

重新审视在商业合同中使用多层次争议解决条款的问题

作者：刘洋

一、简介

多层次争议解决条款（也称为“升级”条款）在商业合同中颇为常见。这些条款通常要求合同双方先通过较没有那么正式的另类争议解决方式（如谈判和/或调解）以解决合同项下争议。如果双方未能达成解决方案，则可以通过约定的法院诉讼或仲裁程序解决其争议。这些条款如果起草得当，通常对商业当事人是有利，因为它们可以让当事人在不太对立的环境下（法院或仲裁之外）解决争议，以便继续维持双方之间的商业关系，并节省时间和金钱。然而，笔者最近经历了一种复杂情况，即升级条款给当事人启动法律诉讼设置了更多的障碍，反而导致费用上升和启动仲裁时间上的延迟。

在这篇文章中，笔者将讨论：(a) 在商业合同中加入多层次争议解决条款的利弊；(b) 香港法律规定参与调解的最低程度要求；(c) 香港上诉法庭最近作出的重大标志判决 *C v D* [2022] HKCA 729；以及(d)一些对商业当事人在草拟和才难调解条款时的实用提示。

二、多层次争议解决条款的利弊

使用多层次争议解决机制的一些常见好处和缺点如下：

优点	缺点
- 通过另类争议解决方式，各方可以享有更大的程序灵活性，例如，各方更容易就会议/聆讯的日期、地点和模式、程序时间表、证据和后勤等事项达成一致。 - 当事人可根据特定争议的性质提名自己认为合适的调解员和 / 或仲裁员。 - 不希望公开提起诉讼的当事人也可以从大多数另类争议解决方式的机密性中受益。 - 如果争议可以在仲裁或诉讼前解决，则可以节省时间和成本。 - 仲裁或诉讼前的非对抗性谈判和调解可能使当事人能够专注于自身的利益和商业目标，这可能有利于维持和维护商业关系（“留面子”）。 - 即使另类争议解决方式未能达成解决方案，它也能让双方缩小争议问题的范围，检验他们的论点强弱，并保持他们的沟通渠道畅通。双方还有更多时间准备自己的案件/辩护。	- 程序灵活性的反面则是，当一项条款含糊不清时，它可能会导致争论空间：即使当事双方都不愿通过调解解决争议，仲裁程序也可能因此而推迟启动；在最坏的情况下，调解可能导致仲裁程序的启动超出规定的时效期限（拖延策略）。 - 对该条款的可执行性（有时被视为“病态条款”）的担忧：当该条款的措辞在是否被界定为先决步骤和强制性质方面不明确或模糊时，香港和英国法院倾向于认为该条款不可执行。 - 某些司法管辖区可能不允许同一个人在调解-仲裁程序中使用“切换角色”，即在调解过程中担任调解员，继而在仲裁过程中担任仲裁员。因为这可能会对程序的公平性和保密性造成影响。 - 如果当事人最终未能在另类争议解决流程中达成和解，则必须开始仲裁或诉讼，并花费更多的时间和成本。 - 在某些法域，当事人可能很难找到合适的候选人担任调解员和仲裁员。

三、调解的最低参与程度要求

调解是一个自愿过程，双方同意任命中立的第三方（即调解人），协助双方进行谈判并在庭外解决争议。

最近，某合同纠纷双方基于一项升级条款任命笔者为唯一调解人。该条款要求双方在仲裁前首先尝试进行调解，时间为“至少连续 2天，每天5小时”。这是一次棘手的调解，因为双方开始的立场都是极端和完全相反的，一方希望继续履行合同，另一方坚持终止合同。这种情况双方很难找到友好的解决办法，只有通过具有法律约束力的决定才能解决这一问题。尽管

出现了意想不到的情况，笔者还是试图调整双方的讨论方向，着重讨论和探讨可行的和解条款。遗憾的是，双方试图参与调解仅仅是因为双方受合同升级条款规定的约束，即双方在开启仲裁前要先参与调解。

2009年，香港的民事司法制度改革正式生效，其目的是改善案件管理和促进争议解决。为达成民事司法制度改革的目标，香港颁布了《实务指示-调解》（《实务指示31》），该指示鼓励各方参与另类争议解决方式，以促进争议的解决达成和解。《实务指示31》适用于在原讼法庭及区域法院以令状展开的大部分民事法律程序。律师必须向他们的客户指出，如果一方不合理地拒绝参与调解，法院可能会向其发出不利的讼费命令（详见香港律师会关于《实务指示31》的指导说明）。

双方的律师必须向法院存档《调解证明书》，以解释当事人是否愿意尝试调解。如果没有，则说明不这样做的原因。《实务指示31》规定，法院在行使酌情权裁定讼费时，应考虑到所有相关情况，包括当事人不曾参与调解并对此没有合理解释。法院将不会在下列情况下以不合理地拒绝进行调解为由，对当事人发出任何不利的费用命令：

- a. 当事人参与调解的程度已达到当事人同意或法院指示的最低参与程度；或
- b. 一方对不参与调解有合理的解释，例如：—
 - (i) 当事各方已在无损权利的前提下积极进行和解谈判。但是，如果这种谈判已破裂，这种解释的依据将不复存在，双方随后应考虑调解的适当性；或者
 - (ii) 当事人积极参与其它另类争议解决方案以解决争议。

最低程度的参与

从法律上讲，什么是“调解的最低参与程度”？法官在 *Resource Development Limited v Swanbridge Limited* HCA 1873/2009 和 *Hak Tung Alfred Tang v Bloomberg LP and Anor.* HCA 198/2010 均考虑了这一点。其中，案件双方均向法院提出申请，要求法院决定每一方参与调解过程的最短时间。香港法院认为：

- a. 《实务指示31》附件C注脚 4 中的建议指示规定各种最低限度为各方必须出席一次由调解员主持的实质调解会议（会议长短由调解人决定）。
- b. 设立最低参与程度 是为了让各方展示进行调解的诚意， 而不是用于反映调解的时间长度。
- c. 由于调解是自愿的，法院不应强制规定任何超出当事人参与调解外的内容，任何当事人均可在调解的任何阶段决定终止调解。对最低参与程度采取不灵活的方针可能会引发双方之间的其它不必要的争议。

不合理地拒绝进行调解

在 *Golden Eagle International (Group) Ltd v GR Investment Holdings Ltd* HCA 2032/2007 一案中， 因为被告无理拒绝调解，法院命令被告按弥偿基准支付原告讼费，。被告辩称：

- a. 该案所涉争议不能“被轻易调解”，因为它涉及复杂的协议和事实。
- b. 被告合理地认为他们的案件比较有胜算。
- c. 被告向原告作出了和解提议。
- d. 调解费用将会过高。

法院驳回了上述论点，并指出：

- a. 这一案件涉及一个简单的单次交易合同纠纷，没有提出任何可为当事双方或该贸易其他人士未来交易具有指导作用的法律问题。该案亦不涉及禁令申请或其他保护性救济。
- b. “合理相信案件强而有力”仅在案情清楚明确的案件中才有意义，例如当事人本可以成功地申请简易判决。本案中 被告的抗辩只能被视为“临界”辩护，不属于这一类强而有力的案件。
- c. 被告的和解提议 “偏离了实际”。然而，双方之间的巨大差异并未表明调解将浪费时间和精力。
- d. 提交的材料没有事实依据表明调解费用将会过高。调解费用应是大大低于申索金额。

法院认为，拒绝调解的一方应负举证责任提供拒绝调解的合理解释，举证责任并不在于愿意调解且表明调解有合理的前景的一方。



四、C v D [2022] HKCA 729：最近有关升级条款的重大标志判决

升级条款分阶段提供一系列的另类解决争议程序，通常是先谈判，及后是调解，然后是仲裁。

在 C v D案中，升级条款规定，在将争议提交仲裁之前，各方当事人“应真诚地立即通过谈判解决此类争议。任何一方均可通过书面通知另一方将此争议提交给双方的[首席执行官]”。只有在当事方提出书面请求后50 个工作日内无法通过谈判友好解决争议时，才能将争议提交仲裁。

虽然双方同意书面谈判请求是仲裁的先决条件，但他们不同意是否有必要向首席执行官发出书面通知。仲裁庭认为，将争议提交给首席执行官是选择性的，先决条件只需要书面请求进行谈判。

原讼法庭驳回了原告C的质疑，理由是，遵守仲裁先决条件的问题涉及到申索的可受理性问题（即，申索是否欠妥 并根本不应被提出），而不是仲裁庭的管辖权问题（即，是否应因同意仲裁的缺陷或遗漏而不允许当事人诉诸仲裁），这不是C提出质疑的依据。随后，C对原讼法庭的决定提出上诉。

上诉法院驳回了 C 的上诉，并坚持认为，不遵守升级条款涉及 申索可受理性问题，这意味着仲裁庭应听取案件的陈述，并决定该案件是否因不遵从合约条款而使程序上有缺陷。不遵守升级条款并非管辖权问题，这表明仲裁庭有权处理案件，法院可干预的理由十分有限。

这一决定与 其他普通法司法管辖区的处理方式一致，例如英国的*Republic of Sierra Leone v SL Mining Ltd* [2021] EWHC 286和新加坡的*BBA v BAZ* [2020] 2 SLR 453。



五、向商业当事人提供起草和采纳调解条款的实用技巧

各方可以自由谈判并商定将在其合同中加入的争议解决条款的条款。争议解决条款是一项重要的合同条款，它记录了双方就如何解决争议。然而，当事人在起草多层次争议解决条款时应谨慎行事：

- 在采用仲裁的任何先决条件（如谈判，调解，裁决，争议委员会等）之前，双方应考虑该先决条件是否有必要，是否应具有强制性以及其规定的期限。
- 重要的是要使用明确精准的语言来确保多层争议解决条款的有效性和可执行性：
 - 例如，使用强制性而非允许性的语言，即使用“应”而不是“可”。

。避免使用“诚信”，“友好谈判”和“尽力”等用语。

- 在加入强制性调解条款时，不建议规定谈判的确切时间长度，因为这可能会导致谈判操作的不灵活。当事人可以参考《实务指示31》的示例：“各方已就委任哪名调解员及聘用条件、所采用的调解规则（如有的话）达成协议，并协议各方最低限度必须出席一次由调解员主持的实质调解会议（会议长短由调解员决定）”。
- 建议对商定的细节使用明确的措辞，以确保谈判进程可行，明确规定谁要参会，开会时间，会议目的等。不建议在一项条款中提供两个备选，这会给谈判过程带来不确定性，并可能导致该条款无法执行。
- 双方可考虑采用一套具体的程序/机构规则，例如《香港国际仲裁中心调解规则》和《香港国际仲裁中心机构仲裁规则》。
- 建议双方当事人就“仲裁先决条件失败的事件”提出明确定义，并允许该先决条件被跳过，以防止仲裁或诉讼的启动出现延误。
- 双方可加入一项条款，允许各方在调解期间申请紧急/临时济助，以协助保留证据及避免相关资产被转移。



六、结论

商业合同中包含多层次争议解决条款的做法在许多商业当事人中很受欢迎，因为他们希望这些程序能够帮助避免正式诉讼的费用，给当事人提供更多的程序灵活性，并维护机密性和商业关系。

尽管如此，如果当事人没有用心地草拟这些条款，它们就会充满不确定性，使争议解决过程变得更加昂贵，从而导致进一步的争议，并推迟仲裁程序的启动。因此，草拟这类条款时要格外注意，以确保其可执行性。更重要的是，各方应认真积极考虑是否愿意采用这类条款。

笔者要感谢 Andy Hong对本文编写所做的有益研究和帮助。

* 文章首发于LexisNexis律商联讯《中国法律透视》2022年8月刊