



# 商事仲裁与调解

COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION

商事仲裁与调解

COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION

二〇二〇年第三期

总第三期



2020 / 第3期

双月刊(总第3期)

主管单位:中国国际贸易促进委员会

主办单位:中国仲裁法学研究会 中国贸易报社

# 商事仲裁与调解

COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION

2020年 第3期 / 双月刊 / 总第3期

## 顾问委员会

**主任** 高燕  
**副主任** (以姓氏笔画为序)  
王利明 王俊峰 王胜明 甘绍宁 黄进

## 编委会

**主任** 张月姣  
**副主任** 卢鹏起  
**委员** (以姓氏笔画为序)  
于毅 于健龙 万猛 王轶 王强 王国华  
王承杰 王春阁 王贵国 王雪华 车丕照 尹飞  
孔庆江 石静霞 龙卫球 卢松 叶军 叶金强  
申卫星 冯果 刘超 刘亚军 刘春田 刘晓红  
刘敬东 杜新丽 李虎 李仕春 李伟芳 李寿平  
杨建学 肖永平 何志鹏 沈四宝 宋连斌 初北平  
张伟 张忠 张志成 张勇健 张振安 张晓君  
陆春玮 陈思民 林志炜 周江洪 单文华 聂文慧  
贾东明 顾超 徐涤宇 唐功远 彭国元 喻敏  
蔡晨风 廖永安 谭剑 潘剑锋 薛虹 魏东  
Gabrielle Kaufmann-Kohler Matthew Gearing QC

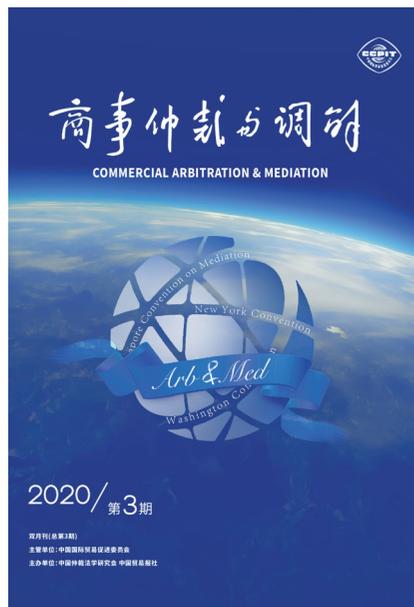
**主编** 许素亭  
**副主编** 李薇 陈建  
**责任编辑** 李兵 沈佩兰 魏庆齐 骥孙保国 马琛  
苏旭辉 刘纲 洪慧敏 赵芮浩 黄晨亮  
**设计** 胡雪琴 李卓凝  
**印刷** 北京市庆全新光印刷有限公司

**主管单位** 中国国际贸易促进委员会

**主办单位** 中国仲裁法学研究会

中国贸易报社

**出版单位** 《中国对外贸易》杂志社



## 主办单位

**中国仲裁法学研究会**

**联系电话** 010-82217971

**地址** 北京市西城区桦皮厂胡同2号国际商会大厦9层

**邮编** 100035

## 中国贸易报社

**联系电话** 010-84541822

**设计** 北京市朝阳区北三环东路静安西街2号楼

**邮编** 100028

**投稿&联系邮箱** shangzhong@ccpit.org

# 目录



# 商事仲裁与调解

9月10日出版

2020年第3期(总第3期)

## □ 热点追踪

《新加坡调解公约》框架下国际商事和解协议效力问题研究 ..... 许军珂 3

## □ 理论研究

仲裁员的披露与回避问题探讨 ..... 徐三桥 16

商事仲裁机构的法人治理结构改革研究 ..... 罗贤东 33

国际商事仲裁追加当事人制度研究 ..... 刘彤 张瑜 43

我国商事仲裁裁决司法审查程序研究 ..... 韩红俊 杨蕾 60

论我国商事仲裁简易程序之完善

——以当事人程序选择权保障为视角 ..... 柳正权 牛鹏 76

新加坡商事调解制度的发展及其启示 ..... 黄一文 王婕 88

## □ 他山之石

缅甸商事仲裁制度述评 ..... 欧福永 胡杨 114

## □ 实践探究

鉴往知来,砥砺前行——回顾中国贸促会、中国国际商会调解中心发展历程

展望中国商事调解发展前景(下) ..... 穆子砺 130

民法典时代下保理合同纠纷的仲裁审理思路再探究 ..... 于群 张平 139

现代庭审理论在我国商事仲裁中的应用 ..... 章武生 147

# COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION

## No. 3 , 2020 ( Serial No. 3 )

September 10, 2020

---

### Study on the Effectiveness of International Commercial Settlement

Agreement under the Framework of Singapore Mediation Convention ..... *XU Junke* ( 3 )

Arbitrator's Independence and Impartiality: Standards at Different Stages ... *XU Sanqiao* ( 16 )

### Research on the Reform of Corporate Governance Structure

of Commercial Arbitration Institutions ..... *LUO Xiandong* ( 33 )

### Research on the System of Additional Parties in

International Commercial Arbitration ..... *LIU Tong ZHANG Yu* ( 43 )

### The Study of the Judicial Review Procedure

of Commercial Arbitration Awards in China ..... *HAN Hongjun YANG Lei* ( 60 )

### The Improvement of Summary Procedure of Civil and Commercial Arbitration in China

—from the Perspective of the Protection of the Parties' Procedural Option

..... *LIU Zhengquan NIU Peng* ( 76 )

### The Lessons China Can Learn from Singapore's

Mediation Regimes and Practices ..... *HUANG Yiwen WANG Jie* ( 88 )

A Review of Myanmar Arbitration System ..... *OU Fuyong HU Yang* ( 114 )

Review the Past and Foresee the Future; Sharpen and Forge Ahead (II) ..... *MU Zili* ( 130 )

### Research on Arbitration and Trial of Factoring Contract Disputes in the Age

of Civil Code ..... *YU Qun ZHANG Ping* ( 139 )

### The Application of Modern Trial Theory

in Domestic Commercial Arbitration ..... *ZHANG Wusheng* ( 147 )

# 《新加坡调解公约》框架下国际商事和解协议效力问题研究

许军珂\*

---

**内容提要** 在《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(简称《新加坡调解公约》)框架下,一份有效的国际商事和解协议作为纠纷解决的结果,其功能与判决、裁决是等同的,因此其效力也应与判决、裁决的效力是等同的。但又因产生于调解程序的和解协议特殊性,使得这种功能等同受到一定的限制,是一种不完全的等同。我国无论从规范层面还是实践层面,在和解协议效力方面都存在着和《新加坡调解公约》衔接的困难。我国应加快制定《商事调解法》的进程,营造一个有利于商事调解发展的氛围,为尽快批准公约,和公约无缝对接做好充分准备。

**关键词** 和解协议 执行力 确定力 既判力

---

随着国际商事交往的日益密切,国际商事争议的数量也日渐增长,国际商事调解作为一种争议解决手段,越来越受到国际社会的重视。长久以来人们对产生于调解的和解协议的效力存有争议。通常认为和解协议的本质属于一种契约,是当事人对于自己权利义务的一种商业安排,在大多数国家的立法实践中,产生于调解的和解协议不具有强制执行性,更谈不上跨国的流动。但是在实践中人们对国际商事调解的重视和适用,需要和解协议的跨国流动。尽管在实际操作层面,少数国家的法律实践,以及联合国国际贸易法委员会(简称贸法会)《国际商事调解示范法》(简称《调解示范法》)都赋予了和解协议强制执行效力,但远远不能满足人们的需求。《新加坡调解公约》的通过,对和解协议的效力做出了新的安排。

## 一、《新加坡调解公约》框架下国际商事和解协议含义辨析

### (一) 国际商事和解协议的定义

国际商事调解,通常认为是当事人在国际商事交往过程中产生争议之后,在平等自

---

\* 许军珂,外交学院教授。

愿的基础上,通过共同选择第三方,即调解员,以协助各方当事人解决纠纷的程序。<sup>①</sup> 国际商事和解协议,是指产生于调解程序中的当事人为了解决彼此的商事争议而订立的书面协议。<sup>②</sup>

《新加坡调解公约》英文版中使用的词汇是“settlement agreement”,并进一步限定为“产生于调解的”(“Resulting from Mediation”)。“settlement”字面直译应是“解决”。“settlement agreement”字面直译应是双方当事人达成的解决纠纷的协议。我国将《新加坡调解公约》中“settlement agreement”翻译为“和解协议”,旨在强调是通过调解达成的解决纠纷的协议。可以说是准确和贴切的,更好地体现出了公约的本意。<sup>③</sup>

## (二)《新加坡调解公约》框架下的和解协议的特征

在《新加坡调解公约》框架下的和解协议,具有以下特点:

### 1. 产生于独立的调解程序

在实践中,法院审理程序和仲裁程序中也存在诉讼内调解和仲裁内调解,由法院或仲裁机构作出调解书。《新加坡调解公约》第1条第3款明确规定和解协议,仅仅指产生于独立的调解程序的书面协议,不包含诉讼内调解和仲裁内调解的情形。<sup>④</sup>《新加坡调解公约》排除对诉讼内和仲裁内调解所形成的和解协议的适用,主要是考虑到一些国家和法域将当事人之间形成的和解协议通过法院判决和仲裁裁决形式予以转换,将其作为法院判决或者仲裁裁决予以执行。如果将这一类的和解协议也允许通过《新加坡调解公约》的机制予以直接执行,那么可能会造成《新加坡调解公约》的适用与国内法以及其他国际公约,如《海牙选择法院协议公约》(简称《海牙选择公约》)《关于承认和执行外国仲裁裁决的公约》(简称《纽约公约》)的冲突,从而影响和解协议的执行。《新加坡调解公约》的这一立场,并不是要阻止当事人在诉讼或者仲裁程序中适用调解,而是为了保证调解作为独立程序的质量,使得调解作为一种替代性争议解决机制真正发挥其灵活快捷的特性与优势,免受司法干预或是实体法上的限制。

### 2. 和解协议的国际性

和解协议具有国际性,成为了《新加坡调解公约》框架下和解协议可被执行的要件之一。对于国际性的考察,究竟是指调解程序具有国际性,还是指和解协议内容的国际性,在《新加坡调解公约》的制定过程中有不同的观点。一种观点认为,《新加坡调解公约》所适用的范围应该仅仅局限于产生于国际商事调解程序的和解协议,即该程序应当与国内程序有所区别,这也能够体现国际法的礼让原则,从而尊重相关国家的国内法,

① 黄进、宋连斌:《国际民事争议解决机制的几个重要问题》,载《政法论坛》2009年第4期,第7页。

② 《新加坡调解公约》第一条:“本公约适用于调解所产生的、当事人为解决商事争议而以书面形式订立的协议。”

③ 温先涛:《〈新加坡公约〉与中国商事调解——与〈纽约公约〉〈选择法院协议公约〉相比较》,载《中国法律评论》2019年第1期,第199页。

④ 《新加坡公约》第一条第三款规定:本公约不适用于:(a) 以下和解协议:经由法院批准或者系在法院相关程序过程中订立的协议;和可在该法院所在国作为判决执行的协议;(b) 已记录在案并可作为仲裁裁决执行的协议。

减少协调和执行的阻碍。<sup>⑤</sup>另一种观点认为,国际商事和解协议的国际性应当在实质上关注和解协议自身的国际性,因为调解与仲裁不同,在程序上更加灵活,国际和国内调解程序的界定存在实际上的困难,而在国际交往日益密切的今天,一个在程序上完全属于国内程序调解,仍有可能在内容上具有国际性,从而需要缔约国的承认和执行,比如跨国公司等具有复杂公司结构的情形,故而建议此类的和解协议也应当被覆盖进适用的范围。<sup>⑥</sup>

在最终的文本上,《新加坡调解公约》采用了以营业地作为连接点判断和解协议的国际性,<sup>⑦</sup>且标准较为中立,并没有明确地采用国内调解程序或者国际调解程序的区分标准,也没有将认定国际性的标准肆意扩大,因为要准确地认定复杂的公司结构等是具有困难的。<sup>⑧</sup>《新加坡调解公约》主要考虑了当事人在不同国家具有营业地、和解协议主要的履行地不在当事人营业地国家以及与和解协议所涉事项关系最密切的国家不是当事人营业地国家的情形。由此可见,公约采用的标准是比较独特但又较为实际的,总体来看更加倾向于宽松的标准,这种标准在不至于将国际性标准滥用的前提下,更有利于《新加坡调解公约》的广泛适用。

这里需要提及的是和解协议国籍对和解协议国际性的影响。《纽约公约》对于仲裁裁决的规定中,明确了非内国裁决同样可以适用公约。<sup>⑨</sup>在《新加坡调解公约》讨论过程中,部分观点认为可以参照《纽约公约》中认定仲裁裁决的国籍的办法,以执行地国的视角去区分内国或者非内国和解协议,从而认定和解协议是否具有国际性。<sup>⑩</sup>和解协议是否成为国际和解协议,一方面有可能是因为和解协议所涉标的、当事人的国籍、以及法律关系发生地等连结点在客观上具有涉外因素,也有可能是在执行地国的法律规范中,规定了某种和解协议属于非内国的和解协议。那么在这种情况下,由国内的调解机构作出的和解协议也可能被认为具有国际性而适用《新加坡调解公约》。贸法会工作组认为,对于和解协议而言,当事人无论是在程序上还是实体上,意思自治的空间都充分,确认其是否由外国调解机构作出,对判断其本身是否具有国际性并没有实际上的帮助,也没有必要,不能将调解和仲裁以相同的方式对待,仲裁裁决的裁决作出地往往都十分明确,与调解存在很大不同。<sup>⑪</sup>

### 3. 和解协议的商事性

和解协议的商事性主要体现在《新加坡调解公约》的第2条,将由消费者、家庭或

<sup>⑤</sup> 联合国国际贸易法委员会《第二工作组(仲裁和调解)第六十三届会议(2015年9月7日至11日,维也纳)工作报告》,A/CN.9/861,第30段。

<sup>⑥</sup> See Eunice Chua, *Enforcement of International Mediated Settlement Agreement in Asia: A Path Towards Convergence*, 15 A. I. A. J. (2019), pp. 5-6.

<sup>⑦</sup> 参见《新加坡调解公约》第1条第1款。

<sup>⑧</sup> *Supra* note ⑥, at 6.

<sup>⑨</sup> 《纽约公约》第1条:“被申请承认与执行地所在国认为非内国裁决者,也适用本公约。”

<sup>⑩</sup> 参见联合国国际贸易法委员会《第二工作组(仲裁和调解)第六十三届会议(2015年9月7日至11日,维也纳)工作报告》,A/CN.9/861,第34-39段。

<sup>⑪</sup> 参见联合国国际贸易法委员会《第二工作组(仲裁和调解)第六十三届会议(2015年9月7日至11日,维也纳)工作报告》,A/CN.9/861,第15段。

者家用目的产生的争议、以及与家庭法、继承法和就业法有关的争议而产生的和解协议排除在外。由于国家间对商事性的认定有所不同,《新加坡调解公约》为了避免适用的阻力,没有进一步地限定商事性这一概念。<sup>⑫</sup>而是以负面清单的形式对“商事性质”进行限定,其借鉴了一些国家、区域立法和国际公约的做法,采用排除式列举的方法<sup>⑬</sup>,防止因严格的词语解释而限制商事活动本身的广泛性,以扩大公约的适用范围。

之所以强调和解协议的商事性,首先是因为考虑到跨国经济交往中涉及的纠纷类型主要集中在商事性质纠纷;再就是考虑到商事性质的和解协议直接执行面临的阻力比较小,民事领域涉及婚姻家庭、继承关系的调解肯定关系到一国的公共秩序或伦理认知,很难在各国间达成统一认识。涉及消费、劳动关系的调解产生的和解协议关系到特殊群体的利益问题,需要权力机关对当事人之间权利义务作有倾向性的保护,各个国家之间标准不一,亦不能作统一的跨境执行安排。商事性质的和解协议所涉及权利义务纠纷大多为各国所允许的自治性商事权利,争议性较小,执行阻碍少。

《新加坡调解公约》承继之前联合国《调解示范法》的精神,认为商事性主要体现在国际贸易中,着重体现经济往来关系,而不强调各方当事人的具体身份,因此《新加坡调解公约》并未将政府机关等实体排除出去。《新加坡调解公约》允许缔约国对于政府实体是否适用公约提出声明或保留<sup>⑭</sup>,为缔约国留下了出口,以最大程度促成合意达成公约。

## 二、国际商事和解协议效力的理论基础

### (一) 应然的功能等同

国际商事和解协议究竟具有怎样的效力,长久以来存在着争议。但在商业领域,当事人对于任何纠纷解决机制的期盼,都是希望最终的解决方案是终局且有效力的。调解也不例外,通过调解程序而达成的和解协议是具有法律约束力且可以被执行的协议,应该是各方当事人的一种合理和基本的期望。<sup>⑮</sup>国际商事和解协议,作为定纷止争的结果,确认了双方当事人的权利义务,它的最终落实在于是否可以得到公力救济,《新加坡调解公约》的制定目的也在于解决和解协议不能跨国流动,无法得到执行的问题。因此,从上述意义上讲公约框架下的和解协议在功能上应相当于法院判决和仲裁裁决,根据功能等同原则,和解协议效力也应具有和判决、裁决同等的效力。

<sup>⑫</sup> See Eunice Chua, *The Singapore Convention on Mediation: A Brighter Future for Asian Dispute Resolution*, *Asian Journal of International Law*, Vol. 9. (2019), p. 197.

<sup>⑬</sup> 如,欧盟《2008/52/EC号关于民商事调解若干方面的指令》第1.2条规定,本指令不适用于根据相关准据法不得由争议当事人自行处置的权利和义务相关的事项,尤其是税收、海关、行政事项,或者因行使或怠于行使国家权力而引发的责任。又如香港《调解条例》附表1列举了12类不适用于该条例的程序,包括劳动、婚姻、性别歧视、残疾歧视、种族歧视等特别法有所规定的程序。

<sup>⑭</sup> 参见《新加坡调解公约》第8条第1款a项。

<sup>⑮</sup> See John S. Murray: *Processes of Dispute Resolution: The Role of Lawyers*, Foundation Press 1989, p. 514.

就民事判决的效力而言,大陆法系和英美法系有不同的主张,大陆法系分为形式效力和实质效力。

1. 判决的形式效力是指在程序上的一种约束力,也称为判决诉讼程序上的效力。<sup>①⑥</sup>它包括对法院产生的效力和对当事人产生的效力。对法院产生的效力也称为判决拘束力,是指作出判决的法院应受已宣示判决的拘束,不得任意对判决自行撤销或变更;对当事人产生的效力也称为判决形式上的确定力,是指当事人不得以上诉的方法请求上级法院将该判决废弃与变更的效力。<sup>①⑦</sup>它具有终结诉讼程序的终结力。英美法国家没有拘束力或形式确定力的概念,认为其是民事判决效力不言而喻的前提。

2. 判决的实质效力是指判决内容所具有内在的、本质的效力。大陆法系国家一般认为判决实质效力包括既判力(实质上的确定力)、执行力和形成力。(1) 既判力是判决效力理论的核心问题。大陆法中的既判力制度与英美法国家的既判事项原则基本相同。既判力是指确定的判决内容应有的通用力。判决是法院根据国家审判权作出的法律判断,是以解决纠纷为目的的,这种法律判断应是终局的,它不但拘束双方当事人服从该判决的内容,同时作为国家审判机关的法院也必须尊重自己所作出的判断,不论对当事人还是对法院都有强制性通用力。(2) 执行力是指以强制执行实现给付判决义务的效力。如果债务人不根据确定的判决内容履行债务时,债权人有权根据该判决的内容,申请法院的强制执行,从而达到保护自己权益的目的。一般说来,只有给付判决才有执行力,确认判决及形成判决均无执行力。(3) 形成力是指根据判决的宣告,使法律关系发生、变更或消灭的效力。由于诉讼制度的差异,英美法系没有和形成力相对应的概念。

归纳上述分析,判决的效力应包括:拘束力、形式上的确定力、既判力(内容的确定力)、执行力、形成力,其中既判力和执行力是判决的两大实质效力。《新加坡调解公约》框架下的和解协议和判决具有同等的功能,均是纠纷解决的最终结果。根据功能等同原则,和解协议理应具有拘束力、确定力(形式的)、既判力、执行力和形成力。

## (二) 实然的修正功能等同

调解毕竟不是诉讼或仲裁,它的特点决定了功能等同原则在适用时的受限性。调解本身极大程度上依赖于当事人之间的意思自治,在不违反法律的强制性规定的前提下,当事人享有较大的自由就争议问题达成可能的任何协议。调解的过程相对自由,并没有十分强的约束性,能够很大程度上给予当事人充分表达自己意见的空间,这也进一步加强了当事人自愿履行和解协议的意愿。仲裁具有相对的民间性、相对的意思自治性和司法性的特征,虽然当事人在仲裁中具有一定的自治性,但仲裁裁决的做出并不以双方达成合意为必要条件,仲裁机构有权根据纠纷事实适用法律或公平正义原则做出裁决。诉讼中人民法院作为国家的审判机关,凭借国家审判权来确定当事人的民事权利义务关系,又以国家强制力保证当事人履行生效的民事判决、裁定等。调解和诉讼、仲裁的这些

<sup>①⑥</sup> 陶志蓉:《民事判决效力研究》,中国政法大学博士论文,第13页。

<sup>①⑦</sup> 王甲乙、杨建华、郑健才:《民事诉讼法新论》[中国台湾]三民书局,2002年版,第487页。

不同点决定了和解协议与判决、裁决的不同。

和解协议实质上仍然是一种契约,是当事人之间就纠纷达成的一项新的协议。它是当事人意思自治形成的结果,其目的在于在当事人之间产生法律上的约束力。法律之所以将当事人之间协议赋予法律上的约束力,实际上是确认当事人之间的信赖。<sup>⑮</sup> 契约是基于当事人意思自治而给彼此法律关系加上的一把法锁,违背了契约,就要承担相应的责任。法律对于双方意思自治成果的保护并赋予其约束力,就是为了最终实现保护彼此的信赖的目的。而判决和裁决均是在查明事实的基础上由法官或仲裁员依据法律作出的判断,并不以双方的合意为必要条件,由国家强制力保证其执行。上述特性使得和解协议效力不可能完全等同于判决和裁决。《新加坡调解公约》的规定也进一步说明了和解协议的效力不可能完全等同判决、裁决的效力,可以说是一种修正的功能等同。下文将重点分析。

### 三、国际商事和解协议的效力分析

如上文所述,根据功能等同原理,国际商事和解协议在功能上等同于法院判决和仲裁裁决,均为争议解决的结果。因此在判断其效力时可以参照判决或裁决效力的标准要素。但又因其契约性,这种功能等同又是修正的,并不能完全等同于法院判决、仲裁裁决的效力判断。根据《新加坡调解公约》的规定,这种修正的效力功能等同,表现在和解协议的有效性、和解协议的既判力、和解协议的执行力几个方面:

#### (一) 国际商事和解协议效力的前提—和解协议的有效性

一份国际商事和解协议要产生法律效力,最基本的前提是其必须是一份有效的和解协议。和解协议的契约特点,使得一份有效的国际商事和解协议,首先应该符合一般合同的有效要件。

1. 当事人具备完全的民事行为能力。这是一般商事合同有效的基本要件之一,也是各国合同法中基本取得共识的一个条件。具备完全民事行为能力的当事人能够理性对自身权利进行处理,自主订立国际商事和解协议。《新加坡调解公约》对有效和解协议当事人行为能力的要求体现在第5条拒绝准予救济的理由中第1款a项规定。<sup>⑯</sup>

2. 当事人之间的意思表示真实。一是当事人之间选择调解作为纠纷解决的手段的意思表示是真实的。当事人应该达成一份“调解协议”,即双方当事人将有关争议交由调解方式解决的合意。二是双方当事人对和解协议内容的同意和确认。鉴于和解协议是双方磋商利益妥协的产物,内容上可能并不完全符合有关实体法的规定,但在强制性

<sup>⑮</sup> 李永军:《契约效力的根源及其正当化说明理论》,载《比较法研究》,1998年第3期,第3页。

<sup>⑯</sup> 《新加坡调解公约》第5条第1款(a)项规定:1. 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:(a) 和解协议一方当事人处于某种无行为能力状况;……

规定和公共政策允许的范围内,和解协议的达成代表着纠纷当事人对有关结果的可期待性与可控制性。

3. 不违反社会公共利益或损害第三人利益。与一般性质的合同一样,国际商事和解协议是当事人自愿订立并受其约束的契约。它是当事人在法律允许并且不违背国家利益公共秩序的情况下对私权利的变更或处置。但这种处置和变更不得对公共利益和第三人的利益有损害。

4. 国际商事和解协议的形式要求,《新加坡调解公约》第2条第2款规定和解协议的内容以任何形式记录下来即为“书面形式”。这里的“书面”要做扩大解释,电子通信所含信息可调取以备日后查用的,该电子通信即满足了和解协议的书面形式要求。

其次,在《新加坡调解公约》的框架下,一项有效的和解协议还有一些特殊的要求,即和解协议必须产生于调解。正如上述分析和解协议特点时提到的,和解协议是通过第三方调解达成的,只有当事人双方之间达成的共识谅解不是规范的和解协议。事实上,在公约审议的过程中曾有建议将仅有双方当事人参与达成的协议纳入公约规制的范围,但是贸法会工作组还是认为这将使公约与缔约国国内的合同法产生冲突,因为双方当事人协商达成的和解协议具有明显的合同属性,而可供执行的和解协议应当具有相对于一般和解协议优先的效力。而且,要求调解第三方的加入从某种意义上保障了和解协议的公正性和规范性,同时起到监督作用。一般情况下调解员是经过调解机构的选拔培训,具备处理案件的专业素养和能力,加之调解机构的规范程序,一定程度上排除了虚假调解损害第三人利益的可能。公约第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显示和解协议产生于调解的证据。<sup>②①</sup>

## (二) 和解协议的既判力

既判力本意是指判决对判决标的的确定效力。表现为判决确定后当事人不得就判决确定的法律关系另行起诉,也不得在其他诉讼中就同一法律关系提出与本案诉讼相矛盾的主张。<sup>②②</sup>它是对争议关系的终极确定,也是赋予判决直接执行力的必然前提。而调解本身的灵活性质,既不要求纠纷所涉及的所有事实都清楚了,也不要求对法律关系的认定和处理必须要有法律依据,调解员扮演的角色也同法官或是仲裁员有着根本的区别,和解协议的达成并不取决于居中调解的调解员,而是取决于纠纷当事人。和解协议对当事人的约束力来源于当事人在公共政策和强制法律允许的情况下对私权利进行的自主处分。和解协议和判决的这一区别,使得在判断和解协议既判力的时候,不能完全照搬判决既判力的判定标准。《新加坡调解公约》关于和解协议的既判力的规定主要表现在以下两个方面:

<sup>②①</sup> 《新加坡调解公约》第4条第1款规定:1. 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:(a)由各方当事人签署的和解协议;(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;或者(四)在没有第(一)目或者第(三)目的情况下,可为主管机关接受的其他任何证据。

<sup>②②</sup> 江伟主编:《民事诉讼法专论》,中国人民大学出版社2005年版,第77页。

1. 和解协议的相对终局性。根据《新加坡调解公约》第5条第1款b项第(二)、(三)目规定,和解协议非终局性协议或被修改的,执行机关不予执行。众所周知合同的内容往往不是当事人之间有关法律关系的终局性认定,故而这里所谓的和解协议的终局性是相对的,是公约赋予和解协议具有直接执行力的必要条件的推导。事实上不论是外国判决,还是仲裁裁决,本身很难通过一项公约或是法律共识来赋予其完全的终局性,这种对和解协议终局性的要求实际上是在赋予调解程序一个独立的地位。在公约制定过程中有观点提出要设置一个对和解协议的复审程序来保障和解协议终局性效力,但是最终贸法会放弃了这种做法,既是考虑到和解协议的国籍难以确定,自然也难以确定对和解协议进行审查的地方机关,也是考虑到如此一来反而增大了和解协议的执行阻力。和公约旨在令国际性的商事和解协议能够更加顺畅的跨国执行,促进灵活快捷的调解机制在国际商事纠纷处理中产生更积极的作用的初衷相悖。所以调解程序的独立性与和解协议的终局地位必须要保证,即使这种终局性是相对的,但对于和解协议的直接执行仍有着重大意义。《新加坡调解公约》第6条关于并行申请制度,规定了当事人在认为和解协议是非终局的前提下,可以寻求诉讼、仲裁等其他救济途径。当事人既可以根据第5条向执行机关提出终局性抗辩,也可以同时就和解协议当中的争议事项提起仲裁或者诉讼。而起诉或提起仲裁的情况下,执行地的主管机关可以在认为适当的情况下暂停作出决定。这进一步说明了和解协议终局性的相对性。

## 2. 和解协议内容的确定性

既判力是执行力的基础,对执行力的产生、变更、消灭有直接的基础性决定作用。<sup>②</sup>既判力的确定性要求对于和解协议的执行非常重要,在执行过程中任何人不得以任何理由对和解协议的内容予以变更或否认。和解协议中对有关当事人之间权利义务的处分应是明确且唯一的。不同于传统合同中可能存在的附条件、附期限、或是选择性履行的情况,和解协议必须要有唯一且明确的执行标的和被执行主体,也就是既判力的主客观效力范围,以便外国主管机关的执行。《新加坡调解公约》第5条第1款就此作了明确规定。<sup>③</sup>此外公约还要求主管机关也有义务对和解协议的确定性进行确认,公约第4条第3款规定和解协议不是以寻求救济所在公约当事方正式语文拟订的,主管机关可请求提供此种语文的和解协议译本。

## (三) 和解协议的执行力

和解协议的执行力是指通过强制执行实现和解协议中给付义务的效力。长期以来,和解协议在绝大多数的国家没有强制执行力,成为了当事人在选择调解程序解决争议的

<sup>②</sup> 贺伟军:《论执行对既判力的扩张、限缩》,载《杭州商学院学报(原浙江省政法管理干部学院学报)》2004年第1期,第59页。

<sup>③</sup> 《新加坡调解公约》第5条第1款(b)项规定,根据当事人有效约定的和解协议管辖法律,或者在没有就此指明任何法律的情况下,根据在第4条下寻求救济所在公约当事方主管机关认为应予适用的法律,无效、失效,或者无法履行,主管机关可以针对当事人的请求拒绝准予救济。(c)项规定,不清楚或者无法理解和解协议中的义务将不予执行。(d)项规定准予救济将有悖和解协议条款。

一种顾虑,也阻碍了调解在争议解决领域进一步发挥更大作用。

贸法会第二工作组在公约制定过程的初期工作报告中指出,和解协议与判决、仲裁裁决的执行相比较而言,其执行难度可能会更大。因为和解协议作为一种合同,如果依据外国的合同法进行跨境执行,往往会更加的不便,时间成本也会更高,而这种成本和不方便,可能会进一步影响人们选择调解的愿望。因此公权力的介入显得尤其重要,赋予和解协议跨境执行力。

《新加坡调解公约》在很大程度上借鉴了《纽约公约》的做法,不仅在条文结构上相似,在基本的思路上也有共通之处。关于和解协议执行的问题主要规定在公约第5条,即一份和解协议满足了适用公约的条件时,在排除了执行抗辩事由之后,即可依据公约得到执行。这一做法相当于列举了负面清单,一方面降低司法方面审查的成本,另一方面也使得和解协议的执行效率得到了提升。

《新加坡调解公约》第5条所包含的主要事由包括当事人的行为能力是否具备,和解协议是否具有终局性、是否被修改以及和解协议所依据的法律是否有效,和解协议的内容是否明确以及是否已经被履行,调解员是否存在严重违反调解规则,调解员是否正确履行了信息披露的义务。同时基于对于缔约国司法主权的尊重,公共政策的原则也被公约所采纳,当执行地的执行机关认为对于相关和解协议的执行将会违背本国的公共政策或者认为和解协议不具有可执行性,公约允许执行机关拒绝执行。

和解协议是在满足了公约的适用标准之后,就自动产生了可执行的效力?还是要经过来源地机关的审查之后才发生可以执行的效力?这是公约制定过程中争论问题之一。一种观点认为,符合公约适用标准的和解协议当然地自动地发生可执行的效力,而另一种观点则提出应当借助来源地国的审查机制来保证最终申请执行的和解协议是真实且具有终局性的。贸法会最终没有采用第二种观点的立场,认为和解协议的来源国的识别和确定实际上存在一定难度,因为相关的连结因素往往是以不同方式加以确定的;<sup>④</sup>来源地国对于和解协议的再审查实际上会增加执行的阻力,也就是说当事人在执行地国寻求救济之前,先要获得两道确认,程序上复杂,不符合调解的简便高效的价值追求,最终不利于当事人实现救济、保护权利。公约最后文本确定当和解协议满足适用公约的条件时,即具备了可执行性。

#### 四、中国对接《新加坡调解公约》框架下和解协议效力的立法建议

目前中国关于和解协议效力的理论依据是契约理论,需要依赖司法系统的确认而获得可执行的效力。中国于2019年8月7日签署了《新加坡调解公约》,至今尚未批准。正如上文分析的,《新加坡调解公约》的内容代表了国际商事调解的最新的发展方向,

<sup>④</sup> 联合国国际贸易法委员会《第二工作组(仲裁和调解)第六十三届会议(2015年9月7日至11日,维也纳)工作报告, A/CN.9/861,第81段。

旨在使和解协议跨境流动起来。毫无疑问,签署公约在一定程度上表明了我们的态度,如何在和解协议的效力认定和《新加坡调解公约》衔接,成了越来越紧迫的问题。

### (一) 中国关于和解协议的效力的立法及司法实践现状

从目前整体情况看,我国在调解方面大的格局是以人民调解为基础,人民调解、行政调解、行业性和专业性调解与司法调解优势互补,有机衔接,协调联动<sup>②</sup>。就立法层面上而言,我国目前尚无商事调解的专门立法,2018年9月公布的十三届全国人大常委会立法规划中并无与商事调解相关的法律。可见,我国此后五年内并没有将商事调解立法以及调解制度的改革提上日程的安排。就现有的有关调解方面的立法来说,主要集中在人民调解、专业性质调解(劳动、医疗调解等)和与司法仲裁程序融合的调解,对商事调解的规定多散见于法律、行政法规、规章和司法解释中,《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国仲裁法》《中外合资经营企业法》中都只是倡导了先行商事调解的原则,以促进纠纷通过友好协商的方式解决。至于行政法规中的《商业经济纠纷调解试行办法》,已经废止的《合同争议行政调解办法》等,虽然强调了调解的商业性,但都是由行政主体介入主持等,和公约定义下的商事调解相去甚远。2009年我国最高人民法院颁布的《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》(简称《意见》)虽然涉及了独立调解,但仍是大调解的范围。可喜的是2018年颁布的《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》和《最高人民法院关于设立国际商事法庭程序规则(试行)》单独提及了国际商事调解,但仍依附于国际商事法庭出具调解书或判决。

就和解协议的执行力而言,上述最高人民法院司法解释《意见》明文规定“经商事调解组织调解后达成的调解协议,经双方当事人签字或者盖章后,具有民事合同性质。”因此和解协议具有合同的效力,合同性质定义下的和解协议寻求直接执行力需要依附其他程序或机制。

首先在我国司法实践中需要和解协议的转化过程和司法确认程序,《意见》第20条的规定指出,经过行政机关、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,并由此形成的具有合同性质且经过调解组织和调解员盖章或签字后的和解协议,可以由当事人向拥有管辖权的人民法院申请确认效力。对于确认和解协议的效力,必须是基于当事人的自愿,且法院在确认和解协议的执行力时,也应当对于当事人是否愿意进行确认进行询问。在《意见》中,也明确了法院对于和解协议可以不予确认的情形:包括了和解协议内容违反国家法律规定;或者内容侵犯国家利益、社会公共利益和第三人的利益;以及内容涉及到了对于当事人的刑事责任进行追责的;或者和解协议的内容不明确,造成无法对其进行确认和执行;最后对于涉及到调解程序中强迫进行调解和调解组织、调解员不当行为的和解协议,法院也可以不予确认。除此之外,《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》和《最高人民法院关于设立国际商事法庭程序规则(试行)》也规定了调解与诉讼的衔接问题,国际商事争议当事人可以

<sup>②</sup> 特约评论员:《构建大调解格局 开创新时代调解工作新局面》,载《人民调解》,2019年第5期,第1页。

协议选择纳入机制的调解机构调解。经调解机构主持调解,当事人达成调解协议的,国际商事法庭可以依照法律规定制发调解书;当事人要求发给判决书的,可以依协议的内容制作判决书送达当事人。<sup>⑥</sup>事实上,和解协议的效力乃至调解程序本身还是依附诉讼才产生了效力,名为鼓励商事调解的做法也无形间模糊了调解和审判的界限,降低了调解的认同率和自主启用率。

其次通过调解与仲裁程序的衔接,或是和解协议向仲裁裁决转化也是使和解协议产生效力的一种重要手段。具体体现为将和解协议提交制作调解书,仲裁庭出具的调解书和仲裁裁决具有同等的效力,这样就使调解有了仲裁的效果。这种转化办法多见于仲裁机构仲裁规则中,如《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第40条“当事人在仲裁委员会之外通过协商或调解达成和解协议的,可以凭当事人达成的由仲裁委员会仲裁的仲裁协议和他们的和解协议,请求仲裁委员会组成仲裁庭,按照和解协议内容作出裁决”。如果涉及到此类和解协议的跨境执行,则可以通过援引《纽约公约》来实现。此种做法虽然给予了和解协议一个比较明确的地位和正当的执行力来源,但事实上还是对仲裁程序和仲裁裁决的承认与肯定,无形间模糊了调解与调解产生的和解协议的地位,使得调解作为独立解决商事纠纷的方式这一定位更加边缘化。

上述的法律规定和司法实践远不适应《新加坡调解公约》对和解协议效力的定位,其价值导向与《新加坡调解公约》核心特征不相符甚至相悖。另一方面,从法律规定的细节看,相对于《新加坡调解公约》的规定还存在大量的空白需要填补。一旦我国批准公约,在实施公约的过程中会有众多的不匹配和冲突。

## (二) 完善有关和解协议效力立法的建议

我国于2019年8月7日签署了《新加坡调解公约》,至今尚未批准。毫无疑问,签署公约在一定程度上表明了一种态度和期望,但我国在商事调解领域缺乏专门立法,相对于《新加坡调解公约》的规定,价值导向不符、存在大量的空白需要填补。在这种情况下,制定一部统一完备的商事调解法,就凸显出了必要性。而在这部立法中,和解协议的效力的确定将是重点。

1. 明确和解协议的效力。现行立法与司法实践不论是通过司法确认还是提交仲裁,都是使和解协议寄生于其他程序产生的效力,否则法律只认可和解协议的一般合同效力。在明确和解协议特殊性后,对和解协议的效力不宜纳入合同范畴进行规制。因此在《商事调解法》的立法中应该对和解协议效力做明确规定。

(1) 规定和解协议的生效条件。生效条件可以分为程序要件和实质要件。程序要件是指和解协议产生于独立的调解程序。实质要件包括当事人、和解协议内容、和解协议形式等方面的要求。(2) 明确和解协议的既判力。可以从和解协议内容的确定性、和解协议的终局性等方面入手规定。(3) 肯定和解协议的直接执行力,肯定和解协议对实体权利义务关系的确定力,允许特定情况下法院对和解协议进行审查,但是仅限于有关

<sup>⑥</sup> 王芳:《商事调解——高效解决涉外商事纠纷的钥匙》,载《人民调解》,2019年第7期,第33-35页。

强制性法律原则或公共秩序方面的审查,对实体事实部分不再审查。

## 2. 和解协议效力规范系统的细节规定

和解协议的效力是一个系统的问题,单独明确效力的规定不是真正解决问题的路径,需要全面建设出一个完善严谨的效力规范系统。以下几方面规定是非常必要的。

(1) 明确可调解事项。上文提到在《新加坡调解公约》的执行抗辩事由中,包括执行地法院认为争议事项具有不可调解性,从而可以主动拒绝提供救济,由此可见,争议的可调解性在调解立法中加以明确具有重要的紧迫性。而在我国目前的相关立法中均没有提及这一问题。在未来的《商事调解法》中可以借鉴国际上其他国家或地区的相关立法,如欧盟《第2008/52/EC号关于民商事调解某些方面的指令》第1条第2款规定<sup>27</sup>;香港特别行政区《调解条例》<sup>28</sup>。

(2) 规定调解的保密性。保密性是调解的一大重要特征,其通过塑造独立且封闭的调解空间,以获得当事人对于调解的信赖,从而更好的促成和解协议的达成。在将来的《商事调解法》中应从两个维度明确调解的保密性:一是对内信息的披露;二是对外信息的保密。

(3) 明确调解员资质和行为规范。《新加坡调解公约》明确了调解员行为的正当性是和解协议能否被执行的抗辩因素之一。不同于法官和仲裁员,由于调解员对调解结果并不具有决定性,人们往往只关注调解的程序和技巧,而忽略了调解员的影响。而调解员的水平和素质是确保调解的质量的重要因素。调解员的不正当行为对达成和解协议的影响不应忽视,也将成为阻碍和解协议跨境流动的不安因素。虽然不同的调解机构均有自己的《调解员守则》,2009年最高人民法院司法解释《意见》中也对调解员的不正当行为进行了原则上的规定。<sup>29</sup>但《意见》第27条规定的适用范围是否包括商事调解尚不明确,在其监督程序等问题上尚缺乏具体规定。因此在今后的《商事调解立法》中应对调解员的行为规范及其不正当行为的责任予以明确。

## 五、结 语

调解作为一种重要的替代性争议解决机制,在《新加坡调解公约》的推动下,必将拥有广阔的发展前景。而其所具有的灵活高效、保密和自愿的特征,也越来越被现代商事纠纷当事人所欢迎。《新加坡调解公约》的诞生表明了各国或地区破除和解协议的国际执行障碍的决心。《新加坡调解公约》框架下和解协议是由第三方参与调解双方当事人

<sup>27</sup> 参见欧盟《第2008/52/EC号关于民商事调解某些方面的指令》第1条第2款的规定。该指令对于根据准据法不得由当事人处置的相关事项,特别是在税收、海关、行政属性的事项而引发的责任排除在外。

<sup>28</sup> 参见香港特别行政区《调解条例》,其附表1中通过列举方式列举了不可调解事项,包括婚姻、劳动、性别、种族歧视等。

<sup>29</sup> 参见2009年《意见》第27条:“人民法院在办理相关案件过程中发现调解员与参与调解的案件有利害关系,可能影响其保持中立、公平调解的,或者调解员有其他违反职业道德准则的行为的,应当告知调解员回避、更换调解员、终止调解或者采取其他适当措施。”

人达成的具有国际性、商事性特征的纠纷解决协议。一份有效的国际商事和解协议至少要满足商事合同的有效要件,同时还要满足作为调解结果应具有的条件,其内容比一般合同而言更具有终局性和确定性。在效力上与判决、裁决是功能等同的,但又因其特殊性,使得这种功能等同是不完全的等同。

我国无论从规范层面还是实践层面,都存在着和《新加坡调解公约》的衔接的困难和挑战。我国应加快制定《商事调解法》的进程,营造一个有利于商事调解发展的氛围,为尽快批准公约,和公约无缝对接做好充分准备。

---

**Abstract:** Under the framework of The United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (hereinafter referred to as the Singapore Mediation Convention), an effective international commercial settlement agreement, as the result of dispute settlement, has the same function as judgement and award, so its effect should be the same as that of judgement and award. However, due to the particularity of settlement agreement, this kind of functional equivalence is limited and incomplete. It is difficult for China to connect with the Singapore Mediation Convention in terms of the effect of the settlement agreement from both the legislation level and the judicial practical level. China should speed up the process of formulating commercial Mediation Law, create an atmosphere conducive to the development of commercial mediation, and make full preparations for the ratification of a Convention, and seamless integration with the Convention as soon as possible.

**Keywords:** settlement; agreement; enforcement; determination; res judicatum

---

( 责任编辑: 孙保国 )

# 仲裁员的披露与回避问题探讨

徐三桥\*

---

**内容提要** 仲裁员的独立性与公正性义务,是国际仲裁界普遍认可的仲裁员应尽的义务之一,但现行《仲裁法》对此没有明确的规定,实务中缺乏清晰的定义和明确的指引。因此,有必要对仲裁员的独立性与公正性义务的概念进行清晰的界定,明确其内容,区分披露标准及回避标准,提供具有可操作性的指引,以期提高透明度及可预见性,进一步完善仲裁员独立性与公正性义务制度,并在重构仲裁员独立性与公正性义务制度方面为修改《仲裁法》提供建议。

**关键词** 独立性与公正性 披露标准 回避标准 第三人正当怀疑

---

“Nemo iudex in causa sua”<sup>①</sup>是爱德华·柯克勋爵(Sir Edward Coke)在1610年博纳姆医生案(Dr Bonham’s Case)判决中引用的这个拉丁法谚,意思是“任何人都不得成为他自己案件中的法官”,反映了自然正义原则对裁判者独立性与公正性的基本要求。

仲裁与诉讼,是两种性质不同的争议解决方式,但两者至少有一点是共同的,即:法官和仲裁员作为争议的裁判者,都必须始终保持独立和公正。

仲裁员的披露与回避制度,正是从制度层面确保仲裁员的独立性和公正性的具体措施。但是,现行《仲裁法》对此没有明确的规定,在实务中,仲裁相关各方对于仲裁员披露与回避的概念、边界等问题的认识并不一致,一些仲裁员不清楚披露义务范围的边界到底在哪里,相当数量的当事人及其代理人也不确定在何种情形下可以对仲裁员提出回避请求;另一方面,仲裁机构和法院在处理与仲裁员披露与回避相关的争议时,又往往缺乏统一的、可行的操作标准、明确的程序规则和必要的透明度,导致个案的当事各方无所适从,他人亦无法从中得到借鉴。由此而引起的争议,常常会引起仲裁程序不必要的拖延,甚至导致仲裁裁决被法院撤销或者不予执行的严重后果,使得当事人对于通过仲裁方式公正、高效解决争议的期待落空,有悖于仲裁制度的初衷。

有鉴于此,本文尝试从制度构建、实务操作规程等方面探讨仲裁员独立性与公正性

---

\* 徐三桥,北京市竞天公诚(深圳)律师事务所合伙人。

① <https://www.nlrrac.org/earlymodern/common-law/primary-source-documents/Dr.-Bonham's-case>. 最后访问时间:2020年5月8日。

原则的理论,以及如何完善仲裁员披露与回避制度,寻找解决实务中存在的各种问题的有效方法,并在仲裁员独立性与公正性原则层面对现行《仲裁法》的修改提出建议,以期抛砖引玉,就教于方家。

## 一、仲裁员独立与公正义务的定义及关系

### 1. 定义

尽管仲裁员的权力渊源不同于法官,但仲裁和诉讼都是由第三方对双方当事人之间的争议作出裁判,因而当事人对作为裁判者的仲裁员和法官抱有同样的期待:他们希望仲裁员或者法官能够独立、公正地处理争议,当事人最终能够得到公平的裁判结果。从某种意义上也可以说,当事人对选定的仲裁机构和仲裁员抱有更大的期待和信任,否则,他们就不会主动选择仲裁,从而排除法院的管辖。因此,独立性与公正性是当事人对作为裁判者的仲裁员的最基本要求。不论仲裁员是经由何种方式(当事人选定或机构指定)产生,每个仲裁员都应当始终保持独立与公正;另一方面,仲裁员始终保持独立与公正,这既是仲裁员的义务,同时也是当事人的权利,当事人有权期待仲裁员保持独立与公正。这也被称之为仲裁员独立性与公正性原则。

保持独立与公正,已经成为国际仲裁界普遍认可的仲裁员应尽的义务之一,但却少见有国内法、仲裁机构的仲裁规则对仲裁员独立性与公正性的含义直接进行定义。学术著作中对仲裁员独立性与公正性的定义也不尽一致。这可能是由于两方面的原因造成的,一方面,确实难以对仲裁员独立性与公正性义务给出一个准确的定义;另一方面,不同法系、不同国内法背景的人对此的不同理解和解释,更加大了这一难度。

这种认识上的差异,反映在立法模式上,可以看到,对仲裁员独立与公正义务的规定,存在三种形式:一是以联合国国际贸易法委员会《国际商事仲裁示范法(2006年修正)》(简称《仲裁示范法》)<sup>②</sup>及《贸法会仲裁规则》(2013)<sup>③</sup>为代表的模式,即从披露和回避的角度规定仲裁员必须具备独立性与公正性;二是仅规定仲裁员应当具备独立性,如瑞士国际私法<sup>④</sup>;三是仅规定仲裁员应当具备公正性,如英国1996年《仲裁法》<sup>⑤</sup>。

② 联合国贸法会《仲裁示范法》第12条。

③ 《贸法会仲裁规则》(2013)第11条至第13条。

④ Switzerland's Federal Code on Private International Law  
Article 180

1. An arbitrator may be challenged:

...

(c) if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his independence.

⑤ Arbitration Act 1996

24 Power of court to remove arbitrator

(1) A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties, to the arbitrator concerned and to any other arbitrator) apply to the court to remove an arbitrator on any of the following grounds—

(a) that circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality;...

尽管存在上述差异,但通说认为,独立性是指仲裁员与任何一方当事人或其代理人之间不存在可能影响其作出是非判断的关系,这些外部关系包括诸如经济、专业、职业或私人等诸多方面的关系;公正性是指仲裁员不偏向任何一方当事人,公平对待双方当事人<sup>⑥</sup>。本文以下将采用通说的概念。

## 2. 独立性与公正性两者之间的关系

从独立性与公正性定义的内涵来看,独立性指向的是仲裁员与当事人之间存在外在的客观关系,而公正性则更多地指向仲裁员内在的主观心理。

独立性与公正性两者之间的关系,在理论上存在着四种可能性:

	公正	不公正
独立	独立且公正	独立但不公正
不独立	不独立但公正	不独立且不公正

从当事人的期待这个角度看,在上述四种可能性中,右列的两种情形,明显不符合当事人的共同期待,一个不公正的仲裁员,无论其独立与否,对当事人而言,均不可接受。而一个不独立但公正的仲裁员,在理论上是可以接受的,但这种情形在很大程度上是理论上的可能性,在实务中并不具备可操作性。当事人最期待的无疑是仲裁程序和仲裁结果的双重公正性,但在仲裁程序终结之前,当事人难以断定仲裁员在程序上是否公正,也无法预知仲裁结果是否公正。当事人通常不会以自身利益为代价,去测试一个缺乏独立性的人是否具备公正性,这是非常自然的选择。而从人类自身的经验来看,一个缺乏独立性的人,通常也难以公正地居中明断是非。因此,仲裁员应当而且只有同时具备独立性与公正性,才符合当事人的共同期待。

独立性与公正性之间是相互关联的关系:

一方面,公正性是当事人对仲裁员的终极期待,只有在仲裁员缺乏独立性的情形造成当事人对仲裁员的公正性产生正当怀疑的时候,独立性才有其重要意义。从这个角度而言,就不难理解英国1996年《仲裁法》中为什么仅仅规定仲裁员应当具备公正性,而没有提及仲裁员的独立性。

另一方面,独立性是公正性的必要先决条件。在个案中,一个独立的裁判者可能会因为其他因素而作出不公正的裁判,但从制度的角度而言,一个不独立的裁判者基本上是不可能作出公正裁判的。而且,公正性是一个偏向主观的概念,仅从主观上去判断仲裁员在仲裁程序中能否保持公正,难以得出各方当事人一致认同的结论,人们只能通过探寻外在的、客观的事实,包括查明仲裁员和当事人之间是否存在可能影响仲裁员公正性的关系和联系,去判断仲裁员是否具备主观上保持公正的客观基础。

<sup>⑥</sup> Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Second Edition 2014, Volume II, P3055; Emmanuel Gaillard & John Savage (eds.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, 1028-38(1999).

正是基于独立性与公正性之间的这种关系,《仲裁示范法》第12条中将独立性与公正性同时规定为仲裁员的义务,多数国家的国内法亦采用了这一立法模式。

## 二、仲裁员回避的判断标准——第三人正当怀疑标准

### 1. 第三人正当怀疑标准

仲裁员(或者受到一方当事人或仲裁机构指定但尚未接受指定的候选仲裁员)可能会因为多种原因(健康状况、时间、利益冲突等)不能履行仲裁员职责,选择不接受指定,或者中途退出仲裁庭。其中因为与仲裁员独立性与公正性原则相关的原因,而不接受指定或者退出仲裁庭的,是为仲裁员回避。仲裁员回避是仲裁员独立性与公正性原则的消极效力的体现。

仲裁员回避又分为仲裁员主动回避与被动回避两种情形:前者是指接受到一方当事人或仲裁机构指定但尚未接受指定的候选仲裁员拒绝接受指定,或者仲裁员在接受指定后因为新发现的或者新披露的与仲裁员独立性与公正性相关的某种情形而主动退出仲裁庭;后者是指当事人要求其认为不具备独立性和公正性的仲裁员退出仲裁庭。

一般情况下,仲裁员主动申请回避的,不管回避事由是否确实成立,当事人或机构大多不会反对,因此,仲裁员主动回避的情形一般不会导致争议。但是,在一方当事人要求仲裁员回避的情况下,被要求回避的仲裁员、对方当事人、仲裁机构以及法院,都可能对回避事由是否成立产生不同的认识,从而导致争议的发生。随之而来的问题是:当事人在何种情形下有权提出要求仲裁员回避的申请?仲裁机构或法院以什么标准判断仲裁员是否应当回避?

如果将仲裁员的独立性与公正性程度以一条类似温度计的刻度线表示的话,位于两端的、相互对立的两种情形(0代表仲裁员完全不具备独立性与公正性、100代表仲裁员绝对具备独立性与公正性)非常明晰。

线段的最右端代表仲裁员绝对具备独立性与公正性,双方当事人对此没有任何怀疑,这是一种理想的状态。但在实务中,要找到绝对具备对立性与公正性、同时又具备相应知识和能力的仲裁员并非易事,一方当事人往往对对方当事人选定的仲裁员的独立性与公正性天然地持有怀疑态度,对机构指定的仲裁员的独立性与公正性也往往是持观望态度的。

与此相反,线段的最左端代表仲裁员完全不具备独立性与公正性。对于完全不具备独立性与公正性的仲裁员,当事人理所当然有权要求其回避。但实务中的问题是:有时候在一方当事人看来,对方当事人选定的仲裁员完全不具备独立性与公正性,而对方当事人则往往认为这是相对方试图剥夺其指定仲裁员的权利的借口而已。因此,以任何一方当事人的主观怀疑作为标准,肯定是不可行的。

实务中大量存在的情形,并非位于两端之间的非此即彼的两种情形,而是处于中间地带的相对模糊的情形。在0-100之间,仲裁员回避的标准应当放在哪一个刻度,才具

有可操作性,既确保仲裁员的独立性与公正性,又不剥夺当事人选定仲裁员的权利?

对此,《仲裁示范法》第12条第(2)款采用了第三人正当怀疑的标准,作为仲裁员回避的标准:

#### “第12条 回避的理由

(2) 只有存在引起对仲裁员的公正性或独立性产生正当怀疑的情况或仲裁员不具备当事人约定的资格时,才可以申请仲裁员回避。当事人只有根据其作出指定之后知悉的理由,才可以对其所指定的或其所参与指定的仲裁员提出回避。”

#### 2. 第三人正当怀疑标准是一个客观标准

第三人正当怀疑标准是一个客观标准,该项标准不以任何一方当事人内在的主观怀疑作为仲裁员回避的依据,而是以一个通情达理的第三人作为判断主体,假定其在了解所有相关情形的前提下,对仲裁员的独立性或公正性产生正当(或者合理)怀疑时,才可以申请仲裁员回避。依据第三人正当怀疑的客观标准,探求的不是任何一方当事人内心的主观怀疑状态(事实上当事人的内心状态是多变的,也是不可能查明的),而是可能引起一个通情达理的第三人对仲裁员的独立性或公正性产生正当怀疑的外在情形,因而这项标准是客观的,也可以称之为“外在标准”。

#### 3. 第三人正当怀疑标准高于利益冲突标准

仲裁实务中广为流传的一种说法是:与案件存在利益冲突情形的仲裁员应当回避。这个说法本身也没错,“任何人都应当成为他自己案件中的法官”,是自然正义原则对裁判者独立性的基本要求,当仲裁员与案件存在利益冲突情形时,理所当然应当回避。但是,仲裁的基石是当事人意思自治,当事人选择以仲裁而非诉讼的方式解决争议,某种程度上是因为当事人对仲裁更加信任,因而对仲裁员的独立性与公正性也有更高的期待。如果用利益冲突标准作为法官是否回避的判断标准的话,那么,只有采用比利益冲突标准更高的判断标准,才能有效地维护当事人对仲裁的信心。按照第三人正当怀疑的客观标准,即便不存在利益冲突情形,只要一个通情达理的第三人在了解所有相关情形的前提下,对仲裁员的独立性或公正性产生正当(或者合理)怀疑,仲裁员就应当回避,这个标准高于利益冲突标准,更有利于确保当事人对仲裁员独立性与公正性的信心,也更有利于维护当事人对仲裁制度的信心。

#### 4. 英国法院关于第三人正当怀疑标准的判例

英国1996年《仲裁法》第24(1)(a)条规定了第三人正当怀疑标准,作为仲裁员因公正性而回避的成文法标准,即:当存在对该仲裁员的公正性产生具有正当理由的怀疑的情形时,仲裁程序的一方当事人可申请法院撤换仲裁员。<sup>⑦</sup>

<sup>⑦</sup> Arbitration Act 1996:

Section 24 Power of court to remove arbitrator

(1) A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties, to the arbitrator concerned and to any other arbitrator) apply to the court to remove an arbitrator on any of the following grounds—

(a) that circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality;

...

在 *Magill v. Porter* [2001] UKHL 67 (13th December, 2001), [2002] AC 357 案中, Lord Hope 对 1996 年《仲裁法》第 24 条的第三人正当怀疑标准进行了细化:“公正和知情的观察者,在考虑了相关事实后,是否会得出仲裁庭确实有可能存在偏见的结论。”<sup>⑧</sup> 该标准对作为第三人的观察者 (observer) 设定了两项特征:一是公正 (fair-minded),二是知情 (informed)。

在 *Helow v Secretary of State for the Home Department* [2008] UKHL 62; [2008] 1 WLR 2416 案中, Lord Hope 宣称“公正和知情的观察者” (the fair minded and informed observer) 是一个法律上的拟制主体。公正 (fair-minded) 是指这一类人总是在充分了解双方论点之后才作出判断,除非提出异议的一方当事人主张的事由能够得到客观证明,否则他们不会轻易接受一方当事人提出的异议;他们知道法官不仅必须要内心公正,而且必须以看得见的方式表现出公正;他们也知道法官和普通人一样,也有其自身的弱点;如果能够客观地证明法官的所言、所行或者所存在的关系使得法官难以对案件作出公正的判决,他们也不会畏惧作出这样的结论。知情 (informed) 是指观察者能够兼顾所有他能得到的信息,并且将其放在社会、政治背景或者地理环境下加以解读。<sup>⑨</sup>

Lord Hope 在上述两个判例中所确定的公正 (fair-minded) 和知情 (informed) 标准,被其后的判例所遵循,形成了普通法下的第三人正当怀疑标准。<sup>⑩</sup>

由上可见,由英国 1996 年《仲裁法》第 24 (1) (a) 条和判例法所构建的第三人正当怀疑标准,不以任何一方当事人对仲裁员是否具有公正性的主观怀疑作为判断标准,而是以一个拟制的、公正和知情的观察者,在考虑了相关事实后,是否会得出仲裁庭确实有可能存在偏见的结论作为判断标准。因此,这是一个客观标准。

### 三、仲裁员的披露义务

#### 1. 仲裁员为什么要披露

如前所述,基于仲裁员独立性与公正性原则,当一个通情达理的第三人在了解所有相关情形的前提下,对仲裁员的独立性或公正性产生正当 (或者合理) 怀疑时,仲裁员就应当回避。

回避制度能否有效运行的前提,取决于有关仲裁员独立性与公正性的情形,是否为当事人所知悉。当事人只有在完全了解与仲裁员独立性与公正性相关的任何情形的前提下,才能对仲裁员的独立性与公正性作出判断。因此,当事人既然有权期待仲裁员保

<sup>⑧</sup> See *Porter v Magill* [2002] AC 357 per Lord Hope at [103]:

The question is whether the fair-minded and informed observer, having considered the facts, would conclude that there was a real possibility that the tribunal was biased.

<sup>⑨</sup> See *Helow v Secretary of State for the Home Department* [2008] UKHL 62, [2008] 1 WLR 2416, per Lord Hope at [1]-[3]

<sup>⑩</sup> See *A v B* [2011] 2 Lloyd's Rep 591 per Flaux J at [21]-[29]; *Cofely Limited v Anthony Bingham* [2016] EWHC 240 (Comm), per Justice Hamblen at [72].

持独立性与公正性,当然也应当享有知情权,有权知道在他们看来与仲裁员独立性与公正性相关的任何情形。

确保当事人知情权实现的最直接、最经济的手段,就是仲裁员披露在当事人看来可能会引起当事人对其独立性或公正性产生怀疑的任何情形。

## 2. 仲裁员披露义务的渊源

为确保仲裁员切实履行独立性与公正性这一基本义务,《仲裁示范法》第12条第(1)款规定了仲裁员的披露义务:

“(1) 在被询及有关可能被指定为仲裁员之事时,被询问人应该披露可能会引起对其公正性或独立性产生正当怀疑的任何情况。仲裁员自被指定之时起并在整个仲裁程序进行期间,应毫不迟延地向各方当事人披露任何此类情况,除非其已将此类情况告知各方当事人。”

德国、法国和瑞典等一些国家的国内法<sup>①</sup>规定了仲裁员的披露义务。

美国《联邦仲裁法》中虽然没有明示条文规定仲裁员的披露义务,但判例法推定在《联邦仲裁法》下仲裁员有披露的义务<sup>②</sup>。瑞士法采用了美国《联邦仲裁法》相似的模式<sup>③</sup>。

比较独特的是,英国1996年《仲裁法》中没有规定仲裁员的披露义务,立法理由是正式的披露程序会造成不适当的负担及拖延<sup>④</sup>。

另外,世界上主要仲裁机构的仲裁规则中均规定仲裁员的披露义务<sup>⑤</sup>。

## 3. 仲裁员披露义务的标准

仲裁员应该披露哪些内容? 哪些内容可以不必披露? 换言之,以什么标准判断披露义务的范围? 这是实务中经常让人感到困惑的问题。

在制定仲裁员披露义务的标准时,有必要考虑两个方面的因素。一方面,为确保仲裁员的独立性与公正性,仲裁员应当履行披露义务;另一方面,仲裁员在履行披露义务时,如果事无巨细都加以披露的话,不仅会增加仲裁员进行查询的时间成本,也会给试图拖延仲裁程序的当事人提供借口,以一些毫无意义的理由提出要求仲裁员回避的申请。

现行的仲裁员披露义务标准有两类:

一类是《仲裁示范法》第12条第(1)款采用的披露标准,该标准与仲裁员回避标准是同一标准,即“应该披露可能会引起对其公正性或独立性产生正当怀疑的任何情况”。

<sup>①</sup> 德国《民事诉讼法》第1036(1)条、瑞典《仲裁法》第9条、法国《民事诉讼法》第1456条。

<sup>②</sup> Gary B. Born, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION 3180 (2th ed., 2014).

<sup>③</sup> Supra note <sup>②</sup>, at 3183.

<sup>④</sup> Ibid.

<sup>⑤</sup> 国际商会2017年《仲裁规则》第11.2条,瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院2017年《仲裁规则》第18(2)条,中国国际经济贸易仲裁委员会2015年《仲裁规则》第31条,伦敦国际仲裁中心2014年《仲裁规则》第5.4条,美国仲裁协会2013年《商事仲裁规则》第17条,新加坡国际仲裁中心2016年《仲裁规则》第13.4、13.5条,香港国际仲裁中心2018年《机构仲裁规则》第11.4条。

另一类标准时《国际律师协会国际仲裁利益冲突指引》(2014年10月23日通过,以下简称“《IBA利益冲突指引》”)第一部分“公正、独立和披露的一般标准”3(a)中采用的披露标准:

“如果存在在当事人看来可能令仲裁员的公正性或独立性受到怀疑的事实或情形,则仲裁员应当在接受指定前,向当事人、仲裁机构或其他指定机构(如果有该等机构且适用的仲裁机构规则有该等要求的话)、其他仲裁庭成员(如有的话),披露该等事实或情形;或者,如接受指定后才知悉,则在知悉后立即披露该等事实或情形。”

比较《仲裁示范法》和《IBA利益冲突指引》中的披露标准,可以看到:《仲裁示范法》第12条第(1)款采用的披露标准,与第12条第(2)款采用的回避标准,是完全一致的。而《IBA利益冲突指引》一般标准3(a)中采用的披露标准,不是第三人正当怀疑标准,而是当事人怀疑标准。《IBA利益冲突指引》一般标准3(d)中更进一步明确:“如果仲裁员对是否应当披露特定事实或情形存在任何怀疑,则应当进行披露。”因此,在判断是否应当披露时,《IBA利益冲突指引》采用了较之一般标准2中的判断是否构成利益冲突的标准更低的标准。换言之,按照《IBA利益冲突指引》中采用的披露标准,仲裁员披露的范围更广。

#### 4. 披露并不意味着存在利益冲突情形

仲裁员披露的目的,是为了让当事人了解仲裁员独立性与公正性相关的任何情形,以便其对仲裁员的独立性或公正性作出判断。

但仲裁员在作出披露时,常常会产生某些顾虑:披露了与一方当事人或其代理律师之间存在的某种关系,是否默示地承认存在利益冲突情形,或者不具备仲裁员资格。这种顾虑并非毫无根据,事实上,有不少当事人或者律师即便在没有任何理由的情况下,都要想方设法提出没有任何合理依据的回避申请,在仲裁员主动披露的情形下,更不会放弃利用仲裁员披露的情形作为理由提出回避申请的机会。

如何形成一种机制,既鼓励仲裁员充分披露与其独立性和公正性相关的事实和情形,又保护仲裁员的披露免受不当滋扰?《IBA利益冲突指引》为平衡这两种诉求,在对一般标准(3)的解释(c)中作出了精巧的设计:首先,《IBA利益冲突指引》明确澄清:披露并不意味着存在利益冲突情形;其次,《IBA利益冲突指引》中重申:仲裁员是否回避,仍应根据一般标准2中的客观标准决定。<sup>①6</sup>

披露并不意味着存在利益冲突情形,《IBA利益冲突指引》中的这一澄清,有助于消除一种普遍存在的认识上的误区,即:似乎披露本身默示地意味着存在利益冲突情形。《IBA利益冲突指引》中的这一澄清,也是符合逻辑的。尽管存在披露的情形,但仲裁员仍然认为其是独立和公正的,所以才在接受指定的同时,披露与其独立性或公正性有关的情形,以便当事人进一步探求相关事实或情形,并最终作出判断。否则,如果仲裁

<sup>①6</sup> IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, part I: general standards regarding impartiality, independence and disclosure, explanation to general standard 3, (c).

员在接受指定之前对自己的独立性或公正性产生怀疑<sup>⑰</sup>,或者存在一个通情达理的第三人在完全知情的情形下,对仲裁员的独立性或公正性产生正当(或者合理)怀疑的事实或情形<sup>⑱</sup>,仲裁员就不应当接受指定,因而也就没有必要进行披露。

#### 5. 当事人弃权

在仲裁员作出披露之后,当事人可不可以等待裁决作出之后,根据裁决结果是否对自己有利,再决定以仲裁员已经披露的情形作为仲裁员缺乏独立性或公正性的理由,提出撤销或者不予执行仲裁裁决的申请?这种机会主义策略,在实务中并不鲜见。

无论从哪个角度看,这种机会主义的做法都是不能容忍的。在仲裁员披露之后,如果当事人立即以仲裁员披露的情形为由申请仲裁员回避,仲裁机构或者法院在处理仲裁员回避申请的过程中,一般会听取被要求回避的仲裁员的解释,当事人也有机会对回避事由进行进一步的探究,这有利于相关各方对仲裁员独立性与公正性作出清晰和有理据的判断,也有利于仲裁机构或者法院对回避与否作出正确的决定。更为重要的是,对仲裁员披露情形是否构成回避事由这一争议的及时处理,使得仲裁员的独立性或公正性问题尽早得到澄清,不至于对后续的仲裁程序以及仲裁裁决的效力造成不利影响,避免了社会资源的浪费。

因此,有必要设计一种机制,防止当事人采用机会主义策略。

实务中,对付当事人机会主义策略的有效手段,就是确立当事人弃权制度,即:在仲裁员披露之后的一段合理时间内,如果当事人没有提出仲裁员回避的申请,就视为当事人就仲裁员披露的情形放弃提出回避申请的权利,当事人此后不得再以仲裁员披露的情形为由,申请仲裁员回避,也不得在此后的司法审查程序中,以此为由申请撤销仲裁裁决或者申请不予执行仲裁裁决。

《IBA 利益冲突指引》在一般标准(4)(a)中规定了当事人弃权制度:“除本一般标准(b)或(c)另有规定外,如果在收到仲裁员披露的或者当事人另行知悉的任何可能构成仲裁员潜在利益冲突的事实或者情形后30日内,当事人未对该仲裁员明示地提出异议,即视为当事人已经放弃了就该等事实或情形主张该仲裁员存在潜在利益冲突的权利,并且不得在后续阶段基于该等事实或情形提出任何异议。”<sup>⑲</sup>

《IBA 利益冲突指引》一般标准(4)(a)中规定的当事人弃权制度,明确弃权的效力及于“后续阶段”。该“后续阶段”应当理解为仲裁裁决作出之后的、法院审理当事人申请不予执行或者撤销仲裁裁决的司法审查阶段。如果不是这样理解的话,则弃权的

<sup>⑰</sup> Supra note ⑬, (2) (a).

<sup>⑱</sup> Supra note ⑬, (2) (b).

<sup>⑲</sup> Supra note ⑬, (4) (a):

“(a) If, within 30 days after the receipt of any disclosure by the arbitrator, or after a party otherwise learns of facts or circumstances that could constitute a potential conflict of interest for an arbitrator, a party does not raise an express objection with regard to that arbitrator, subject to paragraphs (b) and (c) of this General Standard, the party is deemed to have waived any potential conflict of interest in respect of the arbitrator based on such facts or circumstances and may not raise any objection based on such facts or circumstances at a later stage.”

效力仅仅及于仲裁程序阶段,当事人在仲裁裁决的司法审查阶段,仍能以仲裁员披露的或者另行知悉的事实或情形为由对仲裁裁决的效力及执行提出异议,这显然不符合当事人弃权制度的初衷,也与诚信原则相悖。

## 四、仲裁员披露与回避制度的中国因素

### (一) 关于仲裁员回避的两种判断标准

#### 1. 中国《仲裁法》规定的利益冲突标准

如前所述,《仲裁示范法》和《贸法会仲裁规则》中均是以第三人正当怀疑标准作为仲裁员是否回避的判断标准。

中国《仲裁法》并未采用《仲裁示范法》中的第三人正当怀疑标准,而是沿用《民事诉讼法》中关于法官回避的传统标准。

早在1991年4月9日公布的《民事诉讼法》中,第四十五条就对法官回避问题规定如下:

“第四十五条 审判人员有下列情形之一的,必须回避,当事人有权用口头或者书面方式申请他们回避:

- (一) 是本案当事人或者当事人、诉讼代理人的近亲属;
- (二) 与本案有利害关系;
- (三) 与本案当事人有其他关系,可能影响对案件公正审理的。”

2012年8月31日修改的《民事诉讼法》第四十四条沿用了1991年4月9日《民事诉讼法》第四十五条的,但增加了第二款:“审判人员接受当事人、诉讼代理人请客送礼,或者违反规定会见当事人、诉讼代理人的,当事人有权要求他们回避。”

1995年9月1日起施行的《仲裁法》第三十四条对仲裁员回避的规定,完全沿用了《民事诉讼法》中关于法官回避的规定,其内容为:

“第三十四条 仲裁员有下列情形之一的,必须回避,当事人也有权提出回避申请:

- (一) 是本案当事人或者当事人、代理人的近亲属;
- (二) 与本案有利害关系;
- (三) 与本案当事人、代理人有其他关系,可能影响公正仲裁的;
- (四) 私自会见当事人、代理人,或者接受当事人、代理人的请客送礼的。”

《仲裁法》第三十四条规定的回避事由中,第(一)项和第(二)项是明显的、特定利益冲突关系,第(三)项是一个兜底条款,本质上也是指向可能影响公正仲裁的其他利益冲突关系,第(四)项则是指向特定的行为。概括而言,《仲裁法》第三十四条采用了利益冲突的仲裁员回避标准,其内涵与外延,与《民事诉讼法》(2012年8月31日修订通过)第四十四条规定的法官回避标准完全一致。由此可见,在中国内地诉讼对仲裁(特别是国内仲裁)的影响之大,这也为仲裁行业中主张仲裁准司法化的一派提供了强而有力的论据。

在中国内地 250 多家仲裁机构中,大部分主要受理国内仲裁案件的仲裁机构,在其仲裁规则中采用了《仲裁法》第三十四条规定的利益冲突标准作为仲裁员回避标准。

### 2. 中国内地主要涉外仲裁机构仲裁规则中的第三人正当怀疑标准

中国内地主要涉外仲裁机构(中国贸仲、北仲、上海国仲、深圳国仲)的现行仲裁规则中均采用了《仲裁示范法》中的第三人正当怀疑标准,作为仲裁员是否回避的判断标准。<sup>②①</sup>

事实上,中国内地主要涉外仲裁机构是在《仲裁法》生效之后很长一段时间之后才采用《仲裁示范法》中的第三人正当怀疑标准的。以中国贸仲为例,中国贸仲在《仲裁法》公布之前很长一段,也一直是采用利益冲突的仲裁员回避标准<sup>②②</sup>;在《仲裁法》通过并公布一年多之前,中国贸仲在《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则(1994版)》中,同时采用了利益冲突标准(针对仲裁员自行申请回避)和第三人正当怀疑标准(针对当事人申请仲裁员回避)<sup>②③</sup>,这也是中国仲裁机构首次在《仲裁规则》中采用第三人正当怀疑标准;中国贸仲在《仲裁法》生效的当月修订的《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》1995版<sup>②④</sup>,以及此后修订的1998版<sup>②⑤</sup>、2000版<sup>②⑥</sup>仍然沿用之前的回避标准;直到2005年,中国贸仲修订的《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》2005版<sup>②⑦</sup>,才不再区分仲裁员自行申请回避和当事人申请仲裁员回避两种情形,将仲裁员回避标准统一为第三人正当怀疑标准。

### 3. 仲裁员回避标准不一致引起的困惑

如前所述,主要受理国内仲裁案件的仲裁机构,大多采用《仲裁法》第三十四条规定的利益冲突回避标准,而主要的涉外仲裁机构则采用了贸法会《仲裁示范法》的第三人正当怀疑的回避标准。造成这种回避标准不一致的主要原因,可能是主要的涉外仲裁机构需要更多地考虑和国际商事仲裁实务接轨。

<sup>②①</sup> 参见《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》(2015)第三十二条、《北京仲裁委员会仲裁规则》(2015)第二十二、《上海国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》(2015)第二十六条、《深圳国际仲裁院仲裁规则》(2019)第三十三条。

<sup>②②</sup> 参见《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》(1988版)第十八条:被指定的仲裁员,如果与案件有利害关系,应当自行向仲裁委员会请求回避,当事人也有权向仲裁委员会提出书面申请,要求该仲裁员回避。网址: <http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=12> 查询日期:2019年4月6日。

<sup>②③</sup> 参见《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则(1994版)》第二十八条:被指定的仲裁员,与案件有利害关系的,应当自行向仲裁委员会披露并请求回避。

第二十九条 当事人对被指定的仲裁员的公正性和独立性产生具有正当理由的怀疑时,可以书面向仲裁委员会提出要求该仲裁员回避的请求,但应说明提出回避所依据的具体事实和理由。

网址: <http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=13> 查询日期:2019年4月6日。

<sup>②④</sup> 参见《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则(1995版)》第二十八条被选定或者被指定的仲裁员,与案件有个人利害关系的,应当自行向仲裁委员会披露并请求回避。

第二十九条 当事人对被选定或者被指定的仲裁员的公正性和独立性产生具有正当理由的怀疑时,可以书面向仲裁委员会提出要求该仲裁员回避的请求,但应说明提出回避请求所依据的具体事实和理由,并举证。

网址: <http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=14> 最后访问时间:2019年4月6日。

<sup>②⑤</sup> 网址: <http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=15> 最后访问时间:2019年4月6日。

<sup>②⑥</sup> 网址: <http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=16> 最后访问时间:2019年4月6日。

<sup>②⑦</sup> 网址: <http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=17> 最后访问时间:2019年4月6日。

但是,在仲裁员是否回避的判断标准问题上不一致的规定,在实务中容易引起困惑。

其中最主要的一个困惑是:《仲裁法》第三十四条规定中使用了“必须回避”四个字,无论是从文义解释还是从目的解释的角度看,《仲裁法》第三十四条都应当理解为强制性规定,主要的涉外仲裁机构则的第三人正当怀疑的回避标准,是否有违背《仲裁法》第三十四条的强制性规定的嫌疑呢?笔者以为,这种困惑是没有必要的,理由是:第三人正当怀疑的回避标准,比利益冲突回避标准更高,前者的外延不仅完全覆盖了后者,而且包含了后者没有覆盖的内容。换言之,在某些情形下,即便仲裁员与当事人之间,或与代理律师之间,或与同一仲裁庭的其他成员之间,不存在可能影响公正裁决的关系,也可能触发第三人正当怀疑标准,从而必须回避。

实务中容易引起困惑的另一种情形,是中国法官熟悉《仲裁法》第三十四条的仲裁员回避标准,因为这和《民事诉讼法》(2012年8月31日修订通过)第四十四条规定的法官回避标准完全一致,当法官在处理采用了第三人正当怀疑标准的仲裁机构所受理的仲裁案件中涉及的仲裁员应否回避争议时,能否适应这种标准的转换?

第三种容易引起困惑的情形,是不同的仲裁机构采用了不同的仲裁员回避标准,有可能处理相同的情形但出现截然相反的结果,对当事人以及公众形成误导,损害仲裁的公正形象。

## (二) 实务中容易引起争议的几种关系

仲裁员可能与当事人、当事人的代理律师、同一仲裁庭的其他仲裁员之间存在这样或那样的关系,比如师生关系、同学或校友关系、同事关系等等。在中国这个重视人际关系的社会背景下,这些常见的关系,是否属于应当披露的范围?是否应当回避?对这些问题,可能会仁者见仁,智者见智,在实务中引发争议。

### 1. 师生关系

师生关系既非家庭成员关系,亦非利益关系,为什么会成为关注的问题呢?

原因之一,是仲裁领域师生关系普遍存在,很多大学教授(特别是法学院教授)因为其在专业领域的造诣和声誉而在仲裁案件中被指定为仲裁员(相对而言,在法院诉讼案件中就很少出现这种现象)。原因之二,尊师重教是中国传统的价值观,过去祭祀家家户户都有“天地君亲师”的牌位,反映了教师在社会中的传统尊荣地位,普遍而言,学生内心有对老师感恩报德的心理倾向。

在这种社会背景下,如果曾经的学生是仲裁庭成员,而曾经的老师是一方当事人的代理人,尽管双方之间不存在利益冲突关系,但是,按照第三人正当怀疑标准,在一个理性、知情的观察者看来,有理由对该仲裁员的独立性与公正性提出质疑。因此,在笔者看来,这种师生关系不仅属于应当披露的范围,而且在披露之后,如果一方当事人要求仲裁员回避,该仲裁员应当回避。

师生关系中最常见的一种情形,是仲裁员曾经当过一方代理律师的老师。在很多案件中,作为代理律师的学生,出于对老师专业水准的信任和崇拜,愿意指定老师为仲裁员;在另外一些案件中,仲裁机构指定老师为仲裁员,其中一方当事人的代理律师正好

是老师曾经教过的学生。在笔者看来,一个学生在某个专业可能只有一个老师,而一个老师所教过的学生必然是桃李满天下,如果要求老师在接受仲裁员指定时去查询是否存在师生关系,有时候不太现实,在时代久远的情况下有些老师甚至不记得一方当事人的代理律师曾经是其学生;通常情况下,老师也不会因为曾经的师生关系而有损其对案件的公平判断;因此,一般情况下,作为仲裁员的老师,首先是没有必要承担披露师生关系的义务,其次,即便一方当事人以师生关系为由提出回避申请,在笔者看来,按照第三人正当怀疑标准,也不属于对仲裁员的独立性与公正性产生正当怀疑的情形,仲裁员不应当回避,除非该仲裁员愿意主动退出仲裁庭。

但是,如果师生关系比较密切,超出了一般的师生关系,按照第三人正当怀疑标准,就应当披露和回避。比如有的老师在过去三年内曾经三次以上被同一个做代理人的学生或该学生所在的律师事务所指定作仲裁员,这时候被指定作仲裁员的老师就有义务进行披露,若一方当事人提出回避申请,则应当回避。还有的老师,为提携和支持学生,同意学生提出的请求,在其所在的律师事务所挂名当顾问,笔者以为,这种关系应当视同同事关系,属于必须回避的情形。在这种情形下老师可能觉得比较冤枉,可能会辩解其当顾问只是挂名,没有拿过任何酬金,但这种辩解也不能成立,只要挂名当顾问了,不管有没有实际从事咨询和指导的顾问工作,有没有拿过报酬,按照第三人正当怀疑标准,这种关系足以让一个客观、公正的第三人对仲裁员的独立性与公正性产生正当怀疑,因此属于应当回避的范畴。

## 2. 同学或校友关系

从事仲裁工作的仲裁员和代理人,多具有法律教育背景,在同一案件中,仲裁员和仲裁员之间、仲裁员和一方当事人的代理人之间是同学或校友关系的情形,也不鲜见。

这种同学或校友关系是否属于应当披露的范围?是否属于仲裁员应当回避的事由?实务中对此问题的认识不同。在中建五局第三建设有限公司、台州市政府花园招待所有限公司申请撤销仲裁裁决特别程序案<sup>②</sup>中,首席仲裁员与一方当事人的代理人是同班同学,首席仲裁员在仲裁程序中未对此进行披露,另一方当事人在裁决作出后以此作为理由之一,向法院申请撤销裁决。法院裁定中认为仲裁庭的组成符合法律规定,但没有直接回答同学关系是否属于应当披露的范围这个问题。

笔者以为,鉴于知情权是当事人确定仲裁员是否具备独立性与公正性的前提要件,在中国普遍看重人际关系的背景下,当事人希望仲裁员披露同学或校友关系的要求并非没有道理,另一方面,也要考虑到仲裁员在接受指定时进行利益冲突查询的合理程度。因此,在保障当事人知情权的前提下,考虑到披露查询的合理性,笔者建议将仲裁员主动披露义务的范围限于同班同学关系,而不包括同年级同学或校友关系,当然,这不排除仲

<sup>②</sup> 见中国裁判网:“中建五局第三建设有限公司、台州市政府花园招待所有限公司申请撤销仲裁裁决特别程序民事裁定书”,网址:<http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=61678808-a3de-402f-99d5-a7ee0102db89>,最后访问时间:2019年4月8日。

裁判员自愿主动将披露范围扩大到同年级同学或校友关系,也不排除在一方当事人提出明确要求的条件下,裁判员对同年级同学或校友关系作出进一步查询和披露。

如前所述,裁判员披露的情形并不必然构成对其独立性或公正性产生正当怀疑的情形,裁判员披露的目的,是为了让当事人知道与裁判员独立性与公正性相关的任何情形,便于当事人对裁判员的独立性与公正性作出判断,因此,不能由于裁判员与仲裁员之间、仲裁员与一方当事人或其代理人存在同学或校友关系,就由此判断可能对裁判员的独立性或公正性产生正当怀疑,并进而得出裁判员应当回避的结论。在一方当事人提出就存在的同学或校友关系要求裁判员回避时,还应当考察这种同学或校友关系的密切程度,比如是否存在过去三年内一方曾两次以上被另一方指定为仲裁员、或者双方曾经合作办理案件等其他情形,根据个案的具体情形,决定裁判员是否应当回避。

### 3. 同事关系

仲裁中涉及的同事关系包括两种情形:一是裁判员与一方当事人或其代理人是同事关系,二是同一案件中裁判员与仲裁员之间是同事关系。

对于第一种类型的同事关系,特别是裁判员与一方当事人的代理人来自同一律师事务所的情形,一般观点都认为属于应当披露和应当回避的范围,《IBA 利益冲突指引》也将这种情形列入可弃权的红色清单中<sup>⑳</sup>,笔者在此不再赘述。

对于第二种类型同事关系,即同一案件中裁判员和仲裁员之间是同事关系的情形,实务中关注较多的是同一案件中裁判员和仲裁员自同一律师事务所的情形,《IBA 利益冲突指引》将此种情形列入橙色清单中<sup>㉑</sup>,但对同一案件中裁判员和仲裁员来自其他类型的同一单位(非律师事务所)的情形,实务中反而关注较小。笔者以下着重讨论这一情形中两类具体情形。

#### (1) 两名裁判员都是同一仲裁机构的内部工作人员

仲裁机构内部的工作人员在裁判员名册中,这在国内一些仲裁机构中是常见的一种情形,也可以说是一种中国特色。但是,并非所有的仲裁机构都允许在裁判员名册中的机构内部工作人员接受当事人选定,据笔者所知,内地主要涉外仲裁机构(中国贸仲、北仲、上海国仲、深圳国仲)都不允许机构内部工作人员接受当事人选定,以中国贸仲为例,早在2003年12月通过的《仲裁员行为考察规定》中,就规定“时任仲裁委员会主任、副主任,仲裁委员会、分会秘书局(处)及仲裁委员会办事处工作人员被当事人选定的”“应当不接受选定或指定”,现行的《仲裁员行为考察规定》(2009年修订)中仍然保留了这一规定<sup>㉒</sup>,因此,在这些主要的涉外仲裁机构中,不会出现两名裁判员都是同一仲裁机构的内部工作人员这种情形。但是,在其他一些内地仲裁机构中,对机构内部的工作人员接受当事人指定并没有限制,因而会出现其中一名裁判员是当事人选定的或者

<sup>⑳</sup> See IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, article 2.3.3.

<sup>㉑</sup> See IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, article 3.3.1.

<sup>㉒</sup> 见《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员行为考察规定》(2009年修订),网址: <http://www.cietac.org.cn/index.php?m=Page&a=index&id=59>,最后访问时间:2019年4月9日。

仲裁机构替当事人指定的,而首席仲裁员也是该机构的内部工作人员的情形。

或许有人会以法官为例,来说明两名仲裁员都是来自同一仲裁机构的内部工作人员这种作法的合理性。但笔者并不赞同这种观点。如前所述,仲裁和诉讼虽然都是争议解决方式,但仲裁与诉讼最大的区别,在于仲裁管辖权来源于当事人合意,而当事人之所以愿意选择仲裁这种争议解决方式,排除法院的管辖,是因为当事人对选定的仲裁机构和仲裁员抱有更大的期待和信任,当事人因而对作为裁判者的仲裁员的独立性与公正性抱有更高的要求,这也是仲裁员回避的标不同于法官回避标准的原因。两名仲裁员都是来自同一仲裁机构的内部工作人员,首先其独立性就值得质疑,仲裁员会不会为了相互之间的关系而影响其对案件的独立判断?这种可能性并不能完全排除;再者,如果两名来自同一仲裁机构的仲裁员之间存在上下级关系,则其独立性与公正性更值得怀疑。因此,笔者认为,两名仲裁员都是来自同一仲裁机构的内部工作人员,这种情形明显构成利益冲突,按照第三人正当怀疑标准,属于应当回避的情形。

#### (2) 两名仲裁员是同一学校的老师

两名仲裁员是同一学校的老师,这种情形也时有所见。《IBA 利益冲突指引》将此种情形列入不需要披露的绿色清单中<sup>③</sup>。但是,中国大学的一个特色是其行政化,很多大学老师身兼各种行政职务,同一学校的老师之间可能不再是独立的学者关系,而是对彼此之间的绩效评估、晋级、奖惩等有一定影响的相互制约关系,在学校的同事关系,与在其他单位工作的同事关系可能没有实质性的区别,因此,笔者认为,不能因为《IBA 利益冲突指引》中的规定,就一概而论将两名仲裁员是同一学校的老师这种情形列入不需要披露的范畴,相反,应当将这种情形列入披露义务的范围,根据披露的信息,如果两名仲裁员之间的关系导致可能对其独立性或公正性的正当怀疑,则至少其中一名仲裁员应该回避。

## 五、关于《仲裁法》修改的几点建议

2018年9月7日,第十三届全国人大常委会公布《仲裁法》修订列入二类立法规划,仲裁界人士长期以来一直呼吁的《仲裁法》修改终于开启序幕。结合前述讨论的仲裁员的披露与回避相关问题,笔者提出修改建议如下:

### 1. 在《仲裁法》中明确规定仲裁员的独立性与公正性义务

如前所述,保持独立性与公正性,已经成为国际仲裁界普遍认可的仲裁员应尽的义务之一。独立性与公正性原则,是仲裁员披露义务和仲裁员回避制度的基础和前提,但现行《仲裁法》中没有明文规定仲裁员的独立性与公正性义务,无疑是一大缺憾。笔者建议,在修订的《仲裁法》中,应当明确规定仲裁员始终履行独立性与公正性义务,并将此作为一项基本原则。

<sup>③</sup> See IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, article 4.3.3.

## 2. 在《仲裁法》中明确规定仲裁员的披露义务

仲裁员履行披露义务,既是确保仲裁员履行独立性与公正性义务的具体方式,也是提升当事人对仲裁制度的信心的重要手段。但现行《仲裁法》中没有明文规定仲裁员的披露义务,只有部分仲裁机构在其仲裁规则中规定了仲裁员的披露义务。笔者建议,在修订的《仲裁法》中,应当明确规定仲裁员的披露义务,以及披露义务的范围。

## 3. 在《仲裁法》中确立第三人正当怀疑标准作为仲裁员回避的标准

现行《仲裁法》第三十四条中规定的仲裁员回避制度,完全沿用《民事诉讼法》中关于法官回避的规定,这与当事人对仲裁员抱有的更大期待和更高要求相差甚远,也落后于以联合国贸法会《仲裁示范法》为代表的国际仲裁主流制度,因此,笔者建议,在修订的《仲裁法》中,应当重构仲裁员回避制度,明确规定将第三人正当怀疑标准作为判断仲裁员是否应当回避的标准。

## 4. 在《仲裁法》中明确规定当事人弃权的法律后果

诚实信用原则是私法领域的至高原则,不仅应当适用于实体法领域,也应当适用于包括仲裁在内的民商事解决机制。在过去的司法实践中,一些当事人出于机会主义动机,在仲裁过程中对仲裁程序的瑕疵没有提出异议,一旦仲裁结果对其不利,就以仲裁程序的瑕疵为由,向法院申请不予执行仲裁裁决或撤销仲裁裁决,这明显不符合诚实信用原则,但由于现行《仲裁法》中明确规定第三人弃权的法律后果,不少法院裁定中支持了当事人的这类主张。直到2018年2月23日,最高人民法院在发布的《关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》第十四条中,才明确规定了对当事人不符合诚实信用原则的异议主张不予支持<sup>②</sup>。鉴于司法解释的效力层级,笔者建议,在修订的《仲裁法》中,应当明确规定当事人弃权的法律后果,使当事人自行承担违反诚实信用原则的不利后果,促使当事人在仲裁程序中践行诚实信用原则,同时也能减轻司法审查的不必要的负担。

---

**Abstract:** The obligation of independence and impartiality is one of the obligations of an arbitrator that's generally recognize in the international arbitration community. However, the current "Chinese Arbitration Law" has no clear provisions on this and lacks clear definition and clear guidelines in practice. Therefore, it is necessary to clearly define the concept of the arbitrator's independence and impartiality obligations, clarify its content, distinguish between disclosure standards and challenging and removal standards, and provide operational guidelines for practitioners, in order to improve transparency and predictability and further improve the arbitrator's independence and impartiality obligation system, and provides suggestions for

---

<sup>②</sup> 最高人民法院《关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》第十四条规定: 适用的仲裁程序或仲裁规则经特别提示,当事人知道或者应当知道法定仲裁程序或选择的仲裁规则未被遵守,但仍然参加或者继续参加仲裁程序且未提出异议,在仲裁裁决作出之后以违反法定程序为由申请不予执行仲裁裁决的,人民法院不予支持。

---

amending the Arbitration Law in terms of reconstructing the arbitrator's independence and impartiality obligation system.

**Keywords:** independence and impartiality; standard of disclosure; standard of challenging and removal of an arbitrator; justified doubts of the third person

---

---

(责任编辑:魏庆、黄晨亮)

# 商事仲裁机构的法人治理结构改革研究

罗贤东\*

---

**内容提要** 对于仲裁的性质有多种观点,最典型的是的准司法性和民间性,我们认为通过仲裁解决纠纷,是由私人行使“司法权”,故借鉴合同的自立法性质,仲裁的性质应认定为自司法性质。全国现有 255 家仲裁机构基本上按照事业单位来设立和管理,多数观点认为应该成为民间组织,仲裁作为中国特色社会主义法律体系和法治体系的重要组成部分,我们认为应根据民法典的规定,将仲裁机构定性为具有行政因素的为公益目的的社会团体法人。对于仲裁机构的法人治理结构,我们认为依据民法典的规定,借鉴上海证券交易所的设立方式,规范仲裁机构的会员和职能,设立会员大会、理事会、监事会等组织管理机构,将仲裁机构重组为符合新时代中国特色社会主义要求的商事裁决机构。

**关键词** 仲裁机构 自司法 会员制 社会团体法人

---

党的十九大报告指出,“全面依法治国是中国特色社会主义的本质要求和重要保障。必须把党的领导贯彻落实到依法治国全过程和各方面,坚定不移走中国特色社会主义法治道路,完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系,建设中国特色社会主义法治体系,建设社会主义法治国家,发展中国特色社会主义法治理论……”,“推进科学立法,民主立法,依法立法,以良法促进发展,保障善治”。这是我国依法治国的基本指导思想。

我国正在推行全面依法治国,仲裁法是中国特色社会主义法律体系的重要组成部分,1995年9月1日开始实施的仲裁法,实施20多年来,在我国的法治建设中发挥了重要作用,如何在新时代更加发挥好商事仲裁的作用,促进全面建成小康社会和建成富强民主文明和谐美丽的社会主义现代化强国,是全体法律工作者的重要任务。仲裁法的发展中还有一些理论问题没有完全解决,与仲裁事业的快速发展不相适应。为完善仲裁制度,提高仲裁公信力,中共中央办公厅、国务院办公厅联合于2018年12月31日印发《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》,对仲裁工作面临的新情况新问题提出了指导意见。本文以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导,对商事仲裁的一些基本理论问题,作进一步的探讨。

---

\* 罗贤东,上饶师范学院经济与管理学院副教授。

## 一、仲裁的性质

### (一) 关于仲裁的性质,当前国内外主要有这样一些理论观点

1. 仲裁的司法权性质。该观点认为仲裁协议的效力,仲裁员的仲裁行为,仲裁裁决的承认与执行等,均来自国家法律的授权,是国家司法权的一部分,没有法律授权,仲裁的作用无从谈起。

2. 仲裁的契约性质。该观点认为仲裁是基于双方当事人的协议而产生,不仅是仲裁事项和仲裁程序,仲裁员的权力也来自于当事人之间的协议,仲裁庭与当事人之间也是一种委托代理契约关系。这种观点完全否认了国家司法权的影响。

3. 仲裁的司法和契约的混合理论。该观点认为仲裁是一种混合性的特殊司法制度,它来自当事人之间的协议,又从法律中获取司法上的效力。因此,仲裁是既有司法权属性,又有契约属性,是两者的混合。

4. 仲裁的自治理论。该观点强调仲裁的自治与独立,承认当事人具有控制仲裁的绝对自由,肯定当事人的无限的意思自治,仲裁制度摆脱司法权和契约的观念,是一种超国家的自治体系。

5. 仲裁的准司法权理论。该观点认为仲裁是司法制度的一部分,但不同于司法制度,仲裁是一种准司法手段,仲裁程序是准司法程序。

6. 仲裁的民间性理论。仲裁的产生是基于双方当事人的合意,合意授权体现为民间性。解决争议的功能在于双方当事人对仲裁的信任,仲裁的程序更多地体现了当事人的意志,仲裁在一定程度上是适用准司法程序,而不是准司法性质。<sup>①</sup>

上述关于仲裁性质的观点,均有一定的合理性,但有相应的缺陷,故未有一种观点获得了一致的支持。仲裁的司法权性质与仲裁法的规定和实际状况不符,支持者甚少。仲裁的契约性质强调契约,完全否认司法权的影响,也显偏颇。司法和契约混合性质观点,支持者较多,但是该观点强调了司法权对从仲裁契约到裁决执行的影响的全过程,与实际有一定距离。仲裁自治理论认为仲裁是一种超国家的自治体系,否认了法律保障,与事实不符。准司法权性质观点比较切合仲裁实际,但是认为仲裁属于司法制度,强调公的一面而忽视了仲裁私的一面。民间性理论观点支持者较多,该观点针对官方司法权而言,有一定的科学性,但是易于和民间调解这类民间解决纠纷方式混同,仲裁不是完全的民间性,是有国家法律保障和赋予法律效力的,民间性观点似乎未能完全揭示仲裁的本质。

### (二) 仲裁的性质应认定为自司法

仲裁体现了多数人极大的意思自治,但法律又作出了相应的限制。仲裁当事人的约定不是空谈而是有约束力的,但该约束力是由仲裁法、民事诉讼法等法律赋予的,离开了法律保障,双方的约定将是一纸空文。仲裁的性质非常类似于合同效力,因此可从合同效力中得到借鉴。

<sup>①</sup> 江伟、肖建国:《仲裁法》,中国人民大学出版社2016年版,第16-17页。

合同的效力是指法律赋予依法有效的合同对其当事人及其效力所涉的第三人的拘束力。其性质指：合同本身不是法律，而只是当事人之间达成的合意，合同的法律效力，不是指合同具有像法律那样的效力，而是合同具有法律所赋予的拘束力。合同的法律效力不是当事人个人的意志所固有或决定的，而是因为当事人的意志符合国家的意志和利益，因而国家通过法律赋予当事人意志以约束力。<sup>②</sup>对于依法有效的合同，其约定的权利义务为法律所承认，被视为法律上的权利与义务，当事人不履行约定义务时，司法机关将强制义务人履行义务或承担违约责任。这说明了合同的效力介入了国家的意志，体现了国家意志对已成立合同的评价。因此，合同本是一种私下约定，为什么有法律约束力呢？是国家法律赋予其约束力，故合同的性质是当事人之间的合意具有法律所赋予的拘束力，是当事人之间造法。故相对于国家立法机关的立法，合同是当事人之间自行立法，故笔者认为可以认定合同的性质是自立法。

仲裁是解决当事人之间的纠纷，作用和司法相同，但是司法是专有名词。司法指的是享有司法权的国家司法机关及其司法人员依照法定职权和程序运用法律处理案件的专门活动，也就是以国家名义行使司法权的活动，作出的裁决具有极大的权威性、强制性。<sup>③</sup>

故我们认为，与合同自立法类似，仲裁协议也是当事人的私下约定，仲裁裁决也是无司法权的仲裁员作出的，为什么有法律约束力呢？也是国家法律如仲裁法、民事诉讼法等法律赋予其约束力，才产生了与司法相同的效果。通过仲裁解决纠纷，是由私人行使“司法权”，故借鉴合同的自立法性质，仲裁的性质应认定为自司法性质。

自司法性质不同于准司法权理论，准司法权理论认为仲裁是司法制度的一部分，无限接近司法手段和司法程序，或者说整个过程就像是司法。而自司法性质观点认为，仲裁方式和程序由自我约定，但是仲裁裁决须由法律赋予其效力才具有约束力，就像合同订立过程、合同内容是由当事人约定，法律不干预，法律最终对缔结的合同予以法律评价一样。因此，仲裁是法律负最终责任，在作出裁决后才来审查其效力，此前的过程均由当事人做主、仲裁员做主，属于自行行使“司法权”，相对于公权力的司法权，这属于私司法权，因为不仅仅是单个私人，且私司法称谓有擅自司法的意味，故借用当下自媒体的说法，称为自司法。

民间性质的说法不确切，民间相对的是官方，仲裁是民间的纠纷解决方式，但又不是完全民间的，单纯的民间性，只是区别于官方，没有官方的强迫而已，该观点没有指出仲裁的实质。

## 二、仲裁机构的性质

（一）关于仲裁机构的性质，主要有以下一些观点：

1. 市场中介组织。中共十四届三中全会通过的《中共中央关于建立社会主义市场

<sup>②</sup> 余延满：《合同法原论》，武汉大学出版社1999年版，第179页。

<sup>③</sup> 张文显：《法理学（第五版）》，高等教育出版社2018年版，第306页。

经济体制若干问题的决定》在“发展市场中介组织,发挥其服务、沟通、公证、监督作用”中,即列举了仲裁机构,故有观点据此认为仲裁机构是中介组织。市场中介组织是指介于政府与企业之间、商品生产者与经营者之间、个人与单位之间,为市场提供信息咨询、培训、法律等服务的机构或者组织。仲裁机构的职能与此诸多不合。

2. 民间组织。民间组织指各种非官方因素的社会团体,非企业单位和基金会等。该观点认为仲裁机构是对国家司法制度的补充,由商会等机构设立,实行自我管理的组织。国外仲裁机构多为民间组织,但是我国的仲裁机构是由政府设立。

3. 非盈利组织。指不以盈利为目的的组织。该观点是从盈利与否的关系来界定的,非盈利组织包含的范围非常广泛,如慈善、教育、环保等领域是非盈利组织活跃的范围,仲裁机构虽具有非盈利组织的特点,但也有其他相应因素,归类于非盈利组织过于笼统,没有揭示仲裁的职责范围,也没有揭示何种公或私性质的本质特点。

4. 事业单位。事业单位是指国家为了社会公益目的,由国家机关举办或者其他组织利用国有资产举办的,从事教育、科技、文化、卫生等活动的社会服务组织。国务院办公厅关于《重新组建仲裁机构方案的通知》规定“仲裁委员会设立初期,其所在地的市人民政府应当参照有关事业单位的规定,解决仲裁委员会的人员编制、经费、用房等。”据此,仲裁机构即被各地定性为事业单位,并且被列为第三类“可实现由市场配置资源的、实行经费自治、财政通过政府购买服务方式给予相应的经费补助”的从事公益服务的事业单位。由此,仲裁机构实际上成为了政府的下属机构,全国大多数的仲裁机构按事业单位定编管理。

上述四种关于仲裁机构性质的观点,是依据不同的标准来界定的。市场中介组织是相对于市场经营主体而言的,其认为仲裁机构具有中介辅助作用,与仲裁机构实际发挥的市场规制和指引作用不符;民间组织是相对于官方组织而言的,符合仲裁机构的设立初衷,但未揭示仲裁机构的法律属性;非盈利组织是相对于盈利组织如企业而言的,说法太过笼统,没有结合仲裁机构的职能揭示其本质。民间组织和非盈利组织是仲裁机构的两个特点,仅是一斑而非全貌。将仲裁机构作为事业单位设置和管理,是我国仲裁机构的普遍状况,为我国仲裁机构的建立和发展,奠定了重要基础、发挥了重要作用,但是随着市场经济的发展,这样的定位与现行的情况愈来愈不相符。事业单位这一名词本身具有模糊性,包含的类型过于宽泛,将仲裁机构定性为事业单位违背了“仲裁法”的立法本意。仲裁机构实际上成为了一个行政裁判机构。<sup>④</sup>

(二) 由于现行状况是将仲裁机构作为事业单位进行管理,与仲裁机构的要求不相符,为有利于仲裁机构的发展,多年来学界主张仲裁机构去行政化。我国现行仲裁机构的行政化表现为:

1. 设立过程是行政权力运作。目前都是由市级政府设立,没商会什么事。仲裁机构由司法局管理,在各县设立分会。大多数仲裁委员会均定为事业单位,由编办核准编制。

<sup>④</sup> 张祖平:《我国商事仲裁机构的性质与改革困境》,载《上海政法学院学报(法治论丛)》2011年第9期,第54页。

2. 管理人员均由行政机关人员担任。如仲裁委员会主任均由副市长或者政法委书记兼任,副主任、秘书长、副秘书长等管理人员,也是由政府任命,除了一些聘用的仲裁秘书外,均是有编制的公职人员。

3. 经费实行收支两条线的管理方式。由财政对收费进行管理,仲裁员报酬也由财政局进行审核。办公用房和办公用品,均由政府提供,列入政府资产。

4. 中国仲裁协会至今未成立,协会自律管理未实现,党委和政府部门对仲裁委员会进行了直接领导和管理。

仲裁机关行政化的后果,改变了仲裁制度的发展方向,某种程度上成为地方保护主义的工具,不利于仲裁积极性的发挥,导致服务水平和公信力提升缓慢,损害了仲裁的自司法性质,影响了中立性和公正性,对仲裁的发展造成了极大的制约。因此,仲裁机构去行政化,已成了学界的共识,也提出了较多的建议,如完善仲裁员选拔制度、切断财政的干预、减少行政人员的过多干预、人事上独立等,仲裁机构欲去行政化,必须首先明确仲裁机构的性质。<sup>⑤</sup>

我们认为,仲裁机构去行政化,根本的要求还是对仲裁机构的性质进行重新界定,否则改革必将是修修补补,难以去除仲裁发展的制约,实现不了期望的目的。仲裁法没有规定仲裁机构是何性质的单位或者法人,只是规定仲裁委员会由市人民政府组织有关部门和商会统一组建,“仲裁委员会独立于行政机关,与行政机关没有隶属关系。”仲裁法只明确规定中国仲裁协会是社会团体法人。

(三) 对于如何界定仲裁机构的性质,以下因素是必须予以考虑的:

1. 仲裁机构接受党的领导。十九大报告指出“坚持党对一切工作的领导。党政军民学,东西南北中,党是领导一切的”,仲裁法是中国特色社会主义法律体系和法治体系的重要组成部分,仲裁不可能离开党的领导,党也不可能放弃对仲裁工作的领导,故仲裁机构欲完全去行政化,成为纯民间机构或者私营机构的主张是不可能被采纳的。

2. 设立为纯民间组织或者私营机构不符合我国国情。纯粹民间或者私营性质,也缺乏相应的公信力。完全私营化,没有行政色彩,鉴于人民群众对完全市场化的私营机构的疑虑,如“衙门八字开,有理无钱莫进来”的担心,一个纯粹私营的仲裁机构,其中立性和公正性也存在很大的疑虑,也不利于仲裁的发展。

3. 中国特色社会主义的未来发展方向,决定了国家会对仲裁机构进行有限领导并进行监督。仲裁机构自主经营和发展应是一种可接受的选择。我国社会的未来发展方向是中国特色社会主义,本质是社会主义,所以“公”必然是主要特征。仲裁的经济纠纷主体是私营主体之间的纠纷,也有部分是公私主体之间的纠纷,利益错综复杂,且为了防止资本操纵,保留部分“公”的特征是仲裁公正性的定海神针。从目前其他如鉴定机构的发展来看,不是一私就灵,而且某种程度上是一私就乱,公信力降低。因此,仲裁机构完全排除官方因素并不可取。

<sup>⑤</sup> 张艾清:《我国商事仲裁制度去“行政化”研究》,载《当代法学论坛》2010年第4期,第46页。

(四) 该如何科学界定仲裁机构的性质呢? 经过 20 多年的发展, 仲裁改革的时机和条件均已成熟。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》提出仲裁委员会是政府依据仲裁法, 组织有关部门和商会组建, 为解决合同纠纷和其他财产权益纠纷提供公益性服务的非营利法人, 该意见明确了仲裁机构的性质为非营利法人。中央的意见符合我国的国情, 为仲裁机构的改革指明了方向, 仲裁机构应该定性为为公益目的的社会团体法人。

1. 仲裁机构不应再界定为事业单位。取消事业单位编制、领导职务级别和工作人员的任命、财政预算单位等, 不作为一个纯粹的事业单位对待。虽然现在事业单位也在进行改革如取消行政级别等, 但是事业单位按照行政管理的管理方式没有改变, 保留事业单位性质达不到仲裁机构改革的要求。

我国的《民法通则》对社会团体法人没有进行清晰的界定, 《民法总则》和《民法典》在立法上有了极大进步, 为仲裁机构性质的界定奠定了法律基础。如《民法典》对法人作了营利法人和非营利法人的划分, 非营利法人指“为公益目的或者其他非营利目的成立, 不向出资人、设立人或者会员分配所取得利润的法人, 为非营利法人。非营利法人包括事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构等”。对社会团体法人予以明确定义, 指“具备法人条件, 基于会员共同意愿, 为公益目的或者会员共同利益等非营利目的设立的社会团体, 经依法登记成立, 取得社会团体法人资格; 依法不需要办理法人登记的, 从成立之日起, 具有社会团体法人资格。”从该法律规定看, 社会团体是和事业单位平行的法人, 均属于非营利法人的一种, 因此, 将仲裁机构从事业单位改为社会团体, 有法律上的依据, 也没有其他进行改变认定的障碍。

2. 将仲裁机构设立为具有行政因素的社会团体法人。

(1) 从法律形式上看, 在法人类型中, 仲裁机构不可能是营利法人, 在非营利法人和特别法人的类型中, 仲裁机构排除了行政机关法人、事业单位法人, 合适的法人类型只能是社会团体法人。

(2) 从目的看, 认定为社会团体法人也符合仲裁的目的。《民法典》将社会团体法人设立的条件之一规定为“为公益目的或者会员共同利益等非营利目的设立”。仲裁机构作为司法机关之外的一种纠纷解决机构, 均不以营利为目的, 将仲裁机构设立为社会团体法人, 符合《民法典》的规定。

(3) 设为社会团体法人不会损害大多数人主张的民间性或者非官方性。社会团体法人既有公性质的法人, 也有私性质的法人, 是公是私主要取决于设立人或者会员的主体性质。以私会员为主体的社会团体法人, 虽有公的成分, 也属于民间机构或者非官方机构。某些政府部门成为仲裁机构会员, 而主体是私会员的, 仲裁机构不必然会成为公营单位, 如国有企业参股私营企业, 未达到控股条件, 该被参股企业不能认定为国有企业, 仍然属于私营企业一样。

(4) 市政府的组成部门应是仲裁机构的会员之一。由于纯粹的私营机构未必能得到社会的广泛认同, 会损害仲裁的公信力, 对仲裁的发展存在诸多不利。纯私营仲裁机

构很容易成为营利机构,营利机构很可能因某个丑闻造成重大损害,如某著名武打明星成立的私营慈善机构,从声名显赫到被质疑善款用途后名声扫地就是很好的例子。政府部门成为仲裁机构会员,数量上不会太多,有行政因素存在,既能防止仲裁机构滑入营利机构,又能有力防止某个仲裁机构出现丑闻以致对整个仲裁界造成重大打击的后果。另外,仲裁机构行政因素的存在,符合我国特色社会主义的发展方向。

### 三、仲裁机构设立为会员制的社会团体法人

#### (一) 设立为会员制的社会团体法人符合现行仲裁法的规定

仲裁法实施至今已经 20 多年了,全国现已设立了 255 家仲裁委员会,如果全部改成纯私营的仲裁机构,恐难以通过。仲裁法规定仲裁机构“由设区市的人民政府和商会组建”,从该规定看,在该原则基础上,将仲裁机构改革成由政府部门会员,大多数商会会员,以及其他会员共同设立的社会团体法人,既符合仲裁法的立法初衷和目的,也符合党的方针政策。

#### (二) 设立为公益性质的会员制社会团体法人有先例可循

我国上海证券交易所和深圳证券交易所均为会员制法人。以上海证券交易所为例,性质“为证券集中交易提供场所和设施,组织和监督证券交易,实行自律管理的会员制法人”。会员必须是经中国证监会依法批准设立、具有法人地位的证券经营机构,会员享有相应的权利,承担相应的义务。证券交易所设立会员大会,会员大会由全体会员组成,是证券交易所的权力机构,享有相应的职权,会员大会每年召开一次,也可召开临时会员大会,每个会员有一票表决权,会员大会应当有三分之二以上的会员出席,决议由出席会议会员过半数以上表决通过。证券交易所设立理事会,为证券交易所的决策机构,行使相应的职权,理事会由七至十三人组成,包括会员理事和非会员理事,非会员理事由中国证监会委派,非会员理事人数不少于理事会成员总数的三分之一。理事会设理事长一人,副理事长一至二人,理事长、副理事长由中国证监会提名,理事会选举产生。理事会会议应当有三分之二以上的理事出席,其决议应当经出席会议的三分之二以上理事表决通过。证券交易所设立监事会,为证券交易所的监督机构,行使相应职权,监事成员不少于五名,其中中国证监会委派监事一至二名,会员监事一至三名,职工监事不少于两名。监事会决议应当经半数以上监事表决通过。监事列席理事会会议,对理事会会议审议事项提出质询或者建议。证券交易所设总经理一名,在理事会领导下负责日常管理工作,总理由中国证监会任免。总经理、副总经理、专业技术高级管理人员不得由国家公务员兼任,按照中国证监会相关规定任免或者聘任。总经理行使相应的职权,建立总经理办公会会议制度,对日常经营管理中的重要事项作出决策,每个季度和每年必须向中国证监会报送审计报告等报告。证券交易所作为会员制法人存续期间,财产积累不进行分配。证券交易所根据中国共产党章程的规定设立中国共产党组织,并为党组织活动提供

必要条件等。<sup>⑥</sup>

从以上规定可知,上海证券交易所为会员制社会团体法人,不以营利为目的,会员可以是国有证券公司也可以是私营证券公司。设立会员大会、理事会、监事会等组织机构,不向会员分配利润。从20多年的经营看,运作良好。证券交易所的设立和经营,为仲裁机构的改革提供了很好的借鉴范例。

### (三) 仲裁机构借鉴证券交易所的模式,制定相应的章程

按照民法典的规定,仲裁委员会应当依法制定章程。章程明确仲裁机构是依法设立,有权根据仲裁协议受理、裁决仲裁案件并管理仲裁程序的会员制社会团体法人。章程主要规定仲裁机构的职能,会员及会员的条件、权利和义务等,会员大会的组成、职责和议事规则等,理事会的组成、职责和议事规则等,监事会的组成、职责和议事规则等,财务与会计核算,解散与清算等重大事项。

### (四) 仲裁机构的会员构成

会员构成是仲裁机构设立的重点和难点问题。按照仲裁法的规定,政府和商会应是当然的会员。政府会员包含哪些政府部门呢?政府各部门是组成一个统一的会员,还是各个政府部门是各自独立的会员?笔者认为,政府会员由法制部门和经济管理部门数个单位参与即可,主要体现为与法律和经济有关,即司法局、发改委、商务局等三个单位作为会员,其他部门不宜再成为会员,以免数量太多。而且该三个部门是市一级的政府部门,县区级政府对应的上述部门不应再作为会员。上述政府部门由于数量较少,故应各自独立成为会员,不宜组成一个统一的会员。

商会是仲裁机构的组成会员。商会会员应该是行业商会,如机械行业商会、房地产行业商会等,是经依法登记为社会团体法人的商会。且该行业商会应该具有相应的规模和影响力,要求会员有100人以上,运转正常,切实发挥了商会作用的比较活跃的商会,小商会不宜成为会员。某个地域的人员组成的商会(如江西省安徽商会上饶分会),是由来自于某个地域的人员,不分何种行业,且是由该地域籍的人员的简单组合,比较松散,没有起到商会应有的引导和自律管理的作用,不宜成为仲裁机构会员。

中介机构协会会员。市场中介组织是活跃的经济主体,如律师协会,会计师协会等,该协会成员也是仲裁员的重要来源,应该成为仲裁机构会员。

企业会员。由于单个企业数量太多,不宜加入成为会员。特殊会员(如大型企业)经理事会批准成为会员,应不享有表决权和当选为理事会成员的权利。

### (五) 仲裁机构设立会员大会、理事会、监事会等组织机构

仲裁委员会的法人治理结构应由哪些机构组成呢?民法典对社会团体法人只规定了两个机构,第91条规定,社会团体法人应当设立会员大会或者会员代表大会等权力机构。社会团体法人应当设理事会等执行机构。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》第(五)项规定,“各仲裁委员会要按照决策

<sup>⑥</sup> 《上海证券交易所章程》,载上海证券交易所官网, [http://www.sse.com.cn/lawandrules/sserules/organization/c/c\\_20200528\\_5112196.shtml](http://www.sse.com.cn/lawandrules/sserules/organization/c/c_20200528_5112196.shtml)。最后访问时间:2020年6月28日。

权、执行权、监督权相互分离、有效制衡、权责对等的原则,依法科学制定委员会章程,并报市政府批准。”<sup>⑦</sup> 民法典并未禁止设立监督机构,故依据中央规定和学界共识,完善的法人治理结构应该设立权力机构、执行机构和监督机构的三大机构。

三大机构应确定什么样的正式名称呢?公司法对公司中的组织机构定名为股东会(股东大会)、董事会和监事会。民法典对社会团体法人的组织机构规定了会员大会或者会员代表大会、理事会的名称。现行各仲裁委员会的组织机构名称不一,如深圳国际仲裁院因是深圳市政府设立的事业单位,不是会员制,其直接定名设立理事会、院长和专门委员会的组织机构。名称不同,容易混淆,因此,为有效协调公司法、仲裁法、民法典的相应规定,使名称统一规范,便于认识和管理,我们认为以民法典的规定为基准,将仲裁委员会的组织机构统一命名为会员大会、理事会和监事会为妥。

会员大会。会员大会由全体会员组成,是仲裁机构的权力机构,享有相应的职权,会员大会每年召开一次,也可召开临时会员大会。会员大会应当有三分之二以上的会员出席,决议应当经出席会议会员过半数以上表决通过。会员表决采取无记名投票方式,每个会员有一票表决权。会员大会行使的职权有:审定和修改章程、会员大会议事规则、仲裁规则、调解规则及其他形式的争议解决规则;选举理事会理事、监事会监事等人员;审定年度工作报告和财务预(决)算报告;制定重要规章制度,包括但不限于仲裁员报酬制度、理事会、监事会及工作人员薪酬制度;章程、会员大会议事规则规定的其他职责。

理事会。理事会为仲裁机构的执行机构,行使相应的职权,理事会由七至十三人组成,由会员大会在会员中选举产生,每届任期三年。理事会设理事长一人,副理事长一至二人,理事长、副理事长由设区市政府提名,理事会选举产生。理事会会议至少每季度展开因此,理事长、三分之一以上理事可以提议召开临时会议。理事会会议应当有三分之二以上的理事出席,其决议应当经出席会议的三分之二以上理事表决通过。理事会下设秘书处,负责日常工作,秘书处工作人员由理事会任免。理事会行使的职权有:召集会员大会会议,并向会员大会报告工作;组织实施会员大会决议;负责仲裁委员会的日常管理;决定仲裁员及其他争议解决专家的聘请和解聘;组织培训和考核仲裁员和其他争议解决专家;组织编制年度工作报告、财务预(决)算报告,并提请会员大会审议;决定公司内部管理机构的设置及工作人员聘用条件,聘任或者解聘工作人员;章程、仲裁规则和其他形式争议解决规则以及会员大会赋予的其他职责。<sup>⑧</sup>

监事会。监事会为仲裁机构的监督机构,行使相应职权。监事成员不少于五名,其中由设区市人民政府委派监事一至二名,会员监事一至三名,监事会每届任期三年。监事会设监事长一名,由设区市人民政府提名,监事会选举产生,会员监事由会员大会在会员中选举产生。监事会每季度召开一次会议,监事长,三分之一以上监事可以提议召开临时会议。监事会决议应当经半数以上监事表决通过。监事列席理事会会议,对理事

<sup>⑦</sup> 参见中共中央办公厅、国务院办公厅于2018年12月31日印发《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》。

<sup>⑧</sup> 《深圳市人民政府令(第322号)深圳国际仲裁院管理规定》,载深圳政府在线, [http://www.sz.gov.cn/zwgk/zfxgk/zfwj/szll/content/post\\_6577625.html](http://www.sz.gov.cn/zwgk/zfxgk/zfwj/szll/content/post_6577625.html)。最后访问时间:2020年6月28日。

会会议审议事项提出质询或者建议。监事会行使的职权有：检查仲裁委员会财务；对理事、管理人员工作行为进行监督，对违反法律法规、规章、章程或者会员大会决议的理事、管理人员提出罢免或者惩戒的建议；对年度预算和决算提出意见，对仲裁员的报酬制度和工作人员的薪酬制度进行评估和监督检查；对仲裁员的职业操守进行监督，对仲裁员违规行为提出惩戒、解聘和续聘意见；向会员大会会议提出提案；章程规定的其他职权。

仲裁机构实行独立的财务制度，每年的财务报告必须报会员大会审议通过，另向设区市人政府报送审计报告。仲裁机构存续期间，财务上除了人员工资和仲裁员报酬外，不向会员分配利润。

关于会员和仲裁机构组织机构设置的其他内容，经充分讨论后在章程中作详细的规定。

## 结 语

仲裁作为经济高效解决纠纷的手段，在我国市场经济的建设中发挥了重要作用，仲裁法是中国特色的社会主义法律体系的重要组成部分，对仲裁在中国特色的社会主义法律体系中予以正确的定位，是仲裁事业未来能否蓬勃发展的关键。因此，将仲裁这种经济纠纷解决方式定性为自司法，更能反映仲裁的本质特征。将现有的仲裁机构从事业单位改革重组为会员制的社会团体法人，更适应市场经济发展的需要，符合新时代建设法治国家、法治政府、法治社会的总体要求，对于完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系，建设中国特色社会主义法治体系，具有重要的意义。

---

**Abstract:** There are many views on the nature of arbitration, the most typical of which are quasi judicial and non-governmental. We believe that the settlement of disputes through arbitration is the exercise of "judicial power" by private individuals. Therefore, referring to the self legislative nature of contracts, the nature of arbitration should be identified as self judicial. There are 255 arbitration institutions in China, which are basically set up and managed by public institutions. Most of them think that they should become non-governmental organizations. As an important part of the socialist legal system and legal system with Chinese characteristics, arbitration institutions should be identified as social organizations with administrative factors and for public welfare purposes according to the provisions of the civil code. As for the corporate governance structure of arbitration institutions, we believe that according to the provisions of the civil code and the establishment mode of Shanghai Stock Exchange, we should standardize the members and functions of arbitration institutions, set up the general assembly of members, the board of directors and the board of supervisors, and reorganize the arbitration institutions into commercial arbitration institutions that meet the requirements of socialism with Chinese characteristics in the new era.

**Keywords:** arbitration institution; self judicature; membership; social group legal person

---

(责任编辑：魏 庆、孙保国)

# 国际商事仲裁追加当事人制度研究

刘彤 张瑜\*

---

**内容提要** 在国际商事仲裁程序中追加当事人,比照诉讼法中的第三人制度,在理论及实务探讨中通常被称为仲裁第三人制度。国际商事仲裁第三人制度,总体上实务发展先于理论成果。虽然国际商事仲裁机构在其仲裁规则中建立第三人制度已成为一种趋势,但各机构仲裁规则对第三人加入仲裁所规定的条件和方式并未形成统一,甚至有很大区别。面对仲裁第三人制度在仲裁实务中的现实需要,建立和完善我国商事仲裁第三人制度就具有非常重要的现实意义。

**关键词** 商事仲裁 追加当事人 仲裁协议

---

在国际商事仲裁程序中追加当事人,比照了诉讼法中的第三人制度,在理论及实务探讨中通常被称为仲裁第三人制度。仲裁第三人属于程序法上的概念,指不是仲裁程序当事人,但由于与仲裁结果存在法律上的利害关系,经过一定的条件而加入到仲裁程序当中的人。其范围主要包括:(1)仲裁协议的签字者,但在仲裁程序开始时未进入到仲裁程序中,后被追加或自己主动申请加入到仲裁程序当中的人。为了方便论述,在本文以下的论述中将使用“仲裁程序第三人”来专指这类仲裁第三人;(2)未签署仲裁协议,但是与仲裁结果有法律上的利害关系的人。更确切地说,它由“仲裁协议第三人”和“严格意义上的案外人”组成,前者指未签订仲裁协议,但是根据仲裁协议效力扩张理论,能够受到仲裁协议约束的人;后者指既未签署仲裁协议也无法适用仲裁协议效力扩张理论的人。

## 一、国际商事仲裁第三人的内涵与外延

### (一) 仲裁第三人基于仲裁协议加入仲裁

#### 1. 仲裁程序第三人

仲裁程序第三人,属于仲裁协议的签署者,但其在仲裁开始时未加入到仲裁程序当中,后发现与仲裁结果有法律上的利害关系而被追加或主动申请加入到仲裁当中。此时

---

\* 刘彤,对外经济贸易大学法学院副教授;张瑜,中国国际经济贸易仲裁委员会国内案件处案件管理人。

会产生两种情况:(1)在仲裁庭组成之前加入;(2)在仲裁庭组成之后加入。加入仲裁的时间点不同,对于加入所规定的条件则不同。在2014年《中国(上海)自由贸易区仲裁规则》中,特意区分了仲裁程序第三人和案外人,其第37条对仲裁程序第三人加入仲裁做出了详细规定:在仲裁庭组成前追加时,仲裁程序的一方当事人须提出书面申请,由仲裁机构的秘书处决定是否准许。追加后申请方或被申请方为多方当事人时,如果当事人不能共同选定仲裁员,则改由仲裁委员会主任全权指定全部仲裁员,即使当事人之前已选定了仲裁员;在仲裁庭组成之后,仲裁程序第三人想要加入仲裁,则需放弃其指定仲裁员的权利,并认可已经进行的仲裁程序,另外,最终第三人能否加入到仲裁程序,由仲裁庭决定。<sup>①</sup>这样做保障了仲裁程序能够稳定高效进行,但相应的,会对仲裁程序第三人的权利造成事实上的侵害。规则制定者在二者博弈之下选择了前者,可以看出在此情形下相比对第三人权利的保障,保障仲裁的效率更为重要。

## 2. 仲裁协议扩张导致的第三人

在特定的情况下,非仲裁协议的签字者,是根据仲裁协议效力扩张理论,能够受到仲裁协议效力约束的人。仲裁协议的效力扩张,实质上是突破传统仲裁制度对于仲裁协议书面形式要求的禁锢,而注重探究当事人之间是否形成了事实上的仲裁合意,并表现为对这种仲裁合意的尊重。<sup>②</sup>

### (a) 仲裁协议效力扩张的理论基础

目前国际商事仲裁中援引仲裁协议效力扩张的法理基础主要有以下几种:(1)“公平合理的期待原则”,主要探究合同外的第三人对合同履行结果的期待及其合理性程度,从而判断该第三人是否受到仲裁协议约束。<sup>③</sup>(2)“合同相对性例外原则”,指在特定情况下,可以突破合同相对性的限制,使合同对其四角之外的其他相关主体产生约束力,那么此时合同中的仲裁条款也就能够发生扩张效力。<sup>④</sup>(3)“禁止反言原则”,美国法院确立了衡平法上的禁止反言原则在确认合同中的仲裁条款对于合同相关方的效力扩张标准。一方面,当合同中订有仲裁条款时,如果合同签字方向未签字方主张合同内的权利,使后者认为合同在双方之间成立,该签字方不能以对方不是仲裁条款的签字人为由,主张仲裁条款无效。<sup>⑤</sup>另一方面,若签署仲裁条款的当事人对其他签署者和未签署者主张的权利是针对其他签署者和未签署者基于争议合同而为本在本质上相互联系、无法分割的共同行为时,那么未签署仲裁协议者有权援引仲裁条款。<sup>⑥</sup>

### (b) 仲裁协议效力扩张的具体情形

目前我国法律明确规定的仲裁协议效力扩张情形仅限于(1)当事人主体变更,包

① 参见《中国(上海)自由贸易区仲裁规则》第37条“其他协议方加入仲裁程序”。

② 杨秀清,韦选拾:《仲裁协议效力扩张若干问题研究》,载《仲裁研究》2007年01期,第2页。

③ 刘晓红:《国际商事仲裁协议的法理与实证研究》,华东政法大学2004年博士学位论文,第121-134页。

④ 刘晓红:《论仲裁协议效力扩张的法理基础》,载《北京仲裁》2004年第1期,第58-60页。

⑤ Hughes Masonry Co., Inc. v. Greater Clark County School Bldg. Corp. United States Court of Appeals, Seventh Circuit. 659 F.2d 836. September 28, 1981.

⑥ Staples v. Money Tree, Inc. United States District Court, M.D. Alabama, Eastern Division. 936 F.Supp. 856. August 22, 1996.

括自然人死亡后发生承继和法人合并与分立后发生继受；(2) 债权债务转让。<sup>⑦</sup> 但这两种情形已经远远无法满足仲裁实务发展的需要。在仲裁实务中, 当事人没有亲自签署仲裁协议的情形经常出现, 坚持仲裁协议仅对签署者具有法律效力已不能适应现代社会商事交易的发展。仲裁协议的效力扩张具有法理基础及现实需要, 因此适当地适用仲裁协议效力扩张理论, 可以更加合理、有效地解决纠纷。目前国际商事仲裁中适用仲裁协议效力扩张理论的具体情形主要包括代理、代位求偿、法人人格混同等情形。

### ①代理

在我国, 依据代理理论主张仲裁协议效力扩张情形的多出现在外贸代理案件中。<sup>⑧</sup> 在贸仲 (CIETAC) 仲裁的一起案件中<sup>⑨</sup>, 申请人 A 公司与 m 公司 (由 M 公司实际控制) 订立了一份包含仲裁协议的合同, 后合同的履行发生争议, A 向未亲笔签署仲裁协议的 M 公司主张索赔。该案 A 的代理律师依据我国《合同法》第 402 条的规定, 主张 m 公司为受托人, 在委托人 M 公司的授权范围内与 A 订立合同, A 在订立合同时知道 m 公司与 M 公司之间的代理关系, 则该案实质上构成显名间接代理关系, 争议合同包括其中的仲裁协议, 就可以直接约束 M 公司和 A。仲裁庭根据合同约定及证据, 比如 M 公司多次致函 A 时使用“双方合作协议”“贵司与我司签署合作协议时”等表述, 认定 M 公司自认其为争议合同一方当事人, 且 A 能够自始合理地认为 M 公司是争议合同的真正当事人, 支持了 A 的主张。后来 M 公司向香港高等法院申请不予承认与执行仲裁裁决, 香港高等法院经审理认定 A 与 M 公司之间存在有效的仲裁协议, 驳回了 M 公司的申请。

上述案例实质上是一起适用显名间接代理, 主张仲裁协议的效力对未签署者扩张并取得成功的仲裁案件。由此可以看出, 在国际商事仲裁实践中并不固守只有亲笔签署仲裁协议的当事人才能参加的规则。只要适用仲裁协议效力扩张理论的证据合理充分, 同样能够得到仲裁庭的支持, 实现程序正义与实体正义的有机统一。

### ②代位求偿

实践中, 在发生代位求偿的情况下, 如果债务人与次债务人之间的合同中存在仲裁条款, 那么主张代位求偿权的债权人是否受此仲裁条款约束呢?

在 *Vimar Seguros Y Reaseguros, S.A. v. M/V Sky Reefer, et al.* 案中<sup>⑩</sup>, 原告之一保险公司 Vimar Seguros Y Reaseguros 在向货主赔偿后取得代位权, 其与货主一起在美国法院对船舶所有人 M.H. Maritima, S.A. 和船舶 M/V Sky Reefer 提起追偿诉讼, 被告抗辩称由于提单中订有仲裁条款因而争议应通过仲裁来解决。美国最高法院最终判决提单中的仲裁条款在原被告之间具有约束力。

我国《合同法》第 73 条规定了债权人对次债务人的代位求偿权。<sup>⑪</sup> 根据该条规定,

<sup>⑦</sup> 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第 8 条、第 9 条。

<sup>⑧</sup> 杜颖:《解读〈中华人民共和国合同法〉第 402 条和 403 条》,载《中外法学》2007 年第 6 期,第 763 页。

<sup>⑨</sup> 王悦:《去贸仲诉那家伙,“没有”书面仲裁协议又奈我何?》,载微信公众号“金杜研究院”,2018 年 2 月 12 日。

<sup>⑩</sup> *Vimar Seguros Y Reaseguros, S.A. v. M/V Sky Reefer, et al.*, 515 U.S. 528, 115 S. Ct. 2322 (1995).

<sup>⑪</sup> 参见《合同法》第 73 条。

债权人行使代位权可以通过向法院提起诉讼。但是如果债务人与次债务人之间的合同中约定了仲裁条款,那么此时,债权人是否受该仲裁条款约束呢?我国司法实践关于这一问题并未形成统一观点。

有观点认为此时债权人应受仲裁条款约束。在次债务人孙晓刚与债权人代位权纠纷一案中,<sup>⑫</sup>上海市高级人民法院认为:“次债务人对债务人的抗辩,可以向债权人主张。这种抗辩既包括实体抗辩,也包括程序抗辩。被上诉人在本案中提起的债权人代位权诉讼,其实质是代债务人向次债务人主张到期债权,基于保护次债务人管辖利益立场,代位权人应受该仲裁条款的约束。”也有观点认为,此种情况下,债权人不应受仲裁条款的约束。在陕西宝陵与陕西三力、陕西中凯管辖权纠纷一案中,<sup>⑬</sup>陕西省宝鸡市中级人民法院认为:“根据《中华人民共和国合同法》第73条之规定,行使代位权只能通过诉讼程序,由人民法院来行使,上诉人与第三人之间所签订的合同是含否有仲裁协议,并不对被上诉人行使代位权诉讼产生约束力。”

在大陆法系,债权人行使代位权被认为是代债务人向次债务人主张债权,债权实现后的利益仍归债务人,被称为“入库规则”<sup>⑭</sup>,可以看出大陆法系中的代位权实质上是一种程序代位。但根据我国《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第20条的规定,债权人行使代位权后的利益直接归债权人。<sup>⑮</sup>说明我国合同法并未采纳“入库规则”。那么我国合同法中的债权人代位权到底是实体代位还是兼具程序代位色彩呢?理论界暂未形成定论。如果仅是实体代位,那么债务人与次债务人之间约定的仲裁条款则对债权人无约束力;如果是实体兼程序双重代位,那么债权人在向次债务人主张债权时就应受债务人与次债务人之间签订的仲裁条款的约束。最高人民法院在作出上述规定时,初衷是为了简便代位求偿过程中的债务履行,但却造成了理论上的漏洞,导致我国代位求偿权的性质界定不清,形成司法和仲裁中的混乱。

### ③刺破公司面纱理论

根据公司法人人格独立原则,公司作为独立的法人实体,以其财产对外独立承担责任。其签订的仲裁协议也仅对其和交易相对方发生法律效力,不会产生仲裁协议第三人问题。但在现实的市场经济活动中,经常发生在公司集团内部,如对于某一特定交易,子公司完全根据其母公司或控股股东的意志来与交易相对方进行谈判、签约、履约等,母公司实质性地参与合同的整个过程,使得交易相对方有理由相信其是与该子公司背后的母公司或控股股东进行交易,如果没有该母公司或控股股东的参与,交易向对方不会与子公司进行该笔交易或者至少不会以在该子公司的母公司或控股股东参与的情况下的交易条件来进行合作,也即,由于母公司或控股股东在该笔交易过程中的实质性参与,使得

<sup>⑫</sup> 上海市高级人民法院(2017)沪民辖终29号。

<sup>⑬</sup> 陕西省宝鸡市中级人民法院(2014)宝中民立终字第00006号。

<sup>⑭</sup> 参见《案例评析|债权人行使代位权时,是否受债务人与次债务人之间的仲裁协议约束?》,载微信号“环中商事仲裁”,2017年4月28日。

<sup>⑮</sup> 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第20条。

交易相对方的议价能力、缔约意愿发生改变,那么在此种情况下,如果母公司或控股股东以其并未在含有仲裁协议的合同上签字为由而逃避其商业责任,则不能对抗交易相对方的仲裁请求。事实上,对于该笔交易而言,子公司已丧失了自己的独立意志,论为其母公司或控股股东的职能部门或称之为“傀儡公司”,那么要求未签署仲裁协议的母公司或控股股东受仲裁协议的约束,符合公平合理的期待原则。在前述 A 与 m、M 公司仲裁案中, m 公司的意志完全由 M 公司操控,母公司 M 公司实质性地参与了与 A 公司在该笔交易项下争议合同的谈判、订立、履行过程,使得 A 公司有理由相信其与 M 公司之间也形成了一种缔约合意, M 公司是争议合同真正意义上的当事人。那么在在该笔交易上, M 公司和 m 公司发生了法人人格的混同,争议合同中的仲裁条款对未签署该合同的 M 公司具有法律约束力。

又如,自然人 a 在免税岛设立离岸壳公司 A, A 与 B 签署投资协议,协议中订有有效的仲裁条款。之后, B 公司支付了投资款,但该投资款并未支付到 A 公司账户上,而是应 a 要求支付到 A 公司股东 a 私人账户上,双方后续合作中发生争议,如果固守仲裁协议仅对签署书面仲裁协议的双方发生法律效力,必然造成对 B 的不公, B 即使赢得仲裁也没有财产可供执行。因此, B 在提起仲裁程序时,依据“刺破公司面纱”原则请求将 A 的股东 a 作为仲裁被申请人一起加入仲裁程序。既然实体法《公司法》已经规定了“刺破公司面纱”理论,那么根据实体法与程序法之间的内在联系,就有必要法院诉讼之外的仲裁程序中也加入适用“刺破公司面纱”理论追加仲裁第三人的制度。<sup>①⑥</sup>当然,刺破公司面纱理论的举证十分细致,需要主张方强有力的证据支撑和仲裁庭的充分说理。

## (二) 仲裁第三人根据法律规定加入仲裁

如果一国的国内仲裁法律中有关于第三人加入仲裁的明确规定,那么当合同当事人选择了该国法作为合同准据法时,该法律规定就会被自动嵌入合同,成为合同规定的一部分。除非特别排除适用,法律中关于第三人加入仲裁的规定就可以适用到该合同争议的解决之中。但目前对于第三人加入仲裁,在法律层面进行明文规定的国家在全世界范围内还属于少数。

荷兰最早在其 1986 年《荷兰民事诉讼法典》第四编仲裁第 1045 条规定了“仲裁第三人”制度,包括追加第三人和第三人主动申请介入仲裁两种情形。第三人加入仲裁的前提是必须与仲裁协议的当事人达成书面协议,这相当于仲裁所涉全体当事人重新达成一个新的仲裁协议。在尊重仲裁程序当事人和第三人意思自治的前提下,仲裁庭拥有是否同意该第三人加入仲裁的决定权。并且在第三人加入仲裁之后,除非另有协议,之后仲裁程序的进行将由仲裁庭决定。<sup>①⑦</sup>

<sup>①⑥</sup> 石育斌、史建三:《运用“刺破公司面纱原则”引入仲裁第三人——兼论对我国〈仲裁法〉的完善》,载《法学》2008 年第 10 期,第 65、71 页。

<sup>①⑦</sup> 参见 1986 年《荷兰民事诉讼法典》第四编仲裁第 1045 条。

英国在1999年11月通过了《合同第三人权利法案》，该法案第8（1）款规定如果一份利他合同符合该法要求，并且其中包含的仲裁条款符合1996年《仲裁法》的规定，则受益第三方可以成为仲裁条款的当事人。第8（2）款更进一步规定，合同当事人若想向受益第三方提起请求，也应受到仲裁条款的约束。<sup>⑮</sup> 这些规定均突破了仲裁协议的契约相对性原则，其效力触及仲裁协议当事人之外的第三人。

美国的许多司法判例已经对第三人加入仲裁给予了最大支持，如前述 *Vimar Seguros Y Reaseguros v. M/V Sky Reefer* 案中，保险公司取得代位权后，其行使代位权受被保险人与第三人之间签订的仲裁条款的约束。此外代理、禁止反言等仲裁协议效力扩张的理论基础都是出自美国法院的司法判例。

尽管已有国家对仲裁第三人制度在国内立法中予以明确规定，但是对仲裁第三人在国内立法层面作出规定的国家仅是少数。笔者认为，目前国内外关于仲裁第三人制度的理论尚未完全成熟，第三人通过法律规定进入仲裁的途径还不具有普遍性。我国还不宜在国内立法层面对第三人加入仲裁作出规定。

### （三）仲裁第三人根据仲裁规则加入仲裁

相比仲裁立法，仲裁机构的仲裁规则最能及时反应仲裁实务需求，能够对仲裁第三人作出紧跟实务发展的安排，近些年来，一些主要国际商事仲裁机构在其仲裁规则中纷纷增加关于仲裁第三人的特别规定。笔者通过对一些主要国际商事仲裁规则有关第三人加入仲裁的规定进行分析，发现各仲裁规则对于第三人加入仲裁所涉各方意志的考量主要采取了三种不同的处理方式：（1）要求各方当事人均同意；（2）仅要求申请追加第三人的仲裁程序当事人和该第三人同意，而无论仲裁程序的其他当事人反对与否；（3）在满足特定条件下允许追加第三人，即使该第三人和未申请追加第三人的仲裁程序当事人反对。

#### 1. 各方当事人均同意

2010年荷兰仲裁协会仲裁规则（简称2010 NAI 仲裁规则）第41条对第三方加入仲裁的规定与其前几个版本的规定相比，未作出改动，仍要求各方当事人均同意。<sup>⑯</sup> 该款规定如下：

与本规则适用的仲裁程序结果有利害关系的第三方可以请求仲裁庭同意其参加或介入仲裁。

仲裁一方当事人向第三方（a third party）主张索赔，可以向该第三方发送一个追加其参加仲裁的通知。通知的副本应不迟延地发送至仲裁庭、另一方当事人和仲裁机构。

若第三方与仲裁协议当事方以达成书面协议的形式加入（access to）原仲裁协议，则其参加、介入或者联合索赔只能在仲裁庭已听取了仲裁程序当事方和第三方意见后由

<sup>⑮</sup> 广州仲裁委员会：《仲裁前沿 | 第三人受益合同与仲裁协议的“长臂效力”》，载微信公众号“广州仲裁委员”，2017年5月25日。

<sup>⑯</sup> NAI Arbitration Rules English 2010, Public Source Materials. <http://www.kluwerarbitration.com> (last visited: March 2, 2020).

仲裁庭准许。一旦准许其参加、介入或联合索赔的请求,第三方即成为仲裁程序中的一方当事人。

当分别根据第(1)和第(3)款提出请求或主张时,仲裁庭可中止仲裁程序。在中止之后,除非当事人另有约定,仲裁程序应按仲裁庭确定的方式恢复。

该条规则不仅规定了仲裁程序当事人申请追加第三方的情况,而且还规定了第三方自己主动申请介入仲裁的情况。根据第41条第4款,在这两种情况下,第三方被要求以与仲裁协议当事人达成书面协议的方式来加入(accede to)原仲裁协议。<sup>⑳</sup>

2010 NAI 仲裁规则虽然对仲裁第三人做出了规定,但是它并未严格区分仲裁第三人的类型。当第三人属于严格意义上的案外人时,这项规定非常实用,因为这相当于使第三方以达成书面协议的形式加入了作为本次仲裁基础的仲裁协议,仲裁庭因而获得了管辖权;而当第三人属于仲裁程序第三人时,这项规定则是不必要的,因为该第三人已是仲裁协议的当事人,一方面其具有仲裁权,另一方面其也有仲裁的义务。这样不加区分的规定会对仲裁被申请人造成不公,因为仲裁申请人总是能够对仲裁协议中的任何当事人提起仲裁而不用经过对方的同意,然而被申请人申请追加仲裁协议中的其他当事人时,却需要所有当事方以书面形式另行表示同意。<sup>㉑</sup>

2010NAI 仲裁规则第41条第4款使用的是“第三方加入原当事人之间的仲裁协议(third party accedes to the arbitration agreement)”这一表述。如果第三方需要“加入(accede to)”仲裁协议,那么该款实际上规定的是该第三方还不是仲裁协议的当事人,这种解读似乎比较合理,但缺点是其并未完全涵盖仲裁第三人的范围。由于仲裁协议是仲裁庭获得管辖权的来源,在非仲裁协议当事人申请介入或被追加进仲裁时,要求其须与仲裁协议当事人以达成书面协议的方式来加入原仲裁协议,这样仲裁庭就能够获得对该第三人的管辖权。2010年NAI仲裁规则第41条第4款的约束对象排除了仲裁程序第三人这种解读方式可以避免仲裁程序第三人通过拒绝达成书面协议的方式来否认自己参加仲裁的义务,因为其作为仲裁协议当事人,意味着其与仲裁程序当事人已经达成过仲裁合意。

## 2. 要求第三人和申请追加第三人的仲裁程序当事人同意

第二类仲裁规则仅要求第三人和申请追加第三人的仲裁程序当事人同意,并不要求其他仲裁程序当事人同意,即使其他仲裁程序当事人反对,追加第三人也可能被仲裁庭准许。

2014年伦敦国际仲裁院仲裁规则(以下简称“2014 LCIA 仲裁规则”)第22条第1款第8项规定:仲裁庭有权在任何一方仲裁当事人申请后,并在给予各方当事人合理机会表达他们的意见后,根据这些意见(费用和其他),仲裁庭可决定:(8)允许一名或

<sup>⑳</sup> Bommel van der Bend, Marnix Leijten and Marc Ynzonides, *A Guide to the NAI Arbitration Rules: Including a Commentary on Dutch Arbitration Law*, 182 Kluwer Law International (2009).

<sup>㉑</sup> See *supra* note ⑦, at 485.

多名第三人加入仲裁成为仲裁一方当事人,只要该任意第三人和申请追加第三人的仲裁程序当事人在仲裁开始之后或者(更早)在仲裁协议中以书面形式同意追加第三人,据此可对仲裁所涉所有当事人作出一项统一裁决,或单独裁决。

第22条第1款第8项规定了仲裁申请人或者被申请人任何一方申请追加第三人的情况,但未规定第三人主动介入仲裁这种情形,因此在2014 LCIA 仲裁规则下不允许第三人主动介入仲裁。

2014 LCIA 仲裁规则对于允许追加第三人要求申请追加第三人的仲裁程序当事人和该第三人以书面形式达成仲裁合意,并不要求未申请追加第三人的仲裁程序当事人的同意。<sup>②</sup>通过另行达成书面仲裁合意,表明该第三人同意加入仲裁程序当事人之间订立的作为本次仲裁基础的仲裁协议。<sup>③</sup>根据禁止反言理论,如果当事人选择了根据2014 LCIA 仲裁规则仲裁,除非特别排除适用其中有关追加第三人的规定,则意味着2014 LCIA 仲裁规则中有关追加第三人的相关规定已经成为当事人仲裁协议的一部分。对未申请追加第三人的其他仲裁程序当事人来说,当其同意根据2014 LCIA 仲裁规则进行仲裁时,被视为其已默示同意适用第22条第1款第8项所规定的追加第三人制度进行追加。

在2014 LCIA 仲裁规则下,不要求加入的第三人必须是仲裁协议的签署者。实践中仲裁第三人除了有仲裁程序第三人外,还有仲裁协议第三人以及严格意义上的案外人。在追加仲裁程序第三人这种情况下,2014 LCIA 仲裁规则第22条第1款第8项遇到了和2010 NAI 仲裁规则第41条一样的问题:该款规定未区分仲裁第三人的类型,只要求第三人与追加申请人达成书面仲裁协议。对于追加仲裁程序第三人来说,要求仲裁程序第三人书面同意是不必要的,因为仲裁程序第三人本身就是仲裁协议当事人,其与仲裁程序当事人已经签订了一份内嵌有2014 LCIA 仲裁条款的多方主体合同,其具有参加仲裁的权利和义务。同样的,这样规定会将仲裁被申请人置于不利的地位:被申请人追加仲裁程序第三人进入仲裁只能通过得到该第三人的书面同意,然而,申请人便不需要这种同意就能够对仲裁协议的任何签字者提起仲裁。

2014 LCIA 仲裁规则的特别之处在于它也允许追加的第三人并不是原仲裁程序当事人所签订的合同(包含仲裁条款)的当事人,而是,比如关联合同的当事人。在这两种情况下无论第三人是否是原仲裁协议的当事人,即使其他仲裁程序当事人反对,追加第三人也可能进行,只要申请追加第三人的仲裁程序当事人和该第三人以书面形式同意该追加。<sup>④</sup>

### 3. 不需要当事人同意

第三组国际商事仲裁规则对于第三人加入仲裁,根据仲裁程序当事人或者第三人申请,赋予仲裁机构或者仲裁庭决定权,即使仲裁程序的其他当事人和/或该第三人反对。

<sup>②</sup> 林一:《仲裁第三人引入模式及理论重思——兼论偶合的单独行为理论》,载《武大国际法评论》第1期第17卷,第188页。

<sup>③</sup> See GARY BORN, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION 2096 - 2097 Kluwer Law International (2009).

<sup>④</sup> See Manuel Gómez Carrión, *supra* note ①, at 488.

(a) 2020 年联合国国际贸易法委员会仲裁规则（以下简称“2010 UNCITRAL 仲裁规则”）

2010 UNCITRAL 仲裁规则第 17 条第 5 款规定：仲裁庭可以，在任何一方仲裁程序当事人申请下，允许一名或多名第三人作为一方当事人加入仲裁程序，只要该第三人是仲裁协议当事人。除非仲裁庭发现，在听取所有当事人（也包括被追加第三人）意见后，由于会对其中任何一方造成不利，追加第三人才不被允许。仲裁庭可以对仲裁所涉所有当事人作出一项统一裁决或者数个单独裁决。

该款只规定了仲裁程序当事人申请追加第三人的情况，未规定第三人主动申请介入仲裁这种情况。根据第 17 条第 5 款规定，允许追加的“第三人”应是“仲裁协议当事人”，既然被追加的第三人是仲裁协议当事人，那么就不再需要该第三人以书面或者其他形式更进一步的同意。在这方面，2010 UNCITRAL 仲裁规则比 2014 LCIA 仲裁规则更宽松，因为后者要求即使被追加的第三人是仲裁协议当事人，申请追加第三人的仲裁程序当事人和该第三人的书面同意也是必须的，而 2010 UNCITRAL 仲裁规则第 17 条第 5 款并未作出该种要求，避免了作为仲裁协议当事人的被追加第三人，通过拒绝达成书面仲裁协议从而否认他参加仲裁的义务这一情况的发生。<sup>⑤</sup>

同样，根据第 17 条第 5 款，未申请追加第三人的仲裁程序当事人和第三人的同意不是必要的，因为在该款规定下，允许被追加的第三人只能是仲裁协议当事人，仲裁协议当事人同意根据 2010 UNCITRAL 仲裁规则进行仲裁，除非特别排除适用，根据禁止反言理论，意味着仲裁协议的当事人已经同意适用该规则中关于追加当事人的条款规定。

不过对于第 17 条第 5 款要求的“仲裁协议当事人”，在仲裁实践中能否作出扩大解释，即非仲裁协议的签署者是否能够通过仲裁协议效力扩张理论成为仲裁协议的当事人，从而加入仲裁来更好解决争议？笔者认为这是一条合理的途径，并且已被 ICC 等仲裁机构的仲裁实践所适用。

(b) 2017 年国际商会仲裁规则（以下简称“2017 ICC 仲裁规则”）

2017 ICC 仲裁规则关于仲裁第三人的规定仍沿用其 2012 年版本的规定，其第 7 条关于“追加当事人的加入”部分对第三人加入仲裁作出了规定。<sup>⑥</sup>

第 7 条允许仲裁程序中的任何一方当事人，通过向秘书处提交申请的方式请求追加第三人，但未规定第三人主动申请介入仲裁的情形。根据该款规定，在仲裁庭还未组成的情况下追加第三人时，应向秘书处提交申请，对这一情形下准许追加第三人，2017 ICC 仲裁规则并未作出过多限制要求，申请追加第三人不需要仲裁程序当事人中未申请追加一方同意，也不需要该第三人同意。但是一旦仲裁员已经被指定或任命，此时追加第三人只能在各方同意后才能进行（原仲裁双方当事人和第三人）。

值得注意的是虽然第 7 条第（1）款在用语上并未明确表示出来，但如果被追加的

<sup>⑤</sup> See David D Caron and Lee M Caplan, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary* (OUP 2013) 54.

<sup>⑥</sup> 参见 2017 年国际商会（ICC）仲裁规则第 7 条第 1 款规定。

第三人不是仲裁协议当事人,这条规则不会允许追加第三人,这是因为2017 ICC 仲裁规则第6条第4款第1项规定:“仲裁有两方以上当事人的,若仲裁院基于表面所见,认为一个仲裁规则要求的仲裁协议可能存在,且该仲裁协议对某些当事人(包括依第7条参与仲裁的任何追加当事人)具有约束力,则仲裁应在这些当事人之间继续进行。”

可以看出 ICC 仲裁规则第6条第4款第1项并不要求第三人必须是仲裁协议的签署者,它实质上只要求所有的当事人应当被依据 ICC 仲裁规则订立的仲裁协议所约束。而这一仲裁协议到底如何订立则不是决定性的因素。<sup>⑳</sup>可以说,这项规定为未签署仲裁协议的第三人加入仲裁提供了可能性,根据适用仲裁协议的效力扩张理论,该第三人能够被仲裁协议约束即可。据此也可以看出仲裁协议的签署者与仲裁协议的当事人之间并非两个完全相等的概念,仲裁协议的签署者一定是仲裁协议的当事人,但是仲裁协议的当事人还可以是未签署仲裁协议,但在允许适用仲裁协议效力扩张理论的情况下,能够受到仲裁协议约束的第三人。

(c) 2013 年香港国际仲裁中心仲裁规则(简称 2013 HKIAC 仲裁规则)

2013 HKIAC 仲裁规则第27条与2017 ICC 仲裁规则第7条相似,但是2013 HKIAC 仲裁规则第27条既规定了仲裁程序当事人申请追加第三人<sup>㉑</sup>,也规定了第三人主动申请介入仲裁的情形<sup>㉒</sup>,而 ICC 仲裁规则第7条未规定后一种情形。<sup>㉓</sup>

2013 HKIAC 仲裁规则第27条第(1)款包含一项重要要求:若仲裁所依据的本规则下的仲裁协议表面上看同时约束新增当事人,仲裁庭有权允许在仲裁中追加新增当事人。

根据该条规定,要求被追加的新增当事人被适用2013 HKIAC 仲裁规则的仲裁协议所约束。与2017 ICC 仲裁规则第6条第(4)款第1项的规定一样,该款并未强制规定新增当事人必须是仲裁协议的签署者。如果基于仲裁协议的效力扩张理论,未签署仲裁协议的第三人能够被仲裁协议所约束,则新增当事人可以被允许加入仲裁。仲裁庭或者仲裁庭有权决定是否允许第三人加入仲裁而不需要获得其他当事人的同意。根据禁止反言理论,当满足所有当事人被2013 HKIAC 仲裁规则下的仲裁协议所约束这一条件时,意味着所有当事人默示同意2013 HKIAC 仲裁规则中关于第三人加入仲裁的规定,2013 HKIAC 仲裁规则第27条自动适用。

(d) 2012 年瑞士国际仲裁规则(以下简称“2012 Swiss 仲裁规则”)

2012 Swiss 仲裁规则第4条第2款规定:一名或多名第三人请求加入根据该规则进行的仲裁程序或根据该规则进行的仲裁程序当事人申请追加一名或多名第三人加入仲

<sup>⑳</sup> See Nathalie Voser, *Overview of the Most Important Changes in the Revised ICC Arbitration Rules*, 4 ASA BULLETIN 783, 790(2011).

<sup>㉑</sup> 参见2013年香港国际仲裁中心机构仲裁规则第27条第(3)款。

<sup>㉒</sup> 参见2013年香港国际仲裁中心机构仲裁规则第27条第(6)款。

<sup>㉓</sup> See Vincent Connor & Mohammed Talib, *Joinder, Intervention and Consolidation under the HKIAC Administered Arbitration Rules 2013*, *Asian Dispute Review*, 191(2014).

裁,仲裁庭应在与所有各方当事人(包括要加入的第三人)协商并综合考虑所有其认为相关的情况后,对该请求做出决定。

该款规定了第三人主动介入仲裁和仲裁程序当事人申请追加第三人两种情形。对准许这两种情况加入第三人仅规定了一个条件:即仲裁庭应与所有各方当事人协商并综合考虑所有其认为相关的情况。

无论是对于追加第三人还是第三人主动申请介入仲裁,该款规定都未要求仲裁程序所涉当事人的书面同意,这意味着给予仲裁庭非常大的自由裁量权去决定是否准许追加第三人或第三人主动介入仲裁的申请。在追加第三人的情况下,未申请追加第三人的其他仲裁程序当事人的同意同样被认为是当其选择根据该规则仲裁时则已默示存在。对第三人来说,如果其为仲裁协议的当事人,即其属于仲裁程序第三人或仲裁协议第三人,则该第三人的同意也被认为已经默示存在,即使他不愿意被追加,仍旧可以追加他进入仲裁。但是,如果其并非仲裁协议的当事人,即属于严格意义上的案外人,如果其不愿意加入仲裁程序,仲裁庭在追加该第三人时应当十分小心。仲裁遵循自愿合意原则,如果未得到该严格意义上的案外人的同意而强制追加其进入仲裁,则很可能会成为仲裁裁决被撤销或者被拒绝承认与执行的基础或根据。相应的,该严格意义上的案外人主动申请介入仲裁程序,仲裁庭是否允许,也应当充分考虑仲裁程序当事人的意志。笔者认为在这两种情况下,要求仲裁程序当事人与严格意义上的案外人达成同意进入仲裁的书面协议就显得十分必要。

(e) 2015年中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则(以下简称“2015 CIETAC 仲裁规则”)

2015 CIETAC 仲裁规则第18条“追加当事人”也首次规定了第三人制度。<sup>①</sup>该款规定了仲裁程序当事人申请追加第三人的情况,但未规定第三人主动申请介入仲裁的情形。根据该条规定,如果在仲裁庭组成之前追加第三人,要求申请追加第三人的仲裁程序当事人能够证明案涉仲裁协议表面上约束该第三人,但并未要求需要获得第三人和其他未申请追加第三人的仲裁程序当事人的书面同意。在仲裁庭组成之后申请追加的,要求仲裁庭只有在听取了各方意见,包括该第三人的意见,认为追加是必要的,才能追加。<sup>②</sup>

根据该条的用语“案涉仲裁协议表面上约束被追加当事人”,其中对于“表面上约束”如何理解则有很大的解释空间。可以看出2015 CIETAC 仲裁规则第18条同样要求被追加的第三人首先应是仲裁协议的当事人,但是属于仲裁协议的当事人并不必然是仲裁协议的签署者,只要被追加的第三人能够被适用2015 CIETAC 仲裁规则订立的仲裁协议所约束,则就有可能被仲裁庭准许加入仲裁,在这种情况下,前述仲裁协议效力扩张理论和禁止反言理论则将能够用来为追加未签署仲裁协议者进入仲裁作出合理解释。

<sup>①</sup> 参见2015年《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第18条。

<sup>②</sup> See Yeung Man Sing, *The CIETAC Arbitration Rules 2015*, ASIAN DISPUTE REVIEW, 136, 138(2015).

### 三、第三人加入仲裁后仲裁庭的组成

2014 LCIA 仲裁规则第 8 条第 1 款规定：当多方当事人仲裁，且争议各方对仲裁庭的组成不能以书面同意形式分别形成集体的两方结构时（即一方为申请人，另一方为被申请人，每一方共同指定一名仲裁员），在此情况下，仲裁院应当任命仲裁员而不用考虑任何一方选定或提名仲裁员的权利。该款明确提及了仲裁中形成多方结构的可能性，即仲裁中各当事人不能自然地形成申请人和被申请人两方结构。<sup>③③</sup> 并且 2014 LCIA 仲裁规则第 8 条第 2 款补充规定在这种情况下，仲裁协议适用 2014 LCIA 仲裁规则可被视为所有当事人已就指定仲裁员由 LCIA 仲裁院单独行使达成书面协议，此后对于仲裁员的指定情况提出的异议无效。

2017 ICC 仲裁规则第 7 条规定在仲裁庭组成之后，如果要追加新增当事人，必须获得所有仲裁程序当事人，也包括第三人的同意。<sup>③④</sup> 被追加当事人的明示同意意味着其放弃参加仲裁庭组成的权利，并据此视为其放弃因该程序问题对仲裁裁决提出异议的权利。<sup>③⑤</sup> 此外，第 7 条给予秘书处权力对提交追加当事人的申请设置时间限制，目的是为了防止当事人使用拖延策略来阻止仲裁庭的组成。第 12 条第 6、7、8 款规定当多方当事人仲裁时，且仲裁庭由三名仲裁员组成，由双方各自共同选定一名仲裁员，被追加当事人可与申请人或被申请人一起提名仲裁员，如果不能共同提名仲裁员，且不能达成一致意见时，则由仲裁院组成仲裁庭。

2013 HKIAC 仲裁规则第 27 条规定如果在仲裁庭确认前追加新增当事人，所有当事人应视为已放弃提名仲裁员的权利，且中心可撤销对任何已获提名或确认的仲裁员的指定，改由中心指定全部仲裁员。与 2017 ICC 仲裁规则一样，2013 HKIAC 仲裁规则第 27 条第 11 款规定了一种仲裁程序所有当事人预先放弃选定仲裁员的权利，目的是为了保证所有当事人都能被平等对待，避免仲裁裁决在某些司法管辖区内遇到承认与执行困难。此外第 8 条第 2 款（c）项规定当多方当事人仲裁不能形成申请人和被申请人两方结构时，由仲裁中心组建仲裁庭，不考虑任何当事人的提名。

2010 UNCITRAL 仲裁规则第 17 条第 5 款未规定在仲裁程序的哪一阶段可以追加第三人，意味着其并未排除在仲裁庭组成后追加第三人的可能性。在申请人或被申请人为多方当事人且仲裁庭由 3 名仲裁员组成的情况下，根据其第 10 条规定，首先尊重当事人意思自治，在各方当事人未约定的情况下，多方当事人应分别作为共同申请人和被申请人，各选定一名仲裁员。不能选定时，由机构统一指定仲裁员，组成仲裁庭，并可为此撤销任何已经做出的选定。

<sup>③③</sup> Id. at 7.

<sup>③④</sup> See Jacob Grierson and Annet van Hooft, *Arbitrating under the 2012 ICC Rules*, 97 Kluwer Law International(2012).

<sup>③⑤</sup> See Bernardo M Cremades, *supra* note ①, at 27.

2012 Swiss 仲裁规则也未规定什么时候在仲裁程序中可以提出追加第三人或第三人介入仲裁的申请。说明对第三人加入仲裁未作时间限制。但是,它规定了仲裁庭决定是否准许追加第三人和第三人介入仲裁时应当考虑“所有相关情况”,仲裁程序进行的阶段,特别是仲裁庭是否已经组成这一事实是应当重点考虑的因素之一。<sup>③⑥</sup>其第8条第3、4、5款规定了在多方当事人的仲裁程序中仲裁庭的组成,与前述仲裁规则做法相似,当事人之间有协议的依协议,未达成协议的情况下,申请人和被申请人方应分别共同选定一名仲裁员,如果不能共同选定,则由仲裁委全权指定所有仲裁员。

2015 CIETAC 仲裁规则对于在仲裁庭组成之前追加第三人,仲裁庭的组成与前述国际商事仲裁规则相似,即由双方当事人各自共同协商选定仲裁员,如果无法协商,则改由仲裁委员会主任指定。<sup>③⑦</sup>而对于在仲裁庭组成之后追加第三人,2015 CIETAC 仲裁规则未要求第三人放弃其选定仲裁员的权利,而是规定仲裁庭应就已经进行的程序征求该第三人的意见,当该第三人仍旧要求选定仲裁员时,2015 CIETAC 仲裁规则允许重新选定仲裁员。这体现了2015 CIETAC 仲裁规则对于被追加第三人权利的尊重,遵守了平等对待当事人原则,但另一方面可能会造成仲裁效率的延缓。而且从规则用语“双方”可以看出,2015 CIETAC 仲裁规则统一将被追加第三人列为仲裁申请人或被申请人一方,形成传统的双方结构。

通过对上述国际商事仲裁规则中有关第三人加入仲裁后仲裁庭组成的规定进行分析,可以看出,仲裁庭的组成与第三人加入仲裁的时间点和是否形成申请人和被申请人两方结构相关。第三人加入仲裁的时间点包括第三人在仲裁庭组成之前加入仲裁程序和第三人在仲裁庭组成之后加入仲裁程序。而仲裁的两方结构则与加入的第三人属于有独立请求权第三人还是无独立请求权第三人密切相关。

第三人在仲裁庭组成之前加入仲裁程序时,申请人方和被申请人方应各自协商,各方共同选定一名仲裁员,当未能选定时,则由仲裁机构来全权指定,各当事人对此放弃异议权。在仲裁庭组成之后加入第三人时,要求仲裁庭必须考虑所有相关情况,就已经进行的程序征求第三人的意见,有的仲裁规则要求第三人必须放弃自己选定仲裁员的权利才能加入仲裁,有的仲裁规则规定第三人享有选定仲裁员的权利,当第三人仍旧要求选定仲裁员时,允许双方当事人重新选定仲裁员。

当第三人为无独立请求权第三人时,很容易将其列为申请人或被申请人一方,而当其属于有独立请求权第三人,无法将其列为申请人或被申请人一方时,仲裁程序应当如何进行,是形成多方仲裁结构还是仍旧列为申请人和被申请人两方结构,上述各仲裁规则并未明确规定,但都规定了当事人协商确定仲裁庭组成的前置程序。2014 LCIA 仲裁规则提及了仲裁中形成多方结构的可能性,即在这种情形下,仲裁中各当事人不能自然地形成申请人和被申请人两方结构时,改由仲裁院统一指定仲裁员。笔者认为,第三人

<sup>③⑥</sup> See Bernardo M Cremades, *supra* note ⑦, at 501.

<sup>③⑦</sup> 参见2015年《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第18条第5款,第29条。

为有独三的情况常发生在第三人主动申请介入仲裁的情况下。有些仲裁规则为避免这种问题,只允许追加第三人的情形,而不允许第三人主动申请介入仲裁的情形。在追加第三人的情形下,被追加的第三人能够自然被列为申请人或被申请人一方,只形成双方结构。但在第三人主动申请介入仲裁的情形下,若在仲裁庭组成之前有独立请求权第三人申请加入仲裁,各方可协商如何组成仲裁庭,协商不成,仲裁机构可依请求将其列为仲裁程序第三方当事人,并改由仲裁机构统一指定仲裁员;而在仲裁庭组成之后有独立请求权第三人申请加入仲裁,此时仲裁庭应就已经进行的程序征求该第三人和仲裁程序当事人的意见,考虑到仲裁程序的稳定性和进行的阶段,重新组成仲裁庭是否方便,在方便的情况下可以重新选定仲裁员,在不方便的情况下,如果第三人放弃其选定仲裁员的权利,可以准许其加入仲裁,如果其不放弃,则不宜准许其加入仲裁。

## 四、我国商事仲裁第三人制度的构建

### (一) 仲裁庭准许加入第三人应有据可依

第三人依据仲裁协议加入仲裁。此时分三种情况:第一,当第三人为仲裁程序第三人时,由于其是仲裁协议的签署者,其可以依据仲裁协议加入仲裁;第二,当第三人不是仲裁协议的签署者时,如果其根据有关仲裁协议效力扩张理论,能够受到仲裁协议约束,则其仍然可以成为仲裁协议的当事人,能够依据仲裁协议加入仲裁;第三,当第三人既非仲裁程序第三人,也不是仲裁协议第三人,而属于严格意义上的案外人时,由于该案外人与仲裁程序当事人之间不存在作为仲裁基础的仲裁协议,此时就需要严格按照所适用的仲裁规则中有关第三人加入仲裁的规定。

第三人依据仲裁规则加入仲裁程序。由于我国法律对第三人加入仲裁未作规定,如果案外人不能依据仲裁协议加入仲裁,此时其只能依据仲裁所适用的仲裁规则中有关第三人加入仲裁的规定来进入仲裁。在我国仲裁实践中,仲裁机构应当严格按照先看仲裁协议再看仲裁规则的顺序来决定是否准许案外人加入仲裁。仲裁协议优先于仲裁规则,是出于尊重当事人意思自治原则,因此应先以当事人约定为依据,如果当事人对此未作约定,此时再根据仲裁规则的规定。如果仲裁规则对此也未作规定,那么仲裁机构无权允许不是仲裁协议当事人的第三人加入仲裁。

### (二) 通过司法解释明确仲裁协议效力扩张的界限

目前我国仲裁法司法解释已经明确了在当事人主体变更、债权债务转让情况下仲裁协议跟随转移这两种情形。通过本文第三章对仲裁协议效力扩张的论述,我国仲裁实践中已有仲裁机构适用代理理论、代位求偿理论来追加仲裁第三人,在国外商事仲裁实践中,也早已有适用刺破公司面纱理论来追加仲裁第三人。由于我国法律规定不够明确,造成实践中做法不统一甚至互相冲突。但因为仲裁第三人理论尚不完善,修改法律的成本较大,因此通过修改我国仲裁法律来统一仲裁协议效力扩张界限的时机还不够成熟。笔者建议应当由我国最高法院以司法解释的形式来统一仲裁协议效力扩张的界限,通过

对代理理论、代位求偿理论、刺破公司面纱理论等这些已在国际商事仲裁领域被接受和适用的理论进行充分研判,以司法解释的形式明确在我国商事仲裁中是否引入这些理论,为仲裁协议效力扩张边界提供明确的指引,尽量做到与国际商事仲裁实践相接轨,提高我国商事仲裁在法律上的确定性和效率。

### (三) 对当事人意志的考量

#### 1. 仲裁程序当事人申请追加第三人

第一,不需要未申请追加第三人的仲裁程序当事人同意。

借鉴 2014 LCIA 仲裁规则的做法,如果仲裁规则规定了追加第三人不需要未申请追加第三人的仲裁程序当事人同意,则当该仲裁程序当事人同意根据该仲裁规则仲裁时,根据禁止反言理论,视为其已经默示同意了第三人加入仲裁。

第二,要求第三人的同意只有在该第三人属于严格意义上的案外人时。

如果第三人属于仲裁程序第三人或仲裁协议第三人,由于其原本已经是仲裁协议的签署者或者根据仲裁协议效力扩张理论能够受到仲裁协议的约束,故这两类第三人属于仲裁协议的当事人。当在仲裁庭组成之前申请追加这两类第三人时,其选定仲裁员的权利不受影响,不需要获得这两类第三人对追加的书面同意,否则,这两类第三人将额外获得权利去否认原仲裁协议所规定的其参加仲裁的义务。当在仲裁庭组成之后追加这两类第三人时,由于这两类第三人是仲裁协议的当事人,具有仲裁义务,笔者认为此种情况下也不需要这两类第三人的书面同意。不过此时追加会对这两类第三人在仲裁程序中的权利产生影响,由于追加是由原仲裁程序当事人发起的,其应当承受此时追加所带来的不利负担,也即如果这两类第三人要求选任仲裁员,应借鉴 2015CIETAC 仲裁规则的做法,将追加的这两类第三人列为申请人或被申请人一方,双方应当重新选任仲裁员。

当该第三人属于严格意义上的案外人时,由于该案外人与仲裁程序当事人之间不存在书面仲裁协议,无论是在仲裁庭组成前还是组成后追加该案外人,都应当获得该案外人的同意,由该案外人与申请追加该案外人的仲裁程序当事人达成同意该案外人进入原仲裁协议的书面协议,案外人据此可加入到原仲裁协议,获得接受仲裁管辖的依据。

第三,满足上述追加第三人对于当事人意志考量的因素后并不意味着第三人一定能够加入仲裁,成为仲裁程序的一方当事人。

考虑到对仲裁效率、稳定性、花费等因素的影响,仲裁规则应当规定仲裁庭需要考虑的关于仲裁程序顺利进行的所有重要因素,如仲裁程序已进行的阶段、费用,时间等等,最后是否准许追加,应由仲裁机构(仲裁庭组成前)或仲裁庭(仲裁庭组成后)决定。

#### 2. 第三人主动申请介入仲裁

第一,对于仲裁程序第三人和仲裁协议第三人来说,由于这两种第三人本就属于仲裁协议当事人,具有仲裁的权利。当其在仲裁庭组成前主动申请加入仲裁时,可以借鉴 2017 ICC 仲裁规则的做法,向仲裁机构秘书处申请,申请之日即视为针对该第三人的仲裁开始之日,对这两类第三人此时加入仲裁不宜规定严格的条件,不用获得仲裁程序当事人的同意。

当在仲裁庭组成之后申请介入仲裁时,考虑到对已进行的仲裁程序的稳定性的影响,虽然这两类第三人属于仲裁协议的当事人,但此时其自身应承担自己延迟提起仲裁并且要求介入他人已发起的仲裁程序的不利负担,应当获得原仲裁程序当事人的书面同意。仲裁规则在此情况下可规定准许其加入的条件是其应当放弃选任仲裁员的权利。

第二,对于严格意义上的案外人来说,由于其与仲裁程序当事人之间不存在仲裁协议,也不能适用仲裁协议效力扩张理论,因此无论在仲裁庭组成之前还是在组成之后,该严格意义上的案外人都应当与仲裁程序当事人重新达成同意仲裁的书面协议,以此作为其加入仲裁的依据。

第三,同样的,最终是否准许,应由仲裁机构或仲裁庭在考虑一切相关因素之后作出决定。

### 3. 第三人加入仲裁后仲裁庭的组成

#### (a) 第三人在仲裁庭组成之前加入仲裁

第一,对于追加第三人来说,借鉴前述国际商事仲裁规则的普遍做法,第三人被追加入仲裁后应将其列为申请人或被申请人一方,在仲裁庭由三人仲裁员组成的情况下,由双方各自共同选定一名仲裁员,再由双方共同选定首席仲裁员,如果不能共同选定,应改由仲裁机构来代其统一指定仲裁员,当事人对此放弃提出异议的权利。

第二,对于第三人主动申请介入仲裁的情形,仲裁委员会可以根据第三人的仲裁请求来决定将其列为申请人一方还是被申请人一方,亦或第三方,形成多方仲裁结构。2014年LCIA仲裁规则提及了组建多方结构仲裁的可能性。笔者认为在此情况下,应当首先由各方当事人协商如何选定仲裁员,组成仲裁庭,最大限度地尊重当事人的意思自治,如果各方当事人不能达成一致意见,再改由仲裁机构统一指定仲裁员,组成仲裁庭,各方当事人对于仲裁员的指定情况在此之后应当放弃提出异议的权利。

#### (b) 第三人在仲裁庭组成之后加入仲裁

第一,在仲裁程序当事人申请追加第三人的情形下,当第三人属于仲裁程序第三人或仲裁协议第三人时,基于应当由提出追加申请之人承担追加所带来的不利负担这一原则,这两类第三人仍然享有选定仲裁员的权利。当第三人属于严格意义上的案外人时,追加该严格意义上的案外人进入仲裁应与其达成书面协议,可由各方协商仲裁庭由几人组成以及如何选定仲裁员,协商不成时,同样基于应当由提出追加申请之人承担追加所带来的不利负担这一考量,该案外人仍然享有选定仲裁员的权利。在这两种情况下,借鉴2015CIETAC仲裁规则的做法,第三人加入仲裁后应将其列为申请人或被申请人一方,第三人要求选定仲裁员的,双方当事人应重新选定或委托仲裁委员会主任指定。

第二,在第三人主动申请介入仲裁的情形下,无论其为仲裁程序第三人还是仲裁协议第三人亦或严格意义上的案外人,该第三人都应当承担其后来介入仲裁的不利负担,在此情况下,第三人应当以书面形式放弃其选定仲裁员的权利。仲裁庭可按照第三人的仲裁请求将其列为申请人或被申请人一方甚至第三方,形成多方结构仲裁,但仲裁庭的组成并不因此而发生变化。

**Abstract:** The addition of the parties, comparing with the third party system in civil procedural law, is usually called the third party system in the international commercial arbitration proceeding. On the whole, the development of the third-party system in international commercial arbitration is prior to that of the theory. Although it has become a trend for international commercial arbitration institutions to establish a third-party system in the arbitration rules, the conditions and methods in the arbitration rules of various institutions for the third party to participate in arbitration are still far from unified. In the face of the practical needs of the third-party system in arbitration practice, it is of great practical significance to establish and develop the third-party system in commercial arbitration in China.

**Keywords:** commercial arbitration; addition of parties; arbitration agreement

---

---

( 责任编辑: 黄晨亮 )

# 我国商事仲裁裁决司法审查程序研究

韩红俊 杨蕾\*

---

**内容提要** 2017年起我国最高人民法院陆续颁布了一系列关于仲裁司法审查的法律文件,以维护仲裁裁决的正当性、规范司法权的运行、实现仲裁与司法良性共进。本文从对仲裁裁决司法审查的立法现状和司法现状的分析为基础,认为应建立独立的非讼性质的仲裁裁决司法审查程序,缩短仲裁裁决司法审查的期限,对报核制度规定明确的期限,建立当事人意思自治为基础的有限上诉制。

**关键词** 仲裁裁决 司法审查 救济

---

作为现代社会中一种民间契约性质的诉讼外纠纷解决方式,商事仲裁以其独有的专业性、快捷性、灵活性、保密性等诸多优势获得世界各国普遍认可与支持。自2013年“一带一路”倡议提出以来,我国积极探索推进国际商事争端解决机制,仲裁作为重要经贸纠纷解决机制也获得了长足发展。2018年全国仲裁机构共处理案件54万多件,比2017年增长127%;案件标的总额近7000亿元,比2017年增长30%,累计处理各类民商事案件260万余件,标的额4万多亿元,案件当事人涉及70多个国家和地区。同时,申请对仲裁裁决进行司法审查的案件也逐步增多。2015年至2017年三年来,全国法院受理仲裁裁决司法审查案件6万多件。为了规范仲裁裁决的司法审查,2018年初,最高人民法院相继出台了三个关于仲裁的司法解释,旨在规范商事仲裁的适用和司法监督程序。2019年《新加坡调解公约》的签署,将会对作为解决国际经贸活动重要途径的商事仲裁产生影响。对商事仲裁的司法监督如何在尊重当事人意思自治的基础上,保证仲裁的快捷高效,提升仲裁公信力,成为当前需要面对的理论 and 实践问题。

## 一、仲裁裁决司法审查概述

仲裁裁决司法审查程序,是指司法权对仲裁裁决进行审查时必须遵循的法定方式、方法及步骤的总称。也就是指法院秉持促进仲裁良性运行原则,在发生仲裁权不当运行损

---

\* 韩红俊,西北政法大学教授。杨蕾,法学硕士,北京大兴区法院法官助理。

害相关合法权益情形时,经当事人申请参与并听取当事人意见,对仲裁庭在仲裁过程中的合法性、合约性进行审查所必须遵循的步骤、方式。<sup>①</sup>仲裁裁决司法审查程序的内容是考察仲裁权运行的正当性,目的是给因仲裁权的不当行使造成损害的当事人提供救济。

### (一) 仲裁裁决司法审查程序的性质

准确界定仲裁裁决司法审查程序的性质,才能改进和完善审查程序。有的学者认为撤销仲裁裁决案件可运用特别程序审理,奉行一审终审原则。<sup>②</sup>有的学者认为撤销仲裁裁决程序是法院运用司法权对仲裁裁决进行司法监督的形式,立足于制度及法律基础,其属于争讼程序性质,应按审判程序来对待。<sup>③</sup>有的学者认为仲裁裁决司法审查程序既具有诉讼程序性质又具有非讼程序性质。<sup>④</sup>最高人民法院在征集关于仲裁法若干问题解释的意见稿过程中曾试图将诉讼程序适用于仲裁裁决的司法救济途径。最高人民法院《民事案件案由规定》将申请撤销仲裁裁决案件归入特别程序。仲裁裁决司法审查程序究竟适用诉讼程序还是非讼程序?诉讼程序特征涉及实体争议的裁判,以实体请求权或争议的实体法律关系作为诉讼标的,遵循辩论原则、公开审理原则、直接言词原则、两审终审原则、处分原则,严格适用证据规则。非讼程序的特征是不存在利益对立的双方当事人,没有实体权利义务的争议,适用不公开原则、书面审理、一审终审等原则,只要求法院对某种事实作出确认,并不最终对当事人之间的权利义务关系作出权威性地判定。仲裁的保密性和司法审查的非诉程序具有一致性;仲裁裁决的司法审查并不解决当事人之间权利义务争议,而是对是否撤销或者不予执行仲裁裁决作出裁定;非诉程序的期限较短符合仲裁快捷高效的要求。因此,对仲裁裁决的司法审查程序原则上界定为非诉程序是适宜的。

### (二) 仲裁裁决司法审查程序的规定现状

虽然我国还未全面修订《仲裁法》,但2017年后相继出台的司法解释、法院新出台的系列规定和指南,如北京市高级人民法院发布的《关于仲裁裁决执行与不予执行申请审查若干问题的意见》、天津市高级人民法院出台的审理指南对仲裁司法审查都进行了细化。目前规范我国仲裁裁决司法审查程序的规定主要是《仲裁法》、《民事诉讼法》、相关司法解释、最高人民法院的批复通知以及各高级人民法院的指南等法律文件。

#### 1. 仲裁裁决司法审查程序的审判组织

根据《最高人民法院关于仲裁司法审查案件归口办理有关问题的通知》,我国审查涉外商事案件的审判庭统一审查国内撤销仲裁司法审查案件,但申请执行或不予执行仲裁裁决案件是否由其审查尚不明确。2017年12月北京市高级人民法院发布审查意见规定由执行裁判部门负责审查不予执行仲裁案件。仲裁裁决司法审查程序的审判组织

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

<sup>②</sup> 李政、徐秋菊、韩红俊:《仲裁法实训教程》,法律出版社2017年版,第201页。

<sup>③</sup> 江伟、肖建国主编:《仲裁法(第三版)》,中国人民大学出版社2016年版,第296页。

<sup>④</sup> 董少谋:《“一裁终局”下仲裁裁决的司法救济途径》,载《中国仲裁法学研究会2015年年会暨第八届中国仲裁与司法论坛论文集》,第4页。

为合议庭。原因：仲裁裁决的司法审查直接决定着仲裁裁决所确定的内容能否实现，体现出法院审慎性与严肃性，有利于维护当事人的合法权益。

## 2. 仲裁裁决司法审查的具体程序

除《民事案件案由规定》将申请撤销仲裁裁决案件归入特别程序之外，关于适用何种具体程序审查仲裁裁决案件尚找不出明确的法律规定。审理过程中双方当事人、仲裁庭享有什么法律权利，《仲裁法》均未明确规定。既然将撤销仲裁裁决案件归入特别程序，说明法院审查撤销仲裁裁决案件时与按照一审普通审判程序审查案件不同。撤销仲裁案件组成合议庭审查，审查期限为2个月，与特别程序规定独任制、立案或公告期满30日的审限亦不同。最高人民法院《关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》（简称《执行规定》）第11、12条规定人民法院应当组成合议庭审查被执行人的申请事由、案外人的申请，审限为2个月，经院长批准可延长1个月，与特别程序有本质区别。仲裁裁决司法审查程序适用一审程序、二审程序、特别程序还是其他程序立法未明确规定。

## 3. 仲裁裁决司法审查程序结果的救济

经过仲裁裁决司法审查，仲裁裁决被撤销或不予执行后，当事人之前的权利义务关系又再次处于未决状态，需要另行启动程序予以确定，当事人只能重新达成仲裁协议或另行向法院起诉。我国法律规定并未针对法院否定仲裁裁决情况提供当事人上诉、再审、向检察院申请抗诉、提出执行异议等权利。<sup>⑤</sup>无论是驳回撤销或不予执行申请，还是准予撤销或不予执行均不能上诉、再审、抗诉。裁定不予执行仲裁裁决不属于执行行为异议或复议。原因是如果在执行程序中赋予当事人异议、复议权，实质上是设置了司法上的第二次审查程序，与法律规定的精神相悖。可见我国立法认为仲裁裁决作为一种快速纠纷解决机制，当事人选择仲裁，在享受优势时，相应的也应当承担仲裁制度自身缺陷可能带来的不利影响。

为了加强对法院审查仲裁裁决作出的裁定的监督，为了维持仲裁的优势，为了加强法院裁定的公正性，最高人民法院于2017年作出了《关于仲裁司法审查案件报核问题的有关规定》（简称《报核规定》）设置了内部报告这一替代性措施，该司法解释规定适用于国内仲裁案件，将其改称为报核制度。仲裁报核制度是我国1987年加入1958年《纽约公约》后具有中国特色的仲裁司法审查制度，该制度的核心是处理上下级法院在仲裁裁决撤销权和仲裁裁决不予执行权过程中的内部相互关系，其基本理念是监督和协助并举，统一裁判尺度，预防地方保护主义。学界对于仲裁司法审查案件报核制度曾有“预

<sup>⑤</sup> 1996.6.26《最高人民法院关于当事人因对不予执行仲裁裁决的裁定不服而申请再审人民法院不予受理的批复》（法复〔1996〕8号）。1997.4.23《最高人民法院关于人民法院裁定撤销仲裁裁决或驳回当事人申请后当事人能否上诉问题的批复》（法复〔1997〕5号）。1999.1.29《最高人民法院关于当事人对人民法院撤销仲裁裁决的裁定不服申请再审人民法院是否受理问题的批复》（法复〔1999〕6号）。2000.6.30《最高人民法院关于人民检察院对撤销仲裁裁决的民事裁定提起抗诉，人民法院应如何处理问题的批复》（法释〔2000〕17号）。2000.12.13《最高人民法院关于人民检察院对不撤销仲裁裁决的民事裁定提出抗诉人民法院应否受理问题的批复》（法释〔2000〕46号）。2004.7.26《最高人民法院关于当事人对驳回其申请撤销仲裁裁决的裁定不服而申请再审，人民法院不予受理问题的批复》（法释〔2004〕9号）。

防报告制度”、“层报制度”、“内请制度”、“报告制度”等多种称谓。建立报核制度的最初动因：落实 1958 年《纽约公约》与防止地方保护。1992 年郑州市中级人民法院审理河南省开大服装公司中港合资仲裁案，在对外贸易秩序和整体经济影响不足的基础上出于公共利益的考虑否认执行仲裁裁决，与被申请执行人为当地知名企业的地方因素干扰有关。最终最高人民法院否定了这一裁决。经此一案，最高人民法院正式发布三个文件进一步明确和强调了前述制度的重要性，自此我国以“内部报告制度”为核心的救济制度正式确立。1998 年报核通知延续了 1995 年报核通知所体现的原则和宗旨。报核制度的升华，在报核制度上将国内仲裁和涉外仲裁同等对待。《报核规定》第 2 条第 1 款基本沿用 1995 年及 1998 年两个内部通知的规定，在这种集中报告核查制度下，否定性裁定的涉外涉港澳台司法审查案件最高可层报至最高人民法院审核。中级人民法院或专门法院针对非涉外涉港澳台案件拟作出否定性裁定时，只有在收到高级人民法院的答复后方可作出否定性裁定。报核制度价值取向是对司法否定仲裁的行为进行约束和控制，施行司法谦抑，以求监督和协助的适当平衡，对司法肯定仲裁的行为不加干预。尽管报请的过程对当事人与外界缺乏透明度，但报核制度的另一优势在于预先防范而非事后补救，节省了当事人另起一个上诉程序的时间和费用，且结案后司法系统内部报告和最高人民法院的答复意见能够适度公布，客观上为相同或类似案件的处理提供了司法原则和稳定预期，增加了运行的规范性。

### （三）仲裁裁决司法审查程序的司法现状

研究仲裁裁决司法审查程序时，仅从立法理论分析难以反映存在的问题，必须以司法现状为基石，了解法官在司法实践中的应用和反馈。本文主要采用裁判文书中的案例进行总结分析，通过仲裁裁决案件的数量、各类案件所占的比重、案例研究，对我国法院在实际仲裁裁决司法审查程序的应用进行实证分析，从而及时发现存在的问题。本文研究的样本均来源于中国裁判文书网、北大法宝、各地法院官网等权威性网站。当然由于客观原因，也有不足之处。

#### 1. 仲裁裁决司法审查的基本情况

2013 年至 2018 年，我国法院受理仲裁裁决司法审查案件（不包括劳动仲裁相关的内容与重复仲裁）共 72531 件，其中申请撤销仲裁裁决案件收案 13971 件，占 19%；不予执行仲裁裁决案件收案 51554 件，占 71%；确认仲裁协议效力案件收案 5059 件，占 7%；仲裁保全案件收案 1947 件，占 3%。从数据可以看出，当事人以法定情形为由申请撤销或不予执行仲裁裁决案件比例最高，占 90%。具体情况见图 1：

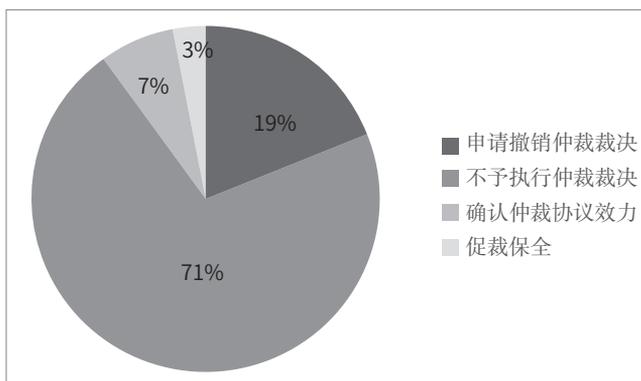


图 1 2013-2018 年商事仲裁案件基本类型图

笔者随机抽选了2014年至2018年申请撤销仲裁裁决案件100例,作为样本研究,其中裁定撤销案件占5%,和解等原因撤回申请的案件占12%,通知重新仲裁的案件占3%,移送的案件占1%,驳回撤销仲裁裁决申请占79%。仲裁裁决一旦被撤销意味着最初的仲裁结果被否定,胜诉一方丧失其胜诉权益。经图表分析可以看出我国法院尊重当事人意思自治与仲裁独立性以及一裁终局,呈现出国内司法支持仲裁的发展趋势。具体情况如图2:

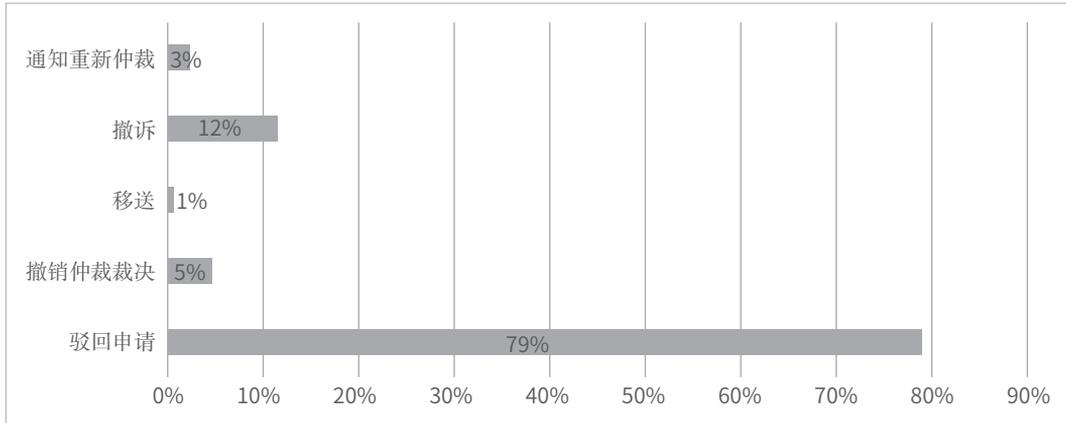


图2 撤销仲裁裁决案件裁定结果分布图

2013年至2017年的不予执行仲裁裁决案件中,经中国裁判文书网输入“申请不予执行仲裁裁决”检索结果为:我国各省法院共受理申请不予执行仲裁裁决案件1139件,经审核只有90件案件裁定不予执行仲裁裁决,占申请不予执行仲裁裁决案件的7.9%。可见我国法院奉行支持仲裁,适度司法审查原则。具体情况见图3:

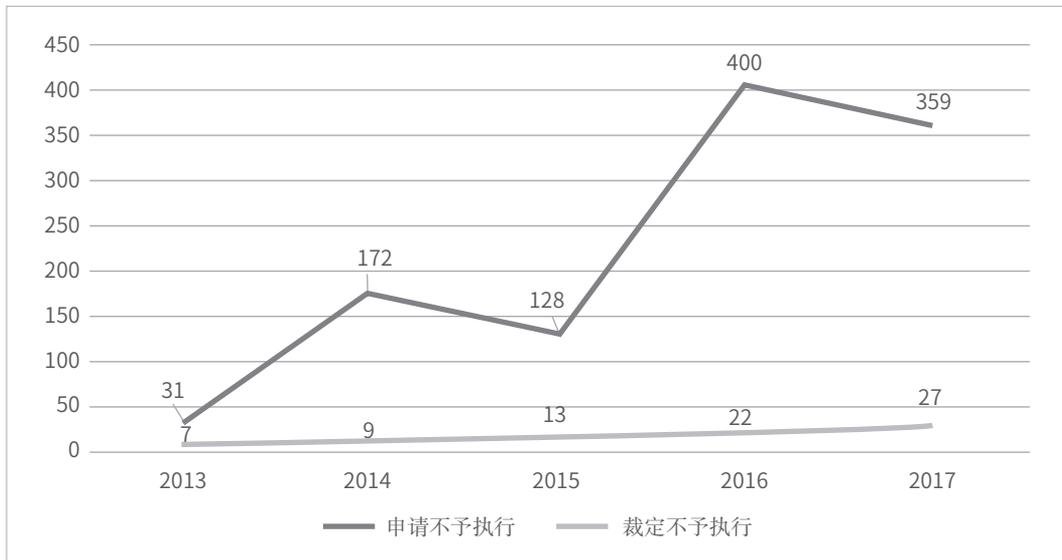


图3 2013年-2017年不予执行仲裁裁决案件分布

从以上图表可以看出人民法院对仲裁的支持力度越来越大,中国仲裁实践的司法环境更加友好。从数据可以看出人民法院撤销和不予执行仲裁裁决的比例在逐年下降,对待撤销与不予执行仲裁裁决的态度极为谨慎,仲裁的公信力稳步提升。

## 2. 仲裁裁决司法审查程序的具体实践情况

我国法律对仲裁裁决司法审查程序的规定较为简单粗糙,人民法院在仲裁裁决司法审查程序中出于各自对立法精神的理解和对实际需要的满足,各自具体操作有所不同。

### (1) 负责审查的业务庭及组成人员

中级人民法院负责审查仲裁裁决案件,实践中具体由哪些部门进行审查情况不一。申请撤销仲裁裁决案件或交由立案庭审查或交由民事审判庭审查,多数交由民事审判庭具体审查案件。不予执行仲裁裁决案件亦存在或交由审判庭审查,或交由执行庭审查的情形,主要交由执行内设机构裁决庭法官具体审理。2012年广东法院率先实行商事仲裁司法审查机制并轨,即不区分国内与涉外商事仲裁,统一由专业知识水平高且审判经验丰富的涉外商事审判业务庭统一负责审理。重庆市第一中级人民法院则由立案庭专门人员负责审理撤销仲裁裁决案件,<sup>⑥</sup>原因是为分流案件及认为较之民事诉讼案件简单,主要针对程序问题。

审判成员组成全是审判员合理,还是审判员与专业水平高的陪审员共同组成更为合理?多数法院均只有审判员审查案件。绍兴市中级人民法院、延安市中级人民法院、嘉峪关市中级人民法院等极个别法院采用“审加陪”模式,即人民陪审员可参与审查仲裁案件。<sup>⑦</sup>重庆市第一中级人民法院采用快审合议庭审查案件时均选用理论功底扎实、拥有丰富审判经验的审判员。

### (2) 仲裁裁决司法审查范围

经分析收集的法院审查仲裁裁决案件的裁判文书,可以发现无论是当事人申请司法审查的理由还是法院文书说理部分认定的理由,大多数均为程序性理由。反映了目前我国法院仲裁裁决司法审查范围的大体倾向,代表了我国目前法院审查的趋势。

图表4显然当事人以仲裁程序违法与隐瞒影响公正裁决证据作为申请理由的频率极高,频次分别为45次和26次。而与此不同的是,阅读裁判文书可知法院作为裁判依据的主要是仲裁程序违法、裁决事项不属于仲裁协议范围或仲裁委员会无权仲裁。法官在适用违背社会公共利益这一理由时态度极为谨慎,笔者搜集的案例中法官以此为由否定仲裁裁决的情形次数为0。实践中,当事人总是倾向于提出申请仲裁裁决司法审查的实质性理由,其次才与程序有关,而法院认定的理由以程序性为主。即便法院认为案件在仲裁裁决的实体上存在问题,也多发回重新仲裁。曾有法官指出当事人援引证据事由具有一定难度,最终认定理由为程序性事由。

<sup>⑥</sup> 重庆市第一中级人民法院(2017)渝01民特1008号民事裁定书。

<sup>⑦</sup> 绍兴市中级人民法院(2017)浙06民特37号民事裁定书、延安市中级人民法院(2018)陕06民特32号民事一审裁定书、嘉峪关市中级人民法院(2018)甘02民特1号民事裁定书。

图 4: 撤销或不予执行仲裁裁决法定理由申请频数

申请理由	申请频数(单位:次)
没有仲裁协议的	15
裁决事项不属于仲裁协议的范围	19
仲裁庭的组成或者仲裁的程序违法	45
裁决所根据的证据是伪造的	6
当事人隐瞒足以影响公正裁决的证据	26
仲裁员有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为	9
裁决违背社会公共利益	10
认定事实错误	3
适用法律错误	2

注:大部分案件中,当事人申请的理由不止一项,所以虽随机抽选的案例样本总数为130,但频数会大于130。

### (3) 仲裁裁决司法审查程序的审查程序与方式

法律无统一规定,广州市中级人民法院参照一审审判程序具体审查案件。深圳市中级人民法院由专门审判庭调查案件采用询问方式具体审理,且与仲裁委员会构建了沟通协调机制,方便法院及时调阅仲裁案卷,了解仲裁庭案件仲裁情况;珠海市中级人民法院适用听证程序具体审理国内仲裁案件,开庭审查涉外仲裁案件。<sup>⑧</sup>重庆市第一中级人民法院首创快审方式审理撤销仲裁案件,立案受理后15日询问或开庭;询问或开庭后15日内合议庭评议,经同意可适当延长审理期限;评议后15日内送达。<sup>⑨</sup>浙江省金华市中级人民法院执行部门适用听证或庭审的方式审查仲裁裁决案件,同时参照民诉普通审判程序如展开调查、辩论、最后陈述审查案件事实及法律适用问题。<sup>⑩</sup>

仲裁裁决司法审查的司法实践中,法院多适用听证程序审查案件,其他法院亦采用询问方式审查案件。关于撤销仲裁裁决案件:如徐州市中级人民法院审查浙江舜土建设有限公司与顾彩莲申请撤销仲裁裁决一案,杭州市中级人民法院审查浙江汇港实业有限公司、郑平平申请撤销仲裁裁决特别程序一案,<sup>⑪</sup>受理后通知双方当事人适用听证程序审查案件。东莞市中级人民法院、长沙市中级人民法院则采用询问方式审查申请撤销

⑧ 《关于广东全省法院实行商事仲裁司法审查案件并轨审理机制的调研报告》,载广东法院网: <http://www.gdcourts.gov.cn/web/search>,最后访问时间:2019年4月12日。

⑨ 《繁简分流,“多快好”审》,载重庆市第一中级人民法院官网: <http://cqzy.chinacourt.org/article/detail/2016/08/id/2062034.shtml>,最后访问时间:2019年4月8日。

⑩ 《关于仲裁裁决司法审查的调查与司考》,载浙江省金华市中级人民法院网: <http://jinhua72086220.cn.zhsho.com/>,最后访问时间:2019年3月9日。

⑪ 杭州市中级人民法院(2018)浙01民特66号民事裁定书。

仲裁裁决案件。<sup>⑫</sup>关于不予执行仲裁裁决案件：贵阳市中级人民法院组织召开不予执行听证会，<sup>⑬</sup>即采用听证的方式去解决实践中仲裁案件的审查问题。宝鸡市中级人民法院运用听证审查执行岐山县岐山房地产开发有限责任公司与陕西华旗房地产开发有限责任公司合作合同纠纷一案。<sup>⑭</sup>

有的法院适用一审或二审程序审理仲裁裁决司法审查案件，大多数法院适用特别程序审理案件。如上海市第一中级人民法院审查不予执行仲裁裁决案件时采用一审审判程序。<sup>⑮</sup>武汉市中级人民法院、沈阳市中级人民法院、上海市第一中级人民法院审查撤销仲裁裁决案件适用一审普通程序。<sup>⑯</sup>目前发现运用二审程序审理撤销仲裁案件有沈阳市中级人民法院。<sup>⑰</sup>北京市第一中级人民法院、成都市中级人民法院审查不予执行仲裁裁决运用与普通程序相对的特别程序。<sup>⑱</sup>重庆市第一中级人民法院在处理涉及到的证据问题时组织双方当事人证据交换质证，为了进一步查清案件向仲裁委员会协调调取证据。<sup>⑲</sup>北京市第二中级人民法院加强与仲裁委员会的沟通联动，必要时主动向仲裁委员会致电了解仲裁员办理案件的具体情形。<sup>⑳</sup>仲裁裁决司法审查的方式有开庭审理与书面审理两种。如广西壮族自治区中级人民法院立案受理后组成合议庭，通知双方当事人到场，采用公开开庭审查案件。江西省新余市中级人民法院依法组成合议庭进行书面审理。

#### （4）仲裁裁决司法审查程序的救济

实践仲裁裁决司法审查案件中，法院裁定驳回不予执行申请后当事人申请复议的情形做法不一。大多数法院裁定一经送达就生效，少数法院允许复议。如绍兴市中级人民法院审理中国工商银行股份有限公司宁波东门支行与夏国源执行审查类执行一案中，运用特别程序，驳回被执行人不予执行申请，本裁定送达后即发生法律效力。<sup>㉑</sup>天津市第二中级人民法院审理天津帝旺集团有限公司、保得国际贸易（上海）有限公司执行审查类执行案件，裁定驳回被执行人不予执行仲裁裁决申请，当事人不服可自收到裁定之日起十日内向天津市高级人民法院申请复议。<sup>㉒</sup>德阳市中级人民法院审理刘桂英与刘曾亮执行异议一案中，裁定驳回被执行人不予执行仲裁裁决申请。当事人不服裁定可在申请复

<sup>⑫</sup> 东莞市中级人民法院（2017）粤19民特336号民事裁定书、长沙市中级人民法院（2015）长中民五仲字第00389号民事裁定书。

<sup>⑬</sup> 贵阳市中级人民法院（2017）黔01民特105号民事裁定书。

<sup>⑭</sup> 宝鸡市中级人民法院（2017）陕03执异35号执行异议裁定书。

<sup>⑮</sup> 上海市第一中级人民法院（2018）沪01执异2号一审执行裁定书。

<sup>⑯</sup> 武汉市中级人民法院（2018）鄂01民特145号一审民事裁定书、沈阳市中级人民法院（2018）辽01民特3号二审民事裁定书、上海市第一中级人民法院（2017）沪01民特876号一审民事裁定书。

<sup>⑰</sup> 沈阳市中级人民法院（2018）辽01民特3号二审民事裁定书。

<sup>⑱</sup> 北京市第一中级人民法院（2018）京01执异207号民事执行裁定书、成都市中级人民法院（2018）川01执异29号执行裁定书。

<sup>⑲</sup> 重庆市第一中级人民法院（2017）渝01民特1008号民事裁定书。

<sup>⑳</sup> 北京市第二中级人民法院（2017）京02民特20号一审民事裁定书。

<sup>㉑</sup> 绍兴市中级人民法院（2018）浙06执异35号执行裁定书。

<sup>㉒</sup> 天津市第二中级人民法院（2018）津02执异2号执行裁定书。

议的有效期限内向四川省高级人民法院申请复议。<sup>②③</sup>对于该裁定是否可以适用二审程序存在争议。实践中存在中级法院并未按照报核规定依法向高级人民法院报核其审查意见的情形。<sup>②④</sup>

## 二、仲裁裁决司法审查程序的问题

### (一) 申请撤销仲裁裁决期限长

撤销仲裁裁决申请期限对当事人具有法律约束力,要求当事人在一定期限内向有管辖权的法院提起申请。《仲裁法》通过设定期限对当事人完成法律行为的期限作出明确规定,目的是促使当事人及时实施法律行为,避免恶意拖延仲裁裁决的履行,同时使司法资源可以得到有效利用,节省双方当事人的时间成本,维护仲裁作为非诉纠纷解决机制的优势。世界其他国家规定的撤销仲裁裁决的申请期限均比我国规定期限短。如英国规定“裁决作出之日起28天内”,法国规定为“接收裁决通知之日起1个月内”,德国规定为“裁决之日起3个月内”,瑞典规定为“收到裁决后3个月内”,《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》规定“收到裁决之日起3个月。”我国规定撤销仲裁案件申请期限为6个月。不仅与国外相比申请期限长,与民事诉讼法中规定的上诉期限15天相比明显较长。显然我国仲裁法规定的申请撤销仲裁裁决期限过长,不仅使仲裁裁决的效力在6个月的时间内始终处于不稳定的状态,而且违反仲裁经济性、高效性的特点,对仲裁裁决效力的实现造成了不必要的拖延,不利于商事争议的快速解决。

### (二) 仲裁裁决司法审查的程序与方式不统一

#### 1. 审查程序不统一

程序公正一定程度上可保障实体公正。明确规范而又统一的司法审查程序促使作出的裁定每一步都有据可循。但《仲裁法》仅用了第58条至第61条共四个条文便规定了撤销程序,并未详细规定撤销或不予执行仲裁裁决具体适用何种程序审查。对于撤销仲裁裁决程序应具有诉讼性的忽视,导致审查程序所应有的一些原则和程序缺失。各地法院根据对审查程序性质定位的理解不同,而采用不同的程序规则审查案件。<sup>②⑤</sup>广东省高级人民法院要求法院参照审查撤销仲裁案件的程序审查不予执行仲裁案件。有的中级人民法院按照一审程序审查仲裁案件,即法院立案审查符合立案条件,受理后通知当事人,双方当事人出庭,庭审期间进行举证质证;有的法院还会适当分配举证责任,规定举证期限,当事人举证质证,必要时法院打电话向仲裁员询问相关情况。有的中级法院甚至按照二审程序审理仲裁案件,将仲裁机构的仲裁当作第一次审查,法院对仲裁的

<sup>②③</sup> 德阳市中级人民法院(2017)川06执异12号执行裁定书。

<sup>②④</sup> 甘肃省高级人民法院(2018)甘执监17号执行裁定书。

<sup>②⑤</sup> 姜霞:《仲裁司法审查程序要论》,湘潭大学出版社2010年版,第21页。

审查当作第二次审查。比如渭南市中级人民法院、延安市中级人民法院、葫芦岛市中级人民法院等多个法院。存在其他中级法院适用特别程序或快审程序审查案件。综上,各法院自身实际情况不同,审查程序也不相同,甚至同一个法院随着时间的推移,司法审查程序也会发生变化,导致仲裁裁决司法审查程序的运用缺乏稳定性与统一性,实践操作的随意性大。

## 2. 审查方式不统一

法院审查仲裁裁决的方式不一。例如公开开庭听证、开庭审理、或只经书面审理便作裁定。其中法院运用听证程序审查仲裁裁决案件最多,其中采用听证方式审查撤销仲裁裁决案件最为常见。我国现行法律只在立法实践中规定了听证程序,并没有适用于司法程序,我国《民事诉讼法》和《仲裁法》均无涉及听证方式的规定。法院具体如何运用听证程序审查案件呢?即法院组织双方当事人听证,可申请回避、委托代理,双方当事人有机会举证、质证证明仲裁裁决司法审查的法定理由,当事人可充分表达自身意见与提供证据,法院得以充分了解并作出裁定。听证程序最初起源于英国,奉行公平与救济原则,而后美国将听证移植到立法与行政实践中,增强工作的透明度,提高审查效率。听证程序在行政许可、行政处罚中适用较多。行政机关在充分听取当事人陈述、申辩质证的前提下,在无利害关系人主持下作出影响相对人权利义务关系的重大决定,使得行政过程的公开性与透明度增加。我国法院采用听证程序审查撤销仲裁裁决案件,可见并未将撤销仲裁裁决当作一个撤销之诉来对待。

法院审查仲裁裁决对待仲裁庭的方式不一。法院审查仲裁裁决案件过程中对待仲裁庭的方式大体可以归纳为以下三种:第一种是完全将仲裁庭排除在外。法院依据审查当事人提供的证据材料,听取当事人意见作出有关仲裁裁决的裁定。全程未向仲裁员了解情况,未告知仲裁机关。第二种是主动致电仲裁员或上门询问。法院主动打电话向仲裁员询问案情,了解具体细节,主动前往仲裁委员会客观了解。第三种是法院与仲裁委员会构建沟通协调机制。加强法院与仲裁委员会之间的沟通,如法院立案受理案件后需要了解案情时可以调阅仲裁机构的案卷,听取仲裁员说明情况。案件审结后及时告知案件结果,发现仲裁机构存在问题时法院可提出改进建议。众所周知,仲裁裁决的双方是仲裁裁决司法审查案件中的当事人。审查案件若仲裁庭不参与法官很难完整正确了解案件仲裁庭作出此仲裁的原因。有的法官会要求仲裁员说明相关情况,或上门向仲裁庭调查了解,但是否调查还是交换意见取决于法官自身意愿,法官做法不一,态度不同。

## 3. 仲裁报核程序

最新颁布的《报核规定》以司法解释的形式提高了内部报告制度的级别,将适用范围扩大至全部仲裁司法审查案件,明确了最高人民法院与高级人民法院审查核实仲裁案件的权限,在一定程度上可以统一地方法院裁判的尺度与适用法律的规范性,符合目前国内与涉外仲裁案件归口管理的主流趋势。相较于原来内部报告制度明确了报核的具体流程步骤如制作书面报告将案卷上交,可以询问当事人一定程度上增加了透明度,但

仍存在一定问题。

### （1）报核程序违反审级独立原则

依据《报核规定》上级法院对于上报的案件以复函形式作出答复,下级法院再根据复函作出裁定。由此引发的问题是,答复是上级法院的意见,但最终的司法文书却是以下级法院的裁定作出。互不隶属的法院依法独立审判案件不受行政机关、团体、个人干预。审级独立指各级法院审理案件过程中在诉讼程序框架内依法自主独立自主审判决断案件。<sup>②6</sup>内部报核程序作为一种行政措施,违反了审判独立原则。第一,法律程序运作应该是下级法院享有依法独立审理案件并发布裁判作出认定的权力,上级法院不得发布命令或指示干涉下级法院的具体审判活动。第二,内部报核程序作为一种行政制度,要求中级人民法院对仲裁裁决拟作出否定性裁定时,需报请高级人民法院审查。国内仲裁裁决案件最高报请至高级人民法院,有例外情形。涉外仲裁裁决,如果高级人民法院也同意作出否定性裁定则需最高人民法院审查。中级人民法院失去审查案件独立作出裁定的权利,中级人民法院组织合议庭审查案件,中级人民法院出具判决书,实质上高级人民法院或最高人民法院享有决定权,中级人民法院据此决定作出裁定,这样的处理方式明显畸形。从形式上看是由中级人民法院作出的裁定,实则案件的一审法院变成了高级人民法院或是最高人民法院,架空了中级人民法院审查的权力,中级人民法院似乎成为“预审法院”,负责执行上级法院批复的法院而已。第三,虽然报核程序旨在确保下级法院正确适用司法审查的法律,克服地方保护主义,维护司法审查仲裁公正性。但是这种使中级人民法院最后以高级人民法院或最高人民法院意见作为管辖法院意见对外裁判的做法,体现了上下级法院之间相互关系的行政化倾向,违反审级独立原则和上下级人民法院之间的审判监督关系。内部报核程序行政性质的权力凌驾于立法权与司法权之上,缺乏坚实的法律基础,违反司法理论,它的存在与延续似乎与法治国家显得格格不入。

### （2）报核程序违反亲历性原则

报核程序的本质是法院的内部程序,对当事人存在不透明性。尽管《报核规定》第5条规定上级法院可以通过退回下级法院或者询问当事人的方式进行调查,一定程度上缓解这种不透明的情况,但是未有效解决问题。从甘肃案例<sup>②7</sup>可知当事人只能通过法院作出裁定时间较短来判断下级法院未向上级法院报核案件,事实只能通过法院内部自查方式证明对于当事人存在一定的风险,高度不透明性使当事人无法了解报核制度是否得到了遵守。有的法院并没有真正将案件上报至上级法院。而且不同法院有不同做法,执行效率以及结果的确定性方面大相径庭,这种差别也导致报核制度的高度不确定性。甘肃省高级人民法院审查是否存在未报核情形并撤销原裁定。江西省高级人民法院除审查报核事项外,还审查案外人异议是否成立。在高级人民法院或最高人民法院审查案件

<sup>②6</sup> 熊洋:《论上下级法院关系之异化及重塑——以审级独立为视角的分析》,载《太原理工大学学报(社会科学版)》,2010年第4期,第38页。

<sup>②7</sup> 甘肃省高级人民法院(2018)甘执监14号执行裁定书。

期间,法官都实行书面审查,虽然报核规定认为案件相关事实不清的,可以退下级人民法院补充事实后再报,但法官依旧未亲身经历案件审理的全过程,未直接听取双方的主张、理由与质辩。目前法律现状涉及有限实体审查,当事人既看不见又无法亲自陈述、参与其中发表意见违反亲历性。

### (3) 报核程序缺乏期限约束

《报核规定》对最高人民法院的具体审查期限仍没有明确规定,日后仍可能产生拖延案件现象。《仲裁法》第60条规定受理撤销裁决之日起两个月内做出裁定,《执行规定》第12条也有类似规定。但2018年仲裁法解释没有对下级法院向上级法院报核时间是否应当计入上述2个月的时间作出规定。

新司法解释关于报核程序未涉及期限的规定。为拖延执行仲裁裁决的履行提供了可能,由此产生当事人权利保护的迟延。内部报告制度规定,法院应在接受申请之日起2个月内作出承认执行外国仲裁命令,并且如果没有特殊条件,法院应在下达命令之日起6个月内完成执行。法院决定拒绝承认执行裁决报审最高人民法院的期限为2个月。值得注意的是,该法规没有规定最高人民法院做出最终决定的时限。

关于涉外及外国仲裁裁决,最高人民法院回复最短一年,最长三年之久。2000至2015年期间公布的220起案件中,撤销仲裁裁决案件最终复函最高人民法院平均时限为500多日,承认与执行仲裁裁决案件最终复函期限为800多日,当然也存在时限较短的时候,比如其中一起最高人民法院回复陕西省高级人民法院撤销涉外仲裁案件的期限不到3个月。可见总体来说未规定运作的合理时间期限,无疑会造成仲裁程序的迟延,浪费了司法资源。对于欲快速解决纠纷的当事人,仲裁的效率性受损。如果一项裁决依据,被认定为撤销或不予执行,中级法院需上报高级法院,跨省或利益重大时,高级人民法院认为不具有不予执行情形的,还需最高人民法院报核审查。经过漫长的审查过程,仲裁当事人可能又面临重新仲裁或另行提起民事诉讼的结局,如此所耗费的时间可能比直接诉讼需要的时间还要长。

## 三、仲裁裁决司法审查程序的完善

仲裁裁决司法审查程序的完善应该考虑仲裁的特性如自主性、保密性、灵活性与快捷性,如何设置才能既有助于实现公平正义,实现司法审查仲裁裁决的目的,给当事人提供有效救济,又不影响仲裁功能的实际发挥与仲裁本身的效率。

### (一) 缩短仲裁裁决司法审查程序的启动期限

缩短撤销仲裁裁决的申请期限为1个月。不同的学者有不同的观点,部分学者认为申请撤销仲裁裁决期限应为3个月;<sup>⑧</sup>部分学者认为申请期限设置为1个月是最为不错

<sup>⑧</sup> 张圣琴:《论我国仲裁裁决撤销制度的完善》,载《上海财经大学学报》2012年第1期,第39页。

的选择,<sup>②⑨</sup>其中有的学者曾在立法修改稿中作出过此提议。<sup>③⑩</sup>笔者认为应调整为1个月的理由如下:

一般情况下,双方当事人在仲裁过程中已较为充分地了解案件事实,掌握证据,熟知仲裁的情况,并且收到仲裁裁决书后一般都会仔细阅读,发现申请撤销的法定情形时会立即寻求救济途径。从前面司法现状的分析可以看到当事人申请撤销仲裁裁决法定理由多为程序性理由,所以当事人在为申请撤销仲裁裁决的司法审查作准备工作时,准备所需要的材料不需要太长时间,因为材料多涉及程序性事项,法官认为当事人援引证据事由很困难,当事人以实质性理由为依据也得不到法院支持,因为民商事案件中对证据和损害赔偿额的确定是有着非常广泛的自由裁量权的。当事人和代理人参与了仲裁过程,亲历了仲裁过程,了解仲裁权行使的情况,所以申请期限的设置可以在保障当事人合理的救济期限内进行有效的缩短。

适当的期限有利于保障权利的行使,以及大多数国家对申请期限的规定都比我国规定的6个月短。期限的设置要合理符合实践情形,过长过短都不利于仲裁司法审查功能的发挥。如果申请期限规定过长,一定程度上是能保护申请人申请司法审查的权利,但很大程度上会使仲裁裁决的效力处于悬而未决的状态,不利于仲裁裁决的执行,影响仲裁效率;如果申请期限规定太短,虽然可以促使当事人积极行使权利,未及时行使承担权利丧失的苦果,但是太短的期限使当事人准备申请材料时间过于仓促。参考主要国家和地区的法律规定申请期限设定为1个月是合适的选择。

## (二) 规定独立的仲裁裁决司法审查程序

结合案件特性与需求的考虑,仲裁裁决司法审查既不适用普通民事诉讼程序,也不能完全适用现有的特别程序,应该在特别程序中增设一个仲裁裁决司法审查程序。在特别程序中增设这一程序的原因是特别程序在设置的基本原理上采用的是综合的个别化原理,即在特别程序立法中,既适用特别程序的一般规则,又可适用针对每一具体类型案件而设计的具体规则。

仲裁裁决司法审查如果适用普通审判程序,与其他纠纷解决机制相比,周期相对较长,在目前法院案多人少的情形下,无法体现仲裁的效率;审判程序的公开性也与仲裁的不公开相冲突;普通程序审理中,法院的审理范围受到当事人诉讼请求的制约,仲裁裁决的司法审查中法院可以依职权审查当事人并未提出的理由;普通程序审理的案件,当事人仍享有法定的救济途径,仲裁裁决的司法审查并不对当事人之间的实体权利义务作出裁决,并无法定的救济途径。因此,仲裁裁决的司法审查适用普通诉讼程序并不妥当。

仲裁裁决的司法审查应当适用独立的非诉程序。法院审查的时间不宜超过一个月;因为涉及到仲裁裁决的效力,应组成合议庭进行审查;以开庭审理为原则,当事人合意

<sup>②⑨</sup> 蒋慧:《〈仲裁法〉二十周年回望:民商事仲裁危机与重塑》,载《学术交流》2016年第7期,第98页。

<sup>③⑩</sup> 宋连斌:《理念走向规则:仲裁法修订应注意的几个问题》,载《北京仲裁》2004年第2期,第16页。

书面审为例外；以不公开审理为原则，当事人合意公开为例外。

### （三）规范仲裁裁决司法审查程序的救济

新颁布的仲裁报核程序相对于内部报告制度有一定进步，是对仲裁司法审查进行诉讼化改造的一次尝试，被认为具有准上诉的特征。<sup>③</sup> 平等对待国内案件与涉外案件，统一适用相关规定，对于减少甚至防止错误裁定的发生发挥了无可替代的重要作用，维护我国仲裁权威和仲裁公信力。报核规定与过去相比已显示出慎重的司法态度，但这只是法律没有规定救济途径下的权宜之计，并非长久之计。应进一步完善仲裁报核程序，最终建立当事人协议下的有限上诉程序。

#### 1. 明确仲裁报核期限

法律对仲裁裁决司法审查的错误裁定未提供任何监督救济手段，在这一前提下仲裁报核程序具有存在的意义。但应该明确的是仲裁裁决司法审查的法院应在作出裁决后的多长时间内报核，上一级法院应在多长时间内回复，没有明确的期限规定，侵犯了当事人知情权，也不符合仲裁效率的要求。

#### 2. 允许向法院申请复议

在目前仲裁裁决报核规定到建立有限上诉程序的过程中，允许向法院申请复议是很好的过渡措施。目前相关法律均规定不允许复议。《最高人民法院关于执行案件立案、结案若干问题的意见》第10条规定，当事人不服法院最初的不予执行仲裁裁决或驳回不予执行仲裁裁决申请的裁定可以申请复议。《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478条改变了上述规定，但对驳回不予执行仲裁裁决申请的裁定，当事人是否可以申请复议，第478条并未明确。笔者认为应允许申请复议，具体建议如下：撤销仲裁裁决的，双方当事人可以提起复议，驳回撤销申请的当事人不可以提起复议；不予执行仲裁裁决后，申请执行人可以向法院复议。针对驳回不予执行仲裁裁决申请，被执行人不能提起复议。允许向法院申请复议后，复议程序规则要进行“质”的细化与提高。复议是出于提高诉讼效率考虑而设置的，程序简单且周期短。过渡阶段采用复议，从鼓励和支持仲裁的理念出发，应将仲裁司法审查程序的救济途径在过渡阶段设置为复议，法院对待仲裁裁决也会更加审慎。

#### 3. 建立有限上诉程序

设立上诉程序或有限上诉程序是世界许多国家的通行做法。允许上诉的国家，例如德国规定当事人对撤销仲裁裁决或宣告裁决可执行性裁定不服时，可以就法律问题向联邦最高法院提出抗告。英国可以就法律问题提出上诉，当事人有其他约定的除外。法国当事人必须有约定才可在对国内仲裁裁决有异议时向法院提出上诉，对裁决上诉时可以请求法院推翻裁决或撤销裁决。美国法律规定当事人针对法院更正仲裁裁决以及未要求仲裁委重新仲裁便撤销仲裁的，上诉程序的审理与民事诉讼中的上诉程序一致。在日本，

<sup>③</sup> 宋连斌：《仲裁司法监督制度的新进展及其意义》，载《人民法治》2018年第3期，第23页。

法院执行宣告审理的过程中当事人可以提出撤销仲裁裁决,对于执行判决不服可向上级法院上诉,对上诉判决不服可向最高人民法院复审。在韩国,撤销仲裁裁决之诉出于维持仲裁效率优势的考虑启动时不以一般诉讼时效作为时效,但是需要当事人双方共同参与审理,案件结果在法定上诉期内可以上诉,上诉期末作特别规定以一般规定为准。<sup>③②</sup>

目前,《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》第20条规定不予受理、驳回申请、管辖权异议裁定三类可以上诉。法律规定可以上诉的驳回申请不包括当事人请求得不到支持被驳回的情形,是指立案后发现不符合受理条件被驳回的申请。有限上诉也是上诉程序,所以有限上诉程序在设计时要避免因司法权过大干预仲裁权从而不利于保持仲裁的效率,避免削弱仲裁的权威性与效率性。仲裁本身就是当事人高度意思自治所作出的选择,出于对仲裁员的高度信任,衡量各种价值与利弊之后所做的选择,所以要尊重当事人的意思自治,当事人双方自愿达成协议后方可上诉。

尊重和支持当事人意思自治,是仲裁程序能够进行和仲裁制度得以存在的基本要求,仲裁制度的完善应当以充分体现这一原则为价值目标。目前我国当事人对于仲裁裁决的实体内容不满的情况仍然大量存在。在国内仲裁裁决中,当事人常以“枉法裁决”为由主张裁决在法律适用、事实认定等方面有误,所以在我国现阶段,对仲裁实体内容的审查是当事人希望进行的<sup>③③</sup>。所以,在解决关于仲裁实体内容的审查问题时,双方当事人可以根据意思自治,协议约定对仲裁实体内容的审查。其可行性在于,一方面对于关乎自己利益的选择时,双方当事人会权衡利弊,通过协商作出谨慎的选择;另一方面,当事人对于仲裁实体内容进行审查的需求在不断上升,但是法律并没给予当事人相应的救济渠道,那么就应当充分发挥仲裁当事人意思自治的优势,让当事人对此作出抉择。

综上,对于仲裁裁决司法审查程序救济的设置,无论设置何种救济方法,当事人初衷是期望基于对仲裁员高度信任能够获得公正一裁终局的仲裁裁决,所以即使救济也希望尽力避免繁琐复杂耗时的救济程序。因此救济途径的设计就是要在程序简单迅速以及合理救济维护公正之间寻求平衡。

仲裁发展需要司法的支持、协助和监督,对仲裁裁决的司法审查程序应当体现我国司法与仲裁合作解决纠纷、司法支持仲裁的理念,提高司法公信力与仲裁公信力。同时也应看到我国仲裁裁决司法审查程序的具体设计上还有不足的地方,需要我们结合实际情况具体完善。在程序启动期限上,可缩短申请期限确保仲裁程序的高效运行。在审查范围上,可奉行程序性事项的单轨制且审查涉及公共利益的事项,既可以维护仲裁裁决的一裁终局的特点,也一定程度上维护了当事人的合法权益。在程序上,司法审查仲裁裁决案件原则上应开庭审理,允许当事人辩论质证,并建立起救济程序。适度的司法审

<sup>③②</sup> 董少谋:《新时代仲裁司法监督四论》,载北大法宝网:<https://www.pkulaw.com/lawfirmarticles>,最后访问时间:2019年4月11日。

<sup>③③</sup> 宋肇屹:《告别“一裁终局”?——中国大陆商事仲裁实体上诉机制研究》,载《北京仲裁》2017年第4期,第115页。

查,有赖于司法审查程序的完善。希望通过对仲裁裁决司法审查程序的完善,可以真正发挥司法审查仲裁的价值,发挥救济途径的作用,实现公正与效率之间的平衡,促进商事仲裁的发展。

---

---

**Abstract:** The Supreme People's Court of China has issued a series of legal documents on judicial review of arbitration since 2017. This paper maintains the legitimacy of arbitral awards, standardizes the operation of judicial power, realizes the benignity of arbitration and judiciary. Based on the analysis of the legislative and judicial status quo of the judicial review of arbitral awards, this paper argues that an independent non-litigious judicial review procedure of arbitral awards should be established, the time limit of judicial review of arbitral awards should be shortened, the time limit of the reporting and verification system should be specified, and the limited appeal system based on the parties' autonomy of will should be established.

**Keywords:** arbitration award; judicial review; judicial remedy

---

---

(责任编辑:李 兵)

# 论我国民商事仲裁简易程序之完善

## ——以当事人程序选择权保障为视角

柳正权 牛鹏\*

---

**内容提要** 自进入 21 世纪以来,国际商事仲裁领域围绕快速低费解决纠纷的目标开展了仲裁程序改革,快速程序、加速程序、小额程序等在实践中大量涌现。我国《仲裁法》虽未对上述程序作出规定,但仲裁实践中亦存在功能与之类似的简易程序。然而,由于缺乏相关法律法规的规定,我国仲裁简易程序实践中存在种种问题。完善我国仲裁简易程序可借鉴国际商事仲裁中快速程序的经验,首先,在立法层面由《仲裁法》对简易程序作出原则性规定;其次,在理念层面协调好仲裁机构管理权与当事人意思自治之间,仲裁程序简化与当事人程序权利保障之间的价值冲突;最后,在制度层面以保障当事人程序选择权为出发点,完善仲裁简易程序的制度设计。

**关键词** 民商事仲裁 简易程序 快速程序 程序选择权

---

21 世纪以来,国际商事仲裁领域围绕快速低费解决纠纷的目标开展了轰轰烈烈的仲裁程序改革,许多国际知名商事仲裁机构相继在仲裁规则中引入快速程序、加速程序、简易程序或小额争议仲裁程序等。我国各民商事仲裁机构虽早已在仲裁规则中设立简易程序,<sup>①</sup>但由于《仲裁法》并未对简易程序作出规定,导致我国民商事仲裁简易程序的实践因缺乏法律明确规定而存在种种问题。2018 年 12 月 31 日,中共中央、国务院办公厅发布《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》,要求建立简易、快速仲裁程序,优化立案、庭审、审理、裁决、送达等具体程序。在这一背景下,总结国际商事仲裁简易、快速程序实践中的经验,以期为我国民商事仲裁简易程序的完善提供借鉴,有着十分重要的现实意义。

关于国际商事仲裁中的简易、快速程序,学界已有不少专门研究。然而,多聚焦于对程序规则的介绍,缺乏结合我国实践现状的考察,更未详细剖析国际商事仲裁简易、快速程序实践对完善我国民商事仲裁简易程序的借鉴。基于此,本文在总结国际商事仲裁简

---

\* 柳正权,武汉大学法学院教授;牛鹏,武汉大学法学院博士研究生。

① 早在 20 世纪 90 年代我国两大常设涉外仲裁机构中国国际经济贸易仲裁委员会和中国海事仲裁委员会就已在仲裁规则中设立了简易程序。仲裁法颁布实施后,各地依法重新组建的国内仲裁机构也都先后在仲裁规则中设专章规定简易程序。

易、快速程序实践经验的基础上,结合我国商事仲裁简易程序的实践现状,分析我国目前实践中存在的问题,并从立法、理念和制度三个层面对我国商事仲裁简易程序提出完善建议。

## 一、国际商事仲裁中的简易与快速程序

在国际商事仲裁中,简易程序与快速程序并非指同一概念,两者虽均有简化普通程序之意,但具体内涵并不完全相同。以斯德哥尔摩商会仲裁院(简称“SCC”)为例,该仲裁院颁布有《仲裁规则》和《快速仲裁规则》两套仲裁规则。其中《仲裁规则》包含普通程序和简易程序,《快速仲裁规则》则是关于快速程序的规定。具言之,SCC《仲裁规则》中关于“简易程序”的规定是指允许一方当事人申请仲裁庭以简易程序的方式对一个或多个事实或法律问题作出决定,而不必执行普通情况下仲裁案件所采取的每一项程序步骤。<sup>②</sup>这一规定渊源于国际投资争端解决中心(简称“ICSID”)2006年修订的《仲裁规则》中关于“简易驳回程序”的规定。<sup>③</sup>不同的是,ICSID的“简易驳回程序”仅允许一方当事人在仲裁程序的早期阶段对明显缺乏法律依据的仲裁请求提出质疑,而SCC的“简易程序”则允许当事人在仲裁过程的任何阶段提出这项请求,同时提出请求的范围可涉及管辖权、可采性或实体问题,其适用首先需由一方当事人提出申请说明建议的简易程序形式并证明采用这种形式是高效且适当的,在给予另一方当事人提交意见的机会后,由仲裁庭决定是否适用。不同于《仲裁规则》中关于“简易程序”的规定,SCC《快速仲裁规则》关于“快速程序”的规定是指根据案件的复杂性、争议金额以及任何其他相关情况决定适用的一种程序,由独任仲裁员进行审理。<sup>④</sup>

基于此,笔者认为,国际商事仲裁中的简易程序与快速程序至少存在三个方面的区别:第一,适用范围不同;国际商事仲裁中的简易程序适用于明显缺乏法律依据的仲裁请求,而快速程序主要适用于争议简单、标的额不大的简单民商事案件。第二,当事人的程序选择权不同;国际商事仲裁中的简易程序赋予当事人更大的程序选择权,仲裁规则并未对仲裁简易程序的形式作出规定,而是将设计简易程序的权利赋予当事人,但快速程序案件中的当事人并不能完全自主协议决定程序形式。第三,仲裁庭的组成不同;简易程序的仲裁庭既可以是独任仲裁庭也可以是三人仲裁庭,但快速程序的仲裁庭通常由独任仲裁员组成。就我国商事仲裁实践中简易程序的特点而言,其更类似于国际商事

<sup>②</sup> 参见斯德哥尔摩商会仲裁院《仲裁规则(2017年版)》第39条。

<sup>③</sup> 研究者对ICSID这一程序的称谓不完全相同,有研究者称之为“审前异议程序”,参见汪镛:《ICSID中明显缺乏法律依据的审前异议制度研究——对ICSID仲裁规则第41(5)条的剖析》,载《仲裁研究》2012年第30辑,第54页以下;张亮、董格非:《ICSID审前异议制度研究》,载《国际经济法学刊》2019年第1期,第47页以下。也有研究者称之为“简易驳回程序”,参见王伊晋:《ICSID仲裁庭简易驳回制度研究——以六则ICSID案例为视角》,载《武大国际法评论》2014年第3期,第362页以下。还有研究者称之为“加速处理程序”,参见刘金华:《ICSID仲裁庭加速处理程序研究》,西南政法大学2016年硕士学位论文。

<sup>④</sup> 参见斯德哥尔摩商会仲裁院《快速仲裁规则(2017年版)》。

仲裁中的快速程序。目前我国仲裁界虽在使用简易程序、快速程序、小额争议程序等概念时不加以区分,认为三者是同等概念,但就本质而言,我国商事仲裁中的简易程序称为快速程序或许更为适当。<sup>⑤</sup>只是考虑到简易程序的称谓已得到仲裁界甚至当事人的广泛认知与认可,且与《民事诉讼法》中简易程序的概念基本保持一致,本文沿用简易程序这一称谓与国际商事仲裁中快速程序的概念对接。

在国际商事仲裁中,除SCC外,绝大多数知名仲裁机构也都有着根据案件复杂程度、争议标的额等情形适用的快速程序。比如国际商会仲裁院(简称“ICC”)2017年修订的《仲裁规则》关于快速程序约定:对于2017年3月1日后达成的仲裁协议,若争议金额不超过200万美元,则自动适用快速程序,除非当事人决定不采用此程序;若争议金额超过200万美元,当事人亦可选择采用快速程序。<sup>⑥</sup>新加坡国际仲裁中心(以下简称“SIAC”)2016年修订的《仲裁规则》关于快速程序约定:在仲裁庭组成之前,若争议金额不超过600万新加坡币,当事人约定或遇异常紧急情况,当事人可书面申请适用快速程序。<sup>⑦</sup>香港国际仲裁中心(简称“HKIAC”)2013年修订的《仲裁规则》关于快速程序规定:在仲裁庭组成前,若争议金额不超过250万港币、当事各方同意或出现极为紧急的情况,当事人可以书面申请适用快速程序。<sup>⑧</sup>此外,英国海事仲裁员协会(以下简称“LMAA”)甚至进一步出台了两套类似的程序规则,分别为快速低费规则和小额索赔程序规则。<sup>⑨</sup>相比普通程序,国际商事仲裁中快速程序的特征主要体现在四个方面:

#### (一) 快速程序的适用以意思自治为最高原则

有研究者指出,快速程序的适用条件主要有两种模式,一种是自动适用模式,即争议金额达到特定的标准,原则上应当适用快速程序,除非当事人约定排除快速程序。另一种是协议选择模式,即要求当事人在缔结合同时或争议发生后协议适用快速程序,如果争议金额超过既定的标准,当事人也可以协议选择适用快速程序。<sup>⑩</sup>在仲裁机构管理权扩张的背景下,国际商事仲裁中快速程序的适用已更多地由协议选择模式转为自动适用模式,即只要符合快速程序的适用标准,仲裁机构默认当事人选择适用快速程序。但不论何种模式,快速程序的适用都充分尊重了当事人的意思自治。即使在自动适用模式下,当事人也可通过协议约定排除快速程序的适用。

#### (二) 一般由一名仲裁员组成仲裁庭审理案件

SCC、ICC、SIAC、HKIAC等仲裁机构均在仲裁规则中明确,适用快速程序案件一

⑤ 事实上,已经有仲裁机构在最新修订的仲裁规则中使用“快速程序”的称谓,比如深圳国际仲裁院2019年2月21日起施行的仲裁规则第九章即为“快速程序”。

⑥ 参见国际商会国际仲裁院《仲裁规则(2017年版)》第30条、附件六。

⑦ 参见新加坡国际仲裁中心《仲裁规则(2016年版)》第5条。

⑧ 参见香港国际仲裁中心《仲裁规则(2013年版)》第41条。

⑨ 邓杰:《论英国海事仲裁中的简易程序——兼论完善我国海事仲裁简易程序》,载《广西政法管理干部学院学报》2003年第4期,第104页以下;邓杰:《伦敦海事仲裁中的小额索赔程序及快速低费程序述评——兼评我国国际商事、海事仲裁中的简易程序》,载《北京仲裁》2005年第3期,第40页以下。

⑩ 桑远棵:《国际商事仲裁快速程序:问题与完善》,载《国际商务——对外经济贸易大学学报》2019年第5期,第133页。

般由一名仲裁员审理。比如 SCC《快速仲裁规则》第 17 条规定,仲裁庭应由独任仲裁员组成; ICC《仲裁规则》第 2 条规定,“尽管仲裁协议有任何相反规定,但仲裁院可任命独任仲裁员。” SIAC《仲裁规则》第 5.2 条规定,除非 SIAC 主席另行决定,此时案件应由一名仲裁员审理。HKIAC《仲裁规则》第 41.2(a) 条规定,案件应由一名仲裁员审理,除非仲裁协议约定由三名仲裁员审理。

值得注意的是,在仲裁协议约定由三名仲裁员审理案件时,以当事人意思自治为原则还是遵守仲裁规则的规定,各仲裁机构的做法并不相同。除 SCC《快速仲裁规则》对这一情况未作规定外, ICC《仲裁规则》第 30 条和 SIAC《仲裁规则》第 5.3 条均规定,仲裁规则的规定优先于当事人仲裁协议的任何相反条款,而 HKIAC《仲裁规则》第 41.2(b) 条则规定,“如果仲裁协议约定由三名仲裁员审理案件,仲裁庭应询问当事人是否同意由一名独任仲裁员进行审理。如果当事人不同意,则案件应由三名仲裁员进行审理”。面临这一问题的不同做法反映了当前国际商事仲裁中机构管理权与意思自治之间的冲突,若以当事人意思自治为原则,仲裁规则的规定显然不应排除仲裁协议约定的效力;若尊重仲裁机构的程序管理权,当事人在仲裁协议中作出的相反约定当不具有适用的效力。事实上,即使在司法实践中,各国法院对这一问题的看法也不尽相同。在 AQZ v ARA 案中新加坡高等法院认为,在仲裁条款中笼统约定仲裁庭由三名仲裁员组成,并不足以排除独任仲裁员的默认适用。而在来宝公司 v 信泰公司案中上海市第一中级人民法院则认为,<sup>①</sup> 在仲裁条款约定仲裁庭由三名仲裁员组成,且信泰公司明确反对独任仲裁的情况下, SIAC 仍然依据仲裁规则决定采取独任仲裁员的组成方式,违反了案涉仲裁条款的约定,裁定不予承认和执行。<sup>②</sup> 有趣的是,两国法院在论证逻辑上均是从保障当事人意思自治的角度出发,只是新加坡高等法院在 AQZ v ARA 案中更多地认定当事人选择特定仲裁规则的意思表示优先于与规则本身相冲突的其他约定,故而得出了截然不同的结论。

### (三) 仲裁审理程序得到了大幅简化

为提高效率,缩短审理期限,各仲裁机构关于快速程序的规定都在一定程度上简化了审理程序。比如 SCC《快速仲裁规则》明确,仲裁裁决不必附带理由。<sup>③</sup> ICC《仲裁规则》关于仲裁审理程序的简化主要体现在三个方面:首先,拟定审理范围书的期限从两

<sup>①</sup> 值得说明的是,根据《最高人民法院关于人民法院处理与涉外仲裁及外国仲裁事项有关问题的通知》,人民法院在裁定拒绝承认和执行外国仲裁裁决之前,必须报请本辖区所属高级人民法院进行审查;如果高级人民法院同意不予执行或者拒绝承认和执行,应将其审查意见报最高人民法院。待最高人民法院答复后,方可裁定不予执行或者拒绝承认和执行。因此,虽然作出前述裁定的主体是上海一中院,却实已获得了上海市高级人民法院以及我国最高人民法院的支持答复,该裁定可看作是我国司法机关作出的权威性裁定。

<sup>②</sup> 胡宪:《机构规则的谦抑主义——也谈上海一中院拒绝承认执行 SIAC 裁决案》,载 [https://www.sohu.com/a/166806968\\_708255](https://www.sohu.com/a/166806968_708255),最后访问时间:2020年3月6日。

<sup>③</sup> 参见斯德哥尔摩商会仲裁院《快速仲裁规则(2017年版)》第 42 条。

个月缩短为一个月,且不强制要求拟定审理范围书;<sup>⑭</sup>其次,仲裁庭可决定不遵守某些程序措施的要求,包括文档编制、书面提交材料和书面证人证言的数量、长度和范围等;最后,仲裁庭可决定不开庭审理且不询问证人或专家等。<sup>⑮</sup>此外,SIAC和HKIAC的《仲裁规则》也明确,原则上仲裁庭应书面审理,是否仅书面审理由仲裁庭决定。<sup>⑯</sup>

概括而言,这些简化审理程序的措施主要包括:第一,原则上使用书面审理的方式,即使使用开庭审理的方式也对开庭的时间和次数有所限制;第二,限制所提交材料内容的长度;第三,限制举证和抗辩的时间;第四,简化仲裁裁决的制作,特别是对仲裁裁决的说理,可以不附带。然而,对审理程序的简化将不可避免地将对当事人程序权利的保障之间产生冲突。若为追求效率过度简化审理程序,可能导致违反法定仲裁程序的问题,面临仲裁裁决被撤销的风险;若不尽可能简化审理程序,又将导致快速程序不快、费用不低。如何协调对审理程序简化与对当事人程序权利保障之间的冲突一直是国际商事仲裁中各仲裁机构努力的方向,而此两者之间的冲突事实上又代表着仲裁效率与公正两大价值取向之间的冲突。

#### (四) 仲裁裁决必须在更短期限内作出

为确保快速程序中仲裁的效率能够得到提高,各仲裁机构均对仲裁裁决作出的期限作出明确规定,且这一期限远低于普通程序规定的期限。比如SCC《快速仲裁规则》规定,仲裁裁决必须在案件提交仲裁后3个月内作出,普通程序中仲裁庭于案件移交仲裁庭之日起6个月内作出最终裁决即可;SIAC《仲裁规则》规定,仲裁庭应在其组成之日起的6个月内作出最终裁决,普通程序则无规定;HKIAC《仲裁规则》规定,仲裁裁决应在仲裁中心将案件移交仲裁庭之日起6个月内作出,普通程序无规定。

除上述四个方面的特征外,国际商事仲裁中快速程序在仲裁费用的收取方面也往往适用更低的标准,以真正实现快速低费的目标。比如SCC《快速仲裁规则》就在第49条和附件三中为快速程序制定了更低的标准。

## 二、我国民商事仲裁简易程序的实践现状

我国《仲裁法》虽并未对仲裁简易程序作出规定,但早在20世纪90年代我国两大常设涉外仲裁机构中国国际经济贸易仲裁委员会(简称“贸仲”)和中国海事仲裁委员会(简称“海仲”)就已在仲裁规则中设立了简易程序。《仲裁法》颁布实施后,各地依法重新组建的国内仲裁机构也都先后在仲裁规则中设专章规定简易程序。基于此,笔者以贸仲、海仲以及北京、广州、武汉、上海、成都、西安、重庆仲裁委员会等比较有代表性的

<sup>⑭</sup> 审理范围书是国际商会仲裁制度中一个非常显著的特征,除国际商会国际仲裁院外,世界上任何一个著名的国际商事仲裁机构均未采用过这种文书。关于审理范围书的相关研究,参见杜丽君:《国际商会国际仲裁院研究》,华东政法大学2016年博士学位论文,第59页以下。

<sup>⑮</sup> 参见国际商会国际仲裁院《快速仲裁规则(2017年版)》第23条、第24条、第30条、附件六。

<sup>⑯</sup> 参见新加坡国际仲裁中心《仲裁规则(2016年版)》第5条、香港国际仲裁中心《仲裁规则(2013年版)》第41条。

仲裁机构为样本,初步考察了我国商事仲裁简易程序的实践现状。根据笔者的考察,各仲裁机构的仲裁规则主要从以下五个方面对简易程序作出规定。

### (一) 简易程序的适用条件

简易程序的适用条件是仲裁简易程序得以适用的基础,各仲裁机构在仲裁规则中均将关于简易程序适用的规定置于简易程序一章的首条。在具体规定方面,各仲裁机构已经改变了过去完全依据争议金额判断是否适用简易程序的做法,而是充分尊重当事人意思自治。首先,当事人之间有约定的从其约定;如果当事人明确约定适用简易程序,那么即使争议金额高于一定标准也应当适用简易程序。换言之,如果当事人明确约定适用普通程序,那么即使争议金额低于一定标准也应当适用普通程序。其次,当事人之间没有约定的以争议金额为标准,低于一定金额的直接适用简易程序。比如贸仲、北京仲裁委员会以 500 万元为标准,深圳国际仲裁院以 300 万元为标准,海仲、重庆仲裁委员会以 200 万元为标准,武汉、上海、南京仲裁委员会以 100 万元为标准,广州、成都仲裁委员会以 50 万元为标准,西安仲裁委员会以 10 万元为标准等。第三,对于当事人之间没有约定也没有争议金额或者争议金额不明确的,由各仲裁机构根据案件的复杂程度、涉及利益的大小和其他有关因素决定是否适用简易程序。就这一规定看,我国商事仲裁简易程序在适用条件方面采取了协议选择优先,辅之以自动适用的模式,符合国际商事仲裁中快速程序适用的趋势,以当事人意思自治为最高原则,在当事人没有约定的领域赋予仲裁机构一定的程序管理权。

### (二) 简易程序仲裁庭的组成

关于简易程序仲裁庭的组成,各仲裁机构均在仲裁规则中明确适用简易程序的案件由独任仲裁庭审理,独任仲裁庭由一名仲裁员组成。但在仲裁规则的规定与仲裁协议约定冲突时如何处理,绝大多数仲裁机构的仲裁规则并未作出规定。笔者所见仅《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第 58 条和《中国海事仲裁委员会仲裁规则》第 63 条规定,当事人关于三人仲裁庭的约定具有优先性。<sup>①</sup>在独任仲裁员的选任上,各仲裁机构的规定亦基本相同。首先,由各方当事人在接到仲裁通知后一定期限内共同选定或共同委托主任指定。其次,若各方当事人逾期未能共同选定或共同委托主任指定,则由仲裁委员会主任指定。各仲裁机构只是在赋予当事人共同选定或共同委托主任指定的期限上有所不同,比如贸仲、海仲、深圳国际仲裁院为十五日,北京、南京、广州、成都仲裁委员会为十日,武汉仲裁委员会为七日,西安仲裁委员会为三日等。

### (三) 简易程序的审理方式

简易程序如何在普通程序的基础上实现简化,目前我国各商事仲裁机构的仲裁规则普遍缺乏规定。相比国际商事仲裁中快速程序的多元简化措施,我国商事仲裁简

<sup>①</sup> 参见《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则(2015年版)》第58条、《中国海事仲裁委员会仲裁规则》第63条。此外,2015年北京仲裁委员会发布的《新仲裁规则释义》中也曾释明,快速程序由独任仲裁员审理仅仅是一般性规定,出于对当事人意思自治的尊重,当事人约定三名仲裁员也是可行的。

易程序的简化主要体现在审理方式方面。比如绝大多数仲裁机构在仲裁规则中都明确仲裁简易程序既可以开庭审理也可以书面审理,且赋予仲裁庭决定审理方式的权利。这一规定固然体现了简易程序意图简化普通程序的目的,但在具体措施方面却显得非常单一。《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第19条第1款规定,“当事各方可以自由地就仲裁庭进行仲裁所应遵循的程序达成协议”,但即使在简易程序中,我国各仲裁机构也未能赋予仲裁庭在简易程序过程中灵活处理的权利,也没有赋予当事人经协议可以对仲裁程序各个环节予以灵活变通的权利。这主要是由于我国各仲裁机构担心过度简化程序存在裁决被撤销的风险,故对简化仲裁程序保持比较审慎的态度。然而,若不在仲裁规则中对简易程序的简化措施作出适当规定,必然导致仲裁庭在仲裁过程中不敢擅自简化程序,简易程序的功能也就难以发挥。

#### (四) 简易程序的审理期限

为保证简易程序的高效与快速,我国各仲裁机构的仲裁规则均对简易程序的审理期限作出明确规定,且与普通程序的审理期限相比明显缩短。具体而言,主要体现在三个方面:第一,关于开庭通知期限;适用简易程序的案件既可以书面审理也可以开庭审理,对于开庭审理的简易程序案件各仲裁机构大多规定在开庭前三日、七日或十五日内通知当事人即可,相较于普通程序的五日、十日甚至二十日的期限明显缩短。第二,关于答辩和反请求期限;适用简易程序案件的答辩和反请求期限,各仲裁机构多规定为收到答辩或仲裁通知之日起十日内,相较于普通程序十五日的期限也明显缩短。第三,关于作出裁决期限;适用简易程序的案件在作出裁决期限上均明显短于普通程序案件,比如武汉、广州、上海、南京等地仲裁委员会简易程序作出裁决的期限为组庭后两个月内,普通程序作出裁决的期限则为组庭后四个月内;贸仲和海仲作出裁决的期限为组庭后三个月内,普通程序作出裁决的期限则为组庭后六个月内。

#### (五) 简易程序与普通程序的转换

简易程序与普通程序的转换是规范仲裁简易程序并保障当事人意思自治的重要措施。从我国各仲裁机构的仲裁规则看,因仲裁请求的变更或者反请求的提出、变更导致案件争议金额超过简易程序适用标准并不必然导致简易程序变更为普通程序。仲裁简易程序变更为普通程序主要基于以下两种情况:第一,各方当事人共同申请或者一方当事人申请、其他当事人同意。第二,仲裁庭认为确有必要而提出申请。<sup>⑮</sup>至于是否批准简易程序变更为普通程序的申请,由各仲裁委员会主任决定。同时,各仲裁机构的仲裁规则也多对仲裁程序由简易程序变更为普通程序的后果作出了规定,比如增加的仲裁费用由当事人协商预交,仲裁庭重新组成,已经进行的仲裁程序重新进行等。

通过以上考察可以发现,各仲裁机构的仲裁规则关于简易程序已经形成了相对完备的制度体系,在简易程序的适用条件、仲裁庭的组成、审理方式、审理期限以及与普通

<sup>⑮</sup> 值得说明的是,在我国仲裁实践中,仅有部分仲裁机构规定了仲裁庭认为确有必要时可以提出申请由简易程序变更为普通程序。

程序的转换等方面都有着比较完善的规定。与此同时,仲裁简易程序在实践中也得以广泛适用。统计数据显示,绝大多数仲裁机构适用简易程序审结的案件已经占到案件总量的50%以上。以中国国际经济贸易仲裁委员会为例,由于2015年版仲裁规则将适用简易程序的争议金额提高至人民币500万元,适用简易程序审结的案件甚至一度占总量的67%。<sup>①</sup>上述成就的取得固然可喜,但我们也应当看到我国仲裁简易程序的实践中依然存在一些问题,甚至在简易程序这一概念的使用上还存在含混的局面。

### 三、我国商事仲裁简易程序实践中存在的问题

自20世纪90年代我国两大常设涉外仲裁机构在仲裁规则中设立简易程序至今已有二十余年,简易程序在提高仲裁效率,促进纠纷解决,推动仲裁事业发展等方面均发挥了重要作用,但在实践过程中也暴露出一些问题,这些问题或是中国实践所特有或是国际商事仲裁快速程序实践存在的共性问题。

#### (一)《仲裁法》中缺乏关于简易程序的规定

1994年颁布并于1995年正式施行的《仲裁法》虽规定仲裁可以由一名仲裁员组成仲裁庭,也可以经当事人协议书面审理,但却未对简易程序作出系统规定。比如未规定简易程序的适用条件、未规定简易程序的审理期限也未规定简易程序与普通程序的转换等问题。各仲裁机构的仲裁规则虽然对简易程序作出了比较系统的规定,但就性质而言,仲裁规则并不是严格意义上的法律,它仅对具体的仲裁活动具有拘束力。<sup>②</sup>诚如有研究者所称,一部好的仲裁法应暗含两套程序,具有高度的灵活性。<sup>③</sup>一套为仲裁的普通程序,旨在勾勒出仲裁程序的框架,保证仲裁的顺利进行。另一套为仲裁的简易程序,旨在充分尊重当事人意思自治,赋予当事人程序选择的自由,保证仲裁的效率。因此,作为我国唯一一部系统规定仲裁的法律,《仲裁法》应在普通程序外对简易程序作出规定。

#### (二)简易程序概念的使用存在含混的局面

我国各仲裁机构的仲裁规则虽大都设专章对简易程序作出规定,但在表述这一程序时并非统一使用简易程序一词。前文已经述及,我国仲裁实践中的简易程序在本质上更类似于国际商事仲裁中的快速程序或小额争议程序。因此,部分仲裁机构在仲裁规则中常使用快速程序或小额争议程序来表达这一概念。比如深圳国际仲裁院2019年2月21日起施行的仲裁规则第九章即采用“快速程序”的称谓。此外,部分仲裁机构的仲裁规则还存在根据争议金额大小区分简易程序、快速程序和小额争议程序的做法。比如贸仲2009年修订的《网上仲裁规则》首次在简易程序外专辟一章规定“快速程序”,其

<sup>①</sup> 傅成伟:《2015年贸仲委受案量及争议金额再创历史新高》,载 [http://www.ccpit.org/Contents/Channel\\_3528/2016/0205/578670/content\\_578670.htm](http://www.ccpit.org/Contents/Channel_3528/2016/0205/578670/content_578670.htm),最后访问日期:2020年3月2日。

<sup>②</sup> 刘健勤:《仲裁规则的法律界定》,载《商事仲裁》2006年第1辑,第8页。

<sup>③</sup> 宋连斌:《理念走向规则——仲裁法修订应注意的几个问题》,载《北京仲裁》2004年第2期,第4页。

中简易程序适用于争议金额在10万元以上100万元以下的案件,而快速程序适用于争议金额10万元以下的案件。上海国际经济贸易仲裁委员会2014年修订的《中国(上海)自由贸易试验区仲裁规则》则在简易程序之外专辟一章规定“小额争议程序”,简易程序与小额争议程序区分的标准依然是争议金额的大小。这些不同概念的使用给当事人理解和适用增加了难度,有必要通过《仲裁法》修改或全国仲裁规则示范文本的制定明晰不同程序的内涵与概念。

### (三) 对当事人程序选择权的保障有待加强

所谓程序选择权是指当事人有权根据意思自治的原则在仲裁程序开始前选择适用普通程序或简易程序,在仲裁程序过程中有权选择是否变更程序以及如何变更程序的权利。我国仲裁实践虽已经赋予当事人在仲裁程序开始前选择适用普通程序或简易程序以及在仲裁程序过程中变更程序的权利,但对于当事人能否经协议对简易程序各个环节灵活约定却并未明确,当事人的程序选择权未能得到充分保障。

### (四) 简易程序不简化,功能难以真正发挥

相比普通程序,我国商事仲裁简易程序并未能在根本上简化或优化立案、庭审、审理、裁决、送达等具体程序,导致简易程序的制度功能难以真正发挥。这主要是基于以下两个方面的原因:第一,我国《仲裁法》并未对简易程序作出规定,这使得各仲裁机构在简易程序的探索和实践中都保持着十分审慎的态度。各仲裁机构的仲裁规则没有明确赋予仲裁庭在仲裁简易程序过程中灵活处理的权利,也没有赋予当事人经协议可以对仲裁程序各个环节灵活约定的权利,导致仲裁庭没有法律依据对仲裁程序真正简化,限制了简易程序功能的发挥。第二,我国《仲裁法》第五十八条规定,仲裁程序违反法定程序是撤销仲裁裁决的事由之一。这使得许多仲裁机构和仲裁员只能谨慎处理仲裁程序,以避免因“违反法定仲裁程序”而被撤销仲裁裁决。

## 四、完善我国商事仲裁简易程序的若干建议

从法理层面看,仲裁简易程序的构建有着深厚的法理基础,它一方面与仲裁便捷、高效的特征相适应,符合仲裁程序去诉讼化的要求。另一方面也是尊重当事人意思自治,保障当事人程序选择权的体现。从更深层次的角度考虑,它亦符合费用相当性的原理,对不同类型的案件适用不同的程序,以低廉的费用快速解决当事人的小额争议纠纷。从实践层面看,国际商事仲裁中的快速程序以及我国民事诉讼中的简易程序和小额诉讼程序都能为我国商事仲裁简易程序的完善提供可资借鉴的经验。在《仲裁法》修改的背景下,完善我国商事仲裁简易程序无论在法理层面还是实践层面都不存在障碍,有着现实的可行性。笔者认为,完善我国商事仲裁简易程序,首先要在立法层面由《仲裁法》对简易程序作出规定;其次要在理念层面协调好仲裁机构管理权与意思自治之间,仲裁程序简化与当事人程序权利保障之间的冲突;最后要在制度层面,以保障当事人程序选择权为出发点,完善仲裁简易程序的制度设计。

### （一）立法层面：由《仲裁法》对简易程序作出原则性规定

前文已经述及,《仲裁法》修改理应对仲裁简易程序作出规定,但该如何规定颇值得思考。笔者认为,这种规定不宜过于细化,无需对简易程序每一个环节期限作出规定,甚至也无需对简易程序的各环节作出规定,而应以尊重当事人意思自治为宗旨,从保障当事人程序选择权的视角出发对简易程序作出原则性规定即可,具体制度设计与完善可通过制定全国仲裁规则示范本来实现。就仲裁规则的制定模式而言,国际实践中也存在两种不同的做法:一种做法是单列式,即为简易程序单独制定一套专门的仲裁规则;比如世界知识产权组织(简称“WIPO”)制定的《加速仲裁规则》,SCC制定的《快速仲裁规则》,LMAA制定的《小额索赔程序规则》《快速与低费规则》等。另一种做法是附属式,即将简易程序设专章规定于仲裁规则之中;目前多数仲裁机构采取这种模式,我国各仲裁机构的实践也均采取了此种做法。<sup>②</sup>结合我国商事仲裁简易程序的实践看,我们认为我国简易程序仲裁规则采附属式较为合适,一方面与我国商事仲裁简易程序的实践现状相符;另一方面附属式模式也避免了当事人要同时了解和学习两份仲裁规则,更具有可操作性。

### （二）理念层面：协调好简易程序涉及的两对冲突关系

仲裁简易程序的构建将不可避免地涉及两对相互冲突的关系,一是仲裁机构管理权与当事人意思自治之间的冲突,二是仲裁程序简化与当事人程序权利保障之间的冲突。在理念层面,协调好这两对相互冲突的关系是完善我国商事仲裁简易程序的关键。

首先,就仲裁机构管理权与当事人意思自治之间的冲突而言;随着仲裁机构管理权的扩张,国际商事仲裁中仲裁机构管理权与当事人意思自治之间的冲突已成为国际商事仲裁领域亟待协调的一大课题。在简易程序中,仲裁机构希望更加高效地管理仲裁程序,当事人希望灵活约定仲裁程序,因此仲裁机构管理权与当事人意思自治之间的冲突更不可避免。它可能表现在仲裁程序的各阶段,比如在仲裁庭组成阶段,若当事人协议约定简易程序仲裁庭由三人组成,此时应遵守仲裁规则规定还是当事人协议约定?在仲裁程序审理阶段,当事人能否协议对简易程序各个环节灵活约定?若当事人协议约定的仲裁程序与仲裁规则的规定不符时当如何处理?要回答这些问题,我们必须在理念层面协调好仲裁机构管理权与当事人意思自治之间的关系。笔者认为仲裁机构管理权扩张应尊重当事人意思自治,换言之,当事人意思自治应构成仲裁机构管理权扩张的边界。<sup>③</sup>凡当事人有明确约定的应以当事人约定为最高原则,当事人没有明确约定的则可尊重仲裁机构的管理权。

其次,就仲裁程序简化与当事人程序权利保障之间的冲突而言;仲裁程序的简化是简易程序设立的根本目标,也是简易程序的价值之所在,但仲裁程序的简化也将不可避

<sup>②</sup> 张卫彬:《快车道仲裁规则的比较及借鉴》,载《政法论丛》2010年第6期,第106页。

<sup>③</sup> 刘晓红、冯硕:《论国际商事仲裁中机构管理权与意思自治的冲突与协调——以快速仲裁程序中强制条款的适用为视角》,载《上海政法学院学报》2018年第5期,第13页。

免地与当事人程序权利保障之间产生冲突。从更深层次考虑,这一冲突事实上代表着仲裁效率与公正的价值取向之间的冲突。效率与公正一直作为仲裁的两大价值取向,在追求效率的同时也要注重对程序公正的保障,确保当事人有最低限度的正当程序标准,给予各方当事人合理的机会陈述案件并发表意见。因此,我们认为对仲裁程序的简化并非是任意的,其仍然要以保障程序公正为基本原则,尊重当事人的程序权利,通过完善的规则设计与灵活的实践操作避免可能的冲突。

### (三) 制度层面:以保障当事人程序选择权为出发点完善仲裁简易程序的制度设计

仲裁是当事人自愿选择的结果,因此与诉讼相比更加强调当事人意思自治,也更加注重对当事人程序选择权的保护。因此,完善仲裁简易程序的制度设计应以保障当事人的程序选择权为出发点,丰富当事人程序选择权的权利内涵。具言之,当事人程序选择权的内涵应包含三个层次的内容:第一,选择适用简易程序或普通程序的权利。无论案件的复杂程度、标的额大小如何,当事人都有权选择适用普通程序或简易程序。第二,变更仲裁程序的权利。若当事人已经选择适用简易程序,在变更仲裁请求或提出反请求导致标的额发生变化的情况下,当事人有权选择是否变更仲裁程序。第三,变更简易程序某些具体环节的权利。在不违背《仲裁法》和一些基本规则的前提下,应当允许当事人根据意思自治原则和实际情况,对简易程序某些具体环节作出约定,比如选择书面审理或开庭审理,决定是否延期审理、约定举证期限等。当然,保障当事人的程序选择权并不意味着对当事人的程序选择权毫无限制,在当事人之间不能就某项程序达成一致意见时,应通过仲裁庭的仲裁权对当事人的程序选择权予以限制,保障仲裁程序的高效顺利进行。实践中,当事人对仲裁庭和仲裁程序的要求多种多样,有些甚至不具有任何可操作性,此时也可通过仲裁庭的仲裁权对当事人的程序选择权适当予以限制。

以保障当事人的程序选择权为出发点,仲裁规则本不必对一些可以简化的具体环节作出规定,而只需借鉴《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第19条第1款规定,“当事各方可以自由地就仲裁庭进行仲裁所应遵循的程序达成协议”。然而,这一规定虽有助于保障当事人的程序选择权,但结合我国的实践情况看,可操作性较低,反而不利于简易程序的完善。因此,笔者认为,在具体制度设计过程中可尝试在全国仲裁规则示范文本中对某些可简化环节作出明确规定,但同时规定若当事人有相反约定,则当事人的约定具有优先性。如此既可充分保障当事人的程序选择权,又能切实发挥简易程序的制度优势。比如可借鉴国际商事仲裁快速程序的经验,对当事人提交书面材料和证据的次数及篇幅、决定开庭审理时开庭的次数和每次开庭所需花费的时间、仲裁裁决可不附裁决理由等问题作出限制或规定。<sup>②</sup>

<sup>②</sup> 邓杰:《商事仲裁改革国际潮流下的加速仲裁程序》,载《上海师范大学学报(哲学社会科学版)》2018年第6期,第94页。

## 五、结语

我国的民商事仲裁简易程序是适应商事仲裁改革国际潮流的产物,以其简便、高效、低费的特点,在推动我国仲裁事业发展方面发挥了重要作用。然而,诚如有研究者所言,除非简易程序能够由理性的当事人和仲裁庭进行合理规划,否则在时间和费用花费上与普通程序没有多大区别。<sup>⑤</sup>我们不可能希望所有的当事人都是理性当事人,而且即使是理性的当事人也可能为自身利益目的不配合仲裁程序。因此,细化并完善仲裁简易程序的制度设计,推动快速低费仲裁就显得尤为重要。在具体操作层面,完善我国仲裁简易程序既要借鉴国际商事仲裁快速程序的经验也要推动解决国际商事仲裁快速程序中存在的共性问题;既要借鉴民事诉讼简易程序、小额诉讼程序的经验,也要避免落入民事诉讼简易程序、小额诉讼程序的窠臼,体现出仲裁不同于诉讼的特点。

---

**Abstract:** Since the beginning of the 21st century, the international commercial arbitration field has carried out the reform of arbitration procedure aimed at quickly disputing resolution with low cost, the rapid procedure, the accelerated procedure, the small dispute procedure and so on emerge in practice. Although the above procedures are not stipulated in the arbitration law of our country, there is similar summary procedure in the arbitration practice. However, due to the lack of relevant laws and regulations, there are various problems in the practice of summary procedure in China. To perfect our civil and commercial arbitration summary procedure can be based on the experience of the rapid procedure in international commercial arbitration. First at the legislative level, summary procedure shall be broadly prescribed in the arbitration law. Second at concept level, we should balance the value conflicts between the arbitration institution administration and party autonomy, the arbitration procedures simplified and party procedural rights. Finally at the system level, regarding the parties' procedural options as a starting point, we should complete the system design of summary procedure of arbitration.

**Keywords:** civil and commercial arbitration; summary procedure; rapid procedure; procedural option

---

(责任编辑:李兵)

---

<sup>⑤</sup> 同前注<sup>③</sup>,张卫彬文,第107页。

# 新加坡商事调解制度的发展及其启示

黄一文 王婕\*

---

**内容提要** 近年来,调解作为争议解决的一种重要方式得到了越来越多的关注。随着《新加坡调解公约》的签署以及各个国家的陆续批准,和解协议的跨境执行这一障碍也将渐渐得以解决。新加坡被认为是亚太乃至国际领先的争议解决中心,其商事调解制度自20世纪90年代开始发展,将东方调解的传统以及西方现代的调解制度进行了融合,并在立法、司法、机构建设等方面形成了其特有的调解制度。新加坡作为具有丰富民间调解历史的东方国家,在发展的过程中也面临过许多问题和挑战,其调解的发展能对中国现阶段的调解发展给予一定的启示。本文希望从商事调解立法、商事调解机构建设以及调解专业人士群体发展三个角度,具体分析中国可以从新加坡商事调解制度与实践获得的启示。

**关键词** 国际商事调解 新加坡调解公约 商事调解立法 新加坡国际调解中心

---

## 一、引言：中国签署《新加坡调解公约》

2018年12月20日,第73届联合国大会审议通过了《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(简称《公约》或《新加坡调解公约》)。《公约》旨在针对通过调解达成的和解协议建立一个统一有效的跨境执行机制,从而促进国际商事调解活动的发展和应用。《公约》的起草工作由联合国国际贸易法委员会(United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL)(简称贸法会)牵头负责,包括中国在内的85个贸法会成员国以及35个非政府组织参与了公约的起草与协商。2019年8月7日,《公约》的签署仪式于在新加坡举行,包括中国、美国、印度等46个国家和地区作为首批签约方正式签署。目前,签约方总数已经达到了52个国家和地区,其中“一带一路”沿线国家占比约70%。<sup>①</sup>截止2020年9月12日,已有新加坡、斐济、卡塔尔、沙特阿拉伯、白俄罗斯、厄瓜多尔等6个国家正式批准加入了《公约》。根据《公约》的要求,《公约》已于

---

\* 黄一文,新加坡国际调解中心(国际合作)主管,香港城市大学仲裁与争议解决法律硕士;王婕,新加坡国际调解中心特约撰稿人,方达律师事务所资深律师。本文不代表新加坡国际调解中心以及方达律师事务所的观点。

① See Status: United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, [https://uncitral.un.org/zh/texts/mediation/conventions/international\\_settlement\\_agreements/status](https://uncitral.un.org/zh/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status)(last visited: March 9, 2020).

2020年9月12日正式生效。<sup>②</sup>

根据《公约》规定,各缔约国应针对调解程序中达成的和解协议建立跨境执行机制。相关和解协议应当是书面的,并符合一定条件。和解协议应具有“国际性”,比如,当事人在不同国家设有营业地,或者各当事人设立营业地的国家均有别于和解协议的主要履行地或最密切联系地。<sup>③</sup>《公约》仅适用于商事纠纷,并将消费者、婚姻、继承、劳动争议等纠纷或其他带有人身属性的纠纷明确排除在适用范围之外。<sup>④</sup>各缔约国法院应当执行符合条件的和解协议,不仅包括提供金钱救济,也包括提供非金钱救济。各缔约国法院仅能基于《公约》明确规定的特定理由拒绝提供救济,比如,违反法院地公共政策,或者依照法院地法,争议所涉事项无法以调解方式解决等等。<sup>⑤</sup>值得注意的是,《公约》明确排除了可以作为法院判决或者仲裁裁决执行的和解协议<sup>⑥</sup>,也就是说,如果在诉讼或仲裁程序中进行调解,和解协议已经以判决或仲裁裁决的形式被确认,就不能适用《公约》,而应当被视为外国判决或外国仲裁裁决进行跨境执行。

在《公约》生效且中国正式加入后,中国法院也将有义务按照《公约》机制及未来可能制定的国内程序执行外国调解程序中达成的和解协议。尽管中国政府积极参与了《公约》的缔约过程,但是对于“如何实现公约机制与中国现行制度接轨”尚无定论。这主要是由于,中国目前尚未建立先进完善的商事调解法律制度,涉外商事实践仍处于萌芽阶段。《公约》在中国落地接轨过程将带来机遇与挑战,对于加快国际商事调解立法、完善国际商事调解实践的具有重大意义。

在此背景下,本文希望通过介绍国际商事调解的原则与理念,研究新加坡商事调解制度的发展历史及现状,梳理中国当前商事调解探索过程中出现的问题,主要从立法建设、机构发展、专业人员三个角度总结中国在发展国际商事调解过程中可以向新加坡学习借鉴的经验。

## 二、国际商事调解概述

### 1. 国际商事调解近年来的流行

“调解”作为一种解决纠纷机制在中国源远流长。但是中国当前的调解制度与实践与现代意义的“国际商事调解”相去甚远。顾名思义,“国际商事调解”是指在发生跨境商事活动纠纷后,各方当事人共同选择中立第三方作为调解员,由调解员通过说服、劝导等方式,从而在当事人自愿的基础上达成和解的争议解决方式。不同于法官或者仲裁员,调解员的作用不是做出判决或决定,而是协助当事人自愿达成和解,最终达成一项具

<sup>②</sup> 《公约》第14条第一款:本公约应于第三份批准书、接受书、核准书或者加入书交存后六个月生效。

<sup>③</sup> 参见《公约》第1条。

<sup>④</sup> 参见《公约》第2条。

<sup>⑤</sup> 参见《公约》第5条。

<sup>⑥</sup> 参见《公约》第3条。

有法律效力的和解协议。国际商事调解通常与国际商事诉讼、国际商事仲裁一并讨论,构成目前国际商事纠纷解决的三大主流方式。

在过去几十年,最受欢迎的跨境商事纠纷解决方式实际上是国际商事仲裁,几乎90%的国际商事合同均包含仲裁条款。<sup>⑦</sup>国际商事仲裁得以迅速发展的重要原因在于其跨境执行便利性。自1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》(The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards,简称《纽约公约》)正式开放签署以来,成员国目前已经超过160个国家和地区。因此,当事人通常选择国际商事仲裁作为解决跨境商事争议的争议解决方式,以确保未来发生争议时救济可获得跨境执行。

然而,近年来国际商事仲裁开始因成本过高、周期过长、程序复杂等问题遭到质疑。当事人和律师开始逐渐探索国际商事调解作为替代性争议解决方式的可能性。比如,根据康奈尔大学“财富1000强公司法务调查(1997年)”及“财富1000强公司法务调查(2011年)”显示,1994至1997年期间,世界财富1000强公司中有87%的公司曾使用过调解来解决争议,40%的公司曾尝试过使用“调解与仲裁相结合”方式解决争议;在2008至2011年期间,使用过调解来解决争议的公司数量占世界财富一千强公司的比例为98%,跃升了11个百分点,使用过“调解与仲裁相结合”方式的比例提升到51%,同样增长了11个百分点;与之相比,使用仲裁来解决争议的比例仅同比增长了3个百分点。<sup>⑧</sup>再如,国际律所事务所Herbert Smith也曾对全球排名靠前的21家大型跨国企业(包括摩根斯坦利,英国石油,壳牌集团,沃特丰集团,通用集团等)进行的访谈,调研显示19家企业表示在出现争议纠纷的时候会选择使用调解,其中7家选择在任何争议出现时都首先利用调解进行处理,6家选择在争议标的较大并会影响企业形象的案件中使用调解,6家选择在争议需要进行诉讼或仲裁的时候,在庭前使用调解。<sup>⑨</sup>一些跨国企业(比如,通用电气、西门子)也逐渐开始从公司治理层面探索并公开推行国际商事调解等替代性纠纷解决手段。<sup>⑩</sup>

## 2. 国际商事调解的特点与优势

相比诉讼、仲裁,国际商事调解在处理跨境商事纠纷方面具有独特的吸引力和优势:

### (1) 成本低、周期短

国际商事调解最大的优势在于费用成本低、时间周期短。不同于诉讼、仲裁等强对抗性的争议解决机制,调解的首要目标既不是查清事实真相、也不是分配法律责任,更不是击败对方当事人,其最核心的目的是帮助当事人达成和解意向。因此,调解程序通常不需要耗时持久的取证、调查环节,比如,文件披露、专家证人出庭等。国际商事调解

⑦ Otto Sandrock, *The Choice Between Forum Selection, Mediation and Arbitration Clauses: European Perspectives*, 20 AM. REV. INT' L L. 7, 37(2009).

⑧ Harvard Negotiation Law Review: "Living with ADR: Evolving Perceptions and Use of Mediation, Arbitration and Conflict Management in Fortune 1000 Corporations". (Stipanowich & Lamare, 2013)

⑨ Herbert Smith, *The Inside Track—How Blue-chips are using ADR*, November 2007.

⑩ Walter G. Gans & David Stryker, *ADR: The Siemens' Experience*, 51 DISP. RESOL. J. 40, 41 (1996) Michael A. Wheeler & Gillian Morris, *GE's Early Dispute Resolution Initiative (A)*, Harvard Business School 2, 4 (2001).

通常也只需要指定一名调解员,相比于通常需要三名仲裁员的复杂国际商事仲裁案件,调解所需要的调解员费用、案件协调管理成本都低的多。

根据一项 2010 年的统计,针对争议金额 2500 万美元的纠纷,如果通过国际商会仲裁院 (ICC) 在伦敦组成三人仲裁庭审理,总费用大约为 2,836,000 美元,仲裁程序时间需要 18-24 月,开庭时间通常为 1 周左右。同样一项纠纷如果由一名调解员在伦敦组织调解,费用仅需 120,000 美元 (涵盖调解员、机构和律师费用),整个调解程序仅需要 2-3 个月,开庭时间通常为 1-2 天。在这个例子中,国际商事调解的费用仅为国际商事仲裁程序的 5% 左右,而所需时间只有 10%-15%。<sup>⑪</sup> 根据新加坡国际调解中心公布的数据,其从收到当事人的调解申请到进行调解程序所需的时间最快仅需 3 个工作日。相比诉讼和仲裁整个程序需要动辄数月甚至数年,国际商事调解时间上的优势非常明显,而更短的时间直接意味着更少的法律费用。

### (2) 利于维持合作关系

国际商事调解能够帮助当事人维护现有和未来的合作关系。调查显示,这也是当事人继费用和时间之后选择调解的第三大关键考量因素。<sup>⑫</sup> 在某些特定类型的争议中 (如国际工程项目、合资企业纠纷等),由于各方有继续合作的需要,因此虽然希望解决纠纷,但是并不希望关系完全破裂。

国际商事调解并不坚持法律层面的“对与错”,更有可能达到“双赢”效果。通过第三方专业调解人士的介入和沟通,调解程序能够协助双方发现诉求背后的真正意图及需求,达成对双方有利的合作方案。在专业调解员的组织下,当事人通过协商、谈判解决纠纷,也可以澄清误会、重新建立信任。由于最终和解协议是在各方当事人自愿的基础上达成的,结果更容易被各方接受,从而达到了是的各方能够保持合作、持续经营的效果。相比之下,,具有较强对抗性的国际商事诉讼、国际商事仲裁程序可能使得双方当事人在旷日持久的程序对抗中矛盾激化,完全失去相互信任和继续合作的可能性,因而无法符合当事人希望继续合作的商业预期。

### (3) 灵活性、可控性

相对于诉讼和仲裁,国际商事调解程序能够在更大程度上体现当事人的意思自治和商业诉求,程序具有灵活性、可控性,主要体现在如下几个方面:

首先,国际商事调解的灵活性、可控性体现在启动方式上。启动国际商事调解最主要的方式是根据当事人在商事合同中事先约定的调解条款,既包括独立的调解条款 (stand-along clause),也包括多层次争议解决条款 (multi-tiers dispute resolution clauses)。在诉前调解条款中,当事人可以约定调解范围、调解规则<sup>⑬</sup>、通知方式、调解员的选择、调

<sup>⑪</sup> Thomas Gaultier, Cross-Border Mediation: A New Solution for International Commercial Dispute Settlement?, NYSBA International Law Practicum, 45, 46 (2013).

<sup>⑫</sup> S.I. Strong, supra note ⑬, at 31.

<sup>⑬</sup> 当事人可以约定适用国际争议解决中心或者 UNCITRAL 的现行规则,如 ICDR 国际调解规则、ICC 替代争议解决规则、UNCITRAL 调解规则等。

解地点、时间期限、调解语言等多方面内容。发生争议后,各方也可以另行达成协议启动国际商事调解。另外,即便是双方当事人选择了仲裁作为争议解决方式,也可以在仲裁程序之前或在程序进行中进行调解(即 Med-Arb 或 Arb-Med/Arb-Med-Arb)。

其次,国际商事调解的灵活性、可控性还体现在具体程序事项上。相对诉讼和仲裁来说,调解程序更加非正式、并且具有更强灵活性,当事人有更多空间选择、设计适合的程序。在整个调解程序过程中,当事人都能够对流程设计有较强的控制力,并且可以灵活选择适当的流程。

另外,这种灵活性、可控性还体现在调解的结果上。首先,和解协议约定的救济类型非常灵活。法院或仲裁庭的判决、裁决通常不得超出其审理范围或管辖权,只能提供适用法律或合同明确规定的救济方式。比如,针对违约行为,法院或仲裁庭可能只能判令损害赔偿、实际履行等救济,但很难将当事人希望达成的新交易一并在诉讼、仲裁程序中予以确认。调解程序中达成的和解协议则不受此类限制,可以约定任何形式、任何范围的救济措施。比如,当事人可以在和解协议中约定一些特定履行行为作为救济方式,比如,公开道歉、提供担保等。另一方面,对于当事人来说,和解协议是当事人相互谈判妥协的成果,具有很强的结果可预见性。一方当事人如果不满意调解进程或调解结果,可以随时终止调解程序或者拒绝签署和解协议,不会出现诉讼或仲裁程序不可预料的结果,更加有利于实现商业活动中各方利益最大化的需求。

#### (4) 可执行性

和解协议的跨境执行问题一直困扰当事人。通常而言,经调解的和解协议是当事人对于原有合同的一种补充及修改,其约束力与原合同一样,约束调解的各方当事人。然而,若和解协议的当事人未履行和解协议的内容,无过错方无法强制执行未履约方在协议项下的相关义务,而只能依据协议项下所适用法律的相关合同法根据争议解决条款的规定以及提请法院诉讼或仲裁,重新进行“打官司”程序。因此,法院一般不会直接执行外国当事人通过国外调解程序签署的和解协议,而再次诉诸于诉讼、仲裁等方式进行索赔势必导致成本和时间的极大浪费。因此,跨境执行问题长久以来影响了当事人选择国际商事调解的积极性。

《新加坡调解公约》的产生正是为了解决调解的跨境执行问题。在可预见的将来,《新加坡调解公约》很可能如同《纽约公约》一样,促使各国建立统一的调解跨境执行机制,从而促进国际商事调解的发展和普及。

### 3. 各国发展实践简述

#### (1) 美国

美国是探索现代商事调解制度实践的先驱之一。这主要是由于美国传统上是喜欢诉诸法律的国家,因此法院日常受案量非常大,在法院难以负荷的情况下,不得不鼓励当事人通过庭外调解、和解等方式解决纠纷。早在1970年左右,美国就开始探索替代性争议解决方式(Alternative Dispute Resolution,简称“ADR”),特别是现代调解制度。美国颁布了一系列涉及民商事调解的立法,1990年颁布《民事司法改革法》增设了法院

仲裁调解程序,1998年颁布《ADR法案》让调解成为解决民事纠纷的重要选择,另外,美国还在2001年颁布了《统一调解法》等。很多大型美国企业也开始在合同中约定ADR条款,鼓励通过调解解决纠纷,而非诉诸于诉讼或仲裁。<sup>⑭</sup>统计显示,约有70-80%的美国民商事纠纷案件均通过调解或者谈判方式最终达成和解。<sup>⑮</sup>

### (2) 英国

1999年,英国修改了《民事诉讼规则》,开始明确鼓励当事人通过调解等非诉讼途径解决纠纷,英国法院也一直鼓励当事人先行调解,并通过判例法不断规范调解程序。当时,英国法院不仅仅支持当事人调解,甚至强制要求当事人先行调解,因此司法判例中出现了关于“调解是否应当是解决纠纷的必经程序”“法院是否有权命令强制调解”等问题的讨论。<sup>⑯</sup>经过英国法院不断探索,最终确立了一系列有关调解的原则指导,并随着实践不断发展。

### (3) 欧洲

传统上讲,在欧洲,国际商事调解不像在美国或英国一样获得广泛支持,很多国家过去不仅没有专门的调解立法,甚至在民商法、诉讼法中都鲜有调解方面的明确规定。2008年5月,为了促进商事调解制度在欧洲的发展,欧盟颁布了《关于民商事调解若干问题的2008/52号指令》,要求各欧盟成员必须在2011年5月之前调整国内立法,建立基本的民商事调解制度。此后,大多数成员国相继修改了民商法、诉讼法中关于调解的规定,或者制定新的调解立法。

另外,在机构层面,国际商会(ICC)一直努力探索国际商事调解实践,并在2014年发布了新版的《国际商会调解规则》(ICC Mediation Rules),取代了之前2001年的《国际商会友好争议解决规则》(ICC ADR Rules),并建立了独立的国际商会国际ADR中心专门管理国际商事调解案件。

### (4) 亚洲

很多亚洲国家都有通过调解解决民间纠纷的历史和传统。比如,中国一直以来有“和为贵”和“无讼”的文化,很多民间纠纷都是通过乡绅主体调解的方式解决,而这一传统逐渐发展为中国的“人民调解制度”。再如,印度的乡议会,又称为的潘查亚特制度(Panchayat System),是由五个村社长者组成的乡村议会组织,其职能也包括调解当地民间纠纷。调解传统一方面为现代调解制度的发展提供了肥沃的土壤,但另一方面,这些传统制度在原则、理念、实践等诸多方面都与现代西方商事调解制度存在差异,这些差异反而可能在亚洲国家探索建立现代商事调解制度的过程中起反作用。

在这一点上,新加坡的经验非常值得其他亚洲国家,特别是中国借鉴。新加坡拥有

<sup>⑭</sup> Danny McFadden, *Developments in International Commercial Mediation: US, UK, ASIA, INDIA AND EU*, 8(2) CONTEMP. ASIA ARB. J. 299,302,303(2015).

<sup>⑮</sup> Thomas Gaultier, *supra* note ⑫, at 41.

<sup>⑯</sup> 张永红:《英国判例法对适用调解案件的规范和引导》,载微信公众号“多元化纠纷解决机制”,最后访问时间:2018年10月16日。

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。

### 三、新加坡国际商事调解的历史发展及现状

#### 1. 新加坡的“原始调解”——二十世纪九十年代之前

新加坡现代化调解的发展可以追溯于二十世纪九十年代,但是在此之前调解已经被运用于纠纷解决当中。作为一个国土面积不大的岛国,新加坡仅有约700平方公里的国土面积,但其常驻人口数达到了560万人,主要的种族构成有华人、马来人、印度人及其他,是世界人口密度第三高地区,仅次于中国澳门及摩纳哥<sup>①</sup>。考虑到新加坡的国土面积、人口数、多文化的社会机制、以及大多数新加坡居民都居住在高楼大厦等方面因素,可以想象的是居民间发生争议的几率非常高。在这个背景下,在处理这种社会及社区争议时候,通常会采用非正式<sup>②</sup>的争议解决方式来解决此类争议,其中就包括了调解。但是这里所说的调解的类型可以说是临时调解或不成体系的调解(unstructured mediation)。这种早期调解的一个共同特征通常是介入受尊敬的社区领袖或其他权威人士的干预,他们将把争执者聚集在一起,畅谈分歧,并一路为他们提供咨询。

在华人社会中,一家之主或氏族族长通常起着调解人的作用,纠纷通常会根据中国的规则和习俗得到解决,包括对面子、社会和谐及关系等方面的考虑。在马来社会中,调解人会是村长或宗教领袖,他们按照伊斯兰教义、风俗等标准,帮助当事方以非对抗性及非正式的方式解决争议。而在印度社会内,如上文提到的印度乡议会或社区理事会将协助当事方友好地解决争端,有时也会在印度教寺庙中进行调解。由此可见,在新加坡传统社会的早期调解中,调解人通常是在各自的传统社会中有一定权力及一定地位的人,而他们解决纠纷的方式通常是通过他的权力或地位来命令争议各方进行妥协或者要求各方进行调解。

#### 2. 新加坡调解的“现代化”进程——二十世纪九十年代

这种原始的调解方式由于现代化的不断发展而逐渐衰败,新加坡进入了通过法院或其他官方方式来解决争议的阶段。调解的再次兴起开始于二十世纪九十年代,其兴起的原因是源于当事人过于喜欢通过诉讼来解决争议,但诉讼时间可以长达数年之久并会耗费大量精力及金钱,大家对于现代社会需要一种强大的、并能维护长期的社会及商业关系的方式来解决争议。新加坡的现代调解运动也就此展开。新加坡调解的现代化进程可以分为2个阶段。

<sup>①</sup> List of Countries and Territories by Population Density, [www.wikipedia.com/wiki/List\\_of\\_countries\\_and\\_territories\\_by\\_population](http://www.wikipedia.com/wiki/List_of_countries_and_territories_by_population) (last visited: 3 March 2019).

<sup>②</sup> 非正式表明非法院诉讼或仲裁方式解决争议。

### (1) 第一个阶段：本地调解的发展

新加坡调解现代化进程的第一阶段大致为二十世纪九十年代至二十一世纪初,有三个主要措施:第一、下级法院及民事法庭案件需要经过调解;第二、设立为解决邻里及社区关系设立的社区调解中心;第三、为解决商事争议设立的新加坡调解中心(Singapore Mediation Centre)。

#### a) 法院附属调解(Court-based Mediation)

1992年,法庭在最高法院及下级法院的民事案件中纳入了庭审前会议(Pre-trial Conference)制度,调解也正是在此时被引入了法院程序中。庭审前会议中,法院登记官基于每个案件的不同情况考虑如何以最高效的方式解决争议并鼓励当事人在基于无损害原则(Without Prejudice)下讨论和解的可能性。

1994年,新加坡法院设立了初级争议解决中心(Primary Dispute Resolution Centre),在法院系统内由经过专门培训的法官提供替代性争议解决方式(Alternative Dispute Resolution)解决争议。该中心为庭审前的民事案件提供调解及中立评估等方式解决争议。

1996年,庭审前会议被纳入到新加坡法院规则(Rules of Court)中,第34A条<sup>①9</sup>赋予了法庭权利可要求当事人参加庭审前会议,或命令/指引当事人以公平、快速、经济的方式在法庭程序开始的任何阶段处置争议。

#### b) 社区调解中心(Community Mediation Centre)

社区调解案件通常是指调解的方式处理在某个社区范围内发生的争议,如邻里关系争议、家庭内争议、办公场地内发生的争议或其他组织发生的争议。通常而言,社区调解对于争议当事人而言花费很低、有时甚至是免费,通常由政府补助或由调解志愿者提供调解服务。

新加坡的社区调解中心于1998年成立,目前已经处理了超过7,000起社区调解案件,其案件的来源主要有直接来源、政府部门转呈以及司法裁判官转呈这三种方式,案件的类型主要分为2大类:第一类是涉及社区的争议还未提交至法院审理,当事人自愿提交调解;第二类是涉及社区的争议已提交至法院程序,司法裁判官可以在合适的案件中强制当事人将争议提交社区调解中心进行调解而无需当事人的合意。社区调解中心是一种根据现代的概念对传统的“原始调解”的重建。社区调解中心的调解员通常是社区中德高望重的成员。社区调解中心的建立对于维护新加坡的社会结构和维持强大而凝聚力的社区有很大的帮助。

#### c) 新加坡调解中心(Singapore Mediation Centre)

新加坡调解中心于1997年成立,其成立是迎合了商事争议对于调解与日俱增的需求。起初,新加坡调解中心处理的案件转自新加坡最高法院(Supreme Court of

<sup>①9</sup> Rules of Court O. 34A, r1 “Notwithstanding anything in these Rules, the Court may, at any time after the commencement of any proceedings, of its own motion direct any party or parties to those proceedings to appear before it, in order that the Court may make such order or give such direction as it thinks fit, for the just, expeditious and economical disposal of the cause or matter.”

Singapore)。经过了长期的市场培育后,现今有许多新加坡本地案件直接向新加坡调解中心提前调解申请。目前,新加坡调解中心已经处理了超过3,600起案件,调解成功率为70%左右。其处理的覆盖的领域包含了商事、知识产权、家庭争议等等。

## (2) 第二个阶段:国际化进程

新加坡调解发展的第二个阶段开始于二十一世纪一零年代中期,可以看作是新加坡调解的国际化进程。这一阶段的重要节点是2013年新加坡首席大法官 Sundaresh Menon 以及新加坡律政部部长 K Shanmugam 共同组建了一个由国际及本地调解领域的专家组成的国际工作组(“工作组”),希望工作组可以为新加坡国际调解格局的发展制定具体计划,让新加坡可以成为国际商事调解的中心。工作组设立的背景在于2010年伦敦玛丽女王大学及伟凯律师事务所共同进行的关于国际仲裁调查表明,新加坡已经成为世界第三最受欢迎的仲裁地,并且新加坡国际仲裁中心尽管只有20年不到的历史已经成为世界第四最受欢迎的仲裁中心。为了使新加坡可以成为法律服务及争议解决在亚洲乃至世界范围内的首选目的地,新加坡律政部把目光放在了调解领域,特别是处理国际商事调解领域,使调解机构可以成为国际商事仲裁及国际商事诉讼的配套设施,使得新加坡的国际商事争议解决领域更为完整。

工作组报告于2013年11月29日提交新加坡最高法院及律政部,并从调解专业人士标准、调解服务机构设置、调解相关立法、税务豁免及激励措施、司法支持、市场推广等6个方面提出了建议。从调解相关立法和司法方面而言,工作组建议制定调解法案以从法律制度方面来支持调解的发展并增强经调解的和解协议的强制执行力并且增加在法庭程序中增强与调解有关的相关程序;从调解机构设置方面,建议设立新加坡国际调解中心(Singapore International Mediation Centre, SIMC)为国际商事调解案件提供世界一流的调解服务;从调解专业人士方面,建议设立新加坡国际调解学会(Singapore International Mediation Institute, SIMI)制定国际商事调解的职业化标准<sup>②①</sup>。

下文将具体从立法、机构设置及专业人士标准等3个方面具体阐述新加坡国际商事调解的现状。

## 3. 新加坡国际商事调解的现状

### (1) 立法现状

在2017年《新加坡调解法案》<sup>②②</sup>(简称《调解法案》)制定之前,有关调解的法律条文在新加坡法律法规当中较为零散,如《社区调解中心法案》<sup>②③</sup>《小额钱债审判法案》<sup>②④</sup>

<sup>②①</sup> Executive Summary re Commendations of The Working Group to Develop Singapore into a Centre for International Commercial Mediation, Ministry of Law of Singapore.

<sup>②②</sup> The Singapore Mediation Act 2017.

<sup>②③</sup> The Community Mediation Centres Act (Cap 49A).

<sup>②④</sup> The Small Claim Tribunal Act (Cap 308).

《妇女宪章》<sup>②④</sup>《雇佣法案》<sup>②⑤</sup>等各级法院的规则及程序指引中对于调解都有所涉及。《调解法案》的诞生则是对于新加坡调解提供了制度性的法律框架,确定了新加坡经调解的和解协议的强制执行力。

《调解法案》是经新加坡国会通过并于2017年11月正式生效的,其也是工作组就如何在推进新加坡国际调解所提出的6个方面建议中的一部分,法案的主要目的是“促进、鼓励并协助通过调解方式解决争议”<sup>②⑥</sup>,其中对于适用范围、通讯的保密性、经调解的和解协议的强制执行力、法院程序的中止、外国律师的参与等方面对新加坡调解的国际化有了很大的推动。另外,在2020年2月,新加坡国会也批准了《新加坡调解公约法案》,正式批准了《新加坡调解公约》,为公约的生效迈出了重要的一步。

#### a) 经调解的和解协议的强制执行力

如前所述,调解经常被当事人及律师所诟病的一个最重要的方面就是和解协议的强制执行力。所以从很多律师及当事人的角度,对调解有种抵触情绪,认为调解是“无用功”。《调解法案》的诞生正是从法律制度角度解决了经调解的和解协议的强制执行力问题。

根据《调解法案》,调解当事人可以将经调解的和解协议提交至法院,申请将其记录为法院命令(order of court)<sup>②⑦</sup>,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<sup>②⑧</sup>。同时,为了防止该项权利被滥用以及虚假调解的可能性,《调解法案》对于适用情况也有了相应的限制。首先,除例外情况外,当事人应该于经调解的和解协议各方签署后的8周内提出该等申请<sup>②⑨</sup>,如此给予了当事人时间方面的限制;其次,法案对于调解机构及调解员也有相应的要求,能被记录为法院命令的和解协议必须是由认可的调解服务提供方管理的案件或经认证的调解员调解的案件<sup>③⑩</sup>,此举保证了调解的质量并最大程度上解决了虚假调解的可能性;第三,明确了法院可拒绝记录为法院命令的情况<sup>③①</sup>。

此外,《调解法案》并不要求调解程序必须发生在新加坡。根据《调解法案》,其适用范围包括(1)调解的全部或部分在新加坡进行;或(2)调解协议约定调解适用新加坡法律<sup>③②</sup>。例如,调解可以根据当事人的要求新加坡国际调解中心<sup>③③</sup>管理案件,但是实际调解会议地点确定在其他国家,而在此情况下,《调解法案》仍然可以适用。《调解法案》对于适用范围的规定是对现今商业现实的一种呼应,在全球化的背景下,国际各方

<sup>②④</sup> The Women's Charter (Cap 353)

<sup>②⑤</sup> The Employment Act (Cap 91)

<sup>②⑥</sup> 《调解法案》前言。

<sup>②⑦</sup> 《调解法案》第12.1条。

<sup>②⑧</sup> 《调解法案》第12.5条。

<sup>②⑨</sup> 《调解法案》第12.2条。

<sup>③⑩</sup> 《调解法案》第12.3条。

<sup>③①</sup> 《调解法案》第12.4条。

<sup>③②</sup> 《调解法案》第6.1条。

<sup>③③</sup> 新加坡国际调解中心是《调解法案》所认定的调解服务提供方之一。

当事人之间的实体会议越来越少,通过电子邮件、数据消息和视频会议等电子方式举行的会议。同时,《调解法案》规定的适用范围也对于国际和解协议的强制执行提供了一定的制度保障。例如,涉及到中东及日本的一个国际调解,其调解会议地在第三国,而和解协议项下所需要执行的财产在新加坡,在这种情况下若调解当事人约定适用新加坡法律或《调解法案》,亦或是由《调解法案》认可的调解服务提供方管理或认可的调解员作出的调解,其和解协议均可被记录为法院命令并强制执行。

#### b) 法院程序的中止

《调解法案》的一个重大突破就是从法律制度确定了法院系统对调解的支持。根据《调解法案》,如果调解协议(Agreement to Mediate)<sup>③④</sup>的当事人违反该协议向法院提请了诉讼,法院将应调解协议的任何一方当事人的请求中止法院诉讼程序<sup>③⑤</sup>,并且法院会根据情况作出其认为合适的法院命令<sup>③⑥</sup>,包括临时命令或补充命令以保护当事人的权利<sup>③⑦</sup>。由此可以看出,如果当事人违反了调解协议提出了法院诉讼,法院不仅要求可以中止法院程序,还可以根据案件的具体情况设定与中止有关的条件及条款,其中可能包括指示当事方实际将争议进行调解并设定时限,从而消除了对调解是否会导致解决的不确定性或将花费很长时间的不确定性的担忧。

同时,尽管法案尚未明确,但法案项下法院作出的“其认为合适的法院命令”可能会为寻求调解的当事方提供国际补救,类似于国际仲裁项下请求法院下令采取临时措施以支持仲裁的要求。通过对《调解法案》及《新加坡国际仲裁法案》(The International Arbitration Act,《国际仲裁法案》)的比较,《调解法案》第8条第(2)款的条文与《国际仲裁法案》第6条第(2)款的措词非常相似<sup>③⑧</sup>,而法院根据《国际仲裁法案》第6条第(2)款所作出的裁量权范围非常广泛,例如可以作出反诉讼禁令等。所以,虽然目前还没有实际案例,不过可以预见的是,如果出现在特别恶劣的情况下,违反调解协议的当事方在多个司法管辖区滥用法院诉讼程序时,则无过错方可以根据《调解法案》提出反诉讼禁令,而新加坡法院很有可能会予以支持。考虑到许多当事方都是出于节约成本的目的而将调解条款纳入其合同中,因此法院对调解的支持能充分的反应当事人的需求及目的,并符合将快速高效解决争议这一目标。

#### c) 调解沟通过程的保密性及“无损害”原则

通讯的保密性是当事人非常重视并选择争议解决方式的一个方面。《调解法案》以法律制度的方式确定了调解程序的两大原则:第一、调解通讯的保密性原则<sup>③⑨</sup>;第二、

<sup>③④</sup> 调解协议是指当事人在合同中或单独在协议中达成调解合意。

<sup>③⑤</sup> 《调解法案》第8条第(1)款。

<sup>③⑥</sup> 《调解法案》第8条第(2)款。

<sup>③⑦</sup> 《调解法案》第8条第(3)款。

<sup>③⑧</sup> 《国际仲裁法案》第6条第(2)款、《调解法案》第8条第(2)款。

<sup>③⑨</sup> 《调解法案》第9条第(1)款。

“无损害”原则（without prejudice principle）<sup>⑩</sup>。

保密性原则包括2个方面。第一、从整个调解程序来说,禁止任何人向非调解程序当事人的第三方披露受保护的“调解通讯”(mediation communication),这里的任何人包括调解程序的当事人、调解员、调解机构以及任何可能参与到调解程序中的人;第二、从“背靠背”闭门会议(private session)<sup>⑪</sup>而言,除非相应的当事人明确同意,调解员不得将其在闭门会议中得知的任何消息向另一方当事人披露,以保证私人会议当事人的相关利益并让当事人可以在闭门会议中将自己的核心利益及真实想法与调解员分享,以此有利于调解的促成。

“无损害”原则是英美法系的一个概念,其在调解中的运用是明确了除非经法院或仲裁庭同意,调解通讯不得在任何法院诉讼、仲裁程序或其他法律程序中作为证据使用。调解过程中,各方当事人可能会根据自身情况提出各种要约及妥协以期达成和解协议,但如和解协议未达成,当事人很多时候会担心对方将其在调解过程中所提出的要约或者妥协作为提出方违约的证据提交至后面的诉讼或仲裁或其他法律程序中,这也是很多情况下当事人对于调解没有信心或者有顾虑的原因。而“无损害”原则的确立,会打消当事人这一方面的顾虑,使得当事人可以完全在调解过程中提出各自可能的要约,让调解当事人没有后顾之忧。

#### d) 对外国律师及调解员资格的放宽

《调解法案》的另外一个亮点是对《新加坡法律职业法案》(The Legal Profession Act,《法律职业法案》)进行了修订,明确了外国调解员及外国律师可以参与到调解过程中。从调解员方面,经《调解法案》认证的调解员<sup>⑫</sup>或《调解法案》认可的调解服务提供方管理的案件<sup>⑬</sup>中的调解员不受到《法律职业法案》对于新加坡律师资格的相关约束。从调解代理人方面,修订后的《法律职业法案》也明确了外国律师可以作为代理人参与任何调解地点是新加坡的跨境协议相关的经认证的调解员调解或经任何的调解服务提供方管理的任何调解案件<sup>⑭</sup>。这一修改也积极促进了新加坡调解的国际化发展,使得在解决跨境争议时,调解比法院诉讼更具吸引力。

#### e) 对调解程序及质量的把控

《调解法案》并没有对调解程序的内容及其调解的质量有过多的规定,但是从《调解法案》条文中不难看出《调解法案》把相应的质量把控的任务交给了其认可的调解员及认可的调解服务提供方身上。《调解法案》条文中有多处明确提及其认可的调解员及认可的调解服务提供方,如经调解的和解协议登记为法院命令<sup>⑮</sup>、对外国律师及调解

<sup>⑩</sup> 《调解法案》第10条。

<sup>⑪</sup> 指调解员与其中一方当事人所进行的私人会议,其目的是通过私人会议找到更多的信息以促进调解。

<sup>⑫</sup> 《法律职业法案》第35B条第(1)款第(a)节。

<sup>⑬</sup> 《法律职业法案》第35B条第(1)款第(b)节。

<sup>⑭</sup> 《法律职业法案》第35B条第(1)款第(c)节。

<sup>⑮</sup> 《调解法案》第12条第(3)款。

员资格的放宽<sup>④6</sup>等方面,让其肩负着对调解程序及调解质量把控的重任。同时,新加坡律政部对于相应机构的名单也处于谨慎的态度<sup>④7</sup>。目前,仅有新加坡调解中心、新加坡国际调解中心、世界知识产权组织调解及仲裁中心(WIPO Mediation and Arbitration Centre)以及三方争议管理联盟<sup>④8</sup>(Tripartite Alliance for Dispute Resolution)是《调解法案》项下认可的调解服务提供方;仅有经新加坡国际仲裁学会(Singapore International Mediation Institute)认证的调解员是《调解法案》项下认可的调解员。同时,需要注意的一点是上述认可的调解员及认可的调解服务提供方是二者选一的关系,例如若调解员是经新加坡国际调解学会认证的调解员,其调解的案件无需经《调解法案》认可的调解服务提供方管理;反之,若案件经《调解法案》认可的调解服务提供方管理,其案件的实际调解员无需必须为经新加坡国际调解学会认证的调解员。

f) 最新发展:《2020新加坡调解公约法案》(Singapore Convention on Mediation Act 2020)

作为新加坡就《新加坡调解公约》的批准文件,《2020新加坡调解公约法案》(简称《公约法案》)已经于2020年2月4日经新加坡议会批准并于2020年2月17日正式由新加坡总统签署,并将于《新加坡调解公约》生效之日起生效。《公约法案》没有对《新加坡调解公约》作出任何保留,这就意味着涉及到新加坡政府机构或者代表新加坡政府机构行事对任何人为一方当事人的和解协议也可以在公约签署及批准国予以执行,并且公约将自动适用于和解协议当事人而无需当事人在协议中明确约定适用。如果当事人不希望适用公约,则需要明确在和解协议中排除(Opt-out)公约的适用。

根据《公约法案》,当事人可以向新加坡最高法院申请强制执行国际和解协议;或就相关事项的新加坡法院诉讼时援引和解协议以证明相应事项已经得以解决。根据《公约法案》,当事人可以有多种方式要求上述执行或援引申请,例如,可以要求法院将其和解协议记录为法院命令等,其它合同项下的救济措施也得到了保留,当事人可以根据实际情况灵活选择以节省当事人的时间及金钱。《公约法案》也对于法院考虑批准执行或援引申请前必须满足的要求以及法院可拒绝执行或援引申请的理由作出了规定。

可以预见的是《公约法案》的通过将加强新加坡作为领先的国际争端解决中心的作用,为商业社会提供全套跨境争议解决方案,也会极大的推动新加坡在国际调解方面的发展,同时对新加坡调解机构及调解专业人士的发展及国际化有极大的推动力。

## (2) 国际商事调解机构的产生与发展

工作组的第二项主要建议就是建立一个国际调解服务提供方——新加坡国际调解中心(“SIMC”),其设立的宗旨是为跨境商事争议提供一流的调解服务。SIMC提供差异化的调解服务以满足当事人的不同需求,其中包括了专业的案件管理服务、调解员的

<sup>④6</sup> 《调解法案》第17条。

<sup>④7</sup> 根据《调解法案》第7条,由新加坡律政部部长确定《调解法案》认可的调解服务提供方名单及调解认证计划。

<sup>④8</sup> 新加坡人力资源部下属的调解中心。

任命、“仲裁 – 调解 – 仲裁”服务、在线争议解决服务等。

a) 《新加坡国际调解中心调解规则》

除非当事人另行约定，SIMC 根据《新加坡国际调解中心调解规则》（简称《调解规则》）提供专业的案件管理服务。《调解规则》非常简洁透明，一共仅有 10 条，其提供了调解流程的基本框架并给予了当事人一定的指引，包括：

- 调解的开始（第 2 条）及终止（第 7 条）；
- 调解协议（第 3 条）
- 调解员的指定（第 4 条）
- 调解机构及调解员的收费（第 5 条）
- 调解的流程（第 7 条）
- 和解协议（第 8 条）
- 保密原则（第 9 条）

由于调解特有的意思自治及灵活性，当事人可以在合意并且调解员同意的情况下对《调解规则》进行修改。SIMC 秘书处（“秘书处”）的主要职责是根据《调解规则》管理调解程序，同时规则明确在当事人之间没有书面调解协议但是一方或多方当事人请求在 SIMC 进行调解的情况下，秘书处可以就调解的相关意愿及建议与其他当事人进行沟通并协助当事人考虑该建议<sup>④</sup>并相应协助当事人订立调解协议<sup>⑤</sup>。秘书处还可以协助当事人就调解地点、文件信息交换等方面提供“调解前”服务<sup>⑥</sup>。

不同于其他调解机构，秘书处根据《调解规则》在整个案件管理中积极发挥作用，根据案件的情况，秘书处在与当事人沟通后可以在需要时安排“调解前”会议、讨论调解进行的方式、订立调解时间表、在需要时建议调解员的数量等。同时，如果当事人无法对例如调解语言等程序事宜达成一致，《调解规则》允许秘书处与调解员沟通后作出决定。

同时，《调解规则》的调解案件收费与大多数调解机构有很大的不同。SIMC 创设性的设计了“菜单式”定制型收费模式，而不像大多数机构基于案件标的收费。其原因在于 SIMC 认为对于调解而言标的大小与调解的复杂程度的关联度不大，根据 SIMC 的数据，很多大标的的案件可以在很短的时间内得以解决。而 SIMC 的收费模式是完全基于当事人所需的服务。例如，如当事人不需要秘书处协助选择及任命调解员，则当事人无需支付调解员任命费用；再例如，实际案件管理费用完全基于调解会议的时长进行计算。根据 SIMC 公布的数据，SIMC 所管理案件的平均标的约为 3000 万新币（约合人民币 1 亿 5000 万），而其收取的平均机构管理费用约为 8000 新币（约合人民币 4 万），其占比不到平均标的的万分之四，其非常有竞争力的案件收费也很大程度上促进了大标的的跨国争议选择 SIMC 进行调解。

<sup>④</sup> 《调解规则》第 3.3 条。

<sup>⑤</sup> 《调解规则》第 6.1 (b) 条。

<sup>⑥</sup> 《调解规则》第 6.1 条。

### b) “仲裁 - 调解 - 仲裁” 机制

“仲裁 - 调解 - 仲裁”是由新加坡国际仲裁中心(“新仲”)和 SIMC 这两个完全独立的机构推出了一种新型的仲裁与调解相结合的机制,其示范“仲裁 - 调解 - 仲裁”条款如下:

“凡因本合同引起或与本合同相关的任何争议,包括有关合同的成立、效力或终止问题,均应根据届时有效的新加坡国际仲裁中心仲裁规则提交新加坡国际仲裁中心(“新仲”)进行仲裁以最终解决,该规则应被视为本条款的一部分。

仲裁地为\_\_\_\_\_。

仲裁庭由\_\_\_\_\_位仲裁员组成。

仲裁语言采用\_\_\_\_\_。

当事人进一步同意,自仲裁发起之后,双方将努力根据届时有效的新仲 - 新调“仲裁 - 调解 - 仲裁”议定书,在新加坡国际调解中心(“新调”)通过调解善意地解决争议。任何在调解过程中达成的和解都应告知新仲指定的仲裁庭,仲裁庭可以根据双方协定的条款作出合意裁决。”

这种机制是在考虑到已签订仲裁协议及/或已开始仲裁程序的当事人可能在仲裁程序过程中有意愿进行调解而产生的。根据“仲裁 - 调解 - 仲裁”机制,当事人可以在将争议提交新仲仲裁后,搁置仲裁程序,并在 SIMC 进行调解。如果调解成功,原新仲的仲裁庭会根据经调解的和解协议作出合意裁决(Consent Award)并终结仲裁程序;如果调解未成功,原 SIAC 的仲裁将继续并最终根据仲裁程序作出仲裁裁决。通过“仲裁 - 调解 - 仲裁”机制产生的合意裁决,可以在《承认及执行外国仲裁裁决公约》(《纽约公约》)超过 160 个缔约国得以执行。

“仲裁 - 调解 - 仲裁”机制是对于传统“调解 - 仲裁”机制的发展和演变,解决了《纽约公约》中关于裁决具备可执行性需要在相关事宜提交仲裁庭时预先存在的争议的要求,更大程度上促进了执行性。在“仲裁 - 调解 - 仲裁”项下,无论通过仲裁亦或是调解解决争议,当事人都能获得终局性并能够执行的最终文件。“仲裁 - 调解 - 仲裁”机制是基于新仲及 SIMC 这两个完全独立的机构共同运行的,其所需的仲裁员及专业调解人员将分别由 2 个机构根据各自的相关规则独立制定,并且规定,除非双方当事人另行约定,仲裁员及专业调解人员通常必须是不同的。这样一来完全杜绝了调解人士和仲裁庭“换帽子”的情况产生。

在目前《新加坡调解公约》还未生效的阶段,“仲裁 - 调解 - 仲裁”机制对于经调解的和解协议的跨境执行提供了解决方案,受到了国内外当事人的欢迎,当事人对于选择这种机构在执行和管理方面都没有顾虑,同时也使越来越多当事人对 SIMC 及新加坡国际调解逐渐熟悉。

### c) SIMC 与新加坡国际商事调解发展

在 SIMC 成立之前,提供国际调解服务的机构并不占少数。如总部在法国巴黎的国际商会(International Chamber of Commerce)、美国仲裁协会下属的国际争端解决中心(International Centre for Dispute Resolution)、总部设在美国的司法仲裁及调解服务有限公司(Judicial Arbitration and Mediation Services)等,这些机构的一个显著特点是调解在很大程度上是仲裁机构的一个子部门。但是 SIMC 的独特性在于其业务范围领域仅限于国际调解,并且其调解服务并不是作为仲裁机构的子部门存在,而是完全独立于仲裁的另外一个机构,也是世界范围内第一家国际调解机构。而这一点对于国际调解机构的发展尤为重要。

在调解作为仲裁机构的附属部门的情况下,仲裁机构通常对于调解的重视度不高,调解服务仅仅作为仲裁机构的一个配套服务存在。以国际商会为例,2018 年国际商会受理了 842 起仲裁案件,但调解案件的数量仅有 37 起<sup>②</sup>。而让调解机构作为一个独立的机构存在,对于调解的市场培养等方面有非常大的好处。同时,不像仲裁与诉讼是二者选一的关系,调解实际上与其他的争议解决方式是并存的关系,在诉讼或者仲裁的全过程中,只要双方当事人同意,都可以进行调解,故调解机构的单独存在有其发展空间。

在 SIMC 成立之后,我们也可以看到有越来越多的国家和地区设立了自己的国际调解机构,如日本国际调解中心(Japan International Mediation Centre)等。

目前,在 5 年多的时间内, SIMC 已经受理了近 100 起案件,案件总标的达到了 37 亿新币(约合人民币 175 亿),案件数量逐年递增。包括亚洲发展银行、中国贸促会在内的各国知名机构与 SIMC 进行了各项合作,也很大程度上促进了新加坡国际调解的国际化。

### (3) 国际商事调解的专业人士标准制定

调解员是调解程序的核心,调解员的好坏很大程度上决定了调解的质量以及调解成功与否。正因为此,工作组特别建议成立新加坡国际调解学会(“SIMI”),制定国际商事调解的职业化标准,为调解员的质量把关。之所以成立一个单独的指定调解员标准的机构的原因在于正所谓自己不能做自己的法官一样,调解员是否合资格不应该由管理调解案件的调解机构决定,而应该由独立第三方认证。SIMI 设立的主要目的是为调解员建立认证标准,适用并执行世界一流的专业标准及道德准则,并提供相应的中立信息以供当事人作出关于调解员的初步决定,以此让调解员可以提供专业优质的调解服务,促进调解的生态的良好发展,并提高社会对于调解的意识。为了保证独立、中立及公正的原则, SIMI 会提供任何调解服务。

#### a) 认证标准体系

SIMI 的认证标准体系分为 4 个等级,旨在确保具有不同调解技巧和经验的个人可以得到不同等级的认可,并且包含“跨文化成分”,以区分获得 SIMI 认可的调解员为在识别和处理文化差异方面具有相应的知识,这也是国际调解很重要的一方面。简单而

<sup>②</sup> ICC Dispute Resolution 2018 Statistics.

言,完成并通过 SIMI 注册培训计划 (SIMI Registered Training Program) 后可成为 SIMI 认可调解员 (SIMI Accredited Mediator) 第一级,而要成为第二级需要至少 5 个或至少 50 小时的其认可的调解案件的实践并向 SIMI 提供至少 2 份当事人的反馈表;第三级则需要至少 12 个或至少 120 小时的其认可的调解案件的实践并向 SIMI 提供至少 5 份当事人的反馈表。SIMI 认证标准体系中的最高等级是 SIMI 认证调解员 (SIMI Certified Mediator),而要成为 SIMI 认证调解员需要有在 3 年时间内有 20 个或 200 个小时的其认可的调解案件经验,提供至少 10 份当事人的反馈表,并且通过 SIMI 合格评估计划 (SIMI Qualifying Assessment Program) 的评估。基于 SIMI 与国际调解学会 (International Mediation Institute, IMI) 的协议,作为 SIMI 认证调解员,其可以向 IMI 申请成为 IMI 认证调解员。

#### b) 合作伙伴认证体系

如上文说述,为保证 SIMI 的中立性, SIMI 仅为标准制定机构,其不提供任何调解服务。所以,其认证标准体系中的各项调解服务及培训项目必须需要合作伙伴的参与。而对于这些合作伙伴,也需要制定标准以确保合作伙伴提供的调解及培训服务满足 SIMI 的要求。故 SIMI 对于其合作伙伴也进行了不同的认证以及分类。

第一类是 SIMI 注册培训计划 (SIMI Registered Training Program) 合作伙伴 (“RTP”), RTP 可以提供 SIMI 认可调解员第一级所需的培训及评估的合作伙伴。相应机构需向 SIMI 提出申请并提交相应培训及评估的课程大纲,经 SIMI 审核满足其对于培训项目的要求后方可成为 RTP。

第二类是 SIMI 注册服务提供方 (SIMI Registered Service Provider) 合作伙伴 (“RSP”), RSP 是 SIMI 认可的调解服务提供方,只有在 RSP 管理的调解案件才能在 SIMI 的认证标准体系中予以认可。相应机构需要向 SIMI 提出申请并提供相应的证明材料,经 SIMI 审核。

第三类是 SIMI 合格评估计划 (SIMI Qualifying Assessment Program) 合作伙伴 (“QAP”)。QAP 必须满足 RTP 及 RSP 的所有要求,也仅有经 QAP 评估的调解员可以成为 SIMI 认证调解员。

SIMI 的合作伙伴认证体系能够控制整个认证标准的质量,以此相应的保证 SIMI 所认证及认可的调解员的质量。

#### c) SIMI 与新加坡国际商事调解发展

在世界范围内, SIMI 并不是第一家调解标准制定机构。包括香港调解资质评审协会有限公司 (Hong Kong Mediation Accreditation Association Limited, HKMAAL)、澳大利亚调解员标准会 (Mediator Standards Board, MSB)、加拿大的 ADR 学会 (ADR Canada) 等都是各地区的调解标准制定机构。通过与这些调解标准制定机构的比较,我们可以看出 SIMI 其独特性。

首先,这些标准制定机构并没有把跨文化因素及国际因素作为考量调解员的一个标准。在全球化的今天,越来越多的跨境争议发生,很多争议当事人有着不同文化背景,而

在处理跨境争议时调解员如何跨越文化障碍的能力就显得尤为重要。SIMI 将跨文化及跨境调解作为调解员认证标准体系的核心因素之一,将 SIMI 的认证标准从新加坡本地扩充到了世界范围内,经 SIMI 认证的调解员不仅有处理新加坡本地案件的能力也同样有处理跨境争议的能力,而这也体现着 SIMI 及新加坡调解的全球视野。

其次, SIMI 分等级的认证体系可以更好的提供有关调解员其技能、知识、经验的相关信息。在各地区的标准制定机构中,除了加拿大 ADR 学会外,基本上对调解员的认证只有一个级别,也就是说调解过 1 个案件的调解员与调解过 100 个案件的调解员在认证体系方面没有区别。同时, SIMI 认证体系中还有非常独特的一点就是在认证调解员资格时要求调解的当事人提供反馈,这也是其他机构的认证体系中没有的。而当事人的反馈可以更好的了解调解员的调解质量,而不是简单的“以量取胜”。

最后, SIMI 同样担任着调解认证体系教育及推广方面的作用,而这填补了亚洲在这一方面的空白。在西方,由于调解的发展水平等因素,调解认证体系已经得到了很好的发展,但是在亚洲,对于调解员的认证体系的认识还是很不足够。鉴于亚洲的市场规模及日益增加的商业活动,亚洲的调解前景还远未达到饱和点。因此, SIMI 可以在提高人们对国际商业调解的认识以及有关应提供哪些优质服务以及用户如何或应该如何进行与调解和解决争端有关的决策方面的信息方面发挥重要作用。

## 四、中国商事调解的现状与问题

### 1. 调解在中国的发展历程

#### (1) 司法调解

调解制度在中国的地位和作用经历了多次转变。从 1949 年到 1980 年,中国一直强调“调解为主、诉讼为辅”的司法政策。在这段历史时期,调解在解决民事纠纷过程中实际扮演着比司法判决更重要的作用,出现了“重调解轻判决”的现象。

1991 年 4 月颁布的《民事诉讼法》首次确立了“自愿合法调解”原则,其中第 6 条明确规定:“人民法院审理民事案件,应着重进行调解;调解无效的,应当及时判决”。此后,“重调解轻判决”的情况开始发生转变,调解在审判活动中起到的作用逐渐弱化,更多的民事案件通过诉讼审判审结。

从 2003 年开始,迫于法院受案量激增和审结案件的需要,最高人民法院(简称“最高院”)开始重新强调调解的重要性,在一系列司法解释和规定中提出了“着重调解”<sup>③</sup>、

<sup>③</sup> 2003 年 2 月,最高人民法院颁布实施了《关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》,其中第 4 条规定“人民法院审理虚假陈述证券民事赔偿案件,应当着重调解,鼓励当事人和解。”

“先行调解”<sup>⑤4</sup>、“调解优先,调判结合”<sup>⑤5</sup>等原则,并通过规定“调解案件费用减半”鼓励当事人调解。<sup>⑤6</sup>2012年修订后的《民事诉讼法》在保留原有“自愿合法调解”原则和调解的专章规定之外,首次将“先行调解”确立为民事审判的一项原则,规定除非当事人拒绝调解,起诉至法院的纠纷适宜调解的,均应先行调解。至此开始,“调解”再次成为中国司法审判活动中的关键部分。

## (2) 人民调解

作为传统民间调解经验的延续,中国在1954年颁布了《人民调解委员会暂行组织通则》,建立了具有中国特色的人民调解制度。2011年,中国颁布并实施了《人民调解法》,将人民调解制度正式以立法形式确定下来,明确规定了人民调解的性质,调解组织形式,调解员选任,调解的程序和效力等内容。人民调解制度通常用于解决家庭和民事财产纠纷,人民调解员通常由村民委员会、社区、企事业单位或其他组织推选产生,一般具有高中以上学历即可<sup>⑤7</sup>,通常扮演“老娘舅”角色在当事人之间进行调和。

根据司法部2018年统计,全国共有人民调解委员会76.6万个,村(社区)人民调解委员会65.7万个,人民调解员366.9万人,其中专职调解员49.7万人,全国人民调解组织每年调解各类矛盾纠纷达900万件左右,调解成功率在96%以上。<sup>⑤8</sup>

## (3) 行业调解

自2012年起,一系列依托行业协会、立足行业纠纷特点的行业调解制度和行业调解规则得以出台。比如,中国证券业协会于2011年成立证券调解专业委员会,并颁布了《证券纠纷调解工作管理办法(试行)》《证券纠纷调解规则(试行)》《调解员管理办法(试行)》三项规则,标志着协会证券纠纷调解工作正式启动。保险业、建筑行业也都在此时期开始建立行业调解规则。<sup>⑤9</sup>这些行业性调解制度和规则一方面体现了商事纠纷的专门性、复杂性,另一方面也因其依托于行业协会而带有强烈的行政色彩,与真正意义的“商事调解”制度相差较远。

## (4) 仲裁调解

中国仲裁机构也在不断探索“仲裁与调解相结合”机制。一些仲裁机构开始制定独立的商事调解规则。比如,中国国际经济贸易仲裁委员会在2018年成立了调解中心

<sup>⑤4</sup> 2003年12月,最高人民法院颁布实施了《关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》第14条,明确规定了六类简易程序案件应“先行调解”。

<sup>⑤5</sup> 2007年3月,最高人民法院公布了《关于进一步发挥诉讼调解在构建社会主义和谐社会中积极作用的若干意见》,其中第2条确立了“能调则调,当判则判,调判结合,案结事了”的工作指导方针;2009年的《最高人民法院工作报告》进一步重申了“优先调解,调判结合”的原则方针;另见2010年最高人民法院《关于进一步贯彻“调解优先,调判结合”工作原则的若干意见》。

<sup>⑤6</sup> 2006年《诉讼费用交纳办法》第15条。

<sup>⑤7</sup> 《关于加强人民调解员队伍建设的意见》,载司法部官网, [http://www.moj.gov.cn/government\\_public/content/2018-04/27/tzwj\\_18696.html](http://www.moj.gov.cn/government_public/content/2018-04/27/tzwj_18696.html),最后访问时间:2020年3月5日。

<sup>⑤8</sup> 《司法部:全国人民调解组织每年调解各类矛盾纠纷逾900万件》,载新华网, [http://www.xinhuanet.com/2018-04/27/c\\_1122753000.htm](http://www.xinhuanet.com/2018-04/27/c_1122753000.htm),最后访问时间:2020年3月5日。

<sup>⑤9</sup> 吴俊:《中国商事调解年度观察(2013)》,载《北京仲裁》,2013年第1辑,第29页。

并制定了专门的《调解规则》。另外一些仲裁机构也开始在现行仲裁规则中引入并不断改进仲裁和调解对接的机制。仲裁机构也开始与专业调解机构开展合作,比如,2018年,中国国际经济贸易仲裁委员会、北京仲裁委分别与北京一带一路商事调解中心签署有关“仲调对接”的合作协议。

#### (5) “一站式”多元纠纷解决机制与国际商事调解

近年来,中国在国际商事纠纷领域开始了建立“一站式”多元化纠纷解决机制的探索。2018年6月,最高院决定设立“国际商事法庭”,组建“国际商事专家委员会”,并提出选定符合条件的国际商事调解机构、国际商事仲裁机构共同构建调解、仲裁、诉讼有机衔接的纠纷解决平台。<sup>⑥①</sup>而后在2018年11月,最高院选定了包括“中国国际贸易促进委员会调解中心”和“上海经贸商事调解中心”在内的七家仲裁和调解机构作为首批纳入一站式纠纷解决平台的机构。在国际商事法庭受理案件后7日内,经当事人同意,可以委托纳入机制的调解机构进行调解,当事人经调解机构达成的调解协议,国际商事法庭可以出具调解书或制作判决书。

值得注意的是,最高院在2019年12月又再次发布意见强调,“在国际商事案件中贯彻调解优先原则,当事人同意的,可在任何阶段共同选择国际商事专家委员、国际商事调解机构或国际商事法庭进行调解。”<sup>⑥②</sup>可见,中国在建立一站式纠纷解决机制的过程中,特别强调了国际商事调解的优先地位。

### 2. 商事调解在中国的发展现状

#### (1) 立法现状

目前,中国并没有统一的调解立法,相关规定散见在诸多法律和行政法规中,主要包括四类:(1)涉及司法调解的法律制度,例如,《民事诉讼法》第八章、第十五章第六节有关法院在诉讼程序中主持的调解、调解协议的司法确认等规定,以及最高院颁布的相关规定。<sup>⑥③</sup>(2)涉及人民调解的法律制度,主要包括《人民调解法》以及该法颁布前后的相关条例、规定和意见。<sup>⑥④</sup>(3)涉及行政调解或特定行业的法律制度,比如,《劳动争议调解仲裁法》、《农村土地承包经营纠纷调解仲裁法》。再如,上文提到的在证券、保险等行业法律法规中有关行业纠纷调解制度的规定。这些法律法规涉及的调解通常带有强烈的“行政化”色彩。(4)涉及仲裁调解的法律,比如,《仲裁法》第51-52条针对仲裁与调解衔接的法律规定。

<sup>⑥①</sup> 《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》,法释〔2018〕11号,2018年6月27日发布。

<sup>⑥②</sup> 《最高人民法院关于人民法院进一步为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》,法发〔2015〕9号,第29条,2019年12月27日发布。

<sup>⑥③</sup> 针对调解问题先后出台了《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》(2004年)《关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》(2011年)《关于人民法院特邀调解的规定》(2016年)。司法调解有关的规定还散见有关民事诉讼程序的司法解释中。比如,《关于民事诉讼证据的若干规定》第67条规定了“调解自认豁免规则”。

<sup>⑥④</sup> 2010年全国人大常委会制定的《人民调解法》,1989年国务院制定的《人民调解委员会组织条例》,2002年《最高人民法院关于审理涉及人民调解协议的民事案件的若干规定》,2018年六部委联合发布的《关于加强人民调解员队伍建设的意见》。

上述这些法律法规涵盖了司法调解、人民调解、行政调解、仲裁调解等各类制度,但几乎没有任何专门针对商事调解的规范,缺乏对商事调解内涵和外延的界定,也没有规定对司法调解、仲裁调解以外的单独商事调解活动的制度规范、司法审查或司法支持。另外,中国在立法层面也明显缺乏对调解活动的基本原则、基本理念的统一界定。

## (2) 机构发展

在最近十年来,各类商事调解组织如雨后春笋一般产生和蓬勃发展,特别是在北京、上海、天津、深圳、广州等商业活动交流频繁大城市。由于缺乏立法层面对商事调解机构、商事调解活动的规范,这些组织仅能依托现有的法律制度和社会组织建立。其中一部分属于法院、仲裁委下设的调解中心,一部分依托行业协会组建,还有一部分是社会团体、律师事务所、民间组织等依靠自身资源组织的调解中心。这些调解组织致力于组织商事调解活动,并提供相关的法律咨询、培训交流活动,它们的出现与发展很大程度上体现了中国市场对商事调解活动的需要和热情。

中国目前的商事调解机构主要包括以下几个类型:

### a) 依托行业协会的调解机构

此类调解机构通常是依托行业协会、在现行行业法律法规框架下设立的调解机构。比如,2012年设立的中国证券业协会调解中心,属于中国证券业协会的内设机构,履行《证券法》赋予证券业协会的相关职责对会员与会员之间,会员与客户之间的证券业务纠纷进行调解。目前,该调解中心颁布了《中国证券业协会证券纠纷调解规则》《中国证券业协会证券纠纷调解工作管理办法》,还公布了调解员名册,拥有超过290位在册调解员,主要为证券从业人员和专业律师。与之类似的还有中国互联网协会调解中心、中国房地产业协会中房协调解中心、中国建筑业协会调解中心等等。另外,值得注意的是,除了全国性的行业调解中心外,一些地方行业协会也下设组建了调解组织,比如,北京商业保理协会调解中心。这些行业协会下设调解机构处理的纠纷虽然往往也属于商事范畴,但是其案件管理和组织模式具有很强的“行业自治”和“类行政管理”属性。

### b) 仲裁委员会下设的调解中心

北京仲裁委员会在2011年设立了调解中心,目前在册的调解员超过130人,包括大量外籍调解员。值得注意的是,北京仲裁委会调解中心公布的示范条款属于“Med-Arb”形式的争议解决条款,约定“双方就本合同所发生的或与本合同相关的争议,均提交北京仲裁委员会调解中心按照其调解规则进行调解。不愿调解或者调解不成时,均提交北京仲裁委员会依据其现行有效的仲裁规则进行仲裁。”该中心《调解规则》第23条进一步规定了仲裁与调解对接的方式,如“当事人可以向北京仲裁委员会申请仲裁,请求仲裁庭依据和解协议的内容制作调解书或者裁决书”。与之类似,中国国际经济贸易仲裁委员会(CIETAC)调解中心在其《调解规则》第24条也包含了“调解与仲裁的对接”规定,规定当事人可以申请CIETAC按照调解协议的内容作出仲裁裁决,而在CIETAC仲裁程序中,当事人也可以请求由仲裁庭之外的人员进行独立调解。另外,深圳国际仲裁院调解中心《调解规则》第13条也有类似的调解和仲裁相结合规定。可见,此类仲

裁机构下设的商事调解中心属于“仲裁与调解相结合”的探索实践,调解程序在很大程度上是作为仲裁程序的补充和配合。

### c) 专业商事调解机构

近年来,中国已经产生了致力于专门开展商事调解活动的调解机构。其中,最早的探索是中国贸促会 1987 年在北京成立的中国国际贸易促进委员会 / 中国国际商会调解中心(原名“中国国际贸易促进委员会 / 中国国际商会北京调解中心”)。自 1992 年起,中国贸促会 / 中国国际商会陆续在全国各省、市、自治区及一些主要城市的贸促分会设立调解中心,到目前为止已达 30 余家,致力于帮助中外当事人解决商事、海事等争议。该调解中心的现行《调解规则》于 2012 年实施,且制定了较为详细的《调解员聘任管理办法》《调解员培训管理规定》《调解员行为考察规定》。根据该调解中心 2019 年调解员名册,目前在册的调解员超过 300 人,包括各类商事、海事领域的专业人士,另外,调解员名册中还包含一个“商事调解专家组”,由熟悉金融、房地产、知识产权、海事海商等领域的专家组成。

2011 年,经上海市商务委、上海市社团局批准,上海经贸商事调解中心在上海成立,该中心同样致力于作为第三方的商事调解机构为国内及涉外商事纠纷提供调解服务。除制定《调解规则》外,上海经贸商事调解中心也制定比较详细的《调解员守则》《调解员聘任及考核管理办法》《调解员培训管理办法》。值得注意的是,上海经贸商事调解中心公布的示范条款建议当事人采用多层次的争议解决条款,即各方可以首先约定“提交上海经贸商事调解中心进行调解”,如果调解不成,可以提交选定的仲裁机构仲裁,如果调解成功的,各方也可以选择愿意 / 不愿意将和解协议或调解书提交有管辖权的人民法院出具民事调解书。这样的约定在一定程度上考虑了调解和仲裁、诉讼的衔接,以及和解协议的司法确认问题。

除此之外,近年来新生的各类专业商事调解组织数量众多、难以统计,这些民间组织通常依托社会团体、或者由律师事务所牵头建立,规模较小、且集中服务于某一地域或专门领域的商事纠纷。比如,中国法律咨询中心调解中心、一带一路国际商事调解中心、深圳市总商会调解仲裁中心、北京茶业企业商会调解中心等等。

## 五、中国商事调解制度实际存在的问题以及新加坡的启示

从以上可以看出,其实新加坡以及中国在调解方面的发展有着异曲同工之处。从历史而言,新加坡受了很多东方文化以及华人文化的影响,有着以和为贵的传统;从调解发展而言,新加坡从上世纪九十年代到现在经历着从野蛮生长到系统化、国际化的发展;从调解实践而言,新加坡存在着类似于人民调解制度的社会调解中心,法院附属调解也承担着分担司法案件压力的任务。经过了近三十年的发展,新加坡已经形成了一套完整的商事调解制度并且做到了国际性及专业性。对比中国,虽然中国目前也在大力发展调解事业,但是仍然存在很多实际问题。那么,新加坡的发展可以给中国带来哪些启示呢?

### (1) 商事调解立法的缺位以及其展望

如前所述,在立法层面,中国商事调解立法存在明显的缺位。尽管存在散落在多部立法中有关司法调解、人民调解、仲裁调解的规定,但是,现有法律规定难以涵盖独立的、由专业的商事调解机构进行管理、组织的商事调解程序。这使得商事调解活动,特别是跨境国际商事调解活动,在立法层面缺乏制度规范或司法审查标准。

立法缺位可能对商事调解活动在中国的发展产生不利影响。比如,由于缺乏关于调解机构、调解员资格的一般性规定,专门调解机构和职业化调解人士的产生与发展长期缺乏法律指导,导致机构和人员质量的参差不齐,难以提升商事调解活动的公信力。再如,由于缺乏针对调解保密性的法律规定<sup>④</sup>,当事人和调解员披露案件信息、商业秘密的不当行为无法受到法律约束,从而实质上使得调解程序丧失了“保密性”的法律保障。另一方面,商事调解主体的性质和地位缺乏立法依据,这使得现行商事调解机构的建立很大程度上需要依附于法院、仲裁机构和行业协会,而专门化、专业化商事调解机构的法律地位缺乏立法保障和立法指导。

另外,在中国签署《新加坡调解公约》的大背景下,全国性立法的缺位还可能导致国内外制度衔接问题。比如,有关和解协议(调解协议)司法确认的规定散见在《民事诉讼法》《人民调解协议司法承认程序》《仲裁法》等多部法律法规中,通常的几种执行或司法确认方式包括:(1)由法院作出具有强制执行力的调解书;(2)由仲裁庭作出具有强制执行力的调解书或裁决书;(3)向人民法院申请对和解协议(调解协议)进行司法确认;(4)向人民法院申请支付令;(5)向公证机关申请强制执行公证等等。在《公约》对中国生效后,中国还需要根据《公约》建立一套司法确认和直接执行程序,这一程序将需要与现有的复杂司法确认机制进行区分、衔接,在缺乏统一规定的情况下,将可能给法院带来诸多困难。

另外一个例子是,《公约》第5.2(b)条将“本国法认为争议事项不可调解”列为法院可以拒绝执行的理由之一。但是,由于缺乏统一的调解立法,中国没有“可调解事项”或“不可调解事项”范围的统一、明确规定。鉴于目前司法调解、人民调解、行政调解、行业调解和仲裁调解等制度在中国并存,同时又缺乏立法就“商事调解”的概念和范围作出明确界定,中国将有可能很难适用第5.2(b)条中有关“不可调解事项”的规定拒绝执行外国和解协议。

其实,在新加坡,关于调解的相关规定一开始是散落在各个不同法律中,直到2017年才有了《调解法案》框架性的法案制度,为调解提供了制度性的法律框架,确定了经调解的和解协议的强制执行力。从《调解法案》条文可以看出,法案仅仅提供了一个框架性、原则性的制度,并没有对于调解的流程及细节给予过多的规定,维护了当事人的意

<sup>④</sup> 《民事诉讼法》《人民调解法》未明确提及调解的保密性。虽然《人民调解法》第十五条禁止调解员泄露当事人的个人隐私和商业秘密,但个人隐私和商业秘密的范围要窄于调解保密性所要求保护的信息范围。

思自治。而在中国,商事调解相关的立法是非常有必要的,但是专门立法的时间会比较长,可能并不利于目前中国希望可以尽快推进调解的政策制度,所以是否可以考虑通过修改《民事诉讼法》,统一相关商事调解和解协议的司法确认制度,或者通过司法解释的形式,对调解活动进行规范来作为衔接现有阶段及专门立法之间的空隙,值得学界及实务届的探讨。

## (2) 商事调解机构缺乏统一体系

如前所述,社会商事活动对调解的极大需求和热情在中国催生了一大批不同类型的商事调解机构。但是,这些商事调解机构的产生与发展缺乏统一的体系,主要体现在:(1) 这些调解机构各自依附于不同的现行法律框架和现有社会组织产生,呈现出民间化、自发性、各自为战的特点;(2) 不同商事调解机构在规模、专业性、运作模式、规则制定、调解员选聘、机构管理等各个方面规定不一、实践各异;(3) 专门的商事调解机构与依附于法院、仲裁委、行业协会的商事调解机构并行发展,彼此之间职权不明;(4) 在受案范围上,缺乏对商事调解活动和其他调解活动的界定和区分,缺乏对跨境商事调解活动和国内商事调解活动界定和区分,也缺少针对国际商事调解的专门规则;(5) 在调解规则和调解员相关规则制定方面,各商事调解机构缺乏统一体系,自行制定自己机构的规则。

对比新加坡,在商事调解机构设立及发展方面,新加坡政府及司法机关起着很重要的因素。如前文所述,新加坡国际调解中心是根据国际调解工作组对于新加坡国际调解的报告而设立的,而工作组是由新加坡律政部及首席大法官共同组建的,以政府及司法机关共同的力量来促进新加坡商事调解的发展。而在中国,由于众多商事调解机构鱼龙混杂、缺乏统一体系、权责划分不明,就可能导致当事人很难找到适当的商事调解机构组织调解活动。而体系的不统一也会导致商事调解实践的不统一,难以保证调解程序和结果的质量,无法提升商事调解在中国的公信力。特别是对于国际商事调解,由于缺乏明确的区分和特定的规则,中国实践将难以与国际实践接轨,影响外国当事人选择在中国进行国际商事调解的积极性。

## (3) 商事调解员标准化的缺乏及专业调解员的需求

随着商事调解机构的发展,中国也开始逐渐产生一批商事调解员队伍。比如,根据中国贸促会/中国国际商会调解中心 2019 年调解员名册显示,其在册调解员有超过 300 名,分别来自国内 20 个省市和 15 个国家和地区,包括外籍调解员超过 40 人,主要为律师(约占 30%)、其他法律工作者(约占 30%)、贸实务工作(约占 18%)、教学研究工作者(约占 7%)。

但是,中国尚没有标准化的调解员资格要求,也没有成熟的规范、培训和管理体系,也没有任何有关调解员的第三方认证系统。对于调解员的资格、选任、考核和培训管理,主要依靠各个商事调解机构自行制定规则。比如,不同机构对于离退休法官、律师或其他法律工作者的工作经验长短要求不同,有些机构要求 5 年以上,有些要求 10 年以上经

验。<sup>65</sup> 很多机构没有预定具体的培训要求或者要求的培训时长、内容各不相同。<sup>66</sup> 有些机构制定了详细的行为考察规定,要求在特定情况下,调解员应当主动不接受当事人的选定或调解中心的指定,如存在利益冲突、不能保证充足的时间和精力办理案件、对案件涉及的专业不熟悉等等,<sup>67</sup> 但有些机构甚至没有制定颁布具体的调解员守则。

由于缺乏标准化的要求,商事调解员的资质和专业水平可能参差不齐,难以保证其专业能力符合特定领域案件的要求,也难以保证调解员在组织调解程序方面获得足够的培训或者拥有足够的经验。对于希望进入商事调解员的专业人士来说,缺乏统一的标准、培训也会使其难以找到明确的专业发展路线,不利于中国商事调解员群体的发展和壮大。

新加坡国际调解学会就调解员标准的相关规定对中国而言有一定的借鉴作用。通过一个第三方认证标准,可以统一各个机构的调解员标准,并且通过调解员质量及专业度的提高使得调解流程能够标准化、提供公信力、也有中国调解的国际化发展。此外,调解员是调解的核心,调解员的质量很大程度上直接影响着调解的成功与否,目前国内主要的“免费”或公益性质调解实际上对商事调解的发展也有一定的影响,早日推动商事调解员费率的市场化让当事人会关注调解成功率的高低,一次可以推动商事调解作为争议解决的一种方式被当事人选择,使得专业的、质量高的调解员可以脱颖而出并倒逼调解员的专业性发展。

---

**Abstract:** In recent years, as an important method of dispute resolution, mediation has received more and more attention. With the signing of the Singapore Convention on Mediation and the successive ratifications of various countries, the obstacle to cross-border implementation of the settlement agreement will gradually be resolved. As a leading dispute resolution centre in the Asia-Pacific and even the world, Singapore's commercial mediation system has been developed since the 1990s. It has integrated the traditional mediation of from the East and the modern mediation system from the West, and has been formed its unique mediation systems in legislative, judicial, and institutional construction areas. Being an Asian country that takes root on enriching mediation traditions and history, Singapore had also encountered some problems and challenges during its development., which can give some enlightenment to China's current mediation development. This article will analyse in detail the key takeaways China can get from the development of mediation frameworks and practices in Singapore, particularly with

---

<sup>65</sup> 参见中国贸促会/中国国际商会调解中心《调解员聘任管理办法》第2条;上海经贸商事调解中心《调解员聘任及考核管理办法》第5条。

<sup>66</sup> 比如,中国贸促会/中国国际商会调解中心要求调解员每年需要完成至少8个学时的调解员培训,上海经贸商事调解中心要求调解员每年需要完成16个学时的调解员培训。

<sup>67</sup> 中国贸促会/中国国际商会调解中心《调解员行为考察规定》第11条。

respect to the legislation, the emergence of mediation institutions, and the growing of mediation professionals and community.

**Keywords:** international commercial mediation; Singapore Convention on Mediation; legislation on commercial mediation; SIMC

---

---

( 责任编辑: 赵芮浩 )

# 缅甸商事仲裁制度述评

欧福永 胡杨\*

---

**内容提要** 为使《纽约公约》在缅甸生效,缅甸在 2016 年通过新《仲裁法》,并于 2019 年成立了缅甸仲裁中心。该法以《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》为基础,详细规定了仲裁的定义和分类与当事人的异议权、仲裁协议的形式、仲裁条款的独立性与排他性、仲裁员的委任和异议与替换、仲裁庭的自裁管辖权和采取临时措施的权力、仲裁程序的组织和进行与终止、仲裁裁决的作出和撤销及承认与执行等内容。缅甸商事仲裁制度基本与国际社会接轨,充分尊重当事人意思自治,但是法院在仲裁中的权力过大,对仲裁员的具体资质、仲裁中的第三人和紧急仲裁员制度等问题缺乏规定。

**关键词** 缅甸仲裁法 仲裁协议 仲裁程序 仲裁裁决 承认与执行

---

缅甸联邦共和国(The Republic of the Union of Myanmar,简称缅甸)经 2010 年大选后逐渐开始转型,转型目标在于打开国门,积极外交。中国也积极与缅甸发展关系,近年来,在“一带一路”倡议指引下,中缅双方持续加强战略规划对接,保持密切政策沟通,在中国-东盟、中日韩-东盟对话合作,澜沧江-湄公河合作框架和中缅经贸联委会等合作机制交流下,两国经贸合作持续推进。2019 年中国和缅甸的双边贸易额达到了 180.47 亿美元,同比大幅增长 28.5%,2019 年 1-11 月,中国对缅直接投资额为 2.04 亿美元,截至 2019 年 11 月对缅直接投资存量为 48.8 亿美元,中国继续保持缅甸最重要投资来源国之一、第一大贸易伙伴以及最大的出口市场地位。2020 年 1 月 17 日至 18 日,习近平主席新年首访缅甸,开辟中缅关系新篇章。为了便于在缅甸进行贸易投资活动的中国企业和个人在发生民商事纠纷时选择仲裁解决争议和为我国仲裁制度的完善提供理论支撑,需要研究缅甸的商事仲裁制度。

缅甸在 1886 年全国沦为英国殖民地,其法律由普通法主导,但保留了一部分与婚姻家庭相关的佛教法。直到 1974 年缅甸联邦社会主义共和国成立,普通法对缅甸法律的影响削弱,转而代之的是大陆法系,同时还融合了缅甸佛教法因素。因此,缅甸法律体系属混合法律体系,其法律制度由三部分构成,按效力等级依次分为普通法、成文法和家庭

---

\* 欧福永,湖南师范大学法学院教授;胡杨,湖南师范大学法学院国际法专业硕士研究生。本文系 2019 年湖南省法学会重大项目:“一带一部”战略下湖南企业“走出去”的法律对策研究(19HNFX-A-001)的阶段性成果。

习惯法。<sup>①</sup> 缅甸的法律制度深受佛教文化的影响,这一宗教因素及普通法与大陆法系的混合影响让缅甸法律制度颇具特色。2008年5月,缅甸联邦共和国新宪法获得通过,规定实行三权分立的国家制度,立法权由联邦及各地议会行使,行政权由联邦政府行使,司法权由联邦各级法院行使。<sup>②</sup>

在加入《承认及执行外国仲裁裁决公约》(简称《纽约公约》)之前,缅甸根据1944年《仲裁法》进行仲裁。该法是以1934年英国《仲裁法》为基础制定的,并且与1940年印度《仲裁法》高度一致。<sup>③</sup> 缅甸于2013年7月15日正式成为《纽约公约》成员国之一,为了使公约在缅甸生效,根据公约执行外国仲裁裁决,缅甸采纳《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(简称《示范法》)中的一些规定,在2016年1月5日通过了新《仲裁法》,规定了更便利和更有效的争议解决机制。另外,在2019年8月3日,缅甸工商联合总会成立了缅甸仲裁中心(Myanmar Arbitration Center)。

在国外,自2016年缅甸《仲裁法》颁布以来,学者对缅甸仲裁制度的研究并不多,主要包括:(1)James Finch和Thida Aye两位学者在《缅甸仲裁法下的国际仲裁》<sup>④</sup>中对缅甸2016年《仲裁法》的主要内容进行简要分析;(2)Leng Sun Chan SC和Jo Delaney等学者在《缅甸国际仲裁年度报告》<sup>⑤</sup>一文中将缅甸《仲裁法》与《示范法》进行了对比;(3)Nwe Mon Mon Oo和Hanni Win The二位学者在《缅甸加入〈纽约公约〉前后仲裁法的重要特征》一文中将2016年《仲裁法》与旧《仲裁法》相比较,突出了新《仲裁法》的优点<sup>⑥</sup>。国外学者关于缅甸仲裁制度的研究成果为本文研究缅甸商事仲裁制度提供了文献支持。

## 一、仲裁的定义和分类与当事人的异议权

### (一) 仲裁的定义

缅甸《仲裁法》第3条c、d和f项规定,仲裁是指由仲裁员或仲裁庭进行的任何仲裁。仲裁员系指经双方同意任命的通过仲裁解决争议的人员或仲裁团;仲裁庭系指独任仲裁员或仲裁团。根据2016年缅甸《仲裁法》第2条规定,该法适用于仲裁地点在缅甸的仲裁,无论该仲裁协议是否在缅甸达成。若仲裁地点位于缅甸以外的国家,则仲裁仅

<sup>①</sup> 参见中华全国律师协会编著:《“一带一路”沿线国家法律环境国别报告(第二卷)》,北京大学出版社2017年6月版,第1页。

<sup>②</sup> 李晨阳,古龙驹:《缅甸联邦共和国宪法(一)》,载《南洋资料译丛》2009年第1期,第62页。

<sup>③</sup> Leng Sun Chan SC, Jo Delaney & Min Ayer Naing, THE BAKER MCKENZIE INTERNATIONAL ARBITRATION YEARBOOK:MYANMAR 303 (10th Anniversary Edition, 2017).

<sup>④</sup> See James Finch, Thida Aye:International Arbitration Under Myanmar's Arbitration Law, 2 *Asian International Arbitration Journal* 235, 235-252(2016).

<sup>⑤</sup> *Supra* note ③, at 303.

<sup>⑥</sup> See Nwe Mon Mon Oo & Hanni Win Thein, Significant Features of Arbitration Laws of MYANMAR before and after Its Accession to New York Convention, 2017 *ALSA Academic Journal* 205, 205-216 (2017).

受该法第 10、11、30、31 条和第 10 章的规定约束。

### （二）国内仲裁与国际仲裁的含义

缅甸《仲裁法》把仲裁分为国内仲裁和国际仲裁。根据该法第 3 条 i 项的规定,“国际仲裁”被定义为:“(1) 在仲裁协议签订时,如果一方当事人的营业和贸易活动地位于缅甸以外的其他国家;或(2) 仲裁协议载明的地点或者按照仲裁协议进行仲裁的地点在当事人营业地以外的国家;或(3) 如果履行大部分商业关系的义务的任何地点或者与争议标的物有最密切联系的地点位于仲裁协议各方当事人营业地所在国以外;或(4) 仲裁协议当事人明确约定仲裁协议的标的物与一个以上国家有关的。”<sup>⑦</sup>可见,该法关于国际仲裁的定义几乎与《示范法》的完全一致。而在该法第 3 条 h 项中,国内仲裁是指不属于上述国际仲裁的仲裁。

### （三）可仲裁事项

关于哪些争议事项可以提交仲裁,缅甸《仲裁法》并没有明确的规定。但该法第 4 条规定:“本法的目的是:(a) 以公平有效的方式解决国内商事争议和国际商事争议。”通过目的解释可以得出,该法中可仲裁事项包括国内外商事纠纷。该法第 2 条第 3 款规定:“本法的规定不得影响本国现行的、规定某些争议不得提交仲裁的任何法律。”一般来说,除属法院唯一管辖的事项(例如清盘申请或为未成年人指定监护人)外,所有民商事争议都可以通过仲裁解决。<sup>⑧</sup>

与缅甸不同,我国《仲裁法》第 2 条对可仲裁事项作出了明确规定:“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。”不仅如此,我国《仲裁法》第 3 条还规定了不可仲裁事项,即:(1) 婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷;(2) 依法应当由行政机关处理的行政争议。相较而言,我国《仲裁法》的规定比较完善。

### （四）异议权的放弃

为了保护当事人的权利,缅甸《仲裁法》第 6 条规定,当事人就下列事项有异议权:仲裁庭没有管辖权;仲裁过程中的不当行为;不遵守仲裁协议或者本法规定;不当行为已经影响了仲裁庭或者仲裁程序。若当事人参与或者继续参与仲裁程序的,应当立即提出异议,并应在《仲裁法》或者仲裁协议、仲裁庭规定的期限内提出。若当事人继续进行仲裁而不在规定期间内提出异议,应视为放弃其提出异议的权利。

<sup>⑦</sup> 根据缅甸《仲裁法》第 3 条 i 项的注释:当事人有一个以上营业地的,以与仲裁协议签订地有最密切联系的营业地为准;当事人没有营业地的,以其惯常居所为其营业地。

<sup>⑧</sup> Morgan, Lewis: AN INTRODUCTORY GUIDE TO ARBITRATION IN ASIA 47 (2th ed.,2018).

## 二、仲裁协议规则

### （一）仲裁协议的形式

仲裁协议是双方当事人将纠纷提交仲裁的基础。缅甸要求仲裁协议应为书面形式，根据缅甸《仲裁法》第3条b项，“仲裁协议”被定义为双方就合同或其他法律关系所产生或可能产生的所有或某些争议提交仲裁的书面协议。关于书面形式，该法第9条a项规定以下情形均视为书面形式的仲裁协议：仲裁协议由当事人签字的；若电子通讯所载的资料可供查阅，以供日后参考，则以电子通讯方式订立的仲裁协议须当作是书面的；载于请求书和抗辩书的交换中的仲裁协议，其中一方当事人声称存在协议，而另一方当事人未否认，则应视为书面形式。

因各类仲裁协议的表现形式不同，想要将纠纷提交仲裁的当事人可以用仲裁条款、仲裁协议书及其他等多种方式达成仲裁协议。<sup>⑨</sup>根据缅甸《仲裁法》第9条b项规定，仲裁协议既可以以合同中仲裁条款的形式存在，也可以以单独协议的形式存在。想要在缅甸进行仲裁的纠纷双方当事人，须以上述两种形式达成仲裁协议。

与缅甸要求相同，我国《仲裁法》要求仲裁协议应为书面形式。除此之外，我国《仲裁法》还详尽规定了仲裁协议应具备的内容以及仲裁协议无效的情形<sup>⑩</sup>，而缅甸《仲裁法》并未规定。但缅甸本质上是一个普通法管辖区，根据1872年缅甸《合同法》第56条，约定从事不可能履行或不合法的行为的协议无效。根据该法第23条，有两个一般原则可能使协议的内容不可执行：一是协议的目的是非法的或者不可实现的；二是缅甸法律禁止的合同。<sup>⑪</sup>那么，上述两种情形即会成为仲裁协议无效的原因。

如果仲裁条款没有援引一套管理机构的仲裁程序规则，该仲裁条款是否可以执行？对这个问题，缅甸《仲裁法》保持了沉默。但是，《仲裁法》附表一所载的仲裁协议所隐含的条件支持这样的观点，即在没有约定明确的程序规则的情况下，仲裁仍然可以进行。此外，《仲裁法》第8条（行政协助）规定，当事人或者经当事人同意的仲裁庭可以作出安排，向任何适当的机构或者个人寻求协助，以便利对仲裁程序的管理。<sup>⑫</sup>

### （二）仲裁条款的独立性与排他性

一般来说，通过仲裁条款的方式订立的仲裁协议的效力具有独立于主合同效力的特性。<sup>⑬</sup>不论纠纷双方当事人的主合同是否有效，都不会影响仲裁条款的有效性。缅甸《仲裁法》也肯定了仲裁条款的独立性，该法第18条a款规定，合同中的仲裁条款应视为独立于合同其他条款的协议；仲裁庭关于合同无效的裁决并不会导致仲裁条款的无效。

<sup>⑨</sup> 参见宋连斌：《仲裁法》，武汉大学出版社2010年9月版，第109页。

<sup>⑩</sup> 参见《中华人民共和国仲裁法》第16条、第17条。

<sup>⑪</sup> *Supra* note ④, at 238.

<sup>⑫</sup> *Supra* note ⑧, at 48.

<sup>⑬</sup> 同前注⑨，宋连斌书，第107页。

在缅甸,仲裁协议具有排他性,《仲裁法》第10条规定,凡就属仲裁协议标的事项向法院提出诉讼,任何一方可不迟于提交关于争议实质的第一份书面陈述时,向法院申请将该事项提交仲裁。如果存在上述申请,法院应命令当事人诉诸仲裁,除非法院裁定该协议无效、不成立或不能履行。但争议在法院待决期间,仲裁程序仍然可以开始或继续进行,并且可以于该争议在法院待决期间作出裁决。若法院命令当事人诉诸仲裁,法庭应中止法院诉讼。简而言之,如果纠纷双方当事人之间有仲裁协议,并且其中一方要求仲裁,当地法院必须根据《仲裁法》第10条将纠纷提交仲裁并中止法院诉讼。但请求仲裁的一方必须在其提出第一次有关实质性问题的书面陈述之前提出申请。如果法院认为仲裁协议无效、不成立或不能履行,则无义务按要求将该事项提交仲裁。

我国的规定与缅甸的规定大致相同,即若当事人一方向法院起诉,而当事人已经达成仲裁协议的,法院不予受理,但仲裁协议不成立、无效、失效、内容不明确无法执行的除外。

最后,缅甸《仲裁法》第10条规定,如果法院决定将该事项提交仲裁,则该决定不可上诉。另一方面,如果法院决定不将该事项提交仲裁,则不提交仲裁的决定可以上诉。

### 三、仲裁员与仲裁庭规则

#### (一) 仲裁庭的组成

##### 1. 仲裁员的委任

仲裁员是当事人意思自治的产物,当事人可以根据自身的需要选择任命仲裁员。但为保证仲裁案件的审理质量,有些国家对仲裁员的资质条件作出了严格限制。<sup>⑭</sup>缅甸《仲裁法》并未对此进行限制,而仅在仲裁员国籍方面作了规定。根据该法第13条规定,除非当事人另有协议,任何国籍的人士均可作为仲裁员。由此可见,《仲裁法》对仲裁员国籍的无限制充分尊重了当事人意思自治,为与国际社会接轨作出了努力。

根据缅甸《仲裁法》第12条,仲裁双方当事人可以自由约定仲裁员的人数,若决定选择多个仲裁员组成仲裁庭,则该数量必须是奇数。如果仲裁协议中未提及仲裁员人数,则仲裁员应为一。同时,该法第13条规定,双方可以自由约定一个或多个仲裁员的委任程序。如果缔约方不遵守该程序,任何一方可以申请首席法官<sup>⑮</sup>或其选定的任何人/机构作出委任,并且首席法官或其选定的任何人/机构的决定不受上诉管辖。

与缅甸不一样,根据我国《仲裁法》的规定,仲裁庭可以由三名仲裁员或者一名仲裁员组成。若当事人没有在仲裁规则规定的期限内就仲裁庭的组成方式或者仲裁员达成一致意见,由仲裁委员会主任而不是法院为其选定仲裁员。

<sup>⑭</sup> 同前注<sup>⑨</sup>,宋连斌书,第71页。

<sup>⑮</sup> 根据第13条的注释,本条所称首席法官,在国内仲裁中是指有管辖权的地区高等法院或国家高等法院的首席法官,在国际仲裁中是指联邦首席法官。

## 2. 当事人对仲裁员提出异议

根据缅甸《仲裁法》第14条,仲裁员候选人应主动披露任何可能引起对其公正性或独立性产生合理怀疑的情况。若其未能将此类情况告知各方当事人,则他应在任命之时起和整个仲裁程序期间,毫不拖延地向各方当事人披露任何此类情况。如果出现下列任一种情况,当事人可对仲裁员提出异议:存在对其公正性或者独立性产生合理怀疑的情形;或仲裁员不具备双方商定的资格。指定仲裁员的一方当事人,只有在指定仲裁员后才知道这些理由时,才能基于这些理由对其指定的仲裁员提出异议。

缅甸《仲裁法》第15条规定,当事人双方可自由约定对仲裁员提出异议的程序。如果双方无法达成协议,拟对仲裁员提出异议的一方当事人应在发现情况后15天内,向仲裁庭提交一份异议的理由的书面陈述。除非被提出异议的仲裁员辞职或另一方同意该异议,仲裁庭将决定是否撤换该仲裁员。若经过以上方式之后其异议仍未成功,拟对仲裁员提出异议的一方当事人可自仲裁庭作出决定之日起30日内向法院提出申请,但仲裁程序可在法院裁决未决期间继续进行。

我国《仲裁法》也规定了仲裁员必须回避的情形<sup>①⑥</sup>,与缅甸《仲裁法》规定类似,即可能影响公正仲裁的仲裁员应回避。

## 3. 仲裁员委任的终止和替换

缅甸《仲裁法》第16条规定,在出现下列任一种情况时,仲裁员的委任应终止:仲裁员无履行职责的法律行为能力或事实行为能力或者因其他原因不及时履行职责;仲裁员辞职或当事人协议终止其委任。当事人对仲裁员是否具有履职能力有争议的,可以向法院申请决定终止仲裁员的委任,当事人另有约定除外。法院关于终止仲裁员委任的决定不得上诉。

缅甸《仲裁法》第17条规定,当仲裁员的委任终止时,应根据适用于被替换仲裁员的委任规则委任一名新的仲裁员。由于替换了仲裁员,仲裁庭有权决定原来进行了的审理是否需要重新进行,除非当事人另有协议。在此情况下,除非当事人另有协议,仲裁庭在替换仲裁员之前作出的命令和决定不得仅仅因为仲裁庭的重新组成而被视为无效。

### (二) 仲裁庭的自裁管辖权

学界普遍认为,仲裁庭的自裁管辖权来源于当事人意思自治原则,核心是仲裁庭有权对仲裁协议的效力及管辖权作出裁定。<sup>①⑦</sup> 缅甸《仲裁法》第18条规定了仲裁庭的自裁管辖权:

(1) 除非当事人另有协议,仲裁庭有权对自己的管辖权作出裁决,包括当事人对仲裁协议的存在或有效性提出的异议。关于仲裁庭没有管辖权的抗辩应不迟于提交答辩书之时提出。一方当事人已委任或参与委任仲裁员,不排除该当事人提出这种异议。

<sup>①⑥</sup> 参见《中华人民共和国仲裁法》第34条:仲裁员有下列情形之一的,必须回避,当事人也有权提出回避申请:(一)是本案当事人或者当事人、代理人的近亲属;(二)与本案有利害关系;(三)与本案当事人、代理人有其他关系,可能影响公正仲裁的;(四)私自会见当事人、代理人,或者接受当事人、代理人的请客送礼的。

<sup>①⑦</sup> 赵秀文:《国际商事仲裁法》,中国人民大学出版社2012年10月版,第101页。

(2) 有关仲裁庭超越其权限范围的抗辩,应当在仲裁程序中出现被指称的越权事项时立即提出。

(3) 如果仲裁庭认为延迟是合理的,仲裁庭可以接受上述两项逾期抗辩。如果仲裁庭裁定其有或者没有管辖权,受仲裁裁决影响的任何一方当事人均可在收到该裁决之日起30日内向法院提出上诉,但须符合该法规定的关于上诉所规定的条件<sup>⑮</sup>。

另一个需注意的事项是,仲裁员对其作为仲裁员在仲裁过程中基于谨慎行事的作为或者不作为享有豁免权。

### (三) 仲裁庭命令采取临时措施的权力

在国际商事仲裁程序中,仲裁保全措施是一项必不可少的临时性措施,旨在防止在仲裁程序进行中,当事人利用所处优势地位,转移或销毁证据或财产,致使仲裁庭无法合理地作出裁决,或者即便作出,也难以得到执行。<sup>⑯</sup> 命令采取临时措施的权力一般属于法院,但是,凡是采纳了《示范法》规定的国家,例如美国、英国、印度、德国、法国、瑞士、俄罗斯、保加利亚等国,均在国内法上规定仲裁庭有权发布临时措施。缅甸《仲裁法》也授权仲裁庭可以命令采取临时措施,其第19条规定:

(a) 除非当事人另有协议,仲裁庭有权就下列事项向任何一方当事人作出决定、命令和指示:(1) 费用担保;(2) 文件和质询书的发现;(3) 宣誓作证;(4) 保存、临时保管或者变卖属于争议标的物的财产;(5) 对属于或者构成争议标的物的财产采集样品、进行观察、进行实验;(6) 保全和临时保管证据;(7) 要求对争议的金额提供担保;(8) 临时禁令或者其他临时措施。

(b) 仲裁庭有权为当事人和证人组织宣誓。

(c) 仲裁庭可以根据其认为合适的方式确定证人的询问顺序。

(d) 仲裁庭不得仅因申请人存在如下情况而命令其为(a)款(1)项所述的费用提供担保:(1) 经常居住在缅甸联邦共和国境外的个人;(2) 根据另一国法律成立或组成的公司或组织。

(e) 仲裁庭在仲裁过程中作出的所有决定、命令或指示,均可按照第31条向法院申请强制执行。

相比较而言,我国《仲裁法》规定,当事人申请财产保全或证据保全的,仲裁委员会应将该申请提交给人民法院,并且根据我国《民事诉讼法》,采取临时措施的权力专属于法院。为了更好地保护当事人的合法权益,我国在将来修改《仲裁法》和《民事诉讼法》时,可借鉴《示范法》和其他国家的先进规定,授予仲裁庭作出采取临时措施的决定的权力。

<sup>⑮</sup> 参见缅甸《仲裁法》第43条d款(1)、(2)项和第47条b款(1)项。

<sup>⑯</sup> 同前注<sup>⑰</sup>,赵秀文书,第172页。

## 四、仲裁程序规则

仲裁程序是指国际商事争议发生后,自一方当事人申请仲裁时起到作出终局裁决这一整个过程中,当事人、仲裁机构、仲裁员和其他仲裁参与人等所应遵循的程序。

### (一) 仲裁程序的进行

#### 1. 组织与程序规则

缅甸《仲裁法》第7章为仲裁的进行规定了一些标准的组织和程序规则,其中包括:

(1) 当事人应被平等对待,并享有充分陈述其案情的机会。

(2) 当事人可以就仲裁程序达成协议,若未达成协议,仲裁庭可以以其认为适当的方式进行仲裁,但须符合该法的规定。

(3) 双方当事人可自由约定仲裁地点,若无约定,仲裁庭应根据案件的情况决定仲裁地点。

(4) 仲裁程序的开始日期应为被申请人收到提交仲裁申请书的日期,当事人另有约定的除外。

(5) 当事人可以自由决定仲裁程序的语言,若未达成协议,仲裁庭应作出决定。仲裁庭可以命令当事人将书面证据翻译为仲裁程序中使用的语言。

(6) 当事人可约定和确定在申请书或答辩书中必须要陈述的要素。否则,申请人应陈述支持其请求的事实、争议点和寻求的救济或补救措施,被申请人应当逐项作出答辩。

(7) 除非当事人另有协议,仲裁庭应当决定是否举行开庭审理,以便出示证据或进行口头辩论,或者是否应当以文件和其他材料为基础进行仲裁程序。但是除非当事人约定不开庭审理,一方当事人请求开庭的,仲裁庭应当在进行仲裁程序的适当阶段举行开庭审理。

(8) 在仲裁程序开始后,申请人未提交符合要求的申请书的,仲裁程序终止。被申请人未提交答辩书的,仲裁继续,但并不认为仲裁庭认可了申请人的主张。如果任何一方当事人没有出庭或没有提供书面证据,仲裁庭可以继续进行仲裁程序,并根据其收到的证据作出裁决。

(9) 仲裁庭可以指定一名或者多名专家证人,也可以要求一方当事人提供专家证言。当事人应在听证会上有机会审查专家证人,但当事人另有约定的除外。

(10) 仲裁庭或经仲裁庭批准的一方当事人可向法院申请协助取证。

#### 2. 适用于争议的法律

对于争议的法律适用,缅甸《仲裁法》第32条规定,在进行国际仲裁时,仲裁庭应根据当事人选择的法律规则作出裁决;除非当事各方另有协议,缅甸仲裁原则上不接受反致。当事人没有选择的,仲裁庭应当适用其认为可适用的法律规则。在国内仲裁中,仲裁庭应根据缅甸现行实体法来裁决通过仲裁方式解决的争议。在国内和国际仲裁中,如果各方当事人明确授权,仲裁庭应以公平、公正和善意原则来裁决争议;在所有情况

下,仲裁庭应根据合同条款作出决定,并应考虑可适用于该交易的贸易惯例。

## (二) 仲裁程序的终止

### 1. 因作出最终裁决而终止

#### (1) 仲裁裁决的内容与形式及效力

根据缅甸《仲裁法》第35条,裁决应以书面形式作出,并由一名或多名仲裁员签署。在有一名以上仲裁员的仲裁程序中,裁决书应有多数仲裁员签名,但必须给出任何仲裁员遗漏签名的原因。裁决书应说明裁决理由,除非双方另有约定。裁决书必须注明裁决的日期和地点,并送交各方。除非当事人另有约定,仲裁庭将裁定仲裁费用<sup>②①</sup>,确定有权获得费用的一方、支付费用的一方、费用的数额、确定费用的方法以及支付费用的方式。《仲裁法》第52条和第53条规定了有关费用的保证金和追索,仲裁庭对仲裁中未付的费用享有仲裁留置权。

关于仲裁裁决的效力,就包括中国在内的较普遍的立法来看,裁决是终局性的。但也有法国等少数国家的仲裁立法和规则规定了仲裁裁决不具有终局性而可以向法院或仲裁机构上诉,缅甸对此考虑了当事人的合意。根据缅甸《仲裁法》第38条,除非当事人另有约定,仲裁庭根据仲裁协议作出的裁决应是终局的,对当事人和通过或根据他们提出请求的任何人具有约束力。

#### (2) 仲裁裁决的更正、解释和补充

裁决作出以后,如果发现存在错误、内容有不清楚之处或存在部分争议漏裁的情况,一般可以在一定期限内请求仲裁庭予以更正、解释、补充。根据缅甸《仲裁法》第37条规定,当仲裁裁决书中出现计算错误、书写或印刷错误或类似的错误时,自裁决之日起30日内,一方当事人在通知另一方当事人后,可以请求仲裁庭在裁决书中进行更正,但当事人另有约定的除外。仲裁庭可以根据当事人提出的请求或基于自己的动议,纠正上述错误,并将此类更正送达给当事人。当事人可以请求仲裁庭对裁决的具体某一点或部分作出解释,若仲裁庭认为该请求合理,则其应在收到请求后30日内作出解释,解释应构成裁决的一部分。最后,除非当事人另有约定,一方当事人在通知另一方当事人后,可以在收到裁决书的30天内,要求仲裁庭就仲裁程序中提出但裁决书中遗漏的请求事项作出补充裁决,若仲裁庭认为该请求合理,则其应在收到该请求后60日内作出补充裁决。如有必要,仲裁庭可延长其作出更正、解释或补充裁决的期限。

### 2. 因其他原因终止

根据缅甸《仲裁法》第36条a款,除了作出最终裁决外,若出现以下情况,仲裁庭应终止仲裁程序:申请人在没有被申请人反对的情况下撤回仲裁申请;或各方当事人约定终止程序;或仲裁庭认为继续进行仲裁程序变得没有必要或者不可能。此外,根据该法第34条,如果双方当事人在仲裁过程中达成和解,仲裁庭应终止仲裁程序,如果双方

<sup>②①</sup> 根据缅甸《仲裁法》第35条的注释,“费用”是指与下列事项有关的合理费用:(1)仲裁员、证人的费用;(2)诉讼费用;(3)仲裁监督机构的管理费;(4)与仲裁程序和仲裁裁决有关的其他费用。

当事人和仲裁庭达成一致,则应根据和解作出裁决。和解裁决与根据案情作出的裁决具有同等法律效力。

## 五、仲裁裁决的撤销和承认与执行规则

### (一) 国内仲裁裁决的撤销和承认与执行规则

#### 1. 撤销与执行

虽然大多数国家的仲裁立法没有赋予当事人就仲裁裁决的法律或事实上的问题提起完全上诉的权利,但相当多的国家都允许当事人通过另一条途径向法院提出申诉,这一途径通称为裁决的异议或撤销程序。根据法律中关于异议裁决程序的规定,当事人可以就仲裁过程中影响了仲裁裁决的一些基本的不当行为作为理由,向法院提出异议仲裁裁决的申请。<sup>①</sup> 缅甸《仲裁法》第 41 条规定了撤销国内仲裁裁决的条件:“一方当事人提出撤销申请后,只有在下列情况下,法院才可以撤销国内仲裁裁决:

(1) 仲裁协议的一方当事人有某种无行为能力情形;

(2) 根据双方约定适用的法律,仲裁协议无效,或仲裁协议对此未作任何指示,根据缅甸联邦共和国法律,仲裁协议无效;

(3) 提出申请的当事人没有得到指定仲裁员或者仲裁程序的适当通知,或者因为其他原因致使他不能陈述案情的;

(4) 裁决处理的争议不是仲裁协议约定的事项或不在根据仲裁协议提交仲裁的范围之列,或者裁决书中内含对提交仲裁的范围以外事项的决定。如果对提交仲裁的事项所作的决定可以与对未提交仲裁的事项所作的决定分开,仅可以撤销含有对未提交仲裁的事项所作的决定的那部分裁决。

(5) 仲裁庭的组成或者仲裁程序与当事人的协议不一致或者不符合本法规定的。但是,该协议不得与本法中双方不能减损的条款相冲突。

(6) 争议的标的依照现行法律不能通过仲裁方式解决;

(7) 该裁决与缅甸联邦共和国的国家利益(公共政策)相冲突。”

该法还规定,当事人应当在一定期间内提出撤销申请,超过期限则不得提出。<sup>②</sup> 经当事人同意,法院可以将仲裁程序延期,以便仲裁庭有机会重新进行仲裁或消除撤销仲裁裁决的理由。<sup>③</sup>

根据缅甸《民事诉讼法》,国内裁决的执行方式应与缅甸法院判决的执行方式相同。

<sup>①</sup> 李双元、欧福永主编:《国际私法》,北京大学出版社 2018 年版,第 494 页。

<sup>②</sup> 缅甸《仲裁法》第 41 条 b 款规定:“自提出申请的一方当事人收到裁决之日起 3 个月后,或如已根据第 37 条提出请求,则从该请求被仲裁庭处理完毕之日起 3 个月后,不得提出撤销申请。”

<sup>③</sup> 缅甸《仲裁法》第 41 条 c 款规定:“当法院收到一方当事人根据(a)款提出的请求后,如果认为该请求是适当的,法院可以在其确定的一段时间内暂时停止进行撤销程序,以便仲裁庭有机会重新进行仲裁程序或采取仲裁庭认为将消除撤销裁决理由的其他行动。”

若被申请人证明仲裁庭无权作出仲裁裁决,则法院不应执行该仲裁裁决。

## 2. 上诉

与1996年英国《仲裁法》第69条和2012年修正的新加坡《仲裁法》第49条规定的上诉理由相似,缅甸《仲裁法》第42条规定,一方当事人在通知其他当事方和仲裁庭后,就因仲裁程序中作出的裁决而产生的法律问题向法院提出上诉。但双方当事人事先书面约定不得提起上诉的,当事人不得提起上诉;或者双方当事人事先书面约定无须在裁决书上陈述理由,则双方不得就该理由提出上诉。

按照缅甸《仲裁法》第43条,当仲裁庭的裁决对一方或多方当事人的权利有重大影响或出现明显错误时,法院必须受理该上诉。在受理上诉后,法院可以做出批准或修改该裁决、将裁决发回仲裁庭对其整个或部分进行重新审理、撤销全部或者部分仲裁裁决的决定。当事人不得对法院就其提出的上诉而作出的决定提出第二次上诉。

对于在缅甸作出的国际仲裁裁决,即在缅甸进行的仲裁中作出的国际仲裁裁决的执行或撤销,没有单独或不同的规定。该裁决不属于根据缅甸《仲裁法》第45条和第46条的规定可依据《纽约公约》可强制执行的外国裁决。<sup>②4</sup>

## (二) 外国仲裁裁决的承认与执行

在2016年以前,缅甸在外国仲裁裁决执行这一方面,适用1937年《仲裁(议定书和公约)法》,该法是基于1927年《执行外国仲裁裁决日内瓦公约》而颁布的。然而,《纽约公约》第7条规定,1923年《日内瓦仲裁条款议定书》和1927年《执行外国仲裁裁决日内瓦公约》在一国成为《纽约公约》缔约国时停止生效。因此,缅甸2016年《仲裁法》第49条明确排除了1937年《仲裁(议定书和公约)法》的适用。

根据缅甸《仲裁法》第48条,该法第十章(承认和执行外国仲裁裁决)的规定均不得损害任何人在缅甸《仲裁法》颁布以前本来拥有的执行外国仲裁裁决的权利或在本法颁布之前针对他执行的外国仲裁裁决被拒绝的被执行人的权利。

### 1. 需提交的文件和执行程序

缅甸《仲裁法》第45条规定,当事人在缅甸申请执行外国仲裁裁决<sup>②5</sup>时,应向法院提交:依作出该裁决的国家法律所要求的方式认证过的裁决书原件或其副本、仲裁协议的原件或经正式认证的副本。如果上述文件使用的是缅甸以外的语言,应提供一份经他所属国家的大使或领事认证的英文译本,或根据缅甸现行法律规定认证的英文译本。

当事人提交上述文件后,法院应根据缅甸《民事诉讼法》执行该裁决,如同法院判决一样。

### 2. 可拒绝执行的理由

与《纽约公约》规定的拒绝承认和执行外国仲裁裁决的理由相似,缅甸《仲裁法》

<sup>②4</sup> Supra note ③, at 307.

<sup>②5</sup> 缅甸《仲裁法》第3条k款规定:外国仲裁裁决是指根据仲裁协议在《纽约公约》成员国领土内作出的裁决,但缅甸除外。

第 46 条规定,法院在以下情况下可以拒绝承认和执行该外国仲裁裁决:

“(b) 如果援引的裁决所针对的当事人向法院提供下列证据,法院可以拒绝承认和执行该外国仲裁裁决:

- (1) 所涉仲裁协议的当事人根据对他们适用的法律有某种无行为能力情形;
- (2) 根据各方当事人所同意遵守的法律,或者没有指明何种法律的情况下,根据作出裁决的国家的法律,该协议无效;
- (3) 援引的裁决所针对的当事人没有得到指定仲裁员的适当通知或者仲裁程序没有适当进行,或者因其他原因不能陈述案情的;
- (4) 裁决处理的争议不是仲裁协议约定的事项或不在根据仲裁协议提交仲裁的范围之列,或者裁决书中内含对提交仲裁的范围以外事项的决定;
- (5) 仲裁庭的组成或者仲裁程序与当事人的约定不一致,或者无此种约定时,与仲裁地所在国的法律不一致;
- (6) 裁决对当事人尚无约束力,或者已经由裁决地所在国或裁决依据的法律的所属国的法院所撤销或中止执行。

(c) 如果法院查明存在如下情况,可以拒绝执行该外国裁决:

- (1) 根据缅甸联邦共和国法律,争议事项不能通过仲裁解决;
- (2) 执行裁决将违反缅甸联邦共和国的国家利益(公共政策)。”

根据缅甸《仲裁法》第 47 条 a 款 3 项规定,任何一方当事人对仲裁庭根据第 46 条 b 及 c 款作出的拒绝承认和执行或承认和执行外国仲裁裁决的决定,可向有管辖权的法院上诉。

## 六、法院在仲裁中的权力

在缅甸 1944 年《仲裁法》中,法院在仲裁中的权力非常大,这种做法实际上阻碍了缅甸仲裁制度的发展,给外国投资贸易者带来了不便。而新《仲裁法》第 7 条(法院干预的程度)规定,在本法管辖的事项中尽管任何其他现行法律中有任何规定,除本法有此规定,任何法院均不得干预。但不难看出,缅甸法院在仲裁中依旧还享有诸多权力。

### (一) 认定仲裁协议的效力和对仲裁员的委任与异议作出决定

如前所述,缅甸《仲裁法》第 10 条规定,法院可以裁定仲裁协议无效、不成立或不能履行,第 13 条规定了首席法官参与仲裁员任命的具体程序,第 15 条规定法院可以对仲裁员的异议作出决定,第 16 条规定当事人对仲裁员是否具有履职能力有争议的,可以向法院申请决定终止仲裁员的委任,当事人另有约定除外。而根据国际上普遍的立法和实践,除非是临时仲裁,一般是由仲裁庭或仲裁机构而非法院负责仲裁员的委任和异议。

### (二) 协助取证

根据缅甸《仲裁法》第 30 条,仲裁庭或经仲裁庭批准的一方当事人可申请法院协助取证;法院还可以传唤仲裁庭希望听审的证人。然而,该条还规定:“法院可以在其职

权范围内,按照其取证规则,执行直接向仲裁庭提供证据的请求。”该项规定所用的术语是“可以”,表明法院可以自由裁量是否直接向仲裁庭提供证据。

### (三) 采取临时措施的权力

虽然缅甸《仲裁法》第19条规定了仲裁庭命令采取临时措施的权力,该法第11条还规定了法院采取临时措施的权力:

(a) 除非当事人另有约定,法院应当事人的请求可以在以下事项中介入仲裁:取证;证据保全;对仲裁争议中的财产或者与争议标的物有关的财产作出裁定;对与争议有关的财产进行检查、拍照取证、保全、保管和扣押;对属于或者构成争议标的物的财产采集样品、进行观察、进行实验;为了上述事项的目的,授权任何人进入仲裁当事人所有或者控制的房屋;出售属于争议标的的任何财产;授予临时强制令或者指定接管人。(b) 如果仲裁程序急需临时措施,法院可以根据当事人的申请,作出它认为对保全证据和有关财产有必要的裁定。(c) 如果不急需采取临时措施,经仲裁一方当事人申请,法院在向其他当事方和仲裁庭发出通知,并经仲裁庭同意或者其他当事人书面同意后,采取临时措施。(d) 法院只处理当事人授权的人或仲裁庭、仲裁机构或其他机构无权或不能有效处理的事项。(e) 对法院根据本条作出的决定,可提出上诉。(f) 当有权就争议标的事项采取行动的仲裁庭作出与法院根据(a)款作出的命令有关的决定时,法院命令的全部或部分应停止执行。

其实在该法中,这些权力并未明确地称为临时措施,我们只能从上述措施清单后的条款语言中推断出,这些权力属于临时措施。另外,上述权力清单后的限制性规定限定了这些权力的行使条件和措施的效力范围。<sup>②6</sup>

缅甸《仲裁法》第2条规定,仲裁地点位于缅甸国外的仲裁也适用第11条。若双方当事人可在缅甸境外进行仲裁,申请缅甸法院采取有关临时措施的,法院亦可批准执行。

### (四) 在国内仲裁中对预备性法律问题的裁定

根据缅甸《仲裁法》第39条规定,除非当事各方另有约定,仲裁程序的一方当事人可在向仲裁庭和其他当事方发出了通知后,申请法院就仲裁程序中产生的任何法律问题作出裁定。如果当事人提出了此申请,且法院确信该问题实质上影响一方当事人或更多当事人的权利,则法院可以对此法律问题作出预备性裁定。而除非当事各方另有约定,仲裁庭仍可在法院待决期间继续进行仲裁程序并作出裁决。而根据国际上普遍的立法和实践,大多数国家的法院没有上述权力。

### (五) 修改或更正、撤销或承认与执行仲裁裁决的权力

如前所述,缅甸法院可以决定仲裁裁决的效力,如在上诉审查时修改裁决、发回仲裁庭重审或撤销裁决,承认与执行临时或最终裁决。<sup>②7</sup>

<sup>②6</sup> Supra note ④, at 241.

<sup>②7</sup> 参见缅甸《仲裁法》第31条、第40条、第41条、第43条、第45条。

## 七、缅甸的仲裁机构和实践

缅甸历史上就有仲裁解决纠纷的机制,这种纠纷解决程序正式而庄严,纠纷解决结果的作出会考虑如何促进村庄和家庭的友好和谐。虽然缅甸是东盟各国中最早颁布仲裁法的国家,但非常遗憾的是,由于多年的动荡和内乱,1944年《仲裁法》颁布后就再未做过修改更新,已远远落后于其他国家的国际商事仲裁立法,已经无法适应国际商事仲裁的需要;同时,缅甸法院以前对仲裁表现出令人担忧的态度,甚至拒绝承认一项仲裁协议,理由是它试图取消诉诸法院的做法;尤其糟糕的是,缅甸直到2013年才加入《纽约公约》,2016年才制定新仲裁法,这使得缅甸长期是东盟各国中最不适合于仲裁的国家。<sup>⑳</sup>为了更好地解决民商事纠纷,缅甸工商联合总会1992年设立了一个解决纷争事务委员会;据缅甸《金凤凰》中文报社网站2019年8月12日报道,委员会目前接受处理的80多起企业纷争案件中,有60起案件已完成处理<sup>㉑</sup>。为了以更加专业化和完善的处理程序协助企业处理纠纷,2019年8月,缅甸工商联合总会成立了缅甸仲裁中心。缅甸工商联合总会在国际商会和其他区域及国际仲裁机构的协助下,正在对当地高级律师和其他有关行政人员进行必要的培训和举行一些研讨会,以便准确地适用新仲裁法。<sup>㉒</sup>无论如何,缅甸仲裁中心的成立为在缅甸的外国投资贸易者带来了很大的便利。

缅甸法院将如何在实践中适用新的仲裁法,还有待观察。目前还没有报告的、适用新的仲裁法的案件。在过去的几十年里,有一些非常古老的报告案例涉及1944年《仲裁法》,其中许多是关于非商业纠纷的。<sup>㉓</sup>Andreas Respondek编写的《亚洲仲裁导读》一书也没有收集到关于缅甸仲裁程序的统计数据。<sup>㉔</sup>

## 八、缅甸仲裁制度的特色和不足

### (一) 缅甸仲裁制度的国际性

2016年《仲裁法》以《示范法》为基础,在法院在仲裁中的作用、仲裁员的指定、仲裁庭的组成、执行和撤销外国仲裁裁决等方面对1944年《仲裁法》都有改进,体现了与国际社会的接轨,在国际上易获得接受,为缅甸境内和与缅甸有关的仲裁提供了现代国际仲裁框架<sup>㉕</sup>。缅甸仲裁制度的国际性还体现在有关仲裁员的规定上,任何国籍的人

<sup>⑳</sup> 石现明:《东盟国家国际商事仲裁法律制度研究》,云南大学出版社2013年7月版,第19-20页。

<sup>㉑</sup> 缅甸《金凤凰》中文报社:《UMFCCI成立缅甸仲裁中心处理企业纠纷》, <http://www.mmgpmedia.com/buz/31881-umfcci-3>,最后访问时间:2020年6月26日。

<sup>㉒</sup> Supra note ③, at 308.

<sup>㉓</sup> Jo Daniels, Jo Delaney, The Baker McKenzie International Arbitration Yearbook: Myanmar, 6 (2018-2019).

<sup>㉔</sup> Andreas Respondek, ASIA ARBITRATION GUIDE, 5th Edition, 2017, p.208.

<sup>㉕</sup> Supra note ③, at 304.

均可担任仲裁员,这为国际商事仲裁双方当事人的选择提供了便利。

## (二) 充分尊重当事人意思自治

从整体上看,缅甸《仲裁法》给予了当事人许多自由选择的权利。根据该法,当事人在以下事项中有自由约定的权利:通知到达的时间、仲裁员的人数和选任及异议、仲裁庭的管辖权和采取临时措施的权力、仲裁地点、仲裁程序、国际仲裁中的法律适用、仲裁裁决的作出和内容及效力、预备性法律问题的确定等。简而言之,与旧法相比,新《仲裁法》充分尊重了当事人的意愿,体现了仲裁的特点,便利当事人有效解决其争议。

## (三) 法院在仲裁中的权力过大

如前所述,与其他国家相比,缅甸法院在仲裁中拥有过大的权力,仲裁程序中的许多问题需要依赖法院的决定,法院与仲裁机构的关系类似于监督与被监督的关系,这是缅甸仲裁的一大特色。虽然争议在法院待决期间仲裁程序仍可继续进行,但在法院作出决定后,仲裁期限可能会因此受到影响而被拉长。同时,只要双方当事人没有另外约定,则对仲裁裁决可以上诉的制度虽然在一定程度上保证了裁判的公正性,但其实际上会延长整个纠纷解决的期限,无法保证仲裁的灵活性及便捷性,不利于当事人快速有效地解决争议。此外,外国投资者可能会担心当地法官会偏袒其本地当事方,造成裁判不公。<sup>③④</sup>基于以上几点,外国投资者可能会因无法信任缅甸仲裁制度转而投资其他国家。因此,缅甸可以考虑缩小其法院在仲裁中的权力。

## (四) 对一些重要或新近问题缺乏规定

缅甸仲裁制度还存在一些不足,对一些重要或新近问题缺乏规定,例如:没有规定仲裁协议的必备要件、仲裁员的具体资质和仲裁中的第三人,没有建立紧急仲裁员制度。

从长远角度看,高水平仲裁员是仲裁案件高质量审理的保障,而我国等国家的仲裁法则对仲裁员的资质作出了较为严格的规定<sup>③⑤</sup>。据此,缅甸应考虑增设仲裁员资质要求条款,以保证仲裁案件的审理质量。

紧急仲裁员制度的目的在于使当事人在紧急状态下能够及时获得临时救济,这实际上满足了国际商事仲裁的高效率需求。<sup>③⑥</sup>基于此,世界各地的许多仲裁机构纷纷采纳了紧急仲裁员制度,如国际商会国际仲裁院、伦敦国际仲裁院、新加坡国际仲裁中心、香港国际仲裁中心、日本商事仲裁协会等都在其仲裁规则中增设了紧急仲裁员程序的相关规定。我国中国国际经济贸易仲裁委员会、北京仲裁委员会、香港国际仲裁中心以及中国海事仲裁委员对其仲裁规则作了修订,确立了紧急仲裁员制度,授权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。<sup>③⑦</sup>但是,缅甸《仲裁法》只规定了仲裁庭与法院享有采取临时措施的权力,因此,顺应时代的需求,可以考虑增设紧急仲裁员制度。

<sup>③④</sup> Supra note ⑥, at 215.

<sup>③⑤</sup> 参见《中华人民共和国仲裁法》第13条。

<sup>③⑥</sup> 王晨婧:《国际商事仲裁中紧急仲裁员制度研究》,上海师范大学2019年硕士论文,第1页。

<sup>③⑦</sup> 同前注②,李双元和欧福永书,第486页。

**Abstract:** In order to make the New York Convention come into force in Myanmar, Myanmar passed the new arbitration law in 2016 and established Myanmar Arbitration Center in 2019. Based on the UNCITRAL Model Law on international commercial arbitration, the law provides in detail the definition and classification of arbitration and the right of objection of the parties, the form of arbitration agreement, the independence and exclusiveness of arbitration clauses, the appointment and objection of arbitrators, the self-determination jurisdiction of arbitration tribunal and the power to take interim measures, the organization, conduct and termination of arbitration procedures, and the making, cancellation, recognition and enforcement of the arbitration award. Myanmar's commercial arbitration system is basically in line with the international community and fully respects the party's autonomy. However, the court's power in arbitration is too large and there are no specific qualifications of arbitrators, the third party in arbitration and the system of emergency arbitrators.

**Keywords:** Myanmar Arbitration Law; arbitration agreement; arbitral proceedings; arbitration award; recognition and enforcement

---

---

( 责任编辑: 刘 纲 )

# 鉴往知来,砥砺前行

## ——回顾中国贸促会、中国国际商会调解中心发展历程 展望中国商事调解发展前景(下)

穆子砺\*

---

**内容提要** 成立于上个世纪八十年代的中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心(CCPIT\CCOIC Mediation Center)以下简称“调解中心”)是中国第一家独立的商事调解机构,她的诞生在整个中国调解史上具有划时代的历史意义。调解中心的发展历程就是整个中国商事调解发展变化的缩影和晴雨表,具有标志性的意义。三十多年来,经过几代热爱调解事业的人们励精图治、艰辛努力,取得了一些成绩,但也面临着诸多的困难和挑战。商事调解作为多元化纠纷解决机制的重要组成部分,必将发挥越来越重要的作用。大力发展商事调解事业、加强和完善商事调解的组织建设和制度建设,其重要性毋庸置疑。“温故而知新,鉴往而知来”,回顾调解中心的发展历史并总结一些有益的经验加以借鉴;检视商事调解发展过程中存在的困难和挑战并研究相应对策;展望商事调解未来发展前景并认识到商事调解的社会价值所在,从而使商事调解更好地在整个多元化纠纷解决机制中发挥应有的作用,具有重要的现实意义。

**关键词** 商事调解 历史回顾 前景展望

---

### 第三部分 展望篇:长风破浪会有时

#### 一、“一把钥匙开一把锁”——商事调解应成为一种单独的纠纷解决方式

商事调解是市场经济的产物,也是调解历史发展到今天的必然结果。经济基础决定上层建筑,有什么样的经济基础就有什么样的上层建筑。经济纠纷的多样化的必然要体现解决纠纷方式的多元化,商事调解作为一种重要的纠纷解决方式就是这种状况的客观反映。“一把钥匙开一把锁”,不同商事纠纷当事人有不同的需求,商事调解应与仲裁、诉讼一样作为独立的一种纠纷解决方式,并列为纠纷当事人提供选择。商事调解应成为一

---

\* 穆子砺,博士、教授、研究员,享受国务院政府特殊津贴专家,曾任中国贸促会/中国国际商会调解中心秘书长,现任北京市康达律师事务所高级顾问、中国法律咨询中心调解中心高级顾问、中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员、中国贸促会/中国国际商会调解中心调解员、中国仲裁法学研究会理事等。

种独立的社会职业,要努力培养大批的高素质的商事调解员队伍,去从事大量的商事纠纷的调处工作。为此,推进商事调解的民间化、市场化、行业化的进程,应当是商事调解的发展方向 and 奋斗目标。

为此,笔者认为应尽快成立调解协会(或调解员协会或商事调解协会、商事调解员协会),如此宏大的一个行业,没有一个自律性的管理机构是不正常的。在调解协会尚未成立时,应由某个部门牵头代行调解协会的相关职能。同样,亟需制定统一的有关商事调解的调解规则;制定调解组织、调解员的行为规范、行业管理规范;调解员的资格认证、执业标准;调解员培训工作等规范性文件。在此方面,可参考新加坡的做法,成立的跨专业委员会,研究如何发展ADR(调解)机制,进一步推动调解事业的发展。亦可参考澳大利亚的做法:制定一部“调解员资质认证审批国家标准”。内容包括:适用范围,调解程序,认证标准,教育培训,准入培训,续展认证等。采用调解员资格认定和注册制度,将调解员作为一种职业,由调解协会或调解员协会组织培训、考核、认证。凡符合基本条件的人士经过权威机构的培训和考试,考试合格者,由专门机构颁发调解员资格证书。凡取得商事调解员资格证书的人士均可在任何调解机构被当事人、法院、仲裁机构指定为调解员进行调解工作<sup>①</sup>。作为一名称职的商事调解员,特别是在中国,不是简单地懂一些法律知识就可以,也不是会做“和事老”就能行,而是要具备综合素质。诚如沈四宝教授所说:“调解的制高点不是法律,而是文化,是构成一个社会主流文化的价值观、道德观以及追求的社会目标。说到底,社会文化各因素的综合才是构成调解员素质和思维的基础”<sup>②</sup>。

如此,使商事调解员成为一种职业,一支专业化的队伍。也就避免了各种商事调解机构划地为牢,各自为战的局面。通过真正融入市场化,使当事人有更多的纠纷解决的选择机会,调解员也在具体的工作中不断树立权威,得到当事人的认可,使中国的商事调解事业朝着健康、有序的方向发展。

## 二、“莫愁前路无知己”——商事调解在多元化纠纷解决机制中的定位

商事调解有着其自身的特色和优势,在整个多元化纠纷解决机制当中发挥着不可替代的作用。在明确了商事调解的自身定位之后,还应当理顺商事调解与其他纠纷解决方式之间的关系,如此方可使各个方面进行有效的协同配合。

### 1. 商事调解与人民调解——各司其职,并行不悖

人民调解与商事调解虽然都是调解,但在体制机制上、组织管理上、受案范围上、工作方法上以及社会职能上等方面都有很大区别。

人民调解在中国具有悠久的历史传统,是中国的独特的一种调解形式,历史上对于解决大量的民间民事纠纷,确实发挥了重要作用。但其许多理念与做法与当前的市场

<sup>①</sup> 蒋惠岭主编:《域外ADR:制度·规则·技能》,中国法制出版社,2012年版。

<sup>②</sup> 沈四宝:《论一名商事调解员的素质和思维》,引自贸大最高院国际商事仲裁与调解研究基地。

经济状况是不相符的,更与国际上的调解发展差距甚远。2011年出台的“人民调解法”基本上延续了过去的人民调解的主要特色,而没有体现出现代调解的发展状况。目前的人民调解所处时代与古代传统的调解不同,与战争年代时的调解不同,与改革开放之前的调解也不同,甚至与改革开放之处时的调解也不同。其在不同历史时期具有不同的特点,应考虑如何与时俱进。

商事纠纷(包括涉外的、国际的经贸纠纷)所涉及的法律关系以及其他商事惯例更为复杂,需要有专门知识和专业经验的调解员处理。贸促会系统的调解中心在商事领域三十多年的经验和探索表明,民间化、专业化、国际化的商事调解机构有能力解决错综复杂的商事纠纷,商事调解制度能够丰富中国的调解制度。

人民调解与商事调解都是调解领域里的重要组成部分,既不能互相包括,也不能互相替代,二者关系应是各司其职,并行不悖。商事调解与人民调解虽各有其独自的特点,但并不等于二者完全隔离,在维护社会的和谐、稳定方面,有着共同的责任;在调解方法和技巧等方面可以进行沟通与交流。

## 2. 商事调解与商事仲裁——协同配合,相得益彰

商事仲裁的一个重要特征就是其体现了商业与法律的结合,兼具了效率与公平的双重功能,且首先考虑效率,同时兼顾公平正义。而调解则是体现当事人利益的部分让渡,使矛盾得以早日化解,其主要是考虑效率。<sup>③</sup>

调解的种类繁多,而仲裁也存在多种多样。除商事仲裁之外还有行政仲裁、劳动仲裁等,但由于在立法时认识到商事仲裁是主流,故《仲裁法》所规范的内容仅限于商事仲裁。然而,调解的情况却不同,由于人民调解是主流,故唯有人民调解法,而没有商事调解法,于是,“东边日出西边雨”。而实际上与商事仲裁相对应恰恰是商事调解,国际上也是指商事调解,之所以出现目前的状态,是因为“人民调解”是中国所特有,除中国外,其他国家都没有人民调解,而且人民调解的历史要比商事调解的历史长远。而这这就是中国商事调解处境尴尬的原因所在。

仲裁与调解相结合,一种情况是体现在仲裁程序当中的调解,调解是非独立的程序,二者是阶段上的结合和方法上的结合。而另外一种“仲裁与调解相结合”,即仲裁机构委托调解机构进行调解工作,体现机构之间的结合、程序之间的结合。二者的关系应该是协同作战,相得益彰。实际上,中国国际经济贸易仲裁委员会(贸仲)在2012年5月1日起实施的《仲裁规则》即将这种做法作了明确规定,贸仲2015年版的仲裁规则进

<sup>③</sup> 卢云华:《中国仲裁十年》,上海百家出版社,2006年版,第97页。

一步完善了这个传统做法。<sup>④</sup>

### 3. 商事调解与法院委托调解——相互依托,宽猛相济

法院实行委托调解这种做法,对于缓解法院压力、节约国家司法资源、降低当事人的诉讼成本具有重要的积极意义。方向是对的,但制度上需要完善。

诉讼、仲裁、调解是三种主要的纠纷解决方式,各有特色,各有优势。诉讼:以公平正义为主兼顾效率;仲裁:以效率为主兼顾公平正义;调解:更加注重效率兼顾公平正义。

与仲裁的情况类似,诉讼程序当中的调解,调解是非独立的程序,体现诉讼与调解在阶段上的结合和方法上的结合。而法院委托调解,则体现机构之间的结合,程序之间的结合。如前所述,法院的主要职能是如何实现公平、正义,保护当事人的合法权益,当其将案件委托调解之后,涉及到功能的转换,也需要思路的转换。

以下几个问题值得探讨:

1. 法院的案件种类繁多,大的方面有民事、商事、刑事、行政之分,细分就更多。为此,首先应对案件的性质上进行划分。即使民商事案件也可作出细分。与此同时,案件的类别应与调解员的类别相对应,用于处理不同的纠纷。建议实行不同的调解员名册,供当事人选择。对于有些商事纠纷,当事人之间“打官司”未必是其真实意图。那些适合商事调解机构处理的案件应移交商事调解机构,有些本想提交仲裁的商事纠纷案件,由于没有仲裁条款或者仲裁条款无效的案件,当事人只好“打官司”,对此法院应建议当事人调解,将其推荐至商事调解机构。

2. 自愿性问题:自愿原则是调解的一个基本原则,关于强制启动委托调解程序,对此目前法律尚无明确规定,无法律依据,需谨慎为之,特别是商事纠纷。美国、德国、日本

---

<sup>④</sup> 该规则第四十七条:“当事人有调解愿望的,或一方当事人有调解愿望并经仲裁庭征得另一方当事人同意的,仲裁庭可以在仲裁程序进行过程中对其审理的案件进行调解。双方当事人也可以自行和解”(第四十七条(一))“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,可以人达成的有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组成仲裁庭,按照仲裁庭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限制。”(第四十七条(十))

为此,中国贸促会\中国国际商会调解中心的《调解规则》也作出了相应的规定,《调解规则》第27条载明“双方当事人签订和解协议时,可以在和解协议中加入仲裁条款。该仲裁条款的内容如下:“本协议书对各方当事人均有约束力。任何一方均可将本和解协议提交中国国际经济贸易仲裁委员会,请求该会按照现行有效的仲裁规则进行仲裁。各方同意由仲裁委员会主任指定一名独任仲裁员,组成仲裁庭,进行书面审理。仲裁庭有权按照适当的方式快捷地进行仲裁程序,仲裁庭根据本和解协议的内容作出裁决书。仲裁裁决是终局的,对各方当事人均有约束力。”

为配合此条款的实施,中国国际商会调解中心制作了一个关于这方面的特殊仲裁示范条款:“为体现本和解协议的严肃性,双方同意将本和解协议提交中国国际经济贸易仲裁委员会,请求该会按照现行有效的仲裁规则在北京进行仲裁。双方共同指定中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员名册中的XXX为独任仲裁员,组成独任仲裁庭,采用简易程序,进行书面审理,并请求仲裁庭按照适当快捷的方式进行仲裁,并根据和解协议的内容作出裁决书,仲裁裁决是终局的,对双方均有约束力”。

中国台湾等国家和地区施行对某类案件在诉讼之前强制调解,都有相应的法律依据<sup>⑤</sup>。

3. 收费问题:人民调解低收费或不收费,而商事调解的收费按照市场化进行,商事调解机构有自己的收费标准。因此,法院在进行委托调解时应如何协调、平衡二者的关系需要认真考虑。

随着商事调解的优势逐步被当事人所认识,其必将从法院引导的调解变成当事人自愿选择的纠纷解决方式。

### 三、“横看成岭侧成峰”——应该制定一部怎样的“调解法”？

基于以上论述,经过检视中国贸促会调解中心的发展历程和工作经验,结合当前社会对多元化纠纷解决机制的需求,认真探讨如何规范、完善商事调解制度,以统一规范各类调解机构、调解行为、调解效力,从而真正使调解在多元化纠纷解决机制体系当中发挥应有作用,很有意义。鉴于中国调解的多样性,每一种调解的独特性,商事调解的重要性,因此,如何制定一部科学的、实用的《调解法》则是一个重要课题。

以下是笔者关于调解法的几种立法模式建议:

#### 1. 《调解法》

制定一部包括人民调解、行政调解、商事调解、行业调解在内的的调解法。内容上对各类调解作出准确的定位和明确的职能划分。对调解机构、调解员、调解协会、调解程序、调解协议等进行明确规定。这样做的好处是一步到位,“大而全”,可将所有的调解全部统起来。通过制定此法,可以确定国家对各类调解机构规范、管理和监督职责,明确界定各种调解机构的权限、效力、人员构成及资质,调解机构的地位、功能、建立方式和权利义务责任等。还可以涵盖非诉讼程序与司法程序之间的衔接问题,包括法院委托调解、仲裁委托调解等事宜,减少各种机制之间的冲突和重复,使多元纠纷解决机制的整体运行更为合理和有效。

#### 2. 《民商事调解法》

制定一部内容上只包括人民调解和商事调解的调解法。如前所述,人民调解和商事调解分属不同的调解范畴,二者分别承担者不同职能、作用和社会责任。从调解的主

<sup>⑤</sup> 二战之后,美国经济的发展进入又一个黄金时期,民商事案件的激增,出现“诉讼爆炸”现象,这使法院深感力不从心,此时寻求诉讼外的纠纷解决方式就显得十分紧迫。美国1990年通过的《民事司法改革法》使ADR在联邦地区法院获得认可。1998年,克林顿政府签署《替代性纠纷解决法》(“ADR法案”),该法案要求每个联邦地区法院在所有民事案件中使用ADR,建立各自的ADR计划并制定相应的保障程序,标志着ADR在美国全盛时期的到来。如今在美国所有提交诉讼的案件中,只有约5%的案子真正进入审判程序,其余95%左右的案子在审判程序前就已经通过ADR被解决。从而实现了法院功能实质性的转变,即法院从大量的解决纠纷的繁重事务中解放出来,把大量时间和精力放到通过判例发现、确认规则和为社会提供行为规范上来。日本有专门的《民事调解法》,明确规定涉及房地产、农事、商事、矿害、公害、交通等领域的纠纷都可向法院申请调解。(第一、第二条)日本的《家事审判法》,也明确规定,涉及家庭亲属关系纠纷,当事人在提起诉讼时,应首先申请家事法院调解。此外,日本还有一部《特定债务调解促进法》,其立法目的为:“意在对那些陷入支付不能的债务人为经济再生,为促进调整其所负的金钱债务有利害关系之各方,作为民事调解法之特例而规定特别的调解程序”。参见范伦:《客观、全面地认识和对待调解》,载《河北学刊》2006年第六期。

要功能上看主要是平等主体之间的民商事法律关系,二者也是中国调解的主要部分。民商事调解法与仲裁法也是对应的,如前所述,其实是仲裁法就是商事仲裁法;而在调解方面只考虑“人民调解”而忽略了商事调解则是不全面的。商事调解是一种重要的争议解决方式,与人民调解同时承担着不同的职能。制定民商事调解法符合市场经济的规律,也符合国际上调解发展的趋势。然而,虽然民商合一,但亦应体现“一法两制”,即二者在调解员的队伍方面、纠纷的范围方面等仍要体现差异性。中国贸促会调解中心所从事的商事调解恰恰与国际上的调解(Mediation, Conciliation)的内涵是一致的。调解中心为强化自我规范、自我管理所制定的一系列调解规则和制度,可以为调解立法提供有益借鉴。因此,在目前人民调解和商事调解的发展相对成熟的情况下,建议立一部“中华人民共和国商事调解法”<sup>⑥</sup>。

### 3.《多元化纠纷解决促进法》

中国目前正处于政治、经济、文化诸方面的转型期。在这个时期新情况、新问题空前增多,各种矛盾空前增多,需要调解的纠纷也空前增多。人是社会的产物,是生产关系的总和。人与人之间产生,在交往过程中,由于上述情况,不可避免就会产生各样的冲突和矛盾。文化、宗教、民族、习惯的不同;社会经济成分复杂;组织形式多样;就业方式多样;不同的利益关系;不同的分配形式;不同的群体;不同行业;不同地域;人的身份经常发生变化,人的思想观念、处世哲学、价值取向、生活态度等等都存在差异。这些因素都会成为发生矛盾的潜在因素,而这些因素有时又会交叉发生作用,即任何一种矛盾除了其本身所体现的矛盾之外往往还可能包含了其他因素,政治冲突中有经济原因,经济冲突里也有政治原因。鉴于我们今天所面临的矛盾冲突不仅日益增多而且异常错综复杂<sup>⑦</sup>。因此,单靠任何一种方式都无法有效应对这种状况,化解当前存在的这些复杂多样的矛盾纠纷不能局限与调解、仲裁、诉讼,而应该是综合治理,打“组合拳”。为此,近年来,党和政府非常重视多元化纠纷解决机制建设,多次指出:“要充分发挥律师、公证、调解、仲裁的积极作用”,“创建有效预防和化解社会矛盾体制,完善人民调解、行政调解、司法调解联动工作体系,建立调初化解矛盾纠纷综合机制”。如果从这个方面考虑,笔者建议制定一部“多元化纠纷解决促进法”内容上可囊括各类纠纷解决机制,既包括调解,也包括仲裁;即包括各类调解——司法调解、人民调解、行政调解、商事调解、行业调解;也包括法院与各类的纠纷解决机制的关系以及其他与纠纷解决有关的一切机制。制定一部“多元化纠纷解决促进法”可以较好地落实多元化纠纷解决机制的系统工程

<sup>⑥</sup> 作者起草的“中华人民共和国商事调解法(草案)”——目录:第一章 总则;第二章 调解机构和调解协会;第三章 调解员;第四章 调解协议;第五章 调解程序;第六章 调解结果的法律效力;第七章 附则。总则:第一条 为保证公平、快捷地解决产生于民商事领域里的各种纠纷,保护当事人的合法权益,保障社会主义市场经济健康发展,维护稳定、和谐的社会秩序,制定本法。第二条 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,可以调解。第三条 商事调解是指发生于当事人之间在投资、贸易、金融、证券、知识产权、技术转让、房地产、工程承包、运输、保险以及其它商事、海事领域里争议的调解。

<sup>⑦</sup> 杨华中、穆子砺、何贵才主编:《国际商事调解文集》现代教育出版社,2007年版。

建设<sup>⑧</sup>。

“横看成岭侧成峰,远近高低各不同”。基于中国调解领域的现状,无论怎样制定“调解法”,可能都无法达到尽善尽美,只能是相对合理完善。但应力求达到客观性、先进性和实用性。关于“调解法”(以上三种模式统称“调解法”)的地位问题,笔者认为,《调解法》作为调解领域里的单项立法,应当是程序法与实体法合一的一部法律,情况与仲裁法相似,因此,《调解法》是一级法的地位,应与《仲裁法》地位平等。

## 后 记

以中国贸促会系统的调解中心为代表的中国商事调解是中国整个调解系统的重要组成部分,在新的历史时期继承和发展了中国悠久的调解传统和调解文化同时也借鉴和吸收了国际上商事调解的有益经验和做法。调解中心通过其优质、高效的工作,化解了大量商事纠纷,处理了各种复杂问题,在改善投资、贸易环境、促进国内外经贸事业的发展发挥着重要的作用,在国际上得到广泛的赞誉。在新的时期将继续焕发生机活力,作为多元化纠纷解决机制中的重要组成部分必将发挥应有的作用。

“以铜为镜,可以正衣冠;以史为镜,可以知兴替;以人为镜,可以明得失”。<sup>⑨</sup>调解中心从它成立的那一天起就承载着中国商事调解事业的发展方向之重任,在充满艰辛与困难的环境下、在狭小的发展空间里,一秉初衷、薪火相传、爬坡过坎、砥砺前行。“勺饮不弃积沧海,拳石频移垒泰山”,在尽可能的范围内、最大限度地、顽强地放射着微弱的史诗般的光辉!三十多年来,在那些真正热爱调解事业并为之付出智慧和心血的领导和同志们们的共同努力下,调解中心建立了一个遍布全国的宏大的调解网络;锻造了一支高素质的商事调解工作者队伍;初步整理出了一整套商事调解理论;总结出了一整套行之有效的工作经验;打造了一块“中国贸促会\中国国际商会调解中心”的金字招牌。然而,另一方面,我们也应该清醒看到,由于各种主、客观原因,目前商事调解事业在中国仍然处于星星之火的状态,尚未形成燎原之势,尚不能算是繁荣兴旺。贸促会系统的调解网络虽然庞大,但不能算强大,发展不平衡的情况仍然比较严重,“三个世界”的状况依然存在。<sup>⑩</sup>在商事调解理论研究方面,虽已出现了一些可喜的成果,但在深度和广度上仍需

<sup>⑧</sup> 穆子砺:《筑基不拒他山石 璞玉常琢终成器——国际上 ADR 实践对我国建立健全多元化纠纷解决机制的借鉴》第八届中国仲裁与司法论坛(2015)优秀论文。

<sup>⑨</sup> 参见《旧唐书·魏征传》。

<sup>⑩</sup> 贸促会系统调解网络目前已有 52 家调解中心,根据发展状况,综合各种因素包括办案数量、质量,理论调研工作、在当地的多元化解决机制中所发挥的作用、影响力等方面考量,大体上可划分为三类即“三个世界”。其中第一世界 10 家左右,第二世界 20 家左右,第三世界 20 家左右。当然,情况在变化之中。

努力。<sup>①</sup>

近年来,党和政府高度重视多元化纠纷解决机制建设,党的十八大、十八届三中、四中全会对此都有明确的论述。中央深改组第十七次会议会议审议通过的《关于完善矛盾纠纷多元化解机制的意见》对完善多元化纠纷解决机制更是提出了具体要求。2016年6月最高人民法院发布了《关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》,明确提出:“要发挥商事调解组织的专业化、职业化优势”。这些无疑对从事商事调解事业的人士是巨大的鼓舞,对商事调解的发展会产生巨大的推动作用。两岸青山相对出,乘风破浪正当时,调解中心将积极参与多元化纠纷解决机制建设当中并发挥应有的作用,不断探索发展模式,在发展中规范,在规范中发展。

2019年8月7日正式开放签署的《新加坡调解公约》在国际商事纠纷解决制度史上具有里程碑的意义,该公约的一个重要特点就是解决了经调解达成的国际和解协议的强制执行力的问题。《新加坡公约》与《纽约公约》《海牙公约》一道使诉讼法三大国际公约得以完整,使调解真正成为与诉讼、仲裁并驾齐驱的解决国际商事纠纷的方式之一。公约第一批签署国有46个(目前已达到51个),远远高于《纽约公约》首批签约国不到20个的情况,这充分反映了国际社会对调解这种纠纷解决方式的重视和认可。长期以来,商事仲裁领域里的许多规则都有着浓重的普通法痕迹。虽然中国目前也是仲裁大国,但不得不承认我们一直是国际仲裁领域的跟跑者。但就《新加坡调解公约》而言,中国则是首创者之一,这是一个重大的突破。中国代表团积极参与了新加坡公约起草的全过程,提出的许多宝贵建议并被最终文本所采纳。由此说明,我们有能力做国际商事调解规则的引领者。“风乍起,吹皱一池春水”,新加坡公约一旦被中国批准,公约内容中的一些原则、制度的落地需要国内法相衔接,会倒逼国内法作出相应的调整,必然会推动中国商事调解事业的实质性进展。为此,本文所探讨的所有问题,都不会令相关方面无动于衷。

中国调解的历史非常悠久,具有几千年的历史,相比之下,中国的商事调解只有几十年的历史,仍算是青年,甚至是少年,“少年心事当拿云,谁念幽寒坐鸣呃?”。商事调解面临的问题多、挑战多,但同时,机会多,探索的空间大,不愁没有用武之地。随着中国经济和对外交往的不断发展,政府支持的力度不断加大,法律制度的不断完善,商事调解在中国必将会有广阔的发展前景,中国商事调解必将迎来一个大发展时期。对此,我们应当充满信心,“长风破浪会有时,直挂云帆济沧海”!

<sup>①</sup> 2007年8月,调解中心组织系统内外各有关人士编写了《国际商事调解文集》(主编:杨华中、穆子砺、何贵才),由中国出版集团现代教育出版社出版。该书共收录了中国内地、中国香港、英国、美国、新加坡、巴基斯坦等国家和地区商事调解论文五十余篇。在研究范围上,涉及到商事调解的各个领域:商事调解机构的特点与各国的实践;国际上ADR的发展及其他纠纷解决机制的互相促进发展;商事调解的程序与技巧;商事调解与和谐社会建设的关系等。这是贸促会系统调解工作丰富经验的积累,也是从事商事调解工作者集体智慧的结晶。

**Abstract:** Founded in the 1980s, CCPIT\CCOIC Mediation Center (the Mediation Center) is China's first independent commercial mediation organization, whose establishment has great significance in China's mediation history. The Center's development epitomizes the development of the development of China's commercial mediation. Over the past 30 years, through the efforts and hard work by people who love mediation, many achievements have been accomplished, although difficulties and challenges are still ahead. Commercial mediation, as an important part of diversified dispute resolution mechanism, will play a more important role. It is very important to develop commercial mediation, enhance commercial mediation organization construction and system construction. To find out commercial mediation's social value and its future development and to let commercial mediation better play its role in the diversified dispute resolution mechanism, "Review the past and know the present, Foresee the future by review the past". it is also very important to conduct research on the development history of mediation center, examine the difficulties and challenges in the development of commercial mediation, and conduct research on how to cope with them. Look into the future, reaching a conclusion that commercial mediation will have a bright future in China.

**Keywords:** commercial mediation; historical review; future prospects

---

---

(责任编辑:孙保国)

# 民法典时代下保理合同纠纷的仲裁审理思路再探究

于群 张平\*

---

**内容提要** 保理合同作为新生的金融创新工具,在实践监管中面临较多新情况和新挑战。当前我国关于保理业务的法律监管仍处于较为初级阶段,裁判者容易在理解特定法律关系和适用特定法律条款上产生新的困惑与分歧。为有助于统一仲裁尺度、维护交易安全和保护各方当事人的合法权益,本文就仲裁审理过程中涉及的管辖确定、法律关系识别以及合同效力等方面进行阐述与研究。

**关键词** 保理合同 应收账款 禁止转让 合同效力 协议管辖

---

保理合同,是指约定债权人将其享有的特定应收账款<sup>①</sup>的权利转让给保理人,并由保理人为债权人提供资金融通、债权管理、资信评估及坏账担保等金融服务内容的合同。作为近年来的金融创新工具,保理业务可根据不同标准进行多样类别划分:1. 根据保理人是否将债权转让的内容通知给债务人,可分为明保理和暗保理;<sup>②</sup>2. 根据保理人能否要求债权人在特定情形下<sup>③</sup>回购应收账款的债权,可分为有追索权的保理与无追索权的保理;3. 根据保理人主体经营资质的不同,可分为银行保理与商业保理;4. 根据保理申请人具体身份的不同,又可分为正向保理与反向保理。<sup>④</sup>

在实践中,以上保理类型可以进行多样搭配,组成不同形态的金融产品。相较传统商业贷款业务,保理业务具有更为灵活、可定制的特性,极大贴合中小企业的实际生产经营需求,可有效提高运作资金的融通效率,已经成为应用程度和范围较高的金融工具。但作为新生的金融创新业务,保理商为降低坏账风险,往往会通过高度专业化的合同条款对整个保理业务进行重新打包设计,甚至可能在同一个保理业务中出现多重复杂的法律关系,这就容易导致在发生纠纷时,仲裁机构在对特定法律关系的理解和法律条款的

---

\* 于群,华南师范大学法学院教授;张平,法学硕士,广东省江门市中级人民法院法官助理。

① 此处的应收账款,既可以是已经到期的应收账款,也可以是尚未到期的应收账款。该应收账款是债权人向特定的购货商(债务人)提供商品服务而取得的货款支付请求权,此时债权人与债务人之间形成的合同称为“基础合同”。

② 亦称为非隐蔽型保理与隐蔽型保理。

③ 如债务人到期不能支付基础合同中约定的应收账款,出现坏账情况时。

④ 正向保理是指由基础合同中的卖方(债权人)申请的保理,反向保理则是买方(债务人)申请的保理。

具体适用上产生困惑与分歧。对此,有必要对保理合同纠纷案件的审理思路进行厘清,以期统一裁判尺度、维护交易安全、保护各方当事人的合法权益。根据保理合同纠纷现实裁判中频现的审理难点,本文拟就法律关系的识别、仲裁管辖的确定、合同的效力等方面展开论述。

## 一、保理合同纠纷案件的仲裁管辖

根据《中华人民共和国民事诉讼法》(简称《民事诉讼法》)第三十四条<sup>⑤</sup>的规定,合同当事人可以就与争议有实际联系的地点进行协议管辖;而根据《中华人民共和国仲裁法》第六条的规定,当事人约定以仲裁程序解决纠纷时,可供选择的仲裁地点较诉讼程序更为广泛。而在保理合同纠纷案件中,因为同时存在债权人、债务人、保理人三方主体以及基础合同、保理合同两层法律关系相交叉的情况,往往出现基础合同与保理合同之间出现协议管辖地不一致的结果,更有甚者出现基础合同与保理合同分别约定了诉讼和仲裁等不同纠纷解决方式的情况。在实践中,保理人为实现债权,又会根据不同情况选择以债务人为被告,或以债务人以及债权人为共同被告提起诉讼,此时则需要根据不同的情形进行具体分析,确定适宜的管辖方式。

第一种情况,基础合同中已经约定仲裁协议管辖条款,保理人仅以基础合同的债务人为被申请人,要求债务人承担基础合同确定的应收账款对应债务。《最高人民法院关于适用〈民事诉讼法〉的解释》第三十三条规定:“合同转让的,合同的管辖协议对合同受让人有效,但转让时受让人不知道有管辖协议,或者转让协议另有约定且原合同相对人同意的除外。”此时保理人是基于应收账款转让协议,通过债权转让取得了基础合同中卖方关于应收账款的请求权,则保理人作为基础合同的权利受让方,自达成应收账款转让合意时应视为已经接受基础合同中约定的不可分割的相关条款,如仲裁协议管辖条款。同时依据合同的相对性,基础合同中的债务人并非保理合同的当事人,若让债务人遵守保理合同约定的其他协议管辖条款内容,亦明显缺乏正当性,则此时保理人仅能就基础合同中约定的管辖机构提起仲裁。

第二种情况,保理人以基础合同中的债务人和保理合同中的保理业务申请人<sup>⑥</sup>为共同被告,要求实现应收账款对应权利。此时,则应该再细分情况进行分析:1. 保理人与债权人在达成应收账款转让协议后、保理合同纠纷发生前,已将应收账款转让的内容通知给债务人且债务人在合理期间内并未表示异议的。笔者认为,保理合同关系是以应收账款转让为基础的法律关系,此时应收账款的转让通知当然构成保理合同的内容,<sup>⑦</sup>

<sup>⑤</sup> 《民事诉讼法》第三十四条规定:“合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖,但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。”

<sup>⑥</sup> 即基础合同中的债权人。

<sup>⑦</sup> 亦有观点认为应当视作保理合同的附件。

与保理合同的其他条款内容共同对当事人产生约束效力。在非隐蔽型的保理合同中,债务人收到应收账款转让通知却不表示异议时,其对于债权人与保理人达成的保理法律关系是明知的,应认为其已同意接受保理合同中关于管辖协议的约定,即保理人得以依据保理合同中协议管辖条款的规定提起仲裁或诉讼。2. 涉诉应收账款转让发生后债权人未能及时通知债务人,导致债务人在保理合同纠纷发生时才知道发生应收账款转让内容的,或债务人在知悉应收账款转让内容以后明确拒绝接受协议管辖内容的,债务人并非保理合同的受约束方,保理合同中关于协议管辖的条款约定对债务人不产生效力,此时保理人则不能再要求债务人遵守保理合同中的协议管辖条款内容。

第三种情况,为特殊情况:保理人超出基础合同和保理合同的协议条款约定,向其他人民法院或仲裁机构提起诉讼、仲裁。根据《民事诉讼法》第一百二十七条<sup>⑧</sup>规定,则无论保理人是否以债权人或债务人作为共同被告,只要被告方未提出管辖异议并应诉答辩的,只要不违背级别管辖和专属管辖,应视为当事人已经默认放弃原定的协议管辖内容,受诉司法机关自此取得管辖权。若当事人在法定期限内提出管辖异议的,则再依照前述第一、二种情形分别处理。

## 二、保理合同纠纷中法律关系的识别

在现行的法律规定中,暂无关于“保理合同纠纷”的专门案由设置。而各地仲裁和司法实践的做法也不尽相同,常见将因履行保理合同引发的争讼<sup>⑨</sup>分散定性于保理合同纠纷、借款合同纠纷、债权转让纠纷、其他合同纠纷等案由。虽然当事人一般不会对仲裁庭确定的案由产生异议,但考虑到案由的拟定涉及具体民事法律关系的性质,对于确定各方当事人在具体民事法律关系中负有的权利和义务、明确仲裁审查的方向和重点,从而有针对性地解决当事人的实际争议具有关键意义,仍有必要引起足够重视。虽然现行《中华人民共和国合同法》(简称《合同法》)和《民事案件案由规定》均未对保理合同纠纷进行规定,但于2015年底发布的《最高人民法院关于当前商事审判工作中的若干具体问题》实际已对保理合同纠纷这一概念有所涉及,天津、深圳等地也根据当地经济贸易发展实际所衍生的司法审判需要进行了初步探索,<sup>⑩</sup>2020年5月28日第十三届全国人民代表大会第三次会议通过的《中华人民共和国民法典》(简称《民法典》)中,已经设置专章对保理合同进行了规定,广州、深圳等地的仲裁机构根据当地仲裁实践的发展,率先性、较普遍地开始应用“保理合同纠纷”作为案由进行案件审理,并取得了良好

<sup>⑧</sup> 《民事诉讼法》第一百二十七条规定:“……当事人未提出管辖异议,并应诉答辩的,视为受诉人民法院有管辖权,但违反级别管辖和专属管辖规定的除外。”

<sup>⑨</sup> 含诉讼、仲裁,下同。

<sup>⑩</sup> 天津市高级人民法院于2014年起陆续形成了《关于审理保理合同纠纷案件若干问题的审判委员会纪要(一)》《关于审理保理合同纠纷案件若干问题的审判委员会纪要(二)》,深圳市前海合作区人民法院于2016年出台了《关于审理前海蛇口自贸区内保理合同纠纷案件的裁判指引(试行)》,用于指引辖区内的人民法院审理保理合同纠纷类案件。

的实际审理效果。由于保理合同一般涵盖了资金融通、应收账款管理、信用风险担保等多项内容,实际上应视为多种法律关系重合下的有名合同与无名合同的混合关系,则在此语境下,再单一地套用借款合同纠纷、债权转让纠纷等案由,均略显单薄、失之偏颇,不利于案件脉络的整体分析。因此,有必要就涉诉案件冠以正确的案由。而案由的拟定,则需要从涉诉法律关系的分析和定性入手。

由于本文讨论的是围绕保理合同纠纷而展开的仲裁审理问题,则案由的拟定应从当事人所争议的法律关系是否为保理合同法律关系进行考虑。在甄别涉诉交易是否构成保理合同法律关系的过程中,应着重从主体资格、合同形式要件、基础交易关系以及债权转让情况等四个方面进行审查。

在主体资格方面,应从作为合同当事人的服务提供方是否为经过主管机关核准从事特定范围保理业务的经营者进行判断。服务提供方须具备保理业务的经营资质,方可开展相关保理业务,否则后续将不可构成保理合同法律关系。

在(2017)沪01民初835号案中,上海市第一中级人民法院认为,原告公司的主营范围为融资租赁业务,而经营商业保理业务必须获得相应的行政许可,原告公司不具有法律规定的保理融资交易经营资质,涉案交易行为已超出其特许经营范围,故对原告公司关于涉案法律关系为保理合同法律关系的主张不予支持。

在合同形式要件方面,应从保理合同的若干要素进行把握。保理合同一般应包括业务类型、服务范围、服务期限、基础合同交易情况、应收账款信息、转让价款、服务报酬及支付方式等若干个要素,这将明显区别于一般的借款合同规定的借款金额、借款利率、还款时间和还款方式等要素。

在(2018)粤0306民初10447号案中,深圳市宝安区人民法院认为,涉案《国内保理业务合同》虽然名为保理合同,但现有证据并未显示作为债权人与债务人之间存在具体的基础合同以及应收账款的事实,且该合同事实上并不具有保理合同的法律特征,故涉案《国内保理业务合同》应为借款合同,本案应为借款合同纠纷。

在基础交易关系方面,应从基础交易关系是否真实存在进行审查。存在基础交易关系,是成立保理法律关系的前提,若当事人实际并不存在基础交易关系且保理人明知的,<sup>①</sup>则后续保理合同中约定的资金融通、应收账款管理、坏账担保等行为亦将失去开展的依据。

在(2017)最高法民终332号案中,B公司以A公司对其不享有真实应收账款债权、涉案保理协议系A公司为骗取保理商的融资而签订为由,主张涉案保理合同关系无效。最高人民法院认为,双方当事人通谋所为的虚假意思表示,在当事人之间发生绝对无效

<sup>①</sup> 《民法典》第七百六十三条规定:应收账款债权人与债务人虚构应收账款作为转让标的,与保理人订立保理合同的,应收账款债务人不得以应收账款不存在为由对抗保理人,但是保理人明知虚构的除外。

的法律后果,但在虚假表示的当事人与第三人之间并不当然无效,第三人不知道当事人之间的虚假意思表示时,该虚假意思表示的无效不得对抗善意第三人。本案中保理商在并不掌握涉案基础合同存在造假的情形下与A公司签订了保理合同,保理合同法律关系得以成立。

在债权转让方面,保理是以应收账款转让为前提的综合性金融服务。保理人是否会向应收账款债权人发放保理融资款,较大程度上取决于对基础合同中债务人的还款风险评估的结果,债权人将特定应收账款的请求权转让给保理人,则是整个保理合同法律关系成立的基础,这也是保理合同法律关系与普通借款合同法律关系的显著区别之一。

在(2017)京0108民初49398号案中,当事人对涉案合同关系的性质产生争议。北京市海淀区人民法院认为,保理法律关系的成立与否应当以债权的转让为前提,且该债权应是合法有效、客观存在的债权。而本案现有证据无法证明产生债权的基础事实已经实际发生,不符合保理合同中“债权的转让”前提。故本案当事人虽签订合同名为《国内保理业务合同》,但并不符合商业保理法律关系,而应通过双方间实际权利义务约定予以认定为借款合同法律关系。

此外,由于保理合同是建立在基础交易关系的前提之下,并进行特定应收账款请求权转移的法律关系。即保理业务申请人与保理人之间往往存在票据法律关系和保理合同法律关系等复合法律关系,有可能存在保理人分别从票据法律关系和保理法律关系入手,从诉讼和仲裁等多个途径并行主张权利的情况,最终实现重复牟取利益的目的。

如在保理合同纠纷类案件中,作为被申请人或被告一方的保理业务申请人往往出现不积极应诉而导致缺席审理的情况。部分保理人可能会在利益驱动下,选择先通过诉讼程序主张票据权利,在取得胜诉判决后再以仲裁方式主张保理合同所确定的应收账款权利,然后分别向人民法院申请执行两份胜诉裁决,最终依靠一份权利实现了被两次“救助”的实体结果。由于仲裁庭或合议庭在缺席审理的情况下可获取的信息相对有限,申请人或原告往往会向仲裁机构或人民法院隐瞒己方在其他途径已经取得权利救济的事实,而在债权关系相对明确的情况下,仲裁庭或合议庭会再次作出有利于仲裁申请人或原告方的裁决,导致债务人和保理业务申请人的最终合法权益在执行过程中受到实质上的公力侵害。在实践中,此类不诚信的仲裁和诉讼行为的暂时未见有明确的裁判规则予以规制,而在低廉的违法成本和高额的非法利益驱动下,其数量已有向上增长的趋势,应当引起仲裁机构和人民法院的足够重视。在审理案件和执行裁决的过程中,仲裁机构和人民法院应重点对保理人就同一权利是否进行重复救济进行审查,以保障债务人和保理业务申请人的合法权益。同时,笔者建议可考虑将对于前述不诚信的仲裁和诉讼行为纳入失信惩戒机制,由仲裁机构和人民法院将前述情况向相关主管部门予以通报。

综上,主体资格、合同形式要件、基础交易关系以及债权转让情况等四个方面均符合前述情形的前提下,一般可认定当事人已经成立保理合同法律关系,即可将涉案争讼定

由为“保理合同纠纷”进行审理。对于保理人出现的可能利用多重法律关系逻辑,就同一权利申请重复救济的不诚信仲裁和诉讼行为,同是本类案件审理和执行过程中值得重视的关键要点。

### 三、保理合同的效力

保理合同作为平等民事主体之间为开展经济活动而签订的商业合同,亦遵循一般合同的效力存废判断逻辑。在保理合同纠纷的仲裁过程中,可能会有债权人以基础交易实际未履行为由,对保理合同的效力提出质疑,认为基础交易既然不存在,则保理合同已经丧失相应的成立基础。可以明确的是,在审理合同纠纷类案件时,涉诉合同是否有效将直接影响整个案件的仲裁走向,因此涉诉合同效力的认定也是保理合同纠纷仲裁案件审理中不可回避的关键问题。

笔者认为,目前,对保理合同效力认定可直接适用《合同法》第五十二条的规定进行审查,2021年1月1日《民法典》实施后则应依据其第三章合同的效力规定部分进行审查。需要说明的是,“基础交易实际未履行”等情形并不属于前述法律规定的合同无效之情形。同时,虽然《民法典》第一百四十三条第(三)项对“违反行政法规的强制性规定”的情形进行了授权性的立法设置,但截至当前,未见行政法规就保理合同的无效情形进行过专门规定,<sup>⑫</sup>仲裁机构亦不宜将部门规章、行业协会等文件扩大适用到作为保理合同效力判定的规范和依据。换言之,基础合同与保理合同在成立顺序上具有先后性,在效力生成方面具有独立性。基础合同在未触及法律、行政法规规定无效情形的情况下,即便当事人实际未进行交易,其带来的后果亦应该是从基础合同履行违约的角度进行评判,而不直接影响后续保理合同的成立与生效。

至于基础合同产生的债权是否真实,虽然可能会影响到保理合同的可履行性,但这亦应从保理合同履行的违约方面予以考虑,而不宜直接以此否定保理合同的效力。因此,即便债权人和债务人实际未发生基础合同约定的交易内容,只要保理人和债权人签订的保理合同符合《合同法》《民法典》关于合同效力的一般性规定,即可认为保理合同成立、有效。

在(2018)吉民再111号案中,吉林高院认为:中国银监会下发的《商业银行保理业务管理暂行办法》和《村镇银行管理暂行规定》及相关监管文件不属于法律法规,而是部门或行业规章制度,故上述合同均合法有效。至于当事人之间是否进行了真实交易,是合同履行过程中发生的事实,该事实只能是确认双方是否违约的基础,并不能对涉案基础合同的效力产生任何影响。至于基础债权是否真实,是否会导致保理合同履行不

<sup>⑫</sup> 值得注意的是,当前保理业务监管主要依据的是原中国银行业监督管理委员会(现中国银行保险监督管理委员会)于2014年颁布实施的《商业银行保理业务管理暂行办法》,文件效力等级为部门规章。

能,也同样属于合同履行及是否构成违约问题,与合同效力无关。

综上,在审理保理合同纠纷案件时,要正确把握基础合同效力、基础合同履行情况与保理合同效力、保理合同履行情况之间的关系,避免概念混淆导致的认定错误。

#### 四、禁止债权转让条款的效力

根据《合同法》第七十九条<sup>⑬</sup>规定,除依合同性质不得转让、当事人约定不得转让以及法律规定不得转让的情形外,合同债权一般可在当事人意思自治的范围内进行流通、转让。而在实践中,在债务人与债权人已经于基础合同中就应收账款设置了不可转让的条款约定后,债权人仍然与保理人就特定应收账款办理了保理业务,则此时债务人是否享有拒绝向保理人履行债务的抗辩权?

笔者认为,此类纠纷的核心焦点在于理清债权人与债务人之间的禁止转让条款能否约束或限制保理人的权利主张<sup>⑭</sup>。当前实践中对于禁止债权转让条款的立法主要分为如下类型:1. 认可型,即充分尊重当事人的意思自治,对当事人就债权转让自愿达成的禁止转让条款,在法律上给予支持。如《德国民法典》第三百九十九条便有类似规定<sup>⑮</sup>;2. 否定型,立法者认为,特定债权的受让人作为原始合同以外的第三人,根据合同相对性原则,不应受到原始合同内容的约束,包括禁止转让条款。<sup>⑯</sup>而在我国的立法实践中,《民法典》第五百四十五条第二款规定:“……当事人约定金钱债权不得转让的,不得对抗第三人。”分析前述条文,应该是否定了原始合同中当事人关于禁止金钱债权转让条款的效力。而在保理交易中,应收账款债权属于典型的金钱债权,按此思路则保理人当然得以受让债权人享有的应收账款债权,不论债务人与债权人事先有无专门设置过禁止债权转让条款。虽然从一般情况而言,债的履行可能基于交易双方信赖或合作关系而具有的特性,仓促变更债的履行对象可能不利于交易合同的完整履行,但从保理合同的性质上看,保理交易在实质上以支付金钱为主要内容的商业过程,对于以支付金钱为履行手段的保理合同法律关系,在债务人正确受领债权转让通知以后,债权人享有方的变更并不会明显地增加债务履行方的义务。同时,从立法的角度规定原始合同中的禁止金钱债权转让条款对抗第三人,对于维护交易安全亦具有关键意义。综上,笔者赞同《民法典》关于当事人禁止转让金钱债权条款不得对抗第三人的立法精神。

<sup>⑬</sup> 《合同法》第七十九条规定:“债权人可以将合同的权利全部或者部分转让给第三人,但有下列情形之一的除外:(一)根据合同性质不得转让;(二)按照当事人约定不得转让;(三)依照法律规定不得转让。”

<sup>⑭</sup> 即基于保理法律关系而受让的应收账款支付请求权。

<sup>⑮</sup> “不变更债权的内容就不能向原债权人以外的人进行给付,或者因与债务人的约定所排除的,债权不得被让与”,详见陈卫佐译注:《德国民法典(第4版)》,法律出版社2015年版,第146页。

<sup>⑯</sup> 高润恒:《保理合同中的应收账款债权转让研究》,清华大学法学院2006年博士学位论文,第123-124页。

## 余 论

应收账款作为商事企业运营资金管理的关键一环,将直接影响企业的整体经营走向。过高的应收账款存量意味着企业的支付能力将受到相应限制,同时使得管理应收账款的机会成本得以增加,最终加剧企业流动资金的运营压力,为企业可能增加的不良资产埋下隐患,降低企业资产的盈利能力。而在我国市场经济开放程度进一步深化的大背景下,“优胜劣汰”的市场价值规律将加速商事企业的洗牌速度,因此加强和优化应收账款管理便显得尤为必要。

保理业务作为专业性极强的新生金融创新工具,对于盘活企业资金、优化应收账款管理等方面具有相对灵活便捷的优势,为解决企业发展困局具有重大意义:有利于企业迅速筹得必要的运营资金,同时从管理大量应收账款的压力负担中解放出来,集中精力专注核心业务的市场化运营,进而增强企业的整体竞争力……种种便利,对于繁荣我国实体经济发展亦具有重要意义。

诚然,保理合同作为新生的金融工具,在实践监管中亦面临较多新情况和新挑战。当前我国关于保理业务的法律规定仍处于较为初级的阶段,保理业务却已经呈现蓬勃发展的态势,面对与之同来的大量保理合同纠纷,如何从理清保理合同法律关系与其他传统法律关系的异同,正确把握保理合同纠纷类仲裁案件的审理思路,将极大考验仲裁员的法学思维素养与专业实践能力的相统结合水平。本文从保理合同纠纷中法律关系的识别、合同的效力、协议管辖的冲突、禁止债权转让条款的效力等几个方面阐述了当前法律框架下较为适宜的审理思路,以期为实践者在审理保理合同纠纷仲裁案件时提供可能的有益思考。保理合同纠纷仲裁案件审理中未尽的其他难点,仍有待仲裁实务中的律师和仲裁员们进一步发掘和总结经验,提炼出适宜的仲裁审理规律,为未来的相应立法工作提供参考素材。

---

**Abstract:** As a new tool of financial innovation, factoring contracts are facing different kinds of challenges in practical supervision. At present, the legal supervision of factoring business in China is still at a relatively early stage, judges are likely to have different opinion in understanding specific legal relationships and applying specific legal terms. In order to help unify arbitration standards, maintain transaction security and protect the legitimate rights and interests of all parties, this paper will elaborate and study on the determination of jurisdiction, identification of legal relationships, and contract effectiveness involved in the arbitration process.

**Keywords:** factoring contracts; accounts receivable; transfer prohibited; validity of contract; agreed jurisdiction

---

(责任编辑:刘 纲)

# 现代庭审理论在我国商事仲裁中的应用

章武生\*

---

**内容提要** 我国传统民事诉讼庭审最大的弊端是法庭调查与法庭辩论两阶段不当划分,争点确定时间滞后,不能围绕争点审理,庭审释明不到位,大量时间浪费在许多不需要审查的证据上。由于商事仲裁与民事诉讼关系密切,民事诉讼中存在的问题,在我国商事仲裁中都有不同程度的体现。现代庭审理论对提升庭审的民主性、科学性均有重要价值,并在我国庭审试点中取得了突出的效果。商事仲裁领域有更为宽松的制度环境,现代庭审理论的融入和相关仲裁制度的完善,能够使我国商事仲裁的文化和品质发生质的飞跃,提升我国商事仲裁的国际化程度,促进我国商事仲裁庭审的发展和我国的法治化进程。

**关键词** 现代庭审理论 民事诉讼 商事仲裁 庭审 应用

---

现代庭审理论,是指近几十年来在法治发达国家特别是以德国为代表的大陆法系国家逐步形成并通过实践检验有助于法院正确、适时地审理案件,体现诉讼民主、诉讼规律和程序保障的理论。这些理论主要包括集中审理、协同主义、真实义务、一次性解决纠纷原则、争点的确定、疑点的排除、突袭裁判的防止,释明义务的行使、心证的公开,法官内心确信的形成等等。<sup>①</sup>

我国民事诉讼目前还处于比较落后的状态,缺乏现代庭审理论的指导,庭审技术也非常欠缺,并在不同程度上影响到我国商事仲裁的发展水平。近年来,我国上海等地部分法院已经开始借鉴以德国为代表的大陆法系国家的现代庭审理论和实践开始庭审方式改革,并取得了比较好的效果。我国商事仲裁经过改革开放以来几十年的发展,该领域已经积聚了大量的高水平法律人才和形成了比较有特色的开庭审理的方式,特别是我国仲裁的领军机构中国国际经济贸易仲裁委员会(简称贸仲委),以其独立公正和快捷高效的仲裁服务在国内外享有盛誉,并通过境外分支机构的设立、遍及世界各地的仲裁员来源和国际商事仲裁以及广泛的国际交流在仲裁国际化方面有许多得天独厚的优

---

\* 章武生,复旦大学法学院教授。

① “现代庭审理论与应用”既是复旦大学司法研究中心与德国、日本和我国台湾的教授、法官和律师合作连续5年为研究生和法官开设的一门新的课程名称,又是集中审理新型庭审试点案件系统运用的理论和方法。

势。<sup>②</sup>商事仲裁中现代庭审理论的应用,无论是对商事仲裁自身的发展还是推动我国的民商事诉讼和法治走向现代化均有不可估量的价值。笔者拟在本文中结合现代庭审理论在我国民事诉讼和商事仲裁庭审中已经进行的实践,就现代庭审理论在我国商事仲裁中的应用做些分析和探讨,以期我国商事仲裁在新一轮庭审改革中做出自己的贡献,并期望更多的仲裁机构和仲裁员参与到该项改革行列中。

## 一、我国商事仲裁庭审方式的法律基础和实践现状

无论是何种法系和国家,商事仲裁在庭审理念、方式上均会受到其所属法系和所在国民民事诉讼的较大影响。我国也不例外,民事诉讼对商事仲裁的影响力非常之大,民事诉讼中的优良传统和存在的弊端,在商事仲裁中都有不同程度的体现。要了解和分析商事仲裁的庭审,首先需要了解我国民事诉讼庭审的发展状况。

1982年试行民事诉讼法的颁布,标志着新中国第一部民事诉讼法典的问世。从该法典的内容来看,主要是吸取了根据地 and 新中国成立以来的优良诉讼传统,借鉴了前苏联和我国台湾地区民事诉讼制度部分内容的基础上形成的。但从该法律对庭审核心内容的规定来看,主要是借鉴了前苏联法庭调查和法庭辩论两阶段划分,至于台湾庭审的内容则少有体现。

上世纪九十年代,伴随着我国法院案件数量的快速增长所带来的审判压力,传统庭审的着重调解以及法官包揽诉讼的强职权主义开始弱化,两大法系辩论主义的内容开始引进,庭审逐步向当事人主义演进。但由于缺乏对现代庭审理论的关注和借鉴,早期民事审判方式改革很大程度变成了法院减负的工具,在程序正当性方面呈现明显缺陷。从司法实践来看,我国传统民事诉讼庭审最大的弊端是法庭调查与法庭辩论两阶段不当划分,争点确定时间滞后,不能围绕争点审理,庭审释明不到位,大量时间浪费在许多不需要审查的证据上,并在此基础上形成了法庭调查阶段主要是审查证据三性的落后审判方式。

2012年民事诉讼法修订时争点整理正式规定在审前程序中,但规定的非常简单。2015年,最高人民法院司法解释进一步完善了争点方面的相关规定。该司法解释第226条规定:“人民法院应当根据当事人的诉讼请求、答辩意见以及证据交换的情况,归纳争议焦点,并就归纳的争议焦点征求当事人的意见”。第228条规定:“法庭审理应当围绕当事人争议的事实、证据和法律适用等焦点问题进行”。第230条规定:“人民法院根据案件具体情况并征得当事人同意,可以将法庭调查和法庭辩论合并进行”。上述规定,使

<sup>②</sup> 贸仲委除在中国大陆设立诸多分会外,还在中国香港特别行政区设立香港仲裁中心,在加拿大温哥华设立北美仲裁中心,在奥地利维也纳设立欧洲仲裁中心。贸仲委的《仲裁规则》与国际上主要仲裁机构的仲裁规则基本相同。贸仲委受理案件的范围不受当事人行业和国籍的限制,贸仲委的《仲裁员名册》中外籍及港澳台仲裁员400多名,分别来自60多个国家和地区。贸仲委发布的《国际投资争端仲裁员名册》中,外籍仲裁员占比高达三分之二。

我国民事诉讼法在争点整理的制度建设上有了进一步的发展,但整体上看,现有规定还是比较粗糙的,还有较大的完善空间。<sup>③</sup>从司法实践看,仅有少数法官开始探索先根据诉答状确定争点,然后围绕争点进行举证、质证和辩论,但大部分法官延续既有的庭审方式,这说明改变传统庭审方式的难度。

从国际上影响较大的仲裁规则来看,对开庭审理程序均规定的非常简略,以国际上三个仲裁组织庭审的核心规定为例。例如,国际商会仲裁规则第14条规定:“仲裁员应采取一切适当的方法尽快确定案件事实”。又如,英国仲裁员学会仲裁规则第6条规定:“仲裁员应决定所有程序和证据问题,前提是遵照双方当事人有权决定任何仲裁事项的原则”。再如,德国仲裁委员会仲裁规则第16条规定:“仲裁庭应随其自由权来掌握程序的进行”;第17条事实的确认规定:“仲裁庭应确认事实,它可依据其裁量权来指令,尤其是它可以调查证人和专家并指令提交文件。它不应局限于当事人要求取证的申请”。<sup>④</sup>

我仲裁法虽然对仲裁程序一章规定的篇幅较大,但具体到庭审理念和方式则少有规定。比较而言,中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则对开庭审理做了较多的不同于诉讼法的规定。例如,该规则第35条规定:(一)除非当事人另有约定,仲裁庭可以按照其认为适当的方式审理案件。在任何情形下,仲裁庭均应公平和公正地行事,给予双方当事人陈述与辩论的合理机会。(三)除非当事人另有约定,仲裁庭可以根据案件的具体情况采用询问式或辩论式的庭审方式审理案件,必要时可以就所审理的案件发布程序令、发出问题单、制作审理范围书、举行庭前会议等。经仲裁庭其他成员授权,首席仲裁员可以单独就仲裁案件的程序安排作出决定。该规则第42条在质证部分规定:(一)开庭审理的案件,证据应在开庭时出示,当事人可以质证。(二)对于书面审理的案件的证据材料,或对于开庭后提交的证据材料且当事人同意书面质证的,可以进行书面质证。书面质证时,当事人应在仲裁庭规定的期限内提交书面质证意见。

此外,中国国际经济贸易仲裁委员会参考中国民事诉讼中适合于仲裁的证据原则以及国际律师协会制订的《国际商事仲裁取证规则》,制定了国际商事仲裁取证规则《证据指引》。<sup>⑤</sup>

之所以各国仲裁规则对庭审通常规定的非常简略,主要是为了在庭审程序上给与当事人较大的选择权,以保障当事人的意思自治。同时,也给与仲裁庭较大的选择庭审程序和方式的空间,而仲裁庭选择的庭审程序和方式往往与本国民商事诉讼密不可分。

从我国商事仲裁庭审的实际情况看,商事仲裁案件开庭与民事诉讼既有不少相似

<sup>③</sup> 例如,司法解释226条规定的证据交换作为争点整理的方法则显得过于粗糙和规范性严重不足,应当被专门的争点整理程序所取代。

<sup>④</sup> 参见《外国仲裁规则》,转引自中国国际经济贸易仲裁委员会网站,网址:<http://www.cietac.org.cn/index.php?m=Article&a=index&id=75>,最后访问时间:2020年4月25日。

<sup>⑤</sup> 参见《中国国际经济贸易仲裁委员会证据指引》,转引自中国国际经济贸易仲裁委员会网站,网址同上,该指引自2015年3月1日起施行。

之处,又有明显的区别。与民事诉讼相似之处主要在于:对当事人提交的全部证据材料不加甄别地审查证据三性的落后审判方式在商事仲裁中不同程度上存在。先确定争点,再围绕争点举证、质证和辩论还没有成为一种主流的做法。原因主要有两个方面:一是相当比重的仲裁员更熟悉传统的诉讼方式,而不熟悉新型庭审方式。二是代理律师的影响。大多数仲裁案件的代理律师更习惯传统的庭审方式,既然仲裁代理没有特别的要求,律师在代理仲裁案件时往往继续沿用代理诉讼案件的方式。一方当事人的代理律师按照事先编排好准备好的证据顺序逐一介绍己方提供的全部证据,并论证该证据或该组证据能够证明哪些待证事实。另一方当事人的代理律师会经常提到一句话“对该证据的真实性没有异议,关联性有异议,和本案无关”。仲裁员即使想改变这种庭审方式,也有相当的难度。

仲裁与诉讼的主要区别在于:尽管两大法系没有集中审理的强制性规定,但仲裁在集中审理方面明显优于诉讼,绝大多数仲裁案件实现了一庭终结,分割审理的仲裁案件所占比重较小,这就为直接言词原则的贯彻和根据庭审鲜活证据做出裁决创造了一定的条件。形成这种情况的原因主要在于:一是仲裁确定一次庭审时间难度远远大于诉讼。法院合议庭成员天天在一起上班,确定开庭时间是一个比较简单的事情,而仲裁员都是兼职的,为三个兼职仲裁员和双方主要代理律师共同确定一个时间难度往往大很多。二是仲裁员主要由知名律师、知名学者或多个行业的精英组成,这些人大多工作比较忙,与工作日都要上班的法官对开庭时间的心态是不同的。为了实现集中审理,仲裁开庭,上午开不完,往往下午接着开。下午开庭的,下班时开不完,下班以后接着开。以上两方面原因,决定了仲裁集中审理的动力和程度远远高于诉讼。此外,仲裁裁决书的说理性明显高于诉讼。笔者认为,除了法官手里案件比较多,庭审花去了过多的时间,没有太多精力投入到判决书的撰写外,与仲裁机构对裁决书草案的核阅制度有很大关系。根据仲裁规则的规定,在不影响仲裁庭独立裁决的情况下,仲裁委员会可以就裁决书的有关问题提请仲裁庭注意。核阅会涉及到裁决书在认定事实、适用法律、公正性、甚至裁决书的语言、逻辑结构、说理性等方面可能存在的问题。这种核阅制度在无形之中给仲裁庭提出了较高的标准和要求,提升了仲裁员写好法律文书的自觉性。此外,仲裁与诉讼还有许多不同点,例如,权力来源、庭审形式、对裁判结果的纠正救济方式、审理期限、保密性等方面的不同。这些区别大多数法律人比较熟悉,这里就不再赘述。

## 二、我国传统庭审与以德国为代表的集中审理的新型庭审方式的比较

我国传统民事诉讼庭审最大的弊端是科学理论指导不足,法庭调查与法庭辩论两阶段不当划分,争点确定时间滞后,不能围绕争点审理,庭审释明不到位,大量时间浪费在许多不需要审查的证据上。对仲裁影响比较大的也主要来自这些方面。因此,要提升我国商事仲裁案件的庭审水平,必须从源头上厘清仲裁庭审中存在的问题。

从笔者初步考证的情况看,法庭调查和法庭辩论这种庭审两阶段的划分方式在两大法系国家都没有先例,而是来自前苏联。<sup>⑥</sup>但我们并没有全面借鉴前苏联的相关制度和做法,前苏联与国际上接轨的直接言词原则、不间断审理原则等有助于查明案件事实真相的原则在我国也没有同步确立。由于法律对客观上存在密切联系的法庭调查和法庭辩论两阶段的不当割裂,产生了一系列弊端:

第一,割裂了事实与法律问题、证据与争点的关系。在法庭调查中,法官主要是按照民事诉讼法规定的法庭调查顺序,逐项审查各种证据,某个证据的地位以及与一方当事人重要观点的关系法官并不完全清楚,因为这个阶段法官通常不允许当事人及代理人谈法律问题和对整个案件的观点,这些问题法官通常让当事人及代理人放在法庭辩论阶段再讲。这种不合理的分割必然会影响法官对事实与法律问题,证据与争点关系的判断,影响案件事实的全面查清和法官心证的形成。同时,还会产生诸多矛盾。第二,增加了证据审查的数量和时间,拖延了诉讼的进程。两大法系均是先确定争点,然后围绕争点开庭审理。而我国绝大多数法官认为法庭调查后确定争点是顺理成章的事情,这种理念将先确定争点再调查证据的科学规律完全颠倒。由于法庭调查时争点不确定,双方当事人特别是代理律师往往竭尽所能提供对己方有利的证据。按照一般程序惯例,法官首先会主持审查原告方所提供的证据,然后再审查被告方所提供的证据。其间,一方当事人的代理律师按照事先编排好的证据顺序逐一介绍己方提供的全部证据,并论证该证据或该组证据能够证明哪些待证事实。此时最常见的情况是能够不断听到另一方当事人的代理律师反复重复一句话“对该证据的真实性没有异议,关联性有异议,和本案无关”。即便是在庭审驾驭能力很强的法官有效组织下,庭审中绝大部分时间还是用在了审查证据的“三性”上,双方当事人进行法庭辩论的时间往往是非常有限的。司法实践中,相当比重的案件围绕争点审理的价值未能体现出来,法官大量的时间浪费在与争点无关的枝节问题上。有些案件庭审时间甚至会浪费几倍甚至几十倍。当事人之所以会提出如此多的证据,是因为庭审透明度低,当事人不知道法官是怎么想的,提供证据不足可能会导致败诉的不利后果,而提供不相关的证据,除了有可能造成诉讼迟延外,对当事人实体权利并无影响。法官在双方争点不确定时,也无法判断当事人提供证据是否必要。因此,凡是双方提供的证据,均被允许于庭审中一一进行质证,甚至无争议事实也会予以质证。水平高的法官和我们绝大多数仲裁员会往往会用相对巧妙的办法缩短甚至取消一些认为不太重要的证据的审查以节省庭审时间。当然,对证据比较多的案件,有些做法可能就不够规范,甚至个别时候会影响到案件审理的质量。至于水平不高的审理者运用上述方法问题就会更多。

第三,庭审透明度低,严重影响庭审的效率、质量和裁判的接受度。我国2001年公布的《法官职业道德基本准则》第11条规定:“法官审理案件应当保持中立。法官在宣判前,不得通过言语、表情或者行为流露自己对裁判结果的观点或者态度。”该规定在

<sup>⑥</sup> 参见《苏俄民事诉讼法典》184条,法律出版社1982年版。《俄罗斯联邦民事诉讼法》延续了这一规定。

2010年修订时已被取消,其负面影响从我国仲裁机构的一些规则和仲裁员庭审中的惯常做法也可以看到上述规定的影子。

以德国为代表的大陆法系国家,通过以集中审理为核心的现代庭审理论的系统运用,这些问题都可以得到很好的解决。

集中审理是两大法系的共同选择。所谓集中审理,是指一个案件的审判在正常工作时间内持续进行,直至该案件的庭审结束,中间不插入其他案件的审理。集中审理起源于英美法系国家,其争点整理程序和集中审理又是与陪审制度密切相关的。由于陪审团成员再次召集的困难,开庭必须采取集中审理或连续审理的方式,即一旦开庭就必须将案件审理结束。

大陆法系在上世纪70年代之前一直实行的是分割审理。所谓分割审理,系指就同一案件的审理予以期间上间隔,而于其间分别多次开庭审理。分割审理的最大缺陷在于因同一案件审理时间拉长,法官无法获得鲜活和完整的心证,甚至会将相近的案件搞混且过于依赖笔录记载的内容而为裁判,影响裁判质量;为了弥补分割审理主义的上述缺失,1977年德国民诉法进行了世纪性的大改革,集中审理在司法实践中正式形成并取得了显著成效。此后,历史上曾采分割审理主义的大陆法系国家和地区,纷纷改采集中审理的庭审方式。

集中审理包括两种情形:一种是一庭终结的集中审理,另一种是非一庭终结的连续开庭的集中审理。英美法系的集中审理,通常是连续多次的开庭审理;德国基本上实现了绝大多数案件一庭终结的集中审理的理想目标。

大陆法系集中审理的庭审方式是现代庭审理论发展到比较成熟阶段的产物。德国是大陆法系最早系统运用现代庭审理论并实现集中审理的国家,也是现代庭审理论和集中审理实施效果非常好的国家。德国集中审理和现代庭审理论的结合,使民事诉讼法产生了质的飞跃,民事诉讼的效率、质量、透明度和裁判接受度以及诉讼的技术含量大幅提升,显示了巨大的生命力,在世界上受到了高度评价。<sup>⑦</sup>下面,笔者主要以德国为例,分析德国与我国传统庭审之间的主要差别。

从庭审结构看,德国的言词辩论(相当于我国的庭审)划分为言词辩论准备和言词辩论主期日两个阶段。在言词辩论准备阶段,主要任务就是确定争点,然后,在言词辩论主期日尽可能一庭终结。对简单和大多数一般的民事案件,通过诉答程序即可确定争点,不需要通过专门的争点整理程序。对于复杂的案件,要通过专门的争点整理程序确定。德国确立了早期首次言词辩论期日和书状先行两种具体的争点确定程序。这两种程序可以采用其中一种程序,也可以结合进行,民事诉讼通常应在一次经充分准备的言词辩论(主期日)结束。德国运用的比较多的是书状先程序,日本和我国台湾地区是书状先行

<sup>⑦</sup> 德国在集中审理方面取得的成就,受到了大陆法系国家或地区的高度评价和效仿,我们周边的日本、韩国和我国台湾地区在上世纪末均借鉴德国的经验确立和实施了集中审理制度。德国的做法,也受到了英美法系理论与实务界人士的好评,例如,美国学者 Langbein, John H. 在《德国民事诉讼程序的优越性》一文中就高度评价了德国民事诉讼程序的价值, 52 U. Chi.L. Rev. 823.

和召集双方当事人在一起确定争点结合进行。不管哪一种形式,都是先确定争点,然后围绕争点审查证据,不会出现我国大陆不确定争点审查大量不需要审查证据的情况。

从庭审形式看,伴随着协同主义的发展和法官释明义务的加大,以德国为代表的大陆法系国家或地区早已发展为对话式诉讼。即“不是当事人的陈述,而是法官与当事人之间进行的法律和事实方面的对话在诉讼中处于核心地位”。法官与当事人之间信息交换及意思疏通的质量决定了诉讼本身的质量。通过释明,当事人及其律师会明白法官将如何裁判案件,哪些事实会对案件裁判起决定作用,从而有针对性的攻击或防御。突袭裁判被遏制,诉讼效率和质量大幅提升,当然,也就会大大提高当事人对裁判的接受度。

### 三、现代庭审理论在我国民事诉讼和商事仲裁庭审中的实践

2014年,党的十八届四中全会通过了《全面推进依法治国若干重大问题的决定》,《决定》明确提出“构建开放、动态、透明、便民的阳光司法机制,推进审判公开”、“杜绝暗箱操作”、“保证公正司法”等要求和目标。乘此东风,2015年以来,复旦大学司法研究中心先后与江浙沪粤9家法院签订合同合作开展庭审方式改革。与庭审改革启动同步,“现代庭审理论与应用”课程也在复旦大学隆重开班,复旦大学司法研究中心与德国、日本和我国台湾、香港的教授、法官、律师合作,连续5年为研究生、教师和法官开设“现代庭审理论与应用”课程,为庭审方式改革提供了理论支撑和域外视野。经过2年多的合作,2017年底复旦大学司法研究中心与江浙沪粤多个法院合作拍摄出了集中审理新型庭审示范庭,并在2017年12月16号、17号,复旦大学与上海市高级人民法院合作召开的“贴近审判的司法人才培养与庭审改革的协同发展”研讨会上予以展示。在此基础上,2019年复旦大学司法研究中心与上海二中院、闵行法院、浦东法院和杨浦法院合作,拍出了包含书状先行在内的集中审理示范庭,并在2020年4月出版了庭审改革的成果《个案全过程新论——以集中审理为中心》<sup>⑧</sup>。这部教材中不仅可以看到两大法系代表性国家德国和美国的集中审理个案全过程文字和庭审录像,还可以看到我国多个法院拍摄的体现现代庭审理论的真实诉讼案件的示范庭。<sup>⑨</sup>从效率来看,通过书状先行后,这些庭审的平均时间仅有半个小时左右,庭审时间较传统庭审大幅缩短。从质量来看,争点确定准确,疑点被有效排除。从接受度来看,当事人在庭前和庭审中就能通过法官的释明和心证公开了解法官的真实想法,并能在庭审中影响法官的不当心证,有效地避免突袭裁判,当然,也必然会大幅度提升当事人对裁判的接受度。

<sup>⑧</sup> 章武生主编《个案全过程新论——以集中审理为中心》,复旦大学出版社,2020年版。

<sup>⑨</sup> 去年7月份,应日方邀请,复旦大学司法研究中心一行四人赴东京分别与东京民事诉讼法学界、东京地方法院、日本最高法院司法研修所学者与法官进行交流。在与东京民事诉讼法学教授交流的研讨会上,东京高等法院前常务副院长、中央大学加藤新太郎教授对试点的新型庭审给予高度评价,认为通过真实庭审录像或模拟庭审录像,把德国、美国等国家的庭审“可视化”地展现出来的做法,解决了各个国家和地区庭审实践难以互相借鉴的难题,具有划时代的意义,对日本今后的改革具有极强的借鉴和启发意义。

这种庭审方式以争点审理、心证公开、释明等现代庭审理论的运用为主要特征,在提高庭审效能方面取得了显著成绩。许多法官反映,运用新型庭审方式,原来需要开庭数次、耗时数天的案件,现在只需要一小时甚至更少的时间就能审结,而且审理效果更佳,当事人服判息讼率更高。为了使读者对新型庭审有更直观的印象,下面我们分别以一个诉讼一个仲裁案件为例,来展现新型庭审在诉讼和仲裁案件中的实践效果。

### (一) 新型庭审在建筑工程诉讼案件中的运用<sup>⑩</sup>

甲乙两公司因工程质量以及无法通过政府验收发生争议协商未果。2015年7月,发包方甲公司对总承包方乙公司提起诉讼,要求乙公司赔偿甲方损失;乙公司反诉要求甲公司支付工程欠款。双方仅首次向法院提供的证据就达11本,包含了200多个证据、3000多页。

按照传统审理方式,法官在未确定争点的情况下,将双方各自提交的证据全部都一一当庭质证。仅这一个过程就开庭10次用去5个全天的时间。<sup>⑪</sup>

审判人员调整后,新合议庭根据双方诉辩意见共确定了4个争点,这4个争点分别是合同效力如何认定?工程不能通过竣工验收的责任和过错在谁?已完工程价款如何认定?当事人主张的损失范围和金额如何认定?其中第二个争点与原来累计开庭5天所要解决的问题实质上是相同的。但审理方式改为围绕该争点举证、质证和辩论,原告从合同约定、设计、施工、监理意见、政府主管机构意见这五个方面提出能够相互印证且具有代表性的证据并发表综合性辩论意见。本次庭审就该争点仅用30多分钟时间,合议庭成员和旁听人员就都能够对案情基本了解,而且,对当事人的是非过错有了基本一致的看法,这比原来庭审用5天时间的审理效果还要好很多。

新型庭审与传统庭审相比为什么会有如此大的反差。笔者以为,原因主要有以下方面:

第一,围绕争点举证、质证和辩论,自然会排除与影响案件裁判结果关键事实无关的大量证据。而如果没有事先确定争点,只能将所有证据一一审查,以前案为例,涉及到的证据会有200多个,即便排除无争议的证据涉及到存在争议的证据也会有100多个,双方围绕大量有争议的单个证据,进行激烈辩论时,就容易导致淡化甚至模糊证据与关键事实之间的证明关系。特别是在双方律师都非常优秀的情况下,能从不同证据、甚至同一份证据的不同角度找出对己方有利的因素,这就会使裁判者觉得虽然双方各执一词,但似乎又都能多少自圆其说,难以形成准确、可靠的心证。

第二,围绕大争点将小争点涉及的核心证据同时展现,有助于形成环环相扣的证据链,使证据更有说服力,对方更难反驳。例如,就工期延误问题,采用传统方式辩论时,由于尚未经过法庭调查的证据难以直接和全面运用,双方都是以局部证据为基础各执一

<sup>⑩</sup> 同前注<sup>⑧</sup>,第71-77页。

<sup>⑪</sup> 法官主持庭审整体上做的也是比较好的,说话简洁,不断地制止超出范围的辩论。双方律师水平也很高,在大部分证据上都是唇枪舌剑,滔滔不绝地举证、质证和辩论。

词,难分上下,法官和旁听人员也都如同管中窥豹不能看清事情的全貌,自然也就难以准确辨别是非对错。而集中审理,就能有效地减少这种局部辩论的情况。面对原告提出的政府相关主管机关检查发现设计漏项工程存在重大安全隐患、监理单位发现设计文件为“白图”、质安监站发现施工单位资质不足责令停工等环环相扣的证据链,不容辩驳地证明明确系被告违约导致工程无法通过验收,被告代理人尽管水平很高,但也无法做出有针对性的回应,只好顾左右而言他。

第三,围绕争点集中、快速审查证据,不仅能够使参加诉讼的人对核心证据印象深刻、清晰。而且,有助于人们对证据和证据对争点的证明力形成整体印象。法官和在场的人也更容易形成心证。实际上在庭审后,无论是法官还是旁听人员对案件的基本事实和当事人应当承担的责任都能有大体相同的初步判断。

## (二) 新型庭审在装饰装修工程合同纠纷仲裁案中的运用

某商业大厦工程的装修工程施工方甲公司,向仲裁委申请仲裁,要求工程发包方乙公司和工程总承包方丙公司支付工程款。第一被申请人工程发包方乙公司反诉申请人违反合同约定,声称工程延期交工,工程质量存在严重问题,申请对装修质量和玻璃质量进行鉴定;第二被申请人答辩自己不是适格的被告。开庭后仲裁员与三方当事人协商共同确定了三个争点:第一个争点为“第二被申请人丙公司是否是适格被申请人?”第二个争点为“第一被申请人乙公司要求申请人支付延误工期违约金的反请求是否成立?”第三个争点为“第一被申请人乙公司要求申请人甲公司支付更换玻璃费用的反请求是否能够成立?是否需要商业大厦的装修质量进行鉴定?”根据仲裁员的要求,双方当事人围绕上述三个争点进行了举证、质证和辩论,仲裁员针对疑点对当事人进行了发问。在此基础上,首裁根据双方提供的书面材料和庭审的情况就三个争点的辩论公开了自己初步形成的心证,并释明了形成初步心证的具体理由和法律依据。就第一个争点首裁同意第二被申请人的答辩意见,认为其不是适格被申请人;对于第二、第三个争点,首裁认为第一被申请人的反诉不能成立,鉴定申请不能接受,并说明了自己的依据。首裁公开心证,特意专门强调,这些心证只是初步心证,当事人完全可以有针对性的发表反驳意见,提供证据和法律依据,从而影响仲裁员的不当心证,以便在各方充分发表意见并听取他方意见之后,形成一个公正的裁决。首裁释明后,各方当事人并没有太多的异议,并当庭达成了初步的调解协议。开庭时间仅有半个小时,再加上调解时间,整个庭审时间还不到一个半小时。

在该仲裁案件中,现代庭审理论的运用主要体现在以下方面:

第一,仲裁各方协同确定争点并紧紧围绕争点进行举证、质证和辩论。大陆法系国家或地区,不论是诉讼还是仲裁,都是先确定争点,然后围绕争点举证、质证和辩论。之所以在如此短的时间内能够达到对话充分,与庭审针对性强、透明度高密切相关。以该案件为例,被申请人反诉要求申请人支付更换玻璃的费用达几十万,并提供了玻璃爆裂证明、维修记录表、微信、照片和证人证言等证据。而申请人对这些证据的真实性和关联

性均提出异议。申请人主要的理由是：竣工验收时“各部分工程质量全部验收合格”，申请人申请仲裁前被申请人从未提出过该问题；在两年保修期内申请人常年派驻维修人员现场维修期间，维修记录却没有申请人维修人员的签字确认。仲裁庭针对其中的疑点进行了发问，被申请人没有对这些疑点做出合理解释。可以说用这种方式审查证据，比缺乏针对性对当事人所提供的所有证据一一审查效果要好很多，效率也更高。在德国，如果在争点确定的过程中，法官已经形成了心证，法官开庭时甚至开庭前可以直接释明和公开心证，以促进当事人之间的调解。

第二，首裁公开了自己的心证，从而为公正裁决和促进当事人调解奠定了基础。在围绕争点举证、质证和辩论结束后，首裁立即当庭公开了自己的看法，提出自己根据案卷材料和开庭的情况形成的初步心证，并公开了自己形成心证的法律依据和理由，将传统裁决书中才公开的心证在庭审中提前予以公开，以便听取当事人的意见，纠正自己的不当心证，这无疑可以有效防止突袭性裁判，提高败诉方对裁决的接受度。该案中首裁心证公开的非常充分，不仅没有出现许多人担心的仲裁员被申请回避甚至当庭与可能遭受不利裁决的当事人发生冲突等情况。而且，第一被申请人当庭就与申请人在主要问题上达成了调解协议。申请人在庭审后几天就向仲裁委发函，明确根据首裁的释明，申请人撤销对第二被申请人的申请，并在发函前已经解除了对第二被申请人700万元的财产保全，大大减轻了仲裁程序给该当事人带来的不利影响。

为了更深入地比较中德的庭审方式，在教材第十四章，我们专门策划并拍摄了模拟庭审。德国法官根据我们翻译的案件材料，按照德国的法律和庭审方式做了一个模拟庭审，庭审仅用半个小时，其中一半时间是德国法官在公开自己对案件处理的看法和依据，包括法律依据和德国联邦最高法院类似案件的相关判例。然后是双方代理律师的发言和法官的回应。这种庭审针对性特别强，很少会有无关紧要的证据进入。

在上述心证公开案例的影响下，不少参与试点的法官打消了顾虑，并逐渐掌握了心证公开的方法和技巧，提升了庭审水平和能力。

#### 四、现代庭审理论在商事仲裁中运用的优势和价值

首先，现代庭审理论及与此相关的制度的引入有助于提升我国商事仲裁文化的品质，丰富我国商事仲裁文化的内容，完善与此相关的商事仲裁制度建设。笔者认为，商事仲裁文化的核心和追求的目标是当事人意思自治、独立、公正和效益。为了实现“当事人意思自治”的目标，仲裁法和仲裁规则赋予了当事人一系列程序选择权，来保障当事人的意思自治。为了实现效益的目标，商事仲裁通过规定比较短的审限，比较快的送达（通常会排除公告送达）、比较严格的效率管理、特别是商事仲裁实行一裁终局等方式为仲裁的效益提供了程序保障。至于独立、公正的目标，由于仲裁员都是兼职的，对独立行使裁决权干预的情况在仲裁中基本上是不存在的，仲裁员的整体业务素质也明显较高。

再加上仲裁委对于办案质量保证采取的很多行之有效的方法,比如说对办案各个环节的监督,对裁决书的核阅制度等等,商事仲裁所追求的四大目标是有相当程度保证的。但如果落后的庭审方式仍然在商事仲裁中处于主导地位,案件争点确定时间滞后,许多案件争点确定不够恰当,仲裁员缺乏必要的释明,突袭裁判大量发生,在此情况下,商事仲裁所追求的目标就很可能大打折扣。如果仲裁员释明不到位,当事人对于调解和裁决,如何调解就很难做出正确的抉择。商事仲裁的一裁终局就仅仅提高了效率而不一定能够提高效益。独立、公正也不能完全得到保障。

现代庭审理论与仲裁文化和理念高度契合,现代庭审理论的融入和相关仲裁制度的完善,就能够使我国商事仲裁水平发生质的飞跃。现代庭审理论中的集中审理与我们绝大多数仲裁案件已经实现的集中审理技术支撑是不同的。它在庭审准备阶段的主要任务是科学确定争点,合理排除疑点,而这些又是通过仲裁各方的对话,仲裁员的释明和当事人履行协同义务来实现的。在正式庭审阶段,当事人围绕争点举证、质证和辩论,仲裁员通过释明和心证公开,披露自己初步形成的对案件的看法,当事人就可以有针对性的发表意见和提供证据,在裁决做出前影响仲裁员的不当心证。仲裁员也能够从双方当事人的发言中修正自己对案件的不当看法,做出正确的裁决。如果可能受不利裁判的当事人提不出有说服力的观点和证据影响仲裁员的心证,仲裁员在很大程度上就能进一步坚定自己对案件处理的看法。同时,可以积极地促进双方当事人调解。当事人在信息充分的情况下,也可以更好的权衡利弊行使选择权,真正实现当事人意思自治。此外,现代庭审理论的应用,要确定争点、排除疑点、固定证据,审理者要履行释明义务,公开自己的心证,防止突袭裁判的发生,庭审时间短,透明度高,这就容易保证在追求一庭终结的效率的同时,还能更好的实现公正和效益。伴随着现代庭审理论在仲裁实践中的大量运用,仲裁文化也会发生质的飞跃,产生更为深刻而广泛的社会影响力。

其次,现代庭审理论及与此相关的制度的引入有助于提升我国商事仲裁的国际化程度,并为我国商事仲裁的发展提供了更为丰富多彩的域外视野。我国目前已经是世界上第二大经济体,我国的对外贸易飞速发展,对外经济交往中的纠纷越来越多,在此情况下,无论是国内还是国际的商事仲裁,借鉴国际上先进的庭审经验,提升我国商事仲裁的水平 and 国际化程度显得更加重要。现代庭审理论的引入和运用,对我们了解两大法系的民商事诉讼和商事仲裁,提升商事仲裁的水平无疑具有重要价值。当然,两大法系庭审差别还是比较大的。由于英美法系判例法居于重要地位,庭审方式和庭审的目标与大陆法系差别很大,进入庭审的案件比重比大陆法系小很多,庭审时间又比大陆法系长很多,我国很难整体上借鉴英美法系的庭审方式。但是,有些具体的庭审方法我们也是可以借鉴的。例如,英美法系交叉询问中疑点排除的许多方法是值得我们学习和借鉴的。在国际商事仲裁实践中,可以学习的内容更为丰富。由来自大陆法系的仲裁员所组成的仲裁庭,常常会倾向于适用大陆法系的法院所适用的程序规则。相反,由来自普通法系的仲裁员所组成的仲裁庭,则倾向于遵循普通法系的法院所遵循的程序规则。在同时涉及来

自大陆法系与普通法系两种法律文化背景的当事人的案件中,仲裁庭通常由曾在这两种不同法律传统下接受过训练的仲裁员所组成。而正是在这种具有混合法律文化背景的仲裁庭中,仲裁程序出现了最具意义的发展。此种仲裁庭逐渐演变出了一套既不属于大陆法,又不属于普通法,而是取两者之所长,弃两者之所短的程序体系,从而在大陆法与普通法的方法之间搭起了一座桥。<sup>⑫</sup>从这个角度来看,通过现代庭审理论与与此相关的制度的引入,我们不仅能够更深入地了解、运用大陆法系的仲裁程序,了解英美法系的仲裁程序。而且还能了解到取两者之所长,弃两者之所短的新型仲裁程序,并为我国商事仲裁的发展提供更为丰富多彩的域外视野。

再次,现代庭审理论在商事仲裁中比在民事诉讼中运用和推广有更多的有利条件。(1) 商事仲裁仲裁员的整体素质比较高,绝大多数仲裁员通过学习能够适应技术含量比较高的现代庭审理论的应用。按照现代庭审理论的要求,审案者由原来的消极裁判者变成了积极的庭审组织者,庭审的效率、质量、透明度和技术含量大幅度提升。比如说如何确定争点、排除疑点,如何行使释明义务和公开自己初步形成的心证,防止突袭裁判的发生等等,均对审案者提出了比较高的要求。从我国目前法官的整体素质看,有相当比重的法官很难适应这一要求;(2) 现代庭审理论的运用更适合诉讼标的比较大、有律师代理的民商事复杂案件。我国没有律师强制代理制度,民事诉讼中很多当事人是不委托律师的。商事仲裁的当事人以公司为主,案件涉及的诉讼标的明显大于一般的民事案件,绝大多数当事人会委托律师代理,这就为当事人适应新型庭审的要求创造了一定的条件。这也是此次上海等地参与新型庭审试点的法院,首先是选择知产庭、商事庭这些案件较为复杂,绝大多数案件都有律师代理的审判庭的法官参与试点的原因所在;(3) 商事仲裁特别是其中的国际商事仲裁领域有一定数量的了解两大法系民商事诉讼和商事仲裁理论和实践的人才和更为宽松的现代庭审理论应用的制度环境,贸仲委等仲裁机构参与国际交流比较多,参与过国际仲裁的仲裁员也有一定比重。此外,商事仲裁并没有民事诉讼法中两阶段划分的规定,也不需要征得当事人同意才能将法庭调查和法庭辩论结合进行,这就为借鉴境外先进的仲裁庭审理论和经验奠定了基础,有助于做出多种更适合我国商事仲裁的庭审方式;(4) 释明和心证公开有助于促进当事人达成调解协议。仲裁与调解相结合——是我国仲裁的一大特色。现代庭审理论中仲裁员的释明和心证公开对当事人达成调解协议的促进作用与传统庭审中审理者劝导的调解是有很大不同的。通过释明和心证公开,当事人及其代理律师会明白仲裁庭是如何看待案件的事实认定和法律适用问题,了解哪些事实会对案件的裁判起决定性作用,哪些事实在案件中并不重要,从而不仅使当事人及其律师能够有针对性的攻击或防御。而且,当事人及其律师还能够更好地评估自己在仲裁中所处的位置,确定是否应与对方当事人达成调解,以及达成什么样的调解。教材选用的一审运用书状先行的3个诉讼案件,庭审后当事人全

<sup>⑫</sup> 参见 Bernard Hanotiau M.,《国际商事仲裁中庭审的开展》,傅攀峰译,《仲裁研究》第三十九集。

部达成调解协议,与上述释明和心证公开是有密切关系的。最后,现代庭审理论在民事诉讼和商事仲裁中的运用能够极大的促进我国庭审的发展和我国的法治化进程。国家要走向法治,关键在于司法是否公正(广义的司法公正包括具有准司法性质的仲裁的公正)。司法公正与法治的关系表现为:公正的司法能使公民、法人在其权利受到侵害以后,通过司法途径而获得救济。如果法院不能公正地执法,人们将会因失望而远离法律,使法律的实现仅仅停留在纸面。公正的裁判实际上是向社会成员昭示着一种正义的行为规则,对社会成员的行为起着一种正确导向作用。社会成员正是从公正的裁判中吸取公正的意识、获得公正的力量,<sup>⑬</sup>进而逐渐形成法治意识。开庭审理是民事诉讼和仲裁中最重要的阶段,它决定着案件审理的质量、效率和程序正义特别是司法公正等一系列重大问题。设置科学的开庭审理程序,消除开庭审理程序中存在的弊端,提高庭审的效率、质量、透明度和当事人的接受度就显得更为重要,也尤为迫切。但是,在缺乏法治传统的我国,实现司法公正绝非一件简单的事情。改革开放以来我国法学理论与实务界一直没有停止过这方面的探索。特别是党的十八届四中全会以来,实现司法公正进而实现法治成为国家层面强力推进的事情,但法学理论与实务界至今也没有提出一个符合审判规律的成熟方案,这说明了实现司法公正的艰巨性和复杂性。现代庭审理论的应用是目前我们可以选择的解决这些难题的最有效方法。其不仅在两大法系特别是德国为代表的大陆法系国家已经经过了实践检验,而且,结合我国的国情在上海多家法院的试点中已经取得了突出的效果。但是,新型庭审在全国得到推广仍是一项艰巨的任务。如上所述,我国商事仲裁领域有更多的熟悉两大法系民商事诉讼和商事仲裁理论和实践的人才和更为宽松的制度环境,有助于做出多种更适合我国商事仲裁的庭审方式以供不同案件需求的选择,也能够更快地得以推广。商事仲裁领域取得的成果,无疑可以与法院的新型庭审改革互相促进,从而加快我国的法治化进程。

---

**Abstract:** The five biggest drawbacks of our traditional civil trial are the improper division of the two stages of court investigation and court debate, the time lag in the determination of dispute points, the failing of conducting trial around the dispute points, the judge cohabitancy which is not in place, and the waste of much time spending on a lot of evidence that does not need to be examined. Because of the close relationship between commercial arbitration and civil litigation, the problems existing in civil litigation are reflected in commercial arbitration to different degrees in our country. The modern trial theory is of great value to improve the democratic and scientific nature of the trial, which has achieved outstanding results in the pilot trials in China. There is a more relaxed institutional environment in the field of commercial arbitration. The integration of modern trial theory and the improvement of relevant arbitration

---

<sup>⑬</sup> 王利明:《司法改革研究》,北京:法律出版社,2000年版,第20-23页。

---

system can make a qualitative leap in the culture and quality of commercial arbitration in China, improve the internationalization of commercial arbitration in China, and promote the development of commercial arbitration court and the process of rule of law in China.

**Keywords:** the modern trial theory; civil litigation; commercial arbitration; trial; application

---

---

(责任编辑:李兵)

# 《商事仲裁与调解》

## 征稿启事

《商事仲裁与调解》于2019年10月由国家新闻出版署批复，中国贸促会主管，中国仲裁法学研究会、中国贸易报社主办，《中国对外贸易》杂志社出版，双月刊，单月10号国内外公开发行，国内统一刊号：CN10-1667/F；国际标准刊号：ISSN 2096-8035。

宗旨为：坚持正确的舆论导向和办刊方向，刊载商事仲裁与调解案例，解读相关法律法规，服务对外贸易实务，促进国际间贸易交流与合作，提高中国国际贸易话语权和影响力。设置“重要活动”“热点追踪”“理论研究”“名家视野”“实践研究”“案例分析”“青年学术实践”等栏目。

1. 来稿篇幅一般在8000-15000字。
2. 来稿请附200-300字中英文内容摘要，英文标题以及关键词。
3. 请提供作者简介，包括姓名、单位全称、职务与职称、学历、单位所在省市名以及邮政编码、电话、电子邮件等。
4. 如来稿系受基金项目资助成果，请注明项目名称、类别和项目编号。
5. 本刊欢迎独立署名稿件。欢迎优秀青年学者和博士生的独立署名作品。合作作品的刊发量不超过每期总发文数的1/3。
6. 来稿请发至《商事仲裁与调解》邮箱shangzhong@ccpit.org。
7. 来稿一经采用，即从优就高支付稿酬。请在来稿中附注个人身份证号、银行卡号、开户行信息(名称具体到支行)和手机号，以便支付稿费。
8. 本刊严格执行学术诚信制度，作者应保证对其作品具有著作权并不侵犯其他个人或组织的著作权，且系未发表的中文作品。
9. 本刊将在尊重作者基本观点的前提下对来稿进行文字上的修改和删减。不同意修改的请在来稿时注明。
10. 本刊发表稿件不收取任何形式的版面费、审稿费。

中国贸促会  
微信公众号二维码



中国仲裁法学研究会  
微信公众号二维码



中国贸易报社  
微信公众号二维码



ISSN 2096-8035



国内统一刊号: CN10-1667/F

国际标准刊号: ISSN 2096-8035

每期定价: 30元