

CHINESE ENTERPRISES GOING GLOBAL SERIES: PART III

CROSS-BORDER DISPUTE RESOLUTION

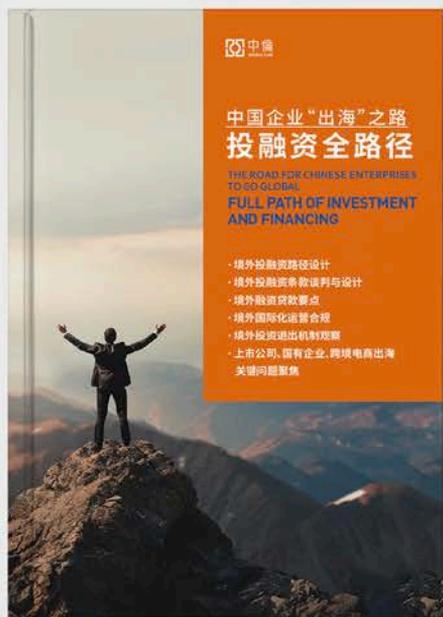
中国企业出海系列之三:

跨境争议解决

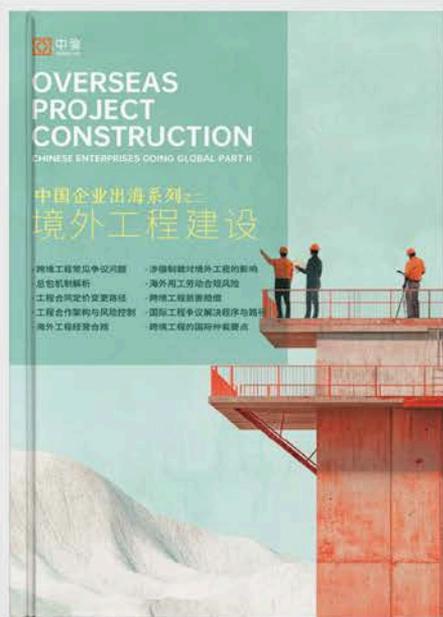
之攻防指南

国际仲裁 | 文书送达 · 组庭程序 · 证据规则
跨境诉讼 | 境外应诉 · 证据准备 · 跨境送达
特殊场景 | 资产保护 · 数据传输 · 替代救济

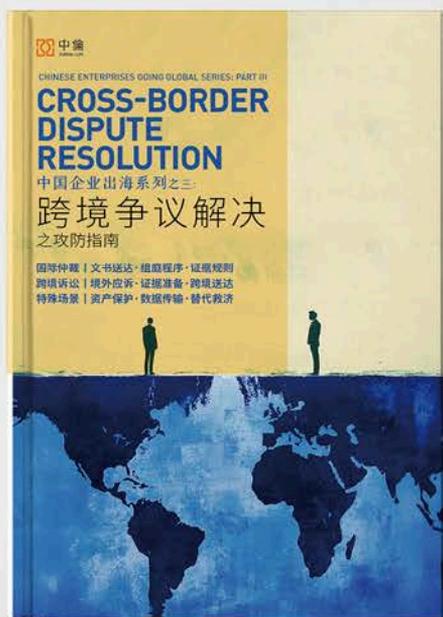




[中国企业出海]
投融资全路径



[中国企业出海系列之二]
境外工程建设



[中国企业出海系列之三]
跨境争议解决



中国企业跨境
贸易·投资合规



中伦研究院出品

CONTENTS



跨境争议解决全景	007
----------	-----

【第一部分】国际仲裁：战略布局与攻守之道

001 > 争议前哨战：早期程序与关键决策

01/ 跨境民商事司法文书送达实践	021
02/ 紧急仲裁员制度之我见	033
03/ 中国商事仲裁程序中与组庭有关的六个问题	039
04/ 仲裁庭组成： 当事人意思自治与公正效率的平衡	051

002 > 仲裁程序全视角：组庭后续

05/ 跨境仲裁中的程序会议、程序令与程序时间表	064
06/ 从Enka v. Chubb到2025年《英国仲裁法》修订： 仲裁协议准据法判断规则的变化	073
07/ “山川异域，各有洞天”——国际仲裁中不同法域下 证人证言规则的比较分析兼评英国证人证言规则改革	085
08/ 四维解读国际律师协会(IBA)取证规则修改	090
09/ 国际仲裁 Memorials or Pleadings? 何以精心设计事实证人证言程序	099

CONTENTS



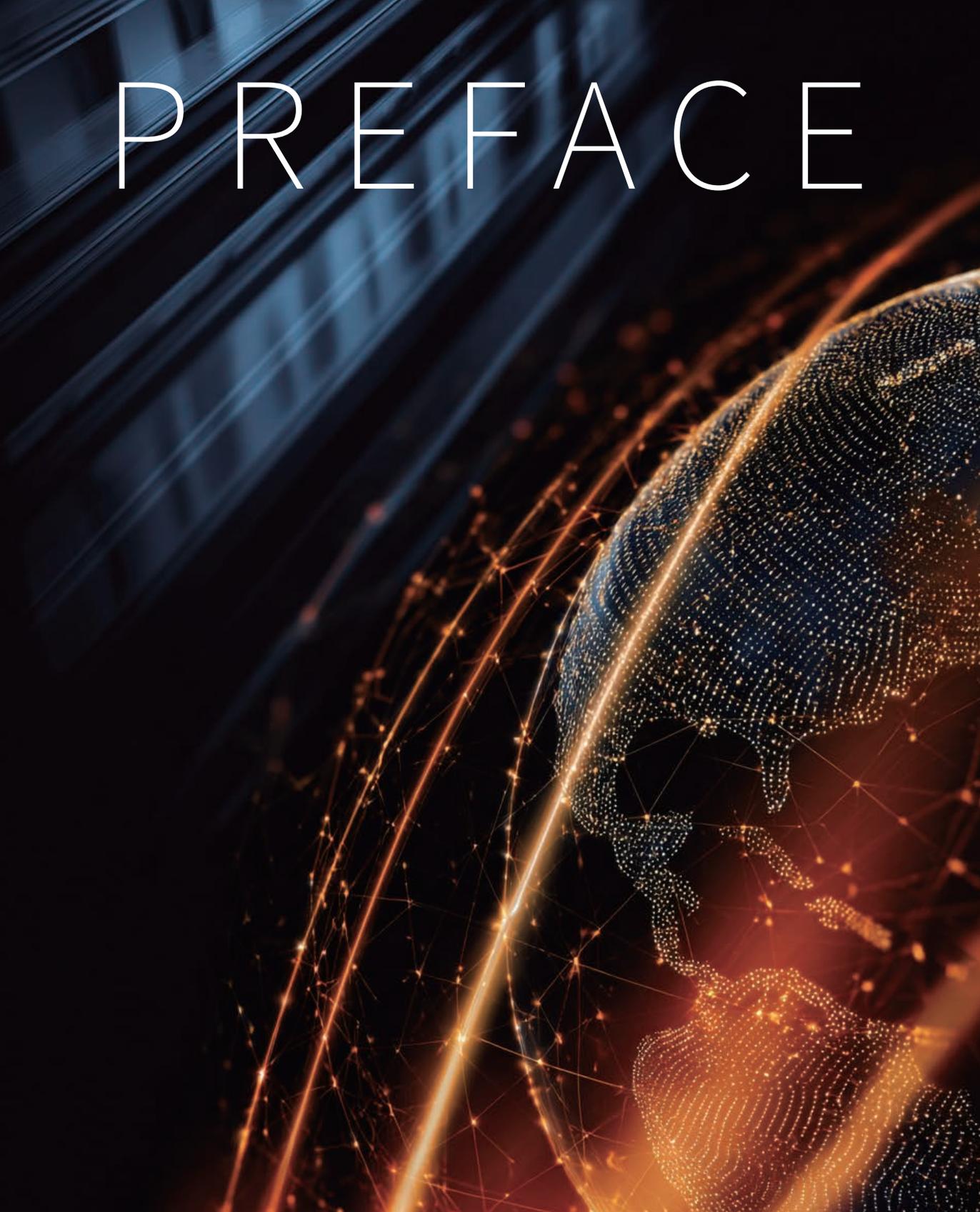
【第二部分】跨境诉讼：法院程序与司法博弈

- 10/ 跨境诉讼面面观：应诉、证据、送达 109
- (一) 中国企业收到境外法院起诉状后的首要应对策略分析
 - (二) 美国证据开示程序下中国企业如何向境外法院提交证据？
 - (三) 跨境送达的法律要点与攻防策略

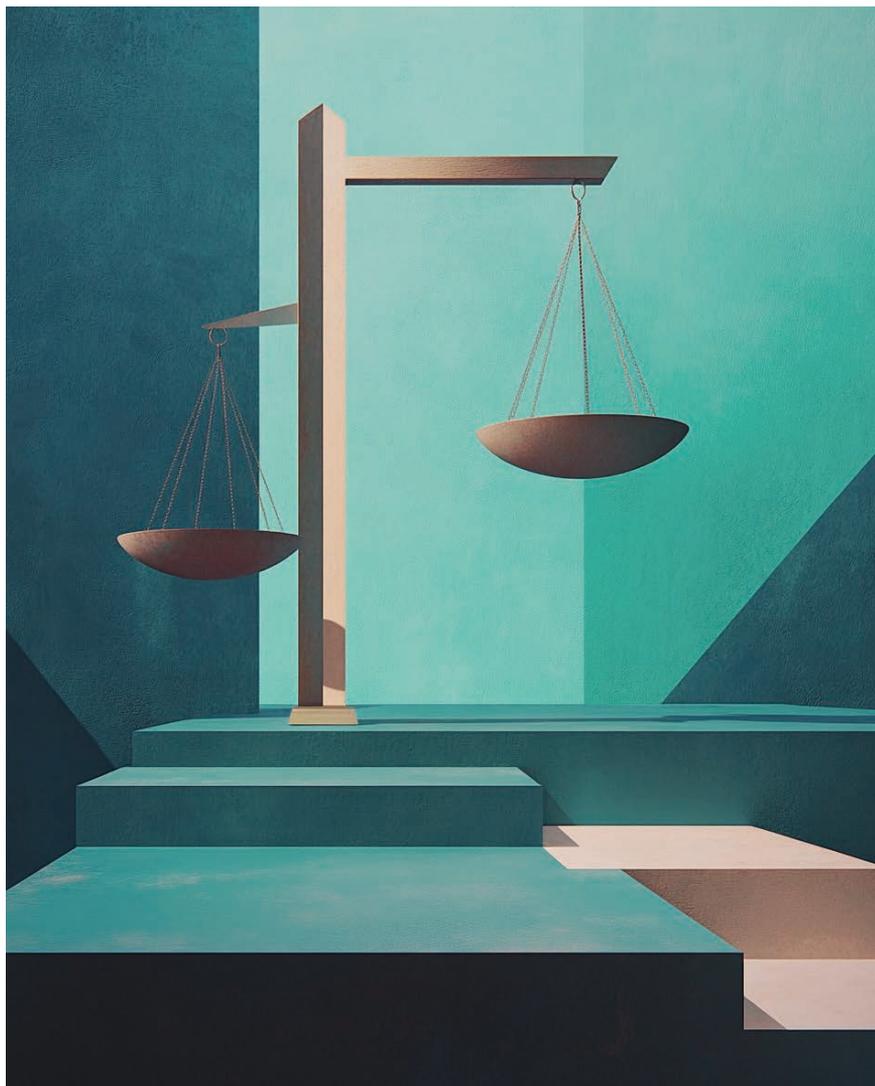
【第三部分】非常之道：特殊场景和其他救济手段

- 11/ 资产安全的新视角：如何跨境追索和保护企业与个人的资产 134
- 12/ 有生命力的多元替代性争议解决体系——ICC争议管理机制 144
- 13/ 跨境争议解决中的数据出境合规义务 152

PREFACE



概
览



跨境争议解决全景

全球化浪潮下，中国企业出海步伐日益加快，伴随而来的跨境争议也呈现出复杂化、多元化的发展态势。当前，国际规则体系正经历深刻变革。经贸协定的推进、数字技术的革新以及国际制裁与反制裁措施的密集出台，既为出海企业提供了新的争议解决工具，也带来了前所未有的挑战。对于跨境争议，企业如何从被动应对转向主动防御，构建全周期全方位的跨境争议解决管理框架，已成为中国企业出海战略的核心法律命题。

本文以跨境争议解决的概览性视角切入，系统梳理出海企业面临的常见问题与可能的解决路径，结合国际规则发展与实践经验，为企业提供全局视角。

001 > 跨境争议解决概述

08

（一）跨境争议

1. 跨境争议的背景

作为“一带一路”倡议的发起方，以及RCEP的重要成员国，中国在国际经贸领域扮演着非常重要的角色。据商务部、国家外汇管理局统计，2024年，中国全行业对外直接投资人民币11,592.7亿元，同比增长11.3%；其中，中国境内投资者共对全球151个国家和地区的9,400家境外企业进行了非金融类直接投资，累计投资人民币10,244.5亿元，增长11.7%。¹中国企业出海拓展市场趋势明显，已逐渐步入全球化布局阶段。跨境商业和投资活动的发展与跨境争议相生相伴，中国企业在走出去的同时，也相应面临着应对争议的挑战。

2. 跨境争议的特征

跨境争议的核心特征在于其“跨国性”。争议通常涉及不同国家/

1. 商务部对外投资和经济合作司：《2024年我国全行业对外直接投资简明统计》，2025年1月26日发布，https://hzs.mofcom.gov.cn/tjsj/art/2025/art_904508f7f770482db130bc24c356b5a3.html。

地区的当事人、实体法律、程序规则、语言、裁判机关及执行机关，类型繁复，挑战性极高。近年来，法律规范和法治环境、解决程序、政治经济等因素叠加，跨境争议的复杂度持续上升。

(1) 法律规范和法治环境

各国之间法律规范并不相同，在诸如合同、知识产权、劳动等领域的法律规定千差万别。例如，美国是知识产权强保护的代表国家之一，中国企业如出海至美国设厂开展业务，需要关注中美之间在知识产权保护标准和保护效果等方面存在的差异及可能由此产生的风险。

此外，部分东道国的法治环境也不尽完善。一些东道国的外商投资法律规则变动频繁，为企业投资运营带来巨大的不确定性；也有一些东道国未能针对新兴产业与商业模式及时更新法律规范，或虽有贸易、投资相关法律，但未制定实施细则，致使实践中存有诸多模糊地带。企业在维护自身权益时面临各种困难，争议解决也变得更加复杂。

(2) 解决程序

各个国家的诉讼/仲裁程序法、不同仲裁机构的仲裁规则在案件受理、审理期限、判决/裁决执行等方面都存在一定差异。例如，各个国家对诉讼时效的规定有所不同，如果当事人未能重视相关问题，可能导致无法在法律程序中取得胜诉。不同国家之间证据规则的区别也较为明显，证据的形式、获取方式、证明力等相关规定存在差异，出海企业可能面临证据规则适应上的难题。

除此之外，跨境案件中送达与执行的障碍较为突出。向当事人跨境送达法律文书时常面临重重困难，不仅送达周期长，送达的成功率也较低。更严重的是，即便最终获得了胜诉裁判文书，企业在境外执行时也可能遭遇各种阻碍，如被执行人财产难以查明，或被执行人财产分散多国、执行成本高等，地方保护主义及执行地公共政策等也可能影响执行。

(3) 政治经济影响

对中国出海企业而言，复杂的政治经济因素显著增加其面临的

法律与商业风险。此类风险不仅可能直接引发商事合同有效性、可履行性等方面的争议，更使得此类争议发生后的解决过程趋于复杂。

近年来，中东局势、俄乌冲突等一系列地缘政治冲突持续交织，加剧了区域紧张态势，影响了跨境交易环境的稳定，其中战争、动乱等暴力风险更是直接威胁企业资产和交易安全。

与此同时，单边经济制裁与贸易保护主义兴起。中美贸易摩擦冲击了供应链的稳定，并引发关税成本分摊、违约救济等争议。经济制裁带来的跨境支付受阻等问题，同样干扰着跨境交易的秩序与安全。

3. 跨境争议的发展趋势

就争议当事人而言，早期出海的主要是大型国企和央企，主要涉及能源、基建等领域。近年来，大量不同类型、不同规模的民营企业、科技巨头、初创公司、跨境电商等，也已成为跨境争议解决法律服务的重要需求方。就争议类型而言，出海企业仍需要应对传统工程、基础设施、贸易领域的复杂纠纷。同时，在全球供应链、产业链加速重构的大环境下，随着中国出海企业从“产品输出”向“技术输出”和“品牌出海”转型，股权投资、专利技术和知识产权、新兴技术合规等争点不断显现。总体来看，跨境纠纷类型与争点呈现出多元化趋势。

与此同时，跨境争议解决的平台化与数字化也在不断结合升级。科技的进步助推了线上争议解决平台的蓬勃发展，这些平台依托大数据、人工智能等技术，提供案件管理、证据交换与分析整合、远程庭审等功能，显著提升了争议的解决效率和便利性。

（二）跨境争议解决的路径选择

跨境争议的解决路径选择，直接影响出海企业需投入的时间、费用成本等，并与最终实现诉求的效果密切相关。跨境争议解决的路径和机制通常涉及诉讼、仲裁、调解等多种类型，不同方式各有其优势，为此，出海企业需结合争议性质、东道国法律环境及企业战略目标等多方面综合研判，选择最适合的争议解决方式。

1. 诉讼程序

法院诉讼是跨境争议解决的传统方式之一，当事人需遵循相应国家的诉讼程序规则。跨境诉讼的关键因素之一是案件管理，不同国家的法院程序差异大，企业在进入外国法院的诉讼程序时应注意采取合适的沟通和协调机制，聘请专业诉讼律师，以确保遵循并最大化利用当地的诉讼规则与程序。

尽管诉讼具有较强的法律效力和执行力，但跨境诉讼往往面临程序复杂、耗时长、成本高等问题，各国法院判决在相互承认和执行方面也尚缺乏实际依据。因此，对于跨境交易中可由当事人自行选择争议解决方式的纠纷，出海企业需谨慎评估诉讼的适用性。

2. 仲裁程序

仲裁一裁终局，程序相对灵活，其裁决在全球范围内具有广泛的执行力。就跨境交易产生的争议而言，国际商事仲裁已经是主流的争议解决方式之一。需要注意的是，完善的仲裁条款是保障出海企业权益的基础，也是仲裁裁决获得承认和执行的前提。在交易初期，出海企业往往关注商业谈判与交易达成，对合同中的争议解决机制、适用法律及管辖权等条款重视不足，导致其在争议发生时处于被动地位。企业在仲裁条款的起草过程中，应谨慎考虑设置仲裁前置程序的必要性，避免仲裁前协商期或调解期成为及时启动仲裁程序的障碍。

仲裁地与仲裁机构的选择也非常关键。出海企业应该优先选择《承认及执行外国仲裁裁决公约》（即《纽约公约》）的缔约国，并挑选对仲裁友好、法律体系成熟的司法区域及仲裁机构。例如，实践中，在面临跨境争议时，中国出海企业多选择香港与新加坡作为仲裁地，常选择的国际仲裁机构包括国际商会仲裁院（ICC）、香港国际仲裁中心（HKIAC）、新加坡国际仲裁中心（SIAC）等。进入仲裁程序后，出海企业还将面临诸多程序与路径选择的问题，例如怎样在组庭时选择合适的仲裁员、是否申请仲裁庭对案件进行分阶段审理等，应尽早对这些问题进行分析，及时规划仲裁策略。

在商事仲裁之外，投资仲裁作为解决投资者与东道国之间争议

的重要手段，近年来逐渐受到重视。商事仲裁主要涉及平等主体之间合同及财产权益纠纷，仲裁依据为平等主体间以合意订立的仲裁协议；而投资仲裁与商事仲裁运作的法律框架明显不同，其受理的是基于国际条约等文件提起的、投资者与东道国间的国际投资争端。投资仲裁已成为国际投资保护体系的重要组成部分。中国对外缔结的双边投资保护协定和自由贸易协定数量众多，其中的争议解决条款可为投资者提供有效的救济途径。

3. 调解及其他救济手段

调解凭借其灵活自治、高效保密、兼容友好等特质，在跨境争议解决中扮演日益重要的角色。目前，已有多国签署了旨在进一步便利国际贸易、促进调解国际化和普遍性的《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》（即《新加坡调解公约》），国际调解协议的跨国执行目前正在逐步发展中。

除了诉讼、仲裁和调解之外，跨境争议解决中还可能涉及到专家裁判。专家裁判是一种经当事人双方同意由独立专家解决特定技术性问题的争议解决机制，该机制在涉及工程技术、知识产权等领域的争议中，可以为争议双方提供更为专业的裁判。

随着跨境交易日趋复杂，跨境争议解决也呈现出多元化与融合化的趋势。当跨境争议由传统行业扩展至新兴领域，争议往往涉及更复杂的技术问题，可能需要在多个国家的多个程序中解决，需要结合战略决策，综合运用争议解决途径，系统地加以处理。出海企业往往需要以核心诉求为导向，根据争议的性质、复杂性和紧急程度，有机整合不同争议解决机制。

002 > 中国出海企业在跨境争议解决方面的常见问题及解决策略

如前所述，在跨境交易和投资过程中，中国出海企业往往面临复杂多变的法律环境和多元化的争议形式。部分出海企业在法律认知、合同起草、程序准备以及证据管理等方面存在不足，可能影响

在争议发生时寻求法律救济的效果。以下是中国企业出海过程中的几种常见问题与解决策略：

（一）忽视东道国法治环境影响

不同法律体系的司法独立性及司法效率存在较大差异，尤其是在一些法治环境较为薄弱的国家，出海企业可能会遭遇司法不公、法律适用不明或执行力不足等问题。

近年来，东南亚、非洲等新兴市场的投资纠纷频发，重要原因之一便是出海企业对东道国投资环境的认知尚有不足，未充分考察并足够重视其法治环境可能对投资产生的影响。“一带一路”沿线国家多为新兴经济体和发展中国家，不少国家内部法律制度并不十分健全，各国投资政策差异明显，部分国家还存在政局不稳的情况，争议发生时需面临的法律问题较为复杂。中国企业在出海时，需要对东道国法治环境展开系统性评估，充分评估潜在法律风险。

13

（二）忽视普通法系与大陆法系思维的区别

全球范围内主要存在普通法系与大陆法系两种不同的法律文化。普通法系国家（如英国、美国等）重视判例法，诉讼仲裁中对抗性风格明显，大陆法系国家则更多依赖成文法，诉讼仲裁中主要依赖审判者的纠问，二者在法律思维上存有区别。中国出海企业在开展跨境交易、投资及解决争议时，通常习惯于沿袭大陆法系的法律思维，而忽略普通法系国家在司法程序、证据标准、谈判思路等方面与大陆法系国家存在差异。

这种思维差异在具体程序中有明显的体现。例如，在英美法院诉讼程序中，有证据发现（Discovery）程序，受其影响，国际仲裁中也有文件披露（Disclosure / Document Production）程序。通过证据发现或文件披露程序，不掌握某份特定证据的当事人在满足一定条件的情况下，可申请法官或仲裁庭指令其他当事人披露该证据。这与在作为大陆法系国家的中国进行的诉讼仲裁中“谁主张，谁举证”的原则存在很大区别。若企业对该等程序特性缺乏足够的了

解和应对预案，极易在跨法域争议中陷入策略被动的局面。

（三）忽视对仲裁程序的认知与了解

仲裁在跨境争议解决体系中扮演着重要角色。但部分中国出海企业对于仲裁程序的认知和了解仍相对有限，例如，对仲裁员的选择、仲裁程序的开展、裁决的执行等细节问题缺乏系统认知，有可能导致在实践中难以充分利用这一机制，影响最终的处理结果。

就投资仲裁而言，部分中国出海企业对其适用范围、法律依据、条约救济途径及程序特点知之甚少，忽视了投资条约在保护企业境外资产与收益方面的重要作用。若不能及时掌握相关规则的要求、理解商事仲裁与投资仲裁制度的差异，就可能在面对东道国政策变化等突发事件时无法有效寻求条约救济。

为此，企业可主动通过专业团队或外部法律顾问增加对仲裁程序的了解，在跨境争议中更为精准地选择救济路径、优化争议策略，最大化发挥仲裁的优势。

（四）忽视对争议的预防和预判

许多中国出海企业缺乏对潜在争议的预判，履行中疏于风险防控，往往在争议发生后才开始意识到法律风险早已存在，但此时往往为时过晚。常见情况是，一些出海企业在起草交易合同条款时，未能充分预判可能发生的争议并在合同中相应作出避免和/或解决潜在争议的安排。这可能导致企业在争议产生后因条款约定不明确而无法有效启动法律程序，面临境外损失索赔与执行难题。

为回应跨境争议处理的现实需要，企业需要采用全周期管理逻辑，形成从风险预警到争议出现、程序选择、程序开展、争议结束整个流程的完整管理框架，不仅有助于提前预见潜在风险，还有利于在争议发生后快速高效地启动应对机制。

（五）忽视针对证据文件的管理

证据文件的管理对于跨境争议解决具有至关重要的意义。如果不重视文件管理，一旦进入法律程序，出海企业可能会因为证据文件的欠缺而处于被动局面。并且，由于语言、文化和法律体系的差异，跨境争议的证据收集、保存和提交过程也可能变得更加复杂。然而，部分中国出海企业在跨境交易中，仍存在证据管理不规范的现象，内部的法律文件归档意识不强，资料管理制度有待完善。

为系统提升证据管理能力，中国出海企业可以考虑建立全流程的证据管理体系，对合同、履约凭证、往来函件等交易关键证据进行同步归档，也可考虑通过区块链存证技术，确保证据的完整性与时间戳的准确性。

（六）忽视律师团队的重要性

在投资的全过程中，部分出海企业未能及时、充分地征求律师的专业法律意见，在配置争议解决资源时，也未能认识到跨境争议解决对律师专业能力的要求极高。如果仅对标普通案件对处理跨境争议的资源与预算进行规划，出海企业将难以获得可与争议复杂程度相匹配的专业支持。

进一步说，在争议发生后，有部分出海企业倾向于直接寻求境外律师的协助。但境外律师由于语言、文化等壁垒，可能无法准确理解中国出海企业的业务背景、企业文化、运作模式和商业习惯，这或将影响争议解决策略的确定，进而影响最终结果。此外，在证据的收集和披露、证人证言的准备过程中，境外律师也可能不便处理部分敏感保密信息。而高水平的中国涉外律师可以更好地理解中国出海企业在交易及争议解决过程中的考量和顾虑，能够帮助中国出海企业理解相对陌生的国际法和外国法概念。因此，在处理跨境争议时，中国出海企业配备经验丰富的高水平中国律师团队，或者由有经验的中国律师作为牵头者来组建国际化律师团队，是十分重要的。

003 > 当前跨境争议解决的热点

近年来，跨境争议解决的外部环境正在发生变化。中国出海企业所面临的争议成因、法律风险变得更加复杂，多项热点对跨境争议解决产生深远影响，既改变了传统争议解决程序的运行方式，也对企业的合规管理、程序选择和风险控制提出更高要求。

（一）国际制裁与反制裁博弈在跨境争议解决中的体现

随着全球政治形势的变化，法律正逐渐成为国际制裁与反制裁博弈的重要工具。以禁诉令（anti-suit injunction, ASI）为例，该制度允许一国法院或仲裁庭作出命令，禁止当事人在其他法域就同一争议另行提起诉讼。近期实践中，俄罗斯法院在一起案件中签发禁诉令，以高额罚金禁止一家德国银行在俄罗斯境外对该案俄罗斯主体提起诉讼或仲裁，通过对法律进行具有高度政策导向性的解释，将原本应由国际仲裁管辖的商业纠纷置于本国的司法控制之下。与之相对应，反禁诉令（anti-anti-suit injunction, AASI）旨在阻止当事人执行外国司法机构签发的禁诉令，最高人民法院在中国某科技公司诉美国某网络设备公司发明专利权纠纷案中作出的反禁诉令裁定即为典例，该裁定限制该美国网络设备公司向美国及其他国家和地区的法院、海关或者其他行政执法机关再行提出对抗性申请，保障该中国科技公司在中国继续其专利侵权诉讼，维护中方当事人的合法权益和中国司法主权。

制裁通常涉及冻结资产、禁止交易等行为，会给企业运营带来更高的不确定性，尤其是在涉及外国司法管辖权和资产执行的情况下。中国近年来出台的《反外国制裁法》以及《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》为中国出海企业应对外国制裁提供了新的法律工具。企业需要更加关注相关的法律政策变化，确保能够有效保障自身权益。

（二）中国企业与东道国之间的投资仲裁案件进展

中国参与投资仲裁的身份逐渐发生变化。早年主要是由中国政府作为东道国应对外国投资者提起的仲裁；近年来，越来越多的中国企业开始积极针对东道国提起投资仲裁，如PCCW诉沙特阿拉伯案、庄胜矿产诉厄瓜多尔案、某中国科技公司诉瑞典案、某央企诉越南案（两案）、CMEC诉特立尼达和多巴哥案、某能源矿产公司诉墨西哥案等。

在中国企业与东道国之间的投资仲裁案件中，中山富诚诉尼日利亚案的后续执行情况较为引人关注。该案是中国投资者针对东道国提起仲裁并实体胜诉的第一起案件。裁决作出后，中山富诚在包括英国、美国在内的多国申请执行仲裁裁决，尼日利亚则以主权豁免为由，试图抵制裁决执行。在英国程序中，中山富诚针对尼日利亚位于利物浦的两处不动产申请最终扣押令，尼日利亚声称这些不动产用于领事服务，主张主权豁免，而中山富诚则提供证据证明两处不动产实际上已出租给私人租户；法院审查后，采纳了中山富诚关于房产实际被出租作为住宅的证据，确认这种用途属于商业活动，并因此认定这些房产不适用主权豁免，可以用于执行仲裁裁决，支持了中山富诚关于最终扣押令的申请。在美国程序中，尼日利亚同样提出主权豁免抗辩，一审被驳回后提起上诉；2024年8月9日，美国哥伦比亚特区联邦上诉法院判决，指出尼日利亚曾通过中尼双边投资协定同意将投资争端提交国际仲裁，并且该投资仲裁裁决符合《纽约公约》规定，因此驳回尼日利亚的上诉，并支持中山富诚在美申请执行该裁决的请求。

17

（三）数据跨境流动与争议程序中的合规冲突

在数字时代的跨境争议解决程序中，民事域外取证与数据出境监管之间的冲突日益明显，数据跨境流动面临的合规问题愈加复杂。在数据流通方面，各个国家的利益及政策并不相同，如何在跨境仲裁和诉讼过程中确保数据安全和隐私合规成为一个关键问题。

近年来，《网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》

《数据出境安全评估办法》等多项数据保护法律法规相继出台，中国境内的当事人需要按照各项法律法规的要求参与跨境争议解决程序，完成必要的合规审查。特别是国际仲裁中的文件披露程序，由于涉及的文件量较大，可能引发较高的数据合规风险。此外，中国出海企业在处理涉及数据跨境流动的争议时，还需特别关注不同国家的法律要求，确保数据的处理和传输符合规定，避免因违反数据保护政策而导致争议复杂化或触发合规风险。

（四） 第三方资助在跨境争议解决程序中的影响

跨境争议解决的成本始终是出海企业关心的问题，部分企业通过第三方资助获得资金支持，以支付高昂的仲裁或诉讼费用。然而，第三方资助也可能带来利益冲突和道德风险，甚至在部分国家尚于法有悖。企业在接受第三方资助时，一方面需充分考虑相关法律要求，及时披露被要求提供的第三方资助信息；另一方面则需对第三方资助方进行适当的涉密、利冲等风险评估，还要保障企业内部就和解等重大事项的决策不受资助方干预。

（五） ESG争议的国际化扩张

近年来，环境、社会和治理（ESG）问题在全球范围内日益受到重视，ESG争议也逐渐成为跨境争议解决中的热点议题。具体而言，ESG争议在国际仲裁中主要有两条路径：其一是商业合同路径，即在合同中嵌入环境保护或社会责任条款，条款未被履行时可能引发争议；其二是条约路径，许多国际投资保护协定呈现引入环境保护义务的趋势，在投资仲裁中，东道国可能主张其环境监管权，而投资者则可能以条约保护其投资权益。随着ESG问题的国际化扩张，出海企业需要面对东道国在环境保护、劳动权利等方面日益严格的法律要求，在合规、风险管理和社会责任等方面对企业管理策略作出调整，尽量避免引发争议。

004 > 结语

跨境争议解决的决策关乎法律规则与商业智慧的深度融合与动态平衡，是对企业合规管理能力与战略韧性的考验。当前，国际纠纷解决规则体系正在加速重构，中国出海企业既需直面挑战，也应适时把握战略机遇。

本文通过剖析跨境争议的特征、跨境争议解决的方式选择与常见问题，提出了一条从被动救济到主动防御的新路径。中国企业出海之路道阻且长，无论是追求短期收益，还是谋求长期发展，企业都应谋定而后动，在充分评估出海法律风险的情况下，及早制定体系化的争议解决策略，方能在出海浪潮中破局而立，行稳致远。



Part I

国际仲裁：
战略布局与攻守之道

INTERNATIONAL ARBITRATION:
STRATEGIC LAYOUT AND THE
ART OF OFFENSE AND DEFENSE

1 <

争议前哨战：
早期程序与关键决策



跨境民商事 司法文书送达实践

随着中国深入实施“一带一路”战略，中国企业开始越来越自信地走向世界。与此同时，中国企业发生跨境纠纷的几率也大大增加。当中国企业面临在境外被起诉时，如何从程序法层面维护其自身的合法权益，特别是熟悉境外原告向中国境内被告送达司法文书的程序，将成为维护中国企业合法权益的关键一步。识别与抗辩境外原告跨境送达司法文书时的程序瑕疵，将有效影响诉讼程序的进展效率，以及境外判决在中国境内的承认与执行情况。本文拟结合现有国际公约、双边司法协定和中国司法实践，对此问题进行分析 and 介绍。

001 > 民商事司法文书送达程序简介

22

司法主权是各国国家主权的重要组成部分。向各国自然人或法人进行司法文书¹的送达，属于程序性法律事项，原则上适用法院地法。但是，如果完全采取法院地法律，则可能产生诸多冲突，不利于判决在境外的承认与执行。因此，针对跨境民商事司法文书送达问题，各国涉外民商事法律程序一般要求在对等互惠原则的基础上开展司法协助，以加快诉讼进程。

《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》（1965年11月15日通过，以下简称“《海牙送达公约》”）即是国际礼让的产物。《海牙送达公约》由海牙国际私法会议主持制定，随后供各国签署加入，是目前最为各国接受的关于跨境送达的国际公约。它规定了公约缔约国向其他缔约国递送司法文书或司法外文书的程序性规则。²在五十余年的实践中，《海牙送达公约》加快和简

1. 根据《最高人民法院关于涉外民事或商事案件司法文书送达问题若干规定》（法释〔2020〕20号）第2条，本规定所称司法文书，是指起诉状副本、上诉状副本、反诉状副本、答辩状副本、传票、判决书、调解书、裁定书、支付令、决定书、通知书、证明书、送达回证以及其他司法文书。

2. 海牙国际私法会议常设局：《海牙〈送达公约〉操作实用手册》（第三版），澳门特别行政区政府国际法事务办公室2010年版，第20页。

化了文书的跨境递送，尽可能确保被告适时获悉送达文书、以便及时抗辩，同时便利了对送达的证明。³截至2024年10月，《海牙送达公约》已拥有84个缔约国。⁴1991年3月2日，第七届全国人大常委会决定批准中国加入《海牙送达公约》，并声明保留部分条款；1992年1月1日该公约对中国生效。

《海牙送达公约》规定了一种主要的送达方式和多种替代性送达方式。主要的送达方式是，由文书发出国的有权机关或者司法助理人员，将须予送达的文书递送给文书接收国的中央机关，而后由其进行转递。替代性送达方式主要包括：（1）利用外交或领事途径进行递送；或（2）由文书发出国原告利用邮寄途径直接向接收国被告送交司法文书。⁵由于通过外交或领事途径送达文书在实践中属于极为特殊的情况，本文将忽略对该项规定的详细介绍。

作为一项基础性国际公约，《海牙送达公约》不妨碍当事国订立双边或多边司法互助协定，进行更为直接的协助送达。⁶根据我国规定，若中国与其他国家或地区订有双边司法互助协定，则无论对方是否为《海牙送达公约》缔约国，送达将优先适用双边司法互助协定的规定。⁷截至本文成稿时，中国已与超过35个国家或地区签署了与民商事司法协助有关的双边协定/条约，其中包括法国、意大利、俄罗斯、新加坡、韩国等国家。

如果文书发出国并非《海牙送达公约》缔约国，也和我国没有签订任何民商事司法协助协定，则协助送达只能通过外交途径进行。⁸

此外，港澳台地区向中国大陆送达文书不得适用《海牙送达公约》或外交途径，只能适用最高人民法院颁布的特殊规定。⁹

3. 海牙国际私法会议常设局：《海牙〈送达公约〉操作实用手册》（第三版），澳门特别行政区政府国际法事务办公室2010年版，第6页。

4. https://en.wikipedia.org/wiki/Hague_Service_Convention

5. 参见《海牙送达公约》第2、3、9、10条。

6. 参见《海牙送达公约》第11条。

7. 《最高人民法院、外交部、司法部关于执行〈关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约〉有关程序的通知》（外发〔1992〕8号）第7条。

8. 《中华人民共和国民事诉讼法（2023年修正）》第294条。

9. 参见最高人民法院《关于内地与香港特别行政区法院相互委托送达民商事司法文书的安排》（法释〔1999〕9号）和《关于涉港澳民商事案件司法文书送达问题若干规定》（法释〔2009〕2号）。

002 > 优先适用民商事双边司法协定

根据《海牙送达公约》第11条的规定：“本公约不妨碍两个或更多缔约国达成协议，允许采用上述各条所规定的递送方式以外的途径，特别是通过其各自机关直接联系的途径，以便送达司法文书。”而根据最高人民法院、外交部、司法部《关于执行〈关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约〉有关程序的通知》（外发〔1992〕8号）规定，如果中国与其他国家或地区签订了双边或多边民商事司法互助协定，则该互助协定将优先适用。

在中国与主要国家签订的双边民商事司法互助协定中，针对境外原告向中国境内被告送达司法文书，中国仍然坚持通过中央机关转递的原则。

例如，《中华人民共和国和新加坡共和国关于民事和商事司法协助的条约》第二条规定缔约双方在民事和商事方面相互提供的司法协助包括“送达司法文书”，第三条规定“司法协助应通过缔约双方各自指定或设立的中央机关进行”，并指定司法部为中国的“中央机关”。司法文书将由新加坡最高法院向我国司法部寄送，并交由我国最高人民法院进行转递。当文书到达中国后，将按照中国法所规定的“有关在国内诉讼的当事人送达文书的方式”进行送达。如果新加坡原告请求使用特殊方式，除非该方式违反我国国内法，否则我国得依照该方式进行送达。¹⁰

又如，《中华人民共和国和法兰西共和国关于民事、商事司法协助的协定》第二条规定民事、商事方面的司法协助包括“转递和送达司法文书和司法外文书”，第三条规定“提供司法协助，除本协定另有规定外，应当通过缔约双方各自指定或建立的中央机关进行”。文书送达应由法国中央机关通过请求书提出，中国的中央机关将按

10. 参见《中华人民共和国和新加坡共和国关于民事和商事司法协助的条约》，http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2001-01/03/content_5007108.htm。

国内法规定，决定采用“最适当的方式”送达司法文书。¹¹依据《关于依据国际公约和双边司法协助条约办理民商事案件司法文书送达和调查取证司法协助请求的规定实施细则（试行）》（法发〔2013〕6号）规定，最高人民法院将接收中央机关转递的文书，并交由各级人民法院层层转递送达。¹²

综上，在我国与其他国家订有双边互助司法协定的情况下，境外原告一般应当委托该国中央机关向中国司法部发送请求书和司法文书，中国司法部将对文件进行初步审查，并转递最高人民法院。如境外原告请求的特殊送达方式不违反中国法，最高人民法院将执行该送达方式。如境外原告未明确请求送达方式，文书将交由各级人民法院层层转递送达。

003 > 适用《海牙送达公约》项下程序

在跨境司法文书送达层面，普遍存在同为《海牙送达公约》缔约国，但两国之间尚未签订民商事司法互助协定的情况。此时，境外原告应按照《海牙送达公约》和中国法设置的程序，向中国境内被告送达司法文书。如果境外原告送达文书的程序不符合《海牙送达公约》，则中国境内被告可及时向境外主审法院提起抗辩，声明程序瑕疵将导致判决书无法在中国境内承认和执行¹³，从而推动法庭纠正境外原告的错误行为，保障中国境内被告的合法程序性利益。

以美国企业（原告）向中国境内企业（被告）跨境送达司法文书为例。由于美国和中国之间尚未签订任何民商事司法互助协定，则送达应遵守以下规定：

11. 参见《中华人民共和国和法兰西共和国关于民事、商事司法协助的协定》，http://www.moj.gov.cn/Department/content/2018-12/25/358_182397.html。

12. 参见《关于依据国际公约和双边司法协助条约办理民商事案件司法文书送达和调查取证司法协助请求的规定实施细则（试行）》（法发〔2013〕6号）第三章规定。

13. 《中华人民共和国民事诉讼法（2023年修正）》第299条。

1.《海牙送达公约》项下司法文书跨境送达的主要方式

《海牙送达公约》规定的主要送达方式，是以文书接收国中央机关为媒介进行文书转递。其一般性规定是：境外原告通过法院、司法助理人员（包括律师）直接向中国司法部发送请求协助送达的申请，并附随希望送达的司法文书。请求书与司法文书均无需公证。申请书应当以《向国外送达司法文书或司法外文书的请求书》（即《海牙表格》）的形式书就。

中国司法部在收到境外请求书后，将初步审核材料是否符合《海牙送达公约》规定，如不符合，司法部将予以退回补充。如材料符合要求，司法部应将材料转递给最高人民法院。¹⁴最高人民法院将按要求审核材料，审核内容包括材料完备、不具有拒绝协助情形、文件名称与份数正确等。¹⁵经审查合格的材料，将由最高人民法院层层转递至受送达人所在地中级人民法院。中级人民法院将在进行同等审查后，完成送达。¹⁶送达证明由有关人民法院通过最高人民法院提交给司法部，再由司法部送交司法文书发出国主管当局或司法助理人员。¹⁷至此，司法文书跨境送达程序完成。根据司法部在海牙国际私法会议官网上的“问题解答”，送达程序将在四至六个月内完成。¹⁸

2.禁止境外原告直接通过邮寄方式向境内实体送达文书

除主要送达方式外，《海牙送达公约》第10条还规定了替代性送达方式：“如送达目的地国不表异议，本公约不妨碍通过邮寄途径直接向身在国外的人送交司法文书的自由。”但是，1991年3月2日《全国人民代表大会常务委员会关于批准加入〈关于向国外送达民

14.《司法部、最高人民法院、外交部关于印发〈关于执行海牙送达公约的实施办法〉的通知》（司发通〔1992〕093号）第1条。

15.《关于依据国际公约和双边司法协助条约办理民事案件司法文书送达和调查取证司法协助请求的规定实施细则（试行）》（法发〔2013〕6号）第11条。

16.《关于依据国际公约和双边司法协助条约办理民事案件司法文书送达和调查取证司法协助请求的规定实施细则（试行）》（法发〔2013〕6号）第13至15条。

17.《最高人民法院、外交部、司法部关于执行〈关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约〉有关程序的通知》（外发〔1992〕8号）第2条。

18.“the PRC executed 1,017 of them in less than six months, 263 in 6 to 12 months, and took more than 12 months for only 40 requests.”, Response of China to Questionnaire of November 2013 relating to the Hague Convention, at 6, https://assets.hcch.net/upload/wop/2014/2014sc_14cn.pdf.

事或商事司法文书和司法外文书公约>的决定》（“《决定》”）第三条明确排除了这一送达方式。此外，根据《中华人民共和国民事诉讼法》（“《民事诉讼法》”）第294条规定：“请求和提供司法协助，应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的途径进行……除前款规定的情况外，未经中华人民共和国主管机关准许，任何外国机关或者个人不得在中华人民共和国领域内送达文书、调查取证。”所以，当境外原告向中国境内被告送达司法文书时，不得采取挂号信、快递等邮寄方式直接送达。

3. 禁止境外原告采取《海牙送达公约》未明确列举的替代性送达方式

《海牙送达公约》制定于1965年，其文本内容自然无法预言其后几十年间涌现的通讯方式。然而，海牙国际私法会议常设局《海牙<送达公约>操作实用手册》第25段指出：“关于公约规定的递送途径是否是可使用的唯一方式的问题，将在题为公约是否具有排他性的问题下审视。”第44段称：“公约的排他性目前是毫无争议的。……公约规定了向国外送达的各种递送方式的相关目录。就这一点来说，公约是‘排他的’。”换言之，《海牙送达公约》仅允许以其明确列举的方式送达。基于此，笔者将列举几种境外原告希望采用的“替代性送达方式”，而它们都无法构成《海牙送达公约》项下的有效送达。

27

3.1 电子邮件或传真送达

电子邮件是当今一种极为常见的通讯方式。境外原告容易探知境内被告工作人员的工作邮箱，并通过电子邮件直接向其送达司法文书。在我们正在代理的案件中，境外原告即尝试向客户的工作邮箱送达司法文书，并在动议（motion）中详细描述了客户对该邮箱的频繁使用，以试图证明该送达能在实质上使客户获知相关信息。此外，境外原告还声称，中国在加入《海牙送达公约》时仅声明反对通过邮寄（mail）直接送达，而未明确反对通过电子邮件（email）直接送达，因此通过电子邮件送达文书反而变成可选

项。这些论证是错误的。

首先，中国在加入《海牙送达公约》时声明排除适用邮寄直接送达的方式。因此，即使法庭认同电子邮件在很大程度上不属于“邮寄”的变种，在中国法项下，也不构成有效送达。

其次，《海牙送达公约》禁止以其未明确列举的方式送达。由于电子邮件并不属于《海牙送达公约》所明确的送达方式，所以该种替代性送达方式不能得到《海牙送达公约》及中国法的承认。因此，境外原告通过电子邮件直接向中国境内被告送达，将无法构成有效送达。¹⁹

同样，被视为“邮寄”变种的传真送达²⁰，也遭到了绝大多数法院的拒绝。如意大利OET公司诉中国某银行案（1999年1月10日）中，英国高等法院即判定意大利原告以传真向中国被告送达文书不符合《海牙送达公约》，送达无效。²¹

3.2向中国境内被告的境外代理人送达

在跨境送达程序中，最耗时的环节是文书接收国对文件的审核和转递。而如果不进行跨境文书送达，《海牙送达公约》就可能不被适用，从而规避了这个最为耗时的环节。因此，境外原告有时会尝试向中国境内被告在文书发出国的代理人（包括代理律师）送达司法文书。他们主张这不是一种跨境送达，所以不必遵守《海牙送达公约》的规定，而文书送达境外代理人也就意味着中国境内被告实质性得知案件。但实际上，该种送达方式也无法生效。

《海牙送达公约》第一条规定：“在所有民事或商事案件中，如有须递送司法文书或司法外文书以便向国外送达的情形，均应适用本公约。”境外原告向中国境内被告的境外代理人递送文书，其目的仍然是向中国境内被告完成送达。因此，境外原告的递送行为触发了《海牙送达公约》的适用条件，《海牙送达公约》应适用于案件

19. 在特殊情况下，境外法院会批准电子邮件等可以拟制为“邮寄”的送达方式。如在SEC v China Sky One Med., Inc. (C.D. Cal. Aug. 20, 2013)中，法庭即批准了境外原告通过电子邮件向境内被告送达文书的请求。但这些案例都有其特殊性，且存在境内被告已自愿到庭的情况。此外，中国法仍不会承认这种送达的有效性。

20. 参见S.A. Louis Dreyfus & Cie v. Holding Tusculum BV, CA Quebec, 1998年6月15日。该案中，加拿大魁北克上诉法院将传真视为邮寄的一种。但该案也具有特殊性，因为上诉期即将经过。该案不具备指引性。

21. 赵相林：《国际私法教学案例评析》，北京：中信出版社2006年版，第295-296页。

程序。然而，境外原告的递送方式并不符合《海牙送达公约》的有关规定，因此无法有效送达。

不过，需要提示的是，某些文书发出国的国内法在一定条件下允许该种替代性送达方式。例如美国最高法院曾经认定²²，当位于美国境外的母公司和美国子公司关系十分密切，以至于美国子公司被认定为母公司的送达代理人（agent for service of process）时，向美国子公司的送达即被视为向境外母公司的送达。此时，《海牙送达公约》不得适用。但是，根据美国判例法，美国律师并不专门为委托人处理送达事宜，因此不得被视为“送达代理人”。所以，就美国法院主审的跨境诉讼而言，美国原告不能通过向中国境内被告的美国代理律师递送文书，以完成有效送达。

4. 中国境内被告不得主动放弃《海牙送达公约》项下程序

为加快诉讼进度，部分文书发出国法律规定，在文书接收国有权机关拖延转递程序，或受送达人有意规避文书送达时，主审法院将允许原告采取国际条约未明确反对的替代性送达方式。例如，美国判例法规定，当文书接收国履行程序达到6个月以上，或受送达人有意规避送达时，法院应允许美国原告采取替代性送达方式。因此，有些美国原告为获得这一利益，将指控中国被告有意规避送达。其提出的论证之一是：中国境内被告本有权利向中国政府申请放弃《海牙送达公约》项下程序的适用，但却未积极采取该措施，导致送达程序进展缓慢，属于有意规避送达。

中国境内被告在诉讼中可以对这种论证提出抗辩。首先，中国是大陆法系国家，程序法属于强制性规定。因此，对于《海牙送达公约》项下程序，中国境内被告不可能向有权机关申请放弃。其次，中国司法部强调，在缺乏双边司法协定的情况下，《海牙送达公约》项下程序是唯一的、强制性的送达程序。因此，等待中国有权机关对司法文书的转递，是中国境内被告遵循合规要求的表现，

不应被视为逃避境外文书送达。

此外，由于中国政府认定《海牙送达公约》项下程序被强制性适用，美国法院应给予中国有权机关充足的时间（不少于6个月），去完成《海牙送达公约》项下程序。在此期间内，美国法院不应批准该国原告开展替代性送达，因为这将构成对中国法律的直接违背²³。

004 > 违法送达文书的抗辩

作为诉讼的被动参与方，中国境内被告了解境外原告向其送达司法文书的正当程序，其目的是为了及时向主审法院提出对程序瑕疵的抗辩，以把握诉讼进度、维护自身权益。境外原告的违法文书送达，将给予境内被告两项权利：（1）向境外主审法院提出管辖权抗辩；和（2）如果审理程序存在瑕疵，中国法院将拒不承认与执行境外法院的生效判决。

1. 向境外主审法院提出管辖权抗辩

向被告合法送达司法文书，是法院对当事人建立个人管辖权的考虑因素之一。当原告未能合法送达文书时，被告可以据此提出管辖权抗辩。

以美国为例。根据美国宪法“正当程序”原则，若未向被告有效送达，则法院对被告不享有个人管辖权。向被告合法送达司法文书，是完成正当程序的主要途径。因此，如果美国原告对中国境内被告的送达不符合《海牙送达公约》的要求，那么中国境内被告可以向美国主审法院提起抗辩，声明自己未得到正当通知，法院无权将其列为被告。

当然，在送达无效的情况下，美国法院也有可能对中国境内被告建立个人管辖权，例如被告自愿到庭，被告与该州存在“最小联

23. 美国判例法要求替代性送达方式：（1）符合正当程序；（2）不违背他国法律及他国加入的国际公约。

系”等。在美国加州北部地区法院主审的Celgard案（N.D.Cal. 2019）中，美国原告通过电子邮件方式向中国被告送达文书。这本是一种无效送达，但是，由于中国被告自愿到庭，只是对接受法院管辖的附加条件有所分歧，法院即裁定中国被告已正当知晓法庭程序，应当接受个人管辖。

2. 中国法院不予承认和执行境外法院生效判决

即使境外法院批准原告对中国境内被告的替代性送达请求，并对中国境内被告建立个人管辖权，其作出的生效判决也可能无法得到中国法院的承认和执行，从而保护中国境内被告的权益。

《民事诉讼法》第298条规定：“外国法院作出的发生法律效力
的判决、裁定，需要人民法院承认和执行的，可以由当事人直接向有管辖权的中级人民法院申请承认和执行。”同时，第299条规定：“人民法院对申请或者请求承认和执行的外国法院作出的发生法律效力
的判决、裁定，依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则进行审查后，认为不违反中华人民共和国法律的基本原则且不损害国家主权、安全、社会公共利益的，裁定承认其效力；需要执行的，发出执行令，依照本法的有关规定执行。”因此，当境外原告将境外生效判决提请中国法院申请承认和执行时，中国法院将依据以下两个原则对境外生效判决进行审查：（1）互惠原则；和（2）是否违反中国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益。二者需要同时得到满足。

在缺乏双边司法互助协定的情况下，送达程序必须严格按照《海牙送达公约》的规定进行。如果出现违反《海牙送达公约》规定的情形，我国法院将否认境外判决的效力。例如，在“胡克拉床垫和软垫家具厂有限公司申请承认与执行德意志联邦共和国奥芬堡州法院第20460/07号判决书案”（京高法[2010]452号）中，奥芬堡州法院作出生效判决后，通过邮寄方式直接向被告中国某公司送达判决书。其后，原告德国胡克拉公司向中国法院申请承认与执行该判决。对此，最高人民法院批复称：“我们和德意志联邦共和国均为

（《海牙送达公约》）成员国，且两国之间没有签订双边民商事司法协助协定，故有关送达事宜适用该公约。……（根据《决定》，我国排除适用邮件送达），我国不认可德国奥芬堡州法院向北京某销售有限公司邮寄第20460/07判决书的送达方式，故该判决尚未对北京某销售有限公司发生法律效力，……申请承认和执行该判决的条件尚不具备。……如申请人仍坚持其申请，则裁定驳回其申请。”²⁴这意味着，境外无效送达将导致中国法院拒绝承认与执行境外法院判决。中国境内被告可以籍此获得合法权益的保障。

005 > 结语

司法文书的合法有效送达是对当事人程序性利益的重要保障。在境外原告于境外提起的诉讼中，它应按照双边民商事司法协助或《海牙送达公约》规定的程序，向中国境内被告送达司法文书。司法实践中所常见的邮寄直接送达、电子邮件送达等方式，均无法获得中国参与的国际公约和中国法的承认。在这种情况下，中国境内被告可以积极向境外主审法院提出管辖权抗辩，从而把握诉讼进度，避免境外法院对自身商业行为的审查。即使境外法院作出判决，中国法院也将因程序瑕疵而拒绝承认与执行，最大限度地保护境内被告的合法权益。

（宋逸飞对本文亦有贡献）



武鑫
合伙人
私募基金与资管部
北京办公室
+86 10 5780 8431
wuxin@zhonglun.com

24. 最高人民法院[2010]民四他字第81号。



紧急仲裁员制度之我见

自紧急仲裁员制度为主要国际仲裁机构的仲裁规则接受以来，其在国际仲裁实践中得到了一定的发展和完善，并成为仲裁圈的热点话题。据报道，北京仲裁委员会（下称“北仲”）于2017年底受理了中国内地首例适用紧急仲裁员程序的案件（“GKML案”），通过紧急仲裁员决定的临时措施，申请人在域外顺利获得了相关法院的执行命令。2018年10月，在法拉第未来与恒大健康的香港国际仲裁中心（下称“港仲”）仲裁案中，法拉第未来启动紧急仲裁员程序并申请紧急救济。可以预见，随着中国企业在国际经济交往中扮演越来越重要的角色，中国企业申请或参与紧急仲裁员程序的仲裁案件数量将进一步增加。鉴于此，本文拟结合中国国际经济贸易仲裁委员会（下称“贸仲”）、北仲及港仲的现行仲裁规则，简要阐述紧急仲裁员程序中的几个重要问题。

001 > 关于紧急仲裁员程序的启动时间

紧急仲裁员制度设计的初衷在于使当事人能够在紧急状态下尽早地获得临时救济，因此，紧急仲裁员程序的启动时间直接影响着该制度目的能否得以顺利实现。

根据《北仲规则》第63条，当事人提出指定紧急仲裁员申请的时间是“案件受理后至组成仲裁庭之前”，即紧急仲裁员程序只能在仲裁案件受理后启动。根据《贸仲规则》，当事人申请紧急仲裁员程序的时限是“在仲裁庭组成之前”；但“在仲裁庭组成之前”究竟仅限于“案件受理后至仲裁庭组成之前”还是可以解释为包括“申请仲裁之前”，不无疑问，有待贸仲相关实践的进一步回应。

值得注意的是，2018年版《港仲规则》改变了其2013年版规则中关于“于提交仲裁通知的同时或之后，但在仲裁庭组成之前”的规定，将紧急仲裁员申请时间进一步提前至“于提交仲裁通知之前、同时或之后，但在仲裁庭组成之前”。紧急仲裁员程序启动时间的提前是对紧急仲裁员程序的完善，使当事人能够在紧急状态下在更早的

时间获得更加及时、全面的临时救济，值得借鉴。

002 > 关于紧急仲裁员对于管辖权异议的裁决权

关于在一方当事人对紧急仲裁员的管辖权提出异议的情况下，紧急仲裁员是否有权对该等异议作出决定，2018年版《港仲规则》明确规定：“紧急仲裁员有权决定对其管辖权的抗辩，包括就仲裁条款或单独的仲裁协议的存在、效力及范围的异议。紧急仲裁员也应决定任何有关本附录是否适用的争议。”

对于上述问题，《北仲规则》与《贸仲规则》均未明确规定。但根据《贸仲规则》关于“如果当事人提出请求并说明理由，紧急仲裁员或组成后的仲裁庭有权修改、中止或终止紧急仲裁员的决定”的规定，以及《北仲规则》关于“当事人对紧急仲裁员作出的相关决定、指令或裁决有异议的，有权自收到相关决定、指令或裁决之日起3日内向紧急仲裁员提出修改、中止或撤销相关决定、指令或裁决的申请”的规定，在一方当事人以紧急仲裁员无管辖权为由申请终止或撤销紧急仲裁员决定的情况下，不排除紧急仲裁员需要对仲裁协议的存在、效力及范围异议作出决定的可能。

值得讨论的问题是，在中国法下，紧急仲裁员对仲裁协议的效力异议作出的决定，是否等同于《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第十三条中规定的“仲裁机构对仲裁协议的效力的决定”，从而阻却人民法院在仲裁程序中对仲裁协议效力的审查权呢？我们认为，基于中国内地“积极支持、有限监督”的仲裁司法审查原则，紧急仲裁员作出的关于仲裁协议效力的决定，应当视为该仲裁机构对仲裁协议的效力的决定，人民法院应当根据第十三条的规定不予受理当事人确认仲裁协议效力的申请，这样有利于保证避免仲裁权与审判权的对抗，也能防止紧急仲裁员对仲裁协议效力的管辖权流于形式。

003 > 关于紧急仲裁员在决定紧急救济时所应当考虑的因素

关于紧急仲裁员在决定紧急救济时应当考虑的因素，各仲裁机构在其规则中均给予紧急仲裁员较大的任意裁量权，因此，紧急仲裁员在批准紧急救济时应当基于实际案情审慎裁量。以“GKML”案为例，该案的紧急仲裁员基于北仲、港仲、国际商会仲裁院等仲裁机构的实践，在作出紧急裁决时考虑了以下三点因素：

1) 根据案件情况，当事人的请求是否有较大可能得到仲裁机构支持；2) 当前案件中是否存在非常紧急的情形，以至于不采取紧急救济将会给申请人造成不可挽回的损失，且该损失明显大于采取该紧急救济时被申请人遭受的损失；3) 申请人提出的紧急救济是否合理且适于执行。基于上述考虑，紧急仲裁员裁决被申请人不得处分其财产，尤其是申请人所列出的财产，且不得指示、教唆或建议他人实施被禁止的行为。

除去上述考虑因素，我们还认为：对于紧急救济应当有所限制，这种限制一方面体现在紧急救济所实施的范围应当受到严格控制，另一方面体现在紧急救济的强度应当与申请人承担的风险形成对应与对等的关系。紧急救济的目的在于防止当事人实施转移财产或其他损害对方权益的行为，因此，紧急救济的范围和强度应当与当事人逃避责任的风险、可能的损害后果具有对应性。紧急仲裁员应当严格把握紧急救济的种类与范围，防止申请人滥用紧急救济影响被申请人的正常生产经营，造成不必要的损失。

004 > 关于当事人申请紧急救济是否需要向仲裁机构提供担保

由于《北仲规则》关于紧急仲裁员程序的规定没有区分临时措施(Interim Measure)与紧急救济(Emergency Relief),且《北仲规则》规定仲裁庭可以要求申请临时措施的当事人提供担保,因此,在北仲紧急仲裁员程序中紧急仲裁员可以要求申请人提供担保。贸仲与港仲规则对临时措施和紧急救济做了概念上的区分,即在仲裁庭组成之前紧急仲裁员所作出的紧急的临时性、救济性措施为紧急救济,而在一般仲裁程序中的该类措施是临时措施。《贸仲规则》明文规定紧急仲裁员可以要求申请紧急救济的当事人提供适当的担保作为实施救济的前提条件。2018年版《港仲规则》规定,紧急救济在必要变通的基础上适用第二十三条第二款至第八款(临时保护措施和紧急救济的相关规定),而第二十三条第六款规定仲裁庭可以要求申请临时措施的当事人为此提供适当担保,因此紧急仲裁员可以要求申请紧急救济的当事人提供适当担保。港仲秘书长Sarah Grimmer女士表示,尽管《港仲规则》规定紧急仲裁员有权要求当事人提供担保,但是据她所知,在港仲已经裁结的案件中并没有要求当事人提供担保的情形。同时她还表示,如果案件中出现应当提供担保的情形,紧急仲裁员会依据案件的具体情况,尤其是保全的紧迫性和申请人获得胜诉裁决的可能性决定担保的数额。

005 > 当事人获得紧急救济的不同路径选择

对于当事人而言，紧急仲裁员程序的确提前了申请人获得保全措施的时间点，减小了当事人转移财产逃避责任的风险，但它并非是一剂万能药。假设某北仲仲裁案件的申请人拟保全被申请人位于香港的财产，那么有以下三种路径可供选择：

- 1) 在仲裁庭组成之前，通过紧急仲裁员程序获得紧急救济决定后去香港申请执行；
- 2) 在仲裁庭组成之后，由仲裁庭发布临时措施决定，再去香港申请执行；
- 3) 在香港法院直接申请临时措施。

在保全路径的选择上，当事人应当综合考量通过紧急仲裁员程序获得紧急救济决定的时间长短、紧急仲裁员决定在被申请人财产所在地的可执行性、法院保全程序的时间长短、申请人自身申请紧急仲裁与法院保全的难度等因素的基础上，选择最优的临时救济方案。

综上所述，在当前经济环境下，随着国际商事争议的增加，紧急仲裁员程序无疑会得到更多的适用。然而，当前适用紧急仲裁员程序的案件的相对数量和绝对数量都比较小，各国国内法对于紧急救济决定的认可度不一，紧急救济在境内外的可执行力还有待观察。期待日趋丰富的紧急仲裁员制度实践能推动相关规则的进一步发展完善。

(陈新平对本文亦有贡献)



霍伟
合伙人
争议解决部
北京办公室
+86 10 5957 2055
huowei@zhonglun.com



中国商事仲裁程序中 与组庭有关的六个问题

仲裁程序中的组庭环节极为重要。以中国仲裁发展现状和未来发展趋势的角度来检讨组庭制度设计，我们至少应关注以下几个问题：

第一，要充分注意到中国仲裁机构的地域化与业务的全国化和逐步国际化之间的矛盾；第二，要增加仲裁员选定程序的透明化，为当事人选定仲裁员提供便利，避免仲裁员的神秘化；第三，要以规则的形式促进首席仲裁员的共同选定，减少机构指定首席仲裁员的比例；第四，在制订信息披露规则时要充分考虑中国优秀仲裁员供给不足的现状，避免过于苛刻的披露规则；第五，仲裁员的回避程序需要充分保障有关各方发表意见的权利。

001 > 仲裁机构采用封闭名册制还是推荐名册制？

40

2025年新修订的《中华人民共和国仲裁法》（以下称“《仲裁法》”）第23条规定：“仲裁委员会按照不同专业设仲裁员名册。”第36条规定：“仲裁委员会受理仲裁申请后，应当在仲裁规则规定的期限内将仲裁规则和仲裁员名册送达申请人，并将仲裁申请书副本和仲裁规则、仲裁员名册送达被申请人。”

可见，中国目前实行强制仲裁员名册制度，仲裁机构应备有一份仲裁员名册供组庭使用。仲裁员名册制度一般分为两类：一是封闭名册制，即仲裁员只能从仲裁员名册中产生；二是推荐名册制，即当事人或者仲裁委员会可以选择名册内或名册外的人士担任仲裁员。中国仲裁机构曾长期采取封闭名册制。

近年来，中国头部仲裁机构纷纷突破前述限制，由封闭名册制转向推荐名册制，主要表现为两方面：

第一，在边裁的选择上，目前中国头部仲裁机构多持开放态度，允许当事人在无特殊约定的情况下即可选择名册外的人士担任边裁，如《中国（上海）自由贸易试验区仲裁规则》（以下称“《自贸区仲裁规则》”）第27条规定：“……（二）当事人可以推荐仲裁

员名册外的人士担任仲裁员，也可以约定共同推荐仲裁员名册外的人士担任首席仲裁员或独任仲裁员。”。

第二，在从名册外人士中选择首席仲裁员和独任仲裁员时，目前的实践则是需经当事人特殊约定，且选定人士需经过机构的确认，如《自贸区仲裁规则》第28条第5款规定，双方当事人“可以约定共同推荐一名仲裁委员会仲裁员名册外的人士担任首席仲裁员，并应在本条第（三）款规定的期限内将共同推荐的该名人士信息提交至秘书处。经仲裁委员会主任依法确认后同意的，该名人士可以担任案件的首席仲裁员。”

与中国的情况不同，世界大多数国家（地区）的仲裁法均未提及仲裁员名册制度。域外仲裁机构多采用推荐名册制，即尽管仲裁机构备有仲裁员名册，但当事人在选定仲裁员时并不受名册的限制，其可根据案件所涉专业的需要选择册外仲裁员。例如，香港国际仲裁中心（HKIAC）、新加坡国际仲裁中心（SIAC）和国际投资争端解决中心（ICSID）均采用前述推荐名册制。值得注意的是，国际性最强的国际商会仲裁院（ICC）未设置仲裁员名册，当事人可以任意选择自己信任且背景资历适合的仲裁员而不受任何名册限制。

如前所述，中国仲裁机构曾长期采取封闭名册制。事实上，对于曾处在初步发展阶段的中国仲裁而言，封闭名册制存在诸多优势。例如，各仲裁机构在制定名册时会对候选人进行“精挑细选”，希望确保纳入名册的仲裁员具有较高的专业素质和业务水平，如此将在一定程度上保证仲裁质量，减少当事人对仲裁员资格的抗辩。

然而，随着中国仲裁行业的不断发展、仲裁案件数量的逐年激增、仲裁员队伍的迅速壮大，封闭名册制的局限性愈发明显，主要表现为其过度限缩了当事人选择仲裁员的范围。如中国仲裁机构的名册大多数由其所在地的仲裁员构成，但是中国头部仲裁机构所受理的案件是全国性的，名册的地域局限性为外地当事人选择信任的仲裁员造成了极大障碍。

举例来说，北京仲裁委员会（以下称“北仲”）的仲裁员名册中仲裁员绝大多数来自北京地区，但根据北仲《2022年度工作报

告》，在北仲2022年受理的国内仲裁案件中，至少一方为外地当事人的案件占比高达75%。尽管北仲距离成为国际知名仲裁机构尚有努力空间，但作为一流的国内商事仲裁机构，其名册应当与其承办全国仲裁业务的现状相适配，保障当事人在选择仲裁员方面拥有高度意思自治。

借鉴国际仲裁机构的规则和实践，若要使我国的头部仲裁机构更加国际化、更具吸引力和竞争力，一方面，头部仲裁机构应当继续扩展推荐名册制相关有益实践，允许当事人选择名册外的人士担任仲裁员；另一方面，应突破名册的地域局限性，面向全国范围，甚至面向全球选拔高素质的仲裁人才，壮大仲裁员队伍建设，提高仲裁的质量，推动中国仲裁的进一步发展。

002 > 仲裁机构对仲裁员信息的披露程度

42

国内各一线仲裁机构的仲裁员名册对仲裁员信息均有不同程度的披露。部分仲裁机构对仲裁员信息的披露程度较高，如北仲不仅在仲裁员名册中对仲裁员的姓名、国籍、专业领域及居住地等基本信息进行了列举，还为每位仲裁员制作了线上简历，其中包含仲裁员的性别、职业类别、职称、教育背景、工作语言、专业特长等详细信息。同时，也有部分仲裁机构对仲裁员信息披露程度相对较低，仅披露了仲裁员的姓名、国籍、专长及居住地等简要信息。

国际上除不设仲裁员名册的机构（如ICC）外，域外仲裁机构对仲裁员信息的披露程度普遍较高。如新加坡国际仲裁中心（SIAC）和国际投资争端解决中心（ICSID）不仅在仲裁员名册中披露了仲裁员的姓名、性别、国籍、工作语言及居住地等基本信息，还随附仲裁员的详细简历，其中涵盖了仲裁员住址、电话、邮箱、教育背景、就职单位及职务、专业领域、仲裁相关经历、出版物及工作语言等具体信息，披露信息非常详实。

实行名册制的仲裁机构绝不能在披露仲裁员信息这一问题上奉行“神秘主义”。相反，仲裁机构只有主动、全面、适当的披露仲裁

员信息，才能确保当事人在选择仲裁员时有充分依据，保障仲裁的透明度和公正性。仲裁机构对仲裁员信息的披露，应达到以完全不认识仲裁员的当事人基于披露信息能够初步判断仲裁员专业能力和仲裁经验的程度为宜。

综合当前国内外实践，除披露仲裁员姓名、性别、国籍、居住地、工作语言及专长等基本信息外，仲裁机构还应披露能体现仲裁员钻研领域的任职单位及工作经历、能体现仲裁员专业水平的教育背景及研究成果、能体现仲裁员仲裁经验的办案数量及相关兼职、能体现仲裁员行业认可度的获奖情况等信息，如此方能为当事人选出契合的仲裁员提供必要支持。

003 > 当事人是否可以对仲裁员面试

从国内立法角度，我国《仲裁法》（2025年修订）虽未明文禁止，但由其第46条将私自会见当事人或其代理人归为仲裁员应当回避的事由，可以看出现行法律不允许当事人对仲裁员进行面试。

除前述法律规定外，当前国内仲裁机构也普遍不鼓励当事人面试仲裁员。如北仲《仲裁员守则》第4条规定，仲裁员为谋求选定而与当事人接触的属于不符合仲裁员道德规范的行为；第5条指出，仲裁员“私自与当事人、代理人讨论案件情况，或者接受当事人、代理人请客、馈赠或提供的其他利益的”属于可能引起当事人对其公正性或独立性产生合理怀疑的事由，要求仲裁员对前述情况进行书面披露。

在国际仲裁领域，当事人面试仲裁员候选人的实践已屡见不鲜。比如国际律师协会（IBA）制定的《国际仲裁当事人代理指引》（以下称“《指引》”）的第7条和第8条规定，一方当事人的代理人可与仲裁员候选人进行“交流”（Ex Parte Communications），“交流”内容应仅限于获取判断仲裁员是否合适所需的信息，如仲裁员候选人的出版物、对争议性质的一般性描述、仲裁员候选人从事的可能引发对其独立性或中立性合理怀疑的活动等。《指引》特别强

调，一方当事人的代理人不得在“交流”过程中要求仲裁员候选人对争议的实体问题发表意见。

再如，英国特许仲裁学会（CIArb）制定的《国际仲裁实务指南：面试仲裁员候选人》（以下称“《指南》”）在此方面做出了更详细的说明。《指南》第1条首先明确，仲裁员候选人在被指定前接受一方当事人面试的事实本身不应成为其被挑战的理由。《指南》第2条封闭式列举了面试沟通事项，包括仲裁员候选人以往的国际仲裁经验及其对于仲裁程序一般性事务的态度、在争议事项上的专业性、时间安排，以及临时仲裁中仲裁员候选人的合理费用及其他委任相关条款。《指南》第3条则列举了面试中禁止讨论的事项，包括诱发争议的具体事实或情况、当事人的立场和争点、案件实体性问题，以及仲裁员候选人对于实体问题、当事人争点和/或主张的意见。

44

在这一问题上，国内和国际实践目前存在较大差异。长期以来，国内立法之所以不允许一方当事人面试仲裁员，主要是为了避免出现一方当事人单独接触仲裁员候选人而影响其公正性和独立性的情况。这就导致当事人仅能依据仲裁员名册中列举信息或公开检索信息选择仲裁员，为当事人选出契合案件的仲裁员平添难度。如果允许当事人对仲裁员候选人进行面试，当事人将更加直观、全面地感受仲裁员的专业水平、表达能力和办案经验，更加确切地了解仲裁员的办案意愿和时间安排，进而选出最契合案件的仲裁员，推动争议的顺利解决。

考虑前述允许当事人面试仲裁员的诸多益处，我国头部仲裁机构应勇担重任，一方面以实际行动推动允许当事人面试仲裁员的立法进程，另一方面不断丰富相关实践，探索确保仲裁员公正性和独立性的保障措施，如对面试内容进行限定、对面试过程进行监督、对面试结果进行报告等。如此必将进一步健全我国仲裁制度，推动我国仲裁与优秀国际仲裁实践接轨，提高我国仲裁的竞争力和影响力。

004 > 推动首席仲裁员由共同推选的方式产生

在仲裁庭组庭的过程中，首席仲裁员的产生方式主要有两大类，一为双方共同推选，二为由某一指定机构指定。二者都有一定实践。在国内仲裁机构的仲裁规则中，对于首席仲裁员的指定方式一般有或然性的规定。例如，北仲《仲裁规则》（2022年版）和中国国际经济贸易仲裁委员会（以下称“贸仲”）《仲裁规则》（2015年版）中规定，首席仲裁员由双方共同选定，或共同委托仲裁委指定。当通过前述两种方式均无法确定人选时，则由仲裁委指定首席仲裁员。

选择仲裁员的权力是仲裁的魅力所在。相较于机构指定，双方当事人共同推选首席仲裁员是更值得推崇的。通过共同推选首席仲裁员，双方当事人能够对案件产生更多的把握与确信，也更容易选到契合案件的仲裁员。

许多国内仲裁机构的仲裁规则鼓励双方当事人共同推选首席仲裁员。如上海仲裁委员会（以下称“上仲”）的《仲裁规则》（2022年版）的第31条明确了三人仲裁庭中首席仲裁员的产生方式：即首先由双方当事人共同推选；若双方当事人无法就人选达成一致，则再由双方已经选择的两名边裁共同推选；若双方已经选择的两名边裁依然无法就人选达成一致，则再由机构代为指定。同时，据上仲总法律顾问、非诉讼纠纷解决中心（ADR）秘书长李昱女士介绍，上仲机构内部的推选机制也是由案件管理团队首先根据案件具体情况推荐仲裁员。这是一种值得推荐的方式，通过此种内部推选机制，案件参与人的能动性可以得到最大发挥。

然而，实践中可能会出现“手拉手”虚假仲裁情形，主要体现为双方当事人或三名仲裁员恶意串通，通过操纵仲裁员的选择，骗取仲裁生效法律文书以实现其隐蔽性目的。为避免前述情形出现，仲裁机构应建立有效的虚假仲裁识别和风险防范机制，如可以在与当事人进行交流时向其初步了解争议发生的背景情况，并充分提示当事人从事仲裁活动时应本着诚信、善意的原则，向其讲述虚假仲裁

的法律后果，必要时可要求当事人签署诚信仲裁承诺书等。

在国际实践中，《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》相关的实践值得我们进一步了解。这一仲裁规则是针对临时仲裁制定的。虽然目前我国《仲裁法》尚未认可临时仲裁的合法性，但我国当事人在国际交易中约定临时仲裁的情形并不罕见，因此该规则对我国仍有借鉴意义。

《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》规定，首席仲裁员应当由双方当事人各自选定的边裁共同推选。在独任仲裁员的情况下，双方当事人选定仲裁员通行的做法一般是“删除后排名”，即双方各自提名一个名单，共同形成仲裁员候选人列表。随后双方可以各自选择从名单中删除一定数量的仲裁员，并各自为留下的仲裁员赋分。最终，得分加和后获得最高赋分的仲裁员会被认定为双方共同选定的仲裁员。

46

在双方意见差异过大、允许删除的人数较多时，可能会出现删除后的名单空无一人的情况。为应对此种情况，《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》下的指定机构常设仲裁法院的做法一般是，由其在不告知双方当事人具体人选的情况下保留一位候选人，若出现了上述删除后的名单空无一人的情况，则直接指定这位保留下来的仲裁员。这种做法可以作为推行“共同推选”的原则下用于“兜底”的安全阀。

005 > 仲裁员披露利益冲突的规则

对于仲裁员在何种情况下应当履行披露义务，披露可能引起对其公正性和独立性产生合理怀疑的事实和情况，国内一些主要仲裁机构已经制定了指引文件。比如，北仲于2019年制定《北京仲裁委员会仲裁员信息披露指引》（试行版），并于2021年对该指引做了修订；贸仲也公布了《仲裁员行为考察规定》。国内仲裁机构在制定相关准则时，应注意以下事项：

首先，在披露标准的问题上，国内仲裁机构虽然可以借鉴和参考域外实践（比如《国际仲裁利益冲突指引》）中的有益内容，但应特别注意立足我国仲裁发展的实际情况来制定规则。在这方面，我国现阶段仲裁发展中值得关注的特点包括：

其一，中国高素质仲裁员的队伍仍在发展壮大的过程中，仲裁员的有效供给不足；同时，国内主要仲裁机构的受案量不断增长，对仲裁员的需求很大；其二，虽然仲裁员披露不意味着仲裁员必须回避，但考虑到我国仲裁实践具有鲜明的、强烈的对抗性，仲裁员一旦披露，当事人就有较大可能提出异议和回避要求，仲裁员有较大可能无法接受选定；其三，客观而言，国内仲裁中仲裁员的报酬并不具有太大吸引力，仲裁员与当事人或其代理人通常不会因此形成利益安排，往往也难以影响仲裁员的独立性。因此，机构不宜把披露的门槛确定得过低，以至于对案件审理的效率和质量产生不利影响。

其次，在考虑仲裁员和代理人的利益关系时，在代理人一端不宜严格地以律师事务所为单位来判断。这是因为近年来中国律所规模逐渐扩大，律师专业化程度在进一步加深，同一律所中专门从事争议解决业务的律师数量增速明显。如以律所为单位来判断披露义务，将极大地限制规模化、专业化律所的健康发展。

最后，建议机构在制定披露指引时不区分规定首席和边裁，而是同等对待。不宜假设当事人选定的边裁就可能偏袒当事人，从而对首席和边裁适用不同的披露标准。

006 > 仲裁机构决定仲裁员回避的程序

仲裁实践中，在一方当事人按照仲裁规则申请某仲裁员回避后，可能出现三种情形：一是被申请回避的仲裁员主动退出案件审理。在这种情况下，更换仲裁员是顺理成章的。二是案件中的其他当事人也表示同意回避申请、认为该仲裁员应当回避。这相当于是当事人合意决定更换仲裁员。三是上述两种情形均未发生，仲裁员

是否应当退出仍然悬而未决。在这种情况下，机构规则就要发挥作用，通过适当的程序公平合理地组织确定被申请回避的仲裁员是否应当退出案件审理。

在国内主要仲裁机构中，北仲、贸仲、上国仲和深国仲的现行规则在这方面的规定非常相似，都比较简洁。北仲《仲裁规则》（2022年版）第23条第（6）款、贸仲《仲裁规则》（2015年版）第32条第（6）款和上国仲《仲裁规则》（2015年版）第26条第（5）款均授权仲裁委员会主任就仲裁员是否回避做出终局性确定，并规定主任可以自行决定是否说明理由。深国仲《仲裁规则》（2022年版）第33条同样将决定权授予仲裁院院长，但未明确该决定是否应当附有理由。

仲裁机构负有案件管理职能，协助当事人组庭是该职能最重要的体现之一。因此，在出现仲裁员回避方面的问题时，由仲裁机构的人员或组织来做终局性决定是适当的。不过，上述机构规则尚未明确的重要问题是：仲裁机构在对回避做判断的时候，是否需要征求和考虑其他仲裁参与主体（如其他当事人、被申请回避的仲裁员和其他仲裁员）的意见？其他仲裁参与主体在此过程中扮演何种角色？

在这方面，域外仲裁机构的仲裁规则等文件普遍对于决定仲裁员回避的程序有着更为详细的规定。大多域外规则在将决定权交给机构的同时，也明确规定机构应当或可以请其他仲裁参与主体发表意见，只是各机构在其他主体的范围和具体程序的设置上有所不同。值得注意的是，近几年制定或修订规则的一些国内仲裁机构（如上海仲裁委员会）也已将此种模式纳入其规则之中。以下对相关规则模式做简要介绍：

在其他仲裁参与主体的范围，也即机构可以请谁发表意见的问题上，伦敦国际仲裁中心（LCIA）、香港国际仲裁中心（HKIAC）划定的范围是被申请回避的仲裁员和其他当事人；而国际商会仲裁院（ICC）、新加坡国际仲裁中心（SIAC）划定的范围更大，还包含案件的其他仲裁员。

值得注意的是，不同规则对于仲裁机构应在何种程度上征求仲裁参与主体意见的表述有所不同。国际商会仲裁院（ICC）《仲裁规则》（2021年版）第14.3条规定：“仲裁院应对回避请求是否具有可受理性（admissibility）作出决定；在必要情况下，还应在秘书处给予有关仲裁员、对方当事人和仲裁庭其他成员在适当期限内发表书面评论的机会后，同时对回避请求的实体问题（merits）作出决定。”可以看出，请仲裁其他参与主体发表意见是ICC对回避问题作出决定的必经程序。

新加坡国际仲裁中心（SIAC）《仲裁规则》（2016年版）第16.1条则规定：“仲裁院可以要求各方当事人、被申请回避的仲裁员和仲裁庭其他成员（或者在仲裁庭尚未组成的情况下，任何已获任命的仲裁员）对回避申请发表意见，并规定发表意见的时间期限。”相较于国际商会仲裁院（ICC）《仲裁规则》第14.3条，新加坡国际仲裁中心（SIAC）《仲裁规则》采取了更为建议性的规定模式，并未要求仲裁院“必须”要求各方发表意见。

在具体程序安排方面，如上所述，多数机构的规则是由机构向仲裁参与主体征求意见，并设置一个发表意见的期限。除此之外，香港国际仲裁中心（HKIAC）的2019年版《仲裁员质疑实务指引》还提到，机构如认为有必要，可以就回避问题举行一次或多次听证。

参考以上域外机构规则，从确保程序正当性、对案件做精细化管理的角度，仲裁机构在就回避申请作出决定时，是应当视情况给予仲裁参与主体以发表意见的机会的，机构规则最好能对此予以明确。在这方面，上仲《仲裁规则》（2022年版）第34条第（4）款规定：“仲裁委应当及时将回避申请转由其他当事人、被申请回避的仲裁员和其他仲裁员对回避申请发表意见。”

还有一个值得讨论的问题是，在当事人对一位或几位仲裁员提出回避申请时，仲裁机构是否应当请其余仲裁员对此发表意见？可以看出，域外机构在这个问题上的规则也不尽一致。在这方面，还有一种较为特殊的规则安排值得参考：根据《国际投资争端解决中心公约》第58条，如果国际投资争端解决中心（ICSID）所管理的

投资仲裁案件出现仲裁员回避问题，有权对此作出终局性决定的首先是仲裁庭的其他仲裁员，而不是中心。虽然有研究认为，仲裁庭的其他仲裁员在决定回避问题时，会更倾向于“保护”或是“支持”被申请人回避仲裁员继续处理案件，因而更有可能不支持回避申请，但长期实践表明，国际投资争端解决中心（ICSID）管理的仲裁案件中的回避申请是能够照此模式得到平稳和适当解决的。

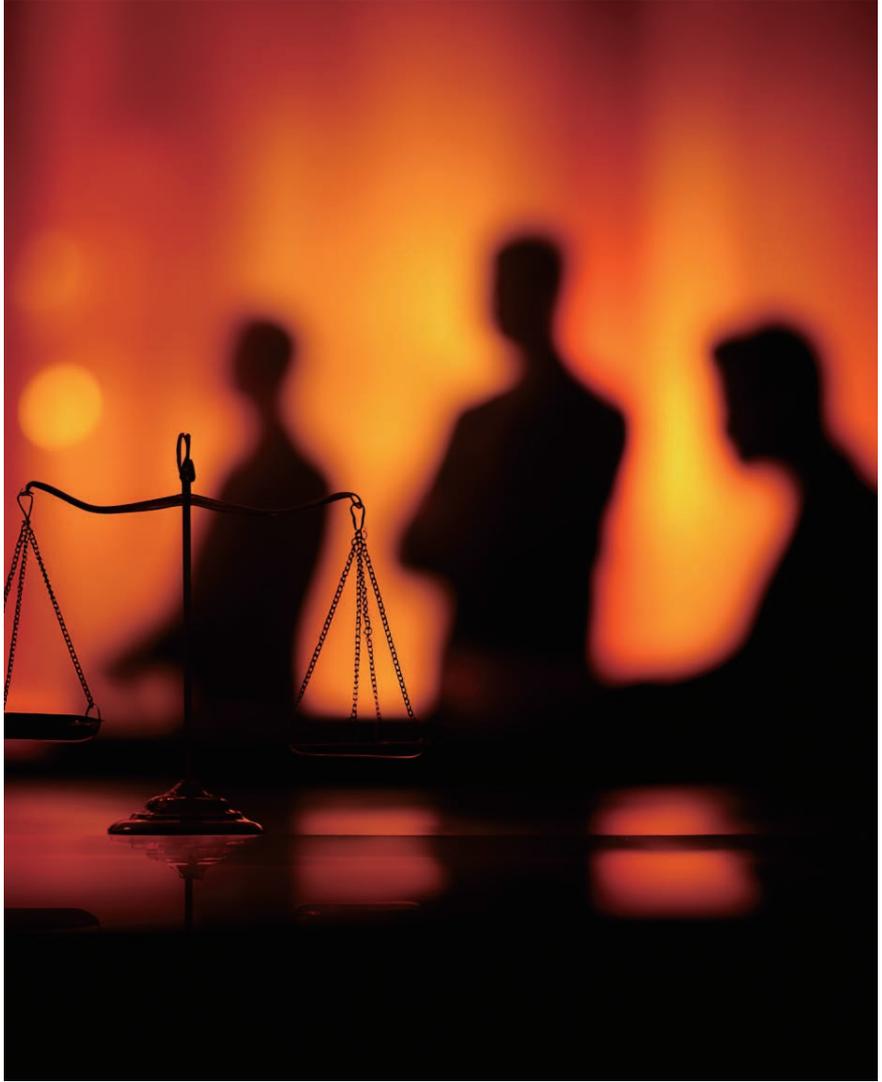
总而言之，国际投资争端解决中心（ICSID）的相关实践能够表明，由仲裁庭的其他仲裁员参与回避问题的决定并没有本质上的问题；更何况，在我们讨论的机构有最终决定权的情况下，各方的意见也都是作为机构决定的参考。在这种情况下，允许仲裁庭其他仲裁员发表意见，提供不同于当事人角度的思路，对机构应当是有帮助的，是一种值得考虑的实践。

007 > 结语

中国仲裁事业发展的核心推动力是仲裁机构。仲裁机构有动力也有能力在仲裁制度完善与实践提升方面发挥更大的作用。这是各仲裁机构，尤其是一线仲裁机构的历史使命。我们期待着中国仲裁在仲裁机构的引领、推动下发展得更好。



孙巍
合伙人
争议解决部
北京办公室
+86 10 5957 2176
sunwei@zhonglun.com



仲裁庭组成： 当事人意思自治 与公正效率的平衡

近年来，随着“一带一路”倡议深入推进，越来越多的中国企业选择走出国门，拓展海外市场。这一趋势不仅为企业带来了巨大的商业机遇，同时也伴随着复杂的法律风险。由于不同国家和地区的法律体系、文化背景和商业惯例存在显著差异，中国企业在跨境交易中常常面临合同纠纷、知识产权争议、投资争端等诸多问题。仲裁作为高效、公正的跨境争议解决机制之一，越来越受到中国企业的青睐。在仲裁程序中，仲裁庭成员作为裁判者，对于跨境争议的事实认定和解决结果起到至关重要的作用。一方面，具备争议事项专业知识的仲裁员能够更直观、更深入地了解各方争议焦点，从而更公平地解决跨境争议；另一方面，仲裁庭组成的程序是否正当，也直接决定了仲裁裁决能否得到承认与执行。因此，仲裁庭的组成成为了跨境争议解决战略至关重要的一环。

52

仲裁程序高度意思自治的特点赋予了双方当事人自主选任仲裁员的权利。然而，仲裁程序是在双方争议产生后启动的，双方当事人可能无法就仲裁员人选达成一致，造成仲裁僵局，进而拖延仲裁程序的整体进度。此外，当事人选任仲裁员的独立性和公正性在实务中也存在争议。如何平衡当事人的意思自治和仲裁程序的公正效率，是组庭程序中的核心议题。

001 > 仲裁庭的组成

在跨境争议解决中，仲裁庭的人数划分直接关系到争议解决的效率、成本和公正性。由偶数人数仲裁员组成的仲裁庭在进行决策时，可能会因为无法就某一分歧达成一致而造成裁决僵局，进而影响整个仲裁程序的进程。因此，仲裁庭一般都由奇数人数的仲裁员组成，在大部分仲裁机构的仲裁规则中，最常见的仲裁庭组成人数为独任仲裁庭和三人合议仲裁庭。

(一) 独任仲裁庭

独任仲裁庭即由一名仲裁员对仲裁案件进行裁决。独任仲裁庭通常适用于案件事实较为简单、争议标的较小的仲裁案件。由一名仲裁员组成的独任仲裁庭可以简化仲裁程序，节省仲裁时间，避免因多名仲裁员的意见分歧导致仲裁裁决延迟。在费用上，也能够为案件当事人节省一部分仲裁员报酬费用。因此，在部分仲裁机构的仲裁规则中，除非当事人对仲裁庭人数另有约定，或案件争议需要（如：争议标的金额较高等），仲裁案件原则上适用独任仲裁¹。

独任仲裁员一般由案件当事人共同协商选定，但考虑到争议产生后，双方当事人可能无法就独任仲裁员的人选协商达成一致，仲裁机构在双方无法共同选任独任仲裁员的情况下，有权指定独任仲裁员。《国际商会仲裁规则》（2021）第12.2条、《2024香港国际仲裁中心机构仲裁规则》第7.2条皆赋予仲裁机构该种权利。在实践中，有相当一部分仲裁案件的独任仲裁员由仲裁机构指定。根据香港国际仲裁中心（Hong Kong International Arbitration Centre, “HKIAC”）发布的2023年案件数据，111件仲裁案件的独任仲裁员由HKIAC指定²。

53

(二) 三人合议仲裁庭

三人合议仲裁庭由三名仲裁员组成，通常适用于争议标的高、案件复杂或多个司法辖区法律适用问题的复杂仲裁案件。跨境争议案件可能会涉及不同司法辖区的法律问题，甚至案件材料还会涉及到多种语言。此时，单独一名仲裁员的专业性有所局限，无法涵盖案件涉及的所有法律问题，而三人合议仲裁庭则可以通过三名来自不同司法辖区、掌握不同语言的仲裁员弥补单一仲裁员的此种缺陷，使争议案件能够更加合理、专业、高效地解决。因此，三人合

1. 例如：根据《2024香港国际仲裁中心机构仲裁规则》第6.2条和第42条，争议总金额低于25,000,000港币的仲裁案件适用简易程序，除当事人另有约定外，应将案件提交独任仲裁员；《国际商会仲裁规则》（2021）第12.2条规定，当事人未约定仲裁员人数的，仲裁院应任命一名独任仲裁员，除非案件争议需要指定三名仲裁员。

2. 香港国际仲裁中心，案件统计-2023，<https://www.hkiac.org/zh-hans/about-us/statistics>

议仲裁庭在跨境争议解决案件中备受当事人的青睐。根据国际商会（International Commercial Chamber, “ICC”）公布的2023年案件数据统计，60%的仲裁案件均提交三人合议仲裁庭裁决³。

三人合议仲裁庭的选任模式一般为：由双方当事人各自选定一名仲裁员，再由双方选定的两名仲裁员共同指定首席仲裁员。

002 > 组庭程序中的意思自治原则和公正效率原则

（一）意思自治原则

在仲裁庭的组成方面，当事人的意思自治原则主要通过仲裁条款以及仲裁员的选任体现。

1. 仲裁条款约定

在约定仲裁条款时，当事人有权就仲裁庭的组成人数、仲裁庭成员的选任方式，以及仲裁员的任职资格进行约定。《承认及执行外国仲裁裁决公约》（“《纽约公约》”）的第五条第一款（丁）项将仲裁庭的组成程序不符合仲裁协议的约定作为仲裁裁决被拒绝承认执行的情形之一⁴，从侧面赋予了当事人具有自主在仲裁条款约定仲裁庭组成的权利。联合国《国际商事仲裁示范法》第十一条则明确规定当事人有权自由约定仲裁员的指定程序⁵。此外，各国际仲裁机构的仲裁规则以及仲裁示范条款中，也将仲裁庭的组成人数作为当事人仲裁条款的要素之一。

2. 仲裁员选任

除了仲裁条款的约定外，当事人意思自治还体现在仲裁员的选任过程中。在提起仲裁程序后，当事人有权依据仲裁条款约定选择

3. ICC, ICC Dispute Resolution 2023 Statistics, <https://iccwbo.org/news-publications/news/icc-dispute-resolution-statistics-2023/>

4. 《纽约公约》第五条第一款：一、裁决唯有于受裁决援用之一造向声请承认及执行地之主管机关提具证据证明有下列情形之一时，始得依该造之请求，拒予承认及执行：……（丁）仲裁机关之组成或仲裁程序与各造间之协议不符，或无协议而与仲裁地所在国法律不符者；……

5. 联合国《国际商事仲裁示范法》第十一条 仲裁员的指定：……（2）当事各方可以自由地就指定一名或数名仲裁员的程序达成协议……

仲裁员的人选。HKIAC、新加坡国际仲裁中心（Singapore International Arbitration Centre, “SIAC”）等国际仲裁机构大多都设置仲裁员名册或仲裁员数据库，当事人可在仲裁机构的仲裁员名册或仲裁员数据库中选择合适的仲裁员人选。

然而，当事人意思自治在部分情形下，也会损害仲裁程序的效率。在M/s Shree v The Engineer & Ors.⁶案件中，案件的申请人于2013年提起仲裁程序。2016年，申请人向印度高等法院提出申请，请求法院任命仲裁员，此时距离案件仲裁程序的启动已逾三年。在争议产生后，各方当事人往往处于对立状态，此时，当事人可能无法就仲裁员的人选进行协商或达成一致。在部分案件中，当事人甚至会滥用意思自治权利，迟迟不选定仲裁员，造成仲裁员选任僵局，进而拖延仲裁程序的整体效率。

此外，在组庭程序中，当事人的意思自治还可能造成当事人选任仲裁员缺乏公正性与独立性。根据ICC发布的案件数据统计，在2023年三人合议仲裁庭作出的294份裁决中，有40份裁决为多数意见裁决，其中35份裁决的异议来源自当事人任命的仲裁员⁷。在实践中，亦存在当事人以对方提名的仲裁员倾向对方为由，请求法院撤销仲裁裁决的案件。在Halliburton v Chubb⁸一案中，因双方未就首席仲裁员人选达成一致，英国法院遂指定被申请人Chubb提名的仲裁员作为首席仲裁员。后申请人Halliburton以该名仲裁员接受了Chubb另外两起仲裁案的委任，Chubb享有不公平的优势为由，向法院请求撤销仲裁裁决。虽然最终英国法院认为该名仲裁员并不存在偏私可能性，对申请人的请求不予支持，但该案中，法院也承认，在仲裁案件中，部分当事人可能期望所委任的仲裁员对其稍有偏袒，因此仲裁庭的每一位成员都有保持公正性的义务。

6. *Constructions v The Engineer in Chief, Military Engineering Service & Ors.*, SLP (C) No. 5306/2022
7. ICC, *ICC Dispute Resolution 2023 Statistics*, <https://iccwbo.org/news-publications/news/icc-dispute-resolution-statistics-2023/>

8. *Halliburton Company v Chubb Bermuda Insurance Ltd* [2020] UKSC 48

(二) 公正效率原则

仲裁程序作为争议解决机制，需要高效解决双方当事人的争议，避免拖延程序时间。而仲裁员作为仲裁案件的裁决者，需要保持独立与公正，才能客观、中立地解决争议。在组庭程序中，公正效率原则主要通过仲裁机构对案件的管理得以实现。

1. 仲裁机构代为指定仲裁员

在组庭程序中，为了确保仲裁程序的正常推进，避免组庭僵局，各仲裁机构在仲裁规则中通过规定当事人自主选任时间限制、仲裁机构直接指定仲裁员的情况等方式确保仲裁程序的效率。例如，《新加坡国际仲裁中心仲裁规则》（2025年版）将双方共同提名独任仲裁员的时间规定为自仲裁程序启动之日的21天内，将三人合议仲裁庭双方当事人选任各自仲裁员的时间规定为14日⁹。

2. 仲裁员的独立性与公正性审查

大部分国家的仲裁法律、各国际仲裁机构的仲裁规则都对仲裁员的公正性和独立性做出了要求。还有部分仲裁机构，如HKIAC、SIAC，在仲裁规则中规定仲裁员需要就可能影响其独立性与公正性的情形进行披露，并在接受任命前签署独立、公正性声明。在这些仲裁规则中，对仲裁员独立性与公正性的怀疑也是挑战仲裁员资格的理由之一。

003 > 意思自治原则与公正效率原则的冲突

在组庭程序中，当事人的意思自治原则也会与公正效率原则发生冲突，主要包括：当事人的约定与仲裁规则不一致，以及多方仲裁案件中仲裁员的选任。

9. 根据 Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre (2025) Article 21,22, 除双方另有约定外，独任仲裁员应当自仲裁程序启动之日的21天内由双方共同提名，否则将由院长指定；案件须提交三人合议仲裁庭的，除双方另有约定外，申请人应当自提起仲裁之日起的14日内选定申请人方仲裁员，被申请人应当自收到申请人选定仲裁员之日起的14日内选定被申请人方仲裁员，任何一方未按照前述时间选定仲裁员的，将由院长代该方指定该方仲裁员。

(一) 仲裁条款约定与仲裁规则不一致

实务中，较为典型的仲裁条款约定与仲裁规则的不一致场景即快速程序（简易程序）的适用。如前所述，当事人有权在仲裁条款中约定仲裁庭的组成人数、选任方式等内容。为提高仲裁效率，缩短仲裁程序的时间成本，大多数国际仲裁机构针对争议标的较小、案件事实简单的案件推出了快速程序。为了能够在最短的时间内审结案件，这些快速程序一般由独任仲裁员进行审理。如果仲裁条款中所载明的仲裁庭组成人数并非独任仲裁员，就会产生当事人意思自治原则与公正效率原则的冲突。各仲裁机构对上述冲突情形的解决方式并不相同，主要分为当事人约定优先和仲裁规则优先这两种处理的思路。

1. 当事人约定优先

在此种情况下，如果当事人在仲裁条款中约定案件提交三位仲裁员，而根据仲裁机构的仲裁规则，争议案件应适用简易程序，则可以按照当事人的约定，由三位仲裁员组成合议仲裁庭对案件进行审理。《2024香港国际仲裁中心机构仲裁规则》、《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》（2024）、《伦敦国际仲裁院仲裁规则》（2020年版）均采用此种模式。其中，为提高仲裁效率，HKIAC设置了询问当事人是否同意将案件提交独任仲裁员审理的前置程序¹⁰；而中国国际经济贸易仲裁委员会（“贸仲”）以及伦敦国际仲裁院（London Court of International Arbitration, “LCIA”）则直接将当事人另有约定作为简易程序中适用独任仲裁员的除外条款¹¹。

2. 仲裁规则优先

在《新加坡国际仲裁中心仲裁规则》（2025年版）、《国际商会仲裁规则》（2021）中，则采用仲裁规则优先的方式，即当事人一旦同意整体适用仲裁规则，且根据仲裁规则，争议案件应适用快

10. 《2024香港国际仲裁中心机构仲裁规则》第42.2条

11. 《中国国际经济贸易委员会仲裁规则》（2024）第六十一条；LCIA Arbitration Rules 2020, Article 5, 9A

速程序，仲裁规则中关于快速程序的有关规定将自动适用¹²。此时，尽管当事人在协议中存在将争议案件提交三名仲裁员进行审理的约定，也会因为适用仲裁规则的规定而自动变为由独任仲裁员审理案件。

在实践中，存在跨境争议案件的当事人以“仲裁庭系根据仲裁规则组成，组庭程序并不符合仲裁协议的约定”为由，申请不予承认和执行仲裁裁决的案例，但各国法院对该情形是否属于《纽约公约》第五条所规定的拒绝执行外国仲裁裁决的原因存在不同看法。

部分法院认为，当事人除仲裁庭的组成外，还通过选择适用的仲裁规则实现意思自治。因此，根据仲裁规则和案件情况所调整的仲裁庭组成并不违背当事人意思自治原则。在AQZ v ARA案件中¹³，案件双方当事人在仲裁协议中约定由SIAC的三名仲裁员解决争议，但在仲裁程序中，买方（申请人）依据仲裁协议适用的仲裁规则，向SIAC申请适用快速程序解决争议。尽管卖方（被申请人）对适用快速程序的申请表达了反对，SIAC仍决定对该案适用快速程序，并指定一名独任仲裁员对案件进行审理裁决。卖方在仲裁员作出有利于买方的裁决后，以仲裁庭的组成和仲裁程序不符合双方约定为由，向新加坡法院申请撤销仲裁裁决。新加坡高等法院经审理，认为案件适用的仲裁规则包含了快速程序，该程序的引入是为了提高效率，且该案双方并未明确约定排除快速程序的适用，因此，SIAC规则中关于快速程序的条款可以优先于当事人关于三名仲裁员组成的约定，这种安排符合商业逻辑，有助于降低争议解决的成本和时间。在另一案件中¹⁴，新加坡法院同样认为，案件双方选择适用SIAC的仲裁规则包含快速程序，尽管仲裁条款约定了仲裁庭应由三名仲裁员组成，但在仲裁条款未明确约定在快速程序中也应当有三名仲裁员的情况下，案件由独任仲裁员进行审理并不违背当事人的

12. Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre (2025), Article 14.1; 《国际商会仲裁规则》(2021) 第30.1条

13. AQZ v ARA [2015] SGHC 49

14. W Company v. Dutch Company and Dutch Holding Company [2012] 1 SAA 97

意思自治。

英国法院的观点与新加坡法院类似。Travis v. Essar¹⁵案件中的双方当事人约定在仲裁协议中将争议提交ICC进行仲裁。在仲裁程序中，仲裁员适用了简易程序¹⁶，后被申请人向英国法院申请撤销仲裁裁决，理由是仲裁庭组成程序违反仲裁协议约定。经过审理，英国法院认为，本案中仲裁员决定适用简易程序审理系行使其自由裁量权，当事人在约定适用ICC仲裁规则时，即同意并接受了仲裁员的此种自由裁量权，因此本案组庭程序并不违反当事人的约定。

我国法院的观点却截然相反。在来宝资源国际私人有限公司诉上海信泰国际贸易有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决¹⁷一案中，双方约定仲裁庭应由三名仲裁员组成。在仲裁程序中，SIAC认为案件满足快速程序的要求，遂指定独任仲裁员对案件进行审理。法院认为，SIAC的仲裁规则并未明确排除三名仲裁员在快速程序中的适用，且该案中有一方当事人表示反对独任仲裁。法院认为，该案件的仲裁庭组成违反了当事人仲裁协议的约定，符合《纽约公约》项下不予承认和执行仲裁裁决的情形。

59

(二) 多方仲裁案件中仲裁庭的组成

当事人意思自治和公正效率的另一常见冲突情形即多方仲裁案件的组庭。在涉及多方当事人的跨境争议解决中，仲裁员的选任问题尤为复杂，因为这不仅将关系到各当事人意思自治的权利是否行使，还可能直接影响仲裁结果的可接受性和执行性。

实践中，仲裁条款对于仲裁员选任的约定往往是按照申请人和被申请人的阵营进行划分的，但在三方及以上的多方合同所产生的争议中，往往会出现多个被申请人。此时，各被申请人的利益可能不完全相同，并不能直接就仲裁员选任问题达成一致意见。因此，

15. Travis Coal Restructured Holdings LLC v. Essar Global Fund Ltd. [2014] EWHC 2510 (Comm)

16. 根据国际商事当时的仲裁规则，表述为summary procedure，故在此翻译为简易程序。

17. 来宝资源国际私人有限公司 (Noble Resources International Pte Ltd) 诉上海信泰国际贸易有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决一案，(2016)沪01协外认1号

多方仲裁员的选任程序可能会因被申请人方迟迟无法共同选任一名仲裁员，导致仲裁时间的延长和成本的增加。在此种情况下，仲裁机构为了确保仲裁程序的效率，会为未能按期选定仲裁员的当事人指定仲裁员。在司法实践中，仲裁机构代为指定的做法是否侵犯了每一位当事人所享有的指定仲裁员的权利存在争议。

最为著名的多方当事人选任仲裁员的案件即属BKMI, Siemens v. Dutco¹⁸一案。该案中，ICC作为三方当事人在仲裁协议中约定的仲裁机构，在两被申请人未共同选任仲裁员的情况下，代为指定了仲裁员。该案件的仲裁裁决最终被法国最高法院撤销。法国最高法院认为，在多方当事人仲裁中，应确保所有当事人平等指定仲裁员的权利，本案中，BKMI和Siemens同为被申请人，但只能共同指定一名仲裁员显然剥夺了两当事人平等选择仲裁员的权利。尽管本案各方当事人达成的仲裁条款未能有效保障所有当事人的此种权利，但该仲裁条款系在争议发生前签署的，在争议产生后，该仲裁条款未经所有当事人确认，因此，该仲裁条款不应发生效力。

在类似案件中，我国法院却持有不同观点。在张兰、盛兰控股集团(BVI)有限公司与甜蜜生活美食集团控股有限公司一案中¹⁹，张兰和盛兰控股集团有限公司作为仲裁案件的两被申请人，以其在仲裁程序中不得不共同指定仲裁员，未能平等行使仲裁员指定的权利为由，向法院申请撤销仲裁裁决。法院经审查认为，该案仲裁庭系完全根据仲裁条款中“申请人应指定一（1）名仲裁员，被申请人应指定一（1）名仲裁员。”的约定组成的，该约定在实践中并非无法实施，两被申请人以无法就仲裁员人员达成一致为由，多次拒绝共同指定仲裁员的做法有违诚实信用原则。

18. BKMI Industrieanlagen GmbH, Siemens AG v. Dutco Construction Co. (Private) Limited, 引自 Stefan Kröll: Siemens-Dutco Revisited? Balancing Party Autonomy and Equality of the Parties in the Appointment Process in Multiparty Cases, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2010/10/15/siemens-dutco-revisited-balancing-party-autonomy-and-equality-of-the-parties-in-the-appointment-process-in-multiparty-cases/>

19. 张兰、盛兰控股集团(BVI)有限公司[Grand Lan Holdings Group]申请撤销仲裁裁决特别程序民事裁定书，(2019)最高法民特5号

004 > 中国企业出海的平衡之道

在中国企业日益频繁的出海背景下，如何在组庭程序兼顾当事人意思自治权利与仲裁程序的公正效率，对于维护中国企业的合法权益尤为重要。

（一）了解仲裁规则，选择合适的仲裁机构

不同的仲裁机构拥有各自的仲裁规则和程序，这些规则和程序对仲裁庭的组成有着不同的规定。中国企业在选择仲裁机构时，应充分了解各机构的仲裁规则，特别是关于仲裁庭组成的规定，例如仲裁员的人数、资格、指定方式、快速程序（简易程序）是否能够通过约定排除适用等。中国企业应根据自身需求、交易类型和案件特点，围绕仲裁机构的中立性与公正性、争议解决成本和效率、仲裁机构的国际认可度和执行力等选择最适合的仲裁机构，确保仲裁程序的公正和效率。

61

（二）审慎约定仲裁条款

仲裁条款是仲裁程序的基础，关于仲裁庭组成的约定也是仲裁条款的核心要素之一。企业应在仲裁条款中明确约定仲裁庭的组成方式，例如仲裁员的人数、指定方式、是否适用快速程序等，必要时，可寻求专业法律人士的帮助，以避免日后因仲裁条款的表述产生争议。

此外，如前所述，不同司法辖区对于仲裁庭组成程序中，当事人意思自治和仲裁程序的公正效率冲突的处理方式存在差异，这对仲裁裁决的可执行性具有决定性影响。为此，中国企业在约定仲裁条款时，应结合海外业务开展地、相关司法辖区的司法判例中对于意思自治和公正效率的评判等因素，选择法律体系完善、司法环境良好、尊重当事人意思自治的仲裁地，以确保仲裁程序的公正性和仲裁裁决的可执行性。

（三）选择具有多元文化背景的仲裁员

在跨境争议解决中，仲裁员的文化背景和法律素养对仲裁结果有着重要影响。中国企业在跨境争议中，建议选择具有多元文化背景和丰富国际仲裁经验的仲裁员，特别是对于中国企业的商业惯例、所处行业的特色具有一定了解的仲裁员，以确保仲裁庭能够充分理解中国企业的商业实践和法律需求，进而保证仲裁结果的公正性和可接受性。

在选择仲裁员时，中国企业还应重点关注仲裁员的专业背景是否与案件争议焦点相匹配，并通过仲裁机构的仲裁员披露制度，对仲裁员可能存在的利益冲突进行审查，确保仲裁员的公正性，并确保该仲裁庭作出的裁决在将来不会因为违反利益冲突规则等原因而被撤销或者无法强制执行。

（魏予洁对本文亦有贡献）



高俊
合伙人
合规与政府监管部
上海办公室
+86 21 6061 3575
gaojun@zhonglun.com

Part I

国际仲裁：
战略布局与攻守之道

INTERNATIONAL ARBITRATION:
STRATEGIC LAYOUT AND THE
ART OF OFFENSE AND DEFENSE

2<

仲裁程序全视角：
组庭后续



跨境仲裁中的程序会议、 程序令与程序时间表

by 李嵘辉 钱妍菲

随着中国企业“出海”之路的不断深入，跨境纠纷也呈上升趋势，这使得中国企业参与跨境仲裁程序的频率与深度不断提高。在跨境仲裁中，仲裁庭的组成在程序上是一个关键节点，它标志着仲裁程序正式进入审理的预备阶段。与国内仲裁的一般实践不同，在跨境仲裁程序组庭后，仲裁庭将运用其程序权利，主要通过召开程序会议、签发程序令以及确定程序时间表等，与各方当事人共同搭建起后续仲裁程序的“骨架”。对于相对缺乏跨境仲裁经验的中国企业而言，精准把握上述机制的运作逻辑，有意识地从程序中争取有利的地位，对于妥善应对跨境仲裁挑战、维护自身合法权益具有极为重要的意义。

001 > 程序会议：拉开跨境仲裁程序的序幕

程序会议，又称案件管理会议（Case Management Conference），是跨境仲裁案件中，由仲裁庭与各方当事人共同协商确定后续程序事项的关键环节。在仲裁庭组成后，仲裁庭通过召开程序会议并充分协商案件的关键程序性事项，为仲裁庭后续确定程序时间表、签发具有拘束力的程序令奠定基础，确保仲裁程序的有序进行。

与国内仲裁中较少召开程序会议的实践不同，跨境仲裁程序（无论是商事仲裁还是投资仲裁）普遍将程序会议作为强制性的程序节点。常见的国际仲裁机构的仲裁规则对此均有明确规定。例如，《新加坡国际仲裁中心仲裁规则（2025版）》（2025 Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre）第32.4条规定，在仲裁庭组成后应尽快与各方召开首次案件管理会议，以讨论对案件最适当且高效的程序；《斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则（2023版）》（2023 SCC Arbitration Rules）第28条规定，案件移交仲裁庭后，仲裁庭应立即与当事人召开案件管理会议；《国际商会仲裁规则（2021版）》（2021 ICC Arbitration Rules）第24

条也对案件管理会议作出了规定。在国际投资仲裁领域，《国际投资争端解决中心仲裁规则（2022版）》（2022 ICSID Arbitration Rules）第29条要求在一般程序中，仲裁庭应在组庭后60天内召开首次程序会议（first session）。

从最佳实践角度而言，首次程序会议召开前，负责方（如独任或首席仲裁员、仲裁庭秘书或仲裁机构的秘书处）通常会向双方当事人发送议程草案，其中载明了将要在会上讨论的事项，如程序时间表、适用的仲裁规则、仲裁语言、开庭地点与开庭方式、是否有文件披露请求等关键程序性议题。此外，仲裁庭还可能向双方当事人发送第一号程序令草案，要求当事方在程序会议前表明其对各项程序事项的意见，并对不同意的事项陈述相关理由。

在首次程序会议中，仲裁庭将逐项审议议程事项，并再次要求各方确认在每一事项上的立场。这一过程旨在确保各方对程序安排达成共识，为后续仲裁程序的顺利开展铺平道路。程序会议的召开形式多样，线下会议、电话会议或视频会议均可选择。目前的仲裁实践中，为节约成本、便于协调各方的出席时间，电话会议或视频会议一般为常见选择。

程序会议的结果直接决定了后续仲裁程序的节奏、走向与效率。然而，中国企业可能因不熟悉这一特殊机制，而对程序会议的性质有所误解：要么将程序会议误认为“走个过场”，因而消极应对甚至全程沉默，把主动权拱手相让；要么把程序会议当成“第二战场”，争辩过度导致陷入僵局。对于参与跨境仲裁程序的中国企业而言，必须认识到程序会议并非零和博弈的擂台，而是由仲裁庭与各方当事人共写程序剧本的圆桌。中国企业若能带着“编剧”而非“演员”的心态入场，就能在看似商讨程序性议题的程序会议中嵌入战略意图。例如，可以在程序会议中提出建议，要求仲裁庭分阶段审理（Bifurcation或Trifurcation，两阶段或三阶段），即将管辖权争议和实体争议分阶段审理，或将管辖权争议、实体责任和赔偿数额争议分阶段审理。如果仲裁庭采纳分阶段审理的建议，则有望在早期阶段终结争议，或回避实体问题上可能的不利局面，从而节省时

间和资源（当然实践中也存在通过分阶段审理拖延程序的做法）；反之，如企业在早期阶段的法律地位并不十分有利，则应坚持一并审理，以期在庭外和解争取时间和空间，创造更有利的程序环境。

002 > 程序令：锚定跨境仲裁程序的航向

程序令（Procedural Order）是仲裁庭为管理仲裁程序而以书面形式发布的一系列决定或安排。如果将跨境仲裁程序比作一段航程，那么程序令就像是其中的一座座关键的航标，为程序的推进指明方向。其中，第一号程序令（Procedure Order No.1）更是如同起航时的第一座灯塔，是首次程序会议的成果结晶，以书面形式确定了经仲裁庭与当事人协商确认的程序事项，在仲裁程序中具有重要地位。

67

（一）程序令的内容

一般而言，程序令聚焦于程序性事项，而不轻易涉足实体性问题。然而，实践中偶尔也会出现仲裁庭在程序令中对实体性问题进行处理的特殊情况，例如在下文详述的NeuroVive Pharmaceutical AB v. CicloMulsion AG案中，仲裁庭在程序令中表明了对系争合同特定条款的解释立场。这一做法虽不常见，但也体现了仲裁庭在特定情境下将程序令作为灵活掌控案件推进的手段。

程序令的内容因案而异，具有高度的灵活性和适应性，往往会紧密围绕仲裁庭对案件的规划以及当事人的需求而量身定制。对于大部分案件而言，第一号程序令通常会记载以下事项：程序时间表、仲裁地与开庭地、适用的法律和规则、仲裁程序的语言与翻译事宜、仲裁文书的格式与提交方式、书面证据提交的要求和方式、事实证人和专家证人相关的事宜等。

（二）违反程序令的后果

在跨境仲裁的舞台上，程序令相当于仲裁程序的剧本，仲裁庭

与各方当事人均冀望所有参与仲裁程序的主体均能秉持诚信原则，严格按照程序令所规定的事项推进仲裁程序，共同维护仲裁的高效性。然而，现实中违反程序令的情况却时有发生，无论是当事人还是仲裁庭，都可能作出偏离程序令规定的行为。

1. 当事人违反程序令的情形

程序令通常会明确各类文书及证据的最终提交期限。对于逾期提交的材料，仲裁庭原则上有权不予采纳，除非认为确有必要。在仲裁庭不予采纳的情况下，逾期提交的一方需自行承担由此造成的不利后果。

此外，倘若一方当事人违反程序令，仲裁庭将可能综合考量具体情况，尤其是违反程序令的原因及恶意程度等因素，对其作出不利的仲裁费用分担裁决。联合国国际贸易法委员会在《关于组织仲裁程序的说明》（UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings）中指出，在分摊仲裁费用时，仲裁庭可以考虑当事人的特定行为，其中包括了未遵守仲裁庭的程序令这一情形。在《伦敦国际仲裁院仲裁规则（2020版）》（2020 LCIA Arbitration Rules）下，当事人违反程序令的行为可能被认定为第28.4条所规定的“导致不必要延误和非必要开支的不合作行为”，进而对仲裁庭关于仲裁费用和法律费用分配的决策产生影响。

2. 仲裁庭违反程序令的情形

在实践中，当事人有时会因仲裁庭同意一方当事人在超出程序令规定的举证期限后提交证据，而以仲裁庭违反程序令为由，申请撤销仲裁裁决或主张裁决不应被认可和执行。不过，由于程序令或相关仲裁规则中通常会赋予仲裁庭修改程序令或决定是否采纳当事人逾期提交证据的权利，当事人的前述申请或主张往往难以获得支持。例如，在（2022）京04民特381号案中，申请人以仲裁庭同意被申请人在程序时间表载明的期限之后提交证据为由申请撤销仲裁裁决，北京市第四中级人民法院认为，程序令中已明确规定了仲裁庭有权对程序令进行修改或补充，且仲裁庭当庭对申请人的异议进行了评议，对程序令的性质进行了释明，同时明确了庭后补充证据

的时限，因此申请人未能充分举证证明仲裁裁决存在违反仲裁法规定的情形，该撤裁申请最终未被支持。在（2021）京04认港3号案中，被申请人以仲裁庭接受申请人迟于第1号程序令规定时间提交的文件为由主张仲裁裁决不应被承认和执行，北京市第四中级人民法院依据《ICC仲裁规则》第22条第2项的规定¹，指出仲裁庭可以决定是否接受当事人未能按照仲裁庭制定的程序计划提交文件。因此，仲裁庭接受申请人迟交的文件并未违反《ICC仲裁规则》和当事人之间的协议。

在个别特殊案例中，如果仲裁庭违反程序令的行为对裁决结果可能产生实质性影响时，仲裁裁决则可能面临被撤销的风险。例如，在NeuroVive Pharmaceutical AB与CicloMulsion AG之间关于许可协议纠纷的斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁案件中，仲裁庭在其签发的第十号程序令中阐明了仲裁庭对于案涉许可费的立场——CicloMulsion收取特定国家许可费的权利不以在该国推出药品为条件。同时，仲裁庭在该程序令中承诺，在未事先通知各方当事人并给予其就此事项陈述意见权利的情况下，仲裁庭的裁决不会偏离这一立场。然而，在后续仲裁庭作出的部分裁决中，仲裁庭在未告知双方当事人的情况下变更了其在第十号程序令中的立场。CicloMulsion随后以仲裁庭违反第十号程序令、存在程序性错误为由向瑞典法院申请撤销该裁决。瑞典最高法院指出，第十号程序令使CicloMulsion产生了信赖，其有权假定仲裁庭不会再重新分析第十号程序令中所载事项。进一步而言，如果CicloMulsion知道仲裁庭重新考虑其立场，将会进一步提出主张，因此仲裁庭的程序性错误剥夺了CicloMulsion充分论证的权利，对最终裁决结果产生了影响。瑞典最高法院最终支持了CicloMulsion的撤裁申请。

003 > 程序时间表：绘制跨境仲裁程序的轨迹

程序时间表（Procedural Timetable）是第一号程序令中的核心要素之一，清晰地标注了后续仲裁程序各项时间节点与任务安排。程序时间表可以使仲裁庭和各方当事人能够对案件各个程序环节的推进节奏、关键节点以及所需完成的任务一目了然，是保障仲裁程序高效、有序运行的关键工具，更是有效防止当事人进行“突袭”、确保各方有充足时间准备和应对的重要机制。

常见的国际仲裁机构的规则均对于程序时间表予以了明确规定。例如，《ICC仲裁规则》第24.2条规定，“仲裁庭应在程序会议期间或会后尽快制定程序时间表，以确保仲裁的有效进行。”《香港国际仲裁中心机构仲裁规则（2024版）》第13.2条规定，“在仲裁程序的早期，与当事人商议后，仲裁庭应为仲裁制备一份暂行时间表，提供给当事人和HKIAC。”

程序时间表的具体架构将与仲裁文书的提交模式紧密相关。在跨境仲裁实践中，主要存在两种文书提交模式——“议事录式（Memorials Approach）”与“诉答式（Pleadings Approach）”。两种模式在书面证言等证据材料的提交时机上存在显著差异，进而影响着程序时间表的整体架构。在议事录式模式中，当事人通常会在第一轮书状交换中就附上事实证人证言，这使得第一轮书状能够相对完整地展现出当事人所主张的立场、所依据的事实及法律分析。在不涉及反请求和引入专家证人的情形下，典型的议事录式模式通常由两轮书状交换组成，且从仲裁程序启动之初，证人证言及相关证据便已同步跟进。相比之下，诉答式模式则呈现出不同的节奏。在诉答式的程序中，事实证人证言并不会与书状同步提交，而是在完成书状交换、证据开示等程序以后才会被提交。这意味着，典型的诉答式程序可能涉及三至四轮文书提交/交换，而书面证言的准备和递交通常发生在仲裁程序的中后期。²不过，仲裁程序的灵活性使得议事录式与诉答式

2. 关于议事录式程序和诉答式程序的更详细介绍，请参见团队此前发表于“中伦视界”公众号上的文章《Memorials or Pleadings? 何以精心设计事实证人证言程序》。

模式并非绝对的非此即彼之选。当事人和仲裁庭可以根据案件的具体情况和需求，巧妙地将两种程序的优势相结合，制定出既符合案件特点，又能高效推进仲裁进程的混合模式程序时间表。

此外，案件是否会分阶段审理也会影响程序时间表的具体架构。以新加坡亚化公司（Asiaphos Limited）等诉中国政府案为例，在仲裁庭签发的第一号程序令中，针对不同情况制定了不同的程序时间表。在申请人提交实体性问题的Memorial后，如不申请分阶段审理，被申请人需同时对实体问题以及管辖权和/或可受理性问题（如有）提交Counter-Memorial；如申请分阶段审理，则被申请人需要提交初步异议（Preliminary Objections）的Memorial以及对于分阶段审理的申请（Request for Bifurcation），随后申请人就分阶段审理申请予以回应，最后由仲裁庭决定是否分阶段审理。如果允许分阶段审理，双方将就被申请人的初步异议提交两轮书状，随后仲裁庭会先就初步异议进行开庭审理；如果未申请或仲裁庭未允许分阶段审理，在双方就初步异议交换书状前将会先开展证据开示环节（production of documents），仲裁庭之后会一并开庭审理初步异议和实体问题。

为了确保能够按时完成程序时间表中规定的各项任务，当事人普遍采用从各节点“逆向规划”的策略来筹备文书和证据。当事人会从程序时间表设定的最终期限出发，逐步向前推算每个阶段工作所需的时间和资源，从而为文书起草、证据收集、证人协调等各项任务制定详细的时间安排。通过这种方式，当事人可以更加精准地把控工作进度，确保在每个关键节点都能按时提交符合要求的材料，避免因准备工作不足而导致程序延误或遭受不利后果。

在后续阶段，特别是开庭前，仲裁庭通常还会再次专门召开程序会议以确定开庭事项，并签发新的程序令，其中可能包含针对庭审流程的专项程序时间表。这一环节也为双方当事人提供了机会，积极争取有利于己方策略的庭审时间分配、发言顺序和证人的出场安排。

004 > 小结

在跨境仲裁程序组庭后，程序会议标志着仲裁庭与双方当事人实质性互动的开启，而由此形成的程序令与程序时间表则是贯穿仲裁程序始终的关键要素。对于中国企业而言，精准把握这三类机制的运作逻辑，在妥善应对跨境仲裁的挑战以及维护自身合法权益方面，具有极为重要的战略意义。

在实践过程中，中国企业需要完成从“被动适应者”到“主动设计者”的角色跃迁，将程序性机制纳入整体争议解决策略中，充分行使程序权利。这要求企业以策略性的视角积极参与程序会议，争取为后续仲裁奠定有利基调；在遵守程序时间表和程序令的同时，通过及时提出异议等方式，动态维护自身程序权益。企业需要深刻认识到，程序权利并非实体权益的附属品，而是保障实体权益实现的坚实屏障。

总体而言，中国企业应以专业化的姿态参与跨境仲裁案件的程序构建。这不仅能帮助企业在全球商业纠纷解决中占据主动地位，把握仲裁程序的节奏和方向，还能树立起兼具合规意识与专业能力的中国企业形象，进而为自身跨境业务的稳健拓展提供有力支持。

(李雪晨对本文亦有贡献)



李嵘辉
合伙人
争议解决部
上海办公室
+86 21 6085 3880
samli@zhonglun.com



从Enka v. Chubb到2025年 《英国仲裁法》修订：仲裁 协议准据法判断规则的变化

2025年2月24日,《英国仲裁法》¹修订案正式出台,本次修订案对1996年起实施的《英国仲裁法》作出了多项修订,自2023-2024年期间修订草案及相关各方意见公开后便引发了广泛的关注与讨论。其中,此次修订对仲裁协议准据法的适用规则进行了明确规定,一举改变此前英国上诉法院在Sulamérica v. Enesa案²及英国最高法院在Enka v. Chubb案³、Kabab-Ji v. Kout案⁴等判例中所确立的裁判逻辑。

虽然在过去近二十年时间里,国际仲裁已经逐渐从以英国(伦敦)为中心向全球多中心演变,但是英国仍是世界上最有影响力的国际仲裁中心之一(伦敦玛丽女王学院2021年国际仲裁调查指出约54%的受访者最偏好选择伦敦作为仲裁地,位列全球所有城市第一位⁵),本次英国的修法或将又一次牵动仲裁协议法律适用问题的国际实务发展趋势。其不仅可能影响在英国法院审理的同仲裁协议效力或执行有关的案件,也可能对许多普通法国家或地区产生示范性的影响——此前英国法院判决的Sulamérica v. Enesa、Enka v. Chubb等案都曾为新加坡最高法院在BNA v. BNB⁶、我国香港高等法院原讼法庭在China Railway v. Chung Kin⁷等案中所探讨过,本次修法亦可能被再次讨论或借鉴。

在此背景之下,本文旨在回顾仲裁协议法律适用问题,结合英国法院近年来的典型案例以及本次2025年《英国仲裁法》所确立的新规则,抛砖引玉展望国际仲裁实践的未来发展趋势,并给予一点实务上的建议。

1.本文所称“英国仲裁法”仅系对自1996年起实施并于2025年修订的“(English) Arbitration Act”的习惯称呼,并不指向或包括自2010年起实施的“Arbitration (Scotland) Act”。

2.[2012] EWCA Civ 638.

3.[2020] UKSC 38.

4.[2021] UKSC 48.

5. See School of International Arbitration of Queen Mary University of London, *2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world* (2021).

6.[2019] SGCA 84.

7.[2023] HKCFI 132.

（一）仲裁协议法律适用问题简介

仲裁协议的法律适用问题，即“应当适用什么法律管辖仲裁协议”，是一个常被忽略但极易引发争议的问题。在绝大部分合同中，即便当事人约定了以仲裁解决争议，也往往会忽视对仲裁协议所适用的法律（即仲裁协议的准据法）进行明确约定。

尽管很多合同都会有法律适用条款（诸如约定“本协议应适用中国法律管辖”），但由于仲裁协议具备独立性（separability），即仲裁协议相对于主合同而言构成一份独立的合同，因此主合同的准据法并不必然能够适用于仲裁协议。以前述“本协议应适用中国法律管辖”这一条款为例，这一条款只意味着主合同是否有效成立、内容如何解释等问题应当依据中国法判断，但并不意味着仲裁协议是否有效成立、如何解释等问题也应根据中国法判断。如果当事人要对仲裁协议准据法进行明确的约定，则需要写明“本仲裁协议适用的法律为……”，否则就不构成明确的约定。

相较合同中的法律适用条款，合同对“仲裁地（seat of arbitration）”的选择常常更多地影响到仲裁协议的准据法。所谓“仲裁地”，是指仲裁在法律意义上的发生地，与案件实际上在何地开庭或审理（即仲裁开庭地点）不是相同的法律概念。对仲裁地的选择决定了仲裁裁决的“国籍”（进而决定了哪一地的法院有权撤销该仲裁裁决），也会影响到哪一地的法律将适用于仲裁的程序性事项（例如仲裁应当遵照哪些步骤开展等）。有一种常见观点认为，在缺乏当事人对仲裁协议准据法的明确选择时，仲裁地法就应当是仲裁协议的准据法。

然而事实上，不同法域对仲裁协议准据法的适用规则及裁判逻辑并不尽相同。一项研究指出，全球各个法域中有四种观点最为常见：（1）适用仲裁地法（在该研究所覆盖的75个法域中约占51%的法域采这一观点）；（2）适用主合同准据法（约占75个法域的34%）；（3）适用有效性原则（validation principle）判断准据法，

即适用使仲裁协议有效的法律（约占9%，采用该观点的一个典例为瑞士）；（4）适用超国家的判断方式（a-national approach），即不适用任何国家的法律，而是根据当事人的合意（the parties' common intent）并辅以国际公共政策（international public policy）等国际法规直接判断仲裁协议的相关问题（如成立与否、有效性等）（约占6%，采用该观点的一个典例为法国）。⁸

而根据此前英国法院的判例，在缺乏当事人明确选择的仲裁协议准据法时，英国法院一度最倾向于适用主合同准据法，但本次《英国仲裁法》修订则将改变这一倾向，转而将仲裁地法作为默认的适用法律，其转变前后的观点值得对比与关注。

（二）修法前英国法院的观点：以Enka v. Chubb案为例

在本次《英国仲裁法》修订前，英国上诉法院在Sulamérica v. Enesa案⁹及英国最高法院在Enka v. Chubb案¹⁰、Kabab-Ji v. Kout案¹¹等案例中判断仲裁协议准据法时，采用了三阶式的判断方式，即：

- ①适用当事人对仲裁协议明示选择的法律；
- ②如无明示选择，则适用当事人默示选择的法律；
- ③如仍无法确定，则适用与仲裁协议有“最密切联系”的法律。

在上述第①步中，所谓的“明示选择”即当事人在合同中写明适用于仲裁协议的法律，例如约定“本仲裁协议的适用法律为英国法”，但绝大多数合同都缺少这样的条款。在第②步中，英国法院认为当事人对主合同准据法的选择通常可推断为是“默示选择”了仲裁协议的准据法。在第③步判断中，英国法院则认为仲裁地法通常是与仲裁协议有“最密切联系”的法律。由于第②步判断先于第③步，

8. See Winnie Jo-Mei Ma, *Harmonising Judicial Approaches to Determining the Law of the Arbitration Agreement*, 2023(1) ICC Dispute Resolution Bulletin 26 (2023); M. Scherer & O. Jensen, *Towards a Harmonized Theory of the Law Governing the Arbitration Agreement*, 10(4) Indian Journal of Arbitration Law 1 (2021); Ibrahim Amir, *The Proper Law of the Arbitration Agreement: A Comparative Law Perspective: A Report from the CIArb London's Branch Keynote Speech 2021*, Kluwer Arbitration Blog (2021).

9. [2012] EWCA Civ 638.

10. [2020] UKSC 38.

11. [2021] UKSC 48.

因此主合同的准据法通常会得到优先适用，除非有其他因素能够阻碍前述关于“默示选择”的推断。¹²

在英国最高法院判决的Enka v. Chubb案中，可以看到英国法院如何适用上述判断方式：Enka是俄罗斯某发电厂的建设分包方，Chubb则是该发电厂的保险方；该发电厂遭受一场火灾后，Chubb向发电厂业主支付了保险赔偿，并获得了向Enka追偿的权利。2019年，Chubb向俄罗斯法院起诉Enka，而Enka则在英国法院寻求禁诉令，主张基于Enka所签署建筑合同中的仲裁协议，Chubb应停止在俄罗斯的诉讼。该仲裁协议中载明：“*the Dispute shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce*（**争议应根据国际商会仲裁规则得到最终解决**）”；“*the place of arbitration shall be London, England*（**仲裁地应为英国伦敦**）”（合同原文为英俄双语，以俄语为准；此处援引英文原文，中文参考翻译为笔者添加）。¹³此外，建筑合同中虽然多处采用了首字母大写的“*Applicable Law*（**适用法律/准据法**）”之表述，但这一术语在合同中并无明确定义，且建筑合同也没有单独的法律适用条款。¹⁴

77

适用前述三段式的判断规则，英国最高法院的多数派观点认为：

(1) 就“明示选择”：鉴于建筑合同中并无法律适用条款，也没有明确定义“*Applicable Law*（**适用法律/准据法**）”的含义，因此不能认为当事人对主合同或仲裁协议的准据法作出了“明示选择”。¹⁵

(2) 就“默示选择”：多数派法官认为有多种因素表明当事人对主合同没有作出明示或默示的选择，因而也就没有对仲裁协议的准据法形成“默示选择”，这些因素包括：对于一份正文及附件长达500余页的合同而言，缺乏法律适用条款只能被认为是有意为之，显然的解释应当是双方无法就准据法达成一致；¹⁶合同一方当事人

12.[2020] UKSC 38, para. 170; [2021] UKSC 48, para. 28.

13.[2020] UKSC 38, paras. 7-12.

14.[2020] UKSC 38, paras. 148-151.

15.[2020] UKSC 38, paras 148-155.

16.[2020] UKSC 38, paras. 148 & 160.

Enka系服务提供方，而Enka是土耳其公司，这似乎指向合同应适用土耳其法；但是，另一方Chubb是俄罗斯公司，同时发电厂位于俄罗斯而发电厂业主也是俄罗斯公司，合同本身亦以俄语为准，这些因素又似乎指向合同与俄罗斯法更相关。结合合同中的各种因素来看，法院认为无法得出双方就主合同或仲裁协议的准据法形成了（默示的）合意，相反只能认为双方没有就准据法达成一致。¹⁷不过，少数派法官则认为当事人对主合同适用俄罗斯法达成了默示合意，因此仲裁协议准据法应为俄罗斯法。¹⁸

(3) 就“最密切联系”法律：鉴于建筑合同中约定了仲裁地为伦敦，与仲裁协议具有最密切联系的法律应当为仲裁地法，即英国法。¹⁹不过，少数派法官则认为，与仲裁协议具有最密切联系的法律应当推定为主合同准据法，而非仲裁地法，除非有其他因素能够反驳该等推定（例如适用主合同准据法将导致仲裁协议无效时）。²⁰

78

在Enka v. Chubb案中，英国最高法院通过适用“明示选择—默示选择—最密切联系”的三阶式判断方式，得出结论认为当事人没有作出明示或默示的选择，因此仲裁协议应适用最密切联系的法律，即仲裁地法英国法。笔者注意到，对于仲裁协议准据法问题，英国法院常在对个案的具体情况进行推理论述后，倾向于得出适用英国法的结论。而从Sulamérica v. Enesa、Enka v. Chubb、Kabab-Ji v. Kout三案来看，尽管三案的案情各有千秋，英国法院最终也确实都得出适用英国法的结论。

17.[2020] UKSC 38, paras. 159-161.

18.[2020] UKSC 38, paras. 227-230.

19.[2020] UKSC 38, para 156.

20.[2020] UKSC 38, paras. 256-258.

002 > 2025年《英国仲裁法》确立的规则

相较前述英国法院所采用的“明示选择—默示选择—最密切联系”的三阶式判断方式，本次2025年《英国仲裁法》修订则确立了“明示选择—最密切联系”的二阶式判断规则，明确将“默示选择”排除在外，是一项重大改变。

（一）本次修订的相关条款

就仲裁协议法律适用问题，本次《英国仲裁法》修订增设了两项条款：其一，增加第6A条（仲裁协议的适用法律），明确了仲裁协议准据法的判断规则；其二，在第2条（条款的适用范围）中增加一项，明确了即使仲裁地在英格兰和威尔士或北爱尔兰以外或者仲裁地未被指定或决定时，本次新增的准据法判断规则仍然能够适用。

上述两项条款的原文及参考译文（笔者译）如下：

“6A Law applicable to arbitration agreement

(1)The law applicable to an arbitration agreement is—

(a)the law that the parties expressly agree applies to the arbitration agreement, or

(b)where no such agreement is made, the law of the seat of the arbitration in question.

(2)For the purposes of subsection (1), agreement between the parties that a particular law applies to an agreement of which the arbitration agreement forms a part does not constitute express agreement that that law also applies to the arbitration agreement.

(3)Subsection (1) does not apply to an arbitration agreement derived from a standing offer to submit disputes to arbitration where the offer is contained in—

(a)a treaty, or

(b)legislation of a country or territory outside the United Kingdom.

(4) *In this section—*
“legislation” includes any provision of a legislative character;
“treaty” includes any international agreement (and any protocol or annex to a treaty or international agreement).”

参考译文：6A仲裁协议的适用法律

(1) 仲裁协议所适用的法律是—

- (a) 当事人明示同意适用于仲裁协议的法律，或者
- (b) 无该等同意时，所涉仲裁的仲裁地法律。

(2) 就第(1)款之目的而言，当事人约定某一特定法律适用于包含仲裁协议作为其一部分的合同，不构成该特定法律亦适用于仲裁协议的明示同意。

(3) 第(1)款不适用于根据将争议提交仲裁的长期要约而形成的仲裁协议，如果该等要约系被包含在一

- (a) 一项条约，或者
- (b) 联合王国以外的国家或领土的立法。

(4) 在本条中—

“立法”包括具有立法性质的任何条款；

“条约”包括任何国际协议（及任何国际协议的议定书或附件）。

“2 Scope of application of provisions ...”

(2) *The following sections apply even if the seat of the arbitration is outside England and Wales or Northern Ireland or no seat has been designated or determined—*

(a) Section 6A (law applicable to arbitration agreement), ...”

（笔者注：该条中仅标红部分为本次修订新增条款，为便于阅读此处一并援引第2条第(2)款的原内容。）

参考译文：2条款的适用范围 ...

(2) 即使仲裁地在英格兰和威尔士或北爱尔兰以外，或者仲裁地未被指定或决定，以下条款仍适用—

- (a) 第6A条（仲裁协议的适用法律）， ...

（二）本次修订的要点及理由

本次修订的条款包含以下几点重要改动：

（1）确定了二阶式的仲裁协议准据法判断规则，即：①首先适用当事人明示选择的法律；②缺乏明示选择时，直接适用仲裁地法。

（2）明确主合同的准据法不构成对仲裁协议准据法的明示约定。

（3）明确即便仲裁地并非在英格兰和威尔士或北爱尔兰，或者即便仲裁地未被指定或决定，本次修订的仲裁协议准据法判断规则也依然能够适用。

（4）明确本次修订的判断规则并不适用于根据条约或非英国立法中的长期要约而形成的仲裁协议，这可排除该规则适用于非ICSID²¹相关的投资仲裁协议。²²

本次2025年修订与此前英国法院判例的关键差异，就在于将“当事人默示选择的法律”排除在仲裁协议准据法的判断因素之外，并且进一步明确了主合同准据法亦不构成对仲裁协议准据法的明示选择。其结果是，如果当事人没有对仲裁协议准据法作出明确约定，默认适用的法律即为仲裁地法；而如果按照此前英国法院在Enka v. Chubb等案中的裁判逻辑，主合同准据法通常会作为当事人“默示选择”的法律而被优先适用。

为何本次修订要改变此前英国法院确立的裁判逻辑呢？对此，受任审阅1996年《英国仲裁法》的法律委员会在其审阅报告中提出了一系列理由，其中一些关键理由包括：

- 英国最高法院所采的判断方式复杂且存在不确定性，²³会致使当事人难以预测结果，反而可能导致更多（程序上）不必要的成本与迟延；而本次修订则胜在其简洁性与确定性。²⁴此外，法律委员会亦认为最高法院的多数派观点存在逻辑上的矛盾，其一方面认

21.“ICSID”指国际投资争端解决中心（International Centre for Settlement of Investment Disputes），是根据《解决国家与他国国民间投资争端公约》而建立的国际投资争议解决机构，为国际投资争端提供调解、仲裁等争议解决服务。

22.Ministry of Justice, *Explanatory Notes relate to the Arbitration Bill [HL]* (2024).

23.Law Commission, *Review of the Arbitration Act 1996: Final report and Bill*, para. 12.20 (2023).

24.Law Commission, *Review of the Arbitration Act 1996: Final report and Bill*, para. 12.74 (2023).

为当事人对主合同准据法的选择通常可推断为对仲裁协议准据法的默示选择，另一方面又认为仲裁地法通常是与仲裁协议有“最密切联系”的法律；但这难以解释为何主合同准据法不是“最密切联系”的法律，却反而可以被推断是默示选择的法律。²⁵

• 法律委员会认为本次修订的规则与《承认及执行外国仲裁裁决公约》（“《纽约公约》”）第V.1(a)条所包含的法律适用规则更为一致，尤其是，法律委员会并不认为《纽约公约》在法律适用上认可所谓的“默示选择”。《纽约公约》第V条系对不予承认及执行外国仲裁裁决的规定，其中第V.1(a)条包含的一种情形是“该项（仲裁）协定依当事人作为协定准据之法律系属无效，或未指明以何法律为准时，依裁决地所在国法律系属无效者（*the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made*）”。²⁶此前，英国最高法院在Enka v. Chubb案与Kabab-Ji v. Kout案中均认为该条所述“指明（indication）”既包括明示选择又包括默示选择；²⁷但法律委员会则认为《纽约公约》的该条规定并不包括默示选择，且国际仲裁实践中对于该条是否包含默示选择也有诸多不同于英国最高法院的观点。²⁸

• 法律委员会还认为，本次修订所规定的法律适用规则可以使英国法被更多地适用于仲裁地在英国的案件，并避免（相较英国法而言）在可仲裁性等问题上潜在不那么友好的外国法律被适用。²⁹

值得一提的是，上述修订草案及意见在2023-2024年议会审阅阶段就已公开，但2024年9月英国最高法院在判决UniCredit Bank v. RusChemAlliance案³⁰时，依然遵循了此前在Enka v. Chubb案与Kabab-Ji v. Kout案中所采用的裁判逻辑，认为作为主合同准据法的

25. Law Commission, *Review of the Arbitration Act 1996: Final report and Bill*, paras. 12.34-12.38 (2023).

26. New York Convention, Art. V.1(a); 中文译文见《全国人民代表大会常务委员会关于我国加入〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的决定》（1986年12月2日通过）。

27. [2020] UKSC 38, para. 129; [2021] UKSC 48, paras. 33-34.

28. Law Commission, *Review of the Arbitration Act 1996: Final report and Bill*, paras. 12.46-12.52 (2023).

29. Law Commission, *Review of the Arbitration Act 1996: Final report and Bill*, paras. 12.72-12.73 (2023).

30. [2024] UKSC 30.

英国法应当适用于案涉仲裁协议。该案中一方当事人曾基于法律委员会的报告提出英国最高法院应当重新考虑其在Enka v. Chubb案中采用的准据法判断方式，但当时最高法院以修订草案仍在议会审阅阶段为由拒绝发表意见，并决定继续适用Enka v. Chubb案与Kabab-Ji v. Kout案中的裁判原则。³¹如今，2025年《英国仲裁法》修订案已经正式通过，英国法院未来将如何裁判仲裁协议准据法仍令人拭目以待。

003 > 结语及建议

英国上诉法院在Sulamérica v. Enesa案及英国最高法院所判决的Enka v. Chubb案与Kabab-Ji v. Kout案在国际仲裁实务界与学术界影响深远，其所确立的“明示选择—默示选择—最密切联系”的三阶式判断方式也曾在许多其他普通法国家的司法实践中被探讨。

83

而本次2025年《英国仲裁法》修订重新确立“明示选择—仲裁地法”的二阶式判断规则，改变了此前英国最高法院倾向于适用作为“默示选择”的主合同准据法而非适用仲裁地法的裁判逻辑。本次修订的影响力或许也不会仅局限于英国法院审理的案件，还可能为其他普通法乃至大陆法国家所探讨与借鉴，并又一次间接影响与形塑仲裁协议法律适用问题的国际实践，其未来发展趋势值得持续关注与思考。

鉴于这一问题在国际实践中的不确定性，笔者也建议当事人在起草仲裁协议时对仲裁协议准据法作出明确约定，比如添加条款“本仲裁协议/争议解决条款的适用法律为[某国法]”。仲裁协议法律适用问题虽然看似微小，但一旦产生争议就可能耗费极大的时间与成本才能彻底解决，例如前述Enka v. Chubb案中，当事人不仅需要应对仲裁，还需要分别在俄罗斯、英国应对寻求禁止诉讼/仲裁的诉讼程

序，其中仅在英国便一路经历英国高等法院、英国上诉法院、英国最高法院的审理，其间耗费的法律成本想必不计其数。而通过在仲裁协议中明确约定其准据法，便可在很大程度上避免产生此类争议，不可谓不重要。



张昊旻
区域合伙人
争议解决部
上海办公室
+86 21 6061 3335
michaelzhang@zhonglun.com



“山川异域,各有洞天”—— 国际仲裁中不同法域下证人 证言规则的比较分析兼评 英国证人证言规则改革

对于中国内地当事人而言，程序规则的差异适用问题往往是在国际仲裁中会遇到的最为重要且复杂的问题之一。所谓“程序重于实体”，能否自如运用程序规则，对实体权利义务的最终裁断乃至仲裁案件全局均有决定性作用。而在仲裁程序规则当中，证据规则与事实认定最为直接相关，其在普通法系和大陆法系下的差异也最为显著，其中尤以证人证言规则的差异为最。对此，虽然有国际律师协会（IBA）编纂的《国际律师协会国际仲裁取证规则》（IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration，下称“《IBA证据规则》”）作为一种综合平衡各法域差异的国际统一规则供仲裁当事人选择采用，但在实践中，不同法域的法律制度与法律文化仍会影响国际仲裁中对证据的处理与认定，而各法域对其域内证据规则的进一步改革与完善也从未停歇。

86

本文将从英国近期针对证人证言规则的改革切入，深入分析其可能对国际仲裁带来的深远影响，同时对比国际仲裁案件中的证人证言规则在我国内地的适用情况，以期为中国内地企业以及其他国际仲裁参与者提供实用性的助益。

001 > 英国法下证人证言规则的新发展

不同于大陆法系，证人证言在普通法系下往往构成案件的核心证据，对案件的事实认定起到至关重要的作用。但普通法系下的证人证言制度发展至今，也一直饱受诟病，被认为常常过度地由律师主导，甚至成为律师发表代理意见的手段；相应地，证人证言篇幅也越来越长，律师可能会在证人介入之前就花费数月时间审查披露信息并加工拼凑出证词，而证人仅需要确认签署。正如英国高等法官Geoffrey Vos爵士所言：“证人证言变得篇幅巨大而昂贵，并不集中于事实争议焦点，而是慢慢转变成对当事人双方全部历史关系的

叙述。它们由律师起草，常常与证人的确切言辞相去甚远。”¹

正是针对上述问题，2021年4月6日，英国法院颁布了《实务指引57AC》（Practice Direction 57AC），针对英国商事与财产法院（Business and Property Courts）所管辖案件的初审证人证言规则进行了大幅改革，其中明确要求“书面证言仅可列出证人在出庭口头作证时将会提供的证言（to set out in writing the evidence in chief that a witness of fact would give if they were allowed to give oral evidence at trial without having provided the statement）”，更进一步限定“证人证言仅可包括证人本人所知悉的事实（only matters of fact of which the witness has personal knowledge）”，杜绝了律师借证人之口发表代理意见的机会。此外，当中也赋予法官对不符合上述要求的证人证言予以惩处的权利，惩处的方式包括但不限于拒绝采纳该等证人证言、要求重新起草证人证言、要求违规当事人负担相关诉讼费用以及要求证人仅以口头的方式予以作证，等等。

87

在《实务指引57AC》实施之后，可以想见，英国诉讼中证人本身将逐步占据证人证言起草中的主导作用，而律师将不再担任“第一作者”，而是更多地承担对证人进行采访询问的工作，以整理出符合证人自己语言的表述的真实证词。同时，此前涉及案件方方面面的代理意见书证言将被更为精简的事实叙述替代，其内容仅限于法庭希望证人作证的相关争议焦点。在这样的变化下，证人出庭接受交叉盘问等等环节虽仍不可避免，但无疑将在简化诉讼程序的同时进一步提高证言的可信度，并大大减少律师与法官的工作量和对司法资源的浪费。

应当指出的是，这一规则变化的影响显然将不仅限于英国商事与财产法院所管辖的诉讼。尽管1996年英国《仲裁法》规定了英国法庭的规定并不直接适用于英国的仲裁，但在不违背当事人有权商

定任何事项的前提下，仲裁庭有权决定所有程序和证据事项（英国《仲裁法》第34(1)条），包括决定是否严格适用相关证据规则（英国《仲裁法》第34(2)(f)条）。因此，英国国内立法的变动对于国际仲裁案件，尤其是以英国为仲裁地的仲裁案件的影响仍不容忽视。同时，英国作为英联邦国家法律的“执牛耳者”，且作为国际仲裁主要仲裁地之一，其立法改革势必将引发国际仲裁界对证人证言制度的新一轮反思与更新。事实上，伦敦海事仲裁员协会（London Maritime Arbitrators Association, LMAA）就已率先采取行动，在其2021年仲裁规则的附录4第2段中采用了与《实务指引57AC》类似的规定，适用于其所受理的2021年5月1日之后开始的仲裁案件。

002 > 中国内地视角下的国际仲裁证人证言规则简析

为了尊重仲裁的灵活性，我国《仲裁法》中涉及证据问题包括证人证言问题的内容较少，主要机构仲裁规则中的相关规定也言之寥寥，实际适用何种证据规则多依赖于仲裁庭的自由裁量权或双方当事人的合意。而实践中双方当事人及仲裁庭又多以中国内地民事诉讼法下证据制度为参考，或参照《IBA证据规则》作为国际实践标准。因此，以中国内地为仲裁地、尤其是内地机构管辖的国际仲裁案件中的证据规则，也时常体现出上述鲜明的法域特征。

例如，我国《民事诉讼法》项下的证据规则并未禁止当事人与证人在案件审理前接触，亦未限制当事人的代理人帮助证人准备书面证言或提供出庭作证辅助，事实上这样情形在仲裁实践中也并不鲜见。此外，在中国内地的诉讼程序中也普遍存在证人不出庭的现象，证人的书面证词往往完全代替了口头陈述，在这样的情形下，裁判者多有“天然的”不信任证人证言的倾向，而针对证人证言的质证程序效果亦颇为有限。这一特点在仲裁中的进一步体现，便是无论是我国内地各大仲裁机构抑或对仲裁案件程序问题具有管辖权的内地法院，均缺乏行之有效的措施以保障不配合的证人出庭，这一点与普通法系区别显著。

此外，以中国内地为仲裁地、尤其是以内地机构管辖的国际仲裁程序中对证人证言的质证环节也延续了我国职权主义法律文化的特点，由仲裁庭主导对证人询问的“纠问式”极为常见，且更倾向于依赖书证而非证人证言来发现事实。而在开庭过程中，与常见的普通法下国际仲裁程序迥异的是，中国内地的国际仲裁程序在开庭中多集中于书面证据的质证与当庭辩论，极少见英美法下的集中询问证人的证据庭审（evidential hearing）。

003 > 小结

由此可见，尽管在国际仲裁中的证据规则已经有以《IBA证据规则》为代表的国际标准实践，在一定程度上体现了不同法律文化的融合，更已在广泛地被各国仲裁庭和当事方接受。但在实践中，各国各法域不同的法律制度与法律文化，仍将不可避免地影响着在当地进行的、或由当地仲裁机构管辖的国际仲裁程序。仲裁各方当事人以及仲裁庭都有必要在仲裁程序早期就明确厘定将适用的具体证据规则，提高仲裁的可预见性与程序效率。而对于中国内地当事人而言，在决定启动、参与仲裁程序，乃至订立合同时，除了解相关外国实体法律外，更需要对仲裁所在地及仲裁机构所在地相关程序法及证据规则有所了解，方能在仲裁程序中“料敌先机”“谋定后动”。

（赵希豪对本文亦有贡献）





四维解读国际律师协会 (IBA) 取证规则修改

by 袁培皓

在国际仲裁中，仲裁庭、案件双方当事人以及代理人经常来自于多个法域。取证是当事人维护自身合法权益，帮助仲裁庭查明案件事实的必经之路。一套能够被广泛接受的证据规则必然需要将不同法域的法律传统纳入考量范围，必须遵循高效、经济和公平的基本原则。自2010年以来，国际仲裁的形势发生了许多变化，尤其是新冠疫情的全球爆发，极大地影响了世界范围内的物资流通和人员往来，给国际仲裁程序的顺利进行造成了巨大的挑战。为了应对新形势，2020年12月17日，国际律师协会（IBA）在与160多个仲裁机构和工作组磋商后，确定并发布了新版本的《国际律师协会取证规则》（下称“《取证规则》”）。新规则于2021年2月17日正式施行，主要就以下几个方面作出了修改：（1）虚拟/远程听证；（2）非法证据排除；（3）网络安全与数据保护；（4）证据文件的翻译。本文将阐述本次《取证规则》的有关修改事项，并探讨其对中国仲裁活动的启示。

001> 虚拟/远程听证

1999年版和2010年版的《取证规则》均未见与虚拟/远程听证相关的条款。在信息化、全球化时代，国际仲裁案件数量逐渐增长，参与国际仲裁的当事人位于多个国家/地区的情况也越来越常见。固守现场听证的陈规无疑将极大地增加仲裁当事人的时间与金钱成本。尤其是新冠疫情爆发以来，人员的国际流动受到了极大阻碍，举行现场听证的难度急剧增加。因此，虚拟/远程听证就成为了国际仲裁程序中一个十分具有吸引力的选项。

2020年版《取证规则》第8.2条对虚拟/远程听证进行了规定，主要内容为：仲裁庭可以依据一方当事人的请求，或者其自身的决定举行虚拟/远程听证。仲裁庭应当同当事人协商，建立一套远程听证协议，从而高效、公平、尽可能不受到干扰地进行远程听证。协商的事项包括：（a）远程听证所使用的技术；（b）提前测试或者培训技术的使用；（c）根据不同参与者的所在的时区，确定听证的

起始时间；（d）文件置于证人或者仲裁庭之前的方式；（e）确保给予口头证词的证人不被不适当地影响或者干扰的方法。¹

显然，在疫情严重影响全球人员往来的当下，虚拟/远程听证制度的实施将有利于保障当事人的健康，节省仲裁的时间和费用，以及降低协调各方时间的难度。

相比之下，国内仲裁机构对线上听证的态度较为保守。据观察，目前国内主要仲裁机构的线上仲裁程序具有以下特点：（1）需要各方当事人的协议；（2）仲裁庭认为有必要；（3）未规定仲裁庭与当事人之间就听证程序细节的协商程序。另外，个别仲裁机构的仲裁规则也显示其原则上不进行线上听证，在一定程度上反映了国内机构对线上听证的保守态度。

国内仲裁程序总体而言为现场进行。但是，如果各方当事人、代理人处于不同的国家或地区，一方当事人无法到现场仲裁，且当事人无法就线上仲裁达成一致，仲裁程序的推进将被严重拖慢，甚至可能出现缺席仲裁的情形。这显然极不利于仲裁当事人合法权益的保障。另外，原则上不进行线上仲裁的规定，既限缩了仲裁当事人意思自治的空间，未能充分体现仲裁的灵活性；又可能会增加仲裁程序的时间和金钱成本，进而使得作为一种争议解决模式的仲裁对当事人的吸引力降低。

因此，笔者建议，国内仲裁机构可以考虑对目前的仲裁线上听证制度进行适当调整，如：（1）放宽启动线上听证的条件，只要一方当事人申请，仲裁庭根据客观情况认为有必要就可以进行线上听证，充分保障当事人的意思自治，从而提升仲裁对纠纷当事人的吸引力；（2）取消原则上不进行线上听证的规定，增强仲裁程序的灵活性；（3）建立一套仲裁庭与当事人之间就线上听证程序细节的协商程序，保障线上听证程序的安全、公平、公正和效率。

当然，实践中的线上听证也并非尽善尽美，面临着以下挑战：

1. Article 8.2, IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration.

(1) “影子听众”。线上听证对于互联网技术有高度依赖，如果不处理好线路的保密和安全性问题，线上听证程序可能会被黑客渗透，从而使得仲裁程序丧失保密性；(2) 实物证据的质证。在线上听证时，一份实物证据不可能同时出现在数个地方，这为实物证据的质证带来了极大的挑战；(3) 道德风险。线上听证时，有可能出现代理人已与方证人同处一室，甚至是证人证言提前录制好的情况，由此证人证言的真实性、中立性可能存疑。我国仲裁机构在完善仲裁的线上程序的过程中，应当高度重视上述三个问题。

就解决措施而言：首先，“影子听众”在本质上是一个技术问题，而不是一个法律问题，仲裁机构可以通过订购领先的通信公司的加密线路，或者聘请信息安全工程师的方式予以解决。其次，至于实物证据的质证，则可以考虑引入第三方中立机构的参与，如聘请当地权威公证机构，对实物证据进行保管和传输，并对一方当事人的质证行为进行全程公证。至于如何在线上取证中处理一些不能或者不便进行远程运送的实物证据，则有待于进一步的研究。最后，就道德风险的避免而言，在线上听证时，应使当事人、证人、代理人运用的摄像设备尽可能囊括其所处环境的全貌。仲裁员在组织线上听证时，在听证开始之前，也应当以一定的沟通技巧或者技术手段确认各方为真人。

002 > 非法证据的排除

就非法证据的排除，《取证规则》第9.1条规定了仲裁庭应决定证据的可采性、关联性、重要性和证明力。特别地，2020年版《取证规则》在第9.3条新增了仲裁庭可以依据当事人请求，或者其自身的决定，排除非法获取的证据。²然而，不同国家对于非法证据的排除上有着不一样的法律规定。同样地，不同的仲裁庭在非法证据的

排除上也可能有着不一样的考量。因此,《取证规则》修改工作组成员未能就非法证据排除的具体情形达成共识。

许多国际仲裁案件都出现了非法证据排除的情况,对有关案件的结果产生了重要的影响。在*Alejandro Valverde Belmonte v Comitato Olimpico Nazionale Italiano*一案中,一方当事人提交了一份对血液样本的分析。该份血液样本分析由西班牙警方制作。随后,意大利体育主管机关从意大利司法警察处获得了这些文件,并在仲裁程序中提交。然而,意大利司法警察在获得血液样本分析的过程中涉嫌违反了西班牙与意大利之间的司法互助协定。仲裁庭经过衡量,最终采纳该证据,理由在于:该违法行为并不是“对正义情感的站不住脚的违反”(“an untenable violation of the sentiment of justice”),以及该违法行为不是意大利体育主管机关实施的。³但是,在*Libananco v Turkey*一案中,仲裁庭在类似情况下作出了相反的裁决。土耳其政府以刑事调查(与仲裁案无关)为由,从申请人处截获了2000份特权文件(privileged documents),并提交至仲裁庭作为证据。仲裁庭在衡量了当事人秘密保护和裁决的公平性这两重价值后,以前者为重,拒绝采纳这些证据。⁴可见,仲裁庭就非法证据的处理对于仲裁案件的走向和发展有着极为重要的影响。

当然,就国际仲裁中的非法证据排除而言,还有许多亟待明确的问题:(1)判定非法证据所适用的法律。在已公开的大多数仲裁裁决中,判定非法证据所适用的法律是证据获取地(place of procurement)的法律。当然,实践中也存在不同的案例。在*Adamu v FIFA*⁵(CAS 2011/A/2426)一案中,仲裁庭适用了仲裁地法律来判定有关证据的获取行为的合法性,而不是证据获取地法律。因此,目前在国际仲裁中,适用何种法律来判定非法证据具有相当的不确定性。(2)提交非法证据的后果。非法证据并非应当一概被排除。一些“轻微”的违法证据不会削弱仲裁程序的公正性,就不

3. *Alejandro Valverde Belmonte v Comitato Olimpico Nazionale Italiano (CONI)* (No CAS 2009/A/1879)

4. *Libananco v Turkey (CONI)* (No CAS 2009/A/1879)

5. *Adamu v FIFA* (CAS 2011/A/2426)

在排除的范围之内。然而，“轻微”的判定标准目前尚十分模糊。

(3) 非法证据的认定标准。不同的法域对于非法证据排除有着不一样的规定。由于目前在国际仲裁领域尚不存在被广泛接受的标准，大多数仲裁庭还是根据案件的具体情况来判定证据的合法性。这也显示了国际仲裁中非法证据认定的标准具有相当的不确定性。

据观察，我国主要仲裁机构的仲裁规则未对仲裁程序中的非法证据排除作出专门的规定，而是一般性地规定，如果仲裁规则未对有关程序作出明确规定，则仲裁庭可以参照适用《民事诉讼法》的规定。具体而言，在仲裁规则未明确规定非法证据排除制度的情况下，仲裁庭可以参考《民事诉讼法》的有关规定，就非法证据事项作出裁决。然而，仲裁和诉讼毕竟是两种不同争议解决机制，直接参照适用《民事诉讼法》的有关规定恐有“仲裁诉讼化”之嫌，也与仲裁程序灵活性的特点相背离。因此，国内的仲裁机构在制定非法证据排除规则时，对《民事诉讼法》中非法证据排除规则的参照必须慎重，切忌照搬照抄。当然，如何确定仲裁程序中的非法证据排除规则，是世界上多数仲裁机构共同面临的问题，目前国际上还没有达成广泛的共识。因此，在未来的一段时间里，中国的仲裁机构可以考虑积极与国内外同行就仲裁中非法证据排除规则的设计进行广泛而深入的交流，并且加强非法证据排除规则方面的研究。

95

003 > 网络安全与数据保护

此前，2010年版的《取证规则》第2.2条就取证范围、时间和方式的协商作出了规定：仲裁庭与当事人可就证人证言、专家报告、提交文件的要求、程序、格式、以及证据的保密等事项进行协商。2020年版《取证规则》在第2.2条新增了仲裁庭还可以就取证过程中的网络安全和数据保护事项与各方当事人进行协商的规定。⁶

网络安全和数据保护对于信息化时代的仲裁而言具有十分重要的意义。2015年7月，在一起领土争端的仲裁程序中，常设仲裁法庭（Permanent Court of Arbitration）的网站被黑客入侵，植入了恶意程序，造成了仲裁信息的泄露。⁷仲裁的一大特点就在于其良好的保密性，裁决文书和案件有关信息原则上不会对外公布，这在很大程度上能够保护当事人的商业秘密、竞争优势和个人隐私。因此，必须重视仲裁线上取证过程中的网络安全与数据保护问题，从而保障仲裁程序的保密性。

实践中，一些领先的国际仲裁机构已经开始对仲裁中的网络安全和数据保护问题进行了初步的探索。2020年，国际商事仲裁理事会（ICCA）、纽约律师协会（NYCBar）以及国际冲突防范与解决委员会（CPR）共同起草并发布了《国际仲裁网络安全协议》（Cybersecurity Protocol for International Arbitration）。⁸仲裁机构可以根据各方当事人的协议或者其自身的决定在具体案件中适用该协议。根据该协议，仲裁机构应当在考量各方当事人意见的基础上，决定网络安全保护的合理措施，如材料的传输、仲裁员之间的沟通、信息的储存、数据的安全等。同时，该协议还明确了网络安全和数据保护是所有仲裁参与者共同的责任。此外，伦敦国际仲裁院（LCIA）也决定在其2020年版本仲裁规则的修改中，加入关于网络安全和数据保护的条款。⁹

目前，我国领先仲裁机构的仲裁规则鲜见有对仲裁程序中的网络安全和数据保护作出规定的条款。基于仲裁程序的灵活性以及当事人的意思自治，就网络安全与数据保护而言，我国仲裁机构可以考虑：一方面，寻求领先的通信公司的网络信息安全技术支持，甚至是为线上仲裁程序量身定制一套安全系统；另一方面，建立一套

7. Permanent Court of Arbitration Website Goes Offline, with Cybersecurity Firm Contending that Security Flaw was Exploited in Concert with China-Philippines Arbitration, <www.iareporter.com/articles/permanent-court-of-arbitration-goes-offline-with-cyber-security-firm-contending-that-security-flaw-was-exploited-in-lead-up-to-china-philippines-arbitration/> .

8. The ICCA Reports No. 6: ICCA-NYC Bar-CPR Protocol on Cybersecurity in International Arbitration, <www.arbitration-icca.org/icca-reports-no-6-icca-nyc-bar-cpr-protocol-cybersecurity-international-arbitration>.

9. Article 30A, LCIA Arbitration Rules.

与各方当事人的协商机制，明确信息的传输与储存、通信线路的保护等事项，使得有关网络安全和数据保护的措施在有效性的基础上，更具灵活性、合理性和可接受性。

004 > 文件的翻译

就当事人在仲裁程序中所提交文件的翻译而言，相比于2010年版《取证规则》，2020年版的《取证规则》更加注重当事人的意思自治和仲裁程序的灵活性。根据《取证规则》第3.12条，原则上各方当事人可以就所提交文件的翻译事项进行约定。只有在各方当事人没有约定的情况下，所提交文件的翻译事项才适用《取证规则》的具体规定。同时，有2项新规定也被加入到了第3.12条中：（1）根据对方当事人请求所提交的文件无需翻译；（2）如果提交给仲裁庭的文件的语言与仲裁语言不同，应当附上该文件的翻译本。¹⁰前者是国际仲裁实践中的常见做法。在国际仲裁实践中，时有出现一方当事人通过要求对方提供与仲裁语言不同的文件并且将该文件翻译成仲裁语言进而拖延时间的情况。为了避免仲裁程序的滥用，避免无谓的时间拖延，仲裁实务中逐渐形成了根据对方当事人请求所提交的文件无需翻译的做法。而后者规定相比于2010年《取证规则》的版本则进一步明确了翻译的目标语言，即为仲裁语言。有评论指出，《取证规则》并未对提交翻译件的时间、对翻译件产生的分歧、以及是翻译文件的部分还是全部内容进行详细的规定。然而，笔者认为，如果仲裁机构对上述事项规定的过细，则有可能损害仲裁的灵活性。总体而言，相关修改内容显示了对于仲裁当事人意思自治的尊重，也在一定程度上提升了仲裁的效率。

据观察，就文件的翻译事项，国内一些领先的仲裁机构在其证据规则或者仲裁规则中予以了规定。相比于《取证规则》的有关规定，国内的仲裁机构在文件的翻译事项上具有更大的决定权力，即

在仲裁庭认为有必要时，才会要求当事人提供文件的翻译件。判定必要性的考量因素可能包括：当事人、代理人的语言能力以及费用的节省等因素。从仲裁灵活性和当事人意思自治的角度出发，仲裁机构没有必要在文件的翻译这一事项上拥有过大的决定权力。从大的趋势上看，笔者认为，我国仲裁机构在“文件翻译”这一事项上，可以考虑借鉴《取证规则》的规定，给予当事人更大的自主权。

005 > 结语

IBA《取证规则》的修订是在新冠疫情深刻影响全球社会经济运行的背景下进行的，主要就线上听证、非法证据排除、网络安全和数据保护以及文件的翻译四个方面进行了修改，既制度化了国际仲裁中的一些惯常而有效的做法，又根据新形势针对性地增添了一些措施，充分体现了对当事人意思自治的尊重以及仲裁的灵活性和效率性，使得仲裁作为一种争议解决机制的优点更为凸显，对于我国仲裁程序的优化具有重要的参考价值。

(林草原、廖有成亦有贡献)



袁培皓
合伙人
争议解决部
深圳办公室
+86 755 3325 6886
yuanpeihao@zhonglun.com



国际仲裁 | Memorials or Pleadings? 何以精心设计事实证人证言程序

在国际仲裁中，设计事实证人证言程序一事看似平平无奇，实则暗流涌动。本文将介绍议事录式与诉答式这两种围绕事实证人证言的程序设计，并分析各自影响，以期为国际仲裁活动当事人提供有益参考。

事实证人证言 (Factual Witness Statement) 在国际仲裁中扮演着极为重要的角色。¹笔者在办案过程中注意到，对国际仲裁程序不熟悉的当事人有时会因为缺乏对事实证人证言的正确认识而在仲裁中丧失呈现案件事实的主动权，使得案件推进受到许多不必要的阻碍。这样的例子包括：当事人拒绝或无法提供事实证人、坚持认为证人证言并不重要，不重视证人访谈、证言检查，或因不熟悉证人证言的提交时机而未能充分准备证言。这些情况都可能导致律师在办案过程中的时间和费用成本超出预期。有时，单就事实证人证言一项程序就可能拖延数月以上，并产生许多本无必要的费用，最终既不利于仲裁庭高效准确地了解争议背景、确定争议事实，也不利于维护当事人自身的利益。

事实上，国际仲裁中的事实证人证言程序具有浓厚的普通法色彩，但又兼具大陆法特征；其程序设计巧妙而多变，不仅决定了当事人呈现事实的质量，还可能直接影响整个仲裁的推进程度。事实证人证言程序看似简单，实则亟需当事人加以足够的重视，否则极易导致当事人深陷其中、难以把握案件推进节奏。

有鉴于此，本文拟浅论国际仲裁中事实证人证言的程序推进问题，以期有助于不熟悉普通法背景下相关程序的当事人更好地参与到国际商事仲裁程序中，也希望能抛砖引玉地引起更多有意义的讨论。

1.Ragnar Harbst, *Chapter 10: Witnesses*, in Franco Ferrari & Friedrich Jakob Rosenfeld (eds.), *Handbook of Evidence in International Commercial Arbitration: Key Concepts and Issues* 229, 229.

001> 事实证人证言：可有可无还是暗藏玄机？

在中国以及许多其他大陆法系国家的诉讼或仲裁程序中，证人证言往往仅具有次要作用。许多案件中，裁判者不会要求双方提交证人证言，当事人也不会主动挑选事实证人、提交书面证言或进行当面质证。然而，在国际仲裁中，情况则截然不同。

不同于国内诉讼，国际仲裁中证据的陈述、事实的描绘通常不出自律师之口，而是由事实证人来陈述证据、阐明各项证据之间的联系，从而为仲裁庭展现争议事实的形貌。这是由于事实证人的证言可进一步在交叉质询（cross examination）等阶段中得到验证，从而保证了事实呈现的可信度；若反其道而行之，由律师来描绘事实，则因难以对证而容易减损可信度。

正因如此，尽管各国仲裁法、各仲裁机构规则一般都不强制要求当事人提交证人证言，但《国际律师协会国际仲裁取证规则》等国际软法规则都对使用证人证言作出了详尽规定且得到广泛应用，²提交事实证人证言几乎已经成为国际仲裁实践中的定则。³国际商会（International Chamber of Commerce, ICC）在2020年发布的《关于国际仲裁中事实证人证言准确性的报告》⁴中指出，“仲裁中最终庭审阶段的主要功能之一就是（让证人）发表口头证言……国际仲裁庭的裁决通常都在不同程度上依赖于证人证言。”⁵

然而，由于大陆法系与普通法系之间的法律文化差异，来自不同法系的当事人、律师乃至证人常常围绕证人证言产生一系列分歧，包括证人证言程序应当如何进行；证人证言应当包含哪些内容、受到哪些限制；甚至于是是否需要证人证言。如果不能妥善处理这些问题，就容易导致仲裁程序冗长、低效且昂贵。而如前文所述，国际仲裁中的事实证人证言程序兼具大陆法与普通法之色彩，

2. See e.g., IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, Art. 4 (2020).

3. See *Ibid.*, p. 234.

4. 笔者译，原文见ICC, *ICC Commission Report: The Accuracy of Fact Witness Memory in International Arbitration* (2020).

5. "The presentation of oral evidence is one of the main functions of a 'final' hearing... The decision of the tribunal on the merits of the case will often turn, in varying degrees, on the witness evidence that has been presented." See *Ibid.*, p. 6.

两者就事实证人证言塑造了不同的程序预期，正确认识这一点尤为重要。

002 > 围绕事实证人证言的程序设计：“议事录式 (Memorials Approach)”与“诉答式 (Pleadings Approach)”

在国际仲裁中，大体存在两种不同的提交诉状和事实证人证言的程序：“议事录式 (Memorials Approach)”与“诉答式 (Pleadings Approach)”，前者脱胎于大陆法系传统，而后者脱胎于普通法系传统。⁶这两种程序对双方的书状递交方式有着不同的要求，在很大程度上会影响双方递交书面证言的方式、时机乃至内容。正确认识这两种程序，是设计仲裁程序和准备证人证言的第一步。⁷

1、什么是议事录式与诉答式程序？

议事录式程序与大陆法系国家的诉讼程序相近，其最主要的特点是当事人会在第一轮书状交换中就附上事实证人证言，并借此梳理、串联起各项证据，通过事实证人之口以陈述性的方式展现一个统一的案件理论；结合律师准备的诉状，议事录式程序下的第一轮书状就能够完整地展现出当事人所主张的立场、所依据的事实及法律分析。⁸

一个典型的议事录式程序（在不考虑反请求和引入专家证人的情况下）通常由两轮书状交换组成，当事人需要从程序伊始就着手准备证人证言：（1）申请人提交《Statement of Claim Memorial》，同时一并附上书面证人证言及相关证据，而后被申请人提交《Respondent's Defence Memorial》，同样附上书面证人证言及相关证据；（2）申请人进而针对被申请人的答辩意见提交《Reply to Defence Memorial》，

6. Douglas S. Jones & Robert Turnbull, *Memorials and Witness Statements: The Need for Reform*, 88 *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 339, 348 (2022).

7. 由于国际仲裁在程序上的灵活性，许多案件的程序并不严格依照典型的议事录式或诉答式程序进行，而是按需调整，本文仅讨论两种典型程序，并不对各种程序变体进行讨论。无论如何，任何变体也都基于两种典型程序的理解之上。

8. See Julian D.M. Lew & Simona Valkova, *Chapter 1: Cultures and the Taking of Evidence*, in Franco Ferrarri & Friedrich Jakob Rosenfeld (eds.), *Handbook of Evidence in International Commercial Arbitration: Key Concepts and Issues* 3, 15 (2022).

同时再附上事实证人第二份证言及证据，而被申请人针对答复书提交《*Rejoinder to Reply*》也会再附上补充证言及证据。若有证据开示（Document Production）程序，则通常发生于两轮书状之间（根据个案也可能不同）。⁹

诉答式程序则源于英国的诉讼程序，其特点在于事实证人证言并不与书状一起提交，而是在完成书状交换、证据开示等程序以后才会提交。¹⁰*Pleading*一词原指英国诉讼中原告所提交的第一份文书（诉状），在英国诉讼程序中这份诉状仅仅简要阐述原告的立场及其认为需要法院审判的事项，而不附有任何证据材料；¹¹这与大陆法系国家中当事人的诉状总是包含完整的法律分析及证据十分不同。在国际仲裁的诉答式程序中，事实证人证言不随书状一起提交，也是延续了英国诉讼程序中*Pleadings*与证据分离的传统；不同于英国诉讼程序的一点则在于，国际仲裁中的当事人书状一般还是会完整阐述其立场及分析，而不像传统*Pleadings*那样简短。¹²

一个典型的诉答式程序可能包含三至四轮文书提交/交换（同样不考虑反请求和引入专家证人），书面证言的准备和递交通常发生于程序中后期：（1）申请人提交其*Pleadings*（在仲裁中通常也以《*Statement of Claim*》命名），被申请人随后提交其《*Statement of Defence*》；（2）申请人提交《*Reply to Statement of Defence*》，被申请人随后提交《*Rejoinder to Reply*》；（3）此后，双方进行证据开示阶段，在完成证据开示阶段以后，双方再提交各自的书面证言；（4）最后，双方交换第二轮补充证人证言（若有）。¹³

可见，议事录式与诉答式程序的一大显著差异就在于书面证言的提交时机不同。如上所述，议事录式程序中，事实证人证言会随第一轮书状一起提交，而后才进入到证据开示及补充提交第二轮证言；而在诉答式程序中，提交第一轮书状时并不包含事实证人证

9.ACICA Practice & Procedures Board, *ACICA Explanatory Note: Memorials or Pleadings?*, 2-3 (2020).

10.ACICA Practice & Procedures Board, p. 1.

11.*Ibid.*

12.这是由于在国际仲裁中，双方当事人一般都会在《*Notice of Arbitration*》以及《*Answer to the Notice of Arbitration*》中简要阐述立场及其认为需要裁决的事项，这取代了英国诉讼程序中双方第一份*Pleadings*的作用。

13.See Julian D.M. Lew & Simona Valkova, pp. 15-16.

言，而是等到证据开示完成以后才准备与提交。这一时间点的差异，会对事实证人证言的准备产生许多实质性的影响。

2、不同程序对证人证言有何影响？

在国际仲裁中，这两种程序不仅导致事实证人证言的递交时机不同，更会导致双方对证言的内容产生不同的预期，进而影响到整个证人证言的准备方式（以及因此产生的费用）。具体而言，不同程序的选择会对证人证言的准备产生以下影响：

第一，影响**案件时间表**的设定和案件的推进速度。在国际仲裁中，案件时间表一般由仲裁庭与当事人在案件管理会议（Case Management Conference）阶段讨论，并由仲裁庭在首份程序令（Procedural Order）中予以明确。¹⁴不同的程序选择会导致案件时间表产生较大的不同。

在议事录式程序中，从仲裁庭发布首份程序令到当事人提交第一轮书状往往会有较长的时间，以供当事人完整地准备其事实证人证言及收集各项证据。根据笔者的办案经验，在不考虑反请求与引入专家证人程序的情况下，第一轮书状交换通常可能会留给每一方6-8周（2个月）的时间准备，¹⁵为双方进行证人挑选及访谈、撰写证人证言及其他文书留出足够的时间；而后的证据开示阶段（若有）一般在2个月内结束，由于此时双方当事人都已知晓对方已出示的证据，当事人对于哪些证据需要进一步开示通常会有更明确的想法，¹⁶这有利于加快证据开示阶段的推进；第二轮书状交换则留给每一方当事人4-6周（1-1.5个月）时间准备。总体而言，从仲裁庭出具首份程序令到正式庭审之间，一个典型的议事录式程序可能会花费10个月左右的时间。

在诉答式程序中，前两轮书状交换的时间略短一些，但是后续阶段则会花费更多时间。根据笔者的办案经验，在不考虑反请求与引入专家证人程序的情况下，第一轮书状交换可能仅会留给每一方

14. See Jeffrey Maurice Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration* 456-457 (2012).

15. 申请人的准备时间可能略短于被申请人，因为申请人对提起仲裁拥有主动权，往往在仲裁开始之前就已经进行了准备。

16. Julian D.M. Lew & Simona Valkova, p. 16.

3-5周（1个月）时间准备，第二轮书状交换类似；而后证据开示阶段则会持续2-3个月左右；在结束证据开示阶段以后，双方进入到事实证人证言的准备阶段，视情况可能有一轮或两轮的证人证言提交，每一轮证人证言提交通常都会留给每一方1-2个月时间。总体而言，从仲裁庭出具首份程序令到正式庭审之间，一个典型的诉答式程序通常会占用10-12个月甚至更长。

第二，不同的程序会对事实证人证言的内容产生影响。在议事录式程序中，申请人的证人证言可能会较长，且可能包含许多双方可能并无争议的事实——这通常是由于申请人在提交第一轮书状以前，还不了解被申请人可能会对哪些事实提出反驳，因此申请人的证人证言总是尽可能全面，即便有些事实与案件关联较小或不太可能产生争议。¹⁷

而在诉答式程序中，证人证言的内容或许可以更具针对性、与案件争议焦点的联系更紧密——这是由于在提交书面证言前，双方已经过两轮书状交换，对争议焦点已有了更明确的认识。¹⁸然而，诉答式程序中，事实证人证言的固有缺陷在于书面证言更容易变得过度法律化——例如，为了使书面证言的结构与法律争议焦点一一对应，证人对事实的阐述可能被割裂为不同部分，在时间线的叙述上显得破碎，反而导致无法很好地展现事实全貌；再有，由于书状交换已经结束，律师可能在书面证言中借证人之口，对证人实际上未接触过的证据乃至法律问题作出评论，导致证言篇幅也因此大大增加，这反而会使其失去本应具备的优点。

第三，不同的程序产生法律费用的主要阶段不同。如上所述，议事录式程序中事实证人证言及证据的准备大量发生于第一轮书状交换期间，因此议事录式程序的前期投入与开销较大；¹⁹而在诉答式程序中，产生法律费用的主要阶段在于程序后期，这不仅是由于事实证人证言的准备阶段靠后，也是由于诉答式程序下的庭审更注

17. See Douglas S. Jones & Robert Turnbull, p. 350.

18. See Julian D.M. Lew & Simona Valkova, p. 16.

19. Chiraag Shah & Noah Stewart-Ornstein, *Memorials v pleadings: how to pick the winning approach for your arbitration*, Practical Law Arbitration Blog (2019).

重法庭辩论与交叉质询，因而庭审耗时更长、产生的费用也高于议事录式程序下的庭审。²⁰

当事人双方的财务压力可能成为选择程序的基准——议事录式程序往往会在案件前期产生更明显的压力，²¹取决于当事人双方的商业情况，恰当的程序可能会促使（短期或长期上）财务压力更大的一方提前和解。

003 > 小结：围绕事实证人证言的程序设计

如上所述，在国际仲裁中设计事实证人证言程序一事看似平平无奇，实则暗流涌动。国际仲裁程序的选择或设计，几乎完全取决于当事人双方的决策以及仲裁庭的倾向性建议；²²因此，要设计最合适的程序，律师必须协助当事人审慎考虑案件性质，综合考量仲裁程序内外的案件整体解决方案、期望的案件推进模式、对证人证言本身的定位、证人的情况与时间安排、预期的结案时间、双方的财务压力等因素。对于每一点，议事录式与诉答式程序都各有利弊。

仲裁经验丰富的律师懂得引导当事人结合自身情况、选择最合适的程序，若选择/设计得当，证人证言的准备可以自然地嵌入到案件的整体解决方案中，不仅利于仲裁庭发现事实，更可以成为助推提前和解的手段与工具。而对于涉足仲裁未深的当事人而言，仲裁程序的这种灵活性会带来极大的不确定性，当事人可能盲目地落入程序陷阱、同意并不适合自身的程序，最终极大地增加己方准备证人证言的投入与时长，甚至导致整个案件的处理被拖入对方的节奏中。

与此同时，也要正确认识到，合适的程序设计仅仅是准备事实证人证言的开始；即便选择了合适的程序推进方式，也并不必然意味着证人证言的准备一定变得高效而顺利。无论是议事录式程序还

20. See ACICA Practice & Procedures Board, p. 4.

21. Michael Grose & Kristian Cywicki, *Pleadings or Memorials: Which Are More Appropriate for Construction Arbitrations?*, 4 BCDR International Arbitration Review 43, 50-51 (2017).

22. ACICA Practice & Procedures Board, p. 5.

是诉答式程序，都存在可能导致证人证言准备耗时、内容冗长的潜在因素。事实上，近年来国际仲裁实务界已经对滥用证人证言提出了诸多批评——部分律师常常过度利用证人证言程序、大量“重塑”事实证人的证言，不仅使得书面证言过分冗长，而且导致证人证言的可信度及实用性在仲裁庭眼中大打折扣。结果，证人证言程序正变得越来越昂贵而耗时，而仲裁庭研读证言的意愿却在降低。²³

因此，越来越多的实务人士及学者提出，应当在案件管理会议阶段讨论证人证言的内容标准，并由仲裁庭在程序令当中确立这些标准；而对于应当以怎样的标准来要求证人证言的内容，也出现了许多探讨（例如，一种观点提议采用提问/回答“Q&A”形式撰写证人证言）。可以说，准备事实证人证言不只是在程序中暗流涌动，在内容上也充满玄机。



李嵘辉
合伙人
争议解决部
上海办公室
+86 21 6085 3880
samli@zhonglun.com



张昊旻
区域合伙人
争议解决部
上海办公室
+86 21 6061 3335
michaelzhang@zhonglun.com

Part II

跨境诉讼：
法院程序与司法博弈

CROSS-BORDER LITIGATION:
COURT PROCEDURES AND
JUDICIAL TACTICS



跨境诉讼面面观：应诉、 证据、送达

壹

中国企业收到境外法院起诉状后的首要应对策略分析

近年来，随着“一带一路”倡议的不断推进，中国企业越来越深入地参与国际贸易及海外投资活动，相关交易的数量和规模在持续上升。与此同时，中国企业面临的跨境争议也不断增多，收到境外法院送达的起诉状也时有发生。中国企业对于境内诉讼相对熟悉，但是不同司法管辖区的法律规定、司法程序、语言文化等差异较大，导致中国企业收到境外起诉状时可能不知所措，甚至进退失度，给自身带来不必要的风险和损失。我们现结合过往协助中国企业应对海外诉讼的经验，提供以下应对建议，供中国企业决策者参考。

001 > 评估送达是否存在问题，寻求退回起诉状

110

境外法院受理的民商事诉讼案件的起诉状，一般会根据《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》（下称“《海牙公约》”），通过我国司法部转交给最高人民法院，再由最高人民法院交有关人民法院送达给当事人。根据《海牙公约》送达的文书，必须满足法定要求，否则受送达人可以拒收或者退回。

《海牙公约》第三条规定，“依文书发出国法律有权主管的当局或司法助理人员应将符合本公约所附范本的请求书送交文书发往国中央机关，无须认证或其他类似手续”。因此，符合《海牙公约》所附范本的请求书是境外诉讼文书送达的必要条件。根据《关于执行海牙送达公约的实施办法》第四条规定，如境外诉讼文书仅有英文、法文译本，而未附中文译本，执行送达的法院仍应予以送达。如境外诉讼文书为英文、法文之外的语言，且没有中文译本，受送达人有权以未附中文译本为由拒收。

我国法院在送达外国法律文书之前，一般还会根据相关规定对待送达文书进行进一步审查。例如，北京市高级人民法院（下称“北

京高院”)《关于民商事国际司法协助工作的若干规定》第八条(二)规定,北京高院接受最高法院、司法部、外交部转来的外国司法机构委托送达的司法文书或调查取证,并由北京高院外事办公室对委托文件进行审查。北京高院《〈关于民商事国际司法协助工作的若干规定〉实施细则》第八条规定,北京高院外事办公室对有关文书进行审查。审查的主要范围包括:(1)法律文书的内容是否有损我国主权和安全;(2)受送达人是否享有外交特权和豁免权;(3)送达事项是否属于我国法院职权范围;(4)文书中的受送达人和地址是否清楚;(5)送达是否符合我国法律、法规的相关规定。

中国企业接收境外起诉状送达时,应该首先审查是否存在不符合送达条件的情形,如存在,则可以拒收或者向法院退回境外起诉状。例如,在实践中,由于境外原告不熟悉中国企业的主体信息查询渠道,有时会发生其所提供的企业外文名称与其翻译的中文名称不对应或者送达地址不清楚的情况,从而不满足送达条件,当事人可以拒收境外起诉状。即使误收,也可以及时致函负责送达的中国法院,详细说明送达错误的原因并附上证据材料,请求向法院退回已送达材料,并撤销送达回证。

111

002 > 审查起诉状是否存在显见的抗辩理由,并关注答辩期限

如果境外起诉状不存在送达瑕疵,那么中国企业接受送达之后,需要重点关注提交答辩状的截止日期,并初步审查起诉状是否存在一些显而易见的抗辩理由,比如原告是否错认合同当事人?被告是否享有主权豁免?案涉争议是否约定了仲裁管辖?受理案件的法院是否对本案具有管辖权?如评估认为境外起诉状在前述问题及其他类似问题上存在显而易见的谬误,则可以在不全面涉及实体内容的情况下,考虑向法院提起程序性抗辩或者部分实体抗辩,以足以延缓或终止诉讼程序为必要。

以违约之诉为例，被告公司可以根据起诉事由和案涉合同，判断己方是否为签订合同的主体。在实践中，外国相对方在起诉时，因为中英文名称翻译不同或查询中国公司注册信息存在一定难度，可能发生错认合同当事人的情况。其次，如合同中约定了仲裁条款，则合同项下纠纷不应通过诉讼解决，被起诉主体可以向受理案件的法院提起管辖异议。再次，如合同中约定了纠纷应提交某地法院解决，而受理本案的法院并非该约定地区法院，则可向受理案件的法院提起管辖异议。复次，如果合同中的争议解决条款约定起诉前应该进行友好协商，则可以向法院争取协商谈判的时间。最后，国有企业在特殊情况下享有主权豁免，¹收到起诉文书的国有企业可以根据起诉事由和境外关于主权豁免的规定，判断是否享有主权豁免。

中国企业收到境外起诉状后需要关注法院指定的答辩期限，并倒排日期以及时提交答辩状（answer）及动议（motion）等，以免过期失权或引起缺席判决。如收到诉讼文书的中国企业享有上述抗辩理由，可以在不开展全面实体答辩的情况下，通过程序性答辩或者针对性实体答辩，有效终止或延缓境外诉讼程序，以实现应诉目的。

003 > 发送文件保存通知，梳理保存证据材料

中国企业在收到境外起诉状初期，尚未正式聘请律师之前，还无法对案件相关材料进行大规模审阅梳理，但是，应当立即发送证据保存通知或者类似文件，要求所有与案件材料相关的人员和部门不得删除、毁损案件相关证据材料。这主要有两方面的考虑：一是当有未决诉讼或存在可以合理预见的诉讼时，根据一些外国法规

1.一般而言，国有企业作为独立法人，其资产和责任与其主权国家分离，但各国对于主权豁免的规则存在差异，以美国为例，（1）如果某公司被其所有者广泛控制，以至于构成委托人和代理人之间的关系，那么法院可能认定其中一方应当为另一方的行为负责。（2）另外，如果认可国有企业独立地位可能导致欺诈或者不公平，那么平衡原则也会禁止将国有企业的资产和责任与其主权国家分离。

定，当事人有保存证据的法定义务，违反义务可能承担法律责任。二是完整的证据材料有利于公司准确评估案件风险大小，发掘有利证据，同时对于不利证据也有所了解，避免将来陷入不利局面。

以美国《联邦民事程序规则》（Federal Rules of Civil Procedure）为例，当一方当事人威胁要采取法律行动，或出现可能引起诉讼的事件时，就触发了当事人的证据保全义务。销毁证据的不利后果包括：（1）推定被销毁的证据会帮助对方当事人且损害销毁证据的企业。（2）若一方当事人被认定为不当地销毁了证据，法庭可禁止该方在同一议题下提供其他证据。（3）若被告销毁证据，法庭可以作出缺席判决。

具体而言，中国企业在保存证据时需要注意的事项包括但不限于：（1）当事企业应当向所有相关部门和人员发送证据保全通知，涵盖范围广泛且明确，要求妥善梳理、保存与案件相关的所有材料。（2）证据保全范围不限于最终或“正式”文件，通常延伸至“所有”文件，包括：草稿、电子邮件、微信信息、笔记、保全在个人电脑或手持设备上的文件。（3）如相关人员已离职的，公司应注意保管相关人员的离职交接文件、工作电脑、邮箱账号等。（4）任何影响到当事人保全证据义务的自动删除和常规文件销毁系统都必须暂停。（5）及时识别、确认本案是否涉及公司商业秘密、国家保密要求，以及相关证据材料是否包含在我国境内形成的个人信息和重要数据，为将来的证据出境评估作准备。（6）按照一定逻辑对证据材料进行整理，以便外聘律师介入后能迅速捕捉关键证据，提高工作效率。

004 > 组建境内外一体化律师团队，形成跨境争议解决的合力

跨境争议往往涉及多语言、多法域、多文化、跨境取证、跨境送达、跨境执行、法律冲突等复杂情况，一般而言，难以靠单一国家/地区的律师团队解决所有问题。中国企业在应对境外起诉时，建

议由具有丰富跨境纠纷处理经验的中国律师担任牵头律师（leading counsel），代为选聘和管理境外律师，组建境内外一体化的诉讼团队，形成跨境争议解决的合力。

选聘经验丰富的中国律师担任牵头律师，具有以下优势：

1. 中国律师充分了解当事人的企业文化、战略目标和案件诉求，便利充分理解和贯彻当事人的目标；

2. 能够在理解当事人企业文化、战略目标和案件诉求的基础上，全面统筹处理跨司法管辖区的复杂疑难案件，为当事人设计有效的全案诉讼策略方案；

3. 贴近当事人，方便沟通，可以全方位协助当事人梳理事实、证据和选择证人；

4. 基于其专业性和资源，可以帮助当事人选择最为合适的境外律师，并且在必要时及时更换；

5. 具备顶尖的专业能力，了解不同法域的法律，受过东西方的法律专业培训，能够有效帮助当事人管理案件流程，及时评估，防止战略方向偏差，也可以协同和监督境外律师的工作，把控质量和技术细节；

6. 具备丰富的跨境争议解决实战经验，能够在当事人和境外律师之间形成有效的沟通桥梁，准确地向境外律师发出工作指令，处理各种突发问题；

7. 具备跨文化、语言和法律领域沟通的能力，了解境外律师的工作方式和习惯，无缝对接境外律师的工作；

8. 在某些特殊的案件中，中国律师可以更好地满足当事人的保密要求，同时确保证据出境合法合规。

中国律师协助企业选聘境外律师时，应对其专业能力与实战经验进行充分考察，包括但不限于以下方面：

1. 相应领域的专业性和实战经验。可以通过其简历反映的教育背景、执业经历、代表案例等，结合权威专业评级机构对该境外律师在相应专业领域的评价进行判断。

2. 面试考察案件代理思路。通过现场或者视频会议对境外律师

进行面试，讨论初步代理方案，直观了解其专业能力、语言表达、执业风格、临场反应等，以评估其是否适合代理本案。

3.对中国客户及团队的信任感。在筛选简历时关注其过往与中国企业/个人的合作情况，在现场或者远程会议沟通时也可以予以重点考察，评估与其沟通是否顺畅，双方是否互相信任。

4.注意境外律师的性价比。境外法律服务一般按小时计费，收费较为昂贵，可以适当多向几家不同类型的律师事务所进行询价，如国际律所与本地律所、综合性律所与专业性律所等，比对报价综合选择。

005 > 制定案件整体应对方案，一体化管理案件

跨境诉讼中，整体诉讼策略的制订至关重要。中国律师牵头管理跨境诉讼案件，可以综合考虑国内外法律规定和中国企业的实际情况，更好地帮助企业制订和实施整体策略。在多起跨境诉讼案件处理中，不同司法管辖区的律师在法律观点和执行方面意见不一致，在中国律师全程主导、统筹管理之下，境内外案件相互制衡配合，最后成功解决争议。在各个司法管辖区内，则应当以该法域律师为主，设计和执行具体的诉讼方案。

制定整体方案并一体化管理案件具有以下好处：

1.有利于保证诉讼策略的一致性。跨境诉讼中的关联案件可能在不同的法域应诉、适用不同的法律及程序。这些应诉动作可能有主有次，有先有后，需要共同服务于实现同一个诉讼目标。诉讼目标的实现不是一蹴而就的，要经过不同法域的诉讼步骤相互衔接，一步步实现，并在此过程中保持不同法域的诉讼目标和策略不发生偏离。

2.有利于保证法律立场的一致性。诉讼律师一般有着强烈的辩护或者攻击欲望，为了本案胜诉会详尽阐述有利点，殊不知本案中的有利点到其他法域的另案中，可能会被作为不利点攻击，所以保持法律立场的一致性非常重要。制定整体方案和实施一体化管理，

有助于确保不同法域主张的法律立场不冲突。

3.有利于保证事实与证据的一致性。不同法域的律师对于同一事实或者同一份证据具有不同的观点和视角，加之跨境交流时，信息经过筛选传递可能发生缺失，因此，可能出现不同法域的律师对于证据和事实的理解不一致。一体化管理案件有利于确保向不同法域法院阐述的事实和提交的证据不发生冲突和矛盾。

4.有利于提升诉讼效率。由统一的“指挥中心”一体化地管理不同法域的诉讼案件，可以在信息对称的基础上给出比较精准的工作指示，并省去一些不必要的工作。比如，A法域律师团队已经调研过的法律问题，其他法域的律师可以借鉴；再比如，证据材料的准备和证人辅导，不同法域的律师团队也可以互相借鉴，降本增效。

5.有利于防范跨境证据提交等合规风险。随着我国《数据安全法》《个人信息保护法》等法律法规的出台，中国境内形成的证据材料提交境外时需要遵守跨境数据传输相关的合规要求，否则可能导致违规责任。由中国律师牵头统筹管理整个案件，有利于防范跨境证据提交衍生的合规风险，从而更加稳妥地实现诉讼目标。

美国证据开示程序下中国企业如何向境外法院提交证据？

中美大国博弈日渐升级，美国不仅通过经济制裁、行政执法、刑事检控等方式对中国企业施加压力，在民商事争议领域也呈现出“单边主义”的倾向，给面临跨境商事争议的中国企业带来了较大的风险和挑战。近年来，美国法院在证据开示程序中强调美国利益的优先性，对于国际礼让的适用比较消极，时常强制中国企业直接向美国法院提交存储于中国境内的证据材料。此时，中国企业援引国内证据出境规定向美国法院提出抗辩败多胜少，从而陷入难以同时遵守美国证据开示要求和国内证据出境规定的两难境地。面对美国法院的证据开示命令，中国企业是否可以对外提交证据？如何对外提交证据？我们现结合实务经验，围绕上述问题进行分析，供中国企业决策者参考。

117

001 > 美国民商事诉讼中的证据开示要求与国际礼让限制

(一) 美国域外证据开示程序概述

为了减少法院诉讼中的证据突袭和双方当事人的信息不对称，美国创设了证据开示制度，以尽可能地授予诉讼当事人不受阻碍地获取与争议解决相关的所有信息的法律权利，从而公平有效地解决争议。根据美国《联邦民事程序规则》第26条b款的规定，诉讼当事人可以要求就与任一方的索赔或抗辩有关的任何非特权事项进行证据开示，包括任何文件或其他有形物品的存在、描述、性质、保管、条件和地点等信息，以及了解任何可披露事项之人的身份和位置信息。证据开示的范围比较宽泛，只要某事项能够证明某项事实更有可能发生或者更不可能发生，那么该事项就会被认为是相关的和可开示的，不论相关信息将来是否会被采信为适格证据。

诉讼当事人既可以要求对方当事人开示证据，也可以要求掌握

案件材料或者信息的非当事人开示证据。被要求开示证据的一方如果拒绝提供证据，那么另一方可以请求法院出具命令强制开示。如果拒绝遵守证据开示命令，那么该等主体将面临美国法院根据《联邦民事程序规则》第37条规定进行制裁的风险，如禁止支持或反对指定的索赔或抗辩、禁止提出指定的事项作为证据、全部或部分驳回诉讼或程序、视为藐视法庭、命令支付费用等等。

在跨境诉讼中，美国法院可以向作为当事人或非当事人的主体发送证据开示命令，要求其将位于美国境外的文件或人员带至美国，以接受检查或者口头审问。这种单边域外证据开示的做法被一些国家视为侵犯本国司法主权，于是相对应地制定了阻止或者限制美国法院单边取证的障碍性立法。1968年，美国与其他国家签署了《海牙取证公约》，将国际礼让纳入域外取证的考量范围，试图创设一项兼顾取证国域外取证需求和维护被取证国司法主权的取证方式。具体而言，《海牙取证公约》要求各签署国指定一个中央机关负责接收外国法院的取证请求书，并将该请求书转交给国内有关部门按照国内法律和程序执行。被请求国可以拒绝执行其认为会损害其主权或安全的请求，也有很多签署国声明拒绝执行为获取审前证据开示文件而签发的请求书。

118

(二) 美国域外证据开示中的国际礼让考量

由于《海牙取证公约》对请求书执行作的限制或例外规定，以及在实践中的低效，美国法院和当事人一直寻求突破《海牙取证公约》进行域外取证。在1987年法国航空公司案中，²美国联邦最高法院认为，虽然法国存在限制证据出境的障碍性立法，但只要不会启动执法程序，美国法院就有权要求当事人提供位于法国的证据。而且，该案判决认为《海牙取证公约》仅仅是证据开示的一种方法，不是唯一、更不是优先的方法，而应当综合考虑特定事实、主权利

2.Societe Nationale Industrielle Aerospatiale v. U.S. District Court, 482 U.S. 522 (1987).

益及公约程序的有效性，以决定是否允许通过更加宽松、自由的方式调取证据。该案判决否定了《海牙取证公约》的优先适用，对后续其他案件产生了深远的影响。

美国法院在被请求开示方以外国障碍性立法和《海牙取证公约》为由进行抗辩并拒绝开示证据时，一般会根据国际礼让相关的七要素进行分析，具体如下：（1）所寻求文件或信息对诉讼的重要性；（2）请求的具体程度；（3）信息是否来自美国；（4）可供选择的信息获取方式；（5）不遵守请求会在多大程度上损害美国的重要利益，或者遵守请求会在多大程度上损害信息所在国的重要利益；（6）证据开示的难度；（7）拒绝开示方的诚信。近年来，美国法院在进行国际礼让分析时，特别注重对比美国利益和外国利益的重要性，并呈现出强调美国利益和严格审查外国利益的倾向，中国企业挑战美国法院的证据开示命令胜少败多。

2011年的一起案件是中国企业抗辩成功的少有案例。³2011年1月，原告为某国际知名珠宝公司，提起了关于生产和销售假冒珠宝的商标侵权诉讼，并要求作为非当事人的三家中资银行（以下合称“银行”）依据传票向其提供与被告销售行为有关的位于中国境内的金融财务记录。银行辩称，根据国际礼让原则，应驳回原告的强制开示请求，跨境证据开示应通过《海牙取证公约》进行。法院认为，前两项要素（索要信息的重要性和请求的具体性）对原告有利，但是其他要素对银行有利。具体而言，索要的信息在中国境内这一事实使第三点要素对银行有利。第四点要素同样有利于银行。美国国务院删除了其网站上批评中国执行《海牙取证公约》有关表现的言论，因此，根据该言论得出通过《海牙取证公约》途径无法在中国取证的结论缺乏说服力。而且，该案要求提供的材料与案件实质性问题密切相关，中国在《海牙取证公约》第23条项下关于“审判前取证”的保留不一定会阻碍取证。法院艰难地认为第五点要

素有利于银行。虽然美国在执行其法律和保护商标权方面享有普遍的利益，但在这种情况下，银行的非当事人地位减轻了这些利益。中国颁布了众多民事、刑事规定以保护银行客户隐私、鼓励使用和信任其相对较新的银行体系，证明了中国在这方面的利益。这些规定几乎没有例外，而且处罚严重，显示了中国在这方面比美国有更加重大的国家利益。关于第六点要素，法院认为，如果银行违反中国法提交索要的信息，银行可能面临严重的民事和刑事处罚。而且，没有证据表明银行不会因为违反这些规定而受到刑事检控。关于第七点要素，没有证据表明银行行事时缺乏善意。综上所述，法院驳回了原告的证据开示动议，要求其通过《海牙取证公约》索要信息，并释明如果《海牙取证公约》的路径无效，原告可以再次请求执行传票。

120 该案之后，中国公司无论是作为当事人还是非当事人，被美国法院命令开示证据时都罕见抗辩成功，其中影响较大案件包括“某奢侈品案”⁴，以及近两年的“Jose Buan案”⁵和“Syntronic案”⁶。在这些案件中，美国法院强制要求中国主体进行证据开示的理由包括但不限于：

(1) 《海牙取证公约》规定的取证程序相较于通过证据开示直接要求从境外提交证据的程序没有优先性。

(2) 在以往案例中，根据《海牙取证公约》向中国有关机关提交的取证请求没有得到充分支持，且耗时较长。

(3) 中国法律规定对于信息所有者的保护可以由当事人放弃，而且对中国国家机关存在例外，因此，中国法律规定保护的仅为个人利益，而非国家利益。

(4) 目前尚无中资银行因为向外国法院提交客户信息而遭受处罚，所以其跨境提交证据遭受处罚的可能性较小。

4.768 F.3d 122 (2014).

5.No. 19 CV 2648, 2021 WL 83736 (N.D. Ill. Jan. 11, 2021).

6.No. 21-CV-03610-SI, 2022 WL 1320629 (N.D. Cal. May 3, 2022).

(5) 中国政府部门出具的支持性函件未阐明中国法律保护的具体利益。

(6) 中国主体未明确哪些信息属于应受《个人信息保护法》保护的个人信息，未明确《数据安全法》如何禁止履行证据开示义务。

(7) 中国法项下对于个人信息和数据保护的政府使用例外，同样适用于美国政府机关。

002 > 中国企业向美国法院提交证据材料的合规路径

在中美大国博弈的背景下，美国法院在域外证据开示时对于中国企业表现出强烈的单边主义倾向。另一方面，中国近年来制定的《网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》等法律也为中国企业不经《海牙取证公约》规定的途径而向境外法院提交证据材料提供了替代性渠道。

121

(一) 证据出境审查部门

根据《数据安全法》第三十六条、《个人信息保护法》第四十一条等规定，中华人民共和国主管机关根据有关法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约、协定，或者按照平等互惠原则，处理外国司法或者执法机构关于提供数据和个人信息的请求。非经中国主管机关批准，相关组织、个人不得向外国司法或执法机关提供储存在中国境内的数据或个人信息。对于前述规定中的“主管机关”，一般认为是中华人民共和国司法部，由司法协助交流中心代表司法部具体行使中央机关职能。前述规定出台之后，部分中国企业迫于境外法院调查取证的压力，曾经向司法协助交流中心申请对拟出境证据材料进行审核，司法协助交流中心会同最高人民法院、国家互联网信息办公室（下称“网信办”）、业务主管部门审核通过后，为申请方出具批文，之后证据材料可以出境。

然而，前述审查机制存在与政府部门职能划分不尽一致的情况。根据司法部官网的说明，司法协助交流中心主要职能为“履行民

商事司法协助中央机关职能，参与条约缔结谈判；开展国际法律交流合作，组织实施因公出国（境）培训以及有关国际合作项目；证照办理；法律翻译等。”在跨境取证方面，司法协助交流中心主要负责根据《海牙取证公约》协助办理跨境取证事宜，但不包括根据《网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》开展个人信息和重要数据的安全评估工作，有观点认为这属于网信办的职责。

鉴于此，近期负责证据出境审查的政府部门分工在实践中发生了一些调整。根据最新的实践，中国主体向境外法院提供证据的途径主要有两条：一是由外国法院依据《海牙取证公约》、当事国与中国的双边协定、平等互惠原则等向我国司法部等部门请求协助调查取证；二是中国主体主动或应境外法院要求向境外法院提供证据材料。前一种情形仍然由司法协助交流中心负责办理，但是后一种情形，当事人须严格遵守《网络安全法》《个人信息保护法》《数据安全法》等法律规定，由网信办作为归口管理部门，负责审查拟出境证据的安全性。

（二）证据出境审查流程

根据《个人信息保护法》第三十八条、第四十条以及《网络安全法》第三十七条等规定，关键信息基础设施运营者和处理个人信息达到国家网信部门规定数量的个人信息处理者向境外法院提供个人信息时，应当通过国家网信部门组织的安全评估；其他数据处理者可以选择通过国家网信部门组织的安全评估、取得专业机构组织的个人信息保护认证⁷或与境外接受方签订国家网信部门制定的标准合同⁸后向境外法院提供个人信息。根据《数据安全法》第三十一条及《网络安全法》第三十七条等规定，关键信息基础设施的运营者向境外法院提供个人信息和重要数据时，应当通过国家网信部门组

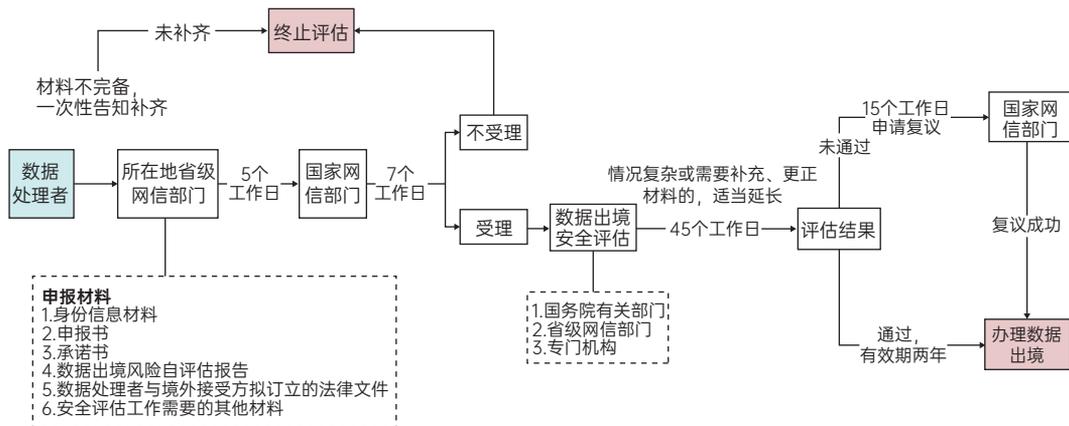
7. 详见《个人信息保护认证实施规则》（2022年第37号），将GB/T 35273《信息安全技术个人信息安全规范》、TC260-PG-20222A《个人信息跨境处理活动安全认证规范》作为开展跨境处理活动的个人信息处理者的两项要求。

8. 详见《个人信息出境标准合同办法》及附件《个人信息出境标准合同》。

织的安全评估。

为进一步引导和规范当事人正确办理数据出境安全评估，网信办还出台了《数据出境安全评估办法》《数据出境安全评估申报指南（第一版）》《数据出境安全评估申报指南（第二版）》”（下称“《数据出境申报指南》”），对数据出境安全评估的适用范围、具体流程作出了细化规定。《数据出境安全评估办法》第四条规定，数据处理者向境外提供数据，有下列情形之一的，应当通过所在地省级网信部门向国家网信部门申报数据出境安全评估：（1）数据处理者向境外提供重要数据；⁹（2）关键信息基础设施运营者和处理100万人以上个人信息的数据处理者向境外提供个人信息；（3）自上年1月1日起累计向境外提供10万人个人信息或者1万人敏感个人信息的数据处理者向境外提供个人信息；（4）国家网信办规定的其他需要申报数据出境安全评估的情形。此外，部分省市（如江苏省、海南省）还在此基础上出台了本省的数据出境安全评估申报工作指引，特别是对“重要数据”的判断提供了参考标准和示例。

数据出境安全评估申报流程



9. 《数据出境安全评估办法》第十九条规定，本办法所称重要数据，是指一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用等，可能危害国家安全、经济运行、社会稳定、公共健康和安全等的数据。

003 > 结语

近年来，中美两国在跨境取证监管方面的规定此消彼长，从直接冲突向协同合作过渡，为中国企业的证据出境创造了更加有利的条件。中国企业不必再如过去根据《海牙取证公约》和国内法规定，与美国法院“死磕”，拒不提交证据材料，从而导致美国法院处罚，而是可以更加关注如何根据国内法规定的证据出境安全评估流程，依法合规地向美国法院提交证据材料。



跨境送达的法律要点与攻防策略

随着中国经济深度融入全球市场，中国企业参与国际交易的数量和规模持续上升，与此同时，中国企业面临的跨境纠纷也与日俱增。送达作为跨境诉讼的重要环节，关系到诉讼当事人的权利保障与诉讼效率之间的平衡，还涉及国家间司法互助与司法主权的协调。因此，在信息技术和特快专递如此发达的今天，跨境送达仍然呈现出程序复杂、耗时较长的特点。如果对送达的重视不够或了解不足，很可能在跨境诉讼中面临不利后果。笔者结合实务经验，围绕跨境送达的重要意义、法律要点及攻防策略提供以下分析及建议，供中国企业决策者参考。

125

001 > 跨境送达的重要意义

首先，送达具有推进诉讼进程的法律效力。向当事人送达司法文书，通知其参与审判程序，行使诉讼权利，是法院行使司法审判权的前提。在英美法系国家，向被告合法有效地送达起诉状和应诉通知是法院确立管辖权的条件之一。此外，送达贯穿起诉、答辩、开庭、判决、执行等民事程序的各个环节，民事程序的期间也往往以相关文书送达完成之日开始计算。

其次，跨境送达的合法有效性可能会影响到民事判决在其他司法管辖区的承认与执行，送达程序瑕疵很可能构成否定判决效力的因素。比如，在北京市高级人民法院审理的关于承认和执行德国奥芬堡州法院第20460/07判决一案中，德国法院通过邮寄的方式向位于中国的当事人送达判决书。最高人民法院作出批示，因中国法律不允许采用邮寄方式向中国境内的受送达人进行送达，本案未完成有效送达，故该判决未对当事人发生法律效力，尚不具备承认和

执行的条件。¹⁰

综上，对于跨境诉讼的原告而言，合法、有效、高效地完成送达是推进程序、及时维权的必要环节；对于跨境诉讼的被告而言，在诉讼初始阶段可以利用送达规定争取更多的应诉准备时间，在执行阶段可以将送达程序瑕疵作为质疑送达有效性和判决效力的重要抗辩。关于跨境送达的攻防对抗有时可能成为跨境诉讼中的关键一役。

002 > 跨境送达的法律要点

(一) 法律依据

1、国际条约

就多边条约而言，《海牙关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》（下称“《海牙送达公约》”）是在跨境送达领域最具影响力的国际条约，确立了中央机关转递送达的基本规则，并允许在送达目的地国允许的情况下采取替代性送达方式。《海牙送达公约》于1965年在海牙签订，截至2024年10月28日，共有84个缔约国，包括中国、美国、英国、澳大利亚、加拿大、德国、法国、日本、俄罗斯等。¹¹

就双边条约而言，截至2024年10月28日，中国与法国、西班牙、意大利、希腊、新加坡、俄罗斯、韩国、古巴等30余个国家签订了双边民商事司法协助条约，¹²在送达领域的内容多是确认和细化通过中央机关转递文件的送达方式和具体规定。

2、国内法

送达是一国司法主权范围内的事项，根据国家主权原则，未经他国允许，各国仅有权在本国领域内进行送达。因跨境民商事纠纷

10.《最高人民法院关于申请承认（及执行）德意志联邦共和国奥芬堡州法院第20460/07判决一案的请示的复函》，2010年12月23日。

11. 详见海牙国际私法会议官方网站公布的信息：<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=17>。

12. 详见司法部官方网站：<http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/flfggz/flfggzflty/fltymsssfxzty/>。

常常涉及位于不同国家的当事人，向法院地以外的司法管辖区的送达有赖于国家间的司法协助。司法协助的具体程序可能通过签订多边条约、双边司法互助条约的方式事先安排，但无论采用何种方式，均不得违反受送达人所在国的法律规定。

具体而言，假设A国国内法允许外国主体采取中央机关转递、邮寄送达和电子送达等方式向位于本国的主体进行送达，B国仅允许通过中央机关转递的方式向本国主体进行送达。现A国法院审理一起涉外商事案件，需要向位于B国的受送达人X交付相关司法文书，按照受送达人所在国即B国国内法规定，该情况下仅能通过中央机关转递的方式向X送达。反之，如果B国法院需要向位于A国的受送达人Y交付相关文书，则可以依照A国国内法，选择中央机关转递、邮寄送达、电子送达的任一方式。

（二）送达主体

大陆法系和英美法系基于不同的价值导向在送达主体的问题上存在较大差异。诉讼模式采法院职权主义的大陆法系国家倾向于将送达行为视为公权力的行使，通常由法院主导，当事人或其他私人主体无权进行送达。奉行当事人主义的英美法系诉讼体制则更加注重当事人在诉讼中的主动权，送达方式相对更加灵活，允许私人主体参与送达程序。¹³以英国为例，法院和当事人都是送达主体，法院签发或准备的文书由法院负责送达，包括法院令状、法院通知书、判决书等；当事人准备的文书则由当事人负责送达，包括起诉状和答辩状等。

（三）送达方式

根据主要司法管辖区的国内法规定、《海牙送达公约》的规定及缔约国所作保留，对跨境送达的常见方式及各国的适用情况汇总如下表：

送达方式	具体含义	各国适用情况
中央机关转递	通过文书接收国指定的中央机关转递文书	<ul style="list-style-type: none"> • 包括中国在内的《海牙送达公约》缔约国均认可通过该方式从境外向其境内当事人进行送达
使领馆送达	通过文书发出国驻文书接收国的外交人员或领事人员送达文书	<ul style="list-style-type: none"> • 瑞士、挪威等不认可通过该方式从境外向其境内当事人进行送达 • 中国、新加坡、俄罗斯、卢森堡、奥地利、印度等仅认可通过该方式向文书发出国本国国民进行送达
邮寄送达	通过邮寄的方式直接向位于国外的受送达人寄送文书	<ul style="list-style-type: none"> • 中国、德国、新加坡、墨西哥、瑞士、卢森堡、奥地利、印度、俄罗斯等不认可通过该方式从境外向其境内当事人进行送达 • 美国、加拿大、英国、法国等认可通过该方式从境外向其境内当事人进行送达
个人送达	通过诉讼代理人或当事人指定的个人代为送达文书	<ul style="list-style-type: none"> • 中国不认可通过该方式从境外向其境内当事人进行送达 • 美国、英国认可通过该方式从境外向其境内当事人进行送达
代表机构或分支机构送达	通过向海外受送达主体位于文书发出国境内的代表机构或分支机构送达文书	<ul style="list-style-type: none"> • 中国不认可通过该方式从境外向其境内当事人进行送达 • 美国认可通过该方式从境外向其境内当事人进行送达
电子送达	通过传真、电子邮件、移动通信等信息网络技术手段送达文书	<ul style="list-style-type: none"> • 中国不认可通过该方式从境外向其境内当事人进行送达 • 美国、英国认可通过该方式从境外向其境内当事人进行送达
合意送达	按照当事人约定的方式送达文书	<ul style="list-style-type: none"> • 中国不认可通过该方式从境外向其境内当事人进行送达 • 大陆法系国家一般不认可当事人合意约定司法送达方式 • 美国、英国等英美法系国家一般认可当事人约定的司法送达方式

送达方式	具体含义	各国适用情况
公告送达	当无法采用其他方式送达时，通过将文书内容在报纸等媒体公告，自公告之日起经过一定期限即视为送达	<ul style="list-style-type: none"> • 中国不认可通过该方式从境外向其境内当事人进行送达 • 法国、意大利、荷兰、希腊、美国等在一定程度上认可采用公告送达的方式进行跨境送达

003 > 跨境送达的攻防策略

(一) 未雨绸缪：审慎约定送达方式

1、根据交易角色确定送达立场

跨境送达中最关键的环节是向被告送达起诉状和应诉通知，使被告知晓其受到起诉的事实、原告的诉请依据以及下一步的诉讼程序。特别是在缺席判决的情况下，是否合法地向被告送达了起诉状和应诉通知直接关系到判决的有效性。实践中当事人约定的送达方式也大多是针对起诉状和应诉通知。因此，约定更加严格的送达方式有助于保护未来被告的程序权利，而约定更加简单的送达方式和明确的送达地址有助于降低未来原告的维权成本。具体选择何种方式取决于双方基于各自交易角色及送达立场进行的谈判和博弈。

在国际商业交易中，承担不同角色的当事人有时可以事先预判己方在潜在纠纷中更可能作为主动维权的起诉方还是被动的应诉方，并据此确定己方在送达问题上的倾向性立场。

2、基于送达立场谈判送达条款

对送达立场进行初步判断以后，下一步是谈判送达条款。通常而言，一个完整的送达条款需要约定适用的文书范围、送达的方式、送达的地址、法律后果、约定的有效期等信息。如己方倾向于便利维权的目的是，则可尽量纳入诸如邮寄送达、电子送达等相对高效的多样化送达途径，扩大适用的文书范围，降低送达的程序性要

求，延长合意送达的有效期限等。反之，如果相较于主动维权，己方更可能成为民商事纠纷案件的被告，则可在合同谈判中争取限缩约定送达的适用范围、送达方式和有效期限，设置更加严格的程序性要求等。

3、对照法律及条约规定核实送达条款的有效性

最后，还应对照相关国家法律与国际条约的规定，核实合意送达条款的有效性。从国内法的角度出发，尽管英国、美国、阿联酋、俄罗斯、澳大利亚、韩国等允许当事人约定起诉状送达方式和送达地点，在某些司法管辖区，比如西班牙、法国、德国、中国等，则只允许当事人事先约定送达地址，而不承认当事人约定的送达方式。因此，设计送达条款时还需要考虑合同的争议解决条款规定以及双方所在国关于合意送达的法律规定，以防止送达条款与法律抵触而无效。

130

(二) 主动出击：多管齐下对抗拖延与回避

从原告的角度，针对相对方潜在的或已经实施的恶意回避与拖延战术，可以从以下几个角度先发制人、展开攻势。

1、通过合同约定防患未然

虽然只有少数英美法系国家允许当事人约定司法文书的送达方式，但是大多数国家一般至少会对当事人约定的送达地址予以认可。因此，为减少查明地址或者公告送达产生的时间成本，避免相对方的恶意回避与拖延导致己方权利无法得到及时救济，可以在合同中明确约定送达地址、规定恶意回避与拖延的法律后果等来事先预防，有备无患。

2、善用诉前保全巧妙施压

诉前保全措施除了可以有效防止相对方转移财产，保证判决能够得到实质执行，还能够给相对方施加心理压力，迫使其积极应诉、主动寻求沟通谈判。因此，如遇到相对方回避拖延，己方可考虑适当结合诉前保全措施向其施压，敦促其接受送达、参与答辩。

3、运用各种送达途径多管齐下

很多国家允许同时运用多种方式进行送达，比如《最高人民法院关于涉港澳民商事案件司法文书送达问题若干规定》规定，除公告送达以外，可以同时采取多种法定方式向受送达人送达，并根据最先实现送达的方式确定送达日期。因此，在跨境诉讼中，如果遇到相对方隐匿行踪或地址，可以同时采取其他替代方式，比如电子送达、向其诉讼代理人、代表机构、分支机构、业务代办人送达等，全方位、多角度出击，让其逃无可逃、躲无可躲。

4、揭穿主观恶意，争取有利裁判

不管相对方的回避与拖延战术最终是否得逞，己方都可以向法院揭露其在整个送达过程中的主观恶意，陈述其浪费司法资源、减损司法效率、侵害原告权利的不良后果，以尽量争取有利于己方的裁判。

131

(三) 严阵以待：充分利用送达规则争取诉讼准备时间

从被告的角度出发，一方面，在合法、正当的前提下利用送达程序尽量延后答辩期限，争取宝贵的诉讼准备时间；另一方面，关注送达程序的瑕疵并收集证据，使之成为后续执行阶段否认判决效力的重要抗辩。

1、如遇程序选择，综合利弊谨慎决策

在一些司法管辖区，被告对送达程序安排具有一定的选择权。比如美国《联邦民事诉讼规则》规定了被告放弃送达制度，原告可以通过邮寄方式向被告发出通知，并请求被告放弃应诉传票和起诉状副本的正式送达。对于位于美国境外的被告而言，如同意放弃正式送达，答辩期限可以由原先的21天延长为90天，且无需承担送达应诉传票和起诉状副本而产生的相应费用以及原告申请放弃送达而产生的服务费用（包括律师费）。¹⁴

对于位于中国的被告而言，在该情境下，虽然放弃送达可以将答辩期延长至90天，但是如果不放弃送达，则原告需要通过《海牙送达公约》下中央机关转递的方式进行正式送达，整个过程很可能耗时更长，反而可以获得实质上更长的答辩期限。相对地，被告要承担送达费用与原告申请放弃送达的费用。此时需要综合分析可能争取到的准备时间以及费用成本，做出对己方最为有利的决策。

2、如遇程序瑕疵，合理维权争取时间

跨境送达涉及不同司法管辖区多样化的法律规定以及国际条约下各缔约国的差异化保留，规则纷乱复杂，因此跨境送达程序中错误或瑕疵时有发生。如遇该等情形，作为受送达的一方，有权合理行使并正当维护自身的程序性权利，指出送达程序中的问题，要求返回、更正或重新送达，并在合理维权的过程中争取时间，思考答辩策略，准备应对方案。笔者在实务中遇到过一个案件，当事人收到法院向其转交的境外诉讼程序的全套起诉文件，但发现文件中受送达人一栏中英文翻译不一致，对应不同的主体。于是，当事人委托律师起草函件向代为送达的地方法院说明情况，并成功将相关文件退回。

如果被告有关送达程序的申诉未能在诉讼阶段获得法院的支持，也可以积极搜集送达程序存在瑕疵的有关证据，可在未来判决执行阶段作为质疑送达有效性和判决效力的抗辩依据。

(王梓尧、蒋孟菲、谢逸、杨晨对本文亦有贡献)



刘相文
合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2050
liuxiangwen@zhonglun.com

Part III

非常之道：
特殊场景和其他救济手段

EXTRAORDINARY WAY:
SPECIAL SCENARIOS AND
ALTERNATIVE RELIEF MEASURES



资产安全的新视角： 如何跨境追索和保护 企业与个人的资产

by 龚乐凡 陈文珊

想象一下以下的场景：在你正准备一个大型项目的款项支付时，收到了一封来自交易对方发来的电邮，告知你收款银行、账户等完整的信息。而转款之后你才发现，这封电邮是黑客冒充你的交易对方仿冒的诈骗电邮，电邮提及的“银行账号”其实只是黑客安排的境外账号，并非交易对方的真实账号。但此时，资金已经汇至境外，且很快被转移，即便再捶胸顿足，却也为时已晚。

再换一个场景：你在境外与某个当地的合作伙伴成立了一家合资公司，然而，公司明明业绩很好，却好像不挣钱，原来是当地的这位“合作伙伴”操控公司，一直秘密将资产转移到一个神秘的英属维尔京群岛（BVI）公司的账户...然而你却根本无法查明这家BVI公司在哪里，银行账户开在哪里...

或者，你或者你的公司在向境外汇款，成功“汇出”，却没有成功“到达”对方的账户。后来才发现，资金被汇款“中间行”的某美国银行拦截、冻结，原因竟可能和美国的贸易制裁或者“反洗钱”有关...也许收款方的名字和美国制裁名单上的某个机构或者个人“疑似”。问题是，该如何解冻这笔资金？

135

或者，你将一笔不菲的境外资金汇给了你信任的、即将成为家庭一员的准“家人”，然而，之后不久，他（她）却和资金一起“人间蒸发”。你不知道如何找到其下落，也不清楚这笔资金的流向...

这些场景中，都足以见得资产保护的重要作用。从资产保护的角度，需要常见的保全（asset protection）的工具，包括信托、跨境架构、控制权设计、顶层设计等内容，这些都属于“盾”；而时常被忽略的是，资产保护同时还需要“剑”和“矛”。

本文将基于这些实战案例，并结合我们的相关经验，探讨当遇到这样的“不可能完成的任务”，你可以如何采取行动，以最大限度地保护自身权益，减少损失。

001 > 场景一：被骗、被“转移”资金的跨境追踪与“追击”

根据UBS《全球家族办公室报告》（Global Family Office Report 2023），有高达37%的被访家族办公室曾成为网络攻击的目标，甚至不止一次被网络攻击威胁。另外，也有被访家族办公室提到，即使已采取部分安全措施（例如，聘用信息技术机构提供网络安全服务），几个月前仍遭遇网络攻击。由此可见，网络欺诈及网络安全事件频发、网络犯罪分子日益活跃，对个人及企业的资产、交易安全带来了巨大威胁。

如文首所及，中国的企业或者个人，因为网络、邮箱被黑客袭击，被人仿冒成某个正在进行的交易的对方冒名发送欺诈电邮，最终导致受骗企业或个人不慎将巨额交易款错误划入仿冒者指定的境外账号，甚至可能面临都没来得及报警，被骗资金却已被转走的局面。面对这种情况，受骗企业或个人是否有机会追回损失？

一旦资金被转移到海外，无论是被诈骗的情况，还是股东争议的场景，抑或是在婚姻家庭中资产被某一方藏匿，这些情况不论对于代理律师，还是司法机关，都会是很大的挑战——因为一些刑事侦查的手段，无法越过国境线，必然需要当地法域的司法机关的配合，而这又会耗费大量的时间和精力，等到查到线索，也许资金早已转移，而骗子都已逃之夭夭、逍遥法外。

然而，“正义之剑”始终存在。我们不妨从具体案例来进行阐述：

遭遇网络攻击，被骗导致资金错划入海外黑客账户，或者境外合作伙伴将资金秘密转移到离岸账户，受害者该如何进行跨境追索？

第一个案例涉及中国企业在海外被骗以及资金被转移隐匿的情况。该案的“主角”是一家中国公司与一家非洲公司成立的在非洲进行勘探的合资企业。企业的业务开展非常成功，但中国公司发现，其非洲的合资伙伴可能“不太厚道”：其编制的合资公司账目和资金流向存在欺诈行为，且这家非洲合资公司曾向英属维尔京群岛

(BVI) 的一家公司转移了超过2亿美元的资金。与此同时，这家BVI公司的董事并非真实，而属于“代持”性质的董事。

案件的代理律师通过查看合资公司的银行记录副本，找到了非洲公司在英属维尔京群岛使用的银行账户，通过一系列专业的操作，成功获得了针对该银行账户的资产冻结令，以及针对该BVI公司“代持”董事的披露令。最后发现，这家BVI公司董事的背后，就是那家“不太厚道”的非洲合资伙伴，并通过信托方式让人代持其实际持有的该BVI公司的股份。代理律师之后通过相关程序，再次获得了一项法院命令，将资金划转到英属维尔京群岛的法院账户，并最终成功通过和解谈判为中国企业挽回了损失。

另外，针对黑客通过移花接木、瞒天过海的手段，骗取国内公司信任，将交易资金划入黑客指定的银行账户的问题，一样可以通过类似的方法和流程，通过境内律师和境外律师的高效跨境协同，以“快准狠”的合法手段进行追击，帮助中国的企业、个人追索本以为不可能追回的损失。

第二个案例，涉及个人财富的海外转移和藏匿，以及最终的成功追回。该案例中，一对小夫妻一同移居英国，资金的支持来自于女方的母亲，她将500万英镑汇给男方，以便他们购置一处伦敦的居所。但这段婚姻并不幸福，男方并没有用这笔钱购买房子，而是将钱转移到了自己名下根西岛的银行账户中，并抛弃了妻子，玩起了“消失”。律所受这位母亲之托，寻找男方的下落并追回这笔资产。

之后律师通过调查发现了男方的下落，并获得了资产冻结令以及信息披露令，他不得不披露这笔资产的存放账户的详细信息。然后律师在泽西岛申请到法院的资产冻结令，冻结了存放在该银行的这笔资产，最后通过协商和解的程序，成功将资产追回。

002 > 场景二：海外资金突遭美国银行冻结

第三个案例涉及到的则是个人之间的转账被外国的相关机构审查冻结的情况。本案例中，身在国内的客户向加拿大读书的孩子转账几万美金的学费，由香港某银行转账至加拿大的本地银行，却被中转行的美国某银行冻结。迷惑不解的客户在询问银行无果后找到了律所，希望帮忙解封资金。

资金汇往海外，因美国贸易制裁或银行反洗钱制度，遭遇截留和冻结，该如何解冻、追回自己的合法资金？

经律师调查，是因为该笔转账中一方的名字和美国OFAC制裁名单上的名字相似。OFAC办公室出于谨慎，

直接先行冻结了此笔转账资金。律师迅速帮助客户向OFAC办公室申请许可，以解封被冻结的银行资金。

138

基于国际地缘政治的变化，资金由于美国的贸易管制与制裁、司法的长臂管辖而导致的资金被冻结、账户被查封的情况开始变多：从类型上看，不论是对公转账，还是个人转账，涉及到美元结算及美国中转支付渠道的，都可能会存在因美国审查导致资金冻结的风险。即便是迅速申请到解封，从许可获批到资金解封一般仍需要2个月左右的流程时间。为最大限度地避免合规风险，事前的风险合规审查或许是公司或高净值人士更好的选择。

003 > 场景三：海外金融“迷局”与跨境“追索”

近年来，中国境内高净值个人在海外金融产品投资上发生损失的现象越来越普遍。在这些失败的投资案例中，有不少投资人是由于受到了相关金融产品的发售机构的不实宣传或误导，或者存在其他不合规的现象导致损失。目前，各个国家或地区的监管机构虽然不断出台新的规定来对此类问题予以规范，但实践中我们发现，仍然有不少的投资者正在面临这一类的困境。

分析背后的原因，虽然监管机构针对复杂金融产品有相应的管控措施，但实践中发售这些投资产品的部分金融机构却可能采取了某些手段来一定程度上规避监管。例如，有些金融产品在本质上是高

中国境内高净值个人在海外金融产品投资上发生损失的现象越来越普遍。在这些失败的投资案例中，有不少投资人受到了相关金融产品的发售机构的不实宣传或误导，遭遇损失之后因为双方的信息不对称、专业知识不对称等问题，维权往往很困难。

风险的，但却可能“看似简单”，不属于监管文件中规定的受管控的复杂金融产品的范围，因此容易游离在监管之外。据我们了解，过往中已经有大量来自大陆、香港、新加坡以及东南亚国家的投资者，因这方面的原因受到巨额损失。

实践中我们也发现，遭遇这样的损失之后，往往因为双方的信息不对称、专业知识不对称等问题，投资人想要维权往往很困难。有的投资人可能花费了很多时间和金钱成本去境外提起诉讼，耗费数年的时间精力，最终却也可能面临败诉的结果。因此很多投资人在发生这种投资纠纷或损失的时候，面对高昂的境外诉讼成本，不得不选择“忍气吞声”或“自认倒霉”。

然而，“认知决定命运”，追回这样的投资损失也许并没有想象的那么艰难。例如纽约的前纳斯达克主席麦道夫（Madoff）的惊天庞氏骗局，涉案金额高达650亿美金，不仅无数名人富豪被骗，沦为受害者的还包括将所有养老金都放在他的“篮子”里面的中产阶级。骗局败露后，不少受害人因为无法接受这个痛失一辈子积蓄的残酷事实，而选择自杀。然而，如果他们能够走对一步，他们的悲剧——可能本可以避免。那么他们该怎么做？无数投资人被坑，其中也可能不乏中国的高净值个人客户。

骗局损失的650亿美金的大窟窿，的确让很多人望而却步，可能会想当然地认为，这些钱不可能再被追回来。但是，笔者从一位熟悉该案件的境外律师那里了解到，实际上有部分投资人拿起法律

武器，追回了大部分损失。那么大的“窟窿”，难道是这些原告获得了赔偿的“优先权”？其实，他们可算是“另辟蹊径”，在律师的帮助下，起诉了在麦道夫骗局中存在过失、过错的银行、会计师事务所等。因为这些机构的具有误导性的陈述、财务数据或者报告，或者在出售理财产品中尽到应有的谨慎义务，导致了投资人的巨大损失陷入骗局，所以原告因此起诉要求这些机构做出损害赔偿。

据笔者了解，部分机构出于种种考虑，例如担心案件公开之后自身的声誉受到影响、美国诉讼流程中的证据开示（discovery）环节等，最终以天价数字和起诉的投资人达成了和解。这部分选择运用法律武器保护自己的投资人，得到了相当满意的结果，大部分损失得以赔付。因为和解协议多包含保密条款，所以媒体公众对此知之甚少。笔者之所以知道，也是因为一位参与该案件的境外律师私下的透露。

140 对比两种不同的选择，令人扼腕唏嘘。如果那些做出极端选择的“人财两空”的受害投资人，知道他们有机会通过法律武器挽回自己的损失，是否还会郁郁寡欢，甚至最终决绝地结束自己的生命？

在信息不对称、专业知识不对称、财力不对称的情况下，表面上看，投资人在面对海外的大型金融机构时，往往处于一种劣势状态，那么他们又该怎样维权呢？

其实，纵然信息不对称，专业知识不对称，甚至财力不对称，都可以通过“借力”的方法来进行应对。笔者本人也曾参与一起与境外某知名金融机构就一项金融产品导致客户损失的事宜进行谈判交涉，最终成功促成该金融机构赔付全部损失。再强的对手，也有其忌惮和恐惧的地方，这就需要从专业的角度，借助法律的力量，找到对方的弱点，以“四两拨千斤”，但有理有利有节的方式，让自己成为最终的赢家。

004 > 场景四：海外投资“困局”与跨境“追索”

与上述金融争议求偿案例存在明显不同的是，实务中面对的对手可能并不那么在意“声誉”问题，利用这一点作为谈判的筹码可能收效甚微，对方甚至可能摆出“老赖”的样子，或者找出各种看上去让人似懂非懂的理由作为借口，来为自己开脱，将还款时间一拖再拖。

他们的理由可能包括所谓的反洗钱，中国外汇管制，当地政府机关的限制等等，导致他们“无法”实现投资回报或者及时还款。这些听上去冠冕堂皇的理由，在专业人士的眼中，可能就会显得颇为荒谬，甚至可以说是漏洞百出。但对于信息不对称的非专业人士来说，除非有熟悉该领域的专业法律顾问配合加以鉴别，否则可能根本无从查证判断对方所说的理由的真假。

在笔者处理的境外追索的一个项目中，客户投资了近千万美元在一个美国的房地产次级债项目中，结果却在投资到期后无法收回投资。在该案例中，客户一开始也相信了对方的各种借口，但在笔者和跨境顾问团队的协作下，发现了对方的破绽，客户决定果断采取法律行动。之后，中美两地的专业法律顾问团队在两地同时开展维权的法律行动、给对方施加压力，取得了很好的效果。

141

与此同时，在该案例中我们也发现该金融机构存在着诸多不合规之处，包括违规擅自在中国境内开展金融产品的宣传和兜售等业务行为、向投资者进行夸大和不实的陈述、在国外“借牌照”等行为，这些因

他们的理由可能包括所谓的反洗钱，中国外汇管制，当地政府机关的限制等等，导致他们“无法”实现投资回报或者及时还款。这些听上去冠冕堂皇的理由，在专业人士的眼中，可能就会显得颇为荒谬，甚至可以说是漏洞百出。但对于信息不对称的非专业人士来说，除非有熟悉该领域的专业法律顾问配合加以鉴别，否则可能根本无从查证判断对方所说的理由的真假。

素都有可能成为这家金融机构将遭遇严厉处罚的依据。而在帮助投资者进行追讨和索赔方面，在掌握这些情况后，我们建议可以选择由在该产品方面具备经验的金融和法律专家来帮助客户进行协商和沟通谈判，因为专家更熟悉这些金融产品及此类金融机构的内部做法流程，此种情形下，最终和解获得赔偿的可能性将得到很大提高。

在另外的一起案件中，由于中国和境外专业顾问的默契配合，律师发现对方在募集资金过程中的行为已经构成刑事犯罪，对方在巨大的压力之下，不得不同意和解并进行了赔付。

005 > 小结：境外追索与财富管理的新视角

无论是自己的资金被骗海外，还是被合作伙伴讹诈藏匿，你认为的“无法挽回”，可能并非是真的无法挽回。巴菲特说过，“风险来自于你不知道自己在做什么。”而芒格则说过，“如果你搞不懂，你永远可以请教一位更有智慧的朋友。”

天堂，地狱，有时就在我们的一念之间。正如美国心理学大师安东尼·罗宾所言，“我们的生命是被一种力量所控制，这个力量就是我们的决定。”他同时说，“我们所做的决定，比我们所遭遇的外部环境更能决定和控制我们的命运。影响我们的——不是外部的条件，而是我们自己的决策——决定去相信什么，决定去做什么，决定去给与什么...”

简单总结本文案例，我们不难发现，这些看似“不可能完成的任务”，最终却都能找到突破口，化腐朽为神奇般地形成解决方案，令被骗取、转移、藏匿到海外的资产可以成功被追回。这些鲜为人知的案例，带给我们几个重要的启示：

第一，鉴于海外投资的资金来源于境内，而最终资金都投向在境外，投资者有必要在中国和境外相关法域内及时聘请专业法律顾问开展维权法律行动，且两地顾问应相互协同采取一切措施，做到“稳、狠、准”，以维护投资者的最大权益；

第二，“打蛇打七寸”——不用最贵的法律手段，而是用最有效的法律手段。在此类跨境追索和维权行动中，成功的争议解决方法往往不局限于直接报警和法院起诉，而是找到最合适的、有专业经验和特长并且有跨境资源的优秀专业顾问。同时，也有赖于整合跨境和跨界的能力和智慧——以海外金融产品投资为例，懂得国

际银行、金融机构的游戏规则的“内部人士”和“行业专家”，对于投资者向金融机构“维权”具有重要作用，他们能够协助投资者更好的抓住对方痛点，争取最大的利益以避免损失；

第三，无论是个人投资者还是企业投资者，在面对海外追索时，需要有足够的耐心和决心，不能因为双方地位悬殊就没有信心应对，也不要觉得麻烦而退却，关键还是在拥有跨境和跨界能力专业人士的帮助下厘清事实、梳理证据链条，积极寻找跨境追索的解决方案。

海外资产遭遇被骗、转移、藏匿、冻结等，想要进行成功的跨境追索、在海外获得正义，就需要做到：

1. 及时聘请既有跨境资产追索实操经验，又有海外专业律所资源的法律顾问，及时行动，做到“稳狠准”
2. 用最有效的手段而不是最贵的法律手段实现客户跨境追索的目的
3. 在进行海外追索时，需要有足够的耐心和决心，不能因为双方地位悬殊或者对海外法律不懂而丧失信心、轻易放弃





有生命力的多元替代性 争议解决体系—— ICC争议管理机制

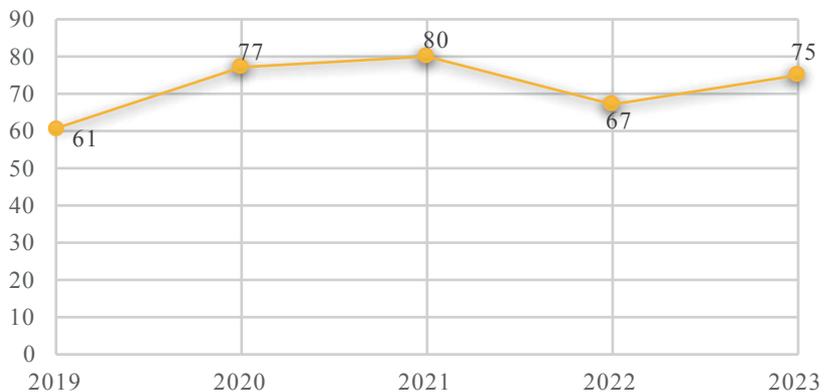
by 高俊 田恩雅

随着各国经济交往日益频繁，国际商事争议数量和金额不断攀升，争议内容日趋复杂，案件面临着处理周期增长、处理费用较高等挑战。在此背景下，世界各地的纠纷处理机构都在积极寻求更加灵活、更加实用、更加高效快速处理争议的途径，也成为国际商事争议的当事人最关心的问题。

国际商会（International Chamber of Commerce，简称ICC）正式成立于1919年，总部位于巴黎，作为一家非政治性的、具有广泛国际影响力的非政府组织，长期致力于国际商贸争议的处理，有着成熟的国际商事争议解决规则和体系。根据ICC逐年发布的年度争议解决数据，自2019至2023年，ICC替代性争议解决国际中心（International Center for ADR，简称“ICC ADR中心”）受理的替代性争议解决（ADR）案件数量呈波动增长的趋势。

145

2019-2023 ICC ADR 中心受理的ADR案件



具体而言，2019年，ICC ADR中心根据《ICC调解规则》（ICC Mediation Rules）《ICC专家规则》（ICC Expert Rules）《ICC跟单票据争议专家解决规则》（ICC DOCDEX Rules）、和《ICC争端解决小组规则》（ICC Dispute Board Rules）共注册了61起新案件，包括35起调解、16起专家程序、6起DOCDEX裁决请求以及4起争议委员会程序。2020年ICC ADR中心受理的ADR案件数

量显著增长26.2%，达到77起，2021年进一步攀升至历史新高——一起。2022年，或受到疫情因素的影响，ADR中心受理的ADR案件数量有所回落至67起。2023年，ICC ADR中心注册的ADR案件回升至75起，具体包括37起调解案件、30起专家程序、5起DOCDEX裁决请求以及3起争议委员会程序。这些数据直观地展现出，ADR机制作为传统争议解决方式的有效补充，持续发挥着重要作用，并逐步受到当事人的信任和青睐。

为了更好地指导当事人在ICC争议解决规则体系下有效运用不同的ADR工具预防和解决争议，2023年7月3日ICC发布了《有效冲突管理》ICC委员会指南（the ICC Commission Guide on "Effective Conflict Management"，以下简称“指南”）和《国际仲裁中促进争议解决》ICC委员会报告（Report on "Facilitating Settlement in International Arbitration"，以下简称“报告”），体系化地展现了由调解、仲裁、专家评估等多项替代性争议解决方式相互配合、顺畅衔接的富有生命力的争议管理机制，为国际商事争议的解决提供了重要参考。

146

001 > 《有效冲突管理指南》委员会指南

《指南》主要介绍了ICC提供的多项替代性争议解决机制，并介绍了如何在不同场景下选择合适的时机、适用的最有效的ICC争议解决方式。

1. ICC包括的多项替代性争议解决机制

(1) 调解机制

当事人可以根据《ICC调解指引》（ICC Mediation Guidance Notes）选择由第三方介入协助当事人通过合意解决纠纷。在《ICC调解指引》下，当事人可以自行根据需求和纠纷性质讨论设置调解程序，包括选择在调解中采用促进式（Facilitative Approach）或

评估式 (Evaluative Approach) 调解方式、设置通过几轮如何推进调解等。ICC ADR中心可以在调解中协助监督当事人遵守程序框架、在缺乏事先约定的情况下协助当事人启动调解、协助选择调解员等。

(2) 专家评估机制

当事人可以根据《ICC专家规则》，选择专家评估机制解决复杂技术性问题引发的争议。在《ICC专家规则》下，当事人可以约定就某一争议专家评估是否具有约束力。ICC替代性争议解决中心可以协助当事人提名、任命具有必要专业技能的专家、在当事人难以就专家人选达成一致时任命专家、管理专家评估的程序。

(3) 争端解决小组 (ICC Dispute Boards) 机制

争端解决小组是较为快速的争议解决途径。对于长期性的合同，例如工程类项目，诉讼和仲裁程序历时冗长，甚至超出了工程期限，费用也相对高昂。争端解决小组作出建议或决定后的友好协商阶段也可以为合同当事人之间提供一个缓冲期，双方可根据给出的决定综合审视各自在争议中的利弊，及时就争议达成和解。当事人可以根据《ICC争端解决小组规则》，选择通过设置争端解决小组化解纠纷。在《ICC争端解决小组规则》下，争端解决小组分为常设争端解决小组 (Standing Dispute Boards) 和临时争端解决小组 (Ad Dispute Boards) 两种模式，常设争端解决小组一经设置即生效。在长期性合同的执行过程中，如合同当事人之间产生矛盾或争端，常设争端解决小组将介入，并向当事人提供无约束力的建议或者有约束力的裁决决定，以较低的成本在短时间内解决合同争端；临时委员会则在争议产生后方才能被指定。

根据《ICC争端解决小组规则》，当事人可以从三种不同类型的争端解决小组中任选其一处理所涉争议。这三种类型的区分主要基于争端小组作出的结论是否具有约束力。具体而言：争议评审小组 (Dispute Review Boards, DRB)，争议裁决小组 (Dispute Adjudication Boards, DAB) 和混合争议评审小组 (Combined Dispute Boards, CDB)。具体而言，DRB作出的建议 (Referral)

并不会对当事人立刻产生约束力，但如果当事人没有在规定的期限内提出异议，该建议对当事人具有约束力；针对DAB作出的决定（Decision），自当事人收到时该决定对当事人产生约束力。当事人不论是否提出异议均应遵守决定。即使当事人在规定期限内提出书面异议，且争议提交仲裁或诉讼，在仲裁庭或法院作出相反的裁决或判决前，该决定对双方当事人始终具有拘束力；CDB可以作出的不具有约束力的推荐（Recommendation），也可以在一方当事人请求对争议作出决定且他方当事人不表示反对的情况下，作出有约束力的决定。当事人可根据委员会特点，结合自身需求选择最适配的争端解决小组类型，在长期的商事合作中及时识别并解决争议。

（4）管理跟单票据争议专家解决程序（DOCDEX）

当事人可以根据《ICC DOCDEX规则》选择由ICC银行委员会（ICC Banking Commission）名单上贸易融资经验丰富的三名专家组成专家组，通过文件审阅的方式对贸易金融相关票据（Trade-finance-related instruments）争议作出快速专家裁定。DOCDEX程序无需举行听证，也无需当事人进行口头陈述，专家决定经技术顾问（Technical Advisor）进行格式审核后出具，可以为当事人节约争议解决的时间和金钱成本。虽然DOCDEX专家裁定不具有约束力，但因其往往代表了国际商会银行委员会的意见，具有较高的专业度和权威性，通常能够得到当事人的遵守。另外，DOCDEX裁决的发起无需当事人在合同中专门约定争议由DOCDEX规则管辖，只需要合同约定使用ICC银行规则（ICC Banking Rules），《ICC DOCDEX规则》自动适用，当事人即可将相关争议提交按照DOCDEX规则解决并获得裁决，非常便捷。

2.有效利用ICC争议解决机制

（1）利用替代性争议解决避免争议

当事人根据ICC规则建立和运行争端解决小组有利于在出现分歧时及时化解矛盾。争端解决小组成员通常由当事人在签订合同时选任，并在合同执行期间持续发挥职能，通过及时为当事人提供专业

建议或决定，避免分歧升级至仲裁或诉讼阶段，也有利于维系当事人之间的长期合作关系。

(2) 利用替代性争议解决机制促进化解争议

当事人可以在争议早期引入专家评估机制，协助厘清、阐明当事人之间的争议焦点，缩小案件认知差异，帮助当事人发现证据不足之处，了解继续仲裁程序的风险，从而帮助当事人更好地了解争议。例如：当事人可以根据《ICC争端解决小组规则》《ICC专家规则》或《ICC DOCDEX规则》寻求不具有约束力的评估，并根据《ICC调解规则》将其作为调解程序中协商谈判的起点。

如果当事人之间的矛盾处于无法协商解决的状态，并且当事人在有限时间内需要一个有约束力的决定时，可以根据《ICC专家规则》选择有约束力的专家评估机制，就技术性问题快速作出决定，或根据《ICC争端解决小组规则》选择争端解决小组机制，《ICC争端解决小组规则》要求争端解决小组在90天内做出决定。

149

(3) 利用替代性争议解决方式促进仲裁中的争议解决

仲裁案件的当事人可以通过替代性争议解决机制简化、加速仲裁程序，降低仲裁程序的开销，例如：当事人可以在争议条款中约定调解视窗的运用，即在仲裁程序中，根据当事人约定的调解之窗（Mediation Windows）程序进行调解；当事人也可以采取密封要约（Sealed Offer）的做法，通过接受对方提出的合理的争议解决报价及时化解纠纷。

002 > 《国际仲裁中促进争议解决》ICC委员会报告

报告主要介绍了ICC仲裁中相对灵活的规则实践可以促进当事人在仲裁中高效解决争议，例如：通过仲裁中的调解，促进当事人达成更加有利于双方切身利益和长期合作的调解协议。

1.有效利用持续性案件管理促进争议解决

ICC运用的持续性案件管理（On-going Case Management Tech-

niques) 包括第一次案件管理会议 (Case Management Conference) 和中期会议 (Mid-stream Conferences), 以及分步仲裁 (Bifurcation) 机制。通过第一次案件管理会议和中期会议, 仲裁庭将确认各方当事人的潜在意愿, 并不断跟进各方当事人潜在意愿的变化, 缩小各方当事人内在意愿的差距, 缩小分歧, 鼓励和解。分步仲裁也是ICC采取的促进争议解决且提高仲裁程序效率的措施。在仲裁过程中, 仲裁员可以对部分问题涉及的责任分配或某些初步争议先行作出裁决。例如, 可以将责任和赔偿问题分开审理, 从而帮助、促进当事人在解决部分争议后, 基于部分裁决的内容, 对其他争议问题达成和解。

2.有效利用调解之窗促进争议解决

150 调解之窗指在仲裁程序中引入调解程序的机制, 允许在仲裁程序中设定灵活的暂停期间, 为当事人提供协商空间。当事人可以提前在仲裁条款中约定调解之窗, 将其纳入争议解决条款的一部分, 也可以在仲裁中通过协商一致开启。《ICC仲裁规则2021》(2021 ICC Arbitration Rules) 第24条规定的案件管理会议也为当事人在仲裁程序中重新约定调解之窗提供了灵活的空间。仲裁庭可以在首次或中期会议中讨论调解之窗的可行性, 促进双方当事人之间的讨论, 为后续仲裁庭的调解工作提供背景信息, 从而节省仲裁程序的时间和成本。如果当事人认为暂停仲裁可能导致最终的仲裁时间被延长, 也可以在ICC的案件管理会议上根据《ICC调解规则》第7条约定, 要求同时进行调解和仲裁。

003 > 结语

当事人选择仲裁的真正目的并非仲裁程序的本身, 而是为了切实、有效解决纠纷这一结果。ICC争议管理机制提供的调解、专家评估、争端解决小组及DOCDEX等多种争议解决方式, 相当于为当事人提供了一整套“争议解决工具箱”, 覆盖从预防争议到高效化解矛

盾的全过程，为当事人提供灵活可选的解决路径。

在当前复杂多变的国际商事环境下，深入理解并灵活运用ICC争议解决机制，有利于帮助当事人根据具体情境，在合同谈判及实际商务往来中作出最优选择，从而在纠纷升级前找到契合自身的解决方案，更有效地维护商业关系，降低争议成本。

（魏予洁、张若妍对本文亦有贡献）





跨境争议解决中的 数据出境合规义务

by 高俊 周杨洁 田恩雅

本文主要梳理在参与境外国际仲裁、诉讼的场景下，当事人向外国仲裁机构、法院提供存储于境内的数据和个人信息是否需要经过主管机关的批准、需要向哪些主管机关申请批准、以及自申请到最终获得批复需要多长时间等问题。

近年来，《数据安全法》《个人信息保护法》《数据出境安全评估办法》《促进和规范数据跨境流动规定》《网络数据安全条例》等多项数据保护法律法规相继颁布实施，我国关于数据跨境流动的监管要求，在体系化构建进程中逐步清晰明确。其中，2024年的《促进和规范数据跨境流动规定》和《网络数据安全条例》，不仅对近年来企业在履行数据跨境合规行政手续（如安全评估）实践中存在的部分疑点予以澄清，还对一些细化要求进行了适度调整与放宽。此举释放出我国积极促进经济发展与数据有序流动的明确信号。

153

一般而言，数据出境监管要求主要分为两个层次：第一个层次是基于拟向境外提供的数据类型对数据处理者提出的一般性监管要求，如对外提供重要数据、个人信息及特殊监管行业的数据需要履行相应的安全评估、签订标准合同、个人信息保护认证、履行行业监管要求等合规义务；第二个层次是基于特殊的数据出境场景对数据处理者提出的特殊性数据监管要求，如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等涉及国际司法协助的，必须经我国主管机关批准。

由于目前对于在国际仲裁和域外诉讼场景下履行上述数据出境合规义务的具体审批程序暂未出台较为明确的规定或指引，就此，我们结合帮助客户处理相关数据合规事宜的实践经验，分析、梳理跨境争议解决中的数据合规义务，以期能够为相关企业开展数据合规工作提供实务指引。本文主要梳理在参与境外国际仲裁、诉讼的场景下，当事人向外国仲裁机构、法院提供存储于境内的数据和个人信

息是否需要经过主管机关的批准、需要向哪些主管机关申请批准、以及自申请到最终获得批复需要多长时间等问题。

001 > 国际仲裁中的资料提交涉及一般性的数据出境合规义务

《数据安全法》第36条、《个人信息保护法》第41条规定，中国境内任何组织或个人未经中国主管机关批准，不得向外国司法或执法机关提供中国境内存储的数据。一些参与国际仲裁的当事人往往由于主体性质的特殊性，比如一些国企性质的当事人，本着谨慎原则，认为向境外仲裁机构提供证据，包括证据开示环节的资料提供，均属于需要向主管机关获得批准的事项范畴。

154 仲裁机构一般具有独立性和非行政性，现行《中华人民共和国仲裁法》（2017年修订）的第八条和即将生效的《中华人民共和国仲裁法》（2025年修订）第九条规定：“仲裁依法独立进行，不受行政机关、社会团体和个人的干涉”，前者第十四条和后者第二十四条规定：“仲裁委员会独立于行政机关，与行政机关没有隶属关系。仲裁委员会之间也没有隶属关系”，强调了我国仲裁机构的独立性和非行政性。境外的仲裁机构的性质也大多为具有独立性和非行政性的公司，例如香港国际仲裁中心为根据香港法律成立的非牟利担保有限公司、新加坡国际仲裁中心为根据新加坡共和国公司法成立的有限（担保）责任公司，伦敦国际仲裁院、美国仲裁协会均为有限责任公司等，并且境外许多司法管辖区域的法律也都明确了仲裁机构的独立性和非行政性。虽然各国仲裁机构的组织形式各异，但仲裁庭的权力来源实质上是双方当事人合同中约定的仲裁条款所授予的管辖权，且仲裁机构独立于行政机关和司法机关，与行政机关和司法机关之间没有隶属关系。因此，我们认为，境外商事仲裁机构一般并不属于《数据安全法》第三十六条、《个人信息保护法》第四十一条项下规定的“外国司法或者执法机构”。

因此，根本而言，特殊数据出境的监管要求主要关注最终的接收主体是否为外国司法或者执法机构，如不属于这类具有行政性或享有司法权力的机构，向其提供证据一般不涉及司法协助或其他需要向网信部门以外的主管机关报批的合规义务。

不过，由于在国际仲裁中难免需要向设立在境外的仲裁机构以及当事人提供证据等资料，属于数据出境的行为，因此在准备国际仲裁的案件时仍然有必要聘请中国律师，由其在收集整理相关资料的基础上评估是否受限于一般性的数据出境监管要求，如是否属于需要进行数据出境安全评估申报的情形：（一）关键信息基础设施运营者向境外提供重要数据；（二）关键信息基础设施运营者以外的数据处理者向境外提供重要数据，或者自当年1月1日起累计向境外提供100万人以上个人信息（不含敏感个人信息）或者1万人以上敏感个人信息。¹值得关注的是，《网络数据安全条例》进一步明确了数据处理者对重要数据的识别与申报义务。数据处理者完成申报后，若未收到相关部门或地区的告知，且该数据也未被公开发布认定为重要数据，则无须就该数据申报数据出境安全评估。企业可据此有效判断拟出境数据的具体类型和性质，有针对性地履行合规义务。

如需要经过数据出境安全评估，根据《数据出境安全评估申报指南（第二版）》，企业自申报安全评估自之日起至收到最终评估结果，一般需5+7+n个工作日，具体如下：省级网信部门查验材料完备性需5个工作日，国家级审查申报材料齐备并确定受理安全评估申请需7个工作日，确定受理后进行评估，评估完成后，国家网信办向数据处理者出具评估结果通知书。如网信部门发现提交的申报材料不符合要求或者涉及复杂情况，需要进一步补充或更正的，可以延长审批时间并书面告知，因此整个流程通常为二至三个月。

002 > 国际诉讼中的证据提交涉及特殊性的数据出境合规义务

在国际诉讼的场景下，《数据安全法》第三十六条、《个人信息保护法》第四十一条要求向外国司法或执法机关提供中国境内存储的数据应经过中国主管机关批准。鉴于上述法条未对“个人信息”与“数据”的范围作出限定，可理解为，任何存储于中国境内的数据以及涉及个人的信息，均不得直接用于外国司法活动。

司法部司法协助交流中心发布的《国际民商事司法协助常见问题解答》是关于涉外民商事诉讼中证据材料出境的重要指南。该指南第一版于2022年6月24日发布，第二版于2023年3月30日更新，第三版于2025年3月21日更新。第三版内容重新增加了第二版中删除的涉及当事人主动向境外提供证据的问题的相关解答内容（第一版问题8和问题9）。此外，第一版发布时公布了司法协助交流中心的联系电话，一定程度上表明其负责境外诉讼证据的跨境传输。我们曾与该中心取得联系，获得了办理涉外民事诉讼中证据材料出境申请的具体要求和材料填写模板，并在提交后，获得了该中心、国家互联网信息办公室及最高人民法院联合审核后的书面批准。然而，2023年3月底，当我们为另一类似案件再次向该中心提交申请时，该中心告知不再受理此类申请，并认为其并非适当的受理部门，也并未明确具体主管部门。直至《国际民商事司法协助常见问题解答》第三版发布后，前述事项的受理部门、主管部门得到明确，也即，中国境内当事人如需直接向外国司法机关或司法人员自愿提交位于境内的证据材料，应符合《民事诉讼法》《数据安全法》《个人信息保护法》的相关规定。对于数据信息出境的审批部门问题，该第三版指出，确需向境外提供的数据信息，应通过国家网信部门组织的安全评估或认证；若涉及国际司法协助，则需经司法协助主管机关批准。在条约规定框架下，由人民法院调取的证据材料等数据信息经最高人民法院审核后，由司法部转交外国请求方。

我们建议，若企业涉及主动向外国法院提供证据但不涉及国际司法协助的，应首先结合案情和证据开示的要求，收集整理证据，并请中国律师对证据进行初步审核，审核时需要考虑证据的相关性，以及是否涉及个人信息、重要数据或国家秘密等。若存在此类情况，需对相关内容进行遮挡处理。若证据开示要求明确禁止遮挡个人信息和重要数据，则需就个人信息出境和重要数据履行相应的合规义务。

综上，企业在面临跨境争议解决时，不论作为发起方或是应对方，均需在明确境内数据出境的相关合规监管义务基础上，提前规划证据的合规出境及境外法律程序的应对事宜。



总编

龚乐凡

张炯

主编

曹丽军

编委会（根据姓氏笔画排序）

刘相文

孙华伟

孙巍

李嵘辉

张昊旻

武鑫

袁培皓

高俊

霍伟

特别声明：以上所刊登的文章仅代表作者个人观点，不代表北京市中伦律师事务所或其律师出具的任何形式之法律意见或建议。未经本所书面授权，不得转载或使用该等文章中的任何内容，含图片、影像等视听资料。如您有意就相关议题进一步交流或探讨，欢迎与本所联系。



中伦研究院出品

