

# 仲裁与法律

## 第 149 辑

---

主 编：徐延波

编 委：杨 帆 陆 菲 栗 撒 赵 英 卢雅函  
吴绍轩 田雨酥 陈 宓 潘楚婧 许天舒

地 址：北京市西城区桦皮厂胡同 2 号国际商会大厦 6 层

邮 政 编 码：100035

电 话：(010)82217788 64646688

传 真：(010)82217766 64643500

电 子 信 箱：law@cietac.org

网 址：<http://www.cietac.org>



· 年度特稿 ·

国际商事仲裁：全球趋势与中国应对 ..... 赵 健 / 003

· 实务探析 ·

中国商事调解立法问题研究 ..... 孙 巍 / 029

论有限合伙人对外转让财产份额中优先购买权规则的适用

限制 ..... 崔 强 / 059

中国知识产权仲裁制度完善之研究

——以可仲裁性为视角 ..... 卢 鑫 / 072

仲裁协议对未履行清算责任的股东的效力 ..... 胡巧莉 / 085

· 理论探索 ·

意思自治原则视角下合并仲裁制度的再审视 ..... 李贤森 / 101

中国特色社会主义仲裁：历史渊源、理论基础与现实

必要 ..... 黄雄义 / 121

我国仲裁裁决撤销事由的立法再思考

——评《仲裁法征求意见稿》第 77 条 ..... 陈凡凯 / 146

对引入涉外临时仲裁制度的思考 ..... 王振谦 / 161

· 域外参考 ·

非洲商法协调组织（OHADA）司法与仲裁共同法院仲裁

规则 ..... 朱伟东 译 / 181





# 年度特稿



## 国际商事仲裁：全球趋势与中国应对

赵 健\*

**摘要：**国际商事仲裁是解决跨境争议的通行方式。晚近以来，国际商事仲裁呈现出“东升西降”、趋同化、人本化、信息化、融合化等发展趋势。究其原因，经济全球化、科技革命等外部环境因素与仲裁契约本质、发展历史周期性等内在因素交织叠加，共同决定着国际商事仲裁的发展演进。站在“两个一百年”奋斗目标的历史交汇点上，应当从完善我国仲裁制度、优化司法环境、强化行政支持、加快仲裁机构发展、提升仲裁智慧化水平、推动仲裁绿色转型、建设仲裁友好型社会、深化国际交流合作、加强国际仲裁人才队伍建设等方面入手，加快新时代中国国际仲裁中心建设，不断提高我国仲裁的国际竞争力和国际公信力，积极推动国际经济治理体系变革。

**关键词：**国际商事仲裁 发展趋势 成因分析 新时代中国国际仲裁中心建设

国际商事仲裁是解决跨境争议的通行方式，<sup>①</sup> 是一种古老而常新的法律制度。<sup>②</sup> “二战”后，在经济全球化浪潮推动下，伴随着 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》）和 1985 年《联合国国际贸

---

\* 赵健，法学博士，中国国际经济贸易仲裁委员会专家咨询委员会委员、仲裁员，中伦律师事务所高级顾问。

① 本文主要讨论国际商事仲裁，不涉及私人投资者与投资东道国政府之间的国际投资仲裁。为行文方便，根据上下文，在本文中，国际商事仲裁有时也使用国际仲裁。

② 在 1992 年中国国际私法研究会年会上，李双元教授指出，仲裁的产生早于司法诉讼，属于社会的法，具有行业自律性。李双元主编：《国际经济贸易法律与实务新论》，湖南大学出版社 1996 年版，第 383 页。宋连斌教授认为，国家审判制度源于仲裁，仲裁制度乃是原始社会私力救济向国家审判制度发展的中间过渡形态。宋连斌主编：《仲裁理论与实务》，湖南大学出版社 2005 年版，第 31 页。

易法委员会国际商事仲裁示范法》(以下简称《示范法》)的出台,国际商事仲裁快速发展。当前,经济全球化遭遇逆流,单边主义和保护主义甚嚣尘上,国际经贸格局深刻调整。在这一背景下,国际商事仲裁晚近呈现出哪些发展趋势?其演变背后的逻辑究竟是什么?站在“两个一百年”奋斗目标的历史交汇点上,我们又当如何面对?这正是本文探讨和尝试回答的问题。

## 一、晚近国际商事仲裁发展趋势

进入21世纪,在世界范围内,国际商事仲裁加速发展演变。总体而言,国际商事仲裁存在以下八个发展趋势。

### (一) 国际商事仲裁治理体系“东升西降”

近年来,国际商事仲裁治理体系呈现出“东升西降”发展趋势。一方面,西方主导话语权,仍是“西风烈”;另一方面,亚太地区经济飞速发展,亚洲地区仲裁机构快速崛起,国际商事仲裁治理体系开始“东升西降”。英国伦敦玛丽女王大学与美国伟凯律师事务所2021年发布的《2021国际商事仲裁调查报告》显示,在全球最受欢迎的10大仲裁地中,5个亚洲城市入选,其中,新加坡市与伦敦并列第一,我国香港特别行政区居第二,北京与纽约同列第五,上海紧随其后。<sup>①</sup>在全球最受欢迎的5大仲裁机构中,亚洲地区仲裁机构占3席,其中,新加坡国际仲裁中心(Singapore International Arbitration Centre, SIAC)名列第二,香港国际仲裁中心(Hong Kong International Arbitration Centre, HKIAC)列第三位,中国国际经济贸易仲裁委员会位居第五,<sup>②</sup>均取得历史性突破。国际商事仲裁规则“东风西渐”,在我国仲裁实践中早已有效实施多年的简易程序、仲裁秘书制度等规则和做法逐渐被西方国家所采纳。例如,联合国国际贸易法委员会于2021年7月21日通过的《联合国国际贸易法委员会快速仲裁规则》(UNCITRAL Expedited Arbitration Rules)便是我国仲裁机构简易

---

<sup>①</sup> Queen Mary, White & Case: 2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World, 2021, p. 6.

<sup>②</sup> 同上, p. 10.

程序的“国际版”。<sup>①</sup>

## （二）国际商事仲裁规则趋同化

《示范法》为国内仲裁法律达到理想的协调统一和实现改进奠定良好的基础。<sup>②</sup>《示范法》与《纽约公约》共同构成现代国际商事仲裁制度的两大基石。<sup>③</sup>目前全球已有85个国家118个法域以其为蓝本制定仲裁法，成为《示范法》国家和地区。<sup>④</sup>即使未完全采纳《示范法》的国家和地区，其仲裁立法也深受《示范法》影响。<sup>⑤</sup>例如，我国1994年《仲裁法》吸收了《示范法》的基本原则和制度；英国1996年《仲裁法》也借鉴了《示范法》的许多做法。<sup>⑥</sup>2022年11月10日，随着苏里南的批准加入，《纽约公约》的缔约方达到令人惊诧的171个。<sup>⑦</sup>根据《纽约公约》，全球85%以上的国家承担着认可外国仲裁协议效力（《纽约公约》第2条）、承认与执行外国仲裁裁决的国际义务（《纽约公约》第3条），并按照公约设定的统一标准承认与执行外国仲裁裁决（《纽

① 该规则于2021年9月19日生效，<https://unis.unvienna.org/unis/en/pressrels/2021/unisl321.html>，2021年12月6日。关于规则全文，<https://uncitral.un.org/zh/content/expedited-arbitration-rules>，2021年12月6日。中国国际经济贸易仲裁委员会早在其1994年仲裁规则中便规定了简易程序，1995年，我国《仲裁法》生效实施后，简易程序更是成为我国新组建仲裁机构仲裁规则的“标配”。中国国际经济贸易仲裁委员会自1994年6月1日起施行的仲裁规则，<http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=13>，2021年12月6日。

② 联合国国际贸易法委员会指出，制订《示范法》的目的是“帮助各国对其仲裁程序法律进行改革和现代化”，认为“《示范法》反映了对于所有区域的国家和世界上各种不同的法律或经济制度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”。[https://uncitral.un.org/zh/texts/arbitration/model-law/commercial\\_arbitration](https://uncitral.un.org/zh/texts/arbitration/model-law/commercial_arbitration)，2021年12月6日。

③ Neil Kaplan, Introduction, ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention, published by the International Council for Commercial Arbitration, printed by City University of Hong Kong, xi.

④ [https://uncitral.un.org/zh/texts/arbitration/modellaw/commercial\\_arbitration/status](https://uncitral.un.org/zh/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status)，2021年12月6日。

⑤ Foreword by Professor Pieter Sanders as Honorary General Editor, ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention, vi.

⑥ 1996年《关于仲裁法案的报告》明确，英国修订仲裁法不全盘接纳《示范法》（The Wholesale Adoption of the Model Law），但是，在起草仲裁法的每一个阶段，都要仔细考虑《示范法》，仲裁法草案从形式到内容与《示范法》是接近的。Report on The Arbitration Bill, Chairman The Hon Lord Justice Saville, February 1996, paras. 1, 4.

⑦ [https://uncitral.un.org/zh/texts/arbitration/conventions/foreign\\_arbitral\\_awards/status2](https://uncitral.un.org/zh/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2)，2021年12月6日。联合国目前有193个会员国，<https://baike.so.com/doc/3042615-3207666.html>，2021年12月10日；世界贸易组织（WTO）成员方164个，[https://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/org6\\_e.htm](https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm)，2021年12月10日。

约公约》第4—5条)。<sup>①</sup>与此同时,世界各商事仲裁机构的仲裁程序规则日渐趋同。<sup>②</sup>波兰学者查莫(H. Trammer)教授在20世纪60年代曾惊叹:“世界各国的国际贸易法专家们不难发现,他们在讲着一种‘共同的语言’。”<sup>③</sup>今日国际贸易仲裁界,诚如此言。

### (三) 国际商事仲裁人本化

国际商事仲裁更加强调以当事人为中心,坚持问题导向,满足当事人的合理诉求,呈现出人本化的发展趋势。例如,为节省仲裁时间、降低仲裁成本,各仲裁机构及相关机构纷纷出台简易仲裁、快速仲裁、小额仲裁程序仲裁规则,允许多份合同仲裁、合并仲裁、追加第三人,引入早期驳回仲裁申请规则,规定紧急仲裁员制度,简化证据开示,压缩开庭时间和推广书面审理,鼓励和解以及加强仲裁员报酬和费用核算等。以国际商会国际仲裁院(ICC)为例,《仲裁规则》第7条规定了追加当事人、第9条规定了多份合同、第10条引入了仲裁合并、第12条强调独任仲裁员优先、<sup>④</sup>第24条要求仲裁庭应在尽可能短的时间内召开案件管理会议安排仲裁程序、第25条规定了仲裁庭应采用一切适当的方法在尽可能短的时间内确定案件事实、第30条规定了快速程序、第31条明确了仲裁庭作出终局裁决的期限等。<sup>⑤</sup>又如,为帮助当事人打得起仲裁,第三方资助(Third Party Funding)横空出世,允许投资方向仲裁案件当事人提供财

① ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention, p. 7. 关于国际商事仲裁裁决执行的统一化趋势,参见李双元主编:《市场经济与当代国际私法趋同化问题研究》,武汉大学出版社2016年版,第367-380页。鉴于1958年《纽约公约》的重要作用与重大影响,仲裁法权威彼得·桑德斯(Pieter Sanders)说:“Vivat, Floreat et Crescat New York Convention 1958”(生生不息,繁荣昌盛,1958年《纽约公约》!)。Foreword by Professor Pieter Sanders as Honorary General Editor, ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention, vii.

② 王碧涵、赵健:《〈维也纳国际仲裁中心仲裁与调解规则(2021版)〉评析》,载《商事仲裁与调解》2021年第5期,第13页。

③ [英]施来托夫:《国际贸易法文选》,赵秀文选译、郭寿康校,中国大百科全书出版社1993年版,第128页。

④ 国际商会国际仲裁院《仲裁规则》(自2021年1月1日起生效)第12.2条规定:“当事人没有约定仲裁员人数的,仲裁院应任命一名独任仲裁员,除非仲裁院认为案件争议需要指定三名仲裁员。”

⑤ 此外,国际商会仲裁及替代性争议解决(ADR)委员会还发布仲裁程序管理指南,帮助仲裁用户节省开支、提高仲裁效率。国际商会仲裁及替代性争议解决(ADR)委员会:《有效仲裁管理——供企业法律顾问和其他当事人代理人使用的指南》, <https://www.iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/icc-arbitral-tribunals/>, 2021年12月8日。

政资助，以化解当事人在仲裁费用方面的困难。<sup>①</sup>

#### （四）国际商事仲裁信息化

进入 21 世纪，新一轮科技革命加速发展，互联网、大数据、人工智能等正深刻重塑全球供应链和产业链，国际商事仲裁亦通过拥抱新科技以不断满足当事人日益增长的仲裁需求，信息化发展日益深入。疫情的暴发和全球大流行，加快了仲裁拥抱新科技的步伐。传统的现场开庭、邮寄送达等方式已无法满足疫情期间推进仲裁程序的需求，远程开庭、电子送达等科技手段对推进仲裁程序的重要性逐渐凸显，包括国际商会国际仲裁院、中国国际经济贸易仲裁委员会、香港国际仲裁中心、维也纳国际仲裁中心在内的仲裁机构，或者修改仲裁规则明确赋予远程开庭合法性，或者出台指引鼓励仲裁庭远程开庭，或者推出智能化的办案信息平台，便利当事人在线参加仲裁活动。<sup>②</sup> 香港国际仲裁中心向社会推出远程开庭服务，其他仲裁机构管理的仲裁案件和临时仲裁案件也可以通过该平台进行远程开庭，值得称道。<sup>③</sup> 在仲裁中使用人工智能技术，随着大数据、人工智能等科技创新成果同仲裁服务深度融合，仲裁服务将进入智慧时代。同时，如何保护数据和信息安全也成为仲裁机构关注的热点问题。

#### （五）国际商事仲裁融合化

国际商事仲裁与其他争议解决方式出现了融合发展的趋势。根据《2021 国际商事仲裁调查报告》，在调查当事人喜爱的跨境争议解决方式时，在“国际仲裁与替代性争议解决方式（ADR）相结合”“国际仲裁”“ADR”“跨境诉

<sup>①</sup> 例如，香港特别行政区立法会于 2017 年 6 月 14 日通过《2016 年仲裁及调解法例（第三者资助）（修订）条例草案》，正式废除以往普通法下就仲裁程序的助讼和包揽诉讼的限制，允许第三方资助仲裁及调解程序，以便我国香港特别行政区的法治环境更有利于开展重大商事交易及有效解决商事争议，巩固其作为主要国际争议解决中心的地位。过仕宁：《香港特别行政区国际商事仲裁概述及发展展望》，<https://www.jiemian.com/article/2111433.html>，2021 年 12 月 14 日。自 2018 年 11 月 1 日起生效的《香港国际仲裁中心机构仲裁规则》第 44 条规定“第三方资助的披露”，认可第三方资助制度。中国国际经济贸易仲裁委员会香港仲裁中心专门颁布了《第三方资助仲裁指引》，<https://hk.arbitration.files.wordpress.com/2017/09/cietac-hk-tpf-guidelines.pdf>，2021 年 12 月 15 日。2017 年 2 月 21 日，新加坡律政部发布《民法（第三方资助）规则》，自 2017 年 3 月 1 日起实施。[LAW32/006/070 Vol. 3; AG/LEGIS/SL/43/2015/1 Vol. 1]

<sup>②</sup> 例如，中国国际经济贸易仲裁委员会于 2020 年 4 月 28 日发布《关于新冠肺炎疫情期间积极稳妥推进仲裁程序指引（试行）》，<http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=16910>，2021 年 12 月 6 日。2021 年 11 月 1 日，香港国际仲裁中心宣布发布在线案件管理平台，<https://www.hkiac.org/news/hkiac-launches-hkiac-case-connect>，2021 年 12 月 8 日。

<sup>③</sup> 关于香港国际仲裁中心远程开庭平台的基本信息，<https://www.hkiac.org/our-services/facilities/virtual-hearings>，2021 年 12 月 8 日。

讼”“跨境诉讼与ADR相结合”5个选项中,59%的受访者选择“国际仲裁与ADR相结合”的方式,超过其他4个选项的总和。<sup>①</sup>为不断满足当事人日益增长的争端解决需求,国际商事仲裁与国际调解、国际专家评审、国际诉讼等不断融合发展,相互衔接、互相贯通,力求为当事人提供“一站式”、综合性的争端解决服务。<sup>②</sup>例如,中国国际经济贸易仲裁委员会于2010年5月1日发布了《中国国际经济贸易仲裁委员会建设工程争议评审规则》,<sup>③</sup>于2018年5月18日成立调解中心,推出《中国国际经济贸易仲裁委员会调解中心调解规则》<sup>④</sup>,同时,中国国际经济贸易仲裁委员会在其仲裁规则不断强化仲裁程序与调解程序的衔接。<sup>⑤</sup>中国国际经济贸易仲裁委员会积极参与最高人民法院国际商事法庭建设,加入国际商事法庭“一站式”国际商事争端多元化解纠纷平台。<sup>⑥</sup>中国国际经济贸易仲裁委员会已经形成了商事仲裁、投资仲裁、商事调解三驾马车并驾齐驱的多元化争议解决服务新格局。<sup>⑦</sup>

#### (六) 国际商事仲裁更加开放包容

近年来国际商事仲裁包容性不断增强。其中一个突出的例子是仲裁员多样性的加强,而这也成为维护仲裁公正性的重要保障。例如,国际商事仲裁更加

① Queen Mary, White & Case; 2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World, 2021, p. 5.

② 西安交通大学法学院院长单文华教授指出,“融合化”已经成为国际商事争端解决的一个国际性新潮流,建议中国国际商事法庭迈向国际商事争端“融解决”。单文华:《中国国际商事法庭:迈向国际商事争端的“融解决”体系》,在第六届“东湖国际法律论坛”上的主旨演讲,2021年11月20日,载多元化纠纷解决机制微信公众号,2021年12月12日。

③ <http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=2750>, 2021年12月6日。

④ <http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=15560>, 2021年12月6日。

⑤ 例如,自2015年1月1日起施行的《中国国际经济贸易仲裁规则》第47条“仲裁与调解相结合”规定:“……(八)当事人有调解愿望但不愿在仲裁庭主持下进行调解的,经双方当事人同意,仲裁委员会可以协助当事人以适当的方式和程序进行调解……(十)当事人在仲裁程序开始之前自行达成或经调解达成和解协议的,可以依据由仲裁委员会仲裁的仲裁协议及其和解协议,请求仲裁委员会组成仲裁庭,按照和解协议的内容作出仲裁裁决。除非当事人另有约定,仲裁委员会主任指定一名独任仲裁员成立仲裁庭,由仲裁庭按照其认为适当的程序进行审理并作出裁决。具体程序和期限,不受本规则其他条款关于程序和期限的限制。”

⑥ 2021年7月21日,最高人民法院“一站式”国际商事纠纷多元化解平台在国际商事法庭网站上线启动试运行,<http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/149/192/2084.html>, 2021年12月6日。王承杰:《推动中国特色国际商事纠纷解决机制实现新发展》,<http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/149/192/2101.html>, 2021年12月6日。

⑦ 中国国际经济贸易仲裁委员会制定《国际投资争端仲裁规则(试行)》,自2017年10月1日起施行,<http://www.cietac.org.cn/index.php?m=Page&a=index&id=389>, 2021年12月15日。张纯:《从新中国首家仲裁机构看我国仲裁之发展》,载《民主与法制》2021年第46期。

注重女性仲裁员参与仲裁活动。2016年5月,《仲裁平等代表承诺书》(The Equal Representation in Arbitration Pledge, the ERA Pledge)一经问世,迅速获得来自世界113个国家律师事务所、机构和组织的支持,承诺提高女性仲裁员的比例。<sup>①</sup>国际商会国际仲裁院、香港国际仲裁中心、新加坡国际仲裁中心等仲裁机构纷纷主动加大指定女性仲裁员的力度,为更多女性仲裁员谋求参与国际仲裁的机会。<sup>②</sup>以国际商会国际仲裁院为例,2020年,国际商会国际仲裁院指定和确认仲裁员1520人次,其中女性仲裁员355人次,占23.4%,创历史新高。<sup>③</sup>2018年,香港国际仲裁中心倡议设立“仲裁女性俱乐部”(Women In Arbitration, WIA),促进女性在国际仲裁及相关领域的发展。<sup>④</sup>在国际商事仲裁机构治理结构上,更加注重管理人员在性别、种族、地域分布、语言等方面的平衡性和代表性。美国女律师克劳迪娅·所罗门(Claudia Salomon)于2021年7月出任国际商会国际仲裁院主席,成为该仲裁机构近百年历史上第一位女性“掌门人”。<sup>⑤</sup>这既是偶然,更是当前国际仲裁大气候的必然。<sup>⑥</sup>

① Christian Albanesi and Mateo Noseda Zorrilla de San Martín, Gender diversity in arbitral tribunals—The challenges ahead, 2021年12月9日, <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/guest-blog-gender-diversity-in-arbitral-tribunals-the-challenges-ahead/>, 2021年12月10日。

② 根据《新加坡国际仲裁中心2020年度报告》,2020年,新加坡国际仲裁中心仲裁院指定仲裁员143名,其中,女性仲裁员46名,占32.2%;仲裁院共有委员32名,其中女性委员10名,占31.3%。Singapore International Arbitration Center Annual Report 2020, p.20. [https://siac.org.sg/images/stories/articles/annual\\_report/SIAC\\_Annual\\_Report\\_2020.pdf](https://siac.org.sg/images/stories/articles/annual_report/SIAC_Annual_Report_2020.pdf), 2021年12月18日。

③ Christian Albanesi and Mateo Noseda Zorrilla de San Martín, Gender diversity in arbitral tribunals—The challenges ahead, 2021年12月9日, <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/guest-blog-gender-diversity-in-arbitral-tribunals-the-challenges-ahead/>, 2021年12月10日。

④ 《仲裁女性俱乐部》, <https://www.hkiac.org/zh-hans/WIA>, 2021年12月15日。

⑤ Claudia Salomon has begun her term as President of the ICC International Court of Arbitration following formal election in June, <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/claudia-salomon-becomes-president-of-icc-court/>, 2021年12月14日。关于国际商会国际仲裁院(ICC International Court of Arbitration)新一届主席、副主席名单(自2021年7月1日起生效), <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/icc-international-court-arbitration/court-members/>, 2021年12月6日。国际商会国际仲裁院成立于1923年, <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/icc-international-court-arbitration/>, 2021年12月10日。

⑥ 性别平等,是社会文明进步的重要标志。性别平等,重申基本人权,列入1945年《联合国宪章》,成为联合国的宗旨之一(序言及第1条)。1948年联合国《世界人权宣言》再次强调,不问性别,人人享有宣言载明的一切权利和自由(第2条)。“促进两性平等并赋予妇女权力”和“性别平等”先后列入《联合国千年发展目标》和《联合国可持续发展目标》。关于《联合国千年发展目标》, <https://www.un.org/zh/millenniumgoals/>, 2021年12月5日。关于《联合国可持续发展目标》, <https://www.un.org/sustainabledevelopment/zh/gender-equality/>, 2021年12月15日。女性在仲裁领域地位的提高,是社会进步、文明发展的反映。

### （七）国际商事仲裁更趋透明

因国际商事仲裁的保密性和私密性,<sup>①</sup> 国际商事仲裁一向是一个相对隐秘的领域。国际商事仲裁不公开不透明,产生的问题便是当事人对仲裁程序的可预见性降低、对仲裁公正性的怀疑,以及因其未能进入公共领域所带来的对法律演进价值的减损。提高仲裁程序的透明度,实质是提升仲裁程序的可预见性,以公开促公正。

近年来,提高国际商事仲裁透明度不仅是仲裁界热议的话题,更逐渐被仲裁实践所采纳。例如,国际商会国际仲裁院在2021年1月1日发布的《当事人与仲裁庭在国际商会仲裁规则下参与仲裁程序的指引》中提出,国际商会国际仲裁院将在其官网上公布的已有仲裁庭组成信息的基础上,增加公布案件涉及的所属行业信息和代理律师所在律所的信息;对于2021年1月1日后受理的案件,国际商会国际仲裁院将在2021年7月1日后公布经办秘书的姓名;该文件同时提出,2019年1月1日后作出的国际商会国际仲裁裁决(awards)和/或命令(orders)可根据当事人的意见(包括是否要求进行脱密处理)在结案两年之后予以公布。<sup>②</sup> 根据奥地利维也纳国际仲裁中心仲裁规则,理事会和秘书长有权将裁决的总结或摘录经匿名处理后在法律专业报刊或该中心的出版物中公布。<sup>③</sup> 中国国际经济贸易仲裁委员会通过对仲裁裁决进行必要的脱敏编辑处理后,将裁决书对外公开出版。<sup>④</sup>

### （八）国际商事仲裁开启绿色转型

气候变化是人类生存和发展面临的严峻挑战,积极应对气候变化是全人类共同的责任。据测算,一件中等规模的国际仲裁案件的碳排放量,竟需要惊人

① 国际商事仲裁具有保密性,通常认为是其优势之一。Gary Born, *International Arbitration: Law and Practice*, AH Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2012, p. 15.

② ICC, Note to Parties and Arbitral Tribunals on The Conduct of The Arbitration Under The ICC Rules of Arbitration, <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/12/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration-english-2021.pdf>, 2021年9月6日。

③ 《维也纳国际仲裁中心仲裁与调解规则》第41条。

④ 例如,中国国际经济贸易仲裁委员会主编的《涉“一带一路”国家仲裁案例选编》,其中选取了该仲裁委员会受理的涉“一带一路”国家的18个典型案例。中国国际经济贸易仲裁委员会主编:《涉“一带一路”国家仲裁案例选编》,法律出版社2019年版。

的 20000 棵树木进行碳中和。<sup>①</sup> 作为地球大家庭的一员，国际商事仲裁从业人员和相关人员承担着节能减排、减少碳足迹、可持续发展的社会责任。

近年来，国际商事仲裁的绿色转型渐露端倪。建议当事人和仲裁员签署绿色仲裁承诺书，推广使用远程庭前会议、远程询问证人乃至远程开庭、以电子方式提交文件和证据、使用电子卷宗、电子送达等，减少不必要的文件打印、避免不必要的国际国内旅行，减少使用一次性物品，拒绝使用塑料制品，推广使用电子方式进行宣传等，逐渐摆上仲裁机构工作日程。一些机构和组织业已推出绿色仲裁与可持续仲裁计划，开启国际商事仲裁绿色转型进程。为减少仲裁活动对环境的影响，国际仲裁员露西·格林伍德（Lucy Greenwood）于 2019 年发起成立绿色仲裁行动指导委员会，发布了系列“绿色仲裁议定书”。<sup>②</sup> 香港国际仲裁中心已率先签署《绿色承诺》，支持“绿色仲裁行动”。<sup>③</sup> 香港国际仲裁中心还专设绿色大使，成为世界上第一家设立绿色大使的仲裁机构。<sup>④</sup>毫无疑问，绿色仲裁将引领国际商事仲裁未来发展，国际商事仲裁绿色发展前景广阔。

## 二、晚近国际商事仲裁发展成因

总体来看，以下因素决定着晚近国际商事仲裁的发展演变。

### （一）经济发展是国际商事仲裁发展的原动力

仲裁制度是上层建筑的有机组成部分，必然受到经济基础的制约。有经贸往来就有仲裁需求，国际商事仲裁发展与国际经济活动休戚相关。历史经验表

<sup>①</sup> 该项研究考虑了在仲裁过程中某些产生碳的标准元素，例如打印法律意见书，乘搭飞机、铁路列车和汽车出行，入住酒店，以及使用即弃咖啡杯等。该研究还显示，业界只需采取 3 项措施就可大幅减少碳排放：在仲裁的每个阶段减少 1 次长途飞行；不使用纸质文件存档；不使用即弃咖啡杯。《可持续仲裁：以环保之道处理争端》，转引自香港国际仲裁中心微信公众号，2021 年 7 月 27 日。

<sup>②</sup> 具体包括“仲裁程序绿色议定书”（Green Protocol for Arbitration Proceedings）、“在仲裁中提供服务的律师事务所、大律师事务所和其他法律服务提供者律师议定书”（Green Protocol for Law Firms, Chambers and Legal Service Providers Working in Arbitration）、“仲裁员绿色议定书”（Green Protocol for Arbitrators）、“仲裁机构绿色议定书”（Green Protocol for Arbitral Institutions）、“仲裁会议绿色议定书”（Green Protocol for Arbitration Conferences）、“仲裁开庭场所绿色议定书”（Green Protocol for Arbitral Hearing Venues），<https://www.greenerarbitrations.com/>，2021 年 12 月 15 日。

<sup>③</sup> HKIAC 签署《绿色承诺》并支持《绿色议定书》启动公众咨询，[https://www.sohu.com/a/454039829\\_646904](https://www.sohu.com/a/454039829_646904)，2021 年 12 月 8 日。

<sup>④</sup> 绿色大使的工作是评估和落实中心内部运作上的可持续作业方式，包括采取节能措施、改善废弃物管理机制，以及加深员工对这个议题的了解及提高参与程度。《可持续仲裁：以环保之道处理争端》，转引自香港国际仲裁中心微信公众号，2021 年 12 月 9 日。

明，世界经济中心往往是国际商事仲裁中心，国际经贸活动越是活跃的地方和时期，越是国际商事仲裁充满活力的场域和快速发展的阶段。

自20世纪90年代特别是进入21世纪以来，亚太地区逐渐成为全球最具增长活力和发展潜力的经济板块，成为举世公认的世界经济增长的重要引擎。加入世界贸易组织20余年来，中国实现跨越式发展，迅速成为世界第二大经济体，对世界经济的贡献率多年连续超过30%，是世界经济增长“第一引擎”。<sup>①</sup>根据联合国工业发展组织（United Nations Industrial Development Organization，UNIDO）发布的《2022工业发展报告——概述》，全球工业生产加速向亚洲转移。<sup>②</sup>随着经济重心的“东移”，亚洲地区逐步成为全球仲裁需求最为旺盛的地区。经济的发展、仲裁需求的旺盛，为亚洲地区仲裁机构和仲裁事业发展提供了广阔的空间。亚洲经济的发展为亚洲仲裁机构的崛起提供了内在动力。

## （二）国际商事仲裁仍处于向国际主义迈进的历史长周期

从历史的角度看，国际商事仲裁经历了3个发展阶段。早期的国际商事仲裁表现为中世纪的商人习惯法，作为商人的发明，它是为了弥补国家法律供给不足而发展起来的，正因其是“商人们自己发展起来的”而“不是各地王侯们的法律”而得以在商人社会普遍适用，<sup>③</sup>可以说，国际商事仲裁制度从其诞生开始便具备国际主义的特征。在第二阶段，自荷兰自然法学派法学家、国际法鼻祖格劳秀斯提出国家主权原则后，随着民族国家的建立，国际商事仲裁经历了被纳入“国内法”的进程。例如瑞典《仲裁法》、法国《民事诉讼法典》、英国《仲裁法》等纷纷出台，以国内立法的形式规定了仲裁制度。<sup>④</sup>具有国际性

① 2018年，根据国家统计局统计数据，我国对世界经济增长贡献率即已连续13年位居世界第一。《连续13年！我国对世界经济增长贡献率世界第一》，2019年8月30日，<https://www.toutiao.com/a6730731999222301191/>，2021年12月14日。

② 联合国工业发展组织《2022工业发展报告——概述》，第22-23页。<https://www.unido.org/sites/default/files/files/2021-11/IDR%202022%20OVERVIEW%20-%20CN%20EBOOK.pdf>，2021年12月18日。

③ [英]施米托夫：《国际贸易法文选》，赵秀文选译、郭寿康校，中国大百科全书出版社1993年版，第207页；宋连斌主编：《仲裁理论与实务》，湖南大学出版社2005年版，第32页。

④ 李双元主编：《市场经济与当代国际私法趋同化问题研究》，武汉大学出版社2016年版，第345页。

的国际商事仲裁制度由此被分化为各国国内法。<sup>①</sup> 第三个阶段，即“二战”之后，伴随着经济全球化的发展，国际商事仲裁迎来国际主义的回归，其标志是《纽约公约》和《示范法》的问世。可以说，国际商事仲裁制度历经了“国际法—国内法—国际法”的历史发展过程。<sup>②</sup>

商业活动天生厌恶国界。美国法学家孟罗·斯密早在 100 年前即睿智而深刻地指出：“缘乎商务之为物，对于各地法律之歧异及因此所产生之法律抵触，向来即不能相容，良以商业之活动非局部的活动，不受地方或区域之限制，而系不分畛域，超越国际界限之活动。因此，商业永远在努力于普遍规则之完全，海上商业，尤其如此，无时不以更大之努力，以求实现此目的。其理想之目标，乃一种全世界普遍通行之法律，而由各国特别商事法院以执行之。”<sup>③</sup> 经济全球化是人类社会发展的必经之路，是大道，是正道，但绝非坦途，虽然时有回头浪和逆流，但是，经济全球化大趋势不会变，这是经济规律使然。在经济全球化进程中，全球供应链、产业链、价值链紧密联系，各国都是全球合作链条中的一环，日益形成利益共同体、命运共同体。各国谋求开放合作的发展大势不会改变，推进贸易投资自由化、便利化、法治化的趋势不会改变，商业活动追求的“一种全世界普遍通行之法律”的理想目标不会改变，国际商事仲裁必然处于向国际主义回归的历史周期和正确轨道。只要经济全球化的脚步不停歇，国际商事仲裁迈向国际主义的步伐就不会停滞，国际商事仲裁规则趋同化便不可阻挡。

### （三）商人社会是决定国际商事仲裁发展的终极力量

商人是国际商事仲裁之母。仲裁是当事人协议的产物，契约性是仲裁的根

<sup>①</sup> 孟罗·斯密在论述商法分化为各国国内法时曾指出：“近代各国之商法典中，仍大部分因袭以前富有国际性之规则，他方面英国乃至一切英语国家之普通法，大都尚保留此等国际性之商法规则”，也即形式的国内主义、实质上仍是国际主义。[美] 孟罗·斯密：《欧陆法律发达史》，姚梅镇译，中国政法大学出版社 1999 年版，第 218 页。国际商事仲裁的“国内化”也莫外乎此。

<sup>②</sup> 施米托夫教授 1957 年在赫尔辛基大学演讲时指出：“我们正在开始重新发现商法的国际性，国际法—国内法—国际法这个发展圈子已经自行完成：各地商法发展的总趋势是摆脱国内法的限制，朝着国际贸易法这个普遍性和国际性的概念发展。”[英] 施米托夫：《国际贸易法文选》，赵秀文选译、郭寿康校，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 230 页。我们认为，从国际贸易法和仲裁法律制度的发展史来看，两者本是同源（本是同根生）、相伴相生、共同成长，国际仲裁与国际商法（国际贸易法）同步经历了从国际法—国内法—国际法的进程。赵健：《加快国际仲裁中心建设 推动构建公正、合理、透明的国际贸易规则体系》，2021 年 11 月 25 日，武汉大学国际法研究所微信公众号，2021 年 12 月 12 日。

<sup>③</sup> [美] 孟罗·斯密：《欧陆法律发达史》，姚梅镇译，中国政法大学出版社 1999 年版，第 218 页。

本属性,<sup>①</sup> 仲裁不实行级别管辖和地域管辖,更没有专属管辖,当事人协议授权是仲裁管辖权的唯一来源,当事人达成的仲裁协议是全部仲裁活动的原点。著名国际仲裁专家范登伯格说:“仲裁协议是仲裁的根本,没有仲裁协议,仲裁是不可能进行的。”<sup>②</sup> 国际商事仲裁属于现代服务业,竞争激烈,不仅国际商事仲裁机构之间、机构仲裁与临时仲裁之间存在同业竞争,国际商事仲裁与跨境诉讼、国际调解等国际争端解决机制之间还存在跨行业竞争。<sup>③</sup> 仲裁的契约本性和服务属性、国际商事仲裁的竞争性,决定了国际商事仲裁的供给方必须时刻关注且不断满足当事人的仲裁需求,否则,当事人会拿脚投票,放弃对国际商事仲裁的选择。一言以蔽之,国际商事仲裁的发展最终是由市场决定的,是由商人社会决定的。

晚近以来,国际商事仲裁的很多变革实质上都是为了满足商人社会的合理需求。例如,公正源于信任,<sup>④</sup> 在仲裁用户更加广泛地来自不同国家、不同种族、不同性别的时候,仲裁员的多样性就成了仲裁公正性的保障。仲裁员如果依旧由一个地域、一个种族、一种性别的人士担任,仲裁庭“表面上的公正”自然无法实现,“实质上的公正”也就存疑。<sup>⑤</sup> 为回应这一问题,仲裁员的多样

① 关于仲裁的性质,参见赵健:《国际商事仲裁的司法监督》,法律出版社2000年版,第2-5页。

② A. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958* 144-45 (1981), 转引自 Gary Born, *International Arbitration: Law and Practice*, AH Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2012, p. 1.

③ 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》于2018年12月通过,又称《新加坡调解公约》。该公约适用于调解产生的国际和解协议,确立了关于援用和解协议的权利以及执行和解协议的统一法律框架。该公约于2019年8月7日在新加坡开放签署,截至2021年12月18日,中国、美国等55个国家签署该公约,已对新加坡等8个国家生效。[https://uncitral.un.org/zh/texts/mediation/conventions/international\\_settlement\\_agreements/status](https://uncitral.un.org/zh/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status), 2021年12月8日。2019年7月2日,海牙国际私法会议第22届外交大会通过《承认及执行外国国民商事判决公约》(The Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, HCCH 2019 Judgments Convention),旨在促进外国国民商事判决的有效国际流通(international circulation)。<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/judgments>, 2021年12月18日。国际调解和跨境诉讼制度的改革,降低了国际商事仲裁在制度上的比较优势,进一步增加了国际商事仲裁的竞争压力。

④ [英]丹宁:《法律的训诫》,杨百揆、刘庸安、丁健译,法律出版社1999年版,第99页。

⑤ 所谓“正义不仅要实现,而且要以看得见的方式来实现”(Justice must not only be done but must be seen to be done)。英国法官休厄特在“王国政府诉苏塞克斯法官,由麦卡锡起诉案”中有一句名言:“不仅要主持正义,而且要人们明确无误地、毫不怀疑地看到是在主持正义,这一点不仅是重要的,而且是极为重要的。”[英]丹宁:《法律的训诫》,杨百揆、刘庸安、丁健译,法律出版社1999年版,第98页。

性便提上日程，目前已成国际商事仲裁界的共识。<sup>①</sup>又如，受更多的法律职业人员加入国际商事仲裁等诸多因素影响，国际商事仲裁偏离原本高效便捷的轨道，变得“诉讼化”，国际商事仲裁时间长、费用高、效率低，成为“劳斯莱斯式”的公正。为解决广大当事人关切，简易仲裁程序规则、多份合同仲裁、合并仲裁、追加第三人、简化证据开示等各种技术各种方式纷纷涌现，以期提高仲裁质效。

#### （四）科技革命是推动国际商事仲裁发展的催化剂

从历史的角度来看，每一次科技革命和产业变革都是一次全方位变革，都无一例外地大大促进了国际商事仲裁的发展。航海技术的发展，带来新大陆的发现，不仅扩大了全球贸易的疆域范围，同时也推动了国际商事仲裁版图的扩张。电报、电传、传真技术的出现，不仅丰富了合同和仲裁协议的签订方式，也便利了仲裁机构、仲裁庭和当事人及其代理人的相互沟通，缩短仲裁文书送达的时间，从而提高了仲裁效率。

当前，新一轮科技革命加速推进，互联网、5G、大数据、区块链、人工智能在深刻重塑世界经济的同时，正以前所未有的速度快速改变着国际商事仲裁的样态。互联网催生了互联网仲裁，扩大了国际商事仲裁适用的场域。通信和信息技术的加速迭代，网上立案、电子送达、电子签名特别是多媒体证据展示和远程开庭成为现实。可以预见，区块链技术、大数据和人工智能技术将不可逆转地在国际商事仲裁场景中得到更多的适用。区块链技术的应用将影响和改变国际商事仲裁的证据规则；大数据和人工智能将更多地赋能仲裁庭，对仲裁庭审理案件和作出裁决产生重大影响，未来，仲裁庭将更多地在大数据和人工智能的辅助下明晰是非、定分止争，IA（Intelligent Arbitrator）与AI（Artificial Intelligence，即“人工智能”）的界限也许将日渐模糊。我们正处于知识爆炸、信息爆炸和技术加速迭代的年代，我们无法确定5年后或者10年后我们到底在

---

<sup>①</sup> 专家认为，Gender diversity in international arbitration leads to a better arbitral process and outcome. As A. F. Haridi put it, sufficient diversity on the arbitral tribunal is “crucial to sustaining arbitration as a modern, feasible and desirable method of dispute resolution” so that arbitration users “view the tribunal as representing a cross-section of the business world.” Studies show that diversity brings in diverse perspectives which allow the quality of group reasoning and decision making to improve. A survey published in 2016 found that “[a] diverse tribunal may be better prepared, more task-oriented, and more attentive to parties’ arguments than a non-diverse tribunal.” Christian Albanesi and Mateo Nosedá Zorrilla de San Martín, Gender diversity in arbitral tribunals-The challenges ahead, <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/guest-blog-gender-diversity-in-arbitral-tribunals-the-challenges-ahead/>, 2021年12月10日。

使用什么样的技术,唯一可以确定的是,科技革命和产业革命将继续以势不可当的磅礴力量推动国际商事仲裁发展。<sup>①</sup>

#### (五) 疫情成为国际商事仲裁演变的加速器

疫情期间,世界各国普遍出台了一系列限制或者禁止国际旅行、人员聚集的措施,这给国际商事仲裁活动带来了较大的负面影响。国际邮路的中断,给及时提交和送达仲裁文件造成困难,现场开庭更是困难重重,许多庭审被取消或者推迟。<sup>②</sup>为妥善应对疫情对国际商事仲裁活动造成的不利影响,虽然早在2020年4月,国际商会国际仲裁院、中国国际经济贸易仲裁委员会等国际知名仲裁机构就陆续发布关于疫情期间有效推进仲裁程序的指引,<sup>③</sup>认可仲裁庭有权在适当情况下决定以视频方式远程开庭审理案件。但是,当初国内国际商事仲裁界对于远程开庭的合法性和正当性不乏担心和争论。<sup>④</sup>

随着疫情的持续肆虐和疫情防控常态化,世界难以在短期恢复正常,同时伴随着远程开庭的逐渐开展和技术的日臻完善,对于远程开庭合法性和正当性的争论迅速消失,疫情帮助国际商事仲裁界迅速统一了思想。伦敦国际仲裁院(London Court of International Arbitration, LCIA)在其2020版仲裁规则中明确了

<sup>①</sup> 关于国际法与科学技术的关系,中国国际法学会会长黄进教授指出,国际法的发展历来与科学技术紧密相连,两者相伴而生、相伴而行,相互给力、相互促进。他提出,国际法是科技发展的产物,科技发展推动国际法规则的演变,科技发展催生新的国际法领域或者分支,未来科技的发展预示着国际法的未来,同时,国际法是科技发展的运行规则。黄进:《未来科技发展对国际法和国际法治的挑战》,在第四届“东湖国际法律论坛”开幕式上的致辞,2019年11月23日,中国国际法学会微信公众号,2021年12月19日。

<sup>②</sup> 据统计,2020年2月至4月,中国国际经济贸易仲裁委员会取消现场开庭审理共计360次。Wang Chengjie and Wang Bihan, “Highlights of CIETAC Guidelines on Proceedings with Arbitration Actively and Properly during the COVID-19 Pandemic”, Asian Legal Business, Asia Edition, July 2020, p. 10. <https://www.legalbusinessonline.com/sites/default/files/e-magazines/ALB-JUL-2020/viewer/desktop/index.html?doc=3FDCF229DB1BB005A3644C4F5B51BDDDB#page/12>, 2021年12月12日。

<sup>③</sup> 《国际商会关于减轻新冠肺炎疫情影响的若干可参考措施的指引》, <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/guidance-note-possible-measures-mitigating-effects-covid-19-chinese.pdf>, 2021年12月12日。中国国际经济贸易仲裁委员会《关于新冠肺炎疫情期间积极稳妥推进仲裁程序指引(试行)》, <http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=16910>, 2021年12月7日。

<sup>④</sup> 中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁院副院长谷岩介绍,在2020年9月召开的中国仲裁高峰论坛上,与会各国专家还在激辩远程开庭的诸多问题,如是否合法、是否符合仲裁规则、技术缺陷是否会严重影响庭审质量等,而今年,这种讨论明显少了许多。谷岩:《适应争议解决发展新趋势 服务“一带一路”建设》,在中国国际商会、国际商会中国国家委员会、中国国际经济贸易仲裁委员会、中国海事仲裁委员会、国际商会国际仲裁院于2021年11月23日在线举办的2021年“一带一路”国际商事仲裁高级别对话会上的主题演讲,北京,2021年11月。

庭审可以通过电话会议或其他通信技术等虚拟方式进行;<sup>①</sup> 维也纳国际仲裁中心 (VIAC) 2021 版仲裁规则增加了关于远程开庭和通过电子方式送达裁决书的规定。<sup>②</sup> 据统计,截至 2021 年 10 月底,中国国际经济贸易仲裁委员会即有 347 件案件通过远程开庭方式进行审理。<sup>③</sup> 山川异域,四海同庭,大大增强了国际仲裁应对新冠疫情的韧性,对国际商事仲裁加快科技赋能步伐发挥了重要的助推作用。

### 三、加快新时代中国国际仲裁中心建设

国际商事仲裁的晚近趋势对我国国际商事仲裁发展总体是有利的,这些趋势也是几代中国仲裁人接续奋斗的结果。站在新的历史起点上,中国应顺应国际商事仲裁发展潮流,加快新时代中国国际仲裁中心建设,推动构建更加公正、合理的国际商事仲裁规则体系。

#### (一) 加快建设新时代中国国际仲裁中心的必要性

中华人民共和国仲裁事业肇始于 20 世纪 50 年代。1954 年,中央人民政府政务院第 215 次会议通过《关于在中国国际贸易促进委员会内设立对外贸易仲裁委员会的决定》,开启了新中国仲裁事业发展的征程。<sup>④</sup> 在中国国际贸易促进委员会和中国国际经济贸易仲裁委员会的推动下,<sup>⑤</sup> 1986 年,我国批准加入《纽约公约》,<sup>⑥</sup> 标志着中国仲裁正式融入国际商事仲裁大家庭。1994 年,八届

① 《伦敦国际仲裁院仲裁规则 (2020 版)》第 19.2 条。

② 王碧涵、赵健:《〈维也纳国际仲裁中心仲裁与调解规则 (2021 版)〉评析》,载《商事仲裁与调解》2021 年第 5 期,第 7-8 页。

③ 谷岩:《适应争议解决发展新趋势 服务“一带一路”建设》,在中国国际商会、国际商会中国国家委员会、中国国际经济贸易仲裁委员会、中国海事仲裁委员会、国际商会国际仲裁院于 2021 年 11 月 23 日在线举办的 2021 年“一带一路”国际商事仲裁高级别对话会上的主题演讲,北京,2021 年 11 月。

④ 从此,我国历史上首次出现了独立公正审理国际商事争议的仲裁机构,开启了中国涉外仲裁实践的探索历程。张纯:《从新中国首家仲裁机构看我国仲裁之发展》,载《民主与法制》2021 年第 46 期。

⑤ 当时,中国国际经济贸易仲裁委员会从涉外仲裁实践需要出发,积极呼吁并推动中国加入《纽约公约》,组织开展研究、编写专业资料,向政府和立法机构宣传《纽约公约》对解决国际商事纠纷的重要意义,为促进中国尽早加入《纽约公约》做了大量工作。张纯:《从新中国首家仲裁机构看我国仲裁之发展》,载《民主与法制》2021 年第 46 期。

⑥ 我国于 1986 年 12 月 2 日经六届全国人大常委会第十八次会议批准决定加入《纽约公约》,并于次年 1 月 22 日向联合国交存批准书,公约自 1987 年 4 月 22 日起正式对我国生效。我国在加入时作出两项保留:第一,互惠保留,即我国只在互惠的基础上对在另一缔约国领土内作出的仲裁裁决的承认和执行适用该公约;第二,商事保留,即我国只对根据中国法律认定为属于契约性和非契约性商事法律关系所引起的争议适用纽约公约。

人大常委会第9次会议通过《仲裁法》，我国仲裁事业进入全面改革发展的新时期，商事仲裁逐步走向了市场化发展的轨道。截至2021年，自我国《仲裁法》生效实施26年来，全国共依法设立组建270多家仲裁机构，办理仲裁案件400多万件，标的总额5万多亿元，当事人涉及全球100多个国家和地区。<sup>①</sup>我国已经快速成长为世界仲裁大国。

同时，更应看到，我国仲裁工作面临着仲裁委员会内部治理结构不完善、仲裁发展秩序不规范、仲裁国际竞争力不强、监督制约机制不健全、支持保障不到位等新情况新问题，影响了仲裁公信力，制约了我国仲裁事业的健康快速发展。<sup>②</sup>建设仲裁强国，推动国际商事仲裁规则体系变革是一项系统工程，需要多方努力、综合施策，关键是办好自己的事，因而有必要加快新时代中国国际仲裁中心建设，提高我国仲裁的国际竞争力和国际公信力。

## （二）新时代国际仲裁中心的概念

关于国际仲裁中心（International Arbitration Hub），国际上并无统一的定义。根据中国社会科学院国际法研究所研究报告，国际仲裁中心不是指一家仲裁机构，而是以一定区域为基础，以仲裁机构为引擎，聚合其他上下游法律服务机构或组织，为境内外市场主体预防和解决纠纷提供仲裁及相关法律服务的具有国际公信力的优质生态圈。<sup>③</sup>国际仲裁中心实质上就是世界各地当事人乐于选择的仲裁地点。

对于当事人乐于选择的仲裁地点，英国特许仲裁员协会（Chartered Institute of Arbitrators, CIArb）于2015年该协会成立100周年时发布了《特许仲裁员协会伦敦百年原则》（CIArb London Centenary Principles），提出了10项判断原则标准，分别是：现代的国际仲裁法律体系；高素质的法官群体；独立专业的法律职业队伍；成熟的仲裁培训体系；当事人享有广泛的自由的代表权；便捷与充分的安全与保障；完备的设施服务；专业包容的职业伦理规范；强有力的执行保障；仲裁员享有豁免权。<sup>④</sup>

<sup>①</sup> 《关于〈中华人民共和国仲裁法（修订）（征求意见稿）〉的说明》，[http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/zlk/202107/t20210730\\_432965.html](http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/zlk/202107/t20210730_432965.html)，2021年12月8日。

<sup>②</sup> 《中共中央办公厅、国务院办公厅关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》，2018年12月31日发布。

<sup>③</sup> 中国社会科学院国际法研究所：《仲裁中心建设与评估研究报告》，北京，2020年11月，第12页（未公开发表）。

<sup>④</sup> <https://www.ciarb.org/media/1263/london-centenary-principles.pdf>，2021年12月18日。

按照国际上较为普遍接受的新加坡国际仲裁专家黄锡义（Michael Huang）提出的标准，认为国际仲裁中心应具备7项条件：完善的仲裁法律制度、谙熟仲裁制度的法官群体、优秀的仲裁机构、强大的仲裁从业者队伍、成熟的仲裁员培训体系、友好的仲裁环境，以及便利的地理区位优势。<sup>①</sup>

本文无意对国际仲裁中心作出明确的界定，在接受上述观点的基础上，我们进一步认为，新时代的国际仲裁中心还应当是绿色低碳、智慧化的仲裁中心。

### （三）加快新时代中国国际仲裁中心建设的具体举措

对照上述条件，对标伦敦、新加坡等国际仲裁中心，我们认为，面向未来，根据我国实际，加快建设新时代中国国际仲裁中心，应当重点做好以下9个方面的工作。

#### 1. 完善仲裁法律制度

良法是善治的前提，规则和标准的竞争是最高水平的竞争。中国仲裁法就是中国仲裁的名片，是中国仲裁国际竞争的“硬核力量”。建设新时代国际仲裁中心，提高我国仲裁立法的质量，制定一部具有世界领先水平的中国仲裁法是当务之急。

我国《仲裁法》修订工作正在紧张进行。2021年7月30日，司法部公布了《仲裁法（修订）（征求意见稿）》。<sup>②</sup>该征求意见稿突出问题导向，坚持中国特色与国际接轨相统一，对现行《仲裁法》作了全面的、较大幅度的修订，亮点颇多。该征求意见稿公布后，引起了包括仲裁界在内的全国界的广泛关注。法律融合发展是法律发展的自然进程。仲裁天然具有国际性，协调统一的仲裁立法有助于降低交易成本，增强市场主体的信心。在坚持中国特色社会主义仲裁制度的前提下，我国《仲裁法》应当更多地吸收借鉴《示范法》的基本原则和主要内容，努力使我国成为《示范法》国家，提高我国仲裁制度的现代化水平。

#### 2. 优化仲裁司法环境

仲裁的生命力离不开司法对仲裁的支持、协助与监督。2013年，时任最高人民法院院长周强在中国国际经济贸易仲裁委员会承办的亚太区域仲裁组织大

---

<sup>①</sup> 中国社会科学院国际法研究所：《仲裁中心建设与评估研究报告》，北京，2020年11月，第12页。

<sup>②</sup> 《仲裁法（修订）（征求意见稿）》，[http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/lfyjzj/lflfyjzj/202107/t20210730\\_432967.html](http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/lfyjzj/lflfyjzj/202107/t20210730_432967.html)，2021年12月7日。

会（APRAG大会）上发表了题为《亚太新时代的国际仲裁、司法与法治》的主旨演讲，强调仲裁与司法优势互补，是合作伙伴关系，不是对手关系，两者是并蒂莲和姊妹花。<sup>①</sup>

在长期的仲裁司法审查实践中，中国法院出台了一系列支持仲裁发展的司法解释和司法文件，始终恪守条约义务，从严适用公共政策，最大限度地尊重仲裁的特有规律，维护仲裁裁决的终局性，促进了我国仲裁事业的发展。最高人民法院国际商事法庭审结的“英属维尔京群岛运裕有限公司等申请确认仲裁协议效力案”、广东省广州市中级人民法院审结的“美国布兰特伍德公司申请承认和执行国际商会仲裁院仲裁裁决案”，体现了先进的司法理念，广为业界称道。<sup>②</sup> 人民法院支持仲裁的司法监督政策已经越来越稳固地确立起来。同时，人民法院法官应进一步牢固树立支持仲裁发展的司法理念，不断加强仲裁法和仲裁理论的学习，熟悉和掌握仲裁的特点和特有规律，严格按照《仲裁法》的规定监督仲裁，避免随意扩大法定的监督范围，避免将法官习以为常的诉讼中的做法不恰当地扩展适用到仲裁，拿诉讼中的规定来错误地要求和限定仲裁。人民法院应继续提高对仲裁司法审查的效率，以避免损害当事人对仲裁高效进行的合理期待。

### 3. 强化仲裁行政措施支持

根据《2021国际商事仲裁调查报告》，新加坡已经跃升为世界排名第一的仲裁地。<sup>③</sup> 总结新加坡的经验，不难发现，政府的全力支持是其成功的秘诀之一。为推动新加坡国际仲裁中心的发展，将新加坡打造成为国际仲裁中心，新加坡政府在财政资金、办公用房、税收政策、出入境政策等方面给予仲裁机构和仲裁从业人员极大的支持和便利。可以说，没有新加坡政府的努力，也就没

<sup>①</sup> 《周强出席2013年亚太区域仲裁组织大会》，<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-5508.html>，2021年12月7日。

<sup>②</sup> 英属维尔京群岛运裕有限公司等申请确认仲裁协议效力案，明确了仲裁条款的成立独立于主合同的原则；美国布兰特伍德公司申请承认和执行国际商会仲裁院仲裁裁决案，首次确定了外国仲裁机构在中国内地作出的裁决之籍属。最高人民法院民四庭任雪峰：《在2021年“一带一路”国际商事仲裁高级别对话会上的主旨发言》，在中国国际商会、国际商会中国国家委员会、中国国际经济贸易仲裁委员会、中国海事仲裁委员会、国际商会国际仲裁院于2021年11月23日在线举办的2021年“一带一路”国际商事仲裁高级别对话会上的主题演讲，北京，2021年11月。关于英属维尔京群岛运裕有限公司等申请确认仲裁协议效力案的评论，参见王生长：《仲裁协议独立性要义——中国国际商事法庭第一案述评》，2019年10月3日，汇仲律师事务所微信公众号，2021年12月19日。

<sup>③</sup> Queen Mary, White & Case: 2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World, 2021, p. 6.

有今天新加坡仲裁的良好局面。我国香港特别行政区的经验也是如此。<sup>①</sup>

我国仲裁机构的发展，新时代中国国际仲裁中心的建设，同样离不开政府的大力支持。结合我国仲裁发展的国情，我们认为，首先，政府应全力支持仲裁机构进行体制机制改革，充分尊重仲裁机构的独立法人地位，全面维护仲裁机构的人事、财务自主权，真正让仲裁机构按市场化规律独立进行运营；其次，在税收政策、外汇管理、出入境管理等方面给予仲裁机构、仲裁员和参与仲裁活动的人员相应的便利，为国内外仲裁机构开展仲裁活动创造良好环境。<sup>②</sup>

#### 4. 加快仲裁机构发展

回顾世界仲裁发展的历史，仲裁经历了由临时仲裁到机构仲裁的发展过程。当今世界，仲裁机构越来越成为推动仲裁制度滚滚向前最为重要的力量，仲裁机构越来越成为仲裁服务最为重要的“供给侧”和“供给端”。世界上每一个国际仲裁中心背后都有一家甚至一批国际知名的仲裁机构。加快仲裁机构发展，是推动新时代中国国际仲裁中心建设的必然要求。

加快我国仲裁机构发展，要全面推进我国仲裁机构体制机制改革。要坚持仲裁机构的民间性，坚持“去行政化”改革方向，<sup>③</sup>坚持仲裁机构的公益性，坚持仲裁机构的专业性，严格落实《中共中央办公厅、国务院办公厅关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》，按照决策权、执行权、监督权相互分离，有效制衡，权责对等的原则，建立和完善非营利法人治理结构，由专业人员而非行政人员来管理仲裁机构。仲裁机构要秉持“和平合作、开放包容、互学互鉴、互利共赢”丝路精神，加强职业共同体建设，既讲竞争更谋合作，优势互补，错位发展。仲裁要加快与调解等 ADR 争议解决方式融合发展、加快与

<sup>①</sup> 例如，在国际仲裁界众所周知的事实，香港特别行政区政府以年租金 1 港币象征性收费向香港国际仲裁中心出租办公场所。香港国际仲裁中心位于中环交易广场二期。2011 年，香港特别行政区政府向香港国际仲裁中心提供额外的办公场所，用于扩开展庭和办公设施，使其办公面积倍增至超过 1200 平方米，以配合区内仲裁服务使用者的需求。过仕宁：《香港特别行政区国际商事仲裁概述及发展展望》，<https://www.jiemian.com/article/2111433.html>，2021 年 12 月 14 日。

<sup>②</sup> 2021 年 7 月 5 日，北京市发展和改革委员会、北京市司法局联合发布《北京市关于改革优化法律服务发展环境若干措施》，京发改规〔2021〕2 号，出台“提供更加便利的工作居留和出入境服务”“促进法律服务业务跨境收支便利化”“优化司法行政审批服务”“打造国际商事仲裁中心”“支持涉外法律服务机构开拓市场”“加大涉外法律服务人才培养力度”等 6 项举措，促进包括仲裁业在内的法律服务业专业化高端化国际化发展。[http://fgw.beijing.gov.cn/fgwzgwk/zcgk/bwgfxfwj/202107/t20210720\\_2445119.htm](http://fgw.beijing.gov.cn/fgwzgwk/zcgk/bwgfxfwj/202107/t20210720_2445119.htm)，2021 年 12 月 14 日。

<sup>③</sup> 关于我国仲裁机构的法人定位及“去行政化”问题，参见王红松：《民间化是中国仲裁制度的发展方向》，2007 年 4 月 19 日，<https://www.bjac.org.cn/news/view?id=1453>，2021 年 12 月 18 日。

诉讼有机衔接，共同为市场主体提供立体的、全面的、多方位的争议解决服务，不断满足市场主体多元化、多样性的争议解决需求。积极培养女性仲裁员，增加女性在仲裁机构管理层的比例，为女性仲裁员创造更多机会参与国际商事仲裁活动。

### 5. 着力提升仲裁智慧化水平

新科技革命和产业变革的时代浪潮奔腾而至。科技革命和产业变革不仅改变着产业链供应链和商业模式，从而决定着仲裁案件的类型和法律的适用，同时更对仲裁管理模式和管理方式带来挑战。当前，除极少数头部仲裁机构外，我国仲裁机构整体仲裁信息化水平较低，远远落后于我国人民法院信息化建设，更未迈入智慧化时代，不能适应仲裁国际竞争的需要。

为加快仲裁信息化建设步伐，提高仲裁智慧化水平，建议学习借鉴人民法院信息化建设先进经验，由国务院司法行政主管部门设立专项资金开展仲裁信息化和智慧化建设重大理论和重要装备开发研究，重点围绕仲裁庭审智慧化、仲裁证据审查认定智慧化、仲裁裁决书制作智慧化、仲裁裁决核阅智慧化、仲裁案例精准推送等进行攻关并力争短期内形成突破性成果。建议国务院司法行政主管部门牵头开发惠及全国仲裁机构的仲裁案件管理平台，推出公共远程开庭服务系统，便利各地当事人在线仲裁。加强仲裁机构仲裁案件管理平台与人民法院、律师协会和律师事务所、公证机构、调解机构、电子证据存证机构、市场管理部门、征信机关等部门和单位之间信息平台的互联互通，在保证信息安全的前提下，实现数据共享，提高仲裁质效。努力维护数据公平正义，防止数据鸿沟和数据不公。贯彻落实《个人信息保护法》，加强仲裁机构数据合规管理。密切关注元宇宙的发展，<sup>①</sup>积极探索增强现实（AR）和虚拟现实（VR）技术在仲裁场景中的应用。

---

<sup>①</sup> 2021年9月16日，清华大学新媒体研究中心沈阳教授团队授权发布了《2020—2021年元宇宙发展研究报告》。《报告》分“理念篇”“产业篇”“风险篇”三个篇章，通过概念梳理、理论构建、行业分析等视角，全面解读互联网发展新阶段——“元宇宙”的深刻意义，并研判其发展趋势和潜在风险。这是国内学界首份关于元宇宙的研究报告。根据该报告，元宇宙是整合多种新技术而产生的新型虚实相融的互联网应用和社会形态，它基于扩展现实技术提供沉浸式体验，基于数字孪生技术生成现实世界的镜像，基于区块链技术搭建经济体系，将虚拟世界与现实世界在经济系统、社交系统、身份系统上密切融合，并且允许每个用户进行内容生产和世界编辑。元宇宙的核心内涵包括五点，即虚实融合、以用户生产内容为主体、具身互动、统一身份、经济系统。叶海燕、曾业：《对话国内首份“元宇宙发展报告”主笔》，2021年11月3日，<https://hainan.china.com/news/20001581/20211103/25472354.html>，2021年12月18日。

## 6. 积极推动仲裁绿色转型

我国仲裁界对绿色仲裁的概念普遍较为陌生，推动仲裁绿色发展的积极性不高主动性不强。国际仲裁之间的竞争既是案件数量硬实力的比拼更是对外形象软实力的较量，目前，国际仲裁绿色转型刚刚起步，加快转型是我国仲裁机构实现国际仲裁竞争弯道超车的重要路径。

为抓住机遇、加快发展，建议未来成立的中国仲裁协会或相关权威机构发布我国绿色仲裁倡议，推动绿色仲裁理念深入人心。大力倡导绿色低碳仲裁理念，发挥中国仲裁法学研究会等机构智库平台作用，加强对仲裁绿色转型重大问题的研究。建议国务院司法行政主管部门和各省级人民政府将仲裁节能减排工作统一纳入全国和本地区仲裁事业发展整体规划。中国政法大学仲裁研究院等机构将仲裁节能减排工作列入仲裁公信力建设评级考核指标，并逐步加大其权重比例。建议财税部门出台鼓励政策，引导我国仲裁机构根据受理案件数量从仲裁收费中划出一定比例资金建设中国仲裁碳汇林。鼓励我国仲裁机构认真贯彻落实“十四五”发展规划，自主设定“双碳”目标，制定时间表和路线图，切实采取有效措施节能减排，早日实现仲裁业碳达峰碳中和。

## 7. 建设仲裁友好型社会

当前，仲裁在我国认知度不高认识不全面，市场主体仲裁意识不强，社会对仲裁还比较陌生，打官司上法院“习以为常”，选择仲裁者寥寥无几。司法部统计数据显示，我国仲裁机构受理案件数量与人民法院受理案件数量同口径相比，仅占后者的2%—3%，全国仲裁机构每年受理的涉外案件仅为2000多件。<sup>①</sup>

加快新时代中国国际仲裁中心建设，要结合我国《仲裁法》修订，大力开展仲裁法律制度宣传，提高整个社会的仲裁认知度。大力发展律师业，对律师开展仲裁培训，提高律师的仲裁执业水平。结合企业法治建设特别是合规建设，面向企业大力开展仲裁业务培训，提高企业运用仲裁防范和化解经营风险的能力。要聚合法律服务资源，鼓励涉外商事调解组织、公证处、法律查明服务机构等法律服务机构的发展，建立与仲裁相互有机衔接、融合发展的国际商事争议解决平台。

---

<sup>①</sup> 《仲裁机构法治化市场化改革大幕将启》，<http://caal.chinalaw.org.cn/portal/article/index/id/1243.html>，2021年12月10日。

## 8. 深入开展国际交流合作

仲裁是商人社会的“万民法”，<sup>①</sup>是开展国际商事交往的通用语言。仲裁市场本身具有开放性和国际性。建设新时代国际仲裁中心，要坚持“请进来”与“走出去”相结合，加强国际仲裁事务交流合作，不断提高中国仲裁的国际美誉度和国际竞争力。

要继续扩大对外开放，吸引更多具有国际影响力的境外国际争端解决机构进驻我国并开展业务运营，推动我国仲裁机构国际竞争力的提升；聘请更多的境外优秀专业人士加入我国仲裁员队伍并参与仲裁办案，提高仲裁员队伍的国际化水平；要吸收境外专业人士加入仲裁管理和仲裁秘书队伍，提升为外籍当事人提供服务的能力。鼓励我国有条件的仲裁机构对外签订双边或多边仲裁合作协议，推动我国仲裁机构发起设立的“一带一路”仲裁机构合作机制走深走实。<sup>②</sup>积极参与联合国国际贸易法委员会、海牙国际私法会议、国际商会、国际商事仲裁理事会等政府间和非政府间国际组织相关国际立法等活动，推荐专家任职，积极发声，努力为国际仲裁规则制定提供更多中国智慧和方案，提高在国际仲裁全球治理中的话语权。

## 9. 大力培养国际仲裁人才

仲裁竞争关键在人才。我国270多家仲裁机构的仲裁员等仲裁从业人员已达6万余人，<sup>③</sup>但外语功底扎实、法律专业能力强或者同时拥有其他专业知识的复合型人才紧缺，在国际上叫得响、具有国际影响力的大牌仲裁员更加稀缺，与我国世界第二大经济体、第一大贸易国和双向投资大国的国际地位不相匹配，

<sup>①</sup> 市民法和万民法是罗马法上的概念，一般认为，前者体现了“特殊主义”或“国家主义”，后者体现了“普遍主义”或“世界主义”，罗马法经历了从市民法到万民法的演变过程。李二元主编：《市场经济与当代国际私法趋同化问题研究》，武汉大学出版社2016年版，第6页。

<sup>②</sup> 该合作机制由中国国际经济贸易仲裁委员会倡议设立。2019年，中国国际经济贸易仲裁委员会在北京举办“一带一路”仲裁机构高端圆桌论坛及仲裁机构领导人闭门会议，发起并与近30家境外仲裁机构和13家国内仲裁机构达成《“一带一路”仲裁机构北京联合宣言》，提出了共建“一带一路”仲裁机构更加紧密合作机制的倡议。2021年9月，中国国际经济贸易仲裁委员会举办第二届“一带一路”仲裁机构高端论坛，联合32家境外仲裁机构和15家国内仲裁机构共同发布《“一带一路”仲裁机构北京联合宣言合作机制》，进一步深化了“一带一路”国际仲裁机制化合作，标志着仲裁服务共建“一带一路”迈进了新阶段。张纯：《从新中国首家仲裁机构看我国仲裁之发展》，载《民主与法制》2021年第46期。

<sup>③</sup> 《仲裁机构法治化市场化改革大幕将启》，<http://caal.chinalaw.org.cn/portal/article/index/id/1243.html>，2021年12月10日。

与建设新时代中国国际仲裁中心和仲裁强国不相适应。<sup>①</sup>

为造就一支国际商事仲裁人才工作队伍，要做好我国国际商事仲裁人才队伍建设的顶层设计和统筹规划。进一步完善我国高校涉外法律人才培养体系，健全跨学科、复合型、实践型人才培养模式，仲裁机构应加大与法学院校相互联系，在仲裁机构设立实习基地，加大仲裁机构进校园的力度，经常性地举办仲裁讲座、模拟仲裁庭比赛，合作开设固定的仲裁课程，提高法学院校学生的仲裁知识储备。鼓励和支持国际商事仲裁专业培训机构发展，面向仲裁员、律师、公司法务组织开展高端培训，提高涉外法律服务人才的仲裁业务能力。花大气力做好国际商事仲裁领军人才的培养，联合立法、司法、教育、外交、财政等部门，选拔优秀人才，加大培训培养力度，量身定制，制定有针对性的、个性化的培养方案，帮助其快速成长。深化与司法行政主管部门合作，在国际商事仲裁人才高度紧缺领域，为相关执业人员取得法律等执业资格提供便捷通道。

#### 四、结语

加快新时代中国国际仲裁中心建设，努力把我国打造成为世界各国当事人乐于选择的仲裁目的地，是几代中国仲裁人的光荣梦想。建设仲裁强国，应当正确认识国际商事仲裁发展趋势，科学把握其演变的深层规律，自觉提高对促进国际商事仲裁规则体系变革的重要性、必要性和紧迫性的认识，准确识变、科学应变、主动求变，努力推动构建更加公正、合理、透明的国际贸易投资规则体系，为早日实现中国梦贡献仲裁力量。

（责任编辑：粟撒<sup>②</sup>）

---

<sup>①</sup> 据中国政法大学仲裁研究院统计，2020年我国仲裁机构在聘涉外仲裁员（含境外）共计2000余人，但境内仲裁员能够参与国际仲裁实践的比例极低。姜丽丽：《加快中国特色涉外仲裁人才培养步伐》，载《法治日报》2021年8月31日，第10版。

<sup>②</sup> 中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁研究所副主任。





# 实务探析



## 中国商事调解立法问题研究

孙 巍\*

**摘 要:**《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》的签署为商事调解作为中国多元化纠纷解决机制的重要路径提供了宝贵机遇,中国应借此契机,加快推动商事调解独立立法的进程。本文认为,商事调解与人民调解、司法调解、仲裁机构调解均具有显著差异,因此商事调解应进行独立立法。同时,立法机关还应考虑到国内与国际调解协议的区别,在体例上将国内与国际商事调解进行“双轨制”分别立法。在立法内容上,商事调解法在总则部分应明确其适用范围并规定保密原则。而在分则部分,立法需要就个人调解制度、对商事调解的监督制度以及支持调解在线化发展的制度措施作出明确规定。

**关键词:** 商事调解 调解协议 《新加坡调解公约》

### 一、问题的提出

2018年6月,联合国国际贸易法委员会(United Nations Commission on International Trade Law)第51届会议通过了《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation,以下简称《新加坡调解公约》)<sup>①</sup>,其开辟了国际商事纠纷解决的崭新局面,对于国际商事争端解决具有重大而深远的历史意义。中国已于2019年8月7日签署了《新加坡调解公约》,这不仅为商事调解作为中国多元化纠纷解决机制

\* 孙巍,北京市中伦律师事务所合伙人,中国政法大学国际法学院2021级博士研究生。

① 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》,2019年在新加坡签署,载联合国国际贸易法委员会网站, [https://uncitral.un.org/zh/texts/mediation/conventions/international\\_settlement\\_agreements/travaux](https://uncitral.un.org/zh/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/travaux)。

的重要路径提供了宝贵机遇，同时也将推进商事调解立法的重要课题提上了议程。

为了推动中国商事调解实践的发展、促进商事调解制度与《新加坡调解公约》的接轨，近年来全国人大代表陆续提出了多份关于商事调解立法的议案，<sup>①</sup> 商务部、司法部等有关部门也正在筹备商事调解立法工作。<sup>②</sup> 司法部在《全国公共法律服务体系建设规划（2021—2025年）》中明确提出要研究推动调解立法，建立健全商事调解相关法律制度，深化构建大调解工作格局。而在地方层面，深圳市、海南省等地也陆续出台了有关商事调解的地方性法规，<sup>③</sup> 不仅为商事调解制度的建立起到了先行示范的作用，同时也为全国人大未来制定商事调解法积累了有益经验和实践素材。<sup>④</sup> 可以看出，通过立法的方式规范并促进商事调解发展的理念已在官方层面得到充分重视。<sup>⑤</sup>

有鉴于此，在大力推动商事调解立法的政策背景下，亟需考虑的问题是，将来是否有必要单独制定一部统一的商事调解法？如有必要，那么商事调解法应包含哪些内容？商事调解制度究竟应如何设计才能既立足于中国法制现状，同时又能与《新加坡调解公约》接轨？

对于上述问题，本文将在第二部分分析商事调解与人民调解、司法调解、仲裁机构调解之间的差异，以及国内与国际商事调解的不同之处，论证制定一部独立的“双轨制”商事调解法的必要性。由于篇幅所限，本文无法将未来商事调解立法的内容进行逐一列举与讨论，仅能择其要者展开分析；本文第三部分将讨论商事调解法总则部分应规定的法律适用范围及保密原则，并强调应将国有企业与政府的商事行为纳入商事调解法的调整对象中；本文第四部分将探讨商事调解法分则应规定的主要内容，分别为个人调解制度、对商事调解的监

① 参见丁光宏：《加快制定〈商事调解法〉》，载中国民主同盟上海市委员会网站，2020年5月20日，<https://www.minmengsh.gov.cn/shmm/n28/n127/u1ai11849.html>；张苏军：《积极推动商事调解立法》，载微信公众号“多元化纠纷解决机制”，2021年1月18日。

② 参见《司法部关于政协十三届全国委员会第三次会议第3546号提案答复的函》，载司法部网站，[http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/zwxgk/fdzdgknr/fdzdgknrjyta/202012/t20201231\\_208302.html](http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/zwxgk/fdzdgknr/fdzdgknrjyta/202012/t20201231_208302.html)。

③ 深圳市人民代表大会常务委员会于2022年3月28日发布《深圳经济特区矛盾纠纷多元化化解条例》。该条例第36条至第42条规定分别就商事调解的适用范围、商事调解组织的设立登记、调解服务费的收取、商事调解保密原则、商事调解活动的指导与监督等事项作出规定。海南省人民代表大会常务委员会也在2020年6月16日发布的《海南省多元化解纠纷条例》第15条、第24条规定中对商事调解组织的设立、商事调解的适用范围、国际商事调解机构的案件受理范围等事项进行了明确。

④ 参见刘敬东：《〈新加坡调解公约〉与我国商事调解制度的完善》，载微信公众号“中国东盟法律研究中心”，2022年12月24日。

⑤ 参见赵毅宇：《中国商事调解立法理由的体系化展开》，载《中国海商法研究》2023年第2期，第50页。

督制度以及支持调解在线化发展的制度措施。

值得说明的是,《新加坡调解公约》在文本上使用“和解协议”(settlement agreement)表示经调解所产生的争议解决协议,这与中国立法并不一致。在中国法律语境中,“和解”是指在没有法院、仲裁庭或人民调解委员会等第三方主持或参与的情况下,争议当事各方自行达成协议以解决纠纷的活动。<sup>①</sup>而在第三方主持或参与的情况下,当事人通过协商达成协议以解决争议的活动称为“调解”。<sup>②</sup>考虑到在中国法律语境下,“和解协议”通常指经由和解程序、争议当事方自行达成的争议解决结果,<sup>③</sup>若以《新加坡调解公约》的表述为准对国内立法进行修订,不仅不符合中国实践传统,且将产生巨大的修法成本。<sup>④</sup>因此,本文使用“调解协议”用以指代经由调解程序达成的争议解决结果,但在引用公约等文件文本时,仍沿用其原文表述即“和解协议”,二者所指内涵相同。

## 二、制定独立的“双轨制”商事调解法的必要性分析

目前,《民事诉讼法》《仲裁法》《人民调解法》均对调解制度有所涉及,在既有规范的基础上,是否有必要另行制定统一的商事调解法?本文对此持肯定观点,下文将分别讨论商事调解与人民调解、司法调解以及仲裁机构调解的区别,并在此基础上进一步分析国内与国际商事调解的差异,论证单独制定“双轨制”商事调解法的必要性。

### (一) 商事调解与人民调解应分别独立立法

人民调解,是指人民调解委员会通过说服、疏导等方法,促使当事人在平等协商基础上,自愿达成调解协议,解决民间纠纷的活动。<sup>⑤</sup>而对于商事调解,目前尚未有权威定义,国际贸易法委员会制定的《国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法》(Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation,以下简称《和解协议

① 例如,《民事诉讼法》第53条规定:“双方当事人可以自行和解。”另可参见刘家兴、潘剑锋主编:《民事诉讼法学教程》,北京大学出版社2013年版,第6页。

② 参见张卫平:《民事诉讼法》(第五版),法律出版社2019年版,第349页。

③ 参见宋连斌:《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页。

④ 参见孙南翔:《〈新加坡调解公约〉在我国的批准与实施》,载《法学研究》2021年第2期,第157页。

⑤ 参见《人民调解法》第2条。

示范法》)<sup>①</sup>认为,商事调解是针对由于商业性质的各种关系而发生的事项,当事人请求一名或多名第三人协助他们设法友好解决其由于合同引起的与合同关系或其他法律关系有关的纠纷的过程。<sup>②</sup>

本文认为,商事调解与人民调解在适用范围、人员专业化要求以及收费模式上存在显著差别,因此无法以现有的《人民调解法》来规范商事调解活动。

### 1. 适用范围不同

《人民调解法》第2条规定,本法所称人民调解,是指人民调解委员会通过说服、疏导等方法,促使当事人在平等协商基础上自愿达成调解协议,解决民间纠纷的活动。人民调解的主要目的在于解决基层的矛盾纠纷,其更容易在国内民事纠纷和家庭纠纷的解决中发挥作用,不太适合解决商事争议。<sup>③</sup>相比之下,商事调解诞生于商事活动中,是以调解为途径解决商事活动纠纷的一种息讼手段,两者的主要适用范围不同。

### 2. 人员专业化要求不同

根据《人民调解法》第8条、第9条规定,村民委员会、居民委员会设立人民调解委员会。村民委员会、居民委员会的人民调解委员会委员由村民会议或者村民代表会议、居民会议推选产生。第14条规定,人民调解员应当由公道正派、热心人民调解工作,并具有一定文化水平、政策水平和法律知识的成年公民担任。立法并未要求人民调解员需具备特定领域的专业化知识。

商事纠纷的多元化与专业化特点决定了商事调解员需具备专业化知识。结合《和解协议示范法》第1条第1款对“商事”所作的界定<sup>④</sup>,一般认为,商事纠纷是指基于“供应、交换物、货物、服务的任何贸易交易、销售协议、商业代表代理、保理、租赁、工程建造、咨询、工程技术、发放许可、投资融资、银行业务、保险、开发协议、特许权、合营企业、航空、海陆、铁路、公路、

① 联合国国际贸易法委员会:《国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法》,2002年通过,载联合国国际贸易法委员会网站, [https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/modellaw/commercial\\_conciliation](https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation)。

② 参见《和解协议示范法》第1条。

③ 参见冯冬冬:《〈新加坡调解公约〉背景下中国国际商事调解协议执行机制的完善》,载《国际法研究》2023年第2期,第153页。

④ 《和解协议示范法》第1条第1款脚注中载明,“对‘商事’一词应作广义解释,以涵盖由于商业性质的所有各种关系而发生的事项,无论这种关系是否属于合同关系。商业性质的关系包括但不限于下述交易:供应或交换货物或服务的任何贸易交易;分销协议;商业代表或代理;保理;租赁;工程建造;咨询;工程;许可证交易;投资;融资;银行;保险;开发协议或特许权;合营企业和其他形式的工业或商业合作;航空、海路、铁路或公路客货运载。”

货物运输”等专业化内容产生的纠纷。可见，商事调解内容的专业性决定了调解员准入需更加专业化，调解员需要以专业术语、专业知识化解商事纠纷。<sup>①</sup>

### 3. 收费模式上存在显著差异

《人民调解法》第4条规定，“人民调解委员会调解民间纠纷，不收取任何费用”，可见人民调解具有公益性、无偿性的特点。商事纠纷的内容较为专业化、复杂化，这对调解员的准入门槛提出了更高要求。因此商事调解的运行更适合市场化，亦即，通过向当事人收费从而吸引具备专业知识能力的调解员提供商事调解服务。<sup>②</sup>

综上所述，商事调解与人民调解在适用范围、人员专业化要求以及收费模式三个维度上展现着不同的特征。在《人民调解法》颁布施行多年的情况下，直接针对商事调解进行单独立法会有效提高立法效率。因此，将商事调解与人民调解区别开来单独立法是可行且必要的。

## （二）商事调解应与司法调解、仲裁机构调解相区分

目前中国的调解主要由司法调解、仲裁机构调解和人民调解三大类组成。其中，司法调解，又称法院调解，是指在法院审判人员的主持下，双方当事人通过自愿协商达成协议，以解决民事争议的活动和结案方式；<sup>③</sup> 仲裁机构调解则是指，在仲裁过程中，根据双方当事人的自愿原则，由仲裁庭主持进行的调解。<sup>④</sup> 本文所讨论的独立商事调解制度与司法调解、仲裁机构调解在规范适用与理论基础方面皆有显著不同，因此立法应对这三种调解进行区分，制定一部专门的商事调解法。

### 1. 规范依据不同

目前已有法律规范对司法调解和仲裁机构调解进行规定，且该两类调解分别与诉讼、仲裁程序紧密相连，因此并无必要将其纳入独立的商事调解立法中。

涉及司法调解的法律制度主要包括《民事诉讼法》第八章以及最高人民法

<sup>①</sup> 参见杨秉勋：《再论〈新加坡调解公约〉与我国商事调解制度的发展》，载《北京仲裁》2020年第1期，第111页。

<sup>②</sup> 参见齐树洁：《商事调解的域外发展及其借鉴意义》，载《中国海商法年刊》2011年第2期，第98页。

<sup>③</sup> 参见张卫平：《民事诉讼法》（第五版），法律出版社2019年版，第349页。《民事诉讼法》第96条规定：“人民法院审理民事案件，根据当事人自愿的原则，在事实清楚的基础上，分清是非，进行调解。”

<sup>④</sup> 参见尹力：《国际商事调解法律问题研究》，武汉大学出版社2007年版，第184页。《仲裁法》第51条第1款规定：“仲裁庭在作出裁决前，可以先行调解。当事人自愿调解的，仲裁庭应当调解。调解不成的，应当及时作出裁决。”

院颁布的相关规定。<sup>①</sup>而涉及仲裁机构调解的法律,则主要为《仲裁法》第51条、第52条针对仲裁与调解衔接的规定。根据上述规定,商事调解、司法调解与仲裁机构调解三者 in 适用范围、参与主体、前提条件、独立性以及调解协议效力方面的差异较大(如表1所示),因此三者难以共存于同一部立法中,商事调解应进行独立立法。

表1 商事调解、司法调解与仲裁机构调解的区别

不同点	商事调解	司法调解	仲裁机构调解
适用范围	商事纠纷	因财产关系和人身关系发生的纠纷 <sup>②</sup>	合同纠纷和其他财产权益纠纷 <sup>③</sup>
参与主体	调解机构或调解员个人	审判员或合议庭 <sup>④</sup>	仲裁庭 <sup>⑤</sup>
前提条件	不以诉讼、仲裁的提起为前提条件	以诉讼的提起为前提条件	以仲裁的提起为前提条件
独立性	具有独立性,不依附于诉讼、仲裁程序	不具独立性,依附于诉讼程序:调解达成协议的,法院应当制作调解书;调解未达成协议或者调解书送达前一方反悔的,法院应当及时判决 <sup>⑥</sup>	不具独立性,依附于仲裁程序:调解达成协议的,仲裁庭应当制作调解书或者根据协议的结果制作裁决书;在调解书签收前当事人反悔的,仲裁庭应当及时作出裁决 <sup>⑦</sup>

① 例如,最高人民法院颁布的《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》(法释〔2020〕20号)第6条规定:“当事人可以自行提出调解方案,主持调解的人员也可以提出调解方案供当事人协商时参考”;第8条规定:“人民法院对于调解协议约定一方不履行协议应当承担民事责任的,应予准许。调解协议约定一方不履行协议,另一方可以请求人民法院对案件作出裁判的条款,人民法院不予准许。”此外,最高人民法院也出台了《关于人民法院特邀调解的规定》(法释〔2016〕14号),对法院吸纳符合条件的人民调解、行政调解、商事调解、行业调解等调解组织或者个人成为特邀调解组织或者特邀调解员,接受人民法院立案前委派或者立案后委托依法进行调解的相关事宜作出规定。

② 参见《民事诉讼法》第2条。

③ 参见《仲裁法》第2条。

④ 参见《民事诉讼法》第97条。

⑤ 参见《仲裁法》第51条。

⑥ 参见《民事诉讼法》第102条。

⑦ 参见《仲裁法》第52条第2款。

续表

调解协议效力	在现行法律制度中, 调解协议仅在当事人之间发生法律效力, 不具有强制执行力	当事人在法院主持下达成的调解协议, 经作成调解书并送达当事人生效后, 即具有法律约束力, 可以申请法院强制执行 <sup>①</sup>	仲裁庭根据调解协议制作的调解书或者根据协议的结果制作裁决书。调解书与裁决书具有同等法律效力, 可以申请法院强制执行 <sup>②</sup>
--------	---------------------------------------	--	--

## 2. 理论基础不同

从国际商事调解实践来看, 商事调解通常独立于司法调解和仲裁机构调解, 三者各自适用独立的规范, 互不干涉。例如, 《新加坡调解公约》第1条即规定, 经由法院批准或者系在法院相关程序过程中订立的协议以及已记录在案并可作为仲裁裁决执行的协议不能适用《新加坡调解公约》。换言之, 司法调解有别于《新加坡调解公约》项下的商事调解, 司法调解结果不被视为《新加坡调解公约》所规定的国际和解协议。国际贸易法委员会认为, 如果将司法调解过程中达成的和解协议纳入《新加坡调解公约》适用范围内, 可能与《法院选择协议公约》<sup>③</sup> 和《纽约公约》<sup>④</sup> 发生冲突。<sup>⑤</sup>

实际上, 之所以要将商事调解与诉讼、仲裁中的调解相区分, 一个重要原因还在于三者在学习基础上的不同:

独立的商事调解强调调解员的中立性, 亦即, 调解员不能作为“解决争议”的裁判者, 不能为确定当事方的“对错”而作出任何个人判断或提供专业

<sup>①</sup> 参见《民事诉讼法》第100条、第101条; 《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》(法释〔2020〕20号)第2条等。

<sup>②</sup> 参见《仲裁法》第51条。

<sup>③</sup> 《法院选择协议公约》(Convention on the Choice of Court), 1965年11月25日订于海牙, 截至目前该公约尚未生效, 我国亦尚未批准加入, <https://legacarta.intracen.org/instrument/050053-convention-25-november-1965-choice-court/>。

<sup>④</sup> 《承认及执行外国仲裁裁决公约》(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards), 简称《纽约公约》, 1958年订于纽约, 已于1979年8月20日生效, 我国于1987年加入, 载联合国国际贸易法委员会网站, [https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign\\_arbitral\\_awards](https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards)。

<sup>⑤</sup> 参见联合国国际贸易法委员会第64届会议《第二工作组(仲裁和调解)工作报告》, A/CN.9/WG.II/867, 第17页, 载联合国国际贸易法委员会网站, [https://uncitral.un.org/zh/working\\_groups/2/arbitration](https://uncitral.un.org/zh/working_groups/2/arbitration)。

意见。<sup>①</sup> 并且, 调解员亦无权在调解过程中作出决定, 因为调解协议的效力来源于当事人的意思自治, 调解员的功能在于“促进”(facilitate) 当事双方达成协议, 而非“指导”(conduct) 当事双方。<sup>②</sup>

但在法院调解和仲裁机构调解中, 公权力介入的特点显露无遗。司法调解、仲裁机构调解一般是由审理该案件的法官、仲裁员兼任调解员。对于法院或仲裁机构根据调解协议制作的调解书, 其效力来源与其说是当事人的意思自治, 毋宁说是法院的裁判权或仲裁机构的裁决权。具体来说, 在法院调解中, 对法院而言, 调解是法院审判人员在充分尊重当事人行使处分权的基础上解决民事纠纷的一种职权行为, 是法院行使审判权的一种重要方式。在仲裁机构调解中, 调解亦有两个含义: 一方面它是一种审理活动, 另一方面它又是一种结案方式。正是由于审判人员或仲裁庭的参与, 才使得生效调解书与生效的法院判决、仲裁机构裁决书具有相同法律效力。<sup>③</sup> 因此, 商事调解与司法调解、仲裁机构调解的理论基础不同。

总而言之, 一方面, 对于司法调解、仲裁机构调解中的调解, 目前已有成型的法律规范对其进行规定, 且该两类调解与诉讼、仲裁程序紧密相连, 因此并无必要将其纳入独立的商事调解立法中; 另一方面, 商事调解、司法调解与仲裁机构调解的理论基础不同, 前者强调调解员中立性, 并且调解协议的效力基础来源于当事人意思自治, 而在司法调解与仲裁机构调解中, 裁判者的参与成为调解书获得法律效力的关键。因此, 商事调解应与司法调解、仲裁机构调解相区分, 商事调解独立立法有其必要性。

### (三) 国内商事调解与国际商事调解应进行分别立法

国内调解与国际调解具有不同的立法需求, 两者在立法技术上的异质性明显且不可调和, 具体体现在当事人的自决权、调解协议效力、调解协议审查机制以及个人调解制度方面, 以下缕述之。

#### 1. 国内与国际商事调解在保护当事人自决权方面的区别

在国际商事调解中, 不强加解决办法给当事人, 由当事人自主决定调解结

<sup>①</sup> 参见赖建国:《香港国际商事调解本质属性考——与内地司法实践交流及借鉴》, 载《法律适用》2021年第6期, 第48页。

<sup>②</sup> 参见孙南翔:《〈新加坡调解公约〉在我国的批准与实施》, 载《法学研究》2021年第2期, 第166页。

<sup>③</sup> 参见唐德华、孙秀君:《仲裁法及配套规定新释新解》, 人民法院出版社2002年版, 第497页。

果是通行惯例。例如,《新加坡调解公约》第2条即强调,调解员“无权对争议当事人强加解决办法”。我国香港特别行政区政府律政司调解工作小组颁布的《香港调解守则》(The Hong Kong Mediation Code)<sup>①</sup>第4条进一步规定:“调解员不会:(a)向任何一方提供法律或其他专业意见;(b)向任何一方强加结果;(c)为任何一方作出决定。”其背后的考量在于:其一,调解员不是“解决争议”的法官,不会为确定当事方的“对错”而作出任何个人判断或提供专业意见;<sup>②</sup>其二,调解员一旦提供意见便不再中立,可能失去作为调解人的中立地位,无法进一步促进调解讨论。

即便国际商事调解实践中也有支持调解员向当事人提供意见的做法,但也往往附有不干预当事人自决的条件。例如,美国仲裁协会下设的国际争议解决中心(International Centre for Dispute Resolution)《国际调解规则》(International Mediation Rules)<sup>③</sup>第M-9(4)条规定,调解员可在各方同意的情况下,向所有各方共同提出和解建议。而在我国香港特别行政区,部分机构采取了折中的办法,认可调解员可以向当事人提供建议方案,但附加了限制条件并且需讲求技巧。例如,在调解一开始的开场白中便需征得当事人同意,并且保证调解中只提供建议,而接受建议与否终由当事人决定;在接下来的调解过程中,调解员可以提示已存在于开场白中的承诺,为当事人提出建议方案。<sup>④</sup>

而在中国商事调解实践中,调解员通常充当建议或调解方案的提供者,因为中国传统的调解观念倾向于认为,调解员既已收取报酬,就应发挥其作用,为当事人解决争议提出建议方案。此外,《最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》(法发〔2016〕14号)第24条还规定:“经调解未能达成调解协议,但是对争议事实没有重大分歧的,调解员在征得各方当事人同意后,可以提出调解方案并书面送达双方当事人。当事人在七日内未提出书面异议的,调解方案即视为双方自愿达成的调解协议……”此种“无异议视为同意”的调解方案认可机制无形中增强了调解员对当事人达成调解方

<sup>①</sup> 香港特别行政区政府律政司调解工作小组:《香港调解守则》,2010年2月发布,载香港特别行政区政府律政司网站, [https://www.doj.gov.hk/sc/legal\\_dispute/mediation.html](https://www.doj.gov.hk/sc/legal_dispute/mediation.html)。

<sup>②</sup> 参见赖建国:《香港国际商事调解本质属性考——与内地司法实践交流及借鉴》,载《法律适用》2021年第6期,第48页。

<sup>③</sup> 国际争议解决中心《国际调解规则》,2021年3月1日生效,载国际争议解决中心网站, [https://icdr.org/rules\\_forms\\_fees](https://icdr.org/rules_forms_fees)。

<sup>④</sup> 参见赖建国:《香港国际商事调解本质属性考——与内地司法实践交流及借鉴》,载《法律适用》2021年第6期,第49页。

案的影响力,虽然这与“息讼”的目标相一致,“无异议视为同意”的调解方案认可机制仅应规定在国内商事调解部分,国际商事调解仍应遵循国际通行的调解员对当事人自决权保持谦抑的惯例。

## 2. 国内与国际商事调解在调解协议直接强制执行力上的区别

### (1) 比较法考察

为了给调解协议当事人提供更加高效、简易、快速的跨境执行方式,在国际商事调解中,当事人通常可以直接向执行地主管机关请求强制执行已成立的国际商事调解协议,无须经过其他转化程序或者接受调解协议来源国的司法审查。其背后的考量在于,当事人之所以选择调解作为国际争议解决的方式,在很大程度上是由于调解具有解决纠纷的高效快捷性。如若将国际调解协议置于司法审查之下,那么将不可避免地拖延国际调解协议的执行进程,这不仅与调解能够高效解决纠纷的本质特征相违背,还将减损调解制度对国际当事人的吸引力。因此,赋予国际商事调解协议直接执行力,避免对国际调解协议进行不必要的双重执行确认,能够保障商事调解在效率上的优越性。<sup>①</sup>例如,《新加坡调解公约》第3条即规定,国际和解协议无须经过其他转化程序或者接受调解协议来源国的司法审查,即可具有直接执行力。<sup>②</sup>

比较法上看,新加坡在调解立法过程中对国内与国际调解分别立法,并就国内与国际调解协议的执行机制作出不同规定:国内调解协议仍应交由法院审查确认后方可执行,而国际调解协议则具有直接强制执行力。例如,规制国内调解的《新加坡调解法》(Singapore Mediation Act)<sup>③</sup>第12条规定,当事人可以将调解协议提交至法院审查,申请法院将其记录为法院命令,并且该等命令与法院法官作出的判决或命令有同样的强制执行力;而适用于国际调解的《新加坡调解公约法》(Singapore Convention on Mediation Act)<sup>④</sup>第4条规定,当事人可以向新加坡高等法院直接申请强制执行国际调解协议。

<sup>①</sup> 参见房昕:《〈新加坡调解公约〉背景下我国商事调解协议的执行力问题研究》,载《商事仲裁与调解》2021年第5期,第134页。

<sup>②</sup> 《新加坡调解公约》第3条规定:“1. 本公约每一当事方应按照本国程序规则并根据本公约规定的条件执行和解协议。2. 如果就一方当事人声称已由和解协议解决的事项发生争议,公约当事方应允许该当事人按照本国程序规则并根据本公约规定的条件援用和解协议,以证明该事项已得到解决。”

<sup>③</sup> 《新加坡调解法》于2017年11月1日生效,条文具体内容可参见新加坡线上法规库网站, <https://sso.agc.gov.sg/Act/MA2017#pr4->。

<sup>④</sup> 《新加坡调解公约法》于2020年12月12日生效,条文具体内容可参见新加坡线上法规库网站, <https://sso.agc.gov.sg/Act/SCMA2020>。

## (2) 中国调解协议执行模式

就中国而言，国内调解协议仅具有合同效力，而不可直接申请法院予以强制执行。最高人民法院在《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）<sup>①</sup>第20条中明确了商事调解协议的“民事合同性质”地位，<sup>②</sup>并在《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）第8条中继续秉持了这一基本态度。<sup>③</sup>可见，中国国内调解协议仅具有合同效力，只有转化为法院调解书、<sup>④</sup>仲裁调解书或裁决书，<sup>⑤</sup>或者向法院申请司法确认后才能获得强制执行力。<sup>⑥</sup>

而在国际商事调解领域，一般认为，若国外的调解协议转化为外国法院确认的法律文书，那么中国可按照《民事诉讼法》规定，在不违反中国法律基本原则和主权安全等情况下，以法院判决、裁定等方式承认其效力。除此之外，在现行法框架下，国际调解协议在中国尚无法直接执行，一定程度上减损了中国商事调解制度对国际纠纷案件当事人的吸引力。

① 《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。

② 《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》第20条规定：“经行政机关、人民调解组织、商事调解组织、行业调解组织或者其他具有调解职能的组织调解达成的具有民事合同性质的协议，经调解组织和调解员签字盖章后，当事人可以申请有管辖权的人民法院确认其效力。当事人请求履行调解协议、请求变更、撤销调解协议或者请求确认调解协议无效的，可以向人民法院提起诉讼。”

③ 《最高人民法院、中华全国工商业联合会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）第8条规定：“经调解达成的调解协议，具有法律约束力，当事人应当按照约定履行。”

④ 《民事诉讼法》第100条规定：“调解达成协议，人民法院应当制作调解书。调解书应当写明诉讼请求、案件的事实和调解结果。调解书由审判人员、书记员署名，加盖人民法院印章，送达双方当事人。调解书经双方当事人签收后，即具有法律效力。”

⑤ 《仲裁法》第49条规定：“当事人申请仲裁后，可以自行和解。达成和解协议的，可以请求仲裁庭根据和解协议作出裁决书，也可以撤回仲裁申请。”第51条规定：“仲裁庭在作出裁决前，可以先行调解。当事人自愿调解的，仲裁庭应当调解。调解不成的，应当及时作出裁决。调解达成协议的，仲裁庭应当制作调解书或者根据协议的结果制作裁决书。调解书与裁决书具有同等法律效力。”

⑥ 《民事诉讼法》第201条规定：“经依法设立的调解组织调解达成调解协议，申请司法确认的，由双方当事人自调解协议生效之日起三十日内，共同向下列人民法院提出：（一）人民法院邀请调解组织开展先行调解的，向作出邀请的人民法院提出；（二）调解组织自行开展调解的，向当事人住所地、标的物所在地、调解组织所在地的基层人民法院提出；调解协议所涉纠纷应当由中级人民法院管辖的，向相应的中级人民法院提出。”第202条规定：“人民法院受理申请后，经审查，符合法律规定的，裁定调解协议有效，一方当事人拒绝履行或者未全部履行的，对方当事人可以向人民法院申请执行；不符合法律规定的，裁定驳回申请，当事人可以通过调解方式变更原调解协议或者达成新的调解协议，也可以向人民法院提起诉讼。”

### (3) 新加坡调解立法及其对中国的借鉴意义

由上可见,新加坡法下的调解协议执行模式为双轨制,国际商事调解协议比国内调解协议更容易获得强制执行。本文认为,在未来的商事调解立法中,亦应借鉴新加坡法的经验,<sup>①</sup>对国内、国际调解协议的效力作出不同规定,理由如下:

第一,赋予国际调解协议直接强制执行力不仅是中国加入《新加坡调解公约》所应满足的最低限度要求,也与国际商事活动追求高效解决争议的需求相适配。调解协议的便利执行是国际商事活动的重要需求,<sup>②</sup>为了实现这一目标,中国在签署《新加坡调解公约》后亦应与其要求接轨,赋予国际调解协议直接强制执行力。

第二,国内商事调解协议并非《新加坡调解公约》项下要求赋予强制执行力的对象。对国内商事调解协议适用司法确认制度,对国内调解协议实施较为充分、严格的司法审查,符合中国实际情况,也有其必要性。

第三,从比较法的视角来看,大多数国家均将国内调解协议视为合同,然后按照执行合同的方式向法院申请强制执行。<sup>③</sup>例如,在加拿大魁北克省,国内调解协议仅在当事人之间生效,调解协议只有在高等法院进行登记备案后方可同法院的判决一样付诸执行;<sup>④</sup>又如,在美国加利福尼亚州、得克萨斯州、俄亥俄州,国内调解协议一般均作为合同加以执行。<sup>⑤</sup>持相同立法例的国家还有澳大利亚、波兰、韩国、德国、日本、瑞士、奥地利等。<sup>⑥</sup>有鉴于此,中国

<sup>①</sup> 新加坡拥有和中国差不多的东方调解传统,但是在短短的时间内,借鉴了西方现代调解的制度与实践,并逐渐发展为世界主要的国际商事调解中心之一。新加坡国际商事调解发展的历史和路径选择,对中国来说具有重要的参考价值。具体论述参见黄一文、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。

<sup>②</sup> 参见戴欣媛:《〈新加坡调解公约〉下我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45页。

<sup>③</sup> See Scott R. Peppet, *Mediation and Other Non-binding ADR Processes*, London: Foundation Press, 2006, p. 108.

<sup>④</sup> 参见联合国国际贸易法委员会第48届会议《国际商事调解/调停所产生的和解协议的执行,从各国政府收到的评论意见》,A/CN.9/846,第8页,载联合国国际贸易法委员会网站, [https://uncitral.un.org/zh/working\\_groups/2/arbitration](https://uncitral.un.org/zh/working_groups/2/arbitration)。

<sup>⑤</sup> 参见联合国国际贸易法委员会第48届会议《国际商事调解/调停所产生的和解协议的执行,从各国政府收到的评论意见》,A/CN.9/846/Add.1,第15-16页,载联合国国际贸易法委员会网站, [https://uncitral.un.org/zh/working\\_groups/2/arbitration](https://uncitral.un.org/zh/working_groups/2/arbitration)。

<sup>⑥</sup> 参见联合国国际贸易法委员会第48届会议《国际商事调解/调停所产生的和解协议的执行,从各国政府收到的评论意见》,A/CN.9/846/Add.1-Add5,载联合国国际贸易法委员会网站, [https://uncitral.un.org/zh/working\\_groups/2/arbitration](https://uncitral.un.org/zh/working_groups/2/arbitration)。

也不宜采取过为激进的态度，对国内商事调解协议应保持现有执行机制，将司法确认作为其执行前的必经程序。<sup>①</sup>

因此，未来中国商事调解法律赋予调解协议执行力的路径，可以分两步走：第一步，首先对国际调解协议赋予执行力以履行《新加坡调解公约》所规定的义务。为此，未来的立法可将满足条件的国际调解协议认定为民事诉讼法框架下的“可执行的法律文书”。<sup>②</sup>第二步，国内调解协议仍需经过法院的司法审查确认，只有被法院认可效力的调解协议才有申请法院承认和执行的资格，等到中国商事调解市场成熟、商事调解配套机制健全之时再考虑赋予国内调解协议直接的强制执行效力。<sup>③</sup>

### 3. 国内与国际商事调解在司法审查上的区别

一般认为，国际调解协议具有私人协议性质，同时具有较高约束力，因此对协议的审查以形式审查、有限审查为主。<sup>④</sup>例如，《新加坡调解公约》第4条规定，除申请执行的和解协议具有第5条所规定的突出问题或当事人提出应当拒绝执行的理由存在，主管机关一般不主动对协议本身及相关内容等进行审查。

然而，目前中国国内法院对商事调解协议的司法审查并非形式审查，与《新加坡调解公约》规定不一致。如前所述，《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》第20条规定商事调解协议仅具有民事合同效力，《最高人民法院、中华全国工商业联合会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》第8条进一步规定，商事调解协议需通过司法确认途径方可获得司法强制执行效力。<sup>⑤</sup>中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的

① 参见冯子涵：《〈新加坡调解公约〉与中国法律制度的冲突与应对》，载《湖湘法学评论》2022年第2期，第114-115页。

② 参见孙南翔：《〈新加坡调解公约〉在我国的批准与实施》，载《法学研究》2021年第2期，第169页。

③ 参见张艳、房昕：《〈新加坡调解公约〉下我国商事调解协议的执行力问题研究》，载《法律适用》2021年第5期，第45页。

④ 参见戴欣媛：《〈新加坡调解公约〉下我国执行国际商事和解协议路径探索》，载《国际经济法》2020年第4期，第43页。

⑤ 《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》第8条规定：“……经调解达成的调解协议，具有法律约束力，当事人应当按照约定履行。能够即时履行的，调解组织应当督促当事人即时履行。当事人申请司法确认的，人民法院应当及时审查，依法确认调解协议的效力……”

意见》<sup>①</sup>中同样指出：“‘一带一路’国际商事调解机构为解决‘一带一路’建设参与国当事人之间的跨境商事纠纷出具的调解书，可以由有管辖权的人民法院经过司法确认获得强制执行效力。”根据《民事诉讼法》第201条<sup>②</sup>以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第358条规定<sup>③</sup>，调解协议司法确认的审查过程则是由主审法官主导和推进，并由其承担全部审查义务。并且，法院在确认调解协议效力时采取主动、全面的审查方式，存在干预当事人对权利义务的处分之嫌。<sup>④</sup>

前已述及，对于国际商事调解协议与国内商事调解协议应采取不同的态度，即赋予国际商事调解协议强制执行效力而国内商事调解协议仍适用司法确认制度，因此对二者也应采取不同的审查程序。具体而言，对于申请执行的国际商事调解协议应符合以便利执行为目的国际商事需求，采取较为宽松的审查标准。<sup>⑤</sup>亦即，在一方当事人提交调解协议以及证明调解过程存在的文件之后，法院不应主动审查调解协议内容，除非相对方当事人提出并提供相应的不予救济的证据，或者法院认为准予救济将违反公共政策、争议事项无法以调解方式解决；<sup>⑥</sup>

① 中共中央办公厅、国务院办公厅《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》，2018年6月27日发布，载中国政府网，[http://www.gov.cn/xinwen/2018-06/27/content\\_5301657.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2018-06/27/content_5301657.htm)。

② 《民事诉讼法》第201条规定：“经依法设立的调解组织调解达成调解协议，申请司法确认的，由双方当事人自调解协议生效之日起三十日内，共同向下列人民法院提出：（一）人民法院邀请调解组织开展先行调解的，向作出邀请的人民法院提出；（二）调解组织自行开展调解的，向当事人住所地、标的物所在地、调解组织所在地的基层人民法院提出；调解协议所涉纠纷应当由中级人民法院管辖的，向相应的中级人民法院提出。”

③ 《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358条规定：“经审查，调解协议有下列情形之一的，人民法院应当裁定驳回申请：（一）违反法律强制性规定的；（二）损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的；（三）违背公序良俗的；（四）违反自愿原则的；（五）内容不明确的；（六）其他不能进行司法确认的情形。”

④ 参见房昕：《〈新加坡调解公约〉背景下我国商事调解协议的执行力问题研究》，载《商事仲裁与调解》2021年第5期，第138页。

⑤ 参见戴欣媛：《〈新加坡调解公约〉下我国执行国际商事和解协议路径探索》，载《国际经济法》2020年第4期，第46页。

⑥ 参见冯子涵：《〈新加坡调解公约〉与中国法律制度的冲突与应对》，载《湖湘法学评论》2022年第2期，第115页。另外，《新加坡调解公约》第5条第2款规定：“根据第4条寻求救济所在公约当事方主管机关如果作出以下认定，也可拒绝准予救济：（a）准予救济将违反公约该当事方的公共政策；或者（b）根据公约该当事方的法律，争议事项无法以调解方式解决。”《新加坡调解公约法》第7条亦有类似规定：“（3）In addition to subsection (1), the court before which an application mentioned in section 4 (1) is made may also refuse to grant the application if — (a) it would be contrary to the public policy of Singapore for the application to be granted; or (b) the subject matter of the dispute purported to be settled by the international settlement agreement is not capable of settlement by mediation under the law in force in Singapore.”

而对于国内商事调解协议，则可保留现有的审查规定以发挥纠错功能，保障国内调解的质量。

综上所述，国际商事调解更注重保护当事人的自决权，国际商事调解协议应被赋予强制执行力且实行有限审查，而国内商事调解中，调解员通常充当建议或调解方案的提供者，国内调解协议通常仅具有合同效力，且法院有对其进行主动、实质审查的必要，上述特征的存在使得国际商事调解与国内商事调解形成泾渭分明的两种制度体系。因此，在未来构建商事调解立法时，应充分考虑到国内与国际商事调解的异质性，在体例上将国内与国际商事调解进行“双轨制”分别立法，如此方为稳妥之策。

### 三、商事调解法总则部分立法建议

前文已分析并得出结论，商事调解与人民调解、司法调解、仲裁机构调解均具有显著差异，彼此间互不交融，因此商事调解应进行独立立法。同时，立法机关还应考虑到国内与国际调解协议的区别，在体例上将国内与国际商事调解进行“双轨制”分别立法。在此基础上，下文将主要讨论商事调解立法的主要内容。按照中国立法惯例，一部法律需要在总则部分对该法的适用范围与原则内容作出规定，商事调解立法亦不例外。

#### （一）商事调解法的适用范围

就商事调解法而言，只要涉及平等主体之间的商事争议，原则上都应纳入该法的适用范围。<sup>①</sup>至于“商事”应如何定义，本文认为可参考《和解协议示范法》第1条第1款脚注中对“商事”所作的界定方式，即采用“正面清单+兜底条件”对“商事”进行定义，<sup>②</sup>这种界定方式不仅直观清晰，同时也能避免挂一漏万。

另外，从比较法上看，为了进一步推动商事调解在实践中的应用，新加坡法与香港法均规定政府可作为商事调解一方当事人。《新加坡调解法》第5条与

---

<sup>①</sup> 参见段明：《〈新加坡调解公约〉与中国商事调解的立法选择》，载《商事仲裁与调解》2021年第2期，第29页。

<sup>②</sup> 例如，可以将“商事”界定为“供应、交换物、货物、服务的任何贸易交易、销售协议、商业代表代理、保理、租赁、工程建造、咨询、工程技术、发放许可、投资融资、银行业务、保险、开发协议、特许权、合营企业、航空、海陆、铁路、公路、货物运输”等由于商业性质的所有各种关系而发生的事项。至于“正面清单”中所列举的具体商事类型，可根据我国实际情况加以调整。

《香港调解条例》第6条<sup>①</sup>均规定：“本条例适用于政府。”而《德国促进调解及其它诉讼外冲突解决程序法》<sup>②</sup>虽然未将政府纳入商事调解一方当事人范围，但其在第8节中也作出了有关政府与调解的规定：联邦政府应在2017年6月26日前向联邦议院报告此法的影响和德国调解工作的发展情况，以及调解员的培训情况，并且只要从报告中可以明显看出需要采取立法措施，联邦政府就应提出这种措施。这种方式使得政府同调解事业的发展紧密联系，从而更好地推动调解事业发展。

就中国而言，目前未见政府作为商事调解一方当事人或将政府商事行为纳入商事调解法的相关规范依据或政策意见。但近年来，各级政府部门为了响应积极推进多元化纠纷解决机制的号召，陆续制定了地方性文件，鼓励国有企业通过和解、调解等方式化解矛盾纠纷，维护企业合法权益。例如，国务院国有资产监督管理委员会于2021年10月17日发布的《关于进一步深化法治央企建设的意见》（国资发法规〔2021〕80号）<sup>③</sup>第12条规定：“加大法律纠纷案件处置力度，综合运用诉讼、仲裁、调解等多种手段妥善解决，探索建立集团内部纠纷调解机制。”上海市人民代表大会常务委员会于2021年2月26日颁布的《上海市促进多元化解矛盾纠纷条例》<sup>④</sup>第58条规定：“鼓励国有企业通过和解、调解等方式化解矛盾纠纷，维护企业合法权益。国有企业达成的和解协议、调解协议应当按照规定程序决策和合法性审查。相关人员在和解、调解过程中勤勉尽责、未牟取私利的，出现结果未达预期效果或者造成一定损失的，不作负面评价。”2019年12月5日，上海市国有资产监督管理委员会印发的《市国资委监管企业重大法律纠纷案件管理实施意见》（沪国资委法规〔2019〕

<sup>①</sup> 《香港调解条例》（第620章）于2012年6月制定，载电子版香港法例数据库网站，<https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap620>。

<sup>②</sup> Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung，法案具体内容可参照周翠：《调解在德国的兴起与发展》，载《北大法律评论》2012年第1辑，北京大学出版社2012年版。

<sup>③</sup> 国务院国有资产监督管理委员会《关于进一步深化法治央企建设的意见》（国资发法规〔2021〕80号），2021年10月17日发布，载中央人民政府网，[http://www.gov.cn/zhengce/zhengceku/2021-11/02/content\\_5648401.htm](http://www.gov.cn/zhengce/zhengceku/2021-11/02/content_5648401.htm)。

<sup>④</sup> 上海市人民代表大会常务委员会《上海市促进多元化解矛盾纠纷条例》，2021年2月26日发布，载上海市法规全书网，<https://law.sj.sh.gov.cn/#/detail?id=6079822a48b2947d82b6cd6f>。

359号)<sup>①</sup>第19条规定：“企业应当根据案件实际情况，综合评估企业利益，经相关决策程序后通过调解、和解方式依法协调解决重大法律纠纷案件。必要时，可请律师事务所等第三方机构对调解和解方案出具专业意见。”又如，厦门市人民政府国有资产监督管理委员会于2021年6月22日发布的《厦门市市属国有企业法律纠纷案件管理办法》<sup>②</sup>第27条规定：“市属国企之间发生法律纠纷，鼓励双方主动协商，妥善处理或通过诉讼、仲裁、自行和解、第三方调解等多元化纠纷解决机制化解。”

由此可见，未来将国有企业的商事行为纳入商事调解法的适用范围内具有政策基础与可行性。本文认为，除了国有企业外，商事调解立法也应将政府的商事行为纳入调整范围，原因如下：

第一，与国有企业类似，在市场化的经济交往过程中，政府不可避免地也会以商事主体的身份参与经济活动，例如通过招投标程序成为建设工程施工合同法律关系的发包人，等等。而政府在商事活动过程中与其他主体产生的争议，与一般的私人之间的争议并无区别，因此政府亦可在商事调解法框架下寻求调解，以求高效、灵活解决纠纷。并且，从域外实践来看，在涉及政府的建筑合同纠纷中，各方已开始使用调解手段来解决争议。<sup>③</sup>

第二，推广调解服务是政府推进替代性纠纷解决实践的重要政策之一，政府若试图主张其不应受商事调解法的约束，会被视为对此投下不信任的一票，不利于商事调解制度的推广。<sup>④</sup>

第三，实践中，政府若与其他民事主体签订民商事协议并约定仲裁条款，法院认为因该协议而产生的争议可诉诸仲裁。<sup>⑤</sup>虽然调解与仲裁并不相同，但两者同属于替代性纠纷解决措施。既然政府可作为仲裁程序的一方当事人，那

<sup>①</sup> 上海市国有资产监督管理委员会《市国资委监管企业重大法律纠纷案件管理实施意见》（沪国资委法规〔2019〕359号），2019年12月5日发布，载上海市国有资产监督管理委员会网站，[https://www.gzw.sh.gov.cn/shgzw\\_fflg\\_zcfg\\_gfxwj/20200112/0054-93889.html](https://www.gzw.sh.gov.cn/shgzw_fflg_zcfg_gfxwj/20200112/0054-93889.html)。

<sup>②</sup> 厦门市人民政府国有资产监督管理委员会《厦门市市属国有企业法律纠纷案件管理办法》，2021年6月22日发布，载厦门市国有资产监督管理委员会网站，[http://gzw.xm.gov.cn/xxgk/xxgkml/yjflqtxx/qtxx/202106/t20210621\\_2559964.htm](http://gzw.xm.gov.cn/xxgk/xxgkml/yjflqtxx/qtxx/202106/t20210621_2559964.htm)。

<sup>③</sup> 参见香港特别行政区政府律政司《调解工作小组报告》，2010年2月发布，第131-132页，全文网址链接：[https://www.doj.gov.hk/sc/legal\\_dispute/pdf/med20100208c.pdf](https://www.doj.gov.hk/sc/legal_dispute/pdf/med20100208c.pdf)。

<sup>④</sup> 参见香港特别行政区政府律政司《调解工作小组报告》，2010年2月发布，第132页，全文网址链接：[https://www.doj.gov.hk/sc/legal\\_dispute/pdf/med20100208c.pdf](https://www.doj.gov.hk/sc/legal_dispute/pdf/med20100208c.pdf)。

<sup>⑤</sup> 参见巴中市人民政府诉四川巴万高速公路有限公司申请确认仲裁协议效力案，北京市第二中级人民法院（2017）京02民特11号民事裁定书。

么亦应允许政府通过调解程序解决纠纷，否则替代性纠纷解决制度内部将产生矛盾与冲突。

第四，调解达成的效果可能比诉讼、仲裁更好，特定情形下可能更有利于国有资产保护。在诉讼与仲裁这两种纠纷解决机制下，虽然法官和仲裁员在很大程度上要尊重当事人意思自治，但裁判最终如何作出，都由法官或仲裁员决定，任何一方当事人都不可左右法官或仲裁员行使裁判权。但在调解中，政府或可通过调解，给予对方适当让步，从而最终获得一个比判决或裁决更好的结果。<sup>①</sup>

综上所述，中国在政策层面鼓励国有企业通过和解、调解等方式化解矛盾纠纷无疑是一个良好的开端，有助于消除国有企业管理层对运用调解解决纠纷的顾虑，促进商事调解的发展。在此基础上，未来的商事调解立法不仅应吸收这一实践成果，将国有企业纳入商事调解的当事人主体范围内，同时也应明确政府的商事行为同样适用商事调解法、建立健全国有企业、政府机关关于运用调解解决纠纷的免责机制。例如，要求国有企业、政府部门建立适当的专业律师或第三方评估制度，将相关商事纠纷提交企业、政府的内外部律师或第三方评估，根据评估结果开展相关调解工作，并作为向主管机关报告的依据。不论调解结果如何，负责参与调解的国有企业管理者、政府部门领导人应当分别如实且及时地向国有企业权力机构与监督机构、政府主管机关汇报调解过程与结果。该举措一方面可以提升国有企业、政府机关参与调解的透明度；另一方面则可以防止国有资产因虚假调解而大量流失。<sup>②</sup>

## （二）明确规定调解保密原则

在商事调解过程中，除了要遵循当事人自愿原则、公平原则外，还应特别强调保密原则。原因在于，保密性是各方当事人进行调解的信任基础，如果当事人担忧其调解期间透露的信息或者作出的让步会暴露弱点，导致对方在调解之外或者未来可能发生的诉讼中以此来对付他们，那么各方的沟通将不甚理想。<sup>③</sup>

---

<sup>①</sup> 参见刘敬东、孙巍、傅攀峰、孙南翔：《批准〈新加坡调解公约〉对我国的挑战及应对研究》，载《商事仲裁与调解》2020年第1期，第50-51页。

<sup>②</sup> 参见刘敬东、孙巍、傅攀峰、孙南翔：《批准〈新加坡调解公约〉对我国的挑战及应对研究》，载《商事仲裁与调解》2020年第1期，第51页。

<sup>③</sup> See Ellen Waldman, *Mediation Ethics: Cases and Commentaries*, Wiley, 2011, p. 227.

中国目前并无商事调解独立立法，商事调解保密原则也仅在部分调解机构的调解规则中有所体现。例如，《中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心调解规则（2012）》第22条<sup>①</sup>、《上海经贸商事调解中心调解规则（试行）》第4条<sup>②</sup>以及《中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心知识产权争议调解规则》第24条<sup>③</sup>等条款，均规定了商事调解保密原则。但这些规范层级不高，缺乏立法保障。

从比较法上看，目前许多国家、国际组织的调解规则都对保密问题作出了规定，主要表现为以保密为原则，以当事人的约定排除和法定排除为例外的形式，具体如下：

欧洲议会及欧盟理事会于2008年5月21日作出的《欧洲议会及欧盟理事会关于民商事调解若干问题的2008/52/EC指令》（Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters）<sup>④</sup>第7条规定了调解中最低限度的保密义务，该条款适用于调解员和参与调解的所有人，保密的范围不仅包括各方在调解中的声明和建议，还包括在调解中披露的信息以及调解程序本身。同时其也规定了保密原则的三个例外情形，其一是当事方同意披露的情形；其二是基于公共政策的考虑，要求公共利益凌驾于法定保密义务所依据的价值之上；其三是

<sup>①</sup> 《中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心调解规则（2012）》第22条规定：“调解不公开进行，当事人另有约定的除外。调解应当记录调解情况。调解员、当事人及其代理人、证人、专家、调解中心工作人员以及其他参与调解过程的人员对于调解事项均负有保密义务。各方当事人另有约定或法律法规另有规定的除外”，载中国国际贸易仲裁委员会网站，<http://www.cietac.org.cn/index.php?m=Article&a=show&id=15560>。

<sup>②</sup> 《上海经贸商事调解中心调解规则（试行）》第4条规定：“调解应依照法律法规，参照国际惯例、交易习惯，在各方自愿的基础上，根据自愿、公平、合理、保密的原则进行，以促进当事人互谅互让，达成和解”，载上海经贸商事调解中心网站，[http://www.cmcmd.org.cn/laws\\_xq.html?article\\_id=10](http://www.cmcmd.org.cn/laws_xq.html?article_id=10)。

<sup>③</sup> 《中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心知识产权争议调解规则》第24条规定：“调解的过程和结果保密，当事人另有约定的除外。当事人与调解员可以事先约定是否需要记录调解会议情况，以及记录的保存、销毁方式。一方当事人明确要求调解员不得向另一方当事人披露某一事项的，调解员不得披露。调解员、当事人及其代表或者其代理人、证人、专家、调解中心工作人员以及其他参与调解的人员对于调解事项、与调解有关的一切材料包括和解协议均负有保密义务，不得使用或向外部披露与调解有关的或者在调解过程中取得的任何信息。各方当事人另有约定或法律法规另有规定的除外。上述人员在参加调解前应当签署相应的保密承诺书”，载中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心网站，<https://adr.cepit.org/articles/366>。

<sup>④</sup> 欧洲议会及欧盟理事会《欧洲议会及欧盟理事会关于民商事调解若干问题的2008/52/EC指令》，2008年5月21日发布，载欧盟委员会网站，<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0052>。

利于实施和执行调解协议的例外。<sup>①</sup>

国际贸易法委员会在《和解协议示范法》第9条中也贯彻了保密的原则性要求，并将当事人约定、法律规定以及出于执行调解协议的目的作为例外。

《德国调解法》第4条<sup>②</sup>规定，除了基于公共政策或者为履行协议、获取案情真相所必需外，调解员以及参与调解的人员负有保密义务。

值得一提的是《新加坡调解法》，该法第9条至第11条规定了披露的限制与例外，并赋予了法院、仲裁庭审查许可权。《新加坡调解法》规定，原则上与调解有关的任何信息都应当保密，只有在调解各方同意、信息已为公众所知悉或者基于研究教育、寻求法律意见、法院命令、成文法授权、协助执法机构调查罪行等情形下，以及法院或仲裁庭根据第11条批准当事人的披露申请时才可以进行合法披露，在任何法院、仲裁或纪律程序中，除非得到法院或仲裁庭的许可，否则不得将调解信息作为证据提供。《新加坡调解法》对调解保密原则的范围作了清晰的规定，即包含以调解为目的的任何言行、资料的准备以及信息的提供，其中既包括启动调解的协议，也包括经调解达成的协议。所有的调解商谈都是保密的，但须遵守有关例外的规定。在一方当事人希望通过法院强制执行调解协议时，调解保密的限制才会被双方当事人合意放弃或被法院裁定突破。<sup>③</sup>

另外，《新加坡调解法》第9条第2款列举了调解保密的例外情形，其中包括一些社会普遍接受的例外情形，如双方合意、寻求法律建议、保护某人免受伤害为目的的公开，以及调解涉及潜在罪行或非法目的的公开。除此之外，若当事人欲突破保密性原则，须获得法院或仲裁庭的许可。这一许可的作出须考虑《新加坡调解法》第11条第2款所载明的因素：（1）调解内容是否已经公开；（2）是否基于公共利益的考虑或者司法公正的考虑而公开；（3）法院或仲裁庭认为有关的其他情形。在实践中，法院考虑较多的是“公共利益”和“公正司法”的因素。<sup>④</sup>

随着各国商事纠纷解决机制竞争的日益激烈以及“一带一路”倡议的推行，在中国近年来着手推进多元化纠纷解决机制的国际化发展的背景下，为加

<sup>①</sup> See Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council, <https://www.legislation.gov.uk/eudr/2008/52/article/7>.

<sup>②</sup> 参见齐树洁：《外国调解制度》，厦门大学出版社2018年版，第466页。

<sup>③</sup> 参见齐树洁：《新加坡调解制度》，载《人民调解》2020年第4期，第60页。

<sup>④</sup> 参见齐树洁：《新加坡调解制度》，载《人民调解》2020年第4期，第61页。

强中国商事调解机制的竞争力,吸引更多的国际商事纠纷调解案件,未来的商事调解立法有必要对保密原则作出专门规定。在保护私人利益、限制信息披露的同时,立法也应规定保密原则的例外情形,以实现私人利益与一般正义之间的平衡。具体而言,未来的商事调解立法至少需对承担保密义务的主体以及保密性原则的例外作出规定,至于保密的事项范围、未遵守保密原则而应承担的责任等事项则可由调解组织在调解规则中作出细化规定。

#### 四、商事调解法分则部分立法建议

一般认为,总则部分规定的是一般性的规则,而分则部分规定的是比较具体的制度内容。<sup>①</sup>如前所述,就商事调解立法而言,总则部分应对该法的适用范围以及保密原则作出规定,而在分则部分至少应规定个人调解制度、对商事调解的监督制度以及支持调解在线化发展的制度措施。

##### (一) 个人调解制度的引入

在国际商事调解实践中,调解包括机构调解和个人调解两种形式。由于中国存在对机构具有天然信任的传统,因此中国长期以来对调解实施排他性的机构管理模式,具体表现为:中国境内发生的调解协议的司法确认需由调解机构背书,<sup>②</sup>并且对调解员设置了相对严苛的准入要求,<sup>③</sup>只有各类调解委员会、调解中心、调解组织所属的调解员才能进行纠纷调解,而没有个人调解的实践。司法部曾于2018年发布《关于推进个人调解工作室建设的指导意见》<sup>④</sup>,但此处的“个人调解工作室”是以人民调解员姓名或特有名称命名设立的调解组织,其所制作的调解协议也应加盖所属人民调解委员会的印章,<sup>⑤</sup>因此“个人调解工作室”并非严格意义上的个人调解。

<sup>①</sup> 参见孙宪忠:《如何理解我国〈民法典〉采取的总则与分则相区分的立法模式》,载《探索与争鸣》2020年第5期,第7页。

<sup>②</sup> 司法实践中,司法机关将“行政机关、商事调解组织、行业调解组织或者其他具有调解职能的组织进行调解所达成的协议”以及“人民法院委派/委托调解达成的协议”作为司法确认的对象,具体可见《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》第20条以及《最高人民法院关于进一步完善委派调解机制的指导意见》第11条。

<sup>③</sup> 例如,实践中律师调解由司法行政机关、律师协会与人民法院等规定资质条件,具体可见《最高人民法院、司法部关于扩大律师调解试点工作的通知》第2条。

<sup>④</sup> 《司法部关于推进个人调解工作室建设的指导意见》,2018年11月13日发布,载中央人民政府网, [http://www.gov.cn/xinwen/2018-11/28/content\\_5344132.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2018-11/28/content_5344132.htm)。

<sup>⑤</sup> 参见《司法部关于推进个人调解工作室建设的指导意见》第3条。

尽管商事争议多元化解决机制近年来获得了较大的发展，但目前仍然存在诸多需要推进实践探索的疑难问题，主要包括以下四点：

第一，商事争议的官方与非官方解决服务均存在“供不应求”状况，在商事调解领域则主要表现为商事调解规则供给存在严重不足。具言之，目前中国在规范层面并未就商事调解作出系统规定，而实践中调解机构所制定的调解规则仍尚处于探索过程。

第二，商事调解市场竞争性与效率性不足：<sup>①</sup>（1）实践调研指出，在商事调解实践中，绝大多数商事调解机构的案源主要依赖于仲裁机构以及人民法院的委派调解或委托调解，商事调解尚未形成独立的案件来源，更谈不上形成商事调解服务市场竞争机制；<sup>②</sup>（2）长期以来，中国对调解实施排他性的机构管理模式，中国境内发生的调解协议的司法确认需由调解机构背书；<sup>③</sup>（3）在机构调解中，与调解相关的程序性事项受制于各调解机构制定的调解规则，较为繁琐，一定程度上降低了调解解决纠纷的高效性。并且，调解员仅能从机构发布的调解员名册中进行选任，在特定场合下阻碍了当事人选择调解作为争议解决方式的意愿。

第三，个人调解制度缺位，不仅与国外调解实践通行惯例不符，也难以与《新加坡调解公约》接轨。从国外商事调解的实践来看，商事调解运作向来有机构调解和个人调解之分，两种运作模式各有千秋，可供争议当事人自主选择。<sup>④</sup>并且，个人调解制度更符合英美法系国家和地区的习惯。<sup>⑤</sup>例如，在美国，既有仲裁协会商事调解、私营机构商事调解，各州也有志愿者、律师、调解法官组成的个人调解。其中，个人调解制度因其具有高度灵活性（例如不受制于调解程序规则）而得到快速发展，并且当事人在个人调解员参与下达成的协议亦具有法律效力。此外，《新加坡调解公约》之下的调解主体，既包括调

<sup>①</sup> 参见黄忠顺：《论商事调解的市场化》，载《人大法律评论》2020年第1期，第96-97页。

<sup>②</sup> 参见黄忠顺：《论商事调解的市场化》，载《人大法律评论》2020年第1期，第99页。

<sup>③</sup> 参见孙南翔：《〈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。例如《最高人民法院印发〈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〉的通知》第20条规定：“经行政机关、人民调解组织、商事调解组织、行业调解组织或者其他具有调解职能的组织调解达成的具有民事合同性质的协议，经调解组织和调解员签字盖章后，当事人可以申请有管辖权的人民法院确认其效力。”

<sup>④</sup> 参见段明：《〈新加坡调解公约〉与中国商事调解的立法选择》，载《商事仲裁与调解》2021年第2期，第23页。

<sup>⑤</sup> 参见詹泰：《从〈新加坡调解公约〉反思中国现行的商事调解制度及完善建议》，载《商事仲裁与调解》2021年第1期，第72页。

解人也包括调解机构。<sup>①</sup>

个人调解制度的诞生与发展符合商事调解市场的竞争性与效率性，既能够有效弥补商事调解多样性与市场化的不足，同时还能够有效促进中国商事调解制度与国际接轨，是中国调解事业发展不可或缺的基础。具体而言，个人调解员不依附于商事机构和司法组织，可以独立参与商事调解，能更多地省去当事人的时间和金钱成本，充分体现调解高效、经济的优势。<sup>②</sup> 个人调解本身就是市场化背景下商事争议解决供给不足的产物，其在很大程度上能够补足商事调解服务的供给，同时促进商事调解服务市场竞争性的发挥。如若不允许个人调解制度的存在，将调解限制在机构调解中，则会不可避免地降低调解的灵活性、开放性、竞争力与效率。

总而言之，从商事调解的市场需求来看，机构调解和个人调解都是市场所需要的，商事调解的发展不应局限于机构调解，同时也应当鼓励个人调解的发展，培养类似于“独立仲裁员”一样的“独立调解员”，从而更好地满足当事人的个性化和多元化需求。因此，为了能够与国际商事调解实践接轨，中国也应当积极探索发展个人调解机制，在未来商事调解的发展中，应当构建机构调解与个人调解并行的模式，鼓励商事调解员独立执业，这样有助于丰富商事调解员的执业选择，也有助于商事调解的多元化发展。<sup>③</sup>

具体到商事调解立法中，本文认为，个人调解制度的落地可分两步走：由于个人调解制度在国际商事调解实践中较为常用、域外当事人对个人调解的接受度较高，因此可以考虑将个人调解制度的相关内容在国际商事调解立法部分先行规定，待制度试点成熟后，再将其推行至国内商事调解中。同时，为激励调解员以调解为业，未来立法亦需对调解员提供薪酬保障，具体可由法律授权相关行业协会或调解机构作出具体规定，明确对调解员的薪酬保障，如此方可

<sup>①</sup> 《新加坡调解公约》第2条第3款规定：“‘调解’不论使用何种称谓或者进行过程以何为依据，指由一名或者几名第三人（‘调解员’）协助，在其无权对争议当事人强加解决办法的情况下，当事人设法友好解决其争议的过程。”第4条第1款规定：“当事人根据本公约依赖于和解协议，应向寻求救济所在公约当事方主管机关出具：……（b）显示和解协议产生于调解的证据，例如：（一）调解员在和解协议上的签名；（二）调解员签署的表明进行了调解的文件；（三）调解过程管理机构的证明……”由此可见，《新加坡调解公约》项下的调解，既包括个人调解，也包括机构调解。

<sup>②</sup> 参见王星源：《〈新加坡调解公约〉在中国适用的困境与突围》，载《哈尔滨学报》2021年第9期，第71页。

<sup>③</sup> 参见段明：《〈新加坡调解公约〉的冲击与我国商事调解的回应》，载《商业研究》2020年第8期，第136页。

促进中国商事调解行业的良性竞争与长久发展。

## (二) 建立对商事调解的监督制度

调解拥有便捷高效、成本低、保密性高等其他纠纷解决方式所不具有的优势，但也因此，立法不仅需对调解员的行为规范提出更高的要求以使调解协议能够充分体现当事人双方的真实意志，同时也需建立案外人救济机制，防止虚假调解以及调解协议损害第三人合法利益情况的发生。鉴于此，在商事调解法分则部分还应考虑建立调解员监管制度以及案外人救济机制，具体分析如下：

### 1. 建立调解员监管制度

调解员为促成调解的最终达成，需履行包括保持中立、独立、公正、保密等在内的一系列法定义务。比较法上看，国际公约与部分域外国家立法均明确了对调解员的监督机制，例如：《新加坡调解公约》第5条第1款第5项和第6项规定，调解员严重违反适用于调解员或者调解的准则、违背其公正性或者独立性，可以成为执行机关拒绝对当事人的请求给予救济的理由。<sup>①</sup>《新加坡调解法》中没有监管调解员的相关内容，但《新加坡社区调解中心法案》(Community Mediation Centres Act)<sup>②</sup>第17条规定，如果调解员并非出于善意或者作出了类似于欺诈的不当行为，其应当被追究法律责任。《香港调解条例》虽未对调解员的监督机制作出具体规定，但《香港调解守则》规定了调解员的基本义务，其为调解员提供一个共同的标准，并发挥重要的质量保证作用。<sup>③</sup>

目前，中国立法层面尚无监督商事调解员的专门规则。尽管中国大部分调解机构也都制定了关于调解和调解员的守则，但是目前各调解机构的调解员行

<sup>①</sup> 《新加坡调解公约》第5条规定：“根据第4条寻求救济所在公约当事方的主管机关可根据寻求救济所针对当事人的请求拒绝准予救济，唯需该当事人向主管机关提供以下证明：……(e) 调解员严重违反适用于调解员或者调解的准则，若非此种违反，该当事人本不会订立和解协议；或者(f) 调解员未向各方当事人披露可能对调解员公正性或者独立性产生正当怀疑的情形，并且此种未予披露对一方当事人有实质性影响或者不当影响，若非此种未予披露，该当事人本不会订立和解协议。”

<sup>②</sup> 新加坡《社区调解中心法案》于1998年1月9日生效，载新加坡线上法规库网站，<https://sso.agc.gov.sg/Act/CMCA1997>。

<sup>③</sup> 《香港调解守则》第1条及其《调解协议》(范本)规定，调解员应公平地处理与调解各方的关系，对任何和解协议的条款不能有个人利益，对各方没有任何偏见并确信各方已被告知调解进程；调解员应对所有当事方保持公正；调解员应向各方披露调解员与任何一方可能有或曾经有的任何联系或利益关系，在这种情况下，调解员应事先征得所有各方的书面同意，然后方可进行调解；调解员应保持中立和公正，协助各方努力解决争端；调解员在履行或意图履行本协议规定的调解员义务时的任何作为或不作为，不对任何一方承担责任，除非该作为或不作为是欺诈行为。

为守则专业化程度不高。例如,上海经贸商事调解中心《调解员守则》<sup>①</sup>仅有10条规定,北京一带一路国际商事调解中心《调解员行为规范》<sup>②</sup>仅有8条规定,且这些规定较为笼统,与国际知名调解机构的调解员行为准则差距较大。

在国际层面上,仲裁业和调解业这两个私人性质的纠纷解决行业的发展都是民间和市场主导的。在国际商事调解实践中,调解机构通常是与行政脱钩的,市场化导向的自律监管机制是其主要监督模式。有鉴于此,中国可以推进部分具有良好基础的商事调解中心的市场化运作,在立法层面规定调解员负有中立、独立、公正、保密等义务,同时授权自律监管机构(比如调解的行业协会)统一制定商事调解程序和调解员资质的相关规则、构建商事调解员资质认证制度,并制定详细、专业的行为守则,<sup>③</sup>以确保商事调解协议的质量、增强当事人对商事调解的信任和满意度。

## 2. 建立案外人救济机制

调解协议在执行过程中如何保障第三人的合法权利,该问题离不开法院的监督。除了前已述及的对调解协议进行司法审查外,法院的监督还应包括对虚假调解的防范,以矫正因调解保密性带来的弊端。

从比较法上看,就调解与诉讼、仲裁的程序发生冲突时如何解决,《新加坡调解法》第8条规定,在调解协议的一方当事人就属于该协议内容的任何事项向法院提起了针对该协议其他当事人的诉讼时,该协议的任何一方当事人均可向法院申请中止诉讼程序,法院可根据该条款或者其认为适当的条件,下达中止与调解协议有关诉讼程序的命令,同时可以作出其认为适合于维护当事人权利的临时或补充命令,以维护各方权利。《新加坡调解公约》第6条规定:“如果已经向法院、仲裁庭或者其他任何主管机关提出了与一项和解协议有关的申请或者请求,而该申请或者请求可能影响到根据第4条正在寻求的救济,寻求此种救济所在公约当事方的主管机关可在其认为适当的情况下暂停作出决定,并可应一方当事人的请求下令另一方当事人适当具保。”而对于如何防范虚假调解,《新加坡调解法》《新加坡调解公约法》以及《新加坡调解公约》均未予以

<sup>①</sup> 上海经贸商事调解中心《调解员守则》,2012年10月发布,载上海经贸商事调解中心网站,http://www.semc.org.cn/page67?article\_id=83&menu\_id=57。

<sup>②</sup> 北京一带一路国际商事调解中心《调解员行为规范》,2016年10月发布,http://www.bnrmediation.com/CN/GuideTnt/542ec98f-2a64-4c6a-9ed9-790293844a8d/453558f8-9e2a-40cd-a6b5-3c3ee4842f99。

<sup>③</sup> 参见蔡伟:《从〈新加坡调解公约〉看我国商事调解的改革》,载《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2021年第2期,第120页。

回应。

国际商事领域的虚假调解，通常是指当事人为了获取非法利益，双方当事人（甚至与调解员）通过恶意串通，虚构商事法律关系或法律事实，从而达成调解协议。虚假的调解协议如获执行，不仅损害第三人利益乃至公共利益，还有可能损害一国的司法公信力。<sup>①</sup>

就国内虚假调解协议而言，案外人可提起执行异议或执行异议之诉寻求救济。<sup>②</sup>但对于国际背景下的虚假调解，中国法律往往鞭长莫及，面临较大的规制困境，因而这类虚假调解的作假成本低。同时，加上有《新加坡调解公约》作为后盾，当事人却又容易达到作假目的。<sup>③</sup>因此，为防范国际虚假调解的发生，未来立法可以对下列事项作出规定：

首先，应当参照《民事诉讼法》<sup>④</sup>确立案外人执行异议制度，一旦案外人发现调解协议是通过虚假调解达成并损害其利益的，其应当有权针对调解协议的执行标的提出执行异议。<sup>⑤</sup>

其次，对于已经执行了的经虚假调解达成的调解协议，应当建立一套有效的补救机制。例如，允许国际调解协议在不撤销的前提下进行执行回转。<sup>⑥</sup>对于难以实施执行回转的调解协议的执行，可要求申请执行人提供执行担保，在财产执行后的一段时间内若未发现虚假调解等情形，可以解除担保。

最后，应当从执行层面为国际调解员识别虚假调解尽勤勉职责提供相应的激励机制或惩罚机制。“正如优秀的法官和优秀的仲裁员具有识别虚假诉讼与虚

① 参见段明：《〈新加坡调解公约〉的冲击与我国商事调解的回应》，载《商业研究》2020年第8期，第132页。

② 所谓案外人执行异议之诉，是指案外人就执行标的提出执行异议，在法院审查驳回之后，以具有足以排除执行的理由向法院提起的要求排除执行的诉讼。参见张卫平：《民事诉讼法》（第五版），法律出版社2019年版，第589页。

③ 参见刘敬东、孙巍、傅攀峰、孙南翔：《批准〈新加坡调解公约〉对我国的挑战及应对研究》，载《商事仲裁与调解》2020年第1期，第51页。

④ 《民事诉讼法》第234条规定：“执行过程中，案外人对执行标的提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查，理由成立的，裁定中止对该标的的执行；理由不成立的，裁定驳回……”

⑤ 参见刘敬东、孙巍、傅攀峰、孙南翔：《批准〈新加坡调解公约〉对我国的挑战及应对研究》，载《商事仲裁与调解》2020年第1期，第51页。

⑥ 执行回转，是指执行完毕后，因为原来的执行依据被撤销，法院根据新的法律文书通过采取强制执行措施，将已经执行的财产返还给原被执行人，从而恢复到原执行程序开始前状态的制度。参见张卫平：《民事诉讼法》（第五版），法律出版社2019年版，第591页。《民事诉讼法》第240条规定：“执行完毕后，据以执行的判决、裁定和其他法律文书确有错误，被人民法院撤销的，对已被执行的财产，人民法院应当作出裁定，责令取得财产的人返还；拒不返还的，强制执行。”

假仲裁的专业能力一样，优秀的调解员同样具有识别虚假调解的专业能力。但如果缺乏相应的激励机制或惩罚机制，再优秀的国际调解员亦未必为此尽心尽力，毕竟拒绝一个调解案件——无论是基于虚假纠纷抑或真实纠纷——即意味着拒绝一份收入。”<sup>①</sup>

### （三）支持调解在线化发展

随着全球疫情的持续影响，在线调解已经成为时下开展国际商事调解程序的重要方式之一。为了保障未来商事调解立法的前沿性，避免立法与实践脱节，商事调解法的分则部分应吸纳近年来在线调解的实践成果，对调解在线化相关事宜作出妥善安排。

近年来，在线调解在中国商事调解实践中获得认可并得到迅速发展。以全国首家由境外仲裁机构设立的业务机构“世界知识产权组织仲裁与调解上海中心”为例，其《调解规则》<sup>②</sup>第10条规定，调解可通过电话、视频会议或其他在线工具进行。类似地，中国国际贸易促进委员会商业行业委员会和中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心牵头起草的《商事调解服务规范》<sup>③</sup>团体标准第7.7.5条规定：“调解会议可以通过当事人到场、视频、电话或微信等形式进行。各种形式可以视情况交叉使用”；《海南国际仲裁院（海南仲裁委员会）国际商事调解中心调解规则》<sup>④</sup>第5条规定：“调解可采用书面形式或数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换等）方式进行。”

面对越来越强烈的调解在线化趋势，未来的商事调解立法有必要放宽调解协议的形式要件要求，允许当事人通过电子签名或其他方式证明调解协议的效力，具体来说：在现行规范下，虽然通过电子签名达成的在线调解协议的有效

<sup>①</sup> 刘敬东、孙巍、傅攀峰、孙南翔：《批准〈新加坡调解公约〉对我国的挑战及应对研究》，载《商事仲裁与调解》2020年第1期，第52页。

<sup>②</sup> 世界知识产权组织仲裁与调解上海中心《调解规则》（WIPO Mediation Rules），2021年7月1日生效，载世界知识产权组织仲裁与调解上海中心网站，<https://www.wipo.int/amc/en/mediation/rules/>。

<sup>③</sup> 中国国际贸易促进委员会商业行业委员会《商事调解服务规范》，2020年11月18日发布，载全国团体标准信息平台，<http://www.ttbz.org.cn/Home/Show/23221>。

<sup>④</sup> 《海南国际仲裁院（海南仲裁委员会）国际商事调解中心调解规则》，2020年6月1日起实施，载海南国际仲裁院网站，<https://www.hnac.org.cn/list/34.html>。

性不存在法律障碍,<sup>①</sup>但只要具体情况足以表明当事人已就调解协议达成合意,即便不存在电子签名,法律仍应认可其效力,理由如下:

第一,商事调解的基础在于当事人的意思自治,即便不存在书面形式或当事人电子签名的调解协议,只要数据电文在当事人双方之间得到了互换,而无论是否有双方当事人的签字,该协议均为有效。这是基于互换这一行为即已说明当事人之间彼此真实的意愿,表达了各方当事人对电子数据形式的协议的认可,互换本身业已体现并确认了各方当事人的调解合意。<sup>②</sup>

第二,电子数据文件互换并不必然意味着至少要有一来一往两份电子数据文件。只要具体情况足以表明当事人已就调解协议达成合意,就没有必要强求至少要有两份往来电子数据文件,而且即便没有签名,这两种电子数据形式的协议也仍为有效。<sup>③</sup>

第三,《新加坡调解公约》第4条第2款亦规定,只要采用适当、可靠的电子通信方法,能够识别当事人或者调解员的身份并表明当事人或者调解员的意图,即便没有当事人或调解员的签章,和解协议的效力也应予以承认。

在形式上放宽对调解协议的要求可能引发的担忧在于,由于国际商事调解协议具有强制执行力,如果不要求其遵循严格的书面形式要求,可能会产生当事人伪造调解协议并申请法院执行的负面效果。本文认为,虽然该种担忧不无道理,但将来可在立法层面借鉴《新加坡调解公约》规定,亦即,在欠缺签名的情况下,申请人应证明电子通信方法(本身或结合其他证据)能够识别当事人的身份、表明当事人的意图,并且电子通信方法应具有适当性与可靠性,以避免出现伪造调解协议的后果。

总之,为适应当今信息化的现实需求,避免立法滞后、与现实脱节,商事调解立法应放宽调解协议的形式要件要求,允许当事人通过电子签名或其他方

<sup>①</sup> 根据《民法典》第469条规定,以电子数据交换、电子邮件等方式能够有形地表现所载内容,并可以随时调取查用的数据电文,视为书面形式。因此,以数据电文呈现的调解协议满足书面形式的要求。此外,一项有效的在线调解协议需要当事人的签名或加盖印章,而《电子签名法》第14条规定,“可靠的电子签名与手写签名或者盖章具有同等的法律效力”。因此,通过电子签名达成的在线调解协议的有效性不存在法律障碍。

<sup>②</sup> See Albert Jan Van Den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958, Towards A Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer Law International, 1994, pp. 193-194.

<sup>③</sup> 参见宋连斌:《国际商事仲裁管辖权研究》,法律出版社2000年版,第67-68页。

式证明调解协议的效力，从而提高国际商事纠纷主体的在线调解体验感。<sup>①</sup>

## 五、结论

《新加坡调解公约》是国际商事争议解决制度历史上的一座里程碑，其诞生标志着国际商事调解协议法律执行力的提升和国际流动性的增强，推动了国际商事调解制度成为国家司法制度、商事仲裁制度之后又一国际社会普遍认可的重要国际商事纠纷解决机制和方式，开辟了国际商事纠纷解决的崭新局面，对于国际商事争端解决具有重大而深远的历史意义。在中国签署《新加坡调解公约》后，如何使商事调解制度与《新加坡调解公约》接轨成为亟待讨论的议题。

本文认为，商事调解与人民调解、司法调解、仲裁机构调解均具有显著差异，彼此间互不交融，因此中国应借签署《新加坡调解公约》的契机加紧制定独立的商事调解法。同时，立法机关还应考虑到国内与国际调解协议的区别，在体例上将国内与国际商事调解进行“双轨制”分别立法。

在立法内容上，商事调解法在总则部分应明确其适用范围并规定保密原则：第一，只要涉及平等主体之间的商事争议，都应纳入该法的适用范围，并且政府与国有企业的商事行为亦可作为商事调解法的调整对象。第二，立法至少需对承担保密义务的主体以及保密性原则的例外作出规定，至于保密的事项范围、未遵守保密原则而应承担的责任等事项则可由调解组织在调解规则中作出细化规定。

而在分则部分，立法需要就个人调解制度，对商事调解的监督制度以及支持调解在线化发展的制度措施作出规定：第一，就个人调解制度而言，可以考虑将个人调解制度的相关内容在国际商事调解立法部分先行规定，待制度试点成熟后，再将其推行至国内商事调解中。同时，为激励调解员以调解为业，未来立法可授权相关行业协会或调解机构作出具体规定，明确对调解员的薪酬保障。第二，为了加强对商事调解的监督，在立法层面需规定调解员负有中立、独立、公正、保密等义务，同时应授权自律监管机构（比如行业协会）统一制定商事调解程序和调解员资质的相关规则、构建商事调解员资质认证制度。同时，立法还应对防范虚假调解的具体制度措施作出规定，为案外人提供救济手

---

<sup>①</sup> 参见张金凤：《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119页。

段。第三，立法还应放宽调解协议的形式要件要求，允许当事人通过电子签名或其他方式证明调解协议的效力，从而提高国际商事纠纷主体的在线调解体验感。

(责编委：陆菲<sup>①</sup>)

---

<sup>①</sup> 中国国际经济贸易仲裁委员会事业发展处处长、仲裁员。

## 论有限合伙人对外转让财产份额中 优先购买权规则的适用限制

崔 强\*

**摘 要：**中国现行法未明示有限合伙人对外转让财产份额时，其他合伙人是否默认享有优先购买权，中国法学界各专家对此存在不同理解，为有限合伙企业的治理埋下了隐忧。有限合伙企业的人合性弱于有限责任公司，故不必对其适用优先购买权规则。否则，这一方面将降低有限合伙财产份额的流通性，减弱有限合伙制度对风险投资企业的吸引力；另一方面也将在实践中引发权利主体难以确定、行权程序与救济手段均无法可依等现实困境。此外，从《合伙企业法》修订草案的文字变化看来，中国立法者同样倾向于不对有限合伙人的财产转让适用优先购买权规则。因此，在解释《合伙企业法》规则时宜遵从立法者的原意，通过司法解释或指导性案例统一审判立场，同时合伙协议应就有限合伙人对外转让财产份额的条件和程序作出明确约定。

**关键词：**有限合伙人 转让份额 优先购买权 风险投资

### 一、引言

有限合伙已发展成为风险投资最常用的一种法律组织形式。对于有限合伙人而言，有限合伙的组织形式能够实现其风险可控、参与灵活、获取税收优惠等商业目的。同时由于有限合伙人并不参与实际经营，故作为投资人的有限合

---

\* 崔强，北京市通商律师事务所合伙人，中国国际经济贸易仲裁委员会、中国海事仲裁委员会、青岛仲裁委员会仲裁员。

伙人除关注普通合伙人的经营能力外，更关注其能否享有较为畅通的退出机制，实现“用脚投票”的选择权利。因此，有限合伙人能否自由对外转让份额就成为一项备受关注的问题。

根据笔者对中国仲裁实践的观察，在投资类纠纷和企业治理类纠纷中，以转让/退出投资份额为核心请求的案件均占据着不小比例。该类争议中，除转让/退出份额的实体条件是否满足外，当事人往往也会围绕转让/退出是否符合程序要求提出主张或抗辩，作为一种典型的转让限制规则，优先购买权的“出镜率”相对较高，因此有必要厘清优先购买权规则在每一常见企业形态下的适用细节。目前《公司法》有关该规则的规定已较为完备，但《合伙企业法》仅有关于该规则的原则性规定且缺少相应的司法解释。因此，在合伙企业法领域，关于优先购买权的适用存在较多问题亟待解决，包括本文将讨论的“有限合伙人对外转让财产份额时应否适用优先购买权规则”。

就合伙人对外转让财产份额的程序，《合伙企业法》区分普通合伙人和有限合伙人，分别规定：普通合伙人对外转让财产份额应获得其他全体合伙人同意（第22条<sup>①</sup>），且默认在同等条件下其他合伙人有权主张优先购买权（第23条<sup>②</sup>）；有限合伙人则应“按照合伙协议的约定”并“提前三十日通知其他合伙人”（第73条<sup>③</sup>）。

从《合伙企业法》第73条的表述来看，立法者有意使有限合伙人对外转让财产份额的程序区别于普通合伙人的转让程序，且允许合伙协议自由约定，给予合伙人之间最大限度的意思自治，法律仅就“提前通知”环节作出强制性要求。那么，在合伙协议未就该程序作出其他约定时，考虑到有限合伙人不参与合伙的经营，对合伙的实质运营影响有限，且财产份额作为财产权的一种，天然具备流通属性，显然不宜理解为不得对外转让，而应当理解为此时不必获得其他合伙人同意，有限合伙人只需提前30日通知即可。

可能存在争议的问题是，此时其他合伙人是否享有优先购买权。民事法律

---

① 《合伙企业法》第22条规定：“除合伙协议另有约定外，合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的全部或者部分财产份额时，须经其他合伙人一致同意。合伙人之间转让在合伙企业中的全部或者部分财产份额时，应当通知其他合伙人。”

② 《合伙企业法》第23条规定：“合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的财产份额的，在同等条件下，其他合伙人有优先购买权；但是，合伙协议另有约定的除外。”

③ 《合伙企业法》第73条规定：“有限合伙人可以按照合伙协议的约定向合伙人以外的人转让其在有限合伙企业中的财产份额，但应当提前三十日通知其他合伙人。”

行为以意思自治为基本原则，故通常情形下，法律未作明确要求即意味着商事活动不受额外约束。然而，《合伙企业法》第60条规定：“有限合伙企业及其合伙人适用本章规定；本章未作规定的，适用本法第二章第一节至第五节关于普通合伙企业及其合伙人的规定。”该引致条款的存在使得前述意思自治原则无法当然适用，还必须考察优先购买权事宜是否落入了第60条所称的“未作规定”情形。对于有限合伙人对外转让财产份额时其他合伙人是否享有优先购买权，目前存在针锋相对的两派观点：

反对派认为其他合伙人不享有优先购买权，因为其他合伙人是否享有优先购买权，隶属于有限合伙人对外转让财产份额的程序问题，而《合伙企业法》第73条已就此程序问题作出明确规定，不再满足适用《合伙企业法》第60条的条件。例如，施天涛教授认为：“有限合伙人财产份额的外部转让较之于普通合伙人更为自由。但是，有限合伙人财产份额的转让仍然需要受到合伙协议的约束。如果合伙协议完全没有限制，则其转让完全自由；如果合伙协议设定了限制条件或者程序，则其转让受到限制。”<sup>①</sup>

与此不同，支持派认为其他合伙人应享有优先购买权，因为《合伙企业法》第73条仅表明其他合伙人默认不享有同意权，但未就优先购买权的有无作出规定，《合伙企业法》第60条仍可适用。例如，陈历幸教授主张：“有限合伙人如何转让其在合伙企业中的财产份额（不管是部分转让还是全部转让），实际上涉及两个问题：……二是对该财产份额有优先购买权的合伙人究竟是全体合伙人，还是仅有普通合伙人或者仅有有限合伙人才有优先购买权。”<sup>②</sup> 陈历幸教授将其他合伙人享有优先购买权作为预设的讨论前提，显然是认为其他合伙人有权主张优先购买。<sup>③</sup>

这一分歧现在依然存在，理论界和实务界均未统一该分歧。而且该分歧的存在，在特定情形下会催生出有限合伙企业治理领域的现实纠纷，因此有必要

① 施天涛：《商法学》（第五版），法律出版社2018年版，第60-61页。又参见徐景和、刘淑强主编：《〈中华人民共和国合伙企业法〉条文释义与适用》，人民法院出版社2006年版，第241页；朱少平主编：《〈中华人民共和国合伙企业法〉释义及实用指南》，中国民主法制出版社2013年版，第200页。

② 陈历幸：《我国有限合伙立法若干问题探析》，载《政治与法律》2006年第1期，第137页。

③ 类似观点参见全国人大常委会法工委编：《中华人民共和国合伙企业法释义》，法律出版社2006年版，第118-119页。

加以论证与澄清<sup>①</sup>。

本文认为反对派的观点较为合理，即当合伙协议没有明确约定优先购买权时，有限合伙人有权自由对外转让财产份额，其他合伙人不得主张优先购买权。下文将从有限合伙的“弱人合性”特征、风险投资的适用场景、适用优先购买权在实践中面临的困难，以及中国立法者的倾向性态度四方面加以论证。

## 二、有限合伙企业的“弱人合性”对优先购买权的限制

《合伙企业法》第23条规定的优先购买权，属于转让限制制度下的一种权利，与它具有类似功能的还包括同意权、第一选择权、赎回权等。这类设计往往存在于各类封闭型企业中，制度目标是维护封闭型企业投资者之间的信任关系。具体而言，一方面保证投资者自行决定与他们一同工作的亲密伙伴的身份，另一方面也可防止那些可能损害企业最佳利益的搅局者进入。<sup>②</sup> 基于该制度目标，学界在研究优先购买权或其他转让限制规则时，通常将“维护企业人合性”作为规则的合法性来源。<sup>③</sup> 故要回答其他合伙人是否享有优先购买权，一个最直接的思路便是对有限合伙企业与其他企业形态的人合性强弱加以排序，进而依据该等排序及其他企业形态的对外转让规则，来确定对有限合伙企业施加转让限制的必要性。下文将论证有限合伙企业的“弱人合性”，进而推导出因此不必对其适用优先购买权规则。

### （一）“人合性”概述

人合与资合是大陆法系创设的一对学理概念，关于两者的划分标准，中国法学界存在不同认识。支持观点认为：“区分人合与资合的唯一标准就是公司的信用基础，此外别无任何标准。”<sup>④</sup> 但也有反对观点认为：“根据企业决策的民主原则，可以分为资合企业和人合企业，前者是根据投资者的投入资本份额进

<sup>①</sup> 例如笔者的一位客户A数年前投资了合伙企业B，现B的有限合伙人C拟对外转让其出资份额，A有意主张优先购买，但因现行法规定及合伙协议约定均不明确，A对自己是否有权提出优先购买感到不确定，为此咨询笔者意见。笔者经检索、研究，虽未找到中国法上的类案判例，但逐渐意识到了该问题的现实意义以及目前理论研究的匮乏，遂产生创作本文的想法。

<sup>②</sup> 郑或：《股东优先购买权“穿透效力”的适用与限制》，载《中国法学》2015年第5期，第251页。

<sup>③</sup> 邓峰：《普通公司法》，中国人民大学出版社2009年版，第375页。

<sup>④</sup> 李建伟：《公司法学》（第四版），中国人民大学出版社2018年版，第16页。

行表决投票，后者一般是根据成员的人人平等原则来进行表决投票。”<sup>①</sup> 上述前一种观点将人合解读为投资者对企业债务承担无限连带责任，反映的是对此概念的传统理解，而后一种观点将人合与企业决策（治理）相联系，是将关注重点放在了此概念的新发展上。

目前法学界主流观点认为人合兼具上述两层含义，认为：“如果说人合性的第一层次含义着眼于‘人’字，即投资人的个人信用及由此产生的无限责任，那么人合性的第二层次含义则着眼于‘合’字，即投资人之间的相互合作与信任。”<sup>②</sup> 主流观点同时认为，具备两个层次中的任何一个即可被视为具有人合性。<sup>③</sup>

## （二）有限合伙企业的人合性强度

法学界对不同企业形态的人合性强弱排序早有讨论，例如从商事组织形式发展脉络看，“现代商事主体法律组织形式演变的基本线索可以描述为：个人独资企业→普通合伙企业（无限公司）→有限合伙企业（两合公司）→有限责任公司→股份有限公司，贯穿其中的是人合性的色彩逐渐淡化，资合性的色彩逐渐强化”<sup>④</sup>。故通说普遍认为：“从上市公司到非上市公众公司（新三板公司），再到非上市非公众股份公司、有限责任公司、有限合伙企业和普通合伙企业，资合性依次递减，人合性依次递增。资合性最强的企业为上市公司，人合性最强的企业是普通合伙企业。有限合伙企业的人合性虽弱于普通合伙企业，但强于有限责任公司和股份公司。”<sup>⑤</sup> 通说进而主张：“合伙人财产份额的转让，与有限责任公司股东转让出资的情形十分相似。因为有限责任公司的性质介于股份有限公司与合伙企业之间，既具资合特征又具人合色彩。资金的联合和股东间的信任，成为有限责任公司两个不可或缺的信用基础。”<sup>⑥</sup> 即通说认为有限合伙企业的人合性强于有限责任公司而弱于普通合伙企业。

① 邓峰：《普通公司法》，中国人民大学出版社2009年版，第71页。

② 刘凯湘、张海峡：《论商法中的人合性》，载《商事法论集》2009年第2期，第26页；朱锦清：《公司法学（修订本）》，清华大学出版社2019年版，第17页。

③ 刘凯湘、张海峡：《论商法中的人合性》，载《商事法论集》2009年第2期，第25页。

④ 刘凯湘、张海峡：《论商法中的人合性》，载《商事法论集》2009年第2期，第31页。

⑤ 刘俊海：《论合伙型私募基金有限合伙人的退伙财产请求权——合伙企业法和投资基金法的不同维度》，载《政治与法律》2021年第6期，第84页。

⑥ 钱玉林：《合伙人的财产份额及其相关的几个法律问题》，载《河北法学》2001年第3期，第29页。

那么遵循前述逻辑，在对外转让规则方面，有限合伙企业所受的限制也理应强于有限责任公司并弱于普通合伙企业。《合伙企业法》规定普通合伙企业的合伙人对外转让财产份额须经其他合伙人一致同意，且其他合伙人在同等条件下享有优先购买权<sup>①</sup>；《公司法》规定有限责任公司的股东对外转让股权须经其他股东过半数同意，其他股东在同等条件下也享有优先购买权。<sup>②</sup>由此推测，有限合伙企业的合伙人对外转让份额时，理论上应获得半数以上其他合伙人的同意，且其他合伙人也应有权主张优先购买。

然而文首已提到，对《合伙企业法》第73条的正确理解是，有限合伙人对外转让财产份额默认无需获得其他合伙人同意。这就意味着，同意权规则可以约束有限责任公司，却不得约束人合性更强的有限合伙企业（仅考虑有限合伙人对外转让出资份额的情境）。之所以出现该等法律规定与学理规律的“背离”，是因为学界评价有限合伙企业的人合性时，习惯将有限合伙企业内部的普通合伙人与有限合伙人视作一个整体看待。若对二者分别讨论，则不难发现无论是从信用基础的第一层含义看，还是从企业治理的第二层含义看，有限合伙企业内的普通合伙人，人合性都与普通合伙企业的普通合伙人别无二致；而有限合伙企业内的有限合伙人，其人合性不仅远弱于普通合伙人，甚至也弱于有限责任公司的股东，因为后者还可同时担任公司董事或高管，而有限合伙人绝无可能参与企业治理。

表1 有限责任公司、有限合伙企业与普通合伙企业的人合性强度排序

将有限合伙企业视为整体	有限责任公司<有限合伙企业<普通合伙企业
将有限合伙企业再拆分	有限合伙企业（有限合伙人）<有限责任公司 <有限合伙企业（普通合伙人）=普通合伙企业

上述以有限合伙中的有限合伙人和普通合伙人分列观察的角度，有力解释了有限责任公司股东对外转让股权尚需征得其他股东过半数同意，有限合伙人却完全不必受此约束的原因，现行法规定与学理规律在该种分类讨论方式下得以协调一致。按照同一逻辑，既然有限合伙人对外转让出资时所受的限制相较

① 《合伙企业法》第22条、第23条。

② 《公司法》第71条规定：“……股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意……经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权……公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。”

于有限责任公司股东理应更弱，则坚持其他合伙人享有优先购买权的法理基础也就不复存在了，有限合伙人的“弱人合性”特征决定了不必要对其适用优先购买权规则。

### 三、有限合伙企业所适用的风险投资对优先购买权的限制

除“弱人合性”特征外，在合伙协议未有专门约定时，有限合伙不适用优先购买权规则的另一主要理由在于，该种企业形态很大程度上是为风险投资量身定制的，风险投资者大多无意控制被投资企业，但普遍看重自己投资的自由转让性。有学者认为，基于吸引投资和公平的需要，满足有限合伙人该种诉求的重要性“甚至超过了合伙企业的人合性对合伙企业投资转让的限制”<sup>①</sup>。有限合伙在域外的发展历史与独特优势，以及中国2006年修订《合伙企业法》时引进该制度的背景能够对该观点予以印证。

#### （一）风险投资的兴起与有限合伙制度的近现代发展

有限合伙作为一种企业形态最早产生于中世纪的地中海地区，1673年法国国王路易十四颁布《商事条例》，首次以成文法形式规定了“康美达公司”（Commenda，也译为康枚达/康民达），这便是有限合伙的雏形。<sup>②</sup>有限合伙之所以能在中世纪获得成功，是因为它为投资者提供了隐秘性和安全。正如美国法官布莱德福的评价，“在中世纪，这是在贸易中最常见的组合之一，也是富裕的意大利沿岸城市的活跃的、范围极广的商业活动的基础。它极大地促进了地中海沿岸贸易的繁荣……在一个财富集中在贵族与牧师的时期，因为他们的身份、荣誉或者教会法的规定，不能直接参与贸易，有限合伙提供了他们秘密进入商事活动获取此类盈利丰厚的行业而又不必冒个人风险的手段，因为这一天才的主意从而使大量的本来只能放在富人抽屉里的财富变成了这一伟大商业的基础”。<sup>③</sup>

而到了近现代，除去税收因素外，有限合伙的最主要优势是它融合了有限责任与无限责任，满足了风险投资等现代商业活动的特殊需求。1822年，美国纽约州和康涅狄格州在法国法启发下引入有限合伙制度，并逐渐被其他州效仿。

<sup>①</sup> 袁碧华：《新〈合伙企业法〉有限合伙制度的立法缺陷与克服》，载《国际经贸探索》2007年第6期，第67页。

<sup>②</sup> 邓峰：《普通公司法》，中国人民大学出版社2009年版，第22页。

<sup>③</sup> 宋永新：《美国非公司型企业法》，社会科学文献出版社2000年版，第110页。

1916年,美国颁布《统一有限合伙法》(Uniform Limited Partnership Act, ULPA)以推进各州有限合伙制度的统一化。然而,在此后很长一段时间里,该制度并未得到市场重视。直至20世纪六七十年代,伴随着经济繁荣、税制改革、跨国经营与风险投资兴起等环境变化,有限合伙开始在商业活动中占据越来越重要的地位。为了回应实践的迫切需求,美国于1976年、1985年和2001年三次修订《统一有限合伙法》(Revised Uniform Limited Partnership Act, RULPA),令其规则日臻完善,最终对世界各国立法都产生了广泛影响。<sup>①</sup>

相比其他企业形态,有限合伙的下述特质使其在风险投资领域具备无可替代的优势:第一,有限合伙人的有限责任使资本提供方获得了安全感;第二,普通合伙人的无限责任,一方面令外部债权人获得了保障与信心,另一方面也使资本提供方可以合理信赖普通合伙人将会勤勉尽责地履职;第三,站在劳务和技术提供方(即普通合伙人)的角度,有限合伙人不得参与经营的设计使他们不必担心资本提供方夺走企业;第四,有限合伙仍属于合伙,故在企业治理、分配规则等方面具有更高灵活性,还可享受单层税收优待。上述优势使得有限合伙受到风险投资方与融资方的青睐,伴随着风险投资业的兴起被广泛应用,最终成为今日所见的成熟企业形态。

## (二) 2006年《合伙企业法》为发展风险投资引入有限合伙

中国1997年初次颁行的《合伙企业法》并未规定有限合伙制度,彼时受中国台湾地区经验的影响,法学界判断该种企业形态并不重要<sup>②</sup>;然而待到2006年修订《合伙企业法》时,增设有限合伙以促进风险投资业发展却已成为社会各界的呼声。在第十届全国人大常委会第二十一次会议上,全国人大财政经济委员会就《合伙企业法》修订草案作报告时明确提到:“发展风险投资迫切需要在法律中规定有限合伙制度。风险投资是上世纪六十年代快速发展起来的一种股权投资方式……风险投资常用的组织形式是有限合伙……”<sup>③</sup>《合伙企业法》修订案正式审议通过后,全国人大常委会就修改情况对外介绍时,同样提到:“这次修改合伙企业法,为适应风险投资行业的发展,同时为市场主体提供

<sup>①</sup> 邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社2009年版,第84页以下;另见宋永新:《美国非公司型企业法》,社会科学文献出版社2000年版,第109页以下。

<sup>②</sup> 邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社2009年版,第84页。

<sup>③</sup> 严义瑛:《关于〈中华人民共和国合伙企业法(修订草案)〉的说明》,2006年4月25日第十届全国人大常委会第二十一次会议。

更多的企业组织形式，引进了有限合伙企业制度，并以专章的形式对其进行规定。”<sup>①</sup>

根据前述对有限合伙制度特性、合伙制度在西方国家的发展历程，以及合伙制度引入中国的背景的介绍，可以看出有限合伙制度最主要的适用领域就是风险投资。如果将风险投资者代入有限合伙人的身份，本文讨论的问题将变得更加清晰：一方面，风险投资者追求的一般都是财务回报，而合伙企业财产份额作为一种财产类型，遵循流通性越高则价值越高的普遍规律<sup>②</sup>；另一方面，优先购买权规则的本质，恰恰是损失部分财产流通性以增强企业人合性，这即就是说，对有限合伙人施加优先购买权限制，无异于牺牲了风险投资者最看重的要素，而增强了各方都不看重的要素。从制度效益的角度看，施加该种限制同样显得毫无必要。

#### 四、有限合伙人适用优先购买权的主体、程序和救济之困

前文已经论证，有限合伙的企业形态具有弱人合性特征，且主要适用于风险投资场景，所以理论上既不必也不宜对其施加优先购买权限制。此外，在中国法仅有原则性规定的大背景下，如坚持对有限合伙人适用优先购买权，在司法实践中将会面临权利主体难以确定、行权程序与救济手段均无法可依的现实困境，在具体规则缺位的情况下勉强推动优先购买程序，将使得法院和仲裁委的裁量权过大，进而损害司法裁判的可预测性。基于以上现实考量，至少在中国立法者完善相关规则之前，本文认为不宜让有限合伙人对外转让份额受到优先购买权的限制。

对有限合伙人适用优先购买权规则，首先面临的一个问题是如何确定享有该等优先权的主体。《合伙企业法》未就此提供规范依据，理论上存在“由全体其他合伙人享有”或“仅有限合伙人享有”两种可能性。但“由全体其他合伙人享有”在中国法上不具有可行性，而“仅有限合伙人享有”又无法实现优先购买权规则的目的。

<sup>①</sup> 王翔：《合伙企业法修改情况介绍》，载中国人大网，2006年8月28日，<http://www.npc.gov.cn/npc/c199/200608/8aed1c0d3e294a6ab2f23545167ee0b5.shtml>。

<sup>②</sup> 试想，在其他合伙人享有优先购买权的情况下，拟转让人与拟受让人通过商谈确定的所有交易条件都将首先提供给其他合伙人，并由后者考虑是否优先受让。这必将导致拟受让人对于正在商谈中的交易最终能否成功抱有严重的怀疑，进而导致拟受让人的磋商愿望降低，有限合伙人若想争取到更多交易机会，就必须在交易条件（价格、支付方式，等等）方面作出让步。

首先,若认为全体其他合伙人都有权主张优先购买,就必须承认行使过优先购买权的普通合伙人可以具备有限合伙人与普通合伙人的双重身份,或者认为普通合伙人优先购得的财产份额不再具备有限责任的属性。前一种路径在中国不具备可行性。一方面,现行《合伙企业法》明显是将普通合伙人与有限合伙人作为截然不同的两类主体对待,并不承认身份的重合;另一方面,若认可了双重身份,则“因为法官或第三人需要能够辨别同一主体的哪些行为是以普通合伙人身份作出的,哪些又是以有限合伙人身份作出的,我国现有的理论和经验准备可能难以充分应对”<sup>①</sup>。而后一种路径其实涉及了合伙人身份的转变。该过程可理解为:普通合伙人在成为双重身份合伙人的瞬间,就将自己有限责任的财产份额转变成无限责任的财产份额,从而维持自己普通合伙人的单一身份。根据《合伙企业法》第82条,除非合伙协议另有约定,实现该等身份转变默认需获得全体合伙人一致同意。这即是说,允许普通合伙人主张优先购买权,无异于将有限合伙人对外转让出资的难度提高到了和普通合伙人对外转让一样的水平,该种设计显然不合理,故后一种路径同样不具有可行性。

如此看来,应当理解为在合伙协议无约定时,仅其他有限合伙人有权主张优先购买,但这就又回到了前文论证过的旧问题:作为不参与合伙企业经营管理的消极投资者,有限合伙人之间仅有微弱的人合性,并无必要对其施加这般强力的保护,特别是考虑到,提供这种保护是以牺牲有限合伙人更重视的财产流通性为代价。

此外,对有限合伙适用优先购买权规则,还将引发一系列复杂的程序与救济问题。以公司法为例,现行《公司法》只在第71条、第72条简单规定了优先购买权的权利主体、购买份额与强制执行程序。最高人民法院于2017年颁布《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》,针对实务中争议较多的股权继承排除优先购买权适用(第16条)、优先购买权的通知与行使(第17条)、优先购买权“同等条件”的判断(第18条)、优先购买权的行使期限(第19条)、其他股东主张优先购买后转让股东的反悔权(第20条)、优先购买权受损害时的救济(第21条)、通过拍卖程序或在产权交易场所转让股权时行使优先购买权的特殊规定(第22条)等问题,用7个条文加以补充规定。然而,即使在该司法解释颁行之后,有关损害优先购买权合

<sup>①</sup> 陈历幸:《我国有限合伙立法若干问题探析》,载《政治与法律》2006年第1期,第137页。

同的效力等问题的讨论仍未结束，优先购买权规则的复杂程度可见一斑。反观《合伙企业法》，有限合伙人转让份额时是否存在优先购买权限制这种最基础的问题都未能明确，在近乎完全“无法可依”的条件下强行推动优先购买程序，将引发不必要的争议，也必将给法庭审判和仲裁庭裁决带来不小的负担。

与之相关的另一问题是，有限合伙企业内部还有普通合伙人，且《合伙企业法》规定其应受优先购买权限制。<sup>①</sup>那么对普通合伙人适用优先购买权规则时，上述困境是否仍然存在，又该如何解决呢？本文认为，普通合伙人对外转让财产份额时，其他普通合伙人与有限合伙人都应有权主张优先购买。如前文所述，中国法律不承认合伙人身份的重合，故有限合伙人购买普通合伙人的财产份额，必须同时完成合伙人身份转变程序，以保证自身身份的纯粹性<sup>②</sup>，即必须满足《合伙企业法》第82条“经全体合伙人一致同意”的要求。一方面，如果全体合伙人均表示同意，那么法律也没有理由阻止有限合伙人的优先购买权；另一方面，站在拟对外转让份额的普通合伙人角度来看，不论有限合伙人是否主张优先购买，其对外转让都要以获得全体合伙人同意为前提，故赋予有限合伙人优先购买权也并不会给其带来过重负担。至于行权过程中可能遇到的种种问题，如同等条件的判断、通知方式、行使期限、权利受损害时的救济等，在现行法未作统一规定、合伙协议也未约定的情况下确实难有通行的或精准的答案。一旦就相关问题产生争议后，只能结合具体案情，参照公司法上的相关规定和在先判例由代理人组织论证，由法院裁量解决。

## 五、基于《合伙企业法》修订趋势的判断

如前文所述，中国于2006年《合伙企业法》修订时引入了有限合伙制度，该次修订工作开始于2006年4月，结束于2006年8月，过程中先后形成了三版修订草案，且三版草案中关于有限合伙优先购买权的表述存在明显变化。本文认为，修订草案的文字变化过程隐含了中国立法者对有限合伙人适用优先购

<sup>①</sup> 《合伙企业法》第三章“有限合伙企业”并未直接规定有限合伙企业内的普通合伙人对外转让财产份额的程序，故依据该法第60条，此时应当适用与普通合伙企业内的普通合伙人相同的规则，即对外转让份额时其他合伙人应享有法定的优先购买权。

<sup>②</sup> 至于行使优先购买权后，该有限合伙人是继续维持原身份，还是转变为普通合伙人，本文认为在多数情况下应交与全体合伙人协商决定。但有一种情况例外，如果有限合伙企业只有一名普通合伙人，且该普通合伙人拟对外转让全部出资份额，那么此时主张优先购买的有限合伙人就必须转变身份为普通合伙人，否则依据《合伙企业法》第75条，“有限合伙企业仅剩有限合伙人的，应当解散”。

买权条款的排斥态度。三版草案分别如下：

初审稿第62条表述为：“有限合伙人可以转让其在合伙企业中的财产份额，但须提前三十日通知其他合伙人。在此期间，其他合伙人在同等条件下有优先购买权。”<sup>①</sup>

二审稿第71条表述为：“有限合伙人可以向合伙人以外的人转让其在有限合伙企业中的财产份额，但应当提前三十日通知其他合伙人。但是，合伙协议另有约定的除外。”<sup>②</sup>

三审稿第73条表述为：“有限合伙人可以按照合伙协议的约定向合伙人以外的人转让其在有限合伙企业中的财产份额，但应当提前三十日通知其他合伙人。”<sup>③</sup>该版草案的表述与最终获得通过的《合伙企业法》完全一致。

初审稿明确规定有限合伙人对外转让财产份额时其他合伙人享有优先购买权，且并未明确授权合伙协议作出其他安排，似乎有意将其设置为强制性条款；然而，从二审稿开始该项要求就被取消了。由此可见，中国立法机关虽然没有明文规定，但是已经表达了自己的倾向性态度，即在没有约定时，不通过赋予其他合伙人的优先购买权以对有限合伙人对外转让份额进行限制。

## 六、结语

有限合伙的“弱人合性”特征及风险投资的特殊适用场景决定了有限合伙人对外转让出资份额时，其他合伙人既不必也不宜享有优先购买权。此外从实践效果来看，若坚持认为可以享有优先购买权，则后续引发的权利主体、行权程序、救济手段等复杂问题将会变得十分棘手。最后，中国立法者的态度也倾向于不规定优先购买权。

为了增加有限合伙企业的吸引力、帮助这类企业获得更多风险投资，本文认为在解释《合伙企业法》时应当重视多数风险投资者的核心诉求，令法律规则在公平公正的前提下，尽量贴合各方当事人的实际情况。从司法裁判角度，为确保司法实践遵从立法本意，建议通过司法解释作出与立法本意一致的明确

<sup>①</sup> 徐景和、刘淑强主编：《〈中华人民共和国合伙企业法〉条文释义与适用》，人民法院出版社2006年版，第362页。

<sup>②</sup> 徐景和、刘淑强主编：《〈中华人民共和国合伙企业法〉条文释义与适用》，人民法院出版社2006年版，第387页。

<sup>③</sup> 徐景和、刘淑强主编：《〈中华人民共和国合伙企业法〉条文释义与适用》，人民法院出版社2006年版，第410页。

规定，或者借助指导性案例统一审判立场。从风险防范角度，建议合伙企业的合伙人根据具体情况，充分行使法律赋予的权利，在合伙协议中量身设计对外转让份额的条件和程序，以意思自治谋求风险投资的共赢。

(责编委：卢雅函<sup>①</sup>)

---

<sup>①</sup> 中国国际经济贸易仲裁委员会网上争议解决中心副秘书长。

# 中国知识产权仲裁制度完善之研究

——以可仲裁性为视角

卢鑫\*

**摘要：**业界对于知识产权有效性纠纷及侵权纠纷的可仲裁性并未形成统一观点。为了更好保障中外贸易主体的合法权益以及深度参与全球知识产权治理，中国应当更加重视知识产权的私权属性，逐渐接受知识产权有效性纠纷可以提交仲裁。知识产权侵权纠纷本质上属于财产权益纠纷，当事人对于权利具有可处分性，提请仲裁符合《仲裁法》的立法精神和客观标准。当前中国知识产权可仲裁性范围狭窄，大量的知识产权有效性纠纷和侵权纠纷难以分流进入仲裁程序。据此，立法及司法应明确各类知识产权争议的可仲裁性，同时，仲裁机构应当设置专门的知识产权仲裁规则。

**关键词：**知识产权仲裁 可仲裁性 公共政策 仲裁规则

## 一、引言

随着全球以技术经济为导向的新时代的到来，知识财产的独立价值日益突出，知识产权纠纷也随之呈井喷式爆发。全国人民法院在2021年共新收各类知识产权案件642968件，比2018年上升22.33%。<sup>①</sup>与此同时，知识产权纠纷以区别于一般商事纠纷的特性，给传统的通过诉讼解决纠纷的方式带来了持续性的挑战，例如知识产权纠纷的争议内容很可能涉及未公开的商业秘密等关键信

\* 卢鑫，北京通商（杭州）律师事务所律师。

<sup>①</sup> 参见最高人民法院知识产权审判庭编：《中国法院知识产权司法保护状况（2021年）》，人民法院出版社2022年版。

息，而审判公开制度使其相关信息存有暴露风险。在此背景下，通过“多元化纠纷解决机制”<sup>①</sup>解决知识产权纠纷的呼声日益高涨。其中，仲裁以区别于诉讼的专业性、保密性、灵活高效、裁决在全球范围内承认和执行的便利性等特点，同知识产权纠纷的特殊性需求深度契合。

基于此，中国近年来密集出台各类政策，鼓励知识产权仲裁等多元化纠纷解决机制的发展，例如2017年3月，国家知识产权局发布《关于开展知识产权纠纷仲裁调解试点工作的通知》；2021年10月，国务院印发《“十四五”国家知识产权保护和运用规划》，要求完善知识产权纠纷多元化解机制，培育和发展知识产权调解组织、仲裁机构、公证机构。

在如火如荼的知识产权多元化纠纷解决机制建设背景下，知识产权仲裁在中国却难以“生根发芽”。一方面，中国知识产权仲裁受案量处于长期低迷的状况。以中国国际经济贸易仲裁委员会为例，2018年，中国国际经济贸易仲裁委员会共受理仲裁案件2962件，其中知识产权案件为12件，占比约0.41%；<sup>②</sup>2019年，共受理仲裁案件3333件，其中知识产权案件为18件，占比约0.54%；<sup>③</sup>2020年，受理仲裁案件3615件，其中知识产权案件为22件，占比约0.61%；<sup>④</sup>2021年，受理仲裁案件4071件，其中知识产权案件为23件，占比约0.56%。<sup>⑤</sup>另一方面，仲裁机构受理的知识产权纠纷案件类型单一，正如杜焕芳课题组所言：“综合性仲裁机构所受理的知识产权案件中绝大多数为合同纠纷，少量涉及侵权纠纷，很少出现效力纠纷，专业性知识产权仲裁机构所受理的案件中，合同争议的平均数量超过50%，另有部分仲裁机构则直接将知识产权纠纷受案范围限定为知识产权合同纠纷。”<sup>⑥</sup>

① 多元化纠纷解决机制可大体上划分为三大类型，一是包含司法、行政机制的公力型纠纷解决机制，二是以仲裁、调解为主的社会型纠纷解决机制，三是当事人之间私下的谈判交涉等自力型纠纷解决机制。

② 参见中国国际经济贸易仲裁委员会主编：《中国国际商事仲裁年度报告（2018-2019）》，法律出版社2019年版。

③ 参见中国国际经济贸易仲裁委员会主编：《中国国际商事仲裁年度报告（2019-2020）》，法律出版社2020年版。

④ 参见中国国际经济贸易仲裁委员会主编：《中国国际商事仲裁年度报告（2020-2021）》，法律出版社2021年版。

⑤ 《中国国际经济贸易仲裁委员会2021年工作报告》（图文版），载中国国际经济贸易仲裁委员会官网，<http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=18233c>。

⑥ 参见杜焕芳课题组：《知识产权仲裁机构建设：理论证成、域外借鉴和制度设计》，载《商事仲裁与调解》2021年第1期。

仲裁机构受案数量的低迷以及受案类型的单一反映出仲裁在知识产权争议解决领域中并没有取得所预期的效果，知识产权仲裁尚未得到真正的发展。出现这一现象，原因当然不是单一的，但是，其中的焦点问题若能够得到有效解决或澄清，则必将推动中国知识产权仲裁的实质性发展。据此，笔者拟就其中存在的焦点问题，结合域内外立法与司法实践进行分析，提出破局而立的建议，为引导知识产权仲裁走出“隐秘的角落”尽绵薄之力。

## 二、知识产权仲裁制度的焦点问题：可仲裁性

可仲裁性（arbitrability），是指一项争议能否以仲裁的方式进行解决，若一项争议可以通过仲裁途径加以解决，那么就说明该项争议具有可仲裁性。毋庸置疑，可仲裁性是仲裁法律制度的焦点问题，直接决定了仲裁范围。

《仲裁法》<sup>①</sup>仅对可仲裁性问题作了原则性规定，并未明确具体权利类型的可仲裁性，亦未将知识产权纠纷纳入不能仲裁的范畴。一言以蔽之，立法层面为仲裁机构留足了知识产权争议可仲裁性的法律解释空间，并未对知识产权争议通过仲裁解决形成法理上的阻碍。

在知识产权的单行法中，除了《著作权法》<sup>②</sup>中对于著作权纠纷的可仲裁性有所规定外，《专利法》<sup>③</sup>和《商标法》<sup>④</sup>中仅明确了司法机关和行政机关的管辖权。迄今为止，业界对于著作权纠纷的可仲裁性均予以认可，但对于商标权、专利权纠纷的可仲裁性则莫衷一是。据此，知识产权可仲裁性的争议主要围绕在商标权、专利权纠纷项下，为免歧义，后文对于知识产权纠纷可仲裁性

① 《仲裁法》（2017年修正）第2条：“平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，可以仲裁。”第3条：“下列纠纷不能仲裁：（一）婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷；（二）依法应当由行政机关处理的行政争议。”

② 《著作权法》（2020年修正）第60条：“著作权纠纷可以调解，也可以根据当事人达成的书面仲裁协议或者著作权合同中的仲裁条款，向仲裁机构申请仲裁。当事人没有书面仲裁协议，也没有在著作权合同中订立仲裁条款的，可以直接向人民法院起诉。”

③ 《专利法》（2020年修正）第45条：“自国务院专利行政部门公告授予专利权之日起，任何单位或者个人认为该专利权的授予不符合本法有关规定的，可以请求国务院专利行政部门宣告该专利权无效。”第46条：“国务院专利行政部门对宣告专利权无效的请求应当及时审查和作出决定，并通知请求人和专利权人。宣告专利权无效的决定，由国务院专利行政部门登记和公告。对国务院专利行政部门宣告专利权无效或者维持专利权的决定不服的，可以自收到通知之日起三个月内向人民法院起诉。人民法院应当通知无效宣告请求程序的对方当事人作为第三人参加诉讼。”

④ 《商标法》（2019年修正）第60条：“有本法第五十七条所列侵犯注册商标专用权行为之一，引起纠纷的，由当事人协商解决；不愿协商或者协商不成的，商标注册人或者利害关系人可以向人民法院起诉，也可以请求工商行政管理部门处理。”

的探讨范围并不包括著作权纠纷。

根据最高人民法院发布的《民事案件案由规定》<sup>①</sup>，知识产权纠纷分为知识产权合同纠纷、知识产权有效性纠纷以及知识产权侵权纠纷。因为仲裁机构对于可仲裁性的把握会直接影响到知识产权纠纷的管辖权等问题，所以，仲裁机构对于可仲裁性的把握慎之又慎，往往偏向于保守主义。

目前，中国仲裁机构对于上述三类争议的可仲裁性存在区别对待，大多数仲裁机构仅认可知识产权合同争议的可仲裁性，例如上海知识产权仲裁院曾在官网中将受案案件类型明确为知识产权类合同纠纷<sup>②</sup>。这导致大量的知识产权有效性纠纷、侵权纠纷无法分流进入仲裁领域进行解决，仲裁受案数量以及受案类型也因此受到了掣肘。

本文以“中国知网”收录的文献为数据库，限定检索期间为“2010年至2021年”，检索主题为“知识产权仲裁”，共检索出783篇相关文献。本文选取了10篇文章作为样本<sup>③</sup>进行梳理，发现业界对于知识产权有效性纠纷及侵权纠纷的可仲裁性并未形成统一观点，存在肯定与否定两种截然相反的观点。其中，肯定观点多立足于知识产权的私权属性、仲裁机制的独特优势来论证可仲裁性，而否定观点则多以专利权、商标权并非自始获得权利，而是被国家行为确立为由，认为并不能适用仲裁这一民间性的纠纷解决机制，进而否定可仲裁性。

近年来，业界对于知识产权有效性纠纷及侵权纠纷的可仲裁性问题给予了一定关注，但研究成果并不丰富，且鲜少对该问题展开深入探析，研究范围较为局限。鉴于此，本文拟聚焦于该问题，以期为中国知识产权仲裁制度的建设

① 《最高人民法院关于印发修改后的〈民事案件案由规定〉的通知》，（法〔2020〕347号）发布时间：2020年12月29日。

② 参见杜焕芳课题组：《知识产权仲裁机构建设：理论证成、域外借鉴和制度设计》，载《商事仲裁与调解》2021年第1期。

③ 样篇文章：肖志远：《中国知识产权纠纷可仲裁性的理论与实证考察》，载《商事仲裁》2013年第1期；王施施、王夷珠：《论知识产权纠纷解决的可仲裁性及其机制的重构——基于“一带一路”倡议背景下经贸共同体之建构》，载《上海法学研究》2019年第17卷；李宗辉：《论知识产权案件的替代性纠纷解决机制》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2015年第2期；詹映、邱亦寒：《中国知识产权替代性纠纷解决机制的发展与完善》，载《西北大学学报（哲学社会科学版）》2018年第5期；沈伟：《中国知识产权纠纷多元化解决机制研究》，载《电子知识产权》2015年第8期；刘瑾：《论知识产权有效性仲裁的认识误区及相关救济制度重塑》，载《知识产权》2016年第11期；王崇敏、王然：《论自贸区知识产权争议的仲裁解决机制》，载《河南财经政法大学学报》2016年第4期；李贤森：《知识产权法律纠纷的仲裁解决机制研究》，北京邮电大学2017年硕士学位论文；黄子婷：《论知识产权纠纷的仲裁解决》，湖南师范大学2015年硕士学位论文；于承伟：《知识产权争议的可仲裁性问题研究》，华东政法大学2017年硕士学位论文。

“添砖加瓦”。

### 三、知识产权有效性纠纷可仲裁性问题

知识产权有效性纠纷又称知识产权权属纠纷，它涉及的是某项知识产权是否有效或某项知识产权归属于谁的问题。关于“知识产权有效性纠纷的可仲裁性”，业界素有争议。

#### （一）知识产权有效性纠纷可仲裁性的争议

对于知识产权有效性纠纷是否具有可仲裁性，业界持有两种截然不同的态度。部分业界人士持知识产权有效性纠纷不可仲裁的态度，认为一方面知识产权包含鲜明的公共政策，另一方面知识产权有效性常常涉及国家公共机关的审查和决定，赋予商事仲裁对知识产权有效性的管辖权会被诟病是以私权否定公权，有违公共政策。例如冯晓青、刘淑华学者指出反对仲裁解决知识产权争议事实上是国家在平衡社会公共政策和私人利益，因为知识产权的私权属性并不能成为国家无条件保护私人利益的理由，更重要的是为了调和公私矛盾、维护社会公平正义而对知识产权权利行使作出的合理限制；<sup>①</sup>薛虹学者认为知识产权争议的可仲裁性的判定应当以“法律规定”为首位，即便知识产权争议的双方当事人达成仲裁协议，若中国法律规定该争议，应当由司法机关或者行政机关解决的，则仲裁机关无管辖权。<sup>②</sup>

与此不同，部分业界人士持知识产权有效性纠纷具备可仲裁性的态度，强调了知识产权的纯粹私权属性，并认为仲裁裁决效力仅有相对性，不会影响到社会利益，从而不会撼动国家公共政策。例如刘瑾学者认为：“知识产权有效性纠纷的可仲裁性问题是束缚知识产权仲裁制度发展的瓶颈，误区集中于质疑知识产权的纯粹私权属性”；<sup>③</sup>倪静学者指出运用公共政策否定知识产权有效性争议的可仲裁性在很多方面都不存在逻辑上的充分性和合理性，因为仲裁裁决只对仲裁双方发生法律效力，对第三人和负责登记的行政机关都没有正式的法律

<sup>①</sup> 参见冯晓青、刘淑华：《试论知识产权的私权属性及其公权化趋向》，载《中国法学》2004年第1期。

<sup>②</sup> 参见薛虹：《知识产权仲裁的特殊法律问题研究》，载《商事仲裁与调解》2021年第1期。

<sup>③</sup> 参见刘瑾：《论知识产权有效性仲裁的认识误区及相关救济制度重塑》，载《知识产权》2016年第11期。

效力，因此公共政策的反对理由不能排除仲裁庭对知识产权有效性争议的管辖权。<sup>①</sup>

综观上述两种观点，可以推导出以下结论：一项知识产权有效性纠纷是否可仲裁，知识产权的私权属性在这里扮演的是积极因素的角色；而公共政策扮演的则是消极因素的角色，上述二者因素一退一进间，便左右了知识产权可仲裁性的选择。据此，知识产权有效性纠纷可仲裁性问题，其本质是知识产权私权属性与公共政策之间的博弈。

## （二）知识产权有效性纠纷可仲裁性的剖析

现阶段，中国司法实践倾向于否定知识产权有效性纠纷的可仲裁性，尤其是专利有效性纠纷，正如中国应用法学研究所课题组经过调研后指出：“中国的仲裁可以适用于涉外知识产权的合同纠纷、侵权纠纷，但不适用于知识产权有效性纠纷、权属性纠纷。”<sup>②</sup> 此种态度背后所映射的是中国在知识产权私权属性与公共政策之间博弈中更偏向于保护公共利益。

就目前发展趋势来看，世界各国、各地区基于知识产权的私权属性及仲裁机制在解决知识产权争议中的优势，从解决争议的实质出发，普遍都在放开对知识产权有效性纠纷进行仲裁的限制。例如《法国知识产权法典》<sup>③</sup> 基于对公共利益的考量，规定了专利纠纷的专属管辖问题，即专利纠纷仅由地区法院以及上诉法院专属管辖，所以法国的法院不能够执行仲裁庭作出的关于专利有效性的裁决。2008年之前，法国法院都一直拒绝执行有关专利有效性纠纷的仲裁裁决，但是巴黎上诉法院在2008年通过承认和执行了一项有关专利有效性纠纷的仲裁裁决打破了这一传统。<sup>④</sup>

实际上，我国香港特别行政区也在2018年1月1日正式生效的《仲裁法修

<sup>①</sup> 参见倪静：《论知识产权有效性争议的可仲裁性——对公共政策理由的反思》，载《江西社会科学》2012年第2期。

<sup>②</sup> 参见中国应用法学研究所课题组：《涉外知识产权纠纷法律问题研究》，载《中国法律评论》2022年第6期。

<sup>③</sup> 《法国知识产权法典》第615-17条：“因本编产生的全部纠纷由大审法院及其所属的上诉法院管辖，但不包括对主管工业产权的部长颁布的行政法令、条例及其他决定提起的诉讼，对行政法令、条例及其他决定的诉讼由行政法院管辖……只有上述所指的大审法院及其所属的上诉法院可以根据第614-13条的规定确定法国专利全部或者部分停止产生效力。”根据法国知识产权局网站（www.inpi.fr）上提供的法文版翻译。

<sup>④</sup> 参见 John J. Okulery, Resolution of Inventorship Disputes: [J] Avoiding Litigation through Early Evaluation, Ohio St J. Resol., 2012 (8), p. 18.

正案》中明确了在香港通过仲裁解决有关知识产权纠纷的类型，包括知识产权的维护、范围、所有权、有效性和侵权等在内的纠纷均可以通过仲裁来解决（第103条第4款）。<sup>①</sup>

此外，据笔者不完全统计，目前主要发达国家基本放开知识产权有效性纠纷通过仲裁解决的限制（如表1所示），其中，瑞士等国家更是全面推广知识产权有效性纠纷通过仲裁解决。商事仲裁已经成为国家和商事主体争夺国际投资和贸易规则的界定权和解释权的方式。<sup>②</sup>随着“中国智造”的发展，在当前中美“贸易战”暗流涌动的国际形势下，为了更好地保障中外贸易主体的合法权益以及深度参与全球知识产权治理，中国应当更加重视知识产权的私权属性，逐渐接受知识产权有效性纠纷可以提交仲裁。此种限缩公共政策范围，强化知识产权私权属性的态度，首先有利于提升中国在世界知识产权主流舞台的话语权，其次有助于中国营造良好的营商环境，为经济发展赋能，最后便于中国企业对发达国家制定的游戏规则的了解。

表1 各国关于知识产权有效性纠纷的可仲裁情况

国别	可仲裁性情况
美国	包括知识产权有效性争议在内的所有知识产权争议可以仲裁 <sup>③</sup>
瑞士	包括知识产权有效性争议在内的所有知识产权争议可以仲裁 <sup>④</sup>
法国	区分国内、国外仲裁，不会因公共政策拒绝承认和执行域外关于知识产权有效性的仲裁裁决，近年来通过司法实践也开始逐步放开国内仲裁 <sup>⑤</sup>

<sup>①</sup> 《香港知识产权纠纷仲裁的重要进展》，载中国保护知识产权网，<https://mp.weixin.qq.com/s/5XhHzsC0benVZYU-UckjRQ>。

<sup>②</sup> 参见刘春田：《知识产权法》（第五版），高等教育出版社2015年版。

<sup>③</sup> 美国《专利法》第294条第1款：“有关专利或者专利权利项下的合同可以约定通过仲裁方式解决任何由该合同引起的与专利效力或者侵权有关的争议。如果在合同中无此约定，当事人可以另外通过书面形式约定通过仲裁方式解决专利有效性和侵权争议，这种提交仲裁的约定是有效的、不可撤销的和可以强制执行的除非存在法定的衡平法上的撤销协议的理由。”根据美国专利及商标局网站（[www.uspto.gov](http://www.uspto.gov)）上提供的英文版翻译。

<sup>④</sup> 《瑞士仲裁法》第1条：“一切可成为协议解决内容的民事或商事问题，均可提交仲裁。”根据瑞士仲裁协会网站（[www.swissarbitration.org](http://www.swissarbitration.org)）上提供的英文版翻译。

<sup>⑤</sup> 参见 John J. Okuley, *Resolution of Invention Disputes: [J] Avoiding Litigation through Early Evaluation*, Ohio St J. Resol., 2012 (8), p. 18.

续表

国别	可仲裁性情况
德国	知识产权有效性纠纷目前仍不具有可仲裁性，但近年来开始限缩公共政策的范围 <sup>①</sup>
阿根廷	工业产权的有效性及涉及垄断性权利的案件不能提交仲裁，其他的知识产权纠纷可以通过仲裁解决 <sup>②</sup>
比利时	知识产权有效性争议可仲裁 <sup>③</sup>
日本	支持知识产权有效性争议提交仲裁，但是审理结果仅对双方当事人发生法律效力，不具有全面正式的拘束力 <sup>④</sup>

#### 四、知识产权侵权纠纷可仲裁性问题

在当前的司法实践中，虽然知识产权侵权纠纷朝着可仲裁的趋势发展，但仲裁机构本质上采取了迂回策略来回避知识产权侵权纠纷的症结，即仲裁庭能否评判涉案知识产权权利基础。

本文认为，在逻辑链条上，知识产权侵权纠纷可仲裁性问题属于知识产权有效性纠纷可仲裁性问题的衍生，只有厘清知识产权有效性纠纷可仲裁问题，知识产权侵权纠纷可仲裁问题才会迎刃而解，否则知识产权侵权纠纷可仲裁性的证成将泛泛而谈，难以令人信服。

##### （一）知识产权侵权纠纷可仲裁性的争议

知识产权侵权纠纷可仲裁性问题在早期存在一定的争议，业界形成了截然相反的两观点。第一种观点认为知识产权侵权纠纷往往涉及知识产权本身效力的确定、权利的归属等，这些事项会影响社会公共政策，不宜通过仲裁方式解决。第二种观点认为知识产权侵权纠纷主要涉及知识产权权利人和侵权人之间的财产权益问题，属于《仲裁法》第2条（关于可仲裁性的规定）所指的

① 参见庄凯文：《国际知识产权争议的可仲裁性研究》，安徽大学2013年硕士学位论文。

② 参见郭寿康、赵秀文主编：《国际经济贸易仲裁法》，中国法制出版社2004年版。

③ 《比利时专利法》第51条第1项规定：“如果一项专利，全部或者部分，被法院判决、行政决定以及仲裁裁决宣告撤销或者无效，那么上述结果对所有当事人具有终局效力。而且，上述终局结果应当到相关登记机关进行变更登记。”根据欧洲专利局网站（www.epo.org）上提供的英文版翻译。

④ 《应运而生还是不合时宜：知识产权纠纷仲裁的可行性考量》，载人民网，http://ip.people.com.cn/n1/2018/1112/c179663-30394801.html。

“其他财产权益纠纷”，应当依法承认其可仲裁性。<sup>①</sup>

在上述两种观点“旗鼓相当”的情形下，仲裁机构及法院早期不敢轻易打开“口子”承认知识产权侵权纠纷的可仲裁性，从而导致知识产权侵权纠纷仲裁案例在早前寥寥无几。近些年，随着各界对于知识产权侵权纠纷可仲裁的呼声不断提高，仲裁机构及法院开始探索采纳第二种观点，知识产权侵权纠纷仲裁案例也随之出现。例如温州知识产权局与当地仲裁委达成一致，在部分知识产权侵权纠纷中开展仲裁对接试验，即先由知识产权局对侵权部分进行认定，再由仲裁委对经济赔偿部分进行仲裁。<sup>②</sup> 2018年温州知识产权仲裁院受理了全国首起专利侵权纠纷案件<sup>③</sup>，该案的顺利裁决对知识产权侵权类纠纷的可仲裁性起到一定的示范作用，但这并不意味着知识产权侵权纠纷可仲裁性的争议已落下帷幕。在司法实践中，不同仲裁机构及法院对于知识产权侵权纠纷的可仲裁性问题仍存在不同态度。

## （二）知识产权侵权纠纷可仲裁性的剖析

正如《民法典》侵权编<sup>④</sup>开宗明义，一个侵权行为的成立前提在于被侵权民事主体存在合法的权益。据此，当我们将知识产权侵权纠纷的可仲裁性进行深层次的剖析后，不难发现，知识产权侵权纠纷可仲裁性讨论的核心实则聚焦于仲裁庭是否拥有知识产权权利基础的评判权。从这个维度出发，知识产权侵权纠纷可仲裁性问题同知识产权有效性纠纷可仲裁性问题有强关联性。

实际上，在司法实践中，仲裁机构受理知识产权侵权纠纷的前提取决于双方当事人对于涉案知识产权的有效性及其归属的自认，此种“自认”使得仲裁机构回避了涉案知识产权权利基础的评判。毋庸置疑，此种做法无异于“站在尖刀上跳舞”，如果侵权人在仲裁期间提出知识产权有效性抗辩时，仲裁庭又将陷入进退维谷的局面。

本文认为，知识产权侵权纠纷进行仲裁符合《仲裁法》的立法精神和客观标准。一方面，中国是《纽约公约》的成员国，从该公约第2条第1款的规定

<sup>①</sup> 参见顾艳钰：《知识产权侵权纠纷可仲裁性问题探析》，载《成都行政学院学报》2012年第82期。

<sup>②</sup> 《温州知识产权仲裁院成立》，载温州市人民政府网，[http://www.wenzhou.gov.cn/art/2018/9/30/art\\_1217832\\_21600750.html](http://www.wenzhou.gov.cn/art/2018/9/30/art_1217832_21600750.html)。

<sup>③</sup> 中国知识产权报：《温州知识产权仲裁院受理首起专利侵权纠纷案件》，载人民网，2018年10月17日，<http://ip.people.com.cn/n1/2018/1017/c179663-30346506.html>。

<sup>④</sup> 《民法典》第1164条：“本编调整因侵害民事权益产生的民事关系。”

以及中国加入该公约时所作的保留声明来看，专利和商标侵权纠纷属于非契约性纠纷，应当可以提交仲裁。<sup>①</sup>另一方面，《仲裁法》没有明文禁止知识产权侵权纠纷提请仲裁，鉴于知识产权侵权纠纷本质上属于财产权益纠纷，当事人对于权利具有可处分性，若当事人双方能达成一致意见，可以提请仲裁。

## 五、完善中国知识产权纠纷可仲裁性法律规范的建议

如前所述，知识产权纠纷仲裁在中国发展面临的首要障碍就是可仲裁性问题，当前中国知识产权可仲裁性范围狭窄，大量的知识产权有效性纠纷和侵权纠纷难以分流进入仲裁程序。据此，中国应当明确承认各类知识产权争议的可仲裁性，这是知识产权仲裁发展的必由之路。

### （一）立法明确各类知识产权争议的可仲裁性

本文认为在中国现有的“法治土壤”下，可以在实行相关配套保障措施的情况下，通过立法对知识产权纠纷可仲裁性给予全面肯定，建议采取以下两种途径：

1. 借鉴我国香港特别行政区路线，通过修订《仲裁法》，扩大可仲裁争议的范围，从而给仲裁机构及法院更多将知识产权争议纳入可仲裁范围的解释空间。例如《仲裁法》中可以增设“争议双方当事人也可以在达成合意后以签订书面协议的形式将知识产权争议提交仲裁机构解决”等类似条款。2021年7月30日，司法部发布的《仲裁法（修订）（征求意见稿）》第26条<sup>②</sup>也传达出立法机构拟扩大仲裁范围的态度，虽然该条没有明确各类知识产权争议的可仲裁性，但进一步为知识产权纠纷选择适用仲裁预留了空间。

实际上，《纽约公约》确定的可仲裁范围是契约性和非契约性的商事法律关系所引起的争议，商事保留下，中国《仲裁法》确定的可仲裁范围是平等主体之间的合同纠纷和其他财产权益纠纷，显而易见，中国《仲裁法》确立的可仲裁范围实质上比《纽约公约》要窄，扩大《仲裁法》确定的可仲裁性范围具有可操作性。

2. 如前所述，中国除了在《著作权法》中对于著作权纠纷的可仲裁性有所约定外，《商标法》《专利法》都未明文规定相关纠纷是否可以提请仲裁。对

<sup>①</sup> 见江伟、肖建国：《仲裁法》，中国人民大学出版社2016年版。

<sup>②</sup> 《仲裁法（修订）（征求意见稿）》第26条：“法律规定当事人可以向人民法院提起民事诉讼，但未明确不能仲裁的，当事人订立的符合本法规定的仲裁协议有效。”

此，可以在《商标法》和《专利法》等知识产权的单行法中明确规定当事人可通过仲裁方式解决相关类型纠纷，与《仲裁法》的制度规定有机结合形成一体，作为仲裁法律规范的有效补充。

例如《商标法》第60条第1款可以调整为“有本法第五十七条所列侵犯注册商标专用权行为之一，引起纠纷的，由当事人协商解决，可以根据当事人达成的书面仲裁协议或者商标权合同中的仲裁条款，向仲裁机构申请仲裁；不愿协商或者协商不成的，商标注册人或者利害关系人可以向人民法院起诉，也可以请求工商行政管理部门处理”。

### （二）司法明确各类知识产权争议的可仲裁性

司法和仲裁之间的关系十分紧密，司法是仲裁的监督手段，司法对于仲裁裁决的执行、效力拥有最终决定权。从某种意义上而言，立法明确知识产权争议可仲裁性实质上是允许一部分本来由司法负责解决的争议让渡给仲裁。据此，司法在实践中对于知识产权争议的可仲裁性的明确至关重要。本文建议采取以下两种途径来实现司法与仲裁对于这一问题的统一交融：

1. 最高人民法院可以出台相关司法解释明确各类知识产权争议的可仲裁性，从而指导各级法院对此问题形成统一认定，避免出现“同案不同判”的现象。例如可以修订《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》（法释〔2006〕7号），在其中增加相关条款明确知识产权争议的可仲裁性。

2. 随着《关于统一法律适用加强类案检索的指导意见（试行）》的出台，最高人民法院判例中的裁判观点对司法实践的指导价值将显著上升，据此，最高人民法院可以在适当的典型案例中，对知识产权纠纷的可仲裁性予以明确，从而引导各级法院承认各类知识产权争议的可仲裁性。

### （三）仲裁机构设置专门的知识产权仲裁规则

目前，中国尚没有仲裁机构颁布专门的知识产权仲裁规则。2022年7月，中国国际经济贸易仲裁委员会成立了知识产权仲裁中心，拟将其打造为解决知识产权争议的首选机构。在此契机下，各地仲裁机构借鉴《世界知识产权组织仲裁规则》（WIPO Arbitration Rules）等先进知识产权仲裁规则，制订专门的知识产权仲裁规则恰逢其时。

本文建议从以下方面制订仲裁规则：

### 1. 保密性方面

在知识产权争议解决的过程中，当事人往往会披露高度保密的商业或技术信息，一旦这些信息被泄露，将会给当事人带来难以预估的损失。因此，知识产权仲裁规则相较于一般的仲裁规则，应当对保密性进行详实的规定。譬如针对保密人员，不仅限于仲裁当事人、仲裁员及秘书处，还应涉及双方当事人邀请的专家和证人等主体；针对保密对象，除当事人在仲裁过程中提交的证据、仲裁裁决之外，仲裁解决本身也应纳入保密范围内。<sup>①</sup>

### 2. 效率性方面

知识产权作为无形资产，具有保护期限限制，其价值亦具有鲜明的时效性特征。据此，知识产权仲裁程序应当效率先行。正如杜焕芳课题组指出，知识产权纠纷与简易程序具有天然的契合性。据此，知识产权仲裁规则应明确简易程序的适用，对简易程序适用的案件范围、仲裁员、审理方式、作出裁决的期限等进行具体规定。<sup>②</sup>

### 3. 专业性方面

相较于普通的民商事纠纷，知识产权纠纷具有较强的专业性，仲裁庭在审查和判断当事人所提交的专业性和技术性材料和证据时面临着重大挑战。因此，仲裁规则应对证据领域进行较为详细的规范，譬如对专家证人出庭程序、发问等环节作出详细规定。

### 4. 紧急救助方面

不可否认，知识产权的维权具有相当的紧迫性。据此，仲裁规则中应当适当赋予仲裁庭临时措施的决定权，即在保证仲裁裁决时效性的前提下，应允许当事人在仲裁程序开始前和进行过程中提出临时措施申请。

实际上，《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》（2015版）<sup>③</sup>，已经引

<sup>①</sup> 参见王敏：《中国知识产权争议仲裁解决机制研究》，西北大学2021年硕士学位论文。

<sup>②</sup> 参见杜焕芳课题组：《知识产权仲裁机构建设：理论证成、域外借鉴和制度设计》，载《商事仲裁与调解》2021年第1期。

<sup>③</sup> 《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》（2015版）：“（一）当事人依据中国法律申请保全的，仲裁委员会应当依法将当事人的保全申请转交当事人指明的有管辖权的法院。（二）根据所适用的法律或当事人的约定，当事人可以依据《中国国际经济贸易仲裁委员会紧急仲裁员程序》（本规则附件三）向仲裁委员会仲裁院申请紧急性临时救济。紧急仲裁员可以决定采取必要或适当的紧急性临时救济措施。紧急仲裁员的决定对双方当事人具有约束力。（三）经一方当事人请求，仲裁庭依据所适用的法律或当事人的约定可以决定采取其认为必要或适当的临时措施，并有权决定由请求临时措施的一方当事人提供适当的担保。”

入了仲裁庭临时措施决定权。

## 六、结语

中国近些年来频繁出台各种政策发展知识产权仲裁，业界对知识产权仲裁也寄予厚望，然而，知识产权仲裁在中国并没有取得所预期的效果。此种现状凸显出中国当前知识产权仲裁制度仍存在缺陷，亟待完善。

针对知识产权可仲裁性，其背后实则是知识产权私权属性与公共政策之间的博弈，在当前中国的国情下，结合域外立法及司法实践，中国应当更加重视知识产权的私权属性，通过立法、司法明确各类知识产权争议的可仲裁性，扩大知识产权仲裁受案范围。

在中国不断推进知识产权强国的背景下，可以预见域内外的知识产权纠纷将急剧增多，知识产权仲裁将扮演举足轻重的角色。据此，中国立法和司法应当从各自角度不断完善现有仲裁机制。同时，国内仲裁机构也应当提升服务水平，做好仲裁知识的普及与推广工作，在仲裁规则上多多借鉴《世界知识产权组织仲裁规则》等先进知识产权仲裁规则，往专业化、权威性方向发展。

(责编委：赵英<sup>①</sup>)

---

<sup>①</sup> 中国国际经济贸易仲裁委员会天津分会副秘书长、仲裁员。

## 仲裁协议对未履行清算责任的股东的效力

胡巧莉\*

**摘要：**仲裁协议原则上仅对协议双方当事人产生效力，效力扩张的情形限于《仲裁法解释》第8条和第9条规定的合并、分立、继承、债权转让，忽视了对商事主体注销后仲裁效力可否扩张这一问题的规范。判断仲裁协议能否扩张至未履行清算责任的股东的关键在于厘清清算责任的性质及其与继受责任之间的牵连关系。这一牵连关系的基础源自公司与股东之间内外部责任的转化，决定了未履行清算义务的股东合理承继原合同项下的权利义务关系。仲裁协议对其有效不会对原当事人解决合同项下纠纷的仲裁合意产生悖反。此外，股东与公司财产发生混同或股东在原合同中作为真正利益第三人享有权利两种情形进一步加强了牵连关系，与股东未履行清算责任相联结，为仲裁协议效力扩张至股东提供了更强理由。

**关键词：**仲裁协议 效力扩张 公司注销 未履行清算责任 股东

### 一、引言

基于合同相对性原则，仲裁协议原则上仅拘束仲裁协议双方当事人。根据《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》（以下简称《仲裁法解释》）第8条与第9条的规定，仲裁协议对第三人产生拘束力（即仲裁协议效力的扩张）仅限于以下三种情形：一是当事人订立仲裁协议后合并、分立的，协议对其权利义务的继受人有效；二是当事人订立仲裁协议后

\* 胡巧莉，中南财经政法大学法学院2020级民商法硕士研究生。

死亡的，协议对承继其仲裁事项中权利义务的继承人有效；三是债权债务全部或者部分转让的，仲裁协议对受让人有效。而商事主体注销时，其所签订的仲裁协议对其未履行清算义务的股东是否具有约束力，在实践中则存在争议。多数判决认为股东并非涉案合同项下的权利义务继受人，亦不存在债权债务的转让，不符合上述《仲裁法解释》所规定的情形，因而否认仲裁协议的效力向未履行清算责任的股东扩张。<sup>①</sup>少数支持的观点则认为股东作为清算责任主体需对案涉债权债务承担相应责任，作为承继人应受仲裁协议的约束。<sup>②</sup>亦有情形因全体股东达成合意确定其中一位股东作为被注销公司的权利义务继受人，法院确认仲裁协议对该股东的效力。<sup>③</sup>但上述判决并未说明股东为何承担继受责任，对判断标准的核心问题未给出合理的回应。

关于公司签订的仲裁协议对其未履行清算责任的股东是否具有约束力这一问题，学界的研究颇少。虽有学者指出商事主体的注销与法人合并分立等场合的权利义务继受没有实质区别，因此主张仲裁协议效力及于股东，<sup>④</sup>但没有深入分析其背后所涉及的利益衡量，使得现有研究难切中要害，也未能对实践提出真正有效的指导。此外，现有研究并未结合仲裁条款的独立性、仲裁条款效力的扩张性等相关理论进行深入分析，仅局限于上述《仲裁法解释》已经明确的情形以及有关合同约定的仲裁协议效力扩张的情形。<sup>⑤</sup>为弥补现有研究的不足，本文拟深入分析公司签订的仲裁协议对其未履行清算责任的股东是否具有约束力。

欲厘清仲裁协议对未履行清算责任的股东的效力，关键在于判断股东清算责任可否与继受责任等置，即两者是否构成责任范围或性质层面的耦合。首先需确定的前提是，讨论仲裁协议效力是否可扩张至股东的前置条件为该仲裁协

---

① 参见包某国等与梁某佳申请确认仲裁协议效力申请案，上海市第一中级人民法院（2014）沪一中民认（仲协）字第1号裁定书；中国电信股份有限公司云计算分公司与曲某清申请确认仲裁协议效力案，北京市第四中级人民法院（2021）京04民特14号裁定书；姚某诉浙江中义集团有限公司等申请确认仲裁协议效力案，浙江省湖州市中级人民法院（2015）浙湖仲确字第1号裁定书。

② 参见山东金塔王股份有限公司、孙某华申请确认仲裁协议效力案，山东省济宁市中级人民法院（2019）鲁08民特8号民事裁定书。

③ 参见陈某、李某申请确认仲裁协议效力案，福建省福州市中级人民法院（2020）闽01民特172号裁定书。

④ 参见张筱锴：《仲裁协议在一方当事人注销后的效力认定》，载《仲裁研究》2015年第2期，第54页。

⑤ 参见桂艳：《仲裁协议效力的扩张及其认定》，载《人民司法（案例）》2020年第5期，第71-73页。

议仍未失效，商事主体注销这一行为并非导致仲裁协议无效的法定事由（《仲裁法》第17条至第19条）。其次，被注销公司与股东之间的牵连关系、合同相对性的突破等是确定股东清算责任与案涉合同项下权利义务关系继受责任的理论基础，亦为判断仲裁协议效力可否扩张至股东的关键。在此基础上，继受责任的类型差异（法定或意定）亦会影响效力的判断问题，意定责任亦分为明示与默示两种类型，默示情形下如何确定双方的“合意”为其关键。

## 二、未履行清算责任与继受责任的耦合

在仲裁协议对第三人的效力这一问题上，目前我国《仲裁法》及相关规范仍坚持一般情形下不能突破合同相对性原则，即仲裁协议原则上仅拘束仲裁协议的双方当事人（或称仲裁协议的签字方）。而仲裁协议效力扩张至第三人的情形仅限于《仲裁法解释》第8条、第9条所规定的情形。至于仲裁协议是否对具有法律利害关系的第三人产生效力，<sup>①</sup> 现行立法及有关司法解释未作明确规定，有关争议的解决在实践也并不统一。其中典型的例子即本文所论述的公司签订的仲裁协议对其未履行清算责任的股东是否具有约束力。该问题的答案决定了该股东以及相应的债权人可否就原合同项下的权利义务纠纷提请仲裁予以解决。

### （一）继受责任的类型争议

依据现行《仲裁法解释》的规范逻辑，关键点在于判断未履行清算责任的股东能否作为被注销公司的继受人。这首先涉及继受责任的判断，在此基础上需进一步判断公司注销是否构成继受责任的扩张类型以及未履行清算责任与继受责任之间的关联。《仲裁法解释》第8条第1款规定：“当事人订立仲裁协议后合并、分立的，仲裁协议对其权利义务的继受人有效。”第8条第2款所规定的继承责任与第9条规定的债权债务转让责任不属于本文所讨论的情形。需要注意的是，如果公司在注销前与股东签订相应的债权全部转让或者部分转让的协议，此时认定股东为公司的权利义务继受人并无任何异议。实践中主要争议的问题是公司注销后，注销原因并非分立、合并，亦未签订债权转让协议，但股东存在未履行清算义务的过错责任，其能否作为被注销公司的继受人并受原

---

<sup>①</sup> 参见上海市律师协会国际贸易业务研究委员会主编：《国际商事仲裁律师实务》，法律出版社2018年版，第23-24页。

仲裁协议约束。

司法实务中的相关判决否定仲裁协议扩张的理由主要为：第一，公司注销后，股东并非原合同当事人且并未事后对仲裁条款表示明确同意，因此其不应受该仲裁协议的约束。<sup>①</sup>这实际上并未对股东是否构成注销公司的权利义务继受人这一问题予以详细的回应，且该案中所涉股东履行了相应的清算义务。第二，有判决并未对股东是否作为权利义务继受人作出明确的判断，但以股东已与另一当事人签订新的协议明确废止原合同中的仲裁条款认定原仲裁协议无拘束力。<sup>②</sup>这一裁判观点存在可供商榷之处：若并不肯认股东作为公司注销后的权利义务的继受者，其又何来权利与原合同另一当事人公司对原合同内容作出变更而达成新的协议以废止原合同中的仲裁条款？因此，这一判决实际上暗示了公司注销后股东是其权利义务继受人，唯此该股东才能依法享有对原公司所签订的有效合同予以变更或废止的相应权利。第三，有判决直接以股东与公司是否发生财产混同作为判断标准，认为需通过证明公司与股东之间存在财产混同才可确定股东作为被注销公司的权利义务继受人，且将股东所承担的清算责任与公司权利义务继受人的责任严格区分，以此否认仲裁协议的扩张效力。<sup>③</sup>

实践中有少数判决支持将仲裁协议效力扩张至未履行清算责任的股东。有判决认为，公司注销并非导致仲裁协议无效的事由，因合同产生的争议仍需通过仲裁协议解决。即便公司被注销，公司的股东作为权利义务继受人依然有权依据公司所签订的仲裁协议向对方当事人提出依照仲裁协议解决争议的请求，但并未具体说明为何股东可在公司注销后作为公司权利义务的继受人。<sup>④</sup>有判决关注到了股东清算责任与继受责任之间的关系，认为即便公司股东在注销前作出对公司债务已经清算完结的承诺，但并未有证据证明其实际进行了依法清算，因此仲裁协议仍拘束未履行清算责任的股东。<sup>⑤</sup>此外，较为特殊的是公司

<sup>①</sup> 参见叶某松、叶某云申请确认仲裁协议效力案，广东省广州市中级人民法院（2019）粤01民特564号裁定书。

<sup>②</sup> 参见包某国等与梁某佳申请确认仲裁协议效力申请案，上海市第一中级人民法院（2014）沪一中民认（仲协）字第1号裁定书。

<sup>③</sup> 参见中国电信股份有限公司云计算分公司与曲某清申请确认仲裁协议效力案，北京市第四中级人民法院（2021）京04民特14号裁定书。

<sup>④</sup> 参见山西西山煤电贸易有限责任公司与梁某明、刘某平申请确认仲裁协议效力案，山西省太原市中级人民法院（2019）晋01民特13号裁定书。

<sup>⑤</sup> 参见张某等与重庆乐视小额贷款有限公司申请确认仲裁协议效力案，北京市第四中级人民法院（2020）京04民特446号裁定书；山东金塔王股份有限公司、孙某华申请确认仲裁协议效力案，山东省济宁市中级人民法院（2019）鲁08民特8号裁定书。

注销后全体股东达成协议一致同意将某位股东作为公司唯一的权利义务继受人，此时无论该股东是否依法履行清算义务，其均基于该协议而成为被注销公司的继受人，受原仲裁协议的拘束。<sup>①</sup>

从上述判决的争议中可以看出，明确公司注销情形下股东未履行清算义务的责任是否可转化为继受责任是问题的关键。实践中有判决虽关注到了仲裁协议效力是否延伸至股东的关键点在于判断股东未履行清算责任与继受责任的关系，但其认为股东在组织清算过程中因其过错导致债权人利益受损的，作为清算义务人的股东所需承担的责任性质是侵权责任而非合同责任，因此否定原仲裁协议对该股东的效力。<sup>②</sup> 该观点明显混淆了仲裁协议效力的问题以及争议事项可仲裁性的问题，股东的清算责任属于侵权责任还是合同责任并非影响仲裁协议效力可否及于未履行清算责任的股东的关键。且根据《仲裁法》第2条和第3条的规定，平等主体之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷均属于可以仲裁的事项，不能仅因其属于侵权纠纷而否定其可仲裁性。仲裁协议效力扩张的判断并非意在追溯至仲裁协议订立时判断针对哪些具体的事项是否存在仲裁合意，而是在于事后判断扩张效力后是否符合仲裁的法理。股东因违反清算义务而导致的法律责任与公司的继受责任（即原债权债务关系）密切相关，对债权人的利益亦存在相应影响。

## （二）未履行清算责任与继受责任的关系

在公司依法予以注销前，公司董事与股东负有组织对公司进行全面清算的义务，其实质上为一种受信义务。<sup>③</sup> 若责任董事或者股东未在法定期限内成立清算组进行清算造成公司财产损失的、怠于履行义务导致无法进行清算、恶意处置财产造成公司财产损失以及虚假清算骗取注销登记的，债权人有权主张相应股东对公司债务承担相应清偿或赔偿责任。<sup>④</sup> 可以看出的是，公司注销前股东未履行清算责任实际上构成对债权人利益的损害。<sup>⑤</sup> 此外，通过《最高人民

<sup>①</sup> 参见陈某、李某申请确认仲裁协议效力案，福建省福州市中级人民法院（2020）闽01民特172号裁定书。

<sup>②</sup> 参见金某、吴某芳与乌鲁木齐广播电视台合同纠纷案，新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院（2020）新01民特4-1号裁定书。

<sup>③</sup> 参见施天涛：《公司法论》（第四版），法律出版社2018年版，第608-609页。

<sup>④</sup> 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》第18条、第19条。

<sup>⑤</sup> 参见朱锦清：《公司法学（上）》，清华大学出版社2017年版，第168-169页。

法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（二）》对债权人所赋予的直接面向责任股东的损害赔偿请求权或债务清偿请求权可知，股东原本仅需对公司所负担的内部有限责任已因其未履行清算责任的过错行为而转化为面向债权人的外部责任。《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第21条规定：“作为被执行人的公司，未经清算即办理注销登记，导致公司无法进行清算，申请执行人申请变更、追加有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东为被执行人，对公司债务承担连带清偿责任的，人民法院应予支持。”该条进一步说明了未履行清算义务的股东作为对外承担债务清偿责任的适格主体。股东未履行清算责任因而需继受公司注销后的相应对外责任，以弥合对债权人利益所造成的法律层面上的不利影响。

需进一步说明的是，公司注销后其人格已经消灭，在公司注销前需处理的债务关系因股东未能依法清算而滞后，从而导致所涉纠纷无法直接依据原仲裁协议提请仲裁。公司注销后未履行清算责任的股东实则一定程度上继受了被注销公司的相应地位，并非简单地继受合同地位，而是根据责任内容的关联性继受了被注销公司的人格，从而获得了处理公司外部责任的资格。未履行清算责任是股东内部责任在公司注销后的外化表现，继受责任则是股东作为公司权利义务的承继人而替代公司地位。两种责任的勾连之处是公司注销后，清算责任的不履行会影响债权人债权利益的实现。具言之，若股东依法予以清算，则原合同债权人可依据清算行为而获得清偿，但在股东因过错而未履行清算义务的情形下，则会对债权人的债权实现产生不利益。此时，未履行清算责任与继受责任在这一层面发生耦合。在这种情形下，将仲裁协议的效力扩张至未履行清算义务的股东更有利于高效解决相应纠纷。

此外，原公司与合同另一方当事人作出的就合同项下权利义务提请仲裁处理的合意与未履行清算责任的股东作为继受人并受其约束并不矛盾。这体现的是股东清算责任与公司对外债权债务关系之间的联系，股东履行清算责任实际上是为债权人利益而作出的受信行为，当其因过错而未依法履行相应的清算义务时，实际上从效果层面继受了公司对外应当承担的清偿责任以及其需要承担自己因过错产生的损害赔偿赔偿责任。其中的清偿责任在公司未注销前已经与另一当事人达成仲裁合意，并未违反意思自治原则。而股东因未履行清算责任所引起的对债权人的损害赔偿赔偿责任并非完全独立的责任，而是与债权人的债权利益（原合同项下应当取得的利益）密切相关，因此并未逾越原当事人所作出的

仲裁合意的范畴。

综上所述，本文认为，《仲裁法解释》第8条第1款表明了最高人民法院对公司合并、分立所涉及的权利义务之继受的肯定态度。但这并不意味着继受责任的产生原因是严格封闭的。公司的注销实质上等同于商事主体在法律意义上的“死亡”，可能因股东的未履行清算责任或者其在公司注销登记时的“承诺”而产生相应的权利义务继受，与上述规定的合并、分立情形下的继受责任并无实质区别。<sup>①</sup>因此，宜对继受责任的情形采取扩张解释的立场，将公司注销纳入可适用的情形。不过，需在公司注销这一前提下对具体受仲裁协议拘束的股东类型作限制，典型如股东未履行法定清算义务，在合同相对方要求未履行清算责任的股东承担的债务是在原合同项下需承担的债务时，公司与股东实际上是作为一个当事人整体，并未脱离原合同中仲裁条款约定的效力范围。

### 三、仲裁协议效力扩张的理论基础

股东清算责任与继受责任的耦合虽可作为支撑仲裁协议效力扩张至股东的实质衡量因素，但对仲裁协议效力扩张仍需回应的是理论基础的问题，如合同相对性的突破、仲裁条款独立性、禁反言原则的遵守、公司与股东之间的责任关系等。对理论基础问题的回应在于形成体系规范上的协调，仲裁协议的本质为基于双方当事人的合意所作出的约定，在判断其效力问题上亦需回归到基础问题，以形成合理妥当的价值判断。

#### （一）合同相对性的突破与禁反言原则的遵守

仲裁协议效力扩张所需回应的第一个问题即为突破合同相对性的理由。在仲裁领域，合同相对性原则表现为仲裁协议为双方当事人选择仲裁作为解决争端的方式而达成的合意，因此仲裁协议的效力一般仅约束签字方而不及于非签字方。但上文已经提到股东清算责任与继受责任的耦合性，基于利益衡量这一实质性标准突破合同相对性并无不妥之处。此外，若双方当事人所签订的合同为真正第三人利益合同，将股东作为利益第三人纳入合同内容中，根据《民法典》第522条的规定实际上赋予了股东直接主张相应请求权的权利。在此种情况下，即便股东并非合同的签字方，但基于合同为股东设定的权利，肯认仲裁

---

<sup>①</sup> 参见张筱错：《仲裁协议在一方当事人注销后的效力认定》，载《仲裁研究》2015年第2期，第54页。

协议效力的扩张并无理论上的障碍。<sup>①</sup> 因此，将仲裁协议效力扩张至未履行清算责任的股东并非对合同相对性原则的悖反，其具有客观利益衡量上的重要理由：清算责任与继受责任之间的紧密关联性以及第三人利益合同现有制度的肯认。仲裁协议的订立是基于双方当事人对仲裁机构和仲裁程序迅速、快捷这些优点的信赖，并非基于双方当事人之间的人身信赖关系而订立的。将合同相对性突破从而保障仲裁协议效力不会对债权人和债务人的期待利益受损，反而有助于纠纷的高效解决。<sup>②</sup>

与合同相对性原则关系密切的另一理论为仲裁条款独立性原则，仲裁条款的独立性并非意指条款文本上的独立性，而是关注仲裁条款在效力上的独立性。<sup>③</sup> 这一点与本文所讨论情形相关联的空间在于无论原合同是否变更、终止、无效，仲裁条款的效力并不因此发生变化。即公司注销后若合同存在效力瑕疵而被判归无效，仍不影响仲裁协议的效力。

“禁反言原则”体现了《民事诉讼法》第13条第1款规定的诚信原则的精神。在本文语境下的适用实则表现为：债权人原合同项下的债权利益受损与股东未履行清算责任之间是相互依存的关系。股东未履行清算责任导致债权人利益受损的，股东的未履行清算责任已外化为对外的继受责任，原合同另一方当事人可主张其受仲裁协议约束。当合同另一当事人向未履行清算义务的股东主张提请仲裁处理合同项下的权利义务关系时，该行为事实上形成了双方的仲裁合意，此时若签字方当事人主张否认该仲裁权利，则是对于其以事实行为所构建的仲裁合意的违反，会对股东产生的基于仲裁处理争议事项的信赖产生损害。若当事人在主动履行完毕仲裁裁决的情况下又提出撤销仲裁裁决的申请，则是明显有违法律上的禁反言原则。<sup>④</sup>

## （二）股东责任与公司责任的内外关系

股东有限责任是公司法制度的重要基石，有限制度的核心即在公司与股东

<sup>①</sup> See Karyna Loban, *Estension of The Arbitration Agreement to The Third Parties*, Central European University, 2009, p. 27.

<sup>②</sup> 参见陈忠谦：《合同相对性突破与仲裁协议效力扩张的辩证关系研究——兼谈其在建设工程施工合同中的适用》，载《仲裁研究》2019年第1期，第5页。

<sup>③</sup> 参见丁颖：《美国商事仲裁制度研究——以仲裁协议和仲裁裁决为中心》，武汉大学出版社2007年版，第31-37页。

<sup>④</sup> 参见钱某生等与兰溪岳峰投资管理合伙企业（有限合伙）申请撤销仲裁裁决案，北京市第四中级人民法院（2021）京04民特310号民事裁定书。

之间划清界限。公司以其全部财产对公司的债务承担责任，股东则以其出资为限对公司承担责任。<sup>①</sup> 在此种情形下，股东与公司之间的牵连关系以出资作为纽带，公司作为对外的主体可承担相应责任。若公司与相关当事人签订仲裁协议，仲裁协议的效力原则上只拘束该公司与相对方，股东并不属于协议当事人，并不作为直接受该仲裁协议约束的主体。但在特殊情形下，当公司怠于基于仲裁协议解决相关争议时，有观点认为此时可采取与股东派生诉讼相同的处理办法，肯认股东派生仲裁的权利，以更好地维护公司利益。<sup>②</sup> 股东派生仲裁实际上是将仲裁协议的效力扩张至非合同签字方的主体，在公司尚且独立存在时，此种做法系构成对仲裁协议相对性的突破性尝试。

在一方主体已经注销的情形下，未履行清算责任的股东与公司之间的牵连关系需达到足以构成继受责任的程度才可考虑仲裁协议效力扩张的问题。这与“刺破公司面纱”的外观相似，但其内在机理并不相同。“刺破公司面纱”强调的是公司存在情形下股东责任的扩张，而注销情形下仲裁协议效力的扩张强调的是公司人格消灭后未履行清算责任的股东承继相应的债权债务关系。可发生此种较强牵连性的原因主要是公司与股东之间存在严重的财产混同（尤其是在一人公司中），或者在原合同债权债务关系中股东为享有真正第三人利益的主体（《民法典》第522条）。

#### 四、仲裁协议效力扩张的具体情形

##### （一）构成牵连关系的情形

基于上述分析，仲裁协议效力及于股东具备相应的理论基础，在符合原合同当事人仲裁合意的基础上肯认仲裁协议效力的扩张并未违背当事人的意思自治。需进一步厘清的是，仲裁协议效力及于未履行清算责任的股东的核心要件：股东的清算责任将股东内部有限责任外化为对外赔偿责任，形成公司责任与股东责任之间的牵连关系，使得股东成为被注销公司权利义务的继受人。构成这一牵连关系的关键是提请仲裁的事项需属于原合同项下的权利义务关系或者与原合同项下权利义务关系密切相关的会对当事人产生法律上利害关系的内容。

构成牵连关系在实践中主要表现为两种情形：第一种情形即为公司与股东

<sup>①</sup> 参见施天涛：《公司法论》（第四版），法律出版社2018年版，第10页。

<sup>②</sup> 参见崔强：《刍议派生仲裁》，载《北京仲裁》2019年第2期，第123-124页。

之间存在财产混同，即便公司已经注销，在解决对外责任时，股东财产由于与公司财产混同（多发生在一人公司）受原仲裁协议拘束解决原合同项下权利义务关系并无逻辑上的障碍。股东与公司之间发生财产混同后，在人格和财产两个层面均存在交叉，相应地，在对外责任的承担上亦需考虑主体替代的问题。财产混同所表现出的法律效果并非局限于公司与股东之间的内部连带效果，更关键的在于财产混同所导致的股东与公司之间对外承担责任的人格混同。这对于判断公司以自己名义所签订的仲裁协议是否对已经产生混同关系的股东生效具有非常关键性的影响。即在公司注销后，此种财产混同所引致的影响或可转化为股东作为实际的责任承担者承继原公司在仲裁协议中的合同地位。

第二种情形即为股东作为真正利益第三人而被纳入合同的权利义务安排中享有一定的请求权，即利益关联方。典型如在保险合同这一利他合同中将股东作为单纯的受益人，只享有相应的合同权利，并不履行合同义务，在其依据该合同向另一方当事人主张相应权利时即包含了受该仲裁协议一并约束的意思表示。<sup>①</sup>在股东作为双方当事人签订合同项下的真正利益第三人时，根据《民法典》第522条的规定，股东对于所签订的合同享有独立的履行请求权。<sup>②</sup>在股东基于该利他合同享有为其设定的独立请求权时，应在维护第三人权益的基础上将仲裁协议之效力扩张至股东。当股东在合理期限内并未拒绝该权利时，则其可依据该仲裁协议提请仲裁。若此时仅基于《仲裁法》第4条认定股东并非仲裁协议当事人而否定效力扩张，则可能对于该真正利益第三人的保护产生实质上的不利益。<sup>③</sup>

无论是基于财产混同还是利他合同（真正利益第三人合同）所形成的牵连关系，均体现了利益衡量的客观标准。需注意的是，上述两种加强牵连关系的情形并非必须与股东未履行清算责任相结合才能实现仲裁协议效力的扩张，股东未履行清算责任已经足以构成使得仲裁协议效力扩张至股东的牵连关系，上述情形可能与股东未履行清算责任而共同发挥牵连关系的作用，为仲裁协议效力扩张提供更强理由，即股东未履行清算责任同时存在与公司财产混同的情形

---

① 参见李某银、当阳市宏润建设工程有限公司与中国太平洋财产保险股份有限公司宜昌中心支公司人身保险合同纠纷案，湖北省当阳市人民法院（2016）鄂0582民初1299号裁定书。

② 参见李某银、当阳市宏润建设工程有限公司与中国太平洋财产保险股份有限公司宜昌中心支公司人身保险合同纠纷案，湖北省当阳市人民法院（2016）鄂0582民初1299号裁定书。

③ 参见孙嘉琪：《仲裁协议在第三人利益合同中的效力扩张——从〈民法典〉第522条切入》，载《北京仲裁》2020年第4期，第164-165页。

或者股东未履行清算责任同时存在股东作为原合同项下真正利益第三人的情形。

## （二）基于意思表示的仲裁合意

在牵连关系之外，亦有构造仲裁协议扩张至股东的其他路径，主要表现为意定方式的仲裁合意。其中，明示的方式即股东与合同另一方当事人签订补充协议对原合同项下的仲裁条款予以重新确认（在原仲裁条款内容并未改变的前提下），此种情形下达成的仲裁合意并无任何争议。但在默示情形下，如股东一方依据原合同中的仲裁条款提请仲裁，原合同另一方当事人并未对此提出异议并以其行为表示愿意就争议事项交由仲裁庭仲裁处理或者该方当事人在原公司注销后直接将该争议事项提请仲裁，均构成对原合同中作出条款的默示认可。<sup>①</sup>需区分的是，有观点认为股东作为公司的内部人员，对于公司所签订的对外合同中的仲裁条款可推定知情。<sup>②</sup>但此种单方面的知情并不能推知双方对仲裁条款的合意，需另一方当事人作出相应的意思表示才可确认合意。因此，通过意定方式事后达成的仲裁合意必须对双方当事人的意思表示予以确认，即无论是明示还是默示的情形均需保证并未违背原合同项下的仲裁合意。尤其在默示的情形下，需谨慎判断作出默示同意的当事人是否构成符合“同意”的意思表示。

较为特殊的是，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》第20条第2款的规定，公司未经依法清算即办理注销登记，股东或者第三人在公司登记机关办理注销登记时承诺对公司债务承担责任，债权人主张其对公司债务承担相应民事责任的，人民法院应依法予以支持。实践中常出现的情况是股东在公司办理注销登记时通常会对公司的债务承担等作出“承诺”。有法院将该“承诺”视为股东基于合同转让而继受注销公司的债务，根据《仲裁法解释》第9条的规定认定该股东受原合同仲裁条款的约束。<sup>③</sup>该判决虽结论值得赞同但其对股东“承诺”的性质有所误解。未履行清算义务的股东作出的“承诺”无论从形式（通过工商登记机关对外公示）、行为性质（为自己设定单方义务），还是从原因即对价（期待公司债务已被合

<sup>①</sup> See Eduardo Silva Romero & Luis Miguel Velarde Saffer, *The Extension of the Arbitral Agreement to Non-Signatories in Europe: A Uniform Approach*, 5 *American University Business Law Review* 371, 378-380 (2016).

<sup>②</sup> 参见张筱锴：《仲裁协议在一方当事人注销后的效力认定》，载《仲裁研究》2015年第2期，第55页。

<sup>③</sup> 参见山东金塔王股份有限公司、孙某华申请确认仲裁协议效力案，山东省济宁市中级人民法院（2019）鲁08民特8号民事裁定书。

法清算, 否则自愿承担法律责任) 等方面看, 均具备了单方允诺的主要属性。<sup>①</sup>而单方允诺并不等同于合同转让。该“承诺”的性质属于保结责任, 即在办理公司注销登记时, 承诺人承诺处理或者承担公司债务的责任。在公司未依法清算的情形下, 需要根据具体的“承诺”内容明确相应的法律效力。如仅承诺负责处理公司债权债务的, 应解释为承担公司清算义务; 如明确承诺对公司债务承担担保、保证责任的, 则产生相应担保责任的法律效力。<sup>②</sup>但无论在何种承诺内容下, 股东均未对仲裁协议之效力作出否定的意思表示, 可推定其受仲裁协议之约束。

## 五、结语

一般情形下, 基于合同相对性原则, 仲裁协议仅拘束合同双方当事人。特殊的是, 在商事主体注销后, 未履行清算责任的股东是否受仲裁协议之约束。公司与股东之间的牵连关系不仅表现为股东因过错未尽到清算责任而需承担对外责任, 亦可能因股东与公司之间的财产混同或股东作为真正利益第三人被纳入合同安排加强这一牵连关系。未履行清算义务的股东基于清算责任外部化成为原公司权利义务关系的继受人, 自应受到该仲裁协议的约束。实践中对于继受责任的判断存在标准模糊的问题, 将所涉事项的可仲裁性或者当事人的责任性质错误地理解为继受责任是否构成的判断标准, 合理的做法是厘清股东清算责任与原合同项下权利义务之间的关系。基于两者之间的密切联系, 将仲裁协议效力扩张至为履行清算义务的股东具备了相应的利益衡量基础, 亦有以第三人利益作为突破合同相对性的更强理由、仲裁条款效力上的独立性、“禁反言原则”作为理论基础的支撑。

基于上述, 对于仲裁协议效力的扩张不应局限于《仲裁法解释》第8条和第9条的规定, 而是应当以是否构成继受责任作为判断的核心标准, 在不违背原仲裁合意的基础上对原合同项下的权利义务关系予以妥当解决。此外, 对于仲裁协议效力的扩张, 仍可通过明示或默示的方式作出, 即股东与合同另一方当事人签订相应的补充协议确认原仲裁条款或者以符合条件的默示意思表示作出相应的“同意”, 以此实现将仲裁协议的效力扩展至第三方主体的目的。对

<sup>①</sup> 参见葛伟军、徐昺颖:《公司注销时股东承诺的意思表示解释论》, 载《证券法苑》2020年第2期, 第311-312页。

<sup>②</sup> 参见杜万华主编:《公司案件审判指导》, 法律出版社2018年版, 第958-959页。

仲裁协议效力扩张性的探讨不仅可以回应理论层面的问题，更关键在于为实践中具有争议的案型提供合理的解决方案。公司注销后对于原仲裁协议效力的判断不应局限于传统理论的桎梏，而应结合清算责任、继受责任的性质与关系对仲裁协议效力是否可扩张至股东作出合理的判断。在厘清各方当事人之间的利益关系以及在签订仲裁协议时合意基础的前提下，才能作出符合当事人意思自治和利益衡量的最佳安排。

(责任编辑：赵英<sup>①</sup>)

---

<sup>①</sup> 中国国际经济贸易仲裁委员会天津分会副秘书长、仲裁员。





# 理论探索



## 意思自治原则视角下合并仲裁制度的再审视

李贤森\*

**摘要:** 合并仲裁是国际商事仲裁为回应国际经贸发展的现实需求, 解决复杂仲裁案件、提高仲裁效率的典型制度创新。合并仲裁应以尊重意思自治为前提, 当前所要解决的首要难题是相互关联的多方当事人之间仲裁合意的认定。通过对仲裁立法、仲裁规则两个方面进行考察可知, 实践中主要采取明示合意与默示合意相结合, 并以认定默示合意为主要的做法。为了既能体现尊重当事人意思自治的态度, 又能保障默示合意认定的可行性, 需要将交易的同质性、仲裁协议的相容性、争议或仲裁请求是否源于同一交易或关联交易等情况纳入考虑。

**关键词:** 合并仲裁 意思自治 明示合意 默示合意

### 一、引言: 合并仲裁与国际商事仲裁内部革新

在当前全球经济形势持续回落的大背景下, 供应链中断等问题牵一发而动全身, 全球分工所隐藏的经济风险可能会一触即发。届时, 一连串具有密切联系的争议势必连锁爆发, 导致多米诺骨牌效应持续放大。一方面, 国际商事争议数量急剧攀升, 对国际商事仲裁的需求将不断扩大, 各仲裁机构将面临更大的案件负担。<sup>①</sup>另一方面, 当前国际商事仲裁面临着仲裁程序复杂化、仲裁费用攀升、仲

\* 李贤森: 北京理工大学法学院副研究员, 法学博士。本文受北京理工大学青年教师学术启动计划支持。

① 以中国国际经济贸易仲裁委员会为例, 2021年该机构所受理的案件数量为4071件, 其中涉外案件达636件, 同比增幅达到12.61%。国际商会(International Commercial Center)的统计报告显示, 其受理的国际商事仲裁案件自2016年以来呈现逐年增加的趋势。参见《中国国际经济贸易仲裁委员会2021年工作报告(文字版)》, <https://www.ccpit.org/a/20220128/20220128rtmu.html>。See also ICC, ICC Dispute Resolution Statistics: 2020, <https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics-2020/>, last visited: Oct. 19, 2022。

裁时间增长等问题。这些问题不仅在不同程度上对国际商事仲裁所追求的“效率”这一重要价值产生负面影响,<sup>①</sup>还可能会阻碍国际商事仲裁的良性发展,削弱国际商事仲裁的吸引力,降低当事人对国际商事仲裁的选择意愿。<sup>②</sup>因此在充分发挥国际商事仲裁实用价值的同时,需对上述问题的到来提前做好准备。

在国际商事仲裁制度的工具箱中,合并仲裁(Consolidated Arbitration)是解决上述问题的有效工具。国际经济交往的深入发展,使得国际贸易的交易结构日益复杂、交易方式日益多样、参与主体日益多元。涉及多方参与主体、产生多个争议的多方交易情形在国际商事交易中出现得越发频繁,特别是在国际货物买卖、工程建设、航运等领域表现更加突出。<sup>③</sup>因此在实践中,出现了针对上述复杂争议的“复杂仲裁程序”(Complex Arbitration),一般是指同一仲裁程序中涉及多个当事人或多份仲裁协议,比如基于多份内容一致或兼容的仲裁协议将几份关联合同的争议合并到一个仲裁程序中进行审理等情形。<sup>④</sup>合并仲裁就是复杂仲裁程序的典型代表,指为解决多方当事人争议的需要,将两个及以上具有高度关联性,但又相互独立的仲裁程序进行合并处理的做法。<sup>⑤</sup>合并仲裁的兴起与发展是国际商事仲裁内部革新的突出体现之一,有助于促进复杂仲裁案件的高效解决。

合并仲裁制度的定位在于提供高效解决多方当事人争议的仲裁方式,因此提高仲裁效率是合并仲裁的主要价值取向,但也不可忽视对当事人意思自治的尊重。<sup>⑥</sup>因此当前发展合并仲裁制度所要解决的基础性问题是,如何在提高仲裁效率的前提下,保障当事人意思自治。这既是仲裁价值取向间的矛盾,也是合

① 谢石松主编:《商事仲裁法学》,高等教育出版社2003年版,第79页。

② Aragaki, Hiro N, Constructions of Arbitration's Informalism: Autonomy, Efficiency, and Justice, *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2016 (1): 141, pp. 141-143 (2016) .

③ Biser Sarah B., et al., Duels, Litigation, Arbitration, or Dispute Review Boards: The Better Choice in Complex Construction Projects, *Business Law Today*, vol. 2016 (3): 1, pp. 1-3 (2016); Segalla, Michael, Survey: The Speed and Cost of Complex Commercial Arbitrations, *Arbitration Journal*, vol. 46 (4): 12, p. 18 (1991) .

④ Hanotiau, Bernard, and Joao Bosco Lee, Complex Arbitrations - Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions, *Brazilian Arbitration Review*, vol. 4 (14): 182, pp. 182-183 (2007) .

⑤ 本文所探讨的合并仲裁,是狭义的合并仲裁,即涉及多方当事人多份合同争议的合并仲裁;针对的是多方当事人多份合同纠纷,即两个及以上相互独立但具有高度关联性的合同项下的超过两方以上当事人之间的争议。参见范愉主编:《多元化纠纷解决机制》,厦门大学出版社2005年版,第439页。

⑥ 李贤森:《国际商事仲裁意思自治的保障与限制问题——兼评〈仲裁法〉的修改》,载《法学》2022年第4期,第183页。

并仲裁的主要矛盾。<sup>①</sup>实践中的难点在于，如何认定多方当事人的合并仲裁合意，特别是在缺乏各方当事人共同直接达成仲裁合意的情况下合并仲裁是否合法或正当。如果多方当事人没有共同直接参与制定并达成一致的仲裁协议，如何合理认定当事人之间是否存在有效的合并仲裁合意，同时避免过度保护当事人意思自治造成仲裁效率低下，成为当前需要深入讨论和研究的问题。

为此，本文将围绕合并仲裁制度中意思自治的保障路径展开讨论。首先分别探索通过仲裁立法、仲裁规则对合并仲裁意思自治加以规制的路径。通过总结两种路径实践的优势与局限，提出在缺乏明确合并仲裁合意的情形下，可对合意进行推定，但应当遵循三项基本原则，即“争议基于相同或联系密切的基础交易”、“存在相同或可以相互引证的仲裁条款”以及“当事人没有明确反对合并仲裁”，以保障当事人在合并仲裁程序下的意思自治。

## 二、仲裁立法对合并仲裁意思自治的规制

在仲裁立法中对于合并仲裁的规定，是基于国家强制力的规范，因此合并仲裁规范的设计首先应当从仲裁立法层面进行探讨分析。然而，合并仲裁的立法规范并非普遍存在于各国仲裁立法中，主要基于两个原因：一是合并仲裁仍是一个较新的事物，有关实践不够丰富，相关理论亦尚待发展和深化。二是合并仲裁的运作与仲裁的基础理论存在一定冲突，对仲裁的契约性造成了一定影响。<sup>②</sup>各国希望既能避免这种悬而未决的矛盾冲突以保证法的安定性，又能保留适用合并仲裁这一高效的争议解决工具的空间与可能，因此在立法中回避了直接规定相关规范。《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》（以下简称《示范法》）也没有规定合并仲裁。并且《示范法》第二部分“2006年修正的解释说明”第17条中还明确将仲裁程序的合并排除在《示范法》规范的事项范围之外。<sup>③</sup>但是有部分国家和地区在立法中对合并仲裁作了相关规定。在对合并仲裁意思自治进行规制时，主要包括“正向协商一致同意合并仲裁”和“反向协商一致排除合并仲裁”两种模式。

① 罗楚湘：《英国仲裁法研究》，武汉大学出版社2012年版，第164页。

② Cheung, K. K. Consolidation of Arbitrations in Construction Disputes, *Asian Dispute Review*, vol. 6 (2): 38, pp. 38-40 (2004) .

③ 《示范法》第二部分解释说明第17条规定：“第5条保证法院干预的所有情况均列在示范法的颁行立法中，除非不由示范法规范的事项（例如，仲裁程序的合并，仲裁员与当事人或仲裁机构之间的合同关系，或成本与费用的确实，包括交存保证金）。”

### （一）正向协商一致同意合并仲裁

英国仲裁立法采取了“正向协商一致同意合并仲裁”的模式，即英国坚持合并仲裁应当充分尊重当事人意思自治，赋予当事人对合并仲裁的自治权与决定权。<sup>①</sup>在很长一段时间内，英国司法实践对合并仲裁持否定态度。1984年 *The Eastern Saga* 案（*Oxford Shipping Co. Ltd. v. Nippon Yusen Kaisha*）中，船东、承租人以及次承租人两两之间分别签订了仲裁协议，船舶受损发生争议后，三方当事人分别提起仲裁，恰巧两个仲裁庭的仲裁员组成完全一样。经一方当事人申请，仲裁庭决定合并审理并作出了裁决，但船东向英国高等法院提起了撤销仲裁裁决的申请。高等法院审理该案的莱格特（Leggatt）大法官认为，“仲裁的私密性、当事人意思自治原则等是仲裁不可超越的原则，因此，在未经所有当事人同意的前提下，不能把不同仲裁程序中的当事人都拉进来‘合并’审理”。<sup>②</sup>

1996年《英国仲裁法》（*Arbitration Act 1996*）开创性地承认了合并仲裁制度，但对合并仲裁的合意提出了严格要求，第35条规定，当事人之间不仅要合并仲裁达成一致并且还必须是书面的，若缺少当事人的一致同意，仲裁庭则无权主动启动合并仲裁程序。<sup>③</sup>英国的立法态度明确了当事人意思自治在合并仲裁中的基础性与关键性作用，再次重申了仲裁的自愿性与契约性，强调了当事人在仲裁程序中的主体地位。<sup>④</sup>

### （二）反向协商一致排除合并仲裁

另一个典型代表国家荷兰则采取了“反向协商一致排除合并仲裁”的模式，即除非相关争议的所有当事人协商一致约定排除合并仲裁的适用，否则任何一个当事人均有权申请合并仲裁。在关注荷兰合并仲裁立法时，不仅需要了解其具体法律条文的规定，更需要了解荷兰为何采取此种立法模式以及其运作状态。荷兰仲裁立法存在一个从传统的当事人主义转变为强调“案件管理”的新当事人主义的转变过程。19世纪，欧洲绝大多数大陆法系国家的民事诉讼法坚持当事人主义，1838年《荷兰民事诉讼法》即是重要代表之一。自19世纪中叶开始，争议暴涨、诉讼井喷、司法资源不足等问题席卷欧洲及全球，荷兰

① 罗楚湘：《英国仲裁法研究》，武汉大学出版社2012年版，第164页。

② [1984] 2 Lloyd's Rep. 373.

③ *Arbitration Act 1996*, Art. 35.

④ 宋连斌、林一飞：《国际商事仲裁资料精选》，知识产权出版社2004年版，第356页。

仲裁立法也随即转向加强法官对于程序的职权干预以及提高程序效率。<sup>①</sup>在“案件管理”的思路下，以争议解决的高效、便捷、公正作为程序的目标，程序的灵活性得到了充分强调和重视，而其关键就在于以案件本身的特点决定其审理的程序，破除了以固定框架处理所有情形的思维局限。<sup>②</sup>简易程序、小额程序、紧急程序、快速程序等特殊仲裁程序的建立与发展都受益于“案件管理”的影响，合并仲裁程序更是“案件管理”理念在仲裁制度中的典型代表。<sup>③</sup>由此可见，“案件管理”理念深刻影响了仲裁的发展，为仲裁程序的多样化发展提供了可能，扩大了仲裁实践中程序设计的空间，实现了仲裁程序的分化，强化了仲裁程序的灵活性。

1986年《荷兰民事诉讼法典》(Dutch Code of Civil Procedure)第1046条规定，如果在荷兰境内已开始的一个仲裁庭的仲裁程序的标的与在荷兰境内已开始的另一个仲裁庭的仲裁程序的标的有联系，那么任意一个仲裁程序中的当事人均可以向阿姆斯特丹地方法院院长提出合并仲裁请求，申请法院院长发布合并两个仲裁程序的命令；如果当事人之间达成一致排除合并仲裁的适用，则上述权利视为不存在。<sup>④</sup>关于争议之间具有何种程度的“关联性”才能够达到合并仲裁，1986年《荷兰民事诉讼法典》未作明确，似可理解为只要是发生在荷兰境内的相互关联的、已经开始的两个或两个以上的仲裁程序，就可以申请合并处理。

2015年《荷兰民事诉讼法典》不仅放宽了合并决定权的归属，同时放宽了合并对象的范围。新法规定，仲裁程序的合并请求包括对国内外仲裁程序的合并请求，而不局限于仲裁地在荷兰境内的国内仲裁；合并仲裁的决定权也可以约定交给仲裁庭或仲裁机构等第三方决定，当事人另有协议的除外。同时，为了提高仲裁效率，新法不再要求仲裁双方一定要组成联合仲裁庭，仲裁庭可以是指定的，但是，要在联合仲裁庭组成失败前留有充分的准备时间。<sup>⑤</sup>新法表明

① 纪格非：《案件管理与一体化背景下的欧洲大陆法系民事诉讼发展动向》，载《东方法学》2019年第4期，第113页。

② Lloyd, Humphrey, How to Manage Complex International Arbitrations, *Arbitration Journal* vol. 45 (3): 30, pp. 30-31 (1990) .

③ Patocchi, Paolo Michele, Party Autonomy vs. Case Management in International Arbitration, *Bank and Trade Law Log*, vol. 29 (2): 127, pp. 128-129 (2013) .

④ Dutch Code of Civil Procedure (1986), Art. 1046.

⑤ Dutch Code of Civil Procedure (2015), Art. 1046.

了对合并仲裁的明确支持态度，并较好地平衡了合并仲裁对意思自治的保障与对争议解决效率的追求。

荷兰立法规定合并仲裁并非基于当事人的同意而是由法院决定，通常被认为是强制合并仲裁的代表，但荷兰立法同时赋予了当事人通过“反向一致原则”排除适用合并仲裁的可能。对当事人而言，在法律对合并仲裁决定权具有明确规定的情况下，如果选择荷兰作为仲裁地，或者决定将在荷兰境内发生的争议通过仲裁方式解决，便可以清楚预判自身争议所在的仲裁程序是否具有合并的可能性。在当事人对自身争议是否可能会被合并仲裁处理，能够产生足够并且清晰的预判时，当事人具有充分的选择空间与机会。由此可见，从立法层面来看，不论是坚持当事人正向协商一致同意合并仲裁的保守派代表英国，还是采取当事人反向协商一致排除合并仲裁的激进派代表荷兰，其立法都坚持尊重与保障合并仲裁中的当事人意思自治。

### 三、仲裁规则对合并仲裁合意的认定

相较于仲裁立法，仲裁规则的灵活度更大，很多仲裁机构在仲裁规则中规定了合并仲裁。如何在仲裁规则中体现与保障合并仲裁中的意思自治，不同规则的做法不一，总体可分为要求明示合意和推定默示合意两种做法。

#### （一）要求当事人明示同意合并仲裁

争议解决对合并仲裁的现实需求赋予其合理性与必要性，但同时合并仲裁也给传统仲裁理论与实践带来了明显影响。为了调和矛盾避免冲突，有的仲裁规则要求合并仲裁需要获得各方当事人的一致同意，以形成明示的合并仲裁合意。<sup>①</sup>

##### 1. 典型仲裁规则分析

早在2008年，北京仲裁委员会（以下简称北仲）就对合并仲裁程序进行了构建与规制。《北京仲裁委员会仲裁规则》（2008年版）（以下简称2008年《北仲规则》）第27条“合并审理”规定：“（一）仲裁标的为同一种类或者有关联的两个或者两个以上的案件，经一方当事人申请并征得其他当事人同意，仲裁庭可以决定合并审理。（二）仲裁庭组成人员不同的案件，不适用前款规定。”可以看

<sup>①</sup> 张建：《合并仲裁的实践困境与制度引入——兼谈北仲〈新规则〉第28条的必要性与可行性》，载《安徽大学法律评论》2014年第2期，第100页。

出, 2008年《北仲规则》作为较早版本的规则体现了较为明显的时代印记, 彼时合并仲裁对于中国大陆而言还是较为新鲜的概念, 加之《仲裁法》中并未对此作出规定, 所以在条文名称上采用了“合并审理”而非“合并仲裁”。在条文内容上的规定也比较保守, 只有在当事人全体同意的情况下才可以决定合并, 仲裁机构或仲裁庭无权决定合并。并且虽然第1款对案件合并条件作出了相对宽松的规定, 但由于第2款对仲裁庭组成人员限制的规定导致实际可以合并的案件范围大大减小。一般而言, 合并仲裁对仲裁庭组成人员是否相同很少作出限制。彼时的“合并审理”很难完全等同于后来版本中的“合并仲裁”, 但这是北仲在当时的条件下作出的有益尝试与变通创新, 为后来正式规定“合并仲裁”积累经验进行了铺垫。2015年以及之后的《北仲规则》保留并修订了“合并审理”, 正式增加了“合并仲裁”规定。<sup>①</sup>2015年《北仲规则》第29条正式规定了“合并仲裁”, 该条第1款明确规定了合并仲裁的两种情形, 一是各方当事人共同明示同意的合并仲裁; 二是经一方当事人申请仲裁机构依职权进行合并仲裁。同时规定了多个仲裁程序应当如何合并到同一个程序中。第2款规定了北仲在决定是否合并仲裁时应考虑的各项因素, 包括仲裁协议的具体情况、案件之间的关联性、案件程序进行的阶段以及已经组成仲裁庭的案件仲裁员的指定或者选定等情况。

《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》(以下简称《贸仲规则》) 同样规定并发展了合并仲裁程序。2012年《贸仲规则》第17条首次规定“合并仲裁”, 条文共3款, 分别规定了合并仲裁的条件、仲裁委员会应考虑相关仲裁案件之间的关联性因素、合并仲裁的案件应当合并到哪个程序。<sup>②</sup>第1款对于合并仲裁的条件分为两种, 第一种是“经一方当事人请求并经其他各方当事人同意”, 第二种是“仲裁委员会认为必要并经各方当事人同意”, 这两种条件虽然在发起主体上有所区别, 一个是当事人, 另一个是仲裁机构, 但是最终都需要各方当事人同意, 本质上是秉持仲裁自由, 尊重当事人对合并仲裁决定权的绝对意思自治。2015年《贸仲规则》完善了“合并仲裁”制度。<sup>③</sup>第一, 增加并细化了可以合并仲裁的条件, 由之前的两种条件扩展到四种条件, 大大扩展了可以合并仲裁的案件范围。其中最重要的改变是增强了仲裁机构对合并仲裁的

① 《北仲规则》(2015年版) 第29条; 《北仲规则》(2019年版、2022年版) 第30条。

② 《贸仲规则》(2012年版) 第17条。

③ 《贸仲规则》(2015年版) 第19条。

决定权。2012年《贸仲规则》中仅是仲裁机构认为有合并仲裁的必要还不够,必须同时经各方当事人同意才能合并仲裁。但2015年《贸仲规则》中仲裁机构虽然不能不经当事人申请而直接决定合并仲裁,但是只要案件符合第19条前3款的条件之一,只需经一方当事人申请,而不必所有案件当事人均同意,仲裁机构就可以决定合并仲裁。第二,对仲裁庭组成前后的仲裁程序管理权进行了划分。仲裁庭组成前由仲裁机构就程序问题作出决定,组庭之后则由仲裁庭来决定。这一权限划分规定具有创新性与实用性,不仅在国内外其他仲裁机构中少有此规定,同时对仲裁程序管理权限划分进行了科学的安排,每个阶段都由最了解仲裁程序进程的主体来管理,避免了职能交叉与职权不清的问题。

不同版本《北仲规则》和《贸仲规则》的修订直观地反映了仲裁机构对合并仲裁态度的转变,从最初没有直接规定的谨慎变通,到之后明确规定的锐意修订,再到现在的坚定保持。

## 2. 明示同意的可行性分析

理论上讲,要求各方当事人对合并仲裁作出一致同意的明示意思表示,是最为安全稳当的方式。这既尊重了仲裁的契约性,保障了当事人意思自治,又避免了仲裁机构、仲裁规则受到非议与指责。这种方式有效协调了合并仲裁所追求的“效率”以及当事人协商所保障的“自治”。

但不可否认的是,实践中并非每起案件的当事人都能明确作出同意合并仲裁的意思表示,尤其是在涉及多方当事人与多项仲裁协议的复杂仲裁案件中,对合并仲裁合意的认定难度更大,仅仅依靠“明示同意”对合并仲裁的合意进行认定已不再符合现实要求。明示合意可以作为认定当事人同意合并仲裁的条件,并且为了体现尊重当事人意思自治的态度,还可以将其列为决定合并仲裁情况的首位。但是,刻板地要求当事人同意合并仲裁的明示合意既难以实现,也将阻碍当事人合并仲裁的兴趣与意愿。<sup>①</sup>因此现有规则中更多采取的是“明示合意+默示合意”的混合模式,意即除当事人作出的明确意思表示外,仲裁庭还可以通过其他证据因素“推定”当事人已经达成了合意。

### (二) 推定当事人默示同意合并仲裁

如前所述,为避免“明示同意”可能产生的合意僵局,在合并仲裁合意的

<sup>①</sup> Benesik, Imola, The Extension of the Arbitration Agreement to Non-Signatories in International Arbitration Disputes, *Iustum Aequum Salutare*, vol. 16 (2): 113, p. 128 (2020).

认定问题上,可采取“明示合意+默示合意”的组合,并且以认定默示合意为主。在认定当事人同意合并仲裁的默示合意上,为了既能体现尊重当事人意思自治的态度,又能保障默示合意认定的可行性,需要将交易的同质性、仲裁协议的相容性、争议或仲裁请求源于同一交易或关联交易等情况纳入考虑。<sup>①</sup>部分仲裁机构规则为实现通过合并仲裁提高争议解决效率的目标,会在规则中规定推定当事人默示同意合并仲裁的条款,避免当事人久议不决导致合意难产。

### 1. 典型仲裁规则分析

2017年《国际商会仲裁规则》(ICC Arbitration Rules,以下简称《ICC规则》)第10条对合并仲裁作出了规定,该条共分三部分。第一部分规定了仲裁院决定合并不同仲裁程序的三种条件;第二部分为仲裁院在决定是否可以合并仲裁时,应当纳入考虑的情况;第三部分则规定被合并的仲裁程序应当合并到哪一程序可由当事人商定,若无约定则并入最先开始的仲裁程序中。关于合并仲裁的条件,除第10条第1款的明示合意外,案件符合第10条第2款或第3款这两项推定默示合意条件之一,国际商会国际仲裁院可以直接决定合并仲裁。<sup>②</sup>这一规则既为理想情况下的当事人明示合意预留了空间,也为当事人明示合意不能做了准备,规定了另外两项可以推定默示合意的条件,使得在案件自身情况满足一定条件下仲裁机构也可以决定合并仲裁。2021年《ICC规则》就合并仲裁进行了修订,第10条第2款解决了2017年规则中一个悬而未决的问题,即在多个协议中存在互相映衬(即相同的仲裁条款)时也可进行合并仲裁,而非局限于同一仲裁协议下的各仲裁主张才能合并仲裁。第10条第3款也进行了相应的完善,从之前的正面规定变成了反面规定,从各个案件的仲裁请求是依据多份仲裁协议提出,变成了只要是非依据一份或相同的多份仲裁协议提出的仲裁请求,如果符合条件,就可以进行合并仲裁。这无疑大大扩展了可合并仲裁案件的范围与可能,使当事人在合并仲裁中有了更多的选择可能性。<sup>③</sup>

2018年《香港国际仲裁中心机构仲裁规则》(HKIAC Administered Arbitration Rules,以下简称《港仲规则》)第28条详细规定了“仲裁合并”。与

<sup>①</sup> 卢雅函、李虎:《斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则与贸仲仲裁规则的比较研究》,载《仲裁与法律》第134辑,第24页。

<sup>②</sup> 2017 ICC Arbitration Rules, Art. 10.

<sup>③</sup> 2021 ICC Arbitration Rules, Art. 10.

《ICC规则》相似,《港仲规则》规定了3种可以申请合并仲裁的条件,区别在于《ICC规则》将“各仲裁案当事人相同”列为可以申请合并仲裁的条件,但《港仲规则》则未对当事人作出要求。<sup>①</sup>相较而言,《港仲规则》更具实用性,特别是在处理船舶租赁合同争议与建设工程合同争议等连锁型争议中,每个单独的仲裁程序当事人各不相同,但可能因为符合规则的其他条件而可以合并仲裁。从港仲统计数据来看,在2019年提交港仲的308起仲裁案件中总共涉及718名当事人及超过450份合同。308起仲裁案件中,93起涉及多名当事人或多份合同,其中14起案件是在多份合同下启动的单个仲裁;港仲共收到4项合并仲裁申请,其中3项被批准,1项被驳回。<sup>②</sup>当事人对合并仲裁的需求基本可以得到满足。

2014年《伦敦国际仲裁院仲裁规则》(以下简称《LCIA规则》)在第22条“附加权力”下规定了仲裁庭“合并仲裁”的权力,分为两种情况:其一,第9项规定了当事人合意合并;其二,第10项规定了仲裁庭依据职权合并。并且无论哪种情况,都必须给予各方当事人合理的机会陈述意见,并按仲裁庭可能决定的条件(关于费用和其他方面)进行。<sup>③</sup>2020年《LCIA规则》进行了大幅修订,对合并仲裁作出了明显调整,扩大了可以进行合并仲裁的争议范围。2014年规则并未单独规定合并仲裁,而只是笼统地规定在第22条“仲裁庭的附加权力”之中。但2020年规则在第22A条“命令合并/并行仲裁的权力”(Power to Order Consolidation/Concurrent Conduct of Arbitration)中对合并仲裁进行了单独的详细规定,并且分别规定了仲裁庭和仲裁院可以决定合并仲裁的不同情形。第22条第7款规定了仲裁庭有权决定合并仲裁的三种情况,第22条第8款规定了LCIA可以决定合并仲裁的两种情况。根据2012年规则,LCIA对合并仲裁存在诸多限制。当事人除非是根据同一仲裁协议,或与相同的当事人之间根据多份互相兼容的协议提起的多项仲裁,否则必须在仲裁条款中对各方当事人接受合并仲裁作出明确的特别约定,才能合并仲裁。这实际上对合并仲裁的适用设定了很大限制,不便于当事人的合并仲裁申请。但是根据2020年《LCIA规则》,当事人申请合并仲裁的依据为争议所涉的多份仲裁协议互相兼容并且争议源于同一交易或相关交易,这使得当事人的合并仲裁申请更加便利,

① 2018 HKIAC Administered Arbitration Rules, Art. 10

② 香港国际仲裁中心:《统计数据2019》, <https://www.hkiac.org/zh-hans/about-us/statistics>。

③ 2022 LCIA Arbitration Rules, Art. 22.

合并仲裁适用范围更加广泛。这些修订之处使得《LCIA 规则》在合并仲裁的问题上更加灵活，更加适应当事人的实际需求，更加体现对当事人意思自治的保障。<sup>①</sup>

2020 年《比利时仲裁调解中心仲裁规则》（CEPANI Arbitration Rules）第 12 条规定了“仲裁合并”。第 1 款规定了合并仲裁的条件与合并仲裁的决定主体。第 2 款规定了如果当事人全体无法达成合并仲裁的合意时，则任命委员会或中心主席在决定是否同意合并仲裁时应当考虑的因素。第 3 款则规定了除非各方当事人另有约定，机构不得下令合并已经作出初步决定、关于可受理性的决定或关于申诉实质的决定的仲裁。<sup>②</sup>该规则明确了如果当事人选择中心仲裁规则，就意味着当事人默示同意合并仲裁的相关规定。其逻辑在于当事人对于仲裁规则的选择是基于自身意思自治作出的自主选择，除非当事人之间存在特殊约定，当事人对于仲裁规则的选择应当是概括性接受所有条款及相关附件。

以上仲裁规则的共通之处在于，只要数个争议的当事人选择了相同的仲裁规则，则仲裁机构有权决定是否合并仲裁。它们的共同推导思路是当事人在达成仲裁协议时，当事人有充分的谈判余地与选择空间。当事人就特定仲裁规则的适用作出同意的意思表示，并且当事人之间达成了合意，那么对于包含在所选仲裁规则中的合并仲裁的相关规定而言，应当视为当事人是概括性接受的，也就可以推定当事人是默示同意合并仲裁的。同时，对当事人而言，接受这样的仲裁规则也是具有优势，并可以理解的。商事争议当事人关注机会，追求效率。仲裁机构规则的适当扩张可以解决当事人之间很多的琐碎事务，避免当事人凡事躬亲、事事授权，减少了沟通成本，提高了解决效率。<sup>③</sup>

## 2. 默示同意的合理性分析

完全自由将导致没有自由，基于对效率的追求，仲裁规则以推定默示同意的方式适当限制当事人对合并仲裁自治权具有必要性与合理性，不能单纯认为是对当事人意思自治的褫夺与侵犯。在个案中，当事人的意思自治和仲裁程序

<sup>①</sup> Vasilis F. L. Pappas, Romeo A. Rojas, Raphael Jacob, Long-Awaited Amendments to LCIA Arbitration Rules to Result in Streamlined, Tech-Friendly Arbitrations, Mondaq Business Briefing, 28 Aug. 2020, <https://www.bennettjones.com/Blogs-Section/Long-Awaited-Amendments-to-LCIA-Arbitration-Rules-to-Result-in-Streamlined-TechFriendly-Arbitrations>, last visited: Oct. 19, 2022.

<sup>②</sup> 2020 CEPANI Arbitration Rules, Art. 12.

<sup>③</sup> Ioan SCHIAU, Effective Case Management of An International Arbitration under Icc Arbitration and ADR Rules, Curentul Juridic, The Juridical Current, Le Courant Juridique, Petru Maior University, Faculty of Economics Law and Administrative Sciences and Pro Iure Foundation, vol. 59: 216, p. 216 (2014) .

的效率价值可从如下两个层面得到统一与协调。

一方面，当事人对仲裁规则可以进行充分的自主选择与必要的修改调整。首先，仲裁规则往往是公开的，任何当事人均可查询了解，且在不与法律规定发生冲突的情况下，当事人对于仲裁机构的选择具有充分的自主权。因而当事人在具有充分的知情权、选择权的情况下，对仲裁规则的选择意味着对规则的全面认可与接受，即构成了意思自治的一部分。<sup>①</sup>其次，即使当事人选择了特定仲裁规则，也可以通过仲裁协议等适当方式排除对于规则特定条款的适用，除非仲裁规则完全不允许当事人对规则的修改。<sup>②</sup>目前国际主要仲裁机构对于合并仲裁程序还没作出禁止修改的规定，但这种情况出现在关于快速仲裁程序的规定中。例如，2021年《ICC规则》第30条第1款、2016年《新加坡国际仲裁中心仲裁规则》（SIAC Arbitration Rules）第5条第3款都明确规定了快速仲裁的规定优先于仲裁协议的相反约定。<sup>③</sup>并不排除今后也会有仲裁机构对合并仲裁作出类似的规定，但是即便如此，当事人仍然具有足够的选择空间。

另一方面，应当限制当事人以意思表示错误为由撤销对仲裁规则的选择。有观点认为，由于当事人在仲裁规则的选择上常常具有被动性与从属性，即“在签订仲裁协议时对仲裁规则的选定通常是附属于对仲裁机构的选择，甚至没有直接选定而被推定适用”。<sup>④</sup>加上仲裁规则日益复杂，条文数量不断增加，当事人很少对仲裁规则进行详细的阅读与了解。因此，通过类似的仲裁规则规定来推定当事人对合并仲裁的默示合意是不恰当的。这种观点确实在一定程度上反映了仲裁规则选定中存在的现实问题，但这并不代表当事人对仲裁规则的选择可被撤销。

首先，当事人自身误选仲裁规则，不能以意思表示错误为由要求撤销合并仲裁。从社会认知而言，当事人作为理性人既然选择了仲裁作为争议解决的方式，则对于仲裁规则的选定这一重要事项应当给予足够关注，否则不利后果应当自行承担。从私法理论而言，意思表示错误是指行为人表现于外部的意思与

① 杜焕芳、李贤森：《国际商事仲裁当事人程序自治边界冲突与平衡》，载《法学评论》2020年第2期，第169页。

② Mylovanov, Tymofiy, and Andriy Zapechelnuk, OPTIMAL ARBITRATION, *International Economic Review*, vol. 54 (3): 769-785, p. 783 (2013).

③ 2021 ICC Arbitration Rules, Art. 30 (1); See also 2016 SIAC Rules, Art. 5. 3.

④ 杜焕芳、陈娜：《论多方当事人合并仲裁的合意与技术》，载《西北大学学报（哲学社会科学版）》2013年第6期，第128页。

内在意志不一致，当事人错误选择了仲裁规则有可能构成意思表示错误。<sup>①</sup>但一般情况下，只有基于本质性和重大性意思表示错误导致的法律行为才可以得到撤销。<sup>②</sup>当事人由于对仲裁规则中的具体规定认识不正确而误选了该仲裁规则，属于意思表示错误中的“动机错误”，但通说认为动机错误应由表意人自己承担风险，不属于享有撤销权的“本质性或重大性错误”。<sup>③</sup>一来“解释先行于错误”，在判断意思表示有无错误时，应当先通过解释确定意思表示的客观意义，再判断通过解释后明确的意思表示之客观含义与其内心真意之间是否发生重大误解。二来意思表示的动机是表意人进行意思表示的起因或最终想要达到的目的，但是表意人的动机存于内心，对方不能够了解知晓。为保护交易安全，意思表示动机的错误不能影响行为的效力，其风险与不利后果应当由表意人自己承担自己负责。<sup>④</sup>

其次，当事人的代理人误选了仲裁规则，其不利后果需由当事人自己承担。在当事人自身缺乏足够的专业知识与能力，不足以对仲裁规则进行准确认识的情况下，可以聘请法律顾问、法务专员、仲裁律师等专业法律人员作为代理人。如果代理人没有领会当事人的需求而进行了错误表示，造成了当事人所不希望发生的结果，当事人可以对法律咨询服务提供者或代理人进行追责。<sup>⑤</sup>但在对外关系上，错误代理行为的法律后果，依然归属于被代理人即当事人承担。这些理由都不能针对善意第三人，包括对方当事人、仲裁庭以及仲裁机构。<sup>⑥</sup>即当事人的代理人基于错误或偏差而影响规则的选定时，应当在当事人与代理人之间解决，基于依赖保护原则而不应当对善意第三人产生影响。

综上，仲裁规则允许推定当事人默示同意进行合并仲裁，但在一定程度上对当事人意思自治进行了限制，这些限制均具有合理性与必要性，尤其对于保护交易安全、提升仲裁程序效率具有重要作用。当事人不能基于意思错误表示对仲裁规则条款的选择予以撤回，因此应当通过认真阅读相关规则条款，借助

① 《〈中华人民共和国民法总则〉条文理解与适用（下）》，人民法院出版社2017年版，第960页。

② 例如《民法典》第147条规定：“基于重大误解实施的民事法律行为，行为人有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”

③ 王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社2009年版，第295页。

④ 龙俊：《论意思表示错误的理论构造》，载《清华法学》2016年第5期，第127页。

⑤ Pilar Perales Viscasillas, Towards a Uniform Standard of the IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration, *Nordic Journal of Commercial Law*, no. 2: 109, p. 113 (2019).

⑥ 汪渊智：《论代理行为中的意思表示》，载《晋阳学刊》2014年第1期，第127页。

法律专业人士的意见，作出最符合自身需求的规则选择，继而维护自身意思自治的完整性。

#### 四、合并仲裁合意认定与意思自治的协调路径

对于当事人是否具有合并仲裁合意的认定，应当以尊重意思自治为前提。一方面，过于强制会破坏合并仲裁作为仲裁制度的基础与理念；另一方面，过于依赖当事人意思自治则很难顺利地形成仲裁合意。因此仲裁机构、仲裁庭应当在尊重当事人意思自治与保障复杂仲裁案件的争议解决效率之间取得平衡。对于合并仲裁合意的认定不能偏向两个极端，不应预先设定明显的倾向，而应以切实有效解决多方争议为第一要务。因此，合并仲裁中意思自治的保障，应当以准确认定多方当事人的合并仲裁合意为突破口与着力点。

面对实践中当事人合并仲裁合意难以认定、往往需要进行默示推定的现状，应当对默示推定所依据的原则进行明确，采取一个更加客观、灵活、合乎商业运作的判断标准，包括“争议基于相同的基础交易或联系密切的交易”、“存在相同或可以相互引证的仲裁条款”以及“当事人没有明确约定反对合并仲裁”等。从这些因素可以推出当事人对将来可能发生合并仲裁有一定的预见性，继而推知当事人签订仲裁协议时包含了对于同意合并仲裁的意思表示。通过此种方式推导出默示的合并仲裁合意，相较于“在仲裁规则中事先规定合并仲裁条款”“以当事人之间相同的仲裁条款为依据决定合并仲裁”等做法，都更加体现对当事人意思自治的尊重与保障。为此应当围绕上述三种标准，构建合并仲裁合意认定与意思自治的协调路径。

##### （一）争议基于相同或联系密切的基础交易

争议基于相同或联系密切的基础交易，是推定合并仲裁中当事人默示合意的基础条件。此项条件是为了保证案件之间具有高度联系，只有联系密切的案件才有合并仲裁的必要与可能。<sup>①</sup>例如，2018年《港仲规则》第28条“合并仲裁”规定当争议的关联性满足一定条件时，仲裁机构可以决定合并仲裁。<sup>②</sup>2019年《北仲规则》第30条“合并仲裁”第2款规定在决定是否合并仲裁时，仲

<sup>①</sup> Waldron, Jonathan R, Resolving a Split: May Courts Order Consolidation of Arbitration Proceedings Absent Express Agreement by the Parties, *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2005 (1): 179, p. 182 (2005).

<sup>②</sup> 2018 HKIAC Arbitration Rules, Art. 28.

裁机构考虑案件之间的关联性。<sup>①</sup>可见具有合并决定权的仲裁机构在考虑是否合并仲裁时，案件之间的关联性是一个重要参考标准。

### 1. 争议基于相同的基础交易

基于相同基础交易而发生的争议，其底层联系最为密切。此类争议主要体现在并列型争议中。在此类争议中一个核心当事人为了同一项交易而同时与多个当事人之间签订合同。例如在建设工程合同争议中，一个大型地产项目的总承包商 A 分别与 B、C、D 三个分包商签订分包合同，由 B、C、D 分别承担项目主体工程之外部分的建筑施工，并分别在合同中约定了仲裁条款。这种合作方式符合法律规定也符合业界习惯，但一旦 A 出现了资金问题无法按时履行付款义务，则此时 B、C、D 可能会同时分别对 A 提起仲裁，这就形成了典型的并列争议。此时，这些当事人面对的是相同的基础交易、法律关系、案件事实以及证据。这种情况下，这些争议具有高度的关联性，既便于一并处理，也应当一并处理，不仅仲裁机构而且当事人也能够清晰地意识到合并处理的可能性。

### 2. 争议基于联系密切的基础交易

联系密切的基础交易之间经常会发生系列的关联争议。典型的有航运业、国际货物买卖业中发生的争议，在这些行业中不同当事人之间的交易往往是环环相扣的，所以一旦在某个环节出现问题，整个交易链条上的当事人都会受到影响。例如，在国际大宗货物买卖中，大型钢铁公司 A 与国内铁矿供应商 B 签订了买卖合同 1，国内铁矿供应商 B 与国外铁矿出口商 C 签订了买卖合同 2，国外铁矿出口商 C 与国外铁矿公司 D 签订了买卖合同 3。A、B、C、D 四家公司就通过三份合同形成了一个连锁交易关系。这样的交易关系使得争议一旦出现，常常会出现连锁追溯的情况。每个当事人在此追溯过程中，可能需要参加至少两次仲裁。

对特定领域的连环合同当事人而言，将可能出现的连环仲裁案件合并处理，对于解决多方当事人连锁争议具有很大的实践意义。在国际货物买卖领域和海事领域内的相关争议中，对于与前后双方签订有背靠背条款的连环合同当事人而言，合并仲裁具有重要的意义，能够避免其利益在争议链条中长时间处于未决状态以及分别仲裁带来的累诉负担与矛盾裁决。<sup>②</sup>例如，《伦敦谷物与饲料贸

<sup>①</sup> 《北仲规则》（2019年版）第30条。

<sup>②</sup> Mintz, Levin, Cohn, Ferris, Glovsky And Popeo, P. C., Consolidation of Arbitrations is a Procedural Matter Presumptively for the Arbitrator to Decide in Accordance with the Parties' Agreement, Mondaq Business Briefing, 8 Jan. 2019, Gale Business: Insights, link. gale. com/ apps/ doc/ A568705970/ GBIB? u = enruc& sid = ebsco& xid = 96cc520f. , last visited: Oct. 20, 2022.

易协会仲裁规则》(GAFTA Arbitration Rules No. 125)就专门规定了合并仲裁。<sup>①</sup>另外,对于存在交叉的多个法律关系的复杂交易中,争议往往也具有高度关联性。例如在投融资交易安排中,不同当事人之间往往既相互独立又存在关联的合同关系。一方面,不同当事人之间的交易安排均构成各自的独立合同,形成相互独立的权利义务关系,并规定了独立的争议解决条款;另一方面,这些交易安排不仅共享整体的交易业务,并且一个交易合同中的当事人违约将可能引起其他合同的交叉违约风险。典型情况如主债务人付息逾期,将触发其实际控制人的差额补足或回购义务。此时,从债权人利益出发,尽快推进救济程序进而高效处置违约风险成为其主要考虑的问题。在此类交易中,由于合同风险交叉关联的问题,债权人对于将来可能一并追偿的合同债务具有先期预估与大致判断,对于争议解决的统合性具有高度需求。此时债权人会对主债务人、抵押人、保证人一并发起仲裁,通过合并仲裁处理这些案件能避免争议解决的低效率与高成本。

## (二) 存在相同或可以相互引证的仲裁条款

相同或可以相互引证的仲裁条款是推定合并仲裁中当事人默示合意的重要条件。这为仲裁机构、仲裁庭等第三方解释当事人的意思表示提供了客观的解释依据,根据当事人依其意思自治作出的外部表示,即相同或可以相互引证的仲裁条款来解释当事人的内心意思,解释结果更容易为案件各方当事人所接受。<sup>②</sup>

### 1. 可以相互引证的仲裁条款

部分仲裁机构在推荐其示范条款时,会对如何起草仲裁条款进行细致介绍。在仲裁规则允许的范围内,根据当事人对仲裁程序权利的需要,量身定制适合的仲裁程序,并在拟定仲裁条款时作出明确的约定。例如,2021年《北仲规则》第30条第2款规定,在决定是否进行合并时,将考虑相关仲裁案件所依据的仲裁协议的具体情况。北仲还专门推荐了“关联合同的处理”仲裁条款范例。<sup>③</sup>基于关联合同特别约定的仲裁条款,是可以相互引证的,特别是不同当事

<sup>①</sup> GAFTA Arbitration Rules No. 125, Art. 7.

<sup>②</sup> Reiman, James, and Megan Smith Richardson, Consolidation and Joinder in Arbitration, Alternative Dispute Resolution, vol. 23 (4): 23, pp. 23-25 (2019).

<sup>③</sup> 参见北京仲裁委员会:《示范条款如何起草仲裁条款》, <https://www.bjac.org.cn/page/zc/zctk.html>。

人之间的交易涉及多份关联合同时，可以分别在合同通过这种专门的仲裁条款作出统一安排，避免割裂管辖，也可为合并仲裁提供更为客观可考的条约基础。

## 2. 相同的仲裁条款

在实践中，不同当事人可能根据同一仲裁协议条款提出多个仲裁请求，这种不同交易中采用相同仲裁条款的做法，往往出现在特定行业的格式合同中。例如荷兰建筑承包商基本都会在提供给客户的格式合同中列明一项经典条款：“本合同项下的所有争议都由建筑工业仲裁委员会裁决”。这种在格式合同中采用相同仲裁条款的方式在航运、建筑、保险、大宗商品买卖等行业中都有较为广泛的普及与运用。<sup>①</sup>部分仲裁机构规则对相同仲裁条款下的合并仲裁进行了规定，如2018年《港仲规则》第28条规定，各仲裁中的所有请求均依据同一仲裁协议提出时，仲裁机构有权决定将依本规则正在进行的两个或多个仲裁合并。2015年《贸仲规则》第19条也有类似的合并仲裁条件的规定。应当说，在具有高度专业性的领域，采用仲裁格式条款既是一种便捷方式，也是一种行业共识，在减轻交易双方之间的谈判沟通成本、提高交易效率的同时，能够通过长期大量的行业积淀形成绝大多数从业者都信赖的争议解决条款。<sup>②</sup>

同时，当多个当事人均与同一个当事人进行交易时，也经常出现多个交易中均采取了相同的仲裁协议条款的情况。这种情况不仅出现在传统商业中，在一些新兴的商业模式中也普遍出现。用户在接受《用户注册协议》时也就一并接受了仲裁条款，并且很难甚至不可能去与公司进行协商修改，只有一并接受或者放弃注册不接受的选择。

但这并不意味着这些仲裁条款是无效的。第一，仲裁条款的效力不必然受《民法典》合同编的调整。对仲裁条款的效力而言，《仲裁法》与《民法典》合同编属于特别法与一般法的规定，应当首先适用《仲裁法》的规定。北京市第四中级人民法院在2019年的一起案件中指出，“仲裁协议（仲裁条款）系合同双方当事人约定将争议提交仲裁解决的意思表示，其是否具有效力决定了争议解决方式的选择。人民法院应适用《仲裁法》第16条、第17条及第20条第1款规定对仲裁协议效力进行审查”<sup>③</sup>。第二，《仲裁法》第19条规定了仲裁条款

<sup>①</sup> 叶峰：《行业仲裁发展的实践研究》，载《仲裁研究》2015年第1辑，第127页。

<sup>②</sup> Guan, Patrick Tay Teck, A Review of Industrial Arbitration Cases in Singapore, *International In-House Counsel Journal*, vol. 9 (36): 1, pp. 8-9 (2015) .

<sup>③</sup> 戴某与天舟文化股份有限公司等申请确认仲裁协议效力，北京市第四中级人民法院（2019）京04民特250号民事裁定书。

的独立性。仲裁条款的效力并不会因为格式合同的无效而无效，仲裁条款是否无效取决于其是否出现《仲裁法》第17条规定的无效情形。第三，在司法实践中，如果仲裁条款被认定为格式条款，对其效力审查将会更加复杂，但并不必然认定其无效。在仲裁条款被认定为格式条款的情形下，法院不仅要依据《仲裁法》第16条、第17条及第20条第1款规定对仲裁协议的效力进行审查，通常还需要审查是否存在有关导致格式条款无效的情形。北京市第四中级人民法院在另一起案件裁定书中指出，“格式条款具有《合同法》第52条、第53条规定情形的，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该格式条款无效”<sup>①</sup>。但是，如果仲裁条款作为格式条款没有出现以上任何情形的，仲裁条款当然具有效力。同时，当事人有充分的时间考虑是否接受此类仲裁条款，因此无论是否接受此类仲裁条款都是当事人意思自治作出的选择。

### （三）当事人没有明确反对合并仲裁

当事人没有明确约定反对合并仲裁是底线条件，应当尊重当事人的意思自治。<sup>②</sup>在合并仲裁中当事人合意认定问题上，当事人之间具有或达成明示合同表示同意合并仲裁是最理想的状态，但更多情况下是通过适当方式推定当事人之间具有同意合并仲裁的默示合意。<sup>③</sup>但是，如果当事人明确约定排除合并仲裁的适用，则法院、仲裁机构及仲裁庭将失去对默示意思表示的讨论空间，应当明确排除合并仲裁的选择。这一点在1996年《英国仲裁法》第35条中有所体现，除非当事人一致同意，否则仲裁庭无权将仲裁程序进行合并。<sup>④</sup>

2015年《贸仲规则》第19条“合并仲裁”规定，不同的仲裁条款之间至少需要相容，在满足其他条件的情况下，才可以满足申请合并仲裁的条件。<sup>⑤</sup>这里的“相容”包含的一个基础含义便是仲裁协议之间不能相互排斥，一个仲裁协议明确排除了合并仲裁的适用，而其他仲裁协议没有，显然它们之间在内容

<sup>①</sup> 刘某等与北京元洋融资担保有限责任公司申请确认仲裁协议效力，北京市第四中级人民法院（2019）京04民特277号民事裁定书。

<sup>②</sup> Neil Andrews, *The Three Paths of Justice: Court Proceedings, Arbitration, and Mediation in England*, Second edition, Springer, p. 89 (2018) .

<sup>③</sup> Nicolas de la Flor Puccinelli, *Consolidation and Suspension: Procedural Mechanisms for Party Arbitration and Multiple Contracts*, *Thémis*, no. 71: 47, p. 48 (2017) .

<sup>④</sup> *Arbitration Act 1996*, Art. 35.

<sup>⑤</sup> 《贸仲规则》（2015年版）第19条。

上是不相容的。1986年《荷兰民事诉讼法典》第1046条也明确规定了如果当事人协议排除合并仲裁，则法院不能决定合并。<sup>①</sup>当事人之间已有协议明确排除合并仲裁适用的，即使根据法律规定合并仲裁的决定权在法院，法院的决定权也是可以被阻却的。将“当事人没有明确约定排除合并仲裁的适用”设置为合并仲裁的条件之一，主要目的是划定当事人意思自治与仲裁机构等之间的边界。合并仲裁程序的适用不是一项强制性规定，“当事人没有明确约定排除合并仲裁的适用”为当事人提供了一种方式亮明自己在程序安排问题上的底线，圈定当事人在仲裁程序安排中的自留地，是符合当事人意思自治原则的底线保障的。合并仲裁即使再具备各种优势与价值，但仍然需要当事人的同意与认可，至少当事人之间不能约定明确反对，否则这将直接违反仲裁的自愿性，造成根本理念上的背离。

## 结语

为应对愈加复杂的国际经贸争议，提升仲裁程序的效率，合并仲裁制度应运而生并逐渐受到青睐。但作为仲裁的一种形式，仲裁的契约性仍然是合并仲裁的重要基石，因此多方当事人之间的仲裁合意是合并仲裁的启动钥匙。合并仲裁也需要遵循当事人意思自治，建立在当事人合意的基础之上。<sup>②</sup>

合并仲裁的主要矛盾在于追求争议解决效率与保障当事人意思自治之间的矛盾。事物的发展取决于主要矛盾的解决，准确把握合并仲裁追求争议解决效率与保障当事人意思自治这对主要矛盾，是合并仲裁获得广泛认可与长远发展的关键所在。从合并仲裁的设立目的与规则定位来看，合并仲裁主要是为了针对性地解决多方当事人多份合同争议，提高这些关联性争议的仲裁效率。<sup>③</sup>因此在合并仲裁中，追求争议解决效率是主要矛盾的主要方面，保障意思自治则是主要矛盾的次要方面，二者既相互依存，在一定条件下又相互转化。矛盾次要方面从属于主要方面，因此对意思自治的保障最终也是为了促进争议解决效率的提高。<sup>④</sup>

① 《荷兰民事诉讼法典》（1986年版）第1046条。

② 刘鑫、王晶：《合意合并仲裁问题研究》，载《商事仲裁》2008年第2期，第35页。

③ Sheridan, Peter C., Alex Linhardt, Appreciating the Value of Consolidated Arbitration, Commercial & Business Litigation, vol. 18 (4): 12, p. 12 (2017) .

④ 陆一戈：《新加坡调解公约框架下的国际和解协议执行及我国回应》，载《经贸法律评论》2022年第4期，第26页。

不可否认的是，意思自治保障有自身的独立价值与基础意义，如果不把握好这个方面，仲裁裁决在境内外的执行可能会遇到程序性挑战。<sup>①</sup>因此如何认定合并仲裁的当事人合意，是合并仲裁制度设计需要直面的首要问题。合并仲裁的特点与需求要求制度设计要在突出仲裁效率的同时保障当事人意思自治，这既要对传统的仲裁契约性有所突破，又要对当事人意思自治做到恰当维护。<sup>②</sup>合并仲裁在规则上既要方向正确，又要技艺精巧，特别是丰富多样的解释技巧是兼顾仲裁效率与保障当事人意思自治的有效工具。

综观各国实践，当事人就合并仲裁的意思自治在仲裁立法、仲裁规则中都得到了体现与保障，但同时也受到了不同程度的限制，这些限制对于促进争议解决、维护交易安全都具有重要的意义，需要进行严格且合理的设计。面对复杂仲裁程序中多方当事人共同合意难以明确作出的情况，应当对“推定默示合并仲裁”的适用情形予以明确，包括“争议基于相同或联系密切的基础交易”“存在相同或可以相互引证的仲裁条款”以及“当事人没有明确反对合并仲裁”等，构建合并仲裁合意认定与当事人意思自治的协调路径。

(责编编委：潘楚婧<sup>③</sup>)

---

① DEL DUCA LOUIS, and WELSH NANCY A, Enforcement of Foreign Arbitration Agreements and Awards: Application of the New York Convention in the United States, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 62: 69, p. 83 (2014) .

② Rosen, Joel D. , and James B. Shrimp, Yes to Arbitration, but Did I Also Agree to Class Action and Consolidated Arbitration, *Franchise Law Journal*, vol. 30 (3): 175, p. 180 (2010) .

③ 中国国际经济贸易仲裁委员会天津分会职员。

## 中国特色社会主义仲裁： 历史渊源、理论基础与现实必要

黄雄义\*

**摘要：**发展中国特色社会主义仲裁，是在仲裁领域坚持中国特色社会主义法治道路的体现，有着深厚的历史渊源、厚重的理论基础和充分的现实必要。从历史角度来看，传统中国社会的民间裁决机制、近代的商事公断制度、新中国的仲裁探索和实践，充分说明中国自古以来就在仲裁这一领域有着丰富的经验积累并始终保持着显著的民族特色。从理论角度来看，发展中国特色社会主义仲裁，高度契合马克思主义法学基本原理、中国特色社会主义法治理论特别是习近平法治思想的核心要义与基本要求，是由系统理论思维支撑的科学决策。从现实角度来看，无论是解决新时代社会主要矛盾，还是建设社会主义法治社会，抑或是应对世界百年未有之大变局，中国特色社会主义仲裁均能有所贡献，这也决定了它存在和发展的客观必然。

**关键词：**中国特色社会主义仲裁 历史渊源 理论基础 现实必要

### 一、引言

作为人类社会的一种经典的纠纷解决方式，仲裁之于社会矛盾的公正及时解决、纠纷的妥善化解，乃至社会稳定秩序的有效维护、经济社会的持续健康发展，均具有无可替代的重要意义。有鉴于仲裁的积极功用，中华人民共和国

---

\* 黄雄义，法学博士，武汉大学马克思主义学院讲师、博士后研究人员，武汉大学司法案例研究中心研究员。

自成立伊始就高度重视发展仲裁事业，并于1995年9月施行《仲裁法》。20余年来，我们坚定不移走中国特色社会主义仲裁发展道路，不断开启中国特色社会主义仲裁事业发展的新征程，筑造了独树一帜的中国特色社会主义仲裁，全面彰显了中国特色、中国风格、中国气派。而今，仲裁法修改正在如火如荼地进行，又将书写中国特色社会主义仲裁的时代新篇章，为中国式现代化贡献新力量。

理解中国特色社会主义仲裁，须从三个维度把握。其一，它是一种仲裁模式。根据《法学大辞典》之解释，仲裁是“双方当事人将争议的事项和问题，提交第三者居中进行裁决，解决争端的一种活动”<sup>①</sup>。围绕这一种争端解决方式，不同国家会形成一整套关于该方式如何具体运行的系统机制。其二，它具有鲜明的中国特色，既立足于中国国情实际，又传承了中华文化精华，在很多方面的特征不同于西式仲裁。其三，它是社会主义性质的仲裁，服务和“保障社会主义市场经济健康发展”<sup>②</sup>，这“是一个不容讨论、毋庸置疑的立场问题、原则问题和方向问题”<sup>③</sup>。概言之，中国特色社会主义仲裁，就是一种既坚持社会主义本质属性、服务于社会主义市场经济，又根据中国国情实际和历史文化赋予其鲜明中国特色的纠纷解决模式。

对于中国特色社会主义仲裁的现有发展和未来路向，仍有不少人表示质疑，在指出其存在诸多突出问题的同时，强调其与舶来的西式仲裁在文化、精神、目的乃至具体机构设置等方面均有着明显相悖之处。<sup>④</sup>然中国仲裁目前本就处于一个相对初步的发展阶段，事物发展周期的局限性决定了它必然还存在一些缺陷，这是不可避免的发展阵痛，也是下一阶段需要着力突破的重点。值得注意的是，如同法治模式的不止于唯一，仲裁模式亦非千篇一律。中国有着独特的法律文化底蕴和法律思维方式，也有着独特的经济社会发展需求，实无必要

① 邹瑜、顾明总主编：《法学大辞典》，中国政法大学出版社1991年版，第529页。

② 《仲裁法》第1条。

③ 李林：《中国特色社会主义法治具有鲜明特征》，载《人民日报》2014年11月27日，第7版。

④ 这类观点较多。如，有学者认为，我国仲裁文化是落后的，仲裁机构存在职能定位不明、缺乏理念和特色、行政化色彩浓重等问题，并以美国仲裁协会作为先进仲裁文化的参照，参见涂卫：《仲裁机构监管与治理机制研究》，法律出版社2015年版。有学者认为，中国商事仲裁机构并非商事发展的产物，而是国家意志的结果，与商事活动中的意思自治精神相悖，参见吴如巧、李震：《从国家到社会：中国商事仲裁制度的反思与完善》，载《社会科学战线》2020年第7期。还有学者认为，仲裁的“中国特色”包括立法缺陷、法律适用不一致、行政干预等消极因素，并没有引入西方社会基于当事人合意仲裁制度的核心价值，参见樊塍：《仲裁在中国：法律与文化分析》，法律出版社2017年版。

“言必称希腊”，做西式仲裁的“搬运工”。况且“橘生淮南则为橘，生于淮北则为枳”。

基于此，发展仲裁事业，要紧扣中国式现代化的使命任务，坚持从中国国情和实际出发，正确解读中国现实、回答中国问题。“从根本上讲，这项事业是根据中国社会而不是外国社会纠纷解决需要而设置、生存、发展的。换言之，不同的国家、不同的民族、不同的纠纷性质、不同的纠纷解决文化和传统、不同的社会历史发展阶段，对社会纠纷解决的需要是不同的。中国仲裁事业的只能是满足中国社会和与中国利益相关的纠纷解决的需要。”<sup>①</sup> 本文拟从历史、理论、现实的角度，系统论述中国特色社会主义仲裁的正当合理性。坚持发展中国特色社会主义仲裁，不仅是在仲裁领域坚持中国特色社会主义法治道路的具体体现，更有着深厚的历史渊源、厚重的理论基础和充分的现实必要，是符合传统文化取向、科学理论设计以及客观实际需要的必然选择。

## 二、中国特色社会主义仲裁的历史渊源

“问渠哪得清如许，为有源头活水来。”中国特色社会主义仲裁的形成与发展，得益于中华民族数千年来在仲裁这一领域的实践探索和文化积淀。早在传统中国社会，虽未形成现代意义上的仲裁，但已然存在与仲裁相似的、较为成熟的社会纠纷解决机制，有力维护了“皇权不下县”体制下的基层社会治理秩序；及至近代，固有的治理体系分崩离析，西方仲裁模式得以植入，但在实践中也未能保持住其原始面貌，被不断融入中国本土元素，日益展现出鲜明的东方特色；中华人民共和国成立后，中国的仲裁事业迎来新的历史机遇，在革命、建设和改革的实践中积累了丰富宝贵的仲裁经验，形成了新的仲裁体系。历史上这些不同时期的仲裁实践，为开创中国特色社会主义仲裁奠定了坚实基础。

### （一）传统社会的民间裁决为之提供了文化滋养

一般认为，仲裁制度属于一种舶来品，<sup>②</sup> 是在晚清民国时期从西方移植而来。但归根结底，它还是一种独立于诉讼之外的纠纷解决方式。从这个意义上而言，中国传统社会显然有着与仲裁在组织形式、价值理念、社会功能等方面高度相似的固有机制，也就是“民间裁决机制”。所谓民间裁决机制，意指扎

<sup>①</sup> 卢云华：《关于中国仲裁基础理论和发展方向的两点意见》，载中国仲裁法学研究会网站，<http://caal.chinalaw.org.cn/portal/article/index/id/469/cid/20.html>。

<sup>②</sup> 黄进等：《仲裁法学》，中国政法大学出版社2002年版，第15页。

根于民间基层社会、由具备特定资质的主体来解决纠纷的专门机制。相较于诉讼，它的官方色彩明显弱化，但由于更为便利高效，得以在历朝历代保持着相当高的活跃度，表现形式也是纷繁多样。

乡绅裁决是中国古代民间裁决机制的主要类型。自古以来，中国基层社会就是一种有着特殊人文环境的乡土社会。一方面，“皇权不下县”的固有传统，致使官府对于是否将权力延伸铺展至广大乡村地区始终抱着审慎的态度，厌倦奔波的封建官员更希望有人在底层协助支撑起基层社会秩序。另一方面，受限于政治统治、地理交通、土地生产资料等因素，以家族为基本构成单元的乡土社会相对封闭，基层社会治理的实际权力往往由家族中德高望重、身份地位相对尊贵的乡绅群体掌控。两相结合，乡绅也就成了主导解决民间细故纠纷的优先选择。为了确保乡绅担负起使命，政府通常还会对其身份进行官方认可。比如，汉代“举民年五十以上，有修行，能帅众为善，置以为三老，乡一人”<sup>①</sup>，乡三老名义上虽掌教化，但其实际职能远甚于此，其中就包括居中解决各类乡间社会纠纷。<sup>②</sup>明初为应对百姓多越级到京师诉讼的问题，朱元璋颁布《教民榜文》，要求基层民众推举“平日公直、人所敬服者”为老人，“民间户婚、田土、斗殴相争一切小事，须要经由本里老人、里甲断决”<sup>③</sup>。

除乡绅之外，中人在古代民间裁决机制中也充当着核心角色。“当人们买卖土地房屋、立遗嘱、分家析产、进行借贷等重大法律行为时，为避免一方抵赖，日后反悔，发生争议，往往邀请地方上有名望的人或者其长辈到场‘见证’，请他在契约文书上签字画押。人们通称这种人为‘中人’或‘见证人’。”<sup>④</sup>在不同的历史时期，中人虽有不同的称谓，但其在民商事契约中所处的地位与发挥的作用较为稳定，其中极为重要的一项就是在双方当事人发生纠纷时居中调处。这既基于中人的“熟人”身份及其在民间社会交际圈中的优良口碑，也基于中人对契约签订乃至交易过程的熟悉程度。从各地现存的古代契约文书来看，许多契约中都明确载明：一旦当事人之间发生争执或冲突，由中人负责调处。契约中包括“尽在中人一面承管”“凭中理处”“凭中集理”“仰原中查处”等在内的一类表述，就充分体现了此意。以清代的一份田地契约为例，契约有载：

①（汉）班固：《汉书》卷一上《高帝纪》，中华书局1962年版，第33页。

② 参见陈直：《汉书新证》，天津人民出版社1979年版，第173页。

③（明）张鹵辑：《皇明制书》卷九《教民榜文》，《续修四库全书》，史部第788册，上海古籍出版社2002年影印本，第352页。

④ 陈光中主编：《中华法学大辞典·诉讼法学卷》，中国检察出版社1995年版，第803页。

“因康取土，以致二家屡经构讼无休。今凭中调处，其康姓所买枳坑口、枳坑并陈公坑之山，尽数立契出卖与谢姓，永远保祖为业。”<sup>①</sup> 其中的“凭中调处”，即是指契约的中间人方晋若、谢中和以及程友成对两家取土纠纷的处理。相较于乡绅裁决而言，中人在纠纷发生之前就已介入到双方的交易之中，兼具事前预防和事后救济的双重色彩。

商业行会也是主导古代民间裁决的重要主体。早在唐宋时期，中国就已出现了“团”“行”“帮”等行会早期组织。《梦梁录》曾记载：“又有名为‘行’者，如官巷方梳行、销金行、冠子行、城北鱼行、城东蟹行、姜行、菱行、北猪行、候潮门外南猪行、南土北土门菜行、坝子桥鲜鱼行、横河头布行、鸡鹅行。”<sup>②</sup> 及至明清，伴随商品经济的发展，商业行会的数量越来越多、规模越来越大，“京师五方所聚，其乡各有会馆”<sup>③</sup>。也正是在这一时期，商业行会开始具备解决行会内部商事纠纷的职能。<sup>④</sup> 这与西方仲裁迅速发展的社会背景较为相似，越是商业发达的地方，跨地区、跨行业的商业交流越是频繁，人与人之间的纠纷越来越多，相应的纠纷解决机制也就越来越多元。商业行会本就是某一行业为了寻求发展而自发合体成立的民间组织，领导人员也大都是在这一行业具有相当经济实力和话语权的佼佼者。行会组织的高权威性及其对成员的强约束性、对行业背景和规则的深度掌控，决定了它们主导裁决民间商事纠纷的必然性。商业行会的领导者就“常常充当交易合同的仲裁人，并在解决成员之间的商业纠纷中发挥有效作用”<sup>⑤</sup>。当然，这种纠纷解决方式与西方仲裁还是有着本质的区别，更像是一种仲裁与调解的混合体，“重点在于行会首领应该尽量使当事人相互妥协达成双方都‘满意’的解决方式”。<sup>⑥</sup>

历史上各种类型的民间裁决机制充分表明，对于与民间细故密切相关的社会纠纷，中国传统社会早已形成系统成熟、特色明显的应对机制。在这一机制

① 扬晏平、张志清：《清乾隆年间契约文书辑录（一）》，载《文献》1993年第4期。

② （宋）吴自牧：《梦梁录》卷十三，台湾商务印书馆影印文渊阁《四库全书》本，第590册，105b页。

③ （明）沈德符：《万历野获编》卷二十四，中华书局1959年版，第608页。

④ 我国行会的早期组织“团”“行”“帮”在唐宋时期就已出现，但行会严格意义上居中裁决行会成员内部的纠纷应是自明清时期始。相关研究可参见全汉升：《中国行会制度史》，食货出版有限公司1986年版；魏天安、戴鹿海主编：《唐宋行会研究》，河南人民出版社2007年版。

⑤ [美]罗威廉：《汉口：一个中国城市的商业和社会（1796-1889）》，江溶、鲁西奇译，中国人民大学出版社2016年版，第330页。

⑥ 樊莹：《仲裁在中国：法律与文化分析》，法律出版社2017年版，第217页。

运行和实践过程中沉淀积累而成的民间裁决文化，构成中华优秀传统文化文化的重要元素，并通过文化传承的特有渠道，潜移默化地影响着国人的思想方式和行为方式，从而为中国特色社会主义仲裁事业之发展提供丰富滋养。在信心层面，古代民间裁决机制的存在，说明中华民族对仲裁问题很早就有了深入的思考和探索，这就犹如一剂“强心针”，为始终坚持走中国特色社会主义仲裁发展道路坚定了文化自信和文化自信。在价值层面，古代的民间裁决机制蕴含有很多优秀的、值得我们传承的思想和理念，如其中的“无讼”“贵和持中”“天下大同”的价值追求，至今仍是指引中国特色社会主义仲裁发展的核心价值理念。在内容层面，古代的民间裁决机制的很多制度设计依旧具有跨越时空的永恒魅力。如，调解一直在民间裁决机制中占据重要地位，乃至中国被称为“调解的故乡”<sup>①</sup>。这不仅促成了中国“调仲结合模式”，也逐渐对世界仲裁产生了明显影响。西方国家基于效率和经济的考量，在仲裁过程中越来越重视对调解的运用。恰如中国仲裁事业重要奠基人唐厚志教授在国际商事仲裁委员会1996年首尔会议中所述：“一种偏爱调仲结合的法律文化正在全世界范围内扩张。这种文化的产生发展在东方国家由来已久，现在它正以多种方式向西方以及世界其他地方扩张。”<sup>②</sup>

## （二）近代的商事公断制度为之贡献了重要参考

传统中国社会的民间裁决机制及其实践，有力证明了中国在仲裁方面有着自己长期积累的经验 and 优势，甚至可以说自古就存在一套与西方仲裁模式所不同的“本土仲裁模式”。那么，近代中国社会基于对西方仲裁制度的移植和借鉴而形成的商事公断制度，则进一步彰显了中华优秀传统文化文化在面对外来文化侵袭时的坚强韧性，为如何结合民族文化和本土需要对外来制度进行改造提供了范例、指引了方向。

中国近代商事公断制度的产生，有着特殊的历史背景。清末以降，国家蒙辱、人民蒙难、文明蒙尘，外部势力不断侵蚀打压，中华民族挣扎于积贫积弱、内外交困的栖栖泥淖。历史学家吕思勉无奈感叹：“我们现在，所处的境界，诚极沉闷。”<sup>③</sup> 国运的沉沦，也导致中华法系日渐式微，与之形成鲜明对比的则是

---

① 中国国际贸易促进委员会、中国国际商会调解中心：《中国商事调解理论与实务》，中国民主法制出版社2002年版，第2页。

② 樊莹：《仲裁在中国：法律与文化分析》，法律出版社2017年版，第250-251页。

③ 吕思勉：《中国通史》，江西教育出版社2017年版，第446页。

西方法律制度的风头无两，时人“咸谓非取法欧、美，不足以图强”<sup>①</sup>。而外力也同时将古老的中国卷入资本主义世界市场，客观上引发了传统中国社会经济结构的变化，为民族商品经济的发展迎来了新的历史契机，使得现代意义上的新式商人协会如雨后春笋一般出现在中华大地上。“据综合各种文献资料统计，从1904年至1912年，除西藏外全国各地都已成立了商会，总计多达922所。其中商务总会49个，商务分会843个，另还有为数众多的商务分所未计算在内。”<sup>②</sup>

在这一背景下，旧有纠纷解决机制完全陷入被动，无法妥善应对民间商事纠纷的日益增多和复杂化。清朝光绪帝在回复内阁和商部的上谕中就坦承：“惟中国商民，平日与官场隔阂，情谊未能遽孚。而不肖官吏，或宜牵掣抑勒，甚至报关完税，多所需索，商船验放，到处留难。遇有词讼，不能速为断结，办理不得其平，以致商情不通，诸多阻滞。”<sup>③</sup>而广大商人群体从自身利益出发，迫切希望建立一种新型的、更为有效的商业纠纷解决方式。仲裁作为西方社会一种实施多年、效果明显的商业纠纷解决机制，理所当然地受到了格外关注。由商部主办的《商务官报》刊载了《商业机关释》一文，专门介绍了西方商事仲裁的模式，称“欧洲各国，多于特别任用法令之下，简举实业家及具有一定资格者，为商业裁判所判事”。<sup>④</sup>多方推动之下，各地商会也迅速开启了建立仲裁机构的实践探索。

1907年，成都商务总会率先设立商事裁判所，并在章程中明确商事裁判所不仅直接有剖断是非曲直之权，也间接有强制执行之权。但清廷官方显然对此持保留意见，相关公文称“此项章程为商会办事一部分之细则，不能遂为定制。其所拟裁判所名目与新官制审判厅名目混淆，似以改用公断处等字样较为合宜”。<sup>⑤</sup>言下之意，四川成都的“商事裁判所”有与官方审判机构审判厅争权之嫌，还是限定为民间公断为宜。此后，重庆等地采用“商事公断处”之名，大抵也是受官方明确表态之影响。1912年民国成立后，各地商会仍希望强化其商

① (清)赵尔巽等撰：《清史稿》卷一百四十二《刑法一》，中华书局1976年版，第4187页。

② 朱英：《清末新式商人社团的兴起及其影响》，载《中国经济史研究》1989年第4期。

③ (清)朱寿朋：《光绪朝东华录》，中华书局1958年版，第5091页。

④ 杨志洵：《商业机关释》，载《商务官报》1906年第25期。

⑤ 参见虞和平：《清末民初商会的商事仲裁制度建设》，载《学术月刊》2004年第4期。

事纠纷裁判权，积极争取司法部及政府对商事裁判所的认可。<sup>①</sup>但司法部对此极为审慎，一方面强调设立商事裁判所于法无据，“现在法院编制法另有民事刑事分庭，并无得设商事裁判所之规定，径自设立既有非法之嫌，追加条文又侵立法权限”<sup>②</sup>；另一方面则严格限定商事公断处的权限，指出“必须两造合意受其公断，不得稍有强迫。其断后如有一造不服，仍应受该管法庭正式审判”<sup>③</sup>。之后，当时的司法部会同农工商部制定了《商事公断处章程》和《商事公断处办事细则》，近代的商事公断制度也最终得以确立。

结合产生背景、发展过程以及具体内容来看，商事公断制度无疑是一项兼具中西特色的纠纷解决制度。它虽肇始于对西方仲裁制度的移植和借鉴，但在推进过程中始终无法摆脱中华民族传统法律文化的影响，只能不断适应民族精神基因的要求，迈上本土化之路。其中，最为突出的表现在于三点：一是权力性质，商事公断处的权力为“公断”而非“裁判”；二是法律效力，商事公断的结果必须当事人双方均同意才能生效和强制执行；三是法律地位，公断不是一种完全独立于官方裁判的纠纷解决机制，仍受法院限制。根据《商事公断处章程》的规定，商事公断处“对于商人间争议，立于仲裁地位，以息讼和解为主旨”，这意味着它的权力性质是一种类似于调解的调处权，而非裁判权。而《商事公断处章程》第17条及《商事公断处办事细则》第48条、第49条又表明，商事公断的结果必须在两造同意的前提下才生效，若要强制执行，也必须两造均无异议并禀请管辖法院宣告。这应是许多研究者仍将近代民商事公断制度视为一种调解机制的根本原因。<sup>④</sup>商事公断制度的历史演绎表明，无论何种西方法律制度，照搬照抄是不可能在中国社会长久发展的。要么是空有其形，在发挥出真正实效之前就迅速退出历史舞台；要么就主动融入，接受传统文化的系统改造，从而在“本地土壤”上开出符合国人审美的“花朵”。

### （三）新中国的仲裁探索为之奠定了牢固根基

中华人民共和国成立之初，百废待兴，党和政府坚持破旧立新，在废除旧

<sup>①</sup> 参见付海晏：《清末民初商事裁判组织的演变》，载《华中师范大学学报（人文社会科学版）》2002年第2期。

<sup>②</sup> 《司法部致工商部商事裁判所一案法院编制法并无此规定拟就各商埠等地方审判厅内酌加民事法庭专理商事诉讼等情希核复函》，载《上海法曹杂志》1913年第14期。

<sup>③</sup> 《司法部咨工商部商事公断处准援案设立如有一造不服仍应受法庭审判之》，载《政府公报》1912年第71期。

<sup>④</sup> 王兰：《中国传统商会纠纷解决机制之功能分析——以调解为视角》，载《仲裁研究》2007年第2期。

法统的基础上开启了建设社会主义新法统的历史征程。构建新的仲裁体系，亦是其中的重要任务。这既源于国内经济纠纷的日益增加，也基于国际经济交往的客观必要。经过一番努力和探索，在1995年《仲裁法》正式实施之前，中国已经在仲裁制度和规则制定、仲裁机构和仲裁人员队伍建设等方面取得了长足进步，尽管仍存在一些缺陷和不足，但新的仲裁体系业已基本形成。新体系依然展现出鲜明的中国特色，通过机构的分设、制度的分类、职能的分配，将仲裁分为“国内仲裁”和“涉外仲裁”两大板块，分别用于应对国内和国际等不同类型的经济纠纷。

国内仲裁，聚焦于对国内经济纠纷的仲裁和调解。这一机制于中华人民共和国成立后不久就已着手建构，政府在一些法律条文中明确要求适用仲裁。如，1951年1月，政务院财政经济委员会发布的《国营企业提用企业奖励基金暂行办法》（已失效）第8条规定，工会与国营基层企业总负责人就奖励基金的使用有不同意见而经协商仍不能解决时，可分别报请各该上级机关会商解决，如仍不能解决时，得请劳动行政部门仲裁之；<sup>①</sup> 1954年1月，政务院财政经济委员会批准试行的《林业部一九五四年全国木材统一支拨暂行办法》第15条规定，如供需双方发生纠纷不能解决者，可提请仲裁机关处理之。此后，国内仲裁稳步发展，关于仲裁的法律条文越来越多，专门规范某一类仲裁活动的行政法规也得以制定。1983年8月，国务院发布《经济合同仲裁条例》，对合同纠纷的管辖、组织、程序等事项进行了系统规定。与之相应的是，实践中出现了众多分管不同领域、不同类型纠纷的仲裁机构。经济合同纠纷由经济合同仲裁委员会仲裁<sup>②</sup>，技术合同纠纷由技术合同仲裁委员会仲裁<sup>③</sup>，各部门就木材统一送货产生的经济纠纷由各级经济委员会仲裁<sup>④</sup>，各单位因施工图预算产生的矛盾由各级建设委员会仲裁<sup>⑤</sup>，内陆水域的渔政工作管理纠纷由上一级渔政

① 劳动仲裁虽与商事仲裁不同，但亦属于仲裁的重要类型。中华人民共和国成立后，在国营企业内部推行仲裁来解决奖励基金使用的争议，充分体现了对仲裁这一纠纷解决方式的高度肯认。

② 《经济合同仲裁条例》（国发〔1983〕119号），1983年8月22日发布。

③ 《技术合同仲裁机构管理暂行规定》（国家科学技术委员会令第11号），1991年1月21日发布。

④ 《木材统一送货办法》第26条。

⑤ 《国家计委、国家建委、财政部关于加强基本建设概、预、决算管理工作的几项规定》，1978年9月29日发布。

部门仲裁<sup>①</sup>，联运货物灭失和损坏纠纷由两部主管局仲裁<sup>②</sup>，等等。总体而言，这一阶段的国内仲裁独特性明显：一是仲裁机构基本是附着于行政机关，具有浓厚的行政色彩；二是仲裁启动是由法律条文规定的，具有突出的强制性；三是仲裁效力不明，经历了“只裁不审”“又裁又审”“可裁可审”等多个阶段，具有明显的非终局性。

涉外仲裁则是为了满足中国与世界上其他国家之间的经济贸易需要而生，重点在于解决对外贸易过程中可能发生的争议。“一个国家能够从其他国家获得越多的外交承认，它就越能维护它的主权和合法性。”<sup>③</sup> 新生人民政权要得到充分巩固，必然要与其他国家进行政治、经济、文化等各方面的交流，获得国际社会的认可。中华人民共和国成立后，即与苏联、芬兰、匈牙利等国家开展经济贸易合作，而签订的相关文件中就涉及通过仲裁的方式来解决双方纠纷。《中华人民共和国和匈牙利人民共和国关于1962年对外贸易机构交货共同条件议定书》就以专节的方式规定了仲裁，第九节第28条明确：“因合同或同合同有关所发生的一切争执，如双方不能取得协议时，须按下列仲裁程序解决，仲裁机构的裁定，双方必须遵照执行。（一）如被告为中国对外贸易机构时，应在北京由中国国际贸易促进委员会对外贸易仲裁委员会，根据该委员会的条例进行仲裁。（二）如被告为匈牙利对外贸易机构时，应在布达佩斯由匈牙利商会内组织选定的仲裁法庭进行仲裁。”而约定这类条款的前提在于，中国存在相应的仲裁机构。1954年5月，政务院发布《关于在中国国际贸易促进委员会内设立对外贸易仲裁委员会的决定》，明确了仲裁范围、仲裁委员、仲裁程序、仲裁原则、仲裁效力等事项。1958年11月，国务院发布《关于在中国国际贸易促进委员会内设立海事仲裁委员会的决定》，决定设立海事仲裁委员会以解决海上船舶碰撞等海事争议。伴随20世纪70年代末开始的改革开放，涉外仲裁的机构运行、仲裁原则、仲裁规则、仲裁程序等均得以进一步完善，国际影响力和认可度也不断提升。1991年颁布的《民事诉讼法》即明确了涉外仲裁中仲裁协议排除法院管辖的原则。

这一时期，由于在国家法律层面始终没有形成对全国仲裁统一规范的专门

---

① 《国务院批转国家水产总局关于全国水产工作会议情况的报告》（国发〔1979〕119号），1979年04月29日。

② 《铁路和水路货物联运规则》第25条“补充或解释”第4款。

③ [美] 迈克尔·罗斯金等著：《政治科学》，林震译，华夏出版社2001年版，第7页。

性法律文件，导致仲裁事业之发展缺乏统一的制度引导，呈现出“部门仲裁林立、各自为政的混乱局面。不但仲裁的范围十分广泛，种类繁多，程序制度极不统一”<sup>①</sup>。但客观上而言，仍取得了非凡的系列成就。无论是国内仲裁还是涉外仲裁，均已设立了以“仲裁委员会”命名的专业性仲裁机构，均已制定了各自的仲裁程序和仲裁规则，形成了相对固定、较为专业的仲裁员群体，均已积累了一定的处理仲裁案件的经验。在这过程中的仲裁理论积累和仲裁实践活动，为后来《仲裁法》的制定与施行，乃至中国特色社会主义仲裁的建设奠定了牢固的基础。“《仲裁法》的颁布，一方面是社会实践对国家仲裁立法的客观要求，另一方面，也是国家仲裁法律制度发展到今天的必然结果……表明仲裁制度在现实生活中已受到了人们的普遍欢迎。”<sup>②</sup>即便是发展过程中仍有些许不足，也是从经济社会发展水平、公众知识文化水平等多方面因素综合考量后所作出的最优化选择。这既坚持传承了中国传统调解文化，也完美契合了中国当时的国情实际，还适当吸收了人类仲裁文明的优秀成果。

### 三、中国特色社会主义仲裁的理论基础

恩格斯曾指出：“一个民族要想站在科学的最高峰，就一刻也不能没有理论思维。”<sup>③</sup>中国特色社会主义仲裁的形成和发展，有着深厚的理论根基。马克思主义法学基本原理作为一种科学真理，指导着我们立足国情实际构建中国特色社会主义仲裁；中国特色社会主义法治理论作为马克思主义法治思想中国化的理论成果，引领着中国特色社会主义仲裁不断走向完善；习近平法治思想作为中国特色社会主义法治理论的重大创新发展，为中国特色社会主义仲裁在新时代的新发展提供了根本遵循。正是始终坚持以这些科学理论为指导，中国特色社会主义仲裁才得以在既定轨道上阔步前进。

#### （一）以马克思主义法学基本原理为指导

马克思主义是我们立党立国的根本指导思想，走中国特色社会主义道路必须坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导。作为中国特色社会主义法治事业的重要组成部分，中国特色社会主义仲裁归根结底是一个法治命题，它的形成和发展与马克思主

① 谭兵：《我国仲裁制度的反思和完善》，载《法学家》2004年第4期。

② 潘剑锋：《我国仲裁法的新突破》，载《中外法学》1994年第6期。

③ 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局：《马克思恩格斯全集》（第二十六卷），人民出版社2014年版，第500页。

义法学基本原理高度契合，是马克思、恩格斯的法律观在中国仲裁领域的生动实践。

在马克思、恩格斯看来，法律是统治阶级意志的表现，具有明显的国家意志和阶级意志性。他们在《德意志意识形态》中指出：“在这种关系中占统治地位的个人除了必须以国家的形式组织自己的力量外，他们还必须给予他们自己的由这些特定关系所决定的意志以国家意志即法律的一般表现形式。这种表现形式的內容总是决定于这个阶级的关系，这是由例如私法和刑法非常清楚地证明了的……由他们的共同利益所决定的这种意志的表现，就是法律。”<sup>①</sup> 中国特色社会主义仲裁深刻体现了这一点，始终坚持以人民为中心，紧密契合广大人民群众对美好生活的需要。人民呼吁专门统一的仲裁法律制度，《仲裁法》便及时出台并适时修订；人民要求仲裁委员会依法独立开展工作，仲裁便逐步褪去行政色彩；人民希望仲裁“接地气”，仲裁便积极融入基层社会治理，依法妥善处理人民群众在日常生产生活中涉及财产权益的各类民事纠纷，实现案件受理多样化。概言之，广大人民群众需要什么样的仲裁，我们就发展什么样的仲裁。

在阶级意志性之外，法律还有更为本质的物质制约性。马克思主义认为，法律作为上层建筑的重要内容，它是由其所处社会的现实物质生活关系决定的。“法的关系正像国家的形式一样，既不能从它们本身来理解，也不能从所谓人类精神的一般发展来理解，相反，它们根源于物质的生活关系。”<sup>②</sup> “法律应该以社会为基础。法律应该是社会共同的、由一定物质生产方式所产生的利益和需要的表现，而不是单个的个人恣意横行。”<sup>③</sup> 马克思还以《拿破仑法典》为现实范例，指出这部法典是产生于18世纪并在19世纪继续发展的资产阶级社会的法律表现，一旦其赖以存在的社会关系发生变化，就会变成一叠不值钱的废纸。<sup>④</sup> 根据这一理论指引，每一个国家的仲裁都应该各具特色，因为没有哪两个国家能够做到在现实物质生活关系方面的完全一致，就像莱布尼茨所说的

① 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局：《马克思恩格斯全集》（第三卷），人民出版社1960年版，第378页。

② 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局：《马克思恩格斯全集》（第三十一卷），人民出版社1998年版，第412页。

③ 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局：《马克思恩格斯全集》（第六卷），人民出版社1961年版，第292页。

④ 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局：《马克思恩格斯全集》（第六卷），人民出版社1961年版，第292页。

“世上没有两片完全相同的树叶”。中国特色社会主义仲裁之所以走出一条不同于西方仲裁的道路，根本原因就在于它切实反映了中国的国情与实际，是建立在中国特有的物质生活关系基础上的仲裁机制。比如，中国实行的是社会主义市场经济制度，《仲裁法》第1条就开宗明义地表明立法目的之一在于“保障社会主义市场经济健康发展”，深刻表明了中西在经济体制方面的本质差异。但这也仅仅是中西在现实物质生活关系方面的诸多显著区别之一，当所有的区别集中反映到仲裁制度、规则、机构、文化上面时，自然会呈现出一种不尽相同的仲裁模式。

马克思、恩格斯也认为法律具有民族精神和文化的传承性。他们在《德意志意识形态》中曾指出：“法和法律有时也可能‘继承’，但是在这种情况下，它们也不再是统治的了，而是只剩下一个名义，关于这种情况的明显例子，我们在古罗马和英国的法制史中可以看到许多。”<sup>①</sup>言下之意，每个民族在之前历史阶段创造的法律制度是很有可能被本民族继承的，但这些法律制度因历史背景和社会关系的变化而不再居于统治性地位。它们之所以能够跨越时空得以延续，一方面是基于自身的经典性，但更多是因为个中蕴含着民族精神，这些思想、价值和理念，能为当下的政治统治提供有力支撑。中国特色社会主义仲裁之所以呈现出鲜明的中国特色，其中的一个重要原因就在于传承了中华优秀传统文化。既不断总结和挖掘了中华民族自古以来在“仲裁”（或者说与之类似的机制）领域的宝贵经验和文化传统，如民惟邦本、本固邦宁的民本理念，天下无讼、以和为贵的价值追求等思想和理念；又不断将中华优秀传统文化法律文化转化为生动实践，如中国古代民间裁决素来由在乡土社会中威望较高的群体主导，有鉴于此，中国目前也在积极探索聘任基层享有较高威望、善于调处民间纠纷的人士参与仲裁调解工作。可以说，中国特色社会主义仲裁是中华民族精神在仲裁领域的集中呈现，是中华民族优秀传统文化法律文化与现代仲裁制度融会贯通的产物。

## （二）以马克思主义法学中国化第二次历史性飞跃的理论成果为引领

“马克思主义理论从来不是教条，而是行动的指南。它要求人们根据它的基本原则和基本方法，不断结合变化着的实际，探索解决新问题的答案，从而也

---

<sup>①</sup> 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局：《马克思恩格斯全集》（第三卷），人民出版社1960年版，第379页。

发展马克思主义理论本身。”<sup>①</sup> 伴随改革开放号角的吹响，邓小平理论、“三个代表”重要思想、科学发展观开启了马克思主义中国化的第二次历史性飞跃。邓小平理论、“三个代表”重要思想、科学发展观等思想中蕴含着丰富的法治内容，又推动了马克思主义法学中国化的进程。其中，邓小平理论创立了中国特色社会主义法治理论，“三个代表”重要思想和科学发展观拓展、深化和创新了中国特色社会主义法治理论，谱写了改革开放新时期马克思主义法学中国化新篇章。<sup>②</sup> 在同一时期形成和发展的中国特色社会主义仲裁，始终以这些重要理论成果为指引。

从整体特征来看，中国特色社会主义仲裁，既具备各国仲裁的基本共同特征，更有基于自己国情的中国特色。如，仲裁类型的多样性、仲裁程序富含调解元素等。<sup>③</sup> 突出的自身特色，与中国特色社会主义法治理论的核心要求密切契合。在中国特色社会主义法治理论中，“‘法治’是其核心内容、价值体现，‘社会主义’是其属性和前提，‘中国特色’则是其生存场域和适用范围。”<sup>④</sup> 个中旨要，就在于开创一种真正属于中国、适合中国的法治模式。这套法治模式必须立足于中国国情实际，在需要的时候可以借鉴国外法治有益经验，但不能囫圇式地吸收别国模式和做法。中国特色社会主义仲裁，显然是将这一法治理论切实运用到仲裁领域所取得的实践成果。尽管现代仲裁制度源自西方，但中国并未对西式仲裁进行无差别的简单复制，而是紧紧扣住自身实际和需求。“我国仲裁事业20年来取得的辉煌创业成就，采取的一系列正确的发展战略和策略，概括起来就是一条：紧紧围绕我国经济社会发展的客观要求，不断满足我国现代化建设进程中的社会纠纷解决需要。”<sup>⑤</sup>

从发展过程来看，中国特色社会主义仲裁的形成和每一步发展，都有中国特色社会主义法治理论的运用和指引。改革开放之后，邓小平同志明确指出：“我们的国家已经进入社会主义现代化建设的新时期。我们要在大幅度提高社会生产力的同时，改革和完善社会主义的经济制度和政治制度，发展高度的社会

① 《邓小平文选》（第三卷），人民出版社1993年版，第146页。

② 参见张文显：《马克思主义法学中国化的百年历程》，载《吉林大学社会科学学报》2021年第4期。

③ 参见罗璨：《我国仲裁制度的优势和特色》，载《光明日报》2018年7月9日，第16版。

④ 何勤华：《“中国特色社会主义法治理论”考》，载《中国社会科学报》2022年8月29日，第11版。

⑤ 湖北省法学会仲裁法研究会编：《中国仲裁史稿》，法律出版社2018年版，代序。

主义民主和完备的社会主义法制。”<sup>①</sup>这就为发展社会主义民主和法制奠定了基调。长期负责国家法制工作的彭真同志则对仲裁立法提出了具体要求，“先内部发指示试行，过几年看，机构健全了，人多了，再正式制定法律”<sup>②</sup>，“立法时要吸收古今中外对我们有用的好经验，要解放思想，百家争鸣，但必须从中国的实际出发，根据我国的实践经验”<sup>③</sup>。在此类思想的指引下，仲裁法最终得以制定和颁布，它与彼时的社会主义市场经济体制改革密切相关，聚焦于规范市场经济主体及其行为，正式拉开了中国特色社会主义仲裁的序幕。

仲裁法颁布实施之后，中国特色社会主义仲裁又经历了“一次创业”和“二次创业”两个历史时期。<sup>④</sup>在“一次创业”时期，中国特色社会主义仲裁始终坚持着以中国特色社会主义法治理论为引领。比如，1996年2月，江泽民同志在中共中央举办的法制讲座上指出，实行和坚持依法治国，“就是广大人民群众在党的领导下，依照宪法和法律的规定，通过各种途径和形式，管理国家事务，管理经济和文化事业，管理社会事务”<sup>⑤</sup>。这不仅强调了要坚持依法治国，还指明了依法治国的实质是保障人民当家作主的权利，且必须坚持党的领导。同年4月，首批重组的7个仲裁委员会第二次秘书长联席会议就以此为指导，强调了重新组建仲裁机构工作应当坚持的几条原则。其中，第一条原则“全面、准确地把握《仲裁法》的精神，严格依照《仲裁法》和国务院的统一规范组建”，体现了依法治国的基本方略；第二条原则“要体现全心全意为人民服务的宗旨，保证仲裁能够按照公正、及时的原则解决经济纠纷”，彰显了依法治国是保障人民当家作主的本质；第四条原则“要统一认识，加强领导，调动各方面的积极因素”，突出了党的领导。<sup>⑥</sup>

在“二次创业”时期，中国特色社会主义仲裁的诸多新发展亦与中国特色社会主义法治理论的发展保持着高度一致。比如，2008年全国仲裁工作座谈会明确，“我国仲裁的基本任务是保障市场经济健康发展和构建和谐社会”<sup>⑦</sup>，这

① 《邓小平文选》（第二卷），人民出版社1994年版，第208页。

② 《彭真文选》，人民出版社1991年版，第402页。

③ 《彭真文选》，人民出版社1991年版，第402-403页。

④ “一次创业”时期为1995年到2004年，“二次创业”时期为2005年到2014年。湖北省法学会仲裁法研究会编：《中国仲裁史稿》，法律出版社2018年版，第450页。

⑤ 《江泽民文选》（第一卷），人民出版社2006年版，第511页。

⑥ 具体原则内容参见湖北省法学会仲裁法研究会编：《中国仲裁史稿》，法律出版社2018年版，第455页。

⑦ 湖北省法学会仲裁法研究会编：《中国仲裁史稿》，法律出版社2018年版，第284页。

与胡锦涛同志提出的“构建社会主义和谐社会”相契合；2009年全国仲裁工作座谈会明确，“全国仲裁工作必须继续坚持为社会主义市场经济服务的正确政治方向，必须始终坚持科学先进的专业发展方向”<sup>①</sup>，这是在仲裁领域贯彻落实科学发展观的生动实践。中国特色社会主义仲裁为市场经济服务、为和谐社会服务，又充分体现了“服务大局”的社会主义法治理念。胡锦涛同志曾明确强调，“要坚持以依法治国、执法为民、公平正义、服务大局、党的领导为主要内容的社会主义法治理念指引政法工作”<sup>②</sup>，“引导各类经济组织、社会组织增强服务意识、强化服务功能”。各仲裁委员会作为社会组织，当然要响应号召真正承担起社会责任，服务于党和国家的发展大局。

### （三）以习近平法治思想为遵循

时代是思想之母，实践是理论之源。伴随中国特色社会主义进入新时代，中国特色社会主义法治理论也迎来了重大创新发展，即习近平法治思想。习近平法治思想是顺应实现中华民族伟大复兴时代要求应运而生的重大理论创新成果，是马克思主义法治理论中国化最新成果，是习近平新时代中国特色社会主义思想的重要组成部分，是全面依法治国的根本遵循和行动指南。<sup>③</sup>新时代中国特色社会主义仲裁的发展，是在仲裁领域认真学习领会和贯彻落实习近平法治思想呈现出的生动图景。

中国特色社会主义仲裁，体现了坚持党对全面依法治国的领导。坚持党的领导，是习近平法治思想的重要内涵。党的领导和依法治国是统一的，党的领导“是社会主义法治的根本要求”，<sup>④</sup>“是推进全面依法治国的根本保证”，“是我国社会主义法治之魂，是我国法治同西方资本主义国家法治最大的区别”<sup>⑤</sup>。新时代发展中国特色社会主义仲裁，明确要努力形成党委领导、政府组建、机构独立、行业自律、司法监督、社会监督的仲裁工作新格局。<sup>⑥</sup>其中，党委领导最为首要，是确保中国仲裁事业健康发展的根本政治保证。一方面，从各级

① 湖北省法学会仲裁法研究会编：《中国仲裁史稿》，法律出版社2018年版，第306页。

② 《胡锦涛文选》（第三卷），人民出版社2016年版，第28页。

③ 《习近平在中央全面依法治国工作会议上强调 坚定不移走中国特色社会主义法治道路 为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》，载《人民日报》2020年11月18日，第1版。

④ 习近平：《论坚持全面依法治国》，中央文献出版社2020年版，第92页。

⑤ 习近平：《坚定不移走中国特色社会主义法治道路 为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》，载《求是》2021年第5期。

⑥ 《中共中央办公厅、国务院办公厅印发〈关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见〉的通知》（中办发〔2018〕76号），2018年12月31日发布。

党委而言，要加强对仲裁工作的领导，牢牢把握仲裁工作的中国特色社会主义方向；另一方面，从各仲裁委员会自身而言，要建立党的基层组织，以此支持仲裁委员会依法履行职责，为提高仲裁公信力提供政治保证。<sup>①</sup>离开了党的领导，中国特色社会主义仲裁就难以有效推进，中国特色社会主义仲裁事业也无法顺利发展。

中国特色社会主义仲裁，体现了坚持以人民为中心。习近平总书记是从人民中走出来的，历来有着深厚的人民情怀，始终强调治国理政要坚持以人民为中心。他旗帜鲜明地指出：“全面依法治国最广泛、最深厚的基础是人民，必须坚持为了人民、依靠人民。要把体现人民利益、反映人民愿望、维护人民权益、增进人民福祉落实到全面依法治国各领域全过程。”<sup>②</sup> 中国特色社会主义仲裁就具有显著的人民性，这也是区别于西式仲裁的标识之帜。无论是仲裁机构的设立与运行，还是仲裁制度、仲裁规则和仲裁程序，都深刻反映了人民群众对法治、公平、正义、安全等方面日益增长的要求，发挥了妥善处理人民群众在日常生产生活中涉及财产权益的各类民事纠纷的重要功能，诠释了推进全面依法治国的根本目的在于依法维护人民群众合法权益。要而言之，中国特色社会主义仲裁是定位于一种为广大人民群众服务的纠纷解决机制，是一种公共法律服务而不是一种单纯片面的商业纠纷解决机制，这就能合理解释它在很多方面的独特性。2020年12月，中共中央印发的《法治社会建设实施纲要（2020—2025年）》就明确仲裁是“为群众提供便捷高效的公共法律服务”的重要构成，并强调“推动仲裁委员会积极参与基层社会纠纷解决，支持仲裁融入基层社会治理”。在实践中，司法部联合人民网等单位举办了“新时代司法为民好榜样”的活动，其中就包括“仲裁为民好榜样”，武汉仲裁委员会等诸多仲裁机构也都在强调坚持“仲裁为民”的理念。

中国特色社会主义仲裁，体现了坚持中国特色社会主义法治道路。每个国家和民族的历史传统、文化积淀、基本国情不同，其发展道路必然有着自己的特色。法治发展道路亦如是。坚持中国特色社会主义法治道路是习近平法治思想的核心要义之一，既“要传承中华优秀传统文化法律文化，从我国革命、建设、改革的实践中探索适合自己的法治道路”，也“决不照搬别国模式和做法，决

---

<sup>①</sup> 《中共中央办公厅、国务院办公厅印发〈关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见〉的通知》（中办发〔2018〕76号），2018年12月31日发布。

<sup>②</sup> 习近平：《论坚持全面依法治国》，中央文献出版社2020年版，第2页。

不走西方所谓‘宪政’、‘三权鼎立’、‘司法独立’的路子”。<sup>①</sup> 中国特色社会主义仲裁，正是对这一要义的深刻领悟和坚决贯彻。我们坚持的中国特色社会主义仲裁发展道路，本质上是中国特色社会主义法治道路在仲裁领域的具体体现；我们发展的中国特色社会主义仲裁事业，本质上是中国特色社会主义法治事业的重要一域；我们建设的中国特色社会主义仲裁制度，本质上是中国特色社会主义法治体系的构成部分。概言之，坚持中国特色社会主义法治道路，就不能做西式仲裁的“搬运工”，而是要厚植于中国大地，打造中国特色的仲裁品牌。

中国特色社会主义仲裁，体现了坚持统筹推进国内法治和涉外法治。法治是国家核心竞争力的重要内容。尤其在当前世界正经历百年未有之大变局的背景下，中国日益走近世界舞台中央，更要坚持统筹推进国内法治和涉外法治，在涉外法治工作战略布局、涉外法律法规体系建设、引导企业和公民在国外自觉遵守当地法律法规等方面不断取得新的进步。中国特色社会主义仲裁，就是国内仲裁与涉外仲裁的有机综合体。从仲裁机构来看，中国现有的仲裁机构分为国内仲裁机构和涉外仲裁机构、国外仲裁机构分支机构等多种类型；从仲裁案件来看，各仲裁委员会受理案件多元化的特征日益明显，在受理国内仲裁案件的同时，也积极受理涉外仲裁案件；从仲裁发展前景来看，中国仲裁既要服务于国内法治社会建设，也要服务于国家开放和发展战略，还要不断提升国际竞争力和加强对外交流合作，提高自身的国际认知度、话语权和影响力。一如习近平总书记所期许的，“要注重培育一批国际一流的仲裁机构、律师事务所，把涉外法治保障和服务工作做得更有成效”<sup>②</sup>。

对于习近平法治思想的其他核心要义，中国特色社会主义仲裁亦多有体现。比如，中国特色社会主义仲裁构成基层社会治理的重要支撑，一切仲裁工作严格依法开展，体现了坚持在法治轨道上推进国家治理体系和治理能力现代化；中国特色社会主义仲裁重视对包括仲裁法在内的一系列仲裁法律制度的适时修改，体现了坚持建设中国特色社会主义法治体系；中国特色社会主义仲裁培养了一大批热爱中国仲裁事业的专业人才，体现了坚持建设德才兼备的高素质法

---

<sup>①</sup> 习近平：《坚定不移走中国特色社会主义法治道路 为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》，载《求是》2021年第5期。

<sup>②</sup> 习近平：《坚定不移走中国特色社会主义法治道路 为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》，载《求是》2021年第5期。

治工作队伍；等等。

#### 四、中国特色社会主义仲裁的现实必要

走什么样的仲裁道路、发展什么样的仲裁，是由一个国家的基本国情决定的。坚定不移走中国特色社会主义仲裁发展道路，发展中国特色社会主义仲裁，与中国当前的国情实际高度契合，具有充分的现实必要性。从新的历史方位来看，中国特色社会主义进入了新时代，即将开启新征程，新的社会主要矛盾要求我们发展中国特色社会主义仲裁；从新的国内建设来看，全面依法治国深入推进，其中社会主义法治社会建设本就包含对中国特色社会主义仲裁的布局 and 安排；从新的国际局势来看，发展中国特色社会主义仲裁也是应对世界百年未有之大变局的必要举措。

##### （一）解决新时代社会主要矛盾的客观要求

人民对美好生活的向往，就是我们的奋斗目标。在党的十九大上，习近平总书记庄严宣告：“中国特色社会主义进入新时代，我国社会主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾。”<sup>①</sup> 发展中国特色社会主义仲裁，能在一定程度上满足人民日益增长的美好生活需要，为新时代社会主要矛盾的解决贡献力量。

人民美好生活需要日益广泛，主要体现在两个层面：一是对物质文化生活提出了更高要求；二是在民主、法治、公平、正义、安全、环境等方面的要求日益增长。这二者是相互映衬的。一方面，民以食为天，伴随中国社会生产力水平明显提高，人民自然会开始向往和追求更高品质、更高层次的物质文化生活。“饮食更加丰富、衣着更加体面、居住更加舒适、交通更加便利、医疗更加发达、生活更加多彩，等等，都是这方面需要的具体体现。”<sup>②</sup> 另一方面，“我们不是单靠吃米活着”<sup>③</sup>，人在基本的社会物质生活条件之外，还有很多值得追求的东西。特别是当人的物质生活水平提高之后，更会积极关注民主、法治、公平、正义、安全、环境等非物质层面但又与个人生活密切相关的事项。问题在于，中国目前发展存在不平衡不充分的问题，包括创新能力不适应高质量发

① 习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》，人民出版社2017年版，第11页。

② 沈壮海等：《人民最大》，湖北人民出版社2021年版，第170页。

③ 《巴金散文》，人民文学出版社2007年版，第87页。

展要求、生态环保任重道远、社会治理存在弱项短板等，“这已经成为满足人民日益增长的美好生活需要的主要制约因素”<sup>①</sup>。

坚持发展中国特色社会主义仲裁，与新时代的社会主要矛盾是紧密相关的。对于人民在物质文化生活方面的需要，中国特色社会主义仲裁固然有心无力，但也恰恰是基于人民物质文化生活水平的提升，才会在客观上形成对仲裁的普遍需求，才会有大力发展仲裁的必要性。若非如此，当高法律救济成本遇上缺乏基本保障的物质生活，大部分人可能都会对包括诉讼和仲裁在内的纠纷解决机制望而却步。对于人民在民主、法治、公平、正义、安全等方面的日益增长的需要，中国特色社会主义仲裁则有相当广阔的施展空间。就民主而言，中国特色社会主义仲裁坚决贯彻落实民主原则。《仲裁法》《仲裁委员会登记管理办法》等仲裁制度的制定和修改，均须公开征求意见；仲裁委员会的章程、仲裁规则、服务流程、收费标准、年度工作报告和财务预决算报告等信息，要及时向社会公开。这意味着广大人民群众可以参与到仲裁立法和仲裁运行中来，行使监督权并提出自身想法与建议。就法治而言，中国特色社会主义仲裁始终在法治轨道上推进。无论是仲裁法律制度体系的完善，还是仲裁机构的内部治理；无论是国家对仲裁的支持和管理，还是仲裁庭对各类案件的裁决审理，都是严格依法进行，深刻体现了法治价值观。就公平正义而言，中国特色社会主义仲裁的目标就在于努力让人民群众在每一个仲裁案件中都能感受到公平正义。我们对仲裁委员会设立、换届等活动的规范管理，对仲裁委员会依法独立开展工作的贯彻落实，对仲裁员资格条件的严格把握，对仲裁全过程的内外全面监督，对扰乱仲裁发展秩序行为的坚决纠正，都是为了确保仲裁的公正性和公信力。就安全而言，中国特色社会主义仲裁有利于实现对人民合法权益的有效保护，进一步增强人民群众安全感和满意度。人民群众不会再因权益受到侵犯而感到手足无措，完全可借助仲裁来解决问题。

## （二）建设社会主义法治社会的题中之义

法治社会是构筑法治国家的基础，法治社会建设是实现国家治理体系和治理能力现代化的重要组成部分。党的十八大以来，以习近平同志为核心的党中央高度重视法治社会建设，将基本建成法治社会作为社会主义现代化的重要目标之一。2020年12月，中共中央印发了《法治社会建设实施纲要（2020—

<sup>①</sup> 《习近平谈治国理政》（第三卷），外文出版社2020年版，第9页。

2025年)》，再度明确了要加快推进法治社会建设，建设信仰法治、公平正义、保障权利、守法诚信、充满活力、和谐有序的社会主义法治社会。仲裁是法治社会的题中之义，也是法治社会得以形成的重要保障，这就从客观上要求加快发展符合中国国情的中国特色社会主义仲裁。

中国特色社会主义仲裁是国家公共法律服务的核心内容。公共法律服务是政府公共职能的重要组成部分，是保障和改善民生的重要举措，是全面依法治国的基础性、服务性和保障性工作。社会主义法治社会的重要特征之一，就在于能够为广大人民群众提供便捷高效的公共法律服务。党的二十大报告强调，要“建设覆盖城乡的现代公共法律服务体系”。只有公共法律服务体系完备健全，人民群众才会逐渐形成办事依法、遇事找法、解决问题用法、化解矛盾靠法的良好习惯。而仲裁正是中国公共法律服务体系不可或缺的一部分。这从机构职能配置以及相关政策文件即可得见。司法部公共法律服务管理局的主要职能，就包括指导仲裁工作和编制仲裁名册并公告。党中央和国务院关于公共法律服务的政策文件，也明确将仲裁列于其中。2019年7月，中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于加快推进公共法律服务体系建设的意见》，就提到要发挥仲裁等非诉讼方式的积极作用，要整合仲裁优势资源为国家重大经贸活动和全方位对外开放提供法律服务、修改仲裁法、稳步增加仲裁员数量等工作。2020年12月，中共中央印发的《法治社会建设实施纲要（2020—2025年）》，第15条“为群众提供便捷高效的公共法律服务”也明确提出要加快仲裁行业改革发展，有效满足人民群众日益增长的高品质、多元化法律服务需求。2021年1月，中共中央印发的《法治中国建设规划（2020—2025年）》，第13条再次强调：“紧紧围绕人民日益增长的美好生活需要加强公共法律服务，加快整合律师、公证、调解、仲裁、法律援助、司法鉴定等公共法律服务资源，到2022年基本形成覆盖城乡、便捷高效、均等普惠的现代公共法律服务体系。”因此，加快推进法治社会建设，就要加快推进公共法律服务体系建设，也就要大力发展中国特色社会主义仲裁，将其作为一项重要的公共法律服务向全社会推广。

中国特色社会主义仲裁也是社会矛盾纠纷解决机制的关键构成。转型期总会经历多重因素导致的特殊阵痛。伴随中国经济社会发展，人与人之间的交往联系进一步加强，形形色色的社会矛盾纠纷也渐趋白热化。面对这一重大变化，“我国国情决定了我们不能成为‘诉讼大国’。我国有14亿人口，大大小小的

事都要打官司，那必然不堪重负！”<sup>①</sup> 加快推进社会矛盾纠纷多元预防调处化解综合机制建设，也就成了解决问题的必由之路，更是基层社会治理体系和治理能力现代化的必然选择。恰如学者所说：“构建新型社会矛盾解决机制，是当前加强和创新社会治理的重要内容之一。”<sup>②</sup> 中国特色社会主义仲裁，无疑是这样一种新型的、高效的、便捷的社会矛盾纠纷解决机制。相较于人民法院的庄严肃穆，仲裁多了一分自治与亲和；相较于一些自发性的民间纠纷解决机制，仲裁又多了一分权威和公信力。它不仅在解决商事主体之间的商事纠纷方面饮誉已久，而且正日益融入基层社会，化身为解决基层社会矛盾纠纷的“及时雨”。《法治社会建设实施纲要（2020—2025年）》也进一步确认了仲裁的这一重要功能以及未来路向，明确提出：“推动仲裁委员会积极参与基层社会纠纷解决，支持仲裁融入基层社会治理。”《法治中国建设规划（2020—2025年）》则强调：“完善调解、信访、仲裁、行政裁决、行政复议、诉讼等社会矛盾纠纷多元预防调处化解综合机制，整合基层矛盾纠纷化解资源和力量，充分发挥非诉纠纷解决机制作用。”毋庸置疑，仲裁融入基层社会治理，将为基层社会矛盾纠纷的顺利解决和法治社会建设的稳步推进提供重大助力，有利于满足人民群众对美好生活日益增长的新要求，不断增强人民群众获得感、幸福感、安全感，促进社会和谐稳定。

### （三）应对世界百年未有之大变局的必要举措

一个国家的政治决策，也总是需要以对世界形势的充分研判为基础。党的二十大报告指出：“当前，世界百年未有之大变局加速演进，新一轮科技革命和产业变革深入发展，国际力量对比深刻调整，我国发展面临新的战略机遇。”伴随中国日益走向世界舞台中央，仲裁作为一种国际通行的纠纷解决方式，理所当然地将发挥更大且更为关键的效用。坚持发展中国特色社会主义仲裁，正是我们在仲裁领域坚持中国特色社会主义道路的体现，是我们在仲裁领域应对世界云谲波诡的大变局所提出的中国方案。

国际力量对比发生深刻调整，是世界百年未有之大变局的一个重要体现。近年来，“美国等一些发达国家经济社会发展陷入低迷，发展活力缺失，产业空

---

<sup>①</sup> 习近平：《坚定不移走中国特色社会主义法治道路 为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》，载《求是》2021年第5期。

<sup>②</sup> 颜慧娟、陈荣卓：《国家治理现代化进程中的社会矛盾解决机制建构》，载《江汉论坛》2017年第1期。

心化、人口老龄化、收入差距扩大化严重威胁经济发展，社会内部严重分裂甚至走向对立，而新兴市场国家和发展中国家整体性崛起，呈现加速发展态势，国际力量对比正在发生近代以来最具革命性的变化”<sup>①</sup>。中国更是崛起国家中的佼佼者，已然成为世界第二大经济体。但国际力量从不限于经济实力，而是一种综合政治、经济、文化等各方面的整体实力。因此，中国要借助其在全球经济中的重要地位，不断提升在各个领域的国际影响力和话语权，仲裁当然是其中的一个重要方面。发展中国特色社会主义仲裁的核心任务之一，就在于提高仲裁服务国家全面开放和发展战略的能力。通过仲裁这一窗口，既可以为“一带一路”倡议的推进保驾护航，提高国际地位，又可以不断增加主导和参与国际经济事务的机会，增强解决国际经济纠纷的能力，还可以在仲裁过程中讲好中国故事、传播中国声音，打造又一张闪亮的中国名片。这些都将成为推动国家发展的重要助力，确保中国在国际力量对比的变化中牢牢占据主动地位。

无论国际力量对比如何变化，和平与发展仍是时代主题，人类命运共同体理念深入人心。在未来的国际社会，“中国将继续发挥负责任大国作用，把握历史发展规律，顺应时代发展潮流，积极参与全球治理体系改革和建设，反对单边主义和霸权主义，坚持多边主义和国际关系民主化，为构建新型国际关系、构建人类命运共同体不断注入正能量”<sup>②</sup>。要完成这一时代目标，就必然要坚持推进全面改革开放，而中国特色社会主义仲裁对国家全面开放新格局的形成与发展裨益良多。一方面，发展中国特色社会主义仲裁，有利于改善营商环境，向全世界表明中国有着与国际接轨的、成熟可靠的纠纷解决机制。这将彻底解决潜在投资者的后顾之忧，使其积极参与到对华投资和交流中来。2019年10月，世界银行发布《2020年营商环境报告》，中国连续两年入列全球优化营商环境改善幅度最大的十大经济体，其中“执行合同”指标跻身全球前五名，“司法程序质量”指标排名全球第一，非诉讼纠纷解决机制建设在法治指标中更是获得满分，这充分说明中国包括仲裁在内的非诉讼纠纷解决机制建设的成效显著。<sup>③</sup>另一方面，中国特色社会主义仲裁也能为国际纠纷解决机制的完善贡献中国智慧，推动国际仲裁的文化交流与制度借鉴。仲裁虽源于西方，但中

① 何毅亭：《我国发展环境面临深刻复杂变化》，载《人民日报》2020年12月8日，第9版。

② 杨洁勉：《辩证把握国际格局》，载《人民日报》2019年7月9日，第9版。

③ 参见张维：《中国仲裁高峰论坛举行专家建议 充分发挥仲裁在优化营商环境中的作用》，载《法制日报》2019年11月12日，第10版。

国结合国情与实际开辟出一种特色仲裁模式，这不仅为正在发展仲裁的国家提供了可供参考的新路线，也为西方国家调处仲裁的固有窠臼提供了新思路。有学者就指出，中国的文化和司法实践业已对世界其他国家和地区的仲裁法律与实践产生了潜在的影响，并大胆预测国际仲裁将会朝着全球趋同化的方向发展。<sup>①</sup>

但在继续推进全面改革开放的同时，也必须注意到国际环境日趋复杂，各种不稳定性不确定性日益增加。其中最直接的体现在于，在国际市场上更容易发生经济贸易纠纷。若国家没有一批与国际接轨乃至具有国际权威的仲裁机构、没有一支熟悉国际仲裁程序和仲裁规则的专业队伍，当纠纷发生时，就很可能处于弱势地位。解决这一问题的关键还是在于“苦练内功”，即推动中国特色社会主义仲裁的迅猛发展。当我们打造出具有高度公信力、竞争力的区域或者国际仲裁品牌，培养出具有国际仲裁能力的仲裁从业人员，制定出适应国际仲裁的仲裁规则，全面提高了仲裁的国际化水平，就意味着国人可以在本国解决国际贸易纠纷，或者选择本国的仲裁员和委派专业的国际仲裁律师，有效避免语言障碍、程序生疏、规则区别、理念差异乃至政治限制等障碍，从而保证更大概率胜诉。

## 五、结语

“走自己的路，是党的全部理论和实践立足点，更是党百年奋斗得出的历史结论。”<sup>②</sup> 中国特色社会主义仲裁，走的就是一条立足中国国情实际的仲裁发展道路。它既彰显出高度的历史自信和文化自信，从传统中国社会的民间裁决机制、近代中国的商事公断制度、新中国的仲裁探索中汲取了充沛养分；又具有科学的理论思维和厚重的理论基础，在马克思主义法学基本原理、中国特色社会主义法治理论、习近平法治思想的指导下与时俱进；还紧紧扣住了中国新时代的脉搏和主题，有助于解决新时代社会主要矛盾，为建设社会主义法治社会和应对世界百年未有之大变局提供强力支撑。

在不忘本来、面向未来的同时，亦须坚持吸收外来，“以海纳百川的宽阔胸

---

① 樊莹：《仲裁在中国：法律与文化分析》，法律出版社2017年版，第253页。

② 习近平：《在庆祝中国共产党成立100周年大会上的讲话》，人民出版社2021年版，第13页。

襟借鉴吸收人类一切优秀文明成果”<sup>①</sup>。中国特色社会主义仲裁虽突出中国特色，但并不意味着要与其他国家的仲裁乃至国际仲裁形成泾渭分明之势，而是要积极将其中蕴含的优秀成分化为己用。2022年5月，全国政协围绕“仲裁法的修订”召开双周协商座谈会，指出：“现行仲裁法有许多具有中国特色又行之有效的制度，这些制度不要轻易修改，即使要修改也是使之更完善、更有效。同时，借鉴国际仲裁通行规则中符合仲裁发展趋势的好做法，进一步完善涉外仲裁制度。”<sup>②</sup>通过国内与国际的双向推进，使中国仲裁既深深扎根于本国国情实际和历史文化，又与国际仲裁接轨互通。

新时代新征程，我们既要看到中国特色社会主义仲裁取得的历史性成就，也要认识到中国特色社会主义仲裁存在的现实性问题。比如，《仲裁法》“还存在受案范围较窄、仲裁机构性质定位不明确、仲裁员相关规定不完善、司法支持保障与监督机制不健全、与国际仲裁规则衔接不充分等问题，不能适应形势发展和仲裁实践的需要”<sup>③</sup>等问题。面对新的战略机遇和风险挑战，我们要持之以恒，以历史性成就来提高坚持走中国特色社会主义仲裁发展道路的自觉性和自信心，以现实性问题来促推开创新时代中国特色社会主义仲裁事业新局面，为全面建设社会主义现代化国家、全面推进中华民族伟大复兴贡献仲裁支撑。

(责任编辑：潘楚婧<sup>④</sup>)

---

① 习近平：《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告（2022年10月16日）》，人民出版社2022年版，第21页。

② 《立足实际借鉴经验完善中国特色社会主义仲裁法律制度——全国政协“仲裁法的修订”双周协商座谈会发言摘登（一）》，载《人民政协报》2022年6月2日，第3版。

③ 《全国政协召开双周协商座谈会 围绕“仲裁法的修订”协商议政》，载《人民政协报》2022年5月31日，第1版。

④ 中国国际经济贸易仲裁委员会天津分会职员。

## 我国仲裁裁决撤销事由的立法再思考

——评《仲裁法征求意见稿》第77条

陈凡凯\*

**摘要：**仲裁裁决撤销事由的合理性关乎当事人权益和仲裁稳定性，是《仲裁法》修改的重点问题。《仲裁法征求意见稿》第77条一方面摒弃以往“双轨制”的做法，另一方面引入国际通行做法，有其先进之处。然而，该条的部分规定仍值得商榷，不仅降低了涉外仲裁裁决的撤销门槛，而且在“欺诈”“枉法裁决”的审查、组庭和程序瑕疵事由中“以致于严重损害当事人权利”条件的增设上均有合理完善的空间。

**关键词：**仲裁法修改 仲裁裁决撤销事由 双轨制 仲裁司法监督

### 一、引言

2021年7月30日，司法部发布了《关于〈中华人民共和国仲裁法（修订）（征求意见稿）〉公开征求意见的通知》，《仲裁法（修订）（征求意见稿）》（以下简称《仲裁法征求意见稿》）面世。<sup>①</sup>正如该征求意见稿的说明阐述的那样，为了适应我国社会主义市场经济不断深入发展的现状、改善仲裁立法与我国实践发展不相适应的问题、提升我国对外开放水平，《仲裁法》的修改尤为必要。<sup>②</sup>

\* 陈凡凯，中国政法大学国际法学院国际私法专业博士研究生。

① 《司法部关于〈中华人民共和国仲裁法（修订）（征求意见稿）〉公开征求意见的通知》，载司法部官网2021年7月30日，[http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/lfyjzj/lflfyjzj/202107/t20210730\\_432967.html](http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/lfyjzj/lflfyjzj/202107/t20210730_432967.html)。

② 《司法部关于〈中华人民共和国仲裁法（修订）（征求意见稿）〉的说明》：“随着社会主义市场经济深入发展和改革的深化，以及对外开放的进一步扩大，仲裁法也显露出与形势发展和仲裁实践需要不适应的问题。”

仲裁裁决撤销程序是一项重要的仲裁司法审查程序，其撤销事由规定的合理与否关系到当事人的权益保护、仲裁市场的发展，体现一个国家的仲裁水平和对待仲裁的态度。关于仲裁裁决的撤销事由，现有研究已对其进行了一定探讨：有研究解析了我国法定撤裁事由，认为我国应当在法定撤裁事由中纳入“当事人不能防御”，并且有限度地将“法律适用错误和事实认定错误”作为撤裁事由；<sup>①</sup>亦有研究从实证角度总结了我国撤裁程序实践中存在的问题，并认为我国仲裁立法采用的国内裁决与涉外裁决撤销标准的不统一是造成国内裁决撤销问题多于涉外裁决的原因；<sup>②</sup>另有研究针对法外撤裁，提出了应当在立法上建立正当程序依据、当事人约定依据、社会公共利益依据三重撤裁依据清单。<sup>③</sup>仲裁裁决撤销事由在《仲裁法征求意见稿》中被规定在第77条，该条规定解决了一些以往立法和司法实践中存在的问题，<sup>④</sup>既反映了我国仲裁立法对以往司法实践的反思，又能反映我国仲裁立法不断与国际仲裁实践接轨的发展。但是，该条亦存在难以解决的问题，一些事由的规定容易招致合理性质疑。为了完善该条规定，促进《仲裁法》修改的顺利完成，本文以《仲裁法征求意见稿》第77条<sup>⑤</sup>为切入点，对我国仲裁裁决撤销事由的法律规定进行再思考。

## 二、《仲裁法征求意见稿》对“双轨制”的摒弃和与国际实践的接轨

《仲裁法征求意见稿》发展了我国现行撤销仲裁裁决制度，完善了仲裁裁

① 参见张卫平：《仲裁裁决撤销事由的解析及调整》，载《经贸法律评论》2018年第1期，第104-117页。

② 参见宋连斌、颜杰雄：《申请撤销仲裁裁决：现状·问题·建言》，载《法学评论》2013年第6期，第108页。

③ 参见张春良、官隆清：《论涉外仲裁裁决的法外撤裁》，载《国际法研究》2021年第1期，第113-128页。

④ 例如，本次《仲裁法征求意见稿》统一了国内裁决和涉外裁决的撤销事由，解决了撤销条件内外有别的问题；又如，《仲裁法征求意见稿》从立法上增设了“仲裁协议无效”的撤销事由，回答了实践中对无效仲裁协议是否属于撤销事由的疑问。

⑤ 《仲裁法征求意见稿》第77条：“当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的，可以向仲裁地的中级人民法院申请撤销裁决：（一）没有仲裁协议或者仲裁协议无效的；（二）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者超出本法规定的仲裁范围的；（三）被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知，或者其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见的；（四）仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序或者当事人约定，以致于严重损害当事人权利的；（五）裁决因恶意串通、伪造证据等欺诈行为取得的；（六）仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。人民法院经组成合议庭审查核实裁决有前款规定情形之一的，应当裁定撤销。当事人申请撤销的情形仅涉及部分裁决事项的，人民法院可以部分撤销。裁决事项不可分的，应当裁定撤销。人民法院认定该裁决违背社会公共利益的，应当裁定撤销。”

决撤销事由,这种发展和完善主要体现在两方面:一是摒弃了“双轨制”的做法,以改变国内裁决和涉外裁决撤销事由内外有别的现状;二是贴合国际通行做法,使得我国撤销仲裁裁决制度与国际实践相接轨。

### (一) 摒弃“双轨制”的做法

#### 1. 统一了以往国内裁决和涉外裁决的撤销事由

在我国现行仲裁法律体系中,国内裁决与涉外裁决在撤销程序上呈现“双轨制”的特征。针对我国国内仲裁裁决,其撤销事由的法律依据为《仲裁法》第58条<sup>①</sup>;针对涉外裁决,根据《仲裁法》第70条,<sup>②</sup>撤销裁决的法律依据与《民事诉讼法》第281条<sup>③</sup>规定的不予执行涉外裁决的法律依据相同。对比《仲裁法》第58条及《民事诉讼法》第281条,它们的差别主要为涉外裁决的撤销事由是程序审查的事由,而国内裁决的撤销事由则不仅涉及程序审查事由,还涉及伪造证据、隐瞒证据、枉法裁决等实体审查事由。这种“双轨制”下的规定容易造成国内案件当事人和涉外案件当事人权利义务上的不平衡,同时,这种“双轨制”下国内裁决的实质审查可能与仲裁“一裁终局”的制度设计相抵牾。<sup>④</sup>因此,《仲裁法征求意见稿》试图将撤销仲裁裁决制度并轨,以解决内外标准不一的问题,同时这一并轨实际上补充和完善了国内裁决及涉外裁决的撤销事由。

首先,《仲裁法征求意见稿》删去了现行《仲裁法》关于撤销涉外裁决的

<sup>①</sup> 《仲裁法》(2017修正)第58条:“当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的,可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决:(一)没有仲裁协议的;(二)裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁的;(三)仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的;(四)裁决所根据的证据是伪造的;(五)对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的;(六)仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿,徇私舞弊,枉法裁决行为的。人民法院经组成合议庭审查核实裁决有前款规定情形之一的,应当裁定撤销。人民法院认定该裁决违背社会公共利益的,应当裁定撤销。”

<sup>②</sup> 《仲裁法》(2017修正)第70条:“当事人提出证据证明涉外仲裁裁决有民事诉讼法第二百五十八条(本文注:2021修正版第二百八十一条)第一款规定的情形之一的,经人民法院组成合议庭审查核实,裁定撤销。”

<sup>③</sup> 《民事诉讼法》(2021修正)第281条:“对中华人民共和国涉外仲裁机构作出的裁决,被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的,经人民法院组成合议庭审查核实,裁定不予执行:(一)当事人在合同中未订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的;(二)被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知,或者由于其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见的;(三)仲裁庭的组成或者仲裁的程序与仲裁规则不符的;(四)裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的。人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的,裁定不予执行。”

<sup>④</sup> 参见赵宁:《国际商事仲裁裁决撤销制度研究》,复旦大学2018年博士研究生学位论文,第107页。参见张卫平:《仲裁裁决撤销事由的解析及调整》,载《经贸法律评论》2018年第1期,第114-115页。

法律基础,解决了国内裁决和涉外裁决撤销标准不一的问题。《仲裁法征求意见稿》在其第七章“涉外仲裁的特别规定”中删去了撤销涉外仲裁裁决的内容,因此,根据《仲裁法征求意见稿》第88条的指引,<sup>①</sup>涉外裁决的撤销也统一适用《仲裁法征求意见稿》第77条,从而摒弃了现行《仲裁法》“双轨制”的做法,实现了国内裁决和涉外裁决在撤销事由上的统一和并轨。

其次,国内裁决和涉外裁决在撤销事由上的并轨补充和完善了国内裁决及涉外裁决的撤销事由。一方面,对于国内裁决而言,《仲裁法征求意见稿》规定违反正当程序的撤销事由可适用于国内裁决。此前《民事诉讼法》第281条规定了涉外裁决的撤销中被申请人若没有得到指定仲裁员或者仲裁程序的通知,或者由于不可归责于被申请人的原因未到庭陈述案件的,当事人可以主张正当程序违反。然而,现行《仲裁法》第58条并未规定该项事由,此为该条的一大缺憾。须知仲裁作为一项替代纠纷解决机制,意在形成一种两造对立的结构,倘若当事人因为不可归责于自身的理由未到庭发表意见,那么将严重损害其程序权利。除此之外,在仲裁司法审查的国际实践中,正当程序亦是重要的审查事项,例如,《承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》)第5条将正当程序违反作为拒绝承认与执行仲裁裁决的事由,<sup>②</sup>又如,《新加坡国际仲裁法》第24条将正当程序违反作为撤销裁决的事由。<sup>③</sup>因此,《仲裁法征求意见稿》纳入正当程序事由,是对国内裁决撤销事由的完善。另一方面,对于涉外裁决的撤销而言,《仲裁法征求意见稿》明确了社会公共利益违反可被适用于涉外裁决的撤销程序中。将公共政策作为一项兜底性的条款并对其进行审查,已经成为仲裁司法监督的国际通行做法,无论是《纽约公约》<sup>④</sup>还是《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(以下简称《示范法》)<sup>⑤</sup>都规

① 《仲裁法征求意见稿》第88条:“具有涉外因素的纠纷的仲裁,适用本章规定。本章没有规定的,适用本法其他有关规定。”

② 1958年《纽约公约》第5条第1款(乙)项:“承认或执行裁决有违该国公共政策者。”

③ See Article 24 of Singapore International Arbitration Act: “Court may set aside award. Notwithstanding Article 34 (1) of the Model Law, the High Court may, in addition to the grounds set out in Article 34 (2) of the Model Law, set aside the award of the arbitral tribunal if (a) the making of the award was induced or affected by fraud or corruption; or (b) a breach of the rules of natural justice occurred in connection with the making of the award by which the rights of any party have been prejudiced.”

④ 1958年《纽约公约》第5条第2款(乙)项:“受裁决援用之一造未接获关于指派仲裁员或仲裁程序之适当通知,或因他故,致未能申辩者。”

⑤ 2006年《国际商事仲裁示范法》第36(1)(b)(ii)条:“承认或执行该裁决与本国的公共政策相抵触。”

定了该项事由，故公共政策违反应当成为一项重要的撤裁事由被立法采纳。根据现行《仲裁法》第70条的规定，涉外仲裁裁决的撤销事由仅局限于《民事诉讼法》第281条第1款，因此，从文义上看，第2款中的“社会公共利益”违反并不能适用于涉外裁决的撤销程序；相反，现行《仲裁法》第58条则规定“社会公共利益”违反可被适用于国内裁决的撤销程序，这种内外差异反映出撤销涉外仲裁裁决规定上的不足。而《仲裁法征求意见稿》第77条对国内裁决和涉外裁决撤销事由的统一，从立法上明晰了无论是国内裁决还是涉外裁决，公共政策的违反天然地应当成为一项撤裁事由，从而弥补了过去公共政策违反难以直接适用到涉外裁决撤销程序的阙如。

## 2. 不断由实质审查向形式审查转变

摒弃“双轨制”还将使得撤裁程序不断由实质审查向形式审查转变。撤裁程序不断由实质审查向形式审查转变集中体现在本次修法对国内裁决撤销事由中“隐瞒证据”事由的剔除。现行《仲裁法》第58条将“隐瞒证据”作为撤销国内裁决的事由，而对于涉外裁决则无此类撤销事由。《仲裁法征求意见稿》摒弃了“双轨制”做法，这意味着国内裁决和涉外裁决适用一套撤裁法律体系，因此，对于国内裁决而言，“隐瞒证据”将不再作为撤裁事由。

对仲裁裁决进行形式审查，是尊重仲裁自治性的关键一步，而不再将“隐瞒证据”作为撤销国内裁决的事由意味着撤裁程序不断由实质审查向形式审查转变。此前，把“隐瞒证据”作为撤销国内仲裁裁决的法定事由遭到了学界的批评，主要是因为当事人有权利提出对自己有利的证据，而隐瞒对自己不利的证据，这是人的“趋利避害”的心理所致，要求当事人作出不利于己的事情尤为困难，倘若因为这种隐瞒行为而使仲裁裁决被撤销，实质上违反了程序法上的辩论原则和处分原则。而这一规定背后的原理，可能是对发现事实真相的过度追求，张卫平教授将其称为“事实探知绝对化”。<sup>①</sup>此外，从仲裁法理的角度来看，这一规定一方面通过实质审查忽视了仲裁“一裁终局”的特点，另一方面因为当事人的隐瞒行为而撤裁不仅使得仲裁庭的努力毁于一旦，而且与程序法原则相悖。所以，剔除该项事由有利于贯彻司法监督的形式审查原则，既能给予仲裁庭和当事人更多的行动空间，又能维持仲裁裁决的稳定性。

<sup>①</sup> 参见张卫平：《仲裁裁决撤销事由的解析及调整》，载《经贸法律评论》2018年第1期，第111页。参见张卫平：《转换的逻辑——民事诉讼体制转型分析》（修订版），法律出版社2007年版，第310-320页。

## （二）贴合国际通行做法

国际商会仲裁院秘书长认为：一国是否加入《纽约公约》、一国仲裁法是否采纳《示范法》是判断一国是否支持仲裁的标准。<sup>①</sup>换言之，《示范法》和《纽约公约》是国际仲裁立法的蓝本。倘若我国仲裁立法能引入《示范法》及《纽约公约》的先进规定，将极大促进我国仲裁市场的长足发展。故以《示范法》和《纽约公约》等国际文件为基准，可以发现《仲裁法征求意见稿》在撤销仲裁裁决的有关规定上比现行《仲裁法》更贴合国际通行做法。这主要表现在以下几个方面：

第一，完善了撤销仲裁裁决事由的规定，这主要指把仲裁协议无效列为撤销仲裁裁决的事由。这项事由早已在《示范法》和《纽约公约》中得到规定。一方面，当事人只受有效仲裁协议的约束；另一方面，从仲裁庭自裁管辖权角度而言，仲裁庭管辖权的审查范围既包括协议的有无，还包括协议效力的有无，所以，如果仲裁协议无效，仲裁庭自然没有管辖权，其作出的裁决也自然要被撤销。<sup>②</sup>然而，无论是在国内裁决上还是在涉外裁决的撤销上，我国此前的立法均只涉及当事双方没有仲裁协议的情形，此为一大立法缺憾，而此缺憾在《仲裁法征求意见稿》中得到了弥补。

第二，顺应了我国仲裁法体系由以仲裁机构（或仲裁委员会）为中心向以仲裁地为中心转变的趋势。长期以来，我国仲裁法律体系强调仲裁机构的法律功能，无论是在确定仲裁协议效力时，还是在确定仲裁裁决国籍时，抑或是在确定撤销仲裁裁决管辖法院时，仲裁机构一直是对这些事项予以确定的关键要素和决定性标准。<sup>③</sup>这与国际通行的以仲裁地为中心的仲裁立法实践不一，例如，在确定仲裁裁决国籍时，《纽约公约》和《示范法》均采取了仲裁地标准。<sup>④</sup>由于仲裁地与判断仲裁协议效力、仲裁程序的推进与撤销仲裁裁决的联系更为密切，而仲裁机构与这些事项联系较弱，<sup>⑤</sup>这种强调仲裁机构法律功能

① 转引自宋连斌、颜杰雄：《申请撤销仲裁裁决：现状·问题·建言》，载《法学评论》2013年第6期，第108页。

② See Tony Cole & Pietro Ortolani, *Understanding International Arbitration*, Routledge, 2020, p. 52.

③ 具体而言，根据《仲裁法》，当事人应当在仲裁协议中约定明确唯一的仲裁机构，否则仲裁协议无效；仲裁裁决的国籍应当根据仲裁机构所在地确定；当事人应当向仲裁机构所在地中院申请撤销。

④ 参见1958年《纽约公约》第1条第1款及2006年《国际商事仲裁示范法》第35条、第36条。

⑤ 参见高晓力：《司法应依仲裁地而非仲裁机构所在地确定仲裁裁决籍属》，载《人民司法》2017年第20期，第71页。

的立法模式饱受争议，遭到诸多批评。<sup>①</sup> 不过，近年来的司法实践已经尝试作出改变，例如广州市中级人民法院在“布兰特伍德工业有限公司、广东阔安龙机械成套设备工程有限公司申请承认与执行法院判决、仲裁裁决案”中事实上已默示地采用了“仲裁地标准”以确定仲裁裁决的国籍。<sup>②</sup> 因此，在已有在先实践的背景下，《仲裁法征求意见稿》将仲裁地贯穿始终，不仅在认定仲裁协议效力的标准中将“选定的仲裁委员会”剔除，亦改变了撤销仲裁裁决的管辖法院。根据《仲裁法征求意见稿》第77条的规定，当事人应当向“仲裁地的中级人民法院”申请撤销仲裁裁决，而非现行《仲裁法》规定的“仲裁委员会所在地的中级人民法院”，这顺应了我国仲裁法发展的趋势，符合国际通行做法。

第三，引入“可仲裁性”规则。“可仲裁性”规则实际上是一种对私人活动的限制，或者说为意思自治划定边界，并不是所有争议都应当或者适于由仲裁解决。于是，无论是《纽约公约》<sup>③</sup> 还是《示范法》<sup>④</sup>，“可仲裁性”均作为法院可主动审查的一种撤销仲裁裁决或不予承认与执行仲裁裁决的事由存在。学理上，可仲裁性分为主观可仲裁性和客观可仲裁性，而客观可仲裁性指某一争议事项是否为立法所允许而付诸仲裁方式予以解决，<sup>⑤</sup> 因此《仲裁法征求意见稿》规定的“超出本法规定的仲裁范围”是对“可仲裁性”规则的进一步明确，贴合了国际通行做法。另外值得一提的是，《仲裁法征求意见稿》将现行《仲裁法》中“仲裁委员会无权仲裁”的表述改为“超出本法规定的仲裁范围”，从侧面认可了仲裁庭的管辖权主体作用，削弱了仲裁委员会的作用。在仲裁程序中，仲裁庭有权裁定当事人提出的管辖权异议，从而决定自己的管辖权，此为“自裁管辖权”原则（或“管辖权—管辖权”原则）（competence-competence）。

① 有学者指出弱化仲裁机构法律功能是我国仲裁法制完善的必经之路。参见杨玲：《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175-180页。

② 在本案中，广州市中级人民法院指出，由于仲裁地位于中国广州，法院将《裁决》视为中国涉外仲裁裁决。参见布兰特伍德工业有限公司、广东阔安龙机械成套设备工程有限公司申请承认与执行法院判决、仲裁裁决案，广东省广州市中级人民法院（2015）穗中法民四初字第62号民事裁定书。

③ 1958年《纽约公约》第5条第2款（甲）项：“依该国法律，争议事项系不能以仲裁解决者。”

④ 2006年《国际商事仲裁示范法》第36（1）（b）（i）条：“法院认定有下列任何情形：（i）根据本国的法律，争议事项不能通过仲裁解决。”

⑤ 参见于喜富：《论争议可仲裁性司法审查之启动程序》，载《法学评论》2016年第3期，第49页。

tence) 的应有之义,<sup>①</sup> 现行《仲裁法》中“仲裁委员会无权仲裁”的表述实际上是将仲裁机构置于仲裁管辖权的主体地位, 这与自裁管辖权原则相悖, 《仲裁法征求意见稿》在表述上的改变在一定程度上促进了我国仲裁制度与国际通行的“自裁管辖权”原则接轨。

第四, 明确了当事人约定对组庭和仲裁程序的强制约束力。仲裁最大的特征就是其“契约性”, 仲裁充分尊重当事人的意思自治, 当事人在仲裁庭的组成、仲裁机构的选择、仲裁法律适用的约定、仲裁员的指定、仲裁事项范围的确定等方面具有自主权。故当事人之间的约定理应作为约束组庭和仲裁程序的准则, 这在《纽约公约》<sup>②</sup> 和《示范法》<sup>③</sup> 中均有体现。

第五, 《仲裁法征求意见稿》引入了部分撤裁的规定。同《示范法》一样,<sup>④</sup> 若申请撤销的部分仅涉及部分裁决且该裁决具有可分性, 则可以只撤销一部分裁决。这样做主要是对效率的考虑, 尽量不浪费司法资源, 也尽可能地避免仲裁庭的努力付诸东流, 与“支持仲裁”的理念相符。

### 三、对《仲裁法征求意见稿》撤裁事由的反思

前文已述, 《仲裁法征求意见稿》完善和发展了我国仲裁裁决撤销制度, 然而, 若对每一项具体撤裁事由仔细推敲, 其中端倪亦可显现, 《仲裁法征求意见稿》中某些具体撤裁事由的设置似乎不尽合理。本文现对“欺诈”与“枉法裁决”的审查, 以及组庭和程序瑕疵事由中“以致于严重损害当事人权利”条件的合理性予以剖析。

(一) 涉外仲裁裁决撤销门槛降低: “欺诈”和“枉法裁决”是否具有合理性

《仲裁法征求意见稿》虽然摒弃了“双轨制”的做法, 但是相较于现行《仲裁法》, 《仲裁法征求意见稿》第 77 条的规定实际上增加了涉外仲裁裁决的

① 参见宋连斌:《国际商事仲裁管辖权研究》, 法律出版社 2000 版, 第 212 页。

② 1958 年《纽约公约》第 5 条第 1 款 (丁) 项: “仲裁机关之组成或仲裁程序与各造间之协议不符, 或无协议而与仲裁地所在国法律不符者。”

③ 2006 年《国际商事仲裁示范法》第 36 (1) (a) (iv) 条: “仲裁庭的组成或仲裁程序与当事各方的协议不一致, 除非这种协议与当事各方不能背离的本法的规定相抵触, 或当事各方并无此种协议, 则与本法不符。”

④ 2006 年《国际商事仲裁示范法》第 36 (1) (a) (iii) 条: “裁决处理了不是提交仲裁的条款所考虑的或不是其范围以内的争议, 或裁决包括有对提交仲裁以外的事项作出的决定, 但如果对提交仲裁的事项所作的决定与对未提交仲裁的事项所作出的决定能分开的话, 只可以撤销包括有对未提交仲裁的事项作出决定的那一部分裁决。”

撤销事由。《民事诉讼法》第281条规定了撤销涉外仲裁裁决的事由,《仲裁法征求意见稿》在该条基础上增加了两项撤销事由:一是“裁决因恶意串通、伪造证据等欺诈行为取得的”,即恶意串通、伪造证据等欺诈行为成为撤销仲裁裁决的实质审查事由(第5项);二是仲裁员枉法裁决(第6项)的事由。这实际上降低了现行《仲裁法》下撤销涉外仲裁裁决的门槛,很可能使得涉外案件的当事人优先考虑在境外进行仲裁,而非在中国大陆(内地)境内进行仲裁,因为如果在境外进行仲裁,将依据《纽约公约》和相关安排<sup>①</sup>按照审查标准更低的承认(认可)与执行程序,这样将不利于我国仲裁市场吸引案源,也不利于吸引外资,亦可能影响国际知名仲裁机构的入驻,不太符合本次仲裁法促进我国仲裁机构和整体行业的改革发展的修法目的和使仲裁法与国际接轨的基本思路。<sup>②</sup>因此,有必要讨论《仲裁法征求意见稿》第77条第1款第5项和第6项规定的合理性问题。

#### 1. 欺诈事由的规定是否具有合理性

首先,对仲裁裁决的实质审查不符合仲裁“一裁终局”的特点。《征求意见稿》第77条第1款第5项规定若“裁决因恶意串通、伪造证据等欺诈行为取得”,则该裁决可被撤销。从文义上不难发现,该款颇有实质审查的意味,在查明当事人恶意串通和伪造证据两项行为时,法院很可能将涉及对案件实体方面的审查,除此之外,该项事由并不局限于恶意串通和伪造证据,“等”字说明法院可对欺诈行为的范围进行自主裁量,使得仲裁撤裁结果处于一种相对不稳定的状态。然而,无论是撤销程序还是执行程序,不轻易使终局裁决落空已经成为国际仲裁实践的要求,是仲裁司法审查的首要准则,也符合“支持仲裁”的要求。<sup>③</sup>试想:倘若一项裁决被法院进行实质审查,仲裁作为一项替代纠纷解决机制是否还有存在的必要?实际上,如果法院审查涉及实体部分,这从本质上为仲裁构建了一个上诉机制,而众所周知,仲裁具有“一裁终局”的特点,这一特点有利于当事人之间的纠纷得到更快解决,也是当事人选择仲裁而非诉讼作为他们争议解决方式的原因之一。根据伦敦玛丽女王大学2015年的调查,“避开特定的法律制度/国家法院”(Avoiding specific legal systems/national courts)成为当事人选择仲裁的最主要的原因之一;同时,追求中立(Neutrali-

<sup>①</sup> 如2000年《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》。

<sup>②</sup> 参见《司法部关于〈中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)的说明〉》。

<sup>③</sup> 参见宋连斌:《国际商事仲裁管辖权研究》,法律出版社2000年版,第224-230页。

ty)、终局 (Finality)、效率 (Speed) 也成为仲裁吸引当事人的重要原因。<sup>①</sup> 由此可见,把欺诈作为撤销仲裁裁决的实质审查事由,不仅在仲裁法理上存在瑕疵,也与当事人选择仲裁的意图和目的不相符合。

其次,从仲裁实践来看,欺诈事由可能并不存在独立性,其可以被“违反公共政策”所涵盖。法院对公共政策进行审查是仲裁司法监督的重要组成部分,无论是在撤裁程序还是在承认与执行程序,如何界定公共政策的范围一直是法学界关注的焦点问题。其中,公共政策能否包括欺诈的问题已经得到了学界和实务界的回应。应该说,学界普遍接受了公共政策可以包括欺诈的观点,在国际法学会《关于公共政策为由拒绝执行国际仲裁裁决的最终报告》中,欺诈被认为是一项程序性公共政策。<sup>②</sup> 同时,在我国司法实践中,欺诈事由有时也并不能完全独立于公共政策事由之外。《仲裁法征求意见稿》将当事人恶意串通纳入到欺诈的情形中,这意味着当事人之间通过恶意串通而进行的虚假仲裁行为可能被认定为欺诈,从而使得因此取得的裁决被撤销,但是我国存在将虚假仲裁认定为公共政策违反的实践。例如,最高人民法院在(2017)最高法民他42号复函中指出,虚假仲裁裁决表面上看损害了特定当事人的合法权益,看似不属于社会公共利益范畴,但从实质上看,是仲裁当事人恶意串通,以捏造事实、伪造证据、虚构法律关系等不正当的手段,利用仲裁获取非法利益,从而认定执行虚假仲裁裁决将违背社会公共利益。<sup>③</sup> 由此可见,在仲裁司法审查中,欺诈可能被解释为公共政策的违反,而不具有独立性。

最后,即便要规定欺诈事由,《仲裁法征求意见稿》的有关表述也过于简略,不尽完善。虽然《纽约公约》和《示范法》并没有规定欺诈事由,但不少国家在其国内法中规定了撤销仲裁裁决的欺诈事由。然而,各国实践均承认的是,应当对欺诈这一撤销事由的适用设置一个高门槛,如新加坡的司法实践就明确了这一点。在“BVU v. BVX”案中,新加坡高等法院认为欺诈撤裁事由的

<sup>①</sup> See Mary Queen University of Londen, 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, p. 6.

<sup>②</sup> 参见国际法学会:《关于以公共政策为由拒绝执行国际仲裁裁决的最终报告》,杜焕芳译,载中国国际贸易仲裁委员会编:《〈纽约公约〉与国际商事仲裁的司法实践》,法律出版社2010年版,第365-384页。

<sup>③</sup> 转引自宋建立:《公共政策在仲裁司法审查中的适用》,载《人民司法(应用)》2018年第1期,第63页。

成立需要很高的举证标准。<sup>①</sup>因此，一国国内法虽允许以欺诈为由撤销仲裁裁决，但也往往设置了限制条件，例如，要求提供欺诈行为的明确和令人信服的证据；又如，这些证据以前不可能被发现；再如，对法庭的决定有重大影响。<sup>②</sup>而《仲裁法征求意见稿》虽列举了“恶意串通”“伪造证据”的情形，但也没有将情形封口，即规定了“等”字。这无疑需要对“欺诈”进一步解释，否则可能陷入滥用该条款的境地，正如此前我国司法实践中对“违反法定程序”事由的滥用和兜底适用那样。<sup>③</sup>

## 2. 枉法裁决事由是否具有合理性

首先，枉法裁决事由存在实践操作上的龃龉。早有学者对该条提出质疑。<sup>④</sup>由于仲裁撤销程序由人民法院的民事审判庭推进，而仲裁员枉法裁决可能涉及刑事犯罪，民事审判庭是否有权力审理可能涉及刑事犯罪的案件？<sup>⑤</sup>此外，当事人是否能够完成对仲裁员的举证？因为一般而言，当事人如何证明仲裁员枉法裁决是十分困难的，通常而言在侦查机关进行侦查和仲裁机构进行调查的情况下，其证明难度则会小很多。对此，《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》对该问题作出了回应，其中第18条规定“仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为，是指已经由生效刑事法律文书或者纪律处分决定所确认的行为”<sup>⑥</sup>。我国司法实践亦明确了该点，如在“多乐宝教育咨询（北京）有限公司、陈某申请撤销仲裁裁决特别程序民事裁定书”中，广州市中级人民法院认为，由于申请人至今未提交生效刑事法律文书或者纪律处分决定确认案涉仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿，徇私舞弊，枉法裁决

<sup>①</sup> See BVU v. BVX, [2019] SGHC 69, para. 46.

<sup>②</sup> See Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 3rd ed., Wolters Kluwer, 2021, pp. 4043-4049.

<sup>③</sup> 参见孔德越：《撤销或不予执行仲裁裁决之实证研究——以103份民事裁定书为分析样本》，载《商事仲裁与调解》2021年第2期，第130-131页。

<sup>④</sup> 参见严红：《论我国商事仲裁裁决撤销事由中存在的问题》，载《江西社会科学》2003年第3期，第198页。

<sup>⑤</sup> 《刑法》第399条之一规定了枉法仲裁罪。

<sup>⑥</sup> 《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》第18条：“《中华人民共和国仲裁法》第五十八条第一款第六项和《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十七条第二款第六项规定的仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为，是指已经由生效刑事法律文书或者纪律处分决定所确认的行为。”

行为，遂不予撤裁。<sup>①</sup>但是，从立法技术上而言，《仲裁法》作为仲裁专门的法律，理应对这一问题进行回应，以避免司法实践的分歧。因此，倘若要规定枉法裁决的撤销事由，也应当增加诸如当事人拿到刑庭判决书或仲裁委员会的决定书的措辞。

其次，这一条款的设置可能发生与其他条款重叠的情形。其一，仲裁员的枉法裁决行为同时涉及公共道德，而公共道德则有可能涉及公共政策的违反。其二，仲裁程序中当事人通过非正常手段获得仲裁裁决可能涉及程序违法。倘若设置这一条款，将招致撤裁事由适用上的重复。

事实上，在我国司法实践中，当事人以枉法裁决申请撤销仲裁裁决成功的概率微乎其微，我国法院对枉法裁决的认定极为严格和谨慎。为探究该事由在我国的适用情况，本文以2021年度我国撤裁案件为样本，通过检索“北大法宝”法律数据库，在排除缺乏法律分析价值的案例后，得到2986个撤裁法律文书。在统计后发现，2021年度我国法院裁定撤裁成功的案件为77个，而在77个案件中，法院所援引的理由依其出现频次排序分别为：仲裁庭的组成或仲裁的程序违反法定程序（45件），裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁（15件），没有仲裁协议（6件），裁决所根据的证据是伪造的（6件），对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据（4件），裁决违背社会公共利益（1件）。本次收集的案例样本中，尚未发现有法院认定仲裁员存在索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为的案例。由此看来，仲裁员枉法裁决的行为适用成功的可能性极小。

## （二）“以致于严重损害当事人权利”条件的增加是否具有合理性

前文已述，《仲裁法征求意见稿》第77条第1款第4项规定，“仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序或者当事人约定，以致于严重损害当事人权利的”，当事人可以申请撤销仲裁裁决。这一规定引入国际通行做法，当事人之间有关程序的约定在立法上将成一项判定仲裁程序违法的依据。需要注意的是，该项的最后增加了“以致于严重损害当事人权利”的要求。从文义上来看，该要求的内涵和外延都极其宽泛，需要进一步进行解释，这意味着对该条的适用将依赖法院的自由裁量权。对此，本文认为，增加这一条件有其必要性，但仍

<sup>①</sup> 参见多乐宝教育咨询（北京）有限公司、陈某申请撤销仲裁裁决特别程序一案，广东省广州市中级人民法院（2022）粤01民特73号民事裁定书。

需进一步解释何谓“以致于严重损害当事人权利”。

首先，增加该项要求有其必要性，是对以往滥用该条做法的修正。在以往的仲裁实践中，我国法院存在僵硬地适用该项事由的情况。例如，由于立法上证据当庭质证的要求，我国法院往往要求当事人必须开庭审理，也要求当事人对每项证据进行当庭出示质证，事实上国际上均承认仲裁庭有采取适当方式进行仲裁程序的权力，质证可以采取适当的方式进行，这种僵化的规定和做法与商事仲裁的灵活性要求背道而驰。<sup>①</sup> 在“神华集团和中建一局的建筑工程施工合同纠纷案”中，<sup>②</sup> 北京市第二中级人民法院没有考虑开庭前已经进行了证据交换的事实和当庭出示质证的必要性，撤销了仲裁裁决。无独有偶，在“四川三一工程建设（集团）有限公司与犍为县人民医院案”中，<sup>③</sup> 四川省乐山市中级人民法院没有考虑仲裁的灵活性和证人出庭的必要性，认为审计机关的回复意见必须由其当庭出示并接受质询从而撤销了该裁决。如此撤销仲裁裁决不利于减少诉累，这很难说不是“仲裁诉讼化”的体现。<sup>④</sup> 所以，《仲裁法征求意见稿》增设这一条件有其必要性，本次《仲裁法征求意见稿》规定组庭或程序违法需达到“以致于严重损害当事人权利”的程度，由此可保障仲裁程序的灵活性，改善这种“仲裁诉讼化”的现状，使得仲裁裁决不至于被轻易撤销。

其次，“以致于严重损害当事人权利”需要得到进一步解释和界定。一方面，对“以致于严重损害当事人权利”进行解释需遵循一定的原则。商事仲裁效率性和当事人意思自治是仲裁制度的基本价值，因此，应当对该概念进行较为严格的解释，如有证据证明仲裁程序是基于双方当事人协议进行，或者是基于仲裁庭合理决定进行，则不应当僵化地认定程序违法和当事人程序性权利受损。另一方面，一些案件中仲裁不同价值之间可能会发生冲突。例如，可能会发生效率价值和公平价值的冲突，这两种价值无论是哪一种均涉及当事人的利益，偏废任何一方均有可能导致当事人权利受损。由此，倘若坚守效率价值，

<sup>①</sup> 参见宋连斌、颜杰雄：《申请撤销仲裁裁决：现状·问题·建言》，载《法学评论》2013年第6期，第108页。

<sup>②</sup> 转引自宋连斌、颜杰雄：《申请撤销仲裁裁决：现状·问题·建言》，载《法学评论》2013年第6期，第105页。

<sup>③</sup> 参见四川三一工程建设（集团）有限公司与犍为县人民医院案，四川省乐山市中级人民法院（2017）川11民特10号民事裁定书。

<sup>④</sup> “仲裁诉讼化”指商事仲裁的法律和程序越来越多地复制国家司法程序，减损了仲裁的效率性、灵活性。See Leon Trakman & Hugh Montgomery, *The Judicialization of International Commercial Arbitration: Pitfall or Virtue*, 30 LJIL 406-407 (2017).

当事人可能主张公平价值的丧失，反之亦然，况且有时效率亦被视为是公平的应有之义，<sup>①</sup> 在此情况下，何谓“严重损害当事人的权利”？在同样是司法监督的承认与执行程序，“来宝资源国际私人有限公司与上海信泰国际贸易有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决案”（以下简称来宝案）就遭遇了不同价值的冲突。<sup>②</sup> 该案中，当事人同时约定了仲裁程序规则又约定了三人的组庭方式，但是最终在仲裁程序规则下独任仲裁员的组庭形式得到了强制适用，对此上海市第一中级人民法院（以下简称上海一中院）认为仲裁庭违反了当事人之间的约定，不予承认和执行仲裁裁决。然而，上海一中院的做法从效率的角度上来说值得推敲，因为强行采用三人仲裁庭将使案件审理时限大大拉长和原定的程序效能减弱。<sup>③</sup> 虽然来宝案仅涉及承认与执行程序，但是其中体现的法理和争论能给撤销程序带来借鉴意义。来宝案折射出仲裁实践中不同价值之间的冲突：若采用独任仲裁员的组庭方式，将保证仲裁程序快速进行，亦能节省当事人的成本，但是这种做法又与当事人关于三人合议庭的约定不一致，尊重当事人的约定同样也是仲裁的价值所在；若遵循当事人关于三人合议庭的约定，仲裁程序将变得冗长且产生不必要的仲裁成本，从而增加当事人的经济负担。由此可见，无论是哪种做法都可能对当事人的权利造成损害，“以致于严重损害当事人权利”的概念则变得十分模糊。因此，“以致于严重损害当事人权利”的条件，将极大依赖法官的自由裁量，需要法官凭借其个人的职业和知识素养对个案作出专业合理的判断，特别是需要法官对当事人之间约定的仲裁程序条款加以解释，但是这也意味着司法实践对该条的适用将出现不一致的情况，不利于仲裁裁决撤销程序的稳定。

#### 四、结论

此次《仲裁法》修改以促进仲裁行业的改革发展、提升我国仲裁国际化水平、促进社会主义市场经济长足发展为目的，而仲裁裁决的撤销事由规定的合理与否则关系到当事人在我国进行仲裁的意愿。

① 参见朱若菡：《快速仲裁中强势独任仲裁员条款之检视》，载《上海对外经贸大学学报》2019年第5期，第95页。

② 参见来宝资源国际私人有限公司与上海信泰国际贸易有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决案，上海市第一中级人民法院（2016）沪01协外认1号民事裁定书。

③ 参见杜焕芳、李贤森：《国际商事仲裁当事人程序自治边界冲突与平衡》，载《法学评论》2020年第2期，第171页。

通过对《仲裁法征求意见稿》第77条的分析可见，此次修法对于仲裁裁决撤销事由的规定有先进之处：一方面，摒弃了既往“双轨制”的做法，统一了国内裁决和涉外裁决的撤销事由，剔除了“隐瞒证据”的事由，使得撤销程序不断向形式审查方向转变；另一方面，撤销事由的规定贴近国际通行做法，是对现行《仲裁法》的补充和完善。

然而，该条仍然面临着合理性方面的质疑。首先，涉外裁决的撤销门槛因为“并轨”而降低。规定“欺诈”这一实质审查事由可能会减损仲裁“一裁终局”的特征，且《仲裁法征求意见稿》的对于“欺诈”的限制过少可能招致实践中的滥用风险；长期以来，司法实践对“枉法裁决”事由适用保持谦抑性，“枉法裁决”在尊重当事人意思自治的仲裁程序中发生概率较低，并且该项事由与其他事由存在重叠适用的可能，因此，保留“枉法裁决”事由似乎已经丧失了其必要性。其次，在组庭和程序违法事由中增设“以致于严重损害当事人权利”的条件有其必要性，是对以往僵化适用该条做法的修正，但由于该条件概念上的模糊性，也可能造成司法实践对该条的适用不一致的情况。

（责编委：许天舒<sup>①</sup>）

---

<sup>①</sup> 中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁研究所职员。

## 对引入涉外临时仲裁制度的思考

王振谦\*

**摘要：**《仲裁法（修订）（征求意见稿）》引入涉外临时仲裁制度，可以增添仲裁新类型，迎合仲裁当事人的可能需求，构建内部有机衔接、相互协调的仲裁制度，并解决境内外涉外临时仲裁裁决的不平等对待问题。仲裁法给引入涉外临时仲裁带来了仲裁协议效力被否、仲裁员选任意思自治受限、程序事项无仲裁机构定夺、裁决承认与执行和司法监督受挫等阻碍，意见稿虽一一予以消除，却也存在缺漏：涉外临时仲裁当事人选任推荐名册外仲裁员的意思自治受年限限制，仲裁员责任约束规范阙如、指定仲裁机构协助确定组庭、回避事项的法院地域管辖权依据宽泛模糊、组庭前仲裁协议效力异议程序无人民法院可管等，征求意见稿应予以完善。此外，仲裁机构除考虑新设协助规则保障涉外临时仲裁规定的落地之外，还应将临时仲裁理念融入仲裁机构的内部改革中，以促进机构仲裁和涉外临时仲裁共同发展的良好局面。

**关键词：**临时仲裁 机构仲裁 仲裁法修订

### 一、问题的提出

以“仲裁是否有仲裁机构介入管理”为区分依据，仲裁可以分为“机构仲裁”和“临时仲裁”。临时仲裁，是指在争议发生后当事人不将争议提交仲裁机构受理和管理，而是直接根据双方签订的仲裁协议创设仲裁规则或选择某一

---

\* 王振谦，华东政法大学国际法学博士研究生。

仲裁规则，并选任仲裁员予以裁决的仲裁类型。<sup>①</sup>近年来，最高人民法院颁布一系列在自由贸易试验区引入临时仲裁的文件<sup>②</sup>（以下把这些文件统称为最高院意见）。根据这些文件，在自由贸易试验区和自由贸易港内注册的企业之间达成的仲裁协议约定在特定地点、按照特定仲裁规则、由特定人员对有关争议进行仲裁的，该仲裁协议有效。最高院意见未强调仲裁协议必须选定仲裁委员会，积极响应了在中国内地引入临时仲裁制度的呼吁。但是，因为《仲裁法》将“仲裁委员会”一词贯穿于仲裁的始终，而临时仲裁又不需要管理仲裁案件的仲裁机构，临时仲裁引入中国内地面临《仲裁法》的阻碍。

2021年7月30日，司法部发布《仲裁法（修订）（征求意见稿）》（以下简称《仲裁法征求意见稿》）及《关于〈中华人民共和国仲裁法（修订）（征求意见稿）〉的说明》（以下简称《说明》）。<sup>③</sup>《说明》指出基于平等对待内外仲裁之目的并结合我国国情，仅在涉外商事纠纷范围内新增临时仲裁制度（以下称为涉外临时仲裁）。在中国内地引入涉外临时仲裁已是大势所趋。需要注意的是，关于引入涉外临时仲裁则存在以下问题亟待思考论证。首先，《仲裁法征求意见稿》为何只引入涉外临时仲裁，而并非如最高院意见一样倡导不区分商事纠纷领域地引入临时仲裁制度？其次，《仲裁法征求意见稿》是如何进行制度设计以引入涉外临时仲裁，形成机构仲裁和涉外临时仲裁并行的体系？最后，仲裁机构该如何变革以实现机构仲裁和涉外临时仲裁的并行发展？

## 二、引入涉外临时仲裁的意义

最高院意见和《仲裁法征求意见稿》提出增添临时仲裁这一仲裁类型，可迎合仲裁当事人的新需求，构建内部有机衔接、相互协调的仲裁制度。中国内地引入临时仲裁有一定的时代背景意义，即优化营商环境和提升中国内地仲裁

<sup>①</sup> Janice Lee, *The Evolving Role of Institutional Arbitration in Preserving Parties' Due Process Rights*, 10 CONTEMP. ASIA ARB. J. 235 (2017).

<sup>②</sup> 《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）、《最高人民法院关于人民法院为中国（上海）自由贸易试验区临港新片区建设提供司法服务和保障的意见》（法发〔2019〕31号）、《最高人民法院关于人民法院为北京市国家服务业扩大开放综合示范区、中国（北京）自由贸易试验区建设提供司法服务和保障的意见》（法发〔2021〕11号）、《最高人民法院关于人民法院为海南自由贸易港建设提供司法服务和保障的意见》（法发〔2021〕1号）。

<sup>③</sup> 《司法部关于〈中华人民共和国仲裁法（修订）（征求意见稿）〉公开征求意见的通知》，载中国法制信息网2021年7月30日，[http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/lfyjzj/lflfyjzj/202107/t20210730\\_432967.html](http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/lfyjzj/lflfyjzj/202107/t20210730_432967.html)。

制度的国际竞争力。进一步,《仲裁法征求意见稿》强调仅引入涉外临时仲裁,系因涉外仲裁当事人是选择临时仲裁的主要群体,新制度的引入可以重点关注群体的需要为核心,并且可解决域内和域外临时仲裁庭所作裁决承认与执行的不平等对待问题。

### (一) 增添仲裁类型, 构建内部有机协调的仲裁制度

相较于机构仲裁而言,临时仲裁具有“赋予当事人最大限度的意思自治”的突出比较优势。<sup>①</sup>临时仲裁当事人对仲裁程序具有完全的自主权,除规则可以自由创设或选择以外,当事人是否需要和需要何种仲裁机构的管理服务都由其自主决定,具备显著的灵活性和成本优势。例如,印度当事人往往因印度机构仲裁收费过高而约定临时仲裁,以印度作为仲裁地的案件,有90%是基于临时仲裁程序而仅有10%是机构仲裁。<sup>②</sup>临时仲裁提供了可能性,即临时仲裁员或临时仲裁庭认为仲裁案件管理和裁决难度不大的,经当事人合意授权,可不聘请仲裁秘书,案件信息仅在当事人和仲裁员之间流通,临时仲裁可能具备更强的保密性。<sup>③</sup>然而,临时仲裁过分依赖当事人的专业性和积极配合,如当事人之间的专业性不强、配合不积极,临时仲裁规则制定和仲裁员选任等仲裁程序拖沓进行,不利于商事纠纷的高效解决。相反,机构仲裁的当事人只接受仲裁机构的一条龙式管理和监督,仲裁程序的严密性、确定性和高效性虽得以确保,但存在机构干预仲裁程序风险以及仲裁费用过高的劣势。

因临时仲裁和机构仲裁各有优劣,当事人主要依自身的不同需求予以选择,临时仲裁和机构仲裁实则是并行不悖且相互竞争的两项重要仲裁制度。<sup>④</sup>现行《仲裁法》只认可机构仲裁这一种类型,最高院意见和《仲裁法征求意见稿》提出增添临时仲裁这一仲裁类型,迎合仲裁当事人的可能需求,构建内部有机

<sup>①</sup> Kinga Timar, *The Legal Relationship between the Parties and the Arbitral Institution*, ELTE L. J. 103 (2013) .

<sup>②</sup> 转引自赵健雅、张德森:《“一带一路”倡议下中印商事法律纠纷解决机制比较与制度重构》,载《青海社会科学》2020年第4期,第143页。初始来源为:张建:《评印度仲裁制度改革之得与失——以2016年〈仲裁与调解法(修正案)〉为中心》,载《印度洋经济体研究》2017年第4期,第134页。

<sup>③</sup> 根据我国实践和具体案件需要,仲裁案件较难摆脱对仲裁秘书的依赖,仲裁程序的五花八门和不规范可能致使隐患不断、廉洁风险陡增,裁决被依法撤销或不予执行的数量激增,司法监督、纪检监察压力巨大,仲裁公信力将举步维艰。李虎:《论仲裁机构管理和仲裁庭独立裁决的有机结合》,载《商事仲裁与调解》2020年第1期,第37页。

<sup>④</sup> 参见陈磊:《自贸区临时仲裁的制度基础与完善路径——以临时仲裁与机构仲裁关系之优化为视角》,载《南京社会科学》2020年第8期,第92页。

衔接、相互协调的仲裁制度。

一方面，优化营商环境的新背景为临时仲裁引入中国内地提供了生长土壤。<sup>①</sup> 根据《优化营商环境条例》第4条和第66条，优化营商环境应当坚持市场化、法治化、国际化原则，国家应完善调解、仲裁、行政裁决、行政复议、诉讼等有机衔接、相互协调的多元化纠纷解决机制，为市场主体提供高效、便捷的纠纷解决途径。<sup>②</sup> 其一，为优化营商环境需充分挖掘每一种纠纷解决机制及其内部各项制度的个性和优势。仲裁是当事人意思自治授权下产生的司法替代机制，当事人意思自治是仲裁这一纠纷解决机制的显著特征和优势。临时仲裁旨在赋予当事人最大限度的意思自治，在仲裁制度内部增添临时仲裁有利于充分挖掘仲裁这一个性和优势，突出仲裁制度与司法制度的差异，实现仲裁和司法案件的分流。其二，坚持国际化原则要求中国内地仲裁制度接轨国际环境，在域外实践多参照《联合国贸易法委员会仲裁规则》设置临时仲裁及其配套制度的背景下，引入临时仲裁有利于带动仲裁制度转型升级，推动营商环境优化。<sup>③</sup>

另一方面，提升中国内地仲裁制度的国际竞争力亦是涉外临时仲裁引入中国内地的重要背景。《仲裁法》修改应考虑维持一国国际商事仲裁的吸引力或者提升仲裁国际地位。<sup>④</sup> 我国《仲裁法》施行国内和涉外商事仲裁的双轨制立法，两者制度定位不同，国内商事仲裁旨在分摊国内司法压力，涉外商事仲裁则负责参与全球仲裁竞争。<sup>⑤</sup> 最高院意见到《仲裁法征求意见稿》，立法者将实施临时仲裁的重任委以涉外商事仲裁的意图较明显。<sup>⑥</sup> 至于涉外因素识别条款

① 参见陈磊：《优化营商环境背景下中国临时仲裁的制度设计——以〈仲裁法〉的修改为中心》，载《广东社会科学》2020年第5期，第235页。

② 《优化营商环境条例》（2020年1月1日起施行），国务院令722号。

③ 参见蔡志阳、陈辉庭、黎曦：《融合发展：粤港澳大湾区仲裁制度的差异弥合——以临时仲裁制度落地珠三角九市为切入点》，载《中共福建省委党校（福建行政学院）学报》2021年第3期，第110页。

④ Filip De Ly, Current Issue in International Commercial Arbitration; the Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration; An Exercise in Arbitration Planning, 12 Journal of International Law & Business 48 (1991) .

⑤ 参见王徽：《〈国际商事仲裁示范法〉的创设、影响及启示》，载《武大国际法评论》2019年第3期，第118页。

⑥ 考虑到西门子诉黄金置地案将“涉及自贸区”认定为“可以认定为涉外民事关系的其他情形”，即自贸区外商独资企业与境外投资者联系紧密，且合同履行涉及自贸试验区的特殊海关监管措施的运用。故在自贸区和自贸港范围内引入临时仲裁，可能被理解为仅在涉外商事仲裁中引入临时仲裁。参见西门子国际贸易（上海）有限公司诉上海黄金置地有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决纠纷案，上海市第一中级人民法院（2013）沪一中民认（外仲）字第2号。

的扩张解释边界的问题,<sup>①</sup>即自贸区或自贸港范围内的仲裁案件是否可与涉外商事仲裁案件画等号,本文不作进一步讨论。

引入涉外临时仲裁可能助力提升我国仲裁制度的国际竞争力。中国国际经济贸易仲裁委员会在国际仲裁案件受案量和案件当事人国际化程度上来看名列前茅,<sup>②</sup>但仅排在全球最受欢迎仲裁机构的第五位,并且中国内地未排进全球最受欢迎的前五个仲裁地序列中。<sup>③</sup>一方面,除中国国际经济贸易仲裁委员会外,排名前五的其余4个国际仲裁机构都有“担任临时仲裁指定机构”的业务,缺乏该项业务可能是影响中国国际经济贸易仲裁委员会受欢迎度的一项因素。另一方面,中国内地如拥有临时仲裁制度,可能吸引青睐临时仲裁的当事人将中国内地选择为仲裁地,进一步为中国内地在国际商事仲裁市场上争得更大市场份额。

## (二) 满足涉外仲裁当事人对临时仲裁的需求

《仲裁法征求意见稿》之所以仅在涉外商事纠纷领域引入临时仲裁,系因其洞察到临时仲裁引入中国内地较可能直接影响到涉外仲裁当事人的利益。综观国际实践,对临时仲裁有需求的当事人较可能是涉外仲裁当事人,中国内地亦不例外。首先,根据各国际仲裁机构的官网对2017—2020年案件的数据统计,<sup>④</sup>在涉外案件占比较高的国际仲裁机构中,涉外商事纠纷当事人可能是选

<sup>①</sup> 参见周艳云:《涉外因素识别条款之扩张解释的适要性与基准——以西门子诉黄金置地案为切入》,载《北京理工大学学报(社会科学版)》2019年第3期,第149-157页。也可参见周艳云:《涉外因素识别条款扩张解释的技术操作基准——以“法释〔2012〕24号”第1条为中心》,载《法学》2018年第11期,第181-192页。

<sup>②</sup> 说明:根据《中国国际商事仲裁年度报告2018—2019》和各国际仲裁委员会的官方网站数据统计,2018年各国际仲裁委员会的国际仲裁案件数如下:中国国际经济贸易仲裁委员会为522件、ICC为632件、LCIA为250件、香港国际仲裁中心为190件、SIAC为338件、SCC为76件。此外,2018年各仲裁委员会受理案件当事人情况如下:中国国际经济贸易仲裁委员会涉及60个国家和地区、ICC涉及135个国家和地区、香港国际仲裁中心涉及135个国家和地区、SIAC涉及65个国家和地区、SCC涉及43个国家和地区。参见中国国际经济贸易委员会、中国海事仲裁委员会、中国国际商会仲裁研究所主办:《仲裁与法律》第145辑,法律出版社2020年版。See Global Arbitration News, International Arbitration Statistics 2018—Another busy year for Arbitral Institutions (July. 2, 2019), at <https://globalarbitrationnews.com/international-arbitration-statistics-2018-another-busy-year-for-arbitral-institutions/>.

<sup>③</sup> White & Case, Queen Mary University of London, 2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world (visited at Jan. 13, 2023), at <https://www.whitecase.com/publications/insight/2021-international-arbitration-survey>.

<sup>④</sup> 根据各国际仲裁机构的年度报告或数据统计:ICC共计收到临时仲裁案件数为59件,总占比为1.70%;SIAC收到临时仲裁总案件数为100件,总占比为4.14%;LCIA收到临时仲裁总案件数为71件,总占比为4.9%;香港国际仲裁中心临时仲裁案件数缺乏直接数据,但其临时仲裁员指定比例保持在24%—42%间。

择临时仲裁的群体。其次,在涉外海事仲裁领域采用临时仲裁已经成为当事人的普遍共识。伦敦海事仲裁员协会(LMAA)和纽约海事仲裁员协会(SMA)这些国际海事仲裁市场的领头羊,仅就国际海事临时仲裁提供仲裁员引荐或指定服务。<sup>①</sup>其中,中国当事人是使用伦敦海事仲裁员协会提供的临时仲裁服务的主要群体之一,<sup>②</sup>而根据最高人民法院复函的规定,<sup>③</sup>由于仲裁管辖权系法律授予的权力,而我国法律没有规定当事人可以将不具有涉外因素的争议交由境外仲裁机构或者在我国境外临时仲裁,故当事人约定将有关争议提交国际商会仲裁没有法律依据。中国当事人选择境外仲裁机构审议的案件应为涉外案件。最后,主体涉外的仲裁案件较有可能采用临时仲裁。我国长期以来形成的仲裁文化是机构仲裁文化,纯国内商事纠纷当事人在缺乏临时仲裁文化熏陶的情况下并不会主动选择临时仲裁,但是涉外仲裁中较可能出现外国当事人,该外国当事人则有可能受其本国临时仲裁文化影响而选择临时仲裁。

### (三) 解决境内外涉外临时仲裁裁决的不平等对待问题

鉴于纯国内商事纠纷的当事人不存在境外临时仲裁之可能,仅在涉外临时仲裁领域探讨裁决承认与执行的差别待遇问题。根据中国1987年加入的《承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》)的第1条、第2条和第5条的规定,承认与执行地以外的临时仲裁裁决应得到承认与执行,临时仲裁裁决亦与任一拒予承认及执行的事由不吻合。《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条明确将域外临时仲裁庭所作裁决参照域外机构仲裁裁决予以承认与执行。此外,中国内地(大陆)与中国港澳台地

① 根据各国海事仲裁机构的官方网站数据统计,在2016—2019年间,伦敦海事仲裁员协会仲裁案件数量在1500—2000件的区间,纽约海事仲裁员协会的案件数在200件左右的范围,而中国海事仲裁委员会、新加坡海事仲裁院、香港国际仲裁中心和中国海事仲裁委员会等普遍在100件以内。

② TheCityUK, Legal Excellence, Internationally Renowned UK Legal Services 2020 (Nov. 26, 2020), at <https://www.thecityuk.com/our-work/legal-excellence-internationally-renowned-uk-legal-services-2020/>.

③ 参见《最高人民法院关于江苏航天万源风电设备制造有限公司与艾尔姆风能叶片制品(天津)有限公司申请确认仲裁协议效力纠纷一案的请示的复函》(〔2012〕民四他字第2号)。也可参见《最高人民法院关于北京朝来新生体育休闲有限公司申请承认大韩商事仲裁院作出的第12113-0011号、第12112-0012号仲裁裁决案件请示的复函》(〔2013〕民四他字第64号)。

区之间裁决的承认与执行安排明示或默示接受临时仲裁裁决的承认与执行。<sup>①</sup>一言以蔽之，域外临时仲裁裁决可在我国得到承认和执行。

相反，域内临时仲裁裁决效力易被否定或执行面临困境。根据《仲裁法》第18条和第58条，临时仲裁协议因没有约定仲裁机构而无效，临时仲裁裁决也因缺少有效的仲裁协议而应被法院撤销。域内涉外临时仲裁的当事人如不依据《涉外民事法律关系适用法》第18条选择域外法律作为准据法，其临时仲裁协议将无效以致无法得到中国内地的执行保障，而域外临时仲裁裁决的承认与执行则不受影响，由此滋生涉外临时仲裁的内外裁决不平等对待问题。

该问题的实质在于“涉外临时仲裁当事人出逃”和“外国仲裁法的域内适用”带来的不良影响。一方面，“涉外临时仲裁当事人出逃”将导致仲裁收入的外流，包括仲裁员、仲裁秘书和指定仲裁机构的收入，不利于中国国际商事仲裁的长远发展；另一方面，“外国仲裁法的域内适用”意味着中国仲裁立法管辖权的萎缩，涉外临时仲裁当事人如青睐选择外国准据法，中国仲裁法律制度的域外法适用则无法依靠涉外纠纷得以实现，不利于中国仲裁法律制度的国际话语权建设。

### 三、引入涉外临时仲裁的障碍及克服

在中国内地引入涉外临时仲裁具有重要现实意义。围绕《仲裁法》和《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》（以下简称《仲裁法解释》）的规定，《仲裁法征求意见稿》单纯规定引入涉外临时仲裁并不能使其最终落地，《仲裁法征求意见稿》应解决《仲裁法》和《仲裁法解释》规定阙如带来的现实障碍。

#### （一）引入涉外临时仲裁的现实障碍

《仲裁法》和《仲裁法解释》的仲裁体系围绕“仲裁委员会”展开。因临时仲裁最突出的特征是不接受仲裁机构介入管理，因而受到《仲裁法》的体系

<sup>①</sup> 《最高人民法院关于认可和执行台湾地区仲裁裁决的规定》第2条“本规定所称台湾地区仲裁裁决是指，有关常设仲裁机构及临时仲裁庭在台湾地区按照台湾地区仲裁规定就有关民商事争议作出的仲裁裁决”。《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》引言“内地人民法院同意执行在香港特区按香港特区《仲裁条例》所作出的裁决”，《最高人民法院关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行仲裁裁决的安排》第1条“内地人民法院认可和执行澳门特别行政区仲裁机构及仲裁员按照澳门特别行政区仲裁法规在澳门作出的民商事仲裁裁决”，而《香港仲裁条例》和《澳门仲裁法》的仲裁类型都包含机构仲裁和临时仲裁。

性否定,<sup>①</sup>致使涉外临时仲裁现在还不能轻率地拿来。<sup>②</sup>具体而言,在中国现行仲裁法律体系下,引入涉外临时仲裁主要存在以下障碍:

首先,涉外临时仲裁协议效力易招致否定。涉外临时仲裁协议适用《仲裁法》为准据法,其协议有效性将被否定。国际立法实践对仲裁协议只要求具有明确的仲裁意愿和仲裁事项,<sup>③</sup>而《仲裁法》要求仲裁协议必须选定仲裁委员会,否则无效。即使涉外临时仲裁当事人在仲裁协议中“选定某仲裁委员会为指定机构”也不意味着仲裁协议已经选定仲裁委员会,<sup>④</sup>涉外临时仲裁协议仍可能无效。因为涉外临时仲裁当事人缺乏将案件提交仲裁机构全权管理的意思表示,且仲裁机构的职能及范围在涉外临时仲裁和机构仲裁中分别由当事人意思自治决定或法律直接规定,无法与机构仲裁等同论处。

其次,涉外临时仲裁当事人选任仲裁员的意思自治与《仲裁法》第13条“强制仲裁员名册制”和“仲裁委员会聘任制”的刚性约束相冲突。第一,“强制仲裁员名册制”与涉外临时仲裁对当事人意思自治的价值追求相悖。仲裁员名册意味着在册仲裁员在数量和行业领域普及度上并不能全面满足众多案件的需要。此外,当事人选定仲裁员首要考虑的是信任,能力只是基础前提。强制仲裁员名册制虽确保仲裁员的能力却违背当事人信赖,<sup>⑤</sup>不利于涉外临时仲裁实现当事人意思自治。第二,“仲裁委员会聘任制”与涉外临时仲裁当事人不需要仲裁机构管理的初衷相左。仲裁委员会聘任制要求当事人在选任仲裁员时需要仲裁机构最低限度地把关,无论是在仲裁员名册内还是仲裁员名册外。此外,因名册外人员选任的信息披露及资格审查和名册外仲裁员聘任程序等配套实施机制尚需完善,各仲裁机构的名册开放制难以发挥制度优势,反而引发当事人共同指定仲裁员更加困难、组庭时间延长、仲裁效率下降等问题。<sup>⑥</sup>

① 参见李建忠:《临时仲裁的中国尝试:制度困境与现实路径——以中国自贸试验区为视角》,载《法制研究》2020年第2期,第39页。

② 参见刘茂亮:《临时仲裁应当缓行》,载《北京仲裁》2005年第1期,第12页。

③ 参见张圣翠:《论〈仲裁法〉中仲裁协议效力要件规则的完善》,载《上海财经大学学报》2010年第4期,第31页。

④ 参见张建:《“三特定”对仲裁的意义及其限度》,载《人民司法》2019年第28期,第44页。

⑤ 参见李爽、陈海涛:《论在我国建立临时仲裁制度的必要性——以当事人意思自治及相关私权利为主线的探讨》,载《学习论坛》2007年第2期,第78页。

⑥ 参见朱玥:《自治与效率:仲裁员开放名册制实施路径研究——兼论仲裁员名册之完善》,载《西部法学评论》2020年第3期,第68页。

再次,《仲裁法》将导致涉外临时仲裁的程序性事项无人定夺,致使涉外临时仲裁程序陷入运行僵局。第一,在涉外临时仲裁协议有效的情形下,由于有关法律规定的缺位,仲裁庭组成和仲裁员回避等程序事项仍缺少主体定夺,导致临时仲裁程序运行停滞,并因此陷入涉外临时仲裁庭、仲裁机构及法院均无法有效解决商事争议的困局。<sup>①</sup>根据《仲裁法》第31条、第32条、第36条的规定,仲裁庭组成、仲裁员回避或替换等事项依赖于仲裁委员会主任或仲裁委员会集体成员的决定,但是临时仲裁中未选定仲裁委员会,没有仲裁委员会主任或仲裁委员会集体成员予以决定。诚信是贯穿临时仲裁始终之魂,<sup>②</sup>若无诚信,当事人恶意进行涉外临时仲裁的风险很大,<sup>③</sup>因当事人恶意不合作导致的程序运行难题可能发生。第二,涉外临时仲裁开始后,当事人可能丧失仲裁保全的程序性保障。根据《民事诉讼法》第81条、第101条、第100条第1款和《仲裁法》第28条、第46条、第68条的规定,提起仲裁前,当事人可以直接向法院申请仲裁保全;提起仲裁后,当事人申请保全的应由仲裁委员会将当事人的申请依照《民事诉讼法》的有关规定提交法院。将“提起仲裁”严格解释为“向仲裁委员会提起仲裁”,因涉外临时仲裁当事人无需向任何仲裁机构提起临时仲裁,所以涉外临时仲裁当事人应视为仍处在“提起仲裁”前,可直接向法院提出保全申请。相反,如将“提起涉外临时仲裁”理解为“被申请人已接收到临时仲裁申请”时,涉外临时仲裁当事人欲申请仲裁保全,临时仲裁庭缺乏仲裁保全决定权,又缺少仲裁委员会这一仲裁保全申请转递主体,仲裁保全申请程序可能被阻断。在法律和司法解释明前,临时仲裁当事人在申请仲裁后丧失仲裁保全救济的现象将可能发生。

最后,《仲裁法》可能阻碍人民法院对涉外临时仲裁裁决的承认与执行以及司法监督。第一,《仲裁法》要求调解书、裁决书应由仲裁员签名并加盖仲裁委员会印章,《仲裁法》和司法实践虽未具体明确仲裁机构盖章对裁决效力的影响,但涉外临时仲裁裁决缺少仲裁委员会印章可能带来效力非议。推动

<sup>①</sup> 参见陈磊:《临时仲裁程序僵局及其机构介入》,载《新疆大学学报(哲学·人文社会科学版)》2020年第4期,第45页。

<sup>②</sup> 参见刘晓、红周祺:《我国建立临时仲裁利弊分析和时机选择》,载《南京社会科学》2012年第9期,第100页。

<sup>③</sup> 参见王小莉:《英国仲裁制度研究(下)》,载《仲裁研究》2008年第1期,第82页。

《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》<sup>①</sup>和《中国互联网仲裁联盟临时仲裁与机构仲裁对接规则》<sup>②</sup>积极主张“将涉外临时仲裁裁决转化为机构仲裁裁决”，试图抹除涉外临时仲裁裁决承认和执行的不确定性。但《仲裁法》和《民事诉讼法》下这些规则的合法有效性遭受质疑，即仲裁委员会的转化权限欠缺基本法律依据。此外，转化前的涉外临时仲裁是否因缺乏印章直接无效而不能再转化，也饱受争议。<sup>③</sup>第二，仲裁委员会盖章有明确裁决出处以明确法院的司法监督管辖权依据的作用。<sup>④</sup>涉外临时仲裁当事人需向仲裁委员会所在地中院提出撤销裁决申请，而临时仲裁又未选定仲裁委员会，当事人不知该向何地法院申请。即使交由当事人意思自治决定，也难以避免当事人的意思分歧。一方当事人向一地方法院申请撤销裁决时，另一方完全有可能对此提出管辖权异议。

## （二）《仲裁法征求意见稿》对引入涉外临时仲裁障碍的克服及遗漏

### 1. 《仲裁法征求意见稿》对引入涉外临时仲裁障碍的克服

首先，确立涉外临时仲裁的合法性。一是为确保涉外临时仲裁协议效力的合法性，《仲裁法征求意见稿》第21条、第22条确立以仲裁意思表示为核心的仲裁协议效力制度，参考国际惯例，删除仲裁条款需要约定明确的仲裁机构的硬性要求。二是《仲裁法征求意见稿》在涉外仲裁章节的第91条明确增加了“涉外仲裁当事人直接选择专设仲裁庭”的权利，即涉外临时仲裁以“专设仲裁庭”的表述被立法明确认可。

其次，确保涉外临时仲裁当事人选任仲裁员的意思自治，摆脱“强制仲裁员名册制”和“仲裁委员会聘任制”的刚性约束。一是为尊重当事人对仲裁员的选择权，《仲裁法征求意见稿》第18条、第50条明确仲裁员名册为“推荐”名册，不再强调仲裁员名册的强制性，符合仲裁员资格者无需仲裁机构聘任亦可担任仲裁员。其中，仲裁员需符合关于仲裁员任职资格的积极要求以及新增的“民事行为能力瑕疵、故意犯罪受刑”等消极要求。二是为避免涉外临时仲

① 参见珠海国际仲裁院：《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》，载珠海国际仲裁员官网2022年6月17日，<http://zcia.pro/info/693.html>。

② 参见中国互联网仲裁联盟：《中国互联网仲裁联盟临时仲裁与机构仲裁对接规则》，载中国商事仲裁网2017年11月16日，<http://hn.flgw.com.cn/art/list2.asp?id=2216>。

③ 参见初北平、史强：《自由贸易试验区临时仲裁制度构建路径》，载《社会科学》2019年第1期，第104页。

④ 参见杨玲：《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178页。

裁员缺乏行业自律约束损害涉外临时仲裁当事人,《仲裁法征求意见稿》第19条、第20条完善中国仲裁协会规定,将中国仲裁协会的定位从“仲裁委员会的自律性组织”改为“仲裁行业的自律性组织”,旨在加强仲裁人员的行业自律约束。

再次,《仲裁法征求意见稿》把原先仲裁委员会享有的程序性事项决定权转交给仲裁庭或仲裁员,涉外临时仲裁中程序事项无人定夺的难题得以解决。一是《仲裁法征求意见稿》第51条规定“当事人未能共同选定首席仲裁员的,由已选定或者指定的两名仲裁员共同选定,两名仲裁员未能共同选定的,才由仲裁机构指定”。发挥边裁指定模式的优势,<sup>①</sup>尽可能减少涉外临时仲裁程序对仲裁机构的依赖。第二,《仲裁法征求意见稿》第92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,人民法院作出的指定裁定为终局裁定。”该规定为当事人提供了三个便捷的指定法院管辖权连结点,有利于推进涉外临时仲裁程序的迅速进行,举例而言,当仲裁协议有关仲裁地约定不明确,且缺乏可推定为仲裁地的仲裁机构所在地的,可跳出涉外临时仲裁的仲裁地的确认窘境。第三,《仲裁法征求意见稿》第43条至第49条将临时措施的决定权交给仲裁庭,约定了临时措施的“仲裁庭和法院并行制”。涉外临时仲裁决定临时措施分两个阶段:提起仲裁前,由人民法院裁定;提起仲裁后,由人民法院裁定或由仲裁庭决定,其中仲裁庭还未组成的,由依照仲裁规则向仲裁机构申请指定的“紧急仲裁员”作出决定,其权力保留至仲裁庭组成为止。组庭前的“紧急仲裁员”依赖于仲裁机构的指定,但涉外商事纠纷中当事人可以意思自治委托仲裁机构,或者在无法达成合意时交由特定法院指定仲裁机构协助。

最后,关于人民法院对涉外临时仲裁裁决的承认与执行问题和司法监督难题,《仲裁法征求意见稿》通过作出专门规定来解决。根据《仲裁法征求意见稿》第93条,涉外临时仲裁裁决无需转化为机构裁决,只要仲裁员签名即生效,形式要件改为向仲裁地中级人民法院备案。此外,《仲裁法征求意见稿》第27条等多款条文,以“仲裁地”标准取代“仲裁机构所在地”标准,以努

<sup>①</sup> 参见周丽:《中新仲裁员制度之比较》,载《河北法学》2016年第3期,第158页。

力摆脱原先“仲裁协议/仲裁管辖权异议”和“撤销裁决”法院地域管辖权对仲裁委员会的直接依赖。

## 2. 《仲裁法征求意见稿》在涉外临时仲裁方面规定的阙漏

首先,《仲裁法征求意见稿》仍然保留《仲裁法》对法律职业仲裁员的资格年限限制,不利于涉外临时仲裁当事人自由选择其信赖的仲裁员。因为影响力重大的《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》仅要求仲裁员具备行为能力,以及裁断的公平公正性和独立性,《仲裁法征求意见稿》的这一规定不利于实现《说明》中指出的“与国际衔接以提升国际竞争力”目标。根据《说明》的观点,《仲裁法》的双轨制立法模式下《仲裁法征求意见稿》对从事涉外仲裁的仲裁员作了“单独规定”,资格年限限制不应适用于熟知涉外法律的中外专业人士,《仲裁法征求意见稿》应予以释明。

其次,《仲裁法征求意见稿》对非机构聘任的涉外临时仲裁员缺少责任约束规范。《仲裁法征求意见稿》虽保留“有聘任的仲裁员”这一机构组成要件,但不再明确要求仲裁员必须经由仲裁机构聘任,间接否定了仲裁机构对仲裁员进行身份授权的垄断权力。因涉外临时仲裁中,仲裁员不正当履职仅承担委托合同的违约责任以及小范围口碑影响,难对仲裁员履职行为构成有效约束。《仲裁法征求意见稿》虽给出中国仲裁协会这一行业自律路径,但至于中国仲裁协会如何与仲裁员产生联系,如何依照自身章程对仲裁机构、仲裁员和其他仲裁从业人员的违纪行为进行监督,实则语焉不详。

再次,指定仲裁机构协助确定组庭、回避事项的法院管辖权依据宽泛且模糊。在涉外临时仲裁的仲裁员选任和回避事项中,《仲裁法征求意见稿》第92条为当事人提供了三个便捷的指定法院管辖权连结节点——仲裁地、当事人所在地或者与争议有密切联系地。存在以下可能的问题:一是仲裁协议有关仲裁地约定不明确,且缺乏可推定为仲裁地的仲裁机构所在地的,涉外临时仲裁的仲裁地是否可能由当事人再合意确定?二是当事人所在地是否仅指向申请人所在地,还是包括被申请人所在地?所在地是指户籍所在地、住所地抑或是经常居所地?三是涉外临时仲裁申请人和被申请人各自向不同人民法院申请指定协助确定的仲裁机构的,依《民事诉讼法》第38条再交由上级人民法院指定管辖,可能不利于程序的快速进行,因而可否考虑在各依据之中确定优先适用次序?

最后,涉外临时仲裁庭组庭前,仲裁协议效力问题可能无人民法院审理。

根据《仲裁法征求意见稿》第28条的规定,涉外临时仲裁庭组成前,当事人对仲裁协议效力问题有异议的,既无仲裁庭予以决定,也无仲裁机构可以根据表面证据决定仲裁程序是否继续进行,并且当事人未经仲裁庭或仲裁机构而直接向人民法院提出异议的,人民法院不予受理。因此,涉外临时仲裁程序可能虽已启动却无人问津,陷入“三不管”困境。进一步来说,仲裁庭组成前,因当事人间协议可能未约定仲裁地或约定不清,涉外临时仲裁又缺少管理案件的仲裁机构可推定为仲裁地的,当事人不知该向何处中院提出异议申请。

#### 四、引入涉外临时仲裁的完善建议

《仲裁法征求意见稿》已于2021年8月29日公示结束,但修订后的《仲裁法》仍未发布。可预见的是,《仲裁法征求意见稿》如被通篇采纳,机构仲裁和涉外临时仲裁的双轨制度将得以建立,但《仲裁法》仍应重视《仲裁法征求意见稿》中关于涉外临时仲裁的规定缺漏,并予以完善。此外,推动落实涉外临时仲裁制度离不开仲裁机构的配套制度建设,举例而言,仲裁机构应设置仲裁员指定和回避的协助制度,保障涉外临时仲裁程序的有序进行。

##### (一) 对《仲裁法》的完善建议

首先,《仲裁法》可明确放宽对涉外临时仲裁的仲裁员准入资格限制。即《仲裁法征求意见稿》可规定:“从事涉外临时仲裁的仲裁员,可以由熟悉涉外法律、仲裁、经济贸易、科学技术等专门知识的中外专业人士担任,但不得存在本法第十八条中不得担任仲裁员的情形。”

其次,为实现对涉外临时仲裁的推荐名册外仲裁员的监督,《仲裁法》可规定的可行路径有二。一是涉外临时仲裁当事人选择推荐名册外人员,应经由制定推荐名册的仲裁机构的主任会议快速确认。仲裁机构应由当事人意思自治委托,当事人无法达成合意的,当事人可以请求仲裁地、当事人所在地或者与争议有密切联系地的仲裁机构聘任。此外,需对推荐名册外仲裁员的信息披露予以设计,避免当事人与仲裁员私下接触过多导致对仲裁员公平公正性的质疑,或者由仲裁机构自行收集并审查信息导致仲裁庭的组成久拖未决。<sup>①</sup>二是推荐名册外仲裁员可直接由中国仲裁协会备案登记并予以行业监督。详细而言,通

<sup>①</sup> 参见袁发强:《自贸区仲裁规则的冷静思考》,载《上海财经大学学报》2015年第2期,第96页。

过与仲裁有关的社会团体会员实行“涉外临时仲裁员备案制”使中国仲裁协会拥有仲裁员池和相关信息，或者由名册外仲裁员直接向中国仲裁协会予以登记备案以建立直接联系。

再次，《仲裁法》应明确排除仲裁协议效力异议程序进行的障碍情形。针对“三不管”困境，《仲裁法》可以规定涉外临时仲裁庭组成前，可以由涉外临时仲裁当事人直接向仲裁地中院提出异议申请，仲裁地中院不得以未经仲裁庭或仲裁机构决定而驳回申请。此外，仲裁庭组成前的仲裁地约定不清且当事人又需要提出仲裁协议效力异议时，《仲裁法》可以规定依涉外临时仲裁一方当事人的申请为依据确定法院的地域管辖权，如果双方当事人提出申请，由先申请一方所在地法院管辖。

最后，《仲裁法》可考虑明确仲裁员选任和回避事项中各地域管辖权依据的内涵和适用次序。为尊重当事人的意思自治，应优先考虑涉外临时仲裁当事人在仲裁协议中事先约定的仲裁地，如仲裁地无法确定的，涉外临时仲裁当事人也可以做补充约定。此外，当事人所在地应以涉外临时仲裁当事人的共同所在地为先，没有共同所在地的以先申请一方当事人所在地为准。“所在地”可考虑指向“经常居所地”，以《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）》第15条的规定为依据。最后，与争议密切联系地应是一项兜底依据，即在涉外临时仲裁当事人始终无法确定仲裁地，并且涉外临时仲裁双方当事人经常居所地都不在中国的情况下，交由法院自由裁量。

## （二）仲裁机构应进行有关涉外临时仲裁的配套改革

《仲裁法》完善《仲裁法征求意见稿》对涉外临时仲裁的规定，需要仲裁机构进行有关的配套改革。举例，仲裁机构如何在涉外临时仲裁中协助指定仲裁员和仲裁员回避，保障涉外临时仲裁程序有序进行？《中国国际经济贸易仲裁委员会香港仲裁中心担任指定机构的规则》及其附件仅为中国国际经济贸易仲裁委员会香港仲裁中心设置担任指定机构的规则，贸仲亦需要为其他国际仲裁中心创设规则。上海仲裁委员会等亦缺乏相应仲裁规则。再举例，在仲裁机构的内部改革中，考虑扩大仲裁员队伍和加强仲裁员能力建设，以满足涉外临时仲裁当事人选任值得信赖的仲裁员之需求。

首先，《仲裁法征求意见稿》第92条对指定仲裁机构协助指定仲裁员应当考虑的因素已予以简要概括，即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，仲裁机构可以进一步增补有关考虑因素。《中国国际经济贸易仲裁委员会香港仲裁中心担任指定机构的规则》第5条进一步增加了案件性质、当事人国籍、当事人提出的关于仲裁员人选的一般性建议、符合条件的仲裁员是否能够接受指定。香港国际仲裁中心（HKIAC）《仲裁（委任仲裁员及调解员和决定仲裁员人数）规则》第9条<sup>①</sup>和《仲裁员指定实务指引》第2条、第3条<sup>②</sup>则增加“争议的性质及复杂程度”“具备所需资格的仲裁员有否时间接受委任”“由仲裁协议各方自身提出的任何建议”。以上增补因素都有利于保障涉外临时仲裁独立、公正、高效地进行，即争议性质有利于锁定中外专业人士的具体专业领域，考察仲裁员国籍应结合涉外临时仲裁当事人的国籍以避免仲裁员的同乡情结，由涉外临时仲裁当事人双方提出的任何建议最直接体现涉外临时仲裁的当事人意思自治价值。

进一步，中国内地各指定仲裁机构协助临时仲裁当事人选定仲裁员和仲裁员回避的费用标准如何确定。中国国际经济贸易仲裁委员会香港仲裁中心指定一名仲裁员的收费是8000港币，决定回避一名仲裁员的收费是50000港元；<sup>③</sup>香港国际仲裁中心指定仲裁员的收费是8000港币，决定回避一名仲裁员的收费是50000港币；<sup>④</sup>新加坡国际仲裁中心（SIAC）指定仲裁员的收费是3000—5350新加坡元，决定回避一名仲裁员的收费是8000—8560新加坡元；<sup>⑤</sup>国际商会仲裁院（ICC）指定仲裁员的收费是5000—10000美元，决定回避一名仲裁员的收费是5000—15000美元。<sup>⑥</sup>参照前述标准设置一个较为适中的金额，可适度地为中国内地各指定仲裁机构增加收入。

<sup>①</sup> 参见香港国际仲裁中心：《仲裁（委任仲裁员及调解员和决定仲裁员人数）规则》，载香港国际仲裁中心官网，[https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck\\_filebrowser/PDF/arbitration/Cap\\_609C\\_Rules\\_SC.pdf](https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/Cap_609C_Rules_SC.pdf)。

<sup>②</sup> 参见香港国际仲裁中心：《仲裁员指定实务指引》，载香港国际仲裁中心官网，[https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck\\_filebrowser/PDF/arbitration/Practice\\_Note\\_on\\_Appointment\\_of\\_Arbitrators\\_SChinese.pdf](https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/Practice_Note_on_Appointment_of_Arbitrators_SChinese.pdf)。

<sup>③</sup> 参见中国国际经济贸易仲裁委员会：《中国国际经济贸易仲裁委员会香港仲裁中心担任指定机构的规则》，载中国国际经济贸易仲裁委员会官网，<http://www.cietac.org/Uploads/201706/594b312df413d.pdf>。

<sup>④</sup> HKIAC, Fees (visited at Jan. 13, 2023), at <https://www.hkiac.org/arbitration/fees>.

<sup>⑤</sup> SIAC, Current Fee Schedule (Aug. 1, 2016), at [https://siac.org.sg/siac-schedule-of-fees/#Admin\\_Fees](https://siac.org.sg/siac-schedule-of-fees/#Admin_Fees).

<sup>⑥</sup> ICC, 2018 Rules of ICC as Appointing Authority in UNCITRAL or Other Arbitration Proceedings (visited at Jan. 13, 2023), at <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/12/2018-rules-of-icc-as-appointing-authority-english.pdf>.

其次，指定仲裁机构选任仲裁员或紧急仲裁员以及决定仲裁员的回避，一般可直接参照适用已有的机构仲裁规则，如前述提及的《中国国际经济贸易仲裁委员会香港仲裁中心担任指定机构的规则》。其中，《中国国际经济贸易仲裁委员会香港仲裁中心担任指定机构的规则》第9条规定的对仲裁员的回避程序可能较简略，可考虑适当扩充，即中国国际经济贸易仲裁委员会香港仲裁中心决定时，应适用仲裁程序法和所适用的仲裁规则中关于回避问题的规定，必要时亦可参照国际律师协会的《国际律师协会国际仲裁利益冲突指引》。举例而言，《香港国际仲裁中心仲裁员质疑实务指引》第2条和第3条<sup>①</sup>考虑到因回避申请的复杂性，规定仲裁员回避审理程序除“书面审理”还可以包括“庭审”，且仲裁机构应决定是否允许当事人和被申请回避仲裁员依书面陈词和证据进行证明等。

最后，涉外临时仲裁尊重当事人选任仲裁员的自由，将仲裁机构的管理职能转向协助职能，但也在某种程度上反映涉外临时仲裁当事人对仲裁机构的不信任或不信赖。仲裁机构的优化改革与涉外临时仲裁制度建设应是相辅相成的，仲裁机构改革不仅应关注如何协助涉外临时仲裁制度落地，还应关注涉外临时仲裁制度带来的改革启示，即仲裁机构的能力建设和公信力建设问题。

在仲裁员队伍建设方面，更多数量和更高质量的仲裁员可以保障涉外临时仲裁的选人自由。在数量上，因《仲裁法征求意见稿》保留了《仲裁法》的法律从业人员的工作年限限制，其人才数量的提升难见成效，仲裁机构应在其他领域专业人员的队伍建设上使力。一方面，各仲裁机构可以积极地与我国知名的法学研究所和高校法学部门对接与合作，促成高校放开民商事部门法教师在外兼职，开放实务与学术的交流，以达成双赢局面。另一方面，根据市场调研不断扩充“经济贸易”的细分领域并不断扩招。在质量上，仲裁机构应建立仲裁员从产生到退出的完整机制，并采取多种措施确保仲裁员依法履职。<sup>②</sup> 第一，高校教师、研究人员等未经培训就承办案件将是对仲裁案件的不负责，仲裁机构应积极组织和开展对仲裁员的培训以不断提高其实际业务能力和业务素质。第二，事先对仲裁员参与仲裁提出要求以确保仲裁效率，例如“一年内参与审

<sup>①</sup> 参见香港国际仲裁中心：《香港国际仲裁中心仲裁员质疑实务指引》，载香港国际仲裁中心官网，<https://www.hkiac.org/zh-hans/arbitration/rules-practice-notes>。

<sup>②</sup> 参见沈四宝、蒋琪：《浅论仲裁员的自由裁量权》，载《河北法学》2017年第3期，第22-23页。

理且尚未审结的案件不得超过 10 件，如果要超过 10 个案件，得报仲裁委员会主任批准”等，事后对仲裁员的仲裁能力予以定期评估，主要通过当事人调查问卷、裁决书抽查考核等途径进行。第三，除不续聘、解聘外，仲裁机构应建立市场声誉约束机制。即仲裁机构可以对仲裁员不守规裁决行为予以定期公示，让市场供需调节机制对仲裁员予以更加有效的约束。

在仲裁机构适当让权和外部独立性建设方面。一方面，仲裁机构可考虑适当将“仲裁员的委任和回避”等程序的决定权交到涉外临时仲裁庭手上。仲裁员委任因涉外临时仲裁庭未组成需要第三方协助无可厚非，而回避事项并非必须指定仲裁机构的协助。如只是边裁收到回避申请，首裁应享有仲裁程序主持的自由裁量，而如只是一名仲裁员收到回避申请，其他两位仲裁员可以共同意思决定。另一方面，仲裁机构应加快“脱钩改制”，以公益性的非营利性法人自居，往市场中介类的专业法律服务机构发展，<sup>①</sup>有利于支持我国仲裁机构的长远和良性发展，增强我国仲裁机构的国际竞争力。<sup>②</sup>

在仲裁机构收费合理性方面，对比《国际商会商事仲裁院案件收费表》和国内知名仲裁机构的费用表（仅以最低收费和最高收费做对比），国内仲裁机构和国外仲裁机构的收费各有高低。当争议的标的额较大时，我国仲裁机构按标的额比例计收的仲裁费用/案件处理费将远超过国外著名仲裁机构的机构费用，达数十万元到数百万元量级，甚至无上限。即使考虑到仲裁委员对仲裁员和仲裁秘书的培训费以及机构日常运营成本支出，当事人仍将怀疑机构收费是否过高。此外，对于万元左右或者按标的额比例计收的案件受理费的合理性也有待论证。总而言之，调整现有仲裁费用制度，需要从手段的有效性和成本负担的合理性方面来探讨如何降低仲裁成本，还需要通过新模式和新制度的创设来实现，而非仅是对现有制度的简单修改。<sup>③</sup>

## 五、结语

《仲裁法征求意见稿》引入涉外临时仲裁，体现了立法者因地制宜对法律予以修订的理念，体现了法律修订应具备的改革创新特质。《仲裁法征求意见

---

① 参见姜美丽：《论我国仲裁机构的法律属性及其改革方向》，载《比较法研究》2019年第3期，第154页。

② 参见宋连斌：《我国仲裁制度：弊端及其克服》，载《政法论坛》2002年第2期，第98页。

③ 参见张萍：《国际商事仲裁费用能控制吗？》，载《甘肃社会科学》2017年第3期，第154页。

稿》明确引入涉外临时仲裁制度并予以法律条款设计，积极消除《仲裁法》对临时仲裁制度适用的现有障碍，但也存在一些阙漏，需对条款予以进一步完善。此外，仲裁机构应设置配套规则以协助涉外临时仲裁制度的实施。在未来机构仲裁和临时仲裁的双轨机制下，仲裁机构也应加快机构改革步伐，以期保持自身在涉外商事纠纷领域的竞争力。从而，共创中国内地机构仲裁和涉外临时仲裁一同欣欣向荣发展的美好图画。

(责编委：田雨酥<sup>①</sup>)

---

<sup>①</sup> 中国国际经济贸易仲裁委员会国内案件处职员。



## 域外参考



## 非洲商法协调组织（OHADA） 司法与仲裁共同法院仲裁规则

朱伟东\* 译

非洲商法协调组织（OHADA）的部长理事会，

——考虑到 1993 年 10 月 17 日在路易斯港签署的、2008 年 10 月 17 日在魁北克修订的《非洲商法协调条约》，特别是其第 2 条、第 8 条、第 21 条、第 26 条和第 39 条；

——考虑到司法与仲裁共同法院 2017 年 10 月 5 日和 6 日作出的第 04/2017/AU 号意见；

经审议；

由出席和投票表决的成员国一致表决通过本规则，其规定如下：

---

\* 朱伟东，中国社会科学院西亚非洲研究所非洲法律研究中心主任、研究员，国内外多家仲裁机构仲裁员。本文是国家社科基金研究专项项目“非洲本土化立法研究”（项目编号：19VJX062）的阶段性成果。

非洲商法协调组织主要是由非洲法语国家成立的一个区域性商法协调组织，现有 17 个成员国。该组织制定有《仲裁统一法》，适用于成员国国内进行的仲裁。同时，非洲商法协调组织设立的司法与仲裁共同法院也可作为仲裁管理机构，受理依据《非洲商法协调条约》规定提起的投资仲裁和商事仲裁。司法与仲裁共同法院管理下的仲裁适用的是《非洲商法协调条约》，《司法与仲裁共同法院仲裁规则》依据《司法与仲裁法院程序规则》的相关规定。《司法与仲裁共同法院仲裁规则》在投资仲裁、介入程序、裁决执行以及第三人异议方面有很多创新性的规定。特别是该规则有关撤销裁决和执行裁决方面的规定，实现了二者的有效衔接，非常值得我们在修改《仲裁法》的相关规定时作为参考。

## 第一章 司法与仲裁共同法院在仲裁事项上的权力

### 第1条 法院权力的行使

1.1 司法与仲裁共同法院（以下简称“法院”）应根据下面界定的条件，行使管理《非洲商法协调条约》（以下简称“条约”）第21条范围中的仲裁的权力。

法院为确保仲裁程序的实施和成功完成而作出的决定以及有关审查仲裁裁决的决定具有管理性质。

为了管理仲裁程序，法院由非洲商法协调组织秘书长予以协助。

具有与直接参与仲裁程序的成员国相同国籍的法院成员应就有利害关系的案件退出法院分庭。法院院长应根据情况，通过裁定更换相关法院成员。

在仲裁期间，法院应通过秘书长作为中介与仲裁庭和当事人进行沟通。秘书长负责通知仲裁庭的决定以及法院作出的决定。

法院院长可以根据法院内部规则规定的条件向专家征求意见。

法院作出的行政决定不具有既判力，不得对其提出上诉。这些决定的理由可告知所有当事方，如果仲裁程序的当事一方在作出决定前提出此类请求。

1.2 法院可在其通常的司法程序中，按照所适用的程序规则，就仲裁裁决的既判力和执行力行使条约第25条授予它的司法权力。

1.3 上面第1.1段规定的法院有关管理仲裁程序的权力应根据本规则第二章的规定行使。

上面第1.2款规定的法院的司法权应根据本规则第三章的规定和《法院程序规则》的规定行使。

## 第二章 司法与仲裁共同法院的仲裁程序

### 第2条 司法与仲裁共同法院的权力

2.1 法院的权力是根据本规则对当事人依仲裁协议提交给它的合同争议的仲裁程序进行管理，如果在此类合同中，任一方当事人的居所或惯常居所在一个或多个成员国境内，或合同的全部或部分在或将在一个或多个成员国境内履行。

法院还可对基于投资相关法律文件特别是基于投资法或双边或多边投资条约提起的仲裁程序进行管理。

## 2.2 法院自己不解决争议。

法院任命或确认仲裁员。法院应获得有关仲裁程序进展的通知，并应对仲裁裁决草案进行审查。

法院在仲裁事项上的运作应受元首大会通过的法院内部规则的调整。该规则经部长理事会根据条约第4条规定的条件核准后方可执行。

### 第3条 仲裁员的任命

#### 3.1 争议应由独任仲裁员或三名仲裁员组成的仲裁庭解决。

双方同意争议由独任仲裁员解决的，独任仲裁员根据双方当事人的同意予以任命，但该任命须经法院确认。如果当事人在仲裁请求通知后30天内未能就独任仲裁员的任命达成一致意见，则独任仲裁员应由法院任命。

如果争议由三名仲裁员解决，则每一方当事人应在其仲裁请求或对仲裁请求的答辩中各自任命一位独立的仲裁员，此类任命须经法院确认。如果一方当事人未能任命仲裁员，则该仲裁员应由法院任命。作为仲裁庭主席的第三位仲裁员应由法院任命，除非双方当事人已经约定第三名仲裁员应由他们各自任命的两名仲裁员在既定的期限内任命。在此情况下，法院应对第三名仲裁员的任命进行确认。如果两名仲裁员未能在当事人约定的或法院确定的期限内任命第三名仲裁员，则第三名仲裁员应由法院任命。

如果当事人未能就仲裁员的人数达成一致意见，法院应任命独任仲裁员，除非法院认为所涉争议需要由三名仲裁员进行审理。在后一情况下，当事人应在15天内各自任命一名仲裁员。

两个或两个以上的申请人或被申请人必须向法院提交关于任命仲裁员的联合建议，但这些建议在规定的时限内未能达成一致意见的，法院可以对仲裁庭的每一成员作出任命。

3.2 仲裁员可从法院起草的、每年予以更新的仲裁员名单中进行选择。法院成员不能列入该名单中。

3.3 在任命仲裁员时，法院可要求第1.1条第6段提到的专家提供意见，并应特别考虑到当事人的国籍、居所地、律师的居所地、仲裁员的居所地、仲裁地、当事人的语言、争议问题的性质、仲裁员的可获得性以及争议实体问题可能适用的法律。

如果需要任命一名或多名仲裁员，法院应根据下列程序尽速行事，除非当事人另有约定：

a) 秘书长应向每一方当事人提供一份法院制作的、至少包含三个仲裁员名字的不同名单；

b) 在秘书长确定的期限内，每一方当事人应向秘书长返回该名单，他们应在该名单上注明他们根据优先次序确定的仲裁员的名字，并且在适当情况下，也可将他们反对的仲裁员名字删去；

c) 在秘书长确定的期限届满后，法院应根据双方当事人同意的仲裁员的名字以及他们的优先次序任命仲裁员；

如果因任何原因，无法根据该程序作出任命，法院可行使其自由裁量权，任命一名或多名仲裁员。

#### 第4条 仲裁员的独立性、对仲裁员的异议以及仲裁员的替换

4.1 经法院任命或确认的仲裁员应保持公正，并独立于当事人。

他应勤勉尽职履行职责，直至仲裁程序结束。

预期仲裁员在法院任命或确认前，应以书面形式向秘书长披露可能使人对其公正性或独立性产生合理怀疑的任何情况。

秘书长在收到此种信息后，应以书面形式通知各方当事人，并应确定一段期限，以便当事人提出意见。

仲裁员应立即向秘书长和各方当事人书面披露在法院对其进行任命或确认至最终仲裁裁决通知之间可能发生的具有类似性质的任何事实或情况。

4.2 如果因指称缺乏独立性或任何其他理由对仲裁员提出异议，则应向秘书长提交一份声明，说明异议所依据的事实和情况。

为使异议得到接受，当事人应在其收到法院任命或确认该仲裁员的通知之日起30天内提出异议，或在当事人获悉异议所据以成立的事实或情况后的30天内提出异议，如果该日期晚于当事人收到法院有关任命或确认仲裁员的通知的日期。

法院应对是否受理异议请求作出裁定，同时在秘书长已经给予相关仲裁员、当事人以及仲裁庭的其他成员合理时间提出书面意见后，如果法院认为必要，也可对异议请求的实体问题作出裁定。

4.3 如果仲裁员死亡，或法院接受对其提出的异议，或法院接受其辞职，则该仲裁员应予替换。

如果法院没有接受一名仲裁员的辞职，且该名仲裁员拒绝继续履职，若其是独任仲裁员或仲裁庭主席，则其须被替换。

在任何其他情况下，法院在考虑到仲裁程序的进展以及其他两位没有辞职的仲裁员的意见后，决定仲裁员的替换是否合适。如果法院认为没有必要替换仲裁员，仲裁程序应继续进行，并应作出仲裁裁决，即使其辞职未被接受的仲裁员拒绝参与仲裁程序。

法院应在特别考虑到本规则第 28 条第 2 款的规定后作出自己的决定。

4.4 如果法院认为仲裁员在法律上或事实上无法履行其职责，或未能按照条约第四章或本规则或在规定的时限内履行其职责，则应替换该仲裁员。

当法院根据其注意到的信息，考虑适用前款规定时，在秘书长将该信息书面告知有关仲裁员、当事人和仲裁庭其他成员（如果有），并在合理期限内给予他们提交书面意见的机会后，法院应对仲裁员的替换作出决定。

如果一名仲裁员因未能按照《非洲商法协调条约》第四章或本规则或在规定的时限内履行其职责而对其进行替换时，法院应根据任命该仲裁员的当事人的建议任命新的仲裁员，但法院不受该当事人建议的约束。

如果法院获悉在三名仲裁员组成的仲裁庭中，仲裁庭主席以外的其中一名仲裁员没有参与仲裁，即使他还没有辞职，法院可根据本规则第 4 条第 3 段和第 4 段的规定，不对该名仲裁员予以替换，如果其他两名仲裁员同意在该名仲裁员不参与的情况下继续仲裁程序。

4.5 仲裁庭重新组成后，且已要求当事人提交其意见后，仲裁庭应决定此前的程序应在多大范围内重新进行。

4.6 在上面第 4.1 款至第 4.4 款所列的替换仲裁员的所有情况中，秘书长应使各方当事人和其他仲裁员能够就仲裁员替换提出书面意见，并将这些意见传达给其他各方当事人和仲裁庭成员。

不得对法院根据本规则第 3 条第 3.3 款的规定作出的关于仲裁员的任命、确认、异议或替换的决定提出上诉。

## 第 5 条 仲裁请求

5.1 任何希望根据《非洲商法协调条约》第 21 条寻求仲裁的当事人，应向秘书长提出请求。本规则规定了此类仲裁的实施程序。

仲裁请求应包含下列信息：

a) 当事人的姓名、身份、企业名称、邮政和电子邮件地址，并注明为继续诉讼而选择的住所；

b) 对当事各方具有约束力的仲裁协议，不论是基于合同还是任何其他文

件,或根据情况,指明请求所依据的投资法律文件;

c) 对争议的简要陈述、申请人的主张和支持该争议的论据以及对其索赔数额的说明;

d) 有关仲裁员数量和仲裁员选择的任何有用的建议或信息;

e) 当事人之间就仲裁地、仲裁语言、仲裁协议所适用的法律、仲裁程序或仲裁实体问题达成的协议。或无此类协议时,申请人应表明其对此类问题的看法;

仲裁请求应包含根据本规则附件二费用表支付的提起仲裁程序的费用。

秘书长在收到仲裁请求之日应立即通知被申请人,并在其通知中附上仲裁请求副本及其支持下文件以及本规则的副本,同时向申请人发送确认收到仲裁请求的收据。秘书长可要求提供证据证明以申请人名义行事的任何代理人的权限。

秘书长根据本条规定收到仲裁请求的日期应是仲裁程序开始之日。

如果仲裁请求没有附上本条第3段所指明的费用款项,或未向秘书长提交足够数量的仲裁请求书及其相关文件的副本,秘书长可给予申请人一定期限以满足这些要求,并且必要时可延长这一期限。当这一期限届满时,不可再提交仲裁请求,但这并不妨碍当事人稍后重新提起新的仲裁请求。

#### 第6条 对仲裁请求的答辩

6.1 被申请人应在收到秘书长发出的仲裁请求通知后30天内,向后者提交其答辩状。

对于本规则第3.1款第2段所述情况,双方应在该条规定的30天的期限内达成协议。

答辩状应包含下列信息:

a) 是否确认申请人所述的姓名、企业名称和地址,并为进一步的程序选择住所;

b) 是否确认存在根据本规则提交仲裁的当事人之间的合同或任何其他文书所产生的仲裁协议;

c) 对争议的简要说明以及被申请人对向其提出的索赔的立场,并说明其抗辩所依据的理由和文件;

d) 被申请人对上面第5条d)项和e)项下仲裁请求所涉及的所有问题的答复。

### 第7条 对反请求的答辩

如果被申请人在其答辩中提出反请求，申请人可在收到其答辩后30天内以补充说明方式对该反请求作出答辩。

### 第8条 预交仲裁费用

在收到仲裁请求、答辩以及看情况下根据上面第5条、第6条和第7条提交的补充说明后，或在提交此类文件的期限届满后，秘书长应请求法院确定临时预交的仲裁费用、仲裁程序的启动，以及可能情况下确定仲裁地。

一旦仲裁庭组成，且根据本规则第11.2条作出的支付预付款的决定得到满足，相关文件应送交仲裁员。

#### 第8-1条 强制介入

8-1.1 希望让受仲裁协议约束但不参与仲裁程序的人介入的一方当事人，应向秘书长提出针对该人的仲裁请求。

在仲裁庭组成前，法院可以确定提交介入请求的期限。

如果在申请介入时，仲裁庭已经组成，或其一名成员已被任命，或根据情况已被确认，应宣布介入不可受理，除非当事各方和介入当事人另有约定，而且仲裁庭考虑到仲裁程序的进展情况后接受介入。

秘书长收到介入请求的日期，就所有目的而言，均应被视为对介入方提起仲裁程序的日期。

8-1.2 介入请求应包含下列信息：

a) 现有程序的参考文件；

b) 包括介入方在内的每一方当事人的姓名、身份、邮政和电子邮件地址；以及

c) 本规则第5条第2段b)项、c)项、d)项所要求的信息。

8-1.3 介入请求除非附有本规则第12.1条所要求的份数和附件二所列费用表中规定的提起程序的费用款项，否则秘书长不应予以转交。

8-1.4 介入当事人应根据本规则第6条的规定提交答辩，并可作必要的修改，或如果仲裁庭已经组成，则应根据仲裁庭的指示提交答辩。它可根据上面第7条的规定对任何其他当事方提出索赔。

#### 第8-2条 自愿介入

在仲裁庭组成之前，不得接受任何自愿介入。

仲裁庭组成后，对仲裁程序的任何自愿介入均须经当事各方和仲裁庭事先

批准。

### 第8-3条 多方当事人

8-3.1 法院管理的仲裁，可以在两个以上的当事方之间进行，如果两个以上的当事方同意按照本规则进行仲裁。在多方当事人仲裁的情况下，任何一方当事人都可以对任何其他当事人提出请求。

8-3.2 根据上面第8-3.1款提出申请的任何当事人应提供本规则第5条所要求的材料。

8-3.3 仲裁庭在收到提交的卷宗后，应确定处理任何新请求的程序。

### 第8-4条 多方合同

8-4.1 由一项以上合同引起或与一项以上合同有关的请求可在一次仲裁中提出。

8-4.2 如果这些请求是根据一项以上的仲裁协议提出的，则应由仲裁庭查明：

- a) 当事各方同意根据本规则进行仲裁，而且这些仲裁协议是一致的；并且
- b) 仲裁的所有当事方都同意在单一程序中解决请求。

### 第9条 不存在仲裁协议

当从表面上看当事人之间不存在适用本仲裁规则的仲裁协议时，如果被申请人反对法院的仲裁，或未在上面第6条规定的30天期限内提交答辩，秘书长应通知提出仲裁请求的申请人，他打算将该事项提交法院，由法院决定是否进行仲裁。

如果申请人认为有必要在接下来30天内提出意见，法院应根据申请人的意见作出决定。

### 第10条 仲裁协议的效力

10.1 如果当事人同意诉诸法院管理的仲裁，他们应被视为遵守条约第四章、本规则、法院内部规则及其附件以及根据本规则第5条在仲裁程序开始之日有效的仲裁费用表的规定。

10.2 如果一方当事人拒绝或未能参加仲裁，仲裁仍应进行。

10.3 如果一方当事人提出一项或多项关于仲裁协议存在、有效性或其范围的抗辩，法院在查明表明存在仲裁协议后，可在不影响这些抗辩的可受理性或实体问题的情况下决定进行仲裁。在这种情况下，应由仲裁庭就其本身的管辖权作出任何决定。

10.4 仲裁庭对其本身的管辖权以及仲裁请求的可受理性拥有专属管辖权。

除另有约定外，如果仲裁庭认为仲裁协议有效，但对双方当事人具有约束力的合同无效或不存在，则仲裁庭有权确定双方当事人各自的权利，并对双方当事人的争议作出裁决。

#### 第 10-1 条 临时措施

除非另有约定，仲裁协议应赋予仲裁庭在仲裁程序过程中决定任何关于申请临时或保全措施的管辖权，但与司法担保和保全扣押有关的申请除外。

根据前款作出的裁定，如为执行临时或保全措施而需要执行的，可申请立即执行。

在向仲裁庭提交材料之前，以及在例外情况下在提交材料之后，如果所请求的临时或保全措施的紧迫性使仲裁庭无法及时作出决定，当事人可以向主管法院申请临时或保全措施。

此种请求以及主管法院采取的措施应毫不迟延地通知秘书长，由秘书长通知仲裁庭。

#### 第 11 条 预付仲裁费用

11.1 法院应根据本规则第 24 条确定仲裁费用预付款项，以支付向其提出的请求所产生的仲裁费用，除非此类请求是根据本法规第 8-1 条，第 8-2 条和第 8-3 条提出的，在这种情况下，适用下面第 11.3 条的规定。

如果争议金额至少修改四分之一或有新情况需要调整，该预付款可进行调整。

当被申请人提出反诉时，如果当事人要求，法院可以分别确定请求或反请求的预付费用。当法院确定单独预付费用时，双方应支付与其请求相对应的预付费用。

11.2 申请人应与被申请人平摊预付费用。但是，如果另一方未能支付其份额，任何一方均可自由支付有关主请求和反请求的全部预付费用。

在材料提交给仲裁员之前，确定的预付费用应全部支付给法院。最多四分之三的付款可由足够的银行担保。

11.3 如果请求是根据本规则第 8-1 条、第 8-2 条和第 8-3 条提出的，法院应确定一项或多项预付费用，并决定哪一方负责支付，或在当事人之间按何种比例支付。如果法院此前已根据本条确定了预付款，则将后者改为根据本款确定的预付款。在这种情况下，一方当事人先前支付的任何预付款应视为该当

事人对法院根据本款确定的预付款份额所做的部分支付。

11.4 仲裁员只能受理根据上面第 11.2 条已完全支付预付款的请求。

如果支付预付款的要求未能满足，法院可应秘书长的请求要求仲裁庭暂停其活动并确定一个可能不少于 30 天的期限，期限届满时，如预付款仍未支付，则与该预付款对应的请求应被视为已撤回。这种撤回并不剥夺相关当事人随后在其他程序中提出同一请求的权利。

#### 第 12 条 通知、通信和期限

12.1 任何一方提交的备忘录和所有书面通信以及所有补充文件应按当事人的数量提交相应的份数，并且每名仲裁员应有一份，并将一份电子副本送交秘书长。

一旦仲裁庭收到仲裁材料，仲裁庭和当事各方应将与其仲裁程序有关的所有通信的电子副本送交秘书长。

12.2 秘书长和仲裁庭发出的所有通知或通信应发送至作为其接收方的当事人或其代理人的地址或最后所知的地址。该地址根据情况是由该当事人或另一方当事人提供的。通知或通信可以通过附收据的寄送、挂号信、运输服务、电子邮件或提供发送证明的任何其他电子手段进行。

有效发出的通知或通信，如果已由相关人员收到，应视为已被收取；或如果已按照上面第 12.2 条有效发出，则其应已被相关人员或其代表收取。

本规则或本法院规定的期限应从根据上面第 12.3 条被视为发出通知或来文的次日起算。

如果在通知或通信被视为在某一日期发出的国家，该日的次日是假日或非工作日，则该期限应从其后的第一个工作日开始。

法定假日和非工作日应包括在计算期限中，不得延长期限。如果期限的最后一天是通知或通信被视为发出国的假日或非工作日，则期限应在下一个第一个工作日结束时届满。

仲裁庭组成后，经仲裁庭同意，当事人可以约定缩短本规则规定的各种期限。若有合理情形，法院经与当事各方协商后，可应仲裁庭的请求，延长此种期限或本规则规定的任何其他期限，以使仲裁庭能够履行其职能。

#### 第 13 条 仲裁地

仲裁地应由仲裁协议或当事各方随后的协议确定。

否则，应由法院在将材料转交仲裁庭之前通过其决定予以确定。

除非另有约定，并经与当事各方协商后，仲裁庭可决定在其认为适当的任何地点举行庭审、会议和审议。

如果情况使仲裁不可能或难以在指定的地点进行，法院可以应当事各方、一方当事人或仲裁员的请求，选择另一仲裁地。

#### 第 14 条 仲裁程序的保密性

仲裁程序应保密。法院与仲裁程序进行有关的工作以及法院为管理仲裁而举行的任何会议均应保密。它包括法院在其管理的程序中提交或起草的文件。

除非所有当事人另有约定，当事人及其律师、仲裁员、专家和与仲裁程序有关的所有人员有义务对在仲裁程序中产生的资料 and 文件保密。在同样的条件下，保密应扩大到仲裁裁决。

秘书长可被收取公布仲裁裁决的摘录，而不提及当事方的身份。

#### 第 15 条 庭前会议记录

15.1 在收到材料后，仲裁庭应召集当事各方或其正式授权的代表及其律师参加庭前会议。该会议应尽快举行，最迟应在案件提交仲裁庭后 45 天内举行。在此类会议期间，仲裁庭如认为有必要，可要求提供一方当事人任何代表的权力证明。经当事各方同意，仲裁庭可以电话会议或视频会议的形式举行。

庭前会议的目的是：

a) 确定提交仲裁庭的案件的<sup>事实</sup>和仲裁庭必须处理的请求。应列出当事各方在该日分别提交的诉状中所载的请求，并简要说明提出这些请求的理由和为满足这些请求而提出的抗辩；

b) 确定当事各方是否就上面第 5 条 e) 项、第 6 条 b) 项和第 6 条 d) 项所列事项达成协议。如果没有达成协议，仲裁庭确定裁决应就此作出处理；

c) 确定当事各方就仲裁语言达成的协议，或允许仲裁庭在会议期间就此作出决定；

d) 在必要时，允许仲裁庭询问当事各方是否打算根据本规则第 17 条授予仲裁庭友好调解人的权力；

e) 就仲裁庭打算适用的仲裁程序的进行采取适当措施，以及实施这些措施的方式；

f) 起草仲裁程序的临时时间表，以确定各当事人提交必要书状的日期，以及庭审日期，在此日期后不再进行庭审。仲裁庭确定的庭审日期不得超过庭前会议之日 6 个月，除非当事人另有约定。

15.2 仲裁庭应起草庭前会议的记录,并在收到各方当事人的任何意见后签署。

当事人或其代表也应在会议记录上签字。如果一方当事人拒绝在会议记录上签字或对会议记录表示保留,会议记录应提交法院批准。

庭前会议记录的副本应送交当事人及其律师和秘书长。

15.3 如有必要,仲裁庭可在当事各方提出意见后主动或应当事各方的请求修改庭前会议记录中所载的仲裁临时时间表。

经修订的时间表应送交秘书长,以便转交法院。

15.4 仲裁庭应在其终止审理的命令发出后90天内起草并签署裁决书,除非法院主动或应仲裁庭的请求下令延长该期限。

15.5 如果所作的仲裁裁决没有最终结束仲裁程序,则应立即召开一次会议,在同样的条件下确定新的裁决时间表,以彻底解决争端。

#### 第16条 仲裁程序规则

适用于仲裁庭程序的规则应为本规则,在本规则未作规定的情况下,应为当事各方确定的规则,或在当事各方未确定规则的情况下,由仲裁庭确定的规则,不论他们是否参照适用于仲裁的程序法。

各方当事人必须得到平等对待,每一方都必须有充分的机会维护自己的权利。当事各方应迅速和忠实地进行仲裁程序,避免采取任何拖延措施。

任何一方当事人如果明知存在违规行为但未及时提出并继续进行仲裁程序的,应视为已放弃主张该违规行为的权利。

#### 第17条 争议实体适用的法律

当事各方可自由约定仲裁庭解决争议实体问题的法律规则。在当事各方未作出选择的情况下,仲裁庭应适用其认为最适当的法律规则。

在任何情况下,仲裁庭均应考虑到合同的规定和国际贸易的惯例。

如果当事方明确表示同意,他也可以作为友好调解人作出裁决。

#### 第18条 新请求

仲裁庭签署庭前会议记录后,当事各方不得在上述记录的范围之外提出新的请求,除非仲裁庭允许,仲裁庭应考虑到新请求的性质、程序的进展情况和任何其他有关情况。

#### 第19条 案件审理

19.1 仲裁庭应以一切适当手段迅速审理案件。

仲裁庭在审查了当事各方的书面材料和在仲裁程序中提交的材料后，应根据当事各方的请求听取当事各方的口头陈述。在无此种请求时，仲裁庭可以主动决定听取他们的意见。

仲裁庭可以要求当事各方对事实作出解释，并以任何法律上可接受的方式提出仲裁庭认为解决争端所必需的证据。仲裁庭决定证据的可采性，并自由评估证据的强度。

当事方应亲自或由正式授权的代表出庭。他们可以得到律师的协助。

仲裁庭如认为必要，可决定单独听取当事各方的意见。在这种情况下，对每一当事方的听讯应在双方律师在场的情况下进行。

对当事各方的庭审应在仲裁庭确定的日期和地点进行。

如果一方当事人虽然已经适当通知，但未出席庭审，仲裁庭在确保通知已送达当事人后，可以继续执行其职责，除非当事人提供有效的理由，庭审应被视为是对抗性的。

经适当签署的当事人的庭审记录应提交给法院秘书长。

19.2 仲裁庭还可决定在当事各方在场或不在场的情况下听取当事各方指定的证人、鉴定人或任何其他人的证词，但他们须经适当传唤。

19.3 如果当事各方提出请求或同意，仲裁庭可以仅根据书面证据作出裁决。

19.4 除非当事各方另有约定，仲裁庭可以指定一名或多名专家就仲裁庭确定的具体问题向仲裁庭提出报告，并邀请专家在庭审时作证。仲裁庭可酌情要求一方当事人向专家提供任何适当资料，或向专家提交或提供任何有关文件或其他材料，供其审查。

19.5 仲裁庭应邀请当事各方参加仲裁庭主持的庭审。庭审应是对抗性的。非经仲裁庭和当事各方同意，庭审不得向程序以外的人开放。

#### 第 19-1 条 仲裁程序的终止

19-1.1 仲裁庭应下令在下列情形下终止仲裁程序：

- a) 在当事各方根据程序时间表实体问题提出意见的最后阶段之后；
- b) 申请人撤回其申请，除非被申请人反对，而且仲裁庭承认它就争议做出最终裁决具有正当利益；
- c) 仲裁庭查明由于任何其他原因，继续进行程序已变得多余或不可能。

19-1.2 仲裁程序结束后，当事人不得提出任何请求或抗辩。当事各方也

不得提出意见或出示文件，除非应仲裁庭的明确书面请求。

#### 第20条 和解仲裁裁决

如果当事人在仲裁程序中达成和解意见，他们可以请求仲裁庭以当事人约定的仲裁裁决的形式记录该和解意见。

#### 第21条 管辖权异议

21.1 如果一方当事人打算以任何理由对仲裁庭审理全部或部分争议的管辖权提出异议，其必须在本规则第6条和第7条规定的答辩中提出反对意见，最迟必须在庭前会议上提出反对意见。

21.2 在仲裁程序的任何时候，仲裁庭都可以公共政策为由主动审查其管辖权，然后请当事各方就此提出意见。

21.3 仲裁庭可在初步裁决中，或在审理案情实质后在终局裁决或部分裁决中，对无管辖权异议作出裁决。对该裁决可提起撤销之诉。

如果一方当事人对仲裁庭维持其管辖权的临时裁决提出撤销申请的，仲裁程序不得中止。

#### 第21-1条 仲裁前争议解决初步阶段

21-1.1 如果有协议要求当事各方遵循仲裁前解决争端的一个初步阶段，仲裁庭应根据一方当事人的请求，审查这一条件是否得到满足，并在必要时下令完成仲裁前争议解决初步阶段。

21-1.2 如果仲裁前争议解决初步阶段尚未开始，仲裁庭应在其认为适当的一段时间内中止程序，以便最勤勉的一方当事人能够实施该阶段。

21-1.3 如果初步阶段已有效启动，仲裁庭应根据情况认定其失败。

#### 第22条 仲裁裁决

22.1 除裁决主文外，仲裁裁决还应包含下列信息：

- a) 作出裁决的一名或多名仲裁员的全名；
- b) 仲裁裁决日期；
- c) 仲裁庭所在地；
- d) 当事各方的全名以及他们的住所或注册办事处；
- e) 根据情况，律师或代表或协助当事各方的任何人员的全名；
- f) 当事各方各自的主张，其抗辩和仲裁程序阶段的说明。

仲裁裁决必须说明理由。

如果仲裁庭已被当事各方授权作为友好调解人作出裁决，则应提及这一事实。

22.2 仲裁裁决应被视为在仲裁地作出。裁决作出日期为法院审核裁决后的签署日期。

22.3 仲裁裁决应在仲裁程序中作出，并以当事各方约定的形式作出。如无此种协议，仲裁庭由三名仲裁员组成时，应以多数仲裁员意见作出裁决。

仲裁裁决书应由仲裁员签署。

但如有一名或两名仲裁员拒绝签署，则须注明这一点，而裁决书具有犹如所有仲裁员均已签署一样的效力。

22.4 仲裁庭任何成员均可向仲裁庭主席提交其特别意见，以便附在裁决书之后。

#### 第 23 条 法院的初步审核

23.1 仲裁庭应将关于管辖权的裁决草案、已处理当事人某些主张的部分裁决草案和最终裁决草案转交秘书长，供法院在签署前进行审核。

其他裁决不须经事先审核，只送交法院备案。

23.2 法院可以提出单纯的形式上的修改建议，提请仲裁庭注意似乎尚未被处理的请求，或在裁决书草案中没有出现的强制性陈述，或裁决书没有适当说明所依据的理由，或推理存在明显矛盾，但法院无权就争端提出任何实质性推理或解决办法。

法院应在收到裁决草案后 1 个月内审核提交给它的裁决书草案。

#### 第 24 条 关于仲裁费用的决定

24.1 仲裁庭应在仲裁裁决中确定仲裁费用，并决定哪一方当事人负责支付这些费用，或者双方当事人分摊这些费用的比例。

24.2 仲裁庭在决定仲裁费用时，应考虑任何相关情况，包括双方在仲裁费用方面快速有效地进行仲裁程序的程度。

24.3 仲裁费用应包括：

a) 仲裁员的费用和法院确定的行政费用、仲裁员的可能费用、仲裁庭的运营费用、专家的费用和支出。仲裁员的费用和法院的行政费用应按照法院大会确定的费用表确定，并由非洲商法协调组织部长理事会根据该条约第 4 条的规定予以批准；

b) 根据仲裁庭对当事各方提出的抗辩请求的评估，当事各方为抗辩而发生

的正常费用。

24.4 如果案件的特殊情况下有此需要,法院可主动或根据仲裁员的请求,确定仲裁员的费用可高于或低于根据费用表所产生的数额。

任何未经法院批准而确定的费用均属无效,但它不能作为撤销仲裁裁决的理由。

24.5 在作出最终裁决之前撤回所有申请或终止仲裁的,法院应确定仲裁员的费用和支出以及行政费用。当事各方未就仲裁费用分摊或与费用有关的其他事项达成协议的,争议应由法院解决。

#### 第 25 条 仲裁裁决通知

25.1 秘书长应在当事各方或其中一方向法院全额支付仲裁费用后,将仲裁庭签署的裁决书通知当事各方。

25.2 经秘书长核实无误的补充副本应在任何时候只发给提出要求的当事人。

25.3 在发出仲裁裁决通知后,当事各方有放弃获得仲裁庭任何进一步通知或通信的权利。

#### 第 26 条 仲裁裁决的解释、更正和补充

仲裁裁决应解除仲裁庭对争端的管辖权。

但仲裁庭有权解释仲裁裁决或纠正影响仲裁裁决的重大错误或遗漏。

如果仲裁庭未能就一项请求作出裁决,可以通过一项补充裁决作出处理。

在上述任何一种情况下,申请应在收到仲裁裁决通知后 30 天内向秘书长提出。

秘书长在收到申请后,应将申请书送交仲裁庭和对方当事人,并给予对方当事人 30 天的时间向申请人和仲裁庭提出意见。

如果仲裁庭不能重新开庭,而且当事各方未就指定新的仲裁庭达成协议,法院应指定一名独任仲裁员,就要求解释、更正或补充裁决的申请作出决定。

在对当事各方的意见及其提交的任何文件进行口头审查后,更正或补充裁决草案应根据本规则第 23 条规定在申请提交仲裁庭后 45 天内送交予以审核。

除本条第 6 款规定的情况外,上述程序不涉及费用。至于任何费用,如果申请被完全驳回,则由提出申请的一方承担。否则,这些费用应由当事各方按照作为申请标的的仲裁裁决中为仲裁费用确定的比例分摊。

### 第 27 条 既判力与临时执行

27.1 根据本规则作出的任何仲裁裁决对当事各方具有约束力，并在每一成员国领土内具有与成员国国内法院作出的判决一样的最终的既判力。仲裁裁决可在任何缔约国境内强制执行。

27.2 当事各方通过将其争端提交按照本规则解决，应承诺毫不拖延地执行即将作出的仲裁裁决。

27.3 仲裁庭可以通过附理由的决定，准予或拒绝临时执行仲裁裁决，如果当事人已提出此类执行请求。

### 第 28 条 仲裁裁决的备案和法定效力

根据本规则作出的任何仲裁裁决的正本应交存秘书长。

在本规则未明确涵盖的所有情况下，法院和仲裁庭应以本规则为指导，并尽最大努力确保仲裁裁决得到执行。

## 第三章 撤销、承认和执行仲裁裁决的申请

### 第 29 条 撤销诉讼

29.1 一方当事人要求撤销仲裁庭在法院仲裁中作出的仲裁裁决，应向法院提出申请，法院应将申请通知另一方当事人。

29.2 当事各方可以同意放弃撤销仲裁裁决的诉讼，只要仲裁裁决不违反国际公共政策。

撤销仲裁裁决的诉讼只有在下列情况下才可受理：

a) 仲裁庭在没有仲裁协议的情况下作出裁决，或依据无效的或过期的仲裁协议作出裁决；

b) 仲裁庭的组成不当或独任仲裁员的指定不当；

c) 仲裁庭在超越其职权的情况下作出裁决；

d) 没有遵守对抗性原则；

e) 仲裁裁决违反国际公共政策；

f) 仲裁裁决没有说明理由。

29.3 仲裁裁决一经作出，撤销诉讼即可受理。如果在本规则第 25 条所述仲裁裁决通知发出后 2 个月内未提出撤销申请，则该申请不予受理。

29.4 法院应根据其程序规则规定的条件审理案件并作出裁决。

在这种情况下，程序时限应减半。

法院应在受理撤销仲裁裁决案件提交后6个月内作出决定。

29.5 如果法院拒绝承认提交给它的仲裁裁决及其既判力，则应撤销该仲裁裁决。

如果当事人提出请求，法院应对案件进行重新审理并就案件的实体问题作出裁决。

如果当事各方没有请求法院对案件进行重新审理并就案件的实体问题作出裁决，则在适当情况下应根据最勤勉的当事方的请求，从法院承认有效的仲裁程序的最后一个阶段开始，恢复仲裁程序。

### 第30条 执行令

30.1 仲裁裁决一经作出，即可执行。

应通过申请向法院院长申请执行令，同时将申请书副本送交秘书长。秘书长应立即向法院通报相关材料，以便法院确定是否存在仲裁裁决和仲裁协议。

30.2 在申请提交后的15天内，法院院长或为此目的授权的法官应下令颁发执行令，并使仲裁裁决在所有成员国具有可执行性。这一程序不是对抗性的。

如果法院已经收到根据上面第29条就同一仲裁裁决提出的申请，则不得准予执行。在这种情况下，两项请求应合并。

除非仲裁庭已下令临时执行仲裁裁决，否则在法院作出决定前，提起撤销诉讼应中止仲裁裁决的执行。

法院也有权对与临时执行有关的争议作出裁决。

有关临时措施或保全措施的仲裁裁决的执行令，法院应在收到申请后的3天内作出决定。

30.3 如果执行令被拒绝，申请执行令的当事人可在收到拒绝通知后15天内向法院提出上诉。如果上诉涉及仲裁庭关于临时或保全措施的裁决的执行，这一期限应减至3天。法院应将上诉通知对方当事人。

30.4 不得对法院院长批准执行令的决定提出上诉。

30.5 只有在下列情况下才可拒绝作出执行令：

a) 仲裁庭在没有仲裁协议的情况下作出裁决，或依据无效的或过期的仲裁协议作出裁决；

b) 仲裁庭在超越职权的情况下作出裁决；

- c) 没有遵守对抗制原则；
- d) 仲裁裁决违反国际公共政策。

### 第 31 条 可执行性证明

31.1 秘书长应向提出请求的当事人提供一份经核证的裁决副本，该副本与根据本规则第 28 条交存的正本相同，并包含一份可执行性声明。该证明书须说明，在一方当事人没有根据上面的规定在 15 天内提起撤销仲裁裁决诉讼的情况下，通过法院院长的命令，只要该命令已被适当送达且已是终局的，或通过法院驳回撤销诉讼的裁定，该仲裁裁决已被准予执行。

31.2 被请求执行裁决的成员国指定的国内机构应在收到经法院秘书长核实的仲裁裁决副本及可执行性证明后，应根据该国的国内法律签发正式的执行令。

### 第 32 条 复核申请

可向秘书长提出对仲裁裁决的复核申请，秘书长应将其转交仲裁庭，理由是发现了具有决定性的事实，而该事实在作出裁决之前是仲裁庭或请求复核的当事人所不知道的。在当事各方未就指定新的仲裁庭达成协议的情况下：

a) 如果仲裁庭由一名独任仲裁员组成，而且不能再次开庭，法院应指定一名独任仲裁员就复核申请作出决定；

b) 如果仲裁庭由三名仲裁员组成，且不能再次开庭，法院应在与当事各方协商后，指定一个由三名仲裁员组成的新的仲裁庭或一名独任仲裁员，就复核申请作出决定；

c) 如果仲裁庭由三名仲裁员组成，而其中一名或多名仲裁员不能再次开庭，法院应在与当事各方协商后指定仲裁员，以补充就复核申请作出决定的仲裁庭。

### 第 33 条 第三方异议

第三方当事人对仲裁裁决的异议应向法院提出。这同样适用于法院根据本规则第 29.5 条第 2 段就争议实体问题作出的裁决。

第三方异议应根据法院程序规则第 47 条规定的条件提起。

### 第 34 条 最后条款

本规则废除了 1999 年 3 月 11 日的仲裁规则，它应在通过后 60 天内在非洲商法协调组织公报上公布。它还将在成员国政府公报上公布。

本规则自在非洲商法协调组织公报上公布之日起90天内生效。  
2017年11月23日于科纳克里通过。

(责编委: 田雨酥<sup>①</sup>)

---

<sup>①</sup> 中国国际经济贸易仲裁委员会国内案件处职员。

## 《仲裁与法律》征稿启事

《仲裁与法律》是中国内地创办最早的关于仲裁制度研究的专业性法学读物，由中国国际经济贸易仲裁委员会主办。《仲裁与法律》出版近三十年来，始终密切关注中国内地仲裁理论和实践问题，并及时介绍国际仲裁的最新发展。

《仲裁与法律》由出版社每年出版四辑，设有“专论争鸣”“理论前沿”“案例评析”“热点时评”“域外参考”等栏目。

本刊编辑部欢迎业界人士向本刊投稿，投稿请关注以下事项：

1. 稿件主题请围绕仲裁法学、仲裁法律实践或研究工作，亦包括仲裁案件中经常涉及的民商事法律问题。稿件字数通常为 8000-15000 字（含脚注），投稿者可自定文章选题。

2. 来稿请参照《法学引注手册》做注，论文稿件一般须有三百字左右的“摘要”及 3-5 个关键词，并应以脚注形式注明作者姓名、职务、职称、所在单位名称及详细联系方式等。

3. 投稿请将稿件 Word 版本发送至编辑部电子邮箱：[law@cietac.org](mailto:law@cietac.org)。

4. 稿件应未在出版物上公开发表过，请严格遵守学术规范，严禁抄袭、剽窃等侵犯知识产权的行为。

5. 凡向本刊投稿的稿件，即视为作者同意授权本刊其作品（包括但不限于电子版）信息网络传播权、无线增值业务权等权利，授权本刊可授予合作单位再使用、授予相关数据库收录之权利，作者前述相关的著作权使用费将由本刊编辑部在本刊稿酬内一次性给付。若作者不同意前述授权的，请在来稿时书面声明，以便本刊做适当处理；作者未书面声明的，视为同意本刊编辑部的前述安排。

6. 本刊所载文章仅代表作者个人观点，不代表本刊编辑部和主办单位的观点。

7. 审稿期一般为 3 个月，文章出版后，即奉稿酬（普通来稿 500 元/千字）。

竭诚欢迎各位业界人士向《仲裁与法律》惠赐稿件。

投稿地址：北京市西城区桦皮厂胡同 2 号国际商会大厦 6 层

邮政编码：100035

电子信箱：[law@cietac.org](mailto:law@cietac.org)



## 图书在版编目 (CIP) 数据

仲裁与法律·第 149 辑 / 中国国际经济贸易仲裁委员会, 中国国际商会仲裁研究所编. —北京: 中国法制出版社, 2023. 9

ISBN 978-7-5216-3659-8

I. ①仲… II. ①中… ②中… III. ①仲裁—研究—丛刊 IV. ①D915.704-55

中国国家版本馆 CIP 数据核字 (2023) 第 119414 号

责任编辑: 秦智贤

封面设计: 杨泽江

---

### 仲裁与法律·第 149 辑

ZHONGCAI YU FALÜ · DI 149 JI

编者/中国国际经济贸易仲裁委员会 中国国际商会仲裁研究所  
经销/新华书店

印刷/

开本/710 毫米×1000 毫米 16 开

印张/13 字数/194 千

版次/2023 年 9 月第 1 版

2023 年 9 月第 1 次印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5216-3659-8

定价: 50.00 元

北京市西城区西便门西里甲 16 号西便门办公区

邮政编码: 100053

传真: 010-63141600

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 010-63141798

市场营销部电话: 010-63141612

印务部电话: 010-63141606

(如有印装质量问题, 请与本社印务部联系。)

