

“仲调”程序风险规避的域外经验

一、导论

“仲裁-调解”（Arb-Med）作为一种在中国原本就很流行但一直相对低调的纠纷解决方式，充分发挥调解与仲裁各自的优势，可谓刚柔结合。从“柔”的一面看，调解的纳入易于维持当事人之间的友好关系，鼓励当事人以前瞻性的视角看待彼此的争议与合作，也使得当事人可以全盘考虑双方的商业利益以及当事人之外的所有利益相关方。从“刚”的一面看，“仲裁-调解”中的调解仍有仲裁作为后盾，从而可以有效避免传统调解程序中因双方僵持不下而过于冗长的缺点。更重要的是，正如我们在上一篇文章（《分饰两角的仲裁员：浅议调解-仲裁程序中的公正性问题》[注：烦请王硕在这里插入一个链接，可以跳转到上一篇文章]）中所所述，“仲裁-调解”中由仲裁员兼任调解员的做法并不会牺牲仲裁员的公正性。公正性在一定程度上属于当事人意思自治的范畴，如当事人同意仲裁员进行调解，则不必过于担心仲裁员的公正性会受到不当影响。

尽管如此，域外的实践显示，“仲裁-调解”在实践中仍存其它有可能会導致裁决被撤销或被拒绝执行的风险。本文将着重探讨这些撤销裁决的风险及相应的规避措施。应当指出的是，尽管这些风险在域外是客观存在的，但类似的情况在中国并不一定会发生，或者即便发生，也不必然导致裁决被撤销。即便如此，域外的一些规避撤销裁决的经验也值得我们参考借鉴。当然，本文介绍的情形不是穷尽的，只是基于我们对域外实践的初步观察。

本文所关注的撤销风险主要来自于“仲裁-调解”中的三个方面：1）仲裁员主动提供和解方案或提供案件评估以及与一方当事人单独见面；2）当事人单方面向仲裁员披露信息；以及3）仲裁员根据当事人同意和解的数额（而非基于法律应当认定的数额）进行裁判。

二、“仲调”程序的撤销风险及规避

1、情形一：仲裁员在调解时过于主动地为当事人设计和解方案或披露内心评估结论

a) 风险

仲裁员主动设计的和解方案或披露的评估结论不可避免地包含其主观判断，因而可能产生对双方当事人不公的实际后果：仲裁员认可的立场将受到鼓励，不认可的立场将受到打压。更甚者，仲裁员可能借用和解方案或者内心评估以恶意打压一方。对此，当事人有可能以“违反公共利益”等较为模糊和宽泛的理由申请撤销或拒绝执行。但我们认为，在当事人自愿且无证据证明仲裁员明显不中立的情况下，在实践中以此理由成功申请撤销或拒绝执行的可能性不高。

涉及中国的“仲裁-调解”实践以及以一方“违反公共利益”为由申请撤销的著名案例为Gao Haiyan案。该案源于仲裁申请人（为避免混乱，如无说明，以下对本案的讨论中的申请人与被申请人均指仲裁程序中的申请人与被申请人）在香港法院申请撤销一份由西安仲裁委员会作出的裁决。香港高等法院原讼庭与上诉庭对“仲裁-调解”程序的实施是否违反香港法下的公共利益作出了截然相反的判断。该案中，申请人提起仲裁，请求确认其与被申请人签订的《股权转让协议》有效。仲裁员在仲裁程序进行中、仲裁裁决作出前进行了调解，即进行了“仲裁-调解”。但该调解有以下“不寻常”之处：其一，参与调解的人员不仅包括一位仲裁员，还包括仲裁委秘书长和一位与申请人关系密切的中间人。该中间人受仲裁员邀请而参与。申请人与被申请人本人并未亲自参与调解。其二，调解在酒店的饭局中进行。在调解过程中，仲裁员主动向申请人披露了仲裁庭的和解提议：《股权转让协议》有效，但申请人需向对方补偿人民币250万元。仲裁员请中间人将和解提议转告申请人，并向申请人“做工作”，希望其接受该提议。申请人最终拒绝了该提议，但并未对仲裁庭的上述调解做法提出异议，随后仲裁庭作出裁决，判定该《股权转让协议》无效。

原讼庭Reyes法官认为，仲裁员在调解过程中已经有表面上的偏见（向申请人间接施压使其向被申请人支

付250万元），并以违反公共利益为由拒绝执行裁决。特别地，Reyes法官并不认为申请人没有提出异议即构成弃权；相反其认为申请人处于一种“两难境地”（“Dilemma”）：一方面，其对仲裁员的提议并不满意，另一方却又“敢怒不敢言”，导致可能被认定为弃权。然而，上诉庭推翻了原讼庭的判决，裁定应当执行该仲裁裁决，其理由为：（1）申请人并未明确对本案中的调解做法提出反对即是构成了弃权（waiver）；（2）本案中的“仲裁-调解”程序符合西安仲裁委员会的仲裁规则；（3）在认定如何在实践中操作“仲裁-调解”时，法院应当尽可能考虑并尊重仲裁地（本案中即中国大陆）的实践，尤其是当地法院已经驳回申请人的拒绝执行仲裁裁决申请的情况下，更应如此。法院认为，如果一项程序符合当地的实践，除非其违反最基本的道德和正义观念（“fundamental conceptions of morality and justice”），该程序本身与香港本地的实践不一致并不构成违反公共利益的理由。

Gao Haiyan案具有一定的特殊性，实际上并不符合大多数中国“仲裁-调解”的做法，如仲裁委员会秘书长参与调解、调解地点设在酒店等。在中国大多数的“仲裁-调解”实践中，仲裁机构和仲裁庭一般会严格保证调解的严肃性和规范性。但上诉庭对该案的判决对于“仲裁-调解”的提示意义在于，即使“仲裁-调解”过程中发生类似的“非常规”情况，只要“仲裁-调解”的做法不违反有关仲裁规则且当事人没有对该做法提出事前或事后的明确反对，一方还是比较难以违反公共利益为由申请不予执行。

然而，我们不能忽视实践中可能存在的少量案件中，仲裁员有可能不当地利用和解提议或者对案件的评估来打压一方当事人。当事人将会很自然地意识到这种提议或评估代表了仲裁员的内心的真实想法，因而不接受；因为其知道，一旦拒绝无异于站在仲裁员的对立面，使得仲裁员很可能作出与提议完全相反的裁决，造成案件全盘皆输。即便仲裁员以非常中立的方式给出自己的提议或评估，当事人的这种心理暗示都不可避免地存在。而单方会面的私密环境更为这种施压提供了便利。上诉庭的判决中未对Reyes法官的“两难境地”观点作出正面回应，殊为可惜。为了尽可能防止此类情况的发生，我们认为可以采取以下防范措施。

b) 解决方法

第一，仲裁员在调解时可以协助当事人充分理解某一行为的后果、边界和替代方案（在谈判理论中通称为“BATNA”，即Best Alternative to a Negotiated Agreement, “BATNA”），但不披露任何内心结论，不对当事人的主张做直接建议，不代替当事人做选择。例如，一方当事人坚持认为仲裁庭对己方的请求有管辖权，而不愿意对和解的数额进行让步。仲裁员在调解时可以询问当事人，是否有充分考虑过管辖权不成立可能带来的后果，包括另行起诉的金钱和时间成本等。仲裁员在主持调解时需要通过使用开放性的询问方式协助当事人充分了解各种可能的情况及其相应后果，从而更合理地评估己方的主张。同时，仲裁员也提示当事人，这些询问是例行性的，与仲裁员内心对案件的判断没有直接联系。

第二，告知当事人“促成性调解（Facilitative Mediation）”和“评价性调解（Evaluative Mediation）”的区别，包括各自的利弊与风险，然后由当事人自主选择。促成性调解意味着仲裁员主动帮助双方当事人达成一致：仲裁员可以主动发问，寻找双方的利益点等，但不得提出和解建议和方案，也不披露自己的观点。相反地，评价性调解意味着仲裁员将对双方立场进行评价，指出各自的优势和劣势，并可以向当事人提出建议。

第三，仲裁员在开始调解或进行调解的某一步骤前可提醒当事人有对程序提出反对的权利，若不提出可能会被认为构成弃权。

第四，正如我们在上一篇文章中所述，当事人的同意是避免仲裁程序受到质疑的最佳保障。因此仲裁员有必要确保双方当事人调解之前签订同意书，就仲裁员在调解中可以从事的行为作出选择，包括究竟采用“促成性调解”还是“评价性调解”。如当事人签署了同意书，则应推定仲裁员不得从事同意书之外的行为进行调解。

2、情形二：单方面披露信息（Ex Parte Disclosure）

单方披露信息的情况在中国仲裁中并不常见，而且仲裁员一般不鼓励当事人在单方调解会谈中披露与案件事实相关的新的信息，或者会要求当事人将有关信息作为新证据提交，并给予另一方充分的质证和答辩权利。下面主要是通过域外的研究和实践情况为我们提供警示，尽管有关的风险在中国仲裁中不一定很高，但相应的防范经验也不妨作为我们取法乎上、精益求精的一种指引。

a) 风险

i. 使仲裁员产生偏见

当事人单方面披露信息可能影响仲裁员的判断，使其产生偏见，影响中立性。例如，在“仲裁-调解”程序的单方会谈中，一方向仲裁员披露了与本争议无关的、双方先前的交易中对方曾做出大量的不当行为，使得仲裁员对该方产生不良印象；而对方并无机会进行反驳或力争平衡仲裁员内心的看法。

正因为如此，境外很多仲裁机构的规则明令禁止单方沟通，例如，美国仲裁协会（American Arbitration Association）制定的Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures规定：

“No party and no one acting on behalf of any party shall communicate ex parte with an arbitrator or a candidate for arbitrator concerning the arbitration, except for the purpose of selecting a candidate arbitrator.”

若当事人确实在AAA仲裁中与仲裁员进行单方沟通，可能会导致裁决因仲裁程序明显违反仲裁规则为由被撤销。例如，伊利诺伊州上诉法院在Rosenthal-Collins Group v. Reiff一案中指出，仲裁员与一方当事人单独接触的结果是仲裁裁决被推定为因欺诈、腐败或不当方式而获得（“ex parte contact [between the arbitrator and a party to the dispute] involving disputed issues raises a presumption that an arbitration award was procured by fraud, corruption or other undue means”），当然，推定可被足够的证据推翻。更为极端的情况反映在Kern v. 303 E. 57th St. Corp.一案中。该案中，仲裁员未披露的信息来自本案的第三方。该第三方通过仲裁其中一方了解到仲裁员的信息，并私下向该仲裁员表示希望委任其为另一案的仲裁员。法院据此撤销了仲裁裁决，理由是仲裁员在作出裁决前未向仲裁双方当事人披露这一私下沟通，故存在可能的偏见，有损仲裁程序的公正性。虽然法院撤销该裁决的理由并非是有程序对仲裁规则的明显违反，但从中透露出来的信息是不言而喻的：美国法院对单方面披露信息这一做法持断然的反对态度。

在中国仲裁中，若单方面披露的情况确实发生，一方当事人有可能会试图通过《仲裁法》和《民事诉讼法》中有关程序违法的规定申请撤销或拒绝执行。例如，《仲裁法》第58(3)条规定的撤销裁决事由就包括了“仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的”。《民事诉讼法》第274(3)条针对涉外仲裁机构作出的裁决也作出了类似的规定，其中第3款规定：“仲裁庭的组成或者仲裁的程序与仲裁规则不符的”，裁决不予执行。

ii. 剥夺一方的辩论权

单方披露信息的必然结果是剥夺另一方的辩论权。例如，在某一买卖合同纠纷的调解会议开始前（此时庭审已经结束），债权人发现了一份由债务人发送的电子邮件，其中对争议款项表示了认可。鉴于双方已经同意开始调解程序，债权人便直接在单方会谈中向仲裁员提交了该邮件，试图证明债权人已经对欠款作出了自认。该邮件的真实性如被确认，对案件的实体问题有重大影响，但债务人却没有机会对其进行质证。这有违我国《仲裁法》45条和各大仲裁机构关于当事人有权质证的规定。另外，即使一方在单方会谈中没有提出新证据，但就已经提交的证据补充了大量的新论点，尤其是当这些论点带来新的可能影响仲裁结果的争议焦点，会使得对方没有机会对这些论点进行解释和反驳。

尽管剥夺辩论权是一种确实的风险，单纯因该情况导致仲裁裁决被撤销的例子比较罕见。在中国实践中，若该情况确实发生，则与仲裁员产生偏见这一风险类似，一方当事人有可能会试图通过《仲裁法》第58(3)条和《民事诉讼法》的有关规定申请撤销或拒绝执行。此外，被申请人一方还有可能通过《民事诉讼法》第274(2)条“由于其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见”主张不予执行裁决。

b) 解决方案

i. 直接不采纳任何单方会面过程中获得的证据

这是实践中通常采用的做法。如当事人希望仲裁员在裁决中考虑某一证据，则应作将其为新的证据提交，并接受对方的质证。就是否提交新证据这一点而言，“仲裁-调解”中的调解程序可以给当事人提供一些线索。双方有可能通过调解中的谈判才理解了某项证据的重要性，因此希望补交。

ii. 由机构制定或当事人特别约定证据采纳规则

双方可以详细约定证据的采纳规则，并由仲裁庭在裁决书中载明哪些证据是在调解中获得，并经过当事人明确同意而采纳，以及该证据对裁决结果的影响。例如Bowden v. Weickert案中，法官建议的规则设计：

“At a minimum, the record must include clear evidence that the parties have agreed to engage in a med-arb process, by allowing a court-appointed arbitrator to function as the mediator of their dispute. The record must also contain: (1) evidence that the parties are aware that the mediator will function as an arbitrator if the mediation attempt fails; (2) a written stipulation as to the agreed method of submitting their disputed factual issues to an arbitrator if the mediation fails; and (3) evidence of whether the parties agree to waive the confidentiality requirements imposed on the mediation process by (the Ohio law) in the event that their disputes are later arbitrated.”

换言之，当事人可以自由约定对调解过程中产生的证据的处理方式。应当指出的是，当事人在作出这种约定前必须考虑其与仲裁规则的兼容性，否则当事人很可能不会愿意作出此种约定。例如，《中国国际经济贸易仲裁委员会证据指引》规定未经质证的证人证言不得单独作为认定事实的根据。然而，即便有了具体的证据采纳规则，这也并不意味着当事人可以高枕无忧。毕竟，仲裁员也是人，而任何人都难以完全忘记自己已经看过的东西。一项美国的司法实证调查显示法官并不能完全忽略自己已经看到而裁定不予采纳的证据。另外，如完全排除调解中获得的证据，倘若仲裁员发现了可能导致一方并无诉讼资格或者仲裁庭对案件无管辖权的新事实，仲裁庭不采纳这些信息可能会导致裁决被撤销或拒绝执行，也会对另一方不公。

iii. 将单方交流的内容（或者仅限于实质性内容）披露给对方

此法为香港《仲裁条例》所采纳。该条例规定，如调解未能达致双方接受的和解，则如仲裁员在调解过程中从一方获得的保密信息与随后继续进行的仲裁程序有实质性关联，仲裁员应当向另一方披露这些信息。然而，该条例并未给予仲裁员足够的指引以把握披露的尺度，操作性略显不足。

iv. 不进行任何单方会谈，除非当事人特别同意并被告知潜在风险

这也是独立的非盈利组织有效争议解决中心（Centre for Effective Dispute Resolution，或称“CEDR”）在其推广的《CEDR国际仲裁的和解促进规则》（“CEDR Rules for the Facilitation of Settlement in International Arbitration”）中提倡的做法。该规则第5条第（2）款规定，“The Arbitral Tribunal shall not: 2.1. meet with any Party without all other Parties being present.”

然而，我们认为此做法的可能较为极端，与调解的普遍做法相背离。严格限制单方会谈可能失去其带来的好处，例如缓解气氛、克服由双方对抗性情绪带来的交流障碍、消除由文化差异带来的交流障碍等。

v. 取得当事人的同意

这种方案的核心在于充分告知当事人各种解决方案及相应的局限性，让当事人在充分知情的情况下自由选择。若当事人同意仲裁员使用在单方会谈中获取的信息裁决案件，可以考虑签署有关的同意书。同意书的内容可以参照U.S. Steel Mining Company v. Wilson Downhole Services一案中法官提议的如下表述：

“The Parties anticipate that ex parte communications with the Arbitrator will occur during the course of the mediation. The Parties agree that the Arbitrator, in evaluating each Party’s best and final offer, may rely on information he deems relevant, whether obtained in an ex parte communication or otherwise, in making the final Award.”

当然，从实务操作的层面而言，我们建议当事人对上述方案持更谨慎的态度，因为其给予了仲裁员在选择是否采纳调解中披露的证据的问题上几乎无限的自由裁量权，不利于保护当事人的利益和对程序的掌控力。根据我们的经验，当事人一般不愿意作出如此宽泛的同意。

3、情形三：“各打五十大板”，或者直接根据当事人同意和解的数额裁决的倾向

a) 风险

“各打五十大板”的做法的弊端在于其可能导致一方本来基于法律可以取得的利益变少。例如，申请人的仲裁请求是1000万美元，如仲裁员不进行调解而根据在案证据和法律进行裁决可以支持该请求。但申请人在调解中表示可以接受以800万美元的数额进行和解。如调解不成，仲裁庭有可能直接按照申请人在调解中表示的可以接受的数额（800万美元）作出裁决，从而降低了申请人本来可以获得的金额。

美国的有关案例显示，该情况有可能导致裁决被撤销。在Trimble v Graves一案中，仲裁员在审理过程

中作出了类似调解的行为，即询问当事人认为其愿意赔偿多少数额从而公平地处理案件，在得知该数额后，仲裁员直接以此为基础作出了裁决。法院认为这体现了“达成某种外交式结果的明显意图”（“apparent attempt to reach a diplomatic result”），属于调解中才有的做法，在仲裁中是不可接受的。法院解释道，当事人认为公平的赔偿数额与本案无关，故仲裁庭的裁决建立在了无关的证据的基础之上，有违仲裁协议的关于裁决必须建立在相关证据的基础上的约定。其次，仲裁员的提问超出了仲裁协议许可的范围，而仲裁协议明确限定了仲裁员仅在没有听清答复或需要澄清某些证言时方可提问。法院因此判定仲裁员超越了权限，并以此撤销了裁决。

本案中，仲裁员其实并没有实质性地开展调解程序，因此法院单纯以仲裁的标准来检视仲裁员的行为。类似的做法在我国法律和主流仲裁规则框架下是否能被接受有一定的模糊性，国内也暂无可参考的案例。在“仲裁-调解”的调解程序中，仲裁员理应有广泛的自由向当事人发问，包括当事人觉得公平的数额。而且，如我们在《分饰两角的仲裁员：浅议调解-仲裁程序中的公正性问题》[注：烦请王硕在这里插入一个链接，可以跳转到上一篇文章]一文所述，在特定的案件中，公正性的内涵在一定程度上取决于当事人的自治，仲裁员“各打五十大板”的做法本身并不一定实质性地违反了公正性。

当然，中国法院比较难像该案中的美国法院一样以仲裁员的行为违反仲裁协议为由撤销裁决。《仲裁法》关于违反仲裁协议的撤裁事由仅限于仲裁事项超出仲裁协议范围。尽管如此，我们认为Trimble v Graves一案中法院的有关顾虑也可以为我们在中国的实践中提供警示：如果仲裁员仅因为申请人或双方当事人都可以接受某一金额就依此裁决，实际上也是将裁决建立在无关证据之上，这也是应当避免的行为

b) 解决方案

在实践中，如果当事人确实认为“各打五十大板”这种情形有违公正，或者出于其它原因希望避免其发生，可以考虑如下几个解决方案：

i. 加强裁决书说理

仲裁员应当在裁决书中进行更详细的说理，尽可能充分解释每项裁决背后的法律和合同依据。当然，裁决中的实体问题裁量是不受司法审查的，而且将说理不足与程序性审查事项联系起来并不容易。但香港高等法院新近的判例表明，说理不充分有可能导致裁决因违法公共利益而被拒绝执行。在Z诉Y一案中，广州仲裁委员会的仲裁庭裁决了一项担保合同纠纷。仲裁审理过程中，仲裁被申请人提出的抗辩理由之一为该担保协议的主合同（申请人与被申请人丈夫实际控制的公司HD签订的8份买卖合同）因违法而无效，因其系以买卖合同的形式掩盖实质性的借贷关系，以规避申请人无资质进行金融借贷业务的限制。仲裁庭认为被申请人未能提出证据证明其主张，且HD进入破产程序后的破产管理人也已经认可该8份合同的性质为买卖合同，并以此驳回了被申请人的抗辩。陈美兰法官认为仲裁庭并未全面考虑（“thoroughly consider”）该争议点，也未能充分说明（“adequately explain”）驳回的理由，因此仲裁庭的裁决已经“被违法性污染”（“tainted by illegality”），基于公共政策原因不应被执行。法官认为仲裁庭应当达到的说理标准为：

“The reasons may be short, so long as the factual and legal basis are explained and the reasoning is expressed to enable the parties to understand how, and why, a finding is made on a material issue, and how a conclusion is reached by the tribunal.”

我们认为，仲裁庭的说理似乎已经满足了上述要求：仲裁庭已经对被申请人的证据的证明力作出了判断，并解释了驳回被申请人的抗辩的理由，只是这种判断和解释或许还未达到陈美兰法官心中的充分性标准。但无论如何，该判决有香港法院借用公共利益审查仲裁实体问题之嫌，在中国大陆的法院发生类似情况的可能性不高。即便如此，增强说理的充分性有助于提高裁决的正当性（Legitimacy）和说服力，降低当事人挑战裁决的可能性。

ii. 互惠性原则

律师可以对当事人加强引导，使其更具技巧化地阐述调解立场。在发言时坚持互惠性（Reciprocity）这一大原则，避免绝对化的立场：任何让步都应建立在对方做出相应让步的基础上。

iii. 同意书

当事人可要求（仲裁员也可主动提出）签署同意书（Consent Form），其中明确约定，如果双方无法达成和解协议，仲裁员在作出仲裁裁决时不得考虑双方在调解中表达出的“和解区间（Settlement Scope）”，而是严格根据法律来裁判。最终的裁决结果可能会该区间之外，但是必须有严格的法律依据。

三、结论

不论一种纠纷解决机制采取何种形式，其必须产出具有终局性的解决方案，这是纠纷解决的根本目的。如一种机制的产生的解决方案可以被随意推翻，其存在的合理性将大打折扣。“仲裁-调解”提供了两种可能的结果：一是调解成功，双方以和解协议或和解裁决（Consent Award）方式结案；二是调解不成，由仲裁庭作出裁决。本文考虑的主要是在后一种情况下，即仲裁裁决的可执行性在多大程度上可能受到“仲裁-调解”这一混合安排的消极影响。域外的实践表明，仲裁裁决因“仲裁-调解”这一混合安排而被撤销或拒绝执行的风险确实存在。尽管实践经验表明有关风险在中国发生的可能性较小，但他山之石，可以攻玉，研究这些可能的风险及其规避措施不仅有助于完善中国的“仲裁-调解”实践，同时也有利于打消来自其它司法辖区实践人士的疑虑，让这一实践向国际上推广。

2018-11-30