

NEWSLETTER

跨境争议解决 刊物

Cross-border Dispute Resolution

第 23 期

2024 年 7 月 26 日

JT&N 金诚同达

CONTENT

目录

美国文件开示中的国家秘密问题	01
林慕娟、董毅	
规范与自律同行——美国国家广告司（NAD）广告自律机制和程序解析（三）	04
李岚、刘峻佐	
筑巢引凤栖 花开蝶自来——简评《境外仲裁机构在上海设立业务机构管理办法》施行	08
刘丁敏	
简析 MUR Shipping v RTI [2024] UKSC 18 案对英国法减损规则的影响	12
逢若鸣、南洋、易旸	
内地与香港仲裁中和解协议的可执行性及据此作出的仲裁文件的司法审查研究——兼评香港高等法院[2024] HKCFI 1611 案	14
黎鑫、王雪阳	

ABSTRACT

摘要

1. 美国文件开示中的国家秘密问题

林慕娟、董毅

美国证据开示制度（Discovery）是指在诉讼过程中，双方当事人通过预定的法律程序相互获取对方掌握的相关证据，以便公平地准备案件审理。相比其他国家，美国的证据开示制度更加广泛和深入，旨在确保双方有平等的机会获得案件相关信息，从而促进诉讼的公平和效率。然而，对于中国当事人来说，履行美国证据开示要求可能会面临《中华人民共和国保守国家秘密法》（“《保守国家秘密法》”）的限制。在涉及国家秘密的背景下，美国法院会进行国际礼让分析，权衡各方利益，并裁定是否强制中国当事人进行证据开示。

2. 规范与自律同行——美国国家广告司（NAD）广告自律机制和程序解析（三）

李岚、刘峻佐

本文主要介绍了 NAD 的快速处理程序、申诉机制以及案件重启与复查监督措施。快速程序适用于简单、事实清晰且明显违规的案件，由监管部门直接裁决，但设有异议答辩等保障措施。对快速程序裁决有异议的，广告主可提起申诉，由评审小组复审。NAD 还可依职权重启存在重大错误或违规的已结案件，并通过定期回访等方式督促裁决的履行。本文在最后也提出 NAD 自律机制对中国出海企业的启示与借鉴意义，包括重视广告真实性、参与行业自律、健全内部自查等，以提升广告合规水平，树立诚信守法的海外形象。

3. 筑巢引凤栖 花开蝶自来——简评《境外仲裁机构在上海设立业务机构管理办法》施行

刘丁敏

2024 年 7 月初，上海市司法局出台《境外仲裁机构在上海设立业务机构管理办法》（“《上海办法》”），允许符合条件的境外仲裁机构申请在沪设立业务机构，开展涉外仲裁业务。该办法是落实《上海市推进国际商事仲裁中心建设条例》，打造上海国际商事仲裁中心以及推动涉外法治建设的重要具体措施，对于境内外仲裁用户、仲裁机构以及优化仲裁发展环境及仲裁业务对外开放等均具有重要裨益。尽管境外仲裁业务机构在华开展仲裁业务仍面临一些不确定性，但相信随着《上海办法》的正式实施以及相关配套制度的完善，我国的涉外仲裁制度将更加仲裁友好。

ABSTRACT

摘要

4. 简析 MUR Shipping v RTI [2024] UKSC 18 案对英国法减损规则的影响

逢若鸣、南洋、易旻

[2024] UKSC 18 案是英国法下与不可抗力有关的最新案例，一经公布即受到了广泛关注，其中关于不可抗力“尽合理努力避免”条款有了明确的结论，即不能要求受影响一方接受合同外的履行（non-contractual performance），但其背后隐含的判例精神与一般违约情况下的守约方减损规则有较大的相似性，可能会产生一定的影响。本文从[2024] UKSC 18 案的裁决内容及相关裁判理由出发，简要分析英国法下减损规则可能产生的变化及借鉴意义，并与中国法的相关内容进行比较以作为参照。

5. 内地与香港仲裁中和解协议的可执行性及据此作出的仲裁文件的司法审查研究——兼评香港高等法院[2024]HKCFI 1611 案

黎鑫、王雪阳

2024 年 6 月 14 日，香港高等法院就[2024]HKCFI 1611 案作出判决，法院认为如果仲裁协议的当事人为解决争议并缔结和解协议，该和解协议未以商定的条款在裁决中记录，则和解协议“就其执行而言，应被视为仲裁裁决”。因此，和解协议被视为执行裁决，质疑裁决的理由适用于仲裁和解协议。其次，终止令是最终的、具有约束力的“裁决”，因为仲裁庭作出的裁决终止了仲裁并且没有任何遗留问题，实质性的解决了提交仲裁的争议，根据《仲裁条例》第 81 条撤销裁决的理由将适用于它。纵观内地，我国仲裁中双方当事人签订的和解协议只有一般民事合同的效力而并无直接执行的效力，仲裁中根据当事人签署的和解协议作出的仲裁调解书多大程度上受到司法审查亦存在不同观点，内地的仲裁法律是否需要改革以适应国际商事仲裁的发展，是本文想要讨论的主要问题。

美国文件开示中的国家秘密问题

林慕娟、董毅

美国证据开示制度（Discovery）是指在诉讼过程中，双方当事人通过预定的法律程序相互获取对方掌握的相关证据，以便公平地准备案件审理。相比其他国家，美国的证据开示制度更加广泛和深入，旨在确保双方有平等的机会获得案件相关信息，从而促进诉讼的公平和效率。然而，对于中国当事人来说，履行美国证据开示要求可能会面临《中华人民共和国保守国家秘密法》（“《保守国家秘密法》”）的限制。在涉及国家秘密的背景下，美国法院会进行国际礼让分析，权衡各方利益，并裁定是否强制中国当事人进行证据开示。


一、美国证据开示制度下的法律冲突

在美国联邦法院系统中，证据开示程序由《联邦民事诉讼规则》（Federal Rules of Civil Procedure）第五章“披露与证据开示（Disclosure and Discovery）”规定。如果一方未能在规定时间内进行必要的回应，另一方可以向法院申请强制开示证据。然而，若开示请求过于繁重或具有骚扰性质，被请求开示方同样可以申请保护令以限制或拒绝该请求。对于外国当事人来说，履行美国法律要求的证据开示义务有时会构成对本国法律的违反，甚至面临承担刑事责任的风险。但根据美国法律，即便开示某些文件会使得外国当事方在其国家受到刑事制裁，美国法院仍然保留强制其开示文件的权力¹。在这种情况下，法院将首先审查相关文件的开示是否确实违反了外国法律²，若法院认为法律冲突确实存在，则将进行国际礼让分析（International Comity），衡量本国与外国各自的利益，最终做出是否强制外国当事方开示文件的裁决。

二、美国法院对法律冲突的存在的认定

一方寻求依靠外国法律抵减证据开示义务时，其负有举证责任证明该法律对当事方履行开示义务确实构成障碍，即法律冲突的存在⁵。因此，在被请求开示方主张开示义务违反本国国家秘密相关法律规定时，需证明相关证据及文件确实构成或包含证据所在国的国家秘密。

在近十年前的 *Autodesk, Inc. v. ZWCAD Software Co. Ltd.*⁶ 一案中，原告 Autodesk, Inc. 对 ZWCAD Software Co. Ltd.（ZWSOFT）及其关联公司提起著作权侵权和盗用商业秘密诉讼，指控被告大规模复制其源代码以创建 ZWCAD+ 软件，因此 Autodesk 要求 ZWSOFT 开示位于中国的软件源代码。ZWSOFT 称，由于相关证据位于中国，主张适用《海牙取证公约》规定的证据开示程序，或在中国境内审查其源代码及相关文件。Autodesk 方专家证人称，“中国法律并不禁止中国公司开发的源代码在中国境外披露”，而且“也不存在广泛禁止出口‘科学和技术’有关的文件的规定”。相反，中国政府“通常”仅将由政府机构编写或与政府资助项目相关的文件视为含有国家机密，而 ZWSOFT 的源代码是由“一家私营公司为了私人商业目的”开发的，则“源代码包含国家机密的可能性很小”。美国法院认为，ZWSOFT 没有具体、充分的证据证明其源代码可能会被中国政府认为构成国家秘密，也未能提供专家意见或援引其他法律渊源说明其主张，且对于 Autodesk 方专家证人的证言也未能成功反驳。因此，法院认为 ZWSOFT 此处主张的法律冲突并不存在。



在 *PHILIPS MEDICAL SYSTEMS (CLEVELAND), INC., et al. v. JOSE BUAN, et al.*⁷ 一案中，原告公司从事医用 X 射线管的开发和制造业务，其主张被告盗用在原告公司获取的商业秘密，并请求其开示相关文件。此案中，被告并未主张 X 射线管技术本身涉及国家机密，而是主张其认为在证据开示过程中可能涉及包含国家秘密的其他工作文件被一并提交。法院认为，由于被告未能指出相关开示可能违反《秘密法》中某一明确、具体的条款，此种情况下《保守国家秘密法》并不应当被触发（triggered）。

在裁判证据开示义务是否确实与证据所在国国家秘密法律构成法律冲突时，美国法院往往对于被请求开示方主张的笼统性、概括性的条款不予认可。在涉及《保守国家秘密法》时，美国法院通常考虑其对于秘密定义的广泛性、灵活性，以及《保守国家秘密法》明确赋予中国政府机构追溯性地将信息宣布为国家机密的权力。因此，若中国被请求开示方不能进一步明确、具体地证明法律冲突的存在，美国法院将倾向强制中国当事方开示证据。


三、美国法院的相关礼让分析

在美国法院认定法律冲突确实存在后，则将进行国际礼让分析（International Comity）。*Societe N ationale Industrielle Aerospatiale v. United States Dist. Ct. for S. Dist.*³ 一案确立了法院在进行礼让分析时应考虑的五個因素：（1）请求被开示文件或其他信息对调查或诉讼的重要性；（2）请求的具体程度；（3）请求的信息是否来源于美国；（4）是否有获取信息的替代方式；（5）不遵守开示请求会在多大程度上损害美国的重大利益，或履行开示义务会在多大程度上损害证据所在国的重大利益。其后，在 *Laydon v. Mizuho Bank, Ltd.*⁴，一案中，法院还新增了考两项考虑因素：（6）被请求开示方在证据开示时的合规难度；（7）拒绝开示的当事方是否善意。

上述七项考虑因素在法院进行礼让分析时被广泛遵循。法院通常将对这七项考虑因素一一进行分析，对每项因素在个案中是否支持证据开示进行说理，并综合全局裁决是否应强制当事方进行证据的开示。与国家秘密相关的争议往往集中在礼让分析中的第五个因素，即国家利益间的平衡（不开示在多大程度上损害美国的利益，开示在多大程度上又会损害证据所在国的利益。）且要求或禁止证据开示的利益分别需进行评估，以确定此种利益为重大的、实质性的利益。对于美国来说，其在保护原告权利⁸，及司法程序的公正、高效、避免高昂的诉讼成本等方面具有重大利益⁹。而在考虑证据所在国利益时，美国法院考虑的因素包括外国所表达的利益、争议前外国政府对相关问题保密性的关注及指示¹⁰。

在 *Wultz v. Bank of China Ltd.*¹¹ 一案中，法官认为，要求开示外国政府的非公开监管文件可能会侵犯外国的主权并违反国际礼让原则。由此，若被要求开示的文件为中国政府出具的非公开的监管性文件，法院将支持中国当事方不开示相关文件的请求。在另一案中，法院认为，由于中国政府没有表示公开这些文件会危及国家安全或任何国家利益。在涉及《保守国家秘密法》的这一争议悬而未决的多个月中，中国政府也没有表示过任何担忧。在这种情况下，就相关文件的开示而言，美国的利益占了上风。

此外，第七项因素“拒绝开示方是否善意”也在国家秘密相关礼让分析时被法院特别讨论。法院认为，被请求开示方在众多涉案文件中，只对少量文件请求减免开示义务，代表着其并非滥用国家秘密法律以恶意逃避证据的开示¹²。因此，法院认为被请求开示方为善意，认定该因素为支持不开示证据的因素。



四、结语

通过对相关案例的分析，我们可以看出，美国法院在面对当事方证据开示请求的动议时，通常会根据多个因素来进行综合分析。当被请求开示方援引证据所在国秘密法而拒绝开示时，美国法院要求其应首先证明所主张的法律冲突确实存在，然后美国法院将进行国际礼让分析，在法律冲突中寻求各方利益的平衡，确保案件的公平审理。中国当事方若认为履行美国证据开示义务将违反《保守国家秘密法》，应充分研究相关条文，尽可能提供具体、明确的证明，且准备相关专家意见、援引类似案例，以促使美国法院减免其证据开示的义务。

参考文献

- [1] United States v. First Nat'l Bank of Chi., 699 F.2d (7th Cir. 1983).
- [2] Republic Techs. (NA), LCC v. BBK Tobacco & Foods, No. 16 CV 3401, 2017 WL 4287205.
- [3] 482 U.S. 522.
- [4] 183 F. Supp. 3d (S.D.N.Y. 2016).
- [5] United States v. Vetco, Inc., 691 F.2d 1281, 1288 (9th Cir.)
- [6] 2015 WL 1928184
- [7] 19 CV 2648, (N.D. Ill. Mar. 1, 2022).
- [8] Richmark Corp. v. Timber Falling Consultants, 959 F.2d (9th Cir.1992).
- [9] Aerospatiale, 482 U.S. 522.
- [10] Aerospatiale, 482 U.S. 522.
- [11] 979 F. Supp. 2d 479 (S.D.N.Y. 2013)
- [12] Jonathan Donath, 'AVOIDING A PLAN FOR FAILURE(2021) 333-DEC N.J. Law. 35

规范与自律同行

——美国国家广告司（NAD）广告自律机制和程序解析（三）

李岚、刘峻佐

本文主要介绍了 NAD 的快速处理程序、申诉机制以及案件重启与复查监督措施。快速程序适用于简单、事实清晰且明显违规的案件，由监管部门直接裁决，但设有异议答辩等保障措施。对快速程序裁决有异议的，广告主可提起申诉，由评审小组复审。NAD 还可依职权重启存在重大错误或违规的已结案件，并通过定期回访等方式督促裁决的履行。本文在最后也提出 NAD 自律机制对中国出海企业的启示与借鉴意义，包括重视广告真实性、参与行业自律、健全内部自查等，以提升广告合规水平，树立诚信守法的海外形象。

六、快速处理程序

1. 快速处理程序的适用

对于简单、事实清楚且明显违反广告法规和行业规范的案件，广告审查监督部门可适用快速处理程序，即一般不经过独立评审小组裁决，而由监督部门直接做出处理决定。快速程序适用的前提是广告主没有提出异议，且自愿接受监督部门的意见和建议。

2. 广告主的异议与实质性回应

在监督部门启动快速程序后，应及时将相关意见告知广告主。广告主若对处理意见持有异议，可在规定期限内（如 5 个工作日）向监督部门提交书面答辩材料。监督部门收到异议后，应审核异议理由是否成立，若理由充分则应转入普通程序处理。

3. 补充资料提交与会议召开

为充分保障广告主的陈述权和申辩权，监督部门在快速程序中应给予广告主合理的机会提交补充资料或出席说明会议。但为提高案件处理效率，补充资料提交和会议召开应设定时限，一般不超过 2 次。


4. 裁决

经过听取广告主意见，审核案件事实和证据后，监督部门应及时做出最终处理裁决。裁决应以书面决定的形式下达，明确告知广告主应履行的义务和整改要求。裁决做出后，广告主应在规定期限内执行，同时可向监督部门申请复议或提起申诉。

5. 未提交答辩意见的情形

在快速程序中，如果广告主未在规定期限内提交书面答辩意见，则视为默认接受监督部门的处理意见。监督部门可直接做出最终裁决。但为保护广告主权益，监督部门在启动快速程序时，应充分告知广告主异议提出的期限和方式，以免广告主因不知情而丧失申辩机会。

广告行业的自律机制是维护市场秩序、保障消费者权益的重要手段。从标准复杂程序到快



速处理程序，都体现了广告自律体系灵活高效、公正严明的特点。只有通过健全的程序设计，严格的执行监管，才能真正发挥自律机制的社会效用，推动广告行业持续健康发展。

七、快速处理程序的申诉

快速处理程序虽然相较标准程序和复杂程序更为简捷高效，但为保障各方当事人的合法权益，NAD 也为快速程序案件设计了相应的申诉机制。通过申诉，广告主可就快速程序裁决提出不同意见，由 NAD 指派的评审小组进行复审裁断。

1. 申诉的提起

广告主如对 NAD 在快速处理程序中做出的建议或决定存有异议，有权在收到 NAD 通知后的 5 个工作日内提起申诉。需要注意的是，快速程序的申诉仅限于案件实体问题，即广告内容是否存在违反行业自律规范的情形，而不得针对程序本身的适当性提起。申诉请求应以书面形式提交，明确说明不服裁决的具体理由。同时，广告主应在规定期限内支付申诉费用。

2. 申诉资料的提交

广告主提起申诉的同时，应与案件相关的完整证据资料提交至 NAD 指定的在线平台。证据资料应包括但不限于：NAD 在快速处理程序中形成的全部案卷材料、广告主向 NAD 提交的陈述和申辩意见、NAD 做出的决定或建议等。对于广告主提交的资料，NAD 有权根据申诉审理需要进行筛查，若认为广告主提交的证据与案件无关或明显不足以支撑其申诉主张，可要求广告主在指定期限内进行补正或说明。

3. 评审小组的指定与组成

NAD 在收到广告主的申诉请求后，应从行业专家、法律界人士、公共事务专业人士中选派 3-5 人组成申诉评审小组。评审小组成员应秉持独立、公正、专业的原则，严格按照 NAD 程序规则开展评审工作。如广告主对评审小组成员的专业资质或中立性存有异议，可向 NAD 提出书面申请，由 NAD 主任对异议进行审查决定。

4. 评审小组程序


鉴于快速处理程序具有简易审理的特点，申诉评审以书面审理为主，一般不举行开庭听证。评审小组主要通过审阅案卷材料，并结合广告主的书面申诉理由，对案件进行分析讨论。若评审小组认为必要，也可要求 NAD 或广告主提交补充资料，或者组织双方进行视频会议，以进一步核实案情。但为提高申诉审理效率，补充质证和视频会议应严格控制次数。整个申诉评审过程原则上应在 15 个工作日内完成。

5. 评审结果的作出与报告

评审小组经充分讨论后，应及时形成多数人意见，以书面决定的形式作出申诉评审结果。评审结果可以维持、撤销或变更 NAD 原决定。评审报告应包含案件基本事实、广告主申诉理由、NAD 答复意见、评审小组分析论证过程及最终裁决结果。评审小组应在做出决定后 3 个工作日内将评审报告发送 NAD 和广告主。

6. 案件结案

申诉评审决定做出后，广告主应在规定期限内以书面形式告知 NAD 其接受决定并愿意执



行的立场。若广告主明示拒绝接受申诉评审决定，或在规定期限内未表示接受决定，NAD 可依职权将案件移交相关政府监管部门处理。广告主接受申诉评审决定且切实履行整改义务后，快速处理案件正式结案。NAD 将根据情况决定是否在行业内公开案件处理情况，接受社会监督。

7. 撤回申诉

在申诉审理过程中，广告主可向评审小组申请撤回申诉。撤回申请应以书面形式提出，说明撤回原因。评审小组经审查后，如认为撤回申请未损害案件审理的严肃性和完整性，可准许申诉撤回。申诉撤回后，NAD 原裁决恢复效力，广告主应遵照执行。值得注意的是，申诉撤回后，广告主已支付的申诉费用一般不予退还。

八、案件重启与执行

通过标准程序、复杂程序或快速处理程序，绝大多数 NAD 案件都能在一次审理中获得妥善解决。但在特殊情况下，已结案的案件可能需要重新启动，以纠正裁决中的错误或遗漏。同时，NAD 也十分重视案件的后续执行情况，对广告主的整改落实进行持续监督，以确保自律裁决得到切实遵守。

1. 重启已结案件


虽然 NAD 程序规则强调“一事不再理”的原则，但也设置了案件重启机制，以应对特殊情形。如果 NAD 认为先前的案件裁决存在重大错误或遗漏，严重影响裁决的公正性；或者有证据表明广告主在案件审理过程中故意隐瞒、伪造关键证据，干扰案件审理；又或者广告主在案件结案后拒不执行 NAD 裁决，变本加厉地违反自律规范，且情节严重的，NAD 可依职权或根据投诉人申请，重启已结案件。

做出重启决定前，NAD 应书面通知案件当事人，告知其重启原因，并给予其合理的陈述申辩机会。案件重启后，审理程序参照新案件的一般规则进行，但鉴于重启案件已有一定审理基础，NAD 可根据实际情况简化程序，提高审理效率。重启案件仍适用原程序规则确定的申诉机制。

2. 复查执行情况

自律裁决的生命力在于得到良好执行。为督促广告主切实履行 NAD 裁决，落实整改要求，NAD 建立了一套行之有效的复查机制。具体而言，NAD 可采取定期回访、“回头看”等方式，对广告主的执行情况进行抽查。被抽查的广告主应予以配合，如实汇报整改进展。复查过程中，NAD 既关注广告内容本身是否得到及时纠正，也关注广告主内部管理制度和自律意识是否得到持续强化。

如复查发现广告主未按期履行 NAD 裁决，或整改不到位，NAD 应予以督促，必要时可启动新一轮的案件审理程序。对于多次违规或拒不整改的广告主，NAD 可在行业内进行通报批评，并建议行业协会采取相应的纪律处分。情节特别严重、影响特别恶劣的，NAD 还可移交相关政府部门进一步查处。总之，通过常抓不懈的复查，NAD 有效敦促广告主提高自律意识，形成了行业自净、社会共治的良性循环。



NAD 基于丰富的自律实践，建构了兼顾效率与公正、执行与监督的案件处理机制。从标准程序到快速通道，从案件重启到复查督导，无不体现 NAD 作为行业“自律者”的制度自觉和责任担当。透过繁简有度的程序设计，我们不仅看到 NAD“规范”广告的智慧，也感受到其“自律”理念的精髓所在。

九、 启示与借鉴

NAD 广告自律机制的实践，揭示了一个以行业自律为核心的监管模式的力量和价值。作为行业自律的“守望者”，NAD 通过受理投诉、监督广告、调停争议，构建了一套高效、透明的广告监管体系。广告行业的自律机制是维护市场秩序、保障消费者权益的重要手段。从标准复杂程序到快速处理程序，再到案件重启和执行，NAD 在实践中展现了其作为行业自律机构的专业性、规范性和权威性。只有通过健全的程序设计和严格的执行监管，广告自律机制才能真正发挥社会效用，推动广告行业持续健康发展。

对于中国出海企业而言，NAD 的广告自律机制提供了宝贵的借鉴。首先，企业应高度重视广告内容的真实性和准确性，严格遵守相关法律法规，以诚信经营赢得市场信任。其次，积极参与行业自律组织，通过自律机制解决广告争议，提升企业形象和市场竞争能力。最后，建立完善的内部自查机制，定期审查广告内容，确保符合行业标准和自律规范。

在全球化竞争日益激烈的今天，遵守当地法律法规，尊重市场规则，是企业立足国际市场的基础。而 NAD 的成功实践，也为我们展示了一条从规范走向自律的路径。通过借鉴 NAD 的经验，中国出海企业不仅能提升自身广告合规水平，更能树立诚信守法的企业形象，为实现可持续发展奠定坚实基础。

最后，随着中国企业加快“走出去”步伐，海外广告合规已成为不可回避的课题。NAD 实践为中国企业提供了极佳的学习样本。通过研究 NAD 程序规则，中国企业可以深入了解美国乃至海外市场对广告真实性、准确性的严格要求，学习借鉴 NAD 审理案例的关键争议点和裁决理由，从而更好地规避海外广告合规风险。同时，NAD 自律机制所倡导的“主动披露、诚信为本”理念，也值得中国企业在跨境营销中积极践行，以开放包容的姿态参与海外市场竞争，赢得海外消费者信赖。

参考文献：

1. BBB National Programs. The Advertising Industry's Process of Voluntary Self-Regulation. Revised effective January 9, 2024. Procedures for the National Advertising Division (NAD) and the National Advertising Review Board (NARB) .

筑巢引凤栖 花开蝶自来

——简评《境外仲裁机构在上海设立业务机构管理办法》施行

刘丁敏

2024年7月初，上海市司法局出台《境外仲裁机构在上海设立业务机构管理办法》（“《上海办法》”），允许符合条件的境外仲裁机构申请在沪设立业务机构，开展涉外仲裁业务。该办法是落实《上海市推进国际商事仲裁中心建设条例》，打造上海国际商事仲裁中心以及推动涉外法治建设的重要具体措施，对于境内外仲裁用户、仲裁机构以及优化仲裁发展环境及仲裁业务对外开放等均具有重要裨益。尽管境外仲裁业务机构在华开展仲裁业务仍面临一些不确定性，但相信随着《上海办法》的正式实施以及相关配套制度的完善，我国的涉外仲裁制度将更加仲裁友好。

一、《上海办法》的实施背景

《上海办法》系上海实施《上海市推进国际商事仲裁中心建设条例》，推进上海国际商事仲裁中心建设，加强涉外法治保障和服务工作，进一步营造市场化、法治化、国际化一流营商环境的重要举措。


自2015年4月国务院首次提出“支持国际知名商事争议解决机构入驻上海自贸区”¹以来，香港国际仲裁中心、新加坡国际仲裁中心、国际商会国际仲裁院、韩国大韩商事仲裁院等数家境外仲裁机构相继在上海自贸区设立了代表处。2019年7月，国务院出台《中国（上海）自由贸易试验区临港新片区总体方案》，进一步允许境外知名仲裁及争议解决机构在上海自贸区临港新片区内“设立业务机构”并就“国际商事、海事、投资等领域发生的民商事争议开展仲裁业务”²。

为了落实《总体方案》，上海市司法局于2020年1月开始实施《境外仲裁机构在中国（上海）自由贸易试验区临港新片区设立业务机构管理办法》（“《新片区办法》”），允许符合条件的境外仲裁机构在新片区设立业务机构开展涉外仲裁业务。虽然《新片区办法》的有效期后延续至2027年底，但随着上海市人大常委会2023年11月通过《上海市推进国际商事仲裁中心建设条例》，境外仲裁机构在沪设立开展涉外仲裁业务的机构的区域从上海自贸区临港新片区扩展至上海市全域³。由此可见，上海在优化仲裁发展环境，推动仲裁业务对外开放，打响上海仲裁品牌方面的努力是持续、务实且进取的。

二、《上海办法》的主要内容

（一）适用对象

与《新片区办法》相比，《上海办法》所适用的对象“境外仲裁机构”，不仅包括外国和香港、澳门、台湾地区的仲裁机构，还包括中国加入的国际组织设立的开展仲裁业务的“仲裁



及争议解决机构”。这意味着在满足《上海办法》第六条规定的条件后，会有更多境外仲裁机构可以申请在沪设立业务机构。

（二）登记备案流程

在《上海办法》项下，境外仲裁机构提交设立业务机构的申请材料后，作出准予登记或者不予登记的决定。相较于《新片区办法》要求的 2 个月审查期限及 10 个工作日的报请备案期限，《上海办法》则要求上海市司法局在 20-30 日内审查完毕，并于准予登记决定之日起 7 个工作日内报司法部备案，登记备案流程显著缩短。

（三）业务范围与区域

《上海办法》旨在调整、规范境外仲裁机构在上海市设立业务机构及开展业务活动。从业务机构的业务范围而言，《上海办法》所允许开展的涉外仲裁业务与《新片区办法》一致，即：业务机构可以就“国际商事、海事、投资等领域发生的民商事争议”开展下列业务：（一）案件受理、庭审、听证、裁决；（二）案件管理和服务；（三）业务咨询、指引、培训、研讨。就开展上述涉外仲裁业务的地理或行政区域来看，相较于《新片区办法》，《上海办法》显然赋予了经登记的境外仲裁机构拓展业务更广阔的天地。允许设立业务机构并在上海全域开展业务，意味着这些“外来人”可以享受“国民待遇”进入中国仲裁服务市场，这比以往仅承担联络和宣传职能的代表处更有施展能力的空间。

（四）年度报告


《上海办法》延续了《新片区办法》通过业务机构的年度工作报告来监督其活动。《新片区办法》第十九条要求业务机构每年 3 月 31 日前向市司法局报送包含以下内容的年度工作报告：（一）开展业务活动的情况；（二）仲裁员名册或推荐名册、工作人员、办公场所发生变动的情况；（三）发生裁决被法院裁定撤销或者不予执行、不予承认和执行的案件情况；（四）财务审计报告；（五）应当报告的其他情况。

但与《新片区办法》不同的是，《上海办法》不再要求业务机构报告发生裁决被法院裁定撤销或者不予执行、不予承认和执行的案件情况，这无疑可视为对业务机构乃至其所属的境外仲裁机构的合理“减负”，毕竟裁决的撤销和不与执行更多属于仲裁司法审查或者司法公开的范畴。

三、《上海办法》的进步意义

《上海办法》实施后，境外仲裁机构在上海全域开展涉外仲裁业务，赋予了涉外民商事争议当事人平等选择多元争议解决方式的实惠与便利。可以预见，除了境外仲裁、境内诉讼以及内地机构仲裁，仲裁用户可以进一步利用境外机构的仲裁资源优势，发挥在上海仲裁的“主场优势”，不仅有助于节省争议解决的成本，更是对当事人行使诉权、意思自治的更好保护。

另外，《上海办法》的实施也将有助于上海（乃至中国内地）成为更受欢迎的国际仲裁地。若有更多具有涉外因素的仲裁案件中选择上海为仲裁地，则仲裁程序应适用中国的仲裁法，裁决的撤销亦应适用中国的民事诉讼法，显然不仅有助于了解中国的当事人在熟悉的制度环境下解决争议，也必将助推上海建成亚太商事、投资争议的国际仲裁中心。



再者，就境内仲裁机构而言，《上海办法》颁布后允许境外仲裁机构在上海全域仲裁将促使我国涉外法律服务的水平在良性竞争中稳步提高。我国的各种专业性人才也可以通过代理案件、被指定为仲裁员等方式参与境外仲裁机构在中国内地的仲裁实践，从而提升自身涉外法律技能，也有助于我国涉外法律服务业的发展。

四、《上海办法》实施后的潜在问题

在我国内外有别的法治框架下，境外仲裁机构业务机构的性质与法律地位仍待全国性仲裁立法的明确。尽管近年来我国部分法院在司法实践中确认了境外仲裁机构在我国内地仲裁的条款效力⁴以及境外仲裁机构以我国内地为仲裁地作出的仲裁裁决应视为我国内地的涉外仲裁裁决⁵，但该等境外仲裁机构和/或其在沪业务机构是否属于我国现行仲裁法项下的“仲裁委员会”以及是否具有独立法人地位，仍有待立法予以明确。值得注意的是，仲裁法修订草案第十二条规定了“外国仲裁机构”在中国领域内设立业务机构、办理涉外仲裁业务的登记备案，而非《上海办法》项下的“境外仲裁机构”，笔者相信该等差异定将在未来的仲裁法修订中得到消弭。

其次，《上海办法》项下境外仲裁机构业务机构受理的“涉外仲裁业务”范围存在一定不确定性。《上海办法》明确禁止境外仲裁机构的在沪业务机构开展不具有涉外因素争议案件的仲裁业务，但对于何为“涉外仲裁业务”，业务机构对“涉外因素”的认定能否独立自主决定，以及该等业务机构受理了不具有涉外因素仲裁案件所导致的法律后果，《上海办法》目前并未予以明确，实践中可能有赖于该等业务机构与上海当地法院的有效沟通。

最后，境外仲裁机构自身规则与现行《仲裁法》也可能存在潜在冲突。《上海办法》第五条规定开展涉外仲裁业务活动，应当遵守我国法律。以临时措施为例，境外仲裁机构在沪业务机构所管理的仲裁案件中，当事人是否有权向上海以外的其他法院申请保全措施并得到积极配合，仲裁庭能否直接指令其认为必要或适当的财产或证据保全措施，可能与境外仲裁机构自身所管理的境外仲裁案件存在重大区别。

上述潜在问题均有待配套立法的厘清完善及司法实践的回应，相信随着《上海办法》的正式实施以及相关立法的完善，相关的疑虑也会得到妥善地解决。《上海办法》的实施不仅是上海塑造“仲裁友好型”城市形象，建设面向全球的亚太仲裁中心的个性化努力，允许境外仲裁机构从自贸区试点开展涉外仲裁业务推广到上海全域的做法，也会为北京、海南等自贸区试点的后续推广提供示范和借鉴意义。

-
- 1 《进一步深化中国（上海）自由贸易试验区改革开放方案》列举的主要任务和措施中包含了“进一步对接国际商事争议解决规则，优化自贸试验区仲裁规则，支持国际知名商事争议解决机构入驻，提高商事纠纷仲裁国际化程度。探索建立全国性的自贸试验区仲裁法律服务联盟和亚太仲裁机构交流合作机制，加快打造面向全球的亚太仲裁中心。”
 - 2 根据《中国（上海）自由贸易试验区临港新片区总体方案》第（四）条：“境外知名仲裁及争议解决机构经上海市人民政府司法行政部门登记并报国务院司法行政部门备案，允许在新片区内设立业务机构，就国际商事、海事、投资等领域发生的民商事争议开展仲裁业务，依法支持和保障中外当事人在仲裁前和仲裁中的财产保全、证据保全、行为保全等临时措施的申请和执行。”
 - 3 《上海市推进国际商事仲裁中心建设条例》第十六条规定：“经市司法行政部门登记并报国务院司法行政部门备案，境外知名仲裁及争议解决机构可以在本市设立业务机构，在国际商事、海事、投资等领域开展涉外仲裁业务。本市优化设立登记程序，便利办理手续，为境外知名仲裁及争议解决机构设立业务机构（以下简称境外仲裁业务机构）提供支持。”
 - 4 参见“大成产业气体株式会社、大成（广州）气体有限公司与普莱克斯（中国）投资有限公司申请确认仲裁协议效力案”上海市第一中级人民法院（2020）沪01民特83号（2020年6月29日）
 - 5 参见“布兰特伍德工业有限公司 [Brentwood Industries、广东阅安龙机械成套设备有限公司申请承认与执行法院判决、仲裁裁决案件一审民事裁定书”广州市中级人民法院（2015）穗中法民四初字第62号（2020年8月6日）

简析 MUR Shipping v RTI [2024] UKSC 18 案

对英国法减损规则的影响

逢若鸣、南洋、易旻

一、[2024] UKSC 18 案概述

2016 年 6 月 9 日，MUR 公司作为船方与 RTI 公司作为货方在金康合同的基础上签订了包运合同（contract of affeithment），约定每月运输的货量约为 28 万吨，上下 15% 由 RTI 选择；运期自 2016 年 7 月 1 日至 2018 年 6 月 30 日；合同的款项约定为以美元的方式结算。


2018 年 4 月 6 日，美国海外资产控制办公室（OFAC）将 RTI 公司的母公司列入制裁清单，而因为 OFAC 在次级制裁方面采取的是以合并持股超出 50% 认定控制关系的原则，RTI 公司亦属于制裁范畴。因此，在包运合同下，RTI 公司无法按约定支付美元，又因为合同中约定了不可抗力条款（内容与国内运输、贸易合同中使用的不可抗力条款内容大致相同），MUR 公司援引该条款主张无法按美元付款已构成不可抗力，要求停止履行包运合同；而 RTI 公司认为合同仍然可以履行，因为他们仍可以通过欧元方式付款，并且可以承担 MUR 公司因此而产生的额外费用；MUR 公司对此表示拒绝，最终未履行包运合同的剩余运期。

RTI 公司因此启动了伦敦仲裁程序，要求 MUR 公司赔偿违约所造成的损失，最终裁决结果支持了 RTI 公司的仲裁请求；MUR 公司于是向英国上诉法院提起上诉，最终予以维持；MUR 公司又向英国高等法院再次上诉，最终英国高等法院推翻了前两次案件的结论，驳回了 RTI 公司的损害赔偿请求。本案贯穿始终的核心问题是，在发生不可抗力的情况下，如果不可抗力条款约定了有权援引不可抗力的受影响方（affected party）应尽合理努力避免不可抗力的影响，则其是否有义务接受合同约定事项外履行（non-contractual performance）。

英国高等法院对此的裁判观点大概可以总结为，在合同没有约定“尽合理努力避免”范畴的前提下，MUR 公司没有义务履行任何合同约定外事项，即其没有义务接受欧元付款，不可抗力成立，MUR 不存在违约行为。

二、[2024] UKSC 18 案简要评析

[2024] UKSC 18 案判决一经发布后即受到广泛关注，多数主要是关于英国法下不可抗力规则的更新，因为不同于中国法，英国法中并没有关于不可抗力的默示规定。在发生一般的不可抗力情形时，能否援引不可抗力条款，及如何援引均要以合同中是否约定及条款的具体内容为依据，而[2024] UKSC 18 案则是明确了，即使合同不可抗力条款约定，受影响一方（即主张不可抗力一方的对方）有义务尽量减少避免不可抗力，那么其也没有义务履行合同未约定的事项，而只能在已明确约定的范围内采取措施；具体到该案，如果 RTI 公司受制裁后对于 MUR 公司收取 RTI 公司的美元付款需要取得额外的许可或需要办理其他的银行手续，则属于 MUR 公司的尽合理努力范畴，但是 MUR 公司始终没有义务接收美元币种外的付款，如欧元。



在不可抗力事件裁判规则的背后，也可以注意到英国法下“缔约自由”（freedom of contract）原则的尺度是非常严格的，以至于有可能影响到了违约行为发生后受损失一方减损规则的范围。下文将详细予以比较及阐述。

三、[2024] UKSC 18 案暗含的受损方减损规则及与中国法的初步比较

从实质来说，[2024] UKSC 18 案并非直接涉及了受损方减损规则的相关问题，因为该案是关于不可抗力条款下“尽合理努力条款”如何适用，但由于减损规则与“尽合理努力条款”都是关于合同履行的补救，都是需要尽到合理的注意义务，并且都是受损方需要采取的措施，因此亦可以作为类案进行比较。简而言之，英国法下的“减损规则”最早于 *British Westinghouse Electric & Manufacturing Co v Underground Electric Rly Co (1912)* 一案确立，属于默示条款，不以合同约定为前提，即是减少或否定债权人本来可以获得的损害赔偿。现有英国法下比较典型的受损方减损措施，包括订立替代合约、避免产生不合理的费用、损失应扣除减损过程中产生的收益等，但是少有案例涉及受损方是否应当在原合同下替代履行或接受替代履行。而[2024] UKSC 18 案中的核心问题即是受影响方 MUR 是否有义务接受 RTI 以欧元代替美元方式付款的合同约定事项外履行。虽然仲裁程序及英国上诉法院的上诉审理均支持了 RTI 公司的索赔，英国高等法院仍然从“尽合理努力的目的”（The object of reasonable endeavours provisos）、“合同自由”（Freedom of contract）、“需要明确约定才能视为放弃合同实质权利”（Clear words needed to forego valuable contractual rights）、“商业合同中确定性的重要性”（The importance of certainty in commercial contracts）这几个角度同时支持了 MUR 公司不应接受合同外履行的抗辩，且该案中英国高等法院援引了 *Bulman*¹ 及 *The Vancouver Strikes*² 作为判例法依据。因此，可以作为参考的是，对于违约事件中的受损方而言，可能也没有义务接受合同约定方式之外的替代履行。

相比较而言，中国法关于减损义务规定在《民法典》第五百九十一条，即“当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失请求赔偿。当事人因防止损失扩大而支出的合理费用，由违约方负担。”，虽然该条中没有明确规定受损方是否有义务接受违约方的替代履行，但是从《民法典》第五百八十一条“当事人一方不履行债务或者履行债务不符合约定，根据债务的性质不得强制履行的，对方可以请求其负担由第三人替代履行的费用。”的规定来看，中国法不以保护合同约定自由为根本原则，既然在违约发生后，守约方可以委托非合同当事人的第三方履行合同义务，那么守约方在履行减损义务时可能也无法严格按照合同自由原则拒绝非合同义务履行。一般来说，如果替代履行可行，那么除非替代履行额外产生的损失或费用要高于不履行合同，守约方均应当接受，但可以向违约方主张因此产生的损失或费用。

1 *Bulman & Dickson v Fenwick & Co* [1894] 1 QB 179

2 *Reardon Smith Line Ltd v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food* [1963] AC 691

内地与香港仲裁中和解协议的可执行性及据此作出的仲裁文件的司法审查研究——兼评香港高等法院[2024]HKCFI 1611 案

黎鑫、王雪阳


2024 年 6 月 14 日，香港高等法院就[2024]HKCFI 1611 案作出判决，法院认为如果仲裁协议的当事人为解决争议并缔结和解协议，该和解协议未以商定的条款在裁决中记录，则和解协议“就其执行而言，应被视为仲裁裁决”。因此，和解协议被视为执行裁决，质疑裁决的理由适用于仲裁和解协议。其次，终止令是最终的、具有约束力的“裁决”，因为仲裁庭作出的裁决终止了仲裁并且没有任何遗留问题，实质性的解决了提交仲裁的争议，根据《仲裁条例》第 81 条撤销裁决的理由将适用于它。纵观内地，我国仲裁中双方当事人签订的和解协议只有一般民事合同的效力而并无直接执行的效力，仲裁中根据当事人签署的和解协议作出的仲裁调解书多大程度上受到司法审查亦存在不同观点，内地的仲裁法律是否需要改革以适应国际商事仲裁的发展，是本文想要讨论的主要问题。

一、[2024]HKCFI 1611 案件介绍

在本案中，原告 L 和被告 R 因一项商业交易产生争议，双方在争议提交至香港国际仲裁中心（HKIAC）进行仲裁。2023 年 8 月 12 日，双方签署了一份《和解协议》（Settlement Agreement），根据《和解协议》，当事人双方同意就仲裁达成全面和最终的和解，条件是各自撤回和/或驳回在仲裁中提出的所有索赔或/反索赔。双方于 2023 年 8 月 14 日向仲裁庭申请终止仲裁，然而，仲裁庭收到了据称 L 公司法定代表人已变更的信函，其中对《和解协议》是否是经 L 公司授权签署提出了质疑。最终，仲裁庭最终决定根据《香港国际仲裁中心规则》第 37.2（a）条终止仲裁，但没有按照 L 和 R 的要求发布命令（Order），要求撤回当事方各自的申诉和反诉，并根据《和解协议》中规定的条件终止仲裁，而是决定以程序令（Procedural Order）的形式终止程序。

程序令的主要内容如下：法庭在程序令第 44 段指出“在做出本裁决时，仲裁庭指出以下几点：（a）仲裁庭不对《和解协议》的有效性作出任何裁定。根据《和解协议》第 7.2 条，‘香港特别行政区高等法院对解决因本《和解协议》引起的或与本《和解协议》有关的任何争议具有专属管辖权，双方不可撤销地服从香港特别行政区高等法院的专属管辖权’。（b）仲裁处不会就答辩人董事会的组成或权力或答辩人在塞舌尔（Seychelles）最高法院于 2023 年 3 月 6 日批准的协议安排下的权利作出任何裁定。（c）根据申请人和被申请人在本仲裁中分别提交的授权书或委托书，仲裁庭确信，由其各自在册律师正式代表的双方共同要求终止本仲裁。（d）本仲裁庭不对本仲裁中提出的任何申诉或反诉的是非曲直做出裁决，因为双方已同意‘终止本仲裁’”。在第 54 段中，仲裁庭据此“（a）终止本仲裁；（b）根据《香港国际仲裁中心规则》第 34.1 条，确定仲裁费用为 2,193,990.82 港元；（c）决定每一方承担所确定的仲裁费用的 50%；以及（d）不就这些仲裁程序的费用作出其他命令”。

2023 年 11 月，本案原告 L 向法院申请撤销：（i）和解协议（受香港法律管辖，包含有利



于香港法院的专属管辖权条款），理由是其条款违反塞舌尔法院的计划，并且 L 董事未经授权签署；以及 (ii) 终止令，其理由是仲裁庭对仲裁标的事项的最终决定，该决定违反公共政策，因为该决定的作出基于和解协议而协议未经授权董事签署，且 L 无法就该事宜再向仲裁庭提起仲裁。

本案法官 Mimmie Chan 认定：在这两个问题上都有严肃的问题需要审理。

就和解协议而言，根据《仲裁条例》（Arbitration Ordinance）第 66（2）条，如果仲裁协议的当事人解决争议并缔结的和解协议，该和解协议未以商定的条款在裁决中记录，则和解协议“就其执行而言，应被视为仲裁裁决”。因此，如果和解协议被视为执行裁决，那么就需要审理一个严重的问题，即质疑或拒绝执行裁决的理由是否应适用于它。

就终止仲裁的程序令而言，R 辩称，终止令不是仲裁中索赔或问题的最终决定，只是程序性的，仲裁庭明确表示，它没有就任何索赔或反诉的是非曲直或和解协议的有效性做出任何决定或裁决。然而，法院认为，该命令裁定终止仲裁，并且确定了双方在费用上的责任和义务，在法律上是一个最终的、具有约束力的“裁决”，根据《仲裁条例》第 81 条撤销裁决的理由将适用于它。¹

虽然法律并未进一步就执行和解协议中如何适用质疑或拒绝执行裁决的理由进行分析，亦未能提供案件的更多视角，让我们得知当事人申请撤销一个终止仲裁的程序令的现实意义，但就法院上述认定与内地仲裁法律的规定及适用的差异，我们还是可以进行一些分析。


二、和解协议的可执行性

根据《仲裁条例》第 66（2）条，如果仲裁协议的当事人解决争议并缔结的和解协议，该和解协议未以商定的条款在裁决中记录，则和解协议“就其执行而言，应被视为仲裁裁决”。需要注意的是，无论仲裁是否已经开始，第 66（2）条都可以适用，并且不要求仲裁庭对和解条款进行批准或审查。²

当争议涉及国际因素时，依靠第 66（2）条可能不足以达到执行的目的，因为它只构成香港法律的一部分。如果一方当事人希望依据有关执行仲裁裁决的国际条约或另一主权国家反映此类条约的国内立法，和解协议很可能无法获得与仲裁裁决相同的地位。有鉴于此，当事人仍可寻求合意裁决（Consent Award），香港国际仲裁中心管理的《仲裁规则》规定仲裁庭可以合意裁决的形式记录和解。³

仲裁庭可拒绝作出合意裁决。面对作出合意裁决的请求，仲裁庭将不考虑原争议焦点的实质问题，仅仅只需要在合意裁决中将双方达成的和解协议记录在案即可。但仲裁庭应考虑协议所解决的事项是否属于职权范围，如果仲裁庭认为不属于，则应要求各方当事人确认，如有必要，他们同意扩大仲裁庭的管辖范围。⁴此外，仲裁庭还需要确保依据和解协议作出的合意裁决的作出不会违反适用的法律和国际公共利益。⁵在[2024]HKCFI 1611 案中，仲裁庭再考虑后未按照当事人的要求出具合意裁决，而是出具了终止仲裁程序的程序令，虽然仲裁庭未明确说明理由，但仍可对仲裁庭在此事上的价值判决窥见一斑。

由此可见，《仲裁条例》第 66（2）条认为双方当事人在仲裁中达成的和解协议具有裁决



一般的效力，⁶当事人应当受其约束。而在[2024]HKCFI 1611 案中，法官在考虑质疑或拒绝执行裁决的理由是否应适用于和解协议，我们理解，虽然上述问题未得到香港法院的进一步释明，但因和解协议具有裁决一般的终局性，现在法院如准备适用撤销仲裁裁决的理由来审查和解协议，那么仲裁中作出的和解协议是否可像裁决一般强制执行也是有待考虑的问题。

回观内地，内地的法律明确将和解协议视为当事人间订立的民事合同，与其他合同并无二致。由此可见，在内地，当事人达成的和解协议经具有民事合同的约束力，若一方不履行，另一方只能按照合同相关的法律规定提起民事诉讼程序，要求其继续履行或承担违约救济，当事人如果想要强制执行和解协议，则需要经过司法确认程序，经法院审理确认和解协议不存在违反法律规定的情形，作出司法确认决定书后，才能够获得可强制执行的效力。且依据我国法律，可申请司法确认的和解协议仅限于经具有调解职能的组织调解达成的和解协议。⁷

值得注意的是，我国作为首批加入《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》（United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation，下称《新加坡调解公约》）的签约国，因《新加坡调解公约》旨在促进国际和解协议的跨境直接执行，我国内地的法律是否会进行修订，建立起一套与国际接轨的商事调解规则，仍有待观察。


三、和解后所作出仲裁文件的司法审查研究

在[2024]HKCFI 1611 案中，详细阅读仲裁庭所做出的终止仲裁的程序令可知，该程序令并不构成“合意裁决”，我们理解，其形式类似内地仲裁机构作出的“撤案决定书”，里面记载因当事人达成和解协议而终止本次仲裁，并裁决当事人承担相关费用，但性质上却与内地的“撤案决定书”大不相同，内地法律下当事人在收到撤案决定书后仍然可以以相同的事由重新提起仲裁，而不会出现如[2024]HKCFI 1611 案中 L 认为的“无法就该事宜再向仲裁庭提起仲裁”。因此，香港高等法院认为该命令裁定终止仲裁，并且确定了双方在费用上的责任和义务，在法律上是一个最终的、具有约束力的“裁决”，并且可以适用香港撤销裁决的法律规定予以审查。

回顾内地，因当事人在收到撤案决定书后仍然可以以相同的事由重新提起仲裁，实践中应当无当事人会要求法院对仲裁院的“撤案决定书”进行司法审查，而能够达到终局性的仲裁文件在内地的司法审查中亦存在不同的观点。具体而言，当事人在仲裁中达成和解协议后仲裁案件一般会几种走向，第一种是向仲裁庭申请撤案，仲裁庭会出具“撤案决定书”；第二种是请求仲裁庭出具“仲裁调解书”；第三种是请求仲裁庭依据和解协议作出“仲裁裁决”。

第一种情形如上所述，一般不会受到当事人司法审查的要求，第三种因明确属于《中华人民共和国仲裁法》（“《仲裁法》”）所规定的裁决，其可以受到司法审查亦无较大争议，而第二种“仲裁调解书”是否可以被司法审查而撤销，实践中存在不同观点。

不支持“仲裁调解书”可被撤销的观点认为：《最高人民法院关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》⁸（“《仲裁执行规定》”）的相关内容来看，根据当事人之间的和解协议作出的仲裁裁决与仲裁调解书性质相同，人民法院将该类仲裁裁决与仲裁调解书并列规定，并和一般的仲裁裁决进行了明确区分。《中华人民共和国仲裁法》第五十八条第一款规定的“裁决”并未明确包括仲裁调解书和根据当事人之间的和解协议作出的仲裁裁决。且从相关法律规定和司法实践来看，人民法院对仲裁司法监督实行有限监督原则，在法律未将仲裁调解书和根据当事人之间的和解协议作出的仲裁裁决纳入该条款审查范围的情况下，法院不宜超越



法律规定进行审查。结合《中华人民共和国民事诉讼法》与《仲裁法》的相关规定，当事人申请撤销仲裁裁决的事由与当事人申请不予执行仲裁裁决的事由基本一致。换言之，如果符合申请撤销仲裁裁决的情形，当事人也可以申请不予执行该仲裁裁决。因此，根据《仲裁执行规定》的规定，当事人以《仲裁法》第五十八条第一款的事由申请撤销仲裁调解书或者根据当事人之间的和解协议作出的仲裁裁决，人民法院无需进行审查，直接不予支持，但当事人以违背社会公共利益为由申请撤销仲裁调解书或者根据当事人之间的和解协议作出的仲裁裁决，人民法院应当就仲裁调解书或者根据当事人之间的和解协议作出的仲裁裁决是否违背社会公共利益进行审查，并作出认定。⁹

支持“仲裁调解书”可被撤销的观点认为：我国《仲裁法》明确赋予了仲裁调解书与仲裁裁决同等的法律效力。¹⁰因此，仲裁调解书亦可纳入司法审查的范围¹¹。其次，不予执行与撤销不可混为一谈，为保障仲裁当事人获得平等司法救济的权利，从制度设计来看，法律赋予司法对仲裁进行监督，不应狭隘地理解为仅仅是对仲裁裁决的监督，还应包含对仲裁调解的监督。¹²

我们认为，香港高等法院在[2024]HKCFI 1611 案件中的观点或许可以为我们带来一些思路，内地司法实践中，尽管仲裁调解书是在仲裁程序中作出，为仲裁程序的某一环节，但与仲裁裁决书不同的是，调解书还是双方当事人之间自愿达成的一种民事契约，具备了司法性和契约性双重属性，而双方的和解协议又因为被仲裁调解书所确认，从而可以被当事人申请强制执行，因此，仲裁调解书本质上也属于是终局性的文书，这也正是《仲裁法》明确赋予了仲裁调解书与仲裁裁决同等的法律效力的原因，因此，在违反公共利益这一标准难以证明的情况下，若不让仲裁调解书受到其他事由的司法审查，将会导致当事人就错误的和解协议救济无门的情形，无法实现真正意义上的公平正义。

四、结语

作为利好仲裁（pro-arbitration）的区域，香港法院支持仲裁和执行裁决的态度是香港成为具有吸引力的商事争议解决地点的关键因素。由于市场经济快速增长，跨境交易激增，全球仲裁用户都要求建立健全的监管框架，营造有利于仲裁和执行的司法环境。香港在原则和实践上都成功地满足了这些要求。因此，学习香港地区的仲裁法律对我国内地建设全球一流的商事争议解决平台和国际仲裁高地的愿景具有重要的意义。通过分析[2024]HKCFI 1611 的案例，我们发现了内地与香港法律制度中的较大差异，通过分析两地的司法实践，本文旨在为内地仲裁法律规则的构建提供细微见解。

-
- 1 判决原文可见 https://legalref.judiciary.hk/lrs/common/ju/ju_frame.jsp?DIS=160801&currpage=T
 - 2 Ma, Geoffrey; Brock, Denis, *Arbitration in Hong Kong A Practical Guide*, Sweet & Maxwell, 2022.
 - 3 参见 s 66(1) and art 37.2(a) of the HKIAC Administered Arbitration Rules, for arbitral award in agreed terms.
 - 4 Ma, Geoffrey; Brock, Denis, *Arbitration in Hong Kong A Practical Guide*, Sweet & Maxwell, 2022.
 - 5 Yaraslau Kryvoi & Dmitry Davydenko, *Consent Awards in International Arbitration: From Settlement to Enforcement*, 40 BROOK. J. INT'L L. 827 (2015).
 - 6 Ma, Geoffrey; Brock, Denis, *Arbitration in Hong Kong A Practical Guide*, Sweet & Maxwell, 2022.
 - 7 参见《最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》，31. 完善司法确认程序。经行政机关、人民调解组织、商事调解组织、行业调解组织或者其他具有调解职能的组织调解达成的具有民事合同性质的协议，当事人可以向调解组织所在地基层人民法院或者人民法庭依法申请确认其效力。登记立案前委派给特邀调解组织或者特邀调解员调解达成的协议，当事人申请司法确认的，由调解组织所在地或者委派调解的基层人民法院管辖。
 - 8 参见《最高人民法院关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》第十七条被执行人申请不予执行仲裁调解书或者根据当事人之间的和解协议、调解协议作出的仲裁裁决，人民法院不予支持，但该仲裁调解书或者仲裁裁决违背社会公共利益的除外。
 - 9 参见（2023）沪 02 民特 120 号、（2018）黔民终 1180 号民事判决书。
 - 10 参见《中华人民共和国仲裁法》第五十一条：仲裁庭在作出裁决前，可以先行调解。当事人自愿调解的，仲裁庭应当调解。调解不成的，应当及时作出裁决。调解达成协议的，仲裁庭应当制作调解书或者根据协议的结果制作裁决书。调解书与裁决书具有同等法律效力。
 - 11 参见最高人民法院《关于人民法院应否受理撤销仲裁调解书申请的复函》（（2013）民四他字第 39 号）却指出：“根据《中华人民共和国仲裁法》第五十八条第一款的规定，当事人可以向人民法院申请撤销仲裁裁决，该法第五十一条第二款又规定，仲裁调解书与仲裁裁决书具有同等法律效力，这就意味着，仲裁调解书也应纳入司法审查的范围。因此，当事人依照我国仲裁法第五十八条的规定向人民法院申请撤销仲裁调解书的，人民法院应予受理。”此外，可见（2018）粤民终 1868 号民事判决书
 - 12 参见（2021）甘民终 683 号、（2020）最高法民再 118 号民事判决书。

本期部分作者



林慕娟（上海）

+86 21 3886 2367
linmujuan@jtn.com



李岚（深圳）

+86 755 2348 2627
lilan@jtn.com



刘峻佐（深圳）

+86 755 2223 5518
liujunzuo@jtn.com



刘丁敏（深圳）

+86 755 2223 5518
liudingmin@jtn.com



逢若鸣（北京）

+86 10 5706 8445
pangruoming@jtn.com



南洋（大连）

+86 411 8442 6666-8053
nanyang@jtn.com



易旻（大连）

+86 411 8442 6666-8005
yiyang@jtn.com



王雪阳（深圳）

+86 755 2223 5518
wangxueyang@jtn.com



JT&N 金诚同达

www.jtn.com