

上海律师仲裁法讯

Arbitration Law Research Committee of Shanghai Bar Association



上海市律师协会仲裁业务研究委员会

二〇二三年八月

2023 年第 8 期/月刊/总第 37 期

编委会:

主任: 季诺

副主任: 毛惠刚 刘炯 张振安 邹志强

责任编辑: 钟旭

编委会委员: (排名不分先后, 按拼音首字母排序)

安东蔚尔 (Anton Ware)	邓 瑛	杜 新
冯一鸣	符 标	顾秋枫
龚一朵	韩 正	何 彬
何保罗	金立宇	李 涛
林宪民	刘 栋	刘 宁
刘洪俊	刘志伟	牟 笛
钱 前	乔 波	秦 红
秦悦民	沈建山	王 妮
王 莺	王皎媚	王军旗
王伟斌	王肖倩	王效锋
翁冠星	武进锋	奚静秋
夏明亮	向 磊	许 峰
徐国建	徐寅哲	闫 艳
姚蔚薇	于 虹	余家恺
云 治	张 波	张 力
张 赛	张 彦	张 燕
张燕伟	赵娴洁	周晶敏
周喆人	朱宏文	

编委会干事:

罗里达	吴梦娇	杨满珍	钟 旭
-----	-----	-----	-----

办刊宗旨：

本刊旨在通过开展商事仲裁与调解业务研究、追踪实务动态、刊载经典案例、解读新法新规，致力于打造国际化、专业性高质量刊物，为律师群体以及法律从业者提供一个经验分享、信息交互的交流平台。在研究仲裁的同时，也关注调解和诉讼，打造一个放眼国际兼具上海地方性特色的专业期刊。致力于推动上海面向全球的亚太仲裁中心建设的工作，提升仲裁服务的专业化、国际化水平，为上海建设面向全球的亚太仲裁中心发挥积极作用。

目录

委员会活动	4
1. 上海律协仲裁业务研究委员会召开 2023 年度第二次主任工作会议	4
实务动态	6
1. 日本和希腊正式成为《国际商事仲裁示范法》国家	6
2. 临时仲裁第一案审结 脱敏裁决已依约公开	7
业务研究	10
1. 浅议建设工程仲裁案件专家辅助人制度设置的必要性	10
2. 股东代表诉讼制度与仲裁条款的碰撞	15
委员风采	32
秦悦民 上海市通力律师事务所	32
金立宇 北京市汉坤律师事务所上海分所	33

1. 上海律协仲裁业务研究委员会召开 2023 年度第二次主任工作会议

2023 年 8 月 12 日下午，上海市律师协会仲裁业务研究委员会在延安东路 222 号外滩中心 40 楼上海市金茂律师事务所会议室召开了 2023 年度第二次主任工作会议。会议由委员会主任毛惠刚主持，副主任张振安、邹志强、刘炯，干事吴梦娇出席了本次会议。

各位副主任介绍了 2023 年上半年各自分管工作的推进情况，会议对已完成工作进度进行了小结。仲裁业务研究委员会继 2021 年 4 月“北上”北京之后，于 2023 年 5 月组团“南下”广州、深圳，拜访广东省律师协会仲裁法律专业委员会，并走访中国国际经济贸易仲裁委员会华南分会、深圳国际仲裁院、广州仲裁委员会等大湾区仲裁机构，学习大湾区仲裁事业建设发展的先进经验，促进沪粤两地律师的沟通交流，取得丰硕调研成果。此外，仲裁业务研究委员会于 2023 年 3 月举办了 2023 年度第一次新型、疑难仲裁案件沙龙——“数据仲裁实践与展望”，于 2023 年 6 月与香港国际仲裁中心（HKIAC）共同举办第四期“青年律师参与仲裁业务培养计划”，并于 2023 年 6 月与安徽省律师协会诉讼仲裁与律师调解专业委员会、江苏省律师协会仲裁法律业务委员会、浙江省律师协会仲裁与调解

专业委员会在江苏南京共同举办了以“聚焦仲裁前沿 赋能营商环境”为主题的第三届长三角仲裁律师论坛。



会议对仲裁业务研究委员会 2023 年度的后续工作进行了讨论研究。仲裁业务研究委员会拟在 2023 年 9 月举办关于国际贸易仲裁主题的沙龙座谈会，并计划在 2023 年 11 月与新加坡国际仲裁中心（SIAC）继续合作开展第五期“青年律师参与仲裁业务培养计划”。后续仲裁业务研究委员会将积极参加 2023 年中国仲裁周、上海仲裁周，以及在浙江杭州举行的第四届长三角仲裁律师论坛，继续编写《上海律师仲裁法讯》，完成上海律师代理国内商事仲裁案件系列业务指引（专家报告及鉴定意见）的编写，努力为仲裁事业在上海的蓬勃发展和上海打造面向全球的亚太仲裁中心作出新的贡献。

1. 日本和希腊正式成为《国际商事仲裁示范法》国家

本文转自“临时仲裁 ADA”公众号

日本和希腊正式成为《联合国贸易法委员会国际商事仲裁示范法》（简称《示范法》）国家，截至目前，87个国家、120个法域以《示范法》为基础进行立法或修改仲裁法。

信息来源：<https://mp.weixin.qq.com/s/MsPLOYsYNwMcTNWzJ6a6Ig>

2. 临时仲裁第一案审结 脱敏裁决已依约公开

本文转自“中国海事仲裁委员会”公众号

导读：6月30日，中国海仲作为指定机构提供必要管理服务的首起临时仲裁案件顺利审结，脱敏裁决已根据当事人约定公开。

案件涉及一起跨境合作协议纠纷，申请人为中国内地居民，被申请人为中国香港公司。双方约定合作开展为内地大学生赴香港研究生留学提供资讯、培训服务。双方因合作协议的履行产生争议。本案合作协议“争议解决”条款明确约定：“因本协议引起或与本协议有关的一切争议，双方同意以仲裁方式解决，适用《中国海商法协会临时仲裁规则》。”“仲裁庭由一名仲裁员组成，仲裁语言为中文，仲裁协议准据法为香港仲裁法，开庭地点山东青岛。”“本协议适用《中华人民共和国民法典》为实体法，指定机构为中国海事仲裁委员会或中国海事仲裁委员会青岛仲裁中心。”“仲裁裁决为终局性裁决，双方同意仲裁裁决在进行脱密处理后，可以由指定机构以适当方式公开。”

根据上述约定，申请人按照《海协临时仲裁规则》规定，于2022年9月21日向被申请人发送“仲裁通知书”，被申请人签署确认，仲裁程序自此开始。在仲裁程序中，由于双方当事人未能就仲裁员的选定达成一致意见，双方共同申请由中国海仲为本案指定一名仲裁

员，成立仲裁庭，进行审理。根据双方当事人约定及《海协临时仲裁规则》《中国海仲临时仲裁服务规则》规定，中国海仲为该案指定一名仲裁员，成立仲裁庭。此后案件程序全部由仲裁庭依据《海协临时仲裁规则》主持进行。仲裁庭于 2023 年 4 月 13 日在中国海仲青岛仲裁中心开庭审理本案，5 月 5 日作出仲裁审理程序终止决定，6 月 30 日作出仲裁裁决。

根据双方当事人约定，并经征求本案仲裁员和双方当事人意见，现将脱密处理后的裁决书予以公开。（裁决书详情¹）

作为境内首起适用《海协临时仲裁规则》的案件，其临时仲裁条款的效力备受关注。仲裁庭专此在裁决书中予以论述。仲裁庭从案件涉港纠纷的性质出发，依据双方当事人未明确约定仲裁地的事实，根据《海协临时仲裁规则》有关“仲裁地”的规定，考虑到申请人住址、涉争议租赁房屋，以及双方当事人约定的开庭地均位于山东省青岛市，首先确定案件仲裁地为中国青岛，明确案件仲裁程序适用仲裁地法即中国内地仲裁法律规定；继而根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》以及《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》有关“当事人可以选择约定涉外仲裁协议的准据法”的

¹ [临时仲裁第一案审结 脱敏裁决已依约公开 - 2023 年新闻 - 海仲新闻 - 中国海事仲裁委员会 \(cmac.org.cn\)](https://cmac.org.cn/news/2023/04/13/2023041301.html)

规定，依据双方当事人明确约定仲裁协议的准据法为香港仲裁法的事实，认定本案临时仲裁条款合法有效。

此外，作为指定机构提供必要管理服务的临时仲裁第一案，中国海仲在案件程序中的地位和作用亦受到业界关注。本案中，中国海仲作为当事人约定的指定机构，仅在双方当事人提出申请时，为本案指定仲裁员，成立仲裁庭，并未进行其他程序管理。在临时仲裁中，中国海仲作为指定机构不对仲裁进行全程管理，仅根据当事人的请求提供指定仲裁员、决定仲裁员回避以及进行案件财务管理、提供仲裁庭秘书服务等一项或多项特定的管理服务，以确保程序正义，保障临时仲裁顺利进行。

近年来，中国海仲坚持创新驱动，2021 年修订机构仲裁规则，实质提高仲裁透明度，2022 年发布实施临时仲裁服务规则，有效推动临时仲裁落地，仲裁业务快速发展。截至 7 月 31 日，中国海仲 2023 年新受理案件已突破 1000 件。中国海仲将始终坚持以服务对象的现实需求为导向，借鉴国际仲裁有益经验，扩大仲裁服务范围，充实仲裁服务内容，提升仲裁服务效能，满足中外当事人多元化法律服务需求，促进我国仲裁高质量发展，为国际航运贸易健康发展保驾护航。

信息来源：<https://mp.weixin.qq.com/s/CHPYuRFe-wa8E4oBp4xazQ>

1. 浅议建设工程仲裁案件专家辅助人制度设置的必要性

徐寅哲 上海市建纬律师事务所

建设工程案件往往会涉及专业而复杂的工程造价、工期、质量等多方面的争议，无论是诉讼案件中的法官还是仲裁案件中的仲裁员都较难通过自身的裁判经验或一般常识直接进行判断，因而常常会涉及司法鉴定。然而又因为此类案件的特殊性，裁判者时常较易直接依赖司法鉴定结果对案件进行裁判，从而在很大程度上扭曲了司法鉴定原有的定位和价值。事实上，司法鉴定在民诉法上被定义为一种证据种类，即使其具有高度的专业性，但是经司法鉴定所形成的鉴定意见仍然需要经过质证后才能被依法认定。而为了便于对鉴定意见发表有针对性的专业意见，我国民诉法上规定有专家辅助人制度。对照来看，该项制度在我国仲裁领域尚有所欠缺。本文即尝试就此问题，做一浅议。

一、我国民诉法当前有关专家辅助人制度的规定

早在 2002 年的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 61 条就首次对“专门知识的人”即专家辅助人作出了规定，当事

人可以邀请“有专门知识的人”出庭询问，并对人数、费用负担以及在民事诉讼中的司法活动方式进行了规定。

2012年新修订的《民事诉讼法》第79条规定，“当事人可以申请人民法院通知有专门知识的人出庭，就鉴定人作出的鉴定意见或者专业问题提出意见”。

2015年《民事诉讼法司法解释》第122和123条则细化了上述的规定，对申请人的申请方式、证据类型、费用负担以及询问方式都做作出了具体的规定。其中，首次提出“具有专门知识的人”在法庭上就专业问题提出的意见视为当事人陈述。并提出“具有专门知识的人”参与民事诉讼程序的活动，包括了：对鉴定意见进行质证、对案件事实所涉及的专业问题提出意见，以及当事人各自申请的“具有专门知识的人”可以就案件中的有关问题进行对质。

2019年新修订的《民诉证据规定》第83条又进一步规定，申请有专门知识的人出庭，当事人应当在申请书中“载明有专门知识的人的基本情况和申请的目的”。

二、当前我国仲裁领域有关专家辅助人制度的规定

在笔者有限的检索范围之内，经查阅仲裁法和仲裁法司法解释等相关法律法规，未找到仲裁程序中有关于“专家辅助人”的相关规

定。此外，笔者另检索了多个仲裁机构的仲裁规则。本文中，以贸仲、上仲与深仲的相关规定为例：

1、《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》同样有关于专家报告的规定，第 44 条规定：“（一）仲裁庭可以就案件中的专门问题向专家咨询或指定鉴定人进行鉴定。专家和鉴定人可以是中国或外国的机构或自然人。……（三）专家报告和鉴定报告的副本应转交当事人，给予当事人提出意见的机会。一方当事人要求专家或鉴定人参加开庭的，经仲裁庭同意，专家或鉴定人应参加开庭，并在仲裁庭认为必要时就所作出的报告进行解释。”

2、《上海仲裁委员会仲裁规则》第 34 条规定了专家报告制度：“（一）当事人可就案件中的专门问题提出咨询或鉴定申请，由仲裁庭决定是否同意。仲裁庭认为必要的，也可就案件中的专门问题向专家咨询或者指定鉴定人进行鉴定。……（六）仲裁庭认为必要或者根据当事人的请求，可以通知专家或鉴定人出席庭审，并在仲裁庭认为必要和适宜的情况下就其报告或意见作出解释。当事人经仲裁庭许可，可以就专家报告或鉴定意见的有关事项向专家或鉴定人提问。”

3、《深圳国际仲裁院 2019 仲裁规则》中分别规定了专家证人和专家报告制度。其中，第 42 条第 5 款规定：“就法律及其他专业问题，当事人可以聘请专家证人提出书面意见和/或出庭作证。”第 45

条另就专家报告作出了详细规定：“（一）仲裁庭认为有必要，或者当事人提出请求且经仲裁庭同意的，仲裁庭可以决定聘请专家进行鉴定、审计、评估、检测或咨询，并提供专家报告。……（四）专家报告副本应转交当事人，给予当事人提出意见的机会。仲裁庭认为有必要，或者根据当事人的请求，可以通知专家参加开庭，并就专家报告进行解释。”

从上述贸仲、上仲与深仲三个仲裁委的仲裁规则中我们可以看出，相关仲裁规则中有类似于民事诉讼法中“具有专门知识的人”的规定，仲裁规则中通常表述为由仲裁庭安排的专家出具专家报告，或者由当事人聘请作为专家证人。前者类似诉讼活动中的鉴定人，后者则归属于证人证言范畴。两相比较，现行民事诉讼法下的专家辅助人，其作出的陈述视为当事人一方的陈述，并可以就案件中的有关问题与对方申请的具有专门知识的人进行对质；而有关仲裁规则中的专家，则更为偏向客观中立的“第三方”。

三、关于在建设工程仲裁案件中建立专家辅助人制度的思考

应当说，建设工程纠纷案件中的专家辅助人制度，既有利于裁判者在专业人士的意见下达到兼听则明，更有利于裁判者摆脱对鉴定意见的过分依赖甚至盲从，从而作出科学的事实认定，提高裁判的准确性。尽管仲裁区别于诉讼的一大特点即在于仲裁员不同于法官，其本身的行业与出身背景具有更强的专业性。但是，仲裁程序之下，既

并不意味着仲裁员可以替代专业司法鉴定，也不意味着作为客观中立的裁判者可以代替代表一方利益的专家辅助人。某种程度之下，客观事实需要在“针尖对麦芒”的专业对质之中予以明晰。

如前所述，与民诉法中专家辅助人是代表一方当事人与对方当事人进行质疑，以及对鉴定报告中的专业性问题进行说明，帮助法庭认清事实的法律地位不同，现行各仲裁机构的仲裁规则中专家出具的专家报告与鉴定意见具有相同的法律地位，具有中立性，同时接受双方当事人的质证。当前，我国仲裁程序之下尚未像民诉法一样建立对此类专业证据进行质证的相应制度。而为了更好地解决专业问题，同时也为了避免像在诉讼案件中出现的以鉴代审的局面，过分的依赖鉴定意见进行仲裁。笔者认为，我国当前的仲裁程序之中也应当参照民诉法的规定，同样建立并完善专家辅助人制度。

2. 股东代表诉讼制度与仲裁条款的碰撞

刘宁 上海坤澜律师事务所

一、问题的提出

股东代表诉讼制度是依据《公司法》第一百五十一条 设立的一种保护公司中小股东利益的机制，在公司利益遭受损失而公司怠于通过诉讼手段追究侵权人的责任时，有资格的股东以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。《公司法司法解释（四）》 又对此作出进一步细化，明确了股东代表诉讼的胜诉利益归属于公司。

然而仲裁条款的存在为股东代表诉讼制度的应用造成了一定困难，由于《公司法》第 151 条只规定了股东可以“提起诉讼”而提及“申请仲裁”，实践中出现了因约定了仲裁条款而和股东代表诉讼产生冲突的情况，主要分为两种类型：一是股东之间订立的合同中存在仲裁条款，针对其他股东（大多数情况是控制股东）侵犯公司利益提起股东代表诉讼，二是公司与他人订立的合同中存在仲裁条款，股东提起股东代表诉讼。对此可能面临的矛盾是，股东代表诉讼是否会因为仲裁条款而受到影响？在约定了仲裁条款的情况下，股东代表公司主张权利应采用何种救济方式更符合逻辑？

二、观点争议：股东代表诉讼制度是否受仲裁条款的约束

（一）股东代表诉讼制度是否受股东之间仲裁条款的约束

股东之间引发的争议通常来源于签订的增资合同、合资合同等，小股东因大股东未履行出资义务或利用控制地位损害公司利益等原因，提起股东代表诉讼。虽然有观点认为，股东之间存在仲裁条款可以阻却股东代表诉讼，因为根据《民事诉讼法》第一百二十四条第二款规定，双方当事人达成书面仲裁协议申请仲裁、不得向人民法院起诉的，告知原告向仲裁机构申请仲裁；《仲裁法》第五条规定，当事人达成仲裁协议，一方向人民法院起诉的，人民法院不予受理，但仲裁协议无效的除外。即，在约定了仲裁条款的前提下不能再通过诉讼的方式解决争议。但同时也需要考虑的一个因素是，仲裁条款来源于股东之间订立的合同，约束的主体是股东双方，但是股东代表诉讼是代表公司主张权利的一种诉讼制度，本质上是针对公司与其他股东间的争议提起的诉讼，从主体来看并不受股东之间合同的约束，从而股东代表诉讼可以突破仲裁条款的束缚。

然而笔者发现，股东之间就增资、合资等事宜订立的合同，其投资标的指向的是该公司，即便公司不是合同的签订主体，但不能否认公司与其存在密切关联性，因此也很难认定股东代表诉讼完全不受仲裁条款的约束。

（二）股东代表诉讼制度是否受公司与他人之间仲裁条款的约束

在这种情况下，由于仲裁条款来源于公司和他人之间订立的合同，股东代表诉讼的争议亦指向公司和他人，不存在上述主体不一致的情形。即便如此，股东代表诉讼制度由于仲裁条款的存在依旧受到了一定挑战，呈现出两种不同的观点：

一种观点认为，既然当事人之间已经订立了有效的仲裁协议，排除了法院的管辖，那么就公司合法权益受到侵犯而言，应当根据协议的约定通过仲裁程序主张公司的权益。虽然主张权利的主体与订立协议的主体并非同一人，但基于股东代表诉讼的基本内涵，可以在仲裁领域类推适用该制度，即“股东代表仲裁”在操作中应当是成立的。广东省深圳市中级人民法院在 2015 年发布了《关于审理股东代表诉讼案件的裁判指引》（以下简称“《指引》”）中也印证了这一观点，

《指引》第三条规定：“三、公司与他人有书面仲裁协议，股东就仲裁协议约定的仲裁事项对他人提起股东代表诉讼的，人民法院应不予受理。”在相关说明中，深圳中院作出如下解释：“股东代表诉讼是解决公司内部诉讼机制的问题，即当公司受到控制怠于起诉时赋予中小股东代表公司利益启动诉讼的权利，而他人与公司之间的合同纠纷内容，并不因公司自行起诉和股东代表起诉的诉权行使不同而发生变化。如在股东代表诉讼的情形下排除仲裁协议的适用，则明

显造成事实上的不公平，并可能使公司利用代表诉讼制度谋取程序上的不当利益。对于股东就仲裁协议约定事项提起股东代表诉讼的情形，人民法院应依照民事诉讼法第一百二十四条第（二）项“依照法律规定，双方当事人达成书面仲裁协议申请仲裁、不得向人民法院起诉的，告知原告向仲裁机构申请仲裁”之规定，不予立案登记。”

另一种观点否认了股东代表公司的可仲裁性，认为股东代表诉讼制度来源于《公司法》第一百五十二条，《仲裁法》中没有规定相关的股东代为仲裁的权利，简单的类推适用缺乏法律依据。股东也并非订立合同的当事人，即便有仲裁协议或仲裁条款，也不应当对股东有约束力，故在公司怠为主张权利时，诉讼程序是股东更符合逻辑、更为合理的救济方式。

三、法院层面的态度

笔者在无讼上以“股东代表诉讼”和“仲裁”为关键词进行检索，共检索出 214 篇裁判文书，去除重复和无关案例，与本文情况契合的案例共有 16 个。笔者通过对有限案例进行分类、归纳，分析法院的裁判观点，试图总结现阶段对该问题的态度和未来裁判趋势。

（一）股东之间存在仲裁条款的情况

笔者检索到的相关案例共有 8 个，其中 5 个案例认为股东代表诉讼不受仲裁条款的约束，有权提起诉讼，有 3 个案例认为应当尊重仲裁条款的约定，以仲裁的方式解决纠纷。从检索结果中也可以看到，最高人民法院、湖南高院与云南高院等都认为股东之间存在仲裁条款时，股东代表诉讼可以突破仲裁条款，更宜采用诉讼程序。与此相对，认为应当采用仲裁程序的法院层级大多较低，因此笔者认为最高院的判决更具有权威性和参考价值，故在裁判趋势上应当是倾向于采用诉讼程序。

1、法院认为股东代表诉讼受到仲裁条款约束的理由

法院认为，股东提起股东代表诉讼通常由于股东损害公司利益，争议主体应当为公司与其他股东，即并非基于股东之间订立的《合资合同》或《增资协议》等合同提起的诉讼，所以争议与该类合同无关，那么股东之间存在的仲裁条款就无法及于公司与股东之间的法律关系，争议事项不属仲裁协议约定的范围。另外，从另一个角度看，公司不是股东之间签订的合同的当事人，故公司不受其仲裁条款的约束。

序号	案件名称	法院	案号	主要裁判观点
1	中强科技有限公司与上海电话线路器材总厂、中国电信集团有限公司损害公司利益责任纠纷二审民事裁定书	上海市第二中级人民法院	(2020)沪02民终5603号	并非所有“与合同有关的争议”均必然受该合同中仲裁条款的约束。本案系损害公司利益责任纠纷。中强公司在本案中系以器材总厂、电信公司作为华诚公司的股东，侵害公司财产权益为由提起股东代表诉讼，并非基于《合资合同》而提起诉讼。故本案争议不应受《合资合同》中关于争议解决方式的约束。除此之外，华诚公司并非签订《合资合同》的当事人，不受《合资合同》中仲裁条款的约束。
2	普洱山海工贸有限公司、玉溪矿业有限公司与公司有关的纠纷二审民事裁定书	云南省高级人民法院	(2020)云民终468号	中外合资经营企业有关合营合同、协议、章程中的仲裁条款一般约束的是合营各方之间就解释、履行合营合同、协议、章程等引起的纠纷。而如前所述，本案的争议基础关系是山水铜业公司与玉溪矿业公司之间的合同纠纷，故案涉章程中的仲裁条款对本案不具有约束力。
3	永州市冷水滩宋家洲综合开发公司、集盛国际有限公司损害公司利益责	湖南省高级人民法院	(2018)湘民终226号	仲裁协议的当事人是集盛公司和宋家洲公司，盛湘公司显然不是该仲裁协议的当事人，其与集盛公司之间不存在仲裁协议。换言之，仲裁协议的效力限于集盛公

	任纠纷二审民事裁定书			司和宋家洲公司二者的争议，本案宋家洲公司系代表盛湘公司提起诉讼，诉讼标的是集盛公司未足额出资侵害盛湘公司利益的法律关系，而非宋家洲公司与集盛公司之间的法律关系，该争议事项不属仲裁协议约定的范围。
4	湖北福汉木业（集团）发展有限责任公司、中国航空技术国际控股有限公司损害公司利益责任纠纷二审民事裁定书	最高人民法院	（2018）最高法民辖终42号	中国航空技术公司提起的股东代表诉讼，并非基于《增资协议》的签订和履行，而是中国航空技术公司为了要求福汉公司返还所侵占的中航林业公司资金，而提起侵权之诉，并无规避《增资协议》中约定的仲裁条款的主张意图。本案诉讼并非双方因签订及履行《增资协议》引起的合同纠纷，不应适用《增资协议》中约定的仲裁条款。
5	大连天河百盛购物中心有限公司与大连天河大厦有限公司财产损害赔偿纠纷上诉案	最高人民法院	（2005）民二终字第149号	天河大厦提起的股东起诉公司的直接诉讼以及股东代表公司的派生诉讼，因不受上述《合资合同》和《合资章程》的约束，也不属于仲裁管辖的范围，人民法院可以受理。

2、法院认为股东代表诉讼不受仲裁条款约束的理由

支持采用仲裁程序的法院在分析路径上正好与前述形成对立，理由是股东损害公司利益也是由于股东之间订立的合同引起的，公司作为其目标公司亦不应例外的受到合同中仲裁条款的约束，因此应当尊重仲裁条款对于争议处理机制的选择。

序号	案件名称	法院	案号	主要裁判观点
1	宁波金丹丰股权投资合伙企业（有限合伙）与熊炜损害公司利益责任纠纷一审民事裁定书	北京市海淀区人民法院	（2018）京 0108 民初 29239 号	中联康公司——作为合资公司和金丹丰合伙企业投资的目标公司——既然是《增资协议》的当事人，也不应例外地受到其中仲裁条款的约束。……中联康公司作为股东代表诉讼的被代表方，对于其公司治理中发生的、涉及履行《增资协议》的纠纷，自然应当尊重仲裁条款对于争议处理机制的选择。
2	Sunway Real Estate（China）Limited 与上海广昊房产集团有限公司损害公司利益责任纠纷一案二审民事裁定书	江苏省高级人民法院	（2014）苏商外辖终字第 0012 号	双威公司与广昊公司签订的合资合同明确约定：因本合同引起与之有关的任何争议或分歧，应向中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会提交仲裁并最终通过仲裁解决。该约定是当事人的真实意思表示，内容不违反法律规定，应为合法有效约定，对各方当事人均有约束力。根据该约定，广昊公司应将涉案争议事项

				提交中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会进行仲裁。
3	中强科技有限公司与上海电话线路器材总厂、中国电信集团有限公司损害公司利益责任纠纷一审民事裁定书	上海市杨浦区人民法院	(2020)沪0110民初2687号	原告现起诉主张被告器材总厂未按约定以实物出资以及抽逃出资，均属于与履行《合资合同》有关的争议，在双方对争议管辖存在有效仲裁条款约定的情况下，原告应当依据合同约定提请仲裁，原告在具备合同救济途径的情况下主张提起本案股东代表诉讼有所不当。

（二）公司与他人之间存在仲裁条款的情况

笔者检索到的相关案例共有 7 个，其中 6 个案例股东代表诉讼应当受公司与他人之间仲裁条款的约束，且法院在裁决中明确“本案应当由 xxx 仲裁委员审理”，只有 1 个案例中法院认为应当受理股东代表诉讼的起诉。从现有案例来看，多数高院的裁决结果都更倾向于建议采用仲裁程序。

1、法院认为股东代表诉讼受到仲裁条款约束的理由

法院认为，股东代表诉讼的诉权源于公司的诉权，形式上代位行使公司所享有的请求权，其代位起诉所获得的诉讼利益直接归于公

司。因此考虑到公司与他人之间已经明确了将争议提交仲裁裁决，排除仲裁裁决协议的适用将会造成事实上的不公平。另外，深圳市中级人民法院在（2015）深中法商终字第 2106 号裁决书也提出，股东虽非涉案合同的当事人，但其提起股东代表诉讼时仍应受该合同中仲裁条款的约束。

序号	案件名称	法院	案号	主要裁判观点
1	宜昌伍家新城投资控股集团有限公司、湖北龙都投资有限公司合同纠纷二审民事裁定书	湖北省高级人民法院	（2019）鄂民辖终150号	鉴于股东代表诉讼实际上是股东代位公司提起诉讼和主张权利，其诉权缘于公司的诉权，而不是基于股东本人对相关他人所享有的权利，在公司与他人之间订立的合同中已明确约定将争议提交仲裁裁决的情形下，如果他人违反合同约定并由此侵害了公司的利益，允许公司股东通过股东代表诉讼排除仲裁协议的适用，则明显造成事实上的不公平，并可能使公司利用股东代表诉讼制度谋取程序上的不正当利益。
2	佛山市顺德区南华投资有限公司与佛山市天然气高压管网有限公司	广东省高级人民法院	（2016）粤民终468号	南华公司代表港华公司依据《天然气分销售合同》提起本案诉讼主张合同权益，只是在形式上代位行使港华公司所享有的请求权，其代位起诉所获得的诉讼利

	司买卖合同纠纷 二审民事裁定书			益直接归于港华公司。因此，南华公司代位提起本案诉讼，应受被代位人港华公司与佛山市天然气高压管网有限公司签订的《天然气分销售合同》中约定的仲裁条款约束，即本案所主张的事项应提交仲裁解决。
3	丁建军与国采（北京）技术有限公司借款合同纠纷二审民事裁定书	深圳市中级人民法院	（2015）深中法商终字第2106号	鉴于涉案的借款合同纠纷属于仲裁事项，丁建军就该借款合同代深圳中采公司对国采公司提起股东代表诉讼，其起诉不能排除国采公司的程序利益。因此，丁建军虽非涉案借款合同的当事人，但其提起股东代表诉讼时仍应受该合同中仲裁条款的约束。因此，涉案的借款合同纠纷应由深圳仲裁委员会审理，人民法院对此不具有管辖权。
4	ROONEY LIMITED与常州市祥祐实业有限公司、沈坚等管辖裁定书	江苏省高级人民法院	（2015）苏商外辖终字第00019号	《项目开发管理协议》为雍康公司、常州市城镇建设开发有限公司（即祥祐公司）、ROONEY公司三方共同签订，……协议第15条约定与协议有关或由该协议引起的争议提交香港国际仲裁中心仲裁的条款为有效条款。ROONEY公司关于仲裁协议无效的抗辩，本院不予支持。

5	上虞市舜华真空涂装有限公司、上虞市舜华铝塑品有限公司与阿克希龙金属有限公司、浙江阿克希龙舜华铝塑业有限公司中外合资经营企业合同纠纷二审民事裁定书	浙江省高级人民法院	(2008)浙民四终字第 68 号	本案诉讼中，真空公司、铝塑品公司起诉认为合资公司通过关联交易转移利润，进而损害其作为合资公司股东的利益，而合资公司怠于行使权利，故真空公司、铝塑品公司只能提起股东代表诉讼。这一诉讼，不管如何列被告，皆属于因履行《合营合同》及附件、《合营公司章程》引起的“一切争议”的范围，按当事人约定，应排除法院管辖。
6	叶联礼、叶泳庆等损害股东利益责任纠纷一审民事裁定书	江苏省高级人民法院	2017 苏民初 24 号	本案中，案涉股权转让协议中的争议解决方式约定为向中国国际贸易委员会上海分会提交仲裁，且该约定不存在无效情形，故就该股权转让协议产生的纠纷已经当事人约定排除法院管辖……不属于人民法院受案范围

2、法院认为股东代表诉讼不受仲裁条款约束的理由

笔者检索的案例中，法院认为可以排除仲裁条款的适用的只有 1 个，原因是提起股东代表诉讼的主体是股东，而股东与他人之间没有合同关系，亦不存在仲裁条款，以股东代表诉讼的名义申请仲裁缺乏法律依据。

序号	案件名称	法院	案号	主要裁判观点
1	陕西硒谷产业发展有限公司与朱邦贤,陈荣学申请撤销仲裁裁决特殊程序:其他民事特殊程序民事裁定书	西安市中级人民法院	(2019)陕01民特6号	陈荣学作为陕西安康市康硒饮料有限公司的股东与硒谷公司之间并无合同关系,亦不存在仲裁协议,属于《中华人民共和国仲裁法》第五十八条(一)“没有仲裁协议的”撤销情形。

该案件的观点恰好与前述深圳市中级人民法院在(2015)深中法商终字第2106号判决书中的意见相悖。笔者认为,究其本质,股东代表的是公司的利益,争议亦发生于公司与他人之间,因此股东与他人之间是否存在合同或者仲裁条款并不会造成任何影响,因此笔者更倾向于主流观点,即股东代表诉讼应当受公司与他人之间仲裁条款的约束,采用仲裁程序审理更为妥当。

(三) 股东与他人存在仲裁条款的情况

另外,笔者同时发现,如果仲裁条款实则存在于股东与他人之间,法院否认了该仲裁条款的适用性,裁定受理股东代表诉讼。因此,可以看出法院的分析路径上呈现较为一致的趋势:只有在公司与他人存在仲裁条款时,股东代表诉讼才应采取仲裁程序审理。

北京高院在（2016）京民终 34 号裁定书中提出，仲裁条款效力的范围为决定是否适用仲裁程序的关键因素——仲裁条款只能及于合同订立双方，还是约束力可以延伸至代表公司的股东，决定了股东是否受仲裁条款的约束的问题。法院认为，之所以立法立法对仲裁条款形式要件作严格规定，是出于对当事人意思自治的保护，因此“自治性”是仲裁不可动摇的根基，即仲裁要求形成一种合意。对于仲裁条款来说，是当事人协商一致将纠纷提交仲裁解决的合意，确定仲裁当事人的实质标准是达成仲裁合意的人，也就是说只有对仲裁达成合意的当事人才具有启动、参与仲裁程序的资格。仲裁条款约束与股东与第三人之间，那么公司既非仲裁条款的签约方，亦非仲裁条款中明确约定受约束的当事人，故仲裁条款对公司没有约束力，不妨碍股东为了维护公司的利益向法院提起股东代表诉讼。

序号	案件名称	法院	案号	主要裁判观点
1	北京合生北方房地产开发有限公司与中国融亿达资源投资有限公司企业借贷纠纷二审民事裁定书	北京市高级人民法院	（2016）京民终 34 号	海盛公司即非仲裁条款的签约方，亦非仲裁条款中明确约定受约束的当事人，故涉案的仲裁条款对海盛公司没有约束力。本案系合生公司依据《中华人民共和国公司法》第一百五十一条之规定，为了维护海盛公司的利益而以自己的名义直接向法院提起的股东代表诉讼。

2	陈爱华与汤海鹏 深圳籽和文化传播 有限公司损害 公司利益责任纠 纷一审民事裁定 书	深 圳 市 福 田 区 人 民 法院	(2017) 粤 0304 民 初 20495 号	本案系股东代表诉讼，应由公司所在地人民法院管辖。原告与被告汤海鹏之间的股权转让争议系合同纠纷，与本案系两个不同的法律关系，当事人在《股权转让协议书》中约定的仲裁管辖对本案没有约束力。
---	----------------------------------------------------------	--------------------------------	------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------

三、仲裁层面面临的困境

通过前述分析，我们可能初步得出结论：在股东之间存在仲裁条款时，法院更倾向于认为股东代表诉讼应以诉讼程序审理；在公司与他人之间存在仲裁条款时，法院更倾向于认为股东代表诉讼应以仲裁程序审理。但是只有法院承认仲裁的适用性还远远不够，实践中若股东代表公司向仲裁机构提起仲裁申请，仲裁机构限于仲裁条款的相对性，是否能确实受理此类案件还暂不明晰。

另外，正如湖南高院在(2018)湘民终 226 号 裁定书中提到的，我国仲裁法尚没有仲裁第三人制度，如本案由仲裁管辖，将非仲裁协议当事人纳入协议当事人的仲裁程序中，缺乏法律依据。若股东向仲裁机构申请仲裁，申请人是股东，但仲裁条款订立的主体是公司和他人，公司又无法按照股东代表诉讼的规定作为无独立请求第三人，因

而即便仲裁机构同意受理此类案件，如何处理股东和公司在仲裁中的身份问题也是下一步研究的内容。

四、保证股东代表诉讼权利的解决之道

由于缺乏明确的规定，在仲裁条款与股东代表诉讼发生冲突时，股东应当选择诉讼还是仲裁作为其股东代表诉讼的手段还无法形成定论。实践中，股东可能以管辖原因被仲裁机构拒绝受理后，再次向法院提起诉讼，又以“应向仲裁机构申请仲裁”为由被驳回起诉。如此一来，股东代表公司主张利益的权利在仲裁机构和法院之间“踢皮球”，股东缺乏实现权利的救济途径。

为了避免股东代表诉讼的权利因仲裁条款的存在而落空，首先应当就股东代表诉讼与仲裁条款冲突的问题出台明文法律依据，如在《仲裁法》中补充相关规定，达到仲裁规则适用的统一性；其次，既然股东代表诉讼的宗旨是给予股东在权益受到侵犯时的一种特殊保护，那么不能狭义地理解此“诉权”为法院诉讼的权利，还应当包括当事人按照仲裁协议享有的仲裁请求权，承认当事人本应当享有的仲裁程序权益。因而，无论是采用仲裁程序亦或是诉讼程序，都要保证公司权益受到侵害时，股东有明确的救济渠道。这就要求仲裁机构和法院在该问题的观点保持一致，不能让股东沦为股东代表诉讼

制度与仲裁条款的碰撞中的牺牲品；最后，在未出台相应规则之前，无论是股东之间订立的合同中存在仲裁条款，还是公司与他人订立的合同中存在仲裁条款，笔者认为，更宜对仲裁条款效力的范围予以扩大解释，肯定其效力及于股东、公司和其他人（包括其他股东）三方，股东和公司都可以作为仲裁的申请人，从而解决了仲裁中没有第三人的困境，这也是现阶段保证股东代表诉讼权利的一种权宜之计。

秦悦民 | 上海市通力律师事务所



秦悦民律师自 1990 年起执律师业，执业领域包括争议解决、银行金融、公司/并购、PE/VC、投资基金、信托和保险等。

秦律师为通力律师事务所争议解决部合伙人。兼任上海国际仲裁中心、上海仲裁委员会和深圳国际仲裁院的仲裁员，上海经贸商事调解中心调解员，中共上海市金融工委/上海市地方金融监管局法律顾问，中国保险资产管理业协会股权投资计划及保险私募基金评估专家，中国银行间市场交易商协会非金融企业债务融资工具市场自律处分会议专家，多家高等学府的特聘教授/兼职教授/客座教授/兼职硕士生导师/MBA 专业导师。上海市民法典宣讲团成员。

2008 年以前，秦律师主要作为交易律师从事各类银行金融、资本市场、投资基金、收购兼并、资产管理和私募股权投资交易，其中包括众多市场首例的交易和获奖交易。近十多年来，秦律师更多地从事争议解决业务。

除了代理人以及仲裁员的工作以外，秦律师还在十多起境外法庭和国际仲裁庭处理的商事案件中出任中国法专家证人。



金立宇律师是汉坤律师事务所上海办公室的合伙人。九十年代中期以来，金律师主要从事复杂商业金融诉讼、国际国内商事仲裁、大型侵权诉讼、保险诉讼、专利诉讼、与知识产权有关的反垄断诉讼、不正当竞争案件、行政和刑事诉讼、环保责任案件等法律业务。2008 年以来，金律师兼任中国国际经济贸易仲裁委员会、上海国际仲裁中心、香港国际仲裁中心（一般名册和知识产权名册）、海峡两岸仲裁中心、杭州仲裁委员会、上海仲裁委员会等多家机构的仲裁员，任贸仲委 CEPA 投资争端调解员、上海经贸商事调解中心调解员、欧中仲裁员协会副主席、上海市人民政府行政复议委员会委员。金律师经常作为仲裁代理人或作为仲裁员处理工业产品供应、买卖、租赁、股权交易、商业合作、互联网、金融、PE 投资、医药、广告和娱乐、知识产权与反垄断等领域内的纠纷案件。金律师 2006 年荣获司法行政系统个人三等功；2019 年被评为 2015-2018 年度“上海市优秀律师”。金律师毕业于华东政法学院国际法系，此后在对外经济贸易大学与乔治城大学法律中心攻读两个法学硕士学位。