

# 论调仲作为中国跨境商事 及投资争议的多元化纠纷解决方式

顾维遐\*

**摘要：**调仲被誉为中国仲裁制度的特色，其作为多元化纠纷解决方式的一种，在中国国际仲裁中得到广泛使用，但中国现行的仲裁法律法规对调仲机制的规范不成体系，使其程序性缺陷一直未能得到解决。“中国式调解”所带来的程序性争议，对于当事人在跨境争议中选择采用调仲造成了阻碍。这些争议包括：对调仲程序正当性、公正性和独立性的质疑，对信息保密的担忧，以及对仲裁员和调解员角色冲突的批评等。调仲制度在中西方的核心差异在于调解员所承担的职能，西方调解员不承担审判职能，而中国式调解却具有较强的审判性和干预性。文章以调仲过程中的东西方差异在国际商事仲裁制度下的冲突弥合为切入点，并着眼于中国“一带一路”大局，就调仲在“一带一路”背景下的跨境商事及投资争议中的应用提出建议。通过立法和司法保障调仲制度的中立性、公正性，使仲裁与调解制度中的信息和裁判人员相对分离，吸纳国际标准完善仲裁规则、保证程序正当，有助于推广和完善调仲制度。

**关键词：**调仲 多元化纠纷解决 一带一路倡议 跨境 商事争议 投资争议

## 一 前言：背景介绍

调仲，作为多元化纠纷解决方式的一种，指的是在仲裁的过程中进行调解。在许多西方法域，调仲的使用极具争议，也极易引发程序失当的担忧，这很大程度上限制了调仲在西方的推行与普及。而在具有深厚调解文化的亚洲法域（尤其是东亚），对于程序正当的担忧并没有阻碍调仲的广泛使用。近年来，在东亚及东南亚的法域中，日本、中国香港和新加坡已经率先制定了具

---

\* 香港大学法律学院副教授，国际比较法学会（International Academy of Comparative Law）理事，美国国际法学会（American Society of International Law）亚太研究分会主席（2018—2021），香港国际仲裁中心（Hong Kong International Arbitration Center）仲裁员。本文由香港特别行政区政府研究委员会资助（Hong Kong Government Research Grants Council；HKU 17609419；17606021），同时由香港大学杰出青年学者项目资助（University of Hong Kong Outstanding Young Researcher Award Scheme）。本文写作过程中，香港大学法律学院研究生唐艺帮忙收集整理大量研究资料，特此谨致谢忱。本文涉及的部分研究，其早期成果以英语发表于美国《华盛顿国际法期刊》第29卷第1期，第117—172页。Weixia Gu, “Hybrid Dispute Resolution beyond Belt and Road: Towards a New Design of Chinese Arb-Med (-Arb) and Its Global Implications”, (2019) 29 (1) *Washington International Law Journal* 117, pp. 117 - 172.

体的法律条例以规范调仲的程序标准。<sup>①</sup> 然而, 调仲极其盛行的中国,<sup>②</sup> 却并未在这一方面立法。

本文主要讨论的是调仲在中国国际仲裁中的使用, 并着重探讨“中国式调解”所带来的程序性困难和争议, 这些困难对于当事人在跨境争议中选择采用调仲所可能造成的阻碍, 以及中国采取了何种措施来解决程序性争议并进一步推广调仲在“一带一路”中的使用。

在中国, 调仲在国内仲裁与跨境仲裁中均有广泛使用。典型的调仲模式产生于当事人已经进入仲裁程序后, 在仲裁中决定进行调解。若调解失败, 则会重启仲裁程序并作出仲裁裁决。本文将重点关注调解失败后重启的仲裁程序。

很大程度上而言, 调仲是将国际化的“仲裁”与本土化的“调解”进行结合。<sup>③</sup> 在跨境调仲中, 外国当事人不仅面临“中国式调解”, 还要适应中国本土仲裁员与仲裁机构的实际操作, 并且有时中国的本土实践存在不严谨、与国际仲裁标准不一致的问题。香港“高海燕案”<sup>④</sup> 就生动说明了中国式调仲存在的问题可能导致其仲裁裁决被拒绝执行的风险。

文献表明, “中国式调解”与传统国际上对“调解”的理解大相径庭。在西方法域中, “调解”是自愿的、合作性的、以当事人为中心的。调解员主要起到促进性和辅助性作用, 充分尊重当事人的自主权和选择权。即使是在“评估型调解”(Evaluative Mediation)中, 调解员也不具有任何审判性职能。<sup>⑤</sup> 然而, “中国式调解”更具审判性和干预性。<sup>⑥</sup> 有一些从业人员评论, 在仲裁实践中, 当事人甚至会被强制进入调解程序, 有些律师甚至会以“赌博”心态利用调解程序故意拖延案件审理时间并从对方当事人处获取更多信息。<sup>⑦</sup> 在法庭上, 当事人经常迫于法官的压力进入司法调解程序。而法官则是迫于“调解率”这一业绩考核标准的压力, 不得不在日常案件审理中尽量多地使用“司法调解”来解决案件。<sup>⑧</sup>

在调仲中, 这样的调解文化转化成了一种仲裁员对案件更积极主动的控制与管理。有学者曾在2011年至2012年间对来自中国国际经济贸易仲裁委员会(以下简称贸仲), 北京仲裁委员会(以下简称北仲)以及武汉仲裁委员会(以下简称武仲)的36位活跃的仲裁员进行调研, 研究了这些仲裁员对调仲的态度, 以及这种态度会如何影响调仲在实际中的使用。根据该项研究, 50%的受访者表示, 在超过90%自己担任仲裁员的案件中曾推荐当事人使用调解程序。超过10%的受访者表示, 在70%—90%自己仲裁的案件中建议使用调解程序。从当事人的角度而言, 当案件中双方当事人均为中国人时, 他们同意使用调仲的可能性高于案件中有外国当事人的情况。<sup>⑨</sup>

① Michael Pryles and Veronica L. Taylor, “The Cultures of Dispute Resolution in Asia”, in Michael Pryles (ed.), *Dispute Resolution in Asia* (Kluwer Law International, 2006), pp. 15–17.

② 如无特殊指明, 本文的“中国”是在“法域”意义上使用, 不包括中华人民共和国台湾地区、中国香港和中国澳门。

③ Weixia Gu, “When Local Meets International: Mediation Combined with Arbitration in China and Its Prospective Reform in a Comparative Context”, (2016) 10 *Journal of Comparative Law* 84, p. 85.

④ *Gao Haiyan v Keeneye Holdings Ltd*, [2012] 1 HKLRD 627 (HKCA).

⑤ Jacqueline Nolan-Haley, *Alternative Dispute Resolution in A Nutshell* (West Academic, 4th edn, 2017), pp. 60–63.

⑥ Hualing Fu and Richard Cullen, “From Mediator to Adjudicator: The Limits of Civil Justice Reform in China”, in Woo and Gallagher (eds.), *Chinese Justice: Civil Dispute Resolution in Contemporary China* (Cambridge University Press, 2011), p. 33.

⑦ Thomas J Stipanowich et al., “East Meets West: An International Dialogue on Mediation and Med-Arb in the United States and China”, (2009) 9 *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 379, pp. 395–396.

⑧ Hualing Fu and Richard Cullen, “From Mediator to Adjudicator: The Limits of Civil Justice Reform in China”, p. 33.

⑨ Kun Fan, “An Empirical Study of Arbitrators Acting as Mediators in China”, (2014) 15 *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 777, pp. 791–792.

这一研究也体现了受访者选择调仲的原因，大多数受访者认为“与仲裁裁决”非赢即输的结果相比，在调解中取得共识的结果更容易被当事人自愿执行。<sup>①</sup>排在第二和第三的原因分别是，调仲可以“减少成本、提高效率”，以及“尊重当事人的自由意愿与自主性”。<sup>②</sup>

## 二 “中国式调解”的程序性缺陷

尽管近年来，在中国政府鼓励仲裁机构“走出去”与区域性国际仲裁机构竞争的背景下，中国各仲裁机构频繁地修订仲裁规则，仲裁相关的法规条例也有所更新，但一直存在于调仲中的程序性缺陷仍未被解决。

### （一）仲裁员成为调解员时的利益冲突

对于调仲最主要的批评在于，由一个中立的第三方同时担任仲裁员与调解员时，两种不同角色产生的利益冲突会影响第三方的公平公正。仲裁员与调解员两种不同的角色之间存在天然的冲突，仲裁员就如同法庭上的法官一样，必须根据双方当事人提交的案件事实，解释相关的法律并将其应用到具体的案件事实中，作出恰当的仲裁裁决。<sup>③</sup>然而，调解员并不需要调查和探究双方当事人所达成的解决方案的合理性。调解员更关注的是如何促使双方自主达成调解协议。

由于仲裁与调解这两种纠纷解决方式的目的差异巨大，在调仲的不同阶段对于中立第三方的要求不可能相同。一位合格的仲裁员应该是独立客观的，并且展现“司法品性”（judicial temperament）。<sup>④</sup>他必须遵守公平公正的要求、具备良好的司法能力，并且因此获得双方当事人的尊重。<sup>⑤</sup>而一位优秀的调解员则应该能敏感地感知到当事人之间的内部关系，并且发现当事人可能隐藏在调解过程背后的实际需要。在促进当事人沟通和解决问题的过程中，调解员可能会采取一种更私人化、更具有参与性的方式。在实践上，作为一种独立存在的争议解决方式，调解一般不会导致程序性争议。从理论上而言，如果当仲裁员转换为调解员时，能够保证分别严格遵守仲裁与调解程序不同标准的要求，那么仲裁程序并不会受损于所谓的程序失当或不规范，以及明显或实质的偏见。有关程序正当的忧虑并不产生于多元化纠纷解决机制本身，而是来源于同一个人很难将自己从仲裁与调解两个不同阶段中获取的信息完全分开来进行判断，从而无法保证结果的公平公正。

在中国，当事人可以要求一个独立的调解员进行第三方调解。<sup>⑥</sup>但是一般而言，由仲裁员来担任调解员是一种惯例。这种惯例也体现在中国一些具有国际视野与处理跨境仲裁案件经验的领先仲裁机构，比如贸仲、北仲、上海国际仲裁中心（以下简称上海国仲）以及深圳国际仲裁院

① Kun Fan, “An Empirical Study of Arbitrators Acting as Mediators in China”, p. 790.

② Kun Fan, “An Empirical Study of Arbitrators Acting as Mediators in China”, p. 790.

③ Paul Eric Mason, “The Arbitrator as Mediator, and Mediator as Arbitrator”, (2011) 28 *Journal of International Arbitration* 541, p. 541.

④ Paul Eric Mason, “The Arbitrator as Mediator, and Mediator as Arbitrator”, p. 543.

⑤ Paul Eric Mason, “The Arbitrator as Mediator, and Mediator as Arbitrator”, p. 543.

⑥ Sally A. Harpole, “The Combination of Conciliation with Arbitration in the People’s Republic of China”, (2007) 24 *Journal of International Arbitration* 623, p. 628.

(以下简称深圳国仲)所制定的调仲规则中。例如,《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则(2015年版)》(以下简称贸仲2015年《仲裁规则》)第47条“仲裁与调解相结合”第2款中就有如下表述:“仲裁庭在征得双方当事人同意后可以按照其认为适当的方式进行调解。”规则虽然赋予了仲裁庭进行调解的权力,却并未说明是否可以由第三方进行调解。贸仲曾在一起案件中,应当事人的要求,成立了一个独立的第三方调解小组。<sup>①</sup>北仲仲裁规则对这种可替代性安排的表述更加明确,规定“案件审理过程中,当事人可以自行和解或者依据《北京仲裁委员会调解中心调解规则》的规定向本会调解中心申请由调解员进行调解”。<sup>②</sup>但是,在这种安排下的调解是独立于仲裁程序存在的,因此不属于传统的调仲。在当事人自主解决纠纷的情况下,当事人若已经通过调解中心达成了调解协议,可以要求仲裁庭依据该调解协议的内容制作调解书或者裁决书,从而使得该裁决可通过《纽约公约》在外国法域得以执行。在得到北仲主任的批准并且当事人愿意承担额外费用的情况下,北仲仲裁规则也允许在国际仲裁案件中,调解失败后更换仲裁员。<sup>③</sup>像北仲这样,在仲裁规则中明确表述有独立的调解机制,并且允许调解失败后更换仲裁员的安排,在中国是非常罕见的。而贸仲在其2015年《仲裁规则》中试图提供一种独立第三方调解,但是在规则中仅仅只是非常模糊地指出“当事人有调解愿望但不愿在仲裁庭主持下进行调解的,经双方当事人同意,仲裁委员会可以协助当事人以适当的方式和程序进行调解”。<sup>④</sup>在这条规定下,当事人可以以何种方式和程序被协助,又可以做出什么样具体的安排,依然不甚清晰。

由上文可知,仲裁规则中相关规定的表述趋向于引导当事人选择机构内调仲机制解决纠纷。而且当事人也倾向于选择案件中的同一仲裁员来调解,因为他们已经熟悉了这位仲裁员,仲裁员也熟悉了案件的事实和背景,<sup>⑤</sup>当事人已与该仲裁员建立信任。并且,选择同样的仲裁员进行调解,也可以保证当调解失败后仲裁程序可以更快速地进行,仲裁裁决也会更迅速地作出。<sup>⑥</sup>然而,当事人是否会基于对仲裁员的信任以及对于节省时间与费用的考量选择调仲,取决于法律文化。实证研究表明,在双方当事人都是中国人时,同意进行调仲的可能性会更大。<sup>⑦</sup>这很有可能是因为调仲植根于中国的纠纷解决文化,所以中国当事人对调仲机制更加熟悉,而外国当事人却对调仲程序缺乏信任。外国当事人可能更期待案件最终的处理结果为仲裁裁决,而非调解协议。<sup>⑧</sup>

## (二) 信息的保密性

有关程序正义的问题,一般会出现在中立的第三方从调解员的角色转换为仲裁员时。这时,

① Sally A. Harpole, “The Combination of Conciliation with Arbitration in the People’s Republic of China”, p. 627.

② 《北京仲裁委员会仲裁规则(2022年版)》第43条、第44条。

③ 《北京仲裁委员会仲裁规则(2015年版)》及《北京仲裁委员会仲裁规则(2022年版)》第67条第2款。

④ 《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则(2015年版)》第47条第8款。

⑤ Weixia Gu, “When Local Meets International: Mediation Combined with Arbitration in China and Its Prospective Reform in a Comparative Context”, p. 89.

⑥ Weixia Gu, “When Local Meets International: Mediation Combined with Arbitration in China and Its Prospective Reform in a Comparative Context”, p. 89.

⑦ Kun Fan, “An Empirical Study of Arbitrators Acting as Mediators in China”, (2014) 15 *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 777, p. 792.

⑧ Kun Fan, “An Empirical Study of Arbitrators Acting as Mediators in China”, p. 792.

中立的第三方可能会依赖于当事人在调解阶段所提供的信息,<sup>①</sup>然而这样的信息通常在独立的仲裁程序是不会被传达给仲裁员的。

调解与仲裁的另一个不同之处在于,调解程序允许调解员与当事人一方进行单方的秘密交流,即所谓的“单独面谈”(caucus),其中一方与调解员在交流中透露的信息对另一方当事人保密,另一方当事人没有机会对这样的保密性信息作出任何质证。<sup>②</sup>那么,这就需要由调解员来判断在“单独面谈”过程中获取的保密性信息的真实性,以及当调解失败进入仲裁程序后,此类信息在何种程度上会影响仲裁裁决。当事人甚至可以利用“单独面谈”的机会,通过私下的秘密交流影响调解员,从而在后续的仲裁程序中获得对自己有利的仲裁裁决。由于在当事人与调解员私下的“单独面谈”中,可能会涉及一些很私人或者很情感化的信息,因此调解员可能会在这一过程中更倾向于同情某一方当事人。<sup>③</sup>固然,当事人是否会通过这种私下交流造成调解员的偏见,取决于特定调解员本身的行为。但事实却是,我们无法确定某一个调解员是否会在“单独面谈”后产生对某一方当事人的偏见,正是这样的不确定性造成了对调仲规范上的困难与漏洞。并且,对于当事人来说,只有当调解失败后,才会产生关于公正性的担忧,但是在这个阶段,想要对程序的公正性进行补救已经太迟了。<sup>④</sup>

著名的“高海燕”案就生动说明了“单独面谈”造成调解员偏见的潜在风险。该案的纠纷涉及一份股权转让协议,由西安仲裁委员会组成仲裁庭进行仲裁。在仲裁庭首次开庭之后,仲裁庭建议对本案进行调解,双方当事人都表示同意。并且仲裁庭主动提出,由Keeneye公司(以下简称K公司)向高海燕支付2.5亿元人民币作为最终的解决方案。随后,仲裁庭任命西安仲裁委员会秘书长以及由高海燕任命的仲裁员两人作为调解员,并且这一安排告知了双方当事人。调解员联系了一位与K公司有关联的人士,其自称为K公司的“关系人”。根据西安仲裁委员会当时的仲裁规则,“在双方当事人同意的情况下,任何第三方可以被邀请协助调解,或者担任调解员。”<sup>⑤</sup>调解员邀请这个“关系人”参加了在西安香格里拉宾馆进行的一场私人晚宴。席间,西安仲裁委员会秘书长请“关系人”对K公司“做工作”,让其接受调解协议。然而最终K公司拒绝接受调解协议。调解失败后,仲裁庭重新开庭并且最终作出撤销相关股权转让协议的裁决,并裁决高海燕补偿K公司5000万元人民币。K公司不服仲裁裁决,向西安市中级人民法院申请撤销该仲裁裁决,西安中级人民法院驳回了K公司的申请。

随后,K公司又对该仲裁裁决的执行向香港特别行政区高等法院原讼法庭(以下简称原讼法庭)申请司法审查。原讼法庭作出了拒绝执行仲裁裁决的判决。原讼法庭认为,通过喝酒吃饭,设宴款待的形式<sup>⑥</sup>进行的会议,会使任何一个理性公正的人担心和怀疑仲裁庭的公正性,并且可

① Weixia Gu, “When Local Meets International: Mediation Combined with Arbitration in China and Its Prospective Reform in a Comparative Context”, p. 90.

② Gabrielle Kaufmann-Kohler, “When Arbitrators Facilitate Settlement: Towards a Transnational Standard”, (2009) 25 *Arbitration International* 187, p. 198.

③ James T. Peter, “Med-Arb in International Arbitration”, (1997) 8 *American Review of International Arbitration* 83, p. 93.

④ Weixia Gu, “When Local Meets International: Mediation Combined with Arbitration in China and Its Prospective Reform in a Comparative Context”, pp. 89–90.

⑤ *Gao Haiyan v Keeneye Holdings Ltd*, [2010] HKCFI 980, paras. 21–22.

⑥ *Gao Haiyan v Keeneye Holdings Ltd*, [2010] HKCFI 980, para. 67.

能使仲裁庭作出有偏见的仲裁裁决。<sup>①</sup> 尽管已有的证据不足以证明“实质偏见”（actual bias），但是，在香格里拉酒店进行的晚宴过程中各方的交流，以及在最初调解协议和最终仲裁裁决中的数额差异，足以构成“明显偏见”（apparent bias）。<sup>②</sup> 而仲裁裁决中存在这样的偏见已经足以违反香港的“公共政策”（public policy），即“香港制度中最基本的公义和道德观念”（the most basic notions of justice and morality of the Hong Kong system），<sup>③</sup> 从而拒绝执行裁决。法官还指出：“由调解员担任仲裁员而产生的具有偏见的风险，一直以来都是巨大的。”<sup>④</sup> 但是，当此案上诉到香港特别行政区高等法院上诉法庭（以下简称上诉法庭）时，原讼法庭的判决被推翻了。上诉法庭决定承认执行西安仲裁委员会的仲裁裁决，其理由是香港法院应该更加尊重和重视西安法院作出的原判决，而在原判决中，西安市中级人民法院认为调仲的操作程序是妥当公正的，并未发现“明显偏见”。<sup>⑤</sup>

在“高海燕”案中，香港上诉法庭尊重了西安市中级人民法院对“明显偏见”的判断标准，但是，很难想象这样的判断标准也会被外国法院所采用。香港上诉法庭作出的判决书提到了有关是否做好了推广仲裁与保障程序公正之间的平衡的疑问。<sup>⑥</sup> 与其他法域不同，在中国，调仲规则中保障程序正义的条款极为罕见。一套典型的中国仲裁规则并不包括任何规范使用调解过程中获取的保密性信息的条款。中国的仲裁规则中最多只会禁止当事人在之后的程序中援引对方当事人或仲裁庭在调解过程中的任何陈述、意见、观点或建议作为支持自己观点的依据。<sup>⑦</sup> 一般而言，仲裁规则中没有任何条款禁止仲裁庭使用或依靠从调解过程中获取的信息作出仲裁裁决。即使存在这样的条款，在实践中也很难执行，因为这等同于要求一个人对自己保密。

尽管如此，在香港原讼法庭拒绝执行“高海燕”案的仲裁裁决之后，中国的仲裁机构还是采取了一些措施来应对调仲潜在的程序性不合规的风险。例如，贸仲在2015年修改的仲裁规则中明确规定，“当事人有调解愿望但不愿在仲裁庭主持下进行调解的，经双方当事人同意，仲裁委员会可以协助当事人以适当的方式和程序进行调解。”<sup>⑧</sup> 因此，由仲裁庭进行调解并不是唯一的选项。

此外，在中国现有的相关法律中，没有任何保障“单独面谈”规范性的法律条款。这样的法律空缺，使得中国在仲裁领域的法律制度落后于其他法域。以中国香港为例，香港现行的《仲裁条例》是基于《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》制定的。该条例第33（1）条允许仲裁员出任调解员，但是必须在仲裁双方当事人以书面同意且未撤回同意的情况下。香港《仲裁条例》第33（4）条还明确规定了“披露条款”，即仲裁员在恢复仲裁程序前须披露其在调解过程中获取的关键性材料。新加坡的《国际仲裁法》（International Arbitration Act）第17（3）条也有类似的保障条款，规定双方当事人有权知晓仲裁员在调解过程中获取了什么信息，从而使得当事人可以在仲裁程序中针对这样的信息为自己辩护。

① *Gao Haiyan v Keeneye Holdings Ltd*, [2010] HKCFI 980, para. 3.

② Weixia Gu and Xianchu Zhang, “The Keeneye Case: Rethinking the Content of Public Policy in Cross-border Arbitration between Hong Kong and Mainland China”, (2012) 42 *Hong Kong Law Journal* 1001, p. 1006.

③ *Hebei Import & Export Corp v Polytek Engineering Co Ltd*, [1998] 1 HKLRD 287, p. 47.

④ *Gao Haiyan v Keeneye Holdings Ltd*, [2010] HKCFI 980, para. 72.

⑤ *Gao Haiyan v Keeneye Holdings Ltd*, [2012] 1 HKLRD 627 (HKCA), para. 68.

⑥ Gu and Zhang, “The Keeneye Case: Rethinking the Content of Public Policy in Cross-border Arbitration between Hong Kong and Mainland China”, p. 1023.

⑦ 参见《北京仲裁委员会仲裁规则（2015年版）》第42条第5款、《北京仲裁委员会仲裁规则（2022年版）》第43条第5款。

⑧ 《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则（2015年版）》第47条第8款。

### 三 对调仲的制度规范

在中国，现行的仲裁法律体系主要包括相关的仲裁立法，最高人民法院颁布的司法解释与指导性案例，以及国务院颁布的与仲裁有关的规定。具体到调仲，在实践中的相关规定还包括具体的每个仲裁机构的仲裁规则。然而，总体而言，对于调仲的规制是不成体系的，而且对调仲的管理在很大程度上依赖于每个仲裁机构各自的仲裁规则。这种法律规定上的不足，也在一定程度上解释了为什么调仲的程序性缺陷在中国至今仍然是普遍性的问题。

在对调仲的规范上，立法上的具体条文虽然少之又少，但仍起到了根本性的作用。《中华人民共和国仲裁法》（以下简称《仲裁法》）自1994年颁布以来，没有进行任何实质性更新与修订。<sup>①</sup>《仲裁法》第51条赋予了所有中国仲裁机构在实践中执行调仲的权力，并且这些仲裁机构各自仲裁规则中的调仲规定，都与第51条的表述类似。<sup>②</sup>尽管第51条要求仲裁庭考虑当事人的调解意愿，但它并没有禁止仲裁庭在一方当事人明确反对调解的情况下进行调解。当事人合意的问题在一些仲裁规则中被专门提及。例如，贸仲2015年《仲裁规则》和2017年的《中国国际经济贸易仲裁委员会国际投资仲裁规则（试行）》（以下简称贸仲2017年《投资仲裁规则》）均明确规定，调仲只能在双方当事人同意的情况下进行，并且若有任何一方当事人要求停止调解，调解必须终止。<sup>③</sup>北仲也都有类似的规定。<sup>④</sup>根据之前所引述的实证研究，77.8%的仲裁员受访者会在双方当事人没有提出要求的情况下，自己主动提出或建议进行调仲，因为仲裁员认为调仲在实践中是一种良好的争议解决模式。<sup>⑤</sup>

#### （一）以市场为基础的规制

作为一个以机构仲裁为主的法域（中国目前并未规定临时仲裁），中国实际上已经将制定仲裁规则的责任交给了有着250多家仲裁机构的仲裁市场。这种以市场为导向的管理存在一个弊端，即对于当事人而言，不同仲裁机构之间的仲裁员及程序性保障缺乏统一的标准。外国投资者不太可能选择在解决跨境争议方面不具备丰富经验的中国本土仲裁机构进行仲裁，所以只能由中国仲裁市场中专注于解决跨境争议的顶尖仲裁机构，以自下而上的方式带领中国仲裁步入更现代化、标准化、国际化的改革发展之路。

深圳国仲等仲裁机构允许国际商事投资仲裁案件以及涉港澳台案件的当事人选择适用《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》（以下简称《贸易法委员会仲裁规则》）。<sup>⑥</sup>《贸易法委员会仲

① 在2009年进行的《仲裁法》第一次修订，仅是对涉及民事诉讼法的条款的编号做了调整；在2017年又对《仲裁法》涉及仲裁员资格的内容作了微小修订。

② 《中华人民共和国仲裁法（1994年版）》第51条第1款：“仲裁庭在作出裁决前，可以先行调解。当事人自愿调解的，仲裁庭应当调解。调解不成的，应当及时作出裁决。”

③ 《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则（2015年版）》第47条；《中国国际经济贸易仲裁委员会国际投资仲裁规则（试行）》（2017年10月1日生效）第43条。

④ 《北京仲裁委员会仲裁规则（2015年版）》和《北京仲裁委员会仲裁规则（2022年版）》第67条。

⑤ Kun Fan, “An Empirical Study of Arbitrators Acting as Mediators in China”, p. 791.

⑥ 《深圳国际仲裁院仲裁规则（2022年版）》第3条第4款。

裁规则》中规定，若存在怀疑仲裁员的公正性或独立性的正当理由，可要求该仲裁员回避。<sup>①</sup>但是，除了这一条规定之外，《贸易法委员会仲裁规则》中没有任何条文提及仲裁员可否担任调解员这个问题。尽管《贸易法委员会仲裁规则》中没有提及调仲，《贸易法委员会调解规则（1980年版）》第16条规定：“关于调解程序主题的争端，双方当事人应保证在调解程序期间不提出任何仲裁或司法程序，只有一方当事人认为仲裁或司法程序是维护其权利所必须者，他才可以提出这种程序。”

近来，在多元化和谐纠纷解决机制（Diversified Harmonious Dispute Resolution）上，北仲、深圳国仲和贸仲等仲裁机构都建立了调解中心，或设立了允许除仲裁庭之外的独立调解员进行调解的机制，鼓励当事人在仲裁程序之前或之外进行调解。如前所述，虽然贸仲2015年《仲裁规则》以及2017年《投资仲裁规则》允许当事人在调仲过程中选择除了仲裁员之外的人担任调解员，但在实际操作中这样的安排似乎并没有被当事人实践过。

新加坡则不同，新加坡国际仲裁中心（SIAC）从规则设计的层面就建立了仲裁与调解相互独立的机制。2014年，SIAC和新加坡国际调解中心（SIMC）联合发起了一项名为“仲裁—调解—仲裁”的计划（“Arb-Med-Arb Protocol”，以下简称AMA）。AMA中的当事人若签订了仲裁协议，那么日后产生的纠纷可以用仲裁和调解相结合的方式解决。若调解成功，则调解协议可被视为“合意裁决”并通过《纽约公约》得以承认执行。<sup>②</sup>若调解失败，那么当事人将重启仲裁程序。根据AMA的规定，仲裁和调解分别由SIAC和SIMC各自独立进行，仲裁员和调解员将分别由这两个机构进行委任。这种在机构和制度设计上所保障的仲裁与调解的分离性和独立性，为当事人提供了一个既有机会达成和解，又能避免由于仲裁员同时担任调解员所造成的不公正的风险的优化选项。但是，这种制度设计的弊端在于增加了所需的时间成本和其他人力、物力、财力等成本。与之相比，在“同一个屋檐下”进行的中国式调仲，委任调解员或直接由仲裁员担任调解员所需的时间和经济成本将大大减少。

对中国仲裁而言，商事仲裁已经是一个发展得较为成熟的领域，但投资者与国家之间的投资仲裁则是近年来才出现的一个崭新的领域。贸仲于2017年制定了一套独立于商事仲裁规则的专门用于解决投资者—国家争议的国际投资争端仲裁规则。但是就与调仲相关的规定而言，这套投资仲裁规则的内容与贸仲一般商事仲裁规则相比并没有什么区别。贸仲2017年的《投资仲裁规则》第43条规定，仲裁庭在进行调仲程序之前，必须得到双方当事人的同意，并且如果当事人撤销同意，在这种情况下调解程序须终止，仲裁程序应重启。贸仲、北仲、深圳国仲是中国为数不多的可以受理投资者—国家争议的仲裁机构。虽然中国早在1993年就签订了《关于解决国家与其他国家国民之间投资争端公约》，但中国投资者相对较少地参与国际投资仲裁。对此，一个可能的解释是，大多数有经济能力和政治能力在境外进行基础建设项目投资的中国企业都是大型

① 《贸易法委员会仲裁规则（2013年版）》第12条第1款：“如果存在可能对任何仲裁员的公正性或独立性产生有正当理由怀疑的情况，均可要求该仲裁员回避”；第13条第4款：“自回避通知发出之日起15天内，如果其他当事人不同意该回避，或者被要求回避的仲裁员不辞职，提出回避的当事人可以坚持要求回避。在这种情况下，该当事人应自回避通知发出之日起30天内，请求指定机构就回避申请作出决定。”深圳国际仲裁院《关于适用〈联合国国际贸易法委员会仲裁规则〉的程序指引》（2019年版）第7条第3句：“仲裁员是否回避，由院长决定。”

② “Arb-Med-Arb; Singapore International Mediation Centre”, <https://simc.com.sg/dispute-resolution/arb-med-arb/> (last visited 2 July 2022).



央企或是各类国有企业。这些央企或国企，可以通过外交手段/渠道解决它们的投资纠纷，并且与投资仲裁相比，外交手段可能更有效率并且更有可能取得对它们有利的结果。

目前，在所有由外国投资者发起的针对中国的投资仲裁案件中，还没有外国投资者在任何一起案件中取得胜诉。欧盟委员会在2011年进行的一项调查显示，仅40%受访的欧洲投资者表示会在处理与中国的投资争议时，选择投资者—国家仲裁的方式。大部分受访投资者表示更愿意以和平友好的方式解决纠纷，或者在只涉及征收的案件中考虑选择仲裁。外国投资者们不愿意诉诸仲裁，可能是因为他们担心中国会因此回击，从而对他们在已有的投资以及未来可能的投资机会造成损害。<sup>①</sup>

尽管中国的调仲机制缺乏对程序正当性的保障，但这可能并不会对中国仲裁机构的受欢迎程度造成损害。究其原因，主要有以下两点。

首先，对程序正当性的维护，更多地依赖于标准，而非所谓的保障性措施或条款。在中国，像贸仲这样的更大型、更国际化的仲裁机构，会主动践行公平公正的仲裁，这并不是迫于法律的相关规定，而是源于国内和国际市场的双重压力。只要这种来自市场的压力，可以持续推动中国顶尖的仲裁机构努力使中国本土式的调解与国际化的仲裁标准相匹配，那么对中国仲裁而言，所谓的程序正义问题将不成为问题。但是，考虑到“一带一路”的实施可能带来的区域性仲裁机构的竞争，外国企业和投资者是否会更倾向于选择他们眼中的具备更完善的程序正义保障措施的地区（例如香港和新加坡）进行仲裁，仍然是一个有待观察的问题。

其次，中国仲裁机构是否能够吸引更多的外国当事人，取决于中国在“一带一路”倡议中制定和掌控争端解决规则的能力。实际上，在“一带一路”的语境下，当中国试图修订其法律规定以使其本土的仲裁规则更符合国际标准时，其对仲裁规则的制定同时还包括了对国际仲裁期望的重塑，从而使国际社会潜在的仲裁案件当事人更能接受中国式调仲的观念。换言之，在中国标准与国际标准的交互中，中国一方面修订自身的仲裁规则，另一方面也在修正国际仲裁界的观念。的确，这两种方式从表面上来看是互斥的。但是，在评估中国该采取何种措施来推动以调仲方式解决涉“一带一路”的争议时，我们应该注意和考虑到中国在区域内的经济地位和文化角色，以及中国提出“一带一路”倡议背后的动因。

## （二）克服实施困难

自1994年《仲裁法》施行以来，调仲一直毫无变化地存留于中国仲裁机构的仲裁规则中。但是总体而言，虽然保障程序正义的条款和标准一直没有实质性的改善，中国法院和政府却一直对多元化纠纷解决方式持支持态度。然而，这种对调仲的支持似乎在逐渐减弱，尤其是在跨境商事仲裁领域。这一点可以从中国为了“一带一路”仲裁专设的新的机构与仲裁规定中窥见端倪。

2018年6月，中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》（以下简称《机制机构意见》）。《机制机构意见》强调，建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构，要坚持纠纷解决方式多元化的原则，“充分考虑‘一带一路’建设参与主体的多样性、纠纷类型的复杂性以及各国立法、司法、法治文化的差异性，积极

<sup>①</sup> European Commission Directorate General for Trade, “Summary of Contributions to the European Commission’s Public Consultation on ‘The Future Investment Relationship between the EU and China’” (10 December 2011).

培育并完善诉讼、仲裁、调解有机衔接的争端解决服务保障机制，切实满足中外当事人多元化纠纷解决需求”。此处的“多元化”指的是运用调解、仲裁和诉讼等多种方式来解决纠纷，并不一定需要像中国式调仲那样在同一个机构内进行。

在该项《机制机构意见》颁布之后，最高人民法院设立了中国国际商事法庭（以下简称国际商事法庭），其下包括两个法庭，分别为设立于广东省深圳市的“第一国际商事法庭”和设立于陕西省西安市的“第二国际商事法庭”。深圳与西安，一个承担着为解决沿海争议实施新的法律经济政策的试验田的传统角色，一个具备陆上丝绸之路起源地的历史地位，这样的特殊性使得这两个城市被选择成为了国际商事法庭的落脚点。

根据《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》（以下简称《国际商事法庭规定》）第1条规定，国际商事法庭的定位是最高人民法院的常设审判机构。《国际商事法庭规定》第2条明确规定了案件的受理范围，第3条则进一步对“国际商事案件”加以定义。尽管没有明文规定，国际商事法庭应该不会受理投资者—国家争议。这是因为，根据中国加入《纽约公约》时所作的商事保留声明，“我国仅对按照我国法律属于契约性和非契约性商事法律关系所引起的争议适用该公约，不包括外国投资者与东道国政府之间的争端。”当然，不排除随着中国投资地位的变化，这一商事保留的范围可能会被重新考量。

《国际商事法庭规定》第11条和第14条与调仲最相关。第11条允许国际商事纠纷由一个“一站式”纠纷解决平台进行调解和仲裁。这并不意味着像调仲一样，调解和仲裁将会由同一个机构或者同一批工作人员来进行。恰恰相反，第11条似乎是建议调解和仲裁由不同且相互独立的调解机构和仲裁机构分别进行。这个平台仅仅提供不同争议解决方式之间的一个纽带。关于这个“一站式”平台究竟在实践中会如何运行的细节尚未可知，最高人民法院也应当会在这个问题上颁布更多更进一步的规定。然而，这一平台的创立似乎标志着，中国有意革新和转变在同一屋檐下用同一套人马来进行仲裁和调解这种可能存在程序适当问题的传统方式。

## 四 东西差异

本文第四部分将会探究调仲程序的东西方差异与分歧。当我们试图用东西差异这样的二分法对法律实践进行归类时，必须非常谨慎，过度依赖东西差异的刻板印象和固定思维，可能会使我们忽视每一类别内部以及不同类别之间的微妙差异。东方，一般会被认为是以“避免社会矛盾”为第一要义的。<sup>①</sup>因此，东方的纠纷当事人，相较于诉讼和仲裁这种对抗性的争议解决方式，普遍会更青睐像调解这样的非争讼性的争议解决方式。而西方的当事人则刚好相反，他们更看重法律的确定性，并且认为调解并不一定会得到一个公平公正的结果。故而相较于调解，他们更倾向于选择诉讼和仲裁。

这种对东西方当事人的特性描述可能在纯国内仲裁中有一定的相关性和真实性，但是在跨境仲裁中，这种所谓的东西差异的论点已经越来越站不住脚了。在中国，推动“涉外仲裁”与“国内仲裁”趋同化的趋势，使得所谓的“东西差异”的论点在国内仲裁中也日渐式微。中国最高人民法院在这方面的相关举措，包括废除中国本地仲裁委员会和涉外仲裁机构在受理国内仲裁

<sup>①</sup> Tai-Heng Cheng, “Reflections on Culture in Med-Arb”, in Arthur W. Rovine (ed.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2009* (Martinus Nijhoff Publishers, 2010), pp. 419–428.

和涉外仲裁案件上的权限区分，以及最近将以前仅适用于涉外仲裁案件的“层报制度”延伸适用至国内仲裁等。可能参与到跨境仲裁中的中国当事人，也并不一定会雇佣中国律师或选择中国仲裁员。跨国企业会如何选择更符合他们需要的争议解决机制，可能会被多元化的法律文化传统所影响，而不是模式化地遵循“东西差异”背后的逻辑。

在传统刻板印象中，西方的法律从业人员以及法官对调仲一般会持反对态度，但是实际调查显示，事实似乎并非如此。2006年，彼得·罗宾逊（Peter Robinson）以加利福尼亚州既做过审判又主持过和解的法官为对象，进行了抽样问卷调查。这些法官会在审判之前，就进行和解会议征求案件当事人的同意。这一程序与调仲极为相似，因为如果和解失败，法官会继续重启诉讼审判程序。80%的受访法官认为，只要双方当事人同意了这种混合性的判决方式，预审程序中的和解会议不存在任何问题。不过在实践中，法官并不会经常进行此类和解会议。针对在和解失败的情况下，当事人在和解会议中表达的与案件相关的信息，是否需要特别关注和担忧这一问题，受访法官们存在意见分歧。<sup>①</sup>

在“一带一路”的背景下，中国大陆面临着两个在亚太地区乃至世界范围内广受欢迎的境外仲裁地的竞争，即中国香港与新加坡。<sup>②</sup> 作为“一带一路”倡议的发起者以及“一带一路”沿线最大的经济体，中国在沿线国家中处于最独特的制定仲裁规范的领导者地位。

中国在跨境商事仲裁上从中国式调仲向独立调解和独立仲裁的转变，说明在有外国当事人参与的案件中，中国更愿意探索非混合性或非综合性的多元化纠纷解决机制。尽管调解文化植根于中国传统文化之中，调解型司法却不一定要以调仲这种混合性纠纷解决方式的形式来彰显。与调仲相比，中国国际商事法庭的“一站式”平台，牺牲了由仲裁员同时担任调解员所带来的高效率 and 低成本。能够吸引国际客户，可能是所谓的“东西差异”在调仲实践中逐渐消弭的主要原因。

仲裁规范在中国的发展是双向的，既有地方化的全球主义（localized globalism），又有全球化的地方主义（globalised localism）。<sup>③</sup> 由于在仲裁改革过程中需要借鉴外国经验，“地方化的全球主义”这个概念在政府文件中被频繁提及，故而已经众所周知。但是，意味着本土化的地方规范转化为国际规范的“全球化的地方主义”这一概念却少有人知。不过随着中国政府倡议的“一带一路”的发展，中国的争议解决方式也将会更多地被输出。

其实，中国早已显示出想要在“一带一路”规则制定中扮演更重要角色的意图。2014年10月23日，中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，该决定特别指出要“加强涉外法律工作”，提到中国要“积极参与国际规则制定”，并且要“增强我国在国际法律事务中的话语权和影响力，运用法律手段维护我国主权、安全、发展利益”。因此，除了吸引外国当事人与区域性仲裁机构竞争的需要之外，中国还需要至少在“一带一路”沿线国家之间建立和掌控区域性的仲裁规范体系，这些需要构成了促使中国发展进步的关键因素。

① Thomas J Stipanowich *et al.*, “East Meets West: An International Dialogue on Mediation and Med-Arb in the United States and China”, p. 402.

② White & Case LLP and School of International Arbitration, Queen Mary University of London, *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, p. 10, [https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF) (last visited 2 July 2022).

③ See Kun Fan, “Glocalization of International Arbitration— Rethinking Tradition: Modernity and East-West Binaries through Examples of China and Japan”, (2017) 11 *University of Pennsylvania Asian Law Review* 243.

## 五 如何在“一带一路”中发展调仲

在研究中国如何才能在“一带一路”中推行调仲之前，我们应该首先明确对于仲裁使用者而言，跨境仲裁的优势和劣势分别是什么。有研究表明，对欧洲的律师、公司法律顾问以及仲裁员来说，跨境仲裁最大的劣势在于其所需的成本。在 922 名受访者中，67% 的受访者认为成本高是国际仲裁三个最大的劣势之一；而对于跨境仲裁最有价值的优势，大部分的受访者认为是“仲裁裁决的可执行性”（64%）和“避开某些特定的法制系统以及国家法院”（60%），“保密性和私密性”（36%）以及“中立性”（25%）排名居中。该研究还调查了受访者在选择仲裁地时的考量因素。“仲裁地的一般信誉及认可度”被认为是最重要的因素，排在其后的是“当地法律制度的中立性和公正性”“当地国家的仲裁法律”以及“执行仲裁协议和仲裁裁决的既往记录”。<sup>①</sup>

与香港国际仲裁中心（HKIAC）和新加坡国际仲裁中心（SIAC）这样的区域性领先仲裁机构相比，中国内地的仲裁机构，对外国当事人的吸引力要略逊一筹。从上述调查结果可知，中国仲裁机构应该着力改进调仲的中立性和公正性，以及调仲裁决的可执行性。尽管“高海燕案”的裁决结果可能只是个例，这一类案情的案件并没有在除香港以外的任何法院中得到检验。“一带一路”沿线其他法域也可能不会像香港法院那么重视和尊重中国法院的裁决意见。

一个快速的建议可能是，一方面改进和增强调仲的普及度和可信度，另一方面中国法院应该在针对易引起程序正义问题的调仲裁决行使其监管权力时，采用更严格的标准。中国法院对有程序缺陷的调仲实践依然持特别宽松的态度，并且通过“层报制度”使得其裁决很难被法院撤销，这样的实践可能对商事仲裁的总体发展有利。但是，这并不有利于增强外国投资者的信心，并且在仲裁员同时担任调解员的情形下，会让他们质疑中国法院是否有能力审核仲裁员的公正性。“当地法律制度的中立性和公正性”是投资者在选择仲裁地时排在第二的重要考量因素，中国法院的上述实践也许会对吸引外国客户选择中国作为仲裁地造成一些不利的影

## 六 结语

在“一带一路”的背景下，对“中国的调仲发展是否会因程序正义问题而遭遇阻碍”这个问题下结论还为时尚早。但是，通过对迄今为止中国仲裁机构发展和运行的轨迹可以判断，大部分仲裁客户并没有受到程序正义隐患的影响。对中国当事人来说，中国式调仲所带来的熟悉感和高效率，可以让他们在“走出去”的同时不必承担在不熟悉的法律环境下做生意所带来的高额成本。就投资仲裁而言，中国和外国投资者仍然不愿意选择投资仲裁这样的法律渠道来解决他们的纠纷、维护他们的利益。通过外交谈判这样的非法律手段可能会给投资者带来更好的结果。本文前言部分曾提到中国可以在“一带一路”倡议下采取将本土化的实践与国际化的标准相结合的建议。

<sup>①</sup> White & Case LLP and School of International Arbitration, Queen Mary University of London, *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, pp. 7-8, 11.

作为中国提出的一个经济圈，“一带一路”具备推行中国特色争议解决机制的潜力。通过输出中国式调仲以结果为导向、调解为重的价值观，中国本土调仲的实践可能不需要做很大的改变。最终，调仲的推广问题会回归到，在中国立法者、仲裁机构、潜在的外国仲裁客户的眼里，解决中国式调仲的程序缺陷究竟有多重要的问题上。如果说过去十年间中国式调仲的发展留下了任何启示的话，那么程序正义问题对公正性的影响，似乎并没有严重到可以推翻调仲所具备的优势，即给当事人带来熟悉感以及实现纠纷解决的高效性这样的优势。

另一方面，中国法院和仲裁机构应该转换其关于仲裁发展的思路，从一味通过仲裁裁决在海外内外被执行的数量多少来衡量仲裁的发展好坏，到更加重视作出仲裁裁决的过程和质量。中国国际商事法庭的设立可以作为这种思维转换的一个标志。这一点，从中国国际商事法庭任命的法官们具备更多的国际判案经验，并且对程序正义问题有更强的意识和更深刻的认识上可以看出。不过，国际商事法庭的“一站式”纠纷解决平台和其他“一带一路”相关的法律倡议究竟是否会进一步扩大调仲的实践，还有待观望。

## Multi-Tier Resolution to Cross-Border Commercial and Investment Disputes Relating to China: A Focal Examination into Med-Arb

*Gu Weixia*

**Abstract:** Med-Arb, as one of the multi-tier dispute resolutions, has been widely used in China. This paper discusses the use of med-arb in international arbitration in China. In particular, it discusses the procedural difficulties and practical challenges brought by the Chinese approach to med-arb, and what China is doing or has done to address procedural concerns in the international arbitration community. The adjudicative and intrusive nature of Chinese-style mediation as well as the different roles of mediators and arbitrators, have led to criticism of due process, trial independence, and information confidentiality, conflict roles of arbitrators and mediators in Med-Arb process. Also, this paper points out that the East and the West have different understandings of Med-Arb. Mediators in western countries do not undertake the role of adjudicators, but the “mediation system” with Chinese characteristics is intrusive and adjudicative. This paper discusses these differences of Med-Arb between the East and the West, focuses on its application under China’s “Belt and Road Initiative”, and puts forward suggestions regarding the use of Med-Arb in resolving international commercial and investment disputes related to China. Specifically, it emphasizes that the effective regulation of the neutrality and impartiality of Med-Arb by Chinese judiciary and legislature department, the division of information and adjudicators between the arbitration and mediation procedures, and the incorporation of international standards in the Chinese arbitration rules will benefit the promotion and improvement of Med-Arb system.

**Keywords:** Med-Arb, Multi-Tier Dispute Resolution, Belt and Road Initiative, Cross-Border, Commercial Arbitration, Investment Arbitration

(责任编辑: 李庆明)