

论仲调结合在“一带一路”商事纠纷解决中的运用

胡军辉,赵毅宇^①

(湘潭大学法学院,湖南湘潭411100)

[摘要] 根据“一带一路”商事纠纷的显著特征,其解纷机制应满足形式灵活多元、合意性较强、跨国执行便利、专业水平高等需求。仲调结合作为一种复合型纠纷解决方式,与诉讼、商事仲裁、商事调解相比所具有的优势更能满足以上需求。目前,仲调结合主要存在“先调解后仲裁”与“先仲裁后调解”两种实践模式。为了优化仲调结合在“一带一路”商事纠纷解决中的运用,应丰富仲调结合形式与设置具体操作规则,加强仲调结合组织建设与解纷人才培养,充分赋予当事人选择权以克服程序质疑,健全错误仲调结合结果的救济机制,订立多边条约与承认互惠关系以优化跨国执行等。

[关键词] 一带一路; 商事纠纷; 仲调结合; 商事仲裁; 商事调解

[中图分类号] D916 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1673-0755(2018)04-0035-08

“一带一路”合作倡议提出至今,沿线国家与地区因商事交易、经济贸易、投资行为等频发商事纠纷,如何规范化、高效化地解决此类纠纷已成为法学界的研究热潮^①。相较于宝塔型的国内秩序而言,“一带一路”贯穿欧亚大陆,属于平面型的国际秩序^[1],沿线国家和地区的政治形态、经济状态、宗教文化、民族特征、法律规范与商事习惯等均具有多样性。因此,利用诉讼、国际仲裁、商事调解等传统或单一的纠纷解决方式难以适应“一带一路”商事纠纷解决的多元需求。在这一背景下,中共中央办公厅、国务院办公厅于2018年6月27日印发了《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》(以下简称《意见》),并提出积极培育并完善诉讼、仲裁、调解有机衔接的争端解决服务保障机制,切实满足中外当事人多元化纠纷解决需求。

目前,在一种共生的文化中,仲调结合作为一种将仲裁与调解有机衔接的复合型纠纷解决机制^②,正逐步成为国际商事纠纷解决的重要方式,被学者称为“正在扩展着的文化”与“一带一路”纠纷解决的原则^③。然而,现有对仲调结合的研究多停留在探讨制度正当性层面^④,且对其在“一带一路”纠纷解决中的应用研究也尚付阙如,出现了理论与类型研究的双重失衡。鉴于此,本文拟在分析“一带一路”商事纠纷的特征与解纷需求的基础上,就仲调

结合的比较优势、主要模式、现实困境与完善路径等进行深入探讨,以期对“一带一路”建设有所裨益。

一 “一带一路”商事纠纷的特征与对解纷机制的需求

(一)“一带一路”商事纠纷的显著特征

随着“一带一路”商事交往向纵深发展,商事纠纷也相伴增长。从纠纷的类型、主体与内容等方面看,“一带一路”商事纠纷主要呈现出以下特征。

其一,纠纷类型的多样性与集中性。“一带一路”商事纠纷类型多样,按照纠纷主体的不同,可以分为企业(包括个人)与企业间的纠纷、政府与企业间的纠纷以及政府与政府间的纠纷;按照商事交易的性质不同,可以分为普通商事纠纷、国际贸易纠纷与投资纠纷。然而,“一带一路”商事纠纷又集中于企业之间的普通商事纠纷,外国投资企业与东道国政府之间的投资纠纷,以及政府间的商贸合作纠纷。其中又以普通商事纠纷涉及范围广、发生频率高,本文的后续探讨也主要围绕此展开。

其二,纠纷主体的跨国性与友好性。“一带一路”商事交往东连亚太经济圈,西入欧洲经济圈,商事纠纷主体往往来自不同的国家与地区。这类商事主体在纠纷产生之前常存在友好的贸易往来,也通常期待在解决纠纷的同时能维护友好关系,以谋求

[收稿日期] 2018-07-28

[基金项目] 国家社科基金重大项目“构建全民共建共享的社会矛盾纠纷化解机制研究”资助(编号:15ZDC029);湖南省社科基金项目“人民调解经验与机制创新实证调查研究——以湖南为例”资助(编号:201411000902003)

[作者简介] 胡军辉(1976-),男,湖南娄底人,湘潭大学法学院教授,博士生导师。

^①湘潭大学法学院博士研究生。

未来的商事合作。

其三,纠纷内容的专业性与复杂性。“一带一路”商事纠纷的内容常涉及建筑、交通、金融、产能、海事海商、知识产权等专业领域,加之纠纷所涉及的不同国家与地区的法律规范、商业习惯、文化传统等存在显著差异,使纠纷的复杂性更为显著。

(二)“一带一路”商事纠纷对解纷机制的需求

针对“一带一路”商事纠纷的上述特征,其解纷机制需满足如下要求:

其一,解纷机制应形式灵活多元。“一带一路”商事纠纷的多样性要求,不仅需要调解、仲裁、诉讼等多元解纷方式,还需将这些解纷方式有机高效衔接。

其二,解纷机制应合意性较强。纠纷解决按纠纷是由当事人之间自由的合意还是由第三者有拘束力的决定来解决,分为“决定型”与“合意型”^{[2]7}。基于“一带一路”商事纠纷的跨国性特征,在合意性较强的纠纷解决机制下,当事人可以选择法律法规、国际惯例、交易习惯等作为纠纷解决的基准,能有效缓解不同国家间的法律冲突,国际法、国家法与习惯法间的冲突。此外,合意性较强的纠纷解决机制不局限于“非黑即白”的裁断,更着眼于长远利益,有利于维护纠纷主体友好的贸易关系。

其三,解纷结果应跨国执行便利。由于“一带一路”商事纠纷具有跨国性,只有跨国执行壁垒较少的解纷机制才能使其结果顺利得到外国的承认与执行,当事人的权益才能最终实现。

其四,解纷人员应具有应对国际商事纠纷的专业知识。解纷人员的素质对纠纷解决起着至关重要的作用。“一带一路”商事纠纷的专业性与复杂性要求解纷人员除了具备中立性强、执业道德水准高等特质外,还需具有较高的外语水平与丰富的国际商事纠纷解决的知识。正如《意见》鼓励精通国际法、国际商贸规则以及熟练运用外语的国内外法律专家参与到“一带一路”国际商事争端解决中来。

二 仲调结合在“一带一路”商事纠纷解决中的比较优势

诉讼、仲裁与调解是当下解决“一带一路”商事纠纷的主要机制。与诉讼、单纯的商事仲裁与商事调解相比,仲调结合所具有的优势更能满足“一带一路”商事纠纷对解纷机制的需求。

(一)比民事诉讼更具有跨国执行的便利性与专门性

从世界范围看,大部分法院在承认和执行外国

民商事判决时的审查主要为形式审查主义^[3]。通常而言,形式审查的主要审查内容之一便是外国与本国是否共同参与此方面的国际条约或存在互惠关系。然而,目前“一带一路”沿线各国缺少强有力的承认与执行国外判决的国际条约。如在海牙国际私法会议上通过的《国际民商事案件中外国判决的承认和执行公约》,至今只有少数国家加入,未实现国际社会广泛参与的初衷,起到的实际效果微乎其微^[4]。仲调结合的结果通常为仲裁裁决,因《承认和执行外国仲裁裁决公约》(又称《纽约公约》)的存在,仲裁裁决可在157个缔约国法院执行,较判决而言更具有跨国执行的便利性。从专门性上看,我国法官根据出身与知识结构的不同,可分为“学院派”与“经验派”^[5]。他们或清楚了解实体规则与程序事项,或具有丰富的纠纷解决经验,但缺乏金融、建筑、知识产权、信息技术等专业知识,当面对专业性较强的“一带一路”商事纠纷时,难免影响纠纷解决的质量与效果。仲调结合中的仲裁员或调解员大多是根据严格条件选取的专业人士,且来自法律、金融、投资等各个行业,当事人也可以根据纠纷类型会议选择仲裁员与调解员,因而相较于诉讼更具有专门性。

(二)比商事仲裁更具有合意性与灵活高效性

目前,国际商事仲裁的诉讼化倾向已受到学界的批评与诟病,主要观点认为仲裁正在与诉讼一样成为当事人对抗斗争的场所,程序也像诉讼那样趋于细节多而复杂^[6]。然而,“一带一路”纠纷解决中的协商正义或互利正义正广为流行,纠纷当事人所追求的是自己需要的正义,并希望通过对话、协商、妥协实现纠纷有效解决^[7]。仲调结合使仲裁中加入了调解的元素,调解员将综合考量当事人的系争内利益和系争外利益,眼前利益与长远利益,寻找纠纷解决的最佳方案并取得当事人合意。正如富勒的观点,“调解的主要特性是能够重新定位双方的立场,不是通过加强规则,而是通过帮助他们获得对相互关系的崭新共识来实现”^{[8]397}。如此一来,双方当事人可以在纠纷解决的最终阶段通过合意实现双赢的结果。此外,仲调结合比单纯的仲裁程序更为灵活,当事人可以根据自身需求在多种仲调结合形式中进行选择,仲裁员或调解员也可以对当事人进行“私访”等,因此有学者认为,仲调结合是非讼纠纷解决机制中最灵活与有效的^[9]。

(三)比商事调解更具有合意生成的可能性与结果的安定性

商事调解以自愿为原则,当事人合意是调解成

功的关键,但调解的过程是双方当事人博弈的过程,当事人可能无法自愿达成合意。在仲调结合中,当调解失败后,调解员可以仲裁员的身份或者由仲裁员作出有约束力的仲裁裁决。这实际上是让仲裁员综合运用“中介”“判断”“强制”三种行动策略^{[2]84-99},以促进双方当事人积极地形成合意,有学者将其称为“挥着大棒的调解”^{[8]390}。另外,仲调结合比商事调解更具有结果安定性的优势。结果的安定性主要表现在调解协议的执行力上。目前,商事调解仍未取代商事仲裁的中心地位^[10],其重要原因是调解协议缺乏强制执行力。从应然层面看,当事人会自动履行自愿达成的调解协议,但从大量调解书进入强制执行、非司法调解协议反悔率较高等现象可以看出,调解结果的安定性容易因当事人的反悔而破坏。在仲裁结合中,仲裁员基于调解协议做出的仲裁调解书或裁决书就赋予了当事人申请强制执行的效力,保证了调解结果的安定性。

三 仲调结合在“一带一路”商事纠纷解决中的主要模式

已有学者曾对仲调结合的主要形式进行列举与说明^⑤,经过梳理,根据仲裁与调解进行的先后顺序,仲调结合可以分为“先调解后仲裁”与“先仲裁后调解”两种模式。这两种模式中又包含多种不同

的具体形式,这些形式在功能定位、程序设置、仲裁员与调解员的权利义务、当事人的程序权限以及公正与效率的价值取向等方面各有不同。选择何种形式,取决于当事人之间的合意。

(一)先调解后仲裁模式及其具体形式

先调解后仲裁模式的主要功能体现在仲裁终局解决纠纷与弥补调解协议欠缺执行力的问题。如表1所示,先调解后仲裁模式主要包括5种形式。“单纯先调解后仲裁”与后4种形式的主要区别是,仲裁员与调解员在通常为同一人,具有保持程序整体性与连贯性、节约纠纷解决成本等优势。该形式适用两种情形:一是调解成功后进入仲裁程序,其主要目的是通过仲裁赋予调解协议执行效力。如斯洛文尼亚、克罗地亚、奥地利等国的《仲裁规定》称,若调解员对当事人的争议调解成功,应当事人的要求,仲裁院可以指定该调解员作为仲裁员,由他按照和解的条件做出裁定^[11]。二是调解不成功进入仲裁程序,其主要目的是用仲裁使纠纷得到终局解决。如《世界知识产权组织调解规则》第14条(b)1规定,调解员认为当事人之间的任何争议事项不能通过调解解决时,他在考虑争议的情况和当事人之间的业务关系之后,可以推荐仲裁供当事人考虑^[12]。

表1 先调解后仲裁模式的5种形式

模式	具体形式	含义	调解员与仲裁员是否为同一人
先 调 解 后 仲 裁	1、单纯的先调解后仲裁 Pure Med-Arb	当事人为解决争议,先启动调解程序,调解不成后或调解成功后再进行仲裁程序。	是(通常情况)
	2、复合的先调解后仲裁 Med-Arb-Diff	同上	否
	3、建议型先调解后仲裁 Med-Arb-Diff-Recommendation	调解人会在仲裁程序启动前,根据在调解程序中了解的案情等,向仲裁人提交一份裁决建议书。	否
	4、调解后换人仲裁 Med-Arb-Opt-Out	在单纯的先调解后仲裁模式中,当事人有权拒绝之前的调解人转化为仲裁人。	否
	5、最后的仲裁方案 MEDALOA	调解失败后,仲裁庭根据双方当事人的两种方案待定一个,使这种方案产生效力。	否(通常情况)

“复合的先调解后仲裁”中的调解员与仲裁员不为同一人。目前,理论界对仲调结合的主要质疑之一便是对同一人即担任仲裁员又担任调解员的疑虑,主要存在对自然公正与正当程序原则的侵害,混淆仲裁与调解的职能,对调解中获取隐私信息的失控,导致仲裁时存在感性认识或实际偏袒的危险等观点^[13]。而在调解员和仲裁员分离的情况下,可以避免这些问题的产生。“建议型先调解后仲裁”“调

解后换人仲裁”“最后的仲裁方案”等属于“复合的先调解后仲裁”的变形。“建议型先调解后仲裁”中的调解人在调解不成后需向后阶段的仲裁人提交一份裁决建议书。该建议书是调解人根据调解过程中了解的案件信息与相关法律法规制作的,虽不具有法律效力,但能给予仲裁员良好的指引。“调解后换人仲裁”是指在调解失败后,转化为仲裁程序之前,当事人有权拒绝调解人转化为仲裁人,该拒绝权

的行使无需理由。“最后的仲裁方案”也属于调解与后续仲裁相结合,实现纠纷的终局解决。如《世界知识产权组织调解规则》第14条(b)3指出,由各方当事人提出最后的解决方案,并在无法通过调解解决时,以这些最后方案为基础进行仲裁,仲裁庭在仲裁程序中的任务限于决定采用哪一种最后方案。

(二)先仲裁后调解模式及其具体形式

先仲裁后调解模式的主要功能体现在利用调解增强仲裁中的意思自治程度与弥补仲裁欠灵活性的问题。如表2所示,先仲裁后调解模式主要有4种形式。“仲裁中调解”由同一人担任调解员与仲裁员,即当事人先启动仲裁程序,仲裁过程中可以由仲

裁员对案件进行调解,调解不成或调解成功后再恢复仲裁程序。该形式由中国国际经济贸易仲裁委员会首创,时下有许多国家与地区的法律和仲裁规则中出现了“仲裁中调解”的规定。如日本商事仲裁协会的规则规定,仲裁庭在其认为必要而且取得各方当事人同意的情况下,可以让仲裁庭的仲裁员去调解争议以求和解;韩国汉城的大韩商事仲裁院的做法是,由秘书处从仲裁员的名单中指定仲裁员按其认为适当的方式进行调解^[11]。《新加坡国际仲裁法》第17条规定了仲裁员出任调解员的权力,明确指出仲裁员或公断人可以作为调解员,可与仲裁程序当事各方集体通讯或分别通讯^[14]。

表2 先仲裁后调解的4种形式

模式	具体形式	含义	调解员与仲裁员是否为同一人
先 仲 裁 后 调 解	1、仲裁中调解 Arb-Med	先启动仲裁程序,由仲裁员对案件进行调解,调解不成或成功后再恢复仲裁程序。	否
	2、影子调解 Shadow Mediation	先启动仲裁程序,再启动平行的调解程序,若调解不成,由仲裁程序确保纠纷最终解决。	是
	3、仲裁调解共存 Co-Med-Arb	随着仲裁程序的进行调解员旁听全过程,并可在适当的时候进行调解。	否
	4、仲裁执行中的调解	当事人在仲裁程序终结后利用调解程序解决仲裁裁决执行中的问题。	否

“影子调解”“仲裁调解共存”是先调解后仲裁模式中由不同人担任仲裁员与调解员的具体形式。“影子调解”是在仲裁进行的恰当阶段,平行启动调解程序,由调解员对案件进行调解,以增加当事人对纠纷解决的意思自治程度。若调解成功则案件结束,若调解失败则恢复仲裁程序,由仲裁员裁决。“仲裁调解共存”类似“影子调解”的程序变体,仲裁员与调解员都参与小法庭听证,调解员可以旁听仲裁程序发展的全过程,在适当的时候对纠纷进行调解。“仲裁执行中的调解”与其他仲调结合的形式不同,即不是发生在纠纷解决阶段,而是在仲裁裁决执行的过程中进行,以实现执行和解为目的,与我国民事诉讼中的执行和解具有类似之处^⑥。

四 仲调结合在“一带一路”商事纠纷解决中的优化路径

《意见》指出:“研究借鉴现行国际争端解决机制有益做法,设立符合‘一带一路’建设参与国国情特点并被广泛接受的国际商事争端解决新机制和机构,公正高效便利解决‘一带一路’建设过程中产生的跨境商事纠纷。”上文所述仲调结合的主要模式,可为“一带一路”沿线各国建立健全仲调结合机制

提供借鉴。当前,“一带一路”沿线各国在适用仲调结合解决国际商事纠纷时,在规则、主体、程序、救济与执行等层面存在诸多不完善之处,需要通过以下方式优化。

(一)规则层面:丰富仲调结合形式与设置具体操作规则

在“一带一路”商事纠纷中,当事人对解纷机制多样性与灵活性的需求更为明显,单一的仲调结合形式难以满足不同国家当事人的多元需求,也将影响该国仲裁、调解组织的解纷能力与国际影响力。时下,多样化的仲调结合形式已在许多发达国家中得到了明示规定或默示许可。如在美国,单纯的先调解后仲裁、复合的先调解后仲裁、影子调解等上文提到的主要仲调结合形式,均可在符合法定条件被法院承认。韩国、日本、新加坡等国家也通过仲裁法与仲裁规则认可了多种仲调结合的形式。但目前仍有部分“一带一路”沿线国家的仲裁结合形式较为单一。如中国《仲裁法》第51条、中国国际经济贸易仲裁委员会的《仲裁规则》第47条与《国际投资争端仲裁规则》第43条仅规定了“仲裁中调解”这一法定的仲调结合形式,即先启动仲裁程序后,由

仲裁员对纠纷进行调解。《中国(上海)自由贸易试验区仲裁规则》对我国仲裁结合的形式有了新的突破,在第6章“仲裁与调解相结合”下分别规定了调解员调解与仲裁庭调解,并规定调解员调解的时间为仲裁庭组成之前^[15],出现了调解员与仲裁员身份分离的形式,但仲裁庭组成后进行的调解仍仅有仲裁员与调解员身份合一的形式。由此可见,我国仲裁法与仲裁规则认可的仲调结合形式较为单一。在“一带一路”合作倡议向纵深发展的过程中,沿线各国应通过立法和本国仲裁、调解机构的规则认可形式多样的仲调结合形式,以此满足当事人的多元需求,提升本国解决“一带一路”商事纠纷的实力与话语权。

在丰富仲调结合形式的同时,还需对不同形式仲调结合的具体规则进行规定,具体包括:一是确立仲调协议的法律效力,若当事人协议选择先调解后仲裁模式,则不经过调解,当事人无权申请仲裁;二是明确规定仲调结合启动的时间与形式,仲裁员与调解员的选任,调解与仲裁的转换与终止,仲调结合结果的制定与生效等;三是规定回避、信息披露与保密等。从目前来看,在“一带一路”沿线各国中最具有公信力与影响力的调解规则为《联合国国际贸易法委员会调解规则》,仲裁规则为《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》,各国在设置具体仲调结合规则时可参考这些规则。

(二) 主体层面:加强仲调结合组织建设与解纷人才培育

关于仲调结合在解纷主体层面的发展,主要存在两种路径:一是建立专业的仲调结合机构,专门运用仲调结合解决纠纷;二是加强现有仲裁、调解组织的专业性、国际性与配合度,使仲调结合更为顺畅。虽然前者更具有专业性优势,但基于当下“一带一路”解纷机制与解纷资源的发展现状^⑦,加强现有仲裁、调解组织的专业性、国际性与配合度更具有可行性。目前,“一带一路”沿线部分国家的仲裁、调解组织发展迅速,但仍与国际知名仲裁、调解组织存在差距。如中国贸易经济仲裁委员会受理涉外仲裁的比例约为20%,而瑞典斯德歌尔摩商会仲裁院的比例约为50%,新加坡国际仲裁中心的比例超过80%^[16]。在商事调解组织方面,中国国际贸易促进委员会/国际商会调解中心、上海经贸商事调解中心、厦门国际商事调解中心、北京融商“一带一路”商事调解中心等也大多处于起步阶段。

据此,“一带一路”沿线各国首先应加强仲裁、调解组织的专业化与国际化,提升化解纠纷的能力

与国际影响力。沿线各国需在法律与政策层面加大对国际商事仲裁、调解组织的支持力度,助其摆脱发展过程中遇到的政策障碍和制度约束,并重点培育若干个资质较好的仲裁、调解组织,使其成为国际知名“品牌”。可资借鉴的是,我国《意见》明确指出,支持具备条件、在国际上享有良好声誉的国内仲裁机构、调解机构开展涉“一带一路”国际商事仲裁、调解。仲裁、调解组织也应学习借鉴国际知名仲裁、调解组织的仲裁规则、调解规则,以增加自身与国际接轨的程度。

其次,仲裁机构与调解组织可以签订合作协议,建立长期稳定的合作关系,以增强二者的衔接与配和力度。一是在先调解后仲裁模式中,若调解组织将案件调解成功,在取得当事人同意后,可以直接将案件转交有合作的仲裁机构,由其根据调解协议制作仲裁裁决书;若调解不成,调解组织可以建议当事人选择合作的仲裁机构进行仲裁,使纠纷得到终局性解决。此外,调解组织中符合资质的调解员可以成为合作仲裁机构中的仲裁员,可在之后的仲裁程序中进行相应的仲裁工作。二是在先仲裁后调解模式中,若当事人不愿由仲裁员进行调解,仲裁机构可以根据合作的调解组织制作调解员名册供当事人选择。

由于国际商事仲裁与调解存在诸多差异^[17],运用仲调结合解决“一带一路”商事纠纷需要两类解纷人才,一是在擅长仲裁或调解的单一型解纷人才;二是既擅长仲裁又能熟练运用调解的复合型解纷人才。第二类解纷人才具有特殊性,主要适用于仲裁员与调解员身份合一的仲调结合形式。该类人才的主要培育方法是进行相应的技能培训,使仲裁员习得如何以调解人的角色对当事人进行疏通、说服、劝解和协商;使调解员能熟练掌握仲裁程序,中立、公正地进行仲裁裁决。同时,“一带一路”沿线各国需对解纷人才进行科学管理,包括执业许可、等级评定、奖惩机制、退出机制等。

(三) 程序层面:充分赋予当事人选择权以克服程序质疑

实质上,学界关于仲调结合的诸多程序质疑可主要归结于仲裁员与调解员身份合一的问题。例如仲裁专家 Luarence Street 反对调解过案件的同一人士在后来的仲裁程序中扮演仲裁员的角色,认为这一做法将不可避免地扭曲和妨碍调解程序,是为对自然公正原则的冒犯与侵害^[18]。具体而言,仲裁员与调解员身份合一将可能导致以下问题:一是仲裁员在调解的过程中,可能因将来被赋予的仲裁裁决

权而将自己的意见强加给当事人,产生“以裁压调”的现象。这一现象与我国法院调解中被学界诟病的“以判压调”类似^[19]。二是若调解员在调解中获知了当事人的“最低条件”^⑧,其在仲裁阶段可能受到影响而形成先入为主的印象,导致无法做出公正的仲裁裁决。

虽然仲裁员与调解员身份合一的问题遭受到以上质疑,但因其存在高效、快捷等诸多优势,仍有众多规则制定者与研究者试图提出诸多举措以克服这一质疑。但回归到调仲结合的理论基础,即仲裁与调解均是带有意思自治属性的纠纷解决方式,应将仲裁员与调解员是否由同一人担任的决定交由当事人合意选择,正如我国《意见》将尊重当事人意思自治作为国际商事争端解决机制应当遵循的原则。具体而言,若当事人不愿意仲裁员与调解员身份合一,则需由不同的人担任调解员与仲裁员。如有学者提倡“一带一路”纠纷选择调仲结合时,参与调解的人员不得而后作为仲裁员^[20]。若当事人愿意选择由同一人担任仲裁员与调解员,仍需要进行相应的说明与规制。具体而言,一是仲裁、调解组织应以告知书或口头详细说明的方式告知当事人由同一人担任仲裁员与调解员的优势与弊端。二是应让当事人共同签署同意由同一人担任仲裁员与调解员的协议书。三是在制度保障层面,仲裁机构可以建立审查委员会,监督参与过调解的仲裁员在仲裁程序中的中立性与公正性。四是在人员保障层面,应选择声誉较高、专业性较强的人士,正如仲裁界名谚“仲裁的好坏取决于仲裁员”。

(四)救济层面:健全错误调仲结合结果的救济机制

调仲结合结果的救济主要针对错误的仲裁调解书与裁决书,其主要存在以下错误类型。

首先是实体错误,该错误产生于两种情况:一是调解不成后的仲裁裁决中,仲裁员由于认定事实或适用法律错误而作出错误仲裁裁决;二是调解成功后根据仲裁协议制作仲裁调解书与裁决书的情况下,存在调解协议违背自愿原则,违反法律法规的强制性规定,或出现侵犯国家、社会或第三人利益的虚假调解情形。

其次是程序错误,主要包括:一是管辖错误,在“一带一路”商事纠纷中,若根据仲裁地法或双方当事人所约定适用的准据法为不可仲裁事项,仲裁庭对该项争议进行处理的属于管辖错误。二是过程错误,包括仲裁员或调解员应回避而未回避的,解纷过程中存在贪污腐败或徇私舞弊行为等。

再次是形式错误,如排版错误、文字错误、计算错误等。目前,部分“一带一路”沿线国家对错误调仲结合结果的错误仍缺乏健全的救济机制,如我国《仲裁法》仅对仲裁裁决书规定了申请撤销裁决、拒绝承认和执行、补正仲裁三种救济方式,未明确规定仲裁庭对调解协议进行审查,未对仲裁调解书设置相应救济方式等。

“一带一路”沿线国家可以针对调仲结合结果的三种错误类型,设置相应的救济机制。

首先,调仲结合实体错误的救济。一是应规定仲裁庭对调解协议的合法性进行审查,有权拒绝根据虚假调解协议制作仲裁调解书或裁决书。二是应完善法院对错误调仲结合结果的监督,对于根据虚假调解协议制作的仲裁调解书或裁决书,应裁定不予执行;对于调解不成而后继的仲裁裁决,认为认定事实或适用法律错误的,应裁定不予执行。

其次,调仲结合程序错误的救济。一是法院对于管辖错误可以依职权进行审查,裁定不予执行。二是对于调仲结合进行过程中的程序错误,若是根据调解协议制作仲裁调解书或裁决书的,仲裁庭审查后可不予制定,法院审查后可裁定不予执行;若是调解不成而后继仲裁的,法院审查后可裁定不予执行。

再次,调仲结合形式错误的救济。应将仲裁调解书与仲裁裁决书均纳入补正的对象,当事人申请补正的,仲裁庭应给予对方当事人发表意见的机会。

(五)执行层面:订立多边条约与承认互惠关系优化跨国执行

“一带一路”沿线国家的仲裁机构作出的仲裁裁决,如果不自动履行义务的当事人是外国人且有财产在境外的,就涉及仲裁裁决跨国执行的问题。目前,《纽约公约》是承认和执行仲裁裁决最重要的国际公约,为仲裁裁决的跨国执行提供了重要保障。但“一带一路”商事仲裁在适用《纽约公约》时仍存在以下问题:

一是《纽约公约》未全覆盖“一带一路”沿线国家,伊拉克、也门、马尔代夫、土库曼斯坦四国未加入《纽约公约》。

二是部分“一带一路”沿线国家在加入《纽约公约》时提出了保留条款。如中国提出只对根据中国法律认定为属于契约性和非契约性商事法律关系所引起的争议适用该公约,根据《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》第2条关于“契约性和非契约性商事法律关系”范围的规定,就投资者与东道国之间的投资

争议作出的仲裁裁决无法适用《纽约公约》。

三是部分“一带一路”沿线国家存在滥用主动审查权的情况。《纽约公约》第5条第1款规定了五种依当事人申请进行审查的情形,第2款规定了两种法院依职权主动审查的情形,而部分法院未严格适用主动审查权,对第1款的情形也进行主动审查^[21],影响了《纽约公约》的实施效果。

因此,“一带一路”沿线各国可以在《纽约公约》的基础上优化仲裁裁决跨国执行,订立更为高效便捷、更符合“一带一路”特色的多边条约,或积极承认与他国之间的互惠关系,并根据互惠关系进行仲裁裁决跨国执行。在互惠关系上,“一带一路”沿线各国可以“推定互惠”而非“事实互惠”为标准。“推定互惠”指只要没有证据证明他国曾有以互惠为由拒绝承认和执行本国仲裁裁决的先例,则推定两国之间存在互惠关系。我国《意见》提出,对于“一带一路”国际商事仲裁机构解决涉“一带一路”建设跨境商事纠纷,我国法院在便利、快捷司法审查的基础上积极执行仲裁裁决。这可以看作是我国将与“一带一路”沿线国家建立友好互惠关系的宣誓。

注释:

①具有代表性的研究包括:王贵国.“一带一路”战略争端解决机制[J].中国法律评论,2016(2):33-38.廖永安,段明.“一带一路”商事调解的“中国方案”[N].中国社会科学报,2016-08-09(008).初北平.“一带一路”多元纠纷解决中心构建的当下与未来[J].中国法学,2017(6):72-90.王贵国,李釜麟,梁美芬.“一带一路”纠纷解决机制[M].杭州:浙江大学出版社,2017.

②复合型争议解决方式是王生长教授提出的对纠纷解决机制的归类方式,是指两种以上的争议解决方式的有机结合。参见王生长.仲裁与调解相结合制度研究[D].北京:对外经济贸易大学,2001.

③参见 Tang Houzhi. Is There an Expanded Culture that Favors Combining Arbitration with Conciliation or other ADR Procedures[J]. ICCA Congress Series no.8, ibid., p.101.王贵国.“一带一路”战略纠纷解决机制[J].中国法律评论,2016(2):33-38.

④支持的观点主要包括财富论、效益论、职责论、信任论与渐进论等,实质是从不同视角论证仲调结合的优势。反对的观点主要包括侵害论、混淆论、失控论与危险论等,实质是从不同方面揭示仲调结合可能产生的危害。

⑤参见唐厚志.正在扩展着的文化:仲裁与调解相结合或与解决争议替代办法(ADR)相结合[J].中国对外贸易,2002(2):50-56.王生长.仲裁与调解相结合制度研究[D].北京:对外经济贸易大学,2001:57-58.周琼.仲裁制度的发展与理论探讨[D].上海:华东政法大学,2010:5-11.

⑥有学者提出,由于执行中的调解与仲裁的终结之间可能存在时间上的不连贯,这种方式更接近于独立的调解或临时调解。参见王生长.仲裁与调解相结合制度研究[M].北京:法律出版社,2001:79.

⑦相关探讨可参见初北平.“一带一路”多元争端解决中心构建的当下与未来[J].中国法学,2017(6):72-90.袁达松,张治国.“一带一路”建设分期与纠纷解决机制构建[J].中国矿业大学学报(社会科学版),2018,20(3):14-27.

⑧根据波斯纳提出的“双边垄断模型”,双方当事人之间的最低条件或保留价格,称之为调解的有效范围,该重叠区域的存在是调解的必要条件。参见[美]理查德·A·波斯纳.法律的经济分析[M].蒋兆康,译.北京:中国大百科全书出版社,1997:723-724.

[参考文献]

- [1] 黄进,宋连斌.国际民商事争议解决机制的几个重要问题[J].政法论坛,2009,27(4):3-13.
- [2] [日]棚濑孝雄.纠纷的解决与审判制度[M].王亚新,译.北京:中国政法大学出版社,2004.
- [3] 沈红雨.外国民商事判决承认和执行若干疑难问题研究[J].法律适用,2018(5):9-15.
- [4] 刘德标,祖月.国际经贸组织条约惯例手册[M].北京:中国商务出版社,2005:236.
- [5] 范愉.调解的重构(上)——以法院调解的改革为重点[J].法制与社会发展,2004(2):117-118.
- [6] [日]谷口安平.程序的正义与诉讼[M].王亚新,刘荣军,译.北京:中国政法大学出版社,2002:384.
- [7] 唐力.诉讼调解合意诱导机制研究[M].厦门:厦门大学出版社,2016:53-66.
- [8] [英]西蒙·罗伯茨,[英]彭文浩.纠纷解决过程:ADR与形成决定的主要形式[M].刘哲玮,李佳佳,于春露,译.北京:北京大学出版社,2011.
- [9] GERALD F PHILLIPS. Same-Neutral Med-Arb: What Does The Future Hold? [J]. Dispute Resolution Journal, 2005, 60(2):24-27.
- [10] 齐树洁,李叶丹.商事调解的域外发展及其借鉴意义[J].中国海商法年刊,2011,22(2):97-103.
- [11] 唐厚志.正在扩展着的文化:仲裁与调解相结合或与解决争议替代办法(ADR)相结合[J].中国对外贸易,2002(2):51-52.
- [12] 世界知识产权组织调解规则[EB/OL].(2015-09-10)[2018-05-02]. <http://www.sipo.gov.cn/zcfg/gjty/1063146.htm>.
- [13] 王生长.仲裁与调解相结合制度研究[M].北京:法律出版社,2001:158-161.
- [14] 新加坡国际仲裁法[EB/OL].(2013-09-18)[2018-05-02]. <https://wenku.baidu.com/view/ce39006bfe4733687e21aa4e.html>.
- [15] 丁夏.仲裁员制度的比较与反思——以《上海自贸区

- 仲裁规则》的人本化为视角[J].法学论坛,2015,30(2):101-108.
- [16] 毛晓飞.“一带一路”倡议背景下我国商事仲裁制度的革新[J].人民法治,2018(2):34-36.
- [17] 韩德培.国际私法新论[M].武汉:武汉大学出版社,2000:703.
- [18] STREET LAURENCE.The Language of Alternative Dispute Resolution [J]. Australia Law journal, 1992, 66(2):194-198.
- [19] 李浩.调解归调解,审判归审判:民事审判中的调审分离[J].中国法学,2013(3):5-18.
- [20] 王贵国.“一带一路”战略争端解决机制[J].中国法律评论,2016(2):33-38.
- [21] 刘敬东,王路路.“一带一路”倡议下我国对外国仲裁裁决承认与执行的实证研究[J].法律适用,2018(5):34-35.

On Application of the Combination of Arbitration and Mediation in Resolution of Commercial Dispute in “the Belt and Road”

HU Jun-hui, ZHAO Yi-yu

(Xiangtan University, Xiangtan 411105, China)

Abstract: According to the distinctive features of the “the Belt and Road” commercial disputes, its dispute settlement system should meet the needs of flexible and diversified forms, strong consensus, convenient cross-border implementation, and high professional level. As a compound dispute resolution method, the advantages that the Combination of Arbitration and Mediation possesses, compared to litigation, commercial arbitration and commercial mediation, can further meet the above requirements. At present, there are mainly two modes of practice: “first arbitration after mediation” and “first mediation after arbitration”. In order to optimize the application of the Combination of Arbitration and Mediation in the “the Belt and Road” commercial dispute resolution, we should enrich its forms and set up concrete operation rules, strengthen the construction of organization and the cultivation of talents, fully endow the parties with the right of choice to overcome the procedural questioning, perfect the relief mechanism for consequences resulting from false arbitration and mediation, establish the multilateral treaties, admit reciprocal relations to optimize Cross-border implementation and so on.

Key words: the Belt and Road; commercial disputes; the Combination of Arbitration and Mediation; commercial arbitration commercial mediation