

仲裁条款：事半功倍的起草要点

刘洋 (Edward Liu), 合伙人

吴佳华 (Lori Ng), 律师

林敏惠 (Manly Lam), 律师

作为最流行的争议解决方式，仲裁的一大特点就是其程序的灵活性，允许双方当事人以及仲裁庭根据案情需要对程序进行适当调整。然而，如果仲裁协议本身存在缺陷，那么非但可能造成这一优势的丧失，更可能导致程序的冗长。

仲裁协议本身的缺陷可能源于：旧文件中的仲裁条款未经修改审阅就被直接挪用，或者由于当事人对仲裁了解不足而仓促起草相关仲裁条款。然而，只有在争议发生后，当事人才会发现他们所约定的条款实际上规定了一个不存在的仲裁机构，或者要求一个拒绝参与其中的第三方参加仲裁，或者根本没有规定相关仲裁地点或仲裁涉及的争议类型，或者该条款迫使双方当事人无休止地进行谈判协商，从而可能阻碍该争议进入仲裁程序。这些情况在双方当事人关系破裂之前，并不会对他们造成任何困难，但一旦关系破裂，他们就会开始对仲裁协议的含义、范围甚至是否存在仲裁协议产生分歧。如果当事人诉诸法院，法院当然也会尽可能地弄清这些瑕疵条款的含义，但同时，这表示在开始仲裁解决其真正的争议之前，双方当事人要先承担由此产生的诉讼费用以及为了弄清其自认为已达成的仲裁协议而带来的延迟。

起草一份好的仲裁条款并不需要花费很长时间，确保其清楚易懂是至关重要的。

在对仲裁条款进行谈判和草拟之前，有几个重要的方面需要考虑：

- (a) **财产所在地：**需要确定另一方当事人的财产现在位于何处，以及在获得仲裁裁决之后，这些财产可能会位于何处。如果财产位于仲裁裁决作出的地方，那么当事人可以依赖当地法院来执行该裁决。但是如果财产位于其他国家和地区，那么当事人应该在该地寻求相关法律意见，以确定仲裁裁决在当地是否可以得到有效认可和执行。
- (b) **仲裁类型：**需要确定是否选择机构仲裁，即将仲裁交由仲裁机构进行。如果选择机构仲裁，需要确定哪个仲裁机构，并且该机构是否是临时性的，即是否有正式的组织和管理。同时，双方当事人还需要决定选择适用哪一套仲裁规则或是否适用仲裁地法律。
- (c) **示范条款：**大多数仲裁机构都有自己的格式条款，起草仲裁条款时可以从这些格式条款开始。但是每次起草时都应该重新审阅这些格式条款，必要时应该及时修改其中不合时宜的措辞或参考。

当事双方应当尽量就以下几点在仲裁条款中达成协议：

- (a) **仲裁范围 -**建议在起草仲裁条款时使用宽泛的措辞，以确保所有可能涉及的争议都被包含在仲裁范围内，无论是侵权还是与合同相关的。例如，

常见的措辞为“任何因本协议引起的或与本协议有关的争议、纠纷和索赔，均应提交仲裁裁决。”

- (b) **仲裁庭** - 在指定仲裁员数量和采用仲裁程序时，需要考虑案件的性质和涉案金额。通常可以选择独任仲裁员、三名仲裁员、两名仲裁员和一名公断人。独任仲裁员适用于裁定相对简单的纠纷或涉案金额较低的案件。指定三名仲裁员也很常见，仲裁程序要求双方各指定一名仲裁员，并由这两名仲裁员再选出第三名仲裁员。如果这两名仲裁员无法就第三名仲裁员达成一致，则第三名仲裁员由另外指定的个人或实体决定。虽然这个过程看起来较为繁琐，但往往比指定两名仲裁员和一名公断人更受欢迎。

指定两名仲裁员和一名公断人的程序与三名仲裁员的指定程序相似，区别之处在于相较于在仲裁初期就参与仲裁的第三名仲裁员而言，公断人只有在选定的两名仲裁员无法达成一致裁决时(即在仲裁尾声时)才会参与仲裁，而当公断人参与后，裁决只能由公断人一人作出，其他两名仲裁员丧失作出裁决的权利。

三名仲裁员(或两名仲裁员加一名公断人)通常适用于大型且复杂的案件以及涉案金额高的案件。如果双方同意采用某一套仲裁规则或提交给某一仲裁机构裁决，他们则无需在仲裁条款中再规定仲裁庭的组成方式，因为这些规则或机构通常已经包含了任命和组成仲裁庭的特定规则和程序。在采用这些规则或机构前，双方应先熟悉和了解这些规则或该仲裁机构的相关规定。

- (c) **仲裁员人数及其资历** - 双方当事人可以在仲裁条款中约定指定的仲裁员必须具备特定的行业经验、专业资格或语言技能。例如，双方可以规定仲裁员必须拥有特定的法律、商业、行业或技术背景。双方应该明确约定仲裁员的资格要求，以便在仲裁过程中能够避免争议。此外，在选择措辞时，建议使用包容性语言，如使用“person”或“individual”来代替“man”，以避免性别歧视的可能性。
- (d) **第三方** - 在仲裁条款中提及某一仲裁机构或其内部某位负责人时，双方当事人应该核实该机构或负责人的真实性，以及是否愿意承担该职责。确保仲裁条款准确地提及该机构或负责人的名称和职责，以避免因为条款的不准确而导致的争议。
- (e) **选择一个仲裁机构或一套仲裁规则** - 在选择一个仲裁机构或一套仲裁规则时，双方当事人应该确保该机构或规则确实存在，并注意机构名称的拼写。常见的仲裁机构包括国际商会国际仲裁院 (ICC)、香港国际仲裁中心 (HKIAC)、新加坡国际仲裁中心 (SIAC)、中国国际经济贸易仲裁委员会 (CIETAC) 和伦敦国际仲裁院 (LCIA)。在选择临时仲裁规则时，双方可以选择联合国国际贸易法委员会 (UNCITRAL) 规则或香港海事仲裁协会 (HKMAG) 规则。另外，还需确保被选来指定仲裁员或公断人的机构或个人都愿意履行这一职能。

- (f) **写明仲裁地点或仲裁所在地** - 仲裁地点也称为仲裁所在地，在仲裁协议中非常重要。它决定了仲裁裁决在哪里作出，并决定了该裁决是否会被认定为纽约公约下的裁决(纽约公约有超过 170 个缔约国，这有助于仲裁裁决的执行)。此外，仲裁地点法院可以行使仲裁相关的监督职能。双方当事人也可能希望通过协商在仲裁地点以外的地方开庭(比如为了方便当事人或其证人)，但他们应确保仲裁所在地法律允许他们这样做。
- (g) **适用的实体法** - 实体法是指管辖当事人权利义务的法律，这与管辖仲裁的程序法不同。但两者都应当在仲裁协议中被写明，否则这本身就会成为争议主体。因此，在仲裁协议中明确规定适用的实体法非常重要，以避免争议并确保裁决的有效执行。
- (h) **语言** - 双方当事人应当约定仲裁使用的语言。该语言将用于仲裁的书面材料以及开庭。如果双方使用的语言不同，他们可以考虑使用一种中立的语言或者请翻译参加仲裁。

如果可以的话，当事双方也可就以下几点尝试通过仲裁条款达成协议：

- (a) **排除上诉权** - 仲裁的一大魅力在于一裁终局性。因此，在仲裁地法律允许的范围内，当事人可以约定排除双方向当地法院上诉的权利，以确保仲裁裁决的一裁终局性和约束力，并防止裁决被重审和推翻。在一些司法管辖区，双方当事人可以约定排除所有情形下的上诉权，包括程序上的不规范。但通常不建议这样约定，因为这会使当事人在程序滥用的情况下没有任何补救措施。
- (b) **文书送达条款** - 在仲裁协议中列入送达条款并指明法院文件的送达人很有用，以防之后当事人会进行与仲裁相关的诉讼(比如一方当事人获得法院紧急颁布的救济性禁止令)。
- (c) **放弃主权豁免权** - 当与国家或国有机构签订合同时，为确保裁决的执行可以顺利进行，建议双方当事人约定放弃主权豁免权的条款。在一些司法管辖区，当事人在执行程序开始前并不能放弃主权豁免权，但在执行程序开始后放弃。当事人应当在当地寻求相关法律意见。
- (d) **阶梯式或分层式条款** - 该条款通常要求合同双方在正式开始仲裁程序前的早期阶段就尝试通过调解或协商来解决分歧。但需要注意的是，双方还应同时约定该调解或协商必须在一定时间内完成，以便双方当事人知道何时调解或协商会被视作结束并有权开始仲裁。如果未明确约定该时间，将导致双方当事人产生关于“何时才可以开始仲裁”或者“双方是否可以诉诸仲裁”的争议。这对于即将终止索赔的诉讼时效的一方来说，无疑会产生重大问题。

香港法庭一般认为关于合同中一方是否遵守阶梯式或分层式条款中的要求而合理展开仲裁的争议，是属于申索可否受理的问题，而不是涉及仲

裁庭的管辖权问题；因此法院在这方面无权发挥作用。此类争议应由仲裁庭决定可否受理，仲裁庭的此类决定为最终决定，而且法院不得复审。

因此，香港的仲裁庭拥有广泛的权力，可以决定在有人指控不遵守升级条款时如何处理，而不会有将其决定用作撤销最终裁决的基础的风险。由于违反此类条款不会影响仲裁庭的管辖权，仲裁庭不一定需要在发现不遵守时终止仲裁，但可以决定命令中止或延期程序——或者实际上，如果仲裁庭认为遵守阶梯式或分层式条款是徒劳的，则其亦可允许仲裁程序继续进行。

此外，对于调解的案件，双方当事人最好在条款中规定调解人必须是独立的并由双方共同指定(通常，调解费用由双方共同承担)。

- (e) **合并仲裁和共同仲裁** - 如果案件涉及一系列合同，为谨慎起见，合同下的所有当事人应当约定：在某一合同下的争议的其中一方当事人有权以通知的方式要求其他合同下的所有当事人将其各自的仲裁程序合并为一个仲裁案件。也就是说，所有当事人的争议和纠纷都将由同一个仲裁庭按照同一套仲裁规则审理，并作出一个仲裁裁决。这不仅高效地解决若干相关纠纷，也可以确保相关责任可以直接由过错方承担，从而减少责任链条中其他中间方因此破产的风险。如果在起草仲裁协议时缺少此类条款，则当事人(通常是系列合同中的中间方)将要自行要求责任链条中上下双方所委任的仲裁员作为自己在另一个仲裁程序中的仲裁员，从而达到两个仲裁程序皆为一个仲裁庭的效果。

但在实践中，被另一方委任的仲裁员有可能因为利益冲突而拒绝接受委任。在这种情况下，则会有两个由完全不同仲裁员所组成的仲裁庭出现。由于仲裁员及仲裁程序的不同，裁决结果不同的可能性增加，中间方面面对的风险从而增加，甚至会面对在两个仲裁程序中败诉的可能性。共同仲裁不同于合并仲裁，因为在共同仲裁下，仲裁庭仅仅是同时审理不同的争议和纠纷，但最后会在不同程序下就不同纠纷作出独立裁决。

- (f) **临时措施** - 当事人是否有权向仲裁庭或当地法院申请临时救济措施取决于当地程序法以及其约定的仲裁规则下仲裁员被赋予的权力，通常是由于有迫切的需求，例如该案的被申请人通过耗散资产来规避裁决执行的紧急风险；或者在仲裁裁决作出之前现状将受到不可逆转干扰的风险，例如被申请人在仲裁过程中对其资产作出处置等。在此情况下，根据仲裁协议中的规定，可以使用的临时措施包括紧急仲裁临时救济和法庭协助仲裁的禁令等。

在香港进行的仲裁，甚至可以向中国内地中级人民法院申请临时措施，包括对证据、被申请人的财产或者行为作出保全措施。就最常见的财产保全措施而言冻结被申请人在中国内地的资产，以便执行后续的判决。值得一提的是，海问香港争议解决业务组合伙人刘洋律师是首位为客户成功向香港国际仲裁中心提交临时措施申请，并获得上海海事法院的批准，下令冻结答辩人在内地的资产及银行户口的律师。

此项临时救济方式是香港特有，远胜于其他司法管辖区对中国内地资产的保全能力。因此，在起草仲裁协议时，如果合约另一方在中国内地拥有资产，则应当考虑以香港作为协议的仲裁地点。同时，如果当事人愿意，他们也可以通过仲裁协议扩大仲裁员在临时措施方面的权力范围。

- (g) **保密条款** - 在一些司法管辖，仲裁程序和仲裁裁决的保密性是默示性的且受到保护。然而在一些其他国家，情况并非如此。如果保密性对当事人很重要，他们应该在仲裁协议中就此约定相关条款。例如：

“仲裁庭应当维护仲裁的保密性并公正、务实、迅速地进行仲裁，同时给予每一方当事人充分机会陈述其案情。除非当事人以书面形式明确约定其他相反情况，合同当事人应当就仲裁中的所有裁决和命令、仲裁过程中以仲裁为目的制作的所有材料及对方当事人于仲裁过程中出示的未在公共领域公开的其他文件进行保密，除非是一方当事人的法律义务要求其进行披露以保障或体现有关一方当事人的法律权利，或者是为了在法院或其他司法机构的法律程序中强制执行或质疑该仲裁裁决。”

如果在仲裁协议中约定以香港为仲裁地点，就没有此项顾虑。香港被视为全球少数就仲裁的保密而订立相关法定责任的司法管辖区之一。根据香港的《仲裁条例》第 18(1)条，除非各方另有协议，否则任何一方不得发表、披露或传达 - (a) 任何关乎仲裁协议所指的仲裁程序的资料；或(b) 任何关乎在该仲裁程序中作出裁决的资料。这与英国法例所规定的隐含保密责任有所不同。在英国的法例下，保密责任是一项隐含的法律规定，亦是仲裁程序所必须维护的私隐的一个必然结果，而英国的 1996 年《仲裁法》并没有就保密事宜作出任何提述。因此就保密性而言，香港的法例会比英国的法例更明确及肯定。