



北京仲裁委员会
Beijing Arbitration Commission
北京国际仲裁中心
Beijing International Arbitration Center

北京仲裁

BEIJING ARBITRATION QUARTERLY

第 98 辑 (2016年第4辑)

Vol. 98 (2016, No. 4)

主办: 北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心

协办: 中国国际私法学会 武汉大学国际法研究所

Sponsored by the Beijing Arbitration Commission/Beijing International Arbitration Center ,
Co-sponsored by the China Society of Private International Law
& the Wuhan University Research Institute of International Law

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

第 98 辑 (2016年第4辑) Vol.98 (2016, No.4)

主 办: 北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心

协 办: 中国国际私法学会

武汉大学国际法研究所

编委会

主 任: 梁慧星

委 员: (按姓名音序排序)

Emmanuel Gaillard 黄 进 Loukas Mistelis

Michael Hwang Michael J. Moser 宋连斌

陶景洲 Thomas Stipanowich 王利明

王亚新 吴志攀 张月姣 郑若骅

编辑部

主 编: 陈福勇

副主编: 张皓亮

编 辑: 孙 玑 王瑞华 刘 洋 储欧亚

图书在版编目 (CIP) 数据

北京仲裁. 第 98 辑 / 北京仲裁委员会, 北京国际仲裁中心组编. —北京: 中国法制出版社, 2016. 12

ISBN 978-7-5093-8096-3

I. ①北… II. ①北… ②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 (2016) 第 296036 号

策划编辑 马 颖

责任编辑 侯 鹏

封面设计 李 宁

北京仲裁. 第 98 辑

BEIJING ZHONGCAI. DI 98 JI

组编/北京仲裁委员会, 北京国际仲裁中心

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/787 毫米×960 毫米 16 开

版次/2017 年 1 月第 1 版

印张/16.25 字数/269 千

2017 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-8096-3

定价: 30.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 010-66033393

值班电话: 010-66026508

传真: 010-66031119

编辑部电话: 010-66060794

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

本书所刊载的文章只代表作者个人观点，不必然反映本书编辑部或其他机构、个人的观点，谨此声明！

编者按语

随着社会经济发展和法治进程不断推进，商事仲裁作为现代商事争议不可或缺的纠纷解决机制之一在近年间受到了广泛的关注和运用。为了鼓励高校法学专业学生熟悉仲裁、研究仲裁，为中国商事仲裁事业发展培养人才，北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心（BAC/BIAC，以下简称北仲）秉持“弘扬仲裁文化、培育仲裁新人”的宗旨，自2013年起每年举办一届“北仲杯”全国高校商事仲裁有奖征文大赛，吸引了全国众多高校法学学生的广泛关注和积极参与。

第四届“北仲杯”全国高校商事仲裁有奖征文大赛于2016年5月4日启动，现已圆满结束。本届大赛仍以全国高校（含港澳台地区）法学专业学生为征文对象，以商事仲裁或其他多元争议解决方式（相关的实体或程序法律问题）为征文主题，得到学生们的踊跃参与。参赛论文题材依然保持着前三届涵盖范围广、涉及主体多的特点，既有研究仲裁机制本身的，也有关注跨领域、跨学科仲裁实践的，既有从中外制度对比切入的，也有以案例分析为导向的，不少论文观点新颖，研究深入，体现了我国法学学子愈加广阔的学术视野和日益精进的研究水平。

本届大赛，北仲邀请来自中国法学会、北京大学、清华大学、中国人民大学、中国政法大学、对外经济贸易大学、外交学院、上海大学等共19位专家组成评审组。评审组专家经过初审、复审、答辩三个环节的层层筛选，共评选出一等奖一名，二等奖两名，三等奖五名，优秀奖七名。具体获奖论文作者、院校及论文题目如下（同一奖项间排名不分先后，按作者姓氏拼音排序）：

一等奖

钱瑾（华东政法大学）：《多层次争议解决条款可执行性研究》；

二等奖

宋春龙 (中国人民大学):《数人侵权纠纷中仲裁协议效力问题研究》;

王艺琳 (中国政法大学):《国际投资仲裁裁决的救济类型分析——兼论非金钱性救济在国际投资仲裁裁决中的运用》;

三等奖

崇雨晨 (上海对外经贸大学):《国际投资仲裁中企业行为归因于国家的认定标准及其实践——以 White Industries Australia Limited v. Republic of India 案为视角》;

廖博宇 (外交学院):《对仲裁案件中律师不当行为的处罚》;

濮云涛 (武汉大学):《论国际投资仲裁的透明度例外及我国的应对》;

时振平 (北京大学):《国际商事仲裁中的实体法律适用研究——以对比分析中外仲裁法、仲裁规则、仲裁裁决为基础》;

王坚 (中国政法大学):《〈合同法〉第 402 条、第 403 条在仲裁中的适用》;

优秀奖

陈博闻 (中国政法大学):《仲裁员公正性的保障——以仲裁员披露义务为视角》;

蒋凤鸣 (湘潭大学):《论法院撤销仲裁裁决程序的法律性质》;

林强 (南京大学):《紧急仲裁员裁判执行机制问题研究》;

刘晓清 (厦门大学):《仲裁程序开始的设置及其必要性分析》;

刘勇 (北京大学):《仲裁地程序法下仲裁庭的裁量空间》;

毛檬 (上海交通大学):《国际商事仲裁保密性的弱化》;

温长庆 (华中师范大学):《仲裁条款独立性再认识——在合同效力规则中的解读》。

为满足读者需要,进一步丰富和繁荣商事仲裁理论研究成果,本辑《北京仲裁》作为第四届“北仲杯”全国高校商事仲裁有奖征文大赛的获奖论文专刊,在征得部分获奖作者同意后,将其中 13 篇获奖论文予以公开发表。这些论文的研究题材涉及仲裁诸多方面,包括多层次纠纷解决条款可行性、仲裁条款独立性、仲裁程序开始设置、仲裁实体法适用、仲裁庭裁量权等程序

和实体问题，也包括仲裁裁决救济、仲裁中律师不当行为处罚等仲裁救济问题，还有紧急仲裁员、国际投资仲裁等国内外广泛关注的问题。需要说明的是，在论文答辩过程中，评审专家针对部分论文指出了一些问题，提出了一些修改意见或研究建议，部分作者在参加完论文答辩后对论文的内容或标题进行了完善，并向大赛组委会提供了修改后的论文。为充分体现鼓励研究的目的，并尽可能为《北京仲裁》读者提供高质量的论文，本刊将作者修改后的论文予以发表。

“北仲杯”全国高校商事仲裁有奖征文大赛采用公正严格的评审机制，力求为青年法学学子提供参与仲裁研究和实践的机会。在前三届大赛的基础上，第四届大赛继续保持着在高校中较广泛的影响力，继续贯彻大赛以征文形式推动宣传仲裁、以奖助方式鼓励研究仲裁、以锁定学生实现培育新苗、以严格评审达到公平择优之旨的比赛模式，为今后大赛积累了更多宝贵的经验。目前北仲除每年一度的“北仲杯”征文比赛外，另有“科研基金项目”、“北仲争议解决新探索文库项目”、“北仲争议解决新视野译丛项目”等，用于鼓励资助仲裁研究，欢迎读者继续关注。

征文大赛组委会

《北京仲裁》编辑部

2016年11月16日

目 录

本期专题 第四届“北仲杯”全国高校商事仲裁有奖征文大赛获奖论文

- 001 编者按语
- 001 多层次争议解决条款可执行性研究/钱 瑾
- 018 国际投资仲裁裁决的救济类型分析
——兼论非金钱性救济在国际投资
仲裁裁决中的运用/王艺琳
- 041 国际投资仲裁中企业行为归因于国家的认定标准及其实践
——以 White Industries Australia Limited v. Republic
of India 案为视角/崇雨晨
- 056 对仲裁案件中律师不当行为的处罚/廖博宇
- 072 论国际投资仲裁的透明度例外及我国的应对/濮云涛
- 084 国际商事仲裁中的实体法律适用研究
——以对比分析中外仲裁法、仲裁规则、仲裁
裁决为基础/时振平
- 124 《合同法》第 402 条、第 403 条在仲裁中的适用/王 坚
- 142 仲裁员公正性的保障
——以仲裁员披露义务为视角/陈博闻

- 158 紧急仲裁员裁判执行机制问题研究/林 强
- 180 仲裁程序开始的设置及其必要性分析/刘晓清
- 197 仲裁地程序法下仲裁庭的裁量空间/刘 勇
- 217 国际商事仲裁保密性的弱化/毛 榛
- 233 仲裁条款独立性再认识
——在合同效力规则中的解读/温长庆

Contents

Special Report: Winning Papers for the BAC/BIAC Cup National Collegiate Commercial Arbitration Writing Contest

001 Editor's Note

001 Analysis on the Enforceability of Multi-tiered Dispute Resolution Clauses
Qian Jin

018 On the Remedy Types of International Investment Arbitration Award
—The Application of Non-pecuniary Remedy in International
Investment Arbitration Award Wang Yilin

041 The Standard and Practice of Enterprise Behaviors Attributed to States
in International Investment Arbitrations: From the Perspective of White
Industries Australia Limited v. Republic of India case Chong Yuchen

056 Sanctions against Misbehaving of Counsel in Arbitration Liao Boyu

072 Analysis of Exceptions of Transparency in International Investment
Arbitration and Measures in China Pu Yuntao

084 On the Applicable Law in International Commercial Arbitration
—Comparing the Arbitration Law, Arbitration Rules and
Arbitration Awards in China and Foreign Countries Shi Zhenping

124 Application of the Article 402 and 403 of Contract Law in Arbitration
Wang Jian

142 The Guarantee of the Arbitrator's Justice
—In the Perspective of the Arbitrator's Disclosure Duty Chen Bowen

158 Research on Enforcement Mechanism for the Emergency Arbitrator's Decisions
Lin Qiang

180	The Commencement of Arbitration's Setup and its Necessity	Liu Xiaoqing
197	Discretion Exercised by the Tribunal under Lex Fori	Liu Yong
217	The Weakening of Confidentiality in International Commercial Arbitration	Mao Meng
233	Reconsideration on Independence of Arbitration Clauses —Based on Analysis of Contract Effectiveness Rules	Wen Changqing

多层次争议解决条款可执行性研究

钱 瑾*

- 摘 要

多层次争议解决条款的性质尚无定论，应当认为其具有程序法的性质，各个条款相互独立，因此对多层次争议解决条款执行性的解读，需要按照不同条款进行。多层次争议解决条款之间的效力冲突应当交由仲裁庭裁量，法院应当拒绝管辖。在当事人一方提请调解时，仲裁庭可以中止仲裁程序，以便当事人调解，如果调解失败，仲裁庭有权继续审理。我国应当从法律制度的设计以及示范条款的提供上促进多层次争议解决条款的适用和发展。

- 关键词

多层次争议解决条款；可执行性

Abstract: This article holds the view that the validity of the multi-tiered dispute resolution clauses should be interpreted term by term and shall be submitted to the discretion of the arbitration tribunal rather than the court. In the case of the parties raise to mediation, the arbitration traibunal may suspend the arbitration proceedings, but if such medi-

* 钱瑾，华东政法大学国际金融法律学院 2015 级法学硕士研究生。

ation fails, the arbitration tribunal shall proceed the trial. China should improve the application of the multi-tiered dispute resolution clauses in terms of the design of the legal systems and the provisions of the model clauses.

Key words: multi-tiered dispute resolution clause; implementation

一、多层次争议解决条款概述

“多层次争议解决条款”(Multi-tiered Dispute Resolution Clauses 或 Escalation Clauses)是在“替代性纠纷解决机制”(Alternative Dispute Resolution, ADR)基础上发展而来的复合型条款。在多层次争议解决条款中,双方合意将和解(conciliation)、调解(mediation)、专家决定(expert decision)等作为仲裁或者诉讼的前置性层次,只有在完成前一层次,才能进入后一层次,仲裁或者诉讼就成为救济的最后路径。

这种将 ADR 作为仲裁或者诉讼前置程序的多层次争议解决条款,顺应了国际商事合同的发展需要。首先,相对于直接仲裁或者诉讼,它有利于节约时间成本和费用。^① 其次,它也有利于维系双方当事人的商事合作关系,特别是当双方签订了长期合同时,直接诉讼或者仲裁更显得有些粗暴。^② 再次,它可以为复杂的合同提供多样化的纠纷解决方案,突破传统单一制纠纷解决机制的局限性,通过不同层次的纠纷解决程序解决具体的问题。因此,作为一种温和性的纠纷解决条款,多层次争议解决条款在国际商事实践中得到了广泛应用。出于便利需要,国际商会(ICC)、伦敦国际仲裁院(LCIA)、世界知识产权组织(WIPO)、美国仲裁协会(AAA)等少数机构制定了多层次争议解决的示范文本以供当事人参考。

然而,在实践中,不少当事人往往没有履行磋商或者调解义务就提请仲裁或者诉讼,让多层次争议解决条款形同虚设。而且,仲裁被申请人“几乎从不质疑仲裁申请人不经磋商就提请仲裁的程序性权利,导致仲裁裁决效力

^① See Michael Pryles, Muti-Tiered Dispute Resolution Clauses, 18 Arb. Int'l 159 (2001).

^② See Klaus Peter Berger, Law and Practice of Escalation Clauses, 22 Arb. Int'l 2 (2006).

存疑之虞”^①。不遵守协商条款的后果，究竟是关闭仲裁的大门，还是阻却获得实体裁决的道路？

因此，对多层次争议解决条款可执行性的理解，绕不开对协商或者仲裁条款^②的分别解读。研究多层次争议解决条款中诸条款的效力，对于探究多层次争议解决条款的可执行力以及违反协商条款对仲裁庭管辖权的影响等都具有现实意义。

二、多层次争议解决条款的性质

多层次争议解决条款的性质的认定不同，深刻影响着多层次争议解决条款的效力。关于多层次争议解决条款的性质，学界一直存在不同的解读。从实务上看，对多层次争议解决条款的性质理解，主要有三种：

（一）多层次争议解决条款就是仲裁条款

这种观点认为，多层次争议解决条款虽然存在不同的调解、协商等条款，但本质上，仍然是一个仲裁条款，因为只有仲裁条款有执行力，其他的调解、协商条款只是当事人之间意思自治的产物，不具有可执行性。调解条款只是一种合同，违反调解条款只会造成合同违约的效果，并不会对仲裁条款有影响。这种观点主要认为多层次争议解决条款涉及的是“实体上的可裁性”（substantial arbitrability）问题。持这种观点的主要是苏黎世州最高上诉法院，其在判决中认为多层次争议解决条款是仲裁条款，其中的协商、调解等条款是实体法性质。^③对多层次争议解决条款从实体上的裁量主要是看是否存在有效的仲裁协议，争议事项是否属于仲裁条款范围等。^④

这种观点的内在逻辑在于，如果将协商、调解条款视为具有程序法性质，则会出现双方当事人的提起仲裁或诉讼的权利由于未满足该条款而被排除在外。ICC 第 8445 号案件也采取了这种观点，认为“对仲裁庭而言，如果双方当事人在调解上陷入徒劳无益（futility）的境地，则仍然要求双方当事人

^① 范铭超：《比较法视野下多层次争议解决条款的强制性》，载《学术探索》2013 年 12 月刊。

^② 出于篇幅的限制和典型性的考虑，本文仅就多层次争议解决条款中的协商、调解和仲裁条款进行讨论。

^③ Cassation Court of the Canton of Zurich on March 15, 1999, published in ZR 99 (2000) No. 29.

^④ John Wiley & Sons, Inc., Petitioner v. David Livingston, etc. 376 U. S. 543 (1964); Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc., 537 U. S. 79 (2002).

调解是没有意义的, 只会拖延争议的解决”^①。

(二) 多层次争议解决条款是由数个程序构成的整体

这种观点认为, 多层次争议解决条款中各个条款都是程序, 协商、调解条款是仲裁条款的前置程序, 各个条款构成一个整体, 未完成前置程序影响整个条款的发挥效力。

持这种观点的主要是美国法院, 其认为多层次争议解决条款的性质实质涉及的是“程序上的可裁性 (procedural arbitrability)”问题。即对于该条款的考量, 应当从程序法而不是实体法的角度考察。这种观点也为大多数法院所认可, 在判决中认为调解、磋商等前置程序是仲裁开始的条件。如 2002 年美国第 11 巡回法院在 *Kemiron Atlantic v. Aguakem International, Inc.*^② 案中裁定, 当事人不履行调解条款, 仲裁条款未被触发 (triggered), 当事人没有提起仲裁的义务, 因此法院对于当事人是否履行前置程序有管辖权。该判决也在 2003 年的 *Portland LLC v. DeVito Builders*.^③ 中得到了援引。

ICC 第 12739 号, 第 6276 号案件以及第 6277 号案件中仲裁庭也持有相似观点, 认为协商是仲裁的前置程序, 但是双方当事人没有履行该前置程序, 因此仲裁管辖的条件尚不成熟, 仲裁庭被解散 (而非仲裁程序中止)。^④

(三) 多层次争议解决条款是数个独立条款的衔接

这种观点认为, 多层次争议解决条款中的协商、调解等条款与仲裁条款都是相互独立的条款, 彼此只是相互衔接, 不影响下一个条款的效力。

美国的一些法院认为, 如果仅仅因为没有调解或者磋商, 就使得整个仲裁无法启动, 可能背离了双方订立多层次争议解决条款的初衷。美国第八巡回法院就在 *Int'l Ass'n of Bridge v. EFCO Corp. and Constr. Products Inc.* 一案中提出“违反仲裁协议的程序性要求, 仅仅可能在缺乏提起最终裁决的实体性权利时, 除非对违反该仲裁协议的情形进行补救, 否则无法获得实体性的救济”。因此, 可以认为, 调解、磋商本身也是仲裁的一种程序性的要求, 不会产生阻碍仲裁的效力, 但是可能因为调解、磋商的缺失而不能获得实体性的

① Final Award of ICC Case No. 8845 (2001).

② *Kemiron Atlantic v. Aguakem International, Inc.* 290 F. 3d 1287 (2002).

③ *Him Portland LLC v. DeVito Builders*. 317 F. 3d 41 (2003).

④ ICC Case No. 12739 (2005); Partial Award of ICC Case No. 6276 (1990); ICC Case No. 6277 (1991).

裁决。

(四) 对三种观点的评述

笔者认为第一种观点将多层次争议解决条款的前置程序视为实体法,违背双方当事人的订立初衷,也不能凸显多层次争议解决条款对维系商事合作关系的优越性。如果只将多层次争议解决条款视为仲裁条款,否认协商、调解条款的程序法性质,那么违反协商、调解条款只能赋予一方当事人损害赔偿请求权,但是违反协商、调解这种程序性事项带来的经济损失极难界定,很可能无法起到救济的效果。^①另外,调解作为一种替代性争议解决的方式,在国际商事实践中也得到了广泛适用,应当认定其也具有程序法性质,能产生可执行性。双方通过调解条款约定的是程序性的事项,那么违反调解条款也应当获得程序性的赔偿权利,而不是实体的救济。事实上,苏黎世州最高上诉法院的实体说判决,在瑞士也遭到了不少批评。^②

就第二种观点而言,学界对多层次争议解决条款中的诸多条款结合起来构成新的争议解决方式的观点,尚没有一致意见。笔者认为该观点仍存在不足:

首先,将诸条款结合起来理解,可能会导致对该多层次争议解决条款的僵化解读,特别是认为其中一个条款未满足整个多层次争议解决条款都无效。这样很有可能会违背当事人设置多层次争议解决条款的初衷,而且也不符合当前国际商事的发展趋势。

其次,各个条款的合并也影响了仲裁条款的独立性。没有履行协商或者调解条款,并不意味着双方当事人因此放弃了提起仲裁的权利而交由法院处理。这种观点实际上是忽视了当事人弃权的可能性,在当事人之间因为调解、协商而陷入僵局的时候,如果一味要求完成协商、调解条款才能进入仲裁,是毫无意义的。从这个角度上看,将整个多层次争议解决条款视为无效的观点是非常激进的。

笔者认为第三种观点更符合当事人订立多层次争议解决条款时的期待,也更凸显多层次争议条款的优点。当事人选择在仲裁前设置协调、调解

^① Boog Christopher. How to deal with multi-tiered dispute resolution clauses. Swiss Federal Supreme Court. 2008. 26 (1): 108.

^② Decision of April 23, 2001 by Court of Appeals, Canton of Thurgau; reported in ASA Bulletin 2003: 418-420.

的条款,只是为了用更灵活的方式来解决纠纷,将仲裁“一裁终局”的影响降到最低,因此从当事人设置多层次争议解决条款的初衷上看,并不是为了将协调、调解和仲裁捆绑成一个整体的条款,协商、调解条款甚至影响仲裁的提起效力。多层次争议解决条款中的协商或者调解条款,与仲裁条款一起,不过是多个条款的组合,各自应当有独立的执行力。这些条款各自独立,都是当事人意思自治的产物,这些条款只存在衔接的关系,而没有相互影响的关系。

而且国际上普遍认为,协商或者调解条款如果足够明确并规定了程序性事宜,可以认为其具有可执行性。协商或者调解条款具有独立程序法性质的观点,也为《国际商事调解示范法》所采纳。联合国国际贸易法委员会于2002年颁布的《国际商事调解示范法》,旨在供成员国直接援引或依据该法制定本国法。该法的第13条规定:“当事人同意调解并明确承诺在一段特定时期或在某一特定事件发生之前,不就现在或未来的纠纷提起仲裁程序或者司法程序的,仲裁庭或法院应当承认这种承诺的效力,直至所承诺的条件实现为止,但一方当事人认为是维护其权利而需要提起的除外。提起这种程序本身并不被视为对调解协议的放弃或调解程序的终止。”当事人如果未履行调解或者协商条款,就提起仲裁,那么实质上体现的是调解或者协商条款与仲裁条款的效力冲突。

三、多层次争议解决条款对仲裁庭管辖权的影响

多层次争议解决条款的性质认定的不同,导致实务界对多层次争议解决条款的效力判断认定也较为不同,这直接影响着多层次争议解决条款在实践中的执行效力。具体而言,多层次争议解决条款对仲裁庭的管辖权的影响主要是,该由法院还是仲裁庭来判断多层次争议解决条款是否具有可执行性?以及如果未履行前置条款,该如何进行裁决?

(一) 仲裁庭是否有管辖权

美国的个别法院认为,应当由法院来裁决当事人是否尽到了前置程序约定的义务,而且法院有权裁决仲裁庭对本案是否有管辖权。如果未满足仲裁条款的前置条款,那么仲裁就未被启动,仲裁庭就不享有管辖权。比如 Him