

香港与内地仲裁裁决司法审查制度的借鉴和融合

顾维遐

摘要 通过对香港和内地在仲裁裁决司法审查范围、标准和技术方面的综合分析,本文认为两地在司法制度、法治发展和仲裁理念上的较大差异导致了内地在对待仲裁裁决司法审查上之截然不同。重要的是,香港法院对仲裁的支持态度及其具体审查操作的先进经验,可为内地在这一领域的改革提供重要指引。《香港与内地关于相互执行仲裁裁决的安排》实施近十年来,已逐渐出现两地仲裁界和司法界在审查制度面向上的趋同。惠于“一国两制”和“更密切经贸关系”的大背景,相信两地间商事仲裁的融合会更加蓬勃发展,为中国跨境商事活动提供更好的争端解决服务。

关键词 仲裁 裁决 司法审查 香港 内地

作者顾维遐,香港大学法学博士,香港大学法律学院助理教授。

在经济一体化的进程中,交易大量增加,商事关系得到了空前的发展。由于仲裁自身的优势,各国国家立法和司法机关普遍确立了鼓励和发展仲裁的政策,以缓解民商事诉讼在解决纷争、维护正义和保持商事效益方面面临的严峻挑战。在这一背景下,全球每年仲裁的案件数量都迅猛增加。然基于仲裁最终有赖法院承认和执行其裁决,一地仲裁的发展则很大程度上取决于该地司法体制对仲裁的支持与否,即法院之于仲裁裁决的司法态度。

在香港和中国内地,仲裁均被分成本地和非本地两大法域。香港的仲裁制度,经过1996年的改革,基本确立了“本港仲裁”由《香港仲裁条例》^①(下称《仲裁条例》)管辖,而“国际仲裁”由《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》^②(下称《仲裁示范法》)管辖的双重格局。内地的商事仲裁,根据《中华人民共和国仲裁法》

(下称《仲裁法》)的规定,亦分为“国内”和“涉外”两部分。^③与香港“国际仲裁”的提法有所不同,内地自改革开放以来沿用“涉外仲裁”这一概念,以吸引外资和扩大开放,在法律上则表现为对涉外法域的单独规范以及待遇倾斜。

对于仲裁裁决,国际仲裁界普遍将“撤回”和“撤销”认定为某国法院对仲裁程序上的瑕疵行使其最终司法审查的权力,又称“对裁决的追诉”(recourse against arbitral awards)。^④仲裁的一方当事人在接到仲裁庭的裁决书后,可请求该国有管辖权的法院依仲裁程序瑕疵程度的不同做出如下两种审查决定:(1)瑕疵严重的,取消裁决的效力,使仲裁庭的仲裁被整个推翻,由当事人就该争议重新起诉——即裁决的撤销制度(setting aside);或(2)瑕疵轻微的,将裁决退回原仲裁庭进行改进和弥补

^① 《香港仲裁条例》(Hong Kong Arbitration Ordinance)于1997年6月27日生效。

^② 《仲裁条例》第34C条规定:“在香港进行的国际仲裁适用《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》”。《仲裁示范法》(UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration)由联合国国际贸易法委员会于1985年6月21日颁布。

^③ 《中华人民共和国仲裁法》于1995年10月1日起施行,第7章对“涉外仲裁”作了专门规定。

^④ Alan Redfern and Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, (4th ed), London: Sweet & Maxwell, 2004, p.11.

——即裁决的撤回制度 (remission or re-arbitration)。^⑤ 在香港和中国内地, 依据两地仲裁立法的规定, 裁决的撤销制度在本地和非本地仲裁裁决中都可适用;^⑥ 而撤回制度则只适用于本地作出的仲裁裁决。^⑦

鉴于撤销制度的后果关系到仲裁审理的整个存亡且其涵盖面及至本地和非本地仲裁两大法域, 本

文因此谨就香港和内地在仲裁裁决司法审查层面的撤销制度进行比较探讨, 试图由香港法院对仲裁裁决的普遍支持引伸其对内地法院的借鉴, 以期引起业界对内地商事仲裁某些领域发展的关注和思考。同时, 基于“一国两制”下香港与内地间的密切联系, 本文并就两地间商事仲裁的融合予以展望。

一、香港和内地仲裁裁决的撤销

(一) 香港仲裁裁决的撤销

《仲裁条例》第 25 条规定, 香港高等法院有权基于仲裁员本身的行为不当或在仲裁程序中行为不当撤销香港作出的本港裁决, 其通常涉及以下几种情况: (1) 仲裁协议不存在或无效; (2) 裁决超越了当事人协议提交仲裁庭的争议范围; (3) 裁决通过不法途径取得, 包括当事人的行贿、舞弊等; (4) 仲裁员本身的行为不当, 且该“不当”足以使合理第三人对该仲裁员公平正义仲裁本案的能力产生怀疑。^⑧ Dunn 大法官在 Elissar 案件中认为能使仲裁裁决被撤销的“行为不当”是一种程度更严重的不当, 应当主要指向仲裁员“法律行为的不当”而非“技术行为的不当”, 譬如仲裁员缺乏诚信和法律能力、腐败、收受当事人贿赂等等, 并以此区别于可退回仲裁庭重新补救的仲裁裁决撤回制度。^⑨

至于国际仲裁裁决, 不管其是否在香港作出, 均受到《仲裁示范法》的管制, 而该法的规定又在很大程度上受到 1958 年《承认和执行外国仲裁裁决公约》(简称《纽约公约》) 的影响。^⑩ 因此, 国际裁决撤销的理据被严格限定在仲裁程序性或仲裁协议效力性瑕疵的审查, 与本港裁决撤销的理据大体相近。^⑪ 此外, 根据国际商事仲裁的通行惯例,

如果裁决的取得与香港的公共政策相违背, 香港法院亦可以主动依职权撤销。^⑫ 值得注意的是, 承袭普通法的特色, 香港长期关注程序设计。因此, 由境外所做的仲裁裁决 (包括内地、台湾和澳门), 对其程序公正的重视已俨然成为香港仲裁司法审查的特色之一。譬如当事人在案件中能否就争议详尽阐述自己立场, 或者是否被仲裁员剥夺了阐述立场和质证的权利等等, 此类境外裁决或依当事人主动申请而获得撤销批准, 或因法院认为其违反香港的司法精神和公共政策而主动依职权撤销。^⑬

(二) 中国内地仲裁裁决的撤销

与香港及国际商事仲裁界仅对裁决所基于的程序部分作司法审查的做法有所不同, 中国内地的裁决司法审查兼具程序和实体审查两部分。根据《仲裁法》第 58 条第 1 款的规定, 中国内地法院可以裁决所依据的证据存在瑕疵为由撤销国内裁决。该项规定颇多争议, 主要原因乃其涉及对裁决事实部分的重新审理, 有“司法介入仲裁”或“法院实为仲裁庭上诉庭”之嫌, 与“仲裁独立性”以及“裁决终局性”的原则格格不入。在 Hongshi 案件中, 当事人同时就仲裁程序和实体上的瑕疵向法院申请撤销裁决并获得批准。就程序方面, 申请人提出仲

^⑤ See note ④, p.10.

^⑥ 《仲裁条例》第 25 条;《仲裁示范法》第 34 条;《仲裁法》第 58、70 条。

^⑦ 《仲裁条例》第 23 条;《仲裁法》第 61 条。

^⑧ Fox v. PG Wellfair Ltd. [1981] 2 Lloyd's Rep, at 514, 531, per Ackner J.

^⑨ The Elissar [1984] 2 Lloyd's Rep, 84, per Dunn LJ.

^⑩ 1958 年《纽约公约》签订已届 50 周年, 是迄今为止全球范围内仲裁裁决相互承认和执行的最主要法律规范。关于《纽约公约》和《仲裁示范法》之间的关系, 可参见 Weixia GU, "Modern Arbitration Agreement as Threshold of Arbitration Globalization under the UNCITRAL Model Law", 载韩健主编:《商事仲裁评论》(第 1 辑), 对外经济贸易大学出版社 2008 年版, 第 65—103 页。

^⑪ 《仲裁示范法》第 34 条第 2 款第 (a) 项。

^⑫ 《仲裁示范法》第 34 条第 2 款第 (b) 项。

^⑬ Hebei Import and Export Corp. v. Polytek Engineering Co. Ltd., [1999] 1 HKLRD 665.

裁程序的进行与当事人约定的北京仲裁委员会仲裁规则不符;就实体方面,申请人声称仲裁中有伪造证据和隐匿证据的情况。^⑭另外,《仲裁法》第58条第2款规定,如果人民法院认定裁决的执行有违中国内地“社会公共利益”的,应当裁定撤销。

至于涉外裁决在中国内地的撤销,有两项内容值得关注。第一,《仲裁法》所指出的“涉外裁决”不仅仅指外国裁决,也包括由中国内地仲裁机构所

作的带有涉外因素的(包括涉港、澳、台)仲裁裁决。^⑮第二,与《仲裁法》第58条撤销国内裁决的规定相比,《民事诉讼法》第258条所涉及的撤销涉外裁决的情形要明显窄很多,并且仅限于仲裁协议和仲裁程序的瑕疵,以及违反中国内地社会公共利益的情况。如本文开篇所述,这体现了对涉外仲裁法域的重视和政策倾斜,亦符合国际商事仲裁界鼓励法院支持仲裁的趋势。

二、两地制度比较以及香港经验之分享

(一) 仲裁协议效力的认定

如上所述,《仲裁法》第58条和《民事诉讼法》第258条都将“仲裁协议不存在”列为当事人主动申请撤销仲裁裁决的最强有力的理据,因为商事仲裁本身就是一种契约性的争端解决方式,没有仲裁协议的仲裁即无本之木和无源之水。根据最高人民法院2006年颁布的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(下称《仲裁法司法解释》)^⑯第18条的规定,被人民法院认定为无效的仲裁协议视为仲裁协议不存在。^⑰由此,法院关于仲裁协议效力的认定至关重要,其结果直接关系到仲裁裁决最后能否被执行。对于仲裁协议的效力,国际商事仲裁界通常将其分为形式要件和实质要件两方面的考察。^⑱

1. 形式要件。1958年《纽约公约》对仲裁协议的形式作出了“书面协议”的统一要求,即“当事人所签订的或者来往书信、电报中所包含的合同中的仲裁条款或仲裁协议”,^⑲以证明双方当事人将有关争议提交仲裁的共同意思表示以及为将来约束仲裁庭、法院对于仲裁裁决效力的认定。随着现代通讯方式的相继问世特别是电子数据交换(EDI)的协议缔结方式得到广泛承认,以及国际商人有关合同形式简约主义的影响,国际商事仲裁界对仲裁

协议书面形式的解释愈来愈宽松,最明显的是在书面形式上突破了对传统纸质媒介的签署的要求,和对以参加仲裁庭程序的行为方式视为对仲裁协议的默许。^⑳这种趋势在香港的仲裁立法中得到了充分的彰显,使其1996年《仲裁条例》成为商事仲裁界在该领域立法中的佼佼者。

《仲裁条例》第2AC条规定了“书面仲裁协议”的定义,附之以具体情形,并且将适用范围扩大至本港和国际仲裁的所有仲裁协议。在香港,“书面形式”的仲裁协议包括:(1)以书面形式形成(无论当事人签署与否),(2)协议以互换书面通讯形式形成,(3)协议以书面形式证录或援引,(4)协议虽不是以书面方式作出,但由该协议的其中一方或第三方记录下来的,以及(5)通过仲裁或法律程序中互换书面陈词,一方当事人向另一方当事人宣称存在书面形式的协议,另一方在答辩中未予否认或直接参加仲裁程序。显而易见,《仲裁条例》对“书面”的形式要件赋予了极大的宽松度;只要仲裁协议存在于某个能被证实的载体上,无论是书面文件、通讯形式或者录制文件,就可认定其“书面”的成立,并未对函电的“交换”及“签署”提出要求。基于这种“宽松”的传统,香港的司法界通常更看重当事人仲裁的意愿而非仅仅

^⑭ Hongshi Foundation Development Company of Beijing v. Wantong New World Commercial Center Company Ltd., available at the English webpage of the Beijing Arbitration Commission, <http://www.bjac.org.cn> (last visited 30 June 2009) .

^⑮ 《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304条。

^⑯ 这是迄今为止中国内地关于商事仲裁方面最新的国家层面的司法解释。

^⑰ 《仲裁法司法解释》第18条。

^⑱ 韩健:《现代国际商事仲裁的理论与实践》,法律出版社1999年版,第51页。

^⑲ 《纽约公约》第2条第2款。

^⑳ 参见《仲裁示范法》第7条第2款的规定。

局限于协议的表面形式。香港的法院认为,当事人诉诸仲裁的意愿比任何记录这种意愿的通讯媒介来得都重要。因此,法官在判定仲裁协议是否满足书面形式时亦会通常参考其他相关因素,譬如合同谈判时双方当事人所处的地位,签订的动机等等,以最大限度“支持”书面仲裁协议的存在。^①

而从中国目前的立法现状来看,首先是1995年《仲裁法》第16条规定仲裁协议应当是书面形式,但又未对“何谓书面形式”做出进一步的解释。由于仲裁协议是一种特殊的合同,司法实践中,对于其书面形式的认定通常援引1999年《合同法》关于“书面合同”的定义,这种做法也在《仲裁法司法解释》中予以明文确定。^②根据《合同法》的规定,“书面合同”系指“合同书、信件和数据电文(包括电报、电传、电子邮件等电子数据交换)的可以有形表现所载内容的合同”。^③此外,2005年CIETAC的仲裁规则也规定了“仲裁协议系指当事人在合同中订明的仲裁条款,或者以其他方式达成的提交仲裁的书面信息”。^④仅以合同谈判中的辅助书面文件证录,或者仅以参加仲裁程序的行动,至少在目前的中国内地,还不能被认为构成中国法律意指的“书面仲裁协议”。^⑤事实上,2003年在深圳市中级人民法院的一起仲裁案件中,仲裁裁决由于仲裁协议只是在谈判中的会议记录中提及而并非双方当事人直接交换文本而被认定不存在。^⑥显然,这至少表明现阶段,内地立法和司法界对于仲裁协议“书面形式”的认定要比香港保守很多。

2. 实质要件。至于仲裁协议的实质要件,系指仲裁协议有效成立的内容上的基本构成要素。著名国际商事仲裁法学家Julian Lew教授进一步将这些构成要件分为“必备要素”和“选择要素”。^⑦根据国际商事仲裁界理论和实践的总结,一项仲裁协

议最根本的内容应当为当事人提交的符合该国法律规定的仲裁事项以及请求仲裁的意思表示。只要具备这两大内容就应当认定为有效且具有可执行力的仲裁协议。在这些必备要素之上,有时也考虑一些选择因素如仲裁地点、仲裁规则、仲裁机构、准据法等等,以在当事人仲裁意思表示不明时作为帮助推定其仲裁意愿的辅助参考。^⑧然而,由于种种原因,在实践中,仲裁当事人往往并非都能达成一项完善的仲裁协议,而对于这种“瑕疵仲裁协议”效力的认定,是仲裁庭和法院面临的重要任务。

根据1995年《仲裁法》第16和18条的规定,在中国内地,一项有效的仲裁协议必须包含下列三项内容:仲裁事项、请求仲裁的意思表示和选定的仲裁机构。仲裁协议对仲裁机构没有约定、约定不明或者不存在的,除非有补充协议得以确认,否则无效。仲裁学界认为这两项规定至少说明了两个问题:第一,内地排除临时仲裁,只认可机构仲裁的效力;第二,仲裁机构的选定必须有效存在而且独一无二。因此,裁决的司法审查在很大程度上有赖于主审法官对当事人因“指定仲裁机构不明”而致的瑕疵仲裁协议如何解释。司法实践中,内地法官往往忽略当事人的仲裁意愿,单凭瑕疵仲裁协议的文语组织来判定仲裁协议的效力。譬如,1995年由福建厦门市中级人民法院受理的台湾某公司诉厦门某公司买卖合同纠纷案,当事人约定解决合同纠纷的方式为“双方进行友好协商解决或以国际商会仲裁为准”。发生争议后,台湾公司向厦门法院提起对厦门公司的违约之诉,后者在答辩期内对法院管辖权提出异议,认为双方已有仲裁约定在先,请求法院驳回原告起诉。厦门法院认为,由于双方当事人虽约定国际商会仲裁,但未对“国际商会仲裁院”这一隶属于国际商会的仲裁机构做出明确约定,之后又未对其达成补充意见,裁定管辖权异议

^① Alvarez, Kaplan and Rivikin, *Model Law Decisions: Cases Applying the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration in Canada, Hong Kong and Russia*, The Hague: Kluwer Law International, 2001, pp.48—53.

^② 《仲裁法司法解释》第1条。

^③ 《合同法》第11条。

^④ 《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》(下称《贸仲仲裁规则》)2005年版第5条第2款。

^⑤ Wang Shengchang, *Resolving Disputes through Arbitration in Mainland China*, Beijing: Law Press, 2003, p.260.

^⑥ Hong Kong A Company (Hong Kong) v. Shenzhen B Company (Mainland China), CIETAC Shenzhen Sub-Commission Award (2003) No.7.

^⑦ Julian D.M. Lew, *Comparative and International Commercial Arbitration*, The Hague: Kluwer Law International, 2003, p.101.

^⑧ Keba Mbaye, “Arbitration Agreements: Conditions Governing Their Efficacy”, *ICCA Congress Series* No.9 (Paris/ 1999), p.104.

不能成立。^②又如,1999年,香港某公司与海南某公司所订立的货物买卖合同中约定“合同纠纷应按照申请时有有效的国际商会仲裁规则仲裁,并且仲裁应在伦敦以英语进行”,后因履约纠纷诉诸海口市中级人民法院,被告以合同中存在仲裁条款为由提出管辖权异议。海口中院在请示了海南高院后裁定,当事人合同中的仲裁条款因无明确的仲裁机构而无法执行,裁定仲裁条款无效,驳回管辖权异议。^③

以上案例基本反映内地司法审查实践中确定仲裁协议效力的倾向性做法。第一,内地法院对仲裁协议内容的解释通常采用比较机械的“文义解释”而非更倾向于支持当事人仲裁意愿的更灵活的“目的解释”的解释方法,因此大量仲裁协议仅凭字面表述便遭夭折。第二,涉外仲裁协议的准据法亦是一大误区。按照国际商事仲裁的通行惯例,在当事人未对准据法作出约定时,先由仲裁地法(*lex arbitri*)确定仲裁协议的效力,仲裁地不明的,再由法院地法(*lex fori*)确定。^④然而,上述两个案件,虽然法院在裁定的理据中均未提及仲裁协议准据法,但显然在判定仲裁协议的效力时依据了法院地法,即中国《仲裁法》第16和18条的关于“仲裁机构必须明确唯一”的实质要件要求。内地法院习惯性地适用法院地法(中国法)而非仲裁地法来判定仲裁协议的效力,使一些业已有效的仲裁协议无辜丧生。

1995年上海市中级人民法院在 *Revpower* 案件中拒绝承认和执行一起由瑞典斯德哥尔摩国际商会仲裁院作出的有利于外商的裁决,对中国商事仲裁的司法环境造成不良影响。^⑤为了防止地方保护主义干预基层法院对于涉外仲裁的司法审查,重拾外商投资内地的信心,最高人民法院于1995和1998年相继推出了一系列“逐级上报”制度,规定人民法院对于涉外仲裁协议以及仲裁裁决的效力若持否定意见的,必须逐级报请本地区的高级人民法院甚

至最高人民法院进行审查,直至获得最高人民法院批复后方可裁定仲裁协议无效或仲裁裁决不予执行。^⑥因此,在1995至2005年的十年间,最高人民法院以批复的形式累以近二十条司法解释阐述“没有明确仲裁机构”的瑕疵仲裁协议效力问题,直至2006年这些批复被收录于《仲裁法司法解释》,作为中国内地司法界对此类瑕疵仲裁协议态度的总结。然而,令仲裁学界和实务界倍感可惜的是,这份最新的内地仲裁司法实务指导列明,当事人“同时选定两个以上仲裁机构”,或者“既选择仲裁又选择诉讼”的仲裁协议在内地仍然不被承认;至于“只选择仲裁地而未列明仲裁机构”的亦被认定为无效,除非“当事人提交明确仲裁机构并正确引用其名称的补充协议”。^⑦这使仲裁机构不明的仲裁协议之效力在中国如履薄冰。

相反,香港的法院普遍采取了“支持仲裁”(pro-arbitration)和“有利于仲裁协议有效性”的解释方法。在香港,缺乏实质要件的瑕疵仲裁协议依据其瑕疵程度的不同被分成了两类,对应国际商事仲裁界的理论,缺乏“必备要素”的瑕疵仲裁协议被称为“严重瑕疵”,系指当事人提交了不可仲裁的争议,或仲裁意愿系欺诈胁迫等非真实意思表示,从而协议被撤销。相反的,“选择要素”的缺失,譬如仲裁意愿表达不清,只能构成“轻微瑕疵”,并不当然致使仲裁协议无效。^⑧在本港和国际两大法域,无论是《仲裁条例》还是《仲裁示范法》,都只要求仲裁当事人有将特定争议提交仲裁的真实意愿,并未对仲裁协议的实质要件做出任何列举性规定,充分展示了一种宽松甚至放任的立法态度,对当事人的仲裁请求从立法开始已有宁纵勿枉之势。根据《仲裁示范法》第8条的规定,法院在审查仲裁协议的效力以及与之相关联的仲裁庭管辖权时,除非协议不存在、无效、根本不可操作和无法被执行才可将案件收归诉讼。这种立法精神本身就为香港法院对那些“虽然瑕疵但仍然可操作的

② 参见孙南申:《涉外仲裁司法审查中的管辖冲突问题》,载韩健主编:《涉外仲裁司法审查》,法律出版社2006年版,第22—23页。

③ 参见朱建林编著:《国际商事案例评析》,中信出版社2002年版,第377页。

④ Marc Blessing, “The Law Applicable to the Arbitration Clause”, *ICCA Congress Series No.9* (Paris/ 1999), p.169.

⑤ 关于案件的详述,参见赵秀文:《从锐夫动力案看仲裁管辖权原则》,载《法学家》1998年第3期。

⑥ 参见中国内地最高人民法院于1995年8月和1998年8月发布的《关于人民法院处理与涉外仲裁及外国仲裁事项有关问题的通知》。

⑦ 《仲裁法司法解释》第5—7条。

⑧ B.G. Davis, “Pathological Clauses: Frederic Eisemann’s Still Vital Criteria”, 7 *Arbitration International* (1991), p.365.

仲裁协议”作出“有效”的司法解释从根本上提供了理论依据。这些“可操作的瑕疵协议”，根据主管香港高等法院仲裁案件审理的 Neil Kaplan 法官的理解，包含了几乎所有的“轻微瑕疵”协议，甚至还包括了一部分的“严重瑕疵”协议。^③此外，受到普通法重视个案事实分析传统的影响，香港的法官在考察仲裁协议实质瑕疵时，如同考察协议的书面形式一样，亦重视对协议的成因及周围事实的分析，以帮助在当事人仲裁请求表达不甚清晰或者模棱两可时推定其仲裁意愿。^④

1993 年的 Lucky Goldstar v. Ng Moo Kee 案件，当事人约定，“基于合同履行所发生的任何争议须在第三国根据国际仲裁协会的仲裁规则进行仲裁”。虽然国际仲裁协会尚不存在，第三国亦不明确，香港高等法院上诉庭依旧裁定该仲裁协议有效，并且裁定当事人可在非双方营业地所在国以外的任意第三国进行仲裁，补充协议所希望采用的仲裁规则。^⑤又譬如，1999 年的 Chung Siu Hong v. Primequine 一案，当事人系两个在香港经营的租船公司，约定“基于租船协定的任何争议在伦敦或纽约仲裁”，并未指明仲裁机构，亦未提及仲裁规则或准据法的适用。香港高等法院原讼庭在考察了签订租船协议的相关事实背景后认为，双方当事人用英镑进行交易，以伦敦的海运交易员代理签订协议，船行航线的途中并未经过纽约而以伦敦为目的，这些事实可以佐证当事人更倾向于在伦敦用英国法而非用美国法在纽约进行仲裁。因此仲裁协议虽然只提及仲裁地点且同时提及两个平行的仲裁地，通过其成因和周围事实的分析，仍然可操作。^⑥由此，香港法院支持仲裁协议有效性的立场已十分明确。只要仲裁协议真实地反映了当事人试图通过仲裁而不是其他争端解决方式的诉求，就应当支持，即便是该协议的表述漏洞百出，这与内地法院机械解释仲裁协议效力的僵化做法形成鲜明对比。

（二）裁决的审查范围

对于裁决的司法审查范围，国际商事仲裁界的理论和实务要求，无论是本国或外国裁决，法院只对裁决所基于的仲裁程序之自然公正（due process）进行监督，即对仲裁裁决进行程序审查而非实体审查，除非为保留本国的公共政策或公序良俗而不得以介入外国仲裁审理的事实及证据部分。^⑦这在全球仲裁司法审查最为适用的《纽约公约》中亦早有明确规定。^⑧对于裁决司法审查须严格限于程序审，笔者认为这里面有仲裁价值取向上的原因。仲裁虽以公正为基本价值，却又以极大的效益特色取胜于传统的商事诉讼。可以说，仲裁之所以跻身现代社会争端解决体系并为商人所青睐，“一裁终局”是其讲究效益的最本质的体现。法院行使司法审查权的出发点和归宿点理应首先保证仲裁的独立性和终局性，促进其往公正的方向发展。法院对于仲裁裁决的监督，主要应是程序上的，而实体上的可能仅仅是涉及“公共秩序”的部分。否则，仲裁作为一种与诉讼制度平行的商事争端解决体制将毫无意义。这一方面是对仲裁公信力的挑战，也是对司法资源的巨大浪费。

在内地，根据《仲裁法》第 58 条的规定，对于国内裁决的撤销，人民法院可依当事人的申请，就“伪造证据”、“隐匿证据”^⑨等案件实体部分进行审查，或就有违内地“社会公共利益”的案件主动依职权予以实体审查并撤销。因此，人民法院对于国内仲裁裁决的审查，是一种“程序加实体的全面司法审查”，其显然有别于内地涉外裁决根据《民事诉讼法》第 258 条规定的“仅限于程序性”的司法审查。因此，有学者撰文指出涉外裁决在中国内地有“优待”，这种“优待”主要是基于涉外裁决无须受到人民法院实体审查的羁绊而言的。^⑩1995 年以来，受到 Revpower 案件的影响，人民法院对涉外仲裁裁决的撤销须逐级层报至最高人民法

③ See note ②, pp.48—53.

④ See note ②.

⑤ Lucky Goldstar v. Ng Moo Kee Engineering [1993] 2 HKLR 73.

⑥ Chung Siu Hong v. Primequine Corp Ltd (unreported, A10332/1999, 28 September 1999, Court of First Instance).

⑦ See note ②, p.73.

⑧ 《纽约公约》第 5 条。

⑨ 《仲裁法》第 58 条第 1 款第（4）、（5）项。

⑩ 赵秀文：《仲裁地点与司法监督》，载韩健主编：《涉外仲裁司法审查》，法律出版社 2006 年版，第 72 页。

院批准,试图用“中央司法集权”的审慎监督来改善地方保护主义干预涉外裁决的执行。然而,笔者认为,地方保护主义打击的不仅仅是外国裁决,也涉及外省和外市的国内裁决。显然,“逐级上报制度”不适用于国内裁决的监督,因而其结果只能是进一步加剧了“双轨制”在中国仲裁司法体系中的盛行。

对内地仲裁司法审查国内裁决和涉外裁决“双轨制”的评价,还有一个值得引起反思的地方,即内地《民事诉讼法》第213条第2款第(4)、(5)项的规定(上级法院撤销下级法院判决的理由)和《仲裁法》第58条第1款第(4)、(5)项规定(法院撤销国内仲裁裁决的理由)两者之间的关系。这两个法律条款都涉及司法审查的范围,虽然《仲裁法》较《民事诉讼法》有所进步,将《民事诉讼法》第213条第2款中的第(4)项,即“适用法律错误”从撤销仲裁裁决的情形中排除了出去,但却基本保留了第(5)项“认定事实的主要证据不足”这一诉讼中二审撤销的理据,并将其改为“裁决所根据的证据系伪造的”和“对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据”两项规定。应当指出的是,当事人选择仲裁这种方式,就是对其所选择的仲裁员认定案件争议事实的信任,并由此产生终局性的仲裁裁决。内地现行法律允许法院对仲裁实体认定进行“再审”,实际是构成了对仲裁案件的“上诉”,使仲裁庭无异于基层法院,对裁决之“一裁终局”构成严峻挑战。

相反,在香港,法院仲裁裁决的审查范围一视同仁。无论本港还是国际仲裁裁决,香港法院一律只对裁决的程序公正进行司法审查(除非公共秩序保留),以保证裁决的终局性。同时,根据香港判例法的解释,法院对仲裁裁决撤销权的行使只有在仲裁程序存在严重并且故意的瑕疵以致当事人的权利会受到显著影响时才会启动;否则,在通常情况

下,法院会更倾向于将裁决退回仲裁庭撤回而不是撤销,以给仲裁庭以自我补救的机会。^④根据《仲裁条例》第23条的明确规定,法院不得就仲裁裁决所依据的证据错误或仲裁庭认定事实错误而撤销裁决。该规定从根本上保证了香港法院对于仲裁“最少司法干预”的政策。^⑤

相形之下,内地法院“程序正义”和“自然公正”的理念尚未深入人心,其在各地仲裁司法审查中的应用也参差不齐;加之内地仲裁司法审查“双轨制”的盛行,这些弊端都使得其仲裁裁决的撤销范围和标准缺乏统一性和确定性。

(三)“公共政策”的解读

关于“公共政策”的理解,这本应是一个国际私法的概念。此概念的奠基可追溯到1834年美国哈佛大学 Joseph Story 教授《冲突法评论》的发表,他把“公共政策”的理念引入国际私法学科,提出在特定的情况下,尽管根据冲突法规则可适用外国法,但由于这一适用违反本国的基本法律规则和利益,故作为例外应当排除。^⑥就国际仲裁裁决的司法审查而言,援引“公共政策保留”以撤销外国裁决,由于法院可依其本身动议提起,进而成为对裁决最强有力的打击。根据国际仲裁界的普遍理论和实践,这一规则必须严格使用,因为仲裁本身的终局性决定了司法对其审查也必须谨慎,尤其是主动审查。因此,《纽约公约》和《仲裁示范法》的起草过程都将以“公共政策保留”为理由撤销外国仲裁裁决的情形界定在“明显与执行地国最根本道德和法律原则相抵触”的范围内。^⑦虽然学者、仲裁员、法官和律师都承认“违反公共政策”的情形必须“个案分析”,但其所包括的内容应是那些已为社会作为一个整体通过正式立法所制定或是通过社会生活所确认宣示的明确的规范原则。譬如,“正当程序”作为一个久已确立的原则不仅在司法程序,而且为世界上绝大多数国家在仲裁司法审查的

^④ Kailay Engineering Co (HK) Ltd v. France [1999] 2 HKC 765 (Court of Appeal) .

^⑤ 《仲裁条例》第2AA条第2款(b)项。

^⑥ 9年以后该理论被法国学者 Foelix 引入欧洲,关于该理论的历史演变,可参见 Hans van Houtte, “From A National to A European Public Policy”, in James A. R. Natziger and Symeon C. Symeonides (ed.), *Law and Justice in A Multistate World*, New Brunswick: Transnational Publishers, 2002, pp.842—843.

^⑦ UNCITRAL Working Party Report on Arbitration (dated 21 August 1985), available at <http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working-groups/2Arbitration.html> (last visited 30 June 2009) .

实务中所采用。^{④⑤}

中国内地在这方面的做法一直被认为是比较“遗憾”的。首先，内地的立法一直使用“社会公共利益”这一概念，其确立始于1986年《民法通则》的第150条，全文为“适用外国法律或国际惯例不得违背中华人民共和国的社会公共利益”。^{④⑤}其次，长期以来，内地对“社会公共利益”的解释微妙模糊。无论是立法机关、司法机关还是政府主管部门，都没有做出过任何定义、说明或内涵外延的阐释，加之在具体的司法实践中缺失如香港普通法系法官造法的传统，使得这个本应最严格执行的裁决司法审查理据在实践中反倒很有弹性，甚至成为某些地方法院行使地方保护主义的“保护伞”。有外国学者认为，与国际和香港社会使用的“公共政策”相比，内地的“社会公共利益”始终没有社会一致认同的客观标准，也缺乏足够宣誓的透明度，并且可能随着内地在不同时期不同领域的政策的变化而变化，因而是一个更为灵活的概念。^{④⑤}其不仅包括正式制定的法律和法规，国家明示的长期政策和社会道德，而且还包括不太透明的国家利益和不太稳定的短期政策；加之缺乏判例法的指引，使这一概念的具体实践变得十分宽泛和政治化。^{④⑤}内地也有学者提出尖锐批评，“社会公共利益”过于不确定的状态甚至可能排斥被普遍接受的国际惯例和实践，使其不能在司法实践中以和“公共政策”相同的方式发挥作用。^{④⑤}1998年发生在河南省的一宗案件，郑州市中级人民法院甚至从考虑地方

经济利益出发，以当地国有企业的利益等同于“社会公共利益”拒绝CIETAC仲裁裁决在郑州的承认和执行，引起国际社会对中国仲裁裁决司法审查标准和现状的关注。^{④⑤}

另一方面，“公共政策”在香港一直被法院在拒绝执行国际仲裁裁决时严格使用。在Paklito v. Klockner案件中，CIETAC仲裁庭以其指定的专家证人出具的意见为根据做出裁决，没有给当事人质证该意见和进一步答辩的机会；裁决被香港高等法院以违反程序公正为理由拒绝执行。^{④⑤}在另一宗被香港高等法院以违背正当程序为由拒绝执行的案件中，CIETAC仲裁庭依据当时的仲裁规则自行对案件的事实部分展开调查，却未将调查结果通知当事人，亦未在裁决作出前邀请当事人对仲裁庭的调查过程提出质询。^{④⑤}在1999年由香港终审法院审理的上诉案件中，法官在先前案例的基础上对“香港公共政策”的含义进行了全面解读，将其定义为“香港最根本的道德和正义理念”，并对其在商事仲裁司法审查中的适用标准作出详尽分析。审理案件的大法官一致认为对《纽约公约》和《仲裁示范法》中的“公共政策”理由应作狭义解释，“外国仲裁裁决只可在违反香港社会正义价值观的核心譬如‘香港的正当程序’时，才可被拒绝承认和执行，因为把‘公共政策’作宽泛的理解以为保护本国利益的工具将严重损害仲裁在国际商事争端解决中的效用”。^{④⑤}此解释奠定了在香港严格适用“公共政策”的标准。

^{④⑤} Audley Sheppard, “Interim ILA Report on Public Policy as A Bar to Enforcement of International Arbitration Awards”, 2 *Arbitration International* (2003), p. 225.

^{④⑤} 其他提及“公共政策”这一概念的内地相关法律包括《民事诉讼法》第258条、《仲裁法》第58条、《合同法》第7条以及《外资企业法》第4条。

^{④⑤} Benjamin P Fisherburne III and Chuncheng Lian, “Commercial Arbitration in Hong Kong and China: A Comparative Analysis”, 1 *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* (1997), p. 327.

^{④⑤} Xianchu Zhang, “The Agreement between Mainland and the Hong Kong SAR on Mutual Enforcement of Arbitral Awards: Problems and Prospects”, 3 *Hong Kong Law Journal* (1999), pp. 476—478.

^{④⑤} 李双元、徐国建主编：《国际民商新秩序的理论建构——国际私法的重新定位与功能转换》，武汉大学出版社1998年版，第268—270页。

^{④⑤} Henan Garment case (unreported), compiled in Song Hang, “The Enforcement of Foreign-related Awards in China: Issues in Practice”, 2 *Chinese Yearbook of Private International Law and Comparative Law* (1999), p. 370.

^{④⑤} Paklito Investment Ltd. v. Klockner East Asia [1993] 2 HKLR 39.

^{④⑤} China Nanhai Oil Joint Service Corp. Shenzhen Branch v. Gee Tai Holdings Co. Ltd. [1995] 2 HKLR 215.

^{④⑤} Hebei Import and Export Corp. v. Polytek Engineering Co. Ltd. [1999] HKLRD, at 665, 689.

三、两地仲裁裁决司法审查制度差异之反思

两地司法界对仲裁裁决态度的差异首先关系到两地迥异的司法制度以及法治发展程度的不同。司法制度和法治发展的不同又直接导致了仲裁环境和仲裁理念的差异。

(一) 司法制度和法治发展

受英国普通法抗辩制度的影响,对于程序设计和程序公正的关注是香港司法制度的重要特征。研究普通法司法制度的权威 Wesley-Smith 教授对于香港的司法环境高度评价:回归后的香港对正当程序仍高度重视,法院的职能是通过“公平不倚”的判决来申张正义;并且,这种正义的申张是通过遵守严格的诉讼程序和证据规则带来的,即任何当事人都在一个平等的舞台上表现,绝对不容许未被通知或不能陈述案件而致的责罚或利益损失。^⑦因此,这种在程序公正基础上得来的正义不容置疑。就仲裁裁决的司法审查而言,法院的支持和监督均须恪守正当程序,执行和撤销裁决都应符合相应的程序和理据。当事人可以对仲裁结果不满,但必须在仲裁程序中受到仲裁庭公平和公正的对待。这里面可进一步分解出两层意思。第一,仲裁庭不得偏袒任何一方当事人,因商业贿赂行为等使裁决有失公平。第二,仲裁庭的审理必须程序公正,令双方当事人在案件进行的任何阶段环节以及任何争议点上都有陈述、提问、质证和进一步答辩的机会。基于上述两点,香港法院对瑕疵仲裁裁决的监督,无论本港或国际裁决,都只会因其乃不正当程序而致才得以撤销。

内地的司法制度则主要继承了法德的大陆法系,其以纠问式的庭审方式令法官在诉讼程序中担当重要角色,法官除了审判以外,亦积极主动调查案件的争议。^⑧不难理解,受到这种法律传统的影响,内地的仲裁员在审裁案件时亦倾向于主动出击。譬如,内地最有声望的仲裁机构 CIETAC 在其 2005 年修订的仲裁规则中就明确规定,仲裁庭认

为必要时,可以自行调查事实、收集证据,还可以就案件中的专门问题主动向专家咨询或者指定鉴定人鉴定。^⑨另外,与香港讲究程序公正基础上的实体公正有显著差别的是,内地的司法制度和司法理念更强调的是一种以“事实和证据”为核心的实体公正。“以事实为依据,以法律为准绳”成为内地法院审判的最根本原则,并且事实的发现必须以证据为前提;至于如何发现事实,如何运用法律的程序性要求则很少提及。体现在仲裁裁决的司法审查上,内地的法官则频频介入仲裁裁决所依据的事实和证据部分,将监督重心置于证据真伪的实质审查,而不是致力于关注仲裁裁决的程序公正。

倘若对于仲裁程序公正关注的不够映证了内地之于香港在司法制度和司法理念上的差异,公共政策解读的不同则更多地源于两地法治发展程度的距离。由于香港是一个在经济上和法治上都高度成熟的社会,香港法院对“公共政策”的标准更具确定性,且适用时严格谨慎,力求在司法监督和保证商事仲裁效益中找到平衡点。相反的,内地的市场经济和法治发展尚不成熟,“依法治国”自 1999 年才提出,加之国家政策长期短期中央地方种类繁多,使“社会公共利益”的解释随时段和地域的经济和政治利益需要而频繁变动,缺乏确定性。在内地,“社会公共利益”除了被定性为一种法律制度外,还被认为是施行现行政策的一种方法,^⑩这与内地法治发展程度不完善的现状息息相关。

(二) 仲裁环境和仲裁理念

在香港,仲裁被认为是一种与诉讼平行的独立的争端解决方式,其以高效、专业和隐私的特征尤其受到商人的青睐。上文论述中曾多次强调,香港法院对仲裁所采取的基本态度是“最少司法干预”。作为一个国际金融和贸易中心,仲裁在香港不但受到司法的支持,并且享有一个宽松的立法环境。普通法的传统使这里的法官德高望重、深谙法律包括

^⑦ Prof Peter Wesley-Smith, *An Introduction to the Hong Kong Legal System*, (3rd ed.), Oxford: Oxford University Press, 1998, p.12.

^⑧ 参见魏振瀛、王贵国主编:《中国内地与香港地区法律比较研究》,北京大学出版社 1998 年版,第 78—128 页。

^⑨ 《贸仲仲裁规则》2005 年版第 37 条第 1 款、第 38 条第 1 款。

^⑩ 谭兵:《中国仲裁法研究》,法律出版社 1995 年版,第 318—319 页。

仲裁法及其案例的解释与运用,在具体审查仲裁裁决时谨慎使用司法裁量权。由于香港本身的双语环境及其长期以来融入普通法系的法律传统,这里的司法人员可自如地借鉴来自英国、加拿大、澳洲、美国等普通法域国家国际商事仲裁司法审查的经验。此外,吸收《仲裁示范法》的大胆立法举措不仅使香港的商事仲裁规范与国际紧密接轨,并且极大的促进了香港(尤其是香港国际仲裁中心)成为亚洲仲裁示范城市的地位。这一切因素都促进了仲裁在香港的有利发展,香港的仲裁实务亦因此被国际商会仲裁院前秘书长 Gerald Hermann 称赞为在亚洲最高效。^{⑤1}

而在内地,仲裁仅仅被认为是一种“补充法院诉讼”的争端解决方式。^{⑤2}由于国内裁决须接受法院关于事实和证据的实质审查,有外国学者尖锐批评中国的国内仲裁实际上是一种“附庸于法院的”争端解决方式,其裁决的效力令人质疑。^{⑤3}尽管许多法学家和律师都认为在中国,仲裁员的素质普遍优于法官,处理复杂商事案件也更加专业和经验丰富,但 CIETAC 仲裁研究所的一项研究表明,这些仲裁在中国商事争端解决市场上的优势反倒被司法界一部分人认为是对法院的商事案源构成了威胁,抢了法院的生意,使一部分法院和法官对仲裁裁决

的承认和执行产生逆反心态。^{⑤4}美国纽约大学法学院研究中国法的知名教授 Jerome Cohen 还指出,中国内地的大部分法官并不懂得仲裁的理论和实务,譬如撤回和撤销的区别,也不清楚仲裁和诉讼之间平等独立的关系,更不知晓国际司法界普遍支持仲裁发展的趋势;因此,仲裁裁决司法审查的改善亟须内地法官仲裁素质的提高。^{⑤5}最后,和许多发展中国家的通病一样,地方保护主义在中国的某些地区依然盛行,使有损该地经济利益的判决和裁决的执行受到了阻碍。^{⑤6}1995 年经过 *Revpower* 案件后,最高人民法院加紧了对外国仲裁裁决在中国的司法监督。之后所确立的仲裁裁决的“逐级上报”制度力求确保外国和涉外裁决在中国的执行,以创造良好的外商投资环境。该举措实施后,外国裁决在中国的执行率显著提高。但是,正如笔者在前面论述中所指出的,地方保护主义不仅打击外国投资者,也打击外省和外市的国内投资者。“逐级上报”仅仅局限于外国和涉外裁决的做法严重打击了国内商人选择仲裁的信心。内地“双轨制”的仲裁环境使国内商事仲裁在各个方面都处于劣势,裁决的执行受制于地方法院的自由裁量,发展受到重重限制,这对中国整个仲裁制度的声誉造成负面影响。

四、两地仲裁裁决司法审查标准之借鉴及融合——代结论

在讨论和比较了两地商事仲裁裁决司法审查的法理和实证后,香港法院对仲裁裁决的支持态度显而易见,这也为仲裁在香港的欣欣向荣提供了必要的和宽松的司法环境。而内地裁决司法审查的“双轨制”、“实质审查”、“社会公共利益保留”等制度与香港和国际商事仲裁的宽松友好发展趋势相较明显不足。当然,这并不意味着内地在这一领域没有

进一步探索研讨的空间。相反,本文的主要目的正是借助展示香港仲裁司法审查发展的先进经验推动内地的研究和改革,以期两地在“一国两制”的大前提下能达至仲裁裁决司法审查标准的融合。

(一) 香港法院支持仲裁于内地法院之借鉴

笔者认为香港的经验至少在如下四个方面可为内地司法界就仲裁裁决的审查予以借鉴。

^{⑤1} Gerald Hermann, “The Growth and Development of International Commercial Arbitration in the Asian Pacific Region”, 4 *International Arbitration Law Review* (2003), p.169.

^{⑤2} 国务院法制办政府协调司司长卢云华接受《中国仲裁》杂志主编高菲女士专访时的谈话,题为“中国仲裁的特色与发展”,载 2005 年 5 月 11 日《法制日报》。

^{⑤3} Daniel R. Fung and Wang Shengchang (ed), *Arbitration in China: A Practical Guide*, Hong Kong: Sweet & Maxwell Asia, 2004, para.2—3.

^{⑤4} Wang Wenyang, “Distinctive Features of Arbitration in China: A Historic Perspective”, 23 *Journal of International Arbitration* (2006), pp.61—62.

^{⑤5} Jerome A. Cohen, “Time to Fix China’s Arbitration”, 168 *Far Eastern Economic Review* (2005), p.16.

^{⑤6} Li Hu, “Enforcement of the International Commercial Arbitration Award in the People’s Republic of China”, 14 *Journal of International Arbitration* (1999), p.4, pp.18—19, pp.22—24.

一是以仲裁员“技术行为不当”和“法律行为不当”明确区分仲裁裁决撤回和撤销的界限。目前,内地的《仲裁法》虽然也规定了撤回制度,但只规定法院在受理撤销裁决的申请后,认为可以由仲裁庭重新仲裁的,由仲裁庭重新仲裁。^⑦因此,仲裁庭是否有重新补救的机会并无确定准则,完全取决于法官的自由裁量。在这一个面向上,内地的法院可学习香港的做法,对撤回和撤销的标准给出清晰指引,譬如将前者定义为裁决的轻微瑕疵,鼓励仲裁庭自行修正和弥补,而后者由于存在仲裁程序上的显著不公才导致仲裁的结果被整个推翻。此外,香港法院所奉行的“能撤回则撤回”的仲裁司法审查政策也相当值得内地法院参考,因为这有助于增加业界对仲裁独立性和一裁终局的信心。

二是采取一种“有利于仲裁协议有效”的解释方法来审查仲裁协议的效力。对于仲裁协议的形式要件,内地法院应更看重当事人仲裁的意愿而非仅仅局限于协议的表面形式。香港的经验告诉我们,当事人诉诸仲裁的意愿比任何记录这种意愿的通讯媒介来得都重要。至于对仲裁协议的实质要件如何解释,虽然内地仲裁法律短时间内不会废止“机构仲裁”的作法,即“仲裁机构指定不明”的瑕疵仲裁协议不可能像香港那样被认定为“轻微瑕疵”,但笔者以为,内地法官至少应借鉴香港法官的解释技术,更关注当事人提交仲裁的意愿,改变机械的“文义解释”转而投向更灵活的“目的解释”的解释方法,并且这也符合内地《合同法》就合同条款理解存在歧义时的解释规定。^⑧其次,内地法官应当在尊重当事人意思自治的基础上充分考察涉外仲裁协议的准据法,不能想当然地以裁决审查法院地法(即内地《仲裁法》)生硬的拒绝仲裁协议和仲裁裁决的效力。

三是废除国内裁决实质审查的规定,并且国内与涉外“双轨”的裁决都应严格控制程序审查的范围内。关于内地国内裁决实质审的批评声音已经很多,笔者也在文中详细分析了该做法违背仲裁根本宗旨的严重性。这里应当指出的是,无论是香港还是国际商事仲裁的惯例,法院司法审查的范围都

只局限于仲裁裁决的程序瑕疵,法院司法审查的目的也正是为了保证仲裁这种以高效著称的商事争端解决方式的正义得取之有道。与国内裁决相比,内地的涉外裁决审查范围明显窄的多,只关注其程序公正,而且“逐级上报制度”的实行使法官在实际审查中也更为谨慎,被外界认为与国际审查标准接轨。笔者虽不赞赏将“逐级上报制度”也适用于国内裁决的监督(因其牵涉到的司法资源太大),但鉴于中国加入世贸,商事规范应与国际符合,内地商事仲裁“双轨”的审查标准亦应当有所趋同。由此,国内裁决的审查亦应当学习香港只关注仲裁裁决的程序公正,并且辅之以具体情形的说明,譬如当事人是否接到仲裁庭指定仲裁员和专家证人的通知,是否被给予平等的陈述案件的机会,是否对仲裁庭的调查有进一步质证和答辩的权利等等。

四是虽然“公共政策”(或“社会公共利益”)关乎一个国家最根本的法制原则、国家利益和公序良俗,但也不可能或不应该轻易或频繁变动。内地的市场、法制和社会环境在改革开放的三十年中发生了深刻的变化。地方贫富差距的拉大,使地方保护主义在一些经济欠发达地区有所抬头。然而,中国加入世贸使其一些基本的商法原则和理念不得不与国际通行做法接轨。譬如原来的外贸经营出口控制权、外汇管理权、国有企业垄断地位等等的打破,使这些领域都不应该再属于“社会公共利益”的范畴;取而代之的,公平竞争、正当程序、“一国两制”等等应当成为其新的内容。^⑨因此,内地的“社会公共利益”的理念和内容,作为一种法律机制,一方面有必要确切地反映国家社会的变革;另一方面,虽然内地没有判例传统,但借鉴香港的做法,不妨以最高人民法院司法解释的形式对一些违反“社会公共利益”的情形明确列举,并且列举的内容需同时兼顾国际商事仲裁对“公共政策”的通行惯例,又能恰如其分地反映内地的社会变革。这样不仅可以提高内地裁决的质量,改善司法审查的确定性,也为必要时拒绝外国裁决提供正当的法律依据,避免授人以“国家保护主义”或“地方保

⑦ 《仲裁法》第61条。

⑧ 《合同法》第123条:“就合同的理解如存在歧义,应当遵循合同的目的解释”。

⑨ 张宪初:《外国商事仲裁裁决司法审查中“公共政策”理论与实践的新发展》,载《仲裁与法律》2005年第99辑,第54页。

护主义”的口实。

（二）两地仲裁裁决司法审查之融合

1999年6月21日，香港律政司与内地最高人民法院签署了《香港与内地关于相互执行仲裁裁决的安排》（下称《安排》）。^①《安排》的签署是内地和香港两大法域之间进行司法协助和实施“一国两制”原则的重要发展。

《安排》在第2条规定了香港的高等法院和内地有管辖权的中级人民法院可以受理当事人就另一地所作出的仲裁裁决执行的申请。《安排》的第7条亦列举了双方法院可以不予执行来自对方仲裁裁决的七项理由。令人欣慰的是，双方所列举的七项理由并未因为内地“双轨制”的裁决审查现状而使两地审查标准有所差异。相反，《安排》第7条实际上是把《纽约公约》第5条所规定的国际上拒绝承认和执行外国仲裁裁决的理据和标准转嫁过来同时适用于香港和内地。这为两地在商事仲裁司法审查标准大方向上的融合打下了一个扎实的基础。

《安排》第7条最后一段亦允许双方各自保留“公共政策”和“社会公共利益”作为拒绝执行对方裁决的理由。这条规定当时颇有一些争议，^②但《安排》实施将近十年，尽管两个法域对“公共政策”的理解相差甚远，香港法院以“公共政策”为由拒绝承认执行内地裁决的判例数量却相当之少，并且主要集中于对内地在《安排》实施前做出的违反正当程序的裁决的回溯性拒绝上。根据香港国际仲裁中心的统计数据，从2000年至2008年，申请

在香港执行的内地仲裁裁决共72宗，并且全部获得批准。^③这一方面是因为香港法院一直谨慎并严格适用狭隘“公共政策”标准；另一方面，在一些内地裁决被香港拒绝的案例发生后（当事人对仲裁庭指定的专家证人未被给予机会进一步陈述案情），内地仲裁机构迅速作出反应，立即修改了其相关的仲裁程序规则，防止类似事件再次发生。^④这说明香港法院的这些拒绝不是没有道理的，并且在世界其他发达的仲裁法域亦可以找到和香港法院相似的做法。^⑤而内地仲裁界“知错便改”的果断立场也充分反映了其借鉴香港先进的审查标准和法治经验，为两地仲裁司法审查面向上的融合而不断努力。

虽然两地存在法域、司法制度、法治发展程度和仲裁理念上的较大差异，而且两地在审查范围、审查标准和技术上也存在分歧，但重要的是，香港仲裁司法审查的宝贵经验，其对仲裁裁决的支持态度可为内地在这一领域的改革提供重要指引。并且，经过《安排》的实施，已逐渐出现两地仲裁司法审查标准的融合，令内地仲裁界和司法界在这一方面的一些问题引起关注，也使其改革的方向更加明朗和乐观。相信经过各界的共同努力，在“一国两制”的背景下，惠于香港与内地间的密切经贸联系，两地间商事仲裁的融合会更加蓬勃发展，为外国投资者在中国跨境商事活动中提供更好的争端解决服务。

（责任编辑：杜焕芳）

① 在《安排》签订后，香港律政司于1999年7月1日向香港立法会正式提交了对《香港仲裁条例》的修正案，至2000年1月5日在立法会通过。内地则由最高人民法院于2000年1月24日公布和实施，刊登于2000年1月28日《中国法制报》。

② See note ⑤, p.478.

③ Available at Hong Kong International Arbitration Center Webpage of Statistics, <http://hkiac.org/HKIAC/HKIAC-English/main.html> (last visited 30 June 2009).

④ CIETAC在1998年已对其仲裁规则第26、28条作出修改，明确规定由仲裁庭的自行调查和聘请的专家证人必须通知双方当事人，并给予当事人就调查报告以询问、陈述和质证的机会。这些原则在《贸仲仲裁规则》2005年版第37条第3款、第38条第3款中继续强调。

⑤ Hrovje Sikiric, "Arbitration and Public Policy: Arbitration Proceedings and Public Policy", 7 *Croatian Arbitration Yearbook* (2000), pp.99-102.