限公司(以下简称北京红牛公司)登记泰国红牛公司持股 99%,实际上,华彬公司委托泰国红牛公司持有该部分股权。1998 年 9 月,红牛饮料公司吸收合并了北京红牛公司。经计算,红牛饮料公司和北京红牛在合并前的注册资本分别为 400 万和 850 万美元,泰国红牛公司名义上为其出资 272 万和 841.5 万美元。合并后,红牛饮料公司的注册资本共计 1254 万美元,泰国红牛出资额高达 1103.5 万美元,占股 88%。2018 年 5 月,华彬公司向北京市高级人民法院请求确认其是泰国红牛公司持有红牛饮料公司 88% 股权的实际出资人,并要求泰国红牛公司将登记于其名下的股权变

更登记于华彬公司名下。<sup>①</sup>对此,北京市高级人民法院认为,该案案情疑难、复杂,所涉经济利益巨大,社会关注度极高,是一起具有重大影响和典型意义的第一审国际商事案件,应由国际商事法庭进行审理。由此,我国第二国际商事法庭审理该案,敲响国际商事法庭公开审理案件的“第一槌”。

2019年5月31日,CICC第一国际商事法庭也开庭审理一起金额庞大、证据数目极多且内容复杂的案件,即“广东本草药业集团有限公司与贝斯迪大药厂产品责任纠纷案”,引发了相关国家驻华使节、社会代表和国内外媒体的高度重视。

与CICC审理疑难复杂案件的做法相同,新加坡SICC也受理此类性质的案件。例如2016年5月12日,澳大利亚与印度尼西亚两家公司因印度尼西亚东加里曼丹省煤炭生产和销售的合资协议产生纠纷,该纠纷所涉金额高达8.09亿美元,SICC对其作出终审判决。

可见,以上述三起案例为例,我国和新加坡国际商事法庭在管辖国际商事争端方面,往往通过考察案件所涉的金额、案情难度、证据数目和内容、社会关注度和影响力等因素来判断某案件是否属于重大、疑难的国际商事争端,进而决定该案是否应在国际商事法庭的管辖范围之内。

## 2. 法理分析

CICC作为国际商事争端解决平台,审理具有涉外因素的国际商事争端。判断某一商事争端是否属于CICC的管辖客体,须考查该争端的“国际性”、“商事性”及其与我国的“实际联系”。

有关“国际性”的规定。《规定》第3条规定CICC可以当事人的国籍、经常住所地、标的物和法律事实的发生地为切入,判定某一商事争议是否构成国际商事争议。该审查标准与《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(一)》(以下简称《适用法》)第1条对“涉外民事法律关系”的认定方法基本一致。值得注意的是,《规定》未纳入《适用法》中的“可以认定为涉外民事案件的其他情形”的兜底条款,<sup>②</sup>在一定程度上缩小了CICC的受案范围,表明我国对国际商事争端管辖权的审慎态度。反观新加坡SICC对争议“国际性”的界定,其认为只要纠纷满足下列任意一项条件:当事人的营业地位于不同国家、任意一方当事人在新加坡都没有营业地、标的涉及两个或两个以上国家、实质义务的履行地或与争议有最密切联系的地点和任何一方当事人的营业地国都不相同,SICC即有权主张管辖。<sup>③</sup>可见,与SICC对“国际性”的判断标准相比,CICC的要求更加严格。

有关“商事性”的规定。SICC在《最高法院法》第110号令第1(2)(b)条中不完全列举了“商事关系的交易”包括:个人知识产权纠纷、当事人明确约定争议具有商

<sup>①</sup> 参见中华人民共和国最高人民法院(2019)最高法民辖27号民事裁定书。

<sup>②</sup> 黄进、刘静坤、刘天舒:《中国国际商事法庭制度改革探析》,载《武大国际法评论》2020年第6期,第2页。

<sup>③</sup> Singapore Supreme Court of Judicature Act, Rules of Court, Order 110, Article 1(2)(a).

业性、分销协议、任何为供应或交换货物或服务的贸易交易等,这为 SICC 判断一项争议是否具有商业性提供了较为明确的法律依据。<sup>⑭</sup> 而我国最高人民法院通过的《规定》缺乏对“商事”的定义和判断,也未对商事争端进行类型概括,仅在《民事诉讼法》和《仲裁法》等相关立法中以“合同或其他财产权益纠纷”的表述代替对“商事”的解释。<sup>⑮</sup> 然而,“合同或其他财产权益纠纷”通常包括合同之债和非合同之债引起的纠纷,范围远大于“商事”涵盖的范畴,这可能导致 CICC 管辖那些本不属于其管辖的案件,使得 CICC 在审理国际商事案件时面临极大的不确定性和模糊性,同时也加大了被告不可预见的法律风险,进而使被告承担判决不利的后果。

有关“实际联系”的规定。在新加坡《最高法院法》的框架下,如果法院认为商事纠纷与法院之间不存在任何实质性联系,法院不得仅以此为由拒绝管辖。<sup>⑯</sup> 《新加坡国际商事法院令》第 1 条第 (2) (f) 项规定,满足以下两个条件之一的案件就是与新加坡“没有实质联系”的国际商事纠纷:(1) 新加坡法律并非适用于争议的法律,争议不受新加坡法律的管辖或限制;(2) 争议与新加坡之间的唯一联系是各方选择新加坡法律作为适用于争议的法律以及当事人向新加坡的法院提起诉讼。<sup>⑰</sup> 可见,新加坡 SICC 实施的是“离岸诉讼”,该做法有效吸引了更多国家的当事人选择 SICC 处理国际商事争端。与“离岸诉讼”相对,我国 CICC 对管辖案件施加严格的束缚,要求案件涉及的被告住所地、原告住所地、合同签订地、合同履行地和标的物所在地等与争议有实际联系的任一地点须在我国境内。<sup>⑱</sup> 该做法相对保守,与国际社会逐步摒弃实际联系原则的发展趋势相背离,将相当数量的国际商事纠纷排除在我国管辖范围之外,严重削减了当事人选择我国法院的积极性,长期来看不利于我国国际商事争议解决中心的构建。

## (二) 法官与商事专家委员会问题

对于任意一个国际商事争端解决机构来说,专业化和国际化的法官队伍为机构的运行提供重要人才保障。SICC 的法官广泛来源于美国、加拿大、澳大利亚、中国等国,具有实质审理案件和作出判决的权力,能够专业、独立、公平公正地解决各类国际商事争端。与此不同,我国《法官法》第 9 条和第 13 条规定,任职法官必须具有中国国籍,这种法官任命制度使具有丰富商事审判经验的国际法官被排除在 CICC 之外,对我国司法国际公信力的提升并无益处。

<sup>⑭</sup> Rules of Court for a non-exhaustive list of commercial relationships, Order 110, Rule 1 (2) (b).

<sup>⑮</sup> David Holloway, *The new Chinese international commercial court and the future of dispute resolution in the Belt and Road initiative*, *Vindobona Journal of international commercial Law & Arbitration*, 2018, Vol.22, p.9.

<sup>⑯</sup> 2004 年迪拜国际金融中心法院在最初设立时,只审理迪拜国际金融中心区域内部产生的案件,但该规定在 2011 年被修订,开始允许境外当事人通过选择法院协议向迪拜国际金融中心法院提起诉讼。修订后的迪拜国际金融中心 2004 年 12 号法律规定,任何由当事人在争议发生前或发生后书面同意向迪拜国际金融中心法院一审法院提起的民商事诉讼,只要该约定是明确、清楚的,都可以被受理。Dubai Law No.12 of 2004: The Law of the Judicial Authority at Dubai International Financial Centre, as amended, Article 5 (A) (2).

<sup>⑰</sup> *Teras Offshore Pte Ltd v. Teras Cargo Transport (America) LLC*, SGHC (I) 02, 2016, para.9.

<sup>⑱</sup> 黄进、刘静坤、刘天舒:《中国国际商事法庭制度改革探析》,载《武大国际法评论》2020 年第 6 期,第 2 页。

为了弥补在法官遴选方面的不足,我国国际商事法庭在2018年8月26日创造性地组建国际商事专家委员会,并从不同法系、国家和机构中聘请32名专家作为首批专家委员,从而为国际商事法庭管辖和审判涉外商事案件提供更加专业的法治人才。进一步,为了规范和约束该专家委员会对国际商事案件的审理行为,最高人民法院在2018年11月21日颁布的《最高人民法院国际商事专家委员会工作规则(试行)》(以下简称《工作规则》)中规定专家委员的职责,允许专家委员会在公平、中立、平等原则的指引下,对国际商事案件进行调解、就CICC和各级人民法院审理争议中涉及的条约和法律提供咨询专家意见、为CICC的规则修订及发展规划、相关司法解释及司法政策提供建议。<sup>①9</sup>可见,CICC下的商事专家委员会委员只能承担商事调解员和专家咨询顾问的角色,职能范围极其有限。

总而言之,我们既要承认CICC在限制法官国籍上的缺陷,也要肯定国际商事专家委员会对弥补该缺陷的积极意义,更要关注到商事专家委员会委员职能过于局限的弊端。

### (三) 法院机构设置和审级问题

我国CICC是最高人民法院下设的处理国际商事争议的常设审判机构,实行“判决、裁定一经作出,即发生法律效力”的一审终审制。一方面,该做法体现出CICC解决国际商事争端的高效性和便捷性。但另一方面,一审终审制也暴露出诸多不足:第一,与传统的二审终审相比,一审终审制剥夺和损害了当事人的上诉权,会引发当事人对审判结果的质疑。虽然我国《规定》第16条规定,当事人可向最高人民法院本部申请再审,以纠正已生效的错误裁判,保护自身的合法权益,但与《民事诉讼法》对国内民事案件的再审条件(当事人对已经发生法律效力的判决、裁定,认为有错误的,可以向上级人民法院申请再审)的规定不同,《规定》并未给出最高人民法院再审国际商事案件的特殊条件,这种以再审代替上诉的做法可能模糊上诉和再审的界限,造成救济不公的后果;第二,在实际审理案件的过程中,剥夺当事人的上诉权并非提高审案效率的最佳途径,法院应通过提高审判水平和缩短审理周期等方法高效解决国际商事争端;第三,一般来说,与仲裁实行一裁终局制相比,诉讼的上诉机制更能保障涉案当事人的合法权益。如果法院取消上诉审理机制,则根本无法体现出诉讼与仲裁相比的优势所在。

与CICC的机构设置和审级制度不同,新加坡的法院系统由最高法院和国家法院组成,其中最高法院内含高等法院和上诉法院,在高等法院下,新加坡成立了国际商事法庭。如果争议当事方对国际商事法庭作出的裁决不服,可以向上诉法院提起上诉,从而为当事人提供更全面的司法救济渠道。可见,虽然我国与新加坡的国际商事法庭都属于最高法院的一部分,但两者在审级制度上的规定完全不同。

### (四) 判决的承认和执行问题

一国法院作出的判决能否得到其他国家的承认和执行是当事人决定是否由该法院

<sup>①9</sup> 参见刘俊敏、童铮恺:《“一带一路”背景下我国国际商事法庭的建设与完善》,载《河北法学》2019年第8期,第50页。

管辖案件的重要衡量标准。当前,旨在加强各国法院判决承认和执行的《选择法院协议公约》的签署国甚少,判决的承认和执行问题成为多数国家关注的重点。对此,可参照仲裁领域的相关做法,《纽约公约》的缔约国作出的仲裁裁决能够获得其他缔约国的承认和执行。由于《纽约公约》的缔约国众多,因此仲裁裁决的承认和执行问题并不突出。可见,推动更多国家签署、批准《选择法院协议公约》是解决判决承认和执行问题的有效方法。

此外,在《选择法院协议公约》的签署现状下,各主权国家还通过与他国签订民商事司法互助协议的方式增强判决的执行力。以新加坡为例,新加坡不仅签署了《选择法院协议公约》,<sup>⑳</sup>还签署了包括《外国判决相互执行法》<sup>㉑</sup>《英联邦判决相互执行法》<sup>㉒</sup>以及多个关于执行金钱判决的指导备忘录在内的国际条约。<sup>㉓</sup>新加坡通过国际合作打破了国内判决的地域性和领土性,增强了其他国家对本国判决的认可和执行,从而有利于吸引更多国家的当事人选择 SICC 处理国际商事争端。<sup>㉔</sup>

近年来,我国积极签署《选择法院协议公约》,与其他国家订立双边或多边司法协助条约。然而,《选择法院协议公约》尚未对我国正式生效,与我国进行司法协助的国家也相对有限,且民商事判决承认和执行只是这些司法协助条约的部分内容。当前我国还并未针对民商事判决承认和执行签订专门性的条约。<sup>㉕</sup>以上因素导致我国 CICC 作出的判决未能得到大多数国家的认可,执行效果大打折扣。

当然,我国 CICC 涉及的核心问题不限于管辖权、法官与商事专家委员会、法院机构设置和审级、判决的承认和执行四个方面,还包括证据规则、法律选择、审判语言、外国法查明和法庭费用等,在此不做赘述。

#### 四、中国国际商事法庭的运行调试建议

以上述分析结论为前提,虽然 CICC 在国际商事专家委员会和“一站式”商事争议解决机制的设立等方面具有一定的创新意义,在司法实践中也取得了初步成效,但其在管辖权、法官选任、商事专家委员会委员职责、审级设置及判决的承认和执行等方面仍与

<sup>⑳</sup> Hague Convention on Choice of Court Agreement, 2005.

<sup>㉑</sup> The Reciprocal Enforcement of Foreign Judgments Act Cap. 265, 1985 Rev. Ed.

<sup>㉒</sup> The Reciprocal Enforcement of Commonwealth Judgments Act Cap. 264, 1985 Rev. Ed.

<sup>㉓</sup> 如在 2015 年 1 月 19 日,新加坡最高法院就货币判决的相互执行和 DIFC 法院签订了一份无拘束力的“指导备忘录”。Supreme Court of Singapore and DIFC Courts, 'Memorandum of Guidance as to Enforcement Between the Supreme Court of Singapore and the Dubai International Financial Centre Court', 2015. 又如 2018 年 8 月 31 日,新加坡最高法院与我国最高人民法院就商业案件中金钱判决的承认和执行问题签订了一份指导备忘录。H Baharudin, 'Singapore and China Courts Agree on Guide for Money Judgement in Commercial Cases to Be Recognised in Each Other's Country' (The Straits Times, 3 September 2018).

<sup>㉔</sup> Godwin Andrew, Ramsay Ian, Webster Miranda, *International Commercial Courts: The Singapore Experience*, Social Science Electronic Publishing, 2017, Vol.18, p.233.

<sup>㉕</sup> 陈婉姝:《双边条约视野下中国承认与执行外国民商事判决研究》,载《西南政法大学学报》2020 年第 5 期,第 55-56 页。

SICC存在明显差距。为进一步提升CICC的国际司法公信力和影响力,本节对中国国际商事法庭的运行提出以下建议。

### (一) 以特别立法适当突破现有法律规定

从理论上讲,基于国际商事法庭特有的定位、组织架构和运行机制,各国应对国际商事法庭做出一些不同于一般法庭的规定。新加坡不仅在《最高法院法》中明确了SICC的程序事项应适用于该法对有关高等法院行使初审民事管辖权的程序条款,而且还规定了一些仅适用于SICC的特殊内容,如有关国际法官的遴选制度。<sup>②6</sup>以一般原则与特殊规定相结合、特殊规定优先一般原则适用的方法,新加坡国际商事法庭在一定方面突破了国内法的限制,在某些制度的建构和运行上实现了创新。

就我国CICC而言,CICC的设立及运行通常都要受到我国现行法律,主要受全国人民代表大会通过的《民事诉讼法》和最高人民法院发布的《规定》的制约。由于制定《民事诉讼法》和《规定》的机关不同,两者无法形成一般法和特别法的关系。就此,建议我国全国人大常委会以本国的国情和法律体系为基础,借鉴新加坡的做法,授权最高人民法院就CICC涉及的某些领域采用特殊做法,包括国际法官的引入、取消实际联系的限制等。<sup>②7</sup>在CICC积累足够的实践经验,发展相对成熟以后,我国还可考虑将CICC作为涉外审判制度创新的试点,通过修改《民事诉讼法》等相关法律中涉外部分的内容对涉外审判机制做出更大程度的创新。该种渐进式的创新模式在保证不会对现有法律体系造成巨大冲击的前提下,又为我国涉外审判实践带来了新的尝试,不失为创新国际商事法庭制度的一种有益探索和改革方向。

### (二) 扩大管辖范围,取消实际联系的限制

管辖权是国际商事法庭审理国际商事争端的基础。在CICC框架下,所有案件都应满足“国际性”、“商事性”和“实际联系”的要求。对于“国际性”的判断,CICC未规定判断某一商事案件的国际性的兜底条款。同时对于“商事”的界定也非常模糊,缺乏具有可操作性的认定方法。此外,CICC管辖的商事案件必须与我国具备实际联系,这使得CICC的管辖范围狭窄,影响了CICC的国际司法公信力。

经比照,新加坡SICC不仅对商事交易的“国际性”和“商事性”做出明确、详细的解释,而且摒弃了实际联系的约束,认为只要当事人之间存在书面管辖协议,SICC就不得以商事争端与新加坡以外的国家有关为由,拒绝对该争议行使管辖权。该做法使得新加坡国际商事法庭在认定国际商事行为时有章可循,更大程度地给予涉诉当事人选择法院的自由和权利。

对此,为扩大我国国际商事法庭的管辖权,吸引更多当事人向我国国际商事法庭寻求司法救济,CICC可考虑修正和放宽对“国际性”的判断标准,对“国际”一词做出更加多边和广义的解释,不拘泥于通过考察当事人的国籍、住所、标的物所在地、法律事

<sup>②6</sup> 石静霞、董暖:《我国国际商事法庭的若干核心问题》,载《西安交通大学学报(社会科学版)》2019年第3期,第122页。

<sup>②7</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191页。

实发生地的方式确定争议的涉外性,还应增加“可以认定为国际商事争议的其他情形”的兜底条款,尽可能多地将各类商事争议纳入我国 CICC 的管辖范畴之内。<sup>②⑧</sup>

另外,建议我国在《规定》和其他相关立法中明确商事的定义,采取直接定义法(即商事是什么)和间接列举法(即商事包括什么)相结合的方法,阐明“什么是国际商事行为”和“国际商事行为通常表现为什么”,将商事行为的概念和范围总结到一个条款当中,避免法官在司法实践中过度行使自由裁量权,对同一个国际商事案件做出不同的裁决,使被告一方无法及时预判和防范对其不利的法律后果。

除了扩大“国际性”的范围和明确“商事性”的判断标准外,CICC 还应积极顺应现代国际商事制度的发展趋势,重点参鉴 SICC 突破实际联系原则的做法,依据更加开放、积极和开明的管辖理念,更大程度地尊重当事人对争议解决机构及机制的选择,取消实际联系的束缚,允许各方当事人通过提交书面协议选择可管辖的法院,无须进一步限定其只能选择中国法庭,以此扩大我国 CICC 的管辖权。

### (三) 实现法官多元化,建立国际商事专家陪审制

上文提到,我国国际商事法庭在运作上采取本国法官和国际商事专家委员会相结合的模式,该做法虽保障了我国的司法主权,赋予了 CICC 一定的国际性,但由于国际商事专家委员会的职责只限于向法庭提供咨询和政策意见等,CICC 的国际化水平仍与 SICC 存在差距。为此,CICC 可通过选择更加多元的法官、建立“法庭之友”制度和国际商事专家陪审制提高庭审的国际性。具体而言,可采取的做法包括以下两个方面:

第一,在法官的选任方面。由于国际商事法庭审理的是具有涉外因素的跨国商事争议,以 SICC 为代表的国际商事争议解决中心从不同国家和地区、不同法域选拔出个人素养极高、法理和审判经验丰富的法官,以公正、便捷地处理各类国际商事纠纷。而我国《法官法》规定任职法官必须具有中国国籍,这将阻碍我国打造全球商事争议解决中心的进程。因此,我国亟需改革国际商事法庭的法官遴选制度,在强化现有法官的审判业务能力的基础上,可考虑先适当扩大港澳台地区法官在国际商事法庭中的比例,再进一步推动其他国家法官的加入,循序渐进地突破我国国际商事法庭对法官国籍的限制。

第二,在国际商事专家委员会的职责方面。尽管我国成立的国际商事专家委员会弥补了国际商事法庭限制法官身份的缺陷,但专家委员承担的职责非常有限,只能进行商事调解和提供咨询意见。在我国尚未改革法官遴选制度的情形下,CICC 应继续探索扩张国际商事专家委员会及其委员权限和职能的方法,允许专家以“法庭之友”的身份实质性参与诉讼,或在符合我国国际商事制度发展方向的前提下,考虑任命专家委员担任人民陪审员,与法官组成合议庭,当法官在审理国际商事争端过程中遇到复杂、特殊的专业问题时,可由外国专家提供有价值的意见,由法官作出最终的裁决,从而推动我国国际商事法庭与国际接轨,为我国构建完善的国际商事争议解决机制提供更加

<sup>②⑧</sup> 参见王瑛、王婧:《国际商事法庭管辖权规则的不足与完善——基于我国国际商事法庭已审结案件的分析》,载《法律适用》2020年第14期,第108页。

完备的法治队伍保障。<sup>29</sup>

#### (四) 重构审级机制,增强判决的承认与执行

我国国际商事法庭在运行层面除存在法官身份受限和国际商事专家委员会职能有限的问题以外,其审级机制和执行机制也尚不健全。就审级问题而言,我国和新加坡均采用嵌入式模式建立国际商事法庭,表现为CICC和SICC都隶属于最高院。<sup>30</sup>不同的是,CICC实行的是一审终审制和再审制,而SICC设立了上诉程序,更能全面保障当事人的权益和赋予当事人质疑判决的权利。建议我国在时机成熟时借鉴新加坡成立上诉机制的有益经验,在最高人民法院内部成立一个专门的国际商事上诉法庭,以接受当事人因不服一审判决而提出的上诉。

就判决的承认和执行而言,长期以来,由于不同国家在历史背景、经济发展等方面存在诸多差异,其对判决的承认和执行的立场也不尽相同。在经历长期谈判和妥协后,2005年6月30日,海牙国际私法会议第二十次外交大会通过了《选择法院协议公约》,这是国际私法在判决的承认和执行问题上走向统一的重要里程碑。2017年9月12日,我国政府签署了《选择法院协议公约》,但目前尚未批准生效。为此,我国应加紧研究《选择法院协议公约》的批准生效事项,推动其对我国产生法律拘束力,以提高各级法院(包括中国国际商事法庭)判决的国际执行力。

另外,在我国尚未批准《选择法院协议公约》的情况下,双边和多边条约在承认和执行判决领域方面显得尤为重要。因而我国还应全面考查与其他国家之间的政治外交和经济贸易关系,结合两国在判决的承认和执行方面的立法和司法实践,借鉴SICC签订《英联邦判决相互执行法》等双边和多边条约的做法,与立场不同的国家进行协商甚至做出适当的让步,通过与其签署双边或多边合作协议、合作备忘录的方式加强国际商事法庭的判决的流动性,促进“一带一路”倡议下区域司法一体化的形成。

## 五、结 语

随着经济全球化和世界经济一体化的趋势不断增强,各国及其私人主体越来越频繁地参与到国际商事活动中,在此过程中会不可避免地与他国产生各类国际商事争端。为了解决此类纠纷,部分国家通过建立国际商事法庭为当事人解决商事争议提供一种全新的模式和途径。

<sup>29</sup> Zhengxin Huo & Man YIP, *Comparing the international commercial courts of China with the Singapore international commercial court*, *International and Comparative Law Quarterly*, 2019, Vol.68, p.941.

<sup>30</sup> 根据国际商事法庭的设置体系不同,有学者将国际上现有的国际商事法庭设置模式概括为两种:嵌入式和独立式。嵌入式的设置是将国际商事法庭嵌入现有的普通法院系统中,作为普通法院的特别法庭。大多数国家在设立国际商事法庭时采用这种设置模式。独立式,指在原有的普通法院体系外建立专门的国际商事法庭系统,初审、上诉审和终审都在系统内部完成,商事法庭的审级不与普通法院系统的审级挂钩。卡塔尔国际法院、迪拜国际金融中心法院、阿布扎比全球市场法院皆属此例。卜璐:《“一带一路”背景下我国国际商事法庭的运行》,载《求是学刊》2018年第5期,第91-92页。

我国作为“一带一路”倡议的提出者和践行者,积极融入全球化趋势,与此同时产生的国际商事争端也日益增多。在此背景下,我国最高人民法院于2018年成立了国际商事法庭,打造集诉讼、仲裁和调解有机衔接的“一站式”国际商事争议解决平台。在国际商事法庭成立的三年多内,国际商事法庭已正式审理多起案件,取得了初步成效,为我国打造全球化的国际商事争议解决中心和建立完备的国际商事争议解决机制开启良好的开端。可以预见的是,如果我国在CICC的建设和运行上参鉴新加坡SICC的有益做法,扩张CICC的管辖权,推动诉讼程序的灵活化,优化运行机制,那么CICC将逐步发展成为更加完善和先进的国际商事争议解决平台。

---

**Abstract:** The existing ICSID and WTO dispute settlement mechanisms can't fully meet the actual needs of China's foreign exchanges. China established an International Commercial Court in 2018 to deal with international commercial disputes. The International Commercial Court established in Singapore in 2015 can provide a model for the creation and operation of China's International Commercial Court to a certain extent. At present, there are some problems in China's International Commercial Court, such as limited jurisdiction, single judge, limited responsibilities of the commercial expert committee, imperfect trial level system and difficult judgment execution. In this regard, it is suggested to make appropriate reference to the operation mechanism of the Singapore International Commercial Court, break through the restrictions of the current legal system on the International Commercial Court with special legislation, relax the recognition standards of "international" and "commercial", abolish the principle of practical connection, further expand the jurisdiction, realize the diversification and internationalization of judges, and allow expert members to participate in litigation or serve as people's jurors as friends of the court. Revise the system of first instance and final instance to the system of appeal, enhance the recognition and enforcement of judgments, and improve the credibility of international justice, so as to provide legal guarantee for China's participation in global governance.

**Keywords:** International Commercial Court; Commission of commercial experts; jurisdiction; recognition and enforcement of judgments

---

(责任编辑:胡余嘉)

# 比较法视域下非诉调解协议效力规则的优化 ——以《新加坡调解公约》为切入

李 佳\*

---

**内容提要** 非诉调解协议的效力确认程序是二重审查模式,无法满足实践中调解制度的运用,影响调解的执行和效力发挥。面对国内调解环境的改变和国际商事调解的发展,非诉调解协议效力规则亟需完善。《新加坡调解公约》对国际商事和解协议的审查程序与我国非诉调解协议效力确认程序具有相似性,但我国非诉调解协议并不具备强制执行力,与《新加坡调解公约》存在差异,这为非诉调解协议效力规则的优化提供了借鉴基础。本文通过比较各国和地区非诉调解协议效力规则的立法,在赋予非诉调解协议强制执行力,以及确认非诉调解协议的遮断效力等几个方面提出对非诉调解协议效力的立法予以完善的建议,以更贴合调解实践的发展。

**关键词** 非诉调解协议 强制执行力 《新加坡调解公约》

---

## 一、问题的提出

以调解的方式解决纠纷是我国司法实践的传统和智慧经验。相比诉讼和仲裁而言,调解在我国有着更加深厚的制度基础和文化传统。<sup>①</sup> 亚洲文化圈中一直以来都流传着“厌讼”的文化心理特征,人们倾向于寻找其他途径代替针对性极强的诉讼来解决矛盾纠纷。从“马锡五式”的审判方式到“枫桥经验”,调解在我国民事纠纷解决的应用中分量不轻。调解制度作为“东方智慧”的代表之一,在国际争端解决机构中也越来越被重视和使用。例如,国际投资争端解决机制中引入的调解实践已帮助化解诸多国际投资纠纷。<sup>②</sup> 为推进调解制度的发展,各法律规定和司法解释陆续出台,明确了调解的适用范围、设立调解组织的措施、调解程序的指导方针,以及调解协议的确认程序,以保证调解在解决社会矛盾中的作用。在国际上,调解被视为解决“一带一路”纠纷的重要工具。2018年,最高人民法院在深圳和西安成立国际商事法庭。为促进国际商事纠纷的解决,

---

\* 李佳,吉林大学法学院博士研究生。

① 周建华:《商事调解立法体系的递进式建构研究》,载《北京理工大学学报(社会科学版)》2020年第3期,第2页。

② 杨能盛、叶依文:《调解在国际投资争端解决中的应用现状与未来》,载《商事仲裁与调解》2021年第3期,第71页。

组成了一个由来自不同法律体系和司法管辖区的成员组成的国际商事专家委员会,以提供一站式咨询和调解服务。<sup>③</sup> 尽管调解在社会矛盾的疏解中发挥了重要的作用,但非诉调解协议效力规则在非诉调解协议效力确认程序中依然面临阻碍。

非诉调解协议效力的确认程序存在二重审查冗杂的问题。非诉调解协议效力的确认程序适用强调的是确有必要的情况下可以申请司法确认,从调研实践来看,法院对非诉调解协议效力确认的积极性不高。<sup>④</sup> 主要表现在因缺乏对非诉调解协议审查的规范指导,法院对其审查过程存在泛化,最终导致非诉调解协议的履行流向诉讼。<sup>⑤</sup> 非诉调解协议具备合意性与自治性,同时注重第三方调解机构或个人对调解过程的介入、对合意达成的促进、对调解结果的确认与见证。尽管如此,非诉调解协议效力仍需要经过法院进行确认。在确认的过程中,法院需要对其进行审查,重点包括当事人的意思自治和调解内容是否符合法律规定等内容。法院通过裁定的方式对非诉调解协议的效力予以确认之后,若一方当事人未按规定履行,则可申请强制执行。经确认的调解协议具备强制执行力,但法院在受理之前仍需审查非诉调解协议的内容是否具有可执行性,即非诉调解协议在确认到执行的过程中需要经过法院的两次审查。这两次审查均是围绕非诉调解协议的形式和内容进行,在不考虑其他因素的情况下,围绕非诉调解协议本身进行两次重复性的审查,存在冗余之嫌。从立法政策上来看,非讼程序相比于诉讼程序所具有的快捷、迅速、经济及弹性的特点,与司法确认所要实现的制度目标更为接近,司法确认在非讼程序下需要发挥其效用,提升程序效率。

非诉调解协议效力的确定涉及到非诉调解协议效力规则的运行。从实践方面考量,需要在立法层面对其效力规则予以统一和规范,以更好地适应现实发展的需要。

## 二、以《新加坡调解公约》切入非诉调解协议效力规则优化的原因

《新加坡调解公约》下的和解协议具备直接执行力,但非诉调解协议的确认与执行与《新加坡调解公约》存在冲突,国内调解和国际商事调解构成了事实上的“双规并行”模式。2015年出台的《关于完善矛盾纠纷多元化解机制的意见》,将立法层面的先行调解上升到战略层面的多元化解机制建设。2019年中央政法工作会议提出“坚持把非诉讼纠纷解决机制挺在前面”的国家治理方式,这对非诉调解协议效力确认程序改革提出了更高的要求。<sup>⑥</sup> 与此同时,随着熟人社会的瓦解,人民调解所依赖的社会环境背景发生变化,社会纠纷呈现新型化和专业化的特点,这也要求非诉调解协议的效力规则往专业

<sup>③</sup> 《最高人民法院关于成立国际商事专家委员会的决定》,载国际商事法庭网站, <http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/226/239/index.html>,最后访问时间:2021年11月7日。

<sup>④</sup> 黄东东:《治理如何现代化:组织、信息与司法确认——以W区与Z区的调研为基础》,载《河北法学》2018年第11期,第65页。

<sup>⑤</sup> 朱艳萍:《对非诉调解协议效力争议的司法救济》,载《人民司法(应用)》2018年第19期,第41页。

<sup>⑥</sup> 刘加良:《非诉调解前置主义的反思与走向》,载《政法论丛》2020年第5期,第119页。

和效率方向提升。<sup>⑦</sup>《新加坡调解公约》的签署为我国调解确认程序的优化提供了机遇。

### 1. 非诉调解协议效力确认程序与《新加坡调解公约》审查程序的重叠

非诉调解协议效力确认司法程序适用于人民调解委员会主持下达成的调解协议。而《新加坡调解公约》适用于当事人为解决商事争议而订立的具有国际性的和解协议,该调解可以在调解机构的主持下达成,也可以在非机构的调解员协助下进行。《新加坡调解公约》文本中的和解协议指的是经特定组织调解下的,具有强制执行力的法律文件,与我国法律适用语境下的双方当事人经协商达成的具有合同性质的“和解协议”有差别,但与相同语境下的“调解协议”具有一致性。在使用该名词时,会存在将该二者混用的情况。尽管二者在适用范围上存在出入,但在审查程序上存在相似性,表现在人民法院收到当事人申请之后,对调解协议进行审查,进而作出是否确认或执行的判断。其中的拒绝执行事项,《新加坡调解公约》借鉴了《纽约公约》中拒绝执行仲裁裁决的理由,倾向于审查当事人行为能力、和解协议效力、调解准则、合理披露等程序事项,与非诉调解协议效力确认程序中审查内容无本质冲突。<sup>⑧</sup>

此外,《新加坡调解公约》受理和审查标准存在重叠之处。在不予受理和拒绝救济的情形中,二者都采用了封闭式清单列举的模式,只有关于调解员资质和行为要求的规定在非诉调解协议效力确认程序中没有对应的情形。《新加坡调解公约》对调解员制定了行为和资质要求,表现了对调解行业的规范化要求。为大力推进调解的发展,新加坡设立了专门提供调解服务的机构:基本争议解决中心(PDRC)、新加坡调解中心(SMC)和社区调解中心(CMCs)。<sup>⑨</sup>与此相比,非诉调解协议效力确认并未对人民调解员的资质和保密性作出要求,而是强调调解员的道德权威和其本身的人格魅力,用以实现“案结事了人和”的预期目的。

《新加坡调解公约》建立的直接执行机制,使得和解协议既不需要经过公证或者司法确认,也不需要当事人申请承认,仅需当事人向执行地主管机关寻求执行救济。《纽约公约》赋予国际仲裁裁决以强制执行力,当事人不得再就争议另外提起仲裁或司法程序。从这一点来看,《新加坡调解公约》赋予了国际商事和解协议和国际仲裁裁决相同的执行力。<sup>⑩</sup>该执行力的赋予,使得《新加坡调解公约》下的和解协议超越了合同范畴,具备和司法判决相同的法律地位。《新加坡调解公约》规定,当事人申请调解时无需提交提前签订的书面调解协议,且该调解产生的和解协议执行只需提交各方当事人已签署的和解协议和该和解协议产生于调解的证明文件即可。<sup>⑪</sup>该条款将国际仲裁裁决的间接执行力进一步发展成国际商事和解协议的直接执行力,为国际商事争议的解决创设了更丰富的规则。

⑦ 兰荣杰:《人民调解:复兴还是转型?》,载《清华法学》2018年第4期,第111页。

⑧ 杨秉勋:《〈新加坡调解公约〉与我国调解制度的新发展》,载《人民调解》2020年第1期,第2页。

⑨ 王言:《新加坡调解制度新发展评述》,载《东南司法评论》2018年卷,第409页。

⑩ 高奇:《论国际和解协议在我国的跨境执行:理论分析与制度建构》,载《理论月刊》2020年第8期,第100页。

⑪ 戴欣媛:《〈新加坡公约〉下中国执行国际商事和解协议路径探索》,载《国际经济法学刊》2020年第4期,第40页。

## 2. 非诉调解协议效力实现与《新加坡调解公约》和解协议执行力的冲突

尽管非诉调解协议效力确认程序和《新加坡调解公约》在审查部分存在重叠,但从性质上讲,非诉调解协议效力与《新加坡调解公约》中规定的和解协议强制执行力依然存在本质的差别。非诉调解协议需要当事人向法院申请确认才能获得强制执行力,而《新加坡调解公约》中规定的和解协议本身便具备强制执行力。这两者在执行力上的冲突来源于对调解协议本身性质上的认定不一致。未被确认效力的非诉调解协议被视为合同,双方当事人合意下订立的合同并不具备天然的强制执行效力,需经过法院的裁定才能够进入执行阶段。从我国民事诉讼法的规定来看,非诉调解协议效力确认程序属于非诉讼程序,法院依职权作出的准予确认裁定的认定部分与调解协议本身的内容并不完全等同,若非诉调解协议效力无法进行确认,还可以通过诉讼的方式解决。

若只考虑《新加坡调解公约》在我国的适用需求,可以通过司法解释或者制定特别法的形式对国际商事和解协议的效力予以单独规定。《新加坡调解公约》采用“营业地”的标准来判断纠纷是否具有国际性,以此决定是否适用关于国际商事调解的规定。而在我国商事调解的实践中则侧重争议的国际性,最高人民法院2018年发布《关于设立国际商事法庭若干问题的规定》,第3条规定了国际商事纠纷的“国际性”要求,无论是当事人住所地和经常居所地、标的物所在地还是法律关系发生地,均是与案件有实际联系的连结点。此外,上海经贸商事调解中心规定的受案范围是国际或涉外争议,“包括但不限于外商投资类企业相互之间以及外商投资类企业与中国其他法人、自然人或经济组织之间的争议”。<sup>⑫</sup>无论是国际商事法庭还是商事调解中心受理的商事调解协议,与《新加坡调解公约》所规定的国际商事和解协议的国际性要求存在差别。《新加坡调解公约》将由消费者、家庭或者家用目的产生的争议,以及与家庭法、继承法和就业法有关的争议排除在“商事性”的范围之外。<sup>⑬</sup>在关于“商事性”的解释中,《中华人民共和国民法典》的颁布确认我国奉行民商合一的立法理念,对商事关系的确定强调营利性的要求。<sup>⑭</sup>但《新加坡调解公约》强调经济贸易的往来关系,对于政府机关的商事主体并未予以排除,这与我国商事范围的界定也存在不一致。<sup>⑮</sup>

但仅因《新加坡调解公约》对和解协议的“国际性”和“商事性”因素而赋予与非诉调解协议效力确认程序下的调解协议截然不同的法律效力,不仅不具备充分的说服力,还会削弱当事人对司法的信任,无益于我国社会矛盾纠纷多元预防调处化解机制的建设。<sup>⑯</sup>

<sup>⑫</sup> 《上海经贸商事调解中心受案范围》,载上海经贸商事调解中心网站, [http://www.scmc.org.cn/page111?article\\_id=80&menu\\_id=49](http://www.scmc.org.cn/page111?article_id=80&menu_id=49),最后访问时间:2021年11月7日。

<sup>⑬</sup> 《新加坡调解公约》第1条第2项规定:“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>⑭</sup> 彭真明:《论现代民商合一体例下民法典对商事规范的统摄》,载《社会科学》2017年第3期,第98页。

<sup>⑮</sup> 许军珂:《〈新加坡调解公约〉框架下国际商事和解协议效力问题研究》,载《商事仲裁与调解》2020年第3期,第5页。

<sup>⑯</sup> 苟应鹏:《论非诉调解协议的执行力》,载《仲裁研究》第49辑,第103页。

### 三、非诉调解协议效力规则的比较法评述

从非诉调解协议效力确认的立法例看,大致可以分为两种。第一种是直接赋予调解协议以强制执行的效力。代表立法有2008年欧洲议会及欧盟理事会出台的《关于民商事调解若干问题的2008/52/EC指令》(以下简称“欧盟调解指令”),该强制性效力后半段规定当事人可以依据请求地成员国的法律规定,将调解协议转化为具有公信力的文书,以获得强制执行力。<sup>①7</sup>这表明强制执行效力受限于欧盟各成员国对此的执行态度。第二种是确认非诉调解协议具备一般效力,但强制性效力的获得需要经过其他措施予以保障。我国台湾地区调解协议确认属于此类。

#### 1. 非诉调解协议的强制执行力

尽管《新加坡调解公约》下产生的和解协议具备直接执行力,但必要的审查程序依然不可或缺。根据公约第四条的规定,和解协议的执行需要满足一定的条件,主要包括对调解机构、调解协议以及调解员的要求。<sup>①8</sup>而我国非诉调解协议的效力确认需要转化为法院裁判的形式才能被赋予强制效力,从本质上讲,这是法院裁判的效力,而不是非诉调解协议的效力。我国非诉调解协议效力的确认采取了第二种立法例方式,即承认非诉调解协议的合同效力,但想要获得强制效力需要经过法院的审查和裁判,若一方不按照规定履行,还需要向法院申请强制执行,这即是非诉调解协议效力确认的二重审查程序。

从域外实践来看,直接赋予强制执行效力的非诉调解协议可以分为两类:一类是肯定非诉调解协议强制执行力,并规定法院可根据当事人的申请直接对调解协议的内容予以执行,这一类型以爱尔兰的调解法为主要代表。<sup>①9</sup>另一类是在肯定非诉调解协议强制执行力的情况下,仅在当事人申请执行该协议时,法院才对其进行审查,这一类型以德国的调解法为代表。<sup>②0</sup>《新加坡调解公约》中的国际商事和解协议效力确认也属于此类。新加坡《2017年调解法》规定了当事人可以向法院申请将调解协议记录为法院命令以获得强制执行。<sup>②1</sup>《2020年新加坡调解公约法》吸收了新加坡国内关于调解协议确认程序,规定国际和解协议的当事人可以向新加坡高等法院申请将该协议记录为法院命令以获得执行。<sup>②2</sup>而对于赋予非诉调解协议一般效力的立法实践也可按照审查程序的设定分为两类:一类是经法院确认的非诉调解协议直接具备强制执行力,可要求法院强制执行。在台湾地区,当事人在乡镇市公所达成调解协议后,由该调解机构于10日内将调解协议

<sup>①7</sup> 陈洪杰、齐树洁:《欧盟关于民商事调解的2008/52/EC指令述评》,载《法学评论》2009年第2期,第97页。

<sup>①8</sup> 安娜·乔宾·布莱特、刘雅施:《联合国国际贸易法委员会在国际商事调解中的法律创新》,载《商事仲裁与调解》2020年第1期,第20页。

<sup>①9</sup> 王钢:《国际商事调解规则研究》,中国社会科学出版社2019年版,第179页。

<sup>②0</sup> 张泽涛:《德国〈调解法〉述评及其启示》,载《法学评论》2013年第1期,第141页。

<sup>②1</sup> 黄一文:《新加坡商事调解制度的发展及其启示》,载《商事仲裁与调解》2020年第3期,第97页。

<sup>②2</sup> 段明:《新法译介:2020年新加坡调解公约法》,载“多元化纠纷解决机制”微信公众号,最后访问时间:2020年5月7日。

送至管辖法院进行审核。<sup>②③</sup>经法院核定后,该调解协议即获得与法院判决具有同等效力的强制执行力。另一类是经法院确认效力的非诉调解协议并不直接具备强制执行力,当一方不履行时,另一方当事人可向法院申请强制执行。中国大陆非诉调解协议的效力确认属于此类。此外,仍有一部分法域的法律对非诉调解协议效力的确认规则未规定具体的操作程序。2012年颁布的香港特区《调解条例》没有提到可执行性的问题。如果需要执行调解和解协议,则必须作为合同向法庭申请执行,除非该和解是在仲裁中达成的并成为仲裁裁决的一部分,或是在诉讼程序中达成的并被记录为法院的命令或判决,则可具备强制执行的效力。如果裁决或法院判决是外国裁决或判决,则可通过《纽约公约》或香港特区为承认和执行外国判决而订立的其他互惠条约关系来执行,具体取决于裁决或判决的作出地。<sup>②④</sup>

## 2. 非诉调解协议效力确认的审查

非诉调解协议的强制执行效力来源分为法律直接规定和经法院审查认定。法律直接规定强制效力的非诉调解协议在部分法域下需要辅之以一定的附带审查程序。非诉调解协议的可执行性和实体有效性是司法确认审查的内容。<sup>②⑤</sup>不同法律制度对非诉调解协议所体现的当事人意思自治和处分权力的看法存在很大的差异。我国司法实践中对共同申请司法确认的自愿性与调解协议的意思自治予以区分,调解协议的内容可能依然存在意思表示不真实的情况,故法院会对调解协议是否系当事人意思自治进行审查。<sup>②⑥</sup>

《新加坡调解公约法》在继受《新加坡调解公约》的基础上列举了和解协议必须具备的形式要件,同时规定了拒绝准予申请的理由。台湾地区法院审查被移送的调解协议是否抵触法令、是否违背公序良俗、是否具有可执行性、是否具有其他的无效或可撤销原因等。欧盟调解指令第6条规定,只有当协议内容违反其法律,包括其国际私法,或者其法律没有规定特定内容的可执行性时,成员国才有可能拒绝使协议具有可执行性。<sup>②⑦</sup>从列举的情形来看,无论是非诉调解协议效力确认程序还是《2020年新加坡调解公约法》都对调解协议存在形式审查和实质审查的两个方面,《新加坡调解公约》将拒绝救济的情形区分为当事人提供证明和法院予以查明两类,违反公共政策、争议事项无法以调解方式解决两项为法院依职权做出认定的情形,其余拒绝救济的情形需要当事人进行证明,这体现了调解对当事人意思自治和处分权的尊重。非诉调解协议效力确认程序并未对拒绝救济情形进行证明责任分配,但法院在审查过程中扮演的职权主义角色和审查方式上的细致程度体现了与《新加坡调解公约》所主张的意思自治和处分权利的不同。

<sup>②③</sup> 范愉:《人民调解与我国台湾地区乡镇市调解的比较研究》,载《清华法学》2011年第1期,第168页。

<sup>②④</sup> Eunice Chua, *Enforcement Of International Mediated Settlement Agreements In Asia: A Path Towards Convergence*, Asian International Arbitration Journal, 2019, Vol.15:1, p.9.

<sup>②⑤</sup> 王嘎利:《民事司法确认程序与公证调解制度的耦合》,载《云南大学学报(社会科学版)》2017年第6期,第124页。

<sup>②⑥</sup> 黄忠顺:《调解协议司法不变更原则之反思》,载《学习论坛》2017年第4期,第72页。

<sup>②⑦</sup> Haris P. Meidanis, *Enforcement of mediation settlement agreements in the EU and the need for reform*, Journal of Private International Law, 2020, Vol.16:2, pp.275-299.

在附带审查程序之下,为防止虚假调解的产生,还需要救济制度对调解中可能产生的意思不自由予以限制和预防。经确认的调解协议具备强制执行的效力。但第三人认为经确认的调解协议侵害其合法权益的,可以自知道或者应当知道权益被侵害之日起一年内,向作出确认决定的人民法院申请撤销确认决定。中国台湾地区规定,对未通过审查的自行申请调解所达成的调解,当事人可向审查法院提起宣告调解无效或撤销调解之诉。<sup>28</sup> 欧盟调解指令和2012年香港地区《调解条例》未对调解协议执行的救济做出任何规定,但从调解协议可转化为仲裁裁决或法院判决的路径来看,当事人可以通过提出撤销仲裁裁决或判决的形式来撤销调解协议的内容。非诉调解协议效力确认程序对调解协议的确认留下可撤销的空间,为可能存在的意思表示不自由留下转圜的空间。与诉讼程序不同的是,对于当事人未提出但法院本身发现裁定确有错误的效力确认来说,法律没有对此作出与审判监督相对应的规定。《新加坡调解公约》本身并未对救济制度作出任何规定,但《2020年新加坡调解公约法》规定了可申请撤销法院命令的情形,在被要求执行或援引法院命令的一方当事人缺席的情况下,高等法院可应该方的申请,撤销法院命令。而且《2020年新加坡调解公约法》并不阻止当事人采取其他的救济途径或者向其他国家的主管当局提出关于同一国际和解协议执行的申请。救济制度的完善为国际商事和解协议的执行提供了更多保障。

### 3. 非诉调解协议效力的突破

非诉调解协议效力确认的程序对调解协议审查的处理结果分为裁定调解协议有效、裁定不予受理和裁定驳回申请三种情况。<sup>29</sup> 裁定驳回申请针对的是违反法律规定、损害国家和社会公共利益、违背公序良俗、非自愿的以及内容不明确等情形。《2020年新加坡调解公约法》沿袭了2017年《新加坡调解法》规定的处理方式,对于当事人的申请审查后,或是将其记录为法院令予以执行,或是拒绝当事人的申请。在台湾地区,调解协议移送至法院进行确认时,如果调解的内容与法律、公共秩序或公序良俗相违背的,则不予认定。欧盟调解指令也只规定了确认调解协议和不予确认调解协议两种审核结果。对于实体上违反法律规定的调解协议,我国的实践是裁定驳回申请而不是裁定不予受理。然而,驳回申请裁定与价值判断无涉,而不予认定或者拒绝记录为法院命令则体现了法院的价值判断,实际上显示了法院对这些调解协议的否定性价值评价。<sup>30</sup> 对于违反法律、公共利益和公序良俗等的调解协议仅仅是驳回申请,不利于司法发挥价值引领的作用。

国际商事和解协议在《2020年新加坡调解公约法》中除了获得强制执行力之外,申请被记录为法院命令的国际商事和解协议还可以在诉讼中被援引用来证明该争议纠纷已经得到解决,这在民事诉讼理论中被称为遮断效力。<sup>31</sup> 遮断效力是指已经生效的判决能够阻止当事人提出与前诉相关的诉讼请求的效力。对国际商事和解协议赋予遮断

<sup>28</sup> 陈立滨:《两岸基层调解及其司法审查的比较》,载《人民法治》2019年第3期,第104页。

<sup>29</sup> 《中华人民共和国民事诉讼法》第195条;《最高人民法院关于民事诉讼法的司法解释》第357、360条。

<sup>30</sup> 刘敏:《论优化司法确认程序》,载《当代法学》2021年第4期,第81页。

<sup>31</sup> 王福华:《论民事判决的遮断效力》,载《中国法学》2021年第3期,第265页。

效力是对其强制执行效力肯定的延伸,产生了价值判断的效果。与禁止重复诉讼原则不同,“旧实体法说”主张的以诉讼标的来识别重复诉讼的标准不能完全解决当事人通过各种变通的诉讼策略来实施滥诉的行为。而遮断效力的提出能够阻断当事人提出与前诉矛盾的事实主张,以彻底避免矛盾判决,实现纠纷的一次性解决。与此同时,遮断效力也能够涵盖调解协议所发挥的阻断针对同一争议的诉讼的作用。然而,目前对于调解协议的遮断效力尚无较多探讨。<sup>③②</sup>《2020年新加坡调解公约法》提出赋予经记录为法院命令的国际商事和解协议以遮断效力,在尊重当事人意思自治的前提下促成商事纠纷的一次性解决。

#### 四、我国非诉调解协议效力规则的立法表达提升

2022年1月1日开始实施的新的民事诉讼法解决了实践中各类非诉调解协议效力确认适用范围的适用问题。这为《新加坡调解公约》在国内的落地提供了可行性基础,以便于能够对接国际商事和解协议的执行。对于非诉调解协议效力确认,还需要通过明确非诉调解协议的强制执行效力和遮断效力的方式简化现行的二重审查模式,让非诉调解协议的适用更符合现实需求。在此基础上,也需要对各类调解中的虚假调解或者可能存在意思表示不自由的非诉调解协议保留救济制度。调解协议执行的公示为案外人合法权益的保护提供了路径,即法院可以公开申请执行人及被申请执行人名称、申请时间以及所涉纠纷类别,从而使得案外人有获知相关执行信息的渠道。同时,案外人可就虚假调解、调解协议已履行或无执行必要等问题提出异议,在不违反保密原则的要求下上网公开经审查通过的案件信息,为案外人的权利保护留下法律空间。

##### 1. 立法表达之一:赋予非诉调解协议强制执行力

非诉调解协议对当事人具备约束力。这种约束性来源于“契约理论”,即法律对当事人之间的信赖利益予以基本的保护和信任。<sup>③③</sup>在英美法系中被称为“禁止反言”规则,即当事人对自己的允诺不得反悔。大部分法域的立法和实践中仅承认非诉调解协议的契约效力。协议本身所具备的契约效力足以说明双方当事人应该履行自己所做出的承诺。然而,该承诺所体现的当事人的态度在很大程度上会影响调解协议的约束力。在国际广播网诉俄美广播公司一案中,因双方达成的和解协议不包含能够明确表达该协议具备约束力的条款,而根据美国明尼苏达州法律规定,调解结束时所签订的调解协议必须包含明确的要求该协议具备约束力的条款,故最后法院认为国际广播网和俄美广播公司签订的调解协议不具备强制执行效力。<sup>③④</sup>

<sup>③②</sup> 胡军辉、赵毅宇:《论司法确认裁定的既判力范围与程序保障》,载《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2018年第4期,第31页。

<sup>③③</sup> 李永军:《契约效力的根源及其正当化理论说明》,载《比较法研究》1998年第3期,第232页。

<sup>③④</sup> Ali Haghghi v. Russian-American Broadcasting co., 173 F. 3d 1086, 8th Cir., 1999, p.1087.

契约效力是非诉调解协议具备的一般效力。尽管非诉调解程序是非约束性的,即当事人在调解机构或者调解员的主持下,依照意思自治的原则达成调解合意,不受调解程序的过多约束。从比较法的分析来看,已经有很多法域的立法赋予了非诉调解协议以强制执行效力,这表明了非诉调解协议契约效力的突破。与同样是 ADR 争端解决机制的仲裁制度相比,仲裁裁决的效力发展也经历了从一开始的不被承认到最后可申请法院强制执行的过程。<sup>⑤</sup> 赋予非诉调解协议以强制执行力,意味着在一方当事人在不按照约定履行的情况下,另一方当事人可直接要求法院强制执行。这一点从《新加坡调解公约》对国际商事和解协议效力的突破可见一斑,也是非诉调解协议效力发展的风向标。

关于赋予非诉调解协议强制性的效力,可参考《2020年新加坡调解公约法》,在赋予非诉调解协议强制执行力的基础上,仅在当事人申请执行该协议时,法院才对其进行审查。法院在审查结束之后,直接裁定确认当事人的申请或者裁定不予确认,简化审查的结果。这样既能够将我国非诉调解协议效力规则与国际通行做法接轨,也能够避免现行非诉调解协议效力确认程序中的二重审查的冗杂。

## 2. 立法表达之二:明确非诉调解协议的遮断效力

在诉讼制度中一项重要的原则是裁判的既判力,即当事人不对该判断提出争议、不能提出与之相矛盾的主张,法院也不能做出与该判断相矛盾或抵触的判断,这有助于实现法的安定性。<sup>⑥</sup> 诉讼中产生的和解协议与判决有相对应的程序机理,承认诉讼和解的既判力具备正当性基础。<sup>⑦</sup> 非诉调解在指定调解机构或调解员个人的主持下达成,其过程虽具备非约束性,但其内容体现了对调解双方的约束。既判力是诉讼制度中,体现了司法的强制性和权威性。<sup>⑧</sup> 即使赋予非诉调解协议以强制执行力,其不必然具备既判力。然而无论是诉讼还是调解,都是解决矛盾纠纷的方式,其目的都是在最大程度上化解社会矛盾,应具备事实上的确定力,即防止当事人于后诉中提出相矛盾的主张及证据,这也是遮断效力的体现。<sup>⑨</sup> 非诉调解是独立于诉讼之外的纠纷解决渠道,不具备司法裁判权能,法院对其审查也是在强制执行力赋予基础上的附带性审查或者是通过嫁接司法的形式赋予执行力,并不是审判权的运用。即便没有司法强制力,也可因其自身属性和效力规范而具备遮断效力,这是对社会安定和对当事人诚实信用的维护。

无论是《新加坡调解公约》还是据此制定的《2020年新加坡调解公约法》都明确了国际商事和解协议可以被援引用来证明争议已经得到解决,肯定了调解协议的遮断效力。经法院审核的非诉调解协议是具备执行力的公文书,具备证明力。在实践中,部分当事人在调解协议中也约定了具备遮断效力的条款,约定对调解协议关涉的纠纷承诺不

<sup>⑤</sup> 宋航:《国际商事仲裁裁决的承认与执行》,法律出版社2000年版,第27页。

<sup>⑥</sup> 张卫平:《重复诉讼规制研究:兼论“一事不再理”》,载《中国法学》2015年第2期,第45页。

<sup>⑦</sup> 张大海:《诉讼调解既判力论》,载《政法论坛》2008年第5期,第107页。

<sup>⑧</sup> 郝振江:《论人民调解协议司法确认裁判的效力》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2013年第2期,第174页。

<sup>⑨</sup> 张法能:《协商型正义:“一事不再理”原则的遮断与突破——对执行和解协议可诉性的探微与诠释》,载《广东法学》2013年第2期,第225页。

再追究,这都为遮断效力的立法确认奠定了基础。<sup>⑩</sup>

我国的司法实践中,参与调解的当事人会在调解协议书上注明“双方就本案所涉纠纷就此了结,再无其他争议”,即双方通过约定的形式表示了对调解协议遮断效力的肯定。<sup>⑪</sup>然而,我国法律对此没有相应的规定。建议通过调解法的修改增加此项规定,对于司法实践中已经出现的调解协议遮断效力合法化,让当事人的意思自治得到进一步的保障。

## 结 语

我国的调解实践具有深厚的基础,但在制度层面存在审查程序重复的情形。《新加坡调解公约》对国际商事和解协议的审核程序与我国现行非诉调解协议的确认程序存在相似性,不同的是《新加坡调解公约》中国际商事和解协议被直接赋予了强制执行之可能,而非诉调解协议的强制效力需经司法程序的确认。从比较法视域来看,无论是在调解制度运行历史久远的亚洲地区,还是后发地的西方国家,非诉调解协议强制执行力的赋予都有先例。在当前社会矛盾复杂化的情况下,多元解纷渠道的建设需要提升非诉调解协议的确定力。通过赋予非诉调解协议以强制执行力,并在尊重当事人意思自治的基础上辅之以配套审查制度,同时肯定非诉调解协议的遮断效力,不仅能够提高非诉调解效率,还能简化非诉调解协议效力规则,确保纠纷的一次性解决。

---

**Abstract:** The validity confirmation procedure of the non-litigation mediation agreement is a double review mode, which cannot meet the application of the mediation system in practice, and affects the execution and effectiveness of the mediation. Facing the changes in the domestic mediation environment and the development of international commercial mediation, the rules on the validity of non-litigation mediation agreements need to be improved urgently. The review procedures for international commercial settlement agreements under the Singapore Convention on Mediation are similar to the procedures for confirming the validity of non-litigation mediation agreements. However, non-litigation mediation agreements in my country are not enforceable and are different from the Singapore Convention on Mediation. The optimization of the validity rules of the mediation agreement provides a reference basis. By comparing the legislation of the non-litigation mediation agreement validity rules in various countries and regions, this paper proposes to improve the legislation on the validity of non-litigation mediation agreements in terms of giving the

---

<sup>⑩</sup> 肖建华、廖浩:《既判力基准时的“和解”——以吴梅案“和解协议”与执行和解为例》,载《国家检察官学院学报》2014年第6期,第142页。

<sup>⑪</sup> 最高人民法院(2020)最高法知民终1716号民事调解书。

non-litigation mediation agreement enforceability and confirming the blocking effect of the non-litigation mediation agreement, which can be in line with the development of mediation practice.

**Keywords:** non-litigation mediation agreement; enforcement effect; Singapore Mediation Convention

---

---

(责任编辑:孙保国)

# 论仲裁机构对临时仲裁的协助

## ——《深圳国际仲裁院条例》第二十五条评述

孟 伟 黄启蒙\*

---

**内容提要** 近年来,临时仲裁在中国获得了有限度的开放,但在缺乏协助机制立法安排的情况下,临时仲裁极易程序延宕、形成僵局。考察中国的实践可知,将人民法院作为默认的协助机构,一则缺乏上位法支持,二则不利于实现仲裁当事人对效率、保密性的合理期待;将其他机构或个人作为默认的协助机构,也难以在公信力与市场需要之间取得平衡。2020年8月26日通过的特区立法《深圳国际仲裁院条例》第二十五条将仲裁机构作为默认的协助机构,通过明确适用模式与适用程序,厘清特定当事人、特定地点、特定规则、特定人员等关键要素,首次为该问题提供了解决方案。这项安排合乎中国的实际情况,具有较强的可操作性,正在进行的《仲裁法》修订工作应当考虑吸收借鉴。

**关键词** 临时仲裁 仲裁机构 指定机构 仲裁地

---

2020年8月26日,《深圳国际仲裁院条例》(下称《条例》)获深圳市第六届人大常委会第四十四次会议表决通过,并于2020年10月1日起正式施行。《条例》分为七章,包括总则、理事会、执行机构、规则与名册、财务和人力资源管理、监督机制及附则,共计三十七条。其中,《条例》第二十五条规定:“当事人达成按照特定仲裁规则、由特定人员在深圳经济特区对争议进行仲裁的仲裁协议,并据此进行仲裁的,除当事人另有约定以外,仲裁院可以提供代为指定仲裁员等必要的协助。”该条系国内首次以立法形式对临时仲裁的协助机构(指定机构)问题作出细化规定。本文以该条为切入点,尝试分析该条具体的规范构成,并对其可能对临时仲裁发展和立法方向产生的影响进行评论。

### 一、中国法下的临时仲裁

与机构仲裁相比,临时仲裁属于仲裁的早期形态,通常不借由仲裁机构的管理,而依照双方的特别约定或指向的仲裁规则,由为此特设的仲裁庭通过发出指令等方式实现程序推进,作出裁决后,仲裁庭即行解散。在国际商事仲裁中,尤其在海事、大宗商品贸易

---

\* 孟伟,中国人民大学法学院硕士研究生;黄启蒙,中国人民大学法学院硕士研究生。

等领域,临时仲裁的应用仍较为普遍。<sup>①</sup>在国际投资仲裁中,临时仲裁也是常被采用的方式。<sup>②</sup>一般认为,临时仲裁与机构仲裁的核心区别有两点,一是是否需要借助于仲裁机构才能启动仲裁程序;二是是否需要借助于仲裁机构处理程序性争议。<sup>③</sup>

长期以来,临时仲裁在中国缺乏生长的制度土壤。《仲裁法》第十六条将“选定的仲裁委员会”作为仲裁协议有效性的必备要件之一。<sup>④</sup>未约定仲裁机构的,当事人可以补充约定,否则仲裁协议无效,从而决定了中国的仲裁实践以机构仲裁为唯一形式。但根据联合国《承认及执行外国仲裁裁决公约》(即《纽约公约》)第一条第二款<sup>⑤</sup>及第三条<sup>⑥</sup>的规定,中国应当承认及执行在其他缔约国作出的临时仲裁裁决。<sup>⑦</sup>这种“内外有别”的规定招致了一些批评意见。<sup>⑧</sup>

为积极探索临时仲裁的中国方案,2016年12月30日,最高人民法院发布《最高人民法院关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》(法发〔2016〕34号)(下称《自贸区意见》),《自贸区意见》第9条规定:“在自贸试验区内注册的企业相互之间约定在内地特定地点、按照特定仲裁规则、由特定人员对有关争议进行仲裁的,可以认定该仲裁协议有效。人民法院认为该仲裁协议无效的,应报请上一级法院进行审查。上级法院同意下级法院意见的,应将其审查意见层报最高人民法院,待最高人民法院答复后作出裁定。”《自贸区意见》根据先行先试的原则和精神,充分尊重自贸试验区内注册的企业的意思自治,从“特定地点、特定规则、特定人员”三个角度定义了中国版的临时仲裁,开启了中国临时仲裁发展的宝贵窗口。最高人民法院表示:“将视时总结实践经验,争取上升为可复制推广的做法,推动仲裁法的修订。”<sup>⑨</sup>

① 杨良宜:《国际商务仲裁》,中国政法大学出版社1997年版,第141页。

② 例如,国际投资争端解决中心(ICSID)在2020财年案件报告中指出,该中心经常向依据《贸法会仲裁规则》、自由贸易协定和其他临时争端解决条款进行的投资者与国家间仲裁提供行政协助。参见ICSID网站, <https://icsid.worldbank.org/resources/publications/icsid-caseload-statistics>,最后访问时间:2021年2月21日。

③ 王生长:《中国域内临时仲裁的有限度开放》,载“汇仲律师事务所”微信公众号, <https://mp.weixin.qq.com/s/a8WjqwmbVdIUfcVgkOXIOA>,最后访问时间:2021年2月23日。

④ 《仲裁法》第十六条规定:“仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面方式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的请求仲裁的协议。仲裁协议应当具有下列内容:(一)请求仲裁的意思表示;(二)仲裁事项;(三)选定的仲裁委员会。”

⑤ 《纽约公约》第一条第二款规定:“‘仲裁裁决’一词不仅指专案选派之仲裁员所作裁决,亦指当事人提请仲裁之常设仲裁机关所作裁决。从用语来看,《纽约公约》将临时仲裁定义为国际仲裁的常态。”

⑥ 《纽约公约》第三条规定:“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。”

⑦ 此外,在中瑞(士)、中德、中加等一些双边投资协定中,中国亦承诺临时仲裁机制“仲裁裁决是终局的,对每一缔约方都有约束力”,应当予以承认并执行。

⑧ 王岩、宋连斌:《试论临时仲裁及其在我国的现状》,载《北京仲裁》第54辑,第5页。

⑨ 张勇健、刘敬东、奚向阳、杨兴业:《〈关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见〉的理解与适用》,《人民法院报》2017年1月18日,第05版。

## 二、临时仲裁的指定机构

理论上,临时仲裁具有意思自治最大化、程序灵活、成本低廉等优势。<sup>⑩</sup>但在没有仲裁机构管理仲裁程序的情况下,临时仲裁的进行有赖于当事人之间的相互配合。在一方当事人违反诚实信用原则,试图延缓仲裁程序时,如拒绝指定仲裁员、无理申请仲裁员回避,临时仲裁极易形成僵局,程序反而可能更为拖沓,成本可能更高,在国际仲裁中,这种情况并不鲜见。因此,指定机构的适时介入非常必要。在仲裁庭组成遇到障碍时,指定机构可以应一方当事人的请求,协助指定符合要求的仲裁员,并可以就对仲裁员资质或独立性的异议作出决定,确保临时仲裁程序不致空转。

关于指定机构的类型,联合国《贸易法委员会仲裁规则》(2010年版,新增2013年通过的第1条第4款)(下称《贸法会仲裁规则》)第6条规定:“除非各方当事人已就选择指定机构达成协议,否则一方当事人可随时提名一个或数个机构或个人,包括海牙常设仲裁法院秘书长,由其中之一担任指定机构。”根据上述规定和国际惯例,指定机构的角色通常可以由法院、仲裁机构、其他机构或特定个人扮演,当事人可以依其意愿自由约定。

在当事人未就指定机构进行约定的情况下,作为顺利推进程序的最后一个救济方式,经法律或规则默认的指定机构可以发挥“兜底”作用,这也是各法域临时仲裁立法必备事项之一。联合国《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(1985年版,2006年修订)(下称《示范法》)<sup>⑪</sup>第6条“法院或其他机构对仲裁予以协助和监督的某种职责”规定:“第11(3)、11(4)、13(3)、14、16(3)和34(2)条所指的职责,应由……[本示范法每一颁布国具体指明履行这些职责的一个法院或多个法院或其他有管辖权的机构]履行。”其中,第16(3)条涉及对仲裁庭管辖权的决定,第34(2)条涉及撤销仲裁裁决,根据《示范法》规定,相关职能只能由法院行使。而第11(3)条(涉及仲裁员指定)、11(4)条(涉及仲裁员指定)、13(3)条(涉及对仲裁员进行挑战的决定)、14条(涉及仲裁员未行事或不能行事的决定)等条文均规定,在当事人未就指定机构(协助机构)作出另行约定的情况下,由默认的指定机构(协助机构)履行职能,至于该机构是法院还是仲裁机构,《示范法》将决定权交给了国内法。

《法国仲裁法》将法院作为默认的指定机构。该法第1454条规定:“其他关于仲裁庭组庭的所有争议,若当事人无法协议解决,则由仲裁管理人解决,或者,在不存在仲裁管理人之时,由助仲法官解决。”<sup>⑫</sup>

<sup>⑩</sup> 杨崇森等:《仲裁法新论》,中华民国仲裁协会1999年版,第30页;王岩、宋连斌:《试论临时仲裁及其在我国的现状》,载《北京仲裁》第54辑,第2页。

<sup>⑪</sup> 《示范法》作为软法,是国际仲裁领域最权威的文件之一,它反映了各法域所接受的国际仲裁做法的关键问题在世界范围达成的共识,截至2021年2月23日,全世界已有85个国家在118个法域通过了以《示范法》为基础的仲裁立法,参见《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》状况,载联合国网站, [https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial\\_arbitration/status](https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status),最后访问时间:2021年2月23日。

<sup>⑫</sup> 傅攀峰:《司法如何协助临时仲裁?——法国“助仲法官”制度及其启示》,载《北京仲裁》第109辑,第114页。“助仲法官”(juge d'appui),或译为“支持法官”。

香港《仲裁条例》将仲裁机构作为默认的指定机构。该条例以《示范法》为基础制定,第13条“《贸法委示范法》第6条(法院或其他机构对仲裁予以协助和监督的某种职责)”规定:“藉第24条而具有效力的《贸法委示范法》第11(3)或(4)条所提述的法院或其他机构的职能,由香港国际仲裁中心执行。”具体来讲,香港国际仲裁中心被赋权根据《仲裁条例》第23(3)条在当事人没有约定仲裁员人数的情况下确定仲裁员的人数;根据《仲裁条例》第24条在适用的仲裁员指定程序中无法产生指定的情况下指定一名仲裁员;根据《仲裁条例》第32(1)条在仲裁协议注明的程序中无法产生指定的情况下指定一名调解员。<sup>⑬</sup>

《中华人民共和国政府和瑞士联邦委员会关于促进和相互保护投资协定及其议定书》将国际法院院长作为默认的指定机构(by the President of the International Court of Justice)。该双边投资协定第12条规定:“二、如果双方在争议开始后6个月不能自行达成协议,应缔约一方的要求,争议应当提交三人仲裁庭。每一个缔约方应各任命一名仲裁员,该两名仲裁员应指定一名第三国国民作为主席。三、如果缔约一方未任命其仲裁员且在两个月内没有按照缔约另一方的请求任命仲裁员,根据该缔约方的请求,该名仲裁员应由国际法院院长任命。四、如果两个仲裁员在被任命后两个月内不能就主席的选择达成一致,应缔约方的请求,主席应由国际法院院长任命。”

上述法律、双边投资协定规定的差异大体反映了各法域法律文化、法律习惯、法律体系配套的不同。国内仲裁法的主要作用之一,就是管辖仲裁程序与国内法院的“外部”关系。<sup>⑭</sup>作为临时仲裁的后发国家,中国如何建立适合本国国情的临时仲裁协助机制,是临时仲裁实践和《仲裁法》修订必须面对的问题。

作为一部特区地方法规,《条例》第二十五条将深圳国际仲裁院确定为在深圳经济特区进行的临时仲裁程序的默认指定机构,填补了这一领域的制度空白,对于规范在深圳经济特区进行的临时仲裁,支持粤港澳大湾区建设成为亚太地区更具吸引力的仲裁地具有重大意义。

### 三、《条例》第二十五条的制度框架

#### (一) 临时仲裁的当事人

《条例》第二十五条未对当事人的范围作出限定。根据《自贸区意见》的规定,仅“在自贸试验区内注册的企业相互之间”签订的临时仲裁协议受到司法保护,被认定为有效。

中国自由贸易试验区是指在国境内关外设立的,以优惠税收和海关特殊监管政策为

<sup>⑬</sup> 参见《仲裁员指定规则(2019)》,载香港国际仲裁中心网站, <https://www.hkiac.org/arbitration/rules-practice-notes/rules-appointing-authority-2019>,最后访问日期:2022年2月21日。

<sup>⑭</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145页。

主要手段,以贸易自由化、便利化为主要目的的多功能经济性特区。<sup>⑮</sup>根据制度设计,自贸试验区肩负着为中国全面深化改革和扩大开放探索新途径、积累新经验的重要使命。截至2022年2月21日,国务院已批准设立18个自贸试验区,分布在上海、广东、天津、福建、辽宁、浙江、河南、湖北、重庆、四川、陕西、海南、山东、江苏、广西、河北、云南、黑龙江等18个省区,实现了沿海省份全覆盖。中国(广东)自由贸易试验区涵盖三个片区:广州南沙新区片区、深圳前海蛇口片区、珠海横琴新区片区。

随着自贸试验区进一步扩容,将有更多的当事人有机会采用临时仲裁方式解决商事争议。同时,《自贸区意见》并未限制只有在同一自贸试验区内注册的企业相互之间签订的仲裁协议才被认定有效,这意味着,不同自贸区注册的企业之间进行临时仲裁符合《自贸区意见》规定。

## (二) 临时仲裁的特定地点

《条例》对临时仲裁的规制采取“属地管辖”的适用方式,第二十五条将“三特定仲裁”中的特定地点具化为深圳经济特区。因此,当事人应当在临时仲裁协议中明确约定深圳为仲裁地,或根据其约定的仲裁规则确定深圳为仲裁地,或在当事人未约定、根据仲裁规则亦不能确定的情况下,仲裁庭决定深圳为仲裁地。不在深圳进行的临时仲裁不适用《条例》。

理解“在深圳进行的临时仲裁”,应当区分“仲裁地”与“开庭地”两个概念。仲裁地为法律概念,它决定了仲裁裁决的籍属、仲裁程序法的适用和对仲裁裁决进行司法审查的法院;<sup>⑯</sup>开庭地为物理概念,它仅表示仲裁庭进行庭审的实际场所。《贸法会仲裁规则》第18条也有比较明确的区分:“1. 各方当事人未事先约定仲裁地的,仲裁庭应当根据案情确定仲裁地。裁决应视为在仲裁地作出。2. 仲裁庭可在其认为适当的任何地点进行合议。除非各方当事人另有约定,仲裁庭还可在其认为适当的任何地点为其他任何目的举行会议,包括进行开庭审理。”因此,在以深圳为仲裁地的临时仲裁程序中,仲裁庭可以在任何合适地点进行开庭审理,也可以在模糊物理概念的互联网上进行在线庭审,上述做法不会影响其适用《条例》;相反,仲裁地在深圳之外,而开庭地点、合议地点或其他程序会议地点在深圳的临时仲裁程序不能适用《条例》。

## (三) 临时仲裁的特定规则

《贸法会仲裁规则》是国际上最常被援引的临时仲裁规则之一,<sup>⑰</sup>但其规定与中国

<sup>⑮</sup> 李琮:《世界经济大辞典》,经济科学出版社2000年版,第951页;《商务部海关总署关于规范“自由贸易区”表达的函》,商国际函〔2008〕15号,2008年5月发布;张怡:《中国自由贸易试验区制度创新研究》,吉林大学博士学位论文,2018年。

<sup>⑯</sup> 高晓力:《司法应依仲裁地而非仲裁机构所在地确定仲裁裁决籍属》,载《人民司法(案例)》2017年20期,第70页;莫石、郑若骅编著,傅宇、刘京编译:《香港仲裁实用指南》,法律出版社2004年版,第28页。

<sup>⑰</sup> 根据伦敦大学玛丽皇后学院国际仲裁学院(QMUL, School of International Arbitration)与美国伟凯律师事务所(White & Case)合作发布的《2021年国际仲裁调查》,当问及“如果您或您所在的机构在过去五年内曾经选择过临时仲裁,您最常使用的是哪种程序?”时,图表5显示,76%的受访者选择“贸法会仲裁规则”,远超位于其后的“国内仲裁法”(28%)、“当事人特别约定的规则”(26%)、“伦敦海事仲裁员协会条款”(13%)等。

实践无法完全兼容。《贸法会仲裁规则》第6条第2款规定：“在其他各方当事人收到根据第1款的提名后30天内，如果各方当事人未能就选择指定机构达成协议，任何一方当事人均可请求常设仲裁院秘书长指派指定机构。”如果中国当事人约定适用《贸法会仲裁规则》而没有就选择指定机构达成协议，则需要请求位于荷兰的海牙常设仲裁法院（PCA）秘书长指派指定机构。显而易见的是，在此情况下，不仅无法维持临时仲裁的便利与低成本优势，也无法确保PCA秘书长可以指派符合中国当事人需要的指定机构及相应产生的仲裁员。

为解决《贸法会仲裁规则》在中国的适用问题，深圳国际仲裁院制定了《关于适用〈联合国国际贸易法委员会仲裁规则〉的程序指引》（2016年12月1日起施行，2019年2月21日修订，下称《指引》），《指引》第六条规定：“当事人未就仲裁庭组成人选达成一致意见的，或者当事人共同指定的仲裁庭组成人选不能履行仲裁员职责且当事人未能就更换仲裁员人选达成一致意见的，仲裁院履行《贸法会仲裁规则》规定的指定机构职能。”对比可知，《贸法会仲裁规则》项下仲裁员的指定逻辑为：“当事人约定—指定机构—PCA秘书长—指定机构—仲裁员。”《指引》项下仲裁员的指定逻辑为：“当事人约定—深圳国际仲裁院—仲裁员。”《指引》在尊重当事人约定的前提下，简化了仲裁员指定流程，将《贸法会仲裁规则》中变动不居的指定机构固定为深圳国际仲裁院，摆脱了《贸法会仲裁规则》在中国“水土不服”的局面，实现了《贸法会仲裁规则》在中国的有效落地。

对于当事人约定按照《贸法会仲裁规则》在深圳进行临时仲裁的，在当事人没有另行约定的情况下，按照《条例》第二十五条规定，由深圳国际仲裁院提供代为指定仲裁员等必要的协助。同时根据《指引》第二条第（二）款的规定，“当事人约定适用《贸法会仲裁规则》仲裁，由仲裁院行使指定仲裁员等协助管理职责的”，“适用本指引”。即，通过《条例》和《指引》的规定，深圳国际仲裁院依据《指引》的具体措施实现指定和协助职能。

除国际通行的《贸法会仲裁规则》外，目前，国内一些机构和个人积极探索，尝试制订了中国化的临时仲裁规则。《自贸区意见》也允许当事人结合自身需要酌情择定，但总体上，中国仍缺乏广为认可的临时仲裁规则。《条例》作为仲裁地法的一部分，规范了临时仲裁程序的进行，未来制定的临时仲裁规则应当考虑到与《条例》的协调问题。

#### （四）临时仲裁的特定人员

《条例》和《自贸区意见》中所称的“特定人员”均指仲裁员，且当事人可以自由约定其产生方式，这一点不言自明。在当事人请求深圳国际仲裁院行使指定职能时，参考香港国际仲裁中心《仲裁（委任仲裁员及调解员和决定仲裁员人数）规则》的规定，深圳国际仲裁院可以在考虑以下因素后，为当事人指定最契合案情的仲裁员：（1）争议的性质；（2）具备所需资格的仲裁员有否时间接受委任；（3）仲裁协议各方的身份及国籍；（4）关于将予委任为仲裁员的人选的独立性及公正性的任何考虑因素；（5）有关协

议中的任何规定；及（6）由各方自身提出的任何建议。<sup>⑮</sup>

目前,深圳国际仲裁院现行仲裁员名册为2022年2月21日起启用的《深圳国际仲裁院仲裁员名册》。该届仲裁员共1549名,来自全球114个国家和地区,其中中国内地981人,中国香港特别行政区149人,中国澳门特别行政区18人,中国台湾地区17人,外国384人。<sup>⑯</sup>此外,深圳国际仲裁院还拥有调解专家、谈判专家名单,并与美国司法仲裁调解机构JAMS(Judicial Arbitration and Mediation Services, Inc.)共同发布了《中美联合仲裁员名册》。上述广泛而有代表性的“特定人员”备选人选,为深圳国际仲裁院担任指定机构提供了有力的支持。当然,深圳国际仲裁院为临时仲裁指定仲裁员时,并不局限于其自身的仲裁员名册。

## 四、《条例》第二十五条的适用

### （一）适用模式

#### 1. 约定适用

“仲裁的主要吸引力之一,是允许当事人将争议提交自己选择的法官。当事人应直接行使这种选择权,而不是允许该选择权由第三方代为行使。”<sup>⑰</sup>作为仲裁程序中最核心的权利之一,仲裁员的选择权应尽量交由当事人自己行使,只有在程序陷入僵局、当事人拒绝配合或恶意拖延程序时,指定机构才具备介入的合理性。《条例》第二十五条将当事人约定作为仲裁员指定的优先实现手段,最大程度上尊重了当事人的意思自治。为此目的,“当事人约定”可作以下几种理解:

其一,当事人可以约定无需指定机构介入情况下仲裁员的产生方式,例如,双方当事人可以在临时仲裁协议中直接约定某位专家作为将来发生的争议案件的仲裁员。尽管这种指定方式并不值得推荐。<sup>⑱</sup>

其二,当事人可以约定排除深圳国际仲裁院作为指定机构,或约定排除某类主体作为指定机构。《条例》第二十五条属任意性规范,当事人可以通过约定修改或排除该条的适用。例如,当事人如不希望通过“仲裁机构”指定仲裁员,可以在临时仲裁协议中作出特别约定。

<sup>⑮</sup> 香港《仲裁条例》第13条第(3)款规定:“在获得终审法院首席法官批准后,香港国际仲裁中心可订立规则,以利便执行第23(3)、24或32(1)条所指的该中心的职能。”为此,香港国际仲裁中心制定了《仲裁(委任仲裁员及调解员和决定仲裁员人数)规则》,对香港国际仲裁中心如何行使指定职能做了较为细致的规定。

<sup>⑯</sup> 参见《深圳国际仲裁院关于新一届仲裁员名册的公告》,载深圳国际仲裁院官网, <http://www.scia.com.cn/home/index/newsdetail/id/3019.html>,最后访问时间:2022年2月21日。

<sup>⑰</sup> [英] 艾伦·雷德芬、马丁·亨特:《国际商事仲裁法律与实践》(第四版),林一飞、宋连斌译,北京大学出版社2005年版,第199页。

<sup>⑱</sup> 在临时仲裁协议中预先约定仲裁员人选有较大的风险,一是不能确定该人选在争议发生时是否会接受指定,二是该人选在将来争议发生时可能已不具备担任仲裁员的条件,如身体欠佳、公务繁忙、被监禁或者死亡等,三是仲裁协议的争议事项可能较为广泛,最终发生争议可能并不在该人选专业领域内。

其三,当事人可以约定其他机构或个人作为指定机构。如当事人就约定某一指定机构达成合意,可以在临时仲裁协议中载明,并应得到优先适用。以《贸法会仲裁规则》示范仲裁条款为例,其推荐表述为:“任何争议、争执或请求……均应按照《贸易法委员会仲裁规则》仲裁裁决。注:各方当事人应当考虑增列(a)指定机构应为……[机构名称或人名]。”对指定机构作出明确约定,可以有效降低临时仲裁协议和仲裁程序的不可执行风险。

其四,当事人可以约定指定机构的产生方式。即便未约定某一指定机构,当事人也可以约定指定机构的产生方式,既可以是经由特定机构指派指定机构,也可以是双方在指定机构名单中单独或共同确定。凡可执行的,均应优先适用。

## 2. 强制适用

与世界各主要法域立法例比较研究后,《条例》将仲裁机构作为默认的指定机构,即当事人未有另行约定的情况下,当事人可以单方就临时仲裁程序向该仲裁机构申请协助,另一方当事人无权拒绝。另一方当事人缺席协助程序的,不影响仲裁机构作出协助决定。这项安排合乎中国的实际情况,具有较强的可操作性。

首先,将人民法院作为默认的指定机构缺乏法律支持。根据《人民法院组织法》第二章的规定,各级法院的职权不包括为临时仲裁指定仲裁员、就仲裁员是否回避作出决定等,《条例》以地方法规的形式赋予法院特定权责缺乏上位法依据。并且,在“法院最低干预原则”的国际趋势下,法院过多介入仲裁程序,不利于两种争议解决方式的错位发展,也与商人自治的初衷相悖。此外,根据2019年的数据,全国各级法院共受理案件3,100余万件。<sup>②</sup>法院案多人少的矛盾已成为社会共识。考虑到临时仲裁案件的潜在数量,由法院担任指定机构可能会大大增加其负担,具有较大的现实难度。

其次,将其他机构或个人作为默认的指定机构不符合市场需求。虽然双方当事人可以约定由任何他们信任的机构或个人担任指定机构,但作为立法,《条例》第二十五条旨在从普遍个案中抽象出最为市场所接受的主体作为默认的指定机构。自《仲裁法》实施以来,中国仲裁市场上的所有要素,包括仲裁法、仲裁协议、仲裁员、仲裁律师、仲裁裁决、仲裁司法监督等,无一不与仲裁机构有关。中国仲裁机构拥有市场上最广泛的资源、最密切的联系网络,并在几十年的发展过程中积累了较高的公信力。与其他机构与个人相比,由仲裁机构作为默认的指定机构能够得到当事人天然的信任。同时,仲裁机构拥有丰富的指定仲裁员的经验,最有能力指定出符合当事人需要的人选,并在最大程度上确保不会在司法审查阶段受到挑战。

关于“深圳国际仲裁院作为默认的指定机构”,可作如下理解:

第一,当事人未约定指定机构的情况下,一方当事人拒绝指定仲裁员;或双方已经指定仲裁员,但已确定的两位仲裁员不能按照双方约定或法律、规则规定在相应期限内

<sup>②</sup> 周强:《最高人民法院工作报告——2020年5月25日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上》,载中国人大网,<http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202006/81672e572afa4a7392bfcdb7da997f8f.shtml>,最后访问时间:2022年2月21日。

指定第三位仲裁员；或当事人对仲裁员资质或独立性的异议需要进一步决定；或仲裁员的替换需要进一步决定时，相关当事人均可请求深圳国际仲裁院作出指定或决定。

第二，当事人已约定指定机构的情况下，指定机构或指派机构拒不作为，或超出当事人约定的时间未能作为，以及其他不能正常实现当事人约定或法律、规则规定的情形，深圳国际仲裁院仍可应当事人的请求行使代为指定仲裁员等必要的协助职能。

深圳国际仲裁院“可以”提供代为指定仲裁员等必要的协助，此处的“可以”二字修饰“深圳国际仲裁院”，也即，《条例》赋予深圳国际仲裁院一定的自由裁量权，对于明显不符合法律规定的临时仲裁程序，或者在另一方提出合理反对意见的情况下，深圳国际仲裁院有权拒绝协助申请。香港国际仲裁中心《仲裁（委任仲裁员及调解员和决定仲裁员人数）规则》第7条亦有类似规定：“如（a）仲裁协议的另一方或其他各方向香港国际仲裁中心提出不应委任仲裁员的理由；而（b）香港国际仲裁中心信纳不应委任仲裁员，则香港国际仲裁中心可拒绝委任仲裁员。”

## （二）适用程序

### 1. 协助的范围

《条例》第二十五条对深圳国际仲裁院协助职能的范围作了非穷尽式列举。参考《示范法》和《指引》的规定，除协助指定仲裁员外，深圳国际仲裁院还可就仲裁员回避、仲裁员替换等作出决定。应当事人或仲裁庭请求，深圳国际仲裁院还可以提供下列协助服务：1. 协助仲裁庭与当事人之间、当事人互相之间的通讯；2. 协助转递当事人的财产保全等申请；3. 提供庭审服务，包括但不限于提供开庭室、提供录音录像设施、安排翻译、制作庭审笔录；4. 推荐调解机构或者谈判促进机构以促进当事人和解；5. 提供财务管理服务等。<sup>②③</sup>

### 2. 协助的流程

如前所述，当事人约定适用《贸法会仲裁规则》进行临时仲裁，且没有就指定机构作出特别约定的，深圳国际仲裁院将按照《指引》行使协助职能。根据《贸法会仲裁规则》第6条和《指引》第六条的规定，当事人请求深圳国际仲裁院指定仲裁员的，深圳国际仲裁院可以要求任何一方提供其认为必需的信息，通常包括双方当事人的注册资料、仲裁通知、争议合同或与争议有关的合同、仲裁协议（如果未包括在争议合同之中）等，<sup>②④</sup>并应于收到申请之日起30日内完成指定。其他涉及仲裁员的协助职能的行使程序基本类同，无论如何，深圳国际仲裁院应当以其认为适当的方式给予各方当事人平等陈述意见的合理机会。

<sup>②③</sup> 各机构协助职能的范围略有不同，以ICSID为例，“The Centre’s services in these proceedings range from support with the organization of hearings to comprehensive administrative services comparable to those provided in ICSID cases. The Secretariat also acts as appointing authority, and decides proposals for disqualification of arbitrators, upon request.”

<sup>②④</sup> [英] 艾伦·雷德芬、马丁·亨特：《国际商事仲裁法律与实践》（第四版），林一飞、宋连斌译，北京大学出版社2005年版，第206页。

### 3. 协助决定的终局性

《示范法》第11(5)条规定：“本条第(3)或(4)款交托由第6条规定的法院或其他机构受理的事项一经作出裁定,不得上诉。”第13(3)条规定：“根据当事人约定的任何程序或本条第(2)款的程序而提出的回避不成立的,提出回避申请的一方当事人可以在收到驳回其所提出的回避申请的决定通知后三十天内,请求第6条规定的法院或其他机构就是否回避作出决定,该决定不得上诉。”第14(1)条规定：“仲裁员无履行职责的法律行为能力或事实行为能力或者由于其他原因未能毫无不过分迟延地行事的,其若辞职或者当事人约定其委任终止的,其委任即告终止。但对上述任何原因仍有争议的,任何一方当事人可以请求第6条规定的法院或其他机构就是否终止委任作出决定,该决定不得上诉。”参照上述规定可知,协助决定通常具有终局性,在没有其他法律强制性规定的情况下,深圳国际仲裁院作出的决定不得上诉。

## 五、对《仲裁法(修订)》第九十二条的审视

2021年7月30日,司法部公布了《仲裁法(修订)》(征求意见稿)。征求意见稿纳入了临时仲裁程序(表述为“专设仲裁”),并用三条精简的立法语言搭建了临时仲裁的基本框架,其中第九十一条涉及临时仲裁的适用范围与启动,第九十二条涉及协助机构与临时仲裁庭的组成,第九十三条涉及临时仲裁裁决的作出与备案。

征求意见稿第九十二条规定：“专设仲裁庭仲裁的案件,无法及时组成仲裁庭或者需要决定回避事项的,当事人可以协议委托仲裁机构协助组庭、决定回避事项。当事人达不成委托协议的,由仲裁地、当事人所在地或者与争议有密切联系地的中级人民法院指定仲裁机构协助确定。指定仲裁机构和确定仲裁员人选时,应当考虑当事人约定的仲裁员条件,以及仲裁员国籍、仲裁地等保障仲裁独立、公正、高效进行的因素。人民法院作出的指定裁定为终局裁定。”该条与《贸法会仲裁规则》第6条第2款颇有类似之处,但又具有相当的“中院兜底”的中国特色。值得肯定的是,为当事人提供直接协助服务的,仍然是仲裁机构而非人民法院,前文已述及应由仲裁机构提供协助服务的若干理由,此处不赘,仅就第九十二条存在的几个问题分述如下。

### (一) 问题一：协助机制较为复杂

征求意见稿采用指派机构与指定机构相分离的“双层架构”,即仲裁机构作为指定机构协助指定仲裁员前,需经过人民法院“指派”“指定机构”的程序。与《条例》确立的直接默认由特定仲裁机构行使协助职能的“单层架构”相比,征求意见稿中的协助机制无疑更为复杂。协助链条的拉长,带来的直接后果就是当事人在无法与对方就指定机构达成一致时,需要首先向人民法院提出指派申请,人民法院在考虑“当事人约定的仲裁员条件,以及仲裁员国籍、仲裁地等保障仲裁独立、公正、高效进行的因素”后,指定某一仲裁机构,再由该仲裁机构,考虑到同样的因素后,为当事人指定仲裁员。这意味着,在临时仲裁的组庭阶段,将存在接续的两个程序和并行的两个期间,临时仲裁程序的效

率将受到较大影响。

进一步值得考虑的是，“仲裁地、当事人所在地或者与争议有密切联系地”的中级人民法院在指定仲裁机构时，是否有动力指定其管辖区域以外的仲裁机构作为指定机构？理论上存在这种可能性，但这种可能性似乎更多是停留在理论上。鉴此，直接允许当事人向“仲裁地、当事人所在地或者与争议有密切联系地”的仲裁机构申请协助或许是一个更加现实的方案。

除了效率和实际效果的考虑，更根本的问题还在于《仲裁法》如何看待临时仲裁与法院的关系。征求意见稿有关临时仲裁的三个条文中，有两条提及了法院，一是第九十二条法院的指派权，另一个是第九十三条法院对临时仲裁裁决的备案权，可以看出，仲裁当事人的权利、仲裁庭的权利与法院的权力不可避免地存在一定张力，法院对临时仲裁程序仍具有一定的控制权。“国内法院和仲裁庭之间的关系，摇摆在勉强共存和真正的伙伴关系之间。”<sup>⑤</sup>如何从更宏观的视角来看待法院支持与监督仲裁的关系，以便在具体制度设计上适当安排法院的角色，是一个值得持续思考的问题。

## （二）问题二：协助程序存在缺失

首先，征求意见稿第九十二条规定“由仲裁地、当事人所在地或者与争议有密切联系地的中级人民法院”指派指定机构，在以上有权指派仲裁机构的法院范围内，若双方分别向不同的有权法院提出指派申请，则存在管辖冲突的问题。可以考虑以“最先受理”等标准确定指派机构的唯一性，避免在此阶段即陷入争议。

其次，征求意见稿第九十二条确定的协助范围过窄，该条仅规定“无法及时组成仲裁庭或者需要决定回避事项”时由指定机构介入，这意味着，仲裁机构仅能作为纯粹的、与仲裁员事项有关的“指定”机构，而非全面的、提供涉及其他程序事项（如协助保全、协助调解等）的“协助”机构。

最后，征求意见稿第九十二条仅规定“人民法院作出的指定裁定为终局裁定”，未涉及仲裁机构指定决定的终局性问题。实际上，法院作出的指定裁定是否终局并非核心问题，因为对于当事人而言，由哪家仲裁机构指定仲裁员通常不会引发上诉问题，而直接关系其切身利益的仲裁机构指定仲裁员的结果往往会引发争议。应当在立法中确认仲裁机构指定决定的终局性问题。确立其终局性地位后，不仅指定机构自己无权随意修改指定决定，当事人也无权因其不满而要求指定机构或法院修改指定决定。如果涉及仲裁员不能履职或存在利益冲突的问题，则应当由仲裁员替换及回避制度发挥作用。

## 六、结 语

作为国内首部以仲裁机构为特定对象的地方立法，《条例》在诸多方面进行了大胆

<sup>⑤</sup> [英] 艾伦·雷德芬、马丁·亨特：《国际商事仲裁法律与实践》（第四版），林一飞、宋连斌译，北京大学出版社 2005 年版，第 349 页。

创新。《条例》第二十五条率先就临时仲裁的指定机构问题作出规定,无疑是一次有价值的探索。作为一项前瞻性的安排,待临时仲裁进一步放开后,《条例》将获得更大范围内的适用。综合经验与逻辑来看,将仲裁机构作为协助机构是当下最具有可行性的做法。目前,《仲裁法》的修订工作正在有序开展,临时仲裁制度入法的靴声已清晰可闻。作为临时仲裁立法的重要组成部分,协助机构的确定应当引起立法者足够的重视,并有必要对《条例》第二十五条的施行情况做密切的观察,以决定在多大程度上借鉴这一方案。

---

**Abstract:** In recent years, ad hoc arbitration has been opened to a limited extend in China. However, in the absence of legislative arrangements for assistance mechanisms, ad hoc arbitration is prone to delay and deadlock. In the light of China's practice, arrangement of the People's Court as the default assistance agency lacks support from higher-level laws, and the other is not conducive to realizing the parties' reasonable expectations for efficiency and confidentiality; setting other institutions or individuals as the default assistance agency is also difficult to strike a balance between credibility and market needs. Article 25 of the "Provisions on the Shenzhen Court of International Arbitration" of the special zone legislation passed on August 26, 2020, sets the arbitral institution as the default assistance agency, clarifies the specific parties, specific locations, specific rules, and specific personnel by illuminating the applicable mode and applicable procedures, and provides an effective solution for this problem for the first time. This arrangement, in line with the China's actual situation and of strong operability, should be considered as a reference for the ongoing revision of the "Arbitration Law".

**Keywords:** ad hoc arbitration; arbitral institution; appointing authority; seat of arbitration

---

(责任编辑:张靖昆)

# 《新加坡调解公约》签署后我国商事调解员的任职资格

刘沁予\*

---

**内容提要** 以商事思维为主导的商事调解与我国现行调解制度的性质有本质差异。在签署《新加坡调解公约》的背景和我国正大力推广多元化纠纷解决机制的前提下,为确保商事调解的质量与合法性,同时发展我国的商事调解事业,应当将商事调解员的任职资格与人民调解员的任职资格区别开来。商事调解员的法定任职资格由商事纠纷的本质属性决定。我国需要从对专业知识与商事经验的掌握和调解培训两方面确立商事调解员的资格认证、管理和考核等制度,为规范化、制度化、专业化的商事调解员队伍设置法定门槛,使我国的商事调解与社会发展相协调,适应纠纷解决市场的多元需求。

**关键词** 商事调解员 任职资格 新加坡调解公约 国际商事纠纷 商事主体

---

## 引言

《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(United Nations Convention on International Settlement Agreement Resulting from Mediation,以下简称《新加坡调解公约》或《公约》)是国际社会在商事调解领域的最新成果。它从国际法层面将调解上升为与仲裁、诉讼具有同等地位的国际商事争端解决方式。<sup>①</sup>2019年8月7日,中国、美国、印度和韩国等46个国家作为首批缔约方完成了公约的签署工作。截止2022年3月,《新加坡调解公约》的签署方为55个。<sup>②</sup>《公约》目前还未经国务院提请全国人大常委会批准,在我国尚未生效。但作为商事争议解决的最新规则,各国调解规则必然会受其影响。早在《新加坡调解公约》出台前,美国、英国、新加坡等国的商事调解已经迅速发展,《公约》的出台又促进了国际商事调解需求的增长。

为贯彻习近平总书记提出的“坚持把非诉讼纠纷解决机制挺在前面”这一重要论

---

\* 刘沁予,华东政法大学国际法学院博士研究生。

① Nadja Alexander & Shouyu Chong, *An Introduction to the Singapore Convention on Mediation-Perspectives from Singapore*, Nederlands-Vlaams tijdschrift voor Mediation en conflict management, 2018, Vol.22:4, p.38.

② 联合国官方网站, [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXII-4&chapter=22&clang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-4&chapter=22&clang=en),最后访问日期:2022年3月17日。

述,落实中央关于完善矛盾纠纷多元化解机制的意见,也顺应共建“一带一路”倡议,无论《公约》在我国最终能否获得批准,我们都不能忽视它的先进之处。我国理论与实务界已经就与《公约》衔接的问题和商事调解制度改革展开了热烈讨论。调解员是商事调解的核心,调解员水平的高低决定调解制度的优劣。《公约》未对调解员资质作具体要求,并非是调解员资质不重要;相反,调解员专业资质十分重要。出现这种情况的原因一方面与法律文化密切相关,另一方面是为了推广《公约》适用,默许在不同的地区调解员资质可以有差异。根据《公约》规定,缔约国有权拒绝执行调解员违背准则或未披露重要信息情形下产生的国际和解协议。<sup>③</sup>若想国际商事和解协议符合《公约》的要求,获得直接执行力,其首要的就是要保证国际商事和解协议具有合法性,而调解员的专业资质是商事调解的质量及合法性的重要保障。

商事调解与人民调解有着本质差异。商事调解高度自治,专业性强,具有有偿性、市场性等特征。商事调解的本质属性对调解员的素质和技巧的要求与人民调解不同。发展商事调解事业,要正确认识商事调解员的职能,不能将商事调解员的任职资格与人民调解员任职资格等同。将人民调解员的资质适用于商事调解员,这与商事调解的需求不能完全匹配,难以契合商事纠纷和商事调解的特殊性,限制商事调解高素质人才队伍建设,无法充分发挥商事调解优势职能。

## 一、我国商事调解员的现状和问题

目前,我国法律对调解员资格选任、认证、管理和考核都缺乏统一规定。现有机构中从事商事调解工作的调解员既有专职也有兼职,主要为:调解组织委派、特邀的调解员和经机构培训、考试合格产生的调解员。在中国的绝大多数地区,商事调解员的资质良莠不齐,其中大多数缺乏专业训练和调解技能,无法发挥调解的优势。我国商事调解员的现状可以概括为:(1)专业商事调解员数量少;(2)商事调解员资质缺乏本土特色和针对性,忽视商事特性;(3)调解员的任职资格不专业使得调解质量不高。存在的具体问题为:

### (一) 现行立法对商事调解员与人民调解员的任职资格未作区别设定

受我国一直以来奉行的“民商合一”立法体例影响,商事调解一直被限定在民事调解中。商事纠纷解决思维本质上是商事思维,是一种由因及果的原因导向型的正向思维。民事纠纷解决思维本质上是司法思维,是一种由果溯因的结果导向型的逆向思维。商事案件的案涉合同的合同目的是生产目的,民事案件的案涉合同的合同目的是生活目的。由于商事案件、民事案件的利益格局不同,发生利益冲突的影响就会有所不同,因此,纠纷解决思维也就会有所不同。从性质上来说,商事调解是特殊类型的民事调解,国际商事调解是特殊类型的商事调解。民商事调解虽具有共通性原理,但差异显著,不相区别

<sup>③</sup> 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》第5条第1款。

的制度设计阻碍了商事调解的发展与实践。商主体与普通民事主体的本质区别实则导致了现行制度的以偏概全——理性商主体地位平等更重效率,调解需要尽可能减少对当事人意思自治的干预,维护调解协议外观效力;而民事纠纷解决需要对弱势一方的民事主体适当倾斜以落实实质正义。《新加坡调解公约》下的商事调解是指不依赖仲裁和司法的、独立的、民间性调解,调解类型为“辅助型调解”(Facilitative Mediation,也被称为“促进式调解”)。<sup>④</sup>这种调解模式要求调解员持中立立场,辅助各当事人自主决定争议内容和解决方案。而法院附设调解或行政调解、人民调解属于评价型或指导型调解。不同调解类型下调解员的职能不同。

现行《人民调解法》中对调解员的资质要求为:公道正派、有一定文化水平、政策和法律知识、是成年公民即可。商事调解需要遵循商业逻辑对当事人之间的争议作出认定,属于商业判断。这些极具主观性的标准显然过低,与商事调解的性质和需要不吻合。将人民调解员任职资格适用于商事调解员可能会导致涉外商事争议的外方当事人对我国的商事调解不信任。

## (二) 地方和机构自行设定的商事调解员任职资格悬殊

商事纠纷解决强调的是“市场自治”。市场自治指当事人自主交易,政府不予行政管理,不进行国家干预。在我国,调解可分为机构调解和个人调解两类。<sup>⑤</sup>《新加坡调解公约》认可个人调解的效力,但我国仍以机构调解为主,调解机构设置调解员名册。我国目前存在的商事调解机构,有在编办登记的事业单位,有在民政局登记的民间非企业性质的社会团体,也有在各地进行试点探索的合伙企业、个人独资企业、公司等营利性企业,以及在省或全国工商联备案的商会商事调解机构。这些机构看似多,实则主要是行业内调解和仲裁机构附带调解中心,案源主要来自仲裁机构和法院案件过多的分流,仍处在“裁判阴影”下,专业性和独立性都有待发展。在我国没有一部统一商事调解专门法的前提下,它们各自制定了调解员任职资格标准。例如,中国贸促会调解中心对调解人员的要求是具有大学本科或以上学历,有一定的法律和专门知识,年龄在70周岁以下,但健康状况良好,有丰富经验者可以适当放宽,并对不同行业,不同专业领域的人士担任调解员分别做出不同的专业背景要求。<sup>⑥</sup>上海经贸商事调解中心(SCMC)对调解员学历、年龄等基本要求与贸促会调解中心基本相同,还要求调解员应熟练掌握一门及以上

<sup>④</sup> 此外还有两种调解类型:评价型调解和变革型调解。辅助(促进)型调解和评价型调解是调解的两种主流类型。“评价型调解”是调解员基于所掌握的事实、证据以及争议适用的法律,对所涉法律问题进行评估,预测案件进入诉讼或仲裁程序会出现的结果。这种调解模式要求调解员具有法律知识和专业知识。“变革型调解”是调解员尽可能多地基于各方当事人授权,使任何一个或所有当事方或其关系在调解中发生变化。Carole J. Brown, *Facilitative Mediation: The Classic Approach Retains its Appeal*, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2004, Vol.4:2, pp.279-296.

<sup>⑤</sup> 李双元等:《国际私法》,北京大学出版社2018年10月第5版,第533页。

<sup>⑥</sup> 直接从事法律、经济贸易教学或研究工作人士需具有中高级职称;从事经济贸易实务工作人士需熟悉行业相关法律法规和专业知识,具有中高级职称;从事民商事审判工作、律师工作满5年且经验丰富。《调解员聘任管理办法》,载中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心官方网站, <https://adr.ccpit.org>, 最后访问日期:2022年3月17日。

外语,对调解员的专业背景条件更高。<sup>⑦</sup>贸促会调解中心还与英国有效争议解决中心合作,旨在为涉外商事调解业务培养专业化的商事调解员。一带一路国际商事调解中心也培养了熟悉“一带一路”沿线国家商事文化和环境、具有审辩式思维和国际商事谈判技能的专业调解员,以胜任“一带一路”相关纠纷的解决。在北京中关村企业家商事调解中心,由知名企业家担任调解员,发挥同行业优势,但也存在违背经济效益原则之嫌。在沿海和航运业发达的地区,还有海事调解中心,如上海海事调解中心、江苏海事调解中心等。2012年中国贸促会还成立了国内首个电子商务调解中心。虽然以上这些机构均从事商事调解,但商事调解组织总体发展缓慢,缺乏制度化、规范化,且商事调解在中国各地区发展极不均衡,在绝大多数地区得不到司法机关认同,这与我国法律层面没有设置专门的商事调解员任职资格有极大关联。

## 二、商事调解的本质属性

商事调解与民事调解均无公权力干预,采用私人协商式纠纷解决方式,具有共通性。商事调解首先是调解,具有调解自身的优势功能,但商事调解又有别于民事调解,具有独特价值。

### (一) 具有广义调解的共性

只要有人就会有纠纷,调解与纠纷几乎同时产生。调解和仲裁一样,都发源于民间。公元前六世纪时古希腊城邦国家用仲裁解决纠纷,而古代中国人民更早发现了调解的魅力,关于调解的记载可以追溯至《周礼》。从战国时起,调解就已经具有法律意义。<sup>⑧</sup>后来的马锡五模式、枫桥经验、人民调解,无不是我国创新式的调解实践。调解的现代模式反映了人们对快捷、简便、高效的纠纷解决方式的追求,这是调解的现实生命力。

调解的优势主要表现为:第一,自治。由当事人自主决定调解程序的开始和进程,纠纷的解决方案也产生于当事人自己,第三方无权强加解决方案给当事人。第二,价廉。在诉讼与仲裁中,举证质证抗辩需要花费不少时间和金钱成本,调解避免了这些开销。第三,高效。这不仅体现在调解本身,还体现在当事人执行和解协议的主动性更高,减少“执行难”局面的出现。第四,保密。因调解程序不会向外界披露信息,更私密,当事人不必担心个人声誉或企业商誉受影响。

美国法学家富勒(Lon Fuller)认为法治是用和平的方式来解决争端。<sup>⑨</sup>在所有第三方纠纷解决机制中,调解以其灵活、包容、高效价廉的独特优势,成为达成合意最多、强

<sup>⑦</sup> 从事经济贸易、法律教学和研究工作需有高级职称;从事经济贸易实务工作需了解熟悉相关法律法规、行业规范和专业知识,需有高级职称;担任审判员、检察员时间不少于十年;从事律师工作需有较高业务水平良好声誉且时间不少于十年;从事立法、执法或其他法律实务不少于十年。《调解员聘任及考核管理办法》,载上海经贸商事调解中心官方网站, <http://www.scmc.org.cn>, 最后访问日期:2022年3月17日。

<sup>⑧</sup> 曾宪义:《关于中国传统调解制度的若干问题研究》,载《中国法学》2009年第4期,第34-46页。

<sup>⑨</sup> Lon L. Fuller, *Mediation: Its Forms and Function*, Southern California Law Review, 1971, Vol.44:2, pp.305-339.

制性最少的和平方式,有效摆脱对抗、约束、强制、输赢桎梏,顺应当代国际法倡导合作、包容、平等、共同发展的重要特征和趋势。

## (二) 与我国现行调解性质的不同

传统理念使中国政府面对民间纠纷,重教化轻听讼。就如费孝通在《乡土中国》中描述的,乡土社会的调解就是由一位很会说话的乡绅把被调解的双方都骂一顿,依着他认为的“应当”进行一番教训,就“极有效”地使双方达成和解。<sup>⑩</sup>这种调解模式产生自宗族或社区,其实是一种族长、长老利用自己权威进行教育的过程,表面温和,实则多因倡导“忍让”而削弱当事人的权利意识。具有这种属性的我国法院调解、行政调解、人民调解制度蓬勃发展,商事调解发展却严重滞后,这是因为商事调解的属性使得其不适合这种纠纷解决方式。

我国现行调解体系中有法院调解、行政调解、行业调解、仲裁调解和人民调解。上世纪50—80年代,受中国传统思想影响和建国初期司法能力所限,我国的司法政策是“调解为主,诉讼为辅”。上世纪90年代《中华人民共和国民事诉讼法》出台后,调解地位逐渐弱化,案件多通过诉讼审结。2003年后,随着诉讼“爆炸”,法院案多人少,最高人民法院再次注意到调解的优势,逐渐以“先行调解”和“调判结合”为基本原则,通过“调解结案费用减半”鼓励当事人选择调解。行政调解是行政机关执法附带性调解,如市场监管部门、工信等行政机关作为中立第三方调解纠纷。1954年《人民调解委员会暂行组织通则》确立的人民调解制度是传统宗族社区纠纷解决经验的延续。人民调解员基本来自村委会、社区、街道、宗族,最常见的角色为“老娘舅”。该类人民调解员严重缺乏专业性,无法胜任商事调解工作。行业调解目前集中在保险、证券、建筑行业,主要依托行业协会,如证券业调解委员会。行业调解行政色彩浓厚,也无法跨行业解决商事纠纷,不是真正意义的商事调解。仲裁调解是目前我国商事调解的主要存在形式,也是类似于“调判结合”的产物,称为“仲调结合”,这其中调解只是辅助作用,不改变仲裁的地位。此外,近些年国际经贸的发展,出现了“一站式”纠纷解决平台。最高人民法院于2019年12月强调,“在国际商事案件中贯彻调解优先原则,经当事人同意,可在任何阶段共同选择国际商事专家委员、国际商事调解机构或国际商事法庭进行调解”,<sup>⑪</sup>体现了对国际商事调解的重视。在我国调解事业的发展进程中,也曾错误地认为除了人民调解,其他形式的调解都不具有法律效力。《民事诉讼法》中,司法确认程序仅适用于人民调解,也对我国商事调解的发展造成了冲击。<sup>⑫</sup>

<sup>⑩</sup> 费孝通:《乡土中国》,人民出版社2008年10月第1版,第67、69页。

<sup>⑪</sup> 《最高人民法院关于人民法院进一步为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》,(法发〔2015〕9号),2019年12月27日发布,第29条。

<sup>⑫</sup> 范愉:《商事调解的过去、现在和未来》,载《商事仲裁与调解》2020年第1期,第126-141页。

《新加坡调解公约》下的商事调解属于“辅助型调解”。<sup>⑬</sup>而我国的调解制度属于“指导型调解”（或称“评价型调解”）。在法院调解中，法官调解不成便转为诉讼程序，对调解程序中了解到的事实直接予以默认。商事调解与我国现行调解制度有本质差异：第一，商事调解没有凌驾于当事人之上的第三方；第二，商事调解高度自治；第三，商事调解更具专业性、更复杂，遵循商业惯例。

### （三）高度自治性

仲裁的基础也是当事人意思自治，但商事调解能将意思自治落实得更彻底、更全面。在现代国家建立前，解决商事纠纷的调解和仲裁主要由商会主持，属于市场治理和商人自治。商事仲裁和调解都基于契约精神，追求商业效果。契约精神包括契约自由、契约信守、契约救济、契约正义四个方面的内容。仲裁制度化后，当事人的意思自治止步于仲裁程序开始和仲裁员的选任阶段，一旦授权给仲裁员，当事人便遵从公权力。现在盛行的调仲结合是为了弱化仲裁的当事人对抗性，调解属于辅助地位，不改变仲裁的主角地位。因市场经济规律新理念的出现、司法化程序弊端的凸显、企业治理经营理念转变、消费争议增多等原因，商事调解的独立作用受到关注。

纯粹的意思自治是调解的圭臬。商事争议解决着眼于当事人之间的交易关系，根据当事人之间的约定确定当事人之间的权利义务。民商法调整平等主体之间的权利义务关系，普通人往往不能达到理性人的标准，<sup>⑭</sup>而商事主体比民事主体理性，更具解纷能力，更符合实质平等。<sup>⑮</sup>不排除商事主体也存在解纷实力悬殊的情形，但较民事主体轻微。商事纠纷解决方式是基于商事活动和市场经济的需要，因商事活动活跃，商事纠纷集中，需要专门化处理而产生。自古以来，商事纠纷解决方式一直高度自治，有自身的传统理念、规律，基于案件的客观情况审理案件，具体问题具体分析，尊重当事人意思自治和遵循商业逻辑，与普通民事纠纷解决机制相独立。商事调解务必严格遵循私法自治原则。商事调解的启动依赖商事合同中事先约定的调解条款。在调解条款中，双方可以自行协商调解范围、调解规则、调解人员选择、调解时间、调解地点、调解期限、调解语言等。自治在实体权利上表现为自由表达意见和诉求，在程序上表现为当事人对程序的自愿选择、自主决定，在结果上表现为由真实合意产生的和解协议与是否自主履行协议的选择权。调解完成产生的和解协议最低限度内也具有民事合同的效力。虽然调解有第三人参与，但第三人所做的工作都是为了促进当事人自主解决纠纷。当事人意思自治是和解

<sup>⑬</sup> 此外还有两种调解类型：评价型调解和变革型调解。辅助（促进）型调解和评价型调解是调解的两种主流类型。“评价型调解”是调解员基于所掌握的事实、证据以及争议适用的法律，对所涉法律问题进行评估，预测案件进入诉讼或仲裁程序会出现的结果。这种调解模式要求调解员具有法律知识和专业知识。“变革型调解”是调解员尽可能多地基于各方当事人授权，使任何一个或所有当事方或其关系在调解中发生变化。Supra note 4.

<sup>⑭</sup> 徐国栋：《民法私说还能维持多久——行为经济学对时下民法学的潜在影响》，载《法学》2006年第5期，第3-17页。

<sup>⑮</sup> 主要体现在两个方面：其一，商主体普遍聘请律师。在商事审判中，这一特征明显。其二，财产保全的使用。为防止将来不能执行判决，商主体广泛使用财产保全制度，且由于商主体的经济实力，商事诉讼保全到位情况优于民事诉讼。资金被冻结、机器厂房被查封有促使商主体想尽快解决纠纷保全商誉、恢复经营活动。李焕然：《小议商事调解》，载《法制与经济》2012年第2期，第29页。

协议的效力根源,也是调解不懈追求的终极目标。和解协议是在调解员认识到双方的需求和利益后,提出双方满意的方案,实现利益最大化,“创造他们自己结局”的产物。<sup>①⑥</sup>因为当事人自治,和解协议被当事人接受就说明双方能够接受这个结果,愿意受双方制定的法律的“约束”。如果在当事人的谈判中有阻碍真实意思表示的因素,而这些因素对双方合意的形成起到了决定性作用,调解结果理应无效。

#### (四) 商事属性

商事调解更符合经济效益原则。“商事”是经济、贸易、海事的总称。商行为注重盈利与风险,渴望以最小成本谋求最大利益。商事案件的案涉合同的合同目的是生产目的,民事案件的案涉合同的合同目的是生活目的。商事纠纷解决的效率优势表现为效率优先,强调保障交易简单便捷、维护交易安全。如票据纠纷中,背书的连续性本身即具有对持票人享有票据权利的证明力,而无需持票人就票据转让的根据及其合法性另行举证。效率优先就更加需要强调外观主义、表示主义。商事调解也要强调尊重实践,从商事实践活动本身出发,一方面要尊重相关合同对当事人的约束力,另一方面要基于当事人的意思表示认定当事人的真实意思。为了竞争胜出,市场主体总是创设新的商业模式,而立法永远滞后于实践;尊重实践符合商事实践活动总是先于商事立法这个一般规律,更能尊重当事人意思自治,遵循商业逻辑。在错综复杂的国际商事交往中,交易环节多、交易链长,商主体只想迅捷高效解决纠纷。虽然民事调解较民事诉讼的效率也有所提高,但在“公平”与“效率”价值之间,商事调解需要“效率”优先,这是民事调解不可能实现的。新加坡国际仲裁中心资料表明,从接收当事人的调解请求书到程序启动最快只需3个工作日。整个调解程序最多也在几周内就能完成。如果选择诉讼,除去一审还可能遭遇对方恶意拖延程序、上诉、“执行难”,整个过程走完基本需要三、四年。如果选择仲裁,理论上仲裁快于诉讼因为仲裁具有“一裁终局”性。但仲裁的“他信”属性——当事人合意将纠纷交由信任的仲裁员处理,现在仲裁也基本需要一到两年的时间,纠纷才能够得到彻底解决。在日新月异的全球化浪潮中出现的中小型企业,甚至都没有能力应对繁琐的涉外民事诉讼的程序。即使选择用仲裁解决,长时间的拉锯战和资金的消耗,中小型企业均承受不起。在诉讼和仲裁动辄花费巨额金钱成本的前提下,商事纠纷中时间就是金钱。例如,某上市公司与第三方产生纠纷时,需要最大程度保障中小股东利益。因为长时间“打官司”,公司的声誉和 market 价值受损,其股价必然会受到影响,甚至可能遭遇停牌。此时需要以年为时间单位来等待纠纷解决,企业根本无法承受。它们需要立即解决问题、减小损失。在这种情况下,适用诉讼或仲裁这种需要长时间进行的程序显然会带来更大损失,亟需一个程序能够尽快解决纠纷、达成协议,调解的优势不言而喻。在程序所需经费上,一项争议额为2500万美元的纠纷,选择国际商会仲裁院(ICC)审理,在伦敦组成三人仲裁庭的费用大概是2,836,000美元,仲裁时间为18—24个月,其中

<sup>①⑥</sup> Nadja Alexander, Trends in Mediation: Riding the Third Wave. Global Trends in Mediation, 2 ed., Kluwer Law press, 2006, p10.

开庭需要1—2天。<sup>①⑦</sup>而如果选择在伦敦进行调解,费用仅为仲裁费用的5%,时间只为10%—15%。<sup>①⑧</sup>而北京仲裁委员会下设的调解委员会处理一起国际商事纠纷时,确定当事人双方的核心利益仅用了半天时间,两天就完成调解工作,收取的总费用仅相当于国际仲裁机构的立案费而已。<sup>①⑨</sup>商事调解不需要辨清是非曲直,不需要分配法律责任取证调查。调解程序可以给当事人一个完整的过程预计,使他们可以粗略地估算所需的时间和成本。

商事调解更有利于维持商业合作。在商言商,商主体非常重视商业伙伴关系,调解能维护双方的合作关系和商业形象。在2000年CIETAC调解的一起案件中,河北某进出口公司(以下简称“甲方”)与德国某公司(以下简称“乙方”)长期合作。甲方在完全履行080号合同、部分履行082号合同后,因产地遭遇洪水,产品国际市场价上涨近5成,甲方要求提价15%。乙方拒绝并且主张082号合同中部分产品发霉,向甲方索赔。后乙方向CIETAC申请仲裁。CIETAC在调解中帮当事人明晰,在甲方没有将082、088号合同背面条款传真给乙方的情况下,双方就签订了合同,双方均有过失;产地因洪水产品涨价是事实,甲方仍履行了部分义务。后双方从可持续合作角度达成了和解协议。<sup>②⑩</sup>国际工程项目、合资企业纠纷等,纠纷解决之外双方仍需要继续合作。它们并不想要剑拔弩张、关系破裂。商事调解不再局限于对当下纠纷的利益划分,而是把将来的经济资源、商业安排纳入到谈判中,令各方可以从不同的资源中寻找最适合己方的资源配置,从更广阔的视角、在增量博弈路径下解决纠纷、促进合作。

商事调解的结果也具有灵活性。一方面是救济类型的灵活性。调解的结果不像法院和仲裁的判决、裁决仅限法律规定的救济方式。比如,在诉讼和仲裁中,对违约只能判令损害赔偿、实际履行等救济,不能转换为其他方式。调解却不受限,当事人自主约定救济方式即可,如约定达成新交易、其他利益补偿、提供担保等。另一方面是程序的灵活性。一方当事人在调解过程中有任何不满,可随时中止或终止程序,这大大优于诉讼和仲裁结果的不确定性,更符合商主体的利益需求。

### (五) 深层次的保密性

商事调解可以保护商业秘密。商业秘密往往关系企业核心竞争力。调解保密性包括两个层次:第一层次是与民事诉讼的公开审理相对的,是为调解程序的保密。例如,甲为某大型企业,乙为普通自然人。乙就甲产品瑕疵提出索赔。如果选择诉讼程序,甲方一旦败诉,其面临的远不止对乙的损失赔偿,而是购买此产品的所有消费者的指控。这种连环败诉非常常见,这也是企业常常在格式条款中载明用仲裁解决争议的原因。而适用调解程序,甲企业可以避免遭遇更大更多的赔偿。此为商事调解下潜在的巨大利益,

<sup>①⑦</sup> 黄一文、王婕:《新加坡商事调解制度的发展及其启示》,载《商事仲裁与调解》2020年第3期,第91页。

<sup>①⑧</sup> Thomas Gaultier, *Cross-Border Mediation: A New Solution for International Commercial Dispute Settlement?*, NYSBA International Law Practicum, 2013, Vol 26:1, pp.45-46.

<sup>①⑨</sup> 沈四宝:《从北仲的一个典型国际调解案看中国商事调解制度的特点》,载《北京仲裁》2017年第1期,第97-104页。

<sup>②⑩</sup> 何贵才:《调解解决CIETAC裁决香港、河北执行受阻案》,载《中国对外贸易》2001年第2期,第51-52页。

不再是零和模式而是双赢的局面。

第二个层次是,在调解过程中,当事人所披露的信息不能在之后被视为对其不利的证据,是为调解信息的保密。在以后的仲裁或诉讼中,双方不得援引调解员和当事各方提出的、建议的、承认和同意的意见和建议作为他们的起诉或答辩的依据。各国立法也基本都认同与调解程序有关的信息均应当保密,只有当事人约定和法定例外。例如,《德国调解法》第4条就规定:“调解员及参与调解的所有人都对在调解程序中获得的信息负有保密义务。保密义务的例外为履行协议所必须,或基于公共政策及对他人造成严重损害的情况。”<sup>①</sup>香港调解中心调解规则第12条规定,调解中披露的信息不会对当事人在后续仲裁或诉讼中的权益有影响。<sup>②</sup>《公约》虽然没有强调保密性,但在2018年《国际商事调解示范法》中明确规定了调解参加人对商事调解相关信息均应保密。<sup>③</sup>

#### (六) 涉外商事调解的独特属性

涉外商事调解具有一项独特优势——可以规避不同法系间的差异,灵活地解决纠纷。例如我国在推进共建“一带一路”倡议中,沿线国法系有大陆法系、英美法系、伊斯兰法系和混合法系,法律体系不统一。各国在政治、经济和文化等方面存在着不同的价值理念和追求,由此产生的法律制度差异很难在短期内轻易解决。如果将纠纷诉诸诉讼或仲裁,适用法律会导致双方利益状况的巨大差异,甚至会彻底破坏双方对交易的预期。通过调解,当事人可以搁置法律制度上的差异,把注意力集中在实际的损失和风险上,在第三方的指导下,通过协商来找到目前的利益平衡,避免法律体系的不同而导致更大的交易风险。

### 三、商事调解对调解员资质的需求

国际商事调解员应具备的资质和能力,是由商事调解的本质属性决定的。调解员素质和掌握调解程序的能力决定了调解能否获得成功。实践中,被律师或当事人认为很差的调解员的通常表现有:调解员像站在对方那边;调解员只在当事人之间来回传达消息,表现得像一个信息传达者;调解员以往的专业背景影响了调解工作,像是某一方当事人的代理人而不是发现和定位利益的商事调解员。

#### (一) 商事调解员中立:与法官和仲裁员的中立有差别

调解的基石是当事人意思自治,但不止步于私权自治。调解协议也并不是完全等同于普通民事协议,否则会陷入对调解员有何用的迷思。“自由只能因自由本身的原因而

<sup>①</sup> 彼得·哥特瓦尔德著,曹志勋译:《德国调解制度的新发展》,载《经贸法律评论》2020年第3期,第144-158页。

<sup>②</sup> 《香港和解中心调解规则》,载香港和解中心官方网站, <http://www.mediationcentre.org.hk/en/services/MediationRules.php>,最后访问日期2022年4月1日。

<sup>③</sup> 《联合国贸易法委员会国际商事调解示范法》第10条,载联合国贸易法委员会官方网站, [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/annex\\_ii.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/annex_ii.pdf),最后访问日期2022年4月1日。

被限制”。<sup>②④</sup> 第三方介入纠纷并不必然就是他治,而是因介入方式和程度的不同分别指向不同的纠纷解决类型。最主要的判断标准就是看中立第三方是强加解决方案给当事人,还是协助当事人自行达成解决方案。前者被称为“裁判”,是诉讼和仲裁的做法,后者是调解。受案法官的产生是由民法决定的,调解员是当事人意思自治产生的,因此对调解员中立性的要求要低于法官。仲裁的当事人的意思自治仅作用于仲裁程序开始阶段,一旦授权给仲裁员,当事人便遵从公权力。因此,对商事调解员与商事仲裁员的中立性要求也不同。现实中产生了纠纷,绝大部分的当事人首先会使用自身力量解决纠纷——自主谈判、协商。若当事人无法自己解决纠纷,或是当事人依靠自身力量解决纠纷的有效性和公正性受到当事人实力的左右,无法实现诉求,就需要第三方协助,通过正当程序来避免因当事人权利、地位、身份、信息获取能力不同而导致的结果不公正。<sup>②⑤</sup> 实践中调解员需要保持中立,放弃个人偏见,倾听当事人的诉求,为双方寻求最理想的结果。诚然,中立一词在商事调解中具有相当程度的泛化和理想化色彩,无法非常细化以便明确落实,且人为固化中立性标准会损害当事人对调解员的选任。但调解的灵活性和自治性指引调解员需要充分尊重当事人,不能只按自己的想法保持中立,而是需要适时调整,与当事人共同认同的中立保持一致——当事人不希望调解员为了保持中立而不能有效参与到纠纷中。当事人需要热情、有耐心的,就双方给予平等关怀的调解员。在有的国家甚至出现当事人出于某种原因,例如,认为第三方对事实或对方当事人更了解、更熟悉,便于说服对方当事人,愿意任命这种通常意义上被认为“不中立”的调解员。<sup>②⑥</sup>

## (二) 商事调解员的多样化技能: 针对商事纠纷的复杂性

调解职业化已经成为全球趋势。<sup>②⑦</sup> 职业化意味着与调解相关的知识、技能、方法、思维、语言文字全方位配套。商事纠纷中商事法律关系和利益关系的复杂性,以及为了能够更好地服务于当事人意思自治,使得商事调解员必须具备多样化技能。国际商事纠纷的复杂性更甚,跨国贸易往往伴随多项合同,一项合同下的纠纷,其事实和法律问题会涉及多项合同,想要在利益群体间进行多方协调与对话具有更高难度。首先,调解员需要良好的沟通技能,包括熟练的外语交流能力,还要了解一些行为学、心理学、谈判技巧。在获得当事人信任的前提下,调解员通过交流、语言疏导,帮助当事人冷静、平和地审视纠纷,听取对方的主张,才会有获得合意的可能。当事人在进行事实陈述时,可能会有宣泄不满、带有愤怒的情绪等不理性不平和的因素,对诉求的阐述重复、杂乱。调解员在调解开始前要做好充足的准备工作,对当事人充分认识和了解,在调解过程中敏锐、一针见血地捕捉到当事人的利益重点和主要诉求,并保有持久的耐心。在面对当事人坚持“犯错的一方应当赔偿”、“己方没有过错不需要和解”这些局面时,调解员要捕捉并提醒当

<sup>②④</sup> [美] 约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第250、302页。

<sup>②⑤</sup> 同上。

<sup>②⑥</sup> Low Siew Fang, *The Construct of Neutrality and Impartiality in Chinese Mediation*, *Austration Dispute resolution journal*, 2011, Vol.22:2, p.121.

<sup>②⑦</sup> [新] 娜嘉·亚历山大:《国际调解十大发展趋势》,载《商事仲裁与调解》2021年第3期,第123-151页。

事人注意其他因素,如公司需要进行风险管理,包括降低事件的影响,维护信誉,加强与顾客的联系,投资人的资金周转问题等。这些基本关切能够帮助双方尽早地通过调解找到解决办法。调解员对当事人心理因素和调解技巧的掌握,是调解取得成功并最终有效执行不可或缺的因素。

在遇到当事人坚持主张不退让、双方“讨价还价”僵持不下时,调解员的语调、肢体语言、同理心和个人魅力,能于无形中影响当事人。根据英国对商事调解市场和调解员现状的一项调查结果表明,影响调解员获得商事调解案源的因素中,在某专业领域的名声、丰富的经验和地位是主要因素。如今纠纷解决的难度系数越来越高,正如该调查报告所言:“我们应当重视调解技能的提升,向客户展示你是一个经验丰富的调解员而不是仅仅学习了调解技能却没有完成职业转型的律师。”<sup>②</sup>

其次,提供多种建议的技能。国际商事争议往往标的额巨大、案情复杂、争议跨国。调解员需要对不同国家的语言、文化、风俗习惯、商事行业经验有所了解。具有法律知识的调解员还能做出法律层面的判断,更好的促进和解。特别是在国际案件中,调解员最好还掌握他国实体和程序两方面的法律知识。如当事人了解到同类案件适用诉讼或仲裁程序会出现怎样的结果,能促进调解程序尽快完成。商事调解员要能够让当事人感受到“自行商讨和解”和有调解员协助斡旋的“调解”之间的区别。

### (三) 商事调解员的商业思维:经济效益和效率并重

调解员要有商业思维,并且关注调解方案的时效。调解员不是裁判员,商事调解旨在追求最大限度降低成本,减少损耗,提高商业利润。举例而言,考量民间借贷纠纷中的违约金是否过高,商事思维可以基于守约方的资金成本衡量违约金是否过高,而民事解纷思维则是基于银行的各种利率来衡量违约金是否过高。考虑资金成本就是商业常识。投资人与公司的对赌协议如果公司对赌失败,商事解纷思维对投资人更有利,对公司更不利;而民事解纷思维正相反。商事调解对谁是守约方谁是违约方不需做过多追究,将商业纠纷用商业利益进行平衡。在商业纠纷中,除了法律规则,还有被反复使用、行业共同遵循的商业规则、商事习惯。商业规则是案涉交易所处行业普遍认为案涉交易理应遵循的规则,强调基于商业常识、商业惯例、商业竞争、商业营利、商业风险、机会成本等基本商业理念对争议作出认定。商事调解要以促使合同有效履行为原则,引导结果符合实际生产的需要。商事争议解决效果是基于契约精神,追求商业效果。纠纷解决的结果就像是帮助双方继续完成或者了结了案涉交易。契约正义还要求调解员按照商业逻辑作出判断,不能妨碍商业竞争。举例而言,遇到人身权商业化情形时,对其进行保护就不能仅考虑其人身权的属性,还应考虑其商业化的属性,二者既有关联,又是相对独立的。演艺经纪合同中演员无权解约,其单方要求解约导致合同无法继续履行,经纪公司要求演员赔偿损失。在认定经纪公司损失时,就不能仅考虑对演员人身权的保护,而应将经纪

<sup>②</sup> [英] 格拉汉姆·梅西,蒋丽萍译:《英国民商事调解市场及调解员现状调查报告》,载《中国审判》2016年第15期,第58-61页。

公司的损失放在演员人身权商业化的情况下考虑。不同于法律规则的内在逻辑是由果溯因,商事规则是从因果的“因”的一端事实出发,“果”是合同履行的结果。实践中之所以有企业家调解员,是因为企业家会站在同行的角度,结合自身经历设身处地地思考和判断,比法官更容易接近双方的利益底线,更容易透析经济纠纷的实质,行业专家也能增强调解员的公信力。<sup>②</sup>妥协并不等于一方压倒另一方,而是在保持自身基本利益的情况下,放弃部分其他利益。

#### (四) 商事调解员的正义: 调解正义

商事调解对当事人的平等保护,主要体现在当事人要风险自担、责任自负。风险自担是指当事人当然具有风险判断能力、风险控制能力、风险承担能力。责任自负是指当事人当然具有专业判断能力、对等交易能力、合理注意义务。商事仲裁与调解强调形式公正,体现了对商业风险的认可,也是平等保护的要求。调解员应当确信当事人意思自治能够实现调解正义。调解与和解的根本区别就在于是否有第三方介入纠纷。和解可能因当事人实力差距导致不公平或者达成并非真实意思表示的和解协议,第三方介入可以有效避免出现这种情况。只要当事人意思自治的结果不违反法律强制性规定,不损害国家、集体和他人利益,调解员应对任何结果持开放态度,而不是先入为主或为了实现特定的结果。调解正义是一种实质正义,其内涵包括:明示的同意、认可各方需求与利益、合意作出选择。当事人充分参与调解程序、协商、自行达成和解协议。意思自治贯穿调解的整个过程以及调解结果,这样产生的调解协议才符合正义的要求。当事人自主决定,诉求可能互补,或就不同的利益诉求进行交换,更能实现民主价值。法律的正义认为不应该考虑非理性的因素,但调解给当事人更大的表达空间,尊重当事人的情感诉求,更充分体现当今的重要价值观:合意、参与、平等、尊严、赋权、共情、隐私、效率等。诉讼所排斥的社会影响、心理因素、道德因素、宗教因素等,都能被调解所接纳,对当事人的尊重更能接近正义。

#### (五) 商事调解员的职业准则与法律责任

商事调解员最终要在维持社会和谐稳定、尊重当事人意思自治的前提下给出建议方案并适当决策,对决策承担责任。出现虚假调解和调解损害他人利益的情况,一种可能性是调解员本身有问题,另一种情况是调解员未尽到审慎责任。在一些国家,如果调解员违反行为规范,当事人可以向法院提出诉讼请求。例如,《新加坡调解公约》中明确,如果调解员严重违背了调解员或调解准则,误导双方达成和解协议,则主管当局可以拒绝给予补救。又如,澳大利亚的专职调解员需要额外购买一份调解责任保险,由于律师责任保险覆盖了这一保险,所以律师调解人员并不需要购买这种保险。调解员在内部通过行业监督不断提高自身调解技能,在外部由调解立法和调解机构规则规定调解员的监管和责任承担,充分尊重当事人意思自治,防范调解员工作的随意性,增强调解结果的正当性和合理性。

<sup>②</sup> 黄忠顺:《论商事调解的市场化》,载《人大法律评论》2021年第1期,第114页。

## 四、商事调解员任职资格的比较法观察

在西方,尽管美国的诉讼理念和行业发展居世界前列,却仍不足以应对“诉讼爆炸”的局面。因此美国在上世纪30年代率先推出了ADR(Alternative Dispute Resolution,即“替代性争议解决方式”)概念,并向全球推广。因贸易、投资和知识产权保护等方面纠纷的迅速增多,仲裁又趋向法律化和司法化,继承了传统商事解纷机制又顺应当代ADR理念的调解制度有了进一步发展的空间。调解工作的专业化、职业化,是调解制度发展的重要组成部分。在2000年左右,许多国家和地区都建立了调解员资格认证体系,如奥地利采取立法形式,澳大利亚采取行业标准形式,德国和新加坡采取法律和行业标准混合形式。<sup>⑩</sup>

目前国际商事调解实践的主流做法为“辅助型调解”。这种调解模式要求调解员持中立立场,辅助各当事人自主决定争议内容和解决方案。例如《澳大利亚调解员准则》要求“调解程序旨在最大限度地实现当事人决策”。<sup>⑪</sup>《美国调解员行为示范标准》规定调解员需依据当事人自决原则促使各方当事人自由而明智的作出结果选择。<sup>⑫</sup>《新加坡调解公约》规定调解员无权将一个解决方案强加于当事人,只能协助当事人设法友好解决争议,帮助双方寻求解决争端的和平方式。<sup>⑬</sup>西方观念更倾向于把调解看成是一个由调解员组织引导的当事人之间的谈判。各国调解员制度的差异主要可以概括为,大陆法系国家侧重于跨专业的教学和部门法的理论,普通法系国家更侧重实践技能的培养。举例来说,法国大部分的调解员都具有深厚的法学或文科学背景,美国则是在法学院教学中愈发重视对学生调解技能的培训。这些考量因素各有侧重的调解员资质要求,对我国商事调解员准入资格设定都有启发。

### (一) 新加坡

调解员的任职资格通常由国家调解专门立法规定或者调解机构自行设定。但新加坡认为,调解员是否合格不应由调解机构自己决定,否则就是“自己做自己的法官”。因此专门成立一个机构——新加坡国际调解学会(Singapore International Mediation Institute,即SIMI),负责对调解员的任职资格、专业标准、道德规范进行规制,并将调解员资质公开以供当事人选择。为了确保调解的中立,SIMI仅从事调解员标准制定和资格认证,不从事调解服务。SIMI依据调解技巧、经验、对不同文化的把握给调解员设置了四个等级。最低等级的调解员为完成了SIMI的注册和培训;第二等级为完成5个调解

<sup>⑩</sup> 张金凤:《中国国际商事调解市场的国际化:开拓与反哺》,载《商事仲裁与调解》2021年第4期,第110页。

<sup>⑪</sup> Australian National Mediator Standards: Practice Standards for Mediators Operating Under the National Mediation Accreditation System, [http://www.ama.asn.au/Final\\_%20Practice\\_Standards\\_200907.pdf](http://www.ama.asn.au/Final_%20Practice_Standards_200907.pdf), last visited Apr.30, 2022.

<sup>⑫</sup> Bartlett, Francesca, Mortensen, Reid, Tranter, Kieran Mark, *Alternative Perspectives on Lawyers and Legal Ethics*, 1ed., London: Routledge, 2011, pp.205-210.

<sup>⑬</sup> 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》第2条第3款。

案件或者从事调解超过 50 个小时时间并向 SIMI 提交 2 份以上当事人书面反馈;第三等级为完成 12 个调解案件或者从事调解超过 120 个小时并向 SIMI 提交 5 份以上当事人书面反馈;最高等级为在三年内完成 20 个调解案件或者从事调解时间超过 200 个小时,并向 SIMI 提交 10 份以上当事人书面反馈,并通过 SIMI 评估。前三个等级的调解员称为 SIMI 认可调解员,最高等级被称为 SIMI 认证调解员。2017 年 1 月新加坡出台了《调解法》,该法只适用于商事纠纷,内容翔实完备,为新加坡国际调解中心建设提供法律依据。<sup>③④</sup>

新加坡调解员制度的先进之处在于:首先, SIMI 认识到涉外调解的复杂性,在认证体系中将调解员处理跨文化和跨国界纠纷的能力列为首要考虑因素。经 SIMI 认证的新加坡商事调解员不仅能处理本国商事争议,还具有处理涉外商事争议的能力。其次, SIMI 的分级认证方法能展现调解员技能、经验的差异,也促进了调解员不断自我优化,提升能力。因为在常见的统一和一次性准入标准下,只要获得了调解员资格,调解过 1 个案件还是 100 个案件,当事人无从得知。调解业务依靠综合能力,尤其是调解员经验。当事人对调解员了解越充分,越有利于调解成功。而需要同时提交的当事人反馈书,又很好的避免了调解员为求“升级”而重“量”不重“质”。当律师担任调解员角色时,当事人的意见可以向律师行业协会投诉反馈,调解员所属机构也有权解雇违反职业道德标准的调解员。

2017 年新加坡国会还通过了《调解法案》。该法案也是新加坡为发展国际调解事业的配套举措之一。《调解法案》对调解程序和质量没有过多提及,但很多地方都提到了他们认可的调解员和被认可的调解机构,如经调解的和解协议登记为法院命令,对外国律师和调解员的资格有所放宽,实际上就是让调解员承担确保调解质量的责任。新修订的《新加坡法律职业法案》(The Legal Profession Act)也规定外籍调解员和外籍律师可以参加调解。在调解员方面,《调解法案》认证的调解员或由《调解法案》认证的调解机构中负责处理案件的调解员,不会受到《法律职业法案》规定的新加坡律师资格的限制。在调解代理问题上,修订后的《法律职业法案》还规定,外国律师可以作为代理人参与任何调解地点是新加坡的跨境协议相关的任何调解案件。<sup>③⑤</sup>这些举措都促进了新加坡调解的国际化发展,使得在跨境争议解决中,调解比诉讼更具吸引力。

## (二) 英国

英国有效争议解决中心(Center for Effective Dispute Resolution,即 CEDR)成立于 1990 年,目前是国际知名纠纷解决机构。2002 年英国大东电报局诉 IBM 案(Cable & Wireless Plc v. IBM United Kingdom Limited)中,双方在合同中约定了调解示范条款:若产生纠纷将努力通过 CEDR 推荐的替代争议解决程序解决,英国商业法庭对此就给予了

<sup>③④</sup> 齐树洁:《新加坡调解制度》,载《人民调解》2020 年第 4 期,第 60-62 页。

<sup>③⑤</sup> 《新加坡法律职业法案》(The Legal Profession Act)第 35B 条第(1)款。

认可。<sup>③⑥</sup>英国调查显示,商事调解促使当事人达成调解协议而不必进入诉讼程序,为当事人节省纠纷处理时间及诉讼费用,修复受损的关系,弥补失去的生产力。自1990年起,商事调解节约的纠纷解决成本达到220亿英镑。<sup>③⑦</sup>

目前CEDR登记在册的调解员约200名,主要擅长的纠纷领域为:合伙、保险、劳资、知识产权、商品销售、信托、遗嘱等。2003年起,CEDR开始主导英国国民商事调解市场,提供商事调解员技能培训。培训主要内容有:事实挖掘理论、程序技巧;建立当事人与调解员的信任;调解前准备工作,调解中处理当事人提出的方案,学习谈判技巧;针对案例轮流扮演角色。CEDR培训的第一步是基本技能。其次,由于CEDR意识到,调解员并非全能且精通所有领域,因此为调解员提供专门领域的训练。在CEDR调解员技能培训课程中有一项是需要调解员描述他们最常给予或最希望向当事人提供的建议,即如何改善自己在调解过程中的表现,并获得最佳效果。这项培训的目的在于强调调解员个人方法的差异,而是在于需要提供建议的那些领域。最后便是案例模拟。经过系统的培训并加以考核,各行各业的人士都可成为具有专业知识和调解技巧的调解员。在调解实践中,CEDR根据当事人的意见反馈,对调解员进行常态化技能培训和继续教育。这种模式推动了调解员专业化、职业化发展。

### (三) 法国

法国调解员的准入条件因调解领域不同而具有差异。1973年《共和国调解员法》是法国在调解领域的首部立法。20年之后,法国在刑事和解、民事调解、家庭调解、金融等多个领域相继设置了调解员,并制定了相应的法律。

法国规定调解员的一般形式要件有:第一,不得受过刑事司法处罚、不得被宣告丧失行为能力、不得是被法国司法档案第2号文件中列出的人员。第二,不得因损害他人名誉而受过纪律处分、行政处分、被禁止调解,或因行政处分、行业纪律处分而被除名、开除、撤销某些权利。<sup>③⑧</sup>第三,目前或以前的工作经验使得他们具有处理具体问题的相关技巧。第四,有能力证明自己接受过调解教育具备相关经验,并且具备在某一事件中进行调解的资格。第五,要确保其能够独立履行调解职能,并尊重当事人和争议的本质。其中,第三条和第四条根据具体的调解事项性质而定。如果涉及民间纠纷,则要着重于调解人员对民众共识的了解和对事情的敏感性;如果是专业领域,则着重于调解人员的受教育背景或经验,需要善于观察、分析当事人的专业心理,寻找当事人的和解契合点。

在法国,符合资格认证的要求并不代表可以持续担任调解员。为顺应调解职业化的发展趋势,确保调解人员的专业素质和能力,必须进行全面、持续的教育和培训。实践中,调解机构对调解员进行培训,其培训内容、培训周期、完成指标和费用各不相同。

<sup>③⑥</sup> 该案 Coleman 法官的论述如下:“……英国法院不应故作精明,强调对纠纷方面的论述有疑问因而不能强制执行。现在有一种清楚确定而发展完善的纠纷解决程序可供使用,其中涉及精湛的调解技巧和受过训练的调解员,该程序是专为和解设计”。Cable & Wireless Plc v. IBM United Kingdom Limited, BLR 89, 2003, p.92.

<sup>③⑦</sup> 蒋丽萍:《英国有效争议解决中心的调解机制及其借鉴》,《人民法院报》2017年9月22日,第08版。

<sup>③⑧</sup> 徐伟、杨华中、王承杰等编:《商事纠纷调解实务》,清华大学出版社2013年1月版,第81页。

大部分的培训课程提供40—50小时的基础培训,当调解员通过测试,完成实习任务后提供更加深入和专业的培训。训练内容有:主持商讨、倾听、复述、情态捕捉、谈判心理、归纳分析等。

除上述三国之外,澳大利亚有国家调解员认证委员会(National Mediator Accreditation Committee)负责调解员认证、培训和资格审查,确保调解员都符合国家标准。香港调解资历评审协会有限公司(Hong Kong Mediation Accreditation Association Limited,简称“HKMAAL”)也设定了调解员资历评审标准。<sup>③⑨</sup>

#### (四) 商事调解员资质的国际化认证

由于一些商界领袖公开表示能够胜任且受权威机构认可的国际调解员人才欠缺,<sup>④⑩</sup>国际调解协会(IMI)认为需要根据国际调解员资格、专业技能、机构认证、在其管辖范围内开展的跨国调解业务建立国内外调解员名册。调解员认证的国际化主要主要有四个方面:第一,单方面承认(他国)调解人员的资历;第二,相互承认某国或某国际机构的调解员标准;第三,仅认可他国调解员在本国取得的调解员资格;第四,制定调解员资格认证的国际标准。用户反馈和投诉制度是调解员职业化的核心。IMI率先提出了关于调解员资格的国际标准,旨在提供一个满足不同国家和地区的公私部门、服务供应商、组织的各种调解员认证需求的框架。IMI还设置了一套系统,定期收集顾客的反馈并对调解员实施同行审查。

## 五、我国商事调解员任职资格完善建议

调解是一项与其个人经验、能力、学识、人格魅力密切相关的实践。<sup>④⑪</sup>调解员的素质是调解员能力和权威的重要保证。早在2006年美国律师协会就指出不能依据单个机构的主观标准来判断调解员是否合格。<sup>④⑫</sup>高门槛的调解员资格能提高调解质量,但是随着人员素质的提升,调解的运作成本也会随之增加,这又一定程度上侵蚀调解的优势。因此,调解员资格制定必须做好权衡,不是越严越好、越统一越好,而应与社会发展相一致,顺应纠纷解决市场多元化的需求,遵循基本准则。其基本思路是:商业主体会按照自己的需求进行合理的选择。如果双方对调解程序和调解人员的选择性较高,则应当放宽对调解员的强制要求,否则反而损害调解的灵活性。若当事人无法选择或选择度较低时,为避免乱象,有必要制定统一标准。

<sup>③⑨</sup> *How to Become a Mediator*, 载 HKMAAL 官方网站, <http://www.hkmaal.org.hk/en/index.php>, 最后访问日期: 2022年4月2日。

<sup>④⑩</sup> Hong Kong Mediation Accreditation Association Limited, *How to Become a Mediator*, <http://www.hkmaal.org.hk/en/HowToBecomeAMediator.php>, last visited Apr.3, 2022.

<sup>④⑪</sup> 范愉:《纠纷解决的理论与实践》,清华大学出版社2007年版,第482页。

<sup>④⑫</sup> ABA Section of Dispute Resolution, *Final Report of Task Force on Improving Mediation Quality*, <http://www.abanet.org/dispute/Documents/FinalTaskForceMediation.pdf>, last visited Apr.3, 2022.

调解在我国历史悠久,有着广泛的群众基础,正确认识与发挥好我国民间调解的优势将有助于商事调解的迅速发展。2018年中央政法委、最高人民法院、司法部等六部委联合发布的《关于加强人民调解员队伍建设的意见》中对调解员的培养和评价与商事调解员的需求相差巨大,如对专业调解员的学历要求仅为大专以上。党的十八大之后,中央文件明确表明支持商事调解的发展,我国便出现了多种多样的商事调解实践,取得了一些进展,但制度设计缺乏导致的诸多问题也愈发凸显。我国目前各机构对商事调解员的任职资格规定各不相同,在离退休法官、律师或其他法律人员的工作经历方面,有些机构需要超过5年,有些则要求10年以上。一些机构还制订了详细的行为考察规则:有利益冲突,不能保证处理案件的充分时间和精力,不熟悉案件所涉及的领域等情况调解员应当主动不接受当事人的选定或调解中心的指定,但有些机构甚至没有制定和颁布具体的调解员守则。诸多机构对后续培训或没有明确规定,或在培训时长和内容上做不全面的设定。更或者即便有对调解员教育培训的规定也只集中在调解规则和调解程序等方面,与国际商事调解员具备的对经济技术知识、商业信息和商业文化的掌握能力、跨境沟通协调能力等相差巨大。鉴于《公约》下非机构调解员调解产生的调解协议也能在缔约国获得执行力,严重违反调解员准则的调解协议可能会被拒绝执行,以及商事调解的发展趋势要与国际接轨,我国应构建全国统一的法定商事调解员任职标准作为门槛。

从前述各国的规定看,调解员任职资格包含对专业知识的掌握和调解培训两部分。调解员自身专业知识储备并不与调解效率成正相关。例如美国侧重对调解权威和正当性的保障,“以中立性、了解实务和程序、倾听和理解的能力设定专业资格,比要求中立者用什么方法来达到这个标准(如学历)更为合适”。<sup>④③</sup>但前者显然需要做很多细致的工作,后者只需要进行简单确认即可。一些国际商事调解案例也显示出商事调解员不能仅靠理论知识,更多依赖于其日积月累的实践生活和工作经验。<sup>④④</sup>在英国,律师调解员在减少并不是因为律师对这个行业丧失兴趣,而是更多其他行业人才加入调解领域所致。

我国幅员辽阔,人口众多,地区发展很不均衡。我国当下要发展商事调解,制定法定调解员任职资格,既要与时代发展趋势一致,又要兼顾国情。

第一,我国需要建立商事调解员主体的任职资格、认证、管理和考核等制度。一方面,应当制订具有科学性和权威性的调解行为准则。调解工作能否取得成功,不仅要看专业能力、综合素质和职业道德水平,还要靠科学、权威的调解行为规范来保证。在《公约》中,可以拒绝提供执行救济的理由包括:对调解规则或调解员规则的严重违反。这里所说的规则,各大调解机构都有自己的规定,并不统一。如果没有一个具有权威性的指引,法院也无从采用统一的标准来判定是否违反,这对调解协议的执行是不利的。根据我国现实情况,在确保拥有充足理论知识、商事经验、调解技巧、完成调解培训、确保足够的从事调解工作时间的的前提下,我国商事调解员队伍在一段时间内仍会以知名学者教

<sup>④③</sup> 李德恩:《现代调解员角色:转换与规制》,载《法学论坛》2010年第6期,第46-50页。

<sup>④④</sup> 王源泉:《国际视野下商事调解员的素质及个人调解的作用》,载《商事仲裁与调解》2021年第4期,第83-97页。

授、退休法官、企业家、行业专家、律师为主。我国在短期内制定“商事调解法”来规范调解员的任职资格似乎难以实现,鉴于商事调解属于公共法律服务范围,可以由司法部推动出台“商事调解条例”进行规范,力求最终实现商事调解员的“市场化招募、制度化管、职业化运作”。行政法规“先行”来应对当前局面也可以为将来我国商事调解立法“投石问路”。另一方面,可以借鉴美国、新加坡等国家的法律规范,建立准入门槛以确保调解员的素质。调解人员资格鉴定的标准应该具有统一性和中立性,而不是由各个调解机构自行设定,自我审查。调解机构自行审查难以确保审查规范中立与否。我国可以通过司法机关或专门成立官方的商事调解协会或纠纷解决协会来制定统一的调解员认证标准,与国际上的商事调解制度接轨,也推动我国商事调解事业健康发展。还可以学习借鉴新加坡国际调解学会(SIMI)制定的调解员的认证标准,将资质认证分级别,并与调解员的不当行为相挂钩。律师本身就具备法律知识,可以保证调解工作的质量。但必须保证律师的中立和保密性,如果调解不成,律师必须对调解过程中所掌握信息保密,不能参加事后的仲裁、诉讼程序。为避免现有调解制度行政色彩过重的情况,调解员的认证需要发挥民间性,借助民间行业协会完成统一商事调解员认证机制建立。根据国内和国际商事调解的特征分层设置调解员规范。调解员的后续培训,可以参照英国的CEDR培训,并根据我国的实际情况,制定符合我国国情的商事调解员培养制度。

第二,根据国内和国外的实际需要,可以选择具有较高职业道德、社会责任感、熟悉商务、法律、外语等方面技能、熟悉不同国家风俗习惯,并能运用商业思维来解决问题、处理纠纷的人士建立起专职和兼职国际商事调解员人才库。这些调解员分布在调解机构、企业、协会、商会等社会团体及其它行业专业组织中,中外当事人可以从人才库中挑选所需的调解员,尊重当事人意思自治。<sup>④</sup>

商事调解依赖实践经验,法学教育也不能再只重理论,要加强对实践能力的培养。各法学院可以与诸如贸促会调解中心等商事调解实务部门协同发力,让学生参与实践,在法学教育阶段感悟商事调解的专业性,为商事调解人才培养注入长足动力。

## 结 语

我国最早将调解文化引入国际商事仲裁领域,并一直在国际层面推进国际商事调解,这从我国在《新加坡调解公约》制定时全程参与、积极响应并率先签署的实践中也彰明较著。《新加坡调解公约》出台后,国际和国内商事调解机构争相涌现。国际商事调解作为一种非对抗性纠纷解决方式,契合我国当今发展和对外交往的国策。但是,我

<sup>④</sup> CEDR 每两年对英国商事调解市场、调解员现状等开展一次调查并出具报告。根据对英格兰和威尔士商事调解市场的第九次调查报告显示,商事纠纷当事人和代理人越来越倾向于直接向其选定的调解员申请调解,而不通过调解机构指定。74%的案件都是如此。这一数据在2018年为70%,2014年为66%,2012年为71%,2010年为65%,2007年为60%,2005年为55%,2003年为45%。Graham Massie, *The Ninth Mediation Audit*, [https://www.cedr.com/wp-content/uploads/2021/05/CEDR\\_Audit-2021-lr.pdf](https://www.cedr.com/wp-content/uploads/2021/05/CEDR_Audit-2021-lr.pdf), last visited Apr.30, 2022.

国的商事调解行业还处于起步阶段,面临着许多现实问题。尽管我国调解事业的金字塔具备扎实的基础,但是要攀登的斜坡却非常陡峭。其中的重点工作便是培养能做且适格的调解员。任何行业的目标都是为了满足其服务的社会需求。商事调解目前已经成为一个重要的独立专业,而我们也缺少能够促进调解员个体进步的机制。机会吸引投机者。我们需要确定商事调解员资质的法定最低标准,至少给那些未经训练的投机者设置一些障碍。为了增强我国商事调解机构的国际吸引力、公信力、竞争力,制度化、规范化的商事调解员队伍建设势在必行。

---

**Abstract:** Commercial mediation, which is dominated by commercial thinking, is fundamentally different in nature from the current mediation system in China. Against the backdrop of the signing of the Singapore Convention on Mediation and the fact that China is vigorously promoting a pluralistic dispute resolution mechanism, the qualifications for commercial mediators should be distinguished from those for people's mediators in order to ensure the quality and legitimacy of commercial mediation while developing the cause of commercial mediation in China. The legal qualifications for commercial mediators are determined by the nature of commercial disputes. China needs to establish a system for the accreditation, management, and assessment of commercial mediators in terms of their professional knowledge and commercial experience and mediation training, so as to set a legal threshold for a standardized, institutionalized and professionalized team of commercial mediators, and to harmonize commercial mediation in China with social development and adapt to the diverse needs of the dispute resolution market.

**Keywords:** commercial mediator; qualifications; Singapore Convention on Mediation; International commercial disputes; commercial subject

---

( 责任编辑: 孙保国 )

# 《新加坡调解公约》下我国执行国际商事和解协议的衔接构建

张琳\*

---

**内容提要** 《新加坡调解公约》(下文简称《公约》)标志着跨境执行框架的重大革新。作为《公约》的首批缔约国之一,我国有善意履行《公约》的义务。出于成本效益的考量,我国应思考以何种现有制度为框架衔接《公约》。具体而言,我国面临的选择是:采用区分国内外和解协议的“双轨制”还是采用统一执行国内外和解协议的“单轨制”。本文先从“制度内容与《公约》的适配性”这一角度全面比较采用“单轨制”与“双轨制”的利弊;再从“司法实践与《公约》的匹配度”这一角度论证采用“双轨制”能更好地适应《公约》的适用范围——复杂的国际性商事争议;最后,本文从《纽约公约》落地我国的历史中得到启发,认为采用“双轨制”可以有效避免法律移植过程中的激进与仓促,从而能更好地促进我国商事调解制度的发展。基于采用“双轨制”这一前提,本文对整体法律制度与具体衔接点的构建提出了设想。

**关键词** 《新加坡调解公约》 国际和解协议 双轨制 制度构建

---

2019年8月7日,包括我国在内的46个国家在新加坡签署了《公约》。2020年9月12日,《公约》正式生效。由于我国已经签署了《公约》,根据“条约必须信守”的原则,我国有依约善意履行的义务。<sup>①</sup>从长远来看,制定一部统一的《商事调解法》已成为学界的共识,<sup>②</sup>但一部新法的诞生并非一项简单的工程,需要耗费大量的人力、财力与时间。鉴于此,根据成本效益理论,<sup>③</sup>在过渡期内较为合适的做法是调整现有的法律制度,以较低的立法成本达到衔接《公约》的目的。

---

\* 张琳,华东政法大学国际法硕士研究生。

① 参见李浩培:《条约法概论》,法律出版社2003年5月版,第272页。

② 持有此观点的学者有:张丽英:《〈新加坡调解公约〉的解读及中国商事调解制度的衔接》,载《商事仲裁与调解》2020年第2期,第3-17页;刘晓红、徐梓文:《〈新加坡公约〉与我国商事调解制度的对接》,载《法治社会》2020年第3期,第53-64页;唐琼琼:《〈新加坡调解公约〉背景下我国商事调解制度的完善》,载《上海大学学报(社会科学版)》2019年第4期,第116-129页等。

③ 该理论的核心要义是一项活动的收益必须大于其成本,追求利益的最大化。

## 一、我国现有和解协议执行机制分析

### （一）我国“和解协议执行实施规定”可适用于国际商事和解协议

《公约》第3条规定：“缔约国应按照本国的程序规则并根据本公约规定的条件执行和解协议，”也即《公约》只规定了和解协议的执行条件，执行的具体程序仍适用缔约国国内法的规定。

根据我国现有的法律制度，除管辖法院级别、裁定不予执行内部审查程序等因素外，国际商事争端的执行与国内商事争端的执行基本无异，如我国法院作出的涉外裁判与调解书，涉外仲裁机构作出的仲裁裁决与调解书，我国法院关于承认与执行的外国法院裁判与外国仲裁裁决的裁定，均以随机立案的方式分配至执行法官名下。只要当事人之间存在法定的生效文书，执行法院便可依据《民事诉讼法》《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》以及相关司法解释执行上述文书，而不区分该类文书是否涉外。在此基础上，执行中的程序，包括执行异议、执行和解、执行回转、执行中止和终结等，也均能适用。

因此，本文的关注点转向于和解协议执行实施前的国内规定（“和解协议执行启动程序”）是否能与《公约》对接。

### （二）我国“和解协议执行启动程序”与《公约》的对接问题

#### 1. 我国和解协议执行启动程序梳理

在民商事调解领域，当前我国的法律法规体系形成了以《人民调解法》为重点，商会调解、律师调解、人民法院民事调解等共同发展的局面。<sup>④</sup>目前，我国共有四种和解协议执行启动途径：

第一，和解协议作出后，当事人可以向人民法院申请进行司法确认。当一方当事人拒绝履行或者未完全履行其义务时，另一方当事人可以向人民法院申请强制执行。

第二，经人民法院主持或者经其委托的调解机构调解达成的和解协议（委托调解），在转化为司法调解书后，具有强制执行力。

第三，经仲裁庭主持达成的和解协议或在达成和解协议后向仲裁庭申请仲裁的，仲裁庭可以依据和解协议内容制成仲裁裁决或调解书，当事人可据此向法院申请执行。

第四，可以将和解协议视为民事合同的一种。当一方当事人拒绝履行或者未完全履行其义务时，另一方当事人可以依据《民法典》第577条（违约责任条款）起诉。若协议中包含金钱或有价证券的部分，当事人也可通过申请支付令或者通过强制执行公证程序达到执行效果。

<sup>④</sup> 《人民调解法》，主席令第34号，2010年8月28日发布；《最高人民法院关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》，法发[2009]45号，2009年7月24日发布；《关于发挥商会调解优势推进民营经济领域纠纷多元化解机制建设的意见》，法[2019]11号，2019年1月14日发布等法律文件。

## 2. “双轨制”与“单轨制”之争

实质上,对于上述四种和解协议执行启动程序,在与《公约》对接这一问题上,真正能纳入考虑范围的是第一种司法确认途径。这是因为,根据《公约》第1条第3款,《公约》不适用于已被转换为可执行的法院判决或仲裁裁决的国际和解协议。在上述第二与第三种途径中,和解协议的性质发生了转变从而不再适用于《公约》。而在上述第四种途径中,和解协议已被当作一般的合同而不再凸显其作为和解协议的特性,因此,也不会存在“和解协议”的执行对接问题。

鉴于此,当前我国学术界确实有一部分学者如张丽英、梁修齐等认为,对接《公约》的主轨道设计,应当适用我国的司法确认机制,即尽管两者在审查规则、审查标准上有所区别,但仍可适用统一的程序执行国内外商事和解协议(“单轨制”)。<sup>⑤</sup>但另一部分学者则主张采用区分程序执行国内外商事和解协议,如李戈、宋连斌等,具体而言,便是参照外国仲裁裁决在我国的承认与执行程序(“双轨制”)。<sup>⑥</sup>

在下文中,笔者将从“机制内容与《公约》的适配性”、“机制司法实践与《公约》的匹配度”与“《纽约公约》落地我国历史过程的启示”三个角度来分析采用“单轨制”与“双轨制”的利弊,以论证我国应当适用“双轨制”作为和解协议执行启动程序的主轨道。

## 二、采用“单轨制”与“双轨制”的利弊比较

### (一) 机制内容与《公约》的适配性

#### 1. 执行模式的适配性

《公约》创新性地设立了和解协议“直接执行”机制,意味着只要满足《公约》的适用条件,和解协议则可被推定为具有执行力。但需要注意的是,直接执行机制并不意味着不容分说地径行执行,其不排斥《公约》规定的初步审查程序,也即审查和解协议是否具备调解性、国际性、商事性与独立性这四个特征。

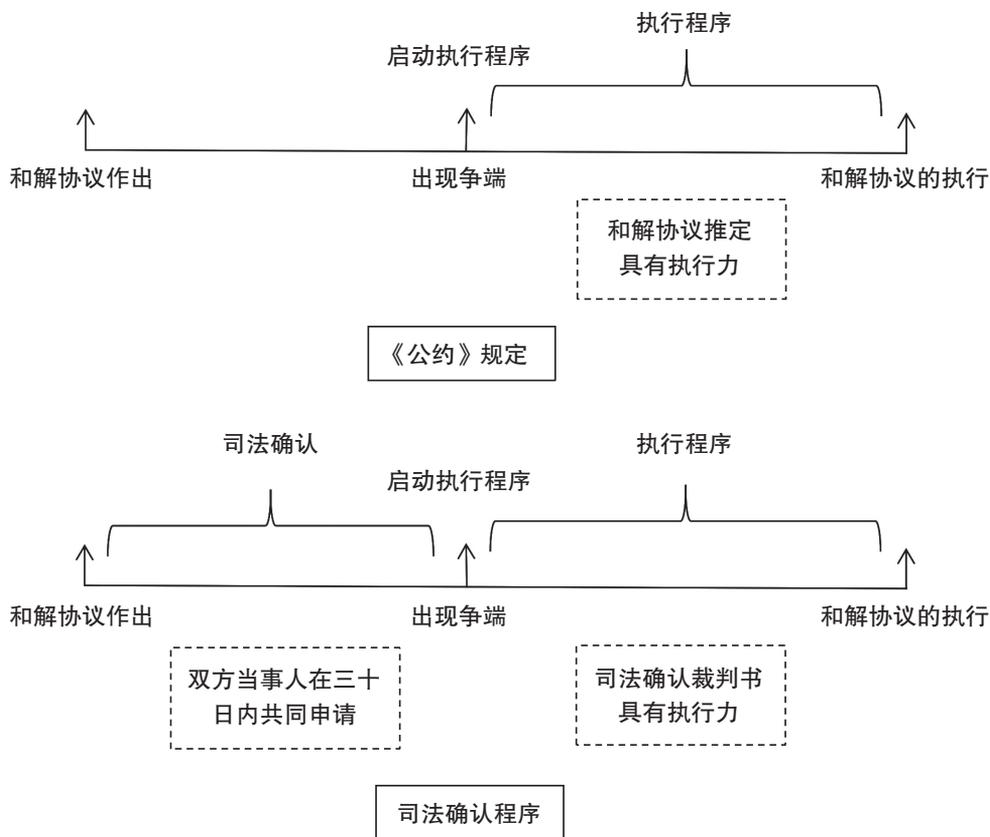
笔者将《公约》的直接执行机制与我国的司法确认机制进行比较,发现如下不匹配之处(详见图一):

在启动程序上,司法确认机制的启动需要双方当事人的共同配合,在自和解协议生效之日起三十日内,向调解组织所在地的基层法院提出启动申请;在启动前提上,司法确认机制的启动并不需要当事人因履行和解协议产生争议作为前提,反而是在无争议的情

<sup>⑤</sup> 张丽英:《〈新加坡调解公约〉的解读及中国商事调解制度的衔接》,载《商事仲裁与调解》2020年第2期,第3-17页。  
梁修齐:《我国调解制度与〈新加坡调解公约〉的衔接问题初探》,载《东南司法评论》2019年第1期,第480-489页。

<sup>⑥</sup> 李戈:《国际和解协议执行审查制度的构建——以〈新加坡调解公约〉的签署为背景》,《人民法院报》2020年8月21日,第6版。宋连斌、胥燕然:《我国商事调解协议的执行力问题研究——以〈新加坡公约〉生效为背景》,载《西北大学学报(哲学社会科学版)》2021年第1期,第21-32页。

形下,通过确认当事人之间的权利义务状态以发挥威慑功能。<sup>⑦</sup>在机制结果上,司法确认程序并没有赋予和解协议执行力。具有执行名义的是法院作出的司法确认书,而非和解协议本身。<sup>⑧</sup>



图一

反观我国承认与执行外国仲裁裁决的程序,在上述方面均不存在与《公约》不适配的问题(表一):

表一

外国仲裁裁决的承认与执行	
启动程序	无需双方当事人在限定时间内共同申请
启动前提	启动的前提是双方当事人就裁决的履行产生争议
机制结果	具有执行力的是裁决本身

<sup>⑦</sup> 戴欣媛:《〈新加坡调解公约〉下中国执行国际商事和解协议路径探索》,载《国际经济法论刊》2020年第4期,第42页;潘剑锋:《民法法修订背景下对“诉调对接”机制的思考》,载《当代法学》2013年第3期,第104页。

<sup>⑧</sup> 周翠:《司法确认程序之探讨——对〈民事诉讼法〉第194-195条的解释》,载《当代法学》2014年第2期,第88页。

## 2. 调解主体的适配性

《公约》第1条明确规定和解协议必须经调解产生。根据《公约》，调解是指“经一名或者几名第三人（调解员）的协助，在调解员无权对争议当事人强加解决办法的情况下，当事人设法友好解决其争议的过程”。

但在调解主体这一层面，司法确认机制与《公约》存在难以调和的不适配性。《公约》制定工作组重申，调解过程不必限定于是“有安排的或有组织的”，<sup>⑨</sup>《公约》既允许个人调解，也允许机构调解。相反，我国的司法确认机制是建立在对非诉调解组织的基本信任基础之上的。<sup>⑩</sup>我国法律规定，调解协议必须经由第三方调解组织主持作出，个人调解不被承认<sup>⑪</sup>。在实践中一些看似是个人调解的情形，如个人调解工作室制度，律师调解制度等都不等同于个人调解。前者的本质仍为以人民调解员姓名或特有命名设立的调解组织，<sup>⑫</sup>且在工作时必须遵守《人民调解法》的各项规定；后者则依托相关的律师调解组织，由该组织背书并制定律师调解员名册。<sup>⑬</sup>

相比较而言，我国承认与执行非由仲裁机构作出的外国仲裁裁决。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第545条，对临时仲裁庭在中华人民共和国领域外作出的仲裁裁决，一方当事人向人民法院申请承认和执行的，人民法院受理后应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则办理。临时仲裁是指将争议提交给一位或者多位仲裁员解决，而无需监管机构监督，<sup>⑭</sup>因此可将其理解为对标“个人调解”的“个人仲裁”形式。

## 3. 申请文件要求的适配性

为了增强国际商事和解协议的跨境流动，减少执行障碍，《公约》设置了最低的灵活的应用文件要求。<sup>⑮</sup>根据《公约》第4条第1款的规定，申请执行人应当提交的文件有：第一，由各方当事人签署的和解协议；第二，显示和解协议产生于调解的证据，如：（1）调解员在和解协议上签字；（2）调解员签署的表明进行了调解的文件；（3）在无前述文件的情况下，执行机关接受的其他任何证据，如当事人支付给调解机构款项的证明等。<sup>⑯</sup>

相较于《公约》宽松的文件要求，司法确认机制中的文件递交要求较为严苛。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第354条，申请执行人应当向人民法院提交和解协议、调解组织主持调解的证明，以及与和解协议相关的财产权利证明等材料，并提供双方当事人的身份、住所、联系方式等基本信息。可以看出，

⑨ 转引自赵平：《论多元化纠纷解决机制下的〈新加坡调解公约〉》，载《经贸法律评论》2019年第6期，第50页。

⑩ 人民法院出版社编：《司法解释理解与适用全集 民事诉讼卷2》，人民法院出版社2018年7月版，第1295页。

⑪ 同上。

⑫ 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165页。

⑬ 刘敬东主编：《〈新加坡调解公约〉批准与实施机制研究》，中国社会科学出版社2021年5月版，第100页。

⑭ [美]加里·B·博恩：《国际仲裁：法律与实践》，商务印书馆2015年10月版，第38页。

⑮ Natalie Y. Morris-Sharma, *The Singapore Convention: A Milestone for Mediation*, BCDR International Arbitration Review, 2019, Vol.6:2, p.273.

⑯ 陶南颖：《〈新加坡调解公约〉之简析》，载《东南司法评论》2019年第1期，第464页。

司法确认机制中的文件递交要求不仅复杂,一些要求,如必须提供调解组织主持调解的证明,甚至可能与《公约》产生矛盾(《公约》允许个人调解的存在)。相反,在申请承认与执行外国仲裁裁决时,根据《纽约公约》第4条,申请人只需要递交两方面的文件:第一,裁决与仲裁协议的认证或证明;第二,裁决的翻译。该规定凸显出《纽约公约》中执行要求简单化的精神。<sup>⑰</sup>三者对比见表二。

表二

	《公约》	承认与执行外国仲裁裁决	司法确认机制
模式	宽松、灵活	简单化	严苛
文件类型	由各方当事人签署的和解协议	仲裁协议正本或经正式核对的副本(若不是用中文作成,需要提交中文译文)	和解协议
	显示和解协议产生于调解的证据	经正式认证的裁决正本或经正式核对的副本(若不是用中文作成,需要提交中文译文)	调解组织主持调解的证明
			与调解协议相关的财产权利证明
			双方当事人的身份、住所、联系方式等基本信息

## (二) 司法实践与《公约》的匹配度

1986年12月2日,我国决定加入《纽约公约》,最高人民法院于1987年4月10日发布《关于执行我国加入的〈承认与执行外国仲裁裁决公约〉的通知》,该通知在实质效果上等同于《纽约公约》的実施法。<sup>⑱</sup>笔者以上海市申请承认与执行外国仲裁裁决案件为分析基础,从2017年至今的五年内,上海市共受理申请承认与执行外国仲裁裁决案件18件,其中裁定准予承认与执行仲裁裁决的案件有10件,不予承认与执行仲裁裁决的有1件,准予当事人撤回申请的有6件,准予当事人申请财产保全的有1件。<sup>⑲</sup>18件案例均由中级人民法院管辖(上海海事法院与上海市第一中级人民法院)。除海商事案件外,其他案件均由商事审判庭的涉外商事合议庭审理,且在审理过程中,多有质证、认证环节,合议庭也会采用如组织当事人进行询问等听证方式进行审查。裁定作出的法律依据为《中华人民共和国民事诉讼法》第283条和《纽约公约》的相关条文。在准予承认与执行外国仲裁裁决的案件中,裁决结论部分的表述通常为“承认/承认和执行\*\*\*仲裁机构/仲裁庭所作的\*\*\*号仲裁裁决”,或“承认/承认和执行\*\*\*仲裁机构/仲裁庭针对申请人\*\*\*与\*\*\*的仲裁裁决”。在裁定承认和执行外国仲裁裁决后,合议

<sup>⑰</sup> 刘晓红、袁发强:《国际商事仲裁》,北京大学出版社2010年1月版,第331页。

<sup>⑱</sup> 丁伟主编:《国际私法学》,上海人民出版社、北京大学出版社2013年7月版,第543、552页。

<sup>⑲</sup> 数据来源于中国裁判文书网。

庭会将民事裁定书及相关材料移送立案庭进行执行立案,之后便进入到执行程序。而在不予承认和执行外国仲裁裁决的案件中,根据《关于仲裁司法审查案件报核问题的有关规定》,对于申请承认与执行外国仲裁裁决的案件,如受理法院裁定不予承认和执行的,应报请本辖区所属高级法院进行审查,若高级法院同意,再将其审查意见报最高人民法院。待最高人民法院核准后,受理法院方可裁定拒绝承认和执行该外国仲裁裁决。

与此相对照,笔者对上海市申请司法确认和解协议的案件进行分析。<sup>②</sup>2021年以来,相关案件共142件,分析后发现:在申请主体类型上,绝大部分申请双方均为自然人;其次是一方为自然人、另一方为法人或者其他组织;最后是双方均为法人或者其他组织。在案件所涉纠纷类型上,大部分案件所涉纠纷归属于传统民事领域,如医疗损害赔偿纠纷、身体权损害赔偿纠纷、服务合同纠纷、民间借贷合同纠纷等,承办的法官也主要分布在民事审判庭。在管辖法院上与审判组织类型上,案件多由基层人民法院进行独任制审理。

通过对比可以看出(见表三),司法确认制度具有基层性、简单性的特点,相反,承认与执行外国仲裁裁决制度更具国际性与复杂性,更能在司法实践上与《公约》适配。

表三

承认与执行外国仲裁裁决程序、司法确认与《公约》的适配性		
	承认与执行外国仲裁裁决	司法确认
管辖法院级别	中级人民法院	基层人民法院
承办部门	商事审判庭	民事审判庭
审判组织类型	合议庭	独任制
涉及争议类型	商事案件	传统民事案件
审查形式	组织当事人询问、质证等	书面审查
审理方式	一审终审(核报制)	一审终审
程序特征	国际性、复杂性较为明显,与《公约》的适配程序高	基层性、简单性较为明显,与《公约》的适配程度低

### (三)《纽约公约》落地我国历史过程的启示

对于“单轨制”与“双轨制”的选择,不妨借鉴《纽约公约》在我国落地生效的经验。

我国于1986年加入《纽约公约》,1987年该公约对我国生效。1995年,《中华人民共和国仲裁法》在我国开始实施,该法取《纽约公约》和《UNCITRAL国际商事仲裁示范法》之长并充分考虑到我国国情。之后,最高人民法院分别在1995年、1998年和2002年发布关于涉外与外国仲裁裁决案件的司法解释,使得相关的规定更加详细。从

<sup>②</sup> 数据来源于中国裁判文书网。

最初到如今,一方面是我国根据国情,采取了“内外有别”的做法(双轨制),对涉外与外国仲裁裁决给予了超国民待遇;另一方面则是我国的仲裁法律制度也在同步进行着变革,相关规则与标准逐步向国际化靠拢。如今,在国内仲裁法律制度已具有一定成熟度的前提下,借着《仲裁法》大修的契机呼吁将双轨制转变为单轨制的声音日益加大。由此可以看出,虽然迈向国际化的最终结果十分重要,但在法律移植的过程中,应当避免激进与草率,采取逐步趋同的方式更能适应我国现实情况。<sup>①</sup>将《纽约公约》落地的经验应用到《公约》中也是如此。《公约》考虑到各国的需求,集合了不同的想法,在很多地方体现了极强的创新性。<sup>②</sup>但与此同时,《公约》背后所体现的成熟的商业习惯与我国传统文化上重民间化、行政化的调解理念差异较大。<sup>③</sup>此外,在很多《公约》涉及的事项上,如调解员守则等,我国也没有相关的法律基础。因此,先采用“双轨制”可以为我国商事调解制度的发展争取暂时的缓冲,等我国相关制度逐步发展起来后再考虑进行“并轨”。

### 三、“双轨制”下我国执行国际商事和解协议的衔接构建

#### (一) 总体法律制度的构建

总结上文,我国应当采用“双轨制”的模式来处理国际商事和解协议的执行问题,因此在整体法律制度的构建上,可以参考我国承认与执行外国仲裁裁决的法律范式,在《民事诉讼法》第283条后增加:国际和解协议需要在中华人民共和国人民法院执行的,应当由当事人直接向被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院申请,人民法院应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约办理。

采用“双轨制”意味着对于国际商事和解协议的执行,不再需要通过司法确认程序明确其效力。申请方只需提交《公约》所规定的申请文件,证明和解协议具有国际性、商事性、调解性与独立性,则该和解协议即被视为具有执行力,除非被申请人根据《公约》第5条第1款所列的理由提出抗辩,或法院认为和解协议违反第5条第2款。此外,一如我国在施行《纽约公约》过程中的做法,最高人民法院还应制定司法解释就审查机关、审查内容、审查程序等一系列事项作出规定,以明确国际商事和解协议在我国的执行程序。

#### (二) 具体衔接点的调整

##### 1. 审查机关的规定

对于法院地的选择,可以参考《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》的规定:(1)被执行人为自然人的,为其户籍所在地或者住所地;(2)被

<sup>①</sup> 刘晓红、冯硕:《改革开放40年来中国涉外仲裁法律制度发展的历程、理念与方向》,载《国际法研究》2019年第6期,第118页。

<sup>②</sup> 安娜·乔斌·布莱特、刘雅施:《联合国国际贸易法委员会在国际商事调解中的法律创新》,载《商事仲裁与调解》2020年第2期,第16页。

<sup>③</sup> 宋连斌、胥燕然:《我国商事调解协议的执行力问题研究——以〈新加坡公约〉生效为背景》,载《西北大学学报(哲学社会科学版)》2021年第1期,第30页。

执行人为法人的,为其主要办事机构所在地;(3)被执行人在中国无居所或者主要办事机构,但有财产在中国境内的,为其财产所在地。这一做法也符合《公约》不强调“调解地”概念的特征。对于管辖法院的级别,我国批准《纽约公约》已逾三十年,中级人民法院已在执行外国仲裁裁决的实践中积累了相当多的涉外执行经验,出于法律适用的统一性与稳定性的考虑,由中级人民法院承担国际商事和解协议执行程序中的审查义务是较为合理的,具体的安排可参照《最高人民法院关于仲裁司法审查案件归口办理有关问题的通知》的相关规定,由人民法院审理涉外商事案件的审判庭(合议庭)作为专门业务庭审查国际商事和解协议。<sup>②4</sup>

## 2. 拒绝执行事由的规定

在拒绝执行国际商事和解协议的事由上,笔者认为:

首先,《公约》规定的拒绝执行事项与我国法律的规定并不完全重合,鉴于《公约》不允许缔约国提出更高的审查要求,<sup>②5</sup>且相较于我国的规定,《公约》列举事项更为详细,因此,应当以《公约》规定的拒绝执行事由为框架。

其次,为了使得《公约》在初期能够得到更多国家的通过与批准,缔约工作组特意将某些条款模糊化以增强《公约》的灵活性,所以在衔接《公约》的过程中,最高人民法院需要以司法解释的方式明确与细化这些模糊条款以便法院适用,如对于“调解员严重违反调解员或调解准则”这一抗辩事由,要解释何为“严重违反”?如何证明这些违反行为的存在?调解员是否需要出庭解释等等。<sup>②6</sup>

最后,由于《公约》的拒绝执行事由主要参照了《纽约公约》的规定,而我国已经在承认和执行外国仲裁裁决上积累了非常丰富的实操经验,所以不妨以此作为借鉴对象来安排国际商事和解协议的执行方案。例如《公约》第5条第1款c项规定,当国际商事和解协议中规定的义务不清楚或无法理解时,执行机关可拒绝执行,但《公约》未解释何为“不清楚或无法理解”。此时便可参考最高法院发布的《最高人民法院关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》第3条,其中列出了判断仲裁裁决或调解书是否不明确、不具体的情形。<sup>②7</sup>

## 3. 执行程序的规定

国际商事和解协议的执行应采取“审查与执行分离”的模式,有管辖权的人民法院接到当事人的申请后,其涉外庭应先对和解协议进行形式审查,包括四类审查事项(详

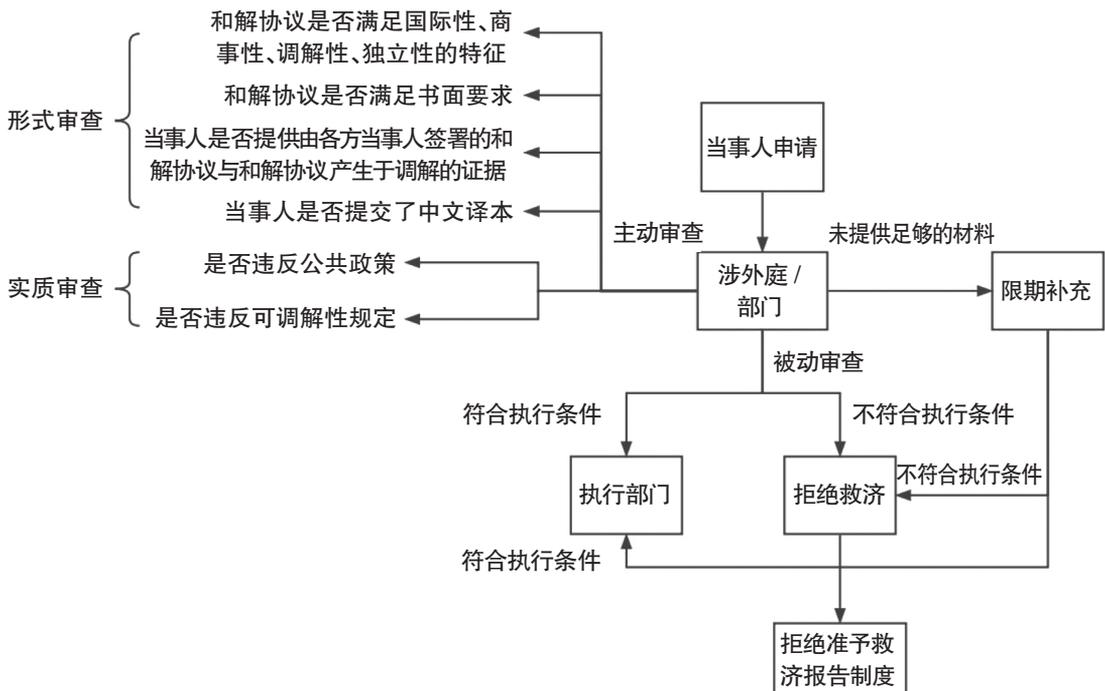
<sup>②4</sup> 刘晓红、徐梓文:《〈新加坡公约〉与我国商事调解制度的对接》,载《法治社会》2020年第4期,第61页。

<sup>②5</sup> 张冰:《〈新加坡调解公约〉背景下我国法院执行国际商事和解协议的路径探索》,载《商事仲裁与调解》2021年第5期,第35页。

<sup>②6</sup> 赵云:《〈新加坡调解公约〉:新版〈纽约公约〉下国际商事调解的未来发展》,载《地方立法研究》2020年第3期,第84页。

<sup>②7</sup> 《最高人民法院关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》第3条规定:“仲裁裁决或者仲裁调解书执行内容具有下列情形之一导致无法执行的,人民法院可以裁定驳回执行申请……(一)权利义务主体不明确;(二)金钱给付具体数额不明确或者计算方法不明确导致无法计算出具体数额;(三)交付的特定物不明确或者无法确定;(四)行为履行的标准、对象、范围不明确;仲裁裁决或者仲裁调解书仅确定继续履行合同,但对继续履行的权利义务,以及履行的方式、期限等具体内容不明确,导致无法执行的,依照前款规定处理。”

情见图二)。审查机关若发现当事人没有提供足够的材料,可以责令其限期内补充。在形式审查后,审查机关还可主动审查和解协议是否违反公共政策与国内法有关可调解性的规定。如果认为无违反且被执行人没有根据《公约》第5条第1款提出抗辩,则执行机关应当准予救济并交由执行部门进行强制执行,否则应当裁定拒绝执行。执行程序可参照《最高人民法院关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》处理。此外,为了最大程度上防止司法滥用、保障国际商事和解协议的可执行性,还应参考外国仲裁裁决在我国的承认与执行机制,引入拒绝准予救济的报告制度。<sup>⑧</sup> 具体流程见图二。



图二

#### 四、总结

一直以来,我国都始终致力于国际规则的制定,在此次《公约》的起草过程中也是如此。我国代表团全程参与《公约》的制定并积极发声,彰显出我国改革现行调解制度的决心。我国签署《公约》后,便具有善意履约的义务,应主动尽快做出行动以保障《公约》的顺利落地。虽然制定一部统一的商事调解法在学界已成共识,但显然,一部新法的诞生并非易事。根据成本效益理论,在过渡期内较为合适的做法是调整现有的法律制度,以较低的立法成本达到衔接《公约》的目的,但从而也引发了应适用“单轨制”抑或“双轨制”作为衔接主轨道的问题。

<sup>⑧</sup> 刘敬东主编:《〈新加坡调解公约〉批准与实施机制研究》,中国社会科学出版社2021年5月版,第108页。

通过分析,若采用“单轨制”,也即以司法确认的模式统一执行国内外商事和解协议,会在执行模式、调解主体、申请文件要求等方面与《公约》产生难以协调之处,而若采用“双轨制”,也即参照承认与执行外国仲裁裁决的经验区分国内外商事和解协议的执行,以上冲突之处都可以避免。此外,通过研究相关的裁判文书,从司法实践的角度来看,采用“双轨制”可以更好地处理复杂性的国际商事争端,从而更能适应《公约》的适用范围。最后,检视《纽约公约》在我国落地的经验,采用“双轨制”能够为我国商事调解制度的发展争取暂时的缓冲,等相关制度逐步发展起来后再考虑“并轨”可以避免法律移植过程中的激进。

在确定采用“双轨制”模式的基础上,本文提出总体制度与具体衔接点的法律制度设计构想。在总体制度上,本文建议在《民事诉讼法》第283条后增加关于国际商事和解协议执行的内容。在具体衔接点上,本文认为最高人民法院应当在审查机关、拒绝执行事由与执行程序等方面作出更加深入详细的规定。

---

**Abstract:** The Singapore Convention on Mediation (hereinafter referred to as the Convention) marks a significant innovation in the cross-border enforcement framework. As one of the first States Parties to the Convention, China has an obligation to implement the Convention in good faith. For reasons of cost-effectiveness, we should consider what existing regime should be used as a framework to interface with the Convention. Specifically, China is faced with the choice between a 'dual-track' system that distinguishes between domestic and international settlement agreements, or a 'single-track' system that unifies the implementation of domestic and international settlement agreements. This article begins with a comprehensive comparison of the advantages and disadvantages of adopting a 'single-track' system and a 'dual-track' system from the perspective of the "compatibility of the content of the system with the Convention". Then, from the perspective of the "compatibility of judicial practice with the Convention", the paper argues that the adoption of a 'dual-track' system can be better adapted to the scope of application of the Convention-complex international commercial disputes. Finally, the paper draws inspiration from the history of the New York Convention in China and argues that the adoption of the 'dual-track' system can effectively avoid the radical and hasty transplantation of the law and thus better facilitate the development of the commercial mediation system in China. Based on the premise of adopting a 'dual-track' system, this article proposes a vision for the construction of the overall legal system and the specific interface points.

**Keywords:** Singapore Convention on Mediation; international settlement agreement; cross-border enforcement; construction of settlement agreement enforcement system

---

(责任编辑:孙保国)

# 评 EDF 服务有限公司诉罗马尼亚仲裁案

中国贸促会法律部编 本篇作者时界\*

---

**内容提要** 公平公正待遇标准如何定义、其中要素如何断定一直是国际投资仲裁实践中较为热门的话题,其内涵边界的广阔性也导致该标准有演变为“帝王条款”之势。但边界广阔并不意味着标准可以随意运用及解释,公平公正待遇标准所含要素,尤其是合法、合理期待有其适用限制,不应阻碍东道国正常规制其经济生活的权力。对上述问题 EDF 服务有限公司诉罗马尼亚仲裁案仲裁庭作出了较为有信服力的阐述,为后续的仲裁实践提供了优良范本。本文分别对 EDF 服务有限公司诉罗马尼亚仲裁案裁决书案件事实、主要法律争议予以展示,并在此基础上作出简要分析。

**关键词** 国际投资仲裁 公平公正待遇 合法合理期待 归责问题

---

国际投资法的学理研究抑或相关仲裁案例的争辩,针对公平公正待遇标准的探讨经久不绝。其中一个重要原因在于其真正的内涵不明晰,任何人对其作出任一定论都可能带来争议。从表象上看,公平公正待遇标准具备宽泛应用场景,对于东道国的行为要求可能更为严格,也因此诸多投资仲裁案件中为投资人所引用。但倘若如此简单适用公平公正待遇标准,实质上将阻碍东道国正常行使规制权力、违反正常经济生活的更迭特性。在 EDF 服务有限公司诉罗马尼亚仲裁案中,仲裁庭从公平公正待遇标准的构成要素入手,对其可适用的边界予以界定。本文则首先对本案案件事实进行简要概括,其次就案件中主要法律争议予以提取,最后就本案仲裁庭的分析及其影响略微着笔。

## 一、案件事实

### (一) 投资事实

本案申请人 EDF 公司在罗马尼亚(即被申请人)境内投资是为了与被申请人控制的实体共同参股两家合资公司——E.D.F. ASRO S.R.L.(以下简称“ASRO 公司”)及

---

\* 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。本文由中国政法大学中欧法学院硕士研究生时界编写,中国贸促会法律部舒寰、陈怀生,中国贸促会商法中心周全审核。

SKY SERVICES (ROMANIA) S.R.L. (以下简称“SKY公司”)。之后,申请人分别于1992年1月28日和1995年4月17日获得被申请人开发署(Romanian Development Agency)颁发的两家合资公司的投资者证书,以证明申请人为两家公司的外国投资者。

1991年11月20日,EDF公司,C.N. Bucarest Aeroport Otopeni(C.N.布加勒斯特奥托佩尼机场,简称“AIBO公司”或“奥托佩尼机场”)与罗马尼亚国有资产基金控制的国有企业C.N. Casrom S.A(以下简称“CASROM公司”)签订了成立ASRO公司的合资合同(以下简称《ASRO合同》)。ASRO公司主要从事机场商业服务,包括机场免税业务。《ASRO合同》第7条规定,ASRO公司的初始存续期限为10年,该条款同时规定,该期限“经公司大会同意可再延长10年”。合同第19条规定,合资方AIBO公司需向ASRO公司独家提供“奥托佩尼机场周边所有区域的所有商业和零售网点”,作为交换,ASRO公司将根据单独的合同向AIBO公司支付租金。根据《ASRO合同》第8条,EDF公司出资51万美元,换取ASRO公司68%的股权。AIBO公司和CASROM公司分别以实物出资,换取ASRO公司5%和27%的股权。经过股权买卖后,截至2000年7月5日,EDF公司持有ASRO公司73%的股份,而罗马尼亚国家航空公司(以下简称“TAROM公司”)和AIBO公司分别持有22%和5%的股份。

1994年12月19日,TAROM公司和前CASROM公司经理Ion Staicu先生签订了成立SKY公司的合资合同(以下简称《SKY合同》)SKY公司的主要营业内容为,在合资方之一TAROM公司的飞机上提供机上免税服务。其他营业内容包括机场运输服务以及在奥托佩尼机场建造和运营一家中转酒店。SKY公司为酒店项目购买了土地,然而该项目实际并未实施。《SKY合同》第2条规定,SKY公司的初始存续期限为15年,经合伙人大会决定可延长期限。

## (二) 被诉行为

针对ASRO公司的行为:

1995年1月20日,ASRO公司与JARO International S.A.签订协议,在康斯坦塔国际机场提供免税服务。1996年4月3日,ASRO公司与康斯坦塔国际机场管理局进一步签订合资协议,该协议允许ASRO公司在该机场经营期限至少为15年的全种类商业服务。

1997年10月,ASRO公司在蒂米斯瓦拉国际机场开设了一家免税店。

2002年1月17日,合资方AIBO公司和TAROM公司同意从ASRO公司撤资,从而令EDF公司成为ASRO公司的唯一股东。EDF公司随后试图行使其权利无限期延长ASRO公司的存续期限(当时已过期),寻求继续在奥托佩尼机场运营。

2002年3月27日,ASRO公司与AIBO公司签订的租赁协议到期后,ASRO公司不得不离开其机场的经营基地。

2002年9月5日,被申请人通过了第104号政府紧急法令(以下简称“GEO 104”),旨在管理机场内的免税业务。结果,ASRO公司的免税许可证被吊销(距离其康斯坦塔机场免税许可证到期还剩三年多)。GEO 104导致ASRO公司在康斯坦塔和蒂米斯瓦

拉机场的免税业务关闭,且不得继续其在奥托佩尼机场的免税业务。随后, AIBO 公司开始拍卖机场所有可用的商业空间。

2002 年 11 月 26 日,被申请人财政监管部门对 ASRO 公司处以罚款并没收资产, ASRO 公司随后于 2004 年 9 月 9 日被宣布破产。鉴于财政监管部门拒绝取消罚款, ASRO 公司不得不提出仲裁。

针对 SKY 公司的行为:

1997 年 5 月至 2002 年 11 月, SKY 公司在 TAROM 公司的飞机上提供机上免税服务。GEO 104 生效后, SKY 公司和 TAROM 公司分别于 2002 年 12 月 12 日和 2002 年 12 月 20 日获得新的免税许可证。2002 年 11 月 25 日, TAROM 公司终止了与 SKY 公司的服务协议,拒绝 SKY 公司继续使用其飞机,并自行接管了飞机上的免税业务。2005 年 7 月 1 日,布加勒斯特法庭批准了 TAROM 公司退出 SKY 公司的请求, EDF 公司随后成为 SKY 公司的唯一股东。

申请人主张被申请人的行为违反了 1995 年 7 月 13 日签订的罗马尼亚 - 英国双边投资协定(罗 - 英 BIT),被申请人未给予其投资以保护,并要求其予以赔偿。

### (三) 程序时间轴

- 2005 年 6 月 14 日,国际投资争端解决中心(ICSID)从 EDF 公司处收到了仲裁请求。
- 2005 年 6 月 15 日, ICSID 根据《ICSID 调解和仲裁程序规则》(the ICSID Rules of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings)第 5 条,确认收到请求并向被申请人转交了一份副本,并将一份副本送交其驻华盛顿特区大使馆。
- 2005 年 12 月 20 日,代理秘书长告知各方仲裁庭组成,根据 ICSID 仲裁规则第 6 条第(1)款,程序已于当日开始。
- 2006 年 2 月 6 日,仲裁庭在华盛顿世界银行总部第一次开庭,确定了各方面程序。
- 2006 年 4 月 11 日,基于双方的请求与意见,仲裁庭将时间表予以修订。
- 2006 年 6 月 6 日,申请人提交了其意见书。
- 2006 年 7 月 11 日至 2008 年 5 月 2 日,双方在提交文件、采纳证据等问题上进行多次交涉,对于后续意见书与答复的提交同样多次申请延期并得到仲裁庭的同意。仲裁庭也邀请双方提出新的开庭日期。
- 2006 年 10 月 11 日,被申请人提交了答辩意见书。
- 2007 年 7 月 2 日,申请人在获准再次延期后提交了回复。
- 2008 年 3 月 11 日,被申请人提出答辩状。
- 2008 年 5 月 2 日,仲裁庭邀请双方确定了 2008 年 9 月 22 日至 27 日为新的庭审日期。
- 2008 年 9 月 22 日至 9 月 26 日,庭审在华盛顿特区举行。
- 2009 年 6 月 8 日,仲裁庭根据 ICSID 仲裁规则第 38 条第(1)款宣布仲裁程序结束。
- 2009 年 10 月 8 日,最终裁决发布。

#### (四) 仲裁请求

##### 1. 申请人的仲裁请求

- (1) 认定被申请人违反了罗 - 英 BIT 规定的义务;
- (2) 被申请人向申请人提供赔偿;
- (3) 仲裁费用和申请人的法务费用全部由被申请人承担。

##### 2. 被申请人的反对意见

请求仲裁庭驳回申请人的全部请求, 申请人应承担被申请人因本次仲裁而产生的所有费用, 包括律师费、专家证人费、仲裁庭仲裁员的费用及开支, 以及使用 ICSID 设施的费用。

#### (五) 仲裁庭结论

1. 被申请人没有违反其在罗 - 英 BIT 下对申请人的义务。
2. 驳回申请人的实体权利主张。
3. 双方应平均分担仲裁庭的所有费用和开支以及双方预付款中的 ICSID 行政费用。
4. 申请人应当支付被申请人六百万美元, 作为被申请人的法务费用和其他费用。
5. 驳回双方提出的其他请求和主张。

## 二、主要法律争议

#### (一) 归责问题

##### 1. 申请人的主张

AIBO 公司和 TAROM 公司的行为可归责于被申请人。

AIBO 公司和 TAROM 公司都是政府机构, 由被申请人控制和指导。经仲裁实践和国际法确认, 如果商业性质的行为由政府机构作出, 那么该行为就可以被归责于国家。AIBO 公司和 TAROM 公司的组织架构、功能和控制方面决定了这两个实体在与 EDF 公司的关系中都是以被申请人的代理人身份行动的。根据《国际法委员会国家责任条款草案》(以下简称《草案》) 第 4、5 条和第 8 条, AIBO 公司和 TAROM 公司的行为可归责于被申请人。

##### 2. 被申请人的主张

AIBO 公司和 TAROM 公司的行为均不应归责于被申请人。

AIBO 公司和 TAROM 公司既不是被申请人的国家机关, 也不是《草案》第 5 条所指根据政府授权的行动方。AIBO 公司和 TAROM 公司同样不满足《草案》第 8 条的规定。《草案》第 8 条规定, 一个公司或个人的行为若要归因于国家, 需该公司或个人受该国的指示、指导或控制行事。因此, AIBO 公司和 TAROM 公司就 ASRO 公司和 SKY 公司作出的、同申请人有关的行为不应归责于被申请人。

##### 3. 仲裁庭的裁定

首先, 仲裁庭认为, 依据被申请人法律, AIBO 公司和 TAROM 公司都具有独立于国

家的法人资格,因此不应被视为国家机关。《草案》第4条的定义也就不适用于本案。

其次,根据《ASRO合同》和《SKY合同》,AIBO公司、TAROM公司与EDF公司的合同关系不是政府授权的行为。相反,与其他在被申请人境内经营的所有商业公司一样,这些合同的订立和履行都是为了追求商业公司的盈利。因此,AIBO公司和TAROM公司都不是被申请人的代理人,在进行申请人所称违反罗-英BIT的具体行动时也不是在行使政府职能。这些行为不属于《草案》第5条的规制范畴,因此不能归责于被申请人。

最后,由于2000年12月28日就职的新政府改变了政策,新交通部长Miron Mitrea并没有授权延长ASRO公司的存续期限及收购ASRO公司股份事宜。AIBO公司和TAROM公司随后转变了原本有利于自身公司的立场以配合交通部的新政策。仲裁庭认为,上述行为,包括后续终止合同安排以及在他们的处所设立拍卖机制,都属于《草案》第8条所指的情形,即公司受政府指示、指导或控制行事。因此,这种行为应归责于被申请人。

## (二) 公平公正待遇

### 1. 申请人的主张

在适用公平公正待遇标准时,其实质内容应包含若干原则,包括:透明度、稳定性和保护投资者的合法期待;诚信;免于胁迫和骚扰;遵守合同义务等。一般认为,有关标准应独立于国内法规定的合法性或非合法性。

被申请人的若干行为均不符合公平公正待遇标准,构成了对罗-英BIT的违反,应承担相应的国际责任。申请人所指的违反公平公正待遇标准的行为包括:被申请人官员的贿赂要求;未能延长ASRO公司的存续期限;有关转让登记和ASRO公司存续期限延期的争议;AIBO公司拒绝与ASRO公司签订租赁合同;GEO 104对EDF公司的适用;拍卖中的不透明和任意行为;财政监管部门的行为;TAROM公司武断拒绝SKY公司使用其飞机的行为。

### 2. 被申请人的主张

公平公正待遇是一项客观的法律标准。遵守这一标准在很大程度上取决于事实和具体情况,重点应该是投资者的合理期待,而不是其主观立场。

在本案中,申请人不可能有合理期待,因为其合同权利将在规定期限届满后不复存在,并且AIBO公司和TAROM公司并不会不顾商业利益的考量而无条件续签这些合同。至于GEO 104,申请人同样不可能有合理期待,即被申请人管理免税业务的法律制度不会改变。

鉴于SKY公司与TAROM公司关系的全部事实和情况,以及TAROM公司对SKY公司持续表现出的无利可图且差劲的运营的担忧,TAROM公司拒绝SKY公司进一步使用其飞机的决定不能被视为违反了给予申请人公平公正待遇的标准。

### 3. 仲裁庭的裁定

罗-英BIT第2条第2款规定:“各缔约方国民或公司的投资应始终得到公平公

正待遇。”与其他所有投资条约一样,罗-英 BIT 对“公平公正待遇”一词没有定义,ICSID 的仲裁庭也没有就其含义达成普遍共识。本案仲裁庭同意其他仲裁庭的观点,即公平公正待遇标准的主要组成部分之一是当事方对其投资的合理期待,也即“投资者对东道国所作的表述有着合理的依赖”。<sup>①</sup>合理期待意味着法律和商业体系的稳定,但如果使用过于宽泛且无限制的解釋,可能并不正确。除了国家向投资者作出具体承诺或陈述外,投资者不得仅以一项双边投资协定作为防范东道国法律和经济框架发生任何变化风险的保险。这种期望既不合法也不合理,应适当考虑东道国为公共利益需要调节其经济政策的权力。

#### a. 涉嫌索贿

仲裁庭同意申请人的观点,即国家机构索贿违反了罗-英 BIT 规定的对申请人应承担的公平公正待遇义务,违反了国际公共政策。考虑到本案涉及被申请人当时最高级别的政府官员,指控其腐败的严重性需要具备明确且令人信服的证据。众多国际仲裁庭和评论员一致认为相应指控需要高标准的腐败证据支撑。鉴于本案申请人没有成功地承担指控被申请人索贿的举证责任,仲裁庭不认为被申请人在涉嫌索贿方面存在违反罗-英 BIT 的行为。

#### b. 有关合同行为是否违反公平公正待遇

基于 AIBO 公司和 TAROM 公司均受到了这样的指控,即二者的某些合同行为应归责于国家,并且违反了公平公正待遇义务,仲裁庭结合这些行为的共性进行审查如下:

##### i. 未能延长 ASRO 公司的存续期限

仲裁庭认为, AIBO 公司和 TAROM 公司的行为没有“武断和不正当的动机”。此类行为应在被申请人国内法律的范围内进行评估,被申请人国内法律适用于各方的合同关系。由于这些行为是受被申请人指示的,因此这些行为可归责于被申请人,但这一事实并没有改变案件所涉问题的性质。这一问题仍是合同性质,没有违反任何合同义务。鉴于这些情况,相应索赔也就没有上升到违反公平公正待遇义务的条约索赔层面。

##### ii. 有关转让登记和 ASRO 公司存续期限的争议。

AIBO 公司达成转让协议的行为是受罗马尼亚交通部指导和监督的,交通部通过秘书长 Ioan Orbescu 在 2002 年 1 月 14 日的会议上明确表示延长 ASRO 公司的存续期限以签订转让协议为条件。但仲裁庭认为,这一行为没有违反罗-英 BIT。

##### iii. AIBO 公司拒绝与 ASRO 公司签订租赁合同。

仲裁庭认为, AIBO 公司在最后一份租赁协议于 2002 年 3 月 27 日到期后拒绝与 ASRO 公司签订进一步租赁协议的行为是合理的。鉴于这一结论,虽然根据《草案》第 8 条,这种行为应归责于国家,但其并不构成对公平公正待遇义务的违反。

#### c. 被申请人通过拍卖达到接管的效果。

仲裁庭认为,无论是关于组织此类拍卖的决定,还是关于拍卖的实施方式, AIBO

<sup>①</sup> Waste Management Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB/AF/003 (NAFTA), Award, 30 April, 2004, para. 98.

公司组织和实施拍卖的行为均不违反公平公正待遇义务。即便因受交通部指示, AIBO 公司继续拍卖奥托佩尼机场的商业空间, 其行为可归咎于被申请人, 并且同申请人和 ASRO 公司主观认为的利益 (the perceived interests) 相悖, AIBO 公司的行为仍未违反公平公正待遇义务或罗 - 英 BIT 的其他条款。仲裁庭认为, 决定不延长十年的期限, 转而继续拍卖是完全合理的, 且是出于恰当的经济理由。

d. 财政监管部门的行为

申请人没有理由声称财政监管部门的行为违反了公平公正待遇义务, 进而认为对这种行为负责的国家也违反了公平公正待遇义务。财政监管部门的行为并不缺乏相称性、透明度和诚信, 并不是不正当或不名誉的行为, 远不构成申请人所说的“是一种会使司法正义震撼或至少令人惊讶的行为”。

e. GEO 104

GEO 104 取消了国际机场的免税活动, ASRO 公司的免税许可证被撤销, 迫使 ASRO 公司无法在机场继续经营其免税业务。于是, AIBO 公司开始拍卖机场所有可用的商业空间。在表示有兴趣后, ASRO 公司成为第四次拍卖的潜在候选人之一, 但由于其营业期限而缺乏法律行为能力, 评估委员会取消了 ASRO 公司的竞拍资格。这意味着, 在任何情况下, ASRO 公司都将被排除在进一步的拍卖之外, 与 GEO 104 无关。

f. 关于 SKY 公司和康斯坦塔机场的合资企业

申请人对 TAROM 公司与 EDF 公司继续合资的预期可能源于合同以外的许多因素。这种预期可能来自罗马尼亚政府代表的具体书面保证、法规、条例或罗马尼亚政府的其他承诺。为了有效地证明被申请人违反罗 - 英 BIT 下公平公正待遇义务, 申请人不仅应该证明被申请人违反了《SKY 合同》, 还应证明罗马尼亚已经做出了其他保证且保证已被违反。然而申请人未能提供此类证据。同样的考量也被运用于康斯坦塔机场的合资企业, 颁布 GEO 104 不涉及任何国家责任, 这也适用于申请人在康斯坦塔机场的经营活动。另外仲裁庭也未发现任何可归责于被申请人的胁迫或骚扰行为。

g. 关于公平公正待遇的结论

仲裁庭认为, 申请人关于违反罗 - 英 BIT 的公平公正待遇义务的主张在事实上和法律上都无根据, 因此将这一主张驳回。

(三) 不合理或歧视性措施

1. 申请人的主张

被申请人企图向 EDF 公司的主席兼首席执行官威尔先生索贿, 并在被拒绝接受贿赂之后, 以各种行动进行报复, 是不合理且武断的。

2. 被申请人的主张

被申请人既没有不合理地对待也没有歧视申请人的投资。被诉行为, 即将 ASRO 公司驱逐出奥托佩尼机场商业区域是 AIBO 公司在行使其合同权利。同样, GEO 104 也是一项合法措施。

### 3. 仲裁庭的裁定

根据罗-英 BIT 第 2 条第 2 款的规定：“缔约一方不得以任何不合理或歧视性措施，损害缔约另一方国民或公司在其领土内管理、维持、使用、享有或处置投资。”仲裁庭根据申请人的法律专家所提出的被申请人“武断”的措施，即“不合理或歧视性措施”这种一般性表述内容，对申请人的主张予以考量。具体措施包括：a. 对投资者造成损害而没有任何明显合法目的的措施；b. 非基于法律标准而是基于自行决定、偏见或个人偏好的措施；c. 基于不同决策者提出的理由而采取的措施；d. 故意无视正当程序而采取的措施。

尽管申请人在此处提到对索贿的指控，但因缺乏证据而显得该指控和结论没有意义。至于被申请人采取的其他措施，同样未达到上述标准，因而不属于不合理或歧视性措施。

#### (四) 征收

##### 1. 申请人的主张

申请人主张本案被申请人的措施构成蚕食式征收 (creeping expropriation)，被申请人连续采取了一系列措施，导致 EDF 公司的投资全部损失。

##### 2. 被申请人的主张

在一国治安范围内出于客观原因而通过的一项善意的普遍适用的条例不构成可赔偿的征收，即使它限制了本允许的活动或使其不盈利。根据先例，申请人关于被申请人违反罗-英 BIT 第 5 条征收的指控在事实上和法律上都是不充分和不显著的。特别是，当 GEO 104 于 2002 年 9 月 11 日生效时，ASRO 公司与 AIBO 公司的租赁协议已于 2002 年 3 月 27 日终止，因此没有任何相应权利可能受到 GEO 104 条款的影响。

##### 3. 仲裁庭的裁定

根据罗-英 BIT 第 5 条 (e) 项的规定：“缔约一方国民或公司的投资，不得在缔约另一方领土内被国有化、没收或被采取相当于国有化或没收（以下简称“征收”）效力的措施，除非出于国内公共目的需要，而且基于非歧视的基础上，同时给予迅速、充分和有效的赔偿。”仲裁庭认为，虽然申请人主张本案属于蚕食式征收，但在本案中，可能的措施是财政监管部门的处罚和 GEO 104。对于财政监管部门的处罚，可以诉诸司法手段，而 GEO 104 为不可赔偿的治安措施。仲裁庭认为，就总体效果而言，所涉措施并不构成蚕食式征收。而且，也没有证据表明国家协调推进了这系列措施。

#### (五) 保护伞条款

##### 1. 申请人的主张

AIBO 公司和 TAROM 公司违反了基于《ASRO 合同》和《SKY 合同》对 EDF 公司承担的合同义务，违反了被申请人依据罗-英 BIT 第 2 条第 2 款应承担的“遵守其可能应承担的任何义务”。

##### 2. 被申请人的主张

由于申请人未能证明其指控的国家行为违反了罗-英 BIT，其无权获得赔偿。在任何情况下，申请人不得假定被申请人违反罗-英 BIT 与其所主张的损失之间存在因果关

系而进行指控,应当是去证明它。

### 3. 仲裁庭的裁定

罗 - 英 BIT 第 2 条第 2 款最后一句规定:“每一缔约国均应遵守它可能就另一缔约国国民或公司的投资所应承担的任何义务。”

罗 - 英 BIT 第 2 条第 2 款提到的“所承担的义务”是被申请人承担的义务。合同一方当事人违反合同义务,应在合同层面承担责任。在本案中,因为国家不是合同的相对方,不需直接承担相关合同义务,因而原则上不承担合同违约责任。就保护伞条款的目的而言,将 AIBO 公司和 TAROM 公司的行为归责于被申请人并不能使其直接受《ASRO 合同》或《SKY 合同》的约束。而且,AIBO 公司和 TAROM 公司没有违反《ASRO 合同》或《SKY 合同》,即使被申请人是这些合同的相对方,保护伞条款也不适用于本案。

## 三、简要评析

本案仲裁庭主要对公平公正待遇进行了分析。在分析公平公正待遇之前,仲裁庭先依据申请人主张的《草案》第 4、5、8 条,逐条对 AIBO 公司和 TAROM 公司的行为是否能够归责于被申请人进行了判断,最终认定二者行为达到《草案》第 8 条所指的特定结果,因此应归责于被申请人。

在确认被申请人为适格责任主体后,仲裁庭在申请人提出的违反公平公正待遇标准的基础上,根据相应措施的共性予以归纳划分,共分为 6 类:(1) 涉嫌索贿;(2) 有关合同行为是否违反公平公正待遇;(3) 被申请人通过拍卖达到接管的效果;(4) 财政监管部门的行为;(5) GEO 104;(6) 关于 SKY 公司和康斯坦塔机场的合资企业。在对 6 类措施进行分析时,仲裁庭分别指出:申请人并未成功履行其举证责任;相应责任应仅限于合同责任且当事方并未违反合同,因而无法归责于被申请人;财政监管部门的行为有相应司法救济途径且具有相称性、透明度和诚信;GEO 104 是被申请人行使治安权的表现且未影响 ASRO 公司拍卖资格。仲裁庭通过上述事由论证了申请人所列的措施并不存在违反公平公正待遇标准的行为。

此外,正如本案仲裁庭所述,公平公正待遇标准通常未在投资协定中予以定义,ICSID 的仲裁庭也未能够对其含义达成一个概要性共识。本案仲裁庭认可,当事人对投资合法且合理的期待是公平公正待遇标准的一个重要组成部分。合法预期,以及公平公正待遇标准,意味着法律及商业体系的稳定,但这种稳定不应当做过于宽泛且无限制的解釋。仲裁庭也因此认为,不应当将公平公正待遇标准当作稳定条款进行解释,而这一看法同样为其他案件的仲裁庭所认可。<sup>②</sup>合法预期是客观的,而非投资者的主观性期待。其应当根据付诸投资时的愿景进行判断,根据案例当时所有的可能进行推导,同时适当重视东道国根据公共利益调整其经济生活的权力。基于上述论证,仲裁庭支持了被申请

<sup>②</sup> Parkerings-Companiet AS v. Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/08, Award, 11 September, 2007, para. 332.

人的主张,以便保护东道国的公共利益。

具体而言,申请人在本案中对公平公正待遇标准条款的引用,同样呈现出其对该条款作扩张解释的倾向。如学者徐崇利所述,“晚近,对于…各种类型公平与公正待遇条款,国际仲裁实践都显现了极度扩张解释的倾向”<sup>③</sup>在国际仲裁实践中,大有将该类条款作为投资仲裁“帝王条款”之势,将其“解释为一项可超越国际法的独立自主外资待遇标准,包含着该待遇标准可广泛用以弥补乃至修正国际投资条约其它具体规定之意。”<sup>④</sup>然而如此做法并不具备合理性与公平性,固然投资仲裁的存在便是为了维护投资人在东道国的合法投资利益,但并不意味着东道国需无条件退让其根本权益。相反,在双边投资协定已经拟定了诸多东道国的具体义务的基础上,公平公正待遇标准有其有关构成要素的要求。就实践来看,如下要素为仲裁庭通常考量之项,“公平公正待遇要求提供稳定和可预见的法律与商业环境;不影响投资者的基本预期;不需要有传统国际法标准所要求的专断和恶意;违反公平公正待遇条款必须给予赔偿。”<sup>⑤</sup>而本案针对前两项要素给予了较为详细的分析。

在扩张与限缩两种主张之下,国际、国内对于公平公正待遇的定位同样产生分歧,一者认为应当将该条款视为独立性条款,仲裁庭有其自由裁量权,基于“仲裁员知法”,其能够根据公平公正原则就具体案涉争端作出合适的裁决。与此相反的观点则认为,公平公正待遇应处于国际习惯法的影响之下,需对仲裁庭的自由裁量权与解释作出限制,不允许公平公正待遇妨碍东道国经济管理主权的正常行使。<sup>⑥</sup>就上述的分歧而言,笔者更为倾向于对公平公正待遇作出一定限制,毕竟双边投资协定并不天然地要求东道国在争端之中处于绝对弱势,公平正义不应有所空缺,完善的保护当且仅应当给予合法且合理的投资者利益。

可敬的是,本案仲裁庭在案件审理方面,并未一味地偏袒投资者,或者说其选择放弃较主观地行使自由裁量权。其足够尊重过往案例及投资协定条款,对公平公正待遇标准的扩张解释保持了克制,维护了东道国对其经济生活进行管制的权力,同样避免了陷入“仲裁员知法”(iura novit arbiter)的争议之中。本案对于投资者也是一个提醒,即便其证明了东道国系案件适格的责任主体,投资者同样需要做好准备去尽量证明东道国已经违反了投资协定,毕竟公平公正待遇标准并非一项可以简单援引、适用的条款,其证明条件是较为严苛的。

## 四、结 语

公平公正待遇的适用场景存在着不确定性,其字面意义上的可宽泛应用也导致了投

③ 徐崇利:《公平与公正待遇标准:国际投资法中的“帝王条款”?》,载《现代法学》2008年第5期,第124页。

④ 同上。

⑤ 余劲松、梁丹妮:《公平公正待遇的最新发展动向及我国的对策》,载《法学家》2007年第6期,第152页。

⑥ 梁开银:《公平公正待遇条款的方法困境及出路》,载《中国法学》2015年第6期,第182页。

资仲裁的申请人往往给予其青睐。随之而来的问题便在于东道国行为的边界在何处, 怎样的行为才能够算作违反公平公正待遇, 怎样的行为才能够为申请人所举证以便获得有利裁决。EDF 服务有限公司诉罗马尼亚仲裁案的仲裁庭是经验丰富且充满智慧的, 其从罗 - 英 BIT 的具体条款出发, 却不拘泥于条款文字, 巧妙结合了过往 ICSID 案例, 对公平公正待遇的基本要素, 即合法合理期待, 作出一系列解释与限定。最终仲裁庭断定应当在国家主权行为与投资者期待之间寻找一种平衡, 不能够单单为了投资者的期待而彻底冻结东道国合法途径下进行主权立法的权力。本案仲裁庭的克制为往后类似案件提供了一个清晰的先例, 公平公正待遇并不能够无条件地简单适用于任何案件, 投资者若有如此打算, 恐怕需要面临较为严苛的举证责任。这同样也给我国企业以警示, 在“一带一路”的背景下, 我国企业对外投资大幅增加, 发生投资争端的可能性也随之加大。当“公平公正待遇简单、易用”这一命题被证伪后, 我国企业应当如何运用双边投资协定以保护自身合法投资利益, 尚需学界、实务界共同就此问题予以研究。

---

**Abstract:** How to define fair and equitable treatment (FET) and determine the elements of it has been a hot topic in the practice of international investment arbitrations for a long time. Such a standard has even been evolved into an “Empire Clause” in investment arbitrations. Nonetheless, FET cannot be referred to and construed arbitrarily. The elements of it, in particular the legitimate and reasonable expectations, have their limits, which should not be a tether to limit the host state’s normal regulatory power on its economic life. The arbitral tribunal in EDF (Services) Limited v. Romania has made a convincing decision over the aforementioned issues, which provided an excellent model for subsequent arbitration practices. This article presents the facts and the main legal issues of the award of EDF (Services) Limited v. Romania, and tries to make a brief analysis of it.

**Keywords:** international investment arbitrations; fair and equitable treatment; legitimate and reasonable expectations; the issue of attribution

---

( 责任编辑: 赵一普 )

# 评嘉吉公司诉墨西哥仲裁案

中国贸促会法律部编 本篇作者梅冰\*

---

**内容提要** 美国食品公司嘉吉公司认为,墨西哥针对含 HFCS 的软饮料采取的征税行为以及不批准进口许可的行为违反了北美自由贸易协定 (NAFTA),由此向国际投资争端解决中心提起了投资仲裁。本案主要涉及 NAFTA 第十一章对管辖的规定以及第 1102 条国民待遇、第 1103 条最惠国待遇、第 1105 条公平公正待遇、第 1106 条业绩要求和第 1110 条征收等条款。

**关键词** 国民待遇 最惠国待遇 公平公正待遇 征收

---

## 一、基本案情

嘉吉公司(以下简称申请人)是一家在美国注册成立的食物公司,通过其在墨西哥的子公司 Cargill de Mexico S.A. de C. V. 在墨西哥(以下简称被申请人)从事高果糖玉米糖浆(简称 HFCS)的销售。

申请人就被申请人在 2002 年 1 月到 2003 年 12 月 31 日期间采取的措施——针对含 HFCS 的软饮料征税以及不批准进口许可的行为提起仲裁,认为这些行为违反了北美自由贸易协定 (NAFTA) 第 1102 条国民待遇、第 1103 条最惠国待遇、第 1105 条公平公正待遇、第 1106 条业绩要求和第 1110 条征收,直接导致了申请人的投资遭受损失。

2004 年 9 月 30 日,申请人向被申请人发出通知,嘉吉公司将依据 NAFTA 第 1119 条对被申请人的行为向国际投资争端解决中心(以下简称“ICSID”)提起仲裁申请。2004 年 12 月 29 日,申请人向 ICSID 提起仲裁申请,同时申请适用 ICSID 附加便利仲裁规则。2006 年 6 月 21 日,仲裁庭成立,并于 9 月 14 日在华盛顿召开第一次庭审。11 月 2 日,仲裁庭颁发 1 号程序令(该程序令保密)。次年 7 月 16 日,被申请人提出管辖权异议,根据 ICSID 附加便利规则第 45(4)条规定,仲裁程序暂停。7 月 18 日,仲裁庭颁布 3 号程序令,拒绝分阶段处理本案,决定合并审理管辖权异议和实体争议。

---

\* 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。本文由中国政法大学国际法学院博士研究生梅冰编写,中国贸促会法律部舒寰、陈怀生,中国贸促会商法中心周全审核。

申请人就被申请人针对含 HFCS 的软饮料征税以及不批准进口许可的行为提起申诉,控诉这些措施违反了 NAFTA 第 1102 条国民待遇、第 1103 条最惠国待遇、第 1105 条公平公正待遇、第 1106 条业绩要求和第 1110 条征收,直接导致了申请人投资遭受损失,要求被申请人支付投资者 77,329,24 美元作为损害赔偿金。

经过审理,仲裁庭认为被申请人征收的特殊税(简称 IEPS 税)以及不批准进口许可的行为都违反了 NAFTA 第 1102 条、第 1105 条、1106 条的规定,裁定驳回了申请人提起的违反第 1103 条和 1110 条的请求。至于被申请人提出反措施抗辩,仲裁庭认为抗辩不成立,反措施的性质不能排除墨西哥对投资者措施的非法性。

## 二、主要法律争议

### (一) 关于管辖权异议

首先,被申请人主张 NAFTA 是有适用范围限制的,第十一章保护的是另一缔约国投资者在一缔约国领土上的“投资”,而申请人所提起索赔均为与“生产”有关的争议,鉴于申请人的生产工厂位于美国而不是墨西哥境内,因此申请人不能适用 NAFTA 第十一章项下的保护。

其次,申请人的请求已过 3 年的时效期间,且反倾销税并不属于投资措施,只受 NAFTA 第十九章规制。

针对“第十一章并不保护投资者在其母国的投资”的异议,被申请人提出了两点理由。第一,根据 NAFTA 第十一章第 1101 条的规定,第十一章只适用于投资者在另一个缔约国的投资。第二,根据实践,贸易相关争议一般只能通过第二十章中的争端解决机制进行解决,而不能依据第十一章提起仲裁。

申请人并没有否认 HFCS 是在美国生产的事实,但申请人主张其在墨西哥境内也存在真实投资,本次仲裁申请是基于 HFCS 在被申请人境内的销售遭受现金流的损失而提起的。

仲裁庭认为被申请人的管辖权异议涉及具体案件事实,已经超出了程序范畴,针对损害赔偿部分提出的异议并不适宜逐案分析。仲裁庭最终决定采取“分析是否存在足够要素来构成申请”的方式,以确定申请人提起的请求是否在仲裁庭的审理范围之内。

仲裁庭在裁决中主要述及 NAFTA 第 1101、1115、1122 条对管辖权的要求。

针对“第十一章并不保护投资人在其母国的投资”的异议,被申请人提出了两点理由。第一,根据实践,贸易相关争议一般只能通过第二十章规定的争端解决机制进行解决,而不能依据第十一章提起请求。第二,第十一章第 1101 条规定了该章只适用于投资者在另一缔约国的投资。

针对第一个理由,考虑到 NAFTA 中投资争议章与贸易争议章之间的关系复杂,仲裁庭并没有对这个关系展开充分的分析。虽然商品(含服务)和投资受 NAFTA 的不同章节规制,但并不意味着这两个章节没有重合。NAFTA 第 1112(1) 条规定,当本章与其他

章节存在不一致时,其他章节将优先适用。但是,仲裁庭认为,由于本案中并不存在“不一致”而是存在“重复”,也就不属于“不一致”的情形。至少有三个仲裁庭采纳了同样观点,例如 *Ethyl Corp v. Canada* 案、*Pope & Talbot Inc. v. Canada* 案(以下简称 *Pope & Talbot* 案)和 *S.D. Myers Inc v. Canada* 案。由此可以得出结论,NAFTA 并不否认“商品/服务相关的措施”同样可以适用第十一章的规定。因此,申请人可以基于 NAFTA 第十一章提起损害赔偿请求。

针对第二个理由,申请人基于 NAFTA 第 1116 条和 1117 条提起请求。第 1116 条授权另一缔约国的投资者有权以东道国违反第十一章 Section A 的义务为由提起仲裁,请求损害赔偿。而依据第 1117 条规定,当另一缔约国投资者持有东道国公司(企业)的股份或控制该公司(企业)时,可以代表该公司(企业)提起仲裁申请。确定本案是否符合第 1116 条和 1117 条的要求,就能确定本案的争议是否属于第 1101 条规定的“管辖范围”问题。

综上所述,仲裁庭认为本案已经满足 NAFTA 第 1101 条规定的第十一章的适用要求,该章规定可以适用于本案所涉税收和进口许可争议。被申请人确实“采取和维持”了本案所涉争议的“措施”。由于 *Cargill de Mexico* 在墨西哥注册成立,总部在墨西哥,在墨西哥境内 10 个以上城市经营并雇用超过 1000 名员工,仲裁庭确认 *Cargill de Mexico* 属于申请人的分公司,构成申请人在东道国的投资,满足管辖权的主体要件。仲裁庭有权审理申请人依据第 1116 条或 1117 条提起的仲裁请求。

## (二) 与案件事实有关的主要法律争议

### 1. 第 1102 条国民待遇标准

申请人强调第 1102 条国民待遇的规定禁止事实和法律上的歧视。由于含有 HFCS 的软饮均由美国公司提供,而含有蔗糖的软饮则由墨西哥公司提供,申请人认为,被申请人仅针对含有 HFCS 的软饮征收 IEPS 税,而没有针对含有蔗糖的软饮征收相同的税,违反了第 1102 条国民待遇标准。此外,被申请人采取的进口许可要求以及被申请人实施的不批准进口许可的行为,也致使申请人处于不利的经营地位。

被申请人反驳了申请人的观点,认为申请人混淆了 NAFTA 第 1102 条和第 301 条项下的义务,以及《关税及贸易总协定》(以下简称 GATT)第 3 条的规定。GATT 第三章有关国民待遇标准的认定方法和 NAFTA 第 1102 条规定的认定方法不同。IEPS 税并不是基于国籍而采取的歧视性税收,而 *Cargill de Mexico* 和墨西哥糖生产商也不存在“类似情况”。

双方当事人就“类似情况”展开了辩论。仲裁庭认为 NAFTA 对“类似情况”的定义有其自身标准,并不能与 GATT 中“相似产品”直接对等。如果 NAFTA 意图适用 GATT 规定的定义,那么在订立 NAFTA 时应进行明确表示,而不是采用“类似情况”的概念。仲裁庭根据《维也纳条约法公约》(以下简称 VCLT)第 31(1)条的规定,根据上下文、NAFTA 的目的和宗旨来对“类似情况”进行解释。在 *Mexico-Tax on Soft Drinks* 案中,WTO 专家组的结论是,蔗糖和 HFCS 属于“直接竞争或者可替代”的产品。但

本案仲裁庭认为, WTO 专家组的结论与 NAFTA 第 1102 条规定的“类似情况”只是相关因素,而非决定性因素。仲裁庭进一步采用了 GAMI 案和 Pope & Talbot 案中的判断方法,这两个案件的仲裁庭认为,即使投资者和国内生产商在同一市场生产同样的商品,也不代表着投资者和国内生产商处于“类似情况”。

仲裁庭意识到, IEPS 税并不是直接对 HFCS 征收,而是针对含有 HFCS 的软饮进行征税。具体而言,这部分争议的主要问题即 Cargill de Mexico 作为软饮工业 HFCS 的供应商,是否与墨西哥国内的其他软饮工业蔗糖供应商处于“类似情况”。通过比对 GAMI 案,仲裁庭认为本案与 GAMI 案的不同点在于,东道国所采取的这些措施并不是优化经济环境相对较差的产业,而是为已然处于优势地位的蔗糖产业创造了更加优厚的营商环境,从而致使 HFCS 产业更有可能被市场淘汰。而根据被申请人的说辞,采取这样的措施并不是意图使得蔗糖产品占领软饮的甜料市场。政策背后的原理是,期望给予美国压力致使其能够履行 NAFTA 项下的义务。

在本案中,仲裁庭并不认为对含有 HFCS 的软饮征税和给美国政府施压存在必然联系。经过比较分析,仲裁庭认为本案不可和 GAMI 案、Pope & Talbot 案等类比,本案中所提及的“经济环境的差异”与争议相关措施背后的原因和目的并没有直接联系。“经济环境的差异”并不影响蔗糖供应商和 HFCS 供应商处于“类似情况”的事实。GAMI 案中确立的原则并不能证明被申请人的措施具有合法性。仲裁庭最终的结论是 Cargill de Mexico 和东道国的蔗糖供应商处于“类似情况”。

IEPS 税无疑造成了 HFCS 供应商处于被申请人国内蔗糖供应商的不利地位。不论是在主观目的还是客观效果上,这种国别歧视都得到了显现。由此,仲裁庭可以肯定 IEPS 税收、进口许可要求都导致了申请人遭受了 NAFTA 第 1102 条项下的“不利待遇”,违反了第 1102 项规定的国民待遇义务。

## 2. 第 1103 条最惠国待遇标准

申请人提出请求,被申请人的进口许可要求只针对从美国进口的 HFCS,并没有同样适用于从加拿大进口的 HFCS 上。在“类似情况”的比对中,申请人在墨西哥的 Cargill de Mexico 相较于其他缔约国的投资或投资者受到了不利待遇。被申请人抗辩,申请人并没有证据证明有任何措施违反了第 1103 条。被申请人认为这是一个管辖权利,申请人在提起申请时,需要有证据证明存在第三方缔约国的投资者/投资或者非缔约国家的投资/投资者受到了更有利的待遇。而在管辖权异议处理阶段,仲裁庭已经事先声明,这部分的相关争议更适合放在事实审理阶段解决,而不只是涉及管辖权的问题。

通过事实审理,仲裁庭认定申请人 Casco 案是玉米产品国际有限公司(Corn Products International,以下简称 CPI)在加拿大的投资而不是 CPI 在被申请人领域中投资,由此不能成为 NAFTA 第十一章下的外国投资。并且,也没有证据证明其他加拿大投资者或者缔约外国家的投资者在墨西哥和申请人处于“类似情况”。因此,驳回申请人提起的有关被申请人违反第 1103 条的请求。

### 3. 第 1105 条公平公正待遇

申请人提请仲裁庭对被申请人一系列请求进行审查,不能仅审查单个措施,而应同时进行逐个和整体措施的审查。申请人认为,被申请人是通过一系列的行为对 HFCS 产业进行漫长和持续的打压,意图将投资者赶出市场。申请人虽然承认,由于 IEPS 税是基于 NAFTA 第 2103 条而采取的一项措施而不能作为第 1105 条索赔的依据,但也辩称,其以 1105 条为由索赔是基于墨西哥广泛的反 HFCS 运动, IEPS 税只是其中的一个行为。被申请人抗辩,申请人的多项请求并不在仲裁庭的管辖权之内。由于第 1121 条的时效期限和反倾销税仅由第十九章规制,其不在仲裁庭的管辖范围之内。

首先是有关公平公正待遇标准的争议。申请人起初的观点认为,公平公正待遇不应该通过习惯国际法而应该通过解释条约本身的文本进行适用。公平公正待遇的一般含义应是“合理的”、“不偏不倚的”以及“合法的”。被申请人引用了 2001 年 7 月北美自由贸易委员会关于第十一章某些条款的解释说明(“FTC Note”),以及后续遵从 FTC Note 的 *S.D. Myers v. Canada* 案,直言申请人适用第 1105 条的方法是不可取的,仲裁庭应通过习惯国际法来适用第 1105 条。

其次是有关“稳定和可预测的环境,维持投资者合理预期”要求的争议。申请人引用了 *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States* 案(以下简称 Tecmed 案),认为条约包含了“公平公正待遇”,这要求缔约国应向外国投资者保证不实施相关措施破坏外国投资者作出投资决定时的法律预期,而被申请人改变了国内规则使得申请人赖以投资的法律预期遭到了破坏。被申请人通过举证申请人内部可行性以及备案作为证明,证明申请人不应该对进口许可陌生,而是早已经熟知。随后,双方对被申请人国内法律法规的任意性、模糊性以及不一致性展开了争论,并对条约要求的“透明度”和“非歧视性”进行了分辨。

仲裁庭认为, NAFTA 第 1105 条第 1 款中的义务应参照习惯国际法的“最低待遇标准”来理解。仲裁庭在听取双方意见后,认为 GAMI 案确立的四项“启示”对本案有释义效果,进而采取了 GAMI 案的启示对本案中涉“公平公正待遇”的具体义务进行审视。依据 NAFTA 或者国际习惯法,仲裁庭否认了缔约国要提供“稳定、可预测的环境”以不影响投资者在决定投资时赖以信任的投资期待,不存在“任意性、模糊性和不一致性”以及不违反透明度和非歧视要求。

在分析了双方提出的案件事实后,仲裁庭认为 IEPS 税以及反倾销税不能作为违反 NAFTA 第 1105 条第 1 款的请求基础。仲裁庭意识到,只需要审查“进口许可”是否违反了第 1105 条第 1 款即可。仲裁庭通过不同角度审视了“进口许可”。最具有决定性的事实是,被申请人在适用“进口许可”时明确表示出了破坏申请人 HFCS 投资的意图。由此,仲裁庭可以裁定这一措施超出了“不当措施”的标准,可以直接将其定义为“恶意措施”。基于蔗糖市场在当时面临的诸多危机以及众多国民在蔗糖市场就业的情况,被申请人采取措施救济蔗糖市场的行为本身是可以理解的,但是“进口许可”违反了第 1105 条。

#### 4. 第 1106 条业绩要求和第 1110 条征收

仲裁庭认为,虽然 IEPS 税并非向 Cargill de Mexico 直接征收,但是其设计和目的都涵盖了第 1106 条第 3 款规定的业绩要求,被申请人因此违反了第 1106 条第 3 款。至于“征收”条款,申请人认为被申请人的税收措施和进口许可要求,对申请人在被申请人领域内的投资构成了征收的效果,违反了第 1110 条有关征收的规定。在审查政府措施属于“不可补偿的征收”还是属于“可补偿的征收”方面,申请人提出了三个界定要素。

在考虑申请人的请求时,仲裁庭首先审查了申请人是否基于第 1139 条规定“投资”而提起的请求,并肯定申请人的投资属于第 1139 条的范围。经过分析,被申请人对申请人的投资所造成的实际影响并不构成永久征收,而是具有临时效力的措施。双方对“临时效力的征收”是否可以提起第 1110 条的请求产生了争议——“临时征收”是否可以依据 NAFTA 第 1110 条被提请,或“临时征收”是否可以在国际习惯法的范围内被提起。从这个角度思考,第 1110 条涵盖了国际习惯法。仲裁庭认为,申请人引用的案件只是说明了在某种情境下,“剥夺”可以等同于“征收”,即使这种剥夺可能是部分的或者是临时的,而并没有对本案存在这种可能进行证明或者解释。仲裁庭不支持申请人依据第 1110 条提起的请求。

#### 5. “反措施”的合法抗辩

被申请人认为,即使仲裁庭认为被申请人的行为违反了第十一章,但鉴于该措施的本质是国际法意义上的“反措施”,排除了其违反第十一章的非法性。国际法委员会(ILC)《国家责任条款(草案)》是对习惯法的编纂,展现了这方面国际法的渐进式发展。其标题为“排除不法性的情形”的第五章,从国际习惯法的角度确认了在一定情况下反措施可以排除一国行为的非法性。在这一层面上,被申请人认为,自己的行为构成了反措施进而不具有非法性。

仲裁庭认为,当所有的条件都符合时,在 NAFTA 第十一章下确实可以反措施作为不法行为的抗辩。尽管根据国际习惯法,反措施在某种情境下可能排除一国行为的非法性,但是 ILC 条款为反措施的具体化提供了一个确切基础,被申请人和申请人对此均无异议。仲裁庭进一步观察得知,在大多数但不是所有情形中,针对某一国的反措施是通过影响违法国国民从而达到对侵害国的反作用。反措施并不必然需要通过对违法国的国民而对违法国产生影响。因此,被申请人对抗美国的合法反措施必然排除其对美国国民产生的违法性这一主张——是过于绝对的论断。仲裁庭最终裁定被申请人的抗辩不能成立,本案中的措施并不能直接作为“反措施”。

### 三、案件简要分析

本案是美国嘉吉公司作为申请人,认为墨西哥政府针对含有 HFCS 的软饮征收 IEPS 税以及规定的进口许可要求违反了 NAFTA 的规定而提起的仲裁。墨西哥政府作为被申请人认为该项措施是针对美国实施的反措施,具有正当性,因此可以排除其违法

性。总体来说,本案涉及的一些争议均属于 NAFTA 仲裁案中未曾明确解决或是首次涉及的。例如, NAFTA 解决投资争议的章节和解决贸易争议的章节之间的相互关系,具有复杂性。此前尚且没有仲裁庭对该种关系进行充分分析,这在一定程度上增加了本案的审理和裁决难度。

针对本案的管辖权异议,被申请人提出了多项反对意见。仲裁庭认为,这些反对意见从表面上看并不清晰,并不能准确地判定其性质是直接管辖权相关还是涵盖了实体争议。在这种情况下,仲裁庭并没有遵照传统的方法来确定管辖权。仲裁庭从申请人的角度来判断其是否具备了使其请求权得到肯定的所有因素。仲裁庭明确表明这样的考量是为了使其能够尽可能对该案享有管辖权。显然在对“是否具有管辖”的解释上,仲裁庭采取更为积极的态度。在当前 ISDS 仲裁实践中,仲裁庭存在扩张自身管辖权的趋势,不论是在投资协定还是对机构规定的解释上,更倾向于管辖权成立的态度。<sup>①</sup> 本案仲裁庭的作法亦不例外。从整体趋势来看,仲裁庭的自主扩张行为具有一定的侵略性。在 ISDS 仲裁案件中,东道国处于被动“应诉地位”,仲裁庭明显地扩张倾向,事实上压制了东道国对公共利益的规制权,对投资者和东道国的保护存在失衡,这不免使得 ISDS 仲裁机制陷入争议之中。

本案的关键性争议可以归纳为两点。第一,墨西哥采取的措施是否违反了 NAFTA 及可适用的习惯国际法;第二,墨西哥提出的“反措施”抗辩是否可以排除其措施的违法性。在第二个争议点中,申请人由表及里,提出了多项异议。仲裁庭在审理阶段提炼了主要矛盾,对“反措施”的正当性进行了分析概括,认为符合条件的“反措施”确实具有正当性,但同时也对正当性的范围作出了限制。仲裁庭指出,墨西哥政府采取的反措施的对象应该限于国家而不是该国的国民,反措施的正当性得到新的理解和适用。

---

**Abstract:** Cargill, an American food company, filed an investment arbitration case with the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID), arguing that Mexico violated the North American Free Trade Agreement (NAFTA) by taxing soft drinks containing HFCS and failing to issue import permits. This case mainly involves the provisions of NAFTA Chapter 11 on Jurisdiction and Article 1102 National Treatment, Article 1103 Most-Favored-Nation Treatment, Article 1105 Fair and Equitable Treatment, Article 1106 Performance Requirements and Article 1110 Expropriation.

**Keywords:** National Treatment; Most-Favored-Nation Treatment; fair and equitable treatment; expropriation

---

(责任编辑:赵一普)

<sup>①</sup> 徐树:《国际投资仲裁庭管辖权扩张的路径、成因及应对》,载《清华法学》2017年第3期,第186页。