

# 创刊寄语

今年是《中华人民共和国仲裁法》实施 25 周年。为加强国内外商事仲裁与调解交流,推进新时代中国商事仲裁与调解事业高质量发展,在广大商事仲裁与调解专家学者大力支持下,经过一年多筹备,《商事仲裁与调解》终于呈现在读者面前!

新中国建立之初,为服务国家对外贸易,妥善处理经贸纠纷,保障国民经济健康发展,1954 年,中央人民政府政务院决定设立中国国际贸易促进委员会对外贸易仲裁委员会,新中国商事仲裁事业扬帆起航。1986 年,中国加入《承认及执行外国仲裁裁决公约》,标志着我国仲裁法律体系具有了深刻的国际融合性。1994 年,《中华人民共和国仲裁法》正式颁布并于次年生效实施。2019 年,中国作为首批签约方签署《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》,将大大推动商事调解成为与诉讼、仲裁并驾齐驱的解决国际商事纠纷的三驾马车之一。

中国对外开放和国际经贸不断发展,“一带一路”建设高质量推进,为商事仲裁与调解事业提供了广阔空间。截至目前,全国已设立 255 家仲裁机构,中国商事仲裁与调解服务在国内外的认可度和使用率不断提升,逐渐形成了规模化的品牌效应。特别是党的十八届四中全会以来,中国商事仲裁与调解事业正面临着历史上最好的发展机遇期。2015 年底,经国务院批准,中国贸促会设立海峡两岸仲裁中心,这是第一家为两岸企业提供

仲裁服务的专门机构。2018年,中办国办印发《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》,为中国仲裁发展提供指引。2019年,中国贸促会、中国国际商会与30多个国家和地区的商协会、法律服务机构等共同发起成立国际商事争端预防与解决组织,被列入第二届“一带一路”国际合作高峰论坛成果清单,为商事争议多元化解决提供了新平台。

中国仲裁与调解事业的蓬勃发展,为理论创新、实践创新、制度创新打下坚实基础,不断为国际商事争议解决贡献中国智慧和力量。本刊通过开展商事仲裁与调解理论研究、热点追踪,刊载经典案例,解读相关法律法规,致力于打造国际化、专业性高质量刊物,旨在服务对外贸易投资实务,促进商事仲裁调解国际交流与合作,提高中国商事争端解决的话语权和影响力,为落实全面依法治国基本方略和参与全球经济治理体系变革做出应有贡献。

《商事仲裁与调解》将以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导,科学务实创刊办刊。希望商事仲裁与调解学术界、实务界和工商界给予关心支持,请广大作者和读者多提宝贵意见建议,使期刊越办越好,办出特色办出水平,更好服务中国商事仲裁调解事业,助力将我国打造为中外贸易投资主体乐于选择的国际商事仲裁调解新目的地。

高 燕

中国贸促会党组书记、会长

2020年5月10日

## □ 特稿

完善制度 铸就公信——推动新时代涉外仲裁与调解事业高质量发展 …… 毛簇文 3

## □ 热点追踪

联合国国际贸易法委员会在国际商事调解中的法律创新……安娜·乔宾·布莱特 13

试论仲裁机构管理和仲裁庭独立裁决的有机结合……………李虎 28

批准《新加坡调解公约》对我国的挑战及应对研究……………刘敬东 45

制定调解公约——主席的观点……………娜塔莉·伊·莫里斯·夏尔马 61

## □ 理论研究

我国海事仲裁的发展目标、困境及对策……………司玉琢 初北平 81

PPP协议中仲裁条款的效力问题……………车丕照 93

虚假仲裁中案外人权利保障机制研究(上)……………宋连斌 103

商事调解的过去、现在和未来……………范愉 126

## □ 案例分析

以某集装箱公司与泰国公司航运纠纷案为例探析涉外仲裁案件法律适用…薛介年 142

## □ 名家视野

商事调解员的素质及思维……………沈四宝 154

# COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION

No. 1 , 2020 ( Serial No. 1 )

May 10, 2020

---

Perfecting System & Building Credibility—to Promote the High-quality Development of Foreign-related Arbitration and Mediation in the New Era .....	<i>MAO Cuwen</i> ( 3 )
UNCITRAL and Legal Innovations in International Commercial Mediation .....	<i>Anna Joubin-Bret</i> ( 13 )
On Dynamic Integration of Administration of the Arbitration Institution and Independent Awarding of the Arbitral Tribunal.....	<i>LI Hu</i> ( 28 )
Singapore Convention on Mediation: Legal Challenges and Its Ratification in China.....	<i>LIU Jingdong</i> ( 45 )
Constructing the Convention on Mediation— the Chairperson’s Perspective .....	<i>Natalie Y. Morris-Sharma</i> ( 61 )
Development Objectives, Dilemma of Chinese Maritime Arbitration and Countermeasures .....	<i>SI Yuzhuo CHU Beiping</i> ( 81 )
On the Legal Effect of an Arbitration Clause in a PPP Agreement .....	<i>CHE Pizhao</i> ( 93 )
Protection Mechanism of the Outsiders’ Rights in False Arbitration ( I ) ...	<i>SONG Lianbin</i> ( 103 )
Commercial Mediation : Past, Present and Future .....	<i>FAN Yu</i> ( 126 )
The Issue of Applicable Law in Foreign-related Arbitration Cases: A Case Study Based upon the Shipping Disputes between a Container Company and Thai Companies .....	<i>XUE Jienian</i> ( 142 )
The Overall Quality and Mentality of a Commercial Mediator .....	<i>SHEN Sibao</i> ( 154 )

# 完善制度 铸就公信

## ——推动新时代涉外仲裁与调解事业高质量发展

毛簇文

---

**内容提要** 我国仲裁与调解事业自 1956 年开始,经历了从无到有、稳步发展和快速壮大三个阶段。在近年来国际经贸环境深刻演变背景下,我国涉外仲裁与调解总结推广“仲裁与调解相结合”的中国经验,积极拓展业务范围、持续扩大服务领域,参与构建“一站式纠纷多元化解机制”,加快信息化建设,推动服务升级发展,大力深化国际合作交流,积极参与国际仲裁事务,在借鉴有益经验的同时也为国际争议解决贡献“中国智慧”。涉外仲裁和调解工作作为国家乃至国际治理体系的重要组成部分,在新时代中国特色社会主义事业建设中机遇和挑战并存,我们应确保仲裁与调解事业正确的发展方向,完善仲裁调解法律体系,推动仲裁机制体制改革,强化仲裁与调解制度创新和治理能力建设,加快培养高素质涉外法律服务人才队伍,深度参加全球仲裁与调解规则制定和争议解决治理,以制度完善开创工作新局面,推动我国涉外仲裁与调解事业高质量发展。

**关键词** 涉外仲裁与调解 新时代 完善制度 铸就公信 高质量发展

---

新中国建立之初,为服务于国家对外贸易开展,妥善处理涉外经贸活动中产生的商事纠纷,保障国民经济健康发展,中央人民政府政务院 1954 年决定设立中国国际贸易促进委员会对外贸易仲裁委员会<sup>①</sup>,新中国商事仲裁与调解自此开端。60 余年来,中国涉外商事仲裁与调解机构处理了一大批涉外商事争议,有效化解了涉外贸易投资中出现的纠纷。中国涉外仲裁与调解从中国国情出发,始终坚持国际化和本土化相结合的发展方向,在组织机构、机制体制、制度规范等方面积极探索,勇于开拓,大胆改革,中国特色涉外仲裁与调解工作体系不断完善,国际影响力和公信力持续提升,初步打造出国际商事仲裁与调解的中国品牌。

---

<sup>①</sup> 即现今的中国国际经济贸易仲裁委员会(贸仲)。

## 一、我国涉外仲裁与调解事业发展回顾

### (一) 从无到有,肩负使命(1956年—1978年)

我国商事仲裁与调解始于涉外仲裁机构的设立。1954年5月,中央人民政府政务院做出《中央人民政府政务院关于在中国国际贸易促进委员会内设立对外贸易仲裁委员会的决定》,“在中国国际贸易促进委员会内设立对外贸易仲裁委员会,以解决对外贸易契约及交易中可能发生的争议”。根据决定,中国国际贸易促进委员会(中国贸促会)于1956年3月制定《中国国际贸易促进委员会对外贸易仲裁委员会仲裁程序暂行规则》,在外贸、商业、工业、农业、运输、保险以及法律方面的人士中,选任了21位委员组成第一届对外贸易仲裁委员会,并兼任仲裁员。从此,我国第一家涉外商事仲裁机构应运而生。为满足新中国航运事业发展的需要,1958年11月,国务院做出《中华人民共和国国务院关于在中国国际贸易促进委员会内设立海事仲裁委员会的决定》,中国海事仲裁委员会(海仲)据此于1959年1月设立,我国海事仲裁事业由此起步。此后的20年中,贸仲、海仲两家机构承担了处理我国涉外商事海事纠纷的主要任务,办理国际贸易类案件百余件,积累了第一手实务经验,为后续发展奠定了坚实基础。

### (二) 融入国际,稳步发展(1978年—1994年)

1978年底,党的十一届三中全会确立了我国对内改革、对外开放的基本政策。1979年,《中外合资经营企业法》生效实施,我国对外贸易和外商投资环境大为改善,涉外商事活动逐渐增多,涉外商事纠纷解决的需求进一步得到重视。1980年,国务院决定将对外贸易仲裁委员会改名为对外经济贸易仲裁委员会,受案范围扩大到有关中外合资经营、外国来华投资建厂、中外银行相互信贷等对外经济合作方面发生的争议。1982年《民事诉讼法(试行)》专章对涉外仲裁的管辖、保全、裁决效力和执行做出规定,开启了我国涉外仲裁立法的头端。这期间的涉外经济立法如《中外合资经营企业法》《涉外经济合同法》《中外合作经营企业法》等均对仲裁作出规定,鼓励当事人采取仲裁的方式解决争议。

1986年,第六届全国人大常委会通过关于我国加入《承认及执行外国仲裁裁决公约》(简称:《纽约公约》)的决定,并于1987年对中国生效。《纽约公约》是保障裁决在世界范围内得以执行的重要基石,加入《纽约公约》意味着我国裁决能够为国际社会所广泛承认和执行,标志着我国涉外仲裁法律体系具有了深刻的国际融合性。1988年国务院再次批准将对外经济贸易仲裁委员会改名为中国国际经济贸易仲裁委员会,受案范围扩大到国际经济贸易中发生的一切争议。1991年《民事诉讼法》则在立法层面明确了《纽约公约》缔约国裁决互相间的承认和执行,增加了裁决不予执行的具体情形和后果,初步完成了我国涉外仲裁法律制度的基本体系化。海仲也积极推动并参与海事海商立法工作,承担“共同海损”等章节的起草任务。《海商法》1993年7月颁布施行,由此开启了我国海事仲裁事业的发展新纪元。

在此期间,贸仲和海仲参照国际惯例多次修订仲裁规则,受案量大幅上升,逐步加强与国际仲裁界的合作交流,与境外仲裁机构签订合作协议,派员参与联合国贸易法委员会(联合国贸法会)《国际商事仲裁示范法》制定,参加国际仲裁会议,部分仲裁员应邀在国际组织和境外仲裁机构担任职务,我国涉外仲裁的国际影响力逐步提升。与此同时,我国商事调解也开始起步,中国贸促会经国务院批准于1987年设立了“北京调解中心”,后更名为中国贸促会/中国国际商会调解中心(贸促会调解中心),承担起我国涉外商事调解的重要任务。

### (三) 迅速壮大,快速发展(1995年至今)

#### 1. 立法支持

1993年底,党的十四届三中全会通过了《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》,勾勒出社会主义市场经济体制基本框架。1994年1月,国务院做出《关于进一步深化对外贸易体制改革的决定》,提出建立适应国际经济通行规则的运行机制。1994年8月,《仲裁法》正式颁布并于次年9月生效实施。《仲裁法》以我国涉外仲裁和调解实践经验为基础,参考国际通行做法,对《纽约公约》和联合国贸法会《国际商事仲裁示范法》予以借鉴,以国家法律形式确立了协议管辖、独立仲裁和一裁终局的基本仲裁制度,对涉外仲裁和国内仲裁统一规范,为我国商事仲裁法制化、国际化发展奠定了坚实的法律基础。除贸仲、海仲外,地方仲裁机构根据《仲裁法》的规定陆续组建,除主要受理国内案件外,新组建的地方仲裁机构也可根据当事人的约定受理涉外案件。在接下来的25年中,最高人民法院结合我国商事仲裁实践,出台了系列司法解释,对仲裁协议效力认定、裁决的撤销与执行、区际裁决的相互认可与执行等重大问题进行了明确,推动了我国商事仲裁法制的完善,形成了以《仲裁法》为核心、司法解释为补充仲裁法制格局。

2000年《海事诉讼特别程序法》对海事仲裁保全、裁决执行等重要事项予以规定,2008年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》则就海事仲裁协议的效力认定等问题作出细化规定,彰显我国立法对海事仲裁的重视和支持。2011年《涉外民事关系法律适用法》对涉外仲裁协议准据法作出了规定。2012年修订的《中华人民共和国民事诉讼法》则对仲裁司法监督予以重大改进,完善了仲裁保全、国内裁决的不予执行等规定,为我国商事仲裁的深入发展进一步提供了重要的法制支撑。

#### 2. 司法支持

我国司法机关大力支持商事仲裁的发展,各级人民法院在支持和监督仲裁尤其是涉外仲裁方面态度友善。就涉外仲裁,司法解释专门规定裁决的撤销、不予执行和仲裁协议的无效认定需要层报至最高人民法院。最高人民法院周强院长等领导在2016和2019年中国仲裁高峰论坛开幕式上表示,人民法院要从国家治理和全球治理高度统筹推进仲裁制度改革,加强仲裁司法审查工作,进一步支持仲裁在国家治理体系中发挥作用,努力营造仲裁友好型的司法监督环境,从最高司法层面进一步明确了司法对仲裁的

友善支持态度。以北京四中院为代表的各地法院在司法审查中较准确地把握了“尽量使仲裁协议有效”“友善仲裁”的原则,维护仲裁协议效力的比例极高,撤销仲裁裁决的比例极低。<sup>②</sup> 历经 25 年发展,我国仲裁司法审查程序更加统一规范,实体标准更加明确一致,维护相关当事方合法权益、提升仲裁公信力的作用更加彰显,有利于增强国内外当事人选择在我国仲裁的信心。

### 3. 政策支持

国家对仲裁和调解的政策支持力度也不断加大。中共中央办公厅、国务院办公厅 2018 年联合印发《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》,习近平总书记在 2019 年中央政法工作会议上提出要“坚持把非诉讼纠纷解决机制挺在前面”。这些顶层部署均说明,国家非常重视仲裁和调解在构建多元化纠纷解决机制,促进改革开放,保障经济社会持续健康发展中的重要作用。国务院 2014 年发布《关于促进海运业健康发展的若干意见》,交通运输部提出“支持中国海事仲裁委员会拓展服务领域,发挥本土仲裁机构在国际海事仲裁中的作用”,上海市政府也在 2018 年发布《上海国际航运中心建设三年行动计划(2018—2020)》,以促进海事法律与仲裁服务能级进一步提高,强化海事仲裁在高端航运服务业发展中的抓手作用。

### 4. 机构发展

我国目前实行机构仲裁,仲裁立法的不断完善和司法环境的不断改善,为我国仲裁的发展提供了较好的发展空间。根据司法部公开数据,截至 2018 年底,全国已设立 255 家仲裁机构。2018 全年,全国仲裁机构共受理案件 54 万余件,案件标的额已达人民币 6950 亿元,其中涉外案件 3673 件。2019 年,贸仲、海仲受理案件总计 3424 件,其中涉外案件 658 件,争议金额达人民币 1223.5 亿元,当事人来自 93 个国家和地区。贸仲、海仲不仅在内地设立了分会和仲裁中心,也在香港特区或国外设立了分支机构。作为中国涉外仲裁机构的代表,贸仲已成为世界最繁忙的仲裁机构之一。涉外调解机构也加快发展,2019 年贸促会调解中心共受理调解案件 3000 件,其中涉外案件 514 件,涉及 45 个国家和地区,包括 37 个“一带一路”沿线国家和地区。

这些成绩的取得与我国涉外仲裁与调解坚持国际化发展密不可分。从规则设计角度,以贸仲、海仲为代表的涉外仲裁机构不断完善仲裁规则,借鉴国际经验,形成了根植本国、面向国际的机构规则体系。从机构布局角度,主要涉外仲裁机构除在内地建立规模化、网格化的分支机构外,还走入特区,迈向境外,在特区乃至海外设立一线网点<sup>③</sup>,服务于“一带一路”建设,方便境内外当事人就近仲裁,形成仲裁多元法域发展的新格局。贸促会调解中心除在国内设立分中心外,还与世界多个知名争议解决机构建立联合调解机制,不断扩大影响力。同时,机构人员和仲裁员队伍的专业素养和国际化水平不断提

<sup>②</sup> 《大数据报告全景展示仲裁司法审查案件审理情况》,载法制网,2019 年 12 月 12 日, [http://www.legaldaily.com.cn/Arbitration/content/2019-12/12/content\\_8072214.htm](http://www.legaldaily.com.cn/Arbitration/content/2019-12/12/content_8072214.htm)。

<sup>③</sup> 经批准,贸仲于 2012 年在香港特区设立香港仲裁中心,于 2018 年分别在加拿大温哥华设立北美仲裁中心,在奥地利维也纳设立欧洲仲裁中心。

升。贸仲、海仲和贸促会调解中心等仲裁和调解机构均拥有较高素质的仲裁员、调解员和办案秘书队伍,派员在国际仲裁组织任职,应邀以观察员身份参与联合国贸法会会议,广泛开展国际交流与合作,积极参与国际仲裁活动。此外,中国仲裁法学研究会和中国海商法协会等专业研究机构,积极与国内外理论实务界加强合作,深入开展仲裁调解理论研究,推出一批有价值的研究成果,积极促进仲裁调解学术交流。

经过 25 年不懈努力,我国涉外仲裁与调解服务在国内外的认可度和使用率不断提升,逐渐形成了规模化的品牌效应。

## 二、我国涉外仲裁与调解发展的新态势

我国涉外仲裁与调解事业始于建国初期对外经济贸易往来,发展于改革开放的历史进程,深化于当下经济全球化发展,尤其是“一带一路”建设的深入落实和稳步推进。我国涉外仲裁与调解和国际仲裁与调解在彼此发展过程中形成了双向交互作用:一方面,我国仲裁与调解吸收了国际仲裁与调解的有益元素和做法,以国际视野不断推动中国仲裁与调解的国际化发展。另一方面,我国仲裁与调解基于自身法律文化和实践经验,为国际仲裁与调解的发展贡献了中国智慧。我国涉外仲裁与调解主要形成并呈现以下态势:

### (一) 总结推广“仲裁与调解相结合”的中国经验

仲裁与调解相结合,是贸仲最早提出并率先实践的做法,并被我国《仲裁法》所确认<sup>④</sup>,成为我国现代民商事争议解决制度的一个重要特色。这一做法大大提高了当事人在争议解决中的自主性和参与度,进一步增进了仲裁程序的灵活性,大幅缩减了纠纷解决的时间,降低了费用成本,同时兼顾了程序保密性和裁判独立性,基于和解协议而作出的和解裁决书与普通裁决书具有同等可强制执行效力,当事人的合法权益能够得到有效保护。贸仲还通过其国际投资仲裁规则将这一经验推广至投资者和东道国之间的投资条约仲裁,藉此为当前投资者和东道国之间争端解决机制僵化问题的解决提供新思路。仲裁与调解相结合关注的是“未来利益”、促进的是“共同繁荣发展”,也被西方国家称之为“东方经验”,日益受到国际社会的认同和采用。联合国 2019 年 8 月在新加坡开放签署《关于调解所产生的国际和解协议公约》(《新加坡调解公约》),以解决经调解达成的国际和解协议在国际范围内的执行问题,使调解成为与诉讼、仲裁并驾齐驱的解决国际商事纠纷的主要方式之一。这充分彰显了“以和为贵”“合作共赢”的理念,同时也说明调解这种非对抗性争议解决方式愈加为国际社会所重视和认可。

<sup>④</sup> 《仲裁法》第 51 条规定:“仲裁庭在作出裁决前,可以先行调解。当事人自愿调解的,仲裁庭应当调解。调解不成的,应当及时作出裁决。调解达成协议的,仲裁庭应当制作调解书或者根据协议的结果制作裁决书。调解书与裁决书具有同等法律效力。”

## （二）积极拓展业务范围，持续扩大服务领域

由于全球化的传导机制，各国利益高度交融，经贸投资安排日趋复杂多样，需要多元化的争议解决服务与之匹配。同时，自“一带一路”倡议提出以来，我国企业“走出去”进入新的历史机遇期，越来越多中国企业在海外的合法利益也需要得到妥善保护。中国涉外仲裁与调解机构结合我国国情大胆进行理论和实践探索，逐步推出多元化的国际争端解决方案。在扩大服务领域方面，投资者与东道国之间的国际投资条约仲裁是当下关注的焦点。2017年贸仲《国际投资争端仲裁规则》发布实施，填补了国内国际投资仲裁的空白。2012年起，贸仲、贸促会调解中心被商务部分别指定为《海峡两岸投资保护和促进协议》以及内地与香港、澳门《〈关于建立更紧密经贸关系的安排〉投资协议》项下投资争端解决机构，以调解方式解决台港澳与内地之间有关投资争端。2018年贸仲《CEPA投资争端调解规则》<sup>⑤</sup>发布实施，内地与港澳之间投资争端解决机制也逐步构建起来。在拓展业务范围方面，我国仲裁机构也在积极推进行业仲裁，并提供其他替代性争议解决服务。贸仲除粮食行业争议解决外，还提供金融仲裁、政府与社会资本合作争议仲裁，以及建筑争议专家评审服务，海仲进一步延伸业务覆盖面，2017年以来先后设立航空争议仲裁中心、航空争议调解中心、计量争议仲裁中心、物流争议解决中心、渔业争议解决中心等行业争议解决中心，构建多元争议解决服务体系。中国贸促会（中国国际商会）经批准于2015年在福建平潭设立海峡两岸仲裁中心，服务于海峡两岸经贸往来，推动构建海峡两岸人民的“精神家园”。

## （三）构建“一站式纠纷多元化解机制”

随着“一带一路”基础设施联通、贸易畅通和金融通的深入落实，跨境商事纠纷在所难免。根据中央办公厅、国务院办公厅《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》<sup>⑥</sup>，最高人民法院设立国际商事法庭，发出《最高人民法院办公厅关于确定首批纳入“一站式”国际商事纠纷多元化解机制的国际商事仲裁及调解机构的通知》<sup>⑦</sup>，制定《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》<sup>⑧</sup>和《最高人民法院国际商事法庭程序规则（试行）》<sup>⑨</sup>，支持当事人通过调解、仲裁、诉讼有效衔接的纠纷解决平台选择适宜的方式解决国际商事纠纷。国际商事法庭受理的国际商事案件，可以委托被纳入机制名单内的调解机构进行调解，达成的调解协议可以经由国际商事法庭

<sup>⑤</sup> 《CEPA投资争端调解规则》及其调解员名册，载中国国际贸易促进委员会网，[http://www.ccpit.org/Contents/Channel\\_3528/2018/1212/1099976/content\\_1099976.htm](http://www.ccpit.org/Contents/Channel_3528/2018/1212/1099976/content_1099976.htm)。

<sup>⑥</sup> 《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》，载新华网，[http://www.xinhuanet.com/politics/2018-06/27/c\\_1123046194.htm](http://www.xinhuanet.com/politics/2018-06/27/c_1123046194.htm)。

<sup>⑦</sup> 《最高人民法院办公厅关于确定首批纳入“一站式”国际商事纠纷多元化解机制的国际商事仲裁及调解机构的通知》，载最高人民法院国际商事法庭网，<http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/149/192/1124.html>。

<sup>⑧</sup> 《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》，载中国法院网，<https://www.chinacourt.org/law/detail/2018/06/id/149783.shtml>。

<sup>⑨</sup> 《最高人民法院国际商事法庭程序规则（试行）》，载最高人民法院国际商事法庭网，<http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/149/192/1122.html>。

制作成调解书或裁定书得以执行。被纳入机制名单的仲裁机构受理的“标的额人民币三亿元以上或其他有重大影响国际商事案件”，当事人可以直接向国际商事法庭申请财产、行为、证据保全，也可以直接向国际商事法庭申请撤销或不予执行裁决。国际商事法庭与纳入机制的调解和仲裁机构实现了业务上的联动，打造了涉外调解、仲裁、诉讼高层互联的便捷通道。贸仲、海仲、北京仲裁委员会等五家仲裁机构以及贸促会调解中心、上海经贸商事调解中心两家调解机构，作为首批纳入“一站式”国际商事纠纷解决平台的涉外仲裁与调解机构，相互配合，推动调仲对接、诉调对接，发挥合力，通过国家“一站式”国际商事纠纷多元化解机制，为我国涉外商事争议多元化解提供机制保障。

#### （四）依托网络技术，推动服务升级发展

互联网的发展，催生了电子商务。网络技术的进步也为争议解决带来了更大的发展机遇。我国仲裁与调解机构也紧抓契机，创新服务手段，利用互联网技术大力推进网上争议解决，极大地提高了服务的便利度，提升了服务效率。一是提供网络域名争议解决服务。我国网上争议解决实践始于2000年贸仲开始提供的网络域名争议解决服务<sup>⑩</sup>，其案件全程网上审理裁决的实践为贸仲进一步探索网上争议解决奠定了坚实的基础。二是提供网上仲裁服务。2009年贸仲发布《网上仲裁规则》，在国内外率先开始提供网上仲裁服务，按规则可通过网上仲裁系统实现全程无纸化仲裁。广州仲裁委员会等仲裁机构2014年后也陆续开始了网上仲裁实践。2019年海仲《网上仲裁规则》发布实施，配套推出网上仲裁平台，提供网上仲裁服务。三是以信息化建设助推常规仲裁和调解发展。我国仲裁与调解机构还根据其自身发展，积极利用网络信息技术，加快信息化建设，建立辅助办案系统，推动常规仲裁和调解升级发展。贸仲、海仲自主研发的内部辅助办案系统，经过迭代发展，各仲裁参与人可通过电脑和移动终端实现网上立案、远程开庭、快速查询以及电子签名等功能。贸促会调解中心2019年推出网上调解系统，线上线下有机结合，打通同法院、仲裁的横向联系，进一步推动传统纠纷解决方式的升级换代。

#### （五）大力深化国际合作交流，积极参与国际仲裁事务

一方面，上海、北京等地允许外国仲裁机构在国内设立代表处，另一方面，以贸仲、海仲和贸促会调解中心为代表的我国仲裁与调解机构也在香港特区和境外设立分支机构，与国际争议解决机构签署合作协议，加强人员互访培训，组织业务研讨交流，建立联合仲裁和调解机制，不断深化务实合作，宣传我国仲裁法制与实践。我国主要涉外仲裁机构还积极参与国际商事仲裁理事会、国际商事仲裁机构联合会、亚太区域仲裁组织以及国际海事仲裁组织的活动，应邀推荐专家在相关国际仲裁组织和仲裁机构担任管理职务，选派专家受政府委任在国际投资仲裁机构担任仲裁员，以观察员身份参加联合国贸法会仲裁会议，积极参与国际仲裁事务，发出中国声音，持续扩大影响力。

<sup>⑩</sup> 贸仲2000年设立域名争议解决中心，提供域名争议解决服务。域名争议解决中心是中国互联网络信息中心（CNNIC）授权的内地唯一一家网络域名争议解决机构，解决.CN/中文域名争议，是互联网名称与数字地址分配机构（ICANN）指定的通用顶级域名争议解决机构之一的亚洲域名争议解决中心的北京秘书处，解决.COM、.ORG、.NET等通用顶级域名和新通用顶级域名争议。

近年来,我国仲裁与调解事业获得了较快发展,但从法治化、市场化、国际化的营商环境的内在要求看,仍存在一些不容忽视的问题。一是法治环境不够完善。当前全社会对仲裁工作准确定位尚不清晰,依然在市场化和行政化之间摇摆;对仲裁和调解文化特质和理念理解不透,支持仲裁、尊重调解的思想准备尚不充分;仲裁法、调解法等配套法律法规尚不完备,仲裁调解制度不完全适应实践发展,仲裁裁决、和解协议执行难等问题依然存在。我国涉外仲裁调解实力水平与全球第一大货物贸易国地位还不相称。二是体制机制尚不健全。境外影响力较大的仲裁机构,均起步较早,运作成熟,国际化程度高,国际竞争力强。我国虽然仲裁市场大、仲裁机构多,但“多而不强”,绝大部分机构主要在本地区发展,个别地方仍存在保护主义倾向,市场活力欠缺,公信力及国际化程度不高,缺乏由我主要参与的国际争议解决机构。三是人才培养不够系统。国际知名仲裁机构欧美居多,从业群体相对固定,我国仲裁从业人员实质参与不多,缺乏国际平台历练;国内尚未形成专业化仲裁员队伍,办案秘书能力水平参差不齐,企业对仲裁条款主导意识不强,仲裁地域发展不平衡,高质量发展不够;理论水平、实务经验和外语能力兼具的复合型人才培养不足,深度参与国际治理受限。<sup>①</sup>

### 三、推动新时代涉外仲裁与调解高质量发展

党的十九大确定了新时代中国特色社会主义建设的新目标新任务,作为国家乃至国际治理体系重要组成部分的仲裁与调解工作也将迎来发展的新机遇。为更好地做好仲裁、调解、诉讼等相互衔接的多元纠纷解决工作,全面推进依法治国,服务于国家外向型经济建设,促进国际贸易投资深入发展,需要进一步完善仲裁制度,提高仲裁公信力,大力推动涉外仲裁与调解工作高质量发展。

#### (一) 确保仲裁与调解事业的正确发展方向

涉外仲裁与调解承担着妥善处理涉外商事纠纷、维护社会和谐稳定、服务经济社会发展的重要职责,是中国特色社会主义事业的重要组成部分。党的十八届四中全会提出“完善仲裁制度,提高仲裁公信力”的目标任务,十九大提出要加强预防和化解社会矛盾机制建设,为中国特色社会主义仲裁和调解事业发展指明了方向。我们要坚持走中国特色社会主义仲裁和调解事业的发展道路,以制度建设开创涉外仲裁与调解工作的新局面,切实肩负起有效纠纷化解、维护社会公平正义、促进经济社会发展的使命担当。

#### (二) 完善仲裁调解法律体系

《仲裁法》颁布实施25年来,国内国际仲裁均发生了很大的变化,有必要根据仲裁最新发展,结合实际国情,与时俱进地对《仲裁法》进行修订。一是恪守“鼓励与支持仲裁”的理念。强调对当事人意思自治的尊重,维护仲裁条款的效力,扩大可仲裁事项

<sup>①</sup> 参考中国贸促会党组书记、会长高燕4月17日在全国政协“建设高素质的涉外法律服务人才队伍”双周协商座谈会上的发言。

范围。二是国际化与本土化兼顾。可考虑引入“仲裁地”概念,进一步明确仲裁庭的职能权限,借鉴国际最佳实践,充实巩固仲裁与调解相结合等中国经验。三是支持涉外仲裁发展。结合我国国内仲裁和涉外仲裁发展实际,延续仲裁法现有架构,支持涉外仲裁发展,进一步为我国涉外仲裁机构参与国际竞争提供法制保障。此外,还要积极推动商事调解立法,解决基于调解达成的和解协议的国内执行问题,做好《新加坡调解公约》生效后国内的衔接转化问题,为商事调解的发展提供法律支持。

### （三）推动仲裁机制体制改革

按照两办《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》,立足本国,对标国际,深入落实两办文件要求,推动机制体制改革,尊重仲裁与调解的文化特质和人文理念,明确仲裁调解服务定位,明晰机构性质,理顺人事薪酬制度,完善税收政策,推进涉外仲裁市场化法治化,为外籍专家境内办案提供方便,进一步健全与贸易大国地位相符、适应国际化发展的涉外仲裁调解工作体系,着力提升不同法律文化、法制背景下的商事交易主体对我涉外仲裁与调解的认可度和接受度,持续提高国际公信力。

### （四）强化仲裁与调解制度创新和治理能力建设

落实两办意见要求,完善机构治理结构,充分发挥委员会的决策作用,切实落实秘书机构的执行作用,强化机制建设,完善制度规范,提高机构决策的科学性和业务管理的专业性,加强仲裁员和秘书人员队伍建设,狠抓职业操守,强化廉洁办案,构建仲裁机构管理和仲裁庭独立裁决的有机结合,充分发挥我国仲裁机构的优势。及时总结机构管理经验,运用我涉外仲裁与调解机构国内外网点布局,发挥合力和规模效应。重视信息化建设,推动行业纠纷解决,组建涉外知识产权仲裁调解机构,加快中外联合仲裁与调解机制建设,推动制度创新,丰富服务手段,拓展服务范围,推动业务升级发展。

### （五）加快培养高素质涉外法律服务人才

当今世界政治经济格局加速演变,急需高素质涉外法律服务人才,以更好地促进对外开放,服务于“一带一路”建设。要从制度完善入手,推进顶层设计和统筹规划,健全人才引进、培养、选拔、使用、管理、服务体制,加强协调配合、资源整合和信息共享。要着力培养通晓国际规则、具有世界眼光和国际视野的中国国际仲裁与调解专家,鼓励我国涉外律师积极参与国际案件代理,维护我国企业海外权益,推荐我国仲裁员和调解员受聘担任国际仲裁和调解机构仲裁员和调解员,接受指定,参与国际案件审理,维护中外企业合法权益,举荐我国仲裁专家去国际仲裁组织和外国仲裁机构任职,参与管理,互学互鉴,取长补短。

### （六）深度参加全球争议解决治理

我国涉外争议解决机构要秉持国际化发展方向,坚持国际化和本土化相结合的道路,加强国际交流合作,深化国际投资条约仲裁等前沿问题研讨,研究国际争议解决发展走向,宣传我国仲裁法制和成功实践,巩固影响力,提高话语权。按照《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》,推动我牵头筹建的国际商事争端预防与解决组织尽快落地运营,与“一带一路”沿线国家共建国际商事争议预防与解决机制,

促进国际争议解决平衡发展。持续参加联合国贸法会有关国际仲裁、调解以及网上争议解决规则规范制定工作,不断地向国际仲裁组织输送管理人才,实质参与全球争议解决治理,贡献中国智慧。

中国特色社会主义进入新时代,在实现中华民族伟大复兴征程中,我国涉外仲裁与调解事业也将迎来前所未有的跨越式发展。我们要密切关注全球经济社会发展和治理体系变革,深入落实十九届四中全会精神,携手同心,砥砺前行,推进制度建设,完善治理体系,提高治理能力,铸就公信力,善作善成,久久为功,全力推进新时代涉外仲裁与调解事业高质量发展,将我国打造为中外贸易投资主体乐于选择的国际商事仲裁调解新目的地!

---

**Abstract:** Since 1956, the development of China's foreign-related arbitration and mediation has undergone three stages of emergence, steady growth and rapid expansion. Under the profound evolution in international economic and trade environment in recent years, China's foreign-related arbitration and mediation has been summarizing and promoting China's experience of the combination of arbitration and mediation, proactively and continuously expanding the scope and field of services, participating in building the "One-stop" Diversified International Commercial Dispute Resolution Mechanism, facilitating service upgrading based on network technology, deepening international cooperation and exchanges and participating in international arbitration events. While learning from advanced international experiences, China's foreign-related arbitration and mediation has also contributed Chinese wisdom for the development of international dispute resolution. As an important integral part of domestic and international governance system, foreign-related arbitration and mediation are facing development opportunities and challenges during the construction of socialism with Chinese characteristics in the new era. Efforts should be undertaken in ensuring the correct development direction of arbitration and mediation, proceeding with the perfection of the legislation system of foreign-related arbitration and mediation and the reform of arbitration system, enhancing institutional innovation and governance competence of arbitration and mediation, accelerating the nurturing of high-quality talents for foreign-related legal service, materially participating in global arbitration and mediation rule-making and dispute resolution governance, so as to boost high quality development of China's foreign-related arbitration and mediation through institutional construction and improvement.

**Keywords:** foreign-related arbitration and mediation; new era; perfecting system; building credibility; high-quality development

---

(责任编辑:李兵)

# 联合国国际贸易法委员会在国际商事调解中的法律创新

安娜·乔宾·布莱特 刘雅施\*

---

**内容提要** 本文对最近通过的《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(简称:《新加坡调解公约》)以及联合国国际贸易法委员会(简称:贸易法委员会)制定的有关文书,包括对2018年《贸易法委员会国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法》(修正2002年《国际商事调解示范法》,简称:2018年《示范法》)进行了扼要陈述,同时对贸易法委员会过去几十年在国际商事调解领域所做的工作进行了总体概括,还主要介绍了《新加坡调解公约》和2018年《示范法》的发展背景,并对这两个文本的主要条款进行了分析和论述。本文亦简介《新加坡调解公约》的最新进展以及贸易法委员会为不断强化国际调解框架而正在作出的努力,同时鼓励各国加入《新加坡调解公约》,并考虑通过2018年《示范法》。

**关键词** 联合国国际贸易法委员会(贸易法委员会)《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(《新加坡调解公约》) 2018年《贸易法委员会国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法》(修正2002年《国际商事调解示范法》) 国际商事调解

---

创新的冲突调解思维不再是一种选择,而是一种必然。

——联合国秘书长安东尼奥·古特雷斯<sup>①</sup>

---

\* 安娜·乔宾·布莱特(Anna Joubin-Bret),联合国国际贸易法委员会(简称:贸易法委员会)秘书长及联合国法律事务厅国际贸易法司司长;刘雅施(Alyssa Lau),贸易法委员会亚洲及太平洋区域中心(RCAP)的法律专家。本文中表达的观点为作者的观点,不代表本机构观点。作者感谢贸易法委员会RCAP主任Athita Komindr, JD, LL.M.为本文做出的宝贵贡献。作者亦感谢贸易法委员会RCAP实习生董暖、Eugene Jun、Matilda Hossack Kelly及杨帆为编写本文而进行的关于贸易法委员会和国际商事调解的研究工作以及统计和学术汇编。作者同时感谢他们的同事,特别是贸易法委员会高级法律干事Corinne Montineri,贸易法委员会法律干事Jae Sung Lee和Judith Knieper,感谢他们提供的有益反馈和支持。

<sup>①</sup> 联合国秘书长安东尼奥·古特雷斯在2018年8月29日安全理事会第8334次会议上就“调解和争议解决”的演讲。

## 一、序言

过去十年,世界各国越来越多地方使用调解来解决各种复杂的争议。例如,在2013年发表于《哈佛谈判法律评论》(Harvard Negotiation Law Review)上的一项研究指出,在接受调查的财富1000强企业中,98%曾将调解作为争议解决办法,86%有意愿利用调解解决未来的商事争议。<sup>②</sup>2017年作出的一项对“全球庞德系列会议”的4000名与会者进行的关于未来争议解决办法的全球调查发现,国际社会对于在诉诸司法程序之前利用调解等非裁决性争议解决程序的兴趣日益见长。<sup>③</sup>

在包括中国在内的亚太地区,调解案件的数量正在上升。韩国商事仲裁委员会(KCAB)的统计数据 displays,从2000年到2015年,其管辖的调解案件数量年增长率为300%。<sup>④</sup>国际商会(ICC)2017年的数据显示,亚太地区是仅次于欧洲地区的ICC调解程序全球第二大使用地区。2017年参与国际商会调解程序的各方当事人中23.5%来自亚太地区。<sup>⑤</sup>新加坡调解中心报告称,2017年该中心调解争议金额创下了历史最高纪录。此外,该中心报告称调解案件数量在随着时间稳步增加,其中2017年较2016年增加了8%。<sup>⑥</sup>

调解案件的数量正在上升,这并不令人意外。毕竟调解是一种历史悠久的模式,体现在儒学、“阿尔瓦萨塔”(Al Wasata)、罗马法等许多传统思想、社会学、哲学中。<sup>⑦</sup>

调解作为一种解决纠纷的重要途径在中国源远流长。<sup>⑧</sup>在一个高度重视维持和谐关系的社会,调解是友好解决争议的一种有效方式,可以避免当事各方进入通常较为激烈对立的司法程序。调解在预防和减少纠纷、化解社会矛盾、维护社会和谐等方面发挥了

---

② Thomas J. Stipanowich and J. Ryan Lamare, “应用ADR: 财富1000强公司对调解、仲裁和冲突管理不断变化的认知与运用”(Living with ADR: Evolving Perceptions and Use of Mediation, Arbitration, and Conflict Management in Fortune 1000 Corporations) *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 19:1, Spring 2014, 1-68. 见 <https://www.hnlr.org/wp-content/uploads/sites/22/19HarvNegotLRev1-Stipanowich-Lamare.pdf>.

③ 全球庞德系列会议: 全球数据趋势和区域差异(Global Data Trends and Regional Differences), <http://www.globalpound.org>. 也见 <https://www.disputescentre.com.au/wp-content/uploads/2018/05/GPC-Series-Global-Data-Trends-and-Regional-Differences.pdf>.

④ Kap-You (Kevin) Kim and Kyongwha Chung, 大韩民国国家报告(2018年至2019年),《ICCA国际商事仲裁手册》(ICCA *International Handbook on Commercial Arbitration*) ICCA & Kluwer Law International 2019, Sup No. 104, 2019, 1-50.

⑤ ICC, “2017年国际商会争议解决统计”(“2017 ICC Dispute Resolution Statistics”), *ICC Dispute Resolution Bulletin* [2018] (2) 51, 64. <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/07/2017-icc-dispute-resolution-statistics.pdf>.

⑥ 新加坡调解中心, “2017年新加坡调解中心调解争议金额超过27亿美元——中心历史最高纪录”(Total disputed sums mediated at Singapore Mediation Centre crosses \$2.7 billion in 2017—the highest ever in the centre’s history), 新闻稿, 2018年1月16日, <https://www.mediation.com.sg/wp-content/uploads/2019/10/16-01-18-SMC-News-Release-total-disputed-sums-mediated-at-SMC-crosses-S2.7B-in-2017.pdf>.

⑦ Stephen D. Mathias, 联合国法律事务助理秘书长, 2019年8月7日在新加坡调解公约签署仪式上的致辞。

⑧ 查金枝, 中国古代调解制度的历史演变及作用, <http://bjgy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2011/07/id/882335.shtml>.

重要作用。<sup>⑨</sup>

值得注意的是,中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心在全国各地设立了 52 个分会调解中心,形成了覆盖全国的调解网络。调解中心每年受理商事案件超过 4000 件,案件调解成功率超过 70%,案件当事人分布于 50 多个国家和地区。<sup>⑩</sup> 据中国最高人民法院统计,2018 年中国法院通过立案前调解程序解决案件 70.6 万件,通过立案后调解程序解决案件 35.2 万件,<sup>⑪</sup> 一审民事商事案件中,15.3% 的民事、商事案件会由专门任命的调解员进行调解。<sup>⑫</sup> 此外,中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心和香港和解中心于 2016 年合作设立的内地-香港联合调解中心,2018 年共处理案件 143 件,较最初每年 21 例的案件量有了显著的提升。<sup>⑬</sup>

调解的使用可以为商事争议当事方带来显著益处。调解自身具有高度灵活性,在调解制度下当事人具备高度自主性,因此调解可用于广泛的争议解决。调解过程完全由当事方自愿进行,争议当事方在中立第三方的协助下确定争议解决办法。中立第三方无权将争议解决办法强加给当事各方。从决定参与调解到调解过程的结束,调解程序完全由当事人自主决定。与司法程序或仲裁程序相比,调解程序是非正式的,并不依赖于复杂的形式及程序规则。当事各方能对其参与调解进程的进度实现完全掌控,能够以他们所希望的方式和节奏进行谈判,可讨论法律问题,也可讨论非法律问题,并找到最近便的争议解决办法。调解程序能够为当事各方寻求一个双赢的解决方案。

由于调解是争议解决中一个相对有效的工具,且程序可根据当事各方的需要和关切量身定制,因此调解通常比涉及裁决的方法更省时、更节省资源。最重要的是,调解可以使当事各方继续维持商业关系,减少因争议导致商业关系终止的情形。鉴于当事人聚焦于其自身的关注点及利益,他们能够解决潜在的误解,并为其更长远的商务关系奠定基础。

联合国正积极采用调解作为友好解决争议的办法。安东尼奥·古特雷斯秘书长最近重申了机构以不同方式采用调解促进和平与可持续发展的承诺。通过法律协调化以及提升和解协议的可执行性的方式来实现国际贸易争议的解决,进而促进法治及平等诉诸司法,并且与可持续发展目标 16 相一致。<sup>⑭</sup> 联合国各会员国持相同立场,并于 2018 年

<sup>⑨</sup> 关于《中华人民共和国人民调解法(草案)》的说明,2010 年 6 月 22 日, [http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2010-10/09/content\\_1613997.htm](http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2010-10/09/content_1613997.htm).

<sup>⑩</sup> 中国国际贸易促进委员会/中国国际商会,“中心简介”,2019 年 3 月 5 日, <https://adr.ccpit.org/articles/25>; 中国国际贸易促进委员会,“调解”,2016 年 2 月 23 日, [http://en.ccpit.org/info/info\\_40288117521acbb801530bb36b5a0136.html](http://en.ccpit.org/info/info_40288117521acbb801530bb36b5a0136.html).

<sup>⑪</sup> 就民事起诉的规定,见《中华人民共和国民事诉讼法》第 119 条(另见同一法律第 123 条)。

<sup>⑫</sup> 中国日报网络版,2019 年 6 月 13 日,“中国法院敦促调解发展”(“Chinese courts urged to promote mediation”), <http://www.chinadaily.com.cn/a/201906/13/WS5d0222cea3103dbf1432808c.html>.

<sup>⑬</sup> 中国国际贸易促进委员会,“内地-香港联合调解中心 2018 年处理了 143 宗个案”, [http://www.ccpit.org/Contents/Channel\\_4113/2019/0328/1145458/content\\_1145458.htm](http://www.ccpit.org/Contents/Channel_4113/2019/0328/1145458/content_1145458.htm). 调解中心处理的个案种类分别包括:知识产权、国际贸易、股权争议、金融争议等。

<sup>⑭</sup> Anna Joubin-Bret, Foreword, in: Alexander, N & Chong, S.《新加坡调解公约的一份评注》(*The Singapore Convention on Mediation-A Commentary*), Netherlands: Wolters Kluwer (2019).

审议通过了两项关于国际商事调解的法律文书：2018年《贸易法委员会国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法》（修正2002年《国际商事调解示范法》，简称：2018年《示范法》）<sup>⑮</sup>和《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》（简称：《新加坡调解公约》）<sup>⑯</sup>。

《新加坡调解公约》及2018年《示范法》是联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）长期参与国际商事调解的最新成果。《新加坡调解公约》是该领域的首份条约，它架起了不同法律体系之间的桥梁，反映了超越文化差异的全球共识。这一具有创新性的公约经多方协商，顾及了各方的需要，它带来了国际争议解决框架中所缺少的——执行国际和解协议的有效机制。<sup>⑰</sup>

这篇文章对这两份文书作了简短的概述，以贸易法委员会过去几十年来在国际商事调解领域所做的工作概要作为开始，最后以未来发展前景作为结束。

## 二、贸易法委员会文书的早期发展

联合国国际贸易法委员会是联合国在国际贸易法领域的核心法律机构。其成立于1966年，任务为促进国际贸易法的逐步统一和现代化。50多年来，贸易法委员会一直作为一个平台，各国可以在该平台上找到国际贸易中出现的问题的共同解决办法，并可以在多边合作基础上更有效地解决这些问题，包括拟订和采纳多份贸易法核心领域的法律文书。贸易法委员会的法律文书是在各国及具有相关专业知识的国际政府间组织和非政府组织的普遍参与下制定的。<sup>⑱</sup>

贸易法委员会长期以来一直倡导调解的使用，贸易法委员会先使用“conciliation”（“调解”）这一术语。<sup>⑲</sup>应当注意的是，贸易法委员会决定在其最近的文书中改用术语

<sup>⑮</sup> 贸易法委员会的报告，A/73/17, 68段，<https://undocs.org/zh/A/73/17>。见贸易法委员会，《贸易法委员会国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法》，2018年（纽约：联合国，2018）。

<sup>⑯</sup> A/RES/73/198（2019）。<https://undocs.org/zh/A/res/73/198>。

<sup>⑰</sup> 《国际商事调解的使用与认识：关于贸易法委员会拟议国际商事调解公约》相关问题的初步报告（Use and Perception of International Commercial Mediation and Conciliation: A Preliminary Report on Issues Relating to the Proposed UNCITRAL Convention on International Commercial Mediation and Conciliation）（2014年11月17日）。密苏里大学法律研究学院法律研究论文No.2014-28。见SSRN：<https://ssrn.com/abstract=2526302>。作者介绍了对来自世界各地的221名公共机构和私营机构答复者进行大规模调查的初步结果，此为协助贸易法委员会和贸易法委员会第二工作组工作而收集的信息的一部分。74%的答复者认为，一份关于执行调解解决协议的公约将有利于调解的使用，因此需要这样一项文书。另见贸易法委员会第二工作组（仲裁和调解）第六十二届会议，纽约，2015年2月2日至6日，“解决商事争议：国际商事调解/调停所产生的和解协议的可执行性——对《贸易法委员会关于安排仲裁程序的说明》的修订，从各国收到的评论意见，秘书处的说明”，2014年12月23日，A/CN.9/WG.II/WP.188 <https://undocs.org/zh/A/CN.9/WG.II/WP.188>。

<sup>⑱</sup> <https://uncitral.un.org/zh/about>。

<sup>⑲</sup> Judith Knieper & Corinne Montineri, “《贸易法委员会和调解新国际立法框架》”（UNCITRAL and a New International Legislative Framework on Mediation）*Nederlands-Vlaams tijdschrift voor mediation en conflictmanagement*, Aflevering 4 2018, 24.

“mediation”（“调解”）一词，目的为适应这些术语的实际用法和惯常用法，并期望这一改变将有助于增进和提高这些文书的知名度，术语的这一改变没有任何实质性或概念性影响。<sup>⑳</sup>

1980年，贸易法委员会拟定了第一份有关调解规则的国际调解法律文书。<sup>㉑</sup> 贸易法委员会于1980年7月23日通过的《联合国国际贸易法委员会调解规则》（简称：《调解规则》）提供了一套全面的程序规则，当事各方可根据这套规则就因其商业往来引发的调解程序达成协议。《调解规则》提供了一套调解程序示范条款，涉及调解进程的各个方面，举例而言包括下列事项：

- 调解程序的开始（第二条）
- 调解员人数（第三条）
- 调解员的指定（第四条）
- 代表和协助（第六条）
- 调解员的任务（第七条）
- 调解员和双方当事人的联系（第九条）
- 资料的披露（第十条）
- 解决争端协议（第十三条）
- 保密（第十四条）
- 调解程序的终止（第十五条）
- 诉诸仲裁或司法程序（第十六条）
- 费用（第十七条）
- 其他程序中可接受的证据（第二十条）

大会在介绍《调解规则》时，首先肯定了调解作为一种友好解决国际商业关系中产生的争议的方法所具有的价值，并深信通过一部可为法律、社会和经济制度不同的国家接受的调解规则将大有助于发展和谐的国际经济关系。<sup>㉒</sup>

伴随着国际和国内商业实务越来越多地使用调解替代诉讼，经验明显表明仅有合约协议形式的解决方案是不充分的。因而贸易法委员会于2002年制定了关于调解的示范立法框架<sup>㉓</sup>，并在1980年《调解规则》的基础上于通过了《国际商事调解示范法》<sup>㉔</sup>（简称：《示范法》）。

<sup>⑳</sup> 同上。

<sup>㉑</sup> A/Res/35/52 (1980), 260. <https://undocs.org/zh/A/RES/35/52>. 《贸易法委员会调解规则》，GA Res 35/52, 35 UN GAOR Supp No 17, UN Doc A/35/17 (1980) .

<sup>㉒</sup> 同上。

<sup>㉓</sup> A/Res/57/18 (2003), <https://undocs.org/zh/A/RES/57/18>.

<sup>㉔</sup> 贸易法委员会，《贸易法委员会国际商事调解示范法》，2002年。

2002年《示范法》旨在协助各国调解程序法律改革及现代化,同时就调解程序提供统一的规则,以鼓励调解程序的使用,并确保调解程序的可预见性和确定性。一个国家可在将《示范法》的规则纳入其法律制度时,修改或略去某些规定,尽管他们被建议尽可能不去修改《示范法》。调解程序在进行时细节可能有所不同,这取决于哪种方法被视为最能有助解决当事人之间的争议。《示范法》中所载管辖这类程序的条文目的是兼顾这些差别,使当事人和调解人能自行进行他们所认为合适的调解。《示范法》以强调当事人对进程和结果具有支配权为基础,载有定义、程序和关于有关问题的准则。例如:

- 第一条规定了《示范法》的适用范围,将其明确限于国际商事调解,并提出“调解”的定义;
- 第二条对《示范法》的解释提供指导;
- 第三条明文规定,除第二条和第六条第三款外,《示范法》的所有规定均可由各方通过协议加以修改;
- 第四至十一条规定了调解的程序;
- 示范法的其余规定(第十二至十四条)则处理调解后的问题,以减少因缺少有关这些问题的法定规则而造成的不确定性。

《示范法》力求平衡,既要保护调解过程的完整性,例如确保调解程序的保密性,同时又能维护当事方的自主性以提供最大限度的灵活性。<sup>②5</sup>

截止目前,包括总计45个司法辖区的33个国家已经通过了以2002年《示范法》为基础或受其影响的法律。<sup>②6</sup>

### 三、《新加坡调解公约》

#### 背景

自1980年《调解规则》和2002年《示范法》通过以来,对国际商事调解的接受和使用已更加普遍。<sup>②7</sup>但是,调解程序所产生的和解协议执行不确定性仍然是阻碍调解程序更为广泛使用的主要障碍,尤其是与仲裁裁决的执行相比。<sup>②8</sup>

2014年,在越来越多的国家颁布法律以不同方式执行和解协议的情况下,贸易法委

<sup>②5</sup> 《贸易法委员会国际商事调解示范法》(2002年),《国际商事调解示范法及其颁布和使用指南》。[https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/zh/04-90952\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/zh/04-90952_ebook.pdf)

<sup>②6</sup> 贸易法委员会,“状况:贸易法委员会国际商事调解示范法(2002年)”,[https://uncitral.un.org/zh/texts/arbitration/modellaw/commercial\\_conciliation/status](https://uncitral.un.org/zh/texts/arbitration/modellaw/commercial_conciliation/status)(上次访问时间为2020年4月16日)。

<sup>②7</sup> Judith Knieper & Corinne Montineri,《贸易法委员会和新的国际调解法律框架》(UNCITRAL and a New International Legislative Framework on Mediation), *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor mediation en conflictmanagement*, Aflevering 4 2018, 27.

<sup>②8</sup> A/CN.9/822, 第二页。<https://undocs.org/zh/A/CN.9/822>.

员会同意第二工作组（仲裁与和解/争议解决）审议这一关键问题。<sup>②9</sup> 2015年，在贸易法委员会第四十八届会议上，授权第二工作组审议相关问题并制定可能的解决办法，包括可能拟订一部公约、示范条文或指导案文。<sup>③0</sup> 因此，第二工作组于2015年2月2日至6日在纽约举行的第六十二届会议上首次讨论了该专题。<sup>③1</sup> 工作组在各国以及有关的政府间组织和非政府组织的普遍参与下，确保了协商一致的谈判程序且兼容各项法律传统。<sup>③2</sup>

在第二工作组多次会议的谈判过程中，各代表团对文书的最终形式表达了不同的意见，包括支持拟订一项公约或支持出台示范立法条款。<sup>③3</sup> 赞成拟订一项公约的代表团强调了《承认及执行外国仲裁裁决公约》（纽约，1958年）（简称：《纽约公约》）<sup>③4</sup> 在促进跨境执行仲裁裁决方面的成功。<sup>③5</sup> 其他代表团认为，鉴于调解所产生的和解协议执行的相关立法存在分歧，在某些情形中甚至不存在相关立法，示范立法条文的编写可能更有助于协调相关立法。<sup>③6</sup>

在2017年2月举行的第二工作组第六十六届会议上，协商达成了共识，即并行拟定公约和示范立法条款。<sup>③7</sup> 这是贸易法委员会首次采取这样的作法，其目的是为各国提供在调解方面的综合法律框架中的灵活性。<sup>③8</sup> 这两项平行的文书是相辅相成的：2018年《示范法》（修正2002年《示范法》）旨在协助各国国内立法改革及现代化，而《新加坡调解公约》虽具备保留条款，但其旨在提供更高程度的协调性。<sup>③9</sup> 委员会决定并行拟订一部关于调解所产生的国际和解协议的公约和《示范法》修正本，其目的是顾及不同法域在调解方面的经验参差不齐，并为各国提供关于跨境执行调解所产生的国际和解协议的一致标准，同时不对有关国家将通过其中一项文书确立任何预期。

经过四年的筹备，2018年6月25日，贸易法委员会通过了2018年《示范法》，并最终审定并核准了《新加坡调解公约》（以下简称《公约》）草案，并建议联合国大会通过《新加坡调解公约》。<sup>④0</sup>

2018年12月20日，联合国大会第73届会议通过了《公约》。<sup>④1</sup> 大会在通过《公约》时认识到调解作为一种友好解决国际商业关系中产生的争议的方法所具有的价值，并深

<sup>②9</sup> A/69/17, 129段。 <https://undocs.org/zh/A/69/17>

<sup>③0</sup> A/70/17, 142段。 <https://undocs.org/zh/A/70/17>

<sup>③1</sup> A/CN.9/832。 <https://undocs.org/zh/A/CN.9/832>

<sup>③2</sup> Anna Joubin-Bret, Foreword, in: Alexander, N & Chong, S. 《新加坡调解公约——一份评注》(The Singapore Convention on Mediation—A Commentary). Netherlands: Wolters Kluwer (2019) .

<sup>③3</sup> A/CN.9/896, 135段。 <https://undocs.org/zh/A/CN.9/896>

<sup>③4</sup> 1958年6月10日《承认和执行外国仲裁裁决公约》，330 UNTS 38（1959年6月7日生效）《纽约公约》。

<sup>③5</sup> A/CN.9/896, 137段。 <https://undocs.org/zh/A/CN.9/896>

<sup>③6</sup> 同上，139段。

<sup>③7</sup> A/CN.9/901, 93段（2017）。 <https://undocs.org/zh/A/CN.9/901>

<sup>③8</sup> Stephen D. Mathias, 联合国法律事务助理秘书长，2019年8月7日在新加坡调解公约签署仪式上的致辞。

<sup>③9</sup> 同上。

<sup>④0</sup> A/73/17(2018), 49、68段。 <https://undocs.org/zh/A/73/17>

<sup>④1</sup> A/RES/73/198(2018) <https://undocs.org/zh/A/res/73/198>; A/RES/73/199(2018) . <https://undocs.org/zh/A/RES/73/199>

信通过一部可为法律、社会和经济制度不同的国家接受的关于调解所产生的国际和解协议的公约将补充现行国际调解法律框架,并将有助于发展和谐的国际经济关系,呼吁希望加强国际争议解决法律框架的各国政府和区域经济一体化组织考虑成为《公约》当事方。<sup>④</sup>

### 概述

《公约》旨在推动国际贸易并促进将调解作为一种解决贸易争端的有效替代方法,<sup>⑤</sup>为国际商事和解协议的跨境执行提供一个统一、高效的法律框架,能够使得当事人援用该类国际和解协议,类似于《纽约公约》为仲裁裁决提供的框架。<sup>⑥</sup>《公约》通过了关于执行的统一规则,避免当事人诉诸繁琐的国内执行程序。<sup>⑦</sup>

该公约由序言和十六条条文组成。以下一节将详细阐述一些具体规定。

#### 第一条 适用范围

第一条(联同第二条的定义)规定了《公约》的范围,即它适用于各方为解决商事争议而以书面形式订立的调解所产生的国际协议。第一(1)条规定,本公约适用于调解所产生的、当事人为解决商事争议而以书面形式订立的协议(“和解协议”),该协议在订立时由于以下原因而具有国际性:

- (a) 和解协议至少有两方当事人在不同国家设有营业地;
- (b) 和解协议各方当事人设有营业地的国家不是:
  - (一) 和解协议所规定的相当一部分义务履行地所在国;
  - (二) 与和解协议所涉事项关系最密切的国家。

虽然“商事”一词在《公约》中没有定义,但2018年《示范法》脚注1指出:

对“商事”一词应作广义解释,以涵盖由于商业性质关系而发生的事项,无论这种关系是否属于合同关系。商业性质关系包括但不限于下列交易:供应或者交换货物或者服务的任何贸易交易;销售协议;商业代表或代理;保理;租赁;工程建设;咨询;工程技术;发放许可;投资;融资;银行业务;保险;开发协议或特许权;合营企业和其他形式的工业或者商业合作;航空、海路、铁路或公路客货运输。

“调解”的定义在第二(3)条:“‘调解’不论使用何种称谓或者进行过程以何为依据,指由一名或者几名第三人(“调解员”)协助,在其无权对争议当事人强加解决办法的情况下,当事人设法友好解决其争议的过程”。值得注意的是,调解的定义较为广泛且具有描述性,承认在不同国家可能采用的调解做法的多样性。据观察,关于调解员的作

<sup>④</sup> 同上。

<sup>⑤</sup> Judith Kneiper & Corinne Montineri,《贸易法委员会和新的国际调解法律框架》(UNCITRAL and a New International Legislative Framework on Mediation), *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor mediation en conflictmanagement*, Aflevering 4 2018, 27.

<sup>⑥</sup> 贸易法委员会,《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》介绍册, [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/zh/v1808433\\_chinese\\_revised.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/zh/v1808433_chinese_revised.pdf)

<sup>⑦</sup> Stephen D. Mathias, 联合国法律事务助理秘书长, 2019年8月7日在新加坡调解公约签署仪式上的致辞。

用,调解员一般应被期望:

- 解释程序及其对法律权利、补救措施的潜在影响;
- 解释参与调解的人员角色;
- 披露与调解有关的资格和经验;
- 建议各方寻求独立的法律意见;
- 避免提供专业意见或法律意见;
- 解释保密的界限;
- 披露潜在的利益冲突;
- 不偏不倚,保证程序公平;
- 在某些情况下终止调解程序;
- 报告有关虐待儿童或犯罪的事项;
- 就调解结果的某些方面向法院或其他机构报告。<sup>④6</sup>

根据第一(2)条,本《公约》不适用于以下和解协议:

(a) 为解决其中一方当事人(消费者)为个人、家庭或者家居目的进行交易所产生的争议而订立的协议;

(b) 与家庭法、继承法或者就业法有关的协议。

根据第一(3)条,本《公约》不适用于:

(a) 以下和解协议:

(一) 经由法院批准或者系在法院相关程序过程中订立的协议;

(二) 可在该法院所在国作为判决执行的协议;

(b) 已记录在案并可作为仲裁裁决执行的协议。

这种排除是为了避免可能与现有和未来可能的公约冲突,即《纽约公约》、《法院选择协定公约》(2005年)和《承认及执行民事或商事外国判决海牙公约》(2019年)。<sup>④7</sup>

### 第三条 一般原则

第三条规定了《公约》的一般原则和当事各方在执行和解协议方面的义务及当事方援引这些协定的权利。它确定了《公约》的加速执行机制。在考虑本条两项规定时,可以使用“剑”和“盾”的隐喻来解释第三(1)条和第三(2)条。<sup>④8</sup> 根据第三(1)条,《公约》每一当事方应按照本国程序规则并根据本公约规定的条件执行和解协议。根据第三(2)条,如果就一方当事人声称已由和解协议解决的事项发生争议,公约当事方应

<sup>④6</sup> Nadja Alexander and Shouyu Chong, 第五条,《新加坡调解公约——评论》,《争议解决的全球趋势》,第八卷(The Singapore Convention on Mediation: A Commentary, Global Trends in Dispute Resolution, Volume 8) (Kluwer Law International; Kluwer Law International 2019)。

<sup>④7</sup> 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(2018年,纽约)(《新加坡调解公约》), [https://uncitral.un.org/zh/texts/mediation/conventions/international\\_settlement\\_agreements](https://uncitral.un.org/zh/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements)。

<sup>④8</sup> Nadja Alexander and Shouyu Chong, 第三条,《新加坡调解公约——评论》,《争议解决的全球趋势》,第八卷(The Singapore Convention on Mediation: A Commentary, Global Trends in Dispute Resolution, Volume 8) (Kluwer Law International; Kluwer Law International 2019)。

允许该当事人按照本国程序规则并根据本公约规定的条件援用和解协议,以证明该事项已得到解决。

在审议该条款的起草时,第二工作组须平衡促进根据《公约》直接执行的需求和避免干涉个别国家的民事司法程序的需求。为实现这一平衡,第二工作组决定,在满足《公约》规定的条件的情况下,各国可根据本国的程序规则执行和解协议。<sup>④</sup>

#### 第四条 对依赖于和解协议的要求

第四条具体规定依赖和解协议的一方在寻求救济时需要向公约缔约国主管机关提供什么。要求很简单,根据第四(1)条,当事人根据本公约依赖于和解协议,应向寻求救济的公约当事方的主管机关出具:

- (a) 由各方当事人签署的和解协议;
- (b) 显示和解协议产生于调解的证据,例如:
  - (一) 调解员在和解协议上的签名;
  - (二) 调解员签署的表明进行了调解的文件;
  - (三) 调解过程管理机构的证明;
  - (四) 在没有第(一)目、第(二)目或者第(三)目的情况下,可为主管机关接受的其他任何证据。

对于和解协议应由当事人签署或者在适用情况下应由调解员签署的要求,第四(2)条规定,符合下列条件的,即为在电子通信方面满足了上述要求:

- (a) 使用了一种方法来识别当事人或者调解员的身份并表明当事人或者调解员关于电子通信所含信息的意图;
- (b) 所使用的这种方法:
  - (一) 从各种情况来看,包括根据任何相关的约定,对于生成或者传递电子通信所要达到的目的既是适当的,也是可靠的;
  - (二) 其本身或者结合进一步证据,事实上被证明具备前述(a)项中所说明的功能。

根据第四(3)条,和解协议不是以寻求救济的公约当事方的官方语文拟订的,主管机关可请求提供此种语文的和解协议译本。第四(4)条规定,主管机关可要求提供任何必要文件,以核实本公约的要求已得到遵守。而第四(5)条规定,主管机关审议救济请求应从速行事。

#### 第五条 拒绝准予救济的理由

第五条规定了公约缔约国主管机关拒绝准予救济的理由。根据第五(1)条,根据第四条寻求救济的公约当事方的主管机关可根据寻求救济所针对当事人的请求拒绝准予救济,唯需该当事人向主管机关提供以下证明:

- (a) 和解协议一方当事人处于某种无行为能力状况;

<sup>④</sup> 同上。

(b) 所寻求依赖的和解协议：

(一) 根据当事人有效约定的和解协议管辖法律,或者在没有就此指明任何法律的情况下,根据在第四条下寻求救济的公约当事方主管机关认为应予适用的法律,无效、失效或者无法履行；

(二) 根据和解协议条款,不具约束力或者不是终局的；

(三) 随后被修改；

(c) 和解协议中的义务：

(一) 已经履行；

(二) 不清楚或者无法理解；

(d) 准予救济将有悖和解协议条款；

(e) 调解员严重违反适用于调解员或者调解的准则,若非此种违反,该当事人本不会订立和解协议；

(f) 调解员未向各方当事人披露可能对调解员公正性或者独立性产生正当怀疑的情形,并且此种未予披露对一方当事人有实质性影响或者不当影响,若非此种未予披露,该当事人本不会订立和解协议。

从以上可以看出,第五(1)条(a)至(d)规定了基于合同法的拒绝理由；第五(1)条(e)及(f)涉及基于调解员不当行为的拒绝理由。应当指出,第五(1)条(f)明确规定了调解员必须公正和独立的要求,这被认为是不同调解机构和国家的调解员最重要的素质之一。

最后,根据第五(2)条,根据第四条寻求救济的公约当事方的主管机关如果作出以下认定,也可拒绝准予救济：

(a) 准予救济将会违反该公约当事方的公共政策；

(b) 根据该公约当事方的法律,争议事项无法以调解方式解决。

#### 第八条 保留

第八条规定了《公约》所允许的保留的类型。根据第八(1)条,公约当事方可声明：

(a) 对于其为一方当事人的和解协议,或者对于任何政府机构或者代表政府机构行事的任何人为一方当事人的和解协议,在声明规定的限度内,本公约不适用；

(b) 本公约适用,唯需和解协议当事人已同意适用本公约。

第八(2)条规定,除本条明确授权的保留外,不允许作出任何保留。

第八(3)条规定,公约当事方可随时作出保留。在签署时作出的保留,必须在批准、接受或者核准时加以确认。此类保留应在本公约对有关公约当事方生效时同时生效。批准、接受或者核准本公约或者加入本公约时作出的保留,或者在根据第13条作出声明时作出的保留,应在本公约对公约有关当事方生效时同时生效。保留书在公约对该公约当事方生效后交存的,于交存日后六个月生效。

第八(4)条规定,保留及其确认应交存保存人。<sup>⑤①</sup>根据第八(5)条,根据本公约作出保留的公约任何当事方可随时撤回保留。此种撤回书应交存保存人,并应于交存后六个月生效。目前,白俄罗斯和伊朗已在签署时提出或宣布保留。<sup>⑤①</sup>

### 早期的成功

《公约》于2019年8月7日在新加坡开放签署。来自70个国家的超过1500名的代表出席了由新加坡律政部和贸易法委员会联合举办的签署仪式及会议。<sup>⑤②</sup>在签署仪式上,46个国家签署了《公约》<sup>⑤③</sup>,这是贸易法委员会公约开幕日签署国数量的最高纪录。自8月签署仪式以来,又有6个国家签署了该公约,截至2020年4月1日,共有52个国家签署了该公约(亚美尼亚、乍得、厄瓜多尔、加蓬和几内亚比绍于2019年9月签署<sup>⑤④</sup>,卢旺达于2020年1月签署<sup>⑤⑤</sup>)。《公约》的这些早期签署国遍布世界各地,拥有不同的法律传统和发展水平,占据全球一半以上人口,包括世界上两个最大的经济体美国和中国,亚洲的印度和韩国,以及东南亚国家联盟的5个成员国(文莱、老挝、马来西亚、菲律宾和新加坡)。

<sup>⑤①</sup> 根据第十条,联合国秘书长被指定为《新加坡调解公约》的保存人。

<sup>⑤②</sup> 截止至2020年4月16日的信息。参见 [https://uncitral.un.org/zh/texts/mediation/conventions/international\\_settlement\\_agreements/status](https://uncitral.un.org/zh/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status)。白俄罗斯在签署《公约》时作出了保留:根据《公约》第八条,《公约》将不适用于该国为一方当事人的和解协议,或者适用于凡政府机构或代表政府机构行事的任何人为一方当事人的和解协议;

伊朗在签署时作出的声明:

- 伊朗伊斯兰共和国政府谨借此刻签署《联合国关于经调解产生的国际和解协议公约》的机会,为其对本《公约》条款的“理解”备案,铭记提交本声明的主要目的是避免将来可能以不符合本意和原先立场或与伊朗伊斯兰共和国国内法律法规不一致的方式对下列条款作出解释。
- 伊朗伊斯兰共和国的理解和保留是:
- 以本声明的规定为限,伊朗伊斯兰共和国无义务对于其为一方当事人的和解协议,或者对于凡政府机构或代表政府机构行事的任何人为一方当事人的和解协议,适用本公约;
- 伊朗伊斯兰共和国适用本公约的前提将是仅以和解协议当事人已商定适用本公约为准。
- 伊朗伊斯兰共和国在批准时可选择作出保留;
- 伊朗伊斯兰共和国根据《公约》的有关规定,保留通过法律法规与各国合作的权利。

<sup>⑤③</sup> 新加坡律政部,“46个国家签署了新的调解国际条约”(46 States signed new international treaty on mediation),新闻稿,2019年8月7日, <https://www.singaporeconvention.org/media/media-release/states-signed-international-treaty>。

<sup>⑤④</sup> 46个国家为:阿富汗、白俄罗斯、贝宁、文莱、智利、中国、哥伦比亚、刚果(布)、刚果(金)、斯威士兰、斐济、格鲁吉亚、格林纳达、海地、洪都拉斯、印度、伊朗、以色列、牙买加、约旦、哈萨克斯坦、老挝、马来西亚、马尔代夫、毛里求斯、黑山、尼日利亚、北马其顿、帕劳、巴拉圭、菲律宾、卡塔尔、韩国、萨摩亚、沙特阿拉伯、塞尔维亚、塞拉利昂、新加坡、斯里兰卡、东帝汶、土耳其、乌干达、乌克兰、美国、乌拉圭、委内瑞拉。见联合国国际贸易法委员会, [https://uncitral.un.org/zh/texts/mediation/conventions/international\\_settlement\\_agreements/status](https://uncitral.un.org/zh/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status)。也见联合国信息服务处,(2019),“联合国《新加坡调解公约》在新加坡开放供签署”(The United Nations "Singapore Convention on Mediation" opens for signature in Singapore),新闻稿,2019年8月7日, <http://www.unis.unvienna.org/unis/en/pressrels/2019/unisl278.html>。

<sup>⑤⑤</sup> 贸易法委员会,《状况——联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》,2019年 [https://uncitral.un.org/zh/texts/mediation/conventions/international\\_settlement\\_agreements/status](https://uncitral.un.org/zh/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status)。

<sup>⑤⑥</sup> 联合国信息服务处,卢旺达签署联合国《新加坡调解公约》(Rwanda signs the United Nations "Singapore Convention on Mediation"),新闻稿。2020年1月29日, <http://www.unis.unvienna.org/unis/en/pressrels/2020/unisl290.html>。

### 2018年《示范法》(修正2002年《示范法》)

2018年《示范法》旨在推动各国调解程序法律的改革和现代化。它可以作为制定调解立法的独立文本,也可以在需要时作为执行《公约》的相关立法。<sup>⑤6</sup>其鼓励调解的使用,同时也通过允许各国将其条文适用于和解协议的执行来提供灵活性,而不论这些协议是如何产生的。<sup>⑤7</sup>

2018年《示范法》由三节共20条组成。第一节为总则;第二节订立调解程序,并纳入2002年《示范法》内的有关程序。这些条文涉及调解程序的各个方面,包括调解员的人数和指定(第六条),启动调解程序(第五条)和调解程序的终止(第十二条),调解的进行(第七条),调解员与当事人之间的联系(第八条),保密(第十条)和其他程序中证据可采性(第十一条)以及调解后问题,如调解员担任仲裁员(第十三条)及和解协议的约束力和可执行性(第十五条)。

第三节则介绍了国际和解协议,包括反映《公约》的规定,与和解协议的性质和可执行性有关的一般原则,对依赖于和解协议的要求,<sup>⑤8</sup>拒绝准予救济的理由。本节是2002年《示范法》外新加入的章节,用以处理《公约》通过后国际和解协议引起的相关问题。

联合国大会认可2018年《示范法》,大会相信2018年《示范法》将大大有助于各国加强关于利用现代调解办法的立法并制订目前尚不存在的此类立法,并建议“所有国家鉴于统一调解程序法律的可取性以及国际商事调解实践的具体需要,在修订或通过本国与调解相关的法律时对《示范法》给予积极考虑”。<sup>⑤9</sup>

### 《公约》的生效及未来发展

按照第十一条的规定,《公约》在纽约联合国总部无限期开放供签署,并按照第十四条的规定,《公约》将在第三份批准书、接受书、核准书或者加入书交存后六个月生效。此后批准、接受、核准或加入《公约》的所有其他国家或区域经济一体化组织,《公约》将在有关交存后六个月对其生效。<sup>⑥0</sup>各国或需要根据本国的国内要求,在国内颁布

<sup>⑤6</sup> “《贸易法委员会国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法》,2018年。” [https://uncitral.un.org/zh/texts/mediation/modellaw/commercial\\_conciliation](https://uncitral.un.org/zh/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation) 也见 Judith Knieper & Corinne Montineri, “贸易法委员会和新的国际调解立法框架”(UNCITRAL and a New International Legislative Framework on Mediation) *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor mediation en conflictmanagement*, Aflevering 4 2018, 28.

<sup>⑤7</sup> Judith Knieper & Corinne Montineri, “贸易法委员会和新的国际调解立法框架”(UNCITRAL and a New International Legislative Framework on Mediation), *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor mediation en conflictmanagement*, Aflevering 4 2018, 29.

<sup>⑤8</sup> Judith Knieper & Corinne Montineri, “贸易法委员会和新的国际调解立法框架”(UNCITRAL and a New International Legislative Framework on Mediation), *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor mediation en conflictmanagement*, Aflevering 4 2018, 28.

<sup>⑤9</sup> A/RES/73/199(2018) <https://undocs.org/zh/A/RES/73/199>.

<sup>⑥0</sup> 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》第11及14条。

法律执行《公约》或寻求批准《公约》。<sup>⑥1</sup>

新加坡和斐济率先于2020年2月25日批准《公约》，成为最早批准《公约》的两个国家，而卡塔尔亦于2020年3月12日向联合国纽约总部交存了批准书，成为《公约》第三个批准国。随着卡塔尔批准《公约》，《公约》将于六个月后，即2020年9月12日正式生效<sup>⑥2</sup>。

除加入《公约》，各国还应强烈考虑效仿2018年《示范法》进行立法，鉴于其为各国提供了清晰的调解法律框架，并为跨境执行和解协议提供灵活性。<sup>⑥3</sup>

鉴于《公约》提供了强有力的良好开端，贸易法委员会正在继续实现全面的国际调解法律框架。秘书处目前正在拟订下列文书：

(i) 贸易法委员会调解规则草案，目的为更新1980年《调解规则》，既反映当前做法，又确保与最近审定的《公约》和2018年《示范法》的内容保持一致。<sup>⑥4</sup>

(ii) 贸易法委员会关于调解安排说明草案，其中列出并简要阐明调解的相关事项，力求协助当事人更好地认识调解，包括广泛而灵活的各种可能结果。说明草案的拟订以国际调解为侧重点，意在由调解从业人员和争议当事人以一般和普遍方式加以使用。<sup>⑥5</sup>

贸易法委员会期待与所有调解专家就继续完善国际调解框架的工作进行进一步交流并听取相关意见。

## 四、结论

调解被广泛认为是一种有效且友好的争议解决办法，可以维持当事各方之间的关系。因此，贸易法委员会关于国际商事调解的文书有助于建立一个基于规则的全球多边商业体系，并促进平等诉诸司法，从而有益于实现可持续发展目标和2030年可持续发展议程，期望《公约》和2018年《示范法》得到各国广泛采纳。联合国秘书长安东尼奥·古特雷斯在《公约》签署仪式上的演讲对此进行了评论：

“通过提供更精简的国际调解框架，本公约可有助于确保一个更为有效、更为协调的

<sup>⑥1</sup> 贸易法委员会，“《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》介绍册”，第四页，[https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/zh/v1808433\\_chinese\\_revised.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/zh/v1808433_chinese_revised.pdf)

<sup>⑥2</sup> 联合国信息服务处，2020年3月13日，‘随着新加坡、斐济和卡塔尔交存批准书，《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》将生效’(The United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation will enter into force following ratification by Singapore, Fiji and Qatar) <http://www.unis.unvienna.org/unis/en/pressrels/2020/unisl293.html>.

<sup>⑥3</sup> 联合国信息服务处，《新加坡调解公约》在新加坡开放供签署(The United Nations "Singapore Convention on Mediation" opens for signature in Singapore), <http://www.unis.unvienna.org/unis/en/pressrels/2019/unisl278.html>。

<sup>⑥4</sup> A/CN.9/1026. <https://undocs.org/zh/A/CN.9/1026>.

<sup>⑥5</sup> A/CN.9/1027. <https://undocs.org/zh/A/CN.9/1027>.

商事争议解决程序。这样做也将有助于促进法治,突出多边主义的优势。”<sup>⑥⑥</sup>

关于《公约》、2018年《示范法》以及其他贸易法委员会文书的更多信息,请访问贸易法委员会网站: [uncitral.un.org](http://uncitral.un.org)。

---

---

**Abstract:** This article provides an overview of the recently adopted United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (Singapore Convention on Mediation), and the related instruments developed by the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), including in particular the UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation 2018 (amending the Model Law on International Commercial conciliation, 2002). It gives a synopsis of the work done by UNCITRAL over the past decades in the field of international commercial mediation, introduces the background to the development of the Singapore Convention on Mediation and the 2018 Model Law and discusses the major provisions of these two texts. It also outlines the latest developments with respect to the Singapore Convention on Mediation and the ongoing efforts of UNCITRAL to continuously strengthen the international mediation framework, while encouraging states to join the Singapore Convention on Mediation and consider enacting the 2018 Model Law.

**Keywords:**

- United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)
  - United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (Singapore Convention on Mediation)
  - UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation 2018 (amending the Model Law on International Commercial conciliation, 2002)
  - International commercial mediation
- 
- 

( 翻译: 苏 蓓 责任编辑: 李 兵 )

---

<sup>⑥⑥</sup> 联合国秘书长安东尼奥·古特雷斯在2019年8月7日《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》签字仪式上发表的视频演讲, <https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2019-08-07/secretary-generals-video-message-for-signing-ceremony-of-the-united-nations-convention-international-settlement-agreements-resulting-mediation>.

# 试论仲裁机构管理和仲裁庭独立裁决的有机结合

李 虎\*

---

**内容提要** 从中外仲裁实践差异的考察中,可以看出,我国仲裁机构化特征明显。与国际机构仲裁不同,我国仲裁机构对仲裁进行深度管理,机构管理服务和仲裁庭独立裁决的关系协同因此就成为我国仲裁治理的焦点。本文从仲裁机构、仲裁庭、仲裁监督和国际评判四个角度对机构管理和仲裁庭独立裁决的有机结合进行了深入探讨。只要我们恪守正确理念,强化制度建设,构建监督机制,增加管理透明度,实现机构管理和仲裁庭独立裁决的有机结合,必能充分发挥我国机构仲裁的优势,有效提高我国仲裁的公信力。

**关键词** 国际仲裁 中国仲裁 机构管理 仲裁庭(仲裁员) 独立裁决 有机结合 仲裁公信力

---

## 引 言

国际商事仲裁快速发展,仲裁机构作用凸显。考察中外仲裁实践差异,我国仲裁机构化特征明显,机构管理服务和仲裁庭独立裁决的协同则成为我国仲裁治理的焦点。恪守正确理念,强化制度建设,构建监督机制,实现机构管理和仲裁庭独立裁决有机结合,必能充分发挥我国机构仲裁优势,有效提高仲裁公信力,为“一带一路”建设和经济贸易发展提供有力保障。

## 一、影响国际商事仲裁发展的主要因素

近年来,国际老牌仲裁机构稳扎稳打,中青年仲裁机构异常活跃,新兴仲裁机构不断

---

\* 李虎,国际法学博士、法律(仲裁)研究员、享受国务院特殊津贴专家,现任中国国际经济贸易仲裁委员会(CIETAC)党委书记,兼任中国海事仲裁委员会(CMAC)副主任、瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院(SCC)理事会理事、亚洲多元争议解决院(AIADR,吉隆坡)理事会理事、国际商会(ICC)仲裁与ADR专业委员会委员,系中国政府委任的解决投资争议国际中心(ICSID,华盛顿)仲裁员,拥有亚洲国际仲裁中心(AIAC,吉隆坡)和开罗区域国际商事仲裁中心(CRCICA)等国际仲裁机构以及美国、哈萨克斯坦、南非、乌克兰、蒙古等国家和中国香港、台湾地区仲裁机构仲裁员资格。本文内容仅代表笔者个人观点。

涌现,国际仲裁实践创新不断,仲裁市场竞争激烈,国际商事仲裁日益发展。

笔者认为,从国际商事仲裁的未来发展看,影响或制约国际商事仲裁发展的前三大因素主要如下:

一是国际贸易投资的发展。作为一种法院诉讼之外的重要的争议解决方式,国际商事仲裁因其所具备的协议管辖、程序灵活、专家裁判、一裁终局、裁决易于域外执行等优点而被广泛地应用于解决国际贸易投资纠纷,服务于国际经济贸易发展。鉴于此,国际贸易投资的发展程度和方向也就决定了作为纠纷解决方式的国际商事仲裁的发展程度和方向。国际商事仲裁的发展与国际经济贸易发展亦步亦趋,如影随形。举例而言,电子商务作为后现代国际贸易的一种重要方式,其发展本身要求与其发展程度和赖以发展的技术相匹配的纠纷解决方式,网上争议解决(Online Dispute Resolution, ODR)应运而生;争议解决必然要对电子商务交易各方快捷高效解决争议的需求做出回应,电子商务催生了网上调解(Online Mediation)和网上仲裁(Online Arbitration)。

二是联合国和国际仲裁组织的努力。联合国及其贸易法律委员会等下属机构始终在国际商事仲裁的发展中扮演着重要角色,发挥着举足轻重的作用。1958年联合国在纽约主持通过的《关于承认和执行外国仲裁裁决的公约》(《纽约公约》)是世界上最为成功的国际公约之一,随着2020年3月31日帕劳加入文书的生效而拥有162个缔约国,为仲裁裁决依据公约在国际范围内的承认和执行奠定了坚实的法律基础,极大地促进了国际商事仲裁的发展。联合国贸法会1985年《国际商事仲裁示范法》(2006年修订)目前至少已得到74个以上的国家(104个司法区)采纳,从而有力地促进了国际商事仲裁立法的融合趋同。联合国贸法会1976年《仲裁规则》(2010年修订)在国际临时仲裁和机构仲裁甚至是国际投资仲裁中均得到了当事人的广泛采用,影响深远。联合国《关于基于调解而达成的国际和解协议公约》(《新加坡调解公约》)已于2019年8月在新加坡宣布开放签署,公约赋予国际和解协议域外承认和执行效力,将实质性促进商事调解的发展,进而深刻改变国际争议解决的格局。

另一方面,国际商事仲裁理事会(ICC A)和亚太区域仲裁组织(APRAG)等国际非政府组织,作为国际仲裁专业机构,为国际或区域仲裁交流合作搭建平台,引领国际仲裁发展。ICC A年刊(The Annual ICC A Yearbook)每年发布世界各国法院适用《纽约公约》承认和执行外国仲裁裁决的判例和评析,推动公约不断地朝着统一的司法解释方向迈进,并继而于2014年发布仲裁秘书指南(Yong ICC A Guide on Arbitral Secretaries),为仲裁员雇用秘书提供指引,规范实践。

三是国际仲裁机构之间的竞争与合作。国际商事仲裁发展的强大内生动力来源于国际仲裁机构自身,来源于机构的竞争与合作。“当事人意思自治”(party's autonomy)是仲裁活动最为显著的特征之一。由哪一个仲裁机构在何地仲裁完全由贸易投资双方当事人合同中约定选择,而公正高效的仲裁法律服务既是仲裁本身的价值追求,也是仲裁公信力的核心所在。仲裁机构通过独立公正的仲裁服务,不断提升仲裁公信力,增强自身竞争力,吸引当事人的约定选择。因此,仲裁机构之间的业务竞争是一个不

争的事实。然而,我们提倡良性竞争,批判恶性竞争,而良性竞争本身就呼唤合作。

在机构竞争与合作过程中,各仲裁机构因应当事人需求,不断地进行程序创新,完善仲裁规则,优化仲裁实践,确保质量,提高效率,增加仲裁吸引力。另一方面,相关仲裁机构之间相互学习借鉴,使得某一个机构的自身实践(special practice)成为普遍实践(common practice),继而成为业界的最佳实践(best practice),各机构得以分享最佳实践,共享创新成果。如此反复,在机构竞争与合作中,国际商事仲裁创新不断,发展持续向前。

近年来国际仲裁中广泛探讨采用的紧急仲裁员制度(emergency arbitrator)、追加当事人(joinder)以及第三方资助(the third party funding)便是例证。与此同时,机构之间的合作也会形成双边或多边合作机制和平台,产生新的争议解决机构。贸促会调解中心已与世界多个国家对口机构建立了联合调解机制。早在2001年,贸仲委便与香港国际仲裁中心合作设立亚洲域名争议解决中心,解决网络域名争议。作为2019年第二届“一带一路”高峰论坛成果之一,中国涉外仲裁委员会的法定组建机构中国贸促会(中国国际商会)联合“一带一路”沿线及国际30多个国家和地区的商协会、法律服务机构共同发起成立国际商事争端预防与解决组织,致力于“一带一路”国际商事争端预防及解决。

就贸仲委而言,贸仲委1954年由前中央人民政府政务院(国务院)批准于1956年在中国贸促会(中国国际商会)内设立,是中国最早设立的涉外仲裁机构。自1992年开始,贸仲委的涉外仲裁案件数量持续位居世界第三。过去10年,贸仲委受案数量和争议金额持续增长。2009年,贸仲委全年受案1482件,其中涉外案件560件,年度案件争议金额人民币173亿元。2019年,全年受案3333件,其中涉外案件617件,年度案件争议金额达到人民币1220亿元。10年间,受案数量增长了125%,而争议金额则增长了605%。2019年案件当事人来自世界72个国家和地区,双方当事人均非内地当事人的案件66件。

贸仲委仲裁的发展一是得益于我国自1978年开始实行的改革开放政策。国家出台系列政策、法律法规,创设稳定的有利于外商投资的营商环境,同时鼓励我国企业“走出去”,发展国际贸易、进行对外投资。涉外贸易投资的发展给我国涉外仲裁即贸仲仲裁提供了发展的机会和空间;二是得益于我国仲裁法律和司法制度的不断完善。我国涉外仲裁始于贸仲委仲裁,1991年《民事诉讼法》(2013年修订)和1994年《仲裁法》的颁布施行为我国仲裁发展奠定了坚实的法律基础,我国1986年加入《纽约公约》则极大地促进了我国涉外仲裁国际化。另一方面,自《仲裁法》颁布实施以来,最高人民法院已陆续发布40多个司法解释,以规范支持我国仲裁的发展;三是基于贸仲委自身的不懈努力。60多年来,贸仲委一直致力于为当事人提供国际化的仲裁服务。贸仲委现行仲裁员名册(2017)中有来自65个国家的315位外籍仲裁员和92位港澳台仲裁员。贸仲委不断扩大外籍和港澳台仲裁员数量,以满足外方当事人选定仲裁员的实际需求。根据贸仲委仲裁规则(2015),如果当事人在仲裁条款中有特殊约定,当事人也可以在贸

仲委仲裁员名册之外选定仲裁员。机构与时俱进,在发挥仲裁与调解相结合等本土优势的同时,也积极借鉴采纳紧急仲裁员、多份合同仲裁和追加当事人等国际仲裁实践。继2012年设立贸仲委香港仲裁中心后,贸仲委又于2018年分别在奥地利和加拿大设立了贸仲委欧洲仲裁中心和北美仲裁中心,直接在内地以外就近提供贸仲委仲裁服务,促进仲裁服务国际化。

仲裁机构之所以在仲裁发展过程中发挥着重要的推动作用,是因为仲裁发展与仲裁机构自身息息相关。

## 二、仲裁机构和仲裁庭的职能定位

### 1. 仲裁与机构

在仲裁发展的历史长河中,先有临时仲裁,后有机构仲裁。目前世界上临时仲裁和机构仲裁并存,但仲裁机构不断增多,机构仲裁日益普遍。

在临时仲裁中,双方当事人约定由各自选定的仲裁员组成仲裁庭通过仲裁解决争议,做出裁决。如果双方相互配合,程序进展顺利,整个仲裁程序从启动仲裁到仲裁庭作出裁决均无需任何机构的管理与协助。即便如此,当事人往往在约定中也会同时确定某机构作为指定机构(appointing authority),在一方不配合使程序陷入僵局时提供代为指定仲裁员等程序协助。在当事人没有确定指定机构的情形下,仲裁地国仲裁法也会规定由其相关法院或特定机构作为指定机构在必要时为临时仲裁提供协助。需要说明的是,与机构仲裁不同,在临时仲裁中,指定机构除在必要时应要求提供相应的协助外,不参与仲裁程序的管理,仲裁程序完全由当事人启动、仲裁庭主持,直至做出裁决。

在机构仲裁中,当事人约定将争议提交某仲裁机构仲裁解决。当事人启动仲裁程序,机构根据其仲裁规则或当事人约定组成仲裁庭,由仲裁庭主持推进程序,审理案件,做出裁决。机构则根据仲裁地国仲裁法和仲裁规则的规定或当事人的特殊约定,对仲裁活动给予协助,进行管理。与临时仲裁不同,在机构仲裁中,机构在整个仲裁程序中均履行协助和管理职责。即便当事人约定适用的仲裁规则并非所选择仲裁机构的仲裁规则,当事人所约定仲裁规则中有关机构行使的管理职能也应当由所选择的仲裁机构行使。

### 2. 机构与仲裁庭

根据世界各国仲裁法规定以及国际惯例与实践,无论是临时仲裁中指定机构必要时的协助,还是机构仲裁中仲裁机构持续性地管理,机构本身并不仲裁案件,不解决争议,而是为仲裁等争议解决提供管理服务,仲裁员是案件审理裁决的主体,“仲裁的好坏取决于仲裁员”。

国际商会(ICC)国际仲裁院仲裁规则(2017)第1条规定,仲裁院是国际商会的—个独立的仲裁机构,自身不解决争议,而是根据仲裁规则对仲裁庭所进行的争议解决进行管理。其附件—(仲裁院地位)第1条(职能)进一步规定,作为—个自治机构,仲裁院在行使职能时完全独立于国际商会及其部门。斯德哥尔摩商会(SCC)仲裁院

仲裁规则（2017）第1条也明确规定，仲裁院负责对依据仲裁院规则以及当事人约定的其他规则所进行的争议解决进行管理。其规则附件一（组织机构）第1条（关于仲裁院）则再次明确，仲裁院为争议解决提供管理服务，其是斯德哥尔摩商会的一部分，但独立地行使争议管理职能。

在国际机构仲裁实践中，以斯德哥尔摩商会仲裁院为例，在当事人仲裁条款约定明确、相互配合、程序正常进行情况下，仲裁程序由一方当事人依据仲裁规则启动，申请人申请仲裁（request for arbitration），列明依据，简述事由，选定己方仲裁员。仲裁院由其秘书处法律顾问（legal counsel）和案件经办人（case administrator）予以协助，将仲裁申请副本转发被申请人。被申请人予以回应（answer），并选定己方仲裁员。仲裁院理事会指定首席仲裁员（并在一方未选定己方仲裁员时代为指定仲裁员），组成仲裁庭，并由秘书处及时将案件移交仲裁庭。此后，除非仲裁庭或当事人依据规则提出请求或程序涉及到需要由机构决定事项，案件程序及实体均由仲裁庭负责，机构一般不再参与。仲裁庭自行管理程序，作出程序安排，发出程序通知，要求申请人提交索赔书（statement of claim），被申请人提交答辩书（statement of defense），组织证据交换，安排开庭审理，合议做出裁决，并按规则规定将裁决书签署后发送双方当事人，抄送仲裁院，仲裁程序即告终结。在仲裁程序中，如有必要，仲裁庭可按规则规定经商机构和当事人，自行承担费用聘任仲裁庭秘书（tribunal secretary）予以协助。

由此可见，在国际仲裁实践中，就仲裁机构与仲裁庭的职责定位而言，机构提供既定的有限管理服务，仲裁庭对案件（程序和实体）负责，独立裁决。机构与仲裁庭的关系清晰而简约，规范而明确，仲裁机构的管理不会影响或妨碍仲裁庭独立裁决，机构管理和仲裁庭独立裁决在实践中基本上不存在协调的问题。

我国《仲裁法》第8条规定，“仲裁依法独立进行，不受行政机关、社会团体和个人的干涉”，第14条进一步明确，“仲裁委员会独立于行政机关，与行政机关没有隶属关系。仲裁委员会之间也没有隶属关系”。《仲裁法》对我国仲裁依法独立进行也做出了明确规定，但中外仲裁确实存在差异。

### 三、中外仲裁的异同

与欧美等国家仲裁相比，中外仲裁的差异或者说我国仲裁的独特性主要体现在以下四个方面：

#### 1. 仲裁比较机构化

这突出表现在，在国际仲裁中，一些依法依规应由仲裁庭行使的职责在我国仲裁中被赋予给了机构。

根据国际广泛认可采纳的“自裁管辖理论”（the competence to competence theory），在仲裁程序中，如果一方当事人对仲裁庭的管辖权提出异议，基于仲裁条款（仲裁协议）的独立性（the separability doctrine），是由仲裁庭来决定自己的管辖权，就案涉仲裁条款

的有效性以及对案件的管辖权做出决定。我国《仲裁法》第 20 条则明确规定,由仲裁委员会就仲裁协议效力和案件管辖权做出决定;如果一方当事人申请仲裁员回避,不是该案的仲裁庭,而是仲裁委员会主任就仲裁员是否回避做出决定(我国《仲裁法》第 36 条);如果当事人申请财产保全或证据保全等临时措施,有权就此做出决定的是有管辖权的人民法院,而不是仲裁庭(我国《仲裁法》第 46 条和第 68 条)。不同于国际仲裁,我国《仲裁法》明确规定,裁决书要加盖仲裁委员会印章(第 54 条)。

需要说明的是,在国际上也有国际商会国际仲裁院和斯德哥尔摩商会仲裁院等仲裁机构在其所在地仲裁法不禁止的情况下,通过规则规定,将仲裁员回避的决定权限赋予仲裁院或其理事会。

根据贸仲委(CIETAC)仲裁规则(2015),如果当事人对仲裁地和仲裁语言没有特别约定,则不是仲裁庭而是仲裁机构就此做出决定(第 7 条和第 81 条);是仲裁机构决定是否合并仲裁以及是否追加当事人(第 18 条和第 19 条);在仲裁员签署裁决前,仲裁庭应将裁决书草案提交机构核阅。机构可在不影响仲裁庭独立裁决的情况下就裁决书的有关问题提请仲裁庭注意(第 51 条)。此外,根据机构内部规定,如果仲裁庭对案件裁决意见分歧,可将案件提交专家咨询委员会讨论。专家咨询委员会意见具有权威性,但对仲裁庭不具有约束力。

## 2. 案件经办人可以同时担任仲裁庭秘书

贸仲委自 1956 年设立时起就一直实行专业案件经办人做法,历版仲裁规则也就此予以确认。根据贸仲委仲裁规则(2015)第 13 条,机构在受理案件后应指定一名案件经办人(case manager),协助案件的程序管理。在仲裁庭组成后,所指定的案件经办人同时担任仲裁庭秘书(tribunal secretary),协助管理案件程序,履行仲裁庭秘书职责。作为机构工作人员,案件经办人(仲裁庭秘书)报酬由机构支付。这一做法也为我国仲裁所普遍采纳。

在国际仲裁中,仲裁机构工作人员不得担任仲裁庭秘书是一个基本原则。国际商会国际仲裁院“关于行政秘书的指定、职责和报酬的说明(2012)”第 1 条明确规定,仲裁院职员不得担任(仲裁庭)行政秘书。具有百年历史的斯德哥尔摩商会仲裁院虽未就此做出规定,但实践中也是如此掌握。唯一例外是香港国际仲裁中心,其“仲裁庭秘书使用指南(2014)”第 2 条规定,中心秘书处人员可被指定为仲裁庭秘书(tribunal secretary),但其不得同时担任同一仲裁案件(the same arbitration)的经办人(case manager);斯德哥尔摩商会仲裁院、国际商会国际仲裁院等仲裁机构通过其仲裁规则(斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则第 24 条)或者“说明指南”对仲裁庭秘书的职责予以明确规定。总体而言,仲裁庭经商当事人或机构可以自行聘用秘书予以协助,秘书必须始终保持独立公正,并在接受指定前签署接受指定声明书,就独立公正性作出声明,就可能引起对其独立公正性产生质疑的情形予以披露。当事人可以请求仲裁庭秘书予以回避。仲裁庭不得授予秘书任何实体裁判权利,或者依赖秘书完成仲裁庭的实质裁判职责。秘书因此不具备案件决定权限,不能协助起草裁决书的实体裁判内容。仲裁庭对秘

书的独立公正性负责,秘书在仲裁庭的监督指导下,主要协助处理行政事务、进行事实和法律查询、参加庭审合议并作笔录,以及协助准备程序令、决定及裁决的非实质部分;如果案件采用按照争议金额一揽子收取仲裁费,由仲裁庭向其聘用的秘书支付费用。如果仲裁费按照小时计收,则秘书可按照小时数额外向当事人收取服务费用。原则上,不得因秘书的聘用而额外增加当事人的费用负担。

### 3. 仲裁员可在仲裁中担任调解员但不能作为“友好裁判人”

在欧美国家,基于仲裁和调解是两种完全不同的争议解决方式,就相关争议,先进行调解,调解不成,再依据所达成的仲裁协议,将同一纠纷提交仲裁解决是可以的,但将仲裁和调解相结合,在仲裁程序中,由仲裁员担任调解员对案件进行调解是不可以的。如果调解不成,仲裁程序恢复,仲裁员继续仲裁程序,继而做出裁决,仲裁员在裁决时不可能不受调解程序中双方当事人基于妥协让步所陈述意见的影响,这会妨碍仲裁员依法公正裁决,从而有违正当程序。

仲裁与调解相结合则是我国仲裁的特色实践,最早由贸仲委在上世纪70年代所采用,并为我国《仲裁法》所确认(第51条和第52条)。在仲裁程序中,应双方当事人请求或经征得双方当事人同意,仲裁庭可以对案件进行调解。调解成功,当事人达成和解协议,申请人可申请撤案,双方也可共同请求仲裁庭作出和解裁决或制作调解书。调解书与裁决书具有同等法律效力,经双方当事人签收后生效。实践中,当事人多请求仲裁庭作出和解裁决;调解失败,仲裁程序恢复,仲裁庭继续审理,并作出裁决。贸仲委仲裁规则(2015)第47条明确规定,“如果调解不成功,任何一方当事人均不得在其后的仲裁程序、司法程序和其他任何程序中援引对方当事人或仲裁庭在调解过程中曾发表的意见、提出的观点、作出的陈述、表示认同或否定的建议或主张作为其请求、答辩或反请求的依据”。

仲裁与调解相结合在我国仲裁实践中运行良好,取得了巨大成功。据笔者统计,在贸仲委过去5年平均每年2375件结案数量中,至少有15%的案件是通过仲裁中的调解得以解决的。仲裁与调解相结合体现了“和为贵”的中华法律文化理念,充分利用仲裁和调解的优势,不伤和气,化解纠纷,不仅提高了争议解决的效率,还降低了当事人争议解决的成本,有利于双方继续保持友好的商业合作关系。仲裁庭基于当事人和解协议而作出的和解裁决,主动履行率高,当事人因此而省去了后续可能在法院进行的裁决撤销或强制执行程序。作为最后的法律保障,即便一方当事人不主动履行和解裁决,因其具有终局法律效力,他方当事人可依据我国法律规定或《纽约公约》在国内外寻求强制执行。

在笔者代表贸仲委2011年在英国伦敦所主讲的一场研讨活动中,英国律师问及在贸仲委仲裁中是否有外方当事人接受认可仲裁与调解相结合的案例。笔者的回答是,这在贸仲委仲裁中很常见。当事人在仲裁中既要评是非,论道理,讲法律,更要面对现实,解决争议,减少诉累,定分止争是任何一种争议解决方式所追求的终极价值目标。仲裁与调解相结合在国际上从最初的抵制到后来的理解以至于现在逐步的认同和接受,影响

力日益扩大,并被中欧仲裁中心(德国汉堡)等外国仲裁机构明确规定在其仲裁规则中。

另一方面,根据欧美国家仲裁法的规定,如果经双方当事人明示授权,仲裁员可以“友好裁判人”(amicable compositeur)的角色裁决案件。这就是国际上的“公允善良仲裁”(arbitration *Ex Aequo et Bono*),也就是说,仲裁员经授权可置法律规定于不顾,而仅依衡平规则(rules of equity)对案件作出裁决。鉴于在此情形下,仲裁员享有很大的自由裁量权限,法律予以规定调整,只有当事人明示授权,方可如此实施。联合国贸法会1985年国际商事仲裁示范法第28条(实体适用规则)也明确规定,只有在得到当事人明示授权时,仲裁庭方可按照公允善良原则或以友好裁判人裁决案件。需要说明的是,公允善良仲裁只关乎仲裁员裁决适用的实体规则(衡平规则),不涉及仲裁员身份转变,友好裁判人仍然是仲裁员。我国《仲裁法》对“公允善良仲裁”未作规定,仲裁员只能依法裁决。

#### 4. 更加重视书面证据

与英美等普通法国家不同,我国仲裁在实践中就书面证据和证人证言的重视程度而言,在书面证据本身能够查清案件事实的情况下,更加重视书面证据。证人可在必要时出庭作证,但实践中并不必然要求证人庭前提交书面证人证言,出庭作证的方式也相对简单,没有严格的询问(examination)、交叉盘问(cross-examination)和再盘问(re-examination)程序,开庭因此而耗时较短,一般持续1天或1天半左右。

我国法律对仲裁证据规则没有做出系统规定,也未采纳英美等普通法国家的证据开释(discovery)和优先权制度(privilege),民事诉讼证据规则在实践中可予以参照适用。在我国仲裁实践中,尽管在开庭前会组织证据交换,但一般不会涉及证据开释和优先权的问题,没有相应的实践。贸仲委2015年制定了《证据指引》,供当事人援引或仲裁庭决定适用,以规范贸仲委仲裁证据规则,填补法律规定的空白。实践中,一些案件当事人或仲裁庭也援引或决定适用国际律师协会(IBA)的“国际商事仲裁取证规则”。

从中外仲裁异同的总体考察中,我们可以更加清晰地了解我国仲裁机构的职责。

## 四、我国仲裁机构的职责

### 1. 管理权限与职责范围

就我国仲裁的特殊性而言,仲裁与调解相结合、仲裁员在仲裁程序中可以担任调解员对案件进行调解,这涉及到的是两种争议解决方式的结合和与之相应的仲裁员审理案件、解决争议的身份和角色问题;在书面证据和证人证言之间,仲裁庭更加重视书面证据,涉及的是优势证据等证据规则以及不同法系、不同国家法律文化传统与实践差异。这些都属于仲裁庭审理裁判的范畴。

通过法律规定和机构规则将国际仲裁中由仲裁庭履行的职责赋予机构、机构案件经办人同时担任仲裁庭秘书全程协助案件程序管理,则直接关乎仲裁机构的管理权限和职责范围。仲裁机构决定仲裁协议的效力和仲裁庭对案件的管辖权、仲裁委员会主任决定

仲裁员是否回避、法院决定证据保全和财产保全等临时措施,以及裁决加盖仲裁机构印章是法律的规定,机构案件经办人担任仲裁庭秘书、机构核阅仲裁庭裁决草案,以及复杂案件的专家咨询则主要体现为机构仲裁规则的规定和仲裁实践。

管辖权、仲裁员回避和保全措施决定均是重大程序事项,而机构案件经办人担任仲裁庭秘书协助程序管理则使得机构可以全程参与具体仲裁案件的程序管理。实际上,在这种安排下,整个案件仲裁程序主要是由机构协助管理,组织推动。裁决核阅和专家咨询制度则使得机构能够就仲裁案件的实体发表意见,提请仲裁庭注意。

贸仲委自1995年起在仲裁规则中规定裁决核阅,贸仲委裁决核阅制度,主要借鉴于国际商会国际仲裁院。国际商会国际仲裁院自1927年起实行裁决核阅制度,其现行规则(2017)第34条规定,“仲裁庭应在签署裁决书之前将裁决草案提交仲裁院。仲裁院可以对裁决书的形式进行修改,也可以在不影响仲裁庭自主决定权的前提下,就实体问题提醒仲裁庭注意。裁决书的形式未经仲裁院确认,仲裁庭不得作出裁决”。除国际商会国际仲裁院外,目前新加坡国际仲裁中心(SIAC)和亚洲国际仲裁中心(AIAC)(原吉隆坡区域仲裁中心(KLRAC))等机构也在其仲裁规则中对裁决核阅作出了规定,前者核阅裁决形式和实体,后者核阅仅限于裁决的程序不当和技术错误。作为对比,兹将贸仲委仲裁规则(2015)第51条全文援引如下:“仲裁庭应在签署裁决书之前将裁决书草案提交仲裁委员会核阅。在不影响仲裁庭独立裁决的情况下,仲裁委员会可以就裁决书的有关问题提请仲裁庭注意”。实践中,贸仲委对裁决书的核阅既包括形式问题,也包括程序和实体事项。

除裁决核阅外,机构人员担任仲裁庭秘书和疑难案件的专家咨询,则主要是贸仲委自己的做法。如上所述,这些做法,也得到了国内其他仲裁机构的广泛采用而成为我国仲裁的普遍做法。

我国仲裁的上述实践与做法也为2018年12月31日中共中央办公厅和国务院办公厅发布的《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》(《两办意见》)(中办发【2018】76号)所认可和确认。《两办意见》明确要求仲裁机构“提高仲裁秘书服务仲裁庭和当事人的能力,建立操守规范、业务精湛的仲裁秘书队伍”,“健全各项内部控制制度,在尊重仲裁庭、仲裁员独立裁决的基础上,加强仲裁委员会对仲裁程序的监督管理,建立仲裁委员会对仲裁裁决的核阅制度、重大疑难案件的专家咨询制度,落实仲裁员信息披露制度和仲裁员回避制度,确保案件质量”。

由此可见,我国仲裁机构的管理权限和职责范围要远远大于国际仲裁机构。国际机构对仲裁进行的管理是有限而适度的,我国机构对仲裁则进行全面而深度的管理。相比较而言,我国仲裁更加机构化。

## 2. 机构化与去机构化

现在的问题是,我国目前所实行的机构化仲裁好还是不好?我们是维持机构化,还是去机构化?

前不久,荷兰科威集团(Wolters Kluwer)“科威仲裁博客”编辑艾瑞尔·厄里斯

(Arie Eernisse)对笔者进行了专访,他问笔者的其中一个问题是:“贸仲委仲裁和世界其他机构仲裁到底有何不同?”

笔者回答不同之处主要有两个,一个是仲裁与调解相结合,另一个就是,机构对仲裁的专业协助与服务,这能够有效地提高仲裁的质量,确保裁决的效率。实践中,除法律和规则规定外,贸仲委还制定了相应的软法(soft law)来规范机构对仲裁庭的专业协助与服务。机构制定有《经办秘书守则》和《经办秘书办案指南》、《裁决书核阅办法》以及《专家咨询委员会工作规范》,并根据实践经验总结多次修订,以规范秘书协助、裁决核阅和专家咨询工作。多年来,这些制度整体运行效果良好,切实起到了提高仲裁效率、保障裁决质量、加强监督管理、提升仲裁公信力的积极作用。

实际上,我国仲裁所实行的专业经办秘书、裁决核阅以及专家咨询制度,由机构对仲裁予以专门管理,给予专业协助,是与我国仲裁发展的阶段和现状相适应的。

就我国仲裁整体而言,我国仲裁行业大而不强、裁判员队伍整体水平不高的问题较为突出,仲裁市场需要规范。2018年全国255家仲裁机构共计受案544536件,与全国法院1800万件的受案量相比,仲裁受案数量仍然有限,作用发挥不够;去年全国各机构共计受理3671件涉外仲裁案件,仅占总受案量的0.67%,占比不高,国际化程度偏低;各机构均制定有裁判员名册,全国在册裁判员人数至少在4万人以上,裁判员之间仲裁理念、业务水平、职业操守相差悬殊;仲裁监督和行业自律尚不规范,仲裁发展区域差异巨大,裁决质量参差不齐,高质量发展不够。2019年全国仲裁受案量虽有增长,但总体情形没有明显改善。

在我国仲裁市场发展尚不充分、仍不平衡的情况下,如果不顾实际地“去机构化”,武断地向国际看齐,实行机构有限的管理,则不利于我国仲裁的快速发展。举例来说,如果我们不再实行机构专业经办秘书制度,在仲裁庭组成后将案件移交仲裁庭,完全由仲裁庭(裁判员)来组织仲裁程序,制作签发程序通知,交换证据,处理当事人及其代理人提出的程序异议,回答程序咨询,协调安排开庭,制作合议庭庭审笔录,机构不再对裁决进行核阅,那么,基于笔者多年的仲裁职业经验和行业认知来判断,多数裁判员均不同程度地无法胜任,仲裁程序必会五花八门,极不规范,程序失当隐患不断,廉洁风险陡增,裁决被依法撤销或不予执行的数量激增,司法监督、纪检监察压力巨大,仲裁公信力将举步维艰。毕竟,法学犹如医学,是一门实践性极强的学科,“法律的真谛在于实践”,对仲裁案件各种程序和实体问题的精准把握和妥善处置是以丰富的实践经验为基础的,是通过经办或裁决数百乃至成千上万个仲裁案件所锤炼出来的。

再比如,随着我国《仲裁法》修改列入议程,国内业界围绕要不要引入临时仲裁的问题争论不休。我国《仲裁法》第16条规定,有效仲裁协议除包含仲裁的意思表示、可仲裁事项外,还必须有所选定的仲裁委员会。否则,除非达成一致予以补充,仲裁协议无效。也就是说,我国《仲裁法》仅允许机构仲裁,不允许临时仲裁。笔者在所参加的多场研讨会上均表述过相同的观点,作为仲裁的一种形态,我们应该也可以有临时仲裁,但鉴于临时仲裁从始至终均没有机构的监督协助而完全由裁判员组织程序、审理裁决,这

就必须同时解决实行临时仲裁的配套规定,提供临时仲裁得以生存的土壤和环境。这就意味着,完善的仲裁法律制度、友善的司法环境、高尚的职业操守、良好的行业自律,以诚信为核心的信用体系,以及系统完备的仲裁监管均不可或缺。仲裁乃居中裁判,公道正派是仲裁员的底线要求。瑞典仲裁法对仲裁员的要求只有一条,那就是,“仲裁员必须独立公正”。1965年《关于解决国家和他国国民之间投资争议公约》(《华盛顿公约》)明确规定,缔约国在按公约规定向投资争议解决国际中心(ICSID)委任仲裁员或调解员时,所委任之专业人士“应具有高尚的道德品质,并且在法律、商务、工业和金融方面具备公认的能力,可以被信赖做出独立的判断”。

鉴于此,笔者认为,就我国仲裁的发展而言,我们仍然需要或者说离不开仲裁机构的专业管理与协助。恰当的表述应当是,机构以专业的管理与协助服务于仲裁庭独立裁决,有利于我国仲裁的健康发展。

另一方面,正是由于我国仲裁所实行的机构经办人担任仲裁庭秘书、裁决核阅以及疑难案件专家咨询会议制度,使得在我国仲裁中机构和仲裁庭之间关系凸显,是一个极其敏感而又绕不开、躲不过的硬核问题。

## 五、机构管理和仲裁庭独立裁决的协同

“一些美国和欧洲的客户不愿意和中国公司在中国进行仲裁,他们对中国仲裁的客观性心存顾虑。您怎么看?”

这是2019年初法国知名商业杂志《领导者联盟》(Leaders League)编辑凯美莉·戈维尔(Camille Guevel)采访时问笔者的问题。凯美莉所提问题在国际仲裁界具有一定的代表性,一定程度上反映了国际社会一部分人对我国仲裁的看法,他们最担心的是,在中国仲裁,仲裁庭的独立性是否有保障。

笔者从三个方面简要作答,一是以贸仲委2017年受案数量(2298件)、涉外案件数量(476件)和双方当事人均非中国当事人案件数量(40件)为例,说明近年来中国涉外仲裁快速发展,外国当事人对在中国仲裁尤其是对贸仲仲裁是有信心的;二是对欧美国家一些当事人基于中外仲裁的差异而对我国仲裁的担心和关注表示理解,同时指出,加深对中国仲裁实践的了解可在很大程度上消除这种疑虑,并进一步以贸仲仲裁为例来说明机构对仲裁的专业管理与协助以及机构和仲裁庭之间的良性互动;三是与联合国贸法会《国际商事仲裁示范法》和国际惯常仲裁实践相比,我国仲裁仍有进一步提升的空间。

笔者在这里想说的是,对于机构深度管理的我国仲裁而言,机构和仲裁庭之间关系协同问题确实是一个关乎我国仲裁尤其是涉外仲裁发展的大问题,是“完善仲裁制度提高仲裁公信力”的核心所在。

《两办意见》明确提出,要“充分发挥我国仲裁机构的优势作用,实现仲裁委员会管理与仲裁庭独立裁决有机结合”。这是因为,机构和仲裁庭之间关系处理的好,则能发挥我国机构仲裁的优势,确保仲裁提质增效;不好则会影响、妨碍甚至干预仲裁庭独立裁

决,从而损害仲裁的根本制度,影响仲裁公信力。

如何做到机构管理和仲裁庭独立裁决相得益彰、有机结合呢?

### 1. 仲裁机构视角

首先,以理念先导,恪守正确理念,界定机构定位。机构无权裁决案件,仅为仲裁提供管理服务,为仲裁庭提供专业协助,机构的管理与协助不动摇、不改变、不取代仲裁庭独立裁决的主体地位。管理不是审理,协助不是胁迫。经办秘书是协助仲裁庭管理案件程序,裁决核阅是在不影响仲裁庭独立裁决的前提下提醒仲裁庭注意,专家咨询意见仅供仲裁庭参考,不具有约束力。

其次,以机制约束,严格制度规范,厘清权利边界,明确职责范围,消弭风险隐患。要规范经办秘书的分配指定、披露回避、职责范围和操守准则,增进经办秘书协助服务的透明度;要完善机构裁决核阅人员的资格要求,明确裁决核阅的目的、范围、原则和核阅意见的性质,规范裁决核阅人的委派指定,细化裁决核阅的环节和流程,明确核阅意见反馈仲裁庭的具体要求和用语规范;要加强机构专家咨询委员会专家委员的资格审查,明确专家咨询会议目的、工作原则和咨询意见的性质,规范案件专家咨询会议的启动和专家确定程序,以及专家咨询意见的审核定稿和向仲裁庭反馈操作。

通过制度建设来有效完善内部防控机制,规范机构管理服务,消除人为干预、私自操纵案件的隐患,杜绝影响仲裁庭独立裁决的因素。

再次,以监督保障,加大监督力度,强化落实执行。制度有了,最重要的就是执行问题。机构要建立内部监督保障和制约机制,规范权力运行,及时排查廉洁风险,定期评估制度执行,坚持挺纪在前,有效执纪问责,教育引导办案管理人员提高规矩意识,督促依规履职,规范服务,不错位,不越位,不越界,坚决禁止机构人员违反规定,利用管理服务权限干预办案,谋取私利,切实维护仲裁庭独立裁决原则以及审理裁决的主体地位。

以贸仲委为例,2019年,贸仲委深入贯彻落实《两办意见》精神,制定实施了《关于仲裁办案相关廉政风险点排查机制实施办法》,对仲裁员之间固定选定或交叉选定、机构人员与特定律所(律师)关系、机构人员办案回避制度落实,以及裁决核阅人员回避制度落实等情况进行定期排查,以便根据情况,分类处置,依规处理,加大对廉洁办案潜在风险的排查力度,进一步强化对办案人员的管理和监督。

### 2. 仲裁庭视角

一是要尊重法律规定和当事人约定。由仲裁机构决定仲裁管辖权(当事人也可以依法直接申请由有管辖权的人民法院做出决定)和仲裁员回避以及由法院决定临时保全措施,是我国《仲裁法》的规定。依据贸仲委仲裁规则,在具体案件中,贸仲委也可授权仲裁庭直接就管辖权做出决定。在尊重我国法律规定的前提下,考虑到了具体案件需要由仲裁庭进行实体审理方能决定仲裁协议效力和案件管辖权的实际,也尽可能兼顾到了“仲裁庭决定自裁管辖权”的国际惯例。到目前为止,就贸仲委而言,虽然实践中有由仲裁委员会主任依职权主动撤换仲裁员的案例,但针对仲裁员回避申请所做出的主要是不予回避决定。由机构决定仲裁员回避的做法也符合国际仲裁最新发展趋势。机

构决定管辖权和仲裁员回避在我国仲裁实践中总体运行良好。我国仲裁机构通过仲裁规则规定由机构核阅裁决、由经办秘书协助管理案件程序的做法符合我国仲裁发展的实际,有利于发挥我国机构仲裁的优势。依国际通说,仲裁规则规定经由当事人仲裁协议援引即成为当事人约定,仲裁庭依法依约仲裁。对于法律规定和当事人约定,我们理应予以尊重。

二是要配合机构的管理与监督。我国机构仲裁实行仲裁员名册制,机构对其在册仲裁员进行管理监督,保障公正仲裁,以增强当事人对机构仲裁的信心,维护机构声誉,是应有之义。仲裁机构规范制度运行,根据当事人的信托,依据法律和规则规定,为仲裁提供专业的管理服务,对仲裁员审理裁决进行监督,这同时也就要求机构要切实履行职责,管理监督到位,不辜负当事人的信托。仲裁员应予以理解,积极配合,遵守机构有关仲裁员的行为守则,保持独立公正,勤勉审慎地履行裁判职责。

近年来,包括贸仲委在内的一些仲裁机构根据客观情况的发展变化和仲裁工作的实际需要,参考国际律师协会(IBA)有关规范指南,已经修订或即将修订其有关仲裁员行为规范,在强化仲裁员独立裁决主体责任的同时,进一步加强监督管理。比如,对仲裁员在一定期限内曾经多次接受同一当事人、代理人或律师事务所指定担任仲裁员的情形做出规定,要求予以披露,以切实降低廉洁风险。

三是要理解并善用机构的专业服务。仲裁员是仲裁程序的主人,组织和推动仲裁程序是仲裁员的责任,机构经办秘书在仲裁庭的指导下,协助进行仲裁程序管理。机构不断加强对经办秘书的履职规范,提高业务水平和沟通协调能力,强化职业操守和廉洁教育,为仲裁员提供专业化的协助服务,以高效组织和推动仲裁程序。在工作中,经办秘书可根据案件具体情况协助仲裁庭善用程序令、庭前会议和机构有关办案指南与规则,组织案件合议和开庭安排、做好合议和开庭笔录、处理审计鉴定行政事务,提醒、协助仲裁庭及时制作裁决书,以便仲裁庭更好地推进程序,控制和驾驭庭审,审慎对待鉴定,按期裁决;就裁决核阅而言,机构规范核阅,提高裁决核阅质效,会就裁决核阅中发现的裁决形式、程序及实体问题,及时向仲裁庭反馈,与仲裁庭充分沟通,提请注意,提醒到位。仲裁庭可藉此对所提醒注意的问题予以检视,对裁决意见再予审视,需要完善的,予以完善,不需要完善的,及时回应,予以说明;就重大疑难案件,机构按照规定,组织召开专家咨询会议,请专家为案件“把脉会诊”,出具专家意见,供仲裁庭参考。仲裁庭如经慎重考虑,决定不予采纳,应按照规定做出说明。机构尊重仲裁庭的最终决定。

机构通过裁决核阅和专家咨询为仲裁员更好办案提供帮助,有助于仲裁员更好地履行职责,以法律条文和法律精神为依归,确保仲裁公平公正。二者之间是一种协助关系,不是对立关系,在意见反馈和沟通过程中,要相互理解,互相尊重。仲裁员独立裁判,不跟随民众意愿,但善于倾听专业意见,可使自己更加严格地依循法律的要求,会使裁决更加完善,提高裁决的可强制执行性。当然,在机构和仲裁庭相互沟通的过程中也有一个“度”和“界”的把控。在具体工作中,仲裁庭和仲裁员如对机构的管理服务有任何意见和建议,可及时向机构反馈,以便于相互沟通,增进共识,解决问题,改进工作。

### 3. 监督视角

除仲裁机构内部的监督保障建设（机构监督）外，外部监督对促进仲裁依法合规进行、健康有序发展也非常重要。就我国仲裁而言，这些外部监督主要包括法院监督、监察监督和行业监督。

与法院诉讼相比，仲裁属于一种民间的争议解决方式，但国家又通过法律对仲裁予以调整，认可仲裁协议的约束力，责令当事人依据有效仲裁协议仲裁解决其民商事纠纷，赋予裁决一裁终局及可强制执行的法律效力，明确由法院在对仲裁依法给予支持的同时，对仲裁裁决进行可予撤销或不予执行的司法监督。裁决可予撤销或不予执行的事由是法定的，是有限的，除违背社会公共利益外，法院只能就当事人主张的裁决可予撤销或不予执行的事由进行审查，不得主动就当事人未曾主张的其他事由进行审查，法院司法监督因而是一种适度的裁决后监督。在长期的司法监督实践中，国际范围内业已确立的基本原则和价值取向是，“法院对仲裁进行最大程度的支持和最小程度的干预”，采取“友善仲裁”的司法监督政策。司法监督过苛过严，对仲裁实质性干预过多，必然会损害仲裁的独立性，颠覆“一裁终局”的仲裁法律制度，使得仲裁隶属于法院诉讼，桎梏仲裁的发展。法院有关确认仲裁协议效力、撤销裁决或执行裁决的裁定或判决，以及为做好司法审查工作而发布的司法解释、审查意见和审判指导，对仲裁机构依法从事仲裁工作发挥着重要的规范指导作用。

值得注意的是，近年来，在实践中当事人以“枉法裁决”为由申请法院撤销裁决的情形比以前增加，而这一事由的适用又可能与监察监督相互关联。根据2018年1月1日生效实施的《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》第18条，我国《仲裁法》第58条第1款第6项和《民事诉讼法》第237条第2款第6项所规定的仲裁员在仲裁案件时有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为，是指已经由生效刑事法律文书或者纪律处分决定所确认的行为。对枉法裁决行为的认定遵循的是证据法定原则和严格的证明标准。例如，当事人向有管辖权的法院以枉法裁决为由申请撤销裁决，法院告知得有生效刑事法律文书或纪律处分决定为依据，当事人会转而要求仲裁机构和有监督权的国家监察机关就其所反映的仲裁员的“枉法裁决”等行为出具纪律处分决定。

我国《监察法》已于2018年3月生效实施，以深入开展反腐败工作，加强对所有行使公权力的公职人员的监督，实现国家监察全面覆盖（第1条）。国家各级监察委员会是行使国家监察职能的专责机关，依法对所有行使公权力的公职人员进行监察，调查职务违法和职务犯罪，开展廉政建设和反腐败工作（第3条）。具体来说，国家监察机关依法履行监督、调查、处置职责，对公职人员开展廉政教育，对其依法履职、秉公用权、廉洁从政从业以及道德操守情况进行监督检查，对涉嫌贪污贿赂、滥用职权、玩忽职守、权力寻租、利益输送、徇私舞弊以及浪费国家资财等职务违法和职务犯罪进行调查，对违法的公职人员依法作出政务处分决定，对履行职责不力、失职失责的领导人员进行问责，对涉嫌职务犯罪的，将调查结果移送人民检察院依法审查、提起公诉，以及向监察对象所在单位提出监察建议（第11条）。

根据规定,我国仲裁纳入监察法的调整范围,监察机关可依法对仲裁员和机构人员等进行监督、调查和处置,并对仲裁机构提出监察建议。与司法监督相比,监察监督侧重于日常履职监督和行为规范调查,对权力运行进行监督,是对司法监督的有效弥补。需要说明的是,监察机关针对仲裁所发出的监察建议具有法律效力,作为监察对象的仲裁机构必须落实。

鉴于监察监督侧重于对仲裁过程的监督,而仲裁专业性较强,这就客观上要求监察机关要熟悉仲裁规则与实践,以便正确适用法律,准确分清责任,合理定性处置。毫无疑问,如同法院司法监督一样,监察监督也应秉持“友善仲裁”的价值取向,妥善处理好规范运行和正向激励之间的关系,通过依法监督来促进仲裁事业的健康良性发展。

司法部负责对我国仲裁进行监督和指导。据悉,司法部正积极推动组建中国仲裁协会。根据我国《仲裁法》第15条规定,作为行业自律组织,中国仲裁协会对仲裁机构及其组成人员、仲裁员的违纪行为进行监督。行业自律与监督是仲裁监督体系中不可或缺的重要环节。

需要说明的是,一些国家仲裁立法和国际商会(ICC)国际仲裁院、斯德哥尔摩商会仲裁院(SCC)等主要国际仲裁机构仲裁规则均就仲裁免责和责任限制做出明确规定,除非故意行为(willful misconduct)或重大过失(gross negligence),仲裁员、仲裁庭秘书、仲裁机构及其工作人员不就与仲裁有关的任何行为(act)或懈怠(omission)承担责任。

总体上看,我国仲裁的监督体系还不够完备,监督制约机制尚不健全,机构内部监督保障机制整体上还比较滞后,行业监督还没有真正建立起来,监察监督则刚刚起步。仲裁监督要依法依规进行,机构有关机构管理服务和仲裁庭独立裁决的制度规范和实践操作无疑就成为了监督的基础和重点。

#### 4. 国际视角

仲裁是解决跨境民商事争议的重要方式,走本土化和国际化相结合的道路,促进仲裁国际化和现代化是我国涉外仲裁机构的努力方向。在我国仲裁走向国际的过程中,我们必须回应国际关切,解决前进道路上的障碍,处理好机构全面管理协助的我国机构仲裁中的核心问题,真正做到机构管理服务和仲裁庭独立裁决有机结合,充分发挥我国仲裁机构的优势作用。

一是要加强制度建设,提高仲裁透明度。机构管理服务和仲裁庭独立裁决涉及到机构和仲裁庭彼此之间的职能定位和职责权限,更体现为实务中的把控和掌握。正确理念、制度规范和执行保障缺一不可,其中,制度建设是重中之重。如果不以制度规范或者不加强制度规范,则必然给错位越界、暗箱操作预留空间。只有完善的制度规范才能有效增加管理服务的透明度,使机构仲裁的优势具有可视的载体,使监督保障具有实施开展的基础,同时也为国际评判提供直接的依据。以制度建设为抓手,提高我国仲裁机构管理服务的透明度是提升我国仲裁国际公信力的重要内容。

二是要加强研讨交流,讲好中国仲裁故事。要邀请国际仲裁专家参与仲裁管理和仲裁办案,亲历中国仲裁实践,认知仲裁发展,感受中华文化,听取改进工作的意见建议。

加强国际宣传交流,就机构管理、程序改革和未来发展等专业行业问题深入研讨,互学互鉴,取长补短。积极宣介我国仲裁与调解相结合的经验做法、机构管理与仲裁庭独立裁决的良性互动,弘扬“以和为贵”的法律文化理念,增进了解、认同和支持。

毫无疑问,在我国机构管理服务 and 仲裁庭独立裁决有机结合的构建中,仲裁机构实际上起着决定性作用。

## 结 语

2017年9月初,笔者作为理事在应邀参加斯德哥尔摩商会仲裁院年度理事会议期间,理事会副主席珀翠西亚·榭琅曦(Patricia Shaughenesty)教授在交谈中告诉笔者,瑞典仲裁致力于“出口法律,进口案件(export law, import case)”。这话不时浮现在笔者脑海,至今没忘。

随着国际经济贸易格局的深刻演变和我国“一带一路”建设的高质量推进,国际商事仲裁可有效定分止争,依法保护中外当事人合法权益,维护公平有序的经贸秩序,改善贸易投资软环境,其经济发展的安全网和压舱石作用日益显现。我国仲裁机构应当秉持国际视野和开放包容的理念,尊重仲裁本质特征和客观发展规律,从国情实际出发,深入贯彻落实中共中央十九届四中全会精神,加强制度建设,确保机构管理服务和仲裁庭独立裁决有机结合,提高机构治理能力,强化制度意识,维护制度权威,按照制度履行职责、开展工作,以制度指引方向、规范行为、提高效率、防范风险,充分发挥我国机构仲裁的优势,提升国际公信力,增强国际竞争力,将我国打造成为中外当事人乐于选择的国际仲裁地,服务于“一带一路”建设,为推动以规则为导向的全球经济治理、构建人类命运共同体贡献力量!

---

**Abstract:** Based on the observation of the similarity and difference between the international and Chinese arbitration, it is found that Chinese arbitration is more institutionalized. Different from the international arbitration, Chinese arbitration institutions are providing the extensive administration services over arbitration, which has initiated the integration of the institutional administration and the arbitral tribunal's independent awarding as the core issue of Chinese arbitration governance. The Article has discussed and explored how to establish the dynamic integration between the institutional administration and the arbitral tribunal's independent awarding from the angle of arbitration institution, arbitral tribunal, supervision and international evaluation, with the conclusion that, the adoption of the approaches to honor the proper norm, strengthen the institutional construction, create the supervision mechanism and increase the administrative transparency may effectively realize such dynamic integration, give the best paly to the advantages of Chinese institutional arbitration and enhance materially the

credibility of arbitration in China.

**Keywords:** international arbitration; Chinese arbitration; institutional administration; arbitral tribunal (arbitrator); independent awarding; dynamic integration; the credibility of arbitration

---

---

(责任编辑:李兵)

# 批准《新加坡调解公约》对我国的挑战及应对研究

刘敬东 孙巍 傅攀峰 孙南翔\*

---

**内容提要** 《新加坡调解公约》的诞生推动了国际商事调解制度成为国家司法制度、商事仲裁制度之后又一国际社会普遍认可的国际商事纠纷解决方式,开辟了国际商事纠纷解决的崭新局面。在肯定加入《新加坡调解公约》对我国的积极意义的同时,还应当充分认识到,若将《新加坡调解公约》真正落地中国,还有许多艰巨的任务需要完成。基于此,在下一阶段,应大力促进和加强商事调解法律理论的研究,采取各项有力举措推动建立现代商事调解制度,积极推动相关政府部门支持、人民法院配合,共同为立法机关批准《新加坡调解公约》创造有利条件。

**关键词** 《新加坡调解公约》 国际商事调解 中国商事制度 中国路径

---

2018年6月,联合国国际贸易法委员会(简称:联合国贸法会)第51届会议通过了《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation,简称:《新加坡调解公约》,Singapore Convention on Mediation)的公约文本。<sup>①</sup>随后,联合国贸法会将该公约文本提交联合国大会审议,2018年12月20日,第73届联合国大会以73/198大会决议的形式通过了《新加坡调解公约》,并决定于2019年8月7日在新加坡将《新加坡调解公约》开放供各国签署。

2019年8月7日,在联合国安理会助理秘书长、联合国贸法会负责人、新加坡总理李显龙等以及来自世界各地代表的共同见证下,全世界46个国家的代表签署了《新加坡调解公约》(截至2020年2月,已有52个国家签署),中国商务部部长助理李成钢代表中华人民共和国政府签署该公约,赢得各国参会代表的热烈欢迎。当天的公约签署仪

---

\* 刘敬东,中国社会科学院国际法所国际经济法室主任、研究员、中国仲裁法学研究会副会长;孙巍,中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员;傅攀峰,中国社会科学院国际法所助理研究员;孙南翔,中国社会科学院国际法所助理研究员。本文系在商务部2019年重点课题“《新加坡调解公约》研究评估”结项报告的基础上撰写完成。

① 本文的“调解”“和解”等概念均依据《新加坡调解公约》。需要注意的是,公约所载概念与我国法律传统中所使用的“调解”“和解”不完全一致。公约项下的“和解协议”的条件为:具有国际性;经调解达成的;需以书面形式作出。同时,公约仅适用于解决商事争议的和解协议,不适用于与婚姻家庭法、劳动法、继承法有关的和解协议。更为重要的,公约不适用由法院批准或由仲裁庭以裁决方式确认的和解协议。

式受到全球舆论的高度关注和赞誉。

《新加坡调解公约》是国际商事争议解决制度历史上的一座里程碑,其诞生标志着国际商事调解协议法律执行力的提升和国际流动性的增强,推动了国际商事调解制度成为国家司法制度、商事仲裁制度之后又一国际社会普遍认可的重要国际商事纠纷解决机制和方式,开辟了国际商事纠纷解决的崭新局面,对于国际商事争端解决具有重大而深远的历史意义。<sup>②</sup>

## 一、《新加坡调解公约》的缔约历程与中国贡献

### (一)《新加坡调解公约》:从起草到签署的历史进程

《新加坡调解公约》的起草可以追溯至2014年,在当年召开的联合国贸法会全体大会第47届会议上,美国政府代表团就拟订一部通过国际商事调解达成和解协议的可执行性公约提出建议,贸法会大会接受美国提议遂委托第二工作组负责公约文本的起草工作。随后的四年间,在贸法会历次全体大会上,工作组对于该公约的条款和文本起草进行了广泛的讨论,工作成果包括公约草案和《贸易法委员会国际商事调解示范法》(简称:《示范法》)的修正草案以及供各国开放签署的公约的最终正式版本。按照公约的规定<sup>③</sup>,只要有3个国家批准该公约,公约即可生效。

长期以来,国际商事调解是国际商事领域中重要的商事纠纷解决方式,为国际商事活动的顺利开展发挥了重要而独特的作用。不过,尽管国际商事业界已然认可了商事调解的积极价值,但由于和解协议(除由法院批准或由仲裁庭以裁决方式确认的和解协议外)从法律性质上仍旧属于当事人之间的合同约定,其自身并未被赋予司法执行力,故而仍旧存在缺乏可执行性的问题——如果一方不遵守协议,不仅用于调解的花费将付之东流,最终可能仍然要面临成本极高的诉讼或仲裁程序。

《新加坡调解公约》旨在改变国际商事调解面临的上述不利局面,该公约赋予了基于调解而达成的和解协议与诉讼判决、仲裁裁决相同的执行力,将极大提升此类和解协议的可执行性。《新加坡调解公约》正式生效后,将为调解协议的跨境执行提供国际法依据,也将标志着以《新加坡调解公约》《承认及执行外国仲裁裁决公约》(简称:《纽约公约》)、《选择法院协议公约》及《承认与执行外国国民商事判决公约》(简称:《海牙判决执行公约》)(该两个公约均涉及各国法院判决的国际流动性)为基础、包括商事调解、商事仲裁以及诉讼在内的国际商事争议解决的三大支柱的形成。

### (二)中国参加《新加坡调解公约》起草工作回顾

2014年7月联合国贸法会第47届会议接受美国政府提议,决定拟定一部旨在鼓励通过调解方式解决商事争议的公约。在同年9月召开的贸法会第二工作组(仲裁和调

<sup>②</sup> 刘敬东:“《新加坡调解公约》对我国的意义及影响”,《法制日报》2019年9月17日第10版。

<sup>③</sup> 《新加坡调解公约》第14条第1款,“本公约应于第三份批准书、接受书、核准书或者加入书交存后六个月生效。”

解)会议上,中国代表团表示,赞同制定这样一份有关国际商事调解的国际法律文件,认为该动议契合中国传统上“以和为贵”的价值取向,坚决支持相关国际公约的制定与实施,同时,中国政府代表也针对跨境执行商事和解协议问题提出一些担心。根据各国代表的表态和建议,贸法会秘书处很快制定出一份有关执行基于调解程序而产生的国际和解协议的法律框架和实践做法的问题清单,分发贸法会各成员国。中国代表团回国后就公约法律框架及相关问题征求了最高人民法院和中国国际经济贸易仲裁委员会的意见,并在上述两个单位的大力支持下,于2015年4月向贸法会秘书处提交了一份《中国关于跨境执行国际商事和解协议的法律框架》。随后,贸法会诸成员国也都先后按时提交了各自的国内立法情况。

2015年底,贸法会秘书处推出了国际商事调解公约和示范法初稿,与会各国代表在会上热烈讨论,会下积极沟通,协调看法。中国政府代表团派出了由商务部、外交部、贸仲委派员组成的代表团参加贸法会相关工作组会议,针对公约的草案及示范法提出了十分重要的意见和建议,受到贸法会和各国代表的高度重视。2016年,北京仲裁委员会、香港和解中心也以观察员身份加入到工作组会议,为公约草案的最后文本建言献策。虽经多次工作组会议讨论,但在许多技术细节问题上,各国代表的认识仍然不一。为了使得公约最终文本更加科学、合理,最大程度协调各国代表的立场,最大程度统一各国代表的认识,中国政府代表团做了许多工作,发挥了巨大作用。

中国政府代表团回国后,及时向国内相关部门通报公约起草和讨论情况,并征求最高人民法院等单位意见。最高人民法院民四庭和法官个人都曾以各自名义提供过书面意见,供代表团参考,并反映到工作组会议上。<sup>④</sup>

2018年,公约草案基本定型,贸法会秘书处希望非英语国家代表团帮助核对文本。来自中国的全体代表群策群力,利用休会时间,精准、高效地完成了中英文本的核校工作。中国政府代表团所付出的艰苦努力赢得了联合国贸法会及各国代表的普遍赞誉,为公约的最终出台及国际商事争议解决的创新做出了独特而重要的历史性贡献。

### (三) 中国签署《新加坡调解公约》的意义

《新加坡调解公约》是国际商事争议解决制度历史上的一座里程碑,其诞生是国际商事法律领域中的标志性事件,意义十分重大。在当前贸易保护主义、单边主义盛行的严峻形势下,《新加坡调解公约》的诞生本身就意味着多边主义的胜利,该公约为全球经济一体化的顺利前行、遏制强权主义、霸凌主义带来了希望和光明。《新加坡调解公约》对于国际贸易、国际投资等国际商事活动乃至全球经济的复苏与增长增添了动力,为和平解决国际商事争端开辟了新的国际法路径。

综合而言,中国签署《新加坡调解公约》的积极意义体现为以下几点:第一,在当前严峻的国际形势下,《新加坡调解公约》的诞生本身就是多边主义的胜利,中国决定签署该公约是对多边主义的巨大支持。第二,中国政府签署《新加坡调解公约》是中国

<sup>④</sup> 上述工作情况由《新加坡调解公约》中国代表团成员、商务部条法司温先涛提供。

引领并参与国际规则制定的重要标志,是中国推动全球经济治理变革的重要步骤。第三,《新加坡调解公约》有助于进一步改善我国的营商环境及商事法治建设,将为推动全方位对外开放及“一带一路”建设营造更加有力的法治氛围,必将对我国涉外法律制度建设及建设国际商事争端解决中心产生巨大推动作用。第四,中国签署《新加坡调解公约》及该公约在中国落地,对于中国企业而言,契合中国的企业文化,为中国企业解决商事纠纷提供了低成本的途径,对于中国的商事调解行业、法律服务业等领域的发展具有重要意义。<sup>⑤</sup>

中国签署《新加坡调解公约》对于中国坚持多边主义、反对单边主义、霸凌主义,对于中国参与全球经济治理和国际规则制定,对于中国改善营商环境、推进“一带一路”建设法治化体系,对于中国运用国际规则红利及中国商事调解市场的形成及法律服务能力建设而言,均具有重大而深远的影响。

## 二、中国批准《新加坡调解公约》的利弊分析

### (一) 批准《新加坡调解公约》与中国法院司法负担

批准《新加坡调解公约》是否会导致中国法院司法负担增加?这个问题应当从短期与长期两个角度来研究。

短期来看,批准《新加坡调解公约》不会导致中国法院面临如潮水般涌入的国际和解协议的执行申请。首先,经调解达成的和解协议基本上都能得到当事人的主动履行,诉诸法院请求执行的案件并不常见。其次,《新加坡调解公约》项下的“国际性”“商事性”等条件并非能够轻易满足,况且公约还明确排除对与消费者有关的和解协议以及与家人法、继承法或者就业法有关的和解协议的适用。第三,以国际商事仲裁裁决执行为参考,中国法院每年受理的《纽约公约》项下的仲裁裁决执行申请数量仍停留在数十件水平上,<sup>⑥</sup>对于在对抗性程序机制中产生的仲裁裁决,当事人申请执行的数量不过如此。从此层面,源自非对抗性合意机制的国际和解协议申请执行的数量可能不如想象中的多。

长期来看,《新加坡调解公约》为国际和解协议所提供的执行保障将极大提升商界人士运用调解解决纠纷的热情,进而从整体上降低案件诉诸法院的可能。未来因国际商事调解的广泛运用,原本可能诉至中国法院的涉外诉讼案件与仲裁司法审查案件,都可能因当事人选择调解、达成和解协议、最终自主履行协议,从而根本无需诉诸法院。由

<sup>⑤</sup> 刘敬东:“《新加坡调解公约》对我国的意义及影响”,《法制日报》2019年9月17日第10版。

<sup>⑥</sup> 关于2014年至2019年间申请承认(认可)和执行外国及港澳台地区仲裁裁决案件的实际情况,参见《中国承认和执行外国仲裁裁决、认可和执行香港特别行政区、澳门特别行政区、台湾地区仲裁裁决司法实践报告》(大成研究2019-07-15),[http://www.sohu.com/a/326997203\\_120053766](http://www.sohu.com/a/326997203_120053766),2020年2月13日最后访问;关于1995年至2015年间与《纽约公约》相关的不予承认与执行外国仲裁裁决案件情况,参见肖蓓:《〈纽约公约〉背景下我国对外国仲裁裁决承认及执行的实证研究》,载《现代法学》2016年第3期,第181页。

此,从长远看,中国法院司法负担不仅不会上升,反而可能因《新加坡调解公约》对商事调解的大力推促而大为下降。

当然,部分人士仍可能对《新加坡调解公约》所确定的不同于其他争议解决结果的执行机制存有顾虑。有些人士可能认为,国际商事调解不存在国际仲裁中的“仲裁地”概念,缺乏“仲裁地”法院的司法审查机制,从而导致执行地法院面临较重的司法审查负担。这点看似成立,实则忽略了仲裁与调解的根本区别。在调解中,调解员缺乏法官或仲裁员所拥有的法律认可的裁判权,其所起的作用只是促成双方当事人达成合意,经调解达成的和解协议完全反映当事人解决纠纷的自主意志,为和解协议设置“调解地”法院司法审查机制,无异于人为破坏当事人意思自治的生态环境。而且,和解协议本质上属于合同,当事人享有多种途径请求有关法院解除和解协议。还有一些人士对《新加坡调解公约》的普惠执行机制表示担忧。<sup>⑦</sup>这种担忧虽有一定道理,因为《新加坡调解公约》确立普惠执行机制,等于让公约成员国向全球各国开放国际和解协议执行的大门,源自非公约成员国的调解协议亦可以在公约成员国得到执行,反过来却又行不通,但若仔细分析,这种担忧是肤浅的。一方面,《新加坡调解公约》的普惠执行机制在许多情况下反而更有利于中国企业向本土法院申请执行来自非缔约国的对方当事人的在华财产。另一方面,和解协议反映的是双方当事人的合意,代表调解所追求的公正价值,无论被执行人是中国人还是外国人,无论和解协议是源自公约成员国还是非公约成员国,中国法院理应受理其执行申请,不以涉案和解协议是否源自《新加坡调解公约》成员国为标准将源自非公约成员国的和解协议拒之门外。

## （二）批准《新加坡调解公约》与中国商事调解市场

批准《新加坡调解公约》不仅不会导致外国商事调解机构冲击国内商事调解市场,国内商事调解市场反而可能以《新加坡调解公约》获批准为契机在逐渐开放中迈向成熟,中国商事调解机构的国际化、专业化服务水平以及中国商事调解员的业务素质将会得到质的提升。

首先,商事调解作为法律服务市场的组成部分尚未完全对外开放。这与国内仲裁市场对外开放状况是一样的,正如目前外国仲裁机构仅可以在国内设立办事处招揽案源、无法直接在国内受理案件一样,外国商事调解机构也无法直接在华承接调解案件。当然,目前中国正采取积极措施,逐步开放包括商事调解在内的争议服务市场。但国内商事调解机构面临与外国商事调解机构正面市场竞争的压力,尚需时日,而这正是中国商事调解制度与商事调解机构对接国际标准、不断自我完善的重要“缓冲期”。

其次,外国商事调解机构进入中国开拓市场本身并非坏事,因为中国商事调解若要走向世界,成为《新加坡调解公约》项下的和解协议输出大国,还需多向外国先进的商

<sup>⑦</sup> 葛黄斌:《〈新加坡调解公约〉的普惠红利是一把双刃剑》,载《法制日报》仲裁版(2019年2月19日)。

事调解机构学习,<sup>⑧</sup>主动引入国际知名争议解决机构来中国境内承办商事调解业务。实际上,在国际争议解决服务开放的道路上,中国已经迈出了坚实的步伐。新近,国务院印发《中国(上海)自由贸易试验区临港新片区总体方案》允许境外知名仲裁及争议解决机构在新片区内设立业务机构。未来,越来越多的国际争议解决服务机构,包括专门的国际商事调解机构,将进驻上海自贸区临港新片区,为中国商界提供优质的争议解决服务,为中国商事调解机构、调解员及其他相关人士提供宝贵的学习、借鉴与自我完善的机会。

再次,虽然当今商事调解法律规则日益趋同化、国际化,但任何调解活动都是在特定的地域与文化背景中开展的,因此,调解同时具有浓厚的文化、地域特色。如果不了解中国企业纠纷解决心理偏好,不了解中国商事调解市场需求特征,外国商事调解机构很难打开中国商事调解市场。《新加坡调解公约》的批准可为中外商事调解机构的合作提供重要契机。外国商事调解机构可借助中国商事调解机构逐步开拓中国商事调解市场,为中国企业提供优质的争议解决服务,而中国商事调解机构则可以借助外国商事调解机构,在国际商事调解市场中开拓一片天地。

当然,中国应主动完善商事调解制度,为本国商事调解市场的腾飞创造机遇,为全球商事调解事业的发展提供强大动力。只有这样,才能因势利导,利用批准《新加坡调解公约》的契机,提升中国商事调解市场的规模与品质,提高中国商事调解制度的国际影响力。

### (三) 批准《新加坡调解公约》与国有企业

《新加坡调解公约》的问世,标志着全球统一、强制的和解协议执行机制正式形成。这意味着,任何希望通过调解解决国际商事纠纷的企业,在达成和解协议并签字前,须三思而后行。因为和解协议的达成往往意味着双方都作出了较大让步,而这种让步,是否遵守企业内部程序,是否得到企业权力机构的批准,牵涉到十分复杂的责任追究问题,对于国有企业尤其如此。

在国有企业经营管理者责任制日益加强的当前,<sup>⑨</sup>任何秉着“小心驶得万年船”的态度经营企业的管理者,都宁可通过诉讼、仲裁等途径与其他企业“对簿公堂”,也不轻易通过调解的方式解决与其他企业之间的纠纷。因为在诉讼与仲裁这两种纠纷解决机制下,虽然法官特别是仲裁员在很大程度上要尊重当事人意思自治,但裁判最终如何作出,都由法官或仲裁员决定,任何一方当事人都不可左右法官或仲裁员行使裁判权。即

<sup>⑧</sup> 以美国著名的多元争议解决机构 JAMS (Judicial Arbitration and Mediation Services) 为例,经过四十多年的发展, JAMS 目前已经成为全球纠纷解决法律服务的领跑者。调解是 JAMS 所提供的多元争议解决服务中的核心,近年来, JAMS 每年可以通过调解解决 13000 至 14000 件纠纷。参见《美国司法仲裁调解服务公司的最新发展》, [http://www.sohu.com/a/241102087\\_100006346](http://www.sohu.com/a/241102087_100006346), 2020 年 2 月 13 日最后访问。

<sup>⑨</sup> 2016 年 8 月国务院办公厅发布的《关于建立国有企业违规经营投资责任追究制度的意见》规定:“对违反规定、未履行或未正确履行职责造成国有资产损失以及其他严重不良后果的国有企业经营管理有关人员,严格界定违规经营投资责任,严肃追究问责,实行重大决策终身责任追究制度。”

便法官或仲裁员判决涉案国有企业败诉,也与国有企业领导人个人无关,不存在所谓责任问题,尽管该企业本可通过调解,给予对方适当让步,从而最终获得一个比判决或裁决结果更好的结果。

为消除国有企业管理层对运用调解解决纠纷的顾虑,应当建立、健全国有企业关于运用调解解决纠纷的免责机制。为此,可参考以下应对思路:

第一,由国资委等国家部委牵头出台鼓励国有企业通过调解解决纠纷的实施意见,制定国有企业运用调解解决商事纠纷的规范,从制度上免除国有企业经营管理者成功运用调解解决纠纷的责任。

第二,建议对国有企业领导履职考评时将是否采用合理的争议解决方式作为评价指标之一。对合理的争议解决方式的判断,应当由外部律师评估。如果外部律师建议调解,则国有企业领导应当尊重此意见,其在自身权限范围内经调解达成和解协议,应当认定为依法履职。

第三,建立适当的专业律师或第三方评估制度,提升国有企业参与调解的透明度,作为国有企业管理者运用调解解决纠纷免责的重要条件。要求国有企业将相关商事纠纷提交企业内外部律师或第三方评估,根据评估结果开展相关调解工作,并作为向主管机关报告的法律依据。不论调解结果如何,负责参与调解的国有企业管理者应当如实且及时向企业权力机构与监督机构汇报调解过程与结果。这一方面可以解除他人对调解中“黑箱操作”的质疑,另一方面则可以防止国有资产因虚假调解而大量流失。

#### (四) 批准《新加坡调解公约》与虚假调解

虚假调解,是指当事人伪造证据或者恶意隐瞒相关事实,骗取调解文书,达到损害案外第三人利益的不法行为。<sup>⑩</sup>由于经调解达成的和解协议完全是基于当事人意思自治的结果,双方当事人恶意串通的隐蔽性非常大,如果法院执行了经虚假调解达成的和解协议,严重损害不知情的案外第三人的利益,将既给司法公信力带来危害,也将有损调解作为一种有效的纠纷解决机制的正面形象。

不同于国内背景下的虚假调解,国际背景下的虚假调解,中国法律往往鞭长莫及,面临较大的规制困境,因而这类虚假调解的作假成本低;有《新加坡调解公约》作为后盾,当事人却又容易达到作假目的。故有必要对国际虚假调解作出一定的应对安排。

首先,应当确立案外人执行异议制度。对此,《民事诉讼法》中的执行异议制度值得参考。<sup>⑪</sup>在国际和解协议的执行过程中,一旦案外人发现和解协议是通过虚假调解达成并损害其利益的,其应当有权针对和解协议的执行标的提出执行异议。与此同时,应当加强案外人执行异议制度外围配套机制建设。比如,加强对潜在将被执行财产的评估,着重考察财产所牵涉的利益相关方,确保一旦利益相关方得到确定,在执行前尽快对

<sup>⑩</sup> 关于虚假调解的识别,参见潘牧天:《论虚假调解行为的识别与规制》,载《学术交流》2014年第1期,第22页。

<sup>⑪</sup> 《民事诉讼法》第227条规定:“执行过程中,案外人对执行标的提出书面异议的,人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查,理由成立的,裁定中止对该标的的执行;理由不成立的,裁定驳回……”

其作出通知,给予其就即将被执行的财产陈述意见的机会。

其次,对于已经执行了的经虚假调解达成的和解协议,应当建立一套有效的补救机制。中国民事诉讼执行回转制度的适用有以下四项条件:第一,原执行依据正在执行或已经执行完毕;第二,执行依据被依法撤销或者变更;第三,人民法院应当作出执行回转裁定;第四,仅针对于原申请执行人取得的财产。<sup>⑫</sup>不过,上述条件并非都能够适用于国际和解协议的执行回转。一方面,国际和解协议无法像国内民事诉讼判决、裁决和其他法律文书一样,可以被人民法院撤销。故对于国际和解协议的执行回转,不能以和解协议已被撤销为前提。另一方面,如果取得财产的原申请执行人来自外国,而且在中国没有财产,那么责令其返还被执行的财产,难度非常大。在这种情况下,对于难以实施执行回转的和解协议的执行,可要求申请执行人提供执行担保,在财产执行后的一段时间内若未发现虚假调解等情形,可以解除担保。

第三,建议最高人民法院针对经调解达成的国际和解协议设立专门的执行审查程序,为其申请执行设置一系列必要的前置条件。具体而言,为进一步规范国际和解协议的执行,可要求来自国外的和解协议书出具经中国认可的正规公证机构予以公证的文书,并附上经公证的中文翻译;与此同时,可要求和解协议的执行申请人提供一份个人声明,明确表示,涉案和解协议不存在虚假调解等非法情形,否则愿为此承担一切后果。

第四,应当从执行层面为国际调解员识别虚假调解尽勤勉职责提供相应的激励机制或惩罚机制。正如优秀的法官和优秀的仲裁员具有识别虚假诉讼与虚假仲裁的专业能力一样,优秀的调解员同样具有识别虚假调解的专业能力。但如果缺乏相应的激励机制或惩罚机制,再优秀的国际调解员亦未必为此尽心尽力,毕竟拒绝一个调解案件——无论是基于虚假纠纷抑或真实纠纷——即意味着拒绝一份收入。

第五,适时推动建立规制虚假调解的国际统一机制。对此,中国要事先做好充分的准备,首先是要从宏观上推动中国商事调解与国际商事调解的普遍标准接轨,让中国商事调解深度融入全球国际商事调解实践中,进而加强中国在塑造国际商事调解文化与规则上的话语权,推动《新加坡调解公约》成员国携手建立规制虚假调解的全球统一机制。

#### (五) 批准《新加坡调解公约》与香港特别行政区

当前,新加坡与中国香港是亚太地区最重要的国际商事争议解决中心,两个城市在国际商事争议解决领域已经形成高度的竞争关系。作为世界第二大经济体和全球最大的发展中国家,中国是否批准《新加坡调解公约》将影响该公约在全球范围内实施的完整性。中国批准《新加坡调解公约》,将极大推动该公约走向成功,新加坡作为国际争议解决中心将更受世人瞩目。另一方面,香港作为全球著名国际争议解决中心的传统地位,并非一朝一夕取得的,无需担心其因此被边缘化。

<sup>⑫</sup> 《民事诉讼法》第233条规定:“执行完毕后,据以执行的判决、裁定和其他法律文书确有错误,被人民法院撤销的,对已被执行的财产,人民法院应当作出裁定,责令取得财产的人返还;拒不返还的,强制执行。”

近年来,香港特区政府大力推促调解的发展。<sup>⑬</sup>例如,2012年,香港成立了香港调解资历评审协会有限公司。2013年,香港颁布了《调解条例》(Hong Kong Mediation Ordinance 2013),并出台了《调解实务指引》(Hong Kong's Practice Direction)。香港拥有一批专门从事商事调解的调解员,在国际商事调解市场上具有较强的竞争力,香港调解职业化水平已处于全球顶尖行列。鉴于此,中国是否批准《新加坡调解公约》,并且明确该公约适用于港澳地区,不仅关系到香港作为传统国际争议解决中心的地位,更关系到每一位香港调解员的切身利益。批准《新加坡调解公约》,将不仅意味包括香港在内的整个中国对国际商事调解的宽容与包纳,更意味着,香港可以凭借自身成熟的商事调解制度、以更加自信的姿态在国际商事调解市场上施展拳脚。在当前时代背景下,这还有助于粤港澳大湾区调解市场的发展,促进粤港澳大湾区调解制度的完善,从而为整个中国商事调解制度及实践的进步带来最可靠且可供复制的经验。反过来讲,中国若不批准《新加坡调解公约》,则意味着包括香港在内的整个中国对国际和解协议的执行关上大门,不利于香港在国际商事争议领域的话语权建设,不利于香港作为全球著名国际争议解决中心的形象巩固。

当然,香港作为中国享有高度自治权的特别行政区,在参加国际组织、缔结国际条约等方面享有基本法授予的广泛的权利。<sup>⑭</sup>《新加坡调解公约》作为一项商事性公约,应当属于香港特区以“中国香港”的名义可单独签约的事项范围。不过,从现实角度讲,香港单独加入《新加坡调解公约》并无必要,因为目前中国已经加入该公约,如今只待批准,香港再单独加入该公约只会给中央政府与特区政府徒添麻烦。待《新加坡调解公约》批准后,经征询香港特别行政区政府的意见,中央政府即可决定是否让该公约同时适用于香港特区。

综上,批准《新加坡调解公约》只会给香港带来利好。真正的挑战是,应当如何避免该公约在日后司法实践中产生是否适用于香港特区的争议。为此,建议立法机关在批准《新加坡调解公约》时,明确该公约对香港特区的适用。只有从立法层面予以明确,才能从一开始不给司法困惑或混乱留下任何空间。

#### (六) 批准《新加坡调解公约》与保留条款

《新加坡调解公约》允许缔约国作出如下两类保留:第一,缔约国可声明涉及该国或该国政府实体的和解协议不适用公约;第二,缔约国可声明当事人可否对适用公约作出选择。<sup>⑮</sup>另外,公约规定,除以上两类保留外,不允许缔约国作出任何其他保留(例如互惠保留)。应对《新加坡调解公约》的挑战,我国还可在批准时充分发挥保留条款的作用。

<sup>⑬</sup> 《互利双赢——香港律政司司长袁国强在香港2014年调解研讨会上的发言》(蒋丽萍译),载《人民法院报》法律之声版(2014年4月4日)。

<sup>⑭</sup> 《香港特别行政区基本法》第151、152条。

<sup>⑮</sup> 截至2019年9月30日,白俄罗斯共和国(Belarus)做出了第一类保留,即声明涉及该国或该国政府实体的和解协议不适用《新加坡调解公约》。伊朗伊斯兰共和国也做出了声明,表示其拟对公约第8条的两类保留事项均做出保留。

### 1. 审慎作出商事保留

《纽约公约》允许缔约国做出商事保留,有学者指出《纽约公约》的保留条款着眼于争议的商事性,而《新加坡调解公约》的保留条款则着眼于争议主体的商事性。<sup>①⑥</sup>《新加坡调解公约》制定目的为解决商事争议。公约《序言》开篇即表明缔约国“认识到调解作为一种商事争议解决办法对于国际贸易的价值”。公约第1条则从正面和反面两个角度对适用范围做出了较为详细的规定。从正面看,《新加坡调解公约》第1条第1款明确公约适用于“调解所产生的、当事人为解决商事争议而以书面形式订立的协议”,这表明公约所适用的争议性质应为商事争议。从反面看,《新加坡调解公约》第1条第2款参照《法院选择协议公约》第2条的表述,明确排除了为个人、家庭或者家居目的进行交易所产生的争议以及与婚姻家庭法和就业法有关的争议而签订和解协议的适用。由于《新加坡调解公约》禁止缔约国对基础性条文的保留,因此缔约国签署并批准《新加坡调解公约》,即意味着其接受了第1条规定的适用范围。

从争议性质的角度看,无论缔约国是否做出保留声明,《新加坡调解公约》只适用于“为解决商事争议”而签订的和解协议。若中国不做出第8条第1款(a)项的保留声明,根据《新加坡调解公约》的规定,因非商事争议而签订的和解协议也无法适用公约。因此,出于对争议性质是否属于商事争议的担忧而效仿《纽约公约》做出保留声明在《新加坡调解公约》下是没有实际意义的。与此相反,如果中国做出声明表示凡是当事人一方为中国政府或政府代表的和解协议均不适用《新加坡调解公约》,实际效果是排除了涉及中国政府实体的全部争议的适用可能,无论其性质是否为商事争议。这样会限制《新加坡调解公约》的适用,也可能限制中国政府实体在商事争议中向执行地主管机关申请执行和解协议或援用公约。

从此层面,我国在批准《新加坡调解公约》时应审慎作出商事保留。

### 2. 认真对待当事人选择适用保留

《新加坡调解公约》第8条第1款(b)项设置的是一个新型的保留条款,即允许缔约国声明将和解协议是否适用本公约交由当事人明示<sup>①⑦</sup>,且仅在和解协议当事人明确约定适用的情况下公约才适用。就中国是否应对此做出保留声明,目前学界观点存在分歧。

反对保留观点则认为,缔约国签署并批准或加入公约,公约则成为该缔约国的法律渊源,而不应根据当事人的选择来确定是否适用。首先,从第8条第1款(b)项涉及的保留内容看,其并不涉及中国法律制度和政策,也不属于中国暂时不能够或不愿意履行的义务。其次,从实际效果看,如果中国做出保留,则当事人的明确约定成为了公约适用的前提,这一方面可能增加和解协议当事人谈判的负担,另一方面也不利于公约的推广和适用,同时可能导致公约是否适用存在不确定性。相反地,中国不做出第8条第1款

<sup>①⑥</sup> 温先涛:《〈新加坡公约〉与中国商事调解——与〈纽约公约〉〈选择法院协议公约〉相比较》,《中国法律评论》2019年第1期,第209页。

<sup>①⑦</sup> 温先涛:《〈新加坡公约〉与中国商事调解——与〈纽约公约〉〈选择法院协议公约〉相比较》,《中国法律评论》2019年第1期,第210页。

(b) 项保留声明,并不会限制或影响和解协议当事人的意思自治。如果当事人确实希望排除公约的适用,其可在和解协议中明确进行约定。

赞同作出保留的观点认为,由于和解协议是当事人意思自治的产物,如果当事人在和解协议中没有明确同意适用公约的,则不宜径行适用公约,避免和解协议各方的权利义务不平等。例如,有观点认为,当事人在和解协议中选择适用《新加坡调解公约》,可以更加明确地体现其真实意思表示。公约起草过程中,英国代表曾提出:“和解协议当事人可能谈判持续久,身体劳累,头脑不清醒,所以更应该让他们明确选择适用哪些条款,使其充分了解自己达成协议将要承担的后果”。因此,《新加坡调解公约》第8条第1款(b)项“选择适用”的保留机制在一定程度上可以更好地维护当事人的意思自治。

因此,为了减轻因批准公约给国内可能带来的压力,我国可考虑在批准公约时做出第8条第1款(b)项的当事人选择适用保留声明,待国内各方面条件成熟时,再适时取消此项保留。

### 三、实现《新加坡调解公约》与我国法律制度的有效对接

党的十八大以来,我国加速推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法,坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进,坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设,促进中国特色社会主义法治事业又好又快地发展。目前,我国加入《新加坡调解公约》能够对我国立法、行政和司法具有积极的影响。因此,我国应积极考虑批准《新加坡调解公约》。在签署后、批准前,最为重要的工作是应厘清并解决《新加坡调解公约》与我国调解法律制度的衔接问题。

#### (一)《新加坡调解公约》对缔约方国内调解制度的要求

作为友好的纠纷解决方式,调解对争议当事人“定纷止争”具有重要作用。<sup>⑮</sup>《新加坡调解公约》旨在创造一套国际商事和解协议的跨境执行机制。然而,公约并没有全面规定和解协议所应具有的要求、和解协议审查的标准、缔约方执行和解协议的程序等。

##### 1. 国内法律制度需与公约衔接的事项

根据《新加坡调解公约》第3条规定,本公约缔约方应按照本国程序规则并根据本公约规定的条件执行和解协议。换言之,公约只规定了执行和解协议的条件,而将执行的程序留给缔约方进行规定。这就产生了公约与缔约方国内法律制度的衔接问题。具体衔接内容至少包括表1列式的事项。

<sup>⑮</sup> 韩德培主编:《国际私法问题专论》,武汉大学出版社2004年版,第480页。

表 1:《新加坡调解公约》规定的缔约方法律约束事项

事项	条款
执行和解协议的程序规则	《新加坡调解公约》第 3 条第 1 款
当事人援用和解协议证明争端事项解决的程序规则	《新加坡调解公约》第 3 条第 2 款
缔约方主管机构所接受的其他证明和解协议的证据类型	《新加坡调解公约》第 4 条第 1 款
缔约方主管机构可要求提交核实本公约要求已得到遵守的必要文件	《新加坡调解公约》第 4 条第 4 款
调解员或调解的准则	《新加坡调解公约》第 5 条第 1 款
缔约方法律确定的无法以调解方式解决的争议事项	《新加坡调解公约》第 5 条第 2 款
主管机构作出暂停决定的适当标准和程序	《新加坡调解公约》第 6 条
是否对公约作出保留以及做何种保留	《新加坡调解公约》第 8 条
是否将公约拓展至除大陆地区外的所有的法域	《新加坡调解公约》第 13 条

## 2. 我国现行法律制度与公约冲突的事项

除公约规定的衔接内容外,我国现有调解法律制度还存在与公约相冲突的规定,其也需要在公约批准后、签署前进行解决。具体内容如下:

第一,我国尚未实施个人调解员制度。根据我国现有法律规范,民商事领域的调解包括人民调解和其他调解。其他调解主要包括商事调解、行业调解、律师调解等。在立法规定上,我国要求以组织调解为形式,并对调解员设置相对严格的资质规定。例如,律师参与商事调解应依托律师调解组织,并且由该组织负责制定律师调解员名册。

然而,公约不强制调解员的资质要求。同时,公约也不强制缔约方实施调解员许可制度。该公约仅将调解员严重违反调解准则或调解员未披露重大事项,作为拒绝准予和解协议救济的理由。从此层面上,公约不允许以调解员需要满足资质或许可作为认可国际和解协议有效的前提条件,从此层面上,缔约方无法拒绝个人调解员开展业务,特别是在国外开展个人调解员业务。

第二,商事调解作为独立救济的能力未得到充分认可。在我国实践中,我国偏重于强调民事调解,而忽视商事调解的作用。<sup>①</sup>当前,商事调解主要在诉讼、仲裁等程序中被使用。同时,我国积极提倡诉调对接、仲调对接的机制。换言之,我国倾向于将和解协议转化为法院判决、仲裁裁决进行执行。从此层面上,我国并不承认和解协议的直接执行效力。

<sup>①</sup> 黄忠顺:商事调解与民事调解的区分原理及其实现路径——基于 2012-2013 年中国商事调解研究文献的分析,《北京仲裁》2014 年第 3 期,第 52 页。

实际上,作为争端解决的方式,调解具有独立于法院、仲裁的地位。<sup>②①</sup> 公约规定,调解员应由无权对当事人强加解决方案的第三方承担。因此,在调解过程中,法官、仲裁员等均不应干预当事方的“意思自治”。举例而言,若从事调解工作,法官不能强制要求当事方达成和解,而仅能以第三人的身份参与调解。然而,我国调解传统倾向于选择权威人士进行斡旋,这并不完全符合公约所倡导的调解理念。

第三,我国缺乏国际和解协议的执行机制。根据我国现有法律规范,国内商事和解协议能够申请法院确认效力。如一方当事人拒绝履行,对方当事人可向人民法院申请强制执行。本质上,通过诉调对接机制,我国国内商事和解协议在法院能够得到执行。<sup>②②</sup>

然而,在国际民商事调解领域,我国并未明确规定。最高人民法院答复意见指出,若国外的和解协议转化为外国法院确认的法律文书,那么我国可按照《民事诉讼法》规定,在不违反我国法律基本原则和主权安全等情况下,以法院判决、裁定等方式承认其效力。除此之外,我国并不承认其他类型和解协议的效力。因此,国际和解协议在我国尚无法直接执行。

由此,在批准公约前,我国应在立法、司法、执法等层面解决上述衔接关切。

## (二) 分“两步走”实现公约与我国司法机构的对接

根据公约第3条,缔约方应按照本国程序规则执行和解协议。当前,我国国际和解协议仍面临无法执行的困境。考虑到与公约对接需要,如长期不批准,对我国赢得国际话语权将产生不利影响。同时,考虑到我国商事调解立法工作的启动和完成需要较长的时间,因此建议采取“两步走”的方式,即可考虑在已经进入立法程序中的《民事强制执行法》中设置专门条款,对执行国内外调解协议作出原则性规定,再通过发布司法解释方式解决执行国际和解协议程序规则,第二步,通过对商事调解专门立法的方式,实现我国法律制度与《新加坡调解公约》的衔接。

在批准《新加坡调解公约》后,我国最高司法部门可发布司法解释,实现公约与我国司法制度的对接。具体而言,一方面,我国司法机关可依照公约规定的事项,对和解协议本身是否清楚或者理解、当事人是否适格等进行程序审查;另一方面,我国司法机关应依据公约要求,对和解协议是否违反我国公共政策作出实体认定,并拒绝执行违反我国公共政策的和解协议。同时,若当事人提交相关证据,我国司法机关还应对调解员是否存在过错等问题进行审查。

在制定涉外调解制度的前期阶段,由于相关业务部门对审查制度不够熟悉,笔者建议比照涉外仲裁,引入拒绝准予救济的报告制度。具体如下:

“凡一方当事人向人民法院申请对国际商事和解协议拒绝准予救济,如果人民法院经审查认为国际商事和解协议具有拒绝准予救济情形的,在作出拒绝准予救济裁定之

<sup>②①</sup> See Neil Andrews, *The Three Paths of Justice: Court Proceedings, Arbitration, and Mediation in England*, Springer, 2011, p.1-9.

<sup>②②</sup> 《最高人民法院关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》(法释[2011]5号)。

前,须报请本辖区所属高级人民法院进行审查。如果高级人民法院同意拒绝准予救济裁定,应将其审查意见报最高人民法院。待最高人民法院答复后,方可裁定拒绝准予救济裁定。”

由于调解的保密性,经调解达成的和解协议可能会损害第三人的利益。<sup>②</sup>有鉴于此,我国和解协议执行机制可增加第三人提起异议机制。第三人异议机制与民法的执行回转制度具有相互关联,若第三人能够执行其与执行的财产等具有利害关系,法院等司法部门可以中止救济程序或撤销原来的执行令,直到确认后才决定重启或终止救济程序。在新加坡调解制度中,若有理由相信披露调解信息对于阻止或降低对第三人受损的风险,那么相关人员可向该第三人披露调解信息。同时,在获得法院或仲裁庭许可下,相关人员可以基于执行经调解的和解协议的目的,向第三方披露调解信息。<sup>③</sup>在申请法院将和解协议登记为法院决定时,法院可以和解协议为欺诈、无权代理、胁迫、强迫等理由拒绝作出决定。<sup>④</sup>从此层面上,我国应在存在第三方利益受损威胁时,引入调解信息公开制度,并在第三方异议情形下,赋予法院调查取证的权利。同时,我国也可探索引入英国“禁诉令”制度。

### (三) 以制定专门法的方式实现公约与我国法律制度的衔接

虽然在短期内,我国可通过司法解释的方式实现与公约的对接,但是在中长期,为发展我国的商事调解市场并健全商事调解法律制度,我国应以立法的方式实现与公约的衔接。

由于我国并未存在专门的商事调解法律规则,此类经调解达成的和解协议的执行力无法得到法院的有效保护。与其他国家相似,在我国现有法律制度下,经调解的国际商事和解协议仅仅具有合同属性。<sup>⑤</sup>缺乏跨境给予调解的和解协议的法律效力,这是一些企业不愿使用调解的实质性的障碍。为了达成协议,当事双方花费诸多时间和经历,然而如果其他当事方不能执行,那么寻求执行的企业实质上需要重新启动诉讼或仲裁。特别是很多争议是基于合同的违反,如果成功的调解仅仅产生另一个合同,其执行仍需要通过惯常的合同诉讼,那么调解将是没有吸引力的。<sup>⑥</sup>

因此,我国应以探索制定独立的商事调解法作为路径,建立并发展我国商事法律制度体系。2002年,联合国贸法会发布的《示范法》指出,本法将大有助于各国加强关于利用现代调解或调停技巧的立法,及在目前尚不存在此类立法的情况下制订相关立法。该《示范法》共有14条,但更像是调解规则。例如,其中关于程序、证据等问题,应该由调解规则所决定,无需上升到法律层面。比照《仲裁法》《人民调解法》的立法内容,我

<sup>②</sup> 李浩:民事调解书的检察监督,《法学研究》2014年第3期,第133页。

<sup>③</sup> 2017年《新加坡调解法》第9(2)条。

<sup>④</sup> 2017年《新加坡调解法》第12条。

<sup>⑤</sup> 目前,我国并无对国际商事和解协议属性的专门规定。

<sup>⑥</sup> Timothy Schnabel, *The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements*, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, 2019, vol.19, pp.2-3.

国制定专门的商事调解法,主要应界定适用范围、可调解事项、调解协议效力、调解及调解员准则、管理机构与协会作用、责任条款等。

#### (四) 推动公约与我国实务部门的对接

##### 1. 我国行业协会应建立调解员指导标准与诚信机制

根据《新加坡调解公约》,调解员无需获得许可。然而,拒绝救济理由并没有包括因其不能够符合由公约所取代的国内法要求,和解协议是无效的。因此,国内法无法要求调解员具备资质条件,诸如要求调解员在特定国家获得许可,调解必须通过特定规则或特定机构所进行,或者是调解和解协议必须经过公证或满足其他(超公约)的形式要求。当然,该形式要求并没有阻碍国家执行关于不动产转移方面的文件公证等要求。<sup>②7</sup>

因此,对调解员的约束仅能通过调解员准则及诚信机制而实现。从此层面上,行业协会应该发挥更大的作用,尽快建立调解员指导标准,并构建调解员诚信机制建设。在实践中,我国行业协会还应该探索对调解员培训的长效机制。

同时,我国可推动在联合国贸法会内推出关于商事调解员的守则,也可和其他缔约方共同提出商事调解员的倡议。

##### 2. 我国调解规则应与公约进行对接

以我国《中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心调解规则(2012)》与《北京仲裁委员会调解中心调解规则》为例。我国调解规则主要包括以下重要内容:对“调解”“调解员”等术语的界定;对调解的程序事项的规定;对调解的实体要求的规定;对调解与诉讼、仲裁等制度的衔接的规定。更为重要的,调解的和解协议需要满足形式要求。目前,我国调解规则主要是创造调解与诉讼、<sup>②8</sup>调解与仲裁之间<sup>②9</sup>的衔接制度,缺乏对经调解的和解协议本身效力的认定。

因此,建议我国涉外调解规则中可增加关于利用公约执行的机制,具体如下,

“基于调解而形成的国际商事和解协议,在和解协议可以满足《新加坡调解公约》适用范围的情况下,当事方也可以根据公约的相关规定,申请和解协议的执行。”

##### 3. 打造我国商事调解研究的理论高地

实践的发展离不开理论的指导。我国商事调解制度的发展,特别是我国国际商事调解市场的发展,需要系统的、深入的、全面的理论研究并需要一批享誉国内外的调解理论和实践工作者,并推出一批有理论深度的国际商事调解法律研究的专业著作和论文。为推进我国商事调解法律制度从无到有、从有到优,建议各相关研究机构增加商事调解法学的研究内容和领域,以此打造我国商事调解法律制度研究的理论阵地。

<sup>②7</sup> See Timothy Schnabel, *The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements*, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2019, vol.19.

<sup>②8</sup> 《中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心调解规则(2012)》第26条、第27条。

<sup>②9</sup> 《中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心调解规则(2012)》第28条,《北京仲裁委员会调解中心调解规则》第23条。

## 四、结语

党的十九大报告指出,我国要深化商事制度改革。近年来,围绕商事制度改革,我国不断创造宽松便捷的准入环境、公平有序的竞争环境,以及高效便捷的多元化纠纷解决机制。《新加坡调解公约》的诞生推动了国际商事调解制度成为国家司法制度、商事仲裁制度之后又一国际社会普遍认可的国际商事纠纷解决方式,开辟了国际商事纠纷解决的崭新局面。

《新加坡调解公约》旨在便利国际商事和解协议的跨国执行,《新加坡调解公约》在中国尽早落地有利于我国推进市场经济体制建设,进一步营造稳定公平透明、可预期的营商环境,同时,将推动具有中国特色的商事调解制度与国际先进制度的衔接,加快我国的国际商事调解立法及相关配套法律法规、司法解释的出台,使之成为与司法、仲裁并行的商事纠纷解决机制,这对于未来将我国建设成为国际商事争议解决中心大有裨益。

我国的法学理论界和法律实务工作者应当肩负起时代赋予的历史使命,致力于从理论和实践、国际和国内两方面共同推进中国的国际商事调解制度研究,切实解决国际商事调解制度在中国落地进程中的各种法律问题,积极推动相关政府部门支持、人民法院配合,共同为立法机关批准《新加坡调解公约》创造有利条件。

---

**Abstract:** The Singapore Convention on Mediation shall be recognized as building the third pillar of international dispute settlement mechanism, i.e., international commercial mediation, which is paralleled to domestic judicial system and international arbitration. With the positive significance of accepting the Singapore Convention on Mediation, it is noted that there are still several legal challenges for China to adopt the domestic implementation of the Convention. It shall be suggested that China vigorously strength the research on the legal theory of commercial mediation, and take various effective measures to promote the establishment of a modern commercial mediation system. Arguably, the legislature should cooperate with the government's authority and judicial courts to figure out a favorable and feasible approach to ratify the Convention.

**Keywords:** Singapore Convention on Mediation; international commercial mediation; Chinese commercial system; China's approach

---

(责任编辑:刘纲)

# 制定调解公约——主席的观点

娜塔莉·伊·莫里斯·夏尔马\*

---

**内容提要** 本文从谈判过程主持人的视角,探讨《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(简称:《新加坡调解公约》)的制定过程。本文回顾了早期讨论经调解达成的和解协议之国际执行机制和未达成任何协议的历史,研究了贸易法委员会早期关于国际商事调解的工作,具体侧重于如何统一执行方法的讨论。

本文还检视了产生《新加坡调解公约》的讨论进程,审视了完成《新加坡调解公约》谈判成为可能的一揽子解决方案中的五个问题。本文通过探讨以折中方法解决最困难问题的详细考虑,介绍制定《新加坡调解公约》的背景,以及如何发挥共处一室代表的多样性和观点的差异性优势达到更具活力的结果。

**关键词** 《新加坡调解公约》 联合国国际贸易法委员会(贸易法委员会) 国际商事调解

---

## 一、引言

事情在未完成之前似乎总是不可能的。

——纳尔逊·曼德拉

联合国国际贸易法委员会(简称:贸易法委员会)2014年至2018年有关调解的工作,终于取得了2002年没有达成的共识。现在我们将要执行和援引的经国际调解达成的和解协议的跨境执行机制就是这一共识的成果。

该跨境机制就是一个多边公约:新的《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》<sup>①</sup>(简称:《新加坡调解公约》)。联合国大会于2018年12月通过了这份《新加坡调解公约》案文,已于2019年8月7日在新加坡进行开放签署。

贸易法委员会基于2014年的一项提议着手从事关于通过调解达成的国际贸易和解

---

\* 娜塔莉·伊·莫里斯·夏尔马(Natalie Y. Morris-Sharma),联合国国际贸易法委员会第二工作组(负责起草《新加坡调解公约》)会议主席、新加坡律政部国际法律司司长。本文观点仅代表作者观点,不代表新加坡政府观点。本文与作者在《澳大利亚国际仲裁年鉴》第123期中的著作,“不断变化的仲裁格局:贸易法委员会执行经调解的和解协议工作”(2018年)的作品是一致的。具体而言,本文第6至23、29-33和73段来源于作者以前的工作。作者感谢《澳大利亚国际仲裁年鉴》出版商的支持。

① 联合国大会第73届会议(2018年12月20日)通过的73/198号决议。

协议执行的多边公约工作,目的是鼓励调解的发展,就像《承认和执行外国仲裁裁决公约》<sup>②</sup>(简称:《纽约公约》)促进了仲裁的发展那样。<sup>③</sup>十多年前,贸易法委员会在编写《国际商事调解示范法》时曾考虑过和解协议的执行问题。<sup>④</sup>作为其工作的一部分,<sup>⑤</sup>那时将这一“各法律体系间最小的共同分母”,如何解决调解产生的和解协议的执行问题留给各选择执行《国际商事调解示范法》方自行解决。<sup>⑥</sup>换言之,当时无法达成任何真正的协议。<sup>⑦</sup>2002年关于国际执行机制的分歧一直延续到2014年。<sup>⑧</sup>在贸易法委员会的讨论中,很多时候意见分歧似乎无法调和。但是,所有参与者都致力于建设性的对话。这使我们能够对核心立场和利益达成相互谅解,以便我们能够制定一项我们希望经得起时间考验的公约。

本文将检视产生《新加坡调解公约》的讨论进程,以及《新加坡调解公约》能成为一揽子方案的关键问题。本文希望通过探讨解决一揽子折中方案问题的相关思考,来理解制定《新加坡调解公约》背后的考虑因素。第二部份,<sup>⑨</sup>将研究贸易法委员会早先关于国际商事调解的工作,具体侧重于如何统一执行方法的讨论。第三部份,<sup>⑩</sup>将检视贸易法委员会关于执行调解产生的和解协议的最新工作,对五个问题的一揽子解决方案进行分析,也包括我参与主持会议过程中的一些思考。第四部分为结束语。<sup>⑪</sup>

本文及《新加坡调解公约》中,“调解”是指争议各方当事人在第三方的协助下经友好协商就寻求解决争议的方案达成和解,但是第三方在调解过程中无权对争议当事人

② 《承认和执行外国仲裁裁决公约》,UNTS卷号,330(第3页)(1958年6月10日;1959年6月7日生效)。

③ 贸易法委员会,秘书处的说明,《计划开展和今后可能开展的工作——第三部分,美利坚合众国政府的提议:第二工作组今后的工作》(A/CN.9/822)(2014年6月2日)。

④ 联合国国际贸易法委员会国际商事调解示范法,于联合国大会第57届会议通过的第57/18号决议(2003年1月24日)(简称:《国际商事调解示范法》)。贸易法委员会《年鉴》第三十三卷:2002年也有提供(A/CN.9/SER.A/2002)(2005)第三部分,附件一。

⑤ 贸易法委员会,《仲裁工作组第三十五届会议工作报告(2001年11月19日至30日,维也纳)》(A/CN.9/506)(2001年12月21日),第37页。另见贸易法委员会《国际商事调解示范法》颁布指南草案(A/CN.9/514)(2002年5月27日),第26页。

⑥ 《国际商事调解示范法》第14条规定:

当事人订立纠纷和解协议的,该和解协议具有约束力和可执行性……[颁布国可插入对和解协议执行方法的说明,或提及关于执行方法的规定]。

⑦ 这种命运是共同的。见娜嘉·亚历山大(Nadja Alexander),《国际和比较调解:法律观点》(荷兰:可鲁维尔国际法,2009年),第301页,指出《国际商事调解示范法》和欧洲议会和理事会于2008年5月21日关于民事和商业事项某些调解方面的第2008/52/EC号指令,Alexander将其描述为:

调解方面的主要国际法律文书,“两者都未能就调解协议的可执行性制定统一的标准”。

见Edna Sussman,“新加坡公约:促进国际调解和解协议的承认及执行”《国际商会争端解决公报》(2018年),第43-44页。

⑧ 提摩太·施纳贝尔(Timothy Schnabel),《新加坡调解公约:跨界承认和执行经调解的和解协议之框架》(2019年)《佩波戴恩大学争端解决法律期刊》第19期第1-60页,第5页;娜塔莉·莫里斯-夏尔马(Natalie Y Morris-Sharma),题为《不断变化的仲裁格局:贸易法委员会执行经调解的和解协议工作》(2018年)《澳大利亚国际仲裁年鉴》第123-138页,第126-130页。

⑨ 见下文第6至21段。

⑩ 见下文22至72段。

⑪ 见下文第73至74段。

强加解决办法。<sup>⑫</sup>此外,本文中的“mediation”(“调解”)和“conciliation”(“调解”)将会交替使用。贸易法委员会早期工作中用词为“conciliation”,《新加坡调解公约》(及经修正的《国际商事调解示范法》)<sup>⑬</sup>使用了“mediation”,因为经评估,“mediation”一词为国际社会更广泛使用的术语。然而,目的不是对其定义作出任何实质性的改变,相反,“调解”一词旨在“涵盖《国际商事调解示范法》第1(3)条规定的定义范围内的广泛活动,而无论此种措辞如何称谓”。<sup>⑭</sup>

## 二、贸易法委员会就《国际商事调解示范法》在2002年的早期工作

贸易法委员会成立于1966年,其使命是通过协调国际贸易法来加强和促进世界贸易。<sup>⑮</sup>法律协调是通过拟定国际条约或公约、示范法、立法指南和示范条款等文书进行的。<sup>⑯</sup>协调方案的另一个方面是教育,例如:建立资料库、提供训练技巧以及能力建设倡议等。<sup>⑰</sup>

贸易法委员会制定了工作流程,使其能够(一般是成功的)找到适当的共同点,以便对国际贸易中的各种问题采取协调一致的做法和法律对策。<sup>⑱</sup>其中最重要的是贸易法委员会具有召集能力,它确保来自不同法律文化和传统,以及相关专业知识的投入,<sup>⑲</sup>而其作出决策的共识基础可以使切实可行的协调方案找到融合点。贸易法委员会一直“有

<sup>⑫</sup> 联合国大会第七十三届会议(2018年12月20日)通过的73/198大会决议《调解所产的国际和解协议公约》(简称《新加坡调解公约》)第2(3)条规定:

“调解”不论使用何种称谓或者进行过程以何为依据,指由一名或者几名第三人(“调解员”)协助,在其无权对争议当事人强加解决办法的情况下,当事人设法友好解决其争议的过程。

<sup>⑬</sup> 联合国大会第73届会议(2018年12月20日)通过的第73/198号决议。

<sup>⑭</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十七届会议工作报告(2017年10月2日至6日)(A/CN.9/929)(2017年10月11日),第16页;贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十四届会议(2016年2月1日至5日,纽约)工作报告》(A/CN.9/867)(2016年2月10日),第19页。在联合国大会第73届会议(2018年12月20日)通过的第73/199号决议《国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法》修正案第2号(2018年12月20日)(简称:修订《国际商事调解示范法》),相关部分指出,改用“mediation”一词的规定是:

应这些术语的实际用法和惯常用法,并期望这一改变将有助于增进和提高《国际商事调解示范法》的知名度。术语的这一改变没有任何实质性或概念性的影响。

<sup>⑮</sup> 联合国大会第21届会议(1966年12月17日)通过的设立联合国国际贸易法委员会,第2205(XXI)号决议。

<sup>⑯</sup> 贸易法委员会,《贸易法委员会指南:联合国国际贸易法委员会基本情况》(维也纳:联合国,2013年),第13至17页。

<sup>⑰</sup> 《贸易法委员会法规判例法》或《判例法》,这是一个为收集和传播与贸易法委员会立文案文有关的法院裁决和仲裁裁决而建立的制度<<http://www.uncitral.org/clout/index.aspx>>(2019年5月20日查阅)。关于培训和能力建设举措,见贸易法委员会,《技术合作和援助,秘书处的说明》(A/CN.9/905)(2017年4月18日)。

<sup>⑱</sup> 贸易法委员会,《秘书处的说明:贸易法委员会议事规则和工作方法》(A/CN.9/638)(2007年10月17日)及其增编1至6。

<sup>⑲</sup> 贸易法委员会,《贸易法委员会指南:联合国国际贸易法委员会基本情况》(2013年),第2页:“贸易法委员会成员从联合国会员国中选出,代表不同法律传统和不同经济发展程度”。于2017年2月6日至10日在纽约举行的贸易法委员会第二工作组(争端解决)第六十六届会议,60个国家代表团、2个观察员代表团和41个政府间组织和非政府组织出席了会议。见贸易法委员会第二工作组(争端解决)关于第六十六届会议工作报告(2017年2月6日至10日,纽约)(A/CN.9/901)(2017年2月16日),第3页。

意识的力求,无论是在发达国家之间还是在社会主义和市场经济国家之间,找到平衡”。<sup>②①</sup>

1980年和2002年间,贸易法委员会通过了协调国际商事调解为目标的文书:(a)《调解规则》;<sup>②①</sup> (b)《国际商事调解示范法》。贸易法委员会在制定《国际商事调解示范法》过程中,讨论了调解达成的和解协议是否应视为“与仲裁裁决一样(或类似),具有可强制执行性”,对此问题意见不一。<sup>②②</sup>

### A. 赞同或反对协调强制执行的观点

问题在于对强制执行是否应当协调作出统一的示范条文规定。反对协调的观点伴随着各种原因,表现为经调解的和解协议与仲裁裁决之间的关系并不直接,两者关系的分离和关联也曾经被主张过。原因可分为两类:(a)在概念上难以区分和解协议,从而无法确定哪些协议可以类似于仲裁裁决执行;(b)缺乏对协调执行机制的需求。

就概念障碍而言,有认为在立法条文层面,要区分哪些和解应被视为,哪些不被视为强制执行性质是非常困难的。还有认为仲裁和调解之间有根本的区别,不宜将经调解的和解协议与仲裁裁决同等对待。换言之,经调解的和解协议与仲裁裁决需要分开来对待。

关于缺乏需求,各代表团各有争辩,认为没有必要将和解协议赋予强制执行力,因为许多国家有简单的方法使和解协议具有可执行性。这些途径包括将和解协议转化为公证文件,或者将和解进行司法确认。此外,如果和解协议的当事人希望其和解协议具有强制执行力,他们可以启动仲裁程序,将和解协议商定条件转化为仲裁裁决作为唯一目的。<sup>②③</sup>从某种意义上说,经调解的和解协议与仲裁裁决关联而受益。

在这方面持赞同意见的前提是一些国家将调解达成的和解协议视为具有强制执行力的立法运行良好。关于缺乏需求,有观点认为,并非所有国家都有使和解协议具有强制执行力的简易方法。此外,有些和解协议的当事人在订立和解协议时没有纳入使协议具有可强制执行的条款;只有当一方拒绝履行协议中的义务时,执行和解的必要性才变得明显。一些代表团还建议,这方面的立法将增加调解的吸引力。<sup>②④</sup>

### B. 协调方案的其它选项

随后,为协助贸易法委员会工作组审议,拟订了示范条文草案。该示范条文仅规定,经调解达成的和解协议具有约束力和可强制执行,除此之外,由各成员国就经调解的和解协议的强制执行制定具体条款。<sup>②⑤</sup>关于经调解的和解协议将如何强制执行,在当时并没有尝试作出统一、协调的解决方案,因为不同国家在立法层面上对经调解的和解协议

<sup>②①</sup> 玛丽·希斯科(Mary E Hiscock),“改变东南亚区域立法模式”,圣路易大学法学期刊(1994-1995)第39期943页。

<sup>②②</sup> 联合国国际贸易法委员会第35届49次会议通过的第35/52号决议《联合国国际贸易法委员会调解规则》(1980年12月4日)。贸易法委员会《年鉴》第十一卷第三部分附件二,1980年,也有提供,(A/CN.9/SER.A/1980)(1982)。

<sup>②③</sup> 贸易法委员会,《仲裁工作组第三十二届会议工作报告(2000年3月20日至31日,维也纳)》(A/CN.9/468)(2000年4月10日),第9页。

<sup>②④</sup> 见前注<sup>②③</sup>。

<sup>②⑤</sup> 见前注<sup>②③</sup>。

<sup>②⑥</sup> 《国际商事调解示范法》第14条。

在可执行性上所作出的规定曾经“差别很大”。<sup>②⑥</sup>

这就解释了一些国家将和解协议以合同方式得以强制执行,而另外一些国家则就和解协议的执行提供明确的规定,还有一些国家将和解协议赋予与仲裁最终裁决同等的效力,而其他一些国家则允许和解协议付诸法院决定执行条款得以强制执行。在此背景下,贸易法委员会工作组被要求考虑,拟定一份统一的示范条文是否可行和可取。如果可取又可行,那么统一规则的实质内容应是什么?作为替代,也有建议,不提供统一的解决方案,而是颁布指南,在指南中对可行实施解决方案提供指引。<sup>②⑦</sup>

在贸易法委员会工作组审议拟定的示范条文草案之后,有与会者认为,赋予调解期间达成的和解协议以强制执行的可能性将是有益的。因此,考虑制定一项统一的执行规定供那些可能希望颁布的国家使用是可取的。<sup>②⑧</sup>这样,在贸易法委员会工作组2001年11月最后审议该事项时,有四个不同的和解协议执行示范文本,<sup>②⑨</sup>其中两个建议文本是试图通过仲裁裁决的方式实现调解达成的和解协议的强制执行。

第一文本(“文本A”)是重申先前提出的示范条文草案,即仅规定经调解的和解协议具有约束力和可强制执行,除此之外,留给颁布国就调解的和解协议的强制执行性制定具体的规定。根据这一文本,将在颁布的实施指南中为各国内法框架下提供解决范例。

第二文本(“文本B”)载明,和解协议作为合同具有约束力和可执行性。

第三和第四文本(“文本C”和“文本D”)表明了和解协议应作为仲裁裁决处理的观点。文本C规定,达成和解协议的争议方可指定仲裁庭按照商定的条件,以仲裁裁决的形式记录和解。文本C是以《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第30条为基础。<sup>③⑩</sup>文本D仅规定达成的和解协议如同仲裁裁决具有约束力和可执行性,没有说明如何作出这种仲裁裁决的程序;然而,其附带的草案实施指南援引了《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第30、35和36条作为“如同仲裁裁决具有可执行性”意思的指引。<sup>③⑪</sup>

除四个文本外,在贸易法委员会工作组会议期间,还就关于执行和解协议的条文草案提出了各种修订建议。这些建议涉及的问题包括对和解协议提出更改的条件范围,以及经调解的和解协议是否可以与仲裁裁决“以同样的方式”执行。

<sup>②⑥</sup> 贸易法委员会,《商事纠纷的解决,与解决商业纠纷有关的某些问题可能的统一规则:仲裁协议的书面形式、临时保护措施、调解,秘书长的报告》(A/CN.9/WG.II/WP.110)(2000年9月22日),第38页。

<sup>②⑦</sup> 见前注<sup>②⑥</sup>,第38-39页。另见贸易法委员会,《仲裁工作组第三十四届会议工作报告》(2001年5月21日至6月1日,纽约)(A/CN.9/487)(2001年6月15日),第41-42页。

<sup>②⑧</sup> 贸易法委员会,《仲裁工作组第三十四届会议工作报告(2001年5月21日至6月1日,纽约)》(A/CN.9/487)(2001年6月15日),第42页。

<sup>②⑨</sup> 贸易法委员会,《商业纠纷的解决:国际商业调解示范立法条文,秘书处的说明》(A/CN.9/WG.II/WP.115)(2001年9月19日),第25-26页。

<sup>③⑩</sup> 联合国大会第四十届会议(1985年12月11日)通过的第40/72号决议。

<sup>③⑪</sup> 贸易法委员会,《商事纠纷的解决:贸易法委员会[国际商事调解示范法]颁布指南草案,秘书处的说明》(A/CN.9/WG.II/WP.116)(2001年10月12日),第21页。

这些建议均未获得共识。<sup>③②</sup>考虑到这一点,建议采用了现在《国际商事调解示范法》第14条中的措辞,以反映“各法律体系间最小的共同分母”。<sup>③③</sup>关于草案本文内容,在非正式磋商和贸易法委员会在通过该草案之前收到的正式意见中都没有提出重大修正。

最后,并不是没有尝试将执行调解达成的和解协议的统一办法反映在《国际商事调解示范法》中,而是各法域所采取的不同方法难以克服。

### 三、贸易法委员会关于经调解的和解协议强制执行的近期工作

2015年,贸易法委员再次积极启动《国际商事调解示范法》工作时,涉及的讨论和面临的困难依然存在。从简或加速执行调解达成的和解协议问题,意见依然分歧。作为贸易法委员会近期工作的审议主席,我理解,正如埃伦·迪森(Ellen Deason)所说,“各方都有重要的价值观,而任何执行程序,包括维持现状,都是其中一些价值观的妥协”。<sup>③④</sup>考虑到这一点,唯一的直接推进的方式是通过公开对话寻求可能的妥协。

在意见交换的过程中显示,调解达成的和解协议的执行在国际上有众多不同的办法。<sup>③⑤</sup>有些看法认为,“自《国际商事调解示范法》通过以来……情况并未改变”,“工作组处理这个问题面临与拟定《国际商事调解示范法》第14条时类似的困难”。<sup>③⑥</sup>同时也有看法认为,自通过《国际商事调解示范法》以来国内法规的变化发展表明“各国已经开始重视这一问题”。因此,对执行经调解达成的和解协议的考虑可能是“恰当时机”。<sup>③⑦</sup>

2017年2月的工作组会议上对五个问题达成的一揽子方案或“折中建议”,在帮助平衡不同关切和利益方面发挥了关键作用,从而可以实现执行调解达成的和解协议的协调办法。<sup>③⑧</sup>一揽子方案是建立在2016年9月会议工作基础上的,我们曾对约束力和通过司法或仲裁程序达成的纠纷解决协议等问题进行了两次、三次的审议。在2016年9月会议之后,我对2017年2月的会议抱有很高的期待。记得在会议开幕词中我特别鼓励各代表团首先集中讨论工作组需要达成共识的问题,并最大限度地利用这一周的时间,包括正式会议之外的时间,填补裂痕,达成折中建议。即便如此,折中建议仍然差点未能

<sup>③②</sup> 贸易法委员会,《仲裁工作组第三十五届会议工作报告(2001年11月19日至30日,维也纳)》(A/CN.9/506)(2001年12月21日),第36-37页。

<sup>③③</sup> 贸易法委员会,《仲裁工作组第三十五届会议工作报告(2001年11月19日至30日,维也纳)》(A/CN.9/506)(2001年12月21日),第37页。另见贸易法委员会,《贸易法委员会国际商事调解示范法及其颁布和使用指南草案》(A/CN.9/514)(2002年5月27日),第26页。

<sup>③④</sup> 埃伦·迪森(Ellen E Deason),“诉讼和调解补充制度的程序规则——全球”巴黎圣母院法律评论第80期(2005)第553-592页中的第585页。

<sup>③⑤</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十二届会议(2015年2月2日至6日,纽约)工作报告》(A/CN.9/832)(2015年2月11日)第9页。

<sup>③⑥</sup> 见前注<sup>③⑤</sup>,6页。

<sup>③⑦</sup> 见前注<sup>③⑤</sup>,10页。

<sup>③⑧</sup> 见前注<sup>③⑤</sup>,10-11页。

达成,因为有时候发生的事情会不受我们的控制。

2017年2月,当谈判即将取得突破的时候,纽约上空暴风雪席卷而来,联合国总部大楼需要关闭一天。当时我想,这对我们的谈判进程和势头构成严峻的考验。令人鼓舞的是,我们仍旧以非正式的方式召开了会议,非正式会议宣布欢迎任何和所有感兴趣的代表团参加。结果,感兴趣参加的是那些分歧最大的代表团,而且处于全天非正式谈判的最前列,敲定五个问题的一揽子方案中的细节和措词,这是非常关键的。最终,一揽子方案提交到正式会议,对我而言,该阶段至关重要,因为这样能够确保没有参加非正式会议的代表团仍能就这些问题发表意见。方案作为草案和基础获得通过,我们可以在2017年10月会议期间及以后继续努力,逐步完善和改进。

2017年7月,我向贸易法委员会会议提交了报告,包括工作组2017年2月会议上达成折中建议的最新情况。贸易法委员会记录下了达成的折中建议,并表示支持工作组继续在这一折中建议的基础上推进工作。<sup>③⑨</sup>这进一步巩固了五个问题的一揽子方案在我们今后的工作得到支持认可的基础。这些小步确认是具有重大意义的,因为一揽子方案是非常脆弱的妥协,在下一步谈判中随时会被质疑,甚至有时候被挑战,即便最终在共识中总是确认为共识。<sup>④⑩</sup>

五个问题是如何确定的?这些是谈判中遇到的最困难的问题,因为对每一个问题表达的意见都有分歧,而且不同的代表团对每一个问题都有自身强烈的感受,任何一个问题都无法自行独立解决。然而,通过一揽子方案,各代表团能够更好地重视如何在某个问题上灵活处理以便其他代表团在另外的问题上灵活变通。这样,我们就能够开始平衡不同关切和利益的实践,寻求克服各类潜在困难和僵局之路。

一揽子方案中的五个问题:(a)和解协议的法律效力;(b)通过司法或仲裁程序中达成的争议解决协议;(c)各方选择加入的声明;(d)调解过程和调解人行为对执行程序的影响;(e)和解机制形式。

#### A.《新加坡调解公约》的适用范围

《新加坡调解公约》将适用于商事纠纷经调解订立的争议和解协议,而不适用于家庭或劳动法相关的纠纷,也不适用于涉及消费者的协议。<sup>④①</sup>对商事纠纷的理解应在贸易法委员会关于国际商事调解的工作范围。<sup>④②</sup>

<sup>③⑨</sup> 贸易法委员会,《联合国国际贸易法委员会报告,第五十届会议(2017年7月3日至21日)》(A/72/17)(2017年),第42页。

<sup>④⑩</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十七届会议(2017年10月2日至6日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/929)(2017年10月11日),第4页和第8页。

<sup>④①</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十三届会议(2015年9月7日至11日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/861)(2015年9月17日),第9页;贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十四届会议(2016年2月1日至5日,纽约)工作报告》(A/CN.9/867)(2016年2月10日),第17页。

<sup>④②</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十三届会议(2015年9月7日至11日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/861)(2015年9月17日),第9页。

此外,协议必须具有国际性。<sup>④③</sup>在订立和解协议之时,达成的和解协议至少有两方当事人在不同国家设有营业地;或者和解协议各方当事人设有营业地的国家不是和解协议所规定的相当一部分义务履行地所在国,以及与和解协议所涉事项关系最密切的国家。

某个时段有人建议,新的机制应称之为“外国”和解协议,而不是“国际”和解协议。这是基于《纽约公约》已经形成的惯例提出的建议,因此是可以信赖的。这项建议没有被接受,有一种认识,与仲裁不同,经调解的和解协议的“调解地”不是一个容易确定的要素。<sup>④④</sup>

和解协议必须是书面的而且由各当事方签署。<sup>④⑤</sup>符合书面的要求可理解为和解协议内容以任何形式的记录,包括电子通信。<sup>④⑥</sup>这吸收了贸易法委员会电子商务文本中关于书面和签署要求同等作用的相关原则,<sup>④⑦</sup>从而保留网上调解的灵活性。讨论认为,考虑到目前的做法,交换电子邮件足以满足签字要求。此外,还决定关于有别于各当事方之间通讯的和解协议“单一文件”要求不列入《新加坡调解公约》。<sup>④⑧</sup>

重要的是,和解协议须经调解产生。为此,还须有证据表明,该协议是经调解的结果,并有一名调解员参与了这一过程。经过长时间的讨论,这一要求才同意列入。这些证据包括调解员在和解协议上的签名,或调解员、管理机构签署的另纸证明文件。<sup>④⑨</sup>考虑到不同司法体系和法律文化中不同的调解做法,《新加坡调解公约》以“示例性和不分等级清单”列举证据形式。<sup>④⑩</sup>

## B. 和解协议的法律效力

一揽子折中方案的第一个问题涉及如何处理《新加坡调解公约》赋予和解决协议

<sup>④③</sup> 就《新加坡调解公约》的第1(1)条,会上提出了取消将文书的范围局限于国际和解协议,并将新的文书适用于所有经调解的和解协议,不论和解协议是否属于国际和解协议的提议,这项建议未获支持。参见贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十四届会议(2016年2月1日至5日,纽约)工作报告》(A/CN.9/867)(2016年2月10日),第15-16页。

<sup>④④</sup> 见前注<sup>④③</sup>,第7-8页。

<sup>④⑤</sup> 《新加坡调解公约》第1(1)条及第4(1)(a)条。并参见贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十三届会议(2015年9月7日至11日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/861)(2015年9月17日),第10-11页;贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十四届会议(2016年2月1日至5日,纽约)工作报告》(A/CN.9/867)(2016年2月10日)第21页;贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十五届会议(2016年9月12日至23日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/896)(2016年9月30日),第7和12页。

<sup>④⑥</sup> 《新加坡调解公约》第4(2)条。

<sup>④⑦</sup> 见前注<sup>④③</sup>,第10-11页;贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十四届会议(2016年2月1日至5日,纽约)工作报告》(A/CN.9/867)(2016年2月10日)第21页;贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十五届会议工作报告》(2016年9月12日至23日,维也纳)(A/CN.9/896)(2016年9月30日),第12页。

<sup>④⑧</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十四届会议(2016年2月1日至5日,纽约)工作报告》(A/CN.9/867)(2016年2月10日),第21页。

<sup>④⑨</sup> 《新加坡调解公约》第4(1)(b)条。并参见前注<sup>④⑧</sup>,第21页。

<sup>④⑩</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十八届会议(2018年2月5日至9日,纽约)工作报告》(A/CN.9/934)(2018年2月19日),第7页。见贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十三届会议(2015年9月7日至11日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/861)(2015年9月17日),第11页;贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十五届会议(2016年9月12日至23日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/896)(2016年9月30日),第13页;贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十七届会议(2017年10月2日至6日)工作报告》(A/CN.9/929)(2017年10月11日),第9-10页。

的法律效力。这一问题要求各代表团能够了解不同司法体系下的运作情况。受大陆法训练的律师必须要理解普通律师认为是理所当然的概念和程序,反之亦然。有时候,我们忘记了确保我们的发言不被曲解是多么困难。我们假设,当我们引用特定的专业术语时,我们所想表达的意思将会按照我们希望的被理解。这只是各代表团遇到的必须放弃各种假设和依赖专业术语的一种情形。正式会议以外的非正式会议和交谈有很大帮助,我参加了其中一些非正式交流,并普遍观察了所有的交流,所以我也能跟上讨论的进展,从中理解到各代表团的情况,当正式会议重新召开时,我倾向于由各代表团介绍非正式会议取得的最新情况,而不是由我解读,原因之一就是我们都欣赏到各代表团通过聚会所取得的进展。

《新加坡调解公约》在最终用词和方式上,选择了“承认和执行”这一实用概念。这是为了能够使《新加坡调解公约》避免使用“承认”一词,而在其范围内又涵盖“承认”的法律效力。<sup>⑤1</sup> 这种观点就像理解仲裁裁决一样,对和解协议有两种方式可使其用于国内法院的诉讼中:(a)作为和解协议执行的“利剑”;(b)作为抗辩申索援引的“盾牌”。在起草《新加坡调解公约》的整个过程中,对措辞特别敏感,以便《新加坡调解公约》的规定既不被解读为仅指和解协议的强制执行,也不仅是援用和解协议。<sup>⑤2</sup>

“承认和执行”的概念在适用于仲裁裁决以及仲裁协议的《纽约公约》条约语境,我们是熟悉的。国际商事仲裁委员会1953年3月13日会议通过的公约草案初稿,也是构成《纽约公约》的基础工作,对该术语赋予含义的概念描述如下:<sup>⑤3</sup>

第二条,在以下各条款规定的条件下,在本公约适用的任何缔约方领土内,仲裁裁决应被视为具有约束力,并应根据该领土裁决依据的程序规则予以执行。

贸易法委员会在讨论中提出,《纽约公约》中,“仲裁裁决的‘承认’是指认定仲裁裁决的过程具有约束力,但未必就是可予执行的;而‘执行’则是指实现裁决生效的过程。”<sup>⑤4</sup>

确实,《新加坡调解公约》使用“承认”一词将与包括《纽约公约》在内的现有条约保持一致。<sup>⑤5</sup> 但是,正如贸易法委员会讨论中表明的那样,不同的司法管辖区对“承认”

<sup>⑤1</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十三届会议(2015年9月7日至11日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/861)(2015年9月17日),第14页;贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十四届会议(2016年2月1日至5日,纽约)工作报告》(A/CN.9/867)(2016年2月10日),第23页。

<sup>⑤2</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十八届会议工作报告(2018年2月5日至9日,纽约)工作报告》(A/CN.9/934)(2018年2月19日)第6-7页。并参见贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十七届会议(2017年10月2日至6日)工作报告》(A/CN.9/929)(2017年10月11日)第12-13页。贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十六届会议(2017年2月6日至10日,纽约)工作报告》(A/CN.9/901)(2017年2月16日),第11-12页。

<sup>⑤3</sup> 国际商会,《国际商事仲裁委员会在1953年3月13日会议上通过的报告和公约草案初稿》(国际商会刊物)第174期(1953年),第12页。

<sup>⑤4</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十三届会议(2015年9月7日至11日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/861)(2015年9月17日),第14页。

<sup>⑤5</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十五届会议(2016年9月12日至23日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/896)(2016年9月30日),第35页。

的理解不同,各国内会采用各种不同的程序实现承认。在不同的司法管辖区,国内的承认程序不同,效果也是不同。<sup>⑤6</sup> 尽管同意该机制应涉及“执行”,但争论的焦点是,是否也应提及“承认”的概念。

那些支持解决承认问题的人强调,承认赋予和解协议法律效力。这种法律效力对于撤销已经由和解协议解决的索赔或者实现抵消索赔也许是必要的。<sup>⑤7</sup> 此外,在某些法域,执行程序取决于和解协议首先得到承认。<sup>⑤8</sup>

那些不支持解决承认问题的人则强调,和解协议是私人性质行为,在执行程序外还具有法律价值是不恰当的。对于这些代表团来说,承认是留给一国公共行为的步骤,例如法院判决。<sup>⑤9</sup> 赋予这类行为具有效力既没必要,也不合适,在某些法域中将被理解为既判力。<sup>⑥0</sup>

在整个过程中,提出了各种草案建议,以弥合分歧。这包括基于《国际商事调解示范法》第14条,建议使用“约束力和可执行性”一词。<sup>⑥1</sup> 这种措词没有幸存到最后的草案阶段。也有草案建议赋予和解协议“抗辩…与执行程序中同等的效力”。<sup>⑥2</sup> 然而,有人提出了什么是“法律效力”的问题。<sup>⑥3</sup> 这些讨论使得2017年2月的会议上提出了关键性建议,被执行和援引的和解协议的概念。<sup>⑥4</sup> 这一创新之作,可以弥合不同法域之间不同实践和理解所造成的差距。<sup>⑥5</sup>

### C. 在司法或仲裁程序中达成的和解协议

折中建议中的第二个问题,《新加坡调解公约》不适用于经由法院批准、或者在法院相关程序过程中订立的、在该法院所在国作为判决执行的和解协议。《新加坡调解公

<sup>⑤6</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十三届会议(2015年9月7日至11日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/861)(2015年9月17日),第14页;贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十四届会议(2016年2月1日至5日,纽约)工作报告》(A/CN.9/867)(2016年2月10日),第23页;贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十五届会议(2016年9月12日至23日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/896)(2016年9月30日),第15页。

<sup>⑤7</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十三届会议(2015年9月7日至11日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/861)(2015年9月17日),第14页。

<sup>⑤8</sup> 见前注<sup>⑤7</sup>,第14页。

<sup>⑤9</sup> 见前注<sup>⑤7</sup>,第14页;贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十五届会议(2016年9月12日至23日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/896)(2016年9月30日),第15页。

<sup>⑥0</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十四届会议(2016年2月1日至5日,纽约)工作报告》(A/CN.9/867)(2016年2月10日),第23页;贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十五届会议(2016年9月12日至23日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/896)(2016年9月30日),第15页。

<sup>⑥1</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十五届会议(2016年9月12日至23日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/896)(2016年9月30日),第15页。贸易法委员会,《国际商事调解示范法》第14条在有关部分中指出,“当事人订立争议和解协议的,该和解协议具有约束力和可执行性”。

<sup>⑥2</sup> 见前注<sup>⑥1</sup>,第27页。

<sup>⑥3</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十六届会议(2017年2月6日至10日,纽约)工作报告》(A/CN.9/901)(2017年2月16日),第5页。

<sup>⑥4</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十六届会议(2017年2月6日至10日,纽约)工作报告》(A/CN.9/901)(2017年2月16日),第5页。

<sup>⑥5</sup> 尽管如此,有关草案的讨论仍在继续。具体地说,有人担心只使用“执行”一词有可能会“意外地限制文书范围”。同时,用词“准予救济”可能比“执行”所表达的含义“更宽”:见贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十六届会议(2017年2月6日至10日,纽约)工作报告》(A/CN.9/901)(2017年2月16日),第11至12页。

约》也不适用于已记录在案并可作为仲裁裁决执行的和解协议。<sup>⑥⑥</sup>相反,在司法或仲裁程序中达成但未获批准或记录为法庭判决或仲裁裁决的和解协议,属于《新加坡调解公约》适用的范围。<sup>⑥⑦</sup>即使是由法官或仲裁员在诉讼或仲裁程序中发起的调解或达成的和解协议,也是如此。<sup>⑥⑧</sup>

由谁以什么标准来决定成了讨论的重点。于我们而言,只需说明一点就足够了,将由执行当局决定作为判决或仲裁裁决批准或记录的和解协议是否可作为判决或仲裁裁决强制执行<sup>⑥⑨</sup>,《新加坡调解公约》对执行当局作出裁定的标准不作任何规定。我们理解,作为判决的强制执行,和期盼中的《海牙判决公约》保持一致,应该适用批准和解协议作为判决的国家或在诉讼过程中达成和解协议的法院的所在国的标准;作为仲裁裁决的强制执行,和《纽约公约》等现有执行框架保持一致,适用的标准则是寻求执行的所在国的标准。<sup>⑦⑩</sup>

《新加坡调解公约》对在司法或仲裁程序中达成的和解协议的处理有几个目的值得强调。

首先,它认识到,许多通过调解解决的商业纠纷并不一定是争端方一开始就打算诉诸调解,而是“许多途径引向调解”。<sup>⑦①</sup>许多争议是在提交法院或仲裁庭后,开始调解并解决了争议。《国际商事调解示范法》第1条第8款(2018年修订的《国际商事调解示范法》第3条第6款)对通过各种渠道开展调解是同样认可的,它承认可以基于不同的基础进行和解,例如当事人之间的协议、法律规定的义务或法院、仲裁庭或主管当局的指令或建议。<sup>⑦②</sup>

其次,它力求避免判决、仲裁裁决和调解达成的和解协议执行制度间造成差距和重叠。具体而言,目的是避免《新加坡调解公约》与《海牙选择法院协议公约》<sup>⑦③</sup>《海牙国际私法会议的判决书项目》(简称:《判决书项目》)及《纽约公约》出现重叠。<sup>⑦④</sup>在许

<sup>⑥⑥</sup> 《新加坡调解公约》第1(3)条。

<sup>⑥⑦</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十六届会议(纽约,2017年2月6日至10日)工作报告》(A/CN.9/901)(2017年2月16日),第6和7页。

<sup>⑥⑧</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十四届会议(2016年2月1日至5日,纽约)工作报告》(A/CN.9/867)(2016年2月10日)第20-21页;贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十五届会议(2016年9月12日至23日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/896)(2016年9月30日),第11和35页。

<sup>⑥⑨</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十六届会议(2017年2月6日至10日,纽约)工作报告》(A/CN.9/901)(2017年2月16日),第13至14页。

<sup>⑦⑩</sup> 见前注<sup>⑥⑨</sup>,第12至14页;贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十七届会议(2017年10月2日至6日)工作报告》(A/CN.9/929)(2017年10月11日),第5页。

<sup>⑦①</sup> 克劳斯·霍特(Klaus J Hopt) & 费利克斯·斯特菲克(Felix Steffek),《调解:比较视角下的原则与监管》(克劳斯·霍特(Klaus J Hopt) & 费利克斯·斯特菲克(Felix Steffek)合编)(牛津:牛津大学出版社,2013)中“调解:法律、监管模式、基本问题的比较”之尾注347。

<sup>⑦②</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十三届会议(2015年9月7日至11日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/861)(2015年9月17日),第6页。

<sup>⑦③</sup> 2005年6月30日;2015年10月1日生效。

<sup>⑦④</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十五届会议(2016年9月12日至23日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/896)(2016年9月30日),第35-36页。

多方面,这是各代表团对这一问题的主要关注点。部分原因在于,一些对贸易法委员会进程最感兴趣的代表团也积极参与了《判决书项目》的讨论。因此,他们非常重视贸易法委员会的讨论成果和《判决书项目》预期产出如何相互形成各种排列组合作用。

讨论中,我们对制度重叠问题的复杂性有清醒的认识。事实上,鉴于其复杂程度,我们曾考虑《新加坡调解公约》是否不提此事,以便由执行法院去解决。另一种选择是由各《新加坡调解公约》缔约国通过规定允许的声明或保留自行决定。<sup>⑦⑤</sup>然而,大家担心,这些无法为主管执行当局提供足够的指导。<sup>⑦⑥</sup>

应该提供哪些指导呢?有些代表团认为执行制度之间存在重叠是有利的,应该留给执行当局去解决,包括拒绝执行的明文规定。有些喜好时尚的解决方式“共存”,“和解协议转化为判决或仲裁裁决后仍然存在”。<sup>⑦⑦</sup>但是,这种重叠还是提醒避免,因为执行重叠的制度,可能导致其他复杂的情况,甚至引起争议当事方滥用。<sup>⑦⑧</sup>各方在寻求强制执行和解协议的国家会有多重选择。<sup>⑦⑨</sup>也有担心为和解协议定制的《新加坡调解公约》,包括其拒绝执行理由,适用于法院判决或仲裁裁决。<sup>⑧⑩</sup>因此,当和解协议被成功转化为法院判决或仲裁裁决时,除非所在国可能希望对和解协议的适用作出任何更优惠待遇的决定(《新加坡调解公约》第7条明确保留的可能性),<sup>⑧⑪</sup>和解协议具有的基本的效力也将失去。

在确保避免重叠的同时,希望不会造成空白。只有被法院判决或仲裁裁决执行的已经记录的和解协议,才会被排除在《新加坡调解公约》范围之外。制定这一可执行性的标准是为了避免可能出现的空白,例如,记录为合意裁决的和解协议因缺乏基本争议而

<sup>⑦⑤</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十四届会议(2016年2月1日至5日,纽约)工作报告》(A/CN.9/867)(2016年2月10日)第20页;贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十五届会议(2016年9月12日至23日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/896)(2016年9月30日),第10页;贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十六届会议(2017年2月6日至10日,纽约)工作报告》(A/CN.9/901)(2017年2月16日),第7页。

<sup>⑦⑥</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十五届会议(2016年9月12日至23日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/896)(2016年9月30日),第10页。

<sup>⑦⑦</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十六届会议(2017年2月6日至10日,纽约)工作报告》(A/CN.9/901)(2017年2月16日),第13页。

<sup>⑦⑧</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十三届会议(2015年9月7日至11日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/861)(2015年9月17日),第6页;贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十四届会议(2016年2月1日至5日,纽约)工作报告》(A/CN.9/867)(2016年2月10日)第19-20页;贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十六届会议(2017年2月6日至10日,纽约)工作报告》(A/CN.9/901)(2017年2月16日),第6页。

<sup>⑦⑨</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十五届会议(2016年9月12日至23日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/896)(2016年9月30日),第36页;贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十六届会议(2017年2月6日至10日,纽约)工作报告》(A/CN.9/901)(2017年2月16日),第13页。

<sup>⑧⑩</sup> 见前注<sup>⑦⑨</sup>,第35-36页。

<sup>⑧⑪</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十五届会议(2016年9月12日至23日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/896)(2016年9月30日),第36页;贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十六届会议(2017年2月6日至10日,纽约)工作报告》(A/CN.9/901)(2017年2月16日),第13至14页。关于《新加坡调解公约》在便利跨境执行经调解的和解协议方面作为“底线”而不是“上限”行事的意图。

被《纽约公约》拒绝执行。<sup>⑧②</sup>《新加坡调解公约》对这类和解协议仍可考虑执行。<sup>⑧③</sup>

这样,《新加坡调解公约》通过填补经调解的和解协议无论是否转化为法院判决或仲裁裁决在跨境执行框架下出现的空白,同时尽可能确保避免因制度重叠产生复杂情况取得平衡,实现促进便利运行经调解的和解协议。

#### D. 各当事方选择加入的声明

折中建议第三个问题,是《新加坡调解公约》签署国关于对争议当事方必须选择加入的声明。关于选择加入的声明使《新加坡调解公约》签署国能够规定,各争议当事方必须明确表示同意,并在其和解协议中载明其愿意将协议付诸于《新加坡调解公约》的执行制度。<sup>⑧④</sup>

一些代表团认为,要求争议当事方明确表示同意强制执行制度是调解的合意性、当事方自主性和争议当事方完全了解同意内容的自然结果。<sup>⑧⑤</sup>否则,强制性的执行力,这一争议各当事方或许没有意识到的新颖特征,可能会损害调解程序的友好性质。<sup>⑧⑥</sup>这一要求也有助于争议当事方提高对可执行性问题的认识。<sup>⑧⑦</sup>

对于其他代表团来说,要求采取这一步骤将导致减少使用《新加坡调解公约》,并且与以《新加坡调解公约》促进国际商事调解和便利商业事务和解协议执行的目标背道而驰。实际上,在达成和解之后,争议各当事方很可能不太习惯参与进一步商讨同意适用快速执行制度。更可能的是,在调解进程阶段,争议各当事方通常会期望彼此遵守和解协议,信守“合约必须遵守原则”;要求选择适用强制执行制度有悖于这些期望。<sup>⑧⑧</sup>

此外,贸易法委员会仔细校准讨论《新加坡调解公约》要求,包括其适用范围,表格要求和拒绝理由,目的就是精准确定《新加坡调解公约》适用时机。纠纷当事人的选择

<sup>⑧②</sup> 见前注<sup>⑧①</sup>,第36页;第6和12页。

<sup>⑧③</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十六届会议(2017年2月6日至10日,纽约)工作报告》(A/CN.9/901)(2017年2月16日),第13至14页;贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十七届会议(2017年10月2日至6日)工作报告》(A/CN.9/929)(2017年10月11日),第5页。

<sup>⑧④</sup> 见前注<sup>⑧①</sup>,第23页。经修正的《国际商事调解示范法》的脚注载有反映保留意见的同等规定:“一国可考虑颁布本节,使之仅在和解协议各方当事人同意适用本节的情况下适用本节”。有关这方面,详见贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十八届会议(2018年2月5日至9日,纽约)工作报告》(A/CN.9/934)(2018年2月19日),第20和34页中达成并反映的协议。

<sup>⑧⑤</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十三届会议(2015年9月7日至11日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/861)(2015年9月17日),第12页;贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十四届会议(2016年2月1日至5日,纽约)工作报告》(A/CN.9/867)(2016年2月10日),第22-23页。

<sup>⑧⑥</sup> 见前注<sup>⑧①</sup>,第22-23页。贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十六届会议(2017年2月6日至10日,纽约)工作报告》(A/CN.9/901)(2017年2月16日),第8页。

<sup>⑧⑦</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十四届会议(2016年2月1日至5日,纽约)工作报告》(A/CN.9/867)(2016年2月10日),第29页。

<sup>⑧⑧</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十三届会议(2015年9月7日至11日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/861)(2015年9月17日),第12页;贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十四届会议(2016年2月1日至5日,纽约)工作报告》(A/CN.9/867)(2016年2月10日),第23页;贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十五届会议(2016年9月12日至23日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/896)(2016年9月30日)第23页;贸易法委员会,《第二工作组(争端解决)第六十六届会议(2017年2月6日至10日,纽约)工作报告》(A/CN.9/901)(2017年2月16日),第7页。

不应影响该经过谨慎校准的机制适用。<sup>88</sup>也有指出,《纽约公约》并没有选择适用的要求。<sup>89</sup>保持调解的合意性质,可能的替代方案是为争议当事方提供其和解协议排除《新加坡调解公约》强制执行制度的选择。<sup>90</sup>

在选择适用或选择不适用机制之间,以及《新加坡调解公约》为争议当事方不明确规定任何选择,各代表团同样意见不一。

折中建议的前两个问题必须应对复杂的概念、理解及其互相之间的影响,而第三个问题在概念上是相当直接的。可是,这仅意味着有许多的方法切割蛋糕,而怎么切,意见是分歧的。我们最终决定可以接受的妥协是声明允许《新加坡调解公约》缔约国选择要求纠纷当事人同意采用快速执行制度。<sup>91</sup>采用声明方法在许多不同环境下多次非正式地提议并进行了讨论。这是我们最终作出的解决方案,既能最大程度地促进参与《新加坡调解公约》这一多国协议,亦能维护其目标和宗旨。<sup>92</sup>

这种声明方法牵涉出几个重要含意。首先,即使没有这个声明,争议当事方也不需要作为先决条件适用《新加坡调解公约》在其和解协议中明确同意适用。可是他们可以在和解协议中排除适用《新加坡调解公约》,而这一排除将作为和解协议的条款条件产生效力。<sup>93</sup>其次,争议当事方会应该了解争议对方或各方相关资产的所在地,以及是否已经声明选择适用的司法管辖区域。如果是,那么适用《新加坡调解公约》执行制度应该是特别明智的选择。再次,如果争议各方决定明确表示同意选择适用《新加坡调解公约》,请他们注意适用的形式并没有明确的决定或建议,虽然贸易法委员会在讨论中有初步交换意见,但他们或许希望注意到的是对采取选择适用的方式没有达成最后的决定或建议。在初步交换意见中有建议选择适用应该是书面的,但是这未进行讨论。<sup>94</sup>虽然提

<sup>88</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(争议解决)第六十五届会议(2016年9月12日至23日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/896)(2016年9月30日),第22及23页;贸易法委员会,《第二工作组(争议解决)第六十六届会议(2017年2月6日至10日,纽约)工作报告》(A/CN.9/901)(2017年2月16日),第7页。

<sup>89</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十三届会议(2015年9月7日至11日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/861)(2015年9月17日),第12页;贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十四届会议(2016年2月1日至5日,纽约)工作报告》(A/CN.9/867)(2016年2月10日),第23页;贸易法委员会,《第二工作组(争议解决)第六十五届会议(2016年9月12日至23日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/896)(2016年9月30日),第23页;贸易法委员会,《第二工作组(争议解决)第六十六届会议(2017年2月6日至10日,纽约)工作报告》(A/CN.9/901)(2017年2月16日),第7页。

<sup>90</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十三届会议(2015年9月7日至11日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/861)(2015年9月17日),第12页;贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十四届会议(2016年2月1日至5日,纽约)工作报告》(A/CN.9/867)(2016年2月10日),第23页;贸易法委员会,《第二工作组(争议解决)第六十六届会议(2017年2月6日至10日,纽约)工作报告》(A/CN.9/901)(2017年2月16日),第8页。

<sup>91</sup> 这个想法是在第64届会议上提出的。参见贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十四届会议(2016年2月1日至5日,纽约)工作报告》(A/CN.9/867)(2016年2月10日),第23页。

<sup>92</sup> 这与《1995年国际法委员会年鉴》第II卷1部第152页,阿兰·佩莱的“关于对条约之保留的法律和实践的第一次报告”(A/CN.4/470)的内容相呼应。

<sup>93</sup> 见《新加坡调解公约》第5(1)(d)条,及贸易法委员会,《第二工作组(争议解决)第六十八届会议(2018年2月5日至9日,纽约)工作报告》(A/CN.9/934)(2018年2月19日)第13页中所表达的理解。

<sup>94</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(争议解决)第六十五届会议(2016年9月12日至23日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/896)(2016年9月30日),第34页。

出了选择适用的标准形式的想法,但并没有一种形式最终成形。<sup>96</sup> 同样,关于什么时候需要表明选择适用也没有明确的指导意见,尽管有建议,可以在任何时间,包括达成和解协议后。<sup>97</sup>

#### E. 调解程序和调解员行为对执行程序的影响

《新加坡调解公约》寻求使其范围内的和解协议得以执行及援用(类似于《纽约公约》第三条),受某些有限情况的制约(类似于《纽约公约》第五条)。<sup>98</sup> 为此,《新加坡调解公约》列出了一份有限而又详尽的拒绝执行经调解的和解协议的清单。<sup>99</sup> 一些拒绝理由是受《纽约公约》的启示,《纽约公约》有些拒绝理由并没列入《新加坡调解公约》,《新加坡调解公约》里另外一些拒绝理由是受调解人不当行为的启示,而不是取自于《纽约公约》。<sup>100</sup>

针对调解员不当行为的拒绝理由构成了折中建议中的第四个问题,并且进行了广泛的磋商。最终的结果,可以构成拒绝执行理由的调解员不当行为涉及严重违背适用标准,或未披露不当行为对争议当事方订立和解协议有因果关系的情形。<sup>101</sup> 目的是拒绝理由只有特殊情况才适用。<sup>102</sup> 适用标准将由相关主管当局确定。标准可以是管辖调解的法律或调解规则<sup>103</sup>。

无人质疑调解员道德和行为的重要性。<sup>104</sup> 事实上,问题的出现就是认识到调解员在促使达成和解协议中担当着重要的角色。<sup>105</sup> 这些争议解决过程中的正当程序问题,如调解员的公正性和中立性<sup>106</sup> 及公平对待各当事方等,是否应该成为具体抗辩的理由,或对调解员的这些担心是否可以援引为拒绝执行和解协议的理由(如导致和解协议无效,或

<sup>96</sup> 见前注<sup>95</sup>,第23和34页。

<sup>97</sup> 见前注<sup>95</sup>,第34页。

<sup>98</sup> 贸易法委员会,《计划开展和今后可能开展的工作——第三部分,美利坚合众国政府的提议:第二工作组今后的工作,秘书处的说明》(A/CN.9/822)(2014年6月2日),第3页。参见贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十三届会议(2015年9月7日至11日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/861)(2015年9月17日),第16页。

<sup>99</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十三届会议(2015年9月7日至11日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/861)(2015年9月17日),第17页。

<sup>100</sup> 《卡多佐冲突解决期刊》(特刊),2019年。

<sup>101</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(争议解决)第六十六届会议(2017年2月6日至10日,纽约)工作报告》(A/CN.9/901)(2017年2月16日),第10-11页。

<sup>102</sup> 见前注<sup>95</sup>,第19-20页及第33-34页。

<sup>103</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(争议解决)第六十七届会议(2017年10月2日至6日)工作报告》(A/CN.9/929)(2017年10月11日),第15-16页。另参见贸易法委员会,《第二工作组(争议解决)第六十六届会议(2017年2月6日至10日,纽约)工作报告》(A/CN.9/901)(2017年2月16日),第16页,反映了一种意见,在适用相关准则时,应当考虑到仲裁员和调解员的不同责任和义务。

<sup>104</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(争议解决)第六十六届会议(2017年2月6日至10日,纽约)工作报告》(A/CN.9/901)(2017年2月16日),第8页。

<sup>105</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(争议解决)第六十五届会议(2016年9月12日至23日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/896)(2016年9月30日),第33页。

<sup>106</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(争议解决)第六十五届(2016年9月12日至23日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/896)(2016年9月30日),第19页:要求调解人保持独立和公正,与要求调解人向各方当事人披露可能导致对其公正性或者独立性产生有正当理由怀疑的情形是有区别的,后者才是问题所在。

违反程序性公共政策等)。<sup>⑩</sup>

调解和仲裁在程序上的差异成为讨论中的主要内容。与仲裁相比,调解中的“公平”对待意味什么?是有别于行为守则或国内法?<sup>⑪</sup>是引入这种要求限制调解程序?<sup>⑫</sup>当积极聆听各种发言,甚至假装忘记在场各位专家的简介,我能够从发言中分辨出,代表团中谁是专家,谁更熟悉调解,谁更熟悉仲裁。<sup>⑬</sup>我们再次看到有必要抛弃某些长期坚持的假设,而以开放的态度进行对话,以便达成有效的妥协。

这方面的讨论是广泛的,往往还充满挑战。会上对把调解员的不当行为作为独立的拒绝理由表达了重大的保留意见。对这种建议的必要性提出了质疑,直言重点应该关注当事人的行为,而不是调解员的行为,<sup>⑭</sup>因为一个经调解的协议能够达成只能是各当事人自愿的,并不可能是第三方强加的。<sup>⑮</sup>此外,调解员不应受与法官和仲裁员同样的公正性约束。<sup>⑯</sup>还有关注现实的担忧,引入调解员不当行为作为拒绝理由,可能会为更多的诉讼打开大门,这将削弱这一机制的目的。更加复杂的是,如果要求审议发生在不同法域的调解过程有关的问题,执行地的法院很可能面临着困难。<sup>⑰</sup>

<sup>⑩</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十三届会议(2015年9月7日至11日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/861)(2015年9月17日),第17页;贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十四届会议(2016年2月1日至5日,纽约)工作报告》(A/CN.9/867)(2016年2月10日)第27至28页;贸易法委员会,《第二工作组(争议解决)第六十五届会议(2016年9月12日至23日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/896)(2016年9月30日),第19页;贸易法委员会,《第二工作组(争议解决)第六十六届会议(2017年2月6日至10日,纽约)工作报告》(A/CN.9/901)(2017年2月16日),第9页。

<sup>⑪</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十三届会议(2015年9月7日至11日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/861)(下一页续)(2015年9月17日),第17页,第90段;贸易法委员会,《第二工作组(争议解决)第六十五届会议(2016年9月12日至23日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/896)(2016年9月30日),第19及33页。

<sup>⑫</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十三届会议(2015年9月7日至11日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/861)(2015年9月17日),第17页;贸易法委员会,《第二工作组(争议解决)第六十五届会议(2016年9月12日至23日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/896)(2016年9月30日),第33页。另参见贸易法委员会,《第二工作组的报告(争议解决)第六十五届(2016年9月于维也纳,2016年9月12日至23日)工作报告》(A/CN.9/896)(2016年9月30日),第19页中的讨论,及贸易法委员会,《第二工作组(争议解决)第六十六届(2017年2月6日至10日,纽约)工作报告》(A/CN.9/901)(2017年2月16日),第9页,回顾贸易法委员会,《贸易法委员会国际商事调解示范法颁布和使用指南草案》(A/CN.9/514)(2002年5月27日),并指出“示范法提及坚持公平对待各方当事人的目的是管辖调解程序,而不是指和解协议的内容。”

<sup>⑬</sup> 另见斯泰西·斯特朗,《文化冲突:知识共同体、谈判理论与国际立法》(2016),《阿克伦法律评论》第50期第495页。

<sup>⑭</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十三届会议(2015年9月7日至11日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/861)(2015年9月17日),第17页;贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十四届会议(2016年2月1日至5日,纽约)工作报告》(A/CN.9/867)(2016年2月10日)第27至28页;贸易法委员会,《第二工作组(争议解决)第六十五届会议(2016年9月12日至23日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/896)(2016年9月30日),第19至20页;调解各方当事人可随时退出调解。

<sup>⑮</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十三届会议(2015年9月7日至11日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/861)(2015年9月17日),第17页;贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十四届会议(2016年2月1日至5日,纽约)工作报告》(A/CN.9/867)(2016年2月10日)第27至28页。

<sup>⑯</sup> 同上。

<sup>⑰</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(争议解决)第六十五届会议(2016年9月12日至23日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/896)(2016年9月30日),第19至20页。

随着时间的推移,我们明确将这些关切归属于争议当事方对经调解达成的和解协议因调解员的不当行为而失效。<sup>⑮</sup>为此,基于调解员的不当行为引入了两种拒绝理由,然而艰难的讨论并未就此结束。起草这些拒绝理由是一门微妙的艺术。为了平衡工作组内各种不同观点,我们努力依据各种不同法律传统都周知的客观条件精心制定拒绝的理由,因为引入主观标准将为执行和落实带来不确定性。我们力求确保只有严重违规才会达到拒绝理由的门槛,但同时也不把标准定得过高,导致证明太难。<sup>⑯</sup>

最长时间的磋商间断不少被用于讨论拒绝执行的理由。有一次,有人问我,我会让这些问题的磋商间断持续多久。我的回答是,只要各代表团觉得他们需要多长时间就多长时间。对我而言,如果这些时间花在(事实上也是)彻底解决持续存在的疑问及担忧,即使意味着绕了一整圈还是决定继续使用开始就在我们面前的草拟方案也是很值的。我深信,任何这些疑问和担忧不是简单随着我敲击小槌宣布讨论结束就会消失的。不管怎样,每个人都需要被聆听,并且感到有人倾听。

#### F. 文书的形式

折中建议第五个也是最后一个问题是文书的形式。

本文集中介绍了《新加坡调解公约》。然而,值得指出的是,除《新加坡调解公约》外,贸易法委员会还同时制定了经修订的《国际商事调解示范法》。这两项文书的内容是互补的,<sup>⑰</sup>可以选择签署《新加坡调解公约》或是采用已修订的《国际商事调解示范法》。贸易法委员会和联合国大会均未表示更倾向于采用哪项文书,同样,也没有期望同时采用两项文书。但是,可以先采用示范立法条文,随后成为《新加坡调解公约》缔约国。<sup>⑱</sup>这两者甚至可以同时进行,因为采用已修订的《国际商事调解示范法》可以成为《新加坡调解公约》缔约方在国内实施《新加坡调解公约》的途径。<sup>⑲</sup>

显然,贸易法委员会同时制订《新加坡调解公约》和修订2018年《国际商事调解示范法》是相当有效用的。话虽如此,但并不改变这样一个事实,即并行制订《新加坡调解公约》和修订《国际商事调解示范法》是一项非常罕见的举动。

刚开始工作时,委员会受命制定可能的方案解决和解协议的执行,包括公约、示范条款或指导文本。<sup>⑳</sup>各代表团对应集中精力去拟定一项公约或是修订示范条文存在分歧。<sup>㉑</sup>关于我们的工作将采取什么形式的决定一再被推迟,谈判人员尚未准备好决定文书的形式。

<sup>⑮</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(争议解决)第六十六届会议(纽约,2017年2月6日至10日)工作报告》(A/CN.9/901)(2017年2月16日),第14至15页。

<sup>⑯</sup> 见前注<sup>⑮</sup>,第14至16页。

<sup>⑰</sup> 见前注<sup>⑭</sup>,第25页。

<sup>⑱</sup> 见前注<sup>⑮</sup>,第17页。

<sup>⑲</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(争议解决)第六十五届会议(2016年9月12日至23日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/896)(2016年9月30日),第24页。

<sup>⑳</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十三届会议(2015年9月7日至11日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/861)(2015年9月17日),第19至20页。

<sup>㉑</sup> 见前注<sup>⑲</sup>,第24页。

一些代表团对制定公约持保留意见。《纽约公约》是在多年的仲裁实践经验基础上建立的,而一些国家缺乏国际调解的经验。调解程序的多样性及不同的法律传统使情况更加复杂。<sup>⑫</sup>此外,和解协议执行缺乏统一的方法。<sup>⑬</sup>实际上,并非所有国家都制定了法律来处理和解协议的执行问题。在这种情况下,有人感觉拟订一项《新加坡调解公约》还为时过早,<sup>⑭</sup>建议改为拟订准则或示范条款。<sup>⑮</sup>

然而,其他一些代表团则表示倾向于缔结一项公约,以便更有效地促进和协调调解。<sup>⑯</sup>对于这些代表团而言,一项具有约束力的国际公约为跨境执行程序带来确定性。它将强调调解的重要性,并促进使用调解作为解决争端的一种方法。<sup>⑰</sup>

在此背景下,有人提出可以考虑准备两项独立而又平行的机制。是同时准备,还是先后,哪个先哪个后,又成了讨论的议题。<sup>⑱</sup>

一些代表团已就哪种程序性结果更符合其利益在讨论中进行着谋划,而我却为我们如何将着手准备这些机制文件而苦恼,无论工作组决定同时还是相继进行,尤其是同时进行,在贸易法委员会历史上是没有先例的,我需要预见这项工作如何进展,以便我们在一个法律文件上的工作不会比另一个法律文件更快,因为这可能被认为是对同时制定两项法律文件理解的威胁。我还需要能够为两个文件具有共性而可以一起解决的问题与只存在其中一个文件独特的需要单独处理的问题设想路线图。当我们同意不预判文件形式的问题就“统一文案”开始工作,秘书处前期在这方面的筹备工作尤为有价值。

在工作组会议上,我们收到了条文草案,有时是同一条文草案有一个以上的版本,不同的版本反映的是仅对公约和仅对示范法相关的问题需要作出的调整。<sup>⑲</sup>在此过程中建立的信心为最终决定修订《国际商事调解示范法》与平行或“同时”制定公约奠定了基础。仅在2017年2月的工作组会议上才做出这样做的决定,这是较大的一揽子方案或“折中建议”的一部分,也是“本着妥协的精神和适应不同司法管辖区调解经验水平不同”而作出的决定。<sup>⑳</sup>

<sup>⑫</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十二届会议(2015年2月6日,纽约)工作报告》(A/CN.9/832)(2015年2月11日),第6页。

<sup>⑬</sup> 见前注<sup>⑫</sup>,第24页。

<sup>⑭</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十二届会议(2015年2月6日,纽约)工作报告》(A/CN.9/832)(2015年2月11日),第9至11页;贸易法委员会,《第二工作组(争议解决)第六十五届会议(2016年9月12日至23日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/896)(2016年9月30日),第24至25页。

<sup>⑮</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十二届会议(2015年2月6日,纽约)工作报告》(A/CN.9/832)(2015年2月11日),第11页。

<sup>⑯</sup> 见前注<sup>⑫</sup>,第19至20页。

<sup>⑰</sup> 见前注<sup>⑫</sup>,第24页。

<sup>⑱</sup> 见前注<sup>⑫</sup>,第25页及第36至37页。

<sup>⑲</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(仲裁和调解)第六十三届会议(2015年9月7日至11日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/861)(2015年9月17日),第120页;贸易法委员会,《第二工作组(争议解决)第六十五届会议(2016年9月12日至23日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/896)(2016年9月30日),第36至37页。

<sup>⑳</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(争议解决)第六十六届会议(2017年2月6日至10日,纽约)工作报告》(A/CN.9/901)(2017年2月16日),第10至11页及第17页。

## 四、结论

《新加坡调解公约》共有 16 条,内容并不长。事实上,它的美丽之处在于它的简约,但是制定《新加坡调解公约》的讨论却一点都不简单。除了关键的五个一揽子解决的问题外,我们还必须考虑其它基本问题,如是否和如何区分经调解达成的和解协议和单纯的合约,这种辩论并不陌生,在学术文献中已经涉及,例如罗伯特·伯恩斯(Robert Burns)反对为调解协议的执行力制定特殊的条款。他认为调解并没有“改变各方关系或意思一致的性质,没有必要制定特殊的执行条款”,如合同规定的那样。<sup>⑬</sup>而同时,彼得·汤普森(Peter Thompson)等评论员则指出,“即使认为调解只是有一位陌生人在场的谈判,对这位‘中立的陌生人……也必须负责任’”。<sup>⑭</sup>例如,有人强调指出,调解员可以“促进信息交流,沟通,审议和决策”,而调解员经常协助争议的各当事方“诊断和解决争议的原因,并克服战略问题和认知障碍”。<sup>⑮</sup>经过讨论,贸易法委员会工作组普遍认为,在达成和解协议的过程中,调解员的参与是非常重要的,因为它将“区分和解协议和其他合同,并保证法律的确定性,便利执行程序 and 防止可能出现的权力滥用”。<sup>⑯</sup>我们在讨论过程中达成了许多具有里程碑意义的互相理解。通过共同努力,我们确保能够冲破重重难关。

在开始这项工作时,我们发现,之前已有建立统一跨境执行经调解达成的和解协议法律体系的尝试,这在某种程度上给了我一些安慰。因为,我们只需尽最大努力探索所有可能的角度以达成共识,就可以将这项工作做好。很多时候,摆在我们面前的任务似乎是不可能完成的。但是,我们没有陷入僵局,反而能够利用会议上各代表团的各种观点来获得支持并取得更可靠的结果。我很荣幸能够成为各代表团以及秘书处之间友好情谊和团队合作的一份子。现在,曾以任何方式为这一进程作出贡献的人们可以带着荣耀和宽慰抽身,同时也要为有机会参与改变争议解决领域游戏规则而保持谦逊的态度。

---

**Abstract:** This article explores how the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (Singapore Convention on Mediation), was developed, through the lens of the chairperson of the negotiating process. It revisits the history

---

<sup>⑬</sup> 罗伯特·伯恩斯,《论调解协议的可执行性:关于合法性及程序完整性》,《俄亥俄州争议解决杂志》(1986)第2期,93页至115页,在第93页。

<sup>⑭</sup> 彼得·汤普森,《实施与法院有关联的调解产生的权利-私人调解程序的诉求与公共对抗性司法的现实之间的张力》,《俄亥俄州争议解决杂志》(2003-2004)第19期,509至572页,在第519页。

<sup>⑮</sup> 博贝特·沃尔斯基,《执行经调解的和解协议(MSAs):未来研究的关键问题和方向》(2014)《当代亚洲仲裁杂志》第7期,87至117页,在第103页。

<sup>⑯</sup> 贸易法委员会,《第二工作组(争议解决)第六十五届会议(2016年9月12日至23日,维也纳)工作报告》(A/CN.9/896)(2016年9月30日),第13页。

of early discussions on an international mechanism for the enforcement of mediated settlement agreements, on which no real agreement could be reached. It studies UNCITRAL's earlier work on international commercial conciliation, with a specific focus on the discussions regarding a harmonised approach to enforcement.

Examining the discussion process that generated Singapore Convention on Mediation, this article looks in particular at the five issues in the packaged deal that made the conclusion of negotiations on the Singapore Convention on Mediation possible. Through an exploration of the considerations that went into finalising the most difficult issues through the compromise package, this article appreciates the considerations behind the construction of the Singapore Convention on Mediation, and how the diversity of representatives and perspectives in the room was harnessed as a strength in favour of a more robust outcome.

**Keywords:** Singapore Convention on Mediation; UNCITRAL; international commercial mediation

---

---

( 翻译: 徐 晶 责任编辑: 刘 纲 )

# 我国海事仲裁的发展目标、困境及对策

司玉琢 初北平 李垒\*

---

**内容提要** 伦敦基于海事仲裁的历史积淀、海事产业集聚优势以及良好的法治环境,长期以来一直是国际海事仲裁中心之一。中国<sup>①</sup>海事仲裁经历了60年的发展历史,从无到有,取得了可喜的成就,但目前仍与国际海事仲裁中心的发展目标存在较大差距,面临着国际认可度不高以及受案量少等发展困境。我国应从海事产业全局视角出发统筹规划,从仲裁法修改、海事司法、海事律师及海事法学教育支持的协同视角,创造海事仲裁发展的良好外部环境。但海事仲裁发展困境的破局,关键在于海事仲裁员以及海事仲裁机构。我国可参考“一带一路”争端解决机制的构建方案,秉持开放、共享的理念积极与境外仲裁员协会及仲裁机构合作,并借此提升自身专业水平,回归海事仲裁的服务本质,早日实现国际海事仲裁中心的发展目标。

**关键词** 海事仲裁 临时仲裁 国际海事仲裁中心

---

2019年,中国海事仲裁委员会(“海仲”)成立60周年。为此,海仲举办了多场纪念活动,并在官网开辟了“纪念中国海仲成立60周年专栏”。专栏文章涉及海仲的历史、发展现状以及对海仲未来发展的设想等方方面面。海仲虽然不等同于中国海事仲裁的全部,但研究中国海事仲裁的历史、现状离不开海仲这条主线。在海仲成立60周年之际,很荣幸为《商事仲裁与调解》撰文。希望本文能提供些许有助于中国海事仲裁发展的粗浅思路,期待更多专业人士为中国海事仲裁的发展进言献策。

## 一、英国海事仲裁的历史发展及启示

### (一) 英国海事仲裁的历史发展及主要特征

英国的海事仲裁准确的开启时间尚无定论。但可以确定的是,300年前,伦敦波罗的海交易所(The Baltic Exchange)的经纪人就在负责处理海事仲裁案件。1960年2月

---

\* 司玉琢,大连海事大学前校长;初北平,大连海事大学法学院院长;李垒,大连海事大学法学院博士研究生。

① 考虑到港澳台地区仲裁法律制度及发展程度与内地存在较大差异,因此,本文中提及“中国”或“我国”除有特别指明外,均未包括港澳台地区。

12日,由波罗的海交易所认可的仲裁员(The Baltic Exchange Approved Arbitrators)创立伦敦海事仲裁员协会(LMAA),标志着英国海事仲裁逐步步入正轨,形成了与一般商事仲裁不同的临时仲裁体系。在成立初期,LMAA只有全职会员(Full member),1972年增加支持会员(Supporting member)。LMAA全职会员一般有40—50人左右,绝大部分全职会员来自英国本土。而支持会员由来自全球各海事领域的700人左右组成。当然,伦敦除存在LMAA规则下的临时仲裁模式外,实践中也有不少标的额较大的海事案件会在伦敦国际仲裁院(LCIA)以机构仲裁的方式解决,例如,船舶建造纠纷案件。

本文中探讨的海事仲裁是指通常意义上处理海事海商相关争议的仲裁,大体上与我国《海商法》所调整的范围一致。海事仲裁与一般商事仲裁具有较大的区别,主要有三个方面:(1)临时仲裁(Ad hoc arbitration)案件的数量庞大。据统计,LMAA自2014至2018年,年均国际仲裁案件数量为1728件,同时期伦敦国际仲裁院国际商事仲裁案件(含海事案件在内)平均每年受案量为305件,而国际商会仲裁院(ICC)同时期的年均值为842件;<sup>②</sup>(2)仲裁地的选择集中在伦敦,其他地区海事仲裁案件数量较少。根据夏礼文律师行(HFW)的统计,2016年以及2017年,仲裁地为伦敦的海事仲裁案件数量占据了他们知悉的全球海事仲裁数量的约80%;<sup>③</sup>LMAA主席Ian Gaunt提及2018年LMAA仲裁员处理的新案件为1561件,而同年新加坡国际仲裁中心(SIAC)受理的海事案件是72件,新加坡海事仲裁院(SCMA)是56件;香港国际仲裁中心(HKIAC)47件,纽约海事仲裁员协会(SMA)约70件。<sup>④</sup>就一般商事仲裁而言,仲裁地的选择范围较为广泛,除伦敦外,还有新加坡、中国香港、纽约、巴黎、斯德哥尔摩等,各个仲裁地的案件数量相对较为均衡;(3)利益冲突的判定规则存在特殊性。在海事仲裁领域,由于海事争议的专业性较强、合同背靠背的情况,以及LMAA全职仲裁员数量较少等因素,因此,同一个仲裁员在短时期内可能接受不同主体或关联主体的多次指定,不适宜完全按照国际律师公会(IBA)的利益冲突指引来确定是否存在利益冲突。

## (二) 伦敦国际海事仲裁中心的启示

伦敦国际海事仲裁中心的形成得益于多种因素,其中包括未间断的历史传统、良好的法治基础、国际领先的仲裁立法以及海事产业集聚效应。除上述已提及的英国海事仲裁的历史外,英国的海事法庭(Admiralty Court)以及商事法庭(Commercial Court)以其专业水准为英国法的发展提供了支持,且英国有数家历史超过百年的以海事业务为主的律师行,其对英国海事仲裁的促进作用亦不可忽视;英国于1899年即已有仲裁立法,其后经过多次修订,目前《1996年仲裁法》在国际上仍处于领先地位;第二次世界大战

<sup>②</sup> Ian Gaunt, *What makes LMAA arbitration different?* <http://lmaa.org.uk/uploads/documents/Halliburton%20v%20Chubb%20-%20LMAA%20position%20paper.pdf> (last visited Feb.9, 2020).

<sup>③</sup> HFW, *The maritime arbitration universe in number one year on*, <https://www.hfw.com/downloads/001161-HFW-The-maritime-arbitration-universe-in-numbers-One-Year-On-May-19.pdf> (last visited Feb.9, 2020).

<sup>④</sup> Ian Gaunt, *What makes LMAA arbitration different?* <http://lmaa.org.uk/uploads/documents/Halliburton%20v%20Chubb%20-%20LMAA%20position%20paper.pdf> (last visited Feb.9, 2020).

后跨境贸易和运输需求大增,伦敦基于劳合社、波罗的海交易所、保赔协会、行业协会等优势,使得其海事和贸易中心的地位得到进一步加强,英国法及伦敦海事仲裁的需求也随之增长。国际海事组织(IMO,原政府间海事协商组织)将总部设在伦敦即是伦敦海事行业国际影响力的体现,国际海事组织的设立又进一步提升了伦敦在国际海事领域的影响力。英国交通部于2019年初发布了“海事2050:驶向未来”政策文件,该文件第5.3海事产业集群(Maritime cluster)中提及,英国海事产业集群优势之一,体现在伦敦的法律服务方面,全球超过25%的海业务合伙人在伦敦执业,英国法在商业和航运合同中被广泛采用。伦敦在海事仲裁领域占据领导地位,其援引夏礼文律师行的数据,全球范围内超过80%的海事仲裁案件在伦敦处理。<sup>⑤</sup>80%份额的估算,与上文提及的LMAA2014年至2018年的年均国际海事仲裁案件的数量基本一致,从受欢迎程度上无疑可以认定,伦敦是国际海事仲裁中心之一。

## 二、我国海事仲裁的目标定位及发展困境

### (一) 我国国际海事仲裁中心的目标定位

发展海事仲裁对我国的意义毋庸置疑。新中国成立初期,没有专门的法院或仲裁机构来处理海事纠纷,我国企业维权困难。根据1958年11月21日国务院第82次全体会议通过的《中华人民共和国国务院关于在中国国际贸易促进委员会内设立海事仲裁委员会的决定》,海仲于1959年1月22日在北京成立。海仲成立之初,被称为中国国际贸易促进委员会海事仲裁委员会,于1988年更名为中国海事仲裁委员会。2015年7月,最高人民法院提出“围绕国际海事司法中心建设,开展前瞻性、预判性调研”。同年12月,最高人民法院举行海事审判工作改革和发展专题会议,提出“把我国建设成为具有较高国际影响力的国际海事司法中心”。考虑到海事仲裁与海事司法之间的紧密关系以及中国海事仲裁的发展状况,国际海事仲裁中心的目标定位被广泛提及。

就国际海事仲裁中心的建设目标而言,海事仲裁的案件数量仅是其中的一个参考因素,更重要的是国际公信力。如果仅按照受理案件的数量来看,伦敦毫无疑问是最重要的国际海事仲裁中心,新加坡、中国香港、纽约则很难与之相媲美。但事实上,新加坡、中国香港、纽约的海事仲裁在公信力方面并不逊色于伦敦海事仲裁。由于仲裁的秘密性,国际范围内除仲裁机构公布的受案数量外,其他公开信息较少,更没有一个权威的评价指标体系。因此,上文提及的夏礼文律师行所做的调查也主要是基于案件数量。在国际商事仲裁领域(并非针对海事仲裁),伦敦大学玛丽女王学院(Queen Mary University of London)与伟凯律师行(White & Case LLP)合作的问卷调查具有一定的参考意义。其2018年度的调查报告显示,受访者认为,仲裁最大的优点是裁决的可执行性,而最大的

<sup>⑤</sup> Department for Transport, *Maritime 2050: Navigating the Future*, <https://www.gov.uk/government/publications/maritime-2050-navigating-the-future>. (last visited Feb.7, 2020).

缺点是费用高昂;前五名受欢迎的仲裁地分别为:伦敦、巴黎、新加坡、中国香港和日内瓦;选择仲裁地时主要考虑的因素为:总体的声誉和认可度、公正的法律体系、仲裁程序法、对仲裁协议和仲裁裁决的认可和执行程度;前五名受欢迎的仲裁机构分别为:国际商会仲裁院(ICC),伦敦国际仲裁院(LCIA),新加坡国际仲裁中心(SIAC),香港国际仲裁中心(HKIAC)以及斯德哥尔摩商会仲裁院(SCC),在选择仲裁机构时最优先考虑的是仲裁机构的声誉和认可度,以及仲裁机构管理质量和经验。<sup>⑥</sup>

我国航运相关产业发展迅速,船舶融资租赁、船舶建造、船舶吨位、港口吞吐量以及贸易量等在国际上均占据重要的位置。航运重心东移已是国际航运界的共识,因此,我国实现国际海事仲裁中心的目标具备良好的经济基础条件。同时,海仲60年历史已经积累了一定的经验,其处理案件的数量虽与伦敦海事仲裁案件数量相差悬殊,但与新加坡、纽约以及中国香港地区的海事案件数量相比并不逊色。同时,中国的海事院校为海事仲裁行业输送了大量的人才,以海仲为首的仲裁机构也培育了一批精通海事仲裁业务的仲裁员。以上说明,我国实现国际海事仲裁中心的发展目标具备一定的基础条件,绝非遥不可及。

## (二)我国与国际海事仲裁中心发展目标的差距

我国的海事仲裁发展水平与伦敦、新加坡、中国香港及纽约还存在一定的差距。首先,国际声誉和认可度有待提升。就特定仲裁地或特定仲裁机构而言,纯境外主体之间的争议数量和比例,境外仲裁员和律师参与程度是判断其国际声誉和认可度的重要因素。但国际仲裁机构公布的数据多是按照纯国内仲裁案件和国际仲裁案件两分法统计的,通常未包括单纯境外主体的案件数量及比例。以SIAC为例,2018年度国内案件65件占全年新收案件16%,国际仲裁案件337件占全年新收案件的84%。<sup>⑦</sup>而海仲从2019年度全部新收案件91件,涉外案件41件占比约45%<sup>⑧</sup>;其次,从海事仲裁案件的数量上来看,亦存在差距。据悉海仲成立至今共受理仲裁案件数量大约2000多件<sup>⑨</sup>,LMAA会员在2018年接受了2600次指定,并实际出具了超过500份裁决书。<sup>⑩</sup>虽然国内其他仲裁机构受理的海事案件数量暂无统计数据,但考虑到作为专业海事仲裁机构的海仲受案数量,其他非海事仲裁机构受案量不会很多;再次,中国与海事仲裁相关的法律体系、法治环境存在差距。从总体上看,参考世界正义工程(World Justice Project)公开发布的

<sup>⑥</sup> White & Case LLP, *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, <https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/qmul-international-arbitration-survey-2018-19.pdf>(last visited Feb.8, 2020).

<sup>⑦</sup> SIAC: *SIAC Annual Report 2018*, [https://www.siac.org.sg/images/stories/articles/annual\\_report/SIAC\\_AR2018-Complete-Web.pdf](https://www.siac.org.sg/images/stories/articles/annual_report/SIAC_AR2018-Complete-Web.pdf) (last visited Feb.11, 2020) 需要说明的是 SIAC 2018 年度受理的全部海事案件是 72 件,海事案件中有多大比例是国际仲裁案件,尚不清楚。

<sup>⑧</sup> 中国海事仲裁委员会 2019 年年度报告, <http://www.cmac.org.cn/?p=7019> (最后访问日期 2020 年 2 月 9 日)。

<sup>⑨</sup> 毛晓飞,风雨六十载 扬帆再续航——访中国海事仲裁委员会秘书长顾超, <http://www.cmac.org.cn/?p=6926> (最后访问日期 2020 年 2 月 9 日)。

<sup>⑩</sup> LMAA, <http://lmaa.org.uk/about-us-Introduction.aspx> (last visited Feb.9,2020) 原文: In 2018 LMAA Members received about 2,600 new arbitration appointments and more than 500 awards were published by them.

2019年法治指数来看,中国暂列全球第82位;<sup>①</sup>而根据世界银行公布的营商环境报告看,2018年度中国的营商环境在全球排名第46位。其中,中国执行合同指标全球排名第6位,指标因素包括时间、成本和司法程序质量。<sup>②</sup>总体上,中国的法治环境得到了较大改善,但仍存在差距。以与仲裁直接相关的仲裁法律体系来讲,我国现行《仲裁法》与国际主流仲裁立法和实践已经明显滞后,不利于我国海事仲裁的长远发展,亟待修订。

### (三) 我国海事仲裁的发展困境

由于历史积淀不足、海事产业集聚度不高,以及法律滞后等多方面因素,导致我国海事仲裁目前的国际声誉及认可度不高,国际海事仲裁案件的数量在较长一段时间里低位徘徊,进入了发展的困境期。如不能尽快走出这种发展困境,将直接影响仲裁专业人才的队伍建设,导致我国海事仲裁与国际海事仲裁中心的发展目标逐渐拉大。如何使我国海事仲裁走出困境,是我们迫切需要思考的问题。本文试图从体系化以及内在化的两个角度对我国海事仲裁的困境作出分析,提出参考建议。

## 三、我国海事仲裁体系化角度的反思

上文提及的伦敦海事仲裁的条件及发展路径值得借鉴。推动中国海事仲裁行业的发展,应从一个体系化的角度去思考对策。这种体系化的思考至少应包括两个角度:经济角度(海事产业)以及法律角度(法律体系)。

### (一) 基于海事产业全局视角的思考

从海仲设立的初衷来看,主要是为解决中国企业的海外维权问题。当前来看,海事仲裁仍是海事产业链上不可或缺的重要一环,为海事产业的稳健发展提供支持。从全球范围看,仲裁机构的营收大部分情况下不能自给自足,主要仲裁机构均得到了政府直接或间接的支持。这种“亏本的买卖”之所以能够长期持续进行,主要是其对产业的服务作用以及对法律服务行业的带动作用。

海事仲裁的发展离不开海事产业的支持。以海仲为例,海仲早期处理的案件不少来自中国租船公司,这是因为中国租船公司在租约中约定了海仲仲裁条款。后来中远公司曾尝试在提单的标准格式中加入海仲仲裁条款,但最终未能持续推进。中国海事产业应当支持我国海事仲裁的发展,海事仲裁的发展反过来会促进中国海事产业的健康发展。因此,海事相关产业的行业协会(船东协会、货主协会、货代协会、保险协会、船舶工业协会、经纪人协会等),都应从长计议,在租船、造船和航运金融三个领域的标准格式合同中,添加海事仲裁(例如,海仲)争议解决条款。当前,在谈判租约时,不少中国企业已

<sup>①</sup> World Justice Project, *World Justice Project 2018-2019 Rule of Law Index*, <https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/ROLI-2019-Reduced.pdf> (last visited Feb. 11, 2020).

<sup>②</sup> 2018年度人民法院十大法院新闻, [http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2019-01/06/content\\_150223.htm?div=0](http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2019-01/06/content_150223.htm?div=0) (最后访问日期:2020年2月12日)。

在习惯上接受将租约争议提交给伦敦仲裁的做法,形成了一定的惯性,尤其是存在背靠背合同安排的情况下;就造船行业而言,中国是造船业大国,近些年也常有新闻报道中国船企在伦敦仲裁中屡屡败诉,但很多船企在接受订单时对于建造合同的版本(包括法律适用和仲裁)没有足够的议价能力,当然部分管理不规范的船厂可能对此也未给予足够的重视。更值得关注的是,随着欧洲从事航运融资的传统金融机构退出,中国航运金融行业近年来发展迅速,但对外签署的融资合同在多数情况下亦未能选择在中国仲裁。

横向对比来看,临近的韩国、日本的造船业也很发达,但海事律师、海事案件的数量也比较少,海事仲裁在国际上亦没有足够的影响力。值得注意的是,日本东京海事仲裁委员会(Tokyo Maritime Arbitration Commission)于1926年既已成立,但至今未能与伦敦、新加坡和中国香港并驾齐驱,其背后的原因值得我们反思。就目前的局面看,推动中国海事仲裁的发展,需要相关主管部门在遵循市场规律不能妨碍企业自主经营的条件下,从整体上布局,各相关海事行业协会具体推进,助推我国海事仲裁走出困境。

## (二) 基于海事法律体系及职业共同体的思考

### 1. 现行《仲裁法》亟待修改

无论是实务界还是学术界修改《仲裁法》已经成为共识,在此背景下,2018年《仲裁法》修订被列入二类立法规划。现行《仲裁法》至少有两个方面需要修订:首先,放宽对仲裁协议效力的严格限制,承认临时仲裁协议的有效性。承认临时仲裁的效力,有助于进一步释放仲裁需求、培育仲裁文化,从总体上促进我国海事仲裁(机构仲裁和临时仲裁)的发展。临时仲裁的放开,可能与现行受理海事案件的仲裁机构形成一定的竞争,但长远看二者可以错位发展。机构仲裁,由于整体较为规范、费用高,适合处理大额争议案件;临时仲裁,可以主要处理多发性、争议金额较小的案件。出于谨慎考虑,可对是否完全放开临时仲裁进行相应的评估,如评估结果认定不宜全部放开临时仲裁,则也应当在海事领域先行放开临时仲裁与国际接轨;其次,应当放松对仲裁程序的限制。现行《仲裁法》有不少条款是比照法院的诉讼程序进行的设计,限定了仲裁灵活性的特点,已与国际上主流的仲裁实践脱节。但考虑到中国的实际情况,在修法时,也应当对放开的程度以及可能产生的影响进行调研。如结论为不能全面放开,则建议借鉴新加坡的做法,对国际和国内仲裁案件实行双轨制。或者,借鉴英国的做法允许就法律问题提起上诉,法院就是否同意立案可进行审查,同时可以根据仲裁的发展程度,决定是否放松司法监督。英国早期仲裁上诉的案件数量较多,但根据 Sir Bernard Eder 提供的统计数据看,2012-2018年的7年间,只有仅仅30个仲裁案件(含非海事仲裁案件)成功就法律问题上诉到高等法院。<sup>⑬</sup>

当然,除上述两个主要问题外,仍有其他问题需要在修法的过程中予以考虑。以海仲为代表的海事仲裁机构应当积极参与到《仲裁法》的修改工作中,就海事仲裁的特殊

<sup>⑬</sup> Sir Bernard Eder, *London Arbitration: The Future in Context*, <http://www.lmaa.org.uk/uploads/documents/London%20Arbitration.%20The%20Future%20in%20Context.%20Eder.pdf>(last visited Feb. 6, 2020).

问题积极发声。

## 2. 完善海事仲裁与海事司法的良好互动机制

我国最早于 1984 年开始设立海事法院,专业化的发展思路与英国海事法庭和商事法庭的思路是一致的。海事法院成立时间虽晚于海仲,但基于海事诉讼有专属管辖的制度保障,且可以处理部分不适合通过仲裁解决的案件,因此,海事法院的受案数量远远高于海事仲裁案件的数量。我国海事司法系统对海事仲裁历来持较为开放和支持的态度,在仲裁的司法监督方面,据悉,“海仲成立 60 年来,所有裁决几乎无一被撤销或不予执行”<sup>⑭</sup>。此外,海仲已与上海、广州、宁波、武汉、天津等海事法院建立了委托调解机制,一方面增加了海仲的业务量和知名度,另一方面减轻了法院的受案压力。当然,海事司法对仲裁也存在一定的限制。例如,中国海事司法实践中,对提单仲裁条款(包括并入租约中仲裁条款)的效力持较为严苛的立场,在数量较大的保险代位求偿案件中,支持保险人可以不受被保险人与第三人合同仲裁条款的约束。这在一定程度上限制了仲裁案件的数量。对法院所公开处理的案件中涉及海事仲裁的一些关键问题,海事仲裁机构可以提供书面意见。例如, LMAA 主席 Ian Gaunt 先生近代表 LMAA,在英国最高法院审理的 *Halliburton v Chubb* 一案中提出建议,提请最高法院在作出判决时,特别考虑海事仲裁中的交叉指定以及利益冲突的问题。<sup>⑮</sup>

## 3. 重视海事律师的积极作用

仲裁程序的灵活性、友好性和专业性是其具有吸引力的部分特征元素。仲裁程序如要体现其灵活性,一方面依赖于仲裁员对于《仲裁法》以及《仲裁规则》的熟练驾驭,以及基于案件突发情形进行程序临时调整的尺度把握,另一方面依赖于双方代理律师之间的配合。而律师的配合度则与律师对于仲裁程序以及所诉争领域的专业性具有较大的相关度。律师的专业水准越高,双方越容易在仲裁庭的建议和主持下对程序进行有利于仲裁案件推进的合理调整。专业性的缺乏叠加上律师职业伦理的教育偏差,往往导致国内仲裁中,双方律师在对仲裁结果影响甚微的程序事项方面纠缠过多,对于证据的披露以及采信方面过分偏离诚实互信的轨道,最终对仲裁程序的优越性产生深远的影响。当然,大量的仲裁案件尚没有海事律师的参与,也更不利于仲裁程序的顺利推进。因此,海事律师的专业性是海事仲裁吸引力提升的重要参与因素。此外,海事仲裁是否会成为争端解决的方式,根本上取决于合同双方是否在合同中订立将争议提交某仲裁机构解决的仲裁条款。这依赖于律师对于仲裁的认可度以及推荐度。国内法律服务实践中律师主动建议客户选择仲裁方式的情形较少,其主要原因是有些客户不愿意在商业谈判中触及法律争议的敏感区,另外也有律师担心如此建议后,一旦仲裁败诉又无上诉等救济途径的时候,招致客户的埋怨。因此,仲裁条款的推广依赖于律师与仲裁员对于仲裁方式

<sup>⑭</sup> 毛晓飞,风雨六十载 扬帆再续航——访中国海事仲裁委员会秘书长顾超, <http://www.cmac.org.cn/?p=6926> (最后访问日期 2020 年 2 月 9 日)。

<sup>⑮</sup> Ian Gaunt, *What makes LMAA arbitration different?* <http://lmaa.org.uk/uploads/documents/Halliburton%20v%20Chubb%20-%20LMAA%20position%20paper.pdf> (last visited Feb.9, 2020).

的尽心推广。近年来,海仲非常注重吸收德才兼备的海事律师加入仲裁员队伍,该举措不仅有利于优秀仲裁员的培养和选拔,同时也有利于促进海事律师参与仲裁的专业性培训。因此,在仲裁员培训环节,除仲裁员职业规范与管理规定、仲裁规则、仲裁员办案指南、首席仲裁员办案指引和仲裁文书写作培训外,可尝试增设律师担任仲裁员以及代理案件的职业伦理及助力仲裁推广的专题培训,将提升办案质量与仲裁影响力的举措有机地融合。

#### 4. 重视海事法学教育的助力作用

中国海事仲裁未来的长远发展,离不开人才队伍建设。自海仲成立以来,一直重视人才培养。近年来,海仲与大连海事大学建立多层次的合作关系,海仲辽宁办事处即设在大连海事大学,同时也是大连海事大学的实习基地,而且在《中国海事仲裁年度报告》的编纂、国际海事领域的课题研究方面双方也进行着深度合作。海事院校具有师资的优势,教师队伍的专业背景涵盖多个法域,兼顾语言优势,海事院校可以在更深程度助力海事仲裁的发展。为此,海事院校应主动与实务机构开展深度合作,推动仲裁员进校园,强化与国外知名海事类高校的联合培养机制,探索培养既懂海事法律又懂海业务、既懂中国法又懂英美法且兼具语言优势的优秀毕业生。

## 四、内在化角度破局:提升专业能力回归仲裁的服务本质

仲裁作为一种争议解决方式,与体现国家司法主权的诉讼方式存在较大的区别,仲裁应主要体现当事人的意思自治。政府从产业方面的统筹考虑,《仲裁法》的修改,政府、法院、律师及高校的支持为海事仲裁的发展提供良好的外部条件,但仲裁机构及仲裁员的专业能力及服务意识是走出仲裁发展困境的关键。

### (一) 借鉴新加坡模式建立海事仲裁员协会

临时仲裁是海事仲裁的重要特征之一,实现国际海事仲裁中心的发展目标无法回避临时仲裁制度。海事仲裁员是临时仲裁制度的关键,海事仲裁员协会在提升仲裁员的素养以及推动临时仲裁发展方面具有重要的作用。以LMAA为例,其主要职责是提升海事仲裁员的专业素养,并推动争议尽快得到解决。<sup>①⑥</sup>在我国目前的情况下,部分仲裁员尚无亲身处理临时海事仲裁的实践经验,对仲裁员的培训以及对外的宣传非常重要,这些工作难以在短时间内取得成效。考虑到成立手续、持续运营等因素,中国的海事仲裁员协会难以像LMAA那样自发成立,而需要来自政府方面的支持。我国应借鉴新加坡模式,在政府的支持下尽早成立海事仲裁员协会,以便在《仲裁法》修改后尽快推动临时仲裁的工作。新加坡海事仲裁院成立于2004年,在成立之初是设立在新加坡国际仲裁中心,

<sup>①⑥</sup> LMAA, <http://lmaa.org.uk/about-us-Introduction.aspx>(last visited Feb.9,2020) 原文: One of the main objects of the LMAA is: "to advance and encourage the professional knowledge of London maritime arbitrators and, by recommendation and advice, to assist the expeditious procedure and disposal of disputes".

并由其负责运营,2009年重组后独立运营。新加坡海事仲裁院有类似于LMAA的仲裁规则,受案量总体呈上升态势。中国未来的海事仲裁员协会,可以由境内外德高望重的退休的法官、教授、律师、船长、保险经纪人、企业法务等作为核心成员,负责仲裁员的业务培训以及仲裁规则的制定等工作,提升海事仲裁的公信力。同时,加强与LMAA、新加坡海事仲裁院及其他仲裁员协会的沟通与合作,提升中国海事仲裁在国内及国际的影响力。

## (二) 在中国建立海事仲裁机构联盟

根据司法部的统计,“截止2018年年底,按照《仲裁法》规定,全国共设立了255家仲裁委员会,仲裁从业人员6万多人”<sup>①7</sup>。从数据看,中国仲裁机构的规模远远超过世界上其他任何国家的仲裁机构的规模。具体到海事仲裁领域,除海仲外的其他254家仲裁委员会,理论上亦可受理海事仲裁案件。而中国国际经济贸易仲裁委员会、北京仲裁委员会以及厦门、大连、广州等沿海城市设立的仲裁委员会,也实际受理了一定数量的海事仲裁案件。从打造中国海事仲裁品牌、扩大影响力的角度出发,应鼓励实际受理海事仲裁案件的仲裁委员会建立联盟,加强各个仲裁委员会之间的合作。

我国的海事仲裁机构联盟不应排斥境外受理海事仲裁案件的仲裁机构,相反应欢迎境外仲裁机构在中国设立分支机构。2019年11月8日,上海市司法局发布了《境外仲裁机构在中国(上海)自由贸易试验区临港新片区设立业务机构管理办法》,符合条件的境外仲裁机构自2020年1月1日起可申请在上海自贸区临港新片区设立业务机构。该文件体现了开放包容的理念,是国际海事仲裁中心的应有之义。为发挥仲裁服务业的集聚效应,可以进一步考虑借鉴新加坡麦克维议事厅(Maxwell Chamber)的模式,将知名的仲裁机构、大律师行、开庭服务机构以及开庭场地均集中在一起<sup>①8</sup>;或者建立一个更紧密的由各参与仲裁机构在仲裁规则、仲裁员资源、案件审理、硬件设施提供、宣传互助等多个层面的合作联盟<sup>①9</sup>。考虑到上海目前已经聚集了不少航运要素,海事仲裁服务的集聚将有助于提升上海在海事仲裁领域的国际影响力。

## (三) 苦练内功,向国际主流仲裁机构看齐

仲裁机构本质上是向当事人和其他参与方提供一种服务,参与方选择仲裁机构应是基于其公信力。

### 1. 提升海事仲裁机构自身的透明度

以国际海事仲裁中心为发展目标,开放、共享是应有之义。建议在海事仲裁机构的管理层、经办秘书中引入境外海事仲裁领域的专业人士参与,使得更多境外人士看到更加开放、透明的仲裁机构运行机制。新加坡国际仲裁中心可以作为借鉴的样本,以其2018年度报告为例:董事会由9名董事组成,只有5名来自新加坡;仲裁院由22名成

<sup>①7</sup> 司法部,《仲裁委员会登记管理办法(征求意见稿)》的说明, [http://www.moj.gov.cn/news/content/2019-09/12/zlk\\_3231896.html](http://www.moj.gov.cn/news/content/2019-09/12/zlk_3231896.html) (最后访问日期:2020年2月11日)。

<sup>①8</sup> 初北平:《“一带一路”多元争端解决中心构建的当下与未来》,《中国法学》2017年第6期,第75页。

<sup>①9</sup> 初北平:《“一带一路”国际商事仲裁合作联盟的构建》,《现代法学》2019年第3期,第187页。

员组成,同样也只有5名来自新加坡,而且仲裁院的现任主席 Gary Born 来自英国。<sup>②</sup> 另据了解, SIAC 秘书团队中也不局限于新加坡人士。上文提到的伦敦大学玛丽女王学院联合伟凯律师行的国际仲裁调查报告,以及英国夏礼文律师行发布的全球海事仲裁案件的相关数据,之所以未涉及中国的仲裁机构及仲裁数据,其原因之一可能与外界对中国仲裁机构的参与和了解比较有限,尤其是未参与到仲裁机构的管理和运营中。即便是仲裁员名单中引入了部分外籍仲裁员,但其实际参与审理的仲裁案件数量也比较有限。向国际人士(尤其是国际知名的学者、仲裁员、律师)开放中国的海事仲裁机构,也有助于弥补语言劣势、增强文化沟通、增加国际案件的处理经验等。当然,限于我国现行的仲裁机制,可能无法一步到位,达到新加坡国际仲裁中心的开放水平,可逐步朝该目标迈进。中国的海事仲裁机构还应多走出去,与新加坡、伦敦、中国香港等地的组织联合举办研讨会等形式扩大影响力。同时,为使得潜在参与者对仲裁机构有信心,可借鉴英国劳氏海事法律通讯(Lloyd's Maritime Law Newsletter)的做法,定期发布典型海事仲裁案例。

## 2. 提升海事仲裁机构及仲裁员的案件处理能力和质量

对于一个海事仲裁机构的案件处理能力的判断,没有一个公认的、可量化的标准,但主要可以从机构管理团队和仲裁员两个角度分析。海事仲裁机构的管理团队负责仲裁机构的业务拓展、仲裁规则的修订、仲裁员的聘任、具体仲裁案件的业务处理,因此,其机构管理团队综合业务能力的高低对仲裁机构的发展至关重要。首先,以仲裁规则的修订为例,其需要考虑现行仲裁规则存在哪些问题,与国际主流仲裁实践做法有哪些差距,这些差距中有哪些规则在中国目前的法律框架下无法实现,是否可以考虑针对国内案件和国际案件暂作出一定的区分等。以上均有赖于机构管理人员的专业能力;其次,在仲裁机构与仲裁员的衔接方面,也依赖仲裁管理人员的专业判断。在当事方提出管辖异议的情况下,如仲裁庭尚未组成则由仲裁机构处理管辖异议;在当事方无法就仲裁员的选任达成协议的情况下,仲裁机构需基于对案情的判断指定合适的仲裁员来处理案件;仲裁机构需协助仲裁庭处理送达事宜、开庭以及核对裁决书草稿,尽可能减少因存在程序瑕疵而导致仲裁裁决被撤销的情况发生。

从仲裁员的角度看,仲裁员处理案件的水平,尤其是裁决书质量的高低直接影响到仲裁机构的声誉。一个仲裁案件往往凝聚了当事方大量的时间、费用付出,而且仲裁通常都是一裁终局,因此,裁决书的重要性不言而喻。目前,虽然不少仲裁机构都协助仲裁庭核阅裁决书草稿,但主要是关注程序问题,一般不影响仲裁庭对案件的实体分析思路及结论。全球主要仲裁机构对仲裁员的选任均具有较为严苛的标准,公道正派的作风、丰富的行业实践经验以及仲裁经验均是考量的因素。如新加坡国际仲裁中心、新加坡海事仲裁院等,在申请成为其仲裁员时,需要提交此前曾经签发的数份裁决书,且需要知名人士的推荐。就提升仲裁员的业务素养而言,除自身的业务学习和钻研外,通过与境外

<sup>②</sup> SIAC: *SIAC Annual Report 2018*, [https://www.siac.org.sg/images/stories/articles/annual\\_report/SIAC\\_AR2018-Complete-Web.pdf](https://www.siac.org.sg/images/stories/articles/annual_report/SIAC_AR2018-Complete-Web.pdf) (last visited Feb.11, 2020).

仲裁员共同组庭处理仲裁案件是一种更为重要的方式。中国部分仲裁机构实行的新任仲裁员业务培训,以及在任仲裁员定期学习的方式,在中国目前的情况下具有积极作用;而在仲裁员的行为规范方面,可以在现有法律硬性约束的框架下,开展职业伦理教育,制定适用本机构仲裁员的软性约束规则。

### 3. 坚持和完善我国海事仲裁现有优势

实现国际海事仲裁中心的发展目标虽然更多的内容是与国际接轨,但中国特有的优势以及成熟的做法应予以坚持和完善,比如海事法院委托调解机制、海仲新推出的《网上仲裁规则》以及仲裁机构的多点布局等。海事法院委托调解机制是中国特有的做法,对海事司法系统及仲裁机构是双赢的机制,且在实践中运行效果良好。根据海仲的统计,从海仲 2011 年与上海海事法院建立委托调解机制以来,截至 2016 年 10 月,上海海事法院共委托海仲上海分会处理调解案件 145 件,达成调解协议的案件为 59 件;未达成调解协议的案件中有 40 件取得阶段性成果,且平均结案时间为 52 天。<sup>①</sup>在网上仲裁方面,海仲《中国海事仲裁委员会网上仲裁规则》已于 2020 年 1 月 1 日起正式施行,该网上仲裁规则将技术应用到证据的收集、固定和防篡改方面,实现可靠快捷的电子数据认定。<sup>②</sup>网上仲裁规则普及后,将有助于从整体上提升仲裁的效率并降低费用。以海仲为代表,相对于一般的国际仲裁机构而言,其分支机构数量占据优势。其在国内多个沿海、沿江城市设立了分支机构,其包括四个分会,三个仲裁中心,七个办事处以及八个争议解决中心<sup>③</sup>;此外,由我国发起的“一带一路”倡议,以及“一带一路”争端解决机制的构建,也为我国海事仲裁的发展提供了宝贵的机遇和借鉴范例。

## 五、结论

实现国际海事仲裁中心的发展目标,需要关注海事仲裁的特殊性。从国家层面作出全面的谋划,在海事产业的发展规划中将海事仲裁作为整体的一部分统筹考虑,为海事仲裁行业提供资金、税收、出入境、人才引进等支持,为海事院校在海事仲裁后备人才培养方面提供支持。国家层面、仲裁机构层面、仲裁员协会层面均应秉持开放和共享的理念,参考“一带一路”争端解决机制的构建思路,将海事仲裁行业的开放纳入国家整体改革开放的组成部分。海事仲裁机构和未来的海事仲裁员协会应发挥主观能动性,在现有法律框架下,苦练内功,最大限度与国际接轨,积极参与《仲裁法》修改,推动国家层面出台促进海事仲裁发展的有针对性的政策举措,实现国际海事仲裁中心的建设目标,并助推“一带一路”倡议以及海洋强国战略的实现。

<sup>①</sup> 海仲,法院委托调解, [http://www.cmac.org.cn/?page\\_id=752](http://www.cmac.org.cn/?page_id=752) (最后访问日期 2020 年 2 月 10 日)。

<sup>②</sup> 海仲,《中国海事仲裁委员会网上仲裁规则》正式发布,争议解决迈入时代的“快车道”, <http://www.cmac.org.cn/?p=6996> (最后访问日期 2020 年 2 月 10 日)。

<sup>③</sup> 中国海事仲裁委员会组织机构图, [http://www.cmac.org.cn/?page\\_id=200](http://www.cmac.org.cn/?page_id=200) (最后访问日期 2020 年 2 月 10 日)。

---

---

**Abstract:** London has long been one of the international maritime arbitration hubs with the historical accumulation of maritime arbitration, the advantages of maritime cluster and the favorable environment upholding the rule of law. China's maritime arbitration has experienced 60 years of development, and has made gratifying achievements from scratch. However, it faces challenge such as poor international recognition and small portion of caseload and still has a long way to go to reach the development goal of establishing itself as the international maritime arbitration hub. China should make a whole plan from the perspective of the overall maritime industry, also from the cooperative perspective of the revision of arbitration law, maritime justice, maritime lawyers and maritime legal education, and to create a good external environment for the development of maritime arbitration. However, the key to the development of maritime arbitration lies in maritime arbitrators and maritime arbitration institutions. China can refer to the plan of "one belt, one road" dispute settlement mechanism, uphold the concept of openness and sharing, actively cooperate with overseas arbitrator associations and arbitration institutions, to enhance their own professional skills and focus on the service nature of maritime arbitration, and achieve the development goal of international maritime arbitration hub at an early date.

**Keywords:** maritime arbitration; ad hoc arbitration; international maritime arbitration hub

---

---

(责任编辑: 齐 骥)

# PPP 协议中仲裁条款的效力问题

车丕照\*

---

**内容提要** 从《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》中并不能推导出所有的 PPP 协议中的仲裁条款均属无效的结论。PPP 协议中的特许经营协议因具有明显的行政属性,因而属于行政协议;某些 PPP 协议并不直接涉及行政法上的权利的行使或处分,因而,不应被认定为行政协议;PPP 协议的从协议的属性应取决于主协议的属性;PPP 协议的关联协议,即使是基于特许经营而产生,基本上都是民事合同,而不应被轻易认定为行政协议。对于其他 PPP 协议属性的认定,应坚持缩限解释的原则,尽量将其认定为民商事合同。

**关键词** PPP 协议 行政协议 行政性 仲裁条款

---

我国最高人民法院审判委员会于 2019 年 11 月 12 日通过的《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》(以下简称“《行政协议规定》”)第二十六条规定:“行政协议约定仲裁条款的,人民法院应当确认该条款无效,但法律、行政法规或者我国缔结、参加的国际条约另有规定的除外。”这条规定在我国仲裁界引发出比较强的反响:PPP (Public-Private Partnership) 协议是否属于行政协议? PPP 协议中的仲裁条款是否均应被认定为无效? 本文拟就此问题做些简要的分析。

## 一、什么样的协议属于《行政协议规定》所界定的行政协议?

依据《行政协议规定》第二十六条,除法律、行政法规或者我国缔结、参加的国际条约另有规定外,行政协议中的仲裁条款为无效条款。因此,判断 PPP 协议中的仲裁条款的法律效力的前提是要认定 PPP 协议是否为行政协议;而要判断 PPP 协议是否属于行政协议,则要首先明确什么样的协议是《行政协议规定》所指的行政协议。

我国现行法律和行政法规对行政协议并没有明确界定。在学界,“行政协议”、“行政合同”与“行政契约”通常是可以互换使用的概念,其内涵与外延也并无权威性的表述。<sup>①</sup> 学者们通常将行政协议的特点归纳为同时具备“合同性”与“行政性”。所谓“合

---

\* 车丕照,清华大学法学院教授,中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员。

① 李卫刚、赵珂冉:《行政协议识别标准的模式化研究》,《西北师大学报》(社会科学版),2020 年第 2 期。

同性”是指行政协议本质上是一种合同；所谓“行政性”则是指其所调整的不是（或不仅是）民商事权利义务关系，而必须含有行政法上的权利义务内容。

2014年底修订的《中华人民共和国行政诉讼法》（简称：《行政诉讼法》）第十二条第一款第十一项“首次在实证法层面肯定了‘行政协议’概念。”<sup>②</sup>最高人民法院审判委员会2015年4月20日通过的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第十一条进而规定：“行政机关为实现公共利益或者行政管理目标，在法定职责范围内，与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议，属于行政诉讼法第十二条第一款第十项规定的行政协议。”该“解释”明确列举政府特许经营协议和土地、房屋等征收征用补偿协议为行政协议，并加了一项“兜底”条款：“其他行政协议”。虽然该项司法解释已被最高法院审判委员会2017年11月13日通过的《关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》所废止，但其对“行政协议”的界定仍被《行政协议规定》所承继。

《行政协议规定》第一条规定：“行政机关为了实现行政管理或者公共服务目标，与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议，属于行政诉讼法第十二条第一款第十项规定的行政协议。”据此可以看出：

首先，《行政协议规定》中的“行政协议”的概念源自《行政诉讼法》第十二条第一款第十一项的规定。依照该项规定，“认为行政机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等协议的”，属于人民法院受理的行政诉讼的范围。尽管《行政诉讼法》的上述规定并没有明确行政协议的内涵，甚至没有使用“行政协议”这一用语，但最高法院的《行政协议规定》很肯定地将《行政诉讼法》所列举的“特许经营协议”“土地房屋征收补偿协议”以及未能穷尽列举的“等协议”认定为行政协议。

其次，在《行政诉讼法》对“行政协议”的内涵和外延没有明确定义的情况下，《行政协议规定》在认定《行政诉讼法》第十二条第一款第十一项所列举的协议为“行政协议”的同时，还对“行政协议”的概念做出界定，即：“行政机关为了实现行政管理或者公共服务目标，与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议。”据此，行政协议具如下特征：

第一，行政协议的当事人必须为“一公一私”，即：一方为行政机关，另一方为公民、法人或其他组织（以下简称为“私主体”）；

第二，行政协议须经协商订立，因而其本质上是一种合意；

第三，也是最为关键的，行政协议必须“具有行政法上权利义务内容”，由此区分开了行政协议与传统的民商合同。至于什么是“行政法上权利义务”，应解释为“基于行政法所产生的权利义务”。如果政府机关与私主体签订的一项协议处分了或涉及到行政法上的权利或义务的话，那么，就应该认定其为行政协议。

<sup>②</sup> 陈天昊：《行政协议的识别与辩解》，《中国法学》，2019年第1期，第140页。

其实,关于如何辨别一项协议是否为行政协议,学界向来有不同主张。例如,有学者认为应主要考察主体和目的这两大要素。首先要看主体要素,只有行政机关才能成为行政协议的缔约主体;之后,要看目的要素,只有行政机关为了公共利益目的签订的协议才是行政协议。<sup>③</sup>但也有学者认为,无论是主体标准还是目的标准都难以界定什么是“行政协议”,协议中是否具有行政法上的权利义务内容也难以判断,因此,应以“非市场行为性”作为行政协议的本质属性。<sup>④</sup>

本文认为,关于行政协议的判断标准,还是要回到法律规定的“行政法上的权利义务”上来。那么,如何判断一项权利义务是否为“行政法上的权利义务”呢?可依据两项指标加以测试:一是直接目的标准,二是权利属性标准。所谓直接目的标准是看权利义务的设定或实现是否为了实现行政管理目标,服务于公共利益。这也是《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》所强调的“为实现公共利益或者行政管理目标”和《行政协议规定》所强调的“为了实现行政管理或者公共服务目标”。行政机关为了城市供水而与私主体签订协议应被认定为是为了实现行政管理目标,为了服务社会公共利益;但如果行政机关是为了改善办公场所的供水系统而与私主体签订协议,尽管可以说改善行政机关办公条件也是为了更好地服务于公共利益,但从直接目的看,是为了行政机关的自身利益,因而不应被认为是一项行政协议。所谓权利属性标准是看行政机关所处分的权利是其作为行政机关所特有的权利,还是私主体也享有的权利。行政机关通过支付价款而获得某物的所有权是私主体也可以获得或行使的权利,因而,不应认定为行政法上的权利;而行政机关特许某私主体承担城市污水治理工程,则是私主体无法享有和处分的权利,因此,应认定为行政法上的权利。

正因为行政协议从目的上看是为了服务社会公共利益,从政府所行使的权利属性上看不属于私法上的权利,因此,行政协议中会出现一些有别于传统的民商合同的内容。例如,作为协议一方的行政机关享有单方面的协议变更权和解除权,即行政机关可基于公共利益的需要或法律政策的重大调整,单方面变更协议内容或解除协议效力。《行政协议规定》第十六条规定,在履行行政协议过程中,如果因为出现严重损害国家利益、社会公共利益的情形,行政机关作出变更、解除协议的行政行为后,相对人请求撤销该行为的,法院经审理认为该行为合法的,应判决驳回原告的诉讼请求,但可以判决行政机关补偿原告因此而遭受的损失。此项规定即是肯定了行政机关的这种在一般的合同制度中所无法享有的权利。

基于上述分析,可以得出如下结论:并非所有的行政机关与私主体所签订的协议都属于行政协议。如果双方签署的协议处分的是民商事的权利义务,那么这种协议即属于传统的民商事合同;只有当行政机关与私主体订立的协议具有行政法上的权利义务内容时,这种协议才属于行政协议。

<sup>③</sup> 麻锦亮:《纠缠在行政性与协议性之间的行政协议》,《中国法律评论》,2017年第1期,第56页。

<sup>④</sup> 王利明:《环球法律评论》,2020年第1期,第5-22页。

如果说《行政协议规定》的第一条是规定了行政协议的内涵的话,那么,《行政协议规定》的第二条则是对行政协议的外延的界定。对《行政协议规定》所界定的行政协议的范围的解读,必须依据《行政协议规定》第一条所确定的内涵进行。《行政协议规定》的第二条列举的行政协议包括:(一)政府特许经营协议;(二)土地、房屋等征收征用补偿协议;(三)矿业权等国有自然资源使用权出让协议;(四)政府投资的保障性住房的租赁、买卖等协议;(五)符合本规定第一条规定的政府与社会资本合作协议;(六)其他行政协议。需要注意的是,该条列举的前四类协议没有任何特别限定,直接将其认定为行政协议,而对第五类协议,即“政府与社会资本合作协议”(也即通常所说的PPP协议),却加上了限定词,即“符合本规定第一条规定的”。这也就意味着,并非所有的“政府与社会资本合作协议”都当然地属于行政协议;而只有具备行政协议属性(即具有行政法上权利义务内容)的“政府与社会资本合作协议”才可定性为行政协议。

由于PPP协议并不一定都属于行政协议,因此,认为所有的PPP协议中的仲裁条款均属无效的观点是对《行政协议规定》的误读。

## 二、何种PPP协议最具有行政协议属性?

在我国当下,PPP协议特指政府与社会资本合作协议。<sup>⑤</sup>在这种模式下,通常是“由社会资本承担设计、建设、运营、维护基础设施的大部分工作,并通过‘使用者付费’及必要的‘政府付费’获得合理投资回报;政府部门负责基础设施及公共服务价格和质量监管,以保证公共利益最大化。”<sup>⑥</sup>

PPP协议可依据不同标准加以分类。以PPP协议涉及领域为标准,PPP协议可分为能源领域PPP协议、交通运输领域PPP协议、水利领域PPP协议、环境保护领域PPP协议等;依据项目实施方式的不同,PPP协议可分为建设—运营—移交(BOT)协议、建设—拥有一运营—移交(BOOT)协议、设计—建设—融资—运营—移交(DBFOT)协议、转让—运营—移交(TOT)协议和改建—运营—移交(ROT)等。但这些分类对认识PPP协议是否具有行政协议属性并无直接帮助。财务部等部门发布的《关于在公共服务领域推广政府和社会资本合作模式的指导意见》对PPP协议有另外一种分类,即将PPP协议划分为需要实施特许经营的PPP协议和不需要实施特许经营的PPP协议。<sup>⑦</sup>之所以提请关注此种划分,是因为《行政协议规定》第二条明确将政府特许经营协议列为行政协议,因此,如果某一PPP项目涉及特许经营,那么,为实施该项目所签订的特许经营协议应直接认定为《行政协议规定》范围内的行政协议。如果某项目的实施需签

<sup>⑤</sup> 在财政部于2014年9月23日发布的《关于推广运用政府和社会资本合作模式有关问题的通知》等政府文件中,都将政府和社会资本合作模式等同于PPP模式。

<sup>⑥</sup> 财政部《关于推广运用政府和社会资本合作模式有关问题的通知》,财金〔2014〕76号。

<sup>⑦</sup> 该《意见》明确指出:“在能源、交通运输、水利、环境保护、市政工程等特定领域需要实施特许经营的,按《基础设施和公用事业特许经营管理办法》执行。”据此可以推断,另有PPP协议无需实施特许经营。

署多项协议的话,那么至少特许经营协议自身属于《行政协议规定》意义上的行政协议。

关于什么是特许经营,国家发改委会同财政部、住房和城乡建设部、交通运输部、水利部和中国人民银行制订并经国务院同意于2015年4月25日发布的《基础设施和公用事业特许经营管理办法》(简称:《特许经营管理办法》)第三条规定:“特许经营是指政府采用竞争方式依法授权法人或者其他组织,通过协议明确权利义务和风险分担,约定其在一定期限和范围内投资建设运营基础设施和公用事业并获得收益,提供公共产品或者公共服务。”由此可以看出,首先,特许经营所涉行业领域为提供公共产品或公共服务的领域,例如供水、供热、城市交通等;其次,这样一些领域并非私主体投资者可自由进入的行业领域,而通常由政府投资并经营,同时,政府也可以许可特定的投资者投资经营,并允许其获得相应的收益;再次,政府与被许可的投资者之间同时存在行政许可与权益分配两种法律关系。行政许可是政府行使行政法上的权利,而权益分配是政府与投资者关于投资、经营及收益分配的约定,本质上是一种民事合同关系。前者表明其行政属性,后者则表明其合同属性。

特许经营协议的行政协议属性可以在协议中的许多条款表现出来。在《特许经营管理办法》所列举的协议条款中,“设施权属,以及相应的维护和更新改造”“政府承诺和保障”“应急预案和临时接管预案”“特许经营期限届满后,项目及资产移交方式、程序和要求”“变更、提前终止及补偿”等条款通常会涉及到政府行政权力的行使及处分,所以使得特许经营协议有别于一般的民事合同。也正因为如此,《特许经营管理办法》对特许经营协议的纠纷处理方式也做出特别规定。该办法规定了协商、调解、行政复议和行政诉讼四种纠纷解决方式,唯独排除了仲裁。

由于特许经营协议具有很强的行政属性,所以,《行政协议规定》第二条首先将政府特许经营协议列入行政协议的范围。但需要指出的是,由于该规定将“政府特许经营协议”与“符合本规定第一条规定的政府与社会资本合作协议”并列,容易造成一种误解,以为这是两种不同的协议。其实,这两种协议是可以重叠的,即:“符合本规定第一条规定的政府与社会资本合作协议”可以是(或经常是)“政府特许经营协议”。

除特许经营协议外,其他的PPP协议如果具有行政法上权利义务内容的,也将被认定为行政协议。

### 三、如何判断特许经营协议之外的PPP协议是否属于行政协议?

并非所有的PPP协议都是特许经营协议。那么,应该如何判断特许经营之外的PPP协议是否属于行政协议呢?我认为有两类PPP协议需要特别讨论,一类是不直接涉及行政法上权利义务处分的PPP协议,另外一类是PPP协议的从协议和相关协议。

#### (一) 不直接涉及行政法上权利义务处分的PPP协议

《行政协议规定》在列举行政协议的类型时专门列出“符合本规定第一条规定的政府与社会资本合作协议”。如前所述,这里的“政府与社会资本合作协议”即为PPP协

议,而“第一条规定”则是该规定第一条对行政协议所做的界定,即“行政机关为了实现行政管理或者公共服务目标,与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议。”据此可以推断,一项不具有行政法上权利义务内容的PPP协议即不应被认定为行政协议,因而也就具有可仲裁性。

从现有的各种规定可以看出,PPP的核心特征在于社会资本参与公共项目或公共事业,因而并不必然涉及作为当事人一方的政府机关行政法上的权利义务。因此,必然会存在不具有行政法上权利义务内容的PPP协议。下列协议由于并不直接涉及行政法上的权利义务的处分,因而,不应被认定为行政协议。

1、TOT协议。TOT(Transfer-Operate-Transfer的缩写,即移交-经营-移交)是PPP模式中的一种,通常是指政府部门或国有企业将建设好的某一项目在特定期限内的所有权或经营权,有偿转让给私主体,由其运营管理;私主体在约定的期限内通过经营收回投资并获得回报;在约定期满时,私主体再将该项目交还政府部门或原国有企业。在计划经济时代,我国的公共设施领域一直采取垄断经营模式,私主体不得进入基础设施产业领域,导致公共设施经营管理经常处于低效率状态。TOT方式的引入,可盘活城市基础设施存量资产,开辟经营城市新途径,增加社会投资总量,改善公共设施经营管理,以基础行业发展带动相关产业的发展。

与PPP常见模式BOT(Build-Operation-Transfer的缩写,即建设-经营-移交)不同,在TOT模式下,私主体是从政府或国有企业接手一个现存项目(企业),而不是新建一个项目,其获得该项目的途径是通过有偿受让的方式,而不是政府特许的方式。从交易的直接目的看,政府是为了改善现有某一项目的运营状态,从交易所涉权利义务的属性看,是行政机关与私主体之间的产权交易,交易的实质应认定为商事交易,而并非行政权利义务的行使或处分。据此,TOT协议不应被认定为行政协议。

2、ROT协议。ROT(Retrofit-Operate-Transfer的缩写,即投资改造-运营-移交)可看作是TOT模式的衍生模式。在这种模式下,也是由私主体以有偿受让方式从政府或国有企业获得现有项目,通过营运该项目获得投资回报,并在约定期限届满时将该项目无偿移交给政府或原国有企业。与TOT不同的是,在ROT模式下,私主体在获得特定项目后,要按照约定对项目进行投资改造,而不是仅仅运营现有项目。例如,某水务公司通过出资获得某地方政府或其所属污水处理公司的产权,然后对公司进行技术改造,再进行长期运营。在此期间,私主体通过收取运营管理费的方式逐渐回收其投资并获得一定的投资回报。在约定期限届满时,私主体将全部项目交还给政府或原国有企业。由于ROT协议项下的交易的性质与TOT协议相同,因此,也不应认定为行政协议。

3、O&M协议。O&M(Operations & Maintenance的缩写,即委托运营),是指政府将某一现存项目交由私主体运营维护,私主体为此而获取收入。与TOT和ROT不同的是,政府并不向私主体出让项目的产权,私主体只是基于政府的委托而营运和维护政府的项目;而且,私主体只能从政府获取固定的费用。可见,O&M协议从性质上看属于我国合同法第二十一章所规定的委托合同,即“委托人和受托人约定,由受托人处理委托人

事务的合同”。按照合同法的规定,受托人应当按照委托人的指示处理委托事务;受托人应当亲自处理委托事务(第四百条);受托人应当按照委托人的要求,报告委托事务的处理情况(第四百零一条);受托人处理委托事务取得的财产,应当转交给委托人(第四百零四条);受托人完成委托事务的,委托人应当向其支付报酬(第四百零五条)。由于 O&M 协议具有明显的委托合同的属性而不具行政法上的权利义务内容,因此,该类协议也不应认定为行政协议。

## (二) PPP 协议的从协议和相关协议

许多 PPP 项目的实施需要缔结多个协议。财政部发布的《PPP 项目合同指南(试行)》指出,在 PPP 项目中,项目参与方可通过签订多个合同来确立和调整彼此之间的权利义务关系,构成 PPP 项目的合同体系。PPP 项目的合同体系通常会包括 PPP 项目合同、股东协议、履约合同(包括工程承包合同、运营服务合同、原料供应合同、产品或服务购买合同等)、融资合同和保险合同等。其中,PPP 项目合同是整个 PPP 项目合同体系的基础和核心。<sup>⑧</sup>在诸多协议当中,有的协议是 PPP 主协议的从协议,有的则是与 PPP 主协议相关的协议。PPP 主协议的从协议的属性应该从属于主协议;而与 PPP 主协议相关的协议的属性则应依据不同情形分别加以判断。在多数情况下,相关协议是 PPP 主协议的私主体一方为了实施 PPP 主协议而与其他实体签订的民商事合同,不应因其与特许经营有关联关系而将其认定为行政协议。常见的此类协议有:

1、项目设计协议。与 PPP 协议相关的项目设计协议通常是 PPP 协议的私主体或其所设立的项目公司(统称建设单位)与设计单位就项目设计所签订的合同。其内容主要包括:建设单位向设计单位提交基础资料的内容以及提交的时间,建设单位为设计单位进入现场作业或配合施工应提供的条件,设计单位提交设计的内容、深度、质量要求、时间要求等。项目设计协议是民事主体之间所签订的普通民事合同,即使是为实施特许经营协议而签署,其本身也不应被认定为行政协议。

2、建设工程施工协议。许多 PPP 项目涉及到基建施工,因此,需要私主体或其所设立的项目公司(统称发包方)与施工单位(承包方)签订建设工程施工协议。依据施工协议,承包方应完成发包方交给的施工任务,发包方则应按照约定向承包方提供必要的施工条件并支付工程价款。该类协议也是民事主体之间所签订的民事合同,属于我国合同法第十六章所规定的建设工程合同,不应被认定为行政协议。

3、货物采购协议。PPP 项目的实施经常涉及到设备和其他物品的采购,因此,通常需要从私主体或其设立的项目公司与其他缔约方签订货物采购协议。此类交易的核心内容是出卖人转移标的物的所有权于买受人,买受人为此而向出卖人支付价款。该类协议属于我国合同法第九章所规定的买卖合同,不应被认定为行政协议。

4、股权转让协议。PPP 项目经常由私主体所成立(或与政府合资成立)的项目公

<sup>⑧</sup> 《PPP 项目合同指南(试行)》第一章第二节。该指南在财政部于 2014 年 12 月 30 日公布的《财政部关于规范政府和社会资本合作合同管理工作的通知》(财金〔2014〕156 号)中作为附件公布。

司来实施。私主体在项目公司中的股权是可以转让的,<sup>⑨</sup>此种转让应依据合同法、公司法等法律法规进行。因此,这种股权转让协议也应该被认定为民事合同,而不是行政协议。

#### 四、在辨别 PPP 协议是否为行政协议时应坚持缩限解释原则

行政协议的辨别或界定是一件艰难的工作。有学者试图通过“比例原则”的运用和“刚性行政职权”的识别等手段来界定行政协议的范围,<sup>⑩</sup>但实际操作起来恐怕仍有难度。比较可行的办法是确定一个缩限解释原则,在认定 PPP 协议是否属于行政协议时,尽可能地将其认定为民事合同。其理由在于:

首先,行政协议的本质是合同。行政协议的属概念是“协议”,“行政”是其种差。在我国,对行政协议的认识主要分为两大派,即行政法学派和民法学派。“行政法学派认为,行政协议的根本属性在于行政性,协议的前提是行政行为的客观存在。”民法学派则认为行政协议的根本属性在于协议,认为行政协议与民事合同一样,需要遵守民事契约中的平等、自由和诚实信用原则。<sup>⑪</sup>由于协议总体上遵循当事人地位平等、缔约自由、信守约定、违约担责这样一些合同法的基本原则,所以,其合同的属性显然更强烈一些。也许正因为如此,有学者建议“通过修订《合同法》,将行政合同作为一类特殊的合同予以明确。”<sup>⑫</sup>

我国的一些关于行政协议的规范性文件都明确规定合同法对行政协议的适用。例如,《行政协议规定》第十二条规定:“人民法院可以适用民事法律规范确认行政协议无效。”该规定的第十八条规定:“当事人依据民事法律规范的规定行使履行抗辩权的,人民法院应予支持。”此外,一些有关行政协议的规定与合同法的有关规定内容一致,例如,《行政协议规定》第二十条规定:“被告明确表示或者以自己的行为表明不履行行政协议,原告在履行期限届满之前向人民法院起诉请求其承担违约责任的,人民法院应予支持。”许多现行有效的规章和其他相关文件一再强调 PPP 协议的合同属性,强调依约行事。国家发改委 2019 年发布的《关于依法依规加强 PPP 项目投资和建设管理的通知》强调,“政府应依法依规履行承诺,不得擅自变更合同约定的政府方责任和义务。”国家财政部颁布的《PPP 项目合同指南(试行)》和国家发改委颁布的《政府和社会资本合作项目通用合同指南(2014年版)》均强调政府与社会资本方的民事平等主体地位。《PPP 项目合同指南(试行)》在其编制说明中明确指出:“PPP 从行为性质上属于政府向社会资本采购公共服务的民事法律行为,构成民事主体之间的民事法律关系”,并在“适用法律及争议解决”一节中将“仲裁”列为争议解决的方式之一。《政府和社

<sup>⑨</sup> 国家发改委 2019 年 6 月 21 日发布的《关于依法依规加强 PPP 项目投资和建设管理的通知》(发改投资规〔2019〕1098 号)提到:“投资者可按其出资比例依法享有所有者权益,也可转让其出资,但不得以任何方式抽回。”

<sup>⑩</sup> 陈天昊:《行政协议的识别与辩解》,《中国法学》,2019 年第 1 期,第 162 页。

<sup>⑪</sup> 王世涛、刘俊男:《行政协议争议解决之仲裁问题研究》,《南海法学》,2019 年第 3 期,第 102 页。

<sup>⑫</sup> 张敏:《从行政性、合同性双重视角审视行政合同的延展与规范》,《政法论丛》,2018 年第 4 期,第 134 页。

会资本合作项目通用合同指南(2014年版)》也在其使用说明中强调“合同各方的平等主体地位”,并指出“合同各方均是平等主体,以市场机制为基础建立互惠合作关系,通过合同条款约定并保障权利义务。”在这种背景下,尽可能地将 PPP 协议认定为民事合同而不是行政协议符合我国政府引进 PPP 模式的初衷。因此,有必要在辨别 PPP 的属性时尽可能地将其认定为民事合同,而不是行政协议。有学者曾呼吁借鉴英美法上的“近因理论”和法国法上的“直接执行公务说”,选取最接近合同的因果链条,并根据其所蕴含、体现的属性作为认定该合同的法律性质、类型归属。认为如果最接近合同的因果链条所蕴含、体现的是市场规律,如价值规律;如果该合同项下的权利义务呈现的是对等性,而非隶属和服从,那么,就将该合同认定为民商合同,而非行政合同。<sup>⑬</sup>这也表达了在行政协议辨别上实行缩限原则的立场。

其次,将 PPP 协议尽可能地认定为民事合同,也可以为政府一方提供平等的救济机会。依据我国现行行政诉讼法,行政主体一方不可以提起诉讼程序,也不能提出反诉。行政诉讼法第二条规定:“公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的行政行为侵犯其合法权益,有权依照本法向人民法院提起诉讼。”从《行政诉讼法》第二十四条和第四十一条的规定看,享有起诉权的也只有行政相对人。《行政协议规定》第六条还明确规定:“人民法院受理行政协议案件后,被告就该协议的订立、履行、变更、终止等提起反诉的,人民法院不予准许。”在行政诉讼中不赋予行政主体起诉和反诉的权利的理由,通常的解释是行政主体有足够的手段对相对人实施强制,没有必要对其提起诉讼,而行政诉讼的意义在于判定行政主体的行政行为的合法性。在行政协议被纳入行政诉讼程序之后,不允许行政主体起诉和反诉明显不合理。因为行政协议在本质上是一种合同,只允许行政相对人诉行政主体,而不允许行政主体诉相对人是缺少法理依据的。如果将政府机关与私主体之间的协定认定为民事合同,行政机关就可以在纠纷解决程序中与私主体享有同等的权利。

再次,从是否可通过仲裁解决纠纷的角度看,也应该尽可能地将 PPP 协议认定为民事合同。我国《仲裁法》第二条规定:“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”。据此,只要是地位平等的当事人之间发生的纠纷属合同纠纷和其他财产权益纠纷,当事人就可以选择以仲裁的方式解决纠纷。因此,在判断一项纠纷是否具有可仲裁性时,应考察其纠纷的属性,而不必考察引发纠纷的协议的性质。即使是行政协议纠纷,通常也都是围绕着约定是否有效、对方是否违反约定以及可请求何种违约救济展开。这与行政权行使不当而引发的行政争议性质不同。对于行政争议,当然应依据行政法或其他公法规范加以处理,因此也不应通过仲裁来解决纠纷。然而,对于行政机关与私主体之间的合同纠纷,哪怕是行政协议之下的合同纠纷,只要不涉及行政法上的权利义务,由仲裁庭依据合同和相关法律来判断其权利义务关系,并作出相应裁决,有何不可呢?有学者提出,可借鉴德国的“两阶段理论”,在合

<sup>⑬</sup> 崔建远:《行政合同族的边界及其确定根据》,《环球法律评论》,2017年第4期,第26页。

同签订阶段发生的争议系行政争议,应寻求行政救济;在合同签订后发生的与合同的履行、变更、解除等相关的争议属于民事争议,应通过民事救济程序解决。<sup>⑭</sup>这也体现了对行政协议进行缩限解释的立场,且具有可操作性。

最后,从国外的相关实践看,也应考虑将尽可能多的PPP协议认定为民事合同,从而使其具有可仲裁性。法国曾长期禁止行政协议纠纷以仲裁方式解决。但经过多年来的逐步改革,法国已经允许PPP协议各方选择仲裁方式解决他们之间的纠纷。<sup>⑮</sup>

## 五、结语

通过前面的分析可以看出:《行政协议规定》并没有认定所有的PPP协议中的仲裁条款均属无效。PPP协议中的特许经营协议因具有明显的行政属性,因而属于行政协议;某些PPP协议(如TOT协议、ROT协议)因并不直接涉及行政法上的权利的行使或处分,因而,不应被认定为行政协议;PPP协议的从协议的属性应取决于主协议的属性;PPP协议的关联协议,即使是基于特许经营而产生,基本上都是民事合同,而不应被轻易认定为行政协议。对于其他PPP协议属性的认定,应坚持缩限解释的原则,尽量将其认定为民事合同。如果一项PPP协议不被认定为行政协议,协议中的仲裁条款就不能当然地认定无效。

---

**Abstract:** From the wording of the “Regulations on Some Issues Relating to the Trial of Administrative Agreement Cases” promulgated by Supreme People’s Court of China, it can’t be concluded that all arbitration clauses in PPP agreements are invalid. Among the various PPP agreements, franchising agreement due to its obvious administrative attribute should be classified as administrative agreement, meanwhile the others without disposing administrative powers shall not be regarded as administrative agreements. The characters of a subsidiary agreement shall be the same as that of the principal PPP agreement, and a related agreement of a PPP agreement even based on a franchising agreement is usually a commercial agreement. A “Limitation Principle” should be applicable when identifying the characteristics of PPP agreements, in order to classify as more as possible PPP agreements as commercial ones.

**Keywords:** PPP agreement; administrative agreement; administrative attribute; arbitration clause

---

(责任编辑:洪慧敏)

<sup>⑭</sup> 贾韶琦:《PPP项目合同:一种行政私法合同》,《黑龙江省政法管理干部学院学报》,2019年第6期,第143页。

<sup>⑮</sup> 徐琳:《论法国行政合同纠纷的可仲裁性》,《行政法学研究》,2018年第3期。

# 虚假仲裁中案外人权利保障机制研究(上)

宋连斌 武振国\*

---

**内容提要** 分析虚假仲裁中案外人权利受损的法律成因,不仅对确定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9条、第18条的适用对象和适用范围有决定性意义,也是完善中国民事诉讼体制的一次重要契机。以生效裁判对案外人合法权益构成侵害为标准,法律意义上的虚假仲裁只存在于合同被撤销后仲裁当事人回复所有权、分割共有财产以及因虚假仲裁致使案外人无法另诉三种情形。对生效裁判作用方式的误读、既判力和执行力相对化理念的缺失、确认之诉诉讼标的的不当膨胀、对另行起诉制度的忽视、虚假法律行为无效及损害赔偿案件证明责任分配的不合理是虚假仲裁的根本法律成因,只有对上述问题作出实质回应,才能从根本上保护案外人的合法权益。

**关键词** 虚假仲裁 既判力 执行力 虚假民事法律行为

---

## 引言

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》(以下简称《规定》)第9条<sup>①</sup>、第18条<sup>②</sup>规定,仲裁当事人之间的恶意串通及由此导致的案外人权利受损是虚假仲裁的两大成立要件。<sup>③</sup>在有限的论述中,不少学者认为,当事人主

---

\* 宋连斌,法学博士,中国政法大学教授、博士生导师,国内外多家仲裁机构仲裁员;武振国,中国政法大学硕士研究生。

① 《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9条:“案外人向人民法院申请不予执行仲裁裁决或者仲裁调解书的,应当提交申请书以及证明其请求成立的证据材料,并符合下列条件:(一)有证据证明仲裁案件当事人恶意申请仲裁或者虚假仲裁,损害其合法权益;(二)案外人主张的合法权益所涉及的执行标的尚未执行终结;(三)自知道或者应当知道人民法院对该标的采取执行措施之日起三十日内提出。”

② 《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18条:“案外人根据本规定第九条申请不予执行仲裁裁决或者仲裁调解书,符合下列条件的,人民法院应当支持:(一)案外人系权利或者利益的主体;(二)案外人主张的权利或者利益合法、真实;(三)仲裁案件当事人之间存在虚构法律关系,捏造案件事实的情形;(四)仲裁裁决主文或者仲裁调解书处理当事人民事权利义务的结果部分或者全部错误,损害案外人合法权益。”

③ 武振国:《论虚假仲裁的规制——兼评案外人申请不予执行仲裁裁决》,载《北京仲裁》2018年第4辑,第57-93页。

导型争议解决体制<sup>④</sup>的固有缺陷是虚假仲裁的根本成因。<sup>⑤</sup>由于仲裁制度以双方当事人和仲裁庭组成的三角结构为运行基础,以当事人之间利益对立为逻辑起点,裁判者与当事人之间的信息天然不对称,一旦当事人恶意串通,辩论原则就会失去揭示真相的制度功效,这会导致错误的案件事实被裁决固定,进而损害案外人的合法权利。但是,与这一结论形成鲜明对比的是,坚持当事人主导型争议解决体制的日本和德国并无虚假仲裁问题<sup>⑥</sup>,而在罗马法中,拟诉弃权<sup>⑦</sup>——一种虚假诉讼——甚至是合法的物权变动方式。由此可见,仲裁制度本身可能并非案外人权利受损的症结所在。这也说明,在具体讨论如何规制虚假仲裁之前,有必要对案外人权利受损的原因进行系统而深入的分析。<sup>⑧</sup>

④ 传统大陆法系国家当事人主义的诉讼体制强调民事诉讼的契约化,这是一个相对的概念,民事诉讼契约化不是将当事人的诉讼行为完全契约化,也不是将民事诉讼与仲裁等同,而是指与排斥诉讼契约的传统民事诉讼相比较,应当提升契约化的程度,加大当事人合意行为对民事纠纷解决程序和方式的影响。参加张卫平:《转换的逻辑——民事诉讼体制转型分析》(修订版),法律出版社2007年1月第1版,第311页。

⑤ 不少学者认为,仲裁制度作为多元化纠纷解决机制的重要组成部分,因其所特有的自治性、高效性、保密性、专业性等优势而倍受青睐。但由于实体法权益的牵连关系,我国社会转型期诚信机制的缺失及当事人的逐利性,仲裁制度的优越性在实践中反而经常被虚假仲裁者利用,以骗取错误的仲裁裁决,从而成为侵害他人合法权益的工具。参见刘妍:《论虚假仲裁中案外人的司法救济——以案外人司法撤销仲裁裁决为视角》,载《河南广播电视大学学报》2019年第2期,第52~57页;谢利锦:《虚假仲裁中案外人的法律救济》,载重庆律师网:<http://www.cqlsw.net/business/theory/2019031131787.html>,最后访问日期:2019年12月22日;董暖、杨弘磊:《虚假仲裁案外人权利的司法救济研究》,载《法律适用》2017年第21期,第68~73页;宋春龙:《民事诉讼视角下虚假仲裁的规制——以我国司法实践为切入点》,载《北京仲裁》2017年第4期,第87~104页;李贤森:《现行法律框架内对虚假仲裁案外人权益保护的途径探讨》,载《北京仲裁》2016年第1期,第20~39页;林剑锋、时辉:《以虚假仲裁裁决书提出案外人异议的规制与对策》,载《北京仲裁》2014年第2期,第18~32页;王晓琴:《论虚假仲裁成因及案外第三人权益救济》,载《中北大学学报(社会科学版)》2019年第3期,第99~104页;武文浩:《虚假仲裁中案外第三人权益救济的途径》,载《哈尔滨师范大学社会科学学报》2017年第1期,第50~52页;易晓东:《虚假仲裁中的案外第三人权益保护》,载《山西师大学报(社会科学版)》2018年第1期,第32~37页;吴展才:《论仲裁欺诈及其法律规制》,载《仲裁研究》2010年第4期,第89~97页;张宇:《虚假仲裁民事救济途径有三》,载《检察日报》2015年1月25日第3版;马贤兴:《虚假诉讼与虚假仲裁的治理路径》,载《人民检察》2018年第3期,第75页;天津市人民检察院第三分院课题组:《检察机关运用新时代“枫桥经验”参与社会治理的路径——以检察机关服务天津自由贸易试验区展开》,载《天津法学》2019年第4期,第88~95页;吴学安:《提升仲裁公信力需要遏制虚假仲裁》,经济参考报2019年4月10日第8版。

⑥ 其他大陆法系国家和地区的争议解决机制原则上并不存在类似我国虚假仲裁的风险。一方面,既判力原则上被限定在仲裁当事人之间;另一方面,民事实体法也并不承认生效裁判原则上具有直接变动物权关系的法律效果。因此虚假仲裁问题并非其他大陆法系国家和地区重大的社会与法律问题。参见张卫平:《中国第三人撤销之诉的制度构成与适用》,载《中外法学》2013年第1期;任重:《形成判决的效力:兼论我国物权法第28条》,载《政法论坛》2014年第1期。

⑦ 不少学者认为,拟诉弃权是一种以虚假诉讼的方式来完成所有权的转移,即受让人和出让人分别以原告和被告的身份出庭,受让人宣称被转让物是他的,出让人(即物的原所有人)则直接承认受让人的主张或者对受让人的诉讼主张表示沉默,最终通过法官确认受让人的权利主张。参见童航:《租赁契约的起源与结构变迁——以罗马法为中心》,载《私法研究》2015年第1期,第137~150页;沈建峰:《罗马法上的原因理论及其对近现代法的启示——无因理论的罗马法视角》,载《比较法研究》2006年第4期,第27~42页;毛玮:《论物权合同的契据性》,载《中山大学学报(社会科学版)》2013年第3期,第184~194页;谢潇:《罗马私法拟制研究》,载《比较法研究》2017年第3期,第155~179页;温晓莉:《论法律虚拟与法律拟制之区别》,载《北大法律评论》2007年第1期,第236页;刘风景:《“视为”的法理与创制》,载《中外法学》2010年第2期,第39~54页。

⑧ 张卫平、任重:《案外第三人权益程序保障体系研究》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2014年第6期,第132~140页。

## 一、案外人权利受损的原因分析

虽然虚假仲裁中可能存在伪造证据等不当行为,甚至仲裁当事人之间并无实体争议,但其依旧属于民事程序规范的调整范围。<sup>⑨</sup> 由于民事程序权利的行使不得以损害他人为主要目的<sup>⑩</sup>,就虚假仲裁的构成而言,具有决定意义的是前诉中骗取的生效裁决能否直接约束案外人。只有在肯定论的基础上,直接消灭裁决效力才是救济案外人权利的必经程序。否则,就需要考虑民事强制执行或虚假法律行为能否直接侵害案外人的合法权益。

### （一）案外人权利受损与仲裁裁决

虚假仲裁这一现象并非为中国所独有,但不少主要仲裁地却没有因此轻易否认裁决的效力。<sup>⑪</sup> 究其原因,是裁决在这些国家或地区不能约束案外人,也就不会轻易损害案外人的权利。而在中国,实务中的一些做法却与之相反。这里需要讨论的是,裁决应否约束案外人? 又何以在中国具有了此种效力?

#### 1. 仲裁裁决不应损害案外人的权利

从字面上看,虽然《规定》第9条和第18条所述的“合法权益”包括民事程序权利和实体权益,但其主要保护对象还是后者。<sup>⑫</sup> 对于虚假仲裁能否直接侵害案外人民事实体权益这一关键问题,仲裁裁决的作用方式提供了一种宝贵的转换思路。也就是说,该问题可被表述为,仲裁裁决能否直接变动实体法律关系。

对于仲裁裁决的作用方式,主要存在实体法说和诉讼法说两种观点。虽然两者在大部分情况下都能得到相同的结论,但它们对错误仲裁裁决的作用效果却有着完全不同的理解。实体法说主张,错误的仲裁裁决能够变动实体法律关系,案外人因而存有极高的

<sup>⑨</sup> 任重:《论虚假诉讼:兼评我国第三人撤销诉讼实践》,载《中国法学》2014年第6期,第243~264页。

<sup>⑩</sup> 彭诚信:《论禁止权利滥用原则的法律适用》,载《中国法学》2018年第3期,第249~268页;赵红梅:《私法社会化的反思与批判——社会法学的视角》,载《中国法学》2008年第6期,第170~182页;丁南:《权利意志论之于民法学的意义》,载《当代法学》2013年第4期,第69~75页。

<sup>⑪</sup> 傅向宇:《虚假自认效力的辩论主义回归》,载《国家检察官学院学报》2018年第1期,第140~149页。

<sup>⑫</sup> 《规定》的起草者认为,虚假仲裁与虚假诉讼非常类似。对于虚假诉讼,《中华人民共和国民事诉讼法》规定了第三人撤销之诉制度,但对于虚假仲裁,权益受损的案外人却暂无明确的救济途径。《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十三条规定:“被执行人与他人恶意串通,通过诉讼、仲裁、调解等方式逃避履行法律文书确定的义务的,人民法院应当根据情节轻重予以罚款、拘留;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”可见,民事诉讼法对于虚假仲裁和虚假诉讼予以遏制和制裁的态度是一致的。如果能够构建案外人申请撤销仲裁裁决的制度,类似于诉讼中的第三人撤销之诉,将可以从根本上实现对案外人合法权益的保护。但因撤销仲裁裁决程序属于诉讼审查程序,在制定仲裁裁决的执行程序司法解释时难以对该程序予以调整,最后综合考虑民事诉讼法的立法意图、仲裁裁决执行案件的实际情况及保护案外人合法权益的需要,《规定》尝试进行一定突破,允许案外人向人民法院申请不予执行虚假仲裁裁决,为善意案外人提供维护其合法权益的法律途径。参见刘贵祥等:《〈关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定〉的理解与适用》,载《人民司法》2018年第13期,第38~44页;全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《〈中华人民共和国民事诉讼法〉条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2012年第2版,第86~98页;王胜明主编:《中华人民共和国民事诉讼法释义》,法律出版社2012年第2版,第119页。

权利受损可能。例如,在生效裁决变动物权后但相关财产尚未被交付或变更登记前,实际权利人和表面权利人不一致,当实际权利人在另案中成为被执行人时,法院难以执行未完成法定公示的财产,可能导致案外人的债权难以实现;当表面权利人在另案中成为被执行人时,其名下的责任财产被法院执行本无可厚非,但这种做法却可能损害实际权利人的合法权益。<sup>⑬</sup>而不经法定公示即可完成实体法律关系变动本身,也会导致其他法院对相关财产的查封、扣押等措施被完全架空。<sup>⑭</sup>此外,本不具有物权变动效果的确认裁决,也会因此具有变动实体法律关系的效果,在裁决生效时,动产的所有权会直接转移到申请人处。由此可见,实体法说不仅损害私法交易安全,还会危及公法执行。<sup>⑮</sup>与之相比,诉讼法说认为错误的仲裁裁决在原则上只能确认而非变动实体法律关系。<sup>⑯</sup>虽然错误的仲裁裁决认定标的物归仲裁当事人一方所有,却不会使该当事人直接取得所有权。在标的物被交付或强制执行之前,虽然错误的仲裁裁决确认了一种“虚假的实体法律关系”,却并未因此改变“真实的实体法律关系”。<sup>⑰</sup>

这两种学说的差异背后是哲学立场的不同。实体法说体现的是人们对原初正义的绝对追求,而诉讼法说则从人类认知的有限性出发,主张事实探知的相对化。<sup>⑱</sup>其实,无论裁判者对案件事实的重构是否负责,事实探知绝对化都是一个难以企及的目标。即使主张职权主义,由于裁判者不能预知真相,案件事实的主要来源依然是亲历案件的当事人,这和当事人主义并无明显差别。<sup>⑲</sup>正如古希腊哲学家赫拉克利特所言,“人不能两次踏进同一条河流”,过去发生的案件事实只会留下若干信息载体,无论裁判者和当事人其后如何搜集、提取信息,真相都无法彻底重现,<sup>⑳</sup>仲裁庭的认定很难与“真实的实体法律关系”完全保持一致。即便存在仲裁上诉制度,再次审理的时间距纠纷产生更为遥远,难以保证认定结果更为正确。为了在最大程度上限制错误仲裁裁决的危害范围,有必要

<sup>⑬</sup> 王轶:《论民事法律事实的类型区分》,载《中国法学》2013年第1期,第71~79页。

<sup>⑭</sup> 赵振华、杨芳:《〈物权法〉第28条适用之思考——何种法律文书能直接变动物权》,载《社会科学》2012年第11期,第113~121页。

<sup>⑮</sup> 吴文平:《物权法原理》,知识产权出版社2012年版,第37页;黄忠顺:《论法院生效法律文书引起的物权变动》,载《法治研究》2013年第11期,第102~108页。

<sup>⑯</sup> 最初的诉讼法说不仅认为民事生效裁判并不能变动实体法律关系,而且认为其并不能禁止再次提起相同的诉讼请求,只是禁止后诉法官作出与前诉相悖的判断。目前诉讼法说是德国民事诉讼法学的通说,只是再次提起诉讼会因为存在同一事项的民事生效裁判而不合法。参见任重:《论虚假诉讼——兼评我国第三人撤销诉讼实践》,载《中国法学》2014年第6期,第245页。

<sup>⑰</sup> 任重:《论虚假诉讼——兼评我国第三人撤销诉讼实践》,载《中国法学》2014年第6期,第245~252页。

<sup>⑱</sup> 张卫平:《转换的逻辑——民事诉讼体制转型分析》(修订版),法律出版社2007年1月第1版,第310~320页。

<sup>⑲</sup> 任重:《论虚假诉讼:兼评我国第三人撤销诉讼实践》,载《中国法学》2014年第6期,第243~264页。

<sup>⑳</sup> 从广义上看,案件发生过程的任何存在都可以构成案件的事实,但仲裁庭探知的事实仅仅是裁判所依据的事实,即通常是以与申请人提出的作出请求、请求理由、证据以及被申请人提出的抗辩理由、证据相关的争议事实为其范围。仲裁庭在查明这些案件事实的基础上作出裁判,无疑是十分理想的,但事实上,即使是上述范围内的案件事实,仲裁庭有时也是不可能完全探明的,因此也就无法实现在查明事实的基础上作出裁判。在许多情况下,仲裁庭对案件事实的探知程序将受到各种条件的制约,因而,仲裁庭对案件事实的探知只能是相对的,而不是绝对的。参见张卫平:《转换的逻辑——民事诉讼体制转型分析》(修订版),法律出版社2007年1月第1版,第380~390页;陈杭平:《论“事实问题”与“法律问题”的区分》,载《中外法学》2011年第2期,第322~327页。

否定其变动实体法律关系的效果。这不仅是保护案外人民事实体权益的需要,也是构建仲裁裁决既判力的理论起点。<sup>②1</sup>例如,如果错误的仲裁裁决能够直接变动物权,根据“一事不再理”原则,在未否定前诉裁判既判力的情况下,真正的物权人将无法得到另诉的保护。如果在原则上否定仲裁裁决的物权变动效果,根据既判力相对性原则,案外人无须受到前诉裁判的约束,可直接提起另诉。

在立法上,虽然2017年《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)中存有一些实体法说的踪迹<sup>②2</sup>,但2007年《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)的规定却能够证明中国在原则上采纳诉讼法说。<sup>②3</sup>《物权法》第28条<sup>②4</sup>规定,只有在仲裁裁决与物权变动有直接因果关系的前提下,物权的设立、变更、消灭才能在裁判生效时发生。换言之,根据非基于法律行为物权变动理论,需要依靠执行行为或法律行为方能变动物权的给付裁决,没有物权变动效果的确认裁决依然适用诉讼法说,只有能够在消极层面上直接变动实体法律关系的形成裁决适用实体法说。<sup>②5</sup>在商事仲裁中,形成裁决的作用对象仅限于物权关系和债权关系,不包括人身关系。由于债权关系的变动具有相对性,案外人的实体权益一般不会直接受到损害,即使受损,也可无视前诉裁判直接提起另诉。<sup>②6</sup>而在物权关系中,尽管形成裁决可以达到直接分割共有物和回复所有权<sup>②7</sup>的效

<sup>②1</sup> 任重:《论虚假诉讼:兼评我国第三人撤销诉讼实践》,载《中国法学》2014年第6期,第243~264页。

<sup>②2</sup> 《中华人民共和国民事诉讼法》第56条第3款:“前两款规定的第三人,因不能归责于本人的事由未参加诉讼,但有证据证明发生法律效力的判决、裁定、调解书的部分或者全部内容错误,损害其民事权益的,可以自知道或者应当知道其民事权益受到损害之日起六个月内,向作出该判决、裁定、调解书的人民法院提起诉讼。人民法院经审理,诉讼请求成立的,应当改变或者撤销原判决、裁定、调解书;诉讼请求不成立的,驳回诉讼请求。”

《中华人民共和国民事诉讼法》第112条:“当事人之间恶意串通,企图通过诉讼、调解等方式侵害他人合法权益的,人民法院应当驳回其请求,并根据情节轻重予以罚款、拘留;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”

<sup>②3</sup> 程啸:《因法律文书导致的物权变动》,载《法学》2013年第1期,第77~88页;武振国:《论虚假仲裁的规制——兼评案外人申请不予执行仲裁裁决》,载《北京仲裁》2018年第4辑,第57~93页;任重:《论虚假诉讼——兼评我国第三人撤销诉讼实践》,载《中国法学》2014年第6期,第246~247页。

<sup>②4</sup> 《中华人民共和国物权法》第28条:“因人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定等,导致物权设立、变更、转让或者消灭的,自法律文书或者人民政府的征收决定等生效时发生法律效力。”

<sup>②5</sup> 例如婚姻关系和财产共同制关系的解除,原则上并不积极创设实体法律关系,也因此并不引动物权变动。参见任重:《论虚假诉讼——兼评我国第三人撤销诉讼实践》,载《中国法学》2014年第6期,第246~247页。

<sup>②6</sup> 奚晓明主编:《〈中华人民共和国民事诉讼法〉修改条文理解与适用》,人民法院出版社2012年版,第107页。

<sup>②7</sup> 对于返还财产请求权的性质,我国民法学界存在三种观点:一是不当得利说,其认为返还财产属于债权性质的不当得利请求权;二是物权请求权说,其认为返还财产就是返还原物,在性质上属于物权所产生的物上请求权;三是折中说,其认为应当区分具体情况,在善意取得时为不当得利请求权,如若原物存在且未转让给善意第三人,当事人得依物上请求权主张返还原物。返还财产请求权性质的不同,不仅对当事人利益的保护是不同的,其也同样对虚假仲裁的行为类型产生重要影响。在不考虑善意取得的前提下,不当得利说并不因为合同无效或被撤销直接产生物权变动的法律效果。前诉当事人骗取的生效形成判决仅具有消灭债权债务关系的效果,却无法实现直接变动物权的目的,因此在理论上并不存在此种情形的虚假仲裁。即便认为财产返还请求权是物上请求权,其也并不能直接论证虚假仲裁的存在,因为案外人实体权益受损的前提是案外人曾经是正当的权利主体。合同被确认无效或被撤销以后,将导致合同自始无效,也因此自始不发生物权变动的法律效果。由于案外人自始没有成为所有权人,也就难以认定其所有权因为合同无效或被撤销而受到侵害。参见任重:《论虚假诉讼——兼评我国第三人撤销诉讼实践》,载《中国法学》2014年第6期,第249~250页;王利明:《合同法研究》(第1卷),中国人民大学出版社2011年第2版,第722~724页。

果,<sup>②8</sup>但仲裁当事人很难通过没有执行力的裁判文书直接实现侵害他人民事实体权益的目的。<sup>②9</sup>

## 2. 仲裁裁决何以损害了案外人的权利

前已阐明,实体法说在应对错误生效裁判时会产生一系列的问题,中国应采纳诉讼法说,在原则上否认仲裁裁决对实体法律关系的变动。可是,在实践中,仲裁裁决往往通过生效裁判作用效果泛化,既判力主观范围的绝对化以及预决事实免证效力这三条通道,变相地对案外人施加影响。<sup>③0</sup>

第一,生效裁判作用效果泛化。在实践中,不少当事人和法官误认为,《物权法》第28条表明所有类型的生效裁判都具有直接变动实体法律关系的效果。例如,甲(债务人)乙(债权人)签订借款合同,因甲到期没有清偿债务,乙提起仲裁。仲裁庭确认借款合同和双方当庭达成的以物抵债合同合法有效,责令甲协助乙办理房屋过户手续。然而,甲不仅未履行协助义务,反而在此期间以该房屋为担保向银行贷款并办理了抵押登记。本案承审法院根据《物权法》第28条判定,乙自前诉仲裁裁决生效之日起取得房屋所有权,甲为银行设立抵押权的行为属于无权处分。<sup>③1</sup>依照法院的理解,中国在原则上采用实体法说,一旦裁判有误,案外人无法在所有权变动之前通过执行异议或执行异议之诉获得事前救济,必须在撤销前诉生效裁判的基础上才能提起另诉。这种做法将大大增加案外人权利受损的风险,也不利于保护交易安全。与之相比,按照正确的做法,以物抵债合同引发的物权变动属于基于法律行为的物权变动<sup>③2</sup>,原则上适用《物权法》第9

<sup>②8</sup> 其一,在共有人就分割共有物不能达成一致时,共有人根据仲裁协议可以申请仲裁。在仲裁委员会作出分割共有物裁决后,共有人之间的共同所有即消灭,共有人取得分得部分的单独所有权。因此,分割共有物裁决属于形成裁决。在分割共有物裁决生效后,即发生共有人取得分得部分单独所有权的物权变动效力。其二,依据《合同法》第54条的规定,对于可撤销合同,撤销权人有权请求人民法院或仲裁委员会撤销。这种撤销权只能通过提起诉讼或申请仲裁的方式行使,属于形成诉权。仲裁委员会作出的撤销合同裁决使原来存在的合同关系归于消灭,这种裁决属于形成裁决。可撤销合同在没有被撤销之前,合同是有效的,基于合同所发生的物权变动也是有效的。因此,在仲裁裁决撤销合同后,原物权取得人即丧失物权,而原物权人重新取得物权,从而撤销合同的裁决可以导致物权变动。参见房绍坤:《法院判决外之法律文书的物权变动效力问题研究》,载《法商研究》2015年第3期,第142~143页;程啸:《因法律文书导致的物权变动》,载《法学》2013年第1期,第80~88页;赵振华、杨芳:《〈物权法〉第28条适用之思考——何种法律文书能直接变动物权》,载《社会科学》2012年第11期,第120页;任重:《论虚假诉讼——兼评我国第三人撤销诉讼实践》,载《中国法学》2014年第6期,第248页;任重:《形成判决的效力——兼论我国物权法第28条》,载《政法论坛》2014年1月第32卷第1期,第58~61页。

<sup>②9</sup> 在合同双方为案外人利益签订利他合同的模式中,确实存在损害案外人利益的理论可能,如甲乙签订买房合同并约定丙为受益人,在将房屋过户给丙之后,甲乙利用虚假仲裁撤销合同。但在这种情形中,通常缺乏侵犯案外人权利的合理动机。参见任重:《论虚假诉讼——兼评我国第三人撤销诉讼实践》,载《中国法学》2014年第6期,第249~250页。

<sup>③0</sup> 张卫平、任重:《案外第三人权益程序保障体系研究》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2014年第6期,第132~140页;傅向宇:《虚假自认效力的辩证主义回归》,载《国家检察官学院学报》2018年第1期,第140~149页。

<sup>③1</sup> 山东省德州市中级人民法院(2017)鲁14民终485号。

<sup>③2</sup> 在强制执行中的以物抵债,同样需要登记或交付。对此,最高人民法院、国土资源部、建设部《关于依法规范人民法院执行和国土资源房地产管理部门协助执行若干问题的通知》第26条明文规定:“经申请执行人和被执行人协商一致,可以不经拍卖、变卖,直接裁定将被执行人以出让方式取得的国有土地使用权及其地上房屋经评估作价后交由申请执行人抵偿债务,但应当依法向国土资源和房地产管理部门办理土地、房屋权属变更、转移登记手续。”

条和第 23 条的规定,只有经过交付(动产)或登记(不动产),才能发生所有权的转移。<sup>③③</sup> 由于实体法律关系变动依靠的是当事人的自觉履行或民事强制执行,而非确认以物抵债合同合法有效的生效裁判,案外人可在执行阶段寻求事前救济。也可无视前诉,直接提起另诉,获得事后救济。

第二,既判力主观范围的绝对化。生效裁判的效力范围和前诉后诉的一致性识别是中国民事司法实践必须解决的重要问题。由于诉讼标的和既判力相对化制度的缺失<sup>③④</sup>,“一事不再理”原则被广泛接受,且在一定程度上成为了两者的替代品。<sup>③⑤</sup> 但是,逻辑关系视角下的“一事不再理”原则只是对既判力和禁止重复诉讼制度共通点的总结,不是一项独立的法律制度,也没有为既判力的作用范围提供任何具有实操性的判断标准。在这种状况下,根据“实事求是”、“有错必纠”的事实探知绝对化理念,生效裁判的既判力在原则上及于案外人,无论主体是否同一,后诉法院都可以拒绝就同一标的物的归属作出与前诉相左的判断。<sup>③⑥</sup> 立法者也认为,设立第三人撤销之诉和案外人申请不予执行仲裁裁决制度的核心理由,便是不能在相对意义上容忍矛盾裁判的存在。也就是说,案外人若想在另诉中获得与前诉不一致的裁判,必须先否定前诉裁判的效力。<sup>③⑦</sup> 由于仲裁制度以当事人之间的两造对抗为基本结构,案外人不能参与仲裁程序,无法进行防御和攻击,一概强调前诉裁判绝对正确,要求案外人必须服从前诉的裁判结果,不对仲裁裁决的作用范围进行限制,不仅在事前直接剥夺了案外人进行辩论的程序权利,也会增加案外人实体权益的受损风险。

第三,预决事实的免证效力。2015 年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民诉法解释》)第 93 条<sup>③⑧</sup>、2008 年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称 2008 年《证据规定》)第 9 条<sup>③⑨</sup> 规定,生效仲裁裁决所确认的事实,无须举证证明。由于该条没有明确限定预决事实的作用范围,

<sup>③③</sup> 崔建远主编:《合同法》,法律出版社 2007 年版,第 128 页;王利明:《合同法研究》(第 2 卷),中国人民大学出版社 2003 年版,第 327 页;程啸:《因法律文书导致的物权变动》,载《法学》2013 年第 1 期,第 77~88 页。

<sup>③④</sup> 任重:《释明变更诉讼请求的标准——兼论“证据规定”第 35 条第 1 款的规范目的》,载《法学研究》2019 年第 4 期,第 136~155 页;张卫平:《诉的利益:内涵、功用与制度设计》,载《法学评论》2017 年第 4 期,第 1~11 页。

<sup>③⑤</sup> 张卫平:《重复诉讼规制研究:兼论“一事不再理”》,载《中国法学》2015 年第 2 期,第 43~65 页。

<sup>③⑥</sup> 陈晓彤:《既判力理论的本土化路径》,载《清华法学》2019 年第 4 期,第 144~154 页。

<sup>③⑦</sup> 张卫平:《既判力相对性原则:根据、例外与制度化》,载《法学研究》2015 年第 1 期,第 68~75 页;林剑锋:《既判力相对性原则在我国制度化的现状与障碍》,载《现代法学》2016 年第 1 期,第 130~142 页。

<sup>③⑧</sup> 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 93 条:“下列事实,当事人无须举证证明:(一)自然规律以及定理、定律;(二)众所周知的事实;(三)根据法律规定推定的事实;(四)根据已知的事实和日常生活经验法则推定出的另一事实;(五)已为人民法院发生法律效力裁判所确认的事实;(六)已为仲裁机构生效裁决所确认的事实;(七)已为有效公证文书所证明的事实。前款第二项至第四项规定的事实,当事人有相反证据足以反驳的除外;第五项至第七项规定的事实,当事人有相反证据足以推翻的除外。”

<sup>③⑨</sup> 2008 年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 9 条:“下列事实,当事人无需举证证明:(一)众所周知的事实;(二)自然规律及定理;(三)根据法律规定或者已知事实和日常生活经验法则,能推定出的另一事实;(四)已为人民法院发生法律效力裁判所确认的事实;(五)已为仲裁机构的生效裁决所确认的事实;(六)已为有效公证文书所证明的事实。前款(一)、(三)、(四)、(五)、(六)项,当事人有相反证据足以推翻的除外。”

在实践中,不少实务人员认为,前案当事人可以援引错误生效裁判中的判决主文和事实认定部分对抗作为前案案外人的后案当事人。<sup>⑩</sup>于是乎,前案仲裁裁决的作用范围,借由预决事实的免证效力,在主体上由仲裁当事人扩张到了不特定的案外人,在客体上由判决主文扩张到了当事人的虚假自认部分。虽然这一规定为案外人在后案中预留了推翻预决事实免证效力的权利和机会,但是,强行将不知悉前案当事人交易流程、也未加入前案纠纷解决过程的案外人绑架到前案仲裁裁决的战车上,从情理上看近乎荒谬,从逻辑上看则难以自洽。这不仅损害了未经辩论和听审不受裁判约束的基本程序权利,也会损害案外人的民事实体权益。而其根源,则在于对既判力主观范围相对性的违反,突破了辩论主义对裁判者的制约和对当事人范围的限定。<sup>⑪</sup>

## (二) 案外人权利受损与民事强制执行

由于仲裁当事人之间的非对抗性,虚假仲裁常常以调解或和解裁决的形式结案。<sup>⑫</sup>仅在虚假仲裁当事人均不占有执行标的时,才会产生通过民事强制执行获得案外人财产的迫切需要。如前所述,通过虚假仲裁骗得的生效仲裁裁决在原则上不应产生损害案外人民事实体权益的效果,但这并不意味着民事强制执行制度不会产生此项“副作用”。因此,依然有必要对仲裁裁决作出后可能进行的执行程序进行审查。<sup>⑬</sup>

### 1. 民事强制执行不应损害案外人的权利

生效裁判执行力<sup>⑭</sup>主观范围的扩张,是案外人权利受损的前提。因此,本节的核心问题又可转化为,给付裁决的执行力能否及于案外人。只有在肯定论的基础上,仲裁当事人才能通过民事强制执行获取不法收益。此外,2017年《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)第2条<sup>⑮</sup>、第3条<sup>⑯</sup>规定,仲裁庭不能处理人身关系,只能处理财产关系。按照物债二分的思路,还需要具体分析强制执行制度能否侵害案外人的物权和

<sup>⑩</sup> 贵州省贵阳市白云区人民法院(2017)黔0113民初414号;贵州省贵阳市白云区人民法院(2017)黔0113民初407号。

<sup>⑪</sup> 傅向宇:《虚假自认效力的辩论主义回归》,载《国家检察官学院学报》2018年第1期,第140~149页。

<sup>⑫</sup> 全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《民事诉讼法修改决定条文释解》,中国法制出版社2012年版,第61页;于富喜:《被执行人虚假仲裁处罚与仲裁司法审查》,载《人民司法(应用)》2013年第13期,第104~108页。

<sup>⑬</sup> 任重:《论虚假诉讼:兼评我国第三人撤销诉讼实践》,载《中国法学》2014年第6期,第243~264页。

<sup>⑭</sup> 执行力是执行名义作为执行案件解决基准时的通用效力。张卫平教授认为,“所谓裁判的执行力,是指裁判生效后,在义务人没有履行义务时,权利人可以向法院申请强制执行,法院依法强制债务人履行其义务的效力和作用。裁判执行力的作用对象包括客体和主体两个方面,客体方面,即需要通过执行予以实现的特定实体权利和义务。例如对于返还给付标的物的给付请求权和相应的给付义务。从主体方面看,执行力的主体也是特定的,即特定的行使执行申请权的人和应当履行义务的被申请执行人。”其实,执行力不限于具有给付内容的裁判,其他生效法律文书也可以具有执行力,例如具有强制执行力的公证债权文书等。总而言之,执行力属于执行名义所具有的通用效力,是通过强制执行来实现生效法律文书所确定内容的效力。参见张卫平:《判决执行力主体范围的扩张——以实体权利转让与执行权利的获得为中心》,载《现代法学》2007年第5期,第81~88页;翁晓斌:《论既判力及执行力向第三人的扩张》,载《浙江社会科学》2003年第3期,第67~73页。

<sup>⑮</sup> 《中华人民共和国仲裁法》第2条:“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。”

<sup>⑯</sup> 《中华人民共和国仲裁法》第3条:“下列纠纷不能仲裁:(一)婚姻、收养、监护、抚养、继承纠纷;(二)依法应当由行政机关处理的争议。”

债权。

根据执行力主观范围法定原则,即使存在既判力主观范围的绝对化认知,给付裁决的执行力通常也只能及于执行名义项下的债务人和债权人。<sup>④7</sup>换言之,由于给付裁决的执行力原则上不能及于案外人,民事强制执行制度不能导致案外人权利受损。然而,在某些情况下,债权人的继受人、债权转让的受让人、债务人的继受人、债务转移时的债务承担人、法人人格否认时的公司股东、未依法出资或抽逃出资的公司股东、股权转让中的受让人、夫妻共同债务中的配偶、负有到期债务的次债务人等可能加入到执行关系中,<sup>④8</sup>各国执行法院也会通过符合基本程序正义的听证程序来判断这种做法是否正当,并采用变更或追加被执行人裁定、执行文等法律文书重新确定生效裁判执行力的主观范围。<sup>④9</sup>对此,“执行力主观范围扩张解释模式说”认为,案外人所受执行力的权源为原执行名义,即执行法院的审查程序不具有争讼化色彩。这种观点实质上仍是将既判力和执行力混为一谈,并将作为基本程序权利的执行请求权视作裁判请求权的附庸,不利于保护执行当事人与案外人的合法权益。与之相比,“新执行名义解释模式说”能够很好地克服这些缺点,也能赋予执行异议之诉与许可执行之诉以独立价值。该说主张,案外人所受执行力的权源不是原执行名义,而是在新债权人与债务人之间的权利义务关系不存在明

<sup>④7</sup> 在执行力主观范围与既判力主观范围的关系上,存在“同一说”和“不同说”两种观点。“同一说”认为,既判力主观范围与执行力主观范围是一致的,确定执行当事人适格的范围必须以既判力主观范围的射程为准。“不同说”则认为,执行力与既判力是两种不同的制度即既判力对双方当事人均有作用,但执行力主要针对败诉的被告而言的,至于胜诉原告,则拥有强制执行请求权,在没有法律明文规定的情况下,不得任意转让、放弃。因此,在确定执行力主观范围时,不宜简单以既判力主观范围为限。实际上,执行力主观范围扩张与既判力主观范围扩张之间既不是简单重复,也并非完全并列。一方面,既判力主观范围扩张与执行力主观范围扩张所指不同。既判力主观范围扩张理论所要解决的是案外人能否就原裁判所确定之纠纷再争议以及法院能否做出与原裁判相冲突之认定,而执行力主观范围扩张理论所要解决的是基于迅速实现私人权益的目的而变更执行当事人或者追加被执行人,并不涉及禁止重复与禁止矛盾效力的扩张。另一方面,既判力主观范围扩张构成执行力主观范围扩张的正当性基础,但是,执行力主观范围扩张的正当性基础并非局限于既判力主观范围扩张理论。其一,既判力主观范围扩张并不当然导致执行力主观范围扩张,只有判定给付义务的执行名义的既判力扩张才可能涉及执行力主观范围扩张,并且即使具备执行名义的既判力主观范围扩张也并不当然引起执行力主观范围扩张。其二,不存在既判力主观范围扩张的执行名义仍然可能发生执行力主观范围扩张,此种情形下的执行力主观范围扩张的正当性基础就无法通过既判力主观范围扩张理论加以解释,而只能通过诸如实体请求权基础、程序基本正当保障以及证明盖然性等其他路径谋求完成其正当性证成。参见肖建国、刘文勇:《论执行力主观范围的扩张及其正当性基础》,载《法学论坛》2016年第4期,第17-24页。

<sup>④8</sup> 谭秋桂:《民事执行当事人变化的程序构建》,载《法学家》2011年第2期,第131-139页;张卫平:《判决执行力主体范围的扩张——以实体权利转让与执行权利的获得为中心》,载《现代法学》2007年第5期,第81-88页。

<sup>④9</sup> 与执行力主观范围扩张采取明示模式不同的是,既判力主观范围扩张采取默示模式,无需法院专门作出相应裁判文书加以确定。

显争议情况下,由执行法院根据略式权益判定程序<sup>⑤0</sup>所制作的新执行名义。因此,所谓的执行力主观范围扩张是一个伪命题。<sup>⑤1</sup>

虽然债务人的财产应当是执行名义项下的强制执行标的,但在虚假仲裁的语境下,仲裁当事人有可能将己方占有的案外人财产列入责任财产范围,进而损害案外人的物权。<sup>⑤2</sup>这种论断出现的前提,是将民事执行权定性为行政权<sup>⑤3</sup>,而非司法权。在20世纪50年代的日本,这种过分夸大民事强制执行“行政机能”的声音也曾出现过。对此,日本著名法学家竹下守夫教授批判道,“在任何情况下,民事强制执行都具有通过法律程序实现私权的司法机能,而不是以追求国家目的为唯一导向。”<sup>⑤4</sup>直到今日,英美法系和大陆法系的通说也认为,民事执行权是司法权的重要组成部分。<sup>⑤5</sup>其实,纵观民事执行权的行使程序,以裁定追加和变更被执行人、中止执行、执行异议、执行复议、终结执行、不予执行为代表的执行裁决权<sup>⑤6</sup>,以裁定扣押、查封、冻结、变卖、拍卖、以物抵债、参与分配

<sup>⑤0</sup> 学界普遍认为,变更和追加被执行主体的确定须由执行法院进行实质审查,即遵循所谓的被执行主体变更和追加的实质审查原则。实际上,适用于执行当事人变更追加情形的民事权益略式判定程序既可以体现为非讼性质,也可以略带争讼性质。详言之,对于显著成立或者足以成立且相关民事主体不进行争议的民事权益之判定,宜采取非讼性质的民事权益判定程序,由执行法院径直进行形式审查,而无需进行执行听证程序;对于并非显著成立并且相关民事主体试图进行争议的民事权益之判定,宜采取争讼性质的民事权益判定程序,由执行法院举行听证会来进行实质审查。然而,尽管争讼性判定程序采取实质审查原则,其审查标准与争讼程序之审查标准依然存在区别,其证明的程度仅需达到盖然性标准即可大致判定民事权益成立而制作新的执行名义(变更、追加执行当事人裁定)。此外,鉴于争讼性略式权益判定程序具有争讼性与简略化的双重属性,其较非讼性略式权益判定程序更为妥当地平衡相关民事主体之间的利益,在争讼性与非讼性略式权益判定程序的选择上宜“以争讼性为原则、以非讼性为例外”。参见黄忠顺:《论执行当事人变更与追加的理论基础》,载《北京科技大学学报(社会科学版)》2013年第2期,第99~103页。

<sup>⑤1</sup> 黄忠顺:《论执行当事人变更与追加的理论基础》,载《北京科技大学学报(社会科学版)》2013年第2期,第99~103页。

<sup>⑤2</sup> 任重:《论虚假诉讼:兼评我国第三人撤销诉讼实践》,载《中国法学》2014年第6期,第243~264页。

<sup>⑤3</sup> 行政权说认为,执行工作的性质归属于行政活动,具有行政特性。该学说的支持者们认为,强制执行具有确定性、主动性、命令性、强制性等特征,执行活动是一种行政活动,执行行为是一种行政行为,执行权是国家行政权的一部分。持该说的学者还认为,生效裁判的执行,其性质属于行政工作。也有学者提出,民事执行权“既包含司法权性质的执行裁决权,也包含行政权性质的执行实施权,而且从本质上说是一种行政权”。参见孙小虹:《体制突破:执行工作新思路》,载《云南法学》1999年第1期,第1~5页;谭世贵主编:《中国司法改革研究》,法律出版社2000年版,第294页。

<sup>⑤4</sup> [日]竹下守夫:《日本民事执行法理论与实务研究》,刘荣军、张卫平译,重庆大学出版社1994年版,第30页,转引自肖建国:《民事审判权与执行权的分离研究》,载《法制与社会发展》2016年第2期,第39~49页。

<sup>⑤5</sup> [日]中村英郎:《新民事诉讼法讲义》,陈刚、林剑锋、郭美松译,法律出版社2001年版,第29页。

<sup>⑤6</sup> 在司法体制改革中,应将执行裁决权从民事执行权中剥离出去,成为民事审判权的组成部分。理由是:其一,执行裁决权中的执行异议、执行复议、不予执行是民事执行程序中为当事人、利害关系人提供的司法救济制度,应当适用民事审判程序的程序保障原理,由人民法院行使审判权主导该救济程序的进行。其二,追加、变更被执行人,是将生效法律文书之外的第三人作为被执行人,由其执行债权人承担责任,因此,会对第三人的实体利益和程序利益造成实质性不利影响,为此,追加、变更被执行人须遵守法定的理由和程序,应当由法院为被追加、变更之人提供正当的程序保障。其三,中止执行、终结执行等事项,涉及民事执行程序的进行,根据民事执行及时、不间断原则的要求,不具备法定事由和程序,不得停止执行,因此,尽管中止执行、终结执行属于纯粹的程序事项,但会涉及当事人的重大实体利益和程序利益。参见肖建国主编:《民事执行法》,中国人民大学出版社2014年版,第36页。

为代表的执行命令权<sup>⑤7</sup>，在执行异议之诉、参与分配异议之诉中对实体争议的处理权，都应属于审判权的范畴，只有具体实施执行命令的内容才属于行政权。<sup>⑤8</sup>因此，当案外人的物权可能被不当执行时，其完全可以通过执行异议和执行异议之诉获得程序和实体上的救济，避免自身的物权受损。<sup>⑤9</sup>

存在多个债权人时，债务人可能会在确认虚假债权的基础上利用民事强制执行制度转移资产，人为造成无力清偿真实债权的局面。<sup>⑥0</sup>这种情况出现的前提，是执行法院根据调查或执行竞合明知债务人资不抵债时，依然无权强制启动破产程序，只能继续进行个别清偿。实际上，与“强制执行平等原则+有限破产主义”模式不同，在实行“强制执行优先原则+一般破产主义”模式的国家和地区，只有债务人有能力清偿全部债务时，在先的执行申请人才可以申请优先受偿。一旦债务人无法清偿所有债务，无论其是否是

<sup>⑤7</sup> 执行命令权是民事执行权的核心，其范围主要包括财产控制裁定（查封、扣押、冻结、扣划等）、处分裁定（拍卖、变卖、以物抵债、价款分配等）、制裁决定权（罚款、拘留）等重大执行事项的权力，直接决定执行当事人的合法权益和执行程序的顺利进行，应被定位为审判权，由执行法官来行使。首先，执行法院一旦对被执行人财产做出查封、扣押、冻结裁定，被执行人就丧失了对该财产的处分权，不得就该财产进行移转、设定负担或者做出其他有碍执行的行为，因此，会对被执行人财产权的完整性产生巨大的冲击，是国家公权力对《物权法》规定的私人所有权等财产权所施加的重大限制，该权力的行使应当慎重。其次，执行实施权中的司法拍卖权、价款分配权等权力在行使时，需要保障案外人的基本程序权利。最后，有法学理论功底扎实、实务经验丰富的资深法官，才有把握合理确定财产变现后的分配顺序。参见肖建国：《论民事诉讼中强制拍卖的性质和效力》，《北京科技大学学报（社会科学版）》2004年第4期。

<sup>⑤8</sup> 从域外立法经验看，在所有法治发达的国家，无论英美法系还是大陆法系国家，重大的民事执行行为、对于价值巨大的不动产等财产的民事执行（包括拍卖、价款分配）、对于股权和知识产权等其他财产权的民事执行（包括拍卖、价款分配）、执行裁决事项等几乎被法院垄断行使；而作为公务员的执行官或行政官员只能介入价值较低的动产的执行，其中行政官员均需要在取得法院的命令后才能展开执行活动。参见肖建国：《民事审判权与执行权的分离研究》，载《法制与社会发展》2016年第2期，第39~49页。

<sup>⑤9</sup> 张卫平、任重：《案外第三人权益程序保障体系研究》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2014年第6期，第132~140页；马登科：《程序上的执行救济与实体上的执行救济》，载《湖北社会科学》2001年第8期，第19~21页。

<sup>⑥0</sup> 当债务人账面上有充足的资产时，即使存在虚假仲裁，也不会影响其他债权人金钱债权的实现。对于非金钱债权，债务人不能或者法院无法强制债务人按照法律文书确定的义务执行的，可以按照赔偿执行的方式转化为金钱债权，也不会造成案外人无法实现债权。参见王娣：《强制执行竞合研究》，中国人民公安大学出版社2009年版，第14页；廖中洪：《“不可替代行为”强制执行若干问题研究》，载《昆明理工大学学报（社会科学版）》2011年第4期，第44~49页；雷秋玉：《不动产买卖合同竞合的规则提炼与证成》，载《浙江工商大学学报》2018年第1期，第58~65页。

商事主体,强制执行程序都应该让位于破产程序。<sup>⑥1</sup>同时,为了进一步保障真正债权人的利益,破产程序的启动并不一定需要在先的执行申请人提出申请,债务人无法履行到期债务且持续了一定时间的,执行法院有权根据其掌握的实际强制启动破产程序。<sup>⑥2</sup>根据2006年《中华人民共和国企业破产法》(以下简称《破产法》)第58条<sup>⑥3</sup>,真实债权人有权在一般清偿程序中对已经申报的虚假债权提出异议,避免自身的债权受损。<sup>⑥4</sup>

## 2. 民事强制执行何以损害了案外人的权利

在理想情况下,民事强制执行制度本身不会损害案外人的合法权利。但是,由于中国立法没有彻底贯彻审执分离原则、民事执行程序与破产程序之间转化不畅,面对可能出现的错误裁判,案外人不能及时提出异议。此外,一些法院在实践中错误地认为确认裁决具有执行力,人为增加了执行竞合出现的机率,也提高了案外人权利受损的可能。

<sup>⑥1</sup> 强制执行与破产制度在现代法制中,各自分担其职能。强制执行是实现个别清偿,其目的在于尽快实现个别债权人的债权;而破产是为了实现一般清偿,其目的在于彻底实现债权平等。在债务人存在破产原因时,破产制度的适用优先于强制执行。但破产优先于个别执行的原则,仅适用于一般破产主义国家,在实行有限破产主义的国家,遇到非商人有资不抵债的情形时,破产法就无法适用,这时只能利用强制执行程序来实现各债权人之间的公平受偿。因此,在强制执行与破产制度之间就形成了以下两种功能互补的理论模式:第一,强制执行优先原则+一般破产主义;第二,强制执行平等原则+有限破产主义。就第二种模式来说,由于其实行商人破产主义,当非商人不能清偿债务时,各债权人要想获得公平的清偿,只能利用强制执行程序中的参与分配制度,所以,这些国家的强制执行制度必须采取平等清偿原则。这种立法构造的独特之处就在于以强制执行平等原则代替非商人破产程序。但是,这种立法结构却存在两个弊端:(1)强制执行中的参与分配程序不能完全代替破产程序的作用。例如,参与分配制度中没有对债权人的公告和通知程序,债权人很可能由于不知道已对债务人财产进行执行或不知道债务人已资不抵债而没有申请参与分配,从而使其债权的公平受偿受到影响。(2)平等清偿原则与破产制度存在着显而易见的重复。尽管平等清偿主义者主张以执行程序代替小型破产,可以高效地维护债权人之间的公平,但是,小型破产只是指那些企业规模小,债权人不多的情况下的破产,这种情况下适用的破产程序与其他破产实际上没有什么不同,不仅无法体现其高效率 and 低成本,而且可能会损害其他没有机会参与分配的债权人的利益,有违公平。参见王娣:《强制执行竞合研究》,中国人民公安大学出版社2009年版,第14页;张永泉:《民事执行程序中“参与分配”的理论与制度构建》,载《苏州大学学报(法学版)》2017年第4期,第117~130页。

<sup>⑥2</sup> 强制破产的裁定条件,是指执行机关根据初步掌握的被执行人的财务状况,再经过相应的审查程序,进而裁定进入破产程序所必须具备的条件。这个条件应当与破产原因相一致,具体包括:第一,须被执行人支付不能,即被执行人丧失清偿能力。在执行程序中,是指申请执行人和其他未取得执行根据的债权人要求被执行人偿还的意图,而被执行人无法履行到期偿还义务。如果有其他人愿意代为清偿债务的,执行机关也不应启动强制破产程序。第二,须不能清偿的债务为到期债务。对于未到期的债务,由于债务人只负有将来的清偿义务而没有现实的清偿义务,只有当债权到期并且债权人要求债务人清偿时才会产生债务人清偿不能的情况,故暂时不能启动强制破产程序。第三,须被执行人未支付到期债务呈现出持续状态,而且这种状态还将延续下去。第四,须被执行人的财产不足以清偿其所欠所有的债务,即被执行人的消极财产超过了其积极的财产,出现了“资不抵债”的情形。在计算被执行人的债务时,其他人代为清偿的部分和债权人未主张的部分不应计算在内。参见王欣新:《破产法专题研究》,法律出版社2002年版,第19页;王娣:《强制执行竞合研究》,中国人民公安大学出版社2009年版,第14页。

<sup>⑥3</sup> 《中华人民共和国企业破产法》第58条:“依照本法第五十七条规定编制的债权表,应当提交第一次债权人会议核查。债务人、债权人对债权表记载的债权无异议的,由人民法院裁定确认。债务人、债权人对债权表记载的债权有异议的,可以向受理破产申请的人民法院提起诉讼。”

<sup>⑥4</sup> 北京市第一中级人民法院(2016)京01民初281号;吉林省延边朝鲜族自治州中级人民法院(2019)吉24民初50号;广东省高级人民法院(2015)粤高法民二破终字第3号。

第一,没有完全贯彻审执分离原则。《民事诉讼法》第227条<sup>⑥5</sup>规定,案外人提起执行异议之诉的对象是“判决”“裁定”,没有指明是否包括仲裁裁决。在实践中,多数学者和法院认为,不能针对仲裁裁决提起执行异议之诉<sup>⑥6</sup>,只有少数法院持相反态度。<sup>⑥7</sup>这种含糊不清和相互矛盾意味着,立法者没有将民事执行权中的审判权部分彻底剥离出去,也没有对这一部分所属的执行程序进行彻底的诉讼化改造。而在仲裁裁决的执行过程中,案外人极有可能因此丧失应有的程序权利,被强制执行制度侵害物权。

第二,民事强制执行与破产程序之间转化不畅。中国目前实行的是“强制执行平等原则+有限破产主义”模式,只允许法人破产,不允许自然人或其他组织破产。根据《民事诉讼法解释》<sup>⑥8</sup>第508条,已经取得执行依据的其他债权人发现自然人或其他组织无力清偿所有债权的,可以向执行法院申请分配债务人的资产。虽然参与分配程序与破产程序相似,但其不能完全取代破产程序。例如,没有取得执行依据的债权人,既不能申请启动参与分配程序,也不能加入该程序,很有可能无法实现债权。由于参与分配程序中缺失了债权人通知和公告程序,一些取得执行依据的债权人可能无法参与到分配程序中来,难以得到公平受偿。<sup>⑥9</sup>此外,根据《破产法》第7条<sup>⑦0</sup>,中国的法人破产程序采“债权人申请宣告破产”模式。这种模式常常导致破产程序无法正常启动,进而损害部分债权人的

<sup>⑥5</sup> 《中华人民共和国民事诉讼法》第227条:“执行过程中,案外人对执行标的提出书面异议的,人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查,理由成立的,裁定中止对该标的的执行;理由不成立的,裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服,认为原判决、裁定错误的,依照审判监督程序办理;与原判决、裁定无关的,可以自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起诉讼。”

<sup>⑥6</sup> 不少学者认为,案外人执行异议制度的对象是“执行标的”,由于仲裁裁决也由法院执行,因而仲裁裁决有可能成为《民事诉讼法》第227条的适用对象。但该条同时规定,对于执行异议裁定不服的,分为原判决、裁定错误和与原判决、裁定无关两种情况分别处理。根据体系解释,本条所指的执行依据不包括仲裁裁决。参见董暖、杨弘磊:《虚假仲裁案外人权利的司法救济研究》,载《法律适用》2017年第21期,第68~73页;李贤森:《现行法律框架内对虚假仲裁案外人权益保护的路径探讨》,载《北京仲裁》2016年第1期,第20~39页;湖北省武汉市江岸区人民法院(2016)鄂0102民初545号。

<sup>⑥7</sup> 海南省高级人民法院(2017)琼民终383号。

<sup>⑥8</sup> 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第508条:“被执行人为公民或者其他组织,在执行程序开始后,被执行人的其他已经取得执行依据的债权人发现被执行人的财产不能清偿所有债权的,可以向人民法院申请参与分配。对人民法院查封、扣押、冻结的财产有优先权、担保物权的债权人,可以直接申请参与分配,主张优先受偿权。”

<sup>⑥9</sup> 实际上,如果允许尚未获得执行依据的债权人都有权申请参与分配,则债务人又难免与他人虚构债务,致使真实债权人的受偿比例被假债权稀释。鉴于执行程序的效率取向,立法者不可能赋予真债权人对虚假债权提出异议之诉的权利,因此妥协后的现实选择只能是赋予已获得执行依据的债权人申请参与分配的权利。另外,参与分配制度还无法杜绝搭便车现象。当债权人历经千辛万苦寻找到债务人的财产甚至支付了不菲的保全费用后,其他债权人仅凭一纸参与分配申请书就能轻松地分走债务人的财产,这对辛勤付出的债权人来说尤为不公。同时,参与分配制度与分配表异议之诉同样存在效率低下的问题。易言之,只要执行法院尚未将案款交付申请执行人,其他债权人皆可申请参与分配,而法官也不得不对此反复修改分配方案,这将为法官带来巨大的工作负担。参见易夕寒:《我国金钱债权强制执行竞合之清偿原则研讨——兼论执行参与分配制度之存废》,载《成都理工大学学报(社会科学版)》2019年第4期,第10~17页;韩宇:《对执行竞合的思考》,载《人民司法》2006年第7期,第90~92页。

<sup>⑦0</sup> 《中华人民共和国企业破产法》第7条“债务人有本法第二条规定的情形,可以向人民法院提出重整、和解或者破产清算申请。债务人不能清偿到期债务,债权人可以向人民法院提出对债务人进行重整或者破产清算的申请。企业法人已解散但未清算或者未清算完毕,资产不足以清偿债务的,依法负有清算责任的人应当向人民法院申请破产清算。”

利益。例如,当债权人享有担保物权、法定优先权等优先受偿权时,启动破产程序对其债权实现没有实质影响,反而可能为之增加时间成本,此类债权人自然没有申请债务人破产的意愿。当债权人只取得执行依据却不享有优先受偿权时,不启动破产程序可以按照“先申请先执行”原则获得优先受偿,启动破产程序就只能获得平等受偿,出于自身利益的考量,他们一定不愿申请债务人破产,这会直接导致没有取得执行依据且反应迟缓的普通债权人被迫承担债权无法实现的后果。<sup>①</sup>

第三,确认裁决错误地具有了执行力。通说认为,确认裁决只是对法律关系的确认,不能成为执行依据,但在中国的司法实践中,由于确认之诉诉讼标的的膨胀<sup>②</sup>,在仲裁庭肯定合同有效之后,胜诉一方持确认裁决寻求执行,执行法官如果遵循法理要求其另行提起给付之诉,不仅会使当事人落入法律形式主义的陷阱,也会为法官平添诉累。不少实务人员因此主张,确认裁决在特定情况下也可产生执行力。<sup>③</sup>此外,确认裁决与不动产登记<sup>④</sup>的关系也值得关注。最高人民法院认为,不动产物权的确权应由不动产登记机构办理,法院和仲裁庭只能根据《物权法》第33条<sup>⑤</sup>对动产的设立、转让、变更、消灭进行确认。<sup>⑥</sup>但是,在实践中,或许是由于不动产登记机构事务繁忙,或许是由于仲裁庭定纷止争的职责所在,不动产的归属常常交由确认裁决判断。如此一来,执行法院根据金钱给付裁决查封了债务人名下的房产,面对案外人突然拿出的认定该房产不归属

① 王娣:《强制执行竞合研究》,中国人民公安大学出版社2009年版,第275页。

② 确认之诉的概念与形成之诉、给付之诉一起被中国继受,没有从给付之诉的空白地带发现确认之诉的过程。目前,中国确认之诉的对象已经超越了民法理论限定的“争议的民事法律关系”的范围。无论是最高人民法院的规范性文件还是司法实践中的裁判文书,都将关注度更多地放在了“效力”问题上。具体而言,可能作为确认对象的争议具有下列特征:首先,该项争议必须与法律效力有关。这可以解释为何确认之诉的范围是如此广泛,婚姻、监护、合同、股权等身份财产争议均可以构成确认的对象。其次,该项法律效力争议的判断需要适用民事实体法。这可以解释为何确认之诉与某些实现宣告或确认目的的非讼程序的区分在实务界看来并不明显,因为婚姻效力、调解协议效力等案件最终的确定依然需要适用婚姻法、合同法。因此,除了侵权案件外,积极确认之诉与消极确认之诉在立法上并无太大差异。大量的纠纷均直接以“确认某某效力纠纷”为名进入审判程序,这使得确认之诉摆脱了从属地位,膨胀成为可以解决一切民事实体法律效力争议的诉讼形态。参见刘哲玮:《确认之诉的限缩及其路径》,载《法学研究》2018年第1期,第126-145页。

③ 蒋先华、邵萌:《具有给付内容的确认判决符合执行案件受理条件》,载《人民司法》2012年第24期,第55-58页;王明华:《案外人执行异议之诉与物权确认之诉的区分》,载《人民司法》2012年第16期,第18-22页;颜菲:《执行异议人提起确权之诉法院该如何处理?》,载《中国审判》2008年第5期,第78-79页;范向阳:《对执行程序中已查封不动产另案确权的程序和实体问题》,载《人民司法》2009年第21期,第19-23页。

④ 行政登记作为一种特殊的行政许可制度,是对申请人申请的特定事项在审查批准的基础上,记载于簿册并发放相应证书,确认特定权利义务关系的一种法律制度和行为。登记簿具有公示效力,通过将对社会秩序有重要影响的民商事活动纳入登记体系,可以提高行政监管的效率,维持社会秩序的稳定。参见司坡森:《试论我国行政登记制度及其立法完善》,载《政法论坛》2003年第5期,第158页。

⑤ 《中华人民共和国物权法》第33条:“因物权的归属、内容发生争议的,利害关系人可以请求确认权利。”

⑥ 最高人民法院曾在一份判决书的裁判理由中再次重申,对于权利人提出的登记于他人名下的不动产物权归其所有的确权请求,人民法院不宜直接判决确认其权属,而应当判决他人向权利人办理登记过户。该裁判理由后被上升为公报案例的裁判摘要。参见“大连羽田钢管有限公司与大连保税区弘丰钢铁工贸有限公司、株式会社羽田钢管制造所、大连高新技术产业园区龙王塘街道办事处物权确认纠纷案”,《最高人民法院公报》2012年第6期;最高人民法院物权法研究小组编著:《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2007年版,第135页。

务人所有的确认裁决,应该如何解决不动产登记与确认裁决之间的冲突呢?对此,2015年《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第26条<sup>⑦⑦</sup>规定,执行法院应当尊重仲裁庭的判断。换言之,仲裁当事人之间通过恶意串通<sup>⑦⑧</sup>获得的确认裁决,能够直接对抗不动产登记,也能因此达到误导执行法院、损害案外人权利的目的。<sup>⑦⑨</sup>

### （三）案外人权利受损与虚假民事法律行为

剥开仲裁裁决和民事强制执行的外衣,可以发现,即使不借助合法方式,虚假民事法律行为本身也能直接导致案外人权利受损。<sup>⑧⑩</sup>例如,如果债务人有侵害普通债权的企图,其完全可以虚构借款合同,直接转移相关财产。如果法定代表人有侵害股东权利的企图,其完全可以虚构购销合同,直接转移公司财产。如果债务人有侵害担保物权的企图,其完全可以虚构不动产租赁合同,根据“买卖不破租赁”原则对抗民事强制执行。<sup>⑧⑪</sup>由于惩罚机制不足和证明责任分配不当,这些情况在现实生活中日益泛滥。

一方面,虚假民事法律行为当事人的违法成本过低。根据2010年《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)第2条<sup>⑧⑫</sup>,侵权之诉的保护对象仅限于绝对性的人身权和财产权,不包括相对性的债权。因此,真实债权人只能根据2017年《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)第146条<sup>⑧⑬</sup>请求法院确认虚假法律行

<sup>⑦⑦</sup> 《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第26条:“金钱债权执行中,案外人依据执行标的被查封、扣押、冻结前作出的另案生效法律文书提出排除执行异议,人民法院应当按照下列情形,分别处理:(一)该法律文书系就案外人与被执行人之间的权属纠纷以及租赁、借用、保管等不以转移财产权属为目的合同纠纷,判决、裁决执行标的归属于案外人或者向其返还执行标的且其权利能够排除执行的,应予支持;(二)该法律文书系就案外人与被执行人之间除前项所列合同之外的债权纠纷,判决、裁决执行标的归属于案外人或者向其交付、返还执行标的的,不予支持。(三)该法律文书系案外人受让执行标的的拍卖、变卖成交裁定或者以物抵债裁定且其权利能够排除执行的,应予支持。金钱债权执行中,案外人依据执行标的被查封、扣押、冻结后作出的另案生效法律文书提出排除执行异议的,人民法院不予支持。非金钱债权执行中,案外人依据另案生效法律文书提出排除执行异议,该法律文书对执行标的权属作出不同认定的,人民法院应当告知案外人依法申请再审或者通过其他程序解决。申请执行人或者案外人不服人民法院依照本条第一、二款规定作出的裁定,可以依照民事诉讼法第二百二十七条规定提起执行异议之诉。”

<sup>⑦⑧</sup> 李浩:《虚假诉讼与对调解书的检察监督》,《法学家》2014年第6期,第66页;张艳:《虚假诉讼类型化研究与现行法规定之检讨——以法院裁判的案件为中心》,《政治与法律》2016年第7期,第152页。

<sup>⑦⑨</sup> 刘哲玮:《确认之诉的限缩及其路径》,载《法学研究》2018年第1期,第126-145页。

<sup>⑧⑩</sup> 杨立新:《〈民法总则〉规定的虚假民事法律行为的法律适用》,载《法律科学》2018年第1期,第111-119页;侯海军、高伟:《利用虚假借款合同主张对标的物所有权的异议应不予支持》,载《人民司法(案例)》2012年第6期,第67-69页;高小刚、姚栋财:《虚假民间借贷诉讼的认定与防范》,载《人民司法(案例)》2019年第20期,第4-7页;黄志雄:《亲属间虚假转让财产合同的撤销》,载《人民司法(案例)》2017年第20期,第49-51页;贺丹:《论虚假破产罪中的“实施虚假破产”》,载《政治与法律》2011年第10期,第60-68页。

<sup>⑧⑪</sup> “张曲与陈适、吴洋英民间借贷纠纷执行案”,《最高人民法院公报》2011年第9期。

<sup>⑧⑫</sup> 《中华人民共和国侵权责任法》第2条:“侵害民事权益,应当依照本法承担侵权责任。本法所称民事权益,包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”

<sup>⑧⑬</sup> 《中华人民共和国民法总则》第146条:“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力,依照有关法律规定处理”。

为无效,即使获得相应的确认判决或给付判决,债务人的责任财产还是不能当然回归到财产转移前的状态,真实的债权依然无法得到清偿。由于不能请求虚假民事法律行为的始作俑者连带赔偿自己的损失,债务人的通谋人无须承担民事责任,自然不愿主动退还债务人的财产。另一方面,证明责任分配不当。一般认为,适用《民法总则》和《侵权责任法》追究虚假民事法律行为当事人的责任时,应通过“谁主张谁举证”分配证明责任。然而,真实权利人能够成功证明的概率实在太低。例如,即使银行怀疑债务人通过虚构不动产租赁合同的方式阻碍担保物权的实现,在债务人恶意躲债且难以收集相关证据时,真实权利人只能被迫承担不利后果。即使能够拿到虚假租赁合同的原件,也不一定取得胜诉。如果租赁合同倒签的时间距离抵押登记间隔较长,则有可能鉴定真伪;如果间隔较短,通常无法鉴定。事实上,这种由案外人承担事实证明责任的规则,正是对虚假民事法律行为泛滥的纵容。<sup>⑧4</sup>

## 二、案外人权利救济的路径选择

从制度层面上看,虚假仲裁是对中国民事立法的一次“大考”。不仅暴露出生效裁判的作用范围、既判力和执行力在实践中有不当向案外人扩张的倾向,也反映了民事强制执行和民事实体法律规范对案外人权利的保护不足。查明这些问题之后,有必要在职权主义与当事人主义之间确定讨论的基点,对已经出现的案外人权利救济方案进行评判。<sup>⑧5</sup>

### (一) 职权主义与当事人主义的路径选择

职权主义的支持者认为,在当事人主义的诉讼模式中,仲裁当事人可以通过虚假自认误导仲裁庭作出错误的生效裁判,侵害案外人的合法权益。为了遏制虚假仲裁,有必要从打击虚假自认入手,限制辩论原则的适用空间,强化诚实信用原则的作用,使裁判者真正承担起查明真相、维护正义的职责。<sup>⑧6</sup>还有学者提出,由于自由的前提是“每个人享有同等的自由”“一个人的自由不能伤害到其他人”,裁判者干预虚假仲裁只是对自由权滥用的规制,而不是否定当事人的处分权。<sup>⑧7</sup>这种观点的缺陷在于,它关注的重点不是作为裁判资料的证据和事实是从当事人还是裁判者处获得,而是要求裁判者对所有可能涉及虚假仲裁的案件进行主动审查,逐渐消除当事人在证据提出方面的主导性与支配性。换言之,此时的裁判者不再处于居中地位,既要行使审判权,也要行使侦查权和起诉权。这不仅会迅速消耗极其紧俏的司法资源,更会使得裁判者的公平性遭受质疑。<sup>⑧8</sup>实际上,由

<sup>⑧4</sup> 卢正敏:《执行程序中的虚假租赁及其法律应对》,载《中国法学》2013年第4期,第169~179页。

<sup>⑧5</sup> 任重:《论中国民事诉讼的理论共识》,载《当代法学》2016年第3期,第38~51页。

<sup>⑧6</sup> 李德恩:《论自认效力否认之依据——基于“诚”与“信”的法理展开》,载《时代法学》2013年第5期,第52页。

<sup>⑧7</sup> 石元康:《当代西方自由主义理论》,上海三联书店2000年版,第6~10页。

<sup>⑧8</sup> 宋春龙:《民事诉讼视角下虚假仲裁的规制——以我国司法实践为切入点》,载《北京仲裁》2017年第4期,第87~104页。

于案件事实的重构主要依靠当事人,职权主义的调查结果不一定比当事人主义更为正确。

相比之下,当事人主义在事实提出层面能够对裁判者和当事人之间的权限作出合理配置,保障了当事人在民事诉讼和仲裁领域的主导性和主体性地位,防止法院职权出现不当扩张。同时,当事人主义还能提高打击虚假仲裁的效率,降低司法成本。例如,错误的仲裁裁决一旦作出,深感合法权益被侵害的案外人就会在第一时间内提起另诉,请求对方赔偿损失。如此一来,规制虚假仲裁的成本主要由案外人承担,并通过胜诉判决转移给虚假仲裁的当事人,不仅能够调查取证方面大量地节约司法资源,还能对虚假仲裁的实施主体起到一定的震慑作用。当然,由于虚假仲裁及其背后的虚假法律行为具有隐秘性,适用“谁主张谁举证”的证明责任分配规则会使整个程序处于攻防不平衡的状态。但这一瑕疵可以通过完善法律制度予以技术性克服,<sup>⑧</sup>它不能否定辩论原则在民事诉讼和仲裁领域的基础性地位。<sup>⑨</sup>

## （二）头疼医脚的围堵方案

如前所述,仲裁裁决效力的不当扩张是案外人权利受损的重要原因,也是规制虚假仲裁的切入点。但是,不少学者却在生效裁判作用范围绝对化的道路上越走越远,试图采用破坏司法终局性和仲裁制度稳定性的方式来解决这个问题。

第一,案外人申请不予执行仲裁裁决。根据《规定》,在满足虚假仲裁的法定成立要件时,法院可以应案外人的请求消灭错误仲裁裁决的执行力。客观地说,该制度的设立反映了案外人权益保护水平在立法层面的提高,但是,它制造的新问题却远远多于所解决的旧问题。<sup>⑩</sup>首先,这种做法不满足正当程序的基本要求。从程序保障的角度看,当事人将争议提交仲裁是对其权利的第一次合法救济,而申请撤销和不予执行仲裁裁决是第二次合法救济,相当于民事诉讼法中的二审,主要审查程序性事项。这里,《规定》只强调了二次救济,忽视了最重要的一次救济。实际上,申请不予执行仲裁裁决,并不是因为案外人对仲裁程序存在异议,而是为了寻求一次救济,为自身的实体权利提供保障。<sup>⑪</sup>其次,仲裁庭的作用被忽略。根据《规定》,法院在判断是否不予执行仲裁裁决时,只采纳案外人和仲裁当事人提供的事实和证据,不听取仲裁庭的意见。如果仲裁庭本身公平公正,法院依然决定消灭裁决的执行力,势必会影响仲裁的公信力。再次,救济效果不彻底。不予执行制度只是对执行力的否定,不能最终决定裁决的命运。即使某一法院裁定不予执行仲裁裁决,其他法域有管辖权的法院依然可以重新决定仲裁裁决能否得以执行。<sup>⑫</sup>同时,不予执行制度只能对给付裁决施加实质性影响,却不能监督不需要执行的确

<sup>⑧</sup> 傅向宇:《虚假自认效力的辩论主义回归》,载《国家检察官学院学报》2018年第1期,第140~149页;任重:《论中国民事诉讼的理论共识》,载《当代法学》2016年第3期,第38~51页。

<sup>⑨</sup> 任重:《民事诉讼协同主义的风险及批判——兼论当代德国民事诉讼基本走向》,载《当代法学》2014年第4期,第111~119页。

<sup>⑩</sup> 傅向宇:《虚假自认效力的辩论主义回归》,载《国家检察官学院学报》2018年第1期,第140~149页。

<sup>⑪</sup> 林剑锋、时辉:《以虚假仲裁裁决书提出案外人异议的规制与对策》,载《北京仲裁》2014年第2期,第18~32页。

<sup>⑫</sup> 杨秀清、史鹰:《仲裁法学》,厦门大学出版社2007年版,第216页。

认裁决和形成裁决。<sup>④</sup>最后,刺激异议权滥用,降低裁决的执行效率。如下所述,自《规定》生效以来,截止到2019年8月18日,全国法院一共审结虚假仲裁案件案例626件,其中法院确定当事人之间存在或可能存在恶意串通行为的案件只有10件,一些法院已经查明,仲裁败诉一方存在授意案外人提起不予执行申请、阻挠裁决正常执行的行为。<sup>⑤</sup>而与之相类似的第三人撤销之诉,同样也存在架空再审程序、刺激案外人提起恶意诉讼的副作用。<sup>⑥</sup>

第二,案外人撤裁之诉。一些学者主张,在虚假仲裁能够损害案外人权利的情况下,有必要仿照民事诉讼法中的第三人撤销之诉建立案外人撤裁之诉,按照诉的要求进行对席审判和言辞辩论,保证虚假仲裁事项得到充分的争讼。<sup>⑦</sup>只有如此,方能消除虚假仲裁带来的不利影响,为案外人顺利提起损害赔偿之诉扫清障碍。<sup>⑧</sup>与案外人申请不予执行仲裁裁决制度相同,虽然这一对策迎合了保护案外人权利的现实需要,却也为案外人滥用诉权阻挠执行提供了制度上的便利。但是,真正对案外人撤裁之诉的必要性提出实质性挑战的是裁判效力的相对性原则。这一原则能够确保生效裁判不对案外人产生约束力,即使仲裁裁决错误地确认了财产的归属,也不能对案外人另诉产生丝毫影响。可以说,这是一种保护案外人合法权益的彻底疗法。从构建判决效力制度的角度看,最终建立裁判效力相对性原则是必要的,也是必然的,此时案外人撤裁之诉会成为一个多余条款。<sup>⑨</sup>若此前早早设立案外人撤裁之诉,会使立法者在观念上排斥判决效力理论,进而妨碍裁判效力相对性原则在中国的实在化。<sup>⑩</sup>

第三,法院根据“公共利益”条款主动审查仲裁裁决。一些学者认为,根据《仲裁法》第58条第3款<sup>⑪</sup>和《民事诉讼法》第237条第3款<sup>⑫</sup>,在当事人申请撤销或不予执行仲裁裁决时,法院可以主动对仲裁裁决是否符合公共利益进行审查。以此为基础,可以列举虚假仲裁违反“公共利益”条款的具体情形,从而在现行法律框架下逐步推动案外人权

<sup>④</sup> 宋朝武:《我国仲裁制度:弊端及其克服》,载《政法论坛》2002年第6期,第92-99页。

<sup>⑤</sup> 类似案件参见安徽省安庆市中级人民法院执行裁定书(2018)皖08执异11号;安徽省安庆市中级人民法院执行裁定书(2018)皖08执异9号;安徽省安庆市中级人民法院执行裁定书(2018)皖08执异8号;安徽省安庆市中级人民法院执行裁定书(2018)皖08执异10号。

<sup>⑥</sup> 实务部门经常面临的困扰是案外第三人权益保障的程序选择问题。2013年前10个月,佛山两级法院受理案外第三人对生效裁判文书的异议达67宗,申请人诉请全部集中在要求撤销或改变生效裁判,无人选择申请再审程序。有法官认为凡是案外第三人对生效裁判文书提出的异议,一律按撤销之诉处理。但也有法官认为这种做法将架空再审制度。此外,该文作者还认为案外第三人撤销之诉遏制虚假诉讼未见成效却刺激了不少案外第三人失信诉讼。参见章宁旦:《第三人撤销之诉缘何“水土不服”》,载《法制晚报》2013年12月26日第8版。

<sup>⑦</sup> 宋春龙:《民事诉讼视角下虚假仲裁的规制——以我国司法实践为切入点》,载《北京仲裁》2017年第4期,第87-104页;林剑锋;时辉:《以虚假仲裁裁决书提出案外人异议的规制与对策》,载《北京仲裁》2014年第2期,第18-32页。

<sup>⑧</sup> 汪勇钢、陈伟君:《在幻象中寻求突破:虚假仲裁现象研究》,载《法律适用》2012年第1期,第103-108页。

<sup>⑨</sup> 张卫平:《中国第三人撤销之诉的制度构成与适用》,载《中外法学》2013年第1期,第170-184页。

<sup>⑩</sup> 林剑锋:《既判力相对性原则在我国制度化的现状与障碍》,载《现代法学》2016年第1期,第130-142页。

<sup>⑪</sup> 《中华人民共和国仲裁法》第58条第3款:“人民法院认定该裁决违背社会公共利益的,应当裁定撤销。”

<sup>⑫</sup> 《中华人民共和国民事诉讼法》第237条第3款:“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。”

利保护体系的构建。<sup>⑩</sup>虽然立法成本较低,但这种方法却存在着一些不可克服的局限性。首先,该条款的适用以当事人启动司法审查程序为前提,法院的主动性仅体现在适用事由上。在仲裁当事人恶意串通的语境下,很难想象法院会得到审查仲裁裁决的机会。其次,在司法实践中,案外人利益能否和“公共利益”划等号一直存有争议。不少学者主张,应对“公共利益”的适用范围进行严格限定,使其只包括不特定多数人、社会秩序和基本法律制度的利益,而不涉及错误仲裁裁决对特定个体利益的损害。<sup>⑪</sup>最后,适用“公共利益”条款常常伴随着实体审查,如果不对其加以限制,司法就会对仲裁的自治性施加过多的干预,进而危及仲裁制度的生存基础。<sup>⑫</sup>

第四,设置仲裁第三人制度。不少学者主张,如果仲裁裁决能够损害案外人合法权益的前提成立,除了案外人申请不予执行仲裁裁决、案外人撤裁之诉和法院根据“公共利益”条款主动审查仲裁裁决等事后救济之外,还应该仿照诉讼第三人制度提供事前救济,让仲裁结果作用范围之内的案外人能够在仲裁程序中主张自身的合法权利。<sup>⑬</sup>这种观点夸大了仲裁与诉讼的相似之处,忽略了仲裁制度的特性。<sup>⑭</sup>实际上,尽管仲裁权和裁决效力制度能够体现出一定的司法性,但现代商事仲裁的本质特征还是契约性。<sup>⑮</sup>例如,仲裁程序的启动以存在仲裁协议为前提,如果仲裁当事人与案外人之间没有仲裁协议,仲裁庭根本无法取得对案外人的管辖权,案外人也不享有就争议标的提起仲裁的权利,更不享有选定仲裁员的权利。<sup>⑯</sup>在实践中,当案外人、仲裁当事人、仲裁庭(如果存在)

<sup>⑩</sup> 董暖、杨弘磊:《虚假仲裁案外人权利的司法救济研究》,载《法律适用》2017年第21期,第68~73页。

<sup>⑪</sup> 宋连斌、颜杰雄:《申请撤销仲裁裁决:现状·问题·建言》,载《仲裁研究》2014年第2期,第32~53页;李梦园、宋连斌:《论社会公共利益与商事仲裁的司法监督——对我国法院若干司法实践的分析》,载《北京仲裁》2006年第1期,第76~81页。

<sup>⑫</sup> 董暖、杨弘磊:《虚假仲裁案外人权利的司法救济研究》,载《法律适用》2017年第21期,第68~73页。

<sup>⑬</sup> 郭玉军:《论仲裁第三人》,载《法学家》2001年第3期,第44~50页;萧凯、罗晓:《仲裁第三人的法理基础与规则制定》,载《法学评论》2006年第5期,第71~79页。

<sup>⑭</sup> 董暖、杨弘磊:《虚假仲裁案外人权利的司法救济研究》,载《法律适用》2017年第21期,第68~73页。

<sup>⑮</sup> 首先,从现代商事仲裁的起源看,它是14世纪地中海沿岸商人社会发展起来的一种自治制度,以当事人之间的约定为基础。换言之,从起源上看,商事仲裁是商人社会自律的产物,天生就具有契约性。其次,现代商事仲裁离不开当事人之间的仲裁协议,这一点是公认的。分歧在于如何看待仲裁中的法院干预。事实上,法院介入仲裁的目的不外是为了保障当事人关于仲裁的契约在法律许可范围内发生效用,限制当事人的意思表示不朝背离法律基本准则、社会公共利益的方向倾斜,和以行使国家权力为特征的司法性没有必然联系。最后,仲裁虽是契约性的,但与和解、协商等以协议为基础的争议解决制度仍是有区别的。愿意采用仲裁方式的契约是诺成性的,即当事人一经达成协议,该协议即告生效,不可随意撤回并可强制执行;愿意采用和解、协商等方式的协议是实践性契约,即仅有当事人承诺将调解、协商解决争议是不够的,只有和解、协商方案已依法形成并履行完毕,该契约才发生效力,一方当事人后悔或要求恢复到没执行方案之前的状态,很难得到法律的支持,因为这违背善意、禁止反言等原则。这从各国对待ADR除仲裁外其他方式的态度即可确知。参见宋连斌:《国际商事仲裁管辖权研究》,法律出版社2000年版,第15~25页。

<sup>⑯</sup> 黄进、宋连斌、徐前权:《仲裁法学》,中国政法大学出版社2008年3月第1版,第102页;傅攀峰:《论“多方当事人仲裁”的制度构建及其实困境》,载《北京仲裁》第87辑,第17~22页。

达成一致时,一些立法<sup>⑩</sup>和机构仲裁规则方允许案外人加入仲裁程序,这种修改仲裁协议的做法实质上是使案外人成为了仲裁当事人,而不是与“诉讼第三人”性质相同的“仲裁第三人”。如果强制追加案外人,将动摇仲裁协议的基础性地位,仲裁裁决也会因为“当事人与案外人之间无仲裁协议”而被法院撤销或不予执行。这也表明,《仲裁法》拒绝设立仲裁第三人制度是完全正确的。<sup>⑪</sup>同时,由于案外人在仲裁程序中没有程序权利,仲裁裁决自然不能约束案外人,案外人可以直接针对仲裁当事人的虚假法律行为提起另诉。

### (三) 疏通另诉的除病良方

解决虚假仲裁对案外人合法权益的侵害问题,需要回归当事人主义,将裁决的效力置于辩论原则的范围内进行考量,使未参与辩论的案外人免受辩论结果的约束或影响。<sup>⑫</sup>唯有如此,才能维护裁判效力的安定性,为案外人另诉扫清障碍。在案外人请求虚假仲裁当事人承担侵权责任时,还需要解决两造之间证明责任不平衡和案外人滥诉权问题。

第一,限制生效裁判变动实体法律关系的效果,重视《物权法》第28条的诉讼法地位。如前所述,不少法院在实践中错误理解仲裁裁决的作用方式,是导致案外人权利受损的重要原因。实际上,结合虚假仲裁的内部结构和外部效果,错误仲裁裁决能够直接变动案外人民事实体权益的情形仅限于分割共有财产和合同撤销后的所有权回复。<sup>⑬</sup>由于登记制度的保护,仲裁当事人无法就案外人名下的特殊动产和不动产骗取形成裁决,只能在比较罕见的隐名股东和借名买房等案件中,通过仲裁裁决转移被错误登记的相关财产。此外,为了进一步减少错误仲裁裁决侵害案外人实体权利的理论可能,对于不受登记制度保护的其他权利,不适用《物权法》第28条。若采纳这种观点,并以此为标准解释《规定》第9条、第18条中的“仲裁裁决或仲裁调解书”,案外人申请不予执行仲裁裁决制度的适用空间将变得极为有限。<sup>⑭</sup>

第二,构建既判力制度,取消预决事实的免证效力。不少法官认为,“一事不再理”原则和预决事实的免证效力具有绝对性,案外人无法就同一诉讼标的提起另诉或就其归属获得不一致的认定。与仲裁裁决能够变动案外人实体权利的错误认识不同,这意味着

<sup>⑩</sup> 1986年12月1日生效的《荷兰民事诉讼法典》第1405条规定:“①根据与仲裁程序的结果有利害关系的第三人的书面请求,仲裁庭可以允许该第三人参加或介入程序。仲裁庭应当不延迟地将一份请求发送给当事人。②声称第三人应予赔偿的一方当事人可以将一份通知送达第三人,并不延迟地发送给仲裁庭和其他当事人。③如果第三人根据他与仲裁协议的当事人之间的书面协议参加仲裁,其参加、介入或联合索赔的请求仅可由仲裁庭在听取当事人的意见后许可。④一俟准许了参加、介入或联合索赔中的请求,第三人即成为仲裁程序的一方当事人。”参见黄进、宋连斌、徐前权:《仲裁法学》,中国政法大学出版社2008年3月第1版,第102页。

<sup>⑪</sup> 林一飞:《论仲裁第三人》,载《法学评论》2000年第1期,第91~122页;宋连斌、杨玲:《论仲裁第三人》,载《仲裁研究》2005年第3期,第17~26页。

<sup>⑫</sup> 傅向宇:《虚假自认效力的辩论主义回归》,载《国家检察官学院学报》2018年第1期,第140~149页。

<sup>⑬</sup> 黄忠顺:《论法院生效法律文书引起的物权变动》,载《法治研究》2013年第11期,第102~108页;程啸:《因法律文书导致的物权变动》,载《法学》2013年第1期,第77~88页。

<sup>⑭</sup> 任重:《论虚假诉讼:兼评我国第三人撤销诉讼实践》,载《中国法学》2014年第6期,第243~264页。

裁判的原有效力<sup>⑩</sup>在司法实践中发生了过度膨胀,从而损害了案外人的程序权利。针对这一问题,有必要通过既判力理论明确“一事不再理”原则的适用标准和作用边界,原则上将其主观范围限定在仲裁当事人之间,将其客观范围限定在裁判主文(即“仲裁庭作出如下裁决”之后的内容),将其时间范围限定在最后一次实体辩论结束后,并通过立法的形式加以固定。只有这样,才能从根本上消除预决事实免证效力的不利影响<sup>⑪</sup>,为案外人另诉扫清障碍,最终实现打击虚假仲裁和维护仲裁裁决公信力的双重目标。<sup>⑫</sup>在确立完整的既判力制度之后,程序权利受损这一概念也将以案外人申请不予执行仲裁裁决制度的适用范围中脱离。目前,2020年《证据规定》(2020年5月1日生效)第10条<sup>⑬</sup>已经在实质上取消了仲裁裁决所确认事实的免证效力,但仍然保留了生效判决和公证文书所确认事实的免证效力。<sup>⑭</sup>

<sup>⑩</sup> 从理论上,判决效力具有相对性,即判决的约束力仅发生在裁判的法律关系主体之间。判决效力可分为三类:判决的原有效力、判决的附随效力和判决的事实力。裁判的“原有效力”或固有效力,是指裁判本质上所具有的效力,是裁判所具有的最基本和最直接的效力。原有效力包括裁判的既判力、执行力和形成力。对当事人、法院、仲裁庭发生拘束作用的是裁判的既判力,主要体现在当事人不得在以后的诉讼或仲裁程序中主张与该裁判相反的内容,法院或仲裁庭也不得在以后的诉讼中作出与该裁判冲突的判断。参见张卫平:《第三人撤销判决制度的分析与评估》,载《比较法研究》2012年第5期,第1~15页。

<sup>⑪</sup> 从根本上消除预决事实免证效力的不利影响,最终的出路还是限定一案诉讼中事实认定的效力范围:其对象应仅限于该案件当事人本身,而对于案外人的影响则限于对抗前案当事人之抗辩;绝不可相反为之,即不可允许当事人援引本案裁判认定的事实在另案中对抗他人。借此足以防范虚假自认的隐患,而不再是通过限制自认对于裁判者的约束力以求自保,从而使自认制度得以真正正确地发挥其功用。参见傅向宇:《虚假自认效力的辩论主义回归》,载《国家检察官学院学报》2018年第1期,第140~149页。

<sup>⑫</sup> 既判力的具体作用限制在三个维度,即客观、主体和时间。在客观方面,生效裁判的既判力仅对已经裁判的诉讼标的的发生拘束作用,没有裁判的诉讼标的不发生作用;主观方面,生效裁判的既判力只对提出请求及相对的当事人(包括诉讼系属后当事人的继受人以及为当事人或者继受人占有请求标的物的人)有拘束力,即所谓生效裁判效力相对性原则。从否定的角度而言,也就是生效裁判对被裁判的请求(或诉讼标的)所涉及的对立当事人以外的人不发生既判力。正是按照这一原则,案外人一般不会受到他人之间生效裁判的直接影响。案外人也就没有必要通过撤销或推翻这一生效裁判维护自己的权益。即使在双方共谋的虚假仲裁中,生效裁判认定了申请人的请求权,确认了某财产所有人属于申请人,但因为生效裁判对案外人没有拘束力,因此,案外人还可以向法院提起诉讼,要求确认该财产所有权归属。只有在该生效裁判效力扩张到案外人时才会发生对案外人拘束力。参见参见[日]高桥宏志:《民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2003版,第558页;[日]新堂幸司:《民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第486页。

<sup>⑬</sup> 2020年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第10条:“下列事实,当事人无须举证证明:(一)自然规律以及定理、定律;(二)众所周知的事实;(三)根据法律规定推定的事实;(四)根据已知的事实和日常生活经验法则推定出的另一事实;(五)已为仲裁机构的生效裁决所确认的事实;(六)已为人民法院发生法律效力裁判所确认的基本事实;(七)已为有效公证文书所证明的事实。前款第二项至第五项事实,当事人有相反证据足以反驳的除外;第六项、第七项事实,当事人有相反证据足以推翻的除外。”

<sup>⑭</sup> 2020年《证据规定》对“已为仲裁机构的生效裁决所确认的事实”的反证标准进行了修改。立法者认为,由于仲裁机构并非具有社会管理职能的组织,仲裁裁决本身不属于公文书证,因此对于仲裁裁决的反证不需要按照公文书证的标准,达到有相反证据足以推翻的程度,而应当按照私文书证的反证标准,以有“相反证据足以反驳”作为其反证标准。同时,2020年《证据规定》将“已为人民法院发生法律效力裁判所确认的事实”限缩为“基本事实”。虽然“已为人民法院发生法律效力裁判所确认的事实”免除当事人举证责任的规定,与自由心证原则确实存在一定矛盾,但由于生效裁判所确认的事实与裁判结果存在密切关系,如果在免证事实中删除此项规定,在我国现阶段尚未建立既判力规则的情况下,容易产生裁判效力的冲突,且对事实认定不一致所导致的相关关联裁判结果的不一致,不易被社会公众所接受,故现阶段仍然有保留该项规定的必要。考虑到已生效裁判所审理认定的基本事实系人民法院经过审理重点查明的事实,本身已经过严格的质证与审查程序,故对该项免证事实的范围缩限为“已为人民法院发生法律效力裁判所确认的基本事实”。

第三,允许仲裁案外人提起执行异议和执行异议之诉,对《民事诉讼法》第225条和第227条作扩大解释。为了防止民事强制执行制度损害案外人的合法权益,可以审慎地将仲裁裁决划入执行异议和执行异议之诉的适用范围。<sup>⑩</sup>首先,要避免两者的适用范围出现重合,在原则上,案外人执行异议只能处理执行程序违法问题,执行异议之诉则处理与执行标的有关的实体争议。<sup>⑪</sup>其次,要做好这两种位于不同层级的救济程序之间的衔接工作,一方面,无论执行异议申请是否被驳回,均不影响执行异议之诉的启动;另一方面,为了防止案外人滥用异议权,案外人先提起执行异议之诉的,随后不能就同一事项提起执行异议。最后,为了保证法官在较短的审查期限内尽可能作出正确的判断,可以对案外人执行异议的审查标准进行程式化处理,仅在案外人能够提供权属证明材料或充分、及时、有效的担保时才可裁定中止执行。<sup>⑫</sup>

第四,按照“强制执行优先原则+一般破产主义”模式解决强制执行竞合和“执转破”问题,对确认之诉的诉讼标的进行限制。确认之诉的不当膨胀迫使部分确认裁决不得不产生执行力,这是加剧执行竞合、导致案外人债权受损的重要原因。建议从只允许给付之诉存在的原点出发,禁止将可登记物的所有权作为物权确认之诉的诉讼标的,也禁止绕过给付之诉单独提起债权确认之诉。但是,由于特别法优于一般法,以“债务不存在”或“不侵权”为主要内容的消极确认之诉,公司法、票据法、证券法等专门设立的确认之诉,仍可提起。<sup>⑬</sup>对于自然人通过民事强制执行转移财产,侵害真实债权的问题,应该构建自然人强制破产程序,并做好执行与破产程序之间的衔接工作。一旦执行法院通过执行竞合或财产查明制度发现自然人无法清偿到期债务且持续了一定时间的,可以依职权主动发起破产程序。真实债权人在破产程序中对虚假债权异议成功的,可以追回相应财产;真实产权人没有提起异议或异议不成功的,仍可获得部分清偿,并通过破产制度限制债务人的民事行为能力,使其承担不利后果。<sup>⑭</sup>

<sup>⑩</sup> 董暖、杨弘磊:《虚假仲裁案外人权利的司法救济研究》,载《法律适用》2017年第21期,第68~73页。

<sup>⑪</sup> 我国现行法已经为案外人提供了数量众多的权益保障机制,但由于各项制度在界定和结构方面的不合理,很难使具体法律制度之间产生化学反应。例如在执行过程中的两项法律制度之间就存在界定不清的突出问题。执行异议之诉被限定在“与原判决、裁定无关”的实体权利争议,从而将其实质限定在案外人财产被错误纳入强制执行范畴等个别情形,人为削弱了执行中案外人权益程序保障机制的效用。而执行异议不仅包括执行行为违法,而且包括实体权利争议。这种做法的深层次原因在于没有树立程序正当化的观念。在处理执行中产生的争议时,传统认识习惯于用一种方法或程序进行处理,却没有意识到程序争议和实体争议应当采取不同方法加以解决。这种认识在执行的其他方面也有所体现,例如对于形式上不属于被执行人的财产,法院如果认为实质上属于被执行人,通常不会通过诉讼方式加以明确,而是将形式上属于他人的财产直接予以执行。这种做法反映出法治建设初级阶段一味追求实质正义的理念趋向。按照民事诉讼基本理论,对于实体事项应当通过诉讼程序加以解决。在今后的法律修订和司法解释中,应当对相关制度进行更精细的设计和协调。参见张卫平、任重:《案外第三人权益程序保障体系研究》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2014年第6期,第132~140页;张卫平:《案外人异议之诉》,载《法学研究》2009年第1期,第3~16页。

<sup>⑫</sup> 张卫平、任重:《案外第三人权益程序保障体系研究》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2014年第6期,第132~140页。

<sup>⑬</sup> 刘哲玮:《确认之诉的限缩及其路径》,载《法学研究》2018年第1期,第126~145页。

<sup>⑭</sup> 曹守晔、杨悦:《执行程序与破产程序的衔接与协调》,载《人民司法》2015年第21期,第23~28页;李帅:《论执行案件中法院职权主义破产启动程序的构建》,载《法律适用》2015年第11期,第48~53页。

第五,适当扩大侵权之诉的保护范围,合理分配虚假法律行为无效案件的证明责任。由上可知,案外人合法权益受损的根本原因既不是仲裁裁决,也不是民事强制执行,而是虚假法律行为。应当放开提起侵权之诉的主体范围,让债权受损的案外人也能请求虚假法律行为的当事人承担赔偿责任。在具体的诉讼程序中,应当明确,由民事法律行为合法有效的主张者承担证明责任,其所提出的证据是本证。而案外人否认该民事法律行为的存在,其所提出的证据是反证。就本证而言,只有达到高度盖然性的证明标准,才能说服法官,使当事人免除败诉风险。而就反证而言,只要能使当事人的证明陷入真伪不明的境地,模糊法官对本证的认证,便可实现案外人的目的。<sup>⑮</sup> 为了进一步提高虚假仲裁当事人的违法成本,当案外人获得胜诉时,除了确认虚假法律行为无效之外,还可要求虚假仲裁当事人向案外人连带支付惩罚性赔偿。当然,为了防止滥用诉权,案外人也有必要在侵权之诉启动时缴纳必要的诉讼费用担保。

---

**Abstract:** The analysis on the legal cause of false arbitration and its solution plays a very important role for confirming the conditions of consequence under article 9 and article 18 of the “Provisions of the Supreme People's Court on Several Issues concerning the Handling of Cases regarding Enforcement of Arbitral Awards by the People's Courts”, and adjusting the architecture of civil procedure. According to the relationship between final decision and legal damage of the outsiders of the arbitration, the false arbitration in the legal sense can be limited to three groups, which are the revocation of the contract, the partition of a commonly owned real property or movable property if no agreement is reached, and the obstacle of a new lawsuit for the outsiders of the arbitration. The misunderstanding for the operation of the final decision, the disregard of the new process for the outsiders of the arbitration, the absence of so-called res judicata, the imperfection of burden of proof and penalty mechanism should be considered for the most important legal causes of false arbitration. The solution of false arbitration depends on the improvement of those defects in Chinese Civil Procedure.

**Keywords:** false arbitration; res judicata; enforcement force; false civil legal acts

---

（责任编辑：洪慧敏）

---

<sup>⑮</sup> [日]兼子一、竹下守夫：《民事诉讼法》，白绿铉译，法律出版社1995年版，第110页；卢正敏：《执行程序中的虚假租赁及其法律应对》，载《中国法学》2013年第4期，第169-179页。

# 商事调解的过去、现在和未来<sup>①</sup>

范愉\*

---

**内容提要** 商事调解指为解决商事主体之间有关商事活动的争议而设立的专门性调解,是由商事调解组织、规则、程序、方法等要素构成的综合机制。商事调解有悠久的历史和丰富的实践,并始终处在不断发展的过程中,正在逐步与消费争议解决机制分离。我国国际商事调解起步较早,改革开放以来,国内商事调解的发展经历了几个不同的阶段,目前仍处在扩张期。当前,应把握习近平总书记关于把非诉讼机制挺在前面的指示,以及《新加坡调解公约》签署生效带来的重要发展契机,加快商事调解的顶层设计和整合,推动商事调解走向未来。

**关键词** 商事调解 商事争议 纠纷解决 《新加坡调解公约》

---

## 一、商事调解概述

### (一) 商事调解的概念

商事调解是在中立第三方(调解人)主持下,通过各方当事人平等协商解决商事纠纷的方式,是指为解决商事纠纷而设立的、由一系列组织、规则、程序、方法等要素构成的综合机制。其中的关键词是:调解、商事纠纷;关联背景:市场、(国际)商事活动、商事主体。

第一个关键词是调解。调解既可能是一种制度,也可能是一种方法,作为制度,往往指依照法律建立的特定解纷制度和程序,如人民调解制度。作为方法,调解则是人类社会自从有纠纷开始,始终存在的一种解纷方式,历史悠久、方式灵活,即使没有制度依托依然有存在的合理性和实践空间。在我国,商事调解并不是一个确定和统一的制度,在法律法规中也找不到这一概念和相关系统规定。这种情况导致了对商事调解的诸多误解——有人将商事调解与人民调解相对立而否认其存在的合法性,有人简单地把商事调解等同于市场化的收费调解,有人则将商事调解与行业调解混为一谈。一些主管部门和

---

\* 范愉,中国人民大学法学院教授。

① 说明:本文是根据作者在2020年1月贸促系统调解工作会议暨商事调解能力培训班讲座的讲稿整理而成,由于并非学术论文且篇幅较长,故无法对其中引证一一作出注释。读者可参考本文提供的参考文献,进一步了解依据和资料出处。

研究者甚至断言,我国商事调解无论从制度、实践还是理论研究方面都尚未起步,远远落后于西方国家,并主张将《新加坡调解公约》的模式简单复制到国内,以建立商事调解制度。这些主张和观点很大程度是对商事调解的无知。实际上,无论在我国还是国际上,商事调解都是一种早已存在并一直在发挥作用的解纷机制,有悠久的历史和丰富的实践,很多国家都存在相关机制,很多商事调解组织建立了一系列规则和程序,很多研究者积累了大量的研究成果,而且这些实践、制度创新和理论研究始终处在不断发展的过程中。

商事调解的第二个关键词是商事纠纷。调解可以根据不同的分类标准进行分类,例如,根据解纷主体的性质,通常将调解分为民间调解(不限于人民调解)、行政调解和司法调解。同时,也可以依据纠纷的类型及其解纷方式进行分类,如劳动、家事、商事、社区、医疗等专门调解机制。每一种类型的纠纷及其解决都有其特殊的规律、理念和方法,在调解主体、程序、方式方法方面有不同的要求,需要进行专门化的制度设计,如劳动争议解决的三方机制,家事调解中的心理矫正等。商事调解就是按照纠纷类型进行的一种分类,是指为解决传统商事纠纷——商事主体之间有关商事活动的争议——而设立的专门性调解,是由商事调解组织、规则、程序、方法等构成的机制。

当代商事调解的专门化和制度化,是市场经济发展的必然结果,反映出纠纷解决机制的规律和发展趋势:一方面,随着社会需求和解纷机制的发展,越来越多的专门性机制从以往综合性的机制中分化出来,形成独立的专门程序;另一方面,协商式解纷方式的作用和价值越来越受到重视,调解逐步成为与仲裁并驾齐驱的独立机制,进入了制度化和普及化时代。传统商事纠纷主要是指典型的合同纠纷,当代一些新型纠纷、特别是消费纠纷则被纳入广义商事纠纷之中。《新加坡调解公约》之所以在界定商事调解时首先排除劳动争议、消费争议、家事纠纷及普通的民事争议,就是要明确该条约适用的范围并不是所有的民商事纠纷,而只是狭义的传统商事争议,且仅限于国际商事主体之间发生的纠纷。这说明,当代商事调解在设计制度时需要有的放矢和精确化,将传统商事纠纷和新型商事纠纷,以及国际商事争端和国内商事纠纷加以区别,分别建立专门性的调解机构、调解规则和程序。

总之,商事调解属于一种专门化的调解机制,与劳动、家事、医疗、交通事故等专门性解纷机制并列;与行业调解、专业性调解、商会调解、综合性地域性调解(一站式解纷中心)等存在交叉或包含关系;传统商事调解主要是一种民间社会机制,但当代广义商事调解也包含行政性和司法性机制。

当前,正值商事调解发展的重要时机。一方面,2019年《新加坡调解公约》的签署将极大促进各国商事调解的发展;另一方面,习近平总书记提出把非诉讼纠纷解决机制挺在前面,国家和司法机关发布了很多新的政策,鼓励建立新型商事调解。可以预见,今后一个时期商事调解将进入一个新的发展时期。为了对商事调解机制有一个全面的把握,有必要了解一下商事调解的过去、现在和未来发展趋势。

## （二）商事调解的起源

商事调解是商事活动和市场经济的需要,是商事纠纷解决专门化的产物。商事调解的出现反映了人类社会纠纷解决机制从综合性到专门化的发展规律和结果。历史上,商事调解产生的背景与条件是:商事活动活跃,商事纠纷相对集中、需要专门化处理,相对稳定发达的市场,形成了行会、商会等自治性商事组织。

欧洲从古希腊、古罗马时期到中世纪,商事活动始终非常活跃。早期的城市国家之间的贸易活动中就已经出现解纷机制和调解的雏形。在现代国家建立之前,商事纠纷的调解仲裁,主要是由地方商会、行会组织主持,属于商人自治和市场治理的功能。这一时期调解并未制度化,其特点是:首先,属于非正式程序、方式灵活,与协商斡旋等无严格区别;其次,属于民间性、行业性机制,原则上不受国家司法权的管辖。商事解纷机制高度自治,保持着自身的传统机制和商事惯例,一般商事纠纷在市场和行业内部协商调解或仲裁解决,涉及国家间的贸易纠纷则依靠外交斡旋,与普通国内民事纠纷的处理相互独立。

## （三）现代商事解纷机制的演进和发展

当代商事解纷机制发展至今,融合了四种基本渊源。

### 1. 传统商事解纷机制的继受

西方国家在现代化过程中,建立了统一的国家和市场经济体制,同时建立了完善统一的司法制度。国家一方面致力于制定统一的高法典,另一方面,试图将商事纠纷的解决纳入国家司法体制。为此,围绕能否继续保留民间性解纷机制、商事惯例、商事主体自治,曾展开了长期的博弈过程。最初,国家法制给商事仲裁保留了一席之地,将其纳入法律体系,但地位不高。比如在美国,早期商事仲裁的地位非常低,法院不承认商事仲裁裁决的终局性和强制力。一些大陆法国家则尝试通过建立商事法庭取代仲裁,商事法庭与普通法院不同,吸收商人、行业协会的代表作为非职业法官参与裁判,虽然叫做法庭,本身仍具有很多非诉讼因素和行业性、民间性机制的特点,保持了商事争议解决机制的相对独立性。但商事仲裁仍在商事争议解决中发挥着不可替代的作用,并在联合国《纽约公约》的推广下地位不断提高,与国家法律和司法高度融合。其结果是,一方面仲裁出现了法律化和司法化倾向,另一方面民间性解纷机制获得了合法性和生存空间。商事仲裁成为解决国际商事纠纷的主要途径,并逐步形成了商法、合同法和商事惯例构成的规则体系,以及由民间性商事解纷机构(调解、仲裁)、行政机制(调解、裁决、行政法庭等)、商事法庭、普通司法管辖等共同构成的专门性商事争议解决机制。而今天,商事调解开始成为主流和全球趋势。

### 2. 当代 ADR 的创新

第二种渊源是当代 ADR 的创新。商事调解的快速发展,很大程度上得益于当代 ADR 运动的推动。ADR 概念产生于美国,主要是指上世纪 30 年代以后逐渐发展起来的各种解纷机制和理念,每一种新型 ADR,都体现了对特定类型纠纷及其解决规律的认识和新的解纷理念,最早出现的 ADR 分别是劳动争议解决机制和家事调解。早期劳资纠

纷是用私法和民事或治安程序处理的,上个世纪 30 年代劳资矛盾阶级斗争不断激化,并直接影响到社会的稳定和公共利益,由此促生了介于公法和私法之间的劳动法,并随之出现了专门性的劳动争议解决机制——劳资双方加管理部门的三方机制。家事调解则强调将家事纠纷与一般民事纠纷区分开来,关注弱者和社会利益,加强国家干预,注重心理矫正和关系修复,最终推动家事纠纷机制走向非讼化。

商事 ADR 及调解是在上个世纪 60 年代到 80 年代快速发展起来的。推动其发展的基本理念和社会因素主要包括:

(1) 社会对市场经济规律的新理念:强调商事关系不仅仅是简单的合同关系和一次性交易,而是长远的合作关系,因此,商事争议解决应注重将合同以外的价值和利益加以综合考量,避免对抗性和零和解决,争取寻找符合各方利益和长远关系的双赢之道。

(2) 对司法程序的局限性的认知:诉讼和对抗性解纷方式不符合商事纠纷解决的需要,过高的成本、拖延和商业机密的披露及舆论影响等负面因素导致纠纷解决的效益和效果极差,因此应尽可能避免诉讼和判决(裁决)。

(3) 商事主体有关企业治理、经营及纠纷解决观念的转变与重塑。改变过去在商事谈判和纠纷解决中的竞争对抗方式,引入新的理念,如效益、自治、关系(共同体)、合作(双赢,法律阴影下的交易)等,创新商事纠纷解决方式。这些理念经过以哈佛谈判学为代表的商事 ADR 理论的系统的阐发,形成了商事谈判调解理论体系、培训体系和各种创新实践。此后,各国新型的商事调解组织相继建立。

(4) 随着消费者运动的发展,出现了各种新型消费争议,引起了社会对消费者和弱势群体权益保护的关注。各种群体诉讼与公益诉讼虽然有所建树,但也给社会带来了巨大压力和风险,并未达到期待的效果。在这一背景下,专门处理消费争议、强调企业和行业社会责任的社会需求应运而生,形成大量新型专门性解纷机制,并与传统商事调解逐步分离。

### 3. 社会主义国家的经济纠纷解决机制

商事调解的第三种渊源来自于社会主义国家。社会主义国家在计划经济时期,国内经济主体主要是国有企业,经济纠纷由行政调解和行政裁决处理,完全排除诉讼和司法程序。与此同时,在处理不同经济体制国家之间的国际商事活动和商事纠纷时,则采用谈判、调解和仲裁的方式。社会主义国家在实行市场经济之后,建立了经济审判制度,同时保留了少量的行政调解和行政裁决;原有的非诉讼解纷机制则转型为商事仲裁、商事调解;原有的行政性管理组织部分转化为行业协会,延续了原有的解纷功能。但由于缺乏民间性、自治传统和社会条件,这种转化存在较大难度,往往或多或少地留存一定行政因素。

### 4. 商事纠纷解决方式与商事调解

进入本世纪,以上不同渊源的解纷方式都融入了世界性 ADR 运动和全球调解趋势。当代商事纠纷解决机制通常包括三种基本方法:协商、调解和裁决,以及在其基础上发展出来的综合性方式,其中调解的作用始终十分重要。

谈判(协商、磋商),是双方当事人自己解决争议的方式,在国际商事调解当中已经被设定为前置程序。但是在实践中,磋商中往往有中立第三方的作用,例如斡旋,实际上也是一种调解。以往,由于突出协商性,所以调解往往被淹没在磋商当中。在很长的一段时间内,商事调解虽然被广泛使用,但没有与磋商分离,没有被实质化和制度化。仲裁作为高度制度化的解纷程序,近年来越来越多引入调解以弱化其对抗性,调裁结合已经相当普遍,但调解在仲裁中的作用只是辅助性的,并不能改变仲裁的性质和定位。尽管调解在国际商事争议解决中并未形成正式和独立的机制和制度,但始终存在,并与协商(磋商、斡旋、谈判)和仲裁相互配合,发挥着重要作用。在全球调解趋势中,商事调解的独立作用、特殊价值和地位越来越受到重视,出现了将调解实质化和制度化的需求。《新加坡调解公约》倡导的国际商事调解制度,正是在原有实践的基础上对其进一步实质化、制度化的产物。

今天,商事调解正处于发展的关键时期。很多人认为,《新加坡调解公约》的制定签署标志着当代商事调解已经发展到了一个很高的阶段,这是不够准确的。实际上,目前商事调解虽然已经广泛应用,其作用和价值已经得到普遍认可,但从全世界范围而言,商事调解的制度化过程才刚刚开始,仍处于起步阶段,各国发展并不均衡。正因为如此,才需要通过国际公约来加以促进推广。《新加坡调解公约》将起到当年《纽约公约》对仲裁制度的历史作用,推进商事调解在各国的普遍应用和制度化进程。

## 二、国际商事调解与国际商事争端解决机制

### (一) WTO 争端解决机制

在世界各国经济主体的合作与竞争中,来自不同文化、政治和法律体系下的参与者之间的纠纷在所难免,而如何处理解决国际贸易争端、维护自由贸易和国际市场秩序,就成为国际经济组织的关键课题。WTO 争端解决机制(DSB)即 Dispute Settlement Body,包括磋商、调解、专家组裁决、上诉、执行等环节,以裁决为核心的程序显示出鲜明的准司法特征,标志着 WTO 处理国际贸易争端从“外交取向”向“规则取向”的转化,也为建立 WTO 的秩序与权威奠定了基础,被誉为“WTO 皇冠上的明珠”。然而,从多年的实践和数据看, WTO 争端解决机制也存在一些不足:由于其准司法的程序必须依赖高水准的专业律师团队和复杂的法律技术,成本过高,风险较大,其利用和处理结果明显更有利于以美国为主的西方国家,而不利于多数发展中国家。很多发展中国家和民营企业无力负担或者不敢尝试,错失了维权的机会,或者胜诉后得不偿失。此外,裁决获得的“零和”结果,不仅会加剧贸易主体之间的对抗,也会对国际贸易关系和长远利益带来一定负面作用;由于没有强制性的执行机构,裁决在执行方面有时仍不得不依靠外交方式实现。为了解决或改善这方面的问题,调解的作用越来越受到关注。

DSU(Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute)模式中,调解仍是一种选择性程序,争端当事方可以随时同意进行调解,可随时开始,随时终

止。如争端当事方同意,在仲裁庭解决争议的同时,调解程序可在当事人同意的任何人士或组织主持下继续进行。有关调解程序以及争端当事方的立场,应当保密,并且不得损害任何一方在任何进一步的其他诉讼中的权利。DSU 对于调解的规定极具灵活性和包容性,不仅没有严格的程序和调解人资质方面的要求,而且调解可以与仲裁程序并行,不受裁决程序启动的影响,显示出对调解的倡导和鼓励,形成调解与仲裁的“并行模式”:

**磋商** (书面形式, 7 天答复, 30 天期限) 一起诉方请求设立**仲裁庭** (60 日成立、180 天期限)

**调解或调停**: 随时开始, 随时终止, 可在仲裁同时继续进行

DSU 首先要求当事双方进行正式的磋商,在磋商过程当中,当事双方可以调解。在进入仲裁程序后,仍然可以进行调解。调解可以随时开始、终止,其灵活程度甚至高于我国的调解。在我国,如果当事人起诉或提起仲裁,前期正在进行的调解通常会终止。但是在 DSU 中可以不终止。调解和仲裁可以同时进行,在仲裁裁决做出之前达成调解协议的,仍然可以撤诉。

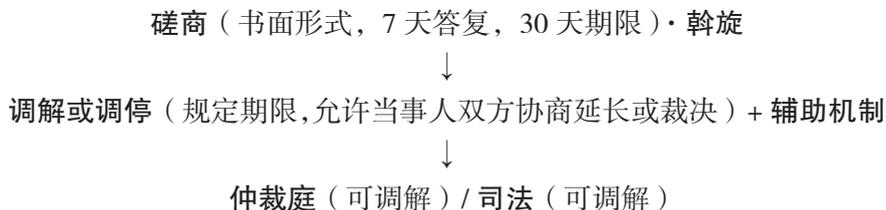
这种模式的缺点是调解没有制度化和实质化,并未作为一种独立或必经程序确定下来。实际上,有时当事人双方很难通过磋商解决纠纷,但也并不愿意走向仲裁或诉讼,因此希望有中立第三方,特别是具有权威性的调解机构介入,主持调解。目前, WTO 争端解决机制对调解越来越重视,一些 WTO 附属机构开始把调解作为必经程序。这些需求促进了调解的实质化和制度化,也是订立《新加坡调解公约》的背景。

## (二)《中国东盟全面经济合作框架协议争端解决机制协议》争端解决机制

2002 年 11 月 4 日,中国朱镕基总理和东盟 10 国领导人共同签署了《中国—东盟全面经济合作框架协议争端解决机制协议》(简称:《争端解决协议》),该协议作为落实《中国—东盟全面经济合作框架协议》的重要组成部分,于 2005 年 1 月 1 日正式生效,标志着中国—东盟自由贸易区争端解决机制开始运行。

从程序设计而言,《争端解决协议》在价值取向、争端解决方式、时限等方面与 WTO 争端解决制度设计十分相似,同样采用了磋商、调解、裁决的步骤。相比较而言,二者最大的不同在于,《争端解决协议》的程序设计显示出弱化司法化的倾向:并没有建立 DSU 式的专家小组作为实体性的裁决机构,也没有规定上诉程序。不仅如此,尽管《争端解决协议》将仲裁作为核心程序,但实际上却显示出规避裁决的倾向。从形式上看,《争端解决协议》对调解或调停所作的规定与 DSU 基本一致,灵活而便利,但基于东亚地区的文化传统和市场、各国体制的多元化特点,调解的作用被寄予厚望。目前很多亚洲国家和地区建立了专门的商事调解机构,包括新加坡、中国香港等,可以供当事人选择,为商事调解的普及和《新加坡调解公约》的实施提供了良好的条件。

目前,在国际商事解纷机制中,调解可以在多个环节和程序中发挥作用,实际上形成了一种并行+前置的多元化模式:



调解的作用体现在:(1)在磋商阶段参与促进协商(斡旋);(2)独立调解程序(可前置、可建议、可作为合同首选);(3)仲裁中的调解(与仲裁合一或独立进行);(4)诉讼中的调解(委托调解或法官调解)。

### (三)《新加坡调解公约》之后:国际商事调解的制度化 and 实质化

《新加坡调解公约》签署生效后,将对国际商事调解产生重大深远的影响,主要包括:

(1)通过调解达成的和解协议法律效力得到提高和保证,调解有望成为商事主体优先选择或必经程序。但这并不意味着调解协议可以直接强制执行,各国有权根据条件和条件设立相关程序,对和解协议(调解协议)进行司法审查、执行和司法救济。

(2)将出现商事调解组织发展的高潮,各国调解组织将会积极争取扩大自身影响力和竞争力、占领调解市场、提高服务水准,推动调解的国际化、普及化和标准化。

(3)商事主体、经济组织和各国政府将会进一步转变解纷观念、行为模式和文化,积极推广协商式解纷方式,废除零和思维,加强合作、争取双赢多赢,减少对诉讼、仲裁的依赖。

毫无疑问,《新加坡调解公约》也会带来一定的不确定性:包括调解的制度化对调解的非正式及多元价值的负面影响;调解的司法化与民间性、灵活性等优势冲突;调解员职业化(法律化)与非职业化的矛盾,等等。

需要注意的是,《新加坡调解公约》所调整的商事调解是指不依赖仲裁和司法的独立的、民间性调解,采用国际通行的商事调解规则及和解促进型模式。毫无疑问,我国国际商事调解亦应遵循国际通行标准。但需要注意,这并不意味着应该简单否定其他类型调解的合理性。例如,我国诉讼中调解或行政调解属于评价型或指导型调解,调解人的作用和方式不同于传统商事调解,可以发挥其法律特长与权威,对于解纷依据和事实做出解释、建议甚至判断,也可以进行调查,提出调解方案,这既是解纷的实际需要,也是部分当事人的偏好,有其自身的合理性。当代世界很多消费争议调解(如申诉专员机制)均采用这种调解模式并综合了裁决(决定、评议)的要素。再如交通事故损害赔偿调解,属于精算型调解,家事社区调解注重关系和心理修复,虽然都与商事调解的和解促进型不同,但其合理性不容置疑。

### 三、中国商事调解的发展

#### (一) 起源和发展

##### 1. 起源

中国自古以来就有以调解解决纠纷的传统,且调解制度化程度较高,包括民间和官府的调解。古代民事纠纷(户婚田土)与商事纠纷虽然并无明确区分,但早在唐宋等朝代,随着商事活动的活跃,在长安、泉州等国际贸易发达的城市都出现了行业自治(行会、牙行、商会等)和市场管理型的解纷机制。

民国时期,中国仿照日本的法律制度,在建立现代法院和诉讼的同时,也建立了法院附设的调解,包括民事和家事调解。商事争议虽然可以诉诸司法,但主要还是由行业协会、商会等自治组织内部解决为主。

新中国成立后,我国实行计划经济体制。和其他社会主义国家一样,经济纠纷主要由行政主管部门进行调解和仲裁(经济仲裁)。法院不受理经济案件。尽管调解主体是行政机构,但经济纠纷调解实际上也是一种商事调解,所以我国一直存在商事调解的传统,曾有长期的商事调解实践。不过由于多种因素,这种调解中历来公权力介入、管理色彩、法律化程度较强,而民间性、自治性、协商性相对较弱。这也在一定程度上造成并反映出我国商事调解注重行政和司法支持的特色。

特别需要指出的是,新中国建立后,为了与不同体制的国家和市场进行贸易商事活动,解决相关争端,专门建立了贸促会这样具有民间性特点的经贸促进机构,并采用协商、斡旋、调解等方式解决国际贸易争端,成为现代商事调解的源头之一。

##### 2. 发展

改革开放以来,我国商事调解的发展经历了几个不同的阶段:

##### (1) 初创低谷期: 80年代末至世纪之交

改革开放以后,我国向市场经济转化,上世纪80年代人民法院重新恢复之后,经济案件开始纳入法院管辖。由于当时中国商事法律不健全、缺少审判规则依据,法官缺乏审判经济案件的经验,加之当时经济秩序紊乱、政策变化快、商事主体诚信度低,信贷风险大,形成了大量三角债等复杂的经济纠纷,当经济案件大规模进入法院之后,审理裁判难度极大。在这种情况下,80年代后期,从深圳开始,法院推出一项改革创举,即在法院建立经济纠纷调解中心。调解中心与审判程序分立,经济案件可以不受立案条件所限直接进行调解,可以让多方当事人一同到场进行调解,一揽子解决多方纠纷,不仅快速简便,还可以即时履行或根据债务人的实际情况协商履行方式、期限和条件。这是我国转型时期最早出现的商事调解,很受商事主体欢迎,在三年左右时间内迅速推广至全国各地法院,发展势头很好。不过,那时调解中心不够规范,收费标准不统一,往往由法院自己决定,由此产生了一些司法腐败现象。当时我国法学界主流思想积极倡导诉讼中心主义,认为严格适用法律规则,以诉讼和判决形成案例才是真正的法律之道,对调解则持批

判态度。因此,很多专家强烈质疑调解中心无法律依据,规避裁判,缺乏公开性和监督制约,乱收费,是腐败的根源。在这些专家的反对和当时的大背景下,调解中心很快夭折,司法性商事调解亦走向了低谷。

与此同时,我国民间性国际商事调解进入了初创阶段。1987年,贸促会调解中心正式成立,而且在其他调解走向低谷之时,它仍然在一花独秀地平稳发展。相比较而言,可以说我国独立的商事调解是走在世界前列的。一些发达国家的商事调解中心,包括英国的有效争议解决中心等成立都比中国晚,一开始受理的案件都非常少,一些调解中心也并不是专门从事商事调解,如美国的JAMS(Judicial Arbitration and Mediation Services)。事实上,商事调解的发展都需要经历一个较长的过程,不可能一蹴而就。

此外,中国在国际上一直最积极促进商事调解,也是最早将调解文化带入国际商事仲裁的,并创造了许多经典案例。在中国的努力下,国际商事仲裁对调解从反对到支持,也为今天商事调解的发展作出了贡献。仲裁中的调解与独立的商事调解各有其优势和特点,不应以偏概全,轻易否定。

今天,我们需要客观看待当下中外商事调解的发展差异。既不应妄自菲薄,看到西方的商事调解发展得轰轰烈烈,就否定自己的发展和贡献,认为中国远远落后于世界;也不应妄自尊大,把中国的调解作为国际上商事调解的鼻祖,拒绝借鉴学习西方的一些经验和做法。

毫无疑问,中国商事争议解决机制确实存在较多问题。尤其是缺乏市场经济传统和商事自治的基础条件。我国从计划经济向市场经济转型的第一个法律是仲裁法。仲裁制度与国际接轨,也得到了司法机关的支持,但由于中国不具备充分的民间化基础和社会条件,因此采用了行政化和准司法模式,导致形成仲裁体制的二元化和改革困境。直到今天,除少数仲裁机构外,无法整体实现民间化,使得制度设计的目标难以真正实现。商事调解的发展也是如此,如果没有适当的条件,缺乏科学合理的顶层设计,盲目发展也很难达到好的效果和目标。

上世纪90年代,中国法院对调解采取消极抵制的态度,包括人民调解和行政调解,所以称为低谷。主要原因有:其一,法院经费体制,法院经费来源于诉讼费,通过扩大案源和数量生存;其二,法学界、法律界和政治意识形态对调解的反对和否定;其三,司法改革中对当事人主义、对抗性、裁决性方式的推崇和迷信;其四,调解自身存在的问题。相对而言,在这一时期,商事调解和仲裁中调解坚持了独立发展,其贡献不应被忽视。

## (2) 发展反复期: 21 世纪之初至党的十八大

进入新世纪之后,很多社会因素促成了调解的复兴和发展,但商事调解的发展一波三折,甚至出现了反复。发展的转折点是2002年,中央转发了最高人民法院和司法部联合发布的文件,旨在提高人民调解的效力,对复兴人民调解、重新认识调解的作用起到了积极作用。但此后也出现了一些错误观点:主张除了人民调解,其他形式的调解都不具有法律效力,甚至认为行政调解的效力还不如人民调解。这些观点在我国实践和顶层设计中导致了混乱,甚至一直持续到今天。

在这个时期,法院的司法政策和各级法院的做法也存在差异和阶段性反复,但也有了积极进展。最先明确提出商事调解概念的是海淀法院的上地法庭,作为专门的商事法庭,他们的做法是请企业家作为特邀调解员参与调解商事案件,提出“商事纠纷商人解”。此后,全国工商联系系统积极推进了商会调解。经过综合治理、大调解运动等推动,各类调解都得到一定的发展。最高人民法院在3个司法改革五年纲要中都将多元化纠纷解决机制列为重要目标,加以积极推进。2009年最高人民法院印发的《关于建立诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》(简称:《若干意见》)和之后多家单位联合签署的文件,都承认并鼓励人民调解之外的各种专业性、行业性及其他类型调解具有相同的地位、作用和效力,都可以适用《若干意见》首创的调解协议司法确认程序。由此,我国包括商事调解在内的多元化纠纷解决机制初步形成。随后,《人民调解法》的制定开始了调解走向制度化的新时期。

但是,《人民调解法》被错误地解释为唯一合法的民间性调解制度,在此后的《民事诉讼法》修改中,将司法确认规定为仅限于人民调解的程序,客观上导致我国多元化纠纷解决机制从2009年《若干意见》的基础上倒退,给商事调解和其他调解带来了负面影响和冲击。有些人甚至认为各种新型调解只能以人民调解的形式建立发展。由于出现了这种反复,一些商事调解的前辈和法律界人士提出了制定独立的《商事调解法》的提案,将商事调解的地位和法律规范问题提上了立法日程。

不过,我国立法程序复杂、立法技术和能力尚有待提高,例如,虽然制定了《劳动争议调解仲裁法》,却并未建立专门性的劳动争议调解,不得不依靠运动化方式解决。法律制定之后也会发生异化,如《人民调解法》有脱离社区和人民参与要求之倾向。因此,期待通过商事调解立法解决各种具体问题是远水解不了近渴。当代世界大多数国家也并没有制定统一的商事调解法,但并未影响商事调解的发展。经过各方努力以后,通过最高人民法院关于民诉法和多元化纠纷解决机制的司法解释,以及各主管单位与最高人民法院联署文件等方式,司法确认的问题已经解决,商事调解的地位和作用也已得到公认。

### (3) 扩张期:党的十八大以后至今后一段时期

十八大以后,中央发布了一系列积极推动多元化纠纷解决机制发展的文件。十八届四中全会有关依法治国的决定中第一次将多元化纠纷解决机制概念纳入中央文件。此后,中央通过强调社会治理、加强社会自治等方式,关注和支持各种非诉讼及民间性纠纷机制。最高人民法院也在积极支持促进商事调解的发展。很多部门机构如证监会和银保监会都相继与最高人民法院联署创建新型调解机制。最高人民法院、司法部、律协推动“律师调解”,以及中央在推广枫桥经验中将纠纷解决与社会治理相结合,都将调解提升为社会主流意识,原来对调解持抵制或消极态度的群体,如律师,也开始加入到调解的队伍中。在自贸区和“一带一路”建设中,商事调解都得到重视,成为标配机制。在这个背景下,商事调解出现了一个高速扩张期,各种形式的商事调解应运而生,势不可挡,贸促会系统的调解中心也得到了快速发展。还出现了一些具有创新意义的模式,如北京市多元调解促进会等,促进了民间与司法相衔接的诉调对接。《新加坡调解公约》的通

过和签署正当其时,给商事调解的发展增加了巨大的助力。目前这一扩张期仍将持续。

#### (4) 整合期:顶层设计

快速的扩张虽然是积极的现象,但也容易导致无序发展。扩张期之后必然会出现整合期,但目前这一阶段尚未到来。运动化的发展会带来大量的参与者,在经过市场的优胜劣汰之后,幸存者会生存下来,而一部分缺乏竞争力的则将被淘汰,这是很正常的。例如,中国香港原来没有调解传统和调解制度,在李国能大法官和各界共同推进下,学习英国司法经验,促进了香港地区调解机构的发展和立法。调解机构注册门槛很低,短时间内出现了大量调解事务所。但调解市场有限,经过一段时期,一些调解机构由于没有案件就自动退出了。中国澳门也建立了商事仲裁和调解中心,但并没有什么案子,所以并未出现大量商事调解组织。这说明,商事调解的市场和需求是有条件的,需要符合效益原则,适者生存,优胜劣汰,并非多多益善。

目前我国很多调解组织虽然很正规,但自主受理的案件却很有限,绝大多数案源来自法院的委托。我国司法具有低廉快速便利的特点,当事人和社会又对司法诉讼有很强的依赖,所以当事人对非诉讼调解并不十分接受,律师也没有敦促当事人采用非诉讼机制的义务,因此商事纠纷经常直接提起诉讼。目前,商事调解组织同法院合作,通过法院委托获得案源、扩大影响、锻炼队伍、积累经验、开拓市场成为主要方式。这种情况既有一定合理性,也说明我国商事调解的市场化模式并不成熟,需要进行整合。

整合还有合理化的意义,目前除部分正式国际商事调解机构外,多数调解组织从性质定位、组织形式、功能和特点到运营模式都十分混乱,受理的纠纷类型并不限于商事纠纷。今后这种情况也需要进行整合,逐步对传统商事调解与新型调解、市场化模式和公益性模式作出区分和细化,避免无序竞争和资源浪费。并非所有商事调解都适合采用市场机制,例如消费争议和小额债务纠纷;电商平台的解纷模式采用的是服务模式,不收费,运营非常成功;证券期货类调解采用行业集资与公益化模式,同样不收费。这些机制与传统国际商事调解各有其合理的发展空间和运行规律。

## (二) 我国商事调解格局与类型

如前所述,商事调解不是一个确定的法律概念和单一的制度,按照其功能和形态,可分为广义商事调解、狭义商事调解和新型商事调解。

### 1. 广义商事调解

广义的商事调解根据主体的性质可分为三类:

(1) 民间性调解:主要包括商事调解中心,仲裁附设调解机构,商会调解,行业协会调解组织,电商平台调解,部分专业性调解(银行、保险、证券期货),消费者协会调解,部分人民调解(很多商事调解同时冠以人民调解名义,如基金小镇人民调解、义乌小商品市场人民调解,也调解或主要调解商事纠纷,一些地方一站式解纷平台也多冠以人民调解之名,但内部包括商事调解等多种分工)。

在民间性商事调解中,国内商事调解与国际商事调解既有明确的区分又有较大程度的融合。

(2) 行政性调解:由行政机关作为中立第三方对商事主体之间的商事纠纷进行调解,如市场监管部门、知识产权、工信等行政主管机关的专门性或执法附带性调解。行政调解在传统商事纠纷中作用相对有限,但在新型消费争议中,特别是一些涉及公共利益领域,如金融,行政调解的作用日益重要。既可以采用行政人员或机构调解,也可以采用行政主导的申诉专员机制或政府购买、委托调解等方式。

(3) 司法调解:各级法院以诉调对接、委托调解等方式对商事案件进行的调解,包括诉前、诉中各阶段的调解;也包括新建立的国际商事法庭的专家调解模式。

## 2. 狭义商事调解

目前国际上普遍承认的商事调解即狭义商事调解,是指专门调解传统商事纠纷的民间商事调解机制。其构成要素包括:(1)依据法律、机构规章、授权等方式建立,拥有专门的规章、规则和程序,属于民间社会组织;(2)拥有具有相应资质的专职或兼职调解员队伍,受当事人委托作为独立和中立第三方进行调解;(3)受理的案件以传统商事纠纷(平等商事主体基于合同发生的商事纠纷)为主。(4)可以通过政府资助(购买)、捐赠、行业集资、基金等方式建立。运行机制可采用市场化模式,依章程、相关规定或与当事人的约定收费;也可以采用公益或服务模式。

狭义的商事调解具有以下特征:

(1) 独立性。调解机构相对独立,一般不包括法院附设、仲裁附设、行政附设或行业性组织设立的调解机构;但可接受上述机构的委托;调解程序独立,原则上不与其他程序衔接。按照《新加坡调解公约》要求,调解应独立于法院和仲裁,但考虑到中国国情,商事调解与法院和仲裁相互衔接不可避免,但在调解过程中原则上应保持独立、不受其他机构和程序左右。

(2) 民间性。调解机构属于民间社会组织,不隶属于政府、行政机构或司法机关,不具公权力机关性质,但可以接受政府资助并需要接受监管;调解员为民间社会人士。

(3) 专门性。以解决传统商事争议为主,原则上不受理消费、金融等新型商事纠纷,也不处理其他民事、家事、社区、劳动等类型纠纷。商事调解的发展方向,是逐步与综合性机制以及新型商事纠纷、即消费争议解决机制分离,保持相对独立,如我国目前贸促会系统的调解、自贸区商事调解中心、一带一路服务机制调解中心等都属于此类。

## 3. 新型商事调解

所谓新型商事调解主要是以解决消费争议为主的各种调解,包括行业性和专业性的机制。其特点是:(1)纠纷双方地位不平等,需要特殊的调解理念和技术,解纷机制具有公益性;(2)调解主体多元(行政监管、行业协会、民间组织、市场主体等),需要根据不同行业的特点进行设计;(3)运营方式以公益性为主,费用依靠政府资助购买、社会捐赠、行业协会会费、特殊基金等支持。

目前我国现有的此类调解主要包括:(1)消费者协会调解;(2)针对消费争议的行业性调解(物业纠纷、水电费纠纷等);(3)金融消费争议调解(保险、银行、中小投资者保护);(4)政府购买服务,法律援助、热线咨询投诉相结合的一站式解纷机制(其中

包含商事争议调解,专业化程度不等);(5)行政、司法调解;(6)电商平台设立的消费纠纷投诉、调解和裁决机制。这些机制中既有公益性的消费者协会调解体系,也有以市场服务方式运作的电商平台解纷机制;既包括法院外机制,也包括与司法和行政程序衔接的机制,体现了政府主导、司法主导与市场、自治性机制并存的多元化格局。

在充分肯定这些机制在纠纷解决和社会治理中的积极作用的同时,也需要看到其中的问题与不足。当代世界各国新型消费争议处理机制不断发展创新,往往通过单行法分门别类地建立专门机制,如金融消费争议处理机制和金融申诉专员制度,采用协商、调解与裁决相结合的混合程序。也可以采用实体法与程序法相结合的方式分门别类地进行顶层设计和制度建构,例如我国新修订的《证券法》,就采用这种方式建立了相关投资者保护机构调解和代表人诉讼程序。总体而言,我国在顶层设计和立法方面相对落后,不仅各类消费争议没有实现专门化处理,劳动、交通事故、家事纠纷等专门性调解机制也没有实现制度化。

### (三) 我国商事调解的特点与问题

#### 1. 特点和优势

与当代世界各国商事调解相比较而言,我国商事调解主要具有以下特点和优势:

(1) 国际商事调解起步较早,已经取得可观成就和丰富经验,在国际上具有一定影响力和竞争力。其中以贸促会调解中心、自贸区调解中心为代表,调解机构比较正规,注重国际化与中国特色相结合,建立了与国际接轨的章程、规则、程序、培训方法和体系,并积累了一定理论研究成果、经典案例和实践经验。

(2) 商事调解与人民调解的关系正在厘清,在多元化纠纷解决机制中的地位、作用不断提高。商事调解组织得到政府的保障和支持,在一带一路等商事活动中有较大的需求和发展空间。各行各业、包括律师正在积极参与其中,各种调解组织均处在快速发展期。

(3) 适应中国当前司法中心的现实和当事人的选择偏好,民间商事调解组织注重与司法程序的衔接(司法确认),一些调解组织通过承担法院委托调解获得案源,发挥了积极作用、扩大了影响,但诉前分流作用不够明显。

(4) 在线调解的应用发展快,具有很强的技术能力和政策支持,形式多样、操作性强,为当事人提供了极大便利。

#### 2. 问题与不足

尽管取得了一定成就,但需要承认,由于我国商事解纷机制从历史渊源上缺乏民间性和自治基础,主管部门和决策者对于商事纠纷解决原理、规律和需求缺乏系统深入了解和研究,商事调解的发展始终带有摸着石头过河的特点,存在着许多问题和不足,主要包括:

(1) 缺乏科学的顶层设计,相关主管部门对商事纠纷及解纷规律缺乏深度把握,甚至不了解商事调解与人民调解的关系和多元化纠纷解决机制的基本原理。从相关部门对《新加坡调解公约》的反应中可以看出,决策部门、主管部门和法学界对于我国商事调解缺乏深入系统和客观的调研了解,知识不足,信息不准确,缺少制度、文化、理论自

信,制度建构和管理能力较低。由于存在部门利益冲突,难以形成合理的发展战略,无法通过立法(综合法、程序法、部门法和单行法)实现机制创新,使得我国在很多方面已经落后于当代世界。商事调解机制没有形成科学的划分,综合性调解机构多,而新型消费争议专门性机制,如金融消费解纷机制迄今阙如。

(2) 商事调解组织在快速发展的同时,缺乏统一管理制度,很多调解机构难以落地,组织性质、形式不尽合理或缺乏规范,主管部门对商事调解没有全面准确的统计、识别、评估标准和数据系统,未建立相关调解组织的准入、审批、登记注册以及管理和退出等方面的相关制度。

(3) 调解组织的运行机制比较混乱,民间性组织的自治与独立程度不足,传统商事调解与新型消费争议和专门性机制也没有形成明确分工和区别,很多调解组织没有准确定位、也没有建立合理的运营模式,公益性或市场化服务、收费与否及多少、法院委托调解的性质及收费模式都十分混乱。尤其是所谓律师调解,定位不清,调解效益不高,缺乏行为规范,甚至出现了恶性竞争的情况。

(4) 制度设计整体上仍然存在司法中心、过度依赖诉讼的倾向,案件继续向法院集中,商事调解组织在诉讼前受理的案件数量相对有限,主要依靠诉调对接模式从法院获得案源。民间社会调解竞争力受到挤压,当事人对民间性调解缺乏知晓和信任,利用率低;受体制、文化、当事人协商能力、律师和司法成本等多种要素决定,调解的难度较大,非诉讼调解发展空间和市场受限。

(5) 调解和纠纷解决理论和技能培训不足。相关理论研究和对策研究难以适应社会和时代需求,一些政府委托的研究项目水准不高,照搬国外资料、研究结论偏颇,缺乏针对不同类型纠纷及其专门机制的深度实证研究和对策研究。在《新加坡调解公约》批准生效和相关司法审查程序的设计中,参与者的失误、部门利益局限和无知甚至可能导致非常严重恶劣的后果。

## 四、面向未来：机遇与展望

2019年,习近平总书记提出把非诉讼纠纷解决机制挺在前面,《新加坡调解公约》则在全世界带来了商事调解发展的重大契机,商事调解出现了快速发展的态势。当前,我们需要把握好这个重要的时代契机,推动商事调解走向远大的未来。为此,至少可以从以下方面着手:

1、充分利用《新加坡调解公约》带来的契机,进一步推动商事调解的发展,认真应对其带来的挑战,确定商事调解的发展战略,合理布局。将公约在国内批准落地作为重点,科学慎重设计针对商事调解协议执行的司法审查程序,完成相关配套措施。不宜将这一制度简单照搬适用于国内各类商事调解,以避免陷入不必要的混乱和争议,如所谓虚假调解等问题。

2、提高顶层设计能力,加强综合调解立法、商事调解立法、单行立法等各种方式的研

究。在立法之前,首先应致力于建立商事纠纷解决机制的宏观整体发展战略,区分国际与国内商事调解,传统(狭义)商事调解与新型消费和专门性调解,根据需要设计各种公益性与市场化并行的专门性制度。其次,应逐步整合各类商事调解组织、明确各自的性质、定位、功能和运行模式。最后,在继续完善诉调对接和司法确认模式的同时,应以“把非诉讼机制挺在前面”为目标,重点扶持非诉讼民间社会调解机制,发挥其在减少诉讼、预防和早期解纷、实行市场治理和商事主体自治方面的重要作用。

3、在司法部的新体制框架下,建立司法部与主管部门协同的商事调解管理体制;制定调解组织管理法规,实行双重领导或专门备案登记制度和管理体制;在鼓励创新的同时,加强对调解组织的适度监管;建立科学评价体系和准入与退出制度。尽早结束目前的混乱局面,走向整合期。

4、加强商事调解员的专门培训,加强相关理论研究。针对不同类型的调解员建立系统的行为规范、职业伦理和管理制度。尤其需要对律师参与调解制定系统的行为规范和职业伦理。

5、在商事主体中培育调解协商文化,逐步通过行业共识、行业协会规则、格式合同等各种途径,促进当事人将调解作为解纷首选方式纳入合同条款,并在合同中约定调解机构,以预防纠纷发生并尽可能避免仲裁诉讼。

贸促会系统的调解中心面对当前的契机和挑战,应注重找准自身定位——高端、民间、国际商事,稳扎稳打、谨慎扩张,加强国际化水平与国际合作,提高队伍素质及影响力、竞争力;继续提高互联网和电子技术的应用,开展在线调解;同时注重在制定公共政策、立法和相关管理规则中发声,为商事调解的发展做出更大贡献。

---

**Abstract:** Commercial mediation refers to a special mediation set up to resolve disputes concerning commercial activities between commercial subjects. It is a comprehensive mechanism composed of elements such as commercial mediation organization, rules, procedures and methods. Commercial mediation has a long history and rich practice, and has always been in the process of continuous development. Contemporary mediation is gradually separated from the consumer dispute resolution mechanism. China's international commercial mediation started earlier. Since the reform and opening up, the development of domestic commercial mediation has gone through several different stages and is still in an expansion period. At present, we should follow President Xi Jinping's instruction that the non-litigation mechanism should be kept ahead, grasp the important development opportunity brought about by the signing and entry into force of the Singapore Convention on Mediation, accelerate the top-level design and integration of commercial mediation, and promote commercial mediation to the future.

**Keywords:** commercial mediation; commercial dispute; dispute resolution; Singapore Convention on Mediation

---

## 参考文献

- 范愉: 自贸区建设与纠纷解决机制的创新,《法治研究》2017年1期。
- 范愉: 当代世界多元化纠纷解决机制的发展与启示,《中国应用法学》2017年第3期。
- 范愉: 申诉机制的救济功能与信访制度改革,《中国法学》2014年第4期。
- 范愉: 中小投资者保护与证券业纠纷解决机制的构建,《投资者》2018年第2期。
- 范愉: 诉讼社会与无讼社会的辨析和启示,《法学家》2013年第1期。
- 范愉: 委托调解比较研究——兼论先行调解,《清华法学》2013年第3期。
- 范愉: 中国非诉程序法的理念、特点和发展前景(非诉程序法研究),《河北学刊》2013年第5期。
- 范愉: 非诉程序(ADR)教程(第3版),北京:中国人民大学出版社,2016(本书第4版年内即将出版)。
- 范愉: 非诉讼纠纷解决机制研究.北京:中国人民大学出版社,2000。
- 范愉主编: 多元化纠纷解决机制.厦门:厦门大学出版社,2005。
- 范愉: 纠纷解决的理论与实践.北京:清华大学出版社,2007。
- 范愉等: 多元化纠纷解决机制与和谐社会的构建.北京:经济科学出版社,2011。
- 范愉、李浩: 纠纷解决——理论、制度与技能.北京:清华大学出版社,2010。
- 范愉等: 调解制度与调解人行为规范——比较与借鉴.北京:清华大学出版社,2010。
- 王丽编著: “一带一路”国际商事调解.北京:北京大学出版社,2019。
- 王生长: 仲裁与调解相结合的理论实务.北京:法律出版社,2001。
- 谢经荣主编: 商会调解的理论与实践.北京:法律出版社,2013。
- 徐伟、杨华中主编: 商事纠纷调解实务.北京:清华大学出版社,2013。
- 齐树洁主编: 世界各国调解制度.厦门:厦门大学出版社,2018。
- [澳]娜嘉·亚历山大主编,王福华等译: 全球调解趋势.北京:中国法制出版社,2011。
- [美]肯尼斯·R·范伯格著,孙伟等译: 补偿的正义——美国如何应对灾难.北京:法律出版社,2013。
- [美]罗杰·费希尔,威廉·尤里著,张新民译《谈判成功之道》北京:中国对外经济贸易出版社,1989。
- [美]罗伯特·芒金著,刘坤轮译: 谈判致胜.北京:中国人民大学出版社,2011。
- [美]伊森·凯什、[以色列]奥娜·拉比诺维奇·艾尼著,赵蕾等译: 数字正义: 当纠纷解决遇见互联网科技.北京:法律出版社,2019。
- [英]迈克尔·努尼著,杨利华,于丽英译《法律调解之道》北京:法律出版社,2006。

(责任编辑: 孙保国)

# 以某集装箱公司与泰国公司航运纠纷案为例 探析涉外仲裁案件法律适用

薛介年\*

---

**内容提要** 本案是涉外航运代理纠纷仲裁案。在解约、债务清算、滞纳金的计算、担保合同的效力等方面都涉及法律适用问题。涉案各方对涉外法律的来源、滞纳金利率的合同约定和涉外法律的冲突、不同法律对担保合同效力和担保期限的不同规定发表了各自不同的意见,在无法举证涉外法律时又对国内法予以认同。因此,本案是较为典型的涉外仲裁案件。通过对本案的剖析,作者结合司法实践和涉外海事仲裁案件的实务,探讨了一般涉外仲裁纠纷案件中较为集中的法律适用争议点。

**关键词** 航运代理 / 保证合同 解约 债务清算 滞纳金 担保效力 法律适用

---

中国海事仲裁委员会根据申请人香港某集装箱运输公司(以下简称“申请人”)与第一被申请人泰某海公司(以下简称“第一被申请人”)于2009年签订的、并由第二被申请人泰某南公司(以下简称“第二被申请人”,第一申请人与第二被申请人合称“被申请人”)作为担保人的涉案09《代理协议》(AGENCY AGREEMENT,以下简称“涉案09《代理协议》”)中的仲裁条款,受理了该代理协议下的拖欠业务费用争议案。

## 一、案情和争议

### 【案情】

申请人称,其于2009年7月1日与两被申请人签订了涉案09《代理协议》,约定由两被申请人承担申请人在泰国的所有航运代理业务。2010年2月,因申请人公司经营的需要,申请人按照涉案09《代理协议》的约定提前60日向被申请人发送了解约通知,并同时派员工多方与被申请人联系以协商解决本案纠纷。但被申请人在收到正式解约函后一直采取消极的拖延方式,且将应付申请人的业务款项计21,942,742.06泰铢拖欠至今,对申请人的正常经营带来较大的负面影响。因此,申请人依据涉案09《代理协议》

---

\* 薛介年,原上海海事法院研究室主任、审判委员会委员、高级法官。中国海事仲裁委员会仲裁员,题涉案件首席仲裁员。

中的仲裁条款提起仲裁,仲裁请求如下:

1、第一被申请人向申请人支付拖欠的业务费用共计 21,942,742.06 泰铢,以及滞纳金 73,664,173 泰铢;

2、第二申请人与第一被申请人承担连带付款、赔偿责任;

3、两被申请人承担本案仲裁费、律师费、公证费。

第一被申请人称,其是为代理申请人在泰国相关海运业务由泰方专门设立的公司,自 2004 年起即专门代理申请人业务。2010 年 3 月,未经第一被申请人同意,申请人单方终止涉案 09《代理协议》,申请人应赔偿第一被申请人提前终止涉案 09《代理协议》的各项损失,包括第一被申请人的预期收益和公司为此支付的各项费用。第一被申请人提出反请求:

1、申请人就终止涉案 09《代理协议》事宜进行清算,支付泰国海关扣押集装箱的堆存、处理及相关处理费用后依法清算相关业务费用;

2、申请人支付单方终止涉案 09《代理协议》的各项损失暂定为 3,690,276.18 泰铢;

3、本案仲裁费用,包括但不限于受理费、处理费、律师费、差旅费、评估费、文件费由申请人承担。

第二被申请人认为,涉案 09《代理协议》中没有关于担保事项的任何约定,且签字形式不符合泰国法律规定,第二被申请人不承担任何担保责任。

### 【争议】

本案经过仲裁开庭、事实调查、举证质证,事实基本查清。争议焦点的实质还是法律适用,而争议的解决也主要围绕法律适用问题的明晰而得到解决。本案双方围绕这三个法律问题进行了抗辩:一、本案适用中国法还是泰国法;二、第二被申请人是否需要承担担保责任;三、逾期利率的计算。

第一个问题,本案适用中国法还是泰国法。

申请人认为,本次仲裁应适用中国法。其理由是,

1、《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(以下简称“《涉外适用法》”)第十八条明确规定:“当事人可以协议选择仲裁协议适用的法律。当事人没有选择的,适用仲裁机构所在地法律或者仲裁地法律。”

2、从最密切联系原则上分析,仲裁协议本身就是对解决争议的约定,判断仲裁所适用的法律前提是要分析与仲裁协议有最密切联系的连接点。而目前国际、国内法律界一致的观点是,仲裁地作为仲裁程序进行地和仲裁裁决作出地对于仲裁协议有着更为密切的联系。并且,申请人在签订涉案 09《代理协议》之前直到现在,总部一直在上海,所有处理有关涉案 09《代理协议》的业务及联络也都在上海。故此,即便是依据《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国海商法》及/或《中华人民共和国民法通则》中规定的最密切联系的原则,本次仲裁仍应适用中国法。

3、从涉案方订立仲裁协议的初衷上分析,选择中国海事仲裁委员会上海分会是双方均默示同意仲裁所在地国的法律也即中国法来作为仲裁的准据法。

4、至于本案被申请人所主张的本案应适用所谓的泰国法是不具有事实和法律依据,具体存在以下几点明显的错误:

(1) 被申请人关于适用《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》(以下简称“《涉外适用规定》”)第五条第(十三)款的主张错误。该司法解释是法院审理诉讼案件时所应适用的法律,已排除了存在仲裁协议的情况,不适用于本案,故该司法解释不能作为判断本案仲裁所应适用法律的依据。

(2) 被申请人引用《涉外适用法》第十六条规定(即代理所适用法律)错误。本案讨论的是仲裁所应适用的法律,并且,上述提及的《涉外适用法》第十八条关于仲裁的法律适用与该第十六条规定在同一章节,本身就说明要区分有仲裁协议和无仲裁协议两种情况来分别判断。在有仲裁协议的前提下,若没有选择所适用法律,应适用仲裁机构所在地法。但若按被申请人逻辑,不区分是否有仲裁协议一律按合同性质判断的话,上述《涉外适用法》第十八条也就没有任何存在的意义,这不符合当初《涉外适用法》的立法原意。

(3) 被申请人所主张的最密切联系点均在泰国的观点错误。被申请人错误地将涉案09《代理协议》和仲裁协议混淆起来,对此,《涉外适用法》已有明确规定,在此不再累述。被申请人无视涉案09《代理协议》中存在明确的仲裁协议而只一味强调联系点在泰国的错误观点,不符合有关法律规定,该错误观点不应予以采信。

5、被申请人未能就泰国法完成举证。

(1) 出庭的泰国律师的身份是第一被申请人的委托代理人,其观点只是代理意见,具有明显的偏向性,并非从中立的立场对泰国法进行全面的解释,不能成为被申请人所单方声称的专家意见。另外,该律师只是律师身份,并非法学专家,也不能代表泰国的相关法律专业机构,无任何证据可以证明其所谓对泰国法的说明正确解释了泰国法的有关规定。

(2) 泰国律师自己也主张,泰国是成文法国家,故被申请人提供的所谓泰国高院的案例,不能作为判例引用。

(3) 另外,被申请人也未能举证其所引用的泰国民法条文是否适用于本案,是否目前仍有效。

第一被申请人认为,本案最密切联系地为泰国,应适用泰国实体法进行审理。

本案两位被申请人均为泰国注册法人,涉案09《代理协议》签订和履行地均在泰国,代理人所在地,代理行为争议发生地,终止合同的行为发生在泰国,相关处理法律依据均适用泰国法律。

中国相关法律对于涉外法律的适用也有明确的规定。《涉外适用法》第二条规定:“涉外民事关系适用的法律,依照本法确定。其他法律对涉外民事关系法律适用另有特别规定的,依照其规定。本法和其他法律对涉外民事关系法律适用没有规定的,适用与该涉外民事关系有最密切联系的法律。”第十六条规定:“代理适用代理行为地法律,但被代理人与代理人的民事关系,适用代理关系发生地法律。”《中华人民共和国合同法》

《中华人民共和国海商法》《中华人民共和国民事诉讼法通则》都规定合同当事人没有选择处理合同争议所适用的法律时,适用与合同有最密切联系的国家的法律。涉案 09《代理协议》适用代理人营业所所在地的法律。

《涉外适用规定》第五条(十三)规定:“委托合同,适用受托人住所地法。”第九条对于外国法律来源作出了明确规定:“当事人选择或者变更选择合同争议应适用的法律为外国法律时,由当事人提供或者证明该外国法律的相关内容。人民法院根据最密切联系原则确定合同争议应适用的法律为外国法律时,可以依职权查明该外国法律,亦可以要求当事人提供或者证明该外国法律的内容。”2006年11月公布的《最高人民法院公布第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》对查明境外法律的途径也作出了明确的解释:“51、涉外商事纠纷案件应当适用的法律为外国法律时,由当事人提供或者证明该外国法律的相关内容。当事人可以通过法律专家、法律服务机构、行业自律性组织、国际组织、互联网等途径提供相关外国法律的成文法或者判例,亦可同时提供相关的法律著述、法律介绍资料、专家意见书等。当事人对提供外国法律确有困难的,可以申请人民法院依职权查明相关外国法律。”

查明境外法律文件是审判机构本身的责任,其法律来源形式包括互联网等公共信息,没有要求必须经过公证程序。申请人已提交了经泰国公证机构公证的民法典、互联网网址等信息,仲裁庭完全有条件予以查明。申请人不否认被申请人提供泰国法典内容,也无法提供不同的法律文件。仲裁庭应当依法采用最密切联系地的泰国当地法律审理本案。

第二个问题,第二被申请人是否需要承担担保责任。

申请人认为,第二被申请人应承担担保责任。

1、依据《中华人民共和国担保法》(以下简称“《担保法》”)司法解释第二十二条第二款规定,“主合同虽然没有保证条款,但保证人在主合同上以保证人的身份签字或者盖章的,保证合同成立。”涉案 09《代理协议》签署页上,明确约定第二被申请人作为代理人(即第一被申请人)的担保人,并且,第二被申请人也签字盖章,故此,本案的保证合同关系成立。第二被申请人代理人所谓不知道有担保事宜直到仲裁时才说的说法,完全违背了事实。

2、《担保法》司法解释第十条规定,“主合同解除,担保人对债务人应承担的民事责任仍应承担担保责任。”故,涉案 09《代理协议》已按约解除,第二被申请人仍应继续承担担保责任。

3、本案不存在超过《担保法》第二十六条规定的6个月除斥期间(即债权人有权自主债务履行期届满之日起六个月内要求保证人承担担保责任)。双方都确认的事实是,涉案 09《代理协议》是在4月16日起正式终止,第一被申请人作为债务人从合同终止之日起就负有偿还欠款的义务。并且,申请人从2010年2月13日向被申请人发出终止通知开始至今一直都是同时向第一被申请人及第二被申请人主张偿还义务。对此,申请人与被申请人的证据均可证明申请人已要求过第二被申请人作为担保人承担其保

证责任。基于上述事实,并依据《担保法》司法解释第三十四条第一款之规定,申请人在2011年6月提起仲裁,未过诉讼时效,第二被申请人不能免除担保责任。

第二被申请人认为,1、申请人与第一被申请人纠纷发生在泰国,双方在涉案09《代理协议》中未约定仲裁适用的法律,因此,应适用最密切联系地泰国当地法律。

第二被申请人为泰国注册公司,申请人要求第二被申请人承担的相关法律行为发生在泰国,亦要求第二被申请人在当地履行,因此本仲裁应适用泰国法律。

2、依据《泰王国民商法典》第1111(6)条,代理协议中没有关于担保事项的任何合同约定,且签字形式不符合泰国法律规定,第二被申请人不承担任何担保责任。

依据《泰王国民商法典》第1110、1111条的规定,董事代表公司对外行使职权必须依据公司的授权,董事对外行使职权时均要求符合公司登记人数的董事签字并加盖公司公章。这是泰国公司对外签署协议的通行做法,一如中国公司对外签署协议时以公章作为依据。

依据泰国商务部曼谷有限公司注册办公厅4056306号第二被申请人公司注册证明书,第3条规定,公司两位董事共同签名或加盖公章才对公司有约束力。在申请人与第一被申请人的涉案09《代理协议》中,第二被申请人仅有一人的签字,不符合法律规定,因此,该协议对第二被申请人没有任何法律效力,第二被申请人不承担任何法律责任。

公司对外的商业行为应遵守当地的同行做法和法律理解,泰国当地法律理解为:工商注册为必须对外公布的法定信息,包括签署有效合同及文件所需的董事人数,及签署合同的形式,如必须加盖公章等。以上信息为对外公布的公众信息,并作为保护公司免受不当员工行为侵害的法律依据。如公司在与相对方签署协议时,均应确认对方公司本身的合法性及公司承担法律责任所需的形式条件。不符合法定生效条件签署的合同,对公司没有法律效力。

本案相关商业行为均发生在泰国,应以泰国当地签署合同通常的形式为判断依据,对此泰国高级法院的判决也有明确的司法解释。

3、申请人未在中国法律规定的期限内明确要求第二被申请人承担担保责任,不得再依据《担保法》,要求第二被申请人承担担保责任。

《担保法》第二十六条规定:“连带责任保证的保证人与债权人未约定保证期间的,债权人有权自主债务履行期届满之日起六个月内要求保证人承担保证责任。在合同约定的保证期间和前款规定的保证期间,债权人未要求保证人承担保证责任的,保证人免除保证责任。”申请人多次确认,涉案09《代理协议》于2010年1月7日通知终止,3月6日正式终止。在合同终止后,申请人未在合同终止后六个月内要求第二被申请人承担连带担保责任。截至举证期限届满,申请人也未向仲裁庭提供任何要求第二被申请人承担担保责任的证据。因此,申请人不得依据中国法律规定要求第二被申请人承担担保法律责任。

第三个问题,逾期利率的计算。

申请人认为,申请人主张的利息损失是基于涉案09《代理协议》第7.1条之约定,

即被申请人应按申请人要求将全额运费附加费等费用支付给申请人,否则,被申请人要按每日千分之五的费率向申请人支付赔偿金。

被申请人未支付费用为 20,999,342.06 泰铢加上 443,400 泰铢再加上 500,000 泰铢,总计 21,942,742.06 泰铢,也即申请人在仲裁申请书第一项请求事项中记载的金额。申请人根据每笔费用应当支付的日期(最早起算日期是 2010 年 2 月 15 日)分别计算至 2011 年 12 月 20 日(暂计),利率按千分之五,总计赔偿金额为 73,644,173 泰铢。

申请人是依据合同的约定主张的上述赔偿金,而合同是约定了一个因违约产生的损失赔偿额的计算方法,符合《中华人民共和国合同法》第一百一十四条之规定。最终产生的结果完全是由于被申请人故意一直拖欠相关款项所导致的,而不是合同约定方式的问题。

被申请人认为,滞纳金计算没有事实依据,计算方法也不正确,双方应进行清算后,确认是否存在债务,再计算滞纳金。依据《泰王国民商法典》第 224 条的规定,计算的滞纳金利率不得超过年利率 7.5%。申请人要求每日千分之五,年利率达到 182.5%,违反法律规定,属于无效条款,不应作为计算依据。

## 二、仲裁庭意见

### (一) 关于本案适用法律

关于本案的法律适用,申请人和被申请人都充分阐述了自己的观点,虽然分歧很大,但双方的共同点是认为应该根据最密切联系原则,来确定本案的准据法。

申请人认为,仲裁地作为仲裁程序进行地和仲裁裁决作出地对于仲裁协议有着更为密切的联系。被申请人认为,《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国海商法》《中华人民共和国民事诉讼法通则》都规定合同当事人没有选择处理合同争议所适用的法律时,适用与合同有最密切联系国家的法律。代理合同,适用代理人营业所所在地的法律。委托合同,适用受托人住所地法。

仲裁庭认为,涉案 09《代理协议》虽然约定了仲裁机构,但没有约定适用法律。申请人称涉案代理协议由其先签署并发给被申请人,被申请人签章后回寄申请人。因此,仲裁庭认定涉案 09《代理协议》签订地为泰国。鉴于代理协议的代理人和担保人是泰国法人,涉案 09《代理协议》的履行地即代理业务的发生、处理、结算均在泰国,故仲裁庭认为泰国法律与本案有着更为密切的联系。依据最密切联系原则,本案争议应适用泰国法律解决。

根据《涉外适用规定》第九条:“当事人选择或者变更选择合同争议应适用的法律为外国法律时,由当事人提供或者证明该外国法律的相关内容。人民法院根据最密切联系原则确定合同争议应适用的法律为外国法律时,可以依职权查明该外国法律,亦可以要求当事人提供或者证明该外国法律的内容。”被申请人提交了经泰国公证机构公证的民法典,因此,仲裁庭可以适用由第一被申请人提供的泰国法律。

## （二）关于第二被申请人的连带责任担保

多数仲裁员认为,申请人是注册在香港的中国公司,对于泰国的业务和法律并不了解,这也是申请人签订代理协议委托第一被申请人处理相关业务的缘由之一。而且,申请人与第一被申请人有着长期的业务往来关系,双方曾在2004年签订过代理协议,并也是由第二被申请人的董事签字盖章作为担保人。申请人正是基于第一被申请人与第二被申请人董事之间的亲属关系、第二被申请人的资产实力以及第二被申请人的董事签字并加盖公司印章,合理善意地相信了第二被申请人愿意为第一被申请人提供担保。

并且多数仲裁员认为,被申请人引用的有关泰国法律只规定了公司登记时应当注明公司董事有权签署协议的人数或姓名,而被申请人主张的应有两位董事签名加盖公章才能代表公司的说法,是由第二被申请人公司登记证书第三条规定: Sumit Leungsuwan 先生签名并盖公章,或者其他任何两位董事共同签名并盖公章。第二被申请人提供的公司登记证书签发日为2011年8月2日,并非签订涉案09《代理协议》之时或代理协议履行期间,而是在代理协议终止后并且在本案申请人提出仲裁申请之后。因此,多数仲裁员认为不能依据第二被申请人的该份登记证书中的规定来认定涉案09《代理协议》签订应由第二被申请人的两位董事签字盖章才能代表公司。所以,多数仲裁员认定第二被申请人应当为第一被申请人承担担保责任。

鉴于双方当事人没有提供泰国担保法的有关规定,根据《涉外适用法》第十条第二款的规定:“不能查明外国法律或者该国法律没有规定的,适用中华人民共和国法律。”并且,第二被申请人在论证担保责任时,也引用了中国的《担保法》。因此,多数仲裁员认为,可以参照中国《担保法》第19条的规定,在合同没有明确规定保证责任为一般保证或连带保证的情况下,保证人应承担连带保证责任。第二被申请人援引中国《担保法》第26条的规定,主张申请人未在合同终止后六个月内要求第二被申请人承担连带担保责任。但是,多数仲裁员注意到涉案09《代理协议》终止后,申请人就涉案争议发送给第一被申请人的多份往来函件都抄送了第二被申请人,并且申请人还直接致函第一被申请人及第二被申请人,故多数仲裁员对于第二被申请人的该项抗辩不予支持。

因此,根据《仲裁规则》第六十一条的规定,仲裁庭依据多数仲裁员意见,认为第二被申请人应该为第一被申请人拖欠申请人的有关费用承担连带保证责任。

## （三）逾期利率的计算

申请人要求第一被申请人支付滞纳金73,664,173泰铢。

申请人以涉案09《代理协议》约定滞纳金为每日千分之五计算,滞纳金为73,664,173泰铢。被申请人认为,滞纳金每日千分之五则年利率达到182.5%,该约定显属不合理且有违泰国法律规定,不应作为计算依据。

仲裁庭认为,被申请人的意见可以采纳,可按《泰王国民商法典》第224条的规定:“A money debt bears interest during default at seven and half per cent per annum. If the creditor can demand higher interest on any other legitimate ground, this shall continue to be paid.”以7.5%年利率计算滞纳金。支持申请人的请求为21,523,542.06泰铢,起算日期

为收到账单第二日即 2010 年 9 月 25 日,截止日期为 2011 年 12 月 20 日,共 452 天,按年利率 7.5% 计算,则滞纳金为 1,999,035.82 泰铢。

仲裁庭最终裁决:

第一被申请人应于本裁决作出之日起 20 日内向申请人支付拖欠的业务费用计 21,523,542.06 泰铢,并支付滞纳金 1,999,035.82 泰铢;第二被申请人应与第一被申请人承担连带付款、赔偿责任。

驳回第一被申请人要求申请人就终止涉案 09《代理协议》事宜进行清算的请求;对于第一被申请人要求申请人支付泰国海关扣押集装箱的堆存、处理及相关处理费用的请求,不予审理;对于第一被申请人要求申请人支付单方终止合同的各项损失暂定为 3,690,276.18 泰铢的请求,不予审理。

### 三、对法律适用的思考

近年来,随着我国对外改革开放的扩大,一带一路的拓展,涉外经济贸易活动活跃,涉外仲裁案件也随之增多。如何正确地理解、适用涉外仲裁案件的准据法,是我们快速、公正、公开、公平处理涉外案件的关键,因此厘清选择准据法思路,建立相对规范的程序,尤为重要。结合本案和以往仲裁实践,作些探讨。

#### (一) 依我国法律规定,确定涉外民事关系的适用法律

选择在我国仲裁的涉外仲裁案件,当事人可通过协商选择适用的涉外民事法律。但是多数情况,当事人没有选择适用法律。在仲裁程序一开始,因法律适用的明显的差异,发生激烈的争辩。因此,了解、熟悉我国的涉外民事法律适用规定,依据仲裁地法,选择法律适用,就成了关键一步。

2011 年 4 月 1 日《涉外适用法》的公布实施,对我国涉外案件民事关系适用法律的确定,发挥了至关重要的作用。该法第一条开宗明旨,“为了明确涉外民事关系的法律适用,……制定本法”。该法第二条又进一步明确,“涉外民事关系适用的法律,依照本法确定。其他法律对涉外民事关系法律适用另有特别规定的,依照其规定。本法和其他法律对涉外民事关系法律适用没有规定的,适用与该涉外民事关系有最密切联系的法律。”该法条有三层意思:1、涉外民事关系适用的法律,依照本法确定;2、其他法律对涉外民事关系法律适用另有特别规定的,依照其规定;3、本法和其他法律对涉外民事关系法律适用没有规定的,适用与该涉外民事关系有最密切联系的法律。因此无论涉外民事法律关系当事人选择适用法律时,还是仲裁庭在判断当事人选择的涉外民事法律适用时是否得当或运用涉外民事法律裁决案件,都必须依据这个法律为准绳。这个大前提、大框架一定不能忘。包括《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(一)》(以下简称“《司法解释一》”),都是有法律效力的规定,且能直接引用。这个规定并不排斥对仲裁案件的处理,对仲裁案件的处理同样适用。

又如,涉外仲裁案件审理伊始,就需要对该案件作出涉外民事法律关系的界定。《司

法解释一》第一条“民事关系具有下列情形之一的,人民法院可以认定为涉外民事关系:(一)当事人一方或双方是外国公民、外国法人或者其他组织、无国籍人;(二)当事人一方或双方的经常居所地在中华人民共和国领域外;(三)标的物在中华人民共和国领域外;(四)产生、变更或者消灭民事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外;(五)可以认定为涉外民事关系的其他情形。”最高院司法解释从当事人主体、住所地、标的物所在地、法律关系产生、变更或消灭地及其他情况,非常明确地界定了涉外民事法律关系的范围。相反,法律没有明确规定当事人可以选择涉外民事关系适用法律的,当事人选择涉外适用法律,人民法院应认定该选择无效。《司法解释一》第六条)或一方当事人故意制造涉外民事关系的连结点,规避中华人民共和国法律、行政法规的强制性规定的发生,同样会被认定无效。《司法解释一》第十一条)

由此可见,在审理或仲裁涉外民事法律关系的案件或纠纷时,也必须先厘清是否属涉外民事法律关系。否则会在仲裁涉外民事纠纷案件中,刚一起步就在案件的定性上犯错。为此,涉外民事法律关系案件当事人或仲裁员都必须对我国涉外民事法律关系的法律充分理解,做好功课。

## (二) 涉外民事法律关系意思自治原则和最密切联系原则的体现和适用

涉外民事法律关系当事人的意思自治原则和最密切联系原则在涉外仲裁案件中往往能得到最充分的体现。通常涉外海事海商仲裁案件当事人及其代理律师的业务能力及法律功底都比较强,仲裁正是他们展示才华的舞台。涉外仲裁案件的仲裁员、仲裁庭也在这舞台上施展他们的能力,从而好戏连连。

如题涉仲裁案件,申请人是注册在中国香港的航运企业,两被申请人是泰国公司,他们选择了中国海事仲裁委员会上海分会仲裁,这是一种意思自治的体现,只是没有选择适用的法律。正因为没有选择适用的法律,在仲裁的每一个争议焦点上,甚至仲裁的全过程都为适用法律进行争辩,花费了大量的时间和精力。题述仲裁案法律适用的争议和辨析,有典型意义,不妨再回顾和总结一下。

### 1. 关于厘清合同的性质和特性

题涉仲裁案,即使双方当事人一致认定是航运代理合同纠纷,可根据最密切联系原则选择适用的法律,但落实到具体案件,涉案 09《代理协议》应适用中国法还是泰国法,仍有争议。申请人认为,从最密切联系原则上分析,申请人在签订涉案 09《代理协议》之前直到现在,总部一直在上海;选择中国海事仲裁委员会上海分会是默示同意用中国法来作为仲裁的准据法。被申请人认为,本案最密切联系地为泰国。被申请人均为泰国注册法人,涉案 09《代理协议》签订和履行地均在泰国,代理人所在地、代理行为发生地、终止合同的行为发生在泰国,相关处理法律依据均适用泰国法律。虽然双方当事人都以意思自治原则和最密切联系原则来选择法律适用,但结论却完全不同。原因何在?就是因为和如何厘清合同的性质和特性有关。《涉外适用法》第五条第二款规定,“人民法院根据最密切联系原则确定合同争议应适用的法律时,应根据合同的特殊性质,以及某一方当事人履行的义务最能体现合同的本质特性等因素,确定与合同有最密切联

系的国家或者地区的法律作为合同的准据法”。所谓特征性履行,是指双务合同中代表合同本质特征的当事人履行合同的履行行为。例如,买卖合同中卖方交付物品的给付行为、雇佣合同中受雇人提供劳务的给付行为,反映了这两种合同的本质特征,因而属于特征性履行。因此,合同准据法应为担负特征性给付义务的当事人的住所地法,或惯常居所地法,或营业所所在地法。《涉外适用法》第十六条规定:“代理适用代理行为地法律,但被代理人与代理人的民事关系,适用代理关系发生地法律。”该条更是针对代理合同作出规定。本案合同的性质是代理合同,本质特性是代理的行为,包括费用结算、利息计算、担保效力等,都与行为发生地的法律有关。合同最后的签订地是泰国,代理营业所所在地是泰国。因此,认为适用泰国法律是符合法律规定的。

根据合同的特殊性质,以及某一方当事人履行的义务最能体现合同的本质特性等因素,确定与合同有最密切联系的国家或者地区的法律作为合同的准据法,是选择或评判涉外法律选择是否得当重要的标准之一。

### 2. 关于查明涉外法律与事实的关联点

在保证合同是否成立问题上,申请人认为,涉案 09《代理协议》签署页上,明确约定第二被申请人作为代理人(即第一被申请人)的担保人,并且,第二被申请人也签字盖章,故此,本案的保证合同关系成立。第二被申请人认为,依据《泰王国民商法典》第 1110、1111 条的规定,董事代表公司对外行使职权必须依据公司的授权,董事对外行使职权时均要求符合公司登记人数的董事签字并加盖公司公章。在申请人与第一被申请人的代理协议中,第二被申请人仅有一人的签字,不符合法律规定,因此,该协议对第二被申请人没有任何法律效力,第二被申请人不承担任何法律责任。

由于当事人提供的涉外法律往往是孤立的、单篇或单章节,仲裁庭也不一定了解相关的完整全面的法律规定,因此还必须对法律条文的内容认真阅读,并和相关事实作对照,看法条是否适用本案。本案仲裁庭认为,申请人与第一被申请人在 2004 年签订过代理协议,也是由第二被申请人的董事签字盖章作为担保人,且长期沿用下来,这是事实。被申请人引用的有关泰国法律,规定公司登记时应当注明公司董事有权签署协议的人数或姓名,董事对外行使职权时均要求符合公司登记人数的董事签字并加盖公司公章。但是,第二被申请人提供的公司登记证书签发日为 2011 年 8 月 2 日,是在涉案 09《代理协议》终止后并且在本案申请人提出仲裁申请之后。多数仲裁员认为,不能依据第二被申请人的该份登记证书要求,来认定代理协议签订应由第二被申请人的两位董事签字盖章才能代表公司。被申请人举证的这项规定与该份登记证书不能约束和否定涉案 09《代理协议》的签字效力。仲裁庭认定第二被申请人应当为第一被申请人承担担保责任。

通常当事人举证的涉外法律,不免会选择对自己有用的或有利的法条,因此,在适用外国法律时,除了要审查涉外法律的来源,对当事人提供的涉外法律的内容还要仔细核对,对关联的事实也要作仔细的核实。

### 3. 关于双方当事人默认适用法律

在担保责任人是否还在担保责任期间内的问题上,双方也有争议。第二被申请人援

引中国《担保法》第二十六条规定的6个月除斥期间（即债权人有权自主债务履行期届满之日起六个月内要求保证人承担担保责任）。申请人未在合同终止后六个月内要求第二被申请人承担连带担保责任，这就免除了担保人的担保责任。申请人认为从2010年2月13日向被申请人发出终止通知开始至今，一直都是同时向第一被申请人及第二被申请人主张偿还义务。

因此在适用法律问题上，又是一个变化的情况。仲裁庭认为其一，在担保期限问题上，双方当事人没有提供泰国担保法的有关规定，根据《涉外适用法》第十条第二款的规定：“不能查明外国法律或者该国法律没有规定的，适用中华人民共和国法律。”其二，第二被申请人在论证担保责任时，也引用了中国的《担保法》。《司法解释》（一）第八条第二款规定：“各方当事人援引相同国家的法律且未提出法律适用异议的，人民法院可以认定当事人已经就涉外民事关系适用的法律做出了选择”。双方当事人共同根据中国的担保法，对担保期限进行抗辩，仲裁庭大多数仲裁员认为，当事人对适用的法律做出了选择，符合法律规定，应当允许。仲裁庭同意申请人的意见，第二被申请人仍应承担担保责任。

因此，如果当事人总体上主张适用外国法，具体问题上不能举证外国法，转而适用中国法，只要双方当事人没有异议，仲裁庭也应该允许当事人重新或就具体问题的法律适用作出选择。

#### 4. 关于双方选择法律的合理性比较

在代理协议约定滞纳金问题上，虽然反映出来的是数字，但本质上还是法律适用的选择。申请人主张的利息损失是基于涉案09《代理协议》第7.1条之约定，即被申请人要按每日千分之五的费率向申请人支付赔偿金。被申请人认为，按《泰王国民商法典》第224条的规定：“A money debt bears interest during default at seven and half per cent per annum. If the creditor can demand higher interest on any other legitimate ground, this shall continue to be paid.”以7.5%年利率计算滞纳金。滞纳金每日千分之五则年利率达到182.5%，该约定显属不合理且有违泰国法律规定。

仲裁庭认为，其一，最高人民法院《关于逾期付款违约金应当按照何种标准计算问题的批复》（法释〔1999〕8号）规定，对于合同当事人没有约定逾期付款违约金标准的，人民法院可以参照中国人民银行规定的金融机构计收逾期贷款利息的标准计算逾期付款违约金。法院执行的逾期执行利率是日万分之四。因此，日千分之五显然偏高，对偏高的滞纳金利率应作调整；其二，按当地的法律规定计算滞纳金比较符合合同履行地的实际情况。因此，仲裁庭多数仲裁员的意见同意适用泰国法计算滞纳金。

在双方适用法律有争议的情况下，适用最密切联系原则，加上衡量法律适用的合理性，也是仲裁庭的一种考量的办法。

#### 四、关于对涉外仲裁示范条款的建议

一般来说,规范合同都有纠纷解决条款。合同当事人在合同履行时发生争议,协商不成可以选择诉讼或仲裁。这是当事人为解决纠纷意思自治的一次选择。但是一旦在诉讼和仲裁之间选择了仲裁,就必须形成仲裁协议/仲裁条款。仲裁协议/仲裁条款一定要规范,在海事仲裁实务中,有不少仲裁协议因不规范而被认定无效,甚至为仲裁协议/仲裁条款是否有效进行诉讼。因此中国海事仲裁委员会有仲裁示范条款,“凡因本合同引起的任何或与本合同有关的任何争议,均应提交中国海事仲裁委员会,按照申请仲裁时该会现行有效的仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的,对双方都有约束力”。这样的示范条款明确了仲裁机构和仲裁规则,是值得借鉴的。但是如果是涉外案件仲裁,这样的示范条款似乎就不够了,因为缺乏适用法律的约定。建议涉外民事法律关系人在选择仲裁,签订仲裁条款时,考虑适用的涉外民事法律。如果涉外仲裁协议/仲裁条款有商定的适用法律,那么就不需要争议发生时,在仲裁过程中把大量的精力、注意点放在选择适用的涉外法律上。更重要的是,预先约定了适用的法律,双方当事人对合同的制定,对合同的履行,对双方行为的约束就更规范更明确更合理了。

---

**Abstract:** This is a foreign-related arbitration case concerning shipping agency disputes. The issue of applicable law is involved in various aspects such as termination of the contract, settlement of debts, calculation of late fee, and validity of security contract. The parties have disputes over the source of the applicable foreign law, the conflicts between the parties' agreement and the stipulation of the applicable foreign law in terms of the interest rates of late fee, as well as validity and duration of the security contract which varies with the choice of applicable law. Where the parties fail to refer to the applicable foreign law, they, however, cite the relevant provisions of the domestic law in their arguments. Therefore, this is a typical foreign-related arbitration case. Through the analysis of this case, the author draws on both of his judicial and the foreign-related maritime arbitration practice, and probes into the key issue of applicable law which is commonly seen in foreign-related arbitration cases.

**Keywords:** shipping agency / security contract; termination of the contract; settlement of debts; late fee; validity of security contract; applicable law

---

(责任编辑:齐 骥)

# 商事调解员的素质及思维

沈四宝\*

---

**内容提要** 随着《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(《新加坡调解公约》)的通过和实施,国内外再次掀起了对商事调解的利弊以及调解员所需具备的基本素质的热议。本文将自己多年来对商事调解的认识及对调解的核心元素即调解员的素质及其思维进行分析和总结,并认为相比诉讼和仲裁,调解具有其独特的优势,它不仅有利于双方商业活动的持续性,不会因为眼前纠纷处理不当而丧失双方在未来的合作的空间与机会,并且它还有利于节约解决争议的时间成本和实际费用。同时,本文还对一个优秀的调解员所需具备的基本素质及其思维方式提出了自己的看法,本文认为,一个优秀的调解员不仅需要有责任心、善于出点子打破僵局,还需要耐心以及高超的说服能力,在思维上,他也需要具备中立、共赢以及商业的思维。

**关键词** 调解的优势 基本素质 调解员的思维方式

---

## 一、调解的概念及其优势

### (一) 调解的概念

对调解的学术定义,无论是境内外,还是实务界,或是理论界都有自己的解读。但是,大家也都有共同的理解,那就是:调解是指争议各方在第三方(调解者)组织下,通过协商的方式解决他们之间争议的一种方式。

在这里,要强调的是:第一、调解的基础是双方的协商,双方自行达成的调解协议仍是双方协商一致的产物,而不是一种凌驾于双方当事人身上的一种裁定;第二、调解式的谈判协商必须由第三人参与,并由第三人组织引导而不是双方自行协商。

在西方社会,专业人士更倾向把调解定义为有第三方参加的谈判协商或说是由第三人参加的谈判协商的继续。这个定义揭示了调解是建立在争议双方谈判的基础上,或者说,调解过程也就是争议双方谈判协商的过程,必须有第三人(参与)进行组织引导,促进双方继续谈判和解的过程,因此,调解是建立在谈判基础上的一种和解过程,由于调解员的加入,使之进入了更高阶段的谈判。调解的过程,是调解员通过组织指导双方当事人以谈判协商的方式来达到和解的过程,在这个过程中,当事人始终是达成和解的主体,

---

\* 沈四宝,中国贸促会调解中心副主席、对外经贸大学法学院教授。

调解员只是客体。

## （二）调解的优势

调解相对仲裁和诉讼,具有很多优势,我认为对当事人来说最主要的有以下二点:

第一、有利于双方商业活动的持续性,不会因眼前纠纷处理不当而丧失客户

由于调解方式解决争议都是建立在双方协商一致基础上的,所以能达到案结事了不伤友谊的效果。为继续保持客户关系,持续进行商业活动增强了信心:即使双方产生了争议,也可以通过调解予以解决。对于商人来说,市场最重要,维持客户就是维护了商业的生命线。

第二、调解有利于节约解决争议的成本

解决争议需要成本和费用,但是调解能大幅度地降低解决争议的时间成本和实际费用。在商事活动中,包括解决商事纠纷中,时间就是金钱,效率就是生命,迟来的公正往往会失去其存在的意义。而调解可能在一天或数天就解决了争议,马上能投入继续履行合同的的过程中。在这里,时间成本可以得到大幅度减少。事实上,商业活动中,时间成本往往是首先要考虑的关键点。

尤其在疫情条件下,时间具有特别重大的意义,如果要通过司法或仲裁手段论证在某个合同中是否适用不可抗力以及证实疫情与合同无法继续履行之间的直接因果关系,以及确定相应的救济手段,这是一件十分费时的审理过程,加上案件数量的上升,这将使案件处理的时间必然拖长。但不可抗力造成的损失是需要极短的时间内予以恢复,这是双方当事人共同的最大利益。

当然,作为调解员的优势还有很多,例如,《新加坡调解公约》生效后,一些符合公约要求的国际性调解书可以在他国法院得到承认和执行,又如,从宏观上来看,通过调解解决的争议越多,对维护社会秩序,保持国家的长治久安的社会支持则越大。从微观上分析,调解更能体现当事人的意思自治,调解的结果的履行率更高等等。

总之,商事调解确实是解决商事争议具有其独到的受商界欢迎的一种方式,同样,它也带来了调解员的特殊要求。

## 二、调解员需要具备的基本素质

调解员需要有比其他从事争议解决的专业人员来说有更高的素质来从事调解工作,这是因为调解员在进行调解过程中,他只是一个组织者,他没有也不可能依靠任何强制性的权力来进行调解工作,只能靠他自己所拥有的经验、智慧和人格魅力等基本素质来实现的。从这个意义上来说,调解员在调解过程中,应该具有比其他从事争议解决的专业人士更强的素质、更强的判断力和更灵活的组织能力。

### （一）社会责任心

一个成功的调解员,其必备的素质就是社会责任心,他必须是一个富有社会责任心的人。所谓社会责任,就是指一个社会成员深切感到其与整个社会的依存关系,从而产生对社会的报答之心和大爱之情。他可以不计或少计个人报酬而甘愿为社会贡献力量。

作为调解员的社会责任心,则主要表现为甘愿为解决他人纠纷,为维护社会秩序做出贡献,从这点出发,他应该是公德心强,人格品质高尚,与人为善,对帮助他人排忧解难充满热情。社会责任心强的调解员,自然能保持公正和中立,这是能否当好调解员的基石。

另外,必须要提到的是,调解员的报酬相对于其他法律服务的报酬而言,往往是微不足道的,因此在一个成熟的社会里,调解员往往是德高望重者,他们愿意把自己的人生阅历和社会经验贡献给社会调解事业,因此在有的西方国家,把调解工作形象的称为“老顽童的游戏”。

### (二) 善于出点子、提方案,打破僵局

在调解中,遇到的最主要的问题就是无法打破双方出现的僵局。如果僵局打不破,调解就会失败。在这个坎上,作为调解员的首要任务就是直接出点子、提方案,引导双方打破僵局。在西方社会的调解过程中,就是由调解员主持发起一场头脑风暴(brainstorming),即包括调解员在内共同想办法,出主意,寻找各种方案来打破这个僵局。调解者作为头脑风暴的主持人和组织者,应该有这个能力和条件积极主动地提出各种不同方案提供当事人选择,这是调解者贡献其经验和智慧的最佳时机,也是对调解员素质的重大考验。

能否恰到好处地提出方案,并为双方当事人理解和接受,实际上也是调解能否得到最终成功的关键。它要求调解员具有必要的专业知识,更需要其有一定的人生阅历,丰富的生活经验和解决矛盾的能力。调解员见多识广,往往会在头脑风暴中,起更活跃的作用。所以说,善于打破僵局者,往往是能“读万卷书,行万里路,交万人友,识万类人”的社会活动家(者)。

### (三) 耐心

耐心是调解员必不可少的素质之一。有经验的仲裁员都会遇到这类情况,即双方当事人在陈述事实时,往往会宣泄对另一方当事人的不满、怨气甚至愤怒,还会带有强烈的感情色彩。另外,还常会出现当事人阐述问题杂乱无章和不断重复;双方当事人会对各自的诉求坚持不变,或者是不断的讨价还价,从而形成僵局难以打破等现象。普通人遇到此种现象,自然会感到难以忍受,以至失去耐心,在这种情况下,调解员的耐心特别重要,没有必要的耐心是完不成调解任务的。

人们往往认为耐心只是一种性格,但是调解实践告诉我们,耐心实际上是一种综合能力的表现,也是其对处理案件有信心的体现。耐心作为一种能力,主要表现在其具有很强的聆听能力,在调解中,双方当事人之所以寻求第三人作为双方协商的组织者,他们就是希望向其倾诉各自遭遇,发出各自的怨气,这时候,调解员的耐心是必要的,而且要具有一种乐于聆听的热情和善于聆听的能力。调解员的耐心还体现在其对解决纠纷的信心,而信心是建立在对复杂案件的精准把握和对当事人特点了解的基础上的。

### (四) 说服能力

进入调解阶段,作为组织者的调解员,对于解决争议的主张和方案有义务向各方解释。这时候的解释是不得带有任何裁判者的权威和强制的因素,完全靠调解者自身具有的高超说服力。

所谓说服力,就是调解员依靠自身的经验、知识和智慧,用语言向当事人表明自己的观点以便让对方接受的一种能力和技巧。说服能力的强弱直接关系双方僵局能否打破,因此也是调解员的重要素质。

### 三、调解员的思维

人的思维是指从事某具体职业的人特定的思想方法或思想路径。具体来说,各行各业都有自己特定的思维方式或思维习惯。它实质上体现了一个专业人员从其专业领域内观察问题和解决问题的能力。一个人的思维方式从根本上决定了其工作能力及其专业影响力。

作为调解员,应该具备调解员特有的思维方式,它决定着调解工作的方向、方法和成败,必须要高度重视。

#### (一) 中立思维

调解员是解决争议的协调者,而不是裁判者。在解决商事纠纷的活动中,诉讼、仲裁和调解是常见的形式。而且都是由第三人(法官、仲裁员或调解员)参与解决争议的有效做法。调解员与法官和仲裁员在解决争议方式中的地位 and 角色是截然不同的:法官是代表国家行使司法权,其判决本身就具有国家主权强制性;仲裁员的裁判权尽管是双方当事人通过协议授予的,但是一旦仲裁协议生效,仲裁员在仲裁程序中的权威性也就建立起来了,使其同样具有对争议做出最终裁决权。但是,调解员作为第三人,在参与调解过程中,始终对争议不具有裁判权,只是一个协助双方参与调解的组织者,他可以起引领作用,但没有任何决定权。这一点十分重要,这是调解员与法官、仲裁员的最根本区别。

但是,在现实中,不少调解员的惯性思维使自己带上了权威人士的习惯做法、语言和思维方式。我认为,这是不利调解发展的。无论是谁,来自何方,只要是调解工作,必须定位定向即做一位中立公正的调解员。

#### (二) 共赢思维

调解员作为解决争议的引领者和组织者,其目标是设法让双方平息因争议而产生的怨气、怒气甚至仇恨,协助双方寻找其能接受的利益平衡点,指出只要双方能互相妥协和让步,就能够达到双赢的目标。在这里,妥协是前提,它是指引导各方在保持自身利益底线的基础上放弃部分利益,以便达到解决纠纷目的的一种手段。

共赢则是指双方都能保持各自核心利益的基础上的一种体面的结局。总之,无论是妥协还是双赢,调解员必须要帮助双方找到利益平衡点、双方的利益交汇点,在平衡点以外的利益都是双方可以妥协的次要利益。妥协共赢思维的核心就是承认双方争议的结果是可以达到双方基本利益的平衡,指出在双方争议的范围内是具有广泛的回旋余地和讨价还价的机会的,对此必须要坚持自己的信心,不受零和思维的影响而产生丝毫的零和思维。

零和思维,又称“零和博弈”,它是与妥协共赢相对的,在零和思维中,参与博弈的各方(争议方)在竞争中,一方得利必须和必然地意味着另一方的损失,争议各方的收益

和损失相加总和永远是“零”。此长彼消或此消彼长,双方无妥协余地。不是东风压倒西风,就是西风压倒东风,东西风之间没有协商的可能更无调解的余地。

我们的调解思维是妥协共赢,就是要在双方之间去寻找去发现妥协的“灰色地带”,达到共赢,而不是两者相加永远是零,调解员是绝不能受零和思维影响的。

### (三) 商业思维

调解的核心就是让争议双方在协商的基础上找出和解方案。调解不同于诉讼仲裁,它不需要依法做出裁判和裁决,因为参与调解的当事人很清楚,其通过调解的主要目的不是为了追求公平正义的裁判,他们的主要目标就是在最大限度的减少成本(包括时间成本)提高效率的基础上,能获得一个合理的方案,这个方案的出发点和归宿集中在商业利润上,这就必然要求调解员具有很强的商业思维方式,而不是只进行法治思维。调解的目的就是把双方的商业纠纷通过商业利益的平衡点予以解决。其前提是双方同意,同意的前提是双方的核心利益都得到了合理的照顾和考虑。因为自愿参与调解的争议双方不是主要来解决谁是谁非,谁是守约方谁是违约方,也不是来追求得到依法依规做出判决或裁决。因此,调解员的商业思维能力以及运用商业手段解决争议是至关重要的。商事纠纷的基础是商事,因此在调解中商业思维是案结事了的基础。

强调调解员的商业思维并不是不重视法治思维。法治思维是一个社会和每个社会成员必须具有的主流思维方式,更是法官和仲裁员裁判争议的首要遵循。但在调解中,调解员的思维方式还会受到社会主流文化的影响。

调解的制高点是文化,是构成一个社会主流文化的价值观、道德观以及追求的社会目标。说到底社会文化的各种因素的综合才是构成了调解员素质及其思维的基础。

---

**Abstract:** With the adoption and implementation of the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (Singapore Convention on Mediation), it caused a heated discussion about the advantages and disadvantages of commercial mediation and the basic quality that mediators require inside and outside of mainland China. This article will focus on the author's experience and understanding on commercial mediation and the core elements of mediation, which is the quality and mentality of a mediator. Compared with litigation and arbitration, mediation has its unique advantages. It not only helps to maintain the cooperation in the future between the two parties, and will help to save time and cost of resolving disputes as well. At the same time, this article also puts forward its own views on the basic quality and mentality of an excellent mediator. It holds that an excellent mediator needs not only a sense of social responsibility, and should be good at breaking the deadlock, but also should be patient and capable of persuasion. A mediator should keep a neutral, win-win and business mentality as well.

**Keywords:** advantages of mediation; overall quality; mentality of a mediator

---

(责任编辑:刘 纲)