

北京仲裁

(第 84 辑)

主 办：北京仲裁委员会
协 办：中国国际私法学会
武汉大学国际法研究所

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

北京仲裁. 第84辑 / 北京仲裁委员会组编. —北京:

中国法制出版社, 2013. 9

ISBN 978 - 7 - 5093 - 4812 - 3

I. ①北… II. ①北… III. ①仲裁 - 司法监督 - 中国
- 文集 IV. ①D925. 7 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 221679 号

责任编辑 李连宇

封面设计 李 宁

北京仲裁. 第84辑

BEIJING ZHONGCAI DI 84 JI

编者/北京仲裁委员会

经销/新华书店

印刷/

开本/787×960 毫米 16

印张/8.5 字数/120 千

版次/2013 年 10 月第 1 版

2013 年 10 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4812 - 3

定价: 25.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66026587

市场营销部电话: 66033296

邮购部电话: 66033288

如何组织国际仲裁：实际操作*

Albert Jan van den Berg 著 陈红 译**

一、引言

在我为国际仲裁案件担任首席仲裁员的二十五年间，我没发现有能指导我们实际组织国际仲裁的书籍。渐渐地，我有了写一本指导手册，好跟人分享的想法。在收到让我为本合集撰写文章的邀请后，我越发有了写下自己实践经验的动力。

我的经历和经验无疑是很有局限的。它们都是我担任首席或边裁，或是代理一方当事人时通过积累和观察得来的。首席仲裁员都有各自的方式方法，

* 原文的题目为“Organizing an International Arbitration: Practice Pointers”，出自《国际仲裁顶尖仲裁员指南》(The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration) (第二版)。感谢原文作者 Albert Jan van den Berg 对本次翻译的授权。

** Albert Jan van den Berg，荷兰阿姆斯特丹人，生于1949年，现居布鲁塞尔，在世界各地的众多国际机构仲裁（如：ICC, LCIA, ICSID, NAFTA, NAI, SCC）和临时仲裁（如 UNCITRAL 和其他）中多次担任首席仲裁员，或由当事人指定为仲裁员，也担任过代理人。电子邮箱：ajvandenbergh@hvdb.com。

陈红，贵州贵阳人，生于1986年，现就读于 Washington University in St. Louis 法学院3年级，本科是英语语言文学专业，在北京大学获得传播学硕士学位后前往美国学习法律，于2013年5月至7月在北京仲裁委员会实习。电子邮箱：chen.hong@wustl.edu。

因人而异。所以我所给出的实际操作指南都是我自己的经验或是实践操作中的常规做法。但现实中，我也发现国际仲裁员担任首席的方式越来越趋于近似。我认为这不失为一个好事，因为这样一来，国际仲裁程序的可预见性越来越高。我需要指出的是，本文的另一个局限性在于“它不是大而全的”，我只是在合理的范围内囊括了重要的点和面。

另外，国际仲裁程序是一个灵活机动的过程，往往可以根据案件的需求进行微调。因此，以下总结的实际操作指南只是一个概要性的指导，并不一定适用于每一个案件。

二、组织仲裁的指导性原则

在仲裁过程中，有一些原则是首席仲裁员必须遵守的。

第一个原则是必须严格执行正当程序（due process）（基于某些原因，英美法系律师称此为“自然正义原则”）。正当程序原则指的是必须平等对待双方当事人，且每方当事人都必须有机会陈述案情。

平等对待当事人的一个例子就是庭审中（在合理范围内）给予双方相同的时间。但这不是一成不变的。就询问证人而言，一方有五个证人，而另一方可能有十个证人。应该给有五个证人的一方两倍的时间吗？原则上来说，我不认可。真正的时间分配取决于询问证人时所涉及问题的难易。

就平等对待双方当事人而言，英美法仲裁强调申请人有最终发言权。这在很多大陆法系的律师看来是比较难以接受的。在一些案子中，如果首席仲裁员需要遵循英美法仲裁的传统，他其实可以在事前跟不熟悉英美法操作的律师进行一下说明。

每方“都应有机会陈述案情”的原则引申自《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》（UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration）第18条“当事人应当被给予充分的机会陈述其案情”。另一方面，1996年的《英国仲裁法》（The English Arbitration Act）第33（1）（a）条则规定，当事双方应有“合理的机会”可以陈述案情。然而，在1958年的《纽约公约》（New York Convention）第V（1）（b）条中并没有“合理的”这一字眼。

跟法律法规中的很多形容词一样，以上引用的这些字眼，同样可以成为抗辩和申请撤销裁决的理由。也就是说，《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》在极端的情况下可能让庭审陷入混乱。这显然不是撰写示范法的作者的

初衷。但当事双方依然会就何为“合理的”展开冗长的辩论。我个人的解决方案是，审时度势，根据案件的实际需要给双方陈述的机会，然后在庭审结束后询问双方是否已陈述完全（我会根据管辖权的不同，适当地加上“充分的”或“合理的”这两个限定词）。如果当事人的回答是否定的，我会问他们还需要在哪些方面作进一步的阐述。一般情况下，这些问题都可以和对方当事人以协商的方式来完成（例如传唤新的证人、回召前面的证人、递交审后辩护状等等）。

举一个违背“让双方当事人陈述案情”原则的例子——当事人在庭审时出其不意地提交新材料。尽管我们可以采取措施避免类似的事发生，但这样的情况还是屡禁不止。有时候，律师还会义正词严地说他（她）们的确是在庭审当日才找到的这份材料。话虽如此，在实际审理过程中，庭审期间提交的新证据偶尔真能起到举足轻重的作用。

首席仲裁员应当注意遵守的第二个原则是要合理地执行正当程序。讲求速度是仲裁的一大优势，但每当双方抱怨国际仲裁缺乏速度时，仲裁庭往往首当其冲。我个人认为，大部分情况下，事实并非如此：律师们在申请和同意延期上谨遵“礼尚往来”的原则——“这次是你，下次就轮到”。这样一来，在双方都同意延期的情况下，仲裁庭能做的就十分有限了。同样的道理，在一些案件中，双方律师约定审理案件的时限，让一个在国际法院（International Court of Justice）审理的案子看上去像在适用简易程序^①。我常常好奇这些律师是怎样说服他们的当事人适用这样的时间安排的。在有些情况下，作为仲裁员，我们其实可以向律师暗示，他们之间约定的时限过于“宽裕”（或过于紧凑，或太过“模糊”）。

第三个原则是仲裁一定要经济划算。国际仲裁的花销有时会很大，这早已不是什么秘密。当人们抱怨仲裁费时，了解为什么贵其实更重要。是因为一般费用贵，还是因为支付了高额的仲裁员报酬，抑或是因为仲裁机构的日常行政开销，或是因为律师的代理费过高，不论是何种情况，比较好的做法是首席仲裁员向双方解释一下，表明仲裁庭充分重视存在的费用问题。

第四个原则是仲裁员要谨记仲裁是为当事人服务的。仲裁不是学术竞赛，相反，这是一个服务行业。也就是说，仲裁庭的最终目的是要让双方当事人

^① 指时限过于紧迫——译者注。

觉得仲裁庭在考虑案件时是经过仔细斟酌的，而且当事人在仲裁庭面前是平等的。

第五个原则是仲裁庭不要忘记仲裁的终点是裁决。一些仲裁员往往在收到当事人提交的最后一份材料后才开始考虑裁决。在我看来，仲裁庭应该提早考虑裁决，在案件一开始就可以开始考虑了。

在未开庭之前就开始撰写裁决是一个不错的方法，你可以先写一些基本内容（双方当事人的姓名、仲裁员、仲裁程序，还有基本事实）。如果你已经掌握了当事双方的基本意见，那也很有用，而且这对后面的庭审也有很大帮助。第一，仲裁员对后面想了解的事实会有更清楚的认识。第二，仲裁员可以更好地把握双方现有的观点及辩论焦点。最重要的是，仲裁员能有的放矢，在庭审时集中问一些焦点问题。仲裁员庭审时问不清事实、观点，事后懊恼的情况发生过不止一两次。到那时为时已晚，因为已经没可能让其再次询问双方当事人。所以，仲裁员完全可以通过先撰写裁决再开庭的方式来避免这种情况的发生。

此外，开庭前就撰写裁决省时又省力。因为如果你不在开庭前撰写，假如从评议到庭审的这段时间又“忘记”了这个案件，你就不得不在评议的前一天重新开卷来温习整个案件。

第六条是，在原则上，与一方当事人律师单独会面的情形是不允许的。尽管如此，这不并代表仲裁期内首席仲裁员在任何情况下都不能单独联系一方的律师，因为只要及时地向另一方律师披露相关内容，这种联系还是允许的。通过实践我们知道，在可能出现或已经出现情况时，用电话联系律师还是十分有必要的。用一个电话澄清事实总比来来回回的书信谴责要强。但需要强调的是，与一方当事人律师谈话一定要向另一方律师通报，因为仲裁最重要的就是透明。

有时候，案件中有人提交了申请或者是有紧急情况发生，这时马上开一个跟双方律师的电话会议就很有必要了，因为会议能帮助理清事实。我再重申一次，开一个电话会议，远不如不作为或只靠书信往来，让事态蔓延，最后变得一发不可收拾要强的多得多。

我担任首席仲裁员时，会询问边裁的意见，只有在得到他们的许可后才着手处理紧急出现的状况（他们往往很乐意让首席仲裁员接手）。当然，事后我也会向他们通报事情经过；如果事态严重或棘手，我还是会事前征询他们

的意见。

三、收到卷宗

作为仲裁员，在从仲裁机构或当事人处收到卷宗后，第一件要做的事就是核对文件。你必须确认“文件列表”上所列的文件与文件袋中的文件一一对应。经验告诉我这两样东西并不总是一致。

下面一件事就是要核对产生争议的合同。看看双方当事人就仲裁是如何约定的，是否约定适用何种实体法律（有没有关于法律适用的条款，如果有的话，看看在合同里是不是只有一处），双方就证据提交是否已有约定（例如，口头证据规则），也别忘了检查一下通知条款，看合同是否列出了可有效送达通知的地址（这将是默认的寄送件地址，除非律师提出仲裁程序应使用其他地址）。最后，比对双方当事人在合同、仲裁申请和答辩上的名字。很多时候，你会惊奇地发现名字是不一样的。一旦你发现有不同，一定要让双方当事人解释清楚。

不用说，你肯定要读请求和答辩。你可以判断基本案情是否完整（案件会在仲裁程序中如何发展），争议焦点有哪些，然后看看双方各自的请求是什么。如果当事人请求中间措施的话，仲裁庭应当及时处理。以上这些内容一般都能体现在仲裁请求里，但实际情况并不一定如此。有时当事人会请求文件披露（有开示请求），而这些请求常淹没在段落中，或隐藏在脚注里。当事人有时还会要求指派专家，这样的请求也不一定出现在仲裁请求里。最后，你还应该查一下，申请材料中列出的证据是否都确实地附在了材料的最后，还有，记得看材料是否完整。

我通常都会画两张图作为参考。第一张是当事双方的关系图，列出双方名称还有合同关系。拿着这样一张图，在有多方当事人，和/或有多份合同的情况下会很便利（现在一个案子涉及多份合同的情况并不少见）。第二张图是一根时间轴，把初期材料中涉及的事件按时间先后顺序依次排列（后期可以根据补充材料进行更新）。

还有一种做法，虽然不是很普遍，但我们其实可以尝试了解一下当事双方的律师。律师专业与否往往会影响仲裁庭对案件的处理。道理其实很简单：律师掌握了关于仲裁员的众多信息（往往比仲裁员想象地要多），为什么仲裁员不能对律师的情况加以了解呢？

现在这个时候，首席仲裁员可以了解一下这个案子的财政状况（如仲裁费和押金，尽管立案时这些费用都应该交清了）。

接下来就是首席仲裁员联系边裁，讨论讨论该如何让案子的审理运转起来。

这时，有必要考虑是否开一个审前会议。如果确定要开的话，需要及时联系边裁和双方当事人，尽早把日期定下来。

- ICC 在仲裁案件时，仲裁员需要撰写审理范围书（Terms of Reference）。大部分的仲裁员都有自己的一个模板，根据每个案件稍作修改就可以提交了。我的建议是，把跟事实相关的部分预留到最少。你只需要写：当事双方缔结了一个合同，其中包括仲裁条款（引用原文），然后基于合同产生了如下争议，现当事一方提出仲裁请求。这之外，任何多余的话都容易招致当事一方的批评。就如何总结当事双方的观点，一个屡试不爽的方法是让当事人自己提交一份辩论意见的总结（通常不超过4到5页），然后仲裁庭在他们的总结前面附上审理范围书和一些仅由一方提出但另一方未置可否的表述。就是否写明争议焦点的问题，现行的 ICC 规则是允许仲裁员自行决定的。如果仲裁员认为描述争议焦点不可或缺，我建议把焦点问题写得宽泛一些，因为焦点往往会随案情的发展而演变。最后，在审理范围书内我不建议加入对程序问题的讨论，因为这一部分更应该出现在程序令（Procedural Orders）中（如时间安排、文件披露、还有证人证词等）。^① 首席和边裁确定完审理范围书的初稿，需要把它转给双方当事人，让他们在审前会议开始前提出修改意见。这样做能让讨论以及边裁在审理范围书上签字进行得更顺畅。

四、审前会议

现在愈来愈多的人意识到开庭前先开一个审前会议（或称“预备会议”）

^① 根据 ICC 规则第 18 (4) 条，“在拟定审理范围书时，或在拟定后尽可能短的时间内，仲裁庭应在与当事人协商后，制定单独一份其打算为进行仲裁而遵循的程序时间表，该程序时间表应通知仲裁院和各方当事人。”[ICC 现在适用的最新规则，于 2012 年 1 月生效，这其中与审理范围书（Term of Reference）相关的章节已移至第 23 条和第 24 条，以上表述综合第 24 (1) 和 (2) 条翻译——译者注。]

是很有益处的。在审前会议上，根据和双方协商的结果，我们可以基本明确接下来要进行的程序事项。如果展开得当的话，当事双方对下面将要进行的程序会有很好的把握。开审前会议还有一个好处：当事双方可以又快又好地约定相关程序，然后仲裁员、当事双方、律师就可以开始面对面的会谈了。

在很长一段时间，仲裁程序的实际操作鲜为人知。这在 1996 年 UNCITRAL 开始实施《贸易法委员会安排仲裁程序的说明》（Notes on Organizing Arbitral Proceedings）^①（简称《说明》）后有所改观。这一《说明》在早期受到了法国和瑞士的抵制。他们认为该《说明》影响了国际仲裁程序的灵活性，也将美式诉讼不合时宜地引入到了国际仲裁中。对于《说明》，我们现在还能听到些许反对意见，但绝大多数人已经认可了它的有效性。从某种意义上来说，《说明》的颁布是一种去神秘化的尝试，它让世人能更好地了解国际仲裁的操作流程，让它不再是所谓的商业秘密。

《说明》提供了安排仲裁程序时可能需予考虑的事项清单：

1. 议定一套仲裁规则；
2. 仲裁中使用的语言；
3. 仲裁地点；
4. 仲裁庭履行其职能所需的行政服务；
5. 仲裁费用交存款；
6. 有关仲裁信息的保密；可能的协议；
7. 当事方与仲裁员相互间送交信函的方式；
8. 以传真及其他电子手段发送书面材料；
9. 交换书面申诉的安排；
10. 处理书面材料和证据的具体细节（材料提交方法、份数、编号、标注等）；
11. 确定争议点；裁决事项的先后次序；确定所寻求的补救或补偿；
12. 可能的解决办法谈判及其对时间安排的影响；
13. 书面证据；
14. 实物证据；
15. 证人；

^① 详见网站：www.uncitral.org。

16. 专家和专家证人；
17. 庭审；
18. 多方当事人类型的仲裁；
19. 对送达裁决书的可能要求。

以上这些事项在《说明》中都有详尽的解释。但值得注意的是，有两项事宜，虽未在上面列出，但也很重要：一个是程序上总的时间安排（《说明》中涉及此处均是点到为止）；另一个是程序中可能用到的程序二分法（bifurcation）（详见下文）。

众所周知，不是《说明》中所有的条目在每个案子中都有体现，因为它更多地是起到查缺补漏的作用。

准备审前会议的第一步是促使双方律师进行协商，让他们就仲裁程序是否适用《说明》达成一致。首先，律师可以合议，在审前会议开始之前，向仲裁庭提交一份共同的书面材料，说明他们就哪些程序达成了一致，还有哪些程序达不成一致，这之后他们再各自起草一份文件阐述一下达不成一致的理由。就我个人经验而言，按这样的程序来操作，审前会议往往会进行地很顺利（尤其是，你听不到这样的说辞：“关于这件事情，我还得征求一下我当事人的意见”）。

《说明》完全可以作为审前会议的指导手册，《说明》里没有的事项各方可以拿出来讨论，进而达成一致。在极少见的情况下，仲裁庭需要就一些长期存在的分歧给出意见。还有就是，任何程序事项一经审前会议讨论过，最好在第一份程序令（Order No. 1）的初稿中有所体现，仲裁庭可以把这份初稿传给律师，让他们在特定的时间段内给予反馈。通常情况下，律师都会认可初稿的内容（他们偶尔会附上些意见）。待他们认可过后，第一份程序令就可以发出了。

大部分的时候，我发出的一号令都有相当多的内容，因为我认为这能帮当事双方还有他们的律师更好地把握案情，为后面的审理做好铺垫。这看上去简单，实则困难，因为双方律师以及他们的当事人往往背景迥异，因此他们对程序的理解也不尽相同。

《说明》中关于各个程序的介绍都已经很详尽了，但我还是想在下面的章节中就个别事项谈谈我的观点。

五、交换书面申诉

比较普遍的做法是有两轮交换（请求、答辩、对答辩的回复、二次答辩，及可能的对反请求的二次答辩）。有时候是先有一轮交换，开庭，之后再有一轮交换。

书面申诉一定要有书面证据的支持。有时候，还要有证人证言，或者在第二轮交换时，伴随有反证证人的证词（rebuttal witness statements）。除了和书面申诉同时提交，证人证言还有一种提交方式，那就是让当事人在提交书面申诉的之前或之后提交，而非同时。我个人比较倾向同时提交，因为它节省时间，而且律师可以在提交证言时对所提交的证言进行阐释或给出意见[这种情况对最后提交的反证证人证言不适用，因为对方律师可以当庭质证，或在庭后书面意见（post hearing brief）中提出异议]。

第三种提交方式是让双方先提交相关的证据文件，然后再进行书面申诉的交换，这在英美法系国家应用很普遍。有些人认为，没收清所有材料就提交请求和答辩，意义不大，我对这种说法表示理解，但我还是认为材料没交全其实对书面申诉的影响不大。要求交完材料才能进行请求和答辩不免浪费时间。我认为比较合理的安排是在书面意见交换的同时进行文件披露。

现在有一个不成文的操作规范，那就是在程序中安排一个可提交补充材料的最终截止日期，然后告诉双方：任何材料逾期不受。这个日期一般是设在开庭前数周的某个时候。另外，别忘了叮嘱当事人，这个截止日期仅仅是为提交补充材料而设的，大部分的材料还是应当依照早先确定好的期限及早提交。

在收到书面意见时，你最好仔细检查，看当事人是否要求采取任何中间（interim）措施，或者要求对方提供文件，或是有任何需要仲裁庭紧急处理的事项。简言之，收到材料时尽快阅读是很有必要的，千万不要等到快开庭时才开卷阅读。

六、信息披露

信息披露（disclosure）一直是大陆法和英美法律师在国际仲裁中热议的焦点之一。用最笼统的话来概括就是，英美法律师无法理解大陆法的仲裁庭如何能在材料都没有披露完全的情况下就断案；与此同时，大陆法的律师认

为自己的义务仅限于提交对自己案子有利的材料。

尽管各方观点不一，在国际仲裁中提出披露信息的请求似乎已成了国际惯例。现在的大趋势是必须要履行披露的义务，区别只是程度的大小。取证的具体准则可以参见1999年发布的《国际律师协会国际仲裁取证规则》(IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration of 1999)(尽管双方同时约定适用该规则的情况比较罕见)。^①《规则》的第3(3)条就信息披露的请求^②制订了详细的规定，它规定不仅可以要求对方出示己方明确指出的一类文件，还可以要求对方出示己方“认为合理存在，且类型可细化的特定文件”。除此之外，仲裁庭也需要告知双方当事人，他们在提交出示请求时，须言明所请求之文件具备影响案件结果的重要性。除了第3(3)条，第9(2)条也同样重要，因为它列举了仲裁庭可以将证据(包括证人证言)排除在出示范围之外的几种情况。

仲裁庭在决定披露请求(或“出示请求”)是否超出出示范围时会建议双方使用“Redfern列表”(Redfern Schedule)。该列表包括：请求编号；请求出示的文件名称或文件类型；由请求一方作出所请求证据与案件关联性及其重要性的说明(又分为两列：与申诉的关联性和注释)；已出示文件和/或拒绝出示的理由；对拒绝出示的答复；仲裁庭的处理意见。除了最后一列，双方需要依次填表。通过让当事双方一前一后交换表达意见的方式，仲裁庭可以很容易决定披露请求是否超出出示范围。

而且，现在文件不再是纸质的形式，它们更多的是以潜在的数据的形式存在(数据也被称为文件的“原生形式”)。书面出示电子文件存在着特定的问题：首先它数量庞大[一辆轻型皮卡货车只能装下1GB文档的打印件；更何况现在的文件早已不按千兆字节(GB)计，而是以万亿字节(TB)计]；其次，它的存储媒介不再是纸(例如电子邮件是备份在服务器上，要查找特定邮件就需要有充分适当的“搜索字符”)；最后，它的形式更为多样(纸质文件便于持久保存，但数据却会因为保存及销毁策略的不同而寿命不一，这也导致了软件遗留的问题)。接踵而至的问题包括：什么样的信息该被保留下

① 尽管国际律师协会已于2010年5月29日通过新版的《取证规则》，详见 <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=33C48724-488F-4B66-8DDB-2035FD94DDF6>，但第3(3)条和第9(2)条的内容保持不变——译者注。

② 后文或译为“出示请求”——译者注。

来？如何搜索这些值得保存的信息？谁该来买单？如果不按章操作，可能的惩罚又有哪些？美国诉讼界的“海啸”似乎也波及到了国际仲裁，因为现行的取证规则明显受到了美国《联邦民事诉讼程序》（2006年9月修订版）的影响，而美国修订《联邦民事诉讼程序》恰恰是受到了《Sedona原则》的影响。^①

关于文件披露，可以说的有很多，但我认为最重要的还是要在仲裁伊始（如审前会议阶段）就把各个问题考虑清楚，让双方有明确的规则可循。如果前期各方达不成共识，那极有可能会造成误会，甚至让有失公允的情况发生。

就准备文件而言，一旦各方提交完毕，如果能让他们再各自准备一份按事件发生的先后顺序排列的文件清单，那就事半功倍了。这是我借鉴英美律师的做法，他们有所谓的证据汇编（common bundle）——将所有证据，或关键证据按时间先后顺序编汇成册（再加上页码）。我认识的不少仲裁员都是先读证据汇编，然后再读双方申诉。确实是这样，读证据汇编往往更能揭示案件本质。另外，给证据编页码能大幅提升质证的速度（你根本不用费心去找单份证据，因为证据都成册了，直接翻页即可）。

如今，仲裁员让双方交一份纸版文件，再交一份刻录在CD光盘上的镜像文件（如可进行文件内搜索的pdf或tif文件）是很普遍的做法。这在提交书面申述、证人证言和专家报告时也同样适用。通过引进现代科技，大批量的文件已经变得更易传输和方便操作。

七、证人

大陆法和英美律师也曾就询问证人展开过激烈辩论。基本上，英美律师希望能自己来询问证人，而相对地，大陆律师则更倾向于让仲裁庭来询问，至少在首次询问时是这样。事实上，大陆律师并不像英美律师那样看重证人证言。我个人一般还是比较相信交叉询问的重要性的，尤其是在律师而非仲裁庭询问时，这是因为律师往往比仲裁庭更能问出好的问题。大家知道，如果问题问得好，案子往往会很有看头。我就见过证人证言改变案情发展的例子。

我认为仲裁庭可以而且也应当亲自询问证人，但这应该在律师询问完证

^① 详见网站：<http://www.thesedonaconference.org>。

人之后（当事双方在仲裁庭询问完毕后，还应有一次向证人发问，延续仲裁庭所涉及问题的机会）。仲裁庭，更准确地说，是首席仲裁员，可以在律师询问证人时巧妙地切入，尤其是在他（她）发现论点有待撇清或者证人欲言又止的时候。

首席仲裁员可以提醒边裁看准时机再发问，更不要连珠炮似地盘问证人。我比较推荐的方式是，边裁在发问前可以先悄悄问首席仲裁员：“现在适合问问题吗？”有些时候，一些仲裁员还没弄清楚律师发问的逻辑，就匆忙发问，结果让律师辛苦构建的质证结构付之一炬。作为一名首席仲裁员，我会尽量跟随律师们的发问轨迹，让他们有一定自由发挥的空间。另一方面，如果律师问的问题意义不大，我会建议律师：“要不咱们开始讨论下一问题？”或类似的话。

反方律师对证人进行交叉询问时，证人律师会尝试引导其证人，在证人陷入困境时尤为如此。这种引导最常见的表现形式是律师会在反方律师提出不利问题时进行“反对”。我一般会压制这类行为，具体做法是，每当律师提出“反对”，我便及时地裁定“反对无效”。这样做的一个好处是，交叉询问的节奏不会被打乱，这对交叉询问而言非常重要。在我认定两到三次“反对无效”后，律师往往会意识到问题所在，进而停止使用该策略。如果一味地允许律师在“反对是否有效”这一问题上纠缠不清，仲裁庭很容易让质证环节失去控制。当然，在进行这一系列活动前，首席和边裁提前沟通是十分必要的。

这不是说律师任何时候都不能就对方的提问进行“反对”[参见《国际律师协会国际仲裁取证规则》第9（2）条]。我只是认为，律师不该滥用“反对”，或者只应在合理的范围内使用。

如果庭审前律师就提交书面的证人证词，那“直接询问”（direct examination）（英美法又称“主询问”）的比例可以大幅缩减。我个人喜欢书面提交证言的形式，但我也认为让证人律师当庭询问他（她）的证人10到15分钟是很有必要的，因为，他（她）可以用这段时间帮证人“热身”，然后深入地问一些问题。律师问一个证人问题时，还可以把他（她）的证言跟其他证人的证言联系起来。大陆法律师往往不清楚直接询问时不能问诱导性问题这一原则，而且就算有这方面的意识，他们会发现实际操作起来还是有困难。现实中，即使出现了诱导性问题，我也会让律师继续他们的提问，但与此同时

我会在纸上写下“诱导与否”。当然，如果问题的诱导性过于明显时，我会建议律师重新定义或解释他们的问题。不幸的是，就算我指出律师们所问问题的不合理之处，他们最多坚持两到三个问题，就又回到原样去了。

“再主询问”（re-direct examination）或“再次询问”（re-examination）应该仅限于提问在交叉询问时涉及的问题。有些律师并不这么认为，他们总想保有最终话语权——把最有利的问题留到再主询问时才问。这对另一方的律师来说是不公平的，仲裁庭也应该杜绝这类行为。如果这样的情况还是不可避免地发生了，仲裁庭应当给另一方律师一个反复交叉询问（re-cross）的机会。

一些法系重视培养律师交叉询问的技巧，律师也视交叉询问为家常便饭，而在另一些法系，交叉询问并不是必需的，因此来自前面地区的律师很容易在实际的交叉询问中有一边倒的优势。首席仲裁员发现这种一边倒的情况，可以对缺乏经验的律师予以引导，帮助两方达到平衡。但切记，引导归引导，仲裁员始终不应代替律师，就像仲裁员不应偏向任何一方一样。

在很长一段时间，一个证人被询问时，其他证人是不能在场的〔所谓的“证人隔离”（equestration）〕。我个人认为，隔离证人的用处不大，而且有些不近人情，因为证人往往是争议中的活跃分子，让他们在别人作证时被隔离，或者在庭外等上几小时、几天都是不合情理的。而且我不认为一个证人的证言会对另一个证人的证言造成影响，在律师的询问得当时尤为如此。

一个不太容易回答的问题是：我们该允许多少证人出庭作证？或者说，怎么让一方当事人把他的证人出庭申请从 50 个缩减到 10 个？举例来说，某当事人要求 40 人出庭作证，这其中仅有一位证人实现了证明目的，即便仲裁庭认为这剩余的 39 位证人是多余的，仲裁庭也不能认定该证明无效。因此，为防止当事双方滥用证人程序，仲裁庭可以要求当事人写明需要每名证人证明的详细事项。如果仲裁庭发现一方当事人就一个证明事项要求 2 到 3 名的证人出庭，那么仲裁庭可以指出：多余的证人是多余的。仲裁庭处理此种问题的方法不尽相同，但最好的做法其实是在开庭前多跟律师做有效沟通。

八、专家

专家即使是一方的证人，有时也能对办案产生帮助，尽管我的一些同事始终认为钱能买来任何一种观点。我个人觉得，专家的解释有助于理解案子，尤其是在涉及技术领域的时候。有些人觉得看会计报表味如嚼蜡，我却不过

么认为。因为等你明白了报表的基本原理，你会发现数据都变得生动而有意义起来。

就是否指派专家这个问题，我一般只在非用专家不可的情况下才会指定。通常，双方指定的专家已足够帮助仲裁庭来理解庭审中涉及技术问题。我有时会有这样的印象，那就是一些仲裁员指派专家，为的是让专家代替他们思考、处理问题，之后他们更是直接照搬专家证言作为他们的意见。在我看来，这样的做法不仅欠考虑，而且对当事人不负责任。但这还不是最糟的，最糟糕的情况是经历了漫长的审理，仲裁庭在裁决书里突然通知双方，它还需要另派专家来协助审理。如果一定要指派专家，我建议在审理阶段的初期、征求完双方当事人意见后，及早指派。

指派了专家，仲裁员也要意识到，他们的工作并没有减轻，因为专家不是来代替他们行使职能的。我个人的经验是，很多专家有着丰富的专业知识，但他们至少缺乏两样特质：其一，他们没法写一篇通俗易懂的报告；其二，他们并不了解正当程序原则。举一个建设工程的案子为例，一名专家在接受仲裁庭指派后，做的第一件事就是匆忙抵达工地，与现场的人（仅代表一方当事人）交谈，然后马上给出了事件的处理方法。这其中比较明显的问题有：另一方当事人既没有收到专家证人来访的消息，专家进行现场考察时也没在场。在另一个案子中，我见过这样一个专家，他见了一方当事人，获取了一些资料，但他根本没想到需要传一份副本给另一方当事人。以上这些专家的做法都可能导致撤销裁决，因为他们违背了正当程序原则。补救的措施包括：首席仲裁员监督专家或者吩咐办案秘书监督专家。

九、庭审

现在国际仲裁中没有庭审的情况很少见，案件区别大多是庭审次数的多少。如果一个案子的案情很复杂，那通常是先有一个证人听讯（witness hearing），紧接着是庭后申诉（post-hearing submissions），最后是口头辩论（oral argument）。如果这三者能合为一体，那案件处理可就便捷多了。尽管如此，即使三者没能合一，仲裁员也可以让律师交一份审后辩护状（post-hearing brief），因为不管合并与否，审后辩护状的作用还是很大的。

预先定好庭审日期的重要性不言而喻。庭审开始前的时间可以留得宽裕一些，因为提交书面申诉的时间可能会延期。最后，协调各方，定一个让大

家都方便的开庭时间，已经被证明是国际仲裁中比较大的难题之一。

庭审的一般顺序是：首次陈诉（opening statement），询问证人（examination of witness）和最后陈诉（closing statement）。就首次陈诉而言，一般是限定在 30 到 45 分钟之间，因为如果前期准备妥当的话，大部分的仲裁请求、事实陈诉与答辩都已经在书面申诉中反映过了。现在很多案件中的首次陈诉已被所谓的“申诉大纲”（skeleton submissions）所取代，这种大纲一般是在开庭前两周提交。

就最后陈诉而言，开始时律师都默认这是庭审的一部分，但询问证人是消耗体力的，往往在证人询问结束后，双方律师都会达成一致：免去最后陈述的部分——把它体现在审后申诉即可。

庭审一天的日程安排往往是从早上 9:30 到下午 1:00，中间有一个短暂休息时间，之后下午继续，从 2:30 开到 5:30，中间也有一个短暂休息的时间。我见过一些庭审开到很晚，在我看来，这不仅是对仲裁庭和律师体力的巨大挑战，也会让律师疲于应付，导致他们第二天状态不佳。另一方面，我也见过所谓的“简版安排”（light schedule），就是上午从 10 点到 12 点，然后下午从 2 点到 4 点，我觉得这样的安排方法未必节省成本。

庭审一定要有完善的设施，例如，一个足够装下各方（包括书记员、有专门小隔间的翻译人员）的大会议室，还要有三个休息室，当事人各一间，然后仲裁庭一间。确保设施完善，最稳妥的办法是自己检查设备或者让办案秘书在开庭前予以确认。会议室的设置也很重要，我个人比较喜欢所谓的 U 型摆台方式，放证人席在中间。

是否记庭审笔录也是一个需要解决的问题。大部分情况下，证人的证言是要逐字逐句记录下来的。仲裁庭有时需要就笔录的问题跟律师进行协商，看他们是希望隔夜出，还是可以延后一些，在庭审都结束后才出。最后是如何修改笔录的问题，这也需要跟律师沟通。所以，有一个好的书记员很重要，因为这会直接影响笔录质量的好坏。

如果一定要用翻译的话，我更倾向于用同声传译。非同声传译有滞后，不仅不便利，而且还浪费时间。

庭审开始前数日，跟律师开一个审前的电话会议也很必要。通过这个会议，你可以处理一些程序和行政上的问题，不用把它们留待庭审才解决。有很多案子，没有采用这种电话会议，然后一整个早晨或一整天都被浪费在了

处理程序和行政问题上，这对后面的时间安排很不利。

说到时间安排，就如前文所提到的，在可限定的范围内，当事各方拥有的时间应该是一样长的。安排时间还有一个小窍门，那就是事前给当事双方各发一张表格，让他们填上自己所期望的时间分配方案，即每一部分的时长：首次陈诉，直接询问、交叉询问和可能的再主询问，以及最后陈诉。秘书也可以协助仲裁庭控制时间。这样一来，不管是首次的时间安排，还是计划打乱后的二次时间安排，都会很有效率。在一天快结束时，你还可以对照律师提交的时间分配表进行一下统计，看他们实际用了多少时间，然后相对应地，把剩余的时间进行一下再分配。律师们也很喜欢这个时间分配表，因为有了这个表，他们会注意节约时间，把精力集中在该问的问题上。

十、办案秘书

大部分的国际仲裁都有秘书。秘书在协助仲裁庭处理行政和程序事务上作用不小。尽管秘书也能帮助撰写《裁决书》中所谓的非操作性部分（non-operative parts），但他（她）始终不是仲裁员，更不应是第四位仲裁员。加一句题外话，我还听到过一个对仲裁员的投诉，有的仲裁员收到材料后并不急于阅读，而是要等到开庭的前一夜才恶补，这是不应该发生的。当办案秘书就是很好的学习经历，这可以为后面当好仲裁员打下基础。

十一、仲裁地点

通常情况，双方会在合同中约定仲裁地点，或者仲裁庭、仲裁机构已经定好了仲裁地点。如果没决定好的话，那仲裁庭需要先解决仲裁地点的问题。决定仲裁地点并不容易，如果非要决定的话，必须向双方当事人解释清楚。有两个意义上的仲裁地点，一个是物理意义上的，一个是法律意义上的。法律意义上的仲裁地点基本指的是管辖仲裁所在地，而物理意义上的仲裁地点是指实际召开仲裁的（物理）所在地。物理意义上的仲裁地点可以是任何地方。但很不幸，现实中讨论仲裁地点时，我见过仲裁员和律师还没有分清楚仲裁地点的物理与法律意义就卷入了冗长的辩论，不依不饶。

在我看来，决定仲裁地点有如下法律标准：（1）仲裁法完备；（2）法院系统支持国际仲裁程序；（3）该国是《纽约公约》（1958年通过）的成员国。

一旦法律意义上的仲裁地点确认了，物理意义上的仲裁地点其实要求就

没那么苛刻了。现代的仲裁法律大都允许仲裁在管辖地之外的地方进行，这仅仅取决于成本是否划算，所在地是否便利。仲裁地点可以选在大部分证人都居住的城市，或是对双方律师、法定代表人和仲裁员来说都相对方便的中间地点。

十二、二分法 (Bifurcation)

简单地说，二分法有三类：第一类是将基础事项（例如：管辖权、适用法律、审限）和实体问题分开；第二类是将定性和定量分开；第三类是将仲裁请求按阶段先后排序。

很长一段时间，二分法被认为是十分有用的，因为它可以帮助节省时间和金钱。这在第一和第二类二分法上体现得尤为清楚。举例来说，如果定性时认定没有违约责任，那么完全没有必要浪费时间和金钱去给赔偿金额定量。另一方面，如果定性时发现了违约行为，那么双方在仲裁庭认定有违约后再和解会更有成效。

我在很长一段时间都推崇二分法。但是最近，我使用二分法时更谨慎了，因为在一些案子中，我发现第二阶段的证据本来可以影响第一阶段的决定，然而因第一阶段的决定业已生效，所以第二阶段的证据对它构不成影响，更谈不上修正了。因此，我觉得这其中的教训是，如果我们想用二分法，那么结论就不要下的太死，因为后面可能出现新的证据，要为它们留一定的空间。

十三、结论

安排国际仲裁程序是一项富有挑战的工作，这在一定程度上是因为缺乏相应的指导规范。规范的匮乏情有可原，但并不是所有方面都无规范可循。与其说安排国际仲裁难是因为仲裁法律规章不健全，不如说是因为每个案子的案情不尽相同，更不用说当事人的千差万别了。所以，即使一个人时常担任仲裁庭的首席仲裁员，他也会发现每天都有新鲜事等着他（她）。在我看来，这正是这份工作的吸引人之处。

人们问我的问题最后往往相同：您是怎么学会的？答案的前半部分显而易见：通过自己做。第二部分就没那么明显了：通过看别人做。国际仲裁中不乏优秀的首席仲裁员，每个人都有自己的风格和方式。正是通过观察他们，我学到了很多宝贵经验，为此，我一直心存感激。

国际仲裁书面辩护十诫*

Barton Legum 著 刘洋 译**

- 内容摘要

提交书面意见在国际仲裁中是一项具有特殊挑战性的任务。本篇短文借鉴古人的智慧并对如何提高国际仲裁书面意见的说服力提出十个实用意见。

ICC 国际仲裁法院的总部位于巴黎，在其建设过程中出土了一个被埋在数箱已经石化的仲裁文书和证据下的石碑。一队考古专家历时数月对石碑上的文字进行破译，进而充分掌握了石碑上文字内容的含义，并传递出了其对当今国际仲裁从业者的重要启示。本文将再现石碑上的文字，并附加作者的注释。

* 原文的题目为 “The Ten Commandments of Written Advocacy in International Arbitration”。感谢原作者 Barton Legum 对本次翻译的授权。

** Barton Legum, 德同国际律师事务所法国巴黎代表处 (Dentons LLP, Paris, France) 合伙人。作者本文与已故学者 Irving Younger 的经典著作《西塞罗交叉盘问》(Cicero on Cross-Examination, in *The Litigation Manual*: Trial 387, John G. Koeltl & John S. Kiernan eds., 3d ed. 1999) 风格一致, 为作者的致敬之作。

刘洋, 北京大学国际法硕士, 现工作于北京仲裁委员会。电子邮箱: liuy@bjac.org.cn。

第一戒：使用短句

言语简洁者受庇佑（Blessed are those who use few words）

仲裁员很忙，他们通常同时处理多份文件，出差很多。有的仲裁员只在开庭前一或两周仔细阅读仲裁文书，在这期间他们还要处理许多其他文件。当仲裁员终于开始读你的案件摘要时，他们还可能正在倒时差或者仍旧时间很紧。况且许多顶级的仲裁员的母语不是英语。

这些都表明，最有效的写作风格是通俗易懂，而非辞藻优雅华美。简单地说，大脑处理简短的句子和段落要比处理长的更容易，因此越短越有利于沟通，而（与仲裁庭）沟通正是客户要求我们准备案件摘要的首要目的。

第二戒：国际化

通俗用语人人懂（The common tongue is understood by all）

在国际仲裁中你需要面对的一个巨大挑战，是使你的论证能够说服那些与你所处法律体系和国家文化不同的仲裁员。要应对这一挑战，需要认识到仲裁员与你之间存在着国家和法律背景的差异。惯常的做法是，如果你不确定对一个概念的表达是否到位，就试着用其他方式来把它描述出来。

用体育运动作类比，可能是一个容易造成混淆的危险做法。我曾经遇到一个美国律师在口头辩论中引用“上三垒”（getting to third base）和“本垒打”（hitting a home run）。由于缺乏棒球的基础知识，来自欧洲的仲裁员大为不解。我还曾听过英国律师引用“泥泞的板球场”（sticky wickets）^①来比喻处境艰难，同样起到的是含混而非澄清的效果。

另一困难的挑战来自于各国内法体系中的民事程序。律师有时忍不住用其国内法中的程序措施来形容他们希望请求的仲裁程序。困难之处在于各国内法体系在很多重要方面互不相同，在一个体系中用来表述某个概念的词可能在这个体系之外完全不足以表述这个概念。举例来讲，法语中“procès”通常翻译为英文“trial”。对美国律师来讲，“trial”特指针对实体问题的听证；但对法国律师来讲，“procès”指的是从提出诉讼到最终裁决的整个程序。当法国律师和美国律师讨论“pre-trial disclosure”（审前披露）时可能各自指

^① 源于英国板球比赛中描述糟糕的场地状况，后用于比喻处境艰难——译者注。

的是不同事情。

拉丁短语是另一个复杂事项。一些律师认为用拉丁文表述概念能确保其普遍性。但近几十年中并不是所有的教育体系都重视古典语言的训练。因此，除非你的仲裁庭由古罗马人组成，不然你最好用仲裁员肯定能理解的英文词汇表述你的意见。

判断你表达效果的一个小技巧是：如果仲裁员需要查字典或者 Google 搜索才能明白你的意见，你的沟通就是不顺畅的。

第三戒：主题句

开门见山的表达方式受庇佑（Blessed are the paragraphs that begin with the point they seek to make）

让读者能够预知作者结论的法律论证比较容易理解。每段都有一个主题句表明本段主要论点，这种组织形式能够使论证更加有力和清晰。

法律写作与写小说不同，把要叙述的事情藏到最后给读者惊喜没有好处。提前知道论点能够让仲裁员们对你的论证有清晰的认识，即便对于那些一边倒时差或在其他案件电话会议的间歇阅读你的案件摘要的仲裁员来讲也是如此。

第四戒：当事人名称

使用当事人的名称，而非他们在程序上的身份（Thou shalt describe the parties by their names and not by their procedural position）

每个案子至少有一个申请人和一个被申请人。用“申请人”、“被申请人”称呼当事人并不能帮助仲裁员记住他们是谁。即使律师也难记清楚——我都数不清遇到过多少次对方律师把自己客户在程序中的称谓写错的情况了。

而且，“申请人”、“被申请人”这种乏味的称谓使律师在辩护词中希望把他的当事人塑造成“好人”、而把对方塑造成“坏人”的所有努力都白费了。用实际名称能够使故事更加生动，这是使用程序称谓不能实现的。

第五戒：不要个人化

法律写作勿用“你们”、“我们”（Thou shalt not use ‘you’ and ‘we’ in legal writing）

律师在仲裁中有时需要为了当事人的利益扮演强硬的角色，尤其是在程序性信件中。有时律师在与对方律师的信件中倾向用“你们”称呼对方律师或对方客户，用“我们”称呼自己或己方客户。

不要这样做。作为律师，我们在仲裁中的一切行为都是代表客户。作为代理人，谁都不愿意感到自己在被指控行为不当或存在恶意。“你们正在恶意拖延程序”与“ABC公司正在恶意拖延程序”这两种说法对于一名普通律师的血压所造成的影响是显著不同的。要保持专业，来往信件和文书要针对双方当事人，而不是律师。

第六戒：少用缩写

必要时才缩写（Thou shalt abbreviate only when essential）

真正宝贵的是仲裁员对你所论证内容的关注，因此不要让仲裁员为了明白你的论证还要花精力去记住一系列缩写，那样会削弱你论证的效果。我们应该只在必要的时候才去定义和使用缩写。对于在平常说话中都不会使用缩写的情况，就更不必在论证中使用了。比如，我们不会在平常说话的时候停下来定义“乔治·史密斯”，而直接叫他“史密斯”或者“史密斯先生”就可以了。

如果为精确起见确实需要定义某一概念的缩写，至少要选择能让读者联想到概念本身的缩写。比如，需要定义“ABC工程设计投资巴西公司（ABC Engineering and Design Investment Brazil Incorporated）”的缩写时，缩写成“ABC巴西”或者“ABC工程”，不要缩写成“AEDIBI”。^①

^① 参考“Cf. Nat'l Ass'n of Regulatory Utility Comm'rs v. U. S. Dep't of Energy, 680 F.3d 819, 820-21 n.1 (D. C. Cir. 2012)”。我们（指作者所在律师事务所——译者注）的《业务与内部程序手册》也指出：“强烈建议双方限制使用缩写”，“应当避免使用不常见缩写”。乔治·奥威尔（George Orwell）在其著作《政治与文学》[Politics and the English Language, 13 Horizon 76 (1946)]中写到：“书面用语充斥着各种坏习惯，如果有人愿意改正是完全可以避免的。”案件摘要的写作也是这种情况。在本案中，双方当事人基本放弃了使用正常的英语，案件涉及的、所有能想到的机构和法规都被定义了缩写，不管这些缩写常用与否。双方的案件摘要里随处可见“SNF”、“HLW”，“NWF”、“NWPA”和“BRC”，分别用来指代“核废料（spent nuclear fuel）”、“高放射性废弃物（high-level radioactive waste）”、“核废料基金（Nuclear Waste Fund）”、“核废料政策法（Nuclear Waste Policy Act）”和“蓝缎带委员会（Blue Ribbon Commission）”。

第七戒：不要重复对方的主张

只做己方主张、不纠缠于对方主张者受庇佑（Blessed are those who make only their own arguments, and not those of their adversary）

答辩书和答辩意见中特别容易有的一种倾向是以总结争议焦点开头。这在一定程度上是必要的，仲裁庭需要知道你针对的是对方提到的哪个论点才能理解你所做的回应。但这样做要讲求方法，并且有一些禁忌。

以总结对方的主张开头然后进行回应的方法是不可取的。这样做会让仲裁庭困惑，因为仲裁庭期望看到的是你为你的客户提出主张。这样做同时也比较危险，因为很多时候你会把对方的主张表述得比他们更清楚、更有效。

正确的方法是以表明对方观点错误开头。比如：“ABC 公司认为太阳从西方升起是错误的”，或者“ABC 公司主张太阳从西方升起没有法律依据”。

第八戒：展示事实，不要讲述事实

事实自证的一方受庇佑（Blessed are those whose facts lead to the road of righteousness）

案件摘要的事实部分要与论证部分的风格不同。应当用中立的语气叙述案件事实。不要告诉读者应该从叙述的事实中得出什么结论。仔细挑选要讨论的事实，然后呈现这些事实，引导读者自己得出结论：你的客户是对的，错在对方。要展示事实，而不是讲述事实。

这个方法很有效。对仲裁员来说，自己得出的结论比你告诉他的更有说服力。人的思维就是这样。

一般来讲，事实部分应当按照时间顺序组织，因为这是最容易理解的呈现方式。事实部分应当能够展现完整的故事并且涉及案件中的重要问题。一般情况下，对案件事实的陈述，应当仅限于之后的主张中会用到的内容。叙述的语气应当一直保持平实和中立。

第九戒：禁用最高级形容词

用语不要太强硬（Thy words shall not try too hard）

仲裁员通常会以批判的眼光阅读书面意见，边读会边思考你所写的是否符合他的经验、对方的说法以及他对法律和案卷材料的认识。一份好的书面

意见要承受得住仲裁员的批判，让他在阅读中一气呵成，不做停顿。

最高级形容词通常对论证观点没什么必要，但是却给仲裁员的批判提供了靶子。对方的观点可能确实非常非常糟糕，但是你只需要指出对方观点缺乏法律依据，没有必要加个最高级形容词。在那些特别罕见的情况下，有必要或想要进行更强烈的表达时，不妨更仔细地选择一些名词和形容词来使用，这样做的效果永远要好过给词语加上最高级。

第十戒：文书以请求和自身名称开头

及早清楚表达自身愿望者应当被听取（They who state their wishes early and clearly shall be heard）

提交给仲裁庭的程序性文书永远要以你的请求开头。不能让繁忙的仲裁员读到一半才知道你为什么提交这份文书。开头表明请求还能帮助你集中思路书写，使请求给人更深刻的印象。

开头表明你所代表的是哪方也是有用的。你自己当然记得自己的当事人是谁，以及他们在仲裁中的地位。但一位有二十个案子在同时进行的仲裁员可能不能每次都立马想起哪个律师代表哪方。不要拿这种事情碰运气。

比如，一份好的文书开头是：

代表被申请人 ABC 巴西公司，我方郑重请求仲裁庭拒绝申请人 XYZ 公司在 6 月 20 日信件中提出的提交文件申请。

* * *

由于石碑断裂，尚不清楚第十戒之后是否还有更多戒律。可能进一步的考古发掘能在将来揭示出更多古人的智慧。至少目前为止我们要遵循现有的这十条，但愿它们能如上述解析的一样，为我们提供一些指导。

私募股权投资中对赌协议的定性及效力的司法认定

——以“对赌协议无效第一案”立论

熊志 杨泽*

● 内容摘要

“对赌协议”是一种以高风险换取高收益的投融资手段，其主要西方发达资本市场上广泛使用。近年来，其已经作为私募股权投资（Private Equity，简称 PE）的重要实现机制引入到中国，因通俗的中文译名被涂上了浓厚的感情色彩，也因错误理解其目的，致其本土化过程跌宕起伏。2002 年摩根士丹利与蒙牛通过其实现双赢引发了人们对赌协议的关注；但海富投资与甘肃世恒的“对赌协议无效第一案”使得对赌协议的法律性质认定、合法性的争论成为学界讨论的焦点。本文试图从无效第一案切入，厘清对赌协议概念，阐明其法律构造；通过界定其为特殊的附条件生效合同，集中论证其与射幸合同的本质区别；最后就协议效力在司法上的认定进行区别探讨。

● 关键词

对赌协议 法律性质 附条件生效合同 法律效力 司法认定

* 熊志，北京市商安律师事务所律师，邮箱：xiongzhi@vip.sina.com；杨泽，中国政法大学民商经济法学院，民商法专业研究生，邮箱：yzwishforever@126.com

Abstract: “The gambling agreement” is a method of high-risk and high-yield in investment, which is widely used in western countries. Recently, it has been introduced into china as a means of the private equity. As its Chinese translation is covered with a strong emotion, it is understood by the mass and its localization process is not smoothly. The agreement draw people’s attention from the win-win case of Morgan Stanley and Mengniu in 2002. But the first case of invalid gambling agreement makes its nature and legality to be a focus in the academic discussion.

Key Words: the gambling agreement legal nature the contract attached to conditions legal effect judicial cognizance

绪言

2012年，对于中国的私募股权投资（简称PE）行业注定是不平静的一年。伴随海富投资与甘肃世恒之间二审的尘埃落定，回顾裁判过程，人们必将焦点投向曾经一度神秘化的名词——对赌协议。一、二审判决PE运作的核心机制无效，这让大量手执对赌条款的PE机构心存忐忑，对那些热切盼望PE基金融资的企业来说，也并非良音。虽然甘肃世恒已向最高法院提出再审，对赌协议的合规性依然未卜。在对赌协议引入中国的那一刻，它就注定将成为中国PE未来命运的拐点。

对赌协议其实早已不是一个陌生的字眼，早在1997年，华平投资（美国私募股权基金）与亚信科技签订对赌协议，约定如亚信未能实现约定的增长目标，华平持有的股权比例自动由原来11%上升至22%。^①而使对赌协议家喻户晓当在2003年，蒙牛乳业与摩根士丹利、鼎晖和英联三家国际私募股权投资机构签订的对赌协议，并使之成为我国最早应用对赌协议大获成功的著名案例。对赌协议推动蒙牛乳业飞速发展，参赌双方获利颇丰，实现双赢。榜样的力量总是无穷的，2006年太子奶集团、永乐家电、中信泰富和碧桂园与外资私募股权签订对赌协议。然而最终的结果却是管理层失去了企业控制

① 邹菁：《私募股权基金的募集与运作》，法律出版社2009年版，第120页。

权, 无意间成了反面教材。

对赌协议, 究竟是天使还是魔鬼?^① 抑或本是不干涉对错的带刺玫瑰?

回顾国内对对赌协议的学术研究, 笔者发现对其法律性质的研究主要集中在是射幸合同还是附条件的生效合同的判定上, 但双方所阐明的论据却不具有明显的说服力。由于对赌协议的本土化加上官方的否认而蒙上了“特色”的规则, 产生的纠纷基本都是私下解决, 司法规则没有机会给予其合规性的认定, 因此对其法律效力的认定没有进行区别对待和深入探讨。虽然最高人民法院的终审判决书没能给对赌协议复名以正视听, 但其对二审法院认定的“名为投资, 实为借贷”进行了否决, 说明该协议的性质还有待商榷; 同时最高法院遵循商事领域的意思自治原则首次肯定了对赌协议中的补偿条款没有损坏公司以及债权人的利益, 这为后面对对赌协议合法化的路径论证进行了铺垫。最高法院没有对对赌协议的法律性质进行进一步的论证分析, 实为该判决的一大疏漏和遗憾。首先, 本文拟对对赌协议法律性质提出基本命题并论证, 以期揭示其法律构造并解释其定性迷思; 其次, 探讨对赌协议作为附条件生效合同的一种, 区分投融资方在主体变换下的不同情形, 解决司法如何认定其效力的问题。

一、问题的提出

(一) 法院裁判依据的差异认识

2007年11月, 甘肃众星锌业有限公司(以下简称“众星公司”, 后来变更为“甘肃世恒”)作为甲方、海富公司作为乙方、迪亚公司作为丙方、陆波作为丁方, 共同签订一份《甘肃众星锌业有限公司增资协议书》(以下简称《增资协议书》)。其中该协议第7条第2项内容是对目标公司业绩的约定, 其条件是甲方2008年净利润不低于3000万人民币。如果甲方2008年实际净利润完不成3000万元, 乙方有权要求甲方予以补偿, 如果甲方未能履行补偿义务, 乙方有权要求丙方履行补偿义务。补偿金额 = (1 - 2008年实际净利润/3000万元) × 本次投资金额。另据工商年检报告登记记载, 众星公司2008年度生产经营利润总额26858.13元, 净利润26858.13元,^② 没有完成当年利润

① 李岩:《对赌协议法律属性之探讨》, 载《金融法苑》2009年第1期, 第134页。

② 参见甘肃高院关于PE投资中“对赌协议”有效性的判决书, 载 http://blog.sina.com.cn/s/blog_650022ca0101147g.html, 访问日期: 2012年12月15日。

3000 万的目标。海富公司因此向法院起诉要求甘肃世恒根据协议约定进行补偿。因此，该条款的效力认定即成为本案的焦点。

一审法院虽然认定《增资协议书》系双方真实意思表示，但第 7 条第 2 项内容即甘肃世恒 2008 年实际净利润完不成 3000 万元，海富公司有权要求甘肃世恒补偿的约定无效。首先，不符合《中外合资经营企业法》第 8 条关于企业净利润根据合营各方注册资本的比例进行分配的规定；其次，该条规定与《中外合资经营甘肃众星锌业有限公司章程》的有关条款不一致，也会损害公司利益及公司债权人的利益，不符合《公司法》第 20 条第 1 款的规定。因此，根据《合同法》第 52 条第 5 项的规定，该条由甘肃世恒对海富公司承担补偿责任的约定违反了法律、行政法规的强制性规定，该约定无效。

二审法院纠正了一审法院关于该条款属于净利润分配约定的认定，认可其属于对目标企业盈利能力的要求，不涉及具体分配事宜。但二审法院却引用《最高人民法院关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》第 4 条第 2 项规定，认为海富公司投资但不承担联营风险，即无论甘肃世恒业绩如何其均能按期取得固定收益，从而认定其行为明为联营、实为借贷。因此根据《合同法》第 52 条 5 项的规定，也认定该条款无效。

（二）差异裁判的原因分析

上述《增资协议书》第 7 条第 2 项的实质就是对赌条款。^① 司法实践中，一、二审法院对该条款效力认定一致，均认定为无效。实际上也就是否定了赌协议的效力。但是，一、二审判决所依据的理由不同，也表明了司法实践对该条款性质的归属和效力的判断存在进一步探讨的余地。

1. 一审法院判决分析

一审判决回避了讨论该条款在整体协议书中的目的及功用，仅仅根据净利润的约定补偿行为就认定其为利润分配规则实属不当。一审判决将其约定的利润分配因违反《中外合资经营企业法》关于利润按比例分配的强制规范而归于无效，即从国家管制角度判断行为的社会价值而决定是否否定其法效。^② 因其涉及中外合资，适用相对于公司法属于特别法地位的中外合资经营企业法，并无不当。一审法院的不当之处在于定性偏差，导致其后续效力的

^① 在本文中，除有特殊说明，“条款”和“协议”等概念具有同一含义，均指两个或两个以上法律主体经过协商后达成的一致意见。

^② 苏永钦：《私法自治中的国家强制》，中国法制出版社 2005 年版，第 40 页。

错误。

2. 二审法院判决分析

二审判决明显认识到其条款的内涵并不在于利润分配，而在于将其作为投资者保护自身利益的保障条款。这一点值得肯定。但该对赌条款存在两个特殊之处：一是对赌不仅仅是在老股东和新股东之间发生，还涉及到了目标公司，而且目标公司作为第一顺位的对赌条款履行人；二是从表面上看只有目标公司和老股东承担风险，投资方则似乎无须承担风险，也即是说，对赌条款没有写明如果净利润实现了 3000 万元，新股东要向目标公司和老股东支付何种对等的赌注。^①

正是由于这两个特殊性，为二审法院认定其无效提供了依据。对于第一个特殊性，二审法院受到团体法影响，认为股东和公司约定利润对赌及补偿条款，在公司不能实现利润指标的时候，公司将要对该股东进行补偿，这种补偿将会弱化和规避股东对公司承担的有限责任，严重损害其他股东或债权人的利益，严重违反股东平等的原则。但是该条款在对赌协议中并不具有普适性，属于海富公司自身的失误。这是其无法获得合规性认定的最大法律障碍。根据第二个特殊性，二审法院认为该条款没有明确若利润高于 3000 万元海富公司对于甘肃世恒的补偿约定，属于“旱涝保收”的保底条款。因此适用 1990 年关于联营合同纠纷的司法解释判定其条款约定明为联营投资实为借贷关系，根据“欠债还钱”的基本原理希冀实现双方利益的衡平。但其忽略了海富公司以 2000 万元溢价收购甘肃世恒 115 万元的股权，即是以 1885 万元的溢价参与对赌，而这部分溢价在实施对赌之前就已经给付了，因此即使对赌失败，海富公司也无须再额外提供其他的赌注。实际上海富公司是承担经营风险的。但 1885 万元并不是以股权收购溢价形式出现，而是充入甘肃世恒的资本公积金，极易被认定为借款的形式。这可能是该条款在二审中无法获得合规性认定的最大障碍。同时，二审法院参考 1990 年关于联营合同纠纷的司法解释认定其无效依然不能令人信服。首先，该司法解释本身是计划经济时期的产物，法院严格按照法律规定保障法律安定性的同时却忽略当事人双

^① 陈鸣飞：《海富案判决不意味着对赌条款的死亡》，载 <http://www.66law.cn/domainblog/32550.aspx>，访问日期：2012 年 12 月 15 日。

方的具体制度安排和契约本意违背现代民法转向社会妥当性的价值取向。^① 是否应该适用这个司法解释本身就值得商榷。其次，一般认为只有违反法律、行政法规的效力性规定，合同才能归于无效，司法解释不能作为否定合同效力的根据。该判决所引致解释的法律效力存在质疑。

需要特别指出的是，本案对赌协议产生的背景明显不是通过建立简单而传统的联营实体来实现货币红利。这种 PE 模式饱含着对原始股权价值高估的介入意图，构建的是新的人合与资合实体。缔约各方通过对赌的约定实现所有者权益与管理者权利的合法分离，强化经营管理人及原始股东尽职义务，以保障高效优势的存续。由此也降低了投资风险，激发了投资意愿，促进了股权投资生态的发展与完善。司法解释是一种司法补充，具有即时性特征，往往滞后于法律行为本身的需求。用落后的规则调整并制衡先进的理念，有违法治精神。

二、对赌协议重述

（一）对赌协议的内涵与本质

对赌协议引入中国之后，由于媒体通俗的翻译为其蒙上了感情的色彩，中国文化对“赌”极其敏感，或一夜暴富或一输到底，种种诱惑让人欲罢不能。翻译涵义的先入为主不能遮盖对赌协议规则的中立性格，笔者在展开论证之初，需要对对赌协议的基本概念加以界定，在此揭示对赌协议的本质内涵，重新解读对赌协议本土化后的种种误解。

对赌协议属于舶来品，其发轫于英美等西方发达资本市场，应从西方文化背景下去还原该语词的真正内涵，只有这样才能达到正本清源的作用。对赌协议的英文表述为“Valuation Adjustment Mechanism”（简称 VAM），直译即为“估值调整协议”或“估值调整机制”。该机制是为了消除信息不对称引发的不确定性成本和风险的重要制衡器。其具体运作原理是双方在融资协议中约定一定的条件（一般是业绩指标为标准），如果约定的条件出现，由投资方行使估值调整权利，以弥补高估企业价值的损失；如果约定的条件未出现，则由融资方行使一种权利，以补偿企业价值被低估的损失。^② 其又被称为“价

^① 梁慧星：《从近代民法到现代民法——二十世纪民法回顾》，载《中外法学》1997年第2期。

^② 谢海霞：《对赌协议的法律性质探析》，载《法学杂志》2010年第1期，第73页。

格回补机制”。

VAM 引入到中国后,由于翻译者错误地将其理解成投机性的押宝工具,赋予其一个赌性十足的名称:对赌协议。对赌协议虽有赌博的字眼和形式,但与零和博弈的赌博存在本质的分歧和泾渭分明的界限。^①其实质是一种企业估值与融投资方持股比例或然性的约定安排。该定义明显区别于“对赌”的英文词语 Wagering,其属于双方对不确定结果的出现约定一输一赢的安排。VAM 本质上并不是双方来争抢同一块既定的蛋糕,而是双方都希望把蛋糕做大,从而使自己拥有的那一份变得更大,形成双赢。^②

(二) 对赌协议的法律构造

对赌协议是投资者和目标企业对未来可能出现的某种权利义务的约定,其实质上是两种单向债权债务法律关系^③的叠加,只不过是对这种法律关系的产生附加了不确定因素。^④

1. 法律关系的主体

民事法律关系的主体简称民事主体,是指参与民事法律关系、享有民事权利和承担民事义务的人。^⑤对赌协议法律关系的主体仅限于拥有完全民事行为能力的自然人或法人。对赌协议中的投资方和融资方是该法律关系的主体。对赌协议的签约双方往往发生在私募股权投资方与企业控制人之间。对赌协议的投资方通常是有着丰富资本运作经验与融资能力的海外私募股权基金,^⑥现今已有本土的人民币基金加入竞争。融资方则通常为同时具备控股股东和经营者双重角色的目标企业的实际控制人,而被投资企业也往往是国内融资渠道有限、发展前景较好的民营企业。前文提到海富与世恒一案中,由于法律关系主体牵涉到目标企业,涉及违反股东同股同权和企业增发股份的敏感问题而不具有典型性。该案促使 PE 更加重视条款约束主体的特定性,对于中国 PE 的未来发展未尝不是一件幸事。

① 傅穹:《对赌协议的法律构造与定性观察》,载《政法论丛》2011年第6期。

② 王少豪、王博:《投资并购中的对赌协议及其价值评估》,载《中国资产评估》2012年第8期。

③ 债是特定民事主体之间,一方对他方享有请求为一定给付的权利,而他方则负有为这一给付的义务的民事法律关系。参见王卫国主编:《民法》,中国政法大学出版社2007年版,第312页。

④ 李岩:《对赌协议法律属性之探讨》,载《金融法苑》2009年第1期,第134页。

⑤ 王卫国主编:《民法》,中国政法大学出版社2007年版,第26页。

⑥ 傅穹:《对赌协议的法律构造与定性观察》,载《政法论丛》2011年第6期。

2. 法律关系的内容

民事法律关系的内容，是指民事法律关系中主体所享有的权利和承担的义务。^① 因对赌协议属于债的关系，对赌协议中权利义务关系要以约定条件的出现分别讨论，所以：（1）如果目标企业财务业绩如期达到约定指标，融资方享有请求投资方增加出资或无偿转让部分股权等特定给付的权利；投资方负有实施追加出资和无偿转让部分股权等特定给付的义务。（2）如果目标企业未能达标，投资方享有请求融资方转让部分股权甚至企业控制权给投资方或按约定价格回购投资方所持股权特定给付的权利；由于控制权易主，可能还涉及融资方调整董事会构成等变动行为。

3. 法律关系的客体

民事法律关系的客体又称标的，是指民事主体之间得以形成民事法律关系内容的目标性事物。^② 由于债的客体是特定的给付，^③ 即只能是统称为给付的一定行为或不行为，故对赌协议的客体应是股权转让行为、金钱补偿行为、委任董事行为、回购股份行为等约定的调整行为。有学者认为客体应是以股权、期权认购权（通常为投放权）^④、投资额、董事会席位等形式存在的对赌筹码。^⑤ 这实际上是混淆了请求权指向的对象与给付标的及履行行为指向的对象。而有学者认为对赌协议的合同标的应是目标企业未来的经营业绩，并将此作为判定对赌协议为射幸合同的重要依据。该观点是否具有合理性和说服力，下文将分析论证。

三、对赌协议的法律性质厘定

对赌协议的法律性质现存有两种对峙的观点：一种观点认为，对赌协议为射幸合同，对赌协议具备射幸性，符合射幸合同的本质特征；^⑥ 另一种观点认为，对赌协议归属于附条件生效合同，对赌协议与射幸合同只是“貌合神

① 王卫国主编：《民法》，中国政法大学出版社2007年版，第27页。

② 王卫国主编：《民法》，中国政法大学出版社2007年版，第26页。

③ 王卫国主编：《民法》，中国政法大学出版社2007年版，第313页。

④ 投放权是指权利人在约定的期限内按照约定的价格向义务人出售某种证券的权利。而义务人有义务进行回购买入某种证券。参见朱锦清：《证券法学》，北京大学出版社2011年版，第22页。

⑤ 李岩：《对赌协议法律属性之探讨》，载《金融法苑》2009年第1期，第134页。

⑥ 傅穹：《对赌协议的法律构造与定性观察》，载《政法论丛》2011年第6期。

离”而已。^①

(一) 对赌协议属于非典型合同

以法律是否设有规范并赋予一个特定名称为标准,合同分为典型合同与非典型合同。^② 典型合同,又称为有名合同,是指法律设有规范,并赋予一定名称的合同。比如我国合同法规定的买卖、赠与、借款合同和保险法规定的保险合同均为典型合同。非典型合同,又称无名合同,是指法律尚未特别规定,亦未赋予一定名称的合同。由于对赌协议仅在私募股权投资中广泛应用,还不具有普适性和典型性特征,因此根据合同自由原则,适应资本市场的要求和交易活动复杂化,将对赌协议归类于非典型合同实属恰当。对于非典型合同的法律适用,《合同法》第 124 条作出了原则性的规定,即“本法分则或者其他法律没有明文规定的合同,适用本法总则的规定,并可以参照本法分则或者其他法律最类似的规定”。而对赌协议与何种类型的合同最为类似,理论上存在着不同的观点,^③ 因此出现射幸合同与附条件生效合同的争论。

(二) 对赌协议并非射幸合同

以合同的效果在缔约时是否确定为标准,将合同分为实定合同和射幸合同。^④ 实定合同,又称确定合同,是指合同的法律效果在缔约时已经确定的合同。绝大多数合同都是实定合同。射幸合同,又称机会性合同,是指合同的法律效果在缔约时不能确定的合同。保险合同、彩票合同、有奖销售合同均属此类。在我国,保险合同和彩票合同为合法合同,予以奖励;有奖销售合同有数额限制。

我国法律并没有对射幸合同的直接表述,只能借助于比较法的视角探寻射幸合同的制度本源和本质特征。早在罗马法时期射幸合同就已经用概念表述了,查士丁尼《学说汇纂》第十八编第一章将彭波尼对射幸合同的经典解释纳入其中。彭波尼说:“有时,没有实物的出售也是可以理解的。比如买幸运(alea)。这样的情况有:购买未来将捕到的鱼、鸟,或是购买奖券,即使什么也没得到,购买却已成立,因为这是在买希望。”而这种交易在于由买受

① 郭龙飞:《私募股权投资中“对赌协议”的法律分析》,华东政法大学硕士学位论文,2010年,第19页。

② 崔建远:《合同法》,法律出版社2010年版,第26页。

③ 傅穹:《对赌协议的法律构造与定性观察》,载《政法论丛》2011年第6期。

④ 崔建远:《合同法》,法律出版社2010年版,第36页。

人承担全部风险，区别于普通买卖中当事人约定由出卖人承担全部风险。罗马人将其区分为“买希望”和“买希望之物”，^①即射幸合同和买卖合同的差异。在其他国家法典中也能找寻到关于射幸合同的定义，比如《法国民法典》、《美国路易斯安那民法典》、《美国合同法重述》。^②

总结学者观点，射幸合同基本特征大致包括：（1）射幸合同的交易对象是“机会”。机会是否买中对双方利益影响甚巨。（2）射幸合同成立即生效。（3）射幸合同当事人的支出和收入之间不具对等性，可能一本万利，也可能一无所获。这种不对等无法从交易对方获得补偿。（4）射幸合同具有更为严格的适法性，其类型以法有明文规定者为限。^③通过以上对射幸合同的分析可以看出，对赌协议不符合射幸合同的特征，与其只是“貌合神离”。

1. 射幸合同中的交易对象是“机会”，买中机会的买方可能获得超过其对价的额外收益。一旦机会错失，买者自负风险，将损失对价且无法请求补偿；而卖方将获得支付对价。暂且将对赌协议中投资方称为买方，将融资方称为卖方，以此对比射幸合同中的买卖模式。首先，买方经过估值后以溢价入股的方式获得卖方部分股权，当卖方达到约定业绩标准即买方买中机会时，买方虽然由于卖方的业绩成长导致自身股价增值获得额外收益，但其必须无偿转让部分股权给予卖方，实际上形成了双赢的局面。虽然在卖方达标的情形下，买方获得额外利益来源于买中机会，但由于双赢局面的出现，其明显不符合射幸合同的对价模式。其次，在对赌协议中，买方经过估值后以溢价入股的方式获得卖方部分股权，这其实已经存在一定的损失，区别于普通的增资入股。当卖方未达标即买方未买中机会时，由于协议约定的补偿机制的存在，买方获得一定利益，而此利益并不是射幸合同中的额外收益，其恰恰属于买方由于估值过高本不应该支付的额外对价。其本质属于利益回补而不是

^① 黄风：《射幸契约与衍生金融工具交易》，载杨振山、[意]桑德罗·斯奇巴尼主编：《罗马法·中国法与民法法典化——物权和债权之研究》，中国政法大学出版社2001年版，第595页。

^② 《法国民法典》第1104条第2款将射幸合同定义为：“各方当事人依据某种不确定的事件，均有获得利益或损失之可能时，此种契约为射幸契约。”《美国路易斯安那民法典》第1912条规定，如因合同性质或根据当事人意愿，每一方的债务履行或者履行的程度取决于不确定事件的发生，则合同为射幸合同。《美国合同法重述》第291条规定：“本重述中的‘射幸允诺’是指以偶然事件的发生或由当事人假定的偶然事件的发生为条件的允诺。”

^③ 郭龙飞：《私募股权投资中“对赌协议”的法律分析》，华东政法大学硕士学位论文，2010年，第17页。

额外收益。在卖方未达标的情形下,买方虽然损失了部分对价,但其获得了相应利益,也不符合射幸合同中买方错失机会而致使风险自负的规则。

2. 射幸合同是成立即生效,而对赌协议只有在双方约定条件出现或未出现之际约束双方,产生法律效力。因此在投资方和融资方签订投资协议时,完全可以合意单独赋予对赌条款延缓生效的约定,这并不影响其他投资条款的成立即生效。这样更符合对赌条款在实践运用发生效力的情形,更贴近现实的运用。因此,认定对赌协议成立即生效的观点并不令人信服。

3. 一般认为射幸合同不能从等价有偿与否的角度来衡量合同是否公平,因此不认同射幸合同贯彻等价有偿的民法原则。也有学者从对赌协议双方的权利义务看似不对等的约定,即无论融资方达标与否投资方均能获得利益保障,将其归类于射幸合同,甚至将其认为是国际资本掳掠我国财富的致命武器。^①这也是海富与世恒案中二审法院认定其无效的主要原因。因此有必要对对赌协议是否具备等价有偿进行深入辨析。

对赌协议并不能单独与整个投资协议分割认识,就整个交易过程而言,对赌双方获得的利益和其支付的对价仍具有相当程度的公平性。^②首先,双方存在共同利益,即通过将目标公司做强做大,双方均能获得回报。对于投资方,对赌协议中的估值调整机制正视投融资方的利益分野现状,利于约束融资方保障企业健康发展和改善经营管理,解决信息不对称的道德风险问题;对于融资方,对赌协议可以解决资金短缺问题,同时吸收投资机构入股,引进先进管理经验从而快速发展企业。即使目标企业没有达标,融资方的补偿利益实际上只是投资方先前多支付对价的利益回补,不存在双方利益严重失衡的局面。其次,有学者认为投资方行为不符合市场游戏规则,对赌成功获得股权甚至控制权,对赌失败仍然能获得赔付,属于只赢不输的霸道条款。其实不然,对赌条款仅是投融资方投资条款中的一项而已,不能一叶障目。在投资过程中,投资方仍然担负着大量风险和成本。投资方除提供融资资金外,还会帮助企业改制重组、改善公司治理等以保证企业增值。另外,若无约定,投资方同样依公司法按照持股比例承担相应的损失。在某些极端情况

^① 蒋佩春:《对赌协议:国际资本掳掠我国财富的致命武器》,载《中国社会科学院报》2009年4月第2版。

^② 郭龙飞:《私募股权投资中“对赌协议”的法律分析》,华东政法大学硕士学位论文,2010年,第18页。

下，当投资方因企业未能达标而获得目标公司控制权后，其担负着如不能帮助企业扭亏为盈则面临血本无归的巨大风险。因此，对赌协议是为了规避股权交易风险而设定的补偿措施，其“多退少补”的价值调整机制从制度目的、风险承担上都是公平、合理的。^①

4. 即使有学者认为我国的射幸合同难逃等价有偿的藩篱，其特征属于相对的等价有偿性，但由于我国对射幸合同适用更严格的适法性要求，对其类型多以法律明文规定为准。根据《反不正当竞争法》第13条规定，抽奖式的有奖销售，最高奖的金额超过5000元者即被禁止。^②从该条来看，我国不仅对射幸合同类型进行法定，还对数额进行限制。如果将其归入到射幸合同的范畴，则对赌协议必须要经过专门立法确认后才能使用，这必将对实践中大量使用对赌协议的PE行业产生巨大冲击，同时也是对立法资源的浪费。^③

通过以上分析，对赌协议与射幸合同仅是貌相合，神相离。因此笔者认为将对赌协议归入射幸合同的范畴实属不当。

（三）对赌协议应为附条件生效合同

附条件生效合同，是指虽然双方达成合意已经成立，但只有在双方当事人约定的条件成就时，才能发生效力的合同。^④根据意思自治原则，法律允许当事人对所缔结的合同附加生效条件，使其合同效力发生与否取决于当事人附加的条件，当事人认为条件合适的情况下受其约束。我国《合同法》第45条规定，当事人对合同的效力可以约定附条件。附生效条件的合同，自条件成就时生效。根据权利义务分配的均衡性，对赌分为单向对赌与双向对赌。因双向对赌属于标准形式，在此以双向对赌为例。首先，根据附条件生效合同的法律结构，一般将杠杆条款^⑤作为双方约定的条件即使合同生效的附加条件，而双向对赌内部是由两个对向的、单务的附条件生效合同构成；其次，

① 郭龙飞：《私募股权投资中“对赌协议”的法律分析》，华东政法大学硕士学位论文，2010年，第19页。

② 崔建远：《合同法》，法律出版社2010年版，第37页。

③ 郭龙飞：《私募股权投资中“对赌协议”的法律分析》，华东政法大学硕士学位论文，2010年，第19页。

④ 傅穹：《对赌协议的法律构造与定性观察》，载《政法论丛》2011年第6期。

⑤ 杠杆条款是指对赌期间内双方进行调整的参照，涉及财务绩效、非财务绩效、赎回补偿、企业行为、股票发行和管理层去向等六个方面的对赌条件。参见程继爽：《“对赌协议”在我国企业中的应用》，载《中国管理信息化（综合版）》2007年第5期，第65页。

杠杆条款作为生效条件,分别与两个单务合同相关联,即杠杆条款未满足前,两个合同均成立但不生效;再次,将杠杆条款满足和未满足分别赋予使对应的单务合同生效的效力,即满足或未满足均导致其中一方为特定给付且给付方向相反。

有学者将目标企业未来的经营业绩作为对赌协议的合同标的,认为经营业绩因同样具有未来性、可能性、不确定性和合法性而与附生效条件具有相似性,但两者具有本质区别,从而否定对赌协议并非附条件生效合同。^①在此,笔者认为此观点有失偏颇。首先,法律关系的客体即标的,其属于上位概念。具体到合同领域就是合同标的。上文已经论述了对赌协议合同标的是调整行为,而不是经营业绩,在此不再赘述。其次,将经营业绩作为合同标的本身就是值得商榷的,因为法律关系的客体因不同法律关系而有区别。^②但归纳起来,法律关系客体包括物、给付行为、智力成果、人格利益等,且法律关系客体应当符合确定性的要求。由此,经营业绩作为合同标的无法将其归类于上述客体类型中,且经营业绩受到宏观经济与政策因素、行业性或产业性的发展前景、企业管理层的勤勉尽责等主观能力以及企业经营状况等诸多因素影响,必然存在极大的不确定性。因此,将经营业绩作为合同标的的观点难以令人信服。

通过以上分析,对赌协议契合附条件生效合同的法律构造,将其归属于附条件生效合同范畴易于获取合规性的认定。

四、对赌协议效力的司法认定

鉴于我国目前没有专门的法律法规对对赌协议作出明确规定,其作为非典型合同在私募股权投资中被广泛使用,基本参照民法通则、合同法、公司法等现有的法律规范进行规制。^③但对赌协议由于签订主体和约定条件不同,其直接适用的法律法规也存在差异,因此需要对此进行区分情况分别予以判断,不能“一刀切”地认定其无效或有效。

① 傅穹:《对赌协议的法律构造与定性观察》,载《政法论丛》2011年第6期。

② 在物权法律关系中,客体是物或权利;在债权法律关系中,客体是物或行为,有学者主张只能是行为;在人身法律关系中,客体未定,尚有争议。参见江平主编:《民法学》,中国政法大学出版社2011年版,第16页。

③ 唐蜜:《中国法律环境下的对赌协议研究》,外交学院硕士学位论文,2010年,第23页。

（一）融资方分别为企业管理层或目标企业的差异认定

对赌协议的标准形式应是私募股权投资方与企业管理层（原大股东）之间达成合意而形成的民事合同。合同当事人仅限于投资方和企业管理层（原大股东），与目标企业、其他股东不存在直接的法律关系，其最终的实施效果表现为当事人间的股权转让、现金给付等调整行为的实现。根据《公司法》第72条第1款、第138条规定，在有限责任公司中，若公司章程对股权转让有特别规定，股东之间可以按照彼此约定自由转让其全部或部分股权；在股份有限公司中，股权转让即为完全自由。由此可见，在相对方是企业管理层（原大股东）的情形下，作为新股东的投资方与原大股东之间按照对赌协议约定完成股权转让，并不存在法律障碍，因此司法认定其有效并无不当。在海富与世恒案中，最高法院认定迪亚公司对海富投资的补偿承诺有效正是基于对此的认识，从而认为其约定没有损害公司及公司债权人利益。但是，其在执行时应注意《公司法》第142条^①关于股权转让的限制性规定，主要是涉及公司发起人、董事、监事、高管股权转让锁定期的规定。此时，对赌协议涉及的股权调整应在锁定期后方能履行。^②且上述规定属于强制性法律规范，禁止当事人约定排除适用。如果股权转让发生在锁定期内，只能认定其执行行为无效，不能溯及原因无效。

当对赌协议的相对方为目标企业时，也不能完全按照其违反股东同股同权的原则而一律认定无效。如果投资方在与目标企业签订协议前将对赌条款在工商管理局登记并登报公开告知目标企业全体债权人，在目标企业未能达标后，投资方通过履行减少资本的法定程序，主要是通过公司决议和通知债权人及公告。因为这两个程序符合规范要求，实际上就将其他股东和债权人利益考虑在内，不涉及第三人利益的损害。这种情形下司法认定其有效存在合理性。

（二）投资方分别为内资机构或非内资机构的差异认定

当投资方为内资机构时，内资对赌协议只要遵循主体适格、意思表示真实以及不具备合同法规定的无效情形和可撤销的情形时，应当认定其有效。

^① 《公司法》第142条同时规定，公司公开发行股份前已发行的股份，自公司股票在证券交易所上市交易之日起1年内不得转让。公司董事、监事、高级管理人员在任职期间每年转让的股份不得超过其所持有本公司股份总数的25%；所持本公司股份自公司股票上市交易之日起1年内不得转让。上述人员离职后半年内，不得转让其所持有的本公司股份。

^② 傅穹：《对赌协议的法律构造与定性观察》，载《政法论丛》2011年第6期。

在此需要阐明的是,投资机构涉及国有性质时,对赌协议需要严格依照国有资产法及相关配套法律法规的规定,履行相关审批或核准程序等。^①此审批或批准程序属于其生效的要式条件。

如果投资方为非内资机构时,主要是外资机构或中外合资机构,投资方与管理层的股权调整还要受到《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》(以下简称《若干规定》)等其他有关外商投资法律规范的限制。根据对赌协议,若目标企业没有达到预期业绩目标,管理层将转让部分股权给外国投资者,这种情形下的股权转让要受到严格的法律限制,其协议内容不能违反《若干规定》中关于股权变更导致企业性质变更的强制性法律规范,否则对赌协议将认定无效。^②

五、结论

本文从法学角度对对赌协议进行了全新的解读和重述,剖析了对赌协议的法律性质和独特构造;并在现行法律框架下,对对赌协议的法律适用和司法认定进行了探讨。希望本文的分析与探讨能为对赌协议的理论研究和实务应用抛砖引玉。

综上,本文得出的判断是:对赌协议属于一种创新性的金融工具,属于私募股权投资中一种平衡双方利益的动态调整机制。从词源来看,使用“对赌”确有不妥,倒不如认为是一种戏称罢了。在我国法律环境下,其法律性质的首先判断应是非典型合同,其次才应归类于附条件生效合同范畴。对于其司法认定,不能因其形式上不符合公平合理的原则而认定其无效。司法机关需要在宏观上探求其制度目的,在微观上分解其制度设计,将二者结合起来赋予对赌协议合规性的认定。对赌协议作为一种舶来品,人们更需要突破常识理解和寻求对这一新事物更为妥善的应对措施,这一点对于对赌协议本土化的广泛应用,显得尤为迫切和重要。

① 郭龙飞:《私募股权投资中“对赌协议”的法律分析》,华东政法大学硕士学位论文,2010年,第22页。

② 《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》第4条规定,依照《外商投资产业指导目录》,不允许外商独资经营的产业,股权变更不得导致外国投资者持有企业的全部股权;因股权变更而使企业变成外资企业的,还必须符合《中华人民共和国外资企业法实施细则》(以下简称《外资细则》)所规定的设立外资企业的条件。需由国有资产占控股或主导地位的产业,股权变更不得导致外国投资者或非中国国有企业占控股或主导地位。

国际投资仲裁的第三方出资及其规制

徐树*

- 内容摘要

近来，投资者与国家间投资仲裁程序逐渐成为风险基金的逐利工具。通过与投资者达成第三方出资安排，风险基金承担了投资者仲裁请求的法律费用及败诉风险，但同时也享受按比例分享胜诉利益的权利。该出资安排易影响仲裁机制的公正与独立。对此，可通过主张善意原则、要求履行披露义务、合理分配仲裁费用、拒绝执行仲裁裁决等方式予以规制。中国政府应警惕外国投资者与风险基金合作来向中国提出巨额索赔，而中国投资者可尝试利用第三方出资以降低仲裁成本、转移败诉风险。

- 关键词

国际投资仲裁 第三方出资 风险基金 规制

Abstract: Recently, venture capital funds are more frequently involved in the proceedings of international investment arbitration through the third-party funding agreement with the claimants. Under such funding agreement, venture funds agrees to pay for the relevant

* 徐树，清华大学法学院博士研究生，日本东北大学法学博士候选人。

legal fees of the claimants associated with an arbitration claim and to bear the risk of losing in return for a potential recovery from the resolution of the arbitration claim. Nevertheless, the third-party funding agreement tends to jeopardize the impartiality and independence of international investment arbitration system. Efficient counter-measures to regulate third - party funding may include: (a) the allegation of the good faith principle, (b) the disclosure requirement of third-party funding agreements, (c) the proper allocation of arbitration costs and (d) the refusal to enforce an arbitration decision wherever the arbitration proceeding is influenced by third-party funding. Chinese government should be vigilant against the possible third-party funding aimed at China, while Chinese investors may take a more active role in utilizing the third-party funding agreement to lower their arbitration costs and to transfer the losing risk.

Key words: international investment arbitration third-party funding venture fund regulation

一、风险基金对投资仲裁程序的介入

与一般国际商事仲裁不同的是, 国际投资仲裁^①的管辖权依据在于国家之间的国际投资条约, 投资者可依据东道国与其母国间的投资条约对东道国提起投资仲裁, 从而向东道国寻求巨额赔偿。近年来, 投资仲裁案件急剧膨胀,^② 而

① 国际投资仲裁 (International Investment Arbitration) 也称投资条约仲裁 (Investment Treaty Arbitration) 或投资者与国家间仲裁 (Investor-State Arbitration), 指的是依据国际投资条约对外国投资者与东道国间投资争端予以管辖和裁决的争端解决机制。

② 根据联合国贸易和发展会议 (UNCTAD) 的统计, 截至 2012 年底, 已知的国际投资仲裁案件达到 518 起。其中, 314 起投资仲裁案件被提交至依据 1965 年《解决国家与他国国民间投资争端公约》而成立的“解决投资争端国际中心” (简称 ICSID), 而其余的 204 起投资仲裁案件则被提交至“斯德哥尔摩商会仲裁院” (简称 SCC)、“国际商会仲裁院” (ICC Court of Arbitration) 以及依据《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》 (简称 UNCITRAL 仲裁规则) 等其他仲裁规则所设立的特设仲裁庭。See UNCTAD, Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS), IIA Issues Note, No. 1, March 2013, p. 3.

且其标的额动辄上百万美元。^①正是在这一背景下，投资者的投资仲裁请求迅速成为第三方风险基金（Venture Capital Fund）或“秃鹫基金”（Vulture Fund）的投资产品和逐利工具。^②实践中，投资者可能由于仲裁成本、败诉风险等因素而不愿提起投资仲裁，而此时风险基金的介入即可为投资者承担与仲裁请求相关的一切法律费用，条件是在获得有利裁决后与投资者就该裁决金额按比例分成。

风险基金通过为投资者的仲裁请求提供第三方出资，承担了该仲裁请求的败诉风险，但同时也享受按比例分享胜诉利益的权利。因而风险基金的介入，使得投资者的投资仲裁请求开始“商品化”，其可以对任何投资仲裁请求进行估价并“选购”其认为有利可图的潜在或已有仲裁请求。正因如此，有风险基金的代表人士甚至认为投资仲裁的第三方出资已成为一项高速发展的“产业”。^③

然而，投资仲裁请求的第三方出资在“合法性”和正当性上却备受争议。支持的观点认为法律并不限制这一出资安排，而且其通过为申请人提供法律费用资助从而增加了诉诸正义的筹码。而反对的观点则认为第三方出资安排将导致投资仲裁案件的非正常膨胀，使得被诉东道国被动陷入大量仲裁程序之中，并为此支付巨额的法律费用，因而应当对其予以禁止或者限制。那么，第三方出资安排性质如何？其对于仲裁程序有何影响？对于第三方出资现象可采取哪些规制措施？本文将对这些问题予以探讨，并就中国政府及中国投资者今后的缔约和投资实践提出建议。

① Gus van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2007, pp. 141 - 142.

② 在以资助诉讼、仲裁程序为投资业务的风险基金中，Burford 基金的资金实力最为雄厚。根据 Burford 基金 2012 年的年度报告，Burford 基金的资产总额超过 3 亿美元，2012 年投资诉讼、仲裁程序的利润高达 5400 万美元。参见 Burford 基金 2012 年度报告，载 <http://www.burfordcapital.com/wp-content/uploads/2012/10/2012-FY-Results-Burford-Capital-Annual-Report-TEMP.pdf>，最后访问时间：2013 年 7 月 20 日。

③ See Alison Ross, *The Dynamics of Third-Party Funding*, *Global Arbitration Review*, Vol. 7, 2012, pp. 13 - 24; Bernardo M. Cremades, Jr., *Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration*, *Transnational Dispute Management*, Vol. 4, 2011.

二、第三方出资安排的定性

(一) 与其他权利义务安排的区别

在第三方出资安排下,作为第三方出资机构的风险基金并非投资仲裁的当事方,其仅与作为仲裁申请人的投资者之间存在合同关系。第三方出资机构承担投资者有关仲裁程序的一切法律费用,但对于胜诉的裁决享有约定分成的权利。这一出资安排与投资转让、风险代理、保险关系均有所区别。

其一,第三方出资安排与投资转让不同。当投资者与东道国之间发生投资争端时,投资者既可能通过法律救济途径主张赔偿,也可能将其投资转让给他人。如投资者将其投资权益转让给他人,则其对该投资将不再享有法律上的权利义务,因而也无权就该投资寻求法律救济。而在国际投资仲裁的第三方出资安排下,投资者并未转让其投资权益,投资仲裁请求的提出仍然要通过该投资者进行,而第三方出资机构无权以自身名义提出仲裁请求。

其二,第三方出资安排与风险代理或胜诉酬金协议(Contingent Fee Agreement)不同。在风险代理协议下,律师与投资者之间就律师费用作出特别约定,如败诉则不收取或只收取部分律师费用,如胜诉则按裁决金额比例或协商收费。第三方出资安排与风险代理协议最大的区别在于第三方出资机构并非投资者的仲裁代理人。而且在国内法体制下,对于风险代理协议不同国家有着不同程度的限制,而对于第三方出资安排则通常缺乏相应的监管。对风险代理协议的禁止或限制源于对律师代理行为的特别规制,其政策目的在于避免律师对诉讼或仲裁程序的过渡控制。法国、德国等国目前仍明确禁止律师与原告或申请人之间达成风险代理协议,中国则仅允许律师对涉及财产关系的民事案件实行风险代理收费。^①而在英美法系国家,尽管帮诉和包揽诉讼(Maintenance and Champerty)作为一项普通法罪名仍然存在,但英国、美国、澳大利亚等国事实上已承认风险代理协议的合法性。^②然而,禁止或限制风险代理协议针对的是原告或申请人的律师,对于律师之外的第三方出资

^① 根据《律师服务收费管理办法》第11条、第12条的规定,办理涉及财产关系的民事案件时,委托人被告知政府指导价后仍要求实行风险代理的,律师事务所可以实行风险代理收费,但禁止刑事诉讼案件、行政诉案件、国家赔偿案件以及群体性诉讼案件实行风险代理收费。

^② Willem H. van Boom, Third-Party Financing in International Investment Arbitration, available at: <http://ssrn.com/abstract=2027114>, 最后访问时间:2013年7月20日。

机构则并无相应的监管。因此，尽管第三方出资机构实质上掌控着投资者的诉讼或仲裁程序，但却不受各国法律对于律师行为要求的规制。这也是第三方出资安排在国内诉讼、商事仲裁以及投资仲裁领域迅速发展的主要动力之一。

其三，第三方出资安排与保险关系不同。保险是投资者分散和转移投资风险的传统金融工具。就东道国的政治风险而言，投资者即可在投资争端发生之前就东道国政治风险进行投保，也可在投资争端发生之后就其与东道国间的诉讼或仲裁败诉风险进行投保。其中，诉讼或仲裁费用保险与第三方出资安排存在一定的相似性，但二者的区别在于保险机构的盈利方式为保费，而第三方出资机构的盈利方式为胜诉裁决的利益分享。第三方出资机构的仲裁费用出资是对仲裁请求的投资而非保险，因而其对投资者仲裁程序的影响和控制也更为直接。

（二）第三方出资安排不影响仲裁请求的管辖权基础

投资仲裁案件的管辖需满足属人、属物以及仲裁合意等要件。具体而言，在提交仲裁请求时，投资者及其投资必须符合所援引投资条约对“投资者”、“投资”的定义，而且投资者与东道国之间须存在将该投资争端提交仲裁的合意。^① 如果投资者及其投资符合所援引投资条约的定义，且东道国在该投资条约中明确同意将投资争端提交仲裁，则仲裁庭对于该投资者的仲裁请求具有管辖权。而该投资者是否与第三方机构存在仲裁费用的出资安排并不影响投资者及其投资的性质，因为第三方机构并未受让投资者的投资权益。在2012年12月作出的 *Teinver v. Argentina* 案裁决中，东道国阿根廷以申请人存在第三方出资安排为由提出管辖权抗辩，认为第三方出资机构并非仲裁请求的适格投资者，允许第三方出资机构从投资仲裁机制获益将与该机制的目的和宗旨相悖。但仲裁庭否定了阿根廷的这一抗辩，并指出申请人与第三方机构的出资安排是在仲裁程序开始之后订立的，而在仲裁程序开始之后的事件并不影响仲裁庭的管辖权。^②

^① 详细论证可参见 Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2nd edition, 2009, pp. 106 - 140, 190 - 253.

^② *Teinver S. A., Transportes de Cercanías S. A. and Autobuses Urbanos del Sur S. A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/09/1, Decision on Jurisdiction, 21 December 2012, paras. 239 - 259.

(三) 仲裁庭对第三方出资安排不具有管辖权

第三方出资安排是投资者与第三方机构之间的权利义务约定, 仅在相互之间具有约束力, 而且该安排一般会约定所适用的准据法。投资者与第三方出资机构之间的权利义务关系和投资者与东道国间的投资争端属于不同的法律关系。在投资仲裁案件中, 仲裁庭仅有权依据所援引的投资条约对投资者与东道国之间的投资争端进行管辖, 而对于第三方出资安排并不具有管辖权。^① 因而, 仲裁庭无权对第三方出资安排的合法性、有效性进行认定。事实上, 在仲裁实践中, 对于第三方出资安排的存在仲裁庭通常会选择予以忽视, 不纳入其管辖范围。

三、第三方出资安排的问题及规制

(一) 第三方出资安排对投资仲裁体制的负面影响

投资仲裁庭的管辖权缺失, 使得第三方出资事实上游离在无人监管的“法律真空地带”。在风险基金人士看来, 第三方出资的优势可以概括为诉诸正义、风险管理、财政资助、尽职调查以及丰富经验等多个方面。风险基金通过对投资者的仲裁请求提供财政资助并代为承担败诉风险, 增强了国际仲裁对投资者的吸引力, 进而拓宽了投资者的权利救济途径。而且, 风险基金在对投资者的仲裁请求予以出资之前, 也会运用其丰富经验对该仲裁请求进行尽职调查, 因而增加了该仲裁请求的胜诉可能性。^② 但是, 这些正当化主张的出发点在于投资者的片面利益上, 其并不能否定第三方出资安排对投资仲裁体制所带来的负面影响。

其一, 第三方出资导致投资者的仲裁投机行为。传统上, 投资者在提交投资仲裁前会对投资争端进行综合评估, 从管辖权基础、胜诉概率、仲裁成本以及索赔数额等各方面来考察提交仲裁程序对其是否有利。一旦仲裁败诉, 投资者将会付出相应的仲裁费用、耗费时间以及其他机会成本。然而, 在第

① Eric De Brabandere & Julia Lepeltak, Third-Party Funding in International Investment Arbitration, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, Vol. 27, No. 2, 2012, pp. 379-398.

② Susanna Khouri et al., Third party funding in international commercial and treaty arbitration—a panacea or a plague? A discussion of the risks and benefits of third party funding, Transnational Dispute Management, Vol. 4, 2011; Burford Capital, Third Party Funding in International Arbitration, available at: <http://www.burfordcapital.com/articles/third-party-funding-in-international-arbitration/>, 最后访问时间: 2013年7月20日。

三方出资安排下，投资者的这些顾虑将不再存在。投资者只需以自身名义将争端提交投资仲裁，而其仲裁费用将由第三方出资机构来承担，即使仲裁败诉也不会给投资者带来经济损失，而如果仲裁胜诉，则投资者可与第三方机构对裁决金额按比例分成。对投资者而言，第三方出资安排减少甚至消除了其可能的仲裁成本和风险，因而投资者将倾向于将任何投资争端作为仲裁的“赌注”，从而激发投资者的仲裁投机行为。这不仅不能实现仲裁程序的公平正义，反而将导致仲裁程序的不正当滥用。^①

其二，对东道国公共利益的忽视。投资仲裁体制的目的在于公平、客观地解决投资者与东道国之间的投资争端，在保护投资者合法权益的同时也保障投资对东道国发展的促进作用。然而，第三方出资机构的介入将使投资仲裁体制成为第三方出资机构的投机盈利工具。通过将任何投资争端提交仲裁并主张巨额索赔，东道国的公共财政成为了第三方出资机构的“自动取款机”，一旦仲裁请求获得胜诉，其即可在任何一国法院寻求裁决的执行，并从中分取巨额利益。^② 而且，在第三方出资安排的利益驱动下，投资仲裁案件迅速膨胀，这使得被诉东道国被动陷入大量仲裁程序之中并为此支付巨额的律师费用。例如，在 *Abaclat and Others v. Argentine Republic* 一案中，阿根廷政府仅在该案的管辖权抗辩阶段即支付了 1242 万美元的律师费用，其中包括律师费用、仲裁庭费用、专家证人费用等。^③ 可见，投资者的仲裁投机以及仲裁程序的高成本使得东道国的公共利益受到严重的侵蚀。

其三，披露义务的缺失导致仲裁程序的不公正。由于第三方出资机构并非仲裁程序的当事人，因而其在仲裁程序中不承担任何法律义务。而在当前的投资仲裁体制下，投资者作为仲裁申请人也并不承担将第三方出资安排向仲裁庭予以披露的法律义务。而且事实上，多数仲裁案件中的第三方出资安

① John Beiser et al., *Selling Lawsuits, Buying Trouble: Third-Party Litigation Funding in the United States*, U. S. Chamber Institute for Legal Reform, 2009.

② Pia Eberhardt & Cecilia Olivet, *Profiting from injustice: How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*, Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute, 2012, pp. 57-60.

③ *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2011, para. 684.

排并未主动予以披露。^① 这一披露义务的缺失, 容易导致仲裁员的利益冲突, 从而为仲裁程序的不公正留下了较大的空间。投资仲裁案件中的仲裁员多由当事方自行委任, 而多数仲裁员同时也是律所合伙人、公司顾问或者公司董事。一个案件中的仲裁员很可能同时是该案第三方出资机构的顾问或者律师, 在该第三方出资安排不向仲裁庭予以披露的情况下, 很难保证存在利益冲突的仲裁员不影响仲裁程序的公平与独立。

其四, 第三方出资机构对投资仲裁程序的实际操控。第三方出资机构为投资者支付法律费用的目的在于通过胜诉谋取利益, 因而其出资的前提是确保对仲裁程序的全程掌控。尽管第三方出资机构并非仲裁程序的当事人, 但一旦其与投资者达成出资安排, 其将通过对投资者施加影响从而操控仲裁程序的运作。而这将使投资者的仲裁申请人资格名存实亡, 违背了仲裁当事人之间的相对性。

(二) 对第三方出资安排的规制

第三方出资安排对投资仲裁体制的负面影响, 有必要通过明确的规则予以规制。以下将探讨在现行的投资仲裁体制下对第三方出资安排进行规制的可能途径。

第一, 可依据习惯国际法中的善意原则对第三方出资安排进行审查。善意原则是各国所承认的一般法律原则。根据该原则, 一项国际法权利的行使必须是“善意的”, 不得予以滥用。在投资仲裁体制下, 投资者享有依据国际投资条约将投资争端提交仲裁的权利, 但投资者在享有这一仲裁请求权的同时, 也承担不滥用该权利的义务。如果根据投资者与第三方机构就仲裁请求达成的出资安排, 投资者的仲裁请求完全由第三方机构掌控, 那么此时可以认为投资者的仲裁请求权未能善意地行使, 因为其仲裁请求权事实上为第三方机构所滥用。但是, 目前尚不存在运用善意原则对第三方出资安排进行审查的仲裁案例, 而且善意原则的审查也要求被诉东道国提出充分的证据, 而这在仲裁实践中往往难以实现。在 *Abaclat and Others v. Argentine Republic* 案中, 阿根廷主张申请人的仲裁请求实质上由第三方机构所滥用, 但仲裁庭认为尽管

^① 仅有少数投资仲裁案件的申请人主动将其第三方出资安排予以披露。例如, 在 *Oxus Gold ple v. Republic of Uzbekistan* 案中, Oxus 公司通过媒体将对其仲裁费用进行出资的第三方机构信息予以披露。参见路透社信息披露, <http://www.reuters.com/article/2012/03/01/idUS101378+01-Mar-2012+RNS20120301>, 披露时间为 2012 年 3 月 1 日。

第三方机构可能从申请人的仲裁请求中获益这一事实在道德上可能受到谴责，但是在本案中第三方机构的介入并不构成对申请人权利和仲裁程序的滥用。^①

第二，仲裁庭可将第三方出资安排作为仲裁费用分配的考虑因素。多数双边投资条约并未就投资仲裁的费用分配作出规定，因而仲裁庭对于仲裁费用的分配具有充分的自由裁量权，其有权决定将仲裁费用由当事双方平均分配或者由败诉当事方承担所有或者大部分的仲裁费用。实践中，仲裁庭在对仲裁费用进行分配时通常会考虑当事方的成功比例、当事方在仲裁程序中的行为、公平正义等多个因素。^② 当投资者与第三方机构存在仲裁费用的出资安排时，投资者相对于被诉东道国明显处于更为优势的地位。而且，第三方机构的介入也往往倾向于将仲裁程序延长和复杂化，因为第三方机构对仲裁请求的出资目的在于盈利，只有当该仲裁请求足够细致且其法律依据得到充分论证时，才可能增加其胜诉可能性。因此，当仲裁庭足以确信第三方机构实质上控制和影响仲裁程序时，其可以将此作为仲裁费用分配的考虑因素，要求由申请人承担所有或者大部分的仲裁费用，从而间接地由第三方机构来承担该费用。^③ 但是，是否以第三方出资安排作为仲裁费用分配的考虑因素的决定权在仲裁庭，在仲裁实践中尚未有支持的案例。此外，以第三方出资安排的存在为由要求申请人承担全部或大部分仲裁费用在实践中也可能促使申请人刻意隐瞒事实上存在的第三方出资安排。

第三，依据仲裁规则要求仲裁员履行披露义务。仲裁程序的透明化是实现仲裁机制公平、公正、独立的重要保障。第三方出资安排的存在，有可能影响与该第三方出资机构有业务往来的仲裁员的公正性。但在实践中，投资者往往选择隐瞒第三方出资安排的存在，这无疑对仲裁程序的公正性和独立性构成潜在威胁。尽管相关国际投资条约以及仲裁规则并未给投资者施加相关的披露义务，但是作为案件裁判的仲裁员则承担相关信息的强制性披露义务。有关投资仲裁的仲裁程序规则均要求仲裁员对可能影响其公平、独立的

① *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2011, paras. 655–658.

② 王海浪：《ICSID 体制下仲裁费用分担的实证分析》，载《国际经济法学刊》2005 年第 4 期，第 229 页。

③ Eric De Brabandere & Julia Lepeltak, *Third-Party Funding in International Investment Arbitration*, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, Vol. 27, No. 2, 2012, pp. 390–393.

事项予以披露。例如, UNCITRAL 仲裁规则第 11 条规定, 可能被指定为仲裁员的人, 应披露可能对其公正性和独立性产生有正当理由怀疑的任何情况。同样, ICSID 仲裁规则第 6 条规定, 仲裁员在仲裁庭第一次开庭之前或期间, 应作出声明, 将其与当事方之间的专业、商业以及其他任何方面的往来以及任何可能影响独立裁判的其他情况予以披露。尽管该规定并未明确仲裁员披露义务的范围是否包括其与第三方机构的关系, 但从仲裁程序的公平、独立性要求出发, 这些情况也属于可能影响公平、独立仲裁的事项, 因而应当认定为包含在内。因此, 第三方出资机构对仲裁程序可能带来的利益冲突可以通过仲裁员的披露义务予以限制。如果仲裁员未能履行其披露义务, 东道国可主张仲裁员的不公正导致违背正当法律程序, 并据此申请撤销该案裁决。

第四, 对于第三方出资机构介入的投资仲裁案件, 东道国可依据国内法拒绝执行该案裁决。在当前的投资仲裁体制下, 一项投资仲裁裁决的执行取决于其所依据的仲裁规则。对于依据 ICSID 公约作出的仲裁裁决, ICSID 公约的各缔约国均负有承认和执行的义务。但该公约第 55 条同时也允许缔约国以本国有关国家豁免的法律为由拒绝执行仲裁裁决。因此, 对于第三方出资机构介入的投资仲裁案件, 东道国可以国家享有执行豁免为由拒绝执行该仲裁裁决。当然, 投资者也可能在东道国以外的其他国家寻求裁决的执行, 对此东道国仍然可坚持其国家财产的执行豁免权。而对于依据其他仲裁规则作出的仲裁裁决, 投资者可依据《承认及执行外国仲裁裁决公约》(简称《纽约公约》) 在该公约缔约国寻求裁决的承认及执行。但是, 《纽约公约》并不否定各国有关执行豁免的国内法律规定, 而且该公约第 5 条也允许缔约国以执行裁决将违反该国公正政策为由拒绝执行该裁决。因而对于第三方出资机构介入的投资仲裁案件, 东道国不仅可以主张国家的执行豁免, 还可以第三方出资行为违背本国公共政策为由拒绝执行裁决。

四、对中国政府及中国投资者的启示

截至 2013 年 6 月 1 日, 中国对外签订且已生效的双边投资条约已达到 104 项,^① 其中绝大多数条约允许投资者将“与征收补偿额有关的争议”或“任何

^① 参见联合国贸发会议官方网站“截至 2013 年 6 月 1 日已缔结的双边投资协定列表”专栏: http://unctad.org/Sections/dite_pccb/docs/bits_china.pdf, 最后访问时间: 2013 年 7 月 20 日。

投资争议”提交国际仲裁。尽管中国目前仅有一例被诉案件,^①但随着中国吸引外资的迅猛发展,外国投资者将其与中国政府之间的投资争端诉诸国际仲裁将“只是个时间的问题”。^②而且,在第三方机构的资助下,越来越多的外国投资者可能会尝试将投资争端提交国际仲裁,因为一旦胜诉其即可获得巨额的赔偿,而即使败诉也无须承担仲裁的相关费用。因此,在未来的投资仲裁案件中,中国政府有必要对第三方出资安排提高警惕,以防止第三方风险基金通过与投资者的出资安排来向中国政府提出巨额索赔。如果获得败诉裁决,中国政府可以考虑主张国家财产的执行豁免以防止他国法院任意执行该裁决,也可以考虑主张第三方出资机构对投资仲裁程序的介入违反了本国公共政策,因而拒绝执行该仲裁裁决。但是,这并不能完全排除第三国法院依据本国法律执行该裁决的可能性,而且,中国政府也可能因其拒不执行该裁决而面临国际社会的质疑。因此,最为稳妥的应对措施是在投资条约中对第三方出资安排作出明确限制,例如,在投资仲裁条款中明确要求投资者将其第三方出资安排予以披露,并要求仲裁庭在第三方机构不正当影响仲裁程序时对投资者作出不利裁决。

对于对外投资的中国投资者而言,第三方出资安排也不失为一个减少投资损失、转移败诉风险的有效途径。中国投资者依据双边投资条约对外国政府提起投资仲裁的案件目前仅有三起,^③而仲裁成本、律师费用的居高不下以及仲裁败诉的风险是中国投资者较少利用投资仲裁机制的主要原因之一。对此,如果能够有效利用第三方机构的仲裁费用出资,即可在不承担高昂的仲裁费用以及败诉风险的同时提高仲裁索赔的成功机会。这对于资本实力尚不雄厚的多数中国投资者而言不失为一个保障海外投资权益的新方法。当然,在与第三方机构达成仲裁出资安排之前,中国投资者有必要对第三方出资机

^① Ekran Berhad v. People's Republic of China, ICSID Case No. ARB/11/15, pending as of 2013.

^② Zhuang-Hui Wu, International Arbitration for Chinese-Foreign Disputes: Emerging Choices in 2012, International Law News, Vol. 41, No. 2, 2012.

^③ Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium, ICSID Case No. ARB/12/29, pending as of 2013; China Heilongjiang International Economic & Technical Cooperative Corp., Qinhuaqdaoshi Qinlong International Industrial, and Beijing Shougang Mining Investment v. Republic of Mongolia, UNCITRAL Case, pending as of 2013; Tza Yap Shum v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/07/6, Award of 7 July 2011.

构的资产、信誉情况作出全面的尽职调查，以避免第三方出资机构存在欺诈或在仲裁程序途中临时撤资的情况。中国投资者目前对外国政府提起的三起投资仲裁案件，包括由黑龙江国际经济技术合作公司等三家中国企业对蒙古政府提起的投资仲裁案件、由中国平安保险公司对比利时政府提起的投资仲裁案件以及由香港居民谢叶深对秘鲁政府提起的投资仲裁案件。前两个案件仍在进一步审理之中，具体案件信息尚未对外界公开。对于这两个案件中的中国企业而言，其可以考虑与风险基金达成第三方出资安排，以转移仲裁败诉的风险并减少所承担的仲裁费用。

跨国破产的可仲裁性问题研究

齐翀*

● 内容摘要

一直以来，世界各国破产法旨在对破产申请人债务清偿顺序作出规制的同时，还关乎对破产公司的消灭与社会公共利益的救济。^①由此，在传统的破产法中，破产争议向来不具有可仲裁性。然而，随着国际商事仲裁的发展和跨国破产争议的频发，破产问题的可仲裁性愈发值得学界反思和探讨。当下，国际商事仲裁与跨国破产程序之间的冲突主要表现在两个方面：其一，在破产程序开始前，若所有利益相关方均同意并自愿签订了破产仲裁条款，约定将与破产财产相关的争议交付仲裁机构审理，那么此时该仲裁条款是否具有可执行性；其二，在仲裁程序进行中，若一方当事人宣告破产，那么此时仲裁程序与跨国破产程序之间的冲突该如何协调。^②本文将从上述两方面着手，研究造成国际商事仲裁与跨国破产程序之间冲突的诸多因素，进而对此冲突的解决提出建

* 齐翀，北京大学国际法学院美国法 JD 和中国法硕士研究生。

① 杜新丽：《国际商事仲裁理论与实践专题研究》，中国政法大学出版社 2009 年版，第 61 页。

② 杜新丽：《跨国破产与国际商事仲裁的冲突与弥合》，载《比较法研究》2012 年第 1 期，第 98 页。

议,即以美国当下的立法、司法实践为参考,在界定不同类型的跨国破产争议的同时,建立不同的解决机制。

Abstract: All the time, the purpose of bankruptcy law in different countries is not limited to the debt-repayment, it does matter the elimination of corporations and the rescue of public welfare. ^① This is one basic reason why bankruptcy disputes are not subject to commercial arbitration in traditional bankruptcy law. However, with the recent development of international commercial arbitration and the frequent emergence of transnational bankruptcy disputes, it is time to reconsider the arbitrability of international commercial disputes arising out of transnational bankruptcy. Currently, the conflicts between international commercial arbitration and transnational bankruptcy proceedings are mainly reflected in two aspects. One is that if all the parties involved contracted a bankruptcy arbitration agreement before entering into bankruptcy proceedings, whether such arbitration agreement is enforceable when necessary. The other is that during the arbitral proceeding, if one party files the bankruptcy claim, then how to solve the conflicts between international commercial arbitral proceedings and transnational bankruptcy proceedings. ^② This essay is going to analyze the underlying factors contributing to the conflicts between international commercial arbitration and transnational bankruptcy proceedings from these two aspects above, and then put forward suggestions that distinction among different types of transnational bankruptcy disputes should be made, as the current legislative and judicial practice in the United States.

^① Xinli Du, *International Commercial Arbitration: Theory and Practice*, 61 (2009) .

^② Xinli Du, *The Conflicts and Integration between Transnational Bankruptcy and International Commercial Arbitration*, *Comparative Studies on Jurisprudence* 98 (2012) .

一、概述

在传统的破产法中,破产争议向来不具有可仲裁性。作为唯一的国家审判机构,法院被赋予了对破产争议的最终裁判权。通常的法律语境下,破产法不仅是调整债权人与债务人之间权利义务关系的实体部门法,更是一套复杂的程序规则,且这一规则关系到债权人对债务人破产财产的清偿顺序等诸多问题。^①然而,破产法的立法宗旨并不仅限于对破产申请人债务清偿顺序的规制,它还关乎破产公司的消灭与社会公共利益的救济。^②而这也成为了破产争议不具有可仲裁性的一个关键因素。

当前,国际商事仲裁与跨国破产程序之间的冲突主要表现在两个方面:其一,在破产程序开始前,若所有利益相关方均同意并自愿签订了破产仲裁条款,约定将与破产财产相关的争议交付仲裁机构审理,那么此时该仲裁条款是否具有可执行性;其二,在仲裁程序进行中,若一方当事人宣告破产,那么此时仲裁程序与跨国破产程序之间的冲突该如何协调。^③

正如一位中国学者所言,跨国破产程序是极其繁复的,因为它不仅涉及到跨国破产仲裁协议法律适用的问题,还关系到跨国破产可仲裁争议的范围等。^④本文将从上述两方面着手,研究造成国际商事仲裁与跨国破产程序之间冲突的诸多因素,考察不同国家的立法和司法实践,进而对此冲突的解决提出建议,即参考美国当今的立法和司法实践,在界定不同类型的跨国破产争议的同时,建立不同的解决机制。

二、国际商事仲裁程序与跨国破产程序间的冲突

一直以来,争议事项的可仲裁性问题在国际商事仲裁中都是一个重要的法律议题,因为它关系到仲裁协议的有效性、仲裁庭的管辖权以及仲裁裁决

① Alan N. Resnick, *The Enforceability of Arbitration Clauses in Bankruptcy*, 15 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 220 (2007).

② 杜新丽:《国际商事仲裁理论与实践专题研究》,中国政法大学出版社2009年版,第61页。

③ 杜新丽:《跨国破产与国际商事仲裁的冲突与弥合》,载《比较法研究》2012年第1期,第98页。

④ 张玲:《跨境破产的国际合作——国际私法的视角》,法律出版社2007年版,第12页。

的效力。^① 当前, 世界各国在设定商事仲裁范围时都会不约而同地规定: 涉及公共秩序或公共利益的事项不具有可仲裁性, 因为这些事项的解决都关乎统治秩序的维持与否。^② 在传统的破产法中, 破产争议与公共政策紧密相关, 因此一直以来仅有法院对破产争议享有管辖权。首先有必要分析国际商事仲裁程序与跨国破产程序之间的冲突, 并阐述跨国破产仲裁的意义。

(一) 国际商事争端可仲裁的合理性

仲裁是商事争端的私力解决方式, 其包含了契约因素和司法因素。^③ 双方当事人基于意思自治原则签订仲裁协议, 并基于仲裁协议开始仲裁程序。仲裁员应当本着公正无私的原则对当事人提交的商事争议进行仲裁裁决, 而后再由执行地法院对该裁决进行承认和执行。换言之, 仲裁是一种被赋予了公力效力的私力争端解决方式。^④ 具体说来, 一些争议事项的可仲裁性问题不仅关系到特定私主体之间的权益, 还关乎一国对商业竞争和公共利益的政策性影响。司法实践中, 凡涉及上述事项的争议解决问题, 其司法管辖权皆归一国司法机构所有, 任何仲裁机构对此种争议不享有管辖权。不难看出, 一方面, 当前各国对具有可仲裁性商事争议的范围作出了严格界定, 并以此作为限制涉及公共政策问题的商事争议具有可仲裁性的可能。^⑤ 于是, 各国相继设立用以裁定涉及公共政策争议的司法机构, 并以国家强制力作为执行司法裁判的最终保障, 而这一司法程序的展开是与特定私主体间的意思自治无关的。另一方面, 对于不涉及公共利益和公共秩序的争议, 各国可以允许当事人意思自治解决, 即公权力适当让渡私权利。^⑥

(二) 跨国破产与公共政策

如前所述, 破产法既是调整债务人与其债权人之间权利义务关系的实体部门法, 更是一套如何实现权益清偿的复杂程序规则。^⑦ 可以说, 破产争议的

① 郭海瑞:《破产案件的可仲裁性分析》,载《研究生法学》2008年第5期,第27页。

② 郭海瑞:《破产案件的可仲裁性分析》,载《研究生法学》2008年第5期,第27页。

③ 李泮桦:《商事仲裁与破产的冲突与弥合》,中国政法大学硕士学位论文,2010年,第3页。

④ A. J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1985: towards a Uniform Judicial Interpretation*, 360 (1981) .

⑤ 李泮桦:《商事仲裁与破产的冲突与弥合》,中国政法大学硕士学位论文,2010年,第3页。

⑥ 郭海瑞:《破产案件的可仲裁性分析》,载《研究生法学》2008年第5期,第27页。

⑦ Alan N. Resnick, *The Enforceability of Arbitration Clauses in Bankruptcy*, 15 *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* 220 (2007) .

解决与一国的公共政策具有紧密的联系，因为一旦特定破产者无力清偿的经济现实成为了一种普遍的经济现象，那么这势必将导致一国经济发展的滞涨。为了防止这一严重社会问题的发生，各国政府相继建立了破产问题领域的豁免与预防机制，而这也正是一国公权力对于其公共政策考量与维护的体现。^① 具体而言，破产法的实施是以债权人与债务人之间既有的经济关系为前提的。一旦债务人因财务或经济困难无力清偿而导致无法继续履行合同义务时，该债务人与其债权人之间的合同关系将濒于瓦解，于是如何在其众多债权人之间分配其有限的财产，并安抚其他利益相关者，如该破产公司中的雇员，便成为了亟待解决的问题。在此种情况下，一项不受当事人意思自治原则规约的公共政策便应运而生了。正如前文所言，破产法的制定不只在于对债务清偿问题的解决，其更多地关乎破产公司的消灭与社会公共利益的救济。

与单纯的国内破产问题相比，跨国破产便显得更为繁复了。随着上个世纪跨境贸易与投资的兴起，跨国破产问题逐渐出现，并在全球金融市场一体化的进程中得以发展。跨国破产案例主要包括“破产债务人在一个以上国家拥有资产或该债务人的债权人有的不是来自进行破产程序的国家等案件。”^② 正如一位中国学者所言，从广义上说，跨国破产是指含有涉外因素的破产案件。^③ 其中，涉外因素主要包括三种情况：首先，主体涉外，即债权人与债务人分处于两个或两个以上的国家或法域；其次，客体涉外，即破产财产位于两个或两个以上的国家或法域；最后，法律关系涉外，即破产中涉及的法律关系与外国或外法域有关。^④ 正如前文所述，跨国破产关系到仲裁协议法律适用、跨国破产可仲裁争议的范围和破产专属法院裁决的域外效力等问题。而这些问题的解决不仅关系到一国国内的公共政策，还将对其他国家的公共政策产生一定的影响。

（三）国际商事仲裁与跨国破产之冲突的两个表现方面

如前所述，国际商事仲裁与跨国破产之间的冲突在一定程度上是难以调和和解决的。当前，这一冲突主要表现在以下两个方面：其一，在跨国破产

① 李泮桦：《商事仲裁与破产的冲突与弥合》，中国政法大学硕士学位论文，2010年，第5页。

② 《联合国国际贸易法委员会跨国界破产示范法及颁布指南》，第二部分第一章（1）。

③ 张玲：《跨境破产的国际合作——国际私法的视角》，法律出版社2007年版，第5页。

④ 张玲：《跨境破产的国际合作——国际私法的视角》，法律出版社2007年版，第5页。

程序开始前,合同双方或几方是否可以自愿签订仲裁协议,约定将与合同相关的争议事项交由指定的仲裁机构审理。其二,若一方当事人在国际商事仲裁程序已经开始的情况下向破产专属法院提起了破产诉讼,则已经进行的仲裁程序是否会受到后来发生的破产程序的影响及其影响的程度问题。^①

从各国立法传统上来看,仲裁庭对于部分商事争议可能不具有管辖权,如,证券争议、反垄断争议、破产争议和知识产权争议等。^②尤其在大陆法系国家,上述争议的管辖权被严格地界定给了一国国内的司法机构。仅就跨国破产争议而言,各国政府通常将其视为不具可仲裁性的争议事项,其原因如下:首先,不论是大陆法系国家还是普通法系国家,没有一部破产法或仲裁法规定跨国破产争议事项可以交由仲裁机构进行裁决;其次,跨国破产争议事项不仅仅是破产债务人及其债权人之间的私人争议,更涉及对公共秩序与公共利益的维护,此类争议应由一国司法机构进行审理和裁决;^③再次,破产制度的建立旨在通过重组或清偿的方式帮助公司摆脱财政或经济困难;最后,跨国破产案件中的一些争议事项涉及破产程序中的核心问题,如破产财产的清偿顺序、破产程序、债权人逾期未申报债权等问题,而此类问题同其他国际商事争端具有很大区别。^④

三、影响国际商事仲裁与跨国破产程序之冲突的因素

跨国破产仲裁程序极其繁复,因为它不仅关系到跨国破产仲裁协议法律适用的问题,还关乎跨国破产可仲裁争议的范围和仲裁裁决的域外效力等。以下从两个层面逐一剖析影响国际商事仲裁与跨国破产程序间冲突的潜在因素。

(一) 跨国破产案件中仲裁协议的法律适用

在世界范围内,因为各国国内法对于仲裁与破产争议之间的关系的界定在很大程度上是不同的,^⑤所以,仅就同一跨国破产案件中的仲裁协议而言,

① 高华超:《当事人破产对国际商事仲裁程序的影响》,载《研究生法学》2010年第2期,第17页。

② 郭海瑞:《破产案件的可仲裁性分析》,载《研究生法学》2008年第5期,第28页。

③ 郭海瑞:《破产案件的可仲裁性分析》,载《研究生法学》2008年第5期,第28页。

④ 郭海瑞:《破产案件的可仲裁性分析》,载《研究生法学》2008年第5期,第28页。

⑤ 李叶丹:《国际商事仲裁中当事人破产对仲裁庭管辖权的影响》,载《仲裁研究》2009年第3期,第49页。

各国对其效力的承认程度必定大相径庭。因此,论及影响国际商事仲裁与跨国破产程序之间冲突的因素,首当其冲的便是仲裁协议的法律适用问题。

由世界各国普遍的司法实践来看,在当事人已经选择仲裁协议有效性的准据法之时,应按照当事人意思自治来判断仲裁协议的效力。^①但也有学者认为,若是当事人在协议中选择了实体争议的准据法,则该准据法也可用于判定仲裁协议的有效性问题。^②虽然到目前为止还没有一部旨在解决上述问题的国际条约被制定出来,但在跨国破产案件的司法实践中,若双方当事人未在仲裁协议中明确选择准据法,则对于仲裁协议有效性的准据法的确定应遵循“仲裁地法”(lex loci arbitri)原则。^③其原因有二:首先,当事人对仲裁地的选择通常不是随意而为的,而是经过一定的法律检索和法律认知的过程的,因此仲裁地的法律最符合当事人的本意,也最能体现其意思自治的原则;其次,因为只有仲裁地法院才享有对该地仲裁机构裁决的撤销权,所以仲裁地法理应得到优先考量。^④但是僵化地适用仲裁地法也是不科学的,在国际商事仲裁的法律实践中,仲裁员更倾向于在当事人未选择准据法之时适用能够使得仲裁协议有效的法律。^⑤

在当下,就跨国破产案件中仲裁协议准据法的适用而言,世界各国的司法实践大相径庭。一些学者甚至主张当事人本国法律应当适用于有关当事人的一切争议事项,^⑥但该主张至今还未被世界多数国家承认和接受,争议颇多。但在一定程度上,它的确体现了一种解决跨国破产案件中对仲裁协议准据法的选择的新趋势,即在一定程度上破产地法应当受到仲裁庭的尊重。^⑦

① 李叶丹:《国际商事仲裁中当事人破产对仲裁庭管辖权的影响》,载《仲裁研究》2009年第3期,第49页。

② Redfern et al., *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 86 (2004).

③ Redfern et al., *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 12 (2004).

④ 李叶丹:《国际商事仲裁中当事人破产对仲裁庭管辖权的影响》,载《仲裁研究》2009年第3期,第49页。

⑤ ICC Award No. 8540.

⑥ Rosalind Mason Omar, *Cross-Border Insolvency Law: Where Private International Law and Insolvency Law Meet*, *International Insolvency Law Themes and Perspectives*, Ashgate Publishing Limited, Hampshire 46 (2008).

⑦ 李叶丹:《国际商事仲裁中当事人破产对仲裁庭管辖权的影响》,载《仲裁研究》2009年第3期,第49页。

2008年英国上议院在 Syska&Elektrium S. A. v. Vivendi Universal S. A. & Another^①案中,对破产地法的适用便体现了这种新趋势。^②

在 Syska&Elektrium S. A. v. Vivendi Universal S. A. & Another 一案中,波兰公司 Elektrium S. A. 与两家法国公司 Vivendi Universal S. A. 和 Vivendi Telecom S. A. 签订了一份包括仲裁条款在内的商业合同,并约定现在或将来发生的合同项下的任何争议皆交由伦敦国际仲裁院(London Court of International Arbitration, “LCIA”)审理。2007年在 Elektrium S. A. 向华沙地区法院提起破产诉讼前, Vivendi 已依据仲裁条款向伦敦国际仲裁院就 Elektrium S. A. 的违约行为提起了仲裁,且该仲裁程序已经开始。根据波兰破产重组法 142 条^③的规定,一旦破产程序开始,任何仲裁协议将归于无效,然而英国仲裁法并没有此项规定。Elektrium S. A. 主张合同中的仲裁条款已于自己宣告破产之时失效。而英国高等法院并不支持 Elektrium S. A. 的上述主张,而支持了伦敦国际仲裁院对于破产条例第 4 款(2)(e)^④的适用。法院认为,仲裁进行过程中一方破产,判定仲裁程序是否应该继续进行的准据法是仲裁地法;但是在仲裁开始前,破产程序已经进行,那么判定仲裁协议是否应当进行的准据法就应当是破产地法。尽管至今就跨国破产案件争议的解决,世界各国的司法实践仍不统一,但 Syska&Elektrium S. A. v. Vivendi Universal S. A. & Another 一案的司法判决表达了欧洲法院对于判定仲裁协议效力的准据法的最新趋势,^⑤即在一定程度上破产地法应当受到仲裁庭的尊重。

(二) 跨国破产争议的可仲裁性

在国际商事仲裁中如何处理跨国破产争议,涉及到仲裁协议的效力、仲

① Syska&Elektrium S. A. v. Vivendi Universal S. A. & Another, APP. L. R. (2008) .

② 李叶丹:《国际商事仲裁中当事人破产对仲裁庭管辖权的影响》,载《仲裁研究》2009年第3期,第49页。

③ Polish Law on Bankruptcy and Reorganization, Art. 142. “Any arbitration clause concluded by the bankrupt shall lose its legal effect as at the date bankruptcy is declared and any pending arbitration proceedings shall be discontinued.”

④ Insolvency Regulation, Art. 4 (2) (e) . “The law of the State of the opening of proceedings shall determine in particular: the effects of insolvency proceedings on current contracts to which the debtor is party.”

⑤ 李叶丹:《国际商事仲裁中当事人破产对仲裁庭管辖权的影响》,载《仲裁研究》2009年第3期,第49页。

裁庭的管辖权和仲裁裁决的承认与执行等重要而又复杂的问题。^①从广义上讲,跨国破产争议的可仲裁性问题大体可以划分为两类:一类被称为“客观可仲裁性”,这是指对交付仲裁的争议事项本身的限制;另一类被称为“主观可仲裁性”,这是对订立仲裁协议的当事人主体资格的限制。^②

1. 跨国破产争议事项的客观可仲裁性

就跨国破产争议事项的客观可仲裁性而言,当前世界各国的司法实践可以被划分为四类。

(1) 跨国破产争议事项不具有可仲裁性

在一些国家,其国内法已明确规定跨国破产案件中的所有争议一概不具有可仲裁性,^③均应交由适格的司法机构进行审理。正如前文所述,破产争议不仅涉及破产债务人与其债权人等特定私主体之间的权利义务关系,更关乎政府对商业竞争和社会公共利益等领域中的相关政策的制定。因此,为了更好地保护并实现上述权益,所有与破产案件相关的争议事项均应由破产法院享有专属管辖权。^④例如,根据法国判例法,关于跨国破产问题的所有法律准则均属于国际公共政策的范畴,为了保证和支持特定的公共破产程序和债权人的平等受偿,所有的个人诉讼包括仲裁程序都应该中止。破产债权人不能根据他与债务人在破产前订立的仲裁协议申请仲裁。^⑤此外,德国、奥地利、日本与澳大利亚也有类似的法律规定。^⑥

(2) 跨国破产争议事项可仲裁性待定

在一些国家,其国内法并没有明确规定跨国破产争议事项是否具有可仲裁性,而仅仅界定了可仲裁事项的范围。例如,《瑞士联邦国际私法典》第177条^⑦规定,所有与财产权益相关的争议都可以提交指定仲裁机构审理,立

① 高华超:《当事人破产对国际商事仲裁程序的影响》,载《研究生法学》2010年第2期,第18页。

② 高华超:《当事人破产对国际商事仲裁程序的影响》,载《研究生法学》2010年第2期,第18页。

③ 高华超:《当事人破产对国际商事仲裁程序的影响》,载《研究生法学》2010年第2期,第19页。

④ Poudret Jean & Besson Sebastien, *Comparative Law of International Arbitration*, 305 (2007) .

⑤ 韩建:《现代国际商事仲裁法的理论与实践》,法律出版社2000年版,第455页。

⑥ 韩建:《现代国际商事仲裁法的理论与实践》,法律出版社2000年版,第455页。

⑦ Switzerland' s Federal Code on Private International Law Art. 177.

约双方均不得以彼此分处不同国家或法域为由拒绝仲裁。此外,1999年《瑞典仲裁法》第1条^①规定,若某项争议可以通过私力救济的方式解决,那么其利益相关者可以通过事先订立仲裁协议的方式而将该争议事项交由一位或数位仲裁员审理。由此,将来可能发生的该合同项下的任何争议都可交由指定仲裁机构审理。综上,不难看出,以瑞士和瑞典两国为代表的一些国家,虽未在其国内法中明确规定跨国破产争议事项的可仲裁性问题,但却间接界定了可仲裁事项的范围。

(3) 跨国破产争议事项具有可仲裁性

在一些国家,其国内法明确规定了跨国破产争议事项具有可仲裁性。例如,1996年《香港仲裁条例》第五章第1款和第2款规定,如果合同签订的一方破产,则破产管理人或合同相对方应当依合同中的仲裁条款将跨国破产争议事项提交指定的仲裁机构审理。未在上述条款规定范围内的争议事项,破产管理人应先征得债权人委员会的同意,进而向法院申请要求将该争议事项诉诸指定的仲裁机构。除香港外,比利时、澳大利亚也有类似的司法实践。

(4) 跨国破产争议事项的可仲裁性取决于该争议事项的类型

相比前述三种不同的司法实践,笔者认为,将跨国破产争议事项化分为不同的种类并以此作为判定其是否具有可仲裁性,是迄今为止最为成熟的司法实践。在美国,回溯上个世纪八十年代,Northern Pipeline Construction Co. v. Marathon PipeLine Co.^②案首次支持了美国宪法第3条对国会利用其立法权赋予法院对所有破产争议享有管辖权的禁令。两年后,1984年破产法修正案颁布施行,并首次对核心破产程序和非核心破产程序加以区分。^③具体说来,核心破产程序是指那些由且仅由破产专属法院享有管辖权的争议事项,例如,指定破产管理人、开始重组程序等。此类争议事项皆不可诉诸仲裁机构,不具有可仲裁性。而非核心破产程序包括了破产案件中除上述事项外的其余全部事项,例如,商业合同项下的债权债务纠纷。就此类争议事项是否具有可

① The Swedish Arbitration Act of 1999, § 1.

② Northern Pipeline Construction Co. v. Marathon PipeLine Co. 458 U. S. 50 (U. S. Minn., 1982).

③ Bankruptcy Amendment Act of 1984, "Section 157. 28 USC 157" Procedures (b) (2) Core proceedings include, but are not limited to —

"(A) matters concerning the administration of the estate; (B) … (O) other proceedings affecting the liquidation of the assets of the estate or the adjustment of the debtor-creditor or the equity security holder relationship, except personal injury tort or wrongful death claims."

仲裁性,至今仍无定论。^① 在 1987 年的 *Distrigas Corp.*^② 案中,法院首次对合同中仲裁条款的独立性予以承认,进而剖析了国际商事仲裁与破产争议事项之间的关系,并指出破产法的立法目的既是为了拯救破产公司,又是为了维护公共秩序、保护公共利益。然而在本案中,债务人无力重组破产公司,更重要的是,法院注意到债权人与债务人之间的商业合同项下的争议事项并不涉及任何公共利益问题,据此,法院判定债权人与债务人合同中的仲裁条款继续有效,这便意味着该合同项下的破产争议事项具有可仲裁性。此外,在 1989 年的 *Hays and Company*^③ 案中,第三巡回上诉法院指出 1984 年《修订破产和联邦法官法》没有明确规定仲裁协议是否可以适用于非核心破产争议事项,因此,该法案并没有直接赋予地区法院以禁止当事人将非核心破产争议诉诸仲裁机构的权力。相反地,在 *Re Double TRL, Inc.*^④ 案中,法院判定破产债务人的营业额争议属于核心破产事项,法院对此事项享有管辖权。

2. 跨国破产争议事项的主观可仲裁性

跨国破产争议事项的主观可仲裁性主要关乎两个法律问题。首先,在跨国破产程序开始后,若破产债务人的民事权利能力和民事行为能力受到限制,那么在破产程序开始前由该债务人签订的仲裁协议的法律效力是否会受到影响?在此情况下,立约双方是否还可以依据原仲裁条款申请仲裁?其次,在跨国破产程序中,被指定的破产管理人是否有权撤销之前由该破产债务人签订的仲裁协议?该破产管理人是否有权签订仲裁协议并以此作为解决破产争议事项的依据?^⑤ 以下篇幅将从上述两方面着手论述跨国破产争议事项的主观可仲裁性。

(1) 破产程序开始前所签订的仲裁协议的有效性

在破产程序进行中,若破产债务人的民事权利能力和民事行为能力都受到限制,这便意味着其已不再是适格的法律主体了,并在一定程度上已将其

^① 高华超:《当事人破产对国际商事仲裁程序的影响》,载《研究生法学》2010年第2期,第19页。

^② *Societe National Algerienne Pour La Recherche, La Production, Le Transport, La Transformation et La Commercialization des Hydrocarbures, An Algerian National Corporation v. Distrigas Corporation*, 80 B. R. 606 (1987) .

^③ *Hays and Company v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner and Smith*, 885 F.2d 1149 (3rd Cir. 198) .

^④ *Re Double TRL, Inc.*, 65 B. R. 993 (Bkrcty. E. D. N. Y., 1986) .

^⑤ 黄薇:《破产仲裁问题研究》,华东政法学院硕士学位论文,2007年,第27页。

行为能力让渡给了破产管理人。

a. 破产管理人意欲继续履行合同时仲裁协议的有效性

就未被完全履行的商业合同而言,一旦破产管理人决定继续履行该合同项下的义务,这便意味着其已经接受了该合同中的仲裁条款。关于该仲裁条款的有效性,存在分别以英国和美国为代表的两种不同的司法实践。

1986年《英国破产法》第314条规定,如果立约一方宣告破产,则破产管理人有权依原合同中的仲裁条款解决该合同项下的一切争议。随后,1996年《英国仲裁法》附录三第53条第2款、第3款规定,如果破产管理人拒绝履行原合同中的仲裁条款,则其应当事先获得利益相关方的准许。由此可见,在破产程序开始前,由破产债务人与其他利益相关方签订的仲裁协议被当然地推定为有效。除英国外,印度的司法实践亦是如此。

在美国,1978年《破产改革法》第9010条c款^①规定,即便一些破产争议事项已超出破产法院的专属管辖范围,该法院仍有权裁定立约方是否可将上述事项提交仲裁机构审理。随后,1984年《修订破产和联邦法官法》在一定程度上对此进行了修订。在 *In re Knepp*^② 案中,法院判定鉴于《联邦仲裁法》与《破产法典》之间的立法冲突,破产法院为了维护债权人的利益而有权拒绝承认破产案件中仲裁条款的效力。由此不难看出,尽管当下没有法律条款明确规定破产管理人在开始仲裁程序前应先征得破产法院的同意,但在美国的司法实践中,破产法院对该问题确实享有最终决定权。^③

b. 破产管理人拒绝履行合同时仲裁协议的有效性

就未被完全履行的商业合同而言,若破产管理人拒绝履行合同,此时的法律问题便成为:破产债权人可否作为第三方主体将争议事项提交之前指定的仲裁机构审理。就此,当前各国的司法实践不尽相同,有些国家对此种情况下的仲裁协议的有效性持肯定态度,而有些国家则不然。

认为此种情况下仲裁条款仍然有效的司法实践大体可以分为三类:其一,根据仲裁协议独立性的原则,“合同的变更、解除、终止、失效或无效以及存

① Bankruptcy Reform Act 1978, rule 9010 Compromise and Arbitration, (c) “Arbitration. On stipulation of the parties to any controversy affecting the estate the court may authorize the matter to be submitted to final and binding arbitration.”

② *In re Knepp*, 229 B. R. 821 (Bkrctcy. N. D. Ala. 1999) .

③ 黄薇:《破产仲裁问题研究》,华东政法学院硕士学位论文,2007年,第31页。

在与否，均不影响仲裁条款或仲裁协议的无效”。^① 这便意味着在跨国破产案件中，一旦破产程序开始，除破产债务人外的任一当事人均有权依仲裁条款将该合同项下的争议事项提交指定仲裁机构审理。例如，根据美国《联邦仲裁法》第2条^②的规定，相较基础合同而言，其中的仲裁条款是具有绝对的独立性的。但是，《破产法》第365节^③规定破产管理人有权在债务人宣告破产后拒绝履行原合同项下的义务。上述两则条款之间的冲突与弥合在 *Tobin v. Plein*^④ 案中被充分地体现出来。本案中，破产管理人在债务人宣告破产后，拒绝履行债务人的合同义务。破产法院裁定该争议事项不得交由仲裁机构审理。随后，上诉法院推翻了破产法院的这一判决，并裁定若债权人对债务人的违约之诉是在债务人宣告破产之前，则破产管理人可以依仲裁协议继续之前的仲裁程序。^⑤ 其二，一些国家的法院认为，如果寻求执行仲裁协议的一方当事人放弃了该权利，那么仲裁协议便不能得到强制执行，其效力有待于推敲。^⑥ 在此种情况下，如果合同双方仍愿意将其破产争议事项提交仲裁机构审理，则双方需与法院协商，共同决定。^⑦ 其三，在另一些国家的司法实践中，当破产管理人拒绝履行合同时，其中的仲裁协议的有效性应交由法院裁定。例如，

① 林一飞：《国际商事仲裁法律与实务》，中信出版社2005年版，第113页。

② U. S. Federal Arbitration Act, Chapter I Section 2. “A written provision in any maritime transaction or a contract evidencing a transaction involving commerce to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such contract or transaction, or the refusal to perform the whole or any part thereof, or an agreement in writing to submit to arbitration an existing controversy arising out of such a contract, transaction, or refusal, shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract.”

③ Bankruptcy Act, 11 U. S. C. § 365 (a) “Except as provided in sections 765 and 766 of this title and in subsections (b), (c), and (d) of this section, the trustee, subject to the court’s approval, may assume or reject any executory contract or unexpired lease of the debtor.”

④ *Tobin v. Plein*, 301 F.2d 378 (2nd Cir. 1962).

⑤ *Tobin v. Plein*, 301 F.2d 378 (2nd Cir. 1962).

⑥ 黄薇：《破产仲裁问题研究》，华东政法学院硕士学位论文，2007年，第39页。

⑦ *Hart Ski Manufacturing Co. v. Maschinentabrik Hennecke*, 711 F.2d 845 (8th Cir. 1983).

根据1986年《英国破产法》第349条A第3款^①和第4款^②的规定,破产法院对破产争议事项是否应当提交仲裁机构审理等问题具有自由裁量权。

诚然,当破产管理人拒绝履行债务人原合同义务时,对其中的仲裁协议的有效性采取积极肯定的态度,从某种意义上来说是合理而公正的。但是一些学者认为,破产管理人作为一个独立于破产债务人的法律主体,是本不应该受到该债务人原仲裁协议的约束的。尤其是在该破产管理人已明确拒绝履行尚未履行完毕的合同时,就更不应该受到该仲裁协议的规制了。^③ *Allegaert v. Perot* 案便充分印证了这一点。本案中,法院判决如下:“当破产管理人无法雇佣到任何证券从业人员,并无法取得任何相关交易记录时,证券交易所章程和调整协议中的仲裁条款不得被执行,至于仲裁程序中已被调取的证据的有效性尚待司法机关的最终确认。因为以上事项均涉及对公共政策的维护问题,仅司法机关对此享有管辖权。”^④ 此外,芬兰法律明确规定,若破产管理人意欲中止债务人在破产前签订的合同,则该破产管理人便不再受该合同项下的仲裁协议的约束。^⑤

(2) 破产程序进行中所签订的仲裁协议的有效性

尽管在破产清算过程中,破产管理人被赋予了一定的权利,但破产法对其权利也作出了相应的限制,如债权人委员会的设立和法院的监督等。因此,在跨国破产案件中,只有在获得债权人委员会或法院允许的情况下,破产管理人才能够开始或继续已经开始的仲裁程序。

① Insolvency Act 1986 § 349A (3) “If the trustee in bankruptcy does not adopt the contract and a matter to which the arbitration agreement applies requires to be determined in connection with or for the purposes of the bankruptcy proceedings——

(a) the trustee with the consent of the creditors’ committee, or

(b) any other party to the agreement,

may apply to the court which may, if it thinks fit in all the circumstances of the case, order that the matter be referred to arbitration in accordance with the arbitration agreement.”

② Insolvency Act 1986 § 349A (4) “In this section——

‘arbitration agreement’ has the same meaning as in Part I of the Arbitration Act 1996; and

‘the court’ means the court which has jurisdiction in the bankruptcy proceedings.”

③ *Allegaert v. Perot*, 548 F.2d 432 (2nd Cir. 1977) .

④ *Allegaert v. Perot*, 548 F.2d 432 (2nd Cir. 1977) .

⑤ 韩建:《现代国际商事仲裁法的理论与实践》,法律出版社2000年版,第455页。

a. 美国的司法实践

美国第一部近代破产法案是 1898 年颁布的《国家破产法》，又称“纳尔逊法案”。其中第 26 条^①破产管理人可以在法院允许的范围内与利益相关者签订仲裁协议，并将破产争议事项提交制定的仲裁机构审理。此后，1988 年的《司法改进与公正法》第 654 条^②规定，某些地区法院可以在一些有争议的破产程序中批准自愿仲裁与强制仲裁。其目的在于减轻破产专属法院的诉讼负担。^③至此，仲裁作为一种私力救济的方式被正式引入了破产领域。但是，《司法改进与公正法》也规定了仲裁中的败诉方可以就该破产争议事项在法院重新提起诉讼，这在打破了仲裁裁决终局性原则的同时，也增加了利益相关方的诉讼成本。从某种意义上来说，这是与破产法的立法目的相左的。^④

b. 其他国家的司法实践

根据 1986 年《英国破产法》第 314 条第 1 款^⑤和附表 5 第 1 章第 6 条^⑥的规定，如果破产管理人事先已经获得了债权人委员会或破产专属法院的同意，则其可将破产争议诉诸仲裁。此外，法国法律也规定在破产程序中，破产管

① The National Bankruptcy Act of 1898, Art. 26 (a) “The trustee may, pursuant to the direction of the court, submit to arbitration any controversy arising in the settlement of the estate.”

② Judicial Improvements and Access to Justice Act, § 654 (a) “Referral of Actions to Arbitration. — Notwithstanding any provision of law to the contrary and except as provided in subsections (a), (b), and (c) of section 652 and subsection (d) of this section, a district court may allow the referral to arbitration of any civil action (including any adversary proceeding in bankruptcy) pending before it when the parties consent, except that referral to arbitration may not be made where—

(1) the action is based on an alleged violation of a right secured by the Constitution of the United States;

(2) jurisdiction is based in whole or in part on section 1343 of this title; or

(3) the relief sought consists of money damages in an amount greater than \$ 150,000.”

③ 黄薇：《破产仲裁问题研究》，华东政法学院硕士学位论文，2007 年，第 35 页。

④ Vesna Lasic, *Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration*, 112, 122 (2001) .

⑤ Insolvency Act 1986, sec. 314 (1) “The trustee may—

(a) with the permission of the creditors’ committee or the court, exercise any of the powers specified in Part I of Schedule 5 to this Act.”

⑥ Insolvency Act 1986, Schedule 5, Part I, 6 “ [Trustee in bankruptcy has] power to refer to arbitration, or comprise on such terms as may be agreed on, any debts, claims or liabilities subsisting or supposed to subsist between the bankrupt and any person who may have incurred any liability to the bankrupt.”

理人签订仲裁协议被认定是超越了其一般权限的行为,因此,破产管理人需事先征得法院同意,并及时通知债务人。^①再如,德国法律规定破产管理人在破产程序进行中有权与利益相关方签订仲裁协议,但其应事先征得债权人委员会的同意。^②因为该仲裁协议的签订将会影响债权人的利益,而债权人委员会的设立被看作是对债权人利益的保护。

四、解决国际商事仲裁与跨国破产程序之冲突的途径

当前,随着世界大多数国家对《承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》)的签署和加入,国际商事仲裁中的法律限制逐年减少,而这也体现了国际商事仲裁的发展趋势。尽管如此,跨国破产程序中的两方面局限性仍不可忽略:其一,破产程序是具有地域性特征的,这便意味着在域外执行破产冻结颇具难度。其二,如果域外债权人与破产执行地国家没有“最低限度联系”,那么该执行地法院很难主张对该债权人享有司法管辖权。

为了解决国际商事仲裁与跨国破产程序之间的冲突,在一定程度上,各国在司法实践中应给予商事仲裁协议更多的优先效力。具体说来,其一,在跨国破产案件中,公共政策作为拒绝执行仲裁裁决的理由,应当进行狭义解释。除非当事人将核心破产争议事项提交仲裁机构审理,或执行破产仲裁裁决对执行地国的公共政策相悖,否则司法机构不得中断破产仲裁程序的进行。其二,一旦域外破产仲裁程序开始,无论其发生于破产程序开始前或后,该仲裁裁决仍然是有效力的。^③

首先,根据《纽约公约》,所有缔约国应当平等对待外国仲裁裁决,除非出现公约中规定的例外情形。其次,在表明如何支持国际商事仲裁上,Scherkv. Alberto-Culver Co. 案属典型个案。在本案中,美国最高法院判决将国际商事仲裁的优先性以联邦政策的方式在法律上加以确定。自此,大部分的破产专属法院都承认了国际商事合同中仲裁条款的效力。^④即便在跨国破产案件中,司法机构也不应对公共政策的涵义作扩大解释。再次,要尊重当事人

① 黄薇:《破产仲裁问题研究》,华东政法学院硕士学位论文,2007年,第36页。

② 黄薇:《破产仲裁问题研究》,华东政法学院硕士学位论文,2007年,第36页。

③ 黄薇:《破产仲裁问题研究》,华东政法学院硕士学位论文,2007年,第46页。

④ Fred Neufeld, Enforcement of Contractual Arbitration Agreement Under The Bankruptcy Code, 65 Am Bankr. L. J. 533 (1991) .

的意思自治原则与对结果可预见性的期待。合同双方选择争议解决方式时,最主要的考虑因素就是能依自己选择的方式解决争议,能够预见争议解决的结果,并能够得到承认与执行。^①正因为国际商事仲裁可以同时满足当事人对中立性和可预见性的需求,所以其在国际上被广泛适用。此外,在 Scherk 案中,美国最高法院指出,“拒绝执行国际协议中的仲裁条款无疑将会破坏国际商业和贸易的构造,并危及商人们签订国际协议的意愿和能力”。^②同时,在 Mitsubishi Motors 案中,美国最高法院还指出,“国际上市体系对争议解决的可预见性的需要要求我们执行当事人之间的协议,即使这将导致与国内情况相反的结果”。

五、结论

综上,在当下多数国家的司法实践中,跨国破产案件因其本身的独特性而不被准许提交仲裁机构审理。为了解决国际商事仲裁与跨国破产程序之间的冲突,美国就该法律问题的立法和司法实践值得借鉴。美国破产专属法院对破产争议中的核心事项享有管辖权,但无权否认仲裁庭对破产争议中非核心事项的管辖权。^③就跨国破产争议而言,一国国内司法机构应尊重仲裁协议或仲裁条款的独立性,并承认仲裁机构对于非核心破产事项享有管辖权。而这一原则的实现依赖于以下两点,这也即是本文提出的两点建议:其一,公共政策一直以来都是法院用以否认仲裁庭对破产争议享有管辖权的主要依据,笔者认为,在涉及跨国破产的情形下,法院应对公共政策的涵义本身作狭义解释和适用。除非仲裁庭越权受理了破产案件中的核心争议,或对破产裁决的执行与该执行地国公共政策相悖,否则一国的司法机构无权中断破产仲裁程序的进行。其二,一旦域外破产仲裁程序开始,无论其发生于破产程序开始前或后,该仲裁裁决仍然有效。^④由此,便可在尊重当事人意思自治的基础上,更好地保障当事人对结果的可预见性期待。而这也正是国际商事仲裁作为一种纠纷解决方式被广泛应用在国际商事领域的关键因素。

① 黄薇:《破产仲裁问题研究》,华东政法学院硕士学位论文,2007年,第47页。

② Scherk v. Alberto-Culver Co. 417 U. S. 517 (U. S. Ill. 1974) .

③ Hays and Co. v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc. 885 F. 2d 1149 (3d Cir. 1989) .

④ 黄薇:《破产仲裁问题研究》,华东政法学院硕士学位论文,2007年,第46页。

专题研讨：房地产及建设工程法律问题研究

商品房买卖纠纷中质量不合约定的法律适用

——对最高法院司法解释若干条文的理解

王小林*

● 内容摘要

商品房质量约定为合格的，必须是所有分部分项工程合格，否则即为不符合约定。除非另有约定，对质量不合格分部分项工程返工整改不能免除、抵消出卖人承担减少价款的违约责任。影响主体结构安全和整体使用功能的不合格分部分项工程，不能约定免除返工整改。质量不符合约定，买受人主张按差价减少价款并返还的应予支持。可以约定减轻或免除出卖人对标的物各类瑕疵的担保责任。质量瑕疵不是质量不合格。涉及公共利益的质量瑕疵买卖双方不能约定免除。除表面瑕疵外，出卖人告知标的物瑕疵应通过合同形式且应列举。出卖人承担是否告知瑕疵和基本效用显著降低的举证责任。

● 关键词 最高法院 买卖合同纠纷 司法解释 商品房 质量约定

* 王小林，呼和浩特仲裁委员会仲裁员，呼和浩特市麦迪逊置业公司副总经理，高级工程师，国家注册监理工程师，国家注册一级建造师。邮箱：wangxiaolin_8341@163.com。

Abstract: If the quality of commercial housing contracts for qualified, it must be all part of the project qualified. Otherwise, it is non-conforming. It is ought to supported that buyers claim to reduce and return price differences. Unless otherwise agreed, the rework rectification on the unqualified part of project can not exempt or offset the liability for breach of contracts that sellers bear the price reduction. About the unqualified part of project on the effect of the main structural safety and the overall use of function, both sides cannot agree to dispense the rework rectification. But both sides can agree to reduce or waive the sellers' obligation under bond about each of the subject matter defects. The quality defect is not unqualified. About the quality defects involving the public interests, both buyers and sellers cannot agree to dispense the related liability. In addition to the surface defects, sellers should inform the subject matter defects through the form of contracts and list. Sellers bear the burden of proof about whether to inform the defects and the basic utility significantly reduced.

Key words: the Supreme People's Court sales contract disputes judicial interpretation commercial housing quality conventions

引言:

2012年3月通过的《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》(以下简称“司法解释”)于该年7月1日开始施行。该司法解释第23、32、33条将对房地产宏观调控背景下日渐增多的商品房买卖纠纷诉讼或仲裁案件产生重大影响,本文结合工程与法律对如何理解和适用这三条文作出阐述,希望可以为合同约定和裁判实务提供参考。

一、对司法解释第23条的理解和法律适用

司法解释第23条规定:标的物质量不符合约定,买受人依照合同法第111条的规定要求减少价款的,人民法院应予支持。当事人主张以合同约定的

标的物 and 实际交付的标的物按交付时的市场价值计算差价的，人民法院应予支持。

价款已经支付，买受人主张返还减价后多出部分价款的，人民法院应予支持。

（一）适用本条规定时，必须对本条所称的质量、约定、市场价值、差价等概念有准确、充分的认识和理解

1. 关于“质量”

房屋质量按国家标准划分为合格、不合格。

（1）按建筑质量验收规范，具体可划分为建筑工程整体质量、主体结构工程质量、分部工程质量、分项工程质量、检验批质量。

建筑质量合格，一定是所有分部、分项工程合格，检验批主控项目合格，观感质量在一般以上（一般、较好、好）。检验批是质量评定的最小单位，其检测方法分为全数检测和抽查检测。合格评定以检测点数的数学百分比确定。这意味着全数检测和抽查检测得出的质量合格不表示所有检测点合格。

（2）按建设阶段，可划分为设计质量、施工质量。设计质量和施工质量最终表现为建筑成品质量。建筑成品质量全部内容是本条司法解释所称标的物质质量。

工程质量的形成过程是由设计质量和施工质量组成的。但建设工程领域通常所说的质量一般是指施工质量，发生问题的一般也多数是施工质量。设计质量不合格并不必然导致工程质量不合格。如设计深度不够也是不合格，但并不导致工程质量不合格。

2. 关于“约定”

商品房买卖合同通常约定质量标准（建筑整体质量）合格，国家对住宅还规定应分户（套）验收质量合格。合同约定质量合格自然包括建筑成品质量全部内容合格。

3. 关于“市场价值”

（1）签订合同时标的商品房的市场价值：合同载明的价款即为当时的市场价值。该价款应为交易的真实价款，即已给予折扣、减免、优惠后的价款。如同时还有贵重物或使用权赠送（如车库、车位），应剔除其价值。

（2）实际交付时标的商品房的市场价值：此时出卖人新签订与标的商品房同类的房屋合同价款，即为实际交付时的市场价值。没有新签订合同时，

应以距此时最近的合同价款为市场价值。

实际交付时标的商品房的市场价值应以交易凭证为据。即使买卖双方签有阴阳合同，反映真实现金流的交易凭证会说明真相。

4. 关于“差价”

差价即签订合同时标的商品房的市场价值与实际交付时标的商品房的市场价值的差额。根据质量争议发起人只可能是买受人的特点，差价只能是实际交付时市场价值高于合同签订时市场价值时所形成的顺向差价，否则对买受人没有意义。

（二）质量不合同约定的法律适用

法律适用时应当主要把握住该条文的核心条件：质量约定和市场价值差价。

在主张标的房屋质量不符合约定，要求减少价款的诉讼或仲裁请求时，质量不符合约定是唯一条件，只要该条件成立，则请求应予支持。实践中，此种情况发生在购房后房价下跌，购房人以质量不符合约定为由要求减少价款。

在主张按市场价值计算差价的诉讼或仲裁请求中，质量是必要条件，差价是充分条件，只有同时具备，仲裁庭方可支持买受人主张。实践中，此种情况发生在购房后房价上涨，购房人以质量不符合约定为由要求除按购买价外还要再按差价减少价款。

应该注意，要合理确定质量不合同约定的部分占商品房整体的比例，再综合考虑质量不约定的严重程度，在此基础上决定减价数额或差价数额。实践中可以按工程造价组成分解。如质量不约定的部分的造价占全部工程造价的5%，在主张减少价款的诉讼或仲裁请求中，应按签约价格的5%和质量不约定的严重程度决定减价数额；在主张按市场价值计算差价的诉讼或仲裁请求中，应按签约价格的5%和质量不约定的严重程度，除按购买价外还要再按差价决定减少价款的数额。

1. 如何认定质量不符合约定

通常情况下商品房买卖合同对质量的约定是合格，即质量要符合国家验收规范的合格标准，精装修房同时还可能约定以样板间观感质量、装修部品材料品质和品牌作为装修质量实物标准。

（1）目前，具有建筑质量认定资格资质的只有各级建筑质量监督站，具

有精装修质量认定资格资质的除各级建筑质量监督站外,还有隶属技术监督局的质量检测部门,如需要对建筑或装修材料做检测和对室内环境单独做检测,还包括有资质的其他机构。司法机关应该根据具体争议合理选择委托上述机构作出质量鉴定结论后再行裁判。

(2) 商品房买卖合同对质量约定合格,并不具体细化到约定房屋各部位各项目质量,如主体结构、墙面、地面、门窗、水、暖、电等分部分项工程的强度、平整度、空鼓、位置、渗漏、电阻等。

(3) 在工程实践中会出现,商品房整体工程验收合格,但不排除出现某套住宅不合格;某套住宅合格,但不排除出现某些部位或某些项目不合格。这种情况不符合质量合格标准,属不合格工程,可认定为构成质量不符合约定。

除非双方另有约定,对不合格部位或项目应当返工整改,返工整改并不自动免除或抵销买受人主张出卖人应当承担减少价款或按市场价值计算差价的违约责任。

(4) 根据建筑法和相关法律法规,影响主体结构安全和影响整体使用功能的不合格分部分项工程,返工整改是当事人无条件单独履行的法定义务,不能通过约定免除。对确实无法通过返工整改或返工整改难度过大、成本过高的,经过设计人重新复核,确认可以降低主体结构等级使用或降低使用功能条件的,应当与能够返工整改的在减少价款上有所区别。

应当注意,涉及主要主体结构不合格的,应按建筑法及相关法律法规办理,构成犯罪的按刑事法律处理,不是单纯通过减价途径或双方其他约定即能解决的。

2. 如何认定实际交付时标的商品房的市场价值是确定差价的关键

本条司法解释所称实际交付时标的商品房的市场价值即市场价,必须是实际交付时间点的、由同一工程同类商品房实际成交价体现的市场价,而不是任意时间点的市场价,更不是挂牌价。如果实际交付时间点没有成交案例,应以实际交付时间点为准向前或向后延伸,或前后等距离延伸,直到有实际成交案例为止。在这个时间段内的成交价或平均成交价应视为实际交付时的市场价。在纠纷项目没有成交价的特殊情况下,可以周边相邻工程同类商品房市场价为参考。

(1) 市场价认定基本有两种情况:出卖人在实际交付时的成交价体现的

市场价；同一项目同期同成色二手房市场实际成交价体现的市场价。两者应以实际交付时相对较低者作为计算差价的市场价依据。

出卖人在实际交付时的成交价体现的市场价，应包括有据可查的各种价格折扣、减免、低值品赠送等因素。如出卖人承担契税等税费、送装修费、免若干年的物业费、赠送车位等，应剔除在外。

(2) 同一项目同期同成色二手房实际成交价体现的市场价，因出卖人境况不同、对价格期望值不同，故不能是一个孤立成交案例，宜取不少于三套房的面积单价平均值作为市场价。同时，二手房成交时间应与发生质量争议的房屋实际交付时间一致，但这是一个时段，而不能局限为某个时间点。

(3) 市场价认定时，特殊情况下还包括周边类似房屋市场价，这种情况由于可能没有可比性，故难以认定，但不能断然排除。如某个发生质量争议的楼盘在实际交付时点上没有新房成交或没有同期同成色二手房实际成交价，出卖人也没有降价，但周边类似商品房项目新房成交价或同成色二手房成交价明显低于质量争议楼盘，此种即为特殊情况。

以周边类似商品房项目新房成交价或同成色二手房成交价确定市场价是一个复杂问题，既需要买受人举证，也需要裁判者慎重认定。

在双方对市场价的举证中，最有证据力的当属交易凭证。

二、对司法解释第 32、33 条的理解和法律适用

司法解释第 32 条规定：合同约定减轻或免除出卖人对标的物的瑕疵担保责任，但出卖人故意或因重大过失不告知买受人标的物瑕疵，出卖人主张依约减轻或免除担保责任的，人民法院不予支持。

司法解释第 33 条规定：买受人在缔约时知道或应当知道标的物质量存在瑕疵，主张出卖人承担瑕疵担保责任的，人民法院不予支持，但买受人在缔约时不知道该瑕疵会导致标的物的基本效用显著降低的除外。

(一) 适用司法解释第 32、第 33 条时，必须对其所称的标的物瑕疵概念有准确、充分的认识和理解

商品房标的物瑕疵包括物的瑕疵和权利瑕疵。物的瑕疵又包括质量瑕疵，也包括物的其他瑕疵。

质量瑕疵，是指建设过程中形成的工程质量瑕疵，包括施工形成的质量瑕疵和设计形成的质量瑕疵。

其他瑕疵,是指在规划、设计、销售过程中形成的其他瑕疵,如采光通风、面积差异、窗的朝向或大小或有无、设施完善情况等。其他瑕疵中的部分内容可能与设计形成的质量瑕疵有重叠。

权利瑕疵,是指如土地剩余年限、证照情况、土地或在建工程抵押情况,甚至包括风俗情况等造成的瑕疵。应该注意,土地性质、房屋性质不属于权利瑕疵。

(二) 质量瑕疵和质量不符合约定是既有联系又完全不同的两个概念,导致的工程结果和法律后果截然不同。应当注意区分和细分质量瑕疵、表面瑕疵、观感瑕疵和质量不合格

1. 由于现阶段生产力发展水平限制和客观规律,质量瑕疵不可避免。质量瑕疵不等于质量不合格,质量瑕疵以质量合格(即符合约定)为前提条件。质量不合格不是质量瑕疵

(1) 建筑产品的原材料和工序环节众多,参与人众多,完全消除质量瑕疵会有相当大的人力物力投入,与瑕疵对实际使用的不利影响相比,投入产出不合理,所以没有必要完全彻底消除质量瑕疵。这是司法解释第 33 条并非无条件支持买受人主张出卖人承担质量瑕疵担保责任的经济学原因。

(2) 世界上没有绝对完美完善的事物,完美完善是相对的。质量瑕疵不可能完全彻底消除,存在质量瑕疵符合客观规律。这是法律并非无条件支持买受人主张出卖人承担质量瑕疵担保责任的哲学原因。

2. 质量瑕疵按瑕疵形成过程可分为:施工质量瑕疵、设计质量瑕疵,最终形成建筑成品的工程质量瑕疵

(1) 施工质量瑕疵。包括建筑安装施工形成的瑕疵和精装修施工形成的瑕疵。工程实践中施工瑕疵主要体现为:工程合格,分部分项工程合格,构成工程合格基础条件的检验批合格,但检验批中的少数点位不合格。如:墙面、地面、顶棚、管道、阀门、开关插座、暖气片等出现的不方正、不平整、空鼓、裂缝、开裂、渗漏等。

施工瑕疵还可分为表面瑕疵和隐蔽瑕疵。表面瑕疵包括观感瑕疵在内,是可以直接看见或感受到的。隐蔽瑕疵是隐藏于表面之下不能直接看到或不能全部感受到的。这些即构成施工质量瑕疵。

(2) 设计质量瑕疵。包括建筑设计瑕疵和装修设计瑕疵。设计质量瑕疵主要体现为设计不尽合理,如平面或剖面设计不合理、材料或设备选用不合

理、节点构造不合理均可造成瑕疵。设计质量瑕疵并不必然导致施工质量瑕疵，但多数情况下会导致使用功能瑕疵，个别情况下直接表现为施工质量瑕疵。

(3) 因质量瑕疵导致的基本效用显著降低。基本效用是指使用功能的基本效用。设计质量瑕疵和施工质量瑕疵都可能导致使用功能的基本效用显著降低。因设计质量瑕疵导致的基本效用显著降低多数是永久性的，不可补救或补救费用较大。如：卫生间无法同时合理布置坐便器、浴缸、洗脸盆，导致使用功能基本效用显著降低，造成使用不便。因施工质量瑕疵导致的基本效用显著降低多数可以补救，但有时补救费用巨大。如：外墙保温厚度不均匀或保温材料的保温阻燃性能不够，导致外墙使用功能基本效用显著降低。

(三) 因瑕疵引发的合同纠纷法律适用

对于此类纠纷，在法律适用时应当主要把握住四个关键点：出卖人对标的物的瑕疵担保责任、出卖人故意或者因重大过失不告知买受人标的物瑕疵、买受人知道或应当知道标的物质质量瑕疵、买受人不知道质量瑕疵会导致基本效用显著降低。

1. 标的物瑕疵概念与标的物质量瑕疵概念是种属关系

由前述可知，司法解释第32条所称的标的物瑕疵概念与司法解释第33条所称的标的物质量瑕疵概念的内涵与外延不同，是种属关系，在合同纠纷法律适用中如不加以区分将引起混乱。除非有优先约定，涉及标的物瑕疵的，除质量瑕疵外，应适用司法解释第32条；涉及质量瑕疵的，应适用司法解释第33条。

2. 司法解释第32条所涉合同纠纷的法律适用

(1) 合同可以约定减轻或免除出卖人对标的物的瑕疵担保责任。

如没有任何减轻或免除担保责任的约定，即使在期房签约时尚未形成相应实物而通过图纸展示告知，已经形成相应实物且通过现场考察方式明示的，出卖人对物的瑕疵也必须承担全部或部分担保责任。现房合同亦如此，出卖人必须承担物的瑕疵担保责任。

物的数量瑕疵在商品房买卖合同中有明确约定。

(2) 合同可以约定减轻或免除出卖人对标的物的权利瑕疵的担保责任。

如没有任何约定，即意味出卖人承担权利瑕疵担保责任。

当出卖人对标的物权利瑕疵负有行政或刑事责任时，虽然属于其他法律

单独处理的问题,应与出卖人的民事责任脱钩,但买受人不得以出卖人标的物的权利瑕疵涉及行政或刑事为由,主张减轻或免除包括质量在内的担保责任的约定无效,要求出卖人承担标的物质质量瑕疵责任。

(3) 出卖人如果有故意或因重大过失不告知买受人标的物瑕疵的行为,则应承担标的物瑕疵担保责任。出卖人在诉讼或仲裁中对是否有故意或重大过失的行为承担举证责任。出卖人对买受人的告知义务,也必须是通过书面形式,而不能只有店堂告示。房屋买卖不是即时交易,所以应当在合同中明确告知,口头告知没有凭据当属无效。

3. 司法解释第33条所涉合同纠纷的法律适用

本条适用于买受人在缔约时知道或应该知道标的物质质量存在瑕疵,以及虽然知道标的物质质量存在瑕疵但不知道该瑕疵会导致标的物的基本效用显著降低而引发的纠纷。

(1) 买受人在缔约时知道或应该知道标的物质质量存在瑕疵,主张出卖人承担瑕疵担保责任的,不予支持。

在现房买卖时,通常应当认为买受人知道或应当知道标的物质质量存在表面瑕疵。买受人主张出卖人承担表面瑕疵担保责任的,仲裁庭应当不予支持。

在期房买卖时,通常也应当认为买受人知道或应当知道标的物质质量存在表面瑕疵而无须出卖人明示,因为质量合格即同时意味着不排除存在质量表面瑕疵。但可能对使用功能严重不利的平面尺寸和门窗口位置尺寸等设计瑕疵造成的表面瑕疵,如果期房签约时尚未形成相应实物,应当通过图纸展示告知,已经形成相应实物的,通过现场考察方式明示的,视为买受人知道或应当知道设计瑕疵造成的表面瑕疵。否则应当认为买受人不知道或不应当知道存在因设计瑕疵造成的表面瑕疵,除非出卖人在合同中明示。

(2) 隐蔽瑕疵有其特殊性,或许特定状况不出现时永远也不会暴露,即便专业人士也未必能及时察觉。故不能泛泛告知,应当明确列举,以便买受人判断具体的隐蔽瑕疵对是否缔约的影响。

在现房买卖时,如果出卖人没有在合同中对已发现的隐蔽瑕疵一一列举、书面告知,应当认为买受人不知道或应该不知道标的物质质量存在隐蔽瑕疵。买受人主张出卖人承担隐蔽瑕疵担保责任的,应当支持。

在期房买卖时,除非出卖人书面告知并有明确的列举,否则应当认为买受人不知道或应该不知道标的物质质量存在隐蔽瑕疵,买受人主张出卖人承担

隐蔽瑕疵担保责任的，应当支持。

(3) 买受人在缔约时不知道该瑕疵会导致标的物的基本效用显著降低，主张出卖人承担瑕疵担保责任的，应当支持。

基本效用是指使用功能的基本效用。标的物的基本效用降低是指与该瑕疵有关的使用功能基本效用降低，不能扩大解释为整个标的物的基本效用降低。如住宅的卫生间按设计施工后如出现无法合理布置坐便器、洗面盆、浴缸、淋浴房，即属于该卫生间的使用功能的基本效用显著降低，但作为整套住宅的基本效用并无显著降低。

现房买卖时，导致标的物的基本效用降低的瑕疵仅限于隐蔽瑕疵。

期房买卖时，对平面尺寸和门窗口位置尺寸等设计瑕疵可能导致的基本效用降低，期房买卖时如果通过图纸展示或现场考察方式，应当视作出卖人履行了告知义务，买受人知道或应该知道该瑕疵会导致标的物的基本效用降低。但因设计瑕疵导致的标的物的基本效用降低的隐蔽瑕疵，以及施工过程中形成的导致标的物的基本效用降低的隐蔽瑕疵，必须书面告知，否则应当认为买受人在缔约时不知道或不应该知道该瑕疵会导致标的物的基本效用降低。

导致标的物的基本效用降低的隐蔽瑕疵，不是泛指所有已经存在或未来可能存在、发生的隐蔽瑕疵。泛泛所指的隐蔽瑕疵告知是出卖人模糊或规避合同责任的行为，还会造成出卖人疏于对标的物质量的管理责任。对没有确定所指的将导致基本效用显著降低的隐蔽瑕疵书面告知，仲裁庭应当不予认可。

4. 严重影响房屋整体使用功能或第三人利益的质量瑕疵因涉及公共利益，不可以通过买卖双方约定免除担保责任

比如：各类管道不畅通、渗漏或不合理的管道布置会严重影响整体使用功能。此种瑕疵即便有双方约定，因涉及包括第三人在内的公共利益，所以是无效的。

结语：

尽管商品房销售合同通常对质量要求以及质量瑕疵担保责任等有约定（如在一定期限内的维修、保修等），但由此产生的争议仍然时有发生。如果合同发生争议提起仲裁或诉讼，对于司法解释的适用就至关重要了。司法解释第 23 条法律适用中的难点在于市场价的认定；第 32 条法律适用中的难点在

于确认出卖人是否有故意或重大过失而不告知标的物存在瑕疵；而第 33 条法律适用中的难点在于确认买受人在缔约时不知道该瑕疵会导致标的物的基本效用显著降低。在具体适用中，还需要裁判者结合行业惯例、交易经验和纠纷案件具体情况作出判断，以使裁判结论最大程度地契合该司法解释的目的和精神。

关于转包与违法分包工程的法律问题

郭兴隆*

- 内容摘要

本文拟对转包及违法分包建设工程诉讼及仲裁实务中的法律问题进行梳理和分析。包括转包建设工程的形态与法律效力，分包序列、劳务分包的性质，以及转包和违法分包建设工程合同纠纷案件的诉讼及仲裁实务观点。

- 关键词

转包 违法分包 造价结算 法律实务

Abstract: This paper sorted out and analyzed the legal issues about construction litigation and arbitration practice of subcontracting and illegal subpackage. It included morphology and legal effect of subcontracting and the nature of subcontracting sequence and labor subcontracting as well as litigation and arbitration practice view about construction project contract disputes of subcontracting and illegal

* 郭兴隆，山东恒越律师事务所合伙人，专业工程律师。具有律师、建造师、注册税务师、助理工程师、预算员资格。济南仲裁委员会工程纠纷仲裁员，淄博市律师协会建筑与房地产委员会委员，中国民主建国会会员。著有《工程索赔法律实务》（人民法院出版社2011年版）。电话：13455346688。

subpackage project.

Keywords: subcontracting illegal subpackage cost settlement
legal practice

鉴于我国目前建筑市场秩序的混乱,有些建筑施工企业为追求不正当利益,转包及违法分包建设工程的情形时有发生。本文针对转包及违法分包建设工程的法律风险进行分析,以期引起建筑施工企业重视。

一、关于转包工程的法律问题

(一) 转包工程的形态

根据建筑法、合同法、《建设工程质量管理条例》及《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》的有关规定,转包工程行为表现为以下三种形式:

第一,直接转包:承包单位承包建设工程后,不履行合同约定的责任和义务,将其承包的全部建设工程转给他人完成的情形。

第二,肢解转包:承包单位将其承包的全部建设工程肢解以后以分包的名义分别转给其他单位承包的情形。

第三,视同转包:总包单位将工程依法分包后,未在施工现场设立项目管理机构和派驻相应人员,未对该工程的施工活动进行组织管理的情形,视同转包。

(二) 转包工程的法律效力

转包建设工程行为一方面导致建筑业市场承发包行为不规范,竞争无序,扰乱建筑业市场的正常运转,另一方面直接导致建筑工程质量缺陷,建设工程发生安全事故,危及人民生命及财产安全,扰乱社会安定。^①转包建设工程行为为我国建筑法、合同法及《建设工程质量管理条例》等法律、行政法规所明令禁止,转包建设工程合同因违反法律强制性规定及损害社会公共利益而无效。

^① 最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院建设工程施工合同司法解释的理解与适用》,人民法院出版社2004年版,第46页。

（三）转包工程中的有关法律问题

转包工程行为实际上存在着三方主体、两个合同，即发包人与承包人之间存在一个建设工程承包合同，而承包人（转包人）与转承包人之间存在一个转包合同。三方主体之间建立了承包与转包两层法律关系。正是因为如此，在转包工程的诉讼中引发错综复杂的法律问题。为厘清相关法律认识误区，下文对实践中常见的 ([u>法律问题进行详述。

为叙述方便及概念严谨，下文将转承包人称为“实际施工人”。实际施工人，即转包合同、违法分包合同等无效施工合同中实际实施工程建设的人，如转包工程的承包人、违法分包工程的承包人等。

1. 发包人主张承包人与实际施工人签订的转包合同无效，能否得到法院或仲裁机构的支持

发包人在知晓承包人转包工程后，提起诉讼或仲裁要求确认承包人与实际施工人之间签订的转包合同无效的，人民法院或仲裁机构不予支持。

我国建筑法及合同法明令禁止转包建筑工程，转包合同因违反法律强制性规定而无效。确认合同无效，是法律所代表的公共权力对合同成立过程进行干预的结果。

但是，根据合同的相对性原理，合同中约定的权利义务内容不能约束非合同当事人，非合同当事人也不享有合同当事人的权利。转包合同在承包人和实际施工人之间签订，在双方均未主张合同无效的情况下，发包人作为非合同签订人，无权主张转包合同无效。虽然人民法院负有主动审查合同效力的职责，但其审查范围仅限于当事人诉至法院的合同，在转包合同双方当事人均未就转包合同效力提起诉讼的情况下，根据“不告不理”的诉讼原则，人民法院或仲裁机构不能主动认定转包合同无效。虽然发包人提出了诉讼或仲裁主张，但因其突破了合同相对性原则仍然不能得到人民法院或仲裁机构的支持。

2. 工程转包情况下，发包人应当与谁结算工程价款

诉讼实践中，发包人知悉承包人转包建设工程后，往往主张承包人转包工程视同其转让施工合同，承包人退出原施工合同，发包人与实际施工人形成了事实上的发承包关系，要求直接与实际施工人结算工程价款，对此人民法院或仲裁机构不予支持。

建设工程被转包，虽然讼争工程实际由实际施工人完成，但发包人与实

际施工人之间没有建立施工合同法律关系,虽然承包人转包建设工程严重违法法律禁止性规定,但并不影响其与发包人订立的建设工程施工合同的效力,因此,发包人不能突破合同相对性原则直接与实际施工人结算工程价款,还应与其合同相对方即承包人结算工程价款。

笔者认为,不能将转包视为合同的转让即合同权利义务的概括转移。因为,合同转让后,转让人(承包人)即退出原合同关系,受让人(转承包人)取代转让人原合同地位,承继原合同的权利义务,与发包人形成了施工合同法律关系,根据《合同法》第88条规定:“当事人一方经对方同意,可以将自己在合同中的权利和义务一并转让给第三人。”承包人转包建设工程并未征得发包人同意,并且转包建设工程是一种严重的违法行为,因此转包工程不能产生转让合同的法律效力。况且,实践中实际施工人仍然以转包人的名义施工,而且大多数转包人在施工过程中实施一定程度的管理、协调配合等工作,因此,司法实践中不宜将转包工程视为施工合同的转让。

3. 工程转包情况下,发包人与转包人应按什么标准结算工程价款

建设工程被承包人转包,虽然承包人与发包人签订的建设工程施工合同是有效合同,但承包人(转包人)没有进行实际施工,而是将其工程转交他人建设,即承包人(转包人)没有实际履行施工合同约定的义务,要求按合同约定以承包人(转包人)资质等级结算工程价款没有事实依据,承包人严重违法法律禁止性规定转包工程,主张依约结算工程价款也缺乏法律依据。因建设工程是由实际施工人建设完成的,因此,发包人与承包人应当依照实际施工人的资质等级据实结算工程价款。按实际施工人的资质等级对承包人结算工程价款,实质上也是承包人对其违反合同转包工程的违约行为以及转包违法行为,向发包人承担的民事责任。

虽然是按照实际施工人的资质等级结算工程价款,但是不能由此认为是在发包人与实际施工人之间结算工程价款,因为发包人与实际施工人没有建立施工合同法律关系。

4. 工程转包情况下,转包人(承包人)主张工程款利息能否得到法院支持

利息属于法定孳息,与发包人的付款责任同时产生,享有工程款请求权,就享有其利息请求权。索要作为主物工程款的派生物的利息,与承包人转包工程以及是否实际施工无关,其工程款利息请求通常能够得到法院或仲裁机

构的支持。

5. 工程转包情况下，转包人（承包人）主张停窝工损失能否得到法院或仲裁机构的支持

承包人与发包人签订的建设工程施工合同经人民法院或仲裁机构审查为有效合同，承包人基于该有效合同所享有的权利并不因其转包违法行为而丧失。施工中由于发包人原因造成的停窝工损失，应依约由发包人承担，人民法院或仲裁机构对于该损失一般予以支持。尽管工程是由实际施工人完成施工并且实际给其造成停窝工损失，但因其并非施工合同中发包人的相对方，根据合同相对性原理，其无权向发包人主张停窝工损失。

6. 工程转包情况下，转包人（承包人）主张工程价款优先受偿权能否得到法院或仲裁机构的支持

《合同法》第286条规定：“发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。”该规定表明，承包人就建设工程价款享有法定优先受偿权利。

优先受偿权作为合同法规定的法定权利，为有效施工合同的承包人所享有，其实质是以已完工程作为工程价款的物的担保，随发包人的付款义务同时产生。虽然承包人（转包人）将其合同项下工程转包，但不影响其依据施工合同向发包人主张工程款的权利，因此，也不影响其优先受偿权的享有与行使。

7. 工程转包情况下，转包人（承包人）主张管理费能否得到法院或仲裁机构的支持

施工实践中，承包人转包建设工程后，在施工现场设立了项目管理机构并派驻相关人员，对实际施工人的施工活动实施了一定的监督管理以及协调配合工作，承包人据此主张由发包人支付管理费的，人民法院或仲裁机构不予支持。

发包人按实际施工人的资质等级对承包人结算工程价款后，承包人（转包人）利润空间减小，于是提出在工程建设当中曾对实际施工人实施了管理工作，要求发包人给付管理费，该请求于法无据。转包人将建设工程非法转

包，已经严重违反了法律的强制性规定，侵犯了发包人的合法权益，“任何人均不得因其不法行为而获益”（法律谚语），承包人请求支付管理费没有法律和法理依据。非但如此，根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第4条规定：“承包人非法转包、违法分包建设工程或者没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效。人民法院可以根据民法通则第134条规定，收缴当事人已经取得的非法所得。”因此，人民法院对于承包人因非法转包已经获取的管理费等非法收益，依法应予以收缴国库。^①

8. 工程转包情况下，转包人（承包人）主张甩项工程配合费能否得到法院或仲裁机构的支持

甩项工程，是发包人将承包人总包范围内的部分分项工程另行分包给其他施工单位承建的工程。

发包人将与承包人签订建设工程施工合同项下部分工程甩项给其他单位施工，必然会产生交叉影响与协调配合的问题，承包人主张配合费的，人民法院或仲裁机构应予支持。

承包人转包建设工程，相对于发包人而言是违反合同约定的违约行为，应就其行为向发包人承担违约责任。虽然其行为也违反了法律的强制性规定，就此应承担相应的行政法律责任，但是并不能剥夺其基于有效建设工程施工合同所享有的权利。发包人对部分工程甩项，必然会产生配合费用问题，转包人作为有效施工合同中的承包人，享有计取配合费的权利，并不因其转包工程的违约行为而剥夺该权利，也不因其违法行为而剥夺该权利。尽管建设工程由实际施工人完成，但因其不是施工合同法律关系的相对一方，不能突破合同的相对性向其支付配合费。

9. 实际施工人与发包人就工程价款签署的结算协议，能否作为支付工程欠款的依据

建设工程经竣工验收合格后，实际施工人与发包人就工程价款签署结算协议的，该结算协议能够作为发包人支付工程欠款的依据。发包人以转包合同、违法分包合同或者借用资质签订的施工合同无效，主张对工程造价进行

^① 仲裁权源于当事人对于自己民事权利的处分权，基于双方当事人的授权而产生，因此仲裁机构不能行使公权力，不能收缴当事人的非法所得。

鉴定或者主张向转包人、违法分包人及被借用资质单位支付工程价款的，人民法院或仲裁机构不予支持。

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第2条规定：“建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。”第26条第2款规定：“实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。”上述规定表明，法律赋予实际施工人就质量合格工程突破合同相对性直接向发包人主张工程价款的权利。

建设工程经竣工验收合格后，实际施工人与发包人通过结算签署的结算协议，应视为实际施工人与发包人就工程结算问题所达成的合意。签署结算协议是双方处分自己权利的民事行为，具有合同的法律效力。因此，实际施工人基于结算协议确定的债权债务关系对发包人行使工程欠款请求权的，应受法律保护。而发包人以施工合同无效为由，主张对工程造价进行司法鉴定或者向转包人、违法分包人及被借用资质单位支付工程价款的，则有违诚信原则，人民法院或仲裁机构不予支持。

二、关于违法分包工程的法律问题

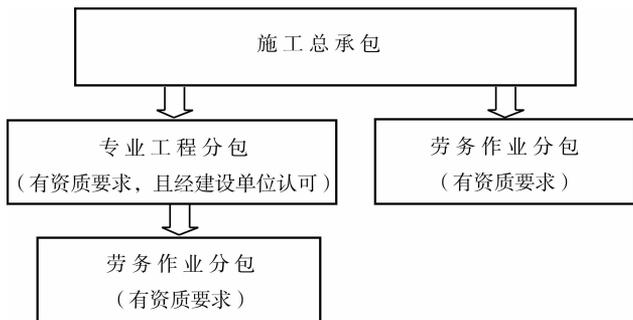
（一）分包序列

根据《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》及《建筑业企业资质管理规定》的有关规定，建筑业企业资质分为施工总承包、专业承包和劳务分包三个序列。房屋建筑和市政基础设施工程施工分包分为专业工程分包和劳务作业分包。法律允许的施工分包包括：

第一，专业工程分包：总承包企业经建设单位认可后可以将承包工程中的专业工程分包给具有相应资质的专业承包企业。

第二，劳务作业分包：总承包企业和专业承包企业都可以将承包工程中的劳务作业分包给具有相应资质的劳务分包企业。

如下图所示：



(二) 怎样认定违法分包

根据《建设工程质量管理条例》与《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》的相关规定, 违法分包行为包括:

第一, 总承包单位将建设工程分包给不具有相应资质条件的单位的, 包括将劳务作业分包给不具有相应资质的劳务分包企业的情况;

第二, 建设工程总承包合同中未有约定, 又未经建设单位认可, 承包单位将其承包的部分专业工程交由其他单位完成的;

第三, 施工总承包单位将建设工程主体结构的施工分包给其他单位的;

第四, 分包单位将其承包的建设工程再分包的, 包括劳务分包企业再分包的。

下列情形不属于违法分包:

第一, 总包单位将承包工程中的劳务作业部分发包给具有劳务分包资质的企业完成, 无须征得发包人同意, 不属于违法分包;

第二, 专业工程分包人将其依法分包的专业工程中的劳务作业部分发包给具有劳务分包资质的企业完成, 无须征得发包人和总包单位同意, 不属于二次分包, 不是违法分包。

但是, 劳务作业承包人必须自行完成所承包的任务, 不能再行分包。并且, 个人不能成为劳务作业的承包人。

(三) 什么是劳务分包

1. 劳务分包的概念及范围

劳务分包即劳务作业分包, 是指施工总承包企业或者专业承包企业将其承包工程中的劳务作业发包给劳务分包企业完成的活动。

我国建筑法和合同法没有规定劳务分包, 在《房屋建筑和市政基础设施

《工程施工分包管理办法》和《建筑业企业资质管理规定》中规定了劳务分包。《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》第5条第1款规定：“房屋建筑和市政基础设施工程施工分包分为专业工程分包和劳务作业分包。”《建筑业企业资质管理规定》第5条规定：“建筑业企业资质分为施工总承包、专业承包和劳务分包三个序列。”第6条第3款规定：“取得劳务分包资质的企业（以下简称劳务分包企业），可以承接施工总承包企业或专业承包企业分包的劳务作业。”根据《建筑业企业资质等级标准》的规定，劳务分包范围包括如下13种：（1）木工作业；（2）砌筑作业；（3）抹灰作业；（4）石制作业；（5）油漆作业；（6）钢筋作业；（7）混凝土作业；（8）脚手架搭设作业；（9）模板作业；（10）焊接作业；（11）水暖电安装作业；（12）钣金工程作业；（13）架线工程作业。

2. 劳务分包的法律性质

劳务作业分包是将简单劳动从复杂劳动中剥离出来单独进行承包施工的劳动，^① 劳务作业承包人仅仅是完成建设工程中的劳务部分，承包人只包人工，除此之外的材料和施工机械均由劳务作业发包人提供。而工程分包，是指具备相应资质的专业工程承包人组织人员、材料、机械，运用自己的技术、经验及管理措施独立完成工程建设任务的活动。因此，劳务分包不属于工程分包，与建筑法、合同法、《建设工程质量管理条例》中的“建设工程分包”不是同一概念，工程分包仅指专业工程分包。

3. 劳务作业承包人与发包人的关系

在技术管理、工程质量及安全管理方面，劳务作业承包人与劳务作业发包人（包括总承包人和专业工程承包人）、发包人的关系表现为：

（1）在技术和施工现场管理上，劳务作业承包人应当接受劳务作业发包人的指导、监督和管理。

（2）在工程质量上，劳务作业承包人应当按照劳务分包合同的约定对其分包工程的质量向劳务作业发包人负责；劳务作业发包人与劳务作业承包人对分包工程的质量向发包人（建设单位）承担连带责任。如果劳务分包合同无效，则劳务作业承包人与劳务作业发包人应当按照各自的过错分别承担工

^① 最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建设工程施工合同司法解释的理解与适用》，人民法院出版社2004年版，第73页。

程质量责任, 并就分包工程质量向发包人(建设单位)承担共同侵权的连带责任。

(3) 在安全生产方面, 建设工程实行施工总承包的, 由总承包单位对施工现场的安全生产负总责, 分包单位应当服从总承包单位的安全生产管理。在对外责任方面, 总承包单位和分包单位对分包工程的安全生产承担连带责任。在内部责任划分上, 如果分包单位不服从管理导致安全事故的, 由分包单位承担主要责任; 总承包单位依法分包工程, 并且分包合同中明确了各自的安全生产方面的权利、义务的, 分包单位人员发生安全事故, 依据分包合同确定双方的责任。如果分包合同无效, 则应由总承包单位承担责任。

(四) 分包工程中的法律问题

1. 总包人是个人, 其与分包人订立的分包合同是否有效

建筑工程总包人是个人, 其与分包人订立的分包合同无效。

《建筑法》第 26 条第 1 款规定: “承包建筑工程的单位应当持有依法取得的资质证书, 并在其资质等级许可的业务范围内承揽工程。”即承包人依法应为具备相应资质的建筑施工企业, 个人不具备承包工程的权利能力和行为能力。根据《合同法》第 9 条关于“当事人订立合同, 应当具有相应的民事行为能力”的规定, 分包合同因总包人欠缺分包工程的权利能力和行为能力而未成立, 不具有法律效力。

2. 分包合同约定支付分包工程款以建设单位对总包单位付款为前提的, 该约定是否有效

实践中, 大部分的分包合同都约定: 当建设单位资金拨付到总包单位账户后才能对分包单位付款; 当建设单位资金不能及时到位而延期对总包单位拨付工程款时, 总包单位也相应对分包单位延期拨付工程款, 全部分包工程款待建设单位对总包单位付清后, 总包单位也随之对分包单位付清。即总包单位对分包单位支付工程款以建设单位对总包单位付款到位为前提。该约定是否有效?

诉讼或仲裁中, 分包单位与总包单位往往对该约定的效力发生分歧。分包单位认为, 根据《合同法》第 279 条规定, 建设工程验收合格后, 发包人应当按照约定支付价款, 并接收该建设工程。其承建的分包工程已经验收合格, 具备索要分包工程款的条件。并且根据《合同法》第 121 条“当事人一方因第三人的原因造成违约的, 应当向对方承担违约责任。当事人一方和第

三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定解决”确定的履行合同的严格责任原则，发包人的付款违约不能成为总包人对分包人延期付款的理由，总包人应向分包人支付分包工程款。而总包单位则主张，应按合同约定在收到建设单位支付的工程款后方能对分包人付款。

笔者认为，认定该约定的效力，应区分合法分包与违法分包两种情形。现分述如下：

（1）合法分包的情形

《建筑法》第29条第2款规定：“建筑工程总承包单位按照总承包合同的约定对建设单位负责；分包单位按照分包合同的约定对总承包单位负责。总承包单位和分包单位就分包工程对建设单位承担连带责任。”第55条规定：“建筑工程实行总承包的，工程质量由工程总承包单位负责，总承包单位将建筑工程分包给其他单位的，应当对分包工程的质量与分包单位承担连带责任。分包单位应当接受总承包单位的质量管理。”连带责任的内容应包含权利和义务两方面，完成分包工程并确保分包工程质量是总分包双方的共同义务，而收取建设单位的工程款是共同的权利，因此，如总分包双方已约定待收到建设单位工程款后再支付分包方工程款，体现的是对连带的权利即收取工程款作了特别约定，此约定符合建筑法的相关规定。^①

对该约定效力的认定，应适用合同法的一般原则及相关法律规定认定其效力。《合同法》第52条规定：“有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。”第53条规定：“合同中的下列免责条款无效：（一）造成对方人身伤害的；（二）因故意或者重大过失造成对方财产损失的。”第54条第1、2款规定：“下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：（一）因重大误解订立的；（二）在订立合同时显失公平的。一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。”由上述规定，不能看出该约定违反了法律规定或者损害了社会公共利益，存在无效或者可变更、可撤销的情形。

^① 朱树英：《工程合同实务问答》，法律出版社2011年版，第100页。

《合同法》第4条规定：“当事人依法享有自愿订立合同的权利，任何单位和个人不得非法干预。”第8条规定：“依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。依法成立的合同，受法律保护。”因此，根据合同当事人意思自治原则，只要当事人约定的内容没有违反法律法规的强制性规定，当事人均应依据诚信原则遵从自己的约定，不得擅自变更。

分包合同约定，总包人在收取建设单位工程款后方可支付分包工程款的，分包人对总包人享有的权利属于附条件的请求权。在所附条件成就以前，分包人不享有向总包人索要分包工程款的权利。当然，在诉讼中，总包人对建设单位未就分包工程向其付款的事实负有举证义务。如不能举证或者不能划分款项的，总包人则应向分包人支付分包工程款。

此外，如果总包人怠于行使对发包人的已到期工程款债权的，分包人可以依据合同法的相关规定提起代位权^①诉讼，即分包人向人民法院提起诉讼，请求以其名义代位行使总包人对发包人的工程款请求权，直接向发包人主张工程款债权。

(2) 违法分包的情形

承包人违法分包建设工程签订的分包合同无效。分包合同约定的支付分包工程款以建设单位对承包人付款为前提的条款无效，该约定对分包人不具有法律约束力。

分包工程质量经验收合格的，分包人可以选择以下方式索要分包工程款：

其一，根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第2条规定：“建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。”分包人可以请求人民法院参照分包合同的约定向其相对方承包人主张分包工程款。

其二，根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第26条第2款规定：“实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。”分包人作为实际施工人可以直接

^① 代位权，是指在债务人怠于行使对第三人的到期债权而损害到债权人的情况下，债权人可以代替债务人向第三人行使债权的权利。

向发包人主张在欠付承包人工程价款范围内承担付款责任。

3. 实际施工人欠付工程材料款，材料供应商能否要求承包人承担连带清偿责任

承包人将建设工程违法分包给实际施工人施工，材料供应商就实际施工人欠付的工程材料款要求承包人承担连带清偿责任的，将不会得到人民法院或仲裁机构的支持。

承包人与实际施工人签订建设工程分包合同，双方建立了违法分包合同关系；实际施工人与材料供应商签订工程材料买卖合同，双方建立的是买卖合同法律关系。分包合同与工程材料买卖合同是两个分别独立的合同，三方当事人分别建立了不同的合同关系，各方当事人均应依据各自的合同向其合同相对方主张权利或者履行义务。

债是特定当事人之间的法律关系。债权人只能向特定的债务人请求给付，债务人只对特定的债权人负有给付义务。债权具有相对性，相对性是债权的基础，债权在法律性质上属于对人权。债权即使因合同以外第三人的行为不能实现，债权人也不能依据债权的效力，在没有法律依据的情况下突破合同相对性原则要求第三人对债务承担连带责任。材料供应商依据与实际施工人之间的工程材料买卖合同向非合同相对方的承包人主张合同责任，没有法律依据。

承包人违法分包建设工程，不能成为其对实际施工人欠付的材料款承担连带清偿责任的理由。《合同法》第58条规定：“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”该规定表明，无效合同当事人就合同无效相互承担法律责任，并不引发对合同之外第三人的法律责任。因此，即使分包合同无效，也仅在承包人与实际施工人之间产生法律责任，并不导致承包人对分包合同之外的第三人承担法律责任。

承包人既不是实际施工人与材料供应商之间材料买卖合同的缔约人，也没有因建设工程分包合同侵犯材料供应商的权益，材料供应商仅以建设工程分包合同无效为由，突破合同相对性原则要求承包人对实际施工人的材料款债务承担连带清偿责任，没有法律依据。

4. 发包人与承包人之间的施工合同约定有仲裁条款，实际施工人向发包人主张权利是否受该仲裁条款制约

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第26条第2款规定：“实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加承包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。”该规定表明，法律赋予实际施工人突破合同相对性直接向发包人主张工程价款的权利。在由此引发的诉讼中，发包人因与承包人签订的建设工程施工合同约定有仲裁条款，据此主张人民法院无司法管辖权的，人民法院不予支持。

虽然发包人与承包人之间的建设工程施工合同约定有仲裁条款，但是根据合同相对性原则，此仲裁条款只能约束合同当事人，即只能约束本合同中的发包人和承包人，不能约束作为非合同当事人的实际施工人。实际施工人有权依据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第26条规定向发包人提起诉讼、主张权利，不受发包人与承包人之间施工合同中仲裁条款的制约。

另一方面，违法分包合同中约定了仲裁条款，实际施工人向违法分包人主张权利的，应依约提请仲裁；但是实际施工人向发包人主张权利的，不受该仲裁条款制约，仍可依据上述司法解释第26条的规定行使法定权利，向发包人直接提起诉讼，但请求的范围仅限于发包人欠付承包人的工程款。

需要注意的是，人民法院在审理实际施工人直接对发包人提起的诉讼中，即使追加违法分包人为案件当事人的，也不能越权对设有仲裁条款的合同进行审理和认定。

5. 劳务分包合同的承包人能否直接向发包人（业主）追索工程款

上面已经分析，劳务作业分包不属于建设工程分包。由于劳务分包不属于建设工程分包，其所完成的也仅仅是建设工程中的劳务部分，因此，劳务分包工程的承包人不属于《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第26条规定的“实际施工人”，不能适用该条规定直接向发包人追索劳务报酬。如果劳务分包合同订有仲裁条款的，劳务作业承包人只能依据该约定提请仲裁。

工程结算撤销权法律运用之要领

——在时效期间内向法院或仲裁机构提出

徐江*

● 内容摘要

工程结算是工程管理中一个非常重要的工作和应该重点关注的问题。工程结算纠纷中所反映出来的问题涉及工程管理不到位的种种方面和法律风险主要体现在结算失误或错误而不能正确撤销，从而导致经济损失。

本文根据国家法律的相关规定并结合笔者在律师实务工作中代理过的一件工程款结算纠纷案来简要分析工程结算中撤销权运用的法律问题，以供建筑施工企业在工程结算过程中参考。

● 关键词

工程结算 撤销权 法律注意事项

Abstract: Engineering settlement is a very important work in project management and should focus on the problem. Problems reflected in the engineering settlement dispute, involved in all aspects of project management does not reach the designated position, and the legal risk is mainly manifested in the settlement mistakes or errors and cannot be

* 徐江，四川恒高律师事务所主任。

right to withdrawn, resulting in economic losses.

According to the related provisions of state laws and combined with the writer in law practice work in the agency of a project and settlement due to simple talk about cancellation right use of legal problems in the engineering settlement, to provide the reference for the construction enterprises in the process of the construction settlement.

Key words: engineering settlement cancellation right legal considerations

引言

工程结算是工程管理中一个非常重要的工作和应该重点关注的问题。不论是双方核对、单方送审或委托审价,还是阶段性结算或最终结算,其行为是否适当、结果是否正确都直接关系到结算双方当事人的利益。

工程实务中,因结算失误或错误常常导致建筑施工企业经济利益的减少或丧失。本文结合笔者曾经代理过的一件工程结算纠纷案件,谈谈在结算失误或错误情形下,建筑施工企业应如何正确运用法律赋予的工程结算撤销权,将失误或错误的结算结果予以合法撤销,从而依法最大限度地维护自己的工程经济利益。

一、工程结算中建筑施工企业撤销权实务案例

笔者曾代理过的一个工程款结算纠纷案件就涉及建筑施工企业工程结算撤销权的法律问题。该案的简要情况是:2003年6月,某建筑施工企业完成了发包人某县交通局发包的公路改建工程某标段的施工任务,经验收后被评定为市优良工程。2003年10月,某县政府组成了以当地交通局为主要牵头单位,由当地审计局、财政所、公路建设指挥部、镇党委及政府等主要领导人员组成的工程决算领导小组,对工程进行审核和最终结算。10月24日,工程决算领导小组成员与承包人项目经理、预算人员、财务人员以及监理方代表一起召开了工程结算会议,经参会人员核对和讨论协商后,达成书面最终结算协议,并由与会人员签字确认承包人应得的工程款金额为协议确认的金额。

结算协议达成后的第二天,建筑施工企业的项目经理在与预算人员核对

工程资料时，发现结算会议上忽略了工程施工过程中因自然灾害造成的工程返工部分的签证款 19 万余元，该笔款项当时已由发包人、监理和承包人三方签证确认，但结算会议上未计算进承包人应得的工程款金额中。建筑施工企业的项目经理遂通过电话将此情况告诉了领导小组组长。领导小组组长表示结算会议已经完成，但鉴于当时确已签证确认过这笔款项，而在结算会议时承包人没有提出，领导小组的成员也忽略了这个问题，于是让建筑施工企业写个书面情况说明，领导小组商量后决定是否予以增加。

当天，建筑施工企业即针对这一情况写出了书面报告，说明因双方在结算过程中产生误解，误认为签证款已包含在决算款中，但经事后复核，签证款并未计算，因此，请求撤销 10 月 24 日的结算协议，并请求领导小组在已确认的金额基础上增加该笔签证款，以维护建筑施工企业的合法权益和体现结算的公平。

建筑施工企业于 10 月 26 日向领导小组提交了书面报告，领导小组组长于当日签收，并在签收意见一栏中写明：“报告已收到，×××（姓名），03.10.26”。

后由于工程款拖欠问题，建筑施工企业委托笔者于 2007 年 5 月向法院提起诉讼，要求发包人支付拖欠的工程款。在确立诉讼请求时，针对拖欠工程款的金额及利息计算问题，笔者认为应以承包人与领导小组达成的最终结算协议确认的金额扣减发包人己支付的金额作为诉讼请求的金额及利息计算的基础。对此，建筑施工企业的项目经理很不理解。他认为，诉讼请求的金额应在最终结算协议确认金额的基础上再加上签证款的 19 万余元，并以此作为计算利息的基础。

二、对该案的法律分析

笔者向建筑施工企业的项目经理讲述了法律理由：结算协议的性质属于双方达成的合同，而依法成立的合同受法律保护，非经双方当事人协商一致，不得变更或解除。对于签证款，在结算会议时，建筑施工企业未提出，则应视为对自己权利的放弃，且经与会人员（包括承包人自己）签字确认的最终结算协议中已明确地写明了建筑施工企业应得的工程款金额。

对于笔者的解释，建筑施工企业的项目经理认为：承包人在结算会议上没有提出签证款是因为产生了误解，因为对于签证款一事，与会人员都很清

楚,甚至当初签证的人员也参与了该次结算会议,就连领导小组组长也口头承认“少算了,算错了”。说明双方在结算时有重大误解,根据合同法的规定,因重大误解签订的协议应予撤销。因此,结算协议中应加上签证款的金额。

针对建筑施工企业项目经理的意见,笔者向其说明了合同法上撤销权行使期间的法律性质属于除斥期间,必须在法律规定的时间内行使,否则撤销权丧失。根据《合同法》第 55 条的规定,具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起 1 年内没有行使撤销权,或者明确表示或以自己的行为放弃撤销权的,撤销权消灭。本案中,工程结算会议于 2003 年 10 月 24 日召开并达成最终结算协议,建筑施工企业发现签证款未计算是在 2003 年 10 月 25 日,即使存在重大误解情形,建筑施工企业也应该在 2003 年 10 月 25 日起 1 年内行使撤销权。而建筑施工企业直到 2007 年 5 月才主张行使撤销权已经超过法律规定的除斥期间,属于“以自己的行为放弃撤销权”,因此,应认定其丧失了撤销权。

建筑施工企业的项目经理对此说法非常不赞同,他认为己方没有超过法定期间。理由是:建筑施工企业在 2003 年 10 月 25 日发现签证款未计算的当天就打电话向领导小组组长汇报了这一情况,而且于第二天正式向领导小组提交了书面报告,要求撤销结算协议并增加签证款金额,同时,领导小组组长也于当日签收了报告。因此,建筑施工企业在 2003 年 10 月 26 日就行使了撤销权,所以不存在超过除斥期间而丧失撤销权的情形。

针对建筑施工企业项目经理的这一意见,笔者向其讲明了两点意见:第一,撤销权需要通过法律规定的形式和条件提出请求并经过有权机关的确认。具体到本案中,建筑施工企业行使撤销权的对象不符合法律规定,因而不能产生撤销的法律效果。理由是:根据合同法的规定,建筑施工企业行使撤销权应向法院或仲裁机构提出申请,并经过法院或仲裁机构的法律确认后,方可产生撤销的法律效力。而建筑施工企业的撤销请求是向领导小组提出,如果领导小组同意则属于合同的变更而不是撤销;如果领导小组不同意,则属于请求对象错误而无法撤销。第二,领导小组组长的“签收行为”只是表明了领导小组收到承包人提交的报告这一客观事实,但并不代表领导小组同意或确认承包人提出撤销(变更价款)请求这一法律事实。“客观事实”与“法律事实”是不同的概念,不能等同。

当笔者将这一理由告知建筑施工企业的项目经理后，他问道：这么说来当初应该通过到法院打官司才能撤销了？笔者告诉他：请求权就是这个意思。最后，建筑施工企业的项目经理表示，既然是这样，诉讼请求金额中就放弃签证款部分，当买个经验教训。

三、工程实务中，建筑施工企业应予以重视的工程结算撤销事由

前述案例仅是笔者在律师实务工作中遇到的一个较为典型的因重大误解而产生的工程结算撤销权纠纷案例。根据法律规定以及工程实务中的常见情况，建筑施工企业对以下三种常见的工程结算撤销事由，也应当予以重视，并依据法律的规定正确行使撤销权：

1. 合同相对方在拖延结算的情形下附加明显不合理的条件（如以明显高于市场价的房屋抵偿工程款）与建筑施工企业达成的结算协议；
2. 合同相对方在拖延结算的情形下以极不合理的结算价（如低于工程成本价、费率下浮、总价下浮等情形）与建筑施工企业达成的显失公平的结算协议；
3. 阶段性结算中，合同相对方以结算协议或迫使建筑施工企业出具书面函件（承诺书）等形式要求建筑施工企业放弃优先受偿权，作为其及时足额支付工程款项的条件。

四、建筑施工企业在行使工程结算撤销权时应注意的法律问题

1. 工程结算文件的法律性质

《民法通则》第85条规定：“合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。依法成立的合同受法律保护。”《合同法》第2条第1款规定：“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。”

工程阶段性结算中，一般会涉及对已完工程的量、项、价的确认，以明确双方阶段性债权债务的分配与承担。通过阶段性结算的完成，结算双方实际从法律上设立了彼此的权利与义务——即一方履行了多少义务（完成了多少工程量、项），一方应给付多少对价（工程进度款）。

工程最终结算（总结算、总决算）阶段，结算当事人一般会在确认阶段性结算的基础上对尚未结算确认的部分进行核对（对账或对量、对项）、调整

(调增或核减)并达成最终的结算确认文件,同时表明结算完成、履行完毕后终止双方的权利义务关系。

委托审价是双方当事人通过共同委托第三方主体对彼此间的结算问题进行审核,并由双方加以确认的行为模式来实现的。

通过对工程实务中工程结算行为模式的分析及上述所引法律条文关于合同的规定,可以看出:工程结算是结算双方当事人的合同行为,结算双方所达成或确认的结算协议、结算书等结算文件属于法律上所称的“合同”。

工程结算文件的撤销必须遵循合同法的规定,才能合法有效。因此,明确工程结算文件的法律性质属于双方达成的合同文件,是行使撤销权时应注意的首要问题。

2. 行使工程结算撤销权的法律依据

工程结算撤销权,是指在工程结算中,因法律规定的可予撤销的情形出现及符合撤销条件时,结算当事人双方或一方可以依据法律规定,将达成的结算确认文件予以撤销,以保障自己权益的一种合同上的法律权利。

《合同法》第54条第1、2款规定:“下列合同,当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销:(一)因重大误解订立的;(二)在订立合同时显失公平的。一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立的合同,受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。”第55条规定:“有下列情形之一的,撤销权消灭:(一)具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起1年内没有行使撤销权;(二)具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权。”

上述两个条文就是工程结算撤销权的原则性法律依据。它们确立了工程结算撤销权的一般情形和原则条件,是建筑施工企业行使工程结算撤销权时应注意的法律事项和法院(仲裁机构)裁判案件时应遵循的司法准则。

3. 行使工程结算撤销权的法律注意事项

透过以上案例,结合法律的规定,建筑施工企业在工程结算中要正确运用法律规定的权利,保障自己的权益,就必须重视撤销权运用的法律注意事项:

第一,应明确工程结算撤销权的请求对象和行使条件,即建筑施工企业行使撤销权不能通过单方主张或向对方直接提出,而必须通过法律规定的有

权机关——法院或仲裁机构来主张和行使，否则，因请求对象错误不产生撤销的法律效果。

第二，工程结算撤销权期间的法律性质不是诉讼时效，没有中断、中止、延长的法律效果。其属于除斥期间，即绝对期间、不变期间，一旦超过该法定期间，建筑施工企业便丧失了撤销权。

第三，建筑施工企业应在知道或应当知道撤销事由之日起1年内行使撤销权。

第四，建筑施工企业知道撤销事由后没有明确表示或以自己的行为放弃撤销权的，撤销权消灭。

第五，建筑施工企业在行使撤销权时应有足够的证据证明结算是在“重大误解”、“显示公平”、“对方胁迫”、“乘人之危”等情形下达成的，否则，因证据不足同样不能达到撤销的法律效果。

工程结算中涉及的问题是方方面面的，需要建筑施工企业小心应对，审慎处理。工程结算中如出现重大误解或显失公平等法定撤销事由，建筑施工企业欲行使撤销权时，应遵循上述关于行使时间、行使对象的相关法律规定，否则，就会像本案一样因对法律规定的误解或把握不充分而导致权利丧失的法律后果。

案例分析

专用设备订购合同欠缺具体的技术规定导致的争议之审理与评述

——仲裁员办案札记

黄雁明*

• 内容摘要

本文所涉案件，当事人似乎始终没有认识到争议的主因。需方认为，核心争议在于交付的设备没有达到约定的质量标准，构成违约。供方认为，设备按照合同约定经试机并已经通过验收，符合约定；是需方要求超出合同的约定，在售后服务期间，对放弃兼容的反悔，拒付尾款，构成违约。仲裁员详尽论述本案的核心问题或争议的起因是双方没有对案涉设备约定具体的质量标准或技术要求，从而导致发生争议，没有既存的具体标准，难以对设备进行鉴定。文中，笔者还提及了自己的失误，以及对仲裁机构限制代理人数量规定与某些涉及不能体现仲裁特点的表象之困惑与思考。

Abstract: In the author's judgment, the parties to the case referred in this article in the course of the proceedings have never

* 黄雁明，高谊咨询（深圳）有限公司顾问、中国国际经济贸易仲裁委员会、华南国际经济贸易仲裁委员会（深圳国际仲裁院）等机构仲裁员。

realized the main course of the dispute. The Buyer holds that the key issue is that the equipment provided by the Seller is not up to the criteria agreed by the parties, so the Seller is in breach of the contract. The Seller persists that the equipment has passed the inspection and accepted and it has been in line with the agreed criteria; it is the Buyer that is in breach of the agreement in the course of the after-sale service, going back on his word of giving up the compatibility function of the equipment, refusing to pay the balance and therefore being in breach of the contract.

In the article the author as one of the arbitrators of the tribunal in dealing with the case goes into the details of the key issues or disputes, trying to prove that the main reason for the case is that the parties in their contract without providing concrete quality criteria or technical requirements, therefore disputes arising from it. Without concrete criteria to be followed, a third party could not re-inspect the equipment.

The author also discloses his fault as an arbitrator; comments the provisions of some rules of some arbitration institution, such as limiting the number of agents or failing to reflect the characters of arbitration; reveals his confusion over those phenomena.

一、引言

本文涉及的是一宗仲裁案，申请人是广东 D 市某电子有限公司，被申请人是广东 H 市某精密自动化有限公司。

三人仲裁庭是 2012 年 12 月 15 日组成的，笔者为成员之一。首次庭审日为 2013 年 1 月 23 日，第二次庭审日为 2 月 26 日。当年的春节是 2 月 10 日，元宵节是 2 月 24 日。通常仲裁机构会将庭审安排在元宵节后，而同庭仲裁员均怀有强烈的愿望——尽可能展示仲裁解决争议的快捷之特点。

首次庭审，虽然双方表示已经享有充分的机会陈述与辩论，但是仲裁庭仍打算下午继续审理并尝试调解。但由于申请人的法人代表与代理人当日下午已经安排了其他工作，故仲裁庭休庭。

依据同庭仲裁员的委托,笔者在庭审中代表仲裁庭归纳争议焦点并让双方当事人认可,以便双方当事人得以围绕其陈述与辩论,使争议的审理更有效率,并于首次庭审后着手起草裁决书的讨论初稿。

在撰写裁决书初稿的过程中,笔者认为仍存在问题,若再作查询,会令仲裁庭更放心,故列出之,供同庭仲裁员考虑是否需要再次开庭。两位仲裁员均具有认真细致的作风,倾向于再作庭审,并打算在第二次庭审中尝试对当事人进行调解。

争议源自双方之间的专用设备购买协议书,发生争议至仲裁庭第二次庭审结束前,双方当事人及其代理律师似乎仍不能清楚地理解与认识合同存在哪一重要缺陷是导致争议的主因,又是造成对案涉设备难以提交第三人鉴定困局的根结。在仲裁庭看来,代理人似乎不能给当事人以大体适当的指引。

二、案情——与争议密切相关的合同条款及双方的请求与反请求的主要内容

2011年10月9日,申请人(需方)与被申请人(供方)签订了《自动化设备协议书》(以下简称“协议书”),由需方向供方订购一台拨动开关组装设备。协议书的争议解决条款明确规定,双方经协商不能解决的争议,提交广东H(市)仲裁委员会仲裁。

(一) 与争议相关的合同条款

因为系争协议书中也不时出现“本合同”之类的表述,所以本文中“协议书”与“合同”的称谓没有区别。双方在申请书与反申请书中分别援引的协议书条款或认定的与争议密切相关的条款如下:

第一条 本合同研究开发项目的要求如下:

1. 技术内容:(1) 工程设计方案开发。(2) 机器设备制造。(3) 机器整装调试及试验。

2. 技术方法和路线:方案设计→可行性方案论证及确认→局部试验方案可行性→设备零部件制造→整机安装→改善→再调试→交付使用。

第二条 本合同供、需双方在研究开发项目中,分工承担如下工作:

需方:提供合格产品的生产加工工艺流程,及对设备后续使用进行维护和管理。

供方：

1. 研究开发内容：产品加工工艺改良，设备整体设计、制造及调试。

2. 总体计划：(1) 方案图面设计耗时 15 天。(2) 局部方案可行性试验耗时 10 天。(3) 整机气动配件购买耗时 30 天。(4) 零件生产耗时 20 天。(5) 整机装配耗时 20 天。(6) 整机调试及改善试验耗时 15 天。

3. 研究开发期限：签订合同后，供方收到需方支付的 40% 预付款起 110 天完成设备制造。即供方收到需方首付款至供方出具设备验收通知函为 110 天。

4. 研究开发地点：在供方工厂进行设计、制造，调试合格后再交付甲方（指需方，下同——笔者注）现场使用并达到要求。

第三条 供方确定，本合同项目的研究开发工作双方提供以下技术资料 and 条件：

需方：

(1) 提供合格产品加工工艺及质量要求。

(2) 免费提供机器调试及试产时的产品物料。

供方：

(1) 设备为一出二，一分钟组装 65 - 80PCS，按 20 小时计算，一天产能可达到 80000 - 100000PCS。

(2) 兼容使用两种型号产品 SS12F15G8 (10.5mm 壳) 及 SS12F17G5 (10.5mm 壳)。

部件品牌：气缸使用 SMC/CKD 品牌，感应器使用神视/基恩士品牌，马达使用日本东方品牌，PLC、继电器使用松下品牌，开关类使用富士品牌，直线导轨使用台湾上银/日本 THK，振动盘及平送使用日本产机底盘。

关于供方的售后约定：

(1) 供方提供部分易损零部件图纸给甲方。

(2) 供方负责培训甲方技术操作人员 1 - 3 名。

(3) 供方提供免费 18 个月的设备维护及使用的相关技术指导辅助。保修期内非因需方人为原因出现的质量问题，由供方负责，并提供免费维修服务；广东省内供方承诺到达现场的时间不超过 24 小时；广东省外中国境内，承诺 72 小时以内到达设备现场。

(4) 供方负责 1 年内不少于 4 次关于设备使用情况的电话回访。

(5) 在上述1台设备到达需方工厂后，供方安排1名工程师驻扎在需方工厂7天时间，便于完成后期的整体调试及生产工作；供方售后工程师的往来车旅费由供方自行承担，但调试期间供方工程师的餐费及住宿费则由需方承担或安排。

第四条 供需双方确定，本合同项目由需方承担支付的研究开发及设备制造的经费及付款方式如下：

序号	项目名称	产品型号	规格	数量	不含税单价 (RMB)
1	拨动开关组装设备	SS12F15G8 (10.5 壳) SS12F17G5 (10.5 壳)	1×2	1 台	200000.00
2	不含税总金额人民币大写：¥贰拾万元整				

需方需执行的付款方式：签订合同及收到首期订金（总金额40%）日起开始动工，在供方工厂验收合格，需方付清50%设备款项后，由供方将设备送至需方指定的试产场所，另10%尾款于送机后1个月内付清。

第七条 合作双方确定，任何一方或多方违反本合同约定义务，使其他合作方造成经济损失的，经双方确认以后，应当按以下约定承担违约责任：

1. (略)

2. 供方无法按照合同要求提供合格的设备，需方有权全额索赔。供方需退还设备款。

第八条 为有效履行本合同，双方确定，在本合同有效期内，需方指定冯××（下称“冯总”，系需方的法人代表——笔者注）为需方项目联系人。供方指定杨××为供方项目联系人（下称“杨某”）。需方（应理解为“双方”——笔者注）项目联系人承担以下责任：

1. 负责项目开发过程中的技术沟通、技术完善以及实施。
2. 负责项目开发过程中的进度跟踪及改善。
3. 负责项目开发过程及完成后所产生的后续问题的沟通及处理。
4. 负责设备制造完成后提供足够生产物料进行试机调试工作。

一方变更项目联系人的，应当及时并以书面形式通知其他合作双方（指“对方”——笔者注）。未及时通知并影响本合同履行或造成损失的，应承担相应的责任。

（二）需方的仲裁请求与陈述

1. 需方的仲裁请求

需方在仲裁申请书中请求裁决供方：

- （1）退还涉案设备款人民币 18 万元（本文提及的币种均为人民币——笔者注）；
- （2）支付赔偿款 20 万元。
- （3）负担本案仲裁费用。

2. 需方的陈述

需方陈述的事实与理由如下：

- （1）关于供方应退还购买设备款 18 万元的事实问题
协议书签订当日，需方支付了首期货款 8 万元。

2012 年 5 月 5 日，供方电话通知设备已经完工，要求需方按规定付款。5 月 7 日，需方又付 10 万元。5 月 8 日，供方将设备送抵需方处所。5 月 9 日，供方的工程师安装调试设备，90 天断续调试，生产不良品 87000 只。2012 年 8 月 8 日，需方的冯总与供方的黄副总经理、工程师卓某、黄某（司机）等三人（下称“供方三位人员”）再试机 30 分钟，产出 1400 个好的，44 个不良品，外壳 52 个不合格，合计 96 个不良。双方确认设备不合格，退货。因此，需方请求裁决供方退还设备款 18 万元。

- （2）关于要求供方赔偿 20 万元的问题

按规定，供方收到首笔付款后，第 110 天就应交付合格的涉案设备，但其却逾期 90 天才送来一台不合格的设备。设备运抵后 90 天（2012 年 5 月 9 日至 8 月 8 日），按每天 20 小时生产 8 万粒的标准计算，能创造 36 万元的经济效益，而 90 天不能使用，需方直接经济损失 36 万元。

2012 年 5 月 9 日至 8 月 8 日，断续试用设备产出不良品 87000 粒，造成物料成本损失 3500 元，浪费人工 90 天，按每天人工 80 元合计工资共 7200 元，电费损耗 500 元。

以上合计，需方直接经济损失 731200 元。根据协议书第七条第 2 款 2 项的规定，供方须赔偿需方 20 万元。

需方于 2013 年 1 月 4 日提交了对设备进行鉴定的申请。

(三) 供方的仲裁请求与陈述

1. 供方的仲裁请求

供方提交了仲裁反申请书 (主要是答辩内容与功能), 请求裁决需方:

- (1) 支付供方设备款余额 2 万元;
- (2) 承担本案仲裁费用。

2. 供方的陈述

供方陈述的事实与理由摘要如下:

(1) 关于合同的履行

①设备延期交货, 其责任完全在于需方。

协议书签订后, 需方交付的首期款 8 万元的现金支票兑现时间为 2011 年 10 月 27 日, 供方收到此款后即开始设备的设计、制造。然而, 在协议书的履行过程中, 需方又提出新的要求, 需增加兼容生产 SS12F15G2-SS12F15G10 系列, 9 个不同手柄高度的产品。为此, 供方及时向需方提出: 只是按约定的产品型号定制设备, 若需方确实有异于原先约定的要求, 那么要从技术角度考虑, 彼此配合, 尊重实验事实, 沟通后再决定; 必要时可针对需方其他需要生产的产品重新定制设备。但需方固执己见, 强行要求供方增加兼容生产上述产品。同时, 需方不能及时提供试机物料或提供的试机物料不合格。供方因此多付出了大量时间、人力和财力成本, 延期交货的责任完全在于需方。

②设备达到约定的要求, 在需方付中期款的 2012 年 5 月 7 日之前就已验收合格。

试机验收虽然因为需方不能及时提供试机物料、提供的试机物料不合格及强行要求供方增加兼容生产等而延期, 但经过试机, 供方于 2012 年 2 月 23 日向需方发出最后一次 (有关) 验收的《联络函》(在供方提供的书面证据中, 此系第一封联络函, 下称《供方 2012-2-23 联络函》——笔者注), 2 月 25 日得到需方的书面确认, 证明设备已经过试机与验收。

2012 年 3 月 2 日经需方确认的《联络函》(在供方提供的书面证据中, 此系第二封联络函, 下称《供方 2012-3-2 联络函》——笔者注), 内容 1 写明: “设备为定制的, 设计宗旨是按双方约定的产品型号进行。即兼容生产 SS12F15G8、SS12F17G5 两种产品。…… (以上, 说明设备已达合同约定的验收、出货标准)” 倒数第二段写明: “如按照约定, 设备可以马上出机。” 证明设备已达验收交付标准。

2012年4月17日有需方的联络人签名的（第一份）《会议记录》（下称《2012-4-17会议记录》——笔者注）写明：“一、客户验机60分钟：1. SS12F15G8运行顺畅，无卡机、停机；2. SS12F17G5因物料问题导致停机次数较多。客户对设备现况满意，会尽量控制其物料的品质，通知客户支付中期款，现将客户带来的5万SS12F17G5物料生产完成后即可安排出机，并提供设备尺寸证明设备已经需方验收，可出机。”可见，出现的问题是因需方的物料造成的。

根据协议书第四条第1款约定的顺序：设备在供方工厂验收合格，需方付清（第二笔）50%设备款项后，由供方将设备送至需方指定的试产场所。2012年5月7日，需方已付清50%设备款，随后供方交付设备。证明设备在供方工厂已验收合格，需方才按规定付款。

双方于2012年7月10日确认的（第二份）《会议记录》（下称《2012-7-10会议记录》——笔者注）内容1写明，产能最高每分钟达到72个，挑选过的物料生产稳定性良好，不良率显示7.5%，达到出机状态。2012年8月3日确认的《设备试机记录表》（下称《2012-8-3设备试机记录表》——笔者注）证明，设备15分钟产量为1038PCS，即每分钟达到69.2PCS，符合验收要求的约定。

供方的法定代表人于2011年12月9日就案涉设备向国家知识产权局申请了实用新型专利，于2012年8月1日获得了专利，证明该设备能够实现其具有的功能并受国家法律保护。

（2）需方提供经伪造篡改的虚假证据，以图非法侵占供方财产

需方提交的抬头为《2012年8月8日最后一次验机械》（下称《2012-8-8验机记录》——笔者注），内容存在严重的伪造（增加了内容），原来的内容只有：在需方的信笺上由其写了“30分钟→1400只好，不良：44个不合格；外壳：52个不合格；合计：96个不良。供方当天确认人（即供方三位人员分别签名——笔者注）”。其余内容均是在后来添加的，供方完全不知情。事实上，此是需方法定代表人为了伪造对其有利的证据，以要求确认设备当天生产出来的效果为借口，要求供方工作人员在其指定的位置签名而得出来的。供方有充分的证据和理由证实该份证据存在严重伪造。

①供方在仲裁反申请书中已经阐述并证明其提供的设备达到约定的要求，在2012年5月7日需方支付第二笔设备款之前就已验收合格。

②需方提供的《2012-8-8 验机记录》中故意伪造增加的内容在书写上完全不符合正常的习惯和格式。理由如下:

抬头“2012年8月8日最后一次验机”写在需方的信笺上方,而不是在事先打印好的单位名称、地址、电话、传真内容的下方,是在原有内容已没有书写位置的情况下添加的。

“再试机:”三个字及外围用笔划成的框边写在信笺纸打印好的粗体下划线的上方、需方三个字母的下方,即挤在中间,也是在没有书写位置的情况下添加的。

“机械不合格 退机械”只有八个字且内容是连贯的,正常书写只需要一行的一小部分位置即可。因原来真实内容的该位置上需方空白过多,在事后添加时只好分成两行且距离拉得较远。正常的签名和日期书写是先签名后写日期,而需方是先写日期后签名。

需方故意在信笺纸的偏下方位置预先写好了“供方当天确认人”几个字,且这几个字明显比其他原来写好的内容的字体都要大,供方人员应要求签名时,只好在需方写好字的位置后面签名,连司机黄某都被要求签名。

③《2012-8-8 验机记录》与此前双方已确认的多份证据完全相矛盾。

设备的验收标准为:产品设备为一出二,一分钟组装65-80PCS,按20小时计算,一天产能可达到80000-100000PCS;验收的时间为:设备在供方工厂调试并验收合格,需方付清50%设备款项后,由供方将设备送至需方指定的试产场所。需方在2012年5月7日就付清了第二笔设备款,证明此前设备已验收合格。需方提供的该份证据只说明了产品的好与不好的个数,即产品的不良率,这与约定的验机标准无关。因此,即使是在2012年8月8日才验收,也不能构成设备不合格,可退货。

双方确认的《2012-7-10 会议记录》内容1写明:“产能最高每分钟达到72个,挑选过的物料生产稳定性良好,不良率显示7.5%,达到出机状态。”而《2012-8-8 验机记录》显示,不良率只有 $96 \div 1496 = 6.42\%$,还低于7.5%。因此,该证据证明了需方提供的“机械不合格 退机械”等内容与此前双方已确认的证据完全矛盾,是需方为达到其不可告人的目的事后才添加的。

根据协议书第三条第3款关于售后服务的约定,从2012年5月8日交货始,供方只是对设备进行保修期内的售后服务,而非验机,验机在交货前已

经完成。

《2012-8-8 验机记录》中，有供方三位人员签名。其中，卓某是工程技术人员，黄某是负责生产的副总经理，（另一）黄某是司机。从2012年7月10日供方的黄某（副总经理）等人签名、需方的法定代表人等人签名的《2012-7-10 会议记录》内容“3 冯总意见：b. 此设备以后只做SS12F15产品，不作其他兼容，供方应退还做设备时兼容产品货款。就算7月30日搞得再好，都要按单机计算12万元。我司回复：针对冯总意见回公司汇报总经理可行性”，以及协议书中供方只指定杨某为其项目联系人，可证实：需方很清楚黄某（副总经理）及其他工程技术人员只有权代表供方对设备实验操作如实记录，而根本无权决定重大事项，如设备验收标准的变更、价格的调整、退货等。

供方三位人员签名确认的事实只可能是产品合格与否的个数，即确认生产的效果，而不能确认自己根本无权决定的“机械不合格 退机械”。需方当时就想以设备不再作兼容，并要求大幅降价。

因此，以上事实和证据证明《2012-8-8 验机记录》中“机械不合格退机械”是伪造、添加的。

需方以供方违约造成设备不合格为由要求退机并要求赔偿损失的请求没有任何事实依据，应当驳回其全部请求。需方仍欠供方2万元尾款，构成违约，应支持供方的反请求。

（四）本案争议要点

经双方确认，本案争议要点如下：

1. 案涉设备是通用还是专用设备，是否符合兼容的要求；
2. 供方是否延期交货，延期的理由；需方当时是否曾提出延期交货的问题或表示保留索赔的权利；
3. 是否已经依照规定进行试机验收，如何试机验收；
4. 验收与支付50%的款额（第二笔付款）的关系；
5. 需方提交的8月8日证据说明的问题与效力；
6. 供方2012年2月23日与3月21日的联络函与设备验收是否有关；
7. 供方提交的2012年4月17日与7月10日的会议记录，其内容与设备的质量及验收有无实质性的关系；
8. 协议书关于设备的技术参数是否具体明确，能否作为第三人对设备作

客观评价的标准与依据;

9. 验机前后, 依据协议书需方的权利与义务。

三、案情——双方代理律师代理词的主要内容

庭审后, 双方律师分别提交了代理词。为了方便读者理解, 将双方援引与解读的主要文件或证据列举如下:

《供方 2012 - 2 - 23 联络函》

《供方 2012 - 3 - 2 联络函》

《2012 - 4 - 17 会议记录》

《2012 - 7 - 10 会议记录》

《2012 - 8 - 8 验机记录》

(一) 需方律师的代理词要点

需方律师聘请两家不同律师事务所的两位律师分别提交了代理词。

1. 周律师的代理词要点

(1) 案涉设备不符合约定, 不能实现协议书的的目的

协议的目的在于需方要以自动化设备来从事优质高效的生产, 降低人工与管理成本等, 因此需方对于设备的产能就必然要达到其生产需要的标准, 否则即使能够进行自动化组装, 但若效率还不如人工, 就无需购买该设备。

根据约定, 设备产能应当达到每分钟自动组装 65 - 80 个拨动开关, 但试产后设备一直未能达到预期目标, 经双方多次会议协商和试机, 于 2012 年 8 月 3 日, 供方的三位人员在场, 当场试机, 得出设备产能为每分钟 40 余个, 远低于约定产能。此时双方就产能问题已经反复磋商了几个月之久, 严重耽误了需方的生产进度和计划, 造成了严重损失。故供方的三位人员书面承认设备产能不符合约定, 同意退货。他们也当庭承认该试机单上的签名是真实的, 其履行职务的行为应当认定为供方的行为, 依法应当认定双方就设备的产能和退货问题最终达成了一致, 应当予以遵守执行。

(2) 供方依法依约应当承担退货、赔偿损失的违约责任

根据《中华人民共和国合同法》第 111 条的规定: “质量不符合约定的, 应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确, 依照本法第 61 条的规定仍不能确定的, 受损害方根据标的性质以及损失的大小, 可以合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报

酬等违约责任。”以及第155条的规定：“出卖人交付的标的物不符合质量要求的，买受人可以依照本法第111条的规定要求承担违约责任。”可见根据法律规定，供方交付的标的物不符合质量要求，应当承担违约退货的责任。

供方关于设备在交付前已经通过验收的主张无法成立。首先，供方始终没有提交需方（出具的）验收合格的文书；其次，即使经过验收，但在实际生产中出现质量问题，供方依法依约也应当承担违约责任。

（3）供方的反请求不能成立

设备存在重大质量问题，远低于约定的产能，需方有权退货，供方应当全额退回已收取的货款，无权再要求需方支付余款。

综上所述，代理人认为，本案的核心争议点就在于案涉设备是否达到约定的质量标准。通过双方提交的证据和证人的证言，足以证明设备未能达到约定的产能标准，且经过几个月的调试和维修，一直未能从根本上解决问题。因此，设备无法实现合同目的，供方依法依约应当承担退货与返还货款的责任，对因此给需方造成的损失承担赔偿责任。其反请求是建立在设备质量合格的前提下的，故无法成立。

2. 陈律师的代理词要点

（1）供方在庭审中规避自身未尽义务的关键性条款

根据协议书第七条规定，若设备不合格，需方有权要求全额索赔，供方应退还设备款。需方提交的《2012-8-8验机记录》，是最后一次验机的记录，试机过程30分钟，产生的不良品共96个，根据协议书对设备性能的约定，此次试机证明设备不合格，需方要求退货。当时有供方的三位人员在场，试机结果真实可靠。

（2）合同的履行情况

①关于交货迟延的原因。增加兼容生产，是双方对协议书的变更；不能生产，就应当拒绝，而不应当接受；既然同意，就应当按照约定履行义务。

②不是需方造成迟延交货。没有证据证明设备符合要求。其不符要求的证据如下：

《2012-7-10会议记录》：2. 产品中存在9%不良品。

协议书关于产能的约定：见合同第三条。

实际的产能情况：《2012-8-8验机记录》表明1分钟实际产能比约定最高值少，是33.47只/分钟。则：

1 天: $33.47 \times 20 \times 60 = 40164$ (只)

1 个月 (30 天): $40164 \times 30 = 1204920$ (只)

取平均值: $1204920 + 604800 = 904860$ (只)

产品质量情况: $96/1496 = 6.42\%$

行业情况: $6.42\%/5\% = 1.28$ (倍)

供方指出其三位人员各自的职位及其工作职责,认为他们没有权利确认“机械不合格 退机械”,而需方在试机过程中只是要求供方人员确认,以便证实试机结果客观真实。

(3) 供方答辩和庭审中强调证据是伪造篡改,此系主观臆断

需方依据双方现场试机并经双方确认的书面证据主张权利是合法合理的。而供方为了逃避法律责任,主观臆断地认为经其确认的书面证据是伪造篡改的。

(4) 供方延期交货,存在违约行为

协议书规定的交货期为 110 天,5 月 8 日交付设备超过了约定的期限。5 月 9 日供方的工程师安装调试设备,90 天内断续调试。

供方辩称,逾期交货是因为需方在协议书履行过程中提出了新要求,要求增加兼容生产 SS12F15G2-SS12F15G10 系列,9 个不同手柄高度的产品。这种情况是需方根据需要的合理要求,是原协议书的一部分,虽然供方对需方增加部分提出说明,但是供方并没有变更交货期,需方有理由认为,供方还是按照原规定的日期交货,供方逾期交货在于对自己的生产能力过于自信,没有合理规划生产计划,因此逾期交货的责任在于供方本身。

(5) 供方的答辩中提供的联络函和会议纪要与其设备达不到验收的条件没有必然联系

会议纪要只是双方对当时试机情况的大概说明,并没有形成完整的设备验收合格文件,因此,仅凭该纪要不能确认设备合格。会议纪要和联络函与设备是否合格没有必然的联系。

(6) 特别申明

为了便于公正的裁决,强烈要求对设备进行质量鉴定。

供方不仅迟延交货,而且交付的设备不合格。因此,请求仲裁庭支持需方的请求,驳回供方的反请求。

（二）供方律师的代理词要点

两案^①争议的焦点是：双方是否按约定履行了各自义务，供方交给需方的设备是否符合协议书的要求。

1. 供方完全履行了自己在协议书中的义务

（1）设备按照约定经试机并通过验收，符合协议书的规定

《供方 2012-2-23 联络函》于 2 月 25 日得到需方的书面确认，足以证明设备已经过数次试机验收。

《供方 2012-3-2 联络函》经需方确认，内容 1 写明：“现行设备为专门定制设备，设计宗旨是按双方约定的产品型号进行，即兼容生产 SS12F15G8、SS12F17G5 两种产品。……（以上，说明该设备已达合同约定的验收、出货标准）”倒数第二段写明：“如按照合同约定，现行设备可以马上出机。”证明设备已达约定的验收出货标准。

《2012-4-17 会议记录》有需方（指定的项目联系人）签名，写明：“一、客户验机 60 分钟：1. SS12F15G8 运行顺畅，无卡机、停机；2. SS12F17G5 因物料问题导致停机次数较多。客户对设备现况满意，会尽量控制其物料的品质，通知客户支付中期款，现将客户带来的 5 万 SS12F17G5 物料生产完成后即可安排出机。”证明设备已经过需方验收，需方依约支付第二笔款项后即可出机。出现的问题是因需方提供的物料造成的。

根据协议书第四条第 1 款约定的设备验收顺序，2012 年 5 月 7 日之前，设备已几次试机并验收，需方又于 2012 年 5 月 7 日付清了第二笔款项，随后供方又交付设备，表明设备在供方工厂已验收合格，符合要求，否则需方就不会按约定付款。

需方的法定代表人于 2011 年 12 月 9 日就合同约定的设备向国家知识产权局申请了实用新型专利，并于 2012 年 8 月 1 日获得了专利，有专利号，证明设备是专用设备，能够实现其具有的功能，并受国家法律保护。

（2）供方按约定进行了售后服务，且在售后服务中双方确认的证据中进一步证明设备符合约定

协议书第三条第 3 款是关于供方的售后服务。保修期内非因需方人为原因

^① H 仲裁委员会将本文涉及的案件编号为：【2012】H 仲裁字第 ×8×、×8×-1 号，因此供方的代理人认为是“两案”——笔者注。

出现的质量问题,由供方负责。约定的验收要求是1分钟组装65-80PCS,而没有不良率的要求。

《2012-7-10会议记录》双方代表签名确认,内容1写明,产能最高每分钟达到72个,挑选过的物料生产稳定性良好,不良率显示7.5%,达到出机状态。

双方确认的《2012-8-3设备试机记录表》证明,设备15分钟产量为1038PCS,即每分钟达到69.2PCS,符合约定的验收要求。

2. 需方没有履行主要义务,存在重大违约

(1) 需方未能及时提供合格的物料给供方试机试产,并因此造成了设备延期交付

协议书第三条约定,需方需免费提供调试及试产时的合格的产品物料,提供合格产品生产加工工艺及质量要求,及对设备后续使用进行维护和管理。根据需方在开庭时已确认的《供方2012-2-23联络函》、《供方2012-3-2联络函》、《2012-4-17会议记录》等证据,足以证明是需方未及时提供合格的物料给供方试机并造成了设备的延期交付。

(2) 需方在验机前强行要求供方达到非经约定的其他几种兼容,并因此造成了设备延期交付

《供方2012-3-2联络函》与《2012-4-17会议记录》证明,在协议书履行过程中,需方又提出新要求。为此,供方已及时向其提出:供方只是按约定的产品型号定制两种兼容设备,若需方确实有异于原先合同约定的要求,必要情况下可另行针对其他需要生产的产品进行重新定制设备。

(3) 验机后的售后服务期间,需方又反悔不做兼容,并强行要求设备大幅降价,拒付尾款

根据《2012-7-10会议记录》内容3中的需方冯总意见:“b.此设备以后只做SS12F15产品,不作其他产品兼容,供方应退还做设备时兼容产品货款,按单机12万元计算。”需方严重违约的要求遭到了供方的拒绝。

3. 需方提交的《2012-8-8验机记录》经其故意伪造篡改与添加内容,是非法证据,没有证明效力,依法不应予以采纳

4. 需方关于设备质量的委托鉴定申请没有任何法律和事实依据,应依法驳回

根据约定的设备验收程序和售后服务,设备在供方试机、验收符合约定

后，需方才支付第二笔货款，供方再交货。需方于2012年5月17日用付款行为表明其已确认设备质量符合约定。设备交付后，供方进行售后维护、人员培训等技术服务都是依约提供18个月的免费售后服务的行为。

《供方2012-2-23联络函》、《供方2012-3-2联络函》、《2012-4-17会议记录》等证据的内容足以证明设备符合合同的约定。设备在验收后的售后服务期间，因需方提供的物料不合格曾出现过故障停机，2012年7月10日供方安排技术人员到需方现场进行维护作业，后双方针对当次维护作业召开了维护后检验设备情况沟通会议，故会议记录上出现“验机”字眼，但此并不代表设备再次验收或者未验收合格。因为是需方提供的物料不合格造成的设备故障，而免费提供合格物料是合同约定的需方义务。但是即使物料不良，设备的组装功能依然可以实现，完全符合约定，能够完成产品组装。而所生产出的产品的不良率与设备是否合格毫无关系，因为协议书中没有不良率为验机标准的约定。

协议书第二条与第三条第3款的规定，涉及的是保修期内非因需方人为原因出现的质量问题。设备从交付至今已8个多月，已不是交付时的初始状态，可能是因为需方生产加工工艺流程不合理，对设备后续使用进行维护和管理不善，提供的物料不合格及其他人为原因，使设备出现质量问题。现在鉴定设备没有意义。

综上所述，需方提供的证据是以产品的不良率证明设备不合格，这完全不符合约定，且此系非法证据，其申请仲裁的事实和理由完全不成立。

四、仲裁庭意见（之一）

在审核案件材料、文件、证据包括补充证据后，经庭审调查，核对双方出示的原件，仲裁庭查明的事实与表达的意见如下：

1. 协议书的效力

协议书的达成是双方真实意思的表示，分别由需方的法人代表冯总签名并加盖其公司合同专用章、供方的签约代表卢某签名并加按指模。

协议书没有违反法律的禁止性规定，合法有效，对双方均有约束力。

2. 协议书规定的项目联系人及其职责与授权

协议书的第2页，为订购自动化设备具体规定的首页，在关于双方当事人的信息栏目中，明确规定了双方就协议书涉及项目的各自联系人分别是需方

的冯总与供方的杨某。协议书的第八条再次载明并规定双方的项目联系人及其责任,需方的是项目联系人是冯总,供方的联系人是杨某。他们承担如下4项责任:(1)负责项目开发过程中的技术沟通、技术完善以及实施;(2)负责项目开发过程中的进度跟踪及改善;(3)负责项目开发过程及完成后所产生的后续问题的沟通及处理;(4)负责设备制造完成后提供足够生产物料进行试机调试工作。

该条款还明确规定,一方变更项目联系人的,应当及时并以书面形式通知对方。

3. 协议书的种类、涉及的设备是通用还是专用的以及对若干条款的评述
系争协议书不是普通的货物买卖合同,其所涉及的不是通用设备,而是专用设备,即依照需方的要求而“量身定制”的,这是双方的共识。

通常此类合同之标的,即本案中的设备,是依照需方的要求,由供方专门设计制造的(或者需方提供设计图纸与提出明确详尽的要求,供方依据图纸与要求制造)。此类专用设备本来须符合需方的设想,并与合同(包括附件)中明确、准确、详尽规定的技术参数一致。

一般而言,此类合同的协商、谈判以及条款的拟定,直至合同的达成,包含三方面的内容或步骤(环节):技术、商务与法务。订购人即本案的需方要通过其工程技术人员向供方(也是设计与制造方)的工程技术人员提出明确的技术参数与要求或附图纸。

关于第一条第2款规定的“可行性方案论证及确认”。仲裁庭认为,类似的规定,可能是供方首先履行,不时向需方通报进程,而需方随时提供意见。实际上是如何论证及确定的,双方没有说明,也没有提交证据证明可行性方案何时拟定,是双方论证还是供方单方论证,是否已经由双方确认或经双方签署文件认可供方提出并论证的方案。没有证据,便表明双方将此规定当作摆设;不具体规定由双方实施,或一方不过问,任由对方单独确认,从而导致争议,便不是单方的责任,须面对消极的后果。

关于第二条规定的需方要“提供(设备所生产的)合格产品的生产加工工艺流程”,供方研究开发“产品加工工艺改良,设备整体设计、制造及调试”。协议书中涉及此方面的问题,如上述第一条的规定,但仲裁庭没有看到明确具体的体现,包括未见以附件形式存在的规定,即没有见到供方提供的具体工艺流程的要求与参数等。

关于第三条中供方提供的技术资料、条件和部件品牌的规定。涉及部件品牌的规定是明确的，双方没有异议。关于双方提供的技术资料的问题，仲裁庭没有看到此类资料的存在，包括以附件形式的存在。

无疑，双方是所涉领域的行家。当时是如何协商、谈判的，双方出庭代表没有披露，双方代理律师的代理词中也没有提及。协议书明显存在诸多不具体之处，比如，关于设备要达到及如何达到何种工艺要求，具体明确的产品质量以及技术参数是什么等等。供方作为专业设备设计与制造商，理应生产能符合需方预期的设备。但是，需方对工艺流程提出了哪些明确的工艺技术要求 and 参数？供方明了需方的要求吗？供方如何设计与制造出符合作为客户的需方需求的专用设备？系争协议书没有附有此类明确技术参数与技术工艺要求的附件，也无附随需方方案涉设备生产产品所使用的原料或物料的种类与规格的明确规定。

如果双方认为第三条的规定，尤其是该条关于供方的规定已经足够明确具体，那么供方提供与交付的设备便符合要求。对此以及对协议书的其他有关规定，仲裁庭在下文中还要提及并论述。

若是仲裁员依据常识判断，认为协议书存在的上述缺陷是有根据的，那么，如果这种状况导致的风险是双方造成的，即应由双方共同面对；如果是一方忽略、作为或不作为造成的，便须由其独自面对消极后果。

4. 关于延期交付设备的问题

协议书的第二条关于供方的义务中规定：供方收到需方支付的40%的预付款后的110天内完成设备的制造。协议书上签名的部位还有手写记载，签约当日供方的卢某签名并加盖指模确认，收取了需方交付设备首笔款项8万元支票，该款项于2011年10月27日兑现。需方履行了交付首笔货款的义务。

按照上述规定，供方须在2012年1月20日前后完成设备的设计与制造，通知需方前来观看设备的试运行，参与、观看或检验设备在供方的现场调试。

需方是在2012年5月7日支付设备的第二笔款项的，供方在2012年的5月8日将案涉设备送交需方。双方对交付上述款项与交付设备的时间没有分歧。

供方交付设备（货物）延期，与原规定不符，但没有证据证明需方当时（2012年1月20日至2012年5月8日期间）曾催促供方按规定的交付设备，或曾向供方提出对延期交付设备而导致其损失保留追究的权利。这一事

实视为双方对交货期的修改。而供方提交的证据中，比如《供方2012-2-23联络函》与《供方2012-3-2联络函》，记载了需方对设备曾提出与原先不同的要求。

5. 双方是否已经依照规定进行试机（调试）验收，如何试机验收

协议书第二条有关供方义务的第4项明确约定，设备在供方工厂验收合格后再交付需方现场使用并达到要求。该规定表明，需方须到供方的工厂（现场）验收设备，认为合格后才接受设备，同意供方交付设备。

交付设备与同意收取设备本身，按照协议书的规定视为对设备的验收。虽然验收，按照规范的做法，双方应当签署验收文件。然而签署验收文件并非法律的强制性规定，正如口头合同，若双方没有异议，也是评判是非曲直的标准。而本案设备的验收与规范做法存在差异，责任不能归咎于任何一方。

6. 验收与第二笔付款的关系

根据协议书第四条关于需方付款的规定，验收合格是交付第二笔款项的前提。该款已经支付，设备已经验收、交付与收取。

7. 需方提交的《2012-8-8验机记录》的效力、供方三位人员的身份与授权

该证据涉及设备在需方的工厂试机30分钟的情况，内容记载在需方的便笺上。

双方对其中记载的内容没有异议的是：试机30分钟，1400个合格（指设备生产的开关——笔者注），44个不合格；外壳52个不合格；合计96个不合格。需方的冯总（法人代表与项目联系人）签名，供方的三位人员签名。

双方对其中记载的内容的真实性，主要的分歧的是：“机械不合格 退机械。”供方认为该内容是后来由需方添加的。

仲裁庭认为，可以不讨论双方就该证据内容的真假、有无添加或伪造的分歧。最重要的是需方没有提供证据表明供方曾经给其书面通知更换项目联系人。没有书面更换项目联系人，不能视为《2012-8-8验机记录》（上述便笺上）涉及的案涉设备的质量与退还的问题，不能视为供方的三位签署人具有项目联系人的授权或类似的重大授权。

供方申请其在《2012-8-8验机记录》上签名的三位人员到庭作证。该请求获得仲裁庭的同意。但是应当说明，他们非一般法律意义上的证人。通常法律意义上的证人须具有中立的身份，与案件没有利害关系。他们是一方

当事人中参与或经历了案件的某个事件的人员，因为本案适用的《仲裁规则》第20条对委托代理人数量的限制而无法以代理人的身份出庭。

仲裁庭注意到，《2012-8-8 验机记录》没有记载试机使用的是哪一种类的物料或原料及其规格，可见双方工作是欠严谨的。

依据协议书第二条的“调试合格后才交付甲方（需方）现场使用”的规定，以及第四条的“在供方工厂验收合格”的规定，同意供方将设备送交需方的工厂（场地），视为需方验收并认可了设备。

8. 《供方2012-2-23 联络函》及《供方2012-3-2 联络函》与设备验收是否相关

第一封联络函，由需方的冯总签名并加盖其公司合同专用章，记载收到的日期是2012年2月25日。

该函的首项记载需方提供的试机物料的型号（SS12F15G83、SS12F15G5）与原料型号（SS12F15G8、SS12F17G5），称新物料的尺寸偏大；要求“若根据合同上的条款约定，建议您（指需方的冯总——笔者注）还是需要提供原有物料来进行设备验收”。

该函的第二项明确载明邀请冯总于2012年3月5日前往验收设备。

对第一封联络函，仲裁庭没有看到协议书中存在关于“物料”的规定。

第二封联络函，由需方的冯总签收。该函记载需方要求的兼容生产SS12F15G8与SS12F17G5两种产品，需方提供了SS12F15G8产品物料，设备已完全正常生产；而需方尚未提供SS12F17G5的物料试机。该函还记载SS12F15G3、SS12F15G5等可以实现正常生产的情况。该函通知需方，若须兼容生产SS12F15G2-SS12F15G10，则需提供所涉的四种物料进行上机实验。该函通知需方的冯总可以马上出机，即交付设备。

仲裁庭认为，两封联络函涉及了设备的质量与验收。需方没有提交证据证明，在冯总签署联络函后曾经提出过任何异议或要求，以及提供新的物料试机。

9. 《2012-4-17 会议记录》与《2012-7-10 会议记录》的内容与设备的质量及验收有无实质性的关系

(1) 《2012-4-17 会议记录》中与设备有关的主要内容

客户验机60分钟：SS12F15G8运行流畅，无卡机、停机（30分钟）；SS12F17G5，因物料问题导致停机次数较多（30分钟）；客户对设备现况满

意, 会尽量控制其物料的品质; 通知客户支付中期款; 将客户带来的 5 万 SS12F17G5 物料生产完成后可安排出机, 即调试完成。该记录还记载, 双方在会议中初步洽谈了自动插板的新项目等意向。

协议书中规定的双方指定的联络人需方的冯总与供方的杨某等在会议记录上签名确认: 设备经过调试, 客户(需方)满意。

(2) 《2012-7-10 会议记录》中与设备有关的主要内容

验机状况: 产能最高每分钟达 72 个, 挑选过的物料生产稳定性良好, 不良率显示 7.5%, 达到出机状态; 产品中存在 9% 不良品。

冯总意见: 产品问题希望 7 月 30 日前解决; 此设备此后只做 SS12F15 (G8) 产品, 不做其他产品兼容, 供方应退回做设备时兼容产品的货款。就算 7 月 30 日搞得不好, 都要按单机计算: 12 万元。

供方的回复: 针对冯总意见, 回公司报总经理研究可行性。

会议记录载明需方的冯总是会议的主持人。该记录表明, 设备生产的产品仍然存在需要解决的问题。需方提出减价的意见或要求。需方的冯总与双方的其他与会人员在记录上签名。

(3) 实质性关系认定

仲裁庭注意到两份会议记录记录于供方制作的格式文件上, 显得规范、庄重, 记录了参会人员、会议持续的时间(分别是 14:00-16:15 与 17:30-20:30)等细目。第二份记录表明, 该次会议的目的主要是验机并对验机的状况交换了不同意见, 需方甚至提出减价的要求。但是没有证据证明此后双方对减价达成了妥协、形成了一致意见, 因此原价格仍然有效。

第二份会议记录涉及的验机, 属于协议书第三条第 3 款规定的供方给需方提供免费 18 个月的设备维护等义务的范围。产品品质问题与设备的功能与质量问题密切相关, 但不能视为等同于设备的质量问题, 也可能涉及其他问题, 比如操纵设备的技术问题或涉及物料或原料的问题。该会议记录明确记载设备能达到的产能是每分钟 72 个, 此项参数符合协议书第三条中的规定。

供方还提供了其于 2013 年 8 月 3 日填写的《设备试机记录表》, 需方的程某代表确认记载的内容。仲裁庭认为, 内容属于售后服务的范畴。

10. 协议书关于参数的约定是否具体不明确, 能否让第三人做出客观评价的标准与依据

对案涉设备, 双方均未提交书面证据表明需方曾提出具体而又明确的工

艺流程、工艺与质量要求，或供方曾阐述与论证关于设计的具体设想、提供设备能达到标准的经双方签署认可的文件，以此作为设备达到或符号要求的尺度、标准。至少双方没有向仲裁庭出示此类对双方有约束力的书面文件。

协议书第三条关于双方提供的技术资料 and 条件没有具体化，难以成为可以落实的标准。该条关于供方义务中的两种型号产品 SS12F15G8 及 SS12F17G5，说的是产品。但到了《供方 2012 - 2 - 23 联络函》中，SS12F15G8 及 SS12F17G5 却成为物料与原料型号，应当是笔误。该条中也没有明确规定产品的合格率（不良品与废品率）。

若是聘请第三人鉴定案涉设备，双方能提交已经达成的或已经实际存在的设计标准、工艺流程（加工工艺）要求、质量标准的明确规定与参数吗？能提供已经约定的物料种类与规格吗？若是不能，鉴定便难以实施，任何第三人都难以做出客观的评价。

11. 依据协议书的规定，验机前后需方的权利与义务

依据协议书，需方支付订购设备的货款并收取合格的设备是其义务与权利。前文已经论述了系争协议书与案涉设备的性质。根据协议书第二条及第三条的规定，需方须给供方提供加工工艺流程、工艺质量要求等技术要求与参数，以便供方依照具体的要求设计符合要求的设备。仲裁庭没有见到需方是如何为了实现自己的权利而提出可见的、可评价的具体而又明确的工艺与技术要求的。

同理，仲裁庭也感到困惑：供方是如何并依照哪些工艺要求和质量要求而设计与制造案涉设备的？

仲裁庭感到难以理解，作为具备高度专业资质的双方当事人，为什么将产品型号与物料和原料作为同一事物与类别？

庭审中，需方提交了一份由冯总编写的注明 2011 年 1 月 1 日生效的文件，内容包括操纵步骤（侧灯检查、外观检查、手感检查）、工具（测灯仪、力度表、万能表、测电流耐压表）与注意事项。需方称此为案涉设备生产的产品检验标准。若是标准，应当在协议书合同的谈判中交付给供方，告知所订购的专用设备生产的产品要如何检验，要达到或符合什么标准。供方认为此非构成协议书的文件。

仲裁庭注意到，该文件是需方在协议书达成前制定的，涉及的是有关产品的检验，或许需方一直生产的产品与案涉设备生产的产品是一样的。双方

提交的证据中没有载明是依据此文件中的方法与标准检验案涉设备的产品与案涉设备,供方对此不予以认可。仲裁庭认为,在庭审中才提交这样的文件,没有实际意义。

综上,需方收取供方的两封联络函后,没有在合理期限内以适当的方式提出任何异议,并支付了第二笔货款,收取了(received)案涉设备。需方的以上行为、作为或不作为构成其对案涉设备已做验收并已接受(accepted)。

发生争议,与协议书规定不完整、不周详有关,也是需方自己的疏忽所致,即如前文中论述,协议书中缺少关于案涉设备的详尽工艺流程、质量要求及如何确保设计与制造、产品的物料与原料的种类与规格等技术上的规定与参数,需方在收取两封联络函后没有表示任何异议或保留,后果应自行承担,但供方对此也不能完全免责。

12. 关于本案申请人需方的仲裁请求

需方以设备不符合约定为由提出请求。

依据以上分析,申请人需方没有退货的理由,因此其首项与次项请求不能成立。

由于协议书存在缺陷,比如至今仲裁庭都未见其加工产品的原料或物料的种类与类型的规定以及工艺流程的具体方案等,此系双方的责任,导致争议,被申请人供方也有责任,因此,本案仲裁费由双方分担。

此外,仲裁庭并不认为案涉设备是高质量的。目前产品还存在质量问题,在双方签署的《2012-7-10会议记录》与《2012-8-3设备试机记录表》中均有记载,没有证据表明已经解决,供方仍然负有售后服务的义务。

关于供方在仲裁反申请书中关于合同设备余款的请求,仲裁庭将在【2012】H仲案字第×8×-1号案的裁决书中处理。^①

13. 关于本案申请人供方在仲裁反申请书中的仲裁请求

需方是以设备不符合约定为由提出请求的,依据以上分析,本案中的被申请人需方没有退货的理由。

^① 作为仲裁员,笔者收到H仲裁委员会的开庭通知,文中告知受案号为【2012】H仲案字第×8×、×8×-1号,以为需方作为申请人提交仲裁申请书为一宗案件,供方提交的仲裁反申请书作为另一宗案件,两宗案件并案审理,故首次开庭后是以两宗案件为前提起草了两份裁决书稿,主要内容没有不同。本“12”条目是针对【2012】H仲案字第×8×号案而撰写的,下文的“13”条目是针对【2012】H仲案字第×8×-1号撰写的,系笔者的失误——笔者注。

协议书第四条中关于支付货款的规定中规定，10%的尾款在交货后1个月内付清。双方已经确认，送机的时间是2012年5月8日。依照规定，需方须在2012年6月8日前支付10%尾款2万元。没有依照规定支付，本案的被申请人需方违约。

由于协议书存在缺陷，此系双方的责任，导致争议，本案申请人供方也有责任。

仲裁庭并不认为案涉设备是高质量的。目前产品还存在质量问题，在双方签署的《2012-7-10会议记录》与《2012-8-3设备试机记录表》中均有记载，没有证据表明已经解决，供方仍然负有售后服务的义务。本来，根据协议书的规定，该问题的解决与需方支付尾款的义务没有关系。但是因为协议书存在的问题，是双方的责任，导致争议，双方要共同面临消极后果。需方暂时不依照协议书支付货款余款，或留置该笔余款，以求设备生产的产品问题的解决，也是可以理解的。

仲裁庭已经论述了对系争协议书、争议的原因与责任的意见，其中认定，供方仍然对需方负有售后服务的义务。

第一裁决方案：综上所述，关于供方在仲裁反申请书中就协议书设备余款的请求，仲裁庭予以支持。但是鉴于争议非一方的责任，故双方须分担此案的费用，供方承担40%，需方承担60%。

第二裁决方案：综上所述并考虑公平的原则，需方只需支付余款的50%，鉴于争议非一方的责任，故此案的费用，各半分担。

第三裁决方案：综上所述并依据公平的原则，且考虑争议源自合同的缺陷，系双方不规范的行为导致的，供方已经收取了设备款项的90%，而案涉设备确实存在尚未解决的质量问题，驳回供方的首项请求。鉴于争议的发生系双方的责任，仲裁费由双方分担，供方承担60%，需方承担40%。

五、仲裁庭意见（之二）

以上是笔者撰写的供仲裁庭讨论的裁决书初稿。在撰写的过程中，笔者认为有些问题若是在庭审过程中提出，让当事人回应，会更稳妥些，故为同庭仲裁员考虑列出如下问题：

1. 协议书规定的项目联系人及其职责与授权有没有发生变化？
2. 关于第一条第2款规定的“可行性方案论证及确认”，有可行性方案

吗? 是如何论证及确认的?

3. 根据第二条规定, 需方要“提供(设备所生产的)合格产品的生产加工工艺流程”, 提供了吗?

4. 协议书中有关于加工产品的物料的种类与规格的规定吗? 双方签订有关于物料的种类与规定的其他附件吗?

5. 《供方 2012 - 2 - 23 联络函》中, SS12F15G8 及 SS12F17G5 写成物料(原料)与产品型号, 是笔误吗?

同庭仲裁员认可笔者列出的问题, 倾向于再次开庭查询。第二次庭审表明, 对于上述问题中的前四个问题, 仲裁庭在前述裁决书稿中的认定是成立的。第 5 个问题令仲裁员意外, 双方均认为问题中的物料与原料名称也是产品的名称。但是三位仲裁员认为原料与产品同名有违常识, 不予以采信。

六、裁决与若干问题的回顾与评述

正式裁决书的“仲裁庭意见部分”以笔者撰写的裁决稿为基础, 以更加准确与贴切的语言论述。对需方的请求, 仲裁庭不以支持; 本诉的仲裁费, 需方承担 60%, 供方承担 40%。对供方的反请求, 仲裁庭完全不予支持, 其仲裁费完全由供方承担。对供方反请求的处理超出了笔者原先提出的三个方案的范畴。

1. 系争协议书是在供方制定的常用标准合同的基础上订立的

本案的系争《自动化设备协议书》的首页上方是供方的中英文名称与由简洁的图案与英文名称构成的公司标识 (logo); 中间部分是协议书的中英文名、目录、编号与签订日期等; 每页的最下方的文字除了页码外, 还有“自动化解决方案合同”与“自动化设备领域专家和杰出服务者”等文字。显然, 系争协议书是在供方制定的常用标准合同的基础上订立的。

2. 系争协议书主要争议与具体的技术水准基本无关

管辖案件的仲裁机构负责受理案件的同事告诉我们, 在收取与初步审核当事人提交的文件材料时, 看到涉及专利的材料, 看不懂, 意识到要向仲裁委员会的领导建议指定具备处理专利争端专长与经验的仲裁员。供方在其主要具备答辩功能的仲裁反申请书中宣称, 供方的法定代表人周某于 2011 年 12 月 9 日就协议书约定的设备向国家知识产权局申请了实用新型专利, 并于 2012 年 8 月 1 日获得了专利, 证明设备能够实现其具有的功能并受国家法律

保护。但是本案的争议与具体的技术水准无关，而与没有明确规定的技术要求有关，仲裁庭没有提及与评论案涉设备获得实用新型专利的问题，即认为争议以及它的是非曲直与供方获得的专利证书无关。

3. 关于本案的核心问题

需方的一位代理律师在其代理意见的最后部分说道：“本案的核心争议点就在于供方交付的设备是否达到双方约定的质量标准。通过双方提交的证据和证人的证言，足以证明供方的设备未能达到双方约定的产能标准，且经过几个月的调试和维修，一直未能从根本上解决该问题。”需方认为设备没有达到约定的质量标准，构成违约。

供方的律师在代理词中首先以自己的文字归纳了案件的争议焦点：双方是否按合同约定履行了各自义务，供方交给需方的设备是否符合合同的要求。供方认为其交付的设备按照协议书约定经试机并已经通过验收，符合规定；是需方有些要求超出约定，在售后服务期间，对放弃兼容的反悔，拒付尾款，构成违约。

而经仲裁庭论证，本案的核心问题或争议的起因是双方没有对案涉设备约定具体的质量标准或技术要求。

4. 关于协议书欠缺具体的技术要求的内容之危害

据管辖该案的仲裁机构告知，供方是所在市的名企业，常有该市的领导前往视察。作为系争合同所涉及的“自动化领域的专家与杰出服务者”，若是协议书中欠缺客户所提出的具体、明确与可行的技术要求，缺少订购设备所需的技术参数，满足客户的特别要求何从谈起？协议书的规定不能体现客户的具体要求，能制造出符合特定要求的专用设备或产品吗？

平心而论，在仲裁中，系争协议书与我们所见到的国内大多数买卖合同相比较，大体属于同一水准，而非属于最粗糙的类别。比如第七条，可以称为违约条款。若是一般的买卖合同，认定标的不符合规定，买方据此可以请求赔偿。问题在于，案涉协议书涉及的是专用设备，而它缺少对专用设备的明确与具体的技术规定。在第二次庭审过程中，仲裁庭在查询了事前列出的五个问题后，对双方进行调解。需方的律师在与仲裁庭私下面谈时，说到劝解需方作让步，因为协议书中的违约条款不明确，但没有提及协议书中欠缺关于技术标准的明确约定。当然，笔者也清楚，当事人与代理人未必就会坦诚与客观地向仲裁员表达对案件的真实意见。

5. 关于协议书行文的不严谨与错误的潜在负面后果

供方的合同范本明显存在行文的笔误与累赘。比如, 第二条中的“本合同供、需双方在研究开发项目中”和第四条中的“供、需双方确定”等文字是多余的。又比如, 第三条起始写明“供方确定”, 然而合同记载的应当是双方商定的条件、双方的权利与义务, 怎么变成了单方的确定? 该条的规定仅对供方有约束力, 是单方的承诺? 再比如, 第八条本来应当规定的是双方联系人的责任, 否则单方的联系人如何“沟通”、与谁“共同”? 但在文字上却表述为“需方项目联系人承担以下责任”。合同的此类失误或缺, 往往给双方造成麻烦。合同的规定应当明确, 权利与义务应当大体对等, 否则, 提供合同范本的一方在争议中难以“独善其身”。

庭审中, 需方的法人代表多次表达了对供方的不满以至愤慨。在第二次开庭之前, 需方的律师曾在电话中对仲裁庭的秘书说, 若是不满足他们关于聘请第三人检验案涉设备的申请, 他们将要求撤销裁决书。在撰写本文的过程中, 笔者曾查询获悉, 当事人没有撤销裁决书的举动。

在裁决书定稿的过程中, 笔者的同庭仲裁员料想, 当事人看到裁决书后会心服口服的。而笔者表示, 对本案, 自己宁愿以裁决结案, 而非调解结案, 因为当事人与其各自的律师看到裁决书或许才能比较清楚地认识争议的起因与案件的是非曲直。争议涉及的金额有限, 能让当事人与律师在付出代价后有所启发, 便是真正意义上的“学费”。

曾有同行说道: “仲裁裁决不仅要给当事人带来公正, 而且其行文要使人们看到公正是如何体现的。” (The arbitral award should not only do justice to the parties, but should be so drafted that justice is seen to have been done.)^①

6. 关于供方“三位证人”的身份与仲裁规则明确规定只能有两名代理人的问题

该仲裁委员会的《仲裁规则》第20条规定: “当事人、当事人的法定代理人可以委托1到2名仲裁代理人进行仲裁。当事人认为必要, 经仲裁庭同意, 可以适当增加代理人的人数。”

《中华人民共和国民事诉讼法》第58条第1款规定: “当事人、法定代理

^① W. Laurence Criage, William W. Park and Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Third Edition, Oceana Publications, Inc. / Dobbs Ferry, NY, p. 365.

人可以委托一至二人作为诉讼代理人。”笔者怀疑，上述仲裁规则的规定是源于民事诉讼法的相应规定，从某个侧面表明，我们的仲裁深受诉讼的影响，因此也就缺少了仲裁应有的特色。

笔者查阅手头的资料，没有发现仲裁机构对代理人有限制性的规定。要求提供代理人的姓名与地址存在于许多机构的仲裁规则中。比如：

《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》（2010年）第5条是关于仲裁的代表与协助（representation and assistance）之规定，对代理人的数目没有限制性规定。^①

《国际商会仲裁规则》（2008年）在其关于庭审的第21条（4）款中规定，当事人可以自己也可以通过经正式授权的代表（duly authorized representatives）出庭，没有规定代理人的数目。^②

《伦敦国际仲裁院仲裁规则》（1998年）第18条涉及的是当事人的代表（律师或法律从业者，legal practitioners），没有规定代表数目。^③

《美国仲裁协会国际仲裁规则》（2006年）第12条是关于当事人代表（或代理人，representative）的规定，没有限定代表数目，而是规定要将其姓名、地址与电话知会对方与仲裁机构的管理人员（administrator）。^④

《澳大利亚国际商事仲裁中心仲裁规则》第6条是关于仲裁代表与协助（representation and assistance）的规定，没有人数的规定。^⑤

① 原文：Each party may be represented or assisted by persons chosen by it. The names and addresses of such persons must be communicated to all parties and to the arbitral tribunal. Such communication must specify whether the appointment is being made for purpose of representation or assistance. Where a person is to act as a representative of a party, the arbitral tribunal, on its own initiative or at the request of any party, may at any time require proof of authority granted to the representative in such a for as the arbitral tribunal may determine.

② 原文：The parties may appear in person or through duly authorized representatives. In addition, they may be assisted by advisers.

③ 原文：Any party may be represented by legal practitioners or any other representatives.

④ 原文：Any party may be represented in the arbitration. The names, addresses and telephone numbers of representatives shall be communicated in writing to the other parties and to the administrator. Once the tribunal has been established, the parties or their representatives may communicate in writing directly with tribunal.

⑤ 原文：The parties may be represented or assisted by persons of their choice. The names and addresses of such persons must be communicated in writing to the other party and ACICA.

《北京仲裁委员会仲裁规则》(2008年)第15条规定:“委托代理人进行仲裁活动的,应当向本会提交载明具体委托事项和权限的授权委托书。”

《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》(2012年)第20条规定:“当事人可以授权中国及/或外国的仲裁代理人办理有关仲裁事项。当事人或其仲裁代理人应向仲裁委员会秘书局提交授权委托书。”

《华南国际经济贸易仲裁委员会(深圳国际仲裁院)仲裁规则》(2012年)第23条规定:“当事人可以委托包括中国内地、香港特别行政区、澳门特别行政区、台湾地区 and 外国律师在内的人士担任其仲裁代理人。当事人委托代理人进行仲裁活动的,应当向仲裁委员会秘书处提交具体委托事项和权限的授权委托书。”

在管辖本案的仲裁委员会作为仲裁员审理案件,笔者始终感到困惑,为什么要规定当事人委派代理人的数额?在市场经济的环境中,当事人委派或聘请代理人的,自然会考虑成本与其他相关问题。

此外,本案裁决书最后版本的案情部分是仲裁机构给仲裁庭指定的秘书按其机构的惯例改写的,增添了大量内容。其中连续有四个自然段称《2012-8-8 验机记录》中供方签名的三位人士为证人。这种称谓是对供方三位人士身份的确认,与仲裁庭意见第7条“需方提交的《2012-8-8 验机记录》的效力、供方三位人员的身份与授权”中仲裁庭论述所表达的意见相左。严格地说,裁决书的内容表述存在不一致之处,是裁决书的瑕疵。仲裁员的无奈是其无法摆脱或摒弃仲裁机构形成的惯例之约束。回顾与审视此问题,机构与仲裁员要加强沟通。同时,就此问题而言,非机构仲裁有其优势。但是,在中国内地尚不具备非机构仲裁的社会与法律环境。

7. 关于笔者在起草裁决书后书面提出的若干问题

前文已述,笔者在首次庭审后便着手撰写裁决书,以为仲裁机构是将本诉与反诉分别立案而又并案处理的,因为笔者此前在该仲裁委员会有若干次这样的经历。于是笔者以两宗案件分别撰写了两份裁决书,其后还草拟了尚须确认的五个问题,供同庭仲裁员考虑。同时,笔者还在两份裁决书初稿上附上了主要是给仲裁庭秘书的如下“说明”:

(1) 仲裁委员会与秘书没有告知某些程序事项的细节,比如,供方是何时提交仲裁反申请书的(非指文件上载明的时间),仲裁委员会是何时作出关于另案受理的决定的(决定的编号)。故请秘书添加或补正。

(2) 仲裁员是指定还是委托指定的情况，也不是太清楚，也请秘书补正。

(3) 供方的仲裁反申请书，主要是答辩的内容。其（反）请求所依据的完全是答辩的内容。仲裁庭还没有组成或还未收到仲裁的文件，还没有确定开庭时间，还未开庭，被申请人就丧失了答辩的权利？一定要以另案受理吗？因为存在仲裁反申请书为标题的答辩（本质上主要是答辩），而其中的请求完全无法独自成立，仲裁员撰写“孪生”裁决书存在困难。第 X8X-1 号案的裁决书，若不首先交代前案申请人的申请书，难以交代本案所谓申请人（在仲裁反申请书中）的申请。

(4) 双方的律师共提交了 3 份代理词，涉及各自的请求、答辩与反请求，内容难以分割，是有机联系在一起的。

(5) “根据《供方 2013-3-2 联系函》、《2012-4-17 会议记录》证明，在合同的履行过程中，需方又提出新的要求，需增加兼容生产 SS12F15G2-SS12F15G10 共 1 个系列”，“关于供方义务中的两种型号产品 SS12F15G8 及 SS12F17G5，说的是产品。但到了《供方 2012-2-23 联络函》中，SS12F15G8 及 SS12F17G5 却成为物料与原料型号”，若干类似情况，仲裁庭因为庭审时间的限制，没有查询。

仲裁与诉讼的重要区别，即以仲裁方式解决争端当事人可以指定或选定自己的“法官”。前文中已经交代，将【2012】×8×、×8×-1 号的表述理解为两宗案件系笔者的失误。笔者在本案中还注意到，该仲裁委员会在双方当事人均放弃指定仲裁员的权利时，在裁决书“程序部分”关于仲裁庭只笼统地交代：本会主任指定×××为本案的首席仲裁员，指定×××与×××为本案仲裁员。而我们应当从国际仲裁机构的裁决书披露仲裁员国籍、住所地与居所地的惯例中得到启发。本案的当事人分别来自广东 D 市与 H 市，一般而言，D 市的当事人与代理律师大体会对 H 市之外的仲裁员少一些倾向性的担忧；同样，H 市的当事人对仲裁员也可能有地域因素的考虑。据此，笔者以为在裁决书的程序事项部分，交代仲裁员的居所地与住所地或许是可以考虑的。这样，可以体现商事仲裁非地域管辖的特点。

此外双方放弃行使选定或委托指定仲裁员的权利，仲裁庭成员的指定完全由机构代为行使，在这种请求下，当事人享有选择自己的“法官”的权利之原则是否应当在行文中略有体现呢？

征稿启事

《北京仲裁》由北京仲裁委员会主办，主要刊登中外仲裁、调解、工程评审等多元化纠纷解决机制相关的民商事理论性、实践性的论文或者介绍性文章以及符合前述范围的翻译文章。本刊每年出版四辑，下设“主题研讨”、“专论”、“仲裁讲坛”、“比较研究”、“ADR 专栏”、“案例评析”、“办案札记”等栏目。

本刊编辑部热诚欢迎广大读者向本刊投稿，投稿前请仔细阅读以下注意事项：

1. 来稿应符合本刊网站 (www.bjac.org.cn/magazine/) 的投稿要求及注释体例，并按要求写明作者信息、中英文题目、内容摘要、关键词等信息。

2. 来稿应严格遵守学术规范，如出现抄袭、剽窃等侵犯知识产权的情况，由作者自负责任。

3. 为扩大本刊及作者信息交流渠道，本刊已经委托博看网数字发行，并已被 CNKI 中国期刊全文数据库收录。凡向本刊投稿的稿件，即视作作者同意授权本刊其作品包括但不限于电子版信息网络传播权、无线增值业务权等权利，授权本刊可授予合作单位再使用、授予相关数据库收录之权利，作者前述相关的著作权使用费将由本刊编辑部在本刊稿酬内一次性给付。若作者不同意前述授权的，请在来稿时书面声明，以便本刊做适当处理；作者未书面声明的，视为同意本刊编辑部的前述安排。

4. 投稿方式：请采用电子版形式，发送至本刊电子邮箱 bjzhongcai@bjac.org.cn。如在两个月内本刊未发出用稿或备用通知，请作者自行处理。

5. 所有来稿一经采用，即奉稿酬（100 元/千字，特约稿件 150 元/千字）。

《中国建设工程法律评论》

《中国建设工程法律评论》（《评论》）是一本力图将中国建设工程领域的法律与工程相结合、学术和实务相结合、中国内地建设工程与国际建设工程相结合的中英文双语读物。

创办《评论》的主要目的是：为中国建设工程法律界创建一个交流的平台；整合国际先进的经验与理论，为中国建设工程企业、房地产开发企业、海事建造企业、勘查企业、设计企业、监理企业、物业管理企业、造价及评估咨询企业、律师事务所提供一个权威、方便的参考与指导。

《评论》汇集中外建设工程法律理论界和实务界的精英，组成了《评论》大家庭。大家庭成员正齐心协力实现《评论》的宗旨和目标。

欢迎来电来函订购！

订购热线：010-63939792/63939782/63939781 传真：010-63939782



征订回执

订购单位 (发票单位)		联系人	
邮寄地址		邮编	
书名	《中国建设工程法律评论》(第二辑)	邮购价	70元
订数		总金额	
汇款方式	邮局汇款 <input type="checkbox"/> 银行汇款 <input type="checkbox"/>	汇款凭证号	

注：此联连同汇款回执一并作为报销凭证。如需正式发票另请注明。

汇款方法

银行汇款：

开户行：工商银行北京六里桥支行
户名：中国法律图书有限公司
账号：0200 2810 0902 0403 623

邮局汇款：

地址：北京市莲花池西里7号法律出版社
邮编：100073
收款人：中国法律图书有限公司邮购部