

中国仲裁裁决在美国法院的承认与执行（2000—2016）：问题与对策

杨育文*

摘要：以2000—2016年在美国申请承认与执行的18个中国仲裁裁决为样本，其中12个裁决在美国得到承认与执行，整体承认率为66.7%。中国涉外仲裁裁决质量总体尚可，但也存在仲裁协议效力认定不当、仲裁最初通知不适当、仲裁庭组成或程序不当问题。为提高中国仲裁裁决在美国的承认与执行率，仲裁庭和仲裁机构应注意如下三点：（1）仲裁庭应当尽可能查明与仲裁协议效力相关的事实；（2）仲裁机构应当根据正当程序理念进行仲裁最初通知，包括其形式及内容、存档与证明；（3）仲裁机构还应当注重仲裁规则的完善，包括有限的证据开示制度和仲裁最初通知所用语言规则。

关键词：仲裁裁决 仲裁协议 适当通知 举证责任 证据开示

自2014年《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出“完善仲裁制度，提高仲裁公信力”以来，国内仲裁机构越来越强调“仲裁公信力”。与公信力相似，仲裁公信力大体也可以分为可信度和专业度两个方面。在国际商事仲裁竞争日趋激烈、国内仲裁机构日趋国际化的当下，笔者试图以2000—2016年中国仲裁裁决在美国申请承认与执行的情况为例，^①考察中国国际商事仲裁的专业度，分析上述仲裁裁决存在的问题，并探讨如何进一步提升中国国际商事仲裁的专业度，提高中国仲裁裁决在美国的承认与执行率。

本文之所以讨论中国仲裁裁决在美国申请承认与执行情况，主要基于如下原因：（1）中国与美国之间对外贸易非常紧密，中国已成为美国第一大贸易伙伴，美国是中国第二大贸易伙伴；^②（2）美国与中国法律差异较大，在法律传统上，美国非常重视程序正义，其宪法包含正当程序条款，而中国传统上更重视实质正义；在法系上，中国与大陆法系传统相近，美国则是英美法系的代表之一。由于英美法系国家在法律传统、诉讼制度上的相似性，研究中国仲裁裁决在美国承认与执行中遇到的问题，还有助于中国仲裁裁决在其他英美法系国家的承认与执行。

* 华东政法大学国际法学院2015级博士研究生。

① 需要说明的是，本文中的“中国仲裁裁决”仅指中国内地的仲裁机构在中国内地作出的仲裁裁决；本文援引的美国法院判决中的“诉讼”及“被告”等，在仲裁程序中应当相应理解为“仲裁（程序）”和“被申请人”等。

② 钟声：《把握中美经贸关系需要从现实出发》，载《人民日报》2017年3月28日，第2版。

一 在美国申请承认与执行的中国仲裁裁决之统计及梳理

以 2000—2016 年为例, 笔者共检索到 18 个请求美国法院承认与执行中国仲裁裁决的案例。检索方法如下: (1) 在 WestlawNext 数据库的 Cases 子数据库输入关键词 “recognition and enforcement China arbitral awards”, 并逐案筛选出中国仲裁机构裁决在美国申请承认与执行的案件; 经上诉或再次起诉的案件, 仅统计最后一次诉讼; 统计时间段为 2000 年 1 月 1 日至 2016 年 12 月 31 日, 以美国联邦法院作出判决的时间为准; 申请人和被申请人均以当事人在中国仲裁程序中的地位列明, 共检索到 17 个案例。(2) 在 Kluwer Arbitration 数据库输入关键词 “recognition China arbitral”, 并以同样的方法进行检索, 共检索到 17 个案例, 合并 16 个相同案例后最终共检索到 18 个案例 (见表 1)。

表 1 中国仲裁裁决在美国申请承认与执行案例一览表

| 序号 | 审理机构 | 案件名称 | 裁判日期 | 仲裁机构 | 被申请人是否缺席 | 请求拒绝执行的主要理由 | 是否承认与执行 |
|----|--------------------------|---|------------|--------|--------------|--|--------------|
| 1 | 美国康涅狄格联邦地区法院 | Coutinho Caro And Co USA Inc v. Marcus Trading Inc. | 2000/3/14 | CIETAC | 否 | 显然漠视合同准据法; 第 5 条 1 款第 3 项; 第 5 条第 2 款第 2 项 | 是 |
| 2 | 美国加利福尼亚北区联邦地区法院 | Dandong Shuguang Axel Corp Ltd v. Brilliance Machinery Co. | 2001/6/1 | CIETAC | 否 | 第 5 条 1 款第 3 项; 第 5 条 2 款第 2 项: 虚假陈述 | 是 |
| 3 | 美国得克萨斯西区联邦地区法院 (圣安东尼奥分院) | Beijing Sansheng Development Corp v. Advertisement Technology Corp. | 2003/3/27 | CIETAC | 无相关信息 | 申请人无权参与诉讼 | 是 |
| 4 | 美国联邦第三巡回上诉法院 | China Minmetals Materials Imp. & Exp. Co., Ltd. v. Chi Mei Corp | 2003/6/26 | CIETAC | 否。持续否认仲裁庭管辖权 | 未达成仲裁协议: 伪造 | 否。撤销原判, 发回重审 |
| 5 | 美国联邦第九巡回上诉法院 | China National Metal Products Import/Export Company v. Apex Digital Inc | 2004/8/16 | CIETAC | 否 | 第 5 条 1 款第 4 项 | 是 |
| 6 | 美国特拉华联邦地区法院 | China Three Gorges Project Corp. v. Rotec Industries, Inc. | 2005/8/2 | CIETAC | 否 | 第 4 条 1 款第 2 项; 抵销请求 | 是 |
| 7 | 美国纽约东区联邦地区法院 | Jiangsu Changlong Chemicals, Co., Inc. v. Burlington Bio-Medical And Scientific Corp. | 2005/11/22 | CIETAC | 否 | 第 5 条 1 款第 2 项; 未能陈述意见 | 是 |

续表

| 序号 | 审理机构 | 案件名称 | 裁判日期 | 仲裁机构 | 被申请人是否缺席 | 请求拒绝执行的主要理由 | 是否承认与执行 |
|----|------------------------|--|-----------|--------|----------|--|---------|
| 8 | 美国堪萨斯联邦地区法院 | Guang Dong Light Headgear Factory Co Ltd v. ACI Intern Inc. | 2007/9/28 | CIETAC | 是 | 未达成仲裁协议：无仲裁合意；第5条1款第2项；抵销请求 | 是。但曾被拒绝 |
| 9 | 美国联邦第九巡回上诉法院 | Dalian Shanhai Seafood Co Ltd v. Hong Chang Corp. | 2009/4/30 | CIETAC | 无相关信息 | 仲裁员曾认为缺少管辖权，导致第二次裁决无效 | 是 |
| 10 | 美国俄勒冈联邦地区法院 | Qingdao Free Trade Zone Genius Intl Trading Co Ltd v. P and S Intern Inc. | 2009/9/16 | QDAC | 是 | 第5条1款第2项 | 否 |
| 11 | 美国新泽西联邦地区法院 | Shanghai Contake Chemicals Ltd v. Gren Automotive Inc. | 2009/12/1 | CIETAC | 否 | 未达成仲裁协议：伪造 | 是 |
| 12 | 美国佛罗里达北区联邦地区法院（彭萨科拉分院） | Pactrans Air & Sea, Inc. v. China National Chartering Corp. | 2010/3/29 | CMAC | 否 | 第5条1款第4项 第5条1款第5项 | 是 |
| 13 | 美国新泽西联邦地区法院 | Quanqing (Changshu) Cloth-Making Co. Ltd. v. Pilgrim Worldwide Trading, Inc. | 2010/6/29 | CIETAC | 是 | 未达成仲裁协议：未签字（第2条） | 否 |
| 14 | 美国伊利诺伊北区联邦地区法院（东部分院） | China National Chartering Corp. v. Pactrans Air & Sea, Inc. | 2012/12/6 | CMAC | 否 | 第5条1款第1项 第5条1款第2项 第5条1款第4项 第5条2款第2项 | 是 |
| 15 | 美国联邦第九巡回上诉法院 | Xuchu Dai v. Eastern Tools & Equipment, Inc. | 2014/4/29 | CIETAC | 否 | 第5条1款第1项 第5条2款第1项 第5条2款第2项 | 否 |
| 16 | 美国得克萨斯南区联邦地区法院（休斯敦分院） | Exceed Intern. Ltd. v. DSL Corp. | 2014/4/30 | CIETAC | 是 | 未达成仲裁协议：无仲裁合意（第5条第2款） | 否 |
| 17 | 美国宾夕法尼亚西区联邦地区法院 | Calbex Mineral Ltd. v. ACC Resources Co., L.P. | 2015/3/13 | CIETAC | 否 | 第5条1款第2项 第5条1款第3项 第5条1款第4项 | 是 |
| 18 | 美国联邦第十巡回上诉法院 | CEEG (Shanghai) Solar Science And Technology Co Ltd v. LUMOS LLC | 2016/7/19 | CIETAC | 是 | 第5条1款第2项 第5条1款第4项 | 否 |

注：1. 请求拒绝执行的主要理由中列明条款的均指1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》（下称《纽约公约》）相应条款；未列明条款的，均指《纽约公约》以外的抗辩理由。

2. CIETAC指中国国际经济贸易仲裁委员会，CMAC指中国海事仲裁委员会，QDAC指青岛仲裁委员会。

从上述案例中可以得出下列初步认识：

(1) 从整体承认率来看，18 例案件中，共被承认 12 例，总体承认率为 66.7%，其中第一次申请即被承认 11 例，初次承认率为 61.1%。

(2) 从缺席裁决来看，被申请人缺席庭审的 5 例案件中，4 例被拒绝承认与执行（80%）；仅 1 例被承认与执行（20%），但也是经补充证据后才得以承认与执行，初次承认率为 0。

(3) 从被申请人成功抗辩的理由来看，在法院拒绝承认与执行的 6 例案件中，抗辩理由有未达成仲裁协议（包括伪造仲裁协议、第 5 条第 2 款和第 2 条）（3 次），第 5 条第 1 款第 2 项（未进行适当通知，2 次），第 5 条第 1 款第 1 项（仲裁协议无效，1 次），第 5 条第 1 款第 4 项（仲裁庭组成或仲裁程序不适当，1 次）。本文将与仲裁协议效力认定相关的抗辩事由均归入第 5 条第 1 款第 1 项，因此，仲裁协议效力认定不当（4 次，成功率为 66.7%），未进行适当通知（即本文第二章所称“仲裁最初通知”，2 次，成功率为 33.3%）和仲裁庭组成或仲裁程序不适当（1 次，成功率为 16.7%）是主要的抗辩事由，尤其是前两者。

(4) 从申请人在美国适用的程序来看，仅 7 例适用简易判决（summary judgment，或称即决判决），另有 1 例适用对诉辩状作出的判决（judgment on the pleadings）。与中国法院承认与执行外国仲裁裁决统一适用裁定且不能上诉不同，^① 美国法院确认（confirm，即承认与执行）外国仲裁裁决，适用《联邦民事诉讼规则》，可大致分为一般判决和简易判决，其“判决”均可以上诉；其中简易判决，是指提出动议一方证明主要事实不存在真正的争议，且提出动议一方有权获得法律判决（judgment as a matter of law）。^② 对诉辩状作出的判决与简易判决极为相似，区别是简易判决须在法院审理之后作出，对诉辩状作出的判决则在当事人的请求均已提交后，法院审理前作出。^③ 在前述 8 件案例中，6 例提出动议一方为申请人，1 例提出动议一方为被申请人，1 例提出动议一方为申请人和被申请人；在仅一方提出动议时，该方胜诉率（即确认仲裁裁决，包括在上诉中确认仲裁裁决）为 100%。需要注意的是，在案例 8 中，申请人多次提出简易判决动议，但曾被否决，可见简易判决和对诉辩状作出的判决适用条件较高，应当谨慎使用，确认符合适用条件后方能提出动议。

(5) 从审级来看，联邦地区法院审理 13 例，共承认 10 例，承认率为 76.9%；上诉法院审理 5 例，仅承认 2 例，承认率为 40%。与审查联邦地区法院其他判决相同，在审查联邦地区法院确认外国仲裁裁决的判决时，联邦上诉法院重新审查法律问题和明显错误的事实认定，^④ 而非全部的事实认定。明显的错误是指“（联邦）地区法院的认定在（法庭）记录中没有事实支持，或者在审查所有的证据后我们明确且坚定地确信（联邦）地区法院存在错误”。^⑤ 上诉程序中确认仲裁裁决的比率不高，说明应当尽可能在初审程序中解决确认仲裁裁决问题。

① 《中华人民共和国民事诉讼法》（2017 年修正）（下称《民事诉讼法》）第 283 条没有具体规定承认与执行外国仲裁裁决的程序；根据该法第 259 条，可以参照适用该法第 274 条，即适用“裁定”，而根据该法第 154 条，执行或不予执行仲裁裁决不属于明确规定为可以上诉的裁定；《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》（法释〔2015〕5 号）第 548 条第 3 款则规定此种裁定“一经送达即发生法律效力”。

② See Federal Rules of Civil Procedure for the United States District Courts, Art. 56 (a).

③ See Federal Rules of Civil Procedure for the United States District Courts, Art. 12 (c).

④ *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U. S. 938, 947-948 (1995).

⑤ *Middleton v. Stephenson*, 749 F. 3d 1197, 1201 (10th Cir. 2014).

二 美国法院认为中国仲裁裁决存在的主要问题

如前所述,在美国申请承认与执行的中国仲裁裁决,可能存在的主要问题有仲裁协议效力认定不当、仲裁最初通知不适当和仲裁庭组成或仲裁程序不当,具体分析如下:

(一) 仲裁协议效力认定不当(《纽约公约》第5条第1款第1项)

一般认为,《纽约公约》第5条第1款第1项把该公约第2条中的原则扩展至承认与执行阶段,只要当事人的仲裁合意无效,法院就可以拒绝承认与执行该项裁决。^①但是,该公约中有关仲裁协议效力措辞的不同,使得不同的法院有着不同的理解:该公约第2条第3款中法院不能强制要求提交仲裁的情形包括仲裁协议无效(null and void)、失效(inoperative)或不能履行(incapable of being performed),但该公约第5条第1款第1项中法院可以拒绝承认与执行的情形仅包括仲裁协议无效(not valid)。在美国联邦第二、第三巡回上诉法院看来,广义的仲裁协议无效(invalidity of arbitration agreement)可以区分为未达成仲裁协议(non-existence of arbitration agreement)和狭义的仲裁协议无效(the arbitration agreement is void),^②前者主要指双方未达成仲裁合意,而后者指双方达成仲裁合意,但仲裁协议因某种原因无效。

1. 仲裁协议效力认定不当的类型

仲裁协议效力认定存在的问题,主要表现为:

(1) 未达成仲裁协议

未达成仲裁协议主要有以下两种表现形式:

第一,仲裁协议系一方当事人伪造。在案例4中,申请人(买方)与被申请人(卖方)达成协议,但双方对协议性质存在争议,其中申请人称为电解镍阴极购买合同,而被申请人则称为货币互换交易。被申请人在仲裁程序中持续否定仲裁庭管辖权,并提交证据证明合同(包括仲裁条款)是伪造的,但仲裁庭认定仲裁协议有效。联邦地区法院判决确认该仲裁裁决。由于被申请人提交证据证明包括仲裁条款在内的合同系伪造,而申请人提交了货物销售合同及其他单据证明存在有效的合同,存在明显的事实争议,故联邦第三巡回上诉法院把案件发回联邦地区法院重审。申请人后来再未提起确认仲裁裁决申请。

第二,仲裁协议在形式上存在瑕疵。在案例16中,钢管与套管的制造商(案外人)与被申请人(买方)签订多份销售合同(用英语做成,不包括仲裁条款),同时由其销售商(申请人)与被申请人就上述销售合同签订了多份补充合同(中英文对照,包括仲裁协议),并由被申请人直接付款给申请人。补充合同中仲裁条款约定适用CIETAC仲裁规则,但未约定准据法。在签订补充合同时,对于申请人的要约,被申请人代表划去英文仲裁条款,但未划去中文仲裁条款,而案外人和申请人对此均未提出反对意见。申请人据此申请仲裁,仲裁庭确定了庭审时间,但被申

^① UNCITRAL, *UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award* (New York, 1958) (2016 Edition), p. 134.

^② *Coutinho Caro & Co. U. S. A., Inc. v. Marcus Trading, Inc.*, Civ. Action No. 3: 95CV2362 AWT, 3: 96CV2218 AWT, 3: 96CV2219 AWT, 2000 WL 435566 at 10 (D. Conn. March 14, 2000).

请人缺席。最终，仲裁庭作出了有利于申请人的裁决，似乎并未注意到仲裁协议中英文不一致可能导致仲裁协议有效性存疑。联邦地区法院根据原合同中仅使用英语和不存在仲裁协议，双方就补充合同谈判时仅使用英语，申请人在谈判中从未涉及仲裁条款，以及被申请人代表不懂中文且与中国没有任何联系为由，结合该法院所在州的合同法以及被申请人代表划去英文仲裁条款这一情形，认定双方未达成仲裁合意。

关于未达成仲裁协议能否根据《纽约公约》拒绝执行的问题，联邦第三巡回上诉法院认为，该公约第5条未明确提及有效的书面仲裁协议，但这并不排除以自始不存在有效的仲裁协议作为拒绝执行的理由；^① 根据禁止反言原则及判例，如果当事人并未达成有效的仲裁协议，至少在反对执行裁决一方反对仲裁且不构成弃权时，联邦地区法院应当拒绝执行《纽约公约》项下的裁决，但未指明适用该公约哪一项。^② 此一观点似乎已成为《纽约公约》之外的独立的拒绝承认与执行的理由，与《纽约公约》存在冲突之嫌；但部分本巡回区（如案例11）和其他巡回区（如案例8、16）的联邦地区法院已接受该观点；稍有不同的是，案例16中联邦地区法院以《纽约公约》第5条第2款作为拒绝承认与执行的理由，但未具体指明适用哪一项。

（2）仲裁协议无效。在案例15中，申请人（出口商）与第一被申请人（进口商）因产品质量发生争议，后第一被申请人申请破产，申请人为从第一被申请人处取回货款，双方先后“签订”了三份协议，其中第二被申请人（第一被申请人的法定代表人）为第一被申请人提供连带保证。第二被申请人认为其系在被警方拘留并称“只有在协议上签字后才能释放”的情形下签订协议，协议中的仲裁条款规定“履行中的所有争议均应提交至CIETAC（上海）进行仲裁”，此种因胁迫而订立的仲裁协议无效；且其在仲裁中即以其被胁迫为由否认仲裁庭的管辖权。仲裁庭最终适用中国法认定仲裁协议有效并作出有利于申请人的裁决。

联邦地区法院综合各种证据认定胁迫成立，并以第5条第2款第2项（公共政策）为由裁定不予承认与执行。^③ “如果被告人的正当程序权利被侵犯，比如，被告受到强迫或协议的任何部分系因胁迫而订立，执行裁决将侵犯本国最基本的道德和正义观念”，“因胁迫而订立的合同违反本国公共政策，因此，一旦确认存在胁迫，属于《纽约公约》第5条第2款第2项规定的拒绝执行裁决的原因之一”。

2. 仲裁协议效力认定不当的原因

（1）事实认定不足

第一，证据调取不足。在案例15中，争议焦点是仲裁协议签订时是否存在胁迫，此一事实涉及仲裁协议是否成立及效力问题。尽管申请人认为有关胁迫的声明属于传闻证据，不具有可信性，^④ 但联邦地区法院认定胁迫成立，理由是：申请人可在第二被申请人宣誓作证时对其交叉询问，从而测试其可信性；申请人可以提交涉案警员等的证词以及其他相关证据予以反驳，但申请

① *China Minmetals Materials Import and Export Co Ltd v Chi Mei Corp.*, 334 F.3d 274, 278 (3rd Cir. 2003).

② *China Minmetals Materials Import and Export Co Ltd v Chi Mei Corp.*, 334 F.3d 274, 286 (3rd Cir. 2003).

③ 美国部分联邦地区法院认定，如果被告（在仲裁程序中为被申请人）曾经受到强迫，或者因胁迫而达成的协议，属于公共政策的适用范围；伪造或通过欺诈手段订立仲裁协议也可能涉及公共政策，但应与伪造或通过欺诈手段订立合同区分开来。在中国司法实践中，即使存在胁迫也只能适用《纽约公约》第5条第1款第1项认定仲裁协议的效力。此一差异并不影响裁决的承认与执行，故不具体分析。

④ *Changzhou AMEC Eastern Tools and Equipment Co Ltd v Eastern Tools And Equipment, Inc.*, 2012 WL 3106620, at 4 (C. D. Cal. July 30, 2012).

人并未对第二被申请人陈述的事实提出相反证据。^① 笔者推测,在仲裁庭审中申请人显然未提出涉案警员的证词等证据。

第二,仲裁庭对与争议相关的其他交易询问与审查不足,尤其是被申请人缺席时。在裁决执行程序中,被申请人常常主张争议事项系当事人之间的其他交易,且该其他交易的文件中往往不包括仲裁协议,进而主张双方未达成仲裁协议、应当拒绝承认与执行系争仲裁裁决,如案例2、8。以案例8为例,被申请人(进口商)通常经由案外人(中间商)与申请人(生产商)进行交易,申请人制作销售合同后交由案外人与被申请人签订合同;后来,申请人与被申请人在销售合同中分别把申请人和被申请人列为卖方和买方,其中包括仲裁协议;再后来,申请人与被申请人签订合资协议,但其中不包括仲裁协议。此后,申请人以前述销售合同为依据提起仲裁,被申请人缺席,最终仲裁庭裁决支持申请人的请求。在确认仲裁裁决诉讼中,被申请人以上述销售合同仅仅是对其与案外人之间的合同的书面确认为由进行抗辩,此一抗辩似乎超出了申请人的预期(仲裁中被申请人缺席),加上仲裁相关文件证明不足,导致申请人简易判决动议被否决。在第二次确认仲裁裁决诉讼中,经过证据开示程序后,联邦地区法院发现申请人有误导嫌疑,即尽管销售合同中把申请人和被申请人列为交易双方,但销售合同依然由案外人转交,^② 联邦地区法院最终根据《联合国国际货物销售合同公约》(下称CISG),并根据“合同签字方应当受合同约束,不管其是否阅读或理解”的判例,^③ 以及被申请人承认其欠申请人而非案外人货款为由,确认申请人与被申请人之间具有合同关系(包括仲裁协议),最终确认该项裁决。

(2) 相关规则的适用存在不足

在案例4中,仲裁庭根据以下理由认定仲裁协议有效:其一,被申请人就仲裁条款系伪造提交的证据,未达到证明标准;其二,即使合同是伪造的,被申请人向纽约的银行提交单证并支取信用证项下款项在内的行为构成对合同有效性的确认。^④ 在申请人向联邦地区法院申请确认仲裁裁决时,被申请人提交相应的证据,而申请人未提交相应证据,联邦地区法院仅就各项动议进行了口头辩论,但未举行证据听证会,判决确认该裁决;但在上诉程序中该案被发回重审。

关于仲裁庭理由一,联邦第三巡回上诉法院以该案存在明显的事实争议发回重审,阿利托(Alito)法官在附和意见书中指出,根据《纽约公约》第4条第1款第2项,申请人应当证明仲裁协议事实上符合第2条第2款(书面协议),即证明被申请人签署了仲裁协议,^⑤ 可见,该观点认为申请人应当就仲裁协议有效承担举证责任。此一观点值得推敲,因为根据该公约第5条第1款第1项,申请人只需要提供仲裁协议符合第2条中形式要求的表面证据,且申请人无须证明仲裁协议的有效性,而应当由被申请人证明仲裁协议无效。^⑥

但是,如果仲裁庭理由一是以被申请人未达到证明标准来认定申请人达到证明标准,那么仲裁庭此项理由并不妥当:

① *Changzhou AMEC Eastern Tools and Equipment Co Ltd v Eastern Tools And Equipment, Inc.*, 2012 WL 3106620, at 16 (C. D. Cal. July 30, 2012).

② *Guang Dong Light Headgear Factory Co Ltd v ACI Intern Inc.*, 521 F. Supp. 2d 1153, 1168 (D. Kan. Sept. 28, 2007).

③ *Marble Ceramic Ctr., Inc. v. Ceramica Nuova d'Agostino, S.p.A.*, 144 F.3d 1384, 1387 n.9 (11th Cir. 1998).

④ *China Minmetals Materials Import and Export Co Ltd v Chi Mei Corp.*, 334 F.3d 274, 278 (3rd Cir. 2003).

⑤ *China Minmetals Materials Import and Export Co Ltd v Chi Mei Corp.*, 334 F.3d 274, 293 (3rd Cir. 2003).

⑥ UNCITRAL, *UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (New York, 1958) (2016 Edition), pp. 114 - 116.

第一，仲裁庭此项理由在逻辑上不周全。被申请人未达到证明标准，不等于申请人达到证明标准，因为存在双方均未达到证明标准的可能，即事实“真伪不明”情形。^①

第二，仲裁庭在程序上忽略了审查负有举证责任的“申请人”是否达到证明标准。英美法系证据法权威彼得·墨菲（Peter Murphy）认为，即使对方当事人不提供证据，对于承担举证证明责任（the burden of persuasion, the legal burden of proof）的当事人，法官仍有“义务”审查该当事人的全部理由是否达到证明标准。^②在案例4中，由于CIETAC仲裁规则规定“当事人应当对其申请、答辩和反请求所依据的事实提出证据”，^③而申请仲裁以有效的仲裁协议为前提，因此，应当由申请人就仲裁协议的有效性承担举证责任（包括举证证明责任）。尽管被申请人的协议系伪造的抗辩已经超越了单纯的否认的范围，被申请人理当为其抗辩承担举证证明责任，但是即使仲裁庭认定“被申请人”就仲裁协议系伪造的未完成其举证证明责任，仲裁庭还是应当审查“申请人”是否就仲裁协议有效性完成其举证责任，且申请人的举证应达到仲裁通常的证明标准，即盖然性权衡（balance of probabilities）或优势证据（more likely than not）证明标准，^④但声称不当行为特别是严重的不当行为，如犯罪行为、欺诈、腐败及类似行为（如伪造），需要比一般事实提交更有说服力的证据。^⑤

第三，仲裁庭错误适用了证据规则，即应当根据“申请人”提供的证据认定申请人是否达到证明标准，而不是比较申请人和被申请人的证据哪一个达到证明标准。彼得·墨菲认为，盖然性权衡或优势证据标准，即足够显示“负有举证证明责任”的当事人的理由更可能是真实的，而不是要求比对方当事人提供的事实可能性更大。^⑥

需要说明的是，尽管仲裁庭在国际商事仲裁中无义务遵守证据规则，特别是国内民事诉讼证据规则，国际商事仲裁中也没有广为接受的证据规则，但是由于撤销仲裁裁决程序和不予承认与执行仲裁裁决程序的限制，特别是上述程序中法院可以对某些事项进行审查，比如仲裁协议的有效性，此时仲裁庭应当给予民事诉讼中各国广为认可的证据规则以适当的尊重。此外，伦敦国际仲裁院（下称LCIA）2014年仲裁规则第22.1条第6项明确规定了适用严格的证据规则的可能性。

关于仲裁庭理由二，笔者认为由于开证行中国银行在开证时通常适用国际商会（下称ICC）《跟单信用证统一规则》（下称UCP），^⑦即适用信用证独立于合同的原则（信用证的独立性），即使信用证中某些条款与合同中某些条款一致，也仅在该一致范围内构成对合同的确认，仲裁庭以信用证构成对合同的确认的结论的可靠性存疑。根据被申请人上诉状可知，被申请人提交银行开立信用证的资料中并未包括或提及仲裁条款，^⑧如果被申请人上诉状所载内容属实，仲裁庭的上述结论必然存在相当大的疑问。

① 在案例4中，尽管经过联邦地区法院和联邦巡回上诉法院审理，依然未查明事实。

② Richard Glover and Peter Murphy, *Murphy on Evidence* (Oxford: Oxford University Press, 13th ed., 2013), p. 75.

③ CIETAC仲裁规则1995年版与1998年版第38条第1款相同。CIETAC证据规则与UNCITRAL证据规则极为相似，均为“谁主张，谁举证”。在当前的语境下，“提供证据”的责任应当理解为不包括举证证明责任。

④ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2nd ed., 2014), Vol. II, p. 2314.

⑤ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Vol. II, p. 2315.

⑥ Richard Glover and Peter Murphy, *Murphy on Evidence*, p. 104.

⑦ 1997年时，应当适用国际商会第500号出版物，即UCP500。

⑧ *China Minmetals Materials Import and Export Co Ltd v Chi Mei Corp.*, 2002 WL 32941922 (C. A. 3) (Appellate Brief).

（二）仲裁最初通知不适当（《纽约公约》第5条第1款第2项）

仲裁中的通知很多，主要包括仲裁通知、指定仲裁员的通知、组建仲裁庭的通知、开庭通知、证据“关门”的通知、送达仲裁裁决书的通知。^① 本文所指的“仲裁最初通知”，即《纽约公约》第5条第1款第2项所指的通知，包括仲裁程序通知（CIETAC和CMAC仲裁规则中均称为“仲裁通知”）和指定仲裁员的通知；其中仲裁程序通知是指仲裁应通知给所有的被申请人，以便其意识到（存在）仲裁程序。^② 仲裁最初通知存在的主要问题是使用的语言不当。

在案例18中，申请人（卖方）与被申请人（买方）先达成双重品牌协议（Co-Branding Agreement），其中约定“每个订单的具体问题将规定在后续的购买合同中”；并规定“本协议项下所有达成的协议、发出的通知、提起司法程序、相关的争议解决和仲裁，均应以英语拟订”。双方后来达成太阳能产品销售合同，销售合同中约定了仲裁条款，仲裁机构为CIETAC，准据法为CISG。后因产品质量问题，被申请人拒付剩余款项；在多次协商不成后，申请人提起仲裁。虽然此前双方只使用英文进行联系，但仲裁机构给被申请人送达的仲裁程序通知中仅使用中文（但包括英文的公司名称和阿拉伯数字），且无英文译本。

双方争议焦点之一，即双重品牌协议与销售合同之间是否属于主从合同关系，此一认定直接影响着仲裁最初通知所使用的语言问题。仲裁庭与联邦地区法院的认定完全相反：^③ 仲裁庭认为双重品牌协议与销售合同之间在数量、交货和合同标的价款的支付等如此重要的条款上并不一致，因此不能认定销售合同是双重品牌协议之下的某一批货物的合同，^④ 仲裁庭最终根据销售合同中的仲裁条款行使管辖权；联邦地区法院则认定被申请人代表的证言可信，认定销售合同属于双重品牌协议的从合同，从而仲裁最初通知应当以英语进行。在上诉判决中，联邦第十巡回上诉法院指出，在双方之前所有的通讯均采用英语，且销售合同强调使用英语的情形下（即规定“作准语言：英语”），申请人使用一种被申请人行行政职员不能理解的语言进行通知，不能合理地认定为构成仲裁程序通知。

案例10与案例18类似，被申请人收到仲裁机构的通知，其中仲裁规则和仲裁员名单使用英文，其余两份文件使用中文（但包括被申请人的英文公司名称和阿拉伯数字），未包括双方之间的合同，且所有的文件中均未包括申请人的英文名称。被申请人缺席庭审，最终仲裁庭作出缺席裁决，但该裁决被拒绝承认与执行，理由是未能满足适当通知的要求，其中“适当通知”是指能推定被申请人真的知道申请人已对其提起仲裁程序，该程序将在某一时间在某一地点进行。^⑤ 关于仲裁最初通知应使用的语言，尽管仲裁规则中规定仲裁机构工作语言为中文，但合同中未约定通知应当使用何种语言，联邦地区法院根据判例认定，仲裁最初通知应当以被告（在仲裁程序中即被申请人）被送达地所在司法辖区的语言（即英语）进行，但为有效送达目的，不要求

① 齐湘泉：《论国际商事仲裁中的适当通知》，载《仲裁研究》2010年第1期，第62—63页。

② UNCITRAL, *UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award* (New York, 1958) (2016 Edition), p. 160.

③ *CEEG (Shanghai) Solar Science And Technology Co Ltd v Lumos LLC.*, 2015 WL 3457853, at 5 (D. Colo. May 29, 2015).

④ *CEEG (Shanghai) Solar Science And Technology Co Ltd v Lumos LLC.*, 829 F.3d 1201, 1205 (10th Cir. 2016).

⑤ *Qingdao Free Trade Zone Genius Intl Trading Co Ltd v P and S Intern Inc.*, Civil action No. 08 - 1292 - HU, 2009 WL 2997184 at 4 (D. Ore. Sept. 16, 2009).

以外语做成的文件翻译为英语。^① 尽管此类判例很少，作出判决的法院级别也很低（州上诉法院），以司法辖区来决定仲裁最初通知所用语言的推理过程和结论均较为牵强，但其中部分观点可供参考。

（三）仲裁庭组成或仲裁程序不当（《纽约公约》第5条第1款第4项）

仲裁庭组成或仲裁程序不当，包括两种情形：

第一，仲裁庭组成不当。不适当的仲裁最初通知还可能涉及仲裁庭组成不当的问题。在案例18中，在被申请人收到仲裁最初通知后第33天，被申请人向申请人发出和解建议的邮件，从申请人律师对此邮件的回复中被申请人才得知仲裁程序已经开始。尽管仲裁机构根据被申请人的申请延长了第一次庭审时间，但根据CIETAC仲裁规则，选定仲裁员应当在“被申请人收到仲裁通知后15天内”进行，被申请人由于需要翻译收到的相关文件及寻找代理律师因而未能实际参与选择仲裁员，最终联邦地区法院认定，申请人不适当的通知剥夺了被申请人实质性地（meaningfully）参与选择仲裁庭成员的机会；^② 且不能认定被申请人已实际知道仲裁程序已在中国开始，最终根据《纽约公约》第5条第1款第2项和第5条第1款第4项，拒绝承认与执行该裁决。在上诉程序中，联邦第十巡回上诉法院指出，仲裁机构指定的仲裁员的中立性并不能证明程序无瑕疵，剥夺被申请人参与任命仲裁员的权利构成实质性歧视。^③

第二，仲裁程序不当。在仲裁最初通知之外，仲裁程序中的通知可能存在与仲裁规则不符的情形。在案例17中，申请人与被申请人之间达成2份合同，即“2009年合同”和“2010年合同”，由于2009年合同发生争议，2010年合同的付款条件为合同购货款剩余的30%在2009年合同争议解决后支付；两份合同的仲裁条款均约定由CIETAC依据其仲裁规则进行仲裁。申请人根据2010年合同的仲裁协议向CIETAC（北京）提出仲裁请求（“北京仲裁”）；后来被申请人根据2009年合同向CIETAC（上海）提出仲裁请求（“上海仲裁”）。CIETAC（上海）于2012年10月25日左右作出了有利于申请人的裁决（“上海裁决”）；CIETAC（北京）于2012年11月19日作出裁决（“北京裁决”），认为“经过调查”，2009年合同的“争议已解决”，故被申请人应支付2010年合同剩余的30%的货款。被申请人的主要抗辩理由是北京仲裁程序中于2012年10月30日提交的一份证据，即上海裁决，未通知被申请人。联邦地区法院认定北京仲裁程序违反了仲裁规则，也违反了仲裁协议，^④ 但是，仅在仲裁员拒绝听取相关的和实质性的证据构成对当事人仲裁程序权利的歧视时，联邦法院才可以撤销（vacate）仲裁裁决，^⑤ 其中的仲裁程序权利似乎指“公平聆讯权”（fair hearing）。^⑥ 该法院最终以被申请人未能证明其因此被仲裁庭歧视，最

① *Julen v. Larson*, 25 Cal. App. 3d 325, 328 (1972).

② *CEEG (Shanghai) Solar Science And Technology Co Ltd v Lumos LLC.*, Civ. Action No. 14 - cv - 03118 - WYD - MEH, 2015 WL 3457853 at 4 (D. Colo. May 29, 2015).

③ *CEEG (Shanghai) Solar Science And Technology Co Ltd v LUMOS LLC.*, 829 F. 3d 1201, 1207 - 1208 (10th Cir. 2016).

④ *Calbex Mineral Ltd. v. ACC Resources Co.*, L. P., 90 F. Supp. 3d 442, 465 (W. D. Pa. 2015).

⑤ *Hoteles Condado Beach, La Concha and Convention Ctr. v. Union De Tronquistas Local 901*, 763 F. 2d 34, 40 (1st Cir. 1985).
Karaha Bodas Co., L. L. C. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara, 364 F. 3d 274, 300 - 304 (5th Cir. 2004).

⑥ *Slaney v. Intl. Amateur Athletic Fed'n*, 244 F. 3d 580, 592 (7th Cir. 2001).

终确认仲裁裁决,^①但是,违反仲裁程序的行为,终究可能对裁决的承认与执行带来极大的负面影响,应当尽可能避免。

除了上述事项外,仲裁裁决能否在美国得到承认与执行还受到以下因素的影响:(1)当事人自身的努力。比如,申请人在裁决承认与执行诉讼中聘请的律师的业务水平、诉讼策略等。以案例14为例,被申请人向上海市第二中级人民法院请求撤销该裁决但并未得到法院支持,但申请人提供的法院上述裁定由于认证方面的原因最终未被采纳为证据。(2)其他因素。比如,法官对外国仲裁员可能存在的不信任,特别是对发展中国家的仲裁员的不信任,法官可能倾向于保护本国居民等。

三 在美国申请承认与执行中国仲裁裁决的对策 ——仲裁庭和仲裁机构的注意事项

根据《民事诉讼法》第280条第2款可以推定,无论仲裁裁决能否在外国承认与执行,其后果均完全由当事人承担。仲裁裁决能否在外国承认与执行,不可避免受到仲裁裁决本身的质量的影响。为避免中国仲裁裁决在美国承认与执行可能遇到的问题,笔者建议:

(一) 仲裁庭应当尽可能查明与仲裁协议效力相关的事实

布兰登勋爵(Lord Brandon)在雷萨航运股份公司诉埃德蒙兹案中宣称,“没有法官喜欢根据举证责任判决,如果他能合法地避免这么做;但是,某些案件由于不令人满意的证据状态或者别的原因,根据证据规则判决是他唯一可以采取的适当方法”。^②在法国和比利时,如果法院认为当事人提供的证据并不充分,法院不应当仅仅满足于当事人提供的证据;法院不仅有权利与责任命令采取所有的方式来进行必不可少的调查。^③国内也有学者认为,“只有案件事实的证明在穷尽一切手段仍不能达到诉讼证明标准时才落入所谓的真伪不明区域,才能将证明责任(即举证证明责任——笔者注)规则作为最后的裁判手段”。^④仲裁庭也应当慎用举证证明责任,而尽可能地查明事实。事实上,2017年《ICC仲裁规则》第25条第1款已明确规定仲裁庭“以一切合适的方式”查明案件事实的职责。

此外,仲裁庭在仲裁协议的效力认定上适用举证证明责任,法律风险很大,因为仲裁庭有关自裁管辖权的决定(不包括作为先决问题的决定)在撤销程序和承认与执行程序均属于司法审查的范围,^⑤且在司法审查中几乎不受弃权或禁止反言原则的限制,即使适用禁止反言原则,也只要持续否定仲裁庭的管辖权即可排除该原则的适用。换言之,即使被申请人在仲裁程序中持续否定仲裁庭管辖权但未能积极举证,也不影响其在撤销程序和承认与执行程序中主张不存在仲

① *Calbex Mineral Ltd. v. ACC Resources Co.*, L. P., 90 F. Supp. 3d 442, 465-466 (W. D. Pa. 2015).

② Richard Glover and Peter Murphy, *Murphy on Evidence*, p. 79.

③ Bernard Hanotiau, “Satisfying the Burden of Proof: The Viewpoint of a ‘Civil Law’ Lawyer”, (1994) 10 (3) *Arbitration International* 341, p. 344.

④ 胡学军:《我国民事证明责任分配理论重述》,载《法学》2016年第5期,第41页。

⑤ UNCITRAL, *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 With amendments as adopted in 2006* (Vienna 2008), p. 30.

裁协议。

因此，仲裁庭应当重视对有关仲裁协议效力的主要事实的调查，包括：（1）涉及仲裁协议是否成立（生效）的事实，如当事人之间存在其他交易（如合同交易与合资协议）或交易方式曾经发生重大变化（如从分别与中间商签订合同转为直接签订合同），当事人（包括第三人等）涉嫌刑事犯罪的事实等。（2）在庭审中被申请人缺席时，更应当重视对上述事实的调查，告知申请人如实说明，以及不如实说明可能存在的不利后果，甚至可以把上述说明写进裁决书。

（二）仲裁机构应根据正当程序的理念进行仲裁最初通知

仲裁最初通知的依据是正当程序（Due Process），正如联邦第二巡回上诉法院指出，《纽约公约》第5条第1款第2项（未进行适当通知）中的抗辩理由实质上允许适用法院地的正当程序标准。^①在穆莱恩诉中部汉诺威银行及信托公司案中，美国联邦最高法院指出，法律上正当程序的根本要求是陈述意见的机会（the opportunity to be heard）；在任何要取得终局性的程序中，正当程序的基本和根本要求是，无论在何种情形下，通知均应合理适当，告知相关当事人存在未决诉讼，并给其提出反对意见的机会；该项通知在性质上必须合理地传达所需的信息，并给予利益相关方足够的时间以便其安排出庭。^②

1. 仲裁最初通知的形式及内容

根据相关判例，仲裁最初通知应当适用如下标准：

（1）通知的语言：除非合同中约定通知应当使用的语言外，可以考虑使用被送达地所在司法辖区的语言；此外，产生争议的合同或其他文件的主要语言或当事人往来通讯中共同使用的语言更为可取。^③需要注意的是，仲裁规则中规定的工作语言并不等于合同中约定通知应当使用的语言，因为当事人在签订合同（包括仲裁协议）时不一定知道仲裁规则中规定的工作语言的种类，此种语言也不一定为当事人所理解，而正如美国联邦最高法院指出有效的通知必须是“合理地传达所需的信息”。

（2）通知的内容：至少包括特定时间和特定地点有对被告提起的特定性质的未决诉讼，通常应包括未决诉讼的地点、所涉金额、被告的应诉日期及被告不应诉的可能的法律后果；^④当然，还应包括申请人，因为被申请人可能与同一国家的多个当事人存在仲裁争议，只有明确了申请人之后，被申请人才可能明白“特定性质”的未决诉讼。需要说明的是，仲裁规则中有关通知的部分不应过多地规定仲裁机构的义务，比如案例10中仲裁规则规定仲裁机构“应当”在受理案件后若干天内发出通知，联邦地区法院认为应当在仲裁最初通知中明确仲裁机构受理案件的日期，^⑤似乎是因为此一日涉及被申请人的程序权利。

（3）通知的主体：在案例18中，联邦第十巡回上诉法院附带指出，虽然《CIETAC仲裁规

① *Iran Aircraft Indus. v. Avco Corp.*, 980 F.2d 141, 145 (2d Cir. 1992).

② *Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Co.*, 339 U.S. 306, 314 (1950).

③ UNCITRAL, *UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings* (2016), pp. 9-10. 该文件虽未直接涉及仲裁通知所用的语言，但涉及仲裁庭组成后的仲裁程序中所用的语言，值得参考。

④ *Julen v. Larson*, 25 Cal. App. 3d 325, 328 (1972).

⑤ *Qingdao Free Trade Zone Genius Intl Trading Co Ltd v P and S Intern Inc.*, Civil action No. 08-1292-HU, 2009 WL 2997184 at 4 (D. Ore. Sept. 16, 2009).

则》未采用当事人送达原则，但是把通知的义务移转给第三方（如仲裁机构），并不影响申请人的适当通知责任，^①此一解释与《纽约公约》第5条第1款第2项一致。该法院还附带指出，在仲裁规则允许采用多种语言的情形下，申请人应当提议仲裁机构根据仲裁规则选用合适的语言进行程序。^②

（4）通知的方式：当被通知对象是自然人时，通知不应是象征性的。所采用的方式应当是一个“真正希望通知到缺席的被告”的人可能采用的完成通知的合理方式。通知方式的合理性在于其本身能够合理地确定地通知利益相关方；在条件不允许上述通知时，实际采用的通知方式在把通知送到其家上不应实质上比其他可行的和通常的替代措施可能性更小。^③

（5）通知的程度：如前所述，仲裁最初通知应当能推定被申请人“真的知道”而不是“可能知道”，申请人已对其提起仲裁程序，该程序将在某一时间在某一地点进行。这也是在案例18中，尽管快递单上显示CIETAC的英文名称（似乎是全称），但其行政职员声称其没有查看快递单，^④并不影响申请人的通知责任的原因。

2. 仲裁最初通知的存档与证明

仲裁机构应当重视文件的存档和证明。在申请承认与执行仲裁裁决时，胜诉的仲裁当事人可能需要提供适当通知的证明，在中国这一证明通常由仲裁机构的秘书来进行。以案例8为例，在初审中，申请人提出简易判决动议，虽然申请人提交了仲裁机构秘书的书面证言，即其已向被申请人提供了“仲裁程序通知”并已收到被申请人收到此通知的回执，但是秘书的证言非常笼统，并未指明具体文件。^⑤联邦地区法院对此表示赞同，指出即使申请人向被申请人提交了仲裁程序通知，还存在“指定仲裁员”及“申请人是否有合理的陈述意见的机会”，^⑥因此，认为此处存在真正的事实问题。此外，联邦地区法院附带指出申请人提交的指定仲裁员的证据只有1页，且仅是仲裁裁决中有关指定仲裁员的证据的文字描述的翻译，未附实际指定仲裁员的证据，未包括回执，也未指明被通知人。^⑦需要注意的是，联邦地区法院的上述结论与《纽约公约》中的拒绝承认与执行裁决一方举证的原则并不冲突，因为在简易判决中法院“从事实中得出的推论，应根据最有利于简易判决动议反对方的原则进行分析”。所幸在上诉程序中，被申请人并未提出此一抗辩，最终所涉仲裁裁决得以执行。

可见，美国法院认可的适当通知中，应当包括《纽约公约》第5条第1款第2项中的仲裁程序通知、指定仲裁员的的通知；在具体通知时，应列明每一类文件中包括的具体文件，指明被通知人，并提交通知文件送达的回执。仲裁机构应当对上述文件予以记录或存档；在出具证明时，也应当详细列明，不得给出笼统的证明。

① *CEEG (Shanghai) Solar Science And Technology Co Ltd v LUMOS LLC.*, 829 F.3d 1201, 1207, n.3 (10th Cir. 2016).

② *CEEG (Shanghai) Solar Science And Technology Co Ltd v LUMOS LLC.*, 829 F.3d 1201, 1207, n.3 (10th Cir. 2016).

③ *Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Co.*, 339 U.S. 306, 315 (1950).

④ *CEEG (Shanghai) Solar Science And Technology Co Ltd v LUMOS LLC.*, 829 F.3d 1201, 1204 (10th Cir. 2016).

⑤ *Guang Dong Light Headgear Factory Co Ltd v ACI Intern Inc.*, Civ. Action No. 03 - 4165 - JAR, 2005 WL 1118130 at 9 (D. Kan. May 10, 2005).

⑥ *Guang Dong Light Headgear Factory Co Ltd v ACI Intern Inc.*, Civ. Action No. 03 - 4165 - JAR, 2005 WL 1118130 at 9 (D. Kan. May 10, 2005).

⑦ *Guang Dong Light Headgear Factory Co Ltd v ACI Intern Inc.*, Civ. Action No. 03 - 4165 - JAR, 2005 WL 1118130 at 9, n.63 (D. Kan. May 10, 2005).

（三）仲裁机构应当注重仲裁规则的完善

与仲裁协议有关的事实查明问题和仲裁最初通知所用的语言问题，似乎仅仅是个案，但实际上与仲裁规则存在很大的关系，具体分析如下：

1. 仲裁中有限的证据开示制度

仲裁中的事实认定除了需要当事人自行搜集证据外，有时还需要对方提供相应的证据。一项调查显示，在国际商事仲裁中大多数（接近或超过 60%）反馈者认为有限的证据开示程序（即在一定条件下请求仲裁庭要求对方披露其占有而已方不能获得的证据——笔者注）的相关性为“高度相关”或“显著”。^①关于有限的证据开示制度，国际性仲裁机构的仲裁规则大致可以分为以下几类：

（1）明确规定有限的证据开示制度。《美国仲裁协会（下称 AAA）2014 年仲裁规则》第 21 条（信息交换）主要规定了部分与美国国内民事诉讼相仿的证据开示制度，但未规定当事人主动的开示义务，其中第 21.4 条规定了文件的开示制度（包括电子形式的文件），第 21.7 条规定了对房屋或物体的检验制度。《LCIA2014 年仲裁规则》第 22.1 条第 5 项、第 4 项，《新加坡国际仲裁中心（下称 SIAC）2016 年仲裁规则》第 27 条第 4 项、第 7 项，《斯德哥尔摩商会仲裁院（下称 SCC）2017 年仲裁规则》第 31 条第 3 款，《日本商事仲裁协会（下称 JCAA）2015 年仲裁规则》第 50 条第 4 款均有类似规定，区别在于开示的证据是否仅限文件、证据开示的对象规定存在差异。

（2）未明确规定有限的证据开示制度，具体包括：

第一，仅笼统规定仲裁庭可以要求当事人出示证据。《UNCITRAL2010 仲裁规则》（2013 年修订）第 27 条第 3 款、《国际常设仲裁法院（下称 PCA）2012 仲裁规则》第 27 条第 3 款、《瑞士商会仲裁院（下称 SCAI）2012 年仲裁规则》第 24 条第 3 款，《香港国际仲裁中心（下称 HKIAC）2013 年仲裁规则》第 22.3 条，其中似乎包括了证据开示制度。

第二，仅笼统规定以一切合适的方式认定案件事实。《ICC2017 年仲裁规则》第 25 条第 1 款明确规定，仲裁庭“应当”在最短时间内开始“以一切合适的方式”查明案件事实。

《CIETAC2015 年仲裁规则》第 41 条（举证）未规定证据开示制度，第 43 条（仲裁庭调查取证）尽管可以解释为包括仲裁庭根据一方当事人请求要求另外一方当事人提供相应证据（即“证据开示”）的权力，但是在《中华人民共和国仲裁法》（下称仲裁法）和《民事诉讼法》的语境下，此项权力似乎不是该条的通常含义。此一结论可以从《CIETAC 证据指引（2015）》中得到印证，该证据指引第 7 条（特定披露请求）第 1 款规定了书证的开示制度；但是，证据指引并非仲裁规则的组成部分，仅当事人约定后方才适用。据此可以推定，《CIETAC 仲裁规则》中仲裁庭调查取证的权限、当事人收集证据的能力与上述其他仲裁规则相比，均受到一定的限制。《CMAC2014 年仲裁规则》与《CIETAC 仲裁规则》相似，但没有证据指引，也可能面临同样的问题。《上海国际仲裁中心（下称 SHIAC）2015 年仲裁规则》第 37 条第 4 款、《深圳国际仲裁院（下称 SCIA）2016 年仲裁规则》第 39 条第 6 款均规定当事人约定的证据规则优先（该约定无法

^① [美] 克里斯多佛·R·德拉奥萨、理查德·W·奈马克主编：《国际仲裁科学探索：实证研究精选集》，陈福勇、丁建勇译，中国政法大学出版社 2010 年版，第 41 页。

实施等情形除外),但无约定时似乎也不能适用证据开示制度。

仲裁规则中引入有限的证据开示制度是必要的。中国主要的国际性仲裁机构,可以通过在仲裁规则中规定当事人约定证据规则的权利,进而引入有限的证据开示制度;在仲裁规则中,可以参考《ICC仲裁规则》规定仲裁庭认定事实的责任,同时赋予仲裁庭采取一切合适的方式的权力;还可以同时参考《AAA仲裁规则》和《LCIA仲裁规则》对其中合适的方式进行列举。但是,受《民事诉讼法》第64条第2款(法院调查收集证据权)影响,《仲裁法》第43条第2款(仲裁庭自行收集证据权)似乎也仅指仲裁庭“自行”收集证据,而不包括仲裁庭根据一方当事人请求要求另外一方当事人提供相应证据的权力;因此,即使仲裁规则中规定了有限的证据开示制度或双方当事人对此有约定,仲裁庭能在多大程度上适用此项制度还有待观察,建议由立法机关在修订《仲裁法》时或由司法机关在解释《仲裁法》时对此予以明确。

2. 仲裁最初通知所用语言

关于仲裁最初通知所用语言,国际性仲裁机构的仲裁规则大体可以分为以下几类:

(1)在当事人约定的语言之外,未明确规定仲裁庭组成之前仲裁所用语言,仅规定仲裁庭组成后决定仲裁程序所用语言。此类规则又可以分为两类:

第一,仲裁规则中未指定采用任何语言。《UNCITRAL2013年仲裁规则》是此一做法的代表,该规则第19条第1款仅规定,“以当事人之间的协议为限,仲裁庭在其组成后应当尽快决定仲裁程序中使用的语言”。《PCA2012年仲裁规则》第19条第1款、《SCAI2012年仲裁规则》第17条第1款、《SIAC2016年仲裁规则》第22.1条、《HKIAC2013年仲裁规则》第15.1条均有类似规定。《SCC2017年仲裁规则》第26条第1款有类似规定,但要求仲裁庭应当考虑所有相关情形,并给予当事人提出意见的机会。

第二,仲裁规则中指定的语言,通常是仲裁协议或包含仲裁协议的文件所使用的语言,而非任何具体的语言,尤其是仲裁机构所在国的官方语言。《AAA2014年仲裁规则》第18条规定,“如果当事人未另行达成协议,仲裁语言应当为包含仲裁协议的文件所使用的语言,但仲裁庭另行决定的除外”。《JCAA2015年仲裁规则》第11条第1款有类似规定。《ICC2017年仲裁规则》第20条规定,“在当事人之间未达成协议时,仲裁庭应当决定仲裁使用的(一种或多种)语言,并适当考虑所有相关情形,包括合同所使用的语言”;该仲裁规则附件五紧急仲裁规则第1条第4款,则规定紧急仲裁申请应以当事人约定的语言拟定,无约定的则应使用仲裁协议所用的语言。

(2)在当事人约定的语言外,明确规定仲裁庭组成之前仲裁所用语言(仲裁最初使用语言)。《LCIA2014年仲裁规则》是此一做法的代表,该规则第17条对此作了详细规定,其中第17.1条规定“除非当事人另有书面协议,仲裁最初使用的语言(直到仲裁庭组成前)应当是仲裁协议所用的语言或作准语言”,第17.2条规定“如果仲裁协议以一种(不含)以上具有同等地位的语言写成,仲裁庭可以在上述语言中决定使用哪一种语言作为最初使用的语言,除非仲裁协议规定仲裁程序自始就应使用一种(不含)以上语言”。

应当说,以仲裁协议或仲裁协议所涉合同中的作准语言作为仲裁最初通知的语言是最科学的,因为此种语言至少表明当事人之间初步就交易所用语言达成共识且可以理解该种语言。需要注意的是,尽管上述国际性仲裁机构仲裁规则有关仲裁程序所用语言各不相同,但其在申请人发出的仲裁最初通知和被申请人提交的对仲裁最初通知的回应(或答辩)中,大多均要求当事人

对仲裁程序所用语言提出建议或发表意见；中国主要的国际性仲裁机构仲裁规则通常以中文为参考语言，且很少给予当事人提出意见的机会，显得过于刚性而国际化程度不够。《CIETAC2015年仲裁规则》第81条第1款首先规定仲裁语言以当事人的约定优先；在当事人无约定时，则“应当”使用中文，但仲裁委员会考虑案件的具体情形后，也“可以”指定使用其他语言。《CMAC2015年仲裁规则》第78条第1款有类似规定。《CIETAC2015年仲裁规则》附件三紧急仲裁程序规则第1条第5款则规定当事人的约定优先，无约定时由仲裁委员会下设的仲裁院确定所适用的程序语言。《SHIAC2015年仲裁规则》第60条同时规定了中文和仲裁协议或争议所涉合同使用的语言两种语言，但前者是“应当”，后者是“可以”且应当征得双方当事人同意。突破最大的是《SCIA2016年仲裁规则》第5条第2款，该款规定当事人无约定时在仲裁庭组成之前仲裁院可以在考虑“案件所涉合同的语言等因素”的基础上，决定仲裁程序初步适用的仲裁语言，在仲裁最初通知所用语言的国际性和灵活性上有明显进步，但在确定性上稍显不足。

笔者建议，中国主要的国际性仲裁机构，应当参考《LCIA仲裁规则》对仲裁规则中有关语言的规定予以完善，规定仲裁庭组成之前所用语言，同时以仲裁协议或仲裁协议所涉合同中的主要作准语言而限于以中文作为仲裁最初通知所用语言。此建议也不会给仲裁机构带来太多的负担，一则该建议仅针对仲裁庭组成之前所用语言，不涉及仲裁庭组成之后所用语言；二则使用外语（主要是英语）的文件范围也很有限，以面函的形式把申请人、争议事项、仲裁程序进行的时间与地点告知被申请人即可，除此之外，多数涉外仲裁机构均有英文仲裁规则，而仲裁员名单翻译为英文也非难事；三则多数涉外仲裁机构秘书英文水平足以满足此项要求，即使仲裁机构秘书不足以完成此项工作，也可由申请人自行完成或自费找翻译公司完成。

四 结语

在国际商事仲裁竞争日趋激烈、国内仲裁机构日趋国际化并越来越强调“仲裁公信力”的当下，中国仲裁裁决在外国的执行情况值得关注。以2000—2016年为例，中国仲裁裁决在美国寻求承认与执行的案件的整体承认率为66.7%，中国涉外仲裁裁决质量、中国国际商事仲裁的专业度及公信力总体尚可。为进一步提高中国仲裁裁决在美国的承认与执行率，仲裁机构应当根据正当程序理念进行仲裁最初通知，重视仲裁最初通知的形式及内容、存档与证明，还应当注重仲裁规则的完善，包括有限的证据开示制度和仲裁最初通知所用语言规则；仲裁庭应当尽可能查明与仲裁协议效力相关的事实；在仲裁中获得有利裁决的当事人，还应当重视在美国进行的承认与执行仲裁裁决的诉讼，包括重视中美两国之间的法律差异、选择合适的当地律师、确定合适的诉讼策略并及时准备好相应证据；对于《仲裁法》第43条第2款（仲裁庭自行收集证据权），则应当由立法机关及时修订或由司法机关予以解释，以便兼容国际性仲裁机构常用的有限的证据开示制度。

Insufficiency in Success: Problems and Countermeasures of China Arbitral Awards Seeking Recognition and Enforcement in the United States from 2000 to 2016

Yang Yuwen

Abstract: China has achieved a great success in international commercial arbitration. As an example, there are 18 arbitral awards made by the arbitration institutions of China, seeking recognition and enforcement in United States from 2000 to 2016, and 66.7% of the awards are confirmed, which means that the quality of China foreign-related arbitral awards is fairly good on the whole. However, there are still problems to be solved, including the impropriety of determination of the validity of arbitration agreement, of initial notice of arbitration, of the composition of arbitral tribunal and the arbitral procedure. To conquer these problems, it is suggested that as follows: (1) arbitral tribunals shall try their best to find facts related to the validity of arbitration agreement, (2) arbitral institutions shall give proper notice in accordance with the due process principle and with due regard to form and language, file-keeping and proof of the notice, and (3) arbitral institutions shall revise their arbitration rules, such as the rule of limited disclosure of exhibits and the rule of language of initial notice of arbitration

Keywords: Arbitral Awards, Arbitration Agreement, Proper Notice, Burden of Proof, Disclosure

(责任编辑:李庆明)