

国际商事仲裁保密义务的探索与思考

张玉卿*

摘要：仲裁案件的不公开审理和仲裁的保密义务是两个不同的概念，不能混为一谈。国际上对仲裁不公开审理的法律规定与实践做法基本是一致的，但对仲裁的保密义务却颇具分歧，分别以英国和澳大利亚为代表。英国承认存在保密义务，法律允许有披露的例外；澳大利亚不承认仲裁存在保密义务，除非当事人在协议中订明保密义务。仲裁保密义务是从事国际仲裁的一项重要纪律，加强仲裁保密纪律是提高中国仲裁机构乃至中国仲裁形象的一个重要问题，应引起业界的高度重视。

关键词：国际商事仲裁 不公开 保密

保密是商事仲裁的一项重要纪律。这项纪律遵守的好与坏，直接涉及一个仲裁机构，乃至一个国家的仲裁信誉的高低。然而，仲裁的不公开（privacy）审理与仲裁的保密义务是否是同一概念？是否因仲裁不公开审理就意味着当事人、仲裁员就要承担保密义务？如果承担保密义务，其范围是什么？是否存在可披露的例外？如果违反了该保密义务要承担什么责任？国际上对这些问题的主要理论与实践做法是什么？

伴随中国成为世界第一国际贸易大国、海外投资迅猛增长，中国企业不可避免地会面临更多的国际商事仲裁，将中国建成名副其实的国际商事仲裁中心，都要求我们了解这些问题及其答案。

一 商事仲裁的不公开审理

（一）商事仲裁不公开审理的缘由

商事仲裁起初与国家、法院或政府并无直接关系。^①虽然后来出现了国家对仲裁的立法与法院对仲裁裁决的强制执行等机制，也是为了推动商事仲裁更加健康顺利地发展，商事仲裁依然保持着它的私人属性。因此，商事仲裁争议除非当事人同意，不应公开审理，要保持其私密性。

* 张玉卿，国家商务部条法司前司长，中国政法大学国际法学院兼职教授，博士生导师，WTO 争端解决专家组成员。

① 起初仲裁裁决的执行主要来自社会团体，如行会、商会内部的期待与压力，无需外部对不执行仲裁裁决的制裁；同时，商人会很在意因不执行裁决而给自己的商誉所带来的不良影响。Nigel Blackaby & Constantine Partasides with Alan Redfern & Martin Hunter, *Redfern and Hunter On International Arbitration* (Oxford: Oxford University Press, 2009), paras. 1.08 - 1.11.

被当事人指定的仲裁员多属社会上具有较高文化、较高社会地位，享有较高信誉的人士，会自觉尊重仲裁的私密性，不会允许无关的人士参加庭审，从而失去自己的身份与信誉。这种长期的实践与做法一直未受到任何诟病与质疑。仲裁审理的私密性使商事纠纷的解决可以避免新闻媒体的报道或炒作，避免对当事人的企业产生声誉、商业、融资或股价等方面的负面影响。

另外，商事仲裁往往涉及到当事人的一系列商业秘密，如合作伙伴名单、营运数据、营运手法、产品设计或技术秘密，如果公开会对有关当事人造成一定的经济损失。

商事仲裁除非当事人明示同意公开审理，其不公开审理是国际上的共同认知，是国际惯例，也是其吸引个人或公司选择仲裁作为其纠纷解决路径的重要原因之一。

（二）商事仲裁不公开审理的含义

国际上对商事仲裁不公开审理通常指仲裁的庭审（hearing）程序不公开，是指谁有权参加庭审，谁不得参加庭审。参加庭审的通常包括各当事人代表、仲裁代理人、仲裁员、仲裁庭秘书以及事实或专家证人，但后两种人参加庭审通常有一定的限制，即当证人做完证词、被质询后，就要离开庭审。如果证人只需提供书面证词，当事人各方或仲裁庭不要求证人出庭，证人就不得出庭。另外，仲裁案件有时需要第三方为案件提供财务审计、损失评估，对标的物或证据提供鉴定、检验等，该第三方应当事人或仲裁庭的要求也可以在工作范围内出庭作证、解释并回答相关问题。但无论如何，出庭人员都是事先确定的，需各当事人和仲裁庭的同意。除此之外，任何其他第三人，或称陌生人（stranger）、局外人（outsider）均不得参加庭审。

《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》（2010年修订）第28.3条规定：“各方当事人未另外约定的，审理不公开进行。”《世界知识产权组织仲裁中心仲裁规则》（2014年）第55条第（c）款规定：“除非当事人另外同意，所有开庭程序不公开。”《国际商会仲裁规则》（2012年）第26.3条规定：“开庭审理由仲裁庭全面负责，所有当事人均有权参加开庭。非经仲裁庭和当事人同意，与仲裁程序无关的人员不得出席。”《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》（2015版）第38条对庭审不公开规定为：“仲裁庭审理案件不公开进行。双方当事人要求公开审理的，由仲裁庭决定是否公开审理。”上述规则都表明了庭审不公开的含义。不得参加庭审的人指案件当事人以外的第三人，包括新闻媒体。仲裁庭审的不公开是基于仲裁的私人性质。这一性质通常由当事人的仲裁协议，或案件的适用法律或仲裁规则予以约定或规范。当然，在仲裁当事人涉及政府公共机构、仲裁事项涉及到社会关注度很高的公共事务时，经当事人和仲裁庭同意，局外人可以通过视频观看庭审，甚至可以允许电视直播庭审。^①但这类案件应属个别例外情况，原则上商事仲裁不公开审理、保持其私密性，在国际上的认识是统一的，并不存在异议。

（三）商事仲裁不公开审理的意义

仲裁实质上是一个私人解决民事或商事纠纷的制度。^②因此，仲裁开庭不公开、审理不公开

^① See Michael Pryles, “Confidentiality”, in Lawrence W. Newman and Richard D. Hill (eds.), *The Leading Arbitrators’ Guide to International Arbitration* (New York: Juris Publishing, 2nd edn., 2008), Chapter 24.

^② See Nigel Blackaby & Constantine Partasides with Alan Redfern & Martin Hunter, *Redfern and Hunter On International Arbitration* (Oxford University Press, 2009), pp. 2, 5, 136.

是自然的,是对当事人隐私权、名誉权的必要保护。没有当事人的同意,任何陌生人或局外人不得参加庭审,当事人就可以在开庭时放松、无拘束地表达自己的主张和意见,提交相关证据与文件,不必担心产生附带的负面影响。同时仲裁庭可以自主地、灵活地、非程式化地审理仲裁案件、询问问题。另外,仲裁不公开审理是仲裁保密义务的基础,没有仲裁的不公开审理,就无从谈到仲裁的保密义务。^①

二 商事仲裁保密义务

仲裁案件审理的不公开与仲裁的保密义务是两个不同的概念,不能混淆在一起。前者主要指除当事人外,任何陌生人不得参加仲裁庭审;而后者则指有权参加庭审的当事人以及仲裁员对仲裁程序、仲裁文件、信息及仲裁裁决是否负有不得披露给任何第三人的保密义务。二者虽具有一定的联系,但其内涵与外延却存在重大区别。确定谁有权参加全部或部分仲裁庭审的人,是仲裁不公开审理概念的范畴。但对于有权参加庭审的人在仲裁程序中获取的文件、信息以及获取的仲裁裁决书是否可向案外人泄露、披露,这是仲裁当事人或仲裁员的保密义务问题,是仲裁不公开所延伸出的法律义务。仲裁保密义务涉及一系列问题,例如,参加仲裁的当事人以及仲裁员是否具有这种法律上的保密义务?如果有,哪些人员应承担这一义务?哪些仲裁的信息或文件属于保密义务的范围?对违反保密义务是否存在必要的救济?是否存在允许披露仲裁程序与信息的情况?这些问题就要按持不同理念的国家而分别述之。

(一) 关于保密义务的传统观点

遗憾的是,目前国际上对商事仲裁中当事人以及仲裁员是否要承担保密义务问题在理论与实践上存在很大分歧,各国法院判决也不尽相同。雷德芬(Redfern)将这种不同立场分为“传统立场”和“当今趋势”。前者以英国法院判决为代表,后者以澳大利亚法院判决为代表。^②现在我们先介绍以英国为首的传统观点与相关案例。

1. 仲裁庭无权决定同步开庭

在1984年“东方萨迦”(Eastern Saga)案中,承租人分别与船东和分承租人发生纠纷并进行仲裁,两个案子仲裁员相同,仲裁庭决定合并审理,船东反对并告到法院,船东胜诉。英国李盖特(Leggat)法官明确判决:仲裁员不得因基于另一协议的纠纷相似,就扩大自己的授权;没有当事人的同意,仲裁员无权命令将两个仲裁案“同步开庭”(concurrent hearing),因为协调开

^① 克里斯蒂安·布林-乌尔(Christian Buhning-Uhle)博士曾在1991—1992年通过问卷、访谈对仲裁的“中性仲裁庭”(neutral forum)、“按条约国际执行”(international enforcement by treaty)、“程序保密”(confidential procedure)、“专业的仲裁庭”(expertise of the tribunal)、“不上诉”(lack of appeal)、“有限的证据开示”(limited discovery)、“快速”(speed)、“气氛和谐”(more amicable)、“自愿执行程度高”(greater degree of voluntary compliance)、“费用较低”(less costly procedure)、“可预测结果”(more predictable results) 11项优势进行了调查。结果“程序保密”排在选择仲裁解决商事纠纷的第三位理由,仅在“中性仲裁庭”和“按条约国际执行”之后。其他调研还显示仲裁保密是商事仲裁最大要的优势。See Michael Pryles, “Confidentiality”, in Lawrence W. Newman and Richard D. Hill (eds.), *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration* (New York: Juris Publishing, 2nd edn., 2008), Chapter 24.

^② See Nigel Blackaby & Constantine Partasides with Alan Redfern & Martin Hunter, *Redfern and Hunter On International Arbitration* (Oxford University Press, 2009), pp. 137-139.

庭或协调作出裁决会导致局外人参加庭审。^①

2. 仲裁协议存在默示保密义务

对于当事人对为仲裁提交的文件、证据、开庭记录等是否承担保密义务的问题，英国法院在“多灵贝克案”（*Dolling Baker*）作出了明确回答。帕克（Parker）法官说，仲裁本身的性质使双方均具有某种默示的义务，即保密义务来源于仲裁本身的性质，当事人不得为其他目的泄露或使用当事人为仲裁所准备或运用的文件，或在仲裁过程中所披露或制作的文件，或有关仲裁或仲裁裁决的记录或证据说明，而且不得泄露证人所提供的证据，但对方当事人同意的，或按法院命令或允许披露的除外。这是英国法院关于仲裁协议含有默示保密义务的具有拘束力的判例，规定了保密义务的范围以及例外允许披露的情况，体现了存在默示保密义务为原则，允许披露情况为例外的法律制度。^②

3. 保密义务基于习惯和商业效用

在“哈斯奈保险”（*Hassneh Insurance*）案中，科尔曼（Colman）法官对保密义务的渊源给出了解释，他认为保密义务默示存在于仲裁协议之中，如同其他默示条款必须能够合理清晰地界定一样，默示条款是基于习惯或商业效用。^③

4. 保密义务属法律问题及披露的例外——1998年“阿里航运公司案”（*Ali Shipping*）^④

“阿里航运公司案”是英国关于仲裁协议默示含有保密义务的指导性案例。在该案中，卖方雅德（Yard）是一家造船厂，买方格林尼治控股（Greenwich Holdings）拥有包括阿里航运公司在内的数家公司，统一与雅德谈妥购买船体合同（编号为202-206号），然后分配给其下属公司，由下属公司与雅德签订合同。雅德并未依约履行与阿里航运公司的202号船体合同，阿里航运公司宣布解除合同并在伦敦对雅德提起仲裁。仲裁庭裁决雅德向阿里航运公司赔付2160万美元外加息。仲裁时雅德抗辩到，因204-206号船体合同的买方未支付其首期货款，影响了其对202号船体的建造。由于格林尼治控股是这些船体购买方的所有者，要求仲裁庭“揭开公司面纱”，将所有买者视为一家公司处理，以其他公司对雅德的赔偿与本案裁决的赔偿作“抵销”处理。仲裁员拒绝了雅德的主张，拒绝将买方公司“揭开面纱”。雅德并未履行202号合同仲裁裁决，而是申请临时裁决，请求披露其与阿里航运公司先前仲裁案的仲裁裁决书、仲裁过程中的文件、阿里航运公司的开庭陈词、其证人出庭的证言记录。但阿里航运公司的律师却从法院申请到了禁令，称使用仲裁中的文件就是对仲裁默示保密义务的违反。从而使本案涉及到了仲裁默示保密义务问题。

初审法官克拉克（Clarke）认为，所有买方虽属分别的独立法人，但均由格林威治控股在同一时间谈妥所有船体交易。仲裁协议不存在默示保密条款，雅德可以在与其他买方的争议中向仲裁员披露相关信息。

① *The Eastern Saga* (1984) 2 Lloyd's Rep. 373.

② *Dolling Baker v. Merrett and another* (1990) 1 WLR 1205, (1991) 2 All ER 891.

③ *Hassneh Insurance Co. of Israel and others v. Stewart J. Mew* (1993) 2 Lloyd's Rep. 243.

④ *Ali Shipping Corporation v. Shipyard Trogir* (1998) 1 Lloyd's Rep. 643. 但在 *Associated Electric* 案中，霍布豪斯（Hobhouse）法官对这种保密义务的分析以及允许的例外提出了质疑，认为由于仲裁文件的种类不同，取得文件的方法不同，必然导致保密义务的不同，而“阿里航运公司案”等案并未区分这种不同的保密义务，霍布豪斯法官认为对具体的默示条款做原则与模式化的处理是不妥当的。*Associated Electric and Gas Insurance Services Ltd v European Reinsurance Co of Zurich* [2003] 1 WLR 1041.

但上诉法院波特 (Potter) 法官推翻了初审判决。他说仲裁程序的不公开性必然产生保密义务。保密义务是一个法律问题 (as a matter of law), 而非“商业效用问题” (business efficacy)。既然是法律问题, 只要审查披露是否符合已确立的例外情况就可以了。波特法官认为包括下列例外: (一) 提供材料的当事人明示、默示表示同意披露; (二) 仲裁后在法院程序中法院命令披露; (三) 披露经法院批准; (四) 为保护仲裁当事人的合法利益披露是“合理必要的”, 例如为起诉第三人或为抗辩第三人的起诉而披露; (五) 公共利益或“公正利益” (the interests of justice) 的要求而披露。

对于是否可因本案中多个买方同属一个所有人、同一管理人就可开辟另一项例外, 波特法官认为不可以, 理由是对方当事人可能希望目前的仲裁案件应独立于前一仲裁的相关文件。如果允许披露, 就等于不考虑对方当事人不同意将前一仲裁文件披露给下一个仲裁的决定者所具有的实际利益。波特法官还说, 即便后案仲裁员遵守保密义务, 因披露所导致的或在披露影响下, 仲裁庭作出的不利裁决而为对方所造成的利益损害无法得到补救。最终, 波特法官裁定: 卖方雅德要受到保密原则的约束, 不得在 204—206 仲裁案中使用 202 号仲裁案中的文件。

5. 不公开和保密是英国开展仲裁的基本原则

1996 年英国仲裁法咨询委员会报告明确提到: 除主要例外情况, 信守仲裁的不公开性与保密性一直是英国长期开展商事仲裁的基本原则。实践中, 当事人选择在英国仲裁的主要原因, 毫无疑问是出于英国商事仲裁不公开与保密的实质特点。^①

6. 法院不得公开涉及仲裁机密的法院判决

英国 2004 年的“莫斯科城市案”^② 并不涉及对仲裁程序、仲裁文件、信息或仲裁裁决书的披露所涉及的保密问题, 而是因涉及仲裁机密事项的法院判决, 该判决书是否可公开的问题。

案件简要情况是: 1997 年 10 月 24 日, 莫斯科市经济政策发展局和莫斯科市政府 (二者简称“莫斯科城市”) 曾与国际兴业银行 (IIB) 签署信贷协议。信孚银行 (Banker Trust) 依据该协议进行了融资, 后为讨回贷款对莫斯科城市、IIB 提起了仲裁。2002 年 5 月 30 日, 仲裁庭作出仲裁裁决, IIB 败诉。信孚银行和 IIB 立即提起诉讼, 分别请求撤销仲裁裁决和因为仲裁程序严重违规 (irregularity) 而请求免除债务。初审法院库克 (Cooke) 法官 2003 年 3 月 21 日驳回了信孚银行和 IIB 的诉求。英国一家专门从事法律网络信息服务的劳特尔 (Lawtel) 公司获得了法院的判决, 将其简要概括后 (概括版) 公布在了网上并通过电子邮件发送给其 1500 名订阅用户, 但概括版可链接判决全文。信孚银行发现后, 提出反对, 劳特尔便从网上删除了这些内容。与此同时, 莫斯科城市向法院提出将法院判决书或劳特尔的概括版公开发表, 或允许其将判决书发给其特定的金融机构。信孚银行反对。初审法院库克法官 2003 年 6 月 5 日判决驳回莫斯科城市的申请, 认为 2003 年 3 月 21 日判决书或劳特尔概括版均不得公开。

莫斯科城市不服, 上诉至上诉法院。上诉法院曼斯 (Mance) 法官维持了初审法官的意见, 称判决包含仲裁案中极为保密的敏感事项, 仲裁庭审还显示案件涉及高度敏感的政治问题和商业问题, 这些必然反映到法院的判决之中, 故初审法院的判决不得公开发表。但上诉法院对提供法

^① The Departmental Advisory Committee (DAC) on Arbitration Law, *Report on Arbitration Bill 1996*; 转引自杨良宜、莫世杰、杨大明:《仲裁法:从 1996 年英国仲裁法到国际商务仲裁》, 法律出版社 2006 年版, 第 1077 页。

^② *Department of Economic Policy and Development of the City of Moscow v. Banker Trust Co. and International Industrial Bank*, Court of Appeal (Civil Division), [2004] EWCA Civ 314, [2004] 2 Lloyd's Rep. 179, 25 March 2004.

律服务的劳特尔发表的概括版，裁定可以继续公开，因为劳特尔只是提供了简明中立的事实与法律问题以及判决结果，未泄漏任何敏感或机密的信息，用语完全中立，公开发表对律师、有兴趣了解仲裁和法院功能的人具有益处。同时，客观上也无法阻止劳特尔公司的订户继续发表该概括版。据此，上诉法院判决允许莫斯科城市发表该概括版。曼斯法官对仲裁不公开和保密发表了意见，认为1997年和2002年英国对其民事程序法的修改，明显地是基于现代仲裁法对当事人意思自治的理论，同时考虑当事人珍重英国仲裁的不公开与保密。如果当事人认为伦敦的仲裁会忽视不公开和保密，他们就不会到伦敦来仲裁，也不会援用法院对仲裁的监督角色。

莫斯科城市案使英国的仲裁保密制度在向法院方面发展，即法院的判决如果涉及仲裁案件本身的机密，法院的判决也不得公开。而且，反对公开的当事人无需证明公开可能会为其带来的损害，法院的理由是仲裁本身就是保密的，特别是本案涉及莫斯科政府的保密信息。英国法院的判决无疑确保了英国的仲裁保密制度。对于法院允许劳特尔概括版的公开发表，无疑会使社会与法律界能及时了解仲裁实践、司法判例以及商法的发展，有助于提高商业活动的预见性。

7. 伦敦国际仲裁院（LCIA）关于不公开开庭与保密义务的规定

遵循英国法院的一贯判例，《伦敦国际仲裁院仲裁规则》（2014年）第30条对保密性做了十分具体的规定：各方当事人对仲裁的裁决书、仲裁产生的仲裁资料，以及另一方当事人在仲裁程序中提供的非公知的所有文件，均应作为一项总的原则承担保密义务，但一方当事人由法律义务要求其披露，或为保护、诉求其权利而披露，或在法院或其他法律机关要求执行或挑战一项仲裁裁决而披露的，在这些范围内披露，则除外。另外，还专门规定，仲裁员对仲裁庭的内部辩论、合议应予保密；未事先得到所有当事人和仲裁庭的书面同意，伦敦国际仲裁院不得公布任何裁决或裁决的任何部分。由此可见，如果适用LCIA的规则，保密纪律是非常严格的。

8. 撤销仲裁裁决诉讼违反保密原则被判损害赔偿——法国“埃塔案”（Aita v. Ojeh）^①

申请人称，仲裁时仲裁协议已经无效，仲裁员未履行其职责，仲裁未进行辩论，违反了辩论权的行使以及法国的公共政策，请求法院判决：在英国伦敦作出的仲裁裁决无效。巴黎上诉法院驳回了申请人的申请，理由是只有在法国作出的仲裁裁决才可通过在法国法院的诉讼，宣布仲裁裁决无效。对外国的仲裁裁决只能适用“承认外国裁决书程序”（*exequatur proceedings*），拒绝承认和执行该裁决。

最终，巴黎上诉法院判决：申请人恶意向明显无管辖权的法国法院提出撤销仲裁裁决的起诉，造成了本应处于保密状态的仲裁案件的事实被公众讨论，其在巴黎启动裁决无效的程序本身就违反了保密原则。法院称，仲裁程序的实质性质，是确保私人纠纷解决的高度保密性。法院不但驳回了申请人的诉求，还责成申请人向对方作出巨额金钱赔偿。

9. 新加坡 AAY and others v AAZ 案^②

AAY and others v AAZ 案是一个马拉松案件，截止本案判决诉讼先后长达16年。XZ 是一家美国公司，是新加坡仲裁案的申请人，自1981年起曾先后聘请本仲裁案的被申请人 A、B、C 在

^① Judgment of 18 February 1986, 1986 Revue de L'arbitrage 583; Heana M. Smeureanu, *Confidentiality in International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 2011), pp. 51 - 53; Paulsson and Rawding, "The Trouble with Confidentiality", (1995) 11 *Arbitration International* 303, p. 312.

^② AAY and others v AAZ, [2009] SGHC 142, [2011] 1 SLR 1093. 根据仲裁保密纪律的要求，案例公布时除非当事人同意，否则必须隐去案件当事人的真实名称，故本案“AAY and others”及“AAZ”均为当事人的替代名称。

其新加坡的BBZ分公司(后改制为独资公司CCZ)任执行董事、总裁、市场营销、财务总监等要职。但1992年被申请人成立了自己的EEZ(FFZ)公司并先后连同雇员集体从CCZ辞职。XZ于1992年10月将CCZ股份及营销等业务出售给了A和B并于1993年7月以欺诈性错误陈述、合谋等诉因在美国起诉A、B,但美国法院以“不方便法院”为由驳回起诉。XZ于1994年8月在新加坡对A和B提起仲裁(1994仲裁)。但由于收集证据及仲裁员问题,程序一直停止。XZ曾在1992年8月和1997年2月收到两封匿名信,称被申请人存在转移业务、压价和欺诈问题。XZ于1998年10月又在美国法院起诉A、B和C三人,法院发出传票。后经双方谈判,XZ同意终止美国诉讼,C同意作为一方参加新加坡仲裁,同时终止1994仲裁,启动“1998仲裁”,更换仲裁员。1999年2月法院发出“同意命令”(consent order),这就开始了本案的仲裁程序。2005年6月30日,仲裁庭先作出了关于违约责任部分的部分裁决,裁定被申请人存在欺诈性错误陈述、合谋、违反忠诚义务。被申请人2005年8月19日申请法院撤销部分裁决,但同年12月被法院驳回。2006年8月8日,申请人怀疑被申请人存在刑事犯罪问题,便向新加坡警察部队商事局(CAD)做了报告并提交了部分裁决书及相关文件(13页)。这是本案保密义务问题的诱发原因。在判决的最后,法官称被申请人不是受害方,其挑战仲裁员的公正性、要求撤销部分裁决是在阻止仲裁的程序。目前的诉讼明显的企图就是逃避仲裁庭决定的、体现在部分裁决书中的责任。这对作为仲裁中心的新加坡的地位造成了很大的伤害。

新加坡高等法院陈成安(Chan Seng Onn)法官称,《新加坡仲裁法》和《新加坡国际仲裁法》没有关于仲裁保密的明文规定,但新加坡在2003年的一起案件和2009年的“克里斯托贸易公司(Kristle Trading)案”^①中已经接受了英国关于仲裁保密的观点,而非澳大利亚“埃索案”(Esso)^②的观点,即作为一项法律,由于仲裁的不公开性,保密义务默示于仲裁程序之中,而且保密义务不因仲裁程序的结束和仲裁裁决的作出而不适用。

对于向CAD披露仲裁庭的部分裁决书,法院称,申请人基于仲裁员的裁决具有合理原因怀疑对方具有刑事犯罪行为,CAD是适当的主管机关,构成了保密义务的公共政策的例外披露。在合理怀疑有刑事行为的情况下,保密义务不扩展至阻止向主管机关的披露。因此,申请人向CAD报告不属违反保密协议。

至于向CAD披露的其他文件问题,法官认为,这只是不经意的、技术性违反,属最小范围,不会因此判决提供损害赔偿。

对于披露是否损害被申请人全部实质利益问题,法官认为申请人并未在报纸或网络上向被申请人的客户、商业伙伴公开部分裁决,不构成对其严重、根本的损害,未剥夺其在仲裁协议中的实质利益。

仲裁庭2005年6月30日作出申请人胜诉的部分裁决之后,被申请人曾在2006年8月19日取得法院“传唤令”(originating summons,简称OM),认为仲裁员不公正,要求撤销部分裁决,

^① *Myanma Yaung Chi Oo Co Ltd v Win Win Nu* (2003) 2 SLR 547, *International Coal Pte Ltd v Kristle Trading Ltd* [2009] 1 SLR 945.

^② *Plowman v. Esso Australia Resources Ltd. Et al.*, Supreme Court of Victoria, 1992, reported in 8 *Mealey's International Arbitration Report* no. 1 (January 1993) H1B27, at H26; Tibor Varady, John J. Barcelo III and Arthur T. Von Mehren, *Documents Supplement to International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective* (5th edn., WEST, 2009), pp. 644-669.

后被法院驳回。申请人认为被申请人 OM 程序已主动放弃了对部分裁决和相关披露的文件的保密性。法院根据《新加坡国际仲裁法》第 22 条的规定，因被申请人事先并未向法院做保密申请，申请人也对此沉默不语，认为双方均构成主动放弃对上述文件的保密要求，不属违反保密义务。

总之，传统观点认为，国际商事仲裁庭审的不公开自然延伸出当事人为庭审所提交文件、证据及裁决书的不公开，延伸出当事人和仲裁员的默示保密义务，这是仲裁协议的默示含义，是个法律问题。因此，仲裁的各当事人和仲裁员必须对仲裁程序及仲裁信息进行保密，不得为仲裁以外的其他目的泄露或使用仲裁程序中的文件或披露信息。持这种观点的主要是英国、法国、新加坡等国。他们认为仲裁的保密性是仲裁的特点与优势，是仲裁的实质属性之一，是仲裁解决国际商事争议的主要吸引要素。这些国家视仲裁的不公开与遵守保密义务为基本原则，视可披露的仲裁文件与信息为例外。但对于披露例外，个案判决也不尽相同，还要根据案件实际情况，文件的性质，个案处理。法院在决定披露时，要尊重当事人的意思自治以及法律允许的例外原则。即便依据传统观点，仲裁的绝对保密是不存在的。但法院行使自由裁量权允许披露时，其也要受到一定的限制。

（二）关于仲裁保密义务的新趋势

澳大利亚、美国与瑞典对仲裁是否存在默示保密义务却持与传统观点几乎完全相反的观点。澳大利亚法院明确判决：保密性不属不公开仲裁的实质属性，不是仲裁固有的特点与品质，不能要求每一当事人都要承担不泄漏仲裁程序、仲裁案文件和信息的义务。不能因仲裁开庭的不公开就使仲裁的文件或信息披上保密的外衣，文件在仲裁中使用不使其具有保密性，当事人达成仲裁解决争议的协议并不意味在仲裁程序中对对方提交的文件或披露的信息达成了保密的协议。美国则以其仲裁法无保密义务规定、当事人在仲裁协议中无保密协议为由，否定仲裁存在保密义务。瑞典法院同样认为，仲裁不公开仅意味局外人无权参加庭审或获取仲裁的信息，但不能由此得出当事人负有法律认可的保密义务。法院所依赖的是当事人之间的保密协议，当事人在法律上并无保密义务。总之根据这些国家的法院判例，如果当事人不在仲裁协议中达成明确的保密义务条款，法院就不会承认仲裁协议含有默示保密义务。

1. 仲裁不公开审理不意味存在默示保密义务——澳大利亚 1995 年“埃索案”（Esso）^①

Esso（埃索）与必和必拓（BHP）是两家天然气供应商，依合同向澳大利亚维多利亚省两家州立公司 GFC 和 SEC 供应天然气。因卖方 Esso/BHP 上调天然气价格与买方 GFC 和 SEC 发生纠纷，提起仲裁。此时，维多利亚州能源与矿产部部长普洛曼（Plowman）要求获取提价信息，并就此事向维多利亚州最高法院对 Esso/BHP 提起诉讼，寻求法院批准披露这些信息。Esso/BHP 以信息敏感为由反对披露，除非 GFC 和 SEC 与其签订保密协议，承诺信息交付后不泄露给任何人，包括普洛曼部长、维多利亚州政府。

初审法院判决支持了普洛曼的请求，驳回了只有 Esso/BHP 与 GFC/SEC 签署保密协议才能提供信息的意见。Esso/BHP 不服，上诉至初审法院的上诉庭，要求确认：仲裁协议存在一项默

^① *Plowman v. Esso Australia Resources Ltd. Et al.*, Supreme Court of Victoria, 1992, reported in 8 *Mealey's International Arbitration Report* no. 1 (January 1993) H1B27, at H26; Tibor Varady, John J. Barcelo III and Arthur T. Von Mehren, *Documents Supplement to International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective* (5th edn., WEST, 2009), pp. 644 - 669.

示条款，即仲裁不公开审理；仲裁中所披露的信息不得用于非仲裁目的。

上诉庭布鲁金（Brooking）法官指出，他不接受一项没有例外的原则性的保密规则，只接受仲裁开庭不公开的观点。Esso/BHP 上诉被驳回。

Esso/BHP 又上诉至澳大利亚高等法院，该院梅森（Mason）法官指出，如果当事人想确保仲裁的文件、庭审记录、证据说明等保密，就应在仲裁协议中作出明确约定，进而仲裁各当事人和仲裁员依此要受到约束，否则，依协议提起的仲裁就只意味它是不公开审理。

对于仲裁协议是否包含一项当事人承担不得泄漏仲裁信息的默示义务的法律问题，梅森法官说，就像否定保密性是不公开仲裁的一个实质特点一样，必须否定关于默示条款的主张。即便存在默示保密条款，也要规定允许披露的例外情况，但英国法院判定的例外范围过窄。他不同意同属普通法系的英国大法官帕克和科尔曼近年关于不公开仲裁存在默示保密义务的判决先例。^① 然而，梅森法官同意依据英国法，对仲裁庭命令当事人提交的文件、资料要进行保密，但这一义务在获取公共机构信息上要受到合法公共利益的制约。同时，这一保密义务不能扩展至像上诉人讲的那样包括所有向仲裁庭提供的文件与信息。

布伦南（Brennan）法官虽同意主审法官梅森的意见，但他发表了补充意见，其中对默示保密义务及其例外的观点值得注意。布伦南法官说，一方当事人向对方提交或披露的文件或信息，不能因开庭不公开就使这些文件或信息披上保密的外衣。一个文件在仲裁中被使用并不使其具有保密性。因此，当事人达成仲裁协议并不意味达成了在仲裁程序中对对方其提交和披露的所有文件和信息进行绝对保密的协议。他认为保密义务不能是默示的，应该明示，保密义务必须源于合同。在本案中，布伦南法官认为普洛曼部长依据 1958 年省电力委员会法，有权从 SEC 获取信息，因此任何默示保密义务必须受到此项限制。GFC 属公共机构（public authority），公众对仲裁的进展和结果具有真实的利益。因此，他认为无论是 GFC 还是 SEC，向政府或部长披露有关能源管理的文件或信息，均不得视其违反了默示保密义务。

澳大利亚最高法院的判决几乎颠覆了法律界对仲裁保密性的通常观念，激起了对仲裁保密性的关注与热议。如何解决政府的公用事业单位依法向政府披露仲裁信息的问题是埃索案本身的特点。

2. 公布临时裁决不构成违反合同——瑞典“Bulbank 案”（2000 年）^②

这是一起关于一方当事人未经对方同意单方公布临时裁决书是否构成违反仲裁协议保密义务的案件。案件起诉方是保加利亚对外贸易银行（Bulgarian Foreign Trade Bank，简称 Bulbank），被诉方是 A. I. Trade Finance Inc.（奥地利贸易金融公司，简称 AIT）。因贷款纠纷，AIT 在斯德哥尔摩对 Bulbank 提起了仲裁，Bulbank 认为其与奥地利信贷银行贷款合同中的仲裁条款与 AIT 无关，要求仲裁庭驳回 AIT 的仲裁申请。但仲裁庭裁定其具有管辖权，并就此作出裁决。AIT 的代理人未取得 Bulbank 同意，将该裁决书发表在美国《米利国际仲裁报告》（Mealey's International

^① 见 *Dolling Baker v. Merrett* (1990) 1 WLR 1205 和 *Hassneh Insurance Co. of Israel and others v. Stewart J. Mew* (1993) 2 Lloyd's Repl. 243, 另见杨良宜、莫世杰、杨大明：《仲裁法：从 1996 年英国仲裁法到国际商务仲裁》，法律出版社 2006 年版，第 1073—1113 页。

^② Judgment of the Supreme Court of Sweden, 27 October 2000, Case No. T 1881 - 99/NJA 2000 s. 538, <http://www.arbitration.sccinstitute.com/Views/Pages/GetFile.ashx?portalId=89&cat=95788&docId=1083535&propId=1578> (last visited June 15, 2016); Michael Pryles, "Confidentiality", in Lawrence W. Newman and Richard D. Hill (eds.), *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration* (New York: Juris Publishing, 2nd edn., 2008), Chapter 24.

Arbitration Report) 上。与此同时, 仲裁案的首席仲裁员在一个社交场合见到一位瑞典最高法院的法官, 向他透漏了有关管辖权裁决的情况。Bulbank 获悉后, 立即向 AIT 和仲裁庭致函, 认为 AIT 已严重预先违反仲裁协议, 宣布解除该仲裁协议, 要求仲裁庭终止仲裁审理程序, 宣布仲裁协议无效, 而且称首席仲裁员已不再适格。但仲裁庭驳回了 Bulbank 的主张, 进而作出了案件的实体裁决。Bulbank 将此事诉诸瑞典法院, 要求法院撤销仲裁裁决。

案件首先被提交到斯德哥尔摩城市法院。城市法院认为, 斯德哥尔摩仲裁程序包含一项一般默示保密义务, 申请人披露临时裁决构成了实质性违约, 从而赋予了仲裁被申请人 (Bulbank) 解除仲裁协议的权利。仲裁庭在作本案实体裁决时, 仲裁条款已经无效。1998 年 9 月 10 日城市法院作出判决, AIT 违反了仲裁保密义务, 宣布仲裁裁决无效。

AIT 上诉至瑞典的上诉法院 (SVEA Court of Appeal), 上诉法院称, Bulbank 胜诉的前提条件是 AIT 要受到保密义务的约束, 然而, 仲裁条款并不含有保密义务的明示约定。本案适用的 1929 年《瑞典仲裁法》并无保密义务的规定。对于 Bulbank 援用联合国欧洲经济委员会 (ECE) 仲裁规则问题, 法官说, 该条款本身仅意味口头听证程序应保密进行, 得不出其他的结论。对仲裁程序保密是仲裁协议的一个组成部分、是仲裁的一般原则与特点的主张, 法院称, 如一方当事人故意或粗心大意泄漏其在仲裁程序中获得的商业秘密, 依保护商业秘密法其应承担损害赔偿责任。仲裁不公开的性质仅意味局外人无权参加庭审或获取争议中的信息。仲裁员和律师虽依委托负有谨慎 (discretion) 义务, 但不能由此得出当事人负有法律认可的保密义务。当事人可能会因强势公司的压力、或出于其他原因有意, 或有义务向第三方通知仲裁程序和裁决结果。其次, 律师界、仲裁员界的普遍观点是: 如不另定协议, 保密义务就不适用。再次, 保密义务不受瑞典法律管辖, 新的《瑞典仲裁法》强烈不支持存在保密义务。另外, 仲裁界学者并无清晰明确的仲裁当事人具有保密义务的结论。据此, 法院认定 AIT 并未因发表仲裁裁决而违反合同, Bulbank 无理由解除仲裁协议, 其请求宣布仲裁裁决无效的主张不能得到法院的批准。

对于首席仲裁员与法官谈论临时裁决问题, 法院认为其交谈只是出于对仲裁发展的兴趣, 不应导致其不具仲裁员的资格。

瑞典上诉法院强调当事人是否签有保密协议, 仅从法律上看, 当事人并不承担保密义务。对于披露管辖权裁决是否会导致仲裁协议无效问题, 法院认为只有出现重大违反仲裁协议或法律规定的仲裁保密义务, 才可导致仲裁协议无效。由此可见, 处理是否违反仲裁保密义务时也涉及到违约的性质与程度。法院对撤销仲裁协议或仲裁裁决时, 态度十分谨慎。

3. 仲裁员的明示、默示保密义务问题 ——加拿大魁北克“海奥姆案”(Rhéaume)^①

本案涉及明示保密义务和默示保密义务以及仲裁员将仲裁庭合议结果泄漏给当事人所产生的法律问题。加拿大魁北克省法律明文规定了仲裁员负有“合议保密义务” (the obligation of deliberative secrecy)。但如违反该规定, 是否会导致仲裁裁决无效? 仲裁员应负哪些责任?

案情简况是: 庞丝 (Ponce)、里奥派尔 (Riopel) 与海奥姆 (Rhéaume) 达成协议, 前二人购买海奥姆在一些保险公司中的保险利益, 包括由海奥姆控制的卓思 (Excellence) 公司的保险利益。后买卖双方发生纠纷, 提起仲裁, 双方指定克劳契提尔 (Crochetière)、勒梅 (Lemay) 和沃杜 (Vautour) 三人组成仲裁庭。勒梅和沃杜二人正是海奥姆控制的卓思公司的董事。仲裁协

^① 2010 CarswellQue 13339, Société d'investissements l'Excellence inc. c. Rhéaume.

议规定允许仲裁员在开庭期间单独约见每一方当事人。

2006年11月27日下午三位仲裁员合议了案件的裁决并达成一致意见。当天晚上,卓思公司召开董事会,庞丝和里奥派尔应邀出席,勒梅和沃杜是董事自然要参加。会议讨论了涉案交易及仲裁情况,仲裁员沃杜披露了有关交易的财务情况,各方的立场,同时还提到“我们(仲裁庭)今天下午开了会议,我们将作出一个意见一致的裁决”。会后,海奥姆立即写信给仲裁庭,要求撤换勒梅和沃杜的仲裁员身份。

2006年11月29日,仲裁庭作出裁决,支持庞丝和里奥派尔对价格应进行调整的主张,裁定海奥姆应向二人支付557,141美元。裁决书最后一段提到,仲裁庭收到了海奥姆的请求,但那时裁决已作出,他们并未考虑该请求。裁决还指出,海奥姆的请求并未送给对方当事人,属不规范行为。庞丝和里奥派尔收到裁决后即对海奥姆支付了价款,并从中扣减了557,141美元。同时,二人还请求法院核准(homologate)仲裁裁决,而海奥姆则强烈反对。

海奥姆于2006年12月21日向魁北克地方法院提起诉讼,请求判决仲裁裁决无效,该院2008年7月8日作出判决,驳回海奥姆的请求。败诉后,海奥姆上诉至魁北克上诉法院,上诉法院于2010年12月10日作出判决,海奥姆依然败诉,但其又将案件上诉至加拿大最高法院,最高法院2011年6月16日驳回海奥姆上诉。本案判决实际以魁北克上诉法院的判决为最终意见。

就仲裁员是否违反了魁北克民事诉讼法明确规定的法官和仲裁员要遵守“意见保密”(the advisement secret)纪律的问题。法院判决说,法律要求仲裁员对合议仲裁事项的意见对第三人保密的最终目的,是确保仲裁裁决仅为仲裁员的意见,而非其他任何人的意见。对于保密的界限,法院说,起码应包括“合议程序的情况和理由”。法院认为,仲裁员虽已就裁决达成一致意见,但不能错误地认为每个仲裁员都结束了其对案件要表达的意见。仲裁裁决只有当仲裁员签字并正式发出后,才是终局的,仲裁员才算“履职尽责”(functus officio)。仲裁员对裁决达成一致意见,也不能排除某一仲裁员可能再表示不同意见。沃杜仲裁员在董事会上对仲裁庭合议结果的透漏,会对可能改变原来意见的仲裁员造成思想顾虑,以致不愿表达不同意见。法院还说,本案虽未发生前述情况,但违反合议保密纪律不能以是否造成后果来断定。故法院判定沃杜仲裁员违反了魁北克关于仲裁员要对仲裁合议保密的法律规定。

但对是否应撤销仲裁裁决,法院说,首先,要界定在仲裁程序中该违反的性质;其次,要判断该违反是否瓦解了仲裁程序的完整性;另外,要评估该违反对仲裁裁决本身的影响程度。法院称如果接受上诉方海奥姆的意见拒绝核准仲裁裁决或宣布裁决无效,会是对沃杜仲裁员非恶意的轻率行为的过度反应,而且海奥姆也未能够证明沃杜仲裁员的违反行为对仲裁的结果有任何影响。法院称,当违反仲裁程序但并未影响程序的完整性时,法院对核准仲裁裁决或拒绝其效力具有最终的自由裁量权。法院还提到,即便按海奥姆的主张宣布裁决无效,法院也不会以海奥姆的主张取代原来的仲裁裁决结果,也不意味裁决在实体上错误。法院在核准仲裁裁决时,被禁止调查案件的实体问题,还是要由当事人决定如何解决海奥姆出售的保险利益的调整问题。据此,法院虽判定仲裁员违反了明示的法律规定,但驳回了上诉方要求撤销仲裁裁决的诉求。

法院说,英格兰上诉法院承认默示保密义务,部分原因是考虑仲裁的实质是它的不公开性。然而,澳大利亚高等法院却在埃索案中拒绝承认存在这一义务。当事人如果希望得到这种保护,就应在合同中订明保密条款。最终,法院以合同未订有保密义务条款、仲裁的准据法也无保密义务规定为由,驳回了上诉方的请求。

加拿大最高法院实际上采纳了澳大利亚法院在埃索案的判决思路，即当事人以及仲裁员如果需要承担保密义务，则必须在仲裁协议中作出明确约定，或者仲裁适用的法律有仲裁保密义务的规定，在二者均无的情况下，当事人和仲裁员则不承担保密义务的责任。对于仲裁员泄露仲裁庭合议情况，由于魁北克法律有明确规定，自然属违法行为。但在撤销仲裁裁决问题上，法院采取了相当审慎的态度，考虑了违反的性质、违反是否破坏了仲裁程序的完整性、违反对仲裁裁决本身的影响，以及撤销裁决后如何对争议进行解决等问题。最终法院认为仲裁员虽违反魁北克仲裁法律，但其行为并未影响程序的完整性，故驳回了上诉方关于撤销仲裁裁决的请求。

4. 仲裁不存在默示保密义务——美国 PEPL 案（1988 年）^①

此案发生在 1988 年的美国特拉华州地方法院。起因是美国政府对潘汉德东方（PEC）公司及其附属公司，包括潘汉德东方帕克（PEPL）在法院提起民事诉讼，期间美国政府要求 PEC 将其子公司 PECL 与阿尔及利亚石油天然气公司——索纳特拉克（Sonatrach）在日内瓦仲裁的所有文件都提交出来，文件包括法律文书、往来函件、取证文件、证人证言、庭审记录、和解建议等。PECL 随即向特拉华州地方法院寻求保护令，要求法院驳回美政府要求，因为这会损害其经济利益，而且仲裁是保密的。特拉华州地方法院以 PECL 法律专家未能证明其正当理由而驳回了该动议。PECL 的法律专家作证说，索纳特拉克仲裁适用的《国际商会仲裁规则》要求对仲裁文件保密；仲裁院的工作是保密的，以任何身份参加此项工作的人都必须遵守。然而，法院称，这些规则是管辖仲裁院内部成员的规则，仲裁院本身并不审理案件，这些规则不适用于参加仲裁的各当事人或审理案件的独立仲裁庭。即便这些内部规则适用，也仅适用于那些仲裁院内部的程序，而不适用于仲裁庭的仲裁程序。最终，法院以专家证人所举证规则不适用为由驳回了 PECL 的动议，进而法院在潘汉德东方案中拒绝认定仲裁文件是保密的。

美国《联邦仲裁法》和《统一仲裁法》均无要求当事人或仲裁员对仲裁程序与文件进行保密的规定，因此，除非当事人在仲裁协议中订有明确的保密义务，美国法律并不要求当事人要对仲裁进行保密。本案同澳大利亚埃索案有雷同之处，即要求提供信息的一方均为政府。仲裁当事人是否可以仲裁保密为由，拒绝政府提出的信息披露？如果可以，在什么情况下可以，看来值得探讨。

三 商事仲裁保密义务涉及的几个问题

（一）仲裁保密义务的准据法与保密条款

英国、新加坡等国虽然坚持仲裁协议的默示保密义务，但允许当事人在仲裁协议中自主作出另外约定，而且强调法律允许的例外披露情况。澳大利亚、瑞典等国虽然不承认仲裁协议的默示保密义务，但允许当事人作出另外保密约定。二者对保密义务规范的视角截然相反。

从前面的案例可以看出，决定仲裁保密义务首先应看仲裁协议是否定有保密条款，这是两种不同观念的相同追求——当事人意思自治。但当当事人在仲裁协议中未行使该自主权的情况下，

^① *United States v. Panhandle Eastern Corp et al* (D. Del. 1988) 118 F. R. D. 346; Michael Pryles, "Confidentiality", in Lawrence W. Newman and Richard D. Hill (eds.), *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration* (New York: Juris Publishing, 2nd edn., 2008), Chapter 24.

应视仲裁地或法院地的仲裁法对仲裁保密义务是否有规定，但目前各国对此作出立法的却很少。^①

其次，要看适用于仲裁程序的仲裁规则是否对仲裁保密义务有规定，令人欣慰的是，国际上绝大多数仲裁机构对此都有规定。但保密义务问题往往发生在仲裁之后，案件多出现在法院里。法院此时适用的或者是法院地法，或者是仲裁地法。各国司法判决对保密义务的不同态度，自然会给仲裁当事人，甚至仲裁员带来不确定性，甚至招致法律责任和经济损失。因此，在当事人未做仲裁保密约定的情况下，明白保密义务的适用法律就十分重要。合同的准据法是管辖合同当事人实体权利与义务的法律，不涉及仲裁保密义务的问题。仲裁协议的适用法律，除非当事人另有约定，就是合同实体问题的适用法律。即便合同定有仲裁协议的适用法律，该法律也只是判定仲裁协议是否存在、成立、合法有效问题，不包含仲裁程序、文件、信息的保密内容。埃索案、海奥姆案和 Bulbank 案等仲裁案显示，法官在仲裁协议未约定保密义务适用法的情况下，他们适用的是法院地法（lex fori）。当然，也有主张适用仲裁地法（lex arbitri）的。例如，仲裁地在新加坡，当事人在澳大利亚法院请求允许披露在新加坡仲裁期间产生的文件、信息或裁决书，法院有可能适用澳大利亚的法律或仲裁地新加坡的法律来决定保密义务问题。本人觉得多数法院很可能会适用法院地法，因为对法院来说这更方便，但普赖勒斯（Pryles）认为此时应适用仲裁地新加坡的法律^②。

当然，适用什么地方的法律，首先，那里要有立法或司法判例；其次，当事人或其律师对适用法有所了解。普通法的一个优势是判例的普遍适用性，大陆法也有这种趋势。这或许能为准据法的适用带来一定的灵活性。

（二）保密义务的范围

仲裁保密义务涉及两个方面问题，一是对哪些文件或信息要进行保密；二是哪些人要承担保密义务。对于仲裁文件与信息保密的范围，一般包括：仲裁的存在、仲裁请求、答辩状、进一步辩词、涉及案件的其他文件、陈词，当事人提交的证据、仲裁庭笔录、记录（transcript），仲裁庭程序令、指令，仲裁庭作出的部分或中间裁决以及最终裁决等。上述是按项目罗列说明保密事项，还有一些仲裁机构的规则原则性地概括表述保密的范围，如美国仲裁协会称“与仲裁或裁决有关的所有事项”均应保密。伦敦国际仲裁院则规定“所有裁决书”、仲裁的“所有资料”及仲裁的“所有其他文件”均应保密。新加坡遵循英国法院关于仲裁存在默示保密义务的原则，认为保密是仲裁的一项默示规则。《新加坡国际仲裁中心仲裁规则》（2013年）第35条规定仲裁当事人必须对“有关仲裁程序和仲裁裁决的全部事项保守秘密”。另外，香港国际仲裁中心、伦敦国际仲裁院、美国仲裁协会等的仲裁规则对仲裁庭“内部协议”都做了明确的保密规定。从加拿大魁北克 Rhéaume 案可以看出，其法律对仲裁庭“内部协议”的保密也作出了规定。当然，保密义务通常不包括已处于公知领域的文件或信息。

首当其冲承担保密义务的自然案件各当事人、仲裁代理人。由于仲裁员接受了当事人或指定机构的委托，其应当承担仲裁保密的责任。保密义务还涉及参与案件的事实证人或专家证人，

^① 西班牙在其仲裁法中对仲裁信息保密作出了明示规定。Nigel Blackaby & Constantine Partasides with Alan Redfern & Martin Hunter, *Redfern and Hunter On International Arbitration* (Oxford University Press, 2009), p. 145, footnote 255.

^② Michael Pryles, “Confidentiality”, in Lawrence W. Newman and Richard D. Hill (eds.), *The Leading Arbitrators’ Guide to International Arbitration* (New York: Juris Publishing, 2nd edn., 2008), Chapter 24.

因为他们在准备证言或意见时也要阅读仲裁案件的有关文件, 听取信息, 因此, 或者由当事人的代理人通知他们, 或在仲裁庭面前, 承诺保密义务。《世界知识产权组织仲裁规则》(2014年)第76(b)条规定: “一方当事人邀请的证人不视为第三方, 如果为准备证人证言, 证人接触到当事人在仲裁过程中提供的证据或其他信息, 在此范围内, 邀请证人的当事人应当保证证人遵守与其同等程度的保密义务。”世界知识产权组织把证人的保密义务堆加到了当事人身上, 这是当事人及其代理人要注意的。国际商会还将仲裁院工作性质定为是保密的, 要求其工作人员和被邀请参加仲裁院会议人员, 以及在仲裁院从事学术工作的研究人员均应遵守仲裁院的保密制度。

(三) 保密义务的例外与允许披露的范围

默示保密义务虽然是一项总的原则, 但允许当事人在特定条件下可以披露仲裁文件或信息, 其中包括: (1) 提供材料的当事人明示、默示表示同意披露; (2) 仲裁后在法院程序中, 法院命令披露; (3) 披露经法院批准; (4) 合理必要, 即指为保护仲裁当事人的合法利益, 例如为起诉第三人或为抗辩第三人的起诉而披露; (5) 因公共利益或“公正利益”(the interests of justice)的要求而披露。^①

新加坡完全接受英国法院关于仲裁存在默示保密义务的原则, 凡是在新加坡适用普通法的仲裁, 作为一项默示规则, 当事人均需承担保密义务, 除非当事人的仲裁协议或所适用的仲裁规则另有关于披露的约定或规定。

《新加坡国际仲裁中心仲裁规则》(2013年)第35条对允许披露的情况规定为: “(一) 向任何国家有管辖权的法院申请执行裁决或者对裁决提出异议; (二) 根据有管辖权的法院发出的命令(或者传票); (三) 行使或执行一项法定权利或请求权; (四) 法律对披露方有强制性的披露规定; (五) 为遵守政府主管部门或其他主管机构的要求或者条件; (六) 依一方当事人的申请并适当通知对方当事人后, 仲裁庭命令披露。”^②显然, 披露范围要宽于英国法院的判决。

尽管澳大利亚法院拒绝承认仲裁协议的默示保密义务, 但允许当事人在仲裁协议中作出保密约定, 进而当事人和仲裁员受到保密的约束。在此情况下, 也存在允许披露的例外情况。《澳大利亚国际商事仲裁中心仲裁规则》(2011年)第18条规定: 在下列情况下当事人可以披露仲裁文件和信息: “(a) 为向有关法院提出申请之用; (b) 为向任何国家的有关法院申请执行仲裁裁决之用; (c) 根据有管辖权法院的命令而披露; (d) 根据对作出披露的当事人具有效力的任何国家法律的要求而披露; (e) 根据有关行政管理机关的要求披露”; 而且规定披露方在合理时间内, 应向仲裁庭、澳大利亚国际商事仲裁中心和其它当事人作出通知, 通知应说明披露的内容及披露的理由。

(四) 仲裁对商业秘密的保护

商事仲裁往往涉及商业秘密, 但往往被人忽视。对当事人商业秘密进行保护是商事仲裁保密的

^① 在 *Emmott (John Forster Emmott v. Michael Wilson & Partners Limited)* [2008] EWCA Civ 184 案中, 英国上诉法院劳伦斯·柯林斯 (Lawrence Collins) 法官判决道, 公正利益要给予宽泛的解释, 不仅仅限于英国的公正利益, 也涉及国际公正利益。

^② Michael Huang and Nicholas Thio, “A Proposed Model Procedural Order on Confidentiality in International Arbitration: A Comprehensive and Self-Governing Code”, (2012) 29 *Journal of International Arbitration* 137, pp. 137-169. 该文建议的这个披露范围虽然宽泛, 但客观上是需要的。

一个重要方面。仲裁程序中,有时为将问题的实际情况及性质向仲裁庭陈述清楚,当事人不得不披露某些自身的商业秘密,例如,提交的文件或证据有时含有其客户名单、价格信息、交易数量、市场份额、经营方略、技巧,或其他非公知的商业、金融或知识产权方面的秘密,这些信息即便仅披露给对方当事人有时也会给披露方带来经济损害,因为对方当事人很可能是披露方的竞争对手,更无需讲泄漏给广泛的第三人。因此,在仲裁协议或仲裁规则中规定对商业秘密的保护十分重要。

《国际商会仲裁规则》(2012年)第22.3条就规定:“经任何当事人提出要求,仲裁庭可以裁令对仲裁程序或任何与该仲裁有关的其他事项予以保密,亦可采取措施保护商业秘密及保密信息。”

基于世界知识产权组织主要办理知识产权方面的纠纷,案件涉及比较复杂、敏感的商业秘密问题,故其仲裁规则在这方面的规定就比较全面具体,在第54条首先规定了保密信息的定义,即指一方当事人拥有、不为公知、具有商业、金融、工业重要性、被拥有方视为紧密的信息;其次,规定提供保密信息的当事人或专家应向仲裁庭提出保密申请、说明理由,并通知对方当事人;再次,仲裁庭有权决定信息是否属于保密范围,应当当事人请求可决定或自行决定聘请保密咨询专家确定信息是否属于保密范围;仲裁庭有权要求获取保密信息的当事人承担保密义务,决定其可披露信息的条件与范围。

实践中,当事人可以选择对高度敏感的商业秘密文件或信息作有限范围的提交,例如只提供仲裁庭,甚至仅提供给首席仲裁员审阅,而不提供给对方当事人,也不同意仲裁员向对方当事人透漏这些信息,理由可能是对方是自己激烈的竞争对手,如获得这些信息会对自己造成不利后果。但不让对方阅看这些证据,有可能涉及法律的正当程序问题,对方当事人有可能以此为理由事后要求撤销仲裁裁决。解决的办法是,商业秘密提交方、仲裁庭应事先取得对方当事人的书面同意并承诺在仲裁庭仲裁裁决作出后其不会以此为理由申请撤销仲裁裁决。^①

毫无疑问,当事人如果违反对商业秘密的保密义务将招致严厉的违约赔偿责任。《新加坡国际仲裁中心仲裁规则》(2013年)第35.4条规定:“如当事人违反本条保密规定,仲裁庭有权采取适当措施(包括发出惩罚性措施命令、带有惩罚性质的费用命令或者费用裁决)。”

《美国仲裁协会仲裁规则》第37条“保密”规定:(1)仲裁员或仲裁管理人都不得泄漏在仲裁中由当事人或证人披露的保密信息。除本规则第30条规定外,除非当事人另有约定,或按照适用法律的要求,仲裁庭成员和仲裁管理人应当对与仲裁或裁决有关的所有事项保密。(2)除非当事人另有约定,仲裁庭可作出与仲裁的保密性或其他与仲裁有关的事项保密的指令,并可以采取保护措施保护商业秘密和保密信息。

(五) 保密义务的违反及救济

仲裁员与当事人之间的法律关系被视为是合同关系,所以当仲裁员违反仲裁保密义务时,通常是按违反合同来处理的。当事人违反仲裁保密义务会被视为违反仲裁协议,也是违反合同问题。但违反合同从性质上可分为一般违约和重大违约。加拿大魁北克的海奥姆案,法官考虑违反保密义务的性质,违反是否破坏了仲裁程序的完整性,违反对仲裁裁决本身的影响以及撤销裁决后如何对争议进行解决等问题,不失为是考虑违约性质的要素。总之,要看违反是否损害一方当

^① Emmanuel Gaillard and John Savage (ed.), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 1999), p. 693.

事人的实质利益，同时要考虑争议解决的诉讼成本。法院只有在构成重大违约时才会判与损害赔偿救济。但是，证明存在违反仲裁保密义务，证明受害方存在损害以及违反与损害存在因果关系，这绝非易事。另外，从前述 Bulbank 案、海奥姆案等案例可以看出，对于对当事人或仲裁员的一般性违反保密义务，法院都采取了比较宽容的态度，只有法国的 Aita 案是个例外。同样，对于因违反保密义务提出解除仲裁协议、终止仲裁程序或请求撤销仲裁裁决的请求，法院也是要审查是否存在重大违约。对于一般程序违反，法院不会采取严厉的极端立场。瑞典上诉法院在 Bulbank 案中，就未因 AIT 公布部分裁决而宣布仲裁协议无效，法官讲到：“考虑到解除仲裁协议所涉及到的重大后果，赋予这种解除权的范围必须十分有限。”当然，如一方当事人故意或粗心大意泄露其在仲裁程序中获得的商业秘密，依保护商业秘密法应承担损害赔偿责任。

（六）中国仲裁的保密制度与实践

《中华人民共和国仲裁法》（以下简称《仲裁法》）对仲裁不公开进行做了明确规定，但并无保密义务的规定。^① 中国《仲裁法》已颁布 20 年了，修改已迫在眉睫，其中之一似乎应考虑增加关于仲裁保密义务与例外披露的规定，以加强对实践的指导与司法实践的依据。

《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》（2015 年）第 38 条对庭审不公开和当事人的保密义务均做了规定，其内容为：“（一）仲裁庭审理案件不公开进行。双方当事人要求公开审理的，由仲裁庭决定是否公开审理。（二）不公开审理的案件，双方当事人及其仲裁代理人、仲裁员、证人、翻译、仲裁庭咨询的专家和指定的鉴定人，以及其他有关人员，均不得对外界透露案件实体和程序的有关情况。”其他中国主要仲裁机构也均做了类似规定。

但中国各仲裁机构的仲裁规则似还有改进之必要：第一，应增加“仲裁庭会议”保密的内容。不论对仲裁协议含有保密义务的态度如何，仲裁庭成员内部对案件事实、法律问题以及如何进行分析、讨论与结论都要求保密，这是国际通行准则，增加这一内容有利于提高仲裁庭独立审案的形象。第二，中国仲裁案件在仲裁庭作出裁决之前都要先将裁决书交仲裁机构“核阅”；还有些案件在裁决作出前需提交“专家委员会”讨论、咨询，以使裁决更加完善、公平、公正，因此，这些“核阅人员”与“专家”亦应承担保密义务。第三，应规定当事人可以披露仲裁文件、信息以及仲裁裁决的例外情况，英国法院的判例，新加坡、香港相关仲裁机构仲裁规则可提供很好的参考。第四，应规定仲裁裁决书可以公开的条件。隐名的、中性概要地发表仲裁裁决书对商业实践、执业律师、仲裁员具有重要参考、学习的价值，发表可以促进商业实践的质量提升，完善与发展中国现代商法。《香港国际仲裁中心仲裁规则》（2013 年）第 42.5 条规定：“裁决（不论是全文，还是节录或概要）只有在下述情况下才能公开：（a）向香港国际仲裁中心提出了公开裁决的要求；（b）当事人名称全被隐去；及（c）当事人未在香港国际仲裁中心专门设定的期限内反对公开裁决。若有当事人反对，裁决不得公开。”该规定可为我们提供很好的借鉴。

结 语

英国一直视商事仲裁的不公开审理及当事人负有默示保密义务为其宗旨与原则，为其吸引国

^① 《仲裁法》第 40 条规定：“仲裁不公开进行。当事人协议公开的，可以公开进行，但涉及国家秘密的除外。”

际商事仲裁在伦敦开展的主要原因之一。英国法院的判例也是国际上关于仲裁保密义务与披露例外法律规则最丰富的源泉,值得我们关注。但绝对的保密是不存在的,判例和仲裁规则允许披露的范围在不断扩大,尤其是涉及公共利益以及国际投资争端解决中心(ICSID)的案件就更要求有透明度。澳大利亚虽然不承认仲裁协议含有保密义务,但尊重当事人关于保密义务的约定。国际上对仲裁保密义务莫衷一是。正如《1996年联合国国际贸易法委员会关于组织仲裁程序的说明》第31条规定:“普遍认为,保密是仲裁的一个优势和有益的特性。但是,仲裁参与者对与案件有关的资料负有保密义务的限度,在国内法上却没有一致的规定。此外,当事人在其约定的仲裁规则或其它规定中如未明文规定保密问题,不能指望所有地区均承认隐含的保密承诺。而且,仲裁参与者很可能对所期望的保密范围的理解不尽相同。因此,仲裁庭可与当事人讨论此事,就保密责任达成一致,适当时予以记录。”

值得注意的是,目前国际上并无关于仲裁保密的统一规则,《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》(2010年修订)除对庭审不公开有规定外,对保密问题也并未作出规定。有鉴于此,针对各国对仲裁保密义务的不同司法实践与仲裁规则的不同规定,面对中国企业不断增多的国际商事仲裁,避免中国企业、律师以及仲裁员在保密义务上可能遇到的被动局面,稳妥的办法应是当事人在订立合同时,在合同争议解决条款中对仲裁保密义务、允许披露的事项以及仲裁条款所适用的法律作出明确的约定。一旦出现问题,无论是仲裁庭还是法院会有章可循。但实践中如此做的却凤毛麟角,这是应当改进的。另外,将中国仲裁机构打造成真正的国际仲裁中心,也需要我们在仲裁法、仲裁规则中定有符合国际标准的制裁保密制度。

Exploration and Reflection on the Obligation of Confidentiality in International Commercial Arbitration

Zhang Yuqing

Abstract: The privacy of arbitration proceedings and confidentiality of arbitration are two different concepts which should not be confused with each other. While there are no divergent views in terms of conducting arbitration proceedings or hearings in private internationally, huge differences exist regarding confidentiality of arbitration. As to the practices of confidentiality, there are two kinds of major different jurisprudence, one represented by the English system, and the other represented by the Australian system. The main feature of the English system is to recognize the obligation of confidentiality in arbitration, but disclosure is allowed as an exception. The Australian system does not recognize confidentiality unless the parties stipulate such obligations in their arbitration agreements. There is no doubt that confidentiality of arbitration is an important discipline in arbitration and the legal society can not ignore it. To strengthen the discipline of confidentiality in arbitration can enhance the reputation of Chinese arbitration institutions and Chinese arbitration, which should be seriously paid attention to in China.

Keywords: International Commercial Arbitration, Privacy, Confidentiality

(责任编辑:李庆明)