

## 《新加坡公约》与中国国际商事调解机制的冲突及破解之道

王国华<sup>1</sup>, 施长艳<sup>2</sup>

(1. 华东政法大学 国际法学院, 上海 201620; 2. 上海海事大学 法学院, 上海 201306)

**摘要:**《新加坡公约》是中国发展国际商事调解机制的重要指引性国际规则, 但当前中国国际商事调解与《新加坡公约》存在着诸如和解协议的“国际性”界定标准、和解协议审查执行制度、商事调解独立救济功能的认可等方面的制度冲突。建议中国明确和丰富“国际性”和解协议的界定标准, 充分利用自贸区制度创新优势“变动适用”司法确认制度, 包括扩大司法确认制度的适用范围以纳入国际商事和解协议与经个人调解行为作出的和解协议, 同时适当调整司法确认程序的审查和执行规则。考虑到国内现有的“大调解”格局, 建议以整合型立法模式制定统一“调解法”以规范中国商事调解制度, 纳入调解员资格认证与激励约束机制, 且构建调解组织商业化管理制度、规范商事调解市场化发展监管体系, 为形成健康稳定的商事调解市场提供制度支持与保障。

**关键词:** 商事调解; 和解协议; 《新加坡公约》; 司法确认

**中图分类号:** D997.4 **文献标志码:** A **文章编号:** 2096-028X(2023)02-0037-12

### The Conflict Between the *Singapore Mediation Convention* and China's International Commercial Mediation Mechanism and Its Solution

WANG Guohua<sup>1</sup>, SHI Changyan<sup>2</sup>

(1. School of International Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai 201620, China;

2. School of Law, Shanghai Maritime University, Shanghai 201306, China)

**Abstract:** The *Singapore Mediation Convention* is an important guiding international rule for China to develop an international commercial mediation mechanism. However, at present, there are institutional conflicts between China's international commercial mediation and the *Singapore Mediation Convention*, such as definition standards of “internationality” of settlement agreement, the review and implementation system of settlement agreement, the recognition of the independent relief function of commercial mediation, and so on. It is recommended that China should clarify and enrich definition standards of “international” settlement agreement, and make full use of the innovative advantages of the free trade zone system to “change and apply” the judicial confirmation system, including expanding the scope of application of the judicial confirmation system to include international commercial settlement agreement and settlement agreement made through individual mediation, at the same time, appropriately adjusting the review and enforcement rules of judicial confirmation procedure. Considering the existing pattern of “great mediation” in China, it is suggested to formulate a unified “mediation law” in an integrated legislative model to standardize China's commercial mediation system, incorporate the qualification certification and incentive and restraint system of mediators, and build the commercial management system of mediation organizations, standardize the regulatory system for the market-oriented development of commercial mediation, so as to provide institutional support and guarantee for the formation of a healthy and stable commercial mediation market.

**Key words:** commercial mediation; settlement agreement; the *Singapore Mediation Convention*; judicial confirmation

收稿日期: 2022-07-25

基金项目: 2018年度国家社科基金重大项目“新时代海洋强国战略法制保障研究”(18VHQ004), 2022年度教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“统筹实施海洋强国与领土安全战略的国际法路径研究”(22JJD820010)

作者简介: 王国华, 女, 华东政法大学国际法学院经天学者特聘教授、博士生导师, 施长艳, 女, 上海海事大学法学院航运管理与法律专业博士研究生。

国际商事调解作为国际商事争端解决的友好方式之一,被世界各国广泛运用并快速发展。《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(简称《新加坡公约》)结合国际商事调解制度的内在需求,创设了国际间商事和解协议的直接执行机制,使得国际商事和解协议具有了与仲裁裁决近乎同等的法律地位,<sup>①</sup>极大提升了商事和解协议跨国执行的可行性,进一步推动了国际商事调解成为继国家司法制度、商事仲裁制度后又一国际社会普遍认可的争议解决方式。<sup>②</sup>

“无讼”是在中国有着悠久历史的传统争议解决理念,枫桥经验、人民调解等均是“无讼”理念下当代中国的调解新实践。<sup>③</sup>实际上,商事调解机制在中国亦早已存在并在持续地发挥作用,但其并非是一个确定并系统化的制度。<sup>④</sup>必须明确的是,《新加坡公约》与中国调解制度在调整对象、对和解协议的审查执行等方面有所区别。

由于《新加坡公约》与中国调解制度存在诸多差异,公约与中国调解制度的衔接将不可避免地产生产以下问题。第一,《新加坡公约》的调整对象仅限国际商事调解,<sup>⑤</sup>其对和解协议“国际性”的界定能否与中国现行法律对“国际性”的认定标准相衔接?如若不能,《新加坡公约》的界定标准是否宜被中国所采纳?第二,在中国国际商事和解协议执行机制缺位的现状下,现行《中华人民共和国民事诉讼法》(简称《民事诉讼法》)规定的特别程序——和解协议司法确认程序,与《新加坡公约》和解协议直接执行机制相比,在程序的救济模式、适用范围、审查标准等方面都存在一定的差异性,须考虑两种执行机制如何接轨的问题。第三,从商事调解机制的可持

续发展的角度来看,《新加坡公约》赋予和解协议执行力,旨在强化商事调解的独立救济功能。那么,如何增强中国商事调解的独立救济功能亦是值得思考的问题。笔者充分肯定《新加坡公约》对中国国际商事调解机制发展的促进价值,并着重围绕上述三方面问题,分别梳理二者在各方面的差异性表现,分析产生冲突的原因以及造成的实质性问题,进而提出完善建议。

## 一、《新加坡公约》对中国国际商事调解机制发展的促进价值

实践表明,和解协议缺乏法律强制力是诉讼和仲裁程序外调解功能弱化的关键原因,并成为调解制度发展的重要制约因素。<sup>⑥</sup>《新加坡公约》突破国际商事和解协议传统依附型执行路径的桎梏,采用和解协议直接执行机制,是扫除国际商事和解协议跨境执行障碍的关键。《新加坡公约》第3条确立了关于援用和解协议的权利以及执行和解协议的统一法律框架,其核心宗旨在于强调商事和解协议跨境统一高效执行,主要体现在以下三方面:一是公约以通过调解达成的最终和解协议为调整对象,<sup>⑦</sup>不涉及当事人调解之前如何达成自愿调解的协议,且干涉调解的具体程序,与仲裁程序“异质化”形成对比。<sup>⑧</sup>如此设置不仅顺应商事调解的实践情况,增强缔约国执行和解协议的灵活度,<sup>⑨</sup>而且和解协议所达成的争议解决内容不会受制于最初接受调解的范围,可能会处理预设范围以外的争议。<sup>⑩</sup>二是公约采用和解协议直接执行机制。与依赖于法院诉讼程序、<sup>⑪</sup>涉外民事判决的承认与执行程序、<sup>⑫</sup>转化为仲裁裁决以适用《承认及执行外国仲裁裁决的纽约

① 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. 19:1, p. 1 (2019).

② 参见刘敬东、孙巍等:《批准〈新加坡调解公约〉对我国的挑战及应对研究》,载《商事仲裁与调解》2020年第1期,第46页。

③ 参见黄宗智:《再论调解及中西正义体系融合之路》,载《中外法学》2021年第1期,第129页。

④ 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127页。

⑤ 参见《新加坡公约》第1条。

⑥ 参见张永进:《传统与超越:人民调解协议司法确认制度再解读》,载《实事求是》2011年第1期,第87-91页。

⑦ 参见《新加坡公约》第1条第1款。

⑧ Thomas J. Stipanowich, *Arbitration: The "New Litigation"*, *University of Illinois Law Review*, Vol. 2010:1, p. 1-2 (2010).

⑨ 参见赵云:《〈新加坡调解公约〉:新版〈纽约公约〉下国际商事调解的未来发展》,载《地方立法研究》2020年第3期,第79页。

⑩ 参见[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,张岩校,载《国际法研究》2020年第6期,第109页。

⑪ 经法院主持或委托调解而达成的和解协议可申请转化为调解书或判决书而予以执行。参见《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第13条。

⑫ Bobette Wolski, *Enforcing Mediated Settlement Agreements (MSAs): Critical Questions and Directions for Future Research*, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vol. 7:87, p. 95 (2014). 国际和解协议在涉外民事判决的承认与执行制度中借助少量的司法双边互助条约得以跨国执行。参见《中华人民共和国和俄罗斯联邦关于民事和刑事司法协助的条约》第16条第2款。

公约》(简称《纽约公约》)<sup>①</sup>这三类传统依附型执行机制相比,和解协议直接执行机制大大降低了国际和解协议的跨境执行难度,并着重发挥了调解制度的效率优势。三是公约仅进行有限范围的形式审查和特定范围的实质审查。公约尽力避免赋予法院不必要的司法审查权,以提高调解争议解决的效率,放大商事调解自身优势,符合争议解决的制度目标。这些都从侧面反映出公约简便、快捷、减轻过分负担的设计理念,<sup>②</sup>强调和解协议的简化执行机制。

《新加坡公约》立足于国际商事调解机制的长远发展,通过赋予和解协议执行力的方式打破了以往商事调解执行制度的桎梏,促使其真正成为具有独立救济功能的国际商事争议解决方式。应当认识到,尽管中国国际商事调解制度与《新加坡公约》存有差距,但公约激励以非对抗的方式解决分歧的目标和宗旨,与中国现行争议解决制度的价值追求高度契合。<sup>③</sup>诚如富勒所言,“帮助当事方达成对相互关系的共同新认知”是调解制度的核心。<sup>④</sup>长期来看,《新加坡公约》能加快发挥调解所具有的不可比拟的“将矛盾纠纷化解于萌芽”的制度优势。在习近平总书记提出的“协调推进国内治理和国际治理”与“统筹推进国内法治和涉外法治”的重要观点指导下,<sup>⑤</sup>不难看出,《新加坡公约》与中国发展国际商事调解制度的需求、优化法治化营商环境的目标相契合,是中国发展国际商事调解机制的时代机遇,是推动中国商事调解机制自我革新的重要指引性国际规则。

## 二、《新加坡公约》与中国国际商事调解机制的冲突分析

### (一) 和解协议的“国际性”界定标准

#### 1. 冲突表征

合理的管辖权规则是国际商事和解协议得以执

行的前提。《新加坡公约》第1条表明可予以救济的和解协议在订立时应当具有国际性,“国际性”的判断标准着眼于“当事人营业地”,并灵活增加了“实质性义务履行地”和“最密切联系地”两个考察因素。同时,《新加坡公约》第2条第1款明确了当事人存在不止一个营业地或无营业地时的处理方法,并进一步引入“惯常居住地”这一概念,但是公约并未具体明确何为“营业地”,而是交由各国国内法律自行处理。

关于何为和解协议的国际性,中国尚未有关于调解的专门法规范,需参考现行法律对私法关系涉外性的认定标准。国内立法一贯采用法律关系要素分析法,即以法律关系的主体、标的物以及法律事实三个要素加以判断是否具有国际性,<sup>⑥</sup>同时现行立法亦未对法人或非法人组织的“营业地”确定标准作出清晰解释。<sup>⑦</sup>

#### 2. 成因分析

《新加坡公约》与中国法律就和解协议的“国际性”界定标准产生冲突的原因,主要在于实践中调解的国际化尚未普及,且中国缺失国际调解的法律规范。正如联合国大会决议中所提到的,制定一部可为法律、社会和经济制度不同的国家所接受的调解公约是联合国国际贸易法委员会(简称贸法会)的最初设想,公约目的在于顾及不同司法管辖区在调解方面参差不齐的经验。<sup>⑧</sup>调解在许多国家的理论和实践中处于刚刚起步阶段,无法做到像仲裁那样享有较高的国民熟知度。即使在具备相关调解立法的国家中,也很难找到关于跨境调解的具体规则,更不用说统一各国“国际性”判断标准了。目前各国主要依据国际私法关系中涉外性的标准对和解协议是否具有国际性作出判断。<sup>⑨</sup>然而,国际机制应当是超越国别性的且是国家间相互承担公正解决之义

<sup>①</sup> Nadja Alexander & CHONG Shouyu, *The Singapore Convention on Mediation: A Commentary*, Kluwer Law International, 2019, p. 369. “调解—仲裁”模式下形成的仲裁裁决存在法律适用空白的“风险”,即由此形成的仲裁裁决没有实质性地解决争议,当事人的争议已先行通过调解解决,因此不满足《纽约公约》的适用条件,允许此类仲裁裁决的执行并未成为《纽约公约》成员国的统一做法。

<sup>②</sup> 参见[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,张岩校,载《国际法研究》2020年第6期,第109页。

<sup>③</sup> 参见孙南翔:《〈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157页。

<sup>④</sup> Lon L. Fuller, *Mediation: Its Forms and Functions*, *Southern California Law Review*, Vol. 44:305, p. 325 (1971).

<sup>⑤</sup> 参见《坚定不移走中国特色社会主义法治道路 为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》,载《人民日报》2020年11月18日,第1版。

<sup>⑥</sup> 参见张春良:《制度型对外开放的支点:私法关系涉外性之界定及重构》,载《中国法学》2019年第6期,第89页。另见《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)》第1条、《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第3条。

<sup>⑦</sup> 参见张蒙:《〈新加坡调解公约〉下和解协议的“国际性”与“商事性”》,载《对外经贸》2020年第3期,第95页。

<sup>⑧</sup> 参见联合国:《2018年12月20日大会决议》,载联合国网站2019年1月11日, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/456/52/pdf/N1845652.pdf>。

<sup>⑨</sup> 参见王洪根:《国际商事调解协议跨境执行机制研究》,华东政法大学2020年博士学位论文,第24页。

务的机制,有别于传统意义上的仅靠一国以“涉外性”作为国内民商事关系的延伸。<sup>①</sup>同样的,中国虽具备调解的立法,但其中并无规制跨境和解协议的内容,还需依据国际私法关系中的涉外性标准确定和解协议是否属于公约项下国际商事和解协议范畴,难以等同于公约的适用范围。

### 3. 模式互较

中国与《新加坡公约》就和解协议的“国际性”的界定标准不相一致,应对以下问题予以重视。

第一,和解协议“国际性”的来源不具有同一性。从公约正式文本来看,贸法会第二工作组最终决定“国际性”应源于和解协议本身,而非调解程序的国际性。<sup>②</sup>若依中国的界定标准,仅具有涉外性的调解法律关系也可被认定为涉外性的民事法律关系。但实践中,国内商事调解机构又侧重争议的国际性。<sup>③</sup>这反映出中国界定标准混淆了和解协议的国际性的所指对象,容易使法院在判定和解协议是否落入公约适用范围时采取的标准不一。

第二,中国定义和解协议“国际性”时所需的客观中立立场模糊。公约摒弃《纽约公约》对外国仲裁协议的定义方式,不试图给予和解协议“国籍”。而实践中国内调解机构规则中对于调解地的强调,体现出以境内为立足点寻找与境外关系的倾向性。

尤其在国际商事仲裁的惯性思维影响下,极容易误导法院将“外国和解协议”混同于“国际和解协议”,<sup>④</sup>导致公约适用范围被错误配置。

第三,关于主体涉外性的判断依据,中国现行界定规则未合理明晰“营业地”标准。《民事诉讼法》中未提及“营业地”,《中华人民共和国民法典》(简称《民法典》)出现“营业地”和“主营业地”两个概念,且存在住所、经常居住地等不同用语。虽然《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第14条明确法人可以经常居住地为其主营业地,但对非法人组织的营业地标准仍未界定,这将导致和解协议在中国的可执行性难以预测。

## (二) 公约直接执行机制与国内和解协议司法确认制度

### 1. 冲突表征

虽然《新加坡公约》创设了和解协议的直接执行机制,但其明确规定符合公约条件的和解协议跨国执行时按照“本国程序规则”予以救济。因此,有必要将国际商事和解协议的执行路径问题分别置于《新加坡公约》与中国法律制度视域下进行比较。国内和解协议司法确认制度与公约创设的直接执行机制在制度适用方面尚存在较为明显的差异(详见表1)。

表1 国内和解协议司法确认制度与公约直接执行机制的差异性对比

分类	中国司法确认制度	《新加坡公约》直接执行机制	对比总结
救济模式	以承认和解协议有效为前提,赋予和解协议可执行力。	公约采用直接执行机制。	后者更为简化和解协议执行机制。
适用范围	1. 裁定不予受理:(一)不属于人民法院受理范围的;(二)不属于收到申请的人民法院管辖的;(三)申请确认婚姻关系、亲子关系、收养关系等身份关系无效、有效或者解除的;(四)涉及适用其他特别程序、公示催告程序、破产程序审理的;(五)调解协议内容涉及物权、知识产权确权。[参见《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》(简称《民事诉讼法司法解释》)第355条]	1. 不适用于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或与家庭法、继承法或者就业法有关的和解协议以及根据公约该当事方的法律,争议事项无法以调解方式解决的和解协议。[参见《新加坡公约》第1条第2款、第5条第2款(b)项]	后者排除适用的协议范畴明显大于前者。
	2. 仅受理调解组织作出的和解协议。	2. 调解组织及个人调解作出的和解协议,公约均予以调整。	二者规定不一致。

① 参见黄进、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4页。

② 参见联合国:《第二工作组(争议解决)第六十七届会议(2017年10月2日至6日,维也纳)工作报告》,载联合国网站2017年10月11日, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V17/072/78/pdf/V1707278.pdf>。

③ 《中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心调解规则》(2012年)第2条规定:“国内外平等主体的自然人、法人和其他组织之间发生的民商事争议及其他特殊主体之间约定的特别争议,……”;上海经贸商事调解中心的受理范围按争议的性质分类,分为国际或涉外的争议,涉港澳台的争议,其他商事、海事争议。

④ 参见高奇:《论国际和解协议在我国的跨境执行:理论分析与制度建构》,载《理论月刊》2020年第8期,第101页。

续表

分类	中国司法确认制度	《新加坡公约》直接执行机制	对比总结
申请程序	1. 双方当事人自调解协议生效之日起三十日内,共同向下列人民法院提出。(参见《民事诉讼法》第201条)	1. 无具体执行程序要求。 主管机关审议救济请求应从速行事。(参见《新加坡公约》第4条第5款)	后者未对各国执行和解协议的具体程序过多规定,较为宽松。
	2. 法院对于属于民事权益争议的案件应当裁定终结特别程序。(参见《民事诉讼法》第186条)	2. 申请或者请求可能影响到根据第4条正在寻求的救济,寻求此种救济所在公约当事方的主管机关可在其认为适当的情况下暂停作出决定。(参见《新加坡公约》第6条)	二者规定一致。
审查标准	1. 提交调解协议、调解组织主持调解的证明、与调解协议相关的财产权利证明等材料,以及提供当事人的基本信息。(参见《民事诉讼法司法解释》第354条)	1. 应向寻求救济所在公约当事方主管机关出具:(a)各方当事人署名;(b)显示协议产生于调解的证据(调解员签名/另附证明文件/调解管理机构证明/其他任何证据)。(参见《新加坡公约》第4条第1款)	前者未对仅有调解员签署的和解协议予以救济。
	2. 裁定驳回申请的情形:(一)违反法律强制性规定的;(二)损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的;(三)违背公序良俗的;(四)违反自愿原则的;(五)内容不明确的;(六)其他不能进行司法确认的情形。(参见《民事诉讼法司法解释》第358条)	2. 拒绝准予救济的情形:(a)当事人无行为能力;(b)无效、失效或者无法履行/不具约束力或者不是终局的/随后被修改;(c)和解协议中的义务已被履行或不清楚、无法理解;(d)准予救济将有悖和解协议条款;(e)调解员严重违反适用于调解员或者调解的准则;(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。(参见《新加坡公约》第5条第1款) 除此之外,若准予救济将违反公约该当事方的公共政策,也可拒绝准予救济。[参见《新加坡公约》第5条第2款(a)项]	后者更为看重和解协议的形式审查。前者对调解员职业规范未有提及。

## 2. 成因分析

《新加坡公约》直接执行机制与国内和解协议司法确认制度存在诸多差异性,其直接原因系中国对和解协议效力的认定尚处于保守状态。《新加坡公约》赋予了国际和解协议可执行性,表明了国际和解协议的实际拘束力,反映出公约项下国际和解协议为具有较高约束力的私人契约。<sup>①</sup>一般认为,中国司法确认程序中和解协议具有相当于民事合同效力的法律约束力。<sup>②</sup>亦有学者认为和解协议因具有公共性质,其效力应强于一般民事合同。<sup>③</sup>但在具体的司法实践中,中国司法机关对相当部分的调解组织作出的和解协议仍有所保留。法院处理的和解协议司法确认申请多源于与法院存在诉调对接合作关系的

调解组织,对于其他零散的司法确认申请法院仍会进行实质性审查,<sup>④</sup>导致司法确认程序在和解协议的救济模式、适用条件、审查要求方面与公约相比显得更为“谨慎”。

产生上述差异的根本原因在于中国商事调解发展的成熟度尚不支持中国进一步放开对和解协议效力的认定。在不违反法律禁止性规定的前提下,无论采取何种纠纷解决方式,国家法律对纠纷解决方式及据以形成的纠纷处理结果都应予以保障。如果说诉讼、仲裁这类决定型纠纷解决方式,一旦解纷结果满足其正当性要求,即解纷过程事实认定清晰、法律适用正确、程序严谨公正等,就会被法律赋予执行

<sup>①</sup> 参见联合国:《第二工作组(争议解决)第六十七届会议(2017年10月2日至6日,维也纳)工作报告》,载联合国网站2017年10月11日, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V17/072/78/pdf/V1707278.pdf>;联合国:《国际贸易法委员会第三十五届会议报告》,载联合国网站2022年7月23日, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V02/565/80/pdf/V0256580.pdf>。

<sup>②</sup> 参见范愉:《诉讼与非诉讼程序衔接的若干问题——以〈民事诉讼法〉的修改为切入点》,载《法律适用》2011年第9期,第30页;戴欣媛:《〈新加坡调解公约〉下中国执行国际商事和解协议路径探索》,载《国际经济法学刊》2020年第4期,第39页。

<sup>③</sup> 参见最高人民法院民事诉讼法修改研究小组编著:《〈中华人民共和国民事诉讼法〉修改条文理解与适用》,人民法院出版社2012年版,第408页。

<sup>④</sup> 参见戴欣媛:《〈新加坡调解公约〉下中国执行国际商事和解协议路径探索》,载《国际经济法学刊》2020年第4期,第43页。

力。那么调解作为典型的合意型纠纷解决方式,有别于决定型纠纷解决方式,只要其形成的结果是当事人自愿且真实的意思表达,就应认定其是正当的。<sup>①</sup>同时,相较于民事主体而言,一般情况下发生交易行为的商事主体之间更具有平等性。经商事主体平等协商后形成的旨在解决纠纷的商事和解协议理应遵循商法的外观主义,推定商事和解协议比民事和解协议更具有正当性基础。<sup>②</sup>从此层面而言,《新加坡公约》认定经商事调解达成的结果,只要符合正当性要求即享有执行力,是具备法理基础的。

在美国,私人调解方式与法院审判方式是平行的、不分“地位高下”的,纠纷结果在效力上也不存在差别。<sup>③</sup>这是因为美国是在过度“法化背景下”以“去法化”为目标而发展调解的国家,在调解协议效力问题上其更倾向于采用更为“宽容”的态度,即采用直接赋予和解协议执行力的标准。<sup>④</sup>

在当前中国“法化”不足的背景下,<sup>⑤</sup>难以想象未经司法机关审查和裁判的和解协议一类的私权利文书可以申请强制执行。<sup>⑥</sup>执行力的本质是保障具有给付内容的终局裁判可以得到实现。执行是裁判的自然属性,但要认识到是司法的权威造就了裁判的权威性。和解协议当然不具备此种权威性,继而不属于裁判的范畴,因此难以有执行力的属性,而司法确认制度可较为妥善地解决该问题。司法的最基本且最重要的方式是审判,在将民事审判程序二分为争讼程序和非诉程序的前提下,司法确认程序应被定性为非讼程序,<sup>⑦</sup>属于司法程序。相应地,经司法确认的和解协议可以解释为具备了司法程序要求,因司法权威性而获得“裁判”的执行力属性。综合来看,中国司法确认制度与当事人意思自治原则是保障和解协议执行力的“一体两翼”,与《新加坡公约》就赋予和解协议执行力的问题上有异曲同工之妙,给予了中国和和解协议司法确认制度与公约直

接执行机制兼容的可能性。

### 3. 机制互较

应当认识到,中国和和解协议司法确认制度和《新加坡公约》直接执行机制存有诸多差异,将直接导致以下三点问题。第一,司法确认程序与公约项下和解协议的适用范畴不一致。虽然中国在加入《纽约公约》时已对“商事性”予以说明,<sup>⑧</sup>与《新加坡公约》的商事纠纷要求大体相当。然而,中国和和解协议司法确认程序中不予受理的案件类型却不能完全适应公约要求。《新加坡公约》仅排除了为解决家事、人身争议而订立的和解协议的适用,但对于商事和解协议的适用范畴明显更大,可能导致公约项下可予以救济的商事和解协议落入司法确认程序中不予受理的案件范围内,制约了一定类型的商事和解协议在中国的执行。

第二,司法确认程序排除调整经个人调解行为作出的和解协议。《新加坡公约》不以和解协议需产生于机构调解作为其效力认定的前提条件,因而缔约国无法拒绝域外个人调解员作出的和解协议的执行申请。<sup>⑨</sup>中国仅承认经调解机构调解达成的和解协议,尚未实施个人调解员制度。<sup>⑩</sup>与之对应的国内和解协议司法确认程序当然不适用于个人调解行为作出的和解协议,进而实践中调解员在和解协议上签字的情况亦较为罕见。司法确认程序对调解主体的限定不仅缺乏灵活度,且在一定程度上抑制了中国个人调解制度的发展,但如果采用公约的规定,无疑会加大中国法院证据审查的难度,增加虚假调解的风险,因此存在一定的矛盾性。

第三,司法确认程序对和解协议采用先承认再执行的救济模式,而《新加坡公约》对和解协议采用直接执行机制。中国司法确认程序分为两步:先由法院审查并承认和解协议有效,后当事人可凭借法

<sup>①</sup> 参见张艳、房昕:《〈新加坡调解公约〉下我国商事调解协议的执行力问题研究》,载《法律适用》2021年第5期,第39页。

<sup>②</sup> 参见黄忠顺:《商事调解与民事调解的区分原理及其实现路径——基于2012~2013年中国商事调解研究文献的分析》,载《北京仲裁》2014年第3期,第63页。

<sup>③</sup> 参见张艳、房昕:《〈新加坡调解公约〉下我国商事调解协议的执行力问题研究》,载《法律适用》2021年第5期,第42页。

<sup>④</sup> 参见赵泽慧:《〈新加坡调解公约〉的衔接困境与突围——从调解协议效力的冲突切入》,载《商事仲裁与调解》2020年第4期,第89页。

<sup>⑤</sup> Marc Galanter, *Law Abounding: Legalisation Around the North Atlantic*, *The Modern Law Review*, Vol. 55:1, p. 3 (1992). 根据加兰特(Marc Galanter)提出的“过多法律家”“过多法律”“过多诉讼”的法化三类型,其中仅有“过多诉讼”接近于中国法院诉讼压力大的实际情况,这反映出中国“法化”不足的现状。

<sup>⑥</sup> 参见潘剑锋:《论司法确认》,载《中国法学》2011年第3期,第45页。

<sup>⑦</sup> 参见刘加良:《司法确认程序的显著优势与未来前景》,载《东方法学》2018年第5期,第34页。

<sup>⑧</sup> 参见《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。

<sup>⑨</sup> 参见刘敬东、孙巍等:《批准〈新加坡调解公约〉对我国的挑战及应对研究》,载《国际商事调解》2020年第1期,第56页。

<sup>⑩</sup> 参见《司法部关于推进个人调解工作室建设的指导意见》第2条、第6条。在实践中,即使成立个人调解室,制作的调解协议书亦需加盖所属人民调解委员会的印章,本质上不符合严格意义上的个人调解形式。

院签发的司法确认裁定书申请强制执行。虽然公约采用直接执行机制,表面上看似不存在“承认”的环节,与司法确认程序形成差别,但其并不意味着不由分说地启动执行程序,公约并不排斥必要的审查。<sup>①</sup>公约巧妙地避免提及“承认”概念,但却在功能上描述“承认”所需要的要件。<sup>②</sup>应该说,中国司法确认程序中先承认和解协议有效的行为与公约不存在本质上的冲突。但值得注意的有两点,一是中国司法确认制度的设立前提为和解协议没有执行力,进而需要通过司法审查将其转化为公文书,以此获得法院的强制执行。而《新加坡公约》下国际商事和解协议的强制执行力已得到认可。因而,有学者认为,司法确认制度不以和解协议的执行为最终目的,其处于备而不用状态,不符合公约要求。<sup>③</sup>二是具体的审查方面,司法确认程序中需法院依职权审查的事项较多,呈现浓厚的司法确认职权主义色彩,而《新加坡公约》将一部分和解协议执行效力的审查任务分配给当事人,有力缓和了执行主管机关审查工作与当事人意思自治之间的矛盾。<sup>④</sup>可以说,带有职权主义色彩的司法确认审查程序与公约尊重调解自愿原则的特点背道而驰。与此同时,在司法审查程序中对中国法院能否准确适用国际和解协议的冲突规范提出了考验,<sup>⑤</sup>对其适用合同法原则与规则的尺度提出了要求。<sup>⑥</sup>

### (三) 公约与中国对商事调解独立救济能力的认可度

#### 1. 冲突表征

正如联合国大会决议中提到的,国内外商业实务越来越倾向使用调解替代诉讼以维护国际交易,并且贸法会深信为调解所产生的国际和解协议确立一种法律框架,将更有助于发展良好的国际经济关

系。<sup>⑦</sup>《新加坡公约》通过提升跨境争议解决中和解协议的执行力,促使商事调解机制自主发展,真正为调解这样一种国际商事争议解决方式赋予生命力。同时,从《新加坡公约》第1条第3款排除适用了“可作为诉讼判决或仲裁裁决执行的和解协议”的规定中亦可以看出,公约更加突出调解程序的独立性,认可其独立救济能力。但目前中国商事调解独立自主的发展程度极为有限。

中国商事和解协议的有效性与其可执行性等问题决定了中国调解组织与法院和仲裁机构存在千丝万缕的联系,<sup>⑧</sup>多数商事调解案件需依附于法院或仲裁庭的协助。从《中国法律年鉴》2009年至2020年逐年发布的中国一审民事案件的调解结案率可以看出,<sup>⑨</sup>普通民事案件中调解的适用情况良好,近几年调解结案率稳定在25%左右,细分至商事类纠纷中,调解结案率也达到20%以上。<sup>⑩</sup>以北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心(简称北仲)设立的独立调解中心为例,笔者选取了2016年至2021年独立商事调解和仲裁案件的受理与处理情况进行对比,从数据上来看,北仲的独立调解中心与仲裁中心在受案体量上无法比拟,其中除2018年和2019年外,其余4年调解中心的受案总数均不超过10件,且涉外因素很少,案源极其不稳定,法院委托案件居多。<sup>⑪</sup>同期内北仲仲裁中心受案量涨幅明显,仲裁中心受案量中以调解形式结案的比例稳定在12.5%至15.9%之间。<sup>⑫</sup>由此可见,北仲所组织的调解案件大多在仲裁程序中进行。由仲裁机构分设出的独立调解中心受理的独立调解案量非常有限,其设立初始更趋于宣扬多元化纠纷解决理念。民间的其他独立商事调解,如行业调解、律师调解、基层人民调解等,也主要

<sup>①</sup> 参见温先涛:《〈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201页。

<sup>②</sup> 参见[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,张岩校,载《国际法研究》2020年第6期,第107页。根据《新加坡公约》第3条第2款,有关主体能够援引经调解而达成的和解协议作为国内法律程序中的完全抗辩。

<sup>③</sup> 参见戴欣媛:《〈新加坡调解公约〉下中国执行国际商事和解协议路径探索》,载《国际经济法学刊》2020年第4期,第42页。

<sup>④</sup> 参见陈铭龙:《〈新加坡调解公约〉视角下国际和解协议的执行》,载《研究生法学》2019年第4期,第43页。

<sup>⑤</sup> 参见高奇:《论国际和解协议在我国的跨境执行:理论分析与制度建构》,载《理论月刊》2020年第8期,第102页。

<sup>⑥</sup> 参见赵云:《〈新加坡调解公约〉:新版〈纽约公约〉下国际商事调解的未来发展》,载《地方立法研究》2020年第3期,第81页。

<sup>⑦</sup> 参见联合国:《2018年12月20日大会决议》,载联合国网站2019年1月11日, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/456/52/pdf/N1845652.pdf>。

<sup>⑧</sup> 参见胡仕浩:《中国特色多元共治解纷机制及其在商事调解中应用》,载《法律适用》2019年第19期,第10页。

<sup>⑨</sup> 数据得出方式:历年调解结案数量/同期总收案件数=调解结案率。2009年至2020年人民法院一审民事案件调解结案率为:36.21%(2009)、38.80%(2010)、40.64%(2011)、41.70%(2012)、37.92%(2013)、33.37%(2014)、28.77%(2015)、25.90%(2016)、24.76%(2017)、25.17%(2018)、24.98%(2019)、24.63%(2020)。

<sup>⑩</sup> 陈梦:《〈新加坡调解公约〉背景下中国商事调解规则构建》,载《商事仲裁与调解》2021年第3期,第23页。

<sup>⑪</sup> 年度工作总结报告中仅有2016年和2018年标明法院委托案件数。

<sup>⑫</sup> 数据得出方式:历年北仲仲裁案件中以调解结案的数量/同期受理总数=以调解形式结案的比例。

依托于人民法院的委派或委托。<sup>①</sup>

表2 北仲独立调解中心与仲裁中心案件受理情况对比<sup>②</sup>

年份	独立商事调解案件			北仲仲裁案件		
	受理总数/件	涉外数/件	调解成功率	受理总数/件	调解数/件	调撤率
2016	3(法院委托2)	0	33.33%	3 012	375	35.31%
2017	4	—	—	3 550	527	33.76%
2018	15(法院委托15)	0	33.33%	4 872	631	38.26%
2019	27	2	55.56%	6 732	1 072	41.77%
2020	7	0	—	5 617	821	39.55%
2021	10	0	60%	7 737	1 161	38.55%

## 2. 成因分析

造成中国商事调解发展模式以权力推动型为主的重要原因在于,目前国内商事调解公信力不足。公信力是一种使社会公众信任、认可、信赖的力量。调解制度不同于由国家强制力保障实施的司法制度,其自身不具备强制力,所以调解的生命力取决于其公信力的强弱。<sup>③</sup>而公信力不足的背后根源是商事调解法律规范的缺失。中国民商事调解制度受“民商合一”的立法体例影响,长期均由《中华人民共和国人民调解法》(简称《人民调解法》)统一规范,其以人民调解制度为核心,富有较强的行政主导色彩,且现行司法文件中将各调解类型混为一谈,以示对各类非诉调解的一视同仁,<sup>④</sup>直接导致中国民商事调解一体化思维明显,民商事调解机制尚未完全分离,一定程度上制约了中国商事调解制度的发展。同时,《人民调解法》仅调整纯国内的民事争议,难以调整具有“商业逻辑”特点的国际商事争议。例如,商事主体与经济理性人的假设更为贴切,而中国民间调解长期奉行“息事宁人”的思想,此种思维容易在国际商事调解中被误解误判,<sup>⑤</sup>反而造成适得其反的效果。实际上,从民商事调解特点来看,二者不能完全等同。商事纠纷主体所从事的商行为带有典型的趋利性,因而商事调解比人民调解更为强调效率原则。同时,商事主体相对于民事主

体更加理性,具备相当的实际解纷能力,相应地,商事主体较民事主体而言更契合实质意义上的主体平等。<sup>⑥</sup>此外,商事调解还极有可能涉及第三人的利益保护问题。上述民商事调解制度的诸多不同点表明,中国“混为一谈”的民商事调解立法现状已然不利于商事调解立法、理论研究、实践等各方面的独立发展,且极易造成中国处理商事调解事项时呈现泛人民调解的局面。

## 3. 机制互较

以权力推动型为主的商事调解发展模式极易导致国内商事调解服务市场化不足,调解组织行政依附性强,商事调解员职业化发展不畅,不利于专业化的商事调解服务的输出,自然制约了商事调解的独立救济功能。

第一,国内商事调解服务市场化不足,商事调解组织行政依附性强。中国民间调解组织的运作模式以政府扶持模式和市场化模式为主。市场化运行的商事调解组织为当事人提供专业的有偿调解服务。然而,由于社会公众对调解收费缺乏认同感,市场化运作的调解组织权威性和规范性不足,此类调解组织受理案件体量过小,难以扩大其影响力。与此同时,国内新设商事调解组织有被纳入人民调解范畴的风险。<sup>⑦</sup>以体量迅速增大的工商联商会调解组织

① 参见黄忠顺:《论商事调解的市场化》,载《人大法律评论》2020年第1期,第110-118页。

② 数据来源于北仲年度工作报告(2016年至2021年逐年发布),载北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心网站,http://www.bjac.org.cn。表2中“—”代表年度工作总结中未标明的数据。

③ 参见《国家治理现代化背景下的商事调解发展——同济大学法学院院长、中国商事调解发展合作机制主席蒋惠岭先生在第五届沪港商事调解论坛上的发言》,载微信公众号“上海经贸商事调解中心SCMC”2021年8月24日,https://mp.weixin.qq.com/s?\_\_biz=MzIzMzk1MzEwMQ==&mid=2247485674&idx=1&sn=cacfb9739dee1e53fe12d4737d53159d&chksm=e8fe8ac8df8b03dee38571c33f473b5bed8282ef1931e611d0b5d2d2027062bbcb1810a495f&scene=126&sessionid=1681440835#rd。

④ 参见刘加良:《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142页。

⑤ 参见杨安琪、杨署东:《我国商事调解机制与〈新加坡调解公约〉对接的现实困境及其破解路径》,载《河南财经政法大学学报》2022年第2期,第78页。

⑥ 参见黄忠顺:《商事调解与民事调解的区分原理及其实现路径——基于2012~2013年中国商事调解研究文献的分析》,载《北京仲裁》2014年第3期,第63页。

⑦ 参见王洪根:《国际商事调解协议跨境执行机制研究》,华东政法大学2020年博士学位论文,第113页。



为例,<sup>①</sup>上海辖区内共有39家市区级工商联调解组织,其中仅有1家民商事调解中心,其余均为人民调解委员会性质,<sup>②</sup>其他地区情况与上海类似。人民调解委员会性质的工商联商会调解组织将会受当地司法行政部门指导,<sup>③</sup>因此将不可避免地具有较强的行政依附性。

第二,中国商事调解员职业化发展受到制约。调解员职业化的提升是提供专业化调解服务的保障,国际商事调解的复杂性、涉外性还要求调解员具备跨文化交流能力。权力推动型的商事调解发展模式不具备市场竞争特点,致使调解员提供专业调解服务的源动力缺失,不利于提升调解员综合能力与调解职业的吸引力。实践中,一方面,人民调解员经常充当商事案件的调解主体,但因不完全具备商事纠纷调解的工作技能与素养,反而有损国际商事调解的执业公信。另一方面,商事调解队伍中以兼职调解员为主,缺少高层次的职业力量。

### 三、《新加坡公约》与中国国际商事调解机制的协调建议

#### (一) 明确和丰富国际和解协议的“国际性”标准

明确和丰富国际和解协议的“国际性”标准应立足于《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)》对涉外民事关系的规定,该法第1条第1项至第4项依然采用法律关系主体、标的物、法律事实三要素分析法作为涉外民事关系的判定方法,但是第5项“可以认定为涉外民事关系的其他情形”赋予了法官自由裁量权。中国在司法领域实际上已建立以法律要素分析为根本、以扩张性实质认定为调节的基本方法论,以对私法关系是否涉外进行判定。<sup>④</sup>

聚焦调解领域,首先,建议中国日后批准加入《新加坡公约》时发布详细说明,进一步明确中国对国际性和解协议的定性,与公约保持同一性,强调应对和解协议本身的私法关系是否涉外进行判定。其次,中国法院在处理公约项下的国际商事调解案件时,应综合适用实质性因素和争议性质的混合标准对和解协议的“国际性”定性;当至少两方当事人满

足在不同国家设有营业地的标准时,和解协议当然地被认定为符合“国际性”标准;若和解协议的实质性义务履行地或最密切联系地与当事人营业地所在国不同,其也应当被认定为具有“国际性”。最后,为了强化司法稳定性和可预期性,建议在未来的调解法律中明确以当事人“营业地”“实质性义务履行地”“最密切联系地”三个考察因素作为和解协议“国际性”的判断基础。关于“营业地”的确定,明确统一以设立登记地、主要办事机构所在地等连结因素,作为确定法人及非法人组织的营业地的标准;若和解协议一方当事人存在多个营业地,应运用最密切联系原则确立其营业地;若和解协议一方当事人无营业地,则以其经常居住地为准。

#### (二) 直接执行机制与司法确认制度冲突化解路径

##### 1. 利用自贸区制度创新优势先行调整司法确认程序

“重大改革于法有据”,改革决策与立法决策相统一已成为新时代的改革共识。《中国(上海)自由贸易试验区临港新片区总体方案》(简称《方案》)中明确指出新片区参照经济特区管理。<sup>⑤</sup>《中华人民共和国立法法》第84条第1款规定:“经济特区所在地的省、市的人民代表大会及其常务委员会根据全国人民代表大会的授权决定,制定法规,在经济特区范围内实施。”但值得注意的是,《方案》的出台主体为国务院。在立法实践中,全国人民代表大会尚无作出授权决定的实例,以往授权决定都是由全国人大常委会作出。考虑到全国人大常委会是最高权力机构——全国人大的常设机关,在全国人大闭会期间代为执行部分职权。由此,适格的授权主体为全国人大及其常委会,<sup>⑥</sup>并不包含国务院,这也一直是上海自贸区授权立法的制度痛点。2021年6月10日通过了《全国人民代表大会常务委员会关于授权上海市人民代表大会及其常务委员会制定浦东新区法规的决定》(简称《决定》),《决定》授权上海市人大及其常委会根据浦东改革实践需要,比照经济特区法规,遵循宪法规定以及法律和行政法规基本原则,制定浦东新区法规,可对法律、行政法规、

<sup>①</sup> 2015年工商联商会调解组织共计457家,2021年跃升至2843家。

<sup>②</sup> 数据来源于工商联商会调解服务平台,载工商联商会调解服务平台网站,http://tiaojie.acfic.org.cn/organ/mediateOrg。

<sup>③</sup> 参见《人民调解法》第5条。

<sup>④</sup> 参见张春良:《制度型对外开放的支点:私法关系涉外性之界定及重构》,载《中国法学》2019年第6期,第90页。

<sup>⑤</sup> 参见《国务院关于印发中国(上海)自由贸易试验区临港新片区总体方案的通知》。

<sup>⑥</sup> 参见郑少华:《学习借鉴上海自贸区新片区立法路径》,载人民网2020年8月18日,http://fj.people.com.cn/n2/2020/0818/c181466-34235181.html。

部门规章等作变通规定,建立完善与支持浦东创新发展相适应的法治保障体系。这其实是给上海地方立法赋能扩权的体现,也一举解决了自贸区授权立法的正当性与合法性问题。

构建商事调解机制的统领要素是法治。目前,上海浦东新区人大制定的《浦东新区促进商事调解若干规定》(简称《若干规定》)已正式施行,对和解协议司法确认的申请门槛有所降低。建议上海浦东新区人大贯彻《若干规定》的原则与规则,进一步细化制定“中国(上海)自贸区国际商事调解机制促进条例”(简称“自贸区条例”),明确自贸区内变动适用司法确认制度的规范要求。概括而言,“自贸区条例”先行调整司法确认程序,对上位法存有部分变通规定,需采用经济特区立法形式。“自贸区条例”对司法确认程序的调整应重点包括适用范围以及审查与执行方面的内容变动。

## 2. 扩大司法确认制度的适用范围

首先,扩大司法确认制度的适用范围以纳入国际商事和解协议,并适时调整可申请司法确认程序的和解协议类型。建议“自贸区条例”对标《新加坡公约》,明确至少一方当事人营业地,或和解协议执行地,或所涉争议关系最密切联系地在自贸区内的国际商事和解协议才能适用变动后的司法确认程序。当前,各国均趋于增加多元化纠纷解决机制的使用,不可采用仲裁或调解的事项越来越少。<sup>①</sup> 为了避免避免公约项下和解协议落入人民法院不予受理的司法确认案件范围内,应根据公约项下商事性和解协议范畴,适时调整可申请司法确认程序的和解协议类型。

其次,正式开放自贸区内的个人调解制度,将司法确认制度的适用拓展至经个人调解行为作出的和解协议。个人调解不受机构限制,可随时随地开展工作,极大地方便当事人快速化解争议进而开展后续商业事宜,更有利于及时化解萌芽状态的纠纷。《若干规定》第6条明确调解员个人在符合境内监管要求的条件下可参与国际商事调解活动,第18条并未将可申请司法确认的和解协议限定于“经调解组织达成的调解协议”。自贸区可顺应此次信号的释放,正式施行个人调解制度,由司法行政部门遴选符合适任条件的调解员并吸收各机构调解员,建立“自贸区调解员库”。当事人可以不局限于某一机构调解员名册,而在库中选择适宜的调解员人选,由

此形成的和解协议应视为与机构调解所作和解协议无异,可以经司法确认程序申请强制执行。

## 3. 变动国际商事和解协议审查与执行要求

关于《新加坡公约》对和解协议的审查工作是置于执行救济环节中还是按照中国司法规则设置单独程序的问题,笔者认为,中国司法确认制度本质上是通过司法程序对和解协议进行审查以确认和解协议效力,因此,司法确认制度中对和解协议的审查可以“变相”转化为公约中对和解协议的形式审查以及拒绝准予救济的审查。此举既考虑了当前中国法治背景下难以直接放开对和解协议效力认定的现状,也满足了最大程度与公约衔接的制度改善需求。

第一,细化主动审查范围,扩大被动审查范围,以降低司法确认职权主义色彩。和解协议体现了当事人意思自治原则,为最大限度地限制法院对当事人自愿处分的干预,应对和解协议的主动审查范围进行细化。例如,界定公约中调解员严重违反调解准则的行为、确定由违规行为导致和解协议无效的判断标准等。同时,一旦当事人对自愿性提出质疑,法院就应当对和解协议的正当性介入实质性审查,为保护被执行人及第三人利益,建议适时扩大被动审查范围。有国际背景的虚假调解以《新加坡公约》为掩护更为容易达成不法目的,故有必要规范虚假调解。<sup>②</sup> 建议“自贸区条例”引入“公证和解协议真实有效的声明”等必要的救济审查前置程序。此外,在当事人未明确约定国际和解协议法律适用的情况下,不能当然地选择适用调解机构所在地的法律。调解员应受其经常居住地所在国的法律管辖,不同的调解员应受同一部实体法规范。若难以确定多位调解员的共同经常居住地或按最密切联系原则亦无法确认,则其准据法可选择和解协议的实体法。关于和解协议的实体法适用,应当与争议的主要法律关系所适用的法律保持一致。

第二,具体审查执行程序的设定。在审查执行管辖方面,可按照《民事诉讼法》第201条规定,向当事人住所地、标的物所在地或调解组织所在地的人民法院申请司法确认。建议以由有管辖权的中级人民法院司法确认为原则,少数疑难复杂案件或调解纠纷标的额大的案件可适当提高审级。与此同时,建议效仿仲裁协议审查的合议庭组成,由三位法官组成国际和解协议执行审查的合议庭,并且选任

<sup>①</sup> 参见赵云:《〈新加坡调解公约〉:新版〈纽约公约〉下国际商事调解的未来发展》,载《地方立法研究》2020年第3期,第82页。

<sup>②</sup> 参见刘敬东、孙巍等:《批准〈新加坡调解公约〉对我国的挑战及应对研究》,载《商事仲裁与调解》2020年第1期,第51页。

具有丰富的国际投资贸易审判实践经验的法官,确保审查的公正性。此外,国际和国内商事和解协议的执行根据应有些许变动:经非诉程序审查和确认的国内和解协议,其法律效力主要表现为执行力,执行根据是司法确认裁定书;<sup>①</sup>但在处理公约项下的国际和解协议时,经司法确认程序审查后应作出准予执行或不予执行的裁定,执行根据是准予执行裁定书。建议参照《民事诉讼法》案外人执行异议制度和执行回转制度,分别对尚未被执行的和已被执行的和解协议所涉的第三人利益提供补救措施。引入执行信息公开制度,在第三人利益受威胁的情况下赋予法院调查取证权,情形严重的可移交公安机关立案侦查。

### (三) 立法强化商事调解独立救济功能

#### 1. 制定统一“调解法”纳入商事调解

目前,制定单独的“商事调解法”在业界内呼声很高。从效率和操作层面来看,单独立法是实现专门化规范商事调解最为便捷的方式之一。国内也有学者认为应当着眼于更广阔的视野,以完善调解“大类”立法为远期目标,提出整合型调解立法模式。<sup>②</sup>从中国调解发展现状来看,国内“大调解”格局基本形成,<sup>③</sup>细分了各专业领域调解类型,如家事调解、消费争议调解、知识产权调解等类型。整合型立法模式似乎更符合中国调解的国情及人民群众的调解选择偏好,且一举解决了日后多部专业领域调解单行法出台的立法资源紧张问题,更契合中国调解立法远期发展目标。建议参考域外的综合法及中国相对成熟的立法体例,<sup>④</sup>以总分的形式构建统一的“调解法”体例。商事调解与民事调解的不同之处应成为“调解法”中商事调解分编的重要内容。

商事调解制度应注重建立多类型和解协议的便捷执行机制。商事主体带有典型的趋利性,更侧重对调解的效率追求,而且在调解中商事主体具有足够能力维护自身利益,因此,商事调解偏向效益优先,与强调自愿公平的民事调解大为不同,立法应针对二者不同特性分别予以引导。在商事和解协议执行方面应以效益优先为原则,采用外观主义标准作

为商事和解协议的效力审查标准,建立多类型和解协议的便捷执行机制。根据国内法与《新加坡公约》的规定,申请中国法院救济的和解协议类型可以分为三类。第一类是纯国内的商事和解协议的执行,建议在加强“调解—仲裁”等多元机制衔接以获取执行通道的同时,降低商事和解协议的司法确认条件,如《民事诉讼法》第201条中“双方当事人共同申请”可以扩大解释为双方当事人分别委托代理人共同申请、或委托同一代理人申请等。<sup>⑤</sup>第二类是公约项下的国际和解协议的执行,可效仿《中华人民共和国仲裁法》将涉外仲裁单设一章的形式,在“调解法”商事调解分编中单设一章“涉外商事调解”,以自贸区与《新加坡公约》短期适配的国际商事和解协议执行机制试行方案为参考对象,且有必要在《民事诉讼法》中增加关于国际和解协议跨境执行的条款,并细化予以救济的管辖法院、申请条件、不予执行情形等内容。第三类是双方当事人营业地均为中国但由外国调解组织或调解员调解而达成的商事和解协议的执行,依据现行法律,当事人可在合同法框架下诉诸法院寻求救济。同时,具有给付内容的和解协议也可采用公证债权文书的方式赋予其强制执行的效力。

#### 2. 规范商事调解员资格认证与激励约束机制

商事调解员的资质、能力和公正性对调解程序的效率和公平至关重要,这不仅是对调解进行司法监督的重点,也是和解协议执行力的重要渊源。美国、澳大利亚、欧洲都已形成规范调解员行为的守则,<sup>⑥</sup>强调调解员的公正性和独立性以确保和解协议的真实有效。虽然中国商事调解机构都形成了各自的调解员守则,并在内容上已呈现高度趋同性,但守则效力层级过低,考虑到未来个人调解制度的发展,建议尽早形成国家层面统一的调解员规范体系。

统一的调解员规范体系应当包括商事调解员的专业资格认证机制、行为守则标准以及激励与约束机制等内容。为此,可以参考中国香港地区和新加坡的做法,如香港特别行政区政府律政司制定了

<sup>①</sup> 参见洪冬英:《论调解协议效力的司法审查》,载《法学家》2012年第2期,第115页。

<sup>②</sup> 参见周建华:《商事调解立法体系的递进式构建研究》,载《北京理工大学学报(社会科学版)》2022年第5期,第162页。

<sup>③</sup> 《司法部:到2022年基本形成大调解工作格局》,载中国政府网2019年5月9日,http://www.gov.cn/xinwen/2019-05/09/content\_5390085.htm。

<sup>④</sup> 域外的法律包括法国、意大利、德国等国家的综合法;国内的法律包括《民法典》《中华人民共和国刑法》等。

<sup>⑤</sup> 参见黄忠顺:《商事调解与民事调解的区分原理及其实现路径——基于2012~2013年中国商事调解研究文献的分析》,载《北京仲裁》2014年第3期,第67页。

<sup>⑥</sup> 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).

《香港调解守则》和《调解条例》,并成立了香港调解资历评审协会有限公司,专职负责调解员的资质审核、培训等方面的工作。<sup>①</sup>新加坡专门授权由新加坡国际调解学会这样的独立第三方担任调解员质量把控机构,保证公平公正原则。建议由司法部牵头制定相关草案,核心内容在于构建以能力为主的调解员资格认证机制、以诚信意识为主的调解员行为守则标准。同时组建各区域“商事调解协会”作为统一的调解员资质审核和行为监督主体。调解员的行为激励与约束机制可以借鉴爱尔兰的立法经验,其以调解员的调解课时数完成情况、经验丰富程度为标准推行调解员的分级分类管理制度。<sup>②</sup>建议由“商事调解协会”主导构建以调解员业绩为主的评价机制,增设争议当事方的投诉机制,实行调解员等级评定、投诉处理与资质认证和聘任挂钩,以引导激励和约束的方式促进中国调解员队伍职业化发展。

### 3. 提供商事调解市场化发展的制度支持与监管

利用商事调解市场优胜劣汰的竞争原则是强化中国商事调解独立救济功能的必经之路。目前中国商事调解分为依附型调解与独立型调解。涉及市场化发展的商事调解主要包括依附于仲裁的商事调解以及独立型商事调解,而依附于仲裁的商事调解市场化问题可纳入商事仲裁市场化研究范畴,故笔者以独立型商事调解市场化问题为主要研究对象。

第一,构建商事调解组织商业化管理制度。中国商事调解组织商业化管理模式可参照西方国家调解组织公司化运营模式。中国部分省市已积极倡导调解组织以民办非企业单位、公司等形式设立。<sup>③</sup>建议未来“调解法”中明确商事调解组织遵行商业化管理,实施以理事会为核心的法人治理结构,可引入职业经理人从事管理工作,分离决策机构和监督机构。理事会成员应具有过硬的专业调解学识和技能,鼓励吸纳来自不同地区、不同法系的理事,尽力避免理事会决策的闭塞性,同时建议对决策层成员实行轮换上岗制,不同专家的“声音”利于丰富组织决策选项。公司化管理的调解组织应根据不同的纠纷解决服务项目实施差异化的收费标准。同时,调解组织应为所属调解员缴纳社保并提供劳动权益保障,并对机构或调解员在提供服务时因过错而造成

的损失承担赔偿责任。

第二,规范商事调解市场化发展监管体系。在商事调解行业中引入竞争机制、构建优胜劣汰的市场化发展体系并不意味着排除一切监管,适当的监管对于调解行业的健康发展有着不可替代的作用。尤其是《新加坡公约》生效后,各类型调解领域都涌现出了一大批“新兴”调解机构,但是调解机构功能性服务并未随着市场迅速扩张而得到优化,如若不加以适当监管则易导致调解市场形成良莠不齐的发展状态。在正式的法律监管及政府层面监管未建立之前,完善商事调解行业的自我监管体系更具现实意义。新西兰在此方面的做法较为成熟,其成立了仲裁员和调解员协会作为争端解决行业的主要管理机构,维护仲裁、调解及其他争端解决方式的服务标准,实现行业的自我监管。<sup>④</sup>为此,建议各地政府先行出台相关文件,推动成立区域内“商事调解协会”以构建商事调解行业监管平台。具体而言,该协会负责制定“商事调解最低行业标准”供协会内的各调解机构使用,同时负责考察、注册和登记区域内的调解机构和调解员,形成公开简明的调解员选任数据库,以及形成调解员的行为监督、激励和约束机制,适时主办有助于提升调解员专业能力的学习培训、研讨交流等。此外,法律监管会随着商事调解市场的渐趋成熟、调解法律体系的日益完善而逐步建立,更有利于推动商事调解市场化的规范发展。

## 四、结语

《新加坡公约》赋予国际商事和解协议直接执行效力,是国际商事调解发展的关键推力,也是中国提升纠纷解决能力的重要时代机遇。虽然中国现行调解法律尚不能与公约直接对接,但是中国可以充分借助区域制度创新优势探索和解协议司法确认制度与公约直接执行机制接轨的试行方案,打破中国与公约接轨所面临的重大制度枷锁。与此同时,注重吸收《新加坡公约》提升商事调解独立发展的内在价值,助力中国完善商事调解立法,协调统一发展国内与国际商事调解。此外,仍需把握《新加坡公约》对中国生效的时间,若国际经济大国选择加入公约,中国批准加入公约的实际价值将大为提升。

<sup>①</sup> 参见陈梦:《〈新加坡调解公约〉背景下中国商事调解规则构建》,载《商事仲裁与调解》2021年第3期,第28页。

<sup>②</sup> 参见齐树洁:《爱尔兰调解制度》,载《人民调解》2018年第4期,第61-63页。

<sup>③</sup> 参见中共上海市委政法委员会、上海市司法局、上海市民政局、上海市市场监管局、上海市财政局联合印发的《关于促进本市调解组织发展的若干意见》第3条;《若干规定》第4条。

<sup>④</sup> 参见张金凤:《中国国际商事调解市场的国际化:开拓与反哺》,载《商事仲裁与调解》2021年第4期,第118页。