

# 目录



# 商事仲裁与调解

7月10日出版

2020年第2期(总第2期)

## □ 热点追踪

- 《新加坡调解公约》的解读及中国商事调解制度的衔接 ..... 张丽英 3
- 中国企业应诉域名争端研究：基于 WIPO 域名争端案例的分析 ..... 张磊 郑翔文 18

## □ 理论研究

- 关于我国统一“调解法”制定中的几个问题 ..... 廖永安 32
- 我国国际商事和解协议执行机制研究 ..... 赵秀文 53
- 国际商事仲裁中仲裁地的确定及其法律意义
- 从 BNA v. BNB and another 案谈起 ..... 覃华平 69
- 虚假仲裁中案外人权利保障机制研究（下） ..... 宋连斌 武振国 82

## □ 案例分析

- 树欲静而风不止：CICC 司法审查仲裁协议第一案未尽问题之审思 ..... 张春良 毛杰 92

## □ 实践研究

- 论第三方资助仲裁对仲裁庭作出费用担保决定的影响 ..... 肖永平 赵家睿 108
- 国际仲裁第三方资助的披露制度研究
- 以香港和新加坡立法监管为切入 ..... 沈伟 董炜堃 117
- 国际投资仲裁中非法获取文件的可采用性研究 ..... 裴洋 金孟歆 138
- 鉴往知来,砥砺前行——回顾中国贸促会、中国国际商会调解中心发展历程
- 展望中国商事调解发展前景（上） ..... 穆子砺 149

# COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION

## No. 2 , 2020 ( Serial No. 2 )

July 10, 2020

---

The Interpretation of the Singapore Convention on Mediation and Its Connection with Commercial Mediation in China .....	<i>ZHANG Liying</i> ( 3 )
Chinese Enterprises' Response to Domain Name Dispute Analysis: Based on WIPO Domain Name Dispute Cases .....	<i>ZHANG Lei ZHENG Xiangwen</i> ( 18 )
Several Problems in Enacting the Unified Mediation Law in China .....	<i>LIAO Yongan</i> ( 32 )
On the Enforcement of the International Commercial Settlement Agreements in China .....	<i>ZHAO Xiuwen</i> ( 53 )
The Determination and Legal Significance of the Seat of Arbitration under the International Commercial Arbitration —Taking the BNA v. BNB and Another as An Example .....	<i>QIN Huaping</i> ( 69 )
Protection Mechanism of the Outsiders' Rights in False Arbitration (II) .....	<i>SONG Lianbin WU Zhenguo</i> ( 82 )
Re-considering on the Non-resolved Issues of the First Judicial Review on the Validity of the Arbitral Clause by CICC .....	<i>ZHANG chunliang MAO Jie</i> ( 92 )
The Impacts of Third Party Funding to the Decision-making Process of Arbitral Tribunal in Security for Costs.....	<i>XIAO Yongping ZHAO Jiarui</i> ( 108 )
Disclosure Rules of Third Party Funding in International Arbitration —from the Perspectives of Hong Kong and Singapore Experience .....	<i>SHEN Wei DONG Weikun</i> ( 117 )
On the Admissibility of Illicitly Obtained Evidence in International Investment Arbitration .....	<i>PEI Yang JIN Mengxin</i> ( 138 )
Review the Past and Foresee the Future; Sharpen and Forge Ahead (I) .....	<i>MU Zili</i> ( 149 )

# 《新加坡调解公约》的解读及中国商事调解制度的衔接

张丽英\*

---

**内容提要** 国际商事交往的日益频繁不可避免会有摩擦产生。传统的国际商事争议解决方式包括诉讼、仲裁、调解等,其中调解方式既有快捷、包容、便利的优势,又有缺乏强制执行力的劣势。《新加坡调解公约》赋予了调解以执行力,以多边的方式来解决调解达成的国际和解协议的跨境执行问题,中国已签署了该公约。本文分析了《新加坡调解公约》的创新设计,解读了公约适用的和解协议的条件、他国可以拒绝救济和解协议的情形等,并对中国商事调解制度的搭建及与公约的衔接提出建议,以促进中国商事调解制度的完善及与《新加坡调解公约》更好地衔接。

**关键词** 国际商事调解 和解协议 调解人 跨境执行力

---

近年在国际商事争端的解决方式上出现了“融合化”的趋势,即国际商事争端领域的三种主要模式——诉讼、仲裁和调解正在越来越多地互相借鉴、取长补短,彼此之间的边界已经开始模糊化。<sup>①</sup>该“融合化”的趋势也在近年涉及调解的国际立法上有所体现,2018年联合国国际贸易法委员会通过的《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)就是一例,<sup>②</sup>由于该公约于2019年8月7日在新加坡举办了签署仪式,因此,又被称为《新加坡调解公约》。<sup>③</sup>包括中国、美国在内的46个国家和地区作为首批签约方签署了该

---

\* 张丽英,中国政法大学国际法学院教授、博士生导师,中国海事仲裁委员会仲裁员,中国法学会世界贸易组织法研究会常务理事,中国国际经济法学会常务理事。本论文是国家社科专项课题项目:“一带一路”国际合作框架机制设计(项目号:18VSI050)的成果。

① 单文华:《国际商事争端解决的中国方案》,载于《法律日报》国际版2018年11月13日。

② 2018年6月26日,联合国国际贸易法委员会在其第51届大会上审议通过了《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》“UNITED NATIONS Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation”正式全文见联合国文件A/RES/73/198:《联合国大会第七十三届会议2018年12月20日大会决议》,下载于[https://uncitral.un.org/zh/working\\_groups/2/arbitration](https://uncitral.un.org/zh/working_groups/2/arbitration),最后访问时间2020年4月7日。

③ 2019年8月6日至7日,联合国国际贸易法委员会(United Nations UNCITRAL)于新加坡举办了《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》的签署仪式。

公约。该公约此后将在纽约联合国总部开放供各国签署。<sup>④</sup>《新加坡调解公约》最大的特点是赋予了和解协议以强制执行的效力。该机制的创设便利了国际商事和解协议在不同国家间的执行,提升了以调解方式解决国际商事争议的价值定位。

## 一、赋予调解协议“相对排他效力”的趋势

### (一) 调解方式缺乏强制力的劣势

在当前解决国际商事争议的主要方式中,调解以其特有的交互性、快捷性、便利性、温和性、包容性特点成为越来越受欢迎的争议解决方式,但调解缺乏强制力的问题也凸显出来。传统意义上的调解,调解员只能通过特定程序,在不带有任何裁判性质的情况下帮助当事人达成和解协议,而无权就争议解决做出对当事人具有约束力的决定。<sup>⑤</sup>关于国际商事调解协议的效力,联合国国际贸易法委员会于1980年就制定的《联合国国际贸易法委员会调解规则》(以下简称《调解规则》)即有所规定。<sup>⑥</sup>依《调解规则》第16条规定,当事人一旦约定以调解方式解决争议就不得在调解程序进行中将同类争议提交诉讼或仲裁解决。但这种排除诉讼与仲裁的效力往往因《调解规则》允许的当事人单方终止调解程序而减损。<sup>⑦</sup>在调解下,当事人也无义务必须就争议达成和解协议,且当事人参加调解程序并不妨碍其之后就争议提起诉讼或仲裁的权利。国际商事调解中达成的和解协议是否具有约束力及强制执行力的问题,涉及各国对调解的认可程度及司法对调解的支持力度等,各国立法在此问题上的不一致客观上阻碍了国际商事调解的发展。

### (二) 国际商事调解涉及的“调解协议”与“和解协议”

调解作为解决争议的过程涉及两个重要的法律文件,即调解协议与和解协议。“调解协议”是指当事人之间达成的、将已经发生或将来可能发生的争议交付调解程序解决的合意。“和解协议”是指各方当事人在调解程序结束前,就争议处理所达成的解决方案。<sup>⑧</sup>“调解协议”涉及调解程序的启动,是当事人选择将争议提交调解程序处理的合意,“调解协议”会对调解的中立第三方、调解的时间和地点、调解的程序及规则、适用的法

④ 《中国签署〈新加坡调解公约〉》,载于《人民日报》,2019年8月9日,03版。

⑤ Stephen B. Goldberg: Dispute resolution: negotiation, mediation and other processes, Aspen publishers, 2002, 4th ed, p111.

⑥ 《联合国国际贸易法委员会调解规则》/“UNCITRAL Conciliation Rules”全文详见联合国大会于1980年12月4日通过的35/52号决议,下载于[https://uncitral.un.org/zh/working\\_groups/2/arbitration](https://uncitral.un.org/zh/working_groups/2/arbitration),最后访问时间2020年4月7日。

⑦ 《联合国国际贸易法委员会调解规则》第15条:“The conciliation proceedings are terminated:(a) By the signing of the settlement agreement by the parties, on the date of the agreement; or(b) By a written declaration of the conciliator, after consultation with the parties, to the effect that further efforts at conciliation are no longer justified, on the date of the declaration; or(c) By a written declaration of the parties addressed to the conciliator to the effect that the conciliation proceedings are terminated, on the date of the declaration; or(d) By a written declaration of a party to the other party and the conciliator, if appointed, to the effect that the conciliation proceedings are terminated, on the date of the declaration.”

⑧ 尹力:《国际商事调解法律问题研究》,武汉大学出版社,2007年版,第159页及第166页。

律等事项进行约定,从而对调解程序的有效控制。<sup>⑨</sup>而“和解协议”则是调解程序的结果,是当事人在第三方的协调下达成的解决其争议的最终协议结果,当事人应当受到其合意的有效约束。但传统上“和解协议”缺乏强制执行力,主要是依赖当事人的自觉履行来实现,赋予其强制执行力也是《新加坡调解公约》的主要目的。当研讨调解的效力时,我国存在两种协议混用现象,本文在涉及协议的效力时,也会涉及这两类协议。<sup>⑩</sup>

### (三) 司法判例对调解协议相对排他效力的逐步肯定

在《新加坡调解公约》产生之前,已出现了赋予调解协议“相对排他效力”的趋势。由于调解制度最核心特征是当事人的自愿性,因此,调解协议很难像仲裁协议一样达到完全排除其他管辖权的效力,因为,只有当事人自愿参与才能推动调解程序进行,一旦一方当事人决定终止调解协议进行诉讼或仲裁,则强制推进调解程序有悖于调解自愿原则。但如不赋予调解协议以任何强制力的话,则从制度价值上会减少选择调解制度的可能性,<sup>⑪</sup>且有调解协议仍允许当事人不经调解而直接诉诸法院或提交仲裁,等于变相纵容当事人任意违反其诉权处分约定,不利于最终和解协议的达成与执行。法国最高法院在2003年曾作出确认调解协议“排他效力”的判决,<sup>⑫</sup>该判决明确调解协议可以强制当事人必须启动调解程序,肯定了调解协议“相对排他”的效力,即暂时性地排除诉讼的效力。当然,调解协议不像仲裁协议具有“绝对排他”的效力。

### (四) 《新加坡调解公约》创设了和解协议的跨境执行机制

为了弥补调解在执行上缺少强制力的缺陷,2018年联合国国际贸易法委员会通过了《新加坡调解公约》,该公约最大的特点是赋予了和解协议以直接执行力,当然直接执行不能排斥必要的审查程序。<sup>⑬</sup>该机制的创设便利了国际商事和解协议在不同国家间的执行,提升了以调解方式解决国际商事争议的价值定位。依公约第3条的规定,公约当事方应按照国家程序规则并根据本公约规定的条件执行和解协议。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。<sup>⑭</sup>

关于执行的方式,贸法会在拟订《新加坡调解公约》时,曾向各成员国下发了关于

<sup>⑨</sup> 李祖军:《调解制度论:冲突解决的和谐之路》,法律出版社,2010年版,第111页及第112页。

<sup>⑩</sup> 如调解协议没有相对排他效力,也不会产生和解协议;和解协议则主要涉及执行上的效力。

<sup>⑪</sup> 尹力:《国际商事调解法律问题研究》,武汉大学出版社,2007年版,第167页。

<sup>⑫</sup> “该判决就调解协议的效力明确了三点:其一,认定调解协议同其他协议一样,是具有完全法律效力的合同。调解协议的强制力体现在当事人必须启动和推进调解程序,但不强制要求当事人必须达成和解协议;其二,强制调解程序只起迟延的效果,不影响当事人的诉权,法院只暂时不能受理诉讼请求;其三,承认调解程序具有中断诉讼时效的效力。时效中断从“一方作出启动调解程序的意思表示”时开始,于“调解程序终止时,或调解员决定时,或一方当事人作出结束调解程序的意思表示”时中断事由消除。”参见周建华:《司法调解:合同还是判决?——从中法两国的比较视野出发》,中国法制出版社,2012年版,第196-202页。

<sup>⑬</sup> 温先涛:《〈新加坡公约〉与中国商事调解》,下载于<http://news.sina.com.cn/sf/news/2019-08-29/doc-ihyteitn2798087.shtml>,最后访问时间2020年4月9日。

<sup>⑭</sup> 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》第3条:“Each Party to the Convention shall enforce a settlement agreement in accordance with its rules of procedure and under the conditions laid down in this Convention.”

执行国际和解协议的问卷,<sup>⑮</sup>从各国的回复概括起来,国际和解协议的执行方式可分为间接执行和直接执行两类。间接执行即调解形成的国际和解协议需要通过转化,形成其他具有直接强制执行力的文书才可执行。<sup>⑯</sup>直接执行即调解产生的国际和解协议可依其自身申请执行,而无需经法律程序转化为其他文书。《新加坡调解公约》规定执行地国主管机关应以尽量简单的程序使国际商事和解协议得以直接执行,只有在当事人提出请求时,或主管机关认为出现违背公共政策或不能调解的事项时才会进行实质审查。公约试图使国际商事和解协议能以更简便、直接的方式在他国得以执行。

## 二、《新加坡调解公约》适用的和解协议应满足的条件

### (一) 和解协议应当具有国际性

《新加坡调解公约》适用的和解协议应当具有国际性。“国际性”指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大部分义务履行地所在国或与和解协议所涉事项关系最密切的国家。<sup>⑰</sup>公约并不纠结于因公司的内部结构而导致的“国际性”识别困难,例如,两个同一个国家的公司,可能因为财产、实际控制人、持股人与国内公司营业地不在同一个国家,而具有涉外因素,这种情况并不构成公约所指的“国际性”,公约只强调当事人的营业地位于不同的国家,或者和解协议执行地与当事人营业地不属同一国家,即具有国际性。在当事人有多个营业地的情况下,依《公约》第2条第1款的规定,<sup>⑱</sup>应以其与争议有最密切联系或当事人共知的营业地为识别根据,避免当事人以此规避国内法的管辖。

### (二) 和解协议应当具有商事性

《新加坡调解公约》适用的和解协议应当具有的“商事性”,公约并没有专门对“商事”进行界定,公约第1条第2款采用了排除的方法,对涉及消费者、家庭法、继承法或

<sup>⑮</sup> 《联合国国际贸易法委员会解决商事争议:国际商事调解/调停所产生的和解协议的执行—从各国政府收到的评论意见—增编》,下载于 [https://uncitral.un.org/zh/working\\_groups/2/arbitration](https://uncitral.un.org/zh/working_groups/2/arbitration),最后访问时间2020年4月7日。

<sup>⑯</sup> “转化”又可分为转化为公证文书、转化为仲裁裁决、转化为特定法律文书三类。

<sup>⑰</sup> 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》第1条第1款:“1. This Convention applies to an agreement resulting from mediation and concluded in writing by parties to resolve a commercial dispute (settlement agreement) which, at the time of its conclusion, is international in that: (a) At least two parties to the settlement agreement have their places of business in different States; or (b) The State in which the parties to the settlement agreement have their places of business is different from either: (i) The State in which a substantial part of the obligations under the settlement agreement is performed; or (ii) The State with which the subject matter of the settlement agreement is most closely connected.”

<sup>⑱</sup> 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》第2条第1款:“1. For the purposes of article 1, paragraph 1: (a) If a party has more than one place of business, the relevant place of business is that which has the closest relationship to the dispute resolved by the settlement agreement, having regard to the circumstances known to, or contemplated by, the parties at the time of the conclusion of the settlement agreement; (b) If a party does not have a place of business, reference is to be made to the party's habitual residence.”

就业法相关的非商事调解进行了排除。<sup>①⑨</sup> 个人消费、家事继承、就业等争议更多涉及到一国国内的政策和公共价值判断,很难以公约规制,<sup>②⑩</sup> 因此,公约在尊重各国国内立法的基础上,将和解协议执行的适用范围限制在“国际商事争议”的范围内,强调争议的商事属性。联合国国际贸易法委员会于2018年修正的《国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法》(以下简称《调解示范法》)<sup>②⑪</sup> 在注释部分对“商事性”进一步进行了解释,认为应对“商事”一词作广义解释,以涵盖由于一切商业性质关系而发生的事项。<sup>②⑫</sup>

### (三) 和解协议应产生于独立的调解程序

《新加坡调解公约》还排除了对在诉讼和仲裁程序中达成的和解协议的适用。依公约第1条第3款的规定,本公约不适用于经由法院批准或者系在法院相关程序过程中订立的协议或可在该法院所在国作为判决执行的协议,也不适用于已记录在案并可作为仲裁裁决执行的协议。<sup>②⑬</sup> 这是因为诉讼和仲裁与调解有不同的适用规则,如此类程序中达成的和解协议也在适用范围会增加和解协议执行的难度。诉讼中调解涉及的内容是否会影响最后的判决,仲裁中调解会带来裁判者中立性的问题,因为仲裁中的仲裁员转换为调解员时,以调解员的身份并不禁止其与当事人进行私下接触以促成调解成功,而这与仲裁的程序规则是不符的,其作为仲裁员的中立性也会受到影响。诉讼的判决会涉及相关承认与执行公约,有关调解的内容可能会被归入不予执行的事项,相关仲裁裁决也会受《承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》)的约束,当事人的意思自治也会因为强制性的规定和公共政策而受到限制,因此,《新加坡调解公约》排除适用于诉讼和仲裁程序中因调解达成的和解协议。当然也可能出现,仅由于和解协议有法官或仲裁员的参与,最终形成的和解协议不被执行地主管机关执行的情况,为了避免出现“三不管”的协议,<sup>②⑭</sup> 《新加坡调解公约》第1条第3款又进一步明确,只有法院批准

<sup>①⑨</sup> 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》第1条第2款:“2. This Convention does not apply to settlement agreements: (a) Concluded to resolve a dispute arising from transactions engaged in by one of the parties (a consumer) for personal, family or household purposes; (b) Relating to family, inheritance or employment law.”

<sup>②⑩</sup> Eunice CHUA, *The Singapore Convention on Mediation—A Brighter Future for Asian Dispute Resolution*, *Asian Journal of International Law*, volume 9, 2019, p197.

<sup>②⑪</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),下载于联合国国际贸易法委员会官方网站: [https://uncitral.un.org/zh/texts/mediation/modellaw/commercial\\_conciliation](https://uncitral.un.org/zh/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation), 最后访问时间2020年4月8日。

<sup>②⑫</sup> 2018年《修正2002年〈贸易法委员会国际商事调解示范法〉》第1条第1款:“商业性质关系包括但不限于下列交易:供应或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商业合作;航空、海路、铁路或公路客货运输”。

<sup>②⑬</sup> 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》第1条第3款:“3. This Convention does not apply to: (a) Settlement agreements: (i) That have been approved by a court or concluded in the course of proceedings before a court; and (ii) That are enforceable as a judgment in the State of that court; (b) Settlement agreements that have been recorded and are enforceable as an arbitral award.”

<sup>②⑭</sup> 温先涛:《〈新加坡公约〉与中国商事调解》,下载于 <http://news.sina.com.cn/sf/news/2019-08-29/doc-ihyteitn2798087.shtml>, 最后访问时间2020年4月9日。

的协议、被执行地主管机关作为法院判决或仲裁裁决执行的协议,才不属于本公约所规制的范畴。

#### (四) 可执行的和解协议形式上的要求

《新加坡调解公约》第4条第1款对可执行的和解协议提出了形式方面的具体要求,当事人根据本公约项下的和解协议,应当向寻求救济所在地的主管机关提供和解协议由各方当事人签署的证据,以及和解协议产生于调解的相关证据,例如:调解员在和解协议上的签名;调解员签署的表明进行了调解的文件;调解过程管理机构的证明;在没有上述证据的情况下,则可为主管机关接受的其他任何证据。<sup>②5</sup>第4条第2款涉及了电子签名的要求,规定如果各方当事人或调解员通过电子签名的方式签署和解协议,如果能够有效识别当事人或调解员的身份并且目的适当,即可认可该电子签名。<sup>②6</sup>通过调解员签署证明和解协议产生于调解过程是贸法会认为应当遵循的“最低限度的形式要求”,<sup>②7</sup>调解员的签署可以防止虚假的调解,如“虚假和解”取得法院的确认,可能达到避税、洗钱、欺诈性转移资产的目的,<sup>②8</sup>也可能损害第三人的利益。试想如出现虚假的调解,并最终导致了该虚假和解协议的强制执行,势必损害他人的利益。为了防止“虚假和解”,以调解员签名等方式证明和解协议产生于调解过程是很有必要的。

### 三、《新加坡调解公约》拒绝救济和解协议的情形

《新加坡调解公约》在处理和解协议在他国的执行上没有像《纽约公约》和《选择法院协议公约》一样使用当事人申请“承认和执行”的措辞,而是采用了当事人向执行地主管机关“寻求救济”及执行地主管机关“准予救济”的措辞,公约是为了避开以往

<sup>②5</sup> 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》第4条第1款:“1. A party relying on a settlement agreement under this Convention shall supply to the competent authority of the Party to the Convention where relief is sought: (a) The settlement agreement signed by the parties; (b) Evidence that the settlement agreement resulted from mediation, such as: (i) The mediator's signature on the settlement agreement; (ii) A document signed by the mediator indicating that the mediation was carried out; (iii) An attestation by the institution that administered the mediation; or (iv) In the absence of (i), (ii) or (iii), any other evidence acceptable to the competent authority.”

<sup>②6</sup> 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》第4条第2款:“2. The requirement that a settlement agreement shall be signed by the parties or, where applicable, the mediator is met in relation to an electronic communication if: (a) A method is used to identify the parties or the mediator and to indicate the parties' or mediator's intention in respect of the information contained in the electronic communication; and (b) The method used is either: (i) As reliable as appropriate for the purpose for which the electronic communication was generated or communicated, in the light of all the circumstances, including any relevant agreement; or (ii) Proven in fact to have fulfilled the functions described in subparagraph (a) above, by itself or together with further evidence.”

<sup>②7</sup> 联合国国际贸易法委员会《解决商事争议:国际商事调解/调停所产生和解协议的可执行性——秘书处的说明》,联合国文件 A/CN.9/WG.II/WP. 下载于 [https://uncitral.un.org/zh/working\\_groups/2/arbitration](https://uncitral.un.org/zh/working_groups/2/arbitration),最后访问时间 2020年4月7日。

<sup>②8</sup> 温先涛:《〈新加坡公约〉与中国商事调解》,下载于 <http://news.sina.com.cn/sf/news/2019-08-29/doc-ihyteitn2798087.shtml>,最后访问时间 2020年4月9日。



在“承认”与“执行”上,由于各国的不同理解导致的争议,以便寻求权益落地的“执行”,而采取了“救济”的措辞。<sup>②⑨</sup>《新加坡调解公约》“拒绝准予救济的理由”参照了《纽约公约》中“拒绝承认及执行”条款的设置,并更加适合调解制度,<sup>③⑩</sup>公约并未过分扩张拒绝执行的理由及依据,因为过于广泛的拒绝执行理由,有悖于当事人的预期,<sup>③⑪</sup>公约试图为执行和解协议提供一个高效的机制。公约第5条对执行地国主管机构拒绝准予救济的情况,以列举的方式进行了规定,公约从当事人和主管机关两个角度,分别列明了拒绝准予救济的理由。

### (一) 被执行人主动申请拒绝救济和解协议的情形

公约第5条第1款规定了当事人主动申请拒绝救济和解协议的情形,涉及和解协议当事人的行为能力认定、和解协议自身效力与终局性、调解员的违规行为或不当披露等情况。<sup>③⑫</sup>该款涉及的理由只能由当事人提出并向主管机关申请拒绝准予救济,该款中所涉及的事由多为发生在调解过程中的事项,只有参与了调解的各方当事人及调解员才了解调解中发生的违规行为或不当披露,主管机关并未实际参与调解,很难对调解过程中的具体情形予以准确把握,因此,规定由当事人依此类理由申请拒绝救济并举证,这样既可以协助主管机关发现调解过程中的异常情况,又能使当事人发挥关注调解程序运作的作用。

### (二) 主管机关主动审查拒绝救济的情形

公约第5条第2款规定了主管机关主动审查而拒绝准予救济的理由。<sup>③⑬</sup>依该条规定,

<sup>②⑨</sup> 温先涛:《〈新加坡公约〉与中国商事调解》,下载于 <http://news.sina.com.cn/sf/news/2019-08-29/doc-ihytcitn2798087.shtml>,最后访问时间 2020 年 4 月 9 日。

<sup>③⑩</sup> Eunice Chua, *Enforcement of International Mediated Settlement Agreements in Asia: A Path towards Convergence*, Asian International Arbitration Journal, volume 15, 2019, p9.

<sup>③⑪</sup> 联合国文件 A/CN.9/929:《联合国国际贸易法委员会第二工作组(争议解决)第六十七次会议(2017 年 10 月 2 日至 6 日,维也纳)工作报告》,下载于 [https://uncitral.un.org/zh/working\\_groups/2/arbitration](https://uncitral.un.org/zh/working_groups/2/arbitration),最后访问时间 2020 年 4 月 7 日。

<sup>③⑫</sup> 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》第 5 条第 1 款:“1. The competent authority of the Party to the Convention where relief is sought under article 4 may refuse to grant relief at the request of the party against whom the relief is sought only if that party furnishes to the competent authority proof that: (a) A party to the settlement agreement was under some incapacity; (b) The settlement agreement sought to be relied upon: (i) Is null and void, inoperative or incapable of being performed under the law to which the parties have validly subjected it or, failing any indication thereon, under the law deemed applicable by the competent authority of the Party to the Convention where relief is sought under article 4; (ii) Is not binding, or is not final, according to its terms; or (iii) Has been subsequently modified; (c) The obligations in the settlement agreement: (i) Have been performed; or (ii) Are not clear or comprehensible; (d) Granting relief would be contrary to the terms of the settlement agreement; (e) There was a serious breach by the mediator of standards applicable to the mediator or the mediation without which breach that party would not have entered into the settlement agreement; or (f) There was a failure by the mediator to disclose to the parties circumstances that raise justifiable doubts as to the mediator’s impartiality or independence and such failure to disclose had a material impact or undue influence on a party without which failure that party would not have entered into the settlement agreement.”

<sup>③⑬</sup> 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》第 5 条第 2 款:“2. The competent authority of the Party to the Convention where relief is sought under article 4 may also refuse to grant relief if it finds that: (a) Granting relief would be contrary to the public policy of that Party; or (b) The subject matter of the dispute is not capable of settlement by mediation under the law of that Party.”

寻求救济所在地当事方主管机关如果认为准予救济和解协议将违反当地公共政策,或出现根据当地法律不可通过调解解决的事项作出认定,也可拒绝准予救济。该款赋予了执行地国主管机关一定的裁量权,来保障其根本利益不受侵犯。主要涉及两方面的考量,即是否“违反公共政策<sup>③④</sup>”和是否超过可调解范围。<sup>③⑤</sup>该条规定是源于对国内政策的价值考量,主管机关基于对国内法律法规及公共政策的认知,可以较为准确地识别和解协议是否符合本国公共政策或是否依本国法具有可调解性。

### 1. 违反公共政策及其不确定性

主管机关可主动认定而拒绝准予救济的第一个理由是违反公共政策。公共政策条款赋予了执行地主管机关依本国公共政策进行自由裁量的权力,可视其为一个保护性条款,该条款在一定程度上成为了维护国家根本利益的安全阀。<sup>③⑥</sup>合理适用公共政策抗辩,先要明确何为“公共政策”,公约并没有明确公共政策的定义与范围,留待各国主管机关依国内法确定。贸易法委员会也曾就“公共政策”展开过讨论,讨论注意到公共政策会涉及实体和程序两方面的问题,且当事各方可轻而易举地利用调解的灵活性,以程序方面的公共政策抗辩抵制执行,讨论指出,执行机构在评价此抗辩理由时将适当考虑调解的特性,暗含不要过度使用此抗辩的意味。讨论认为各国对“公共政策”可能有不同的理解,给出明确的定义会使公约难于通过,因此,公约没有对“公共政策”下明确的定义。<sup>③⑦</sup>有关公共政策的判断还是有赖于执行地国主管机关的判断。公共政策并不是一个纯粹的法律概念,因为其所维护的公共秩序或善良风俗都是一个关系到时间和地域划分的概念,<sup>③⑧</sup>不同国家因不同的政治、经济、文化差异会对公共政策作出不同解释,即使在一个国内,公共政策的内涵也会随着时间和社会发展而发生改变。<sup>③⑨</sup>公共政策的适用真正维护的是国内外社会基本价值观,是保护本国根本利益的兜底条款,尽管如此,对公共政策的适用仍应采用谨慎的克制态度。对比以往在外国仲裁的承认与执行上的实践,我国只有三、四起案件以公共政策为由拒绝承认与执行外国仲裁裁决。<sup>④⑩</sup>如不加限制地对公共政策进行广义解释,并以此为由滥用抗辩也会丧失其在国际社会的公信力,应当谨慎适用公共政策的抗辩。

<sup>③④</sup> 联合国文件 A/CN.9/867:《联合国国际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》,下载于 [https://uncitral.un.org/zh/working\\_groups/2/arbitration](https://uncitral.un.org/zh/working_groups/2/arbitration),最后访问时间 2020年4月8日。

<sup>③⑤</sup> 联合国文件 A/CN.9/867:《联合国国际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》,下载于 [https://uncitral.un.org/zh/working\\_groups/2/arbitration](https://uncitral.un.org/zh/working_groups/2/arbitration),最后访问时间 2020年4月2日。

<sup>③⑥</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》,载《中国法律评论》2019年01期,第206页。

<sup>③⑦</sup> 参见联合国文件 A/CN.9/867:《联合国国际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》,下载于 [https://uncitral.un.org/zh/working\\_groups/2/arbitration](https://uncitral.un.org/zh/working_groups/2/arbitration),最后访问时间 2020年4月9日。

<sup>③⑧</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》,载《中国法律评论》2019年01期,第206页。

<sup>③⑨</sup> Danny McFadden, *Culture, Business Negotiation and Mediation: Understanding Cultural Differences, Communication Styles and Finding Mutual Understanding*, *Asian Dispute Review*, volume 6, 2014, p134.

<sup>④⑩</sup> 宋建立:《公共政策在仲裁司法审查中的适用》,载《人民司法(应用)》2018年01期,第64页。

## 2. 超过可调解范围及其不确定性

依《新加坡调解公约》第5条的规定,如依执行地国的法律,某一和解协议中的争议事项是无法以调解方式解决的,则有被执行地国主管机关拒绝救济的风险。可调解的范围是由本国法决定的,因此,也有一定的不确定性。从法理的角度来说,法律允许对民商事争议进行调解,但影响第三人实质利益的事项除外,行政事项除了行政赔偿事项一般也不适用调解。非诉程序,如确认婚姻、身份关系的案件等也不允许调解。刑事诉讼不适用调解,除了附带民事部分。各国在具体可适用调解的范围上不尽相同,因此,国际商事主体在选择以调解解决争议时,也需了解执行目标国的法律,以免出现达成和解协议,但被执行地国主管机关认定为超过可调解范围而拒绝救济的局面。

## 四、中国国际商事调解相关制度的衔接

调解制度在中国有着非常悠久的历史,早在《周礼·地官·调人》中就记载了调人制度<sup>①</sup>。儒家的无讼、非讼或贱讼的思想换个角度可以理解为替代性争议解决的核心理念。调解不仅是民间社会中各种类型的血缘或地缘组织解决其内部争议的主要手段,也是地方官在解决民间争议时的主要举措,<sup>②</sup>但“以和为贵”的传统调解制度更多地体现出对争议当事人施压的特点,调解方与被调解方处于不平等的地位,调解方的官吏色彩使得被调解方承受了“不接受调解就败诉”的压力和风险,这种浓厚的行政性与现代国际商事调解的平等中立形成鲜明对比。

随着社会变迁和时代发展,中国的调解制度也在逐渐走向现代化:一方面延续了传统调解“以和为贵”的制度理念,另一方面结合了现代人权、现代民主和现代法治基础上的正义观,<sup>③</sup>强调了调解的非强制性,确保当事人在调解中不受到任何社会压力或制度压力。<sup>④</sup>因此,中国当代调解制度是经历了其自身的“创造性转化”之后而形成的样式,即人民调解、行政调解、法院调解、调解机构调解和仲裁机构调解的多样调解制度。虽然种类繁多,但我国现行的立法和司法状态,并不能满足国际商事调解制度的要求和国际和解协议强制执行的需要。<sup>⑤</sup>因此,笔者从以下角度切入,对《新加坡调解公约》在我国的落地实施提出相应衔接建议。

### (一) 引入《调解示范法》

中国尚未形成完整的调解制度体系,相关的规则散见于《民事诉讼法》《仲裁法》

<sup>①</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》,载《中国法律评论》2019年01期,第200页。

<sup>②</sup> 尹力:《国际商事调解法律问题研究》,武汉:武汉大学出版社,2007年版,第8页。

<sup>③</sup> 尹力:《国际商事调解法律问题研究》,武汉:武汉大学出版社,2007年版,第9页。

<sup>④</sup> 季卫东:《法治秩序的建构》,北京:中国政法大学出版社,1999年版,第388页。

<sup>⑤</sup> Eunice Chua, *Enforcement of International Mediated Settlement Agreements in Asia: A Path towards Convergence*, Asian International Arbitration Journal, volume 15, 2019, p9.

等法律中,且规定主要是涉及人民调解、行政调解及劳动调解,很少涉及独立程序的商事调解,商事调解法处于缺位的状态。在依《新加坡调解公约》救济外国的商事和解协议时,会导致主管机关缺乏对调解的启动、调解员的指定、披露、证据等调解过程进行判断的依据,也难以判断调解员的行为是否属于“违反适用于调解员或调解的准则”。<sup>④6</sup>如前所述,联合国贸易法委员会2018年对《调解示范法》的修订明确了《新加坡调解公约》中尚未明确的一些条文,对调解的定义、调解员的指定、程序的开启、披露、保密、证据等一系列问题进行了预设,为不同法域建设调解制度提供较为一致的标准。修订的《调解示范法》作为《新加坡调解公约》的补充,其目的就是协助各国建立解决国际商事调解的统一法律框架。<sup>④7</sup>该《调解示范法》并不是立法,联合国贸易法委员会制订示范法,目的是要向各国立法者提供一套认可度高的规则,并以示范法为基础上立法,以尽量减少各国的法律冲突。《调解示范法》实际上为我国国际商事调解制度的构建提供了一个可供借鉴的基础。特别是在中国已签署了《新加坡调解公约》的情况下,引入专门依该公约修订的示范法,可以更好地保持适用法律的统一性,减少法律的冲突和不确定性。

## (二) 以《调解示范法》为基础构建国际商事调解程序

在商事调解程序的启动上,《调解示范法》规定调解应自争议各方当事人同意参与调解程序之日开始,一方当事人邀请另一方当事人参与调解。<sup>④8</sup>调解协议具有暂时排除仲裁和司法的效力,仲裁庭或法院应承认此种承诺的效力,但一方当事人认为维护其权利需要提起仲裁或诉讼程序的除外。<sup>④9</sup>争议各方同意参与调解相当于各方达成了调解协议,调解协议是调解程序启动的必要条件,是当事人表明通过调解程序解决争议的诉权处置合意,<sup>⑤0</sup>也可视为各方当事人暂时排除了自己提起仲裁或诉讼程序权利。

在调解员指定、调解的方式等方面,《调解示范法》规定调解员应为一,除非当事人约定应有两名或多名调解员。当事人可在指定调解员方面寻求机构的协助。机构在推荐调解员时,应考虑确保指定独立和公正调解员的各种因素,还应考虑是否适宜指定一名不属于各方当事人国籍的调解员。调解员应在指定时起,整个调解程序过程中披露任何可能对其公正性和独立性产生正当怀疑的任何情形。调解以当事人约定的方式进行,当事人没有约定的,调解员可以其认为适当的方式进行。调解员可同时与各方当事人会面或联系,也可与一方单独会面或联系。<sup>⑤1</sup>普通法传统上认为仲裁员与调解员角色互换会影响仲裁员的公正性,因此,《调解示范法》规定除非当事人另有约定,否则调解

<sup>④6</sup> 孙巍:《〈新加坡调解公约〉与我国法律制度的衔接——对公约在我国落地的几点建议》,下载于 <http://news.sina.com.cn/sf/news/fzrd/2019-01-28/doc-ihrfzka1709926.shtml>,最后访问时间2020年4月9日。

<sup>④7</sup> 参见联合国文件 A/RES/73/198:《联合国大会第七十三届会议2018年12月20日大会决议》,下载于 [https://uncitral.un.org/zh/working\\_groups/2/arbitration](https://uncitral.un.org/zh/working_groups/2/arbitration),最后访问时间2020年3月20日。

<sup>④8</sup> 2018年《修正2002年〈贸易法委员会国际商事调解示范法〉》第5条。

<sup>④9</sup> 2018年《修正2002年〈贸易法委员会国际商事调解示范法〉》第14条。

<sup>⑤0</sup> 李祖军:《调解制度论:冲突解决的和谐之路》,北京:法律出版社,2010年版,第111页。

<sup>⑤1</sup> 2018年《修正2002年〈贸易法委员会国际商事调解示范法〉》第6-8条。

员不应担任同一争议或引起的另一争议的仲裁员。<sup>⑤②</sup> 值得注意的是《中华人民共和国仲裁法》中有关仲裁员与调解员身份互换的规范并不妥当。与国际通行的对仲裁员与调解员身份互换的规则不符,<sup>⑤③</sup> 例如,仲裁员与调解员的身份互换必须以当事人书面协议授权为前提、调解员转换为仲裁员参加仲裁程序前应向所有当事人披露通过调解中单方接触获得的对裁决有实质性影响的信息等。

在调解过程中的信息披露、保密、证据等方面,《调解示范法》规定调解人收到当事人关于纠纷的信息可向其他当事人披露,当事人要求保密的信息除外。除当事人另有约定,与调解程序有关的信息均应保密,但依法律要求或为履行或执行和解协议而披露信息除外。仲裁、司法或类似程序不得以愿意参与调解、调解中的建议、调解中的陈述、完全为调解准备的文件等作为证据提出。<sup>⑤④</sup> 披露涉及调解人是否能公平对待各方当事人,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,<sup>⑤⑤</sup> 还属于在申请外国主管机关执行和解协议时当事人可以请求拒绝准予救济的理由。

在调解程序的终止上,《调解示范法》规定调解程序自当事人订立了和解协议之日终止,或在做出相应声明之日起终止。<sup>⑤⑥</sup> 对于和解协议的约束力,《调解示范法》规定该和解协议具有约束力和执行性。<sup>⑤⑦</sup> 《调解示范法》在调解的终止上进行了细化,明确了具体终止的情况、和解协议的可执行性等内容。

### (三) 调解主体的衔接问题

中国目前在《民事诉讼法》《仲裁法》《人民调解法》中涉及的调解只认可机构调解,通过人民调解委员会达成的调解协议,还需经法院司法确认才具有强制执行力。<sup>⑤⑧</sup> 在仲裁方面,我国在加入《纽约公约》后采用了“双轨制”,即在《纽约公约》规定的对外国仲裁裁决的承认与执行既包括机构仲裁,也包括临时仲裁,中国在1986年加入该公约时也接受了该条件,于是形成了双轨制,对来自国外的机构仲裁和临时仲裁均予以形式上的认可,而对国内仲裁则依《仲裁法》只承认机构仲裁,<sup>⑤⑨</sup> 具体讲,中国法律仅承认行政机关、人民调解组织、商事调解组织、行业调解组织或者其他具有调解职能的组织进行的

<sup>⑤②</sup> 2018年《修正2002年〈贸易法委员会国际商事调解示范法〉》第13条。

<sup>⑤③</sup> 张圣翠:《仲裁员与调解员身份互换规范的比较与借鉴》,载于《政治与法律》2012年第8期,第136页。

<sup>⑤④</sup> 2018年《修正2002年〈贸易法委员会国际商事调解示范法〉》第9-11条。

<sup>⑤⑤</sup> 《新加坡调解公约》第5条第1款:……(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。

<sup>⑤⑥</sup> 2018年《修正2002年〈贸易法委员会国际商事调解示范法〉》第12条:“调解员与当事人协商后声明调解已无必要,当事人向调解员声明终止,当事人一方向另一方或几方当事人及指定调解员声明终止”。

<sup>⑤⑦</sup> 2018年《修正2002年〈贸易法委员会国际商事调解示范法〉》第15条。

<sup>⑤⑧</sup> 《中华人民共和国人民调解法》第33条:经人民调解委员会调解达成调解协议后,双方当事人认为有必要的,可以自调解协议生效之日起三十日内共同向人民法院申请司法确认,人民法院应当及时对调解协议进行审查,依法确认调解协议的效力。

<sup>⑤⑨</sup> 温先涛:《〈新加坡公约〉与中国商事调解》,下载于<http://news.sina.com.cn/sf/news/2019-08-29/doc-ihyteitn2798087.shtml>,最后访问时间2020年4月9日。

调解活动,不认可个人调解员进行的调解。

而《新加坡调解公约》和《调解示范法》中规定的调解员并没有限于机构调解。《新加坡调解公约》第2条第3款对调解的定义予以明确,<sup>⑥0</sup>《调解示范法》第6条则具体规定了调解员的人数和指定,规定调解员应为一,除非当事人约定两名或多名调解员。调解员的指定是依当事人的约定,当事人也可以在指定调解员方面寻求机构或个人的协助。可见,在调解员的指定上,并没有限制个人成为调解员。只规定了机构或个人在推荐调解员时应考虑可确保独立和公正等因素,情况适当的,还应考虑是否指定一名不属于各方当事人国籍的调解员。《新加坡调解公约》中的调解员包括机构和个人调解员,在公约第8条的保留中,<sup>⑥1</sup>又规定除了公约明确授权的保留外,不允许作其他保留,公约允许的保留部分是涉及政府实体和解协议保留不适用公约。因此,中国在签署《新加坡调解公约》时,对于个人调解员完成的和解协议也是可以予以执行的。此外,《新加坡调解公约》中也未出现互惠保留的条款,这势必出现我国主管机关会执行他国个人调解员作出的和解协议,而我国却不存个人调解员作出的和解协议。

2018年1月23日,中央全面深化改革领导小组第二次会议审议通过了《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》(以下简称《意见》),提出建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构,依托我国现有司法、仲裁和调解机构,整合国内外资源,建立诉讼、调解、仲裁有效衔接的多元化纠纷解决机制,依法妥善化解“一带一路”商贸和投资争端。<sup>⑥2</sup>《意见》提出,最高人民法院支持“一带一路”国际商事纠纷通过调解、仲裁等方式解决,推动建立诉讼与调解、仲裁有效衔接的多元化纠纷解决机制,形成便利、快捷、低成本的“一站式”争端解决中心。该中心顺应了当前“融解决”的趋势,力争建立调解、仲裁、诉讼有效衔接的多元解决机制。《意见》支持具备条件、享有良好声誉的国内调解机构开展涉“一带一路”国际商事调解,这里涉及的仍然是机构调解。《意见》还支持有条件的律师事务所参与国际商事调解,此部分可理解为调解主体范围上有所扩大。《意见》也涉及了跨境商事调解书的执行,规定商事调解书可由有管辖权的人民法院经过司法确认获得强制执行力。

#### (四) 调解员的资质与执业操守

如上所述,《新加坡调解公约》在第5条拒绝准予救济的理由中一些内容涉及调解

<sup>⑥0</sup> 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》第2条第3款:“3. ‘Mediation’ means a process, irrespective of the expression used or the basis upon which the process is carried out, whereby parties attempt to reach an amicable settlement of their dispute with the assistance of a third person or persons (the mediator) lacking the authority to impose a solution upon the parties to the dispute.”

<sup>⑥1</sup> 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》第8条第1款:“1. A Party to the Convention may declare that: (a) It shall not apply this Convention to settlement agreements to which it is a party, or to which any governmental agencies or any person acting on behalf of a governmental agency is a party, to the extent specified in the declaration; (b) It shall apply this Convention only to the extent that the parties to the settlement agreement have agreed to the application of the Convention.”

<sup>⑥2</sup> 中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》,下载于 [http://www.gov.cn/zhengce/2018-06/27/content\\_5301657.htm](http://www.gov.cn/zhengce/2018-06/27/content_5301657.htm),最后访问时间2020年4月12日。

员违反调解准则、“披露”等内容,公约第5条第1款e项是关于调解员违反调解准则的规定,即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项是关于“披露”的规定,即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。<sup>⑥3</sup>上述内容在起草过程中曾表述为:调解人未公平对待各方当事人,或者未披露可能对其公正性或者独立性产生有正当理由怀疑的情形。后联合国国际贸易法委员会讨论了“调解人的行为不端”与“公平对待”之间的关系,认为由于调解制度的特殊性,在调解中过度强调“公平对待”并不现实。于是采用折中的方式建议将(e)项范围局限于调解人的不端行为对和解协议有直接影响的情形。又建议应将公平对待问题和披露问题分开处理。并强调在措辞上,提及诸如调解人的不当行为或严重不端行为对一方当事人有实质性影响或不当影响,若非如此,该当事人本来不会订立和解协议。<sup>⑥4</sup>在“披露”方面,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。<sup>⑥5</sup>上述内容涉及调解员的执业操守,但作为国际公约是无法对调解员制定资质标准的,从中国国内法角度,目前我国有2010年的《人民调解法》第14条规定对人民调解员的要求,<sup>⑥6</sup>该法第15条则涉及调解员的执业操守,<sup>⑥7</sup>但相关规定主要针对的是国内的人民调解,且我国人民调解委员会参与的调解体现了较强的行政色彩,<sup>⑥8</sup>不能很好地反映国际商事调解平等中立的制度价值。因此,我国应当尽早制订与国际接轨的,体现平等中立国际商事调解特点的、涉及调解员的规定,这样一方面可提升我国调解在国际上的认可度,另一方面在为外国的商事和解协议提供救济时,涉及调解员执业操守的部分也可有法可依。有关调解员的内容具体可参考《调解示范法》的条文框架,结合我国的国情,对调解员的选定或指定、调解员的资质、调解员的职责或行为操守准则等进行规定。

### (五) 和解协议执行的衔接

在和解协议的执行上,中国的相关规定只涉及了本国和解协议的司法确认,即中国

<sup>⑥3</sup> 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》第5条第1款e项:“(e) There was a serious breach by the mediator of standards applicable to the mediator or the mediation without which breach that party would not have entered into the settlement agreement; or (f) There was a failure by the mediator to disclose to the parties circumstances that raise justifiable doubts as to the mediator’s impartiality or independence and such failure to disclose had a material impact or undue influence on a party without which failure that party would not have entered into the settlement agreement.”

<sup>⑥4</sup> 联合国文件 A/CN.9/896:《联合国国际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》,下载于 [https://uncitral.un.org/zh/working\\_groups/2/arbitration](https://uncitral.un.org/zh/working_groups/2/arbitration),最后访问时间2020年4月13日。

<sup>⑥5</sup> Eunice CHUA, *The Singapore Convention on Mediation—A Brighter Future for Asian Dispute Resolution*, *Asian Journal of International Law*, volume 9, 2019, p202.

<sup>⑥6</sup> 《中华人民共和国人民调解法》第14条的规定:人民调解员应当由公道正派、热心人民调解工作,并具有一定文化水平、政策水平和法律知识的成年公民担任。县级人民政府司法行政部门应当定期对人民调解员进行业务培训。

<sup>⑥7</sup> 《中华人民共和国人民调解法》第15条的规定:人民调解员在调解工作中有下列行为之一的,由其所在的人民调解委员会给予批评教育、责令改正,情节严重的,由推选或者聘任单位予以罢免或者解聘:(一)偏袒一方当事人的;(二)侮辱当事人的;(三)索取、收受财物或者牟取其他不正当利益的;(四)泄露当事人的个人隐私、商业秘密的。

<sup>⑥8</sup> 唐琼琼:《〈新加坡调解公约〉背景下我国商事调解制度的完善》,载上海大学学报(社会科学版)2019年04期,第119页。

调解组织促成的和解协议都需要司法确认才能获得执行力。2011年《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》第2条有关和解协议需通过司法确认程序获得执行力。<sup>⑥9</sup> 2016年最高人民法院《关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》(以下简称《多元化解解决意见》)第31条的规定明确提到了商事调解和解协议的执行。<sup>⑦0</sup> 两个规定的共性是,都规定了和解协议的执行均需要经过法院的确认程序,两个规定实际上针对的都是本国调解达成的和解协议需要经过司法程序才能获得执行的效力。在该程序的管辖法院上都规定为调解组织所在地基层人民法院,虽然《多元化解解决意见》还提到了商事调解组织,但此类和解协议仍属于本国普通的民间纠纷。相关规定均不涉及外国和解协议在中国的执行问题。

笔者认为,应增设对国际和解协议的司法确认程序,将国际和解协议明确纳入司法确认的范围,可参照民事诉讼法有关外国仲裁裁决的承认与执行的规定,<sup>⑦1</sup> 由被执行人所在地中级人民法院管辖。同时,在对国际和解协议进行司法确认的程序中,还应结合《新加坡调解公约》有关拒绝救济的理由等方面的内容进行规定,提高对国际和解协议司法确认程序的可操作性。为了保证对国际商事和解协议司法确认标准的统一性和可预测性,可应参照我国在对外国仲裁裁决拒绝承认与执行时实行的报告制度,<sup>⑦2</sup> 建立国际商事和解协议拒绝救济的报告制度,当有管辖权的法院裁定对国际商事和解协议拒绝救济前,应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不予救济,应将其审查意见报最高人民法院。待最高人民法院答复后,方可裁定对该民商事和解协议不予救济。不予救济的理由应与《新加坡调解公约》中的拒绝准予救济的理由一致。这有益于改善我国的投资与贸易及国际商事争议解决的环境。

总之,《新加坡调解公约》旨在解决国际商事调解达成的和解协议的跨境执行问题,并在执行力上进行了创新的安排。中国已签署该公约,但有关调解员、调解程序、和解协议及不予救济的情形等方面,中国尚未建立与之配套的实体法和程序法。随着各国经济交往日益超越国家的边界,越来越紧迫地需要提供完善的国际商事调解法律支持。因

<sup>⑥9</sup> 2011年《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》第2条:“当事人申请确认调解协议的,由主持调解的人民调解委员会所在地基层人民法院或者它派出的法庭管辖。人民法院在立案前委派人民调解委员会调解并达成调解协议,当事人申请司法确认的,由委派的人民法院管辖。”

<sup>⑦0</sup> 2016年《关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》第31条:“完善司法确认程序。经行政机关、人民调解组织、商事调解组织、行业调解组织或者其他具有调解职能的组织调解达成的具有民事合同性质的协议,当事人可以向调解组织所在地基层人民法院或者人民法庭依法申请确认其效力。登记立案前委派给特邀调解组织或者特邀调解员调解达成的协议,当事人申请司法确认的,由调解组织所在地或者委派调解的基层人民法院管辖。”

<sup>⑦1</sup> 2017年修订《中华人民共和国民事诉讼法》第283条:“国外仲裁机构的裁决,需要中华人民共和国人民法院承认和执行的,应当由当事人直接向被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院申请,人民法院应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约,或者按照互惠原则办理。”

<sup>⑦2</sup> 1995年8月28日最高人民法院《关于人民法院处理与涉外仲裁及外国仲裁事项有关问题的通知》,……如果人民法院认为我国涉外仲裁机构裁决具有民事诉讼法第260条情形之一的,或者申请承认和执行的外国仲裁裁决不符合我国参加的国际公约的规定或者不符合互惠原则的,在裁定不予执行或者拒绝承认和执行之前,必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不予执行或者拒绝承认和执行,应将其审查意见报最高人民法院。待最高人民法院答复后,方可裁定不予执行或者拒绝承认和执行。



此,应当建立我国的国际商事调解机制,并使之更好地与《新加坡调解公约》衔接,营造更加开放的国际经贸与争议解决环境。

---

---

**Abstract:** With the ongoing expansion of international trade markets, conflicts become inevitable. Traditional commercial dispute resolutions include litigation, arbitration, mediation, etc. Among them, mediation is more swift, inclusive, and convenient, but it lacks enforceability. The Singapore Convention on Mediation ( “Convention” ) approached this problem in a multilateral manner and enabled cross-border enforcement of international settlement agreements that results from mediation ( “Agreements” ). China has joined the Convention. This research focuses on the Convention’s creative resolutions. This research interprets the conditions of the settlement agreement applicable to the Convention and situations when refusal to grant relief on the Agreements are permitted by the Convention. This article also proposes advice on constructing a commercial mediation framework in China that is closely connected to the Convention. This research aims to promote the commercial mediation framework in China and achieve a closer connection between the Chinese framework and the Convention.

**Keywords:** international commercial mediation; settlement agreement; mediator; cross-border enforcement

---

---

( 责任编辑: 孙保国 )

# 中国企业应诉域名争端研究: 基于 WIPO 域名争端案例的分析

张磊 郑翔文\*

---

**内容提要** 近年来,涉及互联网域名的争议案件数量增长迅猛。世界知识产权组织(World Intellectual Property Organization,简称 WIPO)的仲裁与调解中心接受国际互联网名称分配公司 ICANN 授权,成为由其指定的第一个“域名纠纷处理服务提供者”,以其制定的《统一域名争议解决政策》(Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy,简称 UDRP)为主要裁定依据。中国企业因此类域名争端近几年被投诉的案件数量在世界各国排名中居高不下,但中国企业在应对此类域名争端案件方面尚不成熟,在其合法持有域名的情况下被商标权人投诉的案件较多且大多数以“败诉”告终。文章将从 WIPO 仲裁与调解中心解决域名争端的主要裁定依据 UDRP 及相关规则入手,结合对 2018 年典型的 WIPO 域名争端案例的分析,为中国企业应对域名争端提出建议。

**关键词** 域名争端 WIPO UDRP 规则

---

## 一、WIPO 域名争端及产生原因概述

### (一) WIPO 域名争端案件概述

随着互联网的发展,域名的商业价值渐渐凸显,域名交易的额度已能够与现行知识产权的其他领域例如商标、专利等相比较。根据市场利益最大化原则对域名商业价值的发展趋势进行预测,域名交易的额度和范围的快速增长都足以引起各国企业在此方面的重视。因此,世界各地的企业针对涉及欺诈和钓鱼诈骗或假冒产品的域名所带来的危害均开始采取相关行动,选择通过合法有效的途径维护自身权益。<sup>①</sup>

根据 WIPO 发布的官方数据统计结果显示, WIPO 仲裁与调解中心在 2018 年处理域名争端案件共计 3447 件,其中裁定将域名转移给投诉人的共计 2627 件,被驳回案件

---

\* 张磊,世界知识产权组织仲裁员,世贸组织中国讲席特聘教授,世贸组织亚太培训中心主任,上海对外经贸大学贸易谈判学院、世贸组织中国讲席研究院院长,教授,博士;郑翔文,北京市康达律师事务所实习律师。本文得到上海高校智库项目的资助。

① 参见景冈:《域名法律问题思考》,《法学家》2000 年第 3 期,第 88-93 页。

仅 200 件。在新通用顶级域 (gTLD), 域名争端案件约占总量的 13%, 涉诉排名前三的产业分别是银行和金融、生物技术和制药、互联网赫尔信息技术产业。

中国企业在 2018 年作为投诉人的域名争端案件共计 36 件, 同比 2017 年增长了 80%, 这意味着中国企业在此方面的维权意识有所提升。中国企业作为被投诉人的域名争端案件数量为 466 件, 相较于 2017 年虽减少了 5.3%, 但在世界各国域名争端案件数量排名中, 中国仅次于美国位列第二。通过对中国企业败诉案件的整合分析, 中国企业作为被投诉人时均存在接到投诉通知后未积极对案件作出回应的情形, 导致成功抗辩率低, 这同样反映出中国企业对 WIPO 的域名争端解决机制及其规则尚未充分了解且不能利用此机制有效地进行维权, 因此, 中国企业需结合《统一域名争议解决政策程序规则》(以下简称“UDRP 规则”) 及相关的案例以制定完备的抗辩策略应对此类案件。

另外, WIPO 仲裁与调解中心行政专家组 (以下简称“专家组”) 并不单独针对案涉的损害赔偿问题予以裁定, 包括是否需要赔付及赔付数额, 即投诉人“胜诉”也无法通过此争端解决机制向被投诉人索求经济赔偿。如果“胜诉方”要求另一方进行损害赔偿, 仅能另行向有管辖权的法院提起诉讼程序。<sup>②</sup> 但是, WIPO 专家组作出的裁决也将会成为此类域名侵权或权属纠纷在诉讼中的重要证据之一。因此, 中国企业或个人应当重视此类案件的抗辩以维护其合法享有的权利。

## (二) 导致域名混淆及争端产生原因分析

随着网络科技发展以及电子商务平台的推广, 域名具有了与企业名称、商标等类似的标识性, 公众会将域名与其相同或类似的商标或相关的企业加以联系, 因为域名最初显现的技术作用就是基于能够让用户有所便利原则, 可是现阶段恰是因为其易于记忆并具有识别作用, 使其在原来基础上产生了另外的含义即作为商业或个人的识别符号, 因此, 商标权人在为其企业网站注册域名时, 亦会选择将企业名称或商标等编辑为二级域名。<sup>③</sup>

由于商标、企业名称和域名的组成要素都包括数字、字母或者汉字等, 注册域名时使用相同或相似的元素或元素组合易与已注册商标混淆, 并产生域名纠纷, 因此, 对引起争端产生原因的了解和掌握有助于中国企业注册域名时规避风险, 减少纠纷的产生。

通过对 2018 年 WIPO 域名争端案件的整理分析, 将引起域名与注册商标的混淆因素归纳为以下几类:

第一, 仅替换通用顶级域名, 争议域名其他用以标识的部分与注册商标或其他服务标识完全相同。域名中的二级域名即顶级域名之下的域名, 一般指域名注册人的网上名称, 易与注册商标或者服务标识完全相同而引起域名争端。例如 Calvin Klein Trademark Trust, Calvin Klein Inc. 诉 Huang Chunmian 一案中, 争议的域名是 <calvinklein.red>, 而 Calvin Klein 是投诉人的注册商标, 争议域名 <calvinklein.red> 的主体部分完全包含了投诉人注册在先的 Calvin Klein 商标, 附加通用顶级域名“.red”在本案中亦不具有区分争

<sup>②</sup> 高田耕:《世界知识产权组织 (WIPO) 域名仲裁中的“准先例法”》,《河北法学》2009 年第 6 期,第 124-130 页。

<sup>③</sup> 参见杨婷:《域名作为商标注册与保护问题研究》,苏州大学硕士学位论文,2018 年 5 月。

议域名与投诉人商标的作用。<sup>④</sup>专家组认为,争议域名 <calvinklein.red> 包括了投诉人商标 CALVIN KLEIN 的全部内容,争议域名和投诉人商标的区别仅在于添加了新的顶级域名(“新 gTLD”) “.red”,但向争议域名添加新 gTLD “.red” 无法避免与注册商标混淆,除去通用顶级域名 “.red” 后,争议域名与投诉人的商标完全相同。<sup>⑤</sup>另外,被投诉人未能回复投诉人发出的警告函,且一直拒绝投诉人希望进行沟通的请求。考虑此案的具体情况,尤其是没有理由相信争议域名会被用于善意的用途,提交给专家组的记录包括被申请人未能在投诉书提交之前进行诚实对话并解释其行为,进一步加强了专家组对被投诉人恶意注册和恶意使用争议域名的推断。

第二,域名中仅添加描述性的词汇。例如 Vivendi v. Lassad Toumi 一案中,争议域名为 <vivendibank.com>,此域名组成部分与投诉人的已注册商标“VIVENDI”完全相同,仅增加了描述性词汇“bank”,专家组因此判定争议域名与投诉人合法拥有的商标存在混淆性相似,结合其他方面的论证,最后判定将争议域名转让至投诉人。<sup>⑥</sup>

在 Bechtel Group, Inc. v. WhoisGuard Protected, WhoisGuard, Inc. / Arban Mas 一案中,争议域名为 <bechtelgroups.com>,除“bechtel”之外,争议域名中仅增添了描述性的词汇“group”。<sup>⑦</sup>基于投诉人的驰名度以及其已在全世界设立了分公司等综合情况的考量,任何第三人看到此域名都将假定此域名已被投诉人注册使用,因此仅添加描述性的词汇“group”并不足以避免公众对争议域名与投诉人产生混淆。

第三,域名中与注册商标或服务标识除字母拼写错误外,其他部分完全一致。例如 Facebook, Inc., Instagram, LLC, WhatsApp Inc. v. Linyanxiao 一案中,争议域名为 <facebookw.com>, <instagramlogin.com>, <instagramm.com>, <whatsaap.net> 和 <whatsap.com>,与此案投诉人的注册文字商标相较,上述争议域名仅添加了一个字母,其他部分均一致。<sup>⑧</sup>专家组认为,被投诉人在原注册商标中增加或减少一个字母并用以注册域名,此类由于“拼写错误”产生的域名应被认定为与投诉人已注册商标具有混淆性相似。因为互联网用户如果在检索投诉人的注册文字商标时非自愿性的输入文字拼写错误,则会自动进入被投诉人的网站,进而误以为被投诉人网站与投诉人公司存在一定的关联性,以此获取商业利益。

④ Calvin Klein Trademark Trust, Calvin Klein Inc. 诉 Huang Chunmian, 案件编号: D2018-1105, WIPO Arbitration and Mediation Center, Administrative Panel Decision (June 27, 2018)。

⑤ 前引④, Calvin Klein Trademark Trust, Calvin Klein Inc. 诉 Huang Chunmian (June 27, 2018)。

⑥ Vivendi v. Lassad Toumi, Case No. D 2018-2035, WIPO Arbitration and Mediation Center, Administrative Panel Decision (November 9, 2018)。

⑦ Bechtel Group, Inc. v. WhoisGuard Protected, WhoisGuard, Inc. / Arban Mas, Case No. D 2018-2202, WIPO Arbitration and Mediation Center, Administrative Panel Decision (November 14, 2018)。

⑧ Facebook, Inc., Instagram, LLC, WhatsApp Inc. v. Linyanxiao, Case No. D 2018-1089, WIPO Arbitration and Mediation Center, Administrative Panel Decision (July 3, 2018)。

## 二、中国企业应诉可援引的抗辩理由分析

### 1. 不具有“恶意”

根据 UDRP 规则的内容,域名争端案件的投诉人应从以下三个方面对争议域名进行论述:一、被投诉人的域名与投诉人享有权利的商品商标或服务商标相同或混淆性相似;二、被投诉人对该域名并不享有权利或合法利益;三、被投诉人对该域名的注册和使用具有恶意。因此,被投诉人在抗辩以及专家组进行裁决时还需从上述三个方面进行充分论证。

结合对 2018 年抗辩成功的域名争端案件的整合分析,被投诉人通常会结合 UDRP 规则对“恶意”的定义,对争议域名是否构成“恶意注册或使用”进行重点抗辩。UDRP 规则对被投诉人构成“恶意”的定义如下:(1)被投诉人已经注册,获取域名的主要目的是为了出售、出租以及其他方式转让给拥有商标或服务标识的投诉人,或者是给投诉人的竞争者,得到比域名所花费的成本更高的收益;(2)被投诉人经营同类的生产销售,为阻止商标或商业标识所有者通过域名来宣传标识而注册;(3)注册域名的首要目的是为了破坏竞争对手经营;(4)通过使用域名,被投诉人为了获得商业利益,故意使互联网用户对投诉人商标与域名间产生混淆,误以为投诉人公司是被投诉人的产品来源、赞助者、有从属关系或为网站的产品或服务背书。<sup>⑨</sup>

例如在 Euronext N.V. 诉 Huang tian wei 一案中,双方争议的域名为 <aex.com>,专家组裁定投诉案件被驳回。<sup>⑩</sup>此案被投诉人抗辩时,首先强调的是,此类由三个英文字母组成的二级域名并不具备特殊性,且不足以使公众能够注意到争议域名指向的网站,<sup>⑪</sup>“AEX”为“asset exchange”(资产置换)的缩写,资产置换是被投诉人的主营业务之一,且投诉人已经将此域名应用于其社交账号中以宣传公司业务;其次,投诉人在其从事领域有影响力的是与争议域名相关的名称,而非争议域名本身,因此不存在直接误导消费者的可能;再次,从此案被投诉人的抗辩可以得出,投诉人网站主要提供关于传统证券交易市场的信息,然而被投诉人是提供非传统货币例如比特币等交易的平台,被投诉人对争议域名的使用与投诉人的传统证券市场业务完全不相关,被投诉人并非从事与被投诉人同类的经营生产或者销售,亦不能将其视为竞争对手,并且一个中国货币交易平台的运营企图通过争议域名对投诉人的证券交易经营进行竞争进而产生不良影响,这种假设与常理相悖且不能成立。对比特币的交易者而言,被投诉人对争议域名的适用并不会引起混淆,考虑投诉人在中国本土市场的知名度和影响力,被投诉人注册并使用涉案

<sup>⑨</sup> 统一域名争议解决政策规则, <https://www.icann.org/resources/pages/udrp-rules-2015-03-12-zh>, (最后访问:2020年2月4日)。

<sup>⑩</sup> Euronext N.V. v. Huang tian wei, Case No. D2018-0348, WIPO Arbitration and Mediation Center, Administrative Panel Decision (April 12, 2018).

<sup>⑪</sup> 前引<sup>⑩</sup>, Euronext N.V. v. Huang tian wei (April 12, 2018)。

域名不构成“恶意”。

## 2. 非消极持有域名

消极持有域名是指消极持有域名的行为霸占了有限的域名资源,除非域名注册人能证明其持有但不使用域名是基于某种正当理由,否则这种行为将被认定为构成“恶意”<sup>⑫</sup>。

根据争端案件中专家组作出的认定及相关分析,如果涉案争议域名没有指向任何网站,也无证据显示被投诉人在注册争议域名后曾将其投入使用或者准备将其投入使用以善意提供商品或服务,则容易被认定为消极持有域名。恶意使用域名不仅限于积极的行为,在特定情况下被投诉人消极使用域名的行为也可能构成恶意使用。<sup>⑬</sup>

## 3. 商标的地域性

由于商标自身的地域性决定了不同产品类别,在一个国家注册的商标只在其本国以及与其本国签订双边或者多边条约的国家内受到法律保护,如果意图在其他国家也受到同等法律保护,则需要再次向其他国家提出申请。但是域名本身没有地域性,域名在成功注册后的适用范围是全球范围,也就是说,注册域名在全球范围内是具有排他性的<sup>⑭</sup>。

投诉人的注册商标如果只在特定的国家或者区域注册,并且只在这些国家或区域享有知名度,那么抗辩时被投诉人应就其是否在注册域名时已经知道注册商标的存在进行论述,专家组亦会对投诉人的注册商标知名度进行调查。在 MOD Super Fast Pizza, LLC v. MOD Restaurant, MOD Restaurant & Social<sup>⑮</sup>一案中,被投诉人对投诉人经营的地域范围和知名度作出了充分的论述。被投诉人辩称,注册争议域名的唯一目的是向阿肯色州的消费者推销其经营的餐厅。由于投诉人在阿肯色州没有开展或经营任何业务,亦未在阿肯色州向消费者销售其产品和提供服务,因此投诉人声称的 MOD 商标在被投诉人经营的地域范围内并不为公众所知,不具有知名度,且案涉双方经营的餐馆属于不同的类型。虽然被投诉人为使用 MOD 而选择“Modern Ozark Dining”餐厅名称以便于取名称首字母缩写作为注册域名有可能是事先计划的,但并无证据表明被告使用 MOD 作为其餐厅的名称争议域名是为了利用投诉人在 MOD 商标或 MOD 披萨中主张的权利。根据被投诉人提交的证据显示,被投诉人的 MOD 餐厅:(1)自 2015 年 7 月以来在阿肯色州的单一地点经营;(2)仅针对该地理区域范围内的消费者;(3)MOD 餐厅从未出售过披萨;(4)被投诉人提供与投诉人完全不同的食物类型和用餐体验。此外,证据还表明,被投诉人在网站上使用争议域名仅用以宣传其在阿肯色州的 MOD 餐厅,而没有在网站上涉及任何与投诉人或其披萨连锁店相关联的内容,因此,被投诉人并不构成“恶意”注册使用域名。

⑫ 参见邓炯:《规范域名抢注的国际立法新发展——ICANN〈统一域名争端解决规则〉评析》,《法律科学》2001年第1期,第41-49页。

⑬ 参见《域名纠纷中的恶意认定研究——以不确定概念理论为分析工具》,《华东政法大学学报》2014年第1期,第100-116页。

⑭ 参见刘陶:《域名与商标的权利冲突及解决》,华东政法大学硕士学位论文,2013年。

⑮ MOD Super Fast Pizza, LLC v. MOD Restaurant, MOD Restaurant & Social, Case No. D2018-0903, WIPO Arbitration and Mediation Center, Administrative Panel Decision (June 22, 2018).

另外,中国企业作为投诉人维权时,亦应就其所有的注册商标知名度以及在被投诉人注册域名使用、经营地域范围予以充分论证,以证明被投诉人是否构成“恶意”。在腾讯科技(深圳)有限公司诉 CHI HUANG, CHIPS LIMITED 一案中<sup>⑩</sup>,争议域名为 <wechat.net>,专家组根据投诉人提交的证据材料,认同投诉人就“WECHAT”商标享有合法权利的主张。此外,就地域性而言,该商标“WECHAT”在中国及中国香港特别行政区得到了广泛的认可和使用。投诉人是一家中国公司,专门从事互联网增值服务、移动及电讯增值服务和网络广告服务,是中国知名的互联网综合服务提供商之一,投诉人在中国乃至全世界拥有庞大的用户群和极高的知名度。投诉人提供的证据材料显示,微信(“WeChat”)是投诉人于 2011 年 1 月推出的免费即时通讯应用程序。在 2004 年、2005 年《中国商业网站 100 强》评选中,投诉人集团均名列“市值最大 5 佳网站”。在 2015 年至 2017 年“最具价值中国品牌 100 强”中,投诉人集团连续三年位居第一,获得“最具价值中国品牌称号”;在 2017 年“全球最具价值品牌 100 强名单”中,投诉人集团名列第八,成为历史上首次进入榜单前十名的中国公司。2017 年和 2018 年,投诉人集团连续两年成功被美国《财富》杂志评选为“世界 500 强企业”。

另外,投诉人集团在中国及中国香港申请和注册了多个商标,其中包括 WECHAT、“微信”、“微信支付”、“朋友圈及图”等商标,包括但不限于商标号 10079843 商标 WECHAT,类别第 9 类,从 2012 年 12 月 14 日开始获得注册;第 302060252 号中国香港注册商标 WECHAT,类别第 9 类和第 38 类,从 2011 年 10 月 17 日开始获得注册。WECHAT 商标是投诉人集团独创的商标,具有极高的知名度和极强的显著性。在全球,投诉人集团一直将 WECHAT 商标长期使用在各类产品和服务中,经过投诉人的长期使用和广泛推广,投诉人及其对商标在全球尤其在中国享有极高的知名度,WECHAT 商标排他性地指向投诉人集团及投诉人集团的 WeChat 系列产品。

由于域名转让构成新的域名注册行为,专家组判断域名注册人的恶意将从其受让注册域名的日期起算。争议域名最初注册于 2007 年,根据投诉人提供的证据,争议域名至迟于 2018 年 6 月 1 日以后开始使用隐私保护,之后争议域名指向网站宣传一款名为“inChat”的即时通讯产品。专家认为,争议域名很可能于 2018 年 6 月前后转让给被投诉人,专家组认为本案被投诉人恶意注册和使用争议域名的时间点为 2018 年 6 月 1 日。因此,专家组认为此证据支持了投诉人所主张的争议域名注册人的改变,且被投诉人没有对此进行反驳,这证明了被投诉人恶意注册争议域名。<sup>⑪</sup>

争议域名的主体部分与投诉人的 WECHAT 商标有着混淆性的相似,而 WeChat 产品在全球拥有广泛的用户群,专家组认定被投诉人注册争议域名时,知道及相当熟悉 WECHAT 商标,否则不会开发与针对投诉人微信(WeChat)产品的通讯工具 inChat 以及相关的“跳一跳”和“坦克大战”游戏。由此看来,被投诉人是企图故意通过制造争

<sup>⑩</sup> 腾讯科技(深圳)有限公司诉 Chi Huang, Chips Limited, 案件编号: D2018-2217, WIPO Arbitration and Mediation Center, Administrative Panel Decision (November 22, 2018)。

<sup>⑪</sup> 前引<sup>⑩</sup>,腾讯科技(深圳)有限公司诉 Chi Huang, Chips Limited (November 22, 2018)。

议域名指向网站或网站所提供的商品或服务与投诉人 WECHAT 商标之间在来源、赞助者、附属者或者保证者方面的混淆,故意引诱网络用户访问争议域名指向网站或其他关联网址,从而获取不正当的商业利益。令其在争议域名指向网站宣传其 inChat 产品,以进一步宣传其数字货币业务。<sup>⑮</sup>

此外,被投诉人将争议域名指向网站首页明显位置的“了解 CHIPS 公司”,链接至外部网站“www.cpscoin.org”,故意借助投诉人商标的知名度以诱导互联网用户访问争议域名指向网站,进而访问该外部网站,以宣传其数字货币业务,获取不当利益。

由此,被投诉人在准备抗辩时首先要调查投诉人所持有的注册商标在被投诉人所在的国家或区域是否享有商标权,如果被投诉人在注册域名时投诉人还未在相应地区注册商标,也并不具有较高的知名度,就无法认定被投诉人为恶意注册。如果涉诉方并非在全世界具有较高驰名度的大型企业,中小企业亦需积极提供相关的证据材料证明其在所属地域特别是所在行业的驰名度或影响力。

#### 4. 投诉人构成反向域名劫持

反向域名劫持在 UDRP 规则中是指恶意利用 UDRP,企图剥夺注册域名持有者所持有域名的行为,包括但不限于以下几种:(1) 争议域名的注册及使用没有恶意,也没有给注册商标或其权利人带来不利影响,或者这种影响属于正常商业竞争的;(2) 投诉人在争议域名注册之前已经注册了完全不同的其他域名,又未提供足以使争议解决机构确信的证据,证明其当初未注册该域名有适当理由的;(3) 被争议域名注册时,请求保护的商标尚未在中国注册,也没有被有关机构认定为驰名商标的。<sup>⑯</sup>

反向域名侵夺存在的主要形态是商标权人对其所有商标权利的滥用,即商标权人通过向域名争端机构提起投诉的形式向合法的域名持有人抢夺其认为对其有价值的域名。<sup>⑰</sup>某些商标权人蓄意拖延注册域名的时间,待其所有商标被其他方注册为域名,或者商标权人发现别人注册的域名更有价值时,为侵夺该域名并获取域名已产生的商业价值而起诉在先注册的合法域名持有人,迫使其转让或放弃与其商标相同或近似的域名。<sup>⑱</sup>在先合法注册的域名经使用和宣传,产生一定的信誉和知名度并拥有一定的用户群,最终被商标所有权人侵夺则构成对在线域名注册人的极大不公平。<sup>⑲</sup>

在 WIPO 域名争端案件中,专家组认定投诉人是否构成反向域名侵夺投诉人在提交投诉理由时所提交的证据材料,是否完整。如果明知被投诉人对争议域名享有权利或者合法权益,在提起投诉时未尽其可知的提供全面、准确的证据材料<sup>⑳</sup>,故意隐瞒事实的行

<sup>⑮</sup> 前引<sup>⑮</sup>,腾讯科技(深圳)有限公司诉 Chi Huang, Chips Limited (November 22, 2018)。

<sup>⑯</sup> 《中文域名争议解决办法》第十条。虽然该规定于 2020 年被新的域名争议解决办法所废止,但它是迄今为止国内唯一对反向域名侵夺作出明文规定的部门规章,对了解反向域名侵夺的适用范畴仍有很大价值。

<sup>⑰</sup> 季奎明:《论反向域名侵夺——电子商务中域名解决程序的滥用》,《行政与法》2007 年第 11 期,第 107-111 页。

<sup>⑱</sup> 参见薛虹:《网络时代的知识产权》,法律出版社 2000 年版,第 393 页。

<sup>⑲</sup> 参见刘满达:《域名抢注侵权的认定及争端解决》,《法商研究》2001 年第 1 期,第 73-77 页。

<sup>⑳</sup> 参见史勤艳、田炜:《透视 ICANN 规则之下的反向域名侵夺问题——从一则 WIPO 案例谈起》,《电子知识产权》2004 年第 8 期,第 46 页。



为就构成恶意指控无辜注册者从而侵夺合法域名注册者所持有的域名之嫌。<sup>②④</sup>

另外，UDRP 规定如果被投诉人选择将争议交由三人专家组裁决，而非交由投诉人选择的一人专家组裁决，则被投诉人应向提供商支付三人专家组固定费用的一半。投诉人认为如果被投诉人要维护域名及所有权就必将花费更多的时间和财务资源尽全力来维护自己的权益从而放弃应诉，并且 UDRP 规定即使投诉人被认定构成滥用程序、恶意投诉，也无需赔偿投诉人。所以，为防止此种情况的出现，被投诉人需在回应投诉时及时向专家组提出反向域名侵夺的申请，并就投诉人的投诉材料及被投诉人本身享有对争议域名的合法权益进行分析论证。

对于构成反向域名侵夺的投诉人，根据域名争议解决程序规则，就其滥用行政程序的行为作出处罚的形式为将此案的裁决书公之于众，但 WIPO 仲裁和调解中心就域名争端案件所作出的裁决全部可在其官网查询。由此可见，反向域名侵夺制度对投诉人恶意投诉、滥用行政程序的行为并未制定实质性的惩罚制度，即便投诉人即使进行了反向域名侵夺行为，其将要承担的法律后果仅可能对其企业名誉产生一定的影响，但考虑到争端案件的数量，即便裁决书公之于众，若无人关注则不会对企业产生实质性的不良影响。综合现在世界各国的立法情况，其首要考虑的是维护商标所有权人的利益，而忽视对域名持有人权利或合法利益的保护<sup>②⑤</sup>。因此，中国企业在注册域名时就其已注册的域名，应当注意是否存在相关的权利人，并且关注其是否存在恶意抢注商标权的可能性，为或将产生的争端做好准备。

### 三、对中国企业应对 WIPO 域名争端的其他建议

除了上文中提到的通过证明争议域名并非恶意使用或者注册外，中国企业在应诉时还应该注意以下几点：

#### （一）行政程序语言的选择

根据 UDRP 规则第 11(a) 条，除非当事人双方另有协议或注册协议中另有规定，否则行政程序的语言应使用注册协议的语言。另外，专家组可根据案件的具体情形来决定合适的行政程序语言，在这一点上，专家组判断的依据之一是案件双方当事人提交的投诉书、答辩书中就此部分的主张。通过 WIPO 官网公布的 2018 年域名争端使用行政程序语言选择的数据统计来看，只有 35 件域名争端案件的最终行政程序语言为中文。考虑到中国企业注册域名时会选择企业名称或其商标的拼音作为二级域名，如果因为选用的拼音组合与已注册商标产生混淆，则选择中文为行政程序语言对中国企业更有利。

在具体案件中，由于争议域名或投诉人的商标里会涉及对中文或拼音的区分，如果

<sup>②④</sup> Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG v. PRIVACYDOTLINK CUSTOMER 3692605 / Carlos Fuentes, Case No. D2018-2456, WIPO Arbitration and Mediation Center, Administrative Panel Decision (December 6, 2018).

<sup>②⑤</sup> 参见杜亮：《反向域名侵夺法律问题研究》，海南大学硕士学位论文，2016 年 5 月，第 11 页。

选择中文为行政程序语言,就会涉及对争议混淆因素的审查,包括以下几点:(1)中文商标的发音是否有多种方言、因为同一个字用不同的方言发音会得到不同的音译;(2)在一种拼音系统里是否有不用的声调,例如汉语的四声;(3)投诉人的商标是否可能有别于其所声称的音译;(4)如可能有其他音译的话,其他也可能适合的音译。在有关争议域名所针对的群众或地域所采用的语言或方言中,对相当数量的群众而言,哪个音译最为适合或被认可。

例如 Tata Sons Pvt. Ltd. 诉 Shen Yu Ku 一案,双方就程序语言进行申请时,<sup>②6</sup> 被投诉人要求行政程序语言为中文,主要理由如下:一般情况下,如果投诉人未提供充分证据证明被投诉人熟知英文,特别是法律词汇方面,为了减少不必要的经济负担和程序延误,专家组会同意使用中文作为行政程序语言,因此申请时,被投诉人应给出使用中文的充分理由,例如:(1)被投诉人是中国人,不懂英文;(2)争议域名网站为中文网站;(3)争议域名的注册协议是中文的,注册机构所在地是中国,根据 UDRP 规则第 11 条的规定,除非当事双方另有约定或注册协议另有规定,以及专家组权威人士根据行政程序的具体情况另行决定,否则行政程序使用的语言应与注册协议使用的语言一致,由此本案行政程序使用语言应为中文;(4)争议域名并不是由英文字母构成而是由汉语拼音构成。<sup>②7</sup>

综上,如果中国企业作为域名的注册人在中国境内经过其经营或其他活动使其文字商标与某一音译或翻译相对应而建立了相当的知名度,该翻译或音译便可能根据政策而得到保护。<sup>②8</sup> 特别是在争议域名涉及汉字拼音或者与拼音有关的因素时,中国企业更应积极申请行政程序语言为中文,将更有益于争取域名的归属。

## (二) 回应时间

根据 UDRP 中对程序各项时间的规定,首先被投诉人必须在行政程序开始起 20 日内向提供商<sup>②9</sup> 即提交回应,但可明确要求回应延长 4 个日历日(非工作日),并且规定了行政程序开始之日为提供商完成向被投诉人发送投诉文件的职责之日,其中发送投诉文件的送达日期按照以下方式界定:(1)如果通过互联网传送,则在传送日期可验证的情况下,传送日期即为送达日期;或者,当情况适用时,(2)如果通过传真传送,则传送确认书上显示的日期即为送达日期;或者(3)如果通过邮寄或快递服务传送,则收据上标注的日期即为送达日期。<sup>③0</sup>

从规则中可以看出,此域名解决机制更偏向为一种快速仲裁,其裁决的时间如无特

<sup>②6</sup> Tata Sons Pvt. Ltd. 诉 Shen Yu Kun, 案件编号: D2018-2029, WIPO Arbitration and Mediation Center, Administrative Panel Decision (November 19, 2018)。

<sup>②7</sup> 广东万和集团有限公司 (Guangdong Vanward Group Co., Ltd) 诉 Yu Xiaolin, 案件编号: D2010-1293, WIPO Arbitration and Mediation Center, Administrative Panel Decision (October 6, 2010)。

<sup>②8</sup> Kenya Airways Limited 诉 Wangxinguang, Case No: D2016-01531, WIPO Arbitration and Mediation Center, Administrative Panel Decision (May 3, 2016)。

<sup>②9</sup> 提供商是指获得国际互联网名址分配公司 ICANN 认可的争议解决服务提供商。

<sup>③0</sup> 统一域名争议解决政策规则, <https://www.icann.org/resources/pages/udrp-rules-2015-03-12-zh>, (最后访问: 2020年2月4日)。

殊情况,专家组应在其根据第 6 条规定获得委任后十四(14)天内将投诉裁决结果提交给提供商。相比其他争端解决机构所提供被投诉人的准备回应时间非常之短。根据 UDRP 第 5 条(b)规定:被投诉人可明确要求将对投诉的回应时间延长四个日历日,提供商应无条件地批准此延期,并通知相关方。此次延期不妨碍提供商依据第 5(d)条规则给予再次延期。

因此,被投诉的企业或者个人,应该在时间不足的情况下及时要求延期,正如上文中所总结的抗辩理由有针对性的准备抗辩材料以节省准备时间。

### (三) 向专家组主张投诉人反向域名劫持

中国企业作为被投诉人应诉时,在充分抗辩、有证据支持以及作出充分论证的基础上,应及时向专家组提出投诉人构成“反向域名劫持”的主张,若此主张得到专家组支持并在裁决中被明确,则中国企业可在向法院提起诉讼时要求投诉人作出相应的赔偿。

例如在 *Crypto World Journal Inc v. Xiamen Privacy Protection Service Co., Ltd. / Lin Xiao Feng* 一案中,被投诉人成功抗辩投诉人构成反向域名劫持,并得到了专家组的支持。<sup>③①</sup> 此案中的争议域名为 <cwj.com>,被投诉人及时提出投诉人涉嫌反向域名劫持的抗辩,并提供了投诉人于仲裁程序开始前发至其邮箱的协商邮件,邮件中,投诉人称其希望收购此域名并希望被投诉人提供报价,且在仲裁程序开始之后,投诉人再次向被投诉人发邮件称其希望通过案外快速解决。但是在投诉人向仲裁庭提交的陈述中,明确表述其为在此仲裁程序开始前与被投诉人进行沟通。鉴于此,专家组认为,第一,投诉人提起仲裁程序是在其向被投诉人提出要求收购涉案域名无果后采取的措施;第二,投诉人并未提供任何有说服力的证据证明被投诉人恶意注册并使用涉案域名,由此认定投诉人构成反向域名劫持并驳回其诉求。<sup>③②</sup>

中国企业在应对域名争端诉讼时,特别是作为被投诉人,应当结合现有的证据以及相关规则,及时判断投诉人是否存在以下情形:1. 投诉人明知其无法证明被投诉人存在侵犯其相关权利的任何情形,例如,投诉人并不享有相关的商标权,也并不清楚被投诉人就此域名是否享有在先权利或合法权益,又或者投诉人在明知被投诉人注册使用争议域名并不具有“恶意”,被投诉人在投诉人获得商标权之前就已注册涉案域名且长期合理使用;2. 投诉人基于对现有事实(包括争议域名网站存在的事实以及现有公共资源上可以获得的事实)的合理解释,明知此投诉不存在胜诉的可能性;3. 投诉人违反 UDRP 规则;4. 投诉人提供虚假证据,或试图误导专家组作出错误的裁决;5. 投诉人故意提供不完整的实质性证据;6. 投诉人未事先向专家组披露,其提交的案件是根据 UDRP 规则重新提交的;7. 在没有合理法律依据的情况下,投诉人前期试图从被投诉人处获得争议域名未果后提出投诉。若投诉人符合上述任一情形,应及时向专家组主张投诉人为反向

<sup>③①</sup> *Crypto World Journal Inc v. Xiamen Privacy Protection Service Co., Ltd. / Lin Xiao Feng*, Case No. D2018-1207, WIPO Arbitration and Mediation Center, Administrative Panel Decision (July 30, 2018).

<sup>③②</sup> 前引<sup>③①</sup>, *Crypto World Journal Inc v. Xiamen Privacy Protection Service Co., Ltd. / Lin Xiao Feng* (July 30, 2018).

域名劫持,亦为后续明确域名权属以及要求其进行赔偿做好铺垫。

结合2018年案例的整体情况,上述情形中最后一种出现的较为频繁,投诉人前期先通过邮件的形式向被投诉人提出收购域名的要约,若被投诉人未回应或直接拒绝,则投诉人再向WIPO调解与仲裁中心投诉,由此,中国企业应对此类要约邮件加以重视并留存好证据,以便在抗辩中及时举证。

#### (四) 救济措施

WIPO统一争端解决机制并非一项司法程序,而更类似于一个行政解决程序。在传统的解决路径中,一旦发生域名纠纷,则往往只能通过诉讼解决,但诉讼程序所需的时间较长且耗费当事人的精力及费用成本都较高,对合法的权利人而言,并是绝佳的维权途径。<sup>③</sup>这种解决机制是用一种类似仲裁的强制性手段来解决域名纠纷争议,但是,域名纠纷争议的裁决没有剥夺当事人向法院申请救济的权利。WIPO对UDRP规则的落实实施,是向域名异议人特别是合法权利人提供了一种较为高效、便捷的纠纷解决方式。

因此,若中国企业未能及时在WIPO的域名争端解决程序中应诉以维护自身的合法权益,且专家组仅就域名的权属予以裁决,中国企业应向有管辖权的法院提起诉讼进行权利救济。需要注意的是,如果案件的诉争案由为域名权属纠纷,则不能直接以域名侵权纠纷的管辖规定由侵权行为地或被告住所地的中级人民法院管辖,而应根据案件情况予以确定管辖。根据UDRP规则第3(b)12条之规定:投诉人如对行政程序中取消或转让域名的裁决有任何疑问,将把相关投诉提交给已确定的一个以上共同管辖区内的管辖法院。UDRP规则对“共同管辖”解释为“法院管辖区位于:(a)注册商总办事处(假设域名持有者已将其注册协议提交给该管辖区以寻求法院对涉及域名使用或因域名使用而引起的争议的判决);或(b)在向提供商提交投诉时注册商Whois数据库中显示的域名持有者用于注册域名的地址”。

根据ICANN的规定,所有由ICANN认可的、为通用顶级域名提供注册服务的注册商应将UDRP并入其与域名注册人的注册协议,域名注册人只有接受前述协议,才能获得注册。一旦投诉人将与注册域名相关的域名抢注投诉提交至WIPO仲裁与调解中心,即表示注册人在域名争端的解决中选择适用UDRP及规则。若当事人需在中国法院提起诉讼,根据《中华人民共和国民事诉讼法》第34条规定,合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖,但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。因此,注册人在注册协议中约定将争议提交争议域名注册机构主要营业地或域名持有者用于注册域名的地址所在法院管辖,可以认定为与争议有实际联系的地点,且在未违反法级别管辖和专属管辖的情况下,可按照协议向约定的管辖法院提起诉讼进行权利救济。

在中国有管辖权的法院提起诉讼时,中国企业应根据《最高人民法院关于审理涉及

<sup>③</sup> 参见陈长杰:《域名法律保护制度研究》,中南财经政法大学博士学位论文,2018年5月,第103页。

计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》等有关法律,对以下 4 个条件予以证明: 1. 请求保护的民事权益合法有效; 2. 被告域名或其主要部分构成对原告驰名商标的复制、模仿、翻译或音译; 或者与原告的注册商标、域名等相同或近似,足以造成相关公众的误认; 3. 被告对该域名或其主要部分不享有权益,也无注册、使用该域名的正当理由; 4. 被告对该域名的注册、使用具有恶意。<sup>④</sup>

例如在上海赛金生物医药有限公司、丁邦与美国新基医药公司((2013)浦民三(知)初字第 721 号)一案中,被告于 2013 年 5 月向 WIPO 仲裁与调解中心提出投诉,要求裁决将涉案域名转让给其所有。因送达原因,此案原告未能参与域名仲裁程序。WIPO 专家组于 2013 年 9 月作出裁决,将涉案域名由此案原告丁邦转让给被告。原告认为该裁决明显错误,严重侵犯了两原告的权益,原告丁邦所注册的域名并不侵犯被告的任何在先权利,因此向上海市浦东新区人民法院提起诉讼对其权利进行救济。

首先,法院就适用法律进行明确,因为被告企业所在国美国与中国同为《保护工业产权巴黎公约》的成员国,对成员国国民的商标、商号及制止不正当竞争的请求我国应按照本国法律给予保护,因此此案使用中华人民共和国法律。

其次,法院认为此案系就原告注册使用涉案域名而产生的域名纠纷,应按《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第四条就域名纠纷案件侵权构成条件予以认定。在此案中,法院认为:一、涉案域名与被告主张的权益是否近似涉案域名“celgenpharm.com”中,“com”是通用的域名后缀名,主体部分为“celgenpharm”,其中“pharm”为中文“医药”的通用名称,故域名最具有识别作用的文字为“celgen”。该文字与被告企业字号、商标、域名的主体部分“celgene”相比较,组成要素上仅有一个“e”的区别,读音亦相近,两者构成近似;二、原告是否对涉案域名不享有权益,也无注册、使用涉案域名的正当理由原、被告均从事相关药品的研究、开发、生产和销售,系同业竞争者。被告字号、域名、商标中的“celgene”实际上是由“cell”(细胞)的简称和“gene”(基因)两部分组成。对于从事医药行业的企业而言,这两个单词是行业内通用的名称,被告采用简化“cell”后将两者结合的使用方式,显然显著性不强。而对于原告赛金公司而言,公司系外商投资企业,公司设立后在对外经营中确有必要使用英文名称并设立相关网站。鉴于公司的设立、组建确需一定的准备期,丁邦作为公司主要投资者之一的外方董事长,其在公司设立前先以自身名义注册涉案域名,后再将涉案域名交由公司实际使用的做法无可厚非。<sup>⑤</sup>鉴于公司从事的系生物医药行业,涉案域名和公司英文字号采用行业内的通用单词“cell”和“gene”两者简化后的组合,未尝不可,且该组合的发音也与公司中文字号近似。涉案域名被注册后也投入了商业使用,即用于原告赛金公司的网站,并在赛金公司的产品外包装、说明书中均标

<sup>④</sup> 《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第四条,法释〔2001〕24号。

<sup>⑤</sup> 上海赛金生物医药有限公司、丁邦与美国新基医药公司网络域名权属纠纷一案民事判决书,(2013)浦民三(知)初字第 721 号,上海市浦东新区人民法院,2014 年 09 月 11 日。

注了公司的网址,赛金公司经过运营亦已初具规模。故原告主张注册、使用涉案域名的理由合理正当;三、原告对涉案域名的注册、使用是否具有恶意鉴于涉案域名的注册时间早于被告商标及部分域名注册时间,因此被告需举证证明在原告丁邦注册涉案域名前其企业字号、商标、域名已达到一定的知名度,从而推断出原告丁邦是在知晓被告字号、商标和域名的情况下仍在国内申请注册了与被告近似的域名,其注册涉案域名时存在主观恶意的结论。

针对原告是否具有“恶意”的认定上,第一,法院认为被告对其企业字号知名度的举证被告提供了美国律师的宣誓书,该宣誓书只是被告国际商标律师对被告公司经营情况的个人陈述,并无相关证据能相互引证,不具备证据的形式要件。另外,被告还提供了其在纳斯达克官网的相关信息,但被告主张的上市时间与其官网自述的上市时间并不一致,且仅凭纳斯达克上市的事实并不能得出被告企业字号必有知名度的结论。至于被告的年度报告亦只是被告的单方陈述,且系英文件,法院并未予以采纳。因此,被告无法举证证明在涉案域名注册前,其企业字号已具有一定的知名度。而且从被告提供的其官网对被告公司发展历程的介绍中显示,在2000年前,被告仅有一款药品获得许可销售,很难让人相信此时的被告在同行业内已具有一定的知名度;第二,被告对其商标知名度的举证情况被告美国商标的注册信息显示,被告对其“celgene”商标的最早使用时间为1986年12月,早于涉案域名注册时间。但被告尚需就首次使用商标后至涉案域名注册之前这段时间的商标使用情况进行举证,以证明在涉案域名注册前原告的商标已具有一定的知名度,但被告显然未能完成举证义务;第三,被告对其域名知名度的举证被告两处域名分别用于其美国和中国官网使用,虽然美国官网的域名注册时间早于涉案域名,但是被告仍负有对美国官网的知名度进行举证的义务,以证明原告丁邦注册行为的恶意性。鉴于官网知名度通常与企业知名度相联系,而被告未能举证证明在涉案域名注册前其企业字号已具有一定的知名度,其对域名知名度的举证义务也随之不能完成。<sup>36</sup>

另外,此案就原告对涉案域名的注册、使用是否具有恶意的的问题系此案最主要的争议焦点,也是被告举证的主要着力点,但被告未就该争议焦点完成举证责任。公司的规模和知名度并不是一蹴而就的,从默默无闻的小公司成长为全球性的知名公司往往需要一定的年限。即便被告现在是一家市值几百亿美元的知名医药公司,不能否认公司几十年来所经过的发展历程,故不能以被告现在的经营规模和知名度得出被告2000年时即为知名公司的结论。被告仍应当对其2000年时的商标、域名、字号的知名度负有举证义务,显然被告在此案中未能完成,因此无法得出原告丁邦系恶意注册涉案域名的结论。法院认为原告的行为并不符合法定认定侵权的构成条件,涉案域名的注册使用并未侵犯被告的相关权益。鉴于涉案域名虽然注册在原告丁邦名下,但实际由原告赛金公司使用并备案在公司名下,故涉案域名实际由两原告共有。

通过此案,当事人通过提起诉讼的方式对WIPO行政专家组作出的裁决进行救济,

<sup>36</sup> 前引<sup>35</sup>, (2013)浦民三(知)初字第721号, 2014年09月11日。

但是相对争端解决机构对域名权属的认定,域名的相关权利人在此过程中将承担相对较重的举证责任,不仅应当论证另一方当事人符合《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》规定的认定条件,还要论证被告的抢注行为符合侵权或者不正当竞争的要件。这是域名争端机制与司法裁判适用审查标的差异之处,该机制存在“弱法性”的特点,允许当事人在解决争议的任何阶段另行寻求司法途径,导致域名争端解决机制与司法裁判在“衔接”上依旧存在障碍。<sup>③7</sup>因此,中国企业在涉及此类域名争端案件时,需要把握域名争端解决机制和司法裁判在适用法律、举证以及认定标准上的区别,以便于全面有效地设计域名争议解决方案。

---

**Abstract:** The number of domain name dispute cases is increasing remarkably these years. The Arbitration and Mediation Center of World Intellectual Property Organization accepted the authorization of ICANN (The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers), becoming the first “provider of domain name settlement dispute services” with the main arbitral basis of Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP). Chinese enterprises now lack of experiences and strategies in response to the Internet domain name disputes, most of the cases ended in failure whether as the complainant or the respondent. This paper will provide suggestions for Chinese enterprises in response to the domain name disputes, starting with UDRP rules and the analysis of WIPO domain name dispute panel decisions in 2018.

**Keywords:** domain name disputes; WIPO; UDRP rules

---

( 责任编辑: 刘 纲 )

---

<sup>③7</sup> 前引<sup>③3</sup>,陈长杰书,第152页。

# 关于我国统一“调解法”制定中的几个问题

廖永安\*

---

**内容提要** 从克服《人民调解法》的不足、提升非诉调解的法律地位、促进现代调解规范化、顺应全球调解发展趋势等方面分析,我国制定统一“调解法”具有必要性。该法的制定应以社会主义核心价值观、新发展理念与非诉讼理念为指导思想,以自愿原则、保密原则、合法原则、诚实信用原则等为基本原则,其内容框架包括:涵盖人民调解、行政调解、行业调解与商事调解等四大调解类型;构建各类调解之间以及调解与仲裁、诉讼之间的程序衔接机制;完善以调解指引、监督考核、市场引导与队伍建设为主的促进保障机制。

**关键词** 调解 立法 统一调解法

---

自改革开放以来,我国经历了前所未有的剧烈社会转型,我国几乎用三十年的时间基本完成了西方国家三百年才完成的社会现代化转型。在如此短促而剧烈的过程中,我国各种社会矛盾纠纷大量涌现,并呈爆炸趋势涌向法院,这使得我国和西方法治发达国家一样,从“无讼社会”步入“诉讼社会”。<sup>①</sup>为克服国家司法资源的有限性,缓解“案多人少”的矛盾,使社会公众更加便捷、高效、经济地“接近正义”,调解作为诉讼外社会矛盾纠纷化解的主要方式,已经成为全球趋势。

党的十八届四中全会通过《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确提出:“建设中国特色社会主义法治体系,必须坚持立法先行,发挥立法的引领和推动作用,抓住提高立法质量这个关键。”而新时期依法治国的“新十六字方针”之一首先是“科学立法”。在全面依法治国的整体方略中,完备良善的法律规范体系是社会主义法治体系建设的重要基石。随之而来的问题是,需不需要为调解专门立法?如果调解具有立法必要性,又该如何为调解立法?是对不同类型调解进行单行立法还是相对统一的综合性立法?基于此,本文以调解立法为主题,立足我国相关立法的实践经验,深入挖掘立法

---

\* 廖永安,湘潭大学法学院教授、博士生导师。本文的写作得到了王聪和肖文两位博士研究生的大力支持,他们是本文完成的重要合作者,做了大量的前期调研和资料收集整理工作,并提出了诸多宝贵意见和建议,特此表示感谢。本文系国家社科基金重大专项“社会主义核心价值观融入法治建设机理研究”(项目编号:17VHJ009)阶段性成果。

① “诉讼社会”概念在国内首先由张文显教授提出,一般认为,如果一个社会每年约有10%的人口涉诉,则该社会即可被认为是“诉讼社会”。参见张文显:“现代性与后现代性之间的中国司法——诉讼社会的中国法院”,载《现代法学》2014年第1期,第4页。



资源,为制定“调解法”提供些许参考思路。

## 一、制定“调解法”的必要性

法的制定,是把一定的阶级(阶层或阶层联盟)的主张上升为国家意志,成为规范性法律文件,最终成为全社会成员共同遵守的行为准则。<sup>②</sup>从宏观战略层面来讲,作为构建法治中国建设的重要一环,不失时机地制定“调解法”对于促进社会治理体系和治理能力现代化、应对当前社会主要矛盾及纠纷解决需求、顺应包容性调解的全球趋势均具有极为重大的理论价值和实践意义。因此,学界多年前就有关于制定“调解法”的呼声。<sup>③</sup>从我国调解实践情况来看,制定统一的或者综合性的“调解法”具有现实必要性。

### (一) 克服《人民调解法》的不足

要制定统一的“调解法”,首先必须回答,如何定位《中华人民共和国人民调解法》(以下简称《人民调解法》)?为什么在已经制定了《人民调解法》的情况下,仍然要制定“调解法”。2006年11月,时任中共中央政治局常委的罗干同志在全国政法工作会议上首次提出“大调解工作体系”的概念,“注重发挥调解手段化解社会矛盾纠纷的作用,着力构建在党委领导下,以人民调解为基础,加强行政调解和司法调解,三种调解手段互相衔接配合的大调解工作体系。”<sup>④</sup>此后,在我国的官方文件表达中,调解体系一直被表达为人民调解、行政调解、司法调解三大类。2010年通过的《人民调解法》延续了这种“一分为三”的调解框架体系,试图将各类非司法性、非行政性的社会调解都纳入到《人民调解法》的规制范围。随着2010年《人民调解法》的出台,中国的调解立法选择了“分进”的道路。人民调解已然逐步渗透到其他类型调解之中,造成了人民调解的概念泛化。

然而,我国的调解类型十分丰富,既有官方机构主持的行政调解、司法调解等类型,也有非官方主持的社会调解,例如人民调解、行业调解、商事调解、律师调解、仲裁调解、公证调解等类型。《人民调解法》没有针对不同类型纠纷的特点而建立起多元化的社会调解体系,而是突破传统人民调解地域性、自治性的原有制度定位,试图以一元化的人民调解统合各类民间社会性调解。这种一元化的统合模式导致其后的相关政策文件表达皆以“人民的名义”把实践中所涌现的各种新型调解组织类型都戴上“人民调解”的帽子或装进人民调解的“百纳袋”中,这种概念泛化掩盖了商事调解、行业调解、专业调解等多元社会调解方式的制度特色,造成了这些非官方调解的法律定位不清,使得调解立法滞后于新型调解实践,并严重制约了多元调解形式的协调发展,不利于纠纷解决的

<sup>②</sup> 沈宗灵主编:《法理学》,高等教育出版社1994年版,第273页。

<sup>③</sup> 参见范愉:“有关调解法制定的若干问题(上)”,载《中国司法》2005年第10期,第71-74页。汤唯建:“关于制定社会调解法的思考”,载《法商研究》2007年第1期,第59-64页。

<sup>④</sup> 罗干:“政法机关在构建和谐社会中担负重大历史使命和政治责任”,载《求是》2007年第3期,第7页。

国际交流与合作。因此,有必要超越《人民调解法》,制定统一的“调解法”。

## (二) 提升非诉调解的法律地位

改革开放以来,我国逐渐形成了以诉讼为中心的纠纷解决格局,调解因为被视为法治的对立面而被边缘化。在“为权利而斗争”、“上法院讨个说法”、“一元钱官司”所标榜的权利话语泛滥的现实背景下,法院成为社会矛盾纠纷化解的主要防线。自1978年以来,我国法院受理的各类案件从61.3万件剧增至2260万件,案件数量足足增加了近37倍,而法官数量从1981年的6万多人增长至12万多人,人民法院的“案多人少”矛盾十分突出。司法资源的稀缺性和对抗式诉讼的局限性,也注定了诉讼不可能成为“包打天下”“包治百病”的唯一方式或者主要方式。当前我国正处于社会转型期、矛盾凸显期、利益调整期,社会矛盾纠纷充满现实性与非现实性,很多深层矛盾纠纷难以通过比分对错的诉讼方式予以解决。与司法审判相比,调解具有自愿性、和解性、协商性、开放性、灵活性、保密性等八个方面的比较优势,<sup>⑤</sup>调解在维护社会和谐稳定方面发挥着不可替代的作用。因此,应该打破诉讼中心主义的解纷观念,提倡或者引导人民群众通过调解、和解方式解决纠纷。

值得注意的是,《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)第一百二十二条确立了先行调解制度,《最高人民法院关于进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》(法发〔2016〕第14号)第27条提出要探索建立调解前置程序。《民事诉讼法》所确立的先行调解以及未来的调解前置程序应该是面向所有诉讼外社会调解而言的,即当事人对于需要调解前置的纠纷,可以向人民调解组织,也可以向其他类型的调解组织提出调解申请,通过国家认证的各种类型的调解组织都可以承接部分纠纷的前置调解工作。实质上,各类社会调解在本质上都遵循当事人自愿与自治原则,在调解协议的性质上并没有本质区别,因此,对这些诉讼外调解协议都应该予以司法确认,而不是只局限于人民调解协议。然而,除《人民调解法》之外,实践中大量新型的社会调解组织处于无法可依、无章可循的境地,极大削弱了先行调解制度的运作实效。通过制定“调解法”,提高非诉调解的法律地位,充分发挥其相对于诉讼的比较优势,降低当事人纠纷解决的时间成本和经济成本,使其成为社会矛盾纠纷化解的第一道防线,对于满足人民群众多元化解决纠纷需求具有重要意义。制定“调解法”,明确各类调解的法律地位和作用,有助于支持当事人通过调解解决纠纷,赋予调解解决纠纷的正当性与合法性,提高其利用效率。

## (三) 促进现代调解的规范化

尽管传统调解更多属于“自发自生的秩序”,但现代法治社会的调解必然要接受法律的规训,大部分调解都是在“法律的阴影”下形成。尤其是在现代商业社会,商事主体对于调解服务的需求已有别于过往纯粹意义上的调和矛盾,对调解的程序保障、调解

<sup>⑤</sup> 参见李浩:“调解的比较优势与法院调解制度的改革”,载《南京师范大学学报(社会科学版)》2002年第4期,第19-23页。

的质量有更高的要求。而目前我国除了人民调解组织和人民调解员队伍有专门的《人民调解法》予以规范外,对于商事调解、行业调解、律师调解等新型调解缺乏规范的调解组织认证体系和调解员资格认证规则,调解职业化发展尚未形成科学的顶层设计与整体部署,调解类型的多样化优势并没有发挥出来,各种调解类型各自为政、自成体系,没有统一的行为规范、准入标准,调解员的社会地位、专业权威及其职业规范等均未合理建构。<sup>⑥</sup>与调解程序适用相关的衔接机制亦未充分形成,这导致调解质量难以得到切实保障。

有学者提出,在现代化转型视野下,中国的调解制度理应走回应型调解之路,回应型调解与回应型立法相对应,回应型调解具有政策塑造功能,对缓和法的严苛性和促进新型法律的生成具有能动作用。<sup>⑦</sup>假使调解自身无法进行规范化运转,调解的现代化功能则根本无从谈起。“调解法”的作用在于,明确各类调解组织的资质条件,确定各级地方政府对不同类型的调解组织应当承担的支持、保障、监督、管理的职责和权限范围,确立调解的基本原则、程序规范,提高调解的正当性、合法性、合理性,减少调解的弊端和错误几率,为当事人提供必要的救济机制。<sup>⑧</sup>因此,制定“调解法”,即为回应当前调解的运行乱象,协调现有法律条文之间的冲突与矛盾,规范不同调解类型在社会矛盾纠纷化解过程中的秩序,亦是从整体意义上综合把握各种类型调解的优劣态势,扬长避短,构建现代化的调解体系。唯有如此,方能提升调解质量,推进调解的职业化建设。

#### (四) 顺应全球调解发展趋势

在全球民事司法改革浪潮中,ADR机制受到了普遍关注,调解即为其中的典型代表。从世界各国的立法及司法实践看,调解是发展最为迅速的ADR机制。甚至有学者提出,完善的立法为世界各国调解的发展提供了坚实的法治基础,调解的法制化也以显著的成效回应了现实需求。<sup>⑨</sup>可见,制定“调解法”是适时顺应全球调解发展趋势的必然选择。众所周知,我国正大力推进“一带一路”建设,在“一带一路”相关国家的纠纷解决中,诉讼机制囿于各国司法主权的保护主义而难以在涉外纠纷中有所作为。特别是那些法治极速现代化发展的国家或者地区,从他国大量借鉴实体法与程序法,法律移植往往伴随“水土不服”的问题,这些法律规则难免与旧有的社会规则产生各种冲突。因此,充当主角的往往是长期以来更为各国认可的调解、仲裁等ADR机制。

“纠纷处理制度不仅仅在于解决纠纷,它们向社会传达了一种纠纷是如何被理解和尊重的信息,它们推动并反映纠纷文化,在法律改革的讨论中集中于两大法系相互融合的趋势之际,调解象征着一种非正式的消费者主导下的新形式正义的诞生,这维系着法律程序的一般性而非典型性。”<sup>⑩</sup>就我国而言,调解是比仲裁更为成熟的纠纷解决方式。

<sup>⑥</sup> 参见廖永安、刘青:“论我国调解职业化发展的困境与出路”,载《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2016年第6期,第49页。

<sup>⑦</sup> 参见汤维建:“现代化转型视野中的中国调解制度”,载《朝阳法律评论》2010年第2期,第165-166页。

<sup>⑧</sup> 参见范愉:“有关调解法制定的若干问题(上)”,载《中国司法》2005年第10期,第71-74页。

<sup>⑨</sup> 参见齐树洁主编:《外国ADR制度新发展》,厦门大学出版社2017年版,第22-24页。

<sup>⑩</sup> [澳]娜嘉·亚历山大主编:《全球调解趋势(第二版)》,王福华等译,中国法制出版社2011年版,第33页。

制定“调解法”,从长远意义上讲是维系法律程序的普适性与顺应调解的包容性,从近期意义上讲是顺应全球调解发展趋势的必然选择。2018年6月27日,联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)第52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》(简称《新加坡调解公约》),这是世界第一个以调解方式解决商事纠纷的多边条约,被视为国际争议调解领域的一大里程碑。这也使得我国制定“调解法”显得更为紧迫。要促使当事人信赖并选择我国调解组织达成的和解协议,提高我国调解组织和调解程序的规范化,尤其是在“一带一路”建设过程中,诸多商事矛盾的产生及其解决方案需要获得各方认可,中国作为负责任的大国,领跑者的角色担当必须配备普遍性的纠纷解决机制。人类命运共同体概念的提出,使得中国人民的梦想同世界各国人民的梦想息息相关,包容互惠的发展思维必须得到贯彻落实。在西方发达国家,越来越注重调解制度、规则的专业化建设及调解员的职业化发展。<sup>①</sup>为顺应时代潮流,我国在积极打造国际商事纠纷解决中心的同时,有必要对我国调解制度进行现代化改造,积极制定包括商事调解在内的统一的“调解法”,建立健全科学规范的调解规则体系。<sup>②</sup>

## 二、制定“调解法”的指导思想

在调解多元化发展的当下,应注重不同调解方式的合理运用,避免将某一种调解方式无限泛化。多元的调解格局旨在满足不同群体不同层次的调解需求。在西方追求权利、崇尚对抗的价值取向,审判始终居于核心地位,在中国追求妥协、崇尚和谐的社会理念下,调解始终占有重要地位。尤其是在社会发展不平衡不充分的当下,多元化的调解方式的最优状态就在于实现各种调解适用的协调与平衡。因此,制定“调解法”必须理顺不同调解方式之间的关系,树立新的指导思想,这直接决定了调解体系的构建。

### (一) 社会主义核心价值观

社会主义核心价值观是社会主义法治建设的灵魂。2013年12月,中共中央办公厅印发的《关于培育和践行社会主义核心价值观的意见》指出,要把社会主义核心价值观落实到立法、执法、司法、普法和依法治理各个方面。《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)就将社会主义核心价值观写入立法。我国“调解法”的理念与社会主义核心价值观具有天然的契合性,社会主义核心价值观在国家层面倡导文明、民主、和谐,在社会层面倡导自由、平等、公正、法治,在公民层面倡导诚信、友善,这些价值目标、价值取向、价值追求都与调解的运作理念相一致。调解与我国“无讼”、“和为贵”等传统文化价值相一致。广大百姓在“君子喻于义,小人喻于利”的传统儒家思想的熏陶下,不习惯竞技性的诉讼对抗,熟人社会中发生纠纷往往找寻更为缓和的解决途径。传统社会的调解无不贯彻“和乡党以息争讼”、“明礼让以厚风俗”的精神,调解所秉持的和谐理

<sup>①</sup> 参见齐树洁主编:《外国ADR制度新发展(第二版)》,厦门大学出版社2017年版,第22-30页。

<sup>②</sup> 参见徐光明:“一带一路背景下商事纠纷的多元化解决”,载《人民法院报》2017年9月15日,第005版。

念能唤起广大人民群众内心潜藏的认同感。<sup>⑬</sup> 调解在案结事了方面追求人际关系的文明和谐;在纠纷解决过程方面凸显当事人的主体地位,尊重当事人意思自治,体现社会交往的自由民主;在纠纷解决结果方面强调当事人应该诚信友善,遵守法律和合约,体现平等、公正与法治。因此,在众多纠纷解决机制中,调解无疑是最能彰显社会主义核心价值观的纠纷解决机制,这从侧面证明,制定“调解法”必须以社会主义核心价值观为指导。

以社会主义核心价值观为指导制定“调解法”,符合近年来党和国家的立法政策指引。2016年12月,中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于进一步把社会主义核心价值观融入法治建设的指导意见》,要求各地区各部门结合实际认真贯彻落实社会主义核心价值观。作为社会主义法治建设的重要指引,把社会主义核心价值观融入法治建设,是坚持依法治国和以德治国相结合的必然要求,是推进社会主义核心价值观建设的重要途径。2017年10月,习近平总书记在党的十九大报告中重申,要“把社会主义核心价值观融入社会发展各方面,建设属于中国的社会主义法治文化”。2018年5月,中共中央印发的《社会主义核心价值观融入法治建设立法修法规划》中强调,“推动社会主义核心价值观入法入规,必须坚持问题导向”。“调解法”的制定,是鼓励调解在社会矛盾纠纷化解中的运用,结合情、理、法等元素以满足当事人不同层次的纠纷解决需求,推动社会主义核心价值观融入立法的一次良性实践。<sup>⑭</sup>

## (二) 新发展理念

新发展理念最初是中共十八届五中全会提出的概念,《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十三个五年规划的建议》中明确提出:“实现‘十三五’时期发展目标,破解发展难题,厚植发展优势,必须牢固树立创新、协调、绿色、开放、共享的发展理念。”<sup>⑮</sup> 习近平总书记在党的十九大报告中再次重申“必须坚定不移贯彻创新、协调、绿色、开放、共享的发展理念。”为合理构建社会矛盾纠纷调解体系,充分发挥各种类型的调解在不同纠纷解决中的优势地位,应当坚持以新发展理念指导“调解法”的制定。

“新发展理念与法治中国的关系,实际上就是政治话语体系与法治话语体系的关系。”<sup>⑯</sup> 在此强调以政治话语体系的新发展理念指导法治语境下的“调解法”之制定,原因在于,二者在最终目标上具有一致性。具体而言,新发展理念是中国共产党为推进社会经济发展而提出的政策指引,中国共产党作为执政党,其在治国理政推进过程中必将把新发展理念贯彻落实到市场经济发展中。市场经济本质上属于法治经济,制定“调解法”,即为更好地规范市场经济发展中矛盾纠纷调解的秩序,使得相关行为内容更加于法有据。虽然并非所有的政策都会转化为法律,但实现政策价值最好的办法即利用法治,将政策的内容和精神融于立法和法律实施当中。就某种程度而言,调解与新发展理念具

<sup>⑬</sup> 参见孙贇峰编:《如何做好调解工作 调解实务技巧与案例》,中国法制出版社2013年版,第12-13页。

<sup>⑭</sup> 参见李锦:“社会主义核心价值观融入科学立法的路径选择”,载《新疆师范大学学报(哲学社会科学版)》2019年第1期,第29-30页。

<sup>⑮</sup> 《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十三个五年规划的建议》,载《人民日报》2015年11月4日,第001版。

<sup>⑯</sup> 周佑勇:“逻辑与进路——新发展理念如何引领法治中国建设”,载《法制与社会发展》2018年第3期,第35页。

有天然契合性。以绿色理念为例,绿色理念在某种层度上可理解为可持续发展的理念。1987年世界环境与发展委员会出版《我们共同的未来》报告中,将可持续发展定义为,既能满足当代人需要,又不对后代人满足其需要的能力构成危害的发展。<sup>①⑦</sup>在社会矛盾纠纷化解领域,各种纠纷解决机制有其不同的特点,诉讼是公正、法治的典型,在一定程度上将造成双方当事人“老死不相往来”,相比较而言,调解相对“温和”,较为注重双方当事人心理及社会关系的修复与维系,这与可持续发展的理念不谋而合。调解的启动、过程及调解协议的达成与履行,皆提倡遵从当事人的自主意愿,在相对平和的环境下进行纠纷调处,实为绿色理念在纠纷解决中的典型。“文明社会法治发展的历程表明,每一场法治革命的生成与演进,都凝结着特定的社会与法治发展理念,反映了社会与法治发展理念的深刻变动,体现出鲜明而独特的社会与法治发展理念取向。”<sup>①⑧</sup>制定“调解法”,即可视为调解领域的一次深刻变革,但它并非对我国调解体系推倒重建,而是在现有传统规范基础上进行合理地扬弃。唯有如此,才能更好地规范调解实践的乱象。

### (三) 非讼理念

从某种程度上来看,调解现代化的过程即是调解法律体系与时俱进的过程。为实现“调解法”的与时俱进,必须以调解的新理念、新思维为指引。作为纠纷解决制度,“调解法”的制度设计应该不同于民事诉讼法的制度设计。具体而言,“调解法”作为非讼程序法应该坚持以下基本理念:

首先,应坚持打造利益共同体的理念。民事诉讼的基本结构是“对抗与判定”,当事人双方系利益对抗体,为了赢得有利的诉讼结果极尽攻击防御之能事,因此,诉讼长期被镌刻着高时间成本、高经济成本的标签,诉讼延迟也与市场经济交易所追求的效益性相悖。在司法实践中,调解员多以纠纷双方之间的共同利益为调解轴心,以互利共赢、合意共建的思维进行纠纷调解。相较于诉讼的对抗属性,制定“调解法”须以调解新理念、新思维为指导,意在努力挖掘当事人之间追求以最小代价实现纠纷解决的思维,追求纠纷当事人之间的共同利益,努力在共赢的区域中探索调解之道,这也是契合当前市场经济之鼓励交易精神的。

其次,应坚持树立动态利益观。在众多纠纷解决方式中,以诉讼标的为基础展开的诉讼机制代表的是一种单一的静态利益观念,调解则因自身的灵活、开放、包容属性而倡导多元化的动态利益观。不言自明,代表单一静态利益观的诉讼机制愈发无法适应转型期当事人纠纷利益诉求多元化的需要,而调解则是兼顾眼前利益与长远利益,物质利益与非物质利益、诉争内利益与诉争外利益的纠纷解决方式,它的灵活性、开放性、包容性等系其优势所在。伴随社会主要矛盾的转变,当事人对于纠纷化解的方式、目标、过程及结果等都提出了更高的要求,相较于静态利益之价值理念,兼顾诉争外的、间接的、长远的利益更为当事人所青睐。因此,动态利益的理念与思维应为“调解法”所吸收。

<sup>①⑦</sup> 参见刘金国、蒋金山主编:“新编法理学”,中国政法大学出版社2006年版,第3页。

<sup>①⑧</sup> 公丕祥:“新发展理念:中国法治现代化的战略引领”,载《法治现代化研究》2017年第1期,第23页。

再次,应坚持树立综合性思维。诉讼机制囿于诉讼标的理论影响而在纠纷解决时呈现切片式思维,刚性裁断的做出是强行将当事人之间的权利义务关系从双方之间的社会关系中抽离而来,强制性裁判的背后往往不能恰到好处地迎合各方当事人之间的内心真意。相比较而言,调解以当事人之间合意为前提,是一种综合性的纠纷解决思维,不仅关注当事人之间的权利义务关系,更兼顾作为自然人或者法人组织、甚至是第三方的感情关系或者商贸往来的延续性,多维度视域下综合考究纠纷起因、争点及其化解。民事诉讼以“切片式”思维为指引,法官只能就争议的法律关系作出裁决,否则即违背诉讼之法理。而现代调解以“合意主义”为指引,运用综合性思维将若干关联争议的法律关系合并起来加以权衡。质言之,调解在化解纠纷中洋溢着诉讼不具有的人文情怀,此为其独特的魅力所在。

最后,应引导当事人树立向前看思维。在诉讼中,法官借助证据材料对已然发生的矛盾纠纷的案件事实进行探索,这是一个对历史事实的回溯过程。不管是职权主义模式,或者是当事人主义模式,其目的是通过证据去发现法律真实,然后根据发现的案件事实作出法律权利义务的判断,具有明显的向后看思维。调解则不同,调解的文化倡导“和”的理念,当事人之间的纠纷争执不应双方的关系造成无法调和的裂痕,合意适用调解即表明双方决然不是追求“老死不相往来”的纠纷解决结果。在全球化发展的潮流带动下,人与人之间、组织与组织之间、国家与国家之间的交往愈发频繁,世界日益成为一个紧密联系的整体。在商事交往中,互动交流过程伴随着利益的争执与对抗,无可避免地发生摩擦争执,但商业活动有其必须遵循的客观规律,利益最大化绝非较一时之长短,长远利益、可持续的利益才是终极目标。在调解领域,不论是人民调解、行政调解、行业调解或是商事调解,自然人之间纠纷的化解并不拘泥于既定纠纷争端的范围,尤其是商业发展的持续性、不间断性,其追求利益的本质属性决定商事纠纷当事人往往不那么在乎一时之得失,而往往会兼顾眼前利益与长远利益。事实上,利益的最大化往往不是在对抗机制下产生,而是在互利共赢的合作中产生,而且是一种可持续的利益。“商事调解的向前看思维要求,纠纷化解不应止步于眼前纠纷的化解和当前利益的恢复,而应着眼于未来,采取“做大蛋糕”而非“切分蛋糕”的方式寻找纠纷双方新的利益增长点,促成新的合作方案,使纠纷消弭于互利共赢的长期合作之中。”<sup>①9</sup>

人们借助诉讼追求正义往往是无奈之举,但选择调解进行纠纷化解则或多或少不以追求纠纷解决为唯一目的,调解所追求的纠纷解决效果的最优化包含动态利益、综合利益、长远利益、共同利益的价值理念,这是一种顺应时代需求的纠纷解决理念。无论是社会主义核心价值观、新发展理念或是当代调解的新理念、新思维,它们都是顺应世界调解发展潮流的、经过实践检验的科学指导思想,制定“调解法”必须以它们为思想指引,才能最终实现科学立法。

<sup>①9</sup> 廖永安:“当代调解的新理念与新思维”,载《人民法院报》2017年6月16日,第002版。

### 三、“调解法”的基本原则

根据布莱克法律词典的观点,法律原则是指法律的基础性原理或者真理,为其他规则提供基础性或本源性的综合规范,是体现法律行为的决定性价值观念的规则。<sup>②①</sup> 制定一部综合意义上的“调解法”,法律原则是必不可少的。中国现行的调解类型丰富多样,不同类型的调解有其自身必须遵循的特殊原则,在此暂不详述,调解的一般性原则乃本文之重点。调解的基本原则包括但不限于自愿原则、平等原则、保密原则、合法原则、中立原则、诚实信用原则,<sup>②②</sup> 在此主要就其中四项原则展开具体阐释。

#### (一) 自愿原则

调解自愿原则是指对当事人的争议进行调解必须取得双方同意,不得强迫。自愿原则是调解工作开展的首要原则,任何违背当事人自主意愿而强行就纠纷展开调解的做法,都与调解的行为本身及其目的相悖。只有坚持自愿原则,调解的活动才具有意义,调解行为及调解结果才能为当事人所认可,最终实现消除当事人隔阂及解决纠纷的目标。调解自愿原则的内涵应当从程序自愿和实体自愿两个维度进行理解,主要包括:第一,选择调解方式解决争议必须出于双方当事人的自愿;第二,在调解过程中,双方当事人自愿配合调解员的调解,不受他人强迫;第三,调解协议的达成及履行必须出于双方当事人的自愿。在司法实践中,调解的自愿属性或多或少存在程序“软化”现象。沃尔夫勋爵认为,适当的强制性调解是合理的,尤其是当法院系统案件压力巨大时,调解可以成为案件分流的重要辅助;意大利为应对司法延迟的局面,对扩大调解的适用范围在第5492号议案里进行了规定;2000年德国联邦政府颁布的《德国民事诉讼法》(EGZPO)第15条a款亦为强制调解的具体规范。<sup>②③</sup>

当前人们对于调解自愿原则尚存在一定的理解误区。譬如,调解自愿原则与先行调解之间或有误解。<sup>②④</sup> 这事实上是两个不同层面的概念,先行调解仅仅是针对调解程序的启动而言,在纠纷解决的实体层面,它理所应当当地遵从调解自愿原则的支配。先行调解作为一种程序适用环节的指引规范,仅适用于法院调解中。《关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》(法释〔2003〕15号)第14条的兜底性条款,“根据案件性质和当事人的实际情况不能调解或者显然没有调解必要的除外”,即有此含义。又如,调解自愿原则与人民调解委员会积极主动调解争议或存歧义。<sup>②⑤</sup> 我们认为,争议发生后双方当事人主动找人民调解委员主持调解,此为常规意义上的人民调解,若人民调解委员主动

<sup>②①</sup> 郭道晖著:《法理学精义》,湖南人民出版社2005年版,第235页。

<sup>②②</sup> 还有学者提出“调解不是诉讼的必经程序的原则”,参见常怡主编:《中国调解制度》,法律出版社2013年版,第59-61页。

<sup>②③</sup> 参见李德恩、刘士国:“基于调解本质回归的调解原则之建构”,载《中南民族大学学报(人文社会科学版)》2010年第2期,第135页。

<sup>②④</sup> 参见常怡主编:《中国调解制度》,法律出版社2013年版,第55页。

<sup>②⑤</sup> 同上。



找上门来调解,若当事人表示不反对,或者起初反对,而后经人民调解员的宣传而选择调解等情况,这仍然属于调解自愿原则的范畴。自愿原则并不要求自始至终当事人不能有反对意见或者意思表示,自主意愿的表达理应充分考量当事人内心真意的变化。如前所述,德国、日本以及我国台湾地区针对特定类型的纠纷都建立了诉前调解强制程序。我国目前虽未建立实质意义上的强制调解制度,<sup>②5</sup>但司法实践部门对建立该制度的呼声强烈。然而,理论界很多学者对此仍然持保守观点,学界对诉前调解前置的最大担忧是,强制当事人选择先行调解,有侵害当事人诉权之虞。这实际上是对调解前置程序的误解,把特定类型纠纷的先行调解作为当事人起诉的前置条件,只是对当事人先行利用调解程序的强制,对于是否愿意达成调解、调解协议的具体内容,仍然遵循自愿、合法的原则,完全由当事人决定。因此,在经过长期司法实践检验的适宜调解的婚姻家庭、相邻关系、小额债务、消费者维权、机动车事故、医疗、物业等常见纠纷类型设置调解前置程序,引导当事人利用调解程序将纠纷化解在诉前,特定类型纠纷将调解作为进入诉讼的必经程序具有正当性和合理性,其并未剥夺当事人的裁判请求权,而是对当事人利用诉讼程序进行适度的程序限制,充分发挥诉讼外纠纷解决资源的效用,减轻当事人讼累,纯化法院的司法审判功能,实现司法资源的合理优化配置。<sup>②6</sup>

尚需言明的是,实体意义上的自愿即对调解结果的接受,对此必须进行严格解释。<sup>②7</sup>调解协议作为当事人就调解达成的纠纷解决合意,包含了双方之间实体权利的处分,若调解协议的达成有违自愿原则,这实质上是对双方当事人实体权利的直接侵犯,将直接导致调解协议的履行不能。通常而言,调解协议具有民事合同的性质,自由、合意、无欺诈胁迫或重大过失等合同法的基本精神理所应当在调解协议中得到贯彻。调解自愿原则的背后还体现了当事人对实体权利的处分自由。民事纠纷属私权纠纷,调解协议的达成受私权自治原则的约束。这与纠纷所适用的调解类型无关,无论人民调解、社会调解或是行政调解等,调解自愿原则都具有无可争辩的正当性。否则,调解行为便违背了机制运行的初衷,甚至会进一步造成双方矛盾冲突的升级。

## (二) 保密原则

结合《民事诉讼法》第134条可知,公开审理是我国民事诉讼的一项基本原则。相对而言,我国调解奉行保密原则。调解保密原则被视为维护调解当事人意愿自由的重要手段。在调解领域,保密原则的涵义应当包括三方面内容:第一,调解过程不向社会公众公开,调解程序仅允许当事人、当事人的代理人、证人等与案件有关、必须参与调解的人参加,与案件无关的人不得参与或者旁听,新闻媒体人员不得对外报道等;<sup>②8</sup>第二,双方当事人不得在随后的仲裁程序抑或诉讼程序中将调解过程中制作的笔录、调解协议、

<sup>②5</sup> 参见王刚:“强制调解模式研究”,载《政法论丛》2014年第6期,第104页。

<sup>②6</sup> 参见李少平主编:《最高人民法院多元化纠纷解决机制改革意见和特邀调解规定的理解与适用》,人民法院出版社2017年版,第249页。

<sup>②7</sup> 参见李德恩著:《民事调解理论系统化研究:基于当事人自治原则》,中国法制出版社2012年版,第96页。

<sup>②8</sup> 邱星美、王秋兰著:《调解法学》,厦门大学出版社2008年版,第81页。

调解员或者当事人发表的任何意见或建议作为证据使用;第三,调解人负有为当事人保守秘密的义务,不得作为证人或者其他司法辅助人员参与双方纠纷的处理。

保密原则也有例外情形,双方当事人合意对外公开调解的相关信息或者法律有明确规定的,不受调解保密原则的约束。譬如,《最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》第23条规定的无争议事实记载机制:“调解程序终结时,当事人未达成调解协议的,调解员在征得各方当事人同意后,可以用书面形式记载调解过程中双方没有争议的事实,并由当事人签字确认。在诉讼程序中,除涉及国家利益、社会公共利益和他人合法权益的外,当事人无需对调解过程中已确认的无争议事实举证。”“调解程序的保密性是调解得到当事人青睐的重要原因之一,如何确保调解的保密性对于调解的成功推广至关重要。”<sup>②⑨</sup>毋庸置疑,无争议事实记载机制是有限度地尝试突破调解保密原则的束缚,作为我国自主创新的纠纷解决机制,它是我国在司法改革中对调解保密原则的灵活性适用,并提醒立法者在未来的调解立法中应对保密原则及其例外情形加以厘定。

作为ADR的一项基本原则,保密原则的意义不仅仅在于维护调解程序的安定性,而且在于保证司法程序的公正性。<sup>③⑩</sup>与诉讼不同,调解的进行及成败与否直接取决于当事人的自主意愿,如何更好地保护当事人的自主意愿是调解的核心问题,公开调解会在一定程度上损害当事人意愿的自由表达。有学者从调和调解程序安定性与诉讼程序稳定性之间的矛盾出发,提出对调解信息进行分级保密。<sup>③⑪</sup>依其所言,无争议事实记载机制中的无争议事实即为“初级保密信息”的范畴,但对于“高级保密”的范畴目前尚无明确的界定。我们非常认同有限度地突破调解保密原则的观点。保密是对公开而言,公开原则属于民事审判的范畴。为实现“让公民在每一个案件中都感受到司法的公平与正义”的愿景,审判公开原则必须在民事审判中得到贯彻。相对应而言,一般意义上的调解系双方当事人的自主意思行为表达,没有如司法公开一般接受社会公众监督的必要,即便是法院调解,也仅仅是法官作为居中调解员进行纠纷的调处,并非法官行使审判权的司法行为。在我国司法实践中,对于诸如婚姻家庭纠纷等涉及个人隐私等纠纷,即便诉诸法院,也会建议当事人先行去双方户籍所在地或经常居住地的居民委员会(或者村民委员会)进行调解。在商事调解中亦是如此,非公开性作为最基本的程序权益,是调解广泛且成功运用于商事争议解决的根本原因。<sup>③⑫</sup>

### (三) 合法原则

合法原则是指调解活动不得违背法律、法规和国家政策的强制性规定,不得违背公序良俗。随着依法治国战略的全面推进,法治观念确然地逐步深入人心。作为调解的基

<sup>②⑨</sup> 赵云:“香港司法改革中的调解立法问题”,载《东南司法评论》2011年卷,第31页。

<sup>③⑩</sup> 参见郭玉军、梅秋玲:“仲裁的保密性问题研究”,载《法学评论》2004年第2期,第26页。汪祖兴:“与ADR相关的保密制度探讨”,载《现代法学》2005年第3期,第56页。

<sup>③⑪</sup> 参见周建华:“司法调解的保密原则”,载《时代法学》2008年第5期,第76页。

<sup>③⑫</sup> 参见尹力:“商事案件调解保密规范解析”,载《东方法学》2008年第6期,第72页。

本原则之一,人们对合法原则的理解也逐步深入。调解合法原则的内涵有二:第一,调解的程序运行必须合法;第二,调解所达成的协议内容应当合法。<sup>③</sup>事实上,调解的程序与实体内涵十分丰富,如调解的适用范围、调解员的选任、调解的适用规范、调解协议的内容等皆必须合理合法。在此仅以调解的适用规范展开论述。

调解的适用规范除了常规意义上的成文法规范,还包括一般意义上的习惯<sup>④</sup>及乡规民约等,这里必须着重强调乡规民约。众所周知,我国人民调解的适用有很大一部分在农村,广大农村地区人民调解的职能为村民委员会所兼任。党的十九大报告提出:“实施乡村振兴战略,健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系。”带有乡村自治色彩的乡村调解作为乡村治理体系的重要组成部分,必须在新一轮乡村振兴发展中被重视。有学者提出,习惯法不允许“直诉官府”,应遵循“乡村治理优先原则”,乡村组织的优先调解执法权亦为国家所认可,他们倡导“禁止径行诉到官府”的风气。<sup>⑤</sup>也有学者提出,广大农村地区一般相对封闭,尽管带有浓厚血缘色彩的农村社区在国家整体布局中的地位逐渐边缘化,但这些乡规民约在一定程度上被视为村民生活的自然需求与国家乡土社会的治理规则的结合体,它们不仅是村民智慧的结晶,也是地方政府重建乡村秩序的重要内容,且仍在乡村治理中发挥不可替代的作用。<sup>⑥</sup>尽管众多学者都在强调乡规民约对于乡村纠纷治理的重要意义,但我们必须意识到乡规民约与国家法律之间的冲突与协调问题。乡规民约中的调解规范仅占调解整体规范的一个部分,其辐射范围毕竟有限,乡规民约中的“违法”之处或许可视为二元分支结构下的例外情形。毕竟,不论国家法律或者乡规民约,在进行社会纠纷调处问题上,二者具有共同的价值目标。况且,我们不应该对调解合法原则进行一成不变的固化解释。正如有学者所言,乡规民约规定的解纷方式主要包括村民自行协商、村委会调解、行政机关调解等,“调解”是最主要的纠纷解决方式,乡规民约作为自治性规范,在解决纠纷时并没有国家强制力为后盾,大多时候所依赖的是村庄内部的舆论压力或社区的强制力,依靠的是习惯法的力量,这些依靠乡规民约开展的纠纷调解在当前的乡村治理中甚至能获得比国家法律更为有效的纠纷解决效果。<sup>⑦</sup>

合法原则是所有调解活动开展都必须遵循的基本准则,调解所达成的调解协议本质上作为双方当事人达成的一种书面契约或者合同约定理应遵循《民法典》第8条关于守法和公序良俗原则的规定。虽然法律规范并非调解的唯一凭据,诸如乡村纠纷调解中,情理、习惯、道德规范等往往成为调解人主持调解的谈判筹码。笔者主张的合法原则,应当理解为:调解作为私法意义上的行为,法与理之间不可调和的矛盾并不必然适

<sup>③</sup> 常怡主编:《中国调解制度》,法律出版社2013年版,第56页。

<sup>④</sup> 《民法典》第10条规定:“处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。”可见,在民法体系中,习惯已经成为位于法律位阶之下的、正当意义上的裁判依据。

<sup>⑤</sup> 高其才:《中国习惯法论》,湖南出版社1995年版,第77-79页。

<sup>⑥</sup> 参见张明新:“从乡规民约到村民自治章程——乡规民约的嬗变”,载《江苏社会科学》2006年第4期,第174页。

<sup>⑦</sup> 参见陈寒非、高其才:“乡规民约在乡村治理中的积极作用实证研究”,载《清华法学》2018年第1期,第75页。

用其中,只要当事人所为调解不违反法律禁止性规定,不损害国家、集体或者第三人的合法权益,即可视为合法。

#### (四) 诚实信用原则

查阅文献发现,最早将“诚信”这一道德范畴的概念引入法律规范当中的是古代罗马法。在现代社会生活中,诚实信用原则具有限制不当契约自由、维护公序良俗、限制滥用权力、促进诚信履行债务之良好习惯形成等独特功能,它的本质是道德性的,是道德准则在法律上的形式化。<sup>③⑧</sup>在“调解法”中确立诚实信用原则,与调解的道德理性不无关联。辩证而言,在当事人之间确立诚信原则,不仅有利于调解的进行,还有利于调解协议的达成和履行,从而避免当事人时间和金钱的进一步浪费与促进社会信用体制的建立,并通过规范调解人的行为限制其调解的任意性和过大的自由裁量权,这对于缓解调解存在的信任危机尤为重要。<sup>③⑨</sup>这也是笔者主张将诚实信用原则作为“调解法”之基本原则的初衷。

随着《国务院关于印发社会信用体系建设规划纲要(2014—2020年)的通知》(国发〔2014〕21号)的发布,诚实信用以国家大政方针政策的形式作为社会信用体系建设纲要的重要内容跃入公众视野,诚实信用原则在当代社会发展中被置于一个新的高度。从本质上讲,作为双方当事人之间契约合意的调解协议是双方就纠纷解决而规划的具体履行内容。伴随社会征信体系的逐步建立,参与调解及履行调解协议的行为当然地被纳入社会征信体系的适用范围,这为把诚实信用原则吸收为基本原则奠定了强力的政策基调。诚如《民法典》第7条规定:“民事主体从事民事活动,应当遵循诚信原则,秉持诚实,恪守承诺。”现行《民事诉讼法》第13条规定:“民事诉讼应当遵循诚实信用原则。”诚实信用原则在此两部民事领域最重要的成文法中皆为新增条款,尤其是后者,在立法层面确立诚实信用原则,皆因近年来民事诉讼中滥用诉讼权利、侵害国家、集体和他人合法权益的情况层出不穷且屡禁不止。表面上,当事人受到法律框架的约束而进行民事诉讼活动,但事实上,仍大量出现有违诚信的诉讼行为。调解作为受法律拘束力更弱的民事活动,面对当前“调解随意性大、调解协议履行率低下”的社会现实,<sup>④⑩</sup>无疑更应遵循诚实信用原则。

## 四、“调解法”的内容框架

“调解法”作为一部调解领域的综合性立法,是一项复杂的系统工程。制定“调解法”应当坚持问题导向、突出重点,针对各种调解之间及调解与其他纠纷解决机制之间衔接不畅等问题,充分考量现行相关调解规则基础上合理进行立法框架的设定。“立法

<sup>③⑧</sup> 参见张国炎、林喆:“诚实信用原则与现代社会法治目标”,载《政治与法律》2000年第5期,第23-25页。持类似观点的还有梁慧星教授,参见梁慧星:“诚实信用原则与漏洞补充”,载《法学研究》1994年第2期,第23-24页。

<sup>③⑨</sup> 参见马爱萍、刘芳芳:“诚实信用原则与ADR的完善”,载《山西大学学报(哲学社会科学版)》2006年第4期,第129-130页。

<sup>④⑩</sup> 同上。

架构勾勒法案内容到何种细密程度,并无固定不变的模式,但有一点要注意,过多的深入细节可能造成基本架构的模糊,并使逻辑关联性更差。”<sup>④①</sup>

纵观古今中外发达的大陆法系成文法国家,在立法方面多采用总分形式展开,法国、德国、意大利、日本等概莫能外。以法国为例,其引以为傲的《法国民法典》从开始制定至今已超过 200 年,它为世界许多国家民事立法提供了样板与参照体系,在世界范围内产生了重大影响。<sup>④②</sup>我国现有相对成熟的成文法体例,如《中华人民共和国刑法》及《民法典》,皆采用总则、分则形式展开。当前唯一对具体调解类型予以规范的《人民调解法》,一共 6 章 35 条,具体分为总则、人民调解委员会、人民调解员、调解程序、调解协议、附则。在没有过往经验参照的情况下,宜借鉴现有相对成熟的立法体例编制为之。“调解法”的框架应以《中华人民共和国宪法》为指导,《人民调解法》、中央两办调解改革文件<sup>④③</sup>、中央综治委改革文件<sup>④④</sup>、法院系统相关改革文件<sup>④⑤</sup>、各省份多元化纠纷解决机制促进条例<sup>④⑥</sup>、各级政府购买调解服务的办法、相关组织的调解规则<sup>④⑦</sup>,以及域外的立法例<sup>④⑧</sup>等为主要规范性参照。“调解法”的内容必须包括:调解原则、调解适用范围、调解组织、调解人员、调解程序、调解规则、调解协议、救济程序、调解费用等。需要注意的是,类型多样的调解方式在适用过程中必须考量我国经济社会发展的差异性,断然不能简单地照搬《人民调解法》或是其他法律法规,而应当在确立整体框架前提下,把握立法适用的原则性与灵活性,遵循地方实践的差异性需求,构建一种“二元性规制框架”。<sup>④⑨</sup>

#### (一) 四大调解类型

纠纷调解体系关涉“调解法”的框架内容。事实上,在《人民调解法》出台以前,学术界悄然开展了关于应当制定一部什么样的调解法的争论。有观点认为,应构建包括人民调解、法院调解等所有类型在内的“调解法”。<sup>⑤①</sup>也有观点认为,“调解法”应包含

④① 曹叠云著:《立法技术》,中国民主法制出版社 1993 年版,第 157 页。

④② 参见罗结珍译:《法国民法典》,中国法制出版社 1999 年版,第 1-2 页。

④③ 如《关于完善矛盾纠纷多元化解机制的意见》。

④④ 如《关于深入推进矛盾纠纷大调解工作的指导意见》。

④⑤ 如《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》(法释〔2004〕12号)《最高人民法院关于进一步贯彻“调解优先、调判结合”原则的若干意见》(法发〔2010〕16号)《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)《最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》《最高人民法院关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》(法发〔2009〕45号)《吉林省高级人民法院关于推进多元解决纠纷机制建设的指导意见》《广东省高级人民法院关于进一步加强诉调对接工作的规定》等。

④⑥ 如《厦门经济特区多元化纠纷解决机制促进条例》《山东省多元化解纠纷促进条例》《黑龙江省社会矛盾纠纷多元化解决条例》《福建省多元化解纠纷条例》《安徽省多元化解纠纷促进条例》。

④⑦ 《联合国国际贸易法委员会调解规则》《联合国国际贸易法委员会国际商事调解示范法》《中国国际经济贸易仲裁委员会华南分会调解中心调解规则》《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》《北京仲裁委员会调解中心调解规则》等。

④⑧ 日本《民事调停法》、韩国《民事调解法》、美国《统一调解法》、澳大利亚《民事纠纷解决法》等。

④⑨ 有学者提出,“二元性规制框架”是一种调和性的解决方案,调解的规制应进入一个简化的立法框架,将质量和灵活加以有机平衡;在立法上肯定统一中央立法和地方区域实践并存的价值,在规制内容上明确予以分割。参见熊浩:“论中国调解法律规制模式的转型”,载《法商研究》2018年第3期,第119页。

⑤① 参见宋朝武等著:《调解立法研究》,中国政法大学出版社 2008 年版,第 246 页。

诉讼调解之外的所有调解类型,“调解法”的适用必须注重各种调解之间的协调与整合,对于《民事诉讼法》《中华人民共和国行政诉讼法》《中华人民共和国刑事诉讼法》等已对相应调解作出具体规定的,“调解法”仅作宏观性指引。<sup>⑤1</sup>另有观点认为,人民调解法调整现行人民调解组织及其纠纷解决活动,其他民间社会性调解或纠纷解决,或者以综合性调解法加以宏观规范,或者分门别类地依附于不同的实体法或程序法中。<sup>⑤2</sup>又有观点认为,“调解法”适用的调解类型不应当包括诉讼调解、仲裁调解、行政调解。<sup>⑤3</sup>还有观点认为,“调解法”约束之调解不应当涉及行政、劳动等方面的调解,对仲裁和诉讼程序中的调解也不宜合并在一起,应维持现行《民事诉讼法》《中华人民共和国仲裁法》及有关法律塑造的调解格局。<sup>⑤4</sup>笔者认为,现行的纠纷调解种类名目繁多,但并非任意调解类型皆适宜在“调解法”中予以规范。譬如,公证协会作为行业协会的一种,可参照行业调解的规定予以适用;在线调解本身是借助网络平台展开,其调解的形式与内容与现场调解并无实质性差别,故宜置于调解场所之条款中予以规范。为使框架设定更加符合逻辑严密、内外周延的标准,“调解法”规范的调解类型应具有一定的界分。综合考量之下,我们认为,“调解法”的体系框架应包括人民调解、行政调解、行业调解、商事调解这四大调解类型进行设置,同时兼顾不断涌现出来的新型调解方式,明确各种调解的法律地位。<sup>⑤5</sup>

第一,修改完善人民调解规范。人民调解组织建立在基层自治基础上,具有基层政权组织形式的特殊属性。中国是人民民主专政的社会主义国家,故人民调解的性质定位为群众性、自治性、公益性。人民调解除了解决民间纠纷的基本功能外,还具有社会治理、传承文化、道德教化及辅助司法的功能。目前我国仅有的关于调解方面的成文法即2010年8月28日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议通过的《人民调解法》,这足见人民调解在我国大调解格局中的重要意义及其立法的成熟性。但是,长期以来我们所强调的人民调解的重要性,实际上是一种误会,人民调解的标签化使其承载了诸多本不该由其承载的东西。<sup>⑤6</sup>因此,制定“调解法”时必须对人民调解持有理性认识,使人民调解回归纯真面貌,“调解法”中的“人民调解”部分的主体架构及条文宜参照现行《人民调解法》的规定。

第二,整合行政调解规范。过去乃至当下的行政调解在很大程度上与“人治”紧密相连,我国行政机关特殊的职能设定决定行政调解具有行政指导的性质。尽管行政调解

⑤1 参见杨荣馨:“构建和谐呼唤调解法”,载《法制日报》2005年3月3日。

⑤2 参见范愉:“有关调解法制定的若干问题(下)”,载《中国司法》2005年第11期,第69页。

⑤3 参见曲坤山:“统一〈调解法〉立法之我见”,载中国国际商会调解中心网站,访问日期:2014年3月19日,转引自王秋兰等著:《我国调解的立法、理论与实践问题研究》,中国政法大学出版社2014年版,第53页。

⑤4 参加王秋兰等著:《我国调解的立法、理论与实践问题研究》,中国政法大学出版社2014年版,第53页。

⑤5 写作过程中主要形成三种代表性的调解体系分类:一是分总则、人民调解、行政调解、行业调解、商事调解、律师调解、附则七个部分;二是分总则、人民调解、行政调解、社会调解、附则五个部分,社会调解中囊括律师调解、行业调解、商事调解;三是分总则、人民调解、行政调解、行业调解、商事调解、附则六个部分。

⑤6 参见吴俊:“〈人民调解法〉的不足与统一‘调解法’的必要”,载《司法改革评论》第十五辑,第196页。

为人诟病之处不少,但行政调解的效率性、成本低廉性、开放性、权威性等优势非其他调解方式可比拟。行政调解是在民主协商与当事人自愿的前提下产生,在我国政府职能转型及行政模式转换的特殊时期,行政调解不仅具有纠纷解决的功能,还能辅助完成政策制定,故行政调解独立成编无疑具有必要性。考虑到行政调解庞大的制定规范,将其以立法形式整合并形成体系化乃当务之急。

第三,理性挖掘行业调解的潜力。行业调解应当是兼具商业性质与政府购买社会调解服务性质的调解方式。随着我国社会主义市场经济不断发展壮大,行业调解在解决行业领域争端的作用愈发凸显,尤其是在行业内部成员之间的认可与服从方面,行业调解往往被视为一种集体意识指导下的纠纷解决捷径。不同行业纠纷之间的专业问题对于一般意义上的调解员而言调解难度极大,行业内部自我修复、自我矫正机制的存在也是行业调解化解纠纷的优势所在。我们在“行业调解”规范制定时尤其注重行业协会自治与国家权力干预的关系处理,尤其对行业调解的概念、性质、适用范围等予以明确界定,从而确立行业调解区别于其他调解的独特性。

第四,积极拓展商事调解的优势。随着我国对外开放的基本国策及“一带一路”项目建设的推进,商事调解拥有了广阔舞台。尽管仲裁仍然是国际上更为认可且更主要的纠纷解决方式,但商事调解应会随着我国社会主义市场经济的发展而不断成长成熟。目前国内商事调解机构的发展如雨后春笋般成长,商事调解应当坚持市场化机制运作,提供的调解服务属于专业化、高端性的有偿服务。事实上,最高人民法院单独设立国际商事法庭,正是考虑到现有涉外法律服务水平与我国经济社会的开放与发展速度不匹配,我国亟需公平、公正、合理的国际商事纠纷解决机制为我国市场经济发展保驾护航,而较商事审判更为高效、便捷、低廉的商事调解便成为纠纷解决的合理方式之一。<sup>⑦</sup>必须说明的是,“律师调解”宜被界定为商事调解行为,具体参照商事调解的规范适用。尽管随着中办、国办印发《关于深化律师制度改革的意见》及最高人民法院、司法部联合印发《关于开展律师调解试点工作的意见》(司法通〔2017〕105号),全国各地积极开展律师调解改革试点,但伴随律师调解试点中出现的许多问题,其商业性调解的本质显露无遗。加之对部分律师调解员进行实地访谈及参照美国等在律师调解方面的发展经验进行分析后判定,我们认为,律师调解的前进方向应当是市场化运作,目前试点阶段的政府购买服务形式等公益方式并非长久之计,其最终必将融于商事调解体系。

## (二) 程序衔接机制

纠纷调解需求的多元化实质上强调的是以一种综合性视角进行“调解法”的制定,在具体的纠纷调解中,应注重不同类型调解之间、调解与其他纠纷解决方式之间的协调互动,实现各司其职、多方联动、形成合力的程序衔接机制。“调解法”应注重以下程序衔接机制:

第一,为改变调解方式单兵作战、各自为政的格局,应在各种调解制度之间建构有效

<sup>⑦</sup> 见《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》(法释〔2018〕11号)。

的衔接机制,即人民调解、行政调解、行业调解、商事调解之间的衔接。以人民调解与行政调解的衔接为例,受诸多因素困扰,当前的行政调解在很多情况下是借助人民调解的平台发挥其作用,而人民调解也反向依赖着行政调解的协调。因此,可将部分民事纠纷纳入行政调解的受案范畴。行政机关在调解民事纠纷时,应处理好依职权调解民事纠纷与民事纠纷超越职权范围的关系,合理框定民事纠纷接受行政调解的范围。不禁止民事纠纷当事人申请行政调解解决纠纷,并非轻视人民调解解决民事纠纷的效用,而是从保障当事人程序选择权角度出发,不固化当事人选择各种类型调解化解纠纷的权利。事实上,这与我国特殊的国情背景紧密联系,譬如,在群体性矛盾纠纷调解中,人民调解的优势在于能及时掌握、报送预警信息,做好先期疏导维稳工作,为纠纷解决抢占先机。行政机关则优势与劣势都很凸显,优势即依靠强大的行政权能控制维稳,劣势即诸如行政信访调解组织常年来备受压力。为扬长避短,应当将行政调解与人民调解的最大价值发挥出来,实现优势互补。此外,在“调解法”制定过程中,可考虑在总则部分对调解的适用范围进行禁止性限定,而对于正向适用的调解范围,在行政调解、行业调解中仅以“可以适用”进行适当的引导,“商事调解”因其完全坚持市场化发展,故而并未就具体的适用范围作出指引。不同类型调解的适用范围设定对于调解程序的内部衔接尤为重要,调解自愿作为调解工作开展的首要原则,调解程序的内部衔接应充分保障当事人选择调解方式的自主性及自愿性,而调解的适用范围规范可在最大程度上引导当事人选择恰当的方式展开纠纷调解。

第二,应积极探索无争议事实记载机制的衔接与无异议调解方案认可机制。为免除当事人的后顾之忧,保证调解顺利进行,对当事人为达成调解或者和解协议对案件事实的认可,法律一般禁止对方当事人或法官将其作为在后续诉讼中对当事人不利的证据。但在诉讼外纠纷解决中,为了避免纠纷解决的阶段性成果白白浪费,对虽未最终达成调解协议的纠纷,经当事人一致同意,调解组织可以对无争议事实作书面记载并由双方当事人签字确认,在诉讼中当事人无需对调解过程中已确认的无争议事实举证,这实质上有效限缩了争议焦点,提高了纠纷解决效率。而当事人对主要争议事实没有重大分歧,仅对个别事项存有争议,调解员在征得各方当事人同意后,可以提出调解方案并书面送达双方当事人,当事人在规定期限内未提出异议的,视为自愿达成调解协议,提出异议的,视为调解协议不成立。这种无争议事实记载机制和无异议调解方案认可机制在实践中已经开始使用,并在最高人民法院的司法改革文件中有所体现。

第三,应扩大调解协议司法确认程序的适用范围。调解协议被视为双方合意达成的意思表示,具有合同属性。然而,该“合同”自签订至履行并没有看上去那么简单。调解协议并非儿戏,但目前部分当事人履行法定权利义务的自觉性阙如,加之我国诚信体系尚未建立,调解的自愿性、非强制性伴随着调解协议履行的不确定性。众所周知,《民事诉讼法》确立调解协议的司法确认机制,并将司法确认程序的适用范围限定为人民调解协议。事实上,立法过程中对调解协议的司法确认程序的适用范围曾有过不同的意见,有人结合《人民调解法》第33条的规定提出,只有人民调解协议才可以申请司法确



认。也有人提出,实践中并非人民调解一家独大,行政机关的治安调解、交通事故赔偿调解、医疗纠纷调解、社会团体调解、商事调解等皆可申请司法确认。当时的立法者出于行政调解、商事调解等情况相对复杂,是否对其达成的调解协议规定司法确认暂时无法达成相对共识,及我国民间纠纷特点与人民调解工作实际情况的综合考虑下,对司法确认程序持谨慎态度。<sup>⑤⑧</sup>在当前多样化的调解运行背景下,众多调解协议在达成后皆因效力问题而最终无法履行,调解协议的司法确认程序的设定,归根结底,是为调解协议“上锁”,巩固调解活动成果,促进司法与非诉调解之间的有效衔接,促进多元化纠纷解决机制的改进,这与制定“调解法”的趣旨相契合。因此,以调解的新理念与新思维为指导的“调解法”,应当结合现实需求,将司法确认范围扩张及于行政调解、行业调解、商事调解等调解协议。

第四,应注重调解与诉讼、仲裁等解纷机制之间的合理衔接。业内周知,面对乱象丛生的社会矛盾纠纷,仅仅依靠调解方式已然无法满足纠纷解决的现实需求,纠纷的多元化解成为时下纠纷解决的主题。就调解与诉讼的衔接现实,全国各地已有不少实践经验:浙江省从各地实践探索中逐步建立了人民调解、行政调解与诉讼程序衔接的机制,代表性做法包括以联席会议为依托的工作协调机制<sup>⑤⑨</sup>、以法院立案大厅为枢纽的案件分流机制<sup>⑥⑩</sup>、以综治中心为平台的纠纷化解机制<sup>⑥⑪</sup>、以司法确认为保障的人民调解权威形成机制、以人民法院为主导的人民调解员业务培训机制<sup>⑥⑫</sup>等。河北廊坊法院系统近年来形成了诉前调解、特邀调解员、志愿调解、巡回调解、非诉调解协议司法确认等十大机制,推动诉讼调解的开展和与人民调解的衔接;河北兴隆法院在行政调解与诉讼调解的衔接方面进行大量探索和研究,试行行政协调联络员制度,通过建立“一网、三访、四协调”<sup>⑥⑬</sup>机制搭建行政协调平台,促进司法与行政良性互动。<sup>⑥⑭</sup>各地丰富的试点经验为构思调解与外部相关解纷机制的衔接提供了极有价值的参考,“调解法”的制定应当将其吸收进来。

<sup>⑤⑧</sup> 参见全国人大常委会法制工作委员会编:《中华人民共和国民事诉讼法释义:最新修正版》,北京:法律出版社2012年版,第457-458页。

<sup>⑤⑨</sup> 联席会议为依托的工作协调机制指建立以司法联席会议等形式的沟通协商制度,由法院、公安、司法行政和相关行政部门及工会、共青团、妇联等组织参加,制定调解工作规划,定期召开会议,互通通报社会矛盾纠纷的调处情况及现状,共同研究重大、疑难纠纷的处理方案,分析存在的问题和困难,明确相关部门的职责和分工。

<sup>⑥⑩</sup> 以法院立案大厅为枢纽的案件分流机制指法院建立集受理起诉,接受咨询,指导诉讼,收、结、退诉讼费等功能于一体的立案接待大厅,根据纠纷性质、请求目的及当事人情绪等因素,将案件分流到调解、速裁等不同的诉讼方式进行处理,对适合由人民调解等途径先行处理的,积极引导当事人选择人民调解。

<sup>⑥⑪</sup> 以综治中心为平台的纠纷化解机制指由党委或者综治委牵头,法院、司法行政、公安、城建、劳动、民政等为成员单位的综治工作中心,建立社会矛盾纠纷大调解联席会议制度,加强相关部门的协调与配合。

<sup>⑥⑫</sup> 浙江省高级人民法院课题组:“关于人民调解、行政调解与诉讼程序衔接机制的调查和思考”,载《法治研究》2008年第3期,第4-6页。

<sup>⑥⑬</sup> “一网”指搭建行政协调联络员网络,使行政协调工作纵横交织,形成规模,法院协调政府法制办、乡镇政府、公安局、土地管理局等行政执法机关,确定协调联络员,明确相应职责及联络方式;“三访”指实行对行政执法机关“事前访问、案后回访、定期访谈”的协调沟通机制;“四协调”指立案审查协调、审理过程协调、判后协调、非诉执行案件审查协调,将行政协调工作贯穿始终。

<sup>⑥⑭</sup> 梁平:“‘大调解’衔接机制的理论建构与实证探究”,载《法律科学》2011年第5期,第156-158页。

### （三）促进保障措施

发展动力不足和支撑力量薄弱是我国调解体系化建设亟待解决的问题,为此,国家必须采取一系列促进保障措施,调动各纠纷参与主体的积极性和主动性,这也是“调解法”的功能所在:

第一,为当事人提供纠纷调解路径指引。纠纷调解机制既要“形式多样”也要“合理有序”,避免盘根错节的适用混乱。面对“形式多样”的调解机制,我国社会公众在调解方式的选择意识层面还不够,在对纠纷整体态势掌握不足的情况下,或者选择诉讼,或者并未结合具体情况选择调解类型。我们不能期待当事人在信息不完整的情况下自动选择最佳的纠纷调解路径,而必须以务实的态度构建合适的纠纷调解引导机制。有学者从成文法和判例法的特点及发展趋势判定,将判例引入调解程序符合民事审判方式改革的发展要求。<sup>⑥5</sup>有学者借助英国判例法对调解的规范和引导,提出我国在多元化的调解机制改革探索中,应合理把握调解自愿原则。<sup>⑥6</sup>因此,调解机制的选择除了要遵循基本的属地管辖为主、属人及纠纷性质管辖为辅的一般规律外,还应当设立相应的综合性、一站式调解服务平台,明确各类参与主体的纠纷调解方式告知义务,并加强宣传教育增加社会公众对调解机制的理解与认同,形成调解文化氛围。

第二,应加大党委、政府对调解工作的支持和监督考核。结合主体职责分工的情况,落实领导责任制,党政一把手亲自指导协调化解重大矛盾纠纷。<sup>⑥7</sup>加强人力、财力和物质保障,尽可能满足调解工作开展需求。各级各部门要加强信息综合,及时通报本单位发现、受理的矛盾纠纷及调解工作情况,交流调解经验,加强矛盾纠纷大调解信息化建设,建立信息资料库,适时动态掌握矛盾纠纷的总体状况和个案进展情况,实现矛盾纠纷化解横向、纵向信息共享,以信息化带动规范化,提高大调解工作效率。加强相关调解信息的汇总、分析和通报。督促各部门各单位认真落实部门和单位责任制,把做好大调解工作作为社会治安综合治理考评的重要内容。组织有关部门和单位,对大调解衔接情况进行专项检查,及时解决工作中出现的问题。对矛盾纠纷调解得力的单位(组织)和个人,按照国家规定予以表彰奖励;对领导不重视,调解不力,发生危害社会治安和社会稳定重大矛盾纠纷的地方和单位,实行责任倒查,视情况予以通报批评、警示直至一票否决。<sup>⑥8</sup>

第三,引入市场化机制提高纠纷调解的服务质量。我国现行的调解机制中多以公益性为主,当前诸如人民调解、行政调解,甚至是行业调解、律师调解等,政府购买服务的比例不在少数。对于商事调解、行业调解而言,市场化机制是促进相关调解服务走向

<sup>⑥5</sup> 参见王连昆:“发挥判例在调解中的引导和示范作用”,载《人民司法》2002年第10期,第48页。

<sup>⑥6</sup> 参见张永红:“英国判例法对调解的规范和引导”,载《法律适用》第2010年Z1期,第189页。

<sup>⑥7</sup> 中办、国办发布的《党政主要负责人履行推进法治建设第一责任人职责规定》,明确了党政主要负责人履行推进法治建设第一责任人职责,制定“调解法”,推进调解工作有序开展是法治建设的重要内容,对法治国家、法治政府、法治社会建设具有重要意义。

<sup>⑥8</sup> 参见中央社会治安综合治理委员会、最高人民法院、最高人民检察院、国务院法制办、公安部、司法部等16部门联合印发《关于深入推进矛盾纠纷大调解工作的指导意见》第19条、第20条。

成熟的捷径,即可以吸引专业性知识的高端人才加入到调解队伍中,也可以通过市场化竞争机制实现优胜劣汰,提高纠纷调解质量,满足当事人不同层次的纠纷调解需求。“调解法”在坚持传统的人民调解、行政调解免费的同时,应当鼓励商事调解、行业调解等其他调解机制走市场化道路,实现公益性调解机制与市场化调解机制的双向发展模式。同时,地方政府应当根据当地情况,及时出台手续简化、税收减免等优惠扶持政策,通过积极向社会调解组织购买纠纷解决服务等方式鼓励社会力量参与纠纷解决。<sup>⑥</sup>

第四,加强调解员队伍职业化建设。新世纪以来,调解制度备受青睐,行业化、职业化发展趋势明显。调解员队伍职业化建设是社会纠纷复杂化的必然要求,也是调解技能成熟发展的重要标识。但是,当前不同类型的调解都面临着不同职业化困境:人民调解缺乏完整的职业发展管理机制,没有专职的人民调解员群体,经费保障不足;行业调解利用率不高,行业调解员纠纷解决能力不足,没有明确规范的职业保障;商事调解立法滞后,商事调解机构设置缺乏规范性,民间公信力不足等。<sup>⑦</sup>从域外发展经验来看,意大利民众对调解态度的转变源于立法者对调解程序的重视,而立法者的重视又根植于解决公司纠纷时对调解的应用以及对调解员进行的职业化培训。<sup>⑧</sup>日本《诉讼外纠纷解决程序促进法》从立法目的到具体规定都把确立诉讼外纠纷解决从业者的资格认证作为重要内容予以规定。因此,我国政府及相关部门应当加强调解员队伍专业化、职业化建设,强化纠纷解决从业者的资格认证和管理,提高其职业保障。

## 五、结 语

民国时期,立法院院长胡汉民在《民事调解法》的立法提案中提出了调解立法之必要:“我国夙重礼让,以涉讼公庭为耻,牙角细故,辄就乡里耆老,评其曲直,片言解纷,流为美谈。今者遗风渐息,稍稍好讼,胜负所系,息争为难,斯宜远师古意,近采欧美良规,略予变通,以推事主持其事,正名为调解,并确定其效力,著之法令,推行全国”<sup>⑨</sup>这标志着国家将民间调解法律化的开端。虽然该法于1930年颁行后又于1935年即被匆匆废止,但调解却由此正式植入国家的诉讼制度之中,成为我国民事法律实践最具中国特色的一部分。

往事越千年。虽然传统中国早已历经“千年未有之大变局”,但与西方国家诉讼中心主义的纠纷解决理念不同,以和为贵的中国儒家文化传统却生生不息,延续至今,并

<sup>⑥</sup> 廖永安、蒋凤鸣:“新时代发展社会调解的新思路”,载《中国社会科学报》2018年1月18日,第1版。

<sup>⑦</sup> 参见廖永安、刘青:“论我国调解职业化发展的困境与出路”,载《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2016年第6期,第48-49页。

<sup>⑧</sup> 参见朱赛佩·德·帕洛、维罗妮卡·阿尔维西:《意大利调解的职业化演变》,蒋丽萍译,载《人民法院报》2011年6月17日,第006版。

<sup>⑨</sup> 虽然民国时期制定的《民事调解法》主要针对的是法院调解,但有学者考证指出,“调解”被作为正式名称确立下来,正是始于该法,此前尽管民间盛行民事调解的实践历史,但并不存在一个统一的称谓。参见王春子:“中国近代民事调解制度的发展演变——以1930年〈民事调解法〉为重点”,载《盛京法律评论》2016年第2期,第169-185页。

与当代调解理念相契合。面对新时期社会主要矛盾之变化,调解仍然肩负“杜息争端,减少讼累”之使命。基于此,我国应该立足自身历史传统和现实国情,构建具有中国特色“调解法”,为推动人类命运共同体的治理贡献中国智慧和中国经济。未来,我国调解领域应当形成人民调解、行政调解、行业调解、商事调解、司法调解等和谐共存、共同繁荣的调解法律体系。我们期待中国未来能不断提升调解在纠纷解决中的功能与运用,重塑调解制度的辉煌,为所有人提供一种相对便捷、相对低廉的可接近的正义,调解应当与诉讼、仲裁等其他纠纷解决机制共同为多元化的纠纷解决法律体系贡献力量。制定“调解法”的真正意义即在于此。

---

**Abstract:** From the aspects of overcoming the shortcomings of the People's Mediation Law, improving the legal status of non-proceeding mediation, promoting the standardization of modern mediation, and conforming to the development trend of global mediation, it is necessary for China to enact the Unified Mediation Law. The enactment of Unified Mediation Law should be guided by the core values of Chinese Socialism, New Development concept and Non-litigation concept, and based on the principles of voluntariness, confidentiality, legality, honesty and credibility. The content of the Unified Mediation Law should include the following parts: People's Mediation, Administrative Mediation, Industrial Mediation and Commercial Mediation; A procedural linkage mechanism between various types of mediation, as well as between mediation, arbitration and litigation shall be established; Mediation promotion and guarantee mechanism focusing on mediation guidance, supervision and assessment, market guidance and team shall be developed as well.

**Keywords:** mediation; legislation; unified mediation law

---

(责任编辑:孙保国)

# 我国国际商事和解协议执行机制研究

赵秀文\*

---

**内容提要** 我国现行商事和解协议可以通过当事人平等协商、调解、诉讼和仲裁程序中达成。通过协商和调解达成的和解协议主要依据当事人自动履行,在诉讼程序和仲裁程序中达成的和解协议可以得到法院的执行。《新加坡调解公约》项下的国际和解协议指在独立的调解程序中达成的协议,由缔约国按照当地程序规则和公约规定的条件执行。本文结合我国有关执行商事和解协议的立法与司法实践,就《新加坡调解公约》项下的国际商事和解协议在我国执行中所涉及的一些法律问题,包括东道国政府与外国投资者之间的和解协议的性质、公约项下的国际商事和解协议在我国的执行程序和执行条件、以及关于我国是否应当在近期内批准加入《新加坡调解公约》等问题,提出自己的一些思考。作者认为,无论我国在近期内是否考虑批准加入该公约,都应要尽快做好建立和完善我国商事调解法制的各项准备工作:在立法层面上尽快制定和出台规范商事调解制度的法律规则,在司法层面上由最高人民法院制定执行国际商事和解协议的各项程序规则及相关配套措施。

**关键词** 商事和解协议 执行机制 《新加坡调解公约》

---

对于商事交易中发生的争议,通过平等协商或调解的方法了结当事人之间的争议,是较为经济、高效的争议解决方法。本文试图结合我国有关调解的立法与司法实践,以及我国于2019年8月7日在新加坡签署的《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation,以下简称《新加坡调解公约》)<sup>①</sup>项下的国际和解协议的执行机制,就国际商事和解协议在我国执行中所涉及的一些法律问题,包括东道国政府与外国投资者之间的和解协议的性质、《新加坡调解公约》项下的国际商事和解协议在我国的执行程序和执行条件、以

---

\* 赵秀文,中国人民大学教授、法学博士,国际商会中国国家委员会仲裁委员会委员,中国国际经济贸易仲裁委员会、世界知识产权组织仲裁与调解中心、新加坡国际仲裁中心、亚洲仲裁中心,以及北京、石家庄、珠海等国内外仲裁机构在册仲裁员。

① 《新加坡调解公约》于2018年12月20日在联合国大会上通过。2019年8月7日,包括我国政府在内的46个国家在新加坡签署了该公约。依据《公约》的规定,自第三个国家批准后六个月生效,截至2020年3月20日,共有52个国家签署了此公约,其中新加坡、斐济和卡塔尔三个国家已经向联合国交存了批准书。《公约》将于2020年9月12日生效。沙特阿拉伯于2020年5月5日也批准了该公约,该公约将于2020年11月5日对沙特阿拉伯正式生效。关于签署和批准该公约的国家名称及签署和批准日期等详情,可参见[https://uncitral.un.org/zh/texts/mediation/conventions/international\\_settlement\\_agreements/status](https://uncitral.un.org/zh/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status),访问日期:2020年5月20日。

及我国是否应当尽快批准加入《新加坡调解公约》等问题,提出自己的一些思考。

## 一、我国现行商事和解协议的种类、效力与执行

商事和解协议通常指商事交易当事人自行或者在独立第三方协助下就他们之间已经发生争议的解决方案达成的共识。其书面表现方式就是共同签署的和解协议(settlement agreement)。按照协议达成方式的不同,和解协议的效力和法律上的执行力不尽相同。

### (一) 我国商事和解协议的种类

#### 1. 通过友好协商达成的商事和解协议

协商解决争议对于当事人而言,是最为经济和高效的解决争议的方法,因为它不需要第三者的介入,由当事人自行协商后达成和解,而且此项方法可以适用任何阶段,当事人可以随时就他们之间尚未全部了结的债权债务关系通过协商谈判达成和解协议。而这种争议解决方法,可以适用于商事交易的任何阶段发生的争议,包括合同谈判和履行期间。在某些情况下,即便涉案争议的法院判决或仲裁裁决被执行地法院拒绝执行后,当事人仍然可以就他们之间的尚未了结的债权债务问题继续进行协商后达成和解。例如,在阿尔斯通公司诉浙大网新公司(Alstom Technology Ltd. v. Insignia Technology Co. Ltd.)一案中,2013年2月6日,杭州市中级人民法院以仲裁庭组成不当为由,裁定拒绝执行新加坡国际仲裁中心仲裁庭于2010年7月作出的裁决<sup>②</sup>。此后,阿尔斯通公司与网新集团、浙大网新通过协商于2015年4月就其多年来未能了结的债权债务签署了一揽子和解协议:网新集团及其全资子公司将总共支付和解对价600万美金(之前已经支付200万美金),阿尔斯通公司及其关联公司将放弃在世界任何国家或地区针对阿尔斯通仲裁案及脱硫业务对网新集团、浙大网新及其关联方提起任何主张、要求、行动或起诉。最终解决了长达9年、在数个国家和地区涉诉金额近3300万美金的专利纠纷。<sup>③</sup>

#### 2. 通过独立调解程序达成的商事和解协议

调解是一种传统的非诉讼纠纷解决方式,作为一种制度,在代替性纠纷解决机制中历史最为悠久。当前调解作为现代ADR的一种基本形式,在世界各国都被广泛应用。<sup>④</sup>

<sup>②</sup> 杭州市中级人民法院民事裁定书,(2011)浙杭仲确字第7号。关于该案案情及其评论,参见赵秀文:从浙大网新案看ICC仲裁规则在其他仲裁机构的适用,载《法治研究》,2014年第10期,第38-46页。

<sup>③</sup> 资料来源:浙大网新官方网站:www.insigma.com.cn,访问日期:2019/8/4。

<sup>④</sup> 范愉:《非诉讼纠纷解决机制研究》,中国人民大学出版社,2000年6月,第176页。范教授对非诉讼纠纷解决(ADR)有很深刻的研究。她认为,广义上的ADR是民事诉讼制度以外的各种纠纷解决方式的总称,包括仲裁。笔者认可范教授对广义上的ADR的看法,即传统意义上的ADR含义。然而,在解决国际商事争议实践中,笔者以为,现代意义上的ADR不应当包括仲裁。因为仲裁与民事诉讼一样,都是最终解决争议的方法,两者之间是平行的关系,当事人只能选择其中的一种争议解决方法。如果当事人在合同中约定将他们之间的争议提交仲裁,一方当事人向国家法院起诉时,国家法院应当根据当事人的请求,令他们将争议提交仲裁,除非法院认定该仲裁协议无效、失效或者不能履行(《纽约公约》第2.3条)。关于对ADR的详述,参见赵秀文:“选择性争议解决方法及其适用”,载《法学杂志》2005年第五期,第99-101页。

我国作为具有五千年文化历史的文明古国,当然也不例外。在实践中,当事人通过聘请他们共同信赖的与争议无关的独立第三者调解他们之间的民商事争议,是继当事人平等协商谈判解决争议外的另一种比较经济、高效的争议解决方法。

独立的调解程序是指争议双方自愿将他们之间的争议提交与争议无关的第三方机构或个人(调解员)依据调解程序规则进行调解的程序。例如中国贸促会/中国国际商事调解中心、北京仲裁委员会调解中心、上海经贸调解中心等。这些调解机构均有其各自的调解规则,按照调解规则对提交调解的商事争议案件进行调解,当事人可以在调解机构的调解员名册中选择调解员,也可以委托调解机构指定调解员。调解员可以采用双方当事人约定的或者其认为适当的有利于促进当事人达成和解协议的任何方式进行调解,协助当事人之间的沟通,发现双方的共同利益,在此基础上促使当事人找到解决方案。经过调解达成和解协议的,由各方当事人和调解员及调解中心在和解协议上签字或/及盖章。和解协议对各方当事人具有合同法上的约束力。

### 3. 在诉讼或仲裁程序中达成的商事和解协议

我国《民事诉讼法》允许人民法院在审理民事案件中,根据当事人自愿的原则,在事实清楚的基础上,分清是非,进行调解<sup>⑤</sup>。负责审理案件的法官在查明争议事实的基础上,经征得双方当事人同意,主持对争议案件的调解。调解达成协议,必须双方自愿,不得强迫。调解协议的内容不得违反法律规定<sup>⑥</sup>。

我国法律同样也允许当事人在仲裁程序中进行和解。按照我国《仲裁法》的规定,当事人申请仲裁后,可以自行和解<sup>⑦</sup>;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<sup>⑧</sup>。在仲裁实践中,许多仲裁机构的仲裁规则都规定了仲裁与调解相结合的办案方法。当事人在仲裁程序中达成或经调解达成和解协议的,可以撤回仲裁请求或反请求,也可以请求仲裁庭根据当事人和解协议内容作出裁决书或制作调解书。<sup>⑨</sup>

## (二) 商事和解协议的效力及其执行

在我国现行立法与司法实践中,按照和解协议达成方式的不同,可以分为当事人自行协商后达成的和解协议、由当事人共同选择的独立调解员对争议进行调解后当事人达成的和解协议,以及在诉讼或仲裁程序中在法官或仲裁员调解下当事人达成的和解协议。根据协议达成方式和调解机构性质的不同,和解协议的法律性质及其在法院的执行力也不完全相同。现分述如下:

<sup>⑤</sup> 《中华人民共和国民事诉讼法》第93条。

<sup>⑥</sup> 《中华人民共和国民事诉讼法》第96条。

<sup>⑦</sup> 《中华人民共和国仲裁法》第50条。

<sup>⑧</sup> 《中华人民共和国仲裁法》第51条。

<sup>⑨</sup> 中国国际经济贸易仲裁委员会2015版仲裁规则第47条、北京仲裁委员会2019版仲裁规则第43条。

### 1. 当事人自行协商达成的商事和解协议的执行

当事人通过协商方式就他们在商事交易中的争议达成的和解协议,此项协议就其实质而言,是他们共同约定的如何解决争议的契约或合同。只要不违反国家法律,国家法律即认可其法律效力。和解协议对双方当事人具有法律上的约束力,除非法院认定该协议无效。此项和解协议具有一般合同效力,主要依靠当事人的自动履行。对于双方在履行和解协议中发生争议,当事人还可以按照他们之间业已存在的仲裁协议提交仲裁解决,也可以诉诸法院。

### 2. 在独立调解程序中达成的商事和解协议的执行

当事人通过自行选择将他们之间的争议提交特定的调解机构进行调解,比如中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心、北京仲裁委员会调解中心等调解机构。在调解机构的调解下双方当事人达成的和解协议,也可以称为调解协议(Conciliation Agreement)。

调解协议的性质等同于双方当事人自行达成的和解协议,同样具有契约性质,调解协议自双方当事人签字之日起生效。即协议对双方当事人具有合同意义上的约束力,对于协议中规定的事项,双方当事人应当遵守,但此项调解协议并不能在法院得到强制执行。我国现行法律中尚无关于法院可以强制执行商事调解协议的规定,但可以参照适用《中华人民共和国人民调解法》<sup>⑩</sup>(以下简称《调解法》)的相关规定。在商事交易实践中,如果当事人就他们业已达成的和解协议的履行或内容发生争议后,应当按照该法第32条的规定,向人民法院提起诉讼。当然,如果双方同意仲裁解决,当事人可以将此争议提交仲裁解决。

如果双方当事人试图使他们之间业已达成的调解协议得到人民法院的强制执行,可以通过司法确认的程序得以实现:当事人自调解协议生效之日起三十日内共同向人民法院申请司法确认,人民法院应当及时对调解协议进行审查,依法确认调解协议的效力。<sup>⑪</sup>而当法院依法确认调解协议有效后,一方当事人如果拒绝履行或者未全部履行的,另一方当事人则可以向人民法院申请强制执行。如果人民法院依法确认该调解协议无效,则“当事人可以通过人民调解方式变更原调解协议或者达成新的调解协议,也可以向人民法院提起诉讼”<sup>⑫</sup>。

因此,在独立调解员或者调解机构调解下当事人达成的和解协议的效力仅及于双方当事人,双方当事人应当遵守他们之间的约定,如果一方当事人未能履行该和解协议,另一方当事人并不能直接请求我国法院强制执行该调解协议,除非此协议在签署后30天

<sup>⑩</sup> 该法于2010年颁布,2011年1月1日起施行。该法旨在规范民间纠纷,维护社会和谐稳定。按照该法第2条的规定:“本法所称的人民调解,是指人民调解委员会通过说服、疏导等方法,促使当事人在平等协商基础上自愿达成调解协议,解决民间纠纷的活动”。尽管该法适用于在人民调解委员会主持下进行的民事调解,但也没有明确排除商事调解的适用。

<sup>⑪</sup> 《中华人民共和国调解法》第33条第1款。

<sup>⑫</sup> 《中华人民共和国调解法》第33条第3款。



内共同向人民法院申请司法确认,且法院已经依法确认该调解协议有效。<sup>⑬</sup>

### 3. 在诉讼或仲裁程序中达成的商事和解协议的执行

调解解决争议的适用范围极为广泛:它不仅单独适用,也可适用于诉讼程序和仲裁程序中。

法院在审理民商事争议的司法实践中,法官在查明争议事实的情况下,可以征得争议双方的同意,通过调解的方法促使争议双方达成调解协议。调解达成协议后,人民法院应当制作调解书。调解书应当写明诉讼请求、案件的事实和调解结果。调解书由审判人员、书记员署名,加盖人民法院印章,送达双方当事人。调解书经双方当事人签收后,即具有法律效力<sup>⑭</sup>。因此,与当事人自行达成的或者在独立调解员调解下达成的和解协议不同,在诉讼程序中当事人在法官主持下达成的调解协议的性质已经不再局限于契约的性质,该调解协议经审判人员和书记员签署并加盖法院公章后即具有法律上的拘束力。如果一方当事人不能履行该调解书,另一方当事人可以据此直接向法院申请强制执行。

仲裁程序中进行调解在我国现行立法与仲裁实践中也有充分的法律依据。<sup>⑮</sup> 贸仲早在其 1988 年版的仲裁规则中,就规定了仲裁与调解相结合的内容:“仲裁委员会和仲裁庭可以对其受理的案件进行调解。经调解达成和解协议的案件,仲裁庭应当根据双方当事人和解协议的内容,作出裁决书。”<sup>⑯</sup> 国内许多其他仲裁机构的仲裁规则,均含有关于调解解决当事人之间争议的类似规定。<sup>⑰</sup> 因此,经仲裁庭调解当事人达成的调解协议后,仲裁庭根据和解协议的内容作出裁决书,经仲裁员签署和加盖仲裁委员会公章后,可以作为仲裁裁决得到人民法院的承认与执行,其性质也不同于当事人自行达成或者在独立调解员调解下达成的和解协议的契约性质。

## 二、《新加坡调解公约》与我国有关国际商事和解协议的立法与司法实践

### (一)《新加坡调解公约》项下的国际商事和解协议的执行

《新加坡调解公约》的主要目的在于为国际商事和解协议的跨国执行提供了统一有效的框架,确保当事人达成的和解协议根据简化和精简的程序具有约束力和可执行性,进而便利国际商事交易,促进调解作为解决国际经济贸易争议的有效替代方法。同时促进国际商事和解协议在不同国家和地区的承认与执行,简化和精简执行国际商事和解协

<sup>⑬</sup> 参见《中华人民共和国民事诉讼法》第 194、195 条的规定。

<sup>⑭</sup> 《中华人民共和国民事诉讼法》第 97 条。

<sup>⑮</sup> 我国《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。”

<sup>⑯</sup> 贸仲 1988 年仲裁规则,第 37 条。此项规定的相关内容在此后修订的仲裁规则中(2000、2005、2012、2015)均予以保留。

<sup>⑰</sup> 如北京仲裁委员会 2019 年仲裁规则第 43 条、珠海国际仲裁院 2015 年仲裁规则第 50 条、石家庄仲裁委员会 2017 年仲裁规则第 49 条。

议的执行程序。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具有国际性的协议”。<sup>⑮</sup>

值得注意的是,公约项下的和解协议必须产生于“独立的调解程序”,并将“经由法院批准或者系在法院相关程序过程中订立的协议;可在该法院所在国作为判决执行的协议;以及已记录在案并可作为仲裁裁决执行的协议,”同样排除在公约的适用范围。<sup>⑯</sup>

对于《新加坡调解公约》项下的国际和解协议的执行,按照《公约》第3条的规定,公约缔约国“应按本国程序规则并按本公约规定的条件执行和解协议。”这就是说,在执行程序上,应当适用执行地国家的法律。而在执行条件上,缔约国应当遵守公约规定的条件。那么,《公约》都规定了哪些执行条件呢?归纳起来,《公约》主要在第4条规定了当事人申请执行和解协议的条件,并在第5条规定了执行地主管机构可以拒绝执行和解协议的条件。

关于当事人申请执行和解协议的条件,公约要求当事人在向执行地主管机构申请执行和解协议时,应当向法院提出如下证据文件:(1)由各方当事人签署的和解协议;(2)证明该和解协议是通过调解的方法产生的,例如,调解员在和解协议上的签名;调解员签署的表明进行了调解的文件;调解管理机构出具的相关证明;以及可以为执行地主管机构接受的其他证据(第4.1条)。此外,执行地主管机构有权要求申请人提供和解协议的当地语文译本,也有权要求申请人提供任何其认为必要文件,以便核实公约要求的条件已经得到遵守(第4.4条)。当然,公约也要求执行地的主管机构从速审议当事人提出的救济请求(第4.5条)。

《公约》规定的执行地主管机构可以拒绝执行和解协议的条件规定在第5条,其标题是“拒绝准予救济的理由”(Grounds for refusing to grant relief)。申请人向执行地国主管机构申请执行和解协议时,如果被申请人执行人提出证据证明有下列情形之一的,该主管机构可以拒绝执行:(1)和解协议一方当事人处于某种无行为能力状况;(2)和解协议根据双方约定的法律,如无此项约定,依据执行地的主管机构认为应当适用的法律为无效,失效或不能履行;或者按照协议条款规定尚不具有约束力,或者不是终局的;或者该协议签署后被修订;(3)和解协议中的义务已经履行,或不清楚或无法理解;(4)准入救济将有悖于协议的规定;(5)调解员严重违反适用于调解员或调解的规则,如无此项违反,该当事人则不会签署此和解协议;或(6)调解员未向各方当事人披露可能对调解员的公正性和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或不利影响,即若非此未予披露,该当事人本来不会订立该和解协议。此外,如果主管机构认为,准予救济将违反当地的公共政策,或者按照该当事人所在地法律,争议事项不能通过调解方式解决。

<sup>⑮</sup> 《新加坡调解公约》第1.1条。

<sup>⑯</sup> 《新加坡调解公约》第1.3条。

《新加坡调解公约》第8条规定了允许当事方在加入公约时可以作出的两点保留事项：第一，和解协议的一方当事人为政府机构或代表政府机构签署，在声明规定的范围内不予适用；第二，和解协议双方当事人约定适用本公约。在签署《新加坡调解公约》的国家中，只有白俄罗斯对第8条第1款规定的第一项内容提出了保留，伊朗则对该款规定的第二项内容提出了保留。<sup>②</sup>白俄罗斯保留的后果是：如果签署国际和解协议的一方当事人为国家政府机构，或者代表政府机构签署的此和解协议，则这样的和解协议不能得到白俄罗斯主管机构的执行。而伊朗的保留后果是：只有当事人在他们之间签署的和解协议中明确声明适用《新加坡调解公约》时，伊朗法院才能依据公约规定执行该和解协议。

## （二）我国现行有关国际商事和解协议的立法与司法实践

《新加坡调解公约》项下的国际和解协议指在独立的调解程序中达成的国际商事和解协议。对我国而言，既不包括争议双方通过友好协商达成的和解协议，也排除了仲裁程序和诉讼程序中在法官或仲裁员的调解下由争议双方达成的和解协议。

### 1. 我国国际商事和解协议的认定

在我国，国际商事和解协议泛指具有涉外因素的和解协议。然而，对于如何解释涉外因素，我们所依据的主要是最高院发布的对相关法律实施中的《司法解释》，最高院对涉外因素的解释，经历了由比较严格到相对比较宽松的过程。

最初的解释来源于最高人民法院于1992年7月14日发布的关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见中第304条的规定：“当事人一方或双方是外国人、无国籍人、外国企业或组织，或者当事人之间民事法律关系的设立、变更、终止的法律事实发生在外国，或者诉讼标的物在外国的民事案件，为涉外民事案件。”我国司法实践长期以来均适用民事关系的主体、客体和权利义务三要素（以下简称三要素）之一是否存在涉外因素认定涉外民事案件。就国际和解协议而言，如果协议一方当事人为外国人，或者争议标的物位于境外，以及协议在境外订立，这样的协议就可以认定为国际或涉外合同。

随着我国对外开放政策的深入实施，以及“一带一路”建设的发展，法院对涉外因素的解释进一步放宽。即2012年12月10日最高人民法院发布的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释（一）》第一条规定中，在传统的三要素原则基础上，增加了如下内容：第一，在传统上的“国籍”标准基础上，增加了当事人“居所地”的标准（第2款）；第二，加大了法院的“自由裁量权”，体现在该条第5款规定“可以认定为涉外民事关系的其他情形”中。而该款“可以认定为涉外民事关系的其他情形”则赋予法官在办案中对此作出解释的自由裁量权，即可以对所有与“涉外民事法律关系”有密切联系的“涉外”因素作出解释和认定。在司法实践中，上海市

<sup>②</sup> 参见 [https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international\\_settlement\\_agreements/status](https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status), 访问日期 2020/3/14。

第一中级人民法院于2015年11月27日裁定执行新加坡国际仲裁中心对两家中国公司之间的买卖合同争议作出的裁决<sup>①</sup>。在该案中,西门子公司请求法院执行新加坡国际仲裁中心裁决,黄金置地公司请求法院拒绝执行此裁决,理由是依据我国法成立的两个中国法人约定将他们之间无涉外因素的争议提交外国仲裁机构仲裁的仲裁协议无效。法院认为,尽管双方当事人均为在上海自贸区设立的外商独资企业(依法为中国法人),合同买卖标的物是西门子公司为履行买卖合同而从国外进口后交付的设备。按照传统解释主体和客体均无涉外因素,但法院认为外商独资企业全部出资为外国法人的资本和买卖合同项下的设备系从国外进口本身含有涉外因素,属于最高院司法解释第1条第5款规定中“可以认定为涉外民事关系中的其他情形”,故系争合同关系具有涉外因素,双方当事人约定将争议提交新加坡国际仲裁中心进行仲裁解决的条款有效。<sup>②</sup>

可见,从最高院对涉外因素的解释的发展情况看,最高院于2012年发布的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》第1条第5款规定的“可以认定为涉外民事关系中的其他情形”均为传统三要素以外的与涉外民事关系有密切联系的其他情形,与《新加坡调解公约》第1条第1款关于和解协议的“国际性”解释的兜底条款“与和解协议所涉事项关系最密切联系的国家”遥相呼应。因此,我国现行司法实践中对国际商事调解协议的认定标准,与《新加坡调解公约》第1条关于和解协议的“国际性”中规定的当事人营业地、合同义务履行地,以及最密切联系地的标准,总体上没有本质区别。

我国现行法律中没有专门就何谓“商事”法律关系作出明确界定。关于商事问题的法律文件最早出现在1986年12月2日全国人大常委会关于我国加入《承认与执行外国仲裁裁决公约》(以下简称为《纽约公约》)<sup>③</sup>的决定时所提出的商事保留声明“中华人民共和国只对根据中华人民共和国法律认定为属于契约性和非契约性商事法律关系所引起的争议适用该公约”<sup>④</sup>。至于何谓我国法律中的“契约性和非契约性商事法律关系所引起的争议”,在《纽约公约》于1987年4月22日对我国正式生效之前,最高院于1987年4月10日发布了关于执行我国加入的《承认与执行外国仲裁裁决公约》的通知,该《通知》第2条规定:根据我国加入该公约时所作的商事保留声明,我国仅对

① 西门子国际贸易(上海)有限公司诉上海黄金置地有限公司,《民事裁定书》,(2013)沪一中民认(外仲)字第2号。而在此之前,我国法院对外商投资企业本身存在的涉外因素不予考虑:江苏省南通市中级人民法院于2012年认定江苏航天万源风电设备有限公司诉艾尔姆风能叶片制品(天津)有限公司之间签署的仲裁协议无效;北京市第二中级人民法院于2014年裁定拒绝执行大韩商会仲裁院仲裁庭就北京所望之信投资有限公司与北京朝来新生体育休闲有限公司之间的争议作出的裁决。理由都是两个中国法人(尽管其中一方或双方为在我国设立的外商投资企业)将他们之间争议约定提交外国仲裁机构仲裁的仲裁协议无效。

② 关于该案案情及其评论,可参见赵秀文:从西门子公司看我国外商投资企业中的涉外因素,载《中国国际仲裁评论》2018年第一卷,第132-147页,法律出版社。

③ 截至2020年4月7日,该公约具有缔约国163个。关于这些缔约国的名称,详见[https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign\\_arbitral\\_awards/status2](https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2), 2020/4/7 访问。

④ 参见程德钧主编:《涉外仲裁与法律》第一辑,中国人民大学出版社,1992年,第3页。

按照我国法律属于契约性和非契约性商事法律关系所引起的争议适用该公约。而“契约性和非契约性商事法律关系”,并不包括外国投资者与东道国政府之间的争端。<sup>⑤</sup>

我国目前在“一带一路”建设中,如果东道国政府与我国投资者之间或者我国政府与外国投资者之间的投资争议达成的和解协议,按照最高院在《通知》中对“按照我国法律属于契约性和非契约性商事法律关系”的解释,很难将东道国与投资者之间的投资争议达成的和解协议列入商事和解协议的范围。

## 2. 我国现行执行国际商事和解协议的立法与司法实践

我国现行国内立法并没有专门规范执行国际商事和解协议的规则,如果套用《调解法》中关于国内民事调解协议的执行,则需要双方当事人在协议签署后30日内共同将和解协议申请司法确认,否则不能得到人民法院的执行。以此类推,对于当事人自行达成的国际商事和解协议,如果需要确保得到人民法院的执行,双方当事人也应当自协议签署后30日内共同向人民法院申请司法确认。

此外,我们还可以从在2018年6月27日发布的《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》中找到我国法院执行国际商事调解协议的依据。根据该规定,最高人民法院组建国际商事专家委员会,并选定符合条件的国际商事调解机构、国际商事仲裁机构与国际商事法庭共同构建调解、仲裁、诉讼有机衔接的纠纷解决平台,形成“一站式”国际商事纠纷解决机制。国际商事法庭支持当事人通过调解、仲裁、诉讼有机衔接的纠纷解决平台,选择其认为适宜的方式解决国际商事纠纷。国际商事法庭在受理案件后七日内,经当事人同意,可以委托国际商事专家委员会成员或者国际商事调解机构调解。经国际商事专家委员会成员或者国际商事调解机构主持调解,当事人达成调解协议的,国际商事法庭可以依照法律规定制发调解书。国际商事法庭作出的调解书,经双方当事人签收后,即具有与判决同等的法律效力。当事人对国际商事法庭作出的已经发生法律效力调解书,可以向国际商事法庭申请执行。

2018年11月13日,最高人民法院办公厅发布了《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》,据此《通知》,确定中国国际经济贸易仲裁委员会、上海国际经济贸易仲裁委员会、深圳国际仲裁院、北京仲裁委员会、中国海事仲裁委员会以及中国国际贸易促进委员会调解中心、上海经贸商事调解中心,作为首批纳入“一站式”国际商事纠纷多元化解机制的仲裁和调解机构。在国际商事交易中,当事人可以约定将其争议提交纳入机制的调解机构进行调解。当事人经调解机构调解达成调解协议的,国际商事法庭可以依照法律规定制发调解书;当事人要求发给判决书的,可以依据调解协议的内容制作判决书送达当事人。

因此,在我国现行司法实践中,当事人请求我国人民法院执行的我国国际商事调解协议,同样需要由法院根据当事人达成的和解协议作出调解书或者判决书,或者双方当

<sup>⑤</sup> 同上,第15页。

事人签署协议后30天内向我国法院共同申请司法确认后才能得到法院的执行。

### 三、《新加坡调解公约》项下的国际商事和解协议在我国执行问题的思考

中国是具有五千年历史的文明古国,素有“和为贵”的传统文化,也有着适合调解解决各种争议的土壤。我国曾派代表团全程参与了公约的制定,并在2019年8月7日成为首批46个签约国之一,可见我国政府对此公约还是非常重视的。可以预料,我国政府允许该公约在我国的实施只是时间问题。为此,笔者就我国在决定批准加入公约之前需要迫切解决的问题提出自己的一些看法。

#### (一) 关于东道国与外国投资者之间的和解协议性质

随着我国对外开放政策的深入实施,以及“一带一路”建设的发展,越来越多的中国企业走出国门,投资于“一带一路”国家,参与这些国家的基础设施建设项目。由于这些项目投资巨大,建设周期长,在此期间还可能出现许多诸如项目所需要的原材料价格大幅涨落、天灾人祸、公司破产、施工质量问题等可预知的和不可预知的因素,当事人之间的投资争议不可避免。当这些投资争议发生后,争议双方在境外调解达成的和解协议是否属于我国法项下的商事和解协议?能否依据我国现行法律规则在我国法院的执行?如果我国批准加入《新加坡调解公约》,是否考虑对该公约第8条1款(1)项提出保留?

事实上,我国现行法律并没有就“契约性和非契约性商事法律关系”作出明确规定,有据可查的只有最高人民法院在《纽约公约》对我国正式生效之前对此作出的司法解释。继我国于1993年加入《解决国家与他国国民之间投资争议公约》(Convention on the Settlement Investment Disputes Between States and Nationals of Other States,简称《华盛顿公约》或ICSID公约)后,当事人可以根据公约规定将投资争议提交华盛顿解决国际投资争议中心(International Center for the Settlement of Investment Dispute,简称ICSID或中心)解决,而ICSID裁决相当于国家最高法院判决,除中心规定的补救方法外,不受国家法院的司法监督<sup>②6</sup>。

随着我国对外开放政策的深入实施,我国与其他国家签署的双边投资保护协定(Bilateral Investment Treaty, BIT)中的争议解决选择方式也在不断地增加。自1982年我国与瑞典签订第一个BIT以来,我国已经与一百多个国家签署了BIT<sup>②7</sup>,在这些BIT中,

<sup>②6</sup> 当事人可以向ICSID设立的专门委员会(ad hoc committee)申请撤销ICSID仲裁庭依据该中心的仲裁规则对投资争议作出的裁决。与《纽约公约》项下裁决可以接受相关国家法院的司法监督不同,任何国家法院均不得行使撤销的权力,也不得以任何理由(包括公共——政策的理由)拒绝执行ICSID裁决。

<sup>②7</sup> 关于我国与其他国家签署的BIT国家及相关规定,可参见我国商务部官方网站<http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml>。

绝大多数都规定了解决东道国与投资者争议解决条款。据此,当事人既可以选择将争议提交 ICSID 仲裁,也可以选择适用联合国国际贸易法委员会(United Nations Commission on International Law, UNCITRAL)制定的仲裁规则仲裁,而按照 UNCITRAL 规则进行的仲裁,一般属于临时仲裁(ad hoc arbitration)<sup>⑳</sup>,临时仲裁庭或者常设仲裁机构适用 UNCITRAL 规则作出的裁决的性质不同于 ICSID 裁决,可以受到相关国家法院司法监督:裁决地法院可以依据当地法律行使撤销权,<sup>㉑</sup>执行地法院也可以依据《纽约公约》规定的条件和当地的法律,裁定承认与执行或者拒绝承认与执行此裁决。在某些特殊情况下,即便裁决被裁决地国法院撤销,执行地法院仍然可以依据执行地国的法律作出执行该已被裁决地国法院撤销的裁决。<sup>㉒</sup>

2011年2月,我国政府代表团在参加联合国贸法会仲裁和调解工作组第54届会议关于谈判《投资者与国家之间以条约为基础的透明度公约》<sup>㉓</sup>的过程中,中国代表团对于仲裁庭就东道国与外国投资者之间的投资争议作出的裁决在我国法院执行的基本立场仍然是:“国际投资争端的仲裁裁决不能依据《纽约公约》在中国境内承认与执行”,其理由仍然是中国加入《纽约公约》时作出的商事保留声明中关于“契约性和非契约性商事法律关系”不包括东道国与投资者之间的法律关系。<sup>㉔</sup>

近年来,我国一些仲裁机构陆续发布了《投资仲裁规则》,受理基于国际条约产生的东道国与外国投资者之间投资争议。例如,贸仲于2017年10月1日起实施的《投资争

<sup>⑳</sup> 一些国家或地区的常设仲裁机构也允许当事人选择适用 UNCITRAL 规则,比如中国国际经济贸易仲裁委员会、新加坡国际仲裁中心、香港国际仲裁中心、海牙国际仲裁院、国际商会国际仲裁院、瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院等,而在常设仲裁机构适用 UNCITRAL 规则作出的裁决,通常被认为是机构裁决,而不再是临时仲裁庭裁决。

<sup>㉑</sup> 例如在举世瞩目的尤科斯案中,申请人尤科斯公司的三个股东自2005年起向海牙常设国际仲裁院申请仲裁,请求仲裁庭裁定俄罗斯政府向其支付至少1142亿美元的赔偿。该院仲裁庭适用 UNCITRAL 规则于2014年7月裁定俄罗斯政府向申请人支付500亿美元后,俄罗斯政府向海牙地方法院申请撤销此裁决;法院经审理后于2016年4月裁定撤销此裁决;尤科斯三股东不服地方法院判决向上诉法院提出上诉,上诉法院于2020年2月18日又撤销了地方法院的判决,裁定俄罗斯应当执行仲裁庭裁决。2020年5月15日,俄罗斯司法部官网发布信息,宣布俄罗斯联邦已向荷兰最高法院提起上诉,请求撤销海牙上诉法院于今年2月作出的维持俄罗斯向尤科斯石油公司前股东赔偿约500亿美元的判决。目前荷兰最高法院已经受理了俄罗斯联邦请求撤销海牙上诉法院判决的上诉请求。

<sup>⑳</sup> 例如在克罗马罗伊案(Chromalloy AeroService Inc. v. Ministry of Defense of the Republic of Egypt)中,埃及国防部与美国 Chromalloy 订立了为期十年的直升飞机维修合同,由于埃及单方面提前终止合同引起争议,按照合同规定争议适用 UNCITRAL 规则在开罗仲裁。由三名仲裁员组成的仲裁庭于1994年8月作出克罗马罗伊公司胜诉的裁决。1995年12月埃及上诉法院根据埃及国防部申请,以裁决适用法律不当为由撤销了此裁决,而美国法院和法国法院分别在1996年7月和1997年1月裁定依据《纽约公约》承认与执行该被埃及法院撤销了的裁决,主要理由是埃及国防部作为国家机构,应当遵守其在合同中作出的通过仲裁解决争议且遵守裁决的庄严承诺。本案裁决以埃及国防部执行仲裁庭裁决而告终。关于该案案情及评论,详见赵秀文,“从克罗马罗伊案看国际仲裁裁决的撤销与执行”,载《法商研究》,2002年第5期,第116至128页。

<sup>㉓</sup> 简称《毛里求斯透明度公约》,公约于2017年10月18日生效。截至2020年3月18日,共有23个国家签署了该公约(我国尚未签署),其中有5个国家交存了批准书。关于这些国家的名称,详见 [ansparency/status" https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/transparency/status](https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/transparency/status), 访问日期:2020年3月18日。

<sup>㉔</sup> 参见万鄂湘主编、最高人民法院民四庭编辑:《涉外商事海事审判指导》,总第22辑,人民法院出版社,2012年3月,第250页。

端仲裁规则》,根据当事人之间的仲裁协议,受理基于合同、条约、法律法规或其他文件提起的,一方当事人为国家或政府间组织、经政府授权的或其行为可归责于国家的其他任何机构、部门和其他实体的国际投资争端<sup>③</sup>。国内其他一些仲裁机构也制订了相关的投资仲裁规则。如果贸仲仲裁庭依据其投资仲裁规则就国际投资争议在我国境内作出的裁决,人民法院是否可以依据我国现行法律规则行使撤销的权力?当事人申请执行时我国法院是否可以执行这些裁决?如果当事人向我国法院申请执行境外仲裁机构或临时仲裁庭依据 BIT 适用联合国贸法会规则在我国境外对投资争议作出的裁决时,我国法院是否可以依据我国现行法律和《纽约公约》执行这样的裁决?

在我国现行法律环境下,人民法院很有可能面临如下尴尬局面:一方面,我国现行仲裁立法不能回答法院是否可以对我国仲裁机构在我国境内作出的投资仲裁裁决行使撤销权的问题,因为我国现行《仲裁法》仅适用于平等当事人之间的合同和其他财产权益纠纷仲裁,并不调整投资者与东道国政府之间的投资争议仲裁。另一方面,尽管我国与其他国家签署的 BIT 允许投资者与东道国之间的投资争议适用 UNCITRAL 规则仲裁,而我国法院有权依据我国在加入《纽约公约》时作出的商事保留声明,拒绝承认与执行临时庭或外国仲裁机构仲裁庭就涉及我国政府或我国投资者之间的投资争议作出的仲裁裁决。

如前所述,《新加坡调解公约》项下的国际和解协议显然涵盖了投资者与东道国之间达成的和解协议的执行,因为第 8 条第 1 款第(1)项允许国家在加入公约时专门就不适用投资者与东道国之间通过调解达成的和解协议的执行提出保留声明。值得注意的是,我国政府在签署《新加坡调解公约》时,并没有像白俄罗斯那样在签署公约时对第 8 条第 1 款提出保留。如果我国政府决定批准加入《新加坡调解公约》,是否还要继续遵循我国在加入《纽约公约》时提出的商事保留声明,对《新加坡调解公约》第 8 条第 1 款第(1)项的规定提出保留呢?

笔者认为,为了便于今后国际商事仲裁机构就我国投资者与外国东道国之间的投资争议作出的仲裁裁决或通过调解达成的和解协议在我国境内得以执行,建议由最高人民法院发布司法解释,将“契约性和非契约性商事法律关系”扩大适用于东道国政府与外国投资者之间基于合同、条约、法律法规或其他文件中通过仲裁解决的争议。这样,我国在决定加入《新加坡调解公约》时就没有必要对第 8 条第 1 款第(1)项规定提出保留。

## (二) 关于国际商事和解协议在我国执行程序和执行条件

《新加坡调解公约》的主要目的是通过建立执行通过调解达成的国际和解协议的统一法律框架,减少因争议导致商事关系的终止,便利商事交易当事人管理国际经济贸易,节省司法行政费用,进而有助于实现世界经济可持续发展的目标。为此,我国在批准加入公约之前,应当就国际和解协议在我国的执行程序和执行条件作出适当安排。

<sup>③</sup> 贸仲 2017 年《国际投资争端仲裁规则》(试行),第 2 条。



按照《新加坡调解公约》第3条的规定,缔约国应当按照本国程序规则并根据公约规定的条件执行和解协议。当事人对于已经达成的和解协议项下事项发生争议时,公约当事方同样也应当允许申请执行和解协议的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,以证明该争议事项已得到解决。

在现行法律环境下,我国国际商事调解协议如果需要法院执行,应当按照《调解法》第33条的规定,在调解协议签署后由双方当事人共同向人民法院申请司法确认后才能得到人民法院的执行。由此产生的问题是:假如涉及我国当事人的投资者或东道国之间的投资争议在我国境外达成和解协议需要得到我国法院执行,当事双方是否也应当向我国相关的人民法院申请司法确认?应当向哪个法院提出申请?申请执行时除了提交和解协议外,还应当向法院提交哪些必要的文件?我国《调解法》第33条的规定显然没有解决也不可能解决这个问题。因此,制定与执行国际商事和解协议相关的法律规则,是十分必要的。

最高人民法院已于2018年11月发布了国际商事交易当事人可以约定将其争议提交纳入我国境内指定的调解机构进行调解的文件,解决了境内调解机构的资质问题。然而,对于在我国境外达成的国际调解协议在我国境内的执行问题,目前尚无明确的规定。这也是我国在加入《新加坡调解公约》之前必须解决的问题,至少应当对在我国境外通过调解达成的和解协议的调解员或者调解机构应当具备哪些资质才能得到我国法院的认可作出明示规定。

必须注意到,《新加坡调解公约》第4条明确规定了申请执行和解协议的当事人向法院申请执行和解协议时,应当向主管机构出示所需要的和主管机构接受的证据材料,而主管机构也有权要求申请人提供任何必要文件。当事人请求我国法院执行国际商事和解协议时,除了公约规定的文件外,我国法院还需要当事人提交哪些文件?公约既然赋予了执行地法院要求申请人提供任何必要文件的权力,我国法律则可以就申请人应当向法院提交哪些必要的文件作出明确规定。因此,我国立法机构在制定执行商事和解协议相关法律规则时,应当充分利用公约赋予的权力,对当事人向我国法院申请执行国际商事和解协议时必须提交的具体文件,作出明确规定。

因此,无论我国是否在近期内批准加入《新加坡调解公约》,都应当尽快就法院执行国际商事和解协议的管辖机构、执行程序 and 申请执行时必须提交的文件等具体问题作出明确规定。

### (三) 关于批准加入《新加坡调解公约》

《新加坡调解公约》项下的国际商事和解协议可以由当事人向缔约国法院直接申请执行,而不要求该和解协议签署后首先向相关国家法院申请司法确认。从某种意义上说,如果公约在全球范围内的实施,的确可以在全球范围内为国际商事交易的当事人提供便利,促使他们尽快了结他们之间的争议,节省司法和行政费用。

笔者对批准加入《新加坡调解公约》的总体看法是:第一,我国在立法和司法层面

做好充分准备之前不必仓促批准加入该公约。第二,无论我国在近期内是否批准加入此公约,都应当尽快完善我国有关商事调解制度的相关法制建设。理由如下:

首先,我国之所以不必仓促批准加入《新加坡调解公约》,就是因为,在商事交易中,如果双方当事人真的愿意本着平等互利和互让互谅的原则解决他们之间的争议,完全可以通过友好协商达成和解后自动履行行业已达成的协议。即便是争议双方共同委托他们所信赖的独立第三方调解其争议,在调解员的调解下达成的和解协议一般也都能自动履行,而不必借助于法院的强制执行机制。以上海经贸商事调解中心为例,该中心2014年共受理案件109件,其中涉外案件占10%,调解成功率为80%。中心调解成功所有案件的自行履约率达到100%。<sup>③④</sup>中国贸促会商事调解中心及其在全国各省、市、自治区及一些重要城市设立的52家分会调解中心,近年来平均每年受理的调解案件达两千余件,调解成功率达80%以上。<sup>③⑤</sup>笔者虽然没有该中心关于当事人自动履行调解协议的数据,但可以推断,绝大多数当事人都能自动履行他们自行达成的和解协议,而不必借助于法院的执行。

其次,我们应当尽快建立和完善有关商事调解的法律制度。在立法层面上,我国现行法律尚无法院直接执行国际和解协议的依据。按照我国现行立法,当事人签署的和解协议要得到法院的执行,应当在签署后30日内共同向我国法院申请司法确认,经法院确认有效后一方拒绝履行的,当事人方可向法院申请执行。这样的法律规定也有悖于《新加坡调解公约》的规定。如果我国在目前情况下加入该公约,当公约规定与我国国内法冲突时,应当优先适用国际条约的规定<sup>③⑥</sup>。所以在我国出台专门规范商事调解制度的《商事调解法》或者是相关的法律规则之前,没有必要仓促地批准加入《新加坡调解公约》。

第三,在司法层面上,最高人民法院应当尽快制定执行国际商事和解协议的程序规则,《新加坡调解公约》项下的和解协议是在独立的调解程序中达成的和解协议,缔约国法院受理申请执行国际商事和解协议时,按照公约规定根据本国程序规则和公约规定的条件执行和解协议(第1.1条)对协议进行司法审查后作出是否予以执行的裁定。此外,公约第4.4条还规定了“主管机构可要求(申请人)提供任何必要文件,以核实本公约的要求已得到遵守”。因此在批准加入公约之前,最高人民法院应当尽快出台向法院申请执行国际商事和解协议时应当提交的必要文件清单,作为法院执行国际商事和解协议的前提。

第四,就《新加坡调解公约》项下的国际商事和解协议的执行而言,为了确保公约项下和解协议系由适格的调解员调解后形成,且该协议是争议双方当事人真实的意思表示,应当规定只有在由各国主管机构认证或认可的调解员和调解机构调解下达成的和解协议,才能得到我国法院的执行。为此,当事人申请执行公约项下的和解协议时,必须出

<sup>③④</sup> 参见范愉,自贸区建设与纠纷解决机制的创新,载《法治研究》2017年第1期,注释7。

<sup>③⑤</sup> 参见该中心官方网站, [t.org/articles/25](http://t.org/articles/25) <https://adr.ccpit.org/articles/25>, 访问日期:2020年3月19日。

<sup>③⑥</sup> 根据《中华人民共和国民事诉讼法通则》第142条第2款的规定,中华人民共和国缔结或参加的国际条约同中华人民共和国的法律有不同规定的,适用国际条约的规定。

具由各国主管机构认证或认可的调解专家或调解机构指定的调解员进行调解的相关证据,这也是公约第 4.4 条规定的事项。最高人民法院已经初步解决了国内有权受理国际商事调解案件的机构,对于境外调解机构或者调解员的资质问题如何作出界定,尚无明确规定。为此,可以考虑设立专门的调解机构和调解员名册,特别是扩大国际商事法庭专家委员会外国专家成员人选,吸收“一带一路”国家的国际商事法律专家,将他们全部列入调解员名册。

第五,关于我国执行国际商事和解协议的主管机构,笔者认为,为了确保主管法院的权威性,又鉴于国际商事和解协议绝大多数都能得到自动履行,申请法院执行的案件极为有限,可以考虑由最高人民法院国际商事法庭及 / 或各省、自治区高级人民法院作为受理《新加坡调解公约》项下和解协议的执行申请的“主管机构”,集中管辖公约项下的和解协议的执行。

## 结 论

我国目前尚无规范法院执行独立调解程序中达成的(国际)商事和解协议的法律规则,协议达成后主要依据当事人的自动履行。如果在履行和解协议中发生争议,当事人或者将此争议提交法院,或者依据他们之间的仲裁协议提交仲裁解决。而《新加坡调解公约》规范的和解协议是在独立的调解程序中达成的国际商事和解协议,由缔约国按照当地程序规则和公约规定的条件执行。作为首批签字国之一,无论我国是否考虑在近期内批准加入该公约,都应要尽快建立和完善我国商事调解法律制度的各项准备工作:在立法层面上尽快制定和出台规范商事调解制度的法律规则,在司法层面上最高人民法院应当及时出台执行国际商事和解协议的程序规则及相关配套措施。

---

**Abstract:** Settlement agreements could be reached either by consultation and mediation, or by litigation and arbitration procedure. Those reached by consultation and mediation are executed by self-performance in general. Others reached during the litigation and arbitration procedure could be enforced by the courts. International settlement agreements under Singapore Mediation Convention refer to those reached through independent mediation procedure and shall be enforced by the Contracting States according to the local procedure rules as well as to the conditions provided in the Convention. This Article studies the basic rules and law and judicial practices on the enforcement of commercial settlement agreement in China. It explored various legal issues on the enforcement of international settlement agreements in China, including the nature of the State-Investor settlement agreements, procedures and conditions on the enforcement of international settlement agreement under Singapore Mediation Convention

in China, as well as whether China should approve the Convention soon. The author held that China should get to the preliminary works to set up commercial mediation legal system as soon as possible whether considering to approve the Convention in the near future or not. In respect to legislation, the rules of law on commercial mediation should be promulgated. As to the judicial practices, the Supreme Court should issue procedure rules and relevant measures on the enforcement of international commercial settlement agreements resulting from mediation.

**Keywords:** commercial settlement agreement; enforcement mechanism; Singapore Convention on Mediation

---

---

(责任编辑: 孙保国)

# 国际商事仲裁中仲裁地的确定及其法律意义

## ——从 BNA v. BNB and another 案谈起

覃华平\*

---

**内容提要** 在国际商事仲裁中,仲裁地是一个法律概念,它是指仲裁当事人约定的,或无约定时由仲裁庭、仲裁机构或法院确定的仲裁的法律归属地。仲裁地在国际商事仲裁中具有重要的法律意义,它不仅在很大程度上确定仲裁协议准据法以及仲裁程序法的适用,而且还使得仲裁地法院对仲裁行使相应的管辖权,包括司法协助和司法监督。另外,根据 1958 年《纽约公约》的规定,仲裁地是确定仲裁裁决国籍的一个主要标准,因此仲裁地对裁决的承认与执行也将产生重大影响。本文从颇受关注的新加坡高等法院和上诉法院审理的 BNA v. BNB and another 案入手,探讨仲裁地的确定、法律意义以及选定仲裁地时应当考量的因素,以期为国际商事仲裁从业人员提供参考。

**关键词** 仲裁地 BNA v. BNB and another 仲裁协议 仲裁程序

---

### 一、案情简介

本案的原告及上诉人 BNA 是一家根据中国法律设立、主要营业地在中国的公司,它作为买方与本案的第一被告 BNB 公司于 2012 年 8 月签订了一份关于工业燃气的买卖合同 (Takeout Agreement), BNB 公司是一家根据韩国法律设立、主要营业地在韩国的公司。2013 年 2 月, BNA、BNB 以及另一家根据中国法律设立、主要营业地在中国的公司 BNC 就该工业燃气买卖合同签订变更协议,根据该变更协议, BNB 公司将工业燃气买卖合同中的所有权利义务转让给 BNC 公司,并约定变更协议构成工业燃气买卖合同不可分割的一部分,若变更协议与工业燃气买卖合同存在冲突时,以变更协议为准。根据案涉合同, BNA 应当购买约定数量的燃气并按月向 BNB 和 BNC (变更协议签订后) 支付货款。根据案涉合同,燃气的生产地与合同的履行地均在中国。案涉合同就法律适用和争议解决作了如下约定:“本协议适用中华人民共和国法律。与本协议有关的或因本协议产生的一切争议,当事人应当善意地通过友好协商的方式解决,如果协商失败,双方当事人同意将上述争议提交新加坡国际仲裁中心根据其仲裁规则在上海最终解

---

\* 覃华平,中国政法大学副教授。

决,仲裁裁决是终局的,对双方当事人均有约束力。”<sup>①</sup>后来, BNA 未能根据案涉合同的约定支付必要的货款, BNB 和 BNC 于 2016 年 3 月向新加坡国际仲裁中心提出仲裁申请, BNA 就仲裁庭的管辖权提出异议。新加坡国际仲裁中心根据适用的仲裁规则组成了三人仲裁庭,该仲裁庭根据多数意见裁定其对该案有管辖权,具体理由如下:本案的仲裁地是新加坡,因此该仲裁协议的准据法为新加坡法律,进而中国法律对本案的管辖权问题不适用。认为仲裁庭不具有管辖权的仲裁员则认为:本案仲裁协议的准据法为中国法律,根据中国法律本案的争议属于国内争议,而中国法律禁止境外仲裁机构对国内争议的仲裁行使管理职能。<sup>②</sup>针对仲裁庭的裁定, BNA 向新加坡高等法院提出申请,请求法院宣布仲裁庭对该案不具有管辖权,其理由主要是本案仲裁协议的准据法为中国法律,根据中国法律该仲裁协议是无效的。

高等法院受理案件后,认为双方争议焦点是确定案涉合同中仲裁协议的准据法,进而确定仲裁协议的效力。换句话说,本案仲裁协议的准据法如果是中国法律,那么适用中国法律是否会导致仲裁协议无效,从而使双方当事人将争议提交仲裁的明确意图落空。<sup>③</sup>高等法院经过审理做出了仲裁庭具有管辖权的裁定,但是允许当事人就此问题提起上诉。随后, BNA 向新加坡上诉法庭提起上诉,上诉法庭受理案件后认为争议焦点是确定本案仲裁协议的准据法,当然在确定准据法时,不可避免地涉及到对有关问题,包括仲裁地作出认定。<sup>④</sup>为了确定仲裁协议的准据法,上诉法庭用了大量笔墨论证本案仲裁地的确定,最终得出结论,本案的仲裁地是中国,仲裁协议的准据法是中国法。但是上诉法庭拒绝就仲裁协议是否有效以及仲裁庭是否具有管辖权作出决定。上诉法庭最后还指出,当事人不仅可以选择仲裁,还可以就仲裁的具体形式进行约定,包括仲裁地以及仲裁机构等。在对仲裁协议进行解释时,应根据这些用语的自然语义赋予这些约定相应的效力,除非有充分的相反意思表示以取代这些用语的自然语义。如果对仲裁协议的解释导致仲裁协议无法执行,那么当事人应当承受他们所作决定的后果。<sup>⑤</sup>

虽然新加坡高等法院和上诉法庭都认为本案的关键问题或争议焦点在于确定仲裁协议的准据法,但是由于双方当事人在订立合同时并没有就该问题作出明确约定,那么应当依据何种规则确定准据法就成了讨论的焦点。在该问题上,高等法院、上诉法庭以及双方当事人同意根据 BCY 案确立的规则确定仲裁协议的准据法。<sup>⑥</sup>概括而言,根

① 合同原文如下: 14.1 This Agreement shall be governed by the laws of the People's Republic of China. 14.2 With respect to any and all disputes arising out of or relating to this Agreement, the Parties shall initially attempt in good faith to resolve all disputes amicably between themselves. If such negotiations fail, it is agreed by both parties that such disputes shall be finally submitted to the Singapore International Arbitration Centre (SIAC) for arbitration in Shanghai, which will be conducted in accordance with its Arbitration Rules. The arbitration shall be final and binding on both Parties.

② BNA v. BNB and another [2019] SGHC 142, Originating Summons No 938 of 2017, 8 (High Court 2019).

③ 前引②,第5页。

④ BNA v. BNB and another [2019] SGCA 84, Civil Appeal No 159 of 2018, 42 and 43 (C.A. 2019).

⑤ 前引④,第104页。

⑥ 前引④,第42、44页。

据 BCY 案确立的规则确定准据法需要分三步走：第一步是看当事人是否就仲裁协议的准据法做了明确约定，若未作明确约定，则进入第二步，即看当事人是否对该问题存在默示约定，而在判定是否存在默示约定时，一般根据当事人就基础合同约定的准据法作为首要参考要素，如果无法推断当事人的默示约定，最后进入第三步，即根据最密切联系原则确定仲裁协议的准据法。<sup>⑦</sup> 在确定当事人是否存在默示约定仲裁协议准据法时，虽然基础合同或主合同的准据法是首要参考因素，但是仲裁地的法律也不容忽视，特别是当仲裁地法律与主合同准据法所在国法律就仲裁协议的效力做出不同规定时更应引起重视。在本案中，双方当事人就仲裁地的认定持不同意见，原告认为仲裁地是中国，而被告则认为仲裁地是新加坡，产生该分歧的表面原因是当事人对“在上海仲裁”（arbitration in Shanghai）持不同理解，原告认为“在上海仲裁”是对仲裁地的明确约定，而被告则认为这仅仅是对仲裁庭审地点的约定，并不具有仲裁地的法律含义。双方分歧的根本原因是根据不同的仲裁地法律，该仲裁协议的效力是不同的。简单讲，如果认定中国是仲裁地，那么仲裁协议的准据法为中国法，进而该仲裁协议是无效的。反之，如果仲裁地不是中国，而是根据新加坡国际仲裁中心规则的指引为新加坡法律，那么仲裁协议是有效的。根据双方当事人的不同主张，高等法院和上诉法庭对本案的仲裁地做了详细分析和论证，并得出不同结论。最终上诉法庭认定本案的仲裁地是中国，从而确定仲裁协议的准据法是中国法。本文下面就仲裁地的认定以及法律意义做进一步分析和论述，以期引起广大国际商事仲裁从业人员的重视。

## 二、仲裁地的含义与确定

在国际商事仲裁中，仲裁地是一个法律概念，它是指仲裁当事人约定的，或无约定时由仲裁庭、仲裁机构或法院确定的仲裁的法律归属地。<sup>⑧</sup> 在理解仲裁地时一定要将其与开庭地区区分开来，开庭地一般表述为“venue of the hearings”。开庭地是一个地理概念，它是由当事人或仲裁庭根据案件实际情况确定的一个方便审理和开庭的地方，该地方可以是任何地方，可以和仲裁地不一致。在国际商事仲裁实践中，仲裁地的英文表述有“seat of the arbitration”“place of the arbitration”“situs of the arbitration”“forum of the arbitration”等。应当说这些术语中能较好体现仲裁地是仲裁的法律归属地或住所地（domicile）的用语是“seat”，该词语有别于“Place”，后者更多包含的是地理概念，也不同于“forum”，“forum”更多地意指仲裁庭审所在地。但在实践中，当事人并未严格地采用这些术语，就 BNA 案而言，当事人仅约定“arbitration in Shanghai”，既没有“seat”，也没有“place”等其它用语，这就给确定仲裁地带来一定困难。新加坡高等法院就认为该表述未能体现当事人将中国作为该案仲裁地的明确意图，因为该条款只约定了

<sup>⑦</sup> 前引④，第 45-48 页。

<sup>⑧</sup> Gary B. Born, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION 1537 (Kluwer Law International, 2th ed., 2014).

“Shanghai”,而上海并不是一个法域,如果约定“Shanghai, China”效果则可能不同。<sup>⑨</sup>在实践中当事人未约定仲裁地或约定不明的情况时有发生,那么应当如何确定仲裁地呢?首先,如果当事人对仲裁规则作了约定,很多仲裁规则会默认制定该规则的仲裁机构所在地为仲裁地,但同时也赋予仲裁庭根据案件实际情况确定仲裁地的权力,不过这些规则并没有对仲裁庭在确定仲裁地时应当考量的因素作出具体规定。<sup>⑩</sup>在实践中,仲裁庭在确定仲裁地时一般会考察如下因素:当事人和仲裁员的国籍、当事人就基础合同约定的准据法、争议发生地、合同中约定的关键地点、证人所在地、当事人所在地、拟定为仲裁地所在国对仲裁是否持支持态度、是否能平等对待内外国人、当地的服务设施等因素。<sup>⑪</sup>

仲裁地对国际商事仲裁的程序和裁决结果具有重要的影响和意义,有学者从仲裁程序涉及的“内部”关系和“外部”关系角度分析了仲裁地法律对国际商事仲裁的影响。<sup>⑫</sup>所谓“内部”关系,主要是指仲裁庭和当事人、证人、代理人之间的关系,包括仲裁的程序步骤和时间表、证据规则和辩论规则、是否允许证人宣誓以及如何进行宣誓、庭审的进行(包括给予当事人平等陈述的机会和证人作证的机会)、仲裁员要求信息披露和提交证据的权力、律师出庭的权利和职业道德要求、当事人在仲裁中就实体问题和程序问题达成一致意见的自由、仲裁员拥有的程序自由裁量权、仲裁员与当事人之间的关系(包括责任、道德准则、指定和回避)、仲裁员享有的发布救济性临时措施的权力以及仲裁裁决的形式、制作和公布等。在实践中有时还将仲裁协议的解释和执行、冲突规范的适用以及利息和仲裁代理法律成本等归入这种“内部”程序事项。所谓“外部”关系,主要是指国际商事仲裁程序与仲裁地法院的关系,包括仲裁庭自裁管辖权原则的理解与适用、仲裁庭与仲裁地法院就确定仲裁庭管辖权的权力分配、仲裁地法院对仲裁庭的组成所提供的司法协助(包括仲裁员的指定与替换等)、为仲裁提供司法协助(包括发布临时措施命令、发布搜集证据和出示证据的命令)、对仲裁程序行使司法监督权以及撤销仲裁裁决等。各个国家对这些问题的规定不尽相同,有些甚至差异较大,选择一个现代的、对仲裁友好和支持的仲裁地对仲裁程序的顺利推进以及裁决的顺利执行非常重要。

### 三、仲裁地与仲裁协议的准据法

在国际商事仲裁中,大概会涉及到如下法律适用问题:基础合同的法律适用、仲裁协议的法律适用、仲裁程序的法律适用以及为了确定上述准据法的冲突规范的适用。在实践中,当事人一般都会对基础合同的法律适用做出明确约定,就像在BNA案中,当事

<sup>⑨</sup> BNA v. BNB and another [2019] SGHC 142, Originating Summons No 938 of 2017, 110 (High Court 2019).

<sup>⑩</sup> 比如CIETAC仲裁规则(2014)第7条, HKIAC仲裁规则(2018)第14条, ICC仲裁规则(2017)第18条, LICA仲裁规则(2014)第16条等。

<sup>⑪</sup> Arif Hyder Ali, Jane Wessel, et al., THE INTERNATIONAL ARBITRATIONAL RULEBOOK: A GUIDE TO ARBITRAL REGIMES 148 (Kluwer Law International, 2019).

<sup>⑫</sup> Gary B. Born, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION 1530-1532 (Kluwer Law International, 2th ed., 2014).



人明确约定案涉工业燃气买卖合同适用中国法。但是对于其它问题的法律适用,当事人很少做出约定,这需要仲裁庭或法院根据有关规则予以确定。尽管各国对这些问题的立法和实践不尽相同,但是仲裁地在确定这些法律适用时都发挥了重要甚至是关键性作用。本文首先探讨仲裁地对确定仲裁协议准据法的影响。

在国际商事仲裁中,仲裁条款独立性原则被广为接受,其含义是指仲裁条款独立于主合同而存在,其存在和效力不因主合同不成立、无效、撤销等受到影响。根据独立性原则,国际商事仲裁条款或仲裁协议的准据法原则上也独立于主合同的准据法,主合同的准据法并不必然就是仲裁条款或仲裁协议的准据法。在订立国际商事合同时,当事人一般情况下会约定主合同或基础合同的准据法,但是一般很少对仲裁条款约定专门的准据法。<sup>⑬</sup> 本文讨论的 BNA 案中,当事人明确约定案涉合同适用中国法律,但是对于仲裁条款仅仅约定了根据新加坡国际仲裁中心规则在该中心进行仲裁,未对该仲裁条款的法律适用作出约定。在这种情况下,判断该仲裁条款的效力应当适用什么法律呢? 根据仲裁条款独立性原则,对该问题也应当予以单独判定。

仲裁条款或协议本质上是一种合同,因此在确定其法律适用时,可以根据确定国际商事合同的法律适用规则予以确定。国际普遍做法是分两步走: 首先确定当事人是否就仲裁条款的法律适用作了明示或默示的约定,如有,则根据其约定。但是如前所述,在实践中对仲裁条款明确约定法律适用的情况极为少见。导致这种情况产生的原因很多,比如在订立合同时当事人对争议发生的可能性预估不足,谈判交易合同条款的律师对通过仲裁解决争议的方式缺乏深入的了解等。因此,在当事人对仲裁条款法律适用缺乏明确约定的情况下,实践中的做法是看当事人是否存在默示约定。也就是说仲裁庭或法官主要根据与合同或当事人有关的因素来判断当事人是否对仲裁条款的法律适用作了默示约定,这些因素主要包括基础合同的法律适用和仲裁地等。如果当事人既不存在明示约定,也无法推断其默示约定,一般情况就直接适用仲裁地的法律作为仲裁条款准据法。比如,1958 年《联合国关于承认与执行外国仲裁裁决的公约》(以下简称《纽约公约》)第二条规定了各缔约国有义务承认仲裁协议的效力,也就是说原则上应推定当事人签订的仲裁协议是有效的。具体而言,法院在审理案件中,如果一方当事人主张存在仲裁协议,那么法院应当要求当事人将争议通过仲裁解决,除非该仲裁协议是无效的、不具有可操作性或不可执行的。但是,应当根据什么法律判断仲裁协议的效力或可执行性,也就是确定仲裁协议准据法的问题,该条没有规定。在《纽约公约》第五条关于缔约国的拒绝承认和执行外国仲裁裁决的规定中,明确规定了仲裁协议的法律适用问题,即仲裁协议根据当事人约定的法律,或无此约定时,根据仲裁裁决作出地国家的法律,仲裁协议是无效的。根据《纽约公约》规定,裁决作出地国就是仲裁地所在国。由此可见,在当事人未对仲裁协议的法律适用做出约定时,《纽约公约》直接适用的是仲裁地国家的法律,这说明仲裁地在确定仲裁协议法律适用时的重要意义。此外,1961 年《欧洲国际商事

<sup>⑬</sup> 前引<sup>⑫</sup>,第 490 页。

仲裁公约》在该问题上也做了与《纽约公约》类似的规定：在确定仲裁协议是否存在或判定其效力时，首先应当根据当事人约定的法律；如无此约定，则应当根据仲裁裁决作出地国家的法律；若法院在受理案件时尚无法判定裁决将在何国作出（也即无法确定仲裁地），则应当根据受理案件的法院地国家的冲突规范确定应适用的法律。<sup>⑭</sup>就国内立法而言，法院在确定仲裁协议准据法时往往会采用最密切联系原则予以确定，在判断哪个国家的法律与仲裁协议具有最密切联系时，法院一般会考察基础合同的法律适用和仲裁地两个因素，而仲裁地因素在实践中越来越受到重视。比如英国传统上认为基础合同的准据法应推定适用于仲裁协议，但是近年来，英国法院放弃了这种做法，转而认为应当推定仲裁地法律为当事人默示选择的仲裁协议准据法。<sup>⑮</sup>我国《仲裁法》对国际商事仲裁协议的法律适用未作规定，我国《涉外民事关系法律适用法》第十八条规定：“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。”从该规定可以看出，我国事实上也将仲裁地法律作为确定仲裁协议效力的依据。

综上，根据仲裁地确定仲裁协议的准据法不仅被国际公约所确认，而且也得到了国内立法和司法实践的认可，仲裁地的选择将在实质上影响仲裁协议的效力，决定争议是否可以提交仲裁解决，并可能最终影响当事人的权利义务。

#### 四、仲裁地与仲裁程序

如前所述，仲裁程序既包括仲裁员与当事人、律师以及证人之间的内部关系，同时还包括仲裁与仲裁地法院的关系，一般认为这些程序问题应当适用仲裁程序法（procedural law of the arbitration）。尽管在实践中对仲裁程序法的界定并非完全一致，但是通常认为仲裁程序法是指仲裁地的仲裁法律制度。在实践中，有些国家的仲裁法律制度对仲裁程序的规定非常全面细致，涉及到仲裁程序的各个方面，包括仲裁庭的人数、仲裁员的资质（如仲裁员的专业背景、仲裁员的性别、仲裁员的信仰等）、仲裁语言、仲裁庭管辖权的确定、仲裁员的回避和替换、作出仲裁裁决的期限、裁决是否必须出具理由、裁决的补充和更正、证人证言的采用、证据的调取和出示、仲裁庭是否有权作出临时措施决定、仲裁裁决的撤销等，<sup>⑯</sup>但是有些国家、特别是对仲裁持积极支持态度的国家，对仲裁程序的规定较为宽松，将程序问题的自由裁量权留给当事人和仲裁庭，一般仅对仲裁程序的基本问题予以规定，比如仲裁员应当公正独立、仲裁程序应当公正（包括正当程序原则和给予当事人平等陈述案件的机会）等有限的问题。虽然在实践中常常将仲裁程序法和仲裁

<sup>⑭</sup> 《欧洲国际商事仲裁公约》第六条第（二）款。

<sup>⑮</sup> Gary B. Born, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION 518-519 (Kluwer Law International, 2th ed., 2014).

<sup>⑯</sup> 比如2012年沙特阿拉伯仲裁法对仲裁程序就作了相当详尽的规定，其中包括仲裁庭成员中必须有人具备法学学位或伊斯兰学位等规定。

地仲裁法律制度等同起来,但是二者在内涵和外延上是不一致的。仲裁地仲裁法律制度的内涵和外延要大于仲裁程序法,它包括有关立法和相应的司法解释,为整个仲裁活动提供全面的法律框架,既保障仲裁程序的自治性,也对其予以规制。仲裁程序法虽然在有些情况下确实涵盖了仲裁程序的内部关系和外部关系,但它只是仲裁法律制度的一个部分,或者说是一个核心部分。如前所述,在当事人未约定仲裁协议的准据法时,仲裁地法律往往作为准据法得以强制适用,此时该实体法虽然是仲裁地法律,但是并不属于仲裁程序法。另外,如下文所述,在仲裁地法律允许当事人选择仲裁程序法的情形下,当事人还可以选择仲裁地之外的国家法律作为仲裁程序法,此时,仲裁程序法也不同于仲裁地法律,不过需要注意的是这种选择权是仲裁地法律赋予当事人的。再比如,仲裁程序法也不同于仲裁程序,仲裁程序往往是当事人约定的开展仲裁的内部规则,这些规则既可以是当事人自由约定,量身定制,也可以直接约定某个机构的仲裁规则,如在 BNA 案中,当事人约定的程序规则是新加坡国际商事仲裁中心规则。最后,仲裁程序法和仲裁地的民事诉讼法也应区分开来,尽管在有些情况下仲裁程序的开展不得违背仲裁地的民事诉讼程序规则,包括调查取证、证人证言以及法院对裁决的司法协助和监督等,但是在国际商事仲裁中,当事人和仲裁庭对仲裁程序具有较高的自主权,比如在当事人同意的情况下仲裁庭有权进行友好仲裁,仲裁庭对证据的采信也具有自由裁量权,不一定要通过质证程序等。总之,仲裁地法律的内涵广泛,它可以从各个方面对仲裁程序提供协助并予以监督。

若当事人约定了仲裁地,或者无此约定时,仲裁庭、仲裁机构或法院确定仲裁地后,所有仲裁程序问题,包括法院对仲裁的司法协助与监督是否都应当适用仲裁地的仲裁法律制度呢?换句话说,仲裁地法律制度对仲裁程序是否强制适用?在当事人约定仲裁地后,是否有权约定仲裁地国家之外的法律作为仲裁程序法?仲裁区别于诉讼的一个根本性特点就是当事人在仲裁程序中具有高度的自治性,他们可以约定仲裁地、仲裁规则、仲裁员人数、仲裁语言等仲裁程序问题,理论上他们也应当有权约定仲裁程序法,换句话说他们有权约定仲裁地之外的法律规制仲裁程序,这种观点得到了《纽约公约》和有关国家国内法不同程度的支持。就《纽约公约》而言,公约在规定缔约国得拒绝承认与执行外国仲裁裁决的理由时规定,“如果仲裁庭的组成或仲裁程序违反了当事人的约定,或者在当事人无此约定时,违背了仲裁地国家的法律。”<sup>①⑦</sup>从该规定可以看出,公约一方面承认仲裁地法律对仲裁程序的可适用性,另一方面却将当事人在该问题上享有的意思自治权置于首要位置。也就是说,仲裁地法律只有在当事人未对仲裁程序约定法律时才得以适用,但同时需要强调的是,在这种情况下只能适用仲裁地法律而不是其他法律,这种适用是排他的。由此可见,公约一方面认可当事人意思自治在国际商事仲裁中的根本性地位,另一方面也强调了仲裁地法律对仲裁程序的相对强制适用性。就国内立法而言,很多国家立法都允许当事人在一定范围内选择仲裁地之外的其他国家的法律作为仲裁

<sup>①⑦</sup> 1958年《纽约公约》第五条第(一)款(d)项。

程序法,比如瑞士国际私法明确规定:“当事人可以通过直接或援引仲裁规则确定仲裁程序,他们也可以约定仲裁程序法。”<sup>⑮</sup>作出类似规定的还有法国民事诉讼法典、<sup>⑯</sup>美国联邦仲裁法案<sup>⑰</sup>等立法。就联合国国际贸易法委员会制定的《国际商事仲裁示范法》(以下简称 UNCITRAL 示范法)而言,虽然它强调国际商事仲裁法律适用的地域性特征,也就是仲裁地法律的适用,但是在仲裁程序中涉及内部关系时,往往也允许当事人自由约定适用的法律。但是从示范法第一条第(二)款的规定来看,它并不允许当事人通过合同完全排除仲裁地法律的适用。示范法之所以如此强调仲裁地法律的适用,主要是考虑到法律适用的可预见性,同时也是基于这样一个事实,即很多国家都是根据仲裁地来确定应当适用的国内法。诚然,允许当事人选择仲裁地之外的国家法律适用于仲裁程序已经得到立法与司法实践的支持,正如有学者评论的:“根据理论和实践,当事人都有权自由选择仲裁应适用的程序法。”<sup>⑱</sup>但是各国立法对当事人在该问题上享有的意思自治并非毫无限制。就仲裁程序的内部关系而言,仲裁地法一般都要求仲裁庭必须满足程序公正,给予当事人平等陈述案件的机会,平等对待当事人,这些要求不得因当事人选择适用仲裁地之外的国家法律而得以放弃。此外,有些国家法律甚至还规定必须开庭审理、采取交叉盘问、裁决需出具理由、仲裁员必须具备法律或某项专业背景、仲裁员必须是奇数、仲裁员须为当地律师、外国律师不得在当地仲裁中出庭、仲裁必须在一定期限内终结、仲裁语言必须为当地语言等,这些规定是强制适用的,当事人不得通过选择仲裁地之外的法律予以排除。就仲裁与仲裁地法院的外部关系而言,仲裁地法律一般都将法院对仲裁的司法监督权留给当地法院,不允许当事人通过合同予以排除。虽然大部分国家的立法和司法实践都允许当事人选择非仲裁地国家的法律作为仲裁程序法,但是在实践中这种情形很少发生。当事人约定仲裁地为 A 国,但是选择 B 国的法律作为仲裁程序法将增加法律适用的复杂性,从而产生法律适用后果的不确定性,这对当事人来说是非常不明智的做法。正如 UNCITRAL 示范法在其注释中所描述的:“即便一国法律允许当事人选择非仲裁地国家的程序法适用于仲裁程序,实践表明当事人很少如此选择。”<sup>⑳</sup>

综上所述,即便各国立法在一定程度内赋予当事人选择仲裁程序法的权利,但是在实践中当事人很少行使这项权利。这不难理解,国际商事仲裁的目的是高效、快捷地解决争议,当事人不会人为地增加法律适用的复杂性,从而导致仲裁程序的不确定性和不恰当地拖延。这种情况再次说明选择一个恰当的仲裁地对当事人来说是非常重要的。

<sup>⑮</sup> 《瑞士联邦国际私法典》第 182 条。

<sup>⑯</sup> 《法国民事诉讼法典》第 1494 条。

<sup>⑰</sup> Gary B. Born, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION 1606 (Kluwer Law International, 2th ed., 2014).

<sup>⑱</sup> 同上。

<sup>⑳</sup> UNCITRAL, EXPLANATORY NOTE BY THE UNCITRAL SECRETARIAT ON THE MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION AS AMENDED IN 2006 14 (2008).

## 五、仲裁地与裁决的撤销

为了保障当事人在仲裁程序中获得平等救济的机会,各国法律一般都规定法院拥有对仲裁进行司法监督的权力,其中一种重要的方式就是仲裁裁决的撤销机制。简单讲,仲裁裁决的撤销是指仲裁裁决的当事人向有管辖权的法院申请撤销仲裁庭作出的仲裁裁决,有关法院根据法律规定的事由审查是否应当撤销裁决的司法行为。撤销机制针对的是对当事人已经生效的仲裁裁决,撤销的理由一般由法律明确规定,但是实践中各国规定的撤销理由并不完全一致,有的规定较为宽泛,有的则比较狭窄。《纽约公约》规制的是外国仲裁裁决的承认与执行问题,目的是促进仲裁裁决在世界范围的流通,对仲裁裁决的撤销问题没有作出明确规定。但是公约在第五条第(一)款(e)项规定:……如果仲裁裁决被裁决地有管辖权的法院撤销或中止执行的,被请求承认或执行该裁决的缔约国得以据此不予承认和执行该裁决。换句话说,如果裁决被仲裁地法院撤销或中止执行,这可以成为拒绝承认与执行裁决的一个理由。由此可以看出,仲裁地法院对仲裁裁决的司法监督将直接影响到该裁决是否能够在其他国家得到承认与执行。当然根据公约该条款的规定,除了仲裁地法院有权撤销仲裁裁决外,仲裁庭据以做出裁决的法律所在国法院也有权撤销裁决,该法律一般是指仲裁程序准据法。不过如前所述,在实践中当事人极少约定适用非仲裁地所在国法律作为仲裁程序准据法,很多国家的实践也都是尊重仲裁地法院对裁决行使司法监督权,不愿意介入裁决的撤销程序。因此,从实践来看,仲裁地法院在事实上是唯一有权决定仲裁裁决撤销与否的机构。不过《纽约公约》并未涉及撤销仲裁裁决的具体事由,这个问题由各国国内立法予以规定。从各国立法以及 UNCITRAL 示范法的规定来看,撤销仲裁的事由和《纽约公约》规定的缔约国得以拒绝承认与执行仲裁裁决的理由基本一致,主要包括:仲裁协议无效;没有给予仲裁败诉一方当事人充分平等的权利陈述案件;仲裁程序违背当事人的约定,或当事人无约定时违背仲裁地法律;仲裁裁决超出当事人提交的争议事项范围;裁决事项不得通过仲裁解决,即争议缺乏可仲裁性;仲裁裁决违反仲裁地公共秩序。此外,有些国家仲裁法还规定如果出现以下情形,裁决也可能被撤销:仲裁庭缺乏独立性或公正性;裁决是通过欺诈的方式获得的;仲裁庭对裁决据以做出的事实认定出现严重错误。从这些规定可以看出,各国在审查是否撤销裁决时通常会对仲裁程序的正当性进行审查,也就是所谓的程序审,一般不会对案件的实体问题进行审查,比如审查仲裁庭对事实的认定是否清楚,法律适用是否正确等,也就是不进行实体审。鉴于《纽约公约》取得的巨大成就,UNCITRAL 示范法也得到了很多国家的认可,将其作为制定或修改国内仲裁法的蓝本,<sup>②③</sup>从理论上各国对撤销仲裁裁决事由的规定似乎高度一致,但是各国在实践中的做法远

<sup>②③</sup> Arif Hyder Ali, Jane Wessel, et al., THE INTERNATIONAL ARBITRATIONAL RULEBOOK: A GUIDE TO ARBITRAL REGIMES 147 (Kluwer Law International, 2019).

未达到协调一致,主要表现在以下几个方面:第一,有些国家在审查是否撤销仲裁裁决时并未完全采取程序审查,而是在一定程度上采取实体审查。比如根据美国联邦仲裁法案(FAA),如果在美国作出的国际仲裁裁决存在“明显藐视法律”(manifest disregard of law)的,可予以撤销。<sup>④</sup>一般说来,要构成“明显藐视法律”应当具备两个条件:客观上讲,仲裁庭藐视的准据法足够清晰、明确从而能得以适用;主观上讲,仲裁庭明知存在这样的准据法而故意藐视或忽视该法律。<sup>⑤</sup>尽管如此,美国的司法实践在该问题上的做法并不一致。英国仲裁法也规定,如果仲裁庭适用英国法时发生严重错误的,也可以作为撤销裁决的理由。<sup>⑥</sup>此外,爱尔兰、新加坡、中国、迪拜、沙特阿拉伯、阿根廷、埃及等国家和地区也有类似的规定。<sup>⑦</sup>第二,各国仲裁法对可仲裁性问题的规定也不尽相同。有的国家规定的可提交仲裁的争议范围较宽,而有的较窄。因此,虽然各国仲裁法就可撤销事由的规定在字面上是一致的,基本以《纽约公约》或UNCITRAL示范法为准,但是各国的具体规定可能会存在较大差异。比如有的国家规定一方当事人是国家机关时,有关争议不得提交仲裁解决,即便可以提交仲裁解决,也应当满足法律规定的限制性条件。<sup>⑧</sup>有的国家认为反垄断问题涉及公共利益,因此也不得提交仲裁解决。第三,各国对公共秩序的理解也不一致。公共秩序是一个非常弹性的概念,其外延较为模糊,它为各国拒绝适用外国法、拒绝承认和执行外国仲裁裁决以及撤销仲裁裁决提供了理由,而各国在不同时期对公共秩序的理解可能也是不同的。如果一个国家对仲裁持友好支持的态度,往往会将公共秩序从严解释,不会轻易援引公共秩序撤销仲裁裁决,反之,则可能对公共秩序从宽解释,从而增加撤销国际商事仲裁裁决的可能性,这一点需要引起重视。第四,各国法院法官对国际商事仲裁的理解水平不同也会影响裁决的撤销。有些国家的法官并没有认识到商事仲裁的基本特征,对仲裁作为一种独立解决商事争议的机制不予认同或持怀疑态度,这也会影响法官在具体案件中的判断结果。总之,仲裁地不同,即便撤销裁决的事由在文字规定上是一致的,也可能产生不同的审理结果。

裁决被撤销对当事人特别是仲裁胜诉当事人会产生怎样的法律后果,各国的司法实践也不尽相同。根据《纽约公约》的规定,如果仲裁裁决尚处于被撤销或中止程序中,被请求承认与执行该裁决的其他缔约国法院可以中止承认与执行程序,或者应申请人请求,要求被申请人提供担保从而中止承认与执行程序。<sup>⑨</sup>如果仲裁裁决已经被仲裁地法院撤销,也并不必然导致该裁决在其它缔约国得不到执行,也就是说这种情形仅仅使得被请求承认与执行该裁决的法院有权拒绝承认与执行该裁决,是否拒绝,被请求国法院

<sup>④</sup> Gary B. Born, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION 3340 (Kluwer Law International, 2th ed., 2014).

<sup>⑤</sup> 前引<sup>④</sup>,第3344页。

<sup>⑥</sup> 1996年《英国仲裁法》第68节。

<sup>⑦</sup> Gary B. Born, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION 3340 (Kluwer Law International, 2th ed., 2014).

<sup>⑧</sup> 比如2015年修订后的《巴西仲裁法》虽然允许公共行政机构作为仲裁协议的一方当事人参与仲裁,但巴西其他涉及公共行政机构的法律对这些机构参与仲裁作了特殊规定。例如,根据巴西《公私合作法》,有关争议可以提交仲裁,但须遵守以下条件:仲裁地必须在巴西,仲裁语言必须为葡萄牙语,以及仲裁庭必须根据法律做出裁决。

<sup>⑨</sup> 1958年《纽约公约》第六条。

享有自由裁量权。我们知道《纽约公约》的宗旨是促进仲裁裁决在世界范围内的流通,从而促进仲裁的发展,因此它并没有强制要求缔约国在一定情形下拒绝承认与执行外国仲裁裁决,但是各国在司法实践中对该规定的理解和处理并不一致。一般说来,仲裁裁决被仲裁地法院撤销后,其法律后果是该裁决就不存在了,既然已经不存在仲裁裁决,那么其它缔约国也就丧失了承认与执行的依据,当然也就不能承认与执行该裁决了。但是有的国家则对《纽约公约》进行严格的文义解释,认为公约并没有要求缔约国在裁决被撤销时应拒绝承认与执行该裁决,这种解释也符合公约的订立宗旨。但即使采取这种解释的国家在审查是否承认与执行外国仲裁裁决时,也不可避免地会考虑仲裁地法院对该裁决的态度。从实践来看,如果缔约国法院是因为仲裁程序存在瑕疵而撤销裁决时,其它缔约国在决定是否承认与执行该裁决时一般都会予以尊重,因为程序正义是各国仲裁法都认可并予以保障的。当仲裁地法院撤销裁决的理由是基于可仲裁性问题和公共秩序时,被请求承认与执行该裁决的其他缔约国可能对此理由不一定予以认可,因为如前述,各国对这两个问题的规定和理解本身就存在较大差异,换句话说在一国被认为违背公共秩序的情形,在另一国则可能是恰当的、合理的。比如根据伊斯兰法,利息和射幸合同都被认为是违背古兰经的,违背公共秩序的,从而被禁止,当然也不得提交仲裁解决。但是对于非伊斯兰法律体系的国家来说,这两项制度是再正常不过的了,在商业实践中被经常使用,因此不属于违背公共秩序的情形。总而言之,如果仲裁裁决被仲裁地法院撤销,该裁决在仲裁地应当是不存在了,至于在其它国家能否得到承认与执行,则取决于其它国家对该问题的认知,并没有统一的司法实践,这在一定程度上使当事人的权利义务处于不确定状态,从而也丧失了一定的可预见性,不利于当事人之间快速高效地解决争议,这种现象也再次说明了仲裁地所具有的重要法律意义。

## 六、如何选择仲裁地?

综上所述,仲裁地对整个仲裁程序的推进十分重要,它甚至关涉到当事人能否顺利解决争议,当事人在选择仲裁地时应当对以下因素予以考虑。

首先,该国是否为《纽约公约》缔约国。《纽约公约》的主要目的是促进国际商事仲裁裁决的国际流通,从而促进国际商事仲裁的发展。该公约获得了世界大部分国家的认可,目前已经有一百六十多个成员国。如果选择该公约缔约国作为仲裁地,那么从理论上讲,仲裁协议和仲裁裁决被认可和执行的可能性相对较高,因为公约采取的是推定有效原则,各缔约国都应当诚实履行公约义务,赋予仲裁协议或仲裁裁决以相应的效力。如果当事人无法一致选择《纽约公约》缔约国作为仲裁地,那么也应当考虑是否有其它相关公约或双边条约。总之,最佳做法是选择承担一定条约义务的国家作为仲裁地,这样有利于仲裁协议和裁决的承认与执行。

其次,该国是否有完备的仲裁法。所谓完备的仲裁法不仅指该国有相应的仲裁法律规定,同时还应对仲裁持支持友好的态度。就法律规定本身的完备性而言,一般以

UNCITRAL 示范法为蓝本制定的仲裁法可以认定为比较全面,具有较高的可预见性。但需要注意的是,有些国家在采纳 UNCITRAL 示范法的同时也根据自己的法律制度和宗教文化等作了相应的变更,这种变更有时甚至是根本性的,从某种程度改变了示范法的一些最佳实践。<sup>③</sup>此外,该国司法机关对仲裁的态度也很重要。这可以从两方面来理解,一是该国法官对国际商事仲裁规则,包括有关公约的理解能力问题,这需要有关司法人员具备国际法知识,特别是条约法方面的知识,这个能力的欠缺可能导致对公约做出截然不同的解释。二是该国司法体系是否独立,法官是否有独立审理案件的权力,在审理案件时是否会受到地方利益或政治因素的影响,从而对国际商事仲裁进行不恰当的司法干预。这方面的信息可以通过考察该国有司法判决获得,因此建议当事人在选定仲裁地时履行这方面的尽职调查。

第三,该国是否接受仲裁条款独立性原则。如前述,仲裁条款独立于基础合同已被国际商事仲裁界广为接受,但不排除还有一些国家对此持不同态度,不接受仲裁条款独立性原则。当事人在选择仲裁地时,应当避免选择这样的国家作为仲裁地,因为这将使仲裁条款或仲裁协议的效力处于非常不确定的状态,其有效与否将取决于基础合同的效力,而判断基础合同是否成立、有效、可撤销等法律问题将是复杂耗时的过程,这不利于争议的快速解决。

第四,该国对可仲裁性问题的规定。实践中,某项争议能否提交仲裁解决属于国内法管辖的范围,因此仲裁地法律对于哪些事项或争议可以通过仲裁解决一般都有明确的规定,这就是所谓的可仲裁性问题。但是,各个国家由于法律制度和背景不同,对可仲裁性问题的范围规定也不一致,有些国家规定的可提交仲裁的争议范围较宽,而有些国家则相对较窄。当事人在选定仲裁地时应当根据交易性质和情况,判断可能发生的争议或已经发生的争议根据仲裁地法律是否可以通过仲裁解决,如果不可以通过仲裁解决,那么该仲裁协议一般会被认定为无效,并且可仲裁性问题属于仲裁地法的强制性规定,当事人不得通过合同予以变更或排除。

第五,该国对当事人选择仲裁员或律师是否有限制性规定。有的国家仲裁法规定,当事人只能选择当地有关人士担任仲裁员,或者要求仲裁员必须具备法学或某个特定专业学位,甚至对仲裁员的性别作出要求。对于律师而言,有的国家限制外国律师在仲裁庭出庭,当事人必须委托当地律师出庭等。如果仲裁地法律有如此限制性规定,那么当事人最好放弃将该地作为仲裁地。

第六,该国对仲裁裁决司法监督的规定。如前述,当事人可以请求仲裁地法院撤销仲裁庭作出的裁决。但是法院在什么情况下可以撤销裁决,或者说撤销裁决的法定事由有哪些,各个国家规定可能会不同。一般说来对仲裁持友好支持态度的国家,法院在撤销仲裁裁决时仅进行程序审查,也就是审查仲裁庭是否满足了程序正义 (due process),

<sup>③</sup> 比如 2012 年《沙特阿拉伯仲裁法》虽然以 UNCITRAL 示范法为蓝本制定,但是伊斯兰法对该法的影响仍然是全面的,从而使其具有较为明显的宗教色彩。



具体事由一般限于 UNCITRAL 示范法规定的范围。但是有的国家规定法院在决定是否撤销裁决时不仅可以进行程序审查,还可以进行实体审查,也就是对仲裁庭确定的案件事实和适用法律进行审查,这从某种程度来说相当于对仲裁裁决提供了“上诉”机制。这种做法显然有违仲裁“一裁终局”的原则,不利于国际商事仲裁的发展。

---

**Abstract:** In the international commercial arbitration, the arbitral seat is the location selected by the parties (or, in cases where the parties have chosen no seat, by the arbitrators, an arbitral institution, or a court) as the legal or juridical home or place of the arbitration. The arbitral seat has significant legal effect for international commercial arbitration, since by which the governing law concerning the arbitration agreement and arbitral procedure may be determined under most situations, meanwhile the court of the place of the arbitral seat may exercise the judicial power, including the judicial assistance and supervision for and over the arbitration. Furthermore, the arbitral seat is the primary criterion to determine the nationality of the arbitral award under New York Convention, 1958, therefore it may also have major effect upon the recognition and enforcement of the arbitral award. This article starts from the case BNA v. BNB and another which attracted wide attention and was finally adjudicated by the Singapore Court of Appeal, and then elaborates on the issues of determination of the seat of arbitration, its legal effect and the factors warranted consideration when draft an arbitration agreement, with the aim of providing useful references for the international commercial arbitration practitioners.

**Keywords:** arbitral seat; BNA v. BNB and another; arbitration agreement; arbitral procedure

---

( 责任编辑: 黄晨亮 )

# 虚假仲裁中案外人权利保障机制研究(下)

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

---

## 三、案外人权利救济的实证考察

针对案外人权利受损的原因,本文已经在理论提出了相应的救济方法,还需要将其代入到具体的案件中,解释理论和现实的差距。

### (一) 样本选择

通过在“无讼案例”数据库中输入关键词“《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》”和“虚假仲裁”,截止 2019 年 8 月 18 日,本文共收集到以虚假仲裁为由申请不予执行仲裁裁决的案例 626 件,其中法院裁定不予执行的案例共计 19 件。具体信息详见下表:

---

\* 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,中国政法大学博士研究生。

表 1 法院根据案外人申请裁定不予执行的案件

序号	案由	审理法院及案号	适用法律	案外人主体资格	恶意通行为	权利受损	裁定结果
1	案外人申请执行仲裁裁决	济南市中级人民法院执行裁定书(2018)鲁01执异112号	《规定》第九条、第十八条	案外人对仲裁被执行人享有经二审判决确认的金钱债权	仲裁执行人与被执行人之间未签订借款合同、没有证据证明发生过借款事实	执行标的系仲裁被执行人名下的房产及股权,仲裁裁决执行法院为金钱债权执行法院而导致案外人债权无法实现	裁定不予执行
2	案外人申请执行仲裁裁决	邢台市中级人民法院执行裁定书(2018)冀05执异12号	《规定》第九条、第十八条	案外人签订房产买卖合同,付了定金,愿意支付剩余价款,办理过户,对房产实际占有	房地产公司明知案外人就所涉房产正在进行诉讼,在仲裁庭庭审中却隐瞒了该事实	房地产公司因房主无力还贷,根据仲裁裁决收回房产,将导致案外人的债权无法实现	裁定不予执行
3	申请执行仲裁裁决	娄底市中级人民法院执行裁定书(2018)湘13执38号	《规定》第三条、第五条	法院主动审查	合同落款“出借人”处无签名,因而存在虚假仲裁的嫌疑	无	驳回执行申请
4	案外人申请执行仲裁裁决	青岛市中级人民法院执行裁定书(2018)鲁02执异181号	《规定》第九条、第十八条	案外人是Q公司的股东	Q公司的法定代表人假借他人名义向Q公司出借款项,虚构了借款合同关系	法定代表人通过虚假债务转移公司财产,导致公司解散,将损害案外人的股权	裁定不予执行
5	案外人申请执行仲裁裁决	湖南省高级人民法院执行裁定书(2019)湘执复97号	《规定》第九条、第十八条	案外人签订房产买卖合同并付款,对房产实际占有数年且向H物业公司缴纳了物业费	H物业公司付款后未要求M房地产公司交房,且持续容忍案外人占有该房屋的状态,与常理不符	H物业公司根据仲裁裁决先要求执行案外人的债权无法实现	裁定不予执行

续表

序号	案由	审理法院及案号	适用法律	案外人主体资格	恶意串通行为	权利受损	裁定结果
6	申请执行仲裁裁决	娄底市中级人民法院执行裁定书(2018)湘13执45号	《规定》第三条、第五条	法院主动审查	合同落款“出借人”处无签章,故债权转让的虚假仲裁的嫌疑	无	驳回申请执行
7	案外人申请执行仲裁裁决	湖南省高级人民法院执行裁定书(2018)湘执复117号	《规定》第九条、第十八条	案外人对涉案房屋持有真实的登记证明	裁决书遗漏了案外人对涉案房屋就同一标的物也拥有合法权利,但案外人更值得保护	杨某根据仲裁裁决请求执行房产,直接损害了案外人——的预告登记权益	裁定不予执行
8	案外人申请执行仲裁裁决	湖南省高级人民法院执行裁定书(2018)湘执复115号	《规定》第九条、第十八条	案外人对涉案房屋持有真实的登记证明	裁决书遗漏了案外人对涉案房屋就同一标的物也拥有合法权利,但案外人更值得保护	陈某根据仲裁裁决请求执行房产,直接损害了案外人——的预告登记权益	裁定不予执行
9	申请执行仲裁裁决	娄底市中级人民法院执行裁定书(2017)湘13执251号	《规定》第三条、第五条	法院主动审查	合同落款“出借人”处无签章,故债权转让的虚假仲裁的嫌疑	无	驳回申请执行
10	案外人申请执行仲裁裁决	湖南省高级人民法院执行裁定书(2018)湘执复113号	《规定》第九条、第十八条	案外人对涉案房屋持有真实的登记证明	裁决书遗漏了案外人对涉案房屋就同一标的物也拥有合法权利,但案外人更值得保护	杨某根据仲裁裁决请求执行房产,直接损害了案外人——的预告登记权益	裁定不予执行

续表

序号	案由	审理法院及案号	适用法律	案外人主体资格	恶意申通行为	权利受损	裁定结果
11	案外人申请执行仲裁裁决	湖南省高级人民法院 湘民裁定书(2018)湘执复114号	《规定》第十八条、第十九条	案外人对涉案房屋登记证明持有真实的证明	裁决书遗漏了案外人对该房屋的预告登记。虽然彭某就同一标的物也拥有合法权利,但案外人更值得保护	彭某根据仲裁裁决请求执行房产,直接损害了案外人——的预告登记权利人——的合法权益	裁定不予执行
12	申请执行仲裁裁决	娄底市中级人民法院 湘民裁定书(2018)湘13执43号	《规定》第三条、第五条	法院主动审查	合同落款“出借人”处无签章,故债权转让的事实不明,因而在虚假仲裁的嫌疑	无	驳回执行申请
13	案外人申请执行仲裁裁决	宜昌市中级人民法院 鄂民裁定书(2019)鄂05执异11号	《规定》第十八条、第十九条	案外人需要与虚假仲裁当事人一同承担连带赔偿责任	根据公安局的询问笔录、银行转账流水和检察院的不起诉讼诈骗取得了仲裁调解书	法院根据仲裁调解书执行了担保人的财产,在另一个案件中,担保人无财产可供执行,法院冻结了需要与担保人承担连带责任的案外人的账户	裁定不予执行
14	案外人申请执行仲裁裁决	常德市中级人民法院 湘民裁定书(2018)湘07执异36号	《规定》第十八条、第十九条	案外人签订房产买卖合同并付款,对房产实际占有数年且向H物业公司缴纳了物业费	H物业公司付款后未要求M房地产公司交房,且持续容忍案外人占有该房屋的状态,与常理不符	H物业公司根据仲裁裁决先要求执行案外人的房产,将导致案外人的债权无法实现	裁定不予执行

续表

序号	案由	审理法院及案号	适用法律	案外人主体资格	恶意串通行为	权利受损	裁定结果
15	案外人申请执行仲裁裁决	湖南省高级人民法院 民裁定书(2018) 湘执复116号	《规定》第十八条、 第十九条	案外人对涉案房屋持有真实的预告登记证明	裁决书遗漏了案外人对该房屋就同一标的也拥有合法权利,但案外人更值得保护	陈某根据仲裁裁决请求执行争议房产,直接损害了案外人——预告登记权人的合法权益	裁定不予执行
16	案外人申请执行仲裁裁决	湖南省高级人民法院 民裁定书(2018) 湘执复150号	《规定》第十八条、 第十九条	案外人对涉案房屋持有真实的预告登记证明	裁决书遗漏了案外人对该房屋就同一标的也拥有合法权利,但案外人更值得保护	彭某根据仲裁裁决请求执行争议房产,直接损害了案外人——预告登记权人的合法权益	裁定不予执行
17	申请执行仲裁裁决	娄底市中级人民法院 民裁定书(2018) 湘13执47号	《规定》第三条、 第五条	法院主动审查	合同落款“出借人”处无签章,故债权转让的事实不明,因而存在虚假仲裁的嫌疑	无	驳回执行申请
18	案外人申请执行仲裁裁决	武汉市中级人民法院 民裁定书(2018) 鄂01执异390号	《规定》第十八条、 第十九条	案外人长期合法占有房屋,享有要求高某协助办理过户手续的权利	高某在终审判决送达前提起仲裁,为陈某办查看房屋,二者的成交价明显低于评估价	陈某根据仲裁裁决请求执行争议房产,将导致案外人的债权无法实现	裁定不予执行
19	案外人申请执行仲裁裁决	湖南省高级人民法院 民裁定书(2019) 湘执复39号	《规定》第十八条、 第十九条	案外人对农业园内的部分土地享有国有农业用地使用权	无	仲裁裁决要求被申请人将其在农业园内土地使使用权范围内地上所有土地在案外人名下,属于被申请人的地上资产不明确,强制执行将损害案外人的权益	裁定不予执行

（二）样本概况

对上表进行分析,有以下发现:

1. 案件启动方式

在样本中,法院主动审查是否存在虚假仲裁的案例共有 5 件,占比 26.32%; 案外人启动虚假仲裁审查程序的案例共有 14 件,占比 73.68%。

2. 仲裁当事人之间是否存在虚假法律行为

在样本中,案外人就存在虚假法律行为承担证明责任的案件共有 2 件,占比 10.53%; 仲裁当事人就法律行为合法有效承担证明责任的案例共有 8 件,占比 42.11%; 法院确信仲裁当事人之间不存在虚假法律行为,仍然类推适用案外人申请不予执行仲裁裁决制度的案例共有 8 件,占比 42.11%。

3. 虚假仲裁裁决的类型

在样本中,法院认定给付裁决能够损害案外人合法权益的案例共有 19 件,占比 100%; 认定确认裁决、形成裁决能够损害案外人合法权益的案例共有 0 件,占比 0%。

4. 法律适用

在样本中,法院根据《规定》第 3 条、第 18 条认定虚假仲裁成立的案例共有 1 件,占比 5.26%; 根据《规定》第 3 条、第 5 条认定虚假仲裁成立的案例共有 5 件,占比 26.32%; 根据《规定》第 9 条、第 18 条认定虚假仲裁成立的案例共有 13 件,占比 68.42%

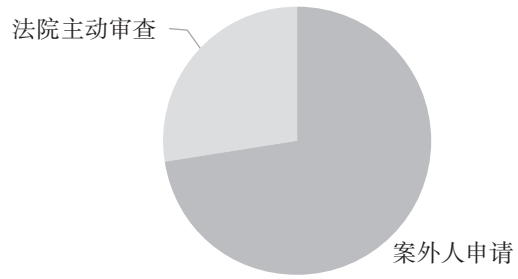


图 1 案件启动的原因

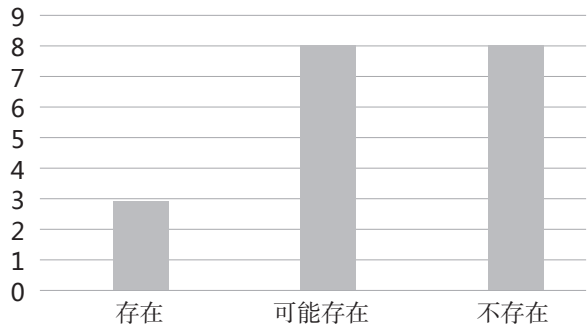


图 2 仲裁当事人之间是否存在恶意串通行为

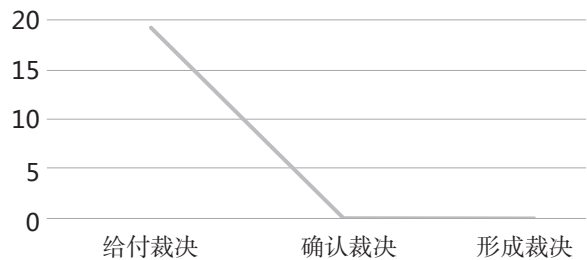


图 3 样本中仲裁裁决的类型

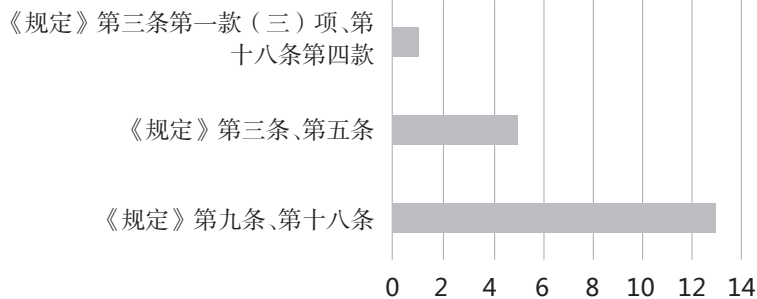


图 4 样本中法院裁定不予执行仲裁裁决所适用的法律

### 5. 受损权利的类型

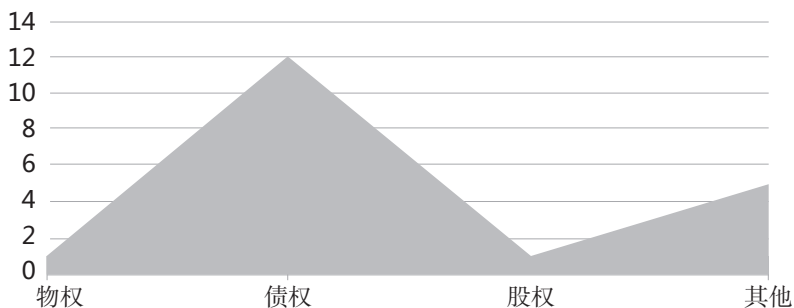


图5 受损权利的类型

注：“其他”是指案外人受损权利不明的案例。

在样本中,案外人主张虚假仲裁直接侵害其物权的案例共有1件,占比5.26%;案外人主张虚假仲裁直接侵害其债权的案例共有12件,占比63.16%;案外人主张虚假仲裁直接侵害其股权的案例共有1件,占比5.26%;案外人受损权利不明的案例共有5件,占比26.32%。

#### (三) 案外人权利受损的具体类型及其救济

由图1、图4和图5可知,法院根据《规定》第3条、第5条主动审查虚假仲裁问题,是对案外人申请不予执行仲裁裁决制度的错误类推,不仅是一种过度的司法干预,也违反了辩论原则。因此,在与之相关的5件案例上不应着墨过多,应该主要分析案外人启动的司法审查程序。

##### 1. 物权侵害型虚假仲裁

A公司与B公司签订了《资产与土地使用权转让合同》,在B公司支付了相应价款后,A公司拒绝将其在农业园中的地上资产交给B公司。为了维护自身权益,B公司提起仲裁并获得胜诉裁决。在执行中,A公司以“违反正当程序”为由请求不予执行仲裁裁决,被法院驳回申请。随后,A公司鼓动当地村民提起异议。执行法院认为,A公司在农业园中的地上资产,有的建在A公司名下的国有农业用地使用权范围内,有的建在租用当地村民的土地上,属于A公司的地上资产不明确。由于仲裁裁决没有明确A公司应当具体移交的地上资产,继续执行将损害当地村民的物权,应根据《规定》第3条、第18条不予执行仲裁裁决。<sup>①</sup>

在此类案件中,仲裁裁决和民事强制执行原则上都不能损害案外人的物权。一方面,仲裁裁决确认的是真实的民事法律关系,不应导致案外人权利受损;另一方面,一旦法院的执行标的有误,案外人应提起执行异议之诉维护自身的合法权利。而在裁判和执行的衔接问题上,如果执行法院发现执行依据不明确,应该先通过协商尽可能使执行内容明确,当事人之间无法协商一致的,应以函询形式请求仲裁庭成员对执行内容进行说

<sup>①</sup> 湖南省高级人民法院执行裁定书(2019)湘执复39号。



明或补正。<sup>②</sup>具体到本案,执行法院不仅没有做出这种努力,反而误用案外人申请不予执行仲裁裁决制度直接消灭仲裁裁决的执行力。这种做法虽然阻止了执行法院对案外人权利的直接侵害,后果却是仲裁申请人的权利落空,甚至危及裁判的安定性。

如果仲裁案件处理的是虚假民事法律关系,案外人的物权依然无法受到侵害。首先,在一般情况下,裁决只是对民事法律关系的确认,而非变动。<sup>③</sup>其次,民事强制执行制度应该赋予案外人提起执行异议和执行异议之诉的权利,从而避免其物权受损。如果案外人异议成功,在辩论主义的语境下,原裁决在仲裁当事人之间依然有执行力,还可以通过执行和解或赔偿执行的方法继续履行仲裁裁决。这种做法不仅能够满足既判力相对性原则的基本要求,也符合民事强制执行的效率取向,有利于执行程序尽快终结。

## 2. 债权侵害型虚假仲裁

A与B签订了房屋买卖合同,在B支付了全部房款后,A为B办理了预告登记,但未交房。随后,A将房屋卖与C,由于A拒绝办理过户登记,C提起仲裁并获得胜诉。在执行过程中,B请求不予执行该仲裁裁决,法院适用《规定》第9条、第18条支持了B的请求。<sup>④</sup>

根据《物权法》第14条<sup>⑤</sup>,在此类案件中,由于A尚未将房屋交付给B,B没有取得物权,只是依据买卖合同取得了请求A给付房屋的债权。与上文的分析相同,C获得的是正确的给付裁决,原则上没有直接侵害案外人债权的可能。在接下来的执行程序中,如果按照“强制执行优先原则+一般破产主义”模式,先申请保全执行或终局执行的债权人较其他无法定优先权的普通债权人优先受偿,而B受预告登记制度的保护,享有法定优先权,可以提起执行异议之诉,请求法院中止执行仲裁裁决。<sup>⑥</sup>但是,即使B获

<sup>②</sup> 杨春华:《论判决执行依据瑕疵的处理》,载《法学杂志》2008年第2期,第93~96页;马家曦:《执行内容确定之程序展开——以“执行依据”不明的解释及应对为中心》,载《甘肃政法学院学报》2019年第3期,第79~91页。

<sup>③</sup> 不少学者认为,确认裁决并不能直接变动物权关系。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256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1期,第55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113页;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页。

<sup>④</sup> 湖南省高级人民法院执行裁定书(2018)湘执复117号。

<sup>⑤</sup> 《中华人民共和国物权法》第14条:“不动产物权的设立、变更、转让和消灭,依照法律规定应当登记的,自记载于不动产登记簿时发生法律效力。”

<sup>⑥</sup> 《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》第88条规定,“多份生效法律文书确定金钱给付内容的多个债权人分别对同一被执行人申请执行,各债权人对执行标的物均无担保物权的,按照执行法院采取执行措施的先后顺序受偿。多个债权人的债权种类不同的,基于所有权和担保物权而享有的债权,优先于金钱债权受偿。有多个担保物权的,按照各担保物权成立的先后顺序清偿。一份生效法律文书确定金钱给付内容的多个债权人对同一被执行人申请执行,执行的财产不足清偿全部债务的,各债权人对执行标的物均无担保物权的,按照各债权比例受偿。”该条规定在内容上有两个问题需要明确:首先,此条规定中所称的执行措施,既包括终局执行的生效法律文书的执行措施,也包括在审理案件中采取的保全措施。因此,诉讼保全中法院采取的扣押财产措施也是由该法院优先执行。其次,这一原则的适用条件是:(1)有多份生效法律文书确定了多个债权;(2)各债权的执行内容均是金钱债权;(3)各债权对执行标的物均没有担保物权等优先权存在;(4)多个债权人向同一个债务人申请执行。按照这一条的规定,中国解决执行竞合问题的原则应当是:先申请执行人优先,但享有法定优先权者更优先。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288~289页。

得胜诉,仲裁裁决的执行力并不因此而消灭,A和C应按照执行和解或赔偿执行的方法继续履行仲裁裁决。

如果仲裁案件处理的是虚假民事法律关系,案外人的普通债权依然能够得到救济。首先,根据《物权法》第28条,仲裁裁决不能变动A和B之间的债权债务关系,无法直接侵害案外人的债权。其次,按照“强制执行优先原则+一般破产主义”模式,如果法院通过执行竞合或财产查明制度发现A资不抵债且持续了一段时间的,应主动将执行程序转化为破产程序,B可在破产程序中对A和C的虚假债权提出异议。如果法院没有成功启动破产程序,应继续执行仲裁裁决。此时,应当允许案外人提起侵权之诉,并要求仲裁当事人就仲裁裁决所确认的民事法律关系合法有效承担举证责任<sup>⑦</sup>。

### 3. 股权侵害型虚假仲裁

某公司的法定代表人A为转移公司资产,假借公司名义与B签订虚假的借款合同。因某公司未主动履行还款义务,B提起仲裁并获得有利裁决。在执行程序中,某公司的股东C以股权被侵害为由请求不予执行仲裁裁决。<sup>⑧</sup>

在此类案件中,一旦公司的资产被不当转移,股东的股权自然会贬值。与上文相同,仲裁裁决和民事强制执行并不会减损股东的股权,侵害股东权益的真正原因是某公司在A的操纵下所签订的虚假借款合同。当股东发现公司的董事、监事或其他高级管理人员违反忠实义务,损害公司利益时,有权按照2018年《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)第151条<sup>⑨</sup>的规定提起股东代表诉讼,法律也应当赋予股东提起侵权之诉的权利,要求法定代表人B和C就借款合同的真实性承担举证责任。<sup>⑩</sup>

## 结 论

上述分析表明,中国尚未实现民事诉讼体制的现代化,仍旧处于改革的路上。虽然案外人申请不予执行仲裁裁决制度在启动程序上具备一些当事人主义的特征,但其内核还是职权干预。在应对虚假仲裁这一本土问题时,当事人主义所谓的固有缺陷被无限放大,体现职权主义的“制度创新”反倒蔚然成风,此时需要考验的恰恰是中国民事诉讼

<sup>⑦</sup> 济南市中级人民法院执行裁定书(2018)鲁01执异112号。

<sup>⑧</sup> 青岛市中级人民法院执行裁定书(2018)鲁02执异181号。

<sup>⑨</sup> 《中华人民共和国公司法》第151条:“董事、高级管理人员有本法第一百五十条规定的情形的,有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十天以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东,可以书面请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事向人民法院提起诉讼;监事有本法第一百五十条规定的情形的,前述股东可以书面请求董事会或者不设董事会的有限责任公司的执行董事向人民法院提起诉讼。监事会、不设监事会的有限责任公司的监事,或者董事会、执行董事收到前款规定的股东书面请求后拒绝提起诉讼,或者自收到请求之日起三十日内未提起诉讼,或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的,前款规定的股东有权为了公司利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。他人侵犯公司合法权益、给公司造成损失的,本条第一款规定的股东可以依照前两款的规定向人民法院提起诉讼。”

<sup>⑩</sup> 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期,第57-93页。

制度的改革决心。其实,改革的实现路径并非只有一条,只是有一些不可逾越的界碑: 1. 案件事实探知的相对性; 2. 生效裁判作用范围、既判力和执行力的相对性; 3. 明确且恰当的诉讼标的识别标准; 4. 体现当事人主义精神的辩论原则和处分原则; 5. 审判权和执行权的彻底分离; 6. 在行使裁判权的范畴内,保障当事人的辩论权、知情权和获得公正审判的权利。<sup>⑪</sup> 这些界碑不仅能够有效防止案外人权利受损,也是构建有中国特色民事诉讼制度的理论基石。

---

---

**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: 黄晨亮 )

---

<sup>⑪</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。

# 树欲静而风不止: CICC 司法审查仲裁协议 第一案未尽问题之审思

张春良 毛杰\*

---

**内容提要** “(2019)最高法民特1号”案是最高人民法院国际商事法庭司法审查仲裁条款效力的第一案,其审查理路凸显了我国人民法院在涉外仲裁协议的司法审查实践中未尽澄清的两个问题。其一是未区分仲裁协议“存在与否”的成立问题与“有效与否”的效力问题。后者应选法调整;前者则应区分成立的事实判断与价值判断,事实判断用证据解决,价值判断则需选法调整。其二是在按涉外合同方式认定涉外仲裁条款的效力时,关于涉外合同法律适用的分割论是否及如何适用于涉外仲裁条款有味而不彰之处,核心问题是形式要件的法律适用,司法实践中存在着未经反思的法院地法直接适用倾向。人民法院应主动审查涉外仲裁协议当事人的缔约能力,并将涉外仲裁条款形式要件并入实质要件,进而按照涉外合同法律适用的二分论配置其法律适用。

**关键词** 涉外仲裁协议 司法审查 法律适用 国际商事法庭

---

## 一、问题的提出: CICC 确认涉外仲裁协议效力第一案的回顾

2018年6月29日,最高人民法院第一国际商事法庭(China International Commercial Court, 以下简称为CICC)在深圳市设立,是我国为加强国际法治合作、提升涉外司法公信力的重大举措。“(2019)最高法民特1号”是CICC审查涉外仲裁条款的第一案,<sup>①</sup>该案本由深圳中院受理,鉴于该案的重大和典型意义,最高院CICC基于为日后的涉外纠纷解决提供范本之目的依法提审该案。法庭审理不乏亮点,诸如拓宽仲裁协议效力确认之诉的内涵、赋予合同中仲裁条款以独立性,以及明确涉外仲裁条款的法律适用等同于涉外合同的法律适用,等等,对于此后仲裁协议类案的司法审查提供了指导价值。然而该案仍有两个问题未得透彻审思,本文以吹毛求疵之学术姿态力图挖掘该案的未尽未

---

\* 张春良,西南政法大学国际法学院教授、博士生导师,中国仲裁学院研究员;毛杰,西南政法大学国际法硕士。资助基金:2019年度国家社科项目(19XTY004)阶段性成果。

① 需说明的是,涉外仲裁条款与涉外仲裁协议存在形式上的区别,但在本文论述的语境中,此种区别可以忽略。故,本文在等同意义上使用两个概念。

决之价值,以完善该案的范导与指引功效,特别是希冀据此提炼出司法审查涉外仲裁协议的一般方法论。

### (一) 案情简介

运裕有限公司(住所地为英属维尔京群岛,以下简称运裕公司)拟转让其所持有的新劲企业公司(以下简称新劲公司)的股权,深圳市中苑城商业投资控股有限公司(以下简称中苑城公司)被确定为意向受让方。双方在磋商中明确了签订《产权交易合同》以及《债权清偿协议》的股权转让流程。运裕公司通过电子邮件方式向中苑城公司发送草签版本的《产权交易合同》和《债权清偿协议》,要求后者对两份合同文本的内容提供修改意见。其中《产权交易合同》第16条和《债权清偿协议》第12条均规定双方产生纠纷时应当提交北京仲裁委员会仲裁。双方在磋商后将争议解决条款的内容改为“提交深圳国际仲裁院仲裁”,并约定两份协议的签署版本以正式版本的内容为准。

此后,双方对股权转让的交易细节发生争议,运裕公司向中苑城公司发出取消交易的通知。中苑城公司于是根据草签版本的《产权交易合同》第16条以及《债权清偿协议》第12条约定,以运裕公司等为被申请人向深圳国际仲裁院提出了仲裁申请。运裕公司则在仲裁庭开庭前向深圳市中级人民法院提起诉讼,要求确认双方之间不存在有效的仲裁协议。在深圳中院审查期间,CICC认为本案具有重大意义,由其审理可以统一法律适用,因此裁定本案由CICC审查。

### (二) CICC 的司法审查

CICC在审查案件事实后认为,本案的争议焦点在于仲裁条款是否成立。法庭认为,仲裁协议“存在与否”和“有效与否”都会影响到纠纷司法管辖权的确定,最终导致纠纷解决方式的不同。因此,要求法院确认“当事人之间的仲裁协议是否存在”同样属于仲裁司法审查的范畴,本质上是广义的申请确认仲裁协议效力案件,适用《仲裁法》及《关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》(以下简称《仲裁司法审查》司法解释)的规定。据此,CICC作出如下司法裁定:

第一,本案属于涉外仲裁协议司法审查,在确认仲裁协议效力之前首先要通过法律选择确定准据法。根据《涉外民事关系法律适用法》(以下简称《法律适用法》)第18条的规定,当事人可以协议选择仲裁协议适用的法律。本案双方当事人均同意本案仲裁协议适用中国法律确认仲裁协议的效力,因此我国《仲裁法》及相关规定为本案的准据法。

第二,合同中的仲裁条款是仲裁协议的法定类型,<sup>②</sup>而仲裁协议具有独立性,<sup>③</sup>因此仲裁条款也应当具有独立性。虽然《仲裁法》对于“仲裁条款能否独立于主合同成立”这一问题没有作出明确规定,但结合《仲裁法解释》第10条的规定进行理解,在主合同未成立的情况下,仲裁条款是否有效应当根据具体情况作独立判断。<sup>④</sup>

<sup>②</sup> 参见我国《仲裁法》第16条。

<sup>③</sup> 参见我国《仲裁法》第19条。

<sup>④</sup> 《仲裁法》司法解释第10条规定:合同未成立、成立后未生效或者被撤销的,不影响仲裁协议的效力。

第三,仲裁协议是一种合同,仲裁条款是否成立的本质是双方当事人是否就“通过仲裁方式解决争议”这一观点达成合意,因此判断仲裁条款是否成立应当适用我国《合同法》中关于要约和承诺的规定。本案中运裕公司对中苑城公司发出的草签版合同带有仲裁条款,内容为双方将纠纷提交北京仲裁委员会,这可视为运裕公司发出的要约。中苑城公司在合同草签版上盖章,表示同意,将盖章合同文本送达运裕公司,这是中苑城公司的承诺。根据我国《合同法》的规定,两份合同文本中的仲裁条款已经在当事人之间成立。<sup>⑤</sup>此后双方在磋商过程中并未对仲裁条款产生争议,运裕公司亦未能证明仲裁条款存在法定无效事由,应当认定仲裁条款成立并生效。

综上, CICC 最终裁定,运裕公司与中苑城公司之间存在有效的仲裁协议,双方产生的争议应当提交深圳国际仲裁院解决。

### (三) 本案未尽的两个问题

仲裁协议是一道旋转门,通过其效力之有无在诉讼与仲裁之间发挥着程序分流的作用。本案中仲裁协议司法审查值得肯定的地方有二:一是在对涉外仲裁协议的成立及效力进行审查之前,先行明确其法律选择与法律适用;二是强调了涉外仲裁条款独立于主合同,进行独立判断。在此二前提之下, CICC 触及本案仲裁协议两个未尽的关键环节的认定:一是仲裁条款是否存在,二是仲裁条款是否有效。对于前者, CICC 并未严格区分仲裁条款的事实性存在与法律性存在,从而忽略了二者在司法审查中处理方式的不同;对于后者, CICC 主张按照涉外合同的法律适用解决涉外仲裁条款的效力问题,但我国有关涉外合同法律适用的分割方法及其具体适用规则本身并不明晰,本案裁定也因此存在昧而不彰之处。具体而言:

第一,关于仲裁协议“存在与否”与“有效与否”的关系。在本案中, CICC 认为仲裁协议是否存在会影响到纠纷所应当采取的解决方式,因此将质疑仲裁协议是否存在的问题归结为广义的仲裁协议效力问题。由此观之, CICC 认为仲裁协议“是否存在”与“是否有效”本质上是种属关系,适用于相同的解决模式。这样的立论有其可圈可点之处:其一,根据《仲裁法》司法解释第 18 条,仲裁协议被认定无效可以视为仲裁协议不存在。因此,在法律效果层面,仲裁协议“存在与否”与“有效与否”不存在区分的必要,有效与否等同于存在与否。其二,将仲裁条款存在与否的问题归属于有效与否的问题,还可以回避我国现行立法及司法解释有关法律选择规则的缺陷:我国现行立法及司法解释仅仅针对涉外仲裁条款的效力问题明确了法律选择。因此,只有通过扩张的司法解释,将存在与否的问题纳入广义的有效与否的问题范畴,本案的裁定才有法可依。但值得反思的是,仲裁条款“存在与否”的问题是否完全等同于“有效与否”的问题?特别是,当二者存在差别,且此种差别将产生法律处理和法律效果上的重大差异时,本案将二者等同视之的立场就存在问题。此问题作为本案认定之结论,恰好是本文深入思考的起点。

<sup>⑤</sup> 参见我国《合同法》第 25、26 条:承诺通知到达要约人时生效。承诺生效时合同成立。

第二,关于涉外仲裁协议法律适用的分割及其具体规则。从国际私法法理出发,一般将涉外合同法律适用一分为三。按 CICC 的裁定理路,作为涉外合同的涉外仲裁协议的法律适用也相应地可以一分为三:实质要件的法律适用、形式要件的法律适用,以及当事人缔约能力的法律适用。当事人的缔约能力问题在本质上属于当事人的行为能力问题,从而由相关的属人法予以选法调整。仲裁协议的实质要件是指其应当具备的积极要素和应当避免的消极要素,前者如明确的仲裁合意;后者如不得约定两个或两个以上的仲裁机构。涉外仲裁协议的实质要件按照涉外合同法律适用规则,应由当事人意思自治进行选法;在当事人没有意思自治时,则通常适用最密切联系地法。仲裁协议的形式要件则是指订立仲裁协议应当采取的方式,一般遵循“场所支配行为”的古训,由行为地法即仲裁协议缔结地法予以支配。然而,上述法理固然清澈,但仲裁司法审查作为一国司法机关依法审查的行为,首先要做到“有法必依”,即按照法院地国立法之规定进行选法。由此凸显的问题是,本案中 CICC 是否对本案所涉问题进行了法律区分和定性?案涉问题属于仲裁协议的实质问题、形式问题,还是缔约能力问题?以及在如此定性基础之上,法官是否准确援引了我国相关立法及司法解释的规定?特别是,在我国《涉外民事关系法律适用法》中并未直接、明确涉外合同形式要件的法律适用规则的情形下,CICC 是否,以及应当援引何种选法规则对本案涉外仲裁条款的形式要件进行选法调整?不无遗憾的是,这些法律定性、区分与选法问题在本案裁定中并不明晰,有所疏略。按照我国司法审查合同必须依职权主动审查合同效力问题的立场,即便在当事人没有主张的前提下,CICC 也应主动依据准据法审查本案所涉涉外仲裁条款的效力,但本案中欠缺的正是,CICC 是如何分割案涉仲裁条款,以及如何按照这些不同的方面进行准据法选择和适用的审查过程。

## 二、关于涉外仲裁条款“存在与否”问题的法律适用之审思

仲裁协议是国际商事仲裁的基石,<sup>⑥</sup>是指记录了双方当事人就“通过仲裁解决有关纠纷”的争端解决方式达成合意的书面文件。根据表现形式的不同,具体可以分为仲裁条款、仲裁协议书和其他书面文件中所包含的仲裁协议。<sup>⑦</sup>但无论是何种表现形式的仲裁协议,仲裁协议的本质可溯源至传统民法意义上的“法律行为”。当前涉外仲裁司法审查中对于仲裁协议“存在与否”与“有效与否”的定性混淆,源自于过去学术界和实务界对于法律行为构成要件区分的忽视,此前的立法对于法律行为的成立要件和生效要件不作严格区分,<sup>⑧</sup>司法实践中则将二者笼统地混称为“法定要件”,也因此干扰了仲裁

<sup>⑥</sup> [英] 雷德芬·亨特:《国际商事仲裁法律与实践》,林一飞、宋连斌译,世界法学精要出版社 2005 年 9 月版,第 98 页。

<sup>⑦</sup> 参见刘想树:《中国涉外仲裁裁决制度与学理研究》,法律出版社 2001 年 6 月版,第 41-45 页;肖永平:《国际私法原理》(第二版),法律出版社 2007 年 7 月版,第 436 页;李双元、谢石松、欧福永:《国际民事诉讼法概论》,武汉大学出版社 2016 年 8 月版,第 547-549 页;霍政欣:《国际私法》,中国政法大学出版社 2017 年 6 月版,第 324 页。

<sup>⑧</sup> 韩世远:《合同法总论》(第三版),法律出版社 2011 年 3 月版,第 150 页。

协议司法审查思路的清晰度。本案中 CICC 将当事人之间就仲裁条款“存在与否”的问题定性为仲裁条款“成立与否”的问题,并将其归入效力问题进行解决,这就在法律效果上认定如下等式成立,即“存在与否 = 成立与否 = 有效与否”。本文认为,这三种概念不能等同,精确的司法审查应厘清三者的关系,并区分三者的不同性质作出不同的法律处理。欲厘清三者的关系,应当对仲裁协议的构成要件理论进行必要的反思和重构。

### (一) 仲裁协议要件理论的反思

仲裁协议的本质是一种契约<sup>⑨</sup>,仲裁裁决的依据并非来自于国家授权,而是当事人在仲裁协议中所达成的合意。基此,当事人才能根据意思自治选择包括法院地法在内的内、外国法律作为涉外仲裁协议的准据法。若双方同意将争议委托第三方仲裁解决,那么对于依照仲裁协议进行的仲裁程序,当事人负有履行该程序所作出的仲裁裁决的义务。

既然仲裁协议是一种契约,为 CICC 所确认,那么仲裁协议的本质就与民事合同一样,是一种法律行为。因此,仲裁协议的效力状态可以参照法律行为的构成要件进行判断。长期以来,我国学界的通说观点认为法律行为的效力状态可以分为“成立”与“生效”两个不同的范畴,而生效的法律行为必须同时具备成立要件与有效要件。<sup>⑩</sup>我国《合同法》将第二章命名为“合同的订立”,第三章命名为“合同的效力”即是在立法层面肯定了此种法律行为构成要件的两分法。但这种构成要件两分法在仲裁实践中存在以下不足:第一,将影响仲裁协议效力的因素笼统地归纳为有效要件,过于拔高有效要件对于仲裁协议生效的重要性,忽略了影响仲裁协议效力的其他因素的重要性。第二,两分法的构造过于简陋,难以有效地切割仲裁协议的成立、有效、效力瑕疵和无效等效力状态,使得实践中仲裁协议的效力状态之判断陷于模糊。第三,没有反映私法自治的本质要求。私法自治原则要求尊重当事人的自由意志,在立法层面赋予个人自由决策的权利并对决策附加法律效果。而依照现行理论,仲裁协议在成立后效力状态不定,当所有的“有效要件”均被满足时仲裁协议方为有效。如此,“自由决策”与“规范效力”之间的有机联系被机械割裂,仲裁当事人的自由意志未能得到真正的尊重。第四,尤为重要,在涉外仲裁协议的效力确认之中,我国《仲裁法》《民事诉讼法》及相关司法解释引入了“存在”这一特殊表述,与“有效”构成两种状态。既如此,仲裁协议“存在”与“成立”属于何种关系?如何在法律上进行解决?这是法律行为两分法在我国现行立法语境下适用于仲裁协议司法审查的难点。

### (二) 仲裁协议要件理论的重塑

传统的构成要件两分法属于学术层面的思维游戏,对于效力状态的思考于仲裁协议成立之时戛然而止。生效的法律行为是否能依照当事人设想发挥全部的法律效果、效力状态是否能再次发生变动?这些法律适用阶段的问题难以在两分法的逻辑框架内得到

<sup>⑨</sup> 关于仲裁协议的性质判定,观点不一,有学者认为是“诉讼法上的契约”(英国学者 Dicey),有学者认为是“实体法上的契约”(金容汉),还有学者认为仲裁协议是一种混合契约(德国学者 W·Kisch)。相关整理可参见李井杓:《涉外仲裁协议与裁决法理研究》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 36~44 页。

<sup>⑩</sup> 梁慧星:《民法总论》(第五版),法律出版社 2017 年版,第 173 页。



回应。学界忽略了对仲裁协议法律状态的精细划分,导致仲裁司法实践容易出现定性和法律处理的困惑。

为解决上述问题,有学者提出对法律行为的要件理论进行改造,产生了“新两分法”和“三分法”。所谓“新两分法”,就是建立“成立推定有效”规则,将“成立要件——有效要件”转变为“成立要件——效力阻却事由”,从而落实私法自治的精神。<sup>①</sup>在民事法律行为的效力状态分析中引入刑法理论中常见的“效力阻却”概念,看似离经叛道,却有意料之外的好处。其一,将效力阻却事由作为消极构成要件,由成立要件融合有效要件的部分产生积极构成要件,使得构成要件之间的界限更加科学合理;其二,确立“成立推定有效规则”,将法律行为效力状态中的成立与有效合二为一,落实了私法自治的要求;其三,大胆借鉴现代刑法理论概念发展民法,为民法构成要件理论进一步发展提供了可能。

而三分法则参照刑法的三阶层犯罪体系,将法律行为的构成要件分为三个部分。<sup>②</sup>此种观点认为法律行为可以从事实构成、有效性、效力三个阶段进行观察,这三个阶段分别对应的问题是:法律行为是否成立,成立后是否能够生效,若生效当产生何种效力。这三个阶段对应的构成要件分别是:成立要件、生效要件、效力阻却事由。其中,成立要件和生效要件属于积极要件,需要行为予以“符合”。效力阻却事由属于消极要件,一旦出现,则法律行为陷入效力瑕疵。简言之,根据意思自治的要求,行为人一旦做出意思表示,法律行为即已成立,如果不存在效力阻却事由,法律效力随之而生。

本文认为,“三分法”较之“新两分法”更适用于仲裁协议司法审查,原因在于仲裁协议所特有的程序分流功能,这种特殊性使得仲裁协议是否存在(成立)本身成为了一个先决问题,具有单独判断的价值。在仲裁协议司法审查实践中,仲裁协议所需要考察的效力节点为“是否成立——能否推定有效——是否终局有效”的三阶段,因此“三分法”更符合仲裁司法审查的要求。在下文中,笔者将尝试在法律行为构成要件三分法的基础上,发展适用于仲裁协议的构成要件三分法理论。

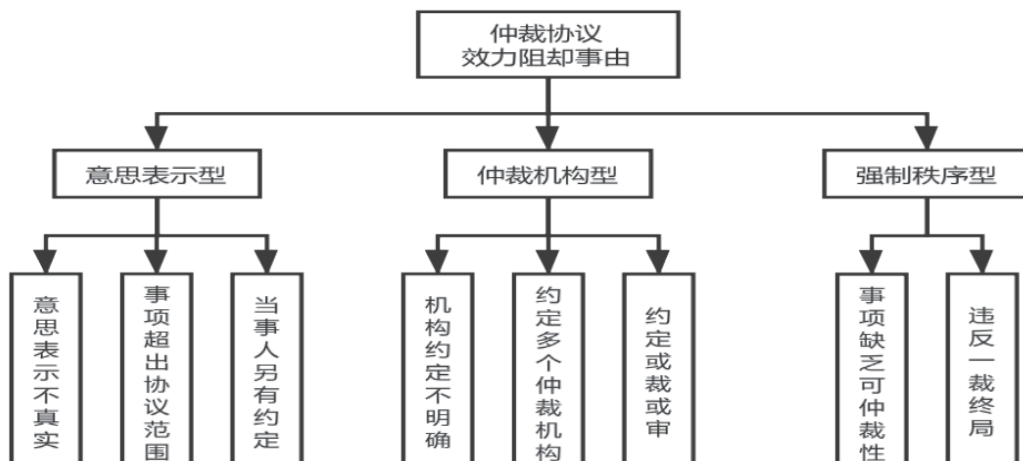
仲裁协议的效力判断应当参照法律行为构成要件的“三分法”。具体而言,法律行为的成立要件即是意思表示作出(单方行为)或达成一致(双方行为)。落实到仲裁协议中,即为当事人就有关争议提交仲裁解决达成合意;生效要件是指法律行为有效所必须满足的条件,若条件不能满足,则法律行为处于待定状态。即使满足有效要件,法律行为亦未必终局有效。这种限制表现在仲裁协议中,就是指仲裁协议的形式必须是书面的、且当事人具有缔约能力这两项。效力阻却事由则是指让法律行为归于无效的原因,仲裁协议中的效力阻却事由包括仲裁机构约定不明确、意思表示不真实、事项不具有可

<sup>①</sup> 易军:《法律行为生效要件体系的重构》,《中国法学》2012年第3期;章程:《从基本权理论看法律行为之阻却生效要件——一个跨法域释义学的尝试》,《法学研究》2019年第2期。

<sup>②</sup> 不同学者对于构成要件的称谓存在细微差别,陈自强的三分法为成立要件、有效要件与效力阻却事由,苏永钦的三分法为成立要件、特别生效要件与阻却生效要件,德国学者莱嫩则主张对法律行为进行事实构成、有效性和效力的三阶段观察。相关整理参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2016年版,第118-122页。

仲裁性等。

效力阻却事由具体可分为三类：意思表示型、强制秩序型和仲裁机构型。<sup>⑬</sup>造成仲裁协议效力瑕疵的类型虽然繁多，但概括而言，不外乎当事人自身造成或当事人不可控制的法律秩序规定禁止。仲裁协议相较于普通契约的特殊之处在于，其通常需要仲裁机构作为第三方参与并作出裁定，因此关于仲裁机构的效力瑕疵可单列为一种类型。结合相关法律规定进行梳理，关于仲裁协议的效力阻却事由可整理如下：



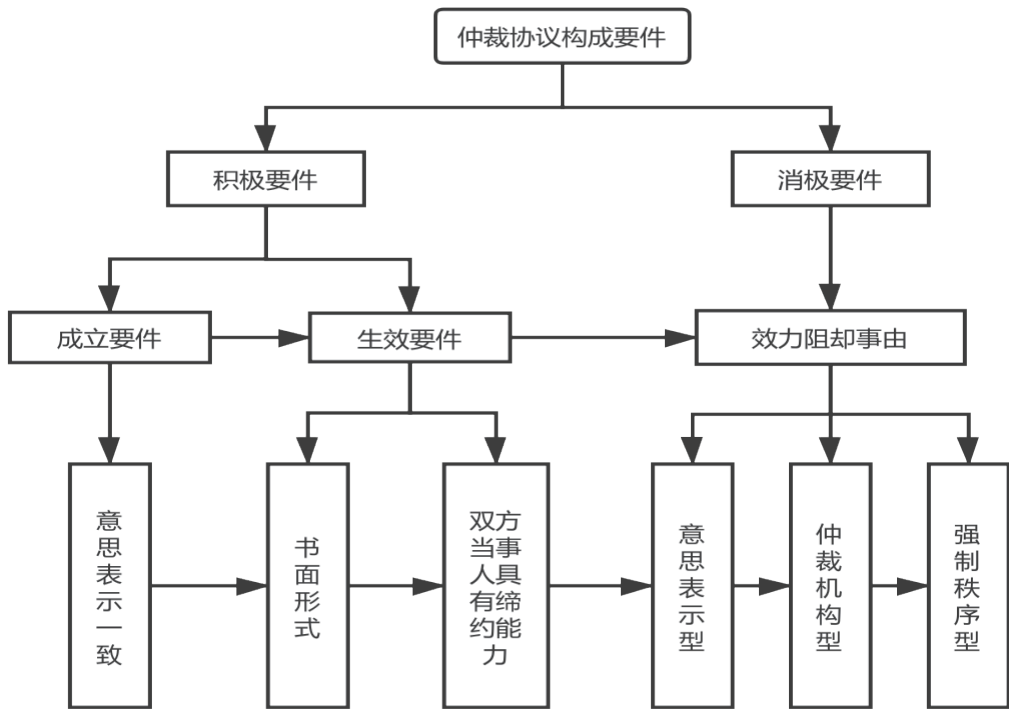
1. 意思表示型。这主要包括三类：一是意思表示不真实（《仲裁法》第17条）；二是裁决事项超出协议范围（《仲裁法》第58条）；三是当事人另有约定（《仲裁法》司法解释第8、9条）。

2. 仲裁机构型。这也主要涉及三类：一是未约定机构、约定不明确（难以确定）且未达成补充协议（《仲裁法》第18条；《仲裁法》司法解释第3、4条）；二是约定两个及以上的仲裁机构且不能达成一致（《仲裁法》司法解释第6条）；三是约定可以申请仲裁也可以向法院起诉（《仲裁法》司法解释第7条）。

3. 强制秩序型。这主要是指如下两种情形：一是仲裁事项缺乏“可仲裁性”（《仲裁法》第3、17条）；二是违反“一裁终局”规定（《仲裁法》第9条）。

综上，仲裁协议构成要件可图示如下：

<sup>⑬</sup> 笔者认为仲裁机构归于效力阻却事由而非生效要件的理由有二：第一，若将“约定明确的仲裁机构”作为仲裁协议的生效要件，则仲裁机构约定不明确时仲裁协议的效力状态应当为无效。然而根据《仲裁法》司法解释第3条规定，即使约定不明确，只要能够推定锁定具体的仲裁机构的，仲裁协议也可以发生法律效力，如此则与“生效要件”的概念属性自相矛盾；第二，虽然我国《仲裁法》第16条要求明确选定的仲裁委员会，但该规定直接导致我国不承认临时仲裁制度，我国仲裁法语境下的协议仲裁均成了机构仲裁。横向比较他国仲裁立法及《纽约公约》的规定，明确的仲裁机构并非仲裁协议生效的必备要件，因此将其视为我国特有的效力阻却事由更为妥当，也更有利于我国法律工作者在司法实践中破除思维上的桎梏。



如图所示,关于仲裁协议效力的司法审查可以大致划分为成立、生效、效力三大阶段。在成立阶段则应包括两种状态:一是纯事实性存在;二是法律性的存在。在仲裁实践和司法审查实践中,如果当事人之间根本没有达成任何仲裁条款,也就是根本不存在关于仲裁的意思表示,则此种状态属于事实性存在的问题;反之,如果当事人之间虽然就仲裁达成了意思表示,但基于不同国家立法关于一致的意思表示即要约和承诺需要满足不同的条件,因此此种意思表示一致就兼有事实性和法律性的双重属性。本文的仲裁协议要件构成三分说可进一步细分为“成立(事实性存在/法律性存在)”——“生效”——“效力阻却”。在具体的司法审查实践中,对于仲裁协议效力的确认因此应遵循如下步骤:

首先,确认仲裁协议是否成立。它包括事实性存在与法律上存在两个层次。对于是否事实性存在的问题,只需要当事人提出证据解决仲裁协议“表面存在”,无需法律适用。即只要当事人能够提出证据证明双方或多方当事人之间就“通过仲裁解决有关争议达成一致”,则仲裁协议满足了成立要件,应当判定该仲裁协议“表面存在”。否则,仲裁协议不存在,法律效果与仲裁协议无效相同。

对于是否合意的问题,即仲裁协议不仅满足事实性存在,且也满足法律性存在,此时对于仲裁协议效力状态之判断涉及法律适用与解释的问题。在涉外语境下,必须考虑根据相关冲突规范援引准据法,再根据准据法对仲裁协议是否在法律上也成立作出判断。如果仲裁协议在法律上被认定不存在,即双方当事人就仲裁的要约或承诺无效,则仲裁协议在法律上不成立,此时应视为不存在仲裁协议。如果仲裁协议既满足事实上存在,也满足法律上存在,才需要进入下一步骤进行审查和判断。

其次,确认仲裁协议能否生效。应当考察当事人是否具备缔约能力以及协议形式是否满足法定要求,若缔约能力和书面形式的要求皆得到满足,应当判定该协议是否具备生效要件。同理,如果这些问题存在涉外情形,也需要通过冲突规范进行选法调整。

最后,判断仲裁协议是否有效。满足生效要件的仲裁协议未必具有效力,应当进一步考察仲裁协议是否含有效力阻却事由,对仲裁协议存在“意思表示型”、“仲裁机构型”、“强制秩序型”效力瑕疵的可能性逐步排查。只要存在任意一项效力阻却事由,则应当判定该仲裁协议的效力状态为无效。只有当仲裁协议同时满足了成立要件与生效要件,并且不存在效力阻却事由时,才能确认该仲裁协议有效。

尽管仲裁协议三要件是司法审查需要进行分段处理的对象,但从国际私法的法律适用角度看,事实上只有两分法:仲裁协议是否成立(事实上存在),以及其他问题(仲裁协议是否法律上存在、仲裁协议生效要件、仲裁协议效力阻却事由)。对于仲裁协议是否事实存在的问题,属于纯粹的事实性问题,只需要当事人提供证据进行解决即可,且只需要满足“表面存在”的证明要求;对于其他问题,则需要通过冲突规范进行法律选择,再按照所选定的准据法进行判断。

### (三) 基于案例分析的观点检验

实践是检验理论正确与否的唯一标准,在进入对CICC所审查的案例审思之前,可以“最高人民法院关于对广东省高级人民法院就豪美有限公司申请确认仲裁协议效力一案请示的复函”案为例,先行展现构成要件理论是如何帮助法官在仲裁协议司法审查中判断仲裁协议的效力状态的:<sup>⑭</sup>

#### 1. 案情简介

注册地在香港的H公司与陈某合作开发房地产,约定由H公司提供土地,陈某负责安排施工。陈某以H公司的名义与G公司签订了《建设工程施工专业承包合同》(以下简称《承包合同》)。合同中显示发包人为H公司与陈某,承包人为G公司,陈某与G公司在合同上进行了签名和盖章,其中H公司的签署栏由陈某代签H公司法定代表人的姓名,合同的落款时间为2014年8月12日。合同第20.4条约定因合同相关事项发生的争议向华南贸仲申请仲裁。2015年,H公司向深圳中级法院提起诉讼,要求确认其与G公司之间并未签订《承包合同》且合同中包含的仲裁条款无效。

#### 2. 审查理路

第一步,确认本案的性质。本案属于广义的涉外仲裁协议效力确认之诉,即其本质是要求确认包括仲裁条款在内的承包合同并未成立,属于确认仲裁条款“存在与否”的问题,而非直接的“有效与否”的问题。

第二步,确认本案中仲裁条款是否成立的问题。如上所述,成立包括事实性存在与法律性存在两个层次。针对事实性存在,仅需要证据进行解决。本案中证据显示,H公司与G公司之间签署了含有仲裁条款的承包合同,这些证据足以证明仲裁条款“表面

<sup>⑭</sup> 参见最高人民法院(2015)民四他字第36号复函。

存在”。此时应进入仲裁条款法律性存在的判断。

仲裁条款是否存在法律上存在,可能涉及对陈某代签行为、H公司的是否知情、G公司是否善意等进行解释、判断并定性。此时本案作为涉外案件,需要援引冲突规范确定仲裁条款的准据法。在确定准据法为中国内地法的情形下,方可根据我国仲裁法、合同法的规定,对本案所涉仲裁条款是否成立即法律上存在进行解释、判断和定性。

第三步,根据冲突规范确定本案的准据法。根据《法律适用法》第18条之规定,本案首先应适用当事人选择的法律;否则,应适用本案仲裁机构所在地法律。由于本案当事人未对仲裁协议适用的法律进行选择,因此适用华南贸仲所在地的法律,即我国内地法律。因此本案应适用我国内地法律对案涉仲裁协议进行司法审查。

第四步,确认仲裁协议是否满足生效要件。经法院审查,H公司、G公司和陈某均具有完全的缔约能力,且合同形式为书面。因此可以判定该仲裁协议具有生效能力,如不存在效力阻却事由则为有效。

第五步,根据所适用的法律,筛查仲裁协议是否存在效力阻却事由。经法院审查,G公司和陈某承认合同的H公司签署栏为陈某代签,但陈某无法提供H公司授予的授权委托书。H公司拒绝追认其授权陈某签署该合同。因此陈某的代签行为属于无权代理,陈某为H公司签名的行为效力无法归于H公司,H公司与G公司和陈某就“通过仲裁方式解决争议”的合意是不真实的。

因此,应当判定该仲裁协议存在“意思表示型”的效力阻却事由,该仲裁协议自始无效。

涉外仲裁协议司法审查是一个事实判断和法律评价相互渗透、外国法与内国法穿插适用的复杂问题。正因如此,司法审查维持清晰的思维和审查层次尤显重要,通过层次清晰和正确的章法可避免司法审查的混乱。本案事实上的司法审查,以及上引CICC的司法审查所共同存在的问题是,法院忽略了两种层次的区分,并忽略了此种区分的不同法律处理和效果:第一层次的区分是,仲裁条款“存在与否”与“有效与否”的区分,存在的问题并不完全等同于有效的问题,如此区分的法律效果是,有关仲裁条款效力问题的法律选择与适用并不能完全涵盖仲裁条款存在的问题,因此不能简单地将仲裁条款成立或存在与否的问题完全归入广义的效力确认问题。

第二层次的区分是,仲裁条款的事实性存在与法律性存在的区分,如此区分的法律效果是,事实性存在问题仅需证据解决,不涉及法律选择与适用的问题;法律性存在问题才可以纳入仲裁条款有效与否的问题,从而需要通过法律选择予以适用。不仅如此,此种区分的程序上的意义在于,司法机关在审查涉外仲裁协议的效力时,必须先行通过证据解决仲裁条款事实性存在即“表面存在”的问题,如果仲裁条款事实上不存在,则根本不涉及法律选择与适用的问题。上引两案中,相关司法机关并不考虑仲裁条款是否满足表面存在,而是径直进行法律选择,确定准据法后进行仲裁条款存在与否与有效与否的判断。如果当事人之间根本不存在任何仲裁的意思表示,也就没有必要将此种存在与否的问题纳入广义的有效与否的问题之中,从而也就没有必要先行进行法律选择。

### 三、关于涉外仲裁协议法律适用的分割及具体规则之审思

最高院 CICC 将涉外仲裁协议的效力确认等同于合同的效力确认,并援引合同的相关法条和法理解决仲裁协议的效力问题。但我国司法机关在认定涉外合同的效力时,需要根据我国《法律适用法》的规定对合同进行分割,并据其不同方面援引不同冲突规范,确定并使用不同的准据法。然而本案中, CICC 并未讨论法律适用的分割问题,事实上法庭只是考虑了仲裁协议实质问题的法律适用。对于其他问题,以及具体包括哪些问题,如何确定其法律适用规则和具体法律适用,则未予说明。鉴于我国的民事司法原理是,无论当事人是否主动提出,司法机关必须依职权主动审查合同的效力问题, CICC 既然将涉外仲裁协议的效力问题等同为涉外合同的效力问题,则也应依职权主动审查其效力。为此, CICC 似应在裁定中明确本案有关涉外仲裁协议法律适用的分割方法及其不同的法律适用,这正是案涉裁定所欠缺的必要内容。为完善本案的司法指导意义,达到 CICC 所称的统一司法和法律适用之目的,本文试图对此予以补全。

#### (一) 关于本案法律适用的分割法

比照涉外合同的典型三分法,即合同的形式要件、实质要件和当事人的缔约能力,涉外仲裁协议也应在法理上一分为三。同时根据涉外合同法律适用的方法论,有关涉外仲裁协议的法律适用也存在“统一论”和“分割论”的两种主张。依照“统一论”的观点,仲裁协议的各项构成要件应当作为一个整体适用同一种法律;而“分割论”则主张对构成要件进行拆分适用,由不同的法律分别调整。我国现行立法框架对于涉外仲裁协议的法律适用问题所采取的是“分割论”,最突出的证据即为对当事人缔约能力的单独规定。缔约能力分为权利能力和行为能力,《法律适用法》的第 11、12 和 14 条分别规定了自然人和法人的缔约能力适用问题。此种立法体例意味着,我国涉外合同和涉外仲裁协议至少区分为两个方面,即当事人的缔约能力和其他问题。对于其他问题而言,是否应当进一步区分为形式问题和实质问题,现行立法体例并未给出明确和直接的答案,为此,需要对我国立法进行体系性解释。这里的核心问题是,形式要件是否独立、及如何解决涉外仲裁协议形式要件的法律适用。简言之,根据我国现行立法框架,我国有关涉外合同(包括涉外仲裁协议)的法律适用究竟是采取三分法,还是两分法?二者的区别是,形式要件是否为实质要件所吸收。

涉外合同形式要件如何适用法律?关于这个问题,遍查我国相关立法,并无明确规定。从理论上分析,司法机关可能有三种法律适用的选择<sup>⑮</sup>:一是直接适用法院地法,根据法院地立法中有关仲裁协议形式要件的规定进行判断;<sup>⑯</sup>二是适用仲裁协议实质要件

<sup>⑮</sup> 对于此三种做法,有文献作了较为系统的梳理,相关整理可参见黄晖:《论我国涉外合同形式要件的法律适用》,《中国国际私法与比较法年刊》2014年第17卷,第59页。

<sup>⑯</sup> 瑞士国立法即要求直接适用瑞士法中关于仲裁协议形式有效性的实体法规则。参见陈卫佐:《国际性仲裁协议的准据法确定——以仲裁协议的有效性为中心》,《比较法研究》2016年第2期,第167页。

的准据法,即对仲裁协议的形式要件和实质要件进行合并调整;三是根据《法律适用法》第2条的规定,即该法和其他法律未作规定的,可适用最密切联系地的法律。三种做法,何去何从,立法上虽然不明晰,但司法实践却不得不给出答案,最高人民法院“(2015)民四他字第29号”复函案就是一则可供考察的关联案例。

该案中,双方当事人之间拟进行棉花买卖。双方通过传真方式磋商并订立销售合同,所签订的销售合同中包含仲裁条款,其内容规定:双方如果发生争议,应当按照国际棉花协会的规定和章程提交仲裁并应用英国法律予以解决。此后双方当事人对该仲裁条款的效力发生争议,一方诉诸相关中级人民法院请求确认仲裁条款无效。受案法院向所属的山东省高院报核后,山东省高院审判委员会中的多数意见认为,本案中传真形式的销售合同缺乏公司签章,因此无法认定其具有约束力。<sup>①7</sup> 该案中,山东省高院审判委员会多数意见正是关于我国涉外仲裁协议法律适用的典型缩影。本案中当事人所约定的英国法,显然属于主合同准据法;对于所含仲裁条款效力的实质认定,当事人没有约定适用的法律,此时应适用仲裁机构或仲裁地的法律;对于仲裁条款的形式要件,也就是本案中审判委员会多数意见所认为的,传真形式的合同及其含有的仲裁条款缺乏公司签章,无法认定其约束力,此种立场显然是直接适用了作为法院地法的我国立法。因此,本案在司法上回答了立法上未明确的问题,即法院面对涉外仲裁协议的形式要件的法律适用,常常在不经法律选择的情况下,直接适用法院地法即我国法律对仲裁协议的形式要件进行效力评价。

司法实践是否合法,需要探讨。在我国法律适用的立法框架下,法院地法的直接适用只有四种情形:一是相关冲突规范中明确规定适用法院地法;二是在本应适用外国法但该法无法查明,或者查无规定时;三是本应适用的外国法被我国公共秩序予以保留;四是所涉规则属于直接适用的强制性规范。显然,有关涉外仲裁协议形式要件的法律适用都不符合此四种情形。因此,直接适用法院地法解决涉外仲裁协议形式要件的独立做法应被证伪。进一步需要思考的问题是,涉外仲裁协议形式要件是否应当援引《法律适用法》第2条规定的最密切联系兜底规则?回答这个问题的关键是,如何理解该兜底规则适用的前提条件,即何谓“本法和其他法律没有规定”。

事实上,《法律适用法》第18条对涉外仲裁协议的法律适用作出了规定,只是它并未具体点出涉外仲裁协议形式要件也适用该规则。问题因此转化为,我国法律适用立法究竟是采取统一论作为预设的法律适用一般规则、而以分割论作为例外规则,还是相反?考察我国法律适用的立法进化历史,由统一到分割、由概括到具体,是我国冲突规范立法的一般发展规律,就此而言,法律适用的统一论是预设的一般原则,分割论则是例外做法。这就表明,《法律适用法》第18条有关涉外仲裁协议的法律适用,首先应理解为是有关涉外仲裁协议形式要件、实质要件和当事人缔约能力的统一法律适用;而该法第12、14条对自然人、法人及其分支机构的行为能力另行作出规定的体例表明,有关涉外

<sup>①7</sup> 少数意见认为通过传真磋商并订立合同属于国际货物买卖中的惯例,应当对该形式予以认可。

仲裁协议当事人缔约能力问题被分割出来予以独立的法律适用,至于形式与实质问题则属于未经分割的同一个问题进行一体的法律适用。如此理解也就意味着,我国现行立法对涉外合同包括仲裁协议的法律适用采取的是两分法,即当事人缔约能力问题和其他问题。这一梳理立场也符合对法律规则的文义解释,毕竟无论是涉外仲裁协议的形式要件还是实质要件,其本质都归属于涉外仲裁协议这一上位范畴,从而理应纳入《法律适用法》第18条的规范之中。<sup>⑮</sup>

据此可见,我国现行立法体例对涉外合同,在CICC将涉外仲裁协议等同于涉外合同的情形时,也就是对涉外仲裁协议的法律适用采取的是两分法:涉外仲裁协议当事人的缔约能力问题和涉外仲裁协议的其他问题(包括形式和实质问题),二者分别适用不同的法律规则。

## (二) 具体适用规则

### 1. 本案中涉外仲裁协议当事人缔约能力的法律适用

当事人缔约能力问题属于民事行为能力的范畴。关于民事行为能力的法律适用,我国《法律适用法》第12条、14条分别对自然人、法人及其分支机构作出不同的规定。立足CICC所审查的案件事实,本案当事人均为法人,因此,应援引《法律适用法》第14条的规定,适用当事人的登记地法律;如果作为主营业地的经常居所地与登记地不一致的,可以适用经常居所地的法律。结合本案考察,本案中申请人的登记地位于新加坡,故应适用新加坡法。被申请人的登记地位于我国山东,应适用我国法。根据新加坡及我国法律,本案双方当事人均具有缔结案涉仲裁协议的缔约能力,若仲裁协议的实质和形式要件不存在问题,则案涉仲裁协议应为有效。

### 2. 本案中涉外仲裁协议其他问题的法律适用

关于涉外仲裁协议其他问题的法律适用,我国规则发展可概括为四个阶段:第一阶段的规则体现在《仲裁法司法解释》中,该解释建立了“意思自治>仲裁地法>法院地法”的选法阶梯。

第二阶段的立法则表达为《涉外民事关系法律适用法》的“意思自治>仲裁机构所在地法或仲裁地法”。该立法不足之处有三:第一,引入了在国际仲裁中并不重要的仲裁机构所在地法,并将其与仲裁地法并列。重视仲裁机构,甚至按照仲裁机构进行身份立法,是我国仲裁法、民事诉讼法和相关司法解释的一大缺陷。第二,在仲裁机构所在地法与仲裁地法之间,采取了无条件的选法模式,这就给予了法官过大的自由裁量权,对当事人的法律适用预期带来消极影响。如果考虑到我国人民法院受理审查的涉外仲裁协议的效力情形,仲裁机构所在地法大概率地是法院地法,从而会为我国人民法院优先考虑。简言之,规则层面是无条件选择,但是司法审查实践中很可能是有条件选择,即我国法律作为法院地法暨仲裁机构所在地法而被优先适用。第三,缺乏兜底规则,在仲裁协议并未约定仲裁机构和仲裁地情形下,适用何种法律,则悬而未决。在《法律适用法》

<sup>⑮</sup> 黄晖:《论我国涉外合同形式要件的法律适用》,《中国国际私法与比较法年刊》2014年第17卷,第59页。



司法解释（一）颁布实施前，此种规则缺漏只能通过《法律适用法》第二条第二款的最密切联系地法这一兜底条款予以解决。但其适用仍然不无疑义。基于上述缺陷可认为，相对于《仲裁法》司法解释而言，《法律适用法》除了将仲裁协议的法律适用明确提升为正式立法之处，其他方面仍有待改进。

第三阶段的补全规则是《法律适用法》司法解释（一），该解释对仲裁协议的法律适用阶梯进行补全，以法院地法进行兜底，建立了三级选法阶梯：“意思自治 > 仲裁机构所在地法或仲裁地法 > 法院地法”。这一规则的进步之处是填补了立法漏缺，但其仍然保留着仲裁机构所在地法与仲裁地法之间优先适用仲裁机构所在地法的隐性倾向，因此仍有改进的必要。

第四阶段的完善规则是《仲裁司法审查规定》引入了“有利于有效”的法律选择规则，从而将仲裁机构所在地法的不当引入转变为积极的备选项，不仅克服了前此规则的缺陷，而且正是在缺陷之处妙笔生花地改造为法律适用的优越之处。

此四阶段的法律适用及其特点，可简示如下表：

序号	具体规则	规则依据	规则性质	特点
1	意思自治 > 仲裁地法 > 法院地法	《仲裁法司法解释》	司法解释	附条件的三阶选法
2	意思自治 > 仲裁机构所在地法或仲裁地法	《法律适用法》	正式立法	①引入仲裁机构所在地法；②因选法阶梯的不完整致法律适用出现不确定性。
3	意思自治 > 仲裁机构所在地法或仲裁地法 > 法院地法	《法律适用法》 司法解释（一）	司法解释	恢复法院地法的兜底地位，补全选法阶梯。
4	意思自治 > （仲裁机构所在地法或仲裁地法）有利于有效的法律 > 法院地法	《仲裁司法审查规定》	司法解释	引入有利于有效的法律选择规则

具体到本案中，CICC 经审理可知，双方当事人所签订的销售合同中载明：“所有争议以友好方式解决，或按照国际棉花协会的规定和章程提交仲裁并应用英国法律予以解决”，该销售合同已经过公证，但申请人所递交的合同上并没有被申请人的签字或盖章。如果我国法律是本案的准据法，则本案中并没有证据表明双方就提交仲裁达成合意，传真的方式也不符合我国对仲裁协议书面形式的要求，即此仲裁协议既不满足成立要件也不满足形式要件，应当判定该仲裁协议不成立。但如果该合同上存在被申请人的签字或盖章，则满足了仲裁协议的成立要件，确证了仲裁协议的事实性存在。至于法律性存在，根据《法律适用法》第 18 条的规定，应当根据英国法对该仲裁条款的实质要件和形式要件是否满足加以判断。若英国 1996 年仲裁法认可传真形式同样满足仲裁协议形式要件的要求，则本案中的仲裁协议成立并生效。

综上,关于本案中涉外仲裁协议效力的法律适用, CICC 既没有主动审查案涉仲裁协议的各方面是否有效,也没有对相关法律适用的分割法进行讨论;对具体问题的法律适用也仅限于仲裁协议的实质和形式有效性的说明,对于当事人缔约能力的法律适用只字未提。这些问题都应在司法审查裁定中予以清晰说明和说理。

#### 四、结语:我国司法审查涉外仲裁协议的一般方法论

长期以来,我国仲裁协议司法审查将仲裁协议“存在与否”和“有效与否”予以等同, CICC 确认涉外仲裁协议效力第一案更凸显了这一问题。究其原因,主要在于理论界关于仲裁协议构成要件的理论建构存在不甚清晰之处。惟有对仲裁协议的要件理论进行重塑,方能正本清源,厘清存在问题与效力问题的不同,划定仲裁协议效力确认的不同阶段及其不同法律处理。具体而言,本文主张,将仲裁协议的构成要件分为三类即成立要件、生效要件和效力阻却事由,其中,成立要件应进一步区分为事实性存在与法律性存在。在此基础之上,应确立司法审查涉外仲裁协议的如下步骤:

首先,对于仲裁协议的事实性存在问题,仅考虑证据解决,且只需要满足“表面存在”的证明标准即可;此时无需进行法律选择。

其次,对于仲裁协议法律性存在问题,则应连同生效要件、效力阻却事由一起,通过法律选择规则进行准据法选择。

再次,根据我国司法审查原理,我国人民法院应依职权主动审查涉外仲裁协议的效力问题,为此不应局限于当事人所诉争的问题,还应扩展至影响涉外仲裁协议效力问题的相关方面。尤其注意区分涉外仲裁协议的法律适用与主合同的法律适用;在涉外仲裁协议的法律适用上,应采取二分法,区分当事人缔约能力问题和其他问题(包括形式和实质问题),分别援引不同的冲突规范确定准据法。

最后,分别按照缔约能力准据法和其他问题准据法判断当事人是否具有缔结涉外仲裁协议的缔约能力,并逐一审查仲裁协议的法律存在问题、形式有效性问题,以及效力阻却等问题。

---

**Abstract:** The case of (2019) No.1 of CICC is the first case of the judicial review on the validity of the arbitration clause by China International Commercial Court, which has highlighted two issues that our courts have not clarified in the judicial review practice of foreign-related arbitration agreements. One is to confuse the issue of the existence of the arbitration agreement with the validity of the validity or not. The latter should choose the legal adjustment; the former should distinguish between established fact judgments and value judgments. Fact judgments are resolved by evidence. Value judgments need to be adjusted according to the law chosen. The second is that when determining the effectiveness of foreign-related arbitration clauses

with reference to foreign-related contracts, it is unclear whether and how the division theory applicable to foreign-related contract laws applies to foreign-related arbitration clauses. The core issue is the legal application of formal requirements. The tendency to apply the local law of the court directly. The formal requirements of foreign-related arbitration clauses should be incorporated into the substantive requirements, so as to configure its legal application with reference to the dichotomy of foreign contract law.

**Keywords:** arbitration agreement with foreign elements; judicial review; law choice; CICC

---

---

( 责任编辑: 刘 纲 )

# 论第三方资助仲裁对仲裁庭作出费用担保决定的影响

肖永平 赵家睿\*

---

**内容提要** 随着费用担保逐步进入国际仲裁领域,该临时措施逐渐成为仲裁制度中颇具争议的问题。但各国法律和仲裁机构的仲裁规则,很少对费用担保问题作出明确规定。随着第三方资助仲裁的出现,仲裁庭在作出费用担保决定时是否应该考量第三方资助这个因素,成为仲裁理论与实践中的新问题。我们根据国内外相关文献数据、仲裁机构公布的案例资料,通过比较分析和案例分析方法,认为第三方资助对仲裁产生了实质性影响,仲裁庭在作出费用担保决定时应该将其作为一个独立因素加以考量,并应特别注意资助者以往资助诉讼或者仲裁的历史记录和资助者是否有足够的经济实力,分析资助者有无中断资助的可能性。

**关键词** 诉讼费用担保 仲裁费用担保 第三方资助仲裁 临时措施

---

20世纪90年代以来,费用担保制度和第三方资助逐步进入国际仲裁领域,成为仲裁理论与实践中的新问题。目前,各国法律和仲裁机构的仲裁规则对费用担保问题并无明确规定,仲裁员通过行使自由裁量权作出费用担保决定时往往会陷入纠结,当事人对仲裁员凭自由裁量作出的费用担保决定并不满意。国外仲裁实践和学术研究已经开始探讨第三方资助是否应该作为费用担保的考量因素,我国学术界对该问题关注不够。本文通过比较分析一些国家在诉讼和仲裁中作出费用担保决定的过程,归纳作出费用担保决定时的主要考量因素;通过分析ICSID公开案例中仲裁员的不同立场,探讨第三方资助是否应该在仲裁员作出费用担保决定时作为独立因素加以考量;最后提出我们的主张和建议。

## 一、作出费用担保决定的考量因素

像仲裁中的其他许多制度一样,费用担保最初也来源于诉讼领域。这一理念诞生于中世纪的英国普通法,用于保障诉讼被告根据“费用跟随规则”(costs follow the event)在胜诉时不会因原告经济状况不佳或法院无权向外国原告执行胜诉费用等情况而遭受

---

\* 肖永平,武汉大学国际法研究所所长、教授;赵家睿,武汉大学国际法研究所硕士研究生。

损失。诉讼费作为诉讼判决的重要组成部分,始终是诉讼双方当事人关注的焦点。自1278年《格洛斯特法令》首次提出“败者支付规则”(loser-pay)后,在英联邦国家法院进行的诉讼便结束了平均负担诉讼费用的传统。在这样的背景下,费用担保逐渐成为英国及威尔士等英联邦国家诉讼和仲裁实践中常见的临时救济措施。

尽管费用担保在大陆法系国家的仲裁实践中并不多见,随着费用跟随原则在投资仲裁的普遍适用,费用担保措施自2006年起便逐步进入国际仲裁领域。<sup>①</sup>费用担保请求在仲裁案件中的频繁提出推动了部分国家和仲裁机构将这一临时措施引入仲裁规则。目前,在13部具有代表性的仲裁规则中,已有7部明确规定仲裁员有权作出费用担保决定。<sup>②</sup>尽管如此,除了《斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则》对费用担保作出标准作了规定以外,<sup>③</sup>其他仲裁机构的仲裁规则都未对此进行明确规定,常常使仲裁员在作出费用担保决定时无章可循,只能根据具体的案情进行自由裁量。长此以往,可能在实践中出现案情相似但决定作出的结果不一致的情形,影响仲裁的公信力。总结传统诉讼及现有仲裁案例的情况,法院及仲裁庭决定费用担保的主要考虑因素包括:“申请人的经济状况”“申请人的胜诉预期”以及“申请人是否存在不当行为等特殊情形”。

#### (一) 申请人经济状况的变化

实行费用担保措施的初衷是为了确保诉讼被告在面对财务状况不佳的原告时,能够确保其利益能够在胜诉之后得到有效的保障。大多数法官和仲裁员在审核费用担保申请时都会将当事人的财务状况作为一个首要考量因素。实践中,仲裁庭会对被申请人提供的证明材料进行评估,判断申请人的经济状况是否已无法负担预期的败诉补偿费用。

在申请人与被申请人在达成仲裁协议时,如果申请人的财产状况不佳,仲裁庭就推动被申请人已经对未来胜诉情况下无法获得仲裁费用补偿的风险有所预期,一般不会再因申请人财产状况不佳为被申请人作出费用担保。例如,在ICC第7074号案件中,一南斯拉夫籍被申请人向仲裁庭提出对巴拿马籍申请人作出费用担保决定,仲裁庭审查后拒绝了被申请人的请求,理由便是被申请人在与申请人签订仲裁协议时便已了解到申请人作为一家巴拿马空壳公司并无实际资产的事实。<sup>④</sup>

<sup>①</sup> 汤霞:《第三方资助国际投资仲裁费用担保的必要性标准研究》,《国际经济法学刊》2009年第3期,第52页。

<sup>②</sup> 以下规则明确列明仲裁员有权作出费用担保决定: LCIA, LCIA Arbitration Rules, Article 25(2); SIAC, SIAC Arbitration Rules, Rule 27(j)(k); SIAC, SIAC Investment Arbitration Rules, Rule 24(j)(k); Singapore Ministry of Law, International Arbitration Act 2016, Article 12; SCC, SCC Arbitration Rules 2017, Article 38; HKIAC, HKIAC Administered Arbitration Rules, Article 24; WIPO, WIPO Arbitration Rules 2014, Article 48(b)。以下规则仅赋予仲裁员以作出一般性临时措施的权力,未明确指出可以作出费用担保决定: UNCITRAL, UNCITRAL Arbitration Rules 2013, Rule 26; ICC, ICC Rules of Arbitration 2017, Rule 28; ICSID, ICSID Convention, Article 47; ICSID, ICSID Arbitration Rules, Rule 39; ICDR, ICDR International Dispute Resolution Procedures, Article 24; CIETAC,《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第23条。

<sup>③</sup> See SCC, SCC Arbitration Rules 2017, Article 38(2)。

<sup>④</sup> See Jean-Baptiste Pessey, *When to Grant Security for Costs in International Commercial Arbitration: the Complex Quest for a Uniform Test*, available at <https://www.cpradr.org/news-publications/articles/2011-05-06-when-to-grant-security-for-costs-in-international-commercial-arbitration-the-complex-quest-for-a-uniform-test-2011-writing-contest-winner>, visited on 06 April 2020.

因此,部分仲裁庭要求被申请人在提交费用担保申请时,应当对于申请人的经济状况是否较仲裁程序开始前有了实质性的改变进行举证。在 ICC 第 10032 号仲裁案件中,仲裁庭明确表示:如果被申请人向仲裁庭申请要求申请人进行费用担保,他必须证明申请人目前的经济状况已与达成仲裁协议前发生了实质性变化。<sup>⑤</sup> 国际商会仲裁院与伦敦大学玛丽女王学院在《国际仲裁第三方资助费用担保及费用制度的特别报告草案》中也指出:被申请人在与申请人达成仲裁协议时就已经了解到申请人的经济状况不佳时,不能以此为理由向仲裁庭申请费用担保。<sup>⑥</sup> 因此,当事人的经济状况较签订仲裁协议时有了实质性变化已经成为仲裁实践当中一个非常重要的考量因素。

## (二) 申请人的胜诉预期

费用担保作为一项从诉讼制度中引入的临时措施,在作出标准方面可以参考诉讼活动中的经验。英国作为最早在诉讼中引入费用担保制度的国家,拥有丰富的理论与实践经验。英国著名大法官丹宁勋爵在 *Sir Lindsay Parkinson v. Triplan* 案中首次就作出费用担保决定提出了应考虑六大因素,“当事人的胜诉可能性”便是其中一个重要的考量的因素。<sup>⑦</sup>

根据费用跟随规则,仲裁费用将由败诉当事人承担。因此,诉讼原告和仲裁申请人的胜诉可能性便成为法院和仲裁庭理所当然的重点考量因素。申请人胜诉的可能性越大,仲裁庭对申请人采取费用担保的必要性就越低。因此,在考量费用担保申请时,除了对申请人的财务状况进行分析判断之外,同样需要考查衡量双方当事人的胜诉预期。实践当中,多数仲裁庭会对案件的是非曲直做一个初步判断,并非仅仅评估费用转移的可能性。

英国皇家特许仲裁员协会( Chartered Institute of Arbitrators )在《国际仲裁实践指南》( International Arbitration Practice Guideline )<sup>⑧</sup> 中对费用担保决定作出标准作了规定。它规定仲裁员在决定是否作出费用担保决定时,应当将“申请人与被申请人的胜诉预期”作为首要考量因素。但该指南仅具有内部效力,对外并无法律强制力,对仲裁员作出费用担保决定仅具有参考意义。斯德哥尔摩商会仲裁院作为少数在仲裁规则中明确费用担保决定作出标准的仲裁机构,在其仲裁规则第 38 条借鉴了英国皇家特许仲裁员协会在《国际仲裁实践指南》中的相关规定,将“当事人的胜诉预期”作为首要考量因素。<sup>⑨</sup>

<sup>⑤</sup> See ICC Case No.10032, Pierre A. Karrer & Marcus Desax, *Security for Costs in International Arbitration, Why, When, and What If ...*, in Liber Amicorum Böckstiegel (Heymann 2001) pp. 339-353.

<sup>⑥</sup> See ICCA-QMUL Task Force, *ICCA-QMUL Task Force on TPF in International Arbitration Subcommittee on Security for Costs and Costs Draft Report*, available at: [http://www.arbitration-nicca.org/media/6/09700416080661/tpf\\_taskforce\\_security\\_for\\_costs\\_and\\_costs\\_draft\\_report\\_november\\_2015.pdf](http://www.arbitration-nicca.org/media/6/09700416080661/tpf_taskforce_security_for_costs_and_costs_draft_report_november_2015.pdf), visited on 10 April 2018.

<sup>⑦</sup> See *Sir Lindsay Parkinson v. Triplan* (United Kingdom), [1973] 1 Q.B.609.

<sup>⑧</sup> See CIARB, *International Arbitration Practice Guideline: Applications for Security for Costs 2015*, available at: <http://www.ciarb.org/does/default-source/ciarbdocuments/guidance-and-ethics/practice-guidelines-protocols-and-rules/international-arbitration-guidelines2015/2015securityforcosts.pdf?sfvrsn=28>, visited on 02 April 2020.

<sup>⑨</sup> See SCC, *SCC Arbitration Rules 2017*, Article 38(2).

### （三）申请人是否存在不当行为等特殊情形

费用担保的作出存在着损害申请人仲裁申请的风险,仲裁庭因此在实践中对作出费用担保都十分谨慎。由于多数仲裁规则没有对费用担保问题作出明确规定,许多仲裁庭认为,仅在申请人出现不当行为等特殊情形(exceptional circumstances)时,才会作出费用担保。其中,申请人过往的失信行为会被仲裁庭认定为是可以促使作出费用担保决定的特殊情形之一。

ICSID 仲裁庭在 *RSM Production Corporation v. Saint Lucia* 案中首次对受第三方资助的仲裁申请人作出费用担保决定,理由是本案仲裁申请方 RSM 公司在其他仲裁案件中曾有拒绝执行裁决且不支付费用等不良历史记录,这为仲裁庭决定批准费用担保申请提供了令人信服的理由。此外,申请人受到第三方资助进一步让仲裁庭相信申请人不会遵守裁决中要求其承担的费用。以上事实表明申请人在缺乏费用担保的情况下有不履行裁决义务的倾向。仲裁庭最终依据《ICSID 公约》第 47 条和第 39 条之规定,认定它有权作出费用担保决定,要求申请人在 30 天内支付 75 万美元作为其仲裁请求的费用担保。<sup>⑩</sup> 该案是 ICSID 仲裁庭首次作出费用担保决定,也是首次对有第三方资助的仲裁申请人作出费用担保决定。RSM 公司在仲裁历史上的不良记录及其在本案仲裁程序中对预缴仲裁费用等程序的不配合都证明了仲裁庭作出费用担保决定的合理性与必要性。

## 二、ICSID 仲裁关于第三方资助是否应作为费用担保决定考量因素的不同实践

第三方资助,主要体现为资本公司为需要资金援助或希望分担败诉风险的申请人提供仲裁费用,胜诉时分享收益,败诉时承担风险。这为无力独立承担高昂仲裁费用以及试图缓解企业资金压力的当事人提供了追求正义的机会,但也催生了滥诉现象。费用担保制度作为一种临时措施,一方面可以确保被申请人的预期胜诉利益,另一方面也会导致善意申请人迫于经济压力而放弃救济合法权益。如何在这二者之间实现平衡始终是学界和实务界讨论的热点。第三方资助的出现使仲裁庭在作出费用担保面临更为复杂的局面,人们对第三方资助是否应该作为费用担保决定的考量因素存在较大争议。

### （一）否定论

#### 1. 可能扼杀申请人的正当仲裁请求

费用担保会显著提升申请人正当的仲裁申请被“扼杀”的风险。成熟的第三方资助机构往往会与被资助者在资助协议中明确资助的具体范围,而处于谈判优势地位的许多资助企业往往并不负担包括费用担保和败诉费用在内的不利费用。当仲裁庭对申请人作出费用担保措施后,本已经经济窘迫的申请人可能因此迫于资金上的压力放弃继续进

<sup>⑩</sup> See *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, ICSID Case No. ARB/12/10.

行仲裁。同时,随着第三方资助产业在近些年的不断成熟和完善,第三方资助已成为资本公司用于规避风险的优质投资方式。以营利为目的的第三方资助机构在与仲裁申请人达成资助协议前,会对案件事实和申请人的情况进行深入的尽职调查,确保投资效益能够得到最大化的实现。<sup>①</sup>受到第三方资助的仲裁申请因此具有很大的胜诉可能性,仲裁申请也更具有价值和正当性。由于大部分仲裁规则并未对费用担保作出明确规定,仲裁庭多数情况下是通过自由裁量对个案进行具体分析从而决定是否作出这一临时措施。在此情形下,仲裁庭主要会考虑是否具有紧迫性并且能否有效保障临时措施申请人(一般为仲裁被申请人)的利益免受不可恢复的损害。<sup>②</sup>在投资仲裁当中,投资者与东道国之间悬殊实力差距带来的巨大不对等性使得 ICSID 仲裁庭极少对已陷入财政困难的申请人再次施以打击。如果申请人因受到费用担保压力而被迫放弃仲裁,会使真正的正义难以实现。例如,在 *Gustav. F.W. Hamester GmbH & Co. K.G. v. Republic of Ghana* 案中,虽然申请人 Hamester 获得了第三方资助,首席仲裁员 Brigitte Stern 认为,对一个受资助的仲裁申请人作出费用担保决定将存在着“扼杀”申请人仲裁申请的巨大风险,仲裁庭因此驳回了被申请人加纳共和国的费用担保申请。<sup>③</sup>而在 *South American Silver Limited v. Bolivia* 案中,仲裁庭确认第三方资助者的存在不足以成为作出费用担保决定的正当理由,并认为在不考虑其他因素的情况下,如果仅仅是第三方资助就能成为授予或驳回费用担保请求的决定性因素,将导致所有被申请人请求并获得费用担保,这会增加阻止潜在合法仲裁申请的风险。<sup>④</sup>

## 2. 保持对费用裁决的考量一致性

有学者认为,仲裁庭在作出最终裁决时并不考虑第三方资助这一因素。为了确保结果的一致性,仲裁庭应当在考虑是否作出费用担保措施时保持一致的考量态度。例如,在 ICSID 公布的 *Ron Fuchs v. Republic of Georgia* 和 *Ioannis Kardassopoulos v. Republic of Georgia* 这两起姊妹仲裁案件中,申请人分别是以色列和希腊公民,他们共同经营的公司与一家格鲁吉亚国有公司合资成立了一家石油企业 GTI。该公司之后获得了在格鲁吉亚建造、运营、维护特定输油气管道并且出口石油天然气的特许权。几年之后,格鲁吉亚政府选择提前终止对 GTI 公司的授权并与另一家阿塞拜疆石油公司达成合作协议。面对格鲁吉亚政府的违约,GTI 公司对格鲁吉亚常年维权无果,最终选择在德国 Allianzi 公司的资助下通过投资仲裁的方式救济自己的权利。被申请人格鲁吉亚共和国认为两案申请人的索赔金额过高,要求仲裁庭考虑部分相关仲裁费用已经得到了第三方的资助,因此主张申请人承担全部费用。仲裁庭认为,没有任何一项国际仲裁原则

<sup>①</sup> See W. Kirtley & K. Wietrzykowski, *Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs When an Impecunious Claimant Is Relying upon Third-Party Funding?*, 30 J. Int'l Arb. 17 (2013).

<sup>②</sup> See Lars Markert, *Security for Costs Applications in Investment Arbitrations involving Insolvent Investors*, Contemporary Asia Arbitration Journal, vol. 11, No. 2, pp. 217-249 (2018).

<sup>③</sup> See *Gustav. F.W. Hamester GmbH & Co. K.G. v. Republic of Ghana*, ICSID Case No.ARB/07/24.

<sup>④</sup> See *South American Silver Limited v. Bolivia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2013-15.



要求仲裁庭在对申请人的胜诉受偿费用进行最终裁定时应当将申请人受到第三方资助的事实考虑在内,最终裁定由被申请人负担仲裁的全部费用。<sup>⑮</sup> 这个观点在之后的 *RSM Production Corp. v. Grenada* 案中再次得到了仲裁庭的支持。<sup>⑯</sup> 同时,第三方资助不应纳入最终裁决的考量范围也得到了国际仲裁界资深仲裁员范登博格教授的认同。<sup>⑰</sup>

理论上讲,第三方资助者作为与仲裁案件无关的第三人,仅为申请人提供了仲裁所需的经济支持,除此之外对案件的进程并不会产生任何影响。如果在费用裁决中因考虑第三方资助而减少申请人受偿的份额,实际上会损害申请人的合法利益。在实践中,仲裁庭明确表现出不愿在最终费用裁决的考虑中放大对第三方资助的关注。因此,为了保证仲裁程序和结果的一致性,仲裁庭在仲裁程序开始之初决定费用担保时对第三方资助应保持同样的态度。

### 3. 考虑第三方资助会降低仲裁程序的效率

仲裁程序之于诉讼程序的一大优势便是较低的时间成本。相对灵活的程序设计以及“一裁终局”的特点使得仲裁能够得到更多国际投资者的青睐,从而选择仲裁方式解决其与东道国之间的投资争端。与诉讼体系一样,仲裁同样适用“谁主张,谁举证”的证明原则。当被申请人向仲裁庭作出费用担保请求时,被申请人需要承担对其主张事实的举证责任,证明申请人当下的财务状况与仲裁开始时发生了实质性变化,并且无法保证其在败诉时能够负担仲裁费用。作为一种新型风险分担方式和融资手段,第三方资助在本质上与借贷、保险等传统的融资方式并无差异,但仲裁实践中受到了更多关注。荷兰资本公司 Riverdoor Ventures 的投资人 Walter Remmerswaal 曾明确表示不愿在仲裁中披露第三方资助协议的存在,虽然对这种协议并无隐瞒的必要,但披露之后经常会被对方律师揪住不放并进行恶意抨击,一方面会转移仲裁庭的关注重点,另一方面也拉长仲裁的时间,这对个人投资者来说意味着更加高昂的仲裁费用和时间成本,对己方受资助者将大大不利。<sup>⑱</sup> 长此以往,第三方资助将逐渐成为被申请人攻击申请人的“秘密武器”,导致资金状况不佳的申请人排斥使用第三方资助仲裁,进而阻遏投资者追求正义的途径。

## (二) 肯定论

### 1. 遏制恶意仲裁的出现

澳大利亚作为最早在诉讼领域开放第三方资助的国家,其受第三方资助的诉讼数量

<sup>⑮</sup> See *Ron Fuchs v. The Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/07/15. *Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18.

<sup>⑯</sup> See *RSM Production Corporation v. Grenada*, ICSID Case No. ARB/05/14. *Commerce Group Corp. & San Sebastian Gold Mines, Inc. v. The Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/17.

<sup>⑰</sup> See W. Kirtley & K. Wietrzykowski, *Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs When an Impecunious Claimant Is Relying upon Third-Party Funding?*, 30 J. Int'l Arb. 17 (2013).

<sup>⑱</sup> See W. Kirtley & K. Wietrzykowski, *Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs When an Impecunious Claimant Is Relying upon Third-Party Funding?*, 30 J. Int'l Arb. 17 (2013).

较最初已经上涨了16.5%，其中有很多诉讼并无实际价值。<sup>①⑨</sup>与其他类型的投资相同，以营利为目的的第三方资助机构一般会在对案件进行详尽调查，综合考量预期风险和利益以后，选择胜诉可能性较大的仲裁案件申请人进行资助。与此同时，第三方的资助本质上具有商业投机性，当然会趋利避害。第三方资助机构有时也会受到高额预期回报率的鼓动，“铤而走险”选择资助胜诉可能性较低的申请人。第三方资助机构的专业人员可以通过一定的投资组合，将这类“高风险高收益”投资目标的内在风险分散至整个投资组合当中，追求更加丰厚的回报。<sup>②⑩</sup>因此，专业的第三方资助机构会在市场中寻觅投资目标，鼓励投资者提起恶意仲裁。在这样的情况下，被申请人往往会处于十分不利的位置。作为被申请人，东道国只能被动接受来自个人投资者频繁“骚扰式”的恶意仲裁。一方面，如果东道国选择拒绝应诉，将可能在缺席仲裁的情况下收获不利裁决；<sup>②①</sup>另一方面，如果选择积极应诉，将会耗费巨大公共资源，即使最终胜诉，花费的大量仲裁费用也可能由于仲裁申请人经济状况不佳而无法得到全面补偿。

### 2. 对受资助者的偿付能力进行整体把握

当事人的经济状况是法官或仲裁员作出费用担保决定的首要考量因素，因为其直接关系到当事人是否有能力在未来可能败诉的情况下支付费用。在实践中，仲裁庭一般会通过银行账户、当事人收入情况以及其他资产状况来判断当事人的经济状况。第三方资助实质上改变了当事人的经济状况，使其可以更加自由地选择是否提起仲裁救济权利。因此，仲裁庭在考虑是否作出费用担保决定时，不应仅仅考虑仲裁申请人个人的经济状况，更应对其在个案中所体现的经济实力予以考虑。目前，部分大型第三方资助机构会选择为申请人提供费用担保等一系列消极费用来激励申请人提起仲裁。Stephen Bond曾指出，第三方资助机构是否负担费用担保等措施将会对仲裁员是否作出这一临时措施产生直接影响。<sup>②②</sup>仲裁庭应要求仲裁申请人对第三方资助协议的核心内容进行全方位披露，从而明确仲裁申请人在个案中的实际经济状况和履行败诉费用的实际能力。

### 3. 保护受资助者的利益

如果不规制第三方资助仲裁行为，受资助者也即仲裁申请人可能会受到不良影响。这种“打了就跑”的现象会严重影响仲裁程序的进程，也会对仲裁申请人造成极大损失，<sup>②③</sup>可能让受资助者重新回到资金无力的状态，或者被迫接受不利的裁决结果。例如，

<sup>①⑨</sup> U.S. Chamber of Commerce, *Selling Lawsuits, Buying Trouble: The Emerging World of Third-Party Litigation Financing in the United States*, available at <https://www.instituteforlegalreform.com/uploads/sites/1/thirdparty litigation financing.pdf>, visited on 08 April 2020. 转引自汤霞：《第三方资助国际投资仲裁费用担保的必要性标准研究》，《国际经济法学刊》2009年第3期，第52页。

<sup>②⑩</sup> UNCTAD, *Recent Developments in Investment-State Dispute Settlement*, available at: [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d3\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d3_en.pdf), visited on 08 April 2020.

<sup>②①</sup> Weixia Gu, *Security for Costs in International Commercial Arbitration*, 22 J. Int'l Arb. 167, (2005).

<sup>②②</sup> See W. Kirtley & K. Wietrzykowski, *Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs When an Impecunious Claimant Is Relying upon Third-Party Funding?*, 30 J. Int'l Arb. 17 (2013).

<sup>②③</sup> J.E. Kalicki, *Security for Costs in International Arbitration*, 3 Transnatl. Dispute Mgt. (2006).

在 *S&T Oil Equipment & Machinery Ltd. v. Romania* 案中,第三方资助机构提前终止了与申请人之间的资助协议,导致申请人已经提交的仲裁请求由于无法及时缴纳仲裁费用而被迫中止。<sup>②④</sup> 第三方资助机构作为仲裁之外的第三人,仲裁庭无法对其行使管辖权,也无权要求其负担费用担保和申请人败诉后的不利费用。<sup>②⑤</sup> 但从理论上说,即使第三方资助协议并未约定由资助者负担费用担保的费用,但当仲裁庭对申请人作出了费用担保后,资助者通常会选择支付这部分费用,使其投资活动得以延续。因此,仲裁庭在作出费用担保时关注第三方资助的事实将更好地保护受资助者的利益。

### 三、结论与建议

第三方资助为资金状况不佳的仲裁申请人提供了追求正义的机会,但也间接助长了恶意仲裁的发生。因此,理论界与实务界对是否应将第三方资助纳入费用担保决定的独立考量要素存在较大争议。否定论者认为将第三方资助作为独立因素加以考量将加大仲裁请求被扼杀的风险,并且导致费用担保决定和最终费用裁决的不一致;同时可能会引导仲裁庭偏离仲裁的核心议题导致仲裁效率低下。肯定论者认为,在作出仲裁费用担保决定时单独考量第三方资助有助于遏制恶意仲裁现象,能够更加全面地掌握第三方资助背景下申请人的实际经济状况,公正地作出费用担保决定,在仲裁双方当事人之间形成合理平衡,保护双方的合法利益。

当前,第三方资助已成为仲裁中不容忽视的重要因素,它有利于处于困境中的申请人通过仲裁救济其合法权利,对被资助者和仲裁程序的顺利进行也大有好处。但根据合同相对性原则,第三方资助者并不具备仲裁当事人身份,仲裁庭无权对其作出限制。这也为部分恶意资助者肆意鼓动当事人提起恶意仲裁留下可趁之机。我们认为,为了保证仲裁程序的平稳进行,仲裁庭应当在传统考量因素之外,将第三方资助作为独立要素与其他要素结合起来综合考量。要求申请人披露第三方资助情况,特别是第三方资助机构以往资助历史记录。如果资助机构在过去5年存在不良资助记录,可以要求申请人提供费用担保以有效保障被申请人的胜诉利益。如果第三方资助是个人资助者,还应充分考量该资助者是否有足够的经济实力资助仲裁,最大程度减少个人资助者在仲裁程序中断资助的可能性。

---

**Abstract:** As Security for Costs gradually entered the field of international arbitration, this interim measure has increasingly become a controversial issue. However, rare laws and

---

<sup>②④</sup> See *S & T Oil Equipment and Machinery Ltd. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/07/13.

<sup>②⑤</sup> See Nadia Darwazah & Adrien Leleu, *Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding*, 33 J. Int'l Arb. 125 (2016).

---

arbitration rules around the world make it clear on the issue of Security for Costs. With the advent of third-party funded arbitration, whether the arbitral tribunal should take the third-party funding as a separate considering factor when making a Security for Costs decision has become a new issue in field of arbitration. Based on domestic and foreign relevant articles and case data published by arbitration institutions, through comparative-analysis and case-study methods, we believe that third-party funding has impacted on arbitration substantially. It is suggested that the third-party funding, in special the history of the third-party funder's funding litigation or arbitration, the economic strength and the possibility to stop the funding of the third-party funder, should be considered as a separate factor, when the arbitral tribunal makes a decision on Security for Costs.

**Keywords:** security for costs in litigation; security for costs in arbitration; third-party funded arbitration; interim measure

---

(责任编辑:黄晨亮)

# 国际仲裁第三方资助的披露制度研究

## ——以香港和新加坡立法监管为切入

沈伟 董炜堃\*

---

**内容提要** 国际仲裁领域中第三方资助的利益冲突和披露制度是国际仲裁所面临的前沿问题之一。第三方资助中资助者与仲裁员可能存在利益冲突,具有披露的必要性。新加坡和中国香港修法将第三方资助纳入监管,并对披露义务、时间、后果等作出明确规定,要求受资助方强制性披露第三方资助存在和资助者身份。当前我国内地仲裁规则对于第三方资助的监管过度扩张了强制披露范围,并且尚未厘清第三方资助披露与费用承担、费用担保等问题的关系。我国内地仲裁机构应积极引入第三方资助披露规则,明确违反披露义务的后果,并完善费用担保规则。

**关键词** 第三方资助 利益冲突 披露 监管

---

### 引言

随着第三方资助(Third Party Funding)在国际仲裁领域的迅速发展,第三方资助已经成为国际仲裁界最具争议的前沿问题之一。近年来第三方资助的研究主要受到三方面的影响。一是第三方资助在国际仲裁实践中的快速发展,资助方、受资助方的现实需要助推第三方资助行业在国际仲裁中发展迅猛。<sup>①</sup>二是首次出现监管第三方资助的地区立法,包括2017年1月10日新加坡通过的《2017年民法(修订)条例》和2017年6月14日中国香港通过的《2017年仲裁及调解法例(第三者资助)修订条例》。三是大量国际仲裁学术会议对第三方资助的专项研究,如2017年4月在华盛顿举行的跨国仲裁协会和美国国际法学会的联合年会(14th annual ITA-ASIL Conference)就第三方资

---

\* 沈伟,上海交通大学法学院教授、博导;董炜堃,美国圣路易斯华盛顿大学法学院硕士研究生。

① 第三方资助的发展现状充分体现其积极影响:解决当事人的资金短缺、节约现金流和满足分散风险的需求,发掘不受金融市场波动的投资渠道,提供接近正义的途径(Access to Justice)和解决当前国际仲裁费用过于高昂的问题。See Lisa Bench Nieuwveld & Victoria Shannon Sahani, *Third-Party Funding in International Arbitration (Second Edition)*, Kluwer Law International, 2017, p.9-10. See also Nicholas Rowles-Davies, Jeremy Cousins, *Third Party Litigation Funding*, Oxford University Press, 2014, p.62.

助的现状、定义和监管等问题进行了专题探讨。<sup>②</sup>

由于第三方资助的发展历程尚短,尚未产生统一定义。对第三方资助的定义角度也有差异,如从第三方投资者角度进行定义或归纳第三方资助的核心特征。<sup>③</sup> 本文的研究目的在于研究第三方资助的披露制度而无意消除概念分歧,考虑到影响第三方资助的因素,将第三方资助定义为,非仲裁当事人的某一自然人或法人,与一方当事人或其代理人达成协议,为该当事人提供物质帮助或诉讼费用支持,并从裁决中获得回报的行为。<sup>④</sup>

国内对于第三方资助的研究仍然处于起步阶段,部分学者仍然存在对第三方资助正当性的高度怀疑。<sup>⑤</sup> 反观国际仲裁界,已经跨越了是否应当允许第三方资助的分歧,转向对第三方资助实务中具体法律问题的研究。<sup>⑥</sup> 究其原因在于无论是否支持第三方资助,诉讼和仲裁中的第三方资助已经是不可忽略的重要现象和事实。<sup>⑦</sup> 第三方资助产业的迅速发展需要国际仲裁领域中存在明确、一致的第三方资助监管体系。<sup>⑧</sup> 因为资助协议中的保密条款,第三方资助产业仍然是隐匿的。根据对第三方资助从业人员的调查报告,

② See James Egerton Vernon, *Taming the “Mercantile Adventurers”: Third Party Funding and Investment Arbitration-A Report from the 14th Annual ITA-ASIL Conference*, Kluwer Arbitration Blog (Apr. 21, 2017), <http://kluwerarbitrationblog.com/2017/04/21/taming-the-mercantile-adventurers-third-party-funding-and-investment-arbitration-a-report-from-the-14th-annual-ita-asil-conference>.

③ 从第三者投资角度的定义,典型如国际律师协会 2014 年利益冲突指引中的定义“任何为案件的起诉或应诉提供金钱或物质支持,并与仲裁结果存在直接利益关系或可能因仲裁结果向当事人承担赔偿责任的自然人或法律实体”。IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, Explanation General Standard 6(b). 从第三方资助特征角度的定义,如:“(1) 仲裁或诉讼程序是可预期的或已经启动;(2) 仲裁当事人(通常是申诉人)获得了第三方(通常是特定的专业投资者)的资助;(3) 作为回报,投资方会分享当事人通过法院判决或仲裁裁决获得的收益”。See Laurent Levy & Regis Bonnan, *Third-Party Funding Disclosure, Joinder and Impact on Arbitral Proceedings Third-Party Funding in International Arbitration*, in *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Kluwer Law International & International Chamber of Commerce*, 2013.

④ See International Council For Commercial Arbitration-Queen Mary University Of London Task Force, *Draft Report for Public Discussion on Third-Party Funding in International Arbitration*, International Council for Commercial Arbitration (Sep.1, 2017), [https://www.arbitration-icca.org/media/10/14053115930449/submission\\_version\\_for\\_public\\_comment\\_finalversion.pdf](https://www.arbitration-icca.org/media/10/14053115930449/submission_version_for_public_comment_finalversion.pdf).

⑤ 肖芳认为第三方资助的消极影响在于仲裁裁决的公正性,妨碍国际投资争端的有效解决,且增加投资者滥诉。国际仲裁机制中缺乏对第三方资助的规制机制从而导致国际投资仲裁的“正当性危机”。肖芳:《国际投资仲裁第三方资助的规制困境与出路》,载《政法论坛》2017年第6期。上述消极影响不构成对第三方资助的实质性挑战。仲裁裁决公正性集中于第三方资助的利益冲突问题,这的确是第三方资助面临的主要争议。采取披露制度可以有效消解利益冲突问题,从而印证了第三方资助监管、尤其是披露监管的必要性。文中认为导致滥诉的原因是投资者可能会资助胜算较小的仲裁申请,且导致了近年来国际投资仲裁案件的数量增长。这似乎混淆了滥诉的含义,申诉人提出胜算较小的仲裁申请能否视为滥诉显然存在极大争议。根据理性经济人假设,第三方投资者不会为明显无理由的仲裁申请投入资金。案件数量的增长也不能论证第三方资助的消极影响,如第三方资助确有影响,那么案件数量的增长可能来源于原本无力承担仲裁费用的申诉人新提出的仲裁申请。这反映出第三方资助为申诉人提供接近正义途径(Access to justice)的积极影响。See Maya Steinitz, *Whose Claim Is It Anyway? Third-Party Litigation Funding*, 95 *Minnesota Law Review* 1268, 1271 (2011).

⑥ See Francisco Blavi, *It's about Time to Regulate Third Party Finding*, Kluwer Arbitration Blog (Dec. 17, 2015), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/12/17/its-about-time-to-regulate-third-party-funding>.

⑦ See Bernardo Cremades, *Concluding Remarks*, in *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Kluwer Law International & International Chamber of Commerce*, 2013.

⑧ See Blavi, *supra* n.6, at 3.

当前国际投资仲裁案件中至少有 40% 存在第三方资助的情形,并且 71% 的从业人员支持对第三方资助产业进行监管。<sup>⑨</sup> 由于第三方资助的产业现状和积极影响,允许第三方资助是国际仲裁发展的必然趋势,从而带来构建监管规则的现实需要。

与利益冲突相关联的披露是第三方资助首要的、也是最为突出的问题,<sup>⑩</sup> 但我国对于仲裁披露制度的研究仍然不足。现有文献集中于传统利益冲突模式下仲裁员的披露问题,对于仲裁当事人披露义务的研究有所欠缺。<sup>⑪</sup> 尽管第三方资助的披露逐渐引起学界关注,<sup>⑫</sup> 但对于第三方资助披露制度必要性和我国仲裁机构如何建构第三方资助披露制度仍然缺乏系统性分析。

第三方资助的披露制度是推动我国仲裁事业国际化发展必然需要解决的重要问题之一。我国仲裁的相关法律和仲裁规则对于第三方资助缺乏明确监管规定,披露义务的设定与国际主流规则仍然存在一定差距。本文旨在通过分析第三方资助披露制度的实践发展,并结合中国香港和新加坡第三方资助披露的相关规定,探讨披露义务的必要性和范围,为我国仲裁第三方资助监管提供相应建议。

## 一、第三方资助披露制度的必要性与规则发展

### (一) 第三方资助与传统融资的区别

在第三方资助出现的早期,第三方资助被视为与贷款类似的融资方式,<sup>⑬</sup> 从而无需施以强制的披露义务。<sup>⑭</sup> 第三方资助与专项贷款、保险等在商业内涵上基本一致,不能说明第三方资助与仲裁贷款等存在本质差别。<sup>⑮</sup> 因而当事人的披露义务并非普遍性、强制性的,而是在仲裁庭具有合理原因的情况下才可以指令被资助方披露第三方资助,例如

<sup>⑨</sup> See Stavros Brekoulakis, *The Impact of Third Party Funding on Allocation for Costs and Security for Costs Applications: The ICCA-Queen Mary Task Force Reports*, Kluwer Arbitration Blog (Feb. 18, 2016), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/02/18/the-impact-of-third-party-funding-on-allocation-for-costs-and-security-for-costs-applications-the-icca-queen-mary-task-force-report>.

<sup>⑩</sup> See Levy, *Supra* n 3, at 78.

<sup>⑪</sup> 马占军:《国际商事仲裁员披露义务规则研究》,载《法学论坛》2011年第4期;于湛旻:《论国际投资仲裁员的回避》,载《武大国际法评论》2014年第1期;陈博闻:《仲裁员公正性的保障——以仲裁员披露义务为视角》,载《北京仲裁》2016年第4期。

<sup>⑫</sup> 周清华、程斌:《第三方资助下仲裁员潜在利益冲突披露的体系建构》,载《中国海商法研究》2018年第4期;张亮、杨子希:《第三方资助国际仲裁的披露义务规则研究》,载《武大国际法评论》2019年第2期;侯鹏:《第三方出资机制的二元监管模式》,载《法学评论》2019年第3期。

<sup>⑬</sup> See Munir Maniruzzaman, *Third-Party Funding in International Arbitration—A Menace or Panacea?*, Kluwer Arbitration Blog (Dec. 29, 2012), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2012/12/29/third-party-funding-in-international-arbitration-a-menace-or-panacea/>.

<sup>⑭</sup> See Mark Kantor, *Third-Party Funding in International Arbitration: An Essay About New Developments*, 24 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 65, 67 (2009).

<sup>⑮</sup> See Jonas von Goeler, *Third-Party-Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, Kluwer Law International, 2016, p.147.

仲裁员可能存在利益冲突的情形。<sup>①⑥</sup>这意味着当前的仲裁规则已经能够容纳第三方资助,额外的披露义务给仲裁员带来无意义的挑战外,增设的安全成本缺乏真正的必要性。<sup>①⑦</sup>

这种观点随后被主流观点所驳斥,原因在于第三方资助与专项贷款、保险等具有显著区别,第三方资助者对仲裁案件具有一定控制力。通过专项贷款、保险等途径解决仲裁费用问题时,当事人仍然对于案件具有强控制力。此时贷款的金融机构和负责仲裁业务的律所都共同服务于当事人,代理律师需要遵守相应的道德和执业义务。<sup>①⑧</sup>但在第三方资助仲裁中,投资者并非完全独立于案件之外,仲裁协议可能包含投资者对于仲裁的部分控制权,从而区别于传统的贷款、保险业务。资助协议中甚至可能包含是否将协议披露给仲裁庭或仲裁另一方当事人的相关条款。第三方资助是区别于既往仲裁融资的新类型,对于第三方资助披露义务的考量是必要的。

## (二) 第三方资助披露的必要性

第三方资助产业的繁荣产生对监管制度和学术研究的强烈需求。随着第三资助案件数量的增长、资金涌入仲裁业,投资者与律师事务所呈现合作的共生关系。而顶尖律师事务所和仲裁员的关系极为紧密和复杂。根据学者的调查,在1039起投资仲裁案件中“接案数量最多的前25名仲裁员”与“代理案件数量最多的前25名律师”以及“担任专家证人数最多的前25名专家”的名单中存在较高的重复,被称为国际投资仲裁中的“旋转门”现象。<sup>①⑨</sup>仲裁庭必须知晓第三方投资者的存在和身份才能判断案件中是否会引起潜在的利益冲突,所以受资助者的披露义务就十分重要。这与仲裁员披露其与投资者之间的关系紧密相连,而这种关系很可能会损害仲裁的公正性和独立性。<sup>②⑩</sup>

利益冲突是第三方资助的首要问题,而仲裁公正性和独立性要求的最重要因素就是披露。<sup>②⑪</sup>必须承认的是,第三方资助的介入会使得仲裁庭的公正性和独立性产生不确定性。<sup>②⑫</sup>第三方资助者与仲裁员之间利益冲突的情形可能有:(1)第三方资助者可能与仲裁员或仲裁员所属律所存在直接利益冲突;(2)仲裁员可能投资于案件涉及的第三方

<sup>①⑥</sup> See Levy, *Supra* n 3, at 82.

<sup>①⑦</sup> See ICCA – Queen Mary University Of London Task Force, *Supra* n 4, at 69.

<sup>①⑧</sup> See Douglas R. Richmond, *Other People's Money: The Ethics of Litigation Funding*, 56 Mercer Law Review 649, 659–664 (2005).

<sup>①⑨</sup> See Malcolm Langford *et al.*, *The Revolving Door in International Investment Arbitration*, 20 Journal of International Economic Law 301, 303 (2017).

<sup>②⑩</sup> See Burcu Osmanoglu, *Third-Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest*, 32 Journal Of International Arbitration 325, 326 (2015).

<sup>②⑪</sup> [英] 艾伦·雷德芬、马丁·亨特:《国际商事仲裁法律与实践》(第四版),林一飞、宋连斌译,北京大学出版社2005年版,第218页。

<sup>②⑫</sup> See Tamir Livschitz, *Third Party Funding in Arbitration*, in Manuel Arroyo *ed al.*, *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide* (Second Edition), Kluwer Law International, 2018.



资助公司；<sup>②③</sup>（3）仲裁员为第三方资助者提供法律咨询服务；<sup>②④</sup>（4）仲裁员为第三方资助者在另一无关案件中的委托律师。<sup>②⑤</sup> 尽管第三方资助的披露可能阻碍第三方资助中保密义务的实现，并且绝大多数案件中不存在第三方资助与仲裁员的利益冲突。出于仲裁程序公正独立性以及裁决可执行性的考虑，第三方资助的披露义务都是必要的。

在仲裁员不知道第三方资助者存在的情况下，如果仲裁员与第三方资助者存在联系仍然可能影响到裁决的公正性。首先，如果在第三方资助仲裁案件中仲裁员存在与第三方资助的利益联系，仲裁员主张不知情或裁决未受利益联系影响，这一主张难以获得证据支持。<sup>②⑥</sup> 其次，即便仲裁员主张不知情，这也只能意味着豁免仲裁员的责任。<sup>②⑦</sup> 最后，这一情形的可能结果是裁决被撤销或不予执行，而裁决后果必须由受资助方和第三方投资者承担。

披露第三方资助对评估仲裁员和投资者之间的潜在利益冲突是必要的，只有事前的披露才能保证仲裁程序的高效和公正。<sup>②⑧</sup> 如果没有强制披露义务，第三方资助协议中通常具有保密条款，当事人不会主动披露相关信息。<sup>②⑨</sup> 另外，披露也使得对方当事人更愿意协商而不是继续仲裁，因为其可能意识到第三方资助意味着受资助方有更大胜算。<sup>③⑩</sup> 第三方资助披露的学术研究从早期设定普遍性义务的争议，逐渐转为同意对第三方资助进行披露。当前的学术争议更多的是披露制度操作性要求的分歧，如披露内容仅仅是存在第三方资助还是应当披露第三方投资者身份，或更进一步地披露资助协议的全部条款。

### （三）披露制度规则发展

2014年10月23日国际律师协会发布了第三方资助的《国际仲裁利益冲突指引》（IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration）。该指引是第一份包含第三方资助披露内容的国际机构指引。指引规定在判断是否存在利益冲突时，因为第三方资助者也是对于裁决具有直接经济利益的实体，仲裁员应当披露和投资者的关系。<sup>③①</sup>

<sup>②③</sup> 同上。

<sup>②④</sup> See Nadia Darwazeh & Adrien Leleu, *Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding*, 33 Journal Of International Arbitration 125, 132 (2016).

<sup>②⑤</sup> 同上。

<sup>②⑥</sup> See Calunius Capital LLP, *IBA Guidelines on Conflicts of Interest – How Should We Interpret the Third Party Funding Disclosure Principles?*, Calunius (Mar. 1, 2015), <http://www.calunius.com/media/10902/iba%20guidelines%20on%20conflicts%20of%20interest.pdf>.

<sup>②⑦</sup> 第三方资助游离于仲裁程序之外，资助协议和仲裁协议是分离的，而资助协议通常包含保密条款，仲裁员不知道第三方资助的存在是可能的。只有涉及第三方资助的事实披露出来，仲裁员才可能依据这些事实对相关的程序问题作出决定。See Goeler, *Supra* n 15, at 125.

<sup>②⑧</sup> See Darwazeh, *Supra* n.24, at 135.

<sup>②⑨</sup> See Kelsie Massini, *Risk Versus Reward: The Increasing Use of Third Party Funding in International Arbitration and the Awarding of Security for Costs*, 7 Yearbook On Arbitration And Mediation 323, 331 (2015).

<sup>③⑩</sup> See Paula Hodges et al, *Publication of New IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration—the key changes*, Herbert Smith Freehills (Dec. 4, 2014), <https://hsfnotes.com/arbitration/2014/12/04/publication-of-new-iba-guidelines-on-conflict-of-interests-in-international-arbitration-the-key-changes>.

<sup>③①</sup> IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, Explanation to General Standard 6(b).

指引规定的利益冲突情形同样适用于第三方投资者,包括不可弃权的红色清单和橙色清单。仲裁庭有权要求当事人披露第三方仲裁,帮助仲裁庭决定仲裁员是否与资助者有关联。<sup>③②</sup> 由于该指引并非国际仲裁中的强制性规则,而是仲裁当事人自愿选择的仲裁规范,该指引并未在实践中产生明显影响,但其规范内容为之后的披露义务规范设定提供了重要参考。

2015年12月,国际商会仲裁委员会发布的《关于国际仲裁费用的决定》中将第三方资助的指引纳入了规定之中。对于第三方资助的披露问题,规定作出了一定限制:仲裁庭有理由相信第三方资助存在,并且有可能影响到非受资助方的赔偿费用时,仲裁庭可以考虑要求披露资助信息,披露范围限于保证仲裁有效和公平的范围内。<sup>③③</sup> 国际商会仲裁院在2016年2月颁布了《仲裁员利益冲突指引》,特别强调决定是否披露时应当考虑“其与某些法律实体的关系,这些法律实体在争议中有直接的利益联系或可能因对当事人不利的裁决承担赔偿责任”,但并没有明确当事人是否负有对第三方仲裁的披露义务。保守的披露义务规定招致批评,认为仲裁机构应当采取更加明确的第三方资助定义,并要求当事人披露第三方投资者。<sup>③④</sup> 尽管国际组织均尝试规制第三方资助,但对于强制性的披露义务规定均显示出较为审慎的态度,相较而言香港地区和新加坡的立法规定表达出监管者强烈的监管决心。

2018年国际投资争端解决中心开始修订仲裁规则,第三方资助的披露问题成为本次修订的核心焦点之一。<sup>③⑤</sup> 根据2020年2月仲裁规则修订草案第四版的规定,受资助方应当以书面形式披露第三方资助者的名字和地址。<sup>③⑥</sup> 这一修订基本沿袭了当前第三方资助强制披露的国际趋势,要求受资助方应及时向仲裁机构披露第三方资助存在及资助者身份。尽管一些国家要求扩大披露范围,将第三方资助协议纳入披露范围,但草案折中处理了这一提议。一方面,草案未强制要求披露资助协议的资助方控制权和不利费用承担条款;另一方面,草案赋予仲裁庭在仲裁任何阶段要求披露协议内容的权力。如仲裁当事人违反披露义务,草案提出仲裁庭可考虑违反情形决定当事人的仲裁费用分配。<sup>③⑦</sup> 在费用担保问题上,草案进一步要求仲裁庭应考虑所有相关情形,第三方资助存在可用

<sup>③②</sup> IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, Explanation to General Standard 7(a).

<sup>③③</sup> See ICC Arbitration and ADR Commission, *Decisions on Costs in International Arbitration*, ICCWBO (Dec 1, 2015), <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2015/12/Decisions-on-Costs-in-International-Arbitration.pdf>.

<sup>③④</sup> See Aren Goldsmith & Lorenzo Melchionda, *The ICC's Guidance Note on Disclosure and Third-Party Funding: A Step in the Right Direction*, Kluwer Arbitration Blog (Mar. 14, 2016), [http://kluwerarbitrationblog.com/2016/03/14/the-iccs-guidance-note-on-disclosure-and-third-party-funding-a-step-in-the-right-direction/?\\_ga=1.104798595.245022248.1458283624](http://kluwerarbitrationblog.com/2016/03/14/the-iccs-guidance-note-on-disclosure-and-third-party-funding-a-step-in-the-right-direction/?_ga=1.104798595.245022248.1458283624).

<sup>③⑤</sup> See ICSID, *Updated Background on Proposals for Amendment of the ICSID Rules*, World Bank (Feb. 28, 2020), [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/WP\\_4\\_Background\\_EN.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/WP_4_Background_EN.pdf).

<sup>③⑥</sup> Proposals for Amendment of the ICSID Rules Working Paper 4, Rule 14.

<sup>③⑦</sup> Proposals for Amendment of the ICSID Rules Working Paper 4, Rule 52.

于证明费用担保的必要性,但其本身不足以支撑费用担保决定。<sup>③⑧</sup> 草案对于第三方资助的强制披露范围、违反披露义务后果等均作出专门规定,在一定程度上体现了国际仲裁规则对于第三方资助的监管态度和发展趋势。

## 二、第三方资助披露的立法比较和实践争议

### (一) 新加坡和中国香港的第三方资助立法比较

#### 1. 立法背景

目前只有新加坡和香港颁布了对第三方资助的专门立法。这是由于其他普通法系国家大多已经废除了禁止包揽诉讼和帮诉原则(Maintenance and Champerty),因此第三方资助不被允许,而新加坡和香港此前仍然保留该原则。<sup>③⑨</sup> 随着第三方资助的适用愈加普遍以及推动新加坡、香港国际仲裁中心发展的需要,新加坡和香港在新出台的立法中尽管目前都废除了禁止包揽诉讼和帮诉原则,但区别在于新加坡一般性地废除了该原则,<sup>④⑩</sup> 香港仅在仲裁程序和仲裁相关的诉讼程序中不适用该原则。<sup>④⑪</sup>

新加坡和香港对于第三方资助的积极态度是明确的,在允许第三方资助仲裁的国际趋势下,对第三方资助进行制度监管显然优于维持禁止第三方资助的消极应对。这一积极态度在立法过程中也体现得极为明显。如香港第三方资助立法的制定过程中,香港法律改革委员会发布《第三者资助仲裁报告书》建议修改仲裁条例,允许第三方资助在仲裁中的应用。2016年12月颁布的《2016年仲裁及调解法例(第三者资助)(修订)条例草案》大部分沿袭报告书中的建议的条文,而在最终出台的第三者资助条例中仅有两个条款与草案存在实质性差异。<sup>④⑫</sup>

就立法制度而言,新加坡的第三方资助立法主要由《2017年民法(修订)条例》、《2017年民法(第三方资助)条例》(Civil Law (Third-Party Funding) Regulations)和新修订的《法律职业(职业行为)守则》(Legal Profession (Professional Conduct) Rules)组成。《2017年民法(修订)条例》中提出“有资格的第三方资助者为当事人提供争议解决费用的资助合同,不违反公共政策或禁止包揽诉讼和帮诉原则”,而在《法律职业(职业

<sup>③⑧</sup> Proposals for Amendment of the ICSID Rules Working Paper 4, Rule 53(4) ("The Tribunal shall consider all evidence adduced in relation to the circumstances in paragraph (3). The existence of third-party funding may form part of such evidence but is not by itself sufficient to justify an order for security for costs.")

<sup>③⑨</sup> See Darwazeh, *Supra* n 24, at 126.

<sup>④⑩</sup> Civil Law (Amendment) Act 2017, 5A.

<sup>④⑪</sup> 《2017年仲裁及调解法例(第三者资助)(修订)条例》, 98K.

<sup>④⑫</sup> 存在实质性修改的两处分别是 98G 和 98O。98G 删除了草案中对律师从事第三方资助的禁止规定,意味着香港律师不再受到《法律职业守则》中对第三方资助的限制,可以直接作为第三方资助的投资者。98O 规定律师提供仲裁资助时,其本身不能再代表仲裁中任何一方行事。

行为)守则》中明确了对第三方资助的披露和利益冲突的监管。<sup>④③</sup>为适应第三方资助的发展变化,新加坡的立法仅对个别核心问题作出了强制性规定,为将来立法调整留有充分空间。<sup>④④</sup>

香港的第三方资助立法是《2017年仲裁及调解法例(第三者资助)修订条例》,其中直接规定了第三方资助的合法性、实务守则和披露制度等。另外,香港采取制定“实务守则”的办法,由仲裁推广咨询委员会、第三方资助特设小组作为被授权机构,随着第三方资助的实践变化对“实务守则”进行修订或撤销。<sup>④⑤</sup>2019年2月,香港第三方资助的实务守则正式生效,标志着香港第三方资助的立法框架基本形成。<sup>④⑥</sup>

## 2. 披露制度

2013年在槟城举行的国际仲裁会议上新加坡大法官 Sundaresh 提出:在第三方资助的背景下,亚洲实际上缺乏任何形式的监管,在利益冲突、第三方资助的影响和披露制度上需要有效的指引。<sup>④⑦</sup>任何第三方资助的监管都应当主要集中于披露,披露是第三方资助监管的核心原则。在新加坡和香港的第三方资助监管中,披露制度是其中最为核心的部分,两地披露的相关制度比较如下表所示:

<sup>④③</sup> Legal Profession (Professional Conduct) Rules, 49A&49B.

<sup>④④</sup> 总体而言,新加坡对第三方资助的立法规制属轻度监管,仅设定核心规则而由行业探索、建立具体限制性规范指引。近三年来实践的良性发展一定程度上证明了新加坡立法模式的有效性:第一,第三方资助规范颁布后仅三个月即出现首例第三方资助仲裁案件,宽松的监管限制吸引众多国际诉讼融资机构在新加坡设立分支机构,推动新加坡国际仲裁业的发展;二,行业自我监管在实践中发挥积极作用,如新加坡仲裁员协会发布了第三方资助指引规范,就第三方资助的控制权、利益冲突和披露义务等问题进行专门规制,截止2020年6月该规范已得到12家国际诉讼融资机构署名支持;三,行业实践与立法部门形成良性互动,2018年新加坡司法部就第三方资助监管规则公开征求反馈意见,2019年司法部提出第三方资助规则得到实践普遍认可,并考虑将第三方资助规则扩展至新加坡国际商事法院的诉讼案件。See KC. Vijayan, *First third-party funding for S'pore arbitration case*, The Straits Times (1 July 2017), <https://www.straitstimes.com/singapore/courts-crime/first-third-party-funding-for-spore-arbitration-case>. Singapore Institute of Arbitrators Working Group, *Third Party Funding*, SI Arb (18 May 2017), <https://siarb.org.sg/index.php/resources/third-party-funding>. *Response Speech by Senior Minister of State for Law Edwin Tong at the Committee of Supply Debate 2019*, Ministry of Law (4 Mar. 2019), <https://www.mlaw.gov.sg/news/parliamentary-speeches/response-speech-sms-edwin-tong-cos-2019>.

<sup>④⑤</sup> 《2017年仲裁及调解法例(第三者资助)(修订)条例》, 98P.

<sup>④⑥</sup> 香港国际仲裁中心在2018年修改的仲裁规则基本遵循了立法规定,要求强制披露第三方资助存在和资助者身份,要求受资助者以书面形式及时告知其他当事人和仲裁庭,并应及时披露资助协议变化。See The 2018 HKIAC Rules, Article 44.

<sup>④⑦</sup> See Shaun Lee, *Chief Justice Menon's Keynote Address to CI Arb International Arbitration Conference*, Singapore International Arbitration Blog (Aug. 28, 2013), <https://singaporeinternationalarbitration.com/2013/08/28/chief-justice-memon-keynote-address-to-ci-arb-international-arbitration-conference>.

表 1 新加坡和香港第三方资助披露制度对比<sup>④⑧\*</sup>

主要方面	新加坡	香港
第三方资助定义	争议解决程序中,一方当事人或潜在当事人和第三方投资者签订协议,协议内容是提供部分或全部程序费用资助,以换取当事人或潜在当事人争议收入的部分利益或其他利益。	就仲裁提供仲裁资助,提供资助的情况符合以下说明:根据资助协议提供;向受资助方提供;由第三方资助者提供;借此以换取第三方资助者在限定情况下收取财务利益。
第三方投资者限制	具有资格的第三方投资者(Qualifying Third-Party Funder)。律师仍然被禁止作为第三方投资者。	资助协议中提供仲裁资助的一方,除协议外无任何获法律承认的利害关系。实务守则中进行一定限制。
是否应当披露	强制性披露	强制性披露
披露主体	受资助方	受资助方
披露时间	资助协议在争议解决程序开始前订立的,于程序开始时;资助协议在争议解决程序开始时或之后订立的,在可行时应当尽快披露。	资助协议在仲裁展开时或之前订立的,在仲裁展开时;在仲裁展开后订立的,订立协议后的 15 日内。资助协议完结(除仲裁完结)的,受资助方应于完结 15 日内发出书面通知。
披露对象	法庭/仲裁庭和其他的每一方	仲裁机构和仲裁的其他每一方
披露内容	第三方资助协议的存在,涉及资助费用的第三方投资者的身份和地址。	已订立资助协议,第三方资助者的姓名或名称。资助完结的应披露完结日期。
违反后果	第三方投资者不具有资格或违反规定的,不能实现资助协议中的权利。	不会仅因违反上述规定而在司法或其他程序中起诉。违反事项攸关任何法院或仲裁庭决定的问题,该法院或仲裁庭可考虑该事项。

\* 表格作者自制。

就第三方资助的定义而言,新加坡的定义显然是以第三方资助协议为核心。虽然在立法中也对第三者投资者作出了定义,但仅以“承担费用”和“非当事人”为简要概括。香港对第三方资助的定义采取了特征描述的方式,将第三方资助归纳为投资者、受资助者、资助协议和回报方式四大核心要素。需要注意的是,香港要求第三方资助必须有书面协议。<sup>④⑨</sup>这与之前国际组织较为通行的定义方式并不相同,如国际律师协会的《国际仲裁利益冲突指引》和国际商事仲裁委员会《国际仲裁中第三方资助报告草案》采取的定义方式都是以第三方投资者为核心。这说明国际仲裁中第三方资助的概念仍然存

<sup>④⑧</sup> 《2017 年仲裁及调解法例(第三者资助)修订条例》, Civil Law Act, Civil Law (Third-Party Funding) Regulations, Legal Profession Act.

<sup>④⑨</sup> 《2017 年仲裁及调解法例(第三者资助修订)条例》, 98H(a)。

在分歧,虽然概念的核心较为一致,但在定义角度上还有较大不同。由于目前第三方资助实践出现的时间尚短,还未能发现在不同定义角度下,披露制度是否产生差异结果。

在对第三方投资者的限制上,通过立法比较可以发现需要考量的两点因素:一是新加坡和香港都对第三方投资者进行了资格限定,限定方式主要是财务限定。<sup>⑤①</sup>香港要求第三方资助者备有足够的最低资本额,<sup>⑤②</sup>具备有效程序来处理利益冲突和受资助方的投诉,并且需要提交周年报表。新加坡则要求第三方投资者的仲裁投资必须是其主营业务,已缴股本不低于500万美元,且只能在国际仲裁程序或相关程序中进行投资。<sup>⑤③</sup>二是新加坡虽然对律师介入第三方资助的限制有所放松,但仍然禁止律师直接从事第三方资助投资。<sup>⑤④</sup>香港在立法过程中草案也禁止律师直接或间接提供仲裁资助,但之后根据法律改革委员会的建议删除了这一禁令。香港律师(包括大律师、事务律师和注册国外律师)可以担任资助者,但不能作为该仲裁案件当事人的代理律师。对第三方资助者的限定并不完全基于利益冲突,而更多地考量受资助者的保护和仲裁费用担保等问题。

对第三方资助进行强制披露是国际仲裁第三方资助监管的显现趋势,新加坡和香港均明确规定了披露的强制性义务。受资助方在双方当事人和仲裁员三方主体之间显然对第三方资助更为清楚,由受资助方承担披露义务也是应有之义。披露时间上,区分仲裁程序开始时是否存在第三方资助而决定披露时间也不存在疑问,区别只在于香港对于仲裁程序后签订资助协议的披露时间作出了明确规定。披露对象的争议主要是是否应当向对方当事人进行披露,新加坡和香港都支持披露对象应当包括对方当事人。进一步的争议在于,向对方当事人和仲裁庭的披露内容是否应当一致。当前披露内容只是第三方资助存在和第三方投资者的身份,因而向对方当事人披露上述内容不易引起仲裁保密性问题,尽管如此这可能仍有争议的空间。香港对资助协议完结的披露作出了专门规定。<sup>⑤⑤</sup>资助协议完结可能引发受资助方无力承担仲裁费用或裁决责任等问题,在已经披露存在第三方资助的情况下,披露资助完结对于仲裁程序继续运行具有重要意义。

当前国际仲裁中第三方资助披露的重要争议在于披露内容的范围。披露内容的范围有三种层次,一是只披露存在第三方资助,二是增加披露第三方投资者的身份信息,三是增加披露第三方资助协议的条款,其中又有只披露资助费用相关条款和披露协议全部条款的区分。这三种层次逐次递进,要求披露的内容范围逐层扩张。新加坡和香港采取了趋中的态度,即只披露第三方资助的存在和第三方投资者的身份,原因在于平衡利益

<sup>⑤①</sup> 目前第三方资助实践可能出现更为复杂的情形,如将仲裁案件组合证券化后出售给资本充足的第三方资助者,这可能为第三方资助者的资本监管带来更复杂的挑战。See Antje Baumann & Michael M. Singh, *New Forms of Third-Party Funding in International Arbitration: Investing in Case Portfolios and Financing Law Firms*, 7 *Indian Journal of Arbitration Law* 29, 32-35 (2019).

<sup>⑤②</sup> 在2019年生效的实务守则中要求第三方资助者至少备有2000万港币的可用资本。《第三者资助仲裁实务守则》2.5(2)。

<sup>⑤③</sup> Civil Law (Third-Party Funding) Regulations, 4(1).

<sup>⑤④</sup> Legal Profession Act, 107(3).

<sup>⑤⑤</sup> 《2017年仲裁及调解法例(第三者资助修订)条例》, 98V。

冲突的披露和仲裁保密性之间可能存在的冲突。仅就利益冲突问题而言,披露第三方资助的存在和第三方投资者身份已经足以满足披露需求。问题在于第三方资助还可能存在费用担保问题,因而是否应当披露资助协议的内容以及披露到何种程度在国际仲裁中仍然存在较大争议。本文将在下一小节对披露内容的争议作出进一步的讨论。

新加坡和香港都没有对违反披露义务的后果作出强制性规定。香港的做法是将这一问题转移给仲裁庭,由仲裁庭结合案件的具体事实作出决定。这是基于现实情况的考量,第三方资助发展的时间尚短,立法监管也并无国际经验可供借鉴,因而并没有进行较高强度的监管。香港明确提出当前对第三方资助的监管在条例出台的三年内采取“轻度监管模式”,在监管实践中研究是否应当进一步对第三方投资者进行监管的问题,如是否赋予第三方投资者陈情权、平等对待和正当程序等权利以及是否可在裁决要求第三方投资者承担不利费用等。<sup>⑤⑤</sup>

## (二) 第三方资助披露范围的实践争议

由于仲裁案件的保密性,涉及第三方资助且能够通过公开渠道查询到的国际仲裁案件较少,其中又主要是国际投资仲裁案件。<sup>⑤⑥</sup> 根据检索和统计,其中涉及第三方资助披露问题的部分案件如下表所示:

表 2 部分涉及第三方资助国际仲裁案件的披露情况 \*

国际仲裁案件	披露情况
<i>Oxus Gold v. Uzbekistan</i> <sup>⑤⑦</sup>	奥克斯公司公开宣称接受第三方资助,并披露了资助协议的具体内容。仲裁庭认为该资助对于仲裁程序没有任何影响。 <sup>⑤⑧</sup>
<i>S&amp;T Oil Equipment &amp; Machinery Ltd v. Romania</i> <sup>⑤⑨</sup>	仲裁庭要求披露资助协议内容。资助方停止支付仲裁费用,仲裁庭终止了仲裁程序。
<i>Eurogas v. Slovakia</i> <sup>⑥⑩</sup>	仲裁庭要求披露第三方投资者的身份以衡量是否存在利益冲突,但并未要求披露资助协议内容。申诉人应仲裁庭要求披露了第三方投资者身份。

<sup>⑤⑤</sup> 《政府对香港法律改革委员会〈第三方资助仲裁〉报告书的回应》,载香港特别行政区立法会网站, [https://www.legco.gov.hk/yr16-17/chinese/bills/brief/b201612301\\_brf.pdf](https://www.legco.gov.hk/yr16-17/chinese/bills/brief/b201612301_brf.pdf)。

<sup>⑤⑥</sup> 国际投资仲裁案件不涉及保密性问题。国际商事仲裁通常保密。除非进入法院执行或撤销裁决阶段,国际商事仲裁案件难以外人知晓。

<sup>⑤⑦</sup> *Oxus Gold v. Uzbekistan*, UNCITRAL Case, Press Release (Mar 1 2012).

<sup>⑤⑧</sup> 部分案件中仲裁庭均认为第三方资助不会影响仲裁程序。*Teinver and Autobuses v. Argentine*, ICSID Case No.ARB/09/1, Decision on Jurisdiction (Dec.21, 2012); *Giovanni and others v. Argentina*, ICSID case No.ARB/07/8, Decision on Jurisdiction and Admissibility(Nov.12, 2014); *Ambiente and others v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and Admissibility(Feb.8, 2013).

<sup>⑤⑨</sup> *S&T Oil Equipment & Machinery Ltd v Romania*, ICSID Case No ARB/07/13, Order to Discontinue Proceedings (Jul.16, 2010).

<sup>⑥⑩</sup> *Eurogas v. Slovakia*, ICSID Case no. ARB/14/14, Decision of the tribunal (Mar.17, 2015).

国际仲裁案件	披露情况
<i>Sehil v. Turkmenistan</i> <sup>⑥1</sup>	仲裁庭要求披露第三方投资者的身份和资助协议内容。在首次程序指令中,仲裁庭拒绝了要求申诉人披露第三方投资者身份和资助协议的请求。但在一年后的程序指令中,仲裁庭要求申诉人披露第三方投资者的身份,目的在于衡量是否存在利益冲突以及当事人资格问题。
<i>Guaracachi v. Bolivia</i> <sup>⑥2</sup>	被上诉人请求披露申诉人与第三方投资者之间的资助协议。仲裁庭拒绝了该请求,并且确信其与第三方投资者没有利益冲突。
<i>South American Silver Limited v. Bolivia</i> <sup>⑥3</sup>	申诉方自愿披露存在第三方资助,被诉方请求披露第三方投资者的身份和资助协议。仲裁庭要求披露第三方投资者的身份,但拒绝要求披露资助协议的具体内容。

\* 表格作者自制。

在不多的国际仲裁案件中,很难发现第三方资助披露存在明显而一致的脉络。资助协议通常包含保密条款,所以在没有仲裁庭披露命令的情况下,受资助者很少会主动披露第三方资助的存在。<sup>⑥4</sup> 这印证了新加坡和香港对第三方资助强制性披露的必要性,立法要求披露第三方资助不仅可以消减利益冲突导致的风险,而且能够减少仲裁中披露申请及审核的程序繁琐。

被上诉人申请披露的主要理由并不是利益冲突,而是费用担保问题。这可能是被诉人的仲裁策略所导致的现象,进一步探讨披露内容的范围问题有助于解释这一现象。就上述案件而言,要求披露协议内容的案件仅有 *S&T Oil Equipment & Machinery Ltd v. Romania* 一案,而这起案件的特殊性在于第三方投资者停止了仲裁资助,仲裁庭只能要求受资助者披露协议内容来决定仲裁程序能否继续进行。在绝大多数案件中,仲裁庭最终决定只披露第三方资助存在和第三方投资者的身份,<sup>⑥5</sup> 这种结果可以由下图所展示的结构来进行分析:

<sup>⑥1</sup> *Sehil v. Turkmenistan*, ICSID Case no. ARB/12/6, Procedural Order no. 2 (Jun.23, 2014), Procedural Order no. 3 (Jun.12, 2015).

<sup>⑥2</sup> *Guaracachi v. Bolivia*, PCA Case no. 2011-2017, Procedural Order no. 13 (21 Feb. 2013).

<sup>⑥3</sup> *South American Silver Limited v. Bolivia*, PCA Case No. 2013-15, Procedural Order no. 10 (Jan.11 2016).

<sup>⑥4</sup> See Willem H. Van Boom, *Third Party Financing in International Investment Arbitration*, SSRN (Dec.31 2011), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2027114](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2027114).

<sup>⑥5</sup> 在 *Sehil v. Turkmenistan* 一案中,虽然仲裁庭要求披露资助协议性质,但并没明确要求哪些条款需要披露,而哪些条款可以保密。Jean-Christophe Honlet, *Recent Decisions on Third-Party Funding in Investment Arbitration*, 30 ICSID Review 699 (2015).



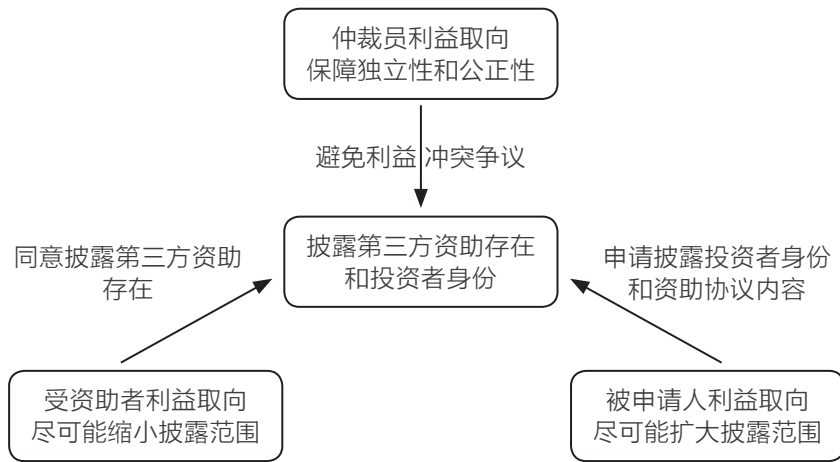


图1 披露范围的利益取向结构图\*

\* 作者自制。

如前所述,披露范围分为三种逐次扩展递进的层次:第三方资助存在、第三方投资者身份和资助协议内容。尽可能缩小披露范围对受资助者有利,尽可能扩大披露范围对被诉人有利,因而披露范围是双方博弈的空间。最终披露范围的决定并不取决于两者博弈的结果而是仲裁员的考量,两者博弈的空间中介入了仲裁员的利益博弈。仲裁员也存在“私益”取向,追求保障仲裁的独立性和公正性,从而维持仲裁程序的继续运行。更进一步地,仲裁员追求裁决结果的公正性,以保障自身的良好声誉。

实践案例中,相对方当事人请求披露第三方投资者身份往往采用利益冲突理由,而通常基于费用担保理由请求披露协议全部内容。被诉人以费用担保为理由申请披露的原因很明显,被诉人的仲裁策略在于尽可能扩大披露范围,因而选择费用担保为由才能尽可能要求披露资助协议内容。但披露协议内容显然严重影响受资助方和第三方投资者的利益。受到申请方的利益影响,仲裁员不会普遍性地支持费用担保披露申请。由于仲裁员的主要关切是利益冲突问题,必然倾向于要求披露第三方投资者身份。在三方主体的利益取向影响下,披露范围达致一个相对平衡点,即要求披露第三方资助存在和第三方投资者身份。任何偏离这个平衡点的决定都可能遭到受资助者或被诉人的强烈反对,而在该平衡点上,仲裁员的利益得到最大化实现。

在仲裁案件中也完全可以找到印证上述分析的观点。如 South American Silver 公司(以下简称 SAS)同意披露第三方投资者身份时提出:“SAS 的资助协议条款与仲裁争议无关,协议内容是保密且商业敏感的,披露协议内容会招致对 SAS 和投资者的偏见。”<sup>⑥⑥</sup>玻利维亚以费用担保为由申请披露资助协议内容时,仲裁庭认为“仅仅是第三方资助的

<sup>⑥⑥</sup> South American Silver Limited v. Bolivia, PCA Case No. 2013-15, Claimant Opposition to Respondent Request for Cautio Judicatum Solvi and Disclosure of Information (Dec 14, 2015).

存在不能构成需要判断费用担保的特殊情形”。<sup>⑥7</sup>综合分析国际仲裁案例和新加坡、香港立法,将披露范围控制在第三方资助存在和第三方投资者身份是适合当前第三方资助现实情况的。这样安排的合理之处在于解决利益冲突问题、保障仲裁公正性的同时,平衡了双方当事人的利益取向,而不至于在披露问题上遭到过于强烈的抗拒。

### 三、我国内地仲裁第三方资助披露规则的发展与争议

尽管我国《仲裁法》并未规定第三方资助的相关规则,近年来一些仲裁机构出于应对实践中可能存在第三方资助的情形、提升仲裁机构竞争力等因素的考虑,积极探索第三方资助的监管规则。我国内地仲裁机构对第三方资助的监管主要集中于国际投资仲裁规则,对第三方资助的披露程序、范围等形成了一些初步的规则。<sup>⑥8</sup>通过与前述国际仲裁规则的比较,我国内地第三方资助规则存在一些争议之处。

#### (一) 我国内地仲裁第三方资助披露规则的发展

总体而言,我国内地仲裁机构对于第三方资助的监管仍处于探索阶段,部分仲裁机构的第三方资助规则正逐步成型。深圳国际仲裁院在2019年修改的仲裁规则采取保守态度,并未直接将第三方资助纳入规则范畴,但在《谈判促进规则》中确立了第三方资助者的基本定位。<sup>⑥9</sup>中国国际经济贸易仲裁委员会2017年修订的仲裁规则明确了第三方资助的定义、披露和费用承担,将第三方资助纳入监管范围。<sup>⑦0</sup>该规则对披露义务的规定主要有两处发展:一是确立了第三方资助的披露程序和范围,要求受资助方当事人应毫不迟延地向对方当事人和仲裁中心披露第三方资助的事实、性质、第三方名称和住址;二是确立了披露第三方资助的后果,在仲裁费用裁决时仲裁庭可以考虑第三方资助情形以及当事人是否违反披露义务。

2019年北京国际仲裁中心在公开征求意见后正式发布《国际投资仲裁规则》,该规则是当前我国仲裁机构第三方资助监管最为详尽的规定。<sup>⑦1</sup>首先,规则要求受资助方向另一方当事人和仲裁庭书面披露第三方资助的存在,书面通知应于提交仲裁通知或答复后7日内提交,如第三方资助发生变化的应于7日内披露;其次,规则要求的披露范

<sup>⑥7</sup> 同上。

<sup>⑥8</sup> 本节涉及第三方资助在我国内地仲裁中的合法性、可行性和必要性问题,本文限于篇幅不展开讨论,仅就我国内地仲裁机构现有的相关规定进行论述。总体而言,我国法律虽未对第三方资助进行规制,也未作出禁止性规定。仲裁机构制定专门的仲裁规则可以促进我国第三方资助仲裁的良性发展,为之后的立法规制提供实践经验参考。参见覃华平:《国际仲裁中的第三方资助:问题与规制》,载《中国政法大学学报》2018年第1期。

<sup>⑥9</sup> 深圳国际仲裁院认为第三方资助者并非程序当事人,但如其试图参与谈判促进程序,“理由正当充分”的情况下,中心可以接受其申请。这一第三方资助者的地位表述相当模糊,既肯定了第三方资助者可能对于仲裁程序进程具有相当影响,又否定其当事人地位。参见《深圳国际仲裁院谈判促进规则》第十八条。

<sup>⑦0</sup> 《中国国际经济贸易仲裁委员会国际投资争端仲裁规则》第二十七条。

<sup>⑦1</sup> 《北京国际仲裁中心国际投资仲裁规则》第三十九条。

围较为广泛,除香港和新加坡仲裁中心要求披露的第三方资助存在和身份外,还要求披露第三方资助者是否承诺承担不利费用责任。<sup>⑦②</sup>最后,规则明确了第三方资助与费用问题之间的联系。规则提出仲裁庭考虑仲裁费用承担时可以考虑存在第三方资助情形及当事人是否违反披露义务要求,这基本沿袭中国国际经济贸易仲裁委员会投资仲裁规则要求。另外,规则还强调如第三方资助者未承诺不利费用承担责任,仲裁庭可以要求受资助方提交适当的费用保证金。该规则整体上符合当前国际监管的整体趋势,是对我国完善第三方资助监管规则的有益探索。

## (二) 我国内地仲裁第三方资助仲裁规则的争议

比较香港和新加坡国际仲裁中心、国际投资争端解决中心仲裁规则所代表的国际第三方资助监管的做法,北京国际仲裁中心《国际投资仲裁规则》的差别和争议主要有以下三点:

其一,该规则的披露范围包含不利费用责任承诺条款,是资助协议内容披露的突破性规定,但可能过度扩张了强制披露范围。客观上,不利费用责任承诺条款可以防范第三方资助的滥诉问题,<sup>⑦③</sup>防止第三方资助者“肇事逃逸”(hit-and-run),在仲裁结果不利于受资助方时逃脱不利费用责任。然而,核心问题在于不利费用责任条款应当属于强制披露范畴还是在仲裁程序中根据仲裁庭要求披露的范围?如果属于强制披露范畴,仲裁规则应当处理的是当事人保密权利与仲裁公正性、防止利益冲突之间的矛盾。<sup>⑦④</sup>如前所述,受资助方的保密权利不能超越仲裁公正性的要求,因而国际普遍认可第三方资助的强制披露义务,防范仲裁庭成员与第三方资助者可能的利益冲突。<sup>⑦⑤</sup>但是,不利费用责任承担条款与防范利益冲突之间并无关联,披露该条款无助于解决潜在的利益冲突问题。

事实上,与不利费用责任条款关系密切的是仲裁的费用担保问题。由于第三方资助者并非仲裁当事人,仲裁结果不能约束资助者,增加了另一方当事人仲裁费用风险。<sup>⑦⑥</sup>但费用担保的申请和审查程序并非仲裁的必经程序,如当事人提出费用担保申请,仲裁庭完全可在审查程序中要求受资助方披露资助协议条款,而无需事先要求受资助方强制披露。强制披露范围本质上是仲裁庭、双方当事人之间的利益平衡,仅就当前国际监管趋

<sup>⑦②</sup> 公开征求意见稿的披露范围要求较正式文件更为广泛,除前述规定外还要求披露第三方资助者及其最终控制人对仲裁结果的利益关系,即披露第三方资助者与受资助方的财务分配条款。在公开征求意见后,财务条款的披露招致反对意见,并在正式稿中删除。

<sup>⑦③</sup> See Lars Markert, *Security for Costs Applications in Investment Arbitration Involving Insolvent Investors*, 11 Contemporary Asia Arbitration Journal 217, 222 (2018).

<sup>⑦④</sup> See Oliver Gayner & Susanna Khouri, *Singapore and Hong Kong: International Arbitration Meets Third Party Funding*, 40 Fordham International Law Journal 1033, 1043 (2017).

<sup>⑦⑤</sup> See Khushboo Hashu Shahdadpuri, *Third-Party Funding In International Arbitration: Regulating The Treacherous Trajectory*, 12 Asian International Arbitration Journal 77, 92 (2016).

<sup>⑦⑥</sup> See Tsai-fang Chen, *The Outsider's Identity in International Commercial Arbitration - from the Group of Companies Doctrine and IBA Guidelines on Conflict of Interest to Adverse Costs Awards against Third-Party Funders*, 12 Contemporary Asia Arbitration Journal 21, 31 (2019).

势而言,强制披露不利费用责任条款倾向于保障未受资助方利益,而该披露义务可能损害受资助方保密权利且无助于仲裁独立、公正性要求。

其二,该规则明确仲裁庭决定费用承担时可以考虑第三方资助因素,与既有的国际仲裁规则实践也存在差异。该条款可能有两种解释:一种可能的解释是受资助方因接受第三方资助所支出或损失的利益在获得有利仲裁裁决时可以得到补偿,该支出被视为受资助方为仲裁付出的成本。然而该成本数额通常依循案件结果产生,在逻辑上不属于发起仲裁所带来的成本,除非有明确的法律规定,否则不应被视为发起仲裁的成本。<sup>⑦⑦</sup> 第三方资助也是资助方与受资助方的内部协议,其成本与利益分配应当局限于受资助方内部,而与另一方当事人无关。另外,另一方当事人在法律关系产生之时一般不能预见第三方资助情形,如要求另一方当事人就第三方资助损失予以补偿,则不合理地扩张了商业风险可预见范围。<sup>⑦⑧</sup>

另一种更可能的解释是仲裁庭决定费用时可以考虑第三方资助因素,增加受资助方的费用分担份额。<sup>⑦⑨</sup> 依照这一解释,该规则处理的是两种情形。第一种情形是受资助方未履行强制披露义务或履行披露义务存在迟延等瑕疵,因而要求受资助方承担违反义务的不利后果。在香港国际仲裁中心和国际投资争端解决中心规则中都可以推知或明确仲裁费用承担是对受资助方违反披露义务的惩罚性措施,在一定程度上可以防范受资助方不履行披露义务的风险。如受资助方违反披露义务,要求受资助方承担部分仲裁费用具有合理性,符合国际仲裁对于“败诉方承担诉讼费用”规则的突破趋势。<sup>⑧⑩</sup> 第二种情形是在受资助方未违反披露义务时,仲裁庭仍可考虑第三方资助因素要求受资助方负担仲裁费用。在这一情形下,仲裁庭要求受资助方承担仲裁费用份额不具有合理性。在受资助方履行披露义务的情况下,受资助方因第三方资助得到有利或不利裁决并未对另一方当事人利益产生明显不合理的影响。即便因第三方资助因素仲裁费用有所增加,除非费用增加超出合理标准,仲裁费用仍是仲裁程序常态运行后产生的正当费用,不应科予受资助方分担费用。另外,从仲裁机构竞争角度看,如果其他仲裁机构并未仅就第三方资助因素要求受资助方承担仲裁费用,受资助方和第三方投资者就可能选择其他仲裁机构进行仲裁,降低仲裁成本,削弱仲裁机构的竞争力。

其三,该规则并未厘清费用担保与第三方资助的复杂关系,过度简化了费用担保与第三方资助之间的联系。该规则提出如第三方资助者未承诺承担不利费用责任,仲裁庭在必要时可以要求受资助方提供费用担保。如前所述,费用担保可以防范第三方资助者

<sup>⑦⑦</sup> See Wolfgang Kühn & Hanneke Van Oeveren, *The Full Recovery of Third-Party Funding Costs in Arbitration: To Be or Not to Be?*, 35 *Journal of International Arbitration* 307, 312-315 (2018).

<sup>⑦⑧</sup> See Victoria Shannon Sahani, *Judging Third-Party Funding*, 63 *UCLA Law Review* 388, 439 (2016).

<sup>⑦⑨</sup> 《北京国际仲裁中心国际投资仲裁规则》第三十九条(五):仲裁庭在决定仲裁费用和其他费用的承担时,可以考虑存在第三方资助这一因素,以及接受资助的一方当事人是否遵守了第(二)、(三)、(四)款的要求。

<sup>⑧⑩</sup> See Alan Redfern & Sam O'Leary, *Why it is time for international arbitration to embrace security for costs*, 32 *Arbitration International* 397, 405 (2016).

的滥诉情形,在第三方资助产业快速发展的当下,费用担保规则有助于实现仲裁当事人的利益平衡。<sup>⑧1</sup>然而,问题在于不利费用承担条款并不能与费用担保产生直接的强关联。从既有仲裁实践来看,仅第三方资助存在本身就可能成为支撑受资助方资产情况不佳、不利裁决费用承担能力弱的证据,<sup>⑧2</sup>缺乏不利费用承诺条款不过是加强前述论证的证明之一。<sup>⑧3</sup>从规则实施来看,仲裁庭难以突破仲裁裁决的约束范围,即便第三方资助者承诺承担不利费用,也难以在仲裁裁决中直接要求第三方资助者承担不利费用,因而难以说明无需要求受资助方提供费用担保。<sup>⑧4</sup>因此,无论不利费用承担条款存在与否,都难以使仲裁庭产生对作出费用担保决定必要性的确信,过度强化两者关联缺乏支撑论证。

另外,该规则提出仲裁庭“必要时”可以要求受资助方提交费用担保的要件不够明确。该规则实际提出存在第三方资助时的费用担保决定应当具备“无不利费用承诺条款”和“必要”两个要件,在前一要件事实上难以构成审查费用担保有效性规则的情况下,“必要”要件的因素应当进一步明确。根据该规则第四十七条的规定,“必要”要件包含当事人遵守不利费用决定的能力及其他相关情况。这一表述也过度简化费用担保决定的考虑因素,仅就第三方资助情形而言,第三方资助者和受资助方的不利费用承担能力、意愿和行为等都有可能成为仲裁庭考虑要素,仲裁规则的模糊难以为第三方资助费用担保审查提供充分依据。

#### 四、我国内地第三方资助披露规则的完善路径

为应对国际第三方资助的快速发展态势,一方面从我国政府作为国际投资仲裁中的东道国和投资者的角度出发,应研究如何应对国际投资仲裁中的第三方资助问题;<sup>⑧5</sup>另

<sup>⑧1</sup> See Se-Jin Kim & Dae-Jung Kim, *Third Party Funding in International Arbitration and Its Most Current Development in Asia - Issue of Security for Costs and Its Main Cases*, 29 *Journal of Arbitration Studies* 77, 96 (2019).

<sup>⑧2</sup> See Lisa Bench Nieuwveld & Victoria Shannon Sahani, *Third-Party Funding in International Arbitration 14-15*, 2nd ed. Wolters Kluwer, 2017, p. 23.

<sup>⑧3</sup> 当然,部分仲裁庭并未因第三方资助存在而要求受资助方提供费用担保,仲裁庭明确“仅第三方资助存在不能说明费用担保的必要性”。而不利费用承担条款的存在或缺失是否可以完全影响费用担保决定在实践中仍存争议。另外,第三方资助已经成为受资助方仲裁风险分担和改善现金流的仲裁策略之一,第三方资助本身也并难以成为受资助方无偿能力的证明,因此国际投资争端解决中心明确第三方资助可作为费用担保申请的证据,但仍应充分考虑案件的其他相关因素。

<sup>⑧4</sup> See Oliver Gayner & Susanna Khouri, *Singapore and Hong Kong: International Arbitration Meets Third Party Funding*, 40 *Fordham International Law Journal* 1033, 1046 (2017).

<sup>⑧5</sup> 根据联合国贸易和发展会议发布的《世界投资报告》,2014年国际投资争端案件总和为608件,而2018年案件数量迅速增长到942件。这显然会刺激第三方资助在国际投资仲裁领域的活跃程度。随着“一带一路”倡议的推进,我国作为东道国面临国际投资争端案件增多的风险,试图通过双边条约禁止第三方资助的尝试是难以实现的,如何管控这一风险是亟待研究的重要问题。 *World Investment Report 2019*, United Nations Conference on Trade and Development (Jun.12, 2019), [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2019\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2019_en.pdf). See also *World Investment Report 2015*, United Nations Conference on Trade and Development (Jun.12, 2019), [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf).

一方面,我国内地仲裁机构也应当积极应对国际仲裁中的第三方资助,完善第三方资助披露规则,处理我国内地仲裁机构仲裁案件中可能出现的第三方资助情形。根据贸仲委发布的数据,近年来贸仲委受理的年均国际(涉外)仲裁案件数量为3000余件,<sup>⑧6</sup>第三方资助进入仲裁案件已是大势所趋,完善第三方资助的监管规则是引入国际仲裁规则和实践、推动“一带一路”国际仲裁中心建设的现实需要。

### (一) 明确第三方资助的强制披露程序

第三方资助的强制披露程序应当包括以下内容:第一,受资助方承担强制披露义务。强制披露是防范潜在利益冲突、避免仲裁裁决失去可执行性的核心制度。受资助方掌握第三方资助具体信息,应当负有强制披露义务。<sup>⑧7</sup>

第二,受资助方应当以书面通知形式向仲裁庭和另一方当事人披露第三方资助。如受资助方在选定或指定仲裁员之前向仲裁机构披露第三方资助,仲裁员应审查利益冲突情形,签署具备公正性与独立性的书面声明。受资助方在选定或指定仲裁员之后向仲裁庭披露第三方资助的,仲裁员如发现利益冲突情形的应书面通知仲裁机构和双方当事人,<sup>⑧8</sup>另一方当事人如提出第三方资助者与仲裁员存在利益冲突,应向仲裁机构提出回避、替换仲裁员申请。

第三,受资助方应毫不迟延地披露第三方资助,并持续披露第三方资助可能发生的变化。受资助方在仲裁开始前达成第三方资助协议的应立即告知仲裁机构。在仲裁开始后,如任一方当事人达成第三方资助协议或第三方资助发生变化的,应当毫不迟延地披露相关情形。

### (二) 明确第三方资助的强制披露范围,仲裁庭可作出披露要求

第三方资助的强制披露范围仍存争议。参考当前国际仲裁规则,第三方资助的强制披露范围应当平衡受资助方保密利益和仲裁独立、公正性要求,强制披露第三方资助者身份和地址是二者平衡点。披露第三方资助者身份和地址足以使仲裁庭和另一方当事人掌握资助者基本信息,防范潜在的利益冲突。受资助方应当毫不迟延地披露第三方资助者身份和地址,如受资助方迟延披露,仲裁庭应作出要求披露决定。

仲裁庭在仲裁过程中认为确有必要要求披露资助协议部分或全部相关内容的,仲裁庭可作出要求披露决定。其中的主要情形可能是另一方当事人提出费用担保申请,仲裁庭审查费用担保申请时可要求受资助方披露资助协议的不利费用承担、控制权、收益分

<sup>⑧6</sup> 《中国国际商事仲裁年度报告2018-2019》,载中国国际贸易促进委员会网站, [http://www.ccpit.org/Contents/Channel\\_4131/2019/1112/1220259/content\\_1220259.htm](http://www.ccpit.org/Contents/Channel_4131/2019/1112/1220259/content_1220259.htm)。

<sup>⑧7</sup> See Jennifer A. Trusz, *Full Disclosure: Conflicts of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration*, 101 *Georgetown Law Journal* 1649, 1675 (2013).

<sup>⑧8</sup> See Sarah E. Moseley, *Disclosing Third-Party Funding in International Investment Arbitration*, 97 *Texas Law Review* 1181, 1200 (2019).

配等必要内容。<sup>⑧</sup>如受资助方提供了其他证据证明其不利费用承担能力或另一方当事人费用担保必要性证据明显不足的,或有其他方式足以使仲裁庭确信受资助方不利费用承担能力的,仲裁庭不应要求受资助方披露协议内容。

另外,受资助方在披露第三方资助后资助协议发生变化的,强制披露范围仍为第三方资助者的身份和地址,主要包括第三方资助者撤回资助、更换第三方资助者等情形。如仲裁庭已作出部分条款的要求披露决定,则该部分条款发生变动时仍应向仲裁庭和另一方当事人披露。

### (三) 受资助方如违反披露义务应承担费用分担责任

受资助方违反强制披露义务的应承担相应责任,主要形式可确定为承担部分仲裁费用和其他费用责任。强制披露义务应相应规定违反义务的惩罚性措施,以应对受资助方违反披露义务的情形。受资助方违反披露义务的可能情形主要是隐瞒存在第三方资助、迟延披露第三方资助存在和资助者身份。如受资助方违反披露义务,仲裁庭在考虑仲裁费用分配时应考虑违反情形,增加受资助方应当承担的费用份额。

如受资助方不存在违反披露义务的情形,仲裁庭在考虑仲裁费用分配时不应考虑第三方资助本身的影响。受资助方因接受第三方资助所支出的额外费用不应纳入仲裁费用范畴,受资助方应自行承担第三方资助费用。除第三方资助明显增加仲裁费用且增加费用超出合理范畴外,第三方资助所导致的仲裁费用仍应按照常规费用分配规则处理,不应要求受资助方承担增加部分的仲裁费用。<sup>⑨</sup>

### (四) 应妥善处理第三方资助与费用担保之间的关系

第三方资助行业的发展推动了费用担保规则完善的需要,仲裁机构应当进一步明确存在第三方资助情形案件的费用担保规则。<sup>⑩</sup>一般而言,第三方资助本身可以成为证明受资助方缺乏不利费用承担能力的证据之一。<sup>⑪</sup>如仲裁庭认为有进一步要求披露资助协议不利费用承担条款、控制权条款和收益分配等内容的必要,仲裁庭可发出要求披露决

<sup>⑧</sup> See Rachel Denae Thrasher, *Expansive Disclosure: Regulating Third-Party Funding for Future Analysis and Reform*, 59 Boston College Law Review 2935, 2946 (2018).

<sup>⑨</sup> 事实上,实证研究表明第三方资助仲裁案件的仲裁费用并未高于一般案件。原因可能在于第三方资助者为获得良好的投资回报尽可能提升仲裁程序效率,从而减少仲裁程序延长可能带来的额外费用。See Marie Stoyanov & Olga Owczarek, *Third-Party Funding in International Arbitration: Is it Time for Some Soft Rules?*, 2 BCDR International Arbitration Review 171, 191 (2015).

<sup>⑩</sup> 费用担保在国际仲裁实践中一直饱受争议,仲裁机构只有在有限的情形下可能要求一方当事人提供费用担保。仲裁机构是否有权发出费用担保决定存在争议,而资产情况恶化的一方当事人可能虽满足费用担保要件却无法提供费用担保。See Jeffrey Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Wolters Kluwer, 2012, p.650. 第三方资助者可能的滥诉问题需要费用担保规则予以制约,第三方资助的介入使费用担保的正当性和必要性得以显现。See Christine Sim, *Security for Costs in Investor-State Arbitration*, 33 ARB International 427, 438 (2017).

<sup>⑪</sup> *RMS Production Corporation v Saint Lucia*, ICSID Case No ARB/12/10, Decision on Saint Lucia's Request for Security for Costs (13 August 2014).

定,作为审查费用担保申请的证据材料。<sup>93</sup>

仅第三方资助存在不足以使仲裁庭发出费用担保决定,仲裁庭仍应结合案件具体情况考虑以下因素:<sup>94</sup>第一,受资助方的不利费用承担能力,主要考虑受资助方的资产变动等因素;第二,受资助方对不利费用的承担意愿,包括受资助方是否存在积极、明确的不利费用承担意愿;<sup>95</sup>第三,发出费用担保决定可能对受资助方的影响,包括费用担保是否实质阻却了受资助方继续仲裁的能力,以及受资助方的费用承担能力是否受到另一方当事人违约的不利影响等,从而保障受资助方获得公正裁决和救济的能力;第四,双方当事人的行为,包括受资助方和第三方投资者是否存在逃脱不利费用承担裁决的先例等,防止可能发生的滥诉情形。

#### 四、结 语

利益冲突和披露义务是国际仲裁第三方资助发展所面临的核心问题,随着第三方资助的迅速发展,披露制度的主流规范逐渐形成。<sup>96</sup>第三方资助与传统融资方式存在显著差别,第三方资助者与仲裁员的利益冲突可能损害仲裁的公正性和独立性,因而第三方资助的披露具有一定必要性。当前主要争议是第三方资助披露的范围,国际组织的规则和指引均对第三方资助涉及的披露问题进行了相应规定,但在披露义务和范围设定上显现审慎态度。

中国香港和新加坡新修订的监管规定均允许国际仲裁中的第三方资助,并就披露制度作出专门规定。两地对第三方资助者的财务资格进行了一定限定,且规定了受资助方的强制披露义务、披露对象、披露时间和违反后果。两地均要求披露第三方资助存在和资助者身份。结合第三方资助仲裁案件分析,第三方资助存在、资助者身份和资助协议内容是三种逐渐递进的披露范围,而目前主流的披露要求是披露资助存在与资助者身份。

近年来我国内地仲裁机构积极引入、探索第三方资助规范,第三方资助的披露规则初步形成。随着“一带一路”倡议的推进和设立国际争端解决机制的构建,我国内地仲裁机构具有完善第三方资助规范的现实需要。我国内地仲裁机构可充分参考香港、新加坡和国际投资争端解决中心的监管经验,对于披露义务主体、披露时间和违反后果等作

<sup>93</sup> See Gary J. Shaw, *Third-party funding in investment arbitration: how non-disclosure can cause harm for the sake of profit*, 33 *Arbitration International* 109, 115 (2017).

<sup>94</sup> See Alan Redfern & Sam O'Leary, *Why it is time for international arbitration to embrace security for costs*, 32 *Arbitration International* 397, 409-412 (2016).

<sup>95</sup> See Nadia Darwazeh & Adrien Leleu, *Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding*, 33 *Journal of International Arbitration* 125, 144 (2016).

<sup>96</sup> See Elayne E. Greenberg, Hey, *Big Spender: Ethical Guidelines for Dispute Resolution Professionals When Parties Are Backed by Third-Party Funders*, 51 *Arizona State Law Journal* 131, 138-148 (2019).



出明确规定。我国内地仲裁机构应积极适应第三方资助的国际发展态势,构建良好的第三方资助监管规则,从而推动“一带一路”国际仲裁中心建设。

---

---

**Abstract:** Conflict of interest in third party funding and disclosure rules are the frontier legal issues in international arbitration. Due to the potential conflicts of interest between the third party funders and arbitrators, there is a need for the disclosure rules. Both Singapore and Hong Kong have incorporated mandatory disclosure rules of the identities of third party funders as well as the disclosure obligation, timing, and consequence. Some arbitration commissions in China also introduced disclosure rules. However, these rules may be over expansive and unclear about the relationship between the third party funder and the bearing of costs and guarantee. There is a need to improve these rules, and in particular, clarify the consequence of disclosure and security of fees, with the aim of promoting international arbitration.

**Keywords:** third party funding; conflict of interest; disclosure; regulation

---

---

(责任编辑:李兵)

# 国际投资仲裁中非法获取文件的可采用性研究

裴洋 金孟歆\*

---

**内容提要** 近年的国际投资仲裁中,非法获取的文件的可采用性如何认定,成了仲裁庭在审理时遇到的难题。与国内诉讼中的法官们不同,国际投资仲裁中的仲裁庭不能仅仅以来源非法直接否定文件的可采用性。实践中,大多数仲裁庭会依据自由裁量权,适用《IBA取证规则》对具体证据问题进行审查。根据这一规则,仲裁庭应初步推定该非法获取的文件具备可采用性,然后审查案件中是否存在某些可能排除这些文件的因素。而哪些因素是仲裁庭需要审查的,现有规则中没有明确指出,但可参考此前审理国际投资案件的仲裁庭对这一问题的处理,从而明确应重点关注涉及“清白原则”“免征特权”和“证据价值”的具体情形。最后,综合以上分析,仲裁庭可得出非法获取的文件是否具有可采用性的结论。

**关键词** 国际投资仲裁 证据规则 非法获取的文件 可采用性

---

## 一、绪论

近年来的国际仲裁实践,特别是国际投资仲裁案件中,越来越多的当事人会于取证阶段提交并申请仲裁庭采用通过非法方式获取的文件作为证据。

“非法获取的文件”(illegally obtained evidence)<sup>①</sup>是指由一方当事人直接或间接通过非法的手段取得后,申请仲裁庭采用的文件。对于投资仲裁中的投资者而言,这一方当事人申请采用的非法获取的证据若放在国内民事诉讼的程序中,国内法院通常会根据国内民事诉讼证据规则而裁定不予采用。而对于东道国一方而言,由于在国内民事诉讼中不涉及国家公权力的介入,这一方当事人申请提交非法获取的文件为证据的问题就只能在国际投资仲裁的领域内讨论了。

那么,国际投资仲裁中是否可以采用非法获取的文件为证据?如果可以,现有规则中是否可以找到非法获取的文件可采用性的认定规则呢?如果仅有原则性规定而没有

---

\* 裴洋,北京师范大学法学院副教授,法学博士;金孟歆,北京师范大学法学院硕士研究生。

① Nathan O'Malley, RULES OF EVIDENCE IN INTERNATIONAL ARBITRATION: AN ANNOTATED GUIDE 24 (1st ed., 2012): 大部分学者都避免直接称国际仲裁中的此类证据为 unlawful evidence 或者 illicit evidence,此外作者认为,对该类证据的中文描述应避免直译为“非法证据”,这是为了防止与国内诉讼中的非法证据混淆。

具体判断方法,那么参照此前对此有过讨论的案例是否可以得到答案呢?这些具体的案例中,有哪些因素是仲裁庭在判断能否采用时一定会考虑的呢?

以下,本文作者将首先从理论层面对国际投资仲裁的特性进行论述,进而阐明非法获取的文件在国际投资仲裁中是可以被采用的初步结论;然后根据《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》(Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States,以下简称“《华盛顿公约》”)的《仲裁程序规则》和《国际律师协会取证规则》(IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration,以下简称“《IBA 取证规则》”)的既有规则,分析得出非法获取文件如果被采用则应具备的条件以及不被采用的可能情形;最后通过案例分析法,结合四个典型案例中仲裁庭对非法获取文件采用与否的处理,总结出导致非法获取文件不予采用的可能情形。文末,《华盛顿公约》的《仲裁程序规则》作为广泛适用于国际投资争端解决的规则,作者认为应完善其中的证据审查规则,以帮助审理国际投资仲裁案件的仲裁庭更高效、公正地裁判。

## 二、非法获取文件可采用性的理论探讨

### (一) 国内民事诉讼: 不予采用

在国内民事诉讼中,当事人提交的非法获取的证据基本上都不会被采用。以我国民事诉讼为例,虽然不似刑事诉讼中明文规定了“非法证据排除规则”,但在民事诉讼法的条文字里行间仍能显示出这种精神。例如民事诉讼法第四十九条中“当事人必须依法行使诉讼权利”以及第六十四条中“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据,或者人民法院认为审理案件需要的证据,人民法院应当调查收集”。

从上述规定可以看出,当事人以及诉讼代理人采用非法方式获取证据的行为,都属于违反法律规定的行为。实践中,通过该违法行为获取的证据不能够作为判决的依据,换言之,此类证据不能被采用。

### (二) 国际投资仲裁: 权衡利弊后可以采用

国际投资仲裁不同于国内民事诉讼。最为显著的,便是当事人地位的不同。

相比较于民事诉讼中双方均为地位平等的自然人或者法人,国际投资仲裁中不同体现在一方是作为东道国的国家,而另一方是作为投资者的法人。从取证能力看,作为东道国的一方当事人显然更具备通过非常规手段获取另一方当事人在本国投资过程中留存的、甚至是仲裁开始之后产生的数据或实体信息的能力。正是因为国家主权对于取证带来的巨大影响,通过滥用国家公权力的管理能力而获取的文件到底能否被采用就不再是单纯的民事诉讼中平等地位前提下的证据可采用性问题了。

此外值得注意的是,近年来由于“维基解密”及类似网站的出现,本处于不利地位的投资者一方当事人也可以通过上面公布的东道国外交电讯找到有利于己方的数据信息,进而申请提交相关文件作为仲裁庭裁决时依赖的证据。这一新趋势的产生也使得在

国际投资仲裁背景下非法获取的证据可采用性分析不能沿用传统民事诉讼的证据规则来处理了。

此外,国际仲裁中不必依照国内证据法审查证据可采用与否的问题,换言之仲裁庭可以去接纳法院严格不接纳的证据。同样的态度也体现在下文要提到的专门性证据指引里,其中对于证据可采性的讨论都是先推定该文件可以被采用,再审查是否出现了不予采用的情形,如果仲裁庭认为确实存在才会宣布相关文件不予采用。

虽然证据可采用性审查条件明显比国内诉讼宽松,但与国内诉讼相同,国际仲裁对于证据的审查也遵循“程序正义”(due process)的原则。而与国内民事诉讼不同的是,程序正义原则在国际仲裁中的含义被明确为仲裁庭必须平等对待当事人,以及仲裁庭必须给予当事人合理的机会来陈述案情。这两层含义与证据的处理有直接关系。

换言之,如果一方提交的非法获取的文件没有被仲裁庭采用,那么这一方当事人可能会以没有被给予合理陈述案情的机会为由,主张仲裁程序违反了程序正义基本原则,进而主张撤销这份裁决。即便是当事人自己没有依据《承认及执行外国仲裁裁决公约》(the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards,以下简称“《纽约公约》”)中的第5条第1款第2项中的规定主张撤销相关裁决,受理申请的法院如果发现原本裁决中不予采用相关文件为证据的行为会严重影响本国公共秩序,那么依然可以以《纽约公约》第5条第2款第2项为依据,撤销有问题的裁决。

国际投资仲裁在证据规则的审查标准上与一般国际仲裁保持一致,即可采用性标准相对宽松。但与其他国际仲裁相比,国际投资仲裁对以下两个原则的强调更为突出:其一是程序透明,其二是程序正义。这也使得国际投资仲裁对非法获取的文件可采用性的审查比其他类型的国际仲裁更为复杂。

国际投资仲裁中程序透明原则的重要性在联合国国际贸易法委员会编订的《贸易法委员会投资人与国家间基于条约仲裁透明度规则》(UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration,以下简称“《透明度规则》”)这一专门规则的制定中得到了回应。为了增加仲裁的透明度,国际投资争端解决中心(International Center for Settlement of Investment Dispute,以下简称“ICSID”)在2006年修改后的《仲裁程序规则》第48条第4款新增一条要求,即秘书处应及时在其出版物中公布所有仲裁庭裁决理由的摘要,而公开仲裁程序的行为无需得到当事人的同意。因此,作者认为就对程序透明度的要求而言,国际投资仲裁要远高于国际商事仲裁。故对于非法获取的文件的审查,仲裁庭必须谨慎考虑在采用该证据之后,其内容被公开可能造成的负面影响。

程序正义原则的含义基本保持与国际仲裁中的一般解读一致,但在国际投资仲裁中程序正义被当作基本原则严格遵守。尽管投资仲裁裁决的承认与执行不适用《纽约公约》的规则,但违反该原则做出的裁决同样逃不开被撤销的命运<sup>②</sup>。《华盛顿公约》的《仲

<sup>②</sup> See *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Philippines* (ICSID Case No. ARB/03/25), Decision on the Application for Annulment, para.133 (2010).

裁机构规则》第 52 条明确规定了裁决可以申请撤销的有限情形,而其中就包括仲裁程序严重违背基本原则。考虑到程序正义与证据的处理有直接关系,为了确保裁决做出后不被撤销,仲裁庭必须在追求事实真相的同时,审慎考虑是否采用非法获取的文件为证据。

综上所述,在国际投资仲裁中,宽松的证据审查标准使得非法获取的文件并非像在国内民事诉讼中那样绝对不能被采用。但这也不意味着国际投资仲裁中提交的任何非法获取的文件都可以被采用,仲裁庭在裁量时除了要考虑到程序正义这一基本原则,仲裁庭还必须考虑程序透明原则下非法获取的文件在采用后被公开的影响。下文将总结在处理这一复杂问题时仲裁庭可以适用的《华盛顿公约》中的规则及其他指引性证据规则。

### 三、非法获取文件可采用性的法源依据

#### (一) 仲裁庭的自由裁量权

在国际投资仲裁中,仲裁庭对证据问题的处理享有广泛而灵活的自由裁量权。例如在《华盛顿公约》的《仲裁程序规则》(ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings—Arbitration Rules)的第 34 条规定,仲裁庭对任何提交的证据可采用性以及证据的价值有绝对的自由裁量权。实践中仲裁庭处理具体证据问题常常通过行使 34 条赋予的自由裁量权,参考其他指引性规范进行审查。

#### (二) 《IBA 取证规则》

实践中大部分仲裁庭根据自由裁量权所找到的指引性规范,就是《IBA 取证规则》。《IBA 取证规则》虽然不是正式的国际条约或其他有强制性的法律规则,但作为取证环节的“最佳实践”(best practice),《IBA 取证规则》凭借仲裁庭行使其自由裁量权可以适用于仲裁程序<sup>③</sup>。

根据《IBA 取证规则》第 9 条第 1 款,仲裁庭在证据的可采性、关联性、重要性和证据价值上有充分的自由裁量权。这条规定填补了 34 条中的空白。仲裁庭在认定证据可采用性时,要考虑证据与案件的关联性以及对裁决的重要性。换言之,只有与案件有关且对裁决结果有影响力的证据,才可以被采用。而与案件的关联性越大、对裁决结果的影响越大的证据,其证据价值自然就越高。

结合《IBA 取证规则》的条款与相关学者评注之后可以发现,判断某一非法获取的文件是否可以采用为证据时,除非该文件符合《IBA 取证规则》第 9 条第 2 款中列明的情形,否则仲裁庭均应予以采用。具体来看,非法获取文件不可采用的情况主要有以下五种:

<sup>③</sup> See Reto Marghitola, DOCUMENT PRODUCTION IN INTERNATIONAL ARBITRATION 35 (1st ed., 2015): 在对来自 30 个国家的 173 名仲裁员进行的调查中, 43% 表示他们参照程序令或其他规定,在他们审理的几乎所有或大多数仲裁案件中使用了《IBA 取证规则》, 42% 则表示他们会在自己审理的一部分仲裁案件中适用这一规则仲裁事项。

第一,文件内容与案件之间缺乏足够的关联性,或者其内容没有对最终裁决的做出产生足够的影响;第二,仲裁庭认为在该文件上存在应该被尊重的免证特权;第三,仲裁庭认为该文件蕴含商业或技术秘密,并且保护这些秘密的必要性足以抵抗任何要采用它们的理由;第四,仲裁庭认为该文件涉及到特殊的政治或组织敏感性信息(包括政府列为机密的文件),并且保护这些信息的必要性足以抵抗任何要采用他们的理由;第五,仲裁庭认为以经济高效的方式推进仲裁程序、公平平等地对待当事人的要求足以抵抗任何要求采用该文件的理由。

而在上述第二种情况下存在免证特权的情形可能有以下五种:

第一,文件是当事人用于向律师寻求法律意见的需要而产生的,且这种沟通的秘密性需要被保护;第二,文件含有为解决争议进行谈判的过程中透露的秘密信息,且这些信息需要被保密;第三,当事人与律师在文件产生时希望上面包含的信息被保密;第四,文件中的信息从未在之前被披露过、也从未被相关人员正面引用过;第五,在双方来自不同的法律或道德体系时,保持两方地位平等的需要。

#### 四、审查非法获取文件可采用性的实践经验

如前所述,《IBA 取证规则》中对非法获取的文件采用与否的一般态度是应该采用,但如果出现第九条第 2 款中的情形就不予采用该文件。

在审理真实的国际投资争端时,仲裁庭根据个案中的复杂事实,对导致非法获取文件不予采用的情形进行着谨慎的权衡。下文将梳理几个典型案例中对非法获取的证据可采用性的审查过程及结论,最终归纳出可能影响非法获取的证据的可采用性的因素。

##### (一) 实际案例中对可采用性的审查

###### 1. Methanex 诉美国

“Methanex 诉美国”<sup>④</sup>一案是以《北美自由贸易协定》(North American Free Trade Agreement, 以下简称“NAFTA”)为背景的案件。在本案中,仲裁庭对“加利福尼亚州的环境问题法规是否侵犯了 NAFTA 所保障的加拿大公司 Methanex 的权利”这一实体争议进行了审查。全球最大的甲醇生产商 Methanex 声称加利福尼亚州禁止使用或销售汽油添加剂 MTBE 的行为破坏了其投资,继而 Methanex 根据 NAFTA 第 11 章向美国提出:由于该禁令违反了第 1102 条“国民待遇原则”(national treatment obligation)、第 1105(1)条“最低待遇标准”(minimum standard of treatment)和第 1110(1)条“征收和赔偿”(expropriation and compensation),因此应赔偿 Methanex 被侵犯了的权利。最终,法庭认为本案不存在违反 NAFTA 中相关条款的情况,并且 Methanex 的主张在在实体问题上无法律依据。

<sup>④</sup> *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits (August 3 2005).

此外,在诉讼中 Methanex 试图申请仲裁庭采用其通过“垃圾箱潜水”(dumpster diving)获得的与某个特定的游说组织相关的文件为证据,以支持其主张。但经过审理,仲裁庭中的全部三位仲裁员均认为 Methanex 实施了非法行为,并因此拒绝采用该非法获取的证据。在裁决的说理部分,仲裁庭认为该行为无异于美国滥用其情报系统来监视投资者,却将监视所得材料提交仲裁庭并请求采用。因此, Methanex 申请仲裁庭采用其通过非法渠道获得的证据材料也是错误的。

随后,仲裁庭还强调了诚实信用义务和公平正义的基本原则在国际仲裁中的重要地位,并认定允许 Methanex 违反诚实信用义务而将非法获取的文件引入仲裁程序是错误的, Methanex 在仲裁程序中非法获取证据的行为违反了任一方国际仲裁的当事人都追求的正义和公平的基本原则。

此外,在决定是否采用非法获取的证据时, Methanex 一案的仲裁庭认为除了上述两个原则之外,证据对裁决的重要性也必须纳入考虑范围,具体而言包括两个方面:一是证据对于改变裁决结果的影响力有多少,二是其他替代证据是否存在。由于在 2004 年 6 月的听证会中,仲裁庭认为通过非法方式获得的文件在支持 Methanex 案件方面仅具有微弱的影响力,且在本案中还存在其他直接的口头和文件证据,均叙述了和该文件证明内容相关联的其他事实。由此可见,通过非法方式获取的这一文件该案件裁决结果的影响力微乎其微。

总结 Methanex 一案的论证过程,有三点结论值得注意:其一,在任何时候某一证据是通过非法方式获取的这一点并不能够直接导致该证据被排除在考虑范围之外;其二,参照衡平法中的“清白原则”(Clean-Hands Doctrine),亲自实施非正当手段获取证据的当事人拥有“不干净的手”,因此对相关非法获取的证据不予采用的可能性极高;其三,对于非法获取的证据可采性的分析除了考虑“清白原则”之外,还要考虑该证据对裁决的影响力。

## 2. Libananco 诉土耳其

“Libananco 诉土耳其”<sup>⑤</sup>一案是以《能源宪章条约》(Energy Charter Treaty,简称“ECT”)为背景的国际投资仲裁案件。塞浦路斯公司 Libananco 受益于与土耳其政府的特许协议,持有两家土耳其公用事业公司即 Cukarova Elektrik Anonim Sirketi (CEAS) 和 Kepez Elektrik Turk Anonim Sirketi (Kepez) 的股份。2003 年 6 月,土耳其取消了特许协议并接管了一部分属于特许经营者的设施。土耳其试图通过争辩 CEAS 和 Kepez 违反其在特许协议下的义务、并拒绝与土耳其当局合作来证明其上述行为的合理性。

Libananco 于 2006 年 2 月向 ICSID 提出投资索赔,声称土耳其违反了 ECT 中的相关承诺。法庭认定其对案件缺乏管辖权并驳回了诉讼请求。

然而,案件虽然还在进行中,但土耳其当局显然持续在拦截 Libananco 的电子通讯,

<sup>⑤</sup> *Libananco Holdings Co Limited v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/06/8, Award (September 2 2011); Decision on Annulment (May 23 2013).

包括 Libananco 与其法律顾问之间的电子通讯。据了解,土耳其以这种方式获得了大约 2000 份具有法律特权和保密的电子邮件。土耳其声称,这种监督与和本场仲裁无关的洗钱调查有关。Libananco 对此并不认同,并表示土耳其已经创建了一个滥用其主权权力以获得不公平的程序优势的难以令 Libananco 承受的局面。Libananco 表示:“申请人无疑受到了偏见,因为希斯利检察官已经审查了在本次仲裁过程中 Libananco 向其律师发送的数百封电子邮件。希斯利检察官是土耳其政府的一部分,履行政府职能,由土耳其政府控制……被申请人意图偏见或故意以监督为名,使得申请人在仲裁中的权利受到歧视……无论被申请人的意图如何,被申请人的监督效果一直使得申请人在本次仲裁中受到了偏见……将被申请人排除在仲裁的这一阶段程序之外是仲裁庭平衡竞争环境的唯一手段……”。

土耳其坚持认为,监督活动与投资仲裁无关,截获的文件(包括法律文书的草案版本)从未与处理仲裁的国家检察官办公室的部门共享。土耳其得出结论是 Libananco 没有受到歧视。仲裁庭认定:这些指控和反指控触发了 ICSID 仲裁程序的核心原则,必须慎重地遵照原则处理。受影响的原则包括:基本程序公正,尊重保密和法律特权(实际上是根据《华盛顿公约》第 21 条和第 22 条给予当事人,其律师和证人的豁免权);各方均有权自由和不受干涉地寻求建议和推进各自的案件。

基于这些原则,仲裁庭首先强调了保密和法律特权的重要性以及各方当事人公平和善意地推进仲裁的义务,并认为有必要排除所有特权和保密通信。最后仲裁庭得出结论:仲裁应重视特权和商业机密,如果在不正当获取特权或机密信息的情况下相关文件仍被采用,可能导致严重偏见。因此除了排除不正当获取的信息外,法庭可考虑提供其他补救措施。

最后仲裁庭裁决如下:经仲裁庭审查,与申请人 2008 年 2 月 29 日提交的请求有关的所有特权文件和信息将被排除在本场仲裁采用的证据之外。任何可能在本场仲裁的未来诉讼程序中引入证据的特权文件或信息,以及因拥有特权文件或信息而获得的任何证据都将被排除在外。因此,法庭下令必须销毁国家检察官截获的与仲裁有关的任何来往电文。

### 3. Caratube 诉哈萨克斯坦

在“Caratube 诉哈萨克斯坦”<sup>⑥</sup>一案中,Caratube 提出赔偿请求,请求的原因是政府终止了 Caratube 开发哈萨克斯坦一个油田的许可证。2000 年,哈萨克斯坦能源和矿产资源部与一家黎巴嫩公司的合并承包商石油和天然气公司 SAL (CCC) 签署了 Caratube 油田的石油勘探和生产合同。两年后,CCC 将合同转让给了 Caratube 国际石油公司 (CIOCI),这是一家拥有美国大股东的哈萨克公司。该合同于 2008 年被能源部终止,并

<sup>⑥</sup> *Caratube International Oil Company LLP & Mr. Devinci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/13/13, Award (June 5 2012); Decision on the Annulment Application of Caratube International Oil Company LLP (February 21 2014).



声称 CIOC 违反了合同规定的义务。CIOC 随后根据“哈萨克斯坦—美国双边投资协定”(Kazakhstan—US BIT) 提起仲裁,声称能源部已经没收了其投资,哈萨克斯坦当局一再骚扰 CIOC,其员工和其他个人。法庭最终裁定支持 Caratube,并要求哈萨克斯坦一方赔偿 3920 万美元。

在诉讼过程中, Caratube 试图提交其通过第三方黑客攻击哈萨克斯坦政府 IT 系统后在互联网上公开发布的数据信息为证据。具体设计的网站名为“KazakhLeaks”,在该网站上黑客上传了大约 60000 份文件。而 Caratube 自身没有参与黑客攻击,只是试图提交其中 11 份文件。但其中包括至少 4 份文件是免证特权所涵盖的文件。对此,哈萨克斯坦明确表示反对他们提交泄露的文件,并要求仲裁庭宣布所有“被盗文件”(泄露的文件被 Caratube 在其申请中称为“被盗文件”)不予采用。

2015 年 7 月,法庭做出了采用所有不含免证特权的文件为证据的决定。

#### 4. ConocoPhillips 诉委内瑞拉

在“ConocoPhillips 诉委内瑞拉”<sup>⑦</sup>一案中,奥里诺科的石油开发权和相关资产的前持有人要求委内瑞拉支付征收行为带来的损害赔偿金。这项赔偿请求的原因是委内瑞拉将 ConocoPhillips 拥有利益的三个石油项目国有化。

仲裁庭经过审查,支持了投资者一方 ConocoPhillips 的主张,认定委内瑞拉非法剥夺了他们的投资并且违反了善意谈判的义务,即委内瑞拉没有能在公平市场价值的基础上提供或立即给予赔偿。但随后委内瑞拉政府提出,仲裁庭在 2013 年 9 月 3 日的决定属于就赔偿责任做出的裁决,而不是《华盛顿公约》下的“裁决”,应该将该决定描述为“临时”或“初步”,因此,申请仲裁庭重新考虑该决定。

而该申请是基于委内瑞拉政府发现的一个新事实。为了用该新事实支持己方的主张,委内瑞拉提交了在“维基解密”上公布的美国驻加拉加斯大使馆的外交电讯。这份电讯显示,委内瑞拉曾经试图与申请人真诚地进行谈判,包括对征收的赔偿事宜。关键的是,这份“维基解密”公布的电讯内容完全颠覆了仲裁庭先前的事实调查结果。

尽管通过“维基解密”获取的证据构成了委内瑞拉申请的关键部分,但仲裁庭在裁决书中除了拒绝委内瑞拉的申请,对可否采用获取的电讯内容作为证据这一关键问题却保持了沉默。这种沉默被 J. H. Boykin 和 M. Havalic 认为是仲裁庭关于这种非法获取的证据可采用与否的隐含决定,即不予采用。

然而,阿比萨博教授(Georges Abi-Saab)作为仲裁员对此提出了强烈的异议,他认为当对真相的追求极为重要时,仲裁庭如果过度关注其来源的非法性而造成证据被排除,就是对正义的歪曲。

<sup>⑦</sup> *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30, Interim Decision (January 17 2017); Decision on Respondent's Request for Reconsideration (March 10 2014); Dissenting Opinion of Georges Abi-Saab (March 10 2014).

## （二）可采用性审查的实践经验总结

基于对《IBA 取证规则》中提供的导致非法获取的证据不予采用的因素的分析,结合上述四个典型案例,作者认为在实践中仲裁庭可以通过审查以下三种情形的存在与否,判断对非法获取的文件是否最终不予采用。

### 1. 申请一方直接以非法的手段获取该文件

第一种情形涉及“清白原则”,在“Methanex 诉美国”、“Libananco 诉土耳其”以及“Caratube 诉哈萨克斯坦”三个典型案例中仲裁庭对该原则均有所讨论。

“清白原则”常作为抗辩理由被没有违反公平规范的一方援引,含义是违反公平规范的人(通常也被描述为拥有“不干净的手”的人)不能寻求法律的救济。而在非法获取的证据相关问题上,仲裁庭将该原则的含义引申为:要求采用非法获取证据的一方当事人若是直接参与了获取证据的不当行为,则该证据不应该被仲裁庭采用。

在“Caratube 诉哈萨克斯坦”一案中,由于 Caratube 并没有直接攻击哈萨克斯坦政府的系统,而是从第三方黑客进入政府系统取得大量文件并公布在网上之后,从相关网站上找到了对己方有利的文件,仲裁庭认定其拥有“干净的手”,因此对 Caratube 申请提交的文件予以采用。

而相反地,在“Methanex 诉美国”一案中,由于 Methanex 一方亲自做了从他人的垃圾桶中翻找信息的行为,因此仲裁庭判定申请提交证据的一方当事人拥有“不干净的手”,不予采用其获取提交的相关文件为证据。

同理,“Libananco 诉土耳其”一案中土耳其政府亲自实施了监听行为,因此获得的信息不仅没有被仲裁庭采用,还被要求全部删除。

综上,若一方当事人直接实施或参与了非法获取的行为,那么该文件是不可以被采用为证据的。

### 2. 采用该文件导致免证特权或敏感性机密受损

第二种情形是对免证特权的讨论。上述“Libananco 诉土耳其”以及“Caratube 诉哈萨克斯坦”两案中均有涉及。

在“Libananco 诉土耳其”一案中,由于相关文件均涉及免证特权,所以全部文件都没有被仲裁庭采用。同理,在“Caratube 诉哈萨克斯坦”一案中,从仲裁庭仅采用了不含免证特权的文件可知,仲裁庭仍必须“为特权文件提供最大程度的保护”。

根据《IBA 取证规则》第九条第 3 款对免证特权的展开说明,免证特权主要存在于律师向当事人提供法律意见的文件以及谈判期间当事人内部沟通的文件中;而根据《IBA 取证规则》第九条第 2 款,敏感性机密指的是政府或者社会组织的保密文件所载信息。一旦文件内容涉及免证特权,那就意味着该文件的披露会由于特权的存在而被豁免,这是为了促进当事人与律师之间坦诚沟通的目的使然。此外,国际投资仲裁中一方主体的特殊性决定了如果在不正当获取机密信息的情况下相关文件仍被采用,可能引发其它领域的不良后果,所以一旦文件涉及到敏感性信息,通常不会被采用,同时仲裁庭还会使用一些保护措施来防止相关信息二次广泛泄露出去。

### 3. 该证据的价值不超过因其采用而被侵害的利益价值

第三种情形其实是对公平正义和当事人权益的终极平衡,即采用该文件带来的好处与不采用而免于受损的利益之间的权衡。

正如阿比萨博教授对“ConocoPhillips 诉委内瑞拉”一案的最终裁决在外交电讯可采性上缄口不提这点提出强烈质疑时所论述的,如果“维基解密”电讯的内容会彻底改变原有局面,且其中对情况细节的描述完全符合我们对其他记录内容的了解,则这份电讯因为极可信地还原了对双方谈判的完整叙述,应该被采用。

换言之,若一份非法获取的文件在其关联性和重要性上的价值超过了对方受损害的权利,那么就应该采用该文件为证据。

## 五、对完善证据规则的建议

综上所述,本文认为考虑到非法获取的文件的特殊性,未来对《IBA 取证规则》的相关内容再次进行修订时,应该在其中加入专门处理非法获取证据的可采性问题的规则。具体审查步骤上建议考虑本文两个部分研究的得出结论:

第一步,非法获取的文件并不是必然被国际投资仲裁排除在外的。仲裁庭需要先推定该非法获取的文件可以被采用。

随后进入第二步,仲裁庭需要审查是否存在以下不予采用该文件的情形:第一,审查申请提交该证据的一方当事人直接参与了非法获取该证据的行为;第二,该文件之上存在免证特权或含有政治敏感性信息,且仲裁庭认为上述特权或敏感性信息不应该被披露;第三,该文件与争议的关联性和对裁决的重要性,无法超过那些不予采用该文件才能得到保护的特定利益的价值。

一旦第二步具体审查中存在任意三者之一的情形,则该文件最后不应被仲裁庭采用,反之如果该文件上不存在这三种情形,那么仲裁庭应最终裁定该文件可以被采用。

---

**Abstract:** Recently, in the international investment arbitration, how to determine the admissibility of illicitly obtained evidence has become a difficult problem for the arbitral tribunal. Unlike the judges in domestic litigation, the arbitral tribunal should not exclude such document simply because of its illicit origin. In practice, the tribunal always exercises its discretion and refers to IBA Rules to decide upon evidence problem. Accordingly, the tribunal should preliminarily presume that the illegally obtained document could be admitted; then, it should consider whether any factor existed could probably deny the admissibility of such document. Here, the tribunal is also recommended to review those essential factors, which had been emphasized by the tribunals of four previous arbitrations, namely the “Clean-Hands Doctrine”, the “privilege of refusing to testify”, and the “probative value”. Finally, after

considering all these factors, the arbitral tribunal could make its decision upon the admissibility of illegally obtained documents.

**Keywords:** international investment arbitration; evidence rules; illegally obtained evidence; admissibility

---

---

(责任编辑:刘 纲)

# 鉴往知来,砥砺前行

## ——回顾中国贸促会、中国国际商会调解中心发展历程 展望中国商事调解发展前景(上)

穆子砺\*

---

**内容提要** 成立于上个世纪八十年代的中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心(CCPIT\CCOIC Mediation Center)以下简称“调解中心”)是中国第一家独立的商事调解机构,她的诞生在整个中国调解史上具有划时代的历史意义。调解中心的发展历程就是整个中国商事调解发展变化的缩影和晴雨表,具有标志性的意义。三十多年来,经过几代热爱调解事业的人们励精图治、艰辛努力,取得了一些成绩,但也面临着诸多的困难和挑战。商事调解作为多元化纠纷解决机制的重要组成部分,必将发挥越来越重要的作用。大力发展商事调解事业、加强和完善商事调解的组织建设和制度建设,其重要性毋庸置疑。“温故而知新,鉴往而知来”,回顾调解中心的发展历史并总结一些有益的经验加以借鉴;检视商事调解发展过程中存在的困难和挑战并研究相应对策;展望商事调解未来发展前景并认识到商事调解的社会价值所在,从而使商事调解更好地在整个多元化纠纷解决机制中发挥应有的作用,具有重要的现实意义。

**关键词** 商事调解 历史回顾 前景展望

---

### 第一部分 回顾篇:忆往昔峥嵘岁月稠

调解中心成立于1987年,当时定名为中国国际促进贸易委员会北京调解中心,(Beijing Conciliation Centre),2000年起更名为现名<sup>①</sup>。

三十多年来,调解中心在商事调解领域做了许多具有开创性的工作,在组织建设、制度建设和工作方法对外交往等方面,为中国的商事调解发展积累了诸多可供借鉴的宝贵

---

\* 穆子砺,博士、教授、研究员,享受国务院政府特殊津贴专家,曾任中国贸促会/中国国际商会调解中心秘书长,现任北京市康达律师事务所高级顾问、中国法律咨询中心调解中心高级顾问、中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员、中国贸促会/中国国际商会调解中心调解员、中国仲裁法学研究会理事等。

① 1999年8月16日召开的调解中心主席会议讨论通过并上报中国贸促会批准,自2000年起调解中心正式更名为中国国际贸易委员会/中国国际商会调解中心,简称总会调解中心或调解中心。“北京调解中心”的称谓已成为历史。

经验。

调解中心的发展历史大体可分为三个时期：（一）筑基织网，建章立制——基础建设时期（1987—1996）；二、固本拓基，生枝繁叶——业务拓展时期（1997—2007）；三、爬坡过坎，坚定前行——持续发展时期（2008— ）。。

三十多年来，调解中心的具体工作可概括为如下几个方面：

### 一、时代需求应运而生，筑基织网纲举目张

1987年在中国贸促会内设立专门的商事调解机构，是为了适应中国当时日益深化的改革开放的形势，在更大的范围和更高的领域适应中国改革开放和建立社会主义市场经济的需要，不断改善中国的贸易投资环境，进一步完善仲裁与调解相结合的体制与做法，以达到为中外当事人及时、快捷地解决商事纠纷之目的<sup>②</sup>。

中国国际贸易促进委员会 (CCPIT, 英文全名 China Council for the Promotion of International Trade), 是全国性对外经贸促进机构, 在全国各地乃至世界各地均有分支机构。考虑到这一特点和优势, 调解中心成立不久即通过贸促会的平台陆续在贸促会各分支机构设立地方调解中心。

1990年贸促总会在系统内法律工作会议上明确提出：“为了进一步开展我国国际经济贸易调解工作，目前，有需要并有条件的分会可以考虑成立调解机构”。1991年9月5日，贸促总会发出《关于贸促会地方分会成立调解机构有关问题的通知》（“九五通知”。）该通知主要包括了这么几方面的内容：拟成立调解机构的分会，必须贯彻“确有必要、条件具备和积极稳妥”的原则；调解机构应设立秘书处。并配备必要的工作人员；调解机构应建立一支调解员队伍。调解员应从对国际经济贸易和 / 或法律等方面具有专门知识、有一定外文水平、办事公正、能贯彻执行国家的方针政策、能力较强并能参与实际办案的具有中级以上（含中级）专业技术职称的涉外经贸和法律界人士中聘任。调解员推荐表报经总会审核认定后，由分会向调解员颁发聘书。调解员工作守则将由总会另行制定；已成立的调解中心，统一适用总会制定的调解规则和收费标准，此收费标准经有关部门批准后另行下发；分会调解中心在政策和业务上直接受总会调解中心的指导。

自1992年起，中国贸促会 / 中国国际商会陆续在其全国各省、市、自治区及一些主要城市的分（支）会设立调解中心。

在1994年11月的全国贸促会系统调解工作会议上，总会调解中心发布《关于健全贸促会系统调解工作体系的几点意见》。该“意见”全面总结了总会调解中心已成立的各分会调解中心的工作情况，对一些具体问题进行了论述和廓清，如：调解中心设立的报批程序、调解中心的组织机构、调解员的资格审核、贸促会系统调解中心的性质、总会

<sup>②</sup> 调解中心成立的依据：中国贸促会章程第二十七条明确规定：“在中国贸促会内设立调解中心，受理民商事、海事调解案件”。

调解中心和分会调解中心的关系、调解规则和调解收费等。

1998年,调解中心专门向各分会下发了《98贸促法字第274号通知》,该“通知”明确了总会与分会的关系及其具体的管理模式,指出,“各分会调解中心要在已取得成绩的基础上继续努力,发挥贸促会系统调解网络的优势,在解决商事纠纷,改善投资环境,调解中心是设在中国国际商会及其分会的独立解决中外当事人经济纠纷的中立机构。总会的调解中心在政策上、业务上对分会调解中心进行指导,执行这项工作的具体部门是总会调解中心秘书处。”全系统调解中心使用统一的调解规则和调解员守则,执行统一的收费标准(按照国家财政部、国家物价总局批准的收费表)。各调解中心独立受理案件,各自聘任本中心的调解员,各调解中心均设有秘书处,负责调解业务的行政管理和日常事务。总会对分会调解中心的指导体现在以下几个方面:1、负责对地方调解机构的审核、批准;2、制定并修改调解规则;3、对分会调解业务的调研和指导;4、组织调解理论和实务的研讨;5、负责组织全系统的对外交流与合作;6、召开全系统调解会议及组织有关的重大活动;7、制定并修改调解员和秘书处守则;8、调解员资格的审查。

截止2019年年底,全系统共建立了五十多个调解中心,覆盖了全国的主要地区,遍布祖国的大江南北、长城内外。调解网络是总会与分会共同构筑的一个宏大的系统工程<sup>③</sup>。贸促会系统调解网络的建立体现了其适应了我国经济贸易发展和经贸领域纠纷解决的客观需要,同时也体现了贸促会领导的高瞻远瞩和长远视野。

## 二、建章立制规范运作,锻造队伍强化内功

为保证调解中心工作的有序进行,总会调解中心于1992年制定了《调解规则》和《调解员守则》,1998年制定了《秘书人员工作守则》等规范性文件统一适用于各调解中心。2000年、2005年和2012年对上述文件进行了数次修改与完善。现行的相关规范性文件既注重吸收国际上商事调解的先进做法,又充分考虑到中国商事调解领域的实际情况,力求做到系统、合理、高效。

关于调解员的聘任制度,实行各中心分别聘任制。总会调解中心与各分会调解中心分别在当地吸纳各界人士担任调解员,包括政府、司法界、经贸界、金融界以及教学、科研部门的专家、学者、律师等。目前,总会调解中心共有调解员900多名。

调解中心重视调解员培训工作。调解中心自成立以来,几乎每年都会举办调解员培训活动。近年来,每年举办培训的频次大幅增多。以2019年为例,该年全系统各调解中心共举办29场培训,培训调解员956人次。总会调解中心还举办了CCPIT-CEDR调解技能高级课程及认证培训班,即英国有效争议解决中心(CEDR)与中国贸促会调解中心在我国合办的培训认证班。对于获得英国有效争议解决中心和中国贸促会调解中

<sup>③</sup> 目前中国贸促会调解中心建立有52个地方和行业调解中心、90多个办事处,与国外21个对口机构建立了多双边联合调解机制,已成为贸促会与一百多个国家建立的380多个多双边机制的重要组成部分。中国贸促会调解中心是最高人民法院首批纳入“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制的两家调解机构之一。

心双重认证的国际商事调解员,可纳入中国贸促会调解中心“一带一路”专家调解员名册。同年11月,总会调解中心还同新加坡调解培训机构合作,提供面向贸促系统各调解中心工作人员的内部培训,提升系统内部工作人员调解技能技巧,以期更好地胜任商事调解工作<sup>④</sup>。

### 三、宣传推广调解理念,内引外联搭建平台

调解中心对宣传、推广工作常抓不懈。调解中心建有自己的网站,通过各种栏目,以生动、具体的方式,向社会展示调解中心。网站内容包括中心介绍、调解指南、理论探索、ADR专区、案例分析、国际合作、最新动态等。调解中心与中外诸多媒体都建立了长期的合作关系,遇有重大活动这些媒体的记者都会积极参加并做及时报道。

调解中心重视与社会各界建立广泛的联系,积极开展横向联合,争取社会各界的广泛支持。调解中心在广泛、深入进行调研的基础上向全国人大、全国政协提出调解立法建议并会同其它相关单位多次举行研讨会、论证会;对全国人大、全国政协转来的其它法律草案提出建议和意见;参与最高人民法院建立和完善多元化纠纷解决机制工作,承担研究项目的子课题;与商务部“中国企业境外商务投诉服务中心”开展业务合作,以期实现资源共享,优势互补,联合办案,共同发展之目的;与司法部共同探讨人民调解与商事调解作为中国两支重要的调解队伍,如何共同为社会的稳定、和谐发挥着各自的作用。共同探讨中国调解事业的发展方向、完善机制以及调解业务中的具体问题;调解中心已成为国务院台湾事务办公室组织的“台商权益保障工作联席会议”的成员。这是一个关于台湾同胞权益保障工作机制,通过这个机制,可以实现妥善处理具体的涉台经贸纠纷;调解中心多次派人参加国务院法制办举办的全国仲裁工作会议和中国仲裁法学研究会举办的活动,与仲裁界的同仁们进行广泛、深入地交流,积极探讨仲裁与调解的业务合作;调解中心与中国工商联、中国工经联以及各有关商协、会如电力、纺织、汽车、建筑、物业管理等行业开展广泛的业务交流。各分、支会调解中心也通过举办和参加各种活动不失时机地宣传推广商事调解业务,提高贸促会系统调解网络的知名度和影响力。

调解中心一贯重视对广大企业的宣传推广,近年来在此方面力度不断加大。以2019年为例,全系统各调解中心共开展120多场面向企业和社会的商事调解宣传或培训,参与人数近18000人次。在当今全球经济下行压力加大和贸易保护主义抬头的形势下,企业对于商事纠纷的预防和解决更加关注尤其注重纠纷解决的实效性。经过不断加深对商事调解的理解,广大企业认识到诉讼、仲裁与调解都是纠纷解决的不同方式,根据纠纷特点可选择不同的方式。而商事调解的许多特点和优势,正在越来越得到企业的青睐和选择。

<sup>④</sup> 转引自:《2019年贸促会系统调解工作报告》。



#### 四、开展多维对外交流,广泛构建联合调解

作为贸促会系统的常设纠纷解决机构,调解中心自成立之初即非常重视国际交流活动,且成为其经常性的一项工作,每年都会派员出席业内的国际会议和各种研讨会。1995年3月,时任调解中心副主席的唐厚志先生出席了由世界知识产权组织(WIPO)在日内瓦举办的调解研讨会,唐厚志教授在会上发表了“仲裁与调解相结合”的专题演讲。被誉为“东方经验”的“仲裁与调解相结合”理念开始得到国际的重视。同年10月,唐厚志副主席出席了在韩国首都汉城召开的国际商事仲裁委员会(ICC)大会。会上,唐厚志教授发表了题为:《是否存在一种扩展着的文化,它赞成仲裁与调解相结合或者仲裁与解决争议的替代办法(ADR)相结合?》,积极倡导调解理念,提出在国际上存在着一个正在成长着的赞成、支持仲裁与调解相结合的文化。在其后的几十年中,唐老常年活跃在国际舞台上,为中国的调解理念鼓与呼,为调解事业的发展殚精竭虑、夙夜在公,丹心一片,激情永燃。正是由于有了像唐老这样对中国的商事调解事业抱着极大热情的广大同仁们常年的不懈努力,春风化雨,热血融冰,使中国所倡导的调解文化已在国际上得到广泛认可并付诸实践,让“东方之花”开遍全球<sup>⑤</sup>。

调解中心摸索创造了中外联合调解合作模式。早在1987年,调解中心(当时叫北京调解中心)即与设立在德国汉堡的北京-汉堡调解中心签署了合作协议,同时制定了北京-汉堡调解规则,适用于双方共同调解涉及中德当事人的案件。这是最早的中外调解机构之间“联合调解”的模式。截至目前,调解中心几乎与国际上主要的调解(仲裁)机构都建立了不同程度的合作关系,并积极摸索中外联合调解合作模式。调解中心先后与德国、美国、阿根廷、英国、瑞典、韩国、加拿大、香港、澳门、日本、意大利、新加坡等多个国家和地区的相关机构签署了合作协议,建立了合作关系并与相关海外机构建立了联合调解机制:分别与大韩商工会议所、加中贸易理事会、澳门世界贸易中心、美国国际争议预防与解决协会、意中商会及米兰仲裁协会联合成立了中韩商事争议调解中心、中加联合调解中心、内地与澳门商事调解中心、中美商事调解中心、中意商事调解中心等签订联合调解协定,约定以调解的方式解决中国当事人和来自合作机构所在国家或地区的当事人之间发生的商事争议。联合调解是贸促会系统调解中心独创的一种调解模式,这种模式不仅为跨地区、跨国的经贸纠纷采用调解的方式解决争议搭建了便利之桥,而且可以消除不同国家或地区的当事人对不同文化背景和法律环境的调解员可能产生的顾虑。<sup>⑥</sup>

1995年1月,调解中心加入了国际商事仲裁联合会。自2001年起,调解中心每年都派人出席“国际律师联盟调解论坛”调解中心论坛(The Forum of Mediation Centres),讨

<sup>⑤</sup> 唐厚志先生于2020年3月与世长辞,享年九十五岁。这是中国乃至世界仲裁与调解界的重大损失。本人曾有幸在唐老身边工作多年,其崇高的品德和对事业热爱的精神一直令我刻骨铭心并成为激励着我人生奋斗不竭之动力。为此,本人写下如下诗句以缅怀这位国际仲裁、调解事业的先驱和导师:七律 缅怀唐老 慈容宛在君已走,中外同悲失爱叟。知行并举闻四海,仲调结合达五洲。厚德恒存昭日月,志远永续耀春秋。九五驾鹤功德满,懿范垂宇佑金瓯。

<sup>⑥</sup> 由贸促会调解中心首创的“联合调解”模式,最初仅限于中外商事调解机构之间,后来扩展到总会调解中心与分会调解中心之间以及贸促会系统调解中心与其他系统调解机构之间。

论进一步推广“解决争议的替代方法”(Alternative Dispute Resolution, 简称ADR)的途径和对策。调解中心都要接待来自世界各国以及香港、澳门、台湾地区的相关机构或人士。

“他山之石,可以攻玉”,通过广泛的对外交流、考察活动和参加国际会议,调解中心与国际同行实现了业务合作、信息共享、经验交流、学术探讨之目的,共同促进国际商事调解事业的不断发展<sup>⑦</sup>。

## 五、调处纠纷服务企业,积极拓展业务领域

贸促会系统各调解中心通过办理调解案件,调处各类商事纠纷,在为中外当事人排忧解难,维护当事人的合法权益,改善当地的投资环境等方面发挥了重要作用。

截止目前,调解网络已处理一万余件各类商事调解纠纷。<sup>⑧</sup>近年来,每年办理案件都在1000件左右。2019年全系统共受理商事调解案件3008件,比2018年增加840件,增幅38.74%。

调解中心落实“仲裁与调解相结合”的做法,即当事人之间发生纠纷通过调解中心的调解之后,当事人之间达成和解协议,然后按照简易仲裁程序,作成裁决书,实现了在业务上的调解与仲裁的对接。<sup>⑨</sup>

贸促会系统各调解中心受理的商事调解案件体现出以下几个特点:

1. 总体来看,案件数量不多,标的额不大:从数量上看,从每年的几百件到千余件到几千件,虽呈现上升趋势,但仍不尽人意。从标的额上看,以2019年最高的一年为例,该年贸促系统各调解中心所受理案件的争议总额人民币37.32亿元,平均标的额为人民币124万元,约为全国各仲裁委受案标的额的一半左右<sup>⑩</sup>。

2. 案件来源和种类:来自法院委托诉调对接案件2386件;独立承接或由相关商协会、驻华使领馆等转送案件622件;涉外案件数量为514件,涉及45个国家和地区,其中包括37个“一带一路”沿线国家和地区;全系统受理的案件中,贸易纠纷案件为

⑦ 调解中心作为主场举办比较重大的国际活动:2005年7月15日,中国贸促会调解中心与美国国际争议与预防解决协会(CPR)共同在北京长城饭店举办“中美商事调解大会”。全国律师协会、商务部、司法部、最高人民法院、国务院法制办等领导出席。美国使馆、美国商会、美中贸易理事会等代表出席。共计200名中外嘉宾参加了会议。会议以“推广商事调解,促进和谐社会”为主题,取得圆满成功;2007年8月,中国国际商事调解论坛暨调解员培训班在河北石家庄召开,此次论坛是庆祝我会调解中心成立20周年的重要活动之一。由总会调解中心、中国贸促会河北分会及河北调解中心、中国国际经济贸易仲裁委员会、新加坡国际仲裁中心联合主办。中外嘉宾近200人出席。论坛期间,调解中心还与新加坡国际仲裁中心签署了合作协议;2019年10月,国际调解高峰论坛在重庆市召开,中国贸促会、最高人民法院、司法部、新加坡律政部、香港律政司、重庆市人民政府等领导出席论坛开幕式并致辞。论坛吸引了来自11个国家和地区的近400多位律师、调解员、仲裁员、法学专家、企业法务等专业人士出席。以上活动、论坛均取得了丰硕成果,影响良好。

⑧ 调解中心的网络建设是逐步进行的,上个世纪九十年代成立了30多家分支会调解中心,2000年前后是40多家,目前是52家。许多调解中心成立初期进行了许多基础性工作,各地区存在发展不平衡的现象,加之其他因素,故在调解案件的数量上不如人意。近年来情况大有起色,前景乐观。

⑨ 参见本文后面:“商事调解与商事仲裁——协同配合,相得益彰”。

⑩ 转引自:《中国国际商事仲裁年度报告(2017)》,2017年全国仲裁委平均个案标的为人民币223万元,目前全国共有255家仲裁委员会。

1278 件,占比 42.49%,主要体现为产品质量纠纷、货款纠纷等,知识产权案件为 664 件,占比 22.07%,此外投资争议、股权转让及其他方面争议等也占有一定比例。

3. 不同时期受理的商事调解案件表现出不同的特点,具有鲜明的时代特征:上个世纪九十年代,主要是投资、贸易、“三来一补”,以及运输、保险等纠纷;2000 年前后,房地产、工程承包、金融、证券方面的纠纷增多;近年来,贸易纠纷和知识产权纠纷占比较大。由于中国贸促会一直以来专业从事促进对外贸易、双向投资和经济技术合作等工作,所以贸易纠纷解决一直在调解中心受理的案件当中占有较大的比例。目前,我国经济已由高速增长阶段转向高质量发展阶段,正处在转变发展方式、优化经济结构、转换增长动力的攻关期。而知识产权工作已成为中国加快转变经济发展方式、保障和推动创新型国家建设的重要动力。为此,贸促系统各调解中心顺应形势,在调解解决知识产权纠纷上加大力度,因此,此方面的纠纷比例逐渐增多。<sup>①</sup>

从纠纷当事人的选择情况来看,由于商事调解的优势并没有被广大企业所充分认可,特别是在执行力度方面,是令当事人望而却步、敬而远之的重要因素。因此,“重诉讼(仲裁),轻调解”的观念仍然比较严重,故导致商事调解的市场份额比例甚微。但仍会有当事人选择调解中心,究其原因主要有如下方面:有的当事人在观念上对“打官司”有抵触情绪和畏惧情绪,害怕“打官司”,即不愿意去诉讼或仲裁,担心打官司会影响自己名声、名誉;有的当事人因为资金紧张而打不起官司,面对高昂的诉讼费、仲裁费以及律师费望而却步;有的纠纷因案情复杂,当事人感到胜诉的把握不大,不敢打官司,担心一旦输了官司,落个“人财两空”;有的案件,因年代久远,经手多人,合同不正规,财务混乱属于“坏帐”、“呆帐”、“死帐”查证极为困难,无法打官司;有的案子由于没有仲裁条款或虽有但无效,无法进入仲裁程序,但又想解决纠纷,于是选择调解;也有的当事人出于长远利益考虑也会选择调解的方式。<sup>②</sup>为此,从事商事调解工作的同志要善于发现那些“潜在的”商事调解当事人,通过自己的用心工作,努力使之浮出水面成为现实的商事调解当事人。

## 第二部分 检视篇:拔剑四顾心茫然

众所周知,中国人自古以来即有着尊崇“和为贵”、“和气生财”、“和气致祥”、“息讼”、“厌讼”、“无讼”等思想观念和善于定纷止争的历史传统。中国首创的“诉讼与调解相结合”、“仲裁与调解相结合”的理念和做法,为国际同行所称道,享有“东方经验”、“东方一枝花”的美誉。国际上的同行就是因研究和学习这个行之有效的做法而使得 ADR 的蓬勃兴起和迅猛发展,现在反过来影响着中国的商事调解。然而,从几十年

<sup>①</sup> 转引自:《2019 年贸促会系统调解工作报告》。

<sup>②</sup> 参见《国际商事调解文集》(主编:杨华中、穆子砺、何贵才),穆子砺:“试论商事调解当事人”中国出版集团现代教育出版社,2007 年 8 月。

来中国的商事调解发展过程来看,虽有了一定程度的发展且取得了一些成绩,但从总体上看情况并不如人意。究其缘由,笔者认为可从以下几个方面进行探究:

## 一、“春风不度玉门关”——重诉讼,轻调解的观念影响着当事人的选择

1. 改革开放以来,中国政府重视法治宣传教育,这对于提高民众的法治观念和维权意识是具有积极意义的。过去人们法律观念淡薄,不敢打官司,怕进法院大门,“屈死不告官”,而现在动辄“打官司,讨说法,维权益”。加之社会舆论、相关媒体以及有的法学界人士过于强调依法办事向民众灌输诉讼全能意识,鼓励人们在遇到纠纷时积极应诉。致使许多人以为诉讼是解决纠纷、保障自己权利的主要选择甚至是唯一选择,以至于把诉讼、打官司当成一种时尚。从积极意义讲,这唤醒了广大民众的依法办事意识,注重运用法律武器和司法程序来维权。但同时也产生了另一个极端:许多纠纷当事人法制观念增强了,调解意识反而淡薄了,认为只有诉讼才能解决问题,诉讼的力度大,调解的力度小,甚至认为“调解无用”。加之调解的结果不具有强制执行力,“调不成无果,调成亦无果”,致使纠纷当事人对商事调解敬而远之。各地建立起来的仲裁机构,由于有制度保证也逐渐得到当事人的认可和选择,这也从客观上影响了商事调解的发展。

2. 人民法院不断适应社会要求进行审判制度方面改革,奉行以人为本、执法为民的理念深得民心。其中一个重要体现就是诉讼费相对低廉,目的是让平民百姓打得起官司。由于法院的门槛低,收费少,加之立案登记、法律援助等制度的实施,致使纠纷大量集中到法院,导致法院出现“诉讼爆炸”的情况。另一方面由于商事调解机构适应市场经济环境,在收费方面也属于市场化。如此一来,当事人在发生纠纷时经权衡之后自然不会首选调解而去法院。这就导致法院积案如山,法官疲惫不堪,而商事调解则“停杯投箸不能食,拔剑四顾心茫然”。

由于诉讼费较低,从风险博弈的角度来看也会导致纠纷当事人会首选法院。因为诉讼费用低,无论原告或被告,对任何一方都是低风险:打官司是“以小博大”,赢是大赢,输是小输,不输则无损失。相比之下,商事调解费用高于诉讼费用,又无执行上的保障,当事人自然鲜有光顾。

从纠纷解决途径的一般规律来看,诉讼本应成为纠纷当事人最后的选择,而在中国却成为最低的门槛,首选的路径,这种现象是不正常的。“一把钥匙开一把锁”,理性的当事人应当选择适合纠纷特点的处理的方式,而不应该仅仅从处理纠纷的成本方面去考量。为此,诉讼、仲裁、调解只有在费用上大体相当的情况下才有可能让当事人公平理性选择。而如果在收费上存在较大的差距,当事人就会从经济成本上考虑而选择费用较低者。

因此,正确的思路应该是让人们认识到诉讼是最后的防线,而调解才是最初的门槛,“把非诉讼纠纷解决机制挺在前面”。<sup>⑬</sup>而适当提高诉讼费用应该是解决这个矛盾的一个有效的方法,这样,会有一部分当事人考虑诉讼之外的途径解决纠纷,如此,既减轻了法

<sup>⑬</sup> 参见习近平总书记于2019年5月15日在中央政法工作会议上的讲话。

院的压力,也在客观上支持、促进了商事调解的发展。而此问题涉及方方面面,实现起来绝非易事。

3. 传统意义上的“诉讼与调解相结合”、“仲裁与调解相结合”,指的是在诉讼程序中或仲裁中的调解。该“调解”并非独立的程序。尽管不是一个独立的程序,纠纷当事人仍会同意调解,原因在于其调解是在有“后盾”的情况下进行,此时取得的调解书可以取得与判决书/裁决书相同的法律效力。即便诉讼/仲裁中的调解不成功,当事人还可以通过接下来的诉讼/仲裁程序中取得判决书/裁决书,使调解结果得到司法强制力的最终保证。而作为单独程序的调解,因为不存在前述的条件,则当事人未必会轻易同意调解。目前法院系统所进行的“委托调解”制度(诉调对接),则是在新的时期对“诉讼与调解相结合”赋予了新的意义。该制度是指在立案阶段对于起诉至法院的民事案件,法院建议当事人选择或法院指定的组织或个人先行调解的工作机制。这是法院搭建委托调解平台,借助社会力量化解纠纷,从而缓解法院诉讼压力的举措。这种模式之所以能够在一定程度上被当事人接受,也是由于其毕竟是在诉讼的背景下的“调解”,当事人可进可退:调解成功,皆大欢喜;调解失败,当事人仍可回到诉讼程序。

## 二、“众里寻他千百度”——商事调解没有明确的定位,缺乏统一的规范

### 1. “莫把冯京当马凉”——商事调解与人民调解的混淆

商事调解的概念在中国尚未深入人心。时至今日,许多人提起调解仍会想到那是“乡村干部”的工作、“居委会大妈”干的事。把一切与调解有关的工作包括商事调解统统划归为“人民调解”,没有把商事调解当成是单独的一类调解。2011年出台的《人民调解法》,只是规范了“人民调解”的方方面面,没有提及其他调解,当然也没有提及商事调解。这就在客观上本来就使人误以为中国只有人民调解,或者所有的调解都属于人民调解的观念进一步加深了。

须知商事调解与人民调解是有区别的。目前人民调解的一个重要特征即它是一种群众性的司法活动,其工作的依据不仅是国家的法律、法规,也包括党的政策、社会公德以及调解员个人的权威、威信等。<sup>⑭</sup> 2005年,中央政法委、中央综治委联合发出《关于深入开展平安建设的通知》中,要求“坚持稳定压倒一切”的方针,要求人民调解委员会在其中发挥重要作用。由此说明,人民调解是政府维稳的一个工作方面,更多地体现其政治职能方面。

而商事调解的职能是解决中外当事人在经济、贸易、金融、投资、技术转让、承包工程、运输、保险以及其他商事、海事方面的争议。

在前述法院委托调解的平台中所对接的调解也没有作出区分,统称“人民调解”。法院里面设立的是“人民调解进立案庭”、“人民调解室”。《北京市高级人民法院关于

<sup>⑭</sup> 参见邱星美、王美兰:《调解法学》,厦门大学出版社2008年版。

民事纠纷立案阶段委托调解试点工作的规定(试行)》<sup>⑮</sup>,在北京市海淀区和朝阳区等五家法院开展了立案阶段委托调解的试点工作,建立了法院特邀调解组织名册,委托如下五家调解机构进行此项业务包括:中国贸促会调解中心、中国法律咨询中心调解中心、中国互联网协会调解中心、北京仲裁委员会调解中心和北京保险行业保险合同纠纷调解委员会。这几家调解机构从性质上讲,皆应属于商事调解机构,其调解的纠纷类型亦应为商事纠纷,但在前述“规定”,统一称为“人民调解”、“人民调解员”。如此一来,往往会使当事人对该调解的性质和作用产生误解。<sup>⑯</sup>设想如果二者混同,那些涉外企业如何通过人民调解委员会解决国际纠纷?企业把商事调解机构也当成了“人民调解委员会”则会是什么情景?

人民调解与商事调解在工作职能、工作方向、工作目标和工作方法等方面都完全不同,从事人民调解和商事调解工作的人员也分属两支不同体制的队伍。因此,简单、生硬地将一切调解都划归为“人民调解”的范围,都整齐划一地适用“人民调解法”,显然是不合适的。这不仅不能促进商事调解的发展,反而会阻碍其发展。

## 2. “调解林立,中心遍地”——表面繁荣背后的混乱

为更好应对商事领域里的纠纷剧增,政府也在积极倡导建立多元化纠纷解决机制,国际上对调解的逐步重视,ADR的蓬勃兴起,这些因素都在影响和促进中国的商事调解事业的发展。在此背景下大量的商事调解组织,各式各样的“调解中心”纷纷涌现,“忽如一夜春风来,千树万树梨花开”。如:各行业内设立的调解机构:纺织、电力、金融、粮油、建筑、汽车、摩托车、物业管理、物流;土地纠纷的调解中心、医疗纠纷的调解中心、文化娱乐纠纷的调解中心、体育纠纷的调解中心;设在各个机构里的调解中心:设在中国法学会内的调解中心,设在法院内部的调解中心(法院附设ADR),设在仲裁机构内部的调解中心(ADR中心),设在各类商业协会、联合会、促进会里的调解中心;设在大、中、小企业里的调解中心;设在律师事务所里的调解中心,等等。各种调解机构采用了不同的调解模式:专家调解、律师调解、联合调解、在线调解等等。一时间令人眼花缭乱,目不暇给。<sup>⑰</sup>

上述的调解机构,大体上都可归属于商事调解范畴,客观上也体现了商事纠纷需要有商事调解机构来处理的现实。但由于商事调解目前处于无法可依的局面,这些商事调解机构在设立、运作等方面没有统一、明确的法律规范,导致这些调解机构成为许多单位跑马圈地,抢滩插旗的平台。从动机上看,从事这些调解工作的人员,其中不乏真心热爱商事调解事业,期望通过调解中心的平台能够为广大中外企业化解矛盾者;也存在着醉

<sup>⑮</sup> 立案前调解前置程序工作,是指对于本规定纳入调解前置程序范围的纠纷,在征求当事人同意的基础上,法院在立案前委派给进驻法院的人民调解员进行先行调解,尽可能将纠纷化解在立案前。

<sup>⑯</sup> 参见翟晶敏:《立案阶段委托调解制度“瓶颈”之突破——以北京法院立案阶段委托调解实践为样本》,中国调解高峰论坛获奖论文第185-194页,2014年9月。

<sup>⑰</sup> 目前这类行业性、专业性的调解组织有四万多个。转引自“2015年度全国人民调解数据统计”,《人民调解》2016年第四期。

翁之意不在酒者,他们只是利用调解中心扩大名声,为其主营业务背书、助力。

由于上述各类调解各自为战,未形成统一协同体系,缺乏统一的规范,这种表面上繁荣的背后充满了混乱。这种状况不利于中国的商事调解的健康、有序发展,因此,规范商事调解行业的工作势在必行。

### 三、“一枝独秀不是春”——法律制度层面尚需完善

#### 1. 商事调解处于“有章可循,无法可依”的状态

中国贸促会调解中心是成立最早的商事调解机构,至今已有三十多年的历史,代表了中国商事调解事业发展的最高水平。自其成立伊始,即遵循国际通用做法,参照联合国贸法会《调解示范法》以及国际上其他相关机构的调解规则,制定了较完备的《调解规则》和《调解员守则》等规范性文件,用以指导商事调解工作以及致力于推广传播ADR(Alternative Dispute Resolution,替代性的争议解决方式)解决纠纷。然而,长期以来由于现实中却缺乏法律依据,对其法律地位和社会地位均无明确、准确定位,一直处于“有章可循”,却“无法可依”的局面。

最高人民法院曾在2002年9月出台了《关于审理涉及人民调解协议的民事案件的若干规定》,确认了人民调解协议的民事合同性质,但这一规定明确指出适用于人民调解,没有说明同样适用于商事调解。就这一问题,调解中心曾与最高法院有关部门进行过沟通,希望在商事调解尚无立法、其调解协议(和解协议)缺乏强制力保障的情况下,能对通过商事调解达成的和解协议给予同样的司法确认。2004年9月最高人民法院出台了《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》,明确人民法院可以邀请与当事人有特定关系或者与案件有一定联系的企业事业单位、社会团体或者其他组织以及具有专门知识、特定社会经验、与当事人有特定关系并有利于促成调解的个人协助调解工作。人民法院委托单位或者个人对案件进行调解,达成调解协议后,人民法院依法予以确认。这一规定的出台,对建立多元化的纠纷解决格局,实现社会资源的合理利用,完成非诉讼与诉讼工作机制的有效衔接奠定了基础。在实践中,虽法院与商事调解机构的业务实现了对接(如前所述委托调解),但商事调解的性质与地位仍不明晰。

2. 《人民调解法》没有客观全面地反映中国目前调解的实际情况,对商事调解事业发展助益甚微

2011年1月1日施行的《人民调解法》,至今已经运行了九年多,该法对于发展人民调解事业、规范人民调解机构的行为,确认调解书的法律效力等方面,发挥了一定的积极作用。然而,笔者认为,这部《人民调解法》,没有客观全面地反映中国目前的调解发展状况,与国际上的调解发展的理念和趋势很不相符,与当前建立多元化纠纷解决机制的要求也相去甚远<sup>⑮</sup>。

目前中国的调解,从组织的特点和调解的性质上讲,除了人民调解之外,还有其他方

<sup>⑮</sup> 参见《人民调解法》第一条“为了完善人民调解制度,规范人民调解活动,及时解决民间纠纷,维护社会和谐稳定”。

面的调解特别是商事调解。因此,不能简单地、笼统地将一切调解都统称之为“人民调解”。在改革开放已经三十多年,中国贸促会调解中心已经存在二十多年并开展了大量商事调解工作的情况下(2011年),《人民调解法》的内容仍仅限于“人民调解”,当中没有考虑任何关于商事调解的内容,严重缺乏实事求是精神和与时俱进精神。因此,《人民调解法》对商事调解的发展没有助益。重新制定调解法势在必行,在新的调解法出台之前,有必要在人民调解制度之外另行建立商事调解制度。通过商事调解制度的构建,可以确定国家对商事调解组织应承担的保障、管理和监督职责;明确界定各种调解机构的权限、效力、人员构成及资质;划定纠纷解决机构的地位、功能、建立方式和权利义务责任等。还可以解决非诉讼程序与司法程序之间的衔接问题,减少各种机制之间的冲突和混乱,使多元化纠纷解决机制的整体运行更为合理、有效。

---

**Abstract:** Founded in the 1980s, CCPIT\CCOIC Mediation Center (the Mediation Center) is China's first independent commercial mediation organization, whose establishment has great significance in China's mediation history. The Center's development epitomizes the development of the development of China's commercial mediation. Over the past 30 years, through the efforts and hard work by people who love mediation, many achievements have been accomplished, although difficulties and challenges are still ahead. Commercial mediation, as an important part of diversified dispute resolution mechanism, will play a more important role. It is very important to develop commercial mediation, enhance commercial mediation organization construction and system construction. To find out commercial mediation's social value and its future development and to let commercial mediation better play its role in the diversified dispute resolution mechanism, "Review the past and know the present, Foresee the future by review the past". it is also very important to conduct research on the development history of mediation center, examine the difficulties and challenges in the development of commercial mediation, and conduct research on how to cope with them. Look into the future, reaching a conclusion that commercial mediation will have a bright future in China.

**Keywords:** commercial mediation; historical review; future prospects

---

(责任编辑:孙保国)