

《新加坡调解公约》的适用范围及衔接对策

赵 勇

【摘 要】《新加坡调解公约》确立了国际商事和解协议跨国直接执行机制,其调整的国际和解协议需同时满足调解性、国际性、商事性和书面性要求。对比我国的规定和实践,“和解”的内涵与国内认识不一致,可能引起误读;“国际性”判断标准与国内不一致,可能造成内外区别对待的问题;“商事性”范围与我国实践不一致,可能引起适用冲突。究其原因,既包括我国缺乏专业的商事调解制度;也存在缺乏个人调解制度和统一的调解员资质标准;还有“和解协议”缺乏可执行力等原因。为全面对接公约的实施,推进我国商事调解制度的发展与完善,要构建以《中国商事调解法》为核心的商事调解法律制度体系,建立以规范调解员为中心的个人和机构调解并重的调解方式,确立以公共政策和第三人救济为重心的执行审查制度。

【关 键 词】《新加坡调解公约》;国际商事调解;中国商事调解法;个人调解;执行审查

【作者简介】赵勇(1985-),男,湖南华容人,福建江夏学院副教授,硕士生导师(福建 福州 350108),中国社会科学院法学所和贵州省社会科学院联合培养博士后研究人员,研究方向:国际经济法(北京 100720)。

【原文出处】《河北法学》(石家庄),2023.5.102~117

【基金项目】2020年福建省社科规划特别委托项目(省法学会专项)“《新加坡调解公约》与中国商事调解制度衔接问题研究”(FJ2020TWF009);2019年福建省中青年教师教育科研项目(社科类)“《新加坡调解公约》的实施及对策研究”(JAS19216);2019年福建江夏学院科研人才培养项目(社科类)“《新加坡调解公约》的适用范围及中国对策研究”(JXS2019015)的阶段性成果。

《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(以下简称“《新加坡调解公约》”或“《公约》”)于2019年8月7日在新加坡开放签署,并于2020年9月12日正式生效。《公约》为国际商事调解协议的跨国直接执行提供了国际法依据,将极大地提升国际商事调解协议的跨国流动性和接受度,标志着以《公约》《纽约公约》《承认及执行外国仲裁裁决公约》、《选择法院协议公约》和《承认与执行外国民商事判决》为基础,包括调解、仲裁和诉讼在内的国际商事争议解决的三大支柱形成,将开辟国际商事纠纷解决的崭新局面,具有重大而深远的历史意义。^①中国全程参与《公约》的起草和签署并贡献了“东方智慧”。《公约》的通过是我国坚持多边主义,参与和引领国际多边规则起草和制定,推动全球治理和变革的重要例证。若《公约》在我国实施,将为我国企业提供更为高效、低成本的商事纠纷解决途径;将加快我国商事

调解法律服务行业的发展和“走出去”步伐;也将进一步促进我国营商环境的改善和商事法治的建设。国内关于《公约》的研究日渐丰富,既有宏观上全面分析《公约》批准与实施的问题与对策,我国商事调解制度的改革与重构等;也有微观上探讨和解协议的效力与执行、调解机构的建立与管理、调解员准则与监督等制度衔接方面的研究。^②而明确《公约》的适用范围,实现国内相关概念与制度的适配是保证《公约》有效实施的第一步,据笔者了解,目前国内较少专注《公约》适用范围的研究。此文拟聚焦《公约》的适用范围,分析相关概念与国内制度的差异与协调,探寻《公约》在国内落地存在的概念适配和制度衔接的问题,并就此提出针对性的建议,以求教于方家。

一、《公约》的适用范围

《公约》共16条,其中第1条(适用范围)、第2条

(定义)和第8条(保留)共三条对其适用范围进行了较为全面的规定,主要包括积极条件和消极条件两个方面,即当事人为了解决商事争议、由调解产生的、具有国际性的、以书面形式订立的,且不属于公约排除适用范围的和解协议。概言之,《公约》调整的和解协议需同时满足调解性、国际性、商事性和书面性要求。

(一)调解性

《公约》采纳了联合国贸易法委员会《国际商事调解示范法》关于“调解”的定义,即,调解系“当事方试图通过第三方帮助实现友好解决争议的程序,该第三方缺乏对当事方施加解决方案的权力。”该“调解”概念具有较强的开放性特征。其一,《公约》尽可能的囊括具有不同法律传统和文化国家的相关概念,无论其称谓为何,调解、和解、调停等均可以;其二,当事人就争议事项达成的调解合意可以发生在争议产生前或产生后,也可以由当事人合意邀请第三人参与,还可以基于法律义务或受法院、仲裁庭的建议与命令约束而进行;^③其三,《公约》要求必须是有“第三人”参与的调解,以区分《公约》的调解机制和当事人之间的普通合同安排,“第三人”参与的程度并没有做要求,但不得对当事人强加解决方案;^④其四,《公约》对调解程序没有进行限制,不需要符合特定的“结构性程序”要求。即,既不排除制度外的调解,也不否认充分利用调解灵活性程序规则的非正式调解;^⑤其五,《公约》对调解方式也没有限制,机构调解和个人调解均受《公约》约束;其六,《公约》对于调解员的资质并没有作规定,而是授权各国依据国内法进行规定。《公约》第5条规定“调解员严重违反适用于调解员或调解的准则”或者“调解员未向各方当事人披露可能对调解员公正性或独立性产生正当怀疑的情形”,达到足以影响当事人决定是否签订和解协议的程度时,被请求国可以拒绝准予救济。^⑥

需要说明的是,《公约》为了减少其与《纽约公约》《选择法院协议公约》和《承认与执行外国民商事判决》之间的交叉或重叠,避免争议方基于一个调解协议存在多种救济途径,特意将仲裁或司法程序中形成的具有和仲裁裁决或司法判决(裁决)同等执行力的“和解协议”排除在适用范围之外。当然,并不

能因为在调解程序中有法官或仲裁员参与,该“和解协议”就不适用《公约》,只有在该“和解协议”转换为可执行的判决或裁决才不得适用《公约》,这样规定的主要目的是避免因排除条款造成国际和解协议法律适用空白。例如,当调解协议在法院地可以作为判决强制执行但在其他国家不能强制执行时,排除可能导致适用空白的风险。^⑦

(二)国际性

《公约》要求和解协议必须满足“国际性”要求。在判断国际性的标准上,采取了与《联合国国际货物销售合同公约》相同的标准,即当事人的营业地分属不同国家,若当事双方在相同国家均具有营业地时,只要该营业地所在国不同于和解协议义务履行地或最密切联系地,该和解协议也具有国际性。若一方具有多个营业地,那么在考虑另一当事方知晓的情况下,与和解协议最密切联系的国家为其营业地所在国。若当事方没有营业地,则以当事方的居所地为准。这一规定似乎将国际和解协议和国内和解协议进行了区别对待,将公约的调整范围限定在跨境执行领域。事实上国际和国内和解协议在执行过程中并没有区别对待的必要,工作组只是作出了一个务实的决定以限制公约适用范围,让更多的国家不用对现行国内法进行较大修改的情况下加入公约,这并不影响各国针对国际和解协议和国内和解协议采取相同的审查标准。

需要强调的是,《公约》判断和解协议“国际性”采取了营业地标准,同时意味着对当事人的国籍没有强制性要求,对于非《公约》成员国当事人达成的具有国际性的和解协议同样可以适用《公约》,这将极大地扩大《公约》的适用范围。《公约》并没有采纳“调解地”概念,这样就不需要通过调解地来确定调解协议是否满足国际性的要求。因为确立调解地极为复杂且没有意义。^⑧在执行调解协议时,不用考虑调解地,也就不需要考虑将符合所在国内法要求作为适用公约的条件,例如某些国内法要求调解必须适用经批准的国内调解员,专门的调解机构或者特别的调解规则等。与此同时,《公约》也没有采纳和解协议的国内承认制度,以及类似《纽约公约》的“外国协议”概念,因为一旦一个和解协议被一个国

家承认,那么另一个国家就不能完全不顾在其他国家具有法律效力的协议。调解员和争议方大概率也要遵守各种可适用的法律机制,一旦违反了这些法律规范很可能面临国内法律制裁的风险。换言之,除非公约允许国家在调解过程中适用一些国内法概念和程序,如调解的程序规则和拒绝执行的理由等,《公约》项下的和解协议均不需要以符合所在国国内法作为适用公约的条件。要之,《公约》在确认“国际性”时,坚持营业地原则,没有采用调解地概念,也没有规定和解协议国内承认制度,将极大地扩大《公约》的适用范围,使其产生外溢效应。

(三)商事性

《公约》起草过程中,对其调整范围要限制在商事争议范围内这一点的认识是统一的。需要讨论的是:是否和如何界定商事性,是否使用《国际商事调解示范法》的清单式列举,究竟应当排除哪些范围等。《公约》最终采取了《纽约公约》的立法模式,不对商事性进行定义,同时借鉴《联合国国际货物销售合同公约》的作法,将因个人、家庭和家居消费目的交易产生争议而达成的国际和解协议排除在外。考虑到消费、家庭、劳工和继承等方面的和解协议可能具有较强的地域法律文化属性,可能涉及商事争议之外极为敏感的问题,减少由此与其他国际条约的重合,同时也为了避免因谈判实力悬殊导致一些国家不愿意加入公约,《公约》最终将这些协议排除在商事范围之外。具体包括:“(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。”^⑨该方式与欧盟调解体系的方式一致,二者均区分商事属性和消费者保护属性的调解规则,并制定了不同的规范。^⑩从概念上,商事争议将包括建筑或自然资源开采等领域,也涉及投资者与政府之间的商事争议。当然,公约也规定缔约方可作出不适用政府机构及其代表相关的和解协议的保留。

除此之外,《公约》还规定和解协议必须是书面形式、由当事双方签署。按照国际通行解释,书面形式包括邮件、传真等可以证明的数据电文形式。这一要求和大多数国际条约,以及我国《民法典》第491

条规定一致,其主要目的是确保和解协议内容的确定性,减少跨国执行的障碍和纠纷,以有限的执行形式要求,来确保国际商事调解得到最大程度的认可与运用。^⑪

要之,《公约》对适用范围进行了较为开放性和包容性的规定,即,由争议当事双方签署的,满足国际性、商事性,有证据证明系由调解产生,且不属于《公约》排除适用范围的书面和解协议,即可径直向缔约国申请强制执行。这体现了《公约》充分尊重和保障当事人处理商事活动的高度自治性,当事人对争议解决的程序和结果都具有较诉讼和仲裁更大的控制力,照顾了当事人多元化的利益需求,可以便利商事各方管理国际交易、减少风险,维持长远的合作,不致因对簿公堂而终止商业关系,并节约国家司法和行政资源。^⑫同时,当事方为实现调解协议的高效达成和快速履行,意味着对部分诉权的限制和克减,是《公约》对契约自由和私权自治背景下争议解决契约化^⑬的支持。

二、《公约》适用范围与国内制度衔接的问题

《公约》作为国际法可以通过转化或并入的方式在国内适用。无论采取何种方式,首先要解决国内立法和实践是否匹配《公约》的规定。适用范围上,要适配好调解性、国际性和商事性等概念;调解制度上,要有与之对应的商事调解制度、要认可个人调解和机构调解并行的调解方式、要明确和解协议的执行效力等。

(一)概念适配的问题

一是“和解”的内涵与国内认识不一致,可能引起误读。《公约》将“Settlement agreement”翻译为“和解协议”。而“和解”在《现代汉语词典》中的解释是,不再争执或仇视,归于和好。在我国法律语境中,是指在没有法院、仲裁庭或人民调解委员会主持或参加的情况下,争议当事各方自行达成的和解。^⑭包括两种类型:一是仅当事人双方参与达成的,二是除法院、仲裁庭和人民调解委员会之外的第三人参与下促成的。而《公约》所限定的“和解”必须是“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”达成的和解协议,有观点认为《公约》规定的“和解”仅指上述第二种类型,^⑮

事实上,《公约》规定的和解的范围和上述第二种和解类型的范围也并不完全一致,^⑩当法官或仲裁员参与达成的调解协议并未形成具有执行力的裁决时,也属于《公约》规定的调解范围。由此国内一些学者在论述该问题时,为避免误解会进行特别说明。^⑪当然,也有观点认为,考虑到《公约》的本意和目的,用“和解协议”这一表述是精准和贴切的。^⑫但这与我国立法、司法实践,以及民众表达习惯不一致也是明显的。

二是“国际性”判断标准与国内不一致,可能造成内外区别对待的问题。我国立法和司法实践中始终坚持规则导向和司法解释而非正式立法的方式界定“涉外性”,^⑬以灵活便捷地汲取最新司法经验和回应实践吁求,贯彻对外政策和司法政策,^⑭形成了长期以来用“涉外性”或“涉外因素”代替“国际性”的现实。具言之,我国一贯采用法律关系主体、标的物和法律事实三要素方法界定“涉外性”。其中主体认定已由“唯主体涉外论”^⑮发展到主体的国籍和经常居所地认定标准,但是并没有合理包含营业地标准这一被国际条约作为重要乃至唯一的主体涉外的判断标准。^⑯虽然我国《涉外民事关系法律适用法》第14条第2款后半句将法人的经常居所地明确为主营业地,部分确立了营业地涉外标准,但对于非法人组织而言,则仍然缺少营业地涉外标准。^⑰2018年《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》对“国际商事案件”进行了明确,但依然是复制“涉外性”标准。而《公约》“国际性”的范围排除了国际法主体之间签订的受国际法约束的协议,而仅限定在商事主体之间签订的受私法约束的协议,^⑱而且以营业地在不同国家作为确定国际性的主要原则。若当事人双方在相同国家均具有营业地,只有和解协议义务履行地和营业地不属于同一国家时才具备国际性。当事人有多个营业地时,应以其与争议有最密切联系或当事人共知的营业地为识别根据,避免当事人以此规避国内法的管辖。^⑲由此可见,我国国际商事法庭已经开始用“国际性”界定受案范围,但在本质上没有超越传统“涉外性”的标准,而是混同了“涉外性”和“国际性”这两个并不完全相同的概念。定位于境内寻找境外因素的“涉外性”,显然无法适

配《公约》从中立主义立场定义的“国际性”。

尽管在国际性的认定标准上,我国司法实践与《公约》规定不一致,但从《公约》的规定来看,当事人通过“操纵涉外”(或“国际”)和形式化的“偶然涉外”(或“国际”),^⑳如多个营业地、在线调解、安排义务履行地等方式来满足国际性的要求并不难。这样就可能引发当事人挑选适用法律或规避法律,造成国内审查混同或交叉,^㉑使得本来不具备直接执行力的国内和解协议通过当事人的安排满足国际性后就能在国内直接请求强制执行,这将造成国际商事和解协议效力高于国内商事调解协议的不平等现象,不利于国内商事调解事业的健康发展。针对是否要采取国际性以区别国际和解协议和国内和解协议,有观点认为仍然可以采用类似仲裁审查内外区别的标准。^㉒仅仅因为商事和解协议具备国际性与否,产生有无权利申请直接执行的差别,这个差别带来的影响将远远大于我国加入《纽约公约》时实行内外有别的审查标准的影响。这个差别将是两个和解协议性质的差别,在法理上也是难以自圆其说的。考虑到目前国内国际形势发生了重大变化,特别是我国制度化对外开放水平越来越高的情况下,继续实行内外有别的双轨制将反向限制国内商事调解制度发展这一点不容忽视。

三是“商事性”范围与我国实践不一致,可能引起适用冲突。由于我国长期坚持民商合一的立法体例,缺乏对商事的明确定义。^㉓我国在加入《纽约公约》时对商事进行了保留,通过司法解释的形式明确,只对根据我国法律认定为属于契约和非契约性商事法律关系所引起的争议适用公约,并且明确外国投资者与东道国政府之间的争端不适用公约。^㉔用“契约性和非契约性”来限定商事法律关系,并非对商事法律关系的定义,只是用正面列举的方式来解释商事法律关系的范围,使得“商事”在我国具有模糊化和混同性特征,^㉕这必然会产生无法穷尽的所有商事法律关系的逻辑问题。依此,我国规定的“商事性”范围与《公约》规定存在不一致的冲突。一是我国明确列举的某些商事法律关系,如劳务/劳工、产品责任、环境污染、海上事故等可能不属于《公约》调整范围,二是《公约》通过负面清单的模式排除之

后的商事性范围将远远大于我国列举的“契约和非契约性商事争议”范围。结合《公约》起草背景材料,《公约》和《国际商事调解示范法》对商事的含义规定一致,应作广义解释,以涵盖所有具有商业性质关系所引起的争端,包括投资。^⑧当然,《公约》允许缔约国对商事性进行保留,但保留限定在争议主体上的商事性,即政府机构及其代表作为一方当事人的和解协议。换言之,在没有保留的情况下,外国投资者与东道国政府之间的商事调解、建筑或自然资源开采等领域的调解也属于公约调整范围。而《公约》并不允许各国对“商事性”进行保留,各成员方无法依据国内法来限定商事性的具体范围。^⑨我国晚近签订投资条约已经改变了完全拒绝投资者—国家投资争端提交仲裁的态度,同时在越来越多的投资协定中进一步明确和细化调解机制,^⑩可见,我国对商事保留的态度也与以前有了较大变化,我国在对接《公约》的商事性范围上应当尽量采取开放态度。

(二)制度衔接的问题

一是缺乏专业的商事调解制度。我国民间社会一直以“无讼”作为传统争议解决的基本理念和目标,调解纠纷解决机制在我国具有重要作用和悠久历史,调解早在战国至魏晋南北朝就具有了法律意义。^⑪被誉为“东方之花”的调解,直到现在依然是解决民间社会各种内部争议的主要手段,政府、法院、仲裁庭和行业协会等组织也积极利用调解化解社会矛盾,构建和谐社会。但是,我国目前现有的调解种类繁多,如人民调解、行政调解、行业调解、诉讼和仲裁中的调解,以及专业化的民商事调解等,但这些调解隶属不同的“上级主管部门”,^⑫难以形成一个良性互动、功能互补、程序衔接、彼此支持的有机体系,由于调解协议缺乏和判决裁定同样的法律效力,调解的达成和执行过度依赖司法化和准司法化程序介入,过多地强调依法调解和法庭化调解,使得我国的调解依然在乡土中国的环境中发展,而更具国际性、专业性和现代化的商事调解体系和法律制度还处在缺位状态。^⑬《公约》明确了调解的范围以及和解协议的跨境执行等问题,确保《公约》的实施需要国内法明确具体的概念、确立和解协议执行审查的程序和标准、明确调解组织和调解员的行为准则、虚假调

解的识别和调解损害第三人利益的审查和处理方法等内容的,我国法律对此尚无明确系统的规定,需要借此机会建立起我国专业的商事调解体系和法律制度。

二是缺乏个人调解制度和统一的调解员资质标准。《公约》规定经个人调解达成的国际和解协议和经机构调解达成的国际和解协议具有相同的法律效力。但我国长期坚持排他性的机构管理模式,只有各类调解机构所属的调解员以调解机构的名义才能进行纠纷调解,达成的调解协议才能经司法确认获得法律效力。尽管基于司法部《关于推进个人调解工作室建设指导意见》而出现了许多个人调解工作室,但这仅仅是在名称上体现了调解员姓名的调解组织。实践中,确实也开始出现特邀调解、律师调解等个人调解,但其本质还是受机构邀请或指定,需要借助机构背书的调解。申言之,个人调解在我国缺乏法律和制度基础,其发展自然受阻。但是,我国法律仅能限制“非国际”的个人调解,但无法拒绝经个人调解达成的国际和解协议在我国申请执行,也不能阻止在我国经个人调解达成的国际和解协议到其他缔约国申请执行。

《公约》在商事调解运作上坚持市场化道路,充分尊重当事人在解决纠纷过程中的自主性,调解员对纠纷解决仅起协助作用,不具有强加解决方案的权力。这与我国调解文化差别明显。数十年来,我国调解机构受上级部门直接指导和监督,调解程序具有较强的“为民调解”式公权力介入特点,调解员或多或少带有裁判者、监督者权威,在某种意义上“指导”了调解协议的达成。正因如此,我国选任调解员的资质由地方和机构自行设定且标准悬殊。如中国贸促会调解中心、上海经贸商事调解中心、上海海事调解中心等商事调解机构对调解员的任职调解各不相同。^⑭由此,全面对接《公约》,需要国内法认可个人调解的法律地位,规范商事调解员的任职标准。

三是“和解协议”缺乏可执行力。从我国法律规定和司法实践看,包括当事人双方自行达成、机构参与促成和法院“一站式”解纷机制达成的和解协议在内的各类和解协议,从其性质上讲仍属民事合同,不

具有法律终局效力,必须经司法审查并转化为可执行的裁判文书后才具有终局效力。^⑨即当事人依据《人民调解法》《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》和《民事诉讼法》等有关规定共同向人民法院申请,经司法审查并作出确认裁定书才可申请法院强制执行。^⑩近年来,司法支持调解趋势不断加强,最高人民法院推动商会调解、律师调解等司法确认试点。^⑪但是,这并没有改变和解协议效力上的非终局性本质,调解协议依然是被调解组织或机构所认可的民事契约,只有经过司法审查后,才可能被赋予执行力。^⑫

《公约》最大的创新和原则就是赋予国际和解协议直接可执行性。理论上,《公约》项下的国际和解协议自达成,即具有可执行性,无需任何国内机构予以承认或者审查。^⑬但是,《公约》并没有规定国际和解协议自动执行机制,当事人需要向执行地申请,并依据执行地国内相关程序和标准接受执行审查,不存在《公约》规定的不予救济的情形和违反国内公共利益的情况下,执行地国应该迅速执行。当然,执行审查的标准是明确的,国内审查的权力是在必要的限度内。由此,《公约》项下的国际和解协议具有直接执行效力与我国国内的调解协议不具有终局效力之间存在直接冲突,这是制度衔接必须解决的最重要问题。

三、对策与建议

实现我国商事调解制度与《公约》的衔接,一方面要保证《公约》的基本规定和制度安排能够在我国顺利落地实施,另一方面也要从我国社会和法律实际出发,在参考借鉴国际商事调解制度的最新发展趋势的基础上,推动我国商事调解制度国际化。

(一)构建以《中国商事调解法》为核心的商事调解法律制度体系

就《公约》落地后,如何实现我国相关制度与其对接主要有两种观点。一是没有必要建立专门的商事调解法律制度,只需将国际商事调解制度融入到国内现行法律体系中,通过将国际和解协议转化为仲裁裁决或者司法确认为法院调解书的方式实现和解协议的国内执行,来确保《公约》在国内落地实施。^⑭二是在国内建立专业的商事调解法律制度,

适时出台一部专业的《商事调解法》或调解基本法律制度。^⑮对此,笔者认为出台专门的商事调解法及配套制度更可取。首先,将“国际商事和解协议”转化为仲裁裁决或判决(裁定、调解书),与《公约》的目的不符。和解协议的转化是内嵌在诉讼和仲裁程序中的,对调解的自身优势有一定程度的减损,^⑯是诉调、仲调程序对接的结果,从本质上还是属于司法和仲裁程序,这与《公约》旨在为因调解产生的和解协议确立在各国国内直接执行的独立机制不符。其次,将和解协议通过司法确认的方式确认其法律效力同样也和《公约》的规定不符。我国司法确认主要规定在《人民调解法》中,要求争议当事人双方在法定期间内共同到法院申请,法院通过审查作出予以确认或不予确认的裁定。经司法确认后的和解协议,具备申请法院强制执行的效力。这实际上将国际和解协议的执行转变成了“司法确认+执行”两道程序,也就是变相地“承认+执行”模式。这与《公约》特意不规定调解地概念、不设置和解协议承认制度、可径直申请国内执行的规定不符。最后,《公约》规定的商事调解制度与国内调解制度难以协调统一,我国目前的多种调解制度内部差异性比较大,有行政化色彩比较浓的非平等性行政调解、司法性较强的诉讼和仲裁调解、维稳导向较强的人民调解,以及平等化现代化特点较强的商事调解,这些调解有的适用行政调解规则,有的适用司法解释、有的适用人民调解法、还有的适用调解组织的调解规则,这与《公约》规定的充分尊重当事人意思自治、国内法律最低限度的审查、最大程度的便利国际和解协议跨国流动的商事调解制度不符。而我国现行商事调解制度存在缺乏科学的顶层设计、缺乏统一的管理制度、运行机制较为混乱、过度依赖司法、调解员的理论技能培训不足等问题,^⑰这些与缺乏商事调解基本法直接相关,这也使得《公约》无法与国内调解制度直接适配,也难以通过转化或嵌入达到直接融合的程度。

随着《公约》的生效,国际商事争议解决机制的自治化趋势越发明显,为推动我国商事调解体制的现代化和国际化发展,助力“一带一路”建设,建立专业的国际商事调解制度十分必要。^⑱全面对接《公约》,建立中国式商事调解制度是一个系统工程,应

当以此契机制定以《中国商事调解法》为核心的商事调解基本法,并以此建立和完善现代化、国际化的商事调解配套措施和制度体系。当然,考虑到一部法律从起草到颁布实施历时较长,无法满足《公约》及时落地实施的需要,可以先由最高人民法院出台专门的司法解释,明确具体的概念含义、执行审查的程序范围、调解机构和调解员的准则等具体的对接问题,同时对起草《中国商事调解法》进行探索性规定,给定一个过渡期在自贸区、保税区等开放前沿地区先行试验,待条件成熟再推广到全国。

(二)建立以规范调解员为中心的个人和机构调解并重的调解方式

《公约》认可个人和机构调解,而我国不承认个人调解制度。如果我国在批准《公约》后,仍然坚持不承认个人调解,这并不能拒绝在其他缔约国经个人调解达成的国际和解协议到我国来申请执行,也无法阻止在我国经个人调解达成的国际和解协议到国外申请执行,反而,遏制了我国个人调解制度的正常发展。对此,我国应当明确认可个人调解制度,确立其与机构调解同等的法律地位。

《公约》没有明文规定调解员的资质标准,但是当调解员违反调解准则或未披露重要信息严重到一定程度时,被请求国可以拒绝执行和解协议。但具体的调解准则和未披露哪些信息、达到什么程度才算足以影响当事人是否签订和解协议的程度,这些内容《公约》并未规定。但《公约》的一个明显特点是,更加注重调解员促成当事人诚信调解的内部监督作用,更加关注调解员个人品行和水平,而不是期待依靠调解机构来为调解员、和解协议背书。如何确保调解员的独立性和公正性,必将成为各国国内立法和监管的重点。纵观主要国家和地区的调解员规则,如《美国调解员模范行为准则》《澳大利亚国家调解员行为守则》和《欧洲调解员行为守则》等,^⑧均特别重视通过较为严格的程序来保障调解的真实性和有效性,促使调解员独立、公正的参与调解。近年来,我国越来越重视调解员的素质和水平,通过个人调解工作室、律师调解、特邀调解员等方式,来强化调解员个人品牌和信誉。^⑨但是,我国仍然缺乏对调解员的专业考核、专门的技能培训、客观的能力和信

誉评价机制。^⑩我们注意到,《公约》规定调解员应当主动全面披露可能影响当事人重要决策的信息,并不是不关注调解员的独立性和公正性,而是把调解员全面履行披露义务作为保证调解员独立和公正的手段。因此,我国应建立以提升调解的质量和效率为目标,以突出调解员个人素养、专业能力、业务水平、纪律约束等为主要内容的调解员规范体系,从国家层面出台调解员准则,^⑪构建调解员诚信的长效机制。同时,我国还要建立起以能力和业绩为主的调解员资格认可和评价机制,实施引导、激励和约束并举的方式培养我国职业化的国际商事调解人才队伍,以此形成以调解员为中心的个人和机构调解并重的调解方式。

(三)确立以公共政策和第三人救济为重心的执行审查制度

《公约》在充分保障当事方意思自治的前提下,留给国内审查的范围相对有限。调解进程和结果由当事方主导,这使得国内审查时,还原调解全过程、争议是否明确、法律适用是否准确、调解结果是否超越当事方主张等内容均无法也不需要进行审查。留给国内审查的事项主要集中在较多的程序性事项和极少的实体内容,而且以被动审查为主。^⑫但是,这也可能给当事人规避法律、虚假调解、损害国家、集体或他人权益等留下可乘之机。在保障调解当事方的自治权的同时,也要把严执行审查关。

法律调整对象的复杂性和无限性决定了公共政策是一个模糊、灵活的概念,使得审查地在适用公共政策规则时具有较大的裁量空间和适用范围。^⑬尽管公共政策的内涵因时因地而不同,甚至西方国家普遍对其适用设置了较高的标准,^⑭但是,各国普遍允许公共政策保留。《公约》对此也是持肯定态度,而且在适用时应当依据各地的具体情况由审查地决定。^⑮对此,我国要充分利用公共政策来维护我国独特的价值、文化和体制方面的利益或主张,要确保我国的法律基本原则、社会根本利益和善良风俗等,^⑯可以在必要的时候利用公共政策突破和解的保密性规则。如,当事方合谋下的虚假和解,如果不突破和解的保密原则就很难通过常规的执行审查发现。

和解协议损害第三人利益的可能性因和解程序

的秘密性和自治性而大大增加,而且在和解协议正式执行损害第三人利益前难以被发现,因为真正的利益相关方无法参与和知晓其利益受损。为了平衡当事人商事自治权与国家、集体或第三人利益,^③确立案外第三人救济机制,由案外人主动向审查机关提出对执行标的的异议,证明执行依据与其无关,或者证明执行依据侵犯其合法权益,执行依据无效,^④此时,第三人的参与可以证明调解协议的效力,是否具有终局性、是否可执行、是否损害国家、集体或他人合法权益,这些理由可以包含在《公约》授权的审查范围或公共政策范围内,并不违反《公约》规定。

结语

《新加坡调解公约》确立了商事和解协议跨国直接执行制度,加速了国际商事调解制度的统一化趋势。《公约》在保障当事方争议解决自治权的同时也不遗余力地推进诚信调解、有效执行,形塑了平等、和谐、友善的国际商事争议解决模式。《公约》已经正式生效,虽然截至目前,已经批准的国家才10个,美国、英国等主要大国还没有批准,但是《公约》不规定调解地概念、不设置承认机制和互惠机制、有限的保留范围等方面的特别安排,将引发《公约》适用范围的外溢,其在推动国际商事调解机制统一化方面的功能将大大加强。党的十九大报告指出,我国要深化商事制度改革。二十大报告进一步指出,要推进高水平对外开放,稳步扩大规则、规制、管理、标准等制度型开放。要加强涉外领域立法,统筹推进国内法治和涉外法治,以良法促进发展、保障善治。我们应当充分利用好研究《公约》与国内制度衔接的契机,为全面衔接公约并推进我国商事调解制度的完善,构建起以《中国商事调解法》为核心的商事调解法律制度体系,以此加速我国商事调解服务的专业化、国际化和现代化发展步伐,不断提升我国争议解决制度的国际影响力和竞争力。

注释:

①参见刘敬东主编:《〈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1-2页。

②这方面的研究主要有,刘敬东等:《批准〈新加坡调解公

约〉对我国的调战及应对研究》,载《商事仲裁与调解》2020年第1期;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1期;蔡伟:《〈新加坡调解公约〉的困境和应对》,载《清华法学》2022年第2期;蔡伟:《从〈新加坡调解公约〉看我国商事调解的改革》,载《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2021年第2期;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》,载《商事仲裁与调解》2020年第2期;杨秉勋:《〈新加坡调解公约〉与我国调解制度的新发展》,载《人民调解》2020年第1期;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期等。

③参见《国际商事调解示范法》(2018年版)第1.8条。

④以中国和法国为代表的大多数国家认为,第三人介入可以更容易区分调解机制和普通合同安排,并将公约调整范围限制为有第三人参与的和解协议。但是,《公约》并没有限制成员国通过声明来扩大公约的适用范围,事实上,《公约》第7条已经明确允许各成员方依据国内法的规定给予非调解机制相同待遇。同时,多数代表希望能通过第三方参与调解的程度来区分和解协议和普通合同。但该观点没有被采纳。因此,调解员的参与程度不影响和解协议是否受《公约》约束。See Timothy Schnabel, The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, May 7, 2019. p.6.

⑤关于调解是否应当依据一定的程序进行,在公约讨论过程中,有两种不同的观点。一种观点是欧盟、澳大利亚、德国、法国和克罗地亚等主张调解应当符合一定的“结构性程序”要求,以区分调解机制和非调解机制,以及正式的调解和非正式的调解,具体程序要求可以依据调解所在地国内法来执行。另一种观点是加拿大、墨西哥、瑞士和俄罗斯等主张调解的首要规则就是没有规则。调解并不需要遵守特定的程序要求,调解员也无需按照特定的程序开展调解工作,甚至可以采取任何必要的行为,无论调解的“结构性程序”如何,只要调解结果——由当事人签署的书面调解协议——符合法院地要求得到执行就可以了。虽然经过了较长时间的讨论,各方并没有就该“结构性程序”要求的具体内容形成一个令人满意且统一的认识。See Timothy Schnabel, The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, May 7, 2019. p.5.

⑥有观点认为,虽然公约没有明确规定,但可以参照《国际商事调解示范法》对调解员的要求,调解员应该比仲裁员和法官更具“攻心为上”之本领。也有观点认为,原则上不应该为调解员设置准入门槛,但是不具备完全民事行为能力、曾有

过暴力犯罪记录、有严重的道德品质缺陷的人应被排除在调解员的队伍之外。参见《联合国国际贸易法委员会国际商事调解示范法》第3.4和3.5条;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200页;赵平:《〈新加坡调解公约〉与中国调解法律体系的衔接》,载《中国律师》2019年第9期,第45页。

⑦同前注②,温先涛文,第204页。

⑧例如,一个争议双方在两个不同的地区(法域)经商,调解是到了另外两个地区,调解员在第5个地区,适用的法律属于第6个地区。这种情形下并不能明确的回答哪个国家是争议解决国家,如果是通过电子邮件进行的调解,确定调解地将会带来不必要的困难。

⑨《公约》第1条第2款。

⑩《欧盟调解指令》适用于跨境民事和商事争议,且不适用于当事双方在准据法下无权处分权利与义务关系,特别是对征收税收、行政事项或其他国家作为和不作为产生的责任问题;《欧盟消费者指令》则适用于与境内外因销售合同或服务合同产生的契约义务争议相关的诉讼外争议解决程序。See 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; 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.

⑪See Timothy Schnabel, The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, Vol.19, 2019, p.19.

⑫同前注②,温先涛文,第199页。

⑬参见张卫平:《论民事诉讼的契约化——完善我国民事诉讼法的基本作业》,载《中国法学》2004年第3期,第74页。

⑭参见《民事诉讼法》第50条;刘家兴、潘剑锋主编:《民事诉讼法学教程》,北京大学出版社2013年版,第6页。

⑮同前注②,温先涛文,第199页。

⑯参见漆彤:《论〈新加坡调解公约〉对投资争端和解协议的适用》,载《南大法学》2022年第2期,第78-79页。

⑰同前注②,孙南翔文,第157页;同前注②,蔡伟:《〈新加坡调解公约〉的困境和应对》,第201-202页;同前注②,张丽英文,第4-5页。

⑱同前注②,温先涛文,第199页。

⑲参见王胜明:《涉外民事关系法律适用法若干争议问题》,载《法学研究》2012年第2期,第187-188页。

⑳参见张春良:《制度型对外开放的支点:涉外关系涉外

性之界定及重构》,载《中国法学》2019年第6期,第89页。

㉑高晓力:《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)解读》,载《法律适用》2013年第3期,第38页。

㉒参见江保国、龚柳青:《论民事案件涉外性之判断》,载《天津市政法管理干部学院学报》2009年第2期,第24-27页。

㉓同前注②,张春良文,第98页。

㉔同前注②,温先涛文,第202页。

㉕同前注②,张丽英文,第6页。

㉖同前注②,张春良文,第114-117页。

㉗参见宋连斌、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》,载《西北大学学报(哲学社会科学版)》2021年第1期,第31页

㉘同上注,第30页。

㉙参见李建伟:《〈民法总则〉民商合一中国模式之检讨》,载《中国法学》2019年第3期,第290-299页;蒋大兴:《〈商法通则〉/〈商法典〉的可能空间?——再论商法与民法规范内容的差异性》,载《比较法研究》2018年第5期,第44-70页。

㉚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》(法经发[1987]5号)规定,所谓“契约性和非契约性商事法律关系”,具体的是指由于合同、侵权或者根据有关法律而产生的经济上的权利义务关系,例如货物买卖、财产租赁、工程承包、加工承揽、技术转让、合资经营、合作经营、勘探开发自然资源、保险、信贷、劳务、代理、咨询服务和海上、民用航空、铁路、公路的客货运输以及产品责任、环境污染、海上事故和所有权争议等,但不包括外国投资者与东道国政府之间的争端。

㉛同前注②,蔡伟:《〈新加坡调解公约〉的困境和应对》,第202页。

㉜See Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation of the United Nations Commission on International Trade Law, Annex II, United Nations, General Assembly Resolution 73/199, United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, U. N. Doc. A/RES/73/199.

㉝需要说明的是,《公约》第8条允许成员方就政府及其代表机构参与的和解协议提出保留,同时将《公约》是否适用选择权留给当事人,即当事方“选择适用”的保留机制。

㉞同前注②,漆彤文,第87-88页。

㉟参见曾宪义:《关于中国传统调解制度的若干问题研究》,载《中国法学》2009年第4期,第35页。

㊱例如,司法调解受法院监督,人民调解受司法部门指导监督,行政调解受行政机关指导,社区调解、行业调解和商事调解的监督监管规定缺乏明确规范。

③⑦同前注②,张丽英文,第12页。

③⑧参见刘沁予:《〈新加坡调解公约〉签署后我国商事调解员的任职资格》,载《商事仲裁与调解》2022年第3期,第114-116页。

③⑨参见张冰:《〈新加坡调解公约〉背景下我国法院执行国际商事和解协议的路径探索》,载《商事仲裁与调解》2021年第5期,第26页。

④⑩参见《最高人民法院关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》(法发[2009]45号)之10;《最高人民法院关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》(法释[2011]5号)第1条。

④⑪参见《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)之12;《最高人民法院、全国工商联关于发挥商会调解优势推进民营经济领域纠纷多元化解机制建设的意见》(法[2019]11号)之8。

④⑫参见王亚新:《〈民事诉讼法〉修改与调解协议的司法审查》,载《清华法学》2011年第3期,第20页。

④⑬同前注②,孙南翔文,第164-165页。

④⑭持该观点的有,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》,载《商事仲裁与调解》2020年第2期,第15-16页;段明:《〈新加坡调解公约〉与中国商事调解的立法选择》,载《商事仲裁与调解》2021年第2期,第24-29页;梁修齐:《我国调解制度与〈新加坡调解公约〉的衔接问题初探》,载《东南司法评论》2019年第1期,第480-489页。

④⑮持该观点有,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》,载《西北大学学报(哲学社会科学版)》2021年第1期,第30页;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》,载《商事仲裁与调解》2020年第3期,第11-14页;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124-125页;蔡伟:《从〈新加坡调解公约〉看我国商事调解的改革》,载《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2021年第2期,第121-122页;廖永安、王聪:《人民调解泛化现象的反思与社会调解体系的重塑》,载《财经法学》2019年第5期,第77-79页。

④⑯李浩教授在多篇论文中阐述了这一观点,参见李浩:《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141-142页;李浩:《理性地对待调解优先——以法院调解为对象的分析》,载《国家检察官学院学报》2012年第1期,第118-125页;李浩:

《调解的比较优势与法院调解制度的改革》,载《南京师大学报(社会科学版)》2002年第4期,第24-27页。

④⑰参见范愉:《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138-139页。

④⑱参见宋锡祥、田聪:《“一带一路”视野下国际商事争端解决机制的构建》,载《海峡法学》2019年第2期,第26-36页。

④⑲ See American Arbitration Association: The Model Standards of Conduct for Mediators(2005); Law Council of Australia: Ethical Standards for Mediators(2002); European Code of Conduct for Mediators(2004).

④⑳参见纪琼:《论我国律师调解的制度定位》,载《河北法学》2020年第10期,第165-188页。

⑤①参见刘晓红、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。

⑤②当前,我国诸多仲裁机构或调解机构均制定了调解员准则,然而其属于机构调解规范,并不适用于个人调解。我国主管商事调解的部门应推出个人调解员准则。

⑤③被动性审查主要包括,当事人行为能、调解协议效力、调解协议是否具有拘束力或终局性、调解协议是否已经履行或被修改、调解协议义务是否清楚、调解协议是否准予救济、调解员披露信息是否恰当、调解程序是否违反相关准则。主动审查的内容,程序性的有调解协议的国际性、商事性、书面性要求是否满足、调解协议是否有提交译本、调解协议是否经调解产生、申请执行是否符合程序要求,实体性审查的内容主要包括调解协议是否违背公共政策,是否违反本地强制性法律规定。

⑤④参见董暖、杨弘磊:《虚假仲裁案外人权利的司法救济研究》,载《法律适用》2017年第21期,第72页。

⑤⑤ See Gary B. Born, International Commercial Arbitration: Cases and Materials, Kluwer Law International, 2011, p.430-438.

⑤⑥ See Report of Working Group II(Dispute Settlement) on the Work of Its Sixty-eighth Session(New York, 5-9 February 2018), A/CN.9/934, para.69.

⑤⑦参见何其生:《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147-162页。

⑤⑧参见黄忠顺:《涉案外人权益的民事强制执行制度研究——以〈民事强制执行法(草案)〉涉案外人权益条款为中心》,载《河北法学》2022年第12期,第61-82页。

⑤⑨参见任重:《论虚假诉讼:兼评我国第三人撤销诉讼实践》,载《中国法学》2014年第6期,第250页。