

在境内仲裁，选择境内外仲裁机构有何不同

近日，国务院印发了《中国（上海）自由贸易试验区临港新片区总体方案》（“方案”），其中关于“实施公平竞争的投资经营便利”一项提出，允许境外知名仲裁及争议解决机构经上海市人民政府司法行政部门登记并报国务院司法行政部门备案，在新片区内设立业务机构，就国际商事、海事、投资等领域发生的民商事争议开展仲裁业务，依法支持和保障中外当事人在仲裁前和仲裁中的财产保全、证据保全、行为保全等临时措施的申请和执行。

此前，香港国际仲裁中心（HKIAC）、新加坡国际仲裁中心（SIAC）、国际商会仲裁院（ICC）、以及韩国商事仲裁院（KCAB）四家境外仲裁机构已在中国（上海）自由贸易试验区（下称“上海自贸区”）设立了代表处。方案的印发将进一步为上述四家机构及其它境外机构在中国大陆境内开展仲裁业务提供便利。可以预见，企业将在日后解决涉外纠纷时拥有更多选择。

鉴于我们在业务过程中不时收到客户关于仲裁机构选择的咨询，我们希望藉由方案印发这一契机，从实务操作和用户体验的角度，分享一些境内（如 CIETAC、SHIAC、SCIA、BAC 等）和境外（如 HKIAC、SIAC、ICC 等）机构选择的一般性心得体会和建议。特别地，我们将侧重关注企业在仲裁条款签署时，在多大程度上有可能结合交易特征和自身需求挑选仲裁机构。

当然，下述讨论更多是预设境外机构依照境内既有的法律框架在境内开展业务（即境内外机构仲裁在程序法适用的层面上不存在差别），而且其讨论的层面也不是完全的。在实践中，企业还需要考虑裁决的执行难易、对某一司法辖区程序法的偏好等因素。另外，有的境外机构的仲裁规则要求首席仲裁员在国籍上必须区别于任何一方当事人，因此，下文预设了境外机构管理的境内仲裁案件中的首席仲裁员比较有可能是外籍仲裁员。这也在一定程度上使得该外籍首席仲裁员将其审理案件的习惯和风格带入境内仲裁案件的审理当中，使得境外机构在境内的仲裁案件操作更接近于其管理的境外仲裁案件。另外还需要注意的是，仲裁庭将境外机构仲裁的操作模式带入其在境内审理的案件时，必然会涉及如何保证该等操作模式不与境内既有的法律法规相冲突的问题，我们将通过另外的文章对其进行讨论。

1. 仲裁成本

根据我们的经验，仲裁成本（包括时间成本和金钱成本）往往是企业选择仲裁机构的最重要的考虑因素之一。

关于时间成本，境内机构的案件处理时间通常更短，往往可以在 1-2 年之内结案，境外机构的案件则相对较长，一般需要 2-3 年。因此，在境内机构解决纠纷在一般情况下可能更有利于企业节省时间成本。

关于金钱成本，一方面，一般来说境内机构的费用更低（尤其是仲裁员收费远低于境外仲裁），但有研究表明当标的额超过一定数值后，境内机构的费用可能会高于境外机构费用；另一方面，第三方资助（Third-party Funding）在境外机构仲裁中的使用更为普遍，根据我们与一些第三方资助机构交流的经验，也理解这些机构目前暂时更愿意对境外机构仲裁的案件当事人提供资助。这也有利于降低境外机构仲裁成本。

企业在选择仲裁机构时，可以根据交易特点判断可能发生的违约情形，从而预判争议解决的预算，对现金需求的紧急性，对争议最终解决的迫切性等因素。

2. 程序控制

在境内机构仲裁中，通常仲裁庭对程序控制的程度较低，往往不会制作和下达专门的程序令和时间表，也很少事先规定庭审的流程，而一般只会在庭前和庭后分别规定补充意见和证据的提交时间。因此，境内机构仲裁在程序环节上可能更为简易，当事人的负担也相应较轻。

在境外机构仲裁中，通常仲裁庭对程序控制的程度较高，一般会在组庭后召开程序会议，讨论和确定案件程序性事项，并在之后制作程序令和时间表，严格规定各方在不同时间节点的任务以及对这些任务的相应要求等，包括对书面陈述意见、证据披露（Document Production）、庭前会议、期限延长、通讯方式等事项的要求。ICC 仲裁还会制作审理范围书（Terms of Reference），事先明确案件基本信息、争议焦点、各方仲裁请求等事项，以便更为高效地推进仲裁程序。总的来说，境外机构仲裁更为井然有序，有利于防止证据突袭等情形，但也相应地对当事人严格遵守程序安排、尽早对案件进行充分调研提出了更高的要求。此外，由于程序会议的存在，以及仲裁庭邀请当事人参与起草程序令和审理范围书的可能性，当事人将有更多机会结合案件需求，参与仲裁程序的设计。

企业在选择仲裁机构时，可以考虑内部文档管理的完备性（在境外机构仲裁中当事人将不会有太多机会随时补充证据），处理争议解决经验的丰富性等因素。

3. 审理风格

在境内机构仲裁中，仲裁庭在审理上更接近于职权主义，其一般在事实梳理和问题分析上更为主动，庭审提问并引导辩论也较多，这有利于帮助当事人了解仲裁庭的思路和顾虑，从而进行更有针对性的陈述和答辩，而节省在边缘性或无关问题上所花费的时间。

在境外机构仲裁中，仲裁庭在审理上更接近于当事人主义，仲裁庭一般更依赖当事人对事实和争议问题的梳理和分析，以及当事人之间的辩论。因此，这要求当事人对事实梳理的清晰性、文书编辑的严谨性以及论证的逻辑性等方面高度重视。

企业在选择仲裁机构时，可以考虑其处理争议解决经验的丰富性，一般而言境外机构仲裁对争议解决经验的要求更高。

4. 证据披露（Document Production）

对于境内机构仲裁，尽管主流机构仲裁规则允许仲裁庭按合理方式审理案件，从而为仲裁庭采用和主持证据披露预留了空间，甚至有的机构的证据规则直接规定了证据披露程序，但根据我们的经验，证据披露目前在境内机构的案件中仍较为罕见。尽管仲裁庭会在个别时候要求一方在规定期限内披露某一信息，但这仍然与境外仲裁中高度结构化的披露方式存在很大差别。当然，该等实践也有利于防止一方恶意利用证据披露制度拖延仲裁程序。

对于境外机构仲裁，证据披露运用非常普遍，各方也往往约定或参照适用 IBA 取证规则（IBA

Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration) 规定证据披露的有关操作事项。证据披露一般发生在各方提交第一次正式书面陈述 (Statement of Claim) 与答辩 (Statement of Defense) 之后的环节。其在操作上也较为井然有序, 一般使用一张名为 Redfern Schedule 的表格进行, 各方在其中列举其希望对方披露的文件并从关联性、重要性、必要性等方面解释理由, 被要求方则从相同方面解释不应当披露的理由。另外, 被要求方还可以从各类特权保护 (如 attorney-client privilege, work product privilege 等)、商业秘密等方面主张不予披露。因为某一文件的披露与否可能在较大程度上影响胜败, 故证据披露是境外机构仲裁中的兵家必争之地, 各方往往会集中火力进行辩论, 有时可能还需要专门就披露问题开庭审理。特别地, 由于当事人往往来自不同国家或司法辖区, 在特权保护上可能还涉及相对复杂的法律适用问题。

企业在选择仲裁机构时, 可以根据交易特征判断对证据披露程序的潜在需求。很多时候, 某些交易模式天然决定了最重要的交易文件和信息由一方掌握, 那么不掌握该等信息的一方可能会更希望使用证据披露程序。例如, 在涉及代理人侵害委托人利益的案件中, 代理人往往掌握更多重要信息。另外, 某些交易模式可能会使得一方基于合同和法律的实体披露义务和基于证据规则的程序披露义务互相糅合, 例如在并购交易中, 双方需要在交割前披露大量信息, 并在合同中约定相应的陈述与保证条款。在涉及违反该等陈述与保证条款的案件中, 非违约方往往需要证明违约方未依约披露特定信息, 这时证据披露程序的使用对于非违约方而言就较为必要。

5. 仲裁调解相结合

在境内机构仲裁中, 一般来说, 实务上对仲裁调解相结合接受程度较高, 运用也较为普遍。仲裁庭一般在开庭完毕时会自然询问双方是否有和解意愿。由于双方开庭后对各自的优劣势都有更为清楚全面的认识, 仲裁庭对案件也已经较为了解, 根据我们在不少案件上的经验, 此时调解往往能取得较好的效果。

在境外机构仲裁中, 对仲裁调解相结合存在一定反对声音, 有人对仲裁庭的公正性提出质疑, 有人认为该等程序安排可能会给裁决在执行上带来风险。因此, 仲裁调解相结合在境外机构仲裁中运用相对没有那么普遍。当然, 我们认为仲裁调解相结合并不会从根本上动摇仲裁庭的公正性, 而且, 至少在境内仲裁的语境下, 只要注意一些程序上的细节, 也不至于给执行带来负面影响。[[关于与仲裁调解相结合相关的公正性及执行风险问题, 我们曾在此前两篇文章中进行讨论: 文章 1, 文章 2]]

企业在选择仲裁机构时, 可以考虑自身对仲裁灵活性的需求, 交易双方之间的合作关系和合作历史等。假如双方之前有较多的合作, 且有较长的合作历史, 那么通过和解解决争议的可能性会较高。

6. 部分裁决 (Partial Award)、初步裁定 (Preliminary Determination)、分步仲裁 (Bifurcation)

对于境内机构仲裁, 尽管大多数境内主流仲裁机构的规则都允许仲裁庭以自己认为合理的方式审理案件, 包括作出部分裁决, 但目前在境内机构仲裁中对此类程序的运用较为不普遍。而且, 在境内机构仲裁中, 从组庭到开庭的时间间隔通常较短, 各方之间的文书轮次也相对

较少，仲裁庭可能会更倾向于一次审结全部问题。特别地，由于境内机构仲裁在环节设计上往往更为简易高效，仲裁庭一次审结全部问题与部分裁决相比也不至于明显增加当事人仲裁成本，相反，若因部分裁决导致需要额外开庭审理，反而会导致成本增加。

对于境外机构仲裁，题述操作安排的使用非常普遍。很多时候，某些问题在逻辑上或与其它问题的利益关联上具有较高的先决性，其裁定会影响其它问题的裁定，以及双方的策略和论证方向。该等问题的先行裁决可以帮助双方更有针对性地准备案件，甚至有可能使得一方的仲裁利益丧失、促使争议的提前解决。例如，申请人主张被申请人违约并请求继续履行和损害赔偿，而被申请人主张合同已经终止，即使仍然有效，其也未违约，而且不应当继续履行，另外损害赔偿过高。若仲裁庭先行裁定合同已经终止，双方可能没有必要花费大量时间对其它问题进行准备。其它在一般情况下适合先行裁决的问题可能包括时效问题、管辖权、仲裁资格（*Standing*）、合同是否排除一方主张可得利益损失、合同是否具有排他性、不可抗力是否成立、一方是否违约等。

企业在选择仲裁机构时，可以结合交易预判争议类型，审查合同特殊条款（如责任限制条款、异议期条款、期限条款、复杂定价条款等），从而判断在争议发生时是否有可能需要使用上述程序安排。

7. 证据运用

对于境内机构仲裁，仲裁庭一般更倾向于依靠书证（*Documentary Evidence*）裁决案件，较少使用事实证人和专家证人，即使使用，采信度可能相对较低，而且在庭上发言机会较少。但是，我们最近的实践经验表明，事实证人和专家证人的使用在境内机构仲裁中有增加的趋势，不少专家证人机构也开始在境内设立分支机构，为境内仲裁提供服务。

对于境外机构仲裁，事实证人和专家证人的运用较为普遍，尤其在复杂案件中，各方经常使用技术、市场、财务、法律等方面的专家证人。以一周的开庭为例，往往首尾两天是双方律师的开庭陈述和结案陈词，中间时间都在对事实和专家证人进行盘问。两类证人的使用的好处是有助于仲裁庭充分查明事实，坏处是间接导致程序冗长，降低效率，并且大量增加费用。甚至有专家认为有些时候“对证人进行交叉盘问的实际意义并不大”。¹

企业在选择仲裁机构时，可以结合交易特征，预判在争议发生时是否有可能需要使用事实证人和专家证人。一般来说交易越复杂、时间跨度越大（从而导致书面文件容易流失）、技术性越强，对事实和专家证人的潜在需求就越高。另外，企业也需要考虑自身对仲裁程序简易性和效率的需求。

8. 和解要约（*Without Prejudice Save as to Costs Settlement Offer / Calderbank Offer*）

和解要约（*Without Prejudice Save as to Costs Settlement Offer / Calderbank Offer*）一般指的是在要约中写明“*Without Prejudice Save As to Costs*”的要约，即除了对于费用分担的裁定之外，任何一方都不允许将该要约披露给仲裁庭。要约发送方一般会在该等要约里写明，若日后仲裁庭裁定的要约发送方所需支付的数额低于其在要约里表示愿意支付的数额，且要约接

¹ 《交叉盘问在国际仲裁中价值不大——对话阿联酋迪拜国际金融法院首席大法官黄锡义》，法制日报仲裁，2018年10月15日。

收方拒绝接受该等要约，则要约发送方有权要求仲裁庭要求要约接收方承担从拒绝之日起发生的有关费用。

在境内机构仲裁中，该等要约的使用较为罕见。实践中，仲裁庭往往一次审结案件实体问题和费用承担问题，一般要求败诉方承担仲裁费。

在境外机构仲裁中，该等要约的使用较为普遍。我们也在一些案件中通过该种策略帮助客户快速达成了有利和解。

企业在选择仲裁机构时，可以考虑自身对仲裁灵活性的要求，双方的和解基础等。另外，企业还可以预判对方在争议发生时是否可能有充足的资源处理纠纷。通常来说，若该方在资源上处于明显弱势，和解要约的发送会对该方造成较大的妥协压力。

总的来说，可以预见，方案的印发将在日后给企业解决争议提供更具差异化的、更丰富的选择。另外，方案的印发也将极大地促进不同仲裁文化的充分交流和互相借鉴。对于境内机构仲裁，该方案有助于进一步激活其既有仲裁规则和其它规则的“潜力”，使有关参与者更习惯和充分运用原有规则下的部分仲裁、临时措施、证据披露等制度；对于境外机构仲裁，该方案有助于促进境外机构仲裁的有关参与者进一步学习境内机构仲裁灵活高效处理案件的经验。值得注意的是，境内机构仲裁在实践上与国内程序法完全匹配，安全系数较高；而境外机构仲裁在实践上与国内程序法的匹配和磨合程度仍有待观察和司法实践的发展。当然，境外机构在境内开展仲裁业务必然有助于促进中国仲裁的多元化和国际化，我们相信我国仲裁法的修改将在很多方面借鉴上述业务开展的实践经验和成果。