

联系方式

重庆仲裁委员会

地 址 重庆市渝北区星光大道96号土星B2栋
邮 编 401121
仲裁案件服务中心电话 +86 023-63638353
传 真 +86 023-63638353
工作联系电话 +86 023-63111860
传 真 +86 023-63111860
官方网站 <http://www.cqac.org.cn>

专业仲裁院

中国重庆两江国际仲裁中心 中国（重庆）自由贸易试验区仲裁中心

地 址 重庆市江北区聚贤街25号“江北嘴金融街”3号T1栋12层3号
电 话 +86 023-63943395

金融仲裁院

地 址 重庆市渝北区星光大道96号土星B2幢
电 话 +86 023-65748779

互联网仲裁院

地 址 重庆市渝北区星光大道96号土星B2幢
电 话 +86 023-65748791

区域仲裁院

渝东仲裁院

地 址 重庆市万州区百安坝街道安庆路101号（万州区公共法律服务中心4楼）
电 话 +86 023-58580966

渝南仲裁院

地 址 重庆市黔江区城西街道行署街236号
电 话 +86 023-79221077

渝西仲裁院

地 址 重庆市永川区人民大道兴龙总部大厦14楼
电 话 +86 023-49576603



服务号



订阅号

重庆仲裁

CHONGQING
ARBITRATION

总第33期 2021年3月 Vol.01
渝内字第671号 内部资料 免费交流

重庆仲裁委员会2020年服务高质量发展

重庆仲裁办召开2020年度总结表彰大会



重庆仲裁委员会
CHONGQING ARBITRATION COMMISSION

公正 | 高效 | 专业
Impartiality | Efficiency | Professionalism



重庆仲裁委员会

CHONGQING ARBITRATION COMMISSION



CHONGQING ARBITRATION

主 办 重庆仲裁委员会
出 版 《重庆仲裁》编辑部
主 编 张德宽
副 主 编 齐 文
编 委 卢代富 宋宗宇 赖 野 孙 鹏
刁太国 黄良友 熊 鹰 高于生
喻帮琴 邓礼槐 黄 河 伍伏鹏
钟 璇 黄知帅 李 莹 邓绍辉
向瑞娟
责任编辑 马义娟
图片编辑 马义娟
美术创意 重庆汉意文化传媒
地 址 重庆市渝北区星光大道土星B2幢402室
投稿邮箱 chongqingzhongcai@126.com
邮 编 401121
电 话 (023) 63059149
传 真 (023) 63059149
印 刷 重庆大正印务有限公司

Sponsor: Chongqing Arbitration Commission
Editor: Editorial Board of Chongqing Arbitration
Chief Editor: Zhang Dekuan
Deputy Chief Editor: Qi Wen

EditO ral Boa rd: Lu Daifu
Song Zongyu
Lai Ye
Sun Peng
Diao Taiguo
Huang Liangyou
Xiong Ying
Gao Yusheng
Yu Bangqin
Deng Lihuai
Huang He
Wu Fupeng
Zhong Xuan
Huang Zhishuai
Li Ying
Deng Shaohui
Xiang Ruijuan

Executive Editor: Ma Yijuan
Picture Editor: Ma Yijuan
Art creativity: Hanyi Media
Address: Rm. 402, Bldg.B2, Rd.Xingguang
Yubei District, Chongqing
Email: chongqingzhongcai@126.com
Zip Code: 401121
Tel: (023)63059149
Fax: (023)63059149
Printing: Chongqing Dazheng Printing Co.Ltd

CONTENTS 目录

壹 重仲动态

1. 重庆仲裁委员会2020年服务高质量发展	04
2. 重庆仲裁办召开2020年度总结表彰大会	07
3. 重庆仲裁委员会召开鉴定机构工作座谈会	09
4. 重庆仲裁委渝东仲裁院召开2021年度渝东北片区仲裁工作座谈会	10

贰 理论实务

1. 对互联网仲裁问题的几点思考 ——司法部公共法律服务管理局二级巡视员·石海	11
2. 区域性国际仲裁中心建设的重庆实践 ——重庆仲裁委员会副主任齐文在东盟国际与粤港澳国际调解及国际仲裁前沿论坛上的发言	14
3. 工程索赔三人谈（三期）工期延误及索赔 ——重庆仲裁委员会仲裁员、重庆新隆基律师事务所合伙人律师·赖野、钟筱，重庆新隆基律师事务所律师·刘维	15
4. 新机制下如何在香港调查资产和执行仲裁裁决与民商事判决 ——重庆仲裁委员会仲裁员、中豪律师事务所律师·杨青	20

5. 民法典担保制度下的上市公司对外担保问题 ——中伦律师事务所（深圳分所）律师、香港中文大学博士生·袁培皓	26
6. 国内网络仲裁裁决不予执行的法律风险防范 ——国浩律师（重庆）事务所律师、西南政法大学硕士·周润；重庆学苑律师事务所律师、西南政法大学硕士·韩玉	32

叁 案例评析

1. 民法典、新担保司法解释对金融机构担保物权的影响及建议 ——重庆仲裁委员会仲裁秘书·李小杰	39
2. 债务转让对仲裁协议的效力影响——基于A与C的承揽合同纠纷案分析 ——重庆仲裁委员会仲裁秘书·马义娟	44
3. 论证据的高度盖然性标准在仲裁案件中的运用——评自然人A与公司B的买卖合同纠纷案 ——重庆仲裁委员会仲裁秘书·向傲然	48
4. 如双方事实上仍在履行已到期合同原仲裁条款继续有效 ——环中商事团队	52
5. 名租实贷，变相经营贷款业务，违背社会公共利益 ——重庆仲裁委员会仲裁员、上海市协力律师事务所高级合伙人·张振安	55
6. 仲裁案件中的律师费属于因对方违约而导致的损失 ——重庆仲裁委员会仲裁员、上海市协力律师事务所高级合伙人·张振安	57

重庆仲裁委员会2020年服务高质量发展

2020年，重庆仲裁委员会以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，深入贯彻党的十九大、十九届二中三中四中五中全会精神，按照市委市政府决策部署和市司法局党委的要求，以“公正、高效、专业”为宗旨，攻坚克难、开拓奋进，各项工作推进顺利，发展态势良好，为营造市场化、法治化、国际化营商安商环境提供优质的仲裁法律服务，在服务高质量发展、创造高品质生活中发挥了积极作用。

今年，我们战疫情、助复产、促发展，积极应对疫情带来的不利影响，受案情况稳中有升，全年共受理案件4693件，同比增长767件，增幅为19.5%；案件标的金额为160.49亿元，同比增长9.14亿元，增幅为6%；共审结案件3181件，同比增长263件，审结率提高了9%，其中调解结案1056件，调解率为33.2%，同比上升2.2%，办案质效有较大提升。民商事仲裁化解矛盾纠纷、维护社会稳定、保障经济发展的功能作用得到较好发挥，被司法部评为全国公共法律服务工作先进集体。

一、围绕中心工作，服务全市大局，守好持续发展的责任田

一是聚焦疫情防控助力复工复产。先后发布《关于疫情期间为企业复工复产提供优质高效仲裁服务的意见》《关于疫情期间办理仲裁案件有关事宜的通知》等多个专项文件。举办四次“抗击疫情、助力复产”专家团线上系列公益直播讲座，帮助企业复工复产。减免复工复产重点国企、民企仲裁费450余万元，向受疫情影响的相关部门和企业提出仲裁建议，为企业纾困解难。召开长江经济带仲裁机构远程庭审合作云上峰会，探索疫情常态化下仲裁机构合作服务企业的新路径。

二是聚焦高质量发展优化营商环境。发挥中国重庆两江国际仲裁中心和中国（重庆）自由贸易试验区仲裁中心的作用，服务“一带一路”倡议、内陆开放高地和渝新欧陆海新通道建设，稳妥化解一批涉外商事纠纷，涉外案件标的金额比2019年增长了

25.6%，涉外案件主体更加多元，涉外案件主体的国籍新增了美国、比利时、日本等国，重庆仲裁服务的涉外主体已涉及16个国家和地区。

三是聚焦成渝地区双城经济圈建设打造仲裁服务高地。与成都仲裁共建成渝仲裁高地，签订《重庆仲裁委员会成都仲裁委员会关于服务成渝地区双城经济圈建设仲裁合作协议》，共同发布《服务成渝地区双城经济圈建设仲裁合作项目责任分工表》，将7个方面11项合作内容细化为16条具体措施，整合成渝两地仲裁法律服务资源，共同服务双城经济圈建设。

四是聚焦一区两群协调发展将优质仲裁服务向基层延伸。加强渝东、渝南、渝西三个区域性仲裁分院建设，围绕当地党委政府中心工作，提供优质仲裁服务。全年妥善处理涉及政府招商引资、重点基础设施建设等纠纷325件，标的金额10.87亿元，为区县发展营造了良好的法治环境，赢得了当地党委政府的充分肯定。

五是聚焦维护社会和谐稳定积极参与社会综合治

理。加强仲裁与诉讼、人民调解等纠纷解决机制的有机衔接，探索仲裁参与基层社会治理的有效途径，在38个区县公共法律服务中心设立了仲裁宣传服务窗口。妥善办理当事人众多、牵涉面广、复杂疑难的涉稳集团案件677件，调解率达到55%以上，防范化解大量社会矛盾。

六是聚焦履行社会责任助力扶贫攻坚。开展扶贫调研，选派到城口县北屏乡太平社区担任第一书记的副处长坚守脱贫攻坚一线，捐助92万元支援城口县北屏乡太平社区和武隆区羊角镇高庙村8个脱贫攻坚项目建设，全面完成脱贫攻坚任务。在疫情防控最严峻时刻，捐助70万元支持市监狱、戒毒系统抗疫防控工作。

二、提升办案质效，铸就仲裁公信，增强优质发展的竞争力

一是在提升案件质效上下功夫。制定完善关于进一步加强案件质量效率管理提高仲裁公信力的意见、案件分配办法、案件报告规定、仲裁员指定办法等系列制度，规范制度执行，加强立案、送达、组庭、开庭、鉴定、审核、结案、归档等全流程管控，提升办案质效。全面清理积案，深入剖析原因，找准提质增效发力点，全力消化积案。严格仲裁员考核管理，细化仲裁员分类分级调整，以奖惩促质效。常态开展法律法规、司法解释、行业惯例学习研讨，加强案件研讨和理论实务研究，提升业务能力。出台物业案件、金融案件、建设工程案件裁量标准等指导意见，每月发布优秀仲裁案例，树立优质高效标杆。加强与人民法院的沟通交流，统一类案裁量标准，与市高院建立案件对接、信息共享机制，增进良性互动衔接。

二是在做优金融仲裁上下功夫。紧跟法律法规变化，出台金融案件贷款利率计付标准相关意见，加强对民法典、民间借贷司法解释的理解与适用。分析金融案件特点及发展趋势，制定首部《金融证券专业案件办理白皮书》，编撰十大金融仲裁案例。与市银行业协会共同发布《重庆市银行业协会关于进一步充分运用仲裁方式化解银行业合同纠纷的通知》，细化金

融机构应用仲裁的指引。审结金融案件455件，涉案标的金额14.9亿元，防范化解了大量金融风险，金融案件调解率上升至28%，比去年增长6.5个百分点，结案率大幅提升，运用仲裁化解纠纷的银行数量比去年增长2.3倍，仲裁在全市金融机构中的影响力进一步扩大。

三是在创新互联网仲裁上下功夫。成立西南地区首家互联网仲裁院，上线互联网仲裁办案平台V1.0版本，制定互联网仲裁员名册，择优选聘互联网仲裁员队伍，出台《互联网金融仲裁规则》《互联网仲裁操作手册》等系列配套制度，保障平台顺利运行。与市银行业协会、市银保监局等行业组织和6家金融机构签署战略合作协议，开启“金融+仲裁+律师”协作新局面，广泛调研市场需求，拓展互联网仲裁案源。

四是在提高服务能力上下功夫。完成信息化办案系统升级、办公系统更新和案件档案整理外包工作，完善设施设备、增设便民利民设施，提升综合服务能力。做好工作人员培训管理和考核评比，激励创先争优，激发内生动力。调整仲裁收费办法，降低参与仲裁的经济成本，提升仲裁的经济便利性。

三、坚持改革创新，增强内生动力，激活转型发展的能量源

一是明确了发展目标。根据中办国办《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》和市委依法治市委《〈关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见〉贯彻落实方案》的要求，结合重庆仲裁实际，确立了到2022年基本建成中国区域性国际仲裁中心的改革发展目标，指明了全体仲裁人共同努力的方向。

二是明确了改革路径。按照市委市政府的要求，考察了深圳、上海、北京三地仲裁机构改革情况，明确了加强党的领导、完善法人治理结构、优化执行机构设置、提升管理和运行效能等6个方面的改革创新举措，画好了改革的作战图，列明了时间表，创新体制机制，激发发展活力，为仲裁转型发展注入力量。

四、加强宣传推介，打造仲裁品牌，按紧跨越发展的加速器

一是提升重庆仲裁认知度。以“一网两微一刊”为窗口，借力人民网、重庆电视台等媒体，联动宣传仲裁法律制度，举办“重庆仲裁杯”征文大赛和律师仲裁庭审大赛，提升仲裁法律制度的知晓率。上线重庆仲裁微动漫，参与央视纪录片《仲裁在中国》第二季暨国际版的摄制，提高重庆仲裁的国际知名度和认可度。

二是提升重庆仲裁约定率。加强对金融、建筑、贸易等重点行业、重点领域的宣传，深化与主管部门、行业组织的合作，常态开展“仲裁进企业”“仲裁进行业”“仲裁进社区”活动。加强理论实务研究，参与司法部重大课题《仲裁中心建设与评估研究》，完成《重庆仲裁委员会走向国际仲裁中心的挑战与对策》课题，20篇案例入选司法部案例库，其中10篇刊登于司法部网站。举办“西部陆海新通道”等国际仲裁论坛10余场、仲裁讲座和沙龙20余场，多维度普及仲裁法律知识，引导市场主体运用仲裁化解纠纷。

三是提升重庆仲裁影响力。与香港国际仲裁中心、北仲、深仲、广仲、成都仲裁等10多家国内外仲裁机构深入开展合作，“走出去、引进来”，参加中国东盟（澳门）仲裁协会举办的国际仲裁前沿论坛，加入中国自贸区仲裁联盟，发出重庆仲裁声音，扩大重庆仲裁的品牌影响力。

五、坚持党的领导，加强队伍建设，筑牢全面发展的压舱石

一是强化政治引领。开展党总支理论学习中心组会议12次，全办党员同志跟进学习各类文件200余份。扎实开展队伍教育整顿活动和“不忘初心、牢记使命”主题教育，增强“四个意识”，坚定“四个自信”，做到“两个维护”，党总支统揽全局，为重庆仲裁导航定向。

二是强化主体责任。健全党建工作制度，规范组

织生活，坚决落实“一岗双责”和“三会一课”制度，召开全办党员大会4次、主题党日活动12次。严明政治纪律和政治规矩，严格执行中央八项规定及实施细则精神。全面彻底干净肃清孙政才恶劣影响和薄熙来、王立军流毒，坚决清除邓恢林案件负面影响，确保全办党员干部时刻保持头脑清醒、政治坚定。

三是强化组织建设。加强党总支建设，把6个党支部建在业务处室，推动党建和业务深度融合，以党建促业务，强化党组织的战斗堡垒作用，引导党员把初心使命体现在岗位上、落实到行动中。以党建带群建，制定工会年度活动计划，组建7个兴趣小组，开展知识竞赛、歌咏比赛、演讲比赛等系列活动，营造“快乐工作、快乐生活”的良好氛围。

四是强化队伍建设。增聘88名高水平仲裁员和2名仲裁秘书，加强仲裁员和秘书培训，举办15次专业委员会专题讲座和沙龙，召开队伍建设暨业务培训大会，举办十九届五中全会专题学习会、民法典知识竞赛、仲裁夜讲堂，着重加强对习近平法治思想、民法典的学习理解。

五是强化意识形态工作。牢牢把握意识形态方向和舆论导向，弘扬主旋律、传播正能量，围绕办好案件、服务大局、抗击疫情、扶贫攻坚等主题，办好“一网两微一刊”，上线重庆仲裁宣传片，讲好重仲故事。

六是强化党风廉政建设。加强党内法规学习，常态开展警示教育，做好日常监督执纪问责。发挥好职业道德监督委员会的作用，每月通报仲裁员履职情况，对仲裁员诫勉谈话25人次，通报批评12人次，停止执业资格3人，对严重违反管理制度的1名仲裁秘书给予解聘处理。

七是强化巡视问题整改。主动配合市委巡视和审计工作，针对巡视和审计反馈的问题，制定整改方案，细化7个方面23条整改措施。已全面整改纠正到位，健全了财务、公车、分支机构管理等三个方面的制度，以巡视审计问题整改促进规范发展。

重庆仲裁办召开2020年度总结表彰大会

2021年2月4日，重庆仲裁办召开2020年度总结表彰大会，全面总结2020年工作，安排部署2021年工作，并对在2020年度工作中表现突出的先进处室、优秀工作人员、优秀工会干部、工会活动积极分子进行表彰。重庆市司法局局长、重庆仲裁办主任张德宽出席会议，会议由重庆仲裁办副主任齐文主持，仲裁办全体职工参加会议。

2020年，重庆仲裁以“公正、高效、专业”为宗旨，战疫情、助复产、促发展，攻坚克难、开拓奋进，取得了可喜的成绩。重庆仲裁以“六个聚焦”服务大局作出新贡献，以“四个下功夫”办好案服好务公信力得到新提升，以“两个明确”探索改革创新迈

出新步伐，以“三个提升”宣传推介品牌建设取得新成效，以“七个强化”推进党的建设得到新加强。主要业务指标实现了受案数量、标的金额、审限内结案率和调解“四个持续增长”，办案质效有较大提升。

2021年，重庆仲裁要立足“一个目标”即打造中国区域性国际仲裁中心，突出“两个抓手”即一手抓改革创新、一手抓规范发展，紧盯“七个着力点”，加强党的建设、推进体制机制改革、提升办案质效、抓好宣传拓展、加强队伍建设、提升服务水平、优化发展环境，建设中国西部的仲裁法律服务高地。



会议对2020年度先进处室、优秀工作人员、优秀工会干部、工会活动积极分子进行了表彰，五位先进代表作了发言，分享了他们努力工作、拼搏奋斗的心路历程。



张德宽主任总结讲话时指出，2020年是极不平凡的一年，风险与挑战前所未有，问题和困难前所未见，全体重庆仲裁人团结奋斗、拼搏奋进，取得的成绩值得充分肯定。

他强调，2021年是“十四五”规划开局之年，是全面建设社会主义现代化国家新征程的开启之年，我们要以重庆仲裁成立25周年为契机，乘势而上、奋楫扬帆，推动重庆仲裁高质量发展，以优异的成绩庆祝建党100周年。

在新的一年工作中，要深刻认识到推动重庆仲裁高质量发展是贯彻落实习近平法治思想的必然要求，也是服务我市高质量发展的必然要求，更是保障“十四五”规划开好局起好步的必然要求，我们要主动谋划、担当作为，实现以公平正义为宗旨、以优质高效为目标、以改革创新为动能、以规范发展为抓手、以专业职业为支撑的高质量发展。

要重点做好五个坚持：一是坚持目标导向，谋划好重庆仲裁争创一流的发展之道，推进区域性国际仲裁中心建设；二是坚持问题导向，推进体制机制改革，推动市场化国际化发展，全面激发发展活力；三是坚持公平正义，大力提升办案质量和效率，不断提升仲裁公信力，筑牢发展的生命线；四是坚持市场战略，打造特色品牌，提升重庆仲裁的辐射能力，立足重庆一区两群、辐射周边省市和成渝双城经济圈，积极开拓市外和国外市场；五是坚持固本强基，打造公道正派、专业高效、清正廉洁、勤勉敬业的仲裁员队伍和专业化职业化规范化的仲裁秘书队伍。

重庆仲裁委渝东仲裁院 召开2021年度渝东北片区仲裁工作座谈会

为进一步宣传推行仲裁法律制度，提高仲裁工作质效，服务渝东北地区高质量发展，渝东仲裁院于2021年4月8日召开了2021年度渝东北片区仲裁工作座谈会。重庆仲裁委员会齐文副主任、万州区司法局副局长何开春出席了座谈会，会议由渝东仲裁院副院长向瑞娟主持，重庆仲裁办综合秘书处处长熊鹰、仲裁事务二处处长黄河、渝东北片区11位仲裁员以及渝东仲裁院全体职工参会。

向瑞娟副院长通报了2020年渝东仲裁院工作情况，熊鹰处长、黄河处长分别从围绕中心服务大局、专业高效办好案件、灵活运用仲裁规则等角度作交流发言。

与会仲裁员就仲裁宣传推行、提高办案质效等主题进行了研讨，指出了办案中发现的问题，并提出灵活运用举证规则保障当事人权利、裁决文书应繁简分流、恢复片区律师联席会制度、设立互联网金融仲裁分中心、加强对重点行业、重点领域宣传推行等12条工作建议。

何开春副局长表示渝东仲裁院入驻万州公共法律服务中心，丰富了中心的服务功能，让群众享受到更

优质高效的综合服务，今后，万州区司法局将加大对渝东仲裁院的支持力度，促进渝东仲裁院又好又快发展。

齐文副主任表示，各位仲裁员都提出了很好的建议，对渝东仲裁发展大有裨益，希望大家继续当好仲裁推广的主力军、宣传员，居间秉公办好案件，不断提升仲裁公信力。

齐文副主任对渝东仲裁工作提出了几点意见：一是要以党史学习教育为契机，学党史、悟思想、办实事、开新局，牢记全心全意为人民服务的宗旨，践行仲裁为民的理念，为人民群众提供优质、高效、便捷的仲裁服务，让每位当事人在仲裁案件中感受到公平正义；二是要认清仲裁发展的新形势、新变化、新要求，努力服务渝东北地区的高质量发展；三是要按照打好基础、树好形象、服务发展的思路规划好渝东仲裁的发展战略；四是要打造一支职业化、专业化、规范化的仲裁工作队伍；五是要靶向目标、精准发力，瞄准重点企业、重点行业、重点领域，加强宣传推行；六是要公正高效、专业廉洁办案，提高仲裁的公信力，维护好仲裁发展的生命线。





重庆仲裁委员会召开鉴定机构工作座谈会

为进一步加强本会与鉴定机构之间的合作，提高鉴定工作质效，更好地为当事人服务，本会于1月28日组织召开了鉴定机构工作座谈会，本市25家办理过仲裁鉴定案件的鉴定机构负责人参加了会议。

会上，案件服务中心负责人通报了2020年仲裁鉴定工作相关情况，各业务处、分支机构负责人以及鉴定机构负责人围绕鉴定过程中存在的问题和改进措施进行了热烈讨论。齐文副主任在总结时讲到，充分肯定鉴定机构对仲裁的大力支持，同时，就如何进一步提升鉴定案件质效的问题提出了四点要求：一是仲

裁委与鉴定机构之间应进一步建立及时沟通机制，应当特别注重鉴定机构与仲裁承办处室之间的沟通。二是鉴定人员需进一步熟悉鉴定管理办法和了解仲裁规则。三是鉴定人员需树立效率意识和责任意识，严格按协议执行。四是鉴定机构在鉴定过程中应当保持中立、公正，加强管理和监督，进一步提高鉴定案件的办理质效。

本次会议进一步增进了鉴定机构对仲裁程序的了解，也促进了本会与鉴定机构之间的沟通合作，对提升本会仲裁公信力具有积极意义。

对互联网仲裁问题的几点思考

■ 文：司法部公共法律服务管理局二级巡视员·石海

随着近年来数字经济的兴起，互联网仲裁应运而生。据全国仲裁机构的报告统计，2017年以来，互联网仲裁的案件呈快速上升之势，其中，2019年全国有31家仲裁委员会采用网上仲裁方式处理案件，一共处理了205544件案件。这个数字占2019年全国仲裁机构所有仲裁案件总数的42.21%，也就是说已经接近一半。

2020年，为应对突如其来的新冠疫情的影响，全国许多仲裁机构更加积极地通过互联网来审理和处理仲裁案件，这个数据目前我们还没有做一个正式统计，预测今年全国互联网仲裁案件数估计比去年有所上升。近年来互联网经济的兴起和发展，客观上催生了互联网仲裁这一新生事物的诞生；2020年突如其来的新冠疫情又助推了互联网仲裁的发展。我个人觉得互联网仲裁必将会成为仲裁发展的一种新常态。

鉴于这种情况，我们必须对互联网仲裁这个新生事物从各个不同的角度加以认真研究。

一、互联网仲裁的对象

互联网仲裁的对象有两个方面：一是传统民商事纠纷。传统民商事案件，可以通过互联网这种媒介，在网上开庭审理，用互联网这种载体来进行审理和裁决，这样可以极大提高仲裁的效率，也可以节约成本，使仲裁更加经济、快速。二是数字经济或者说网上交易产生的纠纷。对于网上交易产生的纠纷可以采用在网上仲裁的方式来处理和解决。不管互联网仲裁怎么发展，它的仲裁对象无非就是这么两个方面。以往，我们对于传统的民商事纠纷研究得比较多，但对于传统纠纷运用互联网方式解决还是一个新生事物，确实需要深入研究。网上交易产生的纠纷本身就是新事物，现在又和互联网仲裁叠加在一起，就更值得去深入研究。

二、互联网仲裁的方式

传统的仲裁方式和互联网仲裁方式实际上没有实质性区别。互联网仲裁的第一种方式网上开庭审理。这仍然属于开庭，只不过是在网上开庭而已；这就如同远程视频开庭，它实际还是一种现场开庭，只不过是通过网上来实现现场开庭。互联网仲裁第二种方式是网上不开庭。这实际上是书面审理的一种形式，只不过这种审理由传统的纸质书面审理变成了网上书面审理，也就是说把案件材料由纸质书面转换成了电子书面。

三、互联网仲裁的性质

从互联网仲裁的对象、方式可以看出，互联网仲

裁实质上是将现场开庭和书面审理电子化、网络化，也就是将案件审理的现场和书面分别变成了远程的现场和电子化的书面。实际它和传统的现场审理、开庭审理和书面审理没有什么实质性变化，只不过这种形式变了。这就是互联网仲裁的性质。我国仲裁法规定仲裁应当开庭审理，同时也可以不开庭审理，不开庭就根据仲裁申请书、答辩书以及其他的相关材料进行审理和裁决，以书面的审理方式结案。

四、亟需解决好的几个问题

互联网仲裁要健康、快速、良好地发展，需要有几个方面的支撑：

一是需要制度支撑。首先需要立法确立它的地位，因为现行仲裁法没有规定互联网仲裁这种形式。也正是由于这样的原因，故而在实践中出现过互联网仲裁裁决曾经被个别法院以没有法律依据为由而裁定不予执行的情况。这就提醒我们要给互联网仲裁以应有的法律地位。目前，仲裁法修改已列入全国人大立法规划，我们也正在起草仲裁法的修改草案，其中对互联网仲裁这种形式是不是应该作为一种法定的形式通过仲裁法予以确立，我们正在认真研究。在国际层面，对互联网仲裁将来是不是也有必要确立，这值得研究。据我了解，亚太经合组织（APEC）正在探索争议在线解决机制，并且已经形成了一些规则。我想这是不是相当于对互联网仲裁在国际上得到承认的一个尝试。当然，作为一种新的仲裁方式，在法律方面除了有关仲裁或者争议解决的专门法律对它予以确立以外，还离不开其他有关法律的支持。比如说，我国已经颁布的《电子商务法》《电子签名法》等相关法律对互联网仲裁所涉及到的有关数据问题、身份识别等相关问题，应当通过其他法律的规定予以进一步明确。其次是规范问题。互联网仲裁毕竟不是传统的现场开庭方式的仲裁，或者传统书面审理的仲裁，它确实有它的特殊性，需要我们有专门的仲裁规则。据我们初步了解，全国仲裁机构中迄今已有20多家仲裁机

构制订了本委员会专门的互联网仲裁规则，将来随着互联网仲裁不断扩大，我想凡是开展互联网仲裁的仲裁委员会必然都要有自己的互联网仲裁专门规则，以保证仲裁能够在规则指引下完成，给当事人选择的可能。

二是需要当事人意思自治的支撑。要特别注意互联网仲裁虽然与传统的仲裁方式有区别，但它依然需要当事人意思自治的支撑。这是最大的前提、最基础的基础。离开当事人意思自治，离开当事人自愿选择，互联网仲裁也就没有存在的意义了。当事人在仲裁协议中可以提前约定，或者在仲裁程序进行中一致同意通过网上仲裁方式经济纠纷，我觉得都是完全可以的，毕竟仲裁是以当事人的意思自治作为基础的。

三是需要技术支撑。网上仲裁需要依托互联网技术作为基础，离开技术支撑，互联网仲裁就会成为空谈。在技术支撑方面，有几个方面的问题需要处理和解决好：1.关于技术方的介入程度或者是介入界限问题。互联网仲裁需要有软件系统，一般来说，这种软件系统仲裁机构是不具备能力来进行研发的，它必须通过互联网技术公司来研发。仲裁机构通过市场来购买这个技术服务。由于仲裁是仲裁机构的专属职权，且仲裁具有保密的要求，因而，仲裁机构购买这样的服务需要注意仲裁的特性和要求，否则，对仲裁影响是非常不利的。在仲裁机构购买技术服务时，要特别注意避免技术方以技术参资或者入股仲裁机构，也就是防止资本介入仲裁，资本介入对仲裁的公正可能会带来不利影响，技术方介入程度、介入界限需要认真研究和把握。2.关于数据识别问题。数据问题涉及仲裁的证据问题，非常重要。身份识别问题涉及当事人主体问题，也是非常重要的。就目前来讲，个人身份识别问题不大，但涉及企业法人身份识别还有一些需要解决的问题。3.需要解决好智能化与人性化的问题。仲裁有一大特点就是它的灵活性，只要当事人意思自治，当事人双方同意，一些程序环节也允许当事人一致同意而改变。在互联网仲裁特别是运用智能化仲裁的时候，如何处理好仲裁的灵活性和智能化、格

式化之间的关系，是需要我们认真研究和处理好的问题。4.需要处理好送达问题。送达是一个非常重要的仲裁程序问题，从这几年互联网仲裁的实践来看，有一些案件因为送达存在问题而被人民法院撤裁。对于送达的问题，在互联网仲裁中保证其有效显得非常重要。5.需要注意安全和保密问题。这个问题的解决有赖于互联网安全和保密技术的发展。作为仲裁来说，保密是其一大特点，我们不能因为运用互联网方式仲裁而出现安全和保密问题，若这样，则就违背了互联网仲裁解决争议的初衷了。

四是司法监督和支持的支撑。仲裁离不开司法监督和支持。去年全国互联网仲裁案件20多万件，其中2000多件被人民法院裁定不予执行，这看似比例不高，仅1%，但是这个数量是很大的。这对我们互联网仲裁发展消极影响非常大。要从两个方面解决好司法支撑的问题：一方面是司法审查的互联网化，能不能在我们现在的司法审查方式里面也引入互联网这种

线上技术来提高互联网仲裁审查的效率。互联网仲裁的案件量是巨大的、海量的、批量的，如果都用线下方式去搞审查确实工作量非常大，所以仲裁机构也好，人民法院也好，都要研究这方面如何衔接的问题，技术公司也要研究技术的支撑问题。另一方面是互联网仲裁裁决执行的互联网化，互联网仲裁量非常大，如果仅用传统的线下执行方式，法院执行工作的压力将会很大，很难保证互联网仲裁执行的效率。所以，我们有必要研究建立网上执行来解决这个问题。

所有这些问题都是互联网仲裁面临的问题，互联网仲裁这个新生事物带来了一系列新的问题，这些新问题的解决，需要仲裁行业、司法界、法律界大家共同努力，共同研究。



区域性国际仲裁中心建设的重庆实践

■ 重庆仲裁委员会副主任齐文在东盟国际与粤港澳国际调解及国际仲裁前沿论坛上的发言

非常高兴能参加此次仲裁前沿论坛，我交流发言的题目是区域性国际仲裁中心建设的重庆实践，与大家分享重庆仲裁国际化道路上的一些做法，期待与各位在推进中国仲裁国际化的道路上携手并进。

司法部要求建设国际仲裁中心，努力将中国打造成全球最受欢迎的仲裁地，建设与中国全球经贸大国地位相匹配的高水平国际商事争议解决机制，服务国家重大发展战略和更高水平对外开放。区域性国际仲裁中心，是具有国际影响力，为一定区域内的国际国内当事人提供优质仲裁及相关法律服务的仲裁机构及其上下游服务组织相聚合的仲裁服务共同体。为打造立足重庆、面向世界的国际仲裁中心，为国际商事争议解决提供全方位、多样性、专业化的仲裁法律服务，重庆仲裁从以下六个方面进行了探索和实践。

一是建立国际化的商事仲裁平台。2016年，重庆仲裁委设立了中国西部第一家涉外仲裁机构—中国重庆两江国际仲裁中心，2018年，成立了中国重庆自贸试验区仲裁中心，积极服务“一带一路”倡议和内陆开放高地建设。截至今年10月，两个国际商事争议解决平台共办理涉及美国、英国、新加坡等20多个国家和港、澳、台地区的仲裁案件，标的额60多亿元，所作裁决已在境外得到广泛承认和执行，今年6月8日，美国联邦第四巡回上诉法院作出裁定，承认并执行重庆仲裁作出的一方当事人为美国的国际仲裁裁决。

二是制定国际化的仲裁规则体系。我们建立了《重庆仲裁委员会仲裁规则》《两江国际仲裁中心仲

裁规则》《自贸试验区仲裁程序指引》相配套的国际化仲裁规则体系，能够满足国际国内当事人的多元仲裁案件程序需求。其中《自贸试验区仲裁程序指引》，对中心承办案件适用的仲裁程序作出规定，为约定适用《贸法会仲裁规则》，且约定仲裁地在重庆，或约定由重庆仲裁行行使指定仲裁员等服务的商事主体提供程序依据。

三是打造专业化国际化的仲裁队伍。从选聘、培训、使用、管理等方面入手，首创“考试+考核”的仲裁员选聘方式，拓宽选聘渠道，提高准入门槛，加强专业培训，严格考核奖惩，聘用了668名通晓国际仲裁规则、善于处理经济贸易事务的国内外高水平仲裁员，打造了一支公道正派、专业精湛、公正高效的仲裁员队伍。面向社会公开招聘40名专业素质高且外语能力强的仲裁秘书，加强专业培养和考核管理，打磨出一支学历高、素质高，精于业务、服务至上、执行有力的职业化仲裁秘书队伍。

四是提升办案质效保障公信力。强化案件质效，完善《仲裁员管理办法》《关于进一步强化仲裁案件质量和效率管理的意见》等系列制度，建立“分类+专业+机选”的仲裁员指定方式，严格执行裁决书三级核审和重大疑难复杂案件专家咨询机制，确保裁决结果公平公正。加强专业化建设，实行案件立审分离，成立建筑房地产、国际国内贸易、金融证券保险和涉外4个仲裁员专业委员会，仲裁员和仲裁秘书分专业办案，建立案件速裁机制，提升案件处理效率。加强监督考核，依托信息化办案平台，对办案过程实

» 下转P19页

工程索赔三人谈（第三期） 索赔的成因、分类及法律依据

■ 文：重庆仲裁委员会仲裁员、重庆新隆基维祯律师事务所合伙人律师·赖野、钟筱；
重庆新隆基维祯律师事务所律师·刘维

工期延误是指合同履行过程中一项或多项工作实际完成日期迟于约定的完成日期,从而导致整个合同工期的延长。工期索赔即承包人要求发包人延长工期，就是我们常说的顺延工期。工期延误必然会带来费用的增加。费用索赔不一定与工期延误有关，但工期延误一定与费用索赔有关。因此，工期延误不仅涉及时间索赔，如承包人要求顺延工期，还必然伴随费用索赔，如发包人或承包人要求赔偿损失或增加费用。归纳起来，工期延误引起的时间索赔只是形式上的，实质性的还是费用索赔或责任免除。真可谓“明修栈道，暗度陈仓”，其目的在三个方面：

- （一）确定新的合同工期；
- （二）排除与工期延误相关的责任；
- （三）赔偿或增加因工期延长而产生的费用。

值得注意的是，不是所有的工期延误都必然导致工期和（或）费用索赔。因此，有必要对工期延误进行分类识别，以明确其是否可索赔工期和（或）费用。

（一）按工期延误原因区分是否可索赔工期和（或）费用

（1）因发包人原因导致的工期延误。这包括：发包人未按合同约定提供施工图纸、施工现场；提供的测量基准点、基准线和水准点及书面资料存在错误或疏漏；未按合同约定在计划开工日期前下达开工通知；未按合同约定支付工程进度款或工程价款；未按合同约定发出指示、批准相关文件；变更设计或修改图纸；等等。因发包人原因导致的工期延误，按照

《民法典》相关规定及17版本的相关约定，毫无疑问，属于可索赔工期和费用的延误。

（2）因承包人原因导致的工期延误。这包括：承包人组织施工不当，出现停窝工；工程质量不符合合同要求而返工；采购的材料与设备不符合设计要求或相关标准而需拆除或重新采购；等等。因承包人原因导致的工期延误，按照《民法典》相关规定及17版本的相关约定，属不可索赔工期的延误，但发包人可索赔费用。

（3）不可归责于当事人的原因导致的延误。这包括不可抗力、不利物质条件、恶劣气候条件等。按照法律规定及17版本约定或行业惯例，属可索赔工期的延误，由此增加的费用，大部分可索赔。例如，17版本第7.6条、第7.7条约定：遇到不利物质条件、恶劣气候条件，承包人因采取合理措施而增加的费用和（或）延误的工期由发包人承担。17版本第17条也有类似的条款。

（二）按工期延误线路性质区分是否可索赔

凡是规模较大的建设工程项目，其施工活动都不是单个线性模式进行的，其常态是同期或同时施工多个单项（位）工程。在此情况下，就存在工期如何计算的问题。按工期定额的计算方式，应以一个最大工期的单项（位）工程为基数，另加其他单项（位）工程工期总和乘以相应系数计算出整个工程的工期。由此就有对工期产生影响的关键线路与非关键线路及关键线路延误与非关键线路延误之分。

（1）关键线路延误是指发生在工程网络计划关

键线路上活动的延误。由于在关键线路上全部工序的总持续时间即为总工期，因而关键线路上任何工序的延误都会导致总工期的延误。因此，关键线路延误属可索赔工期和费用的延误。

（2）非关键线路延误是指发生在工程网络计划非关键线路上活动的延误。简单讲，就是不决定工期的线路。由于非关键线路上的工序可能存在机动时间，因而当非关键线路延误时，会出现两种可能性：一是延误时间小于机动时间。在此情形下，不存在工期延误，因为时间的延误并没有突破机动时间，没有误事。可能存在的是索赔费用。二是延误时间大于机动时间。在此情形下，非关键线路上的延误会全部或部分转化为关键线路延误，属可索赔工期和费用的延误。

（三）按工期延误事件是否重叠、交叉区分是否可索赔

（1）由一个原因引起的延误称为单一延误。单一延误是否可索赔工期和（或）费用。可依据上述（一）、（二）的分类确定。

（2）由两个以上原因引起同一时间段的延误称为共同延误。共同延误可分两种情形：在同一工作位置上同时发生两个或两个以上原因的延误；在不同的工作位置上同时发生两个或两个以上原因的延误。

前一种情形主要有以下几种组合：

a.可索赔延误与不可索赔延误同时存在。在此情形下，无权要求索赔工期和索赔费用。例如，发包人的延误（可索赔延误）或承包人的延误（不可索赔延误）同时存在，发包人无权要求索赔费用，承包人无权要求索赔工期和费用。

b.两起或两起以上可索赔工期延误同时存在，只能要求一项工期索赔。例如，发包人在同一时间存在两起工期延误，承包人则只能要求一项工期索赔。

c.两起可索赔费用延误同时存在，发包人或承包人可要求两项费用索赔。

d.多起可索赔延误同时存在，索赔费用可叠加，索赔工期不能叠加。

后一种情形比较复杂。由于各项工作在工程进度中所处的地位或重要性不同，同一时间段的相应延误

对工程进度的影响也不同，因此，对在不同的工作位置上同时发生两项或两项以上延误就得具体分析，不像前一种情形那么简单。例如，在不同工作位置上发包人和承包人同时存在延误，即时间完全相同的延误，承包人是否可以要求索赔工期？发包人或承包人是否可以要求费用索赔？这只有通过具体分析才能给出答案。首先，要弄清楚不同工作位置上，发包人的延误和承包人的延误分别对工程进度的具体影响。因为不同工作位置上的延误，即使在同一时间段，也有可能对工程进度造成不同程度的影响。其次，将两者对工程进度的影响进行比较，对相互重叠部分按前一种情形处理。再次，弄清楚不重叠的部分是发包人的延误还是承包人的延误。如果是发包人的延误，则承包人可要求索赔工期和费用；如果是承包人的延误，则发包人可要求索赔费用。

（3）由两个以上原因引起时间上的交叉延误，称为交叉延误。

a.在最先延误由承包人原因引起的情形下，其后产生的任何非承包人原因的延误都不会对先期延误产生任何影响，直至先期延误停止。由此在先期延误的时间内，发包人原因引起的延误和不可控因素引起的延误均为不可索赔延误。

b.如果承包人的延误停止后，发包人原因引起的延误或不可控因素引起的延误依然存在，那么承包人可索赔工期和费用。

c.如果最先延误是由发包人原因引起的，而其后承包人原因引起的延误并不排除发包人的责任。由此承包人可索赔工期和费用，直至发包人的延误停止。

d.如果最先延误是由不可控因素引起的，其后产生发包人原因引起的延误，那么在先期延误时间内，承包人可索赔工期，费用合理分摊或从约定。在先期延误停止后，承包人可索赔工期和费用。

钟：在合同无效的情形下，是否存在工期延误及工期索赔？

刘：合同无效后，合同对当事人没有约束力。合同中关于工期的约定同样如此。但是，每一项建设工程，不论其涉及的合同是否有效，它都有其合理的工期或工期定额。虽然当事人关于工期的约定因合同无

效而不具有约束力，但其约定本身是双方真实意思表示，应当是一个建设工程完成的合理时间，即合理工期。而施工超出这个合理的工期，即会造成时间和费用的损失。因此，即使合同无效，施工中仍然存在工期延误及索赔的问题。

提出这个问题来探讨很有价值。因为实践中，施工合同无效的情形大量存在，施工中工期延误现象同样不少，而这两者常常并无直接的因果关系。但只要合同无效，人们习惯把施工中工程价款以外的所有损失，包括工期延误损失都归咎于合同无效，用处理合同无效的方法划分责任。无疑，这不利于问题公平合理的解决。处理合同无效的方法，即《民法典》第157条规定的财产返还、折价补偿、有过错的一方赔偿损失，但前述规定的有过错的一方是指对合同无效有过错的一方，进而规定对合同无效有过错的一方对因合同无效造成的损失承担赔偿责任。而在施工中，工期延误或超出合理工期导致的损失常常与合同无效没有直接的因果关系。换言之，合同无效并不一定导致工期延误或工程本身不能进行施工。相反，无效合同情形下，工程仍然可以正常施工并竣工验收，且参照合同约定，承包人得到工程价款的情形大量存在。正因如此，《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第六条规定：“建设工程施工合同无效，一方当事人请求对方赔偿损失的，应当就对方过错、损失大小、过错与损失之间的因果关系承担举证责任。损失大小无法确定，一方当事人请求参照合同约定的质量标准、建设工期、工程价款支付时间等内容确定损失大小的，人民法院可以结合双方过错程度、过错与损失之间的因果关系等因素作出裁判。”从前述规定可以看出，（1）即使合同无效，要赔偿损失，包括工期延误的损失，也要与合同无效及过错有因果关系。如果损失与合同无效及过错没有直接关系，那就不能用处理合同无效的方法来处理，即要求对合同无效有过错的一方赔偿损失。（2）合同无效，同样存在工期，即当事人真实意思表示的合理工期或工期定额。否则，合理工期以外的损失及责任无法确定或划分。那么，合同无效情形下仍然存在工期延误，是否与合同有效情

形下的工期延误无区别呢？当然不是。合同有效情形下的工期延误有可能涉及违约的问题，而合同无效情形下的工期延误不涉及违约的问题。

赖：我有一个问题，就是工期约定（条款）是否存在无效的问题？如果存在工期约定无效，是否存在工期延误的问题？

刘：我的理解，工期约定是否存在无效主要指的是关于任意压缩合理工期的约定。实践中，不少的工期延误源于工期约定本身的不合理，即压缩合理工期。不仅如此，压缩合理工期、盲目赶工还是工程质量得不到保证，工程质量事故发生的源头之一。基于此，《建设工程质量管理条例》第10条专门规定：“建设工程发包单位不得迫使承包方以低于成本的价格竞标，不得任意压缩合理工期。”那么什么是合理工期呢？一般而言，当事人协商一致，且不低于工期定额（如《建筑安装工程工期定额》标准的工期）应该是合理工期。反之，如果当事人约定的工期低于定额标准，即使是真实意思表示，因违反《建设工程质量管理条例》第10条的规定，就存在工期约定无效的问题。而关于工期约定无效后，是否存在工期延误？工期延误又如何确定呢？这与合同无效情形下的工期确定不同。合同无效，可以参照当事人关于工期的约定。因为这是当事人的真实意思，一般情况下是一个比较合理的工期约定。但关于工期约定被确定无效后，当事人关于工期的约定就直接被否定了。要确定合理工期只能按照工期定额标准来确定了。因为工期定额指的就是建筑行业普遍认可的在一定生产技术和自然条件下，完成单位工程所需的平均天数。如果施工的实际工期超出其定额标准，就存在工期延误的问题。正因如此，建筑行业把超出工期定额作为索赔工期的基础条件。

钟：实践中，是否有不少因非承包人的原因导致工期延误而无法或未能确定（约定）新的工期的情形？

刘：是的。这种情形被称为“任意工期”。我国法律及建设工程领域没有“任意工期”的概念，但这种情形确实大量存在。出现因非承包人的原因导致工期延误，13版本、17版本一般都约定由发包人承担

延误的工期或工期顺延。依我的理解，这些约定更多的是涉及责任承担或划分的问题，而不是对工期的重新约定。这在法律上或责任划分上没有问题。但是，在实际操作中，发包人承担延误的工期或工期顺延并非是非工期延误多少天，发包人就承担多少天工期延误的责任或工期就顺延多少天。例如，因工程所在地发生地震而工程延误了工期100天，当工程复工后，一般的理解或操作就是顺理成章的顺延工期100天。但实际上，顺延100天可能远远不够，这个顺延100天很可能不能使该工程顺利竣工。因为地震有可能改变了工地的地貌，甚至影响到设计的变更，而这就需要更多的时间。当前发生的新冠疫情也如此。许多工程复工后，并未完全进入正常状态，因为新冠疫情是全国性的，受其影响，有的工程资金链条暂时中断了，有的材料供应链条暂时中断了，并非简单的时间相应顺延就可以解决工期问题。这就提出一个问题，因非承包人的原因导致工期延误，新的工期如何确定？我们以为，当事人能协商一致当然没问题。但如果发生争议，这就是“任意工期”的问题。出现任意工期就需要确定一个合理工期，而如果是基于前述情形（地震、疫情），简单的套用工期定额显然不合理，对一方当事人也不公平。因此，如果需要第三方介入来确定，我们认为应当以工期定额为基础，结合其它可能影响工期的外在因素，如工期延误后工程内容的变化、材料供应链发生的变化等来加以确定。

赖：还有一个问题，就是合同约定免除发包人工期延误责任，承包人是否还可向发包人索赔？

刘：工期延误引起的索赔，其内容包括索赔工期和索赔费用。在合同约定免除发包人工期延误责任的情形下，承包人是否还可向发包人索赔工期和索赔费用呢？我认为，该约定属免责条款，对当事人是否有约束力，取决于其法律效力。一般而言，合同约定是否有效，只要把当事人的真实意思搞清楚了，还是比较容易把握。凡具有《民法典》第153、第506条规定情形的，其约定无效。否则，应属有效。但实践中，确认类似免责条款是否有效，确有其复杂而又难于把握的情形。具体到前述情形，其法律效力结合不同的个案，可能会有不同的判断。这可从几个维度来加以

梳理。首先，实践中，施工合同中约定的类似免责条款，一般情况下不存在《民法典》第496条规定的格式合同条款的情形。因为每一个施工合同都是针对不同的工程项目，不存在重复使用的问题。而类似免责条款也不符合《民法典》第506条规定的无效情形：造成对方人身伤害的；因故意或者重大过失造成对方财产损失的。因此，应当排除依据《民法典》第496条、第497条、第506条来判断类似免责条款的效力。其次，免责条款其实质就是免除一方责任，排除另一方主要权利。在施工合同的履行中，索赔是一种惯常行为，是当事人特别是承包人的一项重要权利。除违约责任外，通过正常的索赔以实现其合同目的，也可以说是建设工程领域中的惯常行为，公序良俗。何为公序良俗？公序即公共秩序，是指与国家和社会整体利益相关的基本原则、价值和秩序。良俗即善良习俗，是指社会普遍认可和遵循的道德准则、观念习俗，善良习俗具有一定的时代性、地域性及行业性。公序良俗属于不确定概念。民法学说一般采取类型化研究方式，将裁判实务中依据公序良俗裁判的典型案列，区别为若干违背公序良俗的行为类型。法院或仲裁机构在审理案件时，如果发现待决案件事实与其中某一类型相符，即可判定行为无效。而违背公序良俗的八类行为类型中就包括了危害国家政治、经济、财政、税收、金融、治安等秩序类型。在建设工程领域中，因一方原因引起工期延误或费用增加，另一方向其索赔，以使工程项目得以顺利完工，可以说是建设工程领域普遍认可和遵循的道德准则和价值取向。即使无法律规定或合同约定，建设工程领域普遍认可和遵循的道德准则也应该遵守。否则，会造成行业内交易秩序极大的混乱。《民法典》第8条、第10条、第153条等条款都规定：不得违背公序良俗，违背公序良俗的法律行为无效。因此，我认为，施工合同中的类似免责条款违背了建设工程领域中的公序良俗。再次，《民法典》第4条规定：“民事主体在民事活动中的法律地位一律平等。”在施工合同的订立工程中，发包人与承包人的地位事实上在很多情况下是不平等的。发包人往往将理由由自身承担的风险或义务通过自己的优势地位强加给承包人。而处于不

利地位的承包人为了承接工程，不得不违心的接受有损自身利益的条款或条件。换言之，在施工合同的订立工程中，在地位平等的情况下，任何承包人都不会接受有损自身利益的条款或条件。前述情形实际上已经违背了《民法典》第4条的规定。又次，合理的工期和费用成本是工程保质保量完成的最重要保障。建设工程周期长、变化大，为了使工程项目顺利进行，保质保量完工，通过索赔调整工期和费用成本也是施工合同履行过程中的一大特点。因此，除违约责任外，正常的索赔一顺延工期和追加费用也应当是合理工期和成本的组成部分。正因为如此，13、17版本《合同协议书部分》合同价款中列出了暂列金额。暂列金额即发包人在工程量清单或预算书中暂定并包括在合同价格中的一笔款项，用于工程合同订立时尚未确定或者不可预见的所需材料、工程设备、服务的采购，施工中可能发生的工程变更、合同约定调整因素出现时的合同价格调整以及发生的索赔、现场签证确认等的费用。免除发包人工期延误责任如果超出了合

理的工期和成本的范围，实际上是变相的任意压缩合理工期和费用成本，这就违反了《建设工程质量管理条例》第10条关于：“建设工程发包单位不得迫使承包方以低于成本的价格竞标，不得任意压缩合理工期”的规定。基于此，17版本第7.9.1条同样约定：任何情况下，发包人不得压缩合理工期。例如，一个工程项目的工期是500天。合同约定了免除发包人工期延误责任的条款。该约定是否有效，确需结合具体案情。因发包人的原因，工期延误200天与工期延误20天，其对合同约定效力的判定会有不同的结果。如果工期延误200天而不顺延，绝大多数情况下会导致合理工期的压缩。延误工期的费用损失过大而得不到补偿，则是变相的压缩费用成本。而工期延误只有20天，则情况大不一样。基本不会涉及压缩工期和费用成本的问题。综上，我认为，免除发包人工期延误责任的约定条款是否有效，应结合个案加以判断，不能一概而论。

《上接P14页

时动态考核，对考核不合格的仲裁员给予诫勉谈话、暂停执业等处分，实时调整仲裁员分级分类名册，严格执行回避和披露制度，确保阳光公信。

五是提升仲裁法律服务水平。探索岗位目标责任制考核，激发全办职工干事创业的激情。建成了四大信息化平台，仲裁员可以远程办案、审阅裁决书、上传文书、电子签名，当事人可以网上立案、查询，提升了仲裁服务的便捷性。加强基础设施建设，打造了一流办案场所和设施，提升综合服务能力，提高仲裁参与方的仲裁体验感。建成西南地区首家互联网仲裁平台，专门化解互联网金融仲裁纠纷。提高仲裁员酬

金，推进收费方式改革，按照国际惯例制定了可供当事人选择的多种收费方式，收费较为灵活合理。

六是打造仲裁法律服务共同体。积极推进各类商事纠纷解决平台共同发展，集聚仲裁、调解、律师等相关机构和领域，努力推动各类法律服务机构和人员的良性合作，打造1+1>2的法律服务高地。积极争取司法对仲裁的支持，重庆市法院、司法行政机关先后出台了关于处理仲裁与诉讼关系、规范民商事仲裁案件保全、执行工作等政策文件，并与各级人民法院建立了良性沟通机制，为国际化仲裁机构的建设营造了良好的司法环境。

新机制下如何在香港调查资产和执行仲裁裁决和民商事判决

■ 文：重庆仲裁委员会仲裁员、中豪律师事务所律师·杨青

继内地与香港在民商事司法文书送达、协议管辖民商事案件判决的互认、民商事委托提取证据、婚姻家事案件判决的互认执行等方面的司法协助安排签署后，最高人民法院和香港特别行政区政府律政司又分别于2019年1月18日签署了《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排》（以下简称《民商事判决互认和执行安排》）、于2019年4月2日签署了《关于内地与香港特别行政区法院就仲裁程序相互协助保全的安排》（以下简称《仲裁保全安排》），并根据2000年实施的《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》（以下简称《仲裁裁决执行安排》）的实践情况，于2020年11月27日签署了《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的补充安排》（下称《仲裁裁决执行补充安排》）。至此，基本实现了两地在民商事领域及仲裁领域司法协助的全面覆盖。

上述新安排的签署，对两地企业相互投资与经贸合作，内地企业通过香港到境外投资、并购及全球资产配置，内地企业在内地诉讼或仲裁等方面均会产生深远影响。由于内地与香港在法律体系、社会制度等方面存在很大差异，无论是仲裁申请前的财产保全，还是仲裁裁决或法院判决作出后的执行，均需要内地当事人详细了解如何在香港调查资产及如何在香港法院有效执行内地仲裁裁决和民商事法院判决方面的具体内容。为此，本文对内地当事人在香港调查资产的方法、途径，以及在调查到对方当事人在香港持有的资产后，如何在香港执行内地仲裁裁决或民商事法院判决的方式方法、程序命令等相关内容进行详细介绍，希望对大家有所帮助。

一、如何在香港调查资产？

在仲裁程序中，如果内地当事人拟申请对被申请人在香港的财产采取保全措施，或在内地仲裁裁决或民商事法院判决作出后，需要在香港执行被申请人或被告在香港拥有的资产，均需要掌握被申请人或被告

在香港拥有的财产类型及其价值、财产具体地址等信息，这些都将影响执行的方式。在香港，通常而言，根据不同的财产类型，可以采取通过公开信息查询、委托第三方或私人侦探进行调查或向香港法院申请相关程序命令的方式调，查被告或被申请人的在香港拥有的财产情况。

（一）通过公开信息途径查询香港资产及相关信息

在香港，可通过如下公开信息途径查询土地、房屋、非上市公司董事名册、上市公司股份权益、未决或已决案件等资产及相关信息：

1. 通过土地注册处（The Land Registry）可以查询不动产权利信息，包括土地和房屋等方面的信息。通常来说，内地当事人需要通过掌握对方财产具体地址后，才能在土地注册处进行查询，但实践中可委托调查公司用被调查人或公司名称查找不动产信息。

如果内地当事人拟根据仲裁裁决或民商事法院判决在香港执行被申请人或被告的不动产，那么，除了获得不动产的相关信息外，还需要了解该不动产的市场价值。对此，债权人可以通过香港各大银行免费的网上不动产估价服务查询不动产的市场价格信息，以作为该不动产市场价值的参考。

2. 通过公司注册处（The Companies Registry）查询香港公司的权益登记等相关信息。根据香港《公司条例》，在香港成立的公司应在公司注册处进行强制登记。因此，通过公司注册处可以查询到大量有关香港注册公司的信息，包括持有公司股份的权益状况、公司的办公场所、董事名册及地址等信息。

3. 香港上市公司股份权益查询。香港《证券及期货条例》第XV部对披露权益制度作出了详细规定，能让投资者查询到控制或有能力控制上市公司的股份权益的人士，及可能会因为涉及上市公司的关联交易而受惠的人士。《证券及期货条例》第XV部规定，持有上市公司5%或以上任何带有投票权的股份类别的权益的个人及公司，必须向香港联合交易所有限公司（联交所）披露其在该上市公司带有投票权的股份的权益及淡仓；上市公司的董事及最高行政人员必须向联交所披露其对某上市公司（或其任何关联实体）的任何股份的权益及淡仓，以及他们对该上市公司（或其任何联系实体）的任何债权证的权益。

4. 债务人涉诉及破产清盘信息查询。如果需要了解债务人的涉诉情况，可以通过向香港法院的法庭登记处现场提出书面查询申请，在各法庭登记处可以查询到对应法庭的已决和未决案件信息。此外，也可以通过网络渠道查询已决诉讼的情况，比如香港法律参考资料系统。

如果法院已对债务人作出破产或清盘命令，破产受托人或清算人将会接管破产人或者清盘公司的资产，并在变卖资产后按照既定原则向判定债权人分配资产。因此，如果债权人希望了解债务人是否已经涉及破产或强制清盘，可通过香港破产管理署进行查询。

（二）委托第三方机构协助调查

在香港，当事人还可以选择委托香港律师事务所及（或）第三方调查机构进行比较全面的资产调查，包括物业、汽车、公司、货物、公司所拥有的物业及货物以及海外公司及资产等情况，香港律师事务所、第三方调查机构会给当事人提供资产调查报告。这在当事人无法通过公开信息途径查询到其相关资产信息时比较实用。比如，调查公司可以通过被调查人或公司名称查找到不动产信息。值得注意的是，由于香港银行和其他金融机构对客户信息和个人数据保护很严，调查机构可能也很难获得完整的财务信息。实践中，很多当事人一般会通过该方式获得比较全面的初步资产线索，以作为启动下一步行动的基础。

（三）在诉讼或仲裁过程中，向香港法院申请证据披露和临时措施

除了上述通过公开信息途径或委托第三方机构协助调查资产信息外，内地当事人在诉讼或仲裁过程中还可以通过向香港法院申请第三方披露令、冻结令及资产披露令等临时措施获得对方当事人的资产信息。

1. 第三方披露令。第三方披露令(Norwich Pharmacal Order)来自于1974年英国上议院的案例Norwich Pharmacal Co. v Customs & Excise Commissioners [1974] AC 133，并在其后的香港民事诉讼程序的文件披露中得到广泛适用。第三方披

露令的主要作用，是要求诉讼中非涉案的第三方（在不知情且无过错的情况下，对被告的不当行为产生了介入、协助、参与等）向申请人披露有关文件和资料。比如，在欺诈案件中对款项的追讨，由于从申请人账户汇出的欺诈款项一般需要借助多层银行账户进行隐匿，申请人可以通过第三方披露令要求银行披露各层账户的信息以便于针对这些账户持有人提起诉讼。

由于第三方披露令会使第三方对被告所负有的保密义务免责，因此，作为一种衡平法下的救济，法院在行使对第三方披露令申请的自由裁量权时十分谨慎。一般而言，法院会考虑申请人提出明确且具有说服力的证据证明不当行为的存在和严重性，以及第三方所持有的文件资料与本案的相关性和披露的必要性，以作出决定。此外，申请人需要作出对于该申请可能对第三方造成任何损失进行赔偿的保证。

值得注意的是：在跨境诉讼的背景下，在香港申请第三方披露令可以支持申请人在域外的诉讼程序。比如，内地当事人在内地或其他法院的诉讼程序中，如果涉及位于香港的第三方持有有关被告涉诉行为的重要文件，可以考虑在香港启动第三方披露令的申请程序，以协助在内地或其他法域的诉讼。因此，除了根据目前已经生效的两地仲裁保全安排为仲裁程序提供保全，申请香港的第三方披露令协助内地诉讼程序也是一种值得内地当事人注意的实务操作。

2.冻结令和资产披露令。一般而言，冻结令及其辅助的资产披露令是香港法下当事人最熟悉的临时措施。需要说明的是：冻结令本身并不属于资产调查的方式，但由于作为其辅助手段的资产披露令可以起到资产披露的作用，并且冻结令可以对内地仲裁保全以及民商事判决和仲裁裁决在香港执行提供保障，因而在此一并介绍。

以玛瑞瓦禁令（Mareva injunction）为例，其来源于英国海事诉讼案件Mareva Compania Naviera SA v International Bulkcarriers SA [1975] 2 Lloyd's Rep 509，在该案中，用于禁止未足额支

付租金的承租人可能转移其银行资金的行为。其性质类似于内地的诉讼保全制度。但应注意其是针对人（in personam）而非资产，即被申请人违反禁令转移资产可能面临藐视法庭罪等后果，但资产转让行为并不因此被当然认定为无效。如果向法院申请玛瑞瓦禁令，需要满足的条件一般包括：申请人一方有较强理据的案情，能够证明被申请人有转移资产的真实风险，法院对被申请人具有管辖权，申请人就案情向法院作出全面和真实的披露等。与此相对应的是，申请资产披露令有助于知悉被申请人拥有的特定资产的信息，有针对性地冻结与案件金额相适应的财产，也能够减少在败诉时可能需要承担对方因冻结而产生的损失。因此，实践中申请资产披露令也有助于了解被申请人的资产情况。

二、如何在香港法院执行内地仲裁裁决及民商事法院判决

不同于上述在诉讼或者仲裁过程中向法院提出的有关证据披露和临时措施的申请，如果当事人已经取得了内地仲裁裁决或民商事法院判决，且判定债务人未主动履行相应债务的情况下，则可以考虑香港法下若干执行判决的申请程序。

这些申请可以将判定债务人的资产用于履行裁判确定的债务。因此，其前提是当事人需要掌握判定债务人的资产状况（需要对判定债务人进行讯问的情况除外），并根据不同资产的性质和价值考虑采取相应的程序申请。该类申请一般规定在香港《高等法院规则》和《区域法院规则》等部分。需要注意的是：申请人对该申请有关的任何情况负有充分和如实披露的义务，未能履行相关义务则可能导致法院根据《高等法院规则》第32号命令第6条将已作出的单方命令作废。

（一）对判定债务人（Judgment Debtor）进行讯问(Oral examination)

当申请人认为判定债务人确有资产，但并未掌握

有关资产的任何信息时，可以考虑申请法院对判定债务人进行讯问。根据香港《高等法院规则》和《区域法院规则》第48号命令，如果判定债务人取得了判决另一方（即判定债务人）支付款项的判决或命令，法院有权根据债权人提出的单方申请，命令该判定债务人或其高级管理人员（当判定债务人为法人时）到庭接受法院的有关口头讯问，内容为该判定债务人是否享有任何债权，以及该判定债务人是否有任何其他财产或经济能力履行该判决或命令。法院还可以命令该判定债务人或该高级管理人员向法院交出与前述问题有关的文件。

与口头讯问有关的程序包括由债权人提出单方申请，有关口头讯问的命令送达至判定债务人（或其高级管理人员），法院对口头讯问中获取的有关证据进行书面记录等。在经过了口头讯问之后，如果法院认为该判定债务人有能力履行相关判决或命令，或为了逃避履行就相关资产进行了处置，或在口头询问中未能如实披露时，法院可以判处该判定债务人不超过三个月的监禁。同时，在经过询问之后，法院认为判定债务人能够全部或部分履行判决时，有权命令判定债务人以法院认为合适的方式履行判决。

（二）非金钱判决的强制执行

根据判决财产性质的不同，有不同的执行方式可供选择。尽管实践中大部分判决为金钱判决，即判定债务人根据判决应当向债权人给付特定金额，但债权人也可能需要就非金钱判决进行强制执行。对于非金钱判决的强制执行，《高等法院规则》和《区域法院规则》第45号命令规定了对于土地、物业等不动产的管有令状（Writ of possession），用以接管有关土地或物业财产，比如当承租人不能履行给付租金的义务时，申请人可以通过管有令状接管有关的物业。同时，对于交付货物的判决和命令，如果判定债务人并不能够以支付相关货物评估价值的价款以进行履行时，法院可以通过强制交付令状（Writ of Specific Delivery）追讨相关货物。

（三）金钱判决的强制执行

如判项内容属于金钱给付内容，则判定债权人可向香港法院申请扣押债务人财产令状、第三债务人的法律程序、押记令、申请破产或清盘、申请禁止判定债务人离开香港等方式执行法院判决或仲裁裁决。

1.扣押债务人财产令状（writ of fieri facias）。如果债权人希望执行判定债务人所拥有的动产，可以向法院申请扣押判定债务人财产令状对财产进行扣押并出售。可以进行扣押的财产类型，规定在香港《高等法院条例》第21D项及《区域法院条例》第68B项。对于出售的方式，一般而言为公开拍卖，但在特定情况下，比如当对有关财产进行公开拍卖可能不会达到一个公允价格时，有权申请执行的当事人或者执达主任（Bailiff）可以向法院申请采取非公开招标等其他出售方式。此外，用于扣押的财产须为属于判定债务人的财产，如果该财产为判定债务人和他人共有，则有关财产被扣押和售后，只有判定债务人所拥有份额对应的价款能够用于执行判决。

需要注意的是：某些财产明确规定不得被作为扣押并出售以执行判决的财产，如判定债务人用于生计的工具，以及判定债务人本人与受其供养又与其同住的家人所需用的衣物及寝具，以总价值不超过10000港币为限。

在扣押财物被出售以后，与执行有关费用（包括拍卖）将会从出售所得价款中优先扣除，再用于向债权人支付，如果还有剩余，将向判定债务人归还。

2.第三债务人法律程序（Garnishee Proceedings）。如果位于香港境内的第三方对判定债务人负有一项到期债务时，那么判定债务人的债权人可以申请法院对该第三债务人（Garnishee）出具第三债务人命令，使其将该项债务金额直接向该债权人支付，以履行判定债务人未履行判决和第三债务人法律程序所产生的费用。其实质是冻结第三债务人向判定债务人支付的行为。第三债务人法律程序被常用于判定人的银行账户存款，在这种情况下，银行被视为第三债务人，对判定债务人负有该存款的债务。债权人可以申请法院命令银行直接向债权人就相关存

款余额进行支付以履行判决。

第三债务人的法律程序有若干条件需要满足，比如该项债务必须是第三债务人已经产生的现存的付款义务，并且判定债务人必须为该项债务唯一的权益所有人（the sole and beneficial owner），判定债务人和其他第三方共同享有该笔债权时不能够启动该程序。此外，该项付款义务必须是到期无条件的付款义务。此外，根据香港《雇佣条例》，雇员的薪资不可作为本程序下的债务。法院会要求第三债务人参加有关听证以提出异议（hearing to show cause），第三债务人未到庭或未提出异议的情况下，即可命令对有关债务进行执行。

在实务中，还需要注意的是：在跨境诉讼程序存在的情况下，如果第三债务人被域外法院判决对同一判定债务人负有债务时，法院可能因为该第三债务人面临两次付款的风险而拒绝签发第三债务人命令。此外，如果签发第三债务人命令会产生债权人的地位优于其他债权人的影响时，法院也可能拒绝签发该命令。因此，法院对此项申请，需要同时考虑债权人、判定债务人、第三债务人，以及可能存在的其他债权人的情况。

3.押记令(Charging order)。判定债务人在土地及物业、特定的证券（包括持有的香港公司股份）、在法院的储存金以及信托等可以被法院通过押记令施加金额为未履行债权的押记，该项押记使债权人对这类保证财产享有优先受偿的权利（security interest），有关押记令的规定主要在《高等法院规则》和《区域法院规则》第50号命令的部分。与押记令有关的，还包括《区域法院规则》第50号命令部分规定的停止通知书（stop notice），债权人可以向法院申请停止通知书以禁止前述保证财产在未经通知债权人的情况下被转让。

需要注意的是：押记令只是向有关财产为债权人施加一项优先受偿的权利，如果需要从中受偿，债权人还需要单独提出管有令状（如标的为土地或物业时）和出售令的申请。该出售令的申请是根据《高等

法院规则》第88号命令提出按揭诉讼，即通过押记令的执行实际上需要另一诉讼程序的配合，因此比较扣押判定债务人财产令等申请而言程序上更加复杂。

4.申请禁止判定债务人离开香港（prohibiting a debtor from leaving Hong Kong）。债权人可以向法院提出单方申请，禁止判定债务人离开香港。但根据有关判例，法院只有在认为判定债务人离开香港将会对判决执行产生显著影响时，才会作出该项命令（AVCO Financial Services (Asia) Ltd v Topma Electronics Ltd[1999] 4 HKC 193）。

值得注意的是：由于该禁令对判定债务人限制较大，判定债务人有权根据《高等法院规则》和《区域法院规则》第44号命令在符合相关要求的情况下申请撤销该禁令。并且，当债权人不再需要该项禁令的保护时，其必须向法院及入境处通知该禁止令不再需要。同时，法院也有权在申请禁止令的理据并不充分或者没有及时通知不再需要该禁止令的情况下，对债权人处以罚金。

（四）申请破产或清盘

如果判定债务人无法就判决债务进行清偿，判定债权人可以提出破产（针对个人）或清盘申请（针对公司）。一般来说，破产及清盘程序是在送达一份“法定要求偿债书”给判定债务人后启动的。如果法定要求偿债书不能在三周内清偿，则判定债权人可以提出破产呈请或清盘呈请（视情况而定），以使判定债务人破产或清盘。在判定债务人被宣告进入破产或清盘程序下，判定债权人作为无担保债权人，其与判定债务人的其他不受担保的债权人处于同等优先偿还地位。这意味着在清偿优先债权人及受担保债权人的索赔后，才会把判定债务人可用资产向所有不受担保的债权人作出按比例分配。因此，判定债权人有可能得到的受偿十分有限，所以在作出破产或清盘呈请前，判定债权人应先作出谨慎的调查和计划。但申请清盘本身给希望继续保留公司运营的判定债务人带来的压力，也能一定程度上迫使其履行判决债务。

相比较个人破产，清盘程序耗费的时间较长，如

有证据显示被告公司的资产正在遭受损失，可在提出清盘申请后，向法院申请委任临时清盘人以采取必要的措施来保障该公司的资产。如果法院对该公司下令清盘，债权人需要出席债权人会议，被清盘公司董事或负责人编写的公司资产负债状况说明书也会在会议上提交。在公司的全部资产出售变卖以后，有关调查完成等工作后，清盘人会向法院申请解除其清盘人职务，以结束清盘程序。

三、对内地企业及律师的建议

（一）改变案件代理思维，考虑被申请人或被告在香港是否拥有财产可以保全与执行

结合内地与香港关于民商事判决和仲裁裁决执行、仲裁保全的司法协助安排，两地企业和律师在处理争议解决案件时，应当将对方是否在香港拥有资产作为保全和执行的重要考虑因素，以便在程序初期就能够设计整体策略，利用不同法域程序推进案件，从而在整体上掌握案件主动权。而对于已在香港持有股票、股权、资产、银行账户等资产的内地企业，建议商请专业律师梳理漏洞与可能存在的风险，并采取措施事先做好风险隔离与防范措施。

（二）委托律所或第三方调查机构查询被申请人或被告在香港拥有资产的情况

如果认为对方在香港拥有资产，根据前述介绍，可以通过自身掌握的信息，以及包括香港土地注册处、香港公司注册处、香港联交所、香港破产管理署等机构公开记录的信息进行查询，通过委托律所或第三方调查机构就对方的资产进行调查，或者通过在法

院程序中申请第三方披露令、冻结令和资产披露令等方式掌握对方的财产信息并防止对方资产的流失。

（三）向香港法院申请财产保全与申请执行仲裁裁决或内地法院民商事判决

如果已经在香港法院取得了可供执行的判决（包括在香港法院认可的内地民商事判决和仲裁裁决等），但判定债务人未能主动履行判决时，可以根据不同的财产信息、性质和价值，向香港法院申请口头讯问、管有令状、强制交付令状、扣押判定债务人财产令状、第三债务人法律程序、押记令、禁止判定债务人离开香港、申请破产/清盘等方式，使判定债务人的资产满足有关判决确定的债务。

据笔者了解，很多内地企业和律师同仁在几份新安排签署后，对内地与香港两地今后相互执行仲裁裁决和法院民商事判决可能产生的深远影响可能还没有充分理解和没有引起足够重视，加上内地与香港两地在法律体系、社会制度、法治环境等方面存在很大差异，对如何在香港调查资产及如何有效执行仲裁裁决及法院民商事判决程序方面的内容了解较少，从而在实践中可能没有充分利用好新安排机制从而采取有效措施保护或维护自身的合法权益。希望这篇文章在实务操作层面上，对大家如何在香港调查资产和执行内地仲裁裁决及民商事法院判决有所帮助。

民法典担保制度下的上市公司对外担保问题

■ 文：中伦律师事务所（深圳分所）律师、香港中文大学国际私法博士生·袁培皓

一、引言

2021年1月1日，民法典时代正式施行。同日，《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民法典>有关担保制度的解释》（法释〔2020〕28号，下称“《民法典担保解释》”）生效施行，为我国民法典下的担保制度作出了更为具体、详细的规定。其中，对上市公司担保效力问题进行全面规定系其一大亮点。

事实上，在过去司法实践中，上市公司担保问题一直存在较大争议。《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号，下称“《九民纪要》”）对其进行了规定，但也仅能解决部分问题。本次《民法典担保解释》第九条的规定则从较为全面的角度对此问题进行了回应。

然而，该条文在实际应用中仍然面临着一些问题，其中包括：接受境外上市公司担保、接受上市公司子公司担保、上市公司自己为自己的债务提供担保是否也适用该条规定而需要审查上市公司公告？2021年1月1日之前，上市公司对外担保，未予公告，担保有效吗？上市公司违规担保导致担保无效时，是否还可能承担赔偿责任？在此情况下，债权人有哪些风险防范措施？

本文将围绕《民法典担保解释》第九条的规定，

为读者提供判断上市公司对外担保效力的具体方法，以及为上述问题作出解答。

二、如何判断上市公司对外担保效力？

《民法典担保解释》第九条对上市公司担保问题作出了如下规定：

“相对人根据上市公司公开披露的关于担保事项已经董事会或者股东大会决议通过的信息，与上市公司订立担保合同，相对人主张担保合同对上市公司发生法律效力，并由上市公司承担担保责任的，人民法院应予支持。

相对人未根据上市公司公开披露的关于担保事项已经董事会或者股东大会决议通过的信息，与上市公司订立担保合同，上市公司主张担保合同对其不发生法律效力，且不承担担保责任或者赔偿责任的，人民法院应予支持。

相对人与上市公司已公开披露的控股子公司订立的担保合同，或者相对人与股票在国务院批准的其他全国性证券交易场所交易的公司订立的担保合同，适用前两款规定。”

根据该条规定，民法典担保制度对上市公司对外担保，旨在厘清以下方面：

1.上市公司及公开披露的控股子公司对外担保，

必须通过董事会或股东大会决议，并进行公开披露；

2.已经股东大会（董事会）决议，未予公告，担保无效；

3.虽有公告但未经股东会或董事会决议，担保有效；

4.担保无效，上市公司不承担担保责任，也不承担赔偿责任。

总结得知，认定上市公司对外担保的效力，可根据下表进行判断：

主题	决议	公告	效力
上市公司/ 公开披露的控股子公司 *1.适用于境内注册公司； *2.适用于对外担保。	√	√	有效
	√	×	无效
	×	√	有效

三、上市公司对外担保常见问题

1. 接受境外注册成立的境外上市公司担保，担保合同约定适用中国法律，是否也需要按照民法典担保制度的规定审查公告？

结论：《民法典担保解释》第九条仅针对位于境内注册成立的公司，对于境外注册成立并于境外上市的公司对外担保是否需要审查公告，应当依据其上市所在地法律法规、监管规定等进行判断。

分析：

（1）讨论接受境外上市公司担保，是否也需要按照民法典担保制度的规定审查公告，应当考虑的是《民法典担保解释》第九条规定的“上市公司”是否包括注册于境外上市公司。

我们认为，《民法典担保解释》第九条的法律依据为《中华人民共和国公司法》（下称“《公司法》”）第十六条以及《中华人民共和国民法典》（下称“《民法典》”）第六十一条和第五百零四条。因此，如果公司对外担保违反《公司法》第十六条的规定，应依据《民法典》第五百零四条认定公司

法定代表人超越权限，从而认定担保合同无效，除非相对人善意无过失。而《民法典担保解释》第九条则将相对人是否“根据上市公司公开披露的关于担保事项已经董事会或者股东大会决议通过的信息”与上市公司订立担保合同，作为判断上市公司法定代表人是否超越权限和相对人是否善意的唯一依据。由此可见，在判断境外注册的境外上市公司是否适用于《民法典担保解释》第九条之前，应首先判断其是否适用于《公司法》第十六条与《民法典》第六十一条和第五百零四条。

根据《公司法》第二条规定：“本法所称公司是指依照本法在中国境内设立的有限责任公司和股份有限公司。”因此，《公司法》并不适用于境外注册的公司，以《公司法》为规定依据的《民法典担保解释》第九条亦不适用于境外注册的上市公司。

（2）从法益维护的角度上来考虑，《民法典担保解释》第九条的立法目的在于禁止上市公司违规担保，维护资本市场稳定，保护广大投资者的权利。

最高人民法院民事审判庭第二庭编著的《<全国法院民商事审判工作会议纪要>理解与适用》曾指出：“上市公司违规担保问题是资本市场的‘顽疾’和‘毒瘤’，多年来屡禁不止、影响恶劣。我们希望本纪要规定的裁判思路，能够倡导债权人看到上市公司公开披露的信息才与上市公司签订担保合同，对上市公司违规担保明确持否定态度，为资本市场持续健康发展提供巨大支持和制度保障。”因此，民法典担保制度对上市公司对外担保规制的归根到底在于上市公司“违规”的行为。而对于境外上市公司而言，其未必要求上市公司披露所有担保事项，则不存在“违规”行为，也则不存在适用《民法典担保解释》第九条的基础。

（3）境外上市公司对外提供担保是否需要公告，应依照境外上市公司的章程及注册地的法律确定。

由以上讨论可知，即使担保合同约定适用中国法律，《民法典担保解释》第九条针对的亦仅系境内注

册成立的公司，对于境外注册成立并于境外上市的公司对外担保是否需要审查公告，应当依据其上市所在地法律法规、监管规定等进行判断。因此，如果依据境外上市公司的公司章程及其注册地的法律，境外上市公司通过董事会决议或股东会决议，并就境外上市公司提供对外担保进行了适当授权，则无论境外上市公司公开披露的担保事项是否已经董事会或者股东大会决议通过，应不影响担保合同的效力。

根据以上讨论，我们主张接受境外注册成立的境外上市公司担保不适用《民法典担保解释》第九条的规定。但考虑到目前尚未存在相关司法实践加以支持，我们建议在境外上市公司提供担保的债权人应当依据上市所在地的披露要求审核上市公司的担保合规性，由境外上市公司注册地的律师根据注册地法律起草股东会决议/董事会决议，并就境外上市公司是否需要授权出具法律意见。同时，在可行情况下，尽量要求上市公司进行披露公告，以履行合理审查义务。

2.接受上市公司子公司担保，是否也需要审查公告？

答：对于已公开披露的控股子公司，需要按照《民法典担保解释》第九条的规定履行公告义务。

分析：

《民法典担保解释》第九条第三款规定：“相对人与上市公司已公开披露的控股子公司订立的担保合同，或者相对人与股票在国务院批准的其他全国性证券交易场所交易的公司订立的担保合同，适用前两款规定。”故对于上市公司已公开披露的控股子公司，也应当按照该条规定完成公告义务。那么对于上市公司的非控股子公司以及未公开披露的控股子公司，是否需要审查公告？

首先，对于上市公司未公开披露的公司对外担保，并不需要审查公告。通常而言，上市公司会在年报中披露其控股子公司的范围，还可能通过临时公告的形式披露通过并购、新设方式新增的控股子公司，但并非所有子公司都会予以披露。因此，债权人应当审慎审查提供担保的上市公司控股子公司是否属于经

过了公开披露的上市公司控股子公司，具体而言，可通过查询上市公司公告的最近一次的年报、半年报、季报、财务报告等。

其次，应当如何定义此条规定的“控股子公司”？事实上，上市公司控股子公司的范围，法律及司法解释的层面尚无明确的界定。在此情况下，债权人可以参照证券交易所的股票上市规则确定控股子公司的范围。《上海证券交易所科创板股票上市规则（2020年12月修订）》、《深圳证券交易所股票上市规则（2020年修订）》、《深圳证券交易所创业板股票上市规则（2020年修订）》均对“控股子公司”进行了释义：如《上海证券交易所科创板股票上市规则（2020年12月修订）》15.1条（十三）规定：“上市公司控股子公司，指上市公司持有其50%以上的股份，或者能够决定其董事会半数以上成员的当选，或者通过协议或其他安排能够实际控制的公司。”

3.上市公司自己为自己的债务提供担保，是否也需要公告吗？

答：上市公司自己为自己的债务提供担保，无需按照《民法典担保解释》第九条的规定进行公告。

分析：

《民法典担保解释》第九条规定的是上市公司“担保事项”，而未明确是只针对为他人担保还是包括为自己的债务提供担保的情形。因此，此处产生的问题为：上市公司自己为自己的债务提供担保，是否也需要公告吗？我们认为，上市公司自己为自己的债务提供担保，无需按照《民法典担保解释》第九条的规定进行公告。

首先，由以上讨论得知，《民法典担保解释》第九条的法律依据为《中华人民共和国公司法》（下称“《公司法》”）第十六条，而该条明确规定：“公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议……”同时，《民法典担保解释》第九条的前身，即《九民纪要》第二十二规定：“【上市公司为他

人提供担保】债权人根据上市公司公开披露的关于担保事项已经董事会或者股东大会决议通过的信息订立的担保合同，人民法院应当认定有效”。可见在条旨部分即表明其规制的为“上市公司为他人提供担保”的情形。由此从历史解释的角度推断，《民法典担保解释》第九条所规制的范围仅指“上市公司为他人提供担保”的情形，而不包括上市公司为自己债务提供担保的情形。

其次，从《民法典担保解释》体系上看，第九条所规制的范围亦仅指“上市公司为他人提供担保”的情形。《民法典担保解释》第七至第十二条分别规定了“无须机关决议的例外情形”、“相对人非善意时越权担保的民事责任”、“债务加入准用担保的决议程序”、“上市公司提供担保”、“一人公司为其股东提供担保的效力”、“公司的分支机构提供担保的效力”，该部分规定事实上是对《九民纪要》第（六）部分所载明的“关于公司为他人提供担保”的延续。同时，除了第九条外，其他条文均明确适用于为他人提供担保的情形。

因此，我们认为，从立法沿革历史解释与体系解释上来讲，《民法典担保解释》第九条所规制的范围仅指“上市公司为他人提供担保”的情形，而不包括上市公司为自己债务提供担保的情形。

4.关于溯及力：2021年1月1日之前，上市公司对外担保，未予公告，影响担保的效力吗？

答：2021年1月1日前的上市公司对外提供担保，上市公司对外担保，未予公告，不一定导致担保合同无效。对于仅需董事会决议的担保事项，只要债权人履行了实质审查义务，可认定担保合同有效。

分析：

首先，在《民法典担保解释》生效以前，作为上市公司对外担保裁判思路的《九民纪要》第二十二条提出：“债权人根据上市公司公开披露的关于担保事项已经董事会或者股东大会决议通过的信息订立的担保合同，人民法院应当认定有效。”该条从正面规定了上市公司对外担保合同的效力，但并未从反面规定

上市公司未经公开披露的所有对外担保均无效。同时，根据相关司法实践可知，对于需由上市公司股东大会决议的担保事项，未经公告的，应认定担保合同无效；而对于仅需上市公司董事会决议的担保事项，只要债权人对董事会决议进行了审查的，则应认定债权人为善意相对人、担保合同有效。因此，根据《九民纪要》该条规定，并不能推断2021年1月1日之前，若上市公司对外担保未予公告则担保合同无效。

案件名称：中国华融资产管理股份有限公司江西省分公司与北京中油三环科技发展有限公司、新余市盛隆实业发展有限公司合同纠纷一审民事判决书

审理法院：浙江省杭州市中级人民法院

案号：（2020）浙民终829号案

法院认定：《中华人民共和国公司法》第十六条规定“公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议；公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的，不得超过规定的限额。”根据中天能源公司的《章程》规定，在单笔对外担保额超过最近一期经审计净资产10%时才须由公司董事会审议通过后提交股东大会审议通过。本案中，中天能源提供担保时的担保本金限额为人民币24000万元，并未超过2015年度或2016年度公司审计报告所载的所有者权益（或股东权益）的10%，该对外担保事项不构成必须提交股东大会审议的事项。中天能源公司已于2017年3月30日就为三环公司、盛隆公司向金汇信托公司申请借款人民币24000万元提供连带责任保证事项作出了董事会决议，符合公司法之规定。故中天能源公司关于《保证合同（二）》未生效的抗辩意见不能成立，本院不予采纳。华融江西分公司主张中天资产公司、中天能源公司、邓天洲、黄博对三环公司、盛隆公司归还本金、支付利息的义务承担连带保证责任，其主张承担连带责任的内容均在上述四份保证合同约定的保证责任范围内，且未超过合同约定的保证期间，故本院对其主张予以支持。

其次，在此情况下，《民法典担保解释》第九条

能否追溯适用2021年1月1日之前上市公司对外担保的行为？对此，最高人民法院在2021年2月25日的《人民法院报》上发表《“关于非典型担保”及“附则”部分重点条文解读》1，明确指出：“以上市公司对外提供担保为例，虽然本解释第九条制定的依据是公司法第十六条，且公司法并未修改或者废止，但由于公司法第十六条并无关于上市公司提供担保的特别规定，因此本解释关于上市公司对外提供担保的规定属广义的法律解释，如果适用于本解释施行之前的担保行为，将背离当事人合理预期，故不应赋予其溯及既往的效力。也就是说，本解释第九条仅适用于2021年1月1日后发生的担保行为。”同时，根据《民法典》对时间效力的规定，上市公司对外担保问题也不适用于追溯适用范围2。

由此可见，对于2021年1月1日之前上市公司对外担保，对于仅需董事会决议的担保事项，只要债权人履行了实质审查义务，可认定担保合同有效。

案件名称：众泰汽车股份有限公司与南京奥特佳公司新能源科技有限公司保证合同纠纷案

审理法院：江苏省南京市中级人民法院

案号：(2020)苏01民终11165号

法院认定：关于第2个争议焦点，本院认为，根据民法典时间效力规定第一条第二款规定，民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，适用当时的法律、司法解释的规定，但是法律、司法解释另有规定的除外。第二条规定，民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，当时的法律、司法解释有规定，适用当时的法律、司法解释的规定，但是适用民法典的规定更有利于保护民事主体合法权益，更有利于维护社会和经济秩序，更有利于弘扬社会主义核心价值观的除外。第四条规定，民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，当时的法律、司法解释仅有原则性规定而民法典有具体规定的，适用当时的法律、司法解释的规定，但是可以依据民法典具体规定进行裁判说理。本案中，诉争法律事实发生在民法典施行之前，关于公司为他人提供担保的效力问题，公司法、

担保法及相关司法解释已有明确规定，且本案并无法律规定应当适用民法典的其他情形，故本案依法应当适用当时的法律、司法解释的规定。

5.上市公司违规担保导致担保无效时，是否还需承担赔偿责任？

答：在上市公司违规担保导致担保合同无效时，上市公司不仅不承担担保责任，也不承担任何赔偿责任。

在《民法典担保解释》颁布以前，担保无效法律责任的规定参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(法释〔2000〕44号)第七条：“主合同有效而担保合同无效，债权人无过错的，担保人与债务人对主合同债权人的经济损失，承担连带赔偿责任；债权人、担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的二分之一。”因此，若上市公司对外担保无效，亦应在50%的范围内承担赔偿责任。然而，《民法典担保解释》第九条则打破了前述规定。

根据《民法典担保解释》第九条第二款的规定：“相对人未根据上市公司公开披露的关于担保事项已经董事会或者股东大会决议通过的信息，与上市公司订立担保合同，上市公司主张担保合同对其不发生效力，且不承担担保责任或者赔偿责任的，人民法院应予支持。”可知，上市公司违规担保导致担保合同无效时，上市公司不仅不承担担保责任，也不承担任何赔偿责任，是否存在“过错”也在所不问。

案件名称：浙江物产元通典当有限责任公司与浙江省东阳第三建筑工程有限公司、广厦控股集团有限公司典当纠纷

案号：(2020)浙01民初2204号

审理法院：浙江省杭州市中级人民法院

法院认定：关于元通典当公司与广厦股份公司签订的《最高额保证合同》效力，本院认为，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第九条第二款规定：“相对人未根据上市公司公开披露的关于担保事项已经董事会或者股东大会

决议通过的信息，与上市公司订立担保合同，上市公司主张担保合同对其不发生效力，且不承担担保责任或者赔偿责任的，人民法院应予支持。”本案中，广厦股份公司系上市公司(A股股票代码为600052)，而元通典当公司作为经营典当业务的专业机构，应当明知公司对外担保需提供相关机关决议的法律规定，亦理应对该上市公司是否公开披露案涉担保事项以及该事项是否已经董事会或者股东大会决议通过的信息进行审查。现元通典当公司未尽基本审查义务，故根据上述司法解释规定精神，案涉《最高额保证合同》对广厦股份公司不发生效力，其无需承担担保责任或者赔偿责任。

由此可见，一旦发生上市公司对外担保无效，债权人将面临巨大损失；特别是对于一些上市公司担保属于核心风控措施的融资项目而言，更是让债权人处于极为不利的地位。在此情况下，债权人是否有可采取的措施降低风险？我们建议，在相关交易文件中，可以将担保合同无效约定为债权人具有特定权利生效条件，例如债权人有权要求回购股权（针对股权投资

融资项目）或触发交易相对方构成违约并约定满足相应的赔偿机制，从而在一定程度上转移债权人面临的风险。

四、总结

《民法典担保解释》第九条对债权人接受上市公司对外担保作了全新的规定，以更加明悉的方式规定了债权人应尽的注意义务。因此，在交易活动中，作为债权人的投资人或管理人应当更加严格履行审慎审查义务，重点关注提供担保的上市公司或其披露的控股子公司是否发布了担保决议公告，以及经过了股东会决议及董事会决议。否则，有可能面临了即使签订担保合同也不能要求上市公司承担担保责任及赔偿风险。

参考文献：

- 1.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》（法释〔2020〕15号）。
- 2.《民法典担保制度司法解释系列解读之五：“关于非典型担保”及“附则”部分重点条文解读》，载《人民法院报》2021年2月25日第4期。

国内网络仲裁裁决不予执行的法律风险防范

■ 文：国浩律师（重庆）事务所律师、西南政法大学硕士·周润；重庆学苑律师事务所律师、西南政法大学硕士·韩玉

摘要：网络仲裁裁决在向人民法院申请强制执行过程中，被申请人提出的不予执行抗辩，人民法院通常会以网络仲裁的程序违反法定程序或者执行网络仲裁裁决会违背社会公共利益为由而被最终裁定不予执行。为保障网络仲裁裁决的有效执行，避免其在司法实践中被人民法院裁定不予执行的风险，应在未来的网络仲裁实践中同时采取以下风险防范措施：一方面在程序上全面且充分保障被申请人的合法权利，具体而言，网络交易平台应充分履行网络仲裁格式条款的提示义务与说明义务，仲裁机构应核查被申请人电子签名的可靠性，确保仲裁相关法律文书送达的有效性，并且在仲裁过程中保障被申请人的程序性权利；另一方面在实体上仲裁机构应对申请人的仲裁请求以及交易行为进行严格审查，具体而言，仲裁机构应审慎审查申请人仲裁请求的合理性，严格审查申请人与被申请人交易行为的合法性。

关键词：网络仲裁 仲裁裁决 不予执行

一、问题的提出

对于当事人之间所产生的民商事争议，诉讼和仲裁是两条并行的救济渠道。而在商事活动中，当商事纠纷产生，商事仲裁所具有的迅捷性、保密性特点以及程序灵活的优点，逐渐成为诸多当事人青睐的纠纷解决方式。目前随着互联网金融活动的发展，网络交易活动的频繁，脱胎于传统商事仲裁的网络仲裁开始兴起，目前正在呈现蓬勃发展的态势。那么何为网络仲裁呢？我国现行《仲裁法》及其他法律法规中并未进行明确界定，只是在部分仲裁机构中的网络仲裁规则中予以了明确。例如《中国广州仲裁委员会网络仲

裁规则》第二条规定：“网络仲裁是利用互联网等网络技术资源提供仲裁服务的网上争议解决方法。”《重庆仲裁委员会互联网金融仲裁规则》第二条规定：“互联网金融仲裁是指对符合重庆仲裁委员会（以下简称本会）受理范围的互联网金融纠纷通过本会互联网仲裁平台进行的仲裁。重庆仲裁委员会互联网仲裁平台（以下简称本会平台）是指本会建立的、专门审理互联网仲裁案件的平台。”

网络仲裁（亦可称为“线上仲裁”）与线下商事仲裁在仲裁原理、仲裁程序、仲裁运行机制等方面并无实质性差异，但根据上述关于网络仲裁的概念界定不难看出，网络仲裁与我们常见的线下商事仲裁相

比，主要具有以下几方面的特点：第一，网络仲裁是在不损害仲裁程序运作机制的前提下，依靠网络技术资源实现仲裁程序的主要环节在仲裁机构搭建的网络平台完成，即利用了网络平台作为工具；第二，与传统商事仲裁相比，网络仲裁虽然具有较高技术性，但同时因为技术可能存在安全漏洞或者不稳定，从而导致网络仲裁具有较高的风险性；第三，网络仲裁改变了传统商事仲裁中仲裁员与当事人之间面对面交流的审理方式。[1]

对于网络仲裁，需要研究的问题较多，例如，面对目前全国各地方兴未艾的网络仲裁，当仲裁机构依据其制定的相关网络仲裁规则作出网络仲裁裁决，仲裁申请人在向人民法院申请执行过程中，若被申请人向人民法院申请不予执行网络仲裁裁决，人民法院通常会应采用何种审查立场？若人民法院裁定不予执行仲裁裁决，司法实践中常见的原因是什么呢？如何在未来的网络仲裁中提前防范网络仲裁裁决不予执行的司法风险？这些问题需要我们在根据《民事诉讼法》以及《仲裁法》的相关规定及司法解释、诸多仲裁机构已经执行的网络仲裁规则基础上，结合目前关于网络仲裁裁决不予执行的司法实践现状进行深入分析。

二、国内网络仲裁裁决不予执行的原因分析

为有效掌握司法实践中执行法院对网络仲裁裁决不予执行的常见情形及主要理由，在2020年8月1日，笔者通过登陆“北大法宝”数据库，在搜索栏输入关键词“网络仲裁”、“不予执行”、“被申请人”，进行全文精确搜索，一共得到820篇裁判文书，其中民事案件的裁判文书10篇、执行程序中的裁判文书813篇。在执行程序的813裁判文书中，笔者通过对这813件案例文书中进一步筛选，一共有773件案例文书支持了被申请人主张的不予执行抗辩或者法院主动审查此网络仲裁裁决后裁定不予执行，即在这813件案例文书中，人民法院最终裁定不予执行网络仲裁裁决的约占95%。

在这773件不予执行网络仲裁裁决的执行裁定书中，被执行人通常是依据现行《民事诉讼法》第二百五十七条的规定提出不予执行抗辩。最终人民法院裁定不予执行网络仲裁裁决的理由情况统计如下表所示：

序号	不予执行裁决的理由	案件数量 (单位：件)	所占比例
1	仅认为“仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序”	741	95.86%
2	仅认为“该裁决违背社会公共利益”	13	1.68%
3	“仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序”+“该裁决违背社会公共利益”	19	2.46%
4	共3种理由	773	100%

根据上述表格所统计的人民法院裁定不予执行网络仲裁裁决的案件情况，实践中不予执行网络仲裁裁决的理由主要是“仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序”，其次是“网络仲裁裁决违背公共利益”。对于这两种理由，仔细分析其在司法实践中的常见表现情形，从而在未来采取针对性的举措是十分有必要的。

（一）仲裁庭的组成或仲裁的程序违反法定程序

对于现行《民事诉讼法》第二百三十七条第二款第三项规定的“仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序”，《最高人民法院关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》第十四条以及《最高人民法院关于仲裁机构“先予仲裁”裁决或者调解书立案、执行等法律适用问题的批复》中进行了详细明确的规定。对于这一常见的不予执行网络仲裁裁决的法定事由，实践中常见的情形主要表现为以下几方面：

1. 格式仲裁条款限制了被申请人的合法权利

在司法实践中，网络仲裁通常针对的案件类型为因网络交易或者网络借贷而产生的民商事纠纷。在上述所统计的不予执行网络仲裁裁决案件中，以网络借

贷合同纠纷为主要类型，而在这一类纠纷中，通常是由网络借款平台已经提前在其“用户协议”或者“注册协议”中以格式条款的方式，明确约定了网络仲裁条款。对于此类约定网络仲裁的格式条款，被执行人通常会抗辩此条款限制了其合法的程序权利，而执行法院可能会因此而裁定不予执行此网络仲裁裁决。例如，在(2019)皖05执432号案件中，执行法院安徽省马鞍山市中级人民法院经审查认为：“申请执行人及北海国际仲裁院通过格式条款及现行网络仲裁规则明显限制了对方当事人参与仲裁的可能性，使当事人根据仲裁法应享有的程序性权利难以得到保障，对此人民法院显然不应予以认可。”又如在(2019)皖05执285号案件中，执行法院安徽省马鞍山市中级人民法院经审查认为：“申请执行人及保定仲裁委员会通过格式条款及网络仲裁程序专门规则明显限制了对方当事人参与仲裁的可能性，使当事人根据仲裁法应享有的程序性权利难以得到保障，对此人民法院显然不应认可。”

2.电子签名无法确定是否属于当事人的真实意思表示

对于网络借贷或者其他的互联网经营活动，用户与平台所签订的“注册协议”或者“用户协议”等包含网络仲裁条款的协议，通常不是采用传统的纸面方式签订，而是由双方通过互联网，采用电子签名的方式予以签订。对于此种电子签名方式订立的网络仲裁协议，是否属于当事人的真实意思表示，在目前的司法实践中存在较大争议。

例如，在裁定不予执行网络仲裁裁决的(2019)皖08执399号案件中，执行法院安徽省安庆市中级人民法院审查认为：“本案所涉《借款协议》中，出借方郑其春和借款方阮林波的签名均系打印名字，无法确认是否系其本人真实意思表示。”而在裁定驳回被执行人的不予执行网络仲裁裁决申请的(2018)冀01执异440号案件中，执行法院河北省石家庄市中级人民法院审查认为：“关于解建提出其未与李华杰、融泰浩元公司签订借款协议的问题，《中华人民共和国电子

签名法》第三条第一款规定，民事活动中的合同或者其他文件、单证等文书，当事人可以约定使用或者不使用电子签名、数据电文。当事人约定使用电子签名、数据电文的文书，不得仅因为其采用电子签名、数据电文的形式而否定其法律效力。根据知了蝉鸣公司提交的借款协议，协议各方当事人均采取了电子签名（章），该电子签名（章）具有法律效力。”

3.仲裁机构未进行有效送达

在诉讼和仲裁程序中，保障当事人充分知晓案件程序以及案件进展无疑是其中的关键一环，但是在网络仲裁的实践中，通常情况下仲裁机构在仲裁过程中并未向被申请人进行仲裁相关通知以及法律文书的有效送达，从而导致在执行过程中，被执行人通常抗辩没有收到仲裁机构发送的相应仲裁通知，执行法院最终裁定不予执行此仲裁裁决。例如在(2019)鄂01执复293号案件中，执行法院湖北省武汉市中级人民法院经审查认为：“广州仲裁委员会受理申请人对外贸易公司仲裁申请一案后，仅依据被申请人李拥军、熊四华在借款协议中提供的电子邮箱向其送达相关仲裁法律文书，但均无李拥军、熊四华签收的送达回证，该仲裁委员会在未确认被申请人是否收悉相关仲裁文书的情况下，直接认定李拥军、熊四华放弃自己的权利……且未提供裁决书有效送达被申请人的依据，仲裁程序不当。”又如在(2019)桂09执497号案件中，执行法院广西壮族自治区玉林市中级人民法院经审查认为：“衢州仲裁委员会通过手机短信方式向被执行人送达相关仲裁文书，被执行人是否收到无相关证据证明。而上述材料的合法送达是保障仲裁当事人仲裁权利的前提，衢州仲裁委员会在无证据证明上述材料已送达，并在被执行人没有提交证据和进行答辩的情况下作出仲裁，无法充分保障当事人的仲裁权利。”

针对上述所列举的两件执行法院最终裁定不予执行网络仲裁裁决的案件，被申请人抗辩不予执行仲裁裁决的主要理由就是其主张并未收到过相关的邮件或者短信，因此如何确定被申请人是否仍在正常继续使

用约定的电子送达邮箱？以及仲裁机构向被申请人发送的短信接收手机号是否仍为被申请人的常用手机号？这些都是未来的网络仲裁实践中亟需解决的送达问题。

4.被执行人未参与仲裁而由仲裁机构直接书面审理

除了上述仲裁程序违反法定程序的表现情形之外，实践中还有一种常见的不予执行裁决的情形，便是被申请人未参与仲裁程序而由仲裁机构直接书面审理，然后作出相应网络仲裁裁决。例如，在(2019)湘01执异86号案件中，执行法院湖南省长沙市中级人民法院经审查认为：“中国广州仲裁委员会直接适用该会网络仲裁规则，直接进行书面审查，在该案的仲裁过程中未保障当事人申请仲裁员回避、证据质证和答辩等仲裁基本程序权利，其仲裁程序不合法。”又如，在(2019)皖08执244号案件中，执行法院安徽省安庆市中级人民法院经审查认为：“中国广州仲裁委员会以独任仲裁的方式进行了书面审理，并作出裁决，其裁决过程未充分保障被执行人依法享有申请仲裁员回避、提供证据、答辩等基本程序权利。”

当被执行人未参与仲裁的情况下，仲裁机构通常以独任仲裁的方式进行书面梳理，在申请强制执行的过程中，执行法院通常会认定网络仲裁的裁决过程没有保障被执行人参与仲裁，享受正常仲裁庭审过程中的程序性权利而认定此网络仲裁裁决违反法定程序。

（二）网络仲裁裁决违背社会公共利益

除了上述常见的以网络仲裁违反法定程序为由而裁定不予执行的案件，在实践中执行法院还可能对仲裁裁决的实质内容进行审查，若执行法院经审查认定执行此网络仲裁裁决会违背社会公共利益，则通常会裁定不予执行。在笔者所统计的上述案件中，因网络仲裁裁决违背社会公共利益而裁定不予执行的案件主要类型为网络借贷类案件主要有两种情形：

第一种常见的情形是仲裁申请人违反了行业的限制性经营要求或者禁止性经营活动规定。例如，在(2019)鲁08执504号案件中，执行法院山东省济宁市

中级人民法院审查认为：“广西钱盆科技股份有限公司以居间介绍、受让债权等名义通过网络平台向不特定的社会公众筹集资金、向不特定的社会公众发放贷款等方式直接从事或变相从事经常性放贷业务，以赚取高额利息，借贷行为具有反复性、经常性，借款目的具有营业性，且未经国务院银行业监督管理机构批准，属于从事非法金融业务活动。如果此类裁决书得到执行，企业或自然人从事经常性放贷业务和非法金融业务活动的违法放贷行为将不能得到有效制止，这将严重扰乱我国金融市场，破坏金融秩序，造成金融监管紊乱，损害社会公共利益。”又如，在(2019)苏12执799号案件中，执行法院江苏省泰州市中级人民法院审查认为：“本案中，成都优啦公司虽然以债权转让的受让人名义申请执行，但本案借贷行为有悖于相关部门关于网络借贷信息中介机构不得从事或者接受委托从事直接或间接接受、归集出借人的资金活动的规定，违背了社会公共利益。”

第二种常见的情形是仲裁申请人开展商业活动的经营收益率严重违反了法定的限制性标准。例如，在(2018)桂09执45号案件中，广西壮族自治区玉林市中级人民法院审查认为：“衢州仲裁委员会作出的（2017）衢仲网裁字第5867号裁决书，裁决被申请人黄学斌应偿还的借款利息、借款服务费、逾期还款违约金总额超出了年利率24%，该裁决违反了《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二十六条、第三十条的规定，亦违背社会公共利益。”

三、国内网络仲裁裁决不予执行的风险防范建议

如上所述，大量的网络仲裁裁决在司法实践中面临被执行法院裁定不予执行的司法风险，为在未来的网络平台借贷经营活动以及其他电子商务活动中发挥网络仲裁对解决标的金额较小、双方当事人争议不大的纠纷案件所具有的独特优势，亟需在未来的国内网

络仲裁实践中采取相应的风险防范措施。

（一）程序上应全面且充分保障被申请人的合法权利

1.网络交易平台应充分履行格式仲裁条款的提示义务与说明义务

根据目前的司法实践现状以及各地仲裁委员会所制定网络仲裁规则，可知采用网络仲裁规则裁决的案件范围主要是互联网金融类纠纷以及网络借款合同纠纷。而在适用网络仲裁规则裁决的互联网金融类案件中，绝大部分的仲裁条款是经营者反复利用的格式仲裁条款。

对于格式条款，《中华人民共和国民法典》第四百九十六条规定了格式条款制定者的提示义务和说明义务，并且第四百九十七条规定了格式条款的无效情形。在目前的互联网电子商务活动中，部分网络平台上所约定的网络仲裁格式条款是嵌入在用户的注册使用协议中，通常并未将网络仲裁的格式条款单独向用户予以提示并说明。并且，在网络平台中，大多数网络平台是采用程序化处理机制，需要用户点击“同意”或者“已经阅读”注册使用协议才能进行到“下一步”，进而与网络平台开展电子商务交易。在此种程序化处理机制的情况下，网络平台对其所提供的注册使用协议中所约定的网络仲裁条款，通常并没有采用合理方式向用户进行充分地提示与说明。故为了确保生效网络仲裁裁决的有效执行，网络平台应在未来的商业经营活动中，多方面采用能够充分引起用户注意的方式，履行网络仲裁格式条款的提示义务以及说明义务。

如果网络仲裁格式条款的制定者没有向对方充分提示并说明约定了网络仲裁方式，那么此种情况下网络仲裁的格式条款效力如何呢？对此问题，目前的立法虽然没有明文规定，但是在现行《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称“《民事诉讼法司法解释》”）中第三十一条，明确规定了对于经营者与消费者之间的诉讼管辖格式条款，若经营者没有采取合理方式提醒消费者的，此

管辖协议无效。诉讼和仲裁虽然作为两种不同的纠纷解决方式，程序规则方面以及运行机制等方面存在一定差异，但是其最终的目的是一致的，都是为了定分止争，实现当事人之间利益的平衡。因此，笔者认为对于未履行提示义务和说明义务的网络仲裁格式条款，可以参照适用《民事诉讼法司法解释》第三十一条的规定，按照此条款无效处理。若此格式仲裁条款无效时，仲裁机构就缺乏对此案件的管辖权，当事人便不能直接采用网络仲裁的方式申请仲裁，而应直接向有管辖权的人民法院提起诉讼。

2.仲裁机构应对被申请人电子签名的可靠性进行核查

对于仲裁申请人与被申请人采用电子签名方式所订立的网络仲裁协议或者约定的网络仲裁格式条款，如上述所统计的案例，在司法实践中执行法院可能会以电子签名无法确认是否系被申请人的真实意思表示为由，而对被申请人电子签名的可靠性予以否认，最终裁定不予执行此网络仲裁裁决。为防范电子签名所带来的风险，仲裁机构在网络仲裁过程中应主动对被申请人电子签名的真实性予以核查。

根据现行《电子签名法》第二条的规定，电子签名，是指数据电文中以电子形式所含、所附用于识别签名人身份并表明签名人认可其中内容的数据。并且《电子签名法》中第十三条明确规定了“可靠电子签名”的四项构成要件，在同时符合这四项构成要件的情况下，可靠的电子签名与传统的手写签名具有同等法律效力。根据《电子签名法》中第十三条、第十四条的规定，不难看出我国关于可靠电子签名的确定标准是：(1)当事人意思自治，当事人完全可以协商确定符合其约定条件的电子签名为可靠的电子签名从而具备法律效力。(2)法定标准，即第十三条规定的四项条件。(3)并未将可靠的电子签名仅限定为数字签名。[2]参照目前的诉讼司法实践现状，仲裁机构可以从以下三方面判断是否符合上述可靠的电子签名要素：（1）考察电子签名是否属于签名人专有和控制。在此过程中，仲裁机构应首先查明如下事实：①用于电

子签名的数字证书是否系工信部许可的CA机构颁发；②数字证书属于谁所有以及将数字证书颁发给电子签名人的过程。

（2）考察在签署数据电文时，数字证书是否由电子签名人控制。（3）考察电子签名的技术方案，如果采用了“数字签名”技术，一般可认定为可靠的电子签名。数字签名并非是书面签名的数字图像化，而是通过密码技术对电子文档进行电子形式的签名。[3]

3.仲裁机构应确保仲裁相关法律文书送达的有效性

在网络仲裁的实际操作中，仲裁机构相关材料及文书多是通过电子邮箱或短信送达，出于成本的考量，仲裁机构在进行电子送达时，并不对此邮箱是否为受送达人常用邮箱、手机号码是否仍在进行使用进行核对，结果造成被申请人往往并未收到相关仲裁材料，保障申请回避、提供证据、答辩等程序权利更无从谈起，部分案件甚至影响到正确、公正裁决。[4]故问题的关键在于仲裁机构在对被申请人进行电子送达时，如何核实仲裁当事人之间约定的通讯邮箱仍为被申请人的常用邮箱，以及进行短信送达的手机号码是否属于被申请人仍正常使用的手机号码。

为有效解决仲裁机构有效送达的问题，笔者建议可以从以下角度入手：首先，仲裁机构应同时采用向被申请人发送邮件以及发送短信的方式予以告知；其次，仲裁机构可以要求申请人提供其申请仲裁之前1个月之内，申请人与被申请人之间采用合同约定的通讯邮箱和手机号码进行沟通交流的记录，包括但不限于通话录音、邮件成功发送的通知等；再次，在仲裁过程中仲裁机构可以在具体的案件中，采用跟被申请人进行通话确认的方式来核实此手机号码或者相关电子邮箱是否属于正常使用状态。

4.仲裁机构应在仲裁过程中保障被申请人的程序性权利

根据目前笔者所检索收集的部分采用网络仲裁的仲裁机构，例如中国国际经济贸易仲裁委员会、广州

仲裁委员会、哈尔滨仲裁委员会、石家庄仲裁委员会，均在其网络仲裁规则中约定网络仲裁原则上书面审理，必要时才会进行开庭审理。以中国国际经济贸易仲裁委员会为例，《中国国际经济贸易仲裁委员会网上仲裁规则》第三十二条规定：“除非当事人约定或者仲裁庭认为有必要开庭审理，仲裁庭只依据当事人提交的书面材料和证据对案件进行书面审理。”

从上述所统计的司法案件来看，部分执行法院可能会以仲裁机构采用书面审理方式，其裁决过程未充分保障被执行人依法享有的申请仲裁员回避、提供证据、答辩等基本程序权利为由，而最终裁定不予执行网络仲裁裁决。对此问题，笔者认为，若网络交易平台已经充分履行了格式仲裁条款的提示义务与说明义务，被申请人的电子签名是有效可靠的、符合其真实意思表示，仲裁机构在仲裁过程中已经保障了相关仲裁文书的有效送达，则对于被申请人自愿选择仲裁机构网络仲裁的方式，是其对公开开庭审理等程序性权利的有效放弃，应充分予以尊重并认可。故在此种情况下仲裁机构已经充分保障了被申请人的程序性权利，仲裁裁决符合法定程序。

正如在(2017)浙01执异89号案件中，执行法院浙江省杭州市中级人民法院审查认为：“仲裁委依据双方签订的《借款合同-房屋抵押》《抵押合同-房屋抵押》中约定的仲裁条款，受理了信托公司的仲裁申请，按照曾建军、金红萍确认的邮箱地址将仲裁通知书、仲裁申请书副本、《网络仲裁规则》、仲裁庭组成通知书等材料送达曾建军、金红萍，并根据《网络仲裁规则》二十四条的规定，对本案进行书面审理。仲裁委审理程序符合《仲裁法》、《网络仲裁规则》，不存在《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十七条规定的情形。”

（二）实体上仲裁机构应对申请人的仲裁请求以及交易行为进行严格审查

一份有效可执行的网络仲裁裁决，不仅需要从仲裁程序方面规制法律风险，还应从实体审理层面，保障仲裁裁决审理结果的公正性与合法性。具体而言，

仲裁机构一方面应从仲裁申请人的仲裁请求角度，另一方面需要从仲裁申请人所陈述的事实与理由中，申请人与被申请人的交易行为角度予以综合分析。

1.仲裁机构应审慎审查申请人仲裁请求的合理性

仲裁机构在书面审理或者必要时的开庭审理过程中，应首先注重对申请人所申请的仲裁请求进行合理性审查。具体而言，仲裁机构应首先审查申请人的仲裁请求是否具有相对应的请求权基础予以有效支撑；其次，仲裁机构应考虑若最终支持了申请人的仲裁请求，在人民法院执行过程中是否能够得以有效且顺利的执行；再次，仲裁机构应重点审查申请人所提出的各项仲裁请求是否有明确具体的计算方式以及计算方式是否正确合理。

2.仲裁机构应严格审查申请人与被申请人交易行为的合法性

在仲裁机构对申请人的仲裁请求予以初步核查之后，应重点关注申请人与被申请人交易行为的合法性。在上述所统计的执行法院裁定不予执行仲裁裁决的案件中，部分执行法院认为执行此网络仲裁裁决将违背社会公共利益，主要表现情形为申请人违反了法律法规等明确规定的行业限制性经营要求或者禁止性

经营活动，即申请人在未取得相应行政许可或者符合法定其他要求的情况下，非法开展经营活动。因此，为避免网络仲裁裁决违背社会公共利益，仲裁机构在实体审理过程中，应严格审查申请人与被申请人交易行为的合法性，申请人的经营活动是否存在违反法律、行政法规的强制性规定，是否违背公序良俗的情形。

四、结语

面对目前在国内如火如荼发展的网络仲裁，为继续有效推动其在实践中的广泛运用，一方面网络交易平台应注重规范其网络仲裁格式条款的拟定与披露，仲裁机构应从程序和实体审理方面保障网络仲裁裁决的公正性与公平性；另一方面司法机关应在充分了解与掌握网络仲裁的特殊性与优势的基础上，采取包容和开放的态度予以接纳，在执行过程中展现网络仲裁裁决所具有的强制执行力。唯有各方协同努力，才能进一步提升我国的网络仲裁发展水平，推动纠纷解决方式和纠纷解决程序的多元化发展。

民法典、新担保司法解释对金融机构担保物权的影响及建议

■ 文：重庆仲裁委员会仲裁秘书·李小杰

案情简介

（一）合同签订的基本情况

2016年7月13日，申请人XX银行与被申请人A签订《个人借款合同》。该合同专用条款第二条约定：被申请人A向申请人申请个人借款金额1,990,000元，借款期限60个月；借款用途：企业正常经营周转；借款利率为固定利率，年利率为6.35%；第五条本息偿还方式为按季还息，分次还本。即分期还本（贷款发放日起第12个月归还200,000元、第24个月归还200,000元、第36个月归还400,000元、第48个月归还500,000元，到期结清剩余贷款本息）。该合同通用条款第七条罚息和复利（一）约定，被申请人A未按合同约定履行还款义务或按期支付利息，且又未就展期事宜与申请人达成协议的，申请人可从A开立在XX银行及其所有分支机构的所有账户中扣收资金以抵偿本合同项下的到期债务。同时对逾期借款按本合同第五条约定利率上浮50%计收罚息，并对未支付利息按该利率计收复利，计收方式按本合同约定的借款利息计收方式执行。该合同通用条款第六条约定：被申请人于2016年7月18日一次性提款。第十三条（八）1约定：A未按约定偿还借款本息的，申请人有权宣布解除合同并提前收贷；第十四条（四）约定：本合同

任何一方发生违约时，因追究违约方的违约责任而支付的一切费用，由违约方承担。该合同专用条款第十条争议解决方式约定为提交重庆仲裁委员会，并选择简易程序进行仲裁。

2016年7月13日，申请人与被申请人B签订《保证合同》，约定：主合同为债权人XX银行与被保证人A之间于2016年7月13日签署的签订的《个人借款合同》及其修订或补充，本合同担保的债权范围包括：主债权包括主债权本金、利息（包括法定利息、约定利息、复利、罚息）、违约金、赔偿金、实现债权的费用（包括但不限于诉讼费用、律师费用、公证费用、执行费用等）、因债务人违约而给债权人造成的损失和其他所有应付费用，保证方式为被申请人B提供连带保证责任。保证期间为自本合同生效之日起至主债务履行期届满之日后两年止，如主债务为分期清偿，则保证期间为自本合同生效之日起至最后一期债务履行届满之日后两年止。其他约定本合同争议提交重庆仲裁委员会。

2016年7月13日，申请人与被申请人C、D公司分别签订《保证合同》，约定：主合同为债权人XX银行与被保证人A之间于2016年7月13日签署的签订的《个人借款合同》及其修订或补充，本合同担保的债权范围包括：主债权包括主债权本金、利息

注释：

[1]参见李昕：《浅析网络仲裁的程序规则——以中国广州仲裁委员会网络仲裁规则为分析对象》，载《才智》2017年第16期。

[2]参见邓杰：《论电子签名的法律功能与法律效力》，载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2006年第2期。

[3]参见梅臻：《〈电子签名法〉适用的难点问题探析》，载《法律适用》2016年第7期。

[4]郑天铭：《办理网络仲裁执行案件的几点建议》，载《人民法院报》2019年6月26日，第007版。

（包括法定利息、约定利息、复利、罚息）、违约金、赔偿金、实现债权的费用（包括但不限于诉讼费用、律师费用、公证费用、执行费用等）、因债务人违约而给债权人造成的损失和其他所有应付费用，保证方式为被申请人C公司提供连带保证责任。保证期间为自本保证合同生效之日起至主债务履行期届满之日后两年止，如主债务为分期清偿，则保证期间为自本合同生效之日起至最后一期债务履行期届满之日后两年止。其他约定本合同争议提交重庆仲裁委员会。

（二）合同履行的基本情况

上述合同签订后，申请人于2016年7月18日按约定将借款1,990,000元支付至被申请人A个人账户。

2016年7月13日，被申请人C公司出具了股东会决议，同意为被申请人A的案涉借款提供连带责任保证。

申请人提交的还款明细载明，2016年9月21日，被申请人还款本金0元，利息0.5元；2016年9月26日，被申请人还款利息22,845.6元；2016年12月21日，被申请人还款利息29,355.17元；2017年3月21日，被申请人还款利息2,647.46元；2019年6月25日，被申请人还款本金200,000元。截至2020年11月20日，被申请人A尚欠申请人借款本金1,790,000元、利息372,372.98元、罚息152,242.34元、复利103,996.7元。

被申请人A至今未偿还上述贷款本息。保证人B、C公司、D亦未履行保证责任。

（三）仲裁庭查明的其他事实

2016年7月13日，被申请人C、D公司分别出具了股东会决议，被申请人C公司股东会决议上只有2个股东签字，C公司实际股东为3人。

被申请人D公司股东会决议上只有被申请人A签字盖章，被申请人D公司为被申请人A的100%持股公司。

争议焦点

本案的争议焦点在于1.公司对外担保的合规要求问

题；2.保证人保证资格对保证合同效力的影响问题。

审理和裁决

仲裁庭认为，申请人已经依约发放了借款，已经履行了合同约定的全部借款义务，被申请人A并未按照合同约定偿还贷款，构成违约。根据借款合同的约定，申请人有权宣布贷款立即到期并要求被申请人立即清偿贷款本息及相关费用。故本庭对申请人要求被申请人偿还尚欠贷款本金1,790,000元、利息372,372.96元及罚息、复利的仲裁请求予以支持。同时申请人与被申请人B、C、D公司分别签订了《保证合同》，约定了连带责任保证方式及保证范围、保证期间现全部贷款已于2020年12月17日提前到期，即主债务于2020年12月17日履行期届满，保证合同的保证期间应为2020年12月17日至2022年12月17日。在被申请人A未按约履行还款义务的情况下，申请人提出上述保证人承担连带清偿责任的主张符合法律规定和合同约定，予以支持。至于被申请人A抗辩，“被申请人C公司股东会决议只有2个股东签字，C公司股东有3人”，本庭认为对于该份股东会决议，申请人只要审查股东会决议的形式要件是否符合法律规定，即尽到了合理的注意义务。股东会决议形式要件只需出席会议的股东签章即可，因此该份股东会决议符合形式要件的要求，且被申请人A也并未提供其他证据证实本案存在股东会决议无效的情形，故本庭对被申请人A的抗辩意见不予支持。

相关法律规定解读

《中华人民共和国公司法》（以下简称公司法）第十六条规定，“公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议；公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的，不得超过规定的限额。公司为公司股东或者实际控制人提供担

保的，必须经股东会或者股东大会决议。前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东，不得参加前款规定事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过”。

《关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（以下简称《担保制度解释》）第七条“公司的法定代表人违反公司法关于公司对外担保决议程序的规定，超越权限代表公司与相对人订立担保合同，人民法院应当依照民法典第六十一条和第五百零四条等规定处理：

（一）相对人善意的，担保合同对公司发生效力；相对人请求公司承担担保责任的，人民法院应予支持。

（二）相对人非善意的，担保合同对公司不发生法律效力；相对人请求公司承担赔偿责任的，参照适用本解释第十七条的有关规定。

法定代表人超越权限提供担保造成公司损失，公司请求法定代表人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。

第一款所称善意，是指相对人在订立担保合同时不知道且不应当知道法定代表人超越权限。相对人有证据证明已对公司决议进行了合理审查，人民法院应当认定其构成善意，但是公司有证据证明相对人知道或者应当知道决议系伪造、变造的除外。”

第八条“有下列情形之一的，公司以其未依照公司法关于公司对外担保的规定作出决议为由主张不承担担保责任的，人民法院不予支持：

（一）金融机构开立保函或者担保公司提供担保；

（二）公司为其全资子公司开展经营活动提供担保；

（三）担保合同系由单独或者共同持有公司三分之二以上对担保事项有表决权的股东签字同意。上市公司对外提供担保，不适用前款第二项、第三项的规定”。

第十七条“主合同有效而第三人提供的担保合同无效，人民法院应当区分不同情形确定担保人的赔偿责任：（一）债权人与担保人均有过错的，担保人承

担的赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的二分之一；

（二）担保人有过错而债权人无过错的，担保人对债务人不能清偿的部分承担赔偿责任；

（三）债权人有过错而担保人无过错的，担保人不承担赔偿责任。

主合同无效导致第三人提供的担保合同无效，担保人无过错的，不承担赔偿责任；担保人有过错的，其承担的赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的三分之一”。

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第504条“法人的法定代表人或者非法人组织的负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限外，该代表行为有效，订立的合同对法人或者非法人组织发生法律效力”。

案例评析

基于上述分析，随着民法典、新担保司法解释等规定的颁布实施，在新旧规定衔接适用之际，公司对外担保问题、保证人保证资格对保证合同效力的影响等问题再度成为新的热点。对于金融机构债权人、公司以及公司股东而言，正确理解新规定以规避可能的法律风险，十分必要。笔者拟从公司对外担保的合规要求问题及因保证人保证资格对保证合同效力的影响问题等方面探讨、分析。

1. 公司对外担保的合规要求问题分析

2019年9月11日，《全国民商事审判工作会议纪要》（以下简称“《九民纪要》”）通过，针对公司对外担保问题给出了较为明确统一的裁判思路，首次对公司违规对外担保问题进行阐述。2020年12月25日，随着最高人民法院《担保制度解释》的通过，在《九民纪要》的基础上就公司对外担保的规定进行调整和完善，并以司法解释的方式正式公布。目前，《担保制度解释》已随《民法典》一同于2021年1月1日起正式施行，公司对外担保作为最常见的一种担

保形式，从《九民纪要》和《担保制度解释》的相关规定看，在主合同有效的情况下，影响担保合同效力的因素主要在于是否违反《公司法》第16条关于公司对外担保的规定。《公司法》第16条规定，“公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议；公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的，不得超过规定的限额”。公司为股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议”。就单个担保行为而言，对外担保本身是无偿的，公司只有义务没有权利，这就决定了担保不能由法定代表人单独决定，而是要综合考虑保护公司、小股东、债权人利益。故必须根据法律规定以及公司章程，经股东会或董事会授权，方可对外签订担保合同，由此构成了《公司法》第16条等的规范逻辑。因此，为了保护公司、小股东、债权人等的利益，法定代表人未经或未依公司决议以公司名义对外提供担保的，则构成越权担保，担保合同对公司是否发生法律效力就产生疑问。针对此情形，《民法典》第504条规定：“法人的法定代表人或者非法人组织的负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限外，该代表行为有效，订立的合同对法人或者非法人组织发生法律效力”，明确公司对外担保合同的效力认定，即公司对外提供担保应首先判断代表行为是否对公司发生法律效力，再判断合同效力。即法律实践中，作为金融机构等债权人，负有审核公司设立担保是否经过董事会决议、股东会决议或股东大会决议的义务，欠缺此类决议仍设立担保的，交易相对方便存在重大过失，即法律层面的“非善意”。也就是说，公司对外担保设立时，担保物权人至少的善意义务就是要审查该担保是否经经董事会或者股东会、股东大会决议。

2. 保证人保证资格问题分析

本案2016年7月13日，申请人与被申请人C、D公司分别签订《保证合同》，约定：主合同为债权人XX银行与被保证人A之间于2016年7月13日签署的签

订的《个人借款合同》及其修订或补充，同日，被申请人C、D公司分别出具了股东会决议，被申请人C公司股东会决议上只有2个股东签字，C公司实际股东为3人。被申请人D公司股东会决议上只有被申请人A签字盖章，被申请人D公司为被申请人A的100%持股公司。关于被申请人C保证的责任承担，有两种不同意见，一种认为公司对外担保股东会决议的审查，其善意，仅止步于形式上的审查，即只要存在股东会决议，公司盖章予以认可，债权人即已履行完毕善意之责任，保证人就应当对其担保范围承担保证责任；另一种认为，应严格按照相关法律规定予以审查，除了要审查股东会决议的表现形式，还要审查股东会决议的实际效力，本案并不存在公司对外担保无需股东会决议除外情形，则需要由单独或者共同持有公司三分之二以上对担保事项有表决权的股东签字同意（上市公司对外提供担保，不适用前款规定）。笔者同意第二种观点，但是本案并无证据证明实际签字的股东实际持股的比例份额，故根据谁主张谁举证的原则，仲裁庭根据现有证据裁决也并无不妥。关于被申请人D保证的责任承担，被申请人D公司股东会决议上虽只有被申请人A签字盖章，但被申请人D公司为被申请人A的100%持股公司，笔者认为应保护债权人善意之意，一人公司唯一的股东同意提供担保不仅体现了股东意志，也体现了公司意志，在没有其他利害关系股东存在的情形下，也更加谈不上损害其他股东的利益，故本案被申请人D担保行为合法有效，保证人D应承担保证责任。

3. 金融机构作为债权人签订保证合同应注意的问题分析

一方面，签订合同时，债权人要主动审查公司对外担保股东会决议及股东会决议的有效性，以便在主张债权时尽“善意”之意。笔者认为债权人首先要审查公司担保的决议机构及公司章程的规定，即股东（大）会或董事会，若章程对决议机关有特别约定或授权的，按照章程约定审查决策机构。其次要着重审查公司担保的决议程序。

包括签字股东、董事身份的审查。这是公司对外

担保最易出“意外”的地方，决议程序要符合《公司法》和公司章程规定，出席会议的人不能是被担保的股东、出席会议的股东数量要达到所持表决权的过半数通过。再次，要对公司担保决议内容的审查，还应着重审查决议事项与担保事项是否吻合，决议事项要具体、明确等。

另一方面，若确实存在股东会决议无效或没有实质股东会决议的情形下，金融机构作为债权人及担保物权人，应积极采取措施维护自己的债权。《担保法司法解释》保证人赔偿责任进行了不同情形的区分，即主合同有效而第三人提供的担保合同无效的情况下，若债权人与担保人均有过错的，担保人承担的赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的二分之一；担保人有过错而债权人无过错的，担保人对债务人不能清偿的部分承担赔偿责任；债权人有过错而担保人无过错的，担保人不承担赔偿责任。另一种情形是主合同无效导致第三人提供的担保合同无效，担保人无过错的，不承担赔偿责任；担保人有过错的，其承担的

赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的三分之一”。故债权人应对自己无过错负主张举证责任，以更大限度主张自己的损失赔偿。

结语和建议

习近平总书记指出：“《中华人民共和国民法典》，是新中国成立以来第一部以‘法典’命名的法律，是新时代我国社会主义法治建设的重大成果。其颁布和实施意义深远。因此对于《民法典》的学习理解，不仅要研究条文的法理基础，更要结合实际探寻其对司法裁判的影响。在新旧规定衔接适用之际，金融机构债权人、公司以及公司股东而言要着重正确理解新规定对己方权利的主张和保护，以充分防范法律风险。



债务转让对仲裁协议的效力影响

——基于A与C的承揽合同纠纷案分析

■ 重庆仲裁委员会仲裁秘书·马义娟

摘要：B将承揽自A的带有仲裁管辖约定的合同义务经A同意转让给了C，但B、C的转让协议中约定了纠纷解决方式为诉讼，C以此为由向A提起的仲裁提出管辖异议。从效力范围和法律关系的角度进行分析，均可得出C的异议不应当得到支持。从裁判所依据的法律条款分析，则因为不符合异议成立的情形而不应当支持其管辖异议。学理分析与裁判逻辑虽然结论相同但是方法却有差异，裁判逻辑所坚持的法律解释方法因其更为确定从而应当成为裁判的主要方法。

关键词：债务转让；仲裁协议；效力

案例与问题

（一）案例与争议

2017年1月6日，申请人A与定做方B就V项目签订了《V项目夹具制造与集成合同》，约定由申请人A承揽其V项目夹具改造等工作。合同总价为850,000.00元；付款方式为，合同签订后定做方B在3个工作日内付合同总价的40%即340,000.00元，同时承揽方开具等金额的17%增值税发票；关于合同的转让，合同约定任何一方未经另一方书面同意，无权将其根据本合同拥有的权利和（或）义务转让给任何第三方；凡有关本合同或执行本合同而发生的一切争议，均应通过友好协商予以解决，如果在三个月内不能通过协商解决，则应提交给XX仲裁委员会进行仲裁。

2017年5月2日，申请人A与B签订《V项目新增

夹具合同》，约定V项目焊接夹具新增2套；合同金额22,000.00元；关于合同的转让，合同约定任何一方未经另一方书面同意，无权将其根据本合同拥有的权利和（或）义务转让给任何第三方；凡有关本合同或执行本合同而发生的一切争议，均应通过友好协商予以解决，如果在三个月内不能通过协商解决，则应提交给XX仲裁委员会进行仲裁。

2018年8月13日，申请人A与B签订《V夹具整改合同》，约定申请人负责在原总成夹具上进行整改；合同金额为20,000元；关于合同的转让，合同约定任何一方未经另一方书面同意，无权将其根据本合同拥有的权利和（或）义务转让给任何第三方；凡有关本合同或执行本合同而发生的一切争议，均应通过友好协商予以解决，如果在三个月内不能通过协商解决，则应提交给XX仲裁委员会进行仲裁。

申请人A已经履行了《V项目工作站夹具制造与

集成合同》《V项目新增夹具合同》及《V项目夹具整改合同》所约定的合同义务，所涉及设备分别于2018年10月13日、2019年12月10日通过终验收。

2020年3月23日，被申请人C、B与第三方浙江公司签订《三方协议》，约定B因自身资金及业务调整需要，拟将其与A的V项目的相关业务全部转让给被申请人C；合同总价为59,000,000元；B确认除去外包工装厂转移给被申请人共计7,790,000.00元款项外，由被申请人进行支付；若任何一方在协议履行过程中发生争议，各方应协商解决；若协商不能解决的，任何一方均可向人民法院提起诉讼。嗣后，申请人A针对全部合同金额向B开具了部分增值税发票。根据《三方协议》约定，B已将与申请人的债务转让给了被申请人C，《三方协议》确认仍欠申请人A定制款项258,407.30元。申请人A于2020年6月16日向被申请人C发出《告知函》表明同意债务转让。

被申请人C未按照约定向申请人A支付相应的定制款项，申请人A向XX仲裁委员会对被申请人C提起仲裁。庭审中，被申请人C提出管辖异议，认为XX仲裁委员会对本案没有管辖权，因为《三方协议》明确约定了发生纠纷由人民法院管辖。

（二）本案中的法律问题

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第三十三条规定，合同转让的，合同的管辖协议对合同受让人有效，但转让时受让人不知道有管辖协议，或者转让协议另有约定且原合同相对人同意的除外。此外，《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》第九条的规定，债权债务全部或者部分转让的，仲裁协议对受让人有效，但当事人另有约定、在受让债权债务时受让人明确反对或者不知有单独仲裁协议的除外。《XX仲裁机构仲裁规则》第十二条的规定，本会依现有证据认为存在有效仲裁协议的，可作出有管辖权的决定，仲裁程序继续进行。本会依现有证据作出管辖权决定不影响仲裁庭在审理过程中根据与现有证据不一致的事实或者证据重新作出管辖权决定。

本案中，债权人即申请人A和原债务人即B合同约定仲裁管辖，原债务人B和债务受让人即被申请人

C的债务转让协议约定法院管辖，同时将债务转让情况通知转达到债权人A，债权人A对债务转让行为表示同意，那债权人A是否可以依据原合同中的仲裁条款对债务受让人C提起仲裁。

裁决结果：驳回被申请人C的管辖异议申请，XX仲裁机构对本案具有管辖权。

本案仲裁协议效力学理分析

本案当中，核心要点是被申请人C是否受三份合同中关于仲裁管辖之约定的约束。被申请人C认为《三方协议》中约定的是法院管辖，因此本案不受仲裁管辖。本案为仲裁管辖的争议，实质是仲裁管辖的约定条款是否及于本案的争议。从这个意义上讲，判断XX仲裁机构是否有管辖权，需要从两个维度进行展开，一是判断仲裁条款是否有效；二是判断本案的法律关系是否在约定的仲裁管辖范围之内。

（一）仲裁条款效力的维度

本案中，A与B签订的三份关于夹具的承揽合同，均对争议的解决方式进行了约定，即明确约定为“提交给XX仲裁委员会进行仲裁”。即使合同无效，也不影响该争议解决条款的效力，因此只要该仲裁条款约定明确，不违反法律强制性规定，未被新的约定进行变更，那么该约定即为有效，XX仲裁委员会即有权对该合同涉及的纠纷进行管辖。

本案中三份夹具合同约定了产生纠纷由XX仲裁委员会管辖，并不违反法律强制性规定，依法对于各方当事人均具有约束力。此外，本案审理过程中，仲裁委员会也未收到来自申请人A或者B、被申请人C提交的有关该三份合同中争议解决方式存在其他不同约定的证明材料，因此，仲裁委员会有理由相信关于案涉的三份承揽合同并没有其他的补充约定，本案的各方也未重新就争议解决方式达成新的协议。因此，本案的仲裁条款是有效条款，对于合同的当事人具有约束效力。

（二）法律关系的维度

除了仲裁条款的效力外，XX仲裁委员会对于本案有管辖权仍然需要确定本案是否由案涉的三份承揽

论证据的高度盖然性标准在仲裁案件中的运用

——评自然人A与公司B的买卖合同纠纷案

■ 重庆仲裁委员会仲裁秘书·向傲然

摘要：高度盖然性是仲裁员在证据优势基础上所形成的内心确信。由于部分案件当事人举证存在困难或证据存在瑕疵，可能影响仲裁员对于案件事实的认定。本文主要从高度盖然性证明标准出发，探析高度盖然性规则的适用条件，并结合实际案例评析，探讨仲裁员在仲裁案件如何适用高度盖然性规则、合理地行使自由裁量权，最终保证仲裁案件的结果更加公正合理。

关键词：证明标准、高度盖然性规则、证据链

案情简介

（一）合同签订的基本情况

2016年5月10日，申请人A与被申请人B签订《设备销售安装合同书》（以下简称“《合同书》”），主要约定被申请人B向申请人A提供三菱电机中央空调系统及其授权该系统的安装售后等系列服务。《合同书》主要内容包括：1.工程名称：中央空调系统；2.工程地址：万科某小区x栋x单元2-2或者1-1或者2-1；3.合同总金额：151,400元，包括设备款总额115,000元，安装调试费36,400元；4.申请人A除享受三菱电机中央空调设备8.5折优惠价之外，还享有被申请人B返还50%设备款的优惠政策（空调设备签单全额）共计人民币57,500元的权益，具体返还方式为：被申请人B从空调设备安装调试完成之日起，每年一次，共分三次将申请人支付的设备款共计57,500元返还给申请人A，即每年6月25日至6月31日以现金方式返还给申请人A，每次返还金额为19,160元。

（二）合同履行的基本情况

合同签订后，申请人A于2016年5月10日向被申

请人B支付151,400元全额设备款。

2016年6月15日，名为“***科技”施工单位的施工组长、施工员李*、莫*依约完成了《合同书》项下的中央空调系统安装工作，经过了申请人A的验收。

2017年11月28日，在申请人A实际入住房屋后，被申请人B对安装空调进行了最后的调试，后申请人A使用至今。

（三）查明的其他事实

1.申请人A名下有卡号为6259*****9134219的中国银行准贷记卡一张。

2.被申请人B安装的中央空调设备最终调试完成日期为2017年11月28日，保修截止日期为2019年11月28日。

争议焦点

本案的争议焦点在于：在被申请人缺席的情况下，申请人的举证存在瑕疵，是否能够通过高度盖然性的角度以达到仲裁庭的内心确认，从而采信申请人的证据。

裁决结果

被申请人B自本裁决书送达之日起10日内，向申请人A退还设备款X元。

（二）被申请人B自本裁决书送达之日起10日内，向申请人A支付资金占用损失X元。

（三）本案仲裁费X元由被申请人B承担。

相关法律规定解读

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百零八条规定：“对负有举证证明责任的当事人提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，确信待证事实的存在具有高度可能性的，应当认定该事实存在。”

该条确立了自由心证规则。自由心证向来是证据法定的对称，成文法国家证明标准的实现主要还是依赖于对证据的自由评价。高度盖然性是法官或者仲裁员形成自由心证的尺度，亦是法官或者仲裁员判决合理性的来源。

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第八十五条规定：“人民法院应当以证据能够证明的案件事实为根据依法作出裁判。审判人员应当依照法定程序，全面、客观地审核证据，依据法律的规定，遵循法官职业道德，运用逻辑推理和日常生活经验，对证据有无证明力和证明力达到独立进行判断，并公开判断的理由和结果”。

该条款即是采用的盖然性规则标准，是确认民事诉讼标准为高度盖然性的重要法源。

案例评析

一、高度盖然性规则简述

从民事诉讼法规定的“谁主张，谁举证”的原则出发，当事人对自己提出的请求所依据的事实或反驳对方请求所依据的事实，除了免证事实外，都有责任提供证据加以证明。当没有证据或虽有证据但该证据与证明对象没有关联性或证据本身的真实性存在问题时，都不能证明其主张为真。

高度盖然性（可能性）规则的理论源自于西方自

由心证制度，主张民事案件的证明标准只须达到特定高度的盖然性即可，即这种高度达到“法官基于盖然性认定案件事实时，应该能够从证据中获得待证事实极有可能如此的心证，法官虽然还不能排除其他可能性，但已经能够得出待证事实十之八九是如此的结论”的程度即可。客观真实虽是我们裁判所应追求的终极目标，但由于人们对客观世界的认识常常受到各方面条件的限制，人们对已发生的案件事实的认识有时不可能绝对反映事件的本来面目，民事诉讼的规律决定了民事诉讼的证明标准只能是法律事实。

但高度盖然性毕竟是一个抽象的标准。为了能够相对清晰地说明高度盖然性标准，德国学者埃格罗夫、马森等提出了刻度盘理论。刻度盘从0%—100%，按25%分为四级，认为民事诉讼中的事实证明标准应定在第四级，即在穷尽了可以获得的所有证据后，如果举证使法官或者仲裁员认为事实存在的概率大于75%，即达到了“非常可能”的程度，法官或者仲裁员可由此确信事实存在；如果举证使法官或者仲裁员认为事实存在的概率小于25%，即事实“非常不可能”存在，法官或者仲裁员可由此确信事实不存在。如果沿用这一标准，本案中，以合同约定的内容为准，付款账号属于申请人证明力达到“25%+付款金额与合同一致达到25%+空调安装调试完毕且地点与合同约定一致达到25%”，即可认定为达到75%的“非常可能”的证明标准。

刻度盘理论的优点在于将证据证明的程度进行了数学上的量化，但问题也恰恰出在这里。数学上的量化是理想化的设想，但诉讼或仲裁程序中无法精确地对某个事实的主张作出数学上的量的比例，同时也无法将每一证据的证明力一一进行量化设值比对，更不可能将证据的证明力的比值相加得出一个综合证明值。高度盖然性应该是在证据优势基础上法官或者仲裁员形成的内心确信；优势证明是一种盖然性证明，是一方当事人提供的证据比另一方当事人提供的证据更有说服力，从而证明争执事实存在的可能性远大于其不存在的可能性。法官或者仲裁员应当根据证据取得的方式、证据形成的原因、证据的形式以及证据提供者的情况及其与本案的关系，综合全案情况对证据

的证明力进行审查判断，权衡双方当事人提供的证据的证明力大小，作出盖然性判断。法官或者仲裁员作出高度盖然性判断的过程，本质上就是形成内心确信的过程，在形式上表现为对证据的审查判断，在主观上是对证据的真伪和证明力，以及证据所证明的事实，在内心形成确信的过程。这种高度盖然性的判断，是法官或者仲裁员在全面衡量案件证据基础上作出的一种判断，是存在于法官或者仲裁员主观之中的内心权衡的结果。高度盖然性具体达到的程度，很难用准确的语言和具体的数字进行准确表述，高度盖然性的高度，是一种具有一定的范围、宽度的“模糊”的高度，本身不能用精确的百分比进行详细的量化。

这种“高度盖然性”标准的实质内涵就在于，它在形式上是主观的，即存在于法官的内心和主观之中，但它在内容上则是客观的，即是主观对客观的能动反映、形式与内容的有机统一。由于不同的案件难易程度不同，当事人举证的难易程度不同，法官或者仲裁员的道德修养、业务素质和经验技能不同，为了防止因适用“高度盖然性”原则而被认为没有独立裁判、失去中立地位、偏见袒护，法官或者仲裁员有必要公开心证的理由和结果，需要在裁判文书中阐明证据是否采纳的理由。

二、高度盖然性规则的适用条件

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百零八条的规定体现了高度盖然性证明标准在我国的适用，补充了原有民事审判关于“事实清楚、证据确实充分”的证明要求。在实践中，如果双方当事人所举证据的证明力均无法达到高度确信的要求，但符合高度盖然性要求的，可以适用高度盖然性证明标准。

具体到本案：

第一，本案现有证据证明力不足，仲裁员还原客观真实存在障碍，有必要运用高度盖然性证明标准判定现有证据及当事人行为，推断出相应的法律事实。现有证据无法直接确定申请人是否已收到并安装空调以及申请人是否完成了付款义务，仲裁员有必要适用高度盖然性标准，进行事实推定。申请人A一共仅举示了三份证据：1.《设备销售安装合同书》；

2.POS机刷卡客户回单；3.《空调系统安装工程质量验收表》。证据1合同上有当事人双方的签字盖章。但是除了合同之外，申请人A提交的关于合同履行的证据2和证据3均存在瑕疵。证据2即POS机刷卡客户回单，该POS机刷卡客户回单存在两处瑕疵：其一，收款商户并不是本案的被申请人B；其二，支付账号不完整，该账号是否属于申请人存疑。证据3《空调系统安装工程质量验收表》共计四张，从证据3的表面信息看来，空调的施工人也不是本案的被申请人B，证据3也存在着明显瑕疵。如果严格从证据的表面信息出发，申请人A现所举示的付款、完工验收的证据均无法体现系被申请人B收款、完工验收并承诺保修，即合同是否履行完、申请人是否支付款项的事实从证据形式上无法形成闭合的证据链，那么申请人A的证据2、3将无法得到采信，仲裁请求更是难以支持。

第二，案件基础事实与推定事实之间具有高度的逻辑联系。通常而言，利用伪造转账记录并通过诉讼或仲裁骗取退款的几率相对较小。同时，结合合同约定、交易习惯、合同目的、经验法则等因素，达到了较高的盖然性证明标准，可以推定出申请人已付款且案涉空调已有效安装的法律事实。

第三，事实推定没有被反证推翻。本案对于申请人A存在着以下疑问：1.合同中明确约定了申请人A的账户为工商银行武隆县支行尾号为666的卡号，为何实际支付时并未采用该卡号？2.申请人A在支付款项时被申请人B是否向申请人A开具收据（检索被申请人B同类其他案件中，被申请人B在收款时曾向其他购买者开具收据）？3.质量验收表中的施工单位从证据上显示并非为被申请人B，该单位与被申请人之间的关系是什么？本案为缺席审理，被申请人未到庭，视为其对举证质证权利的放弃，也就没有相反证据对申请人的证据以及这些疑问进行反驳。

三、如何适用高度盖然性规则

本案现有证据证明力不足，仲裁员还原客观真实存在障碍，有必要运用高度盖然性证明标准进行判断推理出相应的法律事实，在适用“高度盖然性”标准时，应当做到：

（一）从当事人提交的证据出发

对案件事实的判断和认定，必须建立在当事人举证和质证的基础上，必须以证据为依据，以避免法官或者仲裁员的主观臆断，也绝不能仅根据微弱的证据优势认定案件事实，而应在对单个证据的真实性、关联性的审查采信和全案证据的综合判断的基础上作出，案件的基础事实与推定的事实之间存在高度的逻辑关系，且关于事实的推定也没有被反证推翻。具体到本案，对于证据2，仲裁员结合POS机刷卡回单上所显示的款项支付时间与《合同书》签订时间为同一天、付款金额与《合同书》所约定的合同总金额相一致，且申请人名下卡号与POS机刷卡回单上的付款主体账号大体相同，设备安装调试等义务已完成这些事实，因被申请人无正当理由缺席庭审，自愿放弃举证、质证的权利，故从高度盖然性的角度，仲裁员对该组证据的真实性、合法性、关联性予以确认，并作为本案证据予以采信。对于证据3，虽然所显示的施工单位无法直接看出与被申请人之间的关系，但可以印证位于万科某小区2-2/1-1/2-1的房屋在申请人与被申请人签订《合同书》后曾安装空调设备且空调隐蔽工程部分与设备吊装完成均质量验收合格这一事实。加之被申请人无正当理由缺席庭审，自愿放弃举证、质证的权利，故从高度盖然性的角度，故仲裁员也对该组证据的真实性、合法性、关联性予以确认，并作为本案证据予以采信。

（二）尽量减少仲裁员依职权调查证据的范围

本案由于被申请人缺席，经庭后与申请人沟通，了解到申请人能够提交的书面证据仅限于这三组，由于时间距离现在较长，当时没有保留好证据再加上当事人的疏忽，律师因为这些客观上的原因确实无法再自行收集到证据，同时也自知提交的证据存在明显瑕疵，就提出希望仲裁员现场勘验的想法，申请仲裁员到现场实地看一看空调如实已经安装在案涉地点、空调的外部标识也与合同约定一致、也可以顺便与物管核实一下交房的时间。后仲裁员拒绝了这一提议，认为从仲裁规则规定的举证期限出发，已经超期，并且如果现场勘验得到的同样也是间接证据，那么可能牵扯出程序的冗长、时间的拖延、证据规则的适用问题

等一系列问题，将简单的问题复杂化。

（三）保持正义和理性，防止滥用盖然性规则

人类思维具备判别事物和区分现象的能力，因此其在案件审理中，仲裁员可以依靠自己的思维来认识整个案件过程并做出判断，但这一判断离不开充足的证据和理性的认知，这就需要他们树立正确的判断观念和法律意识。除此之外，就仲裁制度本身而言，其目的在于声张正义、定分止争，因此需要把正义作为解决仲裁案件里的所有争端的基本原则，围绕案件的事实开展澄清、认证和认可活动，这不仅有助于更高效地解决实事实纠纷，进而有助于最大限度保障正义并提高结果公平性。

结语和建议

本案遇到的高度盖然性标准作为民事诉讼的证明标准问题，在理论学术界基本已经达成共识，但是在司法实践中对于《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》和《民诉法解释》中规定的“高度盖然性”理解不一，我国也从未对其作官方的解释，导致在裁判文书中名称适用不统一，具体证明程度和标准也不一致的问题，这使得我国民事案件审理的标准参差不齐，在案件具体审理中也不便应用。如果仅仅依靠法官或者仲裁员的自由心证，而没有一套量化的标准，容易出现同案不同判的问题，不利于公平公正地审理案件。因此在裁判文书中对于高度盖然性原则，还是建议谨慎适用。

但是从享有卖家返还50%设备款的优惠政策（空调设备签单金额）的特殊约定出发，我们检索到关于本案被申请人B的类似案件，发现仲裁案件5件、诉讼案件2件，我们发现，从裁判文书的请求、合同约定的内容、查明事实、提交的证据综合来看，都与本案有高度的相似性，裁判结果也均保持了一致。

在本案中，适用高度盖然性的证明标准，采信当事人的证据，对该结论性意见我们是赞同的。

双方当事人履行已到期合同 原仲裁条款继续有效

■ 文：环中商事团队

摘要：仲裁协议是当事人自愿将争议提交仲裁解决的书面形式的文件。作为仲裁制度的基石，仲裁协议体现了当事人意思自治原则，即当事人自愿选择仲裁作为解决纠纷的方式。因此，仲裁协议是否存在是决定仲裁机构取得仲裁权而排除法院管辖的依据，也是仲裁合法性与正当性的基础。而如果当事双方之间的合同已经到期，双方并未签署书面续约协议，但事实上仍在按照原合同继续履行，双方发生争议后，原合同的仲裁条款是否继续有效？本文案例对此问题进行了回答。

案情简介

申请人：A城建公司（以下简称“A城建公司”）

被申请人：B业主委员会（以下简称“B业主委员会”）

2012年3月26日，B业主委员会与A城建公司签订《物业服务合同》，合同期限为3年，自2012年3月26日至2015年3月25日止。该合同第十二条第4项约定，本合同在履行中如发生争议，双方应协商解决，协商不成时，提请物业管理主管部门调解，调解不成的，提交仲裁委员会依法裁决。

合同到期后，2015年5月B业主委员会着手选聘新的物业服务企业。2015年5月16日至18日，B业主委员会采用书面征求意见方式召开业主大会，投票确定物业管理公司，最终在入围的四家公司中A城建公司得票最高。B业主委员会作出《怡龙别墅小区业主大会会议决议》，其中记载了投票过程及结果，最终

意见是根据业主大会投票结果，拟确定A城建公司为本小区物业服务企业。但此后B业主委员会并未与A城建公司签订正式书面合同，A城建公司亦继续为该小区提供物业服务。

2018年2月7日，B业主委员会根据2012年3月26日签订的《物业服务合同》中的仲裁条款，向仲裁委员会申请仲裁，仲裁委员会于2018年2月11日受理该案。该案中B业主委员会仲裁请求为：1.裁决A城建公司立即向B业主委员会履行物业交接义务并撤离B业主委员会所属小区；2.确认B业主委员会与A城建公司之间的事实服务关系已于2018年1月31日解除，A城建公司无权再进行实施服务并收费。

仲裁期间，A城建公司曾向仲裁委员会提出《仲裁管辖异议申请书》，认为其与B业主委员会之间自2015年3月25日以后形成事实物业合同关系，不存在仲裁协议，故B业主委员会无权就该案申请仲裁。仲裁委员会根据仲裁规则的规定，授权仲裁庭对管辖权问题作出决定。仲裁庭经审查认为，B业主委员会与A城建公司签订的《物业服务合同》于2015年3月

25日到期后，双方未续签新的物业服务合同，但A城建公司经B业主委员会认可，继续对小区的物业实行实际的管理，双方之间仍依原物业合同继续履行。本案仲裁条款约定明确，且根据庭审情况及B业主委员会提交的证据，双方已在有关物业管理部门进行过调解。故，A城建公司的管辖权异议不能成立，仲裁委员会对本案具有管辖权。

在上述认定的基础上，仲裁庭对该案实体事项进行了认定，并于2018年作出裁决：1.A城建公司向B业主委员会履行物业交接义务并撤离B业主委员会所属小区；2.B业主委员会与A城建公司之间的服务关系已于2018年1月31日解除，A城建公司无权再进行实施服务并收费；3.仲裁费用20550元（已由B业主委员会全额预付），全部由A城建公司承担，A城建公司应当直接向B业主委员会支付B业主委员会代其垫付的仲裁费用20550元。

其后，申请人A城建公司请求中级人民法院撤销仲裁委员会的该案裁决。其理由为：

首先，双方签订的《怡龙别墅社区物业服务合同》（以下简称“《物业服务合同》”）于2015年3月25日失效，物业服务公司在属地街道及相关政府部门的指导下于2015年5月15日至5月16日召开临时业主大会，通过投票表决的方式形成有效的《业主大会会议决议》，确定A城建公司继续为小区提供物业服务。但由于部分业主委员会成员的阻挠，A城建公司与B业主委员会未签订新的物业服务合同，只能按照《业主大会会议决议》继续为该小区提供物业服务，至今为无合同事实服务的状态。按照《最高人民法院关于审理物业服务纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》之规定，应视为双方存在事实上的物业服务合同关系。因双方从未签订新的物业服务合同或签署原合同的补充协议，A城建公司从未与B业主委员会约定《物业服务合同》解除后有关事项的仲裁条款，故B业主委员会不具备申请仲裁的法定条件。A城建公司是经小区全体业主认可，按照2015年5月由全体业主作出的《业主大会会议决议》为该小区提供物业服务，而不是履行2015年3月25日已过期的合同。另，仲裁期间A城建公司提出了管辖异议，仲裁

委员会却置之不理。A城建公司坚持认为仲裁委员会不具备管辖权，该仲裁属于无效仲裁。本案因当事人双方没有仲裁协议，仲裁委员会不具备管辖权，存在《中华人民共和国仲裁法》第58条规定的应当撤销的情形，特申请撤销仲裁委员会裁决。

被申请人的答辩意见

B业主委员会称：第一，物业服务合同到期后继续履行，仲裁条款继续适用。2015年3月25日合同到期后，双方未签订新的《物业服务合同》，但A城建公司按照原合同约定的内容继续为B业主委员会提供物业服务，双方成立事实的物业服务合同关系，应视为原《物业服务合同》的自动延续，仲裁条款应继续适用。第二，仲裁条款约定明确，仲裁前置条件均已满足。第三，仲裁裁决合法有效，有事实依据，符合法律规定。第四，B业主委员会主体适格。业主大会会议依法选举产生B业主委员会，并依法到街道办事处办理了备案登记手续。综上，恳请法院驳回A城建公司申请撤销仲裁裁决的请求。

争议焦点

本案争议焦点在于B业主委员会与A城建公司之间就争议事项是否存在仲裁协议（依据《仲裁法》第16条之规定，合同中的仲裁条款视为独立的仲裁协议）。

裁决结果

根据本案目前查明的事实，依据《最高人民法院关于仲裁司法审查案件报核问题的有关规定》第2条第二款之规定，经报请审核，B业主委员会与A城建公司签订的《物业服务合同》于2015年3月25日到期后，双方虽未签订新的物业服务合同，但A城建公司经B业主委员会认可，继续对小区的物业实行实际的管理，A城建公司亦未提出任何异议，双方之间仍依原物业合同继续履行，原《物业服务合同》仲裁条款约定明确、有效。据此，A城建公司申请撤销仲裁裁决的理由不成立，对其申请应予驳回。

案例评析

1.仲裁协议是当事人自愿将争议提交仲裁解决的书面形式的文件。作为仲裁制度的基石，仲裁协议体现了当事人意思自治原则，即当事人自愿选择仲裁作为解决纠纷的方式。因此，仲裁协议的存在是决定仲裁机构取得仲裁权而排除法院管辖的依据，是仲裁合法性与正当性的基础。也正因此，根据《仲裁法》第58条第1款、《仲裁法》第70条和《民事诉讼法》第274条第1款之规定，当事人之间没有订立仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的，当事人有权申请撤销仲裁裁决。根据《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18条之规定，仲裁协议被认定无效或者被撤销的，同样视为没有仲裁协议。

2.本案中，物业公司主张，原物业合同到期后，系根据业主大会会议决议继续提供物业服务，该决议并无仲裁条款，且双方事后也未达成仲裁协议，因此业主大会无权向仲裁委员会提起仲裁。而中院判决认为，尽管物业和业委会双方未续签新的物业服务合同，但物业公司经业委会认可，继续对小区的物业实行实际的管理，双方之间仍依原物业合同继续履行，故原合同中的仲裁条款仍然有效。这一判例反应出，法院认为：如双方事实上仍在履行已到期合同，原仲裁条款也应继续约束各方。

3.在司法审查中，双方是否存在仲裁协议的判断重点就在于当事人之间是否达成仲裁的合意。因此，

有学者认为：“未经当事人签署的书面通讯记录也可构成仲裁协议。在实践中，存在当事人双方通过传真等互换含有仲裁意向的合同，但缺少一方或者双方当事人原始签名。根据《合同法》有关合同订立的规定，互换本身就表示了相互间意思表示一致的关系，可以认定当事人之间达成了仲裁的合意。”[1]

4.当事人在合同中没有直接约定仲裁条款，但合同条款中援引其他文件中的仲裁条款，同样视为双方存在仲裁协议。援引仲裁条款亦表明当事人有请求仲裁的意思表示，仲裁协议有效。如，最高人民法院在《关于涉蒙经济合同未直接约定仲裁条款如何认定案件管辖权的复函》中就认为，中蒙双方当事人在订立的外贸合同中约定，“合同未尽事宜适用中国与蒙古国之间的交货共同条件”，该“条件”是指1988年11月4日《中华人民共和国对外经济贸易部和蒙古人民共和国对外经济供应部关于双方对外贸易机构之间相互交货共同条件的议定书》，该议定书规定了因合同所发生的或者与合同有关的一切争议在双方达不成协商解决的协议时，应当以仲裁方式解决，并规定了具体解决办法。据此，应当认定当事人已经选择了仲裁方式解决纠纷，该类仲裁协议应当认定有效。《联合国国际商事仲裁示范法》第7条第2款也规定：“在合同中提出参照载有仲裁条款的一项文件即构成仲裁协议，如果该合同是书面的而且这种参照足以使该仲裁条款构成该合同的一部分的话。”

注释：

[1] 江伟、肖建国主编，谢文哲副主编：《仲裁法》第3版，中国人民大学出版社2015年版，第277页。

名租实贷，变相经营贷款业务，违背社会公共利益

■ 文：重庆仲裁委员会仲裁员、上海市协力律师事务所高级合伙人·张振安

案情简介

审理法院：某市中级人民法院

申请执行人：A融资租赁公司

被执行人：B

申请执行人A融资租赁公司（以下简称A融资租赁公司）与被执行人B关于融资租赁合同纠纷一案，某仲裁委员会于2020年3月20日作出的裁决已经发生法律效力。被执行人B逾期未履行该裁决确定的义务，申请执行人A融资租赁公司向本院申请执行，请求被执行人B清偿租金、违约金共计324293.76元以及利息、仲裁费。某市中级人民法院于2021年1月24日立案受理。

法院审查：

某仲裁委员会作出的裁决确认以下事实：2019年4月29日，申请执行人A融资租赁公司与被执行人B签订《车辆买卖合同》约定，被执行人B将其所有的车牌号码为渝A D × × × ×的汽车出售给申请执行人A融资租赁公司，申请执行人A融资租赁公司委托上海富友银行将购车款20万元支付给了被执行人B。2019年4月29日，申请执行人A融资租赁公司与被执行人B又签订《优享融资租赁（广州）有限公司汽车融资租赁合同》，约定具体交易类型为融资租赁售后回租方式，申请执行人A融资租赁公司根据签订的《车辆买卖合同》向被执行人B支付购车价款，同时在合同附件中约定了租金、租期、违约金等。2019年4月29日，被执行人B办理了车辆抵押登记，抵押权人为申请执行人A融资租赁公司。同日，申请

执行人A融资租赁公司通过占有改定的方式将车辆出租给被执行人B。后被执行人B未按合同约定支付租金。

某仲裁委员会根据以上查明事实，认定被执行人B构成违约，并作出(2019)北海仲字第23-165号裁决书，裁决解除申请执行人A融资租赁公司与被执行人B签订的《优享融资租赁（广州）有限公司汽车融资租赁合同》并支付逾期租金310901.76元；被执行人B向申请执行人A融资租赁公司支付违约金13392元；仲裁费5000元由被执行人B承担。

法院认为：

融资租赁合同关系本身具有融资融物双重属性，二者缺一不可。如无实际租赁物或租赁物所有权未从出卖人处转移至出租人处，则应认定合同无融物性，仅有资金往来不具有融资租赁属性。

本案中，申请执行人A融资租赁公司与被执行人B签订《车辆买卖合同》、《A融资租赁公司汽车融资租赁合同》，通过占有改定的方式取得车辆所有权；办理车辆抵押登记后以售后回租的方式进行融资租赁，但该车辆仍然登记在被执行人B名下，申请执行人A融资租赁公司并未取得售后回租资质，本案的法律关系名为融资租赁实为借贷。申请执行人A融资租赁公司受其经营范围限制[核准的经营范围：汽车租赁；租赁财产的残值处理及维修；融资租赁服务（限外商投资企业经营）；租赁业务；租赁交易咨询和担保；向国内外购买租赁财产；兼营与主营业务有关的商业保理业务（仅限融资租赁企业经营）]，以融资租赁形式变相经营贷款业务，无视国家金融监管规定，

严重破坏正常社会金融秩序。

综上，申请执行人A融资租赁公司的行为是以融资租赁形式变相经营贷款业务，是以合法形式掩盖非法借贷的目的，严重破坏正常社会金融秩序。某仲裁委员会作出的裁决违背社会公共利益。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十七条第三款的规定，裁定如下：对某仲裁委员会作出裁决不予执行。

评案

汽车售后回租中的过户登记。最高法院《关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》（2020年修正）第二条规定：“承租人将其自有物出卖给出租人，再通过融资租赁合同将租赁物从出租人处租回的，人民法院不应仅以承租人和出卖人系同一人为由认定不构成融资租赁法律关系。”汽车属于特殊动产，在所有权变动中采取登记对抗主义。《民法典》第二百二十五条规定：“船舶、航空器和机动车等的物权的设立、变更、转让和消灭，未经登记，不得对抗善意第三人。”也正因此，汽车的过户登记，成为售后回租中的争议问题。在(2020)川民再309号民事判决书中，四川省高级人民法院指出“根据《中华人民共和国物权法》第二十三条……第二十四条……第二十七条……等规定，刘和友和团尚公司选择占有改定的方式合法有效，未办理转移登记也并非案涉车辆所有权转让的生效要件。本案既有融物，也有融资，系典型的售后回租型融资租赁合同关系。二审认定为借贷关系，不当”。不同意见，除本案例外，还如在(2019)豫01民再307号民事判决书中河南省郑州市中级人民法院指出“鑫钰公司虽与马登峰约定本协议项下融资租赁采用售后回租的方式，但对租赁物即车辆并未办理产权转移手续，租赁物的担保功能没有得以体现。因此，本案双方名为融资租赁合同

关系，实为民间借贷法律关系，应当以民间借贷相关法律处理本案纠纷”，再如在(2019)浙09民终161号民事判决书中浙江省舟山市中级人民法院认为“双方之间签订《融资租赁售后回租合同》只是形式，目的在于使郭江威获得备胎公司提供的款项，并履行还款义务。故双方订立的合同名为融资租赁，实际为借贷法律关系。备胎公司并没有从事放贷业务的资质，其从事放贷业务所签订的民间借贷合同应认定为无效”。本案例法院亦指出，“本案的法律关系名为融资租赁实为借贷”，“以融资租赁形式变相经营贷款业务，无视国家金融监管规定，严重破坏正常社会金融秩序”。

不予执行仲裁裁决，原则上以当事人申请为必要，法院例外在仲裁裁决可能违背社会公共利益的情形下进行主动审查。《民诉法》第二百三十七条规定，“被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：……人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行”。另外，根据最高法院《关于仲裁司法审查案件报核问题的有关规定》第三条的规定，以违背社会公共利益为由不予执行我国内地仲裁机构的仲裁裁决，高级人民法院经审查拟同意中级人民法院不予执行的，应当向最高人民法院报核，待最高人民法院审核后，方可依最高人民法院的审核意见作出裁定。本案例裁定书显示，“申请执行人A融资租赁公司（以下简称A融资租赁公司）与被执行人B融资租赁合同纠纷一案……本院于2021年1月24日立案受理”，并于2021年3月25日作出本案例不予执行的裁定书。

仲裁案件中的律师费属于因对方违约而导致的损失

■文：重庆仲裁委员会仲裁员、上海市协力律师事务所高级合伙人·张振安

案情简介

申请人A称，请求依法撤销某仲裁委员会作出的00号裁决书。事实与理由：

一、双方没有仲裁协议，裁决的事项某仲裁委员会无权仲裁。A认为退款协议中并没有约定律师费及公证费，且这两笔款项不属于仲裁范围，A认为律师费及公证费用不属于赔偿范围，故该项费用应由B自行承担，该仲裁裁决应当予以撤销。

二、仲裁程序违反法定程序。仲裁委员会在未告知A的情况下，私自适用简易程序独任审理。该案金额较大且案情复杂，应适用普通程序及三个仲裁员审理。B在裁决中聘请四名律师，不符合《中华人民共和国民事诉讼法》的规定，00号裁决也应予以撤销。

三、B向仲裁机构隐瞒了足以影响公正裁决的证据。A在远程庭审中明确了双方当事人在退款协议中约定的53 620元已经给付完毕，且有转账证明可以佐证。B虽在庭审中否认此款系同一笔款项，但至今未就A给付的该笔款项是哪笔款项说清楚，至今也无法证明系其他款项。故根据常理该案中两笔相同金额的款项，应属于同一笔款。另A于2019年5月26日向B微信转账的50 000元并不是赔偿款，而是退还的货款，而00号裁决却作出了错误的裁决。

四、仲裁员在仲裁案件时，颠倒是非，故意错误适用法律，必然影响案件的公正审理和裁决，损害A的合法权益，在此基础上作出的仲裁裁决，应当予以撤销。

五、A至今未收到该案的裁决书，A是在2020年11月30日收到沈阳市中级人民法院执行通知书，才得知仲裁结果。

综上，A现认为00号裁决错误，故申请法院予以

撤销。

被申请人B称：

一、因A违反案涉合同义务导致双方产生合同履行争议，B不得不通过申请仲裁的方式以解决争议、维护合法权益。B为办理仲裁案件支出的律师费与公证费等合理费用均系A违反案涉合同约定给B造成的损失，双方就律师费与公证费的承担发生的争议自然是与案涉合同有关的争议，属于案涉合同约定的仲裁范围，所以仲裁委员会有权根据案涉合同的仲裁条款，对律师费及公证费的赔偿进行仲裁。另外，《某仲裁委员会仲裁规则》第五十二条第四款规定：“仲裁庭有权根据当事人的请求在裁决书中裁定败诉方补偿胜诉方因办理案件支出的合理费用，包括但不限于律师费、保全费、差旅费、公证费等。仲裁庭在确定上述费用时，应考虑案件的裁决结果、复杂程度、当事人或代理人的实际工作量以及案件的争议金额等有关因素。”据此，在仲裁案件申请人B明确提出由对方承担办理案件所支出的律师费、公证费这一仲裁请求的情况下，负责仲裁案件审理工作的仲裁庭有权裁定由败诉方A赔偿胜诉方B所支出的律师费与公证费。

二、在仲裁程序中，仲裁庭的组成及仲裁程序均未违反法定程序，仲裁过程完全符合相关法律以及《仲裁规则》的规定。（一）仲裁案件的争议金额远未超过人民币500万元，且当事人双方之间并不存在强制适用普通程序审理仲裁案件的约定，所以仲裁案件应适用《仲裁规则》第七章简易程序的规定。《仲裁规则》第五十四条第一款规定：“除非当事人另有约定，凡案件争议金额不超过500万元（指人民币，下同）的，适用简易程序。”根据仲裁案件申请人提交的《仲裁申请书》，各项仲裁请求共计人民币475

929.19元，所以仲裁案件争议金额远低于500万元，且案涉合同中的仲裁条款也并未约定案涉合同引起的争议必须适用普通程序进行审理。根据上述《仲裁规则》的规定，仲裁案件应适用简易程序进行审理，且仲裁委员会也在寄送给A的《关于（2020）京仲案字第0238号仲裁案件答辩通知》中告知A：“本案适用本会2019年9月1日起施行的仲裁规则第七章简易程序的规定”，将仲裁案件适用简易程序的事项进行了及时通知。另外，在仲裁案件的开庭庭审过程中，A也当庭表示对于仲裁案件的相关程序并无异议。根据仲裁案件庭审笔录记载，仲裁庭向双方当事人明确告知并询问：“双方当事人对之前的程序，包括但不限于本案请求的受理与答辩、当事人材料与本会有关通知的送达（包括已经通过电子邮件进行的仲裁文件送达）、组开庭安排等，有无异议？”而B与A双方均表示：“无异议。”所以，A在本案中提出对于仲裁案件适用简易程序审理存在异议，与其之前的行为相矛盾，严重违反诚实信用原则。

三、仲裁案件系适用简易程序的案件，根据《仲裁规则》应由独任仲裁员审理；在双方当事人逾期未共同选定或共同委托仲裁委员会主任指定独任仲裁员的情况下，仲裁委员会主任有权指定胡红担任仲裁案件独任仲裁员。仲裁委员会在受理仲裁案件后，按照《仲裁规则》的规定，将《答辩通知》《仲裁申请书》及其附件、《仲裁规则》以及《仲裁员名册》等材料送达仲裁案件被申请人A，并在《答辩通知》中告知A在收到仲裁通知后的十日内提交约定仲裁庭组成方式及选定仲裁员的书面意见，已经尽到作为仲裁机构的通知责任；而仲裁双方未于上述期限内共同选定独任仲裁员，系双方当事人未能就独任仲裁员的人选达成一致意见而非仲裁委员会对A所享有之仲裁权利的剥夺。在此情况下，仲裁委员会主任依据上述《仲裁规则》第五十五条的规定，指定胡红担任仲裁案件独任仲裁员，也完全符合法定程序。另外，在仲裁案件的开庭庭审过程中，A也当庭表示对于该仲裁庭的组成并无异议。根据仲裁案件庭审笔录记载，仲裁庭向双方当事人明确告知并询问：“由于双方未按期共同选定独任仲裁员，依据本会仲裁规则，本会

主任指定胡红担任本案独任仲裁员，组成仲裁庭，由王岚担任本案秘书。双方当事人对本案仲裁庭组成人员是否存在异议？是否申请仲裁员回避？”而B与A双方均表示：“无异议，不申请。”所以，A在本案中提出对于仲裁庭组成方式以及仲裁员选定的异议，与其之前的仲裁行为相矛盾，严重违反诚实信用原则。

四、B在仲裁程序中委托了四名代理人，并未违反《中华人民共和国仲裁法》以及《仲裁规则》的相关规定。《中华人民共和国仲裁法》第二十九条规定：“当事人、法定代理人可以委托律师和其他代理人进行仲裁活动。委托律师和其他代理人进行仲裁活动的，应当向仲裁委员会提交授权委托书。”

《仲裁规则》第十八条规定：“当事人委托代理人进行仲裁活动的，应当向本会提交载明具体委托事项和权限的授权委托书。”可见，《仲裁法》以及该仲裁案件适用的《仲裁规则》中，均未对仲裁代理人的人数进行限制，B有权委托四名代理人代其参与仲裁活动。至于A所谓的“不符合民事诉讼法规定”，系对仲裁程序应适用的法律规范产生认识错误，不应得到支持。

五、B从未向仲裁机构隐瞒足以影响公正裁决的证据，仲裁庭也并未作出错误裁决。A并未举证证明B向仲裁庭隐瞒足以影响公正裁决的证据，而事实上，B在仲裁过程中始终积极举证、配合仲裁庭调查与审理，不存在任何隐藏证据的行为。在本案中，A主张B向仲裁庭隐瞒了足以影响公正裁决的证据，但没有提供任何证据以证明其主张，却转而论述与上述主张毫无关联的仲裁案件所涉事实争议。作为承担举证责任的一方，A应承担举证不能之不利后果。而事实上，在仲裁过程中，B一方作为申请人，为维护自身合法权益，始终积极举证质证、配合仲裁庭查明事实，并不存在任何隐藏证据的行为。所以，A的上述主张毫无事实依据，不应得到贵院的支持。

六、A在本案中提及的关于仲裁案件事实认定方面之争议，并不属于人民法院的司法审查范围。

七、由于A未对《裁决书》进行签收，仲裁委员会采取公证送达的方式，将《裁决书》及送达回证以

平常信函方式邮寄至A身份证载明地址，符合《仲裁规则》第七十一条关于送达的规定。

经审理查明：

仲裁委员会根据B提交的仲裁申请书及与A于2019年5月6日签订的《家具退货退款协议》中的仲裁条款及有关法律规定，于2020年1月13日受理了因该协议引起的争议仲裁案，案件编号为（2020）京仲案字第0238号。该案适用自2019年9月1日起施行的《某仲裁委员会仲裁规则》第七章的简易程序规定。申请人的仲裁请求为：1.被申请人向申请人退还364 215元家具款；2.被申请人向申请人支付以364 215元为基数，按照每日0.05%的标准，自2019年5月15日起至实际退还家具款之日止的违约金（暂计至2019年12月25日为40 974.19元）；3.被申请人向申请人支付装修进度损失赔偿款3620元；4.被申请人赔偿申请人在本案中支出的律师费50 000元、公证费17 120元；5.本案仲裁费全部由被申请人承担。

2020年1月19日，仲裁庭将仲裁申请书、答辩通知等材料向A位于沈阳市皇姑区荆江街×的地址邮寄送。2020年8月3日庭审中，仲裁庭询问A是否对“之前的程序，包括但不限于本案请求的受理与答辩、当事人材料与本会有关通知的送达（包括已经通过电子邮件进行的仲裁文件送达）、组开庭安排等，有无异议？”A表示无异议。

仲裁庭于2020年9月21日作出00号裁决，裁决内容为：（一）被申请人向申请人退还家具款364 215元；（二）被申请人向申请人支付违约金40 974.19元，并以364 215元为基数，按照每日0.05%的标准，向申请人支付自2019年12月26日起至实际退还之日止的违约金；（三）被申请人向申请人支付装修进度损失赔偿款3620元；（四）被申请人向申请人赔偿律师费50 000元、公证费3000元；……。仲裁庭通过公证送达的方式向A送达了裁决书。

法院认为：

本案为撤销国内仲裁案件，本院根据《中华人民共和国仲裁法》第五十八条的规定，对本案进行审查。《中华人民共和国仲裁法》第五十八条规定，当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的，可以向仲

裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决：（一）没有仲裁协议的；（二）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁的；（三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；（四）裁决所根据的证据是伪造的；（五）对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；（六）仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。人民法院经组成合议庭审查核实裁决有前款规定情形之一的，应当裁定撤销。人民法院认定该裁决违背社会公共利益的，应当裁定撤销。

第一，关于律师费、公证费的仲裁请求是否属于仲裁协议范围的问题。本案涉及的仲裁协议约定，“因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均提请某仲裁委员会按照其仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的，对双方均有约束力。”根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》第二条，当事人概括约定仲裁事项为合同争议的，基于合同成立、效力、变更、转让、履行、违约责任、解释、解除等产生的纠纷都可以认定为仲裁事项。因此案涉仲裁协议约定的仲裁事项应包含对违约责任范围的认定。B在仲裁案件中主张的律师费、公证费系因对方违约而导致的损失，属于仲裁庭对违约责任范围的认定问题，故申请人的该项申请，依据不足，本院不予支持。

第二，关于申请人提出的仲裁案件适用简易程序不当的问题。根据《仲裁规则》第三条放弃异议权，当事人知道或者理应知道本规则或仲裁协议中规定的任何条款或条件未被遵守，但仍参加或者继续参加仲裁程序且未对上述不遵守情况及时向本会或仲裁庭提出书面异议的，视为其放弃提出异议的权利。仲裁庭在2020年8月3日的仲裁庭审中询问A是否对胡红担任仲裁员以及该案适用仲裁程序有异议，A表示均无异议，故A参加完仲裁程序的行为应视为其放弃提出异议的权利。在仲裁裁决作出后，A又以此为由申请撤销，违反诚信原则，本院不予支持。

关于申请人提出其未收到《裁决书》，仲裁庭送达程序违反法定程序的问题。根据《仲裁规则》第七十一条第三款，经合理查询不能找到受送达人的营业

地点、注册地、居住地、身份证载明地址、户籍地址、当事人约定的送达地址或者其他通讯地址而以邮寄、专递的方式或者能提供投递记录的其他任何方式投递给受送达人最后一个为人所知的营业地点、注册地、居住地、身份证载明地址、户籍地址、当事人约定的送达地址或者其他通讯地址，即视为已经送达。仲裁庭在2020年1月19日将仲裁申请书、答辩通知等材料向A位于沈阳市皇姑区荆江街×的地址邮寄送达。A收到材料后参加到仲裁程序中，并在仲裁庭审中当庭表示对仲裁庭之前的送达程序无异议。因此，仲裁庭按照A确认的上述地址通过公证送达的方式送达裁决书并无不当，亦符合《仲裁规则》的规定，故本院对申请人该项意见亦不予支持。

此外，A提出B在仲裁程序中选定代理人的人数违法以及隐瞒证据等意见，均无事实和法律依据，本院对以上意见均不予采纳。

综上，申请人主张的撤裁理由均不符合上述法律规定的撤销仲裁裁决的要件，其主张并无事实和法律依据，本院不予支持。依据《中华人民共和国仲裁法》第六十条之规定，裁定如下：驳回A的申请。

评案

关于律师费的主张，通常涉及两个问题。一是律师费的性质，属于赔偿还是补偿，另外是有关律师费请求的管辖问题。第一个问题，律师费主张属于违约损害赔偿，还是程序法上的一种特别的补偿机制？仲裁规则通常将律师费归入办理案件而支出的合理费用，并赋予仲裁庭裁定一方“补偿”对方支出该费用的权力。如北仲《仲裁规则》（2019版）第五十二条第（四）项规定“仲裁庭有权根据当事人的请求在裁决书中裁定败诉方补偿胜诉方因办理案件支出的合理费用，包括但不限于律师费、保全费、差旅费、公证费等。仲裁庭在确定上述费用时，应考虑案件的裁决结果、复杂程度、当事人或代理人的实际工作量以及案件的争议金额等有关因素”，贸仲《仲裁规则》（2015版）第五十二条第（二）款规定“仲裁庭有权根据案件的具体情况在裁决书中裁定败诉方应补偿胜诉方因办理案件而支出的合理费用。仲裁庭裁定败诉

方补偿胜诉方因办理案件而支出的费用是否合理时，应具体考虑案件的裁决结果、复杂程度、胜诉方当事人及/或代理人的实际工作量以及案件的争议金额等因素”。本案例法院指出，“B在仲裁案件中主张的律师费、公证费系因对方违约而导致的损失，属于仲裁庭对违约责任范围的认定问题”。如果律师费属于因对方违约而导致的损失，那么根据《民法典》第五百七十七条的规定，违约方应当承担赔偿损失的违约责任。

不过，这与目前的司法实践可能存在一定的差距。如最高法院在（2020）最高法民终204号民事判决书中指出“当事人之间并未对因诉讼产生的律师费由中投公司负担予以明确约定，且河南正光公司亦未就70万元律师费用的实际发生提供充分证据支持。故河南正光公司关于应由中投公司承担70万元律师费的上诉主张，不能成立”，在（2020）最高法民终1256号民事判决书中指出“案涉《融资租赁合同》虽然没有关于律师费承担的专门条款约定，但是《融资租赁合同》第五条第7款和《融资租赁合同》第十条第4款中均提及律师费，并且均约定由中民租赁公司承担，表明双方已在合同中就律师费的承担达成了合意，因此，在中民租赁公司未及时足额履行合同约定的给付义务，且九鼎租赁公司提供的证据能够证明其为实现债权已实际支出律师费118万元的情形下，一审判决该118万元律师费由中民租赁公司承担，并无不当”。

律师费请求的管辖，与其性质密切相关。通常而言，仲裁协议约定特定仲裁机构后，仲裁规则并入仲裁协议，并构成仲裁协议的一部分。在此情形下，基于仲裁规则的规定，仲裁庭当然有权处理律师费的问题。如果将律师费界定为违约损害的赔偿，如本案例法院所述，则需要通过对仲裁协议中“仲裁事项”范围的识别进行处理。本案例法院指出，“因此案涉仲裁协议约定的仲裁事项应包含对违约责任范围的认定。B在仲裁案件中主张的律师费、公证费系因对方违约而导致的损失，属于仲裁庭对违约责任范围的认定问题，故申请人的该项申请，依据不足，本院不予支持”。

为什么选择重庆仲裁

重庆仲裁委员会（英文缩写CQAC）于1996年9月由重庆市人民政府根据《中华人民共和国仲裁法》组建，系在中国重庆市唯一依法设立的处理平等主体的自然人、法人和非法人组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷的独立仲裁机构，目前为第五届委员会。在全国259家仲裁机构中，每年仲裁案件数量和标的一直位于前十位，是全国一流的仲裁机构。本会现聘671名既精通法律，又在建设工程、国际国内贸易、金融证券或海商海事等领域具有丰富专业知识和社会经验的专家、学者担任仲裁员，是一支极富社会影响力和良好职业操守的团队，能够为各种复杂经济纠纷提供仲裁服务。本会常设办事机构为重庆仲裁委员会办公室，地处重庆市两江新区CBD（中央商务区）中心位置，具备一流的办公设施和优雅的环境。仲裁庭均配有数字化多媒体设备，为庭审提供便捷条件。仲

裁专业办公自动化系统保证了仲裁服务的标准化水平。本会设有两个非常设机构：专家咨询委员会，主要为仲裁庭审理疑难复杂案件提供专业咨询意见；仲裁员职业道德监督委员会，主要负责对仲裁员在审理仲裁案件中遵守职业道德和执业纪律的情况进行监督。

重庆仲裁委员会自1996年组建以来，累计受理案件5万余件，累计受理案件争议标的额超900亿元，仲裁优势得到充分发挥，仲裁案件质量得到稳步提升。在“全国首届仲裁公信力评选”中，荣获“卓越贡献奖”“十大创新奖”等8项殊荣。在“全国第二届仲裁公信力评选”中，荣获“十佳仲裁机构”奖项。在司法部评选表彰全国公共法律服务工作集体活动中，荣获“全国公共法律服务先进集体”殊荣。

示范仲裁条款

如果您想通过仲裁解决纠纷，请别忘了在合同中签订有效的仲裁条款，重庆仲裁委员会热忱欢迎境内外社会各界人士选择重庆仲裁委员会解决争议，为此，特向您推荐几款重庆仲裁委员会示范条款：

（一）仲裁协议条款

1. 普通类：

凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均提请重庆仲裁委员会根据《重庆仲裁委员会仲裁规则》进行仲裁。

2. 国际商事类：

凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均提请中国重庆两江国际仲裁中心根据《中国重庆两江国际仲裁中心仲裁规则》进行仲裁。

3. 金融类：

凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均提请重庆仲裁委员会根据《重庆仲裁委员会金融仲裁规则》进行仲裁。

（二）约定送达条款

双方一致确认，甲方有效送达地址为_____，乙方的有效送达地址为_____；以上地址包括但不限于合同履行文书、仲裁文书、相关材料等的送达地址；向该地址特快专递方式邮寄前述文书的，邮件签收日期或邮件退回日期为送达日期。一方更换送达地址的需提前三日书面通知对方，否则视为未更换地址。

（三）事后仲裁条款

_____与_____因_____合同引起的_____纠纷，自愿提请重庆仲裁委员会根据《重庆仲裁委员会仲裁规则》进行仲裁，共同选择审理方式为_____（A开庭审理；B书面审理），适用程序为_____（A简易程序；B普通程序），仲裁庭组庭方式为_____（A共同选定仲裁员xxx；B共同委托重庆仲裁委员会指定仲裁员；C按照仲裁规则选定仲裁员）。

征稿启事

《重庆仲裁》由重庆仲裁委员会创办，旨在为民商事主体提供了解重庆仲裁工作的窗口，为法学界、仲裁界的专家、学者提供内部交流仲裁理论研究成果和实务经验的平台，为相关领域、部门提供了解本会及国内外仲裁动态的机会。在此，我们诚邀法学界、仲裁界及所有关注仲裁事业的人士踊跃投稿。现将有关事项说明如下：

一、稿件版块：与仲裁法、民商法、国际私法等领域相关的理论与实务研究、典型案例评析、仲裁工作感悟等。

二、稿件形式：

1. 理论与实务研究：2000字以上，建议来稿有100字以内的内容摘要和3—5个关键词，注释应当符合本刊注释体例；

2. 典型案例评析：2000字以上，建议所选案例具有新颖性或代表性；

3. 仲裁工作感悟：2000字以上，诗歌不受此限制。

三、稿件内容：应言之有物，材料翔实，论证充分，逻辑严谨，结构清晰，语言流畅，理论联系实际，具有较高的学术价值或应用价值。

四、稿件请注明作者姓名、单位、职称（或职务）、学位、研究方向、联系电话、通讯地址、邮政编码、E-mail等。

五、投稿即视为许可本会根据刊物需要对稿件作适当修改。

六、稿件一经采用，稿酬从优，并赠样刊一份。

七、来稿恕不退回，请自留底稿。

八、本刊反对抄袭，来稿文责自负。

➔ **来稿请寄：**重庆市渝北区星光大道96号土星B2幢402室，《重庆仲裁》编辑部

➔ **联系电话：**023-63059149

➔ **E-mail：**chongqingzhongcai@126.com