

【国际私法】

《新加坡调解公约》下虚假调解的 界定、挑战及中国因应

严 红 陈庆特

【摘 要】我国已签署了《新加坡调解公约》，未来公约在我国生效后将会面临国际商事虚假和解协议在我国法院申请执行的问题。我国目前没有专门的商事调解法，要界定国际商事虚假调解，明确其认定的准据法。目前，国内法中的虚假调解的立法与实践不能与《新加坡调解公约》对接，我国将面临甄别、救济和惩治难以及国有资产流失的挑战。在借鉴国外经验的基础上，结合我国现有情况，建议设立国际商事和解协议执行审查制度、和解协议执行公示制度以及枉法调解罪等，以采取多方位措施应对挑战，促进商事调解的健康发展。

【关 键 词】虚假调解；国际商事调解；《新加坡调解公约》；法律规制

【作者简介】严红，浙江工商大学法学院教授；陈庆特，浙江工商大学法学院硕士研究生。

【原文出处】《上海政法学院学报》(法治论丛)，2022.3.93～105

随着2020年9月12日《新加坡调解公约》(以下简称“《公约》”)的正式生效，今后国际商事和解协议将具备直接执行力。调解作为“非诉讼纠纷解决程序”(Alternative Dispute Resolution, 以下简称“ADR”)中的一种重要的纠纷解决机制，无疑将在未来国际商事纠纷领域扮演越来越重要的角色。^①但调解程序的不公开原则、自治原则以及效率原则，也为虚假调解带来了可乘之机，让其被别有用心之人用以损害第三人合法权益甚至公共利益。2019年8月7日，我国成为《公约》首批签署国，有待我国国内正式批准。当前，我国既无一部独立的商事调解法与《公约》进行有效衔接，更没有对国际商事调解领域下的虚假调解实施有效的规制措施，所以一旦《公约》在我国被批准，那么执行虚假和解协议将会导致多方面的危害，影响我

国司法制度的公信力。在《公约》生效之前，通过独立的调解程序达成的商事和解协议在我国仅具备民事合同性质^②，不具有强制执行力，导致虚假调解的获利空间有限，因此，学界对此关注甚少。在《公约》正式生效后，我国学术界对于《公约》的探讨主要集中在《公约》的内容、和解协议强制执行力正当性和执行机制以及《公约》与中国法律体系衔接等方面，虽然对《公约》下的虚假调解有所关注，但并未展开专门讨论。^③基于立法空缺和理论研究薄弱，有必要尽快展开研究。本文拟从虚假调解的界定及有关准据法入手，分析其将给我国带来的问题，探索我国相应的规制方案。

一、《公约》下虚假调解界定及认定的准据法

在国外并无“虚假调解”这一概念，而是将虚假调解表述为共谋(Collusion)、欺诈(Fraud)或保险

诈骗(Insurance Fraud)。我国学术界对虚假调解的定义或是法律外延说法不一,多是围绕在双方当事人之间,属于法院诉讼的附属程序,而非独立调解程序。^④

(一)虚假调解的界定

国内学者对国际商事中虚假调解的概念主要有两种代表性的表述:一种是借鉴民事诉讼中的虚假调解的定义^⑤,另外一种是以虚假调解会使双方当事人与调解员恶意串通,弄虚作假,损害第三人利益为视角^⑥,将其定义为“在国际商事领域,当事人为了获取非法利益,双方当事人(甚至与调解员)通过恶意串通,虚构商事法律关系或法律事实,从而达成和解协议”^⑦。其中,民事诉讼中的虚假调解对于国际商事虚假调解的认识具有一定意义,但因公权力的介入,一般将法官排除在虚假调解的主体之外,而默认虚假调解发生于当事人之间。在国际商事调解中,调解员的标准并无明确规定,也缺乏对其统一的监督管理体系,故而调解员也被视为虚假调解的参与主体。^⑧上述观点对于虚假调解法律内涵的论述依旧不够全面。

笔者认为,虚假调解是国际商事纠纷当中作为ADR之一的独立程序,即当事人一方假意调解,或当事人之间或当事人与调解员之间恶意串通,从而获得对方或第三方财物或其他不正当利益的行为。可见,虚假调解包括当事人主观上的虚假意思表示,以及客观上给他人造成的不利后果。虚假调解可分为两大类型:第一种是双方参与型虚假调解,包括“当事人+当事人”参与型的虚假调解,“当事人+调解员”参与型的虚假调解;第二种是多方参与型虚假调解,是最为隐蔽的一种虚假调解,即各方当事人与调解员共同恶意合谋,以期获得非法利益。此外,还应注意到虚假调解与恶意调解、欺诈调解的不同。恶意调解是指当事人虽然参与调解,但仅仅是把调解作为实现自

己目的的手段,其并非真正希望通过调解来解决争议,主要强调的是当事人参与调解目的的不正当性。欺诈调解指的是当事人在调解过程中的不诚信行为,例如,在调解过程中夸大优势并且隐瞒弱点、不主动提供相关事实、隐瞒自己想要解决纠纷的意向或底线等。^⑨

(二)关于虚假调解认定的准据法

作为被请求救济国的主管机关依据《公约》执行的和解协议应该是真实的,虚假调解下达成的和解协议应该被排除出救济的范围。国际商事虚假调解是具有“国际性”和“商事性”的虚假调解。对于虚假调解的认定,实际上就是对和解协议的真实性进行识别。关于和解协议的国际性和商事性的判断标准,《公约》分别在第1条^⑩和第2条^⑪进行了规定。

虚假调解认定的准据法,也就是对和解协议是否构成虚假进行判断而应使用的准据法。根据《公约》第5条第1款(b)项中的(一)目中规定:“根据当事人有效约定的和解协议管辖法律,或者在没有就此指明任何法律的情况下,根据在第4条下寻求救济所在《公约》当事方主管机关认为应予适用的法律,无效、失效或者无法履行;”其中“无效”一词,联合国贸法会第二工作组在第六十五届会议的工作报告中提出,认为其范围涵盖了欺诈、错误、虚假表述、胁迫和欺骗情形^⑫,虚假调解显然包含在其中。和解协议在不同法域具有不同效力,应将法律效力问题留给“寻求依赖和解协议所在国”的法律来处理。^⑬虽然《公约》提及当事人可以自行约定和解协议管辖的法律,但是工作组表示,“当事人意思自治无论如何都是在强制法律和公共政策的限度内运作的”^⑭。因此,虚假调解应以当事人约定的和解协议的管辖法律为准据法,如果当事人之间没有约定或者约定适用的法律将违反执行地国的强制性法律甚至公共政策的,则由法院自行决定应予适用的法律。

二、我国当前国内法中有关虚假调解的规定与实践

由于《公约》在我国尚未批准,加之我国的商事调解发展缓慢,我国目前关于虚假调解的规定主要集中于法院调解、人民调解、商事调解中,这不同于《公约》意义下的虚假调解。通过对我国国内法中的虚假调解规定和实践现状进行梳理,有助于我国为应对《公约》在我国批准之后的虚假调解而制定相应对策。

(一)关于虚假调解的规定

1. 司法活动中有关“虚假调解”的规定

虚假调解作为虚假诉讼的一种表现形式^⑤,有关规定一般隐含在有虚假诉讼相关的法律法规或其他法律文件中。我国目前90%的虚假诉讼案件是以虚假调解结案的。^⑥《最高人民法院关于防范和制裁虚假诉讼的指导意见》中指出:对于当事人主动达成调解协议并申请法院出具调解书的,法官应当加强审查力度,着重审查协议是否损害社会公共利益或国家利益又或者案外人合法权益,避免虚假诉讼的发生。最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部制定的《关于进一步加强虚假诉讼犯罪惩治工作的意见》中,对于“认定案件事实的证据不足,但双方当事人主动迅速达成调解协议,请求人民法院制作调解书的”,法院、检察院应当依法严格审查。此外,在浙江省高级人民法院、浙江省人民检察院、浙江省公安厅、浙江省司法厅制定的《关于防范和打击虚假诉讼的若干意见》中^⑦,详细列明了虚假诉讼多发的案件类型以及虚假诉讼的典型情形。上述司法活动中的规定对虚假调解的甄别与发现以及防范起到了非常大的作用。

2. 人民调解中有关“虚假调解”的规定

人民调解中“虚假调解”的规定主要集中于法院对调解协议的司法确认。如上海市高级人民法院制定的《关于进一步优化司法确认工作的操作

指引》中规定,在司法确认过程中,对于存在虚假调解嫌疑的案件,应当进行实质审查,必要时应当通知双方当事人共同到庭对案件进行核实。同时列举了在司法确认调解协议中,容易出现虚假调解的案件,强调法院对于虚假调解应当增强风险防范意识。在《人民法院司法改革案例选编(九)》中,深圳市中级人民法院对防范虚假调解协议的司法确认作出了详尽的规定。例如,对虚假调解协议多发的案件类型从严审查;存在虚假调解嫌疑的,可要求当事人补充提交相关证据,通过听证询问等方式加强实质审查;通过搭建司法确认在线平台,审查法官可清晰掌握调解过程中的重要节点,准确把握各方当事人真实意愿,预防虚假调解风险。

3. 商事调解中有关“虚假调解”的规定

由于我国商事调解法的缺位,导致我国法律法规中对于商事调解中的“虚假调解”仅有的个别规定也极为粗略^⑧,中国贸促会调解中心或上海经贸商事调解中心等专业性较强的商事调解机构,其调解准则与调解员守则也未涉及虚假调解,仅笼统地表示调解双方应当诚信调解。商事调解中达成的和解协议意欲能被法院直接执行,则需要通过公证机关公证。^⑨但公证的审查较为严格,且费用比诉讼和人民调解高,较少有当事人通过商事调解的方式进行虚假调解。

(二)司法实践中认定虚假调解的标准和应对措施

司法实践中认定虚假调解的标准主要通过(1)是否以规避法律、法规或国家政策谋取非法利益为目的;(2)是否存在恶意串通;(3)是否虚构事实;(4)是否借用合法的民事程序;(5)是否侵害国家利益、社会公共利益或者案外人的合法权益等几个方面判断双方当事人是否进行了虚假调解。但上述标准过于笼统且不明确,在实践中的可操作性不强,在缺乏明确的认定标准的情况下,具体还

是由法官基于个案案情,自行判断当事人是否构成虚假调解。

目前,我国应对虚假调解的方式归纳起来主要有三种:第一,法官驳回虚假调解案件中的诉讼请求,并视情节轻重追究相应责任。法官在调解过程中发现当事人之间恶意串通,企图通过调解侵害他人合法权益的,驳回其请求,并根据情节轻重予以罚款、拘留;构成犯罪的,则移送有管辖权的司法机关追究刑事责任。^③第二,通过审判监督程序,对因虚假调解而产生的错误判决、裁定、调解予以纠正。再审可以是法院依职权启动^④,也可以由检察院抗诉或提起检察建议启动^⑤,也可以由案外人申请再审。^⑥在阿尔法法律智能操作系统中键入“虚假调解”为关键词,案由选择“民事”,总共有585件涉及虚假调解的案例,其中再审案件占了334件,可见,审判监督程序对于打击虚假调解尤为重要。第三,案外人通过第三人撤销之诉或执行异议之诉免受虚假调解的侵害。第三人若认为生效的判决书、裁定书、调解书确有错误,可向作出该判决、裁定、调解书的人民法院提起第三人撤销之诉;但若案外人对原生效判决没有异议,而是主张自己对执行标的物有足以排除强制执行的权利^⑦,则可提起案外人执行异议之诉来维护自身的合法利益。

三、《公约》批准后虚假调解将给我国带来的挑战

国际商事纠纷的涉案金额一般较大,以国际商会为例,它的一份报告显示,在2019年提交到国际商会ADR中心的35起调解案件中,涉案金额从32.6万美元到2.16亿美元不等。^⑧设想若当事人可以通过虚假调解轻而易举达到不法目的,对国际社会的商事环境稳定性的破坏将是巨大的。并且,《公约》下的虚假调解不仅涉及的范围跨越了多个国家,如和解协议执行地、当事人和案外人有关的国籍、住所、营业地等,而且危害面

广,影响大,法律关系复杂。若中国批准了《公约》,我们也将面临《公约》下虚假调解带来的诸多挑战。

(一)虚假调解因其具有隐秘性难以甄别

国际商事调解中对虚假调解难以甄别,主要是:一方面,虚假调解的隐秘性是由商事调解具有当事人高度自治性决定的。调解的进程与节奏一般由当事双方自己决定,调解的结果也是由各方当事人把控^⑨,调解中调解员只是“像催化剂一样促进双方交流并解决问题”^⑩,因此,即使当事人之间进行恶意串通,调解员也很难察觉,而对于参加和解协议审查的法官发现虚假调解则更加困难。

另一方面,按照《公约》规定,主管机关对和解协议一般进行形式审查,并不对当事人之间的争议事实或有关证据进行审查。即使法院从程序到实体都进行严格审查,现实中也存在诸多困难。即从《公约》的精神出发,主管机关不应当设置严苛的审查条件影响执行,《公约》期待执行地国的法院能从速审查、从速执行。^⑪当事人只需提供各方签署的和解协议、和解协议产生于调解的证据以及其他主管机关认为确有必要的文件,以达到对和解协议快速、高效的直接执行机制。但第二工作组在会议上指出,主管机关应当对要求当事人提供的必要文件的权力予以适当限制。^⑫

在《公约》下,《公约》对商事和解协议有“国际性”的要求^⑬,当事人的营业地、合同义务履行地,以及最密切联系地^⑭三者之一具有涉外因素,即认为具有协议“国际性”,当事人便可援引《公约》申请执行。国际商事争议中的调解,因当事人的营业地、合同义务履行地或最密切联系地处于不同国家,故而执行地国的司法机关更难去查证当事人之间的真实争议状况,以及是否存在恶意串通、谋取非法利益的可能,可见,对于《公约》下的虚假调解的甄别难度往往更大。

(二)无程序保障案外人利益受损申请执行回转难

首先,因调解的保密性,使得和解协议的内容一般只被调解双方、调解员以及法官等特定当事人知晓。因此,案外人难以知悉自己权益受损,无法申请救济。由于缺乏获取和解协议执行信息的途径,现实中和解协议都已执行完毕但案外人仍旧不知权益受损的情况比比皆是,尤其是被执行的财产所在地与案外人经常居所地不同,案外人更难发现执行情况。

其次,《公约》和我国国内法均缺乏案外人申请救济程序上的保障。《公约》第5条只规定了执行地的主管机关可根据被执行当事人的请求拒绝对申请执行当事人进行救济,并不包括案外第三人,因此,《公约》没有对于案外第三人权利救济程序的规定。而在我国国内法律中,同样缺乏对于案外人在《公约》下申请救济程序的规定。无论是案外人执行异议之诉还是第三人撤销之诉,其都是基于法院作出的判决书、裁定书或调解书,因《公约》下和解协议显然不属于上述法律文书,所以和解协议中的案外人在我国申请救济缺乏法律依据。

第三,一旦和解协议执行完毕,则难以进行执行回转。《公约》下的和解协议很可能涉及跨国执行,若是申请人来自国外,且在执行地国没有财产,那么在这种情形下责令其返还被执行的财产,难度则非常大。^②

(三)国有资产存在流失的风险

有学者在调研中发现,基建领域的国有企业在与外方当事人之间发生商事争议时,偏向于使用调解手段解决纠纷。^③主要原因在于,基建项目的建设工期较长,资金投入量巨大,所涉及的法律关系也更为复杂,需要维持良好的沟通关系以维持后续项目的合作。而和解协议本质上是各方当事人互相让步的产物^④,当商事纠纷得到“解决”,

但“实收账款”比“应收账款”少^⑤,则国有资产流失便有了合理的解释,因此,很容易使虚假调解当事人从中获利,损害公共利益。在其他领域,国有企业用和解协议处理纠纷的情况,同样也会存在国有资产流失的情况。虽说虚假调解的危害性是来源于协议当事人之间的恶意合意及背后的动机,而并不在于调解本身这一纠纷解决方式^⑥,但在《公约》下,完全凭借当事人之间合意,且现阶段缺乏法律规制的调解方式来说,无疑让别有用心之人有了可乘之隙。

(四)惩治制度缺失当事人易逃避法律责任

现阶段,无论是我国的民法还是刑法,都缺乏对虚假调解行为的针对性惩治规定。在刑事责任方面,我国尚未将虚假调解纳入到虚假诉讼罪之中,因此,对于《公约》下的虚假调解定罪存在困难。刑法作为打击违法犯罪最有效的手段,对规制虚假调解所起到的作用是不可替代的。如果不明确虚假调解的刑事责任,那么今后对于虚假调解的规制效果也将大打折扣。在民事责任方面,我国法律没有将虚假纠纷解决行为定义为侵权行为^⑦,或将导致今后我国对于认定虚假调解侵权责任的困难。在一些虚假调解案件中,双方当事人虽没有对案外人造成实质的财产性损失,但在客观上又存在阻碍案外人实现权利的事实,由于行为人的违法成本低,将对虚假调解行为不能起到很好的规制作用。

综上所述,《公约》的出台在制度层面上弥补了商事和解协议在执行力上的不足^⑧,这在一定程度上消除了当事人对于和解协议的执行问题的顾虑^⑨,但其日后在我国被批准,《公约》下的虚假调解行为也将给我国司法实践与法律制度带来甄别、救济、惩治等方面的诸多挑战。如果对可能出现的问题不加以防范、制定相应的配套措施,而是放任虚假调解不管,则将严重冲击我国的司法权威,影响今后当事人在跨国贸易交往中选择调解

作为矛盾解决方式的热情。^⑩

四、域外法中对于虚假调解的应对措施之借鉴

目前,世界各国并没有对虚假调解有成体系化的规制措施,一般散见于各国的调解法或诉讼法当中,因此,对于虚假调解的应对方式也是多种多样。对域外法中应对虚假调解措施进行考察,可为我国建立相应的应对措施提供宝贵的经验。

(一)当事人到场确认并对恶意串通者追究刑事责任

在比利时,如果在调解过程中,和解协议涉及国家利益或他人利益的,会通知相关当事人到场确认,进行这种司法确认会使恶意串通行为更加公开,而且,关于恶意串通的刑事责任体系也会起到震慑和组织作用。最重要的是,凡是可以申请司法确认的和解协议,都必须是在具有资格的调解员主持下达成的,如果当事人的和解协议可能损害国家或者第三人利益,调解员有权利也有义务终止调解并通知法庭恢复审理。^⑪这一制度也是基于对严格标准挑选出的调解员的信任。

(二)调解程序的保密规定以阻止调解被利用

现实中,有当事人会通过单方型虚假调解来获取自己想要的信息或者达到其他目的。对此,澳大利亚调解程序的保密规定在一定程度上可以阻止调解程序被这样利用。^⑫如《新威尔士民事诉讼法》第30条中规定,当事人在调解过程中所说的任何话或任何承诺的证据,在任何法院或其他机构的任何诉讼程序中都不得采纳。这样的规定让当事人在更有“安全感”的氛围中进行调解,也使得他们勇于披露一些重要信息而不用担心以后的不利影响。^⑬可以说,这样的保密规定为当事人之间的坦诚交流创造了机会,从而有助于确定双方的真实立场、问题和利益。

(三)让当事人之外的利害关系人介入调解

日本与韩国在这方面有着较为类似的规制手

段。如《日本民事调解法》第11条规定,对调解结果有利害关系的人,在调解委员会许可的情况下,可以参加调解程序。甚至在一定条件下,调解委员会可以主动要求相关利害关系人参加调解程序。^⑭《日本特定债务调解促进法》第9条规定,对特定调解结果有利害关系的关系权利者参加特定调解程序的情况下,不需要调解委员会的认可,可以直接参加调解。韩国在《民事调解法》中也有相似的规定。《韩国民事调解法》第16条规定,对调解结果有利害关系的人,在调解担任法官许可后,可以参加调解。在调解担任法官在认为确有必要时,也可以主动通知利害关系人参加调解。^⑮日本和韩国都通过让利害关系人介入调解的方式,来避免调解当事人之间互相串通、损害他人利益的可能。

(四)加强法院审查

在非洲,非洲商法协调组织于2017年11月23日在几内亚首都科纳克通过了《调解统一法》^⑯,该法第16条规定,当事人之间书面达成的和解协议具有强制执行力,当事人共同向公证员提出请求,对和解协议进行公正并予以签署。并且当事人向法院申请承认与执行和解协议时,法院也会审核和解协议的真实性和和解协议违反公共政策时,可拒绝承认与执行。法国则是对和解协议内容进行司法确认,法国最高院总结了四个实体要件,其中两个要件便是要求当事人在诚实信用原则的基础上达成和解协议以及和解协议并不与公共秩序冲突,也不对第三人权利造成伤害。^⑰通过法院对于和解协议的司法审查,来防止虚假调解的发生。

(五)对调解员上岗采用准入制或认证制

无论是准入制还是认证制,都旨在通过提高调解员的质量来保证调解案件的质量,防止虚假调解的发生。在德国,调解员只有在完成联邦司法部所规定的调解员培训科目后,才能获得司法

部的批准,参与调解事务。^⑧在新加坡,经认证的调解员所参与的案件中当事人之间达成的和解协议,可以向法院申请记录为法院命令,被记录为法院命令的和解协议可以和法院作出的判决或命令以相同的方式执行。^⑨但《调解法案》也对法院可以拒绝记录为法院命令的五种情形加以规定^⑩,在保证了解决质量的同时,最大程度地避免了虚假调解的可能。

综上,一些国家将虚假调解严格定罪入刑,虽然能起到一定的震慑作用,但对于社会危害性不大的虚假调解案件,便难以将其纳入到刑法适用范围。我国今后若欲更好地规制虚假调解,不应局限于认定其刑事责任,还应认定其民事侵权责任,以此进一步打击虚假调解行为。有些国家从调解程序上入手,让案外第三人介入调解过程,来对虚假调解进行防控。但由于有大量的虚假调解发生在债权领域,债权又无需登记,即使存在利害关系人,也难以及时发现利害关系人的信息从而对其进行通知,因此我国今后可以通过公示调解协议的执行内容,让案外人主动知悉执行情况,来更好地避免虚假调解的发生。还有一些国家通过加强法院对和解协议的审查以应对虚假调解,对此值得我国借鉴。但对于和解协议的审查形式以及法院需要审查的内容,我国应当进一步进行明确。另外,还有一些国家对调解员的任职资格提出进一步要求,通过高素质调解员来阻止虚假调解的发生。调解员素质直接影响到了调解案件的质量,但目前,我国对于调解员任职资格缺乏相应规定,这也将会成为我国今后商事调解制度建设的中中之重。这些措施的制定,无论实践中效果如何,都为我国应对批准《公约》后将会面临的虚假调解问题及其带来的各种危害,提供了可以借鉴的思路。

五、《公约》下的中国因应

鉴于我国目前在商事调解制度上的空白,对

于虚假调解的规制也仅限于国内民商事中的调解,并非属于《公约》下的国际商事调解的范畴。为应对我国批准《公约》之后,将会面临当事人申请执行虚假和解协议的情形,有必要采取相应的规制手段,具体可以考虑在未来制定《商事调解法》时,关注调解员的素质;在《民事诉讼法》中在执行阶段对于国际商事虚假调解进行堵截,设立和解协议执行审查和执行公示、案外人申请不予执行和解协议制度;为了加强对虚假调解的惩治,在《刑法》中增设枉法调解罪,在《民法典》中规定虚假调解的侵权责任。

(一)高质量的调解员队伍有助于提高甄别能力

调解员不仅能够帮助推进当事人双方的调解进程,而且有助于防止双方之间发生违反调解规则的行为。如同一名出色的法官或一名出色的仲裁员能看破诉讼或仲裁中当事人之间的恶意串通,一名出色的调解员也应具备辨认虚假调解的职业素养。^⑪我国今后若制定《商事调解法》,对调解员的素质可从三个方面入手:

第一,严格调解员的准入门槛。不同国家对调解员有不同的准入标准,例如,美国一些州要求担任调解员必须具备大学学历,法国则要求当事人未受到过刑事处罚、非无行为能力、过去或目前的经历与调解事项相关联等。^⑫日后我国若制定统一的商事调解法,对于调解员的资质认定标准可以参考其他国家的标准,如要求调解员必须品行端正,未受过刑事处罚,具备本科以上学历。如果是特殊领域的调解,还应要求调解员具备该领域的专业知识。

第二,严格调解员的认证标准。我国的调解员认证标准中可以设置学员应当接受的培训时长、内容,以及对调解员设置委派期限,期限届满之后需要重新考核。通过严格的认证制度,可以挑选出更为出色的调解员。

第三,制定统一的调解员等级评定标准。爱尔兰将根据完成的调解课时数、调解经验丰富程度等标准将调解员分为一般调解员(General Members)、准调解员(Associate Members)、认证调解员(Certified Members)、执业调解员(Practitioners Members)四种。^⑤若我国以后推行调解员的等级评定,也应当制定较为统一的标准。统一的等级评定标准便于当事人选择调解员,并有利于调解队伍的管理与建设。

(二)允许案外人申请不予执行和解协议

笔者建议,在我国《民事诉讼法》中规定允许案外人申请不予执行和解协议作为一项保护案外人的制度。如果调解员或法院可以在调解或执行过程中,及时识别或叫停虚假调解,则可以从根本上避免虚假调解的发生。但是,如同仲裁制度在应对虚假仲裁上存在先天不足^⑥,调解制度的保密性原则也导致了我国规制虚假调解的困难,这也体现了我国更应对案外人的合法权益给予必要的保护。

我国法律设有案外人异议之诉制度以及案外人申请不予执行仲裁裁决、仲裁调解书制度来保护案外人的权益。针对将来可能在调解领域出现的类似问题,我国也应当建立案外人申请不予执行和解协议制度,让其在自身合法利益受到损害的前提下,可向法院申请。法院经审查决定和解协议不予执行,以此否定国际和解协议在法院国的可执行性。^⑦在制度的设计上,可以借鉴上述两种制度的设计理念,具体而言,案外人申请不予执行和解协议制度应包括以下几个方面。

第一,当事人自知道或者应当知道权益受损的一定期限内向法院提出申请。案外人申请不予执行和解协议制度的期间不宜过长,时间过长容易造成案外人怠于行使权利,不利于和解协议的稳定;但也不宜过短,否则案外人难以收集足够的证据维护自身权益。

第二,案外人应当向法院提供相应的证据。在受理阶段,案外人只需向法院提供初步证据,证明和解协议系虚假调解,并且损害了自身的合法权益。法院经过初步审核,认为和解协议确有虚假调解的可能,便可受理案外人的申请,并中止和解协议的执行。在法院的审查阶段,案外人需进一步提供更加充足的证据。若后续案外人的证据足以证明和解协议系双方当事人虚假调解所得,则由法院裁定不予执行和解协议;若案外人无法证明双方当事人存在恶意串通,则执行法院应当恢复执行。

第三,在案外人提供足额担保时,法院可以适当延长案外人收集证据的期限。鉴于和解协议的保密性以及案外人并未参加调解过程,若案外人未能在指定期限内收集到证明当事人虚假调解的证据,法院可在案外人提供足额担保的前提下,适当延长当事人收集证据的期限。此举可以防止申请不予执行和解协议的证据门槛较低的情况下,案外人滥用权利情形的发生。

(三)建立国际商事和解协议执行审查制度

为防止虚假调解通过《公约》在我国得到执行,损害第三人利益或公共利益,我国应当将虚假调解纳入审查范围^⑧,在《民事诉讼法》中加入专门的国际商事和解协议执行审查制度。

第一,要求当事人提供和解协议的原件,调解员在和解协议上的签名,当事人的身份证明文件,被申请人财产线索,当事人之间的主要争议以及调解过程的记录,如上述文本都是外文,则可要求当事人附上经过公证机构公证的中文译本。

第二,和解协议应以形式审查为主,实质审查为辅。在实际操作中,可以借鉴国内和解协议司法确认程序:如果遇到案情清晰明了的确认申请,法院可以在形式审查后直接作出决定;而对于案件复杂,涉案金额较大或者涉及重大公共利益的确申请,应当采取实质审查予以审查。^⑨

第三,和解协议由中级人民法院审查,若中级人民法院审查后决定不予执行和解协议,则需呈报至最高人民法院。对国际商事和解协议的审查,参照《民事诉讼法》第283条^⑧中对于涉外仲裁裁决的审查,可向被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院申请。若法院审查后认定和解协议无效,不予执行和解协议,则呈报至最高人民法院审定。这一报核制度对于保护当事人与案外人的合法权益,保障国际商事和解协议执行审查的质量,统一国际商事和解协议执行审查标准和尺度,维护我国司法权威和司法公信力,具有深远的意义,也体现出了我国对调解的支持、鼓励态度。^⑨

法官在审查和解协议的过程中需要留意,当事双方是否存在共同利益关系的关联企业,和解协议的内容中是否出现一方当事人对核心利益的让渡或调解双方权利义务明显失衡等不符合常理的行为。我国法院还可以要求和解协议当事人签署一份诚信承诺书,内容可以包括:双方当事人出于解决纠纷的目的自愿达成协议;双方当事人没有恶意串通、规避法律;双方当事人没有损害国家利益、社会公共利益和第三人的合法权益;若因和解协议内容给他人造成损害的,愿意承担相应的法律责任等。

(四)设立和解协议执行公示制度

在《公约》下,案外人权益一旦受到实际损害,则很难维护自身权益,原因在于若虚假调解的当事人是外国人,且在中国没有可供执行的财产,即使案外人胜诉,鉴于与中国签订承认与执行外国民商事判决的双边条约的国家不多^⑩,判决也很难得到执行。因此,可以在《民事诉讼法》中增设和解协议执行公示制度。

通过执行前公示制度,将相关执行信息公开,让案外人知晓。法院可在特定情形下,例如,在涉及重大公共利益或案情复杂的案件中,公布《公

约》下的调解双方当事人的名称、涉及争议的类型、申请时间以及相应被执行的财产,使案外人在执行前获悉执行信息,从而避免因虚假调解而损害第三人利益情况的发生。对于与和解协议的执行存在利害关系的案外人,法院可通知其到场确认和解协议的执行内容是否侵犯了他的合法权益。作为与被申请人存在利害关系的直接利益方,案外人对于案件执行自然具有高度的监督积极性,从而能够有效阻止虚假调解的发生。在新加坡的《调解法案》第9条也有类似的规定^⑪,韩国和日本同样有相似的规定,通过让利害关系人参加调解,避免他们的利益受损,也避免了虚假调解的可能。

(五)设立和解协议执行前担保制度

笔者建议,在《民事诉讼法》中设立和解协议执行前担保制度。该制度是指由申请执行和解协议的申请人提供担保,在财产执行一段时间后,若无证据表明当事人之间存在虚假调解的异议,则解除担保。但不要求所有申请执行和解协议的当事人都提供担保,而是法院在具体案件的审查过程中有针对性地提出。例如案情较为复杂或者申请人在法院地国并无财产,一旦发生虚假调解损害第三人权益,则难以执行回转。设立执行前担保制度,可以从“点”到“面”,逐步推广,即先在商事活动较为活跃的地区进行试点,在尝试过程中发现问题并进一步加以完善。待到制度更为成熟之后,再将执行前担保制度推广到全国各个法院。

(六)设立枉法调解罪并明确虚假调解的侵权责任

笔者建议,在我国《刑法》中增设枉法调解罪。在刑事责任方面,对于进行虚假调解的双方当事人,法官可依虚假诉讼罪定罪量刑。我国在《刑法修正案(九)》中新设了虚假诉讼罪,^⑫虚假诉讼罪中的“提起民事诉讼”包括启动审判程序和执

行程序,若虚假调解当事人向法院申请强制执行,则其符合了虚假调解罪的构成要件,当以虚假诉讼罪定罪。^⑥对参与虚假调解的调解员,可设立枉法调解罪追究刑事责任。《刑法修正案(六)》中,在已有徇私枉法罪和民事、行政枉法裁判罪的前提下,又增设了枉法仲裁罪,恰恰说明不同的纠纷解决机制问题应当适用不同的规制手段。

在民事责任方面,虚假调解本质上属于损害他人合法权益的侵权行为,符合侵权行为的构成要件。《民法典》第120条也明确规定,若是自身权益遭受损害,被损害的当事人可以要求侵权人承担相应的责任。因此,虚假调解当事人对他人造成财产性损失的,理应承担相应的民事赔偿责任,并承担受害人的维权必要支出。

六、结语

《公约》打开了国际商事争议纠纷解决的新格局,也将会有越来越多的当事人选择调解作为争议解决方式。我国作为《公约》的首批签署国之一,批准《公约》也只是时间问题。鉴于我国尚处于社会诚信体系不完善的社会转型期,也缺乏对虚假调解的规制手段,因此在加入《公约》之前,应当建立起我国的国际商事调解机制,并做好防范虚假调解的准备,为《公约》的落地做好充分准备。

加坡调解公约》与中国商事调解的立法选择》,《商事仲裁与调解》2021年第2期;许军珂:《〈新加坡调解公约〉框架下国际商事和解协议效力问题研究》,《商事仲裁与调解》2020年第3期;孙南翔:《〈新加坡调解公约〉在中国的批准与实施》,《法学研究》2021年第2期;刘敬东、孙巍、傅攀峰、孙南翔:《批准〈新加坡调解公约〉对我国的挑战及应对研究》,《商事仲裁与调解》2020年第1期;刘晓红、徐梓文:《〈新加坡公约〉与我国商事调解制度的对接》,《法治社会》2020年第3期。

④对虚假调解的定义,有学者表述为:“双方当事人以损害案外第三人利益或公共利益为目的,采取隐瞒或欺诈的方法,相互串通,虚构民事法律关系或法律事实,利用法院调解程序,促使法院作出错误调解协议的一种非正当的诉讼行为”。(潘牧天:《论虚假调解行为的识别与规制》,《学术交流》2014年第1期。)还有的学者表述为:“在民事诉讼过程中,当事人违背法律设定调解制度的宗旨,滥用调解权利,以相互串通,虚构民事法律关系或法律事实等手段,损害案外第三方的合法权益,破坏司法公正,干扰诉讼程序的行为。”(李昌超、陈磊:《论恶意调解之防范及规制——以现象成因分析为基础》,《理论与改革》2014年第1期。)

⑤参见赵平:《论多元化纠纷解决机制下的〈新加坡调解公约〉》,《经贸法律评论》2019年第6期。

⑥参见孙长龙:《论〈新加坡公约〉的完善及其在中国的适用》,《国际商务研究》2020年第5期。

⑦段明:《〈新加坡调解公约〉的冲击与中国商事调解的回应》,《商业研究》2020年第8期。

⑧同注⑤。

⑨参见王钢:《国际商事调解规则研究》,中国社会科学出版社2019年版,第204-205页。

⑩《新加坡调解公约》第1条第1款:本公约适用于调解所产生的、当事人为解决商事争议而以书面形式订立的协议(《和解协议》),该协议在订立时由于以下原因而具有国际性:(a)和解协议至少有两方当事人在不同国家设有营业地;或者(b)和解协议各方当事人设有营业地的国家不是:(一)和解协议所规定的大部分义务履行地所在国;或者(二)与和解协议所涉事项关系最密切的国家。

⑪《新加坡调解公约》第2条:本公约不适用于以下和解协议:(a)为解决其中一方当事人(消费者)为个人、家庭或者家居目的进行交易所产生的争议而订立的协议;(b)与家庭法、继承法或者就业法有关的协议。

注释:

①See Thomas J. Stipanowich, "Arbitration: The 'New Litigation'", 2010 U. Ill. L. Rev. 1, 29(2010).

②宋连斌、胥燕然:《我国商事调解协议的执行力问题研究——以〈新加坡公约〉生效为背景》,《西北大学学报(哲学社会科学版)》2021年第1期。

③参见张丽英:《〈新加坡调解公约〉的解读及中国商事调解制度的衔接》,《商事仲裁与调解》2020年第2期;段明:《〈新

⑫ See Report of Working Group II(Dispute Settlement)on the work of its sixty-fifth session(Vienna, 12- 23 September 2016), A/CN. 9/896, para. 99.

⑬ See Report of Working Group II(Dispute Settlement)on the work of its sixty-sixth session(New York, 6- 10 February 2017), A/CN. 9/901, para. 21.

⑭ See Report of Working Group II(Dispute Settlement)on the work of its sixty-fifth session(Vienna, 12- 23 September 2016), A/CN. 9/896, para. 101.

⑮参见肖建华:《论恶意诉讼及其法律规制》,《中国人民大学学报》2012年第4期。

⑯参见项延永:《虚假民事诉讼之防范》,《人民司法》2010年第11期。

⑰类似的法律规范还有江苏省高级人民法院、江苏省人民检察院、江苏省公安厅、江苏省司法厅制定的《关于防范和查处虚假诉讼的规定》,福建省高级人民法院、福建省人民检察院、福建省公安厅制定的《关于防范和查办虚假诉讼的若干意见》等。

⑱例如,《琼海市人民法院、琼海市工商业联合会关于建立民营经济领域纠纷多元化解工作机制的意见(试行)》第7条规定:商事调解组织接受委派、委托调解后,发现双方当事人存在虚假调解可能的,应当中止调解,并于决定中止调解之日起3个工作日内将情况告知法院,由法院及时审查,并依据相关规定作出处理。

⑲参见《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》第12条。

⑳参见《中华人民共和国民事诉讼法》第115条。

㉑参见《中华人民共和国民事诉讼法》第305条。

㉒参见《中华人民共和国民事诉讼法》第215条。

㉓参见《中华人民共和国民事诉讼法》第234条。

㉔参见江伟:《民事诉讼法》,高等教育出版社2016年版,第421页。

㉕See 2019 ICC Dispute Resolution Statistical Report, available at <https://library.iccwbo.org/content/dr/pdfs/2019%20Statistics_ICC_Dispute%20Resolution_901.pdf>, accessed by July 5, 2021.

㉖参见许军珂:《〈新加坡调解公约〉框架下国际商事和解协议效力问题研究》,《商事仲裁与调解》2020年第3期。

㉗[英]迈克尔·努尼:《法律调解之道》,杨丽华、于丽英译,

法律出版社2006年版,第31页。

㉘《新加坡调解公约》第4条第5款规定,“主管机关审议救济请求应从速行事”。

㉙ See Report of Working Group II(Dispute Settlement)on the work of its sixty-seventh session(Vienna, 2-6 October 2017), A/CN. 9/929, para. 64.

㉚《新加坡调解公约》第1条规定:1.本公约适用于调解所产生的、当事人为解决商事争议而以书面形式订立的协议(“和解协议”),该协议在订立时由于以下原因而具有国际性:(a)和解协议至少有两方当事人在不同国家设有营业地;或者(b)和解协议各方当事人设有营业地的国家不是:(一)和解协议所规定的相当一部分义务履行地所在国;或者(二)与和解协议所涉事项关系最密切的国家。

㉛参见赵秀文:《我国国际商事和解协议执行机制研究》,《商事仲裁与调解》2020年第2期。

㉜参见刘敬东、孙巍、傅攀峰、孙南翔:《批准〈新加坡调解公约〉对我国的挑战及应对研究》,《商事仲裁与调解》2020年第1期。

㉝参见刘敬东:《〈新加坡调解公约〉批准与实施机制研究》,中国社会科学出版社2021年版,第81页。

㉞参见于锐:《和解合同研究》,黑龙江大学2013年博士学位论文,第6页。

㉟参见范怡娜:《有关〈新加坡调解公约〉的八个问题》, http://www.moj.gov.cn/Department/content/2019-04/09/615_232351.html, 2021年6月15日访问。

㊱参见马婧禹:《新加坡公约在我国落地的思考》,《上海法学研究(集刊)》2020年第17卷。

㊲参见李文革:《虚假诉讼研究》,中国社会科学出版社2020年版,第105-106页。

㊳参见宋连斌、胥燕然:《我国商事调解协议的执行力问题研究——以〈新加坡公约〉生效为背景》,《西北大学学报(哲学社会科学版)》2021年第1期。

㊴国际调解协会2014年所做的一项调查显示,90%的受访者认为国际间的调解协议执行机制的缺少是跨境调解发展的重要障碍。参见齐树洁:《外国调解制度》,厦门大学出版社2018年版,第393页。

㊵参见唐琼琼:《〈新加坡调解公约〉背景下我国商事调解制度的完善》,《上海大学学报(社会科学版)》2019年第4期。

㊶参见蒋惠岭:《域外ADR:制度·规则·技能》,中国法制

出版社2012年版,第189-190页。

⑫参见《新威尔士民事诉讼法》第30-31条。

⑬See Rachael Field & and Neal Wood, "Marketing Mediation Ethically: The Case of Confidentiality", 5 QUT L. Rev. 2, 143-159(2005).

⑭参见齐树洁:《外国调解制度》,厦门大学出版社2018年版,第363-364页。

⑮同注⑭,第516页。

⑯参见朱伟东:《非洲商法协调组织》,社会科学文献出版社2018年版,第66页。

⑰参见王丽:《“一带一路”国际商事调解》,北京大学出版社2020年版,第372页。

⑱参见齐树洁:《德国调解制度》,《人民调解》2019年第1期。

⑲ See Mediation Act 12. 1, <https://sso.agc.gov.sg/Act/MA2017#pr12->, accessed by Nov. 8, 2021.

⑳ See Mediation Act 12. 4, <https://sso.agc.gov.sg/Act/MA2017#pr12->, accessed by Nov. 8, 2021. 如果出现以下情况,法院可以拒绝将和解协议记录为法院命令——(a)本协议因无行为能力、欺诈、虚假陈述、强迫、胁迫、错误或任何其他使调解协议无效的理由而无效;(b)调解事项不能以调解方式解决;(c)调解协议的条款不能作为法院命令执行;(d)凡协议所关切的争议事项涉及子女的福利或监护权,调解协议的一项或多项条款并不符合该子女的最佳利益;或(e)将调解协议记录为法院命令将违反公共政策。

㉑参见刘敬东、孙巍、傅攀峰、孙南翔:《批准〈新加坡调解公约〉对我国的挑战及应对研究》,《商事仲裁与调解》2020年第1期。

㉒参见《法国民事诉讼法》第131-5条。

㉓参见齐树洁:《爱尔兰调解制度》,《人民调解》2018年第

4期。

㉔参见董暖、杨弘磊:《虚假仲裁案外人权利的司法救济研究》,《法律适用》2017年第21期。

㉕参见孙南翔:《〈新加坡调解公约〉在中国的批准与实施》,《法学研究》2021年第2期。

㉖参见孙南翔:《〈新加坡调解公约〉在中国的批准与实施》,《法学研究》2021年第2期。

㉗参见王国征:《调解协议司法确认程序研究》,中国人民大学出版社2019年版,第55-56页。

㉘参见《中华人民共和国民事诉讼法》第283条规定:国外仲裁机构的裁决,需要中华人民共和国人民法院承认和执行的,应当由当事人直接向被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院申请,人民法院应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约,或者按照互惠原则办理。

㉙参见孙巍:《〈新加坡调解公约〉与我国法律制度的衔接(4)》, http://www.ccpit.org/Contents/Channel_3453/2019/0306/1136453/content_1136453.htm, 2021年9月6日访问。

㉚参见陈婉妹:《双边条约视野下中国承认与执行外国国民商事判决研究》,《西南政法大学学报》2020年第5期。

㉛《调解法案》第9条规定了调解内容不能向第三人披露,但如果合理理由相信披露调解相关信息可以防止或最小化第三人的受损风险,那么则可以进行披露。<https://sso.agc.gov.sg/Act/MA2017#pr9->, 2021年6月16日访问。

㉜参见《中华人民共和国刑法》第307条。

㉝《最高人民法院、最高人民检察院关于办理虚假诉讼刑事案件适用法律若干问题的解释》第1条:向人民法院申请执行基于捏造的事实作出的仲裁裁决、公证债权文书,或者在民事执行过程中以捏造的事实对执行标的提出异议、申请参与执行财产分配的,属于刑法第307条之一第1款规定的“以捏造的事实提起民事诉讼”。