



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

中国国际经济贸易仲裁委员会（简称贸仲，英文简称CIETAC）是依据中央人民政府政务院决定于1956年设立的，以仲裁的方式解决国际、涉外和国内商事争议的常设仲裁机构。

经历60余年发展，贸仲已成为世界上最重要、最有影响力的国际仲裁机构之一，形成具有自身特色的、以商事仲裁为主的多元化争议解决服务格局，被誉为“中国仲裁的国际品牌，国际仲裁的‘中国经验’”。60多年来，贸仲共受理了7万余件仲裁案件，受理案件遍及世界166个国家和地区，仲裁裁决在全球范围内得到广泛承认与执行。多年来，贸仲以其悠久的历史、卓越的业绩奠定了中国仲裁的领先地位，打造了中国仲裁的国际品牌，是世界上主要的常设仲裁机构之一。2021年，贸仲被业界权威的《国际仲裁调查报告》评为全球最受欢迎的五大国际仲裁机构之一。2023年，贸仲蝉联仲裁公信力“全国十佳仲裁机构”和“涉外服务十佳仲裁机构”双十佳奖项，“仲裁公信力”“涉外仲裁服务”两项指数分别达90分和98分，均位居首位，且是唯一双指标超90分的仲裁机构。

选择贸仲——中国仲裁的国际品牌

主要业务数据持续增长，位居国际前列

仲裁案件各项业务指标再创新高

- 仲裁案件数量连续七年保持增长，2018-2024年共受理案件29317宗
- 其中涉外案件共计4559件，2024年受理涉外案件数量达758件
- 争议标的额连续七年突破千亿元大关，2018-2024年受理标的额9259亿元，其中2024年达1889.6亿元
- 2018-2024年受理标的额超亿元案件共计1398件，标的额超十亿元案件近106件，其中2024年受理上亿元案件234件，同比增长11.96%，其中十亿元以上案件21件，同比增长10.53%



1881

仲裁员名册现有仲裁员1881名



1289

中国内地仲裁员1289名



112

包括112个与中国签署
共建一带一路合作文件的国家



592

外籍及港澳台仲裁员592名



145

来自145个国家和地区



全覆盖

实现中国内地各省市全覆盖

连续七年
突破
千亿元

平均
年受理超
650件
涉外案件
4559件

连续7年
案件数量
29317件

超亿元案件
1398件

2024年受理涉外案件758件，同比增长17.52%

17.52%

争议金额811.25亿元，同比增长53.75%，
个案平均争议金额高达1.07亿元

53.75%

国际化程度持续提升，案件争议类型新颖多元

- 成立至今，贸仲案件累计涉及166个国家和地区，服务全球商事主体范围进一步扩大。2024年受理案件涉及93个国家和地区，同比增加5个；当事人来自77个国家和地区，同比增加6个。
- 自“一带一路”倡议提出以来，累计受理涉“一带一路”案件3389件，总争议金额1983.25亿元，其中十亿元以上案件25件，当事人来自108个国家和地区，涵盖“一带一路”重大项目投资、经贸合作、境外建设工程、跨境投融资等多领域纠纷，处理涉“一带一路”纠纷经验更加丰富。2024年，受理涉“一带一路”案件377件，争议金额398.24亿元，个案平均标的额1.06亿元，当事人来自56个国家和地区，为助力“一带一路”建设高质量发展提供了法律保障。
- 2018-2024年，受理双方均为境外当事人的国际案件449件，争议金额突破百亿元，其中2024年双方均为境外当事人的国际案件74件，同比增长19.35%。
- 2018-2024年，外籍仲裁员共673人次参与审理案件628宗，约定适用英文、中英文作为仲裁语言的案件共计710宗，其中2024年外籍仲裁员141人次参与审理126件案件，适用英文或中英双语作为仲裁语言的案件106件。
- 案件类型多领域分布，以2024年为例，案件争议类型主要包括建筑工程及房地产、买卖合同、金融、公司/企业治理、服务合同、租赁、委托合同、知识产权、文化/娱乐产业、环保低碳等11大类70余种细分类型。特别是，PPP、建设工程、国际贸易、机电设备、自然资源、债券发行/认购、私募基金、股权投资及回购、服务合同等领域案件占比高，金融、建设工程、服务合同等热点领域案件增幅明显。



公众号（服务号）



公众号（订阅号）

地址：北京市西城区桦皮厂胡同2号国际商会大厦6层

邮编：100035

电话：010-82217788 64646688

网址：<http://www.cietac.org>

公信北京 全球共享



北京仲裁委员会
Beijing Arbitration Commission

北京国际仲裁院
Beijing International Arbitration Court

地址：北京市朝阳区建国路118号
招商局大厦16层

邮编：100022

电话：(010) 6566 9856

传真：(010) 6566 8078

网站：www.bjac.org.cn



接待大厅

示范条款

因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均提请北京仲裁委员会/北京国际仲裁院按照其仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的，对双方均有约束力。



扫码了解更多仲裁信息

北仲简介

北京仲裁委员会（又名北京国际仲裁院，英文简称BAC/BIAC）于1995年9月28日设立，在1998年率先实现了自收自支，并在2018年成为首批纳入最高人民法院“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制的五家仲裁机构之一。经过近三十年的发展，北仲已逐渐成为国内领先并在国际上有一定影响力的多元争议解决中心。

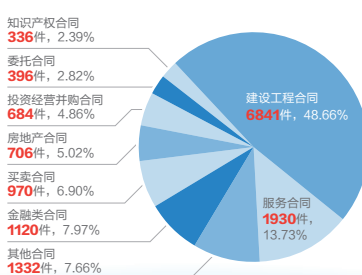
北仲不仅竭诚为当事人提供优质、专业的仲裁服务，还通过研究、宣传及国际交流向世界展示中国优秀的仲裁实践。其中，北仲积极组织中国商事争议解决年度高峰论坛、赞助ICCA大会、作为观察员参与联合国贸法会第二工作组讨论，积极响应中国“一带一路”倡议及北京国际交往中心、国际科技创新中心建设规划，推动中外重要国际组织及主要争议解决机构的合作，加速中国仲裁的国际化发展进程。除商事仲裁外，北仲还为当事人提供投资仲裁、商事调解、工程评审等多元争议解决服务，为中外当事人的商业交易保驾护航。

北仲的优势

- 截至2024年12月31日，北仲共受理仲裁案件93,239件，所涉争议金额共计9,481.13亿元人民币，拥有丰富的处理各类商事纠纷的经验。
- 仲裁案件的当事人来自72个国家或地区。
- 每年超过75%的仲裁案件一方以上为京外当事人，超过20%的案件双方均为京外当事人。
- 北仲案件的平均审理时长为101.22天，彰显了北仲的案件管理效率。
- 北仲率先于2019年9月1日在国内采用国际通行的仲裁收费模式，允许仲裁员按小时计费，节省当事人仲裁费用累计达5,355.08万元人民币，助力当事人更好地管控争议解决成本。
- 北仲于2022年修订仲裁规则，规定首席仲裁员可以由边裁共同选定，仲裁庭可以决定进行网上开庭。

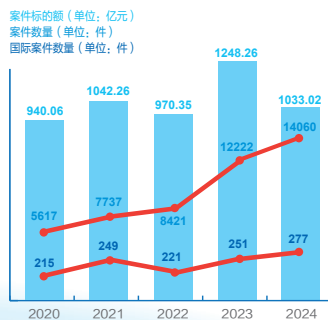
北仲处理仲裁案件情况

仲裁案件类型



2024年

案件数量/案件标的额





中国国际经济贸易仲裁委员会
湖北分会
CIETAC Hubei Sub-Commission

ABOUT

贸仲湖北分会系贸仲在中部地区设立的唯一分会，于2015年正式运营，落址于武汉市武昌区行政、商贸中心交汇处办公，并设有湖北分会宜昌庭审中心和鄂州联络处。在“互联网+”背景下，湖北分会还推出了“快速仲裁系统”，集线上立案、缴费、提交证据材料、在线书面审理、在线生成仲裁程序性文书和仲裁裁决书为一体，主要针对同质性、批量性小额金融类案件的快速仲裁。

自设立以来，湖北分会以其独立、专业、高效、公正的仲裁法律服务为中部地区商事纠纷的解决提供了便利，处理了大量建筑工程、国际货物买卖、股权投资、服务合同等纠纷，案件办理受到一致好评。此外，湖北分会多次举办大型品牌活动，将贸仲近70年积累的资源和经验引入华中地区，精心打造仲裁周湖北专场活动、贸仲华中讲坛、“分会与分所”及“仲裁走进校园”等湖北分会系列品牌活动，提供中部法律交流平台的同时助力企业解决争议，持续助力打造中国仲裁中部高地，护航湖北开放型经济发展。

贸仲湖北分会2024年案件数据

(1)新受理案件数量：108件

(2)审结案件数量：105件

(3)案件争议金额：3.00062亿元

(受理的案件涉及8个国家和地区)



贸仲湖北分会接受仲裁申请、管理仲裁程序的主要案件类型：



- 双方当事人约定将争议提交贸仲湖北分会仲裁的案件；
- 双方当事人约定开庭地、仲裁地在湖北省辖域内的案件；
- 其他贸仲仲裁院根据案件具体情形授权并指定由贸仲湖北分会管理的案件。



公众号二维码

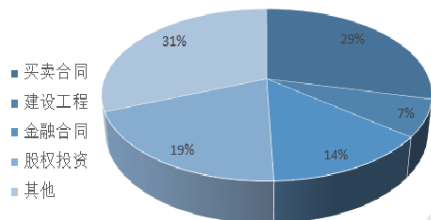
中国国际经济贸易仲裁委员会浙江分会

CIETAC Zhejiang Sub-Commission

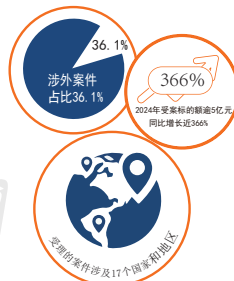
中国国际经济贸易仲裁委员会（简称“贸仲”，英文简称“CIETAC”）是新中国成立最早的仲裁机构，是世界上主要的常设商事仲裁机构之一。贸仲浙江分会是贸仲在浙江省设立的派出机构，依托贸仲总会的国际化平台与规则体系，为商事主体在浙江提供专业化便利化仲裁服务。



15-24年案件类型分布统计



自2015年设立至今，浙江分会与贸仲北京总会及其他分会共享仲裁规则与仲裁员名册，处理了大量国际/国内货物买卖、建设工程、股权投资、金融衍生品等纠纷。在已结案件中，涉外案件占比达36.1%，受理案件涉及17个国家和地区，案件国际化因素不断增强。



同时，多年来浙江分会积极与各地贸促会、法院沟通建立诉仲调对接机制，并在全省各地深入举办大型研讨活动，对本土企业出海常见的法律风险进行

提示并提供专业建议，致力于以高效、优质的法律服务，切实满足当事人实际需求，护航浙江企业全球化发展。

（一）

示范 仲裁 条款 >>>

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

（二）

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



贸仲浙江分会

中国国际经济贸易仲裁委员会浙江分会

地址：浙江省杭州市延安路二轻大厦A座10楼

邮编：310006

网址：<http://www.cietac-zj.org/>

电话：(86-571)28169009

传真：(86-571)28169010

电子信箱：zj@cietac.org



□ 理论研究

- 多层次争议解决条款效力认定的实践图景与应然路径……………王 聪 廖敏悦 7
- 人工智能赋能国际商事仲裁的风险应对
与新型人智混合决策体系构建……………李贤森 李妍妍 25

□ 实践研究

- 《仲裁法》修订背景下我国国际仲裁临时措施制度的完善 …………… 崔起凡 54
- 地方临时仲裁规则过度机构化误区的检视……………黄晨亮 袁发强 68

□ 热点追踪

- 英国 2025 年新《仲裁法》亮点和特色分析
——兼论对中国仲裁发展的启示……………王青松 张思涵 87

□ 青年学苑

- 隐瞒证据和伪造证据事由在仲裁司法审查中的适用…………… 陈玺岚 101
- 论国际仲裁中律师—客户特免权的准据法确定…………… 韩天恒 125

COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION

No. 3, 2025 (Serial No. 31)

May 10, 2025

The Practical Landscape and Ideal Path for Determining the Validity of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses	<i>WANG Cong</i> <i>LIAO Minyue</i> (7)
Artificial Intelligence Enabled Risk Response in International Commercial Arbitration and the Construction of a New Type of Human-Intelligence Hybrid Decision-Making System	<i>LI Xiansen</i> <i>LI Yanyan</i> (25)
Improvement of China's International Arbitration Interim Measures System in the Context of the Revision of the Arbitration Law: Orientation of Internationalization and Its Path	<i>CUI Qifan</i> (54)
Examining the Drawbacks of Over-Institutionalization in Chinese Local Ad Hoc Arbitration Rules ...	<i>HUANG Chenliang</i> <i>YUAN Faqiang</i> (68)
Analysis of the Highlights and Features of the United Kingdom's New Arbitration Act of 2025: Implications for the Development of Arbitration in China	<i>WANG Qingsong</i> <i>ZHANG Sihan</i> (87)
Applying Withholding Evidence and Forging Evidence Grounds in Judicial Review of Arbitral Awards	<i>CHEN Xilan</i> (101)
The Law Applicable to Attorney-client Privilege in International Arbitration	<i>HAN Tianheng</i> (125)

多层次争议解决条款效力认定的实践图景与应然路径

王 聪 廖敏悦*

内容提要 随着替代性纠纷解决理念兴起,多层次争议解决条款在商事合同中日益普遍,该条款通常约定争议各方必须首先进行协商、调解等前置程序,争议仍未解决才能提交仲裁或诉讼。然而,由于我国立法对此存在空白,仲裁庭或法院在何种程度上会执行这种前置程序约定、违反前置程序约定应承担何种法律后果均具有不确定性。而对前置程序约定的效力采取否定态度有悖于当事人意思自治原则,严重影响该条款效能。从国际商事仲裁最新实践动态来看,前置程序条款作为仲裁先决条件能否得到执行,取决于该条款约定的明确性。前置条款的履行不影响仲裁庭管辖权,但会影响仲裁请求的可受理性。我国仲裁庭和法院应当参考国际商事仲裁惯例并立足本国法律现状作出相应的制度安排,明确仲裁庭有权判断决定前置程序约定的可执行性。如果当事人违反具有约束力的强制性前置程序时,仲裁庭应当暂时搁置仲裁请求,引导当事人履行前置程序约定。

关键词 多层次争议解决条款;前置条款;仲裁管辖权;可受理性;可执行性

引 言

仲裁协议是仲裁庭管辖权的基础。随着替代性纠纷解决机制成为国际潮流,当事人在商事合同中往往不是单纯约定争议发生后径直诉诸仲裁的条款,而是约定结构更为复杂的“多层次争议解决条款”(multi-tier dispute resolution clause,以下简称“MDR 条款”)。所谓 MDR 条款是指当事人约定将协商、调解等替代性争议解决机制作为仲裁或者诉讼前置程序的条款。由于 MDR 条款为剑拔弩张的当事人提供了矛盾升级之前的缓冲机会,因此 MDR 条款又被称为“瀑布条款”(waterfall clause)或者“升级条款”(escalation clauses)。^①然而,MDR 条款在适用过程中也可能成为衍生争议的来源。当仲裁协议中存在 MDR 条款时,其中规定的前置程序是否构成启动仲裁程序的先决条

* 王聪,法学博士,湖南大学法学院副教授;廖敏悦,湖南大学法学院硕士研究生。本文系 2022 年湖南省社科基金年度项目“数字技术赋能诉源治理的法治机理研究”(22YBQ017)的阶段性研究成果。

① Klaus Peter Berger, *Law and Practice of Escalation Clauses*, Arbitration International, 2006, Vol.22:1, p.2.

件?当事人一方是否可以绕过前置程序而直接将纠纷提交仲裁?MDR条款具有何种约束力?这些争议是属于仲裁庭管辖权的问题,还是属于仲裁可受理性的问题?是属于仲裁庭自裁管辖权的范围,还是属于法院司法审查的范围?这些问题的不确定性直接影响了该条款的效力和适用。

2024年1月1日,中国国际经济贸易仲裁委员会新版《仲裁规则》正式施行。新版《仲裁规则》的最大亮点之一是新增了当事人约定MDR条款对仲裁程序影响的内容。《仲裁规则》第12条第(二)项规定:“仲裁协议约定仲裁前应进行协商、调解程序的,可协商、调解后提交仲裁申请,但未协商、未调解,不影响申请人提起仲裁申请及仲裁委员会仲裁院受理仲裁案件,除非所适用的法律或仲裁协议对此明确作出了相反规定”。这项新规则旨在解决当事人不遵守仲裁协议中协商、调解前置条件的争议问题。然而,由于《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)等相关法律对此未作出明确规定,司法实践对此问题也缺乏统一的处理标准,特别是何种情形构成“仲裁协议对此明确作出了相反规定”仍然悬而未决。虽然实务界对此问题高度关注,但学术界尚缺乏深入研究,既有研究主要是从比较法视角讨论条款的可执行性,或者主张前置程序约定不具有约束性效力。然而这种解释路径是否符合当下中国的纠纷解决实际,值得反思。有鉴于此,本文首先分析MDR条款的典型样态,继而基于对我国司法实践案例的实证分析,检视当前法院的裁判思路及其不足之处,并提出MDR条款在我国的应然适用路径。

一、多层次争议解决条款的典型样态

在商事交易中,尤其是在跨境投资、建设工程和合资企业等领域,当事人在合同中约定诉讼或仲裁之前进行友好协商或调解的条款较为普遍。这类条款是在ADR机制基础上发展起来的一种纠纷解决机制,旨在提供灵活且有效的争议解决路径。仲裁协议中的MDR条款是融合了多种争议解决机制的复合型条款,主要由前置程序条款(以下简称“前置条款”)和仲裁条款组成。

(一)前置程序条款设置的主要方式

MDR条款通常要求当事人在提起仲裁前,首先使用一些非强制性的替代性争议解决方式作为前置程序,以对抗性更小的方式,自治性地解决纠纷。其中,条款中的每个阶段都被视为启动下一个阶段的先决条件。一般而言,这些前置程序包含了协商(negotiation)、调解(mediation)、专家裁定(expert determination)等多种争议解决方案。^②例如,瑞士仲裁协会提供的多层次争议解决工具箱包括友好协商(Amicable Resolution/

^② 此类条款多适用于在专业技术性要求非常高的建设工程合同中,约定先由专家作出判断,以便提供有更明确的基础后才去提交仲裁。例如,著名的英吉利海峡隧道公司曾在合同中约定,争议最初将提交给一个由三人组成的专家小组决定;如果专家组未能在规定期限内做出决定,或者任何一方对专家组的决定不满意,则可以将争议提交比利时仲裁。Channel Tunnel Group Ltd. and Another v. Balfour Beatty Construction Ltd. and Others, House of Lords, Adjudication, 1993, para.26.

Negotiation)、管理升级(Management Escalation)、调解(Mediation/Conciliation)以及专家裁决(Expert Determination)等。我国深圳国际仲裁院示范条款中设置有“谈判促进+仲裁”条款,将“谈判促进”作为前置程序的一种。而北京仲裁委员会除单独仲裁条款外,还为当事人提供以下三种类型的前置条款:^③

【调解前置】双方就本协议所发生的或与本协议相关的争议,均提交北京仲裁委员会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规则进行仲裁。

【评审前置】双方均同意按照北京仲裁委员会争议评审规则设立评审组,对合同有关的纠纷进行评审。任何一方对于评审意见有异议,或者未能设立评审组,或者评审组未能出具评审意见的,相关纠纷均应提交北京仲裁委员会依照其现行仲裁规则进行仲裁。

【评审加调解前置】双方均同意按照北京仲裁委员会争议评审规则设立评审组,对合同有关的纠纷进行评审。任何一方对于评审意见有异议,或者未能设立评审组,或者评审组未能出具评审意见的,相关纠纷均提交北京仲裁委员会按照其调解规则进行调解。不愿调解或者调解不成时,应提交北京仲裁委员会依据其现行规则进行仲裁。

在MDR条款的前置程序中,存在双方当事人直接沟通协商以及第三方介入处理两种模式,二者在影响前置程序的可执行性上存在显著差异。一般而言,合同中约定第三方介入的前置程序,因其相对正式且具备明确的程序保障,更易被仲裁庭或法院认定为具有强制性和可执行性。例如,深圳国际仲裁院的“谈判促进+仲裁”条款中,将“谈判促进”作为前置程序,为当事人提供了明确的参照模板,并借助仲裁院的权威性强化了前置程序的可执行性。而当仅依赖双方沟通协商时,由于缺乏外部约束,当事人往往更容易跳过该程序直接进入后续环节。目前,仲裁机构多倡导以自身作为第三方辅助解决争议,这种模式在实践中可以有效提升前置程序的强制性和可执行性。

(二)多层次争议解决条款的具体分类

根据前置条款的强制性,可将MDR条款分为选择性条款与义务性条款。选择性条款通常以“可以”(may)协商、调解等措辞出现,当事人有权自主决定是否履行,且不履行通常不会产生违法性后果。相对地,义务性条款则多以“应当”(shall)协商、调解等措辞出现,这表明当事人在合同签订时已明确设定了前置程序的义务。

根据前置程序的可执行性,又可将MDR条款分为原则性条款和指向性条款。原则性条款约定内容较为宽泛,例如“凡因履行本协议所发生的争议,甲乙双方可以/应该友好协商解决,协商不成的,任何一方均有权将争议提请某某仲裁机构进行仲裁”。而指向性条款则对替代性争议解决程序的具体事项作出规定,如规定了时间和程序步骤等细节。例如:“凡因履行本协议所发生的争议,双方可以/应该在45日内提交某某机构调解,调解不成的,任何一方均有权将争议提请某某仲裁机构进行仲裁”。

^③ 北京仲裁委员会:《示范条款》,载北京仲裁委员会官网, <https://www.bjac.org.cn/page/zc/zctk.html>,最后访问时间:2025年2月24日。

在探讨 MDR 条款的效力认定及其对仲裁程序的影响时,可以发现条款的不同措辞会导致显著的差异。以国际商会 (ICC) 的仲裁示范模板为基础进行改编,根据前置程序的强制性和可执行性,MDR 条款通常可以被划分为四种形式 (见表 1)。^④

表 1 多层次争议解决条款的典型形态

MDR 类型	选择性条款	义务性条款
原则性条款	因本合同引起或与本合同有关的任何争议发生时,双方可 (may) 首先将争议提交国际商会调解规则下的程序。根据国际商会调解规则启动程序不可 (may not) 阻止任何一方根据下述条款启动仲裁。	因本合同引起或与本合同有关的任何争议发生时,双方应 (shall) 首先将争议提交国际商会调解规则下的程序。根据国际商会调解规则启动程序不应 (shall not) 阻止任何一方根据下述条款启动仲裁。
指向性条款	因本合同引起或与本合同有关的任何争议发生时,双方可 (may) 首先将争议提交国际商会调解规则下的程序。如果在提交调解申请后 [45] 天内 (或双方书面同意的其他期限) 未根据上述规则解决争议,则此后该争议应根据国际商会仲裁规则,由一名或多名按照上述仲裁规则任命的仲裁员作出最终裁决。	因本合同引起或与本合同有关的任何争议发生时,双方应 (shall) 首先将争议提交国际商会调解规则下的程序。如果在提交调解申请后 [45] 天内 (或双方书面同意的其他期限) 未根据上述规则解决争议,则此后该争议应根据国际商会仲裁规则,由一名或多名按照上述仲裁规则任命的仲裁员作出最终裁决。

根据现有的国际仲裁案例和实践经验,原则性条款无论与选择性条款还是义务性条款相结合,通常都不会对仲裁程序产生实质性影响。然而,当指向性条款与选择性条款结合时,会影响案件的可受理性;而指向性条款与义务性条款相结合时,则可能影响仲裁庭对案件的管辖权。^⑤ 因此,各国对 MDR 条款的研究多集中于探寻义务性条款与指向性条款的具体标准,进而探讨前置程序应如何规定才能对仲裁程序产生实质性影响。在我国商事合同中,MDR 条款的前置程序约定多为原则性或选择性,这直接影响仲裁庭或法院对前置条款是否具有强制性以及可执行性的判断。选择性条款允许当事人自行决定是否跳过前置程序,因此即使直接进入后续仲裁程序,也不会产生违法后果。而原则性条款由于缺乏具体可行的程序规则 (如明确的履行期限、启动方式、负责机构等),其履行要求往往难以被确认和强制执行,故难以获得法院或仲裁庭的认可其构成有效的先

^④ Aceris law llc, *The ICC Arbitration Clause—International Chamber of Commerce*, <https://www.acerislaw.com/icc-arbitration-clause-international-chamber-commerce/>, last visited Feb.24, 2025.

^⑤ Joshua Karton, *Multi-Tier Dispute Resolution Agreements in Canadian Law and Practice: Interpreting, Enforcing, Escaping*, *Canadian Journal of Commercial Arbitration (CJCA)*, 2022, Vol.3:1, pp.86-89.

决条件。相比之下,只有当指向性条款与义务性条款结合使用时,才能最充分地体现当事人运用前置程序的意图,并且更有可能实现其目的。当然,即便如此,选择性条款和原则性条款在长期性商事交往中仍然具有重要意义。新加坡高等法院 2012 年在一个裁判判词中肯定了其价值:“从传统的亚洲视角来看,‘诚信磋商’或‘友好协商’条款所代表的是一项具有执行力的合同承诺,其内容重要性毫不亚于价格、付款或交付条款。它体现并传达了亚洲传统的一种假设,即书面合同是试探性的而非最终确定的,是动态发展的而非一成不变的,是一种指导性的依据而非具有决定性的,并且从属维护合作关系、避免争议以及相互通融等其他价值观,而这些价值观的影响力在商业关系如何适应未来的意外情况方面,可能远比书面合同本身大得多。”^⑥

二、多层次争议解决条款适用争议的司法实践逻辑

MDR 条款作为一种复合性条款,虽然为解决争议提供了灵活而高效的途径,但也伴随着诸多争议点。在仲裁实务中,当事人出于维护良好的商业关系或恶意拖延仲裁进程等不同动机,常主张对方在申请仲裁前应先履行 MDR 条款中的前置程序。当前置程序未被履行时,一方当事人通常会在仲裁程序中提出异议,或是在仲裁裁决作出后向法院申请撤销仲裁裁决或申请确认仲裁协议无效。理由主要集中在以下三个方面:一是仲裁协议无效;二是仲裁机构无权仲裁;三是仲裁庭的组成或仲裁程序违反了法定程序。这三个方面分别涉及 MDR 条款的效力、仲裁管辖权、案件可受理性以及仲裁程序的违法性问题。由于我国现行法并未对包含仲裁前置程序的仲裁协议效力问题作出明确规定,故只能从我国法院对仲裁裁决司法审查的案件中,探寻法院对这些分歧问题的裁判思路。

鉴于北京市第四中级人民法院在 MDR 条款司法审查领域具有显著的裁判样本优势,本文以该法院 2016—2024 年间相关裁判文书为实证分析对象,系统分析我国司法机关对此类条款的审查逻辑与适用规则。通过在中国裁判文书网设定“仲裁”“前置程序”为关键词进行全文检索,共采集北京市第四中级人民法院作出的 116 份裁判文书。经类型化分析,筛选出如下几类典型案例(见表 2)。

^⑥ 新加坡高等法院 Chan Seng Onn J 法官在强调多层次争议解决条款约束力时,引用了新加坡上诉法院在 HSBC Institutional Trust Services (Singapore) Ltd v. Toshin Development Singapore Pte Ltd [2012] SGCA 48 中的裁决理由。在该案中,法官援引了学者 Philip J Mc Connaughay 的论文论证“友好协商”条款在亚洲交易习惯中的重要价值。See International Research Corp PLC v. Lufthansa Systems Asia Pacific Pte Ltd and another, SGHC 226, Singapore High Court, Judgement, 2012, para.83.

表 2 北京市第四中级人民法院典型裁判思路

典型案件	当事人主张	仲裁条款及法院裁判观点
(2024)京 04 民特 795 号申请确认仲裁协议效力民事裁定书	前置程序未履行完毕,仲裁协议无效	仲裁条款: 凡因履行本合同所发生的或与本合同有关的一切争议、纠纷,双方可协商解决。协商不能解决时,任何一方均可向中国国际经济贸易仲裁委员会提起仲裁……仲裁地点为北京。 法院裁判: 某公司主张上述仲裁条款生效的前提是各方先行协商不成,实质是认为“协商不成”为提起仲裁的前置程序。但合同中关于“先行协商”的约定,并非仲裁条款无效的法定事由;案涉《保证合同》第二十九条约定为“双方可协商解决”,而非“应协商解决”,且未明确约定协商的期限,表明协商并非强制性要求,而某银行提交仲裁的行为本身已经表明协商不能,故对某公司的该项意见本院不予支持。
(2016)京 04 民特 57 号申请确认仲裁协议效力民事裁定书	争议解决条款为附条件条款,前置程序未履行完毕,条款未生效	仲裁条款: 任何纠纷均应在产生之后经过 90 日的协商期,协商不成方能提交仲裁。 法院裁判: 鉴于双方均认可《钻井总包合同》,包括第 21.2 条的约定系双方真实意思表示,对其中关于仲裁机构的确定亦无争议,故本院认定双方之间的仲裁协议合法有效;其次,合同条款效力与合同条款是否生效为不同法律概念,根据《仲裁法》第二十条之规定,当事人只有对仲裁协议的效力有异议,才可申请法院进行裁决,合同条款是否生效则不属于《仲裁法》第二十条所规定的审查范围。
(2024)京 04 民特 235 号申请确认仲裁协议效力民事裁定书	前置程序未履行或未履行完毕,仲裁机构没有管辖权	仲裁条款: 如因本协议发生任何争议,双方应首先尝试通过友好协商解决争议。如不能通过友好协商解决争议,则任何一方均可将该争议提交中国国际经济贸易仲裁委员会,依据申请仲裁时该会有效仲裁规则在北京进行仲裁。 法院裁判: 当事人可以基于意思自治选择争议解决方式,有效的仲裁协议是仲裁具有争议管辖权的基础。结合本案实际情况,合作经营协议中的仲裁条款约定有明确的仲裁意思表示、仲裁事项和仲裁委员会,符合仲裁法第十六条规定的仲裁协议合法有效的形式要件和实质要件。……当事人在向约定的仲裁机构提起仲裁申请之前是否经过协商并非仲裁法第十六条和第十七条规定的人民法院审查仲裁协议效力的事项。

典型案件	当事人主张	仲裁条款及法院裁判观点
(2021)京04民特936号申请撤销仲裁裁决民事裁定书	没有履行前置程序违反了法定程序	仲裁条款：因本协议产生的任何争议应首先由各方通过友好协商解决。提出请求的一方应通过载有日期的通知,及时告知其他方发生了争议并说明争议的性质。如果在争议通知日期后的三十日内无法通过协商解决,则任何争议一方可以将该争议提交至贸仲仲裁…… 法院裁判：《仲裁法》第五十八条规定的“违反法定程序”是指违反仲裁法规定的仲裁程序和当事人选择的仲裁规则可能影响案件正确裁决的情形,应当以违反法定程序达到严重影响当事人程序权利且实质性影响案件正确裁决为标准。《增资认购协议》中约定仲裁前置条件并不影响贸仲管辖,亦不影响仲裁程序的开展,仲裁庭的审理符合《仲裁法》和《仲裁规则》。

通过对北京市第四中级人民法院相关裁判文书的系统梳理,可以归纳出我国法院对MDR条款的审查逻辑与裁判思路。从上述案例来看,我国司法机关对未履行前置程序问题的基本态度可总结如下:

第一,前置程序的履行与否不影响仲裁条款的效力及仲裁机构的管辖权。在检索的案例中,多数当事人以前置程序未履行完毕为由主张条款无效,但法院均以不违反《仲裁法》规定为由驳回其主张。法院的主要依据为,仲裁协议效力应当根据《仲裁法》第16条和第17条判断,只要MDR条款中包含明确的仲裁意愿、仲裁事项及选定的仲裁机构,且不存在效力瑕疵,即可认定条款有效。值得注意的是,法院对于主张仲裁协议效力与主张仲裁协议未生效之间的关系并不明确,有时将两者看作是两个问题。如在“超准能源服务国际有限公司与中海油田服务股份有限公司申请确认仲裁协议效力案”中,法院通过区分合同条款的效力与生效问题,认为只有仲裁协议的效力异议才属于《仲裁法》第20条的审查范围,而合同条款是否生效则不属于该范围。^⑦有时又直接将未生效问题认定为效力问题。如在“华夏基金管理有限公司与深圳市洪涛装饰股份有限公司申请确认仲裁协议效力案”中,法院未对前置程序是否影响仲裁协议生效的问题进行明确回应,而是径直确认仲裁协议的效力。^⑧无论当事人对于仲裁协议效力上的主张为何,法院最终都会认定其为有效。实践中,当事人较少直接主张仲裁机构无管辖权,而多在质疑仲裁协议效力时一并提及管辖权问题,由于仲裁管辖权的认定通常与仲裁协议的效力密切相关,在仲裁协议被认定有效的情况下,仲裁机构便可获得管辖权。

第二,未履行前置程序不属于程序违法。在多数案件中,法院认为“违反法定程序”是指违反《仲裁法》规定的仲裁程序或当事人选择的仲裁规则,并可能影响案件正确裁

^⑦ 北京市第四中级人民法院(2016)京04民特57号民事裁定书。

^⑧ 北京市第四中级人民法院(2018)京04民特225号民事裁定书。

决的情形。当事人在协议中约定的前置程序,并不属于《仲裁法》规定的仲裁程序或仲裁规则的调整对象。^⑨此外,法院在判断是否影响案件正确裁决时,通常以是否严重影响当事人程序权利且实质性影响案件正确裁决为标准。若当事人在仲裁协议中约定的程序未达到上述标准,则不属于程序违法。^⑩

第三,未履行前置程序是否影响案件的可受理性尚未明确。在司法实践中,当事人多从MDR条款的效力角度提出主张,而较少直接针对案件的可受理性问题。在检索案例中,仅有少数案例涉及受理性问题。例如,在“宋文昌与广东宜利复医道合医疗投资基金企业(有限合伙)申请撤销仲裁裁决案”中,当事人主张前置程序未履行将影响案件的可受理性,但法院在说理中将其识别为管辖权问题,导致有关案件可受理性的讨论终止。^⑪此外,在“某生物科技有限公司与某药业股份有限公司申请撤销仲裁裁决案”中,当事人在仲裁阶段主张案件的可受理性问题,但该判决未列出具体的理由,难以据此明确法院和仲裁机构对MDR条款可受理性问题的态度。^⑫

第四,前置程序约定必须措辞明确且具有可执行性。首先,前置程序的明确性体现在措辞上,即必须使用“未经……不得……”“必须”等强制性措辞,而不能仅以“可以”^⑬“本着最大诚意”^⑭“努力达成”^⑮等选择性措辞来表达,否则难以认定其具有强制性。其次,前置程序的明确性还要求规定具体可执行的程序和期限。在我国涉及MDR条款的多数案件中,当事人仅在争议解决条款中约定“应当协商解决”或“先行协商”等原则性内容,缺乏具体执行细节,这不仅削弱了条款的可操作性,也给法院的判断带来了挑战。如上所述,由于法院在审查MDR条款时往往仅关注仲裁条款的效力,这使得大多数法院弱化前置程序履行与否对仲裁程序的影响。若前置程序在措辞和具体操作上缺乏明确规定,也即当事人制定的是原则性MDR条款时,法院往往会忽视前置程序对仲裁程序的影响,这在司法实践中亦有相应的案例支持。2008年,最高人民法院《关于润和发展有限公司申请不予执行仲裁裁决一案的审查报告的复函》成为法院处理原则性MDR条款所经常援引的依据。该复函认为:“友好协商”属于程序性要求,而“协商不成”则需有明确结果。在协商形式难以界定履行标准的情况下,当事人申请仲裁的行为可视为协商不成的结果,仲裁庭有权依据仲裁协议受理案件。只有当事人规定的是指向性MDR条款时,法院才有可能对前置程序的履行情况实施形式上的审查。并在当事人发出协商通知至提起仲裁的时间间隔满足约定的期限时,认定当事人已履行完毕前置程序。^⑯

⑨ 北京市第四中级人民法院(2021)京04民特567号民事裁定书。

⑩ 北京市第四中级人民法院(2021)京04民特936号民事裁定书。

⑪ 北京市第四中级人民法院(2022)京04民特234号民事裁定书。

⑫ 北京市第四中级人民法院(2023)京04民特1356号民事裁定书。

⑬ 北京市第四中级人民法院(2024)京04民特711号民事裁定书。

⑭ 北京市第四中级人民法院(2024)京04民特794号民事裁定书。

⑮ 北京市第四中级人民法院(2024)京04民特773号民事裁定书。

⑯ 北京市第四中级人民法院(2018)京04民特439号民事裁定书。

通过对北京市第四中级人民法院相关裁判文书的梳理可知,我国司法实践的主导性观点认为,无论关于前置程序的约定是模糊还是明确,前置程序是否满足均不影响仲裁条款的效力和仲裁机构的管辖权,不违反法定程序,不构成撤销仲裁裁决或确认仲裁协议无效的法定事由。^{①⑦} 仲裁前置条款的约定仅表明缔约时各方同意通过协商、调解等方式解决纠纷,但并不产生“必须协商”的合同义务,即使未经协商也可直接提请仲裁。^{①⑧} 然而,这种裁判思路值得商榷。根据私法自治原则,MDR 条款是基于当事人意思自治而形成的民事法律行为。由于当事人对纠纷解决方式的约定具有独立性,因此该约定应当具有合同约束力。如果当事人在合同中就仲裁前置程序进行了明确而具体的约定,但最终法律效果却与没有约定协商前置程序的仲裁条款并无二致,该约定就只是一种毫无意义的倡导性条款,这显然有悖于当事人所欲追求的合同目的,无异于鼓励当事人任意违背约定,而使仲裁前置条款流于形式。

回顾 2005 年的“四川百事可乐饮料有限公司申请承认及执行外国仲裁裁决案”,该案是我国法院最早且迄今为止唯一认可协商前置条款约束力的案件。该案中,当事人在仲裁条款中分别约定了争议发生后有 90 日和 45 日的协商期,协商不成的可提交仲裁解决。然而,申请人在争议发生后未经任何协商程序便直接提起了仲裁,后瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院开启了仲裁程序,并作出仲裁裁决。我国法院认为,当事人在仲裁条款中约定的前置协商程序合法有效,对当事人具有拘束力。由此,该案出现仲裁程序与仲裁协议的约定不符的情形,最终经最高人民法院复函,不予执行该案仲裁裁决。^{①⑨} 学界有观点认为,“百事可乐案”的涉外因素使得其可能具有保护当地企业的特殊利益考量,且该条款效力争议只是附带性的,故不能作为普遍适用的裁判规范。^{②⑩} 这种推测性分析缺乏充分的说服力,该案作为“中国加入 WTO 第一仲裁案”体现了中国法院的审慎态度。时任最高人民法院副院长万鄂湘指出,“当事人对于前置协商程序的约定明确具体且可执行,因而该约定对双方具有拘束力”。假如仲裁协议中仅约定“争议发生后应协商解决,协商不成的可提交仲裁”,则不能以未经过协商为由拒绝承认和执行所涉仲裁裁决。^{②⑪} 此外,2021 年《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》第 107 条规定,也被部分学者认为是对“百事可乐案”相关争议的否定性回应。^{②⑫} 但该纪要并未推翻 2005

①⑦ 朱青沙:《多层次争议解决条款在我国商事仲裁中的理解与适用》,载《上海法学研究》2022 年第 2 卷,第 202 页。

①⑧ 李娜:《仲裁协议“前置程序”之司法审查路径研究》,载《法律适用》2022 年第 11 期,第 81-90 页。

①⑨ 参见最高人民法院 [2007] 民四他字第 41 号复函和第 42 号复函。

②⑩ 宋春龙:《仲裁协议中“程序前置”条款效力研究——以我国司法实践为切入点》,载《北京仲裁》2018 年第 3 期,第 157-159 页。

②⑪ 万鄂湘、夏晓红:《中国法院不予承认及执行某些外国仲裁裁决的原因——〈纽约公约〉相关案例分析》,载《武大国际法评论》2010 年第 2 期,第 21 页。

②⑫ 《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》第 107 条规定:“人民法院适用《纽约公约》审理申请承认和执行外国仲裁裁决案件时,当事人在仲裁协议中约定‘先协商解决,协商不成再提请仲裁’的,一方当事人未经协商即申请仲裁,另一方当事人以对方违反协商前置程序的行为构成《纽约公约》第五条第一款丁项规定的仲裁程序与各方之间的协议不符为由主张不予承认和执行仲裁裁决的,人民法院不予支持。”

年的“百事可乐案”,因为该纪要仅对原则性条款中前置程序的效力进行了明确,而对于“百事可乐案”中具有指向性的前置程序规定,法院仍持保留态度。^{②③}

三、多层次争议解决条款效力认定的理论解释路径

(一) 前置条款与仲裁条款的关系

MDR 条款由前置条款与仲裁条款组成,学界对二者关系的探讨主要形成三种观点:实体说、程序说和独立说。^{②④} 实体说认为尽管 MDR 条款包含前置程序,但其本质仍为仲裁协议。就合同义务的可执行性而言,协商、调解等替代性争议解决条款仅体现当事人意思自治,合同中的协商或调解义务具有不确定性,缺乏强制执行力,违反协商或调解义务不构成对仲裁救济的障碍。因此,未履行前置条款仅在实体法上产生违约责任,而不影响仲裁条款的有效性。程序说和独立说实际上都是将两者关系认定为程序性问题。不同的是,程序说认为 MDR 条款是由多个程序构成的整体,其中协商、和解、调解等条款作为仲裁的前置程序,与仲裁条款共同构成一个不可分割的整体。若前置程序未得到履行,仲裁条款将无效,仲裁机构不具有管辖权,纠纷需由法院解决。独立说则主张 MDR 条款是由多个独立条款相互衔接而成,协商、调解等条款与仲裁条款应被视为相互独立的条款,彼此之间仅是衔接关系,而不相互影响其法律效力。^{②⑤}

针对程序说和独立说的批判主要集中在其对诉权的限制以及程序正当性的挑战。在欧陆法语境中,《欧洲人权公约》第6条有关“接受公平审判权”的理念使得法院对前置条款的强制性效力保持警惕。例如,在荷兰最高法院2024年的一起案件中,荷兰总检察长认为,具有约束力的调解条款作为多层次仲裁条款的一部分,构成仲裁协议有效性的先决条件,不遵守调解条款将影响仲裁协议的有效性。荷兰最高法院则认为,虽然约定调解前置条款,但调解通常被视为一种自愿过程,如果一方当事人反对,则无法强制执行。如果具有约束力的仲裁前调解条款会不可接受地损害一方当事人接受独立和公正的仲裁的权利,则可能无法执行。^{②⑥} 而对实体说的批判则主要集中在违反前置程序时无法获得有效救济上。由于实体说对于违反前置程序的救济是损害赔偿,而这种损害赔偿往往无法通过数额予以明确,进而导致当事人无法获得有效的赔偿。实际上,当事人设置前置条款的初衷是为仲裁程序打造一个“缓冲带”,而非构建一个“屏蔽门”,该条款旨在以更灵活、更友好的方式解决纠纷。综合来看,尽管程序说在一定程度上会对当事人的诉权造成限制,但这种限制是当事人在合同订立之初能够合理预见的。^{②⑦} 故程序说更受各国法院和仲裁庭的青睐。在我国司法实践中,对于MDR条款的考量更多侧重

^{②③} 姜怡欣:《多层次争议解决条款可执行性问题研究》,华东政法大学硕士学位论文,2023年。

^{②④} 同前注^{②③},第147-149页。

^{②⑤} 钱瑾:《多层次争议解决条款可执行性研究》,载《北京仲裁》2016年第4期,第5页。

^{②⑥} Project Partner Search Beheer v. Capabel Solutions Works, Supreme Court of the Netherlands, Judgment, 2024, para.3.

^{②⑦} 范铭超:《比较法视野下多层次争议解决条款的强制性》,载《学术探索》2013年第12期,第64页。

于程序性意义,而非实体性效力因素,前置程序与仲裁程序之间的关系一般被定性为程序性问题。

(二) 仲裁管辖权与仲裁请求可受理性的区分

过去的主流观点普遍认为,前置条款的程序性效力主要影响仲裁机构的管辖权。具体而言,若前置程序未履行完毕,则该程序性条件未得到满足,后续仲裁条款未生效,仲裁机构无法获得管辖权。无论是程序说还是独立说,均将前置程序未履行完毕视为管辖权问题,只不过独立说认为,若当事人未及时提出管辖权异议,或者存在前置程序无法实现的情形,则可通过默认或推定的方式使仲裁机构获得管辖权。然而,近年来,域外法院在审查 MDR 条款效力时的路径发生了变化:从判断前置调解程序是否完成,转变为区分仲裁的管辖权与可受理性,并将前置调解程序的完成仅视为仲裁的受理条件。^{②⑧}

仲裁管辖权是指仲裁庭享有对当事人依据仲裁协议提交的争议事项予以审理并作出决定的权力。仲裁请求可受理性是指仲裁庭是否适合审理向其提交的争议事项,或争议事项是否适合根据案情作出决定。二者对仲裁程序的影响以及处理程序存在差异。仲裁庭缺乏管辖权将导致仲裁庭无权仲裁,这是无法弥补的根本缺陷;而仲裁请求缺乏可受理性的情况下,仲裁庭则有较大的程序灵活性,可以“不具有可受理性”为由中止程序,以便弥补可受理性的缺陷。在仲裁裁决的司法审查中,大多数国家的法院都会对仲裁庭的管辖权决定进行审查,但鲜有法院对可受理性决定进行审查,而是将此类决定视为案情实体问题,充分尊重仲裁庭在可受理性问题上的处理结果。^{②⑨}

围绕 MDR 条款的理解与适用问题,英国^{③⑩}、新加坡^{③⑪}、我国香港特区法院等都曾利用“管辖权”和“可受理性”的区分作为分析工具。这些司法实践的共通性观点是:判断涉案双方是否履行 MDR 条款中设定的前置条款是有关仲裁诉求是否应被受理(admissibility)的问题,而并非仲裁庭对案件是否拥有案件管辖权(jurisdiction)的问题,法院可以审查仲裁庭对后者的裁决,但不能审查对前者的裁决。此处以香港终审法院 C v. D, [2023] HKCFA 16^{③②} 为例进行分析:

香港公司 C 和泰国公司 D 之间因合作开发和建造卫星而签订的协议发生纠纷。协议的争议解决条款 14.2 约定,双方同意,如果双方之间因本协议,或是因其违约、解释或是有效性问题,而产生或是出现与之相关的任何争议、争端或是索赔,双方应真诚地尝试迅速通过谈判去解决此类争议。任何一方均可通过书面通知另一方,将此类争议提交双方的首席执行官进行解决。首席执行官(或其授权代表)应在有关书面请求提出之日起 10 个工作日内,在双方可接受的时间和地点进行会面,并在其合理地认为有需要的情

^{②⑧} 成阳:《管辖与执行:多元解纷体系中商事调解制度疑难问题研究》,载《上海法学研究》2022 年第 17 卷,第 72 页。

^{②⑨} 池漫郊、郑军:《论我国仲裁庭自裁管辖权的完善——以区分“管辖权问题”和“可受理性问题”为视角》,载《经贸法律评论》2024 年第 5 期,第 97-100 页。

^{③⑩} Republic of Sierra Leone v. SL Mining Ltd, Judgement, [2021] EWHC 286, para.8-21.

^{③⑪} BBA and others v. BAZ and another appeal, Judgement, [2020] SGCA 53, para.73-79.

^{③②} C v. D, [2023] HKCFA 16, The Court of Final Appeal in HK, 2023.

况下,尝试通过谈判解决有关争议。如果任何争议无法在一方提出书面请求协商之日起60个工作日内,或在双方可能商定的其他时间期限内友好地解决,则该争议应由任何一方根据仲裁开始时适用有效的联合国国际贸易法委员会仲裁规则,在香港国际仲裁中心,通过具有排他性和终局性的仲裁进行处理……。

双方在发生争议后,D公司的首席执行官向C公司的董事会主席发送了通知函,并抄送给了C公司的其他董事会成员。C公司认为D公司未按仲裁条款约定发函,就合同相关问题应当致函C公司首席执行官。后双方未再互致函件,D公司遂申请仲裁。仲裁过程中,C公司对仲裁庭管辖权提出异议,认为由于D公司未履行前置协商程序,仲裁庭没有本案的管辖权。

仲裁庭认为仲裁协议对于双方应当在仲裁前真诚地尝试以协商的方式去解决争议的约定是强制性的(mandatory),但将争议交由双方的首席执行官去解决只是选择性的(optional)。因此,通知函本身已经满足了有关的前置协商要求。仲裁庭驳回了C公司的管辖权异议,最终作出了有利于D公司的裁决。裁决作出后,C向法院申请撤销该仲裁裁决,理由是仲裁员错误判定仲裁先决条件已得到遵守。该案先后经过香港高等法院和香港终审法院审理最终驳回C公司上诉。

终审法院在判决中指出,区分仲裁庭的管辖权与仲裁请求的可受理性旨在明确一项原则,即需区分当事人对仲裁庭管辖权的质疑与对某一特定仲裁请求“可受理性”的质疑。本案中,双方约定的仲裁协议先决条件未明确表明这些条件应由法院审查,若协议中有此类规定,则司法审查的问题将迎刃而解。然而,在缺乏与仲裁管辖相悖的明确协议语境下,当事人对仲裁庭如何解决仲裁先决条件问题的异议,并不能挑战仲裁庭经双方同意而获得的仲裁职权。此职权源于仲裁的本质,即基于双方的同意。因此,对某仲裁请求可行性的质疑仅关乎该请求的可受理性(admissibility),而非管辖权(jurisdiction)问题,不应由法院审查。

香港终审法院本案判决的重要价值在于,通过对管辖权和可受理性问题的区分有效限制了法院司法权对仲裁程序的过度干预。具体而言,除非仲裁条款另有约定,否则法院不能基于仲裁庭对前置程序履行情况的判断而撤销仲裁裁决。终审法院在本案中提到,联合国国际贸易法委员会《国际商事调解示范法》第34条关于撤销仲裁裁决的司法审查事由中,与本案相关的是争议是否在提交仲裁的范围之内,而非有关争议的是非曲直。仲裁庭错误地行使赋予它的现有权利与仲裁庭行使它并不拥有的权利之间存在着至关重要的区别,只有在后一种情况下,裁决才能因仲裁庭越权而被撤销。本案中仲裁庭对仲裁协议前置条件的适当解释不应被视为超越仲裁协议范围的决定。由此,通过对管辖权问题和可受理性问题的区分界定了该案的审查边界。值得注意的是,该案中的Gummow NPJ法官虽然同意判决结果,但认为没有必要在本案中区分仲裁庭管辖权与仲裁请求可受理性。他认为本案只需考虑C的异议是否属于《国际商事仲裁示范法》第

34 (2) (a) (iii) 条所规定的范围,而非纠结于管辖权与可受理性之间的区分。^③

对此,有观点认为,相较于区分“管辖权问题”与“可受理性问题”更好的方法,是对合同约定内容进行特征化识别。对特定程序要求的特征化最终依赖于对当事人合同语言和意图的解释。^④一般而言主要取决于该争议解决条款中对于前置程序的措辞是否具有强制性。有些合同中的前置程序要求可能被特征化为“管辖性”,因为当事人不希望在满足前置程序之前产生任何仲裁权利或义务,在这些情况下,合同程序要求具有“管辖性”的特征。而另外一些合同中的前置程序要求可能是对仲裁过程本身的程序性规范或对当事人在仲裁中主张索赔的实质性限制,故符合“可受理性”特征,而由仲裁庭裁决。

尽管从措辞角度对管辖权问题和可受理性问题进行区分具有一定合理性,但措辞本身存在较大的随意性,往往难以明确当事人的真实意图,从而导致法院在合同条款解释上存在较大的自由裁量空间。事实上,仅依据合同文本有时候难以判断前置程序的履行是属于管辖权问题还是可受理性问题,还需要结合其他证据来探寻当事人的真实意图。从各国司法实践来看,很难提炼出哪些合同措辞具有强制性继而影响管辖权。此外,在我国语境下,外国法律文本中常用的措辞在翻译过程中存在较大差异。例如,“shall”被翻译为“应该”时,有时被认定为管辖权问题,有时又被视为可受理性问题,这进一步说明单纯凭借措辞进行区分的难度。

四、我国多层次争议解决条款效力认定的路径优化

尽管我国法院大多数司法案例都认为不能基于前置条款的履行情况而否定仲裁条款的效力或者仲裁裁决的合法性,但其并未明确前置条款的履行是属于仲裁庭管辖权问题还是仲裁请求的可受理性问题。如果认为是属于仲裁请求的可受理性问题,仲裁庭是否应当强制执行该前置程序约定?法院是否应当干预?由于在《纽约公约》体系下,仲裁是高度国际化的纠纷解决方式,我国仲裁机构或法院对这一问题的处理应当在参考国际主流仲裁法律惯例的同时,立足本国法律现状作出相应的制度安排,尤其应该改变轻视前置程序法律约束力的实践逻辑,从以下四个方面调整对MDR条款的效力认定和执行适用。

(一) 坚持尊重当事人意思自治的原则

在MDR条款中,前置程序和仲裁程序均是当事人意思自治的体现,应当被视为合同的一部分,充分尊重当事人在多层级争议解决条款中对前置程序的安排。当事人约定

^③ Leanne Fok, Kevin Warburton, *Highest Court in Hong Kong Clarifies the Limits of Judicial Intervention in the Arbitral Process*, <https://www.hfw.com/app/uploads/2024/04/005383-HFW-Highest-Court-In-Hong-Kong-Clarifies-The-Limits-Of-Judicial-Intervention-In-The-Arbitral-Process.pdf>, last visited Feb.25, 2025.

^④ Gary Born, Marija Šćekić, *Pre-Arbitration Procedural Requirements: 'A Dismal Swamp'*, in *Practising Virtue: Inside International Arbitration*, David D. Caron et al. (eds.), Oxford University Press, 2015, pp.227-263.

的前置程序不仅发挥了多元解纷机制的程序协同优势,也与我国“坚持把非诉讼纠纷解决机制挺在前面”的政策理念高度契合。如果法院或仲裁机构最终认定这些前置程序约定不具有约束力,当事人将失去进行协商或调解的动力。鉴于目前我国司法实践普遍认定此类条款为有效条款,就应当承认其约束力,积极促进当事人对前置程序的遵守和履行。

至于上述所提到未履行前置程序是属于管辖权问题还是案件可受理性问题,更应尊重当事人的意思自治,从合同约定出发,分析当事人的真实意图。《国际商事调解示范法》第13条对诉诸仲裁或提起诉讼的自由进行了限制,该条规定:“当事人同意调解并明确承诺在一段特定时期内或在某一特定事件发生以前,不就现有或未来的纠纷提起仲裁程序或司法程序的,仲裁庭或法院应当承认这种承诺的效力,直至所承诺的条件实现为止,但一方当事人认为是维护其权利而需要提起的除外。提起这种程序本身并不被视为对调解协议的放弃或调解程序的终止。”这表明,基于意思自治原则,如果当事人明确约定“提交仲裁前必须履行协商或调解程序”,即该前置程序构成仲裁条款生效的条件,未履行前置程序将影响仲裁庭的管辖权,仲裁庭需依据自裁管辖权原则判断其有无管辖权。反之,如果当事人未明确约定前置程序是仲裁的先决条件,则不履行前置程序本身并不影响仲裁管辖权,而仅有可能产生案件可受理性的问题。

就此而言,前述中国国际经济贸易仲裁委员会新版《仲裁规则》第12条第2款的规定值得推广。该条款明确指出,合同中对前置程序的规定并不影响仲裁庭的管辖权,这表明当事人约定的前置程序不会成为阻碍仲裁程序启动的实质性障碍。基于此,我国法院在多数裁判中认为,未履行前置程序并不构成撤销仲裁裁决的事由,这一立场是值得肯定的。然而,这并不意味着前置条款形同虚设。从该条款的“除外规定”来看,如果当事人在合同中对MDR条款作出了明确且具体的规定,例如约定未履行前置程序前“不得”启动仲裁程序,或启动仲裁程序前“必须”履行前置程序等,则应尊重当事人的自主选择。仲裁庭仍应对前置程序的履行情况进行审查。如果当事人未履行协商等前置条件而直接提起仲裁,仲裁庭应不予受理,或在受理后中止仲裁程序,要求当事人履行必要的前置程序。尽管这给一方当事人及时寻求仲裁救济带来临时障碍,但这是当事人在订立MDR条款时可以预见的,也在最大限度上平衡保障了双方当事人的程序性权利。^{③⑤}

(二) 前置程序应坚持强制性和可执行性的原则

MDR条款所引发的的问题大多源于前置程序约定的不明确性。大多数司法裁判都强调了前置条款应该具备可执行性的价值导向。当事人在合同中订立MDR条款的初衷是通过谈判或调解促进争议的友好解决,以避免仲裁或诉讼程序带来的费用、延误和对抗。然而,由于约定模糊,大多数前置程序(如先行协商或调解)常因缺乏可执行性,反而沦为拖延履行义务的工具,而非高效解决争议的手段。因此,在英美法系和大陆法系的司

^{③⑤} 同前注^{②⑦}。

法实践中,仲裁庭或法院通常仅在约定了适用具体明确的指向性条款时,才会支持当事人的抗辩主张,而排除原则性条款的适用。

如何判断前置程序约定是否符合具体、明确、可执行的要求是实践中的关键问题。有学者认为,只要当事人实际上约定了前置程序的目标(和解或调解是仲裁的必经程序)、时间节点(约定了具体合理期限)和方法措施(具体操作步骤),就可以认为前置程序有可执行性。^{③⑥}然而,这一判断标准在具体实践运用中仍然充满了不确定性,不同国家或地区的仲裁或司法实践认定并不统一。例如,英国高等法院在 *Wah v. Grant Thornton International Ltd* 一案中认为,判断前置程序具有可执行性的检验标准在于,该条款是否在无需补充协议的情况下具备下列要素:(a)充分确定和明确的承诺启动程序;(b)从中可以辨别出各方需要采取哪些步骤来启动程序;(c)定义充分明确,使法院能够客观地确定:(i)在该程序下,争端各方在参与方面需要达到的最低要求是什么;(ii)何时或如何在不违反的情况下用尽或适当地终止程序。^{③⑦}

综合实践通行做法,评估前置程序(以调解为例)的明确性和可执行性,通常应从以下几个方面进行考量。第一,是否明确约定了调解的期限和方式;第二,是否明确约定了前置程序的具体内容,如调解机构的选择、调解方式等;第三,是否将前置程序设定为启动终局争议解决程序(如仲裁或诉讼)的必经前置程序。如果当事人的约定符合上述条件,则可认为MDR条款具有确定性。^{③⑧}值得注意的是,第三个点在各国的司法实践中常被简化为对措辞强制性的判断。即若条款中使用了“may”等选择性词汇,该条款往往难以受到重视,甚至可能被法院或仲裁机构视为宣示性规定而予以忽视。这种做法在一定程度上反映了司法实践中对条款明确性的要求,但也可能忽视了条款背后当事人的真实意图和条款本身的可执行性。特别是在我国法律语境中,即使前置程序的措辞使用了“可以”(may)的选择性措辞表达,也不意味着该条款必然不具备效力。只要后续对前置程序的具体步骤和要求进行了详细规定,法院在实践中仍不应直接忽略该前置程序的履行。以我国劳动纠纷为例,《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第5条规定:“发生劳动争议,当事人不愿协商、协商不成或者达成和解协议后不履行的,可以向调解组织申请调解;不愿调解、调解不成或者达成调解协议后不履行的,可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁;对仲裁裁决不服的,除本法另有规定的外,可以向人民法院提起诉讼。”尽管该条款使用了“可以”的选择性措辞,但在实践中,如果未履行前置程序,劳动纠纷往往无法被法院受理,即使受理也会因不符合受理条件而被驳回。因此,对于前置程序是否符合具体、明确和可执行的要求,应更多地从前置程序的具体规定内容上进行考量,而非仅依赖于措辞的强制性,也即前置程序的可执行性应主要从前述第一和第二点进行判断。第三点引申出的措辞的强制性通常只与管辖权和可受理性问题的判断有关。

^{③⑥} 王利明:《仲裁协议效力的若干问题》,载《法律适用》2023年第11期,第10-11页。

^{③⑦} *Tang Chung Wah (Aka Alan Tang) and Another v. Grant Thornton International Ltd and Others*, High Court of England and Wales, Judgment, 2012, para.60.

^{③⑧} 同前注^{②⑧},第80页。

（三）坚持鼓励和解、调解优先的原则

坚持和发展新时代“枫桥经验”，鼓励和解、调解优先，促进矛盾纠纷实质性化解，是我国多元化纠纷解决机制的重要内容。“调判结合”“仲调结合”一直是我国《民事诉讼法》《仲裁法》的特色所在。现行《仲裁法》第51条规定：“仲裁庭在作出裁决前，可以先行调解。当事人自愿调解的，仲裁庭应当调解。”司法部2021年7月20日公布的《仲裁法征求意见稿》体现了鼓励先行调解的理念，具体体现在新增的第32条“当事人在仲裁程序中可以通过调解方式解决纠纷”，以及第69条和第70条新增的“仲裁确认”制度，允许当事人在仲裁程序外选择调解员安排调解，并对仲裁庭组成前达成的调解协议予以效力保障。遗憾的是，全国人大常委会2021年11月8日公布的《仲裁法（修订草案）》删除了这些内容。尽管如此，坚持大力鼓励和解、调解优先的基本政策导向始终不渝地贯穿于我国纠纷解决制度全过程。随着《新加坡调解公约》的落地实施，调解作为与仲裁、诉讼并驾齐驱的三驾马车之一，其重要性将更加凸显。在此语境下，应当反思当前法院系统简单参照西方法院对仲裁前置条款强制性约束力的轻视态度，尽力维护双方当事人在商业合同中所约定的“友好协商”和“先行调解”的前置条款的有效性。这从根本上符合当事人的利益，也与我国“以和为贵”“和气生财”的文化价值观相契合。

目前，我国大多数仲裁机构在立案过程中仅对仲裁协议进行形式审查，对MDR条款的使用缺乏有意识地重视。在仲裁程序中，仲裁机构立案人员针对合同约定的MDR条款通常只要求当事人签署一份风险承诺书，便直接启动仲裁程序，未能审慎核查前置程序的履行情况，及时申明申请人径直启动仲裁的法律风险。对此，仲裁机构应当意识到谈判、调解作为独立纠纷解决方式的重要性，积极释明并引导当事人履行协商、调解前置程序，保障其程序选择权和程序自主权。近年来，全国大多数商事仲裁机构纷纷设立调解中心，开始尝试仲调对接模式，充分发挥MDR条款的功能，为当事人提供更加高效的纠纷解决服务，这在很大程度上为MDR条款的执行提供了操作便利。未来，仲裁机构在立案时，对存在MDR条款的仲裁协议，应当要求当事人向仲裁庭提交前置程序履行的证明材料，以解释前置程序是否履行完毕。如果当事人一方或双方未履行协商或调解的前置条件即申请仲裁，仲裁庭应当不予受理，并可以建议双方当事人将纠纷提交调解中心尝试“最低参与程度的调解”。^⑨

（四）坚持促进和支持仲裁的原则

我国仲裁实践中有关MDR条款引发的争议，多是当事人向法院申请撤销仲裁裁决或确认仲裁协议无效所引起。法院的态度在一定程度上影响了MDR条款的适用。对此，我国法院应当遵循国际商事仲裁的发展趋势，放宽对仲裁协议效力的要求，尽量使仲裁协议有效，尊重当事人选择仲裁作为争议解决方式的本意，为国际商事仲裁的发展营造友好的法治环境。基于此，MDR条款的履行争议应当由仲裁庭进行审查。在指向性

^⑨ 何为“最低参与程度的调解”？我国香港特区的仲裁实践一般认为，双方当事人参与至少一次的具体调解会议，会议的时间应由调解员所订。参见芮安牟：《浅谈香港仲裁法》，法律出版社2014年版，第160页。

MDR 条款的履行中,对于在 MDR 条款中没有明确排除仲裁机构管辖权的情形,应当作为可受理性问题交由仲裁庭决定。这主要是因为,在 MDR 实践中,仲裁庭通常在争议的程序背景以及发生于仲裁前程序的商业背景方面,比法院具有更丰富的经验。在当事人在仲裁程序中就前置条款作为仲裁裁决先决条件提出异议的情形下,法院应尊重仲裁庭的处理意见,不在仲裁程序中进行干预,仅在当事人申请撤销或不予执行仲裁裁决等程序中进行最低限度的司法审查。如果前置条款作为仲裁生效先决条件符合上述强制性和可执行性标准,但没有被仲裁庭采纳,应当认定仲裁程序并不满足当事人约定的仲裁协议的生效条件,构成程序违法,具有可撤销性。

同时,在当前司法实践中,法院普遍认为前置程序的存在与否及其履行情况不影响仲裁协议的效力,也不影响仲裁庭对争议事项的管辖权。这一共识应当通过司法解释或指导案例的形式予以明确。例如,上海市第一中级人民法院在《商事仲裁司法审查案件白皮书(2018—2022年)》中刊载的案例即体现了上述要求:在当事人约定“先调解、调解不成再仲裁”时,对于未满足约定调解要求的情况,参考其他法域的理论成果与实务经验,区分仲裁庭的管辖权与仲裁申请的可受理性。如果当事人已约定仲裁管辖而仅是不满足仲裁受理条件,则不以此否定仲裁协议的效力。这种思路值得赞同,因为从 MDR 条款的性质来看,前置条款主要涉及仲裁程序的具体推进,而非仲裁协议的效力基础。此类条款的解释和适用通常需要仲裁庭根据仲裁机构的仲裁规则进行判断。尤其是在我国“仲调结合”的语境下,前置程序的要求可以在仲裁启动后通过补充程序得以补救,而不应成为否定仲裁协议效力的障碍。

结 语

2024年11月6日,我国香港特别行政区政府发表政策宣言,明确承诺在特区政府合约中加入调解条款,要求当事人在诉诸仲裁或诉讼前先行采用调解方式解决合同纠纷。这一举措旨在进一步推广“调解为先”的文化,体现了对非诉讼纠纷解决机制的重视。尽管我国传统文化中蕴含着浓厚的“以和为贵”理念,且国家正大力提倡“坚持把非诉讼纠纷解决机制挺在前面”,但在我国民商事合同中,MDR 条款尚未受到广泛青睐。为鼓励更多当事人采用友好协商、调解方式替代诉讼或仲裁,国家应当完善替代性争议解决手段的运用,通过立法的形式确立前置程序的效力,鼓励当事人在商事合同中写入 MDR 条款,将友好协商、调解作为当事人发起诉讼或仲裁的前置程序。同时,仲裁机构应积极推广多层次争议解决示范条款,完善仲裁规则中示范性条款的规定,制定具体、明确且具有可执行性的前置条款。在此基础上,仲裁庭和法院应充分尊重这些条款的强制性约束力,保障其有效实施。本文虽然是围绕 MDR 条款在仲裁程序中的运用展开,但其分析思路同样可适用于诉讼程序。我国《民事诉讼法》自2012年就规定了“先行调解”制度,对当事人起诉到法院的纠纷,适宜调解的,先行调解,但当事人拒绝调解的除外。实践中,“先行调解”制度最大的困境是缺乏当事人的同意。若能在商事合同纠纷中鼓

励当事人订立诉前调解前置的 MDR 条款,将调解提交至法院或仲裁机构内设的调解机构,将有助于推动先行调解制度的落实,促进我国多元化纠纷解决机制的完善。

Abstract: With the rise of the alternative dispute resolution concept, multi - tiered dispute resolution clauses have become increasingly common in commercial contracts. Such clauses usually stipulate that the disputing parties must first carry out pre - procedures such as negotiation and mediation, and arbitration or litigation can only be resorted to when the dispute remains unresolved. However, due to the legislative gap in this regard in China, there is uncertainty about the extent to which arbitral tribunals or courts will enforce such pre - procedure agreements and what legal consequences should be borne for violating these agreements. Taking a negative attitude towards the validity of pre - procedure agreements is contrary to the principle of party autonomy, seriously affecting the value of such clauses. Judging from the latest trends in international commercial arbitration practices, whether a pre - procedure clause can be enforced as a precondition for arbitration depends on the clarity of the clause. The performance of the pre - clause does not affect the jurisdiction of the arbitral tribunal, but it will affect the admissibility of the arbitration claim. Arbitral tribunals and courts in China should refer to international commercial arbitration practices and make corresponding institutional arrangements based on the current domestic legal situation, clarifying that arbitral tribunals have the power to determine the enforceability of pre - procedure agreements. When parties violate mandatory pre - procedure agreements with binding force, the arbitral tribunal should temporarily suspend the arbitration claim and guide the parties to fulfill the pre - procedure agreements.

Keywords: multi-tiered dispute resolution clauses; pre-arbitration procedural requirement; arbitration jurisdiction; admissibility; enforceable

(责任编辑: 龙乙方)

人工智能赋能国际商事仲裁的风险应对 与新型人智混合决策体系构建

李贤森 李妍妍*

内容提要 当前,人工智能在国际商事仲裁领域的应用场景主要聚焦于助力仲裁秘书工作智能转型,辅助人类仲裁员进行仲裁决策和说理两个方面。随着人工智能在国际商事仲裁中应用的逐渐推广增多,其面临的法律争议、技术依赖以及伦理价值缺失等问题日益突显,需要通过完善相关法律规定来规范人工智能在国际商事仲裁领域的合理应用,以充分发挥人工智能助力国际商事仲裁发展的丰富潜能。在立足具体规制措施的基础之上,进一步提出构建“基于动态演进的人智混合决策体系”,主张充分融合人类智能与人工智能,致力于形成更高质量的仲裁裁决,明确人工智能在国际商事仲裁领域的未来发展方向。

关键词 人工智能;国际商事仲裁;主体资格;责任规则;混合决策体系

问题的提出

在第四次产业革命重塑全球治理体系的时代浪潮中,人工智能赋能国际商事仲裁发展成为必然趋势。面对全球仲裁制度在立法、技术层面多维度竞争格局,2018年12月31日,中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》中明确提出“研究探索线上仲裁、智能仲裁,实现线上线下协同发展”的要求,以适应新经济新业态发展需要。在推进中国式现代化与高水平对外开放的战略框架下,如何提升我国仲裁国际化水平、促进仲裁制度现代化转型以构建国际化争议解决枢纽,进而形成与新发展格局适配的法治保障体系,成为当前我国仲裁制度改革的关键所在,以虚拟化、数据化、智能化为特点的新技术正推动国际商事仲裁业态的调适与发展。^①

2023年,全国279家仲裁机构共受理案件607260件,同比增长27.8%,全国仲裁案件标的总额同比增长17.7%;全国85家仲裁机构办理涉中国港澳台地区和涉外案件共

* 李贤森,北京理工大学法学院副研究员,法学博士;李妍妍,北京理工大学国际争端预防和解决研究院研究人员。本文系司法部2024年度法治建设与法学理论研究部级科研项目“我国应对欧美数据法域外适用扩张的对策研究”(项目编号:24SFB4023)的研究成果、北京理工大学2025年研究生教育培养综合改革面上项目“‘三位一体’视域下数据法领域拔尖人才培养模式创新”的阶段性研究成果。

^① 刘晓红、冯硕:《大变局背景下的国际商事仲裁:世界潮流与中国因应》,载《中国社会科学》2024年第12期,第65页。

计3127件,同比增长8.28%,涉外案件标的总额较2022年增长率为42.29%。国内外仲裁案件数量和标的额显著增加。^②国际商事仲裁以保密性、专业性、国际性、灵活性、快速性和经济性等特点彰显其优势,是国际商事争议解决机制中备受欢迎的一种方式。^③然而,数字化、智慧化仲裁面临立法规范与司法指导缺位的难题,与传统仲裁制度衔接困难,实践中仅有少数仲裁机构局部试点且集中于特定纠纷类型,使得人工智能技术在商事领域应用场景受限。^④

第四次产业革命技术浪潮催生了各国仲裁机构间技术应用竞赛、国家间制度立法竞争以及国际仲裁市场话语权争夺范式,构建起一种技术优势先发驱动下的国际仲裁话语权传导机制。^⑤人工智能技术对仲裁机构的赋能深度正在成为重塑其国际仲裁市场地位的核心变量。^⑥由于我国国内仲裁机构竞争力不足,难以适配我国涉外法治建设发展所需的争议解决能力,特别是仲裁能力。^⑦当前,在涉外商事争议解决中,关于仲裁机构的选择呈现“多以境外仲裁机构为主,选择境内仲裁机构较少”的外溢特征。^⑧仲裁机构选择外溢现象进一步映射出国际仲裁市场的制度竞争实质,商事主体基于效率本位将愈发向仲裁规则合理且符合商事发展趋势的仲裁机构与仲裁程序自治度高的仲裁地聚集。^⑨我国应善于把握人工智能赋能国际商事仲裁历史机遇,对标国际商事仲裁先进发展水平,坚持打造国际一流机构,提升国内仲裁机构智能化服务水平,推动我国仲裁机构“走出去”,积极推进国际商事仲裁中心建设,致力于将我国打造成为全球国际商事仲裁新高地。

人工智能赋能仲裁发展潜力巨大,现阶段人工智能在仲裁领域的应用场景在于助力仲裁秘书工作智能转型、辅助人类仲裁员进行仲裁决策和说理。人工智能作为一种高级智能工具,能够辅助仲裁员对仲裁裁决作出前的事实、证据、决策结果进行深入分析预测,对裁决作出后的理由进行深入论证说理。从而优化、革新传统仲裁裁决和说理机制,进而形成“人类决策为主导、人工智能为辅助”、充分融合人类智慧与人工智能智慧的“双智仲裁模式”。同时,人工智能在仲裁领域应用过程中面临多种法律风险,这也是两者融合进程中必然面临的情况。人工智能参与仲裁决策过程将挑战传统的人类仲裁员主体地位并冲击仲裁裁决权结构,并进一步带来归责与追责困境。人工智能在国际商事仲裁应用的法律风险需要被关注与解析,以提出相应的具体规制及完善措施。为明确

② 中国国际经济贸易仲裁委员会:《中国国际商事仲裁年度报告(2023—2024)》,法律出版社2024年版,第4页。

③ 肖建国:《仲裁法学》,高等教育出版社2021年版,第8页。

④ 李贤森:《我国涉外商事纠纷多元解决机制的实践困境与优化路径》,载《中国应用法学》2024年第1期,第207页。

⑤ 杜焕芳:《信息文明时代国际仲裁的发展面向》,《法治日报》2023年11月8日,第9版。

⑥ 张力行:《中国仲裁互联网创新与实践——以深圳国际仲裁院为例》,载《中国远洋航务》2017年第1期,第74页。

⑦ 姚梦莹:《他山之石:人工智能辅助仲裁借镜智慧法院建设的“未来仲裁”探索》,载《商事仲裁与调解》2022年第6期,第39页。

⑧ 龙飞、孙雅婷:《“一带一路”建设中国际商事法庭的制度构建与创新》,载《“一带一路”法律研究》2021年第2期,第162页。

⑨ 李贤森:《论涉外法治背景下我国仲裁法中对意思自治的限制性规定》,载《商事仲裁与调解》2025年第1期,第8页。

未来人工智能仲裁发展方向,可以依据人工智能所处发展阶段提出构建符合仲裁领域的“动态演进的人智混合仲裁决策体系”应用构想,以促进人类智慧与人工智能两者在仲裁领域的智慧融合及优势互补。

一、人工智能赋能仲裁秘书工作智能化转型

仲裁秘书作为连接仲裁员与当事人的核心纽带,每年办理案件数量之广、种类之多、程度之复杂、经验之丰富,使得其对于当事人诉求、仲裁员审理思路及仲裁庭合议结果最为了解,可形成争议解决全流程的系统性认知与把控,在程序推进过程中承担起不可替代的协调职能。仲裁秘书在前期与当事人的接触中可初步评估和解可能性、研判纠纷根源,甚至预判决裁方向。仲裁员及时听取仲裁秘书意见和看法,有助于针对性开展案件审理和证据审查工作,对于促进当事人和解也有着极大帮助。人工智能对仲裁秘书工作的智能化转型助力,在国际商事仲裁中呈现出独特的专业赋能价值。

(一) 程序性工作的智能化替代

人工智能在仲裁实践中应用已存在许多相关实例^⑩,通过人工智能技术助力仲裁秘书工作智能化转型,释放专业资源,缓解“案多人少”压力,强化其作为仲裁员核心助手职能,进而强化其在裁决形成过程中的认知支持作用。促使仲裁秘书将更多的时间和精力投入至开庭前对于当事人诉求及仲裁案件的深度了解中去、庭审中对于仲裁程序和仲裁员实体裁决的监督中去、庭审后对于仲裁员审理思路及仲裁庭合议结果的复核中去,以及对于仲裁秘书自身负责的仲裁裁决书程序部分起草^⑪或者裁决书整体起草^⑫的初稿中去。

仲裁案件从立案、审理及结案全过程均依赖仲裁秘书(办案秘书)^⑬对案件的程序管理及服务职能。仲裁程序可完全或主要以数字化方式进行^⑭,程序性工作如电子送达、远程视频、语音转换、智能排期与资源调度、程序性文书全周期管理等,可对照法院书记职责范围,该项工作不涉及对案件实质内容做出判断或决策,具有可替代性;而非决策性实体性工作可对照法官助理的职责范围,也具有一定的可替代性,仲裁秘书可以在仲

^⑩ 例如,2022年广州仲裁委员会推出的智能机器人“云小仲”集身份识别、智能咨询、智能立案、仲裁宣传于一体,能够协助当事人进行无障碍立案,《Yunxiaozhong joined the Nansha legal service cluster》,载广州仲裁委员会官网, <https://www.gziac.cn/gzxw/6244>,最后访问时间:2025年4月21日;2023年8月,广州仲裁委员会在“多法域背景下的商事纠纷多元化解论坛”上发布了全球首个AI仲裁秘书“仲小雯”,并完成了首个无真人仲裁秘书的国际仲裁庭审,《广仲首创AI仲裁秘书南沙亮相》,载广州仲裁委员会官网, <https://www.gziac.cn/gzjj111/6302>,最后访问时间:2025年4月21日。

^⑪ 朱愈明、陈勇、姜越:《充分重视和发挥仲裁秘书的职能和作用》,载《武汉仲裁》2022年第1期,第120页。

^⑫ 张忠:《关于仲裁秘书作用和地位的几点思考》,载《经济研究导刊》2020年第9期,第161页。

^⑬ 仲裁秘书广义上包括管理秘书、事务秘书和办案秘书,本文从狭义角度出发仅指办案秘书。

^⑭ H.J.Snijders、陈一华:《仲裁与人工智能:从仲裁到“机器人仲裁”和从人类仲裁员到机器人仲裁员?》,载《上海法学研究》2022年第2卷,第20页。

裁庭的委托下组织当事人进行庭前质证、进行调查、证据校验、主持调解等工作。^⑮

（二）事务性工作的自动化处理

在仲裁实践中,当事人常因对仲裁程序及文书格式要求了解不足,而未能充分准备仲裁所需资料。申请书、答辩书等关键文件易出现形式瑕疵或低级错误等程序性疏漏,不仅降低仲裁效率,还可能间接损害当事人权益。人工智能技术可实现对申请书、答辩书、证据材料等文件的自动化和智能化校对审核,减少人为错误,保障仲裁文书准确性和一致性,提高仲裁文书整体质量。同时,人工智能驱动下的智能问答系统可以解答当事人对特定法律条文疑问,提供即时法律咨询服务,尤其是在国际商事仲裁中,人工智能可以提供多种语言翻译服务,帮助当事人更准确地理解不同国家的法律条文内容。

此外,智能交互式仲裁服务技术能够高效辅助当事人模拟仲裁流程和仲裁场景,^⑯增强当事人对仲裁规则及程序的熟悉度,提升其在仲裁过程中的整体表现。借助人工智能仲裁管理系统,还能够帮助当事人更加直观地了解仲裁秘书与仲裁员的办案活动,通过仲裁管理系统实现对仲裁程序的全程记录,记录案件办理过程中的具体情况。保障当事人程序权利的同时,也有助于仲裁员和仲裁秘书对仲裁案件进行后期回顾和审查,特别是在当事人对仲裁裁决提出申诉或异议时,该记录可以作为支持或者改进仲裁秘书和仲裁员工作的依据和证明,维护其职业声誉。

目前,《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)中并未直接对仲裁秘书性质和职能作出规定,由此面临三重实践困境:其一,职业生态层面呈现薪酬激励机制失衡与非标准化用工模式并存矛盾;其二,职业发展和晋升通道受限;其三,欠发达地区专业化人才供给面临失衡。借助人工智能技术实现程序性、事务性工作智能化分流,赋能仲裁秘书工作智能转型及其职业发展,能够在一定程度上缓解其工作强度和工作压力,从而实现仲裁秘书职业负荷的结构性优化。^⑰同时,为经济落后、人才紧缺地区发展注入新动能,缩小仲裁地域事业发展差距。在仲裁事业改革进程中,仲裁秘书作为仲裁的执行者应该成为改革重点,应探索更多有利于仲裁秘书发展的制度和政策。

^⑮ 同前注^⑪,第115页。

^⑯ 2025年2月广州仲裁委员会利用L-Code仲裁全流程智能辅助系统成功调解一起合同纠纷案,成为我国首例由人工智能主导的纠纷解决成功案例。调解过程中双方当事人提出诉求、陈述意见,智能辅助系统实时互动协调,促进达成共识,通过归纳案件事实,生成多个调解方案,再对双方选择方案作出分析给出新方案,最终使双方达成调解一致,并于4月份广交会期间成功调解一宗葡萄牙外商经贸纠纷,获得境外当事人高度赞誉。《“L-Code仲裁全流程智能辅助系统”获2024年中国国际大学生创新大赛金奖》,载广州仲裁委员会官网, <https://www.gziac.cn/gzxw/7188>,最后访问时间:2025年7月5日。

^⑰ 近年来,深圳市福田区劳动争议案件数量持续攀升,2021至2024年间,福田区人力资源局受理劳动争议案件数年均增长约1000件,2024年受理案件数已增长至近6000件。对比之下,福田区人力资源局现有专职仲裁员仅有16人,人均年办案量达310件,远超省、市仲裁员人均办案量标准,加之仲裁庭数量有限,案件积压风险与办案压力持续加剧。面对案件激增、人手紧缺、庭室数量限制等多重挑战,福田区人力资源局以数字化改革为突破口,引入人工智能技术,率先探索并推广“数智员工+劳动仲裁”福田模式,实现仲裁工作的数字化转型与智能化升级。《深圳劳动仲裁“福田模式”获全省推广》,载深圳新闻网官网, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1836445983719668617&wfr=spider&for=pc>,最后访问时间:2025年7月5日。

二、人工智能助力仲裁员裁决决策与说理路径优化

2022年12月,最高人民法院在《关于规范和加强人工智能司法应用的意见》中明确规定了人工智能辅助司法审判的基本原则。^⑮当前,我国仲裁制度整体已日臻完善,但人力资源供给与案件处理需求间的结构性矛盾还亟待技术破局。首先应厘清智能技术赋能仲裁程序可行性基础及具体功能优化路径,在当前技术框架与制度语境下最大化释放其效能优势,以构建人工智能辅助仲裁员决策与说理路径,暂不涉及具体算法模型构建与系统实现的技术性论证。

(一) 人工智能辅助下的裁决决策路径

仲裁裁决流程涵盖案件受理审查、庭前准备、开庭审理、评议和作出裁决四个阶段,人工智能的核心技术如机器学习、深度学习等,可为上述仲裁决策阶段提供技术支撑。人工智能辅助下的仲裁裁决路径由技术系统承担决策信息处理与逻辑校验的基础性功能,当涉及价值权衡、利益平衡等裁量时,仍需由仲裁员或者仲裁庭独立行使裁决权作出判断,从而维护仲裁裁决权完整性与终局性。

1. 梳理仲裁案件法律事实

完备的案件事实是确保仲裁公正公平、保障当事人合法权益的基础。此处的事实是指与仲裁案件事实密切相关的信息,主要包括当事人在申请仲裁时向仲裁机构递交书面形式仲裁申请书中所载明的具体仲裁请求、事实与理由以及证据材料等。在仲裁决策过程中,借助人工智能技术识别并提取非结构化法律文本中关键实体、事件、行为等要素,将其按照法律规范预设逻辑框架如法律关系的主体、客体、内容、权利义务关系等进行结构化关联与可视化呈现。人工智能技术能够在此过程中发挥认知增强功能,为仲裁庭构建全景式事实认知框架提供支持,通过将碎片化信息转化为可验证的法律论证要素,实现法律文本要素的自动提取与法律关系的结构化映射。

2. 识别仲裁案件争议焦点

传统仲裁决策方式面临信息获取的边界约束与人类处理能力的阈值限制双重局限,或将导致关键事实要素识别偏差及风险预判的滞后性。基于证据体系所固有的复杂性,仲裁实践中面临非结构化材料认知负荷与结构化转化需求间张力,证据关联性的隐性特征与法律要件显性表达间落差,事实碎片化特性与法律事实完整性要求间冲突多重矛盾。人工智能多模态处理架构日趋成熟将促使非结构化原证据材料向符合法律论证要求的结构化事实要件重构,生成文本、图形、音频和视频等多类型、可视化“展示性证

^⑮ 《最高人民法院关于规范和加强人工智能司法应用的意见》,法发〔2022〕33号,2022年12月9日发布,其中关于辅助审判原则的规定:“坚持对审判工作的辅助性定位和用户自主决策权,无论技术发展到何种水平,人工智能都不得代替法官裁判,人工智能辅助结果仅可作为审判工作或审判监督管理的参考,确保司法裁判始终由审判人员作出,裁判职权始终由审判组织行使,司法责任最终由裁判者承担。各类用户有权选择是否利用司法人工智能提供的辅助,有权随时退出与人工智能产品和服务的交互。”

据”^{①⑨}，进而革新仲裁实践中有关证据处理范式。尤其是在案件事实情况复杂且证据链条杂糅的情况下，便于仲裁员更加直观地观察并梳理原证据材料，借助人工智能技术实现对于案件事实、规范要件与证据材料进行多层次解构与关联分析，辅助仲裁员提炼案件争议焦点，明确审理重点，进而确立仲裁裁决思路。

3. 辅助仲裁决策信息收集

仲裁决策信息收集是进行科学决策的前提和基础，传统决策信息收集方式难以适配当前司法效率与精准性需求。一方面，仲裁数据呈现出碎片化、分散化特点，不同地域、不同仲裁机构、法律数据库及信息平台之间的仲裁数据缺乏有效连接和整合，从海量仲裁数据中检索出于案件有价值信息颇为困难；另一方面，仲裁员受限于自身专业能力、人力资源配置因素外，面对海量仲裁信息可能因自身疲劳、注意力集中时长有限以及外界其他因素干扰等，影响其工作效率。通过智能化技术路径辅助仲裁员处理决策信息，实现法律法规智能推送、类案精准匹配等功能^{②⑩}，节约人力资源的同时促进有效决策信息的最大化收集。

传统法律案例检索系统存在显著的表层化、时效性、滞后性缺陷，难以实现类案检索精准度与有效性，且在面对新型法律争议有关案例时，或将面临国内仲裁案例库更新迟滞导致的参考真空、抑或是国际仲裁实践中已形成创新性法理阐释未能及时本土化等困境。国际商事仲裁机制的内在特性要求从业者建立动态化的域外法跟踪能力，数字技术革命影响下构建的专业化知识平台为仲裁员突破信息壁垒提供了技术支撑。鉴于此，需正视这一局限性，依托人工智能强大的认知计算能力实现仲裁数据实时更新与整合，构建跨越时空限制的智慧仲裁检索系统，动态汲取分散化的国内外仲裁实践中争议解决智慧经验，为仲裁员提供兼具时效性与地域性的决策参考，预防裁决结果出现重大偏离，实现对于国内外争议解决经验的系统性学习与创新性运用。

4. 生成仲裁决策参考方案

法律事实的认定并非客观真实的简单复现，而是基于证据规则对案件事实的规范重构^⑪，法律推理本质上是在事实分析的基础上于法律框架内构建最优解决方案的认知过程。^⑫人类仲裁员作为裁决者会受到自身阅历、工作经验以及社会经济地位等诸多因素影响，对于案件审理或将带有一定个人“偏见”，人工智能没有物质欲望和感情生活，可以比人类更少地受到外界因素的干扰，在一定程度上预防人类的主观偏见被放大。通过对大量决策信息进行收集、处理和分析，人工智能能够高效生成科学性、客观性仲裁决策

^{①⑨} 刘俊颖、林森、张小旺等：《创新仲裁实践：生成式人工智能的应用探讨》，载《北京仲裁》2024年第1期，第87页。

^{②⑩} 翁晓斌、吴宇琴：《人工智能司法运用的技术效应与法理审思》，载《自然辩证法通讯》2022年第8期，第99页。

^⑪ Michele Taruffo, *Judicial Decision and Artificial Intelligence*, Artificial Intelligence and Law 6, 1998, p.313.

^⑫ Michele Tarulfo, *Involvement and detachment in the presentation of evidence, in Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems: Festschrift for Robert S. Summers*. Werner Krawitz, Niel MacCormick and G.H. von Wright (eds.), 1994, p.385.

参考方案。^{②③} 在没有改变裁判主体的前提下,若能够多一种决策参考结果更好地进行解释说明,则没有理由拒绝该具有更强大说服力的论证结论。^{②④}

(二) 人工智能辅助下的裁决说理路径

在我国,基于《仲裁法》第五十四条^{②⑤}规定的裁决书形式与内容规范要求,最高人民法院发布的《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》^{②⑥}提出的裁判文书释法说理要求,以及实践中仲裁当事人因程序参与权衍生出对裁决理由说明的正当期待,除当事人协议不愿写明裁决理由情况之外,仲裁员对于其所出具的裁决书都应附具裁决理由。人工智能能够辅助仲裁员为裁决理由寻找更为充分的说理依据,进而强化该裁决说理和证成。

1. 辅助加强裁决理由逻辑性说理论证

基于仲裁裁决书对逻辑严密性的本质要求,可通过预设人工智能有关裁决书法律论证逻辑框架与说理路径,通过逻辑校验功能核查潜在的逻辑漏洞或不合理之处,促使仲裁员重新审视并修正裁决理由,确保裁决结论的逻辑自洽性。在仲裁实践中,部分仲裁裁决书有关事实分析与认定过程的规范阐释存在结构性缺失问题。其一,在完成证据罗列后未能就证据取舍展开实质性论证;其二,对于双方间争议性证据亦缺乏针对性评析;其三,间接证据之间逻辑关联性及证据链完整性论述不充分,或陷入公式化套语的说理窠臼,致使证据采信的推理过程未能在裁决书中充分展现,从而制约裁决书在事实认定层面的说服力。借助人工智能技术辅助仲裁员校验法律适用的准确性^{②⑦},如对于案件事实直接跳跃至结论而缺失法律适用中间环节等情形进行智能识别并生成预警;亦能对事

^{②③} 河南省高级人民法院:新野法院新甸铺法庭庭长张延波在借助 AI 智能法官助手该辅助系统完成文书写作后,高度评价了该智能辅助系统。该庭在办理一起复杂涉企买卖合同纠纷案件时,承办法官通过使用该系统的证据自动分析、一键类案推送、法律检索融入、案件智能分析、智能文书草拟等功能,在较短时间内理清了相关法律适用问题,确认了案件基本事实,在自动生成的判决书上进行了修正并送达结案,有效压缩了营商环境案件审理用时。《新野法院:试点“AI 智能法官助手”助力提质增效》,载河南省高级人民法院官网, <https://www.hncourt.gov.cn/public/detail.php?id=198971>,最后访问时间:2025 年 7 月 5 日。

^{②④} 张翰林:《人工智能审判何以成为可能?——人机协同司法审判模式初探》,载《上海法学研究》2022 年第 16 卷,第 66 页。

^{②⑤} 《中华人民共和国仲裁法》第 54 条规定:“裁决书应当写明仲裁请求、争议事实、裁决理由、裁决结果、仲裁费用的负担和裁决日期。当事人协议不愿写明争议事实和裁决理由的,可以不写。裁决书由仲裁员签名,加盖仲裁委员会印章。对裁决持不同意见的仲裁员,可以签名,也可以不签名。”

^{②⑥} 最高人民法院《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》的通知,法发〔2018〕10 号,2018 年 6 月 1 日发布,其中关于裁判文书释法说理要求的规定:“裁判文书释法说理的目的是通过阐明裁判结论的形成过程和正当性理由,提高裁判的可接受性,实现法律效果和社会效果的有机统一;其主要价值体现在增强裁判行为公正度、透明度,规范审判权行使,提升司法公信力和司法权威,发挥裁判的定分止争和价值引领作用,弘扬社会主义核心价值观,努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义,切实维护诉讼当事人合法权益,促进社会和谐稳定。”

^{②⑦} 2025 年 3 月 13 日,广元市劳动人事争议仲裁院推出了基于 DeepSeek 人工智能模型开发的广元劳动仲裁 AI 助手。通过 DeepSeek 智能比对功能,系统 1 分钟内初步筛查各类法律文书,自动标注文法瑕疵、逻辑漏洞、法律条款冲突等风险点,同步输出修改建议。同时,内置仲裁知识库可自动检查文书是否符合最新法律修订,两周试运行中, AI 审核的裁决文书法律法规错漏明显下降,“风险前置拦截”作用初步显现。《广元 DeepSeek“劳动仲裁版”上线》,载广元市人力资源和社会保障局官网, <https://srsj.cngy.gov.cn/gongkai/show/4e1c023932f94a1cb6a54c22c330cac1.html>,最后访问时间:2025 年 7 月 5 日。

实认定论证缺位问题进行智能校验,如对于证据的采信、取舍过程不作实质性分析说明等情形,通过可视化工具呈现证据关联图谱,辅助仲裁员补全论证步骤,进而辅助加强裁决论证的严密性。

2. 辅助加强裁决理由针对性说理论证

实践中,部分仲裁裁决书缺乏针对性说理论证,未能依据案件特殊情况和双方当事人意见展开分析论述,尤其是对于案件争议焦点及当事人重点关注的争议事实未给予充分释明说理。关于争议焦点的提炼,面临“争点提炼遗漏、偏离真正争点”多重困境。^{②⑧}在仲裁裁决书撰写过程中,一方面应避免对关键争议焦点的选择性规避或模糊化处理,另一方面需防范对次要争议事项过度阐释或结构性失焦问题。裁决书说理要求仲裁庭对事实依据及法律适用进行解释,以保障当事人理解仲裁庭在重大问题层面上是何为、如何以及做出了怎样的裁决结果。^{②⑨}尤其对于当事人高度关切的争议事实,即便其最终未被采纳为裁决依据,亦应该在裁决文书中予以适当回应,以实现法律论证的周延性与可接受性。依托人工智能技术助力提升裁决书争议焦点识别精准化、当事人意见整合系统化及裁决说理结构层次化,强化裁决论证逻辑靶向性与说服力。

3. 辅助加强裁决理由全面性说理论证

人工智能可通过构建程序与实体双度校验机制以增强裁决理由全面性论证说理。仲裁裁决书作为记录仲裁程序的书面载体,不仅需映射仲裁活动对仲裁法及仲裁规则所确立规范性程序的遵循情况,更应实质性记录当事人对于约定程序的遵循情况,客观全面反映仲裁过程。尤其是对于仲裁程序内容以及其中出现的多次组庭、多次变更仲裁请求等重大与非常规情况,予以客观反映和真实记录,形成对法定程序刚性约束与约定程序柔性调整的双重维度的完整叙事。裁决理由详略程度与仲裁程序具体运用有所关联,并影响裁决承认与执行,应构建“主张、证据、事实、结论”四维校验及论证路径,辅助加强裁决理由全面性说理论证,从而全面彰显仲裁活动在程序正义的形式要件与实质内涵上的双重合规性。使得当事人明确胜诉依据或败诉原因、保障败诉方就裁决瑕疵寻求司法救济权利,亦可通过裁决理由规范性论证降低法院对裁决正当性审查疑虑,促进仲裁裁决执行顺畅度。^{③⑩}

三、人工智能赋能国际商事仲裁面临主体与责任认定双重困境

当前,人工智能在仲裁领域的应用正经历全球性规范建构的范式转型与变革,各国仲裁机构正积极探索人工智能与仲裁程序的融合发展路径。正如任何技术的应用都有其两面性,人工智能技术的快速发展和广泛应用带来诸多便利的同时,亦伴随多重法律

^{②⑧} 侯竣泰:《案件争议焦点的提炼困境及其突破》,载《东岳论丛》2024年第8期,第183页。

^{②⑨} 周林彬、李梓源:《论仲裁裁决书的说理》,载《政法学刊》2022年第3期,第73页。

^{③⑩} 杨良宜:《论仲裁裁决理由》,载《中国海商法年刊》2009年第1期,第84页。

风险。须时刻保持审慎态度和清醒认识,正视人工智能在仲裁领域应用中的风险和挑战,前瞻性把握两者融合发展趋势,形成技术赋权与制度创新的双向增强回路,实现从“仲裁大国”向“仲裁治理范式引领者”的跨越。

(一) 人工智能仲裁冲击人类仲裁员主体地位

1. 人工智能法律主体资格存在争议

人工智能在国际商事仲裁领域中的应用,首先应明确其在法律体系中的定位。简单来说,人工智能是一种依托于算力、算法、数据完成预设任务的信息系统,就其概念外延而言包括软硬件兼具的智能机器人、智能系统和智能体。^①文中统一称之为人工智能。然而,对于人工智能是否应当被赋予法律主体资格,学界存在不同看法,大致上形成了肯定说、否定说、折中说三种观点。秉持肯定说的学者主张赋予人工智能法律主体资格,其认为人工智能具备独立自主的决策能力将是时代发展必然趋势,应将人工智能认定为具有智慧工具性质又可以作出独立意思表示的主体。人工智能在超越设计和编制的程序范围之外,能够同人类一样在自主意识和意志支配下实施法律意义上的行为^②,其不应被排除在法律主体之外。秉持否定说的学者反对赋予人工智能法律主体资格,他们指出人工智能本质上是人类实现自身目的的一种工具。^③由于人工智能不具备健全的人体和人脑,不满足法律主体的人格构成要素,故其不具有法律上的人格。^④并且人工智能与人类在权利能力、行为能力、模糊性法律规定等多方面存在本质差别,其逻辑体系、情感体系与人类具有根本不同,表明其仅具有工具属性。^⑤秉持折中说的学者则依据人工智能的不同发展阶段及智能化程度,对其是否具备法律主体资格加以界分。弱人工智能依据设计与编制程序在既定范围内进行独立判断并作出自主决策,并不具备真正意义上的辨认能力与控制能力,故不具备法律上的主体资格;而强人工智能能够具备辨认能力和控制能力,可以在设计和编制的程序范围外实施自主行为,具有独立人格和责任能力。^⑥

2. 人工智能仲裁削弱人类仲裁员主导地位

人工智能仲裁系统应用过程中,仲裁员与仲裁系统之间可能会形成特定的依赖关系,从而影响最终裁决结果作出的独立性。仲裁系统庭审前预判结论或将干预仲裁庭审程序的实质性展开,若庭审前仲裁员已倾向并依赖此预判结论,将削弱庭审中当事人对抗程序对裁决的影响力及庭审价值,使得裁决心证形成过程被技术工具前置化。在具体的仲裁决策中,仲裁员囿于习惯性技术依赖、自身技术知识局限、人类决策惰性及疲惫心理等多重因素影响,致使其判断能力逐渐降低、缺乏主观能动性,面临人类仲裁员决策被

① 陈亮、张翔:《人工智能立法体系化的理论证成与路径选择》,载《华东政法大学学报》2024年第5期,第25页。

② 刘宪权:《人工智能时代的刑事风险与刑法应对》,载《法商研究》2018年第1期,第5页。

③ 刘洪华:《论人工智能的法律地位》,载《政治与法律》2019年第1期,第16页。

④ 杨立新:《人工类人格:智能机器人的民法地位——兼论智能机器人致人损害的民事责任》,载《求是学刊》2018年第4期,第89页。

⑤ 郝铁川:《为什么坚信人工智能不可能取代人》,《解放日报》2018年1月23日,第13版。

⑥ 刘宪权:《人工智能时代的“内忧”“外患”与刑事责任》,载《东方法学》2018年第1期,第136页。

削弱风险。或将进一步催生从传统的“规则”“机构”和“制度”依赖转向“机器依赖”的异化演进路径,致使辅助性工具与仲裁员主导性决策地位的边界消解。^{③7}

当前,技术应用在一定程度上被视为效率提升的标志,部分机构可能会出现将“数字化能力”作为仲裁员选拔的隐性标准,即便仲裁员内心确信与系统建议冲突,也可能迫于效率压力或考核要求而放弃独立判断,其主导地位在技术工具全流程覆盖中被逐步弱化。若过度依赖仲裁系统所带来的高效率、快捷与准确功能,将导致其最终裁决结果逐步沦为实质意义上的智能算法决策结果^{③8},应警惕仲裁员沦为“算法执行者”风险,确保其核心裁量权不被技术工具所架空。此外,仲裁系统研发过程中,技术外包模式下将引致技术主体等非仲裁主体介入决策的治理难题,其作为仲裁裁决权体系外的商业实体,在深度参与算法构建的过程中亦存在削弱仲裁员独立裁决地位风险。

3. 裁决主体多元化易导致裁决错误风险

人工智能仲裁系统的技术外包研发模式使得“裁决责任主体”呈现多元化趋势,进而催生出新型裁决错误风险传导机制。人工智能算法中隐含的技术主体偏见会间接甚至直接影响案件的实体处理,人类主观经验、价值判断嵌套在数据收集、机器学习、模型训练各个环节,可产生如地域、性别、民族等多方面认知偏见与歧视。^{③9}且既有社会结构的历史性偏见数据可能通过编码被纳入算法训练语料库,机器学习所依赖的训练数据作为社会实践的数字化沉淀,不仅会复刻现实世界的歧视性模式,更可能因算法设计者和控制者的“前理解”嵌入而加剧价值偏差,进而增加了因决策流程的技术嵌入导致裁决错误的现实风险。

与此同时,人工智能相关技术主体基于商业逻辑的技术设计可能与仲裁程序公平性、可追溯性要求产生价值冲突。技术主体的主观价值偏好及利益取向以数据编码与代码逻辑为载体深度嵌入算法运行的全周期,这种价值渗透并非显性的程序指令,而是借助特征工程、权重分配、模型训练等技术环节形成“代码化偏见”。从而使得算法决策在数据清洗、规则匹配、结果输出等阶段呈现非中立性特征,本质上构成技术理性与价值判断的隐蔽耦合^{④0},既可能因技术主体无意识植入有缺陷的法律推理模型,也可能因利益驱动刻意强化某些特征权重。区别于传统仲裁决策过程,仲裁系统辅助下的仲裁决策过程增加了潜在的因技术主体这一非仲裁决策主体自身所含偏见而导致的错误裁决风险。

(二) 人工智能仲裁冲击传统仲裁裁决权结构

1. 仲裁裁决权面临技术性让渡风险

囿于人工智能系统研发专业知识性与高度技术性方面的局限,实践中通常采用技术

^{③7} 雷婉璐:《智能辅助审判技术下法官问责难题的破解路径》,载《哈尔滨工业大学学报(社会科学版)》2022年第2期,第38页。

^{③8} 张铂林:《生成式人工智能嵌入智慧法院建设的适配、风险与优化》,载《东南大学学报(哲学社会科学版)》2024年增刊第2期,第98页。

^{③9} 卞建林、钱程:《大数据侦查的适用限度与程序规制》,载《贵州社会科学》2022年第3期,第81页。

^{④0} 郭春镇、勇琪:《算法的程序正义》,载《中国政法大学学报》2023年第1期,第168页。

购买或者外包的形式与科技公司展开合作。^{④①}即人工智能相关技术主体依据仲裁机构对仲裁系统运作的目标要求进行设计研发,仲裁机构需要向数据服务商、科技公司等技术主体提供仲裁数据。

人工智能系统决策过程通常包含数据输入、计算和处理以及预测结果输出步骤。^{④②}训练数据作为人工智能的燃料,数据获取与利用贯穿人工智能决策全过程。而在人工智能仲裁系统的研发过程中,仲裁机构仅能把握数据输入环节,对于数据加工、数据输出等环节缺乏足够技术把控能力,也难以从法律层面对智能系统工作原理进行有效监督。^{④③}并且研发过程中的技术外包很大程度上导致仲裁裁决权的部分“外包”,人工智能相关技术主体在参与系统研发过程中所形成的“算法权力”“技术权力”会侵蚀传统仲裁裁决权结构,并将长期依赖技术主体提供技术支持以对相关系统进行维护和改造。

当今的智能算法已经从单纯的技术工具逐步升级为复杂的自主性体系,并通过嵌入社会权力结构发挥作用,智能算法基于机器、架构与嵌入优势超越了其原本的工具化属性获得实质调配资源的力量。由于海量数据所需的算力超出人工计算能力,社会资源的分配权力不得不逐渐让位于算法。算法由此获得足以支配他人或影响他人资源的权力形态,成为了一种事实上的技术权力。^{④④}若允许人工智能自动生成决策方案、根据大数据矫正法律决定的偏差,势必形成决策主体的双重结构,甚至导致决定者的复数化,事实上将出现人工智能相关技术主体与仲裁员共同作出决定的局面,使权力边界变得模糊不清。^{④⑤}

2. 人工智能仲裁易产生误裁风险

人工智能仲裁系统辅助决策下面临误裁风险,这种风险本质上是技术理性与法律价值的内在张力在争议解决领域的投射,既可能源于训练数据的样本偏见或标注误差,也可能因算法逻辑无法真正理解法律规范的目的解释与伦理考量,最终导致裁决结果偏离实质正义标准。

在语义解析层面,法律语言语义多样性特点构成天然技术屏障,仲裁系统的构建面临法律语言识别、提取、转化多重困难及失真风险。加之法律适用规则数量庞大繁杂,人工标注和知识图谱构建过程中难免出现遗漏情况,进而影响仲裁数据识别、提取与转化的可靠性与全面性。法律语言首先需转化为机器语言输入,随后机器语言再被转化为法律语言输出,一次转化过程便面临信息失真风险,仲裁数据双重转化将形成风险叠加。^{④⑥}从更深层次角度来看,裁决文书的说理逻辑呈现表层形式化特征,裁决中隐含的仲裁员价值衡量与心证形成过程难以被完全编码转化。仲裁员真实的裁量依据可能潜藏于未明示的衡平考量或内部评议材料之中,并未以直观文书形式呈现,导致智能仲裁系统陷

④① 卫晨曙:《刑事审判人工智能的权力逻辑》,载《西安交通大学学报(社会科学版)》2021年第3期,第144页。

④② 江溯:《自动化决策、刑事司法与算法规制——由卢米斯案引发的思考》,载《东方法学》2020年第3期,第80页。

④③ 张玉洁:《人工智能辅助量刑的法律风险与制度建构》,载《学术交流》2023年第3期,第64页。

④④ 张凌寒:《算法权力的兴起、异化及法律规制》,载《法商研究》2019年第4期,第65页。

④⑤ 季卫东:《人工智能时代的司法权之变》,载《东方法学》2018年第1期,第132页。

④⑥ 卓翔、崔世群:《论人工智能在证据推理中的辅助性定位》,载《治理研究》2023年第1期,第145页。

入“文本表象”与“实质心证”间的认知裂隙。该种表意偏差下使得技术系统仅能机械复现裁决结论的形式要件,却无法穿透法律解释深层语境揭示裁决背后仲裁员的法理推演过程、价值判断轨迹及伦理考量依据。

在算法运行层面,人工智能算法自身存在的算法操纵、算法歧视、算法错误等多种侵害根植于算法程序之中,且侵害行为极为隐蔽,这些因素均成为智能仲裁系统误裁的隐患。^⑦人工智能仲裁致使仲裁员与当事人之间的互动与沟通面临阻碍,仲裁程序中的对话和辩论环节被压缩或省略为单向度的数据输入输出,对程序正义构成严重威胁。其一,当事人无从知晓或判断其权利是否确实受到了算法决策的干预和影响、观点和诉求是否得到了算法的充分考量。^⑧其二,当事人通常缺乏必要的技术能力对人工智能决策过程及结果进行质证、反驳和发表辩论意见,从而严重影响当事人一系列正当程序权利的行使。其三,人工智能技术主体有时亦难以解释特定输出结果与输入参数间的因果关系,致使该内容成为人类无法追溯的“暗知识”。其四,当面对涉及案件事实曲折、人际关系复杂、掺杂人性和感情判断等非结构化认知要素的复杂仲裁案件时,个案处理需要突破形式逻辑进行实质正义的自由裁量时,技术系统的刚性运算范式易导致误裁问题。

(三) 仲裁裁决主体多元化导致归责与追责困境

人工智能技术在仲裁程序中的深度应用进一步催生责任弥散化格局,在技术不可解释性与制度规范缺位的双重作用下,各行为主体基于风险规避的理性选择,进而形成相互推诿的责任逃逸链条。

1. 裁决主体多元化加剧责任认定难题

其一,仲裁员向人工智能仲裁系统及相关技术主体推诿责任。仲裁员依托智能系统“算法权威”构建起责任豁免屏障,通过将决策失误归因于技术缺陷以实现裁决责任向技术场域转移,将责任推诿至人工智能系统的开发、维护等技术主体,从而减轻或豁免自身责任。此外,仲裁员还可能将责任部分地向人工智能部署者转嫁,强调系统由仲裁机构强制部署并推行,以求达致责任集体共担态势,从而实现自身责任份额的最小化。

其二,人工智能仲裁系统相关技术主体向仲裁员推诿责任。技术主体则试图主张或凭借“工具中立性”话语体系作为其免受法律责难的“避风港”与“护身符”,^⑨将过错根源指向使用主体操作失范,或未能正确理解采纳智能系统提供建议,抑或声称错误裁决结果系仲裁员对于智能系统过度依赖导致。即便错误源于技术缺陷而非仲裁员裁决不当所致,但由于仲裁员在技术方面存在知识局限,其难以有力地证明智能仲裁系统存在技术缺陷进而导致错误结果。技术主体则能够借助技术专业壁垒消解问责压力。

其三,人工智能仲裁系统相关技术主体之间推诿责任。人工智能技术供给链内部更

^⑦ 王莹:《算法侵害类型化研究与法律应对——以〈个人信息保护法〉为基点的算法规制扩展构想》,载《法制与社会发展》2021年第6期,第136页。

^⑧ 张圣翠、田洋:《人工智能在商事仲裁中的应用:价值、困境与路径》,载《上海财经大学学报》2024年第2期,第128页。

^⑨ 万欣荣:《“算法中立”的命题证伪——基于历史唯物主义的视角》,载《思想理论教育》2024年第6期,第87页。

存在算法设计者、数据处理者与运维主体之间的责任认定裂隙,各方可通过建构技术因果链中的责任断点以实现技术风险转嫁。具体表现为算法设计者可以数据不全、数据失真、数据杂质等为由将责任推向数据处理者;数据处理者则可以主张是由于技术公司对于人工智能系统日常管理和维护不到位从而导致该问题;而技术公司又可能会将责任归咎于算法设计者,声称因算法设计存在缺陷引致最终的错误裁决结果,进一步加剧了责任认定困境。^{⑤0}

2. 裁决主体多元化面临责任划分难题

其一,仲裁员与人工智能决策参与度难以明确划分。智能仲裁系统通过知识图谱的关联推理及深度学习模型的预测输出或将从实质层面影响裁决走向^{⑤1},而仲裁员则通过参数设置、数据筛选等操作实行隐性控制,裁决判断的形成过程呈现出主观经验与系统建议的混合特征。此种双向作用机制导致仲裁决策呈现出“你中有我,我中有你”的混同状态。传统决策逻辑以人类认知为主,通过语言、文字实现规范、事实证据以及经验常识之间的互动,属于可借助于语言、生活情景等实现可通约的正义认知。而人工智能决策的形成逻辑则并不相同,且算法无法提供解释是如何通过公式的叠加组合计算出决策经验值或者数据之间的内在规律。^{⑤2}仲裁员在反复接触系统推送的类案裁决模式后,其法律思维可能会不自觉地框定、局限于智能系统所推送的案例范围之内,并逐渐受到算法推荐路径的潜在形塑,形成“技术无意识”支配下的裁决路径依赖。长此以往,仲裁员将难以准确辨识具体事实认定及特定法律判断究竟源于自身专业素养的主动输出抑或是人工智能仲裁系统建议的被动内化。

其二,仲裁员主观过错与人工智能仲裁系统算法错误之间分辨困难。在智能仲裁系统应用场景下,仲裁员无需直接对仲裁案件事实进行筛选或调整,仅通过选择性地输入或不输入关键事实参数,系统即可依托算法运算机制推送契合仲裁员主观预期的类案参考示例及裁决建议方案,为仲裁员的主观裁量披上算法掩饰下的“技术中立”外衣。人工智能知识图谱绘制立足于海量仲裁数据支撑并包含法律专业人员与算法设计人员的人工标注过程。^{⑤3}其中则暗含相关技术主体与仲裁主体的价值预设,导致系统错误呈现多主体责任交织特性,各自过错难以进行具体界分。此外,算法黑箱所导致的裁决决策过程可解释性缺失与仲裁员主观心理状态的隐蔽性特质之间形成过错识别的双重屏障。当面临追责问题时,使得主观要件的认定难以穿透技术屏障进行有效判断与识别。前者因技术逻辑的难以追溯性阻断了决策链条的法理检视路径,后者因心理活动的内在性特征消解了主观过错的外在识别依据,二者共同构成责任认定中“算法与心理暗箱”的复合困境。

其三,仲裁员与人工智能仲裁系统混合决策下所致错误裁决结果因果关系证明困

^{⑤0} 张琳琳:《人工智能司法应用的责任归结困境与解决路径》,载《当代法学》2023年第5期,第104页。

^{⑤1} 左卫民:《关于法律人工智能在中国运用前景的若干思考》,载《清华法学》2018年第2期,第118页。

^{⑤2} 侯芳郁:《纪检监察大数据监督的能力建设研究》,载《成都理工大学学报(社会科学版)》2025年第3期,第30页。

^{⑤3} 王文玉:《司法人工智能:实现裁判正义的新路径》,载《大连理工大学学报(社会科学版)》2022年第6期,第103页。

难。在人类仲裁员与仲裁系统共同参与案件处理的复合决策场域中,仲裁员可能基于系统提供的分析和建议作出裁决,而算法输出结果也可能因仲裁员具体操作及使用方式受到影响。当出现错误裁决结果时,难以界分仲裁员主观过错或系统本身技术缺陷的单独致错情形,甚至是基于两者共同作用下形成了复合因果链条。仲裁主体决策行为与智能仲裁系统算法逻辑耦合导致错误裁决结果是技术时代司法决策实践中将会衍生出的一种客观风险形态。具体而言,仲裁员对事实参数的选择性输入虽未超越合理裁量边界,仲裁系统算法模型的设计与训练亦符合技术规范,但两者的结合可能形成非对称风险传导链。单一仲裁主体的行为或系统技术特性本身未必直接导致错误裁决,但两者共同作用下却可能通过系统性风险叠加导致错误裁决结果,致使决策主体行为与错误决策结果之间因果关系证明困难。

3. 裁决主体多元化面临责任追究难题

仲裁员的责任,是指仲裁员在行使权力履行职责时,因违反行为规范的作为或不作为而应当承担的责任。仲裁员责任的产生应当具备两个条件:(1)仲裁员的行为违反了法律或者行为规范的规定;(2)违反法律或者行为规范的行为属于仲裁员的职务行为,即在仲裁程序中行使仲裁权的行为。^⑤对仲裁员而言,法律责任仅应限定为民事责任和刑事责任。现行《仲裁法》框架下,尚未充分考虑对于人工智能介入仲裁领域后相关技术主体的责任追究问题,仲裁系统在实际应用过程中存在技术主体应当承担责任的困境,并面临责任追究困境。

人工智能仲裁系统相关技术主体作为裁决外责任主体导致司法追责困难。仲裁系统的应用使得仲裁员与技术主体之间的责任界限划分困难,追究责任时难以指向相关技术主体。技术主体即便通过智能仲裁系统实质介入仲裁决策过程进而拥有事实层面的“技术权力”,但由于《仲裁法》对仲裁主体法定资格限制,不能直接将其纳入责任主体行列,亦无法直接适用责任追究程序追究其相关责任。并且仲裁员责任的认定程序通常由专业仲裁人士主导,其通常具备深厚的法律专业背景和丰富的仲裁实践经验,而在涉及仲裁系统的责任认定中,由于追责程序参与人员在人工智能技术方面的知识结构存在局限,使得对于技术主体的责任认定存在着明显障碍。

四、人工智能仲裁的责任承担主体及责任分配机制建设

人工智能赋能国际商事仲裁视域下面临责任认定多重障碍,传统仲裁责任理论解释框架显示出其局限性。在此背景下,仲裁领域亟待构建契合技术特性的归责理论与追责路径新范式,通过算法透明化、责任分层化、规范前瞻化的制度设计,厘清各主体间责任边界,以实现技术创新与法律规制的动态平衡发展。

^⑤ 乔欣:《仲裁法学》(第三版),清华大学出版社2020年版,第64页。

（一）人工智能仲裁中的优先责任与替代责任

1. 人工智能尚不具备责任主体资格

笔者倾向于支持折中说观点,认为弱人工智能技术发展阶段人工智能在国际商事仲裁领域的角色定位应是辅助仲裁员作出裁决的工具,其尚不能具备法律主体资格。作为仲裁员的一般资格要求,必须是具有完全民事行为能力、具有人身自由的自然人。^{⑤⑤}就实质维度而言,当前人工智能系统受制于预设算法框架与人类指令输入的双重约束,其决策过程本质上是程序代码的机械执行,无法具备独立的意志能力;就形式维度而言,人工智能亦不能具备独立财产这一责任承担的物质基础,即便通过技术手段赋予其虚拟财产账户,其财产处分行为仍需依附于开发者或使用者的最终控制权,无法通过人工智能自身行为承担法律责任。^{⑤⑥}此外,若针对人工智能采取如算法重置或数据清除等“惩戒”措施,实质上仍属于技术调试范畴^{⑤⑦},相较于法律责任体系所蕴含的道德谴责功能,二者存在本质区别。综合来说,在弱人工智能技术发展阶段,人工智能尚不具备独立承担法律责任的主体资格与责任能力,而当进入强或者超强人工智能时代,其能够具备相应的责任主体资格。

2. 人工智能仲裁中仲裁员的优位责任

在人工智能仲裁系统介入仲裁裁决引发归责模式的规范建构中,应确立以人类仲裁员优位责任为核心、过错推定原则为支撑的复合型责任分配框架。司法裁判责任与人工智能算法责任之间存在的责任竞存关系并非偶然,而是技术与司法实践融合过程中的必然产物。^{⑤⑧}当使用仲裁系统辅助裁决出现错误或瑕疵进行归责时,适用该种复合归责模式具备理论正当性与规范必要性。

其一,仲裁员承担优位责任具备法律与价值层面的正当性。依据《仲裁法》第八条^{⑤⑨}、第九条^{⑥①}规定,仲裁员对最终裁决结果享有独立性及终局性权威。人工智能辅助决策场景下未改变仲裁员程序主导者及其最终决策者地位,未突破“审理者裁判、裁判者负责”本质。技术主体在开发运营过程中提供专业技术支持,即便以技术支持形式嵌入价值判断,但并非出于对个案具体法律事实的价值判断,技术主体的责任边界应当严格限定于技术服务及其衍生的直接后果而非司法裁判结果的承担者。^{⑥②}基于权责一致原则与司法问责机制的功能价值,当算法责任与传统仲裁员责任竞合情形下,应将仲裁系统引致的程序瑕疵或裁决偏差之责任优位配置于实际掌握并行仲裁裁决权的自然人仲裁员主体,而非将责任转移至技术参与主体。

^{⑤⑤} 常英:《仲裁法学》(第四版),中国政法大学出版社2019年版,第60页。

^{⑤⑥} 彭诚信、陈吉栋:《论人工智能体法律人格的考量要素》,载《当代法学》2019年第2期,第55页。

^{⑤⑦} 同前注^{⑤①},第105页。

^{⑤⑧} 武艳、张清:《数字检察“去责任化”危机的省思》,载《社会科学》2024年第5期,第169页。

^{⑤⑨} 《中华人民共和国仲裁法》第8条规定:“仲裁依法独立进行,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”

^{⑥①} 《中华人民共和国仲裁法》第9条规定:“仲裁实行一裁终局的制度。裁决作出后,当事人就同一纠纷再申请仲裁或者向人民法院起诉的,仲裁委员会或者人民法院不予受理。”

^{⑥②} 卞建林:《人工智能审判的责任解构与制度应对》,载《法治社会》2023年第5期,第9页。

其二,适用过错推定原则具备法理与现实层面的必要性。从法理逻辑层面出发,仲裁活动的专业性与人工智能介入的技术性特征使得当事人难以有效举证证明仲裁员的主观过错状态。通过适用过错推定原则实现举证责任反向配置,由仲裁员自行举证证明其已履行依法裁决、智能结果审查注意等义务且不存在过错,若仲裁员不能证明则表示其存在过错并应承担首要责任。从现实需求角度审视,智能仲裁场景下的混合决策模式加剧了责任认定的复杂性,算法黑箱与人类决策隐蔽性的叠加使传统过错责任原则面临过错、行为及因果关系证明多重困难。适用过错推定原则的更深层价值在于将仲裁主体的责任承担从“事后追责”转向“事前预防”范式,促使仲裁员在行为过程中建立完整的合规证据链,推动仲裁活动的透明化与规范化,更好地保障当事人程序权利。

仲裁员若证明自身不存在过错,即需要证明其自身已经尽到合理的依法裁决义务、新兴技术背景下对人工智能生成内容的标识义务以及对于人工智能决策结果的审查注意义务,若不能证明自身已经履行相应义务,则表示其存在过错并应承担首要责任。如今,智能技术工具辅助下适用过错推定原则将倒逼仲裁员严格履行自身审查和注意义务,通过举证责任倒置实现风险分配的优化。同时,能够正向激励并增强仲裁员对于智能辅助决策系统的批判性使用意识及自身责任意识,避免其陷入技术依赖陷阱,并进一步通过预设责任门槛防范仲裁员将人工智能辅助决策系统作为“责任防火墙”。基于责任规则的导向功能,促使仲裁员在混合决策场景中保持专业判断的独立性,既充分发挥技术工具的效率优势,又避免因过度依赖算法而减损仲裁裁决的实质正当性,最终实现技术赋能与责任规制的动态平衡。

3. 人工智能相关技术主体的替代责任

替代责任,是指“责任人为他人的行为和为人的行为以外的自己管领下的物件所致损害承担的侵权赔偿责任形态”。^②替代责任的前提和基础在于责任主体与他人或其管领对象之间存在“支配或重大影响”关系,基于该关系影响责任主体不仅要对他人的行为负责,还应对其管领下的对象造成的损害后果承担责任。^③人工智能仲裁系统的设计者、生产者、维护者等相关技术主体作为技术应用和治理的核心参与者,对于智能系统决策结果具备预设性安排与系统性干预的能力,并且对于智能系统的致害行为具备风险预见与风险控制的能力。技术主体通过算法设计、参数调试及系统维护等专业行为,具备实质影响智能仲裁系统决策逻辑的能力,并能够基于技术专业知识预判系统运行中的风险节点。该种技术控制能力与风险管控义务结合下的双重管控能力,使其在智能仲裁的责任体系中成为不可忽视的参与主体。

当人工智能仲裁系统因技术缺陷或运行失误导致难以被忽略的错误裁决结果并造成仲裁错案时,尽管当前人工智能不具备法律责任承担主体资格,但基于人机交互中技

^② 杨立新:《侵权损害赔偿》,法律出版社2016年版,第157页。

^③ 尹飞:《为他人行为侵权责任之归责基础》,载《法学研究》2009年第5期,第43页。

术主体对系统生成与运行的实质性影响,相关技术主体需就其对智能系统所负有的审慎注意义务承担责任。若因技术缺陷导致系统致害,技术主体需承担因未尽合理注意义务而产生的替代责任,此责任配置既契合技术风险控制的现实逻辑,亦符合非因仲裁员自身裁决不当而承担法律责任的法理救济原则,以促使仲裁员与技术主体间责任分配达致均衡状态。在追究相关技术主体替代责任的前提下,可进一步通过区分具体技术环节来划分具体担责主体。

具言之,通过对技术环节的体系化解构,将仲裁系统因技术错误或瑕疵导致错误裁决的致害原因,精准追溯至设计、制造、测试、维护等具体技术环节,进而实现技术主体之间责任的精准分配。通过技术链条的分段归因,将算法设计缺陷、数据训练瑕疵、程序编译漏洞、系统运维失范等技术性致害因素,与设计者、开发者、监管者等主体的具体行为建立对应关系。借助“过错与环节匹配”的归责逻辑,打破整体性归责的模糊状态,使各技术主体基于其在不同技术环节中所处的角色定位、所具备的风险控制能力及自身过错程度承担相应的责任。通过构建以替代责任为基础、以技术环节为细分维度的责任分配框架,既可避免“一刀切”归责的模糊性,又能激励技术主体在各环节履行相应义务,符合人工智能技术迭代与风险管控的双重需求。

(二) 人工智能仲裁中仲裁员与技术主体的责任分配标准

依据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款^④“谁主张,谁举证”原则,当事人若主张追究仲裁员责任,需同证明仲裁员主观存在过错及其行为与错误裁决结果之间存在因果关系。基于仲裁程序保密性原则要求、人工智能算法与数据的技术性与保密性及算法黑箱不透明性特点等多重复杂情形,使得当事人面临举证责任困境。传统以过错原则为核心的责任认定机制难以有效应对由此产生的人机责任界定难题。^⑤

1. 人工智能仲裁中仲裁员的责任认定标准

首先,仲裁员使用人工智能仲裁系统辅助决策时,对于人工智能介入情况及生成内容应负有标识义务。^⑥在仲裁实践中,对于人工智能生成内容进行标识,实质上将形成三重制度效能。

其一,保障仲裁程序公正性、透明度。可以《中华人民共和国电子签名法》第二条^⑦规定为法律依据,由仲裁员对裁决结果中参考人工智能生成内容部分形成专门文件并加以签名确认,若文件中未对该部分内容进行标注和说明,则在后续纠纷中仲裁员不得再以未注明部分作为自身抗辩和免责事由。此外,对人工智能生成内容进行标识,有

^④ 《中华人民共和国民事诉讼法》第64条第1款规定:“当事人对自己提出的主张,有责任提供证据。”

^⑤ 丁晓东:《从网络、个人信息到人工智能:数字时代的侵权法转型》,载《法学家》2025年第1期,第46页。

^⑥ [德]维克托莉亚·克雷齐格著、邓环宇译:《针对人工智能生成影像侵权的保护》,载《南大法学》2025年第2期,第173页。

^⑦ 《中华人民共和国电子签名法》第2条规定:“本法所称电子签名,是指数据电文中以电子形式所含、所附用于识别签名人身份并表明签名人认可其中内容的数据。本法所称数据电文,是指以电子、光学、磁或者类似手段生成、发送、接收或者储存的信息。”

助于明确仲裁员与智能仲裁系统各自责任归属,也是判断是否存在侵权、虚假信息等内容的前提。^{⑧⑨}

其二,预防技术依赖下出现新型职业伦理失范现象。所谓新型职业伦理失范现象,是指仲裁员通过隐瞒人工智能技术属性生成内容,拒不付出任何智力劳动成果,逃避自身职责,或通过输入带有指引性的关键词、设定具有价值倾向的语义参数,操控算法模型生成带有偏向性的裁决建议和结果。在仲裁决策出现错误裁决结果或引发争议时,又以技术缺陷为由推诿责任,以达规避责任目的。即便之后查明仲裁员具有主观恶意心态,前期也已经浪费了一定的司法审查资源。

其三,保障当事人对于人工智能使用情况的知情权。当事人有权知晓仲裁裁决形成过程中人工智能所参与的程度及发挥的作用,这有助于增强当事人对裁决结果的信任度与接受度。通过注明仲裁系统所参与的决策环节及生成内容,使当事人得以清晰识别智能系统对于争议解决的影响范围与程度,保障当事人对于仲裁系统使用情况的知情权,亦为当事人行使质证权、辩论权等程序性权利提供必要前提。通过对人工智能生成内容进行标识,将技术工具的隐性介入转化为可审查的显性要素,有效防范因算法黑箱导致的当事人程序权利虚化,最终在人工智能技术应用与当事人程序权利保障之间建立起必要的信息对称机制。

同时,仲裁员使用人工智能仲裁系统辅助决策时,对于智能决策结果应负有审查义务。人工智能技术在应用阶段的风险转化主要取决于人工智能使用者^⑩,优位责任配置下,仲裁员作为拥有直接支配地位的人工智能使用者应对人工智能输出结果负有审查和注意义务。若仲裁员未能履行依法裁决义务以及对于人工智能输出结果的审查注意义务进而导致错误决策结果,那么在仲裁责任认定中应推定其主观存在过错。通过适用举证责任倒置规则,需要由仲裁员自身证明其已经充分履行合理的审查注意义务。

其中,《互联网信息服务深度合成管理规定》第六条^⑪和第九条^⑫可作为人工智能使用者承担结果审查义务的特别法依据。在仲裁机构适用具体仲裁规则的过程中,采用过错推定原则为标准来推定仲裁员主观上是否存在过错,还需增设仲裁员对于人工智能决策结果的审查义务并对此明文加以规定。以仲裁员优位责任为核心、过错推定原则为支撑的复合型责任分配框架可以更加有效适配当下人工智能赋能国际商事仲裁应用场

⑧ 支振锋:《生成式人工智能大模型的信息内容治理》,载《政法论坛》2023年第4期,第41页。

⑨ 郑志峰:《人工智能使用者的立法定位及其三维规制》,载《行政法学研究》2025年第1期,第30页。

⑩ 《互联网信息服务深度合成管理规定》第6条规定:“任何组织和个人不得利用深度合成服务制作、复制、发布、传播法律、行政法规禁止的信息,不得利用深度合成服务从事危害国家安全和利益、损害国家形象、侵害社会公共利益、扰乱经济和社会秩序、侵犯他人合法权益等法律、行政法规禁止的活动。深度合成服务提供者和使用者的不得利用深度合成服务制作、复制、发布、传播虚假信息。转载基于深度合成服务制作发布的新闻信息的,应当依法转载互联网新闻信息稿源单位发布的新闻信息。”

⑪ 《互联网信息服务深度合成管理规定》第9条规定:“深度合成服务提供者应当基于移动电话号码、身份证件号码、统一社会信用代码或者国家网络身份认证公共服务等方式,依法对深度合成服务使用者进行真实身份信息认证,不得向未进行真实身份信息认证的深度合成服务使用者提供信息发布服务。”

域,倒逼仲裁员在案件审查中更加审慎地落实审查注意义务,减少对于技术依赖的程度,及时发现并改正出现的问题,最大限度地避免仲裁员推诿及转移责任的情况发生。

人工智能仲裁系统错误裁决结果既可能由于仲裁员故意心理导致,也可能因仲裁员主观存在未能合理预见或避免错误裁决结果产生的重大过失心理导致。具体表现为其滥用自由裁量权的两种典型情形:

其一,仲裁员凭借一般认知经验即可判断察觉出错误和异常,明知人工智能仲裁系统决策结果存在畸轻或畸重的错误裁决,却故意违背事实和法律采纳错误建议作出不公裁决,应当承担相应法律责任。其二,仲裁员基于一般认知经验已经或者能够判断察觉出系统决策结果中存在畸轻或畸重的错误裁决,因怠于履行对智能输出结果的实质审查义务导致错误裁决建议被采纳并作出不公裁决的,应当承担相应法律责任。若仲裁员已依据专业标准和应用指示对预警进行全面审查,并基于专业判断合理排除预警提示,即便后续证明预警属实,亦不能轻易认定其失职行为。此外,在认定仲裁员责任时,需明确区分仲裁员主观过错与其能力局限。仲裁员应当具备一定新型仲裁技术所需的专业知识与操作能力,若明知自身能力不足无法胜任仍使用智能仲裁系统进行决策,因此造成严重后果的,需要承担相应法律责任。^⑦

2. 人工智能仲裁中技术主体的责任认定标准

在人工智能辅助决策场域中,仲裁员的优先责任配置与技术主体的替代责任承担构成明确的权责配置逻辑架构。作为仲裁裁决的核心决策主体,因仲裁系统技术缺陷或者瑕疵导致错误裁决结果时,仲裁员若未能在第一时间举证证明该错误裁决结果系技术主体过错所致,则需对最终裁决结果承担优先责任。若查明确实系技术缺陷导致错误裁决,仲裁员在承担责任后可依据技术主体的过错性质与因果关系强度,按照合同约定或者侵权责任规则向相关技术主体行使追偿权,此时由技术主体承担替代责任。可通过拆解具体技术环节并规定相关主体的义务,进一步明晰技术主体间的责任划分边界,以实现对于仲裁员担责后的救济。

实践中,拥有人工智能技术的部分科技企业如今已拥有与信息审查义务相适配的技术实力,过去以“无法承受海量信息处理之重”作为推脱审查责任的理由,在当下已显得极为无力。^⑧对于因仲裁系统技术缺陷或瑕疵引发的错误裁决,技术主体的替代责任可通过对设计、开发、部署、维护等不同技术环节的分段解构实现主体间责任边界范围的划分,通过明晰各阶段责任主体的特定义务^⑨,构建具体技术环节、相应技术主体与特定注意义务之间的责任分配框架体系。

具体而言,算法设计者在设计环节需履行安全保障义务、性能平衡义务及全面测试

^⑦ 程凡卿:《我国司法人工智能建设的问题与应对》,载《东方法学》2018年第3期,第129页。

^⑧ 于波:《网络服务商版权审查义务的正当性证成》,载《法学论坛》2025年第2期,第158页。

^⑨ 许中缘、范沁宁:《人工智能产品缺陷司法认定标准之研究》,载《重庆大学学报(社会科学版)》2022年第1期,第262页。

义务,对人工智能仲裁系统设计存在的缺陷承担责任;算法开发者在开发环节负有对设计预期的契合义务以及对于设计方案的执行义务,对于人工智能仲裁系统制造与研发存在的缺陷承担责任;算法开发者、运维者在部署环节需履行相应的警示说明义务,包括对于人工智能仲裁系统存在的合理可预见且具有现实损害可能性危险的说明义务,以及对于智能系统决策与原理、运行路径和安全使用方式的说明义务;在人工智能仲裁系统正常投入使用之后,对于智能系统本身是否存在未知危险,算法设计者、开发者与运维者需共同履行持续性的跟踪观察义务,并在已知存在危险的情况下采取警示、召回等措施。此框架通过对具体进行技术环节进行拆解,进一步明确各责任主体之间的分配逻辑,为人工智能辅助仲裁场景下相关技术主体之间的责任认定方式提供了可操作的规范路径。

由于人工智能所具有的复杂性、自主性及不透明性等特点,非专业人士难以识别出人工智能技术主体是否存在过错,适用一般过错责任原则使得非专业人士承担过重的举证责任,在风险分配上偏倚了掌握大量专业信息且最能控制和降低风险的技术主体。^⑤人工智能相关技术主体天然拥有对系统架构、算法设计、数据输入输出等核心内容的控制权与知悉权,能够相对轻松地获取整理与案件相关证据并进行事实层面的举证。由于技术主体与当事人之间举证能力存有显著差异,对于因果关系的证明应适用举证责任倒置模式,由原告或相关部门证明仲裁系统存在着技术缺陷,从而推定该技术缺陷与错误裁决结果之间存在因果关系。由具备专业技术水平的技术主体承担举证责任,并促使其保持较高的谨慎注意义务,以更好地平衡各方利益。

3. 人工智能与仲裁员混合决策下的责任认定标准

在人工智能与仲裁员混合决策的责任认定框架中,人工智能的自主性程度影响仲裁员与智能系统之间的交互程度,也是于错误裁决结果而言判断各自过错程度的关键。自主性程度是指人工智能系统能够独立于用户定义的规则和机制做出决策和行动的程度^⑥,其本质体现为算法系统脱离预设规则框架独立完成决策任务的能力阈值,其等级差异不仅决定着人类和智能系统之间交互的程度,更通过风险控制能力的梯度变化重构责任分配的法理逻辑。人工智能与仲裁员混合决策下的责任认定及分配要考虑不同行为主体对于技术风险的控制能力和预防能力。低自主性的系统高度倚重预设规则集与结构化框架,其决策范式受限于开发者预先编码的参数与指令,在处理争议事项时仅能机械执行既定程序,面对超出预设范畴的用户诉求或复杂情境时,往往缺乏自主调适与问题解决能力。此时,要求仲裁主体承担更高层级的注意义务,技术主体的责任则越小;高自主性的系统则能够突破传统规则桎梏,实现对争议事项的灵活应对与创造性处理,仲裁员在使用过程中的干预可能性降低。^⑦此时,要求技术主体承担更高层级的注意义务。

^⑤ 胡巧莉:《人工智能服务提供者侵权责任要件的类型构造——以风险区分为视角》,载《比较法研究》2024年第6期,第59页。

^⑥ 董之南、张勤学、胡进等:《面向大模型多智能体系统的多维评估方法》,载《指挥控制与仿真》2025年第2期,第124页。

^⑦ 陈晨:《人工智能侵权中的责任主体及归责原则》,载《中外法学》2025年第2期,第17页。

在仲裁领域人工智能系统的规范建构中,算法可解释性需求的强度并非恒定不变的技术参数,而是随着应用场景对当事人权利实质影响程度呈现出梯度差异。^{⑦⑧}当人工智能应用涉及当事人实体权利或程序性权利的核心内容时,此时为强可解释性需求,甚至在某些场景下需要牺牲算法的效率来实现可解释性的目标;当人工智能应用涉及当事人一定的实体权利或程序性权利,但应用并不涉及该类权利实现的核心内容,此时为中可解释性需求,需要同时兼顾算法效率;当人工智能应用对当事人权利影响不大或者在实践中需要大量人工干预来保障其效率,算法本身只起到提高司法效率的目标。此时为弱可解释性需求,也可称之为无可解释性需求。对于人工智能可解释性进行梯度结构划分,通过技术透明度的场景化适配实现责任控制能力与权利保护强度的精准匹配。

综合来说,仲裁员与仲裁系统混合决策下的责任认定标准,需构建多层次规范性分析框架以实现责任认定。首先,基于人工智能生成内容标识文件内容、仲裁系统自主性程度以及算法可解释性程度等多重维度,综合考量仲裁员与仲裁系统各自决策参与度。其次,通过适用过错推定原则,由仲裁员自证其已经履行应尽义务,并进一步由审查主体对仲裁员义务履行情况进行分析与认定;与此同时,通过适用举证责任倒置规则,人工智能相关技术主体亦需反证其无过错并已经履行应尽义务,证明错误裁决结果与技术缺陷之间无因果关系,并由审查主体进行分析与认定。在混合决策模式下错误裁决的归因分析中,还需综合考量两者过错力与原因力程度大小,区分技术主体与仲裁员对裁决错误的直接或间接作用力。最后,若未能在第一时间内证明错误裁决系技术缺陷所致,由仲裁员对裁决结果承担优先责任,若后续能证明错误裁决确实系仲裁系统技术缺陷所致,可通过对具体技术环节进行解构进一步溯源具体担责的技术主体。在坚守人类仲裁员最终责任原则的基础上,为人工智能辅助仲裁场景提供融法律理性与技术理性于一体的责任认定方案,助力实现技术创新与仲裁事业的深度融合与平衡发展。

(三) 人工智能仲裁中仲裁员与技术主体的免责事由

1. 人工智能仲裁中仲裁员的免责事由

弱人工智能阶段,面对多重技术风险应主要通过技术规范与行业标准进行防范化解,不宜对仲裁员科以过高的超出其专业能力范畴的技术风险识别与防控义务。^{⑦⑨}若仲裁员在运用仲裁系统辅助进行决策时,已经依据专业标准和应用指示完成决策路径的全面核验,并对算法预警信息实施符合专业理性的排除性论证,能够证明其合理使用智能仲裁系统并履行了审慎的审查注意义务,只是受限于当前科技发展水平以及技术知识局限的差异,难以察觉和核实其中的错误,经由审查主体查明之后,仲裁员可主张技术缺陷作为免责事由。此种免责逻辑的正当性源于风险控制理论下权责一致性的内在要求,当技术风险的不可知性超出仲裁员专业能力范畴时,责任负担应转移至实际掌控算法开发与运维的技术主体,由其承担替代责任。

^{⑦⑧} 丛颖男、王兆毓、朱金清:《关于法律人工智能数据和算法问题的若干思考》,载《计算机科学》2022年第4期,第77页。

^{⑦⑨} 葛金芬:《司法人工智能应用中法官的渎职风险及其刑事责任》,载《湖南社会科学》2023年第3期,第99页。

进入强或者超强人工智能时代后责任范式或将发生转变,人工智能自主决策系统的算法独立性使得“机器责任”成为可能,人工智能系统满足法律主体构成要件获得独立且完整的法律人格,其具备自主意识、决策能力及独立承担责任的物质基础。此时,仲裁系统在仲裁程序中产生的责任将成为独立于仲裁员责任之外的责任形式,即所谓的机器责任。^⑩此时,仲裁系统可以独立承担责任。当智能系统形成独立于仲裁员干预的决策闭环,其行为后果的归责基础应从替代责任转向过错责任原则。

为实现对于仲裁员免责事由的可验证性判定,仲裁员应当在案件审查报告中就是否采纳系统裁决结果的情况作出详细说明,审查主体对于智能系统介入程度与仲裁员义务履行程度综合进行判定。尤其对于人工智能生成结论的合理性、因果关系的充分性及对抗性论点的平衡性等核心要素,仲裁员应进行推理过程校验与价值衡平审查,并以显著方式区分系统生成内容与自身决策部分内容。若为了规避法律责任,将自身裁决内容“伪装”成智能仲裁系统生成内容,经技术鉴定发现标注内容与人工智能生成内容特征不符,仲裁员需承担不利后果。仲裁员未对该部分内容进行标注和说明,则在后续纠纷中不得再以未注明部分作为自身抗辩和免责事由。以促使仲裁员完成对仲裁系统输出裁决结果的合规性审查及合理性证明,以确保仲裁程序的透明性、裁决依据的充分性及结果追溯的有效性,实现仲裁程序公正性与技术应用规范性的有机统一。

2. 人工智能相关技术主体的免责事由

当前,在仲裁员使用人工智能仲裁系统辅助的应用场景下,技术主体的免责抗辩事由可归纳为两种核心类型。^⑪

其一,人工智能相关技术主体证明其已经履行了各技术环节的注意义务,在提供人工智能服务时采取了合理预防风险的措施。但需要注意的是,仲裁系统相关技术主体的注意义务涵盖人工智能运行的整个生命周期,包括对技术的及时更新和升级,其不能主张基于开发风险的技术性抗辩。此种抗辩的成立要件强调义务履行的完整性与动态性,要求技术主体不仅需要完成事前合规审查,还需在技术运行过程中保持安全维护机制的实时响应能力,并且排除以技术开发风险作为抗辩基础的可能性。

其二,当错误裁决结果源于仲裁员故意规避仲裁系统防护机制或重大过失导致技术运行条件异常时,其行为已达到严重干扰人工智能系统运行条件的程度,是一种“明知且自愿地进入使自己权益遭受危险的境地”的行为,该行为符合自陷风险的法理特征,此时技术主体可主张责任豁免。但需特别注意,若诱导行为属于技术主体法定注意义务中应当规避的行为类型,此类情形下技术合规抗辩将因注意义务的履行瑕疵而丧失效力。只有当诱导行为完全超出技术预设功能范围且与法定义务无涉时,技术主体方可基于技术合理使用边界主张免责。

此外,若进入强或者超强人工智能时代,仲裁系统超出算法预设规则和系统框架,基

^⑩ 周尚君、伍茜:《人工智能司法决策的可能与限度》,载《华东政法大学学报》2019年第1期,第62页。

^⑪ 同前注^⑩,第68页。

于自由意志实施独立行为进而导致错误裁决结果,技术主体可主张机器责任作为自身免责抗辩事由。当人工智能具备高度自主的决策能力且行为超出人类预设控制范围时,实施行为独立于人类意志的主体活动,此时应依据技术主体责任分离原则免除技术主体的替代责任,此规则既回应了强人工智能自主性特征对传统责任体系的挑战,也为未来智能系统的责任认定预留了规范空间。

五、国际商事仲裁人工智能的未来发展方向： 基于动态演进的人智混合决策体系构建

在弱人工智能向强人工智能甚至超强人工智能发展的过程中,需明确不同发展阶段人工智能在仲裁决策中的角色定位与权限边界,针对人工智能在仲裁场景中的应用构建系统且具有前瞻性的决策体系。本文依据人工智能所处发展阶段提出人工智能在仲裁中应用所对应的决策模式,即构建“基于动态演进的人智混合决策体系”,以明确国际商事仲裁人工智能的未来发展方向。动态演进的人智混合仲裁决策模式呈现出阶段性、递进式的特征,其中辅助增强、自主监管、人智协同三种模式分别代表不同发展阶段的人机关系与决策逻辑。

(一) 动态演进的人智混合仲裁决策体系构建

1. 辅助增强型仲裁决策模式

弱人工智能时代,人工智能辅助增强型仲裁决策模式处于人智混合仲裁决策的初级阶段,呈现出“仲裁员为主导、人工智能为辅助”核心特征。此模式下仲裁系统不具备自主决策能力,仲裁员在仲裁程序全流程中实现对于仲裁系统的深度介入与绝对控制,以保障仲裁系统的稳定运行,并完成各类信息在仲裁人员间的交互与传递,实现仲裁程序内部的高效分工与协同配合。弱人工智能时代人工智能智能性程度较低,仲裁系统功能主要聚焦于案件分析、类案推送、提供裁决建议等辅助性工作,仲裁员享有最终决策权并对最终裁决结果负主要责任。仲裁员通过对仲裁系统输入相应的控制指令,并依据专业经验对系统裁决进行校验、修正,确保系统裁决建议或结果符合法律规范与伦理价值取向,以保障最终裁决的客观性与公正性。

2. 自主监管型仲裁决策模式

在人工智能自主监管型仲裁决策模式下,仲裁系统仅对特定类型仲裁案件享有独立裁决权,且具备明确的适用边界与启动程序。各仲裁机构可通过制定准入性正面清单制度,对于仲裁系统的裁决权边界加以约束和限制。但应充分考量实践中仲裁系统的技术成熟度,评估其在事实认定、法律适用等环节的可靠性,充分考量案件难易程度并综合权衡其可能引发的伦理风险,以及社会公众对人工智能参与仲裁裁决的接受程度等多维度,对于人工智能可仲裁案件及类型进行明确规定。^⑧ 在自主监管型仲裁决策模式下,人

^⑧ 同前注^⑧,第101页。

类仲裁员基于自身专业知识、实践经验及主观判断优势,可以对系统决策全流程进行实时动态监督,并可以在必要时介入仲裁系统进行决策干预。

强人工智能时代仲裁系统具有一定的自主能力,仲裁员与系统之间分工更为明确,人类仲裁员更为聚焦法律解释、自由裁量等需要进行价值判断的核心环节,保留仲裁裁决权最终归属。仲裁员作为智能系统裁决结果的监管者与审查者,在人类经验知识影响下提升仲裁系统裁决的准确性和可信度,以实现复杂场景和协同任务中的混合决策与优势互补。此模式在充分发挥智能系统技术效能优势的同时,通过人类仲裁员的主体性介入与能动性干预,基于规则校准、风险预警与伦理审查等多元路径,建构技术理性与价值理性的协同校验机制,保障裁决结果在事实认定、法律适用、裁量基准与利益衡平等维度契合仲裁制度实质正义价值诉求,实现仲裁程序的效率优化与实体公正的双重目标平衡。

3. 人智协同型仲裁决策模式

作为人智混合仲裁决策的高级形态,人智协同型仲裁决策模式追求“人智深度融合、决策共生共促”目标。仲裁系统突破传统工具属性,通过多模态交互与仲裁员建立平等协作关系,双方在信息共享基础上共同参与案件分析、策略制定与裁决生成,平等进行决策。仲裁系统基于大数据预测案件走向,仲裁员结合行业洞察与伦理考量调整决策方向,最终形成兼具技术精准性与法律正当性的高质量仲裁决策方案,此模式依赖跨学科知识融合与新型技术架构,致力于解决高度复杂、前沿交叉领域的仲裁难题。超强人工智能时代仲裁系统被赋予与人类仲裁员同等的裁决权,其具备法律主体资格,亦可由其独立承担决策责任。此时,人类仲裁员与仲裁系统之间的边界趋于模糊,决策责任亦呈现共担特性,对法律责任认定与伦理规范提出全新挑战。未来若进入超强人工智能时代,可由仲裁当事人之间共同进行明确约定将争议提交人工智能裁决。但前提是当事人、仲裁庭和仲裁司法审查法院对人工智能裁决结果保持知情,并对智能裁决结果享有进行解释、修改、接受和拒绝的权力^⑧,在此种情况下可以明确人工智能仲裁协议及依照该人工智能协议作出的裁决有效。

为推动人工智能仲裁决策系统在仲裁领域的深度融合与高效应用,需立足中国仲裁实践情境展开深入研究。首先,应聚焦于我国本土仲裁制度中对于人工智能仲裁决策的认可度与接受度,深入剖析司法体制及社会公众心理对其接受度的影响。探索中国特色仲裁制度对人工智能仲裁决策系统适配性的特殊要求,为技术应用提供本土化的理论支撑。其次,重点研究仲裁系统与仲裁员在事实认定、证据分析、争议焦点识别、裁决建议生成等关键决策环节的协作模式,分析如何通过交互界面优化、决策权限分配及反馈机制的规范性设计,实现两者优势互补。同时,需将中国传统文化价值观纠纷解决理念与现代仲裁制度相结合,设计符合本土文化与价值观的决策框架。最后,针对仲裁案

^⑧ 武振国:《人工智能辅助仲裁庭审阅证据的可控性研究》,载《上海对外经贸大学学报》2025年第2期,第87页。

件的类型化特征与复杂性程度开展人智混合仲裁决策范式的实证研究,探索人工智能决策规则与中国仲裁实践经验的规范衔接路径,构建兼具技术效能与法律正当性的仲裁决策体系。

上述三种决策模式并非割裂存在而是互相补充,并构成动态演进的混合决策体系。综合来说,依据具体仲裁案件决策场景、案件类型复杂性程度以及人工智能技术发展成熟度等多种变量为分析框架,探析人类仲裁员与仲裁系统协作的最优效能边界,设计协同演进的混合决策模式。通过构建多模态、场景适配且具动态演进特性的混合决策体系,仲裁机构可依据所处发展阶段对仲裁员与仲裁系统间决策权进行合理分配并选择适合当下情景的仲裁决策模式,以实现人工智能技术与国际商事仲裁的深度协同发展,最终形成兼具效率优化与公正保障功能的现代仲裁制度。

(二) 人智混合决策体系下人类仲裁员的职责

人智混合仲裁决策体系的构建将推动国际商事仲裁这一争议解决方式转型与发展,使其在技术革新与实践需求的双重驱动下,实现从传统范式向现代治理模式的时代性跃迁。在此过程中,人类仲裁员角色从单一的决策者转变为智能系统的监督者、价值判断的主导者以及混合决策的协调者。人类仲裁员专业判断在混合决策模式中具有不可替代地位,其核心职责集中体现在以下三个维度。

1. 人工智能逻辑推理与法律论证的契合度

人类仲裁员推理过程与人工智能算法逻辑推理存在本质差异,后者本质上为数据驱动下的算法决策,其推理方式呈现出显著的形式化特征,缺乏对法律价值的感知能力和对复杂情境的应变能力。仲裁系统擅长输出形式化、标准化案件裁决结果,依赖算法统计规律构建特征关联,难以自主完成法律原则的衡平适用与规范漏洞的创造性填补。法律论证作为法律适用的核心环节,不仅要求形式逻辑的严谨性,更强调实质推理的正当性。法律论证要求仲裁员穿透条文语义,结合立法目的、仲裁规则及社会伦理价值进行综合判断,在面对法律漏洞、规范冲突时还需运用法律解释方法进行释明说理,以实现个案公正。实现二者的契合需要人类仲裁员充分发挥关键的校准作用。

混合决策模式下,仲裁员无需对人工智能算法运行逻辑进行解释,但需对仲裁案件事实认定、法律适用、作出裁决这一过程进行审查,并对人工智能生成内容进行监督与校验,对于仲裁系统生成的明显错误裁决结果予以修正。在仲裁规则、司法政策和伦理规范的知识框架范围内,作出兼顾形式合法性与实质合理性的仲裁裁决。此外,仲裁员对于智能系统裁决结果思路负有作出符合法律层面的解释职责,对于采纳该仲裁系统裁决建议或裁决结果的法律论证思路应按照法律逻辑链条进行阐明解释,以增强当事人对智能裁决的程序认同与实体接受度,最终提升仲裁裁决的公信力与社会认同基础。

2. 人工智能裁决结果与个案情景的匹配度

人工智能仲裁系统的优势在于能够保障输出裁决结果的一致性和效率性,有助于实现“同案同裁”,但也因此陷入机械正义的认知窠臼,忽略对于情况特殊个案的实际考量。

仲裁系统由于不具有人类的价值观和思想,无法通过语义理解实现对当事人真正的意图追溯,也缺乏根据对话语境动态调整裁决路径的自适应能力,无法在特殊情况下结合实际案情作出不同于以往的“改判”。而仲裁实践的复杂性在于各个案件所具有的独特的事实背景、社会影响及利益诉求,机械适用标准化模型可能导致“同案同裁”与“个案正义”的失衡。

尤其在跨境商事仲裁中,不同法域的法律冲突和文化差异也可能超出算法的预设处理范围。人类仲裁员在此过程中扮演着情景化决策的核心角色,需凭借其丰富的实践经验和专业洞察力识别出个案中的特殊要素,基于当事人的主观合意、行业惯例的适用、社会公共利益的考量等多重非结构化要素考量,从而对智能裁决结果进行针对性调试。该种调试并非否定技术决策的客观性,而是通过补充个案特质性信息,修正算法可能存在的系统性偏差。例如,在劳动争议仲裁中,仲裁系统可能基于有限的训练数据给出经济补偿的量化标准,但仲裁员需结合劳动者的就业背景、企业的经营状况以及地区经济发展水平等因素,在法律框架内作出更符合实际情况的仲裁裁决。

3. 人类仲裁员对仲裁案件的伦理价值考量

决策结果的作出需要依赖于道德和伦理,具有自由裁量权的裁判者会在疑难案件中作出道德上或者伦理上的正确判决。^⑧ 仲裁系统缺乏情感、意识、反思、直觉和想象等非理性思维,加之算法偏见、数据隐私泄露、技术依赖风险等问题存在,人类仲裁员作为法律伦理价值的守护者,其职责使得仲裁裁决中的伦理价值考量更显重要。仲裁员在依托仲裁系统辅助处理案件时,需基于具体个案情境与法定规范框架,弥合智能仲裁系统与法律规范内涵及仲裁实践之间的认知偏差与价值裂隙,进而在规范适用与个案正义之间构建有机衔接的裁决逻辑。与此同时,由于算法的高度专业性有必要建立专门的算法监督机构或组织,以协助仲裁员对于监督和审查过程中的技术疑难问题进行答疑。

在人智混合决策体系中人类仲裁员的职责已超越传统意义上的裁决职能,演变为技术理性与司法理性的协调者、个案正义与普遍规则的平衡者、法律适用与伦理价值的统一者。这种角色转变既是仲裁智能化发展的必然要求,也是维护仲裁制度公信力的关键保障。唯有明确并强化人类仲裁员的核心职责,才能实现人工智能技术与仲裁实践的良性互动,推动争议解决机制的创新发展。

(三) 人类仲裁员最终决策权保留机制

在人智混合仲裁决策体系中,人类仲裁员最终决策权保留机制的三重权力配置既彰显了人类专业判断在仲裁领域的不可替代性,也为智能技术的规范应用划定了权限边界,构成维护仲裁制度正当性与权威性的核心屏障。

1. 人类仲裁员对人工智能决策方式的选择权

在人智混合仲裁决策体系中,人类仲裁员对人工智能决策方式的选择权本质上是技

^⑧ 同前注^④,第60页。

术应用的规范性控制能力,其核心内涵表现为仲裁员依据案件争议的性质与复杂程度、仲裁系统的技术成熟度以及自身对智能系统的认知与操作能力,自主决定是否引入人工智能参与仲裁决策,并可以动态调控技术介入的深度与方式。这一选择权通过差异化的决策模式进一步得到体现:

在技术成熟度较低的弱人工智能发展阶段,仲裁员可选择辅助增强型决策模式,由人工智能完成标准化任务;强人工智能发展阶段系统具备一定独立决策权,仲裁员可采用自主监管型决策模式,并可以在必要时干预并介入仲裁决策;超强人工智能发展阶段,在涉及复杂价值判断或新型法律关系的案件中,可适用人智协同型决策模式,通过人机交互实现法律论证逻辑与算法推理路径的深度融合。上述模式的弹性选择机制,既赋予仲裁员根据专业判断调控技术介入程度的裁量空间,又通过案件复杂度、技术成熟度、人类掌控力的三维匹配模型,确保人工智能技术的应用始终服务于仲裁制度的公平正义目标。

2. 人类仲裁员对人工智能决策建议的审核权

人工智能生成的决策建议本质上属于技术辅助意见,其合法性与合理性需经过人类仲裁员的专业审查。人类仲裁员对人工智能决策建议的审核权,是保障仲裁裁决合法性与正当性的核心制度设计,这一审核权涵盖对算法推理过程的合规性审查、裁决结论的实质正义校验及社会效果的前瞻性评估,形成程序审查、实体校验、价值衡平的立体化审查体系。审核权的运作需遵循三层递进式审查标准。

其一,形式审查关注系统输出裁决结果的程序合规性,仲裁员自身应依照既定的操作规范与指引正确使用智能系统,应做到认知有深度、操作有法度、判断有温度的统一。在混合决策模式中维系仲裁程序的法定性与可控性。这一过程不仅要求仲裁员对技术工具予以深度了解,更需转型为程序正义的监督者,通过将技术应用纳入法律程序的规范轨道,确保智能系统的运行始终服务于仲裁制度的根本价值,而非异化为脱离人类控制的决策黑箱。仲裁制度应在智能化浪潮中坚守“程序法定”的底线,从而为裁决结果的实质正义奠定坚实的形式合法性基础。

其二,实质审查聚焦决策建议的实体正当性,运用法律解释学方法检验推理过程与规范体系的契合度。仲裁员通过运用法律专业知识解构仲裁系统在事实认定以及法律适用层面的推理路径,在法律规范存在空白或冲突时进一步通过法律解释方法弥补技术逻辑局限性,依据法律原则进行价值补充。在跨境仲裁案件中,仲裁员需特别关注智能系统对不同法域法律冲突的处理方式,防止因数据样本偏差导致的法律适用错误。

其三,伦理审查则评估裁决结果对社会价值共识的回应性,需评估系统输出结果是否违背公序良俗、社会公共利益等法律原则,防范技术工具主义对人文关怀的消解。此外,审核权还延伸至对算法偏见的识别与纠正,当发现人工智能的裁决建议存在性别、地域、行业歧视或者其他技术缺陷时,仲裁员有权要求技术方提供偏差分析报告并启动算法修正程序。

3. 人类仲裁员对仲裁决策享有最终决策权

最终决策权作为仲裁员的核心权力,该权力的不可替代性源于仲裁活动的本质特征,仲裁不仅是法律规则的机械适用,更是包含价值判断、利益衡平与社会效果考量的复杂实践。无论技术如何进步,人类的情感价值、判断能力和法律意识都是不可替代的。即使进入超强人工智能阶段,人工智能具备高度自主决策能力,也必须将仲裁员的最终审核与干预权作为必要制衡机制,确保人类在仲裁决策中的主导地位。最终决策权的行使具体体现在三个层面:其一,对人工智能决策建议的采纳、修正或否定权。仲裁员可基于专业判断对智能系统的输出结果进行实质性调整,即使该结果在技术逻辑上具有合理性,若不符合个案正义要求仍可独立行使仲裁裁决权。其二,对决策程序的法定监督权,仲裁员需确保从证据分析到结论形成的全过程符合法定程序,防止技术异化导致的权力失范。其三,对裁决结果的责任承担机制,最终裁决的作出意味着仲裁员需对法律适用、事实认定及价值判断承担优先责任,这种责任约束倒逼仲裁员审慎行使决策权,避免对智能系统的过度依赖。在涉及公共政策导向的仲裁案件中,仲裁员更需通过最终决策权的行使,将国家战略、社会价值等宏观要素融入微观裁判,实现法律效果与社会效果的统一。

人类仲裁员最终决策权保留机制通过行使选择权奠定技术应用基础、基于审核权强化决策质量控制,其作为仲裁主体始终享有最终决策权以保障仲裁责任最终落实,形成环环相扣的权力保障体系。这一机制既顺应了仲裁智能化发展趋势,又符合仲裁制度的本质,为构建安全、公正、高效的人智混合仲裁决策模式提供了制度基石。

六、结 语

在人工智能深度重塑争议解决范式的时代背景下,人智混合仲裁决策体系的构建不仅是技术赋能司法的实践探索,更是对仲裁制度本质价值的重新审视与捍卫。人类仲裁员对人工智能决策方式的选择权、审核权及其对智能系统的规范使用,共同构成了算法逻辑的技术效能与法律规范的价值导向协同发展的制度基石。不同决策模式的灵活选择与精准适配,既彰显了仲裁员在技术浪潮中对专业判断主体性的坚守,也展现了仲裁制度在适应数字化转型时的制度韧性 with 开放品格。人智混合仲裁决策体系的有效运行,依赖于仲裁员技术认知能力与规范把控能力的双重提升,更需要通过制度化设计实现技术应用可控化管理与责任化追溯。

在弱人工智能阶段,若仲裁员已履行相应义务且系统技术风险不可知性超出其专业能力范畴,可主张技术缺陷抗辩免责,审查主体可通过解构具体技术环节溯源具体担责技术主体。未来进入强或超强人工智能时代,仲裁系统具备法律主体资格而独立担责。鉴于此,构建人智混合仲裁决策体系应设置人类仲裁员最终决策权作为必要制衡机制,以维系其在仲裁决策中价值判断的核心地位。未来人智混合仲裁决策体系将历经持续

性的动态演进过程,其价值内核在于:人工智能技术应成为仲裁正义的有力支撑,以实现人类仲裁员专业判断能力的延伸与强化,而非替代人类仲裁员在仲裁裁决中的核心地位。唯有将人工智能的技术效能优势与人类的规范价值判断能力予以深度融合,在技术创新与公正价值之间寻求平衡发展,方能保障仲裁制度在智能化转型中既不失效率提升的时代机遇,又坚守公平正义的价值底线,最终推动国际商事仲裁向融合人类仲裁员智慧与人工智能智慧的现代化争议解决范式转型。

Abstract: Currently, the application of artificial intelligence in the field of international commercial arbitration mainly focuses on assisting the intelligent transformation of the arbitration secretary's work and assisting human arbitrators in arbitration decision-making and reasoning. With the gradual promotion of the application of artificial intelligence in international commercial arbitration, the legal disputes it faces are becoming more and more prominent, and it is necessary to improve the relevant legal provisions to regulate the reasonable application of artificial intelligence in the field of international commercial arbitration, in order to give full play to the rich potential of artificial intelligence to help the development of international commercial arbitration. Moreover, on the basis of specific regulatory measures, this paper further proposes the construction of a "hybrid decision-making system based on dynamic evolution of human intelligence", which advocates the full integration of human intelligence and artificial intelligence, in order to dedicate to the formation of higher-quality arbitral awards, and further clarifies the direction of the future development of artificial intelligence in the field of international commercial arbitration.

Keywords: artificial intelligence; international commercial arbitration; subject matter eligibility; liability rules; hybrid decision making system

(责任编辑: 顾 涛)

《仲裁法》修订背景下我国国际仲裁临时措施制度的完善

崔起凡^{*}

内容提要 临时措施是我国仲裁法修订中的重要议题之一。当下,立法草案中的相关规定从制度定位到具体规则均亟需重新审视。我国仲裁法包括其临时措施制度的修订应当确立国际化定位,借鉴《示范法》,同时吸收仲裁发达国家的立法经验。临时措施的种类应当保持开放性,除证据保全、财产保全和行为保全之外,应当为“其他临时措施”保留空间;仲裁庭的临时措施发布权应当予以确认,同时在共存权力模式下,当事人应可自由选择法院或者仲裁庭作为临时措施的发布主体;鉴于“一带一路”共建对涉外法治的内在需求,我国仲裁法应考虑本国法院在域外仲裁临时措施中扮演更为积极的角色,并在对等互惠的基础上,倡导和推动国际仲裁临时措施的跨境合作机制的建立和完善。此外,法院为支持国际仲裁而签发的禁诉令作为一种特殊的行为保全,可用作强制执行仲裁协议、保护仲裁庭管辖权的法律工具,我国应当通过确立这一制度,增强国际仲裁用户选择我国作为仲裁地的信心。

关键词 临时措施;国际仲裁;仲裁法;《示范法》

引言

仲裁临时措施,是指在仲裁裁决做出之前,由法院或者仲裁庭采取的临时性救济。其目的在于保护当事人权益、推进程序顺利进行,以及保障裁决执行。^①临时措施关乎仲裁程序的推进与仲裁裁决的实效,直接影响当事人权益,是仲裁实践中的重要环节,也是我国仲裁法修订中的重要议题。

目前我国仲裁法修订取得了阶段性进展,先后形成了三个文本:一是2021年7月司法部发布的《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》(以下简称“征求意见稿”);二是2024年11月全国人大发布的《中华人民共和国仲裁法(修订草案)》(以下简称“一审稿”);三是2025年4月全国人大发布的《中华人民共和国仲裁法(修订草案)(二次审议稿)》(以下简称“二审稿”)。“征求意见稿”以专节(第43-49条)规

^{*} 崔起凡,浙江万里学院法学院副教授,硕士生导师。本文系作者主持的国家社科基金后期资助项目(22FFXB049)的阶段性研究成果。

^① 崔起凡:《国际投资仲裁庭干预东道国刑事程序的临时措施研究》,载《商事仲裁与调解》2024年第2期,第47页。

定了临时措施,分别涉及临时措施的种类、发布主体、申请条件、向外国法院申请执行、紧急仲裁员等。整体上,体现了对国际经验的借鉴和国际化目标的追求。“一审稿”中的临时仲裁规则又回到了简单的两个条文(现行仲裁法亦为两个条文);在立法体例上,它也从“征求意见稿”中的专节集中规定回归到了现行的分散式立法:第36条规定了行为保全、财产保全,第55条规定了证据保全,这种结构安排明显接近于民事诉讼法中三种保全的规定。更关键的问题是,草案文本的理念与制度定位发生了转变,似乎更为强调法律修订的稳健性,未能体现应有的国际化定位。这一点将在后文对具体规定的分析中得到印证。“二审稿”基本上保留了之前“一审稿”中临时措施规则的内容,只是改变了条文的位置,分别规定在其第39条和第58条之中。为表述方便起见,后文一般将“一审稿”和“二审稿”统称为“修订草案”。

我国仲裁临时措施制度的修订将走向何方、最终如何落地,令人关注。当下仲裁界亟需结合“一带一路”共建、统筹推进国内法治与涉外法治的需求,就如何完善仲裁临时措施制度进行重新审视。

一、我国仲裁以及临时措施制度的定位

2018年底“两办”印发《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》,提出了“提高仲裁服务国家全面开放和发展战略的能力”的要求。在我国统筹推进国内法治和涉外法治的背景下,服务于“一带一路”共建的仲裁制度改革成为当前立法的重要任务。这意味着,我国仲裁立法的定位应是仲裁国际化,通过提升国际仲裁竞争力将我国打造为国际仲裁优选地。当前的仲裁法改革理应服务于这样的定位。为此,我国仲裁立法需要系统借鉴以《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(以下简称《示范法》)为代表的国际经验。

从“修订草案”看,我国仲裁立法尤其临时措施制度的修订着重体现了稳健性,未能体现应有的国际化。其中的原因在于,仲裁立法的改革非常复杂,牵涉甚广。首先,它必须处理好法院和仲裁的关系,就临时措施而言,涉及法院和仲裁机构(或仲裁庭)之间的权力分配。若仲裁庭被赋予临时措施的发布权,因临时措施需要法院投入大量司法资源予以执行,在缺乏法院足够支持的情况下,仲裁临时措施制度难以取得实效;我国法院为仲裁提供这种支持可能会背上过重的负担,案多人少的矛盾也可能更加突出。其次,临时措施制度的改革需要与民事司法体系相互衔接相互匹配。民事诉讼法中的临时措施制度尚不够完善,这必然对仲裁临时措施制度的改革形成制约。此外,相关理论探索尚存较大分歧,短时间难以达成共识;我国仲裁界也相对缺乏涉外法治人才,同时只有部分仲裁机构具有现代国际仲裁的管理经验,仲裁实务界已经形成相对稳定的操作模式,颠覆性的变革可能导致较长时间的实践混乱。不过,我国仲裁立法改革可以另辟蹊径。国内仲裁和涉外仲裁的合一立法实际上制约了我国仲裁国际化的改革步伐和创新性。国内仲裁和国际仲裁原本面对不同的用户,对法律存在着迥异的需求。因此,仲

裁法修订可以采用“双轨制”,即国内仲裁和国际仲裁分别立法。在这方面,新加坡的立法经验可资借鉴,新加坡制定了《新加坡仲裁法》和《新加坡国际仲裁法》分别调整国内仲裁和国际仲裁。在双轨制下,我国的国内仲裁可保持本土化特色,作为法律文化、诉讼文化的传承,主要用于满足国内用户的需要;而国际仲裁应追求国际化,尽可能与国际通行实践接轨。

就我国国际仲裁的临时措施而言,立法上可主要参照《示范法》。^② 比起1985年版本,2006年《示范法》中的临时措施规则进行了较大的修订,许多示范法国家也尚未完全采纳这些新的临时措施规则。除了借鉴《示范法》,我国仲裁临时措施制度还可吸收仲裁发达国家现有的立法经验。而国内仲裁临时措施的立法则另作处理,大致可以维持“修订草案”中的现有规定。

我国仲裁立法不必详尽规定临时措施的各种细节,只需构建仲裁实践所需的基本制度框架。具体规则可由仲裁规则细化,更为细致的事项则宜由当事人约定或仲裁庭行使裁量权。以临时措施发布的条件或标准为例,尽管它是一个重要的实践性问题,不过并不需要在仲裁立法中进行详尽的规定。比如,《德国民事诉讼法》第1041条第1款规定,“除非当事人另有约定,经一方当事人请求,仲裁庭可以发布其认为必要的临时性措施。”《法国民事诉讼法》第1468条第1款也规定,“仲裁庭可根据其所确定的条件,命令当事人采取其认为适当的任何保全或临时措施”。关于什么是“适当的”或“必要的”,这些国内仲裁立法交给仲裁庭自由裁量,这实际上反映了各国立法对仲裁灵活性和自治性的尊重。关于临时措施发布条件和标准,国际仲裁领域已经发展出了“最佳实践”,一般而言,发布临时措施需要满足的条件包括表面上的管辖权、胜诉的可能性、紧迫性、必要性以及比例性等等;同时,并不存在国际统一的适用条件和标准,在个案中一定程度上仍需由仲裁庭根据具体情况决定。^③ 仲裁机构、国际组织也可就此制订“软法”为仲裁实践提供指引,比如,英国皇家特许仲裁员协会制订的《国际仲裁实践指南:临时措施申请》^④ 对于临时措施的具体事项包括临时措施的发布标准进行了详细规定,可供仲裁实务人士灵活地参考适用。

临时措施制度的修订应当基于国际化定位,适当地搭建基础框架。首先,关于临时措施的立法模式,可以借鉴《示范法》对临时措施进行集中规定,突破原仲裁立法(以及民事诉讼法)中的分散立法模式。这样的规则体系清晰完整,也容易获得国际仲裁用户,尤其是示范法国家实务人士的认同。此外,我国仲裁立法还需要谨慎处理几个关键

② 我国仲裁立法应以《示范法》为蓝本进行修订至少具有两点原因:其一,《示范法》通过国际仲裁界的集思广益,体现了国际仲裁立法的先进理念。其二,《示范法》已被93个国家、126个法域采纳,代表了广泛的国际共识,仲裁立法借鉴甚至采纳《示范法》容易获得国际认同感。当然,《示范法》仅具有建议性,示范法国家在采纳或借鉴《示范法》时具有一定自主性,可在一定程度内偏离其文本,因此这些国家因采纳程度不同,立法可能存在差异。

③ 参见崔起凡:《国际投资仲裁庭于预东道国刑事程序的临时措施研究》,载《商事仲裁与调解》2024年第2期,第52页。

④ CIArb, *International Arbitration Practice Guideline: Applications for Interim Measures*, <https://www.ciarb.org/media/epgj4eb2/5-security-for-costs-2015.pdf>, last visited Apr.30, 2025.

问题: 1. 措施的种类,直接关系到仲裁庭在程序“工具箱”中有哪些选项,能否在裁决作出之前为当事人提供适当的临时救济。2. 临时措施发布权的分配,涉及法院与仲裁之间的基本关系定位,直接影响仲裁效率和公正的实现。3. 关于本国法院为支持域外仲裁发布或执行临时措施,许多国家已经采取了积极开放的立场,我国的立场在当下亟需重新评估并适时调整。4. 在建设国际仲裁中心的过程中,禁诉令作为特殊的行为保全措施可以发挥积极作用,我国仲裁法改革对此应予以重视。

二、我国国际仲裁临时措施的种类设定

现行《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)中临时措施的相关规定,仅提及证据保全和财产保全,未明确涉及行为保全。《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)第103条关于行为保全的规定也未明确提及适用于仲裁。仲裁行为保全仅在《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》《最高人民法院关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定》中作出了规定,根据这些规定,在海事纠纷和知识产权纠纷领域的仲裁临时措施包括行为保全。而在一般领域的仲裁中,临时措施是否包括行为保全尚存争议。

在一些案件中,法院以缺乏法律依据为由,驳回了仲裁行为保全申请。比如,成都锦江区人民法院指出,仲裁中的行为保全缺乏相关的法律规定,申请人的行为保全申请没有法律依据,故驳回申请。^⑤一些学者基于对现有法律规定的解读,对仲裁领域行为保全的法律依据也持否定立场。^⑥在另外一些案件中,法院则持肯定立场。比如,在2019年的一起贸仲案件中,申请人提出行为保全请求,要求禁止被申请人对申请人所承租的租赁区域再次对外出租。北京第一中级人民法院根据《仲裁法》第28条,《民事诉讼法》第100条、第102条等规定,发布了支持仲裁的行为保全命令。^⑦此外,无锡市中级人民法院、海南省第一中级人民法院、长春市经济技术开发区人民法院等法院均准许了仲裁中的行为保全申请。^⑧

“征求意见稿”明确规定了临时措施的种类,包括证据保全、行为保全、财产保全以及仲裁庭认为有必要的其他短期措施。“修订草案”在现行《仲裁法》基础上只是明确增加了行为保全。相比而言,“征求意见稿”中临时措施的种类设定更为合理。我国仲裁改革的基本定位是国际化,以建设国际仲裁中心作为发展目标,而国际仲裁中心意味着不同国家、不同法律文化背景的当事人、代理人愿意选择它作为仲裁地,甚至外国仲裁

^⑤ 参见成都市锦江区人民法院(2020)川0104行保1号裁定书。

^⑥ 参见黄非也:《论中国国际商事仲裁临时措施制度的优化路径》,载《国际法研究》2024年第1期,第144页;许偲:《我国国际商事仲裁临时措施制度的改进路径》,载《海峡法学》2022年第2期,第114页。

^⑦ 参见北京市第一中级人民法院(2019)京01财保168号裁定书。

^⑧ 参见无锡市中级人民法院(2019)苏02行保1号裁定书、海南省第一中级人民法院(2019)琼96行保1号裁定书、长春市经济技术开发区人民法院(2021)吉0191行保1号裁定书。

机构也愿意选择在此开展仲裁业务并适用当地仲裁法,同时,仲裁庭成员也往往具有多元法律文化背景。有鉴于此,我国仲裁法下的临时措施种类应当具有在法律文化上的开放性和包容性,不应受限于本国诉讼临时措施种类从而呈现本土化和封闭性色彩。

考察域外的民事诉讼制度,可以发现证据保全、行为保全与财产保全难以涵盖所有临时措施类型。比如,《欧洲民事诉讼示范规则》通过列举临时措施的诸多功能,^⑨对临时措施的概念界定保持了开放性,然后在其第192至200条具体规定了四种典型的临时措施:财产保全、行为保全、证据保全以及临时付款措施(Interim Payment Measures)。

《示范法》第17.2条规定了四种临时措施,包括:维持或恢复现状的措施,保证仲裁程序顺利进行的措施,财产保全以及证据保全。这是一个穷尽式列举,无法涵盖不同国家所有的临时措施。表面上看,因前两种临时措施合二为一相当于行为保全,《示范法》与我国仲裁法“修订草案”下的临时措施种类并无二致。不过,许多示范法国家对《示范法》第17条进行了灵活的解释,以涵盖广泛的可能措施。^⑩同样是贸易法委员会制订的《UNCITRAL 仲裁规则》第26条第2款中列举了与《示范法》相同的临时措施种类,但在列举前使用了“例如但不限于”的措辞,明确表明适用《UNCITRAL 仲裁规则》的仲裁庭完全有可能发布未列入清单中的任何措施。关于《示范法》所列举的四种临时措施是否包括费用担保^⑪,《示范法》的工作组指出,尽管没有明确规定,费用担保仍然属于《示范法》第17.2条所列举的第三种临时措施(广义的财产保全)。^⑫此外,临时付款措施也是一种国际仲裁中较为常见的临时措施,在仲裁过程中,一方当事人有时可能紧迫地需要仲裁庭就部分或全部索赔金额发布临时付款命令。临时付款措施在功能和目的上与我国的先予执行制度具有一定的相似性。有学者认为,即使没有明确提及,《示范法》中也没有任何内容会阻止仲裁庭发布此类措施,在实际上提前产生与该方当事人胜诉将会获得的相同类型的结果。^⑬

有学者指出,对国际仲裁临时措施种类的穷尽式列举可能会限制未来应用的可能性,而国际贸易需要能满足当事方的需求和应对日益复杂案情而持续产生的新的救济

⑨ 《欧洲民事诉讼示范规则》第184条第1款规定:“临时或保护措施是指具有以下一项或多项功能的任何临时命令: 1. 确保或促进有关诉讼实体的最终决定的有效执行,无论相关债权是否为金钱,包括财产保全、获取或保存有关债务人及其资产的信息; 2. 保全对法律程序作出完整和令人满意的裁决的机会,包括取得与案情有关的证据或防止其被销毁或隐藏; 3. 保全构成或将构成诉讼标的物的货物或其他资产的存在和价值; 或(d)防止损害的发生,防止进一步伤害,或规制争议事项,等待最终判决。”

⑩ Ilias Bantekas et. al., *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: A Commentary*, Cambridge University Press, 2020, p.333.

⑪ 费用保全是指经被申请人申请,仲裁庭裁定由申请人就被申请人的仲裁费用提供的担保,用于确保在申请人败诉的情况下能够有效执行仲裁庭作出的费用裁决。See Ali Yesilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2005, p.214.

⑫ Report of the Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the Work of Its Forty Seventh Session, UN Doc.A/CN.9/641, 25 Sep.2007, para.48.

⑬ G. B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2nd ed., Kluwer Law International, 2014, pp.2499-2500.

措施。^⑭此外,许多立法例均没有对仲裁庭发布临时措施的种类进行穷尽式列举。^⑮在仲裁法的框架下,仲裁庭可以根据案情需要进一步决定国际仲裁中适用的具体临时措施种类。

综上,三种保全措施不足以满足我国国际仲裁的需要。比如费用担保,鉴于该项制度有利于防止当事人恶意提起仲裁,并确保仲裁裁决的实际执行,许多学者均主张,我国仲裁立法和实践应对仲裁庭发布费用担保令的权力予以认可。^⑯在我国现行诉讼法下财产保全具有直接强制的属性,必须由法院强制执行,财产保全的传统概念难以兼容费用担保。^⑰而且,因在我国民事诉讼中费用担保未获得认可,也不能通过对财产保全概念的扩张解释将费用担保涵盖其中。在这种情况下,新仲裁法可以将其归入“其他临时措施”。此外,国际仲裁中的临时付款措施或者仲裁庭根据仲裁需要可能发布的其他临时措施均可归入这一范畴。

同时,增加仲裁临时措施的种类可能加剧我国法院的负担,尤其在处理域外临时措施的发布或执行申请时。为合理缓解此种负担,《仲裁法》应明确规定:对于仲裁庭发布的临时措施,法院仅依据其既有程序(涵盖证据保全、财产保全、行为保全及先行执行)予以执行;对于超出《民事诉讼法》要求的临时措施申请,法院有权拒绝执行。在此情形下,仲裁庭可考虑在仲裁框架内对拒不配合的当事人采取救济措施,比如,作出不利推定或调整仲裁费用的分担。^⑱作为相似的情况,法院为支持仲裁而发布的临时措施亦应限于我国民事诉讼法的法定范围,不得突破民事诉讼中既有的临时措施种类和既有程序。

三、我国国际仲裁临时措施发布权的分配

关于仲裁临时措施的发布,我国现行立法采用法院专属权力模式,仲裁庭无权发布临时措施。当事人提交临时措施申请后,仲裁机构负责转递法院,由法院裁定并执行。“征求意见稿”确立了仲裁临时措施发布的并存权力模式,允许当事人选择向仲裁庭或者法院申请临时措施。然而,“修订草案”在此问题上回归了法院专属权力模式。

(一) 仲裁庭也应被赋予临时措施的发布权

关于临时措施的发布,《示范法》以及大多数国家的仲裁立法均采用并存权力模式。在采用法院专属权力模式的极少数国家中,有的也在选择变革之路,比如,希腊在

^⑭ Marinanne Roth, *Interim Measure*, Journal of Dispute Resolution, 2012, Vol.2012:2, p.425.

^⑮ 比如,《印度仲裁与调解法》第17条,《法国民事诉讼法》第1468条,《德国民事诉讼法》第1041条。

^⑯ 参见唐红林、徐舒晗:《论国际商事仲裁中费用担保制度的考量标准与适用》,载《长江论坛》2023年第2期,第77页。

^⑰ 财产保全和行为保全均属于保全的范畴。保全是指法院为保证判决的有效执行,或者避免当事人造成其他损害,依申请或者依职权,对被申请人的财产、争议标的物采取强制措施,或者责令被申请人实施或者不得实施一定行为的制度。其中,财产保全是指法院针对被申请人的财产采取的查封、扣押、冻结等强制措施。参见宋朝武主编:《民事诉讼法学(第三版)》,高等教育出版社2022年版,第186-187页。

^⑱ 任明艳:《国际商事仲裁中临时性保全措施研究》,上海交通大学出版社2010年版,第154-155页。

2023年修订仲裁法,几乎全盘采纳了2006年《示范法》的内容,同时废弃了此前的法院专属模式。

为什么我国也应当采纳并行权力模式,为什么仲裁庭应当分享临时措施发布权?存在以下理由:

其一,许多针对仲裁当事人的临时措施在仲裁框架下的执行比较现实可行,并非所有的法院干预均具有必要性。比如针对仲裁当事人的禁诉令,该当事人可能会配合仲裁庭、自愿执行,否则可能面临仲裁庭采取的救济措施,比如进行不利推定,分配仲裁费用以及损害赔偿。^{①9}仲裁当事人可以在对方当事人拒不执行仲裁庭的临时措施命令,确有必要采取强制措施的情况下寻求法院的干预。当然,由于仲裁庭缺乏对第三人的管辖权,针对第三人的临时措施只能由法院发布并执行。

其二,由仲裁庭发布临时措施具有一定的自身优势,无法被法院发布的临时措施完全替代。首先,由仲裁庭发布临时措施更能体现对当事人仲裁意愿的尊重,更有利于维护仲裁程序的自治性。其次,仲裁庭通常是更适合的发布主体。比如,仲裁庭往往更了解案情因而能够及时发布临时措施。而在现有立法模式之下,仲裁机构须将临时措施申请转交法院,再由后者审查材料和证据作出决定,可能会大大拖延了时日。最后,仲裁庭发布临时措施,可以避免因不必要的法院干预减损仲裁本身应有的其他优势,如保密性,而仲裁优势遭受的减损可能会影响当事人选择相应仲裁地的意愿。

其三,发布临时措施应是仲裁庭的固有权力,^{②0}可以作为仲裁庭高效管理程序、维护仲裁庭的权威性和高效性的必要法律工具。从实证法的角度看,法庭或仲裁庭,无论国内的或国际性的,通常都被赋予发布临时措施的权力,比如,国际法院、国际海洋法庭、欧洲法院、ICSID仲裁、非ICSID投资仲裁,无不如此。

其四,仲裁庭缺乏临时措施发布权可能导致国际争议当事人无法获得临时救济。各国法院发布临时措施的种类和条件差异较大,即使同一法系内部的不同法域也是如此。各国法院发布临时措施的条件通常会延伸适用国际仲裁之中。而国际仲裁庭发布临时措施通常不会适用国内民事诉讼规则,比如《示范法》即规定了仲裁庭发布临时措施的条件,在国际仲裁实践中逐渐形成了一定程度趋同化的发布标准。^{②1}同时,仲裁庭发布的临时措施可能比法院发布的临时措施在域外更可能得到执行。法院与仲裁庭发布标准的客观差异以及在法院专属权力模式之下寻求临时救济途径的单一性,更有可能导致仲裁当事人无法获得适当的临时救济。

法院专属权力模式不尽合理,对于仲裁实践造成了不必要的约束,因而实践中一些

^{①9} 崔起凡:《论仲裁庭签发的禁诉令》,黄进、肖永平、刘仁山主编:《中国国际私法与比较法年刊(2023)》(第32卷),法律出版社2024年版,第344页。

^{②0} 固有权力是指仅凭作为裁判者的事实或地位即可享有的权力,它不以明文规定为必要,但只有在特定争议解决中为履行其司法职能有必要时才能够实施,且不得违反强制性的法律规范。国际知名学者切斯特·布朗通过对各种国际争议的解决实践进行广泛深入的实证考察,认为临时措施是国际法庭(仲裁庭)履行职能所必需的,属于其固有权力。See Chester Brown, *A Common Law of International Adjudication*, Oxford University Press, 2007, pp.127-132.

^{②1} Ali Yesilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2005, pp.170-189.

仲裁机构试图通过规则创新寻求突破。有些仲裁规则规定仲裁庭可以采取临时措施,但同时限定要“依据所适用的法律”,该适用法若是外国法或者执行地在国外,仲裁庭的这一权力便可能便具有了法律依据。比如,《贸仲仲裁规则》第23条第3款:经一方当事人请求,仲裁庭依据所适用的法律或当事人的约定可以决定采取其认为必要或适当的临时措施。此外,《北仲仲裁规则》第62条第1款,《武仲仲裁规则》第78条第1款也有类似规定。

实践中,不仅我国仲裁庭或紧急仲裁员发布的临时措施在域外(如我国香港地区)可能得到执行,而且出现了人民法院对此类临时措施予以确认和执行情况。在2024年10月,北京市第四中级人民法院首次确认了北京仲裁委员会仲裁庭发布的临时措施。这一做法肯定了仲裁庭应有的权力,其背后的司法逻辑是:我国现行仲裁法明确规定了法院发布仲裁临时措施的权力,并未否定仲裁庭发布临时措施的权限。^②在该案中,支持国际仲裁的司法理念得以凸显,但其中所作法律解释与我国理论界和实务界一般理解并不相符,有违法治精神。仲裁庭发布的临时措施仍应由我国仲裁法明确予以确立。

为克服现行仲裁法这一局限性,仲裁机构可以通过“走出去”予以一定程度地缓解。若当事人约定仲裁地为示范法国家或地区(同时仍可在内地开庭),仲裁地即在域外,仲裁适用该仲裁地法,这不失为一种有效的迂回方法。此外,仲裁机构可直接“出海”,即在境外设立业务机构。^③比如,中国国际贸易仲裁委员会在中国香港、加拿大、奥地利分别设立了仲裁中心,依据域外法律,仲裁庭可发布临时措施,加强仲裁程序管理,进而提升我国仲裁的国际竞争力。

(二) 共存权力模式下仲裁庭与法院的关系

共存权力模式又分为两种模式:自由选择模式和法院辅助模式,这两种模式分别体现了仲裁庭与法院之间的不同关系,也代表着临时措施发布权的不同的分配方式。德国法、《示范法》采纳了自由选择模式,而英国法、法国法则采纳了法院附属模式。

自由选择模式的出发点在于最大限度为临时措施申请人的权利行使提供保障。但它也存在弊端:其一,有可能成为申请人向对方施压的工具;其二,赋予国内法院不受限制地准许临时措施的权力,可能会使当事人将争议提交仲裁的协议落空。^④而法院附属模式的理念是尽量减少法院的干预,限于为支持仲裁所必需,充分尊重仲裁自治。^⑤在法院辅助模式之下,如果仲裁庭能够有效发布临时措施,法院不应通过变更或撤销予以干预;如果法院已发布临时措施,仲裁庭可以依据案情修改或终止该命令,这是因为法院的命令本身性质上是临时的,不应阻止仲裁庭根据案情需要实施进一步的或最终的救济。

^② 薛童:《司法支持仲裁大动作,赋能仲裁庭临时措施!》,北京仲裁委员会官网, <https://www.bjac.org.cn/#/journalisticActivities/news/newsDetail?id=xw4989&categoryId=1906878101569753090>,最后访问时间:2025年4月30日。

^③ 对于我国仲裁机构在境外设立业务机构,“修订草案”明确表示支持,参见“一审稿”第83条,“二审稿”第86条。

^④ Julian D M Lew QC, Loukas A Mistelis, Stefan M Kroll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p.624.

^⑤ Mauro Rubino-Sammartano, *International arbitration: law and practice*, Juris Publishing, 2014, p.651.

法院行使管辖权的适当情况包括:事态紧急,仲裁庭权力受到限制(如针对第三人所持证据的保全)以及仲裁庭无法正常运作。^⑥法院辅助模式的弊端在于,作为辅助角色,法院介入仲裁发布临时措施的“适当情况”往往难以界定,实践中容易产生关于权力界限的争议。

两种模式各有利弊,总体上难分优劣。不过,采纳“自由选择模式”对于我国仲裁实践而言更容易接受和实际操作,可以避免实践中出现“法院辅助模式”下法院和仲裁庭之间临时措施发布权界限难以准确界分的情况,而这一问题若无法有效解决将导致两种权力的“消极冲突”或“积极冲突”。鉴于我国仲裁中发布临时措施的权力一直由法院行使,如果我国仲裁立法采纳“自由选择模式”,也可以避免因较为激烈的制度变革而可能产生的“水土不服”,法院权力行使的方式不会发生明显的变化,仲裁当事人、代理人也更容易适应这一制度的修订。

四、我国法院在域外仲裁临时措施中的角色

在国内仲裁中,无论立法对临时措施发布权采取自由选择模式抑或法院辅助模式,各国法院通常均享有发布和执行临时措施的权力;相较之下,法院在域外仲裁中扮演的角色具有特殊性。这种特殊性具体体现为法院需要处理三个问题:其一,能否应域外仲裁当事人的申请发布临时措施?其二,能否执行域外仲裁庭已发布的临时措施?其三,能否执行外国法院为支持仲裁而发布的临时措施?

(一)域外立法与实践的考察

关于本国法院为支持域外仲裁发布临时措施,在大多法域缺乏明确的法律依据。明确持肯定立场的法域有英国、新加坡、中国香港、加拿大、澳大利亚、法国、德国、奥地利、希腊,它们允许本地法院根据申请发布临时措施以支持域外仲裁。其中,英国、德国、奥地利等国的法律甚至规定,法院为支持仲裁发布临时措施也适用于仲裁地尚未确定的国际仲裁。在印度,依据《1996年仲裁与调解法》,法院原本只能准许本国仲裁的临时措施申请,在2015年进行立法修订后改变了原有立场,其第2.2条规定,即使仲裁地在印度之外,仲裁当事人也可以根据第9条向印度法院申请临时措施,只要仲裁协议没有排除该第9条的适用即可。

关于域外仲裁庭发布的临时措施的执行,大多数国家的态度比较保守。在2006年《示范法》修订前,只有极少数国家或地区对此明确持肯定态度,如德国、瑞士、澳大利亚、中国香港。不过,持肯定态度的法域呈现出了快速增加的趋势,^⑦这是因为具有广泛影响力的2006年《示范法》明确规定了仲裁庭发布的临时措施的跨境执行,确立了法院执

^⑥ Ali Yesilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2005, pp.94-97.

^⑦ 比如,截至2014年已有20多个法域采纳了2006年《示范法》中的临时措施条款。See Tomas Kennedy-Grant, *Interim Measures under the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: The Impact of the 2006 Amendments*, Asian International Arbitration Journal, 2014, Vol.10:1, p.23.

行外国仲裁临时措施的义务,并借鉴《纽约公约》规定了5项可予以拒绝执行的事由。

此外,部分区域已经针对仲裁庭发布的临时措施确立了跨国合作机制,比如,南方共同市场国家、大洋洲(澳大利亚和新西兰)分别在各自区域内建立仲裁庭发布的临时措施的跨境执行制度。

关于法院为支持域外仲裁发布的临时措施的承认与执行,各国法院通常须基于条约或者互惠予以执行,在缺乏条约依据的情况下,临时措施的执行具有很强的不确定性。只有个别法域如香港地区的立法明确认可对域外法院为支持仲裁发布的临时措施予以承认和执行。此外,欧盟率先在区域内建立了法院发布支持仲裁的临时措施的跨境执行制度。

(二) 我国仲裁临时措施寻求外国法院协助的可能性及立法调整

既然一些国家和地区的法院可为域外仲裁临时措施提供协助,那么我国仲裁当事人或仲裁庭能否向这些法院申请发布临时措施?在现行仲裁法下,缺乏明确的法律依据,我国仲裁法中关于临时措施发布机构的措辞是“人民法院”,明显不是指外国法院。当然,我国立法也没有明文禁止向域外法院申请临时措施,实践中存在取得突破的空间。不过,为避免理解分歧,我国立法应当明确予以确认。作为特殊情况,根据内地与香港、澳门签署的两个“仲裁保全安排”^{②⑧}的明确规定,内地仲裁当事人可以向港澳地区法院寻求协助,请求发布临时措施。

另一方面,我国仲裁中仲裁庭发布的临时措施能否向域外法院申请承认与执行?现行仲裁法以及“修订草案”未能涉及仲裁庭发布的临时措施向法院申请承认和执行的问题,这与依据相关规定仲裁庭并无临时措施管辖权有关。不过,“征求意见稿”第49条规定,临时措施需要在域外执行的,当事人可以直接向有管辖权的外国法院申请执行。从措辞看,这里的临时措施可以由仲裁庭发布也可以由法院发布,该第49条规定进行的这种确认具有现实必要性,这从一些仲裁机构的尝试可以看出。在立法付之阙如的情况下,它们试图通过尝试创新予以弥补。这些创新包括:其一,规定仲裁庭发布的临时措施可在域外申请执行。比如,《中国贸仲仲裁规则附件三:紧急仲裁员程序》第6条第4款规定紧急仲裁员的临时措施决定具有约束力,当事人可依据执行地法律向有管辖权的法院申请强制执行。其二,确立了仲裁当事人向域外法院申请临时措施的制度。比如,《贸仲仲裁规则附件H:紧急仲裁员程序》第5条第4款规定,在紧急仲裁员程序中,仲裁当事人可依据所适用的法律向有管辖权的法院请求采取临时措施。类似的规定还包括《北京仲裁委仲裁规则》第62条第2款、《武汉仲裁委仲裁规则》第78条第2款。其三,在规定临时措施的管辖法院时有意去掉了“法院”之前的“人民”二字,试图为仲裁当事人申请域外法院发布临时措施创造可能,比如《上海国仲仲裁规则》第18条、《华南国仲仲裁规则》第24条第2款。上述规则适用的措辞表述极具包容性,“具有管

^{②⑧} 即2019年10月签署的《关于内地与香港特别行政区法院就仲裁程序相互协助保全的安排》和2022年2月签署的《关于内地与澳门特别行政区法院就仲裁程序相互协助保全的安排》。

管辖权的法院”可以是域内外的管辖法院,“有关法律”包括域内外仲裁地法和临时措施的执行地法。当事人可依据执行地国家或地区有关法律规定向有管辖权的法院申请发布或者强制执行临时措施。

我国仲裁立法未明确授予仲裁庭发布临时措施的权力,更未涉及仲裁庭发布的临时措施向域外法院申请承认和执行,仲裁庭发布的临时措施因得不到仲裁地法的有效支持,可能会面临执行不能的困境。因此,我国仲裁法应当明确规定,仲裁当事人可以向外国法院申请临时措施。同时,临时措施需要在域外执行的,当事人可以直接向有管辖权的外国法院申请执行。

(三) 我国法院在域外仲裁临时措施中的角色转换

关于本国法院为支持域外仲裁发布或执行临时措施,我国仲裁法、民事诉讼法均付之阙如,未能提供明确的依据。不过,作为在特殊纠纷领域存在的例外,海事法院可以发布相关海事临时措施支持域外仲裁。同时,关于我国的两个特殊法域香港和澳门,根据内地分别与其签订的“仲裁保全安排”,内地法院有义务根据申请发布支持港澳地区仲裁的临时措施。

我国法院应否在域外仲裁临时措施中发挥积极作用,在“一带一路”背景下,在统筹推进国内法治和涉外法治的时间节点上,亟需予以重新审视。

就短期和局部利益而言,本国法院在域外仲裁临时措施中扮演积极角色,似乎是在为他人做嫁衣。不过,完善的仲裁机制能够帮助企业高效、便捷地解决纠纷,有效维护企业的合法权益,包括国际仲裁在内的涉外法治的建设符合中国作为自由经济的获益者的利益需求。在大多国家缺乏为仲裁临时措施提供跨境协助的充分意愿、不愿首先作出“牺牲”的情况下,我国需要成为倡导者、推动者,为促进国际仲裁的健康发展而有所作为,包括促进仲裁临时措施的跨境合作机制的形成和完善。

一方面,在国内法框架下明确规定法院为支持域外发布或执行临时措施的职权。首先,在承认仲裁临时措施管辖权的基础上,明确规定仲裁庭发布的临时措施的效力,可以向国内外法院申请承认和执行,同时明确规定我国法院拒绝承认和执行仲裁庭发布的临时措施的事由;其次,规定仲裁庭或当事人可向有管辖权的法院包括域外法院申请临时措施,同时赋予我国法院为支持域外仲裁发布临时措施的权力。

另一方面,推动国际仲裁临时措施的国际合作与交流。借鉴欧盟和南方共同市场的做法,在共建“一带一路”的国家之间倡导和推动,建立区域内国际仲裁临时措施的跨境合作机制,包括各国法院依申请为支持国际仲裁发布临时措施以及执行仲裁庭发布的临时措施。其次,通过国际论坛、相关国际组织倡导在国家或地区之间,通过互惠、礼让等方式主动执行由他国法院或仲裁庭发布的仲裁临时措施,支持、推动2006年《示范法》临时措施制度的进一步落实。最后,利用双边司法互助条约推动国际仲裁中的临时措施相互承认与执行。^②

^② 崔起凡:《国际投资仲裁中的临时措施研究》,载《国际商务研究》2019年第1期,第75-77页。

将来,若我国立法确立了本国法院在域外仲裁临时措施中积极的角色定位,也会面临各种临时措施申请带来的压力和风险。比如,普通法的资产冻结令(Mareva injunction)、搜查令(Anton Piller order)通常远比我国民事诉讼的保全措施严厉,外国仲裁当事人或仲裁庭向我国法院申请发布或执行此类临时措施时,我国法院如何处理,立法上需要充分考虑本国的公共政策。如上文所述,我国仲裁法应明确规定,域外仲裁临时措施的执行应以民事诉讼法规定的既有程序为依据,限于我国的民事诉讼程序本身所允许的范围,除非我国缔结的条约另有特殊的规定。

五、我国国际仲裁中作为行为保全的禁诉令

禁诉令(anti-suit injunction)是指法院或仲裁庭依据当事人的请求而发布的限制对方当事人在外国法院启动或继续进行诉讼程序的命令。^{③④}它源自普通法国家,属于禁令的一种。在大陆法视角下,禁诉令可归入行为保全的范畴,其保全的对象是当事人的诉讼行为。依据签发主体的不同,国际仲裁中的禁诉令可分为仲裁庭签发的禁诉令和法院为支持仲裁签发的禁诉令。

我国企业在国际上频繁遭遇外国法院尤其英国法院为支持仲裁而签发的禁诉令,其中海事领域是重灾区。这些案件常常涉及租约仲裁条款并入提单的效力,因依据我国法律该仲裁条款无效,我国企业作为提单当事人有时会选择在我国法院提起诉讼,而外方则在域外法院申请禁诉令,试图强制执行仲裁协议。

近些年我国法院签发禁诉令已不罕见,不过,我国法院未曾有支持仲裁签发禁诉令的实践。在2020年我国法院(包括最高人民法院)在涉必要专利诉讼中签发了四个禁诉令,引发国内外广泛关注。法院签发禁诉令的依据是《民事诉讼法》第100条(现第103条)行为保全规则。在2017年“华泰保险公司案”中,武汉海事法院依中方企业的申请签发海事强制令,要求外方当事人撤销在香港特别行政区法院基于仲裁协议申请的禁诉令。在该案中海事强制令的签发依据是《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》第19条,属于广义的禁诉令中的反禁诉令,用于对抗域外法院为支持仲裁而签发的禁诉令。

我国立法有必要明确建立国际仲裁禁诉令制度。未来,若仲裁庭发布临时措施的管辖权获得明确认可,国际仲裁庭可依据临时措施规则签发禁诉令。目前,我国法院尚未签发过支持仲裁的禁诉令,其中原因除了我国仲裁法下法院能否发布行为保全命令尚存一定的理论争议外,也在于我国法律或司法解释缺乏明确的相关规定。这种模糊性导致国际仲裁用户在遇到这一问题时不清楚能否以及如何获得禁诉令,往往转而寻求其他救济,比如在受诉法院提出管辖权异议。既然我国法院为维护本国司法管辖权可签发禁诉令,那么其为支持仲裁签发禁诉令,正当性基础应更为充分。而且,法院为支持仲裁签发禁诉令可以用作执行国家政策或战略的法律工具,因为该禁诉令不仅可以用于强制执行

^{③④} 傅攀峰:《国际商事仲裁中的禁诉令:特殊性及其应对》,载《河北法学》2021年第8期,第133页。

仲裁协议、保护本国仲裁庭的管辖权,而且它可以强化国际仲裁用户对法院地进行的国际仲裁的信心,从而促进法院地所在国作为国际仲裁优选地的建设。^③

具体到签发条件,为支持仲裁签发禁诉令在普通法属于特殊的临时禁令,签发条件也具有特殊性。在我国法院为支持仲裁签发的禁诉令的立法中,应充分考虑这种特殊性,同时借鉴成熟经验。首先,在普通法国家,向法院申请签发禁诉令(无论是否为支持仲裁)需满足的一般条件包括:(1)平行程序的构成;(2)签发禁诉令的法院对于申请人享有管辖权;(3)被申请人存在扰乱性、压迫性的诉讼行为;(4)国际礼让。可见,禁诉令签发已不同于一般禁令(行为保全)的发布那样重视胜诉可能性、紧迫性和不可弥补的损失等条件。其次,在普通法国家,法院为支持仲裁签发禁诉令的审查标准逐渐呈现不同于法院签发其他禁诉令的“独立化”趋势:“当事人违反仲裁协议”成为核心条件,取代上述第三个条件。法院为支持仲裁而签发禁诉令时,申请人只要初步证明对方选择诉讼从而违反仲裁协议即可,无需满足对方存在扰乱性或压迫性的诉讼行为这一条件,除非被申请人能够证明存在不予准许的“充分理由”,这实际上降低了法院签发禁诉令的审查要求和申请人的证明责任。另一方面,因符合支持仲裁的国际理念,比起争夺司法管辖权,法院为支持仲裁签发禁诉令的正当性受到相对少的质疑,在进行利益权衡时,国际礼让因素的重要性相应地有所降低。我国也应借鉴普通法国家的立法经验,关于法院为支持仲裁签发的禁诉令,进行独立于一般行为保全的特别立法。法院申请签发禁诉令需满足的基本条件包括:(1)被申请人的起诉是否构成平行程序;(2)仲裁协议与我国是否有实际联系,法院是否具有签发禁诉令的管辖权;(3)被申请人是否存在违反仲裁协议的行为;(4)国际礼让的考量。

六、结 论

目前为止,“修订草案”中临时措施体现的理念、制度定位不无疑问,对这一问题亟需进行重新审视。作为优先选项,我国仲裁法包括临时措施制度的修订应当明确其国际化定位。具体而言,应以《示范法》为蓝本,同时吸收仲裁发达国家的先进立法经验。仲裁立法不必详尽规定临时措施的各种细节,只需构建仲裁实践所需的基本制度框架。鉴于仲裁所需要的灵活性和自治性,更为具体的事项可以留待仲裁规则进一步规定,或者,由当事方约定或由仲裁庭决定。

关于临时措施的种类设定,基于我国国际仲裁的国际化定位,需要保持对不同法律文化的开放性和包容性。除了证据保全、财产保全和行为保全之外,仲裁法应为其他临时措施保留适用的可能空间。仲裁庭理应与法院同样享有临时措施的发布权,关于仲裁临时措施共存权力模式之下仲裁庭与法院的关系,我国仲裁立法应允许申请人在具体案件

^③ Geoffrey Fisher, *Anti-suit Injunctions to Restrain Foreign Proceedings in Breach of an Arbitration Agreement*, Bond Law Review, 2010, Vol.22:1, p.27.

中选择仲裁庭或者法院作为发布主体。为因应“一带一路”高质量建设对涉外法治的内在需求,我国仲裁法应当考虑确立本国法院在域外仲裁临时措施中更为积极的角色,并在对等互惠的基础上,推动所在区域包括在“一带一路”共建国家之间建立和完善国际仲裁临时措施的跨境合作机制。此外,我国应当确立法院为支持仲裁而签发的禁诉令制度。作为一种特殊的行为保全,此类禁诉令可以强制执行仲裁协议,限制或禁止仲裁协议当事人的恶意诉讼,维护仲裁庭的管辖权。法院为支持仲裁而签发的禁诉令制度也可以增强国际商事交易当事人选择我国作为仲裁地的信心,成为建设国际仲裁优选地的法律工具。

Abstract: Interim measures are one of the important issues in the revision of China's Arbitration Law. At present, the relevant provisions in the legislation draft need to be revisited urgently, from the orientation to the rules. The revision of China's arbitration law, including its interim measures system, should establish orientation of internationalization, learning from the Model Law, and absorbing the legislative experience of developed countries. The types of interim measures shall remain open, and shall be reserved for "other interim measures" except for evidence preservation, property preservation, and action preservation; The arbitral tribunal's right to issue interim measures should be confirmed, and the parties should be free to choose the court or the arbitral tribunal to issue interim measures under the Mode of Concurrent Power; Given the intrinsic demand for foreign-related rule of law in the Belt and Road Initiative, China should seek to enable domestic courts to assume a more proactive role in foreign arbitration interim measures, championing the establishment and improvement of cross-border collaboration mechanism for international arbitration interim measures on the basis of equality and reciprocity. In addition, as special action preservation, anti-suit injunction issued by courts in support of international arbitration could be used as a legal tool to enforce arbitration agreements and protect the competence of arbitral tribunals.

Keywords: interim measures; international arbitration; Arbitration Law; Model Law

(责任编辑: 洪慧敏)

地方临时仲裁规则过度机构化误区的检视

黄晨亮 袁发强*

内容提要 地方临时仲裁规则起草中,存在不重视临时仲裁的固有特点、简单复制和模仿国内机构仲裁,过度机构化的误区。临时仲裁规则的过度机构化不但会微观上导致个案仲裁效率降低、费用增加和程序灵活性降低等后果,宏观上还降低当事人对我国临时仲裁制度的信心,与当前推进临时仲裁制度发展的根本目的相悖。应当通过明确立法授权确定临时仲裁规则的范围,通过明晰司法介入的范围划定临时仲裁规则的边界。坚持从方便仲裁参与人的角度和市场化导向对临时仲裁规则进一步完善。减少过度机构化倾向,改变仲裁协会机构化的趋势,增强透明度,提升我国仲裁公信力。通过提高仲裁效率、降低费用、增强程序灵活性为目标予以改进,以提升中国仲裁的国际竞争力。

关键词 临时仲裁规则;过度机构化;仲裁效率;当事人意思自治

引言

临时仲裁(Ad hoc Arbitration),从拉丁文字面理解,包含“专门、专项”的意思,故也可称临时仲裁为“专设仲裁”“特别仲裁”。^①当前,各地都在积极推动临时仲裁制度落地。其中海南和上海两地为“先行先试”进行探索,^②分别制定《海南自由贸易港临时仲裁规则》(以下简称“《海南规则》”)和《上海仲裁委员会临时仲裁规则》(以下简称“《上海规则》”),并与《海南规则》合称“地方临时仲裁规则”),并分别对临时仲裁仲裁员名册的仲裁员进行征集。地方临时仲裁规则吸纳了早期驳回制度,对仲裁的第三方资助作出了规定,具有一定先进性和前瞻性,但同时机构仲裁元素浓厚的特点也尤为突出。虽然临时仲裁和机构仲裁并非泾渭分明,两种不同的仲裁形式相互借鉴在实践中也是一种趋势,但是简单参考国内机构仲裁的规定或按照国内机构仲裁的家长式逻辑来主导临

* 黄晨亮,华东政法大学涉外法治方向博士研究生,中国海事仲裁委员会浙江自由贸易试验区仲裁中心副秘书长;袁发强,华东政法大学国际法学院教授,博士生导师。本文为2023年上海仲裁委员会横向课题“地方仲裁立法研究”阶段性研究成果。

① 韩健:《现代国际商事仲裁法的理论与实际(修订版)》,法律出版社2000年版,第24页。

② 上海市和海南省先后发布《上海市推进国际商事仲裁中心建设条例》《海南自由贸易港国际商事仲裁发展若干规定》,为临时仲裁提供政策和立法层面的支持。

时仲裁程序的推进,将使临时仲裁规则陷入一种过度机构化的误区。

过度机构化不但将使通过临时仲裁弥补仲裁制度缺失的目标无法实现,还将导致仲裁的效率降低,费用增高,灵活度无法体现。甚至在地方临时仲裁规则规定中的“仲裁协会”都出现机构化的倾向,仿佛成为一个新的仲裁机构,这对仲裁公信力和透明度产生了新挑战。过度机构化的临时仲裁并不是具有中国特色的“特别仲裁”,其开放不足,缺少包容,与国际通行仲裁的基本特征并不融通。^③若临时仲裁制度不能充分体现中国特色,不能和机构仲裁分别扮演各自的角色、共同发挥作用,将既不利于我国高水平的对外开放,也无法使新引入的有关制度获得仲裁使用者的认可,更与各地建设区域仲裁中心的目标相悖。

地方临时仲裁规则的过度机构化的误区可能是由多种原因交叉、叠加而产生。本文通过将地方临时仲裁规则与国内机构仲裁规则纵向对比、与国际接受度较高的临时仲裁规则横向对比研究地方临时仲裁规则过度机构化具体表现。再结合实践观察,尝试解析过度机构化可能的成因。从而提出地方临时仲裁规则完善和提升中国仲裁整体公信力和国际竞争力的可能路径和具体建议。

一、地方临时仲裁规则过度机构化误区的外化

(一) 临时仲裁规则的机构化

一般认为,临时仲裁和机构仲裁最主要差异在于,是否由常设仲裁机构管理仲裁程序。^④机构仲裁一个明显特征是,仲裁庭组成、仲裁收费(包括仲裁庭的费用)的确定或者其他费用的支出,都由仲裁机构来协助完成。^⑤虽然仲裁最初的形式是临时仲裁,但百年来,机构仲裁通过提供套餐式、标准化的争议解决服务,满足了争议解决中许多共同性的需求而被认可。^⑥实践中,在海事海商、投资争议等领域仍存在大量的临时仲裁,也说明临时仲裁仍受国际争议解决市场主体的青睐。^⑦机构仲裁和临时仲裁各有特点和优势,在长期共存的过程中互相模仿和促进是两者发展和竞争中的主旋律。^⑧实践中,机构仲裁规则更趋灵活和临时仲裁规则的机构化是近年来的趋势。

联合国贸易法委员会起草的仲裁规则(以下简称“《贸法会规则》”)从1976年版

③ 魏哲哲:《切实提升我国仲裁公信力和国际竞争力——仲裁法修订草案提请审议》,《人民日报》2024年11月5日,第4版。

④ Gerald Aksent, *Ad Hoc Versus Institutional Versus Institutional Arbitration*, ICC International Court Arbitration Bulletin, 1991, Vol.1:2, p.8.

⑤ 黄泽宇:《论中国内地的临时仲裁机构化:关于构建多层次审查机制的提议》,载《仲裁与法律》2019年第3期,第195页。

⑥ 1917年,斯德哥尔摩商会在其建立15年后,创建了瑞典机构仲裁的中心——斯德哥尔摩商会仲裁院。当前国际商事仲裁领域最负盛名的国际商会仲裁院成立于1923年。

⑦ 国际航运业中被普遍接受的波罗的海航运公会(BIMCO)制订的标准的争议解决条款中始终是临时仲裁。

⑧ 何晶晶、石绍良:《临时仲裁制度的国际比较研究》,中国社会科学出版社2020年版,第14页。

本到2021版的变化就反映了国际商事仲裁中,临时仲裁机构化的趋势。^⑨由机构提供轻度程序服务的“混合型”仲裁日益成为临时仲裁的标准形态。新加坡国际仲裁中心(Singapore International Arbitration Centre,以下简称“SIAC”)的仲裁规则和受欢迎程度的变化也提供了很好的例证。SIAC在2007年修改仲裁规则,将临时仲裁转向机构化的轻度管理。^⑩此后,SIAC又于2010年、2013年和2016年三次修订《仲裁规则》,增加机构化的规定。2020年SIAC年度报告显示,自2015年以来,新加坡国际仲裁中心每年受理案件数量逐年增长,并在2020年达到新高。从上述数据可以看出,增加了机构化的临时仲裁并没有被市场反对。相反,2015年新加坡位列全球最受青睐仲裁地第四名,2018年排在伦敦和巴黎之后居第三,2021年已与伦敦并列第一。^⑪

(二) 地方临时仲裁规则过度机构化误区的表现

上述临时仲裁轻度机构化的案例之所以能被市场接受,究其原因机构化的规定并未改变临时仲裁由当事人推动仲裁程序的逻辑主轴。指定机构不主动参与仲裁程序,也不全面参与仲裁程序的管理。临时仲裁的机构化,其初衷和目的是对临时仲裁原有缺点的修正,让临时仲裁在保留其原有特点和优势的前提下,减少仲裁的僵局,提高仲裁的效率,促进争议解决。轻度机构化的临时仲裁规则仍应是充分尊重当事人对仲裁程序的意思自治的。只在当事人没有约定或无法配合时赋予仲裁庭(而不是指定机构)足够的权利推动仲裁程序。^⑫

地方临时仲裁规则中的过度机构化误区主要外化表现为:

第一,地方临时仲裁规则忽略临时仲裁特色,简单“照搬”国内仲裁机构的做法和具体规定。具体而言,地方临时仲裁规则在临时仲裁程序的每一阶段都有和国内机构仲裁类似而又和国际上接受度较高的临时仲裁规则不一致的地方。因为,临时仲裁和机构仲裁从仲裁程序启动的顺序到推进的逻辑不同。所以,地方临时仲裁规则的机构化,可能导致仲裁程序的灵活性降低,仲裁的时间和财务成本增加。

第二,按照国内机构仲裁的逻辑和运行方式管理和推进临时仲裁,甚至尝试创造一个新的机构来对临时仲裁中包括指定机构、仲裁员和仲裁程序进行管理和干预。具体而言,地方临时仲裁规则无视两种仲裁模式的本质差异,用国内机构仲裁的管理逻辑取代临时仲裁原有的自治模式,使临时仲裁天然的优势无法发挥,导致仲裁程序与当事人选择临时仲裁预期的结果相悖,当事人意思自治受到限制和影响。

^⑨ 《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》1976年版是专门为临时仲裁制度设计的仲裁规则。2021版仲裁规则不仅可以适用于没有仲裁机构参与的临时仲裁,也可以适用于有仲裁机构参与的临时仲裁或者机构仲裁。

^⑩ 吴正坤:《新加坡国际仲裁中心2007年仲裁规则述评》,载《北京仲裁》2008年第2期,第149-157页。

^⑪ Queen Mary University of London, White & Case, 2015 *International Arbitration Survey: Improvement and Innovation in international arbitration*, 2018 *International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, 2021 *International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World*, <https://www.qmul.ac.uk/arbitration/research/>, last visited Jan. 18, 2025.

^⑫ 《2014本地仲裁规则》,载香港国际仲裁中心网站, <https://www.hkiac.org/zh-hans/arbitration/rules-practice-notes/domestic-arbitration-rules>,最后访问时间:2025年6月18日。

临时仲裁规则中,如果机构化的规定限制了当事人的意思自治、导致了仲裁程序的拖延、引起仲裁程序的不确定性、给当事人带来不便、成本增加、模糊了临时仲裁的主要特点,那么,这种机构化的规定就是放大临时仲裁劣势并消弭优势的机构化,是过度的机构化,是地方临时仲裁规则走进的误区。

二、地方临时仲裁规则的过度机构化误区的不良影响

(一) 简单“照搬”国内机构仲裁的做法和具体规定出现在临时仲裁的各个阶段

1. 指定仲裁员阶段: 授权委托手续提交规定的简单照搬

关于授权委托手续的提交规定,地方临时仲裁规则和国内机构仲裁保持了一致。如《上海规则》规定代理人“应当”向仲裁庭提交授权委托手续。^⑬而与之相比,2021版《贸法会规则》对代理人的授权委托手续并无要式性规定,只需将此类人员的姓名和地址通知各方当事人及仲裁庭并说明其权限范围即可,同时保留仲裁庭和当事人要求代理人提供代表权限证据的决定权。^⑭

上述规定与国内机构仲裁的规定并无二致,应用于临时仲裁中将使当事人在提交授权委托手续的时间上存在不确定和争议。

即使采用同样的规定,国内仲裁机构之间的实践也不尽相同。极少数仲裁机构不对授权委托手续的形式进行要求,也并不必须等到授权委托手续达到某个要式性条件和推进仲裁程序挂钩。部分仲裁机构只在收到包括形式完备的授权委托手续在内所有申请仲裁的材料后,才会发出仲裁通知正式开始推进仲裁程序。^⑮还有部分仲裁机构根据仲裁机构的繁忙程度调节是否将授权委托手续作为仲裁立案的前置条件。上述规定在国内不同的仲裁机构就可以演绎出不同的实施路径。将这样的规定“复制”到临时仲裁规则中则可能不符合临时仲裁的易启动的特点,提高了临时仲裁的门槛,降低了临时仲裁的灵活性,陷入了过度机构化的误区。

首先,放宽授权委托手续的条件不会降低仲裁程序的稳定性。基于仲裁的保密性和临时仲裁的隐蔽性,大多数情况下只有案件的相关人员才有可能参与到仲裁程序当中。因此,根据当事人告知的权限范围来推定代理人有代理权是相对更合理的规定。实践中也鲜有未得到授权的主体造成的仲裁程序混乱的情况。

^⑬ 《上海仲裁协会临时仲裁规则》第13条规定:“当事人可以委托包括但不限于律师在内的仲裁代理人参与仲裁程序。当事人委托仲裁代理人的,应提交授权文件。”

^⑭ 《贸易法委员会仲裁规则》(2021)第5条规定:“每一方当事人可由其选定的人员出任代表或给予协助。此类人员的姓名和地址必须通知各方当事人和仲裁庭。此种通知必须说明所作指定是为了代表目的还是为了协助目的。一人担任一方当事人代表的,仲裁庭可自行或应任何一方当事人的请求,随时要求按照仲裁庭决定的方式提供关于赋予该代表权限的证据。”

^⑮ 《上海国际经济贸易仲裁委员会(上海国际仲裁中心)仲裁规则》第14条申请仲裁:“……委托代理人的,应当提交授权委托文件。”

其次,降低授权委托手续的要求对当事人包容度更高。从财务成本看,对授权委托手续的形式有较高的要求(如公证)可能会使当事人节省仲裁的花费。从时间成本看,当事人可以更专注于案件本身,不用纠结于完成了某一项手续才能进入到后续争议解决的过程中,可以边办理授权委托的相关手续,同时尽快进入到争议的处理当中。办理授权委托手续,尤其是涉外案件中办理公证的时间是客观存在的。需要指出的是,由于仲裁程序启动的逻辑不相同,^{①⑥}相关的完成手续的时间并不会体现在仲裁机构处理案件的效率统计中,但却是当事人实际需要付出的时间成本。

由于机构仲裁在受理案件的过程中,仲裁庭还未组成,因此仲裁机构采用较高的标准要求当事人提供手续完备的授权委托手续可以减少其出错的可能性,降低管理成本。仲裁监督程序中,与诉讼采用类似的模式可以减少与司法监督机构之间的沟通解释成本。然而将这样的规定放在临时仲裁中使得临时仲裁的灵活性丧失也显而易见。易于启动是临时仲裁特点,不应被过度机构化的规定磨灭。虽然,提交授权委托手续的规定也有维护仲裁程序安全稳定的价值,但在临时仲裁中,尤其是一些时间紧,金额又小的案件中,允许当事人灵活、模糊处理,可以更有助于流畅商业运转,润滑并保障商业秩序。保护整体商业秩序运转流畅的价值与维护个别情况下仲裁程序稳定的价值之间,如果临时仲裁也如机构仲裁般做出诉讼化的选择,就是陷入了过度机构化的误区。

2. 临时仲裁的启动阶段:仲裁庭组成规定的简单照搬

地方临时仲裁规则中仲裁庭组成的规定存在对国内机构仲裁简单模仿的情况。在确定仲裁庭人数时,简单地将仲裁庭组成人数与标的挂钩。如《上海规则》默示情况下,有仲裁庭人数和仲裁的标的挂钩的规定。标的金额低于人民币300万元的,由一名仲裁员,反之,则由三名仲裁员组成仲裁庭。^{①⑦}

首先,按照上述模式确定默示情况下仲裁庭的人数,存在僵局的可能性。即没有明确标的金额请求的案件,可能无法确定默示情况下仲裁庭的人数。

其次,机构化的规定导致临时仲裁费用的增加并使得费用更难以预见。机构仲裁按照案件的标的收取仲裁费,除特殊情况,当事人支出的仲裁费只与案件标的直接挂钩,是线性的。标的更大的案件从更审慎的角度,由多位仲裁员来审理并不会给当事人造成不可预见的费用。临时仲裁并不根据案件的标的收费,而是根据仲裁员被案件占用的时间来收费。因此,多一个仲裁员就意味着仲裁费用的增加。而且,由于案件的复杂性程度和仲裁员报价的不同,这种费用的增长可能是非线性的、更难预见的。

^{①⑥} 国内机构仲裁一般以当事人向仲裁机构提交仲裁申请时为仲裁程序启动的时间,但是真正开始推进仲裁程序的时间是当事人提交手续完备并预付仲裁费后,仲裁机构向被申请人发出仲裁通知之时。根据不同仲裁机构的效率和案件复杂程度不同,提交仲裁申请到发出仲裁通知的时间可能达到3个月。而临时仲裁中,一方当事人委派一名仲裁员,并向对方当事人发出指定仲裁员的通知时,仲裁程序就启动了。

^{①⑦} 《上海仲裁协会临时仲裁规则》第15条规定:“当事人可以约定仲裁员的人数,但与仲裁地法律规定相抵触的除外。当事人未约定,被申请人亦未就申请人建议的仲裁员人数作出答复的,如果提起仲裁时争议金额不超过人民币300万元的,视为当事人同意由一名仲裁员组成独任仲裁庭审理案件;如果提起仲裁时争议金额超过人民币300万元的,视为当事人同意由三名仲裁员组成仲裁庭审理案件。”

第三,虽然国际上成功的仲裁中心的临时仲裁规则中也有按照标的金额来确定默示仲裁庭人数的做法。^⑮但这些临时仲裁规则并不会规定,标的金额高于某一数额则默示由三名仲裁员组成仲裁庭。一般只会把争议金额较小的案件划归到其单独制定的快速程序中,再根据快速程序的规则确定由一名仲裁员组成独任仲裁庭。而且,为了使得仲裁费用可控和可以预期,一些临时仲裁规则中甚至会配套性地对适用快速程序的案件中仲裁员的费用的上限做出规定。^⑯看上去虽然类似,但是地方临时仲裁规则显然还只是形似,难言神似。

让当事人使用某种机制来决定仲裁庭的人数,将仲裁的花费和双方当事人的参与程度挂钩,是设计巧妙,鼓励当事人合作和参与的争议解决的制度。按照标的金额来确定仲裁庭的人数在近几十年的机构仲裁实践未见明显的问题。但仲裁机构的商业模式、成本构成逻辑与临时仲裁有着根本性的不同,不考虑临时仲裁的特点,把机构仲裁的经验不加区分地复制到临时仲裁中,不但可能给仲裁程序造成僵局,更使得当事人带来费用增加和不可预见不利吸引更多境外主体选择中国仲裁。

3. 临时仲裁的准备阶段:仲裁语言和仲裁程序语言的简单照搬

关于仲裁语言的过度机构化规定给当事人带来不便。2021版《贸法会规则》规定了仲裁庭被指定后迅速确定仲裁程序中所使用的一种或数种语言。^⑰而地方临时仲裁规则更接近于国内仲裁机构的做法,如《海南规则》,虽然保留了仲裁庭根据具体情况做出相反决定的权利,但规定当事人没有约定或者约定不明的以中文为仲裁语言,同时还保留仲裁庭要求当事人提供译本的权利。^⑱上述规定虽然是保留条款,这样的规定也提供了一些管理上的方便,但可能不一定给当事人提供仲裁语言上的方便。反而可能显得不够自信,且影响境外主体约定在我国进行仲裁的意愿。

首先,降低了仲裁规则的开放包容度和融通性。与诉讼语言不同,仲裁语言不涉及某一国的司法主权。从争议解决是合同履行延伸的角度来看,仲裁语言应当由当事人决定,仲裁庭决定适用一种或者多种语言是为了给当事人提供方便。能否以当事人约定的仲裁语言作为工作语言是当事人选择仲裁员的重要指标。当事人可以不用就商业活动

^⑮ 《伦敦海事仲裁员协会小额索赔程序规则》1(a):“如果当事人没有约定金额限制,本规则适用申请人的请求总金额及任何反请求的总金额不超过100,000美元的情形。”

^⑯ 详见新加坡海事仲裁院2022年1月1日起生效的费率表: <https://scma.org.sg/resources>。

^⑰ 《贸易法委员会仲裁规则》(2021)第19条规定:“1.在不违反各方当事人约定的情况下,仲裁庭应在其被指定后迅速确定仲裁程序中所使用的一种或数种语言。此决定应适用于仲裁申请书、答辩书和任何进一步书面陈述;进行开庭审理的,亦适用于开庭审理中将使用的一种或数种语言。2.仲裁庭可下达指令,任何附于仲裁申请书或答辩书的文件,以及任何在仲裁程序进行过程中提交的补充文件或物证,凡是按其原语种文字提交的,均应附具各方当事人所约定的或仲裁庭所确定的一种或数种语言的译文。”

^⑱ 《海南自由贸易港临时仲裁规则》第7条规定:“(一)当事人对仲裁语言有约定的,从其约定。(二)当事人对仲裁语言没有约定或约定不明的,以中文为仲裁语言;仲裁庭也可在适当考虑合同所用语言在内的所有情况后决定使用一种或数种语言进行仲裁。(三)仲裁庭开庭时,当事人或其代理人、证人需要语言翻译的,可由指定机构或海南省仲裁协会提供译员,也可由当事人自行提供译员。(四)当事人提交的各种文书和证明材料,仲裁庭认为必要时,可以要求当事人提供相应中文译本或其他语言译本。”

中形成的、多种语言的文件再提供译本,势必会节省时间和费用,是灵活性的体现。例如,两家中国企业之间的涉外合同纠纷,虽然当事人之间的商业往来可能以中文进行,但是签署的合同和其形成的单据可能都是英文。仲裁庭决定以中文和英文进行仲裁程序,当事人可以不用提交英文证据的译本,节省了时间和翻译费用。提供中文译本的规定似乎只降低了仲裁员以多门语言作为工作语言的门槛。

其次,不利于提升我国仲裁的透明度和公信力。在中国进行的临时仲裁,并不能假定当事人都使用中文,当事人约定的法律适用也可能是其他国家的法律,因此,当事人没有约定的或者约定不明的时候默认以中文为程序语言会给不懂中文的一方当事人带来障碍和程序上的不公平。进而产生对仲裁程序的怀疑、仲裁规则或者仲裁地的抗拒。这不利于提升我国仲裁的透明度和公信力,不利于我国仲裁的国际竞争力,也与建设国际化的区域仲裁中心的目标相悖。仲裁规则语言和解释与仲裁程序所使用的语言问题雷同,详见《海南规则》第44条的规定,此处不再展开。^②

4. 临时仲裁的审理阶段:审理模式的简单照搬

地方临时仲裁规则在审理方式上采用了与国内机构仲裁一致的默示开庭审理的模式。如《海南规则》规定:“仲裁庭应当进行开庭审理,当事人另有约定或仲裁庭认为不必开庭审理并征得双方当事人同意的除外。”《上海规则》也采用以开庭审理为原则,以当事人合意书面审理为例外的模式。^③

临时仲裁规则中默示开庭审理的模式应当来源于《中华人民共和国仲裁法》(以下简称“《仲裁法》”)第39条的规定。^④地方立法的变通性规定并没有变通或者暂停实施《仲裁法》第39条的规定,这可能是地方临时仲裁规则照搬国内机构仲裁审理模式的主要原因。但是,这种模仿似乎是没有必要且有害的。

首先,虽然地方临时仲裁规则似乎被局限于上位法的法律规定中。但《仲裁法》在立法之初只认可机构仲裁是唯一合法的仲裁形式,并没有考虑到纳入临时仲裁相关制度的情况。而且《仲裁法》第39条并非总则性规定,是国内仲裁案件中仲裁程序的一般性规定。即应当认为其是关于机构仲裁的一般性规定。立法之初没有考虑临时仲裁的情况,因此,即使法律没有规定,也不应推定自动适用国内仲裁程序的一般性规定。因此,国内的临时仲裁规则其实不必自限于《仲裁法》第39条的规定。

其次,由于国内机构中按照标的收费的模式,默示开庭审理的模式并不会增加仲裁

^② 《海南自由贸易港临时仲裁规则》第44条规定:“本规则原文为中文。如其他任何语言的文本与中文文本有不同或不一致之处,以中文文本为准。”

^③ 《上海仲裁协会临时仲裁规则》虽并未对快速程序以外的程序是否开庭审理作出要式性规定,但《上海仲裁协会临时仲裁规则》第4章快速程序第48条规定:“快速程序‘可以’采用书面审理。如仲裁庭决定或双方当事人同意开庭审理的,当事人应当围绕争议焦点作出陈述,仲裁庭可以对各方当事人的陈述时间作出分配和限制。”该规定前半部分用“可以采用书面审理”的表述,并未规定仲裁庭有权决定书面审理。再与后半部分明确了仲裁庭有权“决定开庭审理”的表述相比,可以得出只有双方当事人可以决定书面审理的结论。

^④ 《中华人民共和国仲裁法》第39条规定:“仲裁应当开庭进行。当事人协议不开庭的,仲裁庭可以根据仲裁申请书、答辩书以及其他材料作出裁决。”

庭的费用,而国际临时仲裁中,默示开庭审理可能导致包括仲裁庭费用、差旅费用的仲裁费用的增加。

第三,默示书面审理的方式更具融通性。实践中,85%以上的临时仲裁案件,^{②⑤}尤其是金额较小的案件是通过书面审理的方式进行的,^{②⑥}这也是临时仲裁灵活高效的体现之一。若根据《上海规则》的规定,即使双方当事人就书面审理达成一致,仲裁庭也可以做出开庭审理的决定。这与由当事人推动仲裁程序的临时仲裁主要特征相悖,也与仲裁中最大限度尊重当事人意思自治的理念相悖。经济全球化已经几乎不可逆的今天,让国际商人为了一个金额很小的争议需要前往中国开庭,这是不符合现实的。因此,即使当事人可以通过意思自治的方式来约定开庭的模式,临时仲裁中采取机构化的默示审理模式不符合商人的理性和直觉,同时也与国际通行的做法不一致,更不利于当事人消除对仲裁地的疑虑,与通过临时仲裁制度推进区域国际仲裁中心建设的目标相悖。

在临时仲裁的司法监督体系尚未健全的前提下,默示开庭模式反而使得临时仲裁流于形式,难以达到提升仲裁质量的目的却大大拖慢了仲裁程序的效率、增加了仲裁的费用,降低了灵活性,临时仲裁的优势无法显现,是陷入了过度机构化的误区。

(二) 按照机构仲裁的逻辑和运行方式管理和推进临时仲裁

如前文所述,地方临时仲裁规则从仲裁员指定阶段开始到仲裁审理、裁决的每个阶段都简单“模仿”了机构仲裁。而陷入过度机构化误区造成上述问题的另一个重要原因是:地方临时仲裁规则的起草并未深入到临时仲裁和机构仲裁流程顺序和程序推进逻辑的本质差异。机构仲裁先启动仲裁程序,再指定仲裁员,流程和规则是既定的。尤其国内机构仲裁,在启动仲裁程序时,仲裁的费用(包括仲裁员的费用)已经基本确定了。临时仲裁先指定仲裁员,再发送仲裁通知启动仲裁程序,仲裁的费用随着仲裁程序的进展而增加,并从成本角度促使当事人不得不相互配合,减少或跳过不必要的流程或仲裁程序。临时仲裁和机构仲裁的仲裁流程顺序不同导致管理模式无法相同,“汝之蜜糖彼之砒霜”,按照机构仲裁的逻辑和运行方式管理和推进临时仲裁只会消弭临时仲裁的优势,陷入过度机构化误区。

其中,地方临时仲裁规则时间期限的管理模式和裁决期限的管理模式与国内机构仲裁保持一致。前者从表面上看虽然减少了仲裁程序推进的时间,但是未必符合当事人争议解决的需要,也与临时仲裁的“基因”不合。^{②⑦}后者没有如预期增加当事人对仲裁程

^{②⑤} LMAA, Statistics of Appointments & Awards, <https://lmaa.london/statistics-of-appointments-awards/>. 从统计数据来看, LMAA 近五年开庭审理的案件数量占发布裁决案件数量 15% 左右。因 LMAA 未公布总体受案量,考虑到实践中存在撤销案件、案件停滞等情况,实际受案量应高于发布裁决案件数量,即庭审案件数量占总体受案量的比例应低于 15%。

^{②⑥} 杨良宜:《国际商务仲裁》,中国政法大学出版社 1997 年版,第 66 页。

^{②⑦} 国内机构仲裁虽然有按照仲裁程序不同阶段退费的规定,但是仲裁的花费是必然的,仲裁程序完整进行的可能性较大,而临时仲裁可能相反。临时仲裁走到仲裁裁决阶段是少数,机构仲裁中大多数案件都在走完仲裁程序后结案。从 2023 年的公开统计数据来看,伦敦海事仲裁员协会新登记 1845 件仲裁案,共作出 436 份仲裁裁决,裁决结案比例约为 23.6%;北京仲裁委员会共受理 12222 件仲裁案,撤案 2604 件,撤案比例约为 21.3%。

序时间的预期,督促仲裁庭提高效率,反而可能增加仲裁程序僵局的可能,更会拖慢仲裁程序。^{②⑧}

临时仲裁制度的创新应当是围绕临时仲裁的流程、运行逻辑,解决实践中痛点和不足的创新。应当是该快的地方快,该慢的地方慢。囫圇吞枣的模仿就会陷入过度机构化的误区。地方临时仲裁规则中对仲裁员资格和名册的管理模式导致当事人和仲裁庭以外第三方过多参与到临时仲裁程序中,限制了灵活性,并对充分尊重当事人意思自治的基本原则构成挑战,是过度机构化的又一例证。

1. 仲裁员资格和仲裁员名册的管理模式

如《海南规则》第13条规定了当事人对仲裁员选择范围是海南省仲裁协会临时仲裁员库,选择临时仲裁员库外的仲裁员需要经过海南省仲裁协会的确认。^{②⑨}指定机构选择仲裁员的范围,是否需要经过海南省仲裁协会确认并未规定。

首先,过度机构化的规定难以体现中国仲裁的国际竞争力。如果适用仲裁协会推荐的名册,名册制会导致至少短时间内,某些专业领域的专家裁断优势的丧失。^{③①}

其次,除了仲裁固有优势的丧失,也会导致结果的不可预见。例如争议金额不大,但

^{②⑧} 地方临时仲裁规则均有裁决期限的规定。如《海南规则》第37条第一款规定了裁决期限,第二款规定了仲裁庭有正当理由的,可以延长该期限。首先,临时仲裁规则中没有必要规定裁决期限。机构仲裁中由仲裁机构承担推进和管理仲裁程序的职能,为督促仲裁庭提高效率,也使得当事人对仲裁的期限有合理的预期,国内机构仲裁的仲裁规则都有裁决期限的规定。临时仲裁主要由当事人推进仲裁程序,当事人根据己方推进仲裁程序的能力可以对仲裁的效率有一个大致预期。国际上主流的临时仲裁规则均没有裁决期限的规定。其次,模仿机构管理模式的规定会给仲裁程序带来僵局和不确定性。以前述临时仲裁规则中裁决期限的规定为例,由谁来管理和判断仲裁庭“正当理由”的正当性并没有规定,该规定的缺失将增加程序僵局可能性。若有此等规定,也会增加第三方的参与,与临时仲裁的基本特点相悖。虽然第16条规定了,仲裁庭提出最后的延长期限,并经各方当事人同意,延期即能获得通过。但是,若一方当事人,无论出于合理或者不合理的理由,明示或者默示地表示,不同意仲裁庭延长裁决期限的提议,而仲裁庭又客观上无法在期限内作出裁决,则可能会使得仲裁庭及仲裁庭裁决处于被挑战的不确定性。而且根据该条第四款规定,如果未就上述延期达成一致,任何一方当事人均可请求《海南自由贸易港快速仲裁规则》不再适用于仲裁。在邀请各方当事人表达意见后,仲裁庭可决定根据《海南规则》继续进行仲裁。需要注意的是,这种请求的权利只属于当事人,而陷入“困境”无法在期限内作出裁决的仲裁庭并无权提出。这样的规定徒增不确定,又不能给予仲裁庭在当事人无法达成一致或者不配合的情况下,推进仲裁程序的权利。第三,模仿机构管理模式的规定并未如预期提高仲裁效率,反而拖慢了仲裁效率。仍然以上述条款为例,即使某一方当事人能够体谅和接受仲裁庭的这种困境而提出了请求,其程序上的后果是,虽然裁决期限回到了《海南规则》第37条的规定,即没有主体确认仲裁庭裁决延长期限是否正当。但是快速程序中关于仲裁庭在时间期限方面的裁量权随即也会丧失。此外,若原先仲裁庭根据《海南自由贸易港快速仲裁规则》第11条,通过默示方式,即,当事人未提出开庭申请,仲裁庭可以决定不开庭审理。但其仲裁程序回归《海南规则》后,根据第27条规定,审理方式变为了需要“征得双方当事人同意”的模式。从规则和附录的体系解释的角度,这种“同意”似乎只能是明示的同意。那么,如果案件审理并未结束,原先书面审理的部分是否需要重新开庭审理?如果书面审理已经结束了,根据《海南规则》是否需要重新开庭,把书面审理的部分再重新开庭审理一遍?

^{②⑨} 《海南自由贸易港临时仲裁规则》第13条规定:“(一)当事人可以从海南省仲裁协会临时仲裁员库中选定一名或多名仲裁员组成仲裁庭。(二)当事人选定库外仲裁员的,应当经海南省仲裁协会确认。”

^{③①} 截至2024年11月26日,海南省仲裁协会官网公布的第一批临时仲裁员库中有40位仲裁员,从公布的照片来看全部是华人,其中31位律师,占比77.5%。学者4名,占比10%。企业背景的仲裁员3名,占比7.5%。仲裁机构背景的仲裁员2名,占比5%。如果把行业聚焦在海事仲裁或者投资仲裁这些临时仲裁依存度较高的行业,上述临时仲裁员库的专业性和代表性就可能有需要在后续批次中加强的空间。

是专业性强,当事人希望快速处理的争议中。双方当事人如果选择在中国进行临时仲裁,可能面临选择仲裁员的困难和诸多不可预见的事项。

以《海南规则》为例,《海南规则》第13条只规定了当事人选择仲裁员可以在海南省仲裁协会临时仲裁员库中选择,或选择库外仲裁员需要经过海南省仲裁协会确认,并未规定指定机构选择仲裁员是否限于海南省仲裁协会临时仲裁员库以及指定库外仲裁员是否需要经过海南省仲裁协会确认。也未规定指定机构的指定规则和《海南规则》冲突的规范。《海南规则》第5条规定了可以在规则下作为指定机构的第三方机构为“海南省仲裁协会和所有在海南自由贸易港内的仲裁机构”。^{③①}即,除了海南省仲裁协会外,第三方机构还有海南国际仲裁院、中国国际经济贸易仲裁委员会和中国海事仲裁委员会。其中,只有中国海事仲裁委员会的《临时仲裁服务规则》第4条第5款规定了除非当事人另有约定或仲裁委员会另有决定,仲裁员应从仲裁委员会仲裁员名册中指定。^{③②}亦未见对于是否需要再经过海南省仲裁员协会确认的规定。而截至2024年10月31日,中国海事仲裁委员会仲裁员名册和海南省仲裁协会临时仲裁员库重合的仲裁员只有5名。指定机构服务规则没有规定或者指定机构服务规则与《海南规则》冲突的情况下如何处理,《海南规则》没有规定。

临时仲裁中,保留了国内机构仲裁最显著的特征,即仲裁员资格和仲裁员名册。导致了实践中当事人遇到许多不确定和程序上的灵活性缺失。即,复杂的程序没办法简化、没办法绕过、没有办法含糊处理,这可能与当事人选择临时仲裁而没有选择机构仲裁的目的是相悖的。往往很多人在遇到第一个“不可确定性”时,就开始考虑如何绕过争议解决规则,甚至是争议解决了。

2. 仲裁协会推进仲裁程序的管理模式

仲裁协会,应当是对仲裁机构和仲裁员进行监督,推动仲裁行业自律的行业组织;应当是整合仲裁机构和仲裁员的合力,制订行业标准、建立行业秩序的行业组织;应当是为会员提高业务能力提供平台,促进行业整体向上发展的行业组织。简言之,仲裁员协会应当是仲裁行业的裁判员、维护者和导师。但是临时仲裁规则如果按照机构仲裁推进和管理仲裁程序的模式进行规定,就可能使得仲裁员协会不能聚焦于其主要功能,进而导致过度机构化的一系列混乱。仲裁协会承担的职能应当是法定的。地方临时仲裁规则

^{③①} 在海南自由贸易港内的仲裁机构包括海南国际仲裁院、中国国际经济贸易仲裁委员会和中国海事仲裁委员会。

^{③②} 其中海南省仲裁协会发布的《海南自由贸易港临时仲裁程序仲裁员选任及行为准则指引》的措辞与《海南规则》一致,同时也意味着如果选择海南省仲裁协会作为指定机构,其选择的范围几乎只能是海南省仲裁协会临时仲裁员库中的仲裁员。并未规定指定机构指定仲裁员的范围是否和当事人一致;《海南国际仲裁院协助临时仲裁工作规则(试行)》并未对指定机构指定仲裁员的范围做出规定;中国国际经济贸易仲裁委员会只有《中国国际经济贸易仲裁委员会香港仲裁中心担任指定机构的规则》,并没有规定其海南中心担任指定机构的规则,也没有规定上述香港中心的规定海南可以参照适用。

的过度机构化导致了仲裁协会的定位和目标略有出入,超出了法律应当赋予其的职能。^{③③}

以海南为例,《海南自由贸易港国际商事仲裁发展若干规定》第17条规定了当事人可以从仲裁协会推荐的临时仲裁员名录中选择仲裁员,也可以选择符合《仲裁法》规定的人员担任临时仲裁员。

首先,上述规定却没有赋予仲裁协会如《海南规则》第13条规定的、对名册外选择仲裁员进行确认的权利,其确认的机构也可以是法院;其次,《仲裁法》并没有对临时仲裁的仲裁员的资质有具体要求,是不是有必要确认也存疑。再次,即使临时仲裁员的资质要求参照适用《仲裁法》第13条的规定,“符合《仲裁法》规定的人员”也应当包括已经被其他仲裁机构确认过,已经在其他仲裁机构名册内的人员,这些人员是不是需要仲裁协会再行确认,存在合理性和操作上的问题。因此,上述临时仲裁规则对仲裁协会的机构化规定至少是略超越相关规定的。^{③④}

既下场比赛,又管理比赛对象,使得仲裁协会更像是一个新的仲裁机构。这种兼顾会在以下几个方面对仲裁的公信力和国际竞争力造成挑战:

第一,仲裁机构与仲裁协会的冲突造成的公正性挑战。首先需要明确的是提供临时仲裁的协助性服务都收费的。无论费用多少,都可能存在利益和利益冲突。地方仲裁协会作为本地仲裁相关机构的监督者同时又与本地仲裁相关机构提供相同的服务,甚至可以主动决定自己而不是别人提供相关的服务,其公正性就始终处于可能被挑战的状态。

第二,仲裁协会仲裁机构化的透明度挑战。仲裁协会与常设机构相比其结构更松散,其全职工作人员更少。暂不讨论效率问题,其需要像其他常设机构一样提供协助服务,甚至担任其他常设机构工作的裁判者就面临着标准和管理透明度问题。许多仲裁机构为了配合各地进行临时仲裁的尝试,都规定了作为指定机构的服务规则。而无论是海南还是上海的地方仲裁协会都没有发布其作为服务机构时的服务规则。地方仲裁协会提供的服务标准、服务内容、决策流程、决策依据和其作为“裁判者”时的依据就是透明的。其他待公布的内容还包括临时仲裁仲裁员的标准。比如海南省仲裁员协会官网

^{③③} 《仲裁法》第15条对仲裁员协会的社团法人性质和行业自律组织的属性进行了规定,但针对的是全国性的仲裁协会。上海和海南的地方性法规也有《仲裁法》类似的规定。《海南自由贸易港国际商事仲裁发展若干规定》第4条对地方仲裁协会的性质进行了统括性规定,规定了海南自由贸易港仲裁行业协会自律组织的属性,规定了海南自由贸易港仲裁行业协会提供交流和能力提升平台的功能。《上海市推进国际商事仲裁中心建设条例》第27条规定了本地仲裁协会行业自律组织的属性,第33条规定了本地仲裁协会加强行业联系、推动交流和弘扬仲裁文化的功能,第36条规定了本地仲裁协会协同培养提高仲裁参与人从业能力的功能。可见,地方仲裁协会的设立根本目的是更好地维护仲裁市场的良好发展,而不是(至少在其定义上不是)参与到仲裁的具体活动中去。

^{③④} 《海南自由贸易港国际商事仲裁发展若干规定》第20条亦同,其规定了仲裁协会可以应当事人或者仲裁庭的申请提供包括协助组庭在内的必要的协助服务,但是并没有赋予仲裁员协会判断指定机构是否履职并决定更换仲裁员的权力。仲裁协会有权在当事人申请其担任指定机构时另外指派其他指定机构的做法(《海南规则》第5条第3款)似乎不符合上述第20条的规定,也不符合仲裁的契约性;如果说上述规定都是提供“必要协助的服务”的一部分,那判断指定机构是否履职和仲裁员的更换(16条)、多数仲裁员(17条)是否可以继续进行仲裁程序的权利似乎距离行使判断权更近,离“对仲裁程序的协助”更远。

上并未披露临时仲裁员申请的具体标准。上海仲裁员协会官网公布了国内临时仲裁推荐仲裁员申请的具体标准,申请成为国内临时仲裁员的标准高于《仲裁法》第13条的规定,而且还需要经过更进一步的资格筛查,因此相关标准应当是高于其所公布的申请标准的,但没有具体规定。而且,国际仲裁员申请成为上海仲裁协会临时仲裁员的标准未能查到。国内仲裁员和国际仲裁员是否采用相同的标准,其后可能公布的国际仲裁员是否满足《仲裁法》第13条的规定,对于仲裁协会来说都是具有挑战但是又应当透明的内容。

第三,仲裁协会仲裁机构化的程序正当挑战。程序正当原则首先要求任何机构都不能成为自己的裁判者。但是根据《海南规则》第5条第1款,海南省仲裁协会可以承担指定机构的职能,又根据第5条第5款,决定重新确定指定机构的主体只有海南省仲裁协会。这既是一个程序正当的问题,又可能造成一个无法化解的程序僵局。无论是哪种都可能导致当事人的不信任,进而降低选择国内进行临时仲裁的原因。其次,当事人请求指定机构更换仲裁员时(《海南规则》第16条),应当是应一方当事人要求还是所有当事人要求是规定模糊的地方,指定机构和地方仲裁协会对此会不会存在不同理解。指定机构在7日启动了相关的程序但并未在7日内作出决定,是否属于不履行职责?仲裁协会必须启动另外7天程序作出新的决定还是可以等待指定机构做出决定(可能不需要7天或者短于新程序的时间)?作出决定时,是不是会给予当事人、被要求更换的仲裁员,甚至是指定机构提供发表意见的机会?其决定有没有客观、可以预见的标准?其在7天内给出的是否更换的决定是否会说明理由?其结果是否是最终并不可挑战的结果?这些实践中可能遇到的问题都会成为程序正当的理由并可能给当事人造成困扰和挑战。

三、地方临时仲裁规则过度机构化的成因分析

上述临时仲裁规则机构化的外化表现产生的问题,虽然都可以简单地划归到过度机构化的误区中,但是其形成的原因复杂且多元。

(一) 学习借鉴国外仲裁中心的表面对标、盲目对标

“学习借鉴国外仲裁中心的表面对标、盲目对标”本身就是地方临时仲裁规则的一个误区,其同时也是构成过度机构化误区的一个原因。如前文谈及仲裁员人数的情况,形似容易,而神似难。仲裁实践是千变万化、难以预计的,即使是坏的前提也并不一定得出坏的结果。但是也并非没有坏的结果就可以遵循坏的前提。

以仲裁协会机构化的情况为例,在国际上,协会兼顾仲裁机构职能的并非没有,虽然协会机构化的问题都存在,但其中也并非没有成功者。如伦敦海事仲裁员协会,其本就是仲裁员之间的会员制的小圈子,其有33名全职会员(即仲裁员),26名候补全职会员和795名支持会员。伦敦海事仲裁员协会制定仲裁规则,仲裁规则中要求独任仲裁员必须是全职会员,或者仲裁庭中有两名全职会员。对于仲裁员申请的有关的评估并不会向

申请者说明理由。^⑤从标准和透明度角度来说,伦敦海事仲裁员协会全职会员不多,标准不透明,在小圈子之间内进行。但是在实践中,伦敦海事仲裁员协会是海事仲裁领域领先者,在全球海事仲裁领域享有非常高的声誉。虽然坏的原因并不能与坏的结果,但是盲目的对标和对表依然会存在问题。伦敦海事仲裁员协会先成立了协会,协会工作成熟,基于实践中对临时仲裁机构化的需要,协会兼顾了机构的部分属性。又受惠于英国仲裁法和法院把支持仲裁定位为一项基本的司法政策,对仲裁的监督和支持足够有力,即使是不透明的协会也可以享誉世界。但这种经验是难以简单复制的,尤其是我国在引入临时仲裁时已经有很多仲裁机构可以担任指定机构的角色了。再给“年轻的”仲裁协会增加机构的属性自然可能有些强人所难,也可能造成种种问题。

此外,不得不考虑我们当下社会对临时仲裁到底有哪些期望,需要临时仲裁解决哪些问题。支持包括临时仲裁在内的国际仲裁是世界各主要贸易国家的普遍共识,但是不同的国家根据不同的国情,考量不同的发展阶段,鼓励不同的行业,在支持仲裁的规定和方式上也并不相同。从绝对数字来看,商事仲裁在争议解决中起到的作用与“切实提升仲裁公信力和国际竞争力”的期待和要求还有一定距离。^⑥仲裁制度在减轻司法压力、化解纠纷矛盾方面的潜力尚未得到充分发挥。甚至,由于受案量的普遍增加,对机构仲裁体验的批评和抱怨也增加。临时仲裁制度的引进被各方寄予非常高的期待。梳理需求,及时变化,临时制度的发展不能一成不变,盲目照搬。应当根据不同的时期、不同的要求进行动态的调整。不然就会陷入误区。

(二) 受到地方性法规的缺位和回避的影响

临时仲裁规则当中许多过度机构化误区与包括《仲裁法》《民事诉讼法》和“三特定意见”等现行法律和相关规定存在着千丝万缕的关系,但地方性法规的缺位和回避是更重要的原因。

临时仲裁规则的创新只能在法律授权的范围内。因此,地方性立法对临时仲裁制度进行“先行先试”的规定不能脱离法律框架的构建和临时仲裁特别规定的供给。将“创新”的期待交给临时仲裁规则,而没有配套可行的规定,只能使得地方临时仲裁规则陷入过度机构化的误区。

进一步梳理地方性立法缺位和回避造成的过度机构化应当厘清下面几个问题:

1. 地方性立法和“三特定意见”的关系

“三特定意见”发布已经8年,上海和海南对临时仲裁适用的范围已经突破了“三特定意见”的“自贸试验区内注册的企业相互之间”,拓展到了更大的范围。可是,地方临时仲裁规则又对“特定人员”的“坚持”又显得尤其重视。既然地方性立法已经认

^⑤ LMAA, *The Rules of the Association*, <https://lmaa.london/the-rules-of-the-lmaa/>, last visited Jan.18, 2025.

^⑥ 2013年以来,全国法院案件总量以年均13%的增幅快速上涨,10年增加2.4倍,各级法院年均审结民商事案件数量超2000万件,法律服务需求呈井喷态势。与此同时,我国仲裁机构的受案量和标的额同样呈现上升趋势。数据显示,2021年至2023年间全国仲裁机构受理案件量从41.6万件增长到60.7万件,其中传统商事仲裁案件数量占比过半。虽然仲裁案件量逐年递增的增长率高于法院,基于这种增长率,各主要仲裁机构的结案效率也大有降低的趋势。

识到“三特定意见”并非桎梏,则应当充分利用地方立法法的授权,从立法层面进行全面性梳理和规定。

“三特定意见”规定的“特定人员”可以是指仲裁员的资格,也可以是指仲裁员的名册,最高人民法院的支持性意见只是正向规定,鼓励在一定范围内进行尝试,但也并未反向禁止。作为上海和海南两地临时仲裁的指导性地方性法规亦是如此。^{③7}当事人通过约定规避仲裁员资格的规定似乎并不存在障碍。因此,若必须做出类名册性规则,这就是地方性法规需要弥补的漏洞,若对临时仲裁有更国际化的追求,则这也是地方立法进一步作出规定的起点。拓宽仲裁员的聘任渠道是实践中不可阻挡的趋势,“特定人员”也不能与名册必然画上等号,增强“特定人员”的开放性应当是我国临时仲裁制度的必由之路,地方临时仲裁配套制度应当在这个问题上有所回应。

2. 新地方性规定与“旧”仲裁法的衔接

现行《仲裁法》只规定了机构仲裁,对临时仲裁的问题法律没有涵盖也没有想过要涵盖。这其实给地方性立法留出了变通性规定的空间。新的地方规定作为《仲裁法》的补充,《仲裁法》有规定的部分仍然适用相关规定,《仲裁法》没有规定的,地方立法做出变通性规定。因为《仲裁法》只规定了机构仲裁,不能只对临时仲裁制度本身进行变通性规定,其配套的授权委托方式、审理模式、仲裁员资质、是否限于仲裁员名册等等临时仲裁的问题都是可以通过地方立法的新的规定来形成新的体系。

3. 新地方性规定如何与修订后《仲裁法》的衔接

在全国人大正式通过之前,修订中的《仲裁法》仍存变数,这也会给地方对临时仲裁的创新产生影响。修订中的《仲裁法》要从新的地方性立法构建出的临时仲裁体系中获得足够的“养分”而新的地方立法若是与修订后的《仲裁法》存在较大差距也是难言成功的。这首先要求地方性立法必须严格按照法律规定的程序和《立法法》的授权。其次,考虑到旧的地方立法和新的一般性法律之间的冲突的问题,也存在探索的方向性问题。既要大胆干,又要小心维护法律体系的平衡,就可以考虑建立新地方立法的期限性和展期制度。地方立法可以根据各地的情况尽可能减少限制地去大胆尝试,同时赋予新的规定一定的期限,并根据具体情况决定是否展期。

(三) 受临时仲裁主要推动者的影响

仲裁规则的过度机构化也可能受到其主要推动者的影响。其浅层原因可能是起草者的思维惯性。如果起草者来自仲裁机构,或者是机构仲裁的主要参与者,那么仲裁规则要规避机构化影响几乎是不可避免的。机构仲裁更强调机构对仲裁程序的把控和管理,更强调在机构的管理下仲裁程序的高效,为了避免低效和僵局,一些本该属于仲裁庭和当事人的权利被让渡给了机构,强化了机构对仲裁程序的管理权。而临时仲裁不应当需要其他机构的介入。因此,起草或完善临时仲裁规则时应当更多站在当事人的视角和

^{③7} 《海南自由贸易港国际商事仲裁发展若干规定》未对仲裁员资格做出规定,《上海市涉外商事海事临时仲裁推进办法(试行)》也只是笼统规定了“特定人员”,也没有对仲裁员资格做出限制性或禁止性规定。

场景,减少机构化角色的代入,更多把权利交还给当事人,以尽可能减少指定机构的存在感和参与度为临时仲裁的主要逻辑。

四、我国制订临时仲裁规则的合理方向

要充分发挥临时仲裁作用,先要正确认识临时仲裁制度的使命和边界,同时还要规避仲裁规则机构化误区可能给临时仲裁带来的不利影响。进一步优化和完善临时仲裁规则,应当充分参考上文已述及的机构化误区的成因。同时,临时仲裁的制度应当是法律规定的,有法可依的。临时仲裁规则的创新也应当严格按照法律的规定。梳理当下仲裁制度需要什么,临时仲裁制度应当扮演何种角色,承担什么任务,再创造和落实具体的政策,对于临时仲裁是更为脚踏实地的一条路。临时仲裁制度有着增强我国涉外仲裁开放性、包容度和融通性的使命。而“打造国际商事仲裁中心”也经常会和临时仲裁一同被提起。增强仲裁开放性、包容度和融通性就需要多做比较研究。

有学者就打造具有国际影响力的国际商事仲裁中心总结了六点要素:该国是《纽约公约》的缔约国;以《示范法》为仲裁法律;具有国家仲裁机构和国际仲裁中心;具备熟悉仲裁实践的法官队伍;不断提高国际仲裁能力建设水平;不断更新与仲裁有关的法律。^{③⑧}对照上述要素来看,我国已经是《纽约公约》的缔约国,《仲裁法》中也有大量的《示范法》内容被国内法化;^{③⑨}国家级的仲裁机构也被评为了全球最受欢迎仲裁机构的前五名;^{④⑩}因此,熟悉仲裁实践的法官队伍、不断提高国际仲裁能力建设水平和不断更新与仲裁有关的法律可能与我们进一步完善临时仲裁规则联系更密切。

制订地方从临时仲裁机构化误区的成因和我们要引入临时仲裁制度的根本目的入手,临时仲裁规则的完善可以从以下几个方面分析:

(一) 以立法和司法为导向明确临时仲裁规则的合理范围

如前文所述,临时仲裁中的过度机构化倾向一定程度上是地方性立法的缺位、司法支持和监督较少,导致地方临时仲裁规则为避开法律空白、避免程序僵局和拖延,参照了国内机构仲裁实践设计导致的。制订地方临时仲裁规则的主体可以是地方仲裁协会也可以是临时仲裁的服务机构,无论是哪个机构来起草和完善,消除过度机构化的误区,立法和司法的同步配合是不可或缺的。同时,培养熟悉仲裁实践的法官队伍、不断提

^{③⑧} Anselmo Reyes & Weixia Gu, *The Developing World of Arbitration: A Comparative Study of Arbitration Reform in the Asia Pacific*, Oxford: Hart Publishing, 2018, p3.

^{③⑨} “当年我国在制定《中华人民共和国仲裁法》时,已经在一些方面参考了1985年《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》,例如当事人意思自治原则和仲裁协议的可分离性等。”刘晓春:《〈联合国商事仲裁示范法〉对中国国际仲裁的影响以及相关立法建议》,第四届仲裁圆桌发言稿。

^{④⑩} CIETAC以17%的比例位列全球最受欢迎仲裁机构第五名,见伦敦玛丽王后大学和伟凯律师事务所:2021年国际仲裁调查报告, <https://www.whitecase.com/insight-our-thinking/current-choices-and-future-adaptations>,最后访问时间:2025年6月18日。

高国际仲裁能力建设水平和不断更新与仲裁有关的法律也是临时仲裁制度“先行先试”的目标。

1. 厘清法律规范的逻辑,尊重临时仲裁的特殊性

临时仲裁规则与法律的规定应当是紧密联系和配合的。临时仲裁规则的进一步完善有待于对现有法律体系的梳理和明确。虽然机构仲裁也是“移植”而来,但相对于临时仲裁,它就已经是在中国土地上生根发芽的“本土派”。我国的临时仲裁是现有法律体系下特殊的制度安排,最高院的意见提供指导,部分地方使用《立法法》赋予的法律变通权,进行“先行先试”。而在《仲裁法》并未被局部暂停实施的情况下,厘清法律现有规定,对总则性规定、特殊制度和一般制度进行区分。规范临时仲裁,从与机构仲裁的关系来入手,研究临时仲裁规则的特殊性是一条重要线索。不能排斥《仲裁法》在临时仲裁领域的运用,而强调特殊性就是要厘清特殊规则和一般规则的适用顺序,用尽临时仲裁制度的规定。第一,临时仲裁是广义的仲裁法的特别规定,不是狭义的《仲裁法》的特别规定。因为仲裁的国际性要求,如果成文的法律中没有规定的,应当考察我国缔结的国际公约有没有规定、相关事项有没有国际惯例。第二,因为机构仲裁和临时仲裁制度在我国有非常明显的先后,临时仲裁制度在某一问题上是不是有法律规定,应当从整体临时仲裁制度的理念和语境下去理解,关于机构仲裁的一般规定不应干扰对临时仲裁制度的解释。第三,对某一问题临时仲裁相关法律应当规定而没有规定的,也不宜直接适用机构仲裁的一般性规定。

2. 从立法和司法角度提供仲裁规则完善的方向

善用地方立法的权利,完善立法和司法在临时仲裁规则中缺位的部分,使临时仲裁规则逻辑合理,有所为有所不为。

第一,构建临时仲裁规则的合理边界,就是要从立法角度加强司法支持。临时仲裁制度是对涉外仲裁制度的补充,是助力高水平对外开放的抓手,其覆盖范围应当与我国对外开放水平相适应。通过立法方式清晰地划定临时仲裁的范围,可以帮助临时仲裁规则更有针对性,更方向正确地进一步完善。同时,还应当加强司法支持,厘清临时仲裁的边界也有利于培养熟悉国际仲裁的法官队伍。^④从临时仲裁的指导意见到地方立法,从临时仲裁规则到其他更细化的规定,对于包括法院在内的司法体系加强对临时仲裁支持的规定相对较少。缺少司法支持,临时仲裁规则为了跑通,不得不强化规则中“机构权”的部分。通过立法,并根据临时仲裁的特点,把定分止争,行使判断权的规定进行明确,并由司法体系进行保障可以帮助临时仲裁的参与者厘清制度的逻辑。立法完善后,临时仲裁规则中混乱的逻辑和不自洽自然可以得到改善。

第二,从立法角度提供更多制度供给,不断提高国际仲裁能力水平建设。临时仲裁制度应当是完善涉外仲裁制度的重要拼图,应当充分利用涉外仲裁制度在《仲裁法》体系下特别规定的特点,从立法角度提供更多具有中国特色的“特别仲裁”的特别规定。

^④ 从前述学者“六要素”提法来看,司法对于仲裁的支持其重要性至少不亚于打造本土的国际化仲裁机构。

地方临时仲裁规则中存在诸如更换仲裁员、更换指定机构等陷入过度机构化误区、不能体现临时仲裁特点和优势的规定,制度供给缺失一定程度造成了临时仲裁规则陷入过度机构化的误区。我国《仲裁法》体系下对于仲裁参与人的回避、仲裁员更换等制度的规定是不够完善的,尤其是司法支持方面显然是不够的。这既是机构仲裁管理看上去越来越集权的一个原因,也是机构仲裁和临时仲裁的主要差别。因此,通过立法给当事人提供更多诸如仲裁庭的临时措施,明确仲裁员和仲裁参与人利益冲突及回避的规范,既可以帮助临时仲裁规则消弭其部分不符合潮流和市场的机构化倾向,也可以帮助机构仲裁与国际通行的做法靠拢。

第三,合理化临时仲裁规则的内在逻辑,通过立法的方式明确仲裁协会、指定机构的权利和责任边界,让仲裁协会等机构更专注在不断提高国际仲裁能力建设水平上。诸如仲裁员资质、仲裁员名册等问题由立法的方式进行明确。有关机构减少超过自身能力或者不应当肩负的职能,做好本职工作,消除利益冲突,规避对利益介入的合理怀疑。有关机构透明度和效率整体提升,国内临时仲裁规则的机构化倾向也会随之减少。“上帝的归上帝,凯撒的归凯撒。”从立法完善角度帮助仲裁协会、指定机构和当事人更好地把问题聚焦在争议解决本身而非制度本身。

第四,明确临时仲裁规则的合理导向,通过立法的方式明确不同法益、秩序之间的价值位阶,诸如临时仲裁当中维护程序稳定的法益和保护商业秩序流畅的法益之间的位阶关系;个案管理可控的秩序和支持仲裁作为一项公共政策的秩序之间的位阶关系;防止虚假仲裁维护仲裁制度的秩序与鼓励多元化解纠纷解决更多社会矛盾的秩序之间的位阶关系。价值位阶是立法的指挥棒,法律体系对价值位阶明确和完善可以帮助我国临时仲裁规则从模仿到走出自己道路,拿出中国方案。

（二）统筹布局突出临时仲裁特色

法律规范是临时仲裁制度的基础,要使得临时仲裁好用,光靠把仲裁的法律以及仲裁的规则规范得事无巨细,尤其是参照机构仲裁的规定、逻辑难以达到根本目的。统筹考虑如何突出临时仲裁的特色,避免头痛医头,只看局部而不谋全局。

要体现开放性、包容度和融通性,临时仲裁规则必须减少过度机构化的规定,统筹考虑,使临时仲裁规则“有所为,有所不为”。如前文所述,从制度上厘清、解放仲裁协会等主体,充分释放其应有的作用,对于临时仲裁规则的过度机构化倾向将大有助益。^④临时仲裁规则的完善应当考虑如何使其配套的制度充分衔接、发挥作用,而并不必须追求“大而全”。

（三）以坚持市场化导向明确仲裁规则的完善方向

如前文所述,起草者的机构化思维的代入、站在方便指定机构和仲裁员的角度起草

^④ 比如,地方临时仲裁规则将仲裁效率问题在仲裁规则中不断细化只会增加仲裁规则的过度机构化倾向,使得规则的灵活性丧失。而“解放”仲裁协会,使其充分发挥应有作用,加强对仲裁员和仲裁参与人的培训,提升仲裁员的仲裁程序管理能力,提升仲裁参与人的仲裁程序推进能力和意识,对于提升仲裁效率可能是更合适的方式。

临时仲裁的规则并不会使得临时仲裁对当事人更具有吸引力,要使得临时仲裁规则不陷入误区,充分发挥其应有的作用,必须从仲裁使用者的角度审视仲裁规则。

1. 建立一套以当事人为中心的临时仲裁规则

临时仲裁制度在中国是否有竞争力,中国的仲裁是否具有国际竞争力是仲裁的使用者,即当事人决定的。代入当事人视角,以方便当事人为出发点应当是临时仲裁规则设计的主要出发点。如授权委托手续和仲裁语言的规定,临时仲裁的出发点应当是仲裁的使用者觉得好用,而不是指定机构如何更好管理和仲裁员如何更方便;如仲裁员的资格和名册的规定,应当是尽量减少除了仲裁员和当事人以外的第三方机构的介入,而不是使机构的介入成为必不可少的一环;如仲裁协会的规定,应当是灵活透明、权责明晰的而不是人为创造利益冲突和僵局。减少机构化倾向就是减少家长式的思维,要以当事人为中心完善临时仲裁规则。

2. 建立一套机构几乎不参与的临时仲裁的默示制度

以仲裁参与人为中心,减少临时仲裁规则机构化,还需要提高仲裁规则的下限,建立一套高效,鼓励当事人积极配合,灵活的默示制度,减少机构存在感。决定一个仲裁程序是不是临时仲裁,并不取决于当事人所使用的仲裁规则的名称,而取决于其仲裁程序中第三方机构的“存在感”。充分尊重临时仲裁的理念,把相关机构介入到仲裁程序当中作为一种促进和服务而不是管理,给当事人提供更多服务内容和便利供当事人选择,而不是为了提高效率强制适用。减少机构化倾向就是减少机构化的管理的思维,构建一套机构几乎不参与,甚至当事人不配合也能灵活、高效、费用可控的临时仲裁默示制度。

3. 认识差异坚持市场化原则

机构仲裁和临时仲裁共同组成了我国仲裁制度。完善临时仲裁制度必须相信临时仲裁制度在机构仲裁为主流的今天,仍然具有强大的活力和广泛的应用场景。同时,也应当相信当事人会根据具体情况更有针对性地选择机构仲裁和临时仲裁。保留机构仲裁和临时仲裁的差异化,应当客观认识、不夸大临时仲裁制度的重要性。根据法律的规定制定临时仲裁规则,不盲目扩张临时仲裁的适用范围。使临时仲裁和机构仲裁在法律划定的范围内各司其职,在各自领域和场景下充分发挥作用。提供适当的规则供给,坚持市场化原则,剩下的让当事人“用脚投票”。

结 语

临时仲裁规则陷入过度机构化的误区将会使得临时仲裁制度的价值不能得到充分地发挥。摆脱过度机构化误区需要认识临时仲裁制度的特殊性,正确理解法律给临时仲裁制度划定的范围,认清临时仲裁规则的局限性,认准参与到临时仲裁程序中第三方机构的权责边界。简言之,仲裁程序效率高低、费用多寡和是否会陷入僵局是当事人的事,与指定机构和仲裁协会无关;第三方机构应当根据当事人的要求做好服务并止于这种服务;仲裁规则的起草者要相信临时仲裁制度本身、相信当事人推进仲裁程序的能力和市

场本身的调节功能。放宽临时仲裁的准入和门槛,通过立法建立规则,通过司法守好临时仲裁的底线。使临时仲裁规则不用去操法律的心,临时仲裁规则不用让仲裁协会操法院的心,让提供辅助服务的机构不用操当事人的心。使临时仲裁制度能够在机构仲裁已经生根发芽的土地上也能绽放出自己美丽的花。

Abstract: In the drafting of local Ad hoc arbitration rules, there is a misconception of not valuing the inherent characteristics of Ad hoc arbitration, simply copying and imitating China domestic institutional arbitration, and over-institutionalization. The over-institutionalization of Ad hoc arbitration rules not only leads to a reduction in case arbitration efficiency, increased parties costs, and decreased procedural flexibility at the micro level, but also diminishes the confidence of parties in China's Ad hoc arbitration system at the macro level, which is contrary to the fundamental purpose of promoting the development of Ad hoc arbitration. It is necessary to clarify the scope of Ad hoc arbitration rules through legislative authorization and to delineate the boundaries of Ad hoc arbitration rules by clarifying the scope of judicial intervention. Adhere to improving Ad hoc arbitration rules from the perspective of facilitating arbitration participants and market-oriented direction. Reduce the tendency towards over-institutionalization, change the trend of institutionalization of arbitration associations, enhance transparency, and thereby improve the credibility of Chinese arbitration. Improvements should aim to increase arbitration efficiency, reduce costs, and enhance procedural flexibility to enhance the international competitiveness of Chinese arbitration.

Keywords: Ad Hoc Arbitration Rules; over-institutionalization; arbitration efficiency; party's Autonomy

(责任编辑: 沈 健)

英国 2025 年新《仲裁法》亮点和特色分析

——兼论对中国仲裁发展的启示

王青松 张思涵*

内容提要 实施近 30 年的英国 1996 年《仲裁法》于 2025 年 2 月 24 日完成修订, 2025 年 8 月 1 日全部生效。本次修订的主要亮点有三: 第一, 将判例法下仲裁员披露义务成文化, 并将仲裁员的豁免范围扩大至仲裁员合理辞职与仲裁员被罢免产生的费用责任, 以强化仲裁员的公正性; 第二, 厘定适用于仲裁协议的法律, 引入简易处理程序以提升仲裁效率; 第三, 明确法院对非仲裁当事方的权力, 规定法院对紧急仲裁员命令的强制执行以及调整法院对仲裁庭已决问题进行审查而非重审的态度, 以加大法院对仲裁的支持。英国 2025 年《仲裁法》对中国仲裁发展产生的镜鉴价值有: 第一, 我国《仲裁法》对于仲裁员的披露义务应当选用客观主义标准; 第二, 由我国仲裁机构的仲裁规则引入简易处理程序, 发挥先试先行的作用; 第三, 在我国《仲裁法》中授权当事人依据仲裁规则向仲裁机构申请指定紧急仲裁员, 并规定法院对紧急仲裁员命令的强制执行。

关键词 2025 年《仲裁法》; 披露义务; 仲裁员豁免; 简易处理; 紧急仲裁员

一、问题缘起: 英国仲裁立法新动向

发生在英格兰、威尔士和北爱尔兰的仲裁活动由英国 1996 年《仲裁法》加以调整。^① 该法现已实施超过 25 年, 这一期间其他司法管辖区也在不断更新其仲裁服务, 使得英国面临仲裁业务流失的风险, 因而在 2021 年 3 月, 司法部要求英格兰和威尔士法律委员会 (以下简称“法律委员会”) 对 1996 年《仲裁法》进行审查, 确定是否需要对该法进行修订, 从而确保其继续适用且具有国际吸引力。法律委员会在 2022—2023 年期间开展了两次公开咨询, 随后于 2023 年 9 月 5 日将报告和《仲裁法案草案》提交议会, 并表示, 1996 年《仲裁法》总体运行良好, 不需要进行根本性改革, 本次将建议限制在少数重大举措和极少数的小规模修正。《仲裁法案草案》落实了法律委员会对 1996 年《仲裁法》

* 王青松, 新疆大学法学院教授, 博士生导师; 张思涵, 新疆大学法学院 2024 级硕士研究生。

① 由于苏格兰地区属于大陆法系, 适用单独的 2010 年《仲裁(苏格兰)法》, 因而本文所称的英国仅包括英格兰、威尔士和北爱尔兰地区。

改革的所有建议,并于2025年2月11日完成三读,等待皇室批准。2025年2月24日,实施近30年的英国1996年《仲裁法》被英国国王批准。2025年8月1日,该法全部生效,生效后新法将适用于仲裁地为英格兰、威尔士或北爱尔兰的仲裁程序。本次修订共18条,其中有三处亮点:第一,强化了仲裁员的公正性;第二,提高了仲裁效率;第三,加大了法院对仲裁的支持力度。本文首先从以上三个方面介绍修订的亮点和特色,进而就本次英国《仲裁法》的修订对中国仲裁发展产生的镜鉴价值进行探讨。

二、亮点和特色 1: 强化仲裁员的公正性

广义上讲,公正性即仲裁员在仲裁双方之间保持中立。一个具有良好公正性的仲裁员有利于保障仲裁的程序公平性与结果公信力,进而维护当事人对仲裁机制的信任,促进争议的高效、权威解决,同时助力提升本国仲裁制度的竞争力与吸引力。本次修法,法律委员会通过将判例法下仲裁员披露义务成文法化,并将仲裁员的豁免范围扩大至仲裁员合理辞职与仲裁员被罢免产生的费用责任,强化了仲裁员的公正性。

(一) 仲裁员披露义务的成文法化

披露义务是指仲裁员应披露自身存在的任何可能影响其公正性和独立性的联系。^②英国1996年《仲裁法》规定了仲裁员的公正性义务^③以及仲裁当事人对仲裁员的公正性存在合理怀疑时可以向法院申请罢免该仲裁员。^④仲裁员的披露义务并未被规定在英国1996年《仲裁法》中,而是通过 *Halliburton v. Chubb* 案以判例法的形式确立。法律委员会在此次修订中认为,1996年《仲裁法》的优点之一在于它将仲裁的指导性原则集中在一起,便于仲裁用户了解,但目前尚缺少披露义务;^⑤同时,《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(以下简称《示范法》)、一些外国立法^⑥以及部分仲裁规则^⑦中都规定了披露义务。为与国际接轨并完善《仲裁法》的规定,法律委员会欲在本次修订过程中将判例法下的仲裁员披露义务纳入《仲裁法》。这一建议引发了是否纳入披露义务以及在纳入后具体的披露内容如何设计两个主要讨论。

1. 纳入与否之争

关于是否将仲裁员的披露义务纳入成文仲裁法这一问题,法律委员会共收到83份回复,其中有65份表示了同意。赞成者表示,将判例法义务编入成文法将提升规则清晰度,增强仲裁当事人对仲裁员公正性的感知,强化仲裁员公正性;还有人表示,这将有

② Law Commission. Review of the Arbitration Act 1996: Final report and Bill, 5 September 2023, para.3.2.

③ Arbitration Act 1996, art 33.

④ *Id.*, at Art.24(1).

⑤ *Supra* note 2, at para.3.24.

⑥ Arbitration (Scotland) Act 2010, sch 1 r 8; Swedish Arbitration Act 1999, s 9; Private International Law Act 1987 (Switzerland), art 179(6).

⑦ ICC Arbitration Rules 2021, art 11; LCIA Arbitration Rules 2020, r 5.5; IFLA Financial Scheme Arbitration Rules 2021, art 5.1.

助于解决信息不对称问题。例如,仲裁被申请人可能进行过多次仲裁,了解多位仲裁员对各种问题的看法,从而在选择仲裁员时具有优势。因此,仲裁申请人了解仲裁员是否曾多次参与涉及仲裁被申请人的案件具有重要意义。^⑧ 在收到的回复中,反对意见主要来自一些专业组织或其代表,包括谷物和饲料贸易协会、油籽和脂肪协会国际联合会、伦敦海事仲裁员协会等,他们认为最高法院通过 *Halliburton v. Chubb* 案已经确立仲裁员的披露义务,如果将其纳入成文法中将失去判例法的灵活性;他们表示,在其行业中,仲裁员群体较小,仲裁员被重复任命的情况很常见,因而已经形成了仲裁员无需披露的惯例,成文法下的披露义务与业已存在的行业惯例不相符;法律委员会对此的回应是:仅仅因为某些情况无需披露,并不意味着披露义务可以普遍放弃;作为公共利益问题,公正性义务是强制性的,相关的披露义务也应当是强制性的。^⑨ 另外,法律委员会指出,将判例法下的披露义务纳入成文法可以扩大该义务本身的规制范围。依据最高法院在 *Halliburton v. Chubb* 案中的意见,仲裁员的披露义务通过两种方式产生:第一,披露义务被视为 1996 年《仲裁法》第 33 条中公正性义务的一部分,适当的披露本身就是公正性义务的要求;第二,披露义务被视为仲裁员任命合同的隐含条款,即如果仲裁员接受仲裁当事人的任命,则其天然地负有披露义务。但依据这两种方式产生的判例法下的仲裁员披露义务存在两个不足:首先,不管是第 33 条还是仲裁员任命合同,均只调整被任命之后的仲裁员,无法规制仲裁员在被任命前的披露义务;其次,对于后者,由于合同解释的范围有限,它假设任命仲裁员的合同受英格兰和威尔士法律管辖,如果合同受外国法律管辖,可能没有隐含的披露义务;此外,仲裁员的任命合同可能并非与所有仲裁当事人签订,因此披露义务可能不会当然地对所有仲裁当事人产生。^⑩ 综上,法律委员会认为需设定更明晰、效力更广泛的成文法上的仲裁员披露义务,以保障仲裁员的公正性,这一建议最终也被采纳。

2. 披露内容之争

在确定要设立成文法意义下的仲裁员披露义务后,法律委员会紧接着讨论了披露义务的内容。关于仲裁员要披露的内容,法律委员会首先对措辞进行了明确,只有“circumstances which might reasonably give rise to justifiable doubts”,即可能合理引起正当怀疑的情形才需要披露。^⑪ 法律委员会对“合理”和“正当”二词为什么同时出现在规定披露义务的相关表述中作了解释:首先,“justifiable doubts”,即“正当的怀疑”的表述是从《示范法》第 12 条第 1 款借鉴而来,且在 *Halliburton v. Chubb* 案中,上诉法院认为正当怀疑这一表述是指使公正且知情的观察者在审阅相关事实后,得出仲裁员存在偏袒的现实可能性这一结论。例如,认为仲裁员是对手的朋友就是一种正当怀疑,而认为

⑧ *Supra* note 2, at para.3.31.

⑨ *Supra* note 2, at para.3.71.

⑩ *Supra* note 2, at paras.3.44-3.49.

⑪ *Supra* note 2, at para.3.75.

仲裁员早餐吃了全麦脆饼则不是;^⑫其次,“might reasonably”,即“可能合理地”的表述是英国最高法院在 Halliburton v. Chubb 案中对《示范法》第 12 条第 1 款“likely”一词的转化适用,即只有可能合理引起正当怀疑的情形才需要披露。仅仅是可能引起正当怀疑的标准较低,例如,如果仲裁员经常与对手在同一俱乐部用餐,在这种情形下引发的对仲裁员的正当怀疑是合理的;但如果仲裁员只是在咖啡店排队时站在对手后面,引发的当事人对仲裁员的怀疑则不合理,仲裁员也不需要披露。^⑬

在明确了措辞后,法律委员会进一步探讨披露义务的范围问题:仲裁员是否需要仅披露其实际知晓的信息,还是应扩展至其经合理查询后应当知晓的内容?在收到的回复中,有过半数的咨询者认为仲裁员应当负有合理查询的义务,例如,英国保险法协会建议,仲裁员披露范围应包含通过合理搜索可获得的信息。^⑭国际社会对此问题的立法实践存在分歧,例如,国际律师协会在其《国际仲裁中利益冲突指南》中规定了仲裁员进行合理查询的义务,^⑮而在《2010 年苏格兰仲裁法》中则规定披露义务仅基于仲裁员实际已知的信息。^⑯法律委员会在充分吸收各方意见后认为,仲裁员应承担更高标准的披露义务以保证其公正性,即仲裁员应当披露其应当知道的情况。但“应当知道”的范围并非固定,而是取决于具体案件和行业背景。例如,有时仲裁员实际了解的内容可能也是他们合理应当知道的全部内容。^⑰设定仲裁员成文法下披露义务的建议通过新法第 2 条生效。

(二) 仲裁员豁免范围的扩大

仲裁员的豁免,依据 1996 年《仲裁法》第 29(1)条的规定,是指仲裁员在履行仲裁职责过程中的任何作为或者不作为,均不承担任何责任,除非能证明该作为或不作为是出于恶意。仲裁员的豁免制度保障了仲裁员的公正性,使其可以大胆作出公正裁决,而不必担心当事人因不满而起诉,同时也保证了争议解决程序的终局性。1996 年《仲裁法》没有将仲裁员合理辞职所产生的责任和被法院罢免所产生的费用责任纳入豁免范围。这两项内容的缺失可能导致仲裁员因害怕辞职或者被法院罢免后承担责任而向仲裁当事人妥协,作出不公正决定。因此,法律委员会在本次修订中探讨了是否将这两种事由纳入仲裁员的豁免范围。

1. 豁免:仲裁员的合理辞职

1996 年《仲裁法》第 29(3)条明确规定,仲裁员辞职而产生的任何责任均不适用仲裁员豁免。关于仲裁员辞职是否应纳入仲裁员的豁免范围的问题,多数观点认为,仲裁员既然承诺提供专业服务(即通过发布仲裁裁决解决争议)后,若提前辞职可能导致

^⑫ *Supra* note 2, at paras.3.55-3.58.

^⑬ *Supra* note 2, at para.3.61.

^⑭ *Supra* note 2, at para.3.91.

^⑮ 唐浩深、陈哈清:《国际律师协会国际仲裁利益冲突指引(2024年)》,载《商事仲裁与调解》2024年第2期,第99-120页。

^⑯ Arbitration (Scotland) Act 2010, sch 1 r 8.

^⑰ *Supra* note 2, at para.3.96.

仲裁当事人的程序成本浪费,故应承担相应责任,即辞职行为原则上不应享有豁免;不过,这一观点过于绝对,它排除了仲裁员基于合理事由辞职的豁免情形。一些学者表示,基于疾病、丧亲或公共事务等事由辞职是正当合理的,此类情形下的仲裁员豁免权不应受限;商业律师协会亦主张,从原则上讲,允许当事人从仲裁员处追偿因不合理的辞职行为所导致的费用损失并无不当之处。^⑮对此,法律委员会认为:首先,要确保仲裁员在适当的情况下能够辞职,而不必担心承担责任;其次,应避免仲裁员的不当辞职,因为这可能会造成仲裁当事人的成本浪费。对于仲裁员不当辞职的认定,应由投诉方承担举证责任,法律也不应列举具体情形,而由法院根据个案的具体情况加以判断。^⑯法律委员会的建议被大多数咨询者认可并被立法采纳,新法第 4 条最终将“合理辞职”纳入仲裁员豁免范围。

2. 豁免: 仲裁员被罢免而产生的费用责任

依据 1996 年《仲裁法》第 24 条的规定,仲裁程序的当事人可向法院申请罢免仲裁员。一系列判例表明,在此类申请中,仲裁员将被列为程序当事人,并因该申请承担费用责任。^⑰然而,法律委员会在本次修订《仲裁法》的过程中指出,这一系列判例可能在法律解释上存在错误:1996 年《仲裁法》没有规定仲裁员在被罢免后丧失豁免,该法第 24(4)条仅规定了如果仲裁员被罢免,其可能仅涉及仲裁费用的退还;这与辞职的情况形成对比,仲裁员辞职不包含在豁免范围之内是该法明确规定的。因此,从法律解释的角度来看,仲裁员被罢免不应导致豁免权的丧失。另外,仲裁当事人向法院申请罢免仲裁员时,实质是对仲裁员持续保有仲裁员身份并继续履行仲裁职能提出异议,而该内容属于第 29(1)条所规定的仲裁员的豁免范围之内,故此类申请不应成为削弱仲裁员豁免权的途径。

法律委员会指出,若仲裁员被罢免所产生的费用责任不被豁免,则仲裁当事人可能对第 24 条进行类推适用,即依据第 68 条——由于仲裁庭严重违规而对仲裁裁决提出异议,从而使仲裁员承担费用责任,这会大大削弱仲裁员的公正性。^⑱皇家特许测量师学会对此表示赞同,并表示,在其他仲裁地,对仲裁员施加惩罚性安排已经损害其信誉和吸引力,将仲裁员因被罢免产生的费用责任纳入豁免,可防止虚假与不必要的罢免申请,避免当事人操纵仲裁程序,削弱仲裁作为一种有效替代性争议解决方式的吸引力。^⑲最终,法律委员会认为,应当将仲裁员被罢免产生的费用责任纳入豁免范围,以保障仲裁员履职的公正性,避免其因潜在责任威胁而屈从于当事人不当压力;同时,该豁免条款应当与《仲裁法》第 29 条中的豁免条款保持一致,即仲裁员在恶意抵制罢免申请时应当承担费用责任,这一新增规定反映在新法第 3 条。

^⑮ *Supra* note 2, at para.5.27.

^⑯ *Supra* note 2, at para.5.33.

^⑰ *C Ltd v. D*, 1282, EWHC, 2020, p.955; *Halliburton Co v. Chubb Bermuda Insurance Ltd*, 48, UKSC, 2020, p.1083.

^⑱ *Supra* note 2, at para.5.44.

^⑲ *Supra* note 2, at para.5.50.

三、亮点和特色 2: 提高仲裁效率

近年来,国际商事仲裁常常被诟病效率低、成本高,其相对于诉讼的优势可能已不再存在,仲裁界也注意到了这一现象,国际主流仲裁机构和国家立法纷纷开始对国际商事仲裁进行改革。本次英国 2025 年《仲裁法》通过厘定适用于仲裁协议的法律和引入简易处理程序,提高了仲裁效率。

(一) 厘定适用于仲裁协议的法律

仲裁协议作为仲裁制度的基石,从仲裁程序开始到仲裁裁决的承认与执行的整个仲裁过程中发挥着重要的作用。其形式既可以是单独的仲裁协议,也可以是主合同中的仲裁条款。各国对仲裁协议与主合同的关系的认定存在差异。根据英国《1996 年仲裁法》第 7 条“仲裁协议的独立性”(SEPARABILITY OF ARBITRATION AGREEMENT)的规定,仲裁协议被视为与主合同相独立的部分,因而仲裁协议要适用的法律可能与主合同不同。在英国现行法律框架内,确定适用于仲裁协议的法律的规则源于判例 *Enka v. Chubb* [2020] UKSC 38。英国最高法院在该案判决中认为,大多数商事争议当事人都预期其选择的管辖合同的法律,适用于合同的所有条款,包括仲裁条款,因而确立了以下规则来确定仲裁协议要适用的法律:第一,尊重当事人的约定;第二,在没有明示选择适用于仲裁协议的法律的情况下,适用于主合同的法律将作为一种默示选择适用于仲裁协议。但存在两种例外:其一,仲裁地法律规定,如果仲裁受该国法律管辖,则仲裁协议也将适用该国法律,此时仲裁协议应当适用仲裁地的法律;其二,在仲裁协议与主合同适用同一法律可能面临无效的情形时,仲裁协议应当适用仲裁地的法律;第三,在没有选择任何法律的情况下,将根据最密切联系原则确认适用于仲裁协议的法律。根据最高法院的多数意见,如果当事人选择了仲裁地,则仲裁地的法律将适用于仲裁协议。^{②③}

可以看到,一方面, *Enka v. Chubb* 案设定的确定适用于仲裁协议的法律的规则较为复杂,可预见性不足,在实践中必须通过漫长的判断与理解过程才能确定,无疑降低了仲裁效率。英国商事律师协会表示,当事人同意通过仲裁解决争议时,其核心期待是程序清晰、确定、快速且有效的,而不是陷入有关仲裁协议程序法和实体法之间差异的复杂争论;另一方面,由于当事人通常不会约定适用于仲裁协议的法律,而通常会约定的主合同适用的法律又未必是英国法,因而该判例将导致更多的仲裁协议由外国法律而不是英国法律管辖;同时,最终适用的外国法律可能并不具有同英国一样对仲裁的积极态度,可能导致适用的外国法律在可仲裁性、仲裁协议范围和仲裁条款独立性等方面过于严苛,进而损害当事人选择仲裁的意思自治。一项研究表明,在 80 个司法管辖区中,过半数地

^{②③} *Supra* note 2, at para.12.9.

区都选择将仲裁地法律作为适用于仲裁协议的法律。^{②④}一些咨询者也表示,当事人选择在特定仲裁地进行仲裁时,他们期望由仲裁地的法律管辖仲裁,包括对仲裁协议的解释。因而在最终生效的新法第 1 条中,法律委员会明确规定了仲裁当事人明示选择的适用于主合同的法律并不适用于仲裁协议,仲裁协议要适用的法律由当事人另行约定,若当事人没有约定,则适用仲裁地的法律。这一安排具有简单性和确定性,既排除了外国法律对仲裁协议的潜在消极影响,又提升了仲裁效率。

(二) 引入简易处理程序

简易处理程序(summary disposal)是源于普通法系国家民事诉讼的一项特色制度——简易判决(summary judgment)。该制度是指在诉讼程序中,若法院认为一方当事人就某争议事项没有胜诉前景,且不存在其他令人信服的理由使得该事项必须通过法庭审理解决时,法院无需经过庭审即可对某项诉求或争议事项作出裁决。这种简易处理方式避免了法院启动每一个程序步骤来解决纠纷,因为在某些争议事项上,即便走完全部流程,也无法改善一方当事人胜诉前景渺茫的状况,此举能够节省时间和成本,提高诉讼效率。在英国 1996 年《仲裁法》实施的近三十年间,简易处理程序先是被美国 2000 年《统一仲裁法》吸收,规定在第 15(b)条中,之后,2006 版《国际投资争端解决中心(ICSID)仲裁规则》的第 41(5)条规定了早期驳回程序,也有学者称之为审前异议制度,该制度即为简易处理程序的形式之一。SIAC、SCC、HKIAC 等国际知名仲裁机构也纷纷在其仲裁规则中增设该程序。直到现在,简易处理程序已经随着这些国际著名仲裁机构仲裁规则的修改完成了更新,如 ICSID 的 2022 版仲裁规则将其 2006 版仲裁规则第 41(5)条规定独立出来并予以细化,2025 版 SIAC 仲裁规则也在其 2016 版仲裁规则第 29 条“早期驳回仲裁申请和答辩”基础之上新增“初期决定”的规定,这也是简易处理程序的一种形式,从而使得在 SIAC 仲裁规则下简易处理的形式更加完善。由于 1996 年《仲裁法》未明确规定仲裁程序可采用简易处理方式,因而法律委员会借助本次修法时机,就是否应当增设此类规定展开探讨。

1. 入法讨论

关于是否引入简易处理程序这一问题,法律委员会共收到 85 份回复,其中共有 63 份同意将简易处理程序纳入英国《仲裁法》。品诚梅森律师事务所指出,仲裁程序常因耗时费资而备受诟病,若能在仲裁程序中合理运用简易处理程序,通过简化流程处理缺乏依据的请求,将有效提升仲裁效率,节约时间与金钱成本。其与伦敦玛丽女王大学于 2019 年联合开展的建筑业国际仲裁效率调研显示,44%的受访者认为简易处理程序极具提升仲裁效率的潜力。^{②⑤}此外,判例法中有一些观点认为,简易处理程序可以与仲裁员

^{②④} Scherer, M, and O Jensen, *Towards a Harmonized Theory of the Law Governing the Arbitration Agreement*, Indian Journal of Arbitration Law, 2021, Vol.10:4, pp.1-4.

^{②⑤} *Supra* note 2, at para.6.14.

的公平义务相兼容,一些作者也支持这一点。^{②6}将简易处理程序纳入新《仲裁法》争议较小,该建议通过新法第7条得以确立,接下来需要讨论将简易处理程序引入《仲裁法》后该如何适用的问题。

2. 适用条件

简易处理在仲裁中的适用条件应为:经当事人申请,由仲裁庭决定是否适用,仲裁庭只有认为一方仲裁当事人对某一问题没有胜利的现实可能时,才可对该问题作出简易裁决。首先,该程序应当由当事人自行决定是否向仲裁庭申请,而不是由仲裁庭主动启动,理由在于:根据1996年《仲裁法》第33(1)(a)条的规定,仲裁庭应公平公正地对待各方当事人,给予各方合理的机会陈述其主张;而简易处理程序意味着正常完整的仲裁程序不会被完全进行,当事人可能没有被仲裁庭给予合理的机会陈述其主张,此时就会产生当事人依据1996年《仲裁法》第68(2)(a)条的规定挑战仲裁裁决,或导致外国法院依据《纽约公约》的第5(1)(b)条拒绝承认和执行仲裁裁决。其次,仲裁当事人申请了简易处理并不意味着仲裁庭必须同意该请求,最终应由仲裁庭决定是否适用简易处理程序;仲裁庭收到申请后,可能认为继续正常的仲裁程序更为合适,也可能认为适用较小价值或较低复杂性索赔的快速程序更为合适,此时与其在完整程序中进行简易处理,不如在快速程序解决。^{②7}法律委员会认为,简易处理应被用来公平有效地解决争议,而不应成为额外的程序步骤,避免一方恶意利用其拖延仲裁进程。最后,仲裁庭只有认为一方仲裁当事人在某个问题上没有胜利的现实可能时,才能就该问题以简易方式作出裁决;“没有胜利的现实可能”,即“no real prospect of success”,这一标准由英国国内民事诉讼法确立,已在判例法中形成明确释义,因而2025年《仲裁法》采用相同标准,使国内立法用语保持一致。

四、亮点和特色 3: 加大法院对仲裁的支持力度

历史上,英格兰和威尔士的仲裁立法赋予了法院在不损害仲裁庭权力的前提下作出临时命令的权力,^{②8}1996年《仲裁法》延续了这一安排,其第44(5)条规定:“在任何情况下,法院仅可在仲裁庭及任何经当事人授权行使相关权力的仲裁机构、其他机构或个人(就相关事项)无管辖权或暂时无法有效行事的范围内采取行动。”这一条是一项

^{②6} 前者如 *Travis Coal Restructured Holdings LLC v. Essar Global Fund Ltd*, 2510, EWHC, 2014, p.44, p.50. 后者如 Redfern & Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Routledge, 2015, paras.6-040; B T Howes, A Stowell, W Choi, *The Impact of Summary Disposition on International Arbitration: A Quantitative Analysis of ICSID's Rule 41(5) on Its Tenth Anniversary*, Dispute Resolution International, 2019, Vol.13:1, p7; A Raviv, *No more excuses, toward a workable system of dispositive motions in international arbitration*, Arbitration International, 2012, Vol.28:3, p.487; P Chong, B Primrose, *Summary judgment in international arbitrations seated in England*, Arbitration International, 2017, Vol.33:1, p.63.

^{②7} *Supra* note 2, at para.6.21.

^{②8} Arbitration Act 1934, s 8(1); Arbitration Act 1950, s 12(6).

原则性声明,即法院在仲裁程序中的干预应从少而非从多,法院应当仅为了支持而非取代仲裁过程而对仲裁进行干预;如果法院在仲裁过程中干预过多,将会减少当事人选择使用仲裁;伦敦海事仲裁员协会表示,第 44 条第 5 款的规定不仅仅是象征性的,还在实质上起到了明确法院与仲裁之间关系的首要作用。^{②⑨} 本次 1996 年《仲裁法》的修订加大了法院对仲裁的支持力度,具体表现在以下三个方面。

(一) 明确法院向非仲裁当事人行使命令的权力

1996 年《仲裁法》第 44 条规定,在当事人没有约定的情况下,法院为仲裁程序及相关事项,拥有与诉讼程序相同的命令作出权,如作出证据保全、货物出售和任命接管人的命令。这一权力是否能够针对非仲裁当事人在 1996 年《仲裁法》中没有明确,在判例法中也存在争议。法律委员会承认了这一内容在判例法中的不确定性,因而在此次修订中对第 44 条进行了文义分析:关于法院是否可以针对非仲裁当事人作出命令的问题,由于法院在国内诉讼程序中可以针对第三方作出命令,且 1996 年《仲裁法》第 44 条引入了该规定,因此在仲裁程序中法院也可以针对第三方,即对非仲裁当事人作出命令。例如,法院可要求持有相关证据的第三方提供证据,或命令银行对相关资金采取措施。^{③⑩} 法律委员会就此发布咨询文件向咨询者询问是否同意这一安排,共收到 66 份回复,其中 51 份支持修改。该建议最终通过新法第 9 条生效,通过法院有限的程序性干预,弥补了仲裁庭对非仲裁当事人缺乏强制执行力的制度短板,体现了司法支持仲裁的理念。

(二) 法院对紧急仲裁员命令的强制执行

紧急仲裁员适用于以下情形:当事人已同意仲裁,仲裁庭尚未完全组成,而证据保全等事项亟待解决,否则可能损害一方仲裁当事人的期待利益。此时,一方仲裁当事人可以向仲裁机构申请临时任命紧急仲裁员,由其负责在仲裁庭组成并接管案件之前维持局面,仲裁庭在组庭后通常可以审查紧急仲裁员作出的任何决定。^{③⑪} 紧急仲裁员作为一种实践,目前主要由一些仲裁机构的仲裁规则加以调整。^{③⑫} 由于上位法的缺失,紧急仲裁员作出的决定在当下实务中会遇到不同程度的阻碍:在英国,根据 1996 年《仲裁法》第 40 条确立的当事人配合义务,法律委员会认为当事人也需要遵守紧急仲裁员作出的命令。第 41 条虽明确规定了当事人不服从仲裁庭命令的法律后果,但对于违反紧急仲裁员指令的情形,《仲裁法》却未设定对应的制裁措施,而这种制度的缺失致使紧急仲裁员命令的强制执行陷入灰色地带。为解决紧急仲裁员临时措施决定的执行困境,法律委员会在本次修法中授权法院强制执行紧急仲裁员发出的强制性命令,以保障紧急仲裁员命令的落实,维持了仲裁的主导地位,该修订建议通过新法第 8 条生效。

^{②⑨} *Supra* note 2, at para. 7.78.

^{③⑩} *Supra* note 2, at para. 7.18.

^{③⑪} *Supra* note 2, at para. 8.1.

^{③⑫} 2024 年 CIETAC 仲裁规则,附件 3; 2021 年 ICC 仲裁规则,附录 V; 2020 年 LCIA 仲裁规则,第 9B 条; 2023 年 SCC 仲裁规则,附录 II; 2024 年 HKIAC 机构仲裁规则,附表 4; 2022 年 AMINZ 仲裁规则,第 12 条; 2021 年 ACICA 仲裁规则,附表 1; 2025 年 SIAC 仲裁规则,附表 1。

（三）对仲裁庭的已决问题进行审查而非重审

1996年《仲裁法》第30（1）条规定了仲裁庭的自裁管辖权，即除非当事人另有约定，仲裁庭可以就其管辖权作出裁定。第67条规定了当事人可以对仲裁庭就其管辖权作出的任何裁定向法院提出异议，法院对待这一异议的方式在Dallah诉巴基斯坦政府一案中得到确认。在该案中，最高法院表示，即使仲裁庭已经就该问题进行了全面审理，法院依旧可以在仲裁当事人根据第67条的申请下对异议以重审的方式进行，且仲裁庭的裁决没有法律或证据价值，对法院没有约束力。^③对此，法律委员会认为，法院对仲裁庭已裁决的问题进行重审既降低了仲裁效率、损害仲裁独立性，又引发了基本的公平性问题：一方仲裁当事人在仲裁庭提出管辖权异议并获得裁决后，如果裁决对其不利，裁决书中通常会指出其证据和论点的不足，而根据该裁决，失败的当事方可以获取新证据，并在法院的另一次审理中发展其论点；也就是说，仲裁庭的审理可能会成为一次彩排，仲裁裁决实际上成为失败一方当事人的一种“指导”。^④因而法律委员会在本次修订中针对根据1996年《仲裁法》第67条提出的异议程序作出新规定：第一，未向仲裁庭提出的异议理由不得向法院提出，除非申请人证明在申请人参加仲裁程序时，申请人不知道且无法以合理的努力发现该理由；第二，法院不得考虑未提交仲裁庭的证据，除非申请人证明在申请人参与诉讼时，申请人无法以合理的努力将证据提交仲裁庭；第三，仲裁庭已审理的证据不得由法院重新审理。这一建议通过新法第11条予以确立。

另外，关于仲裁庭的管辖权，除了仲裁庭自身的自裁权外，1996年《仲裁法》第32（1）条还规定，一方当事人可在通知其他当事人后，请求法院就仲裁庭的管辖权作出裁定。本次修订新增条款为该内容创设了例外，即如果仲裁庭已经就管辖权作出裁定，则法院不得再次考虑该请求，此时当事人只能依据第67条向法院提出异议。该规定体现于新法第5条，既尊重了仲裁庭的裁决，同样体现了法院对仲裁的支持。

五、镜鉴价值：英国2025年新《仲裁法》对我国仲裁发展的启示

英国1996年《仲裁法》创建了一个世界领先的仲裁立法框架，推动伦敦成为全球商业仲裁的首选地。根据法律委员会的数据，英格兰和威尔士每年至少有5000起国内和国际仲裁案件，仅费用一项就为英国经济贡献了25亿英镑。^⑤2025年《仲裁法》是英国自1996年《仲裁法》实施近三十年后的首次重大调整，其回应了国际商事仲裁领域的新需求，巩固了英国作为全球仲裁中心的地位。于中国而言，仲裁的发展虽不及英国，但一直在为成为仲裁强国而努力：英国伦敦玛丽女王大学国际仲裁学院和美国伟凯

^③ *Supra* note 2, at para.9.12.

^④ *Supra* note 2, at para.9.17.

^⑤ *Supra* note 2, at para.1.4.

律师事务所联合发布的《2025 国际仲裁调查报告》显示,中国国际经济贸易仲裁委员会(以下简称贸仲)仲裁规则在国际仲裁当事人偏好选择中,与联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)仲裁规则并列获评全球第五最受青睐的仲裁规则,为 15% 的全球受访者所共同选择。贸仲成为中国内地唯一一家同时入选全球前五大最受欢迎的仲裁机构以及全球前五最受青睐仲裁规则的仲裁机构;同时,在仲裁地选择方面,北京首次成为全球第四位最受欢迎仲裁地,深圳成为亚太地区第五位最受欢迎仲裁地。^{③⑥}为进一步促进我国仲裁发展同国际接轨,下文拟结合我国仲裁发展现状,分析本次英国的最新仲裁立法对中国的仲裁法治现代化发展产生的镜鉴价值。

(一) 确定仲裁员披露义务标准

具有独立性和公正性的仲裁员是作出一份合格仲裁裁决的前置条件。^{③⑦}英国 2025 年《仲裁法》采纳了与《示范法》相同的仲裁员客观主义披露标准,即从客观、理性的第三人视角来确认仲裁员对某一事项或情形是否应当披露。客观主义披露标准被国际上大多数国家的仲裁法以及国际主流的仲裁规则所采纳,在我国仲裁机构的仲裁规则中,贸仲的 2024 版仲裁规则第三十一条、《深圳国际仲裁院仲裁规则》(2025 版)第三十二条以及《上海国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》(2024 版)第三十五条等同样采用的是客观主义标准。

主观主义标准是以当事人为核心,根据当事人的主观判断来决定仲裁员对相关事项或情形是否披露。其缺陷在于,一方面,由于不同案件的当事人的心态千差万别,主观披露标准下仲裁员披露义务的内容会更加个性化、更加捉摸不定,另一方面,主观注意标准会鼓励“非正当理由的仲裁员异议以及不必要的披露”,完全有可能为利益受损方当事人恶意撤裁、滥诉、拖延仲裁程序提供机会,使之乘虚而入。^{③⑧}

我国于 2025 年 4 月 30 日最新公布的《中华人民共和国仲裁法(修订草案二次审议稿)》(以下简称《仲裁法二次审议稿》)第 45 条第 1 款规定:“仲裁员存在可能导致当事人对其独立性、公正性产生合理怀疑情形的,该仲裁员应当及时向仲裁委员会书面披露。”该规定同 2024 年的《中华人民共和国仲裁法(修订草案)》(以下简称《仲裁法修订草案》)第 42 条第 1 款保持了一致,表明目前我国立法机关倾向于采纳主观主义标准。虽然《仲裁法》的位阶高于仲裁规则,但仲裁规则往往能够紧跟国际仲裁的发展潮流及时更新其仲裁规则。在域外,仲裁立法和仲裁机构仲裁规则并没有严格的位阶之分,仲裁立法借鉴优秀的国际仲裁机构仲裁规则是常见情形。^{③⑨}因此,在当下我国部分知

^{③⑥} White & Case LLP, 2025 International Arbitration Survey – The Path Forward: Realities and Opportunities in Arbitration, <https://www.whitecase.com/insight-our-thinking/2025-international-arbitration-survey>, last visited Jun.17, 2025.

^{③⑦} 张梦乐:《国际商事仲裁仲裁员披露义务的研究》,西南政法大学硕士学位论文,2023 年。

^{③⑧} 杨赞、金文轩:《〈仲裁法〉修改背景下仲裁员披露义务制度研究——以我国法院撤销仲裁裁决实证研究为视角》,载《北京仲裁》2022 年第 3 期,第 97-118 页。

^{③⑨} 同前注 ^{③⑦}。

名仲裁机构的仲裁规则采用客观主义标准的背景下,我国《仲裁法》有关仲裁员披露义务的标准应同国际主流规定保持一致,采客观主义,这样有利于提升我国仲裁的吸引力,因为对于世界各地的当事人而言,“放之四海而皆准”的规定一般情况下要比仅适用于某一特定司法管辖权的规定更具吸引力和权威性,同时,为满足部分当事人对较高仲裁员披露义务的需求,可授权当事人以意思自治的方式对仲裁员的披露标准进行更严格的约定,以弥补客观主义标准的不足。

(二) 仲裁规则引入简易处理程序

近年来,对于国际仲裁耗时长、费用高的批评逐渐增多,世界各知名仲裁机构纷纷修改仲裁规则,引入简易处理程序以提高仲裁效率。^{④①} 2025年伦敦玛丽女王大学国际仲裁调查报告显示,作为简易处理程序形式之一的“对明显缺乏依据的仲裁申请和抗辩的初期决定程序”成为最能提升仲裁效率的三大程序之一。^{④②} 此次英国在其仲裁立法中引入简易处理程序,符合国际仲裁发展潮流,也表现出其支持仲裁、提高仲裁效率的决心。LCIA表示,随着英国2025年《仲裁法》与LCIA仲裁规则同步强化简易处理程序规则,预计未来相关申请数量或将呈现积极增长趋势。立法与规则的协同修订,将为仲裁庭更高效地过滤无依据争议提供制度保障,进而推动仲裁程序进一步提速。^{④③}

简易处理程序源自英美民事诉讼程序规则,其与我国仲裁实践中的“简易程序”不同。简易程序更类似于国际商事仲裁中的快速程序,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,2019版的《深圳国际仲裁院仲裁规则》已经在第九章使用了“快速程序”的表述。^{④④} 适用快速程序通常需要考虑当事人的意思自治和争议金额,而英国《仲裁法》所引入的简易处理程序则是仲裁庭认为一方仲裁当事人对某一问题没有胜利的现实可能,而对该问题适用简易处理方式作出裁决。

鉴于简易处理程序已被证明能够提升仲裁效率,我国部分仲裁机构如贸仲和西安仲裁委员会(以下简称西仲)等已在其最新的仲裁规则中引入了作为简易处理程序之一的“早期驳回程序”。不过,该制度在我国还没有较多实践,因为该制度在我国还较为新

^{④①} 王梦颖:《国际商事仲裁早期处置程序问题研究》,大连海事大学硕士学位论文,2021年。简易处理程序表现为早期驳回、初期决定等形式。各知名仲裁机构选择的形式各有不同:伦敦国际仲裁院(LCIA)仲裁规则(2020版)第22条“初期决定”、新加坡国际仲裁中心(SIAC)仲裁规则(2025版)第47条“早期驳回程序”、瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院(SCC)仲裁规则(2023版)第39条称为“简易程序”。

^{④②} 同前注^{④①}。

^{④③} 根据LCIA的数据,2023年LCIA共受理25份简易处理申请,其中3份申请获完全支持、1份申请部分支持、17份申请被驳回、4份申请在截至报告发布时,或被申请人主动撤销,或以其他程序替代或仍在仲裁庭审查中。The LCIA, *The English Arbitration Act 2025*, <https://www.lcia.org/the-english-arbitration-act-2025.aspx>, last visited Jun.17, 2025.

^{④④} 柳正权、牛鹏:《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》,载《商事仲裁与调解》2020年第3期,第76-87页。

颖,仲裁机构、仲裁员和当事人均需要时间熟悉。例如按照西仲仲裁规则的设计,当事人提出早期驳回申请的,仲裁庭需要审查仲裁申请或者答辩是否明显缺乏法律依据或者明显超出仲裁管辖范围,以及即便某一法律或者事实问题是由另一方当事人提出且假定是正确的,仲裁庭是否也无法作出有利于主张该问题一方的裁决,这些设计都是从国际主流仲裁机构的仲裁规则中借鉴而来,具体如何操作还有待仲裁员逐步探索。另外,我国民事诉讼规则中并无类似于英美民事诉讼规则中的简易判决制度,因而在仲裁员就一方当事人的简易处理申请作出相应决定后,若另一方当事人向法院申请撤销该决定,此时法院是否应当受理,在受理后该如何认定这一决定的效力等,目前还有待实践检验。因而,对于这一能够提升仲裁效率的制度,我国可先由各仲裁机构在其仲裁规则中引入,发挥“先试先行”的作用,其既可像贸仲、西仲一样规定“早期驳回程序”的形式,也可积极尝试“早期决定”“简易程序”的形式,进而将该制度运用到实践中,逐步积累实践经验、积极解决该制度在实践中可能会出现的问题,待时机成熟后,再像英国一般,将简易处理程序纳入《仲裁法》,以提升仲裁效率并增加中国作为仲裁地的吸引力。

(三) 紧急仲裁员程序入法

当地法院对仲裁的支持力度是影响仲裁地选择的因素之一。本次英国 2025《仲裁法》规定法院对紧急仲裁员命令的强制执行,加大了法院对仲裁的支持力度。对我国而言,现行《民事诉讼法》与《仲裁法》尚不认可仲裁庭或紧急仲裁员有权作出临时措施,更不必谈后续的执行问题。2021 年 7 月司法部公布的《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》(以下简称《仲裁法征求意见稿》)第 49 条第 2 款规定,仲裁庭组成前,当事人需要指定紧急仲裁员采取临时措施的,可以依照仲裁规则向仲裁机构申请指定紧急仲裁员。紧急仲裁员的权力保留至仲裁庭组成为止。但在《仲裁法修订草案》和最新的《仲裁法二次审议稿》中,这一内容均被删除。

将紧急仲裁员程序纳入《仲裁法》,明确紧急仲裁员的地位,对紧急仲裁员所做临时措施的效力加以确认,符合我国的仲裁发展现状。一方面,中国内地主流的仲裁机构几乎都已将紧急仲裁员程序写入仲裁规则,部分仲裁规则还规定了由特定的法院强制执行紧急仲裁员的命令,例如《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》(2024 版)附件三第 6 条第 4 款和《上海国际仲裁中心仲裁规则》(2024 版)第 26 条第 4 款。另一方面,自 2017 年 9 月 18 日至 2023 年 12 月 28 日,北仲共受理 7 个临时措施申请案件,其中 2 个由仲裁庭处理,5 个由紧急仲裁员处理,贸仲、上海仲裁委员会(以下简称“上仲”)等国内仲裁机构,又先后受理多起紧急仲裁员程序案件。^④不过,当下仲裁规则无论是规定当事人有权向仲裁机构申请指定紧急仲裁员,还是规定法院对于紧急仲裁员命令的强制执行,本质上而言都没有上位法支持,而仅是从实践需要的角度,借鉴国际社会仲裁机构的紧急仲裁员制度而作出的相应设计。因此,为了更好地支持紧急仲裁员在我国的

^④ 尹通:《紧急仲裁员程序在中国:实践与反思》,载《北京仲裁》2023 年第 4 期,第 84-105 页。

落地,应当在《仲裁法》中纳入紧急仲裁员制度,推动紧急仲裁员程序在实践中的落地与发展。具体而言,应当采纳《仲裁法征求意见稿》第 49 条第 2 款的规定,同时规定当事人可向有管辖权的法院申请强制执行,这样既为我国当下部分仲裁规则中既有的紧急仲裁员规定提供了立法依据,又为还未引入该程序的仲裁规则提供了规范指引,可加快紧急仲裁员程序在全国仲裁实践中的落地,缩小我国仲裁制度与国际仲裁发展趋势的差距,提升我国仲裁的吸引力。

Abstract: The UK's 1996 Arbitration Act, which had been in force for nearly three decades, completed its revision on 24 February 2025 and has fully come into effect on 1 August 2025. The main highlights of this amendment include the following three aspects: Firstly, it codified the arbitrator's duty of disclosure under case law and expanded the scope of the arbitrator's immunity to cover the expenses arising from the arbitrator's reasonable resignation and the arbitrator's removal, with the aim of strengthening the impartiality of arbitrators. Secondly, it determined the law applicable to arbitration agreements and introduced a summary procedure to enhance the efficiency of arbitration. Thirdly, it clarified the powers of the court over non-parties to the arbitration, stipulated the enforcement of orders made by emergency arbitrators by the court, and adjusted the court's approach from re-examining to reviewing issues already decided by the arbitral tribunal, so as to increase the court's support for arbitration. The referential value of the UK Arbitration Act 2025 for the development of arbitration in China is as follows: First, China's Arbitration Law should adopt an objective standard regarding the arbitrator's disclosure obligation. Second, the summary procedure should be introduced through the arbitration rules of China's arbitration institutions to play a pioneering and experimental role. Third, the Arbitration Law of the People's Republic of China empowers parties to apply to arbitration institutions for the appointment of an emergency arbitrator in accordance with arbitration rules, and provides for the enforceability by courts of orders made by such emergency arbitrators.

Keywords: Arbitration Act 2025; duty of disclosure; arbitrator's immunity; summary procedure; emergency arbitrator

(责任编辑: 吕 辉)

隐瞒证据和伪造证据事由在仲裁司法审查中的适用

陈玺岚*

内容提要 证据问题既相关于程序问题,又相关于实体问题。在基于隐瞒证据事由和伪造证据事由对仲裁裁决进行司法审查时,法院会进行实体审查。隐瞒证据事由的适用条件包括:系争证据属于认定案件基本事实、足以影响公正裁决的主要证据,由且仅由对方当事人掌握,且在仲裁过程中被要求过提供。伪造证据事由的适用条件包括:系争证据属于认定案件基本事实的主要证据,经查明确属通过捏造、变造、提供虚假证明等非法方式形成或者获取,且已在仲裁裁决中被采信。以有效利用司法资源和社会资源、契合仲裁与司法审查之制度设计为动因,应在后续的法律修改中考虑删去隐瞒证据和伪造证据事由。在相关法律得以修改之前,法院在仲裁司法审查中应坚持目前的适用标准,谨慎适用隐瞒证据和伪造证据事由。

关键词 隐瞒证据;伪造证据;实体审查;形式审查

依据《中华人民共和国仲裁法》(2017年修订)(以下简称《仲裁法》)第58条第1款第4、5项,在对国内仲裁裁决进行司法审查时,隐瞒证据和伪造证据构成撤销仲裁裁决的事由。^①司法实践中,当事人较常基于这两项事由提起撤销仲裁裁决或者不予承认和执行仲裁裁决的主张。对此,多有法院回应,相关主张属于实体问题,^②或者属于仲裁庭对事实问题的认定,^③不应受到法院的司法审查。

这是否意味着《仲裁法》第58条第1款第4、5项无法得以适用?满足何等条件时,

* 陈玺岚,清华大学法学院博士研究生。

① 《仲裁法》第58条规定:“申请撤销仲裁裁决的事由包括:……(四)裁决所根据的证据是伪造的;(五)对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的;……”

② 例如,“本案中,即便案涉《停工结算款支付协议》上的康城公司印章与该公司的备案印章不同,也仅涉及该证据本身的真实性问题,该问题可能与该证据的证明力甚至与其应否采信有关,但其在性质上属于实体问题,并非人民法院的司法审查范围。”遵义康城房地产开发有限公司申请重庆一建建设集团有限公司撤销仲裁裁决案,重庆市第一中级人民法院(2019)渝01民特21号民事裁定书。

③ 例如,“……该主张实质系对仲裁庭针对上述借款关系事实认定提出的异议,上述借款事实已由仲裁庭审查并做出认定,人民法院除对仲裁法第五十八条规定的情形进行司法审查可予撤销外,无权对毕某因不服仲裁裁决证据认定结果主张撤销的情形予以司法审查。”毕某、王某申请撤销仲裁裁决案,新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院(2024)新01民特104号民事裁定书。

《仲裁法》第58条第1款第4、5项可能得以适用?结合司法实践和国内外的理论、规则,本文首先分析证据和程序、实体之间的关系,破除证据问题是否属于实体问题之迷思,解答证据问题是否不应由法院进行实体审查之困惑;然后对适用隐瞒证据事由和伪造证据事由的条件加以讨论,并提出实践建议。

一、证据问题的属性及实体审查

(一) 分类框架: 实体、程序、事实、法律

前引案例显示,法院在回应当事人基于隐瞒证据和伪造证据事由提起的主张时,有称对“实体问题”不予审查的,亦有称对“事实问题”不予审查的。首先应予明确,“实体问题”和“事实问题”并非同义词。严谨地说,“实体问题”对应“程序问题”,“事实问题”对应“法律问题”。实体问题中包含有事实的成分(例如当事人订立了怎样的合同)和法律的评价(例如当事人订立的合同具有怎样的法律效果,意味着如何的权利义务)。程序问题中也包含有事实的成分(例如特定文书是如何被送达的)和法律的评价(例如该送达是否符合法律的规定)。

所谓支持仲裁、保持司法审查的谦抑性,是指法院通常不对仲裁裁决中的实体问题(包括事实认定和法律评价)加以审查,主要审查程序问题(包括事实认定和法律评价)。因此,前引案例中的“实体问题不予审查”是较为准确的说法,而“事实问题不予审查”不甚准确。一方面,程序中的事实问题——比如是否已经实际完成了适当通知的行为等——会受到司法审查。另一方面,“事实问题不予审查”的说法似乎意味着“法律问题将受到审查”。然而,实体问题中的法律问题——例如当事人所发出的通知是否构成合同解除权的有效行使——通常不受到司法审查。法院称“事实问题不予审查”,或许是想表达“该问题属于实体问题中的事实问题,不予审查”;其确切缘由是“实体问题不予审查”,而不是“事实问题不予审查”。

(二) 证据问题的特殊性

在此分类框架下,需要界定证据问题是“实体问题”还是“程序问题”。证据问题涉及诸多子问题(比如证据的可采性问题、证明力问题、证明责任问题、证明标准问题等),各个子问题均有其复杂性。例如,证明责任在大陆法系可能被认为是实体问题,而在英美法系可能被认为是程序问题。^④这一分歧也反映在证据特权保护中。在一个以法国为仲裁地,以纽约州法为实体适用法的仲裁案中,双方当事人就一个证据问题产生了分歧。一方当事人甲希望另一方当事人乙出示乙与外部律师之间的通讯记录作为证据。乙主张其与外部律师之间的通讯记录应受到法律特权的保护,并可免于出示证据。针对此分歧,甲主张法律特权问题属于实体问题,应适用实体法(即纽约州法;根据纽约州

^④ Anne-Véronique Schlaepfer, *The Burden of Proof in International Arbitration*, in Albert Jan van den Berg (ed), *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges*, ICCA Congress Series, 2015, Vol.18, p.127.

法,当事人与外部律师之间的通讯记录不受到特权保护)。乙主张法律特权问题属于程序问题,应适用程序法(即法国法;根据法国法,当事人与外部律师之间的通讯记录受到特权保护)。^⑤

某种意义上,证据问题“自成一类”(sui generis)。证据既用于证明事实,论证实体权利义务;又在程序中占据重要地位,例如庭审前的证据出示、庭审中的举证质证等。证据问题的准据规则具有灵活和柔性化的特征。^⑥这在需要确定准据规则的国际仲裁中表现得尤为明显。^⑦无论是仲裁机构的机构规则及指引——例如《中国国际经济贸易仲裁委员会证据指引》(2024年版)(以下简称《贸仲证据指引》)^⑧,还是国际仲裁的软法性文件——例如《国际律师协会国际仲裁取证规则》(2020年版)(以下简称《IBA 取证规则》)^⑨,都没有对证据规则的准据法做出硬性要求。诸如《新加坡国际仲裁中心仲裁规则》(2025年版)^⑩之类的机构规则中还明确规定了证据规则无须受限于某一国之准据法。证据问题具有特殊性,并不断然地是“实体问题”或者“程序问题”。

(三) 证据问题与程序问题: 证据事由不同于程序违法事由

在法学学科的常见分类框架下,“证据法与诉讼法同属于程序法范畴。”^⑪在仲裁程序中许多与证据有关的事项——无论是提交证据的期限,还是证据的保全,或是庭审中的举证质证等。证据问题主要发生在法律程序中(包括诉讼程序和仲裁程序等)。在仲裁司法审查的语境下,应注意区分证据事由(包括伪造证据、隐瞒证据)和程序违法事由。在海南椰卉园艺有限公司与海南热带花卉发展有限公司申请撤销仲裁裁决案(以下简称海南椰卉案)中,法院认为,仲裁庭在确认案涉房屋面积及违约责任数额时,没有对案涉房屋面积进行准确勘测,也没有委托专业鉴定机构进行鉴定;而是仅凭目测的约数就进行了认定。这违反了关于证据审查和认定的规定,违反了法定程序;并以违反法定程序为由撤销了仲裁裁决。^⑫

海南椰卉案的处理方式值得商榷。依据《仲裁法》第44条,仲裁庭有权决定是否

⑤ 苏伟:《国际仲裁程序中律师与客户间通信证据的特权保护及我国的证据保护制度》,载《北京仲裁》2021年第1期,第143-144页。

⑥ 宋朝武:《仲裁证据制度研究》,中国政法大学出版社2013年版,第101-106页。

⑦ Laurence Shore, *Three Evidentiary Problems in International Arbitration: Producing the Adverse Document, Listening to the Document that does not Speak for Itself, and Seeing the Witness through her Written Statement*, in Jörg Risse, Guenter Pickrahn, et al. (eds), *SchiedsVZ/German Arbitration Journal*, 2004, Vol.2:2, pp.76-80.

⑧ 《中国国际经济贸易仲裁委员会证据指引》(2024年版)第18条规定:“某项证据是否可予采纳,以及证据的关联性、重要性和证明力,由仲裁庭自行决定。”

⑨ 《国际律师协会国际仲裁取证规则》(2020年版)第9.1条规定:“仲裁庭应当决定证据的可采信性、关联性、重要性及证明力。”

⑩ Article 32.3: “The Tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality, and weight of all evidence. The Tribunal is not required to apply the rules of evidence of any applicable law in making such a determination.”

⑪ 刘晓红:《从国际商事仲裁证据制度的一般特质看我国涉外仲裁证据制度的完善》,载《政治与法律》2009年第5期,第91页。

⑫ 海南椰卉园艺有限公司与海南热带花卉发展有限公司申请撤销仲裁裁决案,海南省海口市中级人民法院(2018)琼01民特25号民事裁定书。

需要鉴定。^⑬ 鉴定不是当事人的法定权利。如果仲裁庭认为不需要鉴定,那么鉴定不一定是法定程序。通常认为,仲裁司法审查中的“违反法定程序”事由主要涉及适当通知、有效送达、庭审中充分地陈述申辩等正当程序。^⑭ 比如,如果当事人未被给予提交一份鉴定报告作为证据的机会,那么可以认为当事人的举证权利、陈述申辩权利受到了损害,可以适用程序违法事由;因为举证和陈述申辩确是法定的程序。反之,如果当事人申请仲裁庭鉴定而仲裁庭未予认可,那么这不一定属于违反法定程序。海南椰卉案中的核心问题——仲裁庭未能通过专业鉴定,而是通过目测的约数确定了房屋面积——不应适用“违反法定程序”事由。这一核心问题确实与证据的审查和认定有关——其既不属于伪造证据,也不属于隐瞒证据;而是欠缺证据(所依据的证据不足)。^⑮ 与海南椰卉案相对比,在中铁十五局集团有限公司与苏公权、陈文生申请撤销仲裁裁决案(以下简称中铁十五局案)中,当事人对案涉关键文件的真实性有争议。法院认为,仲裁庭既没有核实相关文件的原件,也没有进行鉴定;法院适用了伪造证据事由,撤销了仲裁裁决。^⑯ 中铁十五局案也涉及未予鉴定的问题,但是法院没有适用程序违法事由。这一理解是准确的。

(四) 证据问题可以是实体问题:应认可证据的实体面向

证据的功能在于证明实体事实。诚然,在法律程序之外,“证据”概念较少被提及。然而,“证据”一直存在于日常生活中。有时,“证据”即“实体事实”。例如,一份提货单既可能是实体意义的物权凭证,又可以作为仲裁程序中的证据。如果该提货单有被隐瞒或者伪造的情况,既可以说这是隐瞒事实或者虚构事实,又可以说这是隐瞒证据或者伪造证据。有时,“证据”和“实体事实”不可以同义互换。证据包括载体(比如书面证据的一页纸)和内容(比如那页纸上所载的信息)。载体可能影响内容的呈现。例如,传闻证据(以证人作为载体所呈现的内容)的可信度通常不如当时文件(以书面文件作为载体所呈现的内容)。有些证据具备较强的推定正确的效力,其本身即被推定为事实——所谓的不言自明(self-proving)的证据(例如,不动产物权的登记簿)。大多数情况下,证据不是不言自明的;证据的呈现(举证)只是出发点,还需要经过己方的论证、驳回对方的质证,才能实现证明事实的效果。

证据问题通常涉及实体。冯·梅伦(von Mehren)认为,证明责任(the burden of proof)包括两个环节:推进的责任(the burden of going forward^⑰)和说服的责任(the

^⑬ 《仲裁法》第44条规定:“仲裁庭对专门性问题认为需要鉴定的,可以交由当事人约定的鉴定部门鉴定,也可以由仲裁庭指定的鉴定部门鉴定。”

^⑭ 林一飞:《第一次以协商期为由拒绝承认和执行外国仲裁裁决》,载一裁仲裁数据库, <http://www.cnarb.com/>, 最后访问时间:2025年3月10日。

^⑮ 针对隐瞒证据、伪造证据之外的证据错误类型,比如欠缺证据、证据认定有错误、嗣后发现新证据等,本文第二(三)部分将展开讨论。

^⑯ 中铁十五局集团有限公司与苏公权、陈文生申请撤销仲裁裁决案,河南省郑州市中级人民法院(2015)郑民三撤仲字第52号民事裁定书。

^⑰ 依据笔者对原文的理解,此处的“推进的责任(the burden of going forward)”包括表明立场和观点、承认或否认对方、陈述和展示案情等。

burden of persuasion)。前者偏程序性,应适用仲裁地法;后者偏实体性,应适用实体问题的准据法。^⑮这种分类法可以显示证据问题同时具备程序面向和实体面向。为演绎之目的,笔者在此提出多个类似的分类框架,以呈现证据问题兼具两个面向的特征。一则,证据问题可分为证据的提交、采纳(对应程序问题)和证据的证明、采信(对应实体问题)。二则,从当事人的视角,证据问题可分为证据的出具、开示、交换等活动(对应程序问题)和证据的使用、论证等活动(对应实体问题)。三则,从仲裁庭的视角,证据问题可分为对举证、质证等环节的组织(以保障当事人的正当程序权利、陈述申辩权利为核心,作为程序问题)和对证明对象、证明目的、证明责任、证明标准、证明力等问题的认定(进而对事实加以认定,作为实体问题)。

尽管这些分类框架都不是黑白分明的截然二分,但其足以揭示证据问题中有较实质的实体问题部分。这也可以解释缘何有法院和法官明确地将隐瞒证据事由、伪造证据事由定性为实体问题、事实问题。例如,北京市高级人民法院在其发布的工作要点中确认了隐瞒证据、伪造证据是实体审查事项。^⑯又如,有法官认为,隐瞒证据事由的实质就是审查仲裁庭是否有错误地认定事实。^⑰

以实在法为视角,也应认可基于隐瞒证据、伪造证据事由进行的司法审查是实体审查。现有实践中,法院有时以“实体问题不予审查”概括地回应当事人基于隐瞒证据、伪造证据事由提起的请求,这与现行法的规定相矛盾。首先,现行法并未明确禁止实体审查。其次,即使实体审查在支持仲裁、保持司法审查谦抑性的语境下不是常态,但实体审查也并非异端。正如北京市高级人民法院在其工作要点中所揭示的,基于公共利益的审查——一项在《纽约公约》及各国仲裁法中广受认可的仲裁司法审查事由——也是实体审查。^⑱

另外,现行法中关于隐瞒证据事由和伪造证据事由的细则也表明,在适用这两项事由时,会涉及对实体事实的认定。相关细则见于最高人民法院《关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》(2018年版)(以下简称《执行规定》)。^⑲《执行规定》

^⑮ Robert B. von Mehren, *Burden of Proof in International Arbitration*, in Albert Jan van den Berg (ed), *Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration*, ICCA Congress Series, 1996, Vol.7, pp.124-126.

^⑯ “根据《仲裁法》第五十八条的规定,司法审查直接涉及实体事项的包括裁决所依据的证据是伪造的,对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的,以及裁决违反社会公共利益三种情形。”北京市高级人民法院:《北京市高级人民法院国内商事仲裁裁决司法审查工作要点》(京高法发〔2013〕65号),2013年3月7日公布。

^⑰ 孙兆晖:《仲裁裁决司法审查中的隐瞒证据事由》,载《人民司法》2015年第19期,第37页。

^⑱ 同前注^⑯。

^⑲ 《关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》(2018年版)第15条规定:“符合下列条件的,人民法院应当认定为民事诉讼法第二百三十七条第二款第四项规定的‘裁决所根据的证据是伪造的’情形:(一)该证据已被仲裁裁决采信;(二)该证据属于认定案件基本事实的主要证据;(三)该证据经查明属通过捏造、变造、提供虚假证明等非法方式形成或者获取,违反证据的客观性、关联性、合法性要求。”《关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》(2018年版)第16条规定:“符合下列条件的,人民法院应当认定为民事诉讼法第二百三十七条第二款第五项规定的‘对方当事人向仲裁机构隐瞒了足以影响公正裁决的证据的’情形:(一)该证据属于认定案件基本事实的主要证据;(二)该证据仅为对方当事人掌握,但未向仲裁庭提交;(三)仲裁过程中知悉存在该证据,且要求对方当事人出示或者请求仲裁庭责令其提交,但对方当事人无正当理由未予出示或者提交。”

不仅在仲裁裁决执行案件中被适用,也在仲裁裁决撤销案件中被参照适用。^{②③}根据《执行规定》,法院在基于隐瞒证据事由和伪造证据事由开展司法审查时,应考虑该证据是否属于“认定案件基本事实的主要证据”。理论上,如果仲裁裁决书的篇章结构中固定有“认定案件基本事实的主要证据”这一部分,那么法院可以通过直接阅读仲裁裁决书明确地判断系争证据是否属于“认定案件基本事实的主要证据”。然而,目前的仲裁裁决书中没有“认定案件基本事实的主要证据”这一部分。无论是“基本事实”、还是“主要”、还是是否被仲裁庭采信并作为“认定”的依据,都需要法院在了解案件整体和证据细节的基础上做出实质意义的理解和判断。这不可避免地会涉及对实体问题的分析及审查。

(五) 基于隐瞒证据、伪造证据事由进行实体审查之应然性辨析

除了实在法的规定,以自然法为视角,是否应当基于隐瞒证据、伪造证据事由进行实体审查?一方面,不应进行实体审查的理由包括:第一,根据仲裁司法审查的制度设计,法院难以审理仲裁案件中的实体事实。法院对仲裁裁决的司法审查采用“裁定”,而“裁定”通常用于处理程序事项,而非实体事项。法院通过“询问”方式而非“开庭”方式进行司法审查,而“询问”主要用于审理事实之外的事项。^{②④}撤销仲裁裁决案的审限是两个月。^{②⑤}与之对比,处理实体事项的民事诉讼普通程序的审限是六个月,^{②⑥}简易程序的审限是三个月;^{②⑦}民事诉讼上诉案件的审限也是三个月。^{②⑧}综是观之,在现行制度设计下,对仲裁裁决进行实体审查似乎不现实、不合理。

第二,仲裁的诸多特征使其理应免于法院的实体审查。仲裁基于当事人的合意选择。当事人在自愿选择仲裁、享受仲裁相关的利益(例如高效率、保密性、程序自主性、灵活性等)的同时,也应当承担某种意义上的风险(例如较少受到国家司法机关的监督和干预)。仲裁具备一裁终局性,应避免使得司法审查成为仲裁的“上诉”机制。相较于法官,仲裁员面临的积案问题较小,仲裁员有更多的时间和精力投入案件的审理。在激励机制方面,仲裁员受到声誉机制的约束——好的名声将使仲裁员在行业内受到尊重,并持续获得当事人、律师、仲裁机构的选定或者指定。仲裁员也受到枉法仲裁等刑事

^{②③} 例如,法院认为,“……《中华人民共和国仲裁法》第五十八条规定的撤销国内仲裁裁决的事由与《中华人民共和国民事诉讼法》第二百四十四条规定的不予执行国内仲裁裁决的事由相同,故《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》第十五条所解释的伪造证据的情形,可以参照适用于申请撤销仲裁裁决案件的审查……”陈立荣、郭宝月等申请撤销仲裁裁决案,广东省广州市中级人民法院(2023)粤01民特2090号民事裁定书。注意,该裁定书中所称的《民事诉讼法》第244条对应《民事诉讼法》(2023年修正)第248条。

^{②④} 《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》(2017年版)第11条规定:“人民法院审查仲裁司法审查案件,应当组成合议庭并询问当事人。”另参见前注20,第38页。

^{②⑤} 《仲裁法》第60条规定:“人民法院应当在受理撤销裁决申请之日起两个月内作出撤销裁决或者驳回申请的裁定。”

^{②⑥} 《民事诉讼法》第152条规定:“人民法院适用普通程序审理的案件,应当在立案之日起六个月内审结。有特殊情况需要延长的,经本院院长批准,可以延长六个月;还需要延长的,报请上级人民法院批准。”

^{②⑦} 《民事诉讼法》第164条规定:“人民法院适用简易程序审理案件,应当在立案之日起三个月内审结。有特殊情况需要延长的,经本院院长批准,可以延长一个月。”

^{②⑧} 《民事诉讼法》第183条规定:“人民法院审理对判决的上诉案件,应当在第二审立案之日起三个月内审结。有特殊情况需要延长的,由本院院长批准。”

责任的威慑。这些因素可以控制仲裁裁决中出现严重证据问题的风险。另外,仲裁机构正日趋专业化,并且仲裁机构需要通过良好的服务来吸引案源。无论是仲裁员还是仲裁机构都有充分的能力和强烈的动力处理好案件。法院的实体审查应当是不必要的。

另一方面,应进行实体审查的理由包括:第一,相较于诉讼,仲裁中关于证据的惩戒机制较少,当事人实施与证据相关的不法行为的法律风险较低。《中华人民共和国民事诉讼法》(2023年修正)(以下简称《民事诉讼法》)第114条^{②9}、第115条^{③0},《中华人民共和国刑法》(2023年修正)第6章第2节“妨害司法罪”中的第307条^{③1}、第307条之一^{③2}等针对诉讼中的证据妨碍行为提供了惩戒机制——当事人、诉讼参与人及其他人如有伪造证据、毁灭证据、阻止证人作证、促使证人作伪证、捏造事实等行为,将面临罚款、拘留等民事责任和相应的刑事责任等风险。这些惩戒机制不一定能适用于仲裁中。因此,即使隐瞒证据事由和伪造证据事由是实体审查,这种实体审查作为一种监督机制和纠偏机制,也具备合理性。

第二,虽然公共利益事由可以作为实体审查的依据,^{③3}但是公共利益事由无法充分替代隐瞒证据和伪造证据事由。首先,“公共利益”不同于“他人利益”或者“第三人利益”。其次,公共利益事由的适用标准较高。正如法院在陈立荣、郭宝月等申请撤销仲裁裁决案(以下简称陈立荣案)中所述,“社会公共利益主要体现为社会正常的政治、经济、文化秩序,社会公共利益具有广泛性和群众性,涉及社会大多数人的利益,而不仅局限于某一个单位、部门、集团或个人的利益,该利益的维护将有利于社会公众的正常生活和生产秩序,维系着国家存在和发展以及人民生活所需要的政治、经济、社会生活秩序和道德准则、善良风俗等。”^{③4}在隐瞒证据事由和伪造证据事由得以适用的案例中,虽然当事人的隐瞒证据行为或者伪造证据行为可能损害他人的合法利益,但较难将之上升到“社会公众”“社会秩序”“社会公共利益”的高度。

基于隐瞒证据事由、伪造证据事由进行实体审查之应然性似无定论。以下将对隐瞒证据事由和伪造证据事由的适用条件加以分析,并进一步揭示是否应当基于该等事由进行实体审查。

^{②9} 《民事诉讼法》第114条规定:“诉讼参与人或者其他有下列行为之一的,人民法院可以根据情节轻重予以罚款、拘留;构成犯罪的,依法追究刑事责任:(一)伪造、毁灭重要证据,妨碍人民法院审理案件的;(二)以暴力、威胁、贿买方法阻止证人作证或者指使、贿买、胁迫他人作伪证的;……”

^{③0} 《民事诉讼法》第115条规定:“……当事人单方捏造民事案件基本事实,向人民法院提起诉讼,企图侵害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的,适用前款规定。”

^{③1} 规定了妨害作证罪、帮助毁灭、伪造证据罪。

^{③2} 规定了虚假诉讼罪,“以捏造的事实提起民事诉讼,妨害司法秩序或者严重侵害他人合法权益的。”

^{③3} 《仲裁法》第58条第3款规定:“人民法院认定该裁决违背社会公共利益的,应当裁定撤销。”

^{③4} 陈立荣、郭宝月等申请撤销仲裁裁决案,广东省广州市中级人民法院(2023)粤01民特2090号民事裁定书。

二、隐瞒证据事由的适用探究

总结《仲裁法》第58条第1款第5项和《执行规定》第16条,隐瞒证据事由的适用条件为:(1)系争证据是“认定案件基本事实”“足以影响公正裁决”的主要证据;(2)系争证据仅由对方当事人掌握;(3)在仲裁过程中,当事人已知悉系争证据的存在且要求过提供系争证据。

(一)“认定案件基本事实”“足以影响公正裁决”的主要证据

“足以影响公正裁决”(出自《仲裁法》第58条)和“是认定案件基本事实的主要证据”(出自《执行规定》第16条)都意在强调系争证据的重要性。如果系争证据与案情关系不大,对涉案权利义务的认定没有影响;那么即使该证据确实被隐瞒了,也不构成隐瞒证据事由。

值得讨论的是,“足以影响公正裁决”是否单纯指向系争证据的重要性?“足以影响公正裁决”有两种理解方式。第一种是,“足以影响”指具备相当的重要性,足够能、极有可能、有较大概率会影响公正裁决。在此意义上,“足以影响公正裁决”是一种事前的预测,一种针对证据的重要性、证据影响裁决结果的可能性的判断。第二种是,“足以影响”意味着“已经影响了”“实际影响了”公正裁决。这是一种事后的、针对个案结果的判断。如果说第一种理解方式是“由因导果”,那么第二种理解方式就是“执果索因”。从字面意义上,似乎以第一种方式理解“足以影响”更为准确;否则,该规则尽可直接规定为“影响了公正裁决的证据”。

然而,司法实践显示,法院倾向于在结果意义上认定“足以影响”(采取执果索因的思路)——即使被隐瞒的证据具备相当的重要性,只要仲裁庭结合其他证据作出裁决,公正裁决没有受到被隐瞒的证据的影响,那么隐瞒证据事由就不会成立。例如,在泰州铭建精机模具有限公司申请昆山市荣盛建筑工程有限公司撤销仲裁裁决案(以下简称泰州铭建案)中,申请人提出,被申请人在工程中使用了大量与约定品牌不符的材料。申请人认为,被申请人应当提交其实际使用材料的品牌及价格,作为证据以揭晓事实;被申请人没有提交该等证据,属于隐瞒证据。法院认为,仲裁庭已经委托中介机构对相关问题进行了专门鉴定,并且对鉴定结果进行了当庭质证,因此,隐瞒证据事由不成立。^⑤该案中,系争证据(被申请人实际使用材料的品牌及价格等相关资料)与案涉主张、违约与否的认定有直接关系,具备重要性。法院也没有否认系争证据的重要性。尽管如此,法院仍然认为隐瞒证据事由无法适用;其论理的言下之意似乎是,仲裁庭的实体事实认定已经有其他证据支持,在结果意义上,系争证据未能影响公正裁决。

诚然,很难断言系争证据是否确实影响了公正裁决。在前述的泰州铭建案中,很难

^⑤ 泰州铭建精机模具有限公司申请昆山市荣盛建筑工程有限公司撤销仲裁裁决案,江苏省泰州市中级人民法院(2018)苏12民特5号民事裁定书。

断言中介机构出具的鉴定意见是否可以充分替代被申请人实际使用材料的品牌及价格等相关资料；很难断言如果被申请人实际使用材料的品牌及价格等相关资料在仲裁中被出示，仲裁裁决结果是否会有所不同；很难假设在另一个平行时空，如果当时发生了不同的介入因素（在隐瞒证据的语境下，即系争证据被提供了），事态的发展及结果是否会有所不同；……尽管如此，目前的司法实践所呈现出的规律是：仅凭重要性不足以成立“足以影响”要件，还需要“确实影响了”公正裁决的结果——这实质上是一种高于普遍意义的“重要性”，一种“如此重要以至于缺其不可”的必要性。其反映的深层逻辑是：法院适用隐瞒证据事由时所持的标准较高。

（二）由且仅由对方当事人掌握

无论是在仲裁过程中被要求出示证据时，还是在司法审查中对隐瞒证据事由进行抗辩时，对方当事人都常辩称系争证据不在其掌握之中。具体的抗辩理由例如：系争证据已经遗失或者已经被毁损；系争证据在关联方的掌控之下，但是自己并不能控制关联方提供该证据等。这意味着裁判者需要行使自由裁量权，评估系争证据是否确实不在对方当事人的掌握之中，或者这只是对方当事人不出示证据的托词。中国的仲裁法相关规则及仲裁机构规则中，暂时没有这方面的规定。^{③⑥} 根据中国民事诉讼法的相关规则，法院评估对方当事人是否掌握某证据时，应结合法律规定、习惯、案件的事实、证据等综合判断。^{③⑦}

这种综合判断的方法也被参照适用于仲裁司法审查中。一个例子是，法院通常推定施工单位掌握工程施工相关证据。在深圳市宝鹰建设集团股份有限公司诉深圳市南山人防工程防护设备有限公司仲裁裁决案（以下简称深圳宝鹰案）中，案件的核心争议是仲裁申请人（以下简称深圳南山）请求仲裁被申请人（以下简称深圳宝鹰）支付工程价款；合同约定工程价款“最终以人防设计图纸及结算工程量为准”。法院认为，深圳南山作为施工方，理应掌握着人防设计图纸和工程结算凭据等关键证据；但是深圳南山在仲裁过程中并未提交该等关键证据。据此，法院以隐瞒证据为由撤销了仲裁裁决。^{③⑧} 在山东泰山在线科技有限公司诉山东鑫鑫建设工程有限公司仲裁裁决案中，法院认为，施工图纸是认定争议焦点相关事实的主要证据，“被申请人作为施工单位应当具有完整的施工图纸，……而被申请人在仲裁程序中未将施工图纸作为证据提交”；据此，法院以隐

^{③⑥} 《贸仲证据指引》第7.3.4条规定：“要求披露的证据不在披露方占有或控制之下或很可能已经灭失”构成仲裁庭驳回当事人的特定披露请求的理由之一。然而，针对如何判断是否“要求披露的证据不在披露方占有或控制之下”，没有进一步规定。

^{③⑦} 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（2019年修正）（以下简称《民事诉讼证据规定》）第45条规定：“当事人根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百一十二条的规定申请人民法院责令对方当事人提交书证的，……对方当事人否认控制书证的，人民法院应当根据法律规定、习惯等因素，结合案件的事实、证据，对于书证是否在对方当事人控制之下的事实作出综合判断。”

^{③⑧} 深圳市宝鹰建设集团股份有限公司诉深圳市南山人防工程防护设备有限公司仲裁裁决案，广东省深圳市中级人民法院（2013）深中法涉外仲字第10号民事裁定书。

瞒证据为由撤销了仲裁裁决。^{③⑨}在这两个案例中,法院均默认了施工单位应当有施工图纸或者人防设计图纸等材料,并推定了相关证据应当处于施工单位的掌握之中。其他例子包括,在中国建某某有限公司案(以下简称中国建某某案)中,申请人提出,对方当事人隐瞒了关键证据——案涉《协议书》(已提交的证据)中所载明的该《协议书》的“附件1”;但是对方当事人辩称,“附件1”事实上是不存在的(虽然《协议书》对“附件1”有所提及)。法院认定,申请人未能完成证明“附件1”存在的证明责任。^{④⑩}可见,本案中,法院默认的相关习惯是:在协议正文中对某附件的提及不能证明该附件必然存在。否则,本案应由对方当事人证明“附件1”不存在,而不是由申请人证明“附件1”存在。

(三) 仲裁过程中已知悉存在且要求过提供

1. 设定此条件之原因剖析

这一条件(3)规定当事人须在仲裁过程中曾经明确要求过对方当事人提供系争证据,无论是直接要求对方当事人提供还是请求仲裁庭责令对方当事人提供。如果仅仅按照《仲裁法》第58条的字面含义——“对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据”——条件(3)似乎是不需要的。在《执行规定》颁布(2018年)之前,法院在实践中也确实有不考虑条件(3)的情况。例如,在前述的深圳宝鹰案中,法院适用隐瞒证据事由时并没有考虑深圳宝鹰在仲裁过程中是否有要求过深圳南山提供人防设计图纸和工程结算凭据等关键证据,或者是否有请求过仲裁庭责令深圳南山提供。一大原因是深圳宝鹰案的民事裁定在2013年做出。其时,尚不存在《执行规定》中规定的条件(3)。从深圳宝鹰案的民事裁定书中可知,在仲裁过程中,深圳宝鹰只是针对以固定价格(而非以人防设计图纸及结算工程量)确定合同总价“已提出异议”。仲裁庭针对该项异议做出了回应,认为该项异议不成立。^{④⑪}据此,存在一种可能性,即深圳南山在仲裁过程中并非出于恶意、不尽职、故意隐瞒等原因未能提供人防设计图纸和工程结算凭据等关键证据,而只是觉得提供该等证据实无必要——毕竟,深圳宝鹰和仲裁庭都没有明示或暗示过需要提供人防设计图纸和工程结算凭据等证据。

这种可能性可以揭示为什么《执行规定》要规定条件(3)。一方面,这可以保护对方的合理预期、信赖利益和良好善意。有时,对方当事人未曾提供某些证据并不是意图隐瞒,而只是未能意识到应当提供。另一方面,这也可以激励当事人在仲裁过程中积极行使权利。根据条件(3),如果当事人在仲裁过程中未曾请求提供,那么这将构成(在申请撤销仲裁裁决之诉或申请承认和执行仲裁裁决之诉中)就隐瞒证据事由提起异议的弃权。这种激励将促使重要证据尽可能地在仲裁过程中被请求并被提供,将节约司法资源。条件(3)也将合理地限制当事人提起异议的空间,并减少当事人借隐瞒证据事由以表达自己对仲裁裁决结果的不满、以拖延仲裁裁决被执行的情况。

^{③⑨} 山东泰山在线科技有限公司诉山东鑫鑫建设工程有限公司仲裁裁决案,德州市中级人民法院(2015)德中商初字第105号民事判决书。

^{④⑩} 中国建某某有限公司案,湖南省长沙市中级人民法院(2024)湘01民特381号民事裁定书。

^{④⑪} 同前注^{③⑨}。

2. 除了隐瞒证据之外,各类证据错误的存在

条件(3)在浙江天猫技术有限公司与光延时代(北京)文化传媒有限公司申请撤销仲裁裁决案(以下简称浙江天猫案)中被适用。浙江天猫技术有限公司(以下简称浙江天猫)和光延时代(北京)文化传媒有限公司(以下简称光延时代)是本案仲裁的当事人。当浙江天猫参加浙江天猫案之后的另一个仲裁案时,才得知光延时代早已将浙江天猫案中的债权通过一份《债权转让协议》转让给了第三人。据此,浙江天猫主张该《债权转让协议》是浙江天猫案中被光延时代隐瞒的证据,浙江天猫案的仲裁裁决应基于隐瞒证据事由被撤销。法院认为,该主张不成立,因为不符合“仲裁过程中知悉存在该证据,且要求对方当事人出示或者请求仲裁庭责令其提交”等法定要件。^{④②}

直觉上,浙江天猫案或许会显得不公平——虽然浙江天猫没能在仲裁过程中知悉该《债权转让协议》的存在,但该《债权转让协议》确实可能实质地影响案件的裁决结果,将光延时代的行为描述成“隐瞒证据”似乎也符合朴素的正义观。在浙江天猫案中,正如法院已经周全而准确地考虑到的,光延时代在仲裁过程中对《债权转让协议》及债权转让相关事实的“隐瞒”构成一种意思表示,加上浙江天猫在仲裁中也未提及过债权转让的相关事实,这将构成双方不认可已经发生有效的债权转让的合意。^{④③}如此,浙江天猫或可基于债权转让不生效、禁止反言等原则在后案中抗辩,以对抗第三人依据《债权转让协议》对其主张债权,从而实现公正的结果。然而,浙江天猫案具有个案特殊性。在其他案件中,这种直觉上显得不公平的张力仍然可能存在。

在条件(3)的约束下,类似于浙江天猫案中的《债权转让协议》无法构成“被隐瞒的证据”,但或许可以构成“新发现的证据”。除了“隐瞒证据”和“伪造证据”,关于证据的错误还有“新发现的证据”“原裁决缺乏证据”“原裁决对证据认定有误”等情况。这些证据错误的情况在民事诉讼中的二审程序和再审程序中都受到审查。民事诉讼二审的审查范围包括广义上的事实问题。^{④④}民事诉讼再审的审查依据包括发现新证据、缺乏证据、伪造证据、未充分调查收集证据等。^{④⑤}

3. 对证据错误的再思考:应删除隐瞒证据事由

在各类证据错误中,为什么《仲裁法》第58条偏偏规定了“隐瞒证据”和“伪造

④② 浙江天猫技术有限公司与光延时代(北京)文化传媒有限公司申请撤销仲裁裁决案,北京市第四中级人民法院(2023)京04民特118号民事裁定书。

④③ 法院指出,“法律规定债权转让未通知债务人的,该转让对债务人不发生效力。浙江天猫公司未述称其收到了光延时代公司向其发送的将债权转让给案外人的通知。本案中,光延时代公司虽述称与案外人签订了《债权转让协议》,并已通知了浙江天猫公司,但是光延时代公司在仲裁过程中仍向合同相对人浙江天猫公司提出合同欠款的给付请求,而浙江天猫公司对此未提出光延时代公司并非权利人的抗辩,故可以认为在仲裁过程中,双方当事人对于债权转让通知对双方均不具有约束力的意思表示是一致的。”同前注④②。

④④ 《民事诉讼法》第175条规定:“第二审人民法院应当对上诉请求的有关事实和适用法律进行审查。”

④⑤ 《民事诉讼法》第211条规定:“当事人的申请符合下列情形之一的,人民法院应当再审:(一)有新的证据,足以推翻原判决、裁定的;(二)原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的;(三)原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的;(四)原判决、裁定认定事实的主要证据未经质证的;(五)对审理案件需要的主要证据,当事人因客观原因不能自行收集,书面申请人民法院调查收集,人民法院未调查收集的;……”

证据”?关于“伪造证据”事由的特殊性,本文第三部分将详述。关于“隐瞒证据”,一个可能的解释是:被隐瞒的证据在仲裁过程中已经被明确要求过提供、但仍未被提供。因此,一方面,要求提供的一方当事人已经尽到了合理的尽职调查和努力。另一方面,拒绝提供的对方当事人因为不提供、不配合,更有了可谴责性,也就更有理由承担仲裁裁决被撤销、仲裁裁决不被承认和执行等不利后果。

但是,如果考虑到仲裁庭的决策过程和法院的司法审查过程,这种解释将受到挑战。按照隐瞒证据事由的逻辑,仲裁庭和双方当事人在仲裁过程中对于被隐瞒的证据的存在都是知悉的。在此情况下,要么仲裁庭认为系争证据不够重要、不必提供,进而做出了裁决;要么仲裁庭认同系争证据的重要性,并就当事人未能提供该证据进行了不利推定。无论如何,仲裁庭做出了自己的决定。如果法院基于隐瞒证据事由否定了仲裁庭的认定(通过撤销仲裁裁决或者不予承认和执行仲裁裁决的方式),那么,这意味着法院和仲裁庭之间存在分歧。这是一种就相同的案件基本情况做出不同的实体判断的分歧——更甚于发现新的证据(案件基本情况已经改变)等证据错误情境下的分歧。

例如,在深圳宝鹰案中,根据仲裁庭在开庭时的询问,深圳南山声称工程量只多不少,不用另行结算;深圳宝鹰声称其尚未与深圳南山进行结算的原因是地铁公司尚未与深圳宝鹰进行结算。^{④6}这似乎显示,工程结算凭据这一证据不一定仅依靠深圳南山的意志即可提供或不提供。从法院在裁定书中摘录的仲裁案件信息来看,案涉细节错综复杂。笔者认为,其一,很难断言深圳南山有隐瞒工程结算凭据的意图。深圳南山未提供这两项证据可能是因为仲裁庭没有要求过提供,也可能是因为其没有意识到这两项证据的重要性。其二,很难断言深圳南山有隐瞒工程结算凭据的行为。深圳南山可能根本不持有且无法取得工程结算凭据。

尽管如此,法院仍然以隐瞒证据为由撤销了深圳宝鹰案的仲裁裁决。在深圳宝鹰案之类的案件中,法院和仲裁庭之间关于实体认定的分歧是显著的。与之对比,在浙江天猫案之类的案件中,即使新发现的证据将导致法院的新结论和仲裁庭的原结论不一致,那也不意味着法院和仲裁庭在实体认定方面存在质性的分歧。毕竟,假设新发现的证据在仲裁过程中就被发现了,仲裁庭有可能会与法院达成相似的结论。

当仲裁庭和法院在实体认定方面存在显著分歧时,问题的核心将回归至仲裁司法审查的理念及方法。深圳宝鹰案显示,基于隐瞒证据事由进行仲裁司法审查时,法院和仲裁庭将进行“重复劳动”——都要对案件的实体认定、证据细节进行考虑。从仲裁司法审查的审理时限、审理方式、审理内容,法院和仲裁庭之间的职责分工,仲裁和司法审查的机制设计等角度来看,法院不一定适合评估仲裁庭的实体认定结果。仲裁机制的核心设计——由当事人选择而启动、尊重当事人意思自治、强调一裁终局等——也可佐证“支持仲裁”司法政策的合理性。在各类证据错误中,偏好性地选取了“隐瞒证据”(而不是“发现新的证据”“缺乏证据”等)作为仲裁司法审查的事由之一,其正当性似乎是

^{④6} 同前注^{③8}。

难以论证的。这种正当性的缺失不意味着应当将其他类型的证据错误（比如“发现新的证据”“缺失证据”等）也纳入仲裁司法审查的事由，而是暗示着“隐瞒证据”事由或许是不必要的、有随机性的、不合理的。

综上，在《仲裁法》的后续修订中，应当删去隐瞒证据事由。^{④7}在隐瞒证据事由尚未被删去时，法院在适用隐瞒证据事由时应当采取审慎、谦抑的态度，保持司法节制，尊重仲裁庭针对实体问题的裁量权。

（四）完善文件出示制度以替代隐瞒证据事由

1. 以文件出示制度替代隐瞒证据事由的可行性

隐瞒证据事由和文件出示制度有较多相似之处：隐瞒证据事由要求系争证据属于“认定案件基本事实”“足以影响公正裁决”的主要证据，文件出示制度要求系争证据具有重要性（materiality）；隐瞒证据事由要求系争证据由且仅由对方当事人掌握，文件出示制度要求相关文件“在披露方占有或控制之下”；^{④8}隐瞒证据事由要求系争证据在仲裁过程中被要求过提供，文件出示制度正是在仲裁过程中发生。如果说未来的改革方向是弱化实体审查、删去隐瞒证据事由，那么文件出示制度可以弥补隐瞒证据事由的缺位，实现立法者在现行《仲裁法》第58条中规定隐瞒证据事由的初衷。

文件出示制度在中国已经初具形态。^{④9}虽然现行《仲裁法》中没有规定文件出示制度，但《贸仲证据指引》等仲裁机构的相关规则中有文件出示的相关规定。《贸仲证据指引》中确立的规则要点包括：文件出示请求可以由当事人请求仲裁庭做出，也可以由仲裁庭直接做出；文件出示请求的内容应当是“某一特定书证或某一类范围有限且具体的书证”；无正当理由拒绝文件出示请求的后果是不利推定。^{⑤0}另外，中国的民事诉讼相关规则中也有针对文件出示的规定，包括：不出示文件的法律后果是不利推定，^{⑤1}这种不利推定并不冲突于证明责任自负原则；^{⑤2}文件出示的适用标准包括：被请求的书证应当是明确的、对证明待证事实有必要、对裁判结果有实质性影响、处于对方当事人控制之下

^{④7} 在2021年的《仲裁法（征求意见稿）》中，隐瞒证据事由被删去了。然而，2024年的《仲裁法（修订草案）》采取了更为保守的思路，隐瞒证据事由被保留了下来。学界和实务界对删去隐瞒证据事由的倡议，久已有之。参见卢松：《国际商事仲裁中的证据》，载《北京仲裁》2014年第2期，第98页。

^{④8} 《贸仲证据指引》第7.3.4条。

^{④9} 文件出示制度起源于英美法系。虽然大陆法系传统上不要求文件出示，但如今，诸多大陆法系法域（例如德国、法国等）和国际性的仲裁规则（例如《IBA取证规则》）都已经在合理的程度内认可了文件出示制度。

^{⑤0} 第7.1条规定：“一方当事人可请求仲裁庭指令对方当事人出示某一特定书证或某一类范围有限且具体的书证（“书证出示请求”）。……”第23条规定：“经仲裁庭准予书证出示请求后，或在仲裁庭直接要求出示特定的书证后，相关当事人无正当理由拒绝出示的，仲裁庭可以做出对拒绝出示方不利的推定。”

^{⑤1} 《民事诉讼证据规定》第48条规定：“控制书证的当事人无正当理由拒不提交书证的，人民法院可以认定对方当事人所主张的书证内容为真实。……”

^{⑤2} 《民事诉讼证据规定》第95条规定：“一方当事人控制证据无正当理由拒不提交，对待证事实负有举证责任的当事人主张该证据的内容不利于控制人的，人民法院可以认定该主张成立。”

等。^{⑤③}这些诉讼中的规则在仲裁中可以被选择性地参照适用。整体而言,以文件出示制度替代隐瞒证据事由是可行的。

2. 以文件出示制度替代隐瞒证据事由的注意事项

以文件出示制度替代隐瞒证据事由将引起三方面的实质差别。第一,仲裁庭所受到的约束将变少。依据中国的典型规则(例如《贸仲证据指引》第23条^{⑤④}),文件出示请求要么由仲裁庭直接做出,要么须经仲裁庭准许后做出。与之对比,适用隐瞒证据事由时,仲裁庭的认可不是必要的——即使仲裁庭没有准许过或者责令过提交系争证据,只要一方当事人在仲裁中要求过对方当事人出示,也可成立隐瞒证据事由。^{⑤⑤}造成这种差异的原因在于,一方面,文件出示发生在仲裁过程中。如果文件出示请求要具备法律威慑力(即不利推定的法律后果),那么该文件出示请求必须获得仲裁庭的认可,因为不利推定只能由仲裁庭做出。另一方面,隐瞒证据事由是一项司法审查事由,其功能即在于实现司法机关对仲裁的监督。即使仲裁庭对一方当事人的文件出示请求未予认可,法院也可以适用隐瞒证据事由——这种情形或许恰是这项司法审查事由的重点作用对象。因此,如果以文件出示制度替代隐瞒证据事由,仲裁庭的裁量权将受到更少的约束。这要求仲裁员更加公允地行使裁量权,也要求当事人在选择仲裁机制和仲裁员时更加审慎。

第二,惩戒机制将发生改变。隐瞒证据事由对应的惩戒机制是仲裁裁决被撤销或者不被承认和执行。文件出示制度对应的惩戒机制是仲裁庭就待证事实做出不利推定,就费用分担做出不利裁决。^{⑤⑥}在文件出示实践较为普遍的国际仲裁中,经验表明,“绝少”有当事人“明知地、自动地与自愿地披露不利自己的文件”。^{⑤⑦}这或许是当事人依理性衡量的结果——仲裁庭是否做出不利推定是一个概率事件。如果当事人坚持辩称自己不具有相关证据,仲裁庭可能无法100%地确定当事人在撒谎。即使仲裁庭做出了不利推定,其推定也可能只是某种程度的“不利”;比如仲裁庭认为未出示证据的当事人有较大概率(例如80%)是不诚实的,因此待证事实有较大概率(80%)是不利于该当事人的。

^{⑤③} 《民事诉讼证据规定》第46条规定:“……当事人申请提交的书证不明确、书证对于待证事实的证明无必要、待证事实对于裁判结果无实质性影响、书证未在对方当事人控制之下或者不符合本规定第四十七条情形的,人民法院不予准许。……”

《民事诉讼证据规定》第47条规定:“下列情形,控制书证的当事人应当提交书证:(一)控制书证的当事人在诉讼中曾经引用过的书证;(二)为对方当事人利益制作的书证;(三)对方当事人依照法律规定有权查阅、获取的书证;(四)账簿、记账原始凭证;(五)人民法院认为应当提交书证的其他情形。前款所列书证,涉及国家秘密、商业秘密、当事人或第三人的隐私,或者存在法律规定应当保密的情形的,提交后不得公开质证。”

^{⑤④} 《贸仲证据指引》第23条规定:“经仲裁庭准予书证出示请求后,或在仲裁庭直接要求出示特定的书证后,相关当事人无正当理由拒绝出示的,仲裁庭可以做出对拒绝出示方不利的推定。”

^{⑤⑤} 《执行规定》第16条规定:“(三)仲裁过程中知悉存在该证据,且要求对方当事人出示或者请求仲裁庭责令其提交,但对方当事人无正当理由未予出示或者提交。”

^{⑤⑥} 关于不利费用裁决,例如《IBA证据规则》第9.8条规定:“*If the Arbitral Tribunal determines that a Party has failed to conduct itself in good faith in the taking of evidence, the Arbitral Tribunal may, in addition to any other measures available under these Rules, take such failure into account in its assignment of the costs of the arbitration, including costs arising out of or in connection with the taking of evidence.*”

^{⑤⑦} 杨良宜、杨大明:《国际商务游戏规则:英美证据法》,法律出版社2002年版,第37页。

亦即,当事人不出示不利证据的结果(80%的“不利”)总不至于劣于出示该证据的结果(100%的“不利”)。当然,法院是否适用隐瞒证据事由也是一个概率事件。如果当事人坚持辩称自己不持有相关证据,法院也可能无法100%地确定当事人隐瞒了证据。

但是,不利推定允许仲裁庭在0%到100%之间进行概率选择,而隐瞒证据事由只能有不适用(0%)或者适用(100%)的零和博弈。亦即,在无法确定当事人是否在撒谎时,仲裁庭可以通过自由心证做出20%、40%、60%、80%等任何程度的不利推定;而法院只能衡量是否达到了适用隐瞒事由的标准(无论这一标准可能被量化为70%、80%、90%或者什么程度)。这意味着文件出示制度的不利推定后果比较灵活,可以作用的范围更广。当然,前提是仲裁庭将不利推定物尽其用。在中国当下的仲裁实践中,仲裁庭命令当事人出示证据的情况较少。^{⑤⑧}文件出示请求及不利推定后果的应用度较低。在此背景下,仲裁庭应当适当地采用更积极的态度适用文件出示制度,使用不利推定、不利费用裁决等惩戒机制。

第三,文件出示制度可能引发新的风险。一方面,隐瞒证据事由使得当事人可以在仲裁司法审查中就实体问题提起异议,使得法院需要对实体问题进行审查;这可能造成社会资源和司法资源的浪费。另一方面,作为可替代选项的文件出示制度也可能造成仲裁过程中社会资源的浪费。国际经验显示,过度的文件出示会耗费大量的资源:双方会进行数轮“出示请求”和“反对出示请求”的交锋;文件的出示需要大量的人力(例如筛选和整理材料)和物力(例如打印和传输材料)投入;当事人可能提出连锁质询(a train of inquiry)和钓鱼式请求(fishing expedition);文件出示可能与案件本身的需要不成比例、演变为“军备竞赛”;……^{⑤⑨}这还可能导致相对贫困的当事人无力负担或者难以继续仲裁程序,损害仲裁程序的公正和效率。目前,中国的文件出示尚未演化至此程度。但是,应当对该类风险保持警醒,预防文件出示制度被滥用。

三、伪造证据事由的适用解析

总结《仲裁法》第58条第1款第4项和《执行规定》第15条,伪造证据事由的适用条件为:系争证据(1)属于认定案件基本事实的主要证据;(2)经查明,确属通过捏造、变造、提供虚假证明等非法方式形成或者获取;(3)已在仲裁裁决中被采信。

(一)属于认定案件基本事实的主要证据

这一条件在司法实践中常被法院援引。例如,在泰州铭建案中,当事人提出,《验收报告》上的日期是错误的,属于伪造证据。法院认为,仲裁庭认定验收日期,并不是主要依据《验收报告》,而是结合了竣工时间、《工程协议》中关于验收时间的条款等,综合

^{⑤⑧} 卢松:《国际商事仲裁中的证据》,载《北京仲裁》2014年第2期,第107页。

^{⑤⑨} 同前注^{⑤⑧},第24页。

认定了验收日期。^⑩又如,在牛某、王某等申请撤销仲裁裁决案中,主要争议是《商品房买卖合同》《商铺车库买卖协议》的解除及购房款的退还。当事人主张,对方当事人提交的其他业主的房屋交付表存在签名伪造的情况。法院认为,首先,该案的基础法律关系是合同解除及相关损失是否成立,认定该等基本事实的证据不是其他业主的房屋交付情况。其次,通过查阅仲裁裁决书可得,在认定事实时,仲裁庭明确了其他业主的相关资料对本案仅“起旁证效力”。因此,系争证据(其他业主的房屋交付表)不属于认定案件基本事实的主要证据。^⑪再如,在中国建某某案中,当事人主张《协议书》上的签名是伪造的。法院认为,仲裁庭采信《协议书》时,不是主要依据了签名,而是综合依据了多份其他证据;并且案件的争议焦点也不在《协议书》本身的真实性,而是《协议书》中约定的价款是否真实。^⑫亦即,《协议书》上的签名既不是“主要证据”,也未用于“认定案件基本事实”。

因为这一条件,证人证言或将很难触发“伪造证据”事由的适用。与大陆法系的传统相一致,在中国,证人证言的证明力较为有限。书面证据的证明力较强,而口头证据通常需要结合其他证据(尤其是书面证据)方可被采信。伪造证据事由要求系争证据应属于“认定案件基本事实的主要证据”。鉴于证人证言等口头证据较难成为“认定案件基本事实的主要证据”,虽然证人证言经常被质疑包含有不实成分、是虚假的、是伪造的;但是,证人证言较难触发伪造证据事由。例如,在崔东方申请撤销仲裁裁决案(以下简称崔东方案)中,当事人主张,对方当事人提供的证人证言并不是证人“本人自述撰写”,而是对方当事人“为庭审指导而为”;这属于伪造证据。法院认为,当事人未能证明系争证人证言符合《执行规定》第15条中规定的条件,因此,伪造证据的事由不成立。^⑬在崔东方案中,法院并未明确指出系争证人证言未能符合《执行规定》第15条中的什么条件,但至少可以读出系争证人证言不符合“属于认定案件基本事实的主要证据”的条件。结合大陆法系的证据文化和司法传统,证人证言有较大概率自始就不是“认定案件基本事实的主要证据”。法院在审查基于证人证言提起的伪造证据事由时,可以考虑是否这一具体条件未被满足,并在论理中明确地加以指出。

(二) 经查明确属通过捏造、变造、提供虚假证明等非法方式形成或者获取

1. “捏造、变造、提供虚假证明等非法方式”

首先,应当对“捏造”“变造”“提供虚假证明”进行概念辨析。“捏造”是指无中生有,虚构、编造出原本不存在的证据。例如,当事人自行打印了一份验收单,并签署了对方的姓名,企图捏造出对方已经签署验收单的证据。“变造”是以真实的材料为基础,对现有材料进行曲解、篡改、恶意加工等。例如,尽管验收单及验收单上对方的签名是真实的,但是当事人将验收单的日期进行了篡改。“提供虚假证明”需要结合整个句子加

^⑩ 同前注^{③⑤}。

^⑪ 牛某、王某等申请撤销仲裁裁决案,新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院(2024)新01民特126号民事裁定书。

^⑫ 同前注^{④⑥}。

^⑬ 崔东方申请撤销仲裁裁决案,河南省洛阳市中级人民法院(2023)豫03民特28号民事裁定书。

以理解——其语境是“提供虚假证明等非法方式形成或者获取的证据”。被“形成或者获取的证据”可能是真实的,但是获取的过程有问题——此处的问题就在于该证据是通过提供虚假证明获取的。例如,提交虚假的身份证明给婚姻登记管理部门;即使婚姻登记管理部门据此所出具的结婚证在形式意义上看似是真实的,但是该结婚证在实质意义和法律意义上仍然应被认为是伪造的证据。

“等非法方式”的兜底规定囊括了其他伪造证据的情形。例如,在中国第一汽车集团公司诉齐大挪等仲裁裁决案中,当事人提交了一份房产证作为关键证据。该房产证在被颁发的时候是真实合法的,但是早在2004年就已经作废;并且该房产证所载的信息与对应房屋的真实现状不符。法院认为,该房产证属于“为虚构事实而提供的证据载体形式上真实,内容上和客观情况不符的证据”,并以伪造证据为由撤销了仲裁裁决。^{⑥4} 该案中的房产证没有经过“捏造、变造、提供虚假证明等非法方式形成或者获取”。在历史上,该房产证曾经具备完全的真实性。然而,在案件审理之时,该房产证已经丧失了合法性(已经作废、无法律效力)、关联性(无法反映对应房屋的真实状况)和真实性。将该房产证用于本案作为证据确属一种弄虚作假的欺骗行为,构成“伪造证据”。

需要注意的是,“伪造证据”不同于“虚假仲裁”。在伪造证据事由的语境下,捏造、变造等行为通常是由一方当事人所为,不利于另一方当事人;因此,另一方当事人才会基于伪造证据事由提起撤销仲裁裁决之诉或不予承认和执行仲裁裁决之诉。在虚假仲裁的语境下,捏造、变造等行为通常是由双方当事人恶意串通、共同所为,以实现转移资产、侵害案外第三人的权益等目的。^{⑥5}

2. 主观方面

字面上,“证据是伪造的”不等于“当事人伪造了证据”,伪造证据事由没有要求主观方面的要件。然而,有法院提到,需要证明“当事人通过何种手段伪造了”相关证据。^{⑥6} 有法院认为,“证据的伪造应当具备主观、客观两方面因素”,主观方面包括“存在伪造

^{⑥4} 法院认为,“首先,长房权字第307637号房屋产权证确系仲裁庭作出裁决的主要依据。其次,伪造证据的行为不仅包括伪造、变造或篡改后不真实的证据,还应当包括为虚构事实而提供证据载体形式上真实,内容上和客观情况不符的证据。本案中,从形式上看,长房权字第307637号房屋产权证系长春市人民政府加盖的公章,即证据的载体是真实的,但是结合该房产证于2004年12月14日已经遗失作废的事实、长房权字第307637号房屋目前的状况及长春市破产清算组提供的材料,应当认定在2011年1月开始拆迁时,齐凤亭提供的长房权字第307637号房屋产权证不能反映当时的客观情况,系伪造的证据。”中国第一汽车集团公司诉齐大挪等仲裁裁决案,吉林省长春市中级人民法院(2017)吉01民特5号民事裁定书。

^{⑥5} 虚假仲裁的案例参见林阿福、青岛欧亚集团有限公司借款合同纠纷执行审查案,山东省济南市中级人民法院(2018)鲁01执异112号执行裁定书;宋某某、青岛金色海湾实业有限公司民间借贷纠纷执行审查案,山东省青岛市中级人民法院(2018)鲁02执异181号执行裁定书等。另参见王瑞华:《仲裁实务中虚假仲裁的识别与应对》,载《北京仲裁》2019年第3辑;宋连斌、武振国:《虚假仲裁中案外人权利保障机制研究(上)(下)》,载《商事仲裁与调解》2020年第2期。

^{⑥6} “本院认为,锦宜煊公司……否认打卡记录的真实性,但锦宜煊公司并未举证证明东峡公司通过何种手段伪造了该记录。”芜湖锦宜煊人力资源有限责任公司与东峡大通(北京)管理咨询有限公司申请撤销仲裁裁决案,北京市第四中级人民法院(2019)京04民特263号民事裁定书。

证据的意图和行为”,客观方面包括“证据所传达的信息与客观不一致”。^{⑥7}

值得讨论的是,伪造证据事由的成立是否要求证据是当事人伪造的(或者至少是由当事人指使他人伪造的);抑或,即使当事人未参与、未同谋甚至对伪造不知悉,也可能成立伪造证据事由?

司法实践显示,主观方面并不是必须满足的要件;但是在客观方面的因素不够强烈、不够明显时,法院可能考虑主观方面。例如,在泰州铭建案中,法院认为,铭建公司和荣盛公司提交的《验收报告》上的日期都是手写的,无法证明哪个版本是真实确切的——依客观方面,无法确定证据是否伪造的;法院又提到,“没有证据证明荣盛公司存在伪造证据的主观故意……尚不足以证明荣盛公司为了仲裁目的伪造了验收日期”。^{⑥8}如此,法院考虑了主观方面。与之对比,在杨洋与西门子财务租赁有限公司等申请撤销仲裁裁决案(以下简称杨洋案)中,根据当事人的主张和司法鉴定意见,法院认为,“《担保书》上杨洋的签字系他人伪造的事实已经可以确定,而中国贸仲裁决杨洋承担担保责任的证据就是这份《担保书》;”并依据伪造证据事由撤销了仲裁裁决中关于杨洋的部分。^{⑥9}杨洋案的一大特点是伪造证据的客观方面比较明显、强烈。因此,在该案中,法院没有讨论是谁伪造了证据,也没有讨论此未知身份的伪造者的意图、动机、故意等主观方面的因素。

3. “经审理查明属”与鉴定

(1) 当事人查明

在查明证据是否确属伪造时,常涉及鉴定。判例显示,许多当事人称其曾在仲裁中多次要求仲裁庭进行鉴定,但未被仲裁庭准许;当事人进而主张仲裁程序不法,或者未被鉴定的证据属于伪造的证据等。虽然在一部分案例中,当事人提起的证据异议可能仅仅是一种工具性的策略;但是至少在一部分案例中,系争证据可能确实真实性存疑,鉴定可能有助于揭露系争证据的不真实成分。值得思考的是,为什么当事人不自己进行鉴定,将鉴定结果提交作为证据;而是采用了依赖仲裁庭准许方才鉴定的思路?当事人单方面提交鉴定报告是可行的。中国对从事司法鉴定相关业务的鉴定人和鉴定机构实行登记管理制度。^{⑦0}参照民事诉讼中的实践,人民法院可以委托司法鉴定机构进行鉴定,个人也可以单方面委托司法鉴定机构进行鉴定。^{⑦1}司法鉴定机构可以在诉讼活动之外开展业

^{⑥7} 国华荣伟太仓能源有限公司申请上海大宏建设工程有限公司撤销仲裁裁决案,江苏省苏州市中级人民法院(2017)苏05民特2号民事裁定书。

^{⑥8} 同前注^{③5}。

^{⑥9} 杨洋与西门子财务租赁有限公司等申请撤销仲裁裁决案,北京市第二中级人民法院(2016)京02民特204号民事裁定书。该申请撤销仲裁裁决案的被申请人既包括原仲裁案中的申请人,也包括原仲裁案中的被申请人(因为原仲裁案的裁决结果是由杨洋就原仲裁案中申请人的债务承担连带责任)。仲裁中,杨洋的送达地址不准确、后采用了公告送达方式,杨洋并未出庭。

^{⑦0} 《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》(2015修正)第2条。

^{⑦1} 例如中国太平洋财产保险股份有限公司滨州中心支公司、李某2等机动车交通事故责任纠纷案,山东省滨州市中级人民法院(2023)鲁16民终3204号民事判决书。

务。^{⑦②}亦即,当事人可以在仲裁中单方面委托司法鉴定机构等第三方机构出具鉴定意见。

实践中,当事人倾向于由仲裁庭发起鉴定,而非单方面出具鉴定意见,这或许与中国当下的政策导向有关。不同于国际上将当事人单方面委托的鉴定人和仲裁庭指定的鉴定人泛称为“专家”(expert),中国将当事人单方面委托的鉴定人称为“具有专门知识的人”;并且明确规定具有专门知识的人的意见应被视为“当事人的陈述”。^{⑦③}作为证据,“当事人的陈述”的证明效果不同于“专家意见”。中国当下的政策导向可以防止鉴定意见被滥用、被过度商业化,有其合理性。首先,鉴定意见通常价格不菲。如果鉴定意见泛滥,可能会虚增仲裁程序所需要花费的费用,使仲裁程序演变成当事人之间的“军备竞赛”和“资本竞赛”。其次,国际经验显示,当事人单方面指定的专家(party-appointed expert)可能存在问题,比如专家不够独立公正、有利益冲突、变相地充当当事人的代理人等。中国当下的政策导向可以引导当事人有选择性地、有效率地开展鉴定。

(2) 仲裁庭查明

仲裁庭可以批准当事人的鉴定申请,也可以依职权主动鉴定。国际商会国际仲裁院(ICC)^{⑦④}、美国仲裁协会下设的国际争议解决中心(AAA-ICDR)^{⑦⑤}、贸仲^{⑦⑥}等仲裁机构的规则中都规定了,仲裁庭有权指定专家进行鉴定。尽管仲裁庭有裁量权决定是否启动鉴定,但是如果该裁量权行使不当,可能会导致仲裁裁决被撤销等后果。例如,在中铁十五局案中,法院认为,仲裁庭对系争证据未进行鉴定、“迳行”裁决;该裁决应基于伪造证据事由被撤销。^{⑦⑦}

对比相关案例可知,如果系争证据具备重要性,且没有相互印证的其他证据,那么,鉴定有较大概率是应当进行的。在前引的中铁十五局案中,仲裁裁决所依据的三份文件均为复印件,^{⑦⑧}文件所载的签字人本人否认签署过该文件,文件提供方只提供了复印件、不予提供原件,另一方当事人质疑复印件的真实性并要求鉴定。在此情形下,仲裁庭未予鉴定即作出的裁决构成了不适当的迳行裁决。^{⑦⑨}与之对比,在北京优高雅装饰工程有限公司与北京华润新镇置业有限责任公司等申请撤销仲裁裁决案中,系争证据(电子版

^{⑦②} 司法部发布的《司法鉴定程序通则》(2016修订)第49条规定:“在诉讼活动之外,司法鉴定机构和司法鉴定人依法开展相关鉴定业务的,参照本通则规定执行。”

^{⑦③} 《民事诉讼法解释》第122条规定:“……具有专门知识的人在法庭上就专业问题提出的意见,视为当事人的陈述。”

^{⑦④} ICC Arbitration Rules (2021), 25(3): “The arbitral tribunal, after consulting the parties, may appoint one or more experts, define their terms of reference and receive their reports…”

^{⑦⑤} International Dispute Resolution Procedures (Including Mediation and Arbitration Rules) (2021), 28(1): “The arbitral tribunal, after consultation with the parties, may appoint one or more independent experts to report to it, in writing, on issues designated by the tribunal and communicated to the parties.”

^{⑦⑥} 《贸仲证据指引》第9.2条规定:“仲裁庭可自行指定一名或多名专家。”

^{⑦⑦} 同前注^{⑦⑥}。

^{⑦⑧} 值得说明的是,在仲裁程序中,核对原件不是必要的。但是,如同此处的案例所示,如果复印件缺乏其他证据佐证,其证明力可能受限;如果拟证明的对象又很重要,就可能证明不成。相关规则包括《贸仲证据指引》第16.2条的规定:“对复印件与原件可能不一致的书证,当事人及仲裁庭可要求核对原件。”

^{⑦⑨} 同前注^{⑦⑥}。

形成的《最终结算账目表》)也没有原件,只有复印件;一方当事人主张该复印件上的印章PS痕迹明显。仲裁庭认为,当事人提交的一系列证据——包括《工程合同履约验收报告》《质保金结算意见书》《物业公共设施设备保修评定单》,结算微信聊天记录及图片等,可以与系争的《最终结算账目表》相互印证,形成完整的证据链,并据此采信了《最终结算账目表》;这也获得了法院的认可。^{⑧⑨}

综上,一方面,应当防止鉴定意见被滥用、被过度商业化,有效率地使用鉴定。另一方面,为证明证据是否确属伪造,应当适当使用鉴定意见、合理判断是否需要鉴定。相关考虑因素包括:案件是否已经形成了完整的、可以相互印证的证据链;对系争证据进行鉴定的必要性,是否可以通过其他证据实现证明目的;系争证据在整体框架下的重要性,是否是重要事实的主要证据等。

4. 非法方式获取的证据和非法证据排除规则

从“通过捏造、变造、提供虚假证明等非法方式形成或者获取”中可以析出“以非法方式获取”。以非法方式获取的证据包括通过提供虚假证明、使用黑客攻击、采用非法录音录像等方式获取的证据。其与非法证据排除规则之间的关系值得讨论。

非法证据排除规则于1914年在美国刑事诉讼法中确立,主要用于排除以侵犯基本权利(例如人权)等非法方式获得的证据。^{⑧⑩}就中国的国内立法而言,2001年的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》^{⑧⑪}、2022年修正的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》^{⑧⑫}中均有非法证据排除的相关规定。然而,这不一定能参照适用于仲裁中。仲裁中的证据规则有柔性化的特征,不宜由法律硬性规定证据的合法性、非法性、是否必须排除等问题。另外,仲裁程序和刑事诉讼程序在两造对比、人权被侵害的可能性等方面也有所不同。仲裁中的关键法益通常有其他救济方式(比如商业秘密保护、知识产权保护等)加以保障。^{⑧⑬}总之,在仲裁中,仅凭“证据是以非法方式获取的”不必然导致该证据被排除。中国《仲裁法》中规定的伪造证据事由不意味着中国仲裁中适用非法证据排除规则。

(三) 已在仲裁裁决中被采信

伪造的证据须已被仲裁庭采信,才可基于伪造证据事由撤销仲裁裁决。在陈某、中某某分行申请撤销仲裁裁决案(以下简称陈某案)中,借款人(仲裁案的被申请人、申请撤销仲裁裁决案的申请人)伙同中介,伪造了离婚证、离婚协议、收入证明、单身证明、

^{⑧⑩} 北京优高雅装饰工程有限公司与北京华润新镇置业有限责任公司等申请撤销仲裁裁决案,北京市第四中级人民法院(2023)京04民特210号民事裁定书。

^{⑧⑪} [美]米尔吉安·R·达马斯卡:《比较法视野中的证据制度》,吴宏耀、魏晓娜等译,中国人民公安大学出版社2006年版,第218页。

^{⑧⑫} 第68条规定:“以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据,不能作为认定案件事实的依据。”该条款在2008年的修改中被保留,在2019年的修改中被删去。

^{⑧⑬} 第106条规定:“对以严重侵害他人合法权益、违反法律禁止性规定或者严重违背公序良俗的方法形成或者获取的证据,不得作为认定案件事实的根据。”

^{⑧⑭} 同前注^{⑧⑬},第67页。

户口簿中的常住人口登记卡等一系列贷款文件,以取得贷款。其后,出借人(银行)(仲裁案的申请人、申请撤销仲裁裁决案的被申请人)基于贷款合同中的仲裁协议提起仲裁。在司法审查中,法院指出,尽管相关证据确属伪造的,但仲裁庭并未采信该等伪造的证据,仲裁裁决并非根据该等伪造的证据做出,因此,伪造证据事由不成立。^{⑧5}

(四) 禁止反言规则

依字面,伪造证据事由的适用条件中不包括当事人须在仲裁过程中提出过相关异议(不同于隐瞒证据事由,要求系争证据在仲裁过程中曾被请求或被要求提供)。但是,由于中国的仲裁庭审中仍广泛地参照适用着中国民事诉讼程序中对真实性、合法性、关联性逐一验证的质证程序,当事人对证据真伪的确认或异议有较大概率被明确记录在案。这种情况将导致禁止反言规则的适用。

多个案例显示,如果当事人在仲裁中对相关证据的真实性予以认可,其后又以该证据是伪造的为由提起撤销仲裁裁决,法院将基于禁止反言规则不予支持。例如,在北京博睿勤信息技术有限公司等与北京市弘密工贸有限责任公司申请撤销仲裁裁决案(以下简称北京博睿勤案)中,当事人主张,《房屋租赁合同》《借条》《工程结算书》都是伪造的证据。法院查明,在仲裁审理期间,该当事人虽然对《借条》和《工程结算书》的真实性不予认可,但是对《房屋租赁合同》的真实性予以认可。因此,法院认为当事人“以《房屋租赁合同》属于伪造为由申请撤销仲裁裁决,明显违背禁止反言的基本诉讼原则”,不予支持。^{⑧6}又如,在陈立荣案中,当事人主张《股权质押合同》的签字是伪造的。法院认为,当事人不仅在其仲裁反请求中提及了其对方订立《股权质押合同》的情况,而且当事人在仲裁质证过程中、仲裁庭审过程中均表示对《股权质押合同》的真实性、合法性、关联性没有异议。据此,法院认定当事人已经认可了《股权质押合同》的真实性,不予支持当事人的相关主张。^{⑧7}

这一逻辑也适用于因当事人缺席仲裁庭审而未能对系争证据提起异议的情形(除非当事人缺席庭审有正当理由,例如未被适当通知,或在庭审中未被给予充分发表意见、进行质证的机会等)。在刘流生与唐宁申请撤销仲裁裁决案(以下简称刘流生案)中,法院认为,当事人经书面通知后无正当理由未参加庭审,放弃了陈述意见和质证的权利,应当自行承担不利后果。根据禁止反言的基本原则,不支持该当事人基于伪造证据事由提起的撤销仲裁裁决申请。^{⑧8}禁止反言规则在此处被扩张适用了。在刘流生案中,“禁止反言”中的“言”已经不再是“当事人发表的言论”(因为刘流生根本没有出庭发表意见),而是“当事人做出的行为”(即未能出庭的行为)。

^{⑧5} 陈某、中某某分行申请撤销仲裁裁决案,广东省广州市中级人民法院(2024)粤01民特529号民事裁定书。

^{⑧6} 北京博睿勤信息技术有限公司等与北京市弘密工贸有限责任公司申请撤销仲裁裁决案,北京市第四中级人民法院(2018)京04民特326号民事裁定书。

^{⑧7} 同前注^{⑧4}。

^{⑧8} “刘流生经北仲书面通知后未参加仲裁开庭审理,相应不利后果应由其自行承担,在刘流生放弃出席仲裁庭审陈述意见并进行质证的情况下,现其反而以对方当事人“伪造证据”为由申请撤销仲裁裁决,明显违背禁止反言的基本诉讼原则。”刘流生与唐宁申请撤销仲裁裁决案,北京市第四中级人民法院(2018)京04民特140号民事裁定书。

另一种非典型的情况是,如果当事人参与过系争证据的制作(例如系争证据是一份不真实的验资报告),或者当事人在仲裁程序启动前曾经使用过、认可过系争证据,而当事人在仲裁过程中和撤销仲裁裁决的程序中又提出了系争证据属于伪造的异议,此时,是否应适用禁止反言规则?有案例显示,当事人先前的参与制作行为至少会被裁判者加以考虑。在陈某案中,法院指出,当事人所声称的被伪造的证据本来就是当事人自己参与制作的,或者至少当事人是“知悉并同意”的,“在此情况下,其又以此为由申请撤销案涉仲裁裁决显然缺乏理据”。^⑧可见,禁止反言规则、诚实信用原则在伪造证据事由的认定中较为重要。在质疑对方有违诚信、对方证据不真实的同时,当事人自身应保持诚信尽职。

(五) 适用伪造证据事由的高标准

某些证据可能存在法律瑕疵。司法实践显示,普通的法律瑕疵应由仲裁庭认定;只有在法律瑕疵足够严重时,才可能构成伪造证据,并受到法院的干预。在陈立荣案中,当事人提出,有两份证据(《资产评估报告》和《清产核资报告》)违反了相关监管规定,不仅在基础交易中误导了当事人,也在仲裁过程中误导了仲裁庭,属于伪造的证据。法院认为,当事人的主张是指该两份《报告》可能违反了关于国有资产评估、《国有资产清产核资办法》等规定,但是“陈立荣、郭宝月并未提供证据证实《清产核资报告》《资产评估报告》属‘通过捏造、变造、提供虚假证明等非法方式形成或者获取,违反证据的客观性、关联性、合法性要求’的情形,陈立荣、郭宝月的主张仅属对证据证明力的异议”;因此,不予支持当事人基于伪造证据提出的主张。^⑨类似地,在北京博睿勤案中,当事人主张,《房屋租赁合同》《借条》《工程结算书》都是伪造的证据。针对《房屋租赁合同》,法院以禁止反言规则为由驳回了当事人的主张。针对《借条》和《工程结算书》,法院认为,签字本身是真实的,“因此不存在‘伪造’证据之前提”;签字是否受胁迫、是否存在当事人意思表示真实方面的瑕疵,则“属于仲裁庭对相应证据证明效力的审查认定事实,与‘伪造证据’无关”,法院不予审查。^⑩

“伪造证据”的适用标准不仅高于普通的“法律瑕疵”,也高于一般意义的“真伪难辨”。在遵义康城房地产开发有限公司申请重庆一建建设集团有限公司撤销仲裁裁决案中,法院指出,“民事领域中,证据的真实性无法核实而不应采信并不意味着该证据一定系伪造,二者之间并非对应关系,后者的认定标准远高于前者。司法实践中,人民法院在对民事证据的真伪无法认定时,亦仅涉及该证据的采信与否,而不能仅就此认定当事人伪造证据进而追究其伪造证据的法律责任。”^⑪这一论理首先明确了“证据的真伪难辨”不等同于“伪造证据”,其次突出了“伪造证据”的认定标准“远高于”普通的“证据的真实性无法核实”,并提到了证据真伪问题可能引起的不同等级的后果——包括(等

^⑧ 本案中,法院基于两项原因驳回了当事人基于伪造证据提起的主张。此处的“缺乏理据”是第一项原因;第二项原因是,伪造证据事由的相关条件未满足,包括被仲裁裁决所采信、属于认定案件基本事实的主要证据等。同前注^⑤。

^⑨ 同前注^③。

^⑩ 同前注^⑧。

^⑪ 同前注^②。

级由轻微到严重依次为)证据的证明力较弱、证据不被采信、适用伪造证据事由并导致仲裁裁决被撤销或者不被承认和执行等。

这一论理暗含的逻辑是:该案中证据真伪难辨的程度尚未达到伪造证据事由所应有的认定标准。伪造证据是一种较为严厉的法律评价,应适用较高的证明标准。参照中国民事诉讼法的相关规则,不同的待证事项对应不同的证明标准:一般待证事实的证明标准是“具有高度可能性”,欺诈的证明标准是“排除合理怀疑”。^⑩比较法上,在普通法系法域,欺诈的证明责任也高于普通事项,因为欺诈具有内在的刑事性,近乎刑事指控;基于公共政策的考虑,应给予被控欺诈的一方更多的保护。^⑪这种证明标准的差异也体现在仲裁规则中。《贸仲证据指引》第24条规定,针对一般事实,适用“优势证据”的证明标准即可;针对涉及欺诈的事实,应适用“有充分说服力”的证明标准。^⑫由此,就更可以理解为什么法院在审查伪造证据事由时常言“属于仲裁庭的实体认定、不予审查”。其真意为:案涉证据真伪不明的严重程度尚未达到伪造证据事由的标准,仍然属于证据的采信和证明力问题,应由仲裁庭决定。

四、余 论

仲裁裁决司法审查的实践中,法院适用隐瞒证据事由和伪造证据事由时的标准较高,这两项事由得以适用的比例较低。尽管如此,这两项事由被当事人援用的比率较高。截至2025年7月5日,在北大法宝数据库案由为“申请撤销仲裁裁决案”的案件中,“法院认为”部分包含“隐瞒证据”字样的案例有5994个;包含“伪造证据”字样的案例有2347个。^⑬鉴于隐瞒证据事由和伪造证据事由仅适用于国内案件,这两个数据所对应的基本为国内案件。与之对比,“法院认为”部分包含“程序违法”字样的案例有10440个,这一数据中包括了涉外仲裁案件。考虑到仲裁裁决司法审查的主流应当是形式审查(针对仲裁庭管辖权、仲裁程序违法等),以上数据表明隐瞒证据事由和伪造证据事由的援用率较高。

这一高援用率不一定意味着仲裁实践中存在着严重的隐瞒证据问题、伪造证据问

^⑩ 《民事诉讼法解释》第108条规定:“对负有举证证明责任的当事人提供的证据,人民法院经审查并结合相关事实,确信待证事实的存在具有高度可能性的,应当认定该事实存在。……”第109条规定:“当事人对欺诈、胁迫、恶意串通事实的证明,以及对口头遗嘱或者赠与事实的证明,人民法院确信该待证事实存在的可能性能够排除合理怀疑的,应当认定该事实存在。”

^⑪ Jennifer M. Smith and Sara Nadeau-Séguin, *The Illusive Standard of Proof in International Commercial Arbitration*, in Albert Jan van den Berg (ed), *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges*, ICCA Congress Series, 2015, Vol.18, pp.134-155.

^⑫ 《贸仲证据指引》第24条规定:“证明标准:(一)针对某一事实,双方当事人分别举出相反证据的,仲裁庭可依优势证据原则加以认定。(二)对涉及欺诈的事实,仲裁庭应根据有充分说服力的证据加以认定。”

^⑬ 虽然《仲裁法》第58条整体经常在“法院认为”部分被概括性地援引(作为法律依据),但第58条规定的文本是“裁决所根据的证据是伪造的”“对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的”。因此,如果当事人没有在案件中提起伪造证据或者隐瞒证据事由、法院没有在论理中回应伪造证据或者隐瞒证据事由,那么“法院认为”部分通常不会出现“伪造证据”或者“隐瞒证据”字样。

题。一种可能的解释是,如果基于纯粹的形式审查事由和有限的实体审查事由(仅包括公共秩序),当事人可以提起异议的空间有限;又由于隐瞒证据和伪造证据与事实、实体具有高度相关性,当事人可以由此扩张的空间较大。因此,当事人在仲裁司法审查案中,可以策略性地、“能提尽提”式地援用隐瞒证据、伪造证据事由;也可能出于对仲裁裁决实体结果的不满、近乎情绪化地利用隐瞒证据、伪造证据事由。这不仅实际价值有限,还会造成社会资源和司法资源的浪费。这种浪费不仅体现在当事人提出诉求和对方当事人做出抗辩之时,也体现在法院对之一一加以审查、分析、判断之时。^⑨在《仲裁法》的后续修订中,应考虑删去第58条中的隐瞒证据事由和伪造证据事由。在短期内,如果《仲裁法》第58条没有修订,那么法院应秉持支持仲裁的精神,谨慎地适用隐瞒证据事由和伪造证据事由,以避免过度干预仲裁的一裁终局性和仲裁庭的裁量权,以尊重当事人意思自治及其对仲裁机制的选择,以引导社会和司法资源得到高效率地利用。

Abstract: Evidence concerns both procedural issues and substantive issues. When conducting judicial review of arbitral awards based on withholding evidence ground and forging evidence ground, the court will conduct substantive review. The conditions for applying withholding evidence ground include: the disputed evidence was critical in construing the basic facts of the case, to the extent of affecting the fair adjudication of the case; the disputed evidence was controlled by the other party exclusively; and the disputed evidence was requested during the arbitration. The conditions for applying forging evidence ground include: the disputed evidence was critical in construing the basic facts of the case; the disputed evidence has been proved as indeed fabricated, manipulated, or otherwise formed or obtained by illegal means, such as by providing false documents; and the disputed evidence was admitted in the arbitral award. For efficiently using judicial resources and social resources, and matching the institutional designs of arbitration mechanism and judicial review mechanism, the grounds of withholding evidence and forging evidence should be removed in future amendment of the law. Before that, the court should adhere to the current high application standards, discreetly applying the grounds of withholding evidence and forging evidence during judicial review of arbitral awards.

KeyWords: Withhold Evidence; Forge Evidence; Substantive Review; Formal Review

(责任编辑:范卫国)

^⑨ 仲裁裁决的司法审查中,法院通常会听取当事人的申请意见、答辩意见,查阅仲裁裁决书等;有时,法院可能还会听证、组织证据质证等。例如,在一个撤销仲裁裁决案中,法院认定,“听证过程中,申请人铭建公司向法庭提供了两组(每组三份)验收报告、打印照片若干、《单位工程竣工验收证明书》(验收日期为2015年7月15日)三份、《承诺书》《工程款提前预支承诺书》等,经被申请人荣盛公司质证,……”同前注^③。

论国际仲裁中律师—客户特免权的准据法确定

韩天恒^{*}

内容提要 随着国际仲裁制度的不断演进和完善,仲裁已经逐渐成为跨境商事争议解决的核心机制。虽然在国际仲裁的大多数领域已经形成了较为统一的规则体系和实践范式,但是,作为证据开示、披露制度的例外,在律师—客户特免权 (Attorney-client privilege) 这一领域仍存在着规则适用的不确定性。该不确定性源自普通法系国家和大陆法系国家对该特免权的认识不同,从而导致在律师—客户特免权的定性、内涵和保护范围等问题上难以形成国际共识。此种法律冲突不仅可能损害当事人的程序性权益,还可能对仲裁裁决的公正性与可执行性构成潜在威胁,因而亟须构建具有国际兼容性的律师—客户特免权规则体系。通过对各种律师—客户特免权准据法的选择方式进行逐一检视,最高保护原则在平衡不同国家间立法差异方面具有显著优势,有助于最大程度地保障仲裁裁决的可执行性。因此,该原则应被仲裁庭优先作为选择律师—客户特免权准据法的依据。

关键词 国际仲裁; 律师—客户特免权; 准据法

一、问题的提出

近年来,随着国际仲裁制度不断发展以及《承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称“《纽约公约》”)的完善,国际仲裁裁决得到了越来越多国家的承认。仲裁凭借其保密性、灵活性和高效性等特点受到各国当事人的青睐,并逐渐成为解决国际商事纠纷的主要方式。^① 在国际仲裁中,当事方可以通过意思自治选择仲裁程序,从而促进争议友好、高效解决。然而,尽管国际仲裁已形成相对成熟的运作体系,但是在某些领域仍存在着法律适用的不确定性,这些不确定性为当事人通过仲裁解决争议带来了一定的风险。例如,仲裁庭选择的准据法可能无法保障当事方的平等地位和陈述案情的权利,仲裁庭作出的裁决因而将面临被拒绝承认和执行的危险。^② 作为证据开示、披露制度的例

^{*} 韩天恒,华东政法大学国际法学院本科生。

^① 参见[美]加里·B.博恩:《国际仲裁:法律与实践》,白麟等译,商务印书馆2015年版,第13-22页。

^② 《纽约公约》第5.1(b)条。

外,律师-客户特免权(attorney-client privilege)便是国际仲裁中尤为典型和复杂的问题之一。^③

律师-客户特免权旨在保护律师和客户间关于提供法律意见的通信的保密性,使得相关文件可免于作为证据向仲裁庭提交。^④在证据开示环节,若一方当事人以律师-客户特免权作为抗辩理由拒绝出示相关证据,仲裁庭则需要一个明确的标准来判断该当事方能否获得律师-客户特免权的保护。然而,由于不同国家对于律师-客户特免权的立法差异较大,加之在国际仲裁中当事方具有高度的意思自治,当事方可以协议选择仲裁地以及程序问题和实体问题的准据法。因此,律师-客户特免权的法律适用十分复杂,仲裁庭往往会陷入法律选择困境之中。除此之外,律师-客户特免权兼具公共政策属性,这使得仲裁庭法律选择的结果可能还会面临裁决效力瑕疵的风险,导致仲裁裁决无法被承认和执行。^⑤目前,律师-客户特免权虽然已经得到许多普通法系和大陆法系国家的承认,但在国际仲裁中确定律师-客户特免权的准据法仍面临三大困境:其一,不同国家对于律师-客户特免权的法律规则各不相同;其二,律师-客户特免权究竟属于程序问题还是实体问题目前有所争议;其三,目前仍缺乏明确的国际通行性规则对如何确定律师-客户特免权的准据法进行规定。^⑥因此,规范缺位导致国际仲裁中的律师-客户特免权实践呈现出一种“唯一清晰的是没有什么是清晰的”(the only thing that is clear is that nothing is clear)的悖论状态。^⑦为了保护国际仲裁当事方的合法权益免受侵害以及促进律师-客户特免权规则的国际统一适用,亟需一个明晰的确定准据法的路径以供仲裁庭处理特免权问题时参考。

二、律师-客户特免权的法律冲突

律师-客户特免权规则在普通法系和大陆法系下有显著差异。该差异源于普通法系和大陆法系对律师-客户特免权的定性不同。普通法系国家普遍认为律师-客户特免权是一个实体问题,而大陆法系国家则倾向于把律师-客户特免权定性为程序问题。基于定性的差异,普通法系国家认为律师-客户特免权的主体为客户,客户有权放弃特免权

③ Javier H. Rubinstein & Britton B. Guerrina, *The Attorney-Client Privilege and International Arbitration*, Journal of International Arbitration, 2001, Vol.18: 6, p.587.

④ Roman Mikhailovich Khodykin, Carol Mulcahy & Nicholas Fletcher, *A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, Oxford University Press, 2019, p.432.

⑤ Diana Kuitkowski, *The Law Applicable to Privilege Claims in International Arbitration*, Journal of International Arbitration, 2015, Vol.32:1, p.68.

⑥ *Id.*, at 66; Annabelle Möckesch, *Attorney-client Privilege in International Arbitration*, Oxford University Press, 2017, p.216; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration (Third Edition)*, Kluwer Law International, 2022, p.2554; Klaus Peter Berger, *Evidentiary Privileges: Best Practice Standards versus/and Arbitral Discretion*, Arbitration International, 2006, Vol.22:4, p.502.

⑦ Klaus Peter Berger, *Evidentiary Privileges: Best Practice Standards versus/and Arbitral Discretion*, 2006, Vol.22:4, p.501.

的保护。大陆法系国家普遍认为,特免权的主体归属于律师,即使客户放弃特免权,相关文件仍得以保密。^⑧大陆法系国家通常使用“职业性秘密”(professional secrecy)来保护相关文件被披露,从而起到普通法系下律师—客户特免权的作用。除此之外,关于公司内部律师(in-house counsel)是否享有律师—客户特免权,不同国家的立法亦存在较大的冲突。

(一) 律师—客户特免权定性的冲突

虽然英国法院认为律师—客户特免权兼具程序和实体属性,但是普通法系国家普遍将律师—客户特免权视为实体性权利。^⑨相反,大陆法系国家则通常将其视为程序性问题。^⑩此种法律定性的差异直接导致国际仲裁中法律适用方法的显著分野。

如果将律师—客户特免权视为程序问题,则仲裁庭应选择仲裁程序的准据法适用于律师—客户特免权。根据《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(以下简称《示范法》)第19条,仲裁庭可以按照其认为合适的方式进行仲裁。通常,仲裁庭会选择仲裁地法(lex arbitri)作为仲裁程序的准据法。该路径下律师—客户特免权的准据法应为仲裁地法。^⑪然而,国际仲裁程序与国际诉讼程序不同,在国际诉讼中,法院应当严格遵守法院地法,而在国际仲裁中仲裁庭并无此项义务。^⑫因此,随着理论的演进,即使律师—客户特免权被视为程序问题,仲裁庭适用的法律也不局限于仲裁地法。质言之,若当事方未对程序问题准据法作出约定,在不违背仲裁地强制性规范的前提下,仲裁庭可以选择其认为合适的任何法律和程序规则。^⑬

相反,如果将律师—客户特免权视为实体问题,仲裁庭则应当适用当事人约定的实体合同准据法。若当事人未对此做出选择,仲裁庭通常有两种做法:其一,先确定适用一国的冲突规范(conflict of law rules),进而通过该国的冲突规范确定律师—客户特免权的准据法;^⑭其二,跳过冲突规范,直接选择一国的实体法作为律师—客户特免权的准据法。^⑮

⑧ *Id.*, at 504; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration (Third Edition)*, Kluwer Law International, 2022, p.3101.

⑨ Three Rivers District Council and others (Respondents) v. Governor and Company of the Bank of England (Appellants), [2004] UKHL 48, House of Lords, 2004, para.26.

⑩ Tobias Zuberbühler et al., *IBA Rules of Evidence: Commentary on the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, 2 ed., Schulthess Juristische Medien AG, 2022, p.211.

⑪ *Supra* note 7, at 508; Rachel Reiser, *Applying Privilege in International Arbitration: The Case for a Uniform Rule*, Cardozo Journal of Conflict Resolution, 2012, Vol.13: 2, p.660.

⑫ 林欣:《论国际私法中的程序法与实体法问题》,载《外国法译评》,1994年第4期,第79页;林强:《国际民事诉讼程序问题法律适用论纲》,载《法学》,2023年第8期,第176页。美国《冲突法重述(第二版)》规定:“诉讼程序规则,通常由法院地州的本地法确定,即使法院对案件中其他问题适用另一州的本地法。”

⑬ 同前注①,第203页。

⑭ 《示范法》第28(2)条。*Supra* note 9, at 508; Rachel Reiser, *Applying Privilege in International Arbitration: The Case for a Uniform Rule*, Cardozo Journal of Conflict Resolution, 2012, Vol.13:2, p.658.

⑮ Rachel Reiser, *Applying Privilege in International Arbitration: The Case for a Uniform Rule*, Cardozo Journal of Conflict Resolution, 2012, Vol.13:2, p.658. 国际知名仲裁机构,如ICC、LCIA的仲裁规则均规定了仲裁员有权选择其认为合适的实体问题准据法。

需要注意的是,律师-客户特免权往往具有公共政策的属性,若仲裁庭选择的准据法与当事方所在国的公共政策相悖,该裁决可能会基于《纽约公约》第5.2(d)条被拒绝承认与执行。为了避免仲裁裁决被拒绝承认和执行,仲裁庭在确定律师-客户特免权准据法时应遵循三项基准:(1)仲裁庭不应机械地适用仲裁地的冲突规范;(2)仲裁庭应当对各国关于律师-客户特免权的国内立法进行比较研究;(3)仲裁庭选择准据法时应当符合当事人的预期。^{①⑥}

因此,无论将律师-客户特免权定性为程序问题还是实体问题,都不存在必须适用的法律。只要仲裁庭选择准据法时符合上述三项基本前提,无论将律师-客户特免权界定为程序问题还是实体问题都不会对仲裁裁决的有效性造成影响。是故,厘清律师-客户特免权的本质在实践中的意义有限。^{①⑦}

(二) 律师-客户特免权内涵的冲突

1. 普通法系国家

普通法系下的律师-客户特免权来源于客户对法律咨询保密性的需要。基于该保密性,客户可以坦诚地和律师进行沟通,不用担心沟通内容会在未经其同意的情况下泄露。正如 *R v. Derby Magistrates Court, ex p. B* 案中, Keith 法官认为:“一个人必须能够秘密地咨询他的律师,否则他可能会隐瞒一半真相。客户必须确保他向律师秘密透露的内容不会在未经他同意的情况下泄露。”^{①⑧} 英国和美国不仅是普通法传统的代表性国家,而且在律师-客户特免权的理论基础、司法实践及现代发展上具有广泛影响力。故以下选取英国和美国的律师-客户特免权制度作为分析对象,并比较两国在律师-客户特免权问题上的差异。

(1) 英国法下的律师-客户特免权

在英国,律师-客户特免权的上位概念是法律特权 (legal privilege),其最早发源于16世纪。^{①⑨} 在随后的发展中,英国的法律特权逐渐分为两类:(1)法律意见特免权 (legal advice privilege) 和诉讼特免权 (litigation privilege)。^{②⑩} 前者是指法律顾问与客户之间为给予和获得法律意见而进行的通信;后者则是指法律顾问和客户之间为开展诉讼活动而进行的通信。尽管法律意见特免权和诉讼特免权在一定范围内是重合的,但是,两者

^{①⑥} *Supra* note 7, at 508.

^{①⑦} *Supra* note 14, at 661.

^{①⑧} [1995] UKHL 18, House of Lords, 1995, para.58. 美国的司法案例中对于律师-客户特免权的价值也有相似的论述, See *Upjohn Co. v. United States*, 449 US 383, Supreme Court of the United States, 1981, p.682 (“its purpose is to encourage full and frank communication between attorneys and their clients and thereby promote broader public interests in the observance of law and administration of justice.”).

^{①⑨} *Berd v. Lovelace*, Cary 62, Court of Chancery, 1577, p.62: “Thomas Hawtry, gentleman, was served with a subpoena to testify his knowledge touching the cause in variance; and made oath that he hath been, and yet is a solicitor in this suit, and hath received several fees of the defendant; which being informed the Master of the Rolls, it is ordered that the said Thomas Hawtry shall not be compelled to be deposed, touching the same, and that he shall be in no danger of any contempt, touching the not executing of the said process.”

^{②⑩} *Supra* note 5, at 71.

的重要区别在于：法律意见特免权仅限于律师和客户之间，而诉讼特免权包括律师或客户与第三方之间的通信。^{②①}

客户与律师之间的通信若要受到法律意见特免权的保护，需要满足三项要件：其一，通信是在律师和客户之间发生的；其二，通信是保密的，即通信时无第三方在场；其三，通信的主要目的是获取和提供法律意见。若律师和客户之间的通信不满足上述三个条件中的任何一项，该通信将不再受特免权保护。^{②②} 此外，在律师—客户特免权下，对“客户”的定义也需要进行限缩。在 *Three Rivers District Council v. Bank of England (No 5)* 案中，法院认为，只有公司中经过“授权”的员工才能享受特免权。^{②③}

（2）美国法下的律师—客户特免权

美国法下的律师—客户特免权与英国法类似，其成文法规范主要基于《联邦证据规则》（*Federal Rules of Evidence*）第 502 条。在具体法律适用上，根据《联邦证据规则》第 501 条的规定，律师—客户特免权原则上由普通法调整，除非宪法、联邦成文法或最高法院规则另有规定。

与英国法相比，美国法对特免权主体“客户”的认定标准经历了动态的司法演变过程。起初，在 *United States v. United Shoe Machinery* 案中，法院认为，公司内部所有员工都可以享受特免权的保护。^{②④} 然而这一立场在 *City of Philadelphia v. Westinghouse Elec Corp* 案中被推翻。^{②⑤} 该案中，法院采用了“控制群体”（*control group*）作为判断标准。在该标准下，只有“无论级别如何，能够控制公司或者在公司做出决定过程中能产生重要作用，从而根据律师的建议采取行动”的人才能享有特免权。随后，“控制群体”标准在 *Harper & Row Publishers, Inc. v. Decker* 案中被“主要内容”（*subject matter*）标准所推翻。“主要内容”标准是指只要员工与律师通信是在履行工作职责，且通信的内容与公司有关联，或是在上级的指示下与律师通信，则此类通信也受到特免权的保护。^{②⑥} 最终，这一司法立场的重大转折由联邦最高法院在 1981 年 *Upjohn Co. v. United States* 案中予以确认。^{②⑦} 在该案中，最高法院拒绝适用统一的判断规则，而是主张进行个案分析，并

②① Annabelle Möckesch, *Attorney-client Privilege in International Arbitration*, Oxford University Press, 2017, p.66. 第三方的范围十分广泛，通常包括专家证人、专业顾问等。例如，在 *Lee v. South West Thames Regional Health Authority*, (1985) 1 WLR 845, Court of Appeal (Civil Division), 1985 一案中，医院以“诉讼特免权”为由拒绝出示救护车工作人员的报告。

②② *Id.*, at 69-71.

②③ [2003] EWCA Civ 474, Supreme Court of Judicature Court of Appeal (Civil Division), 2003, para.38. 本案中，随着国际商业信贷银行（BCCI）的破产，Bingham LJ 对 BCCI 的监管进行了调查。英格兰银行成立了一个由三名银行官员组成的部门，即 Bingham 调查组（以下简称“BIU”），负责处理银行与调查机构之间的所有通信。此外，英格兰银行还聘请了富而德律师事务所作为其调查的法律顾问。在 BCCI 清算人与英格兰银行因公职人员失职而提起的诉讼中，清算人要求出示由银行非 BIU 成员员工准备的文件。法院认为，BIU 而非英格兰银行才是富而德律师事务所的客户，因为建立 BIU 就是为了获得和寻求富而德律师事务所的法律意见。因此，法院认为，英格兰银行中的其他员工与富而德律师事务所之间的通信不能受到特免权的保护。

②④ 89 F.Supp. 357, United States District Court D. Massachusetts, 1950, p.360.

②⑤ 210 F. Supp. 483, United States District Court E.D. Pennsylvania, 1962, p.485.

②⑥ *Harper & Row Publishers, Inc. v. Decker*, 423 F.2d 487, United States Court of Appeals, Seventh Circuit, 1970, pp.491-492.

②⑦ *Upjohn Co v. United States*, 49 US 383, Supreme Court of the United States, 1981, p.685.

提出了三项标准:(1)通信必须在公司员工的职责范围之内;(2)员工必须按照雇主的要求行事;(3)员工必须充分意识到他们填写问卷是为了帮助公司获得法律意见。^{②8}

2. 大陆法系国家

大陆法系下的律师-客户特免权体现为“职业性秘密”。职业性秘密对律师而言既是一项权利也是一项义务。^{②9}违反保密义务不仅可能承担民事责任,还可能受到刑事制裁。例如,《法国刑法典》第226-13条规定:“任何因身份或职业,或因临时职务或任务而保管机密信息的人,如果泄露此类信息,将被处以一年监禁和15,000欧元罚款。”^{③0}此外,《德国刑法典》也对律师的保密义务有所规定。^{③1}

与普通法系下的律师-客户特免权不同,在大陆法系国家,只有律师才可以行使和放弃该特免权。^{③2}此外,大陆法系对客户身份未作区分,公司内部任何与律师进行沟通的员工都可以受到律师-客户特免权的保护。^{③3}

总体而言,普通法系与大陆法系在律师-客户特免权的内涵上存在显著差异:普通法系下的律师-客户特免权以客户权利保护为核心,旨在保障客户与律师间的保密通信,其功能在于鼓励法律咨询的充分性,且权利主体为客户(英国法以是否经“授权”作为客户是否享受特免权的判断标准,而美国法则是以律师和客户的通信内容是否是法律意见作为享受特免权的判断标准);大陆法系下的律师-客户特免权则以律师职业秘密义务为基础,兼具权利与义务属性,主张享有与放弃权利的主体为律师,且保护范围覆盖所有员工通信,不区分客户身份。二者在保密性要求上亦存在差别:普通法系强调通信的私密性与法律咨询目的,而大陆法系更注重职业秘密的绝对性,违反义务可能直接引发刑事追责。

(三) 律师-客户特免权保护范围的冲突

在国际法律实践中,普通法系与大陆法系国家在律师-客户特免权的保护范围问题上存在制度性冲突。这一冲突尤其聚焦于公司内部律师(in-house counsel)能否基于职务行为获得特免权保护。

1. 普通法系国家

以英国和美国为代表的普通法系国家认为,只要通信的目的是获取和提供法律意见,公司内部律师也可以受到特免权保护。^{③4}

^{②8} *Supra* note 20, at 37-38.

^{②9} *Supra* note 5, at 71.

^{③0} Code Pénal, art 226-13: “La révélation d’une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d’une fonction ou d’une mission temporaire, est punie d’un an d’emprisonnement et de 15 000 euros d’amende.”

^{③1} § 203 I StGB.

^{③2} Sofía Jiménez Gómez, *Legal privilege in international arbitration*, Cuadernos de Derecho Transnacional, 2023, Vol.15:2, p.683.

^{③3} *Id.*, at 685.

^{③4} *Supra* note 7, at 505; *Supra* note 5, at 72; 杨良宜、杨大明:《国际商务游戏规则:英美证据法》,法律出版社2002年版,第143页; Ana Fernández Araluce, *Privilege Claims in International Arbitration: Skating on Thin Ice*, Iurgium, 2023, Vol.2023:46, p.24.

在英国的 *Alfred Crompton Amusement Machines Ltd v. Customs and Excise Commissioners* (No 2) 案中,丹宁法官对公司内部律师享有特免权的合理性作出如下论述:

“法律认为他们(内部律师)在各方面与那些为自己执业的人处于相同的地位,唯一的区别是他们只为一个客户行事,而不是为多个客户行事。他们必须坚持同样的荣誉和礼仪标准。他们对客户和法院负有同样的责任。他们必须尊重同样的保密。他们和他们的客户享有同样的特权。”^{③⑤}

在美国的 *Upjohn Co v. United States* 案中,原告拒绝按照美国证券交易委员会(SEC)和美国国内收入署(IRS)的要求出示相关文件,并宣称这些文件受到律师-客户特免权的保护。^{③⑥} 法院认为,由于原告与其内部律师之间的通信主要目的是获取法律意见,因此,该通信受到律师-客户特免权的保护。

2. 大陆法系国家

大陆法系国家对公司内部律师是否受到特免权保护存在分歧。部分国家,如比利时、荷兰和西班牙,认为公司内部律师可以受到特免权的保护。而法国、瑞士、意大利等国家则将其排除在特免权保护范围之内。^{③⑦}

在欧盟法下,公司内部律师不享有特免权。在 *Akzo Nobel Chemicals v. Commission* 案中,法院认为,公司内部律师因缺乏经济独立性且和客户之间存在雇佣关系,故不承认公司内部律师可以受到特免权的保护。^{③⑧} 由此可见,欧盟法院认为,公司内部律师相较于外部律师缺乏独立性,其身份更多被视为公司雇员,从而削弱了其律师属性。同时,法院承认,在欧盟成员国内无法形成关于内部律师是否享有特免权的多数观点。^{③⑨}

德国关于内部律师(*Syndikusanwälte*)是否享有特免权的实践较为复杂。最初,德国法拒绝承认公司内部律师享有特免权。但是,随着2016年《公司内部律师法重组法》(*Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte*)的颁布,德国主流观点认为,获得律师职业资格的公司内部律师就其与雇主沟通的法律意见享有特免权。^{④①}

三、国际仲裁中确定律师-客户特免权准据法的法律依据

(一) 仲裁立法

目前,无论是各国的国内仲裁立法,还是在国际仲裁规则方面有着示范作用的《示范法》,对于特免权问题都没有明确的规定。《示范法》第18条和第19.2条分别规定了

^{③⑤} [1972] 2 QB 102, Court of Appeal (Civil Division), 1972.

^{③⑥} 49 US 383, Supreme Court of the United States, 1981, p.679.

^{③⑦} Tobias Zuberbühler et al., *IBA Rules of Evidence: Commentary on the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, 2 ed., Schulthess Juristische Medien AG, 2022, p.209.

^{③⑧} CASE C-550/07 P, Court of Justice of the European Communities, Judgement, 2010, paras.32-51.

^{③⑨} *Id.*

^{④①} Franco Ferrari & Friedrich Jakob Rosenfeld eds., *Handbook of Evidence in International Commercial Arbitration: Key Concepts and Issues*, Kluwer Law International, 2022, pp.306-307.

仲裁庭应当平等对待当事方以及仲裁庭有权按照其认为合适的方式开展仲裁,并在决定是否采纳证据时需要考虑证据的可采性(admissibility)、相关性(relevance)、实质性(materiality)和重要性(weight)。以《示范法》为基础进行国内仲裁立法的国家都采取了类似的规定。^{④①}该规定虽然明确了国际仲裁中涉及证据问题时仲裁庭应当考量的因素,但是对于特免权问题未作出清晰的指引,既未给仲裁员提供一条选择律师-客户特免权准据法的准确路径,也无法突破该特免权的法律适用困境。

英国《仲裁法》第 43(4)条规定:“任何人不得根据本条款被强迫提供任何他在法律程序中无须提供的文件或物证”。虽然该规定并没有直接释明特免权证据的法律适用方法,但是该条款强调了一项重要原则,即仲裁中当事人在证据出示过程中的受保护程度不得低于英国国内立法的规定。基于此,在法院协助仲裁庭调取证据的情况下,证人享有其在国内诉讼中受到的保护程度。^{④②}

(二) 机构仲裁规则和国际条约

国际上主要仲裁机构颁布的仲裁规则中,鲜有对律师-客户特免权问题及其准据法的确定进行直接处理,而只是作出了一些原则性的规定。^{④③}例如,《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》第 17.1 条规定,仲裁庭可以其认为适当的方式进行仲裁,但须平等对待各方当事人,并在仲裁程序的适当阶段给予每一方当事人陈述案情的合理机会。《ICC 仲裁规则》第 22.3 条规定,仲裁庭应当采取措施保护商业秘密和保密信息。《中国国际经济贸易仲裁委员会证据指引》认可了律师-客户特免权,并规定“律师与客户之间涉及法律服务的证据”仲裁庭可以不予采纳,但未规定特免权的具体范围。^{④④}

唯一对律师-客户特免权的准据法作出较为清晰规定的是《国际争议解决中心(ICDR)仲裁规则》(以下简称“《ICDR 仲裁规则》”)第 25 条:“仲裁庭应考虑可适用的特免权原则,如涉及律师与客户之间沟通保密的原则。在当事人、代理人或其文件受到不同法律规则调整时,仲裁庭应尽可能对各方当事人适用相同规则,并优先适用提供最高保护的规则。”^{④⑤}本条规定了选择律师-客户特免权准据法的一大核心原则,即对所有当事人适用相同的规则,该原则也与《示范法》第 18 条确立的平等对待当事方的原则相一致。

《纽约公约》第 5 条同样对特免权证据的法律适用作出原则性规定。第 5.1(b)条

^{④①} 目前,共有 93 个国家 126 个法域通过了以《示范法》为基础或在其影响下形成的立法。《状况:〈贸易法委员会国际商事仲裁示范法〉(1985 年),附 2006 年通过的修订,载联合国国际贸易法委员会官网, https://uncitral.un.org/zh/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status,最后访问时间:2025 年 6 月 17 日。

^{④②} *Supra* note 20, at 201.

^{④③} *Supra* note 5, at 78.

^{④④} 《中国国际经济贸易仲裁委员会证据指引》第 19 条。

^{④⑤} The arbitral tribunal shall take into account applicable principles of privilege, such as those involving the confidentiality of communications between a lawyer and client. When the parties, their counsel, or their documents would be subject under applicable law to different rules, the tribunal should, to the extent possible, apply the same rule to all parties, giving preference to the rule that provides the highest level of protection.

规定了仲裁庭需要保障当事人陈述案情的权利,第 5.1(d) 条明确了仲裁庭应按照当事人的约定进行仲裁,第 5.2(b) 条则规定了仲裁裁决不能违背承认和执行地的公共政策。若违背了上述原则,将导致仲裁裁决面临被撤销或被拒绝承认和执行的^{④6}风险。例如,若仲裁庭完全忽视律师—客户特免权,要求当事方披露其与律师之间的通信,而执行地国将特免权问题视为一项当事方的基本权利时,仲裁裁决可能因违反执行地的公共政策而被拒绝承认和执行。相反,若仲裁庭对于特免权问题采用较高的保护标准,可能导致当事方无法陈述其观点,同样给仲裁裁决的可执行性带来风险。^{④6} 因此,仲裁庭在选择律师—客户特免权准据法时,应当综合考虑不同国家的相关立法,以保障仲裁裁决的可执行性。

(三)《IBA 取证规则》

正如 RDC v. Guatemala 案中仲裁庭所述,“《IBA 取证规则》(IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration) 反映了该领域公认专业人士的经验”,因而在国际仲裁中被广泛适用。^{④7} 《IBA 取证规则》充分尊重仲裁庭的自由裁量权,并于第 9.2(b) 条规定了律师—客户特免权:当仲裁庭认为一方提交的证据应当受到律师—客户特免权保护时,仲裁庭可以排除该份证据。^{④8} 此外,《IBA 取证规则》第 9.4 条罗列了仲裁庭在确定律师—客户特免权准据法时应当考虑的因素:(1) 需要保护与提供或获取法律建议有关或为此目的而制作的文件的机密性;(2) 法律障碍或特免权产生时,当事人及其顾问的期望;(3) 由于对文件材料、陈述、口头沟通或其中所包含意见的认同、事先披露和正面使用或其他情形,而可能导致对任何适用的法律障碍或特免权的放弃;(4) 需要保持双方之间的公平和平等,特别是当双方受到不同法律或道德规则约束时。

因此,尽管《IBA 取证规则》并未规定律师—客户特免权的标准,也未建立确定其准据法的规则体系,但其实际为仲裁庭确定准据法提供了一定的指引:确定律师—客户特免权的准据法时需要考量当事方的预期以及平等对待各当事方。^{④9}

综上所述,目前无论是仲裁立法、机构的仲裁规则,还是国际条约,均未对律师—客户特免权准据法给出清晰的解决路径。在实践中,如何确定准据法仍依靠于仲裁庭的自由裁量。不过,以上法律规范仍提供了仲裁庭确定准据法时应当遵循的基本原则:保护当事方的合理预期、保障当事方陈述案情的权利以及平等对待当事方。

^{④6} *Supra* note 20, at 216-219.

^{④7} ICSID Case No. ARB/07/23, Decision on Provisional Measures, 2008, para.32.

^{④8} IBA Rules § 9.2(b): legal impediment or privilege under the legal or ethical rules determined by the Arbitral Tribunal to be applicable.

^{④9} Ibrahim Shehata, *Attorney-Client Privilege & International Arbitration*, Cardozo Journal of Conflict Resolution, 2019, Vol.20:2, p.365; P. Ashford, *The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: A Guide*, Cambridge University Press, 2013, p.144. 保障平等对待当事方的典型例子是一个法域可能将律师—客户特免权扩大到内部律师,而另一个法域对此不承认。在这种情况下,对不同当事人适用不同的规则可能导致双方当事人遭受不平等的对待。

四、国际仲裁中确定律师 - 客户特免权准据法的方法

在国际仲裁的实践中,已经产生了各种选择律师 - 客户特免权准据法的方式。这些分野来源于各国对于律师 - 客户特免权的国内立法实践的差异。为阐明仲裁庭在确定律师 - 客户特免权准据法时可能面临的复杂困境,以下试举一例:瑞士 S 公司与美国 A 公司因国际货物销售合同产生了纠纷,当事方选择的仲裁地在法国巴黎,实体合同的准据法是英国法。庭审中, S 公司要求 A 公司出示其与内部律师之间的通信, A 公司以其国内法将律师 - 客户特免权延伸至内部律师为由拒绝开示。该假设案例中涉及四国法律:法国法(仲裁地法)、英国法(合同准据法)、美国法(A 公司所在国法)以及瑞士法(S 公司所在国法)。由此可见,国际仲裁中的特免权问题往往牵涉到不同法系的数个国家,因此,仲裁庭难以弥合各国立法的差异。在出现特免权问题时,理想的情况是当事方通过事前的合意选择准据法。^{⑤0}然而,由于当事方在订立法律选择条款时很难预想到日后可能发生有关特免权的纠纷,双方往往在订立合同时并不会涉及特免权的问题。除此之外,相关的通信很可能发生在双方订立合同之前,因此,要求双方在订立合同时订入特免权条款并不现实。于是,在实践中出现了不同的确定律师 - 客户特免权准据法的方法。

(一) 适用仲裁地法

律师 - 客户特免权适用仲裁地法,以特免权问题是一个程序问题为前提,因此,特免权问题应和其他程序问题一样适用仲裁地法。^{⑤1}该方案的优点在于,仲裁地往往并非当事方所在国,因此,仲裁地法对于当事方而言是中立的,从而保障当事方可以得到平等对待,同时也可以节省当事方的金钱和时间。^{⑤2}

反对适用仲裁地法的主要理由在于,选择仲裁地法作为律师 - 客户特免权的准据法往往不符合当事方的期待。当事方的期待是其与律师的通信可以受到本国法的保护,而非第三国法。^{⑤3}当事方选择仲裁地更多出于便利性和公正性的考量,并不包含当事方利用仲裁地法保护与律师之间通信的期待。^{⑤4}例如,在前述案例中,当事方选择巴黎作为仲裁地可能只是因为国际商会的仲裁规则较为完善,而非期待特免权得到法国法律的保护。除此之外,适用仲裁地法还有可能因仲裁员不熟悉仲裁地的特免权规则或仲裁地不存在关于特免权的立法而使得当事方受到特免权保护的期待落空。

因此,选择仲裁地法作为准据法虽然可以平等地对待当事方,但是该方案因不符合当事方的合理预期而存在缺陷,并不是确定律师 - 客户特免权准据法的最优解。

^{⑤0} 当事方之间达成合意的案例,如 *Glamis Gold v. United States*, Decision on the parties' request for production of documents withheld on the grounds of privilege, 2005, para.19。在该案中,当事人同意适用美国法,但未明确使用哪个州的法律作为律师 - 客户特免权的准据法。

^{⑤1} *Supra* note 4, at 439.

^{⑤2} *Id.*; *Supra* note 14, at 669; *Supra* note 20, at 231; *Supra* note 31, at 696.

^{⑤3} Ana Fernández Araluce, *Privilege Claims in International Arbitration: Skating on Thin Ice*, *Iurgium*, 2023, Vol.2023:46, p.26.

^{⑤4} *Supra* note 20, at 231.

（二）适用主合同准据法

认为律师 - 客户特免权是实体问题的国家,倾向于适用主合同准据法 (lex causae) 作为律师 - 客户特免权的准据法。^{⑤⑤} 其理论根据是,当事人选择调整实体权利义务的法可以扩展至如律师 - 客户特免权等其他事项。^{⑤⑥} 该方法虽然直接、简单,且保障双方当事人得到平等对待,但并不符合当事方的预期。首先,当事人在协商选择主合同的准据法时,几乎不会考虑特免权的问题。^{⑤⑦} 此外,当事方与律师之间的通信可能发生在当事方选择主合同准据法之前,在此情况下,当事方对于特免权适用主合同准据法毫无预期可言。其次,当事方选择实体合同准据法的原因在于该准据法能够最大程度地保障其在合同项下的权利,与特免权问题无关。^{⑤⑧}

适用仲裁地法与适用主合同准据法存在相似的优势和弊端。这两种方法均只涉及一国的法律,因此仲裁庭无需在不同国家的法律之间取舍,从而降低了仲裁员的负担。但是,无论是适用仲裁地法还是适用主合同准据法均无法保护当事方的合理预期,不利于当事方权益的保障,因而存在不足之处。

（三）最密切联系原则

最密切联系原则要求仲裁庭考察和证据有关联的各种因素,从而适用与律师 - 客户关系有最密切联系的法域的法律。^{⑤⑨} 与通信有联系的地点包括:通信产生地、通信接受地、律师取得职业资格地、客户所在地等。^{⑥⑩} 最密切联系原则的优点在于满足了当事方对其与律师之间通信受保护的合理期待。^{⑥⑪}

关于最密切联系地的认定标准,学界虽存在理论分歧,但主流观点通常聚焦于两个核心连结点:律师执业资格取得地与客户经常居所地。支持适用律师执业资格取得地法的学者认为,律师 - 客户特免权体现了法律服务合同的特征,使得律师可以使用自己更为熟悉的法律,同时避免了客户所在地潜在的不确定性。^{⑥⑫} 认为应当适用客户经常居所地法的理由在于,律师 - 客户特免权的目的是保护客户的利益,是否披露与律师之间的通信将会对客户的利益造成影响。^{⑥⑬} 因此,为了保护客户对于受到特免权保护的期待,客户经常居所地法应当为律师 - 客户特免权的准据法。^{⑥⑭}

^{⑤⑤} *Supra* note 53, at 25.

^{⑤⑥} *Supra* note 20, at 233.

^{⑤⑦} *Supra* note 14, at 669; *Supra* note 20, at 233.

^{⑤⑧} *Supra* note 20, at 233.

^{⑤⑨} *Supra* note 14, at 672; *Supra* note 7, at 511.

^{⑥⑩} *Supra* note 38, at 313.

^{⑥⑪} *Supra* note 14, at 672.

^{⑥⑫} *Supra* note 20, at 238-239; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration (Third Edition)*, Kluwer Law International, 2022, p.2560; *Supra* note 31, at 697-698.

^{⑥⑬} *Supra* note 7, at 512; *Supra* note 20, at 240-241; *Supra* note 38, at 314.

^{⑥⑭} *Supra* note 20, at 229, 240. 在一起未公开的 ICC 仲裁案件中,仲裁庭适用了客户经常住所地法。该案件中,当事双方来自德国和塞浦路斯,仲裁地在德国,主合同适用法是德国法,当事方的律师涉及德国、乌克兰和英国的律师。在特免权问题上,仲裁庭适用了德国法和塞浦路斯法,因为这是当事方所在地的法律。

两相比较,适用客户经常居所地法更为合理。从客户与律师在仲裁中的地位来看,客户是仲裁的直接参与方,也是仲裁结果的承受者,仲裁庭是否支持客户的仲裁请求将会直接影响其利益。而律师只是起到辅助客户参与仲裁的作用,仲裁的结果对律师也没有任何利益上的影响。因此,从利益相关性的角度看,在选择律师-客户特免权准据法时,应当首先保护客户的利益以及客户对受到特免权保护的可预测性。此外,在仲裁程序中,仲裁庭往往直接要求当事方出示证据。^{⑥5}在此情况下,无论是仲裁庭还是当事方自身,首先应当考虑的是根据当事方所在国的法律是否应当出示证据。在当事方所在国与律师获得职业资格地国不一致的情况下,若是直接绕过当事方所在国,考虑与当事方所在国无关的该国法(律师获得职业资格地法)有违逻辑顺序。最后,律师-客户特免权的制度目的在于鼓励客户把全部事实如实地告诉律师,便于律师对此提出针对性的法律意见,帮助客户进行诉讼或仲裁。^{⑥6}客户在告知律师案情时,关注的应当是按照其本国法律相关的通信是否会被特免权保护,而不会考虑律师职业资格地的法律。因此,从制度目的看,律师-客户特免权的出发点在于客户,为了鼓励客户如实向律师陈述案情,应当以客户的经常居所地作为最密切联系地。

诚然,最密切联系原则也有其弊端。首先,个案审查可能加重仲裁员的负担。在复杂案件中,与证据有关联的因素可能有很多,且涉及多个国家和地区。在错综复杂的事实关系中识别与证据最紧密相连的法律,给仲裁员提出了很大的挑战。^{⑥7}此外,查明过程可能会花费较长的时间,易导致仲裁程序的延误,这与当事方对于仲裁经济性和高效性的期待不符。其次,一个证据可能与多个法域相关联,难以确定最密切联系地。最后,该方案无法保障平等对待当事方。^{⑥8}例如,在上述假设案例中,美国公司与律师通信有最密切联系的国家是美国,应当适用美国法。在美国法下,公司内部律师受到特免权的保护。因此,美国公司可以拒绝出示其与内部律师的通信。然而,若是美国公司请求瑞士公司出示其与内部律师的通信,由于瑞士法下律师-客户特免权不扩展至内部律师。因此,瑞士公司不得不出示其与内部律师的通信。

综上所述,与适用仲裁地法和主合同准据法相比,最密切联系原则在保护当事方合理期待方面体现了一定的进步性,可以有效地保护当事方受到其本国律师-客户特免权相关规则的保护。但是,最密切联系原则的弊端在于,就律师-客户特免权问题而言,当事双方无法适用相同的法律,这就使得当事方受到了不公平的对待,这与《示范法》第18条规定的仲裁庭有平等对待当事方的义务不符,败诉方可能基于此对仲裁裁决的有效性提出挑战,不利于仲裁裁决的承认和执行。因此,有待于更好的方案来弥补最密切联系原则的不足。

^{⑥5} 同前注①,第244页。

^{⑥6} 沈达明:《英美证据法》,中信出版社1996年版,第84页。

^{⑥7} *Supra* note 4, at 440; *Supra* note 53, at 27.

^{⑥8} *Supra* note 14, at 672; *Supra* note 5, at 94-95.

（四）最低保护原则

最低保护原则的本质是,只要有任何一个潜在相关的法域不保护律师-客户特免权,则仲裁庭应适用该法域的法律。^{⑥9} 该方案的优点在于其保障了当事方可以得到平等的对待,且有利于证据的出示。^{⑦0} 若遵循最低保护原则,在上述假设案例中,由于瑞士国内法不保护内部律师的特免权,因此,相较于美国法,瑞士法提供了较低限度的保护。此时,仲裁庭应依据瑞士法有关律师-客户特免权的规定要求美国公司出示其与内部律师之间的通信。

尽管最低保护原则保障了各方当事人在仲裁中的平等地位,但该方案因可能引发“平等的不公平”(equality in unfairness)而被批判。^{⑦1} 该原则的适用将导致原本应当享有特免权保护的主体丧失保护,此结果与当事人期待受到国内法保护的预期构成实质性冲突。更为严重的是,若特免权被认定为一项公共政策,则该裁决将面临被拒绝承认和执行的危险。因此,最低保护原则不应作为确定律师-客户特免权准据法的方案。

（五）最高保护原则

最高保护原则是最低保护原则的对立面,其要求仲裁庭适用当事双方各自最密切联系国中给予律师-客户特免权较高保护国家的法律。^{⑦2} 在上述假设案例中,既然美国法将公司内部律师纳入特免权的保护范围,相比于瑞士的法律给予了律师-客户特免权更高的保护,故仲裁庭应适用美国法作为律师-客户特免权的准据法。

最高保护原则的理论依据是当事方得到的保护不会比其国内法关于特免权的保护更低,且仲裁双方将会得到同等程度的保护。^{⑦3} 此外,最高保护原则这一理论也与《IBA取证规则》第9.2(c)和9.4(e)条相一致。

在实践中,最高保护原则也得到了认可。例如,《ICDR 仲裁规则》第25条明确规定了仲裁庭应采用最高保护原则。^{⑦4} 在投资仲裁案件中,最高保护原则也得到了适用。在 *Poštová banka, a.s. and ISTROKAPITAL SE v. Hellenic Republic* 案中,仲裁庭比较了斯洛伐克(申请方所在国)和希腊(被申请方)关于律师-客户特免权的立法后,并适用最高保护原则驳回了被申请方请求申请方出示相关文件的请求:

“仲裁庭担心,在特免权问题上适用不同的标准可能会影响国际仲裁中各方待遇的平等。在本案中,这种待遇差异可能导致原告必须出示来自内部法律顾问的文件,而被告不必出示相同类型的文件,将导致仲裁中各方待遇明显不平衡。因此,仲裁庭得出结

^{⑥9} *Supra* note 14, at 673; *Supra* note 4, at 441.

^{⑦0} *Supra* note 7, at 519; *Supra* note 53, at 29.

^{⑦1} *Supra* note 7, at 519; *Supra* note 53, at 30.

^{⑦2} *Supra* note 7, at 518; *Supra* note 14, at 673; *Supra* note 4, at 441.

^{⑦3} *Supra* note 7, at 518; *Supra* note 20, at 256; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 2 ed, Kluwer Law International, 2022, p.2561.

^{⑦4} 同前注^{⑦4}。

论,各方应受提供最广泛保护并符合国际仲裁中双方期望的标准的约束。”^{⑦5}

有观点认为,最高保护原则将阻碍当事方陈述案情,且不利于仲裁庭查清事实。^{⑦6}但是,律师-客户特免权本身就是当事方拒绝仲裁庭证据开示请求的合理抗辩理由,该特免权的存在必定会导致有些文件不能作为证据使用,对于仲裁庭查清案件真相带来负面影响。在选择准据法时采用最高保护原则只是在律师-客户特免权的制度范畴内采取了一种倾向于保护特免权的思路,其本质是一种价值衡量,即平等保护当事方的利益在价值位阶上优于证据的缺失。^{⑦7}

由此可见,最高保护原则既保留了适用仲裁地法和适用主合同准据法的优点,即给予各当事方平等的对待,又兼顾最密切联系原则中保护当事方合理期待的价值追求,在保护当事方合法权益的同时,有效避免裁决因违背执行地公共政策而被拒绝承认和执行的危险。^{⑦8}因此,通过综合比较各种确定律师-客户特免权准据法的方式,最高保护原则符合保护当事方的合理预期、保障当事方陈述案情的权利以及平等对待当事方三大原则,应当作为最合理的方案被广泛适用。

五、结 语

律师-客户特免权作为被普通法系国家和大陆法系国家普遍承认的一项权利,已在国际仲裁中被广泛应用,成为当事方拒绝出示证据或仲裁庭排除证据的重要理由之一。然而,鉴于各国对律师-客户特免权问题的国内立法存在显著差异,加之主要仲裁机构的仲裁规则未对如何选择律师-客户特免权的准据法给予明确指引,这导致仲裁庭对如何确定律师-客户特免权的准据法难以形成统一的认识。由于统一认识的缺乏,当事方对其与律师之间通信受保护的合理预期无法得到保障,仲裁裁决也面临被撤销或被拒绝承认和执行的危险。

面对这一困境,实践中产生了多种选择准据法的方式。通过对这些方式进行横向比较,每一种方式都存在着其各自的优劣。在众多选择方式之中,基于保障仲裁裁决可执行性以及尊重当事方合理预期的考量,最高保护原则在保障仲裁程序平等性的同时,符合当事方受到特免权保护的期待,显现出独特的制度优势,宜作为普遍性适用规则予以推广。因此,在尊重当事人意思自治的基础上,仲裁庭应采纳最高保护原则作为选择律师-客户特免权准据法的路径,从而有效协调不同国家间的立法差异,保障当事方的合法权益。

^{⑦5} ICSID Case No. ARB/13/8, Procedure Order No.6, 2014, p.6. 在该案中,希腊的国内法在律师-客户特免权方面相比斯洛伐克有更高的保护,即在希腊法下内部律师应当受到保护,而斯洛伐克国内法认为内部律师不受特免权保护。相似的案例见 ICSID Case No. UNCT/17/1, Procedure Order No.5, 2018, para.19。

^{⑦6} Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2 ed, Kluwer Law International, 2022, pp.2560-2561; *Supra* note 37, at 701.

^{⑦7} *Supra* note 20, at 259; *Supra* note 31, at 702-703.

^{⑦8} *Supra* note 31, at 700.

Abstract: With the continuous evolution and improvement of the international arbitration system, arbitration has gradually become the core mechanism for resolving cross-border commercial disputes. Although a relatively unified rule system and practice have been formed in most areas of international arbitration, as an exception to the system of evidence discovery and disclosure, there is still uncertainty in the application of rules in the field of attorney-client privilege. This uncertainty stems from the different understandings of this privilege in common law countries and civil law countries, which makes it difficult to form an international consensus on the characterization, connotation and scope of protection of attorney-client privilege. Such legal conflicts may not only damage the procedural rights and interests of the parties, but also pose a potential threat to the fairness and enforceability of arbitration awards. Therefore, it is urgent to build an attorney-client privilege rule system with international compatibility. By examining various selection methods, the most protective approach has significant advantages in balancing legislative differences between different countries and helps to maximize the enforceability of arbitration awards. Therefore, this approach should be given priority by the arbitral tribunal as the basis for selecting the applicable law to attorney-client privilege.

Keywords: international arbitration; attorney-client privilege; Choice of Law

(责任编辑: 胡余嘉)

来自贸促会的最新经贸动态
海内外贸易投资信息发布平台
联系中国与世界的商务合作桥梁

中国对外贸易

CHINA'S FOREIGN TRADE

地址：北京市朝阳区静安西街 2 号中国贸易报社 404 室
电话：86-10-68013072 E-mail: dy-cft@ccpit.org
新浪微博：http://weibo.com/1960929313



《中国对外贸易》杂志由中国贸促会主管，创刊于 1956 年。杂志分为中英文两刊，发行全世界 170 多个国家和地区，是新中国创刊最早的经贸类期刊。

刊物集实用性、综合性和知识性于一体，深受广大读者的欢迎。



中文版



英文版



欢迎订阅

中文版 邮发代号 82-959 国内统一刊号 CN11-1019/F
国际标准刊号 ISSN1000-954X 国内定价：35 元 全年 420 元

英文版 邮发代号 80-799 国内统一刊号 CN11-1020/F
国际标准刊号 ISSN0009-4498 国内定价：50 元 全年 300 元