

贸易法委员会
国际商事调解和调解所产生的
国际和解协议示范法

附
颁布和使用指南
(2018年)



可向贸易法委员会秘书处索取进一步资料：

UNCITRAL secretariat, Vienna International Centre
P.O. Box 500, 1400 Vienna, Austria

电话：(+43-1) 26060-4060
网址：uncitral.un.org

传真：(+43-1) 26060-5813
电子邮件：uncitral@un.org

联合国国际贸易法委员会

贸易法委员会
国际商事调解和调解所产生的
国际和解协议示范法

附
颁布和使用指南
(2018年)



联合国
2022年，维也纳

说明

联合国文件编号由英文大写字母和数字组成。凡提到这种编号,即指联合国的某一文件。

联合国出版物
e-ISBN 978-92-1-001886-9

© 联合国, 2022年6月。世界范围版权所有。

本出版物所用名称及其材料的编制方式并不意味着联合国秘书处对于任何国家、领土、城市或地区或其当局的法律地位或对于其边界或界限的划分表示任何意见。

本出版物未经正式编辑。

出版单位: 联合国维也纳办事处英文、出版和图书馆科。

目录

大会通过的决议	vii
第一部分. 《贸易法委员会国际商事调解和调解所产生的 国际和解协议示范法》(2018年)	1
第1节. 总则	1
第1条. 本法适用范围和定义	
第2条. 解释	2
第2节. 国际商事调解	2
第3条. 本节适用范围和定义	2
第4条. 经由协议的变更	3
第5条. 调解程序的启动	4
第6条. 调解员的人数和指定	4
第7条. 调解的进行	4
第8条. 调解员与当事人之间的联系	5
第9条. 信息披露	5
第10条. 保密	5
第11条. 证据在其他程序中的可采性	5
第12条. 调解程序的终止	6
第13条. 调解员担任仲裁员	7
第14条. 诉诸仲裁程序或者司法程序	7
第15条. 和解协议的约束力和可执行性	7
第3节. 国际和解协议	7
第16条. 本节适用范围和定义	7
第17条. 一般原则	9
第18条. 对依赖于和解协议的要求	9
第19条. 拒绝准予救济的理由	10

第二部分. 《贸易法委员会国际商事调解和调解所产生的
国际和解协议示范法(2018年)颁布和使用指南》..... 13

	段落	页次
一. 《国际商事调解和调解所产生的国际和解 协议示范法》简介	7-27	16
A. 调解的概念和《示范法》宗旨	7-14	16
B. 《示范法》作为协调立法的工具	15-19	18
C. 《示范法》的范围和结构	20-25	20
D. 贸易法委员会秘书处的协助	26-27	21
二. 逐条评注	28-167	22
第1节. 总则	28	22
第1条. 本法适用范围和定义	29-35	22
第2条. 解释	36-37	25
第2节. 国际商事调解	38	27
第3条. 本节适用范围和定义	39-48	27
第4条. 经由协议的变更	49	33
第5条. 调解程序的启动	50-56	34
第6条. 调解员的人数和指定	57-60	37
第7条. 调解的进行	61-64	39
第8条. 调解员与当事人之间的联系	65	41
第9条. 信息披露	66-68	42
第10条. 保密	69-71	44
第11条. 证据在其他程序中的可采性	72-83	46
第12条. 调解程序的终止	84-86	51
第13条. 调解员担任仲裁员	87-91	53
第14条. 诉诸仲裁程序或者司法程序	92-95	55
第15条. 和解协议的约束力和可执行性	96-97	57
第3节. 国际和解协议	98-104	58
第16条. 本节适用范围和定义	105-122	59

	段落	页次
第17条. 一般原则.....	123-128	65
第18条. 对依赖于和解协议的要求.....	129-140	67
第19条. 拒绝准予救济的理由.....	141-165	71
第20条. 并行申请或请求.....	166-167	77

大会通过的决议

[关于第六委员会的报告(A/73/496)]

73/199. 联合国国际贸易法委员会国际商事 调解和调解所产生的国际和解协议示范法

大会，

回顾其1966年12月17日第2205(XXI)号决议设立联合国国际贸易法委员会，其任务是促进国际贸易法的逐渐协调和统一，并在这方面念及各国人民，尤其是发展中国家人民在国际贸易广泛发展中的利益，

又回顾其2002年11月19日第57/18号决议注意到，委员会通过了《国际商事调解示范法》，¹并表示深信《示范法》以及大会1980年12月4日第35/52号决议所建议使用的委员会《调解规则》²大大有助于建立用于公平和高效解决国际商业关系中产生的争议的统一法律框架，

认识到调解作为一种友好解决国际商业关系中产生的争议的方法所具有的价值，

相信对《国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法》的修订将大大有助于各国加强关于利用现代调解方法的立法并制订目前尚不存在的此类立法，

¹ 第57/18号决议，附件。

² 《大会正式记录，第三十五届会议，补编第17号》(A/35/17)，第106段；另见《联合国国际贸易法委员会年鉴》，第十一卷：1980年，第三部分，附件二。

注意到委员会决定并行拟订一部关于调解所产生的国际和解协议的公约和《国际商事调解示范法》修订本,其目的是顾及不同法域在调解方面的经验参差不齐并为各国提供关于跨境执行调解所产生的国际和解协议的一致标准,同时不造成任何预期认定有关国家可能通过其中一项文书,³

满意地注意到委员会就拟订《示范法》修订案文进行了适当审议,而且示范法修订案文受益于与各国政府以及有关政府间组织和非政府组织的协商,

1. 表示赞赏联合国国际贸易法委员会完成并通过《国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法》(修订《国际商事调解示范法》);⁴

2. 请秘书长向各国政府和其他有关机构转递《示范法》案文;

3. 建议所有国家鉴于统一调解程序法律的可取性以及国际商事调解实践的具体需要,在修订或通过本国与调解相关的法律时对《示范法》给予积极考虑,并邀请已使用《示范法》的国家向委员会通报相关情况。

2018年12月20日
第62次全体会议

³《大会正式记录,第七十二届会议,补编第17号》(A/72/17),第238-239段;另见A/CN.9/901,第52段。

⁴《大会正式记录,第七十三届会议,补编第17号》(A/73/17),附件二。

第一部分

《贸易法委员会国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法》（2018年）

第1节. 总则

第1条. 本法适用范围和定义

1. 本法适用于国际商事¹调解²和国际和解协议。
2. 在本法中，“调解员”指独任调解员或者两名或者多名调解员，视情形而定。
3. 在本法中，“调解”指当事人请求一名或者多名第三人（“调解员”）协助其设法友好解决合同关系或者其他法律关系所产生的或者与之相关的争议的过程，而不论此种过程以调解或者类似含义的措词称谓。调解员无权将解决争议的办法强加于当事人。

¹ 对“商事”一词应作广义解释，以涵盖由于一切商业性质关系而发生的事项，无论这种关系是否属于合同关系。商业性质关系包括但不限于下列交易：供应或者交换货物或者服务的任何贸易交易；销售协议；商业代表或者代理；保理；租赁；工程建造；咨询；工程技术；发放许可；投资；融资；银行业务；保险；开发协议或者特许权；合营企业和其他形式的工业或者商业合作；航空、海路、铁路或公路客货运输。

² 贸易法委员会在其先前通过的法规和相关文件中使用的术语是“调解”（“conciliation”），但有一项理解，即“conciliation”和“mediation”这两个术语可以互换。在拟订本《示范法》过程中，委员会决定改用术语“mediation”（“调解”），是为了因应这些术语的实际用法和惯常用法，并期望这一改变将有助于增进和提高《示范法》的知名度。术语的这一改变没有任何实质性或概念性影响。

第2条. 解释

1. 在解释本法时,应考虑到其国际渊源以及促进其统一适用和遵守诚信的必要性。
2. 与本法所管辖事项有关的问题,在本法中未明确解决的,应按照本法所依据的一般原则加以解决。

第2节. 国际商事调解

第3条. 本节适用范围和定义

1. 本节适用于国际³商事调解。
2. 调解有下列情形的为“国际”调解:
 - (a) 达成进行调解的约定时,各方当事人的营业地在不同国家;或者
 - (b) 当事人设有营业地的国家不是:
 - (一) 商业关系中相当一部分义务履行地所在国;或者
 - (二) 与争议事项关系最密切的国家。
3. 在第2款中:
 - (a) 一方当事人有不止一个营业地的,与调解约定关系最密切的营业地为营业地;
 - (b) 一方当事人无营业地的,以其惯常居住地为准。
4. 当事人约定调解是国际调解或者约定适用本节的,本节还适用于商事调解。

³ 各国如希望颁布本节,将其适用于国内调解和国际调解,似宜考虑对案文作以下修改:

- 删除第1条第1款和第3条第1款中的“国际”一词;及
- 删除第3条第2、3和4款,并相应修改提及编号之处。

5. 当事人可自行约定排除适用本节。
6. 在不违反本条第7款规定的前提下, 本节均予适用, 而不论进行调解以何为依据, 包括以当事人在争议发生之前或者之后达成的约定为依据, 以法律规定的义务为依据, 或者以法院、仲裁庭或者政府主管实体的指示或者建议为依据。
7. 本节不适用于:
 - (a) 法官或者仲裁员在司法程序或者仲裁程序过程中试图促成和解的情形; 以及
 - (b) [.....]。

第4条. 经由协议的变更

除第7条第3款的规定外, 当事人可约定排除或者变更本节的任何规定。

第5条. 调解程序的启动⁴

1. 对于所发生的争议, 调解程序自该争议各方当事人同意参与调解程序之日开始。
2. 一方当事人邀请另一方当事人参与调解, 自邀请函发出之日起30日内或者在该邀请函规定的其他期限内未收到对该邀请函的接受函的, 可决定将此作为拒绝调解邀请处理。

⁴下述案文是对可能希望采纳时效期限中止条款的国家提出的:

第X条. 时效期限的中止

1. 调解事项的请求, 时效期限自调解程序启动之时起暂停计算。
2. 调解程序未达成和解协议而终止的, 时效期限自调解未达成和解协议而终止之时起恢复计算。

第6条. 调解员的人数和指定

1. 调解员应为一, 除非当事人约定应有两名或者多名调解员。
2. 当事人应尽力就一名调解员或者多名调解员达成协议, 除非已约定不同指定程序。
3. 当事人可在指定调解员方面寻求机构或个人的协助。特别是:
 - (a) 一方当事人可请求上述机构或个人推荐适合担任调解员的人选; 或者
 - (b) 当事人可约定由上述机构或者个人直接指定一名或者多名调解员。
4. 在推荐或者指定个人担任调解员时, 上述机构或者个人应考虑到可确保指定一名独立和公正调解员的各种因素, 情况适当的, 还应考虑是否适宜指定一名不属于各方当事人国籍的调解员。
5. 可能被指定为调解员的人, 应在与此指定有关的洽谈中披露可能对其公正性和独立性产生正当怀疑的任何情形。调解员应自其被指定之时起, 并在整个调解程序期间, 毫无延迟地向各方当事人披露任何此种情形, 除非此种情形已由其告知各方当事人。

第7条. 调解的进行

1. 当事人可通过提及一套规则或者以其他方式, 自行约定进行调解的方式。
2. 未约定调解进行方式的, 调解员可以其认为适当的方式, 在考虑到具体案情、各方当事人可能表达的任何意愿以及迅速解决争议的必要性的情况下进行调解程序。

3. 在任何情况下,调解员进行程序都应力求公平对待各方当事人,并应为此考虑到具体案情。
4. 调解员可在调解程序任何阶段提出解决争议的建议。

第8条. 调解员与当事人之间的联系

调解员可同时与各方当事人会面或联系,也可与其中一方单独会面或联系。

第9条. 信息披露

调解员收到一方当事人关于争议的信息时,可向调解的其他任何当事人披露该信息的实质内容。但是,一方当事人向调解员提供任何信息附有必须保密的特定条件的,该信息不得向调解的其他任何当事人披露。

第10条. 保密

除非当事人另有约定,与调解程序有关的一切信息均应保密,但按照法律要求或者为了履行或者执行和解协议而披露信息除外。

第11条. 证据在其他程序中的可采性

1. 调解程序的一方当事人、调解员或者任何第三人,包括参与调解程序管理的人在内,不得在仲裁程序、司法程序或者类似程序中依赖于下列任何一项、将其作为证据提出或者就其提供证言或者证据:

(a) 一方当事人关于参与调解程序的邀请,或者一方当事人曾经愿意参与调解程序的事实;

(b) 一方当事人在调解中就解决争议的可能办法发表的意见或提出的建议;

- (c) 一方当事人在调解程序过程中作出的陈述或者承认；
 - (d) 调解员提出的建议；
 - (e) 一方当事人已表示愿意接受调解员提出的和解建议这一事实；
 - (f) 完全为调解程序而准备的文件。
2. 不论本条第1款所述及信息或者证据的形式如何, 本条第1款均适用。
3. 仲裁庭、法院或者其他政府主管机关不得下令披露本条第1款所述及的信息, 违反本条第1款提供这类信息作为证据的, 该证据应作为不可采信处理。尽管如此, 在法律规定的限度内或者为了履行或者执行和解协议, 可披露或者作为证据采信这类信息。
4. 不论仲裁程序、司法程序或者类似程序是否与调解程序目前或者曾经涉及的争议有关, 本条第1款、第2款和第3款的规定均适用。
5. 仲裁程序、司法程序或者类似程序中可予采信的证据, 不违反本条第1款所规定限制的, 不因其曾在调解中使用转而不予采信。

第12条. 调解程序的终止

调解程序在下列情形下终止：

- (a) 当事人订立了和解协议的, 于协议订立日终止；
- (b) 调解员与当事人协商后声明继续进行调解已无必要的, 于声明日终止；
- (c) 当事人向调解员声明终止调解程序的, 于声明日终止；或者
- (d) 一方当事人向另一方或者几方当事人以及已指定的调解员声明终止调解程序的, 于声明日终止。

第13条. 调解员担任仲裁员

除非当事人另有约定,否则调解员不应担任与调解程序曾经或者目前涉及的争议有关的仲裁员,或者担任与同一合同关系或者法律关系或者任何相关合同关系或者法律关系所引起的另一争议有关的仲裁员。

第14条. 诉诸仲裁程序或者司法程序

当事人同意调解并明确承诺不在具体规定的期限内或者具体规定的事件发生前对现有或者未来争议提起仲裁程序或者司法程序的,仲裁庭或者法院应承认此种承诺的效力,直至所作承诺的条件实现为止,但一方当事人认为维护其权利需要提起程序的除外。提起此种程序,其本身不应视为对调解约定的放弃或者调解程序的终止。

第15条. 和解协议的约束力和可执行性

当事人订立争议和解协议的,该和解协议具有约束力和可执行性。

第3节. 国际和解协议⁵

第16条. 本节适用范围和定义

1. 本节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国际协议(“和解协议”)。⁶

⁵ 一国可考虑颁布本节,使之适用于争议和解协议,而不论协议是否产生于调解。然后须对有关条款作出调整。

⁶ 一国可考虑颁布本节,使之仅在和解协议各方当事人同意适用本节的情况下适用本节。

2. 本节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。

3. 本节不适用于：

(a) 以下和解协议：

(一) 经由法院批准或者系在法院相关程序过程中订立的协议；
以及

(二) 可在该法院所在国作为判决执行的协议；

(b) 已记录在案并可作为仲裁裁决执行的协议。

4. 和解协议有下列情形之一的为“国际”和解协议：在订立该协议时，⁷

(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。

5. 在第4款中：

(a) 一方当事人有不止一个营业地的，相关营业地是与和解协议所解决的争议关系最密切的营业地，同时考虑到订立和解协议时已为各方当事人知道或者预期的情形；

(b) 一方当事人无营业地的，以其惯常居住地为准。

⁷一国可考虑为扩大“国际”和解协议定义的范围而在第4款增列一项如下：“产生于第3条第2、3和4款所界定的国际调解的和解协议也为‘国际’和解协议。”

6. 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。

第17条. 一般原则

1. 应按照国家程序规则并根据本节规定的条件执行和解协议。
2. 如果就一方当事人声称已由和解协议解决的事项发生争议,该当事人可按照本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。

第18条. 对依赖于和解协议的要求

1. 当事人根据本节依赖于和解协议,应向本国主管机关出具:
 - (a) 由各方当事人签署的和解协议;
 - (b) 显示和解协议产生于调解的证据,例如:
 - (一) 调解员在和解协议上的签名;
 - (二) 调解员签署的表明进行了调解的文件;
 - (三) 对调解进行管理的机构的证明;或者
 - (四) 在没有第(一)目、第(二)目或者第(三)目的情况下,可为主管机关接受的其他任何证据。
2. 符合下列条件的,即为在电子通信方面满足了和解协议应由当事人签署或者在适用情况下应由调解员签署的要求:
 - (a) 使用了一种方法来识别当事人或者调解员的身份并表明当事人或者调解员关于电子通信所含信息的意图;以及
 - (b) 所使用的这种方法:

- (一) 从各种情况来看, 包括根据任何相关的约定, 对于生成或者传递电子通信所要达到的目的既是适当的, 也是可靠的; 或者
 - (二) 其本身或者结合进一步证据, 事实上被证明已符合以上 (a) 项所述的各项功能。
3. 和解协议不是以本国正式语文拟订的, 主管机关可请求提供此种语文的和解协议译本。
4. 主管机关可要求提供任何必要文件, 以核实本节的要求已得到遵守。
5. 主管机关审议救济请求应从速行事。

第19条. 拒绝准予救济的理由

1. 本国主管机关可根据寻求救济所针对当事人的请求拒绝准予救济, 唯需该当事人向主管机关提供以下证明:
- (a) 和解协议一方当事人处于某种无行为能力状况;
 - (b) 所寻求依赖的和解协议:
 - (一) 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, 根据主管机关认为应予适用的法律, 无效、失效或者无法履行;
 - (二) 根据和解协议条款, 不具约束力或者不是终局的; 或者
 - (三) 随后被修改;
 - (c) 和解协议中的义务:
 - (一) 已经履行; 或者
 - (二) 不清楚或者无法理解;
 - (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, 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。

2. 本国主管机关如果作出以下认定,也可拒绝准予救济:

- (a) 准予救济将违反本国的公共政策;或者
- (b) 根据本国法律,争议事项无法以调解方式解决。

第20条. 并行申请或请求

如果已经向法院、仲裁庭或者其他任何主管机关提出了与一项和解协议有关的申请或者请求,而该申请或者请求可能影响到根据第18条正在寻求的救济的,则寻求的此种救济的所在国主管机关可在其认为适当的情况下暂停作出决定,也可应一方当事人的请求下令另一方当事人适当具保。

第二部分

《贸易法委员会 国际商事调解和调解所产生的 国际和解协议示范法（2018年） 颁布和使用指南》

背景资料

1. 《贸易法委员会国际商事调解示范法》（《2002年示范法》）由联合国国际贸易法委员会（贸易法委员会，或委员会）拟订并于2002年6月24日以协商一致的方式通过。¹ 随后，大会通过了2002年11月19日第57/18号决议，建议所有国家鉴于统一的争议解决程序法律的可取性以及国际商事调解实践的具体需要，适当考虑颁布《示范法》。²
2. 《2002年示范法》就调解的程序方面提供了良好的立法基础，但没有包含关于执行调解所产生的和解协议的统一规则（见下文关于术语的第8段）。2014年就着手处理这一问题提出一项建议，因为在更多使用调解方面的一个障碍是和解协议的执行既繁琐又耗时。³ 鉴于此，贸易法委员会开展了关于调解产生的和解协议的工作。2018年6月

¹委员会关于这一专题的审议情况见贸易法委员会第三十五届会议工作报告，《大会正式记录，第五十七届会议，补编第17号》（A/57/17），第13-177段。

²大会2002年11月19日第57/18号决议（A/RES/57/18）。

³委员会关于这一专题的审议情况见贸易法委员会第四十七届会议工作报告，《大会正式记录，第六十九届会议，补编第17号》（A/69/17），第123-125段。另见A/CN.9/822号文件。

25日,委员会以协商一致的方式通过了对《示范法》的修订。⁴大会在其2018年12月20日第73/199号决议中表示深信“对《国际商事调解示范法》的修订将大大有助于各国加强关于利用现代调解方法的立法并制订目前尚不存在的此类立法”。⁵与此同时,委员会拟订并审定了《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》,或《公约》)大会在其第73/199号决议中注意到“委员会决定并行拟订一部关于调解所产生的国际和解协议的公约⁶和对《国际商事调解示范法》的修订,其目的是顾及不同法域在调解方面的经验参差不齐并为各国提供关于跨境执行调解所产生的国际和解协议的一致标准,同时不对有关国家可能通过其中一项文书确立任何预期”。⁷

《示范法》的目标

3. 《示范法》旨在通过为调解过程及其结果提供更大的可预测性和确定性来鼓励使用调解。国际贸易和商业正在快速发展,包括中小型企业在内的越来越多的实体都在进行跨境交易。随着商业活动经常跨越国界,包括越来越多地使用电子商务,对于有效和高效率的争议解决系统的需求变得至关重要。各国将通过采用《示范法》并对从事国际商务各方进行有关《示范法》目的的教育,鼓励各方寻求非裁判性争议解决方法。事实上,贸易法委员会起草了《示范法》以协助各国设计着眼于以下方面的争议解决程序:

- 减少争议解决的费用和时间;
- 营造并保持贸易各方之间的合作气氛;
- 找到灵活、量身定制的冲突解决办法;

⁴委员会关于这一专题的审议情况见贸易法委员会第五十一届会议工作报告,《大会正式记录,第七十三届会议,补编第17号》(A/73/17),第68段和附件二。

⁵大会2018年12月20日第73/199号决议(A/RES/73/199)。

⁶2018年12月20日大会通过的《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》,又称《新加坡调解公约》(A/RES/73/198)。

⁷《大会正式记录,第七十二届会议,补编第17号》(A/72/17),第238-239段;另见A/CN.9/901,第52和91段;大会2018年12月20日第73/199号决议(A/RES/73/199),序言。

- 防止进一步争议; 以及
- 为国际贸易注入确定性。

《指南》的目标和内容

4. 在拟订和通过关于调解和和解协议的示范立法条文的过程中, 贸易法委员会注意到, 这些条文应当随附背景和解释性资料, 以此作为一种有效工具, 协助各国实现立法现代化并考虑可能需要对《示范法》中的哪些条文作出改动以适合各国的具体情况。本《指南》主要针对政府行政部门和拟订必要法律修订议案的立法者, 但也应可为包括商业当事人、从业人员、学术机构和法官在内的其他使用案文者提供有益的见解。

5. 本《指南》大部分内容摘自2002年通过并于2018年修订的《示范法》的准备工作文件。《指南》反映了委员会通过《示范法》时各届会议期间的审议情况和决定, 以及进行准备工作的贸易法委员会第二工作组(仲裁和调解/争议解决)的审议情况。《指南》解释了为什么列入《示范法》条文, 将其作为旨在构成坚实的国际调解基础的法规文书的基本核心内容。

6. 《示范法》的准备工作文件包括第二工作组和委员会相关会议的报告以及秘书处的准备工作说明, 以联合国六种正式语文(阿拉伯文、中文、英文、法文、俄文和西班牙文)发布。贸易法委员会网站(<https://www.uncitral.un.org>)提供这些文件。《贸易法委员会年鉴》有这些文件的汇编。

一. 《国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法》简介

A. 调解的概念和《示范法》宗旨

调解的使用日趋增多

7. 世界各个地区越来越多地在争议解决实践中使用调解方法。此外,使用调解方法正在成为法院和政府机构以及社区和商业领域首选的争议解决办法并加以推广。例如,一些私营和公共机构的设立就反映了这一趋势,这些机构向有关各方提供服务以促进友好解决争议。顺应这一趋势,世界各地都积极推动调解作为一种争议解决方法。关于调解的国家立法发展引起了讨论,呼吁采取旨在便利调解的国际统一法律解决办法(见A/CN.9/WG.II/WP.108,第15段)。

调解和类似程序

8. “调解”(“mediation”)是当事人请求一名或多名第三人协助其设法友好解决合同关系或其他法律关系所产生的或与之相关的争议的过程所广泛使用的术语。贸易法委员会在其先前通过的法规(包括《2002年示范法》)和相关文件中使用的术语是“调解”(“conciliation”),但有一项理解,即“conciliation”和“mediation”这两个术语可以互换。在《示范法》修订本的拟订过程中,委员会决定改用术语“mediation”(“调解”),力求使其术语体系适合相关术语的实际用法和惯常用法,并期望这一改变将有助于增进和提高《示范法》的知名度。术语的这一改变没有任何实质性或概念性影响(A/73/17,第19段,A/CN.9/934,第16段)。

9. 在实践中,当事人在第三人协助下解决争议的程序是以诸如调解、中立评估、小型审判或类似术语来指代的。《示范法》使用“调解”这一术语涵盖所有此类程序。从业人员根据第三人(又称第三方中立人)所使用的方法或第三人参与这一过程的程度对这些表述加以区分。然而,从立法者的角度来看,第三人使用的各种程序方法是无需加以区分的。所有这些程序都有一个共同特点,即第三人的作用仅限于协

助当事人解决争议,不包括将具有约束力的决定强加于当事人的权力。就“替代性争议解决”程序所具有的这些特点而言,《示范法》涵盖了这些程序(见A/CN.9/WG.II/WP.108,第14段)。不过,《示范法》并没有提到替代性争议解决的概念,因为这个概念不明确,可能被理解为一个宽泛的类别,其中包括司法争议解决以外、通常导致具有约束力裁定的其他类型的替代办法(如仲裁)。

区分谈判、调解和仲裁程序

10. 谈判、调解和仲裁这几种争议解决程序之间存在着重大差异。如果是谈判,一旦发生争议,各方通常寻求通过谈判来解决争议,而不涉及任何局外人。各方都可利用替代机制解决争议,包括调解和仲裁。调解的一个基本特点是,它是以争议各方向第三人提出请求为基础的。在仲裁中,各方当事人将争议解决过程和争议结果委托给仲裁庭,仲裁庭对各方当事人作出有约束力的裁定。调解与当事人谈判的不同之处在于,调解涉及第三人协助,以独立和公正的方式解决争议。调解不同于仲裁,是因为各方当事人在调解中对过程和结果保持完全的控制权;这一过程是非裁判性的。调解过程是一个完全的合意过程,由争议各方在中立第三方的协助下决定如何解决争议,从而满足争议各方的需要和利益。中立第三方无权将争议的解决办法强加给当事人(见《贸易法委员会调解安排说明》)。

非强制性立法规定以及保持调解的灵活性

11. 由于调解员的作用只是协助双方进行对话,而不是作出裁定,因此并不同样需要仲裁中存在的那种程序性保障,例如,禁止调解员只与一方当事人会面,或者调解员负有向一方当事人披露从另一方当事人收到的所有资料的无条件义务。调解程序的灵活性以及根据每一案件具体情形和各方当事人的愿望调整程序的能力反倒被认为是关键要素。

12. 这种灵活性导致了一种普遍观念,即没有必要以立法方式处理一个如此依赖各方当事人意愿的过程。的确,据认为立法规则将会不适

当地限制和损害调解过程。普遍认为由争议各方通过或商定规则是提供确定性和可预测性的适当方式。

13. 尽管如此,各国一直在通过关于调解的法律。各国这样做是为了因应从业人员的关切,即单靠合约性解决办法并不能完全满足当事人的需要,同时也意识到保持调解灵活性的重要性。举例来说,各方当事人在调解中所关切的一个关键问题是,确保一方在调解期间所作的某些陈述或承认不会在其他程序中被用作对该方不利的证据。仅有合约性解决办法可能不足以实现这一目标。此外,有些国家关于某些类别证据可采性的协议的效力不确定,在这些国家统一立法可能会提供有用的澄清。为了处理这一事项及其他事项(例如,调解员在随后的法院程序或仲裁程序中的作用、指定调解员的程序、适用于调解的广泛原则),贸易法委员会于2002年决定拟订一部示范法,以便为更多地使用调解方法提供支持。还需要立法来确定适用于执行调解所产生的和解协议的规则,或确定当事人如何才能在法院程序中援用此类和解协议。这就是为什么贸易法委员会于2018年对《2002年示范法》作了修订,并通过了关于国际和解协议的立法条文。⁸

14. 调解程序可能在程序细节上有所不同,这取决于哪种方法被认为是促成当事人和解的最佳方法。《示范法》中关于这类程序的规定旨在容纳这些差异,并让当事人和调解员以其认为适当的方式自行进行调解。这些规定基本上都力求平衡,既保护调解过程的完整性,例如,确保当事各方对调解保密性的期望得到满足,同时通过维护当事人意思自治来提供最大限度的灵活性。

B. 《示范法》作为协调立法的工具

关于调解及和解协议的统一规则

15. 制定《示范法》是为了提供关于调解过程的统一规则。在许多国家,涉及调解的法律规则分载于立法的不同部分,并在诸如保密、证据采信限制特权及其例外情形以及和解协议的适用制度等问题上采取

⁸另外,贸易法委员会拟订了《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(又称《新加坡调解公约》),联合国大会于2018年12月20日在第73/198号决议中通过了该公约(见《指南》第2段)。

不同做法。在这些问题上实现统一性有助于在调解过程及其结果中提供更大的完整性和确定性。在涉及网上(或远程)调解的案件中更能显现统一性的益处,因为适用法律可能并非不言自明。

颁布基于《示范法》的立法

16. 示范法是建议各国纳入其本国法律的立法案文。示范法与国际公约不同,不需要颁布国通知联合国或其他可能也颁布了示范法的国家。不过,鼓励各国务必向贸易法委员会秘书处通报新《示范法》的任何颁布情况(如同对于贸易法委员会工作产生的任何其他示范法一样),以使秘书处能够更新其法规现状网页。

17. 本《示范法》应视为一套编排平衡的规定,各部分自成一体,既可作为单一法规颁布,也可作为争议解决法律的一部分颁布。

18. 各国在将示范立法案文纳入其法律制度时,可修改或略去其中的某些条文。各国可能希望在作为本国法律颁布统一案文之前对其作出各种修改,在这种情况下,示范立法固有的灵活性尤其可取。特别当统一案文与国内法院和诉讼程序制度密切相关时,估计可能需要作出一些修改。为了实现令人满意的统一程度和确定性,各国应当考虑,在将《示范法》纳入其法律制度时尽可能少作改动;不过,如果作出改动,应将改动保持在《示范法》基本原则的范围之内。尽量坚持统一案文的一个重要原因是,要使国内法尽可能透明并为参与颁布国调解的外国当事人、顾问和调解员所熟悉。

19. 已通过《新加坡调解公约》的国家应当考虑不要背离《示范法》第3节,因为该节的规定反映了《公约》的案文。《示范法》第3节可以作为关于和解协议的独立案文颁布,从而确保这种一致性得以保持,尽管各国在执行《示范法》这一节时保留对和解协议给予更宽松待遇的灵活性。

C. 《示范法》的范围和结构

20. 在拟订《示范法》并处理所审议的主题事项时, 委员会的意图是让这项法律最广泛地适用于商事争议。委员会商定, 这项法律的标题应提及国际商事调解以及调解所产生的国际和解协议。虽然《示范法》限于国际商事争议, 但颁布《示范法》的国家可考虑将其扩大到国内商事争议和一些非商事争议(见第3条的脚注3)。

21. 《示范法》基于当事人对过程和结果的控制权的重要性, 载有关于相关问题的定义、程序和准则。

22. 第1节载有《示范法》总则。第1条勾划出《示范法》的范围, 用一般性措辞对调解作了定义。法规中一般都有这类条文, 用以确定一项法律打算涵盖的事项范围。第2条就参照《示范法》的国际渊源对其进行解释提供指导意见。

23. 第2节涉及国际商事调解。第3条界定了调解的国际性概念。第4条明确规定, 除第7条第3款外, 《示范法》的所有规定均可由当事人协议更改。第5至12条涵盖调解的程序方面。这些规定旨在发挥默认规定的作用, 特别是在各方当事人未采用特定调解规则的情况下。它们还意在协助可能已在其协议中界定了争议解决程序的争议各方, 因此可在这方面作为对当事人协议的补充。这些规定所侧重的一个重要方面是避免调解程序的信息外溢到仲裁程序或法院程序的情形。第2节的其余规定(第13至15条)涉及与调解员担任仲裁员、启动其他程序以及和解协议的约束性有关的问题, 以避免因缺乏关于这些问题的法规条文而可能导致的不确定性。

24. 第3节涉及调解所产生的国际和解协议。第16条确定第3节的适用范围以及与该节有关的定义。第17条和第18条概述了适用于寻求依赖和解协议并寻求救济的当事人的一般原则和要求。第19条界定了拒绝准予救济的理由。第20条涉及并行申请或请求。

25. 国家希望仅通过关于调解程序的立法而不就调解产生的和解协议制定统一规则的, 可在《示范法》第1节和第2节基础上颁布立法。《贸易法委员会国际商事调解示范法》现状网页上目前在列的国家是

立法上与第1节和第2节相一致的国家。国家希望仅通过关于和解协议的立法而不就调解程序制定统一规则的,可在《示范法》第1节和第3节基础上颁布立法。

D. 贸易法委员会秘书处的协助

26. 贸易法委员会秘书处可以根据其培训和援助活动向制定了基于《示范法》的立法的各国政府提供技术咨询。更一般而言,秘书处可以向考虑以贸易法委员会的其他示范法为基础立法或考虑加入贸易法委员会制定的某项国际贸易法公约的各国政府提供技术咨询。

27. 关于《示范法》及《指南》以及贸易法委员会制定的其他示范案文、示范法和公约的详细资料,可按以下地址向秘书处索取。秘书处欢迎就《示范法》及《指南》发表评论并提供与颁布基于《示范法》的立法有关的资料。

UNCITRAL Secretariat

Vienna International Centre

P.O. Box 500

1400 Vienna

Austria

电话: +(43) (1) 26060-4060 或 4061

电子邮件: uncitral@un.org

互联网主页: <http://uncitral.un.org>

二. 逐条评注

第1节. 总则

第1节评注

28. 示范法第1节载有适用于第2节和第3节的总则。这反映在第1条第1款中, 该款规定, 本法适用于国际商事调解和国际和解协议。

第1条. 本法适用范围和定义

1. 本法适用于国际商事¹调解²和国际和解协议。
2. 在本法中, “调解员”指独任调解员或者两名或者多名调解员, 视情形而定。
3. 在本法中, “调解”指当事人请求一名或者多名第三人(“调解员”)协助其设法友好解决合同关系或者其他法律关系所产生的的或者与之相关的争议的过程, 而不论此种过程以调解或者类似含义的措词称谓。调解员无权将解决争议的办法强加于当事人。

¹ 对“商事”一词应作广义解释, 以涵盖由于一切商业性质关系而发生的事项, 无论这种关系是否属于合同关系。商业性质关系包括但不限于下列交易: 供应或者交换货物或者服务的任何贸易交易; 销售协议; 商业代表或者代理; 保理; 租赁; 工程建设; 咨询; 工程技术; 发放许可; 投资; 融资; 银行业务; 保险; 开发协议或者特许权; 合营企业和其他形式的工业或者商业合作; 航空、海路、铁路或公路客货运输。

² 贸易法委员会在其先前通过的法规和相关文件中使用的术语是“调解”(“conciliation”), 但有一项理解, 即“conciliation”和“mediation”这两个术语可以互换。在拟订本《示范法》过程中, 委员会决定改用术语“mediation”(“调解”), 是为了因应这些术语的实际用法和惯常用法, 并期望这一改变将有助于增进和提高《示范法》的知名度。术语的这一改变没有任何实质性或概念性影响。

第1条评注

第1条的目的

29. 第1条的目的是通过明确提及国际商事调解和国际和解协议来界定《示范法》的适用范围。

“商事”调解的概念

30. 在拟订《示范法》时商定, 统一规则的适用应限于商务事项(A/CN.9/468, 第21段; A/CN.9/485, 第113-114段; A/CN.9/487, 第88-89段)。第1条第1款的脚注1作为示例非穷尽地列出了可划为“商事”性质的各种关系。该脚注意在显示其包容性和宽泛性, 并克服国内法在哪些交易属于商业交易方面可能出现的任何困难。它借鉴了《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(《仲裁示范法》)第1条的脚注2中的定义。《示范法》没有对“商事”作出严格定义, 其用意是对该术语作广义解释, 以涵盖由于一切商业性质的法律关系而发生的事项, 无论这种关系是否属于合同关系。脚注1强调了建议解释的广度, 明确指出检验标准并不是以国内法所指的“商事”为依据。这一点对于那些没有单独商法体系的国家来说可能特别有用; 而在存在这种单独法律的国家之间, 该脚注可起到统一协调作用。在某些国家, 在法规案文中使用脚注可能不被视为可接受的立法做法。因此, 颁布《示范法》的国家机关不妨考虑在颁布立法本身的正文中纳入该脚注的案文。

31. 局限于商业事项不仅反映了贸易法委员会的任务授权是就商业事项制定法规, 而且也是因为认识到非商业事项的调解触及不易实现普遍协调的政策问题。不过, 如果一个国家希望颁布与非商事争议有关的立法, 《示范法》仍不失为一个有用的范本。尽管明确将《示范法》局限于商事调解, 但《示范法》概不妨碍颁布国扩大《示范法》的范围, 涵盖商事领域以外的调解。应当注意的是, 在某些法域, 特别是在联邦制国家, 对国际贸易和国内贸易加以区分可能相当困难(A/CN.9/506, 第16段)。

调解的定义

32. 在《示范法》中，“调解”的定义表达了一种自愿过程的宽泛概念，这种过程受当事人控制，在一名或几名中立第三人的协助下进行，中立第三人无权将争议解决办法强加于当事人。实践中可能采用不同的程序风格和方法来达到解决争议的目的，也可能以不同称谓来指代这些方式和方法。委员会在起草《示范法》时的考虑是囊括那些可能属于第1条范围的所有方式和方法。《示范法》中反映的立法政策应同等适用于所有此类争议解决方法。例如，《示范法》可适用于“临时”调解，也可适用于“机构”调解，在这些调解中，通常由特定机构的规则管辖调解过程。

33. 第1条第3款载明了调解定义的要件（见A/CN.9/487，第102段；以及A/CN.9/506，第29-30段），其中包括：

- 存在争议；
- 当事人达成友好解决的意向；以及
- 一名或几名公正、独立第三人参与，协助当事人尝试达成友好解决，但没有任何权力强加解决办法。

34. 目的是一方面将调解与有约束力的仲裁区分开来，另一方面又将调解与当事人或其代表之间的单纯谈判区分开来。第3款最后一句（“调解员无权将争议解决的办法强加于当事人”）意在进一步明确并强调调解与仲裁之类程序之间的主要区别（见A/CN.9/861，第22段）。

35. 在核实是否在特定实际情况下符合第3款载明的调解定义的要件时，请法院考虑到当事人行为的任何证据，其中表明当事人已意识到（并且认识到）正在参与调解的过程。⁹ 这种证据的基础将是案件的情节和当事人对其参与程序的认识和抱有的期望。

⁹《大会正式记录，第五十七届会议，补编第17号》(A/57/17)，第151段。

与第1条有关的贸易法委员会参考文件

- 《大会正式记录,第七十三届会议,补编第17号》(A/73/17),第22段;
《大会正式记录,第五十七届会议,补编第17号》(A/57/17),第15-27、135-140、151段;
A/CN.9/943,第7和8段;
A/CN.9/934,第16、30-32和120段;
A/CN.9/WG.II/WP.205,第39段;
A/CN.9/929,第43、102-104和106段;
A/CN.9/896,第39-47段;
A/CN.9/867,第102-121段;
A/CN.9/WG.II/WP.195,第13-25段;
A/CN.9/861,第21-22、40-43段;
A/CN.9/WG.II/WP.190,第25-29段;
A/CN.9/506,第28-31段;
A/CN.9/WG.II/WP.115,第8-11段;
A/CN.9/487,第100-104段;
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1,脚注7-8;
A/CN.9/485,第108-109、111-116和123-124段;
A/CN.9/WG.II/WP.110,第83-85和88段;
A/CN.9/468,第19段;
A/CN.9/WG.II/WP.108,第11段;
A/CN.9/460,第8-10段。

第2条. 解释

1. 在解释本法时,应考虑到其国际渊源以及促进其统一适用和遵守诚信的必要性。
2. 与本法所管辖事项有关的问题,在本法中未明确解决的,应依照本法所依据的一般原则加以解决。

第2条评注

《示范法》的解释

36. 第2条就法院和其他国家机关或地方机关在适当考虑到《示范法》国际渊源以及需要统一其适用和遵守诚信的情况下对其作出解释提供了指导。条文借鉴了《联合国国际货物销售合同公约》(1980年)第7条、¹⁰《贸易法委员会电子商务示范法》(1996年)第3条、¹¹《贸易法委员会跨国界破产示范法》(1997年)第8条¹²以及《贸易法委员会电子签名示范法》(2001年)第4条¹³ (A/CN.9/506, 第49段)。第2条的预期效果是, 限制一项统一案文被纳入地方法规之后仅参照当地法律的概念对其作出解释的范围。第1款的目的是, 提请法院和其他国家机关注意, 虽然《示范法》的各项条文(或《示范法》执行文书的各项条文)是作为国内立法一部分予以颁布的, 并因此具有国内法属性, 但应当参照《示范法》的国际渊源对其进行解释, 以确保各国作出统一解释。贸易法委员会法规判例法数据库汇总已报告的贸易法委员会法规判例法案例, 由其提供的判例法可协助国家机关和法院对《示范法》作出解释。因此, 鼓励各国和其他利益关系方为法规判例法提供投入, 以协助对《示范法》作出统一解释。¹⁴

《示范法》所依据的一般原则

37. 第2款规定, 对于《示范法》未解决的问题, 可参照《示范法》依据的一般原则加以解决。关于《示范法》所依据的一般原则, 下列各项可供考虑, 并非完整无遗:

- 促进将调解作为一种争议解决方法, 以此减少争议导致终止商业关系的情况, 并便利商业当事人管理国际交易;
- 提供机会以利用一种既灵活又省时节费并减少不适当风险的争议解决工具;

¹⁰联合国出版物, 出售品编号: E.10.V.14。

¹¹联合国出版物, 出售品编号: E.99.V.4。

¹²联合国出版物, 出售品编号: E.14.V.2。

¹³联合国出版物, 出售品编号: E.02.V.8。

¹⁴https://uncitral.un.org/en/case_law。

- 特别是便利微型、小型和中型企业(中小微企业)寻求公正;
- 提供国际协调统一的法律解决办法, 以此促进调解, 尊重程序完整性和当事人意思自治, 并促进当事人积极参与, 从而在公民当中发展法治文化;
- 通过确保过程的保密性促进当事人之间进行坦率和公开的讨论, 为此限制在随后的其他程序中披露调解中提出的某些信息和事实, 唯有必须按法律要求或为实施或执行目的而予以披露除外;
- 为调解过程因技术进展而出现的发展和变化提供支持, 如网上调解程序; 以及
- 提供健全的法律框架以促进跨境执行调解所产生的和解协议。

与第2条有关的贸易法委员会参考文件

《大会正式记录, 第七十三届会议, 补编第17号》(A/73/17), 第53段;

《大会正式记录, 第五十七届会议, 补编第17号》(A/57/17), 第28-29和154段;

A/CN.9/506, 第49段。

第2节. 国际商事调解

第2节评注

38. 第2节涉及调解过程, 并以《2002年示范法》及其第1条第1款和第4款以及第3至14条为基础。

第3条. 本节适用范围和定义

1. 本节适用于国际³商事调解。
2. 调解有下列情形的为“国际”调解:
 - (a) 达成进行调解的约定时, 各方当事人的营业地在不同国家; 或者

(b) 当事人设有营业地的国家不是：

- (i) 商业关系中相当一部分义务履行地所在国；或者
- (ii) 与争议事项关系最密切的国家。

3. 在第2款中：

(a) 一方当事人有不止一个营业地的，与调解约定关系最密切的营业地为营业地；

(b) 一方当事人无营业地的，以其惯常居住地为准。

4. 当事人约定调解是国际调解或者约定适用本节的，本节还适用于商事调解。

5. 当事人可自行约定排除适用本节。

6. 在不违反本条第7款规定的前提下，本节均予适用，而不论进行调解以何为依据，包括以当事人在争议发生之前或者之后达成的约定为依据，以法律规定的义务为依据，或者以法院、仲裁庭或者政府主管实体的指示或者建议为依据。

7. 本节不适用于：

(a) 法官或者仲裁员在司法程序或者仲裁程序过程中试图促成和解的情形；以及

(b) [.....]。

³ 各国如希望颁布本节，将其适用于国内调解和国际调解，似宜考虑对案文作以下修改：

- 删除第1条第1款和第3条第1款中的“国际”一词；及
- 删除第3条第2、3和4款，并相应修改提及编号之处。

第3条评注

39. 第3条划定关于国际商事调解过程的第2节的适用范围。

国际调解

40. 第2节仅适用于第3条第2款所界定的国际调解。第2款确立了区分国际案件和国内案件的标准。如果调解协议当事人在订立协议

时在不同国家设有营业地,或者履行商业关系中相当一部分义务所在地的国家或与争议事项关系最密切的国家不是当事人设有营业地的国家,即满足了国际性要求。第3款就一方当事人有不止一个营业地或没有营业地这两种情形提供了确定当事人营业地的标准。在第一种情况下,与调解协议关系最密切的营业地为营业地。关于可能表明某一营业地与调解协议关系密切的因素,可以是争议所涉商业关系的相当一部分义务将在该营业地履行,也可以是争议事项与该营业地关系最密切。一方当事人无营业地的,以其惯常居住地为准。第3条无意干扰国际私法规则的实施。

国内调解的可能覆盖范围

41. 第2节不应解释为鼓励颁布国将《示范法》的适用限于国际案件。颁布国可在执行立法中扩大《示范法》的适用范围,以涵盖国内调解和国际调解,但须按第1款的脚注3对案文稍作改动(A/CN.9/506,第17段)。如果认为有必要作进一步增改以反映这一领域的国内政策,颁布国应谨慎评估增加的内容是否适合国际案件,如果不适合,则应使其仅适用于国内案件。此外,第4款允许当事人约定对商事调解适用《示范法》(即选择适用《示范法》),即使调解不是第2节所界定的国际调解。当事人可以通过两种方式“选择适用”《示范法》:要么约定其调解具有国际性(即使案件具体情况并不表明其国际性,亦或不清楚案件是否具有国际性),要么直接就《示范法》的适用性达成协议。

选择不适用第2节

42. 第5款允许当事人排除适用第2节。例如,可适用第5款的情形是,本来是国内调解的当事人为方便起见而就国外调解地达成协议,但又不打算使调解成为“国际”调解。

调解及和解协议的国际性

43. 应当注意的是,由于调解的国际性标准与和解协议的国际性标准在概念上存在差异,第2节(第3条第2款)和第3节(第16条第4款)

分别载有关于“国际性”的定义(A/CN.9/943, 第10段)。之所以有两个定义,是因为国际调解的结果不一定是“国际”和解协议。应在订立和解协议本身时(例如,而不是在订立调解协议时)对和解协议的国际性进行评估。由于第3节仅侧重于“国际”和解协议,因此认为有必要还对和解协议的国际性加以界定并对国际调解和国际和解协议加以区分。

44. 尽管“国际性”概念的范围不同,但颁布《示范法》的国家可以考虑对“国际性”一词采用统一的定义(见第16条的脚注7)(A/CN.9/934, 第121-127段)。

当事人有义务进行调解的情形

45. 《示范法》考虑到这样一个事实,即虽然当事人通常在争议发生后经协议启动调解,但某些理由的存在可能使得当事人有义务为调解其分歧而作出真诚的尝试。一个理由可能是当事人在争议发生之前给自己订立了合同承诺,另一个理由则可能是一些国家通过了立法,要求在某些情况下当事人必须进行调解,或允许法官或法院主管人员建议甚至命令当事人先进行调解再继续提起诉讼。《示范法》不涉及此类义务,也不涉及因不遵守这些义务而可能引起的制裁。关于这些事项的规定取决于国内政策,而国内政策不易在世界范围内协调统一。《示范法》所依据的原则是,调解程序的程序特点以及是否需要本法规定的保护(例如,第11条规定的某些证据不予采信),不取决于当事人是否依照事先约定、法律义务或法院命令进行调解。为了消除对于《示范法》在这些情况下是否适用存在的任何疑问,第6款规定,无论调解是依当事人约定进行的,还是根据法律规定的义务或法院、仲裁庭或政府主管实体提出的请求进行的,第2条均予适用。

46. 即使是在调解完全依从当事人约定的颁布国,建议也不要再在颁布《示范法》的具体立法中省略第3条第6款。对于这种情形,该款明确规定,如果当事人启动了受该国法律管辖的调解,而该调解是根据外国法律或外国法院或机构的请求所产生的法律义务进行的,则应适用《示范法》。

可能被排除在颁布立法范围之外的情形

47. 第7款允许颁布国将某些情形排除在第2节的适用范围之外。但是,在解释第7款时,应当注意的是,如果当事人根据第4款约定适用第2节的规定,则第2节并不排除在第7款所列任何情况下适用该节。(a)项将法官或仲裁员在裁决争议过程中进行调解程序的任何案件排除在《示范法》适用范围之外。这一程序可以是应争议各方的请求进行的,也可以是行使法官特权或裁量权进行的。(a)项中表述的除外情形被认为对于避免不当干扰现行程序法是必要的。不过,应当注意的是,《示范法》并非意在表明法官或仲裁员是否可在法院或仲裁程序进行过程中进行调解。在一些法律制度中,根据当事人的约定,仲裁员可以成为调解员并进行调解程序,但在其他法律制度中这并不是可接受的做法。¹⁵ 在一些所谓并入法院的调解案中,可能不清楚这种调解是否是“在法院……程序过程中”进行的。为了避免这方面的不确定性,颁布国似宜在颁布《示范法》的该项立法中明确说明此类调解是否受第2条管辖。(b)项建议颁布国可以考虑其他应予排除的领域。例如,颁布国可考虑不对劳资集体谈判关系方面的调解适用《示范法》第2条,因为一些国家可能已在集体谈判制度中建立了调解制度,这些调解制度可能须服从或许不同于《示范法》基本政策考虑的特殊政策考虑。除外情形的另一个例子可能是关于司法人员进行的调解(A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1,脚注5,以及A/CN.9/WG.II/WP.115,第7段)。鉴于这种以司法形式进行调解的机制受法院规则管辖,而且《示范法》无意涉及任何国家的法院管辖权,将这些机制也排除在第2节的范围之外可能是适当的。

在涉及多方当事人情况下使用调解

48. 某些法域的经验表明,在涉及多方当事人情况下,尤其是在利益和问题错综复杂且涉及多方而非双方当事人情况下,《示范法》也有助于促进以非司法方式解决争议。委员会注意到,对涉及多方当事人的复杂争议使用调解正在取得成功。这方面的显著实例包括在破产程序期间产生争议,或者争议的解决对于避免启动破产程序必不可少。这种争议涉及债权人或各类债权人与债务人之间的问题或者债

¹⁵ 《大会正式记录,第五十七届会议,补编第17号》(A/57/17),第26和152段。

权人当中的问题,而这种情况往往因为与债务人的争议或者与破产债务人的订约方的争议而变得复杂。例如,这些问题的产生可能与下列方面有关:破产公司重组计划的内容;因声称某一债权人或多个债权人得到优惠待遇而提出撤销交易要求;破产管理人与债务人的订约方之间与实施合同或终止合同有关的各种问题以及此种情况下的赔偿问题。¹⁶

与第3条有关的贸易法委员会参考文件

《大会正式记录,第七十三届会议,补编第17号》(A/73/17),第54段;
《大会正式记录,第五十七届会议,补编第17号》(A/57/17),第15、18、22-27、135-140、152和173-177段;
[A/CN.9/934](#),第121-130段;
[A/CN.9/861](#),第36-43段;
[A/CN.9/867](#),第93-101段;
[A/CN.9/WG.II/WP.195](#),第7-12段;
[A/CN.9/WG.II/WP.205](#),第40段;
[A/CN.9/506](#),第15-17段;
[A/CN.9/WG.II/WP.115](#),评注1-7和12-13;
[A/CN.9/487](#),第88、90-99和105-109段;
[A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1](#),脚注3-6和9-10;
[A/CN.9/485](#),第117-120段;
[A/CN.9/WG.II/WP.110](#),第89-90段。

¹⁶同上,第173-177段。

第4条. 经由协议的变更

除第7条第3款的规定外,当事人可约定排除或者变更本节的任何规定。

第4条评注

49. 为了突出对当事人意思自治原则给予的重视,这一条文作为一个适用于第2节的独立条款单独列出。列入这一条款,反映了调解的整个概念依存于当事人意愿这一原则。这种起草方式还意在使《示范法》与贸易法委员会其他文书(例如,《联合国国际货物销售合同公约》第6条、《贸易法委员会电子商务示范法》第4条,以及《贸易法委员会电子签名示范法》第5条)更加一致。在单独一个条款中表述当事人意思自治原则,可进一步减少在第2节的一些具体条文中重复这项原则的必要性(A/CN.9/WG.II/WP.115,评注14)。第4条鼓励当事人意思自治,凡是能够经协议确定的事项几乎都交由当事人处理。但是,关于调解员公平对待各方当事人的第7条第3款不受当事人意思自治原则的限制。同样,由于第4条只适用于第2节的规定,可经由协议变更的范围虽广,但只适用于第2节的规定。第3节涉及调解产生的和解协议的可执行性,不宜适用当事人意思自治。

与第4条有关的贸易法委员会参考文件

《大会正式记录,第七十三届会议,补编第17号》(A/73/17),第54段;
《大会正式记录,第五十七届会议,补编第17号》(A/57/17),第30-31、127-134和155段;
A/CN.9/934,第131段;
A/CN.9/WG.II/WP.205,第44段;
A/CN.9/506,第51和140-144段;
A/CN.9/WG.II/WP.115,评注14;
A/CN.9/WG.II/WP.110,第87段。

第5条. 调解程序的启动⁴

1. 对于所发生的争议, 调解程序自该争议各方当事人同意参与调解程序之日开始。
2. 一方当事人邀请另一方当事人参与调解, 自邀请函发出之日起30日内或者在该邀请函规定的其他期限内未收到对该邀请函的接受函的, 可决定将此作为拒绝调解邀请处理。

⁴下述案文是对拟采纳时效期限中止条款的国家提出的:

第X条. 时效期限的中止

1. 调解事项的请求, 时效期限自调解程序启动之时起暂停计算。
2. 调解程序未达成和解协议而终止的, 时效期限自调解未达成和解协议而终止之时起恢复计算。

第5条评注

第5条的效力

50. 第5条涉及调解程序的启动问题。委员会在通过《示范法》时商定, 条文第1款应与第1条第3款协调一致。这样做是考虑到调解可能是由于法院、仲裁庭或政府主管机关等争议解决机构提出建议、下达命令或提出请求而进行的。第5条规定, 争议各方同意参与调解程序之时即为调解开始。这一规定的效果是, 即使合同中有一条规定要求当事人参与调解, 或者法院或仲裁庭指示当事人参与调解程序, 但此类程序仍然是在各方当事人同意参与此类程序之后开始。《示范法》未涉及任何此类要求或者当事人未按要求行事的后果(见第45段)。

当事人同意参与调解的方法

51. 笼统提及“争议各方当事人同意参与调解程序之日”, 是为了把各方当事人同意参与调解程序的不同方法都包括在内。例如, 这类方法可以包括一方当事人接受另一方提出的调解邀请, 或者双方当事人接受法院、仲裁庭或政府主管实体提出的建议、下达的命令或提出的请求。

52. 由于第5条第1款提及同意“参与调解程序”《示范法》把确定达成这一协议的准确时间的问题留给了《示范法》以外的法律来处理。各方当事人何时达成协议的问题最终是一个证据问题(A/CN.9/506, 第97段)。

接受调解邀请的期限

53. 第2款规定,如果一方当事人邀请另一方当事人参与调解,而自发出邀请之日起30天内或在该邀请规定的任何其他期限内另一方当事人未接受邀请,该方当事人可将该邀请视作已被拒绝。对调解邀请作出答复的期限定为30天,《贸易法委员会调解规则》(2021年)第2条也是这样规定的。但是,如有相反约定,这一时限应服从之,以便提供最大限度的灵活性并在启动调解所应遵循的程序上尊重当事人意思自治原则。

54. 第2款可能产生的一个问题涉及该款在下述情况下的效力,即双方当事人已约定调解未来的争议,但在争议产生后一方当事人不再希望调解。这里的问题是,第2款是否为该方当事人提供了只要不在30天内答复调解邀请即可无视其合同义务的机会。在拟订《示范法》的过程中曾商定,《示范法》不应涉及当事人未遵守调解约定而带来的后果,这一事项留给《示范法》所不涉及的关于义务的一般法律来处理。因此,第2款的目的是(通过确定调解尝试何时被视为归于失败)就不清楚一方当事人是否愿意调解的情形提供确定性,而不论根据关于义务的一般法律此种不守约是否违反调解约定。¹⁷

撤回调解邀请

55. 第5条并未涉及发出调解邀请后又撤回的情形。尽管在拟订《示范法》期间曾提出一项建议,提出应当列入一则条文,规定提出调解的一方当事人可在邀请被接受之前自由撤回调解邀请,但当时作出的决定是,鉴于第12条(d)项规定双方当事人可随时终止调解程序,这样的条文可能是多余的。另外,列入一则关于撤回调解邀请的条文是就撤回调解提议或承诺的条件提出新的规则,从而可能不适当地干扰合同订立法(A/CN.9/WG.II/WP.115, 评注17)。

¹⁷《大会正式记录,第五十七届会议,补编第17号》(A/S7/17),第36段。

关于中止时效期限的可能条文

56. 第5条标题的脚注(脚注4)列入了可供拟颁布该条的国家选用的案文。在拟订《示范法》时曾就是否有必要在《示范法》中列入一条统一规则进行过讨论,即规定调解程序的启动将中断调解所涉请求的时效期限的计算。最后商定,作为第4条的脚注列入该条文,供希望颁布该条的国家选用(A/CN.9/506,第93-94段)。¹⁸ 如果某一颁布国采纳第x条草案,该国可能希望规定以书面形式终止调解,若如此,该国还可能希望规定以书面形式宣布调解开始(见下文第86段)。¹⁹ 另外,那些按第x条草案的写法通过一条时效期限中止条款的国家可能希望考虑列入规定,以更为准确地界定何以构成“调解”。这一点之所以必要,是因为商定在《示范法》中对“调解”一词作广义的界定,以反映这样的理念,即调解是一种灵活过程,实践中有多种形式,其中一些形式可能是相当非正式的,而且可以在没有书面约定的情况下进行调解。在适用时效期限中止条款时,这种条文可能会有帮助,由于可能因确定调解是否发生以及调解何时开始而产生严重的法律后果,所以这些条文就其本身性质而言必须非常具体。在决定是否以第x条草案的形式颁布一项条文时,应当注意《示范法》第14条,该条规定,任何一方当事人均可不受限制地凭其单方面行动提起仲裁程序或司法程序,但以此种行动对维护其权利所必需为限。鉴于不应将此种行动本身当作放弃调解约定,一方当事人可以因此而通过单方面行动延长时效期限。

与第5条有关的贸易法委员会参考文件

《大会正式记录,第七十三届会议,补编第17号》(A/73/17),第54段;
《大会正式记录,第五十七届会议,补编第17号》(A/57/17),第32-37、96和156段;

A/CN.9/506,第53-56和93-100段;

A/CN.9/WG.II/WP.115,评注15-17,28;

A/CN.9/487,第110-115段;

A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1,脚注11,12和24;

¹⁸同上,第33-34段。

¹⁹同上,第96段。

A/CN.9/485, 第 127-132 段;

A/CN.9/WG.II/WP.110, 第 95-96 段;

《贸易法委员会调解规则》(1980年), 第 2 条;

《贸易法委员会调解规则》(2021年), 第 2 条;

《贸易法委员会调解安排说明》, 说明 1, 第 16-28 段。

第 6 条. 调解员的人数和指定

1. 调解员应为一, 除非当事人约定应有两名或者多名调解员。
2. 当事人应尽力就一名调解员或者多名调解员达成协议, 除非已约定不同指定程序。
3. 当事人可在指定调解员方面寻求机构或个人的协助。特别是:
 - (a) 一方当事人可请求上述机构或个人推荐适合担任调解员的人选; 或者
 - (b) 当事人可约定由上述机构或者个人直接指定一名或者多名调解员。
4. 在推荐或者指定个人担任调解员时, 上述机构或者个人应考虑可确保指定一名独立和公正调解员的各种因素, 情况适当的, 还应考虑是否适宜指定一名不属于各方当事人国籍的调解员。
5. 可能被指定为调解员的人, 应在与此指定有关的洽谈中披露可能对其公正性和独立性产生正当怀疑的任何情形。调解员应自其被指定之时起, 并在整个调解程序期间, 毫无延迟地向各方当事人披露任何此种情形, 除非此种情形已由其告知各方当事人。

第6条评注

默认规则

57. 在国际商事仲裁中, 默认规则通常规定仲裁员为三人(见《仲裁示范法》第10条和《贸易法委员会仲裁规则》第7条), 与之不同的是, 调解实践表明, 当事人通常希望由一名调解员来处理争议。为此, 第6条中的默认规则规定调解员为一人。

各方当事人就选择调解员达成协议

58. 第6条的意图是鼓励各方当事人就选择调解员达成协议。各方当事人首先在相互之间努力商定一名调解员, 这种做法的好处是尊重调解程序的合意性质, 并使当事人拥有更多支配权, 从而对调解程序抱有信心。尽管在《示范法》的拟订过程中曾提出, 在有不止一名调解员的情况下, 每一名调解员的指定均应经过各方当事人的同意, 从而避免偏袒之嫌, 但普遍看法认为, 允许每一方当事人指定一名调解员的办法才是更切合实际的做法。这种做法便于迅速启动调解程序并有利于促成和解, 因为由当事人指定的调解员在以独立、公正方式行事的同时将更有能力澄清各方当事人的立场, 从而增加了达成和解的可能性。如需指定三名或三名以上的调解员, 原则上应在双方当事人指定的调解员之外, 经由双方当事人协议任命另一名调解员。这应有助于增进对调解程序的信心。第6条关于双方当事人之间调解的规定经适当修改后也适用于多方当事人之间的调解。

各方当事人未就选择调解员达成协议

59. 如果无法就调解员达成协议, 可能需求助于某一机构或第三人。第3款(a)项和(b)项规定, 该机构或该人可以只推荐调解员人选, 也可经当事人同意后直接任命调解员。第4款阐明该人或机构推荐或任命调解员所应遵循的准则。这些准则着眼于确保调解员的独立性和公正性。

披露有可能对调解员的公正性产生疑问的情形

60. 第5款规定可能担任调解员的人有义务在与此有关的洽谈中披露可能对其公正性或独立性产生正当怀疑的任何情形。按照该规定, 这一义务不仅从与该人洽谈时开始适用, 而且在整个调解期间适用。

在《示范法》拟订过程中曾建议应在这一条文中处理不作此种披露而可能产生的后果,例如,明确规定不作此种披露不应导致调解程序无效。经2018年修订后,《示范法》现在将未披露可能引起正当怀疑的事实视为拒绝根据和解协议准予救济的一项可能理由(见第19条第1(f)款),但规定不予披露必须产生了“重大影响或不当影响”,以及当事人原本将不会订立和解协议的。

与第6条有关的贸易法委员会参考文件

- 《大会正式记录,第七十三届会议,补编第17号》(A/73/17),第54段;
《大会正式记录,第五十七届会议,补编第17号》(A/57/17),第38-53和157段;
A/CN.9/506,第57-66段;
A/CN.9/WG.II/WP.115,评注18-19;
A/CN.9/487,第116-119段;
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1,脚注13和14;
《贸易法委员会调解规则》(1980年),第3条和第4条;
《贸易法委员会调解规则》(2021年),第3条;
《贸易法委员会调解安排说明》,说明2,第29-35和69段。

第7条. 调解的进行

1. 当事人可通过提及一套规则或者以其他方式,自行约定进行调解的方式。
2. 未约定调解进行方式的,调解员可以其认为适当的方式,在考虑到具体案情、各方当事人可能表达的任何意愿以及迅速解决争议的必要性进行的情况下进行调解程序。
3. 在任何情况下,调解员进行程序都应力求公平对待各方当事人,并应为此考虑到具体案情。
4. 调解员可在调解程序任何阶段提出解决争议的建议。

第7条评注

当事人的约定

61. 第1款源自《仲裁示范法》第19条,强调各方当事人可自行约定进行调解的方式。当事人可约定采用的关于调解安排的“成套规则”包括诸如《贸易法委员会调解规则》(2021年)或某个提议管理这类争议解决程序的调解中心的规则。

调解员的作用

62. 第2款源自《贸易法委员会调解规则》(1980年)²⁰第7条第3款(还被纳入《贸易法委员会调解规则》(2021年)第4条第1款),该款承认调解员对于在尊重各方当事人意愿的情况下以其认为适当的方式决定调解程序可发挥的作用。

公平、平等对待各方当事人

63. 第3款就调解员应予适用的行为准则提供指导,²¹规定调解员应根据案件的具体情形力求公平对待各方当事人。第3款应被视为调解员必须遵守的一项基本义务和最低限准则。²²第3款中提到公平对待各方当事人,是为了规范调解程序的进行方式,不涉及和解协议的内容。²³“公平对待”这一提法应被理解为还包括下述理念,即调解员应力求在与各方当事人打交道时坚持平等对待的做法。但是,这种平等对待并不意味着必须用同样的时间与每一方当事人进行单独会谈。调解员可以事先向各方当事人解释时间上可能会有差异,包括实际差异和想象的差异,对此只应解释为调解员需要时间探究所有问题、利害关系和达成和解的可能性。²⁴

和解建议

64. 第4款明确规定,调解员可以在调解程序的任何阶段提出和解建议。调解员是否可以提出任何此种建议以及在多大程度上、在什么阶段可以提出此种建议,取决于多种因素,其中包括各方当事人的意愿以及调解员认为最有利于达成和解的方法。

²⁰联合国出版物,出售品编号: E.81.V.6。

²¹《大会正式记录,第五十七届会议,补编第17号》(A/57/17),第158段。

²²同上,第57段。

²³同上,第58段。

²⁴同上,第160段。

与第7条有关的贸易法委员会参考文件

《大会正式记录,第七十三届会议,补编第17号》(A/73/17),第54段;
《大会正式记录,第五十七届会议,补编第17号》(A/57/17),第54-60和158-159段;
A/CN.9/506,第67-74段;
A/CN.9/WG.II/WP.115,评注20-23;
A/CN.9/487,第120-127段;
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1,脚注15-18;
A/CN.9/485,第121-125段;
A/CN.9/WG.II/WP.110,第91和92段;
A/CN.9/468,第56-59段;
A/CN.9/WG.II/WP.108,第61和62段;
《贸易法委员会调解规则》(1980年),第7条;
《贸易法委员会调解规则》(2021年),第4条;
《贸易法委员会调解安排说明》,说明4,第56-70段。

第8条. 调解员与当事人之间的联系

调解员可同时与各方当事人会面或联系,也可与其中一方单独会面或联系。

第8条评注

联系自由

65. 调解员与当事人单独会面实际上极为常见,因此可以推定,调解员有权自行采用这种做法,除非当事人约定任何明确的限制。该款的用意在于使这一问题不存在任何疑问。

与第8条有关的贸易法委员会参考文件

《大会正式记录,第七十三届会议,补编第17号》(A/73/17),第54段;
《大会正式记录,第五十七届会议,补编第17号》(A/57/17),第61-63和160段;

A/CN.9/506, 第75和76段;
A/CN.9/WG.II/WP.115, 评注24;
A/CN.9/487, 第128–129段;
A/CN.9/WG.II/WP.110, 第93段;
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, 脚注19;
A/CN.9/468, 第54和55段;
A/CN.9/WG.II/WP.108, 第56–60段;
《贸易法委员会调解规则》(1980年), 第9条;
《贸易法委员会调解规则》(2021年), 第5条, 第1款;
《贸易法委员会调解安排说明》, 第68段。

第9条. 信息披露

调解员收到一方当事人关于争议的信息时, 可向调解的其他任何当事人披露该信息的实质内容。但是, 一方当事人向调解员提供任何信息附有必须保密的特定条件的, 该信息不得向调解的其他任何当事人披露。

第9条评注

各方当事人与调解员之间公开交流的必要性

66. 为使调解取得成功, 各方当事人和调解员必须能够尽可能地探讨和了解当事人之间的问题、最终导致争议的背景和具体情况(包括当事人无法协商解决其争议的原因), 以及当事人克服现有问题、解决争议并消除可能误解的可能性。因此, 在调解过程中, 所讨论的事项范围可能不限于调解开始时引起法律争议的问题, 还可以包括当事人之间重建未来关系的可能性或相互作出让步的建议。为使这类讨论有成功的机会, 各方当事人必须愿意公开、深入地探讨通常不在仲裁程序或法院程序中审议的问题, 包括当事人视为敏感或机密的那些问题。如果存在着可能将该信息某一部分披露给第三人或予以公开的风险, 亦或如果调解失败一方当事人可能在仲裁程序或法院程序中将

另一方当事人披露的信息或陈述用作证据,当事人就会在调解期间三缄其口,因而不大可能达成和解。因此,有关调解程序的法律框架必须制定保障措施,为防止过度披露某些事实和信息而提供必要程度的法律保护。这些保障措施是调解制度的核心部分,也是为什么需要制定调解立法的一个特别重要的原因。

信息披露

67. 第9条阐述的原则是,一方当事人提供给调解员的任何信息都可以披露给另一方当事人,除非提供信息的当事人另有具体要求。如此规定的用意在于促进每一方当事人与调解员之间开诚布公地交流信息,同时保留当事人对于保密的权利。调解员的作用是促成坦率地交换关于争议的信息。这种披露有助于加强所有当事人对调解的信心。然而,披露原则并不是绝对的,原因在于,调解员有向另一方当事人披露信息的自由,但并无这种义务。事实上,如果一方当事人在向调解员提供信息时附有具体的保密条件,则调解员有责任不披露该特定信息。这一做法有其正当理由,因为调解员是不对当事人强加约束性决定的。在2002年拟订本条时曾建议,必须先由向调解员提供信息的当事人表示同意后,才能将该信息传达给另一方当事人。这一建议最终未被采纳。但是,在2021年修订《贸易法委员会调解规则》草案时,决定采用这一做法,因为一些国家广泛依循这种做法并取得良好效果,而且某些国家已将这种做法明确载入调解规则。因此,考虑到可能认为当事人会理所当然地期望所传达给调解员的信息将被视为保密信息,还是建议在依循《示范法》解决办法的情况下,调解员应告知当事人,向调解员传达的信息有可能被披露,除非调解员被告知不得这样做。²⁵

“信息”的概念

68. 在第9条所确定的法律规则范围内,“信息”概念最好取其广义。这样做的用意是涵盖当事人向调解员传送的所有相关信息。本条使用的“信息”概念应理解为不仅涵盖调解期间交流的信息,而且也包括调解实际开始前交流的信息。之所以使用“该信息的实质内容”而不是“该信息”一词,是为了反映调解员事实上不必逐字逐句地传达从当事人收到的任何信息内容。²⁶

²⁵同上,第161段。

²⁶同上,第162段。

与第9条有关的贸易法委员会参考文件

《大会正式记录,第七十三届会议,补编第17号》(A/73/17),第54段;
《大会正式记录,第五十七届会议,补编第17号》(A/57/17),第64-73
和161-163段;
A/CN.9/506,第77-82段;
A/CN.9/WG.II/WP.115,评注25;
A/CN.9/487,第130-134段;
A/CN.9/WG.II/WP.110,第94段;
A/CN.9/468,第54-55段;
A/CN.9/WG.II/WP.108,第56-60段;
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1,脚注20和21;
《贸易法委员会调解规则》(1980年),第10条;
《贸易法委员会调解规则》(2021年),第5条,第3款;
《贸易法委员会调解安排说明》,第49段。

第10条. 保密

除非当事人另有约定,与调解程序有关的一切信息均应保密,但按照法律要求或者为了履行或者执行和解协议而披露信息除外。

第10条评注

关于保密的一般规则

69. 一条关于保密的条文颇为重要,因为在规定了法定义务的情况下,如果各方当事人相信有关调解的信息将予以保密,调解就会更具吸引力(A/CN.9/506,第86段)。这一条文措词宽泛,使用了“与调解程序有关的一切信息”的提法,不仅涵盖在调解程序进行期间披露的信息,还涵盖这些程序的实质内容和结果以及在达成调解约定之前进行的调解的相关事项,其中包括就调解的可取性、调解协议的条款、调解员的选择、调解邀请以及接受或拒绝此种邀请进行讨论等。之所以使用“与调解程序有关的一切信息”这一表述,是因为它体现了一种久经验证的套语,原《贸易法委员会调解规则》(1980年)第14条(和新《贸易法委员会调解规则》(2021年)第6条)均载有这一套语。

当事人意思自治

70. 针对所表达的关切,即或许不宜将一条不受限于当事人意思自治、而且可能难以实施的规则强加于各方当事人,第10条明确规定以不违反当事人意思自治为限。这就加强了《示范法》中的一个主要目标,即尊重当事人意思自治,同时在没有相反约定的情况下为当事人提供一条明确的指导性规则。

该规则的例外情形

71. 该规则还受限于明确的例外情形,即根据法律规定必须予以披露,例如,披露刑事犯罪证据的义务,或者为实施或执行和解协议必须予以披露。尽管负责拟订《示范法》的工作组最初考虑列出具体例外情形,但当时强烈认为在《示范法》案文中列举例外情形可能会造成解释上的困难,特别是在所列出的例外情形是否应被视为详尽无遗这一点上。工作组商定,较为适宜的办法是在本《指南》中载列保密通则可能存在的例外情形,所列出的仅作为示例,并非详尽无遗。在这类例外情形的例子中,有的法律规定,如果存在不披露信息可能致人死亡或人身受到严重伤害的威胁,调解员或当事人必须披露信息;还有的法律规定,为了公共利益必须予以披露,例如,为了提醒公众注意健康威胁、环境威胁或安全威胁等。起草人的意图是,如果法院正在审查一项关于某人未遵守第10条的指控,法院还应同时考虑到关于当事人行为的任何证据是否表明当事人认识到或未认识到调解的存在并因而要求保密。有些国家在颁布《示范法》时似宜对第10条作出说明,以反映这一解释。²⁷

与第10条有关的贸易法委员会参考文件

- 《大会正式记录,第七十三届会议,补编第17号》(A/73/17),第54段;
《大会正式记录,第五十七届会议,补编第17号》(A/57/17),第74-81和164段;
A/CN.9/506,第83-86段;
A/CN.9/487,第130-134段;
《贸易法委员会调解规则》(1980年),第14条;
《贸易法委员会调解规则》(2021年),第6条;
《贸易法委员会调解安排说明》,第45-46段。

²⁷同上,第76段。

第11条. 证据在其他程序中的可采性

1. 调解程序的一方当事人、调解员或者任何第三人, 包括参与调解程序管理的人在内, 不得在仲裁程序、司法程序或者类似程序中依赖于下列任何一项、将其作为证据提出或者就其提供证言或者证据:

(a) 一方当事人关于参与调解程序的邀请, 或者一方当事人曾经愿意参与调解程序的事实;

(b) 一方当事人在调解中就解决争议的可能办法发表的意见或提出的建议;

(c) 一方当事人在调解程序过程中作出的陈述或者承认;

(d) 调解员提出的建议;

(e) 一方当事人已表示愿意接受调解员提出的和解建议这一事实;

(f) 完全为调解程序而准备的文件。

2. 不论本条第1款所述及信息或者证据的形式如何, 本条第1款均适用。

3. 仲裁庭、法院或者其他政府主管机关不得下令披露本条第1款所述及的信息, 违反本条第1款提供这类信息作为证据的, 该证据应作为不可采信处理。尽管如此, 在法律规定的限度内或者为了履行或者执行和解协议, 可披露或者作为证据采信这类信息。

4. 不论仲裁程序、司法程序或者类似程序是否与调解程序目前或者曾经涉及的争议有关, 本条第1款、第2款和第3款的规定均适用。

5. 仲裁程序、司法程序或者类似程序中可予采信的证据, 不违反本条第1款所规定限制的, 不因其曾在调解中使用转而不予采信。

第11条评注

一般禁止为其他程序之目的而使用在调解中获得的信息

72. 在调解程序中,当事人一般可对可能的和解提议发表建议和意见,作出承认或表示愿意和解。如果即使作出这些努力,调解仍未达成和解,而且一方当事人启动了司法程序或仲裁程序,那么这些意见、建议、承认或愿意和解的表示就有可能在不利于作出上述行动的当事人的情况下被使用。这种信息“外溢”的可能性或许会妨碍当事人在调解过程中积极努力达成和解,从而降低了调解的效用(A/CN.9/WG.II/WP.108,第18段)。因此,第11条旨在通过禁止在以后任何程序中使用第1款所列信息来鼓励在调解中进行开诚布公的讨论。“或者任何第三人”一语是用来明确参与调解程序的非当事方(如证人或专家)也受第1款的约束。²⁸“类似程序”一语意在不仅涵盖行政程序,而且还涵盖一些国家所使用的“证据开示”和“裁处”之类的程序,此类方法是为取证而使用的,²⁹不为“司法程序”概念所涵盖。

与新《调解规则》(2021年)第7条的关系

73. 如果双方当事人尚未就诸如新《贸易法委员会调解规则》(2021年)第7条所载的规定达成一致,则尤其需要这一条文,其规定是,双方当事人不得在仲裁程序或司法程序中依赖于下列任何一项或将其作为证据提出:

(a) 一方当事人关于进行调解的邀请,或者一方当事人愿意曾经参加调解的事实;

(b) 一方当事人在调解过程中就解决争议的可能办法发表的意见或提出的建议;

(c) 一方当事人在调解过程中作出的陈述或者承认;

(d) 调解员或当事人提出的建议;

(e) 一方当事人已表示愿意接受调解员或各方当事人提出的和解建议(或其中部分)这一事实;以及

(f) 主要为调解目的而准备的文件。

²⁸同上,第83段。

²⁹同上,第166段。

74. 不过,即使双方当事人商定了这样一条规则,该立法条文依然有用,因为至少在一些法律制度中,法院可能不会对证据在法院程序中可采性的协议给予充分效力。

第 11 条的效力

75. 第 11 条对证据在其他程序中的可采性规定了两种结果:一是对当事人规定的不得依赖于第 11 条所列明的各类证据的义务,一是法院不得采信此种证据的义务。³⁰《示范法》旨在防止在随后的司法程序或仲裁程序中使用某些信息,而不论双方当事人是否已约定一条诸如新《贸易法委员会调解规则》(2021 年)第 7 条所载的规则。如果双方当事人尚未约定一条与之相反的规则,《示范法》规定,双方当事人在随后的任何仲裁程序或司法程序中均不得依赖于示范条文所列明的各类证据。所列明的证据将不予采信,仲裁庭或法院亦不能命令予以披露。

信息或证据的形式

76. 第 2 款规定,第 11 条所禁止的情形应广泛适用于第 1 款所列明的各类信息或证据,而无论此类信息或证据的形式为书面文件、口头陈述或电子讯息。专门为调解程序目的准备的文件不仅可包括当事人陈述,还可例如包括证人陈述和专家意见。

禁止披露与调解有关的证据或资料

77. 为了推动参与调解的各方当事人之间坦诚相见,各方当事人必须能够在了解该规则的范围以及将适用该规则的情况下参与调解。为此,第 1 款禁止参与调解程序的任何一方当事人——包括调解员和任何第三方——在其他程序中使用与调解有关的材料。为澄清并加强第 1 款所表述的规则,第 3 款对法院、仲裁庭或政府实体下令披露第 1 款所述及的信息的权利作了限制——除非这种披露是管辖仲裁庭或司法程序的法律所允许或要求的,同时第 3 款要求这类机构对作为证据提出的任何这类信息作为不可采信处理。

³⁰《大会正式记录,第五十七届会议,补编第 17 号》(A/57/17),第 166 段。

法律允许或要求披露信息的情形

78. 在拟订《示范法》时认识到,在某些制度中,“法律”这一术语不仅包括法规案文,而且还包括法院判决。在最后审定《示范法》案文时,委员会商定对“法律”这一术语应作狭义解释,根据这种解释,法律是指法规,而不是指由仲裁庭或法庭下达的要求一方当事人调解的命令。因此,当一方当事人为了在诉讼或类似程序中证明其立场而请求披露证据时(但不存在压倒一切的公共政策利益,如下文所述及的利益),将禁止法院下达披露证据的命令。然而,法院的此种命令(以及有可能针对可能提供第1款中述及的证据的一方当事人或另一人的相应制裁威慑,包括刑事制裁)一般都以法规为依据,而某些类型的此种命令(特别是以刑事诉讼程序法或保护公共安全或职业道德的法律为依据的命令)可能会被视为第1款规则的例外情形。³¹

79. 然而,可能存在这样的情形:虽然某些事实的证据根据第11条不予采信,但如果绝对有必要顾及必须服从的公共政策方面的理由,则这种不予采信的规定必须予以推翻,例如:

- 需要披露某一参与方发出的会造成人身伤害或非法损失或损害的威胁;
- 某一参与方试图利用调解来策划或实施犯罪;
- 需要有证据来确立或反驳基于调解期间发生的行为提出的失职指控;以及
- 在涉及欺诈或胁迫行为的程序中需要有关于双方当事人所达成协议的有效性或可执行性的证据,或者调解期间作出的陈述显示出对公众健康或安全构成重大威胁。

80. 第3款最后一句笼统地规定了此类例外情形,其表述方式类似于第10条中保密义务例外情形的表述方式。

调解与随后程序之间的关系

81. 第4款扩大了第1-3款的适用范围,使其不仅适用于随后与调解有关的程序,而且还适用于随后无关的程序。这一条文消除了通过在

³¹同上,第167段。

主要争议问题不同于调解所审议的争议问题的程序中提出证据而避免适用第 10 条的可能性。

82. 然而, 为了确保不在随后的程序中使用某些信息, 有一点必须铭记, 即实际上当事人经常会在调解程序中出示业已存在的或为调解以外的目的而产生的信息或证据, 而当事人不会因为在调解程序中出示此类信息或证据而放弃在以后的程序中使用之, 或者因其他原因而使之不可采信。为消除这方面的疑虑, 第 5 款明确规定, 所有本可在随后的法院程序或仲裁程序中作为证据予以采信的信息, 不得仅仅因为在先前的调解程序中被提出而不予采信(例如, 在涉及海上货物运输合同的争议中, 为了证实托运人的姓名, 即使是在调解中使用过的提单也可采信)。不予采信的只是第 1 款所列在调解程序中作出的陈述(或观点、建议等), 但作出这些陈述所依据的任何基本证据不在不予采信之列。

83. 在许多法律制度中, 不得强迫当事人在法院程序中提供享有“特许保密权”的文件——例如, 客户与其律师之间的书面通信。但是, 在一些法律制度中, 如果当事人已经在某一程序中依赖于享有特许保密权的文件, 该特权即有可能丧失。可以在调解程序中为促进和解而提交享有特许保密权的文件。为了不妨碍在调解中使用享有特许保密权的文件, 颁布国不妨考虑列入一则条文, 规定在调解程序中使用享有特许保密权的文件不构成放弃该特权。

与第 11 条有关的贸易法委员会参考文件

《大会正式记录, 第七十三届会议, 补编第 17 号》(A/73/17), 第 54 段;
《大会正式记录, 第五十七届会议, 补编第 17 号》(A/57/17), 第 82-91 和 165-167 段;

A/CN.9/506, 第 101-115 段;

A/CN.9/WG.II/WP.115, 评注 29-35 ;

A/CN.9/487, 第 139-141 段;

A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, 脚注 25-32 ;

A/CN.9/485, 第 139-146 段;

A/CN.9/WG.II/WP.110, 第 98-100 段;

A/CN.9/468, 第 22-30 段;

A/CN.9/WG.II/WP.108, 第 16 和 18-28 段;

A/CN.9/460, 第 11-13 段;

《贸易法委员会调解规则》(1980年), 第 20 条;

《贸易法委员会调解规则》(2021年), 第 7 条;

《贸易法委员会调解安排说明》, 第 50-51 段。

第 12 条. 调解程序的终止

调解程序在下列情形下终止:

(a) 当事人订立了和解协议的, 于协议订立日终止;

(b) 调解员与当事人协商后声明继续进行调解已无必要的, 于声明日终止;

(c) 当事人向调解员声明终止调解程序的, 于声明日终止; 或者

(d) 一方当事人向另一方或者几方当事人以及已指定的调解员声明终止调解程序的, 于声明日终止。

第 12 条评注

可终止调解的各种情形

84. 这一条文列举了可终止调解程序的各种情形。条文(a)项使用“订立”而不是“签署”这一表述, 是为了更好地反映以任何方式达成和解的可能性, 例如交换电子通信, 甚至是口头方式(见A/CN.9/506, 第 88 段)。(a)项所列第一种情形系调解圆满结束的情形, 即达成了和解协议。(b)项所列第二种情形允许调解员或调解员小组在与双方当事人协商后终结调解程序。在拟订《示范法》的过程中商定, (b)项还应涉及在调解程序启动后放弃调解的情形, 在这种情形中, 当事人的行为意味着放弃调解, 例如, 一方当事人对调解的前景表达了消极看法, 或者一方当事人在受到邀请时拒绝与调解员协商或会面。³²“与当事人协商后”一语应被解释为包括调解员与当事人接触, 试图进行协商但未收到任何答复的情形。(c)项规定, 双方当事人均可宣布调解

³²《大会正式记录, 第五十七届会议, 补编第 17 号》(A/57/17), 第 169 段。

程序终止, (d) 项允许一方当事人向另一方当事人和调解员或调解员小组发出这类终止通知。

85. 如上文关于第5条所述, 当事人可能有义务启动并善意参与调解程序。这一义务可能产生于当事人在争议发生之前或之后订立的协议、法规规定或法院指令或要求。此种义务的渊源因国家不同而相异, 《示范法》并未涉及。《示范法》也未涉及当事人不履行此项义务的后果(见上文第45段)。

终止的形式

86. 虽然第12条并不要求以书面形式终止程序, 但颁布国若采纳第5条的脚注所载第x条草案, 似宜考虑是否要求以书面形式终止程序, 因为在确定调解于何时结束时需要准确无误, 以便法院能够正确确定何时停止计算时效期限(见上文第56段)。³³

与第12条有关的贸易法委员会参考文件

《大会正式记录, 第七十三届会议, 补编第17号》(A/73/17), 第54段;
《大会正式记录, 第五十七届会议, 补编第17号》(A/57/17), 第92-98和168-169段;
A/CN.9/506, 第87-91段;
A/CN.9/WG.II/WP.115, 评注26和27;
A/CN.9/487, 第135-136段;
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, 脚注22和23;
《贸易法委员会调解规则》(1980年), 第15条;
《贸易法委员会调解规则》(2021年), 第9条;
《贸易法委员会调解安排说明》, 第80-81段。

³³同上, 第96和168段。

第13条. 调解员担任仲裁员

除非当事人另有约定, 否则调解员不应担任与调解程序曾经或者目前涉及的争议有关的仲裁员, 或者担任与同一合同关系或者法律关系或者任何相关合同关系或者法律关系所引起的另一争议有关的仲裁员。

第13条评注

默认规则, 以当事人意思自治为限

87. 有些法律制度允许在当事人有约定的情况下由调解员担任仲裁员, 有些法律制度则规定此种做法不得违反写入职业行为守则的规则。《示范法》规定了一条不违背当事人意思自治的默认规则: 如果当事人和调解员有约定, 就能够推翻在这一事项上的任何限制, 即使这一事项受限于写入行为守则的规则。³⁴ 第13条强化了第11条的效力, 对调解员担任与调解程序曾经或目前涉及的争议有关的仲裁员或者担任与同一合同或任何相关合同所引起的另一争议有关的仲裁员的可能性加以限制。第13条的目的是提高对调解员以及调解作为争议解决方法的信心。一方当事人若须顾及调解不成功调解员就有可能在随后的仲裁程序中被对方指定为仲裁员的可能性, 或许就不愿意积极争取在调解程序中达成和解。

88. 在有些案件中, 当事人可能将仲裁员事先了解情况看作是一个有利条件, 如果当事人认为这种了解将便于仲裁员协助更有效率地处理案件, 则更是如此。在此类案件, 当事人实际上可能宁愿让调解员而非其他人被指定为以后仲裁程序的仲裁员。这一规定不妨碍任命前任调解员, 前提是双方当事人通过协议偏离该规则——例如, 共同指定该调解员担任仲裁员。关于调解员担任仲裁员的同样考虑, 可能也适用于调解员担任法官的情形。《示范法》未涉及这些情形, 一是由于这种情形比较少见, 二是由于对此作出规定有可能干扰关于司法机关的国内法律规则。颁布国似宜考虑是否有必要在这方面根据本国关于司法机关的规则制订任何特殊规则。³⁵

³⁴同上, 第170段。

³⁵同上。

第 13 条的范围

89. 这一条文不仅适用于“调解程序曾经或者目前涉及的争议”，还适用于“同一合同关系或者法律关系或者任何相关合同关系或者法律关系所引起的另一争议”。第一部分将该条文延伸适用于过去和目前正在进行的调解。第二部分扩大了该条的范围，涵盖不同的、但在商事和事实上与调解事项密切相关的合同所产生的争议。虽然这一表述非常宽泛，但为了确定争议所引起的问题是否与主要合同或法律关系有关，就必须对每一案件进行事实审查。在拟订《示范法》时一致认为，第 13 条中提及的“另一争议”有可能涉及调解程序当事人以外的各方。³⁶

仲裁员担任调解员

90. 《示范法》前一稿载有一则涉及仲裁员担任调解员情形的条文，这种做法在一些法律制度中是允许的。据指出，这类条文所涉及的是仲裁员的职能和权限，以及各国之间各不相同并受到法律传统和社会传统影响的仲裁惯例。在仲裁员担任调解员的问题上不存在既定惯例，某些实务说明指出，仲裁员在建议进行与争议有关的调解程序或参与这类调解程序之前应持谨慎态度。³⁷ 据认为，试图通过统一立法将这些惯例统一起来是不合适的。尽管在拟订《示范法》的过程中已将该条文删除，但委员会一致认为，《示范法》的用意并不是表明仲裁员可否在与争议有关的调解程序中发挥作用或参与其中，这一事项应留给在适用法律和规则范围内行事的各方当事人和仲裁员裁量决定(A/CN.9/506, 第 132 段)。³⁸

调解员担任一方当事人的代表或律师

91. 《示范法》前一稿还限制调解员担任双方当事人中任何一方的代表或律师，除非当事人有相反的约定。不过据指出，在某些法域中，即使双方当事人同意调解员担任任何一方当事人的代表或律师，这种协议也有违调解员应遵守的道德准则，而且有可能被视为损害调解作为解决争议的一种方法所具有的公正性。曾提议修订这一条文以避免将该问题留由当事人自主决定，但遭到反对，理由是该提议损害了当事人意思自治原则，没有认识到在道德守则要求调解员不得担任代表或

³⁶同上，第 102 段。

³⁷例如，见《贸易法委员会关于安排仲裁程序的说明》(2016 年)。

³⁸《大会正式记录，第五十七届会议，补编第 17 号》(A/57/17)，第 170 段。

律师的某些法域,调解员总是可以自行拒绝以这种身份行事。基于此,委员会商定,在调解员是否可担任任何一方当事人的代表或律师的问题上,该条文应保持缄默(A/CN.9/506,第117-118段)。

与第13条有关的贸易法委员会参考文件

《大会正式记录,第七十三届会议,补编第17号》(A/73/17),第54段;
《大会正式记录,第五十七届会议,补编第17号》(A/57/17),第99-105和170段;

A/CN.9/WG.II/WP.110,脚注30;

A/CN.9/WG.II/WP.108,第29-33段;

A/CN.9/506,第117-123段;

A/CN.9/WG.II/WP.115,评注36-41;

A/CN.9/487,第142-145段;

A/CN.9/485,第147-153段;

A/CN.9/468,第31-37段;

《贸易法委员会调解规则》(1980年),第19条;

《贸易法委员会调解规则》(2021年),第12条;

《贸易法委员会调解安排说明》,第35段。

第14条. 诉诸仲裁程序或者司法程序

当事人同意调解并明确承诺不在具体规定的期限内或者具体规定的事件发生前对现有或者未来争议提起仲裁程序或者司法程序的,仲裁庭或者法院应承认此种承诺的效力,直至所作承诺的条件实现为止,但一方当事人认为维护其权利需要提起程序的除外。提起此种程序,其本身不应视为对调解约定的放弃或者调解程序的终止。

第14条评注

对提起仲裁程序或司法程序的自由的限制

92. 在拟订《示范法》时指出,当事人在调解尚未结束时提起仲裁程序或司法程序可能给达成和解带来负面影响。然而,对于制定一项一般规

则并未达成共识, 该规则将防止当事方提起这类仲裁程序或司法程序或者将此种行动限制在采取必要步骤以防止时效期限过期的范围内。据认为, 限制当事人提起仲裁程序或法院程序的权利在某些情况下可能不利于当事人达成调解协议。而且, 阻止诉诸法院可能会引起宪法问题, 因为在一些法域诉诸法院被视为一项不可剥夺的权利。³⁹

93. 《示范法》第 14 条仅限于处理双方当事人具体约定了放弃在调解尚未结束时提起仲裁程序或司法程序的权利这种假设情形。该条文带来的后果是, 法院或仲裁庭将有义务禁止进行违当事人这一约定的诉讼或仲裁。

“但一方当事人认为维护其权利需要提起程序的除外”

94. 即使双方当事人约定了放弃在调解尚未结束时提起仲裁程序或司法程序的权利, 第 14 条依然为一方当事人提供了在其认为提起仲裁程序或法院程序是维护其权利所必需的情况下无视这一约定的可能性。该条文所依据的假设是, 双方当事人将本着善意对自己作出有效的限制, 仅在仲裁程序或法院程序确系维护其权利所必需的情况下才提起此种程序。可能需要提起此种程序的情况包括必须寻求临时保全措施或避免时效期限过期。⁴⁰ 一方当事人还可在另一方一直采取消极态度从而妨碍执行调解协议的情况下提起法院程序或仲裁程序。不过, 在这种情况下, 当事人需在调解程序根据第 12 条被终止后方可提起司法程序或仲裁程序。⁴¹

95. 第 14 条明确规定, 仲裁庭或法庭必须在当事人放弃提起仲裁程序或司法程序的情况下中止任何程序的义务不包括当事人有权诉诸仲裁程序或司法程序这种例外情形。⁴²

³⁹同上, 第 112 段。

⁴⁰同上, 第 117 段。

⁴¹同上。

⁴²同上, 第 116 段。

与第14条有关的贸易法委员会参考文件

- 《大会正式记录,第七十三届会议,补编第17号》(A/73/17),第54段;
《大会正式记录,第五十七届会议,补编第17号》(A/57/17),第111-118和171段;
A/CN.9/506,第124-129段;
A/CN.9/WG.II/WP.115,评注42和43;
A/CN.9/487,第146-150段;
A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1,脚注36和37;
A/CN.9/485,第154-158段;
A/CN.9/468,第45-49段;
A/CN.9/WG.II/WP.108,第49-52段;
《贸易法委员会调解规则》(1980年),第16条;
《贸易法委员会调解规则》(2021年),第10条,第2款。

第15条. 和解协议的约束力和可执行性

当事人订立争议和解协议的,该和解协议具有约束力和可执行性。

第15条评注

96. 第15条强调了和解协议的约束力和可执行性。条文涉及调解过程的结果,因此以该条结束关于调解程序的第2节顺理成章(A/CN.9/934,第132段)。“约束力”一词反映了当事人之间的合同义务,意在涵盖不同法域之间的不同执行前程序。此外,“可执行”一词反映了这一义务可由法院执行的性质,但未就这种执行的性质作具体说明(A/CN.9/896,第79段)。

97. 关于第15条与第3节之间的关联,应当注意的是,第15条提及了和解协议的可执行性,但未要求此种协议必须是国际性的。第15条管辖国际调解所产生的和解协议的执行,而第3节则严格适用于在和解协议订立之时即为国际性的和解协议。

与第15条有关的贸易法委员会参考文件

《大会正式记录,第七十三届会议,补编第17号》(A/73/17),第54段;
《大会正式记录,第五十七届会议,补编第17号》(A/57/17),第119-126
和172段;

A/CN.9/934,第119、125和132段;

A/CN.9/WG.II/WP.205,第45-46段;

A/CN.9/896,第76-83段。

第3节. 国际和解协议

第3节评注

98. 《示范法》第3节侧重于调解程序的结果,即和解协议。该节涉及当事人寻求执行和解协议或者作为抗辩或为其他程序目的而援用和解协议的情形。和解协议缺乏统一的执行机制,被认为是更广泛地使用调解方法的主要障碍(A/CN.9/832,第17-19段)。

99. 第3节不涉及将争议提交调解的协议,因为可能进行调解的依据是多种多样的,不仅包括当事人之间的协议,还包括强制性法律规定或主管机关的命令。

100. 在拟订《新加坡调解公约》的同时并行拟订第16至20条,是为了顾及不同法域在调解方面的经验参差不齐(A/CN.9/901,第93段)。这种同时拟订《公约》和《示范法》条文的双轨办法应可允许尽可能多的国家使用贸易法委员会关于调解产生的国际和解协议这两部文书中的至少一部文书。通过《公约》的国家亦可使用第3节作为实施《公约》的一项立法。

101. 事实上,《公约》和《示范法》第3节的拟订尽可能保持了高度一致性,仅在文书不同性质要求使用不同措辞的情况下存在差异(A/CN.9/943,第11段)。对这两部文书的审议是同时进行的。

颁布国的选项

对不是调解产生的和解协议适用第3节

102. 虽然第3节旨在统一关于执行调解产生的和解协议的规则, 但为各国扩展该节范围使之适用于不是由调解产生的协议提供了灵活性。其目的是允许对和解协议适用第3节, 只要和解协议的目的是解决争议, 即可不考虑最终订立和解协议时所采用的程序(A/CN.9/934, 第133-137段)。

103. 为了使第3节一般适用于国际和解协议, 而无论其是否产生于调解, 颁布国需要对以下条款作出修订:

- 第16条第(1)款, 删除“调解所产生的、”这几个字;
- 删除第18条第(1)(b)款, 以及第18条第(2)款中提及“调解员”之处;
- 第19条第(1)(e)和(f)款以及第(2)(b)款。

根据当事人的约定适用第3节

104. 第16(1)条的脚注6为各国提供了使用择入机制的可能性, 即只有在和解协议各方当事人同意适用第3节的情况下才适用该节。脚注6反映了《新加坡调解公约》第8(1)(b)条中关于保留的规定, 该规定允许一国作出保留, 使之仅在和解协议各方当事人同意适用该节的情况下适用该节(A/CN.9/934, 第137段)。

第3节. 国际和解协议⁵

第16条. 本节适用范围和定义

1. 本节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国际协议(“和解协议”)。⁶
2. 本节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。

3. 本节不适用于:
 - (a) 以下和解协议:
 - (i) 经由法院批准或者系在法院相关程序过程中订立的协议; 以及
 - (ii) 可在该法院所在国作为判决执行的协议;
 - (b) 已记录在案并可作为仲裁裁决执行的协议。
4. 和解协议有下列情形之一的为“国际”和解协议: 在订立该协议时,⁷
 - (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:
 - (i) 和解协议所规定的相当一部分义务履行地所在国; 或者
 - (ii) 与和解协议所涉事项关系最密切的国家。
5. 在第4款中:
 - (a) 一方当事人有不止一个营业地的, 相关营业地是与和解协议所解决的争议关系最密切的营业地, 同时考虑到订立和解协议时已为各方当事人知道或者预期的情形;
 - (b) 一方当事人无营业地的, 以其惯常居住地为准。
6. 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。

⁵一国可考虑颁布本节, 使之适用于争议和解协议, 而不论协议是否产生于调解。然后须对有关条款作出调整。

⁶一国可考虑颁布本节, 使之仅在和解协议各方当事人同意适用本节的情况下适用本节。

⁷一国可考虑为扩大“国际”和解协议定义的范围而在第4款增列一项如下: “产生于第3条第2、3和4款所界定的国际调解的和解协议也为‘国际’和解协议。”

第16条评注

范围

105. 第16条划定关于国际和解协议的第3节的适用范围并反映了《新加坡公约》第2条。第1款引入“和解协议”这一通用术语,指的是调解所产生的、当事人为解决商事争议而以书面形式订立的国际协议。第16条进一步界定“国际”和“书面形式”的概念。应当注意的是,关于救济或合同义务的性质没有规定任何限制(A/CN.9/861,第47-50段)。

106. 和解协议可能涉及调解开始时未考虑的事项。因此,第1款将和解协议定义为调解“所产生的”协议,以避免在执行阶段节外生枝(A/CN.9/861,第69段)。

107. 至于所涵盖的义务,由于和解协议可能同时包含金钱义务和非金钱义务,因此第3节适用于这两类义务。原因是,只规定执行金钱义务会限制性过强,并会在各方当事人之间造成不平衡。有了第3节后,主管机关即可根据适用法律处理非金钱义务执行方面可能出现的任何问题。

适用范围的除外情形

108. 第(2)款和第(3)款详尽列出不适用第3节的除外情形。

- 旨在解决其中一方当事人(消费者)为个人、家庭或家居目的进行交易所产生的争议的和解协议,或与家庭法、继承法或就业法有关的和解协议

109. 第2款排除对涉及消费者、家庭、继承和就业法律事项的和解协议适用第3节。鉴于“消费者”一词在不同法域可能有不同的理解,因此在明确提及“消费者”的同时使用了目前这种描述性文字,即“为个人、家庭或家居目的”(A/CN.9/896,第58-59段)。这种写法与贸易法委员会其他文书中的条款是一致的,例如,《国际货物销售时效期限公约》第4(a)条,以及《联合国国际货物销售合同公约》第2(a)条。

110. 第(2)(b)款指的是因家庭、继承或就业纠纷方面的“法律”而非这方面的“诉争”而产生的和解协议。这种行文的目的是,确保家庭

“诉争”——其中可能包括以调解方式解决的涉及家庭成员的商事争议——将包括在第3节的范围内。

- 在司法程序或仲裁程序过程中订立的和解协议

111. 第3款规定了两种除外情形：和解协议已经(一)由法院批准或在法院订立并为法院判决书形式，或(二)在仲裁期间订立并为裁决书形式。由于此类和解协议可能受其他具体法规的管辖（包括《选择法院协议公约》、2019年7月2日《承认及执行外国国民商事判决公约》以及《承认及执行外国仲裁裁决纽约公约》（1958年）（《纽约公约》）等国际文书），这些除外情形的目的是避免与现有法律框架的可能重叠或脱节（A/CN.9/901，第26段）。尽管如此，各国仍可灵活地颁布立法，以涵盖在司法程序或仲裁程序过程中订立的和解协议，从而扩大第3节的适用范围（A/CN.9/929，第19段）。

112. 第(3)(a)款中的第一类除外情形意在涵盖各种不同情形（A/CN.9/901，第61段）。在法院程序已启动但当事人能够通过调解进行和解的情况下，只要由此产生的和解协议获法院批准或是在法院程序过程中缔结的，并且在启动法院程序所在国可作为判决加以执行，那么该和解协议就不属于《示范法》范围（A/CN.9/929，第20段）。在法院程序中达成、但未记录为司法裁决的和解协议，只要获法院批准或是在法院程序过程中缔结的，并且在法院程序所在国可作为判决加以执行，那么该和解协议也不属于《示范法》范围（A/CN.9/929，第21段）。“可作为判决执行”一语意在处理因法院批准的和解协议或在法院程序过程中订立的和解协议不可执行而可能出现的漏洞（A/CN.9/901，第61段）。在这方面，如果某一判决不在相关执行制度的范围之内，仍可考虑根据《示范法》执行和解协议。为了确定法院批准的和解协议或在法院程序过程中订立的和解协议的可执行性，应当参照的是该协议是否可“在该法院所在国”执行。在拟订《示范法》期间，一项关于应根据寻求执行所在国的法律确定可执行性的建议没有获得支持。所表达的理由是，这种做法会造成混乱（A/CN.9/929，第24段；另见A/CN.9/WG.II/WP.202，第15-16段）。

113. 关于第3(b)款中的第二类除外情形,“可作为仲裁裁决执行”一语意在处理因某些法域中以裁决形式记录的和解协议不可执行而可能出现的漏洞(A/CN.9/929,第25段)。在这方面,如果一项记录和解协议的仲裁裁决不能利用仲裁裁决的执行制度,该和解协议仍可能被视为可根据《示范法》加以执行。在拟订《示范法》期间,讨论了是否应根据当事国的法律、寻求执行所在国的法律或仲裁地的法律来决定作为仲裁裁决的和解协议的可执行性。最后商定,作为仲裁裁决的和解协议的可执行性问题将留给国家主管机关来处理(A/CN.9/929,第25-27段)。

114. 下述事实值得注意:仅凭法官或仲裁员参与调解过程不应导致和解协议被排除在文书范围之外(A/CN.9/901,第25段;见上文第47段)。

“国际”的定义

115. 第3节的范围仅限于“国际”和解协议。第16条第(4)和(5)款中“国际”和解协议的定义为确定和解协议是否属于第3节的范围提供了明确而简单的标准。该定义明确了和解协议的“国际”性质并非源于调解的“国际”性质,而是源于和解协议本身(A/CN.9/934,第121-127段)。

116. 在拟订《示范法》期间,审议了应在订立调解协议时还是应在订立和解协议时对和解协议的国际性进行评估。第3节明确规定,与确定国际性相关的时间点是订立和解协议的时间,而不论是否已在程序期间的任何时间点满足了相关标准(A/CN.9/934,第28和121-127段)。因此,即便调解程序不是国际性的,和解协议仍有可能是国际性的(例如,一方当事人在程序开始后、和解协议订立前将其营业地转移到对方当事人以外的国家)。此外,采用“在订立和解协议时”这种措辞,是为了确保第3节也适用于当事人之间未有调解约定而开始调解的情形(A/CN.9/934,第123段)。

117. 还认识到,第3条第(2)款所定义的国际调解的当事各方会期望由该过程产生的和解协议将根据第3节予以执行,而该和解协议根据第16条第(4)款可能并非国际性的。鉴于此,《示范法》还在脚注7下

提供了一个选项,说明第3条有可能适用于根据第(4)款不具国际性、但产生于国际调解的和解协议(A/CN.9/934,第124-127段)。

118. 第16条第5款就当事人有不止一个营业地或没有营业地的情形规定了确定当事人营业地的标准。由于“营业地”这一术语在商法中广为人知且经常使用,因此第3节没有对这一术语加以定义(A/CN.9/896,第27-28段)。

书面形式要求

119. 第16条第(1)款中使用了“以书面方式订立的”这一提法,第16条第(6)款对这一提法作了进一步界定,这反映出需要向主管机关提交一份满足某些最低形式要求的和解协议方可继续进行申请事宜(A/CN.9/896,第32-36段)。第(6)款考虑到现代通信手段和贸易惯例,预见将适用贸易法委员会电子商务法规中所体现的功能等同原则(A/CN.9/867,第133段)。第3节中关于书面形式要求的功能等同规则源自《联合国国际合同使用电子通信公约》(2005年,纽约)第9(2)和(3)条(A/CN.9/896,第66段)。

“商事”的概念

120. 第3节适用于“商事”和解协议。该节不包含示例清单,也不包含“商事”术语的定义(见上文,第30-31段)。

和解协议“当事人”的概念

121. 鉴于当前全球商务做法以及复杂的公司结构,第3节未就何谓“当事人”提供详细解释。

122. 第3节适用于涉及政府实体的和解协议,因为这种政府实体可能也从事商业活动并在这些活动中使用调解方法解决

争议。⁴³ 如果排除涉及政府实体的和解协议, 将会剥夺这些实体对其商业伙伴执行或援用这类协议的机会 (A/CN.9/861, 第44-46段)。

与第16条有关的贸易法委员会参考文件

《大会正式记录, 第七十三届会议, 补编第17号》(A/73/17), 第56-57和66段;

A/CN.9/943, 第12和13段;

A/CN.9/934, 第18-19、21、23-24、26、28-29、120-127和133-137段;

A/CN.9/WG.II/WP.205, 第7-10和12-16段;

A/CN.9/929, 第14-15、17-35、42-43和68-72段;

A/CN.9/WG.II/WP.202, 第24-28段;

A/CN.9/901, 第25-34、52、56和58-71段;

A/CN.9/WG.II/WP.200, 第15-21和22-28段;

A/CN.9/896, 第14-24、27-28、32-38、48-60、62、66、113-117、145-146、158-163、169-176和205-210段;

A/CN.9/WG.II/WP.198, 第4-24和26-27段;

A/CN.9/867, 第93-98、101、106-109、118、125-131和133段;

A/CN.9/WG.II/WP.195, 第6-28段;

A/CN.9/861, 第24-28、33-39、40-43和68-69段;

A/CN.9/WG.II/WP.190, 第28-39段。

第17条. 一般原则

1. 应按照国家程序规则并根据本节规定的条件执行和解协议。
2. 如果就一方当事人声称已由和解协议解决的事项发生争议, 该当事人可按照本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。

⁴³ 见《新加坡调解公约》第8(1)(a)条的保留声明: “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”。

第17条评注

国家的义务

123. 第17条概括国家对于执行和解协议的义务(第1款)以及当事人援用和解协议作为针对索赔的抗辩的权利(第2款),反映了《新加坡公约》第3条。

124. 除第3节概述的条件外,各国还必须确保根据本国的程序规则执行调解所产生的和解协议。各国还应允许一方当事人援用和解协议作为针对有关和解协议所解决事项的索赔的抗辩(A/73/17,第58段)。

直接执行——源起国无审查/管控机制

125. 第3条规定在执行地直接执行和解协议。在拟订《示范法》期间,建议将和解协议源起国设立审查或管控机制作为执行和解协议的一项前提条件,但这一建议未被采纳。这样一种审查机制将导致双重执行令,而这将与提供高效和简化执行机制的目标相抵触(A/CN.9/861,第80-84段)。

不使用“承认”一词

126. 第2款消除了作为抗辩而援用和解协议的可能性上的任何含糊之处,明确规定,和解协议满足了第3节中的条件即构成争议已得到解决的证据。在起草第17条期间提出一个问题,即《示范法》是否应使用“承认”一词并明确规定承认和解协议(A/CN.9/867,第146段)。由于不同法域对“承认”概念的理解各不相同(A/CN.9/861,第72段),所以决定不使用该词。

“以证明该事项已得到解决”

127. “以证明该事项已得到解决”一语明确指出作为抗辩援用和解协议所产生的后果(A/CN.9/929,第45段)。第(2)款应作广义理解,还包括抵销请求(A/CN.9/929,第47段)。

“执行”和“可执行性”

128. 《示范法》中使用“执行”和“可执行性”概念,不应理解为表示执行的含义与可执行性不同。《示范法》中所指的“执行”既涵盖可执行权证的签发过程,也涵盖该权证的执行。

与第17条有关的贸易法委员会参考文件

《大会正式记录,第七十三届会议,补编第17号》(A/73/17),第58–59段;
A/CN.9/943,第14段;
A/CN.9/934,第25段;
A/CN.9/929,第44–48和73段;
A/CN.9/WG.II/WP.202,第29–33段;
A/CN.9/901,第16–24、52和54–55段;
A/CN.9/WG.II/WP.200,第29–30和35–36段;
A/CN.9/896,第76–81、152、153、155和200–203段;
A/CN.9/WG.II/WP.198,第31–33段;
A/CN.9/867,第146段;
A/CN.9/WG.II/WP.195,第44–50段;
A/CN.9/861,第19、47–50、71–84段;
A/CN.9/WG.II/WP.190,第42–45段。

第18条. 对依赖于和解协议的要求

1. 当事人根据本节依赖于和解协议,应向本国主管机关出具:
 - (a) 由各方当事人签署的和解协议;
 - (b) 显示和解协议产生于调解的证据,例如:
 - (i) 调解员在和解协议上的签名;
 - (ii) 调解员签署的表明进行了调解的文件;
 - (iii) 对调解进行管理的机构的证明;或者
 - (iv) 在没有第(一)目、第(二)目或者第(三)目的情况下,可为主管机关接受的其他任何证据。

2. 符合下列条件的,即为在电子通信方面满足了和解协议应由当事人签署或者在适用情况下应由调解员签署的要求:

(a) 使用了一种方法来识别当事人或者调解员的身份并表明当事人或者调解员关于电子通信所含信息的意图;以及

(b) 所使用的这种方法:

(i) 从各种情况来看,包括根据任何相关的约定,对于生成或者传递电子通信所要达到的目的既是适当的,也是可靠的;或者

(ii) 其本身或者结合进一步证据,事实上被证明具备前述(a)项中所说明的功能。

3. 和解协议不是以本国正式语文拟订的,主管机关可请求提供此种语文的和解协议译本。

4. 主管机关可要求提供任何必要文件,以核实本节的要求已得到遵守。

5. 主管机关审议救济请求应从速行事。

第18条评注

第18条的目的

129. 第18条载有当事人希望依赖于和解协议所必须遵守的形式要求,反映了《新加坡公约》第4条。条文平衡兼顾对于确定和解协议是否产生于调解的要求以及对于需要保持调解程序灵活性的需要(A/73/17,第60段)。

要求各方当事人签署

130. 第1(a)款要求各方当事人签署和解协议。各方当事人的签名最能显示调解以及这一进程所产生的和解协议的合意性质。因此,和解协议应由各方当事人签署,或者至少应在考虑到现代通信手段的情况下对当事人订立了和解协议加以明确。事实上,贸易法委员会各项电子商务法规中所体现的功能等同原则在第18条中得到了反映,从而便于使用电子手段及其他通信手段满足其中的形式要求(见下文,第137段)。

131. 尽管第1(a)款没有明确规定和解协议可以由当事人“或其授权的代表”签署(A/CN.9/929, 第40-42和49-50段), 但暗含包括当事人代表的意思(A/CN.9/929, 第50段)。此外, 鉴于不同法域或者在不同背景下对“当事人代表”的概念可能有各种不同理解, 这一事项留给相关的适用国内立法来处理(A/CN.9/929, 第49段)。

“显示和解协议产生于调解的证据”

132. 第1(b)款涉及需要证明和解协议产生于调解。这种表述旨在区分和解协议与其他合同并提供法律确定性, 从而便于进行准予救济的程序并防范可能的滥用。拟订第1(b)款是为了确保这些规定不会造成负担并尽量从简。

133. 如“例如”一词所表明的, 第18条第1款(b)项以示例性、不分等级的方式列明了用以证明和解协议产生于调解的手段(A/CN.9/929, 第56-59段)。该清单反映出需要对两个方面加以平衡, 既要就和解协议产生于调解的证据提供确定性, 又要为当事人必须出示此类证据保留灵活性(A/CN.9/896, 第75段)。

134. 为了必要时表明和解协议产生于调解, 可以采取以下方式:

- 调解员在和解协议上签名;
- 调解员就此出具单独证明; 或者
- 对调解进行管理的机构的证明。

135. 第(一)和(二)目提及由调解员签署, 意在证明调解员参与了调解过程。因此, 签署不应解释为对和解协议表示赞同, 也不应解释为表明调解员是和解协议的一方(A/CN.9/896, 第75段)。

136. 如第四目所示, 该清单并不是详尽无遗的。但必须指出的是, 只有在不能出示第(一)至(三)目所述证据的情况下, 才允许请求方提交第四目所述“其他任何证据”(A/CN.9/934, 第38段)。只要当事人能够证明和解协议产生于调解, 主管机关在确定是否接受申请中所提出的证据时可以有灵活性(A/CN.9/896, 第190段)。

电子通信

137. 第18(2)条指明是否以及何时可以通过电子通信满足当事人或调解员(如适用)的签名要求。第3节关于签名要求的这些功能等同规则源自《联合国国际合同使用电子通信公约》(2005年,纽约)第9(2)和(3)条(A/CN.9/896,第66段)。

和解协议不必为单一份文件

138. 工作组讨论了是否规定和解协议必须是单份文件的要求,一致认为这不一定反映当前的做法,因为和解协议的形式和内容差别极大。因此,工作组决定不列入这一要求,以避免给当事人增加额外负担,因为这有可能损害程序的灵活性,并可能产生妨碍执行的意外后果(A/CN.9/896,第67和177-185段)。

主管机关的权力

139. 第1(a)和(1)(b)款涉及当事人在提交申请时需要向主管机关提供哪些文件,第(4)款涉及主管机关在审议申请时要求提供某些必要文件的权利。第4款不应理解为允许主管机关对申请提出额外要求,因为这可能会给寻求依赖和解协议的当事人带来不适当的负担(A/CN.9/929,第64-65段)。

从速行事

140. 第5款规定主管机关应从速行事。第(4)款和第(5)款应一并解读,也就是说,主管机关在根据第(4)款行使其要求提供“任何必要文件”的权利时,不应不适当地延长第(5)款规定的程序(A/CN.9/929,第67段,以及A/CN.9/896,第82段)。

与第18条有关的贸易法委员会参考文件

《大会正式记录,第七十三届会议,补编第17号》(A/73/17),第60-61段;
A/CN.9/943,第15-16段;
A/CN.9/934,第37-39段;
A/CN.9/929,第40-43、49-67和73段;
A/CN.9/WG.II/WP.202,第34-38段;
A/CN.9/896,第67-75、82和177-190段;

A/CN.9/WG.II/WP.198, 第25–30段;
A/CN.9/867, 第133–144段;
A/CN.9/WG.II/WP.195, 第39–43段;
A/CN.9/861, 第51–67段;
A/CN.9/WG.II/WP.190, 第39段。

第19条. 拒绝准予救济的理由

1. 本国主管机关可根据寻求救济所针对当事人的请求拒绝准予救济, 唯需该当事人向主管机关提供以下证明:

- (a) 和解协议一方当事人处于某种无行为能力状况;
- (b) 所寻求依赖的和解协议:
 - (i) 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, 根据主管机关认为应予适用的法律, 无效、失效或者无法履行;
 - (ii) 根据和解协议条款, 不具约束力或者不是终局的; 或者
 - (iii) 随后被修改;
- (c) 和解协议中的义务:
 - (iv) 已经履行; 或者
 - (v) 不清楚或者无法理解;
- (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, 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。

2. 本国主管机关如果作出以下认定, 也可拒绝准予救济:

- (a) 准予救济将违反本国的公共政策; 或者
- (b) 根据本国法律, 争议事项无法以调解方式解决。

第19条评注

第19条的目的

141. 第19条列出了主管机关可以拒绝准予救济的理由,反映了《新加坡公约》第5条。应一方当事人请求,主管机关可以基于以下方面的理由拒绝准予救济:涉及当事人的理由(第1(a)款)、涉及和解协议的理由(第1(b)、(c)和(d)款),以及涉及调解员的理由(第1(e)和(f)款)。主管机关还可以基于公共政策拒绝准予救济(第2(a)款),如果争议事项不能根据本国法律以调解方式解决,主管机关也可以拒绝准予救济(第2(b)款)。这些理由详尽无遗,旨在加以限制并且实施起来不繁琐,以便于主管机关进行简单、高效的查证。这些理由还是以一般方式表述的,从而给主管机关解释和适用这些理由留有灵活余地(A/CN.9/861,第93段)。

第19条的结构——重叠

142. 需要注意的重要一点是,第1款中规定的各种理由之间有可能重叠。在起草过程中,为了用不同方式排列这些理由作了各种尝试,但都没有成功;由于需要顾及不同国内法律制度的关切而产生了种种困难。于是形成这样的共识,即第1款中规定的各种理由可能互有重叠,主管机关在解释各种理由时应当考虑到这一点(A/CN.9/934,第60-65段)。

请求拒绝准予救济

143. 拒绝准予救济的理由同等适用于当事人根据第17(1)条寻求执行的情形和当事人根据第17(2)条援用和解协议针对一项索赔提出抗辩的情形(A/CN.9/929,第74段)。

适用的法律

144. 根据不同的理由,可能适用不同的法律。例如,主管机关可能需要考虑到适用于当事人的法律(涉及其法律行为能力)、适用于执行程序的法律、适用于和解协议的法律以及适用于调解过程的法律。

145. 《示范法》不涉及某些抗辩理由的适用法律,就此所作的假设是,主管机关或受理该事项的法院通常将适用执行地的法律冲突规则,并在相关情况下考虑到当事人在和解协议中选择的法律。

第19条第1和2款的前导句

146. 第19条中所列抗辩理由是详尽无遗的,第(1)款前导句中的“唯需”一词以及第(2)款前导句中的“也”字表明了这一点。主管机关有权拒绝准予救济,这两款中使用“可”字表明了这一点。

147. 与第(1)款不同的是,在需要由当事人提出抗辩的情况下,第(2)款涵盖主管机关将(依职权)主动审议抗辩理由的两种情形(A/CN.9/896,第110段)。

抗辩理由清单

第1(a)款——无行为能力

148. 第1(a)款规定,当事人没有订立和解协议的行为能力是拒绝准予救济的一项理由。当事人无行为能力涵盖各种情形,包括破产情况下的无行为能力,国际文书和国内立法通常承认这是拒绝执行的一项理由(A/CN.9/867,第152段)。

第(1)(b)(一)款——和解协议“无效、失效或者无法履行”

149. 第(1)(b)(一)款提及和解协议无效、失效或者无法履行。第(1)(b)(一)款中“无效、失效或者无法履行”这一表述反映了《纽约公约》第二(3)条以及《仲裁示范法》第8(1)条所使用的措辞。多个法域的法院以统一方式解释了这些术语(A/CN.9/861,第92段)。

150. 第(1)(b)(一)款很宽泛,足以涵盖欺诈、错误、虚假表述、胁迫和欺骗的情形,但又避免了对这些情形的具体提及(A/CN.9/896,第100段)。该款不仅涵盖协议无效的情况,而且还涵盖协议可撤销的情况。

151. 第(1)(b)(一)款不应解释为赋予主管机关通过对效力抗辩理由作出解释来强加国内法要求的能力(A/CN.9/896,第99段)。例如,条文不应解释为强加具体的形式要求,如国内法关于调解员持有执照的要求或和解协议需经公证的要求(A/CN.9/896,第99段)。

152. 主管机关应根据当事人有效约定的和解协议管辖法律作出裁定。第19(1)(b)条中“有效约定的”这一表述依循了《纽约公约》第五条第一款(甲)项的措辞(A/CN.9/896, 第101段)。“有效”一词着重表明主管机关有权根据适用的强制性法律和公共政策来评价当事人在和解协议中作出的法律选择的有效性(A/CN.9/929, 第94)。

第(1)(b)(二)和(三)款——和解协议不具约束力、不是终局的或者随后被修改

153. 第(1)(b) (和款涵盖的情形是, 和解协议所载明的义务不具约束力, 或者和解协议并非争议的最终裁定结果。

154. 确实有些情形是, 当事人在调解结束后无意执行和解协议中载明的义务, 而是将和解协议作为塑造双方今后关系并澄清相互义务的框架(A/CN.9/934, 第46段)。因此, 当和解协议本身明确将“根据其条款”时, 第(1)(b)(二)款为不打算订立有约束力的和解协议的当事人提供了一个抗辩理由。根据第(1)(b)(三)款, 主管机关可以确定仅就各方当事人共同订立的和解协议的最新版本给予相关的救济(A/CN.9/929, 第86段)。第(1)(b)(二)和(三)款也可适用于其他情形, 例如, 和解协议载有附条件义务或对等义务, 以及和解协议中的某些义务已被违反(A/CN.9/867, 第162段)。

第(1)(c)款——和解协议中的义务

155. 第(1)(c)款下的抗辩理由涉及和解协议的内容及其履行。第(1)(c)(一)款允许主管机关在和解协议规定的义务已得到履行的情况下拒绝准予救济。第(1)(c)(二)款涉及和解协议的内容, 并赋予主管机关在和解协议条款因不清楚或无法理解而无法执行的情况下拒绝准予救济的裁量权。

第(1)(d)款——有悖和解协议条款

156. 第(1)(d) 款规定, 如果准予救济有悖和解协议条款, 主管机关可以拒绝准予救济(A/CN.9/896, 第92-95段)。这一理由是基于当事人意思自治, 指准予救济不应违反各方当事人在和解协议中达成的约定。

157. 第(1)(d)款还意在涵盖各种实际情形,即可能出于各种原因(例如,义务是有条件的或对等的)而不履行和解协议规定的义务的情形。事实上,不同情况可能会对和解协议特别是复杂的合同协议中义务的可执行性产生影响(A/CN.9/934,第57段)。

158. 另外,调解完全是合意性的,因此,如果当事人同意,第3节所设想的制度将不予适用(A/CN.9/861,第61-63段)。

第1(e)款——调解员严重违反适用的准则

159. 第(1)(e)款允许当事人以调解员的严重不当行为作为抗辩理由。调解员违反适用于调解员或调解的准则须属“严重性质的”程度,以致于否则当事人不会订立和解协议(A/CN.9/896,第194段)。因此,(e)项的范围限于调解员的不当行为对和解协议产生了直接影响的情形。这一理由用以强调在调解中遵守正当程序的重要性。

160. 第(1)(e)款中“适用的准则”一语用于涵盖各种行为准则(A/CN.9/901,第80段)。例如,此类准则可包括当事人确定的准则,如果相关法域设有调解员登记机关,还可包括此种机关制定的道德操守守则。《示范法》没有界定对调解员的资质标准或道德操守准则。

第(1)(f)款——未予披露

161. 第(1)(f)款所涵盖的情形是,可将调解员违反义务未披露某些情况作为抗辩理由。这一理由仅限于调解员违反义务对当事人订立和解协议产生了影响的情形(A/CN.9/901,第84段)。

162. 对比第(1)(e)款,即使适用于调解员的准则不一定包括披露义务,第(1)(f)款下的理由仍然允许主管机关拒绝准予救济(A/CN.9/901,第85段)。

第(2)(a)款——公共政策

163. 第(2)(a)款反映了《纽约公约》第五(2)(b)条以及《仲裁示范法》第36(1)(b)(二)条(A/CN.9/929,第100段)。该项允许颁布国主管机关在发现准予救济将违反本国公共政策时拒绝准予救济。

164. 公共政策既包括实体方面,也包括程序方面。

第(2)(b)款——无法以调解方式和解

165. 第(2)(b)款项也是基于《纽约公约》第五(2)(a)条以及《仲裁示范法》第36(1)(b)(一)条所使用的措辞。其中允许颁布国主管机关在发现导致达成和解协议的争议事项无法根据本国法律以调解方式解决时拒绝准予救济。

与第19条有关的贸易法委员会参考文件

《大会正式记录,第七十三届会议,补编第17号》(A/73/17),第62-63段;

A/CN.9/943,第17段;

A/CN.9/934,第44-59和66-67段;

A/CN.9/929,第74-101段;

A/CN.9/WG.II/WP.202,第39-49段;

A/CN.9/901,第41-50、52和72-88段;

A/CN.9/WG.II/WP.200,第37-45段;

A/CN.9/896,第84-119和191-194段;

A/CN.9/WG.II/WP.198,第34-45段;

A/CN.9/867,第147-167段;

A/CN.9/WG.II/WP.195,第51-56段;

A/CN.9/861,第85-102段;

A/CN.9/WG.II/WP.190,第46-47段。

第20条. 并行申请或请求

如果已经向法院、仲裁庭或者其他任何主管机关提出了与一项和解协议有关的申请或者请求, 而该申请或者请求可能影响到根据第18条正在寻求的救济的, 则寻求的此种救济的所在国主管机关可在其认为适当的情况下暂停作出决定, 也可应一方当事人的请求下令另一方当事人适当具保。

第20条评注

第20条的目的

166. 第20条以《纽约公约》第六条为基础并反映了《新加坡公约》第6条, 其目的是处理并行司法程序和仲裁程序对执行进程的影响。条文确认主管机关需要适当考虑到法院或仲裁庭的裁定, 为此规定主管机关可裁量决定是否在这种情况下暂停程序(A/CN.9/934, 第68-70段)。

“正在寻求的救济”

167. 第20条使用这一措辞是为了清楚地表明条文既适用于根据第17(1)条寻求执行和解协议的情形, 也适用于根据第17(2)条援用和解协议作为抗辩理由的情形(A/CN.9/934, 第69段)。

与第20条有关的贸易法委员会参考文件

《大会正式记录, 第七十三届会议, 补编第17号》(A/73/17), 第64-65段;
A/CN.9/943, 第18段;
A/CN.9/934, 第68-70段;
A/CN.9/896, 第122-125段;
A/CN.9/WG.II/WP.198, 第47-48段;
A/CN.9/867, 第168-169段;
A/CN.9/WG.II/WP.195, 第57段;
A/CN.9/861, 第103-107段。

