

# 自贸区建设与纠纷解决机制的创新

范愉\*

**摘要:**与自贸区建设相关的纠纷解决机制,既涉及中国与WTO成员国、东盟国家及其他国家地区间的贸易争端,也包括中国设立的自贸区内的各类纠纷的处理。纠纷解决机制的构建是自贸区建设中的核心问题。在实施一带一路发展战略和自贸区建设过程中,充分发挥调解的作用,完善多元化纠纷解决机制,应成为纠纷解决机制创新的重点和方向。中国—东盟《争端解决协议》及上海自贸区的经验都显示出这种努力,国际贸易争端处理机制的改革中也正在出现调解发展的新契机和大趋势。

**关键词:**自贸区 纠纷解决机制 调解 创新

DOI:10.16224/j.cnki.cn33-1343/d.2017.01.007

## 一、自由贸易关系与争端解决机制

在当代世界经济全球化和区域经济一体化的发展趋势下,自由贸易区快速增长,截至2013年6月19日,全球已有1200多个自由贸易区,其中15个发达国家设立了425个,占35.4%;67个发展中国家共设立775个,占64.6%。<sup>①</sup>中国不仅积极参与了各种国际自贸区的建设,而且已将自由贸易区建设上升为国家战略。2010年1月1日,经过十年的努力,中国与其他国家建立的第一个自由贸易区、世界上最大的自由贸易区——中国东盟自贸区正式建成。此后,建设自贸区的步伐不断加快,相继与世界多个国家建立了自由贸易协定,并倡导建立了一带一路发展战略。2013年8月,中国国务院正式批准设立中国(上海)自由贸易试验区,迄今国内已建成4个自由贸易试验区(上海、广东、

天津、福建)。

自由贸易体的纠纷解决机制涉及国际私法、国际经济法和各国国内法及其司法制度,历来是自贸区建设中的一个核心问题,与其成败攸关。目前,自贸区涉及的纠纷解决机制至少包括:(1)WTO成员国之间发生的国际贸易争端,可适用WTO争端解决机制;(2)中国与东盟国家地区之间发生的双边贸易纠纷,可根据中国—东盟《争端解决协议》适用协商、调解和仲裁;(3)通过双边、多边条约、协议与非WTO成员国或东盟国家、地区建立的自由贸易区及“一带一路”合作关系,多数并没有建立明确的争端解决机制,可自主选择商事调解、仲裁和司法程序解决争端;(4)在中国设立的自贸区内,基于纠纷发生地、合同签署地、履行地、主体所在地等发生的商事争议及其他纠纷(消费、物权、劳动、行政争议等),可选择协商、调

\* 作者简介:范愉,中国人民大学法学院教授、博士生导师。

① 好搜百科:自由贸易区。<http://baike.haosou.com/doc/5003461-5228107.html>,2015年11月20日访问。

解、仲裁以及司法程序解决,这种多元化纠纷解决机制是自贸区的基础性制度。

## 二、WTO 争端解决机制与中国——东盟争端解决机制

在世界各国经济主体的合作与竞争中,来自不同文化、政治和法律体系下的参与者之间的纠纷在所难免,而如何处理解决国际贸易争端、维护自由贸易和国际市场秩序,就成为国际经济组织的关键课题。正因为如此,WTO 争端解决机制(DSB)被称为“WTO 皇冠上的明珠”,世贸组织前任总干事鲁杰罗认为:如果不提及争端解决机制,任何对 WTO 成就的评价都是不完整的。从许多方面讲,争端解决机制是多边贸易体制的主要支柱,是 WTO 对全球经济稳定作出的最独特的贡献。

WTO 争端解决机制包括磋商、调解、专家小组裁决、上诉、执行等环节,其以裁决为核心的程序显示出鲜明的准司法特征,标志着 WTO 处理国际贸易争端从“外交取向”向“规则取向”的转化。<sup>②</sup> 研究者认为:WTO 的争端解决机制采取强制管辖权、禁止单边行动、专家组自动成立、依规则审案、不受任何政治势力干预、报告自动通过、对执行建议与裁决有较完善的监督和管理机制、贸易报复自动授权等,这些特点是确保这一机制行之有效的关键,进而能更好地维护多边贸易体制,是对国际公法的重要发展与贡献。同时也指出:DSU 协议本身以及 DSB(争端解决机构)的实践存在一系列需要考虑改进的问题,包括如何能便利发展中国家参与争端解决机制等等。<sup>③</sup>

从多年的实践和数据看,WTO 争端解决机制的利用和处理结果明显更有利于以美国为主的西方国家,而多数发展中国家则处于相对不利的弱势地位;由于其准司法的程序必须依赖高水准的专业律师团队和复杂的法律技术,成本过高,风险较大,使得很多发展中国家和民营企业无力负担;或

者不敢尝试,错失了维权的机会,或者胜诉后得不偿失。此外,裁决获得的“零和”结果,不仅会加剧贸易主体之间的对抗,也会对国际贸易关系和长远利益带来一定负面作用;由于没有强制性的执行机构,裁决在执行方面有时仍不能不依靠外交方式实现。

需要指出的是,当代国际贸易的争端往往与多元文化背景有着密切关联,而规则中心和裁决式处理集中体现了西方中心的文化,缺少相互沟通和谅解,存在较大的局限性。有鉴于此,在自贸区的发展中,能否通过创新克服或降低既有机制中的弊端,形成有利于双赢互利的新型纠纷解决机制和文化,就成为一个重要的课题。

2002 年 11 月 4 日,朱镕基总理和东盟 10 国领导人共同签署了《中国——东盟全面经济合作框架协议争端解决机制协议》(以下简称《争端解决协议》),该协议作为落实《中国——东盟全面经济合作框架协议》的重要组成部分,于 2005 年 1 月 1 日正式生效,标志着中国——东盟自由贸易区争端解决机制开始运行。

从程序设计而言,《争端解决协议》在价值取向、争端解决方式、时间限制等方面与 WTO 争端解决制度设计十分相似,<sup>④</sup>同样采用了磋商、调解、裁决的步骤;相比较而言,两者最大的不同在于,《争端解决协议》的程序设计显示出弱化司法化之倾向:(1)《争端解决协议》并没有建立 DSU 式的专家组作为实体性的裁决机构,而是采用了仲裁的形式;(2)没有规定上诉程序;(3)裁决的强制执行并未成为《争端解决协议》的重点,显示出明显的自助倾向和对强制的回避。

不仅如此,尽管《争端解决协议》将仲裁作为核心程序,但实际上却显示出规避裁决的倾向或取向:(1)虽然对仲裁庭的组成作出了详细严格的规定,但并未建立特定的仲裁机构对相关争议行使排他性管辖权。因此,仲裁庭的建立成为仲裁启动的关键。为此,仲裁的启动不得不依赖 WTO,规

<sup>②</sup> 参见李小年编著:《WTO 法律规则与争端解决机制》,上海财经大学出版社 2000 年版,第 124 页以下。

<sup>③</sup> 张玉卿:《WTO 争端解决机制优势与不足》,载《国际商报》2012 年 1 月 16 日。

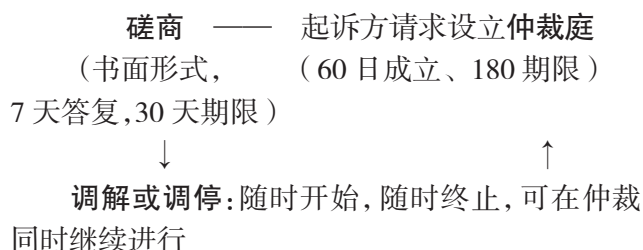
<sup>④</sup> 沈四宝:《论中国东盟全面经济合作框架协议争端解决机制协议》,载《上海财经大学学报》2006 年第 1 期。

定在当事方不能就仲裁庭主席人选达成一致的情况下,要求WTO总干事指定主席。这种复杂的程序使得仲裁很难成为处理一般争议的常规性程序。(2)《争端解决协议》并未规定上诉程序,增加了裁决的风险和救济的难度,也会导致当事方尽可能避免启动仲裁程序。(3)《争端解决协议》所设仲裁既不同于DSB,也与传统商事仲裁不同,属于一种临时仲裁。在缺乏协议管辖和严格的回避条件下,一方当事人所在国的商事仲裁机构往往很难为双方接受,使得各国现有的商事仲裁机构很难发挥作用,导致仲裁程序的启动存在很大不确定性。

实际上,弱化司法性以及裁决的决定性作用,正是中国——东盟自贸区纠纷解决机制的突出特点及其与DSU的根本差异。之所以如此,原因是多方面的:首先,裁决以对抗、判定、规则和强制为基点,而中国——东盟国家作为亚洲国家在文化上崇尚“以和为贵”,更倾向于以协调、协商的方式平和灵活地解决纠纷,期待尽可能规避高度对抗和非此即彼的零和裁判;其次,由于中国——东盟争端解决机制处理的核心问题是货物贸易,其中很大一部分是农产品贸易,因此其程序设计上不需要非常正式和复杂,<sup>⑤</sup>但更需要快速便捷的处理;最后,由于裁决缺少国家强制力的支持,在执行方面一向存在着较大困难,为了避免体制冲突和后续问题,各国都不希望贸易争端过多进入司法程序和强制执行。有鉴于此,调解无疑是替代仲裁裁决的最佳选择。

从形式上看,《争端解决协议》对调解或调停所作的规定与WTO的DSU基本一致:争端当事方可以随时同意进行调解或调停,可随时开始,随时终止。如争端当事方同意,在仲裁庭解决争议的同时,调解或调停程序可在争端当事人同意的任何人士或组织主持下继续进行。有关调解或调停的程序以及争端当事方的立场,应当保密,并且不得损害任何一方在任何进一步和其他诉讼中的权利。这种对于调解的规定都极具灵活性和包容性,不仅没有严格的程序和调解人资质方面的要求,而且

调解可以与仲裁程序并行,不受裁决程序启动的影响,显示出对调解的倡导和鼓励。这种“并行模式”程序如下:



在DSU机制中,调解并非必经程序,<sup>⑥</sup>而是一种选择性程序,当事方受到期限的制约,在协商不成时往往直接启动裁决程序,因此调解往往很难发挥实质性作用。对于亚洲自贸区当事人而言,为了尽量规避或减少裁决的应用,就需要克服这种障碍,更加充分、有效地利用调解,将调解作为自贸区纠纷解决机制创新的重点。其意义是:

首先,基于调解本身在纠纷解决中的优势,在当事人协商不成的情况下,中立第三方调解人以灵活、平和的方式促进双方了解彼此的诉求、理由、依据和条件,在尊重规则的前提下,充分考虑争端的具体原因、情由和背景,本着面向未来和长远利益、互利双赢和效益的原则妥善解决,避免裁决的对抗性和零和结果,节约争端处理的成本,提高经贸活动的效益,是各方都愿意接受的。

其次,亚洲文化崇尚中庸和谐,商事活动则以交易与互利为基础,避免在纠纷解决中采用过度依赖法律技术和刚性规则的裁决方式,有利于维护亚洲区域共同体的特有文化与主流价值观,促进亚洲区域经济一体化的进程。随着中国——东盟自贸区的升级,这种共同价值观应发挥更大的作用,成为本区域共同体的核心特征。

再次,调解有利于克服亚洲国家和地区间(包括中国两岸四地之间)的体制障碍,平衡发达国家地区与欠发达国家地区之间在经济实力、资源、法律技术和规则制定话语权方面的差距,以灵活方式规避政治、意识形态等方面的难题,最大限度地

<sup>⑤</sup> 同注④。

维护当事方的利益和自贸区的秩序。也有利于各国家地区政府发挥政治智慧,更多通过民间方式解决涉及国家行政管理方面的问题,合理管控分歧,处理好义利关系,维护友好情谊。

最后,DSU及《争端解决协议》的调解条款都没有对调解组织、调解人和调解程序作出严格刻板的规定,给调解的利用和发展保留了极大的空间,各国家地区可以尝试建立各种调解模式、机构参与竞争或服务,给当事人充分的选择,并可以充分整合现有资源,发挥既有调解组织的作用,创新调解方式,催生新型的纠纷解决文化。

相比较而言,通过“一带一路”及大量双边、多边条约、协议与非WTO成员国或东盟国家、地区建立的自由贸易区,尚无统一和明确的纠纷解决机制约定,在争端处理中主要以尊重当事方的自主选择为原则,双方可以通过合同约定商事仲裁机构管辖,也可以约定先行调解。近年来各国的商事仲裁机构也在大力推广调解,中国很多国际贸易仲裁机构设立了调解中心,并实行仲裁与调解结合的程序,以规避仲裁裁决的固有弊端和风险。

### 三、中国自贸区及其纠纷解决机制的建构——以上海自贸区为例

国务院2013年9月18日发布的《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》中并未对纠纷解决机制作出统一的顶层设计,但随着“中国(上海)自由贸易试验区”的正式挂牌,这一问题立即被提上

日程并迅速付诸实施。2013年10月,上海自贸区就自由贸易试验区涉及的法律法规以及国际商事纠纷处理的问题进行了专项研讨,提出了建立多元化纠纷解决机制的设想。上海市高级人民法院院长盛勇强指出,自贸区在纠纷处理机制上,可以进一步与商事调解、国际仲裁接轨,体现其独立公正、高效便捷的特点,适应自由贸易区对商事纠纷解决的需要。2013年11月5日上海浦东人民法院设立自由贸易区法庭,对浦东法院管辖的涉自贸试验区投资贸易、金融、知识产权及房地产等案件进行集中审理、专项审判。2013年10月22日,中国(上海)自由贸易实验区仲裁院揭牌。2013年11月20日,中国(上海)自由贸易试验区国际商事联合调解庭暨上海文化创意产业法律服务平台知识产权调解中心在自贸试验区揭牌成立。其宗旨是帮助企业快捷、高效、经济、灵活地处理各种商事纠纷以及知识产权纠纷。<sup>⑦</sup>

2014年5月27日,上海市浦东新区人民法院自贸试验区诉讼与非诉讼相衔接的商事纠纷解决机制正式启动。上海经贸商事调解中心作为首家协作单位进驻,在自贸区法庭设立了调解室,参与推进自贸试验区商事纠纷多元化解工作。浦东法院在自贸区法庭内建立司法与非诉讼纠纷解决的对接平台,引入商事调解组织、行业协会、商会及其它具有调解职能的组织,建立商事纠纷特邀调解组织名册,对属于自贸区法庭受案范围的、适宜委托调解的涉自贸试验区的商事纠纷,经当事人同意、选择后,在立案前委派或者立案后委托调解组织先行调解,法院依照有关规定审查确认调解协议

⑥ 但有部分特殊协议已将调解作为必经程序,如《补贴与反补贴守则》第17条、《反倾销守则》第15条、《海关估价守则》第20条和《贸易技术壁垒守则》第14条,见前引李小年编著:《WTO法律规则与争端解决机制》,第14页。

⑦ 上海经贸商事调解中心于2011年1月8日成立,是全国第一家民非性质的商事纠纷调解的机构。调解中心现有32名调解员,都是沪上知名的律师、法官和教授专家,他们熟悉国际、国内商事法律事务,并深谙中华文化传统,为国内外企业和机构的商事纠纷提供快捷、高效、极具专业水准的服务。同时,与英国有效争议解决中心、欧盟国际仲裁协会、新加坡(国家)调解中心、香港国际仲裁协会、香港调解会、美国最大的争议解决机构JMS公司等世界著名调解机构合作。其经费来源主要是部分财政拨款、社会捐赠和服务收费。2013年11月20日,调解中心受邀入驻自贸区,与自贸区法庭建立调解确认程序,使联合调解庭的调解书能在中国及与中国签订民商事司法协助协定的国家和地区执行;被评为中国社会组织3A民非机构,是上海市唯一被评为3A级的商事调解机构。目前到中心调解的案件主要是法院的诉前调解。2014年,调解中心共受理案件109件,其中合同纠纷共102件,金融借款合同纠纷58件,成功57件,调解成功率为98.28%;其他类型合同纠纷40件,调解成功22件,成功率为55%;知识产权纠纷9件,调解成功6件,调解成功率为67%;公司纠纷2件,调解成功2件,调解成功率100%。调解成功案件总数87件,平均调解成功率79.82%。其中,涉外案件占到10%,调解成功率为80%,双方当事人均自行履约,自行履约率达到100%。相关资料由上海经贸商事调解中心提供。

的法律效力。

在诉前、庭前、审中三个阶段,当事人均可选择启动非诉调解程序解决纠纷。当事人可从受托调解组织的调解员名册中选定调解员。调解期限一般为 25 个工作日,调解适用受托调解组织现行有效的调解规则。

自 2014 年 5 月 27 日正式启动截至 2015 年 10 月,进入调解机构的案件为 232 件,已结束调解程序的 155 件案件中调解成功的 97 件,解决争议金额 2.05 亿元,平均解纷周期为 28 天,成功率高达 62.58%,极大地促进了纠纷解决的便利化。随着涉外纠纷的增多,2016 年 6 月,自贸区法庭又首次引入外籍调解员,使得原本要耗时 1 到 2 年的纠纷,在短短 1 个多小时内和解。<sup>⑧</sup>

上海自贸区多元化解决机制的经验显示出以下几个特点:

首先,多元化纠纷解决机制为当事人提供了多种选择。除当事人事先以协议排除自贸区管辖的情形外,各种纠纷均可在自贸区内通过选择协商、调解、仲裁等非诉讼方式得到处理,也可以诉诸司法程序。

其次,法院对非诉讼解纷机制采取了积极支持的政策和措施,在多元化纠纷解决机制中发挥了枢纽和引导作用。通过诉前调解、委托调解、协助调解等方式引导当事人采用调解解决纠纷,对调解协议进行司法审查确认,与非诉讼解纷建构建立了良好的衔接机制。

最后,各种解纷程序之间开始形成良性协调和衔接。包括商事调解与仲裁的衔接,调解与行政程序间的衔接(如知识产权争议),商事调解及仲裁与司法程序间的衔接,各种行业协会调解、民间社会调解组织与综合性商事调解中心的衔接等。在

此基础上,有可能进一步将各种新型纠纷解决机制纳入其中,包括行政争议、消费争议、金融纠纷、房地产物业纠纷、劳动人事争议、交通事故赔偿、医疗纠纷等,使多元化纠纷解决机制更加完善。

尽管显示出很好的发展态势,但上海自贸区的多元化解决机制也显示出一些问题,主要包括:

首先,社会化非诉讼解纷机制不够发达和多元化,尚未建立覆盖各种主要业态的行业性、专业化调解。除上海经贸商事调解中心及商事仲裁等综合性解纷机构外,大量专门性和行业性的纠纷解决机制并没有形成完善的系统,例如建筑承包、房地产等对调解需求较高的领域仍未建立起正规的调解组织或程序,很多类型化的常规的纠纷仍不得不依赖于司法程序,效益和效果不佳。<sup>⑨</sup>在实行负面清单模式的背景下,金融等特殊行业需要加快专门性纠纷解决机制的建构,以适应自贸区的需求。<sup>⑩</sup>此外,商事调解员以法律人士居多,商业界和各种利益群体的代表和专业人士较少,市场因素、自治因素以及专业性和规则的多元性体现不足。

其次,制度保障和宣传普及不够。目前法律上没有任何法定前置调解的规定,先行调解缺乏制度保障,法院的政策和引导只能是建议性的,很难有效地形成当事人的自觉和社会的共识,官方和媒体的宣传也明显不足。如上海自贸区官网中没有对多元化纠纷解决机制及其具体渠道、程序等进行任何宣传介绍。因此,争议当事人对于这些机制缺少了解和信任,纠纷发生时仍习惯直接诉诸法院。迄今为止,上海经贸商事调解中心受案仍主要来源于法院委托,当事人直接申请调解的尚不多见。

最后,顶层设计和立法对多元化纠纷解决机制的建构作用有限。目前不仅法律尚未承认强制调

<sup>⑧</sup> 上海创新自贸区司法保障模式,载《解放日报》2015 年 10 月 21 日。

<sup>⑨</sup> 以上海自贸区官网发布的 2015 年法院审判的“自贸区行政诉讼第一案”为例,原本是一个很小的网上购物消费争议投诉,但由于该电商缺乏有效的解纷机制,纠纷不断升级,最后以行政诉讼终结。然而,在经历了多个行政和司法程序之后,纠纷本身并没有得到解决。

<sup>⑩</sup> 2015 年,国务院办公厅发布《关于加强金融消费者权益保护工作的指导意见(国办发〔2015〕81 号)》,要求:金融管理部门、金融机构要建立和完善金融消费投诉处理机制,畅通投诉受理和处理渠道,建立金融消费纠纷第三方调解、仲裁机制,形成包括自行和解、外部调解、仲裁和诉讼在内的金融消费纠纷多元化解决机制,及时有效解决金融消费争议。目前,各金融主管部门都在完善本系统的解纷机制。

解的合法性,很多专门性纠纷解决程序也未形成统一的法律制度,主要依靠地方的实践或创新和司法机关加以推动,因此,自贸区的创新也很难有大的突破,现有的制度资源和社会动员尚不足以改变纠纷解决资源的整体配置和格局。

这些问题有些需要从自贸区的法律和制度上加以改进,有些则只能延续“摸着石头过河”的传统模式不断尝试,加强对解纷机构、社会激励机制和当事人的引导。在现有的条件下,如何使调解机制更好地满足当事人和社会的需求,引导当事人选择调解解决纠纷,是当下亟待解决的主要问题。

#### 四、自贸区背景下调解机制的构建与整合

如前所述,无论是参与自由贸易的当事方还是自贸区所在地政府,对于一个公平、有效、便利的解纷机制都抱有极大的期待。适应各方的需要,调解机制必将有一个很大的创新空间和发展机遇。其趋势应该是:进一步实现调解的多元化,以适应不同领域、类型纠纷解决的需求;另一方面,应与既有的行政复议、司法诉讼、仲裁等程序相互衔接、协调互动。当前应注重提高调解的正当性和法律地位,从组织、人员和能力方面打好调解的基础,同时扩大调解的利用,使得调解的启动更加便利。为此,可以考虑从以下几个方面着手:

1. 完善机制,整合资源,建立多元化的调解网络。与自贸区各相关的争议当事方,可以通过多种调解机构和资源解决商事争端及其他相关纠纷(劳动人事争议、民事纠纷等)。其中包括:(1)综合性、国际化的独立调解机构,如上海经贸商事调解中心。(2)各仲裁机构附设的调解中心。(3)自贸区内设的各种专业性、行业性调解及社区调解。

(4)电子商务平台提供的在线调解。(5)当事人双方共同承认委托的独立调解人或事务所。(6)法院或政府委托或承认的其他调解机构,例如,北京2016年成立的“一带一路国际商事调解中心”,首先建立国际商事组织和企业自愿加入的“一带一路服务机制”,成员均签署在纠纷发生后将调解作为首选和必经解纷方式的协议,调解中心为成员提供在线和常规的商业调解,同时承接法院委托的商事案件的调解,调解协议可以形成与司法程序的衔接。

各调解机构应制定章程、程序规则以及调解员资质要求和行为规范,提供调解员名录,在政府主管机构或法院备案。为了便于当事方选择中立第三方国家的调解人,各国家地区的调解机构可以逐步实行资源共享,整合调解员资源,互聘调解员,引入外籍调解员,形成国际化的调解网络、共同规则和自律性监管机制。调解机构既可以采用市场化运营模式,也可以通过社会捐赠、行业集资和政府资助等方式建立,以公益性模式向社会提供服务。

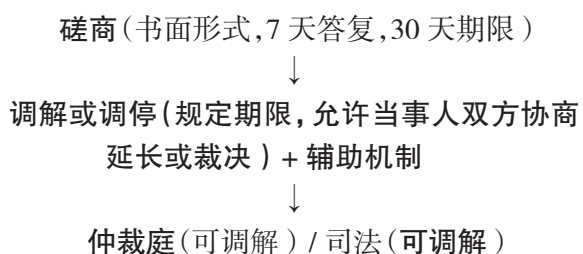
商事调解程序应采用国际化标准,保障调解的独立、公平、保密、自愿。在双方当事人同意的前提下,调解员可以在调解不成时作出裁决。调解协议亦可以转化为仲裁裁决。

2. 继续发挥司法机关的推动作用。(1)通过司法解释或试点,授权在特定领域试行强制调解,以克服调解程序启动的困难。(2)法院应坚持案件分流,引导当事人选择调解。(3)法院对各种调解组织进行筛选和监督,形成调解组织和调解人名录,完善委托调解。(4)通过调解协议的司法确认,提高调解的正当性和制度保障(目标并不是鼓励当事人将调解协议一律提交司法确认),通过司法协助协议将调解协议的执行纳入司法互助范围。

① 2015年10月13日,习近平主持召开中央全面深化改革领导小组第十七次会议并发表重要讲话。会议审议通过了《关于完善矛盾纠纷多元化解机制的意见》。会议指出,完善矛盾纠纷多元化解机制,对于保障群众合法权益、促进社会公平正义具有重要意义。要坚持党委领导、政府主导、综治协调,充分发挥各部门职能作用,引导社会各方面力量积极参与矛盾纠纷化解;坚持源头治理、预防为主,将预防矛盾纠纷贯穿重大决策、行政执法、司法诉讼等全过程;坚持人民调解、行政调解、司法调解联动,鼓励通过先行调解等方式解决问题;坚持依法治理,运用法治思维和法治方式化解各类矛盾纠纷。要着力完善制度、健全机制、搭建平台、强化保障,推动各种矛盾纠纷化解方式的衔接配合,建立健全有机衔接、协调联动、高效便捷的矛盾纠纷多元化解机制。参见《人民日报》(2015年10月14日)这些政策对于地方和各种行业通过创新方式创建非诉讼解纷机制具有鼓励意义,也表明国家目前尚不具备完全通过统一立法建构多元化纠纷解决机制的条件。

3. 完善法律与制度保障, 加强对调解的引导和激励机制。(1) 通过立法在特定领域推广法定前置调解(强制调解), 逐步过渡到强制与自愿相结合的模式上。(2) 加强政府的倡导、宣传、鼓励<sup>⑩</sup>以及法院的引导, 使当事人充分了解调解的优势、便于利用, 乐于选择。(3) 充分发挥民间协作机制的推动作用。各国的国际商会组织和行业协会都有能力和条件促进其成员积极采用调解解决纠纷, 例如在格式合同中将调解作为解纷首选方式, 建立内部协调机制, 逐步全行业强制调解, 要求成员承担与消费者协商调解的义务等。中国政府倡导建立一带一路发展战略之后, 中国德恒律师事务所联合中国民营经济国际合作研究中心、哈萨克斯坦商会、中国企业走出去协同创新中心、国际产能合作创新中心等多家机构共同发起创立了“一带一路服务机制(BNRSC)”, 尝试组成一个为一带一路沿线国家投资与项目落地实施和经贸往来提供系统服务的平台。在其预定的目标中就包括推广成员承诺强制调解, 即将调解作为基本义务, 推动强制调解(义务)。<sup>⑪</sup>(4) 鼓励创新, 总结近年来各国在发展ADR方面的成功经验, 探讨调解与仲裁结合、调解+裁决等新形式以及中立调查、鉴定等辅助机制, 最终形成以调解为中心的解纷模式。

以中国——东盟争端解决机制为例, 在保留原来的调解与仲裁“并行模式”的同时, 可以尝试通过程序上的改造, 将调解程序实质化, 形成“前置模式”, 使调解成为处理自由贸易区商事争端的主要机制, 即:



总之, 以调解为代表的协商式解纷方式有利于最大限度地降低解纷成本和风险、避免倚强凌弱和零和结果, 规避对抗, 争取双赢互利、面向未来的处理, 减少国家干预、增加自动履行的几率, 营造和谐宽容的经济秩序和解纷文化。这种机制不仅为亚洲国家所青睐, 也已成为世界各国处理经贸关系和国际交往的主流。

在自贸区创新发展的背景下, 中国和诸多发展中国家对于国际规则尚不十分熟悉, 相关制度亦不够完善, 自贸区作为各种经济关系和多元主体共处的空间, 在提供基本的法律环境、经济秩序和司法保障的前提下, 更应该鼓励各种市场主体和民间社会组织自律自治, 共同构建和谐、稳定、有序的社会治理格局, 提高争议当事人的协商能力, 创造理性和谐的纠纷解决文化。我国两岸四地都有较为发达的调解仲裁机构, 当下应充分利用这一机遇, 积极参与构建适合自贸区需求的调解和多元化纠纷解决机制。

特别需要指出的是, 近年来, 一些国际经贸协议中已经开始将调解作为必经程序, 调解程序出现了实质化、正式化的趋向; 与此同时, 国际组织对调解的重视也在与日俱增。2016年2月, 联合国国际贸易法委员会第二工作组(仲裁和调解)在纽约召开的第六十四届会议上, 对国际商事调解和解协议的可执行性进行了调研, 拟通过一项国际公约, 促进各国承诺在司法审查的基础上, 赋予对国际商事调解组织主持达成的和解(调解)协议强制执行力。其目的在于将调解与自行协商加以区别, 提升其正当性和法律效力, 并对当事人形成引导。这一国际趋势与我国在自贸区建设和一带一路合作机制中倡导的创新纠纷解决机制、注重协商调解具有相同的旨趣。这一公约一旦确立生效, 必将对自由贸易区和国际商事纠纷解决带来巨大的影响, 届时将迎来商事调解发展的广阔空间和新的契机。

<sup>⑩</sup> The Belt & Road Service Connections (BNRSC) 面向沿线 65 个国家, 实行会员制, 由这些国家的律师、会计师、评估师事务所以及金融、信息、通讯、商会、公证、知识产权代理机构和研究、咨询机构等各种服务建构参加, 为沿线国家投资与项目落地实施和经贸往来提供系统服务的平台。其章程将争端解决机制作为一项重要目标。