

NEWSLETTER



跨境争议解决 刊物

Cross-border Dispute Resolution

第 1 期 2022 年 9 月 1 日

JT&N 金诚同达

CONTENT

目录

紧急仲裁员程序办案分享	01
杨晨、左天羽、蒋雪	
利用投资条约保护海外中国企业：中山富诚诉尼日利亚案及其他投资条约案件	03
Hussein Haeri、李岚、曾胜、郑丹妮、廖佳燕	
伦敦海事仲裁庭证据审查实例	06
易旻、李垒、史强	
美国最高法院收紧“域外取证制度”在国际仲裁中的适用	09
杨晨、左天羽、蒋雪	
英国法院对境外当事人以母国数据阻断法规为由拒绝证据开示的态度	11
李岚、岑琳	
法务部门如何巧用“律师-委托人特权”	14
李露	
非涉外争议约定域外仲裁之效力研究（一）	16
杜越、柯铎焯	

ABSTRACT

摘要

1. 紧急仲裁员程序办案分享

杨晨、左天羽、蒋雪

相较于法院保全程序，紧急仲裁员制度在涉外案件中具有高效便利、易于域外执行等优势，但在中国仲裁程序中相对少见。近期，我们办理了一起贸仲委受理的紧急仲裁员案件，在中国《仲裁法》和仲裁规则均无明确规定的情况下，紧急仲裁员明晰了做出临时救济措施命令的三项审核标准：一是请求的紧迫性以及损失是否无法挽回；二是初步判断申请人在实体程序中胜诉的可能性；三是利害权衡与权益衡平。本案对于类似案件将提供重要参考价值。

2. 利用投资条约保护海外中国企业：中山富诚诉尼日利亚案及其他投资条约案件

Hussein Haeri、李岚、曾胜、郑丹妮、廖佳燕

随着改革开放以来中国对外投资的蓬勃发展，中国投资者愈发擅于使用国际投资条约这一工具，中国投资者根据投资条约提起的仲裁案件数量也在逐步上升。2022年初，在近二十起案件后，中国大陆投资者终于迎来第一起胜诉的投资仲裁案件：中山富诚诉尼日利亚案。金诚同达将和代理该案的卫达仕律师事务所一起，撰文回顾中国投资者提起的过往案件，总结经验和教训，以帮助中国投资者更好地利用国际投资条约保护自身利益。

3. 伦敦海事仲裁庭证据审查实例

易旻、李垒、史强

为何我国企业在国际商事仲裁中曾被贴上“十案九败”的标签？相信这与参与者缺乏充足的国际仲裁实践经验，未能灵活掌握国际仲裁的证据规则有一定关联。中共中央《法治中国建设规划（2020—2025年）》强调了加强涉外法治工作的要求，强化涉外法律服务，维护我国公民、法人在海外的正当权益是该要求的核心内容之一。本文以金诚同达处理的国际仲裁实例为引，简要的介绍和分析了仲裁庭在书面审理中采用的证据评判方法，希望对国际仲裁的参与者提供经验借鉴。

4. 美国最高法院收紧“域外取证制度”在国际仲裁中的适用

杨晨、左天羽、蒋雪

《美国法典》第1782(a)条规定，美国联邦地区法院有权要求其辖区内的任何人协助“外国或国际法庭”程序，如提供证言或证物。美国不同联邦法院过去对此类请求的态度存在分歧，而美国最高法院近期给出了结论性意见，认为“外国或国际法庭”应理解为“行使政府权力的裁判机构”，国际商事仲裁与国际投资仲裁临时仲裁的当事人不能依据该规定在美国联邦法院寻求证据开示。本文详细探寻了该判决背后的理念与实践意义。

ABSTRACT

摘要

5. 英国法院对境外当事人以母国数据阻断法规为由拒绝证据开示的态度

李岚、岑琳

数据开示是境外当事人在英国法院诉讼时在证据披露/开示制度下会面临的常见程序问题，而面对对方当事人要求开示己方数据的请求，境外当事人往往会基于其母国的数据保护法——亦即对证据开示的阻断法规为主进行抗辩。本文围绕 Mellat 银行上诉案，探讨英国上诉法院在证据开示过程中如何处理伊朗数据出境的问题，包括该案树立的法律原则和聚焦的争议点，以察英国法院对境外当事人以母国数据阻断法规为由拒绝证据开示的考量和态度。

6. 法务部门如何巧用“律师-委托人特权”

李露

2022年5月，美国司法部和多州总检察长对谷歌公司提起动议，称谷歌刻意培训员工，在发送特定敏感商业信息的邮件时抄送外部律师，在邮件中添加“受特权保护”的标签，并在正文中包含“寻求法律建议”的表述。然而实际上，很多邮件完全是讨论商业问题，并非真正寻求法律建议。美国司法部认为，这是对“律师-委托人特权”的滥用。跨国公司的惯常做法受到挑战，这也意味着跨国公司的法务部门要考虑采取更有针对性的预防措施，最大程度地保护重要通信交流。

7. 非涉外争议约定域外仲裁之效力研究（一）

杜越、柯铎焯

在跨境商事争议解决领域，争议解决条款是协议当事人利益、谈判地位等多方博弈的结果。鉴于仲裁裁决在国际上承认及执行的便利性，且具有保密性和灵活性的特征，其在商事争议解决领域得到广泛青睐。依照我国法律，不论企业中外方的参股比例如何，在中国大陆注册企业均视为中国法人，在无其他涉外因素时，其与大陆企业签订的各类合同，均不能约定进行域外/境外仲裁（以下统称为“域外仲裁”）。但随着我国对外开放的逐步深入、自由贸易试验区的发展以及我国对域外仲裁机构态度的转变，相关法律政策也在不断发生变化，由此引出了本文讨论的问题——非涉外争议约定域外仲裁是否有效。

紧急仲裁员程序办案分享

杨晨、左天羽、蒋雪

当事人在仲裁程序中如须采取临时保全措施，大多会向人民法院提出申请。实践中，除去向人民法院申请临时措施外，中国多个主要仲裁机构的仲裁规则均设置了紧急仲裁员制度，允许当事人在满足特定条件的情况下依据仲裁规则向仲裁机构请求任命紧急仲裁员，由紧急仲裁员做出临时保全措施命令，包括对相对方的财产或证据进行保全、或是责令或禁止相对方采取某些行为。

相较于向人民法院申请临时保全措施，紧急仲裁员制度在我国的适用多有限制。比如，当下中国法律没有明确赋予人民法院执行此类临时措施的权力，由仲裁庭或紧急仲裁员采取的紧急措施难以在大陆申请法院强制执行，主要依赖于当事人的主动履行，这也是紧急仲裁员程序在中国相对少见的原因之一；其次，中国法和中国主要仲裁机构仲裁规则暂未就是否给予紧急救济措施的实质标准做出规定，这也给紧急仲裁员制度的适用带来了不确定性。

尽管如此，紧急仲裁员制度在涉外案件中也拥有其他临时措施无法比拟的优势。例如，中国境外申请人向紧急仲裁员申请临时保全措施时，无须提供全套经公证认证的授权书，因此程序上更加高效和便利；其次，诸多法域承认和执行仲裁员做出的临时救济措施，但不一定承认和执行域外法院做出的临时救济措施。因此，紧急仲裁员做出的临时救济措施更有可能在域外获得承认和执行。近些年来，有越来越多的当事人在涉外案件中尝试通过紧急仲裁员制度采取临时措施。

近期，我们办理了一起贸仲委管辖的紧急仲裁员程序案。某国际货物买卖交易中的买方请求紧急仲裁员指令卖方释放正本提单，以避免因无法提货而可能导致的滞期费等损失。本案的参考价值在于明确了紧急仲裁员做出临时救济措施所需参考的标准。在中国法和《仲裁规则》均没有明确规定的情况下，紧急仲裁员实际参考了《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》第26条规定的以下三项判断标准：

一是请求的紧迫性以及损失是否无法挽回，其中的紧迫性要求也源自《仲裁规则》附件三《中国国际经济贸易仲裁委员会紧急仲裁员程序》第五条第（一）款，即“紧急仲裁员应结合紧急救济的……紧迫性，采用其认为合理的方式进行有关程序……”本案由于滞期费损失每日均在增长、且事关案外第三方当事人难以挽回，因而紧急仲裁员认为第一项标准已经满足。

二是申请人在实体仲裁程序中胜诉的可能性，即申请人的仲裁请求未来将在多大程度上可能得到仲裁庭支持。就此，紧急仲裁员初步审阅了申请人的仲裁请求和被申请人的答辩意见，对双方在案件初期提交的材料进行了评估，并做出了初步判断，特别是哪些案件争议焦点的走向可能影响最终案件结果。本案紧急仲裁员的决定也言明，相关判断只是初步意见，具体还有待双方在后续仲裁程序的举证以及仲裁庭的进一步审理。

三是利害权衡与权益衡平，即申请人须证明如果不采取紧急措施其遭受的损害将大于如果采取紧急措施被申请人将遭受的损害；大致判断标准为，申请人在实体上胜诉的可能性越大，



利害权衡对申请人就越有利。本案中，紧急仲裁员结合案件情况，对申请人和被申请人分别可能因为采取和不采取紧急措施所受损害进行了全盘分析，做出了整体利弊权衡，并结合前述考量因素，最终做出了应当采取部分紧急措施，才更有助于维护各方利益的最终决定。

本案对于涉外案件当事人申请临时保全措施具有重要参考意义，一方面凸显了外方在国内通过紧急仲裁员制度获得临时救济的便利性，另一方面也明晰了紧急仲裁员做出临时救济措施命令所需参考的标准。

虽然现行中国《仲裁法》框架下尚没有临时措施概念，但笔者注意到，司法部于 2021 年 7 月 30 日发布的《仲裁法（修订）（征求意见稿）》已经将“临时措施”单设为一节，授权仲裁庭做出临时救济措施。随着立法更新，我们预期未来紧急仲裁员制度在仲裁程序中将得到更为广泛的适用，而本案对于临时救济措施参考标准的确定将为类似案件的审理提供重要参考价值。

利用投资条约保护海外中国企业：中山富诚诉尼日利亚案及其他投资条约案件

Hussein Haeri、李岚、曾胜、郑丹妮、廖佳燕¹

一、引言

近年来，中国投资者在投资者与东道国仲裁领域日益活跃——2020 年至今，至少已有八起公开报道的中国投资者仲裁案件。在中国投资者提起的投资条约仲裁案件中，也不乏胜例。例如，今年年初，一家中国公司——中山市富诚工业投资有限公司（“中山富诚”）向美国法院申请执行针对尼日利亚联邦共和国的一份七千万美元的仲裁裁决。² 因尼日利亚相关国家机构和实体的某些行为违反了中国与尼日利亚的双边投资协定，³ 中山富诚向尼日利亚政府提起仲裁并取得胜诉裁决。该裁决判令尼日利亚须就其行为（包括其剥夺中山富诚多项协议下的权利以及将中山富诚及其员工非法驱逐出尼日利亚自由贸易区）向中山富诚作出赔偿。⁴

中山富诚案是最新报道的中国投资者在投资条约仲裁中胜诉的案件，也是中国投资者针对非洲东道国的胜诉首例，但并非唯一一例。在十余年前提起的谢业深（Tza Yap Shum）诉秘鲁案中，因秘鲁税务机关剥夺了其在一家从事鱼粉收购和出口的当地公司的投资权益，一名中国香港居民针对秘鲁提起投资条约仲裁。在该案中，仲裁庭认定秘鲁违反了中国与秘鲁的双边投资协定，⁵ 裁决中国投资者获赔 786,306.24 美元及利息。

二、投资条约概述

投资条约是政府之间签订的协定。在投资者受到投资所在国（即东道国）不公正对待、歧视，以及投资者的投资或财产被征收时，投资条约通常为符合条件的国际投资者提供实质性保护。可归责于东道国的该等行为包括但不限于政府机构的行为。

投资条约主要从两个方面对国际投资进行保护。其一，投资条约允许企业及个人投资者就其投资受到的不当待遇直接向主权国家提起国际仲裁。这项权利大大增强了境外投资者在面对主权国家时保护自身权益的能力，因其避免了境外投资者不得不依赖当地法院裁决针对东道国的诉请的不利局面。

尤其是，现有的国际法体系可以确保仲裁裁决顺利执行。根据《承认及执行外国仲裁裁决公约》（“《纽约公约》”），各成员国有义务认可相关仲裁裁决的拘束力并执行这些仲裁裁决，且各成员国只能在极个别的情况下拒绝执行。⁶ 另外，根据《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》（“《ICSID 公约》”），各成员国有义务认可 ICSID 仲裁裁决的拘束力，并将其视为本国法院的终局判决来执行。⁷ 这两个公约的覆盖面非常广泛，其中《纽约公约》现有 166 个成员国，而《ICSID 公约》现有 155 个成员国。

其二，投资条约对东道国也会有威慑力，可以防止东道国作出违反投资条约的行为。东道国在知道投资者享有投资条约赋予的权利时，会更不愿作出违反条约的不当行为。而当投资者



确实受到东道国的不当待遇时，投资者也可通过向东道国申索其投资条约下的权利，从而使自身在与东道国的谈判中处于更有利的地位。

三、中国投资者的投资条约请求概述

根据公开数据统计，迄今为止，中国投资者至少提起了十九起投资仲裁。其中，九起目前正在审理中，四起裁决投资者胜诉，四起裁决被申请人东道国胜诉，一起案件撤回仲裁请求，一起案件和解。

中国投资者在投资仲裁上的活跃归因于过去二十年来中国对外投资的蓬勃发展。中国在经济改革初期几乎没有对外投资，需要外国投资来发展经济。随后数年，中国被视为全球资本的目的地之一。然而，随着中国经济的发展，这一局面逐渐改变。21 世纪的第一个十年，中国的对外直接投资从 2002 年的 27 亿美元上升至 2012 年的 878 亿美元。⁸ 2020 年该项数据上升至 1537 亿美元，几乎是 2012 年的两倍。⁹ 与此趋势对应，中国投资者对东道国提起的仲裁案件数量近年来也在稳步上升。2007 年中国投资者提起第一起投资仲裁案件，随后 12 年直到 2019 年，中国投资者提起了十起。2020 年以来又有八起公开报道的中国投资者提起的投资仲裁案件。

随着中国对外直接投资的增长，从 21 世纪初开始中国对投资条约的态度也在转变。20 世纪八九十年代缔结的中国早期投资条约往往包含范围相对限制的投资者与东道国争端解决（Investor-State Dispute Settlement，简称“ISDS”）条款，其中典型的是将“征收补偿额”有关争议提交仲裁的仲裁条款。¹⁰ 这类条款既可能限制外国投资者向中国提出仲裁请求，也相应地减少了中国投资者就其在条约项下的权利向他国提出请求的可能。事实上，在北京首钢等诉蒙古案¹¹以及中国平安诉比利时案¹²中，相关 ISDS 条款的过窄成为中国投资者在这些案件中主张权利的障碍。

然而，自 2000 年以来，中国逐渐放弃限制性 ISDS 条款，开始引入范围更加宽泛的 ISDS 条款。这些范围更加宽泛的 ISDS 条款中，一些允许投资者将与投资相关的所有争议提交国际仲裁，而另一些则具体规定了可提交仲裁的争议范围，以求在保护投资和东道国行使其监管权力之间取得平衡。¹³

（上篇完）

作者会在下期与读者分享在利用投资条约寻求保护时，投资者需着重考虑哪些因素，敬请期待。

-
- 1 本文作者 Hussein Haeri 为 Withers LLP 卫达仕律师事务所伦敦办公室合伙人，李岚为金诚同达律师事务所高级合伙人，曾胜为金诚同达合伙人，郑丹妮为金诚同达资深律师，廖佳燕为 Withers LLP 伦敦办公室律师；岑琳（金诚同达）对本文亦有贡献。Hussein Haeri 和廖佳燕在中山富诚诉尼日利亚案中代理中山富诚。郑丹妮在北京城建集团诉也门案中参与代理北京城建集团。
 - 2 Jack Ballantyne, *China investor takes Nigeria award to DC*, GAR (Global Arbitration Review), <https://globalarbitrationreview.com/chinese-investor-takes-nigeria-award-dc>.
 - 3 《中华人民共和国政府和尼日利亚联邦共和国政府相互促进和保护投资协定》，签订于 2001 年。
 - 4 *Zhongshan Fucheng Industrial Investment Co. Ltd. v Federal Republic of Nigeria*, UNCITRAL, Final Award (26 March 2021).
 - 5 《中华人民共和国政府和秘鲁共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》，签订于 1994 年。
 - 6 《承认及执行外国仲裁裁决公约》（1958 年，纽约），第三条。
 - 7 《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》（1965 年，华盛顿），第五十四条。
 - 8 Xian Guoyi, *Upgrade outbound investment*, China Daily, http://www.chinadaily.com.cn/opinion/2013-11/08/content_17089647.htm.
 - 9 Zhong Nan, *China's outbound direct investment over \$150b in 2020*, China Daily, <https://www.chinadaily.com.cn/a/202109/29/WS6153deeda310cdd39bc6c599.html>.
 - 10 例如，《中华人民共和国政府和希腊共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》（1992 年）第十条（二）规定，“如该争议在自任何一方要求友好解决争议之日起六个月内未能解决，该投资者既可将争议提交缔约一方有管辖权的法院，如果争议涉及第四条所述的补偿款额，也可提交国际仲裁庭”。
 - 11 *Beijing Shougang Mining Investment Company Ltd., China Heilongjiang International Economic & Technical Cooperative Corp., and Qinhuangdaoshi Qinlong International Industrial Co. Ltd. v Mongolia*, PCA Case No. 2010-20.
 - 12 *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.
 - 13 例如，《中华人民共和国政府和伊朗伊斯兰共和国政府关于相互促进和保护投资协定》（2000 年）第十二条（一）和（二）规定，“东道国缔约一方和缔约另一方的投资者之间就投资产生的任何争议”可以提交由三人组成的仲裁庭。《中华人民共和国政府和加拿大政府关于促进和相互保护投资的协定》（2012 年）第二十条（一）规定，缔约一方的投资者可以就缔约另一方违反本投资协定下某项义务的主张提交仲裁。

伦敦海事仲裁庭证据审查实例

易旻、李垒、史强

一、海事仲裁案件的基本案情

船东与租家签订了定期租船合同（下称“租约”），租约并入了经过修订的纽约土产 1946 年格式，并补充了附加条款，租期为由租家选择的 2-3 次的载货航次，约定适用法律为英国法，仲裁地点为伦敦。双方就租约下的两项争议交予仲裁解决：船东向租家索赔未付的租金，并要求租家对船舶的抓斗损坏承担赔偿责任。租家在仲裁程序中提出反诉，要求船东赔偿租家就抓斗损坏支付的检验费。

（一）争议点之一：向转租租家交船时的燃油数量

该船于 9 月 13 日由船东交付给租家。10 月 31 日，租家将该船交付给转租租家用于执行双方签订的转租租约。在转租租约交船时，船长发送了交船通知，该通知记载的交船时船上留存的重油为 529.06 吨，轻油为 81.94 吨。然而，交船量油报告显示的油量是重油 571.651 吨，轻油 88.058 吨。两者相差 42.591 吨重油和 6.118 吨轻油。

值得注意的是，租家向仲裁庭提供了轮机长和检验人之间在现场沟通的录音证据。该录音显示，轮机长确认量油时自己的计算结果与检验人总体一致，差异至多 2-3 公吨，但轮机长拒绝在量油报告上签字。

租家根据量油报告扣除了与争议燃油价值相当的租金。船东认为在租船期间租家不能仅依据有争议的量油报告扣减租金。检验人分别在 10 月 30 日 12 时、13 时和 19 时进行了三次燃油测量。三次测量得出了不同的重油油量数值，分别是 582.435 吨、574.669 吨和 576.577 吨。租家声称，第一次测量时受到了正在进行的压载水作业的影响，而船东则完全不认可量油报告的结果。

租家进一步提出：（1）自 9 月 13 日租约下交船至 10 月 31 日分租约下交船期间的船长日报记载的每日燃油消耗量是不正确的，船东和/或其船员故意隐瞒了实际燃油消耗量。（2）在分租约下交船时，42.591 吨重油和 6.118 吨轻油“凭空消失”了。（3）租家认为船东藏匿了争议所涉的燃油，或其仍在船上的某个未被检验人发现的地方，或者船东在租家自行加油时将争议所涉的燃油卸下，或者船东以其他不当的方式处置了该燃油。因此，租家有权扣减租金用于冲抵燃油价款。

仲裁裁决：仲裁庭未接受租家提出的三项主张，理由是没有相应的证据支持。鉴于压载水作业可能影响量油的准确性，仲裁庭更倾向于接受船长提交的交船通知项下的燃油数量。因此，转租租约交船时的燃油数量应以船东主张的数据为准，即租家扣除租金用于冲抵燃油价款的做法缺乏依据。

（二）争议点之二：抓斗损坏

船舶于 11 月 5 日抵达印度尼西亚坤甸港，计划装载冶金级铝土矿。装卸工人需要使用船上的船吊和抓斗从驳船上装货。装货开始四天后，即 11 月 9 日 10 时 20 分，1 号船吊的操作员向大副报告抓斗无法正常启动。大副出具了一份装卸工人损坏报告，声称抓斗损坏是由“装卸工人野蛮操作”造成的。但工头拒绝签字，并要求船方通知其公司和船舶代理人。当时 1 号舱的装货工作基本完成，因此 1 号抓斗在坤甸港未被继续使用。船方于 11 月 12 日出具了“1 号抓斗损坏报告”，该报告显示“抓斗内侧严重损坏，液压油缸和电线全部变形，液压油缸移动了 5-6 厘米，其顶部在漏油，无法再继续工作了。”

船员在船舶航行途中对损坏的抓斗进行了临时维修。随后在双方检验人的监督下，船舶于 2020 年 11 月 24 日至 11 月 26 日在黄骅港对抓斗进行了彻底修检。双方的检验人分别出具了检验报告：船东的检验人认为损坏是由装卸工人野蛮操作造成，租家的检验人则认为该损坏是由于缺乏维修保养所致。

在仲裁程序中，租家又提交了另外两份报告。第一份报告日期为 11 月 10 日，由坤甸港的装卸公司出具，该报告指出“我们已经检查了所有用于装货作业的推土机……没有发现任何推土机因与船舶抓斗相撞而损坏。”第二份报告没有附上任何新的证据，而是对损坏状况和现有调查报告进行分析，得出的结论是抓斗损坏“不可能是由一次撞击造成的”。

双方文书控辩的核心是质疑对方的检验报告。同时，租家还提出另一种可能性，即抓斗损坏是由船员在航行途中进行的临时修理所致。

仲裁裁决：基于对证据进行的合理推断，仲裁庭得出的结论是 1 号抓斗的损坏是由于装卸工人在坤甸装货时操作不当造成的，因此，船东胜诉。

仲裁庭认为租家的第一份检验报告与租家的主张存在一点矛盾，租家的主张是“其否认……抓斗可能会与在货舱内与正在工作的推土机发生碰撞，因此依照惯例，在装货过程中，并不会在货舱内操作推土机……”第二份报告提出了一种可能，即在坤甸刚装货作业的前四天发生了多次撞击造成抓斗损坏。

虽然没有一份有说服力的检验报告能够确定 1 号抓斗损坏的真实原因，也没有人亲眼看到损坏的经过，但是仲裁庭仍可以根据一些事实进行合理的推断，在本案中这些事实包括：（1）尽管双方对抓斗的损坏程度和原因有不同的解读，但 1 号抓斗受损是不争的事实；（2）直至 11 月 9 日上午，即装船后的四天，1 号抓斗的损坏才被发现；（3）劳氏船级社于 2020 年 4 月 2 日签发了的起重设备检验证书，即 1 号抓斗损坏的五个月前；（4）船舶的维护保养记录显示所有抓斗都处于正常状态，船员的最后检验时间是 11 月 3 日。

二、案件评析

仲裁庭的审议须围绕双方提交的论点和证据展开。关于本案的两个争议焦点，任何一方的证据都不具备压倒性优势。因此，仲裁法庭需基于盖然性权衡（balance of probability）原则做出必要且合理的推断，并形成最终的结论。



本案索赔和反索赔的金额不高，双方均未提交证人证言和专家报告，最终仲裁裁决是基于书面审理而作出。这一点与境内的仲裁程序（以开庭为原则，不开庭为例外）存在很大的不同，伦敦海事仲裁案件大部分是以书面审理为主。境内的仲裁程序开庭需要解决证据质证的问题，而伦敦海事仲裁开庭的主要目的是为了盘问对方的事实证人和专家证人。因本案未开庭审理，仲裁庭无法在开庭过程中听取律师的口头陈述，也不能面对面向律师提出任何问题。因此，双方律师须在其书面陈述中提出有说服力的论点。在大多数争议金额相对较小的案件中，尽管最终败诉方可能不服仲裁裁决，但往往当事人选择书面审理的出发点是为了节省费用，因此书面审理依旧是解决该类型案件的既经济又高效的方法。¹

本案为金诚同达海事团队处理的案件之一，海事团队具有处理此类争议国际仲裁案件的丰富经验，在伦敦、香港、新加坡等地处理了超过 200 件国际仲裁案件。我们将就海事团队处理的海事案例进行不定期的评析，为保持仲裁的保密性，我们将在仲裁案例评析中去掉当事方的名称、船名等特定化信息。

¹ Cooke 法官在 *The Great Creation* [2015] 1 Lloyd's Rep 315 案中强调了口头辩论的重要性，他认为为了节省费用而选择书面审理有时会事与愿违（参该判决第 75 段）。

美国最高法院收紧“域外取证制度”在国际仲裁中的适用¹

杨晨、左天羽、蒋雪²

随着中国企业出海，越来越多的企业在涉外合同中约定通过仲裁解决合同争议。由于仲裁程序主要依据当事人合意，仲裁庭作出的命令在很多情况下并不当然具有和法院命令一样的强制执行效力，特别是对案外利害关系人缺乏有效的约束力。

例如，在仲裁程序中，仲裁当事人很难依靠仲裁庭的命令强制利害关系人作证。在过往涉及美国的仲裁案件中，如果案外利害关系人不配合取证，不少当事人会尝试依据《美国法典》第 1782 (a) 条请求美国联邦法院命令受其管辖的利害关系人配合取证。但笔者也留意到，实践中美国不同联邦法院对外国仲裁程序当事人是否能够依据第 1782 (a) 条向其寻求协助取证一直以来都存在分歧。

2022 年 6 月 13 日，美国最高法院在 ZF Automotive US, Inc., et al., Petitioners v. Luxshare, Ltd 案和 Alix Partners, LLP, et al., Petitioners v. The Fund for Protection of Investors' Rights in Foreign States 案的联合上诉程序中做出了里程碑式判决，判定国际商事仲裁与国际投资仲裁临时仲裁的当事人不能依据《美国法典》第 1782 (a) 条在美国联邦法院寻求证据开示，该判决就美国不同巡回上诉法院之间对此存在的长期分歧给出了结论性意见。

一、取证简介

根据《美国法典》第 1782 (a) 条，美国联邦地区法院有权对住所地或居住地在其辖区内的任何人作出命令，要求其提供证言、出示文件或提供其他物证，用以协助“外国或国际法庭”（foreign or international tribunals）程序。

根据美国既往司法实践，通常适用该条款须同时满足三个条件：（1）管辖法院：被寻求提供证据的个人或实体的住所地或者所在地，必须在某个美国联邦地区法院管辖的区域内；（2）适用程序：证据开示必须用于外国或国际法庭程序；以及（3）申请方：申请必须由外国、国际法庭或利害关系人提出。除此之外，司法实践亦衍生出其他考虑因素，如取证是否会带来繁重负担等等。³

二、判决总结

本次判决中，美国最高法院认为，第 1782 (a) 条的“外国或国际法庭”应理解为“行使政府权力的裁判机构”，⁴只有“政府或政府间法庭”才构成“外国或国际法庭”——其中，“外国法庭”和“国际法庭”分别指单个和多个政府赋权行使政府权力的主体⁵。因此，美国最高法院案涉判决中的两个仲裁庭，即商事仲裁庭⁶与投资仲裁临时仲裁庭，均不构成“外国或国际法庭”，不能适用《美国法典》第 1782 (a) 条规定，向美国管辖法院申请跨境取证。

具体而言，在 ZF Automotive US, Inc., et al., Petitioners v. Luxshare, Ltd.案中，双方在销售合同中约定将所有争议提交至由三名仲裁员，根据德国仲裁协会（系设立在柏林的民间争议解

决组织) 仲裁规则予以解决。为准备仲裁, Luxshare 依据《美国法典》第 1782 条向联邦地区法院提出域外取证申请, 要求 ZF Automotive US 及其高管提供信息。对此, 美国最高法院认为, 政府没有参与创建德国仲裁协会的仲裁庭或规定其仲裁程序, 且德国法律和法院在仲裁中发挥的作用也未能使其成为被授予政府权力的仲裁庭, 因此德国仲裁协会下的仲裁庭不属于“外国和国际法庭”, 不能适用第 1782 条下的域外取证制度。

在 *Alix Partners, LLP, et al., Petitioners v. The Fund for Protection of Investors' Rights in Foreign States* 案中, 俄罗斯投资者根据立陶宛与俄罗斯之间的双边投资协定对立陶宛提起仲裁, 仲裁请求涵盖征收等条约内容。案涉投资协定为解决投资者与东道国之间的争议提供了四种选择, 该案投资者选择了临时仲裁 (ad hoc arbitration)。仲裁程序启动后, 投资者根据《美国法典》第 1782 条向联邦地区法院提出域外取证申请, 要求被任命为 Snoras 临时管理人的 Simon Freakley 及其担任 CEO、位于纽约的咨询公司 AlixPartners 提供相关信息。

对此, 美国最高法院认为, 虽然仲裁的一方是主权国家, 且援引了俄罗斯和立陶宛之间的双边投资协定, 但在判定此案时重要的是仲裁协议的实质内容, 即这两个国家是否打算将政府权力授予依据条约成立的临时仲裁庭? 美国最高法院对于该问题持否定的态度, 指出两国双边投资协定并没有“创建”出一个仲裁庭, 只是在设立相关仲裁庭的有关规则中起到了参考作用。因此, 本案临时仲裁庭的权力来自于双方达成的仲裁协议, 而不是俄罗斯和立陶宛赋予的政府权力, 不属于“外国和国际法庭”, 同样不能适用第 1782 条下的域外取证制度。

三、未来影响

如前所述, 在案涉判决作出前, 美国不同联邦法院在域外取证制度是否适用于外国民间商事仲裁的问题上存在分歧。因此, 中国仲裁机构受理案件的当事人以往在依据第 1782 条向美国法院申请域外取证时也受过相关分歧带来的影响。例如, 加利福尼亚北区法院曾在 2020 年 2 月 25 日作出命令, 部分准许中国国际经济贸易仲裁委员会 (“贸仲委”) 案件当事人提出的域外取证申请; 而第二巡回上诉法院则在 2020 年 7 月 8 日作出命令, 驳回贸仲委受理案件当事人的域外取证申请。

虽然本次美国最高法院判决在一定程度上明确了“外国或国际法庭”的范围, 对美国域外取证制度的适用具有重要参考价值, 但它并未彻底解决与“外国或国际法庭”范围相关的全部问题。例如, 案涉判决尚未明确仲裁庭在何种情况下能够被视为“行使政府权力”, 也未明确国际投资争端解决中心 (ICSID) 管理的投资仲裁案件当事人是否可以依据第 1782 条提出取证申请。正如多位业内人士所评论的, 未来走势如何, 还有待地方司法实践的检验。

1 本文系基于 Global Arbitration Review 于 2022 年 6 月 13 日发布的《US Supreme Court restricts discovery in foreign arbitrations》起草而成。

2 感谢金诚同达 (北京办公室) 实习生杨又权、马梓涵对本文所做贡献。

3 *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U.S. 241, 264 – 65 (2004).

4 判决原文: “exercises governmental authority”。

5 判决原文: “[a] ‘foreign tribunal’ is one that exercises governmental authority conferred by a single nation, and an ‘international tribunal’ is one that exercises governmental authority conferred by two or more nations.”

6 案涉判决涉及的是“德国仲裁协会 (Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit)”。

英国法院对境外当事人以母国数据阻断法规为由拒绝证据开示的态度

李岚、岑琳

一、介绍

证据披露/开示制度（Discovery/Disclosure/Production）是英美法系国家诉讼程序的重要制度之一。在该制度下，双方都向对方请求披露与诉讼相关的文件；如果双方就是否披露、披露范围、披露时间以及披露方式等问题无法达成一致，则请求方会向法院提起动议请求裁定被请求方向其披露相关证据。证据开示的范围甚广，可以涉及与案件有关的所有数据或材料。因此，境外当事人在英美国家法院的诉讼程序中都可能面临大量的数据出境问题，中国当事人也不例外。

我国《数据安全法》第 36 条规定：“非经中华人民共和国主管机关批准，境内的组织、个人不得向外国司法或者执法机构提供存储于中华人民共和国境内的数据”。另外，《国家秘密法》、《个人信息保护法》等都严格限制了储存于我国境内数据的出境，并规定了相应的处罚措施。在英美法院看来，这实质上构成针对证据开示的外国“阻却立法”（blocking statute）。

本文将介绍英国法院如何处理证据开示请求与数据出境的冲突问题，探讨英国法院在对境外当事人以母国数据阻断法规为由拒绝证据开示的态度和考量，以期对于参与英国法院证据开示程序时遭遇数据出境问题的当事人有所帮助。

二、Mellat 银行上诉案及其法律原则¹

英国法院在这个领域的著名案例是 Mellat 银行上诉案，该案涉及英国上诉法院如何在证据开示过程中处理伊朗数据出境的问题，其中涉及的法律原则对中国及其他境外当事人有重要参考意义。

（一）案件简介

Mellat 银行诉 HMT 案中，Mellat 银行声称因 HMT 据“2009 命令”²作出的金融限制遭受损失，遂起诉 HMT 索赔。一审中，HMT 申请法院裁定 Mellat 银行在一定保密条件下开示其未经处理（unredacted）的文件，其中涉及 Mellat 银行的客户信息。Mellat 银行反对该申请，而一审法院同意了 HMT 该申请，Mellat 银行就此裁决提起上诉，主要理由是 Mellat 银行有权拒绝开示未经处理的文件，且其提供未经处理文件会使其面临受到伊朗刑事指控的风险。上诉法院最终维持一审法院的命令，驳回 Mellat 银行的上诉。

（二）上诉法院在该案中回顾了既往判例并总结了法院面对此等申请时的原则：

一、“就本管辖权内的诉讼而言，本法院（即英国法院）有权作出开示和审查文件的命令，不论遵守该命令将会或可能会导致遵守命令方违反其“母国”的外国（相对于英国而言）刑事法律；

二、有关文件开示和审查的命令是程序法的问题，适用法院地法，本案为英国法。本地规则适用；外国法律不能凌驾于法院依据英国程序和法律处理诉讼的能力之上；

三、是否作出该种命令是本法院的自由裁量权问题。如果遵守命令会使英国诉讼的一方当事人违反其本国（即外国）刑法，则不会轻易发出命令，尤其是考虑到礼让问题……然而，在任何意义上，本法院都不排除会这样做；

四、在行使自由裁量权时，本法院将考虑在外国被起诉的真实的——在实际意义上的风险。必须进行权衡：一方面考虑在外国被起诉的实际风险，另一方面衡量命令文件开示对公正处理英国诉讼程序的重要性。在外国被起诉的实际风险的存在不是权衡的决定因素，但是法院会非常留意；

五、如果作出文件开示的命令，本院可以进行调整，以减少或最大程度减少外国法律项下的担忧，例如，对所开示文件施加保密性限制；

六、在此种情况下，本院作出开示命令时，不应不合理地期待礼让的因素会影响外国决定是否对遵守其法院命令的外国国民提出起诉。礼让是双向的。”³

（三）法院分析

该上诉的主要争议有三：

争议点一——风险，“如果遵守该命令，银行（或其雇员）在伊朗境内面临的被起诉的实际风险”。上诉法院认为该争议要考虑的是被控诉的“实际”风险，而非“所涉行为是否违反了伊朗刑法却未提供更多信息”。上诉法院同意一审法院所认为的被控诉风险并非专家表明般严重，并认为上诉方遵守开示命令并不绝对或必然会被控诉。

争议点二——需求，“开示未经处理的文件对公正处理审判的重要性”。上诉法院同意一审法院观点——认定请求开示的材料有相关性，尤其在证明 HMT 行为和银行声称的损害的因果关系时；且加密处理后难以看到案件全貌及充分评估相关主张；并认为不能否认 HMT 检验针对其提出的重大索赔的权利且 HMT 必须有权攻击和辩护。

争议点三——取得适当平衡，“法院酌情平衡：权衡争议点一的风险与争议点二的需求”。⁴ 一审法院虽然批准了未经处理材料的披露，但是其通过“保密圈”条款保护了保密性。⁵ 上诉法院认同一审法院该做法，并称其结论很大程度上考虑了“礼让”（comity），其无意也没有导致对相关伊朗法的不尊重。二审法院权衡时的具体考虑如下：

其一，上诉法院再次强调银行被控诉的风险不是决定因素，但是考虑因素之一；其二，从专家意见来看，顾客的保密性在伊朗法下不是“绝对的”，是可以被法院命令推翻的，而此等

申请也可以在伊朗法院提出，根据英国法院命令的需求开示文件。银行对开示命令的遵守是为了帮助其在英国赢得主张，而若银行胜诉，伊朗则会通过其政府在银行的持股获利。即使遵守该命令会使银行在伊朗犯罪，也不能推定伊朗的执法机构对于控诉行为完全没有裁量权，

且没有相关证据证明这点；其三，开示命令已经采用了“保密圈”，这意味着未处理的伊朗文件不会在公开法庭上流通，且银行有权参与对“保密圈”范围和人员的划定，但其在任何阶段均未参与；其四，开示需求并无意或实质不尊重伊朗相关法律，该需求是源于法院地法即英国法的程序要求以及符合国际惯例，以保证审讯的公平处理。基于共同尊重，上诉法院相信伊朗法院和控诉机关会理解这种需求；其五，综合考虑各种因素和权衡后，上诉法院认为通过保密措施减少法律风险的开示范围及开示的诉讼需求高于对伊朗法风险程度的担忧；其六，尽管银行方提出其并不打算遵守该开示命令（如果维持），上诉法院并不认同，且该问题不属于该上诉应当考虑的问题。

三、启示

根据 Mellat 银行上诉判决中的标准，中国当事人在英国法院诉讼的开示程序中欲以相关数据出境涉嫌违反《数据安全法》、《国家秘密法》或《个人信息保护法》等法律为由说服法院驳回证据开示请求，则很可能需要说服英国法院中国当事人在违反上述相关法律时可能会面临的被追究严重法律责任的“实际”风险，同时说服法院拟披露的文件与案件相关性较弱，最终使英国法院在权衡“风险”与“需求”时将天平倾向于“拒绝开示”一边。然而仍有很大可能英国法院认为“保密圈”安排已在很大程序上降低了“风险”，从而作出开示命令。

境外当事人在英国法院进行诉讼还应知晓，就所有诉讼当事人而言，无论境内还是境外，英国法院程序均受法院地法，即英国法管辖。⁶另外，外国法查明在英国国际私法中属于事实问题，应当由一位在该国有资格的专家证明，举证责任由主张的当事方承担，英国法院会审查该外国法证据，但不会主动进行研究。⁷在本案中，伊朗法专家意见均作为法院在银行所面临伊朗法风险方面的考虑基础和重点，并影响在该争议点乃至其他争议点上的结果。

以上为英国法院方面的思考，作者会在下期继续探讨美国法院方面的情况，敬请期待。

1 Bank Mellat 诉 Her Majesty's Treasury, [2019] EWCA Civ 449, 2019 WL 01209621, 案件编号: A4/2018/2445, 上诉法院（民事部门），日期为 2019 年 3 月 15 日的判决（Bank Mellat v Her Majesty's Treasury, [2019] EWCA Civ 449, 2019 WL 01209621, Case No: A4/2018/2445, Court of Appeal (Civil Division), Judgment dated 15 March 2019）。

2 “2009 命令”（Order 2009），被英国最高院认定为非法。

3 Bank Mellat 诉 Her Majesty's Treasury, [2019] EWCA Civ 449, 2019 WL 01209621, 案件编号: A4/2018/2445, 上诉法院（民事部门），日期为 2019 年 3 月 15 日的判决，第 63 段。

4 同上，第 30 段。

5 “保密圈”（confidentiality ring / club）是指诉讼当事人之间达成的一个协议，目的是降低机密文件在诉讼之外被使用的风险，该协议通常规定只有特定的人员可以接触某些文件。

6 Bank Mellat 诉 Her Majesty's Treasury, [2019] EWCA Civ 449, 2019 WL 01209621, 案件编号: A4/2018/2445, 上诉法院（民事部门），日期为 2019 年 3 月 15 日的判决，第 2 段。

7 同上，第 53 段。

法务部门如何巧用“律师-委托人特权”

李露

“律师-委托人特权”（Attorney-Client Privilege）是指，符合特定条件的、律师和客户之间的秘密交流，可以免于在司法程序中作为证据出示，而不造成不利后果。一般认为，“律师-委托人特权”的法律渊源可追溯至罗马法中“不得强迫律师披露对其客户不利证据”原则。发展至今，各个不同法域在“律师-委托人特权”的法律基础、适用范围、保护标准等方面已有较大差异。

为使“律师-委托人特权”最大化地保护特定交流内容，跨国公司的法务部门已然提炼出不少实务技巧。但是，我们也注意到，近年来，在多个法域的不同司法程序中，跨国公司的惯常做法受到挑战。司法机关认为，部分内部的通信交流，没有满足特定条件，不能适用“律师-委托人特权”，由此导致相关通信交流在这些司法程序中失去特权保护，被纳入证据开示的范围。

例如，2013年，在美国纽约南区地方法院关于 *Wultz v. Bank of China* 案中，中国银行援引了两个其他州联邦法院案例，这两个案例均认为，虽然法国的公司法务和专利代理人不是执业律师，但仍符合“律师-委托人特权”中“律师”的身份要求。但纽约南区地方法院最终未支持中国银行的主张，理由是，不能因内部法务与执业律师具有同等效用，就认定其符合“律师-委托人特权”的适用条件。法院进一步认为，在中国法下，律师和公司法务有着显著区别，中国的公司法务无需取得相应法律资质，也无需具有律师执业资格。据此，法院认为，中国的公司法务不符合“律师-委托人特权”中“律师”的定义，仅涉及公司内部法务而未包含外部律师的通信不受“律师-委托人特权”的保护。

又如，2022年5月，在美国司法部发起的对谷歌公司的反垄断诉讼中，司法部和多州总检察长提起动议，要求谷歌披露其主张享有“律师-委托人特权”保护的文档，理由是谷歌滥用该特权以隐藏对其不利的内部通信。该动议称，谷歌刻意培训员工，在发送特定敏感商业信息的邮件时抄送外部律师，在邮件中添加“受特权保护”的标签，正文中包含“寻求法律建议”的表述。然而实际上，很多邮件完全是讨论商业问题，并非真正寻求法律建议。在超过8万份的邮件中，律师仅作为被抄送人，未就邮件内容给出任何回复。因此，此类邮件不应当获得“律师-委托人特权”保护。哥伦比亚特区地方法院尚未对此作出裁定。

再如，2015年，在大众“排放门”事件中，慕尼黑检方黎明突袭了德国大众公司聘请的外部律所德国办公室，取走了部分文件，文件内容是关于该律所协助公司进行的关于排放测试的内部调查。随后该律所诉至德国联邦宪法法院，主张被取走的文件受“律师-委托人特权”保护。但是，德国联邦宪法法院最终裁定这些文件不受特权保护，理由之一是与该律所签订聘用合同的是德国大众公司，而取走的文件属于大众公司的子公司奥迪公司，奥迪公司并没有与该律所签订聘用合同。

由此可见，跨国公司是否可以援引“律师-委托人特权”获得保护，在具体司法程序中免于证据开示，存在极大差异和不确定性。这也意味着跨国公司的法务部门要考虑采取更有针对



性的预防措施，最大程度地保护重要通信交流。为此，我们提出以下参考建议：

第一，这些通信交流在发送或抄送至公司法务或者外部律师时，应当以寻求法律建议为目的。如果通信交流的内容并非寻求法律建议，而是讨论商业问题，即使抄送了律师，或者注明了“寻求法律建议”的字样，也存在不受特权保护的风险。

第二，法务部门需要预判，不同的通信交流可能受到哪些法域管辖。实践中，可能建立连接的地点包括：该通信所涉及事项的所在地，建立“律师-委托人特权”所在地，具体司法程序所在地等等。在国际仲裁中，仲裁员对此有更宽泛的自由裁量权。参考 2020 版《IBA 取证规则》第 9 条第 4 款，仲裁庭在确定法律特权问题的法律适用时，还可以考虑：“(a) 与提供或获得法律建议有关、或者出于提供或获得法律建议的目的而产生的文件材料、陈述或口头沟通的保密需要；……(c) 宣称法律障碍或特权出现时，当事人及其法律顾问的预期；……(e) 维护当事人之间的公平和平等，尤其在其法律或道德准则不同的情形下。”

第三，针对未建立“律师-委托人特权”的法域，如中国；或者认为公司法务不享有“律师-委托人特权”的法域，公司可将该类法域（可能不止一个）的外部律师加入工作小组，要求外部律师持续跟进该项工作，并不时提供实质建议或回答法律问题，以确保公司至少在已建立“律师-委托人特权”的法域内能最大程度的获得特权保护。

第四，合理确定并适时调整就特定事项交流的人员范围，一方面应涵盖该事项的决策人和执行人，以便与外部律师直接交流，避免法务在转发邮件或者另行汇报时丧失特权，另一方面冗余人员过多又可能使该通信交流丧失保密性。

第五，希望受保护的通信应载明“受律师-委托人特权保护”，并应采取合理的保密措施，分类归档并保存。电子文档的服务器和纸质文档的文件，应尽量存放于可能适用该特权的法域。特别需要注意，如果公司在多个法域中对通信文件采取了保密措施，但这些文件在其中的某一法域中因黎明突袭等调查程序而被迫披露，则同一通信文件在其他法域中可能因丧失秘密性而无法获得特权保护。

第六，在合同的法律适用条款中明确约定对“律师-委托人特权”的法律适用。该约定虽不会在某特定司法程序中直接被认定有效，但在一定程度上可能影响裁判者的自由裁量。

第七，就特别敏感事项，尽量采取电话交流、线上会议等方式直接沟通。

非涉外争议约定域外仲裁之效力研究（一）

——准据法及效力问题

杜越、柯铎焯

在判断非涉外争议是否能够约定域外仲裁，以及约定的域外仲裁条款的效力时，应当首先明确判断该问题的准据法及效力，即：（1）非涉外争议约定域外仲裁时，应如何确定准据法；如果当事人间存在明示约定，该约定是否有效；（2）若约定无效而适用中国法，我国关于约定域外仲裁协议之效力的相关规定是什么。同时，在此基础上，我们还将将在下一篇文章中详细论述什么是“非涉外争议约定域外仲裁”的典型情形，并分享关于该议题的司法案例，以期从理论及实践的角度对该话题进行完整描绘。

一、如何确定约定域外仲裁协议的准据法

为便于理解，本文以下述虚拟的仲裁条款为例进行说明：

仲裁协议约定：“凡因本合同所引起的或与之相关的任何争议、纠纷、分歧或索赔，均应提交由香港国际仲裁中心进行仲裁，仲裁地为中国香港，仲裁协议的准据法为英国法，案件的实体问题适用美国法。”

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》（2008年修订）第十六条规定，仲裁协议效力的准据法优先性为：当事人约定优先于仲裁地法，仲裁地法优先于执行地法¹。故原则上，审查上述仲裁条款的准据法为英国法优先，香港法次之，中国大陆法为末。假设一方当事人在中国大陆某法院提出了确认仲裁协议效力的诉讼，同时在香港国际仲裁中心组成的仲裁庭中提出了仲裁协议无效的抗辩，则仲裁庭或法院确定准据法时，是否应直接适用英国法而非中国法呢？

作者认为，《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称“《涉外关系法》”）第五条规定了“外国法律的适用将损害中华人民共和国社会公共利益的，适用中华人民共和国法律”，故该等情况下当中国法律明令禁止非涉外案件选择域外仲裁时，上述仲裁条款即因违反中国的公共利益而无效，应直接适用中国法。

当然，中国法院在审查时，由于大多案件已走到了执行阶段，所以在理由部分很多案例评析的内容为上述约定是否违反《1958年关于承认和执行外国仲裁裁决的纽约公约》（以下简称“《纽约公约》”）第五条第二款乙项的规定，即该仲裁条款的约定是否违反了中国的公共利益而应予拒绝承认及执行。

但不论如何，上述两种路径的核心均为判断适用外国法律审查仲裁协议的效力是否有损于我国的公共利益。而该种判断在很大程度上需要参考中国大陆法律是否对非涉外争议约定域外仲裁进行了明确的禁止性规定，以及该种规定的效力等级。

二、我国关于约定域外仲裁协议之效力的相关规定

在我国法律体系中，《中华人民共和国民事诉讼法》（2021年修订）（以下简称“《民事诉讼法》”）²、《中华人民共和国仲裁法》（以下简称“《仲裁法》”）³以及已经失效的《中华人民共和国合同法》（以下简称“《合同法》”）⁴从正面规定了在“涉外合同、经济贸易、运输和海事”等领域发生的纠纷的当事人可以约定域外仲裁。

然而，我国法律并未从反面明确案涉争议不具有涉外因素时是否可以约定域外仲裁。作者检索到最高人民法院（以下简称“最高院”）及江苏省高级人民法院出台了相关解答及司法解释（《涉外商事海事审判实务问题解答》⁵、《江苏省高级人民法院关于审理民商事仲裁司法审查案件若干问题的意见》⁶以及并未生效的《关于人民法院处理涉外仲裁及外国仲裁案件的若干规定》（征求意见稿）⁷）明确规定，因我国法律并未允许国内当事人将其不具有涉外因素的争议提请外国仲裁，因此如果国内当事人将其不具有涉外因素的合同或者财产权益纠纷约定提请外国仲裁机构仲裁或者在外国进行临时仲裁的，人民法院应认定有关仲裁协议无效。

根据上述文件，无涉外因素的民商事纠纷被限制仲裁存在两种情形：向外国仲裁机构申请仲裁或在外国进行临时仲裁。由于向外国仲裁机构申请仲裁所涉及的问题较多，尤其是当外国仲裁机构将中国大陆作为仲裁地时的裁决国籍问题⁸，这一问题将直接决定仲裁裁决是否适用《纽约公约》进行审查并执行。因此，本文仅将上述表述限缩为“向外国仲裁机构申请仲裁，并以中国大陆以外地区作为仲裁地”。同时，针对在外国进行临时仲裁，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》⁹规定，中国法院有限度地根据《纽约公约》的规定予以承认及执行，而非像境内临时仲裁一样因违反《仲裁法》第十六条的规定而不予承认及执行。

综上所述，根据各级人民法院对外发布的相关文件，作者认为，在我国司法实践中倾向于认定在并无涉外因素的情形下约定域外仲裁无效。但值得注意的是，上述推断在效力层级上并无法律或者行政法规的规定，多为各级法院在统一司法裁判标准及尺度下的结果。故日后是否随着《仲裁法》的修改与仲裁理论的不断更新，以及对公共利益解释上的变化而导致司法裁判标准上的变化，亦未可知。在厘清相关条款的效力后，作者会在后续文章中与读者分享什么条款构成“非涉外争议约定域外仲裁”，尤其是“涉外因素”的认定、扩张性解释及相关司法案例，敬请期待！

-
- 1 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》第 16 条，“法院在审查涉外仲裁协议的效力时，应适用当事人约定的准据法，若当事人没有约定准据法但约定了明确的仲裁地，则适用仲裁地的法律；若当事人既没有约定准据法，也不能确定仲裁地的，则适用执行地法院当地的法律。”
 - 2 《中华人民共和国民事诉讼法》（2021 年修订）第二百七十八条，“涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷，当事人在合同中订有仲裁条款或者事后达成书面仲裁协议，提交中华人民共和国涉外仲裁机构或者其他仲裁机构仲裁的，当事人不得向人民法院起诉。”
 - 3 《中华人民共和国仲裁法》第六十五条，“涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷的仲裁，适用本章规定。”
 - 4 《中华人民共和国合同法》（已失效）第一百二十八条，“涉外合同的当事人可以根据仲裁协议向中国仲裁机构或者其他仲裁机构申请仲裁。”
 - 5 《涉外商事海事审判实务问题解答》（最高人民法院民事审判第四庭 2008 年 12 月）第八十三条，“根据《中华人民共和国民事诉讼法》第 257 条和《中华人民共和国仲裁法》第 65 条的规定，涉外经济贸易、运输、海事中发生的纠纷，当事人可以通过订立合同中的仲裁条款或者事后达成的书面仲裁协议，提交我国仲裁机构或者其他仲裁机构仲裁。但法律并未允许国内当事人将其不具有涉外因素的争议提请外国仲裁。因此，如果国内当事人将其不具有涉外因素的合同或者财产权益纠纷约定提请外国仲裁机构仲裁或者在外国进行临时仲裁的，人民法院应认定有关仲裁协议无效。”
 - 6 江苏省高级人民法院关于审理民商事仲裁司法审查案件若干问题的意见（2010 年修订） 第十七条，“对没有涉外因素的民商事纠纷，当事人约定提请外国仲裁机构仲裁或者在外国进行仲裁的，仲裁协议无效。”
 - 7 《关于人民法院处理涉外仲裁及外国仲裁案件的若干规定》（征求意见稿）（2003 颁布，未生效）第二十条，“有下列情形之一的，经一方当事人申请，人民法院应认定仲裁协议无效：（七）国内当事人将无涉外因素的争议约定外国仲裁的。”
 - 8 根据《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》（2022.01.24）第一百条，“域外仲裁机构以我国内地为仲裁地作出的仲裁裁决，应当视为我国内地的涉外仲裁裁决。当事人向仲裁地中级人民法院申请撤销仲裁裁决的，人民法院应当根据仲裁法第七十条的规定进行审查；当事人申请执行的，根据民事诉讼法第二百八十一条的规定进行审查。”
 - 9 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第五百四十五条，“对临时仲裁庭在中华人民共和国领域外作出的仲裁裁决，一方当事人向人民法院申请承认和执行的，人民法院应当依照民事诉讼法第二百八十三条规定处理。”

跨境争议解决团队部分成员



干诚忱 (上海)
+86 21 3886 2012
markgan@jtn.com



杨晨 (北京)
+86 10 5706 8027
yangchen@jtn.com



彭俊 (北京)
+86 10 5706 8030
pengjun@jtn.com



李露 (成都)
+86 28 8324 7123
lilu@jtn.com



易旻 (大连)
+86 411 8442 6666-8005
yiyang@jtn.com



李岚 (深圳)
+86 755 2348 2627
lilan@jtn.com



史强 (大连)
+86 411 8442 6666-8057
shiqiang@jtn.com



李垒 (北京)
+86 10 5706 8435
lilei@jtn.com



曾胜 (北京)
+86 10 5706 8208
zengsheng@jtn.com



郑丹妮 (深圳)
+86 755 2223 5518
zhengdanni@jtn.com



林慕娟 (上海)
+86 21 3886 2367
linmujuan@jtn.com



蒋雪 (北京)
+86 10 5706 8265
xuejiang@jtn.com



左天羽 (北京)
+86 10 5706 8458
zuotianyu@jtn.com



JT&N 金诚同达

www.jtn.com