



北京仲裁委员会
Beijing Arbitration Commission
北京国际仲裁中心
Beijing International Arbitration Center

北京仲裁

BEIJING ARBITRATION QUARTERLY

第 112 辑 (2020年第2辑)

Vol. 112 (2020, No. 2)

主办: 北京仲裁委员会 / 北京国际仲裁中心
协办: 中国国际私法学会 武汉大学国际法研究所

Sponsored by the Beijing Arbitration Commission/Beijing International Arbitration Center ,
Co-sponsored by the China Society of Private International Law
& the Wuhan University Research Institute of International Law

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

情况时，仲裁庭则可以当机立断，即双方在合同中已经有过明确约定，发包人收到竣工结算文件后，在约定期限内不予答复，视为认可竣工结算文件；在工程价款结算过程中，双方当事人又签订补充协议，在协议中再次重申了上述约定，并进一步规定了约定期限的具体时间节点，那么当此次时间过了新的约定期限以后，一方当事人以此提出应当予以工程价款结算的，仲裁庭应根据双方再次达成的结算条款予以支持而不宜再进入工程造价鉴定程序。

在一些建设工程案件的审理中，鉴定始终是仲裁庭的一个重要抓手和着力点，需要注意的是要防止“以鉴代审”的问题，这里就不再加以展开论述了。

（二）关于政府审计条款的救济问题

在众多建设工程仲裁案件的审理中，感到最无能为力的案件情况是政府对工程的审计以及由此产生的工程价款给付问题。尽管最高人民法院和建设部等在这个问题上有过解释，但最终如何处理妥当还是存在着较大的变数。现在对于政府审计后期介入的问题比较好处理。所谓后期介入是指合同双方原来没有在合同中约定需要政府审计以后才能以政府审计部门的审计价为最终工程价款予以确定的条款，政府审计部门是主动介入的或者是一方当事人应当地政府部门意见要求另一方当事人重新接受的。对于这类案件，如果是一方当事人主张政府审计以后的工程价款为最终结算价，另一方当事人始终不予认可的，仲裁庭则可依照合同依据和事实依据正常进行审理和裁决。但在许多工程案件中，双方事先已经在合同条款中约定了以政府审计价为最终结算工程价款。实践中，若政府审计部门出于多种原因一直不予审计，时间长达数年甚至十年以上，另一方当事人损失不断加大，又没有别的救济途径，对于事先约定政府审计价为最终结算价的，仲裁庭还是应按照仲裁的根本原则即尊重双方当事人意思自治，等待政府审计部门的审计结果或者双方重新达成不需要政府审计价为最终结算价的约定（这种情况又是几乎不可能发生的）。仲裁是私权，私权就是私权，必须有授权才能为之。至于一些法院以审计时间太长而无审计结论“有违实质公平”为由，最终判决发包人向施工方支付工程价款的，是否也可以由仲裁庭采纳和借鉴也可以进一步探讨。

疫情方案——仲裁当事人不同意网上开庭的应对*

Mohamed S Abdel Wahab**

疫情期间，如果仲裁当事人不同意进行网上开庭，仲裁庭应当如何应对？埃及 Zulficar & Partners 律师事务所创始合伙人、国际商会仲裁院副主席 Mohamed S Abdel Wahab 教授提供了一个可行方案。

Wahab 教授提出的疫情方案由 Global Arbitration Review (GAR) 首发，涵盖六个要点。其核心是对适用的仲裁程序法和仲裁规则进行解读，并考虑了四种不同的情形：第一，适用法或仲裁规则明文规定应当亲自、当面开庭；第二，适用法或仲裁规则明文规定可以进行网上开庭或使用技术手段举行庭审；第三，适用法或仲裁规则就此无明文规定，且无法推论；第四，适用法或仲裁规则规定不一致。

Wahab 教授认为，如果适用法或仲裁规则无明文规定，仲裁庭是否有权决定进行网上开庭取决于下列因素：第一，适用法或仲裁规则是否明确赋予仲裁庭以其认为适当的方式管理仲裁程序的权力；第二，适用法或仲裁规则是否要求给予当事人充分、合理的陈述案情的机会；第三，适用法与仲裁规则的原则是否为，除非有相反规定，否则可以举行网络庭审；第四，适用法与仲裁规则是否允许仲裁庭进行书面审理；第五，仲裁程序是否有严格的时间限制；第

* 本文首发于 Global Arbitration Review (GAR)，编辑 Alison Ross。翻译和发行经出版方 GAR 与编辑同意。欲了解详情，请访问 www.globalarbitrationreview.com。

** Mohamed S Abdel Wahab，国际商会仲裁院副主席、开罗大学法学院教授、Zulficar & Partners 律师事务所合伙人。

六, 仲裁地的证据规则和诉讼程序法是否允许在司法程序中使用技术手段。

Wahab 教授还提出, 如果双方当事人就仲裁庭自由推进程序作出限制, 或者各方当事人均反对进行网上开庭, 将增加举行网络庭审的难度。

Wahab 教授是国际商会近期出台的《国际商会关于减轻新冠肺炎疫情影响的若干可参考措施的指引》(以下简称《国际商会新冠疫情指引》)的执笔者之一。其表示近期经常被咨询如何应对当事人不同意进行网上开庭, 为此特撰写本文。

Wahab 教授表示: “就目前的情况来看, 不管是否存在新冠疫情, 当前国际仲裁通常实践是, 程序会议与案件管理会议通过电话或视频会议进行。若一方当事人希望以现场会议的方式进行, 就必须提供充分的理由并说明支出费用的必要性。”

而对案件实体问题的审理则相反, 当事人与仲裁庭通常认为应举行当庭审。为充分谨慎起见, 网上开庭必须取得各方当事人同意。然而前述实践是传统做法而非创新之举。疫情之下, 身处一个以进化、创新和适应新情况为特性的行业, 我们更有必要在遵守法律规定并考虑所有情形的前提下, 重新审视传统做法。”

霍金路伟国际律师事务所纽约办公室合伙人、该所《国际仲裁网络庭审中的技术应用规定》主要执笔者 Samaa Haridi 指出: “在疫情期间, 更多人要求进行网络庭审, 因此当事人无法就举行网络庭审达成一致的情况也更为多见, 传统做法正在发生变革。”

疫情之前, 在我担任仲裁员的案件中曾出现过类似情况, 涉及最后实体问题审理的程序与技术手段运用的问题。经仲裁庭与当事人协商, 我们最终使得双方当事人同意通过网络推进后续程序, 并促成当事人订立了一份协议, 约定任何一方都不能以未举行当庭审为由申请撤裁。霍金路伟《国际仲裁网络庭审中的技术应用规定》中有这类协议范本。

尽管这样的表述并不能完全避免撤裁风险, 但是为裁决多提供了一份保障。

如果当事人无法就举行网络庭审达成一致, 仲裁庭需要参考 Wahab 教授的建议, 而不能对所有此类情形不加区分地处理。仲裁员应当首先分析仲裁的法律框架, 包括合同约定、仲裁程序法、仲裁规则, 尽管前述法律框架可能在这个问题上并没有太大指导意义。”

佛罗伦萨 BHGE 诉讼部门副总法律顾问 Michael McIlwrath 表示几周之前

曾阅读 Wahab 教授的文章草稿, 并评论道: “我不仅认为 Mohamed 提供的方案有用, 而且也将其作为指引。”

虽然疫情存在很多不确定性, 我还是尽力使得案件程序保持运转, 为此我首先参考的是《国际商会新冠疫情指引》第 8 条。该条列举了很多现有的案件管理技巧, 均无需依赖庭审来实施, 而且很多技巧减少了庭审的必要性或大幅缩短了庭审时长。仲裁庭可能已经考虑过使用此类技巧, 疫情将这些技巧从‘使用有益’变得‘有必要使用’。

当然, 问题在于如何应对当事人拒绝使用这些工具或者坚持举行当庭审的情况。我们不知道大家何时能够跨越国境, 去和其他国家的人在一个房间待上几天, 但是仲裁规则或程序规则通常都不要求举行当庭审。

Mohamed 的方案非常有用, 因为它不是一个僵化的规定, 而是一个包含具体步骤的指引, 并且鼓励与当事人进行协商。这一方案有利于将需要被无限期推迟的案件数量降到最低。”

海牙 Ndanga Kamau Law 律师事务所创始人、《国际商会新冠疫情指引》的执笔者之一 Ndanga Kamau 认为: “Mohamed 的方案巧妙地提炼了在一方当事人反对网络庭审的情况下, 各方当事人、代理人和仲裁庭应该考虑的核心问题。该方案重点突出了在当事人无法就程序问题达成一致的情况下, 仲裁庭就此做出决定并推动程序高效进行的权力, 不限于决定是否进行网络庭审。”

在一些新兴的法域, 由于缺乏运用技术推进司法程序的相关经验, 当事人可能不愿进行网络庭审, Mohamed 的方案将为这些法域的仲裁庭提供有力指引。它同时也为未来指明了方向: 科学家预测未来几年将会有更多的流行病, 我们应为下一次疫情做好准备, 强化规则、法律、指引和制度, 以抵御将来流行病造成的干扰和气候变化造成的破坏。这一方案推动仲裁庭深入思考未来的创新问题, 可谓一份珍贵的指南, 我期待在工作中将其付诸实践。”

ABDEL WAHAB 的疫情方案

1. 若适用法(仲裁地法)或仲裁程序规则(包括任何仲裁机构规则):

(1) 明确指出仲裁实体问题的审理应当进行“亲自”(in-person)出席, 并且

(2) 根据上述法律或规则“亲自”等同于“当面”(physical appearance), 那么仲裁庭无权未经各方当事人同意决定进行网络庭审。若仲裁庭仍进行网

络庭审, 将面临很高的撤裁风险。

2. 若适用法(仲裁地法)或仲裁程序规则(包括任何仲裁机构规则)明确允许使用技术手段开庭或进行网络庭审, 那就不存在争议。并且仲裁庭有权在充分考虑案件情况和当事人陈述案件的合理机会之后, 以其认为合适的方式举行网络庭审, 无需另外取得当事人同意。仲裁裁决受到挑战是固有风险, 但是在这种情况下, 因举行网络庭审而使裁决受到挑战的风险很低。

3. 若适用法(仲裁地法)或仲裁程序规则(包括任何仲裁机构规则)未对网络庭审作出明文规定, 也无法进行推论, 则有两种可能的处理方式:

(1) 由于未明确允许进行网络庭审, 仲裁庭不能未经当事人同意进行网络庭审; 或者

(2) 由于未明文禁止进行网络庭审, 仲裁庭对该事项具有裁量权, 并在仲裁庭认为适当的情况下决定进行网络庭审, 无需征得当事人同意。

我认为, 这种情况下仲裁庭是否有权决定进行网络庭审取决于:

(1) 仲裁适用法或规则是否明确赋予仲裁庭以其认为适当的方式管理和决定程序的推进的权力。

(2) 仲裁适用法或规则是否要求给予当事人“充分”或“合理”陈述案情的机会。

(3) 仲裁地法的法律原则是“法无禁止则可为”还是“法无允许不可为”。就此而言, 大多数法域的法律原则是法无禁止则可为。

(4) 仲裁适用法或规则是将庭审作为强制要求(或经一方当事人请求必须进行), 还是赋予仲裁庭自行决定进行书面审理的权力(即使当事人要求开庭)。如果仲裁适用法或规则授权仲裁庭进行书面审理, 那么即使一方反对, 假定仲裁庭说明了其倾向于网络庭审的理据, 且网络庭审不会影响正当程序和持反对意见的当事人陈述案情的权利, 举行网络庭审不会造成实质风险。

(5) 各方当事人是否均反对网络庭审。如果当事人均反对, 仲裁庭就不能决定进行网络庭审, 否则裁决受到挑战的风险会很高。

(6) 审理范围书或一号实践指引(如有)是否对仲裁庭未经当事人同意推进程序的权力作出限制。如果存在前述限制, 仲裁庭就不能在一方当事人反对的情况下仍决定举行网络庭审。

(7) 仲裁程序是否有严格的时间限制。如果存在此种限制, 并且如果庭审被推迟, 仲裁庭的管辖权时限不久将过期且无法延长, 因此必须举行庭审,

那么冒着风险进行网络庭审是唯一的选择。如果作出裁决的时限届满, 裁决无论如何都会被撤销。

(8) 仲裁地的证据法或者诉讼程序法是否认可在司法程序中使用信息与通信技术。

(9) 从案件的具体情况来看, 是否适合进行网络庭审。需要考虑的因素包括: 参与者是否有稳定的技术条件、证据的性质和数量, 以及是否存在对一方当事人造成不公的实质风险。

4. 若仲裁适用法(仲裁地法)与仲裁程序规则(包括任何仲裁机构规则)的规定不一致, 则处理方式取决于仲裁地法的相关规定是否为强制性规定。

5. 另外, 国际法协会 2016 年出台的国际商事仲裁决议也可资借鉴。该决议涉及仲裁庭固有的、默示的和自由裁量的权力, 可作为国际仲裁中的“软法”。

6. 很多新出台的法律和规则明确提及了信息技术的运用以及仲裁庭在这方面的权力, 例如《阿拉伯联合酋长国联邦仲裁法》(No.6 of 2018) 即对新技术的应用作出明文规定。