

# 国际商事纠纷解决中的仲调结合

王国华 佟尧

- 将仲裁与调解相结合可以有效克服单一纠纷解决机制的弊端，充分发挥不同机制的各自优势功能，实现法律效果、社会效果和解纷效果的有机统一。
- 现行《仲裁法》无法满足实践需要，条件成熟时可参考联合国国际贸易法委员会《国际商事仲裁示范法》《国际商事调解示范法》有关规定，对涉及仲调结合所应遵循的原则、适用范围、启动条件、机制程序、调解员行为规范等有关问题加以规制。
- 在“一带一路”倡议背景下，可以考虑通过修改《仲裁法》或制定商事调解立法，抑或本土仲裁调解机构规则认可等方式丰富我国仲调结合模式，在原有仲裁中调解模式的基础上，探索发挥先调解后仲裁以及先仲裁后调解模式的优势功能。

2018年，中央全面深化改革领导小组会议审议通过《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》。《意见》提出，设立符合“一带一路”建设参与国情特点并被广泛接受的国际商事争端解决新机制和机构，充分考虑“一带一路”建设参与主体的多样性、纠纷类型的复杂性以及各国立法、司法、法治文化的差异性，积极培育并完善诉讼、仲裁、调解有机衔接的争端解决服务保障机制，切实满足中外当事人多元化纠纷解决需求。

仲裁和调解是两种重要的国际商事纠纷非诉解决渠道，两者相辅相成、互为补充、各具特色优势。在实践中，越来越多的争议解决机构关注到将两者相结合对于缩短争议处理耗时、简化程序、降低成本、保持友好合作关系的重要意义，也有越来越多的当事人采用仲调结合的方式化解纠纷。

## 仲调结合的比较优势

仲调结合在国际商事纠纷解决中具有明显的比较优势。

与单一诉讼机制相比，仲调结合完全以当事人意思自治为基础，纠纷当事人之间的对抗性被大大削弱，案件处理结果即当事人达成调解协议也往往是双方互利互惠的行为体现，有利于商业合作关系的维护与继续；

与单一仲裁机制相比，仲调结合实现了将调解元素及其功能优势的有效导入，程序更加机动灵活，解纷更加便捷高效，很大程度上减少了当事人为解决纠纷而付出的经济和时间成本；

与单一调解机制相比，仲调结合更能彰显争议处理结果的稳定性，在单一调解机制下，一旦当事人无法达成合意则意味着争议处理归于失败，但在仲调结合模式下，即使调解不成功，仍可通过仲裁给出具有法律拘束力的争议处理结果。正是由于将仲裁与调解相结合可以有效克服单一纠纷解决机制的弊端，充分发挥不同机制的各自优势功能，实现法律效果、社会效果和解纷效果的有机统一，因此，仲调结合也必然成为我国所倡导构建“一带一路”国际商事争端解决新机制中的一项重要创新性制度安排。

## 仲调结合的运作模式

仲调结合在国际商事纠纷解决中主要以三种不同的模式呈现。

第一种是先调解后仲裁模式，即当事人先启动调解程序解决争议，若调解成功，则由仲裁员按照调解协议作出仲裁裁决；若不成功，则启动仲裁审理程序，由仲裁员最终解决当事人之间的争议。该模式以仲裁裁决形式赋予调解协议终局性与强制执行效力效果，但由于当事人通常不会在争议处理的最初

阶段就轻而易举地作出妥协或让步，因此将调解程序设于最初阶段往往会流于形式，调解成功率偏低。

第二种是先仲裁后调解模式，即当事人先启动仲裁程序，由仲裁员对案件进行审理并作出裁决，但该裁决暂时密封。尔后启动调解程序，如果调解成功，争议处理结果则依调解协议，若调解失败，则依仲裁裁决处理争议。该模式可以较好地消除当事人对于同一人担任仲裁员与调解员能否秉持公正的担心和顾虑，但将调解设置于仲裁程序完结后，存在忽视仲裁过程中调解成功可能性、拉低纠纷解决效率的弊端。

第三种是仲裁中调解模式，即当事人先启动仲裁程序，在仲裁过程中的恰当阶段，同步启动平行的调解程序，由专门的调解员或仲裁员对争议调解。此模式下，仲裁与调解并不存在绝对的程序进展与结果产生的先后顺序，两种机制相互交织、同步运行。例如，我国《仲裁法》第五十一条规定，仲裁庭在作出裁决前，可以先行调解。当事人自愿调解的，仲裁庭应当调解。调解不成的，应当及时作出裁决。调解达成协议的，仲裁庭应当制作调解书或者根据协议的结果制作裁决书。仲裁中调解模式是实践中最为常见的仲裁与调解相结合的方式，相比前两种模式，其更好地体现了调解介入的灵活性，提升调解程序与仲裁程序的融合度，有助于一加一大于二的纠纷解决效果实现。

## 仲调结合功能发挥的优化

《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》将“综合运用裁决、确认、调解、和解、斡旋、评估、谈判等各种手段和方式，多元化解纠纷，提高快速结案率、自愿和解率和自动履行率”作为加快推进我国仲裁制度改革创新的重要任务。有必要对我国仲调结合的现行制度与实践情况进行梳理和分析，探索优化路径，实现仲调结合在解决国际商事纠纷领域的最大功能发挥。

第一，完善商事调解立法。我国于2010年出台了《人民调解法》，打破调解立法空白，但目前仍缺失一部专门的商事调解立法。现行《仲裁法》对于仲调结合的规定较为简单，缺乏可操作性，无法满足实践需要。因此，应进一步完善我国商事调解立法，在条件成熟时，参考联合国国际贸易法委员会《国际商事仲裁示范法》《国际商事调解示范法》的有关规定，对涉及仲调结合所应遵循的原则、适用范围、启动条件、机制程序、调解员行为规范等有关问题加以规制，使得当事人运用仲调结合模式化解国际商事纠纷有法可依、有规可循。

第二，探索多元运行模式。在国际商事纠纷中，当事人对争议处理机制的多样性与灵活性需求更为明显，单一的仲调结合模式难以满足不同国家当事人的多元需求。现

阶段，多样化的仲调结合模式已被许多发达国家所采用。在“一带一路”倡议背景下，可以考虑通过修改《仲裁法》或制定商事调解立法，抑或本土仲裁调解机构规则认可等方式丰富我国仲调结合模式，在原有仲裁中调解模式的基础上，探索发挥先调解后仲裁以及先仲裁后调解模式的优势功能，以此满足当事人的多元需求，提升我国在国际商事纠纷解决领域的实力与话语权。

第三，坚持意思自治原则。仲调结合的理论基础在于仲裁与调解均为体现意思自治属性的纠纷解决机制，因此，应将仲裁员与调解员能否由同一人担任交由当事人通过合意的方式来决定。例如，《国际商事调解示范法》便对此作出规定，赋予了当事人选择由调解员担任解决同一争议仲裁员的自主权。

第四，强化跨境执行效果。仲调结合功能发挥的最终落脚点在于能否实现良好的国际商事纠纷解决效果，其与仲调结合的跨境执行力问题密不可分。如果当事人采用仲调结合的方式解决争议，调解成功后由仲裁庭根据协议结果作出仲裁裁决书，便可依据《纽约公约》实现跨境执行，但如果调解成功仅后当事人在当事人之间达成了和解协议，此时仲调结合的解纷效果仍属于当事人自愿履行的范畴，特别是在跨境执行方面存在法律制度上的障碍。

2019年8月7日，《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》在新加坡开放签署，包括中美在内的46个国家成为首批签约国。公约则在解决调解所产生的国际和解协议的跨境执行问题，虽不适用于仲裁中达成的可作为仲裁裁决执行的协议，但却可以适用于仲裁员参与调解活动而使当事人达成的不作为仲裁裁决执行的和解协议。公约对前述仲调结合解纷结果的跨境执行提供了完善的保障机制，我国应加快公约研究和批准进程，关注公约条款内容同我国有关国际和解协议的执行程序、管辖及执行措施等方面商事调解立法的衔接与协调问题，进而强化仲调结合的跨境执行效果，发挥仲调结合的作用和价值。

“一带一路”倡议提出六年来，有力带动了世界贸易和投资的自由化、便利化及多边化。然而，“一带一路”沿线国家和地区的政治、经济、文化和法律具有广泛的多样性，利用诉讼、仲裁、调解等传统或单一的纠纷解决方式难以适应国际商事纠纷解决的现实需求。东方经验——仲调结合作为一种将仲裁与调解有机衔接的复合型纠纷解决机制，正逐步被国际社会所采纳和接受。就仲调结合的比较优势、主要模式以及优化路径展开分析，探讨国际商事纠纷高效解决的中国方案，将助力仲调结合在国际商事纠纷解决中的功能发挥。

（王国华系上海海事大学法学院院长、教授、博士生导师；佟尧系上海海事大学法学院讲师、博士）

## 网络性侵儿童的刑法定性

□刘宪权 何阳阳

近年来，网络性侵儿童犯罪呈逐步高发态势。2019年7月24日，最高法发布了4件性侵儿童犯罪的典型案例。其中，蒋成飞以招募童星为名诱骗女童在网络空间裸聊猥亵案引起民众关注。

与传统性侵不同的是，被告人蒋成飞并没有直接接触到被害女童的身体，而是在网络虚拟空间内对被害人实施性侵。由于网络性侵儿童犯罪的被害人具有随机性，行为人可能在同一时间段对多人实施犯罪行为，并且通过互联网的快速传播极易扩大不良影响的范围，对被害儿童造成二次伤害。那么，网络性侵儿童犯罪的影响如此恶劣可否定强奸罪？在网络等虚拟空间内要求被害人裸聊的行为如何定性？被害女童自愿裸聊是否可以成为阻却犯罪的理由？

### 猥亵罪的认定过程

首先，在判断网络性侵儿童犯罪的性质之前，需要对强奸罪与猥亵儿童罪进行辨析。强奸罪是指违背妇女的意志，以暴力、胁迫或者其他手段强行与妇女发生性关系的行为。猥亵儿童罪是指犯罪分子以刺激或者满足其性欲为目的，用性交以外的方法对儿童实施淫秽的行为。猥亵不同于强奸，强奸罪突出“奸”字，表明行为人与被害人之间必须要有性交的行为，强调的是双方性器官的接触，如果只接触一方的性器官充其量就是“淫”。而猥亵罪突出“淫”字，这种“淫”可以通过各种方式来满足行为人的性欲，但不以双方性器官的接触为要件，并且采取的是性交之外的性侵行为。通常情况下，实施网络性侵儿童犯罪的行为无法直接接触到网络另一端被害儿童的性器官，发生双方性器官接触的情形在网络性侵案件中几乎很难实现。因此，网络性侵儿童犯罪即便危害结果再严重、影响再恶劣，一般也不可能构成强奸罪。

其次，对于在网络等虚拟空间内要求被害人裸聊的行为如何定性？笔者认为定猥亵罪似乎较为妥当。新型网络性侵犯罪虽然跨越时空，有悖公众的传统认知，但是新型网络性侵犯罪侵犯的客体依然是被害人的身心健康和人格尊严。除了会给被害人造成身体及心理上的创伤，行为人利用网络传播速度之快、影响范围之广等优势在互联网等虚拟空间实施性侵犯罪所造成的恶劣影响，相比传统性侵犯罪可能有过之而无不及。

一般而言，猥亵犯罪有以下几种表现形式：一是行为人直接对被害人实施猥亵行为；二是行为人要求第三人对被害人实施猥亵行为；三是行为人强迫被害人自行实施猥亵行为；四是行为人强迫被害人与自己或第三人观看他人猥亵行为或其他淫秽图片、视频。新型网络性侵犯罪虽然突破了时空上的限制，但是这种行为在本质上仍属于行为人强迫被害人自行实施猥亵行为的一种表

现形式。

最后，被害女童自愿裸聊能否成为阻却犯罪的理由？笔者认为，被害女童即便自愿与犯罪分子裸聊，也不能成为阻却犯罪的理由。笔者在这里采用举重以明轻的分析方式：强奸罪有强制性的要求，即行为人必须以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女。出于对幼女的特殊保护，奸淫不满十四周岁的幼女虽然构成强奸罪，但奸淫幼女没有强制性的要求。最高法、最高检、公安部、司法部在2013年联合出台的《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》中提到“以金钱财物等方式引诱幼女与自己发生性关系的……均以强奸罪论处”，这就进一步证明奸淫幼女不强调强制性，即使被害幼女在引诱下自愿与行为人发生性关系，仍构成强奸罪。而我国刑法没有规定猥亵儿童罪有强制性的要求，即猥亵儿童罪可以是强制的，也可以是非强制的。在没有强制性的要求下，行为人打着招聘童星的幌子，以金钱财物等方式引诱幼女裸聊，即便被害女童是自愿进行网络裸聊，毫无疑问也构成猥亵儿童罪。

### 被害人为成年人的定性

顺带一提，由于猥亵儿童罪的对象可以是女童也可以是男童，因此诱骗男童裸聊，同样可以构成猥亵儿童罪。既然与儿童进行网络裸聊可以构成猥亵儿童罪，那么，假如被害人由儿童扩展至成年人。在虚拟空间内，行为人使用强制手段强迫成年人与自己裸聊，能否构成强制猥亵罪？

笔者认为在虚拟空间内强制要求成年人裸聊，可以构成强制猥亵罪。在笔者看来，强制猥亵罪与猥亵儿童罪相比，除了犯罪对象有区别之外，另一不同之处在于强制猥亵罪的手段要求具有强制性，而猥亵儿童罪的手段可以是强制的，也可以是非强制的。这是因为成年人的身心发育已经成熟，并且有健全的认知能力和判断能力。要构成强制猥亵罪，必须要求行为人使用暴力、胁迫或者其他使该成年人处于不能反抗、不敢反抗或不知反抗状态的手段。既然在认定猥亵儿童罪时可以将裸聊视为猥亵的一种方式，那么，在认定强制猥亵罪时，只要行为人采取了强制的手段，就不能因为犯罪对象的不同，而否定这两个罪名在猥亵行为方式上所表现出的一致性。因此，即使猥亵行为打破了空间的限制，在虚拟空间内强制要求成年人裸聊仍成立强制猥亵罪。

蒋成飞案之所以作为典型案例被最高法公布，是进一步明确猥亵儿童罪的内涵。猥亵儿童罪既包括行为人主动对儿童实施猥亵，也包括胁迫或诱骗儿童做出淫秽动作；既包括行为人在同一物理空间内直接接触被害人身体进行猥亵，也包括行为人在不同物理空间，例如在网络等虚拟空间内对被害人实施猥亵。

（刘宪权系华东政法大学教授，博士生导师；何阳阳系华东政法大学刑法学硕士研究生）