

调解或成跨国商业争议最优解决方式

■ 本报记者 姜业宏



一带一路 在给企业 走出去带来前所未有机遇的同时 也带来更多更复杂的挑战。在涵盖多个国家、多元种族、多元文化和多元宗教的环境下,调解在跨国商业争议中正成为具有优势的替代争议解决方式。

调解可保合作关系延续

马来西亚调解中心理事克里斯汀在日前召开的 2017 年国际仲裁

高峰论坛上表示,中国作为世界排行第一的货物贸易国、排行第二的经济体和排行第三的对外投资国,在基础设施和开放园区建设领域的成功经验成为推进 一带一路 建设的发动机。然而,有生意就有争议。在判决、仲裁等传统争议解决方式面前,如何维护良好的合作关系成为一项挑战。

以仲裁为例,它在跨境争议解

决中使用频率很高,优点也显而易见,即裁决中立和具有较强的约束力。但仲裁程序耗时长、耗费大,且通常情况下,争议双方在完成仲裁后会导导致商业关系破裂。英国其礼律师事务所合伙人理查德认为,调解是一带一路 倡议下非常有效的争议解决方式,一个重要原因就是调解能够维护双方之间良好的合作关系。

理查德根据自己丰富的办案经验总结说,跨国争议双方往往有着良好的意愿解决问题,并希望延续之后的合作,调解恰好提供了合适的方式。加上调解能够避免国际仲裁和国际诉讼的不确定性,在维护良好合作关系的同时快速、即时、有效解决问题,非常适合 一带一路 项目中和平解决商业争端的需求。

调解符合当事人心理预期

什么是调解?调解本质上是更有结构性的一种谈判,使争议双方在中立第三方的协助和指导下进行谈判。理查德说,调解人的作用并不是给双方找到解决方案,而是帮助双方找到争议的焦点,像裁判一样给双方平等的机会陈述观点,更为重要的是帮助双方了解是否能在所坚持的立场上有所妥协。虽然不具有约束力,但高效是其显著优势。

在理查德看来,调解还具有一个明显的优势即符合当事人定纷止争的心理预期。争议双方选择和平地坐下来接受调解,不断缩小各自立场之间的差异,最终找到互相能接受的解决方案,通过有效调解可以省时省力、高效快捷地达成共识。这也就是为什么调解通常

都能够成功,对于某些乐意接受调解的当事人,成功率可能达到 90% 以上。

当然,调解涉及的案件通常都比较复杂,想要达到帮助当事人高效和解的目的,对调解人的相关经验、技能培训等提出了较高要求。理查德补充道,调解人应该是有经验并且经过良好培训的人士,如果之前在替代争议解决机构工作过,则更为理想。

调解或许才是最好的出路

在 一带一路 倡议下,中国与周边国家开展了广泛合作,如中国巴基斯坦经济走廊。克里斯汀说,2013 年,杭州电商巨人阿里巴巴宣布将在马来西亚设立数码自由贸易区,这是阿里巴巴在大陆之外首度拓点,将于 2019 年底启用。同时,支付宝与马来西亚银行也将合作,成立中国海外的第一个试点。

从法律层面上说,一带一路 参与国各自实施着本质上不同的法律,差异性不可忽视,调解或许才是最好的出路。克里斯汀表示,调解是参与国互相尊重原则的体现,相信商事争议解决中更能够照顾各方需求,达到和解共赢。

仲裁中调解绕不过的两道关

■ 本报记者 姜业宏

商事调解和商事仲裁作为有效解决争端的两种方式,各有其优势和特点。近年来,仲裁与调解的结合或者说仲裁中调解成为新的发展趋势,尤其对于跨境争议而言,灵活的争议解决方式更加受到当事人的欢迎。但是,从理论和实务操作两方面来说,仲裁中调解还需先回答两个问题:仲裁中可否调解?调解如何实现?在日前召开的 2017 年国际调解高峰论坛上,与会专家、学者就此展开了交流。

仲裁中可否调解?

协商、调解、仲裁和诉讼是解决民商事纠纷的四种主要方式,对比来看,四种方式的程序越来越复杂,所需时间越来越长,费用越来越高,同时强制力越来越强。贸仲委仲裁员、方达律师事务所合伙人康明认为,仲裁和调解之所以成为当

事人选择越来越广泛的一种争议解决方式,还源于当事人对自己权利的处分权,如在争议解决过程中让渡、放弃、赠与等,当事人也可以选择自己认为合适的争议解决方式。

调解在中国的使用非常普遍,几乎涵盖各类争议解决方式的各个环节和程序。康明说,仲裁程序中往往会征求当事人的调解意愿,通常 90% 以上的仲裁庭在开庭时都要征询当事人的意见,也有很多当事人愿意调解,这时候仲裁程序转为调解程序,流程大大简化,也就是常说的仲裁与调解相结合。

但也有很多学者并不赞同仲裁过程中进行调解。康明表示,这种理念在西方学者中较为常见。他们认为,有时候,当事人认为可以通过仲裁获得全部支持,而调解需要作出让步和妥协,令自身利益受损,

迫于仲裁庭的压力,担心不愿意参加调解会产生不良印象,因此违背本意接受调解。还有人认为,当事人在调解过程中把底线透露给仲裁庭,一旦调解失败,虽然调解过程中声明所做承诺不作为今后裁决的依据,但还是容易受到影响。

在新加坡国际调解中心总监邓璧君看来,在考虑争议纠纷解决策略的时候,并没有能够解决所有问题的方案,我们能做的就是提供更多不一样的解决方案、方法,以便大家选择最适合自己的解决方式。

调解协议如何转成裁决?

据康明介绍,目前,各个仲裁机构对在仲裁中成功调解的案件,一般采取由仲裁委员会确认当事人的调解协议,并依据调解协议内容做出裁决书的方式。裁决书有执行效力,特别是涉外裁决,可以

根据 1958 年的《裁决公约》境外执行,具有显著优势。且仲裁机构确认调解协议的效力,并将其转化成裁决书的做法也越来越普遍。

邓璧君介绍了新加坡国际调解中心的做法,我们首先会要求当事人在新加坡国际仲裁中心提交仲裁通知书,使双方争议达到形式要求,并成立仲裁庭,如果之后调解成功,判决就不再有执行。在这个过程中,新加坡国际调解中心和新加坡国际仲裁中心密切合作,就案件进行情况充分沟通,力求在仲裁庭成立的第一时间停止仲裁程序,转入调解程序,并规定在 8 周内完成调解。

我们接触最快的成功调解记录是在接收申请人提交的仲裁通知书并转到调解中心后一周内就安排调解,且争议在一天内就得以解决了。邓璧君说,调解双方往往

不会用尽 8 周,调解时间也可以根据双方当事人情况灵活确定。如果双方能够在调解程序中达成满意结果,调解中心会告知仲裁中心把调解协议转变成仲裁裁决,双方权益就可以在纽约公约的 150 多个签署国家范围内执行。

康明还提出,调解书是一个独立的民事合同,与裁决有着本质上的不同。因此,调解协议转成裁决的时候,其主体、语言、文字表述都要相应做出变动。还有一种情况是,调解书超出了仲裁的范围,如主体和调解事项增加,但没有委托仲裁委员会进行仲裁的主体不能在裁决中出现,此时就需要很好的技术处理,让当事人重新授权或达成新的协议。总之,这一过程需要仲裁机构和仲裁员提高责任心,以谨慎的态度、成熟的经验审查过程中的微小问题。

在国际投资规则制定方面争取更大话语权

访中国国际经济贸易仲裁委员会副主任兼秘书长王承杰

■ 本报记者 范丽敏

随着我国 一带一路 建设步伐的加快,中国对外投资、吸引外资快速增长,企业跨境投资面临着各种风险,东道国政府也面临着被诉的风险,涉及中国当事人的国际投资争端不断出现。如何通过有效的国际社会公认的法律手段维护投资双方的合法权益,事关 一带一路 倡议能否更快更好推进落实。为适应新形势的需要,中国国际经济贸易仲裁委员会恰逢其时地出台了《国际投资争端仲裁规则》。《中国贸易报》记者为此专访了贸仲委副主任兼秘书长王承杰。

记者:什么是国际投资仲裁,与国际商事仲裁有何不同?

王承杰:所谓国际投资仲裁(investment arbitration),专指用以解决东道国与其在其境内投资的外国投资者之间有关投资争端的国际仲裁。

与一般的国际商事仲裁不同,国际投资仲裁解决的是国家与投资者之间的争议,双方系不平等的主体关系。在法律渊源上,主要是国际投资条约,还包括国际法、东道国内实体法等。在管辖权上,国际投资争端管辖权依据则呈现多种形式,且管辖权争议较多,主要涉及的问题有国家是否具有同意仲裁的依据,以及投资者是否构成投资保护协定或条约中规定的合格投资者等。相对于国际商事仲裁,国际投资仲裁更主张公开、透明,有利于增强海外投资风险的可预测性。在案件管理上,审理时间则相对较长,由于涉及取证方面时常存在较多阻碍,国际投资争端仲裁引入法庭之友,参与仲裁程序。此外,在仲裁员选定/指定上,各国熟悉国际公法、条约法等方面的专家十分有限,当事人在选

择仲裁员时具有一定的局限性。

记者:近年来,国际投资仲裁案件发展情况如何?国际上有哪些机构受理国际投资仲裁案件?

王承杰:从 1966 年《关于解决国家和其他国家国民投资争端公约》(即《华盛顿公约》)生效起,国际投资仲裁制度诞生已经超过 50 年。但在 21 世纪之前,投资者很少对东道国提起投资仲裁。据联合国贸发会议对已公开的国际投资仲裁案件的统计,1966 年至 1992 年,仅有 1 起案件,1993 年至 2000 年,新提起仲裁的案件合计为 50 件,平均每年 5 件。

进入 21 世纪,国际投资仲裁案件呈爆发式增长。2001 年至 2010 年,新提起仲裁的案件猛增至 359 件,平均每年 36 件。截至 2016 年底,全球范围内已知的投资仲裁案件共有 767 起,多为发达国家投资者提起,其中大约 60% 的案件裁定投资者胜诉。

此外,由于国际投资仲裁可使投资者绕开东道国当地的司法管辖,整个仲裁过程不受任何国家的干预,且裁决的终局性和可执行性有保障,投资仲裁机制的功能和效果逐渐被投资者所认识,并广为西方发达国家投资者使用。尤其是欧盟和美国的投资者,已经成为国际投资仲裁的主要使用者。

目前,很多外国投资者和东道国政府的争端都诉诸国际投资争端解决中心(ICSID)。ICSID 是依据《华盛顿公约》建立的世界上第一个专门解决国际投资争议的仲裁机构。此外,国际商会仲裁院、斯德哥尔摩商会仲裁院等国际知名仲裁机构都受理了一些国际投资争端案件。

记者:国际投资仲裁在我国目

前发展情况如何?

王承杰:近年来,中国海外投资和吸引外资快速增长的同时,涉及的纠纷也在明显上升。其中,随着伊佳兰公司诉中国政府仲裁案、中国平安诉比利时政府投资仲裁案、韩国安城诉中国政府投资仲裁案等案件的涌现,涉及中国当事人或政府的国际投资仲裁也日趋增多,国际投资仲裁日益得到关注和重视。

1993 年,中国正式成为《华盛顿公约》的缔约国。与此形成鲜明对比的是,中国大陆投资者迄今提起投资仲裁的案件少之又少。据了解,中国投资者在 ICSID 对外国提起的国际投资仲裁案件总共 6 起,分别是 2006 年的香港居民谢业深诉秘鲁案、2010 年的香港渣打银行诉坦桑尼亚电力供应有限公司案、2012 年的平安诉比利时案、2014 年的北京城建诉也门案、2015 年的香港渣打银行诉坦桑尼亚案和 2017 年的澳门 Sanum 投资有限公司诉老挝案。此外,中国政府被外国投资者诉至 ICSID 的仲裁案件有 3 起,分别是 2011 年马来西亚伊佳兰公司诉中国案、2014 年韩国安城公司诉中国案和今年的德国海乐西亚泽公司诉中国案。

这一方面是因为中国企业对外投资起步较晚,维权意识较弱,以往遇有争端时习惯于忍气吞声,或寻求中国政府帮助,但这种局面可能在未来几年发生明显改变。

尤其是进入 21 世纪,我国在实践上开始扩大国际投资仲裁的适用范围。截至 2016 年底,我国已经与世界上 130 多个国家签署了双边投资条约(Bilateral Investment Treaty, BIT),正在积极推动中美



BIT、中欧 BIT 和区域全面经济伙伴关系(RCEP)谈判。这些投资协定的内容虽然不尽相同,但基本都含有核心的投资保护条款及国际仲裁机制,这都为中国投资者在提起国际投资仲裁时提供了可能。

记者:我国已经有《仲裁法》,许多仲裁机构也有自己的仲裁规则,为什么还要专门制定《国际投资争端仲裁规则》?

王承杰:我国《仲裁法》主要是调整平等主体之间合同及财产权益纠纷仲裁的法律。随着实践的发展,特别是我国 一带一路 倡议的实施,涉及中国当事人投资争端案件有增加的趋势,对我国投资仲裁制度提出前所未有的挑战。我们必须面对现实,吸收借鉴国际投资仲裁通行做法和经验,探索制度创新,切实解决实践中存在的问题,在国际投资规则制定等方面争取更大的话语权。

囿于法律法规等方面的原因,我国对于国际投资仲裁的研究起步

较晚,直至今日,我国仲裁机构尚无受理投资争端的实践,也没有专门适用于国际投资争端的仲裁规则。贸仲委制定《投资仲裁规则》,希望弥补我国仲裁在国际投资仲裁领域仲裁规则的空白。

据统计,2016 年,我国对外直接投资增长 43.5%,达到 1830 亿美元,已成为全球第二大对外投资国,吸引外资金额位居全球第三位。因此,建立投资仲裁机制有利于平等保护中国投资者在境外投资、外国投资者在中国投资的合法权益,促进建立公平有序的国际经济新秩序。

现在,越来越多的中国企业到 一带一路 沿线及其他国家投资。考虑到多数 一带一路 沿线国家投资法制并不完善,法律风险较高,贸仲委颁布实施《投资仲裁规则》能够为我国企业提供解决与东道国投资争端的制度化保障,对于维护双方当事人的合法权益、助力我国企业走出去,是非常必要的。

《中国国际商事仲裁年度报告(2016)》发布

本报讯(记者 范丽敏)9 月 19 日,中国国际经济贸易仲裁委员会发布了中国国际商事仲裁第三次年度报告《中国国际商事仲裁年度报告(2016)》。《报告》显示,2016 年,我国 251 家仲裁委员会共受理案件 208545 件,比上年增加 71621 件,增长 52%;案件标的总额为 4695 亿元,同比增长 14%。2016 年,受理案件数和标的额均再创新高。

相较于知识产权诉讼案件的总体数量与增长速度,知识产权仲裁案件的受案量与增长率不明显。贸仲委副主任兼秘书长王承杰表示。

以北京仲裁委员会为例,2014 年受理知识产权纠纷案件 43 件,占全部案件数的 2.11%;2015 年受案数量为 26 件,占全部案件数的 0.88%;2014 年受案数量为 47 件,占全部案件的 1.56%。知识产权纠纷受案量少在一定程度上反映出社会对知识产权仲裁的了解不足、认识不够、参与意愿不高等问题。王承杰说。

根据《报告》,综合性仲裁机构所受理的知识产权案件中绝大多数为合同纠纷,少量涉及侵权纠纷,很少出现有效性纠纷,受案种类单一。

影响我国知识产权仲裁发展的主要问题包括知识产权有效性纠纷的可仲裁性存在立法空白、仲裁临时措施的规定过于简单、仲裁诉讼化倾向导致纠纷解决速度降低等。王承杰说。

事实上,由于可仲裁性通常会涉及一国的公共政策问题,各国根据对知识产权纠纷可仲裁性的开放程度存在差异。法国、德国、葡萄牙等国业界人士认为,在本国进行的仲裁中各类知识产权纠纷均可以提起仲裁。相反,中国、韩国、爱尔兰等国的多数业界人士则认为,在其本国开展的仲裁中,知识产权有效性纠纷的可仲裁性问题具有不确定性。

王承杰建议,合理扩大知识产权纠纷的仲裁受案范围,协助当事人加快知识产权仲裁程序进程,完善知识产权仲裁临时措施的相关规定。

PPP 法律服务与争议解决研讨会在沪举办

本报讯 近日,由中国国际经济贸易仲裁委员会主办、上海建领城达律师事务所和上海邦信阳中建中汇律师事务所承办的 PPP 法律服务与争议解决研讨会在上海成功举行,2017 年中国仲裁周系列活动在全国全面展开。

贸仲委副主任兼秘书长王承杰指出,近年来,PPP 模式在我国基础设施和公共服务领域快速推进,在 一带一路 建设中的优势和作用凸显,刚刚签署的《金砖国家领导人厦门宣言》中也在财金合作部分专门就 PPP 作了布置,这说明 PPP 将会在我国改革开放的历史进程中发挥日益重要的作用。贸仲委作为中国最早设立的涉外商事仲裁机构,通过多年的争议解决实践,积累了较为丰富的政府与社会资本合作争议解决经验,形成了大批涉外仲裁法律人才积累,并具有较为广泛的国际影响力,贸仲委提供的优质高效仲裁服务可以为 PPP 模式持续健康发展提供重要保障。

财政部条法司副司长周劲松围绕《基础设施和公共服务领域政府和社会资本合作条例》(PPP 条例)起草中的热点和难点问题在研讨会上作了主旨发言。周劲松简要回顾了 PPP 条例公开征求意见情况,对各方分歧较大的条例名称、政府和社会资本合作的定义、社会资本方的范围、国务院有关部门职能分工等问题作了简要介绍。他指出,PPP 法律关系复杂,希望相关业内人士加强对各种法律关系特性的深入研究,提出更多更好的建设性意见。PPP 争议解决的途径多样,仲裁是 PPP 模式下民商事性质纠纷公平公正解决的有效途径,应该通过实践不断予以完善。他还呼吁,PPP 项目从启动到结束的始终都应该高度重视专业法律服务的参与,尤其是在项目设计之初专业全面的法律服务对于 PPP 项目的顺利实施至关重要。

(来源:中国国际经济贸易仲裁委员会)