调解员和仲裁员身份竞合的优势、风险及其应对

林 萌
(大连海事大学 法学院,辽宁 大连 116026)

摘要:在国际商事调解和仲裁程序的多样化组合中,为了在调仲结合灵活、友好和有效等基础优势上进一步提高解纷效率、满足特定文化偏好及确保解纷质量稳定,当事人可能委托同一自然人分别担任调解员和仲裁员。然而,中立者身份竞合可能破坏调解保密性、贬损当事人意思自治的质效、破坏仲裁中立性以及违反仲裁辩论原则等,继而对仲裁裁决的效力产生不利影响。对此,不同实体已经采取多种应对措施,包括但不限于一般性地要求当事人委托不同的中立者、要求当事人在充分知情的状态下表示同意、禁止调解中的单方会谈、允许当事人在仲裁前重选中立者、要求仲裁时列举并排除调解保密信息以及排除基于调解活动质疑仲裁的权利等。目前,《仲裁法》《仲裁法(修订意见稿)》及多数仲裁机构规则并未禁止调解员与仲裁员身份互换,但针对性的行为规范在数量和力度上均显不足。对此,中国立法者和纠纷解决机构可以借鉴上述做法,调适调解员和仲裁员在身份竞合时的行为要求。

关键词:调仲结合;调解员;仲裁员;调解保密性

中图分类号:D997.4 文献标志码:A 文章编号:2096-028X(2024)01-0100-13

随着民商事纠纷解决机制的多元化发展,在国内或国际商事调仲结合程序中,当事人委托同一中立者担任同一纠纷调解员和仲裁员的做法越来越普遍。大陆法系国家倾向于肯定此类机制创新,而英美法系国家则普遍不予接受。联合国国际贸易法委员会(United Nations Commission on International Trade Law,简称UNCITRAL)、国际调解机构(International Mediation Institute,简称IMI)等相关组织或机构所提供的仲裁规则一般默认以不同人员分别担任仲裁员和调解员。① 此种态度分野主要起因于调仲结合程序中调解员和仲裁员的身份竞合会导致一定的法律风险。但实践中,当事人在调仲结合程序中委托同一中立者的情况并不罕见,很多学者甚至将这种调仲结合程序归类为"同一中立者调仲程序"(Same Neutral Med-Arb)。② 对该程序所涉及的当事人、中立者乃至相关国家或地区而言,在调仲结合程序中委托同一自然人分别担任调解员和仲裁员的做法都是利弊共存的。

目前,中国法律或行业规则并未对调仲结合程序中调解员和仲裁员身份竞合的相关事项作统一规定,仅《中华人民共和国仲裁法》(简称《仲裁法》)第51条规定了仲裁庭可以或应当先行调解的情形、《中国(上海)自由贸易试验区仲裁规则(2015)》第50条明确允许调解员继续担任同案仲裁员、《北京仲裁委员会仲裁规则(2022)》第67条明确当事人在仲裁庭调解失败后可以更换仲裁员等,除此之外,再无相关法律或行业规则对调仲结合程序中同一中立者的行为作出特殊规范。学界对该问题的研究同样寥寥,主要在有关特定调仲结合程序的研究中简略地讨论了职能混淆问题、③中立性问题和保密性问题等,④部分学者关注到调仲程序中立者相同的问题并比较了其他国家的应对措施。⑤ 但整体上,这些研究滞后于国际商事领域关于调

收稿日期:2024-02-26
基金项目:2023年度国家社科基金青年项目"国际投资争端全球治理的理念演进及制度因应研究"(23CFX074)
作者简介:林萌,女,法学博士,大连海事大学法学院讲师。

① 参见孙志煜、郑钧洋《公正与效率:国际商事仲裁调解中立人制度的价值博弈及中国因应》,载《时代法学》2020年第6期,第90页。
② Gerald F. Phillips, *Same Neutral Med-Arb: What Does the Future Hold?*, Dispute Resolution Journal, Vol.60: 24, p.24-32(2005).
③ 参见邹国勇、王殊晗《国际商事仲裁中调解的程序困境与疏解》,载《长江论坛》2022年第6期,第77-85页。
④ 参见朱若菡《国际商事仲裁与调解结合的法律问题研究》,华东政法大学2021年博士学位论文,第59-111页。
⑤ 参见方新年《相同中立者仲裁中的调解制度:挑战与突破》,载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2009年第4期,第110-112页;张圣翠《仲裁员与调解员身份互换规范的比较与借鉴》,载《政治与法律》2012年第8期,第136-143页;孙志煜、郑钧洋《公正与效率:国际商事仲裁调解中立人制度的价值博弈及中国因应》,载《时代法学》2020年第6期,第89-95页。

解员和仲裁员身份竞合的新近实践,也未就中国立法提出针对性的建议。鉴于此,笔者拟在把握调仲结合程序主要优势的基础上,着重分析调解员和仲裁员身份竞合的法律优势和法律风险,比较实践中应对此类法律风险的主要措施,并结合《仲裁法》修改的现实背景及中国仲裁服务市场的规则状况,在肯定调仲结合程序中调解员和仲裁员同一的基础上,就其行为规范的调适提出整体建议。

一、调解员和仲裁员身份竞合的产生原因

(一) 调解和仲裁的特定结合提供了技术场所

调解员与仲裁员的身份竞合,仅发生在调解和仲裁以特定方式组合以解决同一纠纷的情形中。根据纠纷解决协议的数量,此类情形可具体划分为两种。第一,当事人双方先行订立了约定以调解解决纠纷的协议(简称调解协议),在调解成功或失败后,以解决纠纷或者确认和解结果为目的,当事人又订立了仲裁协议并据此委托先前担任调解员的中立者继续担任仲裁员。在该情形中,当事人分别订立了调解协议和仲裁协议两份独立的纠纷解决协议。第二,当事人双方订立了一份调仲程序协议,在一个纠纷解决过程中纳入调解、仲裁阶段并委托同一自然人在不同阶段灵活转换身份——在调解阶段担任调解员、在仲裁阶段担任仲裁员。但针对第一种情形,由于调整后续仲裁程序的法律、程序规则等会要求仲裁员披露利益冲突,与当事人、纠纷等之间存在的可能影响公正裁决的先前调解可能导致中立者回避仲裁程序,因此可能不会出现调解员继续担任仲裁员的情况,身份竞合的情况主要出现在调仲结合程序中。

进一步地,根据调解和仲裁的组合方式,出现身份竞合问题的调仲结合程序仅有两种。① 第一种为对接式调仲结合,即针对同一纠纷的调解、仲裁在时序上前后接洽,仲裁程序的开启以调解程序的结束为条件。对接式组合主要有调-仲程序②、"调仲中显因"(Med-Arb Show Cause)③和"调解+终局提议式仲裁"(Mediation and Last-Offer Arbitration,简称 MEDALOA)或称"棒球仲裁"(Baseball Arbitration)④等。第二种为嵌入式调仲结合,主要指在完整的仲裁程序中加入调解阶段、融入调解技术。即在仲裁程序启动后,中立者尝试调解纠纷,如果纠纷在此"调解窗口"成功解决,之后和解协议将被记录为仲裁裁决即"合意裁决";如果调解失败,则由中立者作出普通裁决,合意裁决或普通裁决都足以引致《承认及执行外国仲裁裁决公约》(简称《纽约公约》)的适用。⑤ 瑞士仲裁协会(Swiss Chambers' Arbitration Institution)⑥、新加坡国际商事调解中心(Singapore International Mediation Centre,简称 SIMC)和新加坡国际商事仲裁中心(Singapore International Arbitration Centre,简称 SIAC)⑦等都单独或联合提供了此类调仲结合服务。

总之,不论当事人系订立了一份整体的纠纷解决协议还是分别订立了调解协议和仲裁协议,也不论调解和仲裁系以对接方式还是嵌入方式进行组合,调解员和仲裁员的身份竞合必须发生在针对同一纠纷的一个连续的调仲结合程序中,而"同一纠纷"主要强调纠纷主体同一以及纠纷标的同一或近距,"一个连续的调仲

---

① 并行式调仲混合,也称"影子调解"(shadow mediation),具体包括"调仲同步"(med-arb simultanes)和"合并式调仲"(co-med-arb)。前者比如法国的巴黎调解和仲裁中心(Centre de Mediation etd' Arbitrage de Paris)允许当事人合意将纠纷委托给一名调解员和一名或三名仲裁员,调解员和仲裁员各自履职、互不交流,只有在调解期限届满后 8 天且调解未果的情况下,仲裁员才能作出裁决;后者即由调解员和仲裁员同时在场聆听当事人的陈述,之后再先后开展调解、仲裁环节。Edna Sussman, *Developing an Effective Med-Arb/Arb-Med Process*, New York Dispute Resolution Lawyer, Vol.2: 71, p.71 (2009); Jeremy Lack, *Appropriate Dispute Resolution (ADR): The Spectrum of Hybrid Techniques Available to the Parties*, in Arnold Ingen-Housz ed., ADR in Business: Practice and Issues Across Countries and Cultures II, Kluwer Law International, 2011, p.364-365.

② 比如亚洲国际仲裁中心(Asian International Arbitration Centre,简称 AIAC)、中国国际经济贸易仲裁委员会(China International Economic and Trade Arbitration Commission,简称 CIETAC)等机构提供的示范"调仲条款"和调仲程序规则,参见《亚洲国际仲裁中心仲裁规则(2018)》第 15 条、《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则(2024)》第 47 条。

③ 即中立者作出一份"试探性的"的决定,同时当事人有机会解释该纠纷不能按照某特定方案解决的原因。Alan L. Limbury, *Hybrid Dispute Resolution Processes—Getting the Best While Avoiding the Worst of Both Worlds?*, International Mediation Institute (30 November 2017), https://www.imimediation.org/wp-content/uploads/2017/09/AlanLimbury-HybridDisputeResolutionProcessesArticle.pdf.

④ 即由中立者先行调解,如果当事人不能达成合意,则该中立者由调解员身份转变为仲裁员身份,但仲裁庭不会另外作出一份单独的仲裁裁决,而是在当事人各自作出的彼此相冲突的提议中选定。Peter H. Kaskell & Thomas J. Stipanowich eds., *Commercial Arbitration at Its Best: Successful Strategies for Business User*, ABA Book Publishing, 2001, p.25-26.

⑤ Gerald H. Pointon & Arnold Ingen-Housz eds., *ADR in Business: Practice and Issues Across Countries and Cultures II*, Kluwer Law International, 2011, p.360.

⑥ 参见《瑞士仲裁协会商事调解规则》(2013 年重印)(*Swiss Rules of Commercial Mediation*)第 24 条。

⑦ *The Singapore Arb-Med-Arb Clause*, Singapore International Arbitration Centre, https://siac.org.sg/the-singapore-arb-med-arb-clause.

程序”则意味着该程序的开启是基于当事人双方的一个或多个纠纷解决协议、在时间上具有连续性，且通常以仲裁程序作为最终阶段。

（二）当事人追求调仲结合程序的基础优势

1.高效、灵活地化解国际商事纠纷

调仲结合程序以仲裁作为调解程序的后续阶段以及整个纠纷解决过程的收尾阶段，当事人可以相对自由地设定调解和仲裁的时长及其分配比例，比如设定一天的纠纷解决时限，前半天用于调解，若调解成功，则程序即告结束；若调解失败，再利用后半天进行仲裁。后置的仲裁程序也会对处于调解阶段的当事人产生一定的心理压力，从而驱动其尽快达成和解或者脱离调解程序，这样就节省了时间方面的成本。此外，单独启动的调解程序并不必然化解纠纷，可能出现调解失败或者和解协议达成后单方任意毁约的结局，当事人需要另行启动协商、仲裁或者诉讼等后续程序，而调仲结合程序能够确定地产生一份具有终局性和强制执行力的仲裁裁决，从而为当事人节省更多的时间和费用：在调解成功的情况下，仲裁程序的启动仅仅是为了将当事人之间的和解协议转化为仲裁裁决，而无需举证质证、言辞辩论、确定准据法等环节，不另外产生过多资源损耗。即便调解阶段未能达成和解协议或未能解决全部的争议点，调解阶段对部分事实的澄清或者对部分争议点的解决也会为后续的仲裁程序提供一定的便利。

2.维护当事人之间的友好性

当事人在国际商事纠纷解决程序中纳入多种程序的主要动因还包括维护当事人之间的关系。在特定国际商事领域中，交易主体寻找到可替代的商事伙伴的成本更高，可能会明显超过为维持现有商事关系而让渡的利益。尤其在垄断性较强的相关产品市场中，比如计算机操作系统、稀土资源等，作为交易相对人的商主体数量有限甚至不存在可替代者，因此，在产品质量、价格等核心条件不变的情况下，维护既有商事关系对于相对弱势的当事人而言很重要。如果仅使用对抗性的程序比如仲裁等，那么当事人也就丧失了自主并友好地定制解决方案的机会；如果仅使用调解，则其可能面临着纠纷不能被全然解决的风险。对比之下，调仲结合程序则可以在保障解纷结果终局性的前提下注入柔性元素，从而最大限度地发挥当事人的自主性、满足其对于纠纷解决之友好性的期待。

3.保障纠纷解决结果的跨境强制执行力

实践中，国际商事和解协议除了在《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》（简称《新加坡调解公约》）的有限适用范围内获得跨境的直接效力外，[①]其跨境承认与执行主要借助诉讼、司法确认或公证等传统的国内法路径来实现。[②] 在这些路径中，受案法院主要依据合同法领域的规则和原则，但其审理过程往往迂回而缓慢、复杂而昂贵，足以让有意提出请求或抗辩的当事人主动撤退。[③] 总之，由于国际民商事纠纷解决领域缺少普遍性的国际合作框架，包含跨境因素的和解协议缺乏强有力的执行制度保障。对比之下，调仲结合程序则是使此类和解协议搭上国际商事仲裁制度之“便车”，使规则国际化相对薄弱的调解程序得以借力规则国际化相对完善的仲裁程序，并由此形成可供当事人挑选的国际商事纠纷解决“套餐”：如果当事人达成和解，则和解协议将由仲裁程序转变为合意裁决，和解协议的内容也在法律层面被固定；如果调解失败，则由仲裁员予以仲裁并作出强制性裁决。无论如何，此类仲裁裁决均可以根据《纽约公约》在当事国之间进行

① 截至2023年12月31日，《新加坡调解公约》的当事国有13个，其适用于商事纠纷经调解所产生且在达成时具有国际性的书面和解协议（第1条第1款）。*United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation*（*New York*，*2018*）（*the “Singapore Convention on Mediation”*），United Nations Commission on International Trade Law，https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements.截至2023年12月31日，缔结或加入《纽约公约》的国家和地区有172个。*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*（*New York*，*1958*）（*the “New York Convention”*），United Nations Commission On International Trade Law，https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards.

② 比如在欧盟范围内，意大利、匈牙利和立陶宛等规定当事人可以就调解所达成的和解协议启动“简易诉讼程序”（summary proceeding）；奥地利、比利时采取强制执行公证书；爱沙尼亚要求由调解机构对和解协议效力进行认证；德国规定可以将和解协议转化为合意裁决。Miglė Žukauskaitė，*Enforcement of Mediated Settlement Agreement*，Teisė，Vol.111：205，p.208（2019）.在日本，经调解达成的和解协议不具有强制执行力，必须经公证程序才能转化为具有强制执行力的文书。参见戴璇璇《日本ADR制度新发展述评》，载齐树洁、张勤主编《东南司法评论》2019年卷，厦门大学出版社2019年版，第509页。

③ Bobette Wolski，*Enforcing Mediated Settlement Agreements*（*MSAs*）：*Critical Questions and Directions for Future Research*，Contemporary Asian Arbitration Journal，Vol.7：87，p.94（2014）.

跨境承认和执行。

(三) 当事人追求中立者身份竞合的叠加优势

在先调解后仲裁的基础优势之上,调解员和仲裁员的身份竞合还具有以下叠加优势。

1.进一步节约时间和财务成本

与调仲结合程序出现并兴盛的原因一脉相通的是,在调仲结合程序中委托同一自然人同时担任调解员和仲裁员,体现了商主体对于"效率"价值的显著追求。首先,当事人不必再为选择另一位中立者而与一位或多位候选人联络并洽谈,减少了由此产生的时间、费用和人力成本; 其次,调仲结合程序在调解阶段结束后会转换为仲裁阶段——调解成功则由仲裁员根据当事人之间达成的和解协议作出合意裁决,调解失败则由仲裁员依据相关法律对纠纷作出具有法律约束力的一般裁决。在中立者相同的情况下,这一转换过程将更加流畅,中立者只需要明确宣告其身份由调解员转换为仲裁员即可开展下一步工作,不需要由两位中立者就纠纷事实、处理情况等另外开展交接工作; 最后,中立者一般通过调解阶段可以知悉引起纠纷产生的主要事实和主要争议点,这样就可以避免在仲裁阶段重复工作或者引起不必要的耽延。① 尤其是在当事人于调解阶段就部分或全部争议点达成和解的情况下,当事人可能更倾向于由该调解员继续作为仲裁员裁断剩余未决的部分或者将和解协议转化为仲裁裁决。

2.满足特定地域的纠纷解决传统偏好

在文化偏好方面,西方国家的当事人通常偏好以诉讼途径解决法律纠纷,而在东亚很多地区,维护和谐被当作人际交往的第一要务,卷入诉讼或仲裁等对抗性程序则意味着和谐状态被打破、被视为是人际交往中的败笔。为了避免分庭抗礼,当事人往往优先以调解解决纠纷,法官或仲裁员等通常也会积极协助当事人进行调解,这些裁判者也由此同时发挥了调解员的作用。在法律传统方面,大陆法系国家主要采用审问式诉讼,以中立第三方为纠纷解决程序的中心,促成当事人和解也被认为是其职责的一部分; 而英美法系国家则主要采用对抗式的审判模式,当事人在纠纷解决过程中发挥中心作用,中立者的作用相对消极,主要发挥促进和辅助作用。上述这些差异在调解领域也有所反映。比如美国高度强调个人自决和正当程序原则,这使得许多律师和中立者避免在同一纠纷的解决过程中担任不同角色,仲裁员也会尽量避免采取任何以和解为目标导向的活动。② 对比之下,中国③、印度④等文化区域的调解、仲裁和诉讼常常结合在一起,裁判者一般都会鼓励当事人和解,社会成员也往往将仲裁员或调解员视为权威者,希望中立者能够在和解失败的情况下作出决断。⑤ 因此,持此种文化偏好的当事人更倾向于委托同一自然人分别担任调解员和仲裁员。

3.确保纠纷解决质量的稳定

同一中立者在一定程度上有利于保证解纷质量的稳定,具体体现在三个方面: 首先,尽管中立者同时获得调解员资质和仲裁员资质有一定的难度,⑥但实践中对于很多提供调仲结合程序的替代性争议解决(Alternative Dispute Resolution,简称 ADR) 机构而言,其仲裁员同时兼具该机构的调解员资格。由同一中立者为当事人同时提供调解服务和仲裁服务可以保证其专业知识、解纷技能和职业道德的稳定性; 其次,同一中立者与当事人在纠纷解决过程中会有更多接触,这有利于彼此了解对方的交流模式和交流风格,通过降低关系的"陌生感"而促使纠纷解决过程更加顺畅; ⑦最后,同一中立者在仲裁阶段可以直接利用在调解阶段知晓的信息,这有利于仲裁员在法定自由裁量范围内作出更加切合案情和当事人需求的裁决。

---

① Gabrielle Kaufmann-Kohler & FAN Kun, *Integrating Mediation into Arbitration: Why It Works in China*, Journal of International Arbitration, Vol. 25: 479, p.490 (2008).

② Thomas J. Stipanowich & Véronique Frase, *The International Task Force on Mixed Mode Dispute Resolution: Exploring the Interplay Between Mediation, Evaluation and Arbitration in Commercial Cases*, Fordham International Law Review, Vol.40: 839, p.851 (2017).

③ Thomas J. Stipanowich, Jay Welsh & Chen Qiming, et al., *East Meets West: An International Dialogue on Mediation and Med-Arb in the United States and China*, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, Vol.9: 379, p.398 (2009).

④ WANG Shengchang, *CIETAC's Perspective on Arbitration and Conciliation Concerning China*, *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, in Albert Jan van den Berg ed., ICCA Congress Series No.12, Kluwer Law International, 2005, p.27.

⑤ FAN Kun, *An Empirical Study of Arbitrators Acting as Mediators in China*, Cardozo Journal of Conflict Resolution, Vol.15: 777, p.786 (2014).

⑥ Lucy Greenwood, *A Window of Opportunity? Building a Short Period of Time into Arbitral Rules in Order for Parties to Explore Settlement*, Arbitration International, Vol.27: 199, p.208 (2011).

⑦ 参见方新年《相同中立者仲裁中的调解制度: 挑战与突破》,载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2009 年第 4 期,第 111 页。

二、商事调解员和仲裁员身份竞合的法律风险

(一)破坏调解程序的规范性

1.违反调解保密原则

保密性是吸引当事人选择调解以及推进调解的“必备要素”(*sine qua non*),是调解的基本原则之一。[①]尽管国际商事调解和国际商事仲裁均以保密性作为其程序特征和竞争优势之一,但前者的保密性明显高于后者。首先,仲裁的保密性主要强调对外部一般公众保密,而调解的保密性则要求不得违背双方当事人的意志将调解信息传递给调解程序之外的人员,包括向一般公众披露以及向法院、仲裁庭等后续裁判机关披露。其次,调解程序还要求对内保密——除非存在实质性或客观性保密例外,内部保密性一般要求调解员或任何信息接收者不得违背一方当事人的意志将调解信息传递给调解程序中的他方。[②] 调解高水平保密性的目的在于鼓励当事人尽可能向调解员披露各种信息,不论这些信息是否真实、充分、符合法律或合乎道德,以便于调解员通过这些信息为当事人之共同利益选定最适宜的调解策略。

但是,调解员和仲裁员身份竞合违反了该保密要求,因为在中立者由调解员身份转变为仲裁员身份时,其是在知晓几乎所有调解信息的状态下参与仲裁程序的,这种调解信息的披露活动系发生在调仲衔接之时,在中立者的内心中隐秘而迅速地进行,与独立调解员向独立仲裁员透露调解信息的做法没有本质差别。在美国俄亥俄州上诉法院审理的“博登诉维克案”[③]中,当事人通过仲裁员的协助、调处达成了一份手写的和解协议,但最终该和解协议内容未以正式的书面和解协议予以固定。之后,仲裁程序重新启动并由之前调解该纠纷的仲裁员继续担任仲裁员,该仲裁员根据此前的手写和解协议作出裁决。该案上诉法院认为,当事人双方没有达成针对调解中所作陈述的保密协议,而在后续仲裁程序中继续使用同一仲裁员会使仲裁裁决变得武断而任意。

2.贬损当事人意思自治的质效

作为调解保密性被破坏的延伸后果,调解员和仲裁员身份竞合还可能会干扰当事人之间的坦诚对话,贬损当事人意思自治的实际效果。从当事人的视角出发,只有在确信调解阶段交换的信息不会对仲裁框架下的己方利益产生不利影响时,其才更愿意与调解员和对方当事人坦诚交流。但在调解员和仲裁员身份竞合的情况下,当事人可以清楚地预料调解员之后会担任仲裁员并作出裁断。这可能会造成当事人对信息披露的隐忧,或者使其将调解理解为仲裁审理的早期阶段,从而引起“寒蝉效应”(chilling effect),[④]使当事人在调解阶段不愿向中立者叙述全部相关事实、表达真实想法或告知潜在需求,这可能会妨碍中立者探究当事人的共同利益与和解基础。此外,预设的仲裁程序也可能使得当事人在调解阶段的对抗情绪过重,难以与对方当事人形成信赖与合作关系。

身份竞合的中立者与独立调解员实施相同的调解行为可能会产生不同的效果。相较于后者,前种纠纷解决程序的当事人对仲裁阶段的内在抵触心理可能赋予中立者在调解阶段更大的影响力,使后者所作表述、所举建议都更有分量,中立者在调解中也有可能意图借助其潜在的仲裁员身份向当事人施压,以促进快速解决纠纷。此外,当事人还可能将调解员的中立性话语过度解读为是对潜在仲裁结果的暗示,从而快速进行和解;在中立者向当事人提出某些实体建议或劝说其接受某和解方案时,当事人可能认为如果不接受这些提议或者劝告,则之后中立者会作出对其不利的仲裁裁决。不论上述哪种情况,当事人在调解阶段的真实意思都受到了后续仲裁安排的影响。

---

① Bobette Wolski, *Confidentiality and Privilege in Mediation: Concepts in Need of Better Regulation and Explanation*, University of New South Wales Law Journal, Vol.43: 1552, p.1552(2020).

② Rafal Morek, *Nihil Silentio Utilius: Confidentiality in Mediation and Its Legal Safeguards in the EU Member States*, ERA Forum, Vol.14: 421, p.424(2013).

③ *Lee H. Bowden, et al., Appellee v. Kent T. Weickert, et al., Appellants*, Court of Appeals No. S-02-017, Trial Court No. 99-CV-395 (Ohio Ct. App. Jun. 20, 2003).

④ Mordehai (Moti) Mironi, *From Mediation to Settlement and from Settlement to Final Offer Arbitration: A Case Study of MEDALOA in a Transnational Business Dispute Mediation*, NYSBA New York Dispute Resolution Lawyer, Vol.5: 76, p.79(2012).

(二) 破坏仲裁程序的规范性

1.造成仲裁员中立性缺失的表观

在单独的国际商事仲裁程序中,为了维护仲裁员的独立性和中立性,仲裁员除了在选任阶段作为候选人与当事人会面外,一般情况下不得与当事人私下会见。但是在先调后仲类的程序中,中立者为了尽量在调解阶段促成当事人之间的和解,有可能采用背对背的调解技术,即与当事人分别私密对话,以了解其利益底线、把握双方的谈判剩余空间等。在这一阶段,当事人可能会尝试借此影响中立者的认知,中立者也有可能借此胁迫或讨好当事人以谋求后续的业务合作机会。因此,即便中立者在背对背调解中与当事人双方的互动是完全"对称的",也不影响对仲裁员中立性和公正性的质疑。在英国高等法院审理的"格伦科特开发设计公司诉本巴雷特案"①、美国联邦最高法院审理的"共同体煤炭公司诉大陆灾害保险公司案"②、"南澳大利亚杜克集团有限公司诉阿拉曼投资有限公司案"③和"英国格伦科特开发与设计有限公司诉本·巴雷特父子公司有限公司案"④等案件中,法院均确认调仲程序的中立者与当事人在调解阶段的私人会谈确实造成中立者在仲裁阶段有失中立性的表观,但仅依据该事由而提出的质疑可能被驳回。即便调解阶段没有安排私密对话,调解公开会议中当事人的言辞以及语气、手势等副语言也会对中立者造成心理干预,影响其在后续仲裁阶段中的自由心证。

2.违反仲裁辩论原则

不同于调解程序所渗透的"友好"理念,仲裁程序系一方当事人对另一方当事人进行理性攻击的过程。在仲裁过程中,申请人处于主动地位、被申请人处于受动地位。为了平衡这种不对称的权力状态,应当给予被申请人以防御的权利和机会,以保障当事人各方平等地获得司法救济和公平待遇。为了实现此目的,重要方法之一是允许各方当事人提出其与案件相关的事实、法律主张并尝试说服仲裁员。《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》以及许多国内仲裁立法都明确规定了平等原则,要求赋予双方当事人在仲裁程序中平等地说服仲裁员以使其相信己方的事实主张和法律主张的权利。由此,各方当事人竞相尝试说服仲裁员的过程经秩序化、制度化而形成"一方主张+对方反驳"的辩论机制,辩论原则也成为仲裁程序公正性的重要表征之一。

然而,在调解员和仲裁员身份竞合的情况下,该中立者有可能在调解阶段获得了一方当事人披露的内部保密信息,并且这些信息尽管不能作为证据呈现在仲裁阶段,但是事实上隐秘地构成中立者作出裁决的依据,或者至少干扰了仲裁员的自由心证。同时,由于对方当事人根本无从知晓这些调解阶段的保密信息,因而无法在仲裁阶段提出相应的抗辩,这就违背了自然正义的理念和正当程序的要求。⑤ 也有学者依其个人作为仲裁员的经验提出反对,认为基本不用担心会发生一方当事人向中立者透露保密信息而对方无法获得反驳机会的情况,原因在于尽管当事人可能在背对背调解中向中立者单方透露其观点或主张,但其之后一般还会向对方当事人提出更强有力的主张,以说服对方当事人接受某些实体要素和特定的和解条款,保留对其有利的事实这一做法在调解中没有多大意义。⑥

(三) 仲裁裁决的效力存疑

1.中立者超越仲裁协议范围进行调解

在单独的调解程序中,最终和解的事项有可能超过当事人约定提交调解解决的事项范围。调解以高度的当事人意思自治为其根本特征,调解中贯穿着当事人的合意,其实质上是作为整体的"一个意思",调解所

---

① *Glencot Development Design v. Ben Barrett*,2001,EWHC Technology 15(13 February,2001) .法官认为,裁判者在调解中的行为能够体现出明显的偏私,因为裁判者在调解中会和当事人进行单方私密的沟通,其会掌握申请者所描述的情况并对其可信度形成观点,这些会导致裁判者事实上的偏私。然而,该案最终依据其他争点进行裁断,表观偏私问题则没有被解决。 [2001] BLR 207. Para. 24.

② *Commonwealth Coating Corp. v. Continental Casualty Co.*, 393 U. S. 145 (1968) ; Geoff Nicholas & Constantine Partasidesm, *LCIA Court Decisions Challenges to Arbitrators: A Proposal to Publish*, Arbitration International, Vol.23: 1, p.31-32(2007) .

③ *The Duke Group Ltd.* (*In Liq.*) *v. Alamain Investments Ltd. & Ors*, (2003) SASC 272.

④ *Glencot Development & Design Ltd. v. Ben Barrett & Son* (*Contractors*) *Ltd.*, EWHC Technology 15(13 February,2001) . 26 Re JR; Ex parte CJ (1986) 161.

⑤ Edna Sussman, *Developing an Effective Med-Arb/Arb-Med Process*, New York Dispute Resolution Lawyer, Vol.2: 71, p.71(2009) .

⑥ Edna Sussman, *Med-Arb: An Argument for Favoring Ex Parte Communications in the Mediation Phase*, World Arbitration and Mediation Review, Vol.7: 421, p.426(2013) .

达成的和解协议本身也反映了调解协议的存在及其范围。在二者所定范围不一致的情况下,应当以和解协议为准。对比之下,仲裁程序中的仲裁协议和仲裁裁决之间的关系则有所不同,其分别体现的是当事人的合意和仲裁庭的意思(即"两个意思");同时,根植于当事人意思自治原则和"不告不理"的民事裁判理念,仲裁庭的意思受制于当事人合意的约束,其不能超出仲裁协议约定的事项范围作出裁决,否则该裁决可能因仲裁庭"超裁"而被撤销或被拒绝承认与执行。

在这一点上,调-仲程序或仲-调-仲程序同时包含了调解阶段和仲裁阶段,当事人就该两个阶段处理的事项约定了一致的范围。在这种情况下,如果当事人在调解阶段处理的事项超出了纠纷解决协议约定的范围,且仲裁庭作出合意裁决对该调解结果予以确认,那么仲裁裁决解决的事项事实上超出了仲裁协议约定的事项范围。按照《纽约公约》或者相关国内法的规定,此类裁决即构成"超裁",有可能被撤销或被拒绝承认与执行。针对该效力风险,SIMC 和 SIAC 联合推出的"仲调仲"提案中纳入一项"视为条款"(deeming provision),即推定当事人约定的任何由 SIMC 调解解决的纠纷都应视为属于仲裁协议的事项范围,[①]这就允许以调解解决当事人未在仲裁协议中明确约定但与纠纷整体性的化解有关联的其他事项。

2.调解员和仲裁员行为的审查标准存在系统差异

首先,和解协议审查标准与仲裁裁决审查标准尽管一般都包含中立者行为规范方面的要求,但二者之间存在系统性差异。为了评估和解协议的强制执行力,《新加坡调解公约》第5条"拒绝准予救济的理由"中包含了调解员不当行为的抗辩,但是其本身未就"不当行为"的构成作出规定,也未列举具体的不当行为,在适用时仍需由法官主要依据准据法中的合同法进行审查。尽管合同法存在一定的不适应性,但是其比法定的仲裁审查标准更贴近调解的运行机理与和解协议的性质。[②] 甚至,在未给予调解所达成的和解协议强制执行力的国家或地区,和解协议在法律性质上等同于普通的民事合同,一方当事人可以在事后随意毁约,而异议方只能再开启新一轮的纠纷解决程序。对比之下,合同法原则在仲裁审查中的适用空间较小,仲裁结果的法律约束力和强制执行力较强,较为稳定。生效的仲裁裁决被撤销或者被拒绝承认与执行的法定情形十分有限,主要限于一些可能影响实质公平的严重程序失当。《纽约公约》明确规定了仲裁员的几种不当行为,比如仲裁庭超出仲裁条款约定仲裁的事项范围[第5条第1款(c)项]、仲裁庭的组成或仲裁程序不符合当事人选择的或仲裁地的法律[第5条第1款(d)项]。此外,法院在就仲裁裁决的审查行使裁量权时,总体上态度更为严格和审慎。[③] 在调仲结合程序中,由于最终文书为"仲裁裁决",因此最终以仲裁裁决的审查标准为主,而不涉及合同法之适用,从而未能兼顾调仲结合程序中的调解成分。

其次,调仲结合程序中立者行为的社会接受度还存在时空差异。在不同国家或地区乃至在特定国家或地区的不同历史发展时期,由于文化理念、社会陌生程度、法律规定和纠纷解决偏好等的变化,相同的中立者行为可能会得到不同的评价。以"高海燕诉建毅控股有限公司案"[④]为例,该案涉及仲裁庭尝试促成当事人和解的情况,该程序属于仲-调-仲程序。当事人事后针对仲裁裁决提出异议,理由是仲裁庭关于和解方案和仲裁员任命的提议系在西安(仲裁地)的一家酒店于晚餐时间进行,且并非所有当事人在场,因此仲裁员在履职中存在明显偏私。该案中,法庭表示该混合程序所得的仲裁裁决只有在与执行地(香港)关于道德和公正的基本理念相抵触的情况下才会被拒绝执行,法庭尊重调解地惯常的调解形式,对于这份在西安作出的仲裁裁决,不能以非正式会面在香港会引起表面偏私为由而拒绝予以承认。该案表明,调仲结合程序会整体性地受到仲裁地标准的审查,调仲结合程序中立者的行为规范存在地域文化差异,由此作出的仲裁裁决的跨境承认与执行可能受阻。

---

① *SIAC-SIMC Arb-Med-Arb Protocol*, Singapore International Mediation Centre (5 November 2014), http://simc.com.sg/dispute-resolution/arb-med-arb.

② 合同法仅仅为调解以及和解协议铺垫了最低标准,不能切合和解协议与一般合同的区别性;合同法关注的是当事人的"合意",调解中的自决概念关注各方当事人意思的实现,其范围更广泛;合同法为双边架构,没有考虑作为第三方的调解员的存在及其潜在影响力。Dorcas Quek Anderson, *Litigation Over Mediation—How Should the Courts Enforce Mediated Settlement Agreements?*, Singapore Journal of Legal Studies, Vol: 201: 105, p.115-120 (2015).

③ Ellen E. Deason, *Combinations of Mediation and Arbitration with the Same Neutral: A Framework for Judicial Review*, Yearbook on Arbitration and Mediation, Vol.5: 219, p.229-233 (2013).

④ *Gao Haiyan v. Keeneye Holdings Ltd.* [2011] HKCA 489; [2012] 1 HKLRD 627.

三、调解员和仲裁员身份竞合法律风险的应对

(一) 以委托不同中立者为一般规则

为了维护调解和仲裁各自的完整性,由不同的主体担任中立者更为适宜。很多调仲结合程序规则以当事人委托不同的中立者作为一般或默示规定,即虽然没有禁止当事人委托同一位中立者,但系以委托不同中立者为一般情况,而如果当事人希望由同一人同时担任调解员和仲裁员,则需要另外在纠纷解决协议中作出专门约定。比如《联合国国际贸易法委员会国际商事调解示范法(2018)》第 13 条规定,除当事人另有约定外,调解员不应就调解未决的标的事项担任仲裁员。甚至当事人还需要履行更复杂的程序才能委托相同的中立者。比如《北京仲裁委员会仲裁规则(2022)》第 67 条第 2 款规定,国际仲裁案件的当事人如果在调解失败后希望更换仲裁员的,则需要获得该仲裁机构主任的批准并自愿承担由此产生的额外费用。因此,对当事人而言,不遵循一般规则而选择委托同一中立者,意味着其需要投入更多的注意成本和程序成本来追求上述叠加优势。反过来,如果当事人实际作出这些额外投入,则可以推定其已经对相关的成本和收益作出判断和选择,也应当自行承担相应的法律风险。

然而,当事人委托相同中立者的主要动因是追求低成本、高效率,就此目的而言,实际上在委托不同中立者的前提下还有其他替代措施。比如由不同的中立者在公开举行的会议上完成工作交接,一方面使得仲裁员掌握要件事实、免于重复工作,另一方面也不会影响调解信息的保密性,同时也不会造成过多的额外成本。在调解员和仲裁员由不同主体担任的情况下,调解员才能够更好地处理与当事人之间的关系,而不用担心可能会对当事人实体权利义务、法律责任的判断产生不利影响,当事人也不用在承受压力的状态下接受调解员的提议以避免日后中立者作出对其不利的仲裁裁决。①

(二) 要求当事人充分知情的同意

在纠纷解决程序开始前或者在调解阶段和仲裁阶段的交接环节,中立者可以就其独立性和中立性等要求以及职责内容发表声明并反复确认当事人的一致同意。比如在 CEDR 下设的国际仲裁和解委员会(Commssion on Settlement in International Arbitration,简称 CEDR 委员会)建议的应对措施中,就包含了“当事人充分知情的同意”这一项,同意内容可以包括委托同一位中立者、中立者可以进行单方私密会话、中立者应在裁决时忽视调解保密信息等。② 在“加斯金诉加斯金案”中,调解员不顾当事人的反对而继续担任同一纠纷或相关纠纷的仲裁员,对此,法院认为调解程序以鼓励当事人对调解员进行坦诚披露为基本动力,调解员在未获得当事人明示同意的情况下转换身份成为仲裁员的做法是不当的。③ 如果对该法院意见作反面解释,那么可推知在中立者获得当事人明示同意的情况下,这种角色转换就是适当的,仲裁员使用调解保密信息不应当作为撤销仲裁裁决的事由。

在处理调解员和仲裁员身份竞合的问题时,确保当事人知情的同意十分重要,因为受制于禁反言原则,当事人不得事后再以仲裁员已参与调解活动为由而对其提出相关异议。④ 事实上,在当事人自愿选择调仲结合程序并选择其认为适当的中立者时,就已经在创造更多有利条件促使纠纷尽量在调解阶段解决,降低调解员身份转换为仲裁员身份的可能性。相应地,也就降低了调解员和仲裁员身份竞合的法律风险转换为实际危险的可能性。在调仲结合程序中,无论在该程序开始之前还是在调解阶段和仲裁阶段的交接环节,当事人系明知候选仲裁员为调处标的纠纷的调解员,如果委托其继续担任该纠纷的仲裁员,则构成明示同意;如果在对方委托仲裁员之后未及时提出任何质疑、出席仲裁程序并进行实体上的答辩,则构成默示同意。无论采取哪种表达同意的方式,当事人都不应再基于仲裁员与先前调解程序的联系而申请其回避,或者对所得裁

---

① Eunice Chua, *A Contribution to the Conversation on Mixing the Modes of Mediation and Arbitration: Of Definitional Consistency and Process Structure*, Transnational Dispute Management, Vol.5: 1, p.12-13(2018).

② Alan L. Limbury, *Hybrid Dispute Resolution Processes—Getting the Best While Avoiding the Worst of Both Worlds?*, International Mediation Institute(30 September 2017), https://www.imimediation.org/wp-content/uploads/2017/09/AlanLimbury-HybridDisputeResolutionProcessesArticle.pdf.

③ *Gaskin v. Gaskin*, No. 2-06-039-CV, 2006 WL 2507319(Tex. App.-Fort Worth, September 21, 2006).

④ Yaraslau Kryvoi & Dmitry Davydenko, *Consent Awards in International Arbitration: From Settlement to Enforcement*, Brooklyn Journal of International Law, Vol.40: 827, p.845(2015).

决提出效力方面的质疑，这既是保护调仲结合程序善意参与者的需要，也是培养理性当事人的有效路径。

（三）禁止调解中的单方会谈

调仲结合程序中调解员和仲裁员身份竞合导致的棘手问题之一是，如果中立者在调解阶段与当事人进行了单方沟通，那么就会产生仲裁阶段的中立者偏私和正当程序问题。对此，有些学者建议调仲结合程序应全面杜绝单方会议，所有的调解会议都应以当事人共同在场的形式进行。[①] CEDR 委员会也曾建议，调解中的单方会话如果不会导致裁决被拒绝强制执行，那么就可予以准许。[②] 也就是说，只有在单方会话可能导致裁决之效力被否定时，才能予以禁止，否则就可以进行。但 CEDR 委员会于 2009 年通过的《促进国际仲裁中的和解规则》[③]第 2 条以及新西兰国际仲裁中心（New Zealand International Arbitration Centre，简称 NZIAC）《标准仲裁规则》[④]第 33.2 条都绝对地禁止仲裁员与当事人的单方会面，禁止其获取一方当事人未与其他当事人分享的信息。

然而，调解中的单方对话有利于发掘所有与调解有关的事实要素与心理因素，往往成为找寻共同利益、克服谈判僵局的关键。完全禁止中立者与当事人之间的单独会面，将争议涉及的问题留待在共同会议上讨论，将有碍于调解的成功，也会影响调解效果。此外，即便当事人与中立者在服务合同中约定中立者在调解阶段不得进行单方会谈或提出法律方面的建议等，但如果中立者在实际调解过程中违反这些限制，而当事人在合理期间内并没有明确提出反对并且继续推进调解，则应将此种情况理解为当事人对此予以默示同意，当事人和中立者以行为的方式修改了原来的约定。

（四）允许当事人重选中立者

尽管当事人在调仲结合程序中约定了同一中立者，但可以允许其在调解与仲裁互相转化时选择其他人员担任后续阶段的中立者，即撤回委托同一中立者的同意，中立者也可以根据自己的实际情况主动退出程序。比如，《国际律师协会国际仲裁利益冲突指引》（2014 年版）［*IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration*（*2014*）］第 2 条（a）项规定，如果仲裁员对自己是否有能力保持公正性与独立性存在怀疑，那么其就应当拒绝接受指定；在仲裁程序已经开始的情况下，则应拒绝继续担任仲裁员。即使当事人明确同意仲裁员可以协助其解决纠纷，但该仲裁员如果由于参与调解而招致对其中立性或独立性的怀疑，则必须从该纠纷解决程序中退出；即便仲裁裁决系依据当事人之间的和解协议作出，也并没有降低对仲裁员独立性或中立性的要求。

但是，这种做法在一定程度上缺少灵活性。其实，只要中立者可以快速采取其他适当措施处理针对其中立性方面的质疑即可，并不限于以辞职方式全然撤离该程序。[⑤] 此外，一旦当事人决定撤销对既存中立者的委托并委托其他中立者继续主持已经启动的调仲结合程序，那么对于被撤换掉的中立者而言，不仅其预期的部分收入落空，而且其还由于对承诺并履行该纠纷解决服务而错失本可以承接的其他业务。

（五）要求仲裁时列举并排除调解保密信息

中立者在调解失败后的仲裁阶段，可以向当事人书面说明其认为可兹辩驳的事实以及法律争点，给予当事人充分表达接受或反驳的机会。被当事人共同接受的事实可以在仲裁阶段直接作为仲裁员裁决的事实依据，而无需经历举证质证环节；双方当事人之间存在争议的事实或者未在调解中陈述的事实，则仍然需要符合证据规则。比如中国香港地区的《香港仲裁条例》（*Hong Kong Arbitration Ordinance*）[⑥]第 33 条赋权仲裁员

① Gabrielle Kaufmann-Kohler，*When Arbitrators Facilitate Settlement: Towards a Transnational Standard*，Arbitration International，Vol.25: 187，p.199（2009）.

② *CEDR Commission on Settlement in International Arbitration*，*Final Report of the Commission*，CEDR（9 November 2009），https://www.cedr.com/wp-content/uploads/2021/04/Arbitration-Commission-Document-April-2021.pdf.

③ *CEDR Rules for the Facilitation of Settlement in International Arbitration*，CEDR（15 March 2021），https://www.cedr.com/wp-content/uploads/2021/03/Rules-Settlement-Arbitration.pdf#:~:text=2%20CEDR%20Rules%20for%20the%20Facilitation%20of%20Settlement，proceed%20through%20to%20the%20conclusion%20of%20those%20proceedings.

④ *Standard Arbitration Rules*，NZIAC（8 February 2018），https://nziac.com/arbitration/arbitration-rules/standard-arbitration-rules.

⑤ Alan L. Limbury，*Hybrid Dispute Resolution Processes—Getting the Best While Avoiding the Worst of Both Worlds?*，International Mediation Institute（30 November 2017），https://www.imimediation.org/wp-content/uploads/2017/09/AlanLimbury-HybridDisputeResolutionProcessesArticle.pdf.

⑥ *Hong Kong Arbitration Ordinance*，Hong Kong E-Legislation（16 December 2022），https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap609.

可以担任调解人,该条第 3 项(b) 目规定,仲裁当事人在调解阶段获得的任何资料都应被视为保密性资料,例外情形仅限于两项: 一为当事人同意,二为第 4 项规定的在调解过程获得保密资料的仲裁员在调解失败后认为该资料与后续仲裁程序相关。《新加坡国际仲裁法》(2020 年修订) [*International Arbitration* (*Amendment*) *Act 2020*] ①第 17 条针对仲裁员获得调解保密信息的问题提供了创造性的解决方案,即在当事人同意由仲裁员担任调解员的情况下,要求仲裁员向当事人披露其在调解中获得的其认为与仲裁程序相关的"实质信息"。这样可以减少中立者在仲裁阶段对于调解保密信息的依赖,有利于当事人清晰地感知到这种独立性和中立性,同时实现当事人所期待的经济性。虽然调解信息的披露不意味着这些信息一定会被采纳作为仲裁裁决的依据,适格的仲裁员或法官会像排除其在审理后认为不可采的证据一样,排除不具有实质性的保密信息,但这仍然将中立者置于艰难境地。在调仲结合程序中调解员角色和仲裁员角色为同一自然人时,即便其在主观上希望符合仲裁规范并积极践行应然的仲裁职责,但在先进行的调解活动可能导致中立者形成某种主观印象。对此,认知心理学领域相关实验的结论性意见是,即便中立者自信地认为其可以搁置那些与其裁决无关的信息,比如在调解中知晓的当事人的理由、目标或合作意愿,但事实上,其在作出仲裁裁决时还是会受到这些信息的影响。② 进一步说,即便这些信息对中立者造成的影响程度不超过其自由裁量权范围,但仍然会为一方当事人带来更多利好,对另一方当事人造成更多损失,该实然结果仍然区别于调解信息未披露情况下的应然结果。更甚者,调解中所披露的事实情况并不受制于严格的证据规则,因此对中立者产生实际影响的调解信息可能并不可靠或至少未经证实。

(六) 排除基于调解活动质疑仲裁的权利

针对调仲结合程序,很多国家或地区允许当事人对调解规范和仲裁规范加以软化以及自主决定放弃其程序权利并免除对中立者的追责权。比如《澳大利亚新南威尔士州商事仲裁法》[*Commercial Arbitration Act* (*NSW*)] 第 27 条一般性地禁止当事人在调解失败的情况下,仅仅依据中立者担任调解员这一事实而对其后续的仲裁员身份、仲裁活动或仲裁裁决提出反对;《国际律师协会国际仲裁利益冲突指引》(2014 年版) 第 4 条规定,如果当事人在知情情况下对调仲结合程序表示同意,应视为其有效放弃了主张中立者潜在利益冲突的权利,如果调解失败且仲裁员由此面临违反正当程序的异议,则当事人仍受到最初弃权声明的约束,即便中立者在调解中与当事人进行了单方交流并获得保密信息,当事人也同样受其约束。

但有些国家或地区的立法者认为追究中立者违反公正程序的法律责任事项属于公共政策问题,法律不应赋予中立者在违反公正程序情况下的免责待遇,当事人作出的放弃程序公正权的意思表示——无论是以明示或默示方式作出,都会因违反公共政策而无效。比如《1998 年英国人权法》(*U.K. Human Rights Act of* 1998) 以及《欧洲人权公约》(*European Convention on Human Rights*) 第 6 条均不允许当事人放弃程序公正权。但这可能仅仅适用于法院诉讼程序,在其他案件中法院可能认定合意仲裁的当事人可以在隐私和终局性问题上放弃程序公正权。③

四、中国对调解员和仲裁员身份竞合问题的规则调适

(一) 中国相关立法及其存在的问题

中国关于调仲结合程序的相关立法仅限于《仲裁法》的部分规定。

针对调解员能否以及如何在调解后继续担任同案仲裁员的问题,《仲裁法》未置一词。但是,根据《仲裁法》第 34 条关于仲裁员必须回避之情形的规定,④仲裁员之前担任调解员的情形有可能被认定为该条项下

---

① *International Arbitration* (*Amendment*) *Act 2020*, Singapore Statutes Online (30 November 2020) , https: //sso. agc. gov. sg//SL/S971-2020? DocDate = 20201130.

② Andrew J. Wistrich, Chris Guthrie & Jeffrey J. Rachlinski, *Can Judges Ignore Inadmissible Information*? *The Difficulty of Deliberately Disregarding*, University of Pennsylvania Law Review, Vol.153: 1251, p.1286-1322 (2005) .

③ *Range Shipping Ltd. v. Seatrans Shipping Corp.* (2002) EWCA Civ 405 (14th March, 2002) , *Nordström-Janzon v. Netherlands* (28101/95, ô 27th November 1996) .

④ 《仲裁法》第 34 条规定 "仲裁员有下列情形之一的,必须回避,当事人也有权提出回避申请: (一) 是本案当事人或者当事人、代理人的近亲属; (二) 与本案有利害关系; (三) 与本案当事人、代理人有其他关系,可能影响公正仲裁的; (四) 私自会见当事人、代理人,或者接受当事人、代理人的请客送礼的。"

“有可能影响公正裁决的其他关系”，或者涉嫌“私自会见当事人”。根据2021年7月30日公布的《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》[简称《仲裁法(修订意见稿)》]第54条和第55条，当事人基于其在选定仲裁员之前已知的事由而申请该仲裁员回避的，仲裁机构将不予批准。因此，当事人如果希望中立者在担任调解员之后继续担任仲裁员，则可以就此种身份转换作出具体约定、形成基本预期，这样一来，以被选定的仲裁员曾担任同一纠纷的调解员为由而提出的回避申请，将因该事由属于“在选定该仲裁员前已知的事由”而无法获得批准。

针对仲裁庭调解以及在调解之后转为仲裁程序的情况，相关规定集中为《仲裁法》第51条和第52条。第51条明确仲裁庭在作出最终裁决前可以依职权先行调解，或依当事人请求而应先行调解，并且由仲裁庭根据调解成功与否作出不同处理：调解失败的，仲裁庭应继续仲裁程序并作出裁决；调解达成和解协议的，仲裁庭应当根据协议的结果制作调解书或裁决书，且两种文书具有同等的法律效力。第52条进一步对第51条提及的“调解书”之内容要求、形式要求以及法律效力等予以明确。然而，该规定并不妥当，不仅未尊重调解员和仲裁员的自愿性，而且“仲裁调解书”“调解不成的”等措辞模糊，与其他间接规范之间的关系失调。①

《仲裁法(修订意见稿)》第68条和第71条分别保留了现行《仲裁法》第51条和第52条的内容。在此基础上，《仲裁法(修订意见稿)》还就与仲裁有关的调解作出新的规定。比如第32条明确当事人在仲裁程序中可以通过调解方式解决纠纷。第69条明确当事人可以在仲裁庭组成前尝试调解，如果达成协议，则可以选择撤回仲裁申请或者请求继续由仲裁庭根据调解协议制作调解书或仲裁书；当事人也可以在仲裁庭组成后中止仲裁程序并另行委托调解员主持调解，若调解失败，则原仲裁程序恢复，若调解成功，则由原仲裁庭根据调解协议的内容制作调解书或裁决书，或者由当事人申请撤回仲裁申请。然而该规定仅仅确认了当事人在仲裁庭之外可以单独启动调解程序，并没有进一步明确在仲裁庭组成前启动的调解程序中担任调解员的人能否后续转换为仲裁庭成员。

由于调整仲裁等专业纠纷解决活动的立法整体上比较粗疏(也不宜过于精细)，因此，大部分纠纷解决机构一方面保留了同一纠纷或关联纠纷解决过程中调解员与仲裁员身份互换的可能性，另一方面却没有规定调仲结合程序中中立者的特殊资质和能力要求，也没有特别规范其角色转化前后的行为。比如，是否需要在调仲程序中多次确认当事人委托同一位中立者的合意？如果之后一方当事人主张坚持最初的协议约定，由同一位中立者继续仲裁，而另一位希望改换中立者，究竟应该维护最初的纠纷解决协议内容，还是更换中立者？从现实情况看，多数仲裁规则并没有禁止仲裁员在调解阶段与当事人进行单方会面，也没有禁止仲裁员在仲裁阶段使用在调解阶段获得的信息来裁判案件。实践中，还需要机械地分别适用调解规则和仲裁规则来处理中立者以不同身份从事的活动，这样就会产生不同程序规则之间的冲突。

(二)法律规则的调适

这些具体问题则需依据调仲结合程序的发展现况和需求，以一般立法和程序服务规则予以明确。对此，中国立法可从几个方面予以完善。第一，《仲裁法》应当依据调解和仲裁所共享的当事人意思自治原则，明确允许当事人在充分知晓调解和仲裁的区别、委托相同或不同中立者的区别的情况下，自主选用结合程序并选择由同一主体同时担任调解员和仲裁员。第二，《仲裁法》应当作出必要提示，建议当事人对候选中立者的资质、经验和行为作出具体约定，建议当事人充分考虑可能出现的保密性、中立性等法律风险并要求其承担该风险，推定当事人约定的任何由调解解决的纠纷都应视为属于仲裁协议的事项范围，要求当事人放弃以调解活动为由质疑仲裁员或仲裁裁决的权利。第三，就中立者在调仲结合程序中的具体行为，立法无需作出直接、细致的规制，但可以采用间接的方法予以调整。首先，法律应要求商事纠纷解决行业对中立者进行更严格的培训，要求其在当事人授权的范围内活动，同时满足调解阶段和仲裁阶段的基本要求，期待中立者出于维护自身信誉之目的谨慎行事，在调解阶段不逾越其作为促进者的职能，在进入仲裁阶段时可以灵活地实现角色转变，确保仲裁阶段不会受到已知晓的调解信息的不利影响。其次，立法还可以赋权当事人和纠纷解决服务提供方在多种措施中合意选择，这些措施包括但不限于禁止中立者在调解中与当事人进行单方会面、在程序转换时再次确认当事人对仲裁员的合意、由中立者列举调解阶段获得的保密事项并排除等。

① 参见张圣翠《仲裁员与调解员身份互换规范的比较与借鉴》，载《政治与法律》2012年第8期，第139-140页。

(三) 相关服务规则的调适

1.以委托不同中立者为一般规则

《中国(上海) 自由贸易试验区仲裁规则》第 50 条在第 7 项中明确仅允许由当事人以书面形式约定调解员继续担任同案仲裁员,除此之外,接受指定的调解员不得担任同案仲裁员;《上海经贸商事调解中心调解员守则》第 9 条规定禁止调解员担任同一纠纷的仲裁员,但同时明确了例外,即"法律另有规定"。上述规则一般性地鼓励调解员与仲裁员的分离,以减少调解过程对仲裁员审理活动产生不必要的影响。① 但是,如果当事人确实希望委托同一位中立者,上述规则非但不予禁止,反而可以提请当事人注意其中的法律风险,促使当事人投入更多精力调查、思索,并在此基础上以书面形式审慎地作出选择。

2.有条件地允许当事人重选中立者

北京仲裁委员会针对调仲程序进行了改革,在《北京仲裁委员会仲裁规则(2022)》中纳入关于国际商事仲裁的特别规定(第八章),就仲裁庭调解事项,明确当事人可以在认为仲裁结果可能受到先前已失败的调解程序之影响的情况下提出更换仲裁员的请求,该请求将由仲裁机构主任予以审查、批准(第 67 条第 2 项)。该规定并非北京仲裁委员会的首创,而属于上述列举的风险措施之一并为《香港仲裁条例》《国际律师协会国际仲裁利益冲突指引》等所确认,中国其他纠纷解决服务机构和立法者也可予以借鉴和推广。

3.在仲裁程序中排除调解保密信息

《中国(上海) 自由贸易试验区仲裁规则》第 51 条就仲裁庭组成后由仲裁庭主持调解活动的情况作出规定,但并没有附加任何身份限制或行为限制,与此同时,第 53 条明确调解失败后任何一方当事人不得在后续仲裁等程序中援引对方、调解员或仲裁庭在调解过程中发表的意见、提出的观点、作出的陈述、表示认同或否定的建议或主张作为其请求、答辩或反请求的依据。结合来看,这些规定更侧重对仲裁员在担任调解员之后的保护而非限制。

4.排除基于调解活动质疑仲裁的权利

《仲裁法(修订意见稿)》第 33 条规定"一方当事人知道或者应当知道仲裁程序或者仲裁协议中规定的内容未被遵守,仍参加或继续进行仲裁程序且未及时提出书面异议的,视为其放弃提出异议的权利。"因此,在调仲结合程序中,如果当事人未对同一中立者在调解或仲裁阶段可能影响其独立性或中立性的行为或情况提出明确的异议,则视该当事人默示地放弃了此项异议权,那么在调仲结合程序终止后,就不应依据该特定行为或情况而针对中立者、纠纷解决程序和纠纷解决结果提出疑问。根据《仲裁法(修订意见稿)》第 54 条和第 55 条,当事人基于其在选定仲裁员之前已知的事由而申请该仲裁员回避的,仲裁机构将不予批准。同理,当事人也不应基于此理由而质疑中立者在仲裁活动中的独立性、中立性或仲裁裁决的效力。

五、结语

调仲结合程序的多样化顺应了国际商事纠纷解决的需求。为了进一步提高解纷效率、降低成本、满足特定的文化偏好及保证解纷质量稳定等,当事人可能委托同一自然人分别担任调解员和仲裁员。然而,就同一商事纠纷而言,调解员和仲裁员的身份竞合有可能破坏调解保密性并干扰当事人之间的坦诚对话,影响仲裁员的中立性并违反仲裁辩论原则,继而造成仲裁裁决的效力受损。目前,《仲裁法》《仲裁法(修订意见稿)》以及主要纠纷解决机构的规则并没有明确调解员和仲裁员身份转换问题,比如,是否需要多次确认当事人委托同一位中立者的合意?如果仅有一方当事人改变原意希望改换中立者,那么是否应予更换?这些规定整体上滞后于调仲结合程序的实践需求。为了减少当事人的疑虑,平衡当事人和中立者之间的利益,相关立法、行业规则、机构规则等应当从外部进行规范。对此,可以借鉴其他国家的法律和纠纷解决程序规则,比如一般性地要求委托不同的中立者、当事人应在充分知情的状态下表示对中立者的同意、禁止调解中的单方会谈、允许当事人重新选择仲裁员、仲裁前列举调解保密信息并排除、禁止当事人以调解活动为由而质疑仲裁,以不断提高中国 ADR 从业人员素养、丰富中国 ADR 实践,提高在国际商事纠纷解决市场中的竞争力。

① 参见黄荣楠《中国(上海) 自由贸易试验区仲裁规则评述》,载《上海对外经贸大学学报》2014 年第 6 期,第 36 页。

The Advantages, Risks and Its Responses of the Identity Concurrence of Mediator and Arbitrator

LIN Meng

(School of Law, Dalian Maritime University, Dalian 116026, China)

Abstract: With the development of civil and commercial dispute resolution mechanisms, it is more and more common for the parties to entrust the same natural person to act as mediator and arbitrator in one dispute. In this regard, different countries (regions) and dispute resolution service institutions hold different attitudes and keep different rules and regulations. From the perspective of economics, the identity concurrence of mediator and arbitrator has both supply-side causes and demand-side causes. On the one hand, jointed med-arbs and embedded med-arbs provide the technical site. On the other hand, the parties aim, on the basis of the fundamental advantages of the med-arbs, to further improve the efficiency of dispute resolution, meet specific cultural preferences and ensure the stability of quality of dispute resolution. However, in the situation where the identities of mediator and arbitrator are shared by the same person, once the mediation fails and the arbitration is initiated afterwards, the radical conflict between the two procedures will transform into the neutrals' internal conflict of roles. The identity conflict of the neutrals may not only destroy the normative of mediation procedures, such as violating the principle of mediation confidentiality and derogating the quality and effectiveness of the parties' autonomy, but also destroy the normative of arbitration procedures, such as causing the apparent lack of the arbitrators' neutrality and violating the principle of arbitration debate. In addition, such identity concurrence may adversely affect the effectiveness of arbitral awards, owing to systematic differences between the examination criteria of the mediators' conduct and that of arbitrators' conduct, or to the case in which the neutrals mediate the disputes beyond the scope of the arbitration agreements. In order to deal with these legal risks, the relevant legislators, industry organizations and dispute resolution service institutes have put forward a number of specific countermeasures, aiming at opening the institutional door for the exchange of identity between arbitrators and mediators and ensuring that the neutrals conform to the principles of due process, fair judgment and mediation confidentiality. Such measures include but are not limited to generally requiring parties to appoint different neutrals, requiring parties to give informed consent, prohibiting private talks in mediation, allowing parties to re-elect another neutral before arbitration, requiring list and exclude confidential information, and excluding the right to challenge arbitration based on mediation. At present, China's legal provisions on med-arbs are limited to some provisions of the *Arbitration Law*, involving the mediation conducted by the arbitral tribunal and the conversion from mediation to arbitration. However, there is no word on whether and how the mediator can subsequently serve as the arbitrator for the same dispute. On this basis, the *Arbitration Law* (*Revised Opinion Draft*) confirms that the parties can start a mediation parallelly with the arbitration, without specifying the matter of identity exchange. At the same time, most ADR institutions in China do not prohibit the identity exchange, but rarely provide the conduct code for the same neutral, and there is no consistently repeated practice in the industry so far. To improve this, the legislation is suggested to respect the principle of the parties' autonomy, clearly entitle the parties to choose the same neutral in med-arbs, and make necessary tips on the legal advantages and disadvantages. Additionally, the detailed conduct code of the same neutral would better be laid down by the ADR service providers and the parties. At present, China's legislators and ADR service providers have noticed these issues and tried to solve them partially, include asking the parties to entrust different neutrals as a general rule, excluding the confidential mediation communication in arbitration, allowing the parties to re-elect the neutral, etc.. These rules strike a good balance between the certainty and flexibility of the med-arbs, which can be used for reference more broadly.

Key words: med-arbs; mediator; arbitrator; mediation confidentiality