

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

二〇二三年四月

2023 年第 4 期/月刊/总第 33 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. 第三届长三角仲裁律师论坛第二次筹备会议成功召开 | 4 |
| 新规速递..... | 6 |
| 1. 上海市高级人民法院关于支持和保障浦东新区高水平改革开放打造社会主义 现代化建设引领区的实施细则（2023 年） | 6 |
| 特约专栏..... | 13 |
| 1. 私募基金强制开放赎回的执行 | 13 |
| 实务动态..... | 27 |
| 1. 南京国际商事法庭，来了！ | 27 |
| 业务研究..... | 31 |
| 1. 股东代表诉讼制度与仲裁条款的碰撞 | 31 |
| 2. 域外仲裁境内承认与执行风险控制之仲裁通知的适当性 | 51 |
| 委员风采..... | 65 |
| 韩正 上海市金茂律师事务所 | 65 |
| 沈建山 上海市捷华律师事务所 | 66 |

委员会活动

1. 第三届长三角仲裁律师论坛第二次筹备会议成功召开

2023 年 4 月 14 日中午，由上海市律师协会、安徽省律师协会、浙江省律师协会、江苏省律师协会联合主办，上海市律师协会仲裁业务研究委员会、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联合承办的第三届长三角仲裁律师论坛第二次筹备会议以在线方式召开，上海市律师协会仲裁业务研究委员会主任毛惠刚，江苏省律师协会仲裁法律业务委员会副主任刘茂通，浙江省律师协会仲裁与调解专业委员会主任郑舒木，安徽省律师协会诉讼仲裁与律师调解专业委员会主任沈雪冰、副主任王瑞影出席会议，会议由江苏省律师协会仲裁法律业务委员会主任聂新鹏主持。

聂新鹏主任介绍了论坛筹备进度。第三届长三角仲裁律师论坛将于 2023 年 6 月中旬在南京召开，会期预计为一天。论坛将围绕金融仲裁、建设工程仲裁、并购仲裁和国际仲裁领域内的热点问题展开探讨，并邀请南京仲裁委员会、扬州仲裁委员会等江苏省内仲裁机构出席论坛和发表演讲，并将继续发表长三角律师仲裁业务系列操作指引以及第三届长三角仲裁律师论坛论文荟萃。

全体筹备组成员在会议结束时合影留念，约定于五月相聚南京，共同考察会议场地并举行第三次筹备会议，迎接第三届长三角仲裁律师论坛的正式召开。



1. 上海市高级人民法院关于支持和保障浦东新区高水平改革开放打造社会主义现代化建设引领区的实施细则（2023 年）

本文转自“上海高院”公众号

上海市高级人民法院关于支持和保障浦东新区高水平改革开放打造社会主义现代化建设引领区的实施细则（2023 年）

为全面落实中共中央、国务院《关于支持浦东新区高水平改革开放打造社会主义现代化建设引领区的意见》，推动《上海市高级人民法院关于支持和保障浦东新区高水平改革开放打造社会主义现代化建设引领区的实施方案》各项举措落到实处，取得实效，为支持浦东新区高水平改革开放、打造社会主义现代化建设引领区（以下简称“浦东引领区建设”）提供更加有力的司法服务和保障，上海市高级人民法院在认真调研、全面梳理有关司法需求的基础上，结合上海法院工作实际，制定本实施细则。

一、加强机制保障，支持浦东新区立法探索实践

1. 坚持法治引领，推动建立系统完备的法治保障体系。对于上海市人民代表大会及其常委会立足浦东改革创新实践需要，制定的浦东新区法规，以及浦东新区人民代表大会及其常务委员会和浦东新区人民政府在暂无法律法规或者明确规定的领域先行制定的管理

措施，依法予以支持。浦东新区法规可以被司法裁判引用，作为判决和说理的依据。着力推动规则、规制、管理、标准等制度型开放，推动建立完善与浦东大胆试、大胆闯、自主改相适应的司法保障体系。加强浦东引领区建设过程中司法需求和突出问题的前瞻性调研，总结经验做法，适时向最高人民法院提出制定、修订或废止相关司法解释和政策文件的意见建议。对于可以通过制定浦东新区法规、管理措施解决的问题，结合司法实践，及时提出立法建议，并在立法全过程中提供必要的协助，强化支撑浦东高水平改革开放的法治保障。

2. 加强调研指导，强化信息化保障。在推动浦东新区法规、管理措施落实中，不断总结疑难复杂和新类型案件的裁判规则，加强前瞻性研究，及时发布涉引领区建设的知识产权、商事、金融、海事、行政等领域专业化审判工作报告、审判白皮书和典型案例，以及涉浦东新区法规和管理措施实施的司法白皮书和相关案例，加大司法改革创新举措和典型案事例的法治宣传，提升司法裁判的影响力和公信力。加强智慧法院建设，推动司法大数据和行政管理大数据的互联互通，提升司法大数据预警预测功能，协同防范化解重大风险，助力浦东打造现代化城市治理的示范样板，促进“一网统管”智慧城市建设。

二、加大知识产权司法保护力度，支持和保障国际科技创新中心核心区建设

3. 加大对重点领域、关键环节创新型知识产权的保护力度。聚焦浦东在集成电路、生物医药、人工智能、生命科学、民用航空、高端装备、新能源及智能网联汽车产业等领域的创新研发，健全证据保全和审查机制，切实加强涉关键技术领域产业的知识产权诉讼指引。准确把握证据规则和证明标准，运用法院调查令、证据出示令等制度，有效减轻权利人举证负担，同时，加大对举证妨碍行为的司法惩戒力度。探索将专利实施调查结果作为故意侵权判定的依据，结合在案证据全面审查、综合评估被诉侵权方主观过错及其过错程度。健全技术调查官制度，增强技术事实认定的准确性。优化损害赔偿计算方法与裁量规则，合理确定知识产权侵权赔偿基数，依法实施更大力度的知识产权侵权惩罚性赔偿制度，降低维权成本、提高侵权代价，助力浦东加快关键技术研发，强化高端产业引领功能。

4. 健全知识产权裁判机制，实现更高水平的知识产权保护。聚焦浦东深化科技创新体制改革，优化创新创业生态环境，依法落实《上海市浦东新区建立高水平知识产权保护制度若干规定》《上海市浦东新区优化揭榜挂帅机制促进新型研发机构创新发展若干规定》，深化上海法院知识产权“三合一”审判机制，加强知识产权民事、行

政、刑事交叉案件适用法律疑难问题研究。充分运用互联网新技术，积极探索知识产权纠纷在线化解新模式，探索科创板拟上市企业知识产权诉讼的快速处理工作机制，调研推动外观设计、驰名商标认定等纠纷案件管辖问题，促进纠纷依法、公正、便捷、高效化解。加强商业秘密保护的法治宣传和类案研究，加强对商业秘密权利人和相关主体合法权益的保护。加强人民法院知识产权司法保护国际交流（上海）基地、人民法院知识产权司法保障科技创新研究（上海）基地建设，促进国际司法交流，研究解决技术创新中的知识产权保护前沿问题，助力浦东打造世界级创新产业集群，推动自主创新新高地建设。

三、发挥商事和破产审判职能，支持和保障国际贸易中心核心区建设

5. 提升涉外司法效能，完善涉外商事审判机制。建立健全与浦东引领区建设要求相适应的国际商事审判体制机制。对接上海自贸区及临港新片区投资贸易自由化制度和规则体系特殊需求，推进上海国际商事法院设立，加强国际商事审判组织建设，完善涉外商事案件归口集中办理机制，探索简易涉外民商事案件快速审理机制，探索跨境在线审判程序，提升涉外民商事案件审理效率。健全国际商事纠纷法律查明与适用机制，完善多边、双边域外法查明合作机制，提升国际商事审判法律适用水平。准确实施外商投资法及相关司法解释，积极推动建立与国际通行规则相衔接的制度和规则体系，助力浦东营造有利于外商投资和保护的法治环境，增强中外投资者信心。

6. 依法维护好市场主体合法权益，深入推进商事制度改革。依法落实《上海市浦东新区市场主体登记确认制若干规定》《上海市浦东新区推进市场准营承诺即入制改革若干规定》，支持保障浦东探索试点商事登记确认制、市场准营承诺即入制、制定放宽市场准入特别措施清单、深化实施“一业一证”改革、建立行业综合许可和综合监管制度等多项改革有序推进。完善涉商事制度改革产生的法律纠纷解决机制，依法妥善解决相关法律争议，充分发挥司法裁判的规范引导功能，助力浦东发挥全方位、高水平扩大开放试验田作用。

7. 完善新型破产审判规则体系，健全市场主体退出机制。加强企业破产府院联动机制建设，建立健全规范高效的破产管理人履职保障机制，依法落实《浦东新区关于构建企业破产工作府院协调机制的实施方案（试行）》，配合相关政府部门建立健全破产信息归集、共享和公示系统，推动建立有别于正常经营企业的重整企业信用修复机制。依法落实《上海市浦东新区完善市场化法治化企业破产制度若干规定》，探索完善符合高质量发展需要的破产审判规则体系，大力推进支持企业庭外重组、预重整的有效机制，细化企业强制清算转破产清算的程序衔接，完善破产案件繁简分流、简易程序快速审理等审判机制，提高破产案件办理质效。开展个人破产制度研究。加快打造高水平专业化破产审判机构，加快推进破产审判专业化建设，切实承担好先行先试任务，为上海和国家破产法治完善探索积累可复制可推广的经验。

四、创新金融审判机制，支持和保障国际金融中心核心区建设

8. 打造金融审判创新试验区，支持保障进一步扩大金融开放力度。依法落实《上海市浦东新区绿色金融发展若干规定》，保障各项金融创新举措的实施，支持上海金融法院积极稳妥探索金融市场案例测试机制，创新专业化金融审判机制。健全完善与科创板及注册制相适应的专业化金融审判机制，公正高效化解涉科创板金融纠纷。聚焦浦东发展人民币离岸交易、跨境贸易结算和海外融资服务，健全涉外金融审判机制，妥善审理涉跨境证券及金融衍生品、涉跨境投融资、涉跨境资管产品、信用证和独立保函、涉跨境支付结算、涉跨境保险等新型业务引发的金融案件。加强中国法院金融审判国际交流（上海）基地建设，积极运用支持诉讼机制、示范判决机制、代表人诉讼机制等妥善化解涉外金融纠纷案件。完善涉外金融案件管辖机制，依法行使涉外金融纠纷司法管辖权，助力浦东进一步加大金融开放力度，更好服务和保障实体经济发展。

9. 加强金融法律制度保障，健全金融风险防控机制。高度关注境外金融市场对国内金融市场的传导效应，支持在沪金融基础设施建立健全跨境金融风险防范机制，维护人民币跨境支付系统等交易、清算、结算系统安全，强化金融风险的源头治理，筑牢境内外金融风险隔离墙。进一步加强与金融监管部门、行业协会的互动协作，建立健全防范化解金融风险协同机制，支持金融监管部门开展“监管沙盒”等监管模式创新，推动建立健全跨境资金流动监测预警、宏观审慎评

估和协调联动体系，助力浦东提升区内金融创新竞争能力，促进上海经济金融健康良性发展。

五、优化多元化纠纷解决机制，推动矛盾纠纷源头化解

10. 加强与司法行政部门等协调配合，健全完善开放共享、多元共治的诉讼前端纠纷解决机制。坚持将非诉纠纷解决机制挺在前面，充分发挥司法引领、推动和保障作用。进一步深化与世界知识产权组织的合作，支持世界知识产权组织仲裁与调解上海中心建立完善涉外知识产权纠纷多元解决机制建设。依法落实《浦东新区促进商事调解若干规定》，建立健全商事调解与商事诉讼的对接协作机制，解决调解程序与诉讼程序、时效合理衔接问题，畅通诉调对接、调解协议司法确认等衔接渠道，提升商事调解执行效力。加大与国际商事调解机构、仲裁机构的协作力度，健全调解、仲裁、诉讼有机衔接的涉外商事纠纷“一站式”纠纷解决平台。支持境外知名国际商事仲裁机构在浦东新区设立业务机构，就国际商事争议开展仲裁业务，依法支持和保障仲裁案件当事人的财产保全、证据保全、行为保全等临时措施的申请和执行，助力浦东打造成为上海国际法律服务中心、国际争议解决中心和面向全球的亚太仲裁中心的核心承载区。

信息来源：<https://mp.weixin.qq.com/s/4sQU6sIoJkIB3phQQZj7bw>

1. 私募基金强制开放赎回的执行

钟明 执行局局长 三级高级法官

徐俊 执行局 法官助理

本文转自“上海金融法院”公众号



钟明

徐俊

执行局局长

执行局

三级高级法官

法官助理

生效仲裁裁决确定基金管理人负有履行开放基金、赎回特定份额的行为义务，但未明确具体的开放日和基金份额净值，基金份额持有人申请强制执行的，应依照相关规定判断开放赎回义务的标准、对象、范围能否明确。执行时，人民法院应结合基金实际情况和金融市场交易规则，以生效仲裁裁决确定的基金管理人自动履行期限内的最后一个证券市场交易日作为开放日，并确定当日的基金份额净值。关于开放赎回义务的强制执行，可依照民事诉讼法第二百五十九条规定，采取代履行的方式执行。同时，当基金内货币资金无法满足赎回要求，基金内其他财产可分割处置且具有市场公允价值和活跃二级市场的情况下，可处置基金内其他财产获取货币资金用以赎回。处

置基金财产时，人民法院应合理选择处置的财产，尽量保持基金财产原有架构，避免对基金后续运作产生不利影响。

案情

申请执行人：孔某某

被执行人：B 投资有限公司（以下简称 B 公司）

申请执行人孔某某与被执行人 B 公司仲裁一案，上海仲裁委员会于 2021 年 3 月 22 日作出（2020）沪仲案字第 3560 号裁决书，裁决被执行人 B 公司自裁决书作出之日起 10 日内开放 S 基金，履行对申请执行人孔某某持有的 200 万份基金份额赎回义务。前述裁决书已经发生法律效力，因被执行人 B 公司未按照生效裁决履行义务，申请执行人孔某某向上海金融法院申请强制执行，上海金融法院于 2022 年 5 月 10 日依法立案受理。

执行

上海金融法院向被执行人 B 公司发出执行通知书，责令其自动履行开放基金、赎回份额的义务，但被执行人未按执行通知自动履行义务。

执行中，上海金融法院查明，案涉 S 基金系开放式私募基金，目前仍处于存续期内，基金管理人为被执行人 B 公司，基金托管人为

Z 证券股份有限公司（以下简称 Z 证券），申请执行人孔某某系基金份额持有人，持有 200 万份基金份额，目前基金份额总数为 400 万份，基金份额净值可回溯确定。基金财产为货币资金和上市公司股票，2022 年 7 月 6 日查询当日，S 基金持有货币资金 23504.06 元，持有和辉光电（证券代码 688538）无限售流通股票 500 股、安达智能（证券代码 688125）无限售流通股票 500 股、山东出版（证券代码 601019）无限售流通股票 1000 股、中国电信（证券代码 601728）无限售流通股票 2000 股、ST 中基（证券代码 000973）无限售流通股票 2 万股、江西铜业（证券代码 600362）无限售流通股票 5 万股、日上集团（证券代码 002593）无限售流通股票 11 万股、德展健康（证券代码 000813）无限售流通股票 40 万股，前述股票的交易券商为 G 证券有限责任公司（以下简称 G 证券）。

基于以上查明事实，上海金融法院认为，上海仲裁委员会于 2021 年 3 月 22 日作出的（2020）沪仲案字第 3560 号裁决书确定的被执行人 B 公司负有的开放基金、赎回特定份额的义务属于行为义务，在被执行人 B 公司未按执行通知要求履行该行为义务的前提下，人民法院可依法采取代履行方式执行，由被执行人 B 公司负担相应费用并承担法律后果。依据生效裁决，被执行人应当于 2021 年 3 月 23 日至 2021 年 4 月 1 日之间开放基金、赎回份额，因被执行人未自动履行，上海金融法院确定自动履行期限内的最后一个证券市场交易日（2021 年 4 月 1 日）为基金开放日，当日基金份额净值为 0.7705

元。同时，因基金现有货币资金无法满足赎回资金要求，在基金财产主要为上市公司股票的情况下，代被执行人变价基金内上市公司股票具有可行性。据此，2022 年 7 月 22 日，上海金融法院依照民事诉讼法第二百五十九条之规定裁定：一、以 2021 年 4 月 1 日为开放赎回日强制开放 S 基金，以当日基金份额净值 0.7705 元赎回申请执行人孔某某持有的 200 万份基金份额；二、变价 S 基金持有的上市公司股票，保证基金持有货币资金达到 154.1 万元。

2022 年 8 月 4 日，上海金融法院按照赎回资金的差额与当前股票总市值之比计算需要变价的每只股票的数量，并向股票交易券商 G 证券送达协助执行通知书，通知其以市价委托方式依次卖出（即抛售），使基金持有的货币资金达到 154.1 万元，并将前述资金支付至 S 基金托管资金专门账户。G 证券抛售基金持有的江西铜业股票 29000 股、德展健康股票 232000 股、和辉光电股票 300 股、安达智能 300 股、山东出版股票 600 股、中国电信股票 1200 股、ST 中基股票 11600 股、日上集团股票 63800 股。之后，上海金融法院向基金托管人 Z 证券送达协助执行通知书，通知其开放基金并赎回申请执行人持有的基金份额，由其协助将赎回资金 154.1 万元从基金托管资金专门账户划转至 S 基金资金募集账户，再支付给申请执行人孔某某，并注销申请执行人持有的 200 万份基金份额。2022 年 8 月 26 日，基金托管人根据前述要求完成了开放 S 基金并赎回申请执行人孔某某持有的基金份额工作，将赎回资金 154.1 万元支付给申请执行人孔某某。

某。至此，上海仲裁委员会（2020）沪仲案字第 3560 号裁决书确定的被执行人 B 公司负有的开放基金、赎回份额行为义务已由上海金融法院强制执行完成。

评析

近些年，私募基金市场蓬勃发展，私募基金交易产生的纠纷也不断出现，基金份额持有人申请开放基金、赎回特定份额的请求颇为常见。该类纠纷的当事人多数约定通过仲裁方式解决纠纷，仲裁委员会作出生效裁决后，人民法院强制执行中主要存在以下三个问题：一是基金管理人成为被执行人，其负有的开放基金、赎回特定份额义务的性质未予明确，执行法院适用法律难。二是部分裁决书中关于基金开放日、赎回份额的基金份额净值未予明确，该类裁决书是否具有可执行性，是否符合执行立案受理条件以及具体执行中基金开放日和赎回份额的基金份额净值如何确定均存在较大争议。三是开放基金、赎回特定份额类案件执行中，执行法院能否处置基金财产以及处置的标准和方式存疑。本案中亦存在前述问题，上海金融法院在执行过程中围绕前述问题进行阐述，作出有效回应，对今后的类案执行具有一定的参考意义。

一、私募基金开放赎回义务的法律性质及仲裁裁决的可执行性审查

（一）私募基金开放赎回义务的法律性质

强制执行程序中，理清基金管理人开放赎回义务的法律性质是规范、高效强制执行私募基金开放赎回的前提。行为义务，是指义务人负有的作出或不作出特定行为的义务，分为作为义务和不作为义务。作为义务，是指义务人根据法律的规定或合同的约定等，应当以积极的方式去从事某种行为的义务。根据证券投资基金法、《私募投资基金监督管理暂行办法》规定，私募基金运作过程中，基金管理人根据诚实信用、勤勉尽责的原则负有妥善管理、运用基金财产的义务，实践中其履行义务的主要方式是通过向基金托管人、证券交易券商等主体发送指令的方式管理和运用基金财产。可以看出，基金管理人负有一种管理义务，这种义务不具有金钱给付内容。管理行为通俗来说是一种提供金融服务的行为，属于一种作为义务。更进一步来看，根据基金合同约定，基金管理人开放基金，为基金份额持有人赎回份额的义务是管理义务的一部分，也是一种需积极作为的行为义务。因此，基金管理人负有的开放赎回义务是一种行为义务，人民法院应当根据法律、司法解释中关于行为义务执行的规定予以强制执行。

（二）涉开放赎回义务仲裁裁决的可执行性审查

根据最高人民法院《关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》第3条第1款规定，可强制执行的行为，其履行的标

准、对象、范围应当明确。私募基金开放赎回类仲裁案件中，部分仲裁裁决中关于基金开放日、赎回份额的基金份额净值未直接写明，人民法院审查受理执行该类案件时，应当结合基金的实际运行情况和基金合同的具体约定判断仲裁裁决确定的基金管理人开放赎回义务的履行标准、对象、范围是否能够明确。前述内容能够予以明确的，仲裁裁决具有可执行性。

本案中，就仲裁裁决是否具有可执行性，上海金融法院依照前述规定予以审查，判断被执行人 B 公司开放赎回义务的履行标准、对象、范围是否能够明确。其一，关于开放赎回行为的履行标准。虽然案涉仲裁裁决主文并未明确载明履行标准，但是基金合同已明确赎回是指“在基金开放日，基金投资者按照本合同的规定将本基金份额兑换为现金的行为”，且在基金合同“七、基金的申购、赎回与转让”中载明基金正常运行过程中管理人开放基金、赎回份额的履行标准，明确了开放赎回的方式、价格及程序等。因此，结合基金合同规定，开放赎回行为的履行标准可以明确。其二，关于开放赎回行为的履行对象。案涉仲裁裁决已明确，开放行为的履行对象为 S 基金，赎回行为的履行对象为孔某某持有的基金份额。其三，关于开放赎回行为的履行范围。开放赎回行为的履行范围为申请执行人孔某某持有的 200 万份基金份额。同时，因获取赎回资金需处置基金财产，处置的基金财产范围也应明确。S 基金内财产主要为上市公司股票，可以分割处

置，需处置的财产范围可以明确。综前所述，案涉仲裁裁决具有可执行性。

二、强制执行程序中，开放赎回日及基金份额净值的确定逻辑

在强制执行程序中，确定开放赎回日是为了确定赎回的基金份额净值。私募基金开放赎回类仲裁案件中，多数仲裁裁决书在裁决基金管理人负有开放基金、赎回特定份额义务的同时会将开放赎回日以及当日的基金份额净值予以明确，人民法院依据该等生效仲裁裁决强制执行时，直接以确定的基金份额净值强制开放赎回即可。但是司法实践中仍有部分裁决书未明确开放日及基金份额净值，仅明确基金管理人应当在一定期限内履行开放赎回义务，此种情况下，人民法院如何确定开放赎回日以及基金份额净值是强制执行过程需要解决的关键问题。通过本案的执行，可以归纳总结出确定开放赎回日及基金份额净值的法律逻辑：

第一，明确基金份额净值是否可以回溯确定。在基金管理人未自动履行开放赎回义务的情况下，基金投资者向人民法院申请强制执行，因此人民法院的强制执行程序必然在裁决书确定的被执行人自动履行开放赎回义务的期限之后。此种情况下，需要查明案涉基金的份额净值能否回溯确定。若无法回溯确定，则只能以执行立案后的特定日期作为开放赎回日，并据此确定赎回的基金份额净值。若可以回

溯确定，则应当以仲裁裁决确定的期限内选定特定日期作为开放赎回日，如此方能最大限度实现申请执行人的胜诉权益。

从私募基金运作的实际情况来看，各类私募基金的基金合同中均会约定基金管理人负有定期对基金财产进行估值的义务，基金管理人需定期对基金拥有的所有资产和负债进行估值，计算基金资产总值、基金资产净值、基金份额净值等。从具体估值程序来看，基金财产估值由基金管理人进行，基金管理人完成估值后，需由基金托管人复核后双方各自将结果登记造册，并定期进行核对。从目前私募基金市场的交易惯例来看，投资于上市公司股票等场内交易证券资产的私募基金，基金合同中均约定基金管理人需在每个证券市场交易日进行估值并将估值结果登记造册。因此，投资于上市公司股票等场内交易证券的私募基金，其基金管理人和基金托管人均有记录每个交易日基金份额净值的资产账册，基金份额净值可以回溯确定。

第二，确定被执行人自动履行期限的最后一日为开放赎回日。部分仲裁裁决书中未明确开放日和赎回的基金份额净值，仅裁决基金管理人应当在特定期限内履行开放赎回义务，如本案中上海仲裁委员会即裁决基金管理人B公司自裁决书作出之日起10日内开放案涉基金，履行对孔某某持有的200万份基金份额赎回义务。前述的10日期限是基金管理人自动履行的期限，该期限届满后，因基金管理人未履行义务，导致基金份额持有人的合法权利无法实现，其合法权益受到侵害。前文已有论及，应当在仲裁裁决确定的自动履行期限内选

定开放日。一般而言，以被执行人自动履行义务的最后一日作为开放赎回日较为合理，可以保证申请执行人的权益兑现时点在生效法律文书确定的期限内。同时，明确以此为标准，可以减少未来类案中执行自由裁量权的滥用。原因在于，私募基金的每日基金份额净值都有可能变动，如果任由执行人员选择日期，难免会造成同案不同执的结果。

第三，开放赎回日需同时结合案涉基金的实际情况进行复核。一般而言，执行中需要考虑的主要事项是按照前述标准确定的开放赎回日的基金份额净值是否能够计算。例如，若基金财产主要为上市公司股票，在非证券市场交易日，其基金份额净值无法计算，因此人民法院确定的开放赎回日应当为证券市场交易日。

第四，确定开放赎回日的基金份额净值。按照前述逻辑明确了强制执行的开放赎回日后，通过基金托管人确定该日的基金份额净值即可。

本案执行中即按照上述逻辑确定开放赎回日和基金份额净值。根据上海仲裁委员会（2020）沪仲案字第 3560 号裁决，被执行人 B 公司应当在 2021 年 3 月 23 日至 2021 年 4 月 1 日之间开放 S 基金，赎回申请执行人孔某某持有的 200 万份基金份额。经基金托管人 Z 证券证实，S 基金的基金份额净值可以回溯确定，因此开放赎回日应当在 2021 年 3 月 23 日至 2021 年 4 月 1 日之间确定。关于具体日期

的确定，根据仲裁裁决，被执行人应当自动履行开放赎回义务的期间为 2021 年 3 月 23 日至 2021 年 4 月 1 日，因此确定以被执行人 B 公司自动履行开放赎回义务的最后一日即 2021 年 4 月 1 日为开放赎回日。同时，因 S 基金内财产主要为上市公司股票，开放赎回日应当为证券市场交易日。经查，2021 年 4 月 1 日为交易日，基金托管人确定当日基金份额净值为 0.7705 元。综合以上，上海金融法院确定 2021 年 4 月 1 日为开放赎回日，赎回份额的基金份额净值为 0.7705 元。

三、强制开放基金、赎回特定份额时，人民法院处置基金财产的前提条件和基本要求

首先，需要明确的是，人民法院强制开放基金、赎回特定份额的法律规定和执行方式。民事诉讼法第二百五十九条规定，“对判决、裁定和其他法律文书指定的行为，被执行人未按执行通知履行的，人民法院可以强制执行或者委托有关单位或者其他人员完成，费用由被执行人承担。”最高人民法院《关于适用民事诉讼法的解释》第 501 条规定，“被执行人不履行生效法律文书确定的行为义务，该义务可由他人完成的，人民法院可以选定代履行人；法律、行政法规对履行该行为义务有资格限制的，应当从有资格的人中选定。必要时，可以通过招标的方式确定代履行人。”因此，被执行人负有的行为义务可由他人完成的情况下，人民法院可以采取代履行的方式强制执行。私募基金运作过程中，基金管理人根据基金合同负有的开放赎回义务并不具有人身属性，法律、行政法规亦未对该等行为主体有资格限制，

因此基金的开放赎回义务可以由他人代为完成的行为。结合生效仲裁裁决和私募基金合同约定，开放赎回义务的履行标准、对象、范围可以明确，人民法院可指定基金托管人或第三方代基金管理人履行开放赎回义务。因此，私募基金开放赎回类行为执行应当采取代履行的方式执行。本案执行过程中，上海金融法院认为，被执行人 B 公司未按执行通知要求履行生效裁决确定的行为义务，可依法采取代履行方式执行该案，并由被执行人 B 公司负担相应费用并承担法律后果。

其次，人民法院采取代履行方式强制开放基金、赎回特定份额时，应当遵循基金合同的约定，避免打破基金正常运作时开放赎回的操作要求，减少对基金运作的不利影响。例如，人民法院应通知基金托管人按照基金合同规定将赎回资金支付给申请执行人，而不能从基金托管资金专门账户、交易券商资金账户等账户里直接扣划赎回资金，如此操作将对基金托管人的托管工作造成困扰，不利于基金正常运作。

最后，关于人民法院强制开放基金、赎回份额时，能否处置案涉基金财产。在司法机关未介入的情况下，私募基金正常运作中，基金管理人根据基金合同约定为基金份额持有人赎回份额时，若基金内货币资金不能满足赎回要求，基金管理人需要处置基金财产获得货币资金进行赎回。可以看出，变价基金财产的行为内含于开放赎回行为中，因此强制执行开放赎回时，人民法院亦可以处置基金财产获取

足够的赎回资金。当然，人民法院采取代履行的方式强制开放赎回基金时，处置基金财产应当满足必要性和可行性的条件。所谓必要性，即是处置基金财产是必要的，只有在基金持有的货币资金无法满足赎回特定份额资金要求的情况才可以处置基金财产。所谓可行性，即是处置基金财产是可行的，应当满足以下要件：其一，在部分赎回的情况下，基金持有的货币资金以外的财产应当是可分的，且分开处置对财产价值没有影响或影响有限。若财产不可分或分开处置对财产价值影响较大，强行处置将会对基金投资者的权益影响较大，此时不应强制执行。其二，基金财产需具有市场公允价值和活跃的交易市场。基金财产具有较强流通性情况下，在强制开放赎回时进行处置才是可行的。部分处置基金财产不可避免地会影响剩余基金份额的净值，因此人民法院处置基金财产时应最大限度兑现基金财产的真实价值，处置财产的变价金额与财产真实价值的差额应当在可接受范围内。若基金财产没有市场公允价值或活跃交易市场，处置完成后无法判断变价金额与财产真实价值的差额是否在可接受范围内，对剩余基金份额净值的影响也是不确定的，此时不应认定处置基金财产是可行的。以上上市公司股票为例，其在上海证券交易所或深圳证券交易所等活跃的二级市场上市交易，具有市场公允价值，流通性强，且分割处置对财产价值影响极小，满足可行性条件，人民法院可参照市价通过抛售的方式处置，从而使基金内货币资金满足赎回要求。

需要注意的是，人民法院强制处置基金财产时，应合理选择处置的基金财产范围。S 基金开放赎回的执行过程中，对于基金持有的 8 只上市公司股票，上海金融法院结合上市公司股票交易每笔交易最少一手（即 100 股）的规则，按照一定的比例确定每只股票处置数量，该比例是赎回资金的差额与当前股票总市值之比。在获得足够赎回资金的同时，保持基金内上市公司股票原有的组成结构，尽可能减少对基金后续正常运作的影响。因此，强制开放赎回基金份额案件执行中，人民法院处置基金财产的，应当保持基金持有财产的原有架构，结合基金财产的交易规则，尽可能按照比例处置基金财产，减少对基金后续正常运作的不利影响。



信息来源：<https://mp.weixin.qq.com/s/M0CPC8IvakWRoRc3clTDAg>

1. 南京国际商事法庭，来了！

本文转自“南京市中级人民法院”公众号

导读：

4月6日，南京国际商事法庭挂牌成立，继南京知识产权法庭、南京环境资源法庭、南京破产法庭后，南京又添了一家专业审判法庭。

为什么要设立南京国际商事法庭？

南京地处“一带一路”、长江经济带、长三角一体化等国家战略交汇点，国际商事活动日益频繁，开放型经济持续繁荣发展。近年来，南京法院受理的涉外案件数量逐年稳步攀升，新类型案件不断涌现，对司法服务保障对外开放提出了更高要求。

2002年，南京中院成为全国首批获批涉外商事案件管辖权的法院。2021年9月，南京江北新区人民法院又获批涉外商事案件管辖权，进一步完善了南京法院涉外商事审判的架构布局。今年2月，经最高人民法院批准，南京中院设立南京国际商事法庭，专门审理涉外商民商事案件。

在南京设立国际商事法庭，对相关国际商事案件进行集中管辖和专业化审判，有助于深入贯彻习近平法治思想、在法治领域服务国

家对外开放重大战略实施，也更加有利于推动在长三角地区建立诉讼、调解、仲裁有效衔接，更具国际影响力、公信力、吸引力的“一站式”“融合式”区域国际商事争端解决中心，打造更高水平对外开放新高地，营造一流法治化营商环境。

南京国际商事法庭将受理哪类案件？

南京国际商事法庭作为南京中院内设专门审判机构，管辖以下案件：

（一）应由南京中院管辖的涉外民商事一审案件（南京江北新区辖区诉讼标的额不满人民币 4000 万元的涉外民商事一审案件由南京江北新区人民法院管辖）；

（二）应由南京中院管辖的一方当事人为外商独资企业的民商事一审案件；

（三）应由南京中院管辖的信用证纠纷案件、独立保函纠纷案件、跨境破产协助案件、民商事司法协助案件、仲裁司法审查案件；

（四）不服南京江北新区人民法院作出的涉外民商事一审判决、裁定，提起上诉的案件；

（五）不服全市各基层法院作出的一方当事人为外商独资企业的民商事一审判决、裁定，提起上诉的案件；

（六）其他应由南京国际商事法庭办理的案件。

南京国际商事法庭如何运行？

南京国际商事法庭将紧紧围绕高水平对外开放工作大局，着力构建“一流法律智库”“三位一体多元化解决平台”“五校协同培养基地”协同共进的“1+3+5”国际商事司法融合发展新格局，全面提升国际商事司法服务保障效能，努力把党的二十大擘画的宏伟蓝图落实到国际商事审判工作高质量发展的具体实践中，为南京争当中国式现代化城市实践的引领者提供更加有力的司法服务和保障。

01 “一流法律智库”

指南京法院国际商事专家委员会，旨在充分发挥专家的自身特长和优势，为南京国际商事审判工作发展和南京国际商事法庭建设提供意见建议，在参与域外法查明、国际调解、提供法律咨询意见等方面发挥“智囊团”作用，努力建成国际一流的国际商事司法智库。

02 “三位一体多元化解决平台”

指诉讼、调解、仲裁三位一体、有机衔接的“一站式”国际商事纠纷多元化解决平台，由南京中院与南京仲裁委员会、中国国际贸易促进委员会江苏省分会、上海经贸商事调解中心合作，旨在大力推动多元化纠纷解决机制的健全和完善，充分发挥仲裁、调解在国际商事争议解决中的制度优势和吸引力，营造市场化、法治化、国际化的营商环境。

03 “五校协同培养基地”

指涉外法治人才协同培养创新基地，由南京中院分别与中国政法大学、华东政法大学、南京大学、武汉大学、东南大学共建，旨在推动法学理论和国际商事审判实务深度融合，打造服务全国、面向世界的国际法研究运用策源地和水平涉外法治人才成长平台。

信息来源：https://mp.weixin.qq.com/s/M1MLm3_qjm_D2jZqb5ue2A

1. 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 主任

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¹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）》²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

¹ 《公司法》第一百五十一条 董事、高级管理人员有本法第一百五十条规定的情形的，有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，可以书面请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事向人民法院提起诉讼；监事有本法第一百五十条规定的情形的，前述股东可以书面请求董事会或者不设董事会的有限责任公司的执行董事向人民法院提起诉讼。

监事会、不设监事会的有限责任公司的监事，或者董事会、执行董事收到前款规定的股东书面请求后拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起三十日内未提起诉讼，或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的，前款规定的股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。他人侵犯公司合法权益，给公司造成损失的，本条第一款规定的股东可以依照前两款的规定向人民法院提起诉讼。

² 《公司法司法解释（四）》第二十五条 股东依据公司法第一百五十一条第二款、第三款规定直接提起诉讼的案件，胜诉利益归属于公司。股东请求被告直接向其承担民事责任的，人民法院不予支持。

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 | 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 |

| | | | | |
|---|---|-----------|---------------|---|
| | 的纠纷二审民事裁定书 | | | 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任纠纷二审民事裁定书 | 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民初字第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 | SunwayRealEstate（China）Limited 与上 | 江苏省高级人民法院 | （2014）苏商外辖终 | 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 |

| | | | | |
|---|---|---------------------|----------------------------|---|
| | 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 | 民 法 院 | 字 第 0012 号 | 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案一审民事裁定书 | 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 | 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 |

| | | | | |
|---|-------------------------------|-------------------|-------------------------------|--|
| | 网有限公司买卖合同纠纷二审民事裁定书 | 民 法 院 | | 华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 | 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、 |

| | | | | |
|---|--------------------------------------|-----------|---------------|--|
| | 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 | | | 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案一审民事裁定书 | 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业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号裁决书中的意见相悖。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案一审民事裁定书 | 深圳市福田区人民法院 | (2017)粤0304民初字第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³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

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任纠纷二审民事裁定书

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。

2. 域外仲裁境内承认与执行风险控制之仲裁通知的适当性

王军旗、胡昶成 德恒上海律师事务所 律师

作为国与国间互相承认与执行彼此仲裁裁决的重要准据规范,《纽约公约》第五条共规定了七项可拒绝承认与执行仲裁裁决的情形。在这七种情形中,第一款乙项规定的情形为:“未接获关于指派仲裁员或仲裁程序之适当通知,或因他故,致未能申辩。”学界认为,该项规定是西方国家诉讼及仲裁中的“正当程序”理论在《纽约公约》中的体现。具体而言,该项规定将违反正当程序归为两类,未给予适当通知正是其中之一。¹

然而,对于何为“适当通知”《纽约公约》并未进行特别明确,这也使得上述条款实际上成为了一则弹性条款,导致各国司法机关在协调本国法律规定的基础上,对其认定的标准也存在一定差异。我国的司法实践对此项问题的认定亦存在弹性,“适当性通知”作为承认与执行外国仲裁裁决中的常见抗辩,对该条款的理解与适用将很大程度影响到案件的走向,因此,分析总结我国司法机关过往案例,对“适当性”标准进行探讨对域外仲裁在境内的承认与执行有着重要的实践意义。

¹ 杜新丽.论外国仲裁裁决在我国的承认与执行——兼论《纽约公约》在中国的适用[J].比较法研究,2005(04):98-109.

一、“适当性”应当以仲裁机构的仲裁规则及《纽约公约》为准

我国《民事诉讼法》对诉讼中的送达与通知进行了明确规定，各方主体均应遵守。但与诉讼截然相反的是，仲裁作为民间团体接受当事人权利让渡的非公力救济途径，当事人的意思自治在仲裁中显得尤为重要，同时，仲裁机构的民间性也决定了其无法行使公权力进行通知。

因此，司法实践的统一认识为，对于仲裁通知适当性的标准不当套用诉讼法中的相关规定，而应当以仲裁机构的仲裁规则为准。这一观点，在我国最高人民法院的案例中也得到了确认。

最高人民法院在《关于是否承认和执行大韩商事仲裁院仲裁裁决的请示的复函》([2005]民四他字第 46 号)中认为：“大庆派派思食品有限公司在(株)TS 海码路向哈尔滨市中级人民法院申请承认和执行该仲裁裁决后，以仲裁庭未按照《中华人民共和国和大韩民国关于民事和商事司法协助的条约》第 4 条和第 8 条的规定向其送达开庭通知书和仲裁裁决书为由主张拒绝承认和执行该仲裁裁决。……**但通过邮寄方式送达以及未附中文译本的做法并不违反韩国仲裁法和《大韩商事仲裁院仲裁规则》的规定。**……大庆派派思食品有限公司没有举证证明本案仲裁裁决存在我国参加的《1958 年承认执行外国仲裁裁决公约》第 5 条第 1 款规定的情形，本案仲裁裁决依法应予承认和执行。”

在《关于博而通株式会社申请承认外国仲裁裁决一案的请示的复函([2006]民四他字第 36 号)》中，最高人民法院重申：“根据你院请示认定的事实，大韩民国商事仲裁院第 05113-0010 号仲裁裁决案的仲裁开庭通知和仲裁裁决书是采用邮寄送达的方式，向被申请人的工商注册地址寄送的。**仲裁程序中的送达不适用《中华人民共和国和大韩民国关于民事和商事司法协助的条约》和《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》，而应依照仲裁规则确定送达是否适当。**被申请人不能证明邮寄送达违反有关仲裁规则。”

对于“适当性”的判断首先应当以仲裁机构的仲裁规则为准，然而各仲裁机构对于通知的条款规定灵活多样，对于仲裁通知的发出主体也不尽相同，一般来说，对于大陆法系的仲裁机构而言，仲裁通知多由仲裁委员会或仲裁庭发出。例如《斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则》规定，仲裁因申请人向仲裁院提交仲裁申请书而开始，仲裁院应当将仲裁申请书送达被申请人并要求其向仲裁院提交答辩书。而英美法系国家的仲裁机构的仲裁规则一般规定由当事人承担向对方发送通知的责任，例如伦敦国际仲裁院、香港国际仲裁中心和新加坡国际仲裁中心。²

² 齐湘泉.论国际商事仲裁中的适当通知[J].仲裁研究，2009(04):62-72.

二、我国法院在判断“适当性”时的标准

如前所述，对于“适当性”的判断应当以仲裁规则的条文为标准，而非国内程序法，但承认与执行这一程序本身归根究底仍旧是国内程序，司法机关仍享有一定的自由裁量权。换言之，虽然对“适当性”的判断需要适用相应的仲裁规则，但实际上适用的，是我国司法机关对于相应仲裁规则的“理解”。因此，虽然仲裁规则各有不同，但是我国司法机关的对于相应规则的“理解”却系有迹可循。

故此，从最高人民法院近十几年来就外国仲裁裁决承认与执行的复函中我们也可以窥探到国内法院对于通知“适当性”的态度。

| 文件名 | 文号 | 是否 “适当” | 理由 |
|----------------------------|------------------|------------|--|
| 关于是否承认和执行大韩商事仲裁院仲裁裁决的请示的复函 | [2005]民四他字第 46 号 | 是 | 而本案仲裁庭按照该仲裁规则的规定通过邮寄方式向大庆派派思食品有限公司送达了开庭通知书和仲裁裁决书， 也有证据证明大庆派派思食品有限公司收到了上述开庭通知书和仲裁裁决书。 虽然仲裁庭在送达开庭通知书和仲裁裁决书时未附中文译本，但 通过邮寄方式送达以及未附 |

| | | | |
|--|------------------|---|---|
| | | | 中文译本的做法并不违反韩国仲裁法和《大韩商事仲裁院仲裁规则》的规定。 |
| 关于香港东丰船务有限公司申请执行香港海事仲裁裁决请示的复函 | [2006]民四他字第 12 号 | 否 | 申请执行人香港东丰船务有限公司并未提供相关书面证据证明被执行人中国外运沈阳集团公司接到另行指定仲裁员的适当通知,也无证据证明仲裁庭向被执行人发出仲裁开庭的书面通知。根据最高人民法院《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》第七条第一款(二)项的规定,对香港东丰船务有限公司提交的香港海事仲裁裁决应裁定不予执行。 |
| 关于是否裁定不予承认和执行英国伦敦“ABRA 轮 2004 年 12 月 28 日租约”仲裁 | [2006]民四他字第 34 号 | 否 | 涉案申请人根据《1996 年英国仲裁法》的规定,通过案外人采用电子邮件方式向被申请人送达,该送达方式并非我国所禁止,在申请人能够证明被申请人已收悉送达通知的情况下,该送达应为有效送达。但申请人未能提供被申请人确认收到电子邮件或 |

| | | | |
|-----------------------------|----------------------|---|---|
| 裁决的请示 的复函 | | | <p>者能够证明被申请人收到电子邮件的其他证据,证明被申请人得到指定仲裁员和仲裁程序的适当通知。根据《纽约公约》第 5 条第 1 款第 2 项的规定,天津海事法院应对该仲裁裁决不予承认和执行。</p> |
| 关于博而通株式会社申请承认外国仲裁裁决一案的请示的复函 | [2006] 民四他字第 36 号 | 是 | <p>仲裁程序中的送达不适用《中华人民共和国和大韩民国关于民事和商事司法协助的条约》和《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》,而应依照仲裁规则确定送达是否适当。被申请人不能证明邮寄送达违反有关仲裁规则。被申请人地址变更后未给予通知,由此导致其未及时收到邮件,不属于《承认及执行外国仲裁裁决公约》第五条第一项(乙)款规定的情形。</p> |
| 关于不予承认日本商事仲裁协会东京 04—05 号 | [2007] 民四他字第 26 号 | 否 | <p>2005 年 8 月 31 日,仲裁庭宣布延后 20 天即 2005 年 9 月 20 日作出仲裁裁决……《仲裁规则》第 53.2 条规定:"仲裁庭在前款审理终结时,应把</p> |

| | | | |
|--|-------------------|---|---|
| 仲裁裁决的报告 | | | 将要作出裁决的期限通知当事人”，仲裁庭在宣布 2005 年 9 月 20 日作出仲裁裁决后，直至实际作出裁决的 2006 年 2 月 23 日， 没有按照《仲裁规则》的规定再次决定延期并通知当事人 ，构成了《纽约公约》第五条第一款(乙)项规定的“受裁决援用之一造未接获关于指派仲裁员或仲裁程序之适当通知，或因他故，致未能申辩者”的情形。 |
| 关于裁定不予承认和执行社团法人日本商事仲裁协会东京 05—03 号仲裁裁决的报告答复 | [2008] 民四他字第 18 号 | 否 | 在信越公司对申请事项提出变更的情况下，鑫茂公司有权利对变更后的申请内容提出意见， 而该变更事项通知应当属于仲裁程序中的重要内容，仲裁庭未能将该变更申请通知鑫茂公司 ，实际上剥夺了鑫茂公司提出申辩的权利和机会，构成《纽约公约》第五条第一款(乙)项规定的“受裁决援用之一造未接获关于指派仲裁员或仲裁程序之适当通知，或因他故，致未能申辩者”的情形。同时，该情 |

| | | | |
|---------------------------------------|-------------------|-----|--|
| | | | 形并与当事人选择的《仲裁规则》不符。 |
| 关于不予承认蒙古国家仲裁法庭 73 / 23—06 号仲裁裁决的报告的复函 | [2009] 民四他字第 46 号 | 否 | <p>申请人艾多拉多公司委托送达的第一份邮件不能证明已送达展诚公司，对于后两份邮件材料，艾多拉多公司明确作放弃处理，则均视同没有送达过，故绍兴中院认为展诚公司未经适当通知，并无不当。……而包括“决议程序及仲裁听证会日期”的编号为1681469484 的快件并未送达浙江展诚建设集团股份有限公司(以下简称展诚公司)，导致展诚公司未能出庭陈述意见。故本案符合《纽约公约》第五条第一款(乙)项得以拒绝承认及执行的规定情形。</p> |
| 关于承认和执行美国争议解决中心 26 — 435 — 08 号仲裁裁 | [2011] 民四他字第 21 号 | 待确认 | <p>根据贸法会仲裁规则第二条第一款的规定，如果美国争议解决中心向特普食品公司送达仲裁员指派通知的地址“北京朝阳区望京广顺大街嘉润花园 D-901”属于仲裁规则中所指的该公司的惯常居所、营业所或通讯</p> |

| | | | |
|--------------------------------|------------------|---|---|
| 决一案的请示的复函 | | | 处，或是其最后所知的居所或营业所，则即使该邮件未被签收，亦应视为已经有效送达。人民法院不应根据《承认及执行外国仲裁裁决公约》第五条第一款(乙)项的规定拒绝承认和执行该仲裁裁决。反之，如果该地址不属于特普食品公司的惯常居所、营业所或通讯处，或是其最后所知的居所或营业所，且该邮件实际被退回，则应认定美国争议解决中心未向特普食品公司有效送达指派仲裁员的通知，人民法院应根据《承认及执行外国仲裁裁决公约》第五条第一款(乙)项的规定拒绝承认和执行该仲裁裁决。 |
| 申请人瑞尔玛食品有限公司与被申请人湛江冠亚食品有限公司申请承 | [2013]民四他字第 40 号 | 是 | 依据现有证据，美国食品工业协会分别于 2007 年 9 月 17 日和 2007 年 11 月 19 日向被申请人寄出挂号信，挂号信上所写的寄送地址与被申请人的地址相符，虽然挂号邮寄单上未注明邮寄的物件名称，未显示美国食品 |

| | | | |
|------------------|--|--|---|
| 认和执行外国仲裁裁决请示案的复函 | | | 工业协会邮寄的是仲裁通知、仲裁裁决等仲裁文件， 但湛江市中级人民法院综合该案情况认定被申请人收到相关的仲裁文件并无不当。 据此，人民法院不得以被申请人未收到仲裁通知为由适用《纽约公约》第5条第1款第(b)项规定，拒绝承认和执行涉案仲裁裁决。 |
|------------------|--|--|---|

综合以上案例，就通知的适当性问题，在未来的域外仲裁过程中，当事人应当留意以下几点：

1、依据仲裁规则准确判断仲裁通知的内容

仲裁通知的内容应当以仲裁机构的仲裁规则为准，虽然相关内容总体上大同小异，但各仲裁规则规定相关内容的方式有所不同。通常来讲包括仲裁启动的通知、制定仲裁院和仲裁庭的组庭通知、仲裁裁决等内容，具体应以适用的仲裁规则为准。从[2008]民四他字第18号案反映的情况来看，我国法院就通知的适当性问题，不仅考虑仲裁启动通知，也将考虑“变更通知”等仲裁贵司规定必须发送通知的情形。而如此类中间通知根据仲裁规则应当发送而未发送或未适当发送的，未来仲裁裁决在我国的承认与执行将面临风险。

2、电子送达仍存在风险

随着信息科技的发展，电子邮件等通信方式极大提高了沟通的便利，在实践中，我国仲裁机构一般认可通过电子方式向当事人送达

仲裁通知，这一点符合国际实践。例如英国的 *Bernuth Lines v. High Seas Shipping Ltd.* (2005) EWHC 3020 (Comm.)一案中，申请人(High Seas)向被申请人(Bernuth)送达的仲裁通知是通过电子邮件的方式进行的，而该邮箱地址是从2005年“劳氏海事通讯录”(Lloyd's Maritime Directory)的记载中查找到的。Bernuth声称该地址只是用于揽货用途，仲裁通知被送达至该地址是不会被公司有关部门与人士所注意的，所以，仲裁通知的送达无效。Clarke大法官不同意送达无效，认为该邮件一点不像是垃圾邮件，内容十分严肃，不应该被漠视。³

但从我国法院的裁判实践来看，利用电子邮件方式进行送达的裁决在我国境内申请承认与执行仍存在一定的风险。

例如最高人民法院在[2006]民四他字第34号复函中认为：“在仲裁过程中，涉案申请人根据《1996年英国仲裁法》的规定，通过案外人采用电子邮件方式向被申请人送达，该送达方式并非我国所禁止，在申请人能够证明被申请人已收悉送达通知的情况下，该送达应为有效送达。但申请人未能提供被申请人确认收到电子邮件或者能够证明被申请人收到电子邮件的其他证据，证明被申请人得到指定仲裁员和仲裁程序的适当通知。根据《纽约公约》第5条第1款第2项的规定，天津海事法院应对该仲裁裁决不予承认和执行。”

考虑到邮箱废弃、邮件拦截、邮件乱码等可能存在的情况，实践中裁判机关常将邮件是否送达的举证责任分配予申请人，此时如申请人不能举证邮件已送达被申请人邮箱，则有可能承担不利后果。故此，通过电子方式进行通知相较于传统方式仍存在一定的风险，需要

³ 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[M].法律出版社,2006-163.

审慎为之。如使用电子通信方式送达仲裁通知，也应当采取必要的技术措施或辅助措施以确保仲裁通知确被送达。

3、已经通知的事实发生变更需要另行通知

仲裁中经常存在的情况是，在仲裁庭或一方当事人已经向另一方当事人进行了适当通知后，相关事实或信息发生了变化，此时未就更新后的信息进行重新通知是否会影响到通知的效力？从最高人民法院的态度来看，此种情况下未重新通知的视为未通知，相关仲裁裁决应当拒绝承认与执行。

在[2008]民四他字第 18 号复函中，因仲裁过程中申请执行人对申请事项提出变更，但仲裁庭未能将该变更申请通知被执行人，最高人民法院认为这实际上剥夺了被执行人提出申辩的权利和机会，故应当拒绝承认与执行案涉判决。

在[2006]民四他字第 12 号复函中也有同样观点，该案中申请执行人为香港东丰船务有限公司，被执行人为中国外运沈阳集团公司，在仲裁过程中，申请执行人第一次指定的仲裁员辞去仲裁员职务后，申请执行人另行指定一名仲裁员，依《香港仲裁条例》第九条(B)款的规定，应将另行指定仲裁员的事实书面通知被执行人，以便由被执行人决定是否指定一名仲裁员参加仲裁，但申请执行人未能提供另行指定仲裁员已通知被执行人的书面证据，故法院认定被执行人未收到另行指定仲裁员的适当通知的理由成立。

因此，当仲裁程序中发生重要事实或信息的变更，包括但不限于仲裁庭组织的变更、仲裁时间变更、仲裁请求变更等情形，仲裁庭或当

事人应当及时根据仲裁规则，将更新后的信息及时通知另一方当事人，否则可能造成通知的效力被否定，为日后承认与执埋下隐患。

4、应当向仲裁庭提供对方惯常有效的联系地址

在申请仲裁时，申请人就应当向仲裁庭提供其知悉的被申请人惯常有效的联系地址，从而确保形式上符合通知的送达要求，根据最高人民法院在[2011]民四他字第 21 号复函中的观点，如果送达通知的地址是被申请人的惯常居所、营业所或通讯处，或是其最后所知的居所或营业所，则即使该邮件未被签收，亦应视为已经有效送达，反之，如果该地址不属于被申请人的惯常居所、营业所或通讯处，或是其最后所知的居所或营业所，且该邮件实际被退回，则应认定未有效送达通知。

最高人民法院在一起撤裁案件中也提到了类似观点，在《关于俞影如申请撤销仲裁裁决一案的请示的复函(民四他字[2007]第 25 号)》中，最高人民法院指出：“林周毅在公司章程中确认了其在我国台湾地区与美国的通讯地址,中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会在杭州青少年活动中心表示难以提供林周毅其他通讯地址的情况下,推定林周毅在美国的地址为其最后一个为人所知的地址,并按照该地址送达相应文书。但是,在另外的仲裁程序中,杭州青少年活动中心于 2002 年 12 月按照‘杭州市昭庆寺里街 22 号’地址向林周毅送达了有关文件,俞影如也提供证据证明仲裁期间寄往该地址的信件被仲裁被申请人妥收的事实。杭州青少年活动中心在仲裁过程中并未向中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会提供仲裁被申请人真实的最后为人所知的通讯地址,并导致了仲裁被申请人在仲裁程序当中未能提出申

辯并行使相关权利。根据民事诉讼法第二百六十条第一款第(二)项的规定,仲裁裁决具有法定应予撤销的情形。”

从上述案例看,何为被申请人惯常居所、营业所、通讯处或是最后所知的居所或营业所,需要结合案件的材料和申请人的认知作综合的判断。此时,申请人应掌握有进行相应送达的依据,以免不利后果。

综上所述,从梳理结果看,我国裁判机关对于何为“适当通知”依然采取较为谨慎的态度,对于仲裁规则更加倾向于以国内法中对于送达的严谨细致的态度进行要求,这是需要当事人与代理律师给予特别注意的。毕竟各国司法实践不同,在仲裁中对于送达的要求往往宽严不一,可能在仲裁地采取某些送达方式并不致产生严重的后果,但在中国域内申请承认与执行则将面临阻碍。同样的,我国裁判机关的上述态度,对于我国仲裁裁决在域外的承认与执行,也将有借鉴的作用。

《纽约公约》第五条是该公约中对于外国仲裁机构作出的仲裁承认与执行的核心条款。如果在实体上获得了有利的裁决,却无法在国内得到承认与执行,就很可能导致前功尽弃,不免令人惋惜。因此,对于仲裁通知适当性的探讨在实务中具有重要价值,为了保障承认与执行环节的顺利推进,在实体审理的过程中就应当严守仲裁规则,避免留下程序瑕疵导致因小失大。

委员风采

韩正 | 上海市金茂律师事务所



韩正律师是上海市金茂律师事务所合伙人、国际争议解决组召集人、仲裁员，华东政法大学国际法学院兼职教授、中国仲裁法学研究会理事。韩正律师作为首届英国大律师公会中国律师培训计划成员，师从英国商事出庭律师委员会主席 Stephen Moriarty QC 御用大律师，入选首批中华律师协会涉外领军人才库成员，还担任国际律协（IBA）会员、环太平洋律协（IPBA）会员、英国特许仲裁学会（CIArb）会员。先后在国内外多家仲裁机构任仲裁员、调解员。

韩正律师为多国、地区当事人处理国际争议诉讼、仲裁，广泛涉及美国、意大利、德国、法国、荷兰、英国、开曼群岛、波兰政府、BVI 群岛、韩国、台湾、香港等，所代理的案件类型涵盖股权及投资争议、知识产权争议、特许经营争议、建设工程争议、国际贸易争议、金融纠纷等。



沈建山律师是上海市捷华律师事务所合伙人。沈律师毕业于华东政法大学，自 1998 年开始从事律师工作，曾先后为十几家境内外知名企业提供法律服务。

沈律师的擅长诉讼、仲裁、刑事辩护、公司清算与重组。

沈律师曾担任武警政治学院军事法学教研室讲师，并曾获得全国律师行业创先争优活动党员律师标兵称号。