



KING & WOOD
MALLESONS
金杜律师事务所

The Power of Together

联合的力量

一带一路

实用指南

如何解决一带一路争议

2017

一带一路 实用指南

03

一：研究并（在必要时）尽量商讨合同中的争议解决条款的修改

04

二：精心设计您的交易架构，以保证您受国际协定的保护

10

三：仔细选择仲裁员

10

四：记录、记录、还是记录

11

五：严格遵守关于通知的合同要求

16

六：勿匆忙寻找本地律师

17

七：选择合适时间达成和解

17

八：仔细考虑如何进行仲裁

19

九：考虑是否以调解方式解决争议

19

十：文化考虑

联系人



保罗仕达 Paul Starr
合伙人及 业务团队负责人
电话 +852 3443 1118
paul.starr@hk.kwm.com



麦健思 James McKenzie
资深律师
电话 +852 3443 1246
james.mckenzie@hk.kwm.com



孙珩 Suraj Sajjani
律师
电话 +852 3443 8583
suraj.sajjani@hk.kwm.com

© 2017年金杜律师事务所

本刊物由Paul Starr整理汇编，当中收录了来自我所全球基建和争议解决团队的投稿。

谨此特别鸣谢麦健思 James McKenzie（资深律师）、Suraj Sajjani（律师）。

如何解决 一带一路争议 从头说起

近期开始不断涌现关于一带一路（“一带一路”）的各种刊物。有些专注于适用法律；另一些则按国别提供各种数据和其他背景。但至今鲜有实务指南面世。为了弥补这一空白，我们精心策划了这一系列刊物，希望向读者讲述我们在与客户开展一带一路工作过程中汲取的一手经验。在每份小册子中，我们将针对讨论中的一带一路话题提供多项实务技巧。以下就是我们关于如何最好地解决一带一路争议的十项建议。

01

研究并（在必要时）尽量商讨合同中的争议解决条款的修改

到底有多少一带一路投标方研究合同草稿中的争议解决条款，并对此提出详细的意见？没有多少。然而，这一条款却是合同中最重要的组成部分之一，因为一带一路项目很容易遭遇各种索赔，毕竟当中许多项目都在带有高度政治、经营和法律风险的国家进行。如果各方没法达成和解，则他们将需要依赖争议解决条款来解决他们之间的争议。

各方总是自动以“英格兰及威尔士法律”、“英格兰仲裁”、“新加坡仲裁”、“新加坡法律”等字眼起草合同，因为这就是他们习以为常的做法。但在一带一路项目中，务必要妥善考虑这些是否真是最适当的条款。

一带一路投标方很有必要停下来仔细考虑争议解决条款，并决定是否需要找到发包人和/或贷款人，向他们解释为何更慎重地考虑争议解决条款是一种更利于所有相关各方的做法。有些发包人/贷款人将会说：“不，我们不修改这一条款”。但另一些有可能会被说服（也许是为交换其他让步的条件）。

毫无疑问，一带一路项目的争议解决条款应把仲裁作为解决争议的主要模式。国际当事方更倾向于仲裁的原因在于：私密性强；不像法院程序那么正式；且更容易在不同管辖区强制执行。但是仲裁地选在哪里？以及根据哪个管辖区的法律仲裁呢？

一个好的争议解决条款应包括以下几个组成部分：

仲裁在哪里进行？

对于一带一路项目，通常观点认为，无论是中华人民共和国（“中国”）贸仲委仲裁，抑或是一带一路东道国仲裁，都无法足够中立到令各方都能接受（至少会有一方无法接受）。这也从一定程度上解释了为何各方常选择在伦敦或新加坡（有时是斯德哥尔摩或巴黎）仲裁。不过，何不在香港仲裁呢？香港受惠于“一国两制”的法律制度，因此依旧是一个普通法管辖区，不仅拥有行事高效独立的普通法法官，也拥有专业水平位居全球前列的终审法院。

但一带一路东道国经常说，“我们会担心香港，因为它不是完全独立于中国的”。东道国在此犯了严重错误。这也显示出东道国实际上并不明白选择香港作为仲裁地倒是东道国的一带一路参与方自己大有裨益。为什么呢？因为内地政府和香港政府之间订有特殊的安排，即，《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》（“《安排》”）。根据这项《安排》的规定，如任何一方未遵守在香港作出的仲裁裁决，另一方可向相关人民法院申请强制执行该香港裁决。

最高人民法院已指令下一级法院在决定拒绝根据《安排》强制执行香港裁决时必须事先向最高人民法院作出请示，并交由最高人民法院决定是否准予强制执行。言下之意是，未经事先上报，一概不会拒绝准予根据《安排》强制执行香港裁决。

换言之，选择香港作为仲裁地对东道国一方的有利之处在于，相较于在伦敦、新加坡、斯德哥尔摩或巴黎作出的裁决而言，香港裁决将会享有更优越的强制执行权利。

对于中国参与方而言，香港也有明显的吸引力，这不仅体现为香港与内地的关系，更是因为香港拥有无懈可击的法治、处理案件时的办事效率、可供选择的多元化仲裁机构和仲裁

规则，以及文化上的接近性。

管辖法律

中立的法律（例如，香港、英格兰及威尔士或新加坡法律）可被选作管辖实体争议的法律。在订明香港作为仲裁地的同时，考虑选择上述实体法也毫无问题。例如，一方可使用争议解决条款订明香港仲裁，同时选择英格兰及威尔士法律作为管辖法律。

选择仲裁管理机构和正确的仲裁规则

如果各方订明香港仲裁，则共有三个机构可以在香港提供帮助。下列其中之一必须列入仲裁条款，作为管理仲裁的机构：香港国际仲裁中心、中国国际经济贸易仲裁委员会（贸仲委）香港仲裁中心；或国际商会。每一仲裁机构都发布了一系列可供选择的规则。最重要的是，争议条款应列明将予采用的规则版本，例如，规定适用首次发出仲裁通知之日届时有效的规则。尽管也可采用不受任何机构管理的临时仲裁，但这里并不建议对潜在的大型一带一路项目采用临时仲裁。

仲裁员人数、仲裁语言、仲裁地及其他事项

仲裁员的人数常是一名或三名。近期我们有这样一位一带一路客户，由于当初没有特别研究争议解决条款所以同意采用一名仲裁员，但却来询问我们是否有可能改为三名仲裁员组成的仲裁庭，后来便于它可以选择自己的仲裁员。这时唯一的办法只能是征得另一方的同意——然而却很难办到。这就是为何有必要在投标阶段清楚考虑该条款。

请注意，尽管争议解决条款可限制仲裁员的国籍（例如，规定任何仲裁员一概不得是中国或东道国国籍），但有必要避免过分剥夺权利的规定。例如，在某些国家就不准作出肯定性的限制规定：“...仲裁员必须是‘X’国的国民”。

仲裁语言经常是英语、普通话或广东话。这一点应加以具体指明。

同时还应指明仲裁的“仲裁地”。这一点也很重要，因为仲裁地法律将决定仲裁程序。

在起草争议解决条款时，须予考虑的其他重要因素如下：是否有任何置于仲裁之前的强制性步骤？例如，每一方的高级董事应先在订明期限内会面，尽量对争议达成友好和解。另外也有条款规定在开始仲裁前必须进行调解。所有这些步骤都很好，但是起草的内容时必须保持清

02

精心设计您的交易架构，以保证您受国际协定的保护

晰，否则在某些管辖区可能因为缺乏确定性的原因被视为无效。

路途颠簸的一带一路高速之旅

有些一带一路沿线国家将是很难顺利通过的地区，并将引起重大的经营风险。除了通常需要留意审慎缔约和设计投资架构之外，中国投资者及缔约伙伴还应留意覆盖一带一路沿线的一系列投资协定。这一系列的投资协定都是降低一带一路投资风险的关键所在。在此，我们列举了政策详情和投资保护，并阐述其中一些核心要点，供一带一路投资者加以考虑。

调查覆盖一带一路沿线的投资者保护

截至2017年7月，中国共与一带一路沿线国家缔结55个双边投资协定（“**双边投资协定**”），并共同参与缔结多个多边投资协定（“**多边投资协定**”）。这些条约是潜在投资者保护的重要来源，因而一带一路投资者必须对此加深理解，并仔细规划。

双边投资协定属国际法律文件，是两个国家相互缔结的协定。多边投资协定是两个以上国家共同缔结的协定。双边投资协定和多边投资协定的目的都在于营造稳定的法律环境，推动直接外国投资。为了实现这一目的，东道国（即，投资所在国）同意为“母国”的私人投资者（即，拥有“母国”国籍或成立于“母国”的投资者）的投资提供若干担保和保护标准。通过在投资协定中加入投资争端解决（“**ISDS**”）机制，公司和个人投资者能够向一带一路沿线政府提起索赔，追究其违反该等协定列载的投资者实体权利的责任。重要的是，借助ISDS机制取得的投资者权利和救济常常超出一带一路投资者根据他们的一带一路合同享有的权利和救济范围。这一程序具有独立于国内的法律制度的属性，意味着双边投资协定和多边投资协定保护是帮助一带一路投资者避免或有政治和法律风险的关键堡垒。

仲裁机制（无论是合同或条约项下的）都为一带一路投资者提供了强有力的权利，因为它们准许投资者执行其权利，无

解决投资争议



需依赖于当地程序或外交手段。值得注意的是，中国投资协定项下常见的争议解决方法（即，国际投资争端解决中心（ICSID）仲裁）允许投资者依赖《关于解决国家与其他国家国民之间投资争端公约》（“**华盛顿公约**”）规定的简易强制执行机制行事。

凡是属于华盛顿公约缔约国的东道国，都须强制执行在该公约项下作出的仲裁裁决，这令强制执行裁决变成一项国际法义务。55个一带一路沿线国家是华盛顿公约的缔约国，自愿遵守规定是一项规范（尽管并不总是规则）。但出于声誉和信用考虑，一带一路沿线政府多半都会遵守强制执行规定。

正如下表显示的，ICSID案件的数量在过去三十年间的涨幅惊人，因为越来越多的投资者留意到其提供的广泛保护。

投资协定项下提供哪些种类的投资保护？

通常来说，双边投资协定提供的保护与多边投资协定提供的保护类似，但每一条约提供的承诺保护范围都取决于其自身的表述。承诺保护的常见形式包括：

- 国家对投资者的资产施行征收或国有化时给予赔偿。通常来说，这项担保涵盖直接和间接征收，并且禁止不为实现公共目的而进行的征收；
- 公平公正待遇。这类保护规定东道国负有提供稳定可预测投资环境、行事透明、行事一致的义务。载有此类保护的条款旨在创设一种标准化待遇，令其独立存在于那些带有巨大国别差异的国内投资环境之外；

- 这一保护还延伸至投资者在东道国法律制度中享受怎样的待遇。例如，在White Industries Australia Limited诉印度共和国一案中，我们的国际仲裁团队代表White Industries根据澳大利亚-印度双边投资协定对印度共和国提起索赔，成功追究印度法院因未及时强制执行White Industries的国际商会裁决而负有的责任。在仲裁中，仲裁庭裁定，由于印度法院未能在过去9年多的时间里解决White Industries的管辖权主张，因此印度已违反澳大利亚-印度双边投资协定的最惠国（“**最惠国**”）条款。最惠国条款允许那些属于特别协定涵盖的投资按照相同标准享受东道国提供给任何其他第三国投资的待遇。这也就是说，一带一路投资者享受的不仅是中国和一带一路沿线国家共同缔结的协定中规定的承诺性保护，也可能是任何第三国与一带一路东道国订立的其他更优惠的实体法保护。
- 全面保护和保障。这类保护规定了一项积极义务，需要通过行使合理注意来保护投资；
- 不歧视。这类保护禁止歧视性措施，例如，税收、罚金、罚款、牌照、许可、签证限制；及
- “保护伞条款”。这些条款通过援引的方式把东道国和投资者在其他合同中达成的义务加入到双边投资协定中。例如，中国-伊朗双边投资协定在第10条中就规定了这样一条保护伞条款：“缔约任何一方应保证遵守其就缔约另一方的投资者的投资所作的承诺”。对于一带一路的中国投资者而言，该等条款提供了额外的保护和保证，因为东道国承诺遵守投资合同，并视其为一项国际法义务。

如何充分利用投资协定？

划入“投资”范畴：为了能被划入某特定协定的范畴，投资需要符合该协定项下有关“投资”的定义。通常来说，各种协定项下的“投资”都具有定义宽泛和非穷尽式列举的特征，以期涵盖不断衍生的各种类型投资。跟随于宽泛定义后的通常是一份非穷尽式列举清单，如，有形和无形财产、当地企业中的资本投资（不论采用何种投资方式）、融资义务、基建合同。“投资”的定义通常囊括的不仅是初始投资，也包括附带产生的各项元素，如，贷款—这些究其本身而言可被视为截然不同的投资。尽管协定中的投资常常具有宽泛的定义，但每一协定也同样列载了（为令投资获得协定项下保护而）必须满足的各项要求，例如，遵守国家法律。

投资的定义是仲裁庭审查的焦点。在Salini 诉摩洛哥（ICSID 仲裁案件/00/04号（管辖权决定，2001年7月23日）一案中，仲裁庭确立了五项标准，用于甄别是否存在华盛顿公约项下的投资，即：

- 对国家的主要承诺或贡献；
- 期限（即，一定程度的长期性）；
- 风险的承担；
- 对经济发展的贡献；及
- 收益和回报的规律性。

后来成立的仲裁庭都灵活地适用了这些标准，导致始终不断地围绕其状态产生各种争论。尽管如此，对于一带一路投资者来说，更安全的做法仍是在设计交易架构时就考虑到该等标准；这样一来，即使产生任何争议，也更有可能被划入“投资”的范畴。这将令他们更有机会利用好投资协定赋予其的保护。如果投资者做到有备而来，则很有可能在ICSID胜诉。数据显示，在受理的仲裁案件中，投资者胜诉的案件占到案件总数的72%。

取决于协定适用范畴的不同，即使是投资时不存在的协定中的承诺性保护，依然有适用于前述投资的可能。通常来说，承诺性保护会在协定终止后的一段时间持续存在。

成为合格的“投资者”：同样亦有必要确保投资者被视为协定中的投资者。通常来说，只有那些身为缔约国国民的自然人和法人才能享受载明于协定中的权益，惟该人无论如何不得是东道国的国民。但投资者国籍的问题常常因为投资时采用的复杂控股架构而很难回答。根据某些协定，成立地是判断条件；但根据另一些协定，只有判断出是从何地发出绝对控制投资的指令，才能确定投资者是谁，进而确定投资者的国籍。

截至2015年，未通过管辖权审查的ICSID仲裁案件占到仲裁案件总数的32%，因为这些仲裁的申请人不符合相关协定的“投资者”定义。考虑到大多数的中国投资协定选择的都是ICSID仲裁，一带一路投资者不仅需要留意双边投资协定/多边投资协定权利的存在，更要关注ICSID公约载有的定义。

例如，根据ICSID公约第25(2)条，“另一缔约国国民”是指：

（一）在双方同意将争端交付调停或仲裁之日以及在根据第二十八条第三款或第三十六条第三款将请求予以登记之日，具有作为争端一方的国家以外的某一缔约国国籍的任何自然人，但不包括在上述任一日期也具有作为争端一方的缔约国国籍的任何人；

（二）在争端双方同意将争端交付调停或仲裁之日，具有作为争端一方的国家以外的某一缔约国国籍的任何法人，以及在上述日期具有作为争端一方的缔约国国籍的任何法人，而该法人因受外国控制，双方同意为了本公约的目的，应看作是另一缔约国国民。

一带一路的双边投资协定/多边投资协定安排

充分了解您的协定权利：凡事预则立，不预则废。一带一路投资者应检查中国与投资所在的一带一路沿线国家订立的双边投资协定和多边投资协定及其特定的条款。一带一路投资者还要检查仍为有效的任何协定，并核实一带一路沿线国家过往是否处理过ISDS索赔。

例如，尽管本文写作之日中国-约旦双边投资协定已经失效，但寻求受惠于一带一路投资的中国公司仍可考虑利用中国-约旦双边投资协定，后者包含公平公正待遇和未经适当赔偿不得征收的条款。来自香港和澳门特别行政区的一带一路投资者应确保其特别行政区居住地可以令其为任何协定的目的符合中国“国民”的定义。尽管已有一位香港投资者基于中国-秘鲁双边投资协定以中国“国民”身份在ICSID成功起诉，但有些协定明确将特别行政区排除出协定的定义范围之外。

中国投资者需要留意，他们应在最开始就选择最佳的投资架构，并在早期阶段聘用我们。务必要注意，如果投资者试图在争议发生后架构投资，以期抢占“挑选条约”的先机，则该投资者可能无法向某些争议仲裁庭提起申请。

采用合同形式落实协定权利：在起草任何管辖投资的合同时，应尽可能地：(i)载明各方已达成合意，约定一带一路投资者及其投资载体应为相关适用协定的目的被视为“国民”；(ii)明确投资本身已为合同的目的被约定为“投资”。同样地，在与一带一路沿线国家缔约或直接交易时，应把相关双边投资协定和多边投资协定的ISDS条款额外列入合同，确保东道国根据合同规定负有履行特定协定的义务。

考虑朝着便于利用一带一路ISDS机制的方向设计投资架构：一带一路投资者应考虑对其投资进行架构设计或重新进行架构设计，以确保其符合获得ISDS保护的条件的条件。在设计架构时，各方应对ISDS及如何能被划入投资协定保护范畴等问题给予重视，就如其通常会重视税务、融资和公司架构等问题一样。

未设计投资架构的后果：Phillip Morris 案例研究

2015年，Phillip Morris对澳大利亚的烟草简易包装立法提起10亿元的索赔请求，但被国际投资协定的仲裁庭驳回请求，从而在本案中败诉。

Phillip Morris针对禁止销售有品牌烟草产品的澳大利亚立法提出异议。该等法律规定澳大利亚的所有烟草经销商（包括Philip Morris）在出售产品（如，烟草）时不得张贴商标。所有用于销售的烟草产品一律应采用简易包装，并标有反对吸食烟草的健康警告。Philip Morris主张这些法律侵蚀了它的知识产权权利，进而减损了它投资澳大利亚的价值。

仲裁庭以不拥有审理案件的管辖权为由驳回请求。Philip Morris是基于香港与澳大利亚订立的双边投资协定提起的，该双边投资协定规定成立于香港的投资者（如，Philip Morris）有权直接对澳大利亚政府提起索赔请求，追究违反协定中的投资保护的责任。驳回该请求的理由是一项程序性问题——因为Philip Morris只是为了提起索赔的目的才将其资产转入一家成立于香港的公司，故而其没有资格根据香港-澳大利亚双边投资协定提起索赔。

本案清楚表明，仲裁庭确认只有真正的投资者（即，那些在作出投资时即已符合相关协定要求的投资者）才有权获得双边投资协定提供的保护。本案的意义在于警示一带一路投资者要从第一天开始就按照双边投资协定/多边投资协定设计项目的架构。

中国缔结的双边投资协定一览

双边投资协定的缔约方 或多边投资协定	实体法保护					程序性权利		
	公平公正 待遇	征收	保护和保障	最惠国	保护伞条款	冷静期	本地法院	仲裁
阿尔巴尼亚 (1995年9月1日)	有	有	有	有	无	6个月	有	只针对征收
亚美尼亚 (1995年3月18日)	有	有	有	有	无	无	无	只针对征收
阿塞拜疆 (1995年4月1日)	有	有	有	有	无	6个月	有	只针对征收
巴林 (2000年4月27日)	有	有	有	有	无	5个月	有	只针对征收
孟加拉国 (1997年3月25日)	有	有	有	有	无	6个月	有	只针对征收
白俄罗斯 (1995年1月14日)	无	有	无	有	无	无	无	只针对征收
波黑 (2005年1月1日)	有	有	有	有	有	6个月	有	有
文莱 (失效)	有	有	有	有	有	6个月	无	有
保加利亚 (1994年8月21日, 后订立2007年11月10日增补议定书)	有	有	有	有	无	无	无	只针对征收
柬埔寨 (2000年2月1日)	有	有	有	有	无	6个月	有	只针对征收
克罗地亚 (1994年7月1日)	有	有	有	有	无	6个月	有	只针对征收
捷克共和国 (2006年9月1日)	有	有	有	有	有	6个月	有	有
埃及 (1996年4月1日)	有	有	有	有	有	6个月	有	只针对征收
爱沙尼亚 (1994年6月1日)	有	有	有	有	无	6个月	有	只针对征收
格鲁吉亚 (1995年3月1日)	有	有	有	有	无	6个月	有	只针对征收
匈牙利 (1993年4月1日)	有	有	有	有	无	无	无	只针对征收
印度 (2007年8月1日)	有	有	无	有	无	6个月	有	有
印度尼西亚 (1995年4月1日)	有	有	有	有	无	6个月	有	只针对征收
伊朗 (2005年7月1日)	有	有	有	无	有	6个月	有	有
以色列 (2009年1月13日)	有	有	有	有	无	6个月	无	有
约旦 (失效)	有	有	有	有	有	6个月	有	有
哈萨克斯坦 (1994年8月13日)	有	有	无	有	无	无	无	只针对征收
科威特 (1986年12月24日)	有	有	无	有	有	6个月	有	有
吉尔吉斯斯坦 (1995年9月8日)	有	有	有	有	无	无	无	只针对征收
老挝 (1993年6月1日)	有	有	有	有	无	6个月	有	只针对征收
拉托维亚 (失效)	有	有	有	有	有	6个月	有	有
黎巴嫩 (1997年7月10日)	有	有	有	有	有	6个月	有	只针对征收
立陶宛 (1994年6月1日)	有	有	有	有	无	6个月	有	有
马其顿 (1997年11月1日)	有	有	有	有	有	6个月	有	只针对征收
马来西亚 (1990年3月31日)	有	有	有	有	无	6个月	有	有
摩尔多维亚 (1995年3月1日)	有	有	有	有	无	6个月	有	只针对征收

双边投资协定的缔约方 或多边投资协定	实体法保护					程序性权利		
	公平公正 待遇	征收	保护和保障	最惠国	保护伞条款	冷静期	本地法院	仲裁
蒙古 (1993年11月1日)	有	有	有	有	无	6个月	有	只针对征收
缅甸 (2002年5月21日)	有	有	有	有	有	6个月	有	有
阿曼 (1995年8月1日)	有	有	有	有	无	6个月	有	只针对征收
巴基斯坦 (1990年9月 30日)	有	有	有	有	无	无	只针对征收	只针对征收
菲律宾 (1995年9月8日)	有	有	有	有	无	6个月	无	只针对征收
波兰 (1989年1月8日)	有	有	有	有	无	无	只针对征收	只针对征收
罗马尼亚 (1995年9月1 日, 后订立2008年9月1日 增补议定书)	有	有	有	有	无	6个月	有	有
俄罗斯 (2009年5月1日)	有	有	有	有	无	6个月	有	有
沙特阿拉伯 (1997年5月 1日)	有	有	有	有	无	6个月	有	只针对征收
塞尔维亚 (1996年9月 13日)	有	有	有	有	有	6个月	有	只针对征收
新加坡 (1986年2月7日)	有	有	有	有	无	6个月	有	只针对征收
斯洛伐克 (1992年12月1 日, 后订立2007年5月28 日增补议定书)	无	有	无	有	无	6个月	有	有
斯洛文尼亚 (1995年1月 1日)	有	有	有	有	无	6个月	有	只针对征收
斯里兰卡 (1987年3月 25日)	有	有	有	有	无	6个月	有	只针对征收
叙利亚共和国 (2001年11 月1日)	有	有	有	有	无	1 year	有	只针对征收
塔吉克斯坦 (1994年1月 20日)	有	有	有	有	无	无	无	只针对征收
泰国 (1985年12月13 日)	有	有	有	有	有	无	只针对征收 的合法性	无
土耳其 (1994年8月19 日)	无	有	有	有	有	1 year	无	有
土库曼斯坦 (1994年6月 4日)	有	有	有	有	无	无	无	无
乌克兰 (1993年5月29 日)	有	有	有	有	无	无	无	只针对征收
阿联酋 (1994年9月28 日)	有	有	有	有	有	6个月	有	只针对征收
乌兹别克斯坦 (1994年4 月12日, 后于2011年9月 1日更新)	有	有	有	有	无	无	无	有
越南 (1993年9月1日)	有	有	有	有	无	6个月	有	只针对征收
也门 (2002年4月10日)	有	有	有	有	无	6个月	有	只针对征收

03

仔细选择仲裁员

在大多数的争议解决条款中，都载有指定三名仲裁员的规定（请注意我们在前文中警示的意见）。在该情况下，一般是：申请人将指定其仲裁员；被申请人将指定其自身的仲裁员（如拒绝指定，则仲裁管理机构将介入其中，负责指定一名仲裁员）；以上两名仲裁员再指定仲裁主席。

认真策划仲裁员人选是一项重要的战略战术。我们在仲裁中胜诉的关键就是仲裁庭的组成。应选择律师还是行业专家担任仲裁员？每一仲裁庭的组合是否具备可选性？法律团队是否熟悉未来的仲裁员？这些全部都是应予考虑的重要问题。

我们发现，决定这些考量的因素是一带一路客户的主张或答辩本身拥有的优、劣势。如果某一带一路客户寻求基于技术和合同外的问题提出索赔，则我们建议在仲裁中选择某专题的专家（而非律师）。

在另一宗涉案金额巨大的一带一路仲裁中，我们设法让国际仲裁员（非本地人）当选仲裁庭的全部三名成员，从而帮助我们的客户取得胜诉。假如当地一方执意指定当地国民担任仲裁员，我们可能会取得不太尽如人意的仲裁裁决。

某些议定书允许律师在仲裁员当选前与潜在仲裁员人选进行面谈，并在第二阶段中于仲裁员选择主席前与仲裁员进行面谈。必须牢记的是，一律应与对方和潜在仲裁员严格约定该等议定书。我们在另一宗一带一路项目中极其成功地运用了这一议定书。我们了解到当地的参与方将会指定一名伦敦御用大律师担任其仲裁员，因此我们研究了选择当地工程师的方案。

04

记录、记录、还是记录

令我们惊讶的是，许多客户都不对一带一路项目发生的事件保持日常记录。在发生争议时，如果各方对发生或没有发生什么、说了什么、交付了什么、支付了什么等问题发生分歧，则将会用到该等记录。有些仲裁案件的胜诉或败诉就归结于一些简单的原因，如，一方保持每日的场地记录，而另一方没有；或在照片上标有日期印章，及有时会留有视频记录。

最有用的记录分为两类：(1)联合或公开文件记录；(2)内部文件记录。

1. 联合或公开文件记录

一带一路参与方应设计出一系列的公开或联合文件，以记录项目的进度和问题。这些可以包括：

- A. 全体项目参与方参加的定期会议（如，每周例会）。会议记录应交由承包商按照约定的合同语言予以起草，再交由全体各方同意后予以签署（或者，如有不同意的，则加签书面意见）；
- B. 交货、付款、每日场地活动的记录。该等记录需再次交由全体各方签署，或由任何合同参与方标注不同意见；
- C. 标有日期的照片。这些照片可随附于每周场地报告中，且最好还是交由全体各方签署，并由任何一方通过书面形式加签不同意见。
- D. 信件往来。有时，一带一路参与方羞于向发包人发出书面异议函或记录。然而这是错误的做法。其实完全可以采用礼貌的方式记录问题，当中避免采用“违约”或“损害”等强硬字眼。但无论如何，为了记录问题、提出主张，必须每日发出相应信件。否则，承包商可能无法证明自己的主张，甚至可能丧失提出主张的权利。



05

严格遵守关于通知的合同要求

2. 内部文件

我们已提及保持详细的日志记录。这样的记录可由不同的项目参与人（例如：项目总监、项目经理、场地经理或特定部分场地的特定场地代理人）各自手写。日志记录人可以使用自己的语言（例如：中文）记录日志。这些日志通常都个人的：发生争议之前通常不会出示给其他各方过目。

邮件也是一种相当有用的资源（不论公开的或内部的）。但是，务必要注意，一旦正式发生任何争议，项目开展期间生成的任何邮件通常一律应披露给其他一方和仲裁员。因此，各方均有要控制其在邮件中的言词，并需仔细地考虑他们的邮件内容。

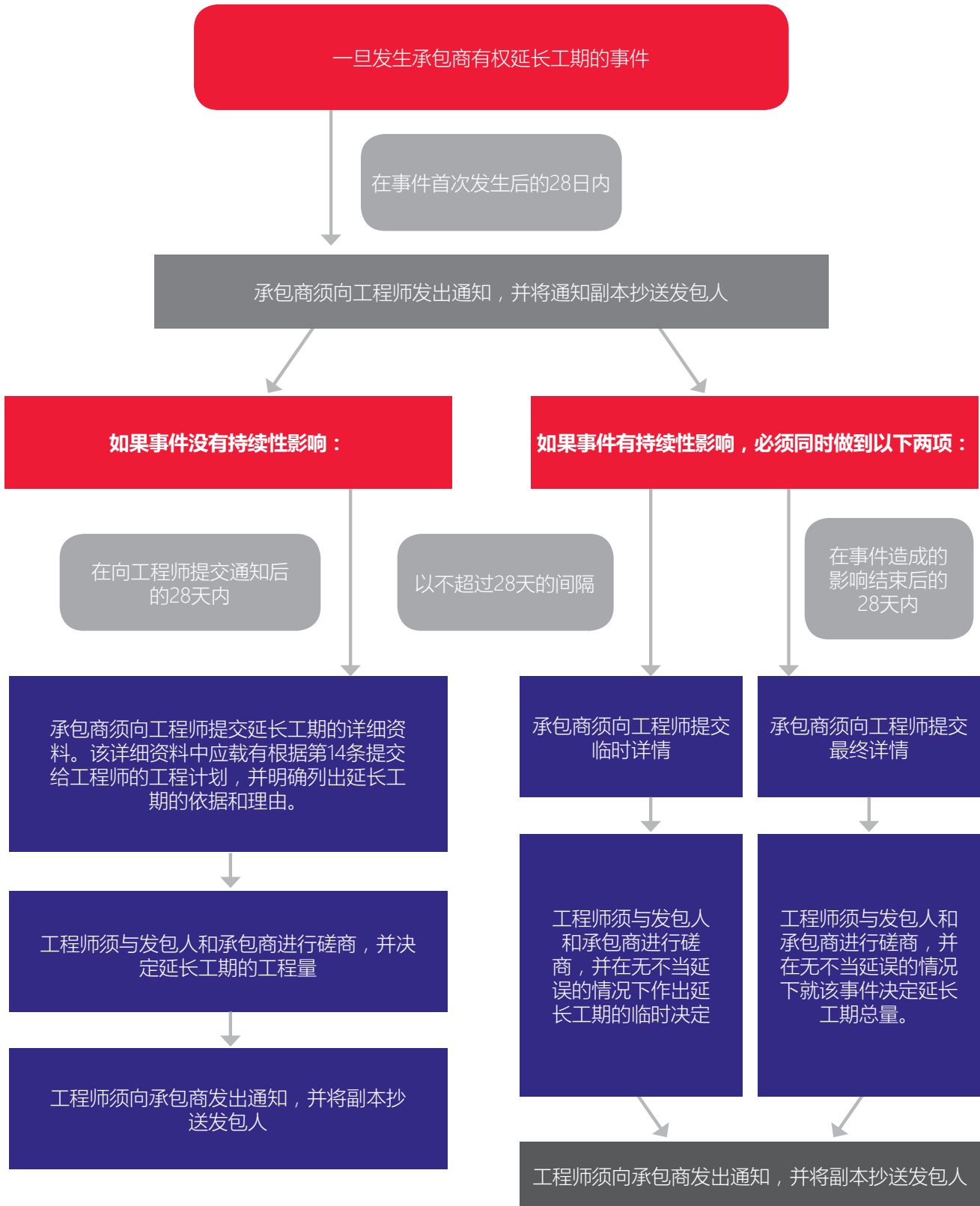
仲裁时可能要求交出和出示总部一级的董事会记录，因此务必要十分留意董事会记录的用词。

与分包商和供应商保留的记录并非始终是公开性质的，且在发生仲裁之前未必需要出示给东道国参与方。这是记录保存的难点，因为有时主承包商会把延期或合同违约归咎于分包商，但在仲裁时该等投诉可能转而出示给发包人过目。因此必须十分留意与分包商往来信件和记录的用词。

一带一路合同中与发送通知有关的内容可能极其复杂。如果承包商错过发送通知的时间及没有在通知中加入合同规定的详情，则有可能丧失提出索赔的权利。因此在处理一带一路项目时，我们建议由我们协助您编制参与方流程图（并在当中总结出与发送不同类型通知有关的合同规定）的原因。在我们参与的其中一宗一带一路项目中，各方都在办公室墙上挂出了我们的流程图！以下我们将参考之前参与的项目进行举例：

流程图

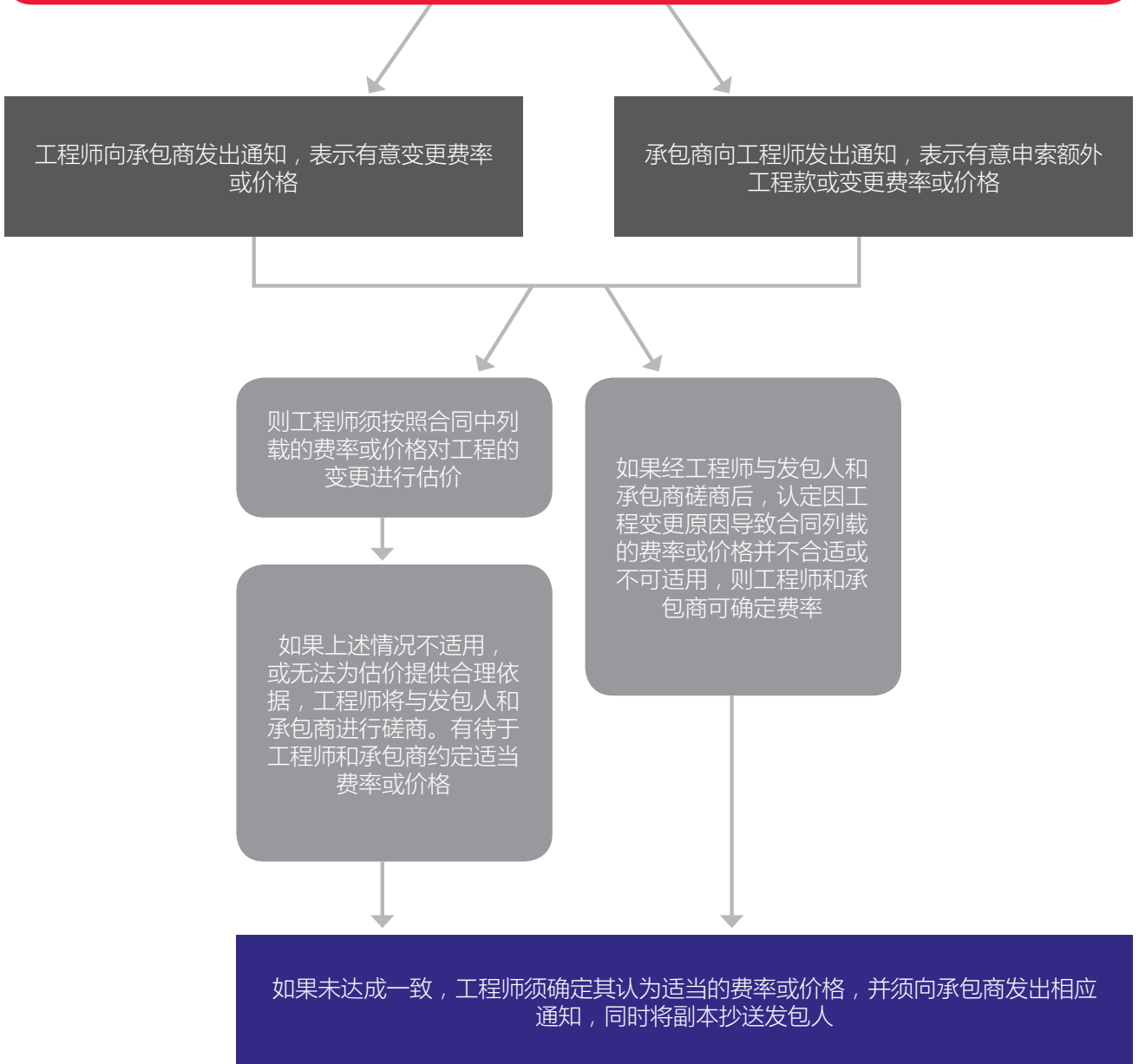
延长工期 – 第44条



工程变更的估价

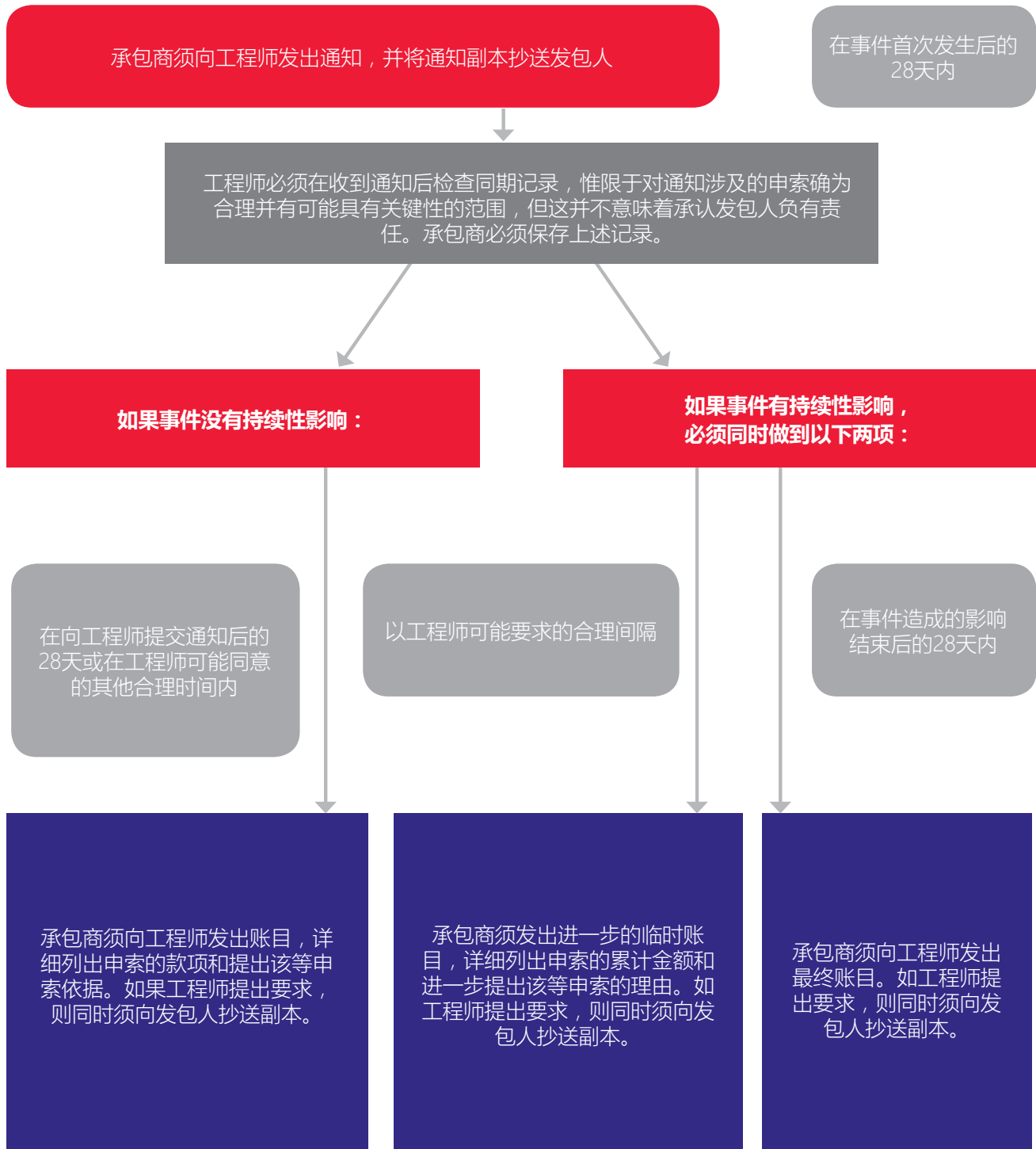
第52条

凡是收到指示须予作出的工程变更，一律无需进行估价，除非在该等指示发出之日后的14天内，并且（被省略的工程则属例外）在工程变更开始之前出现**以下任何一种情况**：

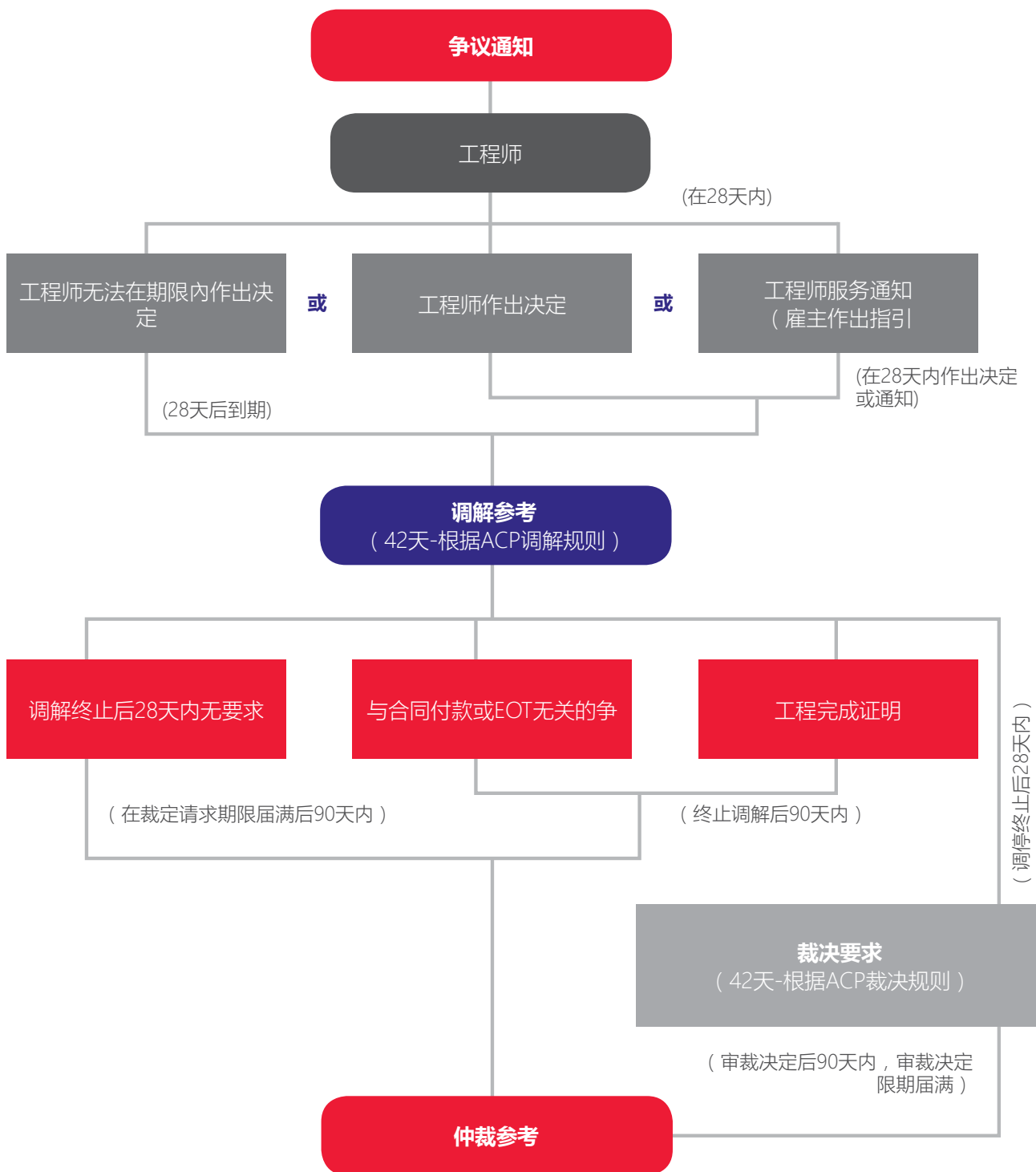


程序

申索额外工程款 – 第53条



根据香港政府的ACP合同条件争议解决（1992年版）



06

勿匆忙寻找本地律师

一带一路项目中常见的错误是：参与方仅仅聘用他们熟悉的本地律师。在发生争议时，他们总是向曾帮助他们处理非争议（税务或劳动）问题的同一家律师事务所求助。但遗憾的是，这些本地律师事务所通常都没有处理国际索赔（尤其是处理国际商业或投资协定仲裁）的经验。

任何一带一路争议的成功解决都需要一家国际律师事务所出任团队负责人，更重要的是，牵头国际律师事务所还必须熟悉相关类型的一带一路项目（通常是基建类项目）。团队负责人应拥有国际商业和投资协定仲裁经验，并具备处理充足的仲裁的专业知识和丰富的基建经验。委任本地律师应由团队负责人（而非一带一路参与方）处理。以下是相关的职责分配：

本地律师对本地法律将如何影响索赔有深刻的理解，预计裁决，结果是正面还是负面，以及地方习惯和惯例对裁决的影响。另外，如果有必要向本地法院寻求任何相关救济（或向本地法院上诉），这将是本地律师的工作范围内。

但重中之重是，安排全部策略并全权负责与一带一路客户沟通的，将是牵头国际律师事务所。

出任团队负责人的国际律师将与一带一路参与方进行争议解决策略的协商和沟通，并负责直接与本地律师和对手联络，以及制定出一带一路仲裁的详细方案。国际律师事务所将：

- 仔细考虑仲裁员的可用性（视乎其是否有时间投入仲裁程序的庭前阶段、是否有时间参加案件庭审及是否能够及时作出仲裁裁决而定）和他们是否拥有处理某特定争议的仲裁经验；
- 建议各方开始进行仲裁时就制定诉费协议，以便列出与诉费有关的某些基本原则（如，败诉方承担讼费）。（这样一来，一带一路参与方能控制讼费的预算，以免新讼程序被拖延并增加讼费负担。）
- 与对方一起指定适当的仲裁庭（通常是我们说的三名仲裁员）。

随着仲裁程序的推进，它将：

- 要求仲裁员召开早期的程序性会议，以确定整个仲裁的程序和 timetable，当中列出案件庭审的日期（以保证各方和仲裁庭都有时间出席庭审）；
- 在早期的程序性会议上，提出以便利性和诉费预算而订立最适合开展口头庭审的地点（而非默认仲裁地）；
- 与仲裁庭和对方探讨是否有可能组成专家团队、安排专家会议及采用最新版《国际律师协会国际商事仲裁取证规则》；
- 在程序开始时就请求和（如有可能）取得仲裁员作出的承诺，以确保在庭审完成后的合理时间内发出仲裁裁决；
- 考虑是否有必要采取“只用文件”的方式处理部分争议，以避免在口头庭审过程浪费讼费和导致延期；
- 鼓励在适当时合并仲裁当事方和争议；
- 在处理某些时间关键的争议问题时，应考虑是否适于采用“快速”时间表，以加快部分争议的庭审速度；及
- 探讨是否有可能确定某些可加快争议解决速度的先决问题。

在庭审前，国际律师事务所将：

- 尽早识别出仲裁中可于主庭审之前处理的问题，及早解决这些问题将有助于达成和解及节省费用；
- 尽量限制和集中文件开示的请求，并与对方一起确定处理电子文件的最有效的方法；
- 鼓励专家会面，以便识别共同观点，并清晰地辨识不同意见；及
- 在必要时同意限制提交书面文件的长度，以期达到节省讼费的目的。

在庭审时，它将：

- 考虑基于“国际象棋时钟制”分配各方在口头庭审期间应得的时间，以鼓励各方律师高效管理时间；
- 考虑对预计证词不长/不起关键作用的非本地证人使用视频会议方式，以及对程序性会议使用视频会议方式；及
- 避免因同一事实由多个证人作证而浪费讼费和时间。

最后，何时应聘请国际律师呢？从一开始就聘请，于争议的发生前，在整个项目开展的期间内，我们可协助您准确地撰写正确的文件及信件、保存重要的记录，及发出决定成败的重要合同通知。

07

选择合适时间达成和解

有些一带一路参与方担心提出和解谈判是一种示弱的表现。事实上，在和解谈判中采取强硬策略可淡化该等印象，尽量达成和解应被视为供您解决一带一路争议的方案之一。

有些客户很容易一开始就急于发起和解。这样，他们就忽略了和解时掌握主动权的重要性。我们近期正处理一宗涉案金额巨大的石化争议。客户当然希望达成和解，很早便提出最彻底的让步。但是，我们仔细研究案情后，成功说服客户暂停和解，并在相当长的时间内坚持强硬态度，以便让对方看出我方拥有的态度强硬。为开始仲裁程序。这策略终显成效——我们早早达成本案的和解，和解金额超出客户的预期，更重要的是，和解还是在庭审开始前达成的。所以说，时间就是一切。和解策略应包括：

- 1. 挑选适当的时机正式的调解**（例如，在案件开始时，或通过文件交换澄清相关问题后，或在仲裁庭已发表初步意见后）。在挑选调解员时，客户应寻找合适的人选，该人不仅要了解法律，也要熟悉争议涉及的相关行业和文化。如果您在适当时间选择适当调解员，则对调解步骤将起到很大作用。
- 2. 提出和解要约**——如果适用法律允许，您的国际争议解决顾问将考虑在早期阶段提出“无损除讼费以外权利”的和解要约。这将迫使对方认真考虑仲裁结果，并维护您的讼费立场。

在进行仲裁过程中，您应调查对手的弱点，分析情势的改变，并在必要时随着仲裁程序的推进适当地调整您的策略。如能考虑到以下几点，将有助于达成和解：

- 对方的短期和长期业务计划；
- 对方集团内部是否有任何重组或并购活动；
- 对方的管理层是否有任何变动；及
- 对方是否卷入任何其他的大型业务争议或诉讼。

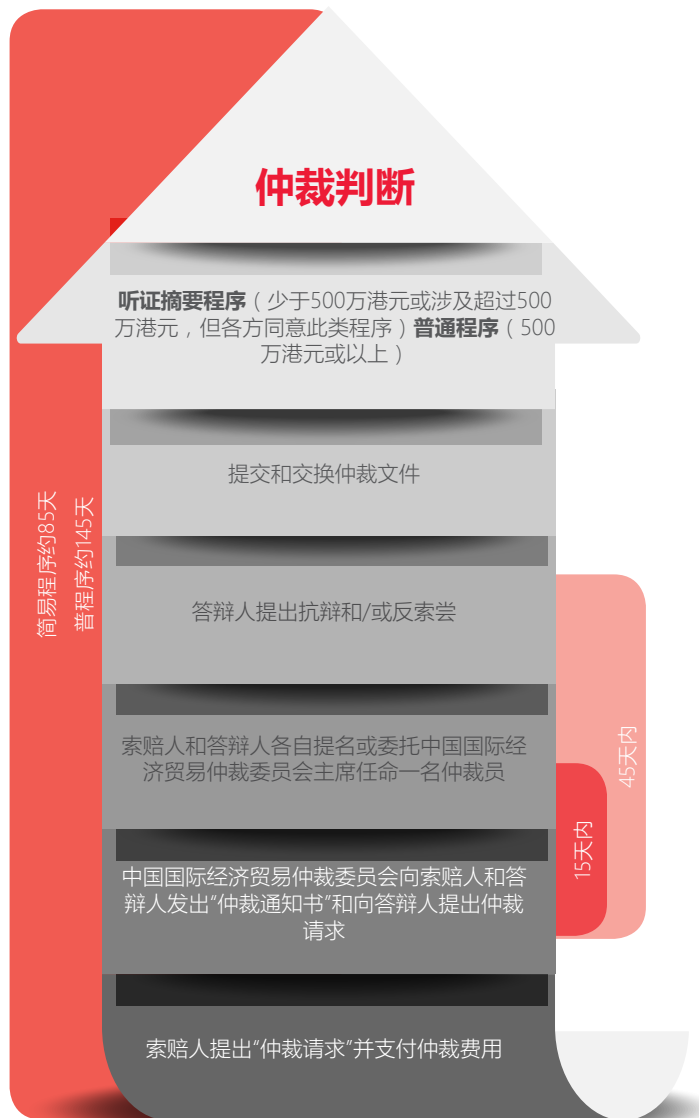
最后，国际律师能协助您制定强制执行国际仲裁裁决和外国诉讼判决的策略。

08

仔细考虑如何进行仲裁

正如我们在上一章节建议的，在进行任何一带一路仲裁时，应委任专注于基建领域的国际律师事务所为团队负责人。仲裁过程在很大程度上取决于被选用的仲裁规则。例如，贸仲委香港仲裁中心的仲裁规则规定了以下快速程序：

其他规则规定了耗时的程序，当中有可能会耗费1至2年时间。



仲裁

处理一些需时较长的仲裁就好比在走一条漫长道路那样。



1. 仲裁协议
2. 开始仲裁
3. 紧急仲裁员
4. 任命仲裁庭
5. 联合诉讼 / 合并仲裁
6. 第一次听证会指引
7. 起诉书
8. 第二次听证会指引
9. 发现
10. 发表证人陈述
11. 专家报告
12. 听证会
13. 仲裁判断
14. 执法

国际法律顾问（作为团队负责人）应在本地律师的配合下处理好以下每一步程序。

09

考虑是否以调解方式解决争议

正如上文提及，有些争议解决条款设有仲裁前的强制性调解程序，但也有很多条款并没有该规定。当争议解决条款没有提到调解时，任由一带一路参与方有在任何时间向对方提议调解。对方既可以同意，也可以拒绝。调解的优点可以让双方较早达成争议和解，节省讼费，但缺点在调解的金额很可能少于在完成整个仲裁过程后取得的仲裁裁决金额。

有些当事方倾向于采用调解方式解决争议。虽然他们在追偿的金额可能较少，但可以维护现有的商业关系，或他们避免经历仲裁过程的煎熬。

这样的话，问题会变成：如果本地的一带一路参与方同意，那么您应在何时进行调解？是在仲裁开始前，还是在仲裁期间？仲裁员（或其中某些仲裁员）是否应变成调解员，抑或调解员应是有别于仲裁员和仲裁的独立第三方？国际法律团队负责人能够就所有这些问题提供法律建议。有时我们最好等待仲裁进行一段时间，显示出索赔的复杂程度和输赢胜算后，再提议进行调解。在某些情况下可能要在进行调解的同时推迟仲裁时间表；另一情况下，仲裁员也不知道另一边正在进行的调解。

10

文化考虑

在解决国际争议时，客户始终有必要了解海外当地的文化，以及仲裁地的文化和政治背景。一带一路沿线国家处理争议方法上存在的文化差异，对于一带一路争议而言尤其重要。

须予考虑的因素包括：

- 对方开展业务的方式和处理争议的方法；
- 对方的思维模式，及影响其想法的因素；
- 对方谈判的文化习惯；及
- 客户可能在当地遇到的任何政治或法律风险（如，官僚程序）。

近期我们在中东处理了一宗与一带一路争议尤为相关的案件。中国客户试图就一项涉案金额巨大的索赔达成和解，但没有成功。因而我们决定巧妙地安排时间，尽力在斋月前了结仲裁中的某些先决问题。斋月时就像中国的农历新年一样，阿拉伯国家通力更愿意在此之前了结争议。透过与我所中国办公室同事的通力合作，我们赢得了全部六个先决问题中的五个问题。不出所料，迪拜对手方的确在斋月前提出和解。

结束语

争议解决是一场战争。想要赢得战争，必须有良好的策略。军队的组建亦不容忽视 – 必须拥有掌握足够中国文化、语言能力和拥有基建专项经验的国际争议解决顾问，配合本地律师共同作战。

希望我们的十项技巧可以帮您深入了解如何解决一带一路仲裁中出现的问题。我们也希望有越来越多的中国律师为开拓境外业务的中国企业提供高质量的法律服务，以及为中国公司的一带一路宏伟蓝图和中国经济的全球化提供强有力的支持。

关于金杜

在与一带一路项目的客户合作时，我们凭藉国际实力和资源，提供在市场上独一无二的法律服务。我们的责任是引领客户在一带一路的项目上畅通无阻：从一个项目的开始，直到成功解决无可避免的争议，都能提供独到的见解和有利的支持。

金杜律师事务所被广泛认为是全球最具创新力的律所之一，能够提供与众不同的商业化思维和客户体验。金杜拥有2000多名律师，分布于全球26个城市，借助统一的全球平台，协助客户了解当地的挑战，应对地域性复杂形势，提供具有竞争优势的商业解决方案。

作为总部位于亚洲的国际领先律师事务所，我们为客户发掘和开启机遇，协助客户在亚洲市场释放全部潜能。凭借卓越的专业知识和在核心市场的广泛网络，我们致力于让亚洲走向世界，让世界联通亚洲。

我们始终以伙伴的合作模式为客户提供服务，不止步于满足客户所需，更关注实现客户目标的方式。我们不断突破已取得的成就，在重塑法律市场的同时，打造超越客户预期的律师事务所。



订阅我们的“金杜研究院”微信，请搜索微信号KWM_China



www.kwm.com

亚太区 | 欧洲 | 北美 | 中东

金杜指金杜联盟的成员所组成的律所联盟。

金杜律师事务所新加坡分所 (King & Wood Mallesons LLP) 获得“外国法律执业许可”，但没有新加坡本地法律执业资格。欲了解更多信息请参阅kwm.com。