

## □ 理论研究

- 调解产业论——兼与仲裁、诉讼比较 ..... 温先涛 3
- 《新加坡调解公约》背景下中国商事调解规则构建 ..... 陈 梦 16
- 德国仲裁临时措施制度及其借鉴 ..... 韩赤凤 33

## □ 实践研究

- 破产程序与仲裁司法审查的兼容与协调 ..... 周 杰 吕佳学 46
- 国际投资仲裁语境下信托投资的保护困境及路径权衡  
——以“Blue Bank v. Venezuela”等案为切入点 ..... 郑珠玲 56

## □ 青年学范

- 调解在国际投资争端解决中的应用现状与未来 ..... 杨能盛 叶依文 70
- 卡尔沃主义复苏下的投资争端解决机制改革实践与中国因应 ..... 俎文天 88
- 国际商事仲裁协议法律适用规则的最新发展  
——基于英国与新加坡的实证研究 ..... 廖雪钰 107

## □ 他山之石

- 国际调解十大发展趋势 ..... 娜嘉·亚历山大 123
- 非洲的能源仲裁 ..... 斯蒂芬·P·菲尼瑞奥 152

# COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION

## No. 3 , 2021 ( Serial No. 7 )

May 10, 2021

---

|   |                                       |
|---|---------------------------------------|
| The Mediation Industry  |                                       |
| —in Comparison with Arbitration and Litigation .....                            | <i>WEN xiantao</i> ( 3 )              |
| Construction of Chinese Commercial Mediation System under                       |                                       |
| the Singapore Mediation Convention .....  | <i>CHEN meng</i> ( 16 )               |
| The System and Its Reference of Interim Measures                                |                                       |
| of German Arbitration .....   | <i>HAN chifeng</i> ( 33 )             |
| Compatibility and Coordination of Bankruptcy Procedures                         |                                       |
| and Judicial Review of Arbitration .....  | <i>ZHOU jie LV jiaxue</i> ( 46 )      |
| Protection Dilemma and Path Trade-off of Trust and Investment in the Context of |                                       |
| International Investment Arbitration — Taking "Blue Bank v. Venezue"            |                                       |
| and Other Cases as the Starting Point .....                                     | <i>ZHENG zhuling</i> ( 56 )           |
| The Present and Future Perspectives on Mediation System                         |                                       |
| in International Investment Dispute Settlement .....                            | <i>YANG nengsheng YE yiwen</i> ( 70 ) |
| Reform Practice of Investor–State Dispute Settlement under Calvo Revival        |                                       |
| and China’s Response .....  | <i>ZU wentian</i> ( 88 )              |
| Latest Development of the Applicable Law Rule for Arbitration Agreement         |                                       |
| —Empirical Study of the United Kingdom and Singapore .....                      | <i>LIAO xueyu</i> ( 107 )             |
| Ten Trends in International Mediation .....                                     | <i>Nadja Alexander</i> ( 123 )        |
| Energy Arbitration in Africa .....  | <i>Steven P Finizio</i> ( 152 )       |

# 调解产业论

## ——兼与仲裁、诉讼比较

温先涛\*

---

**内容提要** 民商事调解是一个独立发展的服务产业,前景广阔。调解与仲裁是人类有史以来解决争议的古老方式,二者之间以及二者与诉讼之间,从理念到方法,既有渊源又有区别。调解员的职能是协助当事人解决纠纷。调解应该是有偿服务。提倡以商事思维推动商事调解。调解的指导思想应该是义利并举、面向未来。调解员与当事人相互高度信任是调解成功的前提。调解与仲裁、诉讼审理过程分离,才能发挥其应有的作用。时至今日,有关国际商事调解的法律文件逐渐完备。但在素有“礼之用,和为贵”传统的中国,从调解理论到技术,都与世界先进水准存在较大差距,有待提高;相关制度实际阻碍着调解发展,亟待改进。应该把化解民商事冲突的私权利放还民间,构建优胜劣汰的市场导向性调解体系。

**关键词** 商事调解 新加坡公约 义利并举 调审分离 放还私权

---

调解与仲裁作为两种解决民商事纠纷的方式,都具有悠久的历史,在联合国 2015 年产品分类 (Central Product Classification, CPC) 2.1 版本中被作为第 82191 项列入法律服务行业,<sup>①</sup> 但却未被明确列入中国《国民经济行业分类》。也许因为在中国,调解与仲裁不被视作“国民经济行业”。在 2017 年《国民经济行业分类》的“术语和定义”中,“行业 industry”被定义为“从事相同性质的经济活动的所有单位的集合。”<sup>②</sup> 笔者认为,如果把“行业”理解为“经济活动”,则是对“行业”一词的限缩解释。industry 来自拉丁语 industria,是行动、勤奋、热情、制造的词源;产品 product 也指满足消费者需求的某种物品或服务,二者均解读不出“以盈利为目的”之意。广义地讲,调解与仲裁也属于行业,提供服务产品,属于产业。

---

\* 温先涛,中华人民共和国商务部条约法律司二级巡视员,全程参加联合国国际贸易法委员会第二工作组(争议解决)第 62-68 次会议对《新加坡调解公约》草案的讨论和中文稿审校。

① United Nations: *Central Product Classification (Version 2.1)*, [https://unstats.un.org/unsd/classifications/Econ/Download/In%20Text/CPCv2.1\\_complete\(PDF\)\\_English.pdf](https://unstats.un.org/unsd/classifications/Econ/Download/In%20Text/CPCv2.1_complete(PDF)_English.pdf), last visited Mar.11, 2021.

② 国家统计局:《2017 年国民经济行业分类》, [http://www.stats.gov.cn/tjsj/tjbz/hyflbz/201710/t20171012\\_1541679.html](http://www.stats.gov.cn/tjsj/tjbz/hyflbz/201710/t20171012_1541679.html), 最后访问日期: 2021 年 3 月 11 日。

## 一、调解、仲裁溯源

有人类的地方就有纠纷,调解也伴随着纠纷的产生而出现。仲裁起源于何时,已无法确切地查考。历史上最初的调解与仲裁都起源于民间。早在公元前六世纪,古希腊的城邦国家之间就已采用仲裁的方式解决他们之间的争议。与此同时期的中国春秋时期,也出现了比较完善的既用于化解邦国之间争端也用于处理国内讼狱的“和难”制度。<sup>③</sup>所谓“和难”即“调和仇怨”,“难,谓两诸侯相与为仇怨,王使人和之则执以往也。”<sup>④</sup>古罗马共和国《十二铜表法》中就有用仲裁方法解决纠纷的记载。<sup>⑤</sup>十三、十四世纪意大利已出现国际性的商事仲裁。应该说,商事调解与仲裁都是适应民众的生活和生产实践需要而自发产生的,也是随着商品经济的产生而发展起来的。调解与仲裁的内容主要是针对私人之间的民商事纠纷。早期的调解人或仲裁人来自社区、宗族或行业协会德高望重者。

一般认为,仲裁的产生早于诉讼,是构成文明法律制度的基础。最初的仲裁不具强制性,全靠道德和行业规范以及社会舆论起作用,纠纷双方自觉遵守仲裁协议是约定俗成的,不信守承诺或不执行裁决只会受到社会道德指责或业内的联合抵制。有学者甚至认为,国家审判制度源于仲裁,当调解与仲裁这两种具有“自力救济”性质的纠纷解决方式因其稳定社会的重要效能而被统治者所看重,让其为统治者服务时,才被用立法的方式予以确认,从而上升为国家法律制度,仲裁裁决便具有了法律上的强制力,当事人必须履行。有了公权力加持,仲裁成为一种“公力救济”性质的社会稳定器。当由“自力救济”飞跃到“公力救济”后,随着国际贸易的兴起和全球经济一体化发展,仲裁又实现了第二次跨越,即由解决一国之内的民商事争议,扩展到解决不同国籍民商事主体之间的贸易纠纷、海事争议、投资者与东道国政府之间的投资争议甚至国家间争端等。1958年诞生了主要用于跨境执行商事裁决的《联合国承认及执行外国仲裁裁决公约》(亦称《纽约公约》),迄今(2021年3月)已有168个国家加入了该公约,被誉为“国际仲裁大厦赖以存在的最重要的擎天玉柱”,“是整个商法史上最为有效的国际立法”。

中国于1986年底加入《纽约公约》,八年后诞生了新中国第一部《仲裁法》。可喜的是,调解在当代中国作为一项制度设计,也跟上了时代步伐。2019年中国作为46个首批签署国之一签署了《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(亦称《新加坡公约》),而此前八年,中国也有了第一部有关调解的专门法律——《人民调解法》,尽管该法对“调解”的定位有些模糊。根据该法第2条,“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

<sup>③</sup> 王宇:《春秋邦国间“和难”述论》,东北师范大学硕士学位论文,2011年。

<sup>④</sup> 郑玄注、贾公彦疏:《周礼注疏》,中华书局1957年版,第749页。

<sup>⑤</sup> 《十二铜表法》第七表第五项规定:“土地疆界发生争执时,由长官委任仲裁员三人解决之。”

活动。人民调解员相当于古代官方为化解民间纠纷而设定的“调人”。该法明确了调解的自愿性,认可了当事人与调解员之间的双向选择权,对调解参与人资格采取了宽松态度,<sup>⑥</sup>实践中,这些参与人往往会对成功调解起到至关重要的作用,因为出自当事人亲朋好友、社会贤达的说服、疏导常常会比调解员更为奏效。笔者认为,只要对方当事人同意,一方当事人的亲朋好友都不妨直接担任调解员。这在仲裁和诉讼程序中是无法想象的。

## 二、调解非公断

争议解决机制是人类文明发展的重要一环。迄今为止,在民商事领域诞生并完善出了三种争议解决方式:诉讼、仲裁与调解。为什么是三种而非只有一种?用德国哲学大师黑格尔的话说:“凡是合理的就是现实的,凡是现实的就是合理的。”<sup>⑦</sup>三种方式的终极目标都是定纷止争。在诉讼、仲裁程序中的举证质证、查清事实、明辨是非只是解决争议的手段,但举证质证、两造辩论的过程也会使矛盾进一步激化,法官或仲裁员的是非判断亦难免主观偏差,即使做到客观上公平公正,“执行难”的情况也时有发生。实践亦表明,诉讼、仲裁都未必保证争议得以真正妥善解决,也未必一定都符合当事人的利益与初心。调解过程的非对抗性,补充了诉讼与仲裁无法克服的缺陷,让争议双方都能把控结果,<sup>⑧</sup>在争议双方高度自治、不受制于第三方“公断”并不再纠缠于是非曲直的情况下,达成一个符合各方利益又切实可行的解决方案(settlement agreement)。如果争议双方能谈成,名曰“和解”;如果需要第三方协助,名曰“调解”。

调解应是独立存在的一种争议解决方式,虽然在诉讼或仲裁程序中,从诉前到执行,调解都是贯穿始终的,或曰,无论审判或仲裁庭将程序推进到何种环节,都不妨碍当事人要求调解或庭外和解。调解看似诉讼、仲裁的伴生物,但却与后两者思路迥异。何为诉讼?中国现行《民事诉讼法》没有定义“诉讼”。清代文字训诂学家段玉裁言:“诉者,谓有冤抑之事而陈告也。讼者,谓有争论之事而陈告也。”何为仲裁?中国现行《仲裁法》也没有定义“仲裁”,在《联合国贸易法委员会国际商事仲裁示范法》中也未见解释。百度百科把“仲裁”作为一个法律术语,“是指由双方当事人协议将争议提交(具有公认地位的)第三者,由该第三者对争议的是非曲直进行评判并作出裁决的一种解决争议的方法。仲裁异于诉讼和审判,仲裁需要双方自愿,也异于强制调解,是一种特殊调解,是自愿型公断,区别于诉讼等强制型公断。”所谓“公断”,《现代汉语词典》的解

<sup>⑥</sup> 《人民调解法》第19条规定:“人民调解委员会根据调解纠纷的需要,可以指定一名或者数名人民调解员进行调解,也可以由当事人选择一名或者数名人民调解员进行调解。”

《人民调解法》第20条规定:“人民调解员根据调解纠纷的需要,在征得当事人的同意后,可以邀请当事人的亲属、邻里、同事等参与调解,也可以邀请具有专门知识、特定经验的人员或者有关社会组织的人员参与调解。人民调解委员会支持当地公道正派、热心调解、群众认可的社会人士参与调解。”

<sup>⑦</sup> 黑格尔:“Was vernuenftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernuenftig.”

<sup>⑧</sup> 联合国国际贸易法委员会:《调解安排说明(2020年)草案》,A/CN.9/1027,第10段。

释是“①由非当事人居中裁断。②秉公裁断。”<sup>⑨</sup>“调解”自始至终都应该基于当事人自愿。所谓“强制调解”未免荒唐。广义地说,“仲裁是一种特殊调解”似有一定道理。调解与仲裁都是基于当事人自愿,而非向公权力“陈告”并请国家司法机关辨是非。但当事人选定的仲裁员与法官所采取的一个相同手段都是通过“辨是非”来“公断”,换言之,当事人之间的争议解决受制于仲裁员或法官的是非观,当事人无法把控争议解决结果。从经济学角度看,如果当事人选择了仲裁或向法院起诉,支付了仲裁费或诉讼费,虽然能得到一个可强制执行的定纷止争结果,但须付出丧失把控结果的机会成本。现实中,结局常常是一造对裁决或判决不满意,甚至两造都不满意,胜败皆服乃凤毛麟角。如果当事人选择调解,则双方都能完全把控调解结果,纠纷能否解决,取决于争议双方的理智与调解员的沟通能力,而非“公断者”的“是非观”。当代国际占主流的调解理论,特别在商事调解领域,强调博弈而非对抗,即不是通过“辨是非”来解决争议,而是另辟蹊径,探讨如何帮助各方当事人实现利益最大化来化解争议。

中国传统儒家文化也一直强调“以和为贵”“无诉是求,调处息争”。远在周代,官方设“调人掌司万民之难而谐和之”。<sup>⑩</sup>至于调解方式,后世却经常建立在“君子重义轻利”基础上,常见现象是“和稀泥”,鼓励争议各方让渡权益了事。从现代社会学家费孝通先生1948年写就的著作《乡土中国·无讼》中,可管窥一斑:

“在乡村里所谓调解,其实是一种教育过程。我曾在乡下参加过这类调解的集会。我之被邀,在乡民看来是极自然的,因为我是在学校里教书的,读书知礼,是权威。其他负有调解责任的是一乡的长老。最有意思的是保长从不发言,因为他在乡里并没有社会地位,他只是个干事。调解是个新名词,旧名词是评理。差不多每次都由一位很会说话的乡绅开口。他的公式总是把那被调解的双方都骂一顿。‘这简直是丢我们村子里脸的事!你们还不认了错,回家去。’接着教训了一番。有时竟拍起桌子来发一阵脾气。他依着他认为‘应当’的告诉他们。这一阵却极有效,双方时常就‘和解’了,有时还得罚他们请一次客。”<sup>⑪</sup>

由上可见,被誉为“东方经验”流传数千年的调解传统,从调解员的产生、运作方式到价值取向,都与当代国际通行的商事调解理念大相径庭。与之类似的还有起源于印度吠陀时代的乡村“五老会”制度(Panchayati raj),是由五个村社长老组成的乡村议会组织,其职能也包括调解当地民间纠纷,其秉承的原则、理念、实践等诸多方面都与现代西方商事调解制度存在差异,这些差异反而可能在亚洲国家探索建立现代商事调解制度的过程中起反作用。<sup>⑫</sup>

<sup>⑨</sup> 《现代汉语词典》,商务印书馆2005年第5版,第471页。

<sup>⑩</sup> 参见《周礼·地官·调人》;孙诒让:《周礼正义》:“古者不禁报讎,而有调和之令,此官主司察而治之。”

<sup>⑪</sup> 费孝通:《乡土中国》,北京出版社2011年2月第3版,第81-82页。

<sup>⑫</sup> 黄一文、王婕:《新加坡商事调解制度的发展及其启示》,载《商事仲裁与调解》2020年第3期,第93页。

### 三、调解要义

《新加坡公约》第 2.3 条对“调解”的描述是，“不论使用何种称谓或者进行过程以何为依据，指由一名或者几名第三人（‘调解员’）协助，在其无权对争议当事人强加解决办法的情况下，当事人设法友好解决其争议的过程。”公约对“调解员”的角色定位是“协助（assist）”人，而非“公断”者。1980 年《联合国国际贸易法委员会调解规则》第 7.1 条和 2002 年联合国国际贸易法委员会制定的《国际商事调解示范法》第 1.3 条也采取了与此一致的表述。调解意义上的“协助”与仲裁意义上的“公断”，都是当事人选择的服务，这是联合国产品分类（CPC）新版本将“仲裁与调解”纳入法律服务产品的应有之义。既是服务，收费就有了依据，《仲裁法》和《民事诉讼法》均有相关规定，唯《人民调解法》第 4 条却规定：“人民调解委员会调解民间纠纷，不收取任何费用。”令人匪夷所思。

#### （一）调解是公益活动但不是免费的

调解具有公益性，但如果把公益性简单理解成“福利”则未免狭隘。调解既是一项服务产业，就有成本收益问题。由政府提供财政补贴或者要求调解员仅凭籍执业情怀“热心”<sup>⑬</sup>为两个民商事主体的私人利益苦口婆心地斡旋、“说服、疏导”，<sup>⑭</sup>“明法析理，主持公道”，<sup>⑮</sup>显然是不现实而且对广大纳税人也是不公平的。这样的公益事业难以持续发展。

仲裁开庭只要走法定程序，也许半天见分晓，辛苦的是殚精竭虑写裁决的仲裁员和办案秘书。调解则需要各方当事人与调解员之间反复沟通、试探、揣摩、争辩、权衡、策划、协商、盘查、评估、核对，无一定规程，结局不具可预测性，各方心智较量可能长达数日。1980 年《联合国国际贸易法委员会调解规则》第 17 条【费用】中不仅规定了调解员的报酬和旅费等支出，还包括证人、鉴定人的相关费用。此外，调解环境也颇有讲究，许多国际商事调解的场地硬件布置都有别于威严的法庭，亦无仲裁庭的对抗氛围，虽不比商务会所之豪华，却也是着意营造温馨舒心氛围。实践证明，诸如此类的细节安排均有助于调解员克服僵局，帮助当事人为解决争议积极进行创新思考。在联合国国际贸易法委员会调解安排说明【2020 年】草案关于“调解会议和积极谈判”章节中，特别指出：“调解员可以先举行共同会议，由各方当事人讨论其对争议的看法，然后分别与各方当事人举行私下会议。单方面联系不受禁止，相反，这在调解中被认为是有用的。”<sup>⑯</sup>对调解员素质和调解会议环境较高的要求渐成国际业内潮流。

调解付费不仅是对调解员辛勤劳动的尊重，也是提高调解成功率的保障，只有用商

<sup>⑬</sup> 《人民调解法》第 14 条。

<sup>⑭</sup> 《人民调解法》第 2 条。

<sup>⑮</sup> 《人民调解法》第 21 条。

<sup>⑯</sup> 同前注<sup>⑧</sup>，第 67 段。

事思维才能推动商事调解。是故,《联合国国际贸易法委员会调解规则》规定了调解费用的组成和支付方式,2020年的新规则草案进一步确立了当事人和调解员应事先商定调解费用的原则。

## (二) 义利并举是调解的指导原则

中国古时的调人是否收费,无从查考。笔者认为,调解与仲裁作为法律服务产业,无论在调解费用还是调解标的问题上,都应该以“义利并举”作为指导原则。仲裁辨是非,调解讲利益。一味强调“舍小利存大义”有违调解精神。

许多人认为,中国素有“重义轻利”之传统,社会贤达揶揄言利。<sup>①7</sup>其实这并不符合儒家的原教旨。笔者考察,早在上古时代,先贤即已认识到“义利并举”的重要性与可行性,所谓“重义轻利”只是后世流变。《中庸》描述的“义”并无现代人心中的高大上:“义者宜也,”宜即适宜,就是合理性。利,在古代代表禾与刀,就是用刀镰收割庄稼,可见利就是收益。义也代表着长期利益,是保存和增值;利代表当下的收获,短期的快乐和享受。《周易·乾卦·文言》说:“利者,义之和也。”人与人之间、人与物之间要相适宜地和,才能得到真正的利。又说:“利物足以和义。”益于万物的行为足以让各方适得其宜,不相妨害。这才是调解的目的。《淮南子·齐俗训》记载了两个孔子辩证处理义利关系的事迹,<sup>①8</sup>告诉世人义利并举的方法论,即在利益面前,应视其来源是否合理、是否符合道义、是否对社会具有良好示范效应,如果答案是肯定的,为使义举可以持续,就应当接受其利,此谓“见利思义”。北宋学者苏洵苏轼父子也主张义利结合:“义非利则惨冽而不和”<sup>①9</sup>“义利、利义相为用而天下运诸掌矣”。<sup>②0</sup>认为义必有利才能存在。可见早期儒家并非重义轻利的,古人早就知道如何处理义利统一的关系并主张“义利并举”的。反而到了后代,人们的二元对立思维,把义与利割裂了,形成了争议解决机制特别是商事调解发展的障碍。

在中国许多古之先贤看来,没有脱离“利益”的“仁义”,只有义利并举相互为用才能天下和。像《乡土中国·无讼》所述的乡绅长老斥责争议双方的调解法,很难令当事人心服,由于没有着眼于当事人私利,空谈公益、正义,要求当事人以大局为重,而对于其间的个人利益牺牲则少有顾及,结果只是治标不治本。只纠缠于立场而不探讨并解决冲突立场背后的利益诉求,在商事调解过程中,尤为大忌。同理,如果从制度上框定“调解免费”,片面强调调解员雷锋般的高尚情怀,则调解事业难以为继。

## (三) 冰释前嫌、面向未来是调解的目标取向

《新加坡公约》序言特别指明调解解决商事争议的显著益处:“减少因争议导致终止商业关系”“便利商业当事人管理国际交易,并节省国家司法行政费用”。联合国国际贸

<sup>①7</sup> 《孟子·梁惠王章句上》:“王何必言利?亦有仁义而已矣。”

<sup>①8</sup> 《淮南子·齐俗训》:“子路撻溺而受牛谢,孔子曰:‘鲁国必好救人于患。’子贡赎人而不受金于府,孔子曰:‘鲁国不复赎人矣。’子路受而劝德,子贡让而止善,孔子之明,以小知大,以近知远,通于论者也。”

<sup>①9</sup> 苏轼:《苏氏易传》卷一。

<sup>②0</sup> 苏洵:《史论·利者义之和论》。



易法委员会调解安排说明【2020年】草案也强调：“当事人注重的是其深层问题和利益。他们能够解决潜在的误解，并为其更长远的商务关系奠定基础。”<sup>②①</sup>一言蔽之，调解成功后的当事人往往会继续保持商业合作关系。例如，鉴于调解的灵活性，为解决某起纠纷，调解员常用的一种手段是协助当事人寻求其他利益增长点，从而建立一项新的商事法律关系，促使双方失之东隅，收之桑榆，不至像仲裁、诉讼一样结了梁子此后老死不相往来。

调解员引导当事人着眼于未来的利益，但不细究已经发生的事实，<sup>②②</sup>也不轻易对已经发生的事实直言定性。调解员首先要做的事是重建当事人已中断的沟通，了解对方的想法、期望和困难，其次促使争议双方共同面对、达至谅解、合作解决问题，最后和解，重新建立合作关系。如果说高效法官和仲裁员的标准是聚焦核心，庭审问询一针见血，刀刀入髓，优秀调解员则是看破不点破，促使争议各方当事人自己提出多种解决方案，从中找到交集，皆大欢喜，而这样的争议解决办法是法院或仲裁无法提供的。<sup>②③</sup>

#### （四）调解能与审理相结合吗？

所谓“东方经验”总是试图让法官、仲裁员既当审判员又当调解员，这在这个案也许行得通，但如果把调解作为一种技巧或者办案手段在法官和仲裁员当中推而广之，则调解作为一种独立解决争议的方式也就没必要存在了。

调解成功有赖于调解员与各方当事人之间建立起高度信任。为了在调解过程中培养这种相互信任感，调解员从一开始即着眼于营造一种安全、中立和辅助性气氛。<sup>②④</sup>而当事人与法官和仲裁员之间则不可能建立起这种高度信任，原因在于当事人无法把控判决或裁决结果。

调解是协商、谈判的过程而非法官或仲裁员居高临下地审理案件。它非常适合解决不宜公开商事关系且当事人可以完全自主处分相关权益情况下的商事争议。当事人起争执后又能坐在一起，探讨解决方案，通常这种现象说明双方并不愿意“撕破脸”，即使他们不再相信还有继续合作的机会，也还得顾及某种不愿张扬的商业秘密或利益制衡，甚至在许多情形下，双方都握有对方“把柄”而心照不宣，尽管这些“把柄”、秘密无涉案外人，但如果对簿公堂很可能两败俱伤或者被商业竞争者渔翁得利，其结果并不符合双方利益。在此情况下的调解，常常需要调解员分别与各方当事人多次单独举行私下会议，<sup>②⑤</sup>这种“私下”沟通可能会占用整个调解会议三分之二以上的时间。实践证明，这种背靠背调解模式（Back to Back Mediation）是非常有效的一种调解实用技巧。调解员被要求为调解会议内容保密，包括为与调解有关或在调解期间获得的任何信息保密，<sup>②⑥</sup>不仅不能向社会公开，尤其不能透露给另一方当事人。《联合国国际贸易法委员会调解规则》

②① 同前注⑧，第9段。

②② 诚如美国2003年《统一调解法》section 2所表达的，调解不应是事实发现的过程。

②③ 同前注⑧，第56段。

②④ 同前注⑧，第55段。

②⑤ 同前注⑧，第67段。

②⑥ 同前注⑧，第46段。

2020年草案第5条(当事人与调解员之间的联系)第3款进一步规定:“当调解员收到一方当事人关于争议的材料时,要求调解员对此种材料保密,除非相关当事人表示该材料不附带必须保密条件,或者表示同意向调解的另一方当事人披露此种材料。”<sup>⑦</sup>这一缺省规则比1980年的调解规则第10条(保守秘密)更为严格。对调解员的这种保密要求,如果在诉讼程序中,即使当事人请求,法官未必应允;而在仲裁程序中,出于平等对待各方当事人的严格要求,谨慎的仲裁员更是不愿背负厚此薄彼的嫌疑。由于在解决争议过程中的地位不平等,“公断人”与当事人无法建立起相互信任关系,许多有助于解决争议的秘密信息就无法被有效利用。

只有当调解员与争议各方当事人地位平等情况下,才会使各方当事人敞开心扉,与调解员之间建立起高度信任关系成为可能。也不妨进一步设想,当居高临下的法官或仲裁员摇身一变降身为同一案件的调解员,当事人会不会向其吐露在审判庭上不能说的“心里话”?如果调解失败回转到诉讼或仲裁程序,这些“心里话”能不影响裁判结果吗?这就是在诉讼和仲裁程序中,调解成功率低的原因。

综上,《新加坡公约》所述的调解所产生的和解协议与在诉讼或仲裁程序中达成的和解协议产生基础不同,所以公约第1.3条排除了对后者的适用。1980年《联合国国际贸易法委员会调解规则》第19条明确规定:“当事人和调解员均允诺:在作为调解的主题的争议提交仲裁或就之提起诉讼时,调解员不得在仲裁或诉讼的程序中充当仲裁员,或充当一方当事人的代理人或顾问。双方当事人允诺:他们在这些程序中也不提出调解员为证人。”<sup>⑧</sup>2002年《国际商事调解示范法》第12条和我国《最高人民法院 司法部关于开展律师调解试点工作的意见》(司发通【2017】105号)亦有类似的规定。调解员不宜再于其后同案中充当仲裁员、法官、代理人和证人,因为他“知道得太多了”。

## 四、我们需要什么样的商事争议解决制度

民商事争议是伴随民商事活动频繁而日益增多的,解决民商事争议本质上是针对私权的调整,具有极强的专业性和复杂性,如果发生民商事纠纷都去法院解决,则法官不堪重负,用有限的司法资源解决两造之间的商事争议,不仅耗费国帑,占用广大纳税人利益,从法经济学角度看,必是低效的,不符合“法学的核心价值”。所以首先应该把来自民间争议放手交由民间解决,鼓励民商事主体运用自己的智慧定纷止争,寻求司法公力救济只是最后的手段。调解与仲裁原本就是民间自发的自力救济手段,在作为公力救济的诉讼大行其道之后,反被称作“替代性纠纷解决机制”(Alternative Dispute Resolution, ADR)。

### (一) 浅析美国 ADR

美国民商事争议解决机制的繁荣得益于其高度发达的市场环境。传统的诉讼和仲

<sup>⑦</sup> 《联合国国际贸易法委员会调解规则(2020年草案)》第5条第3款。

<sup>⑧</sup> 《联合国国际贸易法委员会调解规则》第19条。

裁制度难以满足日益增长的争议解决需要。高昂的诉讼费用以及冗长的程序迫使人们改革旧体制或去寻找一种新的解决途径。目前美国民商事诉讼已经发展到极少案件进入实体审判,此结果得益于庭前证据开示制度,绝大多数争议在证据开示(discovery)阶段事实逐渐清晰,是非得以显现,双方律师通过谈判实现当事人和解。但普通法系主导下的证据开示成本相当高,近几十年来,人们在缩减所允许开示的范围,并对该程序进行严格的司法监督。<sup>②⑨</sup>另外,一种新的解决机制,诉讼外调解制度因此孕育而生。调解作为ADR的重要手段,因其成本低、效率高,在美国得到了大范围推广。

1998年克林顿总统签署了《ADR法案》并授权联邦地区法院制定具体规则,进一步推动了ADR制度的应用。例如在审判程序之前附设调解程序,规定对于争议标的较小的民商事案件,必须经过调解程序。调解费是诉讼费用的一半。调解员由法院任命、退休法官或资深律师等专业人士担任,办案法官不参与调解。如果当事人不接受调解员给出的最终调解方案,可申请将案件转入法庭审理。如果调解方案不能被法庭推翻,申请一方则需要承担诉讼费用。这种带有惩罚性质的措施增加了双方当事人的诉讼风险,在一定程度上抑制了双方当事人滥用诉讼权利的行为,增强了调解的可接受性。<sup>③①</sup>

虽然美国法院将调解与审判严格分离,但庭前调解方案具有调解员的主观性与强制性,并非《新加坡公约》所称的“和解协议(settlement agreement)”,而且调解员未必出于当事人自愿遴选,当事人在调解过程中的主导作用受到一定限制,而其后的司法程序似有对赌性质。这种庭前ADR是否真正具有自愿性,值得商榷。美国ADR制度也曾遭到部分学者质疑。<sup>③②</sup>尽管如此,这一制度确实起到了分流诉讼作用,是笔者迄今所见效果最为显著的制度,如今在美国只有5%的提交诉讼的案件真正进入审判程序,其余95%在审判程序前就已经被解决。<sup>③③</sup>

## (二) 改进中国ADR

中国现行《仲裁法》和《人民调解法》对仲裁和调解机构是不太放心的。《仲裁法》第10条规定,仲裁机构由市级政府组织有关部门和商会统一组建,在司法行政部门登记。按照这种行政规划进行产业布局的结果是,有的仲裁机构年受案量井喷般增长,有的仲裁机构徒有事业编制却终年零受案。人民调解委员会是“群众性组织”,但调解民间纠

<sup>②⑨</sup> [美]雷·沃西·坎贝尔、[美]埃伦·克莱尔·坎贝尔:《美国民事诉讼之证据开示制度》,张凤鸣、沈檀、曹潜译,载《中国应用法学》2020年第3期,第196页。

<sup>③①</sup> 《浅议国外法院的司法ADR制度》, <https://max.book118.com/html/2018/0311/156850740.shtm>,最后访问时间:2021年4月22日。

<sup>③②</sup> 陈邦达:《美国法庭附设ADR的建立及其发展》,载中国法院网, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2019/04/id/3822284.shtml>,最后访问时间:2021年4月22日。代表性人物是耶鲁大学教授欧文·菲斯(Owen Fiss),他于1984年发表《反对和解》一文,对和解提出质疑,至今仍是美国反对和解的代表性观点。菲斯承认和解提高效率的事实,但认为这项制度的立论基础值得怀疑,认为民事诉讼外和解如同刑事辩诉交易一般:同意往往是被迫的,双方协商的结果可能是被缺乏权威的调解员一手促成。尽管诉讼案件的数量因之得以减少,但司法正义从未实现。就像诉辩交易,和解乃屈服于大众社会,它既不当鼓励,也不应当称赞。

<sup>③③</sup> 贾青民:《美国ADR简介》,载北京法院网, <http://bjgy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2007/04/id/851857.shtml>,最后访问时间:2021年4月22日。

纷,不得收取任何费用。过去的经验告诉我们,凡是应由市场解决的事,如果公权力过度插手,无论扶植还是限制,常常是低效的,而且可能会产生适得其反的效果。

作为法律服务行业的民商事争议解决领域,应该与市场运作充分融合,这是因其调整私权及私权利背后的多元化价值取向所决定的。民商事诉讼的价值取向是公平正义,法庭首要追求的是社会效果和政治效果,其次才是个体效果;<sup>③</sup>仲裁庭首要的价值取向是契约精神,其次才是公平效率;调解则始终追求使争议双方利益实现最大化。在不同的价值取向下,针对同一起纠纷,如果通过不同方式解决,往往会产生截然不同的结果。这并不意味着不同的价值取向之间存在正误,而是因为许多私权利冲突并不只有唯一正确的化解方式。所以民商事争议能否都得到妥善解决在很大程度上取决于当事人选择的解决方式。如果当事人需要以快捷、低成本的方式来处理争议,就可以事先订立仲裁协议;如果当事人追求“公正感”而不介意经济和时间上的成本,诉讼是最佳选择;如果各方当事人担心泄露商业秘密,不愿家丑外扬,并想主导解决进程和结果,请守口如瓶且中立的第三人协助谈判,不伤感情,保持长久的相互合作关系,调解就是最好模式,因为较仲裁和诉讼,调解对私权的尊重最为充分和彻底。

民商事主体选择争议解决机制的私权利应当受到公权力的尊重,这种尊重体现在司法监督的角色定位。《仲裁法》第58条和《民事诉讼法》第237条提到对仲裁裁决的司法审查标准,只强调程序正义和社会影响,即仅从管辖权、法定程序、证据来源、仲裁员操守、公共利益等角度审查,法院对实体问题原则上不再“分辨是非”,不再审查案件事实和适用法律,而且对仲裁裁决的司法审查仅在当事人向法院寻求救济的情况下启动。相比之下,《人民调解法》的“司法确认”制度变相地为和解协议设定了有效期。该法第33条规定,当事人要使和解协议具有强制执行力,必须“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”。<sup>④</sup>如果当事人未在三十日内申请司法确认,则丧失了申请司法确认的资格,虽不致和解协议自动失效,但当事人必须重签协议方能寻求司法救济。那么,这“三十日”期限究竟出于什么考虑呢?无从查考。可见在中国大陆法域内,和解协议与仲裁裁决地位是不同的,法院对调解员的公正性、和解协议的合法性甚至当事人的诚信度放心不下,但“三十日”的有效期能解决这些问题吗?这种制度设计有损当事人的意思自治,而且增加了法院工作量,甚至可能给调解机构创造利出一孔的垄断机会。应当说,在对仲裁裁决和调解协议司法审查的实体标准方面,中国是与世界接轨的,<sup>⑤</sup>但在对商事调解协议司法审查的程序方面,遗憾尚存。

<sup>③</sup> 《最高人民法院关于印发〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉的通知》,法〔2019〕254号,2019年11月14日发布。“人民法院作为政法机关,首先是政治机关,必须把政治建设放在首位,旗帜鲜明讲政治。(一)要坚持党的绝对领导(二)要坚持服务党和国家大局(三)要坚持司法为民(四)要坚持公正执法”,<https://www.chinacourt.org/law/detail/2019/11/id/149992.shtml>,最后访问时间:2021年4月22日。

<sup>④</sup> 《民事诉讼法》第194条和第195条与《人民调解法》第33条交相辉映。

<sup>⑤</sup> 参见《仲裁法》第58条、《民事诉讼法》第237条和第274条、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7条、《纽约公约》第5条、《新加坡公约》第5条。

### （三）公道自在当事人心

在如何界定调解员的公正性方面,联合国国际贸易法委员会第二工作组在撰写《新加坡公约》案文时,曾有过激烈讨论。<sup>③⑥</sup>有些国家认为,调解员不必如仲裁员一样保持公正性,争议当事人有正当理由选择一个不公正的调解员,譬如已经对情况了如指掌之人士,或者可以与争议一方或双方关系密切却能因之说服各方的调解员;同理,调解员可以采取看似不公平的做法,譬如调解员可能与一方当事人单独只谈几分钟,而在另一方当事人身上则需要花一个小时,这在仲裁程序中涉嫌严重不当行为,但只要能调和化解争议,在调解程序中都是正当的。所以调解不追求形式上的公平公正,只要在无侵犯案外人利益且合规守法的前提下定纷止争,尊重当事人的选择就是最大的公平公正。公约因此对调解员的公正性要求做了限缩描述。<sup>③⑦</sup>

和解协议本质上是一种商业安排或称民商事合同,由于调解员的协助,《新加坡公约》将其提升为具有判决、裁决性质的法律文书,赋予其可强制执行效力,充分体现了对私权利应有的尊重。“解铃还需系铃人”,鼓励当事人通过民间仲裁、调解自己解决民间纠纷,将法官从民商事法庭解脱出来,让其主要精力投注于刑事、行政和公益性案件,应成为当代社会司法资源的优化配置。

## 五、调解产业展望与建言

调解员促成当事人达成和解协议,只要当事人同意,就可以在互联网上实现,因而查明“调解地”或“和解协议的籍属”是没有意义的。《新加坡公约》的两大亮点,一是赋予境外和解协议当事人依据公约向执行地法院申请救济的权利;二是使和解协议的跨境执行具有了普惠性,即只要符合公约要求,缔约方对来自所有国家(包括缔约方和非缔约方)的商事和解协议,均应承担依约执行的国际义务。<sup>③⑧</sup>正如《纽约公约》的诞生极大地促进了全球商事仲裁事业的发展,《新加坡公约》构建了和解协议直接执行机制,填补了商事纠纷解决机制的空白,预计也会推动商事调解产业突飞猛进,催生大批优秀的国际商事调解机构和专家。

自2011年《人民调解法》施行伊始,中国很多专业民间纠纷解决机构(包括商事仲裁机构)就已经跃跃欲试地开展调解业务,<sup>③⑨</sup>调解市场上的竞争已经悄无声息地开始。《最高人民法院 司法部关于开展律师调解试点工作的意见》(司发通【2017】105号)

<sup>③⑥</sup> [美]蒂莫西·施纳贝尔:《〈新加坡调解公约〉:跨境承认和执行调解而产生的和解协议的制度基础》,王徽译,载《国际法研究》,2020年第6期,第122页。

<sup>③⑦</sup> 根据《新加坡公约》第5.1条,当出现“(e) 调解员严重违反适用于调解员或者调解的准则,若非此种违反,该当事人本不会订立和解协议;或者(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”的情况下,执行地主管机关可拒绝救济。

<sup>③⑧</sup> 孙南翔:《〈新加坡调解公约〉在中国的批准与实施》,载《法学研究》2021年第2期,第167页。

<sup>③⑨</sup> 2011年1月8日,中国大陆第一家专业从事国内外商事争端调解的社会组织——上海经贸商事调解中心正式揭牌成立。

的出台,标志着调解的市场化也已经逐步在国家层面得到认可和推动。<sup>④</sup>过去十年实践证明,这是一片具有广阔前景的市场。一俟《新加坡公约》在中国生效,商事调解执行制度内外并轨,中国法院审理商事实体争议的压力会大为减轻,执行审查的目标只是维护社会公共利益并在当事方请求下保障最低程度的程序正义,而当事双方之间的实体性争议解决均落入自由处分的范畴。<sup>⑤</sup>这无疑为调解机构和律师拓展了业务空间。

调解作为一种解决纠纷的重要方式有其悠久的历史,但作为一个产业,从理论到技术都已推陈出新。首先,在制度层面明确当事人选择调解的自愿性、在调解过程中的主导性、和解协议的有效性与可强制执行性,允许机构调解、临时调解、个人调解,实行完全市场化运作,是调解产业独立发展的前提。其次,调解需要具有舒适感和私密性的场所,调解环境建设十分必要,即使在酒吧调解,也比在众目睽睽的宗庙祠堂或候诊室般的人民调解委员会成功率高。调解成规模发展,在布局上就不应再依托法院。第三,调解员的职业素养是发展调解产业的最关键要素。套用仲裁界的提法,“调解员是调解的源泉,是调解的灵魂和生命力”。

调解员的生力军主要来自两方面,一是资深律师,二是退休法官(或称前法官)。前者往往会使用更为恰当而周密的语言来展现自己在专业的法律学习和调解培训中所形成的价值观和素养。后者经常会采用更加具有评价性的调解方法,从曾经的执业经验出发,帮助当事人分析其主张的力度,协助当事人评估其谈判筹码,这种评价式的调解模式往往会对促进和解协议的达成起到关键性作用。<sup>⑥</sup>这就凸显了调解作为一项服务产业,与“公断”性质的仲裁和诉讼具有天壤之别。也足见调解员仅具法律意识是不够的。杰出的调解员不依仗权威、不固守法律思维,他们不仅在思想境界和知识水平方面胜过当事人,还应具有超凡的耐心,谙达心理学、组织行为学、伦理学、经济学、会计学、逻辑学、法学、谈判艺术和行业惯例,擅长准确把握各方当事人的利益诉求并找准各方当事人之间的利益契合点,发掘当事人双方潜在的化解矛盾因素,引导当事人自觉自愿地提出解决方案。

对当事人而言,调解没有胜负。在调解员看来,调解进程不到最后一刻也难见成败,调解成功就是双赢,调解员成就感满满。调解成功率是衡量调解员或调解机构市场竞争力的重要指标。笔者实证考察,经过调解所产生的和解协议被当事人的自动执行效率明显高于仲裁裁决。对调解员的资质要求也理应高于仲裁员。由于“调解如棋局局新”的魅力,许多调解员努力兜售自己独特的工作方法,<sup>⑦</sup>调解培训也往往成为调解机构的“副业”。

鉴于上述调解产业特点,结合中国现状,笔者不主张现阶段急于对调解制定行业标准和对调解员进行资质考核,因为欠缺实践经验,调解员主要靠职业基本素养、能力、业

<sup>④</sup> 王钢:《国际商事调解规则研究》,中国社会科学出版社2019年版,第254页。

<sup>⑤</sup> 同前注<sup>③</sup>,第163页。

<sup>⑥</sup> 同前注<sup>④</sup>,第255页。

<sup>⑦</sup> 同前注<sup>④</sup>,第255页。

绩和诚信声誉树立个人服务品牌,不同领域的调解员尚需通晓特定行规并具备相关知识技术,这些都难以通过标准化考核来认证。过早地通过行业协会实施监管的结果,往往导致筑高门槛、贩卖“资格证”,徒增成本最终也会转嫁给消费者,<sup>④</sup>将这一新兴产业扼杀在摇篮。总之,目前宜对包括调解和仲裁在内的 ADR 产业放宽管制并取消不必要的财政扶持,任其独立发展,引入竞争机制,走商业化之路,构建优胜劣汰的市场导向性 ADR 体系,才能使调解产业焕发生机与活力并茁壮成长,真正助推建立多元化纠纷解决机制,营造优质、稳定、公平、高效的法治化营商环境。

---

**Abstract:** Civil and commercial mediation is an independently developing service industry with bright prospects. Mediation and arbitration are ancient ways of resolving disputes in human history. From conceptualization to method, each has its sources and differences. The function of the mediator is to assist the parties in resolving disputes. Mediation should be paid service. Promote commercial mediation with commercial thinking. The guiding ideology of mediation should be both righteousness and benefit, facing the future. The premise of the success of mediation is a high degree of trust between the mediator and the parties is. Mediation can not play its due role unless it separates from the arbitration and litigation process. Today, the legal documents on international commercial mediation are gradually forming a complete system. However, in China, has the tradition of “ the function of courtesy is valuable harmony ” . There is a big gap between the current level of international professional commercial arbitration and Chinese arbitration, in terms of mediation theory and skill, which needs to be improved. The Chinese system actually hinders the development of mediation and needs to be innovated. The private rights and interests of resolving civil and commercial conflicts should be returned to the people, and the market-oriented commercial mediation system of survival of the fittest should be established.

**Keywords:** commercial mediation; Singapore Convention; both righteousness and benefit; separation of mediation and inquisition; return private rights

---

( 责任编辑: 孙保国 )

---

<sup>④</sup> 薛兆丰:《薛兆丰经济学讲义》,中信出版社 2018 年版,第 499 页。

# 《新加坡调解公约》背景下中国商事调解规则构建

陈 梦\*

---

**内容提要** 《新加坡调解公约》(下称“公约”)的生效标志着国际调解机制的独立化、统一化和制度化,其作用不仅限于统一国际和解协议的执行机制,还将对各国国内调解制度发展产生深远影响。中国在国际和解协议的概念、调解程序规则、调解员守则、和解协议的执行机制和司法监督上,与公约和《调解示范法》所代表的国际标准有一定的差异。即使短时间内商事调解立法不能出台,中国也至少可以从衔接国际国内和解协议执行机制、调解员行为准则、补充和解协议司法监督等方面来积极应对公约的生效,与国际规则对接。中国应当借此时机,完善自身的商事调解机制,同时积极融入和参与构建国际商事调解机制。

**关键词** 新加坡调解公约 国际和解协议 商事调解 调解员守则 调解司法监督

---

## 一、国际商事调解的制度化

2019年联合国贸易法委员会(UNCITRAL)在新加坡公布了《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,简称《新加坡调解公约》,下称“公约”)。目前共有53个国家签署,6个国家批准加入。<sup>①</sup>公约于2020年9月12日正式生效。虽然实证研究表明调解在国际纠纷解决中的实际使用率与仲裁相比并不高,但国际社会已经充分肯定了调解解决国际商事纠纷解决的潜力。<sup>②</sup>各大国际商事纠纷解决机构纷纷出台调解规则,拓展国际调解业务,国际商事调解中心的数量也在不断增加。相关研究发现,尽管调解能较

---

\* 陈梦,深圳大学法学院副教授,美国威斯康辛麦迪逊大学法学博士(SJD)。本文为2018年国家哲学社会科学基金项目“中国仲裁司法监督机制研究”(项目编号:18CFX034)的阶段性成果。

① United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, Resolution adopted by the General Assembly on 20 December 2018, [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/EN/Texts/UNCITRAL/Arbitration/mediation\\_convention\\_v1900316\\_eng.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/EN/Texts/UNCITRAL/Arbitration/mediation_convention_v1900316_eng.pdf), last visited Apr. 30, 2021.

② S. I. Strong, *Applying the Lessons of International Commercial Arbitration to International Commercial Mediation: A Dispute System Design Analysis*, in *Mediation in International Commercial and Investment Disputes*, Catharine Titi & Katia Fach Gomez (eds.), 2019, pp.39-42.



高效地解决国际商事纠纷,但和解协议无法强制履行是阻碍当事人选择调解的最主要的原因。<sup>③</sup>因此联合国贸法会希望通过一部促进和解协议强制执行的公约来消除当事人对调解的顾虑,复制《纽约公约》的成功经验,正式建立国际商事调解执行机制。早在公约公布前数十年,联合国贸法会就已经启动了数轮对国际调解的研讨和立法工作。早在1980,贸法会就公布了《贸法会国际商事和解规则》(UNCITRAL Conciliation Rules, 1980)。2002年又顺势出台了《联合国国际贸易法委员会国际商事调解示范法》,2018年修订为《国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法》(UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018, amending the Model Law on International Commercial Conciliation, 2002,以下简称《调解示范法》)。经历了数年的论证和谈判,《新加坡调解公约》的问世标志着国际商事调解从实践上的野蛮扩张、规则上的百花齐放,到国际法律机制上的制度化和统一化。<sup>④</sup>其签署日的盛况和迅速的生效,也证明了调解在国际纠纷解决界的广泛接受和立法需求。中国作为公约的第一批签署国,还未完成批准加入的程序。目前国内学界也在热议公约的生效给中国带来的影响,以及这一背景下中国商事调解未来的发展路径。笔者认为,如果《新加坡调解公约》代表着国际调解机制的最新标准,那么我们对公约的研究和分析必要而且亟需,在此基础上我们还应当认识到中国商事调解规则和立法上的差异,以及实践发展的趋势,并寻求与国际标准的衔接,着手构建中国的商事调解机制。

## 二、《新加坡调解公约》分析

从条款上看,《新加坡调解公约》与其姐妹公约《纽约公约》一脉相承,并针对商事调解的特殊性做出变更。公约一共16条,涵盖了公约的适用范围、定义、原则、申请对和解协议予以救济的程序、缔约国法院拒绝救济的理由,公约的签署加入及生效条件,缔约国的保留等规定。<sup>⑤</sup>总体而言,相比《纽约公约》,公约通过多种方式扩大了适用范围,取消了和解协议的国籍和相关司法审查权力,进一步限制了法院拒绝给予和解协议救济的理由。<sup>⑥</sup>可以说这些突破性的创新和存有争议的条款充分体现了联合国贸法会希望通过公约来强化国际商事和解协议的强制性,最终来促进国际商事调解发展的雄心。

<sup>③</sup> Don Peters, *Can We Talk? Overcoming Barriers to Mediating Private Transborder Commercial Disputes in the Americas*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2008, Vol.41, pp.1261-1280.

<sup>④</sup> Christian Buhring-Uhle et al., *Arbitration and Mediation in International Business*, 2nd ed., 2006, p.260.

<sup>⑤</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年第1期,第199页。

<sup>⑥</sup> 孙巍:《〈联合国关于调解所产生的国际和解协议公约〉立法背景及条文释义》,法律出版社2018年10月版,第52-53页; Herman Verbist, *United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation*, in *Belgian Review of Arbitration*, Annet vanHooft and Jean-François Tossens (eds.), 2019, pp.53-86.

### （一）公约宗旨和价值取向

公约的宗旨十分明确,“旨在成为一部便利国际贸易并促进将调解作为一种解决贸易争端的有效替代方法的基本文书。公约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。”<sup>⑦</sup>在公约制定之前,联合国贸法会曾经调研通过何种形式和内容的国际规则来进一步促进国际商事调解的适用。<sup>⑧</sup>S.I. Strong 教授也在2014年左右做过一系列的实证研究,数据表明,尽管国际纠纷解决届在大力推广调解但实践中效果甚微。<sup>⑨</sup>因此通过一部加强调解强制性的公约是为了达到这一宗旨的最优途径。<sup>⑩</sup>回顾公约的立法进程,尽管存在诸多争议,但贸法会和各国代表对于公约的通过和生效仍然抱有十分乐观的态度。也正是如此,在条文内容上,贸法会工作组在《纽约公约》和《调解示范法》的基础上做出了较大的突破。其主要倾向就是扩大公约的适用范围,最大限度地促进国际商事和解协议的执行,统一和简化缔约国对于国际和解协议的救济和司法审查标准。在最终的草案文本中,贸法会工作组同时准备了《调解示范法》(2018修订版)和公约草案以供大会批准。即使短时间内公约的缔约国数量不多,也可以通过示范法的形式来影响和引导各国对于商事调解机制的立法规范。而这种影响并不仅仅限于国际调解的范围,在尊重各国不同调解机制的基础上,贸法会希望国际调解中形成的统一规范最终能被适用于各国国内调解中。<sup>⑪</sup>因此,也许短时间内公约的生效并不会影响中国的国内调解。同时在中国批准加入前,公约也并不会与国际和解协议在我国执行的现有规则和程序产生直接的冲突。但中国当事人签订的或者在中国达成的国际和解协议已经可以依据公约在已经批准加入的六个缔约国申请救济。最重要的是,公约的生效代表着国际调解规则的形成,中国积极参与公约的谈判和签署过程也是希望能积极地参与建设国际调解机制。那么在这一目的下,调整中国商事调解的发展方向,积极与国际规则接轨,也是应有之义。

### （二）公约适用范围的多维度扩张

首先,从公约的名称和条款中的用词可以看出,公约主旨并不仅仅包括促进国际和解协议的执行,还包括当事人依赖和解协议所寻求的其他救济。<sup>⑫</sup>例如依据公约第3条,

<sup>⑦</sup> 联合国国际贸易法委员会:《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约介绍册》, [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/zh/v1808433\\_chinese\\_revised.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/zh/v1808433_chinese_revised.pdf), 最后访问时间:2021年4月30日。

<sup>⑧</sup> 联合国国际贸易法委员会:《第二工作组(仲裁和调解)第六十三届会议(2015年9月7日至11日,维也纳)解决商事争议,国际商事调解:和解协议的可执行性秘书处的说明》, A/CN.9/WG.II/WP.190, <https://undocs.org/zh/A/CN.9/WG.II/WP.190>, 最后访问时间:2021年4月30日。

<sup>⑨</sup> S. I. Strong, *Realizing Rationality: An Empirical Assessment of International Commercial Mediation*, University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper No. 2016-07, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2737462>, last visited Apr. 30, 2021.

<sup>⑩</sup> 联合国国际贸易法委员会:《第二工作组(仲裁和调解)第六十三届会议(2015年9月7日至11日,维也纳)工作报告》, A/CN.9/861, 第108段, <https://undocs.org/zh/A/CN.9/861>, 最后访问时间:2021年4月30日。

<sup>⑪</sup> 联合国国际贸易法委员会:《第二工作组(仲裁和调解)第六十三届会议(2015年9月7日至11日,维也纳)工作报告》, A/CN.9/861, 第39段, <https://undocs.org/zh/A/CN.9/861>, 最后访问时间:2021年4月30日。

<sup>⑫</sup> 为了用词的统一,本文将沿用公约的中文译本用词,将当事人在调解过程中达成的协议统称为和解协议,并将当事人提交和解协议救济的公约缔约国统称为救济国。

一方当事人可以以争议已经达成和解协议为抗辩理由要求法院驳回其他当事人的起诉。简而言之,要求缔约国法院确认符合要求的和解协议效力并给予其强制执行力。

其次,公约第1条规定了公约适用于“国际性”的和解协议,但并没有与《纽约公约》的规定一致,没有要求和解协议的当事人营业地在不同缔约国,而只需要和解协议的当事人营业地、履行地或者最密切联系国在不同的国家即可具有“国际性”。也就是说,只要当事人申请救济的国家属于公约缔约国,那么不管这个和解协议在哪里做出,在哪里履行或者当事人营业地是否在缔约国都不影响当事人援引公约获得救济的权利。在公约起草初期,有国家代表曾经提出公约是否应当不区分国内和国际和解协议而统一适用。<sup>⑬</sup>但最终工作组放弃了这一模式,主要原因是考虑到公约不应当过多涉及各国国内制度,尤其是对已经对国内和解协议实行执行制度的法域来说,会产生较大的冲突,不利于公约的通过。<sup>⑭</sup>因此工作组沿用了《调解示范法》中较宽泛的“国际性”定义,即对比《纽约公约》扩大了“国际性”范围,又排除了不具“国际性”因素的国内和解协议。

此外,第1条第2、3款明确排除消费纠纷协议、家事纠纷协议、法院做出或类似于判决的和解协议,以及被记录为仲裁裁决的和解协议。首先在和解协议所解决的纠纷类型上,公约限定适用的和解协议为解决商事纠纷而达成。与可仲裁性的问题类似,各国对于何种争议为商事争议并没有统一规定。但大多数国家都排除了婚姻、家事纠纷这一类型的纠纷。<sup>⑮</sup>并且,公约也明确排除了消费纠纷所达成的和解协议,主要是考虑到这一类型的争议涉及不平等的当事人,可能会触及公共利益的保护,而各国相关此类纠纷的法律具有较大的冲突,为了避免这种冲突阻碍公约的签订和生效,因此排除了消费和解协议。<sup>⑯</sup>

最后,公约还排除类似于司法判决和仲裁裁决一样被法院强制执行的和解协议。主要考虑到此类协议已经具有判决和裁决的强制执行力,在做出国可以直接申请法院强制执行。而在其他国家申请执行可能会涉及承认与执行判决和裁决的双边和多边公约,为了避免冲突,公约排除适用此类可被强制执行的协议。<sup>⑰</sup>

从公约第1条可以明显看出,为了扩大公约的适用范围,公约有意消除和解协议的国籍,而且对何种争议属于商事争议上采取消极清单的方式。可以说除了公约明确排除的协议,其他争议所达成的和解协议都可以援引公约申请救济。除非依据公约第5条第

<sup>⑬</sup> 联合国国际贸易法委员会:《第二工作组(仲裁和调解)第六十三届会议(2015年9月7日至11日,维也纳)工作报告》,A/CN.9/861,第30段, <https://undocs.org/zh/A/CN.9/861>,最后访问时间:2021年4月30日。

<sup>⑭</sup> 联合国国际贸易法委员会:《第二工作组(仲裁和调解)第六十三届会议(2015年9月7日至11日,维也纳)工作报告》,A/CN.9/861,第34段, <https://undocs.org/zh/A/CN.9/861>,最后访问时间:2021年4月30日。

<sup>⑮</sup> 齐树洁主编:《外国调解制度》,厦门大学出版社2018年版,第273-274页。

<sup>⑯</sup> 联合国国际贸易法委员会:《第二工作组(仲裁和调解)第六十三届会议(2015年9月7日至11日,维也纳)工作报告》,A/CN.9/861,第42段, <https://undocs.org/zh/A/CN.9/861>,最后访问时间:2021年4月30日; Timothy Schnabel, *The Singapore Convention On Mediation: A Framework for The Cross-border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements*, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2019, Vol.19, p.43.

<sup>⑰</sup> 联合国国际贸易法委员会:《解决商事争议国际商事调解:拟订关于调解所产生国际商事和解协议执行的文书秘书处的说明》,A/CN.9/WG.II/WP.198,第20段, <https://undocs.org/zh/a/cn.9/wg.II/wp.198>,最后访问时间:2021年4月30日。

2款b项,依据救济国法律,该和解协议所解决的争议不能通过调解解决。那么这就给予协议当事人极大的选择自由,存在选择法院(forum shopping)的可能。例如投资者与东道国政府之间的投资纠纷所达成的和解协议,依据中国法律明确排除在“商事争议”的范畴,但如果救济国法律并没有规定投资争议不可以被调解,那么执行法院就可以依据公约强制执行。并且依据公约谈判的历史记录,各国代表在起草和协商时考虑过公约是否适用于国际投资纠纷所达成的协议,并且在一定程度上做出了积极的共识。<sup>⑮</sup>这一点也可以从公约第8条允许缔约国对公约是否适用于政府与当事人的和解协议提出保留中看出。

### (三) 对缔约国补充规则的明确要求

与《纽约公约》类似,对于国际和解协议的救济程序和审查标准,公约遗留了大量未决事项给各个缔约国国内法进行规制。其中明确提及需要适用的国内法包括:1)申请和解协议救济的具体程序规则;2)调解和调解员的行为准则;3)和解协议的准据法;4)争议可调解性的规定。

首先,公约第3条要求缔约国依据本国的程序规则和公约的内容对和解协议予以救济。随后第4条列举了和解协议当事人在向缔约国主管机关申请救济时所提交的文书证明,主要包括:当事人签署的和解协议和调解的证据。值得一提的是,为了适应飞速发展的电子通信和线上调解,第4条第2款对于电子通信的证据予以认可和肯定。尽管公约没有对救济程序做具体的要求,但是要求缔约国从速行事和不得要求不必要的文件。

其次,公约第5条排他性规定了缔约国可以拒绝给予和解协议救济的情形。其中第1款(e)(f)项提出如果当事人有证据证明调解员严重违反适用于调解员或者调解的准则或未被披露可能影响和解协议达成的利益冲突,那么缔约国主管机关可以拒绝对和解协议给予救济。目前国际社会中存在数量众多的调解规则、若干调解员职业操守规定和利益冲突规则,但公约并未明确调解和调解员所适用的准则是哪些。同时,来自不同法域的法律从业人员还需遵守各自从业资格认定地区所规定的职业操守和伦理规则,在此基础上不同规范也存在很大的冲突。依据当事人自治原则,如果当事人选择了调解和调解员所适用的准则那么则应该依据当事人所选择的规则来判断是否存在违规情形。但如果当事人没有明确选择,在没有在国际统一规则情况下,缔约国法院是否可以援引本国的调解规则和调解员职业操守和利益冲突的相关规定?笔者认为答案是肯定的,如果当事人没有选择,对于这类程序性规定,可以适用法院地法来进行补充。同理,公约第5条第1款(b)项规定和解协议的有效性应当依据其准据法,那么如果当事人有选择的情况下则依据当事人选择的准据法,而如果当事人没有约定,则依据一般冲突法规则来决定和解

<sup>⑮</sup> 联合国国际贸易法委员会:《第二工作组(仲裁和调解)第六十三届会议(2015年9月7日至11日,维也纳)解决商事争议,国际商事调解:和解协议的可执行性秘书处的说明》,A/CN.9/WG.II/WP.190,第46段, <https://undocs.org/zh/A/CN.9/WG.II/WP.190>, 最后访问时间:2021年4月30日; Hal Abramson, *New Singapore Convention on Cross-Border Mediated Settlements: Key Choices*, in *Mediation in International Commercial and Investment Disputes*, Catharine Titi & Katia Fach Gomez (eds.), 2019, pp.360-389.

协议的准据法。这一问题上,贸法会工作组也认为执行法院可以依据本国的冲突规则来适用本国国内法来判定和解协议的有效性。<sup>①⑨</sup>

最后,类似于《纽约公约》第5条第2款明确规定如果缔约国法院规定该争议事项不具可调解性,那么可以拒绝对该和解协议进行救济。正如前文分析,如果缔约国没有对何种争议可以通过调解解决进行立法明确,对于这种可调解性的问题,就可能存在争议。理论上,只要属于当事人可以自由处置的权利,均可以通过调解解决。而在中国,虽然没有法律明确规定何种争议可以通过调解解决,但调解被广泛地运用于各类民事和行政司法诉讼之中,很难认定某种争议依据中国法律不属于可以被调解的争议。除非依据上文分析,在争议的“商事性”上进行限定,缔约国法院如果想援引这一条作为拒绝救济的理由,需要明确的法律依据。

#### (四) 对调解司法监督的进一步限制

与《纽约公约》类似,公约最为重要的条款是第5条,即基于何种理由,缔约国的主管机关可以拒绝对和解协议进行救济。首先第5条延续《纽约公约》中排他性规定的方式,仅允许缔约国主管机关援引第5条中所列的理由才可以拒绝救济。其次,该条款也赋予缔约国主管机关自由裁量的权利,即使存在第5条规定的情形,也可以同意救济。再次,与《纽约公约》第5条具有明显差别的是,公约并没有对调解程序的正当程序提出要求。参考公约的起草文件,主要的理由是,调解中的正当程序标准与仲裁或者诉讼不同,并且没有统一的标准,只要当事人自愿接受和解协议的内容即可具有拘束力。<sup>②⑩</sup>例如在调解实践中,调解员经常采取“背对背”调解的方式。即在一方当事人不在场的情况下与另一方当事人进行商谈(caucus),这一种程序可能存在违反程序公正的风险。因此公约仅规定调解程序必须符合适用的规则,并且调解员应当遵守职业操守和具备公正性,并没有要求调解程序必须符合正当程序的要求。<sup>②⑪</sup>

除此之外,公约第5条对公共政策的例外进行了规定,并且明确了缔约国可以依据本国的实体和程序公共政策进行判断,与《纽约公约》适用中逐渐形成的“国际公共政策”概念存在区别。<sup>②⑫</sup>总体而言,只要1)当事人具有缔约能力,且2)依据和解协议准据法,和解协议是有效并且具有拘束力的,而且3)调解程序符合适用的规则,4)调解员不存在违反职业操守和未披露关键利益冲突的情形,5)和解协议所涉及的争议在救济国可以通过调解解决,6)执行调解协议也并不违反救济国的公共政策,那么救济国就应当对和解协议予以救济。对比《纽约公约》,公约规定的拒绝理由针对调解的特征进行了修改,最大的区别就在于删除了对正当程序的要求,而增加了对和解协议有效性,

<sup>①⑨</sup> 联合国国际贸易法委员会:《第二工作组(仲裁和调解)第六十三届会议(2015年9月7日至11日,维也纳)工作报告》,A/CN.9/861,第102段, <https://undocs.org/zh/A/CN.9/861>, 最后访问时间:2021年4月30日。

<sup>②⑩</sup> *Supra* note 18.

<sup>②⑪</sup> 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》,A/CN.9/867,第157段, <https://undocs.org/zh/A/CN.9/867>, 最后访问时间:2021年4月30日。

<sup>②⑫</sup> 何其生:《国际商事仲裁司法审查中的公共政策》,载《中国社会科学》2014年第7期,第143页。

调解员职业操守和利益冲突的规定。值得注意的是,由于公约消除了和解协议的国籍概念,因此调解中就不存在像仲裁中裁决撤销权一样的司法监督机制。这意味着,公约并没有规定一个国家的法院可以判定和解协议自始无效,从而使它理论上在其他缔约国都无法获得执行,因此即使和解协议被一国宣告无效,仍然可以送到别的缔约国申请执行。和解协议的救济仅仅需要通过救济国法院的司法审查,一方面大大促进了国际和解协议的执行,但另一方面也存在司法审查漏洞和监督缺位风险。如果和解协议存在不公正,侵犯第三人权益或者公共利益的情况,受影响的当事人可能会陷入需要应对多国执行程序的困境,涉及的第三人利益和公共利益也无法得到保护。这一问题还需要进一步的研究。

### 三、中国商事调解实践面临的挑战

调解从古至今都是中国较为常见的纠纷解决手段,但中国却并没有发展出独立的商事调解机制。目前中国的调解主要由:司法调解、机构调解和人民调解三大类组成。理论上,这三类中国最为常见的调解方式均可以调解商事纠纷,但实践中人民调解主要用于解决非商事纠纷,例如农村土地承包经营纠纷和医疗纠纷。司法调解指在各类诉讼程序中灵活使用调解方式,只有机构调解是主要针对商事纠纷的解决。机构商事调解起初依托于仲裁机构提供单独或者与仲裁相结合的调解服务而发展起来。随着中国商事纠纷解决市场的迅速发展,中国也逐渐建立了数量众多仅提供调解服务的各类行业调解和商业调解中心,例如中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心及其各分会的调解中心(下称“中国贸促会调解中心”),深圳证券期货业纠纷调解中心和上海经贸商事调解中心等。尽管在实践中调解已经成长为独立的纠纷解决方式,但在法律依据和规则上,调解仍然被看作附属于诉讼和仲裁的程序。<sup>②③</sup>中国没有专门的商事调解立法,目前相关的立法主要包括《民事诉讼法》《仲裁法》《人民调解法》等法律,及相关司法解释和行政规章。<sup>②④</sup>此外,各类提供调解的机构均制定有自己的调解规则来规范服务。调解相关立法的附属性和碎片化已经不能匹配中国商事调解的巨大市场潜力。中国商事调解实践也逐步受国际调解制度化和统一化所影响,逐渐呈现独立化和专业化的发展趋势。公约的生效对于中国商事调解现有机制提出了制度性的挑战,不仅限于执行国际和解协议所需的各项国内法准备,还在于对调解本身的认知和程序规制。

#### (一) 中国商事调解的巨大潜力

近年来中国商事调解组织数量激增,主要包括各地商会所成立的调解中心和专门的行业协会调解组织。据统计,截至2018年全国商会调解组织数量达1520家。<sup>②⑤</sup>这些调

<sup>②③</sup> 范愉:《商事调解的过去、现在和未来》,载《商事仲裁与调解》2020年第1期,第126页。

<sup>②④</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年第4期,第118页。

<sup>②⑤</sup> 北京仲裁委员会编著:《中国商事争议解决年度观察(2020)》,中国法制出版社2020年版,第35页。

解中心无论从数量规模还是受案量上看,均处于快速发展阶段,侧面反映出中国调解市场的巨大潜力。例如截至2019年12月,中证中小投资者服务中心共登记纠纷12258件,受理8275件,成功5715件,投资者获赔金额20.33亿元,逐渐成为资本市场纠纷化解的主渠道。<sup>②6</sup>中国房地产业协会调解中心自2015年成立以来,从每年调解案件不足10件,已快速发展至2019年承接案件364件,其中进入调解程序75件,调解成功46件。<sup>②7</sup>但不可否认的是,尽管近年来成立的独立商事调解机构数量众多,但大多仍属于业务开拓阶段,而且主要针对国内商事纠纷调解,能搜集到的数据和规则也并不完善,无法支持有实践意义的研究。因此下文将通过搜集司法调解的仲裁调解的实践数据来进一步分析中国商事调解的市场现状。

首先,笔者从历年公布的《中国法律年鉴》搜集2009年至2018年中国一审民事案件的调解率可以看出调解在我国普通民事案件中使用时非常高,但自2010年后调解结案率呈现逐步减小,近几年稳定为25%左右。<sup>②8</sup>细分到不同的民事纠纷类型中,家事纠纷、侵权纠纷和劳动纠纷中调解结案率最高均达到30%以上,而商事类的纠纷例如合同、海事和证券纠纷等基本也保持在20%以上。<sup>②9</sup>

而在仲裁机构的调解实践数据上,以调解组织架构较为成熟的北京仲裁委员会(以下简称“北仲”)为例。<sup>③0</sup>2018年北仲调解中心共计处理15个案件(均为法院委托),无涉外案件,均已结案且没有转为仲裁。调解成功5件,成功率33.33%。仲裁案件中调解结案的共计631件,占总结案率15.30%。2019年北仲调解中心共计处理27个案件,其中涉外案件2件,独立调解结案26件,调解成功15件,成功率55.56%。而在2019年仲裁案件中调解结案的共计1072件,占总结案率18.27%。可以看出近两年,中国仲裁机构受理的独立调解案量尽管略有增长但是仍然非常有限,尤其是与机构的仲裁受案量相比。而仲裁机构所组织的调解案大多数在仲裁程序中进行,仲裁中调解的使用率非常高,并且调解结案率也达到了15%以上。甚至在中国海事仲裁委员会(以下简称“海仲”)受理的仲裁案件中,调解结案率可以达到70%。<sup>③1</sup>此外,通过贸仲公布的《中国商事仲裁年报》中的2014年至2018年全国仲裁机构调解结案率也可以看出,目前调解在我国机构仲裁中的使用率非常高,但最终调解结案率却在还处于震动之中并不稳定,而且显露出逐年下跌的趋势。<sup>③2</sup>究其原因,主要是调解尽管相比其他纠纷解决手段有程序灵活、经

<sup>②6</sup> 中证中小投资者服务中心:《投服中心:以新证券法为指引,助力多元化解机制再上新台阶》, <http://www.isc.com.cn/html/djxw/20191231/1730.html>, 最后访问时间:2021年4月30日。

<sup>②7</sup> 同前注<sup>②5</sup>,第38页。

<sup>②8</sup> 2009年至2018年中国最高人民法院一审民事案件调解率为:2009(36.21%);2010(38.80%);2011(40.64%);2012(41.70%);2013(37.92%);2014(33.37%);2015(28.77%);2016(25.90%);2017(24.76%);2018(25.20%)。

<sup>②9</sup> 诸葛平总编:《中国法律年鉴》2015-2019年“统计数据”篇,中国法律年鉴社。

<sup>③0</sup> 北京仲裁委员会:《2019年度工作报告》, <https://www.bjac.org.cn/news/view?id=3687>, 最后访问时间:2021年4月30日。

<sup>③1</sup> Chen Meng, *Practical Trend of Combining Mediation and Arbitration Chinese Perspective*, Chinese Yearbook of Private International Law and Comparative Law, 2017, Vol.21, p.159.

<sup>③2</sup> 全国仲裁机构仲裁案件调解结案率为:2014(65%);2015(41%);2016(58%);2017(29%);2018(26%)。

济、效率高等优势,但极度依赖当事人的自愿配合和履行。尤其是在国际商事纠纷中,即使达成了和解协议,当事人也偏向于依据和解协议申请仲裁庭制作裁决书,从而可以依据《纽约公约》或其他相关法律获得强制执行。<sup>③</sup>

由于我国仲裁和司法机制本身也处在改革之时,司法调解和仲裁调解率的数据并不稳定,也并不能准确说明调解用以解决商事纠纷的实际能力。但可以看出调解单独解决商事纠纷的案件量远远不如调解在诉讼和仲裁中的适用率,因此调解在实践中仍主要作为诉讼和仲裁的辅助手段。此外,由于中国目前设立的独立调解机构数量众多,受案量和调解成功率都无法衡量,因此无法从宏观上判断中国商事调解市场的规模和增长情况。但参考整体的调解组织数量和司法、仲裁等调解实践数据,可以得出调解在我国商事纠纷解决领域具有巨大的市场潜力和良好的适用基础。

## (二) 国内调解有限的独立化和专业化

无论是在仲裁还是司法程序中,调解作为辅助的纠纷解决手段,中国有非常丰富的实践和法律基础。<sup>④</sup>在商事纠纷解决领域,在仲裁和诉讼中的调解结案率均能达到20%左右。随着调解机制的发展,产生了将调解程序独立化和专业化的趋势。

首先是中国近年来成立了数量众多的独立商事调解中心和行业调解中心。例如成立于1987年的中国贸促会调解中心至今已经在贸促会系统内建立了51个调解分中心,在国际上建立了18个联合调解机制。这些独立的商事调解中心均制定有自己的调解规则和调解员名册,独立提供调解服务。同时部分调解组织也积极探索承接法院委托调解,与诉讼和仲裁程序进行对接。

再如中国仲裁机构从之前仅提供仲裁程序中的调解服务和相关规则到陆续建立独立的商事调解中心,公布独立的商事调解规则、调解员名册和守则。即使是在仲裁和调解相结合的程序中,也从依据《仲裁法》,默认仲裁员兼任调解员到倾向于聘用独立专业的调解员。从中国各大仲裁机构组织架构上看,中国国际经济贸易仲裁委员会(以下简称“贸仲”)、海仲、北仲和深圳国际仲裁院(以下简称“深仲”)设立有独立的调解中心,而上海国际仲裁中心(以下简称“上仲”)和广州仲裁委员会(以下简称“广仲”)则仍主要提供与仲裁相结合的调解业务。与此对应的,贸仲、海仲、北仲和深仲公布了独立的调解规则和调解员名册,而上仲虽然有独立的调解员名册但与广仲一样没有独立的调解规则。此外,北仲还制定了调解员守则和调解中心章程来规范调解业务。有个别仲裁机构还建立了多个针对不同行业或者不同地区的调解中心。例如海仲设立了海事调解中心、渔业调解中心和航空争议调解中心等,深仲设立了深圳证券期货业纠纷调解中心。

再看调仲程序中默认仲裁员兼任调解员规则的变更。中国《仲裁法》第51条制定时参照了司法调解的模式,规定仲裁庭可以在仲裁程序中进行调解并制作调解书或者依

<sup>③</sup> Yaraslau Kryvoi & Dmitry Davydenko, *Consent Awards in International Arbitration: From Settlement to Enforcement*, Brooklyn Journal of International Law, 2015, Vol.40, p.832. 和解裁决是否能依据《纽约公约》申请执行还存有大量争议。

<sup>④</sup> 黄进:《国际商事争议解决机制研究》,武汉大学出版社2010年版,第209页。



据和解协议制作裁决。因此中国大部分仲裁机构仲裁规则均规定仲裁庭可以担任调解员进行调解。例如贸仲《仲裁规则》第47条就默认仲裁庭进行调解,除非当事人有“调解愿望但不愿在仲裁庭主持下进行调解”。<sup>③⑤</sup> 仲裁员兼任调解员在调仲结合的程序可能会带来效率和经济上的优势,但国际仲裁届更担忧的是这一模式会产生较大的程序公正的风险,从而影响最终裁决的执行。<sup>③⑥</sup> 例如调解员可能在一方当事人不在场的情况下与另一方当事人会面 (caucus),这显然违背了仲裁员公正性和独立性的要求。因此许多专家建议即使要在仲裁程序中启动调解,也应当尽可能地分割两个程序,选任不同的人员分别担任仲裁员和调解员。<sup>③⑦</sup> 众多国际仲裁机构也同样采取这一模式,例如新加坡国际仲裁中心 (Singapore International Arbitration Center, SIAC) 所管理的仲裁案件如果需要调解则委托新加坡国际调解中心 (Singapore International Mediation Center, SIMC) 管理,两个机构共同制定了管理此类调仲案件的议定书。再比如,国际商会 (ICC) 调解规则第10条不允许仲裁员担任调解员,除非当事人明确同意。<sup>③⑧</sup> 香港国际仲裁中心 (HKIAC) 的调解规则更是明确任何情况下,调仲程序中仲裁员都不得担任调解员。<sup>③⑨</sup> 而国际商会仲裁中心 (ICC) 发布的调解指南上也特别提请当事人注意,任用仲裁员作为调解员在某些国家是可以接受的,但在另外一些国家被认为是违反程序公正,可能会影响最终裁决的执行。<sup>④①</sup> 因此中国部分仲裁机构也顺应这一趋势修改自己的仲裁规则。例如北仲《仲裁规则》第44条就规定了当事人可以依据《北京仲裁委员会调解中心调解规则》的规定向北仲调解中心申请由调解员进行调解。并且该规则第43条规定只有在当事人请求或者同意的情况下,仲裁庭才可以调解。<sup>④②</sup> 正如前文介绍,各大仲裁机构成立独立的调解中心不仅是为了承接独立的调解案件,更是为了将调解程序独立化和专业化做准备。值得注意的是,依据《新加坡调解公约》第5条第1款e项,如果调解规则或者适用的国内法明确规定仲裁员不得担任调解员,即使仲裁员最终调解成功,执行国法院也可以依据调解员违反适用的规则而拒绝执行此种调解达成的和解协议。

在司法调解中亦是如此,我国司法已经逐步形成选任专门的调解法官或者委托专门的机构组织调解工作的发展趋势。<sup>④③</sup> 在实践中也形成了从过度追求调解率到注重和解

<sup>③⑤</sup> 《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第47条。

<sup>③⑥</sup> Ellen E. Deason, *Combinations of Mediation and Arbitration with the Same Neutral: A Framework for Judicial Review*, Yearbook on Arbitration and Mediation, 2013, Vol.5, p.219.

<sup>③⑦</sup> *Supra* note 4.

<sup>③⑧</sup> ICC Mediation Rules, article 10.

<sup>③⑨</sup> *Supra* note 31.

<sup>④①</sup> ICC 2014 Mediation Guidance Note, p.34, <https://iccwbo.org/publication/icc-2014-mediation-guidance-notes/>, last visited Apr. 30, 2021.

<sup>④②</sup> 《北京仲裁委员会仲裁规则》第44条。

<sup>④③</sup> 李浩:《调解归调解,审判归审判:民事审判中的调审分离》,载《中国法学》2013年第3期,第5-18页;唐力:《在“强制”与“合意”之间:我国诉讼调解制度的困境与出路》,载《现代法学》2012年第3期,第86-96页。

协议的自愿执行的实践经验。<sup>④</sup>这一主题已经有众多研究珠玉在前,本文就不做赘述了。总结而言,中国商事调解机制,无论从程序上、规则上,还是调解员的资质上均逐步独立于其他纠纷解决机制。但实践数据表明,目前我国独立调解机制仍主要针对国内市场,且相对而言数量十分有限,还需要更多立法和体制上的支持。

### (三) 国内和解协议执行机制与公约的冲突

根据联合国贸法会的调研,调解相比其他纠纷解决方式最大的缺陷在调解结果依赖当事人的自愿履行,不具有强制性。<sup>④</sup>但中国法律本身就为商事和解协议的强制执行提供多层次的支持。首先中国《民事诉讼法》第97条和《仲裁法》第51条规定,如果当事人在诉讼或者仲裁程序中调解成功,法官和仲裁庭可以将当事人的和解内容制成调解书,从而获得强制执行力。因此,在仲裁和诉讼程序中使用调解不仅可以利用调解在纠纷解决上的优势,同时还能规避和解协议不能强制执行的缺陷。而在国际仲裁中,仲裁庭仅可以依据当事人的请求将和解协议制作成仲裁裁决,从而依据《纽约公约》在其他缔约国申请强制执行。此外,依据最高院《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》,“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,经调解组织和调解员签字盖章后,当事人可以申请有管辖权的人民法院确认其效力。”<sup>⑤</sup>因此中国调解组织调解达成的和解协议可以通过司法确认制度来获得强制执行。<sup>⑥</sup>

中国法律中对国内和解协议强制性的规定,已经走在国际实践的前列,但与《新加坡调解公约》要求的国际和解协议广泛执行还有一定的差距。主要差距在于:1)目前中国所有的强制执行措施只针对国内和解协议;2)大部分可强制执行的国内和解协议需要依赖仲裁或者司法程序达成。首先,公约明确排除类似于司法判决和仲裁裁决一样被法院强制执行的和解协议。因此法官和仲裁庭制作的调解书不属于公约适用范围。其次,中国目前和解协议的强制执行制度均强调和解协议需要在中国司法、仲裁或者调解组织的调解下达成。这一模式不仅强化了调解的附属性,其根本原理还是以调解组织所在地为标准来区分国内还是国际和解协议,与公约规定的“国际性”标准相差甚远。例如营业地在不同国家的当事人在我国仲裁机构的调解下达成的和解协议是否可以申请我国人民法院进行司法确认?如果中国最终加入公约,那么应当以什么标准来区分国内与国际和解协议?最后,尽管中国法律规定国内和解协议可以通过司法确认制度来执

<sup>③</sup> 李浩:《当下法院调解中一个值得警惕的现象——调解案件大量进入强制执行研究》,载《法学》2012年第2期,第139-148页。

<sup>④</sup> S. I. Strong, *Use and Perception of International Commercial Mediation and Conciliation: A Preliminary Report on Issues Relating to the Proposed UNCITRAL Convention on International Commercial Mediation and Conciliation*, pp.21-32, <http://ssrn.com/abstract=2526302>, last visited Apr. 30, 2021.

<sup>⑤</sup> 《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,2009年7月24日发布,第20条。

<sup>⑥</sup> 刘加良:《非诉调解协议司法确认程序的实践误区及其矫正》,载《政治与法律》2018年第6期,第140-151页;洪冬英:《论调解协议效力的司法审查》,载《法学家》2012年第2期,第111页。

行,但是首先该制度主要适用于人民调解且有时限限制,在商事调解中实践非常有限。其次和解协议司法确认需要经过法院的实体审查最终做出裁定,这与公约所倡导的执行简化和有限审查的要求不符。尽管公约并不直接适用于国内和解协议执行制度,但贸法会的意图本身就是通过公约和示范法来统一国际和解协议执行,最终影响各国国内调解制度的构建。不仅如此,目前中国法律与公约有关国际和解协议的标准冲突也体现出中国调解制度与国际规则存在较大的差异,这必将阻碍中国积极参与构建国际调解制度,成长为国际纠纷解决中心。这一内容将在下文中具体展开。

## 四、中国商事调解规则构建

尽管国内还在热烈讨论中国要不要批准加入《新加坡调解公约》,但不可否认的是,无论中国会不会加入公约,公约的生效都会对中国内地的调解实践和中国企业产生影响。国际社会不仅期待公约对国际调解发展的促进,也在警惕公约的生效对各国司法和相关法律体系造成冲击。从公约条文的分析中可以看出,公约扩大的适用范围和收缩的司法审查对国际商事纠纷中的可能涉及到的任一国家的法律系统均是一场挑战,对缔约国的配套规则更是提出了明确的需求。在此基础之上,笔者认为中国必须至少做以下准备:

### (一) 公约配套立法和规则

如上文分析,公约至少提出了四类规则需要国内法予以补充:1) 申请和解协议救济的具体程序规则;2) 调解和调解员的准则;3) 和解协议的准据法和4) 争议可调解性的规定。这四类规则目前我国均没有现成的法律和规则。首先,许多学者建议制定专门的中国商事调解法来应对公约的生效和国内商事调解的迅速发展。理由是目前现有的立法均无法规范独立的商事调解活动,而且公约已经生效,不管中国是否批准加入都需要做好相关的立法准备。其中联合国贸法会已经出台了《贸法会调解规则》和《贸法会调解示范法》以供当事人选择和各国立法机关参考。中国的商事调解也有一定的实践基础,立法时机已经成熟。笔者认为讨论制定专门的商事调解立法为时尚早,且并不实际,但可以分析如何在现有的立法体制下,应对公约的生效。笔者提出即使短时间内商事调解立法不能出台,中国也至少需要补充上述四种规则。其中申请和解协议救济的具体程序规则,可以参考司法确认程序和国际仲裁裁决承认与执行的程序,由最高法院发布司法解释予以规范。

其次,商事争议的范围或者可调解性的规定,可以参考《最高人民法院关于执行我国加入的〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》中第2条对于商事争议的保留的相关规定由最高法院发布新的司法解释予以明确。但考虑到公约有意涵盖外国投资者与东道国政府之间的纠纷所达成的和解协议,笔者认为中国可以明确这类纠纷的可调解性。理由是如果投资纠纷的当事方同意接受调解,达成并签署和解协议,那么参与国家应当认定为放弃了执行豁免,并不违反中国一贯坚持的绝对国家豁免。况且调解本就十分适合解决投资者与政府之间的纠纷,在中国也有大量的实践。因此,可以考虑明确此

类纠纷的可调解性。

再次,和解协议的准据法如前文分析应当首先依据当事人选择的法律,在当事人没有选择的情况下,依据冲突规则来指引准据法。依据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第41条,对于普通涉外合同的准据法,当事人没有选择的,适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。如果当事人申请在中国进行救济,那么可以适用中国的《民法典》等相关法律。因此这一问题在中国现有的法律框架下完全可以解决。

最后,我国没有单独的商事调解法,仅仅针对诉讼和仲裁中使用调解进行法律规制,同时也没有统一的调解员资质和职业操守的规定。尽管单独的商事调解立法可以系统的制定调解员资质和执业操守等规范,甚至可以进一步规范调解员徇私舞弊的责任。但在商事调解法出台之前,中国实务界完全可以形成较为统一的调解员守则。我国目前调解机构数量迅速增长,而这些机构均制定有自己的调解规则、调解员名册和守则。这些规则在结构和内容上均呈现较高的趋同性,可以提炼出较统一的规范。面对不断增长的调解市场,我国调解实践已然走在了现有立法和规则之前。调解属于当事人合意制定的程序,极具灵活性和高效性,只要当事人同意,调解员对调解程序具有很高的自由裁量权,也不需要遵循严格的正当程序要求。换言之,在保证当事人自愿的基础上,调解员的资质,能力和公正性才是决定调解程序的效率和公平的最重要因素,同时也是调解司法监督的重点。尤其是调解员的责任豁免和追责机制缺失,立法和规则的真空容易产生虚假调解、调解员隐瞒重大利益冲突等风险。参考香港和新加坡的相关做法。香港律政司制定了《香港调解守则》和《调解条例》及协助业界成立香港调解资历评审协会有限公司,专门负责处理调解员的资格、培训标准和纪律等相关工作。新加坡除了调解法之外,主要以审核调解机构的成立和注册,通过机构自治来规范调解员的资质和行为,例如新加坡国际调解中心(SIMC)负责自身调解员的资质审核和培训。笔者认为从实践层面考虑,中国目前调解机构数量已经很多,调解员数量同样十分庞大,由中国司法部组织制定相关的调解员资格和守则较为合适。

## (二) 商事调解相关规则与国际接轨

### 1. 确立调解的独立性

从中国商事调解的实践数据中可以看出中国商事调解的独立化和专业化发展过程与国际商事调解的发展趋势是一致的。但因为中国调解具有丰富的实践传统和法律基础,形成了具有中国特色的调解模式,在规则内容上与国际实践存在差异。<sup>④7</sup>最突出的体现在调解与其他纠纷解决方式的衔接上。从上文中中国商事调解实践数据可以看出,调解仍然被看作是仲裁或者诉讼的辅助手段,可以与仲裁或者诉讼程序无缝连接,仲裁员和法官默认兼任调解员,在仲裁和诉讼中所达成的调解协议可以被制作成具有强制执行

<sup>④7</sup> 孙巍:《〈新加坡调解公约〉与我国法律制度的衔接(1)》,载中国国际贸易促进委员会官网, [http://www.ccpit.org/Contents/Channel\\_3453/2019/0306/1136457/content\\_1136457.htm](http://www.ccpit.org/Contents/Channel_3453/2019/0306/1136457/content_1136457.htm), 最后访问时间:2021年4月30日。

力的调解书。这一实践从一定程度上可以节约资源,提高程序的效率性,但存在违反正当程序的风险。从理论上说,只要当事人同意,调解程序并不需要遵守严格的正当程序要求,调解与仲裁或者诉讼程序的融合也没有任何问题。我国当事人对调解的接受程序很高,这一点在实践中并没有引起较大的关注。但如果适用到国际商事调解中,尤其是涉及没有接受中国调解文化的外国当事人,可能产生抵触,不利于中国商事调解的推广和国际化。尽管,实践中也逐渐形成将调解程序独立化的趋势,但从数据上看调解的独立性还远远不够。中国应从法律和规则上明确调解的独立性和专业性。这一措施并不必然需要单独的商事调解立法,而是通过单独的程序规则,调解员资格和守则在实践中将调解从其他纠纷解决程序中独立出来。

## 2. 衔接国际国内和解协议执行机制

尽管公约并不适用于国内调解制度,贸法会也默认不同国家国内调解制度存在较大差异。但如何区分国内与国际和解协议是缔约国在面对救济申请时所要解决的先决问题。公约以当事人营业地在不用国家作为判断“国际性”的主要标准,而目前我国法律中则更倾向于以调解组织所在地来判断和解协议的国籍,更没有严格的区分国内和国际调解制度。类似中国法律以仲裁机构所在地为标准来判断裁决的国籍一样,在实践中造成大量的困惑和矛盾。<sup>④</sup>笔者认为,如果中国加入公约首先需要接受公约的“国际性”标准,不管和解协议是否在中国或由中国的调解机构调解达成,均属于公约的适用范围。而对于营业地均在中国境内的当事人达成的和解协议则可以适用目前中国现有的和解协议执行机制,例如司法确认制度。但需要特别注意的是如果是营业地均在中国的当事人在外国调解组织或者调解员调解下达成的需要在中国履行的和解协议将面临着既不能适用公约,也无法申请司法确认的两难境地。因此,在国内国际和解协议之外还存在外国和解协议这一类型,包括在外国达成并且不具有公约要求的“国际性”的和解协议。实践中,中国法院一般认为这一类和解协议具有一般合同拘束力,并不会直接予以确认或者执行。

最后,前文已经详细介绍了公约明确排除适用类似于法院判决或者仲裁裁决的和解协议。那么中国法律所规定的调解书由于具有强制执行力,并不属于公约的适用范围。当然如果调解书最终仍然能得到执行,依据公约还是中国相关法律并没有实质性的区别。但如果中国的当事人需要依据公约在其他国家申请执行,需要特别注意这一点。

## 3. 规范调解员利益披露

公约允许缔约国以调解员未披露可能影响协议达成的利益冲突为由拒绝执行和解协议。有个别中国机构设立了调解员守则规定了基本的披露要求,但实践中仍然流于形式,对调解员的规范作用十分有限。前文分析,补充和统一国内调解员守则是公约对国内法的明确要求。在具体内容上,已经有许多国际规则可供参考,例如许多国际调解机

<sup>④</sup> 李庆明:《境外仲裁机构在中国内地仲裁的法律问题研究》,载《环球法律评论》2016年第3期,第181页。

构所发布的调解员守则。<sup>④</sup>笔者认为国际律师协会（International Bar Association, 以下简称IBA）制定的《IBA国际仲裁利益冲突披露指引》（The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration）也可以提供部分参考。尽管调解员和仲裁员在职业操守和行为准则上并不完全相同。例如仲裁员一般情况下不得与一方当事人单独协商而调解员并不受此限。同样仲裁员和调解员公正性和独立性的标准也不一致。但在利益冲突上,笔者认为实践中承担仲裁员和调解员角色的人员来源有很大的重叠,因此可能产生的利益冲突情形可以互相适用。IBA指引中详细列出了仲裁员与争议可能产生利益冲突的情况,依据严重程度分属红色、橙色和绿色清单,承担不同的披露义务。而调解员与争议可能产生利益冲突的情况也同样如此,例如调解员与争议有重大经济利益关系,属于红色清单,严重影响调解员的公正性。再比如调解员过去三年中曾担任一方当事人的法律顾问,属于橙色清单,应当要事先披露。但是,笔者认为,考虑到调解更注重当事人自治,如果调解员事先披露并获得当事人豁免之后,调解员可以继续主持调解。这也是公约第5条第1款f项条款的文义所在,即只有在当事人证明调解员未披露可能影响和解协议达成的利益冲突时才可以申请救济国拒绝救济。

### （三）补充国际和解协议的司法监督

对任何一种替代性纠纷解决方式而言,有效的司法监督都是保障其健康发展的基本要求,同时也需要在尊重当事人意思自治、保持程序效率和公共利益保护上寻求平衡。从公约条文的分析可以得出,与仲裁相比,公约进一步限制了国际调解的司法监督。在救济国拒绝救济的理由中,不仅删除了违反正当程序的理由,还通过消除和解协议的国籍来将和解协议的司法监督权限制在协议救济国。贸法会在这一问题上的突破体现了其大力促进国际调解发展的雄心,也埋下了司法监督失效的隐患。尽管有基本的调解员行为准则规定和公共政策例外,只要具有民事行为能力的当事人自愿达成协议,即使存在程序瑕疵和协议内容瑕疵,当事人均可以通过选择协议准据法和合意接受的方式来修复,使得救济国法院失去拒绝救济的理由。此外,对和解协议的救济不仅包括对当事人财产的执行,还可以作为抗辩理由影响当事人与第三人之间纠纷的解决。已经有学者提出公约没有提供虚假调解的监督机制,因此需要国内法予以补充。<sup>⑤</sup>在公约第5条的排他性规定下,缔约国需要共同履行各自的司法监督职责才能实现对国际调解的有效监督。并且,任何一个国家的监督失职将会成为“木桶效应”中的短板,为国际调解带来巨大的合法性危机。笔者认为中国对抗虚假诉讼、仲裁和调解中所积累的经验教训,例如2018年最高院出台的有关仲裁裁决执行第三人异议制度的司法解释,能为国际和解协议的司法监督提供一些思路。<sup>⑥</sup>此外,笔者认为在公约的框架下加强对国际调解的司

<sup>④</sup> Joe Tirado & Elisa Vicente Maravall, *Codes of Conduct for Commercial and Investment Mediators: Striving for Consistency and a Common Global Approach*, in *Mediation in International Commercial and Investment Disputes*, Catharine Titi & Katia Fach Gomez (eds.), 2019, pp.342-50.

<sup>⑤</sup> 刘晓红、徐梓文:《〈新加坡公约〉与我国商事调解制度的对接》,载《法治社会》2020年第3期,第60页。

<sup>⑥</sup> 任雪峰:《〈最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定〉解读》,载《人民法治》2018年第5期,第16页。

法监督还要从公约第5条第2款a项“公共政策例外”着手。公约的立法资料可以看出,工作组之所以没有采用个别代表提出的在国际仲裁中形成的“国际公共政策”概念,就是认为公共政策例外应当依据各国的国内法予以认定,并且应当包含实体和程序的公共政策。<sup>⑤</sup>并且“国际公共政策”的范围十分狭小,可能最终使这条抗辩理由形同虚设。因此公约允许不同的执行国对本国执行国际和解协议的公共政策进行特别规定。例如规定和解协议的执行不得损害公共和第三人合法权益。至少,依据“公共政策例外”条款,中国法院可以拒绝执行当事人为了转移财产的非法目而达成的虚假和解协议。最后,需要考虑到公约的宗旨是为了促进国际和解协议的得以快速和简化的执行。执行国在立法和司法中适用公共政策标准时,必须同时考虑到调解的高度自治性和公约的宗旨。如何在公约的基础上,把握司法监督和调解自治性的平衡还需要进一步研究。

#### (四) 批准加入公约的必要性和时机

本文强调,不管中国最终是否批准加入公约,均需要为公约的生效做足准备。公约不仅广泛适用于国际和解协议的执行,而且会逐渐影响各国国内调解制度。而公约标志着国际调解机制已经形成,并且进入制度化和统一化的快车道。而中国在基本的国际和解协议的概念上都与公约有明显的不同,在调解程序规则、调解员守则、和解协议的执行机制和司法监督上与公约和《调解示范法》所代表的国际标准也有一定差异。即使中国短时间内不会批准加入公约,但中国当事方或者在中国签订的国际和解协议已经可以依据生效的公约送到其他缔约国申请救济。中国实务界已经积极应对商事调解业务的增长,也认识到中国调解与国际商事调解的差异性,在积极探讨公约生效对中国市场的影响。笔者认为,在立法和规则上还未准备好与公约衔接之前,中国批准加入公约不可操之过急。尤其是考虑到公约对于和解协议司法监督的限制,和未来存在的监督失效的风险,中国司法系统需要积极做好规则补充和预案,同时关注公约生效后在其他缔约国的执行情况,来最终考虑是否批准加入。国际社会均期盼国际调解能够迅速发展,发挥重要的国际纠纷解决功能。而中国庞大的调解市场,丰富的调解经验和良好的实践基础完全可以在国际调解机制构建中承担更重要的角色。不仅如此,借公约生效这一契机,中国可以着手从规则上完善国内调解制度,更好发挥调解解决国内商事纠纷的能力,进一步竞争国际纠纷解决市场。

---

**Abstract:** With expanding sphere of application, the Singapore Mediation Convention will produce significant impact on international and domestic commercial mediation system, no matter whether China will ratify the Convention. Based on analyzing the Convention and Chinese mediation practice, this article found there are divergencies between Chinese provisions

---

<sup>⑤</sup> 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》,A/CN.9/867,第155-157段, <https://undocs.org/zh/A/CN.9/867>,最后访问时间:2021年4月30日。

and the Convention, on issues regarding definition of international settlement agreements, mediators' behavior, and mediation judicial supervisions. China should improve its mediation legislation, unify mediation rules, mediators' qualification and ethic code, and supplement judicial supervision to implement the Convention. China could take the opportunity of the Convention enter unto force, to build its commercial mediation system, and contribute more to the constitution of international commercial mediation rules.

**Keywords:** Singapore Mediation Convention; international settlement agreements; commercial mediation; mediation rules; mediation judicial supervision

---

---

( 责任编辑: 孙保国 )



# 德国仲裁临时措施制度及其借鉴

韩赤风\*

---

**内容提要** 尽管在德国有关“仲裁程序”的规定被列入《德国民事诉讼法典》第十编,但该编却是独立的一编,有完整的体系,德国学术界通常称其为“仲裁法”。当下的德国仲裁临时措施制度是德国仲裁法现代化的结果。虽然德国仲裁临时措施制度明显受到1985年《联合国国际商事仲裁示范法》的影响,形成了仲裁庭和法院都可以采取临时措施的“双轨制”,但仍然保留了本土化的规定,带有明显的自身特点。目前,我国《仲裁法》尚未对仲裁庭采取临时措施作出规定。因此,德国仲裁临时措施制度可为我国《仲裁法》的修改和完善提供宝贵的借鉴经验。

**关键词** 仲裁法 仲裁临时措施 仲裁庭采取的临时措施 法院采取的临时措施

---

## 一、德国仲裁法与仲裁临时措施

如果有人想要在德国的法律体系中直接找到一部名为“仲裁法”的法律,他一定会感到失望,因为并不存在这样一部“独立”的单行法。当然,这不意味着在德国缺少调整仲裁关系的法律。在德国,“仲裁法”并不是一部独立存在的单行法,而是《德国民事诉讼法典》中的一编。目前,《德国民事诉讼法典》共有十一编,其中第十编名称为“仲裁程序”(Schiedsrichterliches Verfahren)。<sup>①</sup>虽然其仅为《德国民事诉讼法典》中的一编,但却是相对独立的一编,有完整的体系。德国学术界通常将该编归入诉讼程序以外的特别程序(Besondere Verfahren),<sup>②</sup>并将其称为“仲裁法”(Schiedsrecht)。<sup>③</sup>以下所称“德国仲裁法”即指该编。

德国仲裁法从其颁布至今经历了三个阶段:

第一阶段为产生初期,即其颁布至第一次修改前。在1877年《德国民事诉讼法典》

---

\* 韩赤风,北京师范大学法学院教授。

① Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), die zuletzt durch Artikel 8 des Gesetzes vom 22. Dezember 2020 (BGBl. I S. 3320) geändert worden ist; Ein Service des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz sowie des Bundesamts für Justiz – www.gesetze-im-internet.de.

② Arens/Lüke, Zivilprozessrecht, 5. Aufl., 1992, S. 318 ff.

③ Münch, Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Aufl., 2017, Vorbemerkung zu § 1025, Rn. 1–3.

(当时的全称为 Civilprozessordnung, 缩写 CPO) 颁布之初, 有关仲裁的规定就已经被纳入其中。当时, 该法第 851 条至 872 条对仲裁程序作出了明确规定。根据学术界的观点, 这些规定的制定受到普鲁士草案(第十一编: 第 1361 条至第 1389 条 PE[1864 年]) 和北德意志草案(第八编: 第 1155 条至第 1178 条 NE[1870]) 的影响。<sup>④</sup>

第二阶段为发展阶段。这是一个相当漫长的发展过程。从其颁布后的第一次修订到 1997 年现代化之前, 差不多经历了上百年的时间。这期间《德国民事诉讼法典》中的仲裁法部分多次被调整和修订, 最终其被排序为法典的第十编, 而且起始条文也固定在第 1025 条上, 并扩展到第 1048 条。尽管以后仲裁法部分得到了现代化改造, 甚至该法典前九编的多次修订和扩展都没有改变该条文的这一起始顺序。这期间《德国民事诉讼法典》的名称已经从“Civilprozessordnung”改为“Zivilprozessordnung”, 缩写为 ZPO。

第三阶段为现代化阶段。为了使德国仲裁法与国际接轨, 德国立法者对其进行了全面的现代化改造, 即多方面借鉴了 1985 年的《联合国国际商事仲裁示范法》(以下简称“1985 年《示范法》”)。不过, 立法者仍然让仲裁法在某些方面保留了德国法的特色。

现行有效的《德国民事诉讼法典》(最后修订时间为 2020 年 12 月 22 日) 第十编共包括 10 章: 第一章“总则”; 第二章“仲裁协议”; 第三章“仲裁庭的组成”; 第四章“仲裁庭的管辖权”; 第五章“仲裁程序的进行”; 第六章“裁决的作出与程序的终止”; 第七章“对裁决的追诉”; 第八章“裁决的承认与执行”; 第九章“法院程序”; 第十章“非经协议组成的仲裁庭”。目前, 该编条文共计 42 条, 即从第 1025 条至第 1066 条。<sup>⑤</sup>

本文要探讨的德国仲裁临时措施制度, 首先源于该法典第十编中的两个条文, 即第四章“仲裁庭的管辖权”中的第 1041 条“临时法律保护措施”和第二章“仲裁协议”中的第 1033 条“仲裁协议和法院采取的临时措施”。前者对仲裁庭采取的临时措施作出规定, 后者则对法院采取的临时措施作出规定。虽然这两个条文明确了仲裁庭和法院都可以采取临时措施, 但并没有关于临时措施具体内容的规定, 而仅仅对临时措施的适用条件作出规定。也就是说, 仲裁庭和法院仅依据这两个条文是无法发布带有具体内容的临时措施命令。看上去, 这似乎有些不可思议。如果没有关于临时措施具体内容的规定, 这两个条文就会变得毫无意义。难道这是立法者的疏忽吗? 当然不是。原来, 该法典第八编“强制执行”中的第五章“假扣押与假处分”(Arrest und einstweilige Verfügung; 第 916 条至第 945b 条) 对临时措施的具体内容作出了明确而详细的规定。另外, 当仲裁临时措施涉及到证据保全时, 则应适用该法典第二编第一章第十二节“自主证据程序”(Selbständiges Beweisverfahren; 第 485 至第 494a 条) 中的有关规定。<sup>⑥</sup> 可见,

<sup>④</sup> Münch, Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Aufl., 2017, Rn. 156.

<sup>⑤</sup> 赵健、祝欣译:《德国民事诉讼法典第十编: 仲裁》, 沈四宝主编:《国际商法论丛(第 2 卷)》, 法律出版社 2000 年版, 第 543 页。目前国内可以查到 1997 年的《德国民事诉讼法典》第十编中文译文。

<sup>⑥</sup> Vgl. Arens/Lüke, Zivilprozessrecht, 5. Aufl., 1992, S. 230 ff. 该法典第 485 条的原有条文名称为“证据保全程序”(Beweissicherungsverfahren)。由于后来修法时在该条中增加了新的内容, 于是改为现在的名称。不过, 原有内容仍然保留在该条第 1 款中。由于目前国内尚未见到对 Selbständiges Beweisverfahren 术语的翻译, 作者将其暂译为“自主证据程序”。

立法者为了避免重复规定,在第十编中省略了对临时措施具体内容的规定。因此,从广义来说,该法典第八编第五章“假扣押与假处分”以及第二编第一章第十二节“自主证据程序”中关于临时措施具体内容的规定也是德国仲裁临时措施制度的组成部分。由于研究目的及篇幅所限,本文对德国仲裁临时措施制度的探讨,主要限于该法典第十编的规定(即仲裁法中关于临时措施的规定),而对于该法典第十编之外关于临时措施具体内容的规定,仅作简要介绍。

## 二、关于仲裁庭采取临时措施的规定

### (一) 关于第 1041 条的规定

《德国民事诉讼法典》第十编第 1041 条的条文名称为“临时法律保护措施”(Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes)。该条是仲裁庭采取临时措施的重要依据。从第十编的体系上来看,该条属于该编第四章“仲裁庭的管辖权”中的两个条文之一,即第 1040 条“仲裁庭对其管辖权作出裁定的权力”(Befugnis des Schiedsgerichts zur Entscheidung über die eigene Zuständigkeit)和第 1041 条两个条文。<sup>⑦</sup>

第 1041 条内容如下:<sup>⑧</sup>

(1) 除当事人另有约定的以外,仲裁庭可以根据一方当事人的申请,就争议标的物下令采取其认为必要的临时或保全措施(vorläufige oder sichernde Maßnahmen)。<sup>⑨</sup>仲裁庭可以要求任何一方当事人提供与该措施相适应的担保。

(2) 除已经向法院申请了相应的临时法律保护措施的以外,法院可以根据一方当事人的申请准许执行本条第 1 款中的措施。对于措施执行是必要的情况下,法院可以发布不同的命令。

(3) 根据申请,法院可以撤销或修改依据第 2 款作出的裁定。

(4) 根据第 1 款采取措施的命令从一开始就被证明是不公正的,则已经获得命令执行的一方当事人,有义务赔偿对方因执行该措施或为了避免执行而提供担保所遭受的损害。请求可以在仲裁程序结束前提出。

综上所述,第 1041 条共包括 4 款。第 1 款对仲裁庭有权下令采取临时措施及临时措施的适用条件作出规定;第 2 款对法院准许执行临时措施作出规定;第 3 款对法院可以撤销或修改其发布的临时措施裁定作出规定;第 4 款对执行临时措施造成损害时的损害赔偿作出规定。以下从临时措施的适用条件、法院的协助与监督、损害赔偿请求权三

<sup>⑦</sup> Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, ZPO § 1041 Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes (Wolf/Eslami), 35. Edition, Stand: 01.01.2020. Saenger, Zivilprozessordnung, Vorbemerkung zu §§ 1025–1066 (Ingo Saenger), 8. Aufl., 2019.

<sup>⑧</sup> 同前注<sup>⑤</sup>,第 549 页。根据 2020 年德国《联邦法律公报》(BGBl)发布的《德国民事诉讼法典》,并在研读国内现有译文的基础之上,作者对第十编第 1041 条进行了重新翻译。有些表述与国内现有译文有所不同。

<sup>⑨</sup> 同前注<sup>⑤</sup>,第 549 页。根据第 1 款原文,仲裁庭下令采取的措施可以仅是临时措施,也可以仅是保全措施。这里对该表述的翻译与国内现有译文有所不同。

个方面对第1041条进行较为详细的解读。

## （二）临时措施的适用条件

第1款虽然只有两句,但明确了两点:第一,该款明确赋予仲裁庭对临时措施的发布权。这是德国仲裁法采取双轨制的重要标志。关于仲裁庭发布临时措施命令所显现的优点,我们将在后面加以阐述。第二,明确了临时措施的适用条件。以下将对临时措施的适用条件作出解读。

从第1款规定的内容看,临时措施的适用条件包括:

(1) 当事人对临时措施的不适用没有明确的约定。如果当事人对临时措施的不适用有明确的约定,即当事人明确约定排除临时措施的适用,则仲裁庭不能下令采取临时措施。在这里,私法中的意思自治原则得到了充分体现。

(2) 须有一方当事人提出申请。如果当事人没有向仲裁庭提出采取临时措施的申请,仲裁庭不能下令采取临时措施。这说明仲裁庭所采取的临时措施具有非主动性。

(3) 临时措施的适用须针对争议标的物。

(4) 发布的措施须为临时措施或保全措施。虽然该条明确了仲裁庭发布的措施应属于临时措施或保全措施,但没有涉及到临时措施的具体内容。为什么立法者对此不加以明确?如果我们了解以下两点,对此就比较容易理解了。第一,该法典第八编“强制执行”中的第五章“假扣押与假处分”及第二编相关规定已经对临时措施的具体内容作出了非常详细的规定。为了简化立法,这里不需要重复作出规定。第二,在德国仲裁法现代化之后,对国内和国际仲裁程序不再进行区分,临时措施不仅适用于国内仲裁程序,同样适用于国际仲裁程序。不明确规定还意味着,仲裁庭可以不完全受该法典第八编“强制执行”中的第五章“假扣押与假处分”及第二编相关规定的约束。<sup>⑩</sup>

(5) 仲裁庭认为采取临时措施是必要的。何为必要?仅根据第1款的表述,我们对此是很难理解的,因为这里没有更多的规定。然而,当我们了解到该法典第八编第五章“假扣押与假处分”以及第二编第一章第十二节“自主证据程序”构成第1041条中的临时措施具体内容时,这个问题就很容易得到解决。因为该法典这两部分对假扣押、假处分及证据保全的适用条件均有明确和详细的规定。因此,仲裁庭只有经过对当事人的申请进行全面的审查,并在确认假扣押、假处分及证据保全适用的条件是否得到了满足后,才能得出采取临时措施是否必要的结论。

(6) 在仲裁庭认为必要时当事人须提供担保。如果说上述五个条件是临时措施适用必不可少的条件(第1句),那么,第六个条件则是临时措施适用的一个可选择的条件。仲裁庭可以向申请人提出担保要求,也可以向被申请人提出担保要求。在仲裁庭要求提供担保的情形下,提供担保就会成为临时措施适用的一个条件。这里须注意的是,依据第1款的规定,当事人提供的担保应与该措施相适应。

<sup>⑩</sup> 参见该法典第十编第1041条第2款第2句。由于仲裁庭发布的临时措施须由法院执行并受其监督,因此这种“不受约束”受到一定限制。

### （三）法院的协助与监督

#### 1. 关于第 1041 条第 2 款的规定

##### （1）法院对仲裁庭发布的临时措施的执行

虽然仲裁庭可以发布临时措施,但受自身职权的限制却无法执行。根据第 1041 条第 2 款的规定,根据一方当事人的申请,法院可准许执行第 1041 条第 1 款中的临时措施。由此可见,这里的规定明确了临时措施的执行主体,即仲裁庭发布的临时措施应由法院来执行。

##### （2）法院执行临时措施的条件

根据第 1041 条第 2 款第 1 句的规定,法院执行临时措施的条件如下:第一,须有一方当事人提出申请。这里的申请是指对临时措施执行的申请。没有一方当事人提出申请,法院不能执行临时措施。第二,当事人没有向法院申请相应的临时法律保护措施。由于德国仲裁法对临时措施发布权限采取双轨制的立法模式,即仲裁庭和法院都有发布临时措施的权力,因此这样的规定可避免对临时措施的重复执行。第三,临时措施须经法院审查。不过,根据学术界的理解,这种审查通常仅限于程序方面。<sup>⑪</sup>

##### （3）法院对临时措施执行的偏离

根据第 1041 条第 2 款第 1 句的规定,法院经过审查对仲裁庭发布的临时措施可准许执行,也可拒绝执行。而根据第 1041 条第 2 款第 2 句的规定,法院还可以偏离仲裁庭发布的临时措施,发布与其不同的临时措施并执行。立法者在此赋予法院这样一种权力,即只要对临时措施的执行是必要的,法院可以对仲裁庭发布的临时措施作出调整。根据立法解释,作出这样的规定主要是考虑到德国强制执行法的确定性原则。<sup>⑫</sup>

#### 2. 关于第 1041 条第 3 款的规定

##### （1）法院对临时措施执行裁定的撤销或修改

即使法院依据第 2 款作出了执行仲裁庭发布的临时措施的裁定,依然可以根据第 1041 条第 3 款的规定,撤销或修改其作出的裁定。这一规定的意义在于:其一,法院可以及时纠正已经作出的不公正或不合理的临时措施执行裁定;其二,为一方当事人提交担保后而撤销临时措施保留了适用的空间。

##### （2）法院撤销或修改临时措施执行裁定的条件

法院撤销或修改临时措施执行裁定的条件包括:首先,须提出申请。这里没有明确规定,由谁提出申请。这应该不是立法者的疏忽,而是为申请主体范围保留了较宽泛的空间。其次,须有一定理由或符合相关法律规定。根据学术界的观点,如果仲裁庭下令采取临时措施的理由不复存在或情况发生了变化,该款则可以适用。<sup>⑬</sup>另外,依据相关规

<sup>⑪</sup> Saenger, Zivilprozessordnung, ZPO § 1041 Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes (Ingo Saenger), 8. Aufl., 2019, Rn. 4.

<sup>⑫</sup> Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, ZPO § 1041 Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes (Wolf/Eslami), 35. Edition, Stand: 01.01.2020, Rn. 18.

<sup>⑬</sup> Saenger, Zivilprozessordnung, ZPO § 1041 Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes (Ingo Saenger), 8. Aufl., 2019, Rn. 6.

定,在满足了撤销临时措施执行裁定的条件时,亦可适用该款。<sup>⑭</sup>

#### (四) 损害赔偿请求权

##### 1. 损害赔偿请求权

按照第 1041 条第 4 款的规定,如果根据第 1 款采取措施的命令从一开始就被证明是不公正的,则已经获得命令执行的一方当事人,有义务赔偿对方因执行该措施或为了避免执行而提供担保所遭受的损害。这一规定并不是源于 1985 年《示范法》,而被认为是体现了德国法色彩的规定,因为其直接源于《德国民事诉讼法典》第 945 条“损害赔偿义务”。<sup>⑮</sup> 该规定的意义在于,可以保护遭受损害一方当事人的利益。

##### 2. 提出请求权的条件

从第 1041 条第 4 款的规定看,提出请求权的条件包括:

第一,采取措施的命令被证明从一开始就是不公正的。根据学术界的理解,这里所说的“根据第 1 款采取措施的命令”是指仲裁庭发布的命令。我们已经知道,由于德国仲裁法采取双轨制,法院也可以发布临时措施命令。如果法院发布的临时措施命令被证明自始为不公正的,受害人则不能根据该规定请求损害赔偿,只能根据《德国民事诉讼法典》第 945 条的规定,向法院提出损害赔偿请求。

第二,该措施得到了执行或即将执行。受到其职权的限制,仲裁庭只能发布临时措施命令。对于该命令的执行,须由法院执行。按照该款规定,只有法院已经执行了或即将执行仲裁庭发布的临时措施,才具备提出请求权的条件。

第三,提出请求的主体为遭受损害的一方当事人(即被申请人)。

第四,造成了损害后果。一方当事人遭受的损害可以是以下任何一个方面:一种是来自因执行该措施而遭受的损害;另一种是为了避免执行而提供担保,从而遭受的损失。

第五,有义务赔偿的主体是已经获得命令执行的一方当事人(即申请人)。根据学术界的理解,这里并不要求其主观有过错,无过错亦可。

第六,须在程序结束前向仲裁庭提出。这里有一个问题需要探讨:如果遭受损害的一方当事人没有向仲裁庭提出损害赔偿请求,而是向法院提出损害赔偿请求,是否可以?根据学术界的观点,通常不存在障碍。但在一定条件下,这会受到限制。例如,如果

<sup>⑭</sup> 参见谢怀栻译:《德国民事诉讼法典》,第 923 条,载道客巴巴网, <http://www.doc88.com/p-970354394134.html>, 最后访问时间:2021 年 1 月 19 日。《德国民事诉讼法典》第 923 条规定:“在假扣押令中应记载要求停止假扣押执行时及债务人申请撤销已执行假扣押时所提存的金额。”该条原文为:“In dem Arrestbefehl ist ein Geldbetrag festzustellen, durch dessen Hinterlegung die Vollziehung des Arrestes gehemmt und der Schuldner zu dem Antrag auf Aufhebung des vollzogenen Arrestes berechtigt wird.”

<sup>⑮</sup> 《德国民事诉讼法典》第 945 条位于第八编“强制执行”第五章“假扣押与假处分”的末尾处。该条规定:“假扣押或假处分的命令被证明自始为不公正时(ungerechtfertigt),或根据第九百二十六条第二款或第九百四十二条第三款发出的命令被撤销时,请求发出命令的当事人,对于对方当事人因执行该命令而受到的损害,或因免除执行或撤销处分而提供担保发生的损害,负赔偿之责。”谢怀栻先生翻译的《德国民事诉讼法典》将该条第一句译为:“假扣押中假处分的命令经判明自始为不合法时”。根据目前该法典原文,应为“假扣押或假处分的命令”(die Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung)。另外,这里的“ungerechtfertigt”一词也在第 1041 条第 4 款中出现。根据作者的理解,这两处要表达的都是“不公正的”语义。这里仅对此句作重新翻译。

损害赔偿请求仅来自单独订立的仲裁协议或包含在原仲裁程序所依据的仲裁协议中,损害赔偿的被告(即仲裁的申请人)可根据第 1032 条第 1 款提出抗辩。<sup>①⑥</sup>这样,法院就可以驳回原告请求。

### 三、关于法院采取临时措施的规定

#### (一) 关于第 1033 条规定

第十编第 1033 条的条文名称为“仲裁协议和法院采取的临时措施”。该条规定:“仲裁协议不得排除,在仲裁程序开始前或开始后,法院应一方当事人的申请对仲裁的标的物采取临时或保全措施。”根据该规定,应一方当事人的申请,法院同样可以发布临时措施命令。这一规定与第 1041 条的规定一起构成了德国仲裁法的双轨制,即仲裁庭和法院都有发布临时措施命令的权力。<sup>①⑦</sup>双轨制并不是德国仲裁法的创新。1985 年《示范法》第 9 条也赋予法院发布临时措施命令的权力。该条与该法第 17 条(该条赋予仲裁庭发布临时措施命令的权力)一起构成双轨制。法院采取临时措施的意义在于:其一,如果仲裁协议的一方当事人向仲裁庭提出申请后遭到拒绝,其仍然可以向法院提出申请,这样可以避免因仲裁庭的失误而导致不能发布临时措施,并最大限度地保护当事人的利益。其二,在当事人明确约定排除临时措施的适用后,一方当事人认为有必要申请采取临时措施时,仲裁庭因第 1041 条第 1 款的限制,已无法下令采取临时措施。但法院却不受此约定的限制,仍然可根据一方当事人的申请发布临时措施命令。这样可以避免因当事人最初判断不准而无法申请采取临时措施,并最大限度地保护当事人的利益。

#### (二) 法院采取临时措施的条件

根据该条的规定,法院发布临时措施命令的条件是:

(1) 须有仲裁协议的一方当事人向法院提出申请。按照该规定,没有当事人提出申请,法院不能主动发布临时措施命令。如果一方当事人提出申请后另一方当事人以仲裁协议有排除该规定适用的约定为由提出异议,是否可以阻止该规定的适用?显然不能,因为该条已经明确规定,仲裁协议不能排除法院对临时措施命令的发布。该规定表明,当事人的申请在此优先于仲裁协议。

(2) 只能在仲裁程序开始前或开始后提出申请。该规定对当事人提出申请的时间作出了明确的限定。一方当事人向法院提出申请的时间可以是在仲裁程序开始前,也可以在仲裁程序开始后,但不能在仲裁程序结束后提出。

(3) 仲裁庭没有在先发布临时措施命令。双轨制不意味着重复发布。如果仲裁庭已经发布了临时措施命令,法院无须再次发布临时措施命令,即该条已无适用的必要。

<sup>①⑥</sup> 同前注<sup>⑤</sup>,第 545 页。第 1032 条【仲裁协议与法院审理实体争议】:“(1) 诉讼事项属于仲裁协议范围的,如果被告在法院对争议实体问题开庭审理之前提出异议,法院应驳回起诉,但法院认定仲裁协议无效、失效或者不能实行者不在此限。”

<sup>①⑦</sup> Saenger, Zivilprozessordnung, Vorbemerkung zu § § 1025–1066 (Ingo Saenger), 8. Aufl., 2019.

反之,如果法院先于仲裁庭发布了临时措施命令,按照第1041条第2款,仲裁庭也不必再次发布临时措施命令。

## 四、比较法上的观察

《德国民事诉讼法典》第十编第1041条关于“临时法律保护措施”的规定是德国仲裁法现代化的最重要结果之一。通过与1985年《示范法》及2006年《示范法》的比较,<sup>⑮</sup>我们可以清晰地看到该条规定的形成及特点。

### (一) 第1041条与1985年《示范法》第17条的比较

我们先来了解一下1985年《示范法》第17条的内容。<sup>⑯</sup>该条文名称为“仲裁庭命令采取临时措施的权力”,其内容是:“除非当事各方另有协议,仲裁庭经当事一方请求,可以命令当事任何一方就争议的标的采取仲裁庭可能认为有必要的任何临时性保全措施。仲裁庭可以要求当事任何一方提供有关此种措施的适当的担保。”以下从两个方面将第1041条与该《示范法》第17条进行比较。

#### 1. 第1041条第1款与1985年《示范法》第17条的比较

第1041条第1款与该《示范法》第17条同样,一是赋予了仲裁庭发布临时措施的权力,二是规定了临时措施的适用条件。从临时措施的适用条件看,两者的相同点是:(1)当事人对临时措施的不适用须没有明确的约定;(2)须有一方当事人提出申请;(3)临时措施的适用须针对争议标的物;(4)措施须属于临时性的保全措施;(5)仲裁庭认为采取临时措施是必要的;(6)在仲裁庭认为必要时当事人须提供担保。可见,第1041条第1款与该《示范法》第17条,几乎完全相同。

#### 2. 第1041条第2、3、4款与1985年《示范法》第17条的比较

尽管第1041条第1款与该《示范法》第17条几乎完全相同,但我们发现第1041条第2、3、4款规定的内容,在1985年《示范法》第17条中根本不存在。第1041条规定的内容是在1996年通过的,这表明第1041条第2、3、4款的相关规定早于2006年《示范法》被制定。

### (二) 第1041条及相关规定与2006年《示范法》第四A章的比较

2006年《示范法》第四A章“临时措施和初步命令”是在1985年《示范法》第17条的基础上扩展而来的。<sup>⑰</sup>目前该章有五节,共计11条,与1985年《示范法》第17条相比其内容得到了极大扩张。值得注意的是,德国仲裁法至今并没有跟进,而与2006年《示范法》保持同步。尽管如此,通过比较,我们仍可以发现2006年《示范法》与第1041条及相关规定(这里主要指《德国民事诉讼法典》第八编第五章及第二编第一章

<sup>⑮</sup> 《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(1985年附2006年通过的修正案)。

<sup>⑯</sup> 《联合国国际商事仲裁示范法(1985)》第17条。

<sup>⑰</sup> 同前注<sup>⑮</sup>,第四A章。



第十二节中的相关规定)之间的相似之处:第一,2006年《示范法》也同样规定了损害赔偿(第17G条);第二,2006年《示范法》所列举的临时措施(第17条)完全可以被《德国民事诉讼法典》第八编第五章“假扣押与假处分”(第916条至第945条)以及第二编第一章第十二节“自主证据程序”中关于临时措施具体内容的规定所覆盖。<sup>②1</sup>可见,德国仲裁法现有规定完全可以满足仲裁实践的需要,这也许是其至今保持现状的原因。

### (三) 第1033条与1985年《示范法》第9条的比较

这里先介绍一下1985年《示范法》第9条的内容。该条文名称为“仲裁协议和法院的临时措施”,属于第二章“仲裁协议”中的最后一个条文,其内容是:“在仲裁程序进行前或进行期间内,当事一方请求法院采取临时保护措施和法院准予采取这种措施,均与仲裁协议不相抵触。”<sup>②2</sup>

第十编第1033条的内容已如前所述,这里不再赘述。

通过比较,我们可以发现:第一,两个条文均为其所属法律第二章“仲裁协议”中的最后一个条文;第二,《德国民事诉讼法典》第十编第1033条的名称为“仲裁协议和法院采取的临时措施”,而1985年《示范法》第9条的名称为“仲裁协议和法院的临时措施”,两者几乎完全一致;第三,两个条文的内容几乎是完全一致。由此可见,德国仲裁法在法院采取临时措施方面全面移植了1985年《示范法》的规定。

### (四) 德国仲裁临时措施制度的特点

通过以上比较观察,我们可以归纳出德国仲裁法第1041条及第1033条所规定的“临时措施”的如下特点:

第一,从临时措施规定的制定来源看,临时措施规定是由对1985年《示范法》第17条的移植和本土化规定两部分组成。这表明,德国立法者既要让仲裁法中的临时措施与国际接轨,同时又基于本国法律体系补充了带有自身特色的规定,并没有简单照搬1985年《示范法》。

第二,从临时措施的适用范围看,临时措施不仅适用于国内仲裁程序,也适用于国际仲裁程序。德国仲裁法经过现代化改造的一个明显后果,就是不再区分国内仲裁程序和国际仲裁程序,而是统一适用于国内仲裁程序和国际仲裁程序。当然,临时措施的执行还仅限于国内。<sup>②3</sup>

第三,从临时措施的发布主体看,第1041条明确赋予仲裁庭发布临时措施命令的权力。仲裁庭发布临时措施命令的权力与第1033条赋予法院发布临时措施命令的权力一

<sup>②1</sup> 同前注<sup>①8</sup>,第四A章第17条。《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第四A章第17条【仲裁庭下令采取临时措施的权力】第2款规定:“临时措施是以裁决书为形式的或另一种形式的任何短期措施,仲裁庭在发出最后裁定争议的裁决书之前任何时候,以这种措施责令一方当事人实施以下任何行为:(a)在争议得以裁定之前维持现状或恢复原状;(b)采取行动防止目前或即将对仲裁程序发生的危害或损害,或不采取可能造成这种危害或损害的行动;(c)提供一种保全资产以执行后继裁决的手段;或(d)保全对解决争议可能具有相关性和重要性的证据”。

<sup>②2</sup> 同前注<sup>①9</sup>,第9条。

<sup>②3</sup> 孙珺:《德国仲裁立法改革》,载《外国法译评》1999年第1期,第83页。

起构成所谓的“双轨制”。对此,德国仲裁法也是直接借鉴了1985年《示范法》的规定。

第四,从临时措施的执行及其监督看,法院成为临时措施执行及其监督的主体。虽然关于这方面的规定只有两款,但却体现了德国立法者的精心设计。从执行方面看:法院并不是被动地执行仲裁庭发布的临时措施命令,而是从“可执行”的角度来审查临时措施,并可以偏离原措施执行临时措施命令。从监督方面看:在执行裁定发布前,法院的监督体现在两个方面。其一,依据第1041条第2款第1句对仲裁庭发布的临时措施作出准许或拒绝审查;其二,依据第1041条第2款第2句对仲裁庭发布的临时措施作出调整或不调整审查。在执行裁定发布后,法院仍然可以撤销或修改已经作出的执行裁定。这样的规定,可以说最大限度地保证了临时措施执行的公正性。

第五,从执行不公正的临时措施的法律后果看,第1041条第4款明确规定了因执行不公正的临时措施导致损害时的损害赔偿。这一规定早于2006年《示范法》的相关规定,是最具德国法特色的规定之一。

第六,从临时措施的内容看,第1041条与第1033条均无具体规定,而是以《德国民事诉讼法典》第八编第五章“假扣押与假处分”及第二编相关规定为基础。特别是第八编第五章的内容极为丰富,涉及“临时措施”的各个方面,堪称大陆法系关于临时措施规定的典范。第八编第五章中的“假扣押与假处分”可以分为两大类,即假扣押与假处分。假扣押可进一步划分为“物的假扣押”(der dingliche Arrest)和“人的保全假扣押”(der persönliche Sicherheitsarrest);假处分通常被区分为保全处分(Sicherungsverfügung;以第935条为基础)、规制处分(Regelungsverfügung;以第940条等条文为基础;依谢怀栻先生翻译的《德国民事诉讼法典》,第940条的条文名称为“规定暂时状态的假处分”)和给付处分(Leistungsverfügung;最初由判例发展而来)。该法典第二编第一章第十二节“自主证据程序”则包含了“证据保全”。上述临时措施不仅覆盖了2006年《示范法》第四A章第17条【仲裁庭下令采取临时措施的权力】第2款所列举的各种临时措施,而且还有其不能包含的临时措施,如“人的保全假扣押”。这些规定,不仅为当事人申请临时措施提供了多种选择,也为仲裁庭发布临时措施命令提供了坚实充分的依据。<sup>②④</sup>

## 五、德国仲裁临时措施制度的借鉴

目前我国《仲裁法》还没有对仲裁庭采取临时措施作出规定,而仅仅规定:当事人申请财产保全或证据保全的,仲裁委员会应当将当事人的申请依照民事诉讼法的有关规定提交人民法院或应当将当事人的申请提交证据所在地的基层人民法院;涉外仲裁的当事人申请证据保全的,涉外仲裁委员会应当将当事人的申请提交证据所在地的中级人民

<sup>②④</sup> 同前注<sup>①④</sup>,第916条至第945条。Vgl. Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, ZPO § 935 Einstweilige Verfügung bezüglich Streitgegenstand (Mayer), 35. Edition, Stand: 01.01.2020; Arens/Lüke, Zivilprozessrecht, 5. Aufl., 1992, S. 459 ff.

法院。<sup>②⑤</sup> 在这里仲裁机构的地位如同排球场上的“二传手”，<sup>②⑥</sup> 略显尴尬。那么，德国仲裁临时措施制度能够为我们提供哪些可资借鉴的经验？

首先，赋予仲裁庭与法院同样可以采取临时措施的权力，可明显地提升仲裁机构的地位、仲裁效率和国际竞争力。

目前对于仲裁法中临时措施发布主体的规定，世界上主要有两种作法：一是在仲裁法中明确规定仲裁庭和法院都有发布临时措施命令的权力，德国学者将其称为“双轨制”（Zweispurigkeit）。<sup>②⑦</sup> 除德国外，奥地利和瑞士也采取“双轨制”。另一种作法是，仅在仲裁法中规定法院有发布临时措施命令的权力，与“双轨制”的说法相对应，这里我们可以称其为“单轨制”。目前我国《仲裁法》仅规定了法院有发布临时措施命令的权力，<sup>②⑧</sup> 而对仲裁庭也可发布临时措施命令则没有规定。因此，我国《仲裁法》对临时措施发布主体的规定目前属于典型的“单轨制”。德国的经验表明，与仅由法院发布临时措施命令的“单轨制”相比，除了允许法院发布临时措施命令外，也允许仲裁庭发布临时措施命令，可明显地提升仲裁机构的地位、仲裁效率和国际竞争力。

从提升仲裁庭的地位及扩大仲裁影响力方面看：在过去很长一段时间内，在一些国家只有法院才能发布临时措施命令，对临时措施命令的发布已成为法院的一项专属权力。由于缺少这一职权，仲裁庭的地位明显不如法院，仲裁的影响力也不如诉讼。随着1985年《示范法》的颁布，一些国家的立法者开始认识到扩大仲裁庭职权的重要性并将发布临时措施命令的权力同样赋予了仲裁庭。应该说，这是立法者观念的重大转变。我们可以从当时的德国立法草案说明中了解到德国仲裁法改革的宗旨：“《德国民事诉讼法典》第十编中规范的仲裁程序法很大程度上仍然是上一个世纪的产物，它应当与现代的发展相适应。一个符合时代要求并与国际大环境相适应的仲裁法可以提高德意志联邦共和国作为国际仲裁地的声誉。此外，它还可以在解决国内争议方面推动仲裁得以更广泛的适用，从而减轻法院的负担。”<sup>②⑨</sup> 显然，在德国要实现这样的目标，必须赋予仲裁庭这一职权。从国内层面看，只有增加了这一职权，才能在解决国内争议方面推动仲裁得以更广泛的适用并减轻法院的负担。因此，这一职权的增加提升了仲裁庭的地位并扩大了仲裁的影响力。

从提高仲裁效率方面看：在单轨制中，由法院发布临时措施命令通常要经历申请人提交申请、仲裁庭转交、法院审查、法院发布、法院执行五个环节，这比双轨制中由仲裁庭发布临时措施命令所经历的申请人提交申请、仲裁庭审查、仲裁庭发布和法院执行四个

<sup>②⑤</sup> 《中华人民共和国仲裁法》（2017年修订）第28条【仲裁财产保全】、第46条【仲裁中的证据保全】、第68条【涉外仲裁的证据保全】。

<sup>②⑥</sup> 杨楠：《我国国际商事仲裁临时措施制度及完善建议》，载《现代商业》2017年29期，第36页。

<sup>②⑦</sup> Vorwerk/Wolf, *BeckOK ZPO, ZPO § 1041 Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes* (Wolf/Eslami), 35. Edition, Stand: 01.01.2020.

<sup>②⑧</sup> 同前注<sup>②⑤</sup>。

<sup>②⑨</sup> 同前注<sup>②③</sup>，第80页。

环节还要多出一个环节,显然后者效率更高。即使在双轨制中,由仲裁庭发布临时措施命令的效率也会更高。表面看上去,在双轨制中由法院发布临时措施命令主要经历申请人提交申请、法院审查、法院发布和法院执行四个环节,而由仲裁庭发布临时措施命令同样经历了申请人提交申请、仲裁庭审查、仲裁庭发布和法院执行四个环节,效率方面似乎差别不大。但考虑到之后要由仲裁庭审理案件,仲裁庭发布临时措施命令的优势就会显现出来,因为这样可以使仲裁庭更早更全面地了解案情,有助于仲裁庭尽早作出裁决。总之,无论从哪个方面来看,由仲裁庭发布临时措施命令的效率都会更高一些。

从提升国际仲裁竞争力方面看:目前允许仲裁庭发布临时措施命令已是一种国际趋势。如果一个国家在其仲裁法中明确规定仲裁庭有发布临时措施命令的权力,其仲裁机构就会增加对外国当事人的吸引力,因为外国当事人更愿意选择一个采取国际通行规则的国家作为仲裁地,特别是当纠纷涉及知识产权领域时,临时措施的及时发布对当事人知识产权的保护来说更是至关重要。反之,对外国当事人的吸引力就会降低。根据德国仲裁协会(Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit; 简称DIS)的最新统计,2020年在德国仲裁机构审理的案件中,有一方是外国当事人或双方都是外国当事人的案件已经占到其受理案件总数的49%(2018年为39%),这些当事人来自34个国家。<sup>③</sup>这表明,德国仲裁法的现代化已经取得了明显效果。这样的比例在德国仲裁法改革之前则是难以想象的。

其次,法院在仲裁临时措施制度中发挥着不可替代的协助与监督作用。

从法院对仲裁庭发布临时措施命令的执行方面看,德国立法者设计了三个有递进层次的规定:一是依据第1041条第2款第1句法院通过审查可以准许或拒绝仲裁庭发布的临时措施。这里要解决的是准许还是不准许的问题。二是依据第1041条第2款第2句法院在执行中可以偏离仲裁庭发布临时措施命令,即可执行不同于仲裁庭发布的临时措施命令。如果准许仲裁庭发布临时措施,这时法院还要从执行的必要性或可行性方面加以考量,看是否需要调整。这里要解决的是调整还是不调整的问题。三是依据第1041条第3款法院可以根据申请撤销或修改其作出的执行裁定。这里要解决的是撤销或修改还是不撤销或不修改的问题。这样的精确设计,可最大限度地确保临时措施命令得到公正的执行。这也是德国仲裁临时措施制度中最具特色的部分。

从法院发布临时措施命令方面看,按照该法典第1033条的规定,当仲裁协议的一方当事人向仲裁庭提出申请后遭到拒绝后,其仍然可以向法院提出申请,这样可以避免仲裁庭的失误。另外,与仲裁庭发布临时措施命令不同,法院发布临时措施命令不受当事人约定的限制,这样可最大限度地保护当事人的利益。

最后,德国的实践表明,国际化与本土化并非是对立的,而是可以很好地结合在一起的。

<sup>③</sup> Die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS), *Unsere Arbeit in Zahlen*, <https://www.disarb.org>, zuletzt besucht 09. 05. 2021.

虽然德国仲裁临时措施制度借鉴了 1985《示范法》,但并非是简单地照搬,而是坚持了国际化与本土化的结合。从临时措施的执行及监督、执行不公正的临时措施的法律后果以及临时措施的内容看,都带有明显的德国法本土化特色。特别是从临时措施的内容看,完全以《德国民事诉讼法典》第八编第五章“假扣押与假处分”及相关规定为基础。德国仲裁临时措施制度的实践充分表明,国际化与本土化并非是对立的,而是可以很好地结合在一起的。

综上所述,尽管德国仲裁法颁布至今经历了上百年的历史,但立法者仍然不断地对其加以修订,使其能够跟上时代的步伐,并顺应国际发展趋势。在德国仲裁法改革前,原有的规定已经明显不能适应时代的要求。<sup>①</sup>而在仲裁法改革后,从相关统计数据及文献看,德国仲裁机构的地位、仲裁效率和国际竞争力都有了明显的提升,应该说德国仲裁法改革达到了预期目标。目前,我国《仲裁法》修订已被列入二类立法项目,并得到国内外有关方面的高度关注及国内各界的期盼。这种期盼正如《中国贸易报》一篇报道标题所述那样:“仲裁法修改:既要接轨国际,也要扎根国内。”<sup>②</sup>作者亦期望上述研究能对我国《仲裁法》的修改及完善提供若干可资借鉴的经验。

---

---

**Abstract:** In Germany, the “arbitration procedure” is included in the tenth chapter of German Code of Civil Procedure. However, this chapter is an independent part with a complete system and German academic circles usually call it the “arbitration law”. The current German arbitration interim measures system is the result of the modernization of German arbitration law. Affected by the 1985 Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration, The System of Interim Measures of German Arbitration has formed a “dual-track system” in which both the arbitral tribunal and the court can take interim measures. But it still retains the localized regulations and has obvious characteristics of its own. At present, the interim measures taken by the arbitral tribunal have not been stipulated in our country’s “Arbitration Law”. Therefore, the German arbitration interim measures system can provide valuable reference for the revision and improvement of our country’s “Arbitration Law”.

**Keywords:** arbitration law; arbitral interim measures; interim measures taken by the arbitral tribunal; interim measures taken by the court

---

---

(责任编辑:沈 健)

---

<sup>①</sup> 同前注<sup>②</sup>,第80页。

<sup>②</sup> 陈璐:《仲裁法修改:既要接轨国际,也要扎根国内》,《中国贸易报》2019年11月12日,第2版。

# 破产程序与仲裁司法审查的兼容与协调

周 杰 吕佳学\*

---

**内容提要** 2019年最高人民法院颁布《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（三）》以来，有效解答了破产案件审判中的难题，对指导和完善破产审判工作，具有重大的积极意义。但是，该司法解释第七条在司法实践的具体适用过程中导致破产程序和仲裁司法审查程序之间出现一定的冲突。在具体破产案件中，审慎、合理地适用这一规定，以促成公平合理的案件处理结果，才符合司法解释的出台本意，缓解破产和仲裁程序之间的张力，保证仲裁司法审查的权威，并发挥破产制度在优化营商环境中的积极作用。

**关键词** 破产程序 仲裁司法审查 兼容 协调 平衡

---

《中华人民共和国企业破产法》（以下简称“《企业破产法》”）实施十余年来，实务中出现大量案情相同处理结果却不同的困境。2019年最高人民法院颁布《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（三）》（以下简称“《破产法司法解释（三）》”）以来，对债权人行使债权确认异议权的期限、管理人处分债务人财产的权限和程序、重整期间企业再融资的优先清偿顺位、主债务人和保证人同时破产时如何确认债权等热点问题作出了明确回应，有效解答了破产案件审判中的难题，指导和完善了破产审判工作，具有重大的积极意义。

本文要分析讨论的是，《破产法司法解释（三）》中关于破产审判程序和仲裁司法审查程序之间如何协调的最新规定。《破产法司法解释（三）》第七条规定：“已经生效法律文书确定的债权，管理人应当予以确认。管理人认为债权人据以申报债权的生效法律文书确定的债权错误，或者有证据证明债权人与债务人恶意通过诉讼、仲裁或者公证机关赋予强制执行力公证文书的形式虚构债权债务的，应当依法通过审判监督程序向作出该判决、裁定、调解书的人民法院或者上一级人民法院申请撤销生效法律文书，或者向受理破产申请的人民法院申请撤销或者不予执行仲裁裁决、不予执行公证债权文书后，重新确定债权。”该条款主要是针对债权人基于确有错误的生效法律文书申报债权，管理人应如何进行审查和救济所作出的统一规定，因此涉及到在生效法律文书系仲裁文书

---

\* 周杰，北京德恒律师事务所合伙人、律师；吕佳学，北京德恒律师事务所实习律师。

的情况下,破产审判程序和仲裁司法审查程序如何兼容和协调的问题。

由于未能充分考虑破产程序与仲裁司法审查程序的性质、价值取向的不同,该条司法解释虽然努力尝试兼容和协调二者,但在实践中仍可能加剧破产审判实践和仲裁司法审查实践之间的紧张关系,故在司法实践中仍有赖于破产案件受理法院和管理人在个案中审慎、合理适用这一规定,以促成公平合理的案件处理结果,以期符合司法解释的出台本意,解决破产程序与仲裁司法审查程序上的冲突,保证仲裁司法审查程序的权威,并发挥破产制度在优化营商环境中的积极作用。

## 一、破产程序中仲裁司法审查的管辖问题

由于各地区的破产案件数量、案件难易程度、审判力量等情况有所不同,各地各级的人民法院考量这几方面的因素,会有意识地合理平衡分配破产审判任务。而仲裁法上秉持着对仲裁裁决审慎审查的态度,仲裁司法审查的管辖则统一由中级人民法院负责。故破产程序与仲裁司法审查在管辖问题上的出发点本就不同,使得《破产法司法解释(三)》第七条第二款中涉及的破产程序中仲裁司法审查的管辖问题成为本条司法解释最大的争议点。

《破产法司法解释(三)》第七条第二款明确规定:在破产程序中,受理申请撤销仲裁裁决和不予执行仲裁裁决的管辖法院均为受理破产案件的人民法院。但是,关于破产案件的级别管辖问题,现行《中华人民共和国企业破产法》(以下简称“《企业破产法》”)<sup>①</sup>并未作出明确规定,但根据《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》<sup>②</sup>和《最高人民法院关于执行案件移送破产审查若干问题的指导意见》<sup>③</sup>的规定和我国各地破产司法实践,大量的破产案件是由基层人民法院受理。这一现实导致《破产法司法解释(三)》第七条的规定与《中华人民共和国仲裁法》(以下简称“《仲裁法》”)关于“当事人申请撤销仲裁裁决的管辖法院为仲裁委员会所在地的中级人民法院”的规定,<sup>④</sup>以及《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》关于“被执行人、案外人对仲裁裁决执行案件申请不予执行的,应由负责执行的中级人民法院另行立案审查处理”的规定<sup>⑤</sup>并不一致。

《破产法司法解释(三)》第七条的规定实际突破了《仲裁法》及其司法解释关于仲裁司法审查案件级别管辖问题的规定,事实上赋予了受理破产案件的基层人民法院对仲裁裁决的司法审查权。对此,部分法院认为,受理破产案件的人民法院基于《破产法司法解释(三)》第七条的规定对仲裁裁决进行司法审查是源于《企业破产法》第

① 《中华人民共和国企业破产法》第3条。

② 《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》第2条。

③ 《最高人民法院关于执行案件移送破产审查若干问题的指导意见》第3条。

④ 《中华人民共和国仲裁法》第58条。

⑤ 《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2条。

第二十一条的规定,针对破产衍生诉讼行使专属管辖权,故其相对于《仲裁法》的相关规定属于特别条款,在破产程序中应当优先适用。<sup>⑥</sup>

但《破产法司法解释(三)》的规定不无问题,不仅在破产法司法解释体系内部与其他规定存在冲突,忽略了破产程序中的特殊规定;而且与仲裁法司法解释和实践存在矛盾,损害了长期以来仲裁作为调和社会冲突、科学构建争议解决机制的衡平作用。

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(二)》(以下简称“《破产法司法解释(二)》”)<sup>⑦</sup>的规定,对专业化程度较高的破产衍生案件(如海事纠纷、专利纠纷、证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿纠纷等案件),可以由受理破产案件的法院的上级人民法院指定管辖。此条司法解释表明,对申请破产的债务人所涉民事诉讼实行集中管辖虽为原则,但并未排除法律关于专属管辖等民事诉讼特别规定的适用。

事实上,仲裁司法审查案件同样具有较高的专业化程度,在市场经济和改革开放的浪潮中,金融、期货、知识产权、国际贸易等特殊行业和领域,涉及复杂的知识和技术问题,新类型案件也层出不穷。仲裁员以其专业属性和特殊的工作性质,保障“专业的人做专业的事”,实现公正、中立、合理地解决争议。鉴于仲裁司法审查的高度专业性,其管辖问题亦应当特殊处理。因此,仲裁司法审查案件的管辖问题应考虑适用破产案件集中管辖例外规则,其实并不适宜由受理破产案件的法院(尤其是基层法院)集中管辖。并且,同样是在《破产法司法解释(三)》中,针对债权确认纠纷还明确规定了“仲裁管辖优先,排除破产衍生诉讼集中管辖”的规则。<sup>⑧</sup>可见,最高人民法院在制定该条司法解释的时候并非没有意识到仲裁程序的专业性和独立性。

并且在《破产法司法解释(三)》正式施行后,亦有法院仍然坚持认为,申请撤销仲裁裁决案件的管辖问题应优先适用《仲裁法》的相关规定,并援引《破产法司法解释(二)》第四十七条认定该类案件应当由仲裁机构所在地人民法院管辖受理。<sup>⑨</sup>例如,在上诉人亿阳集团股份有限公司与被上诉人纳斯特投资管理有限公司、原审申请人亿阳信通股份有限公司申请撤销仲裁裁决一案中(案号:(2019)粤民辖终324号),广东省高级人民法院认为:“对申请破产的债务人所涉民事诉讼实行集中管辖虽为原则,但并未排除法律关于专门管辖等民事诉讼特别规定的适用……在上级法院未指定管辖的情况下,应由仲裁委员会所在地的中级人民法院受理当事人申请撤销仲裁裁决案件。”该案例中的裁判立场在司法实践中不失其积极的参考和指导价值。

更为重要的是,针对仲裁司法审查,包括相应的案件管辖,最高人民法院一向较为慎重,并对各地人民法院支持撤销或不予执行仲裁裁决的做法从严把握。根据2017年

<sup>⑥</sup> 贵州省高级人民法院(2020)黔民辖终16号民事裁定书、北京市第一中级人民法院(2020)京01民特57号民事裁定书。

<sup>⑦</sup> 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(二)》第47条。

<sup>⑧</sup> 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(三)》第8条。

<sup>⑨</sup> 广东省高级人民法院(2019)粤民辖终324号民事裁定书。



12月26日颁布的《最高人民法院关于仲裁司法审查案件报核问题的有关规定》(以下简称“《报核问题规定》”),最高人民法院再次明确了仲裁司法审查案件(包括请求确认仲裁协议无效、申请撤销仲裁裁决和申请不予执行仲裁裁决案件等)的逐级报核制度,<sup>⑩</sup>即:(1)拟撤销或者不予执行涉外仲裁裁决,以及当事人住所地不在同一省级行政区内或者以违反公共利益为由的国内仲裁裁决的案件,应当遵守“中级人民法院—高级人民法院—最高人民法院”的三级报核程序;(2)拟撤销或者不予执行当事人住所地不在同一省级行政区内的国内仲裁裁决的案件,应当遵守“中级人民法院—高级人民法院”的两级报核程序。

最高人民法院上述关于仲裁司法审查案件报核制度的规定,是在仲裁法多年司法实践的有益经验基础上作出的,其不仅有利于统一仲裁司法审查案件的裁量标准,更体现出司法审查权的审慎和谦抑,其对于维护仲裁裁决的终局性、权威性,维系仲裁制度的良性健康发展,均有重大意义。

因此,《破产法司法解释(三)》第七条在级别管辖问题上突破《仲裁法》及其司法解释的相关规定,导致基层人民法院可能获得对仲裁裁决(包括涉外仲裁裁决)的司法审查权,在当前破产案件审理受到较为严重的地方保护主义影响的情况下,进而可能导致架空逐级报核制度的结果,损害仲裁司法审查案件相对统一的裁量标准,以及损害有关当事人(破产债权人)的利益。

事实上,就破产程序与仲裁司法审查在管辖问题上该如何衔接,也可以参考域外立法经验。以美国为例,其设立有专门的破产法院,并且在如何判断有关事项是否应由破产法院专属管辖时,区分为“核心”与“非核心”事项。<sup>⑪</sup>其中,“核心”事项包含破产财产的管理、债权确认、担保权的成立及范围、债权的优先顺位以及破产撤销权的纠纷等,该等核心事项由破产法官专属管辖;而与破产程序相连的非核心程序事项,原则上由《美国联邦宪法》第3条规定的法官审理。<sup>⑫</sup>此种划分方式避免了破产程序衍生案件“一刀切”式地由破产法院管辖,可以在一定程度上兼顾仲裁司法审查等专业性程度较高的案件的专属管辖需要。就仲裁司法审查案件究竟涉及“核心”还是“非核心”事项,判断的标准在于是否其审查的范围和内容究竟是实体性问题(债权的承认或者否认)还是程序性问题(仲裁程序的合规性),并据此来判断应当由破产法院还是联邦普通法院或者州法院管辖。但是,由于我国尚未设立破产法院,也不涉及美国法律制度中联邦法院系统和州法院系统的分类,故与美国破产法上针对破产案件“核心”与“非核心”事项加以精细划分的做法还有相当的差异,但这种精细化的法律识别技术,对于我国破产程序中针对专业案件和专业事项实施有区别的专属管辖制度的构建还是有一定的参考价值。<sup>⑬</sup>

<sup>⑩</sup> 《最高人民法院关于仲裁司法审查案件报核问题的有关规定》第2条、第3条。

<sup>⑪</sup> Leventhal A, Elias R A, *Competing Efficiencies: The Problem of Whether and When to Refer Disputers to Arbitration in Bankruptcy Cases*, *American Bankruptcy Institute Law Review*, 2016, Vol.24:133, pp.135-138.

<sup>⑫</sup> 金春:《破产法视角下的仲裁:实体与程序》,载《当代法学》2018年第5期,第126页。

<sup>⑬</sup> 丁燕、孟燕:《仲裁裁决既判力视角下管理人对破产债权的认定》,载《河南财经政法大学学报》2020年第4期,第68页。

## 二、破产程序中申请仲裁司法审查的适格主体

### (一) 管理人

在破产程序中,基于管理人的法定职责和性质,使得管理人在破产程序中处于核心位置,各项事务的顺利进行也主要依赖管理人。因此,一般认为,破产案件中的管理人具有独立性、中立性、专业化、职业化的特点,即法律地位的独立性,代表利益的多重性,处理破产事务的专业性。<sup>⑭</sup>在学理上,关于管理人的法律地位也存在不同的学说,如“债权人代表说”“债务人代表说”“财团代表说”“受托人说”“法定机构说”等。我国《企业破产法》主要采纳“法定机构说”为主、兼具“债务人代表说”的意见,即管理人是法律为实现破产程序的目的而设定的履行法定职能的机构。<sup>⑮</sup>

从体系和文意上看,《破产法司法解释(三)》第七条所面对和要解决的问题是,在管理人依法履行“审查认定债权”这一法定职责的过程中,针对确有错误的生效文书或通过虚假诉讼、仲裁伪造的生效法律文书,应当如何救济,以此实现公平合理地审查认定申报债权,维护全体债权人利益。这就隐含一个问题,如果管理人并非是在履行审查债权这一职责,而是其他法定职责,比如针对已经履行或执行完毕的生效仲裁文书,管理人发现确有错误而应申请仲裁司法审查,甚至应当依法行使破产撤销权的,那么《破产法司法解释(三)》第七条,尤其是其中关于案件专属管辖问题的规定,还能否同样适用?这进而涉及更为深层的管理人法律地位和诉讼主体适格性问题,即管理人究竟是以债务人代表的身份,还是以自己独立身份提起有关仲裁司法审查程序?

根据《破产法司法解释(三)》第七条规定,债务人的管理人有权申请撤销或不予执行仲裁裁决。这符合《企业破产法》上关于管理人应当勤勉忠实履行法定职责的规定,满足了保护债务人和全体债权人合法权益的现实需要。但是,管理人究竟是以自身名义独立提起仲裁司法审查申请,还是以债务人的名义提起,该司法解释并未给出明确的答案,其在逻辑体系上又可能存在一定解释困境,并且可能导致其在司法适用过程中出现一些困扰,与现行仲裁司法实践产生分歧。

如果认为,管理人是依据《企业破产法》第二十五条“代表债务人参加诉讼、仲裁或者其他法律程序”之规定,代表债务人申请仲裁司法审查,则意味着管理人的地位是债务人的诉讼代表人,其申请应当视为债务人自身的申请,即应当受制于《仲裁法》《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称“《民事诉讼法》”)及相关司法解释就债务人作为仲裁当事人申请仲裁司法审查所规定的程序和限制(如案件管辖问题的冲突、申请期

<sup>⑭</sup> 孙创前:《破产管理人实务操作指引》,法律出版社2017年版,第9-13页;黄锡生:《破产管理人的法律地位及其职业化研究——以破产法律制度的目标价值为基础》,载《浙江学刊》2004年第5期,第148-151页;廖焰迪:《我国破产管理人的法律地位之探析》,福建省商协会:《福建商协会2019年座谈会论文集》,2020年9月,第461-464页。

<sup>⑮</sup> 王卫国:《破产法精义》,法律出版社2020年版,第54页。

限的限制等,详见后文论述)。

而如果参照《企业破产法》及其司法解释中关于管理人独立行使破产撤销权等权利的明确规定,<sup>①⑥</sup>认为管理人是基于“法定机构说”以自身名义独立申请仲裁司法审查的,则意味着管理人在该等程序中具有独立的诉讼当事人地位。但是,这种观点缺乏《企业破产法》中的明确规定的支持(即“本法对管理人的职责另有规定的,适用其规定”)。而且,根据《民事诉讼法》及其司法解释的规定,仅有案件当事人可以提起再审申请,案外人仅能提起第三人撤销之诉等救济。<sup>①⑦</sup>如果认为管理人提起民事审判监督程序具有独立的诉讼主体地位,即管理人是以自身名义而非债务人名义提起民事审判监督申请,与现行我国的民事诉讼理论和实践也存在一定的逻辑矛盾。

因此,通说认为,在没有明确的法律和司法解释规定的情况下,管理人都是以债务人的代表的身份,而非以自身独立身份从事诉讼、仲裁和其他司法程序,《破产法司法解释(三)》的规定亦不例外。

## (二) 其他主体

除管理人以外,《破产法司法解释(三)》并未明确规定其他主体是否有资格在破产程序中提起仲裁司法审查。对此,有如下解读:

第一,《破产法司法解释(三)》并不限制人民法院依职权启动撤销或不予执行仲裁裁决的司法审查程序。《仲裁法》和《民事诉讼法》均规定了在仲裁裁决违背社会公共利益情况下,人民法院可以主动裁定撤销或不予执行仲裁裁决。因此,如果“债权人与债务人恶意通过仲裁的形式虚构债权债务”已经触及“违背社会公共利益”这一底线的,那么受理仲裁司法审查案件的人民法院就可以主动依职权裁定撤销或不予执行仲裁裁决。

第二,关于仲裁当事人尤其是债权人,亦可在破产程序中申请撤销或不予执行仲裁裁决。《破产法司法解释(三)》主要解决的是在破产案件的债权审查过程中管理人(无论是以自身名义独立提起还是以债务人名义提起)提起仲裁司法审查程序的适格性问题,但其并不否认债权人根据《仲裁法》和《民事诉讼法》及其相应司法解释的规定向有管辖权的人民法院申请撤销或不予执行仲裁裁决的权利。但是,这里所述的“有管辖权的人民法院”应当根据《仲裁法》和《民事诉讼法》及其相应司法解释,而非《破产法司法解释(三)》第七条的规则确定(即不应受破产衍生诉讼集中管辖规则的约束)。

第三,关于案外人提起仲裁司法审查程序的权利,在《破产法司法解释(三)》没有明确规定的情况下,同样也应当根据现行《仲裁法》和《民事诉讼法》及其相应司法解释的规定来确定。目前,现行法律未赋予案外人提起仲裁司法审查程序的权利,但《最高人民法院关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》(以下简称“《仲裁

<sup>①⑥</sup> 《中华人民共和国企业破产法》第31条、第32条,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(二)》第9条。

<sup>①⑦</sup> 《中华人民共和国民事诉讼法》第56条、第199条。

裁决执行规定》)第九条则规定了案外人申请不予执行仲裁裁决的程序条件和实体审查的标准。因此,如果符合相关程序条件和实体审查标准的,案外人同样可以在破产程序中提起有关申请不予执行仲裁裁决的程序,管理人也可以根据有关司法审查的裁定结果来审查认定相关债权。

### 三、破产程序中仲裁司法审查事项的范围

正如本文的前述意见,仲裁的权威性与公信力相当程度上源自其独立性、专业性,在尊重当事人的意思自治情况下,迅速、快捷地解决纠纷。仲裁裁决的司法审查制度设计初衷是为仲裁及其裁决行“底线救济”之举,在“一裁终局”制度背景下为案件裁决的正义补偿而建立起来的机制,但为确保案件裁决的必要正义,应该有选择地对裁决进行适度审查。<sup>⑮</sup>而过度的司法审查势必会影响仲裁的时效性,破坏仲裁的权威性,导致当事人拖延履行仲裁裁决。因此,避免法院在仲裁司法审查中进行全面实体审查,避免仲裁司法审查变相成为“仲裁的上诉程序”,遵循一裁终局的仲裁基本制度是仲裁制度赖以存在和健康发展的基础。<sup>⑯</sup>

关于在申请撤销或者不予执行仲裁裁决的司法审查案件中人民法院的审查事项范围,《仲裁法》以及《民事诉讼法》<sup>⑰</sup>分别以列举的立法方式作出了明确规定。从这些规定可以看出,为了维护仲裁程序独立性,提高仲裁裁决公信力,我国法律对仲裁司法审查的规定极为谨慎。人民法院进行仲裁司法审查的范围受到严格限定,可进行仲裁司法审查的法定事由以程序性问题为主,以实体问题为辅。而且,该等实体问题必须是可能严重导致仲裁裁决缺乏公正性和合法性的问题(违背社会公共利益、徇私舞弊、枉法裁决、伪造证据等)。未经法律和司法解释的明确规定,人民法院不应在上述规定事项范围之外的进行仲裁司法审查。

破产程序作为一种公平清理债务的程序,其由人民法院受理,由管理人负责具体工作,在程序法层面既具有公法性质又具有私法性质。这就要求程序本身既具有严肃性、规范性,又要求破产案件中的人民法院及管理人注重债务清理时的实质公平。因此,破产法律制度的根本目的是实现集体清偿和公平分配。而仲裁追求的是仲裁庭在仲裁活动中保持中立,平等对待双方当事人,依据事实公平合理地作出裁决,因此,仲裁追求的是案件当事人之间的公平合理。这就不难解释,为什么《破产法司法解释(三)》第七条使用了与《仲裁法》和《民事诉讼法》明显不同的立法语言,规定了两种可以申请撤销或不予执行仲裁裁决的情形:(1)据以申报债权的生效法律文书确定的债权错误;

<sup>⑮</sup> 张春良、毛杰:《论违背“一裁终局”原则的仲裁裁决之撤销》,载《西南政法大学学报》2020年第6期,第63页。

<sup>⑯</sup> 张卫平:《现行仲裁执行司法监督制度结构的反思与调整——兼论仲裁裁决不予执行制度》,载《现代法学》2020年第1期,第120页。

<sup>⑰</sup> 同前注<sup>⑮</sup>,第237条、第274条。

(2) 债权人与债务人恶意通过仲裁虚构债权债务。显然,这两种情形均指向仲裁裁决涉及的实体问题,也就是说,在破产程序中进行仲裁司法审查,主要涉及仲裁裁决实体问题的审查。

如果说《破产法司法解释(三)》第七条规定的“债权人与债务人恶意通过仲裁虚构债权债务”这一情形可基本纳入《仲裁法》《民事诉讼法》中规定的“伪造证据”“违背社会公共利益”这类审查范围,勉强具有仲裁司法审查的适格性,那么“据以申报债权的生效法律文书确定的债权错误”这一情形则存在不当扩大仲裁司法审查事项范围的可能,尤其是显著扩大了实体审查的深度和广度,这与《仲裁法》《民事诉讼法》的规定和仲裁司法实践存在较为明显的冲突。

“生效文书确有错误”本身对应的是一类较为宽泛的法定情形。根据《民事诉讼法》的相关规定<sup>①</sup>，“生效文书确有错误”其中既有事实认定错误,也有法律适用错误,还有程序适用错误等,还包括程序违法、徇私枉法等情形。将此类极为广泛的事项,统一纳入“生效文书确有错误”这一情形下,并交由受理破产案件的法院统一进行司法审查,这不仅可能造成破产法院负担过重,难保司法审查取得公正结果,而且明显可以预见的是,这将导致破产法院对仲裁裁决进行全面实体审查,从而使仲裁司法审查变相成为“仲裁的上诉程序”,架空“一裁终局”原则,侵蚀仲裁制度赖以存在和健康发展的基础。

避免法院对仲裁裁决进行全面实体审查,并不意味着一概反对在破产程序中对仲裁裁决进行实体司法审查,关键是如何确定审查范围,把握好度以求破产程序与仲裁司法审查的平衡。即使考虑到破产程序涉及众多债权人甚至公共利益,仲裁司法审查也应当恪守边界。按目的性限缩解释方法,将“生效仲裁裁决文书确有错误”限缩解释为仅限于《仲裁法》《民事诉讼法》规定列举的法定情形,以该等法定的审查事项范围为限进行仲裁司法审查,避免逾越审查界限,否定仲裁对司法解决纠纷的替代作用。这是多年以来仲裁司法实践经验的有益提炼,也是有效协调破产程序与仲裁司法审查程序的关键。

#### 四、破产程序中申请仲裁司法审查的期限

《破产法司法解释(三)》第七条在司法实践中可能面临的另一争议问题是,管理人申请撤销或不予执行仲裁裁决的期限是应当受到《仲裁法》《民事诉讼法》及其司法解释有关规定的约束,还是仅受破产程序存续期间的限制?如果认为是严格受仲裁法律关于程序期限的约束,那么一旦管理人在破产程序中提出申请时已经超过期限的,该如何救济?

关于申请撤销仲裁裁决的期限,《仲裁法》明确规定为当事人收到裁决书之日起六个月内。<sup>②</sup>正如上文的分析,实践中如何认定《破产法司法解释(三)》中规定的管理人

<sup>①</sup> 同前注<sup>①</sup>,第199条、第200条。

<sup>②</sup> 同前注<sup>④</sup>,第59条。

申请仲裁司法审查时的主体身份,对管理人申请是否受六个月期限的约束将产生不同的影响。如果认为管理人是以“债务人”名义(即“仲裁当事人”)提起申请,则应受到上述期限约束;而如果认为管理人是以自身名义独立申请,则不受该等期限约束。对此,由于缺乏明确的《仲裁法》和《企业破产法》上的依据,还是应当将管理人的申请视为债务人(即仲裁当事人)自身的申请,并受到《仲裁法》上相关申请期限的约束。

但在实践中,如果破产法院受理案件、管理人接管债务人之时往往早已超过仲裁裁决送达之日六个月期限,确实存在“生效仲裁文书确有错误”,尤其是“伪造证据虚构债权债务”等严重情形,为防止债务人和个别债权人在破产前的有关仲裁程序中恶意逃废债务,损害全体债权人的利益,管理人又应当如何救济呢?为防范此种风险,确保管理人依法履职,落实《企业破产法》和《破产法司法解释(三)》第七条有关制度设计的立法本意,可从以下两个方面考虑:

第一,在虚构债权债务证据确凿、当事人主观恶意明显、仲裁裁决的债权金额巨大、对债务人资产负债和偿债能力影响严重,涉及众多债权人(尤其是职工债权人)利益的情况下,管理人可以援引《仲裁法》第五十八条第三款的规定请求人民法院依法处理,即人民法院可以依职权主动审查并裁定撤销违反社会公共利益的有关仲裁裁决,而不受《仲裁法》第五十九条所规定的六个月期限限制。

第二,管理人还可以选择申请不予执行仲裁裁决的法律程序依法处理。根据有关司法解释的规定,<sup>③</sup>当事人请求不予执行仲裁裁决或者公证债权文书的,应当在执行终结前向执行法院提出。在破产程序中,与仲裁裁决有关的执行程序依法应当中止,<sup>④</sup>即:破产程序系作为面向全体债权人而非单个债权人的概括的执行程序而存在,因此,在破产程序终结前,管理人理应均有权向人民法院提出不予执行撤销仲裁裁决的申请。

## 五、结语

无论是仲裁司法审查,还是破产程序,作为法律制度手段,其最终希望实现的都是司法的公平和正义,维护利害关系人,尤其是债权人的合法权益。在破产程序和仲裁司法审查之间如何进行兼容和协调,《破产法司法解释(三)》第七条进行了有益的探索和尝试。尽管对其中的具体适用存在不同理解,但在面临二者可能存在的矛盾和冲突时,一方面,针对仲裁裁决,应当坚持司法有限监督原则、保持一定程度的谦抑性,尊重当事人真实合法的意思自治及仲裁庭的自由裁量权,而另一方面,也应准确把握破产程序所具有的公共性特点,确保管理人依法履职和全体债权人公平清偿。无论是仲裁程序,还是仲裁司法审查,其在社会治理中扮演的角色定位都应有明晰的认识,如此才有可能建立起多元共享、协同共建的社会治理体系,仲裁制度和企业破产制度也才能得以在新

<sup>③</sup> 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(2020修正)第481条。

<sup>④</sup> 同前注<sup>①</sup>,第19条。

的时代发挥新的活力。<sup>②5</sup> 希望在未来更加丰富的破产法和仲裁法司法实践中,建构起更加完善合理的互动与协调机制,更好地实现立法和司法的职能和目的。

---

---

**Abstract:** Since the Supreme People's Court promulgated the "Regulations of the Supreme People's Court on Several Issues Concerning the Application of the Enterprise Bankruptcy Law of the People's Republic of China (3)" in 2019, it has effectively solved the difficult problems in the trial of bankruptcy cases, and it is of great importance to guiding and improving the work of bankruptcy trials. However, in the specific application process of judicial practice, the seventh point of the judicial interpretation caused a certain conflict between the bankruptcy procedure and the judicial review procedure of arbitration. In specific bankruptcy cases, applying the judicial interpretation prudently and reasonably can lead to fair and reasonable case results, which is in line with the original intention of judicial interpretation to ease the tension between bankruptcy and arbitration proceedings and to ensure the authority of judicial review of arbitration, and to play a positive role in optimizing business environment.

**Keywords:** bankruptcy procedure; judicial review of arbitration; compatibility; coordination and compatibility; balance

---

---

(责任编辑:刘 纲)

---

<sup>②5</sup> 吴如巧、王睿:《试论我国仲裁裁决的司法审查及其规范》,载《探求》2020年第5期,第53页。

# 国际投资仲裁语境下信托投资的保护困境及路径权衡

## ——以“Blue Bank v. Venezuela”等案为切入点

郑珠玲\*

---

**内容提要** 国际投资仲裁实践中不乏涉及信托的案例,通过考察此类案例,不难发现,信托投资保护止步于管辖权异议。这一现象可归因于双边投资协定列入法人投资者范畴导致仲裁申请人诉权行使疑义、信托投资者国籍争议以及信托特殊的权力结构,引发国际投资仲裁庭在界定涉案财产所有权归属时存有歧义等问题。事实上,在多项国际投资协定及多项国际条约中已有信托法人人格的尝试引入,信托受托人法定权力也得到了各国信托法确认。在此背景下,应重新权衡信托国际投资仲裁的审理逻辑,具言之,可考虑在BIT投资者类别适当肯定信托法人人格、将信托控制权所在地作为信托国籍的判断标准,赋予信托受托人作为国际投资争端解决中心申请人的正当性。

**关键词** 信托所在地 信托投资者国籍 受托人诉权

---

关于国际投资仲裁庭特别是国际投资争端解决中心(以下简称“ICSID”)管辖权的国内外研究成果斐然,但聚焦于涉及信托的国际投资仲裁实务规律性梳理和总结相对较少,尤其缺乏结合信托规范和国际投资仲裁实务的综合分析。通过考察信托国际投资仲裁案例,不难发现,国际投资仲裁实践中不乏涉及信托的案例,但信托投资者往往止步于管辖权异议。

基于涉及信托的国际投资仲裁诉请频频被驳回的情形,本文以“Blue Bank v. Venezuela”<sup>①</sup>案为例,通过梳理各方意见及仲裁庭裁决结果,并结合既往案件剖析仲裁庭共通性的裁判思路,进而根据双边投资协定(以下简称“BIT”)适格投资者的规定及信托法理,探明涉及信托投资保护诉请频频受阻的因由,并尝试提出给予信托国际投资仲裁保护的路径方案。

---

\* 郑珠玲,北京德恒(深圳)律师事务所律师助理。

① Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB 12/20, ICSID.



## 一、“Blue Bank v. Venezuela”投资仲裁案概述

### （一）基本案情

申请人 Blue Bank 公司于 2002 年 6 月 7 日根据巴巴多斯法律注册成立,从事国际银行业务,并以信托服务为其主营业务。在本案中,申请人是 Qatar 信托的受托人, Qatar 信托于 2005 年 4 月设立,原信托准据法是《巴哈马银行和信托公司法》,后变更为《巴巴多斯国际信托法》;原始信托目的是收购股权并在委内瑞拉各企业中担任股东,后变更为收购某些企业的可转让票据、股权并担任股东。信托财产为 2005 年 4 月 27 日收购的两家 BVI 公司的股权,这两家公司是委内瑞拉 ITC 公司和 Hemesa 公司的间接股东。

申请人称, ITC 公司和 Hemesa 公司与委内瑞拉政府缔结了经营两家酒店和缆车的特许经营协议。政府在签署了协议后,自行终止协议并征收公司财产,申请人认为委内瑞拉政府的行为对 Qatar 信托造成严重损失,存在违法征收等多项违反 BIT 的行为,侵犯了《巴巴多斯-委内瑞拉 BIT》(以下简称“该 BIT”)赋予投资者的多项权利,据此以信托受托人身份根据该 BIT 第 8 条对委内瑞拉政府提起 ICSID 仲裁程序,被申请人对管辖权提出异议。

### （二）争议焦点及各方理据

申请人认为该 BIT 未对投资者的股东国籍作任何限制。Blue Bank 根据巴巴多斯法律注册成立,并且在与该争议有关的所有时间范围内均为巴巴多斯法人,巴巴多斯是其唯一的营业地点。根据该 BIT 和《ICSID 公约》,除了注册地外,没有任何其他标准可以确定投资者国籍。该 BIT 或《ICSID 公约》不要求投资者在投资中拥有实际权益,满足“投资权益”要件的所有权不仅限于受益所有权。因此,不应否认 Blue Bank 作为信托财产所有权人的法律地位,也不应否定其所作出的投资,还应认可受托人代表信托提出诉请的权利。

被申请人主张 Blue Bank 投资的资产属于 Qatar 信托,而不属于申请人,因此不属于该 BIT 规定的适格投资者。投资者是 Qatar 信托,而不是 Blue Bank,决定性的问题是谁真正控制了 Qatar 信托。由于 Qatar 信托没有法人人格,不是另一国国民,也不是公司,无法被视为《ICSID 公约》第 25 条第 2 款第 b 项、该 BIT 第 1 条第 d 项所指称的缔约国一方投资者。真正的投资者是委内瑞拉公司,但东道国投资者无法受到《ICSID 公约》或该 BIT 的保护。被申请人还认为申请人设立信托的目的仅在于寻求 ICSID 和该 BIT 的保护。

### （三）裁判要旨

该案管辖权阶段主要涉及三个方面的争议问题:一是管辖权问题的举证责任;二是委内瑞拉退出 ICSID 仲裁的声明对仲裁合意的影响;三是申请人是否属于该 BIT 项下的适格投资者。

#### 1. 举证责任的分配

申请人主张申请人只负有提交管辖权初步证据的责任,被申请人提出管辖权异议应附加证据。如果缺乏确定性的证据,仲裁庭应当继续管辖。被申请人基于主张者而非否

定者负举证责任的原则,主张申请人提出仲裁庭有权管辖,则负担举证责任。仲裁庭认为关于申请人的实体诉求,例如是否存在违约责任、申请人是否存在损失及损失定额等事项申请人无须在管辖权阶段负担举证责任,但关于确定管辖权两个要素“投资者”和“投资”的证明责任应当由申请人承担,管辖权的行使须满足确定性原则。

## 2. 同意仲裁的判定

该案同意 ICSID 仲裁问题分歧在于审查“仲裁同意”的时间点,是以申请人提出仲裁请求之日抑或是 ICSID 仲裁秘书登记仲裁请求之日。申请人认为委内瑞拉在发布退出 ICSID 公约通知后不再是 ICSID 缔约国的主张与委内瑞拉在 BIT 中承诺提交 ICSID 仲裁解决争端的条款是否仍有效不具有必然联系。根据《ICSID 公约》第 72 条,退出 ICSID 的通知不得影响该国所表示同意受中心管辖而产生的由本公约规定的权利和义务,申请人提交 ICSID 仲裁的法律依据是该 BIT 而非《ICSID 公约》,委内瑞拉不得单方撤回该 BIT 中同意提交 ICSID 解决机制的条款。被申请人认为委内瑞拉已在此前撤销了“同意提交 ICSID 解决争端”的声明,当申请人提交诉请时,被申请人已通知《ICSID 公约》保管人退出本公约;申请人诉请登记时,也已过了《ICSID 公约》第 71 条规定的 6 个月的生效期;确定国际管辖权的关键日期应为 ICSID 正式登记日,而非程序提起之日。

仲裁庭首先整合了案件相关法律适用条款及事件发生的时间逻辑,以确定是否存在仲裁合意。委内瑞拉退出 ICSID 的通知发布于 2012 年 1 月 24 日,发生法律效力时间为 2012 年 7 月 25 日。申请人提交诉请日为 2012 年 6 月 25 日,但该申请因不满足登记要求,仲裁庭于 2012 年 7 月 27 日告知申请人补充申请材料,2012 年 8 月 7 日 ICSID 仲裁秘书处正式登记本案。仲裁庭认为,当事各方之间是否存在对系争争端进行仲裁的合意,取决于被申请人是否存在提交仲裁的表示,以及申请人是否在有效期内表示同意仲裁,达成仲裁合意时间点应基于同意仲裁表示作出之日。就本案而言,应为申请人于 2012 年 6 月 25 日提起仲裁请求之日,该日应认定为仲裁程序正式启动的时点,仍在仲裁同意的时间范围内。

## 3. 仲裁庭的属人管辖权问题

仲裁庭认为巴巴多斯 Blue Bank 公司满足投资者的国籍要件,但 Blue Bank 是否根据该 BIT 第 1(1) 条进行了“投资”存在争议。仲裁庭分别从 Blue Bank 是否享有对 Qatar 信托的法定所有权、Qatar 信托的法律性质、Blue Bank 是否有独立于受益人的投资权三个方面,层层分析。

(1) 关于受托人的所有权问题。仲裁庭首先根据《巴巴多斯国际信托法》<sup>②</sup> 规定的

<sup>②</sup> *Id.*, at para.162. (1) In this Act, the expression “trust” means the legal relationship created when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specific purpose.

(2) A trust has the following characteristics:

(a) the assets of the trust constitute a separate fund and are not a part of the trustee’s own estate;

(b) title to the assets of the trust is held in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee;

(c) the trustee has the power and the duty to manage, employ or dispose of the assets of the trust in accordance with the terms thereof and the special duties imposed upon him by law; and

(d) the trustee is accountable for the management and administration of the assets of the trust.

信托特征,认定本案申请人作为受托人只是出于特定目的(当信托为“目的信托”的情况下)或为受益人利益管理信托,而不是以自己的名义管理信托财产,不享有任何信托财产权益。信托财产独立于受托人的财产,不构成受托人财产的一部分。在本案中,Blue Bank 以受托人的身份代表 Qatar 信托提出赔偿,而不是代表自己,不拥有系争投资财产权益。至于 Qatar 信托,它缺乏法人人格,也不是一家公司。此外,该 BIT 中“国民”或“公司”等词的一般含义并未延伸到“信托”。仲裁庭进而根据信托契据得出受托人权力受限的结论。

(2) Qatar 信托的法律性质。申请人认为 Qatar 信托是目的信托,旨在通过信托资产证券化来获得资本。仲裁庭根据《巴巴多斯国际信托法》“目的信托”的规定,指出为了确定信托是目的信托还是有特定受益对象的信托,必须分析其对象。当没有可被确定为受益人的特定的人或人的集合时,该信托可认定为目的信托。Qatar 信托是为特定个人(Hampton)的利益而设立的他益信托,不符合目的信托的要件。

(3) Blue Bank 是否有独立于受益人的权力。Qatar 信托契据一般旨在保证受托人的独立性,但它也要求 Blue Bank 在作出重要事项的决定权时,须经 Hampton 同意。Blue Bank 难以独立地履行许多重要的受托职能。信托处于信托保护人 Hampton 的控制之下,因其可决定收益分配的方式、有权解任受托人,是分配受益权的裁量者, Hampton 实际上完全控制了 Blue Bank 对 Qatar 信托的管理, BVI 公司股权投资的“真正”所有权人。

## 二、信托以受托人的名义诉请国际投资仲裁保护的困境及原因

“Blue bank v. Venezuela 案”仲裁庭以信托受托人不享有受益所有权为由,排除了管辖权。该案本非个例,下文提及的多个案例也以此为由,驳回仲裁请求或排除管辖。例如 2012 年 ICSID 审理的“Guardian Fiduciary v. Macedonia”<sup>③</sup>案仲裁庭围绕 BIT 规定的控制权,结合事实证据认定信托受托人不存在实际所有权而驳回了仲裁请求。这表明涉及信托的申请人诉请国际投资保护面临重重困顿,对其原因的探析迫在眉睫。

---

<sup>③</sup> Guardian Fiduciary Trust, Ltd, f/k/a Capital Conservator Savings & Loan, Ltd v. Former Yugoslav Republic of Macedonia, ICSID Case No. ARB/12/31, ICSID.

## （一）信托未被纳入 BIT 投资者类别

### 1. 国际投资协定项下的适格投资者

适格投资者和投资争端是 ICSID 取得管辖权的前提。《ICSID 公约》第 25 条<sup>④</sup>规定了《ICSID 公约》适用于缔约国和另一缔约国国民之间直接因投资而产生的争端,其中“另一缔约国国民”包括自然人和法人两个类别,两者均须同时满足国籍和时间要件。BIT 也普遍将投资者规定为缔约国的自然人和法人两个类别,并列明时间和国籍要件,关于“非自然人投资者”一般规定为“法人”或具有“法人人格的组织”或者笼统规定为“经济实体”。例如《中国和巴巴多斯关于鼓励和保护投资协定》关于“投资者”定义为“在中国方面,根据中国法律设立或组成,其住所在中国领土内的经济实体”。在大部分 BIT 中还具体列明非自然人投资者的具体类别,《中国、日本和韩国关于促进、便利和保护投资的协定》“缔约一方投资者”规定为“在缔约另一方领土内投资的缔约一方的自然人或企业,其中企业是指依照缔约一方的适用法律法规组建或组织的任何法人或任何其他实体,不论是否以盈利为目的,是否私有、由政府所有或控制,包括企业、公司、企业联合体、合伙、独资、合营、社团、组织。”ICSID 原则上只受理具有法人人格的实体提出的诉请,非法人实体排除在 ICSID 公约适用范围。<sup>⑤</sup>既往实践中,如“LESI-DIPENTA v. Algeria”案正是因申请人不属于法人实体而被仲裁庭排除管辖。<sup>⑥</sup>

### 2. 信托法人人格的否认

关于信托一般定义为有关财产管理的信义关系,而未将之视为独立实体或赋予诸如公司的法人人格。<sup>⑦</sup>各国审理的国内案件更是直接否认了信托法人人格。例如美国法院审理“Americold Realty Tr. v. ConAgra Foods”<sup>⑧</sup>案指出信托不是一个独立的法律实体,而是为受益人建立的一种关系;“Anderson v. Wilson”案也表明传统上,信托不被认为是一个独立的法律实体。<sup>⑨</sup>南非法院审理的“Rosner v. Lydia Swanepoel Trust”案法院也指明

④ 《解决国家与他国国民间投资争端公约》第二十五条规定:“一、中心的管辖适用于缔约国(或缔约国向中心指定的该国的任何组成部分或机构)和另一缔约国国民之间直接因投资而产生并经双方书面同意提交给中心的任何法律争端。当双方表示同意后,任何一方不得单方面撤销其同意。二、‘另一缔约国国民’系指:(一)在双方同意将争端交付调解或仲裁之日以及根据第二十八条第三款或第三十六条第三款登记请求之日,具有作为争端一方的国家以外的某一缔约国国籍的任何自然人,但不包括在上述任一日期也具有作为争端一方的缔约国国籍的任何法人; (二)在争端双方同意将争端交付调解或仲裁之日,具有作为争端一方的国家以外的某一缔约国国籍的任何法人,以及在上述日期具有作为争端一方缔约国国籍的任何法人,而该法人因受外国控制,双方同意为了本公约的目的,应看作是另一缔约国国民。三、某一缔约国的组成部分或机构表示的同意,须经该缔约国批准,除非该缔约国通知中心不需要予以批准。四、任何缔约国可以在批准、接受或核准本公约时,或在此后任何时候,把它将考虑或不考虑提交给中心管辖的一类或几类争端通知中心。秘书长应立即将此项通知转送给所有缔约国。此项通知不构成第一款所要求的同意。”

⑤ Lynton Tucker and others, Lewin on Trusts, Sweet & Maxwell, 19th ed, 2017.

⑥ LESI-DIPENTA v. Algeria, ICSID Case No. ARB/03/8, 10 January 2005, paras.37-41.

⑦ The Restatement (Second) of Trusts (1959) § 2 a fiduciary relationship with respect to property, subjecting the person by whom the title to property is held to equitable duties to deal with the property for the benefit of another person, which arises as a result of a manifestation of an intention to create it.

⑧ Americold Realty Trust v. Conagra Foods, Inc., et al. certiorari to the united states court of appeals for the tenth circuit No. 14-1382.

⑨ Wilson v. Anderson, [2002] HCA 29 213 CLR 401, 76 ALJR 1306; 190 ALR 313, 8 August 2002.

信托缺乏法人主体。<sup>⑩</sup>

法人人格是独立法律主体资格,否认信托法人人格也直接否认了信托具有作为一个实体从事民事或诉讼活动的独立行为能力,特别是诉讼行为能力。苏格兰法律改革委员会在 2006 年有关信托的性质和构成的讨论文件中确认,信托本身没有法律或法人资格,因此没有有效的行为能力,不受合同约束。巴哈马最高法院审理的“Teneshes Trust & ors v. BDO Mann Judd”<sup>⑪</sup>案也指出信托不具有法律行为能力,信托仅为一种安排,不是一种实体。“Randolph Fndn v. Appeal Fr. Prob”案法院指出慈善信托不是一个可以起诉或被起诉的法律实体,立法没有规定遗嘱信托起诉或被起诉的权力。<sup>⑫</sup>

考察国际投资协定,罕有将信托视为法人投资者,我国缔结的 BIT 除了《中国-澳大利亚 BIT》外均未将信托列入非自然人投资者一栏,这意味着信托不具有独立提起 ICSID 仲裁请求的资格。“Blue Bank v. Venezuela”案 ICSID 排除管辖的理据之一亦是信托不具有法人人格。“Blue bank”案仲裁庭直接援引的“Renta et al. v. Russia”案<sup>⑬</sup>申请人是不具有法人人格的养老基金,由资产管理公司管理。这些资金与信托有极大相似之处。被申请人认为“Emergentes 和 Eurofondo”不是法人实体,他们不是西班牙 BIT 所定义的投资人。

## (二) 信托国籍判断标准不明

国籍问题是国际投资仲裁庭确定管辖权的核心。关于法人国籍的判断标准,《ICSID 公约》对投资者适格性的认定尚不存在确定的判断标准,给予了仲裁庭条约解释和裁量空间。各国 BIT 有明确表示判断标准,也有未列明。关于法人的国籍要件目前形成了成员国国籍主义(也称资本控制主义)、设立地主义(也称登记地主义)、住所地主义等单一或复合标准。<sup>⑭</sup>例如《中国和刚果民主共和国关于促进和保护投资的协定》关于“企业”的界定兼采设立地主义、控制主义、住所地主义三种标准,规定为“根据缔约任何一方可适用的法律和法规设立或组建,且住所在该缔约一方领土内并且有实际经营活动的任何实体,包括公司、商行、协会、合伙及其他组织,不论是否营利和是否由私人或政府所拥有或控制。按照非缔约一方的法律建立,但是由第(一)项规定的国民或者第(二)项规定的企业直接所有或控制的法律实体。”

当涉及信托的投资争端提交 ICSID 时,也无法回避信托国籍界定问题。然而信托不具有法人人格,投资者国籍的认定因此趋于复杂化,对信托国籍应采取何种判断标准就存在疑问,特别是当信托管理地、信托准据法、信托主体等关键要素发生变更后,信托国

<sup>⑩</sup> Rosner v. Lydia Swanepoel Trust, 1998 (2) SA 123.

<sup>⑪</sup> Teneshes Trust & ors i. BDO Mann Judd, [2009] 2 BHS J, No 17.

<sup>⑫</sup> Randolph Fndn. v. Appeal Fr. Prob., <https://www.courtlistener.com/opinion/3376195/randolph-fndn-v-appeal-fr-prob-no-x05-cv-98-0167903-s-apr-3-2001/>, last visited Mar.05, 2020.

<sup>⑬</sup> Renta 4 S.V.S.A et al. v. Russian Federation, SCC Case No. Arbitration V (024/2007), Award on Preliminary Objections, 20 March 2009, para.122.

<sup>⑭</sup> 霍政欣:《国际私法》,中国政法大学出版社,2017年版,第64页。

籍将面临更大的不确定性,这在国内案件中已得到验证。例如亚利桑那州上诉法院审理的“Lavery v. Gorman”<sup>⑮</sup>案因信托受托人多次变更,信托管理地也因此变更,进而引发了信托管理地、准据法和司法管辖等复杂问题。

### (三) 信托财产所有权的归属问题

“直接因投资而引起的争端”是ICSID仲裁的范围,而判断是否为投资以及是否进行了投资的标准,BIT一般以“资产”为基础或以“企业为基础”,列举资产类别并要求权属为“投资者所有、拥有、投入、控制的财产”,强调保护的前提是资产是否为外国投资者拥有或控制。<sup>⑯</sup>例如《中国与巴巴多斯BIT》规定为“投资者在另一缔约方领土内投入的各种财产,主要包括(一)动产、不动产及其他财产权利,包括抵押权、留置权和质权;(二)公司的股份、股票、债券和其他形式的参股;(三)金钱请求权和合同项下具有经济价值的其他行为请求权;(四)知识产权、商誉、工艺流程和专有技术;(五)依法或根据合同取得的特许权,包括勘探和开发自然资源的特许权”;我国与玻利维亚BIT规定为“投资的各种财产,主要是(一)动产和不动产的所有权及其他财产权利;(二)公司的股份或该公司中其他形式的权益…”;美国《2012年BIT范本》规定“申请人”是产生投资争议的投资者,而“投资”则定义为投资者直接或间接拥有或控制的具有投资特征的各种资产,这些特征包括资本或其它资金投入、收益或利润的期待,风险的承担等。在ICSID仲裁中,对于信托项下的投资,需对申请人是否享有投资权力以及对投资收益的所有权或控制权作出分析。

关于信托财产权属,许多法域规定不甚明晰。英美法系信托法常被大陆法系学者冠以“分割所有权”的结构,即对信托财产受托人享有法定所有权(或称普通法所有权),而受益人享有受益所有权(或称衡平法所有权),但关于“分割所有权”的提法也频遭学者质疑。我国信托法对信托财产权属采用“委托给”的措辞,受托人基于信托关系享有的财产权力尚未明晰,而受益权的法律性质更是争议不止。此类含糊性规定,加剧了国际投资仲裁庭对信托关系中信托财产权属的界分难度。“Blue Bank”和“Guardian Fiduciary v. Macedonia”<sup>⑰</sup>两案双方当事人均存在受托人对信托财产的所有权和控制权的争议问题,而仲裁庭倾向于肯定享有受益所有权的受益人才为真正的财产所有权人,也即适格投资者。而在“Saba Fakes v. Republic of Turkey”<sup>⑱</sup>案仲裁庭一方面认为不应当否定诸如信托或类信托的投资保护,即便只具有法定所有权也应当认定为具有投资者资格,并认为《ICSID公约》和《荷兰和土耳其双边投资协定》(Bilateral Investment Treaty between Netherlands - Turkey)均未作出任何区分法定所有权人与受益所有权的规定。另一方面,仲裁庭基于案情认定申请人不具有获得法定所有权的可能性,最终驳回请求。

<sup>⑮</sup> Michael A. Lavery v. Maureen Gorman, No. 1 CA-CV 12-0750, p2. <https://cases.justia.com/arizona/court-of-appeals-division-one-unpublished/1-ca-cv-12-0750.pdf?ts=1386702107> last visited Mar. 05, 2020.

<sup>⑯</sup> 张建:《国际投资仲裁管辖权》,中国政法大学博士论文,2018年,第44页。

<sup>⑰</sup> *Supra* note 3.

<sup>⑱</sup> Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, ICSID, 2010.

### 三、信托国际投资保护的途径探讨及正当性分析

上述问题的客观存在导致信托诉请 ICSID 仲裁的案件止于管辖权阶段,难以为继,然而信托在境外资产配置发挥着不可小觑的作用,未来也将呈现欣然态势,对信托国际投资保护的重新衡量势在必行。

#### (一) 信托国籍以信托控制权人所在地为准

不论是否给予信托法人人格承认,均无法规避信托国籍的判断问题,因其直接决定是否可以给予系争 BIT 投资保护。信托国籍的判断可依信托控制权人所在地,并着重考虑受托人国籍。细言之,遵循控制权人所在地的信托国籍判断标准,应以个案分析、分别判断为分析路径,兼顾投资决策权和投资权益等因素。其中投资权益既应肯定信托受托人的法定所有权,也包括信托受益人的受益所有权;投资决策权则侧重分析信托关系权力结构,例如所涉信托是否为消极信托或虚假信托?委托人是否保留绝对权力?受益人权力内容是否超越信托受托人,信托受托人权力是否仅为形式或外观意义上的?这一判断路径既遵循民商事司法实务的判定标准,也符合 ICSID 界定投资者国籍的传统做法。

##### 1. 采用控制权人所在地标准的理据

民商事司法实务中,信托所在地的判断直接影响信托案件管辖权、信托司法介入权主体、信托准据法等问题走向,信托所在地有关的衡量要素包括委托人所在地、信托设立地、受益人所在地、受托人所在地、信托财产所在地和信托管理地等。信托成立以后,信托财产处于受托人实际控制之下,受托人享有对信托财产控制权。受托人所在地因与信托财产所在地和信托管理地密切相关,被视为最重要因素。<sup>①9</sup>

控制权人所在地也成为各国税法或国际税收协定界分本国居民信托和非本国居民信托的重要标准。例如美国采取法庭测试和控制权测试两项标准,其中法庭测试是考察美国法院是否对信托管理执行主要的信托监督权。法院的主要监督权是指如果美国法院有权确定信托管理有关的所有事项,可作出影响信托的决定。控制权测试,是指一个以上的美国人对信托有实际控制权和决定权,且任何外国人都无法削减美国人的控制权和决定权。所谓的实质性的决定一般是指根据信托文件或信托法规定的授权或要求作出的不仅仅是部长级别的决定,这些决定包括受益权的分配数量和时间、受益人的选择、收益分配的来源、投资决定、信托终止、信托受托人变更等。<sup>②0</sup>加拿大判断是否为居民信

<sup>①9</sup> Delger Trowbridge, *Conflict of Laws: Trustor's Right to Designate Controlling Law*, American Bar Association Journal, 1950, Vol.36:11, p.915.

<sup>②0</sup> Internal Revenue Code § 79, 26 U. S. Code § 7701, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/7701>, last visited Mar.05, 2020. (31)Foreign estate or trust (B)Foreign trust: The term “foreign trust” means any trust other than a trust described in subparagraph (E) of paragraph (30).(30) (E)any trust if—(i)a court within the United States is able to exercise primary supervision over the administration of the trust, and (ii)one or more United States persons have the authority to control all substantial decisions of the trust. <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/7701>, last visited Mar.05, 2020.

托以信托中央管理和控制地是否在加拿大为标准,这一原则由加拿大最高法院审理的“Fundy Settlement v. Canada”一案确定。<sup>①</sup>在该案之前,信托住所地通常以受托人住所地为标准;在该案之后,受托人住所地虽然依然重要,但不再是决定性因素。我国与韩国缔结的《避免双重税收协定》对信托征税居民也采控制权说,规定为对于信托是缔约国一方的居民,由非该国居民一人或多人直接或间接受益所有或控制,且该国对信托所得征收的税收相比该信托的所有权益,由该国一个或多个居民个人受益所有时,该国本应征收的税收有实质性减少,则该协定不适用于这样的信托。<sup>②</sup>

## 2. 采用控制权所在地标准的必要性

ICSID 管辖权扩张的趋向导致东道国利益和投资者利益严重失衡,广受缔约国抵制甚至直接退出公约,例如“Blue Bank v. Venezuela”案所涉及的委内瑞拉政府。这主要是因为 ICSID 在扩张管辖权的同时,也为“恶意投资者”挑选对其有利的条约保护提供法律武器,既无法实现促进缔约国的资本流动,反倒是裁定东道国承担巨额赔偿,大大创伤了东道国利益。此种现象引起各界对 ICSID 管辖权扩张现象的反思。各界也纷纷提出采取措施限制虚假投资者挑选条约保护的行为,修正管辖权界定标准,平衡东道国利益和投资者利益。采用控制权所在地作为信托国籍的界定标准迎合了此种利益权衡要求,因其一方面认可仅享有法定所有权人的信托受托人寻求国际投资保护的正当性;另一方面,也可排除寻求条约保护而设立虚假信托的投资者。这一分析路径实际已得到 ICSID 案例检验。“Saba Fakes v. Republic of Turkey”<sup>③</sup>案仲裁庭指出在若干法律制度中,如通过信托、信托或任何其他类似结构,普遍接受在若干人之间分割财产权,或将法定所有权和受益所有权分开。在没有令人信服的相反证据的情况下,不应假设这种结构是虚假的或欺诈性的转让。法定所有权和受益所有权的分离并不会使这种所有权丧失《ICSID 公约》或《荷兰-土耳其 BIT》所指的投资特征。仲裁庭虽然承认法定所有权人可作为适格投资者,但在结合案件财产权结构和法定所有权的实际取得的事实分析后,最终得出申请人不享有法定所有权的结论。“Guardian Fiduciary v. Macedonia”<sup>④</sup>案中,仲裁庭主要围绕了控制权标准界定信托投资者的国籍,申请人的股东在信托关系中担任受托人的角色,根据普通法受托人享有法定所有权的原理,仲裁庭最终裁决申请人股东不对投资享有实益所有权,信托受益所有权人才是真正的所有权人,但其国籍不符合要求,否认了申请人作为信托受托人的终端投资人的诉请。

<sup>①</sup> Fundy Settlement v. Canada, [2012] 1 S.C.R. 520, SCC.

<sup>②</sup> 《中华人民共和国政府和大韩民国政府关于对所得避免双重征税和防止偷漏税的协定第二议定书》第一条规定:“如果信托是缔约国一方的居民,它由非该国居民一人或多人直接或间接受益所有或控制,且该国对该信托所得征收的税收(在考虑了以任何方式减少或者抵消的税额,包括对信托或者其他实体或者对其他任何人的退税、补偿、捐赠、抵免或者宽免后),相比该信托的所有权益(依情况而定),由该国一个或多个居民个人受益所有时,该国本应征收的税收有实质性减少,则协定不适用于这样的信托或者实体。然而,如果被征低税的所得中有百分之九十或者更多的部分是完全来源于积极的贸易或者经营行为而不是投资业务时,则上述规定不适用。”

<sup>③</sup> Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, ICSID, 2010, pp.30-50.

<sup>④</sup> *Supra* note 3.



排除非控制权主体所在地的国籍认定标准原则也与国际投资协定拒绝授惠条款如出一辙。利益拒绝条款或称拒绝授惠条款（denial of benefit clause）是指东道国可拒绝投资者持续享受条约利益，如果投资者与东道国之间不存在持续性的真实经济联系或缺乏实际控制东道国企业的权力。该条款的目的在于避免无真实经济联系的公司以“空壳公司”为跳板向东道国投资，进而通过“挑选条约”的方式，适用更优惠的投资条约。《能源宪章条约》第17条第1款规定第三部分关于投资保护的条款不适用的情形，即为法人实体在本缔约国领域内没有实质性的商业活动。<sup>②⑤</sup>“Yukos Universal Ltd v. Russia”案<sup>②⑥</sup>东道国援引了该条款，仲裁庭审查了利益拒绝条款的条件，认为对投资对象企业的股份所持有的法定所有权可作为适格投资。

## （二）适当肯定信托法人人格

不论是在国际投资协定亦或是其它国际条约中均有将信托列入法人或其它实体的尝试，信托的独立法律主体地位日益得到认可。ICSID 仲裁中倘若涉及仲裁适用法明确将信托列入法人或适格投资者范畴的，在 ICSID 中应当予以肯定；如若未列入，不应当直接否认，而是根据条约解释方法，重新权衡是否存在适格性的解释空间。虽然除了下文列举的投资协定外，对于“信托”的法人人格基本保持缄默，未予以纳入公司或其它法人范畴，但这并不表明缔约国旨在排除信托投资的适格性。规范的缺失可视为默示立场，如若根据条约解释规则和补充性例证可寻得肯定性的依据，则可予以肯定。例如“Blue Bank”案被申请人在分析 Qatar 信托是否满足投资者适格性时，考量 BIT 缔约宗旨，即为条约目的解释的体现。未来，可沿用条约解释的路径，界定“投资者”和“投资”时，可结合符合 BIT 条款的客观约文、参考 BIT 缔约时的目的和宗旨、依据与 BIT 有关的任何协定或嗣后实践、有关的国际法规则与文书、缔约国立法等，将各缔约国之间签署的其它相关国际条约实践可作为补充性解释依据。

### 1. 国际投资协定对信托法人人格的承认

虽然 BIT 中鲜有承认信托法人人格，但仍有少数双边或多边投资协定关于“投资者”的定义明确包含信托。在多边投资协定纳入信托的有如，我国与东南亚国家联盟成员国政府于 2009 年签署的《全面经济合作框架协议下的投资协议》，将关于“一缔约方的法人”定义为“根据一缔约方适用法律适当组建或组织的任何法人实体，无论是否以营利为目的，无论属私营还是政府所有，并在该缔约方境内具有实质经营，包括任何公司、信托、合伙企业、合资企业、个人独资企业或协会”。我国与日本、韩国 BIT（英文版）第一条第（4）款关于“缔约国企业”规定为“includes a company, corporation, trust, partnership, sole proprietorship, joint venture, association or organization”；然而在中文版中则规定为“包括企业、公司、企业联合体、合伙、独资、合营、社团、组织”。此外，《北美自

<sup>②⑤</sup> 张建、孟斌：《国际投资仲裁的管辖权与可受理性概念辨析》，载《中共山西省直机关党校学报》2016 年第 6 期，第 83-87 页。

<sup>②⑥</sup> Yukos Universal Ltd (Isle of Man) v. The Russian Federation, PCA Case No. AA 227, PCA, 2009, p.11.

由贸易协定》第11章涵盖了信托,<sup>⑦</sup>且“Melvin J Howard, Centurion Health Corp. & Howard Family Trust v. The Government of Canada”<sup>⑧</sup>案基于此提起了投资仲裁。南部非洲发展共同体制定的《金融和投资议定书》也在“投资者”定义中吸纳了信托实体。

在双边投资协定方面,《2012年美国双边投资条约范本》(2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty)、《加拿大2004年双边投资条约范本》(Canadian 2004 FIPA(BIT) model)及《加拿大和哥斯达黎加促进和保护投资条约》延续了《北美自由贸易协定》的规范模式,将“企业”规定为“根据适用法成立或组建的任何实体,不论是否营利、私营或政府所有,包括任何公司、信托、合伙、独资、合资或其它组织以及任何此类实体的分支机构。”澳大利亚与其它缔约国签署的投资协定在公司的定义中普遍包含了信托,可见于“澳大利亚和印度双边投资协定”(Bilateral Investment Treaty between India and Australia)、《中国与澳大利亚相互鼓励和保护投资协定》等。此外“日本和柬埔寨双边投资协定”(Bilateral Investment Treaty between Cambodia – Japan)、“日本和哥伦比亚双边投资协定”(Bilateral Investment Treaty between Japan – Cambodia)、“奥地利和亚美尼亚双边投资协定”(Bilateral Investment Treaty between Austria – Armenia)等均有类似规范。

## 2. 国际协定对信托法人人格的承认

在《避免双重税收协定》中,普遍将信托视为一个类似于公司的独立法人实体。以我国为例,中央政府与我香港特区、新加坡、新西兰、韩国、澳大利亚、塞浦路斯、津巴布韦、阿尔巴尼亚、肯尼亚、美国、法国、墨西哥等国家和地区签署的《避免双重税收协定》均将信托作为实体或列入“人”的征税主体范畴。例如我国与新加坡《避免双重税收协定之补充协议》规定“根据协定议定书第一条的规定,如果缔约国一方国内法把信托视为该国的税收居民,则[其他团体]也包括在缔约国一方建立的信托”。我国与法国《避免双重税收协定》表明“五、虽有第七条的规定,由于拥有公司、信托、实体或其他任何安排的股份或其他权利,而享受位于缔约国一方的不动产权益时,从直接使用、出租或者以其他任何形式行使该享受权而取得的所得,可以在该缔约国一方征税”。

在自由贸易协定(以下简称FTA)中,也有类似列举性规定。我国与澳大利亚、秘鲁、新加坡、新西兰、哥斯达黎加等国的自由贸易协定均将“信托”纳入法人范畴。例如我国与秘鲁的FTA规定“法人是指根据适用法律组建或组织的法人实体,无论是否以盈利为目的,无论属私营还是政府所有或控制,包括公司、信托、合伙企业、独资企业、合资企业或协会。”我国与新加坡的FTA规定“法人是指根据适用法律,以适当方式设立或组建的任何法律实体,无论是否以营利为目的,无论属私营所有还是政府所有,包括任何公司、分支机构、信托、合伙企业、合资企业、个人独资企业或协会。”

<sup>⑦</sup> The North American Free Trade Agreement, US-Can-Mex, 17 December 1992, 32 ILM 289 (1993), Ch.11, Art.1139 and Ch.2, Art.201.

<sup>⑧</sup> See Melvin J Howard, Centurion Health Corp. & Howard Family Trust v. The Government of Canada, PCA Case No 2009-21, Notice of Arbitration, PCA, 5 January 2009 (terminated), p.7.

### （三）肯定作为信托控制权人的信托受托人作为仲裁申请人

信托受托人法定诉权是指受托人有代表信托提起诉讼的法定权利。受托人作为信托财产的名义所有者或实际管理者,在信托财产或信托利益受到侵害时,为保护信托财产,有权向法院提起诉讼;信托财产受到他人追诉的,受托人有权应诉。在 ICSID 仲裁中应肯定信托受托人提起仲裁申请的资格。

#### 1. 信托受托人法定诉权的法理基础

虽然信托的独立行为能力被否认,但保护信托财产和实现受益人利益的信托目的不可克减,此时面临确定有权行使信托诉权的主体问题。信托主体三方,信托委托人原则上在设立信托后即退出信托关系,由其履行信托监督、保护的权力或义务,不符合信托法理;信托受益人,虽然对信托财产享有利益,但通常不参与信托管理,不具备专业资格,其在信托关系中的角色也非信托财产的保护人。信托受托人,对信托财产享有所有权和控制权,有保护信托财产不受损害的信义义务,信托受托人享有代表信托对外交易的权力,在对外履行合同过程中可能存在违约行为,需由受托人诉请赔偿或者作为被诉人从信托款项中赔偿受损害方。受托人被视为主张或者维护信托财产所有权的必要当事人,各国普遍认为将信托诉讼相关的权力交由信托受托人行使是最佳选择,赋予信托受托人代表信托起诉和应诉的法定权利,部分国家立法甚至规定仅受托人可行使起诉权,排除了受益人、委托人的诉权资格。当且仅当受托人存在利益冲突、怠于履责、受托人解任等法定情形,才被剥夺法定诉权。例如美国联邦立法和州立法均肯定了信托受托人的诉讼权。《联邦民事诉讼规则》第 17 条规定“诉讼必须以真正的利害关系人的名义进行。下列人士可以自己的名义提出诉讼:(E) 明示信托的受托人”。<sup>②9</sup>《第三次信托法重述》第 105 条规定第三人可以就信托管理中产生的赔偿责任对受托人提起诉讼,无论受托人是否负有个人责任。<sup>③0</sup>佛罗里达州《信托法》第 736.0816 条规定受托人可在任何管辖区提起或抗辩,包括起诉、上诉、应诉或其它以保护信托财产或受托人履行其职责的司法程序。<sup>③1</sup>我国《信托法》第 73 条规定公益事业管理机构违反本法规定的,委托人、受托人或者受益人有权向人民法院起诉。;第 17 条第 1 款还规定,他人对信托财产请求强制执行的,受托人有权向人民法院提出异议。日本《信托法》第 68 条规定信托财产管理者应作为信托财产相关诉讼的原告或被告。<sup>③2</sup>库克群岛《国际信托法》第 19F 条也规定涉及信托

<sup>②9</sup> Federal Rules of Civil Procedure, Rule 17. "(a) (1) Designation in General. An action must be prosecuted in the name of the real party in interest. The following may sue in their own names without joining the person for whose benefit the action is brought:……(E) a trustee of an express trust."

<sup>③0</sup> Restatement (Third) of Trusts § 105 (2012). "A third party may assert a claim against a trust for a liability incurred in trust administration by proceeding against the trustee in the trustee's representative capacity, whether or not the trustee is personally liable (§ 106)."

<sup>③1</sup> Florida Trust Code, chapter 736.0816. "Specific powers of trustee. —Except as limited or restricted by this code, a trustee may: (23) Prosecute or defend, including appeals, an action, claim, or judicial proceeding in any jurisdiction to protect trust property or the trustee in the performance of the trustee's duties."

<sup>③2</sup> Trust Act (Japan), Actical 68. "In an action relating to the Trust Property, a Trust Property administrator is to be either a plaintiff or a defendant."

财产或与信托财产有关的一切诉讼和程序均应以受托人的名义提起或辩护。<sup>③③</sup>

## 2. 信托受托人法定诉权的司法确认

受托人的法定权也得到了司法确认。例如“Randolph Fndn v. Appeal Fr. Prob”<sup>③④</sup>案法院认为实体法上的诉讼请求权主体一般是实体法上的利益主体。在普通法中,如果诉因是代表明示信托提起的,则受托人是真正的利益方,因为受托人对该诉因拥有法定所有权。这一规则的推论是,信托受益人通常不是利益直接关系人,也不能以信托的名义提起诉讼。信托受益人对信托财产没有法定所有权或者所有权权益。尽管严格地说,受托人是信托财产的所有人,受托人拥有这些财产不是为了受托人自己的利益,而是为了受益人的利益,因为受托人是受益人的受托人。“First Union Nat'l Bank v. Jones”案法院指出当信托被诉时,信托受托人应当被视为诉讼相对人,受托人可在不加入信托受益人的情况下应诉。<sup>③⑤</sup>“Carrington Asset Holding Company v. American Home Mortgage Servicing”案法院认定富国银行作为受托人对信托的财产具有合法所有权,是代表信托提起诉讼或被起诉的适格当事人。<sup>③⑥</sup>

## 结 论

综上所述,国际投资协定未对信托予以广泛性的法人人格承认,而信托财产权力结构的独特性直接关系到ICSID判断涉及信托案件的管辖权问题。鉴于此,未来在裁量涉信托国际投资保护问题时,恰当运用传统分析路径时,也应考虑信托制度的独特性,尤需适当肯定信托法人人格、采用信托控制权人所在地界定信托国籍、承认信托受托人法定诉权,以充分运用国际投资仲裁保护国际信托。

---

**Abstract:** There are many cases involving trusts in the practice of international investment arbitration. After examining such cases, it is not difficult to find that the protection of trust investment stops at jurisdictional objections. This phenomenon can be attributed to the fact that the inclusion of the bilateral investment agreement in the category of legal person investors leads to doubts about the arbitration applicant's exercise of the rights of litigation, disputes over the

---

<sup>③③</sup> "Custodian trustees - g) all actions and proceedings touching or concerning the property of the trust shall be brought or defended in the name of the custodian trustee and the custodian trustee shall not be liable for the costs thereof apart from the property of the trust."

<sup>③④</sup> *Supra* note 12.

<sup>③⑤</sup> First Union Nat'l Bank v. Jones, 768 So. 2d 1213 (Fla. 4th DCA 1999), Court of Appeals of Georgia, <https://www.courtlistener.com/opinion/1140166/first-union-national-bank-v-jones/>, last visited Mar. 05, 2020. "the trustee" is merely the legal entity who is sued when an action is brought against "the trust".

<sup>③⑥</sup> Carrington Asset Holding Company, LLC et al. v. American Home Mortgage Servicing, Inc. <https://caselaw.findlaw.com/ct-superior-court/1543811.html>, last visited Mar.05, 2020.

nationality of trust investors, and the special power structure of the trust. There are ambiguities and other issues in the ownership of property. In fact, there have been attempts to introduce trust legal personality in many international investment agreements and many types of international treaties, and the legal power of trust trustees has also been confirmed by the trust laws of various countries. In this context, the trial logic of trust international investment arbitration should be re-evaluated. In particular, it may be considered to appropriately affirm the personality of the trust's legal person in the category of BIT investors, use the location of the trust's control rights as the criteria for determining the nationality of the trust, and give the trustee the role of legitimacy of applicants from the International Center for the Settlement of Investment Disputes.

**Keywords:** the situs of a trust; nationality of trust investors; trustee's right of litigation

---

---

( 责任编辑: 魏 庆 )

# 调解在国际投资争端解决中的应用现状与未来

杨能盛 叶依文\*

---

**内容提要** 调解制度作为一种替代性争议解决方式主要适用于平等主体间的民商事纠纷,但其高效便利、诉讼经济的优势促使调解制度成为目前国际投资争端解决机制改革的重要方向。本文旨在研究调解制度在国际投资争端解决中的应用模式,分析其优势与弊端,以便为调解制度在未来如何更好地融入国际投资争端解决机制提出建议。本文阐述了未来国际投资调解中心的建构模式,其独立性特点打破了目前国际投资调解机构附属于国际组织的模式,有助于发挥调解独立程序的价值,推动投资调解制度的精细化分工。诚然,目前构建国际投资调解中心仍然存在着诸多问题有待进一步的研究。但是,通过综合分析构建该中心的利弊,本文认为其价值大于风险,推断独立的国际投资调解中心模式或成为未来调解在国际投资争端解决机制中应用的主流模式。

**关键词** 调解 国际投资争端解决 替代性争议解决

---

调解是指由调解员协助,在其无权对争议当事人强加解决办法的情况下,当事人设法友好解决争议的过程,<sup>①</sup>其理念和经验随着替代性争端解决方式(Alternative Disputes Resolution,下称“ADR”)的发展已被广泛运用于国际商事争端解决。<sup>②</sup>而国际投资争端解决中心(The International Center for Settlement of Investment Disputes,下称“ICSID”)和联合国国际贸易法委员会(The United Nations Commission on International Trade Law,下称“UNCITRAL”)等机构也为调解制度引入国际投资争端解决机制提供了丰富的探索经验。<sup>③</sup>

现行投资者与国家间投资争端解决机制(Investor-State Disputes Settlement Mechanism,下称“ISDS 机制”)中的调解制度虽然具有不同表现形式,但大多仍作为国际投资仲裁或

---

\* 杨能盛,上海财经大学法学院硕士研究生;叶依文,华东政法大学知识产权学院硕士研究生。

① 《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。

② 黄进、宋连斌:《国际民商事争议解决机制的几个重要问题》,载《政法论坛》2009年第4期,第3-13页。国际商事争端解决机构制定了诸多调解规则立法,例如:《联合国国际贸易委员会调解规则》与《国际商事调解示范法》。此外,部分国家进行了专门的调解制度立法(如印度的《仲裁与调解法》)或替代性争议解决立法(如美国的“Alternative Dispute Resolution Act of 1998”)。

③ 例如,《ICSID 调解规则》和《UNCITRAL 调解规则》。

诉讼的一种补充形式。本文将分析调解制度在 ISDS 机制中不同应用模式的特点和优劣,并结合国际商事调解制度的成功经验,提出构建专门国际投资调解中心的建议,以期推动国际投资调解规则的精细化发展,并实现高效益解决国际投资争端的目标。

## 一、ISDS 机制中调解程序制度化发展现状

尽管调解制度作为争端解决的“东方智慧”源远流长且在民商事争端解决中已经相对成熟,但是直到 20 世纪末,其在 ISDS 机制中的价值才受到东道国和国际争端解决机构的重视。目前国际投资中的调解制度已经从理论走向实践,成功化解了诸多国际投资纠纷。但是现行 ISDS 机制中的不同调解规则也暴露出诸多问题,因此有必要对 ISDS 机制中的不同调解规则进行更深入的研究。

### (一) ISDS 机制导入调解程序的价值

调解作为目前最典型的替代性争议解决措施之一,具有缓和性、适应性、灵活性、经济性等优点。<sup>④</sup>虽然目前国际争端解决机构通过 ADR 制度解决的国际投资争端数量较少,<sup>⑤</sup>但其对于 ISDS 机制的重要价值会在将来吸引更多的争端方将调解等 ADR 方式作为国际投资争端的首选路径。

#### 1. 调解的高效益性

对于争端方而言,成功的国际投资调解能够实现高效益的双赢结果。调解程序通常经由争端方同意才能启动,因此调解依据除了事实与规则外,更多体现为双方利益的交易和磋商结果。由于熟悉案件事实的当事人具有是否达成调解方案以及具体调解内容的决定权,所以调解程序能够简化仲裁还原案件事实等漫长的前期流程,这也使得调解程序更为快捷、便利。例如,2016 年欧盟与加拿大的《欧盟-加拿大全面经贸协定》(EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement,下称“欧加 CETA”)附件 29-C 第 5 条第 5 款规定,双方应努力在指定调解员后 60 天内达成双方同意的解决办法。<sup>⑥</sup>虽然当事人可以根据该附件第 7 条规定经协商后修改前述 60 天的期限,<sup>⑦</sup>但从制定调解规则的初衷来看,调解相较仲裁而言仍然是一种更为高效的 ISDS 救济方式。相反,以 ICSID 的仲裁程序为例,案件从受理登记到仲裁庭作出裁决,平均需要三至四年时间,最长的案件甚至耗时约十年之久。<sup>⑧</sup>

此外,调解的费用远低于仲裁的费用。一方面,调解运营费用一般包括调解机构管理费、调解员费用和专家、证人费用。律师代理费在调解过程中并非必要费用,因为律师

<sup>④</sup> Carrie J. Menket, *Dispute Resolution: Beyond the Adversarial Model*, 2th ed., 2010, pp.270-296.

<sup>⑤</sup> 根据 2019 年 ICSID 发布的数据,机构 2019 年新增登记 52 个案件,仅有 1 个案件登记适用调解规则。

<sup>⑥</sup> EU-Canada CETA (2016), Annex29-C, Article 5.5.

<sup>⑦</sup> *Id.*, at Article 7.

<sup>⑧</sup> 目前 ICSID 耗时最长的仲裁案件是 Victor Pey Casado and President Allende Foundation 诉智利共和国一案,截至 2010 年底已经耗时 4638 天。

仅有权代理当事人参与调解中的程序性事项,实质性调解意愿通常需要当事人自己才能决定。而仲裁往往需要经验丰富的律师利用仲裁规则和证据以说服仲裁庭作出对被代理人有利的裁决。例如,ICSID《调解规则》规定,调解程序的相关运营费用由双方当事人平等承担,<sup>⑨</sup>而仲裁程序的运营费用通常由败诉方承担。另一方面,调解方案中的赔偿金通常会因当事人协商而低于约定或法定赔偿金。近些年来,ICSID等国际仲裁机构的仲裁案件费用快速增长,平均每件国际投资仲裁案件的运营费<sup>⑩</sup>加上赔偿金的总费用高达7600万美元。<sup>⑪</sup>因此,高昂的仲裁费使得小投资者或发展中国家对国际投资仲裁望而却步。若能在ISDS机制中引入并完善高效率、低成本的调解制度,这既能缓解国际投资仲裁案件数量爆炸式增长的压力,又有利于维护投资者的利益以保障其投资活力。

## 2. 调解尊重东道国的核心利益与主权

国际投资协定(International Investment Agreements,下称“IIAs”)是各国政府吸引外商投资的承诺书,注重保护投资者的利益,其内容较少涉及东道国的利益保护相关问题。此外,在晚近国际投资仲裁实践中,部分仲裁庭片面强调投资者保护,试图扩大仲裁庭对国际投资案件的审查权与管辖权。这些举措进一步导致了投资者保护与东道国利益之间的失衡,也招致部分国家对ICSID等机构的信任危机。<sup>⑫</sup>例如,2011年澳大利亚在《贸易政策声明》中宣布其未来签订的双边投资协定(Bilateral Investment Treaties,下称“BITs”)将排除适用国际仲裁条款。《全面进步的跨太平洋伙伴关系协定》(Comprehensive Progressive Trans-Pacific Partnership,下称“CPTPP”)冻结了投资合同以及投资协议授权的ISDS机制中的国际仲裁条款。<sup>⑬</sup>

调解过程是建立在双方平等自愿基础上的非强制性争端解决措施,投资者与东道国具有对称的调解申诉权,可以共同协商决定是否启动调解程序、是否接受调解方案等关键步骤。而国际投资仲裁的诉权是为投资者设立的专属权利,<sup>⑭</sup>东道国只有在与投资者订立投资合同有约定时才可申请适用国际投资仲裁程序。因此,当出现投资者单方面违约情形时,东道国只有通过诉诸国内法院或采取行政措施等方式才能取得争端解决的主动权。由于东道国政府既是申诉者又是裁判者,投资者通常不信任国内裁判或行政行为的公正性,进而将争端诉至国际仲裁。国际仲裁在促进和保护国际投资的原则下,仲裁庭的裁决经常罔顾东道国的国家政策和法律,容易忽视东道国公共利益、国家安全及金

<sup>⑨</sup> Conciliation (Additional Facility) Rules, Article 40.

<sup>⑩</sup> UNCTAD, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, 2010, p.17. 根据ICSID《附加便利规则》第六节的规定,运营费用通常包括律师费、仲裁员费用、专家及证人费用,以及仲裁机构的管理费。平均每项仲裁案件的运营总费接近1000万美元,而争端方所的律师费就占到总费用的60%。如在Plama Consortium v. Bulgaria案(ICSID Case No. ARB/03/24),争端双方的律师费合计达到1780万美元。

<sup>⑪</sup> Matthew Hodgson, *Costs in Investment Treaty Arbitration: The Case for Reform*, Journeys for the 21st Century, 2015, p.749.

<sup>⑫</sup> 余劲松:《国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究》,载《中国法学》2011年第2期,第132-133页。

<sup>⑬</sup> 陶立峰:《投资者与国家争端解决机制的变革发展及中国的选择》,载《当代法学》2019年第6期,第39页。

<sup>⑭</sup> Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, 2009, p.42.



融经济安全等核心利益。

调解庭是在充分考虑投资者与东道国的可接受度基础上,再向争端方提出调解建议方案,不会径自作出有约束力的调解方案。只有调解方案符合东道国的国内政策或核心利益,东道国才可能会接受该方案,这也是双方非核心利益交易的结果。调解本身不是对抗性争端解决方式,东道国以当事人身份参与调解过程不会出现与其国内政策和裁判相冲突的结果。另外,调解制度符合以友好协商方式解决争端的发展趋势,任何类型的投资争端都可以尝试通过调解程序得以解决,而且东道国在调解程序中也不必在主体身份和司法主权问题上疑虑是否需要遵循国家管辖豁免原则。总之,国际投资中的调解制度既充分尊重了东道国作为主权国家特殊主体的主权和核心利益,又赋予其在争端解决中与私人投资者平等的权利。

## (二) ISDS 机制中调解程序的制度化

构建国际投资调解制度离不开体系完备、全球认可度高的国际投资调解公约以统一国际投资调解规范。事实上,现行 ISDS 机制调解规则的制定主体主要有两类:(1) 签订 IIAs 的主权国家;(2) 国际争端解决组织。目前,例如欧加 CETA 和 ICSID《调解规则》中的部分投资调解规则已经相对固定,并逐步被其他的 IIAs 所采纳,这些投资调解规则的重叠部分或许会成为未来投资调解公约的原型。

### 1. 主权国家在国际投资协定中导入调解规则

主权国家为了提升其在 ISDS 机制中的话语权,通过新订或修订 IIAs 的方式,导入国际投资争端调解制度的内容。近些年欧盟的 IIAs 得到了长足的发展,而这些 IIAs 中调解规则对国际投资及其争端解决机制产生了重要影响。例如,欧加 CETA 附件 29-C 详细规定了调解程序的规则,包括调解对象、调解的启动、调解员的遴选、调解的适用程序、调解方案的履行、保密性与当事人的法律地位等。欧加 CETA 详细的调解规则也成为欧盟随后签订的其他 IIAs 中调解制度的基础。

2018 年欧盟与新加坡签订了《投资保护协定》(the EU-Singapore Investment Protection Agreement,下称“EUSIPA”),其附件 6 几乎照搬了欧加 CETA 中的调解规则,但 EUSIPA 附件 7 参照仲裁员的行为准则就调解员行为标准制定了更加细致的规定,调解员的责任包括:(1) 在调解过程中勤勉、公平地履行其职责;(2) 不得超越当事人提交的纠纷范围进行调解;(3) 不得擅自转托他人担任调解员;(4) 采取必要措施使调解全过程的行为都须符合行为规范;(5) 不得与争端方签订与调解过程相关的契约。<sup>⑮</sup>

2019 年欧盟与越南签订了《投资保护协定》(The EU-Vietnam Investment Protection Agreement,下称“EVIPA”),通过附件形式基本沿用了 EUSIPA 中的调解员行为准则和欧加 CETA 中的调解制度。此外, EVIPA 进一步明确和细化调解程序过程。例如, EVIPA 附件 10 第 4 条第 1 款规定,被委任的调解员应立即以当面或电话等方式告知当事人的具体事项:(1) 进行调解的语言和地点;(2) 调解的暂定时间表;(3) 任何与调解相关

<sup>⑮</sup> EUSIPA (2018), Annex 6, Annex 7.

的法律披露义务；(4) 是否以书面形式同意在纠纷调解期间不启动或不继续其他争端解决程序；(5) 是否需要为批准调解协议作特别安排；(6) 调解相关财务和费用安排。<sup>①⑥</sup>

## 2. 国际争端解决组织制定投资调解规则

尽管各国都开始尝试在 IIAs 中导入调解内容,但由于各国立法水平和社会制度的不同,目前参差不齐的调解规则无法真正实现调解制度在全球范围内的普遍适用。国际组织的成员国数量众多,具有专业领域的立法专家和丰富经验,因此由这些国际组织制定的调解规则更容易被主权国家接受。

ICSID 作为专门的国际投资争端解决机构,于 2016 年底就开始着手修正并更新 ISDS 规则的有关工作,并相继发布了四份规则修正案。最新的《工作文件 4: ICSID 规则修改建议》(Working Paper#4: Proposal for Amendment of the ICSID Rules) 制定了《调解规则》(Mediation Rules) 及其附件《调解行政和财务条例》(Administrative and Financial Regulations for Mediation)。前者共 5 章 22 条,包括了一般性规定、调解的开始、一般程序性规定、调解员、调解的过程等内容,展现了 ICSID 构建国际投资调解制度的初步框架。后者共 4 章,包括一般性规定、秘书处的职责、财务规定、官方语言及调解员的责任限制等,这是对 ICSID《调解规则》第 2 条第 3 款<sup>①⑦</sup>的细化规定。此外,ICSID 还制定了调解员宣誓制度以明确调解员的职业道德,如调解保密、调解中立等。

除了 ICSID 等国际争端解决专门机构进行国际投资调解的制度化解建设,其他组织也开始探索建立统一的国际投资调解规则。<sup>①⑧</sup> 例如,国际律师协会(International Bar Association, 下称“IBA”)早在 2012 年就发布《IBA 投资者与国家调解规则》(IBA Rule for Investor-State Mediation),这 12 条规则为调解的适用范围、调解的启动、调解员的独立性与中立性、调解员的指定与变更、调解员的作用、调解的保密性、调解的终止、调解的费用等问题制定了较为系统的规定。此外,《IBA 投资者与国家调解规则》的三个附件对调解员制度的构建具有重要参考意义,<sup>①⑨</sup> 比如调解员的资格候选应当将调解培训经历、语言能力、过往争端解决案例等因素纳入考虑范畴。

### (三) 现行国际投资调解的主要特点

在国际投资调解制度化的过程中,虽然调解制度的具体规则有所差异,但在实践中,调解服务提供主体、调解的申请程序以及调解庭等方面的构建趋于一致。构建未来国际投资调解制度必须格外关注当下 ISDS 机制的主要特征。

<sup>①⑥</sup> EVIPA (2019), Annex 10, Article 4.1.

<sup>①⑦</sup> ICSID Mediation Rules, Rule 2.3, “The (Mediation) Administrative and Financial Regulations, attached as Annex A, shall apply to mediation pursuant to these Rules.”

<sup>①⑧</sup> 其他国际争端组织通过制定新规则或修改现有 ISDS 规则等方式以导入国际投资调解的内容,例如:国际商会(International Chamber of Commerce, ICC)制定了“ICC Mediation Rules”;海牙常设仲裁法院(Permanent Court of Arbitration, PCA)制定了“Permanent Court Of Arbitration Optional Conciliation Rules”;斯德哥尔摩商会仲裁院(Stockholm Chamber of Commerce, SCC)的“The Mediation Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce”。

<sup>①⑨</sup> 《IBA 投资者与国家调解规则》共有三个附件:(1) 附件 1 是“独立与勤勉宣誓示范文本”;(2) 附件 2 是“调解员的资格”;(3) 附件 3 是“委托机构选择调解员”。

### 1. 争端方启动调解程序的时间灵活

因为国际调解与国际仲裁、国际诉讼等对抗性 ISDS 方式具有兼容性,所以目前的国际调解规则通常只是建议争端方在 ISDS 中优先选择适用调解制度,并没有通过“前置程序条款”<sup>②①</sup>或“岔路口条款”<sup>②②</sup>等形式规定调解程序与其他 ISDS 方式的适用顺序。相反,当下的国际投资调解规则都鼓励争端方在争端发生后的任何时间点都可以提出启动调解程序的申请。如欧加 CETA 附件 29-C 第 2 条规定,在任意时间,一方当事人可以提出双方启动调解程序的建议。<sup>②③</sup>

从投资争端发生的过程来看,调解程序主要运用于以下三个阶段。首先,调解程序可以在投资争端发生初期作为独立的 ISDS 救济由当事人提出优先适用。<sup>②④</sup>其次,调解程序能够在开始其他对抗性 ISDS 救济过程之后启动。<sup>②⑤</sup>调解进行过程中,其他 ISDS 救济程序中止以等待调解的结果。如果争端方在调解中达成和解,那么终止其他 ISDS 救济程序;反之,则终止调解程序而恢复 ISDS 救济程序。最后,因为调解程序的适用范围几乎包括所有类型的国际投资争端,<sup>②⑥</sup>所以其他 ISDS 救济程序执行过程中产生的争端也可以适用调解程序。总之,只要当事人达成共识,那么在 ISDS 过程中的任何时间点都可以启动调解程序。

### 2. 国际争端解决机构提供调解服务

目前国际争端解决机构是提供国际投资调解服务的主要机构。除了国际争端机构具有处理国际争端的丰富经验和专业人才这些优势外,调解程序与其他 ISDS 程序之间的紧密衔接关系使得国际争端解决机构成为当下较为合理、便捷的调解机构。一方面,因为国际争端解决机构是国际投资调解规则的重要制定者,所以其可以通过判例或解释的方式解决调解规则实践过程中的疑难问题;另一方面,国际争端解决机构主要通过仲裁的方式解决国际纠纷,由这些国际争端解决机构受理仲裁过程中的调解案件可以简化当事人部分程序性环节,这种仲裁与调解“一站式解决”的便利模式有利于吸引当事人在仲裁的同时适用调解程序。<sup>②⑦</sup>此外,由于调解程序的适用范围大于其他 ISDS 程序,所以提供调解服务所能带来的案件受理数量和调解费用也是激励国际争端解决机构制定

<sup>②①</sup> 前置程序条款,指只有在无法通过第一种方式解决纠纷的情形下,才能适用第二种救济方式。例如,欧加 CETA 规定在进行国际仲裁前,争端方必须在一定期限内先通过强制磋商方式解决争端。

<sup>②②</sup> Ch. Schreuer, *Travelling the BIT Route: Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road*, 5 *Journal of World Investment & Trade*, 2004, Vol.5, p.239. 岔路口条款 (Fork in the Road Clause, 指一旦选择一种方式,就不能再寻求另一种救济方式。该条款在 ISDS 机制的主要作用是处理国际仲裁与东道国救济二者之间的关系,投资者只能在二者之间选择一种方式解决争端。

<sup>②③</sup> *Supra* note 6, at Article 2.

<sup>②④</sup> 黄春利:《构建以调解为主的多元化“一带一路”国际投资争端解决机制》,胡云腾主编:《司法体制综合配套改革与刑事审判问题研究——全国法院第 30 届学术讨论会获奖论文集(上)》,人民法院出版社 2019 年 6 月版,第 576 页。

<sup>②⑤</sup> For example, IBA Mediation Rules, Article 2.4, “Mediation under these rules may take place at any time, regardless of whether court, arbitration or other dispute resolution proceedings have been initiated.”

<sup>②⑥</sup> 通常地,影响东道国环境、社会和公共利益等原则或税法等强制性法律的国际投资不允许协商或调解。

<sup>②⑦</sup> 张丽娜:《“一带一路”国际投资争端解决机制完善研究》,载《法学杂志》2018 年第 8 期,第 32 页。

国际投资调解规则并提供相应服务的重要因素之一。

除了熟悉其调解规则,根据国际能源宪章组织的《投资调解指南》(Guide on Investment Mediation),国际能源秘书处及其他国际争端解决机构作为调解机构能够提供如下支持:(1)帮助确保协议各方参与调解过程;(2)帮助提供有关费用相关信息,以保障各方按时准备必要资金;(3)帮助确定特定争端中担任调解候选人的资格,确保协议各方挑选的一名候选人作为正式调解员并支付薪酬;(4)帮助双方克服可能阻碍他们与调解员开展首次会议的最初程序性障碍,如确定会议地点、会议语言等;(5)管理调解程序;(6)提供协助,帮助获得前往会议地点的签证。<sup>②7</sup>

作为国际投资调解机构的现有国际争端解决机构分为两类:专门解决国际投资争端的国际机构与解决其他国际争端的国际组织。前者主要是指ICSID,根据其《调解规则》第2条规定,ICSID秘书处是唯一有权管理依照《调解规则》进行调解程序的实体机构。<sup>②8</sup>后者主要包括处理国际商事案件的仲裁机构(如ICC、PCA等)或者其他综合性争端解决机构(如UNCITRAL、WTO等)。此外,由于部分国家已经拥有了较为成熟的调解机构,因此这些国家的国内调解机构也可以通过IIAs的规定成为特定的国际投资调解机构。例如,根据《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》投资协定的规定,香港投资者与内地或者内地投资者与香港之间的投资争端,可由投资者提交对方调解机构通过调解方式解决。<sup>②9</sup>

### 3. 调解庭作为临时的调解组织

调解庭是承担调解投资者与国家间投资争端的临时组织。首先,每个案件的调解庭的成员不同。争端方应当在同意启动调解程序后,从调解机构提供的调解员名册中协商确定调解员,<sup>③0</sup>也可以选择双方均信任的其他任何人担任调解员。<sup>③1</sup>调解庭在争端方达成调解方案或终止调解后即解散。其次,调解庭的组成人数不固定,目前主要国际组织制定的调解规则在调解庭组成人数问题上,以独任调解庭为原则,以合议调解庭为例外(见表1)。由于调解庭只能提出调解方案的建议,无权决定最终调解方案,所以合议调解庭不必制定少数服从多数的表决规则,那么合议调解庭的人数也可以是偶数。最后,调解庭调解员的辞职和更换要求低。除调解员的职业道德和业务水平外,争端方对调解员的信任程度是影响调解员遴选的主导因素。因此当调解员与争端方之间出现信任危机时,调解员以及调解程序的作用将难以继续发挥,因此应当放松对调解员辞职和替换的限制。例如ICSID《调解规则》第16条前2款规定:(1)调解员在通知秘书长和争端双方后可以(may)辞职;(2)如果争端双方共同提出更换调解员的请求或者调解员不能

<sup>②7</sup> Guide on Investment Mediation(2016), Article 7.

<sup>②8</sup> *Supra* note 17, at Article 2.

<sup>②9</sup> 《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》,第19条第1款第5项和第20条第1款第4项。

<sup>③0</sup> *Supra* note 15, at Article 3.

<sup>③1</sup> IBA Mediation Rules(2012), Article 4.3.

或不合格履行调解员规定的义务,调解员应当 (shall) 辞职。<sup>③</sup>

表 1: 国际调解规则的调解庭组成人数

| 机构名称     | 调解规则名称  | 调解员人数 | 例外     |
|----------|---|-------|--------|
| UNCITRAL | UNCITRAL Conciliation Rules Contents, General Assembly Resolution 35/52 | 1 人   | 至多 3 人 |
| IBA      | IBA Rules for Investor-State Mediation                                  | 1 人   | 至多 2 人 |
| SCC      | The Mediation Rules of the Arbitration Institute of the SCC             | 1 人   | 不限人数   |
| ICC      | ICC Mediation Rules   | 1 人   | /      |
| ICSID    | ICSID Mediation Rules   | 1 人   | 至多 2 人 |
| PCA      | PCA Optional Conciliation Rules   | 1 人   | /      |
| CEDR     | CEDR Model Mediation Procedure  | 1 人   | 至多 3 人 |
| ECT      | Guide on Investment Mediation   | 1 人   | 至多 2 人 |

## 二、国际投资调解制度建构的发展瓶颈

虽然目前的投资调解制度化进程还未完全完成,但是投资者与国家实际上可以利用 IIAs 或其他国际条约中的调解规则启动调解程序。即使调解规则的部分具体实施规则存在制定漏洞,调解庭通过合理法律解释或者当事人意思自治等方式也能保障调解程序的顺利进行。调解制度便捷高效、成本低廉、尊重当事人意志等天然优势本应该受到投资者的欢迎,成为与国际投资仲裁、东道国救济等并重的 ISDS 救济途径。但在实践中,以 ICSID 为代表的国际投资仲裁仍然是投资争端最主要的解决方式,而调解则似乎成为仲裁过程中华而不实的“附庸”。这种尴尬局面主要原因是争端方对现有国际投资调解制度的不信任感。通过与国际商事调解制度的比较,笔者认为国际商事调解制度的成功发展路径或许是目前国际投资调解制度可借鉴的理想对象。

### (一) 调解程序制度化进程的主要障碍

#### 1. 投资调解机构及调解员资质问题

目前全球范围内有较大影响力的投资调解规则几乎都是由国际争端解决机构制定的,这些机构同时承担投资调解争端解决机构的职责。尽管现有国际争端解决组织拥有丰富的争端解决经验、强大的专业人才团队和良好的国际声誉,但这些优势都是建立在大量成功国际仲裁或诉讼案例基础之上。无论从机构的名称还是从机构设立的初衷来

<sup>③</sup> *Supra* note 17, at Article 16.

看,投资者对这些机构功能的固有印象使其对这些机构的调解服务能力可能充满怀疑。<sup>③③</sup>

此外,由于目前调解案源较少,这些国际组织出于经济成本和培训效率的考虑,不会立刻组建专门职业化的调解员队伍,而是利用其现有仲裁员或审判员人才库作为调解员人才库。事实上,调解程序与仲裁等对抗式程序的适用规则和原则是截然不同的,而且调解员的任务也是不同的。虽然仲裁员能够快速掌握调解规则,但不能否认其利用仲裁规则解决争端的频率远超使用调解规则的频率,这也容易导致仲裁经验丰富的仲裁员担任调解员时带有仲裁强制性的惯性思维,影响调解程序有效发挥作用。

## 2. 调解程序与仲裁程序的衔接问题

按照目前设计的调解规则,调解与仲裁是两种独立的 ISDS 救济方式,在临时组织人员选择、救济程序、解决方案等方面具有显著差别。由于调解作为 ADR 方式具有灵活性的特点,所以争端方可以在投资仲裁过程中随时选择调解。但是在实践过程中,仲裁程序转调解程序的必要性是阻碍争端方适用调解的重要因素。一方面,仲裁程序转调解程序意味着争端方在支付前期仲裁程序费用后还要重新支付调解程序的费用,而投资仲裁中的磋商程序可以利用现有的机构和组织,因此争端方出于经济和便捷考虑可能会选择仲裁中其他 ADR 方式。另一方面,如果调解失败而没有达成最终调解方案,那么争端方只能恢复仲裁程序。因此失败调解所带来的时间和经济风险使得争端方在启动仲裁程序后,争端方对中止仲裁程序转入调解程序的必要性充满顾虑。

## 3. 投资调解协议的可执行性问题

国际投资调解协议对双方没有拘束力,其实施完全依赖于当事人的自觉与自愿。例如, EUSIPA 第 5 条第 1 款规定,双方应在约定的期限内采取必要的措施以实现双方商定的方案。<sup>③④</sup> 而 2020 年 9 月 12 日生效的《关于调解所产生的国际和解协议公约》(下称《新加坡调解公约》)虽然允许适用公约缔约国作为一方当事人的和解协议,<sup>③⑤</sup> 但是其立法目的主要是为了保障国际商事调解在解决跨境和国际争议中的国际可执行性,所以在全球范围内还没有制定有专门性国际公约以保障国际投资调解协议的执行。投资调解协议执行救济的制度空白再加上诸多国家的社会信用体系与社会诚信意识尚未完全建立或健全,这就容易导致费尽时间与精力达成的投资调解协议可能无法得到义务方的有效履行。<sup>③⑥</sup>

<sup>③③</sup> 2014 年 10 月 29 日,根据伦敦金融城公司主办的,由全球 20 多个国家包含投资者、法律顾问、调解员等 150 名代表就 ISDS 的核心问题进行的投票结果显示,92% 的投票者支持调解员应得到专业调解机构的认证,并且受到专业调解机构制定的调解员准则的约束。即大多数投资者等都希望建立专门的职业化调解员队伍。

<sup>③④</sup> *Supra* note 15, at Article 5.1.

<sup>③⑤</sup> 《关于调解所产生的国际和解协议公约》第 8 条第 1 款规定:“公约当事方可声明:(a) 对于其为一方当事人的和解协议,或者对于任何政府机构或者代表政府机构行事的任何人为一方当事人的和解协议,在声明规定的限度内,本公约不适用;(b) 本公约适用,唯需和解协议当事人已同意适用本公约。”

<sup>③⑥</sup> 张显伟、钟智全:《论中国—东盟自贸区商贸纠纷解决之商事调解及其作用发挥》,载《学术论坛》2015 年第 5 期,第 69 页。

## （二）国际商事调解制度的独立发展路径

根据 UNCITRAL 制定的《国际商事调解示范法》(Model Law on International Commercial Conciliation) 的有关定义,国际商事调解是当事人请求一名或多名第三人(即“调解员”)协助他们尝试以友好方式解决因各种国际商业关系而发生的纠纷。<sup>③7</sup>从定义上看,国际商事调解与国际投资调解二者的最大区别即在于针对的纠纷类型不同,其他规则和原则具有高度相似性。国际商事调解在制度化初期过程同样经历过与投资调解制度类似的阵痛,但其已经突破了前述发展瓶颈,成为与国际商事仲裁一样受欢迎的国际商事争端解决方式。<sup>③8</sup>因此,国际商事调解制度的成功发展现状或许能为投资调解制度走出困境提供启示。

### 1. 专门的国际商事调解中心

目前,在全球范围内,诸多的国家、地区和国际组织已经建立了专门的国际商事调解机构。其中知名度较高的如英国有效纠纷解决中心(the Centre for Effective Dispute Resolution, CEDR)、新加坡国际调解中心(Singapore International Mediation Centre, SIMC)、香港和解中心(Hong Kong Mediation Centre)等。<sup>③9</sup>事实上,全世界的商事调解机构数量已超过百家,国际商事调解制度的机构化趋势是符合其发展的必然规律。国际商事调解机构对调解员进行统一标准的专业培训,组建了一批由学者、律师和其他领域的专业人才等组成的职业商事调解员队伍。这些调解员通常不兼任仲裁员或审判员,能够充分运用自己的专业知识和调解规则帮助当事人通过友好协商方式解决商事纠纷。因此,建立专门调解机构有助于提升调解制度的专业化程度和影响力。

### 2. 调解与仲裁的合理衔接

虽然当下国际商事调解制度的发展趋势是建立专门的调解机构,聘任专业的调解员利用调解规则解决国际商事争端,但这并不意味着国际商事调解制度的目标是取得与国际商事仲裁制度“分庭抗礼”甚至“取而代之”的地位。从调解与仲裁的性质和功能来看,二者都是争端解决机制中同等重要的工具。调解与仲裁除了良性竞争关系外,更为重要的是维系优势互补的合作关系,共同推动国际商事纠纷的高效解决。调解协议可以通过仲裁程序获得强制力,而仲裁中需耗费大量时间和金钱成本的案件也能通过调解得以高效益地化解纠纷。

在实践中,商事调解机构与商事仲裁机构的密切合作屡见不鲜。例如 2018 年北京国际仲裁中心与一带一路国际商事调解中心达成了《关于建立仲裁与调解相衔接的一带一路多元化纠纷解决机制之合作协议》,该合作协议鼓励当事人在国际商事纠纷发生

<sup>③7</sup> UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation(2002), Article 1.3.

<sup>③8</sup> 《中国国际商事仲裁年度报告(2019-2020)》, <https://tv.cctv.com/2020/09/18/VIDEAE2qtZDRvDPAEOCjS9iA200918.shtml>, 最后访问时间:2021年3月10日。“中国国际经济贸易仲裁委员会2019年度受理仲裁案件共计3333件。”《耕耘不辍2020砥砺前行2021》, <http://www.bnrmediation.com/Home/Article/detail/id/658.html>, 最后访问时间:2021年3月10日。“截至2020年12月31日,仅成立四年的一带一路国际商事调解中心2020年度受理调解案件共计2791件,年度调解结案成功率57%。”

<sup>③9</sup> 李德恩:《民事调解理论体系化研究》,中国法制出版社2012年版,第273页。

后,优先适用调解程序就无争议的部分达成调解协议,然后适用仲裁程序解决有争议的部分,这可以充分发挥调解和仲裁各自的优势,提高解决争议的效率与针对性。因此,调解机构必须加强与仲裁机构的合作与沟通,明确双方的定位与功能,只有这样才能避免出现二者恶性竞争和功能重叠的局面,影响国际争端解决机制的效率与整体性。

### 3. 《新加坡调解公约》

法律文件在国际的承认与执行一直是国际争端解决机制中的难题,因为不同法域的立法与司法差异显著,并且承认与执行还会涉及国家的司法主权问题。《新加坡调解公约》作为国际性的公约,规定缔约国负有按照国际程序承认并执行调解协议的义务,提高了调解协议的权威性与正式性,为争端方促成调解协议的达成注入了一剂强心剂。此外,《新加坡调解公约》赋予了“调解与诉讼、仲裁同等的执行力,其对协议双方严格履行和解协议的震慑作用,与其提供的强制执行救济相比,有着同样重要的作用,甚至震撼的意味更浓。”<sup>⑩</sup>截至2021年1月1日,包括中国、美国、印度等当今世界重要经济体在内的53个国家和地区签署了《新加坡调解公约》,其中新加坡、斐济、卡塔尔等6国已批准了公约,这将极大提高国际商事调解制度在全球范围的影响力。

#### (三) 小结: 投资调解能够借鉴商事调解的经验

投资调解制度与商事调解制度都属于调解制度的范畴,二者的特点和发展情况具有高度相似。面对投资调解制度目前发展的主要障碍,商事调解的发展模式可以为投资调解制度提供有益借鉴,具体包括:(1) 投资调解机构与其他ISDS机构相分离,建立专门的国际投资调解中心,以确保国际投资调解制度的独立性和专业性;(2) 优化投资调解与投资仲裁的衔接程序,例如构建强制性的前置调解规则,实现国际投资争端的前期分流;(3) 加强国际合作,争取制定一部专门的ISDS调解国际公约,明确投资调解协议的法律地位与法律性质。

尽管商事调解制度的独立化发展增强了调解制度的影响力,但是投资调解制度与商事调解制度同样存在着显著差异,所以投资调解制度不能照搬商事调解制度的独立化发展模式。例如,投资调解程序中东道国作为争端当事人具有特殊性,“在实践中东道国是否自觉执行主要取决于其遵守国际义务的意愿及来自国际社会的压力”。<sup>⑪</sup>出于国际声誉和吸引外资的考虑,大多数东道国能够自觉履行义务,<sup>⑫</sup>但是也有部分国家迟延或拒绝履行裁判文书或者调解协议。即使调解协议的法律地位和法律性质能够通过国际公约获得国际承认,其执行过程也会比国际商事调解协议执行过程更为艰难,因为普通商事私主体受到法律强制执行力的约束,而调解中心很难对主权国家采取强制执行措施。因此,投资调解制度在借鉴商事调解制度独立化的经验基础上,只有结合其自身特点制定独立投资调解中心的细致规则,才能真正发挥调解制度在ISDS机制中的作用。

<sup>⑩</sup> 范怡娜:《有关〈新加坡调解公约〉的八个问题》,载《法制日报》,2019年4月19日。

<sup>⑪</sup> 王贵国:《“一带一路”争端解决制度研究》,载《中国法学》2017年第6期,第66页。

<sup>⑫</sup> Jacob A. Kuipers, *Too Big to Nail: How Investor-State Arbitration Lacks an Appropriate Execution Mechanism for the Largest Awards*, Boston College International & Comparative Law Review, Vol.39, 2016, p.420.



### 三、构建专门国际投资调解中心的新路径

由于调解制度引入 ISDS 机制中的时间较短,甚至其制度化过程仍处于摸索期,加之目前投资调解案源较少,所以目前国际社会的通用做法是利用现有 ISDS 机构作为提供国际投资调解服务的机构。通过国际投资调解制度与国际商事调解制度的对比,我们不难发现独立商事调解机构是当下国际商事调解发展的主流选择,这是商事调解能够蓬勃发展的关键因素之一。因此,针对现实中专门投资调解中心的实践空白,国际社会不妨尝试构建独立于现有 ISDS 机构的专门国际投资调解中心,这种改革方案或许能够复制国际商事调解的成功经验。本节将以构建专门国际投资调解中心为目标,大致描述该中心的主要特征,并论证构建独立中心的价值和潜在困难,以期为解决目前国际投资调解制度所遇困难提供新思路。

#### (一) 专门投资调解中心的特征

根据商事调解中心的实践经验与特点,专门国际投资调解中心可定义为不依赖于其他国际投资争端解决机构,具有完全管理与财政自由,并拥有专业的调解员队伍,能为投资者与国家的争端解决提供调解服务的机构。

##### 1. 独立的投资调解中心

国际投资调解中心的最大特点是独立性,包括独立的管理权与财政权。投资调解中心的最高权力机关,能够以机构名义独立开展国际交流与合作,订立并通过协议,即作为一个拥有独立地位的国际组织主动承担建立国际投资调解制度的职责。此外,独立的投资调解中心意味着中心的财政收入与支出由内部常设机关所决定,以机构名义收取会员费、机构管理费并支付机构日常运营和调解员费用,实现机构完全自享收益、自担风险的财务状况。

目前的国际调解机构虽然名义上与其他国际争端解决机构属于独立体系,但实质上处于相当被动地位,其机构的管理和财政都可能受到这些国际组织的影响。例如,UNCITRAL 的 ISDS 机制改革方案认为,调解等 ADR 救济方法的主要作用是减少进入仲裁程序的纠纷数量,投资调解的改革路径只能是作为 ISDS 机制改革的补充而不是独立路径。<sup>④</sup>可见,现有的 ISDS 机制改革本质上只是对现有 ISDS 体系的修补。

##### 2. 专业的投资调解员队伍

影响投资调解中心未来发展的决定性因素是调解员而不是调解机构,争端方对调解员业务能力和服务态度的满意度直接反映了争端方对投资调解制度的印象。因此,投资调解中心必须建立并发展专业的投资调解员队伍,对投资调解员开展形式多样、内容丰富的投资调解培训。参照目前国际商事调解员和仲裁员队伍的构成,投资调解员队伍的构成包括专职调解员和兼职调解员。对于刚成立的投资调解中心而言,投资调解员队伍

<sup>④</sup> *Supra* note 10, at 5.

可以考虑以兼职调解员为主要成员。因为现阶段的投资调解案件数量较少,聘任大量专职调解员可能会造成人才资源的浪费,也会增加中心的运营成本。此外,兼职调解员通常由来自各行各业的专家、学者或律师等人担任,吸纳这些人员接受定期投资调解培训不但能够扩大投资调解员的人才储备,而且能利用他们在各领域的影响力促进投资调解制度的应用。

不过,组建以兼职调解员为主的投资调解员队伍也为中心的人才管理提出了更高的要求。虽然兼职调解员在工作时间安排上拥有较大程度的自主性,但是其在专业服务和行为准则等方面应当与专职调解员完全一致。笔者认为中心可以通过采取下列措施以促进调解员队伍的建设。首先,制定投资调解员聘任、培训、行为、考核与管理等全方位的综合性规定。其次,开展投资调解员的定期培训,不仅包括投资调解方面的业务培训,还应当包括行为准则方面的职业道德培训。最后,加强与其他争端解决机构的交流,以便实现调解与其他 ISDS 机制的衔接。总之,专门投资调解中心只有建设一支高水平、高标准、高素质的投资调解员队伍,才能取得争端方的信任,扩大其在 ISDS 机制中的影响力。

### 3. 与仲裁机构的合作关系

构建国际投资调解中心模式的最显著标志就是国际投资调解机构脱离目前以国际投资仲裁机构为主的国际组织,并由该独立运行的中心主导国际投资调解的制度化过程。但需注意的是,国际投资调解中心独立的目的是为了与其他国际争端解决机构分庭抗礼,而是为了能够最大程度发挥投资调解的作用并形成调解与仲裁等方式并重的 ISDS 新机制。所以,中心仍然需要与投资仲裁机构保持密切的联系,继续发挥调解与仲裁之间的互补优势,双方需要在平等协商基础上建立一种调解与仲裁融洽衔接的新型合作关系。

调解与仲裁的衔接包括“调解程序转仲裁程序”和“仲裁程序转调解程序”两类问题。调解程序转仲裁程序主要有两种情形。第一种是调解作为仲裁的前置程序,即仲裁机构受理案件前给予争端方一定时间让双方先行调解,调解不成再转入仲裁程序。第二种是争端方事先通过调解程序达成调解协议后,利用仲裁程序赋予调解协议以执行效力。仲裁程序转为调解程序主要是仲裁过程中出现争端方无法接受的障碍时,争端方将调解作为补充手段解决纠纷。功能互补的特点使得仲裁与调解程序之间的转换和衔接频率较高,所以投资调解中心应当与投资仲裁中心明确分工与合作,选择最优化的国际投资争端解决路径,实现国际投资争端的合理分流。

### (二) 构建专门投资调解中心的价值

构建专门的投资调解中心是对目前依附性投资调解模式的挑战,这种全新路径既有惊喜,也充满风险。虽然调解在国际商事争端解决中取得了巨大成功,但是我们必须清醒地认识到 ISDS 机制的特殊性,所以需坚持具体问题具体分析原则。为破解目前投资调解制度的发展难题,只要构建专门投资调解中心对 ISDS 机制具有独特的实践价值,那么国际社会或许就有勇气去尝试独立中心的新模式。

### 1. 发挥调解独立程序的价值

目前将投资调解机构依附于仲裁委员会等国际争端解决组织的重要原因是混合制模式有助于减少调解与仲裁的衔接时间,进而提高投资争端解决的效率。例如,未签订仲裁条款的当事人可以向仲裁机构的附属调解中心申请进行先行调解。当事人通过调解程序解决纠纷后,如果要求仲裁文书的,调解庭可以按照仲裁规则制作有法律效力的裁决书或调解书。如果调解不成但双方能在调解中约定仲裁条款的,该争端可以从调解程序直接转为仲裁程序。<sup>④</sup>这种做法将调解作为了仲裁的前置程序,简化的程序虽然为争端方提供了方便,但是这种做法忽略了调解作为独立程序本身特有的功能和价值。

国际投资调解制度的功能不仅是作为国际投资仲裁制度等强制性 ISDS 救济途径的补充,还应该关注调解本身作为独立程序解决国际投资纠纷的价值。效率效益和程序正义是 ISDS 机制中既独立又联系的两种价值取向,效率效益要求 ISDS 机制中尽可能减少重复性的程序以实现高效率地解决争端,程序正义要求程序需要达到追求公平的所有价值条件。我们不能为了追求 ISDS 机制的高效益价值而忽视程序正义价值。例如,综合性争端解决机构为了降低当事人的成本,片面谋求高效率而简化调解的部分程序或与仲裁程序相结合,以及仲裁庭为了减少案件而在前置调解中可能通过利诱等方式促成当事人尽快结案等,这种做法将导致“重实体轻程序”的后果。

构建专门投资调解中心,在适用调解程序方面会更加完整,不容易受到其他程序的外在因素干扰,调解庭能够专注、专业地适用调解程序尝试解决国际投资调解争端。尤其是在国际投资仲裁过程中转调解的情形中,当事人往往对仲裁庭所在机构带有不满情绪与意见,因此容易对该机构所组成的调解庭产生信任危机。专门调解中心与其他争端解决中心完全独立,在人员管理和财政管理等方面与仲裁机构属于两个不同的平台与体系,所以独立的调解程序有助于实现程序和实体的正义。当然,独立投资调解不能过分增加不必要的调解程序,人为地增添当事人的负担,把独立调解的程序正义曲解为严重背离效率价值的形式主义,这显然有违设立该中心以促进投资争端纠纷有效解决的初衷。

### 2. 推动投资调解制度精细化发展

独立的投资调解中心有助于实现调解制度的精细化发展,合理分流投资争端,进而完善 ISDS 机制。目前国际投资调解制度化主要是通过国家间订立 IIAs 或者国际组织制定调解规则两种形式,国际上还未出现引领和协调投资调解制度化过程的专门机构,这也导致投资制度的立法水平不一,细致化程度不同。投资调解中心不仅能够提供调解服务,而且中心还能作为独立主体参与投资争端解决的国际合作,主动牵头制定国际投资调解具体规则,并最终达成一部国际投资调解国际公约。因此,独立投资调解中心所拥有的高度自主性激励其更加主动地细化投资调解在实践和理论中所存在的问题。

调解制度的精细化发展必须建立在调解作为一种独立程序的基础上,即脱离现有仲

<sup>④</sup> 王淑敏、何悦涵:《海南自贸试验区国际商事调解机制:理论分析与制度建构》,载《海南大学学报(人文社科版)》2018年第5期,第26页。

裁规则的束缚和影响,能够运用调解具体规则和调解经验处理具体投资调解纠纷。在调解与仲裁混合的模式下,当事人对前置调解的重视程度较低,因为调解失败后当事人可以在同一中心继续选择仲裁作为救济,这赋予争端方便的同时也容易使得调解变为仲裁的附庸。但是独立中心制定了更加细致的规则,专业的调解员会致力于通过调解程序结案,同时当事人也会更加重视调解过程和结果,因为调解失败的后果是当事人需要到新的争端解决中心重新申请立案,需要当事人付出更多的时间和精力成本,所以调解员和当事人在调解过程中会有达成调解协议的更强意愿。虽然构建专门国际投资调解中心会在制度层面带来更多新问题,但同时也会促使中心去解决这些问题,最终实现调解制度的精细化发展。

构建独立投资调解中心能够缓解投资争端解决机构的受案压力,引导争端方合理选择合适的 ISDS 救济途径,实现多元化解解决投资纠纷。一方面,部分当事人会选择专门投资调解中心进行调解,如果调解成功,这部分案件就不会再流入其他争端解决机构,直接减少了这些机构的受案量。另一方面,即使调解失败,调解程序也会使得该投资争端的性质和范围更加清楚,这将有助于简化后续仲裁或诉讼程序。此外,仲裁的低效益特点导致其受案范围较小,那些标的额较小的投资争端当事人出于仲裁成本考虑可能不会选择国际投资仲裁程序。相反,启动国际投资调解程序的要求较低且具有高效益的特点,中小型投资争端可以先向调解中心立案,尝试运用调解规则解决纠纷,随后在调解协议的基础上,再通过仲裁程序赋予调解协议强制力,这间接扩大仲裁的适用范围。因此,调解中心与仲裁中心能实现优势互补,促进投资争端案件在立案时合理分流,推动多元化 ISDS 机制的建设。

### (三) 构建投资调解中心面临的障碍

虽然构建国际投资调解中心的愿景十分美好,但是目前该中心从无到有的创建过程仍然会面临诸多困难需要进一步的理论研究和实践摸索。现阶段主要存在着三个突出问题亟待解决:(1) 在国际投资调解协议的执行过程中如何选择合适的机构;(2) 如何在中心创建初期案源较少的情形下保障中心的独立运作;(3) 中心如何协调并化解国际投资调解机制与国内调解机制的规则冲突。

#### 1. 投资调解协议的执行机构

目前的投资调解规则没有就调解协议的执行作出细致规定,非强制性的调解协议难以给当事人带来充分的安全感。在国际商事领域,《新加坡调解公约》明确缔约国应当按照其国内有关规定来督促当事人执行调解协议的内容,这意味着缔约国的国内法承认调解协议的合法地位,解决了调解执行的前提性问题。但是国际投资争端的当事人包含国家这一特殊主体,因此照搬《新加坡调解公约》的制度安排是不能完全解决投资调解的执行难题。国际商事调解的执行可以通过仲裁或诉讼等后置程序取得义务履行所在国法律强制力的保障,即所在国的执行机构(如法院的执行庭)经当事人申请可以采取冻结账户、拍卖等强制性手段实现调解协议的内容。

在投资调解协议中,即使东道国承认投资调解的合法地位并愿意配合执行协议,其

国内具体的实现路径也可能会令投资者大失所望。根据《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property),部分国家强制执行方面具有相对豁免权,即在法院判决之后,“当一国明示同意或拨专款用于清偿时,或者当该国处于法院地国的与被诉实体有联系的财产被证明具体用于或意图用于政府非商业用途以外的目的的时候,法院地国可以对有关财产采取强制措施。”<sup>④5</sup> 国际商事调解协议的传统执行机构可以对私人投资者采取强制措施,但是很难对政府或主权国家实施强制履行措施,所以国家有必要建立保障投资调解协议执行的专门机构以平衡国家执行豁免与调解协议执行之间的利益冲突。

## 2. 初期如何保障中心的独立运作

目前利用投资调解规则的案件数量相对较少,即使是构建了专门投资调解中心,争端方对新事物的接受也需要一定的观望或适应时间。如果调解机构脱离现有争端解决机构另起炉灶,享有独立财政权的同时也会丧失这些实力雄厚国际争端解决组织的资金支持,这可能会导致调解中心在成立初期承受入不敷出的资金压力。此外,现有国际争端解决机构历史悠久,已经拥有了众多的成员国,在现有国际社会上具有重要影响力,因此依附于这些国际组织的调解机构很容易获得其成员国的认可。然而,新成立的国际投资调解中心则需要与这些国际法主体逐一进行漫长的谈判与游说过程,这个过程少则耗费几年,多则可能数十年才能吸收一定数量的参与国。因此如何保障独立投资调解中心前期的顺利运作是现在非常迫切的问题。

就目前实际状况而言,投资调解中心在初期应当以开源节流为宗旨,进一步增进与商事调解中心和国际组织的合作。首先,国际投资调解中心可以加强与世界银行、亚投行等经济组织合作,争取获得这些经济组织的支持与贷款。其次,由于商事调解与投资调解的功能和目标相似,投资调解中心可以尝试与知名国际商事调解中心加强在人才培训和流动方面的合作。如香港和解中心目前就有超过八百多位的专业商事调解员,投资调解中心可以与之签订协议将投资调解员与商事调解员合并,进而与国际商事调解中心共建、共享调解员人才库。尽管前述方案能缓解投资调解中心创立伊始的燃眉之急,但中心长久发展的决定性因素仍然是其提供的投资调解服务能否满足国际投资争端市场化与专业化的需求。

## 3. 调解机制的国际冲突与协调

由于各国和其他国际组织的法律文化具有多样性的特点,其关于调解的观念和意识可能与中心的调解机制具有差异,因此中心构建过程中如何解决不同调解机制在国际的冲突是不能忽视的问题。

一方面,中心的调解机制可能与东道国的国内调解规则存在冲突。调解制度并不是新制度,因此世界范围内许多国家的诉讼法体系中都已经包含了调解制度。由于法律渊源和文化传统等因素的影响,各国的调解机制带有十分明显的国家特色,这些规则可

<sup>④5</sup> 王虎华、罗国强:《〈联合国国家及其财产管辖豁免公约〉规则的性质与适用》,载《政治与法律》2007年第1期,第5页。

能会与中心的投资调解机制产生冲突。例如,中国的法院调解与美国的诉讼和解在调解与诉讼的关系、调解形式、调解员与法官的关系、调解对审判结果的影响、协议内容和生效条件等诸多方面的规定都不同。<sup>④⑥</sup>以调解员与法官关系为例,在中国民事诉讼制度中,调解通常发生在诉讼或仲裁过程中,因此法官或仲裁员主持调解程序有助于实现高效率解决争端。<sup>④⑦</sup>而美国民事诉讼法规定,为避免调解程序对诉讼程序的干扰,所以审判员与调解员的身份相互分离,不具有中国法官利用审判权提出争端解决和解方案的功能。面对不同法律文化背景的东道国,投资调解中心需要制定开放式、包容式的国际投资调解机制,既要理解东方“以和为贵”的中庸文化,也要考虑西方“程序正义”的价值追求。否则,当中心的调解规则与东道国的国内调解规则冲突时,东道国基于维护本国调解规则和法律文化的考量,可能会不选择适用中心的投资调解机制。

另一方面,投资调解中心的调解机制与其他争端解决机构的调解机制可能存在冲突。其他争端解决机构主要包括提供国际诉讼、仲裁、民商事调解服务的综合性或专门性机构,新的投资调解中心不可避免会面临同这些机构的竞争与合作问题。投资调解中心的独立性是指中心脱离投资仲裁机构,其目的是发挥调解的独立价值,因此中心与国际仲裁、诉讼机构的理想关系应该是分工协作的合作关系。虽然投资调解中心与商事调解中心的受案范围不同,但是二者都是独立的调解机构,是调解机制在不同领域的具体规则体现。因此,构建包含商事调解和投资调解的综合性调解中心存在理论和实践上的可能性,并且也具有诸多优势。例如,综合调解中心有助于简化国际争端解决机构数量,便于当事人利用知名商事调解中心的既有平台解决投资纠纷,促进调解机制的有机整合。关于投资调解中心是否可以与商事调解中心合并的问题,国际社会可以持较为开放的态度,允许二者同时存在,在观察其未来实践效果后再回答这个问题。而且,目前投资仲裁机构与商事仲裁机构也同时存在着混合式<sup>④⑧</sup>与独立式两种模式,所以不妨容许投资调解机构与商事调解机构之间尝试多样的合作与协调关系。

## 结 语

调解过程是在第三方的帮助下,以当事人平等、自愿协商的方式达成调解方案,具有高效率、低成本的特点,并且尊重维护投资的核心利益和司法主权,有助于实现投资者与东道国双方的利益平衡与互利共赢。因此,主权国家和国际组织都在积极推动国际投资调解的制度化和成文化过程。虽然构建国际投资调解制度是ISDS机制的主要改革方向,

<sup>④⑥</sup> 郭玉军、孙敏洁:《美国诉讼和解与中国法院调解之比较研究》,载《法学评论》2006年第2期,第20-21页。

<sup>④⑦</sup> 《中华人民共和国民事诉讼法》第94条规定:“人民法院进行调解,可以由审判员一人主持,也可以由合议庭主持,并尽可能就地进行”;第95条规定:“人民法院进行调解,可以邀请有关单位和个人协助。被邀请的单位和个人,应当协助人民法院进行调解。”

<sup>④⑧</sup> 例如,北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心(简称“北仲”)于2019年7月4日召通过了《北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心国际投资仲裁规则》,以便为国内外用户提供国际投资仲裁服务。投资仲裁规则将于2019年10月1日正式施行,因此北仲同时提供国际商事仲裁和投资仲裁服务,成为综合性仲裁机构。

但是制度化的建设并没有在实践中出现调解受案量激增的情形。不具有强制力的调解是在第三方的帮助下,以当事人平等、自愿协商的方式达成调解方案,所以成功调解的关键是双方对调解员和彼此的充分信任。目前调解机构大多与仲裁机构同属于一个国际组织,这种混合构建的模式易使争端方对调解机构及调解员的专业性和公正性存疑。仲裁和解与调解制度的模糊界限以及调解方案执行难的风险更是增添了争端方对调解制度的不信任感。为突破国际投资调解目前的发展瓶颈,规则制定者不妨以性质和功能相近的国际商事调解制度为借鉴对象,观察其成功发展的规律与路径。

独立的国际商事调解中心是商事调解发展的重要因素,这对于现有国际投资调解而言是未曾尝试过的新路径。本文以国际商事调解中心为参考对象,提出构建专门国际投资调解中心的设想,即拥有独立自主的管理权和财政权,配备专业投资调解员人才库,与仲裁机构平等合作,以调解方式解决国际投资争端的专门中心。独立中心模式能够充分发挥调解程序的独立价值,推动调解制度的精细化发展,增强调解在 ISDS 机制中的影响力。但是,构建该中心仍然会存在着诸多挑战有待进一步实践和研究。例如,如何在初期保障中心的独立运作,如何处理投资调解协议的执行机构与东道国的关系,如何解决投资调解机制的国际冲突与协调问题。总之,构建独立投资调解中心的价值仍然远大于其潜在风险,因此国际投资调解制度的未来发展或许可以尝试构建独立中心的新路径。

---

**Abstract:** As an alternative dispute resolution, mediation is mainly applicable to civil and commercial disputes between equal subjects. However, its advantages of high efficiency, convenience and low litigation cost make mediation an important direction of the reform of international investment dispute settlement mechanism. This paper aims to study the specific application of mediation system in the settlement of international investment disputes, and analyze its advantages and disadvantages, so as to make suggestions on how to better integrate the mediation system into the settlement of international investment disputes in the future. This paper expounds the construction mode of international investment mediation center in the future. Its independence breaks the current mode that the international investment mediation institutions are attached to international organizations, which helps to play the value of independent mediation procedures and promote the refined division of labor in the investment mediation system. Frankly, there are still many problems to be studied in the construction of international investment mediation center. However, through a comprehensive analysis of the advantages and disadvantages of building this center, the paper considers that its value is greater than the risk, and concludes that the independent international investment mediation center mode may become the mainstream mode of the future mediation in the international investment dispute settlement mechanism.

**Keywords:** mediation; international investment dispute settlement; alternative dispute resolution

---

(责任编辑:孙保国)

# 卡尔沃主义复苏下的投资争端解决机制改革实践与中国因应

俎文天\*

---

**内容提要** 在卡尔沃主义复苏之势愈发明显的当下,投资争端解决机制的改革实践亦受到影响。世界各主要经济体依据各自实际国情分别践行了不同的改革模式,大致可以归纳为以拉美国家为代表的激进舍弃模式、以美国为代表的局部改良模式以及以欧盟为代表的制度创新模式。卡尔沃主义“非干涉”的本质核心对应到投资争端解决领域,主要体现在东道国反对外国投资者享有高于本国投资者的待遇,进而排斥投资争端交由国际投资仲裁机构处理。中国作为“一带一路”倡议的发起国,应当在当下投资争端解决机制的改革中顺应卡尔沃主义复苏趋势,在对各经济体不同改革方案进行辩证评析的基础之上,重新审视国际投资仲裁机制,探索并构建以投资争端预防与争端调解为主的预防性与替代性处理路径,应对现行投资仲裁在卡尔沃主义复苏下的正当性危机,以特色的中国方案从崭新角度探索“一带一路”倡议下的投资争端解决机制。

**关键词** 卡尔沃主义 投资争端解决 正当性危机 利益平衡

---

## 引言

卡尔沃主义(Calvo Doctrine),作为国际法领域的重要理论之一,其在提出之际的目的是排除不合理的外交保护,从而保护本国主权与规制权的完整性。易言之,在认同国民权利平等的国家内部,外国人能够追求权利的最大限度应当与本国国民保持一致。<sup>①</sup>自卡尔沃主义由阿根廷外长 Carlos Calvo 于 1868 年提出以来,由于其强调外国人与本国国民的绝对平等,明确拒绝强权国家的帝国特权及其国民的优越性,逐渐获得拉美国家的普遍接受,并且影响范围持续扩展,在发展中国家中日益获得广泛支持。<sup>②</sup>截至目前,学界关于卡尔沃主义的研究已历经多年,不同学者从多维度切入对其内涵展开分析。例

---

\* 俎文天,广西大学法学院硕士研究生。

① Alwyn V Freeman, *Recent Aspects of the Calvo Doctrine and the Challenge to International Law*, *American Journal of International Law*, 1946, Vol.40:1, p.121.

② Shan Wenhua, *From North-South Divide to Private-Public Debate: Revival of the Calvo Doctrine and the Changing Landscape in International Investment Law*, *Northwestern Journal of International Law & Business*, 2007, Vol.27:3, p.632.



如有学者从卡尔沃主义的实质层面出发,将其内涵总结为三层次含义:一是要求东道国对外国投资者给予国民待遇,即否定外国投资者享有比本国国民更为有利的待遇;二是东道国法律适用于外国投资者;三是东道国法院享有对涉及外国争议的专属管辖权。<sup>③</sup>另有学者从卡尔沃主义的要素层面出发,认为其主要包括服从东道国司法管辖、适用东道国法律、在当地合同安排上对外国人平等对待、放弃母国外交保护以及放弃国际法权利五项要素。<sup>④</sup>除此之外,亦有学者将各派学说进行归纳对比,合理地总结出卡尔沃主义的核心即为禁止干涉(non-intervention)和内外国民在待遇上的绝对平等(absolute equality)。<sup>⑤</sup>

伴随着经济全球化进程的日益发展,发展中国家逐渐深度参与到资本全球流动的浪潮之中。二十世纪七八十年代,发展中国家为发展经济并提高外资吸引度,在投资争端解决层面开始不再坚持绝对的“东道国当地救济”,逐步接受包括国际投资仲裁在内的其他争端解决方式,以“非干涉”为核心的卡尔沃主义开始在国际投资领域逐渐隐匿。但是,随着国际投资仲裁机制缺陷的暴露、东道国公共利益无法得到保障等情况的出现,致使投资者—东道国争端解决机制(Investor-State Dispute Settlement, ISDS)面临正当性危机,以拉美国家为首的发展中国家又开始日益重新强调“用尽当地救济”规则,反对超国民待遇的争端解决方式,并慎重对待国际投资仲裁机制。卡尔沃主义开始在世界范围内逐渐复苏,而美国在《美墨加协定》中关于设置投资仲裁前置程序以及限缩提起仲裁争端范围的规定,亦表明卡尔沃主义复苏的影响范围逐渐从发展中国家扩展至发达国家,并开始成为新一轮ISDS改革的崭新议题。卡尔沃主义在国际投资领域内从隐匿到复苏的变化过程,能够较为清晰地表明处于不同经济发展程度国家的利益主张,我国作为以发展中国家为主的“一带一路”倡议发起国,在当下ISDS机制改革瓶颈阶段应当进一步顺势而为,顺应时下卡尔沃主义复苏之趋势,因势利导地根据自身价值导向提出可行改革方案。

## 一、卡尔沃主义与投资者—东道国争端解决机制

### (一) 卡尔沃主义在ISDS机制中的体现

卡尔沃主义提出的目的及实质即为强调本国主权和公共利益,反对他国在本国正当规制权之上横加外交保护,对本国的主权行使及公共利益保护造成实质性损害。卡尔沃主义在国际投资领域表现为反对给予外国投资者以超国民待遇。以此出发,若投资者与东道国政府发生投资争端时,本国投资者无法享受到外国投资者所享有的争端解决途径,或是两类投资者所适用的争端解决方式不一致时,均可在本质上认定为外国投资者享有超国民待遇。较为典型的例证即为国际投资争端解决中心(ICSID)、海牙常

<sup>③</sup> Bernardo M Cremades, *Resurgence of the Calvo Doctrine in Latin America*, Business Law International, 2006, Vol.7:1, p.54.

<sup>④</sup> Roger C Wesley, *The Procedural Malaise of Foreign Investment Disputes in Latin America: From Local Tribunals to Factfinding*, Law and Policy in International Business, 1975, Vol.7:3, p.818.

<sup>⑤</sup> 韩秀丽:《再论卡尔沃主义的复活——投资者—国家争端解决视角》,载《现代法学》2014年第1期,第122页。

设仲裁法院（PCA）等仲裁机构所提供的投资仲裁，以及部分双边投资协议（Bilateral Investment Treaties, BITs）中未对投资者规定用尽当地救济义务等做法，均为违反卡尔沃主义内涵的具体表现。

## （二）卡尔沃主义在 ISDS 机制中的隐匿

### 1. 卡尔沃主义在 ISDS 机制中隐匿的表现

早在二十世纪初，墨西哥作为拉丁美洲第一个系统运用卡尔沃主义的成功示例，使卡尔沃主义迅速纳入该地区几乎所有国家的宪法与法律中。与此同时拉美国家也开始将卡尔沃主义应用于私人外国投资的没收和国有化，造成该地区对于国际仲裁普遍抱有敌对态度。<sup>⑥</sup>到了二十世纪九十年代，一向崇奉卡尔沃主义的拉美国家对于外国私人投资的态度发生了明显转变：这些国家开始不再拒绝和限制外国投资，而是逐渐开放国内市场准入，并统一投资标准以吸引外国投资者和资本。<sup>⑦</sup>卡尔沃主义在此阶段也遭遇逐渐舍弃，突出表现在发展中国家开始接受 ICSID 中心的管辖以及在“用尽当地救济”规则上同意让步。

卡尔沃主义在 ISDS 机制中隐匿的表现主要体现在两方面：一方面，同意适用 ICSID 中心仲裁的妥协。上个世纪七八十年代的发展中国家为发展经济并吸引外资作出了较多妥协，其中签署《华盛顿公约》成为 ICSID 成员国在所签订的国际投资协定（International Investment Agreements, IIAs）中允许外国投资者将投资争端诉至 ICSID 的决定，表明一向强调“非干涉”的卡尔沃主义国家开始容忍外国投资者享有本国投资者所不具有的投资仲裁权利。

另一方面，用尽东道国当地救济规则的让步。要求外国投资者在争端提交国际投资仲裁之前用尽东道国当地救济途径，是卡尔沃主义在国际投资领域最为典型的表现。但在这一阶段，东道国为了提高外资吸引度，在投资争端发生时，不再强制外国投资者必须用尽当地救济措施，这在客观上对外国投资者赋予了超国民待遇。外国投资者在争端发生时不必用尽当地司法或行政救济手段，可以直接以东道国政府作为被告，将争端诉至国际投资仲裁机构。除此之外，部分 BITs 虽规定有“岔路口条款”，<sup>⑧</sup>但囿于当时文本制定不够完善，以及仲裁机构倾向于对文本作扩大解释，致使诉讼投机乱象屡见不鲜，外国投资者能够得到重复救济，亦违背了条款制定初衷。<sup>⑨</sup>

<sup>⑥</sup> Biggs Gonzalo, *The Latin American treatment of international arbitration and foreign investments and the Chile-US free trade agreement*, ICSID Review, 2004, Vol.19:1, p.66.

<sup>⑦</sup> Denise Manning-Cabrol, *The Imminent Death of the Calvo Clause and the Rebirth of the Calvo Principle: Equality of Foreign and National Investors*, Law and Policy in International Business, 1995, Vol.26:4, p.1184.

<sup>⑧</sup> “岔路口条款”：外国投资者与东道国政府发生投资争端时，其可就东道国当地救济与国际投资仲裁择一适用，且此选择具有终局性。条款设置目的之一便在于防止投资者进行重复救济，影响争端解决公正性。但囿于当时 BIT 条文制定的不严谨性，加之国际投资仲裁机构为扩大管辖权而偏向于利用“最惠国待遇条款”管辖权扩大解释，致使当地救济规则进一步被架空，背离条款设置目的。

<sup>⑨</sup> 倪小路：《投资者—东道国争端解决机制中用尽当地救济规则的“衰亡”与“复活”——兼评印度 2015 年 BIT 范本》，载《国际经贸探索》2018 年第 1 期，第 88 页。

## 2. 卡尔沃主义在 ISDS 机制中隐匿的原因分析

二十世纪后期的发展中国家受其法制发展水平及营商环境问题的限制,在吸引外来投资资金流入的进程中遭遇内外危机。卡尔沃主义亦受到内部的经济需求与外部的国际形势压力影响,逐渐消失于国际投资领域。

从发展中国家内部需求而言,在传统资本来源不断减少的背景下,其需要尽快寻找可能的手段来为其发展筹集资金,解决由于商品价格下跌和可用信贷减少而造成的财政资源短缺。因此,原本坚持卡尔沃主义的多数国家均表示愿意重新考虑他们对外国投资的政策立场,以吸引所需的资本。以拉美国家为例,自上个世纪八十年代以来,拉美国家对待外国投资的态度如同钟摆(Pendulum)从一个极端摇摆至另一个极端,原本对外国投资的抵制政策发生了范式的改变。<sup>⑩</sup>此外,发展中国家因其国内立法体系与司法机制不健全的固有缺陷,导致外国投资者在准入、运营以及退出阶段易遭遇法律风险,进而与东道国政府易产生纠纷。故在短期内无法大幅提高法治水平的情况下,发展中国家只得妥协接受投资者寻求其他争端解决方式。

从外部因素而言,发展中国家逐渐舍弃卡尔沃主义的原因主要在于发达国家的压力和投资仲裁机构的兴起。一方面,发达国家要求发展中国家放弃对外国资本的绝对管理与规制。作为资本净输出国的发达国家,其具有保护本国投资者权利的动力。由于发展中国家将卡尔沃主义应用于 ISDS 领域,致使投资争端很大程度上只能通过东道国当地救济的方式加以解决,而囿于发达国家与发展中国家之间法治水平存在差异,在争端解决过程中投资者的权益无法得到有效保障。另一方面,ICSID 中心仲裁纳入国际投资协定范式条款。新型商业模式运作的全球化促使资金在国与国之间的流动更加活跃,而东道国与外国投资者之间的投资争端一直是私人资本难以流向发展中国家的固有障碍。在投资仲裁机制出现之前,投资者对于投资争端只能诉诸于东道国当地救济,且只有在其用尽当地救济途径仍无法解决的前提下,投资者才可寻求本国政府诉诸国际法院进行救济。但国际法院管辖权的有无仍需取决于东道国政府的明确表示,导致国际法院对于投资争端的处理“有名无实”。<sup>⑪</sup>基于此,《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》(《华盛顿公约》)在 1965 年 3 月由世界银行提交其成员国批准后,于 1966 年 10 月正式生效,这也意味着 ICSID 中心这一新式投资争端解决机构的产生。ICSID 的成立,不仅向发展中国家提供了一项“用尽当地救济”规则的替代方案,亦能满足投资者对于投资争端能够恰当处理的合理预期,受到资本输出国的推崇。在投资仲裁机制逐渐成为国际投资争端解决主流的背景下,以强调东道国当地救济的卡尔沃主义成为发展中国家吸引外来投资的主要障碍,遭到发达国家及投资者的批评。基于以上,ICSID 既能够满足发达国家保护本国投资者的需要,亦符合第三世界国家希望增加私人资本流入的愿景,故在

<sup>⑩</sup> Omar E. García-Bolívar, *Sovereignty vs. Investment Protection: Back to Calvo?*, ICSID Review, 2009, Vol.24:2, p.467.

<sup>⑪</sup> James C Baker, Lois J. Yoder, *ICSID and the Calvo Clause a Hindrance to Foreign Direct Investment in LDCs*, Ohio State Journal on Dispute Resolution, 1989, Vol.5:1, p.77.

多样化的国际投资争端解决中占到举足轻重的地位。<sup>⑫</sup> 在二十世纪八九十年代后各国签订的双边投资协定（BITs）中，ICSID 中心仲裁条款也因此成为投资章节中的“常青树”。

### （三）卡尔沃主义在 ISDS 机制中的复苏

#### 1. 卡尔沃主义在 ISDS 机制中复苏的表现

发展中国家将卡尔沃主义封存虽然换来了资本集中输入的短时成效，但国际投资仲裁机制固有的正当性危机使得东道国逐渐认清形势。国际社会开始重新思考卡尔沃主义在投资争端解决层面的价值意义。在卡尔沃主义的复苏趋势愈发清晰的当下，发展中国家开始采取行动予以回应，其中以退出 ICSID 中心与改革当下 ISDS 机制最为典型。

拉丁美洲作为卡尔沃主义的出生地，不但是卡尔沃主义产生阶段的强烈支持者，亦是复苏阶段的率先推动者。2007 年 5 月 29 日，当时由玻利维亚、委内瑞拉和尼加拉瓜共同组成的美洲玻利瓦尔同盟举行第五次首脑会议，会议一致同意谴责解决投资争端国际中心公约（ICSID）。其实在此之前的 5 月 2 日，世界银行已经收到了玻利维亚要求退出 ICSID 公约的书面请求。玻利维亚在其书面文件中批评了 ICSID 中心关于程序不透明、仲裁缺乏中立性以及成本高昂等诸多问题，并要求所提交的退出通知须在当年的 11 月 3 日正式生效，即收到该通知后的 6 个月后立即生效。<sup>⑬⑭</sup> 除此之外，厄瓜多尔在宪法中也明确禁止厄瓜多尔缔结可能将东道国提交至国际仲裁的条约或国际文书。根据《华盛顿公约》的第 71 条，厄瓜多尔提交至世界银行的退出 ICSID 中心通知也于 2010 年 1 月 7 日正式生效。<sup>⑮</sup>

在拉美国家以外的其他发展中国家，卡尔沃主义复苏的表现虽没有如直接退出 ICSID 中心如此极端，但通过近年来的 ISDS 改革举措亦能看出相应迹象。例如北美的墨西哥在《美墨加协定》（USMCA）中对之前《北美自由贸易协定》（NAFTA）中关于投资争端解决的部分作出改动，要求在提交投资仲裁庭之前，须以用尽当地救济措施为前提，若投资者已诉诸至当地法院，则还须获得东道国法院的最终判决，或提起诉讼后经过 30 个月。<sup>⑯</sup> 此外，作为东盟成员国的越南在其与欧盟最新签订的《越南与欧盟自由贸易协定》（EVFTA）中，双方也将替代性争端解决方式（Alternative Dispute Resolution, ADR）单独作为一章进行规定，以减轻投资仲裁机制现存问题给东道国政府带来的影响，

<sup>⑫</sup> Ibironke T Odumosu, *The Law and Politics of Engaging Resistance in Investment Dispute Settlement*, Penn State International Law Review, 2007, Vol.26:2, p.255.

<sup>⑬</sup> Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, Article 71.

<sup>⑭</sup> 关于东道国提交给世界银行的退约通知对外国投资者的效力问题，根据投资者向 ICSID 提出仲裁请求的时间，不同阶段将会产生不同效果。总结而言，大致分为三种情形：一是 ICSID 收到该国退约通知之时。此时间节点对于投资者争端救济不产生影响，投资者在此时仍可就争端向 ICSID 中心提出仲裁申请。若在 2007 年 5 月 2 日之前投资者已向 ICSID 提出申请，玻利维亚的退约行为还须获得投资者的书面同意。二是《华盛顿公约》第 71 条所表述的六个月期限到期之时。此种情形下投资者在 2007 年 11 月 2 日之前，均可向 ICSID 提出仲裁申请。三是东道国与缔约国 BIT 终止之时。若以此作为投资者的救济截止时间，则投资者就争端提交 ICSID 仲裁不受东道国提出退约通知的影响，在 BIT 规定的条约失效之日前均可申请仲裁。

<sup>⑮</sup> Katia Fach Gomez, *Latin America and ICSID: David versus Goliath*, Law and Business Review of the Americas, 2011, Vol.17:2, p.212.

<sup>⑯</sup> United States–Mexico–Canada Agreement, USMCA, Article 14.D.5 (Conditions and Limitations on Consent).

为外国投资者提供仲裁以外的多元化争端解决途径选择。<sup>①⑦</sup>

## 2. 卡尔沃主义在 ISDS 机制中复苏的原因分析

东道国的主权与公共利益极易在投资仲裁过程中遭受侵犯,这是近年来卡尔沃主义复苏的主要原因。现实中仲裁申请主体的不均衡性,以及仲裁庭所作裁决具有的偏向性,致使国际地位与发展水平均较为落后的发展中国家饱受主权与公共利益问题困扰。究其原因,主要在于现阶段仲裁提起主体单一化以及仲裁裁决的偏向性。

其一,国家怠于提起仲裁申请。当前国际投资仲裁的通行规定虽并未限制东道国政府作为申请方提起仲裁,但在实践中却鲜有其例。在 ICSID 官网公布的数据中,以国家作为申请一方主体的案例有且仅有 4 例。<sup>①⑧</sup> 投资仲裁之所以能够从商事仲裁中逐渐脱离出来形成独立的仲裁体系,很大程度上在于仲裁双方主体所天然具有的特殊性。不同于商事仲裁中双方平等的主体地位,投资仲裁设置的目的是解决缔约国与另一缔约国国民之间产生的投资争端。在缔约国政府同意投资者将争端诉诸 ICSID 中心进行仲裁之时,其实质亦意味着部分国家主权的让渡。从此层面而言,东道国主动提起投资仲裁的行为与卡尔沃主义的主旨背道而驰。发展中国家之所以在近来签署的 BITs 中同意投资争端提交仲裁庭,很大程度上是对吸引外资发展经济的妥协。故在投资争端发生之时,以发展中国家为主的东道国更倾向于通过当地救济途径解决,而不会主动向 ICSID 或其他国际仲裁机构提出申请。

其二,投资仲裁结果对投资者更具偏向性。正如上文中指出的,由于投资仲裁是从商事仲裁脱胎而来,故投资仲裁在机制构建层面很大程度上借鉴了商事仲裁制度。就仲裁员而言,投资仲裁未设置其专任仲裁员,故当前 ICSID、PCA 等主流投资仲裁机构中的大部分仲裁员只具有商事仲裁的背景与经验。<sup>①⑨</sup> 这导致仲裁过程中仲裁员过度关注投资者的利益倾向,而忽视了东道国的正当主权行使与公共利益目的。除此之外, BIT 作为提起仲裁申请的依据文本,其制定的目的本就是最大限度地保护缔约国投资者。因此相当一部分仲裁庭在投资仲裁中,对条约的解释应当尽可能地偏向投资者,即“仲裁的目的本就是给投资者分配最大可能的投资利益”。<sup>②⑩</sup>

<sup>①⑦</sup> EU-Vietnam Free Trade Agreement, Article 3.29-3.31 (Alternative Dispute Resolution and Consultations) .

<sup>①⑧</sup> ICSID 官方网站公布的 4 个由东道国作为申请方提起仲裁的案例分别是: Republic of Peru v. Caraveli Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C. (ICSID Case No. ARB/13/24); Republic of Equatorial Guinea v. CMS Energy Corporation and others (ICSID Case No. CONC(AF)/12/2); Government of the Province of East Kalimantan v. PT Kaltim Prima Coal and others (ICSID Case No. ARB/07/3); Gabon v. Société Serete S.A. (ICSID Case No. ARB/76/1)。有观点认为注册于 1998 年 12 月 7 日的“坦桑尼亚电力供应有限公司诉坦桑尼亚独立电力有限公司”(ICSID Case No. ARB/98/8) 一案也属于国家请求案例,其认为原告电力供应公司作为坦桑尼亚全资拥有的公共公司应当视为国家代表机构,但本文认为国有公司的性质仍为参与正常市场竞争的平等主体,不能将其视作带有公权力性质的国家机构。

<sup>①⑨</sup> 张生:《从〈北美自由贸易协定〉到〈美墨加协定〉:国际投资法制的新发展与中国的因应》,载《中南大学学报(社会科学版)》2019 年第 4 期,第 55 页。

<sup>②⑩</sup> Thomas Schultz; Cédric Dupont, *Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over-empowering Investors? A Quantitative Empirical Study*, European Journal of International Law, 2014, Vol.25:4, p.1152.

## 二、“他山之石”：卡尔沃主义与 ISDS 机制改革实践

### （一）以拉美国家为代表的激进舍弃模式

#### 1. 拉美国家与卡尔沃主义

作为卡尔沃主义忠实拥护者的拉美国家,在上世纪八十年代的前一百年中已经将该主义运用到了极致。将卡尔沃主义内容入宪以及放慢加入国际仲裁相关公约的步伐,是拉美国家作出的有力支持举动。

自 1886 年以来,许多拉丁美洲国家在其宪法和法律中纳入了一项规定,即外国投资者和东道国政府之间的每一项合同,必须包含一项卡尔沃条款。虽各国规定的严厉程度存在差异,但均能体现出卡尔沃主义强调“拒绝外交保护”的实质内涵。例如最为激进的《墨西哥宪法》,其规定只有本国或已归化的墨西哥公司才有权获得土地和水域的所有权以及开采资源的特许权,若外国投资者不遵守规定,墨西哥政府则有权剥夺其财产,并拒绝投资者援引母国外交保护。尼加拉瓜在其宪法中的规定较为缓和,其规定外国人不能在拒绝当地司法救济的情况下使用外交干预,但当地司法裁判对投资者作出不利结果时则可例外。<sup>①</sup>在当时卡尔沃主义如此高压的时代背景下,拉美国家通过宪法较为强硬地将“用尽当地救济”以及拒绝外交保护的原则运用到国际投资领域。

在投资仲裁层面,拉美国家对于《华盛顿公约》的加入及批准的步伐十分缓慢,在 1966 年公约制定后的 20 年间,拉丁美洲 30 多个国家中仅有两国加入。<sup>②</sup>在承认与执行外国仲裁裁决层面,拉美国家对于《纽约公约》的态度亦不积极。在当时商事仲裁作为争端解决方式逐渐普遍的背景下,公约一直到颁布 17 年后才迎来拉丁美洲的第三个成员国。<sup>③</sup>

拉美国家在上个世纪八十年代起开始签订大量 BITs、同意将投资争端提交至 ICSID 中心以及放弃用尽当地救济规则等举措,让学界一度认为卡尔沃主义在国际投资领域正式死亡。但结合在此之前拉美国家的激进支持举措,不难看出卡尔沃主义“死亡”的实质仅为暂时休眠,是拉美国家对于当时全球投资的自由化趋势的被动回应,以及为缓解八十年代严重债务危机作出的暂时妥协。<sup>④</sup>这些因素也为后来拉美地区卡尔沃主义的必然复苏埋下伏笔。

#### 2. 卡尔沃主义与拉美国家 ISDS 机制改革

拉美国家对于 ISDS 机制的改革举措比较激进。伴随卡尔沃主义的逐渐复苏,其对

<sup>①</sup> Manuel R Garcia-Mora, *The Calvo Clause in Latin American Constitutions and International Law*, Marquette Law Review, 1950, Vol.33:4, p.207.

<sup>②</sup> 在《华盛顿公约》产生以来的前 20 年间,拉美国家中仅萨尔瓦多(1984 年)和厄瓜多尔(1986 年)两国加入,且厄瓜多尔提交至 ICSID 秘书处的退出声明于 2010 年 1 月 7 日正式生效。

<sup>③</sup> 自《纽约公约》1958 年 6 月 10 日正式颁布以来,拉美国家中前三个公约成员国分别为厄瓜多尔(1962 年),墨西哥(1971 年)和智利(1975 年)。

<sup>④</sup> Shan Wenhua, *Is Calvo Dead?*, The American Journal of Comparative Law, 2007, Vol.55:1, p.123.

于投资争端的处理方式也更加突显“当地化”特征。在其激进的改革举措中,以退出ICSID中心与改革现行投资协定体系最具代表性。鉴于上文中对前者已有介绍,故此处不再赘述,下文将对后者展开具体论述。

自上个世纪八十年代以来,沉重的债务危机以及投资自由化浪潮迫使拉美国家开始对外国投资者采用更高的待遇标准,此时期亦成为拉美国家BITs的集中签订阶段,截止二十世纪末期拉美国家新签订BITs约300余份。<sup>②5</sup>除数量的大幅增长之外,BITs中关于投资争端的解决方式也逐渐偏离卡尔沃主义内涵,不再以“用尽当地救济”规则作为提交投资仲裁的前置程序等。

进入新世纪以来,在外国资本不断流入拉美国家的同时,投资者与东道国之间在投资运营期间的矛盾层出不穷,时常因协商无果而上升至国际投资仲裁庭。由于当下投资仲裁机制固有弊端的存在,导致东道国的公共利益规制权时常遭受侵犯。除此之外,由于仲裁庭对于“最惠国待遇”(MFN)能否适用于投资争端解决层面未形成统一定论,导致部分BITs沦为东道国成为被告的工具。例如在Maffezini v. Spain一案中,<sup>②6</sup>投资者所属国阿根廷与西班牙签署的BIT规定有当地救济规则条款,要求投资者须先行向西班牙法院寻求救济,只有在18个月内仍未获裁决的前提下才可向ICSID中心提交仲裁。但在西班牙与智利签订的BIT中却只规定了6个月磋商期,前置程序远比前者简单。且Maffezini要求适用最惠国条款以获得在西班牙与智利BIT中更为有利的程序。ICSID仲裁庭在认定管辖权时认可了此主张。诸如此类投资者利用最惠国待遇条款以绕过“岔路口条款”的案例并非少数, Siemens A.G. v. Argentine Republic案、RosInvest v. Russia案等均属此类型。<sup>②7</sup>

基于上述漏洞的存在,拉美国家开始重新审视本国投资协定体系。在废除不利于本国自身利益的BITs的同时,进一步寻求通过区域多边投资协定以替代当下本国不合理的IIAs体系。一方面,鉴于仲裁庭对最惠国待遇条款解释不一,容易造成“岔路口条款”的滥用,拉美国家开始对包含ISDS机制的BITs进行调整。例如部分国家通过单方面退出BIT的方式以断绝投资者滥用最惠国待遇条款,如委内瑞拉就以BITs与国家发展规划存在冲突为由,单方面废除了与荷兰签订的BIT。除直接退出BITs之外,部分拉美国家还通过对可仲裁范围进行解释,架空部分BITs中规定的投资仲裁条款,例如玻利维亚只将“技术争端”认定为可仲裁事项。另一方面,拉美国家开始通过签订区域性投资协定的方式对原有的ISDS机制进行改革。例如在最新签订的USMCA中关于美墨投资争议部分,除规定在提交投资仲裁之前须首先通过当地救济规则外,还在正文部分规定了企业的社会责任:各缔约方须鼓励本国企业,将国际公认的社会责任纳入其内

<sup>②5</sup> UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*, UNCTAD/ITE/IIA/2, at 15(2000).

<sup>②6</sup> Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID Case, No.ARB/97/7, Procedural Order No.2, Oct. 8, 1999.

<sup>②7</sup> Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case, No.ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, Aug.3,2004; RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation, SCC Case, No.V079/2005, Final Award, Sep. 12, 2010.

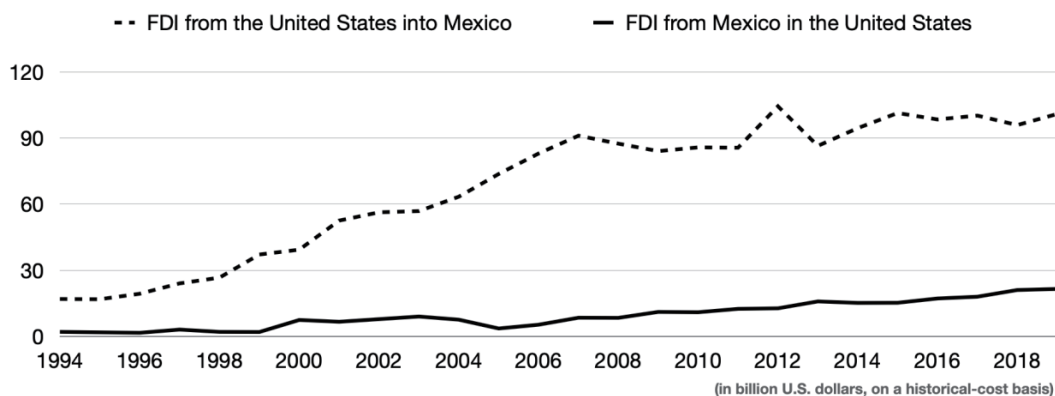
部政策。<sup>⑳</sup>此外,在智利、墨西哥以及秘鲁加入的《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, CPTPP)中,其在投资章节中的最惠国待遇部分也明确规定本条所指的待遇不包括 ISDS 程序或机制,<sup>㉑</sup>以防止外国投资者利用“岔路口条款”规避当地救济规定。

## (二) 以美国为代表的局部改良模式

### 1. 美国与卡尔沃主义——以《北美自由贸易协定》(NAFTA)为视角

美国作为发达经济体的代表者,一直以来都扮演着卡尔沃主义坚决反对者的角色。其主张投资者与东道国的投资争端不应由东道国当地救济解决,而是应当提交至国际投资仲裁庭。例如在上个世纪九十年代签署并生效的 NAFTA 投资章节中就规定,有争议的投资者只需在提起申诉之前的 90 天内向缔约国发出书面通知,即投资者对东道国仅有告知义务,无需征得东道国的许可。易言之,东道国当地救济并非提起投资仲裁的前置要求。<sup>㉒</sup>诚然,美国如此设置,有其自身利益导向的考量。

其一,美国在 NAFTA 成员国中具备资本净输出国身份。投资仲裁之所以被发达国家推崇,其重要原因是投资仲裁能够保护其本国投资者在海外投资的利益。在经济全球化背景下,以美国为首的发达国家开始进行产业转移,而资源、劳动力充足的发展中国家成为主要目标国家。但受制于东道国较差的营商环境和法制水平,致使投资者与东道国时常发生投资争端。此外,由于东道国当地救济透明度与公正性均处于落后水平,无法保证投资者海外投资的有效维权。而投资仲裁却能很好地解决这一问题,符合发达国家海外投资的实际需求。如图一所示,在北美自由贸易区中,美国作为资本输出国,其对墨西哥的海外直接投资(Foreign direct investment, FDI)要远高于来源资本。基于此,美国更倾向于投资仲裁,而反对卡尔沃主义下的东道国当地救济。



数据来源: International Data of BEA<sup>㉓</sup>

<sup>⑳</sup> United States-Mexico-Canada Agreement, Article 14.17 (Corporate Social Responsibility).

<sup>㉑</sup> Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, Article 9.5 (Most-Favoured-Nation Treatment).

<sup>㉒</sup> The North American Free Trade Agreement, Article 1119(Chapter Eleven: Investment).

<sup>㉓</sup> International Data of BEA, <https://apps.bea.gov/iTable/iTable.cfm?ReqID=2&step=1>, last visited Dec.16, 2020.



其二,美国具备丰富的应诉经验与能力。NAFTA 规定的 ISDS 途径适用于所有成员国,美国作为资本输出与资本输入的双重身份主体,亦有可能被其他国家投资者诉至国际仲裁庭。据联合国贸发会投资政策中心数据显示,截止 2020 年 12 月 16 日,依据 NAFTA 提起的投资仲裁案件共有 70 起。如下表所示,在被诉案件数量上,美墨加三国未形成显著差距;而在案件胜诉率上,美国要远高于墨加两国。究其原因,一方面是由于美国法治水平较高,国内立法在细节上能够对标国际水准,对投资者所作出的行政规制均在国际法界限之内;另一方面是美国的应诉能力较强,政府有能力在投资仲裁过程中取得有利地位以赢得诉讼。

| NAFTA | 被诉案件数 | 胜诉案件数 / 已审结案件 | 胜诉率   |
|-------|-------|---------------|-------|
| 美国    | 17    | 9/9           | 100%  |
| 墨西哥   | 24    | 5/14          | 35.7% |
| 加拿大   | 29    | 5/13          | 38.5% |

数据来源:联合国贸发会投资政策中心<sup>③②</sup>

## 2. 卡尔沃主义与美国 ISDS 机制改革——以《美墨加协定》(USMCA)为视角

在 NAFTA 的 ISDS 章节扮演卡尔沃主义反对者的美国,在 USMCA 中的态度有了很大程度的缓和,也可将其认作是美国对于当下不可抵挡的卡尔沃主义复苏之势的妥协,主要体现在以下两个方面。

其一,限缩可提起投资仲裁的争端范围。在 NAFTA 第十一章投资章节中,并未规定争端提起之范围,即因违反 NAFTA 第十一章 A 部分所引发的投资争端均可提交至国际仲裁庭;但在 USMCA 中,即使 ISDS 条款只针对美墨两国,其却在文本附件 14-D 中对争端范围进行了大幅限缩,投资者只能针对东道国违反 USMCA14.4 国民待遇、USMCA14.5 最惠国待遇以及 USMCA14.8 征收与补偿条款的行为提起仲裁,且明确排除了投资设立与取得以及间接征收。<sup>③③</sup>

其二,对提起仲裁设置了严苛的前置程序。相对于 NAFTA 较为宽松的提起程序而言,USMCA 在其投资章节对投资者提起仲裁设置了两层强制前置程序。一方面,依据 USMCA 附件 14-D 的规定,投资者在将争端提请仲裁之前,须经过东道国国内主管法院或行政法庭的救济之后方可进行。不同于 NAFTA 的并列选择,USMCA 将东道国国内救济设置成为仲裁提起的必要条件。另一方面,USMCA 将 NAFTA 投资争端解决的“岔路口条款”进一步细化,规定投资者在寻求东道国国内救济后不能立即提起国际仲裁,须经国内诉讼的最终判决完成或是启动诉讼的 30 个月之后方可提起,这无异给投资仲

<sup>③②</sup> 联合国贸发会投资政策中心, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>, 最后访问时间: 2020 年 12 月 16 日。

<sup>③③</sup> *Supra* note 16, at Art.14.D.3.1.

裁增添了严苛的人为障碍。<sup>③④</sup>

从上述分析中可以清晰地看出,在ISDS层面,美国在NAFTA和USMCA中作出的规定具有明显的态度差异。这种差异既是美国对于卡尔沃主义复苏的暂时妥协,亦是对其自身利益的实际考量。之所以会产生如此明显的差异,主要由于以下三个因素:其一,国际社会对于投资仲裁的批评日益增多,包括发达国家在内的各主要经济体开始对ICSID仲裁机制寻求变革之道。在此国际背景之下,若美国仍坚持原有的ISDS传统方式,将不利于其国际投资合作的深层次开展。此外,目前投资仲裁正处于改革瓶颈阶段。在仲裁无法适应当下复杂投资争端的窘境下,顺应时下“去国际化”的改革走向,转而寻求其他解决途径也许是另外一条可行之路。<sup>③⑤</sup>其二,发展中国家的法治水平有了一定提升。虽墨西哥的法治水平与美加相比仍存在差距,但近年来墨西哥政府通过改善国内法律体系,其法治环境也有了一定程度地提升。且墨西哥作为北美贸易自由区唯一的发展中国家,其相对廉价的投资区位要素迫使美国无法将其舍弃,只能妥协于当下拉美国家强势的卡尔沃主义复苏趋势。其三,美国为其投资者保留了可诉空间。USMCA在其附件14-E中作出了例外规定,即在“涵盖政府部门合同”的场景中,若投资者与东道国政府产生投资争端,则投资者可以不受14-D的限制而直接提起仲裁。依据附件14-E的说明,所谓“涵盖政府部门合同”,是指美墨之间的投资者就特殊行业与政府签订的书面协议,其中主要涵盖油气电、电信等能源部门、公路、铁路、桥梁等公共设施部门、交通运输部门。<sup>③⑥</sup>由于这些行业主要是由美国对外输出的主要部门,故附件14-E也被认为是美国投资者赋予其本国投资者的一项特权。

### (三) 以欧盟为代表的制度创新模式

#### 1. 欧盟对外投资管辖权的主体变动

欧盟作为一个高度发达的政治、经济一体化区域组织,其组织权力结构与内部权力分配均有别于其他经济体。2009年11月,伴随欧盟最后一个签署国捷克完成对《里斯本条约》的批准程序,具有欧盟宪法性质的《里斯本条约》于次月1日正式生效。《里斯本条约》在投资政策层面作出的最具影响力改动,莫过于将成员国对外直接投资的专属管辖权转移到欧盟之下。“欧洲委员会设计了一个创新的投资政策,把另一个易被忽视却强有力的行为者置于阴影之下”。<sup>③⑦</sup>欧洲议会不仅在欧盟投资政策的制定层面享有极大的权力,并且明确表示将会应用在欧盟ISDS改革层面。<sup>③⑧</sup>

<sup>③④</sup> *Supra* note 16, at Art.14.D.5.1.

<sup>③⑤</sup> 池漫郊:《〈美墨加协定〉投资争端解决之“三国四制”:表象、成因及启示》,载《经贸法律评论》2019年第4期,第23页。

<sup>③⑥</sup> *Supra* note 16, ANNEX 14-E-6 (b).

<sup>③⑦</sup> Catharine Titi, *A stronger role for the European Parliament in the design of the EU's investment policy as a legitimacy safeguard*, Columbia FDI Perspectives, 2017, No.209, pp.1-3.

<sup>③⑧</sup> 《里斯本条约》生效后,欧洲议会在涉及ISDS机制改革层面一直尝试发声:2011年4月,议会决议强调必须改革现有的投资仲裁机制,增加透明度并允许上诉;2013年10月,议会决议认为欧盟应当提供一个非诉讼性的争端解决方案;2015年7月,议会提议构建一个常态化机制替代原有的投资仲裁,并在随后提出两级投资法院机制。

在 Achmea 一案中,<sup>39</sup> 欧盟法院在 2018 年 3 月的判决写明: 荷兰与捷克斯洛伐克之间缔结的 BIT 中, 其投资人与东道国之间的仲裁条款不仅违反了欧盟法律, 并且违背了欧盟法律的自治原则。欧盟法院在对 Achmea 案作出判决后不久, 欧洲委员会发布了一份关于欧盟内部投资政策的总结, 指出 Achmea 案的判决意味着: 欧盟内部成员国之间签订的所有 BITs 的仲裁条款均不能再适用; 并且由于缺乏有效的仲裁协议, 基于此类条款成立的任何仲裁庭均不具有管辖权。因此, 国家法院有义务撤销以此为依据的任何仲裁裁决, 并拒绝执行该裁决。<sup>40</sup> 2019 年 1 月 15 日, 欧盟成员国宣布终止彼此之间的所有 BITs。

在《里斯本条约》生效后, 欧盟内部权力结构发生的变化剥夺了欧盟成员国通过 BIT 单独进行 ISDS 机制改革的能力, 即欧盟在此层面取得了完全的代表权。近年来, 欧盟在 ISDS 改革层面一直力推其所提出的常设投资法院机制 (Investment Court System, ICS), 主张用司法性质的常设法院替代现有的投资仲裁机制, 以规避当下投资仲裁所存问题。2015 年 11 月, 欧盟正式公布其与美国的跨大西洋贸易与投资伙伴协议 (Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP) 投资章节建议案, 并在其中详细规定了 ICS 的组织形式与庭审模式。此外, 欧盟在与加拿大、越南以及新加坡等国的自由贸易协定谈判中, 均明确提出要在其中增加 ICS 机制的设想。虽然欧盟的改革方案创设性地提供了崭新思路, 但其改革规划却符合当下卡尔沃复苏之趋势。

## 2. 卡尔沃主义复苏下的常设投资法院机制

在当下对于投资仲裁机制的众多批评中, 仲裁裁决不一致作为投资仲裁的顽疾一直未能找到有效解决方式, 而裁决不一致正是造成裁决结果无法预测的根本原因, 增加了投资者与东道国双方主体的期待成本。基于此, 欧盟在构建 ICS 机制的过程中, 力图通过提高仲裁裁决的一致性等举措满足双方主体的共有需求, 以增加各方主体对于欧盟方案的接受度。

当下对投资仲裁机制的众多批评并非孤立存在的, 其相互之间具有密切联系。例如饱受批评的投资法治碎片化, 便是由于 IIAs 的无序增加造成的, 而 IIAs 的增多亦会造成投资仲裁的愈发复杂化。截至目前, 国际投资体系中存在超过 3000 个 BITs, 由于不同协定可能包含不同的投资保护标准, 在仲裁过程中投资仲裁庭则可能对类似的投资条款赋予不同含义。<sup>41</sup> 这也是使仲裁裁决不能达成一致的根本因素。

裁决不一致带来的最大问题是降低了案件裁判结果的可预测性, 致使诉讼主体无法合理预测案件裁判走势。在当下仲裁庭普遍偏向投资者一方的背景下, 投资者的胜率要高于东道国。此外, 投资者败诉则只需支出相应诉讼费用; 而东道国败诉, 不仅需要承担巨额的金钱赔偿, 还要面临本国主权规制权力的相应让渡。因此, 案件的可预测性对

<sup>39</sup> Slovak Republic v. Achmea B.V. (Case C-284/16), Judgment of the court, Federal Court of Justice, Germany, Mar. 8, 2018.

<sup>40</sup> Declève Quentin, *Achmea: Consequences on Applicable Law and ISDS Clauses in Extra-EU BITs and Future EU Trade and Investment Agreements*, European Papers—A Journal on Law and Integration.2019, Vol.1, p.102.

<sup>41</sup> Adrian M Johnston, Michael J Trebilcock, *Fragmentation in international trade law: insights from the global investment regime*, World Trade Review, 2013, Vol.12:4, pp.621-652.

于东道国而言,其价值要远高于投资者。若仲裁庭能够以先前判例作为裁决依据,则东道国可以预测争端提交仲裁后的结果走向,以此决定是通过替代性争端解决方式加以解决,还是放任投资者提请仲裁。

仲裁裁决不一致可以表现为多种情形,例如不同仲裁庭对于同一条约解释不一致,对同一条约的同一条款或不同条约的相似条款解释不一致,或者不同仲裁庭对于同一案件、相似案件的裁决不一致。而这些情形发生的原因主要在于不同仲裁庭之间没有参照先前裁决之义务,仲裁员只需针对个案进行逐案裁决,无须遵从先例原则(stare decisis)。<sup>④</sup>而投资法院的设想,则可以解决这一问题。初审法庭以及上诉法庭的两层级设置,能够有效地降低裁判的不一致性。<sup>⑤</sup>除此之外,初审法庭可以建立统一的条约解释机制,针对相似的条款进行统一规范解释;上诉法庭在对解释不一的案件进行纠正时,亦可以解决 ICSID、UNCITRAL 以及其他国际投资仲裁机构对于同一或相似条款解释冲突的问题。<sup>⑥</sup>

除能够有效提高仲裁裁决的一致性与可预测性外,欧盟的 ICS 机制在提高仲裁过程的透明度以及规范仲裁员的选任与行为层面亦设置有相应举措,兼顾了投资者与东道国的双方利益,不仅在欧盟的双多边投资协定签署进程中能够降低谈判难度,而且亦能为当下卡尔沃主义复苏下的 ISDS 改革提供较多可行性思路。

### 三、“能否攻玉”:中国视阙下三种改革模式的可取性评析

#### (一)以拉美国家为代表的激进舍弃模式过于极端

拉美国家通过“绝对司法主权主义”入宪以及退出 ICSID 公约等方式,激进地表现出对当下 ISDS 机制的不满情绪,成为卡尔沃主义在 ISDS 改革进程中复活方式的极端之最。正如前文所述,之所以拉美国家会作出如此选择,这与其经济发展模式、国内法治水平等实际国情密不可分。但鉴于中国与拉美国家在实际国情下存在的差异,我国确不适合加以借鉴。

自中国对外开放并积极入世以来,对外投资合作保持稳健发展,尤其在党的十八大以来,我国对外直接投资规模持续扩大,不断取得显著成绩。在对外投资层面,商务部于 2021 年 2 月 2 日正式发布的《中国对外投资合作发展报告 2020》中指出,2019 年中国对外直接投资(Outward Foreign Direct Investment, OFDI)达到 1369.1 亿美元,保持

<sup>④</sup> 刘瑛、朱竹露:《ISDS 变革之常设上诉机制:困境、价值与路径选择》,载《法治社会》2020 年第 5 期,第 27 页。

<sup>⑤</sup> Christian J Tams, *An appealing option? The debate about an ICSID appellate structure*, in Transnational Economic Law Working Paper, 2006, pp.2-46.

<sup>⑥</sup> David A Gantz, *The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United States - Chile Free Trade Agreement*, American University International Law Review, 2004, Vol.19:4, p.622.

全球第二位次；2020 年全年 OFDI 为 1329.4 亿美元，同比增长 3.3%<sup>④5</sup>；在吸引外资层面，2020 年中国接受外国直接投资（Foreign Direct Investment, FDI）约为 1630 亿美元，同比美国多出 290 亿美元，这也是我国首次在 FDI 方面超过美国。<sup>④6</sup> 当下，中国作为国际投资活动中的资本双向流动大国，完全舍弃现行 ISDS 机制的做法不符合发达国家投资者之需求，从而影响外商投资的流入好感。此外，不同于拉美国家，伴随综合国力的不断提升，中国在国际上已树立起负责任的大国形象，盲目追求本国利益而全盘否定现行 ISDS 机制的做法将会对我国的国际形象产生不利影响，与我国长期以来强调“共商、共建、共享”的一贯做法不相符合。

## （二）以美国为代表的局部改良模式提供借鉴

美国在 NAFTA 更新过程中对于 ISDS 的改革措施，体现了其作为资本输出大国对其本国投资者利益的保护。在美国的传统中，对于法律程序的重视一贯从程序和证据的角度进行，而由于 ISDS 仲裁机制缺乏传统法院中的某些程序和证据保障，致使外国投资者有机会成功获得原本被东道国法院拒绝的索赔，不符合美国政府一向贯彻的“美国优先”主义。

在对 NAFTA 进行重新谈判的过程中，美国商会和美国全国制造商协会明确提出，削弱 ISDS 机制的企图将会损害美国企业和工人，因为美国投资者在墨西哥境内的投资严重依赖 NAFTA 第十一章。<sup>④7</sup> 基于此，美国对原有的 ISDS 机制主体进行了保留，在此基础上吸收了其他经济体关于仲裁透明度、仲裁员独立性以及维护东道国公共利益等改革举措。此外，美国在 USMCA 的制定过程中注重迎合卡尔沃主义复苏下的 ISDS 改革趋势，支持国内法院限制个人投资者与国家之间的争端解决，并进一步增强国家立法灵活性，允许投资者在解决外国投资争端时采用不同的方法和程序。虽然美国在 USMCA 中对 ISDS 作出的制度性改革是顺应当下趋势的妥协之策，但的确既保护了美国主权，又充分保护了在墨加投资的美国投资者利益。<sup>④8</sup>

以中国视角出发，相较于拉美国家极端的抛弃之举，美国在保留 ISDS 原有机制的基础上对其进行制度性改革具有相当的可借鉴性。伴随“一带一路”倡议下中国与沿线国家在对外投资合作中的深入开展，原有的 ISDS 机制亦愈发不能适应复杂多变的投资争端。中国作为“一带一路”倡议的发起国，需要在维护本国主权并保护在外投资者利益的同时，构建起协调各方的 ISDS 机制。基于机制的构建并非一蹴而就，故可探索在短期内借鉴美国改良之路径，对目前 ISDS 机制现存问题进行局部性改革，以满足现阶段沿

<sup>④5</sup> 《2020 年我国对外直接投资 1329.4 亿美元，同比增长 3.3%》，载商务部网站，<http://www.mofcom.gov.cn/article/i/jyj/202101/20210103033345.shtml>，最后访问时间：2021 年 3 月 6 日。

<sup>④6</sup> 《2020 年中国成为世界上吸引外国直接投资最多的国家》，载商务部网站，<http://www.mofcom.gov.cn/article/i/jyj/202101/20210103033907.shtml>，最后访问时间：2021 年 3 月 6 日。

<sup>④7</sup> Robert J Gross Jr, *America First? How To Take A Balanced Approach To Reforming The ISDS Provision In NAFTA*, *Arbitration Law Review*, 2018, Vol.10:1, p.148.

<sup>④8</sup> Lukasz Kulaga, *ISDS During a Period of Transformation. Favoring Domestic Courts and Selective Judicialization in USMCA*, in *Transnational Dispute Management Advance Publication*, 2019, p.16.

线国家之间投资争端解决之需。

### （三）以欧盟为代表的制度创新模式开拓思路

与其他经济体提出的改革方案均不同,欧盟认识到当下 ISDS 机制现存问题无法消除的根本原因在于脱胎于商事仲裁的投资仲裁自身所负有的“原罪”。因此,欧盟提出构建常设多边投资法院的制度设想,规划从开始的双边投资法庭逐步过渡至最终的常设多边投资法院,对现行以 ICSID 中心仲裁为主的 ISDS 机制进行了“釜底抽薪”式的革新。从新近欧盟签订的 IIAs 中可以发现,欧盟的常设投资法院设想是一项系统性的多方面改革方案,包括纳入联合国贸法会(UNCITRAL)透明度规则以提高争端解决程序的透明度,<sup>④</sup>明确投资争端庭审中庭审成员的法官(Judges)地位以降低以往投资仲裁裁决所带有的偏向性,<sup>⑤</sup>设立常设性的上诉机制以改变仲裁裁决不一致的问题等。

欧盟所提出的常设投资法院机制确为当下 ISDS 机制改革瓶颈期提供了崭新思路,但其提出的本质仍是作为服务于欧盟对外投资合作的工具,仍将欧盟利益导向立场作为根本遵循。此外,欧盟之所以用审判代替仲裁,除企图摆脱投资仲裁自身短板外,与欧盟委员会自身的行动规划亦有关联。自《里斯本条约》生效以来,欧盟委员会获得代表成员国进行 IIAs 谈判的专有权限,从而可以定义和制定有关 FDI 的相关规则。欧盟委员会也早在 2010 年便明确表示其打算以共同和一致的条约取代其成员国现有的 1400 余个 IIAs 的规划。但在实质上能够为私人投资者提供法律特权地位的现行投资仲裁机制,使投资者的主张在一定程度上可以不受东道国司法结构的影响。易言之,现行 ISDS 机制破坏了政治团体(尤其是西方民主国家)集体决定构成社会和经济规则的能力,<sup>⑥</sup>不符合欧盟未来的对外条约统一蓝图。基于以上,中国是否应当借鉴欧盟思路并尝试构建常设投资法院,似乎并非一个简单的制度移植问题。鉴于中国与欧盟在多方面存在的差异,接下来还需进一步结合自身实际国情加以细致斟酌。

## 四、“如何攻玉”:卡尔沃主义复苏下“一带一路”ISDS 机制的中国方案

### （一）“一带一路”机制选择应当顺应卡尔沃主义复苏趋势

虽然美国的局部改良模式和欧盟的制度创新模式能够给予我国以有益启示,但二者并不能直接移植于“一带一路”倡议下 ISDS 机制的构建。中国作为“一带一路”倡议的发起国,应当积极顺应时下卡尔沃主义复苏的时代趋势,在当下 ISDS 机制改革的瓶颈期内结合我国价值考量发出“中国声音”,综合考量多重因素对“一带一路”倡议下

<sup>④</sup> 李佳、吴思柳:《双边到多边:欧盟投资争端解决机制的改革和中国选择》,载《国际贸易》2020年第9期,第48-49页。

<sup>⑤</sup> 何悦涵:《投资争端解决的“联合控制”机制研究——由投资争端解决机制的改革展开》,载《法商研究》2020年第4期,第146页。

<sup>⑥</sup> Thomas Dietz, Marius Dotzauer & Edward S. Cohen, *The legitimacy crisis of investor-state arbitration and the new EU investment court system*, Review of International Political Economy, 2021, Vol.26:4, p.749.

的 ISDS 机制提出可行的“中国方案”。

在卡尔沃主义复苏之势愈发凸显的当下,加之对于中国与“一带一路”沿线国家国情的实际考量,无论是美国的“局部改革”模式,抑或是欧盟的“制度创新”模式,二者均非完全可取之道:一方面,若在根本上无法解决国际投资仲裁对于东道国政府所固有的“超国民待遇”弊端,碎片式的改革模式更大程度上是杯水车薪;另一方面,欧盟所倡议的常设投资法院机制,带有明显的欧盟价值观与利益色彩,不能充分适用于诉讼观念与诉讼能力还未达到较高水平的沿线发展中国家。易言之,投资法院机制在“一带一路”倡议下极有可能成为“淮南之橘,淮北之枳”。

回归到卡尔沃主义“非干涉”的核心本质,其在投资争端解决层面上主要体现为东道国反对外国投资者享有本国投资者所不具有的投资仲裁权利,加之目前投资仲裁的固有弊端对东道国主权规制产生的负面影响,使得投资争端预防机制以及投资争端调解机制成为既能够顺应卡尔沃主义的复苏趋势,又可以有效回应投资仲裁固有弊端的理想方案。

“一带一路”倡议下的 ISDS 机制改革进阶,若要在顺应卡尔沃主义复苏的时代趋势下发挥更大效能,应当针对沿线国家的实际国情以及中国的价值体系加以细致考量。一方面,从沿线国家国情出发,卡尔沃主义的复苏深刻表明了发展中国家对于当下 ISDS 机制的不满。国际投资仲裁作为发达国家为保护其投资者海外投资利益的手段,并非发展中国家理想的争端解决方式,且“一带一路”沿线东道国在此过程中易遭受主权让渡、公共利益损害,使其更倾向于通过争端预防举措减少投资争端的发生。另一方面,从我国价值考量出发,我国作为“一带一路”倡议的发起国,以及自身的大国责任与担当,我国在处理投资争端的过程中应当注重贯彻与沿线国家合作的可持续发展原则,尽可能以较为平和的方式进行处理,避免将争端上升至对峙阶段。因此,投资争端调解作为不同于投资仲裁的另一争端处理方案,能够契合并适用在“一带一路”ISDS 机制完善路径之中。

基于此,我国在顺应卡尔沃主义复苏趋势的前提下,可以探索通过投资争端预防和投资争端调解两种方案,对“一带一路”沿线国家之间的投资争端加以解决。

## (二) 通过争端预防机制降低投资争端发生可能性

对于东道国而言,能够高效地处理投资争端并能够持续保留外来投资,是投资预防机制最为经济且最具价值之处。<sup>②</sup>“一带一路”沿线国家秉承“共商、共建、共享”的合作共识,在预防机制的沟通与构建层面亦具有相应基础优势。基于此,在具体规则的设置上,投资争端预防机制作为争端解决的事前阶段,可根据举措的影响及持续时间的跨度长短分为短期措施与长效举措。

一方面,短期措施将带有突出针对性的色彩,其主要目的在于降低投资争端的发生可能性,阻止投资争端的进一步升级。以此作为基本价值遵循,可具体通过下述三项制

<sup>②</sup> 陶立峰:《投资争端预防机制的国际经验及启示——兼〈外商投资法〉投诉机制的完善》,载《武大国际法评论》2019年第6期,第89页。

度进行设计:一是针对敏感领域行业设置重点监测的投资争端预警机制;二是要求投资者在提交投资仲裁前须用尽东道国国内救济方式的“用尽当地救济”(国内争议解决方式前置);三是我国于2019年7月提交至UNCITRAL第三工作组的《投资人与国家间争端解决制度可能的改革—中国政府提交的意见书》中,所明确支持纳入的仲裁前磋商程序。

另一方面,长效举措将以可持续发展作为价值遵循,以争端预防作为目的与着力点,发挥“溢出效应”,力图通过改革性举措推动国内投资自由与便利化水平,运用“釜底抽薪”式的创新模式从根本上降低争端数量。其一,在解决外商投资诉求层面,可将韩国在其1999年施行的《外国人促进投资法》中设立的“投资监察员”一职作为参考,<sup>③</sup>结合我国行政机构职能划分具体情形设立专任部门,专门处理我国外商投资者的相关投诉;其二,在优化外商投资体验层面,可通过业务办理的“一站式”平台、“一体化”窗口,简化外商投资业务办理流程,提高行政事务处理透明度,对外商投资者的所有行政决定均秉承透明、快捷的处理原则,进而降低政府与投资者引发争端的可能性;其三,在预防平台建设层面,我国在2020年10月成立了国际商事争端预防与解决组织(ICDPASO),可作为预防机制的平台建设蓝本,以原有的商事争端预防为基础,拓展平台关于投资争端的预防业务,并从政策制定、部门设置以及人员选拔与培训等方面进行设计,最大效能地发挥平台在投资争端预防机制中的基础作用。

### (三) 运用争端调解机制缓冲投资争端上升为投资仲裁

设计得当的争端调解机制对于当下中国正在进行的BITs谈判进程而言,能够更好地使中国应对日益紧迫的ISDS正当性危机。<sup>④</sup>对于“一带一路”倡议下的投资争端调解机制,我国可从程序前置、平台建设以及效力确认三层面进行设计。

其一,强制调解前置程序。我国可在新一轮BITs谈判与更新的过程中,要求投资者将争端提交至国际投资仲裁庭之前必须经过东道国认可的调解程序,即未经过调解程序的投资者无权将争端直接提起仲裁。调解前置程序将同时适用于所有缔约国的投资者,进而降低外商投资者相较于本国投资者的权利优势。对于调解前置的开展阶段,可设置在投资者冷静期之内或冷静期结束后的三个月内,具体将根据争端的不同类型进行区别设置。

其二,建设调解专业平台。我国于2020年10月15日在北京成立的国际商事争端预防与解决组织(ICDPASO),致力于成为能够提供从争端预防到争端解决的多元化、一站式、全方位的专业商事争端处理平台。鉴于投资仲裁脱胎于商事仲裁的独特性,ICDPASO可进一步拓展投资争端处理业务,探索投资争端的预防与调解举措,为“一带一路”沿线国家的投资争端提供中立的调解服务。除ICDPASO外,我国的中国国际经

<sup>③</sup> Catharine Titi, *International investment law and the protection of foreign investment in Brazil*, Transnational Dispute Management, 2016, Vol.1, p.10.

<sup>④</sup> Shu Shang, *Responding to the ISDS Legitimacy Crisis by Way of Mediation: Implications from CEPA's Dispute Resolution Mechanism*, Journal of International Business and Law, 2019, Vol.18:2, p.218.



济贸易仲裁委员会 (CIETAC)、北京仲裁委员会 (BAC) 等商事仲裁专门机构,亦可探索增设投资争端调解功能,构建多元化的纠纷解决机制,为“一带一路”投资争端处理提供平台的多项选择。

其三,确认调解协议效力。调解未能成为处理投资争端的主流方式,很大程度上在于调解所达成的和解协议的执行效力无法得到有效保障。而投资仲裁裁决的承认与执行因具有《华盛顿公约》和《纽约公约》加以保证,致使仲裁能够给予投资者更为信赖的执行预期。和解协议的效力问题成为投资争端调解的“软肋”所在。基于此,2019年8月7日在新加坡开放签署的《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(《新加坡调解公约》),其旨在为国际商事调解的和解协议赋予跨境承认与执行的法律效力,<sup>⑤</sup>按照起草本意,这里的商事应当作广义解释将投资亦包含在内,<sup>⑥</sup>即公约亦可适用于因投资争端调解程序产生的和解协议。此外,在《新加坡调解公约》首批46个签署国中,包含中国在内共有36个“一带一路”成员国,使得公约能够更为广泛地为“一带一路”争端调解下的和解协议提供执行依据,进一步削弱投资仲裁相较于调解在执行方面的保障优势。

#### (四) 以开放式的格局观回应卡尔沃主义复苏之发展

尽管在投资争端解决层面的卡尔沃主义复苏已成为大势所趋,但其在不同国家(地区)复苏程度的不同亦表明其所具有的不稳定性。基于此,中国在现阶段既应当对其保持密切关注并顺势而为,又应当根据未来发展情况随机应变。一方面,鉴于以拉美国家为首的发展中国家对于卡尔沃主义回归的热情,作为主要以发展中国家为主要成员的“一带一路”倡议必须将此趋势加以密切关注。既要注重经贸合作下的利益共得,亦要保持争端解决下的和谐共处,在尊重东道国主权规制的前提下尽可能以较为平和的方式处理投资争端,以推动“一带一路”战略的可持续发展路径;另一方面,鉴于欧美等发达经济体对于卡尔沃主义复苏之势的被动态度,现阶段还无法将卡尔沃主义下的“用尽当地救济”“寻求替代性争端解决方式”等举措作为ISDS主流。加之目前投资仲裁仍然是最被广泛接受的争端处理机制,现行的国际投资法治对于我国仍然是有利且可行的。<sup>⑦</sup>因此,中国在“一带一路”倡议下的ISDS机制改革路径中,应当在因势利导的同时做到随机应变,根据发展趋势的变化及时作出对应调整。ISDS机制的改革并非一蹴而就,也非一劳永逸,受其影响因素繁多的特性,中国需时刻保持发展的眼光探索相应动态的方案,以开放的心态融入变化万千的全球投资合作之中。

<sup>⑤</sup> Timothy Schnabel, *The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements*, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2019, Vol.19:1, pp.1-4.

<sup>⑥</sup> 漆彤、范晓宇:《国际投资争端调解机制的发展与制度困境》,载《中南大学学报(社会科学版)》2020年第5期,第65页。

<sup>⑦</sup> 同前注<sup>⑤</sup>,第133-134页。

## 五、结语

拉丁美洲、欧洲以及美国等国家（地区）对于 ISDS 机制改革所表现出的模式差异，虽代表了卡尔沃主义在不同地区的复苏程度有所差别，但其复苏之势确已日益成为影响国际投资法治的重要因素。在世界经济愈发全球化、一体化的当下，中国作为深度参与的资本双向流动大国，应当学会因势利导、顺势而为，结合自身价值体系探索并提出契合的 ISDS 机制改革方案。

在“一带一路” ISDS 机制改革层面，我国亦应当持续秉承可持续发展理念，从回应外商诉求、优化外商体验以及建设预防平台等方面构建投资争端预防机制，减少沿线国家之间的投资冲突；始终秉持“和为贵”的合作发展原则，从强制调解前置、确认和解协议以及建设调解平台等方面构建投资争端调解机制，探索以较为平和的方式处理相互间投资争端，进而反对并改革不合理的母国干涉与外交保护。在卡尔沃主义强调“用尽当地救济”的复苏背景下，我国应当通过优化投资营商环境、提高国内法治水平等制度性举措，进一步加强投资便利化推进效能，提高外商投资吸引力，充分发挥时下 ISDS 机制改革的“溢出效应”。

---

**Abstract:** With the recovery of the Calvo Doctrine becoming more and more apparent, the reform practice of the Investor-State Dispute Settlement (ISDS) has also been affected. The world's major economies have implemented different reform models based on their actual national conditions, which can be roughly summarized as a radical abandonment model represented by Latin American countries, a partial reform model represented by the United States, and an institutional innovation model represented by the European Union (EU). The essential core of the Calvo Doctrine's "non-interference" corresponds to the field of ISDS, which is mainly reflected in the host country's opposition to foreign investors' treatment higher than that of domestic investors, and the rejection of investment disputes from being handled by international investment arbitration institutions. As the initiator of "the Belt and Road", China should follow the recovery trend of Calvo Doctrine in the current reform of the ISDS, and re-examine the international investment arbitration mechanism on the basis of dialectical evaluation and analysis of the different reform plans of various economies. Exploring and constructing preventive and alternative treatment paths focusing on investment dispute prevention and dispute mediation, coping with the legitimacy crisis of current investment arbitration under the recovery of the Calvo Doctrine, and exploring the Investor-State Dispute Settlement under the "Belt and Road" initiative from a new perspective with a distinctive Chinese solution.

**Keywords:** Calvo Doctrine; investor-state dispute settlement; legitimation crisis; interests balance

---

(责任编辑:黄晨亮)

# 国际商事仲裁协议法律适用规则的最新发展 ——基于英国与新加坡的实证研究

廖雪钰\*

---

**内容提要** 在确定国际商事仲裁协议的准据法时,虽然各国普遍承认当事人意思自治原则,允许当事人约定仲裁协议适用的法律,然而,在当事人未作此约定时,目前尚未存在国际通行的缺省规则。综观各国的立法规定与司法实践,在当事人未作出法律选择时,存在适用主合同准据法、仲裁地法、与仲裁协议存在最密切联系的法等不同的规定。值得注意的是,近年来国际商事仲裁协议的法律适用亦有统一化动向。本文立足国际商事仲裁制度发达的英国、新加坡两国近年来的司法实践,提炼仲裁协议法律适用的最新规则及其发展动向,希望为国际商事仲裁的法律适用提供新的思路。

**关键词** 国际商事仲裁协议 法律适用 支持仲裁

---

## 一、导 言

有效的仲裁协议既是仲裁庭管辖权的基石,也是仲裁裁决最终得以承认和执行的必要条件。然而,国际商事实践中,当事人往往将实体内容作为谈判的重点,而将仲裁协议置于合同磋商的最后阶段,不再作充分考虑。这就导致许多合同当事方在草拟仲裁协议时,遗漏了仲裁协议准据法的约定,只对实体法律适用作出了选择,但也未明确这样的选择是否也对仲裁条款适用。有学者将此类未经审慎起草的仲裁条款称为“午夜条款”(Midnight Clause),以体现其制定的草率性,国际商事实践中也因此产生了诸多争议。<sup>①</sup>

各国对于“午夜条款”规定了不同的冲突规则,尚未形成国际通行的做法,导致国际社会仲裁协议法律适用规则的冲突多发,不利于实现国际商事仲裁机制的目标——为跨国商事关系提供一种中立、高效、专业、统一的争端解决机制。<sup>②</sup>作为国际商事仲裁机制发达的国家,英国、新加坡通过2012年至今的一系列司法实践,发展出一套统一化、兼具灵活性与可操作性的法律适用规则,有必要及时对其进行关注、研究。

---

\* 廖雪钰,复旦大学法学院硕士研究生。

① Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2th ed., 2014, pp.491-492.

② *Id.*, at 223.

## 二、国际商事仲裁协议的传统法律适用规则

### (一) 通行原则: 尊重当事人意思自治

意思自治原则对于合同领域冲突规范的重要性已经得到了普遍承认。如国际私法学者 Peter Nygh 所言:“全世界几乎都承认了缔约方自行选择合同适用法律的权利,乃至可以认定意思自治原则已经达到了超越国家的程度。”<sup>③</sup>一方面,许多国际公约都对该做法予以肯定。例如,《承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称为“《纽约公约》”)第5条在规定拒绝承认与执行仲裁裁决的事由时,要求首先根据当事人选择的法律对仲裁协议有效性做出判断;<sup>④</sup>被多国作为仲裁法范本的《国际商事仲裁示范法》第34条也要求首先以当事人约定适用的法律来判断仲裁协议的有效性。<sup>⑤</sup>另一方面,各国也普遍在国内法中承认当事人意思自治原则。英国1996年《仲裁法》第103条规定应当根据当事人约定适用的法律来判断仲裁协议效力;<sup>⑥</sup>《瑞典仲裁法》第48条亦规定国际性仲裁协议首先受制于双方当事人选择的法律;<sup>⑦</sup>我国《法律适用法》第18条也承认了当事人意思自治的优先性。<sup>⑧</sup>

### (二) 分歧所在: 当事人无明示选择时的缺省规则

虽然各国法律及相关国际条约普遍允许当事人自行选择仲裁协议的准据法,然而在实践中真正作出这一选择的合同仍为少数。大多当事人未就仲裁协议的法律适用作出安排,因此常常引起法律争端。仲裁庭与法院则需要运用恰当的缺省规则最终确定仲裁协议所适用的法律。在国际商事仲裁与司法实践中,虽然并不存在统一适用的缺省规则,但仍可以将现存的不同做法稍加归类。各国的冲突规则主要有以下几种:

<sup>③</sup> Peter Nygh, Choice of Forum and Law in International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1997, p.19.

<sup>④</sup> 《纽约公约》(1958)第5条第1款规定:“裁决唯有于受裁决援用之一造向声请承认及执行地之主管机关提具证据证明有下列情形之一时,始得依该造之请求,拒予承认及执行:(甲)第二条所称协定之当事人依对其适用之法律有某种无行为能力情形者,或该项协定依当事人作为协定准据之法律系属无效,或未指明以何法律为准时,依裁决地所在国法律系属无效者……”

<sup>⑤</sup> 《联合国国际商事仲裁示范法》(2006修订版)第34条规定了仲裁裁决撤销的事由:“……(2)有下列情形之一的,仲裁裁决才可以被第6条规定的法院撤销:(a)提出申请的当事人提出证据,证明有下列任何情况:(i)第7条所指仲裁协议的当事人有某种无行为能力情形;或者根据各方当事人所同意遵守的法律或在未指明法律的情况下根据本国法律,该协议是无效的……”

<sup>⑥</sup> 《英国仲裁法》(1996)第103条第2款规定了关于拒绝承认与执行仲裁裁决的事由:“被寻求承认或执行裁决的一方当事人,如能证明以下情况,则裁决可被拒绝:……(b)根据当事人选择适用于仲裁协议的法律,或未指明适用的法律时根据裁决作出地国家的法律规定,仲裁协议是无效的……”

<sup>⑦</sup> 《瑞典仲裁法》(1999)第48条直接规定了国际仲裁协议的准据法:“如仲裁协议具有国际性因素,将受制于双方当事人约定的法律。如双方当事人未能就此达成一致,仲裁协议将受当事人约定的正在进行程序或将要进行程序的国家的法律约束。前段规定不适用于解决有关一方当事人是否得到签订仲裁协议的授权或是否被有效代理的问题。”

<sup>⑧</sup> 《法律适用法》(2010)第18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。”

### 1. 适用主合同准据法

若一产生争议的主合同包含“一般法律选择条款”(合同中只有针对主合同作出的概括的法律选择条款,但未明确所选法律是否也对附属的仲裁条款适用),则该类案件的核心争议往往是“一般法律选择条款”是否能够对仲裁协议适用。以主合同准据法作为缺省规则的依据在于,虽然仲裁条款可以适用与主合同不同的法律,但并不意味着主合同法绝对不能适用于仲裁条款。相反地,在缺乏当事人约定时,既然仲裁条款构成主合同的一部分,那么自然可以认为主合同中的法律选择也适用于仲裁条款。<sup>⑨</sup>奥地利最高法院在其裁判中曾指出:“仲裁协议被嵌入主合同的事实表明了双方当事人也希望将他们之间的仲裁协议交由与主合同中选择的法律相同的法律管辖。”<sup>⑩</sup>

适用主合同法具有一定的合理性。当仲裁协议以仲裁条款的形态出现时,主合同与被包含其中的仲裁条款存在天然的联系。作为一贯注重商事逻辑与惯例的国家,英国认为在缺乏当事人约定的情况下,“唯一具有决定性的要素就是根据一般的商业观念以及情理来解释合同及其用语,以确定当事人的真实意思。”<sup>⑪</sup>主合同与仲裁条款受同一法律管辖,可以使二者间的天然联系不被人割裂。然而,以主合同准据法作为缺省规则不能回应三点问题:其一,仲裁条款虽然具有实体性,但也是一种程序性的协议。主合同调整的是当事方之间的实体权利义务,而仲裁条款则规范争端解决的方式和程序;其二,将主合同准据法视为缺省规则,不符合《纽约公约》等国际公约为成员国设定的国际义务。这些公约规定在缺乏当事人约定时,应当依据仲裁地的法律判断仲裁协议是否存在、有无效力;其三,在确定仲裁协议准据法时,仲裁庭通常需要考虑仲裁地的强行法、执行地的公共秩序等问题,再最终确定仲裁条款适用的法律,以保证仲裁裁决的有效性,尽可能使仲裁条款得到承认与执行。然而,若直接适用主合同法,则可能会限制仲裁庭在此问题上的裁量权。

### 2. 适用仲裁地法

在该问题上的另一种处理方式是适用仲裁地法。这个推定与《纽约公约》的理念相契合——后者规定,在确定仲裁协议效力时,若无当事方明确约定的法律作为依据,则应当以仲裁地法为准。<sup>⑫</sup>与此同时,《国际商事仲裁示范法》也有类似规定,第34条撤销仲裁裁决的事由包括“在未明确适用法律的情况下,根据本国法律,该(仲裁)协议是无效的”,其中的“本国法律”指的是受理撤销仲裁裁决申请法院所在国的法律,也就

<sup>⑨</sup> *Supra* note 1, at 515.

<sup>⑩</sup> S, R & J v. W, No. 180Cg6/18h, Austria Supreme Court, 2019, pp.16-17.

<sup>⑪</sup> [英]莫里斯:《法律冲突法》,李东来译,中国对外翻译出版1990年1月版,第275页。

<sup>⑫</sup> 《纽约公约》(1958)第5条第1款规定:“裁决唯有于受裁决援用之一造向声请承认及执行地之主管机关提具证据证明有下列情形之一时,始得依该造之请求,拒予承认及执行:(甲)第二条所称协定之当事人依对其适用之法律有某种无行为能力情形者,或该项协定依当事人作为协定准据之法律系属无效,或未指明以何法律为准时,依裁决地所在国法律系属无效者……”

是仲裁地国的法律。<sup>⑬</sup>不少国家的仲裁法亦采取此路径。例如,《瑞典仲裁法》直接规定,在缺乏缔约方约定的情况下以仲裁地法作为缺省规则;<sup>⑭</sup>《苏格兰仲裁法》亦存在类似规定,但略微限制了仲裁地法适用的范围——第6条“仲裁协议准据法”规定,只有当仲裁地位于苏格兰境内时,才在缺乏当事方约定的情况下对仲裁协议适用苏格兰(在此种情况下,也就是仲裁地)的法律。<sup>⑮</sup>

适用仲裁地法的合理性有三:其一,仲裁依赖仲裁地法院的支持与监督,统一适用仲裁地法,有利于协调仲裁地法院与执行地法院对于仲裁协议有效性的判断标准,避免国际商事仲裁的监督、承认与执行环节中法律适用的冲突;其二,以仲裁地法作为缺省规则,符合《纽约公约》等公约的规定。若再规定另外的冲突规则,则难以协调与公约的关系,甚至有可能违背公约规定的国际义务;其三,仲裁协议通常与仲裁地联系最紧密。依“特征履行地”理论,仲裁地作为国际仲裁协议的履行地,是仲裁庭及当事人参与仲裁活动的主要地点。

然而,仲裁地法理论亦存在缺陷:首先,其忽视了仲裁协议(尤其是仲裁条款)与主合同存在的内在联系;其次,《纽约公约》等公约只在仲裁协议的有效性问题上规定了适用仲裁地法,而非直接规定仲裁协议的准据法即为仲裁地法。有效性问题只是需要仲裁协议准据法解决的问题之一,此外还有效力、解释等问题。公约并没有为这些问题制定相应的冲突规则;再次,仲裁协议也不必然与仲裁地法存在最紧密联系,仲裁地的选择有可能是偶然的。例如,仲裁员代为指定仲裁地时存在一定的随机性,因此仲裁协议与仲裁地法存在最密切联系的论断并不具有普适性。<sup>⑯</sup>

### 3. 适用与仲裁协议具有最密切联系的法律

缺乏当事人明示约定时,无论直接适用合同实体法还是仲裁地法,均不能回应仲裁协议兼具实体性与程序性的复合特征。因此,在现代国际私法“软化处理”冲突规则的发展趋势下,也有国家主张适用与仲裁协议存在最真实、最密切联系的法律作为仲裁协议的准据法。例如,美国《第二次冲突法重述》第218条规定“仲裁协议的效力及其产生的权利”适用第187与188条规定的“一般冲突规则”,而该“一般性冲突规则”要求在缺乏当事人明示选择的情况下,适用与协议存在最密切联系的法律。<sup>⑰</sup>

<sup>⑬</sup> 《联合国国际商事仲裁示范法》(2006修订版)第34条规定了仲裁裁决撤销的事由:“……(2)有下列情形之一的,仲裁裁决才可以被第6条规定的法院撤销:(a)提出申请的当事人提出证据,证明有下列任何情况:(i)第7条所指仲裁协议的当事人有某种无行为能力情形;或者根据各方当事人所同意遵守的法律或在未指明法律的情况下根据本国法律,该协议是无效的……”

<sup>⑭</sup> 《瑞典仲裁法》(1999)第48条直接规定了国际仲裁协议的准据法:“如仲裁协议具有国际性因素,将受制于双方当事人约定的法律。如双方当事人未能就此达成一致,仲裁协议将受当事人约定的正在进行程序或将要进行程序的国家的法律约束。前段规定不适用于解决有关一方当事人是否得到签订仲裁协议的授权或是否被有效代理的问题。”

<sup>⑮</sup> 《苏格兰仲裁法》(2010)第6条规定了仲裁协议的准据法:“当(a)当事人在仲裁协议中将苏格兰作为仲裁地,但(b)仲裁协议没有声明它本身的准据法时,那么,除非当事人另有规定,仲裁协议的准据法为苏格兰法。”

<sup>⑯</sup> 寇丽:《现代国际商事仲裁法律适用问题研究》,知识产权出版社2013年6月版,第52-63页。

<sup>⑰</sup> *Supra* note 1, at 517-523.

虽然采用“最密切联系”标准可以在一定程度上解决原先单一连结点僵化的问题,赋予仲裁庭与法院更多的自由裁量权,但如何在众多的连结点上确定一个具有决定性地位的连结点,成为实践中新的难题。大多数仲裁庭与法院最终仍会面临主合同法与仲裁地法的抉择。既有仲裁庭认为仲裁地是仲裁协议的特征履行地,据此判断仲裁地法为准据法;<sup>⑮</sup>亦有法院认为仲裁条款作为主合同的构成要素,而与主合同准据法存在最密切联系。<sup>⑯</sup>因此,“最密切联系原则”对于改变仲裁协议法律适用困境的帮助是有限的。

#### 4. 其他冲突规范

上述三类缺省规则概括了目前国际上的主流规定,除此之外,亦存在其他少数做法。因此类做法实践范围的有限性,笔者在此进行统一梳理与评述:

首先是瑞士和西班牙的“使之有效”规定。该规定的特征是,其并不事先预设一套诸如“适用主合同准据法”或是“适用仲裁地法”之类固定的规则,而是采用了一套“最有利于仲裁协议有效”的方法。《瑞士联邦国际私法》第178条第2款规定:“只要仲裁协议符合当事人选择的法律、主合同准据法或瑞士法三者之一,即为有效。”2003年《西班牙仲裁法案》第9.6条亦采取了相似做法,该条规定只要仲裁协议符合当事人选择的法律、合同实体争议适用的法律或者西班牙法三者之一,那么仲裁协议在西班牙的法律下就是有效的。值得肯定的是,该规则体现了对当事人将争端提交仲裁之意思自治的充分尊重,有利于促进国际商事仲裁的发展。<sup>⑰</sup>然而,此规则将仲裁协议的准据法确定问题狭隘地理解为“判断仲裁协议效力的标准”问题,这实际上限缩了仲裁协议准据法管辖的事项范围,是对仲裁协议准据法问题的误读。正如学者 Gary B. Born 指出,虽然仲裁协议的有效性问题是仲裁协议准据法需要解决的重要问题,但还有仲裁协议的解释等问题也需要依靠仲裁协议的准据法确定。<sup>⑱</sup>因此,即便仲裁协议在“使其有效”规则下被认定为有效,但若接下来遇到对仲裁协议“范围”(scope)的解释问题,“使其有效”规则便束手无策了。

其次是法国的“国际仲裁实体法规则”(Substantive Rule Method),该原则是法国最高法院(Cour de cassation)通过一系列判例确立起来的。<sup>⑲</sup>其中,最有影响力的当属1993年的Dalico案。<sup>⑳</sup>法国的最高法院在该案中指出:“根据国际仲裁的一项实质性规则,仲裁协议在法律上独立于包含或提及了仲裁协议的主合同,仲裁协议的存在与效力应当基于合同当事人的共同意愿,根据法国法律的强行规则和国际公共政策进行评估,而不需要参考任何国内法。”据此可知,法国对于国际商事仲裁协议的认定采“去本地化”立场,认为应当排除内国法的适用,而直接根据“国际商事交易中有关正义的根本要求”

<sup>⑮</sup> Albert Jan van den Berg, *Yearbook Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2010, Vol.35, pp.241,245.

<sup>⑯</sup> *Sonatrach Petroleum Corp. (BVI) v. Ferrell Intl Ltd*, 1 All ER, English High Court, 2002, p.627.

<sup>⑰</sup> 文稳、陈卫佐:《仲裁协议实质有效性准据法的确定:新方法的视角》,载《青海社会科学》2018年第3期,第134-140页。

<sup>⑱</sup> *Supra* note 1, at 495-496.

<sup>⑲</sup> Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard & Berthold Goldman, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p.230.

<sup>⑳</sup> *Comite populaire de la municipalite de Khoms El Mergeb v. Dalico Contractors*, 91-16.828, Cour de cassation, 1993, Bulletin, p.258.

(the fundamental requirements of justice in international commerce)<sup>④</sup>来审查仲裁协议的效力。正因如此,仲裁员在面临仲裁协议的准据法问题时,也需要意识到其“超国家”(belong to no national legal order)的身份。这意味着其在作出判断时不应当受到有关的内国法限制,而只应当选择其认为适当的“跨国规则”(transnational rules)作出判断。<sup>⑤</sup>考察国际商事仲裁实践,位于巴黎的国际商会仲裁院(以下简称为ICC)在其历年的仲裁判例中,亦不乏仲裁员依据“国际仲裁实体法规则”来确定仲裁协议准据法的判例。例如在ICC于1986年中作出的一项中期裁决中,仲裁员就根据ICC规则来判断仲裁协议的有效性,而未考虑一特定国家的法律。<sup>⑥</sup>虽然抛开内国法而直接适用“国际仲裁实体法”规则符合国际商事仲裁的国际性特征,但是该规则具有较大的不确定性:何为“国际公共政策”?何为“国际商事交易中有关正义的根本要求”?若将这些问题都留待仲裁员或法官在个案中判断,恐怕会加重而非扭转如今仲裁协议冲突规则碎片化的现象。

### 三、英国、新加坡的最新实践:仲裁协议法律适用“三部曲”规则

虽然如今仍然不存在国际通行的仲裁协议法律适用规则,但近年来一些国际上的司法实践已经开始出现相当程度的统一化的动向。其中,最值得注意的是英国与新加坡的实践。自2012年英国法院在Sulamérica诉Enesa案<sup>⑦</sup>中提出仲裁协议法律适用“三部曲”规则(将在下文进行详细论述)以来,就被后续法院在类似案件中不断援引,逐渐形成一套仲裁协议法律适用的新规则。下文将对英国、新加坡法院2012年以来判决的有关案件进行逐案剖析,提炼出“三部曲”规则的具体要件及其衍化的历程与发展方向。

#### (一) 英国判例法

##### 1. Sulamérica诉Enesa案(2012)

Sulamérica诉Enesa案涉及两份一切险保单项下提出的索赔。保单规定实体问题适用巴西法律,若因保险发生争议,则应通过仲裁解决,仲裁地在伦敦,保单没有明确仲裁条款适用的法律。后双方就仲裁庭是否有权管辖保单争议产生分歧。Enesa主张仲裁协议适用巴西法律,而巴西法律规定,达成仲裁协议后,若需将争端提交仲裁庭,还需要当事人的额外同意,但Enesa并未作出这样的意思表示,因此案件只能通过司法程序解决。可见,解决该管辖权纠纷的前提是确定仲裁协议适用的法律。

上诉法院指出,仲裁协议的准据法不一定等同于主合同的准据法,因此提出了确定仲裁协议准据法的“三部曲”规则:第一步,适用当事方明示选择的法律;第二步,若无

<sup>④</sup> *Supra* note 23, at 223.

<sup>⑤</sup> *Id.*, at 234.

<sup>⑥</sup> Sigvard Jarvin, Yves Derains, Jean-Jacques Arnaldez, *Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1990*, Kluwer Law International, 1994, p.263.

<sup>⑦</sup> *Sulamérica Cia Nacional de Seguros SA v. Enesa Engenharia SA*, A3/2012/0249, The Court of Appeal (Civil Division), 2012, paras.7-32.



明示约定,则适用他们默示选择的法律;第三步,若既无明示约定,也无默示约定,则适用最密切联系原则确定准据法。

结合案件事实,法院认为,仲裁条款没有明确它本身适用的法律,因此可以认为不存在明示选择,所以需要进入第二步,考虑是否存在默示选择。在此过程中,法院首先将仲裁协议的客观形式作为考虑因素。具体而言,需要区别“仲裁协议书”与“仲裁条款”——前者是独立于主合同谈判、起草的独立文件,而后者则仅仅是合同其中的一个条款。前者具有更强的独立性,因此若仲裁协议以仲裁协议书的形式出现,则不能认为存在任何默示推定,只能进入最后一步依据最密切联系原则确定应当适用的法律;而后者被包含于主合同之中,因此可以推定在当事方使用仲裁条款来对仲裁作出安排时,也作出了默示适用主合同准据法的意思表示。本案的仲裁协议是以附属于保单的仲裁条款形式出现的,因此法院认为可以先推定双方已经默示选择了巴西的法律作为仲裁条款的准据法。然而,法院也指出,这个推定并不是绝对的,本案便存在两点相反因素可以推翻这一推定。一是选择另一国家作为仲裁地,这说明存在当事人默示选择仲裁地法的可能性;二是本案若适用主合同准据法,将导致是否仲裁的决定权完全被合同的一方把握。法院有理由相信另一方当事人作为一个理性的商人,是不会接受一个由对方决定其效力的仲裁条款的,因此,双方不可能存在选择巴西法的合意。进而法院认为本案也不能确定当事方的默示选择,需要进入第三步,确定与仲裁条款存在最密切联系的法律。法院最后考虑了仲裁协议的“程序性”,认为仲裁程序需要依靠仲裁地法院的支持与监督,且仲裁地法在《纽约公约》中也被作为仲裁协议有效性的判断标准,所以仲裁协议将始终与仲裁地的法律有最紧密的联系。基于上述分析,法院最终认为对本案的仲裁条款应当适用仲裁地法。

本案中,法院提出了两条重要的先例规则:第一,在判断仲裁协议准据法时,采用“法律选择三部曲”标准。虽然法院最终仍以仲裁地法作为仲裁协议的准据法,但相对传统的单边冲突规范,这个结论建立在法院对于“合同的其他条款(即主合同的规定)”“仲裁协议的法律性质”“理性商人的意思”等诸多因素的权衡之上,给予法院更多裁量权,以实现案件结果的实体正义;第二,在缺乏当事方明确约定时,若采用了仲裁条款形式的仲裁协议,则推定双方默示选择主合同准据法——而这一推定也可以被其他的相反因素推翻。

## 2. Arsanovia 诉 Cruz City 案(2012)<sup>②⑧</sup>

本案事关一份合资开发贫民窟合同产生的争议,双方约定主合同适用印度法,若发生争议则在伦敦仲裁解决。后双方就合同履行产生争端,且就案件管辖问题存在争议。Arsanovia 主张仲裁协议适用印度法,若其主张成立则仲裁庭没有管辖权,应当将案件提交法院处理,而 Cruz City 则主张仲裁协议适用英国法。

<sup>②⑧</sup> Arsanovia Ltd and others v. Cruz City 1 Mauritius Holdings, LCIA Case No. 111809, England and Wales High Court (Commercial Court), 2012, paras. 21-24.

经审理,法官援引了 Sulamérica 案中的“三部曲”标准,认为主合同中的法律选择条款构成了对仲裁条款准据法的“强烈暗示”。虽然案件中双方选择其他国家进行仲裁是一个相反因素,但法官认为仅这一个相反因素并不足以取代适用主合同法的推定。此外,这个案件的独特之处在于,裁判法官 Andrew Smith J 甚至认为可以将主合同的法律选择认定为“三部曲”中的“明示选择”。然而,因为原告并未主张存在明示选择,最终法官认为,本案至少可以明确双方已经达成适用印度法的合意,至于他们以明示还是默示的方式达成并不重要。据此,法院依据印度法认定,仲裁庭没有对该案的管辖权。

### 3. Kabab-Ji 诉 KFG 案 (2020)<sup>②⑨</sup>

本案事关一项特许协议,双方约定主合同受英国法管辖,若产生争议则应通过仲裁程序解决,仲裁地在巴黎。后双方就争议解决程序产生分歧,管辖争议的焦点在于仲裁协议适用的法律,若适用法国法,则案件能够被提交仲裁解决;反之,适用英国法则只能通过法院程序解决。Kabab-Ji 对 KFG 发起了仲裁,并获得了有利的仲裁裁决,后 Kabab-Ji 持该裁决向英国法院申请承认和执行仲裁裁决。

在判决书中,法院继续援引 Sulamérica 一案所提出的法律适用方法,进一步强调存在另外的仲裁地这一相反因素并不影响双方适用主合同法的推定。此外,本案中,英国上诉法院将仲裁条款的准据法问题作为一个合同解释问题看待,采取的是“整体解释法”,要求基于合同的条款以及合同的整体进行解释。法院认为,既然仲裁条款仅作为主合同中的一条出现,那么主合同中的法律选择是对整个合同作出的,法律选择的效力范围自然也包括其中的仲裁条款。据此,上诉法院认为主合同准据法即英国法应当是仲裁协议适用的法律。而根据英国法,该仲裁协议不能约束 KFG,仲裁庭对案件无管辖权,因此拒绝承认与执行该仲裁裁决。

值得注意的是,该案不仅在英国法院经历了诉讼程序,由于另一方当事人 KFG 在仲裁地巴黎向法院申请撤销仲裁裁决,因此该案在巴黎上诉法院也经历了一次审理,且巴黎上诉法院对仲裁协议的法律适用作出了不同的认定。由于本节关注的焦点在英国和新加坡法院对仲裁协议法律适用“三部曲”规则的发展脉络,为防模糊重心,笔者将在下文对“三部曲”方法的评述部分,结合巴黎上诉法院对该案的裁判,<sup>③⑩</sup>对以英国为代表的“三部曲”冲突规则与以法国为代表的“国际仲裁实体法规则”进行比较分析。

### 4. Enka 诉 Chubb 案 (2020)<sup>③①</sup>

本案原告与被告签署了一份建筑工程保险合同,该合同约定双方的争议应提交国际商会仲裁院在伦敦解决,但在合同中既未对仲裁条款的法律适用作出约定,也未作出主合同的法律适用安排。产生争议后,仲裁协议的准据法将决定双方是否能将争议提交仲裁。

上诉法院援引了 Sulamérica 案中“三部曲”标准,但由于本案当事人未选择主合同

<sup>②⑨</sup> Kabab-Ji SAL (Lebanon) v. Kout Food Group (Kuwait), A4/2019/0944, The Court of Appeal (Civil Division), 2020, paras.10-17.

<sup>③⑩</sup> Kabab-Ji SAL (Lebanon) v. Kout Food Group (Kuwait), 17/22943, The Court of Appeal, 2020, p.8.

<sup>③①</sup> Enka Insaat Ve Sanayi AS v. OOO "Insurance Company Chubb" & Ors, CL-2019-000572, England and Wales High Court (Commercial Court), 2019, paras.13-46.

准据法,因此法院从主合同准据法入手,先确定合同适用的实体法律。法院认为,虽然本案中主合同中并没有以“本合同受某国法律管辖”这样明确的用语选择法律,但在合同的“用语定义”、“合同的履行”等多个部分都涉及俄罗斯的法律规定。据此,法院认定主合同的准据法是俄罗斯法。确定主合同适用俄罗斯法后,法院讨论了该法律是否也能够被适用于仲裁条款,以及选择另外的国家进行仲裁是否足以取代适用主合同法的推定。此处法院作出了与 *Arsanovia* 案一致的判断,认为仅存在另外的仲裁地并不足以排除主合同准据法对仲裁条款的适用。因此,法院最终以主合同适用的法律——俄罗斯法对仲裁条款进行解释,认为本案所涉及的争议属于侵权问题,不属于可仲裁事项,因而驳回了原告的禁诉令申请。

后来,案件上诉至英国最高法院。值得注意的是,这也是首个由英国最高法院处理的仲裁条款准据法适用问题,其先例效力与对后续案件的影响值得关注。在最高法院的判决中,法院指出要区分选择了主合同准据法和没有选择主合同准据法的案件。对于前者,法院再次明确了一般规则,即在双方均未明确选择仲裁条款的适用法时,一般适用当事人选择的主合同准据法作为仲裁条款的适用法。该一般规则是出于实现法律确定性、判决一致性以及避免法律关系复杂化的政策考量。与此前英国法院的判决相一致,该案中最高法院依旧认为选择了另外的仲裁地并不足以取代适用主合同准据法的推定。该一般规则具有两项例外情形:一是仲裁条款既选择了另外的仲裁地,并且仲裁地的法律规定了它对此类仲裁条款适用;二是仲裁条款既选择了另外的仲裁地,并且主合同法对于仲裁条款的适用会导致仲裁条款无效。而对于后者,也就是双方当事人非但没有就仲裁条款适用的法律作出选择、亦未就主合同的法律适用作出选择时,法院认为此时仲裁条款的适用法是与其存在最密切联系的法律。而当双方当事人选择了仲裁地时,一般来说仲裁地的法就是与仲裁条款存在最密切联系的法。<sup>③②</sup>

由此可见,自 2012 年 *Sulamérica* 案件以来,英国法院在确定仲裁协议——尤其是主合同中的仲裁条款的准据法时,均适用了法律选择“三部曲”标准,并在无充分相反因素时推定适用主合同准据法。综合以上法院判决,可以总结出英国法院在仲裁条款法律适用问题上的通行态度(至少在双方当事人明确选择了主合同准据法时如此)——仅在仲裁条款中规定以另外的国家作为仲裁地,并不能构成充分的相反因素,还需要存在其他因素,才能取代适用主合同准据法的推定。例如 *Sulamérica* 一案中,除仲裁地因素外,法院还考虑了合理商人的意思,才判定主合同的准据法不能被适用于仲裁条款。

## (二) 新加坡判例法

### 1. FirstLink 诉 GT Payment 案 (2014)<sup>③③</sup>

本案纠纷涉及一项在线支付合同,该合同的仲裁条款规定双方产生的争端应提交斯

<sup>③②</sup> *Enka Insaat Ve Sanayi AS v. OOO "Insurance Company Chubb" & Ors*, WLR 4117, United Kingdom Supreme Court, 2020, paras.170–172.

<sup>③③</sup> *FirstLink Investments Corp Ltd v. GT Payment Pte Ltd and others*, Suit No 915 of 2013, Singapore High Court, 2014, paras.13–17.

德哥尔摩商会仲裁院解决,但未选择仲裁条款适用的法律。值得注意的是,主合同的法律选择条款选择了斯德哥尔摩商会仲裁院规则作为准据法,而不是实体性的法律。在双方后来产生的争议管辖纠纷中,原告 FirstLink 主张仲裁条款是无效的,因为在缺乏当事人明示选择的情况下仲裁条款应当适用主合同法,而本案中的主合同法,也就是斯德哥尔摩商会仲裁院规则将导致仲裁条款不可执行;被告 GT Payment 则认为,仲裁条款应当适用仲裁地法即《瑞典仲裁法》,此时仲裁协议是有效的。

本案中,新家坡高等法院也援用 Sulamérica 案的“三部曲”规则。首先,仲裁条款自身并没有明确选择它的准据法,合同其他条款也未就仲裁协议适用的法作出规定,因此不存在明示约定,需要进一步分析是否存在默示选择。然而,判断默示选择时,法官却采取了相反的推定,认为应当推定适用仲裁地法。法官对此给出了两点理由:第一,仲裁条款具有程序性,与主合同直接调整当事方的实体权利义务不同,仲裁条款调整的是产生实体纠纷后的救济手段,因此是程序性契约。双方选择某个国家作为仲裁地,至少意味着认可以这个国家的法律约束仲裁程序,当地法院也需要依据仲裁地法支持与监督仲裁程序。对仲裁协议适用仲裁地法,能保证仲裁条款与仲裁程序法律适用的一致性。第二,作“支持仲裁”解释。双方已经通过仲裁条款表明将争议提交仲裁的合意,本案中,若适用主合同的准据法,则会使仲裁条款无效且不能执行,但若适用仲裁地法,则能够保持其法律效力,据此应当适用仲裁地法。

新加坡高等法院在本案中提出了两条新规则,一为缺乏当事人明示选择时,应当推定他们意图对仲裁条款适用仲裁地法而非主合同准据法;二为“支持仲裁”解释规则,要求在使仲裁条款无效的法律与使之有效的法律中,选择适用能使之有效的法律,即国际社会中所称的“有效性规则”。然而,第一条规则并没有被后续法院的裁判支持,正如下文所呈现的,在后续司法实践中,仍然采取默示适用主合同法律的推定。

## 2. Bcy 诉 Bcz 案 (2016)<sup>④</sup>

本案为一项购销协议产生的争议,该协议规定主合同适用纽约州法,若产生争议则在新加坡通过仲裁解决,未约定仲裁条款适用的法律。在管辖权争议中,原告 Bcy 主张仲裁协议适用仲裁地法,根据仲裁地新加坡法,双方不存在有效的仲裁协议;而被告 Bcz 则主张适用主合同法,此时双方之间的仲裁协议是有效的。

法院认为,判断仲裁庭是否有管辖权的前提是确定仲裁条款的准据法。依据 Sulamérica 案件的“三部曲”标准,法官首先认为主合同的准据法不能被认为是对仲裁条款准据法的明示选择,但需要进一步讨论是否构成默示选择。在确定默示选择时,本案法官同样考虑了仲裁协议的客观表现形式,认为本案中仲裁协议始终作为附属于主合同的一项条款,与主合同一并协商、签订,因此可以认为双方已默示选择了主合同法,仅选择另外的国家作为仲裁地并不足以取代适用主合同法的默示推定。此外,在确定双方默示选择的法律时,法院进一步细化了需考虑的因素,认为只有在主合同法的适用将使

<sup>④</sup> Bcy v. Bcz, Summons, No 502 of 2016, Singapore High Court, 2016, pp.15-31.

仲裁条款无效,且双方约定了另外的仲裁地时,才能够否定该推定。同时,法院还批判了FirstLink案的裁判,认为推定适用仲裁地法是不合理的。之所以在那个案件中适用瑞典法,是因为主合同与仲裁条款是有缺陷的——主合同“不同寻常地”选择仲裁机构规则作为准据法,仲裁条款也缺乏对仲裁地的选择,在那种情况下只能认为既没有明示选择,又不能确定默示选择,只能依据最密切联系原则,认定仲裁协议与瑞典法存在最紧密的联系,而不是认为双方默示选择了瑞典法。可见,新加坡法院重新肯定了适用主合同准据法的默示推定规则,且进一步明确,只有在适用主合同法会否定本能够有效的仲裁条款效力时,才能够取代该推定。

### 3. BMO 诉 BMP 案 (2017)<sup>⑤</sup>

本案争议事关一家合资企业章程,章程中争议解决条款约定,若产生争议则在新加坡通过仲裁解决。该项仲裁条款未明确规定其适用的法律,且主合同中也未就双方的实体权利义务适用的法律作出选择。后BMO与BMP就案件的管辖权问题产生争议。

法院认为,确定仲裁庭是否具有争议管辖权,需要以明确仲裁协议适用的法律为前提。法院援引Sulamérica案与Bcy案,继续以“三部曲”规则作为冲突规范。本案仲裁协议体现为公司章程中的一项仲裁条款,整个公司章程都没有对仲裁条款适用的法律作出规定。此外,与英国Enka诉Chubb案相似,本案主合同也没有作出明确的实体法律选择。法官采取了与Enka案相同的处理方式,因为公司章程在“劳动雇佣”条款和“从外国保险人处购买保险”的条款均涉及越南法律的规定,因此,认为双方已经默示地选择越南法律作为主合同的准据法。在确定主合同适用的法律后,法院回归“三部曲”标准,将越南法推定适用于仲裁条款,并指出在新加坡进行仲裁不足以取代适用越南法的规定。最终,法院适用越南法律确认仲裁庭对于案件具有管辖权。

### 4. BNA 诉 BNB 案 (2019)<sup>⑥</sup>

本案涉及一份工业气体的买卖合同,主合同选择适用中国法律,其中包含一条仲裁条款,约定若发生合同相关争议,则双方当事人应当将争议提交新加坡国际仲裁中心在中国上海仲裁。后双方就仲裁条款的法律适用产生争议。

案件在新加坡经过了高等法院和最高法院两级法院的审理。在高等法院审理程序中,法院援引“三部曲”规则,认为在缺乏当事人明示选择时,首先推定双方选择了主合同准据法,即中国法。但法院又认为,因为在中国仲裁法下,由外国仲裁机构在中国国内仲裁的仲裁条款无效,因此应当适用仲裁地法。高等法院认为,本案中“在上海仲裁”中的上海仅为地理上的开庭地,而法律意义上的仲裁地为新加坡,因此认定双方选择适用了新加坡法律。然而,在后续上诉程序中,新加坡最高法院上诉庭推翻了高等法院的判决,认为“在上海仲裁”(arbitration in Shanghai)即意味着仲裁地在中国,而不是在新加坡。因此,最高法院上诉庭认为在主合同准据法与仲裁地法均为中国法的情况下,不存

<sup>⑤</sup> BMO v. BMP, Summons, No 501 of 2016, Singapore High Court, 2017, pp.13-16.

<sup>⑥</sup> BNA v. BNB and another, No 938 of 2017, Singapore High Court, 2019, pp.40-51.

在法律适用上的冲突问题,最终认定中国法为仲裁条款的准据法。<sup>③7</sup>

可见,在新加坡的司法实践中,“三部曲”规则亦成为确定仲裁协议准据法时的通行规则,且与英国的司法实践一致。除已被推翻的 FirstLink 案外,新加坡法院在“三部曲”规则中第二步也采取了推定双方当事人默示选择适用主合同准据法的态度。

### (三) 英国、新加坡的仲裁协议法律适用统一化动向

综合以上案件中法官对“三部曲”规则的阐释、在个案中的具体应用与发展,可以发现从 Sulamérica 案至今,在合同当事人选择了主合同的适用法,而未就仲裁协议的法律适用作出约定时,两国已发展出了一套较为统一的仲裁协议法律适用规则:

首先,判断是否存在当事方的明确约定;其次,若缺乏明示选择,则进入第二步,判断是否存在默示选择。在确定默示选择时,如 Sulamerica 案与 Bcy 案的法院指出,依据仲裁协议的客观形式进行判断。若为独立的仲裁协议书,因其独立于主合同签订,因此认为不存在默示选择,需进入最密切联系原则的判断。若为附随于主合同的仲裁条款,则认为双方默示选择了主合同法。需要注意,该默示推定是可以被取代的,但仅选择另外的仲裁地并不足以取代该推定,需要结合另外的因素。Bcy 案明确了“另外相反因素”,即主合同法的适用将使仲裁条款无效,此时的推定才是能够被取代的。推定被取代后,需要进入最后一步最密切联系原则的判断,选择适用与仲裁协议有最真实、最密切联系的法律。考虑到仲裁地法在《纽约公约》等国际条约中对于判断仲裁协议有效性的重要性,法院认为仲裁协议与仲裁地的法存在最密切的联系。可视化的判断流程见下图:

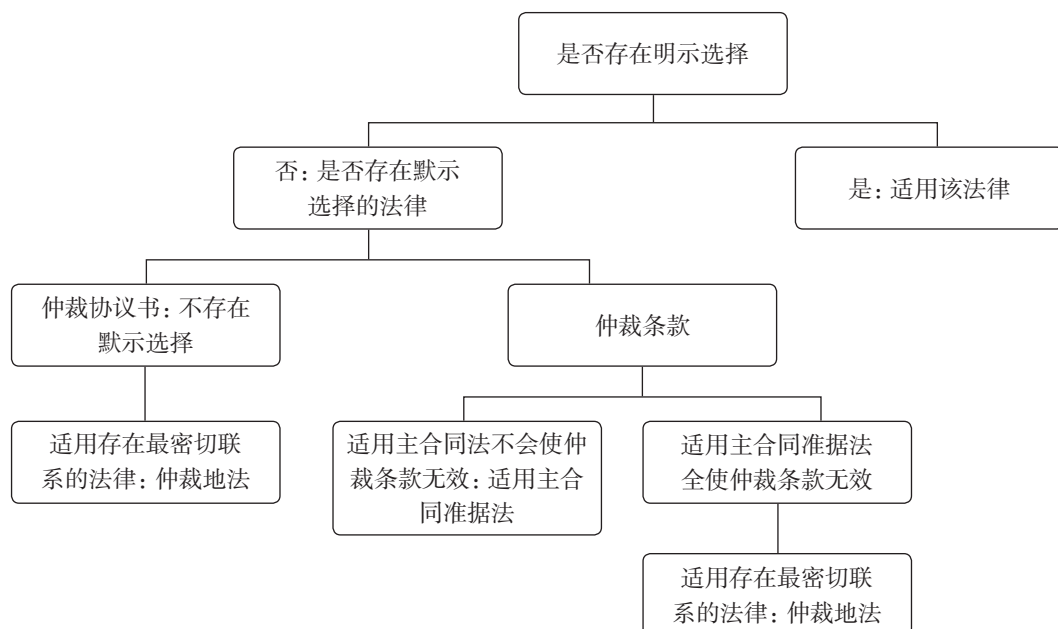


图 1: 仲裁协议法律适用思路

<sup>③7</sup> BNA v. BNB and another, No 159 of 2018, Court of Appeal of Singapore, 2019, pp.22-36.

## 四、对仲裁协议法律适用“三部曲”规则的评述

英国和新加坡通过 2012 年 *Sulamérica* 案以来的司法实践,发展出判断仲裁协议法律适用的“三部曲”规则,不但具有较强的整合仲裁协议法律适用的示范意义,笔者认为,该方法亦具备仲裁法理论上的合理性与相较于传统冲突规则的比较优势:

### (一) 兼顾仲裁协议的程序性和实体性

在学界中,对仲裁协议的法律性质有不同的理解——有论者认为仲裁协议的本质是一种“程序性”契约,因为它并不直接调整当事人之间的实体权利义务,而是规范当事人之间争端解决的方式与规则,大多涉及程序事项,与诉讼程序类似;<sup>③⑧</sup>另一种观点认为,仲裁协议是一种“实体性”契约,其基于仲裁协议的私法性质,而非将仲裁认定为一种涉及公权力的诉讼行为。因此,与民商事合同无异,仲裁协议只是民商事契约的一种特殊形态。权威国际贸易法学者施米托夫即持“实体性”立场:“仲裁协议的本质是化解争端的一种合同制度。”<sup>③⑨</sup>然而,如今有越来越多的观点认为仲裁协议具有复合性,是一种兼具程序性和实体性的契约,主张仲裁协议法律性质的“混合说”:一方面,仲裁协议是一种建立在当事人意思自治基础上的契约,在判断其有效性时适用与国际商事实体合同相同的规则,均涉及行为主体资格、形式和实质有效性三个方面,因此它具备实体性;仲裁协议程序性的一面则体现在它主要涉及案件的管辖、仲裁的程序规则等事项,具备鲜明的程序性特征。此外,仲裁协议的实际执行需要依赖仲裁庭和司法机关,不能由当事人自力完成,这也是仲裁协议区别于普通实体商事合同的重要特征。<sup>④⑩</sup>

仲裁协议法律适用“三部曲”规则充分尊重了仲裁协议的复合特性:一方面,在优先尊重当事人意思自治对仲裁协议的准据法作出选择的“第一步”,以及当仲裁协议体现为主合同中仲裁条款的形式时认为当事人默示选择主合同准据法的“第二步”,都体现了对仲裁协议“实体性”的尊重;另一方面,在第三步进行“最密切联系”判断时,英国法院将仲裁地法作为兜底的规定,乃考虑到仲裁需要依靠仲裁地法院的支持与监督这一“程序性”特征。因此,“三部曲”规则充分兼顾了仲裁协议的实体与程序特性,是一项建立在对仲裁协议法律性质正确认知上的冲突规则。

### (二) 符合对仲裁协议独立性的正确理解

仲裁协议的独立性(或如大陆法系指称的仲裁协议自治理论)已经得到各国普遍承认,如美国学者 Gary B. Born 所言:“仲裁协议的可分离性推定,是国际仲裁制度理论与实践的基石。”<sup>④⑪</sup>该原则的内涵是,仲裁协议与其附属的或与其相关的主合同相互独立,

<sup>③⑧</sup> 刘晓红:《国际商事仲裁协议的法理与实证》,商务印书馆 2005 年 7 月版,第 15-16 页。

<sup>③⑨</sup> [英]施米托夫:《国际贸易法文选》,赵秀文译,中国大百科全书出版社 1993 年 12 月版,第 674 页。

<sup>④⑩</sup> 寇丽:《现代国际商事仲裁法律适用问题研究》,知识产权出版社 2013 年 6 月版,第 49-52 页。

<sup>④⑪</sup> *Supra* note 1, at 350-353.

仲裁庭关于基础合同无效的判定不会剥夺仲裁协议的法律效力。<sup>②</sup> 仲裁协议独立性在国际商事仲裁与司法实践中的效力体现在以下方面：其一，仲裁协议可适用与基础合同不同国家的法律或规则；其二，主合同被认定为不存在或无效不影响仲裁协议的效力；其三，仲裁协议的违法、终止或无效也不影响主合同的效力。<sup>③</sup>

由此可见，仲裁协议独立性于仲裁协议冲突规则而言，意味着仲裁协议和主合同“可以”而非“必须”适用不同的法律。“三部曲”规则乃对仲裁协议独立性的正确理解，在缺乏当事人明示选择时，若主合同法不影响仲裁协议的效力，则默认对仲裁协议适用主合同法。反之，只有在主合同法的适用将剥夺仲裁协议效力之时，才基于仲裁协议的独立性，选择适用最密切联系地（即仲裁地）的法律，以保护仲裁协议的效力不因主合同的无效而被剥夺。

### （三）具有相较于传统做法的比较优势

#### 1. 相较直接以“主合同法”与“仲裁地法”作为缺省规则的比较优势

不同于仅规定“主合同”、“仲裁地”单一连节点的缺省规则，“三部曲”规则允许仲裁庭与法院考虑主合同准据法、仲裁地法、仲裁协议的有效性等多重连结因素，能够避免在国际商事仲裁与司法实践中对冲突规范的僵化适用。这与现代国际私法倡导的“软化处理”传统冲突规则的趋势是一致的。<sup>④</sup> 此外，传统的直接适用“主合同法”或者“仲裁地法”的缺省规则的理论基础分别是仲裁协议的“实体性”与“程序性”，然而，正如前文所述的，这两种观点都有失偏颇，均未能正确理解仲裁协议的复合属性，而“三部曲”法律选择方法显然更契合仲裁协议的复合法律性质。

#### 2. 相较直接以“最密切联系”原则作为缺省规则的比较优势

对比模糊的最密切联系原则，“三部曲”规则更为明确且更具有可操作性。在缺乏当事人对仲裁协议的明示法律选择时，若直接采传统的最密切联系原则，因为缺乏明确的连节点指引，法官仍将面临确定何种法律才是与仲裁协议具有最密切联系法律的困难选择。相较之下，“三部曲”的“可操作性”主要体现在其递进式的法律选择方式上，在“三部曲”中的每一阶段都给出明确的连节点指引——第一步要求适用当事人“明示”选择的法律；第二步，该缺省规则对“当事人的默示选择”及取代该默示选择的例外情形也给出了明确的指引，即推定当事人的默示选择为主合同准据法，并明确指出当主合同准据法将使仲裁协议无效的时候，应当进入第三步的最密切联系判断；当进入第三步后，虽然仍然需要进行“最密切联系”判断，但根据英国和新加坡的司法实践，此处的“最密切联系”测试的结果将指向仲裁地的法律。由此可见，“三部曲”规则有利于统一法院的裁判思路，使其法律选择结果相较于直接适用最密切联系原则更具有可预见性。

<sup>②</sup> Explanatory Note by the UNCITRAL secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006, para.25.

<sup>③</sup> *Supra* note 1, at 350–353.

<sup>④</sup> *Id.*, at 517–523.



### 3. 相较直接以“使之有效”原则与“国际仲裁实体法规则”作为缺省规则的比较优势

首先,需要肯定的是,瑞士与西班牙的“使之有效原则”体现出两国对国际商事仲裁的支持态度。然而,正如前文所言,在确定仲裁协议为有效之后,还可能产生因对仲裁协议“范围”的解释而引发的争议——这也是需要由仲裁协议的准据法解决的问题,但根据瑞士和西班牙的“使之有效”原则,除对仲裁协议的效力作出肯定判断外,并不能给出仲裁协议究竟适用何种法律的答案。此时,仲裁员和法官仍需行使其自由裁量权作出判断。由于缺乏明确的规则指引,可想而知,在此情况下将再度产生大量相互冲突的裁判,而这正是在对冲突规范进行设计时应当避免的。相较之下,“三部曲”规则既将仲裁协议的有效性作为考虑当事人默示选择时的一项重要因素,因而能够避免仲裁协议因适用主合同准据法而无效,又能够保持对仲裁协议准据法的明确指引。

其次,法国的“国际仲裁实体法规则”提出了“国际公共政策”“国际商事交易中有关正义的根本要求”等看似十分具有吸引力的概念,其在表面上似乎也更符合国际商事仲裁“国际性”的特征,然而,其仍然不能避免由过于空泛的概念而引发的解读上的冲突。上文在对英国近年判例进行梳理时提到 *Kabab-Ji* 案,该案亦经过巴黎上诉法院的审理。在上诉法院的判决中,法院沿袭法国传统做法,援引 *Dalico* 案的“国际公共政策”对涉案仲裁协议进行审查。在该案判决中,法院一方面继续强调 *Dalico* 案中的“仲裁协议不需要考察任何国家的法律”规则,却在另一方面认为应当对仲裁协议适用仲裁地法即法国法,原因是“仲裁裁决的有效性取决于仲裁地法”,<sup>④5</sup>但却没有论述为何可以将“国际公共政策”解释为“仲裁地法”。由此可见,所谓的“国际仲裁实体法规则”提出了过于空泛的“国际公共政策”概念,最终仍然需要依靠仲裁员与法院在个案中对其进行解释。但正如巴黎上诉法院在 *Kabab-Ji* 案作出的认定,缺乏边界的自由裁量缺将导致矛盾的判决。“三部曲”法律选择方法在每一阶段都给出了明确的法律适用指引,正是为了解决在适用仲裁协议冲突规则中裁判标准不一致的问题。

### 4. 可以兼容《纽约公约》的规定

《纽约公约》有关拒绝承认与执行仲裁裁决的内容规定,仲裁协议的有效性应当根据当事人选择的法律进行判断,若无当事人的选择,则应当以仲裁地法为准。上述的传统冲突规则除适用“仲裁地法”外,均可能面临与《纽约公约》规则相冲突的问题,相较之下,“三部曲”规则能够兼容《纽约公约》的规定。首先,“三部曲”的第一和第二阶段的判断分别根据当事人“明示”与“默示”的选择进行,虽然推定第二阶段判断中的“默示”选择指的是主合同准据法,但仍然可以将其解释为《纽约公约》第5条第1款中的“当事人作为协定准据之法律”;其次,在不能根据第一、第二阶段进行判断的情况下,“三部曲”规则的兜底规则虽然是“最密切联系”规则,但基于英国和新加坡法院的司法判例,这一规则指向的仍然是仲裁地的法律。这便和《纽约公约》第5条第1款中“未指明以何法律为准时,依裁决地所在国法律”的兜底规定相兼容了。

<sup>④5</sup> *Supra* note 31, at 5.

## 五、结论

传统的仲裁协议冲突规则在缺乏当事方明确约定时,要么直接适用主合同准据法或仲裁地法,要么以抽象的最密切联系原则确定仲裁协议适用的法律——前者过于僵化,而后者失之过宽。此外,作为少数国家实践的“使之有效”原则和“国际仲裁实体法规则”也仍然存在加剧仲裁协议法律适用规则碎片化的问题。近年来通过司法实践,英国和新加坡发展出了仲裁协议法律适用的“三部曲”规则。在没有当事方明确约定时,适用其默示选择的法律,若也不存在默示选择,则适用与仲裁协议存在最密切联系的法律(往往是仲裁地法)。在确定当事人默示选择的法律时,推定适用主合同准据法,除非适用主合同准据法将使仲裁协议无效。这体现了尽量使仲裁协议有效、支持当事人将争端提交仲裁的趋势,也巧妙地将仲裁协议法律适用制度融入以《纽约公约》为主的国际条约体系中。综上所述,“三部曲”法律选择方法思路明晰、操作性强,符合国际社会“支持仲裁”的趋势,同时又不违背各国承担的公约义务,为仲裁协议法律适用规则的统一化提供了积极的示范。

---

**Abstract:** Countries generally recognize the principle of party autonomy when determining the applicable law for the arbitration agreement, allowing contracting parties to choose the applicable law for the arbitration agreement. However, without such choice, there is no generally adopted default rule to determine the governing law of arbitration agreement. Looking at the legislative and judicial practice of various countries, there exist different approaches such as choosing the law of the main contract, the law of the place of arbitration or the law with the most connection with the arbitration agreement. Despite the fragmentation of various approaches, it is note-worthy that from the frontier practice in the field of international commercial arbitration, the rule for the applicable law for the arbitration agreement has witnessed a trend of unification. Based on the most recent judicial practice in the UK and Singapore, which are leading forums of the international commercial arbitration, this Paper summarizes the newest development and the trend of unification of the conflict of law rules in this field, hoping to provide new insight on this regard.

**Keywords:** arbitration agreement; applicable law; case study

---

(责任编辑:黄晨亮)

# 国际调解十大发展趋势

娜嘉·亚历山大\*

---

**内容提要** 在全球调解背景之下,近年来跨境调解实践呈现出十大发展趋势。首先,当事人多样化以及相应发展的调解实践多元化直接推动了全球范围内调解规则规范化。其次,随着调解领域的专业化,调解员和律师的作用也越来越突出,这一变化直接促使国际调解市场中调解员职业化与律师调解普及化。再次,调解类型的扩展与科技的迅猛发展,不仅让调解与其他纠纷解决机制融合发展,也极大地促进了在线纠纷解决机制的快速发展。最后,当代调解从传统调解中汲取和平友好解决纠纷的精神,形成赔礼道歉立法化趋势;从现代调解中吸收资本支持调解的做法,形成第三方资助合法化趋势。

**关键词** 国际调解 跨境调解 发展趋势

---

## 导 论

《联合国国际商事调解示范法(2018)》《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约(2018)》《联合国国际贸易法委员会调解规则(2020)》为全球调解的全面提升提供了程序支持、立法支持与执行支持。纵观全球调解最新发展,逐渐形成当事人多样化、调解实践扩大化、调解规则规范化、调解员职业化、律师调解普及化、调解实践多元化、调解与其他纠纷解决机制融合化、在线纠纷解决便捷化、赔礼道歉立法化、第三方资助合法化十大发展趋势。

本文就全球调解近年发展呈现的十大趋势进行论述。有两点需要解释说明。首先,本文所指“全球调解”与国际调解、跨境调解实属同义,其中“跨境”与“国际”可以相互替换。其次,本文所指“十大趋势”虽然更多是一种“并列关系”,但是也暗含了一定的“递进关系”——第一层次是从国际调解当事人多样化,到国际调解实践的不断扩展,随之促进国际调解机制发展以及国际调解法律框架的日益完善;第二层次是从调解员职业化、律师调解普及化,到调解实践多元化,形成调解与其他纠纷解决机制融合化趋

---

\* 本文为译文,原文刊发于《新加坡法学院学报》(Singapore Academy of Law Journal)2019年第31卷特刊。娜嘉·亚历山大(Nadja Alexander),新加坡管理大学法学院教授、新加坡管理大学国际争端解决中心(SIDRA)主任。翻译:赵蕾,华南农业大学人文与法学学院副教授;樊文颖,华南农业大学人文与法学学院本科生。

势；第三层次是全球调解的最新变化，主要包括在线纠纷解决便捷化、赔礼道歉立法化以及第三方资助合法化。全文正是通过三个层次为我们描绘出全球调解十大发展趋势。

## 一、当事人多样化

国际调解当事人正在日趋多样化。随着我们对跨境纠纷解决机制本质的理解日益深入，跨境调解适用范围日渐扩大，跨境纠纷中的当事人自然也变得更加多样化。特别是互联网的可访问性持续提升与从事国际贸易小微企业数量的相应增长，共同导致国际交易量大大增加，并因此产生了更多国际纠纷。就像打开了潘多拉的盒子，B2B（企业对企业）和B2C（企业对消费者）在线交易暴增的同时也产生了大量纠纷。具体来说，消费者作为跨境纠纷中的当事人，通过点击鼠标即可完成一单跨境交易，他们既不太关注商品的发货地，也不注意网络买卖合同在何时与何地签订，直到出问题想寻求救济的时候才意识到自己遇到了跨境纠纷。

除了小型企业和电子商务消费者，还有许多类型纠纷的当事人选择调解，成为调解的“新用户”。如分居在世界两地的父母，可能会发现自己陷入非常复杂的家庭冲突如国际儿童绑架（International Child Kidnapping）<sup>①</sup>中。当今全球流动性使得这类纠纷数量有所增加。面对此类极其复杂的跨境家事纠纷，调解可以帮助父母之间进行对话与谈判。

当事人多样化的另一个例证是国际投资活动利害关系人范围持续扩大，电商平台卖家、小型企业、妇女等主体在国际投资活动中参与度越来越高。许多公用事业，如卫生、公共设施、公共交通等也从国有、国营企业转化为私营、公私合营企业。此外，很多国家和地区本地居民也通过政治和法律改革获得对本地自然资源更多的自治权与决定权。这使得他们以当事人身份出现在谈判桌上，在如何使用以及谁来使用所有土地的地上或者地下资源等关乎未来发展问题上拥有更多发言权。因此，村民代表开始与矿业高管、风险投资者、政府官员就法律、经济、就业、住房、环境、资源以及公共政策、文化、人权和习惯法等复杂问题进行谈判以解决一系列棘手问题。

## 二、调解实践扩大化

随着跨境调解尤其是商事领域跨境调解持续发展，在纠纷解决当事人多样化需求、调解专业化要求双重驱动下，专门纠纷解决机构力量也愈发强劲。首先，自上世纪九十年代中后期始，跨境调解迈入制度化阶段，国际商会仲裁院（ICC）<sup>②</sup>、伦敦国际仲裁

<sup>①</sup> Cf Theresa Tan, *Hide and Seek: Heart-breaking Tales of Child Abduction by a Parent When a Marriage Sours*, The Straits Times, 1 February 2019.（译者注：国际儿童绑架是指将儿童带离或试图带离国境，或将儿童滞留境外，意图妨碍他人行使监护权的一种涉嫌犯罪的行为。）

<sup>②</sup> The International Chamber of Commerce, <https://iccwbo.org>.

院 (LCIA)<sup>③</sup>、亚洲国际仲裁中心 (AIAC)<sup>④</sup> 等国际商事仲裁机构都开始提供跨境调解服务。其次,悉尼纠纷解决方案研究所 (RI、LEADR)<sup>⑤</sup>、罗马替代性纠纷解决中心、伦敦国际争议解决中心、美国国际预防和解决冲突研究所 (CPR) 与司法仲裁调解纠纷解决服务公司 (JAMS) 等机构开始向境外拓展国际调解服务。最后,新加坡国际调解中心 (SIMC)<sup>⑥</sup>、日本京都国际调解中心<sup>⑦</sup>、巴厘岛国际仲裁与调解中心等为解决国际纠纷专门设立调解机构,开启了专业国际调解服务新篇章。<sup>⑧</sup>

调解形式既有临时调解 (Ad Hoc Mediation),也有机构调解 (Institutional Mediation)。双方采用跨境商事调解作为纠纷解决形式,多是基于合同中柔性调解条款 (Flexible and mutually derived contractual arrangements)。目前,国际商事调解成功应用于制造业、采矿业、建筑业、知识产权、保险和再保险等多个领域。<sup>⑨</sup>

在跨境纠纷解决领域,除了有提供商事调解的机构,专门从事类型化调解的机构也正在兴起。调解范围涵盖电子商务纠纷、家事纠纷、知识产权纠纷、投资者与东道国纠纷以及国家间纠纷等。以下是当前类型化纠纷国际调解概览。

### (一) 电子商务纠纷调解

互联网和电子商务发展催生了大批提供企业与消费者 (B2B 和 B2C) 在线纠纷解决服务的供应商。在欧盟,2013 年生效实施的《欧盟消费者替代纠纷解决方式指令》和《欧盟消费者在线纠纷解决指令》为创建 ODR 平台提供了法律依据。这两份指令鼓励使用者选择在线调解,电子商务纠纷中使用在线调解案件数量因此急剧增加。由于相关内容会在趋势八:“在线调解便捷化”具体论述,此乃后话,稍后再表。

### (二) 家事调解

在跨境通信受阻、交通不便等客观限制之下,跨境家事纠纷解决的困难超乎想象。而且,这些家事纠纷大多源于父母感情生活不和,通过诉讼方式往往难以妥善解决。因此,有关子女抚养权和财产分割的跨境家事纠纷,尤其是国际儿童绑架案件 (International Child Kidnapping) 等越来越多地倾向采取替代性纠纷解决机制解决。<sup>⑩</sup>

<sup>③</sup> The London Court of International Arbitration, <https://www.lcia.org>.

<sup>④</sup> The Asian International Arbitration Centre ( “AIAC” ), <https://www.aiac.world/>.

<sup>⑤</sup> The Resolution Institute ( “RI” ), <https://www.resolution.institute>.

<sup>⑥</sup> The Singapore International Mediation Centre, [www.simc.com.sg](http://www.simc.com.sg).

<sup>⑦</sup> James Claxton & Luke Nottage, *Wa and the Japan International Mediation Centre-Kyoto*, Kluwer Mediation Blog, <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2018/02/01/wa-and-the-japanese-international-mediation-centre/>.

<sup>⑧</sup> The Bali International Arbitration and Mediation Centre, <http://www.baliarbitrationsummit.com/index.php>.

<sup>⑨</sup> Alastair Henderson & Anita Phillips, *Mediation in International Commercial Disputes: Current Trends*, in *Mediation in Singapore – A Practical Guide*, Danny McFadden & George Lim SC(eds.), 2nd Ed, Sweet & Maxwell, 2017, paras.19.024–19.044.

<sup>⑩</sup> *TSF v. TSE*, [2018] 2 SLR 833. 新加坡曾报道过一个案例,孩子父亲 (新加坡国籍) 在直系亲属帮助下,通过合法的法律程序,趁着孩子母亲和小孩在新加坡旅行时,取得了这名患有自闭症幼童 (英国国籍) 的监护权。后来这位母亲寻求国际儿童绑架防治非营利机构的帮助,意图非法进入新加坡带回孩子。

对于跨境家事纠纷而言,调解是一种非常合适的纠纷解决方式。<sup>①</sup>当前,英国国际儿童绑架防治中心(Reunite)<sup>②</sup>、法国国际家庭调解援助团(MAMIF)<sup>③</sup>、德法家庭调解中心(MFBE)<sup>④</sup>、欧洲打击国际儿童绑架律师团(LEPCA)<sup>⑤</sup>、日内瓦国际社会服务局(ISS)等许多国际、区际组织开始提供跨境家事纠纷调解服务。<sup>⑥</sup>2019年ISS召开了一系列工作会议,确定了跨境家事纠纷调解基本原则。ISS一直致力于建立跨境家事调解员全球网络,未来也会明确该平台的职权范围和监督机制。<sup>⑦</sup>

在完善跨境家事调解监管框架方面<sup>⑧</sup>,海牙国际私法会议工作组制定了三份公约。其中《海牙保护儿童权利公约(1996)》<sup>⑨</sup>和《成年人国际保护公约(2000)》<sup>⑩</sup>提倡对属于该公约范围内事项使用调解方式解决<sup>⑪</sup>,后者填补了前者有关弱势成年人保护的空白。《国际诱拐儿童民事方面公约(1980)》<sup>⑫</sup>对调解也做了规定。此外,海牙国际私法会议常设事务局也通过制定专门针对跨境家庭调解的理事会条例、指令和建议,强化对家事纠纷调解的支持。<sup>⑬</sup>

<sup>①</sup> The European Code of Conduct for Mediators, Recommendation No R(98)1 on Family Mediation in Europe (Council of Europe 1998), the European Charter for Training in Family Mediation for Separation and Divorce (1992). 这些法律文件都规定了,调解是跨境家事纠纷解决的优先选择。

<sup>②</sup> The Reunite (UK), [www.reunite.org](http://www.reunite.org).

<sup>③</sup> The Mission d'aide à la médiation internationale pour les familles, [www.enlèvement-parental.justice.gouv.fr](http://www.enlèvement-parental.justice.gouv.fr).

<sup>④</sup> The Médiation familiale binationale en Europe, [www.mfbe.eu](http://www.mfbe.eu).

<sup>⑤</sup> The Lawyers in Europe on Parental Child Abduction, <https://www.lepca.eu>. (译者注:LEPCA是一个由律师和法律专业人员组成的打击国际儿童诱拐犯罪的专门组织。)

<sup>⑥</sup> The International Social Service, <http://www.geneveint.ch/international-social-service-iss-0>.

<sup>⑦</sup> Matthew Thorpe, *Mediation to Resolve Child Abduction Issues for Hague and non-Hague Convention Countries*, Singapore Academic of Law Journal, 2018, Vol.30, pp.584-585, paras.27-28. 马修·索普爵士在报告中指出:“为解决海牙公约缔约国和非海牙公约缔约国的儿童绑架问题进行调解”。See Hague Conference on Private International Law, *Feasibility Study on Cross-Border Mediation in Family Matters*, General Affairs and Policy, 2007, pp.21-28. See Hague Conference on Private International Law, *Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction-Part V-Mediation*, May 2011. 国际社会服务似乎正在致力于解决海牙国际私法会议“跨境家事调解可行性研究”所强调的缺乏协调机制的问题。

<sup>⑧</sup> Christoph Paul & Sybille Kieseewetter, *Cross-border Family Mediation: International Parental Child Abduction, Custody and Access Cases*, 2nd Ed, Berlin: Wolfgang Metzner Verlag, 2014.

<sup>⑨</sup> Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Cooperation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children (19 October 1996; entry into force 1 January 2002).

<sup>⑩</sup> Hague Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults (1 January 2009; entry into force 1 January 2009).

<sup>⑪</sup> *Supra* note 19, at Art.31.

<sup>⑫</sup> Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction (25 October 1980; entry into force 1 December 1983).

<sup>⑬</sup> Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility; Council Directive 2002/8/EC of 27 January 2003 to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes; and Recommendation on Family Mediation and Equality of Sexes (Recommendation 1639 (2003) adopted 21 June 2004, Recommendation No R(98)1 of the Committee of Ministers to Member States on Family Mediation (adopted 21 January 1998).

### （三）知识产权调解

在知识产权纠纷调解领域,世界知识产权组织(WIPO)和欧盟知识产权组织(European Union Intellectual Property Organization)是主要的调解机构。<sup>②④</sup>此外,互联网名称与数字地址分配机构(ICANN)<sup>②⑤</sup>采纳的《统一域名争议解决政策》(Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy)<sup>②⑥</sup>的调解服务提供者包括亚洲域名争议解决中心(Asian Domain Name Dispute Resolution Centre)<sup>②⑦</sup>、美国国家仲裁论坛(National Arbitration Forum)<sup>②⑧</sup>、世界知识产权组织。新加坡调解中心也提供域名纠纷调解服务,鼓励当事人通过调解解决纠纷;调解不成的再由专门小组(Administrative Panel)根据《新加坡域名争议解决规则》(Singapore Domain Name Dispute Resolution Policy)解决。2009年至2017年,WIPO通过调解和仲裁解决了超过580起案件<sup>②⑨</sup>,调解成功率高达70%。<sup>③⑩</sup>

美国在1997年至2011年的知识产权纠纷解决中的调解率比其他任何专业领域增长都快。<sup>③①</sup>首先,从法律冲突的角度来看,知识产权的地域性与纠纷的国际性形成剧烈冲突,这使得诉讼和仲裁具有高度不可预测性,成本极高。<sup>③②</sup>再者,从知识产权纠纷本身的特质来看,与知识产权纠纷的可仲裁性<sup>③③</sup>有关的挑战使人们对相对灵活的知识产权跨境纠纷调解越来越感兴趣。在涉及知识产权的国际商事关系中,当事人通常会在新产品或技术研发中形成合作关系,共享研发成果。<sup>③④</sup>可是纠纷一旦产生,这种“脆弱的”合作

<sup>②④</sup> The WIPO Neutrals webpage, <http://www.wipo.int/amc/en/neutral/index.html>, last visited June 2019. 世界知识产权组织有专门的仲裁和调解中心,与世界各国知识产权局合作以推广替代性争议解决机制。世界知识产权组织组建的专家库收录了1500多名仲裁员、调解员和纠纷解决专家,该专家库名单不公开,不过都是由国际专家和专业人员组成,他们具有专利、商标、版权、外观设计或其他知识产权领域的专门知识,以及丰富的商事纠纷解决经验。

<sup>②⑤</sup> Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), [www.icann.org](http://www.icann.org).

<sup>②⑥</sup> Singapore Mediation Centre, *Singapore Domain Name Dispute Resolution Service*, <http://www.mediation.com.sg/business-services/singapore-domain-namedispute-resolution-services/>, last visited June 2019.

<sup>②⑦</sup> Asian Domain Name Dispute Resolution Centre (ADNDRC), [www.adndrc.org](http://www.adndrc.org).

<sup>②⑧</sup> National Arbitration Forum (NAF), [www.domains.adrforum.com](http://www.domains.adrforum.com).

<sup>②⑨</sup> World Intellectual Property Organization, *WIPO Caseload Summary*, <http://www.wipo.int/amc/en/center/caseload.html>, last visited 4 November 2018. World Intellectual Property Organization, *WIPO Mediation Case Examples*, <http://www.wipo.int/amc/en/mediation/caseexample.html>, last visited 4 November 2018.

<sup>③⑩</sup> World Intellectual Property Organization, *WIPO Caseload Summary*, <http://www.wipo.int/amc/en/center/caseload.html>, last visited 4 November 2018.

<sup>③①</sup> Thomas Stipanowich & J Ryan Lamare, *Living with “ADR”: Evolving Perceptions and Use of Mediation, Arbitration and Conflict Management in Fortune 1,000 Corporations*, Harvard Negotiation Law Review, 2014, Vol.19:1, p.1.

<sup>③②</sup> Nick Gardner, *Mediation and Its Relevance to Intellectual Property Disputes*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2014, Vol.9:7, p.566.

<sup>③③</sup> Jacques De Werra, *Arbitrating International Intellectual Property Disputes: Time to Think beyond the Issue of (Non-) Arbitrability*, Int'l Bus. L.J., 2012, p.301; Ignacio de Castro & Panagiotis Chalkias, *Mediation and Arbitration of Intellectual Property and Technology Disputes - The Operation of the World Intellectual Property Organization Arbitration and Mediation Center*, Singapore Academy of Law Journal, 2012, Vol.24, p.1059.

<sup>③④</sup> Ignacio de Castro & Panagiotis Chalkias, *Mediation and Arbitration of Intellectual Property and Technology Disputes - The Operation of the World Intellectual Property Organization Arbitration and Mediation Center*, Singapore Academy of Law Journal, 2012, Vol.24, p.1059.

关系很快就会打破,技术信息、技术秘密(Access to Know How),知识管理(Knowledge Management)、技术革新以及跨境商事关系破裂后可能产生的商业秘密泄露问题就会变得非常尖锐。<sup>③⑤</sup>通过调解,当事人可以达成更有创造性、更具商业智慧的解决方案。例如签订不违反反垄断法的商标共用协议(Trademark Co-existence Agreement)。<sup>③⑥</sup>

#### (四) 投资者与东道国纠纷调解

20世纪60年代出现的投资者与东道国纠纷解决机制(ISDS)可谓一石激起千层浪,促使国际投资纠纷解决领域发生了翻天覆地的变化。正如趋势一中所描述的那样,纠纷主体的多元化促使纠纷解决机制变得更加灵活化、多样化,以及具有更强的可接近性。与此同时,由于仲裁解决方式在费用、所需时间、裁决的不可预测性以及可执行性方面的不足,当事人转而寻求其他更方便、有效的纠纷解决方式,纠纷解决机制改革成为必然。<sup>③⑦</sup>

在此背景下,联合国国际贸易法委员会第三工作组启动审议ISDS机制改革方案,<sup>③⑧</sup>方案内容包括发挥调解在投资者和东道国之间错综复杂的利益关系中的作用。<sup>③⑨</sup>此外,国际律师协会等制定《投资者-东道国调解规则》(IBA Rules for Investor-State Mediation)<sup>④⑩</sup>,国际投资争端解决中心(ICSID)制定《调解规则》(ICSID's Proposed Mediation Rules)<sup>④⑪</sup>,2016年国际能源宪章大会起草《投资纠纷调解指南》(The Guide on Investment Mediation)<sup>④⑫</sup>,2013年国际调解协会(IMI)成立投资者与国家调解工作组(Investor-State Mediation Taskforce)<sup>④⑬</sup>,可以说这些组织机构也积极推动了全球调解的推广。越来越多双边或多边条约也将调解纳入其纠纷解决机制,如《东盟全面投资协定》(ACIA)关于通过诉讼或仲裁解决投资争端的规定<sup>④⑭</sup>,鼓励通过和解和调解等有效手段及

<sup>③⑤</sup> Nick Gardner, *Mediation and Its Relevance to Intellectual Property Disputes*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2014, Vol.9:7, p.571.

<sup>③⑥</sup> Mary Vitoria QC, *Mediation of Intellectual Property Disputes*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2006, Vol.1:6, p.401.

<sup>③⑦</sup> Rachel L Wellhausen, *Recent Trends in Investor-State Dispute Settlement*, Journal of International Dispute Settlement, 2016, Vol.7, p.134.

<sup>③⑧</sup> United Nations Commission on International Trade Law (hereinafter "UNCITRAL"), Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the Work of Its Thirty-fourth Session, A/CN.9/930/Rev.1, 19 December 2017, Part I, p.11.

<sup>③⑨</sup> Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration, Procedural Fairness, and the Rule of Law*, in International Investment Law and Comparative Public Law, Stephan W Schill(ed.), Oxford University Press, 2010, Part IV, ch.20, p.627. 如在投资者与东道国争端调解中,投资条约所保护的权利与为其他国际法律制度(如人权条约或保护环境和公共健康的条约)所保护的利益存在冲突。

<sup>④⑩</sup> International Bar Association, Mediation Committee, State Mediation Subcommittee, IBA Rules for Investor-State Mediation, 4 October 2012.

<sup>④⑪</sup> The International Centre for Settlement of Investment Disputes, <https://icsid.worldbank.org/en/amendments>, last visited June 2019; Ana Ubilava & Luke Nottage, *ICSID's New Mediation Rules: A Small but Positive Step Forward*, [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Ubilava\\_Nottage\\_10.17.2018.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Ubilava_Nottage_10.17.2018.pdf), last visited June 2019.

<sup>④⑫</sup> Energy Charter Secretariat, Decision of the Energy Charter Conference, CCDEC 2016, 12 INV, 19 July 2016.

<sup>④⑬</sup> International Mediation Institute, Investor-State Mediation Taskforce, Response to the European Commission Public Consultation on a Multilateral Reform of Investment Dispute Resolution, 15 March 2017.

<sup>④⑭</sup> Association of Southeast Asian Nations(ASEAN), ASEAN Comprehensive Investment Agreement, 26 February 2009, Section B.



时解决纠纷<sup>④5</sup>；《欧盟-加拿大全面经济贸易协定》鼓励在不损害当事人权利或法律地位的前提下随时使用调解<sup>④6④7</sup>；《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排的投资协定》建立可由投资者发起的解决投资纠纷的调解机制；《印尼-澳大利亚全面经济伙伴关系协定》<sup>④8</sup>也在纠纷解决机制加入了协商和调解的要求。<sup>④9</sup>

### （五）国家间纠纷调解

除上文提到的投资纠纷外，跨境调解也开始在国家间纠纷解决中发挥作用。亚太地区的一些成员国正致力于建立新型永久性纠纷解决机构，即亚太地区调解组织（ARMO）<sup>⑤0</sup>，以解决该区域的国家间纠纷。特别是2017年9月澳大利亚与东帝汶在海牙常设仲裁法院主持下，通过调解达成协议，解决了两国之间长期存在、非常棘手的海上国境线纠纷<sup>⑤1</sup>。这一案例的成功提升了在国家纠纷解决中使用调解的信心。<sup>⑤2</sup>

## 三、调解规则规范化

近年来随着调解实践的制度化 and 专业化发展，同时全球跨境商事纠纷解决需要更强的确定性，企业进行国际贸易需要更多的便利性与确定性，对于建立健全全球商事调解法律体系的呼声也日渐强烈。其实，在跨境纠纷解决领域，有关商事调解规范的国际规则早已有之，如联合国贸易法委员会1980年颁布的《调解规则（UNCITRAL Conciliation Rules）》<sup>⑤3</sup>。进入21世纪后，更是兴起了一股国际调解立法浪潮，其中以欧盟《2008/52/EC号关于民商事调解若干方面的指令》<sup>⑤4</sup>（以下简称《欧盟调解指令》）、《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》<sup>⑤5</sup>（以下简称《新加坡公约》）、《联合国国际贸易法委员会

<sup>④5</sup> ASEAN, *ASEAN Comprehensive Investment Agreement: A Guidebook for Business and Investors*, March 2013, p.23.

<sup>④6</sup> EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement, 30 October 2016, Art.8.20.

<sup>④7</sup> *Id.*, at Art.8.20(1).

<sup>④8</sup> Kevin Elbert, *The Indonesia-Australia Comprehensive Economic Partnership Agreement: The Good, the Not-So-Good and the In-Between*, Kluwer Arbitration Blog, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/04/27/the-indonesia-australia-comprehensive-economic-partnership-agreement-the-good-the-not-so-good-and-the-in-between/>.

<sup>④9</sup> Indonesia-Australia Comprehensive Economic Partnership Agreement, 4 March 2019, ch.20 (Consultations and Dispute Settlement).

<sup>⑤0</sup> Chang-fa Lo et al, *Concept Paper on the Creation of a Permanent "Asia-Pacific Regional Mediation Organisation" for State-to-State (Economy-to-Economy) Disputes*, Contemporary Asia Arbitration Journal, 2017, vol.10:2, p.321.

<sup>⑤1</sup> Ben Doherty, *Australia and Timor-Leste to Negotiate Permanent Maritime Boundary*, The Guardian, 9 January 2017.

<sup>⑤2</sup> Paul Karp, *Australia and Timor-Leste Strike Deal on Maritime Boundary Dispute*, The Guardian, 3 September 2017.

<sup>⑤3</sup> UNCITRAL Conciliation Rules, GA Res 35/52, adopted at the United Nations General Assembly, 35th Session, 23 July 1980. (译者注：联合国贸易法委员会已经发布《调解规则（2020）草案》。)

<sup>⑤4</sup> Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters.

<sup>⑤5</sup> United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, GA Res 73/198, adopted at the United Nations General Assembly, 73rd Session, 20 December 2018.

国际商事调解示范法》<sup>⑤⑥</sup>（以下简称《调解示范法》）为其中典例。以下分别展开论述。

### （一）《欧盟调解指令》

早在2008年，欧盟的区际调解法律框架就由《欧盟调解指令》奠定了基础。《欧盟调解指令》要求各成员国（不含丹麦）应于2011年5月21日前遵照本指令施行必要的跨境民商事调解法律、规章。《欧盟调解指令》主要包括以下五方面内容：

- （1）调解程序启动条款<sup>⑤⑦</sup>；
- （2）调解程序中诉讼时效保护条款<sup>⑤⑧</sup>；
- （3）调解员资质（资格）与调解程序条款<sup>⑤⑨</sup>；
- （4）调解协议的强制执行力条款；
- （5）调解保密条款<sup>⑥⑩</sup>。

《欧盟调解指令》目的在于利用替代性纠纷解决机制便利当事人的纠纷解决，并通过鼓励使用调解以及确保调解与司法程序之间的平衡关系促成纠纷的妥善解决。因此，该指令允许各国为实现这一目的对国内法进行相应修改或以此为蓝本重新制定国内法，而不必完全采纳《欧盟调解指令》的内容。不过这种做法也产生了一些问题，例如，欧盟调解协议统一执行机制并未建立，欧盟跨境调解协议必须转化为判决书或仲裁裁决书才能获得强制执行力。

### （二）《新加坡公约》

2018年联合国大会通过的《新加坡公约》与跨境调解密切相关。《新加坡公约》是联合国第一个以调解为重点的多边条约。它试图解决当前国际调解制度的一大痛点——即国际和解协议缺乏快速有效的执行机制。<sup>⑥⑪</sup>在实践中，国际和解协议很难与仲裁裁决书<sup>⑥⑫</sup>或法院判决书<sup>⑥⑬</sup>具有同等效力，从而也无法适用已经较为成熟的对外国仲裁裁决<sup>⑥⑭</sup>和

<sup>⑤⑥</sup> Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, GA Res 73/199, adopted at the United Nations General Assembly, 73rd Session, 20 December 2018.

<sup>⑤⑦</sup> *Supra* note 54, at Art.5.

<sup>⑤⑧</sup> *Id.*, at Art.4.（译者注：根据《调解指令》第8条规定，成员国应确保选择调解解决争议的当事人不会因为与争议有关的诉讼时效已过，而无法提起诉讼或仲裁。第1款的规定不应损害以成员国为当事人的国际条约中有关诉讼时效的规定。）

<sup>⑤⑨</sup> *Id.*, at Art.6.

<sup>⑥⑩</sup> *Id.*, at Art.7.

<sup>⑥⑪</sup> Stacie Strong, *Realizing Rationality: An Empirical Assessment of International Commercial Mediation*, Washington & Lee Law Review, 2016, Vol.74:4, p.2014; see also Jacqueline Nolan-Haley, *Mediation: The “New Arbitration”*, Harvard Negotiation Law Review, 2012, Vol.17, pp.88-89.

<sup>⑥⑫</sup> Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2nd Ed, Wolters Kluwer, 2014, pp.3021-3027; See Art.30 of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (A/40/17, Annex I; A/61/17, Annex I) (21 June 1985; amended 7 July 2006).

<sup>⑥⑬</sup> Singapore Mediation Act 2017, Act 1 of 2017; Dorcas Quek Anderson, *A Coming of Age for Mediation in Singapore? Mediation Act 2016*, Singapore Academy of Law Journal, 2017, Vol.29, p.275.

<sup>⑥⑭</sup> Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards(10 June 1958; entry into force 7 June 1959), 330 UNTS 3.

法院判决的国际承认和执行制度。<sup>65</sup> 因此,国际和解协议在外国司法管辖区往往面临严重的认可难和执行难问题。<sup>66</sup>

为了改变这一状况,《新加坡公约》赋予国际和解协议以与仲裁裁决同等的执行力<sup>67</sup>,并建立了一个简单有效的直接执行机制<sup>68</sup>:《新加坡公约》的第3条参照了《承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》)第3条的规定,明确适用本公约执行国际和解协议时只对和解协议进行形式审查。只有在当事人提出请求时,才在请求范围进行实质审查。寻求救济的一方应向该法院提出申请,并提交包含缔约方签名的国际和解协议、调解员或调解机构出具的认证,以证明该协议是通过调解而达成的。<sup>69</sup> 如果该协议不违反《新加坡公约》第5条规定的缔约国拒绝执行的情形,它将由该法院直接执行。在当事人已经成功地调解纠纷,但后来一方当事人又试图重新起诉时,对于已经通过调解协商完毕的部分,缔约国应允许当事人援用和解协议并基于它提出完全的抗辩。

解决国际和解协议执行难的关键在于取消“需要在其缔结地进行审查”的要求。换句话说,《新加坡公约》没有“调解地”的概念,也没有缔约国要求,仅需要和解协议本身符合“经调解而产生”,并提交必要证据证明其具有可执行性。因此,《新加坡公约》仅调整执行前的阶段:即确认和解协议具有可执行性以及当事人有权获得法律救济,具体的程序规则遵照各国法律规定。

《新加坡公约》明确将可作为判决或裁决执行的经调解而达成的和解协议排除在外。<sup>70</sup> 该公约的主要目的是在《纽约公约》、海牙《选择法院协议公约》和其他跨境执行协议不适用<sup>71</sup>的情况下发挥作用,填补可执行性方面的空白。<sup>72</sup> 《新加坡公约》除了作为

<sup>65</sup> Art.12 of the Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements (30 June 2005; entry into force 1 October 2015) (“2005 Hague Convention”), 例如申请根据《海牙协议选择法院公约》第12条执行和解协议。当然,为了使这种和解协议能够得到执行,和解协议文件中必须有选择相关法院的书面协议,而且和解协议的标的必须不属于该公约第2条的排除范围。

<sup>66</sup> James R Coben & Peter N Thompson, *Disputing Irony: A Systematic Look at Litigation about Mediation*, Harvard Negotiation Law Review, 2006, Vol.11, pp.47-48; James R Coben & Peter N Thompson, *Mediation Litigation Trends: 1999-2007*, World Arbitration & Mediation Review, 2007, Vol.1, p.395.

<sup>67</sup> Nadja Alexander & Shouyu Chong, *The Singapore Convention on Mediation: A Commentary*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2019.

<sup>68</sup> Singapore Convention on Mediation Arts.1 and 3.

<sup>69</sup> *Id.*, at Art.4.

<sup>70</sup> *Id.*, at Art.1(3). Singapore Mediation Act 2017, Act 1 of 2017, s.12. 关于可作为法院判决执行的国际调解解决协议的示例。

<sup>71</sup> Nadja Alexander & Shouyu Chong, *The New UN Convention on Mediation (aka the ‘Singapore Convention’) – Why It’s Important for Hong Kong*, Hong Kong Lawyer, 2019, p.28; The Standing International Forum of Commercial Court, <https://www.sifocc.org/about-us/>, last visited 1 February 2019. 在判决方面,还应当注意到商事法院常设国际论坛(SIFOCC)就跨区域执行商事判决的多边谅解备忘录达成的共识,可能包括作为判决认可的国际调解协议。此外,《新加坡公约》的适用还必须与即将出台的《承认和执行外国国民商事判决公约》(草案)保持一致。在本文发表之时,该公约草案正处于海牙国际私法会议的起草阶段。(译者注:2019年7月2日海牙国际私法会议第22届外交大会通过了《承认与执行外国国民商事判决公约》(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters)。)

<sup>72</sup> Art.12 of the Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements (30 June 2005; entry into force 1 October 2015).

促进公约执行的工具之外,更深层次的意义是它首次将调解在国际法意义上提升为与仲裁、诉讼同等地位的争议解决方式,成为国际商事纠纷解决的三驾马车。<sup>⑦③</sup>

### (三)《调解示范法》

《国际商事调解示范法(2002)》<sup>⑦④</sup>(以下简称《调解示范法》)与《新加坡公约》不同。《新加坡公约》侧重于对和解协议的承认和执行,而《调解示范法》则侧重于确定国际商事调解的一般规则和基本程序。《调解示范法》主要目的是为各国在订立调解法时提供立法参考。《调解示范法》允许一国采纳调解示范法条文时对原条文进行改动或删除,并不要求全盘接收,因此《调解示范法》具有较高的灵活性。值得注意的是,《调解示范法》的修订工作与《新加坡公约》的起草和通过同时进行。这也是联合国贸易法委员会历史上第一次由一个工作组同时拟订两项法律文书。各国可以选择加入《新加坡公约》抑或是参考示范法制定本国调解法。

全球约33个法域以及美国部分州采纳了《调解示范法》。<sup>⑦⑤</sup>《调解示范法》与《新加坡公约》一致采用了广义调解定义,即“由第三方协助当事人,帮助其友好解决争议的程序”。<sup>⑦⑥</sup>《调解示范法》规范了调解中的程序性事项,如调解的启动<sup>⑦⑦</sup>和终止<sup>⑦⑧</sup>,以及调解员的任命<sup>⑦⑨</sup>;同时还包含参与者的权利和义务条款,如调解员的保密条款<sup>⑧⑩</sup>、调解证据的可采性条款<sup>⑧⑪</sup>、平行诉讼<sup>⑧⑫</sup>、调解程序中的诉讼时效条款<sup>⑧⑬</sup>、调解员中立性强调条款<sup>⑧⑭</sup>、调解员在同一案件中作为仲裁员和法律顾问的限制条款<sup>⑧⑮</sup>等。《调解示范法》虽然没有明确规定统一的调解协议承认和执行制度,但允许各国在通过该法时自行对接本国

<sup>⑦③</sup> Nadja Alexander & Shouyu Chong, *An Introduction to the Singapore Convention on Mediation-Perspectives from Singapore*, Nederlands-Vlaams tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement, 2018, Vol.22:4, p.38; Nadja Alexander, *Introducing Regulatory Robustness Ratings for Mediation Regimes in the EU*, in *EU Mediation Law Handbook – Regulatory Robustness Ratings for Mediation Regimes*, Nadja Alexander et al.(eds), Wolters Kluwer, 2017.

<sup>⑦④</sup> Model Law on International Commercial Conciliation, GA Res 57/18, adopted at the United Nations General Assembly, 57th Session, 19 November 2002. (译者注:2018年联合国贸易法委员会对《调解示范法》作了修正,新增关于国际和解协议及其执行的一节,并将其更名为《国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法》。下文所述《调解示范法》特指2018年修订后的《国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法》。)

<sup>⑦⑤</sup> UNCITRAL, *Status: UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002)*, [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/2002Model\\_conciliation\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2002Model_conciliation_status.html), last visited June 2019. (译者注:截止2021年4月1日,世界上已有33个国家共45个法域通过了以《示范法》为蓝本或在其影响下制定的调解立法,见 [https://uncitral.un.org/zh/texts/arbitration/modellaw/commercial\\_conciliation/status.](https://uncitral.un.org/zh/texts/arbitration/modellaw/commercial_conciliation/status.))

<sup>⑦⑥</sup> *Supra* note 74, at Art. 1(3).

<sup>⑦⑦</sup> *Id.*, at Art.4.

<sup>⑦⑧</sup> *Id.*, at Art.11.

<sup>⑦⑨</sup> *Id.*, at Art.5.

<sup>⑧⑩</sup> *Id.*, at Arts.8 and 9.

<sup>⑧⑪</sup> *Id.*, at Art.10.

<sup>⑧⑫</sup> *Id.*, at Art.13.

<sup>⑧⑬</sup> Model Law on Conciliation optional Art X.

<sup>⑧⑭</sup> *Supra* note 74, at Art.6(3).

<sup>⑧⑮</sup> *Id.*, at Art.12.

的执行机制,并且确定了调解协议一般执行原则<sup>⑧6</sup>。

《调解示范法》的修订重点在于补充与《新加坡公约》规定相一致的关于国际和解协议可执行性的条款,并确保两份法律文件的一致性。例如第二工作组的起草者将“调停”改为“调解”,反映了国际调解领域的发展。此外,《调解示范法(2002)》条款改动不大。

除了上述重要法律文件外,还有许多法律法规促成了国际调解法在家庭纠纷<sup>⑧7</sup>、消费者纠纷解决<sup>⑧8</sup>和在线纠纷解决<sup>⑧9</sup>等具体实践领域的迅速发展。如趋势二国际调解实践扩大化所提及,双边投资协议逐渐将调解作为其纠纷解决条款的一部分。全球如火如荼的调解立法动态表明,世界各国正在顺应接近正义的浪潮,纠纷解决的重心逐渐转移为当事人、社会主体、社会力量,通过调解方式及时、便捷、经济、平和地解决纠纷。

#### 四、调解员职业化

上世纪八九十年代,一些国家的纠纷解决机构、律师协会、法院等法律行业协会开始向调解员颁发资格证书。随着资格认证标准的完善,调解员资格认证制度初步建立起来,并进一步推动了调解的专业化发展。<sup>⑨0</sup> 2000年前后,通过立法(如奥地利)、行业标准(如澳大利亚、中国香港)以及立法与行业标准混合(如德国、新加坡)的形式,很多国家和地区的调解员资格认证制度相继确立。<sup>⑨1</sup> 一般而言,一国调解员资格认证制度基本包括

<sup>⑧6</sup> *Id.*, at Art.14. (译者注:一般执行原则,是指“应按照颁布国的程序规则并根据本节规定的条件执行和解协议;如果一方当事人声称对已由和解协议解决的事项有异议,该当事人可按照本颁布国的程序规则并根据本节规定的条件援用和解协议,以证明该事项已得到解决”。)

<sup>⑧7</sup> *Supra* note 19, at Art.31; The Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults (13 January 2000; entry into force 1 January 2009); The Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction (25 October 1980; entry into force 1 December 1983). 海牙国际私法会议制定了三项相关公约。首先是《关于父母责任和保护儿童措施的管辖权、法律适用、承认、执行和合作公约》(第31条规定促进对属于《公约》范围内的事项进行调解);其次是《国际保护成年人公约》(1996年《海牙公约》的姐妹篇,主要反映了对弱势成人的保护)。最后是《国际儿童诱拐民事方面的公约》。此外,欧盟通过具体涉及跨境家事调解的理事会条例、指令和备忘录,加强对家事纠纷调解的支持。

<sup>⑧8</sup> Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Directive on consumer ADR).

<sup>⑧9</sup> Consider Regulation (EU) No 524/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on online dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Regulation on consumer ODR). The Asia-Pacific Economic Cooperation, *Annex A: APEC Cross-border e-Commerce Facilitation Framework*, Meeting Papers from the 2017 APEC Annual Ministerial Meeting, [https://apec.org/Meeting-Papers/Annual-Ministerial-Meetings/2017/2017\\_amm/Annex-A](https://apec.org/Meeting-Papers/Annual-Ministerial-Meetings/2017/2017_amm/Annex-A), last visited 4 November 2018. 在撰写此文时,亚太经合组织试行的一个项目,就是以推进治理结构提升与程序规则建构,发展亚太经合组织成员国的企业间纠纷的跨境在线争端解决。

<sup>⑨0</sup> “credentialing” “certification” “accreditation”等术语在专业调解界有各种不同的用法。

<sup>⑨1</sup> Nadja Alexander, *Introducing Regulatory Robustness Ratings for Mediation Regimes in the EU*, in *EU Mediation Law Handbook – Regulatory Robustness Ratings for Mediation Regimes*, Nadja Alexander et al.(eds) Wolters Kluwer, 2017. 在澳大利亚、香港和新加坡,调解员的资格认证主要是以软法形式进行行业监管。一些机构制定了监管机制,详情参见以下网站: in Australia, see [www.msb.org.au](http://www.msb.org.au); in Hong Kong, see [www.hkmaal.org.hk](http://www.hkmaal.org.hk); in Singapore, see [www.simi.org.sg](http://www.simi.org.sg).

以下三方面内容：调解员职业准入标准、评定规则和职业调解员必备培训要求。

国际调解服务机构为保证调解的中立性，会在组建调解小组（Panel）时安排来自不同国家的调解员。这实际上表明其认可了各国不同纠纷解决机构的调解员资格证书，有时这种“认可”也暗含了认可各国不同的调解员专业标准。因此在过去十年中，调解员专业化趋势也逐渐从国内层面扩散至国际层面。

一些商界领袖曾公开表示，国际调解员职业面临着严重的人才缺口。能够胜任国际调解员职位的人才，需要具备专业的技能、丰富的经验，深受当事人信赖并被权威机构认可。<sup>⑩</sup>美国国际集团（AIG）劳动纠纷解决部前负责人，国际调解协会（IMI）联席主席 Deborah Masucci 指出，当下解决这一问题“最好的做法”（Best Practice）是一国或某地区的当事人在选择调解解决纠纷之后，可以通过访问国内外调解员名册，按照国际调解员的资格认证、专业技能，以及相关机构认可其在管辖区内从事跨境调解等具体情况，选择调解员。

调解员认证的国际化主要通过以下四种方式得以实现：第一，单方认可（外国）调解员先前取得的资格和/或经验；第二，相互承认某国或某国际机构的调解员标准；第三，只承认外国调解员在本国取得的调解员资格；第四，制定调解员资格认证的国际标准。

调解员认证的国际化具体而言包括以下三个方面。

1. 单方认可（外国）调解员先前取得的资格和/或经验。大多数调解员资格认证组织都提供了以经验为基础的专业调解员认可途径，包括承认调解员以往取得的调解资格。<sup>⑪</sup>不同机构对于调解员资格认证具体要求差别较大，但通常都会要求申请人提供之前的培训经历和调解经验，并附上原认证机构和当事人出具的证明及工作日志等材料，以证明其调解经验真实可靠。

2. 相互承认某国或某国际机构的调解员标准。国际调解协会（IMI）与新加坡国际调解机构（SIMI）就调解员互认达成协议；奥地利和德国也在机构层面<sup>⑫</sup>相互认可的调解员标准，这些举措促进了专业调解员在欧洲这两个司法管辖区之间的相互流动。

3. 制定调解员资格认证的国际标准。IMI 是第一个着手建立调解员资格认证国际标准的机构。IMI 一直致力于与世界各地的调解员资格认证机构合作，为经验丰富的专业调解员建立国际认证体系，调解员可通过 IMI 能力认证计划（IMI Certification Scheme）获得资格认证。此外，IMI 能力认证计划还对调解培训项目进行认证。该认证的获得并非要求达到某个统一的标准，而是通过协调机制（如调解员同行和客户审查）以及基于

<sup>⑩</sup> International Mediation Institute, *Ten Good Reasons to become IMI Certified*, <https://www.imimediation.org/practitioners/ten-good-reasons-become-imi-certified/>, last visited 3 March 2019.

<sup>⑪</sup> The experience-based path to mediator accreditation offered by the International Mediation Institute, [www.imimediation.org](http://www.imimediation.org/); The Hong Kong Mediation Accreditation Association, <http://www.hkmaal.org.hk/>; Resolution Institute (Australia), <https://www.resolution.institute/accreditations/mediationaustralia/>; The Singapore International Mediation Institute, <http://www.simi.org.sg/What-We-Offer/Mediators/The-Experience-Qualification-Path>, last visited June 2019.

<sup>⑫</sup> Bundesverband Mediation: Wechselseitige Anerkennung der Mediationsverbände, <https://www.bmev.de/ueber-den-verband/kooperationen/anererkennung-verbaende.html>, last visited June 2019. 如德国、瑞士和奥地利的资格认证机构之间的互认。

透明、信任、胜任能力、保密和公正等总体原则的调解员专业行为守则,提供高质量调解员和调解培训的信任标志。<sup>95</sup> 由此可知,相比制定统一的认证标准,IMI的目标是提供一个适用于不同国家以及世界各地公共和私营部门、服务提供商、组织的各种调解员认证要求的框架。当前,IMI仍致力于向调解员、调解用户、调解员证书颁发机构、调解服务提供者、政府代表和其他对发展国际调解员认证感兴趣的人寻求进一步合作。

2014年成立的新加坡国际调解机构(SIMI)倡议将调解员资格认定标准、道德准则、持续专业发展制度化。SIMI旨在为纠纷解决市场设定调解员资质认证标准、调解员职业道德标准、调解员等级晋升标准、开发协助各方了解调解相关情况的可用工具,从而提高社会公众调解意识,鼓励当事人选择调解解决纠纷。<sup>96</sup> 为此,SIMI建立了调解员四级晋升标准体系,预备调解员(Accredited Mediator)需要满足一定的调解培训以及调解时长要求才能晋升为认证调解员(Certified Mediator)。这套晋升标准体系不仅适用于本国调解员,也适用于外国调解员;不仅适用于国内调解,也适用于国际调解。换句话说,SIMI旨在推行国内和国际调解实践统一标准。同时,与IMI一样,SIMI也承认了调解模式的多样性。<sup>97</sup> SIMI资格认证计划虽然本质上是机构规则,但成功被立法所吸收。《新加坡调解法(2017)》(The Mediation Act 2017)认可由SIMI认证调解员进行的调解,同时为促进经特定的调解程序(比如由SIMI认证调解员主持进行)达成的国际和解协议的执行提供了途径。<sup>98</sup> 外国调解员即使没有得到法律认可的机构的认证,仍然可以在新加坡进行调解,但他们本身及其主持的调解不能得到《新加坡调解法(2017)》的保护。上述规定以及针对外国调解员的免税措施<sup>99</sup>,其目的都是鼓励外国调解员在新加坡指定机构工作并积极申请SIMI调解员认证,从而促进国际调解标准化发展。

除了制定资格认证标准外,促进调解员专业化的措施还包括为调解员制定职业道德标准,并建立相应的监督和执行机制。大多数国际调解服务提供者都为调解员提供行为准则。在某些国家,如若调解员违反了行为准则,当事人可以通过提起诉讼的方式寻求

<sup>95</sup> 译者注:IMI通过以下方面考察候选人是否遵守专业行为准则:经验(过去三年中调解过20起案件或调解时长超过200小时)、培训经历(需要州级以上的调解证书,拥有调解培训证明以及递交一份有关调解理论与哲学的陈述)、同行或客户推荐信、调解员技巧面试。

<sup>96</sup> Joel Lee, *Singapore Developments – the Singapore International Mediation Institute and the Singapore International Mediation Centre*, Kluwer Mediation Blog, <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2014/11/14/singapore-developments-the-singapore-international-mediation-institute-and-the-singapore-international-mediation-centre/>.

<sup>97</sup> Peter Coleman, Katharina Kugler & Ljubica Chatman, *Adaptive Mediation: An Evidence-based Contingency Approach to Mediating Conflict*, International Journal of Conflict Management, 2017, Vol.28:3; see also Nadja Alexander, *The Mediation Meta-model: Understanding Practice*, CRQ, 2008, Vol.26:1.

<sup>98</sup> Singapore Mediation Act 2017, Act 1 of 2017, ss. 12(1) and 2(1). See also Designated Mediation Service Providers and Approved Certification Scheme (No 3760), <http://www.mediation.com.sg/assets/downloads/eGazette-3760-Designated-Service-Provider.pdf>, last visited 21 April 2018.

<sup>99</sup> Ministry of Law, *Tax Exemption for Income Derived by Non-resident Mediators for Mediation Services Rendered in Singapore*, 31 March 2015, <https://www.mlaw.gov.sg>.

民事救济,但当前还没有这方面的成功案例。<sup>⑩</sup>例如《新加坡公约》明确规定:调解员如严重违反适用于调解员或者调解的准则误导当事人订立和解协议的,主管机关可以拒绝准予救济。<sup>⑪</sup>这在世界上尚属首次,也因此,调解员资格认证及其标准一下成为国际热点。当前,这些举措还不成熟,法院将如何回应这些涉及调解员标准的挑战,以及这些举措对调解员专业化的作用,仍有待观察。在这方面值得注意的是,在某些国家(如澳大利亚)只有专职调解员才需要另外购买调解责任险,律师调解员不需要单独购买,因为律师责任险涵盖了该保险。<sup>⑫</sup>

最后,用户反馈和投诉制度是调解员职业化的核心。在这方面,IMI建立了一个定期收集客户的反馈及对调解员进行同行审查的制度。<sup>⑬</sup>SIMI则会邀请当事人及其代理人填写反馈表格。<sup>⑭</sup>当调解中担任调解员角色的是律师时,当事人可以通过法律行业协会设立的投诉程序进行反馈,<sup>⑮</sup>调解员所属机构也明确保留解雇违反职业道德标准的调解员的权利。<sup>⑯</sup>

## 五、律师调解普及化

随着调解规范与调解实践的发展,律师作为法律之门“守门人”,在国际调解中发挥越来越重要的作用。律师调解经验越丰富,起草调解协议和和解协议就越得心应手,对法律的理解和对调解实践的处理也越游刃有余,引导合适的案件通过调解解决就越顺理成章。律师与调解的结合产生了国际调解中的律师调解趋势。

越来越多的法律法规要求律师或当事人,有选择使用调解、或者在某些情况下进行调解的义务。一些法律法规、律师执业指南或律师职业行为准则、法院裁判中会规定,律师有及时告知当事人选择适用调解的义务,并为他们提供适当的调解准备服务。例

<sup>⑩</sup> Tapoohi v. Lewenberg (No 2), [2003] VSC 410. 维多利亚州最高法院认为,调解员对当事人确有谨慎义务。Chan Gek Yong v. Violet Netto, [2018] SGHC 208. 对调解员迫使原告签署调解解决协议的指控被驳回。驳回的原因是,这些指控是在诉讼过程中提出的,而调解员不是诉讼当事人。根据最新信息,之后当事人没有对调解员进行追诉。

<sup>⑪</sup> *Supra* note 71, at Arts.5(1)(e) and 5(1)(f). 见前文趋势三中有关《新加坡调解公约》的论述。

<sup>⑫</sup> The Law Society of Singapore, *Professional Insurance Cover*, <https://www.lawsociety.org.sg/For-Public/Professional-Indemnity-Insurance>, last visited 3 March 2019.

<sup>⑬</sup> International Mediation Institute, *Certification Process*, <https://www.imimediation.org/practitioners/certification-process/>, last visited 3 March 2019.

<sup>⑭</sup> Singapore International Mediation Institute, *SIMI Mediator Feedback Form*, <http://www.simi.org.sg/Mediator-Feedback>, last visited 3 March 2019.

<sup>⑮</sup> In Singapore, Legal Profession Act (Cap 161, 2009 Rev Ed), ss.75B and 85(1); The Law Society of Singapore, *Complaints*, <https://www.lawsociety.org.sg/Lawyer-Regulation/Complaints>, last visited 3 March 2019. 该项规定一般适用于律师,不适用于调解员。根据推理,这项规定也适用于律师调解。

<sup>⑯</sup> Loong Seng Onn & Deborah Koh, *The Singapore Mediation Centre” in Mediation in Singapore: A Practical Guide*, Danny McFadden & George Lim (eds.), 2nd Ed, Sweet & Maxwell, 2017, p.282, para.10.041.



如,爱尔兰<sup>⑩7</sup>、德国<sup>⑩8</sup>等一些国家的法律明确规定了律师的调解告知义务和协助义务,根据相关规定,律师有义务建议客户考虑使用调解,并向他们提供关于调解的信息。律师需要提供一份法定声明书(Statutory Declaration)以证明确已遵守该义务,如果不遵守上述规定,法院将延期开庭。出庭律师(Barristers)也有类似的义务。律师的职业行为准则中也有相同的规定,如《新加坡法律职业(职业行为)规则(2015)》(The Legal Profession (Professional Conduct) Rules 2015)要求律师确保他们之前没有担任过本案代理人或调解员,并将所有合理可行的纠纷解决方式告知当事人。《澳大利亚律师调解指引》(Guidelines for Lawyers in Mediation)对律师担任调解员的职业道德规定中也有类似条款。<sup>⑩9</sup>

另一种监管方式是将义务的主体直接确定为当事人,如果当事人未履行调解义务,律师会因未尽到通知义务受到处罚。例如,《澳大利亚民事纠纷解决法案》(Civil Dispute Resolution Act 2011)要求当事人提交一份声明,说明自己已经采取切实措施(如调解)解决纠纷。律师需要将上述义务告知当事人,还需要在以上述措施解决纠纷的过程中提供帮助。同样,在英国<sup>⑩10</sup>、中国香港<sup>⑩11</sup>和新加坡<sup>⑩12</sup>,法院实务指引也要求律师在合理的情况下就委托人的调解义务向其提供咨询和帮助,否则将承担不利后果(Adverse Costs Orders)。美国 Doorstop Beverages of Longwood 诉 Collier 案中<sup>⑩13</sup>,由于代理律师未告知当事人必须参加法庭调解程序,法院对律师实施了制裁。

除了法律规定的义务之外,律师调解实践已经延伸到调解各个阶段、涉及到调解各个层面。调解前,律师可以对调解时机、调解地点、调解员选择、调解模式、调解前信息交换和准备调解会谈等提供意见。调解中,律师可以以多种方式协助调解:如预期管理(Manage Expectations)、在调解过程中保持沟通并提供建议、在客户陷入谈判困境时提供谈判支持或律师代理。经验丰富的调解员可以在调解中就另一方报价向客户提供建议、

<sup>⑩7</sup> Mediation Act 2017 of Ireland, No 27 of 2017, ss.14 and 15.

<sup>⑩8</sup> Kristina Osswald & Gustav Flecke-Giammarco, "Germany" in *EU Mediation Law Handbook – Regulatory Robustness Ratings for Mediation Regimes*, Nadja Alexander et al(eds.), Wolters Kluwer, 2017, p.381.

<sup>⑩9</sup> Law Council of Australia, Guidelines for Lawyers in Mediations (updated August 2011).

<sup>⑩10</sup> The UK Practice Direction to the Pre-action Protocols, para.8; UK Civil Procedure Rules 1998, SI 1998 No 3132, r.1.4; Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust and Steel v. Joy and Halliday, [2004] EWCA Civ 576; 另见《英国民事诉讼规则》第44.3条规定,法院在执行费用命令时,“必须考虑所有情况,包括(a)所有当事人在诉讼前和诉讼期间的行为”,特别是有关诉前协议的行为。

<sup>⑩11</sup> Hong Kong Practice Directions PD 31 (effective 1 November 2014).

<sup>⑩12</sup> In Singapore, see, for example, O.59 r.5(1)(c) of the Rules of Court (Cap 322, R 5, 2014 Rev Ed), which provides: The Court in exercising its discretion as to costs shall, to such extent, if any, as may be appropriate in the circumstances, take into account ... the parties' conduct in relation to any attempt at resolving the cause or matter by mediation or any other means of dispute resolution. See also PD 35B(5) of the Supreme Court Practice Directions. 法院可对主动采取调解等替代性纠纷解决机制的当事人酌情减免诉讼费用。Also the procedural rules of specific courts such as Singapore International Commercial Court ("SICC") and the State Courts: see Form 10 of the SICC Practice Directions; for the State Courts see PD 26(2) and PD 35(9) of the State Courts Practice Directions.

<sup>⑩13</sup> Doorstop Beverages of Longwood v. Collier, 928 So 2d 482 (Fla Dist Ct App, 2006).

起草和解协议,并向委托人释明最终条款含义和违反协议的法律后果。<sup>⑭</sup>有时,还需要律师见证或监督和解协议的执行。在当事人达成调解合意之后,律师可以推动后续谈判,并就下一步谈判提出意见和建议。

Hardy and Rundle 在《调解律师》一书中根据律师在调解中参与的不同程度以及发挥的不同作用,将其细分成五种类型:远程顾问、调解观察员、合作专家、一般调解代理人、全权调解代理人。<sup>⑮</sup>五种类型中律师参与调解的程度逐步提高。但需要说明的是,在调解的不同阶段或者根据不同需要,律师可能担任不同角色,并非一经确定就不再改变。

### (一) 远程顾问

远程顾问参与调解的程度最低,其最突出的特点是他们一方面须尽力确保客户能够及时、高效参与调解程序,另一方面无需列席谈判桌,不需要亲自参与调解程序。远程顾问的主要职责是调解之前通过电话、电子邮件或短信促使委托方选择适用调解,调解期间为委托方提供调解策略、调解技巧指导和法律案例支持。远程顾问主要适用于当事人很重视修复关系的案件,此类案件当事人会将重点放在个人需求和关系维护之上,而无需法律的强势介入。此外,如果案件涉及当事人人数众多,各方有能力、有意愿、积极有效地参与调解,或者委托人经济上无法负担律师实际到场费用,远程顾问也是颇具吸引力的选择。

### (二) 调解观察员

调解观察员与远程顾问的职责基本相同,区别在于是否需要现场参加调解。调解观察员需要参加调解,但是并不需要作为调解员或者代理人实际参与调解,他们作为观察员的主要功能是在委托人需要时及时提供法律或调解建议。调解观察员往往适用于复杂案件的调解,即当事人自己亲自参与调解的同时,需要调解观察员提供在场支持。此时,律师作为调解观察员可以帮助当事人明确案件的复杂性,并可根据调解过程中得到的一手信息提供调解建议。设置调解观察员可避免远程交流带来的沟通不便,但同时也增加了当事人的成本。

### (三) 合作专家

合作专家与调解观察员的职责基本相同,区别在于在调解过程中是否要对调解员、双方当事人以及代理人提供专业意见。合作专家可以在调解过程中提供专业意见,帮助缩小或者明确可以调解的范围,促使当事人尽快达成调解协议。但与远程顾问、调解观察员相同之处在于,合作专家不能代表客户进行谈判,客户必须亲自参加调解程序。合作专家大多出现在案件涉及到的法律或专业问题疑难复杂,需要一名专家在场的情形。相应地,客户也需要为此承担相应费用。

<sup>⑭</sup> Studer v. Boettcher, [2000] NSWCA 263. 法院解释了律师在调解中的某些职责。Cumbria Waste Management Ltd v. Baines Wilson, [2008] EWHC 786 (QB).

<sup>⑮</sup> Samantha Hardy & Olivia Rundle, *Mediation for Lawyers*, Sydney: CCH Australia, 2010. (译者注:萨曼莎·哈迪和奥利维亚·朗德在《调解律师》中将律师的角色区分为五种类型,如果按照直译,“Supportive Professional Participant”和“Spokesperson”无法表达作者的本意,经过与作者沟通,将前者翻译为一般调解代理人,后者翻译为全权调解代理人。)

#### （四）一般调解代理人

一般调解代理人与合作专家的职责基本相同,区别在于一般调解代理人不仅要提供专业意见,而且要参加调解程序,与当事人形成一种更加紧密的合作关系。调解律师不仅可充分发挥律师的专业优势和深度参与调解的优势,还可根据不同的专业领域、不同的调解目标,为被代理人设计出不同的调解策略、不同的职责分工。例如,调解律师的主要职责是为当事人提供法律支持、调解意见、协助解决问题以及草拟调解协议;当事人的主要任务是就调解时讨论的内容提出问题、优先诉求、初步方案,并在征求意见后作出决定。当调解律师与当事人积极合作做好充分准备,形成一致调解设想时,才能最好地发挥一般调解代理人这一角色的作用。

#### （五）全权调解代理人

全权调解代理人在调解中介入程度最深,他们有权在调解中代表客户发表任何意见。在某种程度上,这一作用与合作专家、调解观察员的角色是相反的:合作专家、调解观察员负责对客户输出专业意见,由客户自己进行调解;有了全权调解代理人,客户只需向顾问提供必要指示即可,全权调解代理人拥有对在此范围之外事项的决定权。但只有在当事人无法积极参与调解的情形下才会使用全权调解代理人。导致当事人无法积极参与调解的情形主要有两种情况:一是当事人存在精神障碍,二是当事人之间权力显著不平衡。

由于调解技巧与诉讼技巧差异很大,从诉讼律师到调解律师的法律职业转变需要教育和培训提供支持。当前,对律师调解的相关研究成果著作甚丰<sup>⑩</sup>,相关培训课程也是琳琅满目。例如,为促进律师调解,IMI为律师提供认证的调解培训课程并颁发资格证书,这些都为有志于调解的律师提供了学习机会。<sup>⑪</sup>

## 六、调解实践多元化

调解实践多元化的趋势体现在越来越多样的调解实践在调解领域受到认可。尽管有许多调解实践方法已经存在了比较长的时间,但调解领域接纳多样性的实践方法是近年间的事情。早期,美国、加拿大和澳大利亚的许多调解员培训和资格认证制度都以辅助型调解为中心,而排除其他调解方式的应用。<sup>⑫</sup>辅助型调解(Facilitative mediation)秉承的是“以当事人为中心”调解观,当事人享有充分的决定权,调解员基于利益促使各方进行谈判;调解员在调解中所起的作用是引领当事人调解的“引导者”,而非提供实质性调解建议的“建议者”。

<sup>⑩</sup> George Lim & Choo Jin Hua, *Advocacy in Domestic and International Mediations*, in *Modern Advocacy: More Perspectives from Singapore*, Eleanor Wong, Lok Vi Ming SC & The Honourable Justice Vinodh Coomaraswamy (eds.), Academy Publishing, 2019; *Id.*

<sup>⑪</sup> The International Mediation Institute, [www.imimmediation.org](http://www.imimmediation.org).

<sup>⑫</sup> Roger Fisher & William Ury, *Getting to Yes: Negotiating an Agreement without Giving In*, Random House, 1985. 这或许是辅助型调解领域最著名的畅销书。

虽然其他调解模型如陈述型调解、转化型调解、诊断型调解等在调解理论和调解培训也有所涉及,但辅助型调解仍占主导地位。目前辅助型调解是通行于全世界的调解模式,世界各地的调解制度无论采用明示还是暗含的方式,都将其默认为调解的首选方式,<sup>⑩</sup>这一做法也体现在全世界许多学术文献和课程中。<sup>⑪</sup>虽然大多数立法暂时仅承认辅助型调解,但随着调解的类型越来越丰富,辅助型调解“一家独大”的格局被冲击,立法势必要予以回应。当前,根据不同分类可以将调解划分为三种类型:

1. 根据调解的具体目标可划分为:以寻求高效有效的纠纷解决为目的的调解、诉前调解、当事人自决的调解,寻求关系转换(Relational Transformation)调解,寻求换位思考(Perspective Shifting)或社区重建(Community Restoration)调解。

2. 根据调解员干预的程度可划分为:启发性调解、抑制性调解、指导性调解、指令性调解、评估性调解。

3. 根据当事人与调解中其他参与者之间互动的性质可划分为:讨价还价(Positional Negotiation)型调解,基于利益的谈判或对话型调解。

结果一方面显示了理论与政策之间的巨大差距,另一方面显示了理论与政策都同调解实践的现实有所脱节。近年新出现的调解类型,如解决型调解(Expert Advisory Mediation)和化解型调解(Wise Counsel Mediation),都具有调解员干预程度高的特征。解决型调解(Expert Advisory Mediation)将需要解决的问题范围限缩在法律的范围之内,化解型调解(Wise Counsel Mediation)则以利益平衡为目的。在这些调解类型中,调解员的干预有些具有指导性质,有些具有评估性质。有评论家认为,这些新调解类型中调解员干预的程度已经远远超出了传统的辅助型调解所涵盖的范围。究竟是要坚持调解的“纯粹”,恢复调解员的最基本辅助人地位;还是容许调解员对实质解决的干预?这场国际大讨论方兴未艾。

而随着调解领域的日益成熟,人们对调解实践的复杂性和多样性的认识和接受程度日益增加,远远超出了辅助型和指导型两种调解的局限。这种发展是由许多因素造成的。首先,随着国际调解实践的发展,互联网即时通信技术的突飞猛进和无处不在的“小道消息”(Grapevine),促进在线交流方式逐渐普及。调解员、调解倡导者和多次参加调解的当事人可通过“围炉聊天(Fireside Chat)”分享匿去当事人姓名的调解案例及相关调解经验。研究者们也有越来越多的机会与渠道了解和掌握调解室中发生的情况。<sup>⑫</sup>实践

<sup>⑩</sup> Australia, [www.msb.org.au](http://www.msb.org.au); Germany, <https://www.bmev.de>; Austria, <https://www.oebm.at/ausbildung-eintragung.html>; and Hong Kong, [www.hkmaal.org.hk](http://www.hkmaal.org.hk). 澳大利亚、德国、奥地利和中国香港的调解机制都以辅助型调解为基础。

<sup>⑪</sup> EU Mediation Law Handbook: Regulatory Robustness Ratings for Mediation Regimes, Nadja Alexander, Sabine Walsh & Martin Svatos (eds.), Wolters Kluwer, 2017. The Mediator Standards Board's Approval Standards at [www.msb.org.au](http://www.msb.org.au) (澳大利亚); the training conducted by the Singapore Mediation Centre at <http://www.mediation.com.sg/workshops/mediation-skills-assessment/> (last visited June 2019) (新加坡); in Hong Kong, see training requirements of the Hong Kong Mediation Accreditation Association Limited at [www.hkmaal.org.hk](http://www.hkmaal.org.hk) (中国香港)。

<sup>⑫</sup> Javier Yeo, *The Facilitative-Evaluative Divide: Have We Lost Sight of What's Important, in Contemporary Issues in Mediation* vol.1, Joel Lee & Marcus Lim (eds.), World Scientific Publishing Co, 2016, p.36.

领域新出现的调解做法已经逐渐超越了辅助型调解与指导型调解的边界。在此基础上,纠纷解决学者开发了调解实践图谱,确定了一系列新型调解模型。<sup>⑫</sup>

此外,当前的国际调解非常重视传统调解习惯,令调解传统重焕生机。这些传统早在二十世纪七十年代美国出现专业调解之前就已存在<sup>⑬</sup>,一些传统调解习惯继续为当今的调解发展提供启发和影响,挑战着调解的促进范式。例如,因为决策者利用习惯和传统的纠纷解决办法来塑造当代的调解原则、程序和做法,调解潜移默化地被用于法律和经济改革。如位于太平洋地区的巴布亚新几内亚和萨摩亚承认在纠纷解决中遵循习惯做法;南非、东帝汶和南美出现了真相与和解委员会(Truth and Reconciliation Commissions);为调解原住民和非原住民之间的土地纠纷,澳大利亚设立了原住民土地所有权法庭(National Native Title Tribunal)<sup>⑭</sup>,这些实例均证明了现代和传统冲突解决原则的融合在当代跨文化冲突中的作用。

最后,受到“认可(Accredited)”的调解模式的多样化,反映了调解和调解员职业化发展的新浪潮。例如,IMI的国际调解员认证计划明确同意调解员可以以不同的方式从事他们的工作,或至少在某种程度上接受不同的价值观。在澳大利亚和巴布亚新几内亚,国家调解员标准以辅助型调解为基础,同时承认调解实践的多样性。在亚洲,新加坡和中国香港等正质疑西方辅助型调解的文化适用性,他们正在寻求通过研究,教育,证书和政策举措引入多种调解模式。<sup>⑮</sup>

## 七、调解与其他纠纷解决机制的融合化

如前文所述,鉴于调解在全球范围内逐渐扩大的使用度,跨境调解在国际法律层面制度化和专业化方面日趋成熟只是时间问题。在这一调解实践持续发展的阶段,许多与国际调解有关的法律问题充满着变化和不确定性。例如,不同司法管辖区的法院如何在

<sup>⑫</sup> Leonard Riskin: *Decision Making in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System*, Notre Dame Law Review, 2003, Vol.79:1, p.30; *Mediator's Orientations, Strategies and Techniques*, Alternatives to High Cost of Litigation, 1994, Vol.12; *Understanding Mediator's Orientations, Strategies and Techniques: A Grid for the Perplexed*, Harvard Negotiation Law Review, 1996, Vol.1. See also Laurence Boulle, *Mediation: Principles, Process, Practice*, Sydney: LexisNexis, 2011, pp.44-45.

<sup>⑬</sup> Nabil N Antaki, *Cultural Diversity and ADR Practices in the World*, in *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures*, Jean-Claude Goldsmith, Arnold Ingen-Housz & Gerald H Pointon gen (eds.), Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006, ch. 11; *Conflict Resolution in Asia: Mediation and Other Cultural Models*, Stephanie Stobbe (ed.), Lexington, MA: Lexington Books, 2018. See also Georg Simmel, *The Sociology of Georg Simmel*, USA: Free Press Paperback, 1964, pp.146-149; Phillip Gulliver, *Disputes and Negotiation: A Cross-Cultural Perspective*, New York: Academic Press, 1979, pp.200-225.

<sup>⑭</sup> The National Native Title Tribunal, www.nntt.gov.au.

<sup>⑮</sup> Ian MacDuff, *MediAsian: Explorations on Mediation and Dispute Resolution*, Asia, www.mediasian.wordpress.com; George Lim SC, *Back to "MediAsian"*, <https://whoswholegal.com/news/features/article/31678/back-mediAsian/>, last visited June 2019. See also Joel Lee, *Singapore: Cultural Influences in the Historical and Institutional Development of Mediation*; Nadja Alexander, *Hong Kong: Mediation and the Future of Dispute Resolution*, in *Conflict Resolution in Asia: Mediation and Other Cultural Models*, Stephanie Stobbe (ed.), Lexington, MA: Lexington Books, 2018.

与调解协议的可执行性有关的法院诉讼程序中,解释关于调解证据可采性的调解法律?在许多国家,调解立法的历史并不长,关于这些问题的研究也很有限,因此难以对这些问题作出合适的解答。此外,在许多司法辖区批准承认和执行国际和解协议的多边法律框架之前<sup>⑯</sup>,大部分当事人表示不愿参与单个辖区内的跨境调解程序。<sup>⑰</sup>

在这种困境下,结合了调解要素的仲裁程序或许能为跨境调解提供一个解。混合模式纠纷解决流程将灵活的流程(例如调解)与确定的流程(例如仲裁)相结合,并适用国际仲裁领域明确的监管与执行方法以解决协商结果的执行问题。英国伦敦玛丽女王大学(Queen Mary University of London)和美国威凯律师事务所(White & Case)共同发布的《2018国际仲裁调查报告》(The 2018 International Arbitration Survey)显示,用户更愿意选择“仲裁+ADR”模式(即混合模式)而非单一仲裁模式。<sup>⑱</sup>出于对混合模式纠纷解决程序的兴趣,IMI于2016年召集了一个混合模式纠纷解决国际特别工作组(International Task Force on Mixed Mode Dispute Resolution),专门对其进行研究。<sup>⑲</sup>一些比较常见的混合模式包括:

调仲结合(Med-Arb)。调仲结合是调解和仲裁的结合,是一种混合程序,可采取多种形式进行。大多数情况下,纠纷通过调解解决,对于在调解中未决的问题才适用仲裁。调仲结合需要双方同意使用不同的纠纷解决方式解决,即以调解方式解决纠纷中的某些问题,而以仲裁方式解决其他问题。在调仲结合程序中,调解员和仲裁员不可为同一人,以保持两个程序的完整性和保密性,体现自然公正原则。在一些司法管辖区,如果调解后当事人之间达成和解协议,这份协议可能可以根据仲裁裁决程序转换为生效仲裁裁决。但这在法律上仍然存在争议,因为先调解再仲裁的案件,其实是通过调解解决案件,再通过仲裁裁决“背书”调解协议,从而解决调解协议缺乏执行性的问题。因此,利用调仲结合将调解和解协议转化为同意仲裁裁决是一种高风险的跨境调解策略。该问题的解决方案在仲裁—调解—仲裁展开叙述,请见下文所述。

仲裁—调解—仲裁(Arb-Med-Arb)。仲裁—调解—仲裁是一种混合纠纷解决模式,对当事人也越来越具有吸引力。该程序是指在仲裁或其他确定的ADR程序进行中的调解,而不是在ADR程序前的调解。《新加坡仲裁调解议定书(2014)》(简称《AMA议定书》)对此程序进行了简要说明。<sup>⑳</sup>根据《AMA议定书》规定,当事人在向新加坡国际

<sup>⑯</sup> 见前文趋势三中有关《新加坡调解公约》的论述。

<sup>⑰</sup> Stacie Strong, *Realizing Rationality: An Empirical Assessment of International Commercial Mediation*, Washington & Lee Law Review, 2016, Vol.73, p.2031.

<sup>⑱</sup> White & Case LLP and Queen Mary University of London School of International Arbitration, *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, 9 May 2018, p.9.

<sup>⑲</sup> Thomas J Stipanowich & Véronique Fraser, *The International Task Force on Mixed Mode Dispute Resolution: Exploring the Interplay between Mediation, Evaluation and Arbitration in Commercial Cases*, Fordham International Law Journal, 2017, Vol.40.

<sup>⑳</sup> The Singapore Arb-Med-Arb protocol, www.simc.com.sg. 新加坡国际仲裁中心与新加坡国际调解中心合作,在《新加坡仲裁调解议定书》的基础上向当事人提供服务。

仲裁中心（SIAC）申请仲裁后，还要向新加坡国际调解中心提出调解申请。根据协议，仲裁员和调解员分别由 SIAC 和 SIMC 单独指定，以保证仲裁和调解程序的独立性以及结果的公正性。根据《纽约公约》，裁决可以经过转化为仲裁裁决得到承认与执行。<sup>⑬</sup> 因此，在调解程序中达成的调解协议可申请由仲裁庭制作裁决书（Consent award），并获得强制执行效力。调解不成的，再进入仲裁程序（The matter returns to arbitration）。

调仲同时（Med-Arb simultanés）。巴黎仲裁调解中心（Centre for Mediation and Arbitration）<sup>⑭</sup> 提供调仲同时程序，仲裁程序与调解程序分别进行，相对独立。当事人双方通常会为完成调解设定时间限制，如果调解未达成调解解决方案，则仲裁裁决将在调解截止日期届满八天后，对双方产生约束力。在并行程序中，调解员和仲裁员无法就案件进行沟通，但是每天调解 / 仲裁结束或休息期间，当事人可以在每个程序进行中就其已取得的进展与代理人进行协商。这有助于双方不断发展和完善纠纷管理（Dispute Management Process）策略。

仲裁与调解的融合化趋势也反应在仲裁规则之中，如在仲裁规范中越来越多地提倡使用调解或和解。例如，《国际商会仲裁规则》第 24 条<sup>⑮</sup> 承认“ADR+ 调解”是案件管理工具箱（Case Management Toolbox）的一部分，可用于制定满足各方的需要的纠纷解决方案。在澳大利亚、德国、中国香港、新加坡、印度、中国台湾和日本等多个司法管辖区，都可以找到明确规定一个人可以同时进行仲裁、和解或调解的仲裁规则和法规。<sup>⑯</sup>

最后，这类具有纠纷预防功能、方便快捷特征、兼有当事人自决和顾问辅助性质的混合模式纠纷解决方式，也更频繁地出现在包括能源和基础设施在内的一系列行业中。例如，SIMC 制定了《新加坡基础设施纠纷管理协定》<sup>⑰</sup>（Singapore Infrastructure Dispute-Management Protocol），专门解决大型基础设施或建设项目产生的纠纷。该条例的特点是采用了积极主动的纠纷预防方法。根据条例的规定，在项目开始之时即成立纠纷解决委员会（Dispute Board），而不是在争议发生后。该委员会的设立有利于预见可能发生的纠纷，防止分歧像雪球一样越滚越大，演变成难以解决、代价高昂的激烈冲突。即使发生纠纷，也可以其提供的包括调解、专家意见和裁决（Determination）等多种方式解决。<sup>⑱</sup>

<sup>⑬</sup> *Supra* note 64.

<sup>⑭</sup> The rules for Med-Arb simultanés, <http://www.cmap.fr/notre-offre/les-autresmodes-alternatifs-de-resolution-des-conflits/>, last visited June 2019.

<sup>⑮</sup> International Chamber of Commerce Rules of Arbitration, entry into force 1 March 2017.

<sup>⑯</sup> New South Wales Commercial Arbitration Act 2010, s.27D; German Code of Civil Procedure (ZPO), § 1053; Hong Kong Arbitration Ordinance (Cap 609), ss.32-33; Singapore International Arbitration Act (Cap 143A, 2002 Rev Ed), ss.16-17; Indian Arbitration and Conciliation Act, 1996, Act No 26 of 1996, s.30; Taiwanese Arbitration Law 1961, Arts.44-45; Japanese Arbitration Law, Law No 138 of 2003, Art.38(4).

<sup>⑰</sup> Singapore Infrastructure Dispute-Management Protocol: A Comprehensive Dispute Management Tool (2018).

<sup>⑱</sup> Ministry of Law, *New Singapore Dispute Protocol Launched to Minimize Time and Cost Overruns in Infrastructure Projects*, <https://www.mlaw.gov.sg/content/minlaw/en/news/press-releases/launch-of-SIDReduces-time-and-cost-overruns-in-infrastructure-projects.html>, last visited June 2019.

## 八、在线纠纷解决便捷化

在线纠纷解决机制（ODR）是通过在线谈判或其他在线纠纷解决方式，部分或全部解决纠纷的一种新型纠纷解决机制。ODR 依托互联网而生，特别是在线调解与传统调解存在较大差异，传统调解原则和制度无法适用于在线调解。本文虽然选择 ODR 而非在线调解作为标题，但讨论重点主要还是在在线调解。

ODR 世界中，调解员是“第三方”，而科技则是“第四方”。第四方概念的出现表明，科技改变了调解程序中当事人之间的沟通模式和权力分配，为调解员干预、当事人和律师参与调解程序创新方式。但同时，科技也为用户带来了新的风险，比如在线平台安全性、在线参与者身份核验以及如何处理通过文字交流的在线纠纷解决程序的笔录问题等。与 ODR 应用程序和使用场景相关的技术形式包括电子邮件、Web 学习论坛、即时消息传递、聊天室、视频会议、移动和智能电话技术、法律人工智能、博客、互联网语音协议、虚拟形象、社交网站、维基、网络地图和机器人技术等。

ODR 对传统调解而言无疑是一个巨大的挑战。传统调解是一种面对面发现各方利益、解决各方冲突的最有效的解决纠纷方法。然而近年的实证研究让人们开始思考：当事人双方面对面坐在同一房间内基于利益所进行的讨价还价、深度倾听和关系转换是否有其必要性？<sup>⑭</sup>事实上，一些研究表明，与面对面谈判相比，当事人通过电子邮件或在线聊天进行谈判时的对立情绪会明显减弱。<sup>⑮</sup>

尽管 ODR 设计之初是为便捷经济地解决电子商务纠纷，但它如今已不再被视为仅适用于解决电子商务产生的 B2C 和 B2B 纠纷的工具。平板电脑和智能手机等设备的普及，使得 ODR 越来越多地被用于补充或取代面对面的调解程序。

跨国背景中，ODR 既方便又经济，最大限度地减少了差旅费用，节省了场地成本。就实践而言，ODR 程序一般分为两种情况：临时性与制度性。在临时性程序中，当事人双方可以在调解员的帮助下通过电子邮件和 Skype 解决纠纷；而在制度性程序中，当事人双方可以约定选择机构调解规则，从调解员名册（Panel）中选择调解员，并进入纠纷解决供应商提供的服务平台参加由该调解员主持的远程会议。

ODR 不仅适用于国内纠纷，也适用于国际纠纷；不仅适用于消费者、企业经营者，也适用于家事纠纷当事人以及公益诉讼当事人。与传统的跨境纠纷解决方式相比，各方面都相对可承受的 ODR 为中小微企业在跨境纠纷中维护其合法权益提供了更好的选择。虽然 ODR 的多样性为用户提供了更多选择，但是由于 ODR 缺乏统一标准和最佳实践

<sup>⑭</sup> Susan Raines, *Can Online Mediation Be Transformative*, Conflict Resolution Quarterly, 2005, Vol.22:4, p.437; David Larson, *Technology Mediation Dispute Resolution (TMDR): A New Paradigm for ADR*, Ohio State Journal on Dispute Resolution, 2006, Vol.21:3, p.654.

<sup>⑮</sup> Jaime Tan, Gregor Kennedy & Diane Bretherton, *Negotiating Online*, in Third Annual Forum on Online Dispute Resolution, The University of Melbourne, 2005, p.8.



( Best Practice ),对当事人造成一些顾虑,因此 ODR 的发展仍然面临着重重挑战。

许多 ODR 供应商独立运作,他们与法律或专业协会没有什么联系,因此两者在标准和最佳实践方面存在分歧。为了解决这一难题,联合国贸易法委员会曾经提议起草 B2B 和 B2C 方面的 ODR 程序规则。由于未能协商一致就规则的内容达成共识,这项提议最终不了了之。最后联合国贸易法委员会制定、并于 2016 年 7 月正式通过了《贸易法委员会关于网上争议解决的技术指引》。需要说明的是这是一份不具约束力的说明性文件( Descriptive Document )。不过之后通过的《新加坡公约》第 2(2) 条认可了在国际调解实践中使用 ODR 的做法。<sup>⑬</sup> 该条款规定,和解协议的内容以任何形式记录下来即为“书面形式”,电子通信所含信息可调取以备日后查用的,该电子通信即满足了和解协议的书面形式要求。这意味着,当一方当事人试图在《新加坡公约》的缔约国执行 ODR 程序产生的国际和解协议时,只要电子通信所含信息可调取以备日后查用即符合书面形式要求,可以凭此申请执行。

欧盟则通过《欧盟消费者替代纠纷解决方式指令》<sup>⑭</sup>、《欧盟消费者在线纠纷解决指令》<sup>⑮</sup> 与《欧盟委员会实施条例 (EU) 2015/1051》<sup>⑯</sup> 建立了消费者 ADR 和 ODR 的欧盟法律框架。

此外,欧盟在 2016 年还推出了消费者 ODR 平台,用于解决互联网消费者纠纷。该平台是根据上述法律文件,特别是《欧盟消费者在线纠纷解决指令》所建立。该指令规定欧盟委员会将建立一个免费的交互式网站,各方可以通过该网站发起与互联网消费者权益保护纠纷有关的纠纷解决程序。随着国际和区际 ODR 服务网络不断发展,有关合法性、救济途径、供需关系、程序标准、消费者保护和从业人员资格认证等问题也逐渐显现。因此,有必要继续保持警惕,审慎对待可能引发的问题。

在亚洲,亚太经济合作组织成员正在致力于建立商事跨境纠纷在线解决平台。该平台借鉴了《贸易法委员会关于网上争议解决的技术指引》,包含选择适用的 ODR 程序和规则。<sup>⑰</sup>

下面以 Modria 和新加坡调解中心为例,对 ODR 平台实践应用进行说明。Modria<sup>⑱</sup> 是一家老牌 ODR 供应商,主要为有在线纠纷解决需求的互联网公司提供在线化、类型化

<sup>⑬</sup> 见前文趋势三中有关《新加坡调解公约》的论述。

<sup>⑭</sup> Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC.

<sup>⑮</sup> Regulation (EU) No 524/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on online dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC.

<sup>⑯</sup> Commission Implementing Regulation (EU) 2015/1051 of 1 July 2015 on the modalities for the exercise of the functions of the online dispute resolution platform, on the modalities of the electronic complaint form and on the modalities of the cooperation between contact points provided for in Regulation (EU) No 524/2013 of the European Parliament and of the Council on online dispute resolution for consumer disputes.

<sup>⑰</sup> Asia Pacific Economic Cooperation Draft Collaborative Framework for Online Dispute Resolution of Cross-Border E-Commerce Business to Business Disputes (2018) (on file with author).

<sup>⑱</sup> Tyler Tech, Modria, <https://www.tylertech.com/solutions-products/modria>, last visited June 2019.

的纠纷解决操作系统。电子商务网站或者旨在提供诉讼替代方案的创新网站与 Modria 合作,直接使用或者联合开发 ODR 平台。其中,荷兰 Rechtwijzer 网站<sup>④⑤</sup>由海牙法律创新研究所(Hague Institute for Innovation of Law)<sup>④⑥</sup>、荷兰法律援助委员会(Dutch Legal Aid Board)与 Modria 共同开发,主要业务是为婚姻家庭事、租赁合同和劳动合同纠纷提供纠纷解决服务。其中“公平引擎(Fairness Engine)”是 Modria 一项核心产品<sup>④⑦</sup>,可以对纠纷进行程序分流与纠纷解决,纠纷导入“公平引擎”后依次进入“诊断—谈判—调解—仲裁”四个模块。“诊断模块”系统会收集案件的相关信息、对纠纷进行初步诊断、形成诊断报告。“谈判模块”系统会根据诊断报告自动生成不同意见,并根据不同意见提供不同的谈判建议。如果经过该模块后当事人仍未达成和解协议,则会有调解员邀请当事人共同进入“调解模块”,如果经过该模块后当事人仍未达成调解协议,则会有仲裁员邀请当事人共同进入最后一个“仲裁模块”。根据 Modria 公布的数据,绝大多数纠纷会在“诊断”和“谈判”模块解决,只有少量纠纷才需要中立第三方介入解决。

新加坡调解中心(SMC)也建立了 ODR 平台,包含在线调解立案、案件追踪、预约调解等功能。为了保证调解环境的私密性、安全性、流畅性,SMC 要求用户事先通过设备测试、兼容性测试以及速度测试<sup>④⑧</sup>。另外趋势三中提到 SMC 也提供在线域名纠纷解决服务,这些都构成了新加坡在线纠纷解决机制实践。<sup>④⑨</sup>

## 九、赔礼道歉立法化

赔礼道歉立法是旨在鼓励当事人道歉的法律,其中特别规定了赔礼道歉的法律效力,赔礼道歉者不必担忧道歉会被用作承担责任的证据。实际上赔礼道歉立法并不新鲜,<sup>⑤⑩</sup>早在 1986 年美国已有相关立法。但由于赔礼道歉内涵与调解本质——和平友好解决纠纷十分契合,随着调解实践发展,顺应调解规则法律化浪潮,在调解立法中确定赔礼道歉法律效力逐渐演变为国际调解领域的趋势之一。

美国马萨诸塞州开创了赔礼道歉立法。马萨诸塞州参议员 William Saltontall 的女儿因一场车祸而丧生,但肇事司机因为担心自己赔礼道歉会成为对其不利的证据而从未表

<sup>④⑤</sup> Rechtwijzer, <http://rechtwijzer.nl/>.

<sup>④⑥</sup> The Hague Institute for Innovation of Law, <http://www.hiil.org>.

<sup>④⑦</sup> Frederic Lardinois, *Modria Launches a 'Fairness Engine' for Online Dispute Resolution*, Tech Crunch, 19 November 2012.

<sup>④⑧</sup> The Singapore Mediation Centre's online dispute resolution portal, <https://smc.resolvedisputes.online/#/access/login>, last visited 18 May 2019.

<sup>④⑨</sup> Singapore Mediation Centre, <http://www.mediation.com.sg/business-services/singapore-domain-namedispute-resolution-services>, last visited July 2019.

<sup>⑤⑩</sup> Jeffrey Helmreich, *Does 'Sorry' Incriminate? Evidence, Harm and the Protection of Apology*, Cornell Journal Law & Public Policy, 2012, Vol.21, p.575; Jonathan R Cohen, *Legislating Apology: The Pros and Cons*, University of Cincinnati Law Review, 2002, Vol.70:3, p.827; Lee Taft, *Apology Subverted: The Commodification of Apology*, Yale Law Journal, 2002, Vol.109, p.1151; James Shing-ping Chiu, *The Beginning of Apology Legislation in Asia: The Fifth Wave Worldwide*, Asian JM, 2018, p.33. 过去的赔礼道歉立法主要侧重于医疗事故索赔,旨在通过消除当事人对被指控的恐惧来鼓励道歉。

示道歉。<sup>⑮</sup>因此,当这位参议员退休之后,与其继任者一起致力于将赔礼道歉纳入本州立法,希望通过立法消除当事人对道歉被用作民事诉讼证据的恐惧,鼓励当事人通过赔礼道歉化解纠纷。此后,美国加利福尼亚州和德克萨斯州<sup>⑯</sup>也先后颁布了类似法律法规,但其中大多数仅限于机动车或医疗事故纠纷。随着赔礼道歉立法的发展,越来越多的纠纷类型被涵盖,不再像早期立法那样局限于特定的纠纷类型。例如,在过失侵权法改革中,澳大利亚各州都出台了在多种纠纷类型中皆适用的赔礼道歉立法。<sup>⑰</sup>加拿大英属哥伦比亚和萨斯喀彻温省(Saskatchewan)<sup>⑱</sup>紧随其后,制定了范围广泛的赔礼道歉立法。在2015年和2017年,苏格兰<sup>⑲</sup>和中国香港<sup>⑳</sup>也分别推出了赔礼道歉立法,并首次明确地将赔礼道歉立法拓展到调解等纠纷解决方式。

中国香港在制定调解法时就考虑了应用赔礼道歉立法的可能。《香港律政司调解工作小组报告》第43条建议(Recommendation 43 of the Report of the Working Group on Mediation)<sup>㉑</sup>指出:应否设立《道歉条例》,应由相关部门予以充分审议。七年后,《香港道歉条例》(Hong Kong Apology Ordinance)第3条<sup>㉒</sup>规定了促进和鼓励道歉的条款,以防止纠纷升级并促进当事人达成和解。《香港道歉条例》对道歉采用的是广义定义,即对以明示或暗示方式进行的道歉均作认可。

赔礼道歉立法可通过以下方式促进调解或和解。首先,调解法律中通常规定,在调解之前作出的道歉不被认为是自愿承担责任的声明。如果当事人因为确信尽早的道歉不会被用作赔偿责任的证据,而积极主动地作出道歉,可能会降低对方当事人的怒气,使得双方更容易采用和解谈判或调解的方式解决纠纷,从而降低诉讼风险。其次,在调解过程中做出的道歉通常将受到调解保密性和调解证据可采性立法的保护。但即使有调解保密性立法的保护,也不能完全保证赔礼道歉行为不受追责,因为在大多数司法管辖区这种保护都有例外情形,因此在特殊情况下,可能有些赔礼道歉行为不会得到免责。如果不解决这方面的顾虑,当事人可能不会主动采取赔礼道歉。而且,调解立法中对于赔礼道歉的保护也有相应限制。在和解协议没有约定保密性条款的情况下,作为和解协议一部分的赔礼道歉可能不受调解立法的保护。总而言之,赔礼道歉立法的制定不仅为

<sup>⑮</sup> Massachusetts General Laws ch. 233, § 23D (1986); Jennifer Robbennolt, *Apologies and Legal Settlement: An Empirical Examination*, Michigan Law Review, 2003, Vol.102:3, p.471; Benjamin Ho & Elaine Liu, *Does Sorry Work? The Impact of Apology Laws on Medical Malpractice*, Journal of Risk and Uncertainty, 2011, Vol.43, p.142, para.2.

<sup>⑯</sup> California Evidence Code, 2000, § 1160; Texas Civil Practice and Remedies Code, 2010, § 18.061.

<sup>⑰</sup> The New South Wales Civil Liability Act 2002.

<sup>⑱</sup> Apology Act(British Columbia), SBC 2006, c. 19; Evidence Amendment Act(Saskatchewan), ss. 2007, c. 24 .

<sup>⑲</sup> The Apologies (Scotland) Act 2016, 2016 asp 5. See also John Sturrock, *Apologies Legislation Passed in Scotland [sic]*, Kluwer Mediation Blog, <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2016/02/02/apologies-legislation-passed-in-scotland/>.

<sup>⑳</sup> Hong Kong Apology Ordinance, Cap 631. For an overview see Ting Kwok Iu, *Hong Kong Apology Ordinance 2017*, Kluwer Mediation Blog, <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2017/09/12/hong-kong-apology-ordinance-2017/>.

<sup>㉑</sup> The Government of the Hong Kong Special Administrative Region, Department of Justice, Report of the Working Group on Mediation (February 2010).

<sup>㉒</sup> *Supra* note 156.

鼓励赔礼道歉提供了促进和保护措施,也基本打消了道歉者的顾虑,具有重大意义。

除了能够促进调解之外,赔礼道歉还具有修复和重建信任关系的潜能,促进思想和价值观上的转变——这正是调解价值所在。<sup>⑩</sup> 公开道歉正是如此,在需要公开道歉以协助解决纠纷情况之下,道歉立法可能非常有用。2012年,中国香港南丫岛渡轮相撞事故造成39人丧生。在这次事件发生六个多月后,当政府代表、海事处处长最终公开道歉时,许多遇难者家属反驳说,这份公开道歉太没诚意,为时已晚。因为此前公众呼吁向受害者家属道歉却没有得到政府重视,后来政府道歉完全是迫于新闻媒体舆论压力,而不是出于对受害者家属歉意,因此大家认为这次道歉是一种“迟到的、不真诚的、非自愿的”道歉。<sup>⑪</sup>

## 十、第三方资助合法化

第三方资助做法突破了纠纷解决中相对性原则。具体来说,“第三方”是指“与纠纷本身无利益关联,但为当事人诉诸国际诉讼或仲裁提供资金或资源的自然人、法人和非法人组织”。<sup>⑫</sup> 在英国、澳大利亚和美国等国家和地区,第三方为纠纷解决程序特别是诉讼和仲裁提供资金比较常见。相比之下,在亚洲,拉丁美洲和欧洲部分地区,第三方资助正处于初步发展阶段,但即使发展时间不长,发展速度却很快。<sup>⑬</sup> 总体而言,国际第三方资助实践处于一个突飞猛进的发展时期。

国际商事仲裁理事会(International Council for Commercial Arbitration)与伦敦玛丽女王大学(Queen Mary University of London)联合成立工作组发布《报告》,解释了第三方资助范围是如何随着时间推移而发展<sup>⑭</sup>。最初,第三方资助主要是一种救济机制,通过这种机制,经济拮据的原告可以获得诉诸司法的必要资源;而如今第三方资助主要是一种融资方式,请求第三方资助企业大多是大型、实力强劲的企业,他们申请第三方资助是为了融资而非获得救济。这些企业的目的可能是借此规避仲裁失败的风险,缓解资金短

<sup>⑩</sup> Ian Austen & Jason Horowitz, *Pope Rejects Call for Apology to Canada's Indigenous People*, The New York Times, 28 March 2018. 另一个关于公开道歉的例子是,人们要求教皇就加拿大天主教会对其土著儿童的精神与肉体摧残道歉。在这场从1880年持续至1996年的“强制性同化教育”中,寄宿学校强迫土著儿童禁止使用本民族的语言,禁止接触本民族的风俗习惯、文化传统与宗教信仰。许多人遭受严重的精神折磨、与人身虐待,估计至少6000人被虐待致死。

<sup>⑪</sup> Emily Tsang & Patsy Moy, *Plan to Make It Easier to Say Sorry*, South China Morning Post, 23 July 2013.

<sup>⑫</sup> International Council for Commercial Arbitration, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-party Funding in International Arbitration*(“ICCA-QM Report”), The ICCA Reports No 4, April 2018, p.1, fn.1, pp.45-80. 关于“第三方资助”的定义。Christine Sim, *8 Key Points from the ICCA-QM Task Force's 2018 Third-Party Funding Report*, Kluwer Arbitration Blog, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/05/28/8-key-points-icca-qm-task-forces-2018-third-party-funding-report/>. Elayne Greenberg, *Hey, Big Spender: Ethical Guidelines for Dispute Resolution Professionals when Parties Are Backed by Third-Party Funders*, Arizona State Law Journal, 2019, Vol.51.

<sup>⑬</sup> International Council for Commercial Arbitration, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-party Funding in International Arbitration*, The ICCA Reports No 4, April 2018, p.18.

<sup>⑭</sup> *Id.*, at 20.

缺,管理资产负债表或利润率,或调配资金用于保障其他优先业务事项的运行。

换言之,原告寻求第三方资助的原因众多,主要包括寻求法律救济和商事风险管理。目前,第三方资助已经与美国、欧洲和亚洲的国际纠纷解决基金公司一起发展成为一种商业模式。<sup>⑩</sup>与此同时,第三方资助制度是一个具有争议性的话题,因为第三方出资人虽然并不直接介入纠纷解决,但却可利用出资人的地位为获取直接或间接的利益而左右纠纷解决程序和结果,不透明的资金管理也存在着潜在危险。一方面,第三方出资人可以帮助当事人解决诉诸司法,或至少是诉诸其他纠纷解决方式的资金问题<sup>⑪</sup>;另一方面,第三方出资人也可以通过为选定的纠纷解决程序提供资金来实现自己的利益。<sup>⑫</sup>

最近新加坡和中国香港<sup>⑬</sup>相关立法对第三方资助存在的问题进行了回应。<sup>⑭</sup>两个地区的法律修正案分别允许第三方可以在新加坡国际仲裁中心和中国香港国际仲裁中心提供资助,为第三方资助包括调解在内的纠纷解决活动铺平了道路。亚洲地区相关立法修订活动均在某种程度上折射出国际上对第三方资助总体上持支持态度。但由于第三方资助确实存在一定程度的潜在危险,司法管辖区仍然对第三方资助制度推进整体上秉承谨慎态度,在承认的同时也建立起相应的第三方资助监管制度。《新加坡民法(修正案)》允许第三方为国际仲裁以及相关的诉讼或调解提供资助。<sup>⑮</sup>该法将仲裁范围扩展到由仲裁程序(例如调仲结合或仲裁调解)引起的调解,但不包括单独的调解。在《新加坡民法》修订之前,SIAC于2017年1月1日发布了《SIAC投资仲裁规则》,规定法官有自由裁量权,有权命令披露此类第三方资助协议的细节。<sup>⑯</sup>新加坡仲裁员学会(Singapore Institute of Arbitrators)<sup>⑰</sup>和新加坡律师公会(Singapore Law Society)<sup>⑱</sup>则因为考虑到灵活性和当事人自决权,仅发布了有关第三方资助备忘录。

新加坡修法之后中国香港于2017年6月通过了《香港仲裁与调解立法(第三方资

<sup>⑩</sup> Bentham IMF, <https://www.benthamimf.com>, Burford Capital, <https://www.burfordcapital.com>; and Woodsford Litigation Funding, <https://woodsfordlitigationfunding.com>. 主要的第三方资助机构。

<sup>⑪</sup> *Id.*, at 23–24. 如迈克尔·布隆伯格的慈善基金会在投资者与东道国纠纷(Philip Morris Brands Sàrl v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No ARB/10/7 (formerly FTR Holding SA v Oriental Republic of Uruguay.))中所起的作用。

<sup>⑫</sup> Darius Chan, *Three ‘Pitfalls’ for the Unwary: Third-Party Funding in Asia*, Singapore Law Gazette, November 2018; Frank J Garcia, *The Case against Third-Party Funding in Investment Arbitration*, Investment Treaty News, 30 July 2018.

<sup>⑬</sup> Civil Law Act (Cap 43, 1999 Rev Ed), ss. 5A and 5B; The Civil Law (Third-Party Funding) Regulations 2017, S 43/2017. For Hong Kong, see the Code of Practice for Third Party Funding of Arbitration (GN 9048) and Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Ordinance 2017 (Ord. No 6 of 2017), *Supra* note 128.

<sup>⑭</sup> Hill v. Archbold, [1968] 1 QB 686 at 693; Otech Pakistan Pvt Ltd v. Clough Engineering Ltd, [2007] 1 SLR(R) 989. “助讼与帮讼分利”(maintenance and champerty),是普通法中一项古老的刑事罪行。一般认为,第三方资助的做法违反了禁止“助讼与帮讼分利”的原则。

<sup>⑮</sup> Civil Law Act (Cap 43, 1999 Rev Ed), ss. 5A. The amendments took effect from 1 March 2017. 注:《新加坡民法》第5A条废除了助讼与帮讼分利的侵权行为。Chan Leng Sun SC, *Third-Party Funding – Taking Stock*, Singapore Law Gazette, November 2018. 违反禁止“助讼与帮讼分利”原则的第三方资助仍然是非法的,但有例外。

<sup>⑯</sup> Investment Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre, 1st Ed, 1 January 2017, rule 24(l).

<sup>⑰</sup> Singapore Institute of Arbitrators, SIARB Guidelines for Third Party Funders, 18 May 2017.

<sup>⑱</sup> The Law Society of Singapore, *Third-Party Funding*(Guidance Note 10.1.1) (effective 25 April 2017).

助) (修订) 条例》。<sup>⑬</sup>《香港国际仲裁中心管理仲裁规则》(HKIAC 规则) 与《SIAC 投资仲裁规则》一样,都新增第三方资助有关条款。

新加坡和中国香港关于第三方资助立法的区别之一在于资助范围不同。中国香港法律中,第三方资助的范围不仅包括国内纠纷,也包括国际纠纷;不仅包括仲裁,也包括调解及诉讼附属程序等。相比之下,新加坡法律中仅允许将此类资金用于国际仲裁和相关程序。但在提出《新加坡民法(修正案)》时,当时的教育与法律高级政务部长 Indraneel Rajah 指出,未来新加坡第三方资助范围有可能扩大到诉讼和调解。<sup>⑭</sup>

新加坡和中国香港关于第三方资助立法的区别之二在于公开披露具体要求不同。《新加坡法律职业规则》规定,受资助方的法定代表人有披露相关情况的义务。<sup>⑮</sup>与此相比,《香港国际仲裁中心规则》第 44 条规定更加细化:若已签订资助协议,受资助方应将签订资助协议和出资第三方的身份信息的书面通知传送至所有其他当事人、仲裁庭、任何紧急仲裁员和香港国际仲裁中心。

上述新加坡与中国香港的第三方资助立法中,虽然主要针对以及受到主要影响的领域是国际仲裁,但同时也为国际调解的第三方资助打开绿灯。不过,第三方资助调解另有其他风险,需要对其重新评估。在评估国际调解中的第三方资助制度时,监管机关、律师、当事人和调解员有必要考虑以下问题。第一,第三方出资人在调解程序中处于何种地位?第二,第三方出资人能在多大程度上影响谈判战略、影响各方权力博弈、决定解决时机和解决方案?第三,第三方出资人有权否决双方达成的调解协议吗?由于各国立法例和文化上的差异,对上述问题的回答并不相同。例如,在瑞士和德国,第三方资助中一般都包含了有出资人对和解的否决权,但在其他司法管辖区却并非如此。<sup>⑯</sup>如果第三方资助运行起来“恰如其分”,毫无疑问调解当事人能从中受益,但现实往往并非如此。反思早期国际调解第三方资助制度的发展时,Sharp 和 Marsh 指出:“在某种意义上,第三方资助对调解的改变微乎其微;但从现实考量来说,大家都心知肚明,第三方资助其实是让一个无利害关系的第三方“坐”在调解桌前,从根本上改变了调解。”<sup>⑰</sup>

<sup>⑬</sup> Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Ordinance 2017, Ord No 6 of 2017. 虽然该条例早在 2017 年 6 月 23 日就已刊登于政府宪报,但其中解除对第三方资助的禁令的条款一直到 2019 年 2 月 1 日才开始实施,晚于 2018 年中国香港律政司发布的《第三者资助仲裁实务守则》(GN 9048)。

<sup>⑭</sup> Indraneel Rajah SC, Senior Minister of State for Law, *Third Party Funding – Reinforcing Singapore as a Premier International Dispute Resolution Centre*, 24 January 2017. See also Marla Decker & Nicholas Lingard, *Third-Party Funding in Asia: Arrived, and Set to Thrive*, Above the Law, 12 December 2018.

<sup>⑮</sup> Pt 5A of the Legal Profession (Professional Conduct) Rules 2015, S 706/2015, added by the Legal Profession (Professional Conduct) (Amendment) Rules 2017, S 69/2017.

<sup>⑯</sup> *Strathboss Kiwifruit Ltd v. Attorney General*, [2015] NZHC 1596; Geoff Sharp & Bill Marsh, *A New Seat at the Mediation Table? The Impact of Third-Party Funding on the Mediation Process (Part 2)*, Kluwer Mediation Blog, <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2017/04/01/7498/>.

<sup>⑰</sup> Geoff Sharp & Bill Marsh, *A New Seat at the Mediation Table? The Impact of Third-Party Funding on the Mediation Process (Part 2)*, Kluwer Mediation Blog, <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2017/04/01/7498/>.

## 结 论

如果说 20 世纪是仲裁的世纪,那么 21 世纪毫无疑问是调解的世纪。调解具有灵活性、多样性、简便易行等特性,有时在纠纷解决领域更优于诉讼和仲裁制度,同时也为其他一些纠纷解决机制打开了大门。调解是以合作和基于利益的方式进行决策,可以很容易地跨越文化、学科和地缘政治边界。放眼全球,调解的发展深刻影响了公司、法院、社区和国家参与解决纠纷的方式。

在全球调解趋势的时代背景下,国际调解十大发展趋势,既是调解的实践图景,也是调解的发展样态。正如本文论述的情况,为了满足日益多样化的用户需求,国际调解采用了一系列不同的调解模式、混合模式以及在线纠纷解决方式。调解的原则也对道歉立法的最新发展产生了影响。此外,随着国际调解实践的不断发 展,第三方出资人对作为一种新型纠纷解决方式的调解产生了兴趣。最后,国际调解得到国际和国内立法制度以及迅速发展的国际法律框架的双重支持,不仅提升了对调解运行的监管以及推进了调解员专业化发展,而且保证了调解的本质与特征,促进了国际社会对调解协议的承认与执行。

---

**Abstract:** With a focus on mediation of cross-border disputes, the author identifies ten trends in international mediation. These include the changing profile of cross-border disputants and corresponding developments in international mediation practice and law. Firstly, the role of mediators and lawyers is analyzed in the context of the professionalization of the field through credentialing initiatives and the new specialization of mediation advocacy. Secondly, with the growing internationalization of mediation, there has been greater appreciation of diverse practice models and the cultural assumptions underpinning them. These developments are explored along with the increasing and differentiated use of mediation in mixed mode procedures and a consideration of how technology is challenging conventional understandings of face-to-face mediation. Finally, two topics not traditionally associated with mediation, namely apology legislation and third-party funding, are examined with a view to how they may influence the future of mediation.

**Keywords:** international mediation; cross-border mediation; development trends

---

( 责任编辑: 孙保国 )

# 非洲的能源仲裁

斯蒂芬·P·菲尼瑞奥\*

---

**内容提要** 能源行业是非洲经济发展的关键行业。能源项目参与方多样、规模庞大、结构复杂,而且容易受政治、经济、环境等因素的影响,因此非洲的能源项目产生了大量争议。虽然这些纠纷的性质和范围各有不同,但它们目前主要是通过国际商事仲裁和投资条约仲裁方式解决的。西方国家的仲裁机构以及国际投资争端解决中心受理了大量涉及非洲的能源仲裁案件。由于非洲国家采取的诸如国有化、增加油气行业的本土成分等措施,以及受大宗商品价格持续下跌的影响,非洲能源仲裁案件还可能会增加。非洲国家正试图采用现代化的仲裁立法、加入《纽约公约》、改善仲裁机构的设施、撤销双边投资保护条约等措施,使涉及非洲的能源争议在非洲当地得到解决。

**关键词** 非洲 能源行业 争议 仲裁

---

能源行业是非洲经济发展的关键行业。它既包括诸如石油、天然气和煤炭之类的传统资源,也包括现在日益受到关注的可再生能源。<sup>①</sup>无论是过去还是现在,非洲的能源行业一直由石油行业主导。非洲有许多世界顶级的石油生产国,非洲大约 57% 的出口收入来自石油创汇。<sup>②</sup>在过去十年,非洲的石油产量占全球的 11% 以上。根据 2016 年的数据,非洲拥有世界探明石油储量的 7.5% 以及世界探明天然气储量的 7.6%。<sup>③</sup>此外,在过去五年,非洲占了全部石油需求增长量的五分之一,到 2035—2040 年,这一需求有望增

---

\* 本文为译文,原文于 2018 年发表于《中东和非洲仲裁评论》(The Middle Eastern and African Arbitration Review)。斯蒂芬·P·菲尼瑞奥(Steven P Finizio),伦敦威凯平和而德律师事务所(Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP)合伙人。翻译:朱伟东,法学博士,中国社科院西亚非洲研究所非洲法律研究中心主任、教授。本译文是国家社科基金专项研究课题《非洲本土化立法研究》(项目编号:19VJX062)的阶段成果之一。

① 南非是目前唯一拥有商业核电站的非洲国家。

② See [www.aljazeera.com/indepth/interactive/2016/10/mapping-africa-natural-resources-161020075811145.html](http://www.aljazeera.com/indepth/interactive/2016/10/mapping-africa-natural-resources-161020075811145.html).

③ See KPMG Sector Report, *Oil & Gas in Africa (2015)*, pp.1-2. <https://www.kpmg.com/Africa/en/IssuesAndInsights/Articles-Publications/General-Industries-Publications/Documents/Oil%20and%20Gas%20sector%20report%202015.pdf>.; See also BP Statistical Review of World Energy, June 2017, pp.12-14, 26-28, <https://www.bp.com/content/dam/bp/en/corporate/pdf/energy-economics/statistical-review-2017/bp-statistical-review-of-world-energy-2017-full-report.pdf>; See PwC Africa Oil & Gas Review, November 2017, p.18, [www.pwc.co.za/oil-gas-review](http://www.pwc.co.za/oil-gas-review). 此外,根据 2016 年的数据,非洲占了全球石油产量的 8.6%,西非的石油产量主要来自尼日尔三角洲盆地,大部分位于尼日利亚的一些水域。非洲的天然气产量占全球总产量的 5.9%,阿尔及利亚是非洲最大的天然气生产国。2016 年全球十大天然气发现中有 5 个位于西非。



加到全球能源消费量的 20%。<sup>④</sup> 正如下文所分析的,能源行业已引发大量争议,这些争议都通过国际仲裁的方式得到解决,这一数量看来还在增加。

非洲不同地区的能源资源和发展都不同。石油和天然气储量主要集中在北非和西非(尼日利亚、安哥拉和阿尔及利亚非洲大陆最大的油气生产者)。<sup>⑤</sup> 许多非洲国家通过航运或管道运出口天然气。<sup>⑥</sup> 煤炭储量大都集中在非洲南部(南非拥有探明储量的 94%,几乎垄断了非洲全部的煤炭产量)。<sup>⑦</sup> 虽然非洲也有发展可再生能源的巨大潜力,但这些资源仍未得到很好开发。迄今,大型水电项目主要集中在马拉维、赞比亚和莱索托;摩洛哥、埃及和南非有一些大型的风电项目;肯尼亚、乌干达、埃塞俄比亚和坦桑尼亚的东非大裂谷地区还有一些地热发电项目。

过去,由于政治动荡、环境艰苦以及经济波动,在非洲投资的能源开发项目要远远少于其他资源丰富地区。不过,情况正在发生改变,日益加剧的全球竞争给非洲能源行业带来了新的参与者和投资。重要的能源发现也正在带来复杂、昂贵、危险的能源投资项目。例如,几内亚湾的石油发现给新的生产国如塞拉利昂和利比里亚带来很多投资机会。<sup>⑧</sup> 勘探公司也正进入诸如索马里等此类由于冲突和政治动荡直到现在仍被认为是危机重重的国家。虽然油气行业仍吸引了大多数的外国投资者,但可再生能源领域的投资也在增加。考虑到尚未开发的可再生能源及其有助于解决撒哈拉以南非洲的能源危机(该地区仍有 6 亿左右人口无电可用),<sup>⑨</sup> 对可再生能源的投资有望继续增加。

关于非洲的仲裁的趋势,即使按地区划分,也无法一概而论。不过,随着外国投资的进入,非洲大陆对仲裁的关注也在上升。许多国家在仲裁领域已采取了一些重要举措,如加入《纽约公约》、采用现代仲裁立法等,还有一些国家对仲裁机构进行了完善。<sup>⑩</sup> 涉

<sup>④</sup> See BP Energy Outlook, pp. 61,113, <https://www.bp.com/content/dam/bp/en/corporate/pdf/energy-economics/energy-outlook/bp-energy-outlook-2018.pdf>.

<sup>⑤</sup> See PwC Africa Oil & Gas Review, November 2017, p.4, [www.pwc.co.za/oil-gas-review](http://www.pwc.co.za/oil-gas-review). 2016 年非洲 77% 以上的石油产量来自尼日利亚、安哥拉、阿尔及利亚和埃及。

<sup>⑥</sup> See KPMG Sector Report, Oil & Gas in Africa (2015), pp.6-7, <https://www.kpmg.com/Africa/en/IssuesAndInsights/Articles-Publications/General-Industries-Publications/Documents/Oil%20and%20Gas%20sector%20report%20-2015.pdf>. 例如,尼日利亚、阿尔及利亚、埃及和赤道几内亚出口液化天然气,阿尔及利亚和利比亚通过管道向伊比利亚半岛意大利出口天然气,莫桑比克和尼日利亚向非洲其他国家出口天然气。See BP Energy Outlook, Country and regional insights - Africa (2017), <https://www.bp.com/content/dam/bp/pdf/energy-economics/energy-outlook-2017/bp-energy-outlook-2017-region-insight-africa.pdf>. 另外,部分由于来自东非的新的液化天然气的出口,非洲大陆天然气的产量有望大幅提高。

<sup>⑦</sup> See [https://www.icafrica.org/fileadmin/documents/Publications/Africa\\_Energy\\_Atlas.pdf](https://www.icafrica.org/fileadmin/documents/Publications/Africa_Energy_Atlas.pdf), p.(v).

<sup>⑧</sup> *Supra* note 5, at 16. PwC-Africa Oil & Gas Review, August 2016, p.18, [www.pwc.com/ng/en/publications/africa-oil-and-gas-review.html](http://www.pwc.com/ng/en/publications/africa-oil-and-gas-review.html). 安哥拉、毛里塔尼亚和塞内加尔近来一些最重要的石油发现都是在海上,这更为复杂和昂贵。此外,在莫桑比克(主要是在海上的 Rovuma 盆地)、坦桑尼亚和埃及的重大天然气发现也吸引了许多新的重要项目和投资的关注。

<sup>⑨</sup> See McKinsey & Company, *Brighter Africa: The growth potential of the sub-Saharan electricity sector*, February 2015, p.2; See also *Working Group III of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, in IPCC Special Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, 2011. 该报告指出非洲尚未开发的水电潜力可能高达总容量的 95%。

<sup>⑩</sup> See [www.newyorkconvention.org/countries](http://www.newyorkconvention.org/countries), [www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html). 例如,在 2017 年 3 月,安哥拉加入了《纽约公约》。

及非洲大型能源项目的争议主要是通过国际商事仲裁和投资者—国家仲裁解决的。本文拟对这些仲裁以及一些商事仲裁和条约仲裁案件的最新趋势进行概述。

## 一、政府对自然资源的控制以及合同范本

由于项目和参与方的多样性,非洲能源项目牵涉到种类繁多的高事合同。自然资源通常由国家所有,这就意味着能源项目往往需要来自国家的许可(例如,许可进入特定地理区块),并需要在政府(或国有实体,如国家石油公司)和私营公司(或公司集团)之间做出相应的合同安排。许多项目还需设立合资企业,以分担大规模项目的风险和成本,或满足监管要求。

对于油气项目,很多政府起初都和国际石油公司(IOC)缔结特许权合同。<sup>①</sup>这些合同的典型做法是,将大范围的长期勘探和开发权授予国际石油公司,国际石油公司对项目的开发管理有完全控制权,并且生产义务。如今,最为常见的合同类型是产品分成合同。产品分成合同的典型做法是,在当事人之间就勘探和生产的权利和义务作出规定,并在发现达到商业储量的石油后,就资源的分配作出安排。东道国倾向于采用产品分成合同,因为这类合同使政府面临较低的金融风险,并使它能够参与项目管理。<sup>②</sup>

在产品分成合同范本中,国际石油公司可能代表公司联合体行事,之间会达成联合作业协议以确定各方在项目中的权利和义务。在项目的评估和收购阶段,联合体成员可能是研究和投标协议或其他许多协议的当事方。根据项目的开发模式,可能还会涉及其他诸如油气的勘探、钻探、运输和销售的合同。同时可能还会涉及勘探权的购买或出让协议,在此类协议下,第三方当事人获得联合作业协议中的某些权益,作为提供勘探、钻探或其他服务的经济补偿或回报。大部分大型项目必然还会涉及其他合同。例如,可能有与当地公司或外国公司签订的顾问合同、产品和服务的供应合同、以及建筑合同或设施和设备的租用合同(包括勘察和钻探设备)。

考虑到这些大型项目涉及的合同和当事人的多样性以及项目规模和复杂性,当事人之间就会产生一系列问题。政治、环境和安全问题的存在同样增加了产生这些问题的可能性。<sup>③</sup>已产生的一些问题包括:

- 涉及不支付票据或特许权使用费的问题;
- 工期延误、中断和撤销问题(包括不可抗力主张);

<sup>①</sup> See E Laryea, *Contractual Arrangements for Resource Investment*, in *Natural Resource Investment and Africa's Development*, FN Botchway (ed.), p.109.

<sup>②</sup> *Id.*, at 111-113, 121-123.

<sup>③</sup> See *National Oil Corp (NOC) v. Libyan Sun Oil Co.*, First Award of 31 May 1985, 29 ILM 565, 584, 1990, 16 YB Com Arb 54, 57, 1991. 一项国际商事仲裁院的仲裁就部分涉及当事人勘探和产品分成合同中不可抗力条款能否用来免除经营者因未能完成勘探项目所承担的义务。美国经营者太阳石油公司在美国和利比亚政治关系紧张后就宣布了不可抗力,由于这一紧张关系,美国政府禁止使用美国护照的人员进入利比亚,而且美国政府还发布条例禁止出口某些技术。

- 股东和合资企业争议；
- 涉及权利的范围和转让的问题；以及
- 在长期供应合同中涉及价格或价格调整的问题。

许多合同都纳入了稳定条款以应对潜在的立法或监管变更,而且就这些条款的适用也会产生许多问题。此外,还涉及腐败指控的问题,包括对根据与特许权合同或产品分成合同有关的咨询合同提出的付款主张的抗辩等。

## 二、国际商事仲裁在非洲能源合同中的运用

一些涉及能源合同的争议可在当地法院得到解决。但在涉及外国当事人的情况下,这些合同一般会规定争议应通过国际仲裁解决。外国投资者几乎总会坚持仲裁应根据知名国际仲裁机构的规则进行。因此,这类能源合同通常会规定根据国际商事仲裁院(ICC)、伦敦国际仲裁院(LCIA)、美国仲裁协会/国际争议解决中心(AAA/ICDR)或联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)的仲裁规则进行。外国当事人通常也会试图规定,任何仲裁程序都应在东道国以外而且在非洲以外进行,伦敦、巴黎和瑞士是涉及非洲能源项目的常用仲裁地。

当事人约定大型能源项目适用外国法的情形也很常见,英国法律、纽约法律、德克萨斯法律或法国法律是常见的选择。因此,西班牙能源公司和利比亚服务提供者之间就利比亚的某能源项目签订的合同约定适用英国法,诸如此类约定并不罕见。但作为国家或国家实体的当事方可能会坚持适用当地法律,因此,某项重要的能源合同(以及由此产生的任何争议)可能会适用诸如尼日利亚、阿尔及利亚或埃及的法律。

现有的数据表明,与非洲相关的仲裁在过去十年增长显著,能源争议,特别是涉及油气行业的案件占了此类增幅的很大比重。与非洲相关的国际商事仲裁院的仲裁案件数量持续快速上升。根据国际商事仲裁院的统计,就来自撒哈拉以南非洲的案件数量(87件)和当事人人数(153人)而言,它在2017年创下了新的记录。<sup>⑭</sup>依据伦敦国际仲裁院仲裁规则解决的争议也在增长,2002年仅有2件涉及非洲的案件,到2016年,此类案件占比上升到了伦敦国际仲裁院新受理案件数量的8%。<sup>⑮</sup>

能源项目中的外国参与方通常会尽力纳入仲裁协议,且选择将仲裁地设在非洲以外,以避免当地法院干预仲裁程序,它们希望通过这样的方式来避免在当地法院解决争议的可能性,但此类仲裁协议并不能解决所有的潜在问题。同时,外国仲裁裁决在一些

<sup>⑭</sup> See Preliminary statistics for 2017 released by the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce (ICC), <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-announces-2017-figures-confirming-global-reach-leading-position-complex-high-value-disputes>; See International Chamber of Commerce, *2016 ICC Dispute Resolution Statistics*, in ICC Dispute Resolution Bulletin 2017 Issue2, p.2. 在2016年,国际商事仲裁院受理的案件涉及188个来自非洲的当事人。

<sup>⑮</sup> See London Court of International Arbitration, Director General's Report 2002, p.2, [www.lcia.org/LCIA/reports.aspx](http://www.lcia.org/LCIA/reports.aspx); LCIA, Facts and Figures - 2016: A Robust Caseload, p.9, <http://www.lcia.org/LCIA/reports.aspx>.

非洲国家能否得到执行的问题一直受到关注。现在,54个非洲国家中只有36个加入了《纽约公约》。此外,还有很多非洲国家没有现代化的仲裁立法。<sup>①⑥</sup>

这就意味着,在几乎半数的非洲国家,申请执行外国仲裁裁决的当事人必须依赖非洲国家的国内法律,而这些法律可能不如批准或实施《纽约公约》的国家那样宽松。此外,即使在已签署《纽约公约》的国家,实施立法也可能存在问题,而且当地法院可能缺乏经验和可信度(尤其是当事人针对国家或国家实体申请执行外国仲裁裁决时)。虽然如此,国际仲裁仍然是非洲能源行业大多数外国投资者的唯一选择。

### 三、与非洲能源项目有关的投资条约仲裁

许多涉及能源项目的争议还通过投资条约仲裁的方式解决。非洲国家目前签订了500多个双边投资协定,<sup>①⑦</sup>这些协定都包含外国投资保护条款,并规定根据国际投资争端解决中心(ICSID)或其他仲裁规则,通过仲裁方式解决外国投资者和东道国政府之间的争议。<sup>①⑧</sup>除此类双边投资协定外,诸如南部非洲发展共同体(SADC)金融和投资议定书、西非国家经济共同体(ECOWAS)有关外国投资的补充法案以及东南非共同市场(COMESA)条约等区域贸易协定也规定了和双边投资协定类似的投资保护条款。

虽然非洲有45个国家是《解决国家与他国国民间投资争端的华盛顿公约》(以下简称ISID公约)的成员国,但还有许多重要的非洲国家,包括作为重要石油生产国的安哥拉,还不是该公约的成员国。<sup>①⑨</sup>考虑到能源问题的经济意义,大量与非洲相关的ICSID仲裁案件多涉及能源问题,而且涉及能源问题的ICSID案件中有很高比例与非洲国家有关,这并不奇怪。<sup>②⑩</sup>

与国际商事仲裁案件一样,非洲能源行业相关的ICSID仲裁也涉及各种各样的项目和争议。与非洲能源项目有关的条约仲裁案件主要涉及:

<sup>①⑥</sup> See Armand Terrien, *The New OHADA Arbitration and Mediation Framework: A Glass Half Full?* (2018), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/02/18/new-ohada-arbitration-mediation-framework-glass-half-full/>. 有10个非洲国家(现在有11个——译者注)以联合国国际贸易法委员会《国际商事仲裁司法》制定了仲裁立法([www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html)),而且在中部和西部非洲,非洲商法协调组织(OHADA)的17个成员国已采纳了《统一仲裁法》,该法在2017年进行了修订,而且还通过了新的《司法与仲裁共同法院规则》。但其他非洲国家只有过时的仲裁立法。例如,南非、博茨瓦纳、纳米比亚、马拉维、莱索托和斯威士兰,都保留了以现在已被废除的英国1950年《仲裁法》为基础制定的仲裁法。南非有望很快采纳新的仲裁立法,但时间还不清楚(see <https://globalarbitrationreview.com/jurisdiction/1000205/south-africa>. 南非已在2017年制定了新的《国际仲裁法》——译者注)。

<sup>①⑦</sup> See UNCTAD *International Investment Agreements Navigator*, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>. 北部非洲6个国家即埃及、突尼斯、阿尔及利亚、摩洛哥、利比亚和苏丹是将近200个双边投资保护条约的成员国。

<sup>①⑧</sup> 许多投资条约都规定了依据ICSID仲裁规则进行的仲裁,一些规定了依据其他仲裁规则通常是联合国国际贸易法委员会、国际商事仲裁院或斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则的仲裁。

<sup>①⑨</sup> 安哥拉只签订了11项(现有18项——译者注)双边投资保护条约(其中只有4项有效,现生效的有6项——译者注),而且它也不是像OHADA这样的区域性投资条约的成员国。

<sup>②⑩</sup> See <https://icsid.worldbank.org/>.

- 新税制的实施以及与此相关的对稳定条款的违反;<sup>②1</sup>
- 中游液化天然气项目的中止和中断;<sup>②2</sup>
- 油气特许勘探和开发权利向第三方的转让;<sup>②3</sup>
- 未支付电力购买合同项下的票据;<sup>②4</sup>
- 合同权利的撤销或特许权的废除。<sup>②5</sup>

例如,在 2017 年就有几起针对冈比亚提起的 ICSID 仲裁涉及海上石油勘探特许权的终止。<sup>②6</sup>

关于非洲国家是否会自愿遵守针对它们作出的条约仲裁裁决,或者如果它们不遵守,此类裁决能否成功执行,这方面的信息还非常少。因缺乏相反的公开报道,这表明大部分非洲国家都遵守了这些仲裁裁决,但对条约仲裁体系的批评却越来越多,某些非洲国家已采取行动退出条约义务,包括取消双边投资保护条约。<sup>②7</sup>

## 四、目前的趋势和潜在的争议

非洲能源行业的一些发展已经或将继续反映在仲裁中。

<sup>②1</sup> See *Texaco Overseas Petroleum Co et al v. The Government of the Libyan Arab Republic*, 17 I.L.M. 1 (1978). 在 ICSID 登记的 155 个未决或已决的石油、天然气和矿业仲裁案件中 (ICSID 网站将“石油、天然气和矿业”归于经济类一部分),有 43 个案件涉及非洲当事人。比较来看,在 107 个电力和能源类仲裁案件中,只有 5 个涉及非洲当事人,而且其中有 4 个涉及坦桑尼亚和其国有电力公司。See also *AGIP Company v. People's Republic of the Congo*, 21 ILM 726 (1982); *Total E&P Uganda BV v. Republic of Uganda*, ICSID Case No. ARB/15/11, ICSID; *Tullow Uganda Operations Pty Ltd and Tullow Uganda Limited v. Republic of Uganda*, ICSID Case No. ARB/13/25, ICSID; *Total E&P Uganda BV v. Republic of Uganda*, ICSID Case No. ARB/15/11, ICSID.

<sup>②2</sup> See *Unión Fenosa Gas, SA v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/14/4, ICSID; See also *Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/12/11, ICSID.

<sup>②3</sup> See *Shell Nigeria Ultra Deep Limited v. Federal Republic of Nigeria* ICSID Case No. ARB/07/18, ICSID; see also *RSM Production Company v. Republic of Cameroon*, ICSID Case No. ARB/13/14, ICSID.

<sup>②4</sup> *Standard Chartered Bank v. The United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/10/12, ICSID.

<sup>②5</sup> *WalAm Energy Inc v. Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/15/17, ICSID. 涉及撤销一项授予加拿大申请人在肯尼亚的 Suswa 地热区进行勘探和开发的许可证; See also the related cases of *African Petroleum Gambia Limited (Block A4) v. Republic of the Gambia*, ICSID Case No. ARB/14/7, ICSID; *African Petroleum Gambia Limited (Block A1) v. Republic of the Gambia*, ICSID Case No. ARB/14/6, ICSID. 涉及冈比亚对澳大利亚一家国际石油公司两个还是石油许可证的撤销,理由是许可证违反了该国国内石油法。在 2014 年冈比亚重新颁发两个许可证后,双方达成和解; *Togo Electricité and GDF-Suez Energie Services v. Republic of Togo*, ICSID Case No. ARB/06/7, ICSID. 涉及一项带来特许权的终止。

<sup>②6</sup> See *African Petroleum Gambia Limited and APCL Gambia B.V. v. Republic of The Gambia*, ICSID Case No. ARB/17/38, ICSID; *African Petroleum Gambia Limited and APCL Gambia BV v. Republic of The Gambia*, ICSID Case No. ARB/17/39, ICSID; *APCL Gambia BV v. Republic of The Gambia*, ICSID Case No. ARB/17/40, ICSID.

<sup>②7</sup> 例如,在 2012 年 10 月,南非终止了与比利时-卢森堡、西班牙、德国、瑞士、荷兰和丹麦之间的双边投资保护条约。作为替代,南非总统在 2015 年 12 月批准了《投资促进和保护法》。该法规定将国内调解作为解决外国投资争议的第一步,或可选择将争议提交国内法院。虽然该法也规定了在国家同意后,可将争议提交国际仲裁,但这需要首先用尽当地救济 (<https://globalarbitrationreview.com/jurisdiction/1000205/south-africa>)。埃及也在 2015 年修改了 1997 年的投资法,包括删除了投资者-国家条约仲裁。

### （一）“资源民族主义”

所谓的“资源民族主义”（即在资源行业增加更多国家干预，以使资源财富更好服务于社会经济政治发展的政治性政策）<sup>②⑧</sup>可能导致政府和国际公司之间的冲突。

很多与非洲能源行业有关的仲裁都因国家将能源作为经济发展关键的主权资源的行为而引起。因此产生许多索赔，特别是根据投资条约提起的索赔，例如，经过一段时间的政治动荡或骚乱后能源资源被国有化，或新政府试图改变合同义务条款。<sup>②⑨</sup>

### （二）本土成分条例

许多非洲国家政府已修改了能源立法、条例和有约束力的惯例，将“本土成分”要求纳入其中，并且越来越要求遵守这些规定。<sup>③⑩</sup>

这些“本土成分”条例要求，价值链各阶段所需要的货物和服务必须有一定比例由当地提供。例如，尼日利亚《石油和天然气行业成分发展法（2010年）》规定了使用当地服务和材料的最低门槛、尼日利亚公司的优先性以及促进向尼日利亚工人的技术转移。<sup>③⑪</sup>特别是，该法还希望确保当地企业在投标环节的参与机会、本地供应商的优先性以及增加当地就业就会。从另一方面来看，这可能会导致外国投资者运营成本的增加。

因此类本土成分条例而产生的争议越来越多，包括一些本地公司在解决与外国公司关于大型能源项目的争议中试图援引此类本土成分要求。<sup>③⑫</sup>

### （三）大宗商品价格波动

油气行业的价格波动也会导致争议，特别是它们可能威胁到大型项目的商业可行性。近来的油价跌落可能在非洲的能源行业中引发大量争议。<sup>③⑬</sup>对于依赖石油收入的非洲政府来说，低油价可能会增加不利仲裁裁决给国家预算带来的破坏性影响。

<sup>②⑧</sup> See P Stevens, J Kooroshy, G Lahn & B Lee, *Conflict and Coexistence in the Extractive Industries*, Chatham House Report, November 2013, [https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/public/Research/Energy,%20Environment%20and%20Development/chr\\_coc1113.pdf](https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/public/Research/Energy,%20Environment%20and%20Development/chr_coc1113.pdf), p. 22. 民族主义论调也是南非和津巴布韦资源行业治理的一个重要特点。不过，大部分非洲国家政府对阻止外国投资进入都持很谨慎的态度。例如，在莫桑比克、赞比亚和几内亚，政府有关所有权或税制新要求的提案在行业压力下都被降低或更改。Id, at p. viii.

<sup>②⑨</sup> See *Sudapet Company Limited v. Republic of South Sudan*, ICSID Case No. ARB/12/26, ICSID. 涉及对申请人在几个与国际公司设立的合资企业中股份权益的剥夺问题。

<sup>③⑩</sup> 例如，在尼日利亚、肯尼亚、加纳、莫桑比克和安哥拉，它们都制定了本土成分条例，作为国内石油法的一部分，在其他非洲国家也有此类提议。

<sup>③⑪</sup> See *Nigerian Oil and Gas Industry Content Development Act 2010*, [www.eisourcebook.org/cms/January%202016/Nigerian%20Oil%20and%20Gas%20Industry%20Content%20Development%20Act%202010.pdf](http://www.eisourcebook.org/cms/January%202016/Nigerian%20Oil%20and%20Gas%20Industry%20Content%20Development%20Act%202010.pdf). 尼日利亚《石油和天然气行业成分发展法》第1条第2款规定：“在尼日利亚石油和天然气行业从事项目、运营、活动或交易的所有监管机构、运营商、承包商、分包商、联盟伙伴和其他实体应考虑将尼日利亚成分作为它们整体项目开发和管理哲学的重要因素。”该法还在第1条第3款规定：“遵守本法的规定并促进尼日利亚成分的发展应成为在石油勘探、生产、运输和开发或在尼日利亚石油和天然气行业的任何其他运营投标中授予许可证、许可和任何其他利益的主要标准。”

<sup>③⑫</sup> See A Msimang and J Cull, *Operators Must Carefully Navigate Nigerian Local Content Rules*, *Offshore Regulatory Perspectives*, December 2014. “在整个西非对运营商施加的本土成分义务日益繁重，对石油公司在那儿的营业活动方式（以及营业成本）产生了重要影响”。

<sup>③⑬</sup> 在2016年1月，石油价格从2014年底从100多美元/桶跌落到12年的地点即27美元/桶（截至2017年2月23日是57美元）。未来几年低油价还会持续，天然气的价格据估计也会下降。

另一方面,在大宗商品价格低迷时期,非洲各国政府希望能源项目的投资水平和活动能够得以维持,以确保一定量的生产水平。政府也可能通过诸如实施新的税收体制或重新进行合同条款谈判的方式,以增加来自能源项目的税收收入,从而缓冲持续价格回落带来的影响。

而国际石油公司可能采取措施降低运营成本和资金支出,如推迟或取消花费高昂、风险极大的项目。<sup>③④</sup>这在产品分成合同项下就可能产生与参与者继续进行勘探或开发的义务有关的争议。<sup>③⑤</sup>大宗商品价格的跌落也可能给合资项目的参与方带来现金流的问题,从而产生有关票据支付和现金筹集的争议。<sup>③⑥</sup>

## 结 论

考虑到新的油气资源的发现以及利用可再生能源的可能性,外国对非洲能源行业的投资只会增加。现有的投资已产生许多争议。与新能源项目相伴的风险,包括资源依赖性的非洲国家面临的持续性社会—政治压力以及当前不稳定的价格环境,很可能导致商事和投资条约仲裁持续增加。

虽然非洲能源项目合同中的争议解决方式会继续选择国际仲裁,但随着更多来自亚洲和其他地区而不是西欧或北美的投资进入到非洲,而且非洲当事方不断推动在当地解决争议,能源合同中所使用的仲裁协议的性质和细节可能会慢慢改变。但就近期而言,许多现有合同仍规定了在非洲之外进行国际仲裁,而且大量案件仍会继续根据诸如国际商事仲裁院之类的仲裁机构的仲裁规则进行审理,仲裁地也仍会在伦敦、巴黎等地。

---

**Abstract:** The energy sector is a critical element in Africa's economic development. The variety of the participant, the large scale and structural complexity of the energy project as well as the impact from political, economical and environmental elements in Africa will easily lead to various energy-related disputes. Such disputes are mainly settled through international commercial arbitration and investment treaty arbitration with their different nature and scope.

---

<sup>③④</sup> 最近莫桑比克推迟了液化天然气的开发项目,也可能反映了在大宗商品价格较低时继续进行勘探项目所面临的困境。

<sup>③⑤</sup> See PR Newswire, Hyperdynamics Announces Partner Impasse and Failure by Tullow to Resume Petroleum Operations Offshore Guinea, [www.prnewswire.com/news-releases/hyperdynamics-announces-partner-impasse-and-failure-by-tullow-to-resume-petroleum-operations-offshore-guinea-300199730.html](http://www.prnewswire.com/news-releases/hyperdynamics-announces-partner-impasse-and-failure-by-tullow-to-resume-petroleum-operations-offshore-guinea-300199730.html), last visited Jan.5, 2016. 例如,在2016年1月,一家位于美国但在几内亚拥有海上石油区块的国际公司 Hyperdynamics 公司根据 AAA/ICDR 仲裁规则对道达尔几内亚公司和达纳石油公司提起仲裁。Hyperdynamics 公司声称道达尔和达纳通过不断推迟探井的钻探而违反了当事人与几内亚签署的联合作业协议和产品分成合同的条款。

<sup>③⑥</sup> See Joshua Warner, *Nostra Terra, Independent Resources to Challenge Partner in Egypt*, Alliance News, [www.morningstar.co.uk/uk/news/AN\\_1453732183424816900/nostra-terra-independent-resources-to-challenge-partner-in-egypt.aspx](http://www.morningstar.co.uk/uk/news/AN_1453732183424816900/nostra-terra-independent-resources-to-challenge-partner-in-egypt.aspx), last visited Jan. 25, 2016. 例如,根据报道,由于合资企业参与方就埃及的东 Ghazalat 油田的资金筹集出现矛盾, Nostra Terra 油气公司和独立资源公司有可能针对北方国际石油公司提起仲裁程序。

The arbitral institutions in the Western countries and International Center for the Settlement of Investment Disputes have dealt with many Africa related energy arbitrations. The energy arbitration involving the African parties is likely to increase in future due to such steps that the African countries have taken as the nationalization, the imposition of local content in the oil and gas sector, as well as the impact of the continued fall of the commodity price. The African countries are now trying to have the energy disputes resolved locally by adopting modern arbitration legislation, acceding to the New York Convention, improving the facilities of the arbitral institutions and terminating the BITs.

**Keywords:** Africa; energy sector; disputes; arbitration

---

---

(责任编辑:毛晓飞)