



联合国国际贸易法委员会
第三十五届会议

第 748 次会议简要记录

2002 年 6 月 21 日，星期五，下午 3 时在纽约总部举行

主席：Abascal Zamora 先生（全体委员会主席）……（墨西哥）

目录

最后确定和通过贸易法委员会国际商事调解示范法草案（续）

本记录可以更正。

更正应使用工作语文之一，以备忘录的形式提出，附上已经在上面作了更正的记录一份，并应在本文件印发之日期起一星期内送交正式记录编辑科科长（联合国广场 2 号 DC2-750 室）。

本届会议各次会议记录的所有更正将编成一份总的更正，在届会结束后不久印发。



由于 Akam Akam 先生(喀麦隆)缺席，全体委员会主席 Abascal Zamora 先生(墨西哥)主持会议。

下午 3 时 10 分宣布开会

最后确定和通过贸易法委员会国际商事调解示范法(续)(A/CN.9/506、A/CN.9/513 和 Add.1-2 和 A/CN.9/514; A/CN.9/XXXV/CRP.3)

第 3 条草案. 经由协议的变更 (续)

1. 主席请委员会继续讨论法国的如下提议：在第 3 条草案中提及第 15 条草案，使和解协议的可执行性成为强制性规定之一，各方当事人不可经由协议加以变更。

2. **Moosa 女士**（新加坡）说，新加坡代表团经考虑后认为不可能同意法国的提议，因为那会损害当事人意思自治原则，而且也会与第 15 条草案脚注 4 不一致。

3. **Shimizu 先生**（日本）说，日本代表团不愿意看到在第 3 条草案中提及第 15 条草案。第 15 条草案是有意留给各国自行解释的。脚注 4 规定，颁布国可考虑使和解协议执行程序成为强制性的可能性。鉴于第 15 条草案的性质尚无定论，是否在第 3 条草案中提及该项条款的决定也应由各国酌情作出。可给第 3 条草案拟定一项脚注，说明对第 15 条草案的提及取决于颁布国关于第 15 条草案的决定。

4. **Markus 先生**（瑞士观察员）说，瑞士代表团可以支持法国的提议，但持有以前表示过的保留意见，即虽然各方当事人不可能使其和解协议比允许的国家法律具有更大程度的可执行性，但他们可以商定全部或部分地将和解协议的可执行性排除在外。

5. **Moosa 女士**（新加坡）针对瑞士的立场指出，没有必要规定当事人不可以使其和解协议比允许的国家法律具有更大程度的可执行性，因为从实际的观点看，执行机制是根本不存在的。还有一点也可作为应灵活行事的理由：可能存在着只是由一方当事人表示道歉而另一方当事人接受道歉从而使争议得以解决的情形。很难想象如何能够强制达成这种和解。

6. 主席说，尽管有些人支持法国的提议，但是大多数成员似乎主张保持第 3 条草案的原样。

7. 第 3 条草案暂时获得核准。

第 1 条草案脚注 1(A/CN.9/XXXV/CRP.3)

8. **Sekolec 先生**（委员会秘书）介绍了会议室文件 A/CN.9/XXXV/CRP.3，文件中提出了在各国希望颁布示范法以适用于国际和本国调解的情况下对案文进行的拟议更改。A/CN.9/XXXV/CRP.3 第 1 段介绍了供列入第 1 条草案脚注 1 的拟议案文草案，第 2 条载有供列入贸易法委员会国际商事调解示范法颁布和使用指南草案（A/CN.9/514）第 47 段的拟议案文草案。

9. 会议室文件是折衷的结果，其中示范法的本体仅适用于国际调解，但脚注将帮助各国对示范法的本体进行修改，如果它们想在本国适用该法的规定的话。更改拟议案文使之列入指南草案第 47 段是必要的，可使之与其提及的示范法的条款相一致。关于调解人的指定的第 6 条草案第(5)款中对唯一调解人或第三调解人的提及已被删去，因其太使人联想到仲裁。因此，在第 47 段的拟议案文中，无论何处出现“在唯一调解人或第三调解人情况下”这些措词，都应将其改为“酌情”一词。当然，对各条和各款的所有提及都将加以纠正，以便与最后版本的示范法一致。

10. 主席提请委员会注意在脚注 1 中关于第 1 条草案第(5)款的两个备选方案之间作出选择的必要性。第一个选择是只是删去该款。第二个选择是将该款改为“双方各当事人约定本法适用的，本法也适用”。

11. **Morán Bovio 先生**（西班牙）说，拟议案文对那些已经制订了本国调解立法和希望示范法适应其需要的国家来说很有助益。关于所提到的备选方案，西班牙代表团认为第二个方案的意义较明确并扩展了委员会的工作的效果。

12. **Moosa 女士**（新加坡）说，新加坡代表团支持第二个备选方案，但她提议为使该备选方案与第 1 条草案第(5)款的措词更加明显的相平行应将其修正如下：“双方当事人约定适用本法的，本法适用商事调解。”

13. **Markus 先生**（瑞士观察员）说，他想知道所设想的双方当事人可约定适用示范法的情形是什么样的情形。如果示范法严格适用于国际调解，根据第 1 条第(5)款，双方当事人可以约定，该调解将被视为国际性的，或无论调解的国内性质如何，示范法均适用。然而，如果示范法适用于国内和国际调解，这种约定的必要性就不复存在了。在较早阶段，工作组已就排除对国际私法的适用性作出了决定。唯一的可能性是，双方当事人可能约定，即使其争议是非商事性的，示范法也应适用。

14. **Sekolec 先生**（委员会秘书）说，第二个备选方案是基于两项考虑因素拟定的。第一个因素是，在很不正式的调解中，有人可能对示范法是否适用感到怀疑，除非双方当事人约定示范法是适用的。第二个因素是，调解地点往往很难确定，因此双方当事人的协议有助于提供对法律的选择。对非商事调解的适用问题未作过考虑。

15. **Renfors 女士**（瑞典）说，不给人以示范法适用于非商事调解的印象这一点非常重要。

16. **Sekolec 先生**（委员会秘书）说，非商事争议的当事人有否可能约定适用示范法这一问题并不是示范法本身应解决的一个问题。那是有关国家的一个公共政策事项。但新加坡建议的措词可以回答瑞典的关切。

17. **Holtzmann 先生**（美利坚合众国）说，可能存在一种一些不明确的情形，如当事人对其交易是否属于第 1 条草案脚注 2 所载的商事定义的范围感到怀疑，而当事人之间的协议则可消除所有疑虑。让当事人选择示范法有其价值，而正是出于这一理由，新加坡的措词不太具有吸引力。

18. **Moosa 女士**（新加坡）说，鉴于美国代表的评论，她撤回她的提议。她已注意到案文的其余部分未提及“商事”调解。

19. 主席建议委员会核准 A/CN.9/XXXV/CRP.3 的案文，在第 1 段中载列第二个备选方案的措词：“将第 1 条第 5 款改为‘双方当事人约定本法适用的，本法也适用。’”

20. **Shimizu 先生**（日本）说，他很难理解美国代表的观点，即那一措词将使双方当事人能够在其不能确定调解的性质的情况下适用示范法。在作出客观

的判断时，调解不是商事的就一定是非商事的。如果是前者，就不需要一项单独的协议；如果是后者，则可通过协议适用示范法，但是这真是草案中的用意吗？

21. 主席说，问题并不在于脚注；其产生是与第 1 条草案第(5)款相关联的。这可能需要在颁布指南中作出一些解释。

22. **Heger 先生**（德国）说，显然，示范法的用意是在双方当事人约定其应适用的情形中适用。但根据第 1 条草案第(1)款，该法拟仅适用于商事调解。他感到疑惑的是，为何现在要提议双方当事人应有权决定其调解将受示范法的管辖，即使该争议并不是商事的。

23. **Sekolec 先生**（委员会秘书）说，根据示范法草案(A/CN.9/506, 附件)脚注 2，应对“商事”一词作广义解释。因为被视为商事关系属于不同的类别，有些调解可能属于灰色地区，因此有必要提供某种确定性。如果第 1 条草案的措词获得通过而不包括拟议的脚注，示范法将同时适用于国际调解和国内调解。如果拟议的脚注获得核准，第 1 条草案第(5)款中的“商事调解”一词应予删除。这样将与国际商事仲裁示范法相一致，双方当事人可据以在其无法肯定某一关系是否属于国际性时约定该关系属于国际性。

24. **Lefebvre 先生**（加拿大）认为最好是采取一种务实的方法，将其留给双方当事人决定示范法是否适用。法院不必确定某一争议是否属于商事性的。

25. 主席说，删去第 1 条草案第(5)款而保留拟议的脚注，可使采用示范法的国家能够采用非商事调解。

26. 他在回答 **Jacquet 先生**（法国）的一项询问时证实，事实上那正是委员会目前正在考虑的问题。

27. **Jacquet 先生**（法国）指出，第 1 条草案完全是论及国际调解的，因此必须对该条进行重大修正，对第 2 条草案也应作重大修正。他着重指出，第 2 条要求对示范法进行解释时应牢记其国际渊源，以确保解释的统一性。

28. 主席说，《国际商事仲裁示范法》已纳入墨西哥的法律，对国内和国际仲裁同样适用。但是，立

法者们现在感到他们犯了一个错误，即在墨西哥仲裁法中遗漏了一项解释条款。如果没有第 2 条草案，示范法的效力就会在国内程序与国际程序之间存在差异；如果有该条草案，就可通过提及本法的“国际渊源”而实现解释的统一性。

29. **Kovar** 先生（美利坚合众国）说，有必要对正在讨论的问题加以澄清。委员会正在讨论第 1 条草案第(5)款的两个可能的备选方案，但是对于选择第二个备选方案会引起的后果却不清楚。这究竟意味着，由于双方当事人总是可选择调解，所以争议不必是商事性的便可予以调解呢，还是意味着商业性这一要求仍将继续适用呢？如果将第(5)款删去并将其改为“双方当事人约定本法适用的，本法也适用”，这将意味着，在国内适用本法不一定要求符合商事标准。如果这并非委员会的初衷，则有必要作一些修改。

30. **主席**说，秘书处正在提议将第 1 条草案第(5)款改为“双方当事人约定本法适用于商事调解的，本法也适用于商事调解”。可在颁布指南中阐述对第(5)款的解释。同时，还应在拟议的脚注（A/CN.9/XXXV/CRP.3）中提出的两个备选方案的措词之间作出决定。

31. **Shimizu** 先生（日本）说，日本代表团倾向于第(5)款的两个备选方案中的第一个，因为第(7)款允许当事人将示范法的适用排除在外。

32. **主席**说，可能的解决办法是整个地删除第(5)款。

33. **Heger** 先生（德国）同日本代表一样主张采用第一个备选方案。第二个备选方案将为示范法适用于并不是适当的属于其范围的非商事调解提供可能性。他的意见得到了 **Markus** 先生（瑞士观察员）、**Zanker** 先生（澳大利亚）、**Ranfors** 先生（瑞典）和 **Jacquet** 先生（法国）的支持。

34. **主席**说，他认为委员会核准了经修正的第 1 条草案的脚注及决定删去第 1 条草案第(5)款。

35. 会议决定如上。

36. **Kovar** 先生（美利坚合众国）询问是否有必要根据国内适用示范法的情况修订第 2 条草案第(1)款。

37. **主席**说，《电子商务示范法》和《跨国界破产示范法》均载有使案文适用于国内和国际情况的规定。如果在这两种情况中对新的示范法各条款作出不同的解释那将是非常遗憾的。

38. **Morán Bovio** 先生（西班牙）说，强调案文的国际渊源意在回避那些采用案文的国家的法学方面的差异。这一强调应予保留，以确保对示范法适用的统一性。

下午 4 时 20 分休会，下午 5 时 05 分复会

贸易法委员会国际商事调解示范法颁布和使用指南草案(A/CN.9/514)

39. **Sekolec** 先生（委员会秘书）说，颁布和使用指南草案是根据载于 A/CN.9/506 号文件附件的示范法案文案草案编写的，将需根据本届会议作出的修改进行重新起草。根据委员会的建议，秘书处将随后编写和出版最后案文。最后案文将不提交委员会通过。早些时候的示范法配有颁布指南，颁布指南仅在立法者中讨论。“颁布和使用指南”这一延长的名称反映了以下事实，即指南也旨在对使用和解释案文者提供帮助。

本指南的目的（指南草案第 1-4 段）

40. **Holtzmann** 先生（美利坚合众国）说，需要对第 4 段加以修正，以反映指南将不由委员会通过这一事实。

示范法简介（指南草案第 5-25 段）

41. **Holtzmann** 先生（美利坚合众国）说，第 5 段中的调解定义未能包括当事人提出的由第三人协助其解决争议的请求的关键要素。在第 6 段中，应当澄清的是，当事人保留的对程序的控制程度在示范法各部分之间是不同的。从某些规定看，一方当事人可有权单独行动，从另一些规定看，则由调解人控制程序，但另行指明的当事人除外。即使有时认为“解决纠纷的替代方式”一语包括仲裁，但第 7 段所载定义却将此完全排除在外。如果真要给该语下定义，至少应更准确地反映上述两种解释。

42. 第 5 至 10 段中的材料应重新安排，以强调调解的优点。有各种理由说明为何可将调解作为一种有吸引力的替代方式，但需要在指南中对这些理由作更明确的说明。在第 9 段中，关于证据的可采性可由《贸易法委员会调解规则》这类整套规则管辖的说法是不准确的。只有法律才可指导法院确定可采性问题。

43. **Jacquet 先生**（法国）说，他认为，并不是鼓励当事人使用调解作为“替代性”或“非裁决性”争议的解决方式。虽然第 7 段中的定义并非完全不准确，但可加以重新起草，以说明调解是一种较有吸引力的替代方式。

44. **Holtzmann 先生**（美利坚合众国）说，即使调解表明有些其他优点，例如友善和花钱少而效率高，但示范法是否如第 13 段所说的有助于提高市场稳定性这一问题却值得辩论。同样，将示范法的目标描述为国际贸易的基础也显得夸张，因此应对第 14 段作出相应的修订。第 16 和 17 段中写了太多的特别与仲裁有关的历史细节，从而有分散指南重点之嫌。

45. **Morán Bovio 先生**（西班牙）在评论美国代表团的建议时说，虽然关于背景和历史的部分可略加缩短，但其中应包括案文历史的关键时刻概要。作一下历史回顾，对立法者可能希望从贸易法委员会网页查阅进一步的信息、寻找具体文件或与各国代表团磋商将很有助益。这种历史回顾还有一个有益之处是，可显示出委员会在示范法方面的工作的时间表。

46. **Zanker 先生**（澳大利亚观察员）说，他同意美国代表团的意见，即第 16 和第 17 段会分散注意力而最好予以删除。如果要载列与案文的制定有关的资料，最好是以表格形式显示，并将其置于文件的最后。该表可载列工作组在讨论过程中产生的文件的相互参照资料。

47. **Holtzmann 先生**（美利坚合众国）说，应对关于示范法结构的部分进行重新起草，以使之侧重于避免外溢效应，换句话说就是，如果调解不成功，从调解过程中得到的信息所发生的情况应怎么处理呢？这一侧重可添加在第 20-23 段也许是第 22 段的某处。

逐条评注

第 1 条. 适用范围（指南草案第 26-35 段）

48. **Kovar 先生**（美利坚合众国）回顾说，在讨论第 1 条第(2)款时，美国代表团强调了对某一特定系列事件是否构成第 1 条第(2)款定义范围内的调解进行澄清的重要性。法院应考虑是否有任何证据表明双方当事人的确了解或不了解存在着调解以及因此预期将适用示范法的规定。

49. 根据第 1 条第(7)款的规定，本法将适用于由法院进行的调解。根据第(8)款的规定，本法不适用于法官或仲裁员在法院或仲裁程序过程中试图促成和解的情形。指南第 35 段在讨论第 1 条第(8)款时并未照搬“试图促成和解”这一措词，而是谈到由法院进行“调解程序”。指南应反映以下两种情形之间的差异：法院或法官不担任调解人而是担任和解的促进人的情形，以及法官或仲裁员担任调解人的情形。在法官不担任调解人的情况下，本法不适用；但是在其履行调解人职责时，本法则适用。这种差异可由以下事实来确定：在第(8)款情形中，法院按其自己的意志或也许是应一方当事人而不是双方当事人的请求行事。如果法院按自己的动机行事试图促成和解，那他就不算担任调解员；但是当双方当事人来到法官面前请求给予援助时，该法官即变成调解人，从而将受示范法各项规定的约束。应在指南中对此加以澄清。

50. **Shimizu 先生**（日本）建议在第 31 段中载列以下措词：“第 1 条无意干预国际私法各项规定的运作。”

51. **Tang Houzhi 先生**（中国）说，中国代表团同意第 1 条第(8)款的内容。示范法并不适用于诸如所需调解人数或调解人的指定方式等程序性问题。强调示范法在程序性问题上保持中立非常重要。他建议在第 35 段或指南的其他适当处载列如下一句：“示范法无意表明法官或仲裁员可否在法院或仲裁程序过程中进行调解。”

52. **Zanker 先生**（澳大利亚观察员）指出，第 27 段说第 1 条第(1)款脚注 2 对“商事”一词作了定义，但是同一段中稍后却说示范法中未对“商事”一词作严格的定义。为了避免混淆，最好是坚持使

用“说明性清单”上的术语而不是使用“定义”一词来指脚注。

53. **Sekolec 先生**（委员会秘书）请美国代表团澄清其关于第 35 段第二句的评论。在起草示范法的过程中，就已明确，促成和解的程序可由法官应双方当事人的请求或通过行使法官的特权（换句话说就是按其自己的动机）来进行。他不能肯定他是否正确地理解了美国的建议，即第 1 条第(8)款应仅限于法官按其自己的动机行事的情形。

54. **Holtzmann 先生**（美利坚合众国）针对委员会秘书提出的澄清请求说，他记得在讨论第 1 条第(8)款时曾使用了“促成和解”一语，以避免使用“调解”一词。之所以这样做是因为当法官或仲裁员担任仲裁员时，该法官或仲裁员在履行调解人的职责时必须受示范法的约束。按中国的制度，仲裁员可暂时充当调解人，然后再回过头来充当仲裁员。示范法中与外溢效应和保密有关的条文及相关的规定是否适用取决于法官或仲裁员戴的是哪一顶帽子。当其戴上试图促成和解者的帽子时，他所戴的即是法官或仲裁员的帽子。

55. 案文中规定允许有差异，这种差异见于第 1 条第(2)款中的调解定义。该定义表明，如果双方当事人提出请求，而且法官或仲裁员表示同意，那么法官的行动就属于调解的范围，在进行调解的情况下约束和保护当事人的所有法律规定均适用。但是如果定义的各项要素未得到满足，那么示范法的各项规定即不适用。有必要提醒当事人、法官和其他人，“促成和解”一语的含义与“调解”的含义不同，因此必须提及“调解”的定义。美国代表团同意中国代表团的意见，即应明确规定，示范法并不妨碍仲裁员前后变换身份。不同的制度有不同的做法，示范法在这一点上是中立的。这应在稍后涉及关于调解人担任仲裁员的第 13 条草案时加以指出。

下午 6 时散会