

# 论涉外仲裁裁决的法外撤裁

张春良 官隆清\*

**摘要：**仲裁裁决撤销机制是司法审查仲裁最严厉的制度安排，撤裁依据的设置是其核心，理应得到严格合理的考量。规范涉外仲裁裁决撤裁依据的是《民事诉讼法》第274条。该条采取了“法定+封闭+程序为主”的“穷尽式清单”模式例举了五类撤裁依据。但司法实践中出现了在法定撤裁依据之外援引审查依据，对仲裁裁决进行直接或间接否定的情形。部分法外撤裁一方面表现为逾矩的违法性，另一方面也显现出了存在的合理性。在仲裁公信力亟待提升、仲裁意思自治寻求深化的新形势下，敏锐回应实践需求、转化实践智慧以改善涉外仲裁裁决撤裁依据的设置，是借力我国《仲裁法》修订契机的顺势而为之举。我国立法可建立由正当程序的法定依据、当事人合意的约定依据、社会公共利益的底线依据三者组成的撤裁依据清单，据此可中和封闭性与开放性、法定性与约定性、实体性与程序性的多重取向，兼容公益、法益和私益的多元诉求。

**关键词：**涉外仲裁 仲裁裁决 撤裁依据 意思自治 正当程序 公共利益

## 一 涉外仲裁撤裁依据的中国之道：穷尽式清单

人民法院对涉外仲裁裁决进行撤裁和不予执行两类审查的依据共同列示在《中华人民共和国民事诉讼法》（2017年修正，以下简称《民事诉讼法》）第274条。<sup>①</sup>该条分两款规定了五种撤裁依据：（1）基于仲裁协议之撤销，即“当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的”；（2）基于程序参与之撤销，即“被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知，或者由于其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见的”；（3）基于程序违反之撤销，即“仲裁庭的组成或者仲裁的程序与仲裁规则不符的”；（4）基于裁决范围之撤销，即“裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的”；（5）基于公共利益之撤销，即“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”。可见，第274条采取“穷尽

\* 张春良，西南政法大学教授；官隆清，西南政法大学博士研究生。本文受2018年度国家法治与法学理论研究重点项目《论海牙“判决项目”的最新发展——中国视角、立场与方案》（18SFB1009）及2020年度内陆开放法律研究中心课题《涉外商事案件管辖改革研究》（20200107）资助。

① 需略作说明的是，我国立法对仲裁裁决区分涉外与否采取双轨制的司法审查。《中华人民共和国仲裁法》（2017年修正，以下简称《仲裁法》）第58条规范的是无涉外因素的国内仲裁裁决的司法审查；第70条、第71条分别规范的是涉外仲裁裁决撤销和不予执行的司法审查。《仲裁法》第70条、第71条最终援引2007年修正的《民事诉讼法》第258条第1款，后者因《民事诉讼法》几经修正演变为现行有效的《民事诉讼法》（2017年修正）第274条，统一规范我国涉外仲裁裁决的撤销和不予执行之司法审查。为简便起见，下文将直接援引第274条展开论述，特此说明。

式清单”模式，它具有“法定+封闭+程序为主”的特征。

首先，撤裁依据的法定性。这主要包括四个层面的意指：第一，立法明确规定此类依据；第二，司法机关不得创设或改变撤裁依据；第三，仲裁机构不得通过仲裁规则创设或改变撤裁依据；第四，争议当事人也不得另行约定撤裁依据。特别是第三、四层面的意指，人民法院通过司法实践多次强调：“涉外仲裁裁决的司法审查标准只能是法定的，与仲裁规则及有关当事人约定无关”等。<sup>①</sup> 通过依据法定的方式，一方面可明确司法审查点，以此固定司法审查之依据；另一方面则禁止仲裁机构和当事人以仲裁规则及意思自治之名创设或规避法定的撤销依据，同时也禁止法院利用自由裁量权另行创设审查依据。以此方式，可确保司法审查仲裁裁决的可预见性。

其次，撤裁依据的封闭性。所谓“封闭性”，是指《民事诉讼法》第274条规定的撤销依据是穷尽性的，人民法院只能根据该条规定的依据进行撤销，不能在该条之外援引任何其他依据进行撤销审查。《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17条对此进行了明确。作为立法技术，许多法律条款在规定其调整对象的情形时，为满足抽象与具体的双重立法要求，往往采取“具体列示+兜底条款”的方式进行开放式的规定。<sup>②</sup> 但上引第274条采取了封闭性的具体列示，此种立法方式意味着，其目的旨在避免为司法审查留置法外撤销的余地，严格限制司法审查的范围，最大限度地支持仲裁。然而，司法实践中并不鲜见的是，人民法院在上引第274条规定之外援引其他依据进行撤销审查，<sup>③</sup> 这就是对该条封闭性特征的否定，涉嫌违法审查。

最后，撤裁依据系程序为主性。所谓“程序为主性”，是指立法所规定的撤销依据主要是程序属性的，原则上不涉及对实体问题的司法审查。<sup>④</sup> 然而上述程序性依据仍然有进行实体判断的基础或前提。我国立法对仲裁裁决的司法审查采取的是内、外有别的双轨制模式，其实质性差异即是，司法审查是否涉及裁决的实体问题。国内裁决的司法审查要点既包括程序问题，也包括实体问题；涉外裁决的司法审查要点则主要限于程序问题。体现此特征的第274条至少在三层意义上不能排除对仲裁裁决实体问题进行程度不同的司法审查：其一，该条第2款有关“社会公共利益”的审查，社会公共利益及其是否被违背的判断，难以排除实体事项的考虑。其二，该条第1款所列举的四种程序性依据的具体审查仍然有赖于对实体问题的判断，例如关于有无“仲裁协议”的问题，仲裁协议的有无既可能是一个实体事实问题，它需要有证据证明当事人之间签署过仲裁协议；它同时也可能是一个实体法律问题，它可能需要判断签订仲裁协议的要约、承诺等成立要件是否有效。<sup>⑤</sup> 其三，人民法院可能通过“通知重裁”的路径间接性对仲裁裁决实体问题进行司法审查。<sup>⑥</sup> 但需要指出的是，无论如何，此类实体审查并不是立法所明确规定的、直接意

① 此类案件很多，例如“中钢贸易有限公司申请撤销仲裁裁决民事裁定书”，（2019）京04民特283号；“香港七好（集团）有限公司申请部分撤销〔2002〕深仲裁字第641号裁决案”，〔2003〕粤高法民四他字第14号；以及最高法〔2004〕民四他字第26号复函等。

② 参见朱力宇、张曙光主编：《立法学》（第3版），中国人民大学出版社2009年版，第231页。

③ 例如“北京康卫医药咨询服务中心有限公司申请撤销贸仲仲裁裁决案”，最高法〔2012〕民四他字第57号复函；“东莞市浩庆纸业等申请不予执行仲裁裁决案”，最高法（2015）民四他字第35号复函。

④ 《仲裁法》第58条针对国内仲裁裁决的司法审查中，另行规定了两类涉及证据的实体审查依据，即“裁决所根据的证据是伪造的”和“对方当事人向仲裁机构隐瞒了足以影响公正裁决的证据的”。这正是学界将涉外与国内仲裁裁决的司法监督机制称为双轨制的主要依据。

⑤ 参见（2019）最高法民特1号裁定。

⑥ 例如“轮台县绿源农林开发有限责任公司申请撤销中国国际经济贸易仲裁委员会〔2014〕中国贸仲京裁字第0526号仲裁裁决案”，最高法（2015）民四他字第40号复函。

义上的撤裁审查，因此，《民事诉讼法》第274条所规定的涉外裁决的撤裁依据应定性为是程序为主性的。

综上，《民事诉讼法》第274条采取的立法方式将司法对涉外仲裁裁决的审查依据打造成为一个“穷尽式清单”，该穷尽式清单对于平衡仲裁效率与裁决公平之需求，限制司法过度介入涉外仲裁裁决，维持涉外仲裁裁决在实体问题上的终局认定等方面发挥了很好的历史功效，向国际社会传递了中国司法支持涉外仲裁的积极信息，建构了我国仲裁与司法的良好生态。特别是在共建“一带一路”倡议走深落实，推进国际化、法治化和市场化的营商环境建设的新时代，穷尽式清单的立法模式也契合了时代的新需求。然而，梳理我国司法审查涉外仲裁裁决的实践，一个虽非主流但为数不少的不和谐现象则是，人民法院在部分审查案例中明确在上引第274条之外援引撤销依据对仲裁裁决进行撤销，此可谓“法外撤裁”，即在法定撤销依据之外进行撤销审查，甚至据此撤裁。<sup>①</sup>如果说我国立法通过“穷尽式清单”立法技术匠心独具地设定司法与仲裁在为与不为之间的黄金分割点，是极具比例智慧的中国之道，那么法外撤裁则通过干扰这一比例关系而成为中国之道的司法实践之困，为此，必须回应以适当的消解对策。

## 二 中国之道的司法实践之困：法外撤裁

严格意义上的“法外撤裁”，仅限于人民法院在撤裁程序中以《民事诉讼法》第274条之外的依据进行撤裁。然而，实践中存在一些人民法院并未通过撤裁程序对仲裁裁决进行否定的情形，鉴于此类情形虽非严格意义上的撤裁，但其实质上异曲同工地产生了撤裁的法律效果，即否定了仲裁裁决的法律效力，因此，本文在广义上将此种情形纳入法外撤裁的范畴。经梳理，司法实践中的法外撤裁主要包括如下类型：

### （一）程序之维型

所谓程序之维型，即人民法院在法定撤裁依据之外，援引其他程序性条款对仲裁裁决进行司法审查，并据之撤销仲裁裁决。在司法实践中的典型案例即是，援引“一裁终局”为依据对相关仲裁裁决进行审查并撤销。

《仲裁法》第9条规定了仲裁的一裁终局原则。在司法实践中，一些仲裁案件当事人以案涉仲裁裁决违背此前仲裁机构作出的另一仲裁裁决，或者以案涉仲裁裁决事项与此前的其他仲裁裁决事项全部或部分相同为由，向人民法院提起撤裁或不予执行申请，<sup>②</sup>人民法院在司法审查中应如援引何种依据进行审查？首先应当定性的是，设若某一仲裁裁决有违一裁终局原则，则此种情形显属仲裁裁决的程序性瑕疵，从而应归属于程序范畴进行解决。既然此类问题属于程序性问题，则通过仲裁裁决撤裁机制理应得到救济，但是在司法实践中，我国相关人民法院却有两种不同做法：一是转化为形式上的法内撤裁；二是完全意义上的法外撤裁。

① 例如“北京康卫医药咨询服务中心有限公司申请撤销贸仲仲裁裁决”案，最高法〔2012〕民四他字第57号复函。载万鄂湘主编：《涉外商事海事审判指导》（第25辑），人民法院出版社2013年版，第156—163页。

② 例如“江智锋申请撤销仲裁裁决案”，最高法〔2005〕民四他字第23号复函；“北京康卫医药咨询服务中心有限公司申请撤销贸仲仲裁裁决案”，最高法〔2012〕民四他字第57号复函；“东莞市浩庆纸业等申请不予执行仲裁裁决案”，最高法（2015）民四他字第35号复函。

## 1. 转化型法外撤裁

在撤销程序中，“一裁终局”非《民事诉讼法》第274条直接明确的撤裁事项，因此，当事人如果直接以“违背一裁终局原则”为由提出撤销涉外仲裁裁决申请的，人民法院多以该撤裁理由“严重偏离274条规定的法定情形，无任何法律依据，而认定其根本不能成立”。<sup>①</sup>然而，通过法律解释的方式，将违背“一裁终局”的情形纳入或转化为第274条所列法定情形之一，从而据此请求撤裁，就成为案件当事人的实践智慧，也构成人民法院启动仲裁裁决司法审查的法定依据，典型案例如“江智锋申请撤销仲裁裁决”一案。该案中，最高人民法院的复函针对案涉仲裁庭作出调解书后再次就调解书事项进行仲裁，并作出仲裁裁决的问题提出意见认为：“（该裁决）违背一裁终局，也属于仲裁程序与仲裁规则不符的情形；根据《仲裁法》第70条和《民事诉讼法》第260条第1款第（三）项（现第274条第1款第（三）项——作者注）的规定情形，应依相关法定撤裁依据进行撤裁。”<sup>②</sup>

针对相同的问题，在另一些案件中人民法院采取的则是援引《民事诉讼法》第274条第1款第（四）项的规定，即“仲裁机构无权仲裁”的情形，对仲裁裁决进行审查并裁定不予执行，典型案例如“东莞市浩庆纸业有限公司等申请不予执行仲裁裁决”一案。该案中，人民法院认为仲裁委就当事人之间已生效且进入法院执行程序的调解协议再次受理并仲裁，属于对“同一纠纷作出两次裁决”，据此认定“仲裁委无权对执行和解协议产生的纠纷作出裁决”，<sup>③</sup>并裁定不予执行案涉仲裁裁决。

由上可见，尽管相关人民法院在司法审查仲裁裁决过程中于撤裁或不予执行的机制内对有违一裁终局原则的仲裁裁决进行审查并否定，但基于对此种情形的程序定性存在不同认知，即它一方面被认为是违背仲裁规则，另一方面则被认为是仲裁机构无权仲裁，从而在法内撤裁的框架中出现依据冲突的问题。从法定撤裁依据的设置看，各依据之间无疑是彼此平行和相互独立的，并无重叠或包容关系，因此，针对有违一裁终局的情形原则上只能援引一种撤裁依据进行撤销或不予执行。然而，考察现行撤裁依据，《民事诉讼法》第274条第1款第（三）项主要是针对仲裁程序不合仲裁规则的现象；而同条款第（四）项所指的仲裁机构无权仲裁也有特定意指，<sup>④</sup>二者均不完全符合有违一裁终局的情形。鉴此，人民法院援引此类依据进行审查并撤裁或不予执行，则不无扩张性解释之嫌疑，从而其合法性当受质疑。为更合理地解决这一问题，有的人民法院开始寻求在《民事诉讼法》第274条规定之外进行撤裁。

## 2. 标准型法外撤裁

与上述案件不同，“北京康卫医药咨询服务中心有限公司申请撤销贸仲仲裁裁决”一案中，

① 例如“北京顺景园房地产开发有限公司与 Foreign Trading Limited 申请撤销仲裁裁决案”，（2016）京04民特23号请示。  
② 最高法〔2005〕民四他字第23号复函。万鄂湘主编：《涉外商事海事审判指导》（总第11辑），人民法院出版社2006年版，第132—135页。除此之外还有“景泽国际有限公司与戴亚福申请撤销仲裁裁决”一案，（2014）珠中法民四仲字第11号请示。撤裁申请人以仲裁庭就同一事实作出的二次仲裁裁决向法院申请撤裁。法院审查时将一裁终局纳入第274条“仲裁庭的组成或者仲裁的程序与仲裁规则不符的”的范畴内，考虑了《仲裁法》第9条，以及案涉仲裁委员会仲裁规则中对“一裁终局”的规定，最终认为两案仲裁请求依据的事实和理由不同，不属于重复仲裁，未出现274条“仲裁庭的组成或者仲裁的程序与仲裁规则不符的”的撤裁事由。  
③ 贺荣主编：《涉外商事海事审判指导》（总第31辑），人民法院出版社2016年版，第92—98页。  
④ 参见《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》（法释〔2018〕5号）第13条关于仲裁机构无权仲裁的类型包括4类：裁决的事项超出仲裁协议约定的范围；裁决的事项属于依照法律规定或者当事人选择的仲裁规则规定的不可仲裁事项；裁决内容超出当事人仲裁请求的范围；作出裁决的仲裁机构非仲裁协议所约定。

针对相同的问题,参与司法审查的案涉高院直接根据《仲裁法》第9条规定的一裁终局原则,拟同意撤裁。需要指出的是,此种直接援引被最高人民法院以复函的形式否定了,其理由是认为对一裁终局问题的审查“实质上是对案涉仲裁裁决的实体结果是否正确进行审查”,<sup>①</sup>与“程序违反”的审查方式难以兼容,违背程序性审查原则,故缺乏法律依据。

本案两级法院的立场均值得进一步反思。就案涉高级人民法院的立场看,其援引的是《仲裁法》第9条的规定,超越了《民事诉讼法》第274条规定的情形,这属于标准的法外撤裁情形。法外撤裁意味着,案涉法院一方面认为法定撤裁依据已经不能涵盖有违一裁终局的情形;另一方面则间接否定了第274条所列清单的封闭性。此种司法立场的消极性不只在在于个案审查的违法性,而且也开启了危险的先例示范效应,即在该案明示或默示的激励下,整个《仲裁法》、甚至相关的民事诉讼立法中的相关法律规定都可能被援引作为撤裁审查的依据,从而在根本上废止了我国立法采取穷尽式清单方式控制司法审查仲裁裁决的良苦用心。

同样值得反思的是该案中最高人民法院的司法态度。与案涉高级人民法院步调一致的是,最高人民法院也间接认同,案涉仲裁裁决有违一裁终局,不属于《民事诉讼法》第274条所规定的撤裁依据情形,尤其不属于违反仲裁规则的情形。这一立场从而对上引法内撤裁的所有审查情形进行了否定。与此同时,最高人民法院也展示了与案涉高级人民法院不一致的态度,对仲裁裁决有违一裁终局的情形在定性上走得更远,即最高人民法院认为此种情形本质上属于实体问题,从而根本不应纳入人民法院的涉外司法审查之列。

综合而言,针对有违一裁终局的仲裁裁决,从人民法院的司法审查实践看主要存在三种处理模式:一是转化为法定撤裁依据进行解决;二是认为在法定撤裁依据之内无法解决,从而在法定依据之外寻求撤裁依据。此两种情形均将其定性为程序问题。三是将其定性为实体问题,即便存在瑕疵或者错误,已不属于撤裁程序所能救济的范畴。就一裁终局作为仲裁程序的基本特征和根本原则看,将其定性为实体问题有所偏颇,将违反该原则的仲裁裁决定性为程序瑕疵更为妥当。只是在如此定性的情形下,究竟应走法内撤裁还是走法外撤裁的路径?如果是法内撤裁,进一步的问题是应援引何种撤裁依据?如果走法外撤裁,如何实现正当化?这些问题纠缠在一起,成为剪不断、理还乱的司法困境,亟待澄清。

## (二) 实体之维型

所谓实体之维型,即涉外仲裁裁决基于实体性问题被部分或全部撤销或否定。我国现行立法对涉外仲裁裁决设置的撤裁依据主要是程序性的,但实践中人民法院较为频繁地通过另外一种法定途径对涉外仲裁裁决的实体问题进行干预,这种法定途径就是通知重裁制度。需要指出的是,通知重裁并不直接导致仲裁裁决的撤销,但在绝大多数情形下,被通知重裁的仲裁庭几乎都对案件作出了新的仲裁裁决,就其所修改的仲裁裁决实质部分而言,人民法院通过这种制度就间接实现了全部或部分撤销仲裁裁决的效果。

从各国对仲裁裁决司法审查的模式来看,主要存在程序审查和“程序+实体”并存的司法审查模式。<sup>②</sup>考察各国或地区的法律规定,对于存在实体错误的仲裁裁决,主要表现出三种不同

① 最高法〔2012〕民四他字第57号复函。

② 参见史飙:《商事仲裁监督与制约机制研究》,知识产权出版社2011年版,第211页。

态度：第一，对仲裁裁决中的实体性错误不予司法救济，这是包括我国在内的部分国家的做法。第二，有限制的允许当事人可以就仲裁裁决实体性错误请求司法审查。例如1996年《英国仲裁法》第69条附条件地允许当事人就裁决中的实体法律问题向法院提起上诉。<sup>①</sup>第三，仅就国内仲裁裁决中的实体性错误予以司法审查和救济，不予审查国际商事仲裁裁决中的实体错误，如法国《民事诉讼法典》（2020年修正）第1489条即作了如此规定。<sup>②</sup>

我国涉外商事仲裁裁决司法审查采用的是以程序为主，以公共利益为底线的司法审查模式。<sup>③</sup>非因公共政策原因不干预仲裁实体问题，即使裁决在实体上明显错误，人民法院也不能介入进行审查和救济。以意思自治之名，此类可能的实体“错误”也只是被归为当事人选择仲裁的“自甘风险”，法院不应干涉。但在司法审查实务中，人民法院则可能透过通知重裁的制度模糊达到实体审查并功效性地“撤销”存在实体错误的仲裁裁决，典型案例之一即是“轮台县绿源农林开发有限责任公司申请撤销中国国际经济贸易仲裁委员会〔2014〕中国贸仲京裁字第0526号仲裁裁决”。<sup>④</sup>

该案中，仲裁庭作出仲裁裁决之后，当事人认为裁决中存在计算错误，多次请求仲裁机构补正。在仲裁庭拒绝补正的情形下，案涉当事人据此以仲裁庭违背补正程序为由申请撤销仲裁裁决。法院利用通知重裁的制度模糊，将案涉仲裁裁决发回仲裁庭重新仲裁，仲裁庭随后按照法院意见更改了仲裁裁决书，并作出新的仲裁裁决。在本案中，进行司法审查的案涉法院将通知重裁变形成为补救实体错误的救济措施，不可避免地渗入案件的实体审查，以“通知重裁”之名，在功效上行“撤裁”和“改裁”之实。<sup>⑤</sup>

必须强调的是，通知重裁是法定的制度供给，<sup>⑥</sup>人民法院有权根据司法审查的具体情况将案件发回仲裁庭通知重裁。就此而言，本案人民法院的选择并无错误，也不违法。然而，通知重裁制度作为《仲裁法》第61条的规定，主要适用于司法审查国内仲裁裁决的两类证据问题，其在人民法院司法审查涉外仲裁裁决过程中是否适用，以及适用的条件为何，则不无模糊之处。即便通知重裁可以适用于涉外仲裁，但其是否适用于仲裁裁决存在实体问题的情形，是值得商榷的。考诸司法审查实践，我国人民法院在涉外仲裁中适用通知重裁的情形既包括程序问题，也包括实体问题。但必须反思的是，司法实践并不能正当化其本身；反之，司法实践的做法应置于规则的牢笼之下。职是之故，当涉外仲裁裁决存在本案所涉及的计算错误等实体问题时，人民法院是否可适用通知重裁，这在正式立法的层面是缺乏依据的。

进一步言，从法理上看，仲裁庭在根本上决定着是否重裁，是否更改仲裁裁决，但实践中鉴于人民法院通知重裁的权威性，绝大多数仲裁庭还是接受了通知重裁的决定，并按照人民法院的

① 具体条款可参见 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents> (last visited 1 September 1 2020)。

② 法典原文下载于 <https://droit-finances.commentcamarche.com/download/telecharger-203-code-de-procedure-civile-cpc-2020-pdf?n=1#203> (last visited 1 September 1 2020)。

③ 有文献认为，在判断是否违反社会公共利益时，进行的是实体审查。参见麻锦亮：《公共利益的规范分析——着眼于权利保护的视角》，载万鄂湘主编：《涉外商事海事审判指导》（总第18辑），人民法院出版社2009年版，第229页。

④ 参见贺荣主编：《涉外商事海事审判指导》（总第31辑），第114—119页。

⑤ 诸如此类案件还有“中地海外申请撤销贸仲〔2015〕中国贸仲京裁字第0377号仲裁裁决案”，最高法（2015）民四他字第39号复函。

⑥ 《仲裁法》第61条、《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21条至第23条，以及《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20条第2款对重新仲裁作了明确。

立场对仲裁裁决进行修改。就此而言，尽管通知重裁是立法供给的救济规则，且在仲裁庭更改仲裁裁决的情形下并非人民法院的司法撤销或不予执行行为，但考虑到一方面立法对于涉外仲裁中通知重裁的适用及其适用情形或条件并无直接规定，从而其合法性和限度有待证立；另一方面从实际产生的法律效果上看，当仲裁庭更改仲裁裁决时，也就在功效上形成了对实体性错误的仲裁裁决的全部或部分否定或撤销效果。在这一意义上可认为，人民法院通过通知重裁的路径突入了对涉外仲裁裁决的实体问题的审查，并达到了法外撤裁之功效。

### （三）混合型法外撤裁

所谓混合型法外撤裁，即人民法院据以审查并撤销仲裁裁决的依据为法定之外的依据，此类法定之外的依据兼具实体与程序的内容。本文主要检讨以下两种类型：

#### 1. 追根溯源型：以约定撤裁为例

仲裁以意思自治为灵魂、为根本，仲裁在当代最前沿的发展和演变都需要回溯到这个根本寻求正当性的理据。仲裁是当事人通过意思自治在程序上的自由选择，但从来没有无约束的自由，国家司法审查的不容剥夺，就是对这种自由的原则性约束。国家对仲裁裁决的司法审查依据之设置就是这样的原则性约束之一。一个更为深度的问题在实践中被提出：对于国家立法设置的撤裁依据，是否可经由当事人的意思自治进行改变？换言之，当事人是否可以自由创设人民法院撤销仲裁裁决的依据？其问题的本质是再度拷问：在仲裁中当事人意思自治与撤裁依据法定性之间，何者应当胜出？这是一个不合法、但或许并非不合理的问题。实践中凸显这一问题并验证司法机关态度的案例即是“香港七好（集团）有限公司申请撤销仲裁裁决”一案。<sup>①</sup>

在该案中，受理撤裁审查的深圳市中级人民法院认为：“涉外仲裁裁决在司法实践中根据当事人双方约定的撤裁标准进行审查，不违反法律的禁止性规定即可，《民事诉讼法》规定审查的一般标准，并非强制性的规定，当事人可以放弃或变更”；若一味坚持则“违背了当事人共同的意思表示，否定了当事人正当的程序选择权”，<sup>②</sup>故可以依照当事人约定之理由撤销仲裁裁决。与之观点相反，最高人民法院在随后的复函中明确强调：“我国法律并没有赋予当事人约定撤销仲裁裁决审查标准的权利，对仲裁裁决进行审查是我国法院赋予人民法院的职责”，<sup>③</sup>因此当事人另行约定了撤销仲裁裁决的事由或是所选择的仲裁规则规定了撤销仲裁裁决的事由，与《民事诉讼法》第274条不一致的，不能以当事人选择的事由进行审查，应当严格依照法定撤裁依据进行审查。

两级法院的观点可谓南辕北辙。从实证法角度观之，最高人民法院的复函意见无疑是本案的定案标准，也是合法标准。然而，从法理角度考察，深圳市中级人民法院的立场无疑更具学术激发性。两级法院的悬殊立场之焦点是，撤裁依据是否可以约定？从严格的实证法角度看，深圳市中级人民法院是违法的法外撤裁审查。但深圳市中级人民法院的理据是“追根溯源”的，即超越实证法的规定，回溯到仲裁的立制之本，这就是当事人的意思自治。在一般情形下，仲裁立法都尽可能地贴合和尊重当事人的意思自治，但当事人双方在仲裁条款或协议中约定裁决可撤销的依据，突破了撤裁依据法定的底线。从合理性的角度看，这里的问题因此触及到仲裁中意思自治

① 参见万鄂湘主编：《涉外商事海事审判指导》（第9辑），人民法院出版社2005年版，第65—67页。

② [2003]粤高法民四他字第14号请示。

③ 最高法[2004]民四他字第26号复函。

及其限度。或者换言之，仲裁虽然作为意思自治的体现，但在法律规定的框架中，如何安放法定与约定的位阶？当下之仲裁具有内在的张力：一方面呈现出较为“刚性”的司法化倾向，另一方面与“柔性”意思自治在涉外商事仲裁的演进中不断交织互动。<sup>①</sup> 本案凸显了一个价值上的“相对论”：从司法支持仲裁的价值看，应恪守撤裁依据的法定性，否定当事人的约定性；从捍卫仲裁的意思自治本质看，至少在撤裁依据的设置上排除当事人的约定，则有矫枉过正之嫌。

本案因最高人民法院对撤裁依据的法定性的坚守最终并未导致仲裁裁决的撤销，深圳市中级人民法院的立场无疑就呈现为一种可能导致撤裁的逾矩现象。鉴于此现象的根源于作为仲裁根本的当事人意思自治，因此可名之为追根溯源型。又鉴于当事人的意思自治既可能指向实体性依据，也可能指向程序性依据，故可将此现象定性为混合型法外撤裁。

## 2. 釜底抽薪型：以先予仲裁为例

所谓先予仲裁，即当事人在签订相关合同和仲裁条款时，或者在争议发生前，由约定仲裁机构组建仲裁庭就合同涉及的内容先行对彼此权利义务作出仲裁裁决，或者根据争议发生前事先达成的调解协议制作仲裁调解书。2018年《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》将先予仲裁裁决区分为两种类型：一是在当事人签订合同的同时或争议未发生之前，即由仲裁机构组建仲裁庭作出仲裁裁决；二为仲裁机构组建仲裁庭，根据当事人事先签订的格式条款中对仲裁程序权利或对仲裁裁决异议权的放弃，或者根据纠纷发生前签订的调解和解协议，在未经仲裁审理或调解的情形下径直作出仲裁裁决或仲裁调解书。对后者可依据《民事诉讼法》第274条“程序违反”之由予以撤销，但第一种类型则是在撤销机制之外进行处理的。

本文所指的“釜底抽薪”型是指第一种类型，即法院在明知先予仲裁裁决无法援引《民事诉讼法》274条列示依据予以撤裁的情形下，于立案环节即援引其他依据，不按照撤裁机制而对仲裁裁决予以否定。其援引的依据是《仲裁法》第2条，该条规定：“平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，可以仲裁。”依文义解释，“发生”的争议或纠纷，应当是指已经现实地发生了的争议或纠纷，仲裁等争议解决机制是一种事后救济手段，无争议则无仲裁之必要。对此类先予仲裁裁决，司法机关的立场是裁定不予受理，已受理的应裁定驳回执行申请。此种做法可谓“不是撤裁的撤裁”：之所以不是撤裁，因为它被否定不是以法定撤裁形式进行的；之所以可将其纳入撤裁范畴，因为它在功效上等同于撤裁，即仲裁裁决被否定。此种做法又可谓“釜底抽薪”，因为它在最彻底意义上排除了将此类裁决纳入撤裁机制进行审查的机会，其通过否定先予仲裁裁决是“仲裁裁决”的方式，连带着对这种仲裁裁决封锁了所有可能的法定救济，如法院内部报核、通知重裁等途径。

值得反思的是，先予仲裁裁决符合仲裁裁决的形式和实质要件，根据现行《仲裁法》及相关仲裁规则的规定，其一经作出即具有法律效力。对于生效仲裁裁决的否定在现行法律框架内只有仲裁裁决的撤销、不予执行和通知重裁制度，执行阶段不予受理等措施固然能解决先予仲裁裁决的否定问题，但它的弊端是可能会导致部分法院滥用自由裁量权，将非属于法定撤销或不予执行之列的仲裁裁决通过法定救济路径之外的渠道予以排除。展言之，被承认为仲裁裁决、进入撤裁机制，一份仲裁裁决还可以获得法定救济和上级法院内部控制的机会或待遇；但一旦被定性为

<sup>①</sup> 参见康宁：《契约性与司法化——国际商事仲裁的生成逻辑及对“一带一路”建设的启示》，载《政法论坛》2019年第4期，第167页。



先予仲裁裁决，则直接被司法机关剥夺“仲裁裁决”的资格，不予立案受理，这样的否定无疑是最根本的。这种釜底抽薪的做法为司法审查仲裁领域开辟了危险的先例，因为它一方面事实上达到了撤销的效果，另一方面又“豁免”了相关中级人民法院在拟撤销裁决的时候的报批义务，免除了或者说规避了通过内部报核制度从严控制司法审查仲裁的立法意旨。实践中，业已出现了类似的跟进案例。换言之，如果允许人民法院在撤裁机制之外对仲裁裁决进行否定，则一方面导致我国立法采取的穷尽式清单管控模式的目的落空；另一方面也可能无节制地扩大人民法院在穷尽式清单之外否定仲裁裁决的依据和路径，从而打破了法定审查依据的负面性、封闭性，减损整个涉外仲裁裁决司法审查立法架构的功效。

### 三 司法之困的真理之光：出法入理

上述情形由于其程度不同地偏离仲裁裁决撤裁的法定依据，因此从实证法的角度看，它们都属于“出法”现象，呈现为司法对立法之变乱。然而，法与理之间有时难免背离，出法的现象并不总是不合理的，它们可能迸发出“真理之光”。从理论与实践的相互影响、立法与司法的交互促进的辩证视角观之，正是由于某些合理但不合法的现象凸显了特定的法的不合理性，从而提示相关法律规则的进化方向。在上文所述的法外撤裁诸类型中，撇开既不合法也不合理的情形，在属于出法但入理的情形中，这些案例和司法审查结果击中了我国现行法定撤裁依据的不完备处，从而逼问如此存在的合理性，并提示如何存在的更合理。在对现行撤裁依据进行补足或改进之前，需要先行检讨这些法外撤裁的“出法”之处和“合理”之道。

#### （一）法外撤裁的出法之处

法外撤裁的出法之处即在于它据以撤裁的依据超出立法规定，在法定的撤销依据之清单外援引撤裁依据，否定了现行立法对撤裁依据设置的穷尽式清单管控模式。对该模式的否定，也连带着偏离了该模式承载的司法支持仲裁的立法精神。从上文所列示的法外撤裁现象看，可将其归为两种出法类型：

##### 1. 直接的出法

它是指，相关司法机关直接在《民事诉讼法》第274条规定之外援引其他依据进行撤裁。此种出法现象又可以进一步区分为两种情形：（1）当事人直接约定撤裁依据，司法机关也按照其约定依据进行撤销。在上文所提及的约定撤裁依据的案件中，当事人约定的依据即涉及证据等实体问题，超出了《民事诉讼法》第274条的规定。因此，在当事人约定撤裁依据且司法机关跟进撤裁的情形下，就是直接的出法现象。

（2）司法机关直接援引《仲裁法》中的其他条款进行撤裁。在上文所提及的有关涉嫌违背“一裁终局”而被撤销的部分案件中，相关司法机关直接援引的是《仲裁法》第9条所规定的仲裁裁决“一裁终局”原则进行撤裁。该依据显然属于《民事诉讼法》第237条和第274条所列依据之外。

##### 2. 转化的出法

它是指，司法机关实质上根据《民事诉讼法》第274条所列依据之外的其他依据否定仲裁裁决，但或者将其硬性解释为第274条所列依据之一，呈现出“假性”的入法现象，但本质上却

是转化了的出法；或者在法定撤裁的方式外，以撤裁机制内部或外部路径援引第274条之外的依据对仲裁裁决进行事实上的否定。就此种转化的出法现象看，可概括为三种类型：

(1) 对第274条规定的撤裁依据进行扩张性解释，用其涵摄其不能涵摄的情形，从而将本不属于这些撤裁依据题中应有之义的情形纳入其中。如针对违背“一裁终局”的仲裁裁决，有一些司法机关将其解释成为违反仲裁规则或仲裁机构无权仲裁的情形，从而强行纳入第274条规定之中进行解决。此种“出法”是假性的“合法”，也是转化为入法现象的出法。

(2) 通过内嵌于撤裁机制的通知重裁制度，对涉外仲裁裁决进行实体审查，并假借原仲裁庭之手对仲裁裁决进行全部或部分“改写”。此种做法在功效上相当于对涉外仲裁裁决的撤裁依据进行“续造”，并补入实体元素。上文业已指出，关于通知重裁在涉外仲裁中的可适用性及其适用依据问题，不无疑义。<sup>①</sup> 此处仅强调两点：一方面，通知重裁在正式立法上属于国内仲裁的制度，其是否可适用于涉外仲裁缺乏明确的立法依据。另一方面，人民法院在涉外仲裁中是否可以针对实体问题适用通知重裁，则不无疑虑。通知重裁的适用依据在国内仲裁环境中并无问题。然而，在涉外仲裁中，鉴于涉外仲裁裁决的司法审查依据主要限定在程序依据领域，并不包括实体依据，因此按照同一逻辑和原理，作为人民法院司法审查机制构成部分的通知重裁制度也不应在涉外仲裁中植入实体依据进行适用。据此，上述情形即属于在第274条的法定程序性依据之外另行援引实体依据进行审查，构成了此种司法行为的“出法”之处。

(3) 通过前置撤裁机制的执行立案程序，将先予仲裁等非常态仲裁裁决定性为非仲裁裁决，以“不予受理”“驳回执行申请”等方式予以程序分流，事实上达到了“撤销”之功效，而其本质依赖的却是第274条之外的依据，即《仲裁法》第2条。此种司法处理对仲裁裁决的否定最为独特，也最为彻底：一方面它以置之不理的方式，在形式上将该仲裁裁决置于“不生不灭”之境地，但这种境地在法律效果上是对仲裁裁决“否定于无形”，因为不予处理，在效果上也就是与不予执行或撤销等同；另一方面它以此置之不理的方式，在实质上也就排除了对此种撤销功效的任何救济的可能性。

## (二) 法外撤裁的入理之处

法外撤裁部分源于司法机关对《民事诉讼法》第274条的错用或滥用；也有部分源于对错误仲裁裁决予以狙击的需求。但必须明确的是，即便所针对的仲裁裁决应被否定或撤销，在穷尽式清单之外寻求撤裁依据有违法治要义。职是之故，澄清法外撤裁的合理之处，并仅就其合理之处进行积极转化，为改进现行规则奠基，既是优化规则、在新规则基础之上延续法治的要求，又是继续狙击既不合理、又不合法的法外撤裁的需要。我国现行撤裁依据一方面恪守程序属性，另一方面在各依据之间又存在需要协调的冲突。恪守程序审查虽无不当，但程序审查也有其预设及其连带的局限。在仲裁行业自律性强、仲裁发展成熟的仲裁体制下，恪守程序审查的确有助于管控司法机关过度介入仲裁，体现司法对仲裁的支持。但在仲裁领域良莠不齐，仲裁公信力存在疑虑的情形下，法外撤裁将在一定程度上凸显、揭示和彰显现行涉外仲裁撤裁依据的诸多局限。

<sup>①</sup> 事实上已经存在涉外仲裁适用通知重裁的实践。此类案件包括但不限于：“中地海外申请撤销贸仲〔2015〕中国贸仲京裁字第0377号仲裁裁决”；“刘某某、张某某申请撤销贸仲〔2015〕中国贸仲京裁字第0054号裁决”；以及“昌信公司申请撤销中国国际经济贸易仲裁委员会〔2007〕CIETAC裁决第0140号仲裁裁决”等。

## 1. 凸显现行撤裁依据的设置瑕疵

现行撤裁依据为体现司法支持仲裁的理念,采取“法定+封闭+程序为主”的穷尽式清单模式,在仲裁的独立性和主动性尚未充分体现,并亟需扶持的历史情形下,较好地管控和制约了司法审查仲裁的力量。然而,随着仲裁机制的发展与成熟,特别是仲裁独立性得到夯实,创新的主动性得到前所未有的激发的新形势下,司法审查如果仍然延续穷尽式清单模式将会在面对以“仲裁创新”之名行越轨逐利之实的仲裁乱象时捉襟见肘,法外撤裁现象的出现及蔓延事实上就是对此种应对困境的应激反应。以此途径,仲裁乱象固然得到解决,但其产生的却是法治意义上的“两败”:一方面,仲裁乱象是以法外依据解决的,此种“以恶止恶”的解决方式具有反法治性;另一方面,仲裁乱象并未得到有效的、一般性的根除,每一次个案的法外撤裁救济就意味着对法治的反复僭越。就此而言,法外撤裁凸显现行撤裁依据设置上的根本瑕疵,展言之,具体表现为以下两个层面:

(1) 绝对封闭的穷尽式清单模式缺乏弹性。从立法技术层面看,《民事诉讼法》第274条具有“法定+封闭+清单+程序为主”的特征,因过于坚硬而欠缺必要弹性,缺乏兜底规则而“言犹未尽”。兜底条款的模糊性及涵盖性高等特点,可切实增强法律规范的灵活性和社会适应性,为法官留出必要解释空间,从而保证一定程度的灵活性。先予仲裁以及违背“一裁终局”的司法审查案件中,人民法院通过法外撤裁的形式,间接性的弥补了当下撤裁依据僵化封闭的情形,并表明对现行撤裁依据进行合理化,对现行规则进行改进,以回应司法审查仲裁的实践,保证仲裁的公正性的迫切需求。当然,必须指出的是,封闭性穷尽式清单代表的司法支持仲裁的理念和价值必须得到延续和贯彻,需要反思和改进的是,应将绝对封闭进行适当的开放,通过立法技术形成相对开放的封闭清单。

(2) 实体禁入的司法审查模式有失公正。从价值取向层面看,国际商事仲裁被认为是主要为满足国际商务的效率优先需要发展起来的纠纷解决机制,<sup>①</sup>其所发挥的作用愈发被强调和上升为一种全球治理的模式,具有国际法上的生产力。<sup>②</sup>为实现更好的效率导向,我国立法采取了程序审查的模式。但公正与效率构成国际商事仲裁价值体系中的一级指标,构成国际商事仲裁的基本价值维度,要求国际商事仲裁既要敏感于商务效率,亦须确保案件审理的必要的正义。<sup>③</sup>在公正因法律被区分为实体和程序而分化为实体公正和程序公正,且司法审查仲裁在模式选择上预设程序公正为保障目标时,实体公正被这种立法模式作了选择性放弃,但这种放弃并非国际商事仲裁当事人的真实意愿,他们在寻求权利救济时的重要乃至首要价值目标仍然是实体公正。<sup>④</sup>这种价值取舍上的预设事实上为仲裁乱象埋下了制度设计上的隐患,因为它所不言而喻的一种“配套”性预设,即案件实体公正属于仲裁机构或仲裁庭的保留领域,这一预设在实践中被部分地异化为仲裁乱象。部分司法机关在目睹仲裁乱象显现并逐渐滋生之时,逾越现行司法审查的实体禁入的规则,或者以法定依据之外的依据,或者通过通知重裁方式等实现对相关仲裁裁决的直接或事实上的撤销。

① 参见宋连斌:《理念走向规则:仲裁法修订应注意的几个问题》,载《北京仲裁》2004年第2期,第3页。

② See Joshua Karton, “International Arbitration Culture and Global Governance”, in Walter Mattli and Thomas Dietz (eds.), *International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence* (Oxford University Press, 2014), p. 74.

③ 参见汪祖兴:《效率本位与本位回归——论我国仲裁法的效率之维》,载《中国法学》2005年第4期,第113—122页。

④ 参见石现明:《国际商事仲裁当事人权利救济制度研究》,人民出版社2011年版,第53页。

## 2. 揭示现行撤裁依据之间的意义交涉

现行撤裁依据之间存在边界不清的情形，其肇因在于各依据所使用的核心关键词在意指上部分地存在重叠或相互涵摄的现象，从而导致针对同一仲裁裁决出现依据援引竞合的结果。<sup>①</sup> 这种结果并非立法所欲的目标，它一方面导致立法的浪费，另一方面导致重复援引的失措。

按最高人民法院处理先予仲裁裁决的司法解释，其援引的依据是《仲裁法》第2条规定的“可仲裁性”；但针对相同情形，有司法机关则援引《民事诉讼法》第274条第1款第（四）项规定的“仲裁机构无权仲裁”这一依据对先予仲裁裁决进行撤裁。<sup>②</sup> 司法立场之间的反差引导世人关注“仲裁机构无权仲裁”与“可仲裁性”意义上的“无权仲裁”之间的关系。在《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》中明确无权仲裁的具体类型之前，<sup>③</sup> 更进一步的司法实践考察可发现，司法机关针对《民事诉讼法》第274条第1款第（四）项所规定的“无权仲裁”这一依据，至少存在四种理解：<sup>④</sup> 一是与同条款第（一）项中的“没有仲裁协议”竞合；<sup>⑤</sup> 二是与同条款第（四）项的前半句“仲裁裁决超出仲裁协议约定范围之外”竞合；<sup>⑥</sup> 三是与同条第2款即公共利益相竞合；<sup>⑦</sup> 四是等同于可仲裁性意义上的无权仲裁，从而与《仲裁法》第2条、第3条相竞合。<sup>⑧</sup>

可仲裁性本为商事仲裁的底线，即区分商事仲裁有效与无效的界限，在本质上它表征的是当事人可否自由处分事项的法定界限。一国在决定哪些争议可以仲裁以及哪些争议不能仲裁时，基本出发点立足于维护本国公共政策以及社会公共利益，因此有学者指出可仲裁性问题本身便是一个公共政策问题，应将争议可仲裁性问题与公共政策问题并列，共同纳入法院主动审查的范围。<sup>⑨</sup> 而在《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》中将不可仲裁性区别于274条第2款违背社会公共利益的情形，明确将前者归于仲裁机构无权仲裁，从而使其不同于违背社会公共利益的情形。但二者之关系，及具体适用上的差别仍不清晰，尚有待司法给出新的解释，或者司法审查仲裁实践给出具体的案例指引。一方面，立法明确将裁决事项“不具有可仲裁性”与“不属于仲裁协议范围”并列，作为当事人主张并证明的撤销或不予执行仲

① “不予执行贸仲（2008）中国贸仲京裁字第0379号裁决”，最高法〔2010〕民四他字第21号复函；“辉影媒体销售有限公司申请撤销〔2003〕大仲字第083号仲裁裁决”，最高法〔2004〕民四他字第24号复函；“EA公司和RT公司申请撤销贸〔2004〕中国贸仲京裁字第0222号仲裁裁决”，最高法〔2006〕民四他字第2号复函。

② 例如“润和发展有限公司申请不予执行仲裁裁决”一案中，案涉湖南省高级人民法院认为当事人协议约定纠纷发生时应先协商解决，协商不成再将争议提交仲裁。而当事人未经协商便诉诸于仲裁，故本案争议的处理还未到提起仲裁的时间，法院以《民事诉讼法》第260条（现274条）第1款第（四）项之规定裁定本案不予执行仲裁裁决。载万鄂湘主编：《涉外商事海事审判指导》（总第17辑），人民法院出版社2009年版，第44—54页。

③ 2018年《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13条对国内仲裁裁决撤裁依据中的“无权仲裁”进行了明确。虽然仅针对国内仲裁裁决，但对于涉外仲裁裁决同样有参照适用的价值。

④ 参见张春良等：《中国涉外商事仲裁裁决撤销：机制与实证》，法律出版社2019年版，第40—41页。另有学者也注意到司法实践中“无权仲裁”至少包括三种内涵：没有仲裁裁决之根据的无权仲裁；等同于超裁之无权仲裁；以及可仲裁性意义上不可仲裁之无权仲裁。参见汪祖兴：《论无权仲裁的法律救济》，载《法学评论》2014年第4期，第170页。

⑤ 参见万鄂湘主编：《涉外商事海事审判指导》（总第10辑），人民法院出版社2012年版，第144—151页。

⑥ 参见万鄂湘主编：《涉外商事海事审判指导》（总第22辑），人民法院出版社2005年版，第59—62页。

⑦ 例如上文述及“东莞市浩庆纸业有限公司等申请不予执行仲裁裁决”案中，东莞市中级人民法院认为仲裁委无权对执行和解协议产生的纠纷作出裁决，且裁决书确认的违约金违反我国法律关于民间借贷的禁止性规定，如法院强制执行，将有违社会公共利益。

⑧ 参见万鄂湘主编：《涉外商事海事审判指导》（总第12辑），人民法院出版社2006年版，第90—95页。

⑨ 参见于喜富：《论争议可仲裁性司法审查之启动程序》，载《法学评论》2016年第3期，第52页。

裁裁决的理由而非法院主动审查之范畴，但因二者界定不清导致涉公共利益的不可仲裁事项之裁决以无权仲裁为由被撤销或不予执行。<sup>①</sup>另一方面，晚近先予仲裁裁决司法审查系列案件在争议事项的时态维度上，凸显了无权仲裁的另外一个全新的认知视角，形成时态意义上不可仲裁性，可将其厘定为时态性无权仲裁的类型，但是因“可仲裁性”含义不清晰，导致在法定依据内（《民事诉讼法》第274条）、外（《仲裁法》第2条），以及在法定依据内部各依据之间（主要是《民事诉讼法》第274条第1款第（一）项、第（四）项、第2款之间），人民法院进行司法审查时在援引上出现两可，在实践中呈现出法外撤裁、法内撤裁但依据不一的交叉与冲突。

### 3. 彰显现行撤裁依据的规则缺失

现行撤裁依据的规则缺失，主要呈现为两方面：一是撤裁依据在类型上的缺失，二是当事人的合意在确定撤裁依据上的缺失。

第一，撤裁依据的类型缺失。法外撤裁最直接的动因就是针对特定的仲裁乱象缺乏具体的依据，因此作为直接的补救措施就是供给相应的撤裁依据。然而，如果出现一个现行撤裁依据不能解决的仲裁乱象，就补充相应撤裁依据，这种做法不仅会在根本上摧毁封闭清单限制司法审查仲裁的功效，而且在逻辑上具有太多的规则补充，因此，更重要的不是补充具体、特定的撤裁依据，而是应当补充一类具有兜底功能的撤裁依据。该兜底依据一方面可在开放限度内尽可能多地弥补法定依据清单的短缺，涵摄现有的和将来可能出现的仲裁乱象；另一方面又必须在开放程度上进行必要的限制，避免过大的开放导致司法审查丧失必要的牢笼。因此，法外撤裁所彰显的规则缺失，主要不是特定撤裁依据的缺失，而是具有适度开放性的、可以一揽子涵摄这些法外撤裁现象的兜底依据的缺失。

第二，当事人合意确定撤裁依据的规则缺失。当今仲裁发展的动向和前沿之一即是意思自治在仲裁制度构造中的拓展，一个突出的证据即是当事人合意对于仲裁裁决效力的决定性。一些商事机构仲裁规则或国家仲裁立法放宽对意思自治的管控，允许当事人另行约定仲裁内部复裁，乃至直接向司法机关提起上诉。前者如《巴黎国际仲裁协会仲裁规则》第44条规定，<sup>②</sup>以及《深圳国际仲裁院仲裁规则》第51条第（八）项规定。<sup>③</sup>后者如英国1996年《仲裁法》第69条便提出“除非当事人另有约定，依据仲裁协议作出之裁决系终局的”。由此可见，作为意思自治之表现的当事人合意业已程度不同地穿透仲裁裁决的一裁终局性原则，秉此精神观之，也并无足够充分的理由去反对当事人合意约定仲裁裁决的撤裁依据。撤裁依据的合意化不仅在更彻底的意义上尊重了当事人的自治，无伤从严控制司法审查仲裁的趣旨，而且以合意之路径，司法审查在依据上既可缓解撤裁依据封闭清单的被动和僵化，又可据此覆盖案件的实体问题，实现多元目标的兼容并蓄。

综上，现行撤裁依据的不合理、不清晰、不完整，为人民法院的部分法外撤裁现象提供了正当性的理据。应通过立法重构，实现对现行撤裁依据设置的合理化、清晰化和完整化，在新的历

① 例如“北京康卫医药咨询服务中心有限公司申请撤销贸仲仲裁裁决”案件中，案涉北京市第一中级人民法院在司法审查中认定裁决事项对不具有可仲裁性的事项进行仲裁，有违“社会公共利益”，但援引的是“仲裁机构无权仲裁”作为撤销依据。

② 《巴黎国际仲裁协会仲裁规则》（2019年）第44条规定：“各方当事人可在收到临时裁决通知书之后，于规定期限内要求二级仲裁庭进行再审。”该仲裁规则原文可参见巴黎国际仲裁协会官网：<http://www.arbitrage.org/en/procedures>（last visited 1 September 2020）。

③ 《深圳国际仲裁院仲裁规则》（2019年）第51条第（八）项规定：“裁决是终局的，对各方当事人均有约束力。但当事人约定适用选择性复裁程序的，裁决效力依本规则第68条及《深圳国际仲裁院选择性复裁程序指引》确定。”

史阶段上重新铸造与时俱进的撤裁依据清单。重构的清单应在开放性与封闭性、实体性与程序性、法定性与约定性之间的“黄金分割点”上形成最佳的折中，足以涵摄过去和当前业已发生的、以及未来可能发生的那些合理但不合法的仲裁乱象，从而在回顾性与前瞻性的仲裁实践之间能够包容过往、衍射未来。

#### 四 真理之光的立法承载：由理入法

针对涉外仲裁裁决的“法外撤裁”，相关对策可以概括为“疏解”一词。该词重点体现为两个维度：一是“疏通”，即将出法入理的法外撤裁依据从“法外”归化入“法内”，从而将此种法外撤裁最终转变成为入法入理的法内撤裁；二是“解决”，即对违法悖理的法外撤裁情形，依法纠正，确保仲裁裁决不因法定依据之外的规则被撤销。就合理但不合法的法外撤裁之疏解方案而言，其关键在于立足现行清单，建构“三线”管控模式：

##### （一）把红线：正当程序依据的法定化

基于“契约自由”和“支持仲裁”理念在立法和实践中被广泛接受，晚近国际商事仲裁程序规则发展的重要趋势即是强制性规则的范围愈发缩小。<sup>①</sup> 但不论此种范围如何缩小，那些不容妥协、必须坚守的“红线”规则就是仲裁裁决必须遵守的正当程序。我国《民事诉讼法》第274条第1款所规定的四项依据基本涵盖了正当程序的核心要义，这些撤裁依据不仅为我国立法所确认，而且也作为《纽约公约》等国际仲裁领域的基本文件所肯认。鉴此，重构后的撤裁依据清单仍应保留上述第274条第1款规定的情形，但需要在如下两方面作出进一步的完善：一是对各依据之间的意义边界进行厘定，确保各依据之间属于彼此并列平行、而非交叉重叠的关系。二是将第274条第1款第（四）项后半句的“仲裁机构无权仲裁”分离出来，形成独立的、与上述四项撤裁依据并列的第五项依据即“无权仲裁”。

将“无权仲裁”作为单独一项撤裁依据予以独立化设置，其积极意义在于：第一，可以有效避免其与第（四）项前半句“仲裁裁决超出仲裁协议的范围”之间的关系和意义之争。该条以极具争议性的“或”字连接超裁与仲裁机构无权仲裁，有的将其解读为完全等同的情形，有的则将其理解为不同的情形。通过独立化，各项依据之间属于平行并列且彼此不同的依据，就可以解决这一争议。第二，“无权仲裁”具有较为广泛的意指，它可以涵盖针对“将来式”争议的先予仲裁裁决，也可以包括违背“一裁终局”的仲裁裁决，还可以表征不具可仲裁性的仲裁裁决。因此，将其独立化为单独的撤裁依据，足以应对前文所检讨的若干法外撤裁现象，将合理不合法的法外撤裁转变为合理且合法的法内撤裁。第三，尤其是，“无权仲裁”作为具有较大解释空间的弹性概念，以其弹性可以发挥适度开放的兜底条款的作用。如此，一方面可克服撤裁依据法定且封闭所导致的仲裁裁决救济上的力所不逮，合理和能动地化解仲裁实践中的创新乱象；另一方面其作为兜底条款，但却是适度开放的兜底条款，因此它只是对撤裁依据进行了适度放宽，仍然维持了撤裁依据的穷尽式清单管控模式及其所承载的司法支持仲裁的理念。

<sup>①</sup> 杨玲：《国际商事仲裁程序研究》，法律出版社2011年版，第94页。

## （二）重中线：撤裁依据的可约定化

商事仲裁大体被认为是一种和平制度，其目的主要不是确保法律规则，而是维持注定要在一起生活的当事人之间的协调。<sup>①</sup>因此，基于当事人价值追求的不同，国际商事仲裁的制度设计，在保证基本公平和效率的价值取向时，应具有充分的灵活性，使二者达成一种平衡，并将这种平衡置于作为仲裁之根本的当事人自治的基点之上。有学者提出，当事人有权安排仲裁程序中的相关问题，当事人的此种自由不应当受到任何国家干预。<sup>②</sup>仲裁是当事人对争议之司法解决的自愿替代，当事人放弃更具仪式感的诉讼、选择以一裁终局为特征的效率主导型的仲裁，无论从何角度都不能必然地推论认为，当事人放弃了对实体错误的涉外仲裁裁决寻求救济的权利。最佳的兼容方式乃是，立法为司法审查涉外仲裁裁决提供程序性监督模式作为法定方案时，允许当事人在合意基础之上对裁决的实体问题是否、以及如何审查提供个案选择的跳出条款。与之相谐的观点即认为：“法院是否监督仲裁实体内容的立法模式选择上，法院原则上不监督仲裁实体，但在当事人协议同意时可以监督的模式当然是最佳模式。”<sup>③</sup>仲裁意思自治是贯穿整个仲裁机制的中心线索，是仲裁的“中线”。在司法审查仲裁裁决中也应吸收、尊重并确立当事人的意思自治这一仲裁“中线”。这就有必要允许，在上述法定“红线”之外，当事人通过约定方式确定仲裁裁决的撤裁依据。不仅如此，此种撤裁依据既可以是实体性的，也可以是程序性的。当事人自由约定涉外仲裁裁决的司法审查范围的实践，在国际商事仲裁中也非罕见，美国1995年便出现了法院判例，允许仲裁当事人在仲裁裁决的程序性和实质性审查之间做出自己的选择。<sup>④</sup>

总言之，立法在撤裁依据设置上立足法定“红线”基础，纳入当事人合意这一“中线”，具有如下积极意义：第一，它体现了当事人意思自治这一仲裁本质在涉外仲裁司法审查中的更实质、更深度的回归；第二，它缓解或克服了穷尽式清单基于封闭性而产生的局限；第三，它矫正了涉外仲裁司法审查禁入实体领域这一立法预设的偏失，特别是有助于针砭仲裁行业自律能力薄弱、仲裁“野蛮创新”的时代流弊。

## （三）守底线：捍卫社会公共利益

社会公共利益是我国司法审查仲裁中的“安全阀”，是不可让渡的“底线”，维护着我国的基本制度、社会的根本利益和善良风俗。<sup>⑤</sup>《民事诉讼法》第274条第1款、第2款之间的分工，最高人民法院曾经在一则复函中予以明确：<sup>⑥</sup>第1款规定的抗辩理由主要是为了维护仲裁程序上

① 参见〔英〕艾伦·雷德芬、马丁·亨特等：《国际商事仲裁法律与实践》，林一飞、宋连斌译，北京大学出版社2005年版，第3页。

② 参见张圣翠：《国际商事仲裁强行规则研究》，北京大学出版社2007年版，第22页。

③ 万鄂湘、于喜富：《再论司法与仲裁的关系——关于法院是否监督仲裁实体内容的立法与实践模式及理论思考》，载《法学评论》2004年第3期，第64页；肖永平：《也谈我国法院对仲裁的监督范围》，载《法学评论》1998年第1期，第45页；石现明：《国际商事仲裁当事人权利救济制度研究》，第403页。

④ *Gateway Technologies, Inc. v. MCI Telecommunications Corp.*, 64 F.3d 993 (5th Cir. 1995).

⑤ 参见何其生：《国际商事仲裁司法审查中的公共政策》，载《中国社会科学》2014年第7期，第114页。

⑥ 例如“合肥市市容环境卫生管理局与深圳宝升公司不予执行中国国际经济贸易仲裁委员会〔2003〕贸仲裁字第0138号仲裁裁决”一案中，最高人民法院复函认为：“《民事诉讼法》第260条（现第274条）第1款规定的抗辩理由主要是为了维护仲裁程序上的公平和正义，赋予当事人以司法上的救济权利，而第2款社会公共利益不仅为了维护仲裁程序上的公平，而且还担负着维护国家根本法律秩序的功能。”最高法〔2005〕民四他字第45号复函。

的公平和正义，赋予当事人以司法上的救济权利；第2款社会公共利益不仅是为了维护仲裁程序上的公平，而且还担负着维护国家根本法律秩序的功能。因此，无论撤裁依据如何设置或重构，无论是否引入、以及如何引入当事人约定撤裁依据这一体现仲裁意思自治的“中线”，简言之，无论是法定还是约定撤裁依据，作为它们均不可动摇的底线就是服从捍卫社会公共利益的需要。

司法实践中，最高人民法院几乎未对社会公共利益作出具体明确的认定，并且在具体案件的处理意见中，法院常采用搁置的做法，通过程序性的撤销或不予执行事由的适用，搁置社会公共利益条款的适用；又或者采用模糊的处理方法，只言案涉仲裁裁决存在或不存在违背公共利益的情形。此种法意上的不定性既造就接近社会公共利益的难度，同时也确保了该款项能从具体确定的定义中超越出来，以统一发挥底线救济的功能。

综上，如此重构后的涉外仲裁裁决撤裁依据转化成为“三线”管控，它从现行的穷尽式清单模式转变为“穷尽式清单+当事人约定下的开放”相结合的模式。它一方面保留了穷尽式清单管控模式的合理性，另一方面也在当事人意思自治的条件下打开了穷尽式清单的封闭性，为满足主体更为多元的撤裁目标提供了路径。以此方式，重构的撤裁依据就中和了封闭性与开放性、法定性与约定性、程序性与实体性的多重取向，兼容了公益、法益和私益的多元诉求。

## A Study on the Setting Aside of Foreign-related Arbitral Awards Beyond the Legal Basis

Zhang Chunliang and Guan Longqing

**Abstract:** The setting aside mechanism of arbitral awards is the most stringent arrangement for judicial review of arbitration. The grounds for setting aside of arbitral awards which is the core of the setting aside mechanism, deserves a strict and reasonable consideration. The setting aside system of foreign-related arbitration awards is established in the Article 274 of *Civil Procedure Law of the People's Republic of China* (2017), which adopts a statutory, closed, procedure-based "Exhaustive List" model and stipulates five grounds for setting aside of arbitral awards. However, in judicial practice, there are situations in which the courts set aside the arbitral awards beyond the legal grounds. The opinions of some cases violate the legal provisions, but they are embodied with reasonability. Responding keenly to practical needs and transforming practical wisdom in order to improve setting aside mechanism of foreign-related arbitral awards, is an opportune move to take advantage of the momentum of *Arbitration Law of the People's Republic of China* revision, under the new situation that the credibility of arbitration needs to be improved urgently and the autonomy of arbitration will seek to be deepened. The list of the legal basis for setting aside arbitral award should be established, combing due process, party autonomy with public interest, to balance closeness and openness, legality and autonomy, substantive and procedural, and to harmonize multi-values of public, legal and private interests.

**Keywords:** Foreign-related Arbitration, Arbitral Awards, Grounds for Setting Aside of Arbitral Awards, Party Autonomy, Due Process, Public Interest

(责任编辑:李庆明)