



Distr.: Limited
30 June 2016
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第二工作组（争议解决）
第六十五届会议
2016年9月12日至23日，维也纳

解决商事争议

国际商事调解：拟订关于调解所产生国际商事和解协议执行的文书

秘书处的说明

目录

	段次	页次
一、 导言	1-3	2
二、 拟订一部关于调解所产生国际商事和解协议的执行的文书：附加说明的条文草案	4-54	2
A. 适用范围、定义、除外情形	4-24	2
B. 和解协议的形式要求	25-30	7
C. 直接执行以及申请承认和执行	31-33	8
D. 对承认和执行的抗辩	34-45	9
E. 其他方面	46-53	11
F. 文书的形式	54	13



一、 导言

1. 委员会 2014 年第四十七届会议审议了关于就拟订一部关于国际商事调解所产生和解协议可执行性的公约开展工作的建议 (A/CN.9/822)。¹委员会一致认为，工作组应在第六十二届会议上审议调解所产生国际和解协议的执行问题，并应向委员会 2015 年第四十八届会议报告在这方面开展工作的可行性和可能采取的形式。²

2. 委员会 2015 年第四十八届会议注意到工作组第六十二届会议就调解所产生和解协议的执行问题所进行的审议 (A/CN.9/832, 第 13-59 段)，委员会一致认为，工作组应当在其第六十三届会议上启动关于这一主题的工作，以确定相关问题并提出可能的解决办法，包括拟订一部公约、示范条文或指导意见案文。委员会还一致认为，工作组在这一主题上的任务授权应当是广泛的，以考虑到各种不同做法和关切。³

3. 据此，工作组第六十三届和第六十四届会议就拟订一部关于调解所产生国际和解协议的执行的文书开展了工作。⁴根据工作组第六十四届会议的请求，本说明概述工作组迄今所审议的问题，并载明拟列入一部关于调解所产生和解协议的执行的可能文书（以下称“文书”）的条文草案。条文草案的拟订不影响文书的最后形式 (A/CN.9/867, 第 15 段)，并且暂时假定文书将成为自成一体的法规案文（即公约或示范法）。如果决定以此项工作补充《贸易法委员会国际商事调解示范法》（《调解示范法》），则需对条文草案作相应调整。同样，如果决定此项工作应当侧重于拟订指导意见案文，则本说明所载条文草案可以用作可能的范例，整个起草风格也需作相应调整。

二、 拟订一部关于调解所产生国际商事和解协议的执行的文书： 附加说明的条文草案

A. 适用范围、定义、除外情形

1. 适用范围

4. 工作组似应审议关于文书适用范围的下述案文：

条文草案 1（适用范围）⁵

[本文书]适用于调解所产生国际商事和解协议的[承认]和执行。

5. 条文草案 1 所反映的理解是，文书应当适用于调解所产生国际商事和解协议的执行 (A/CN.9/861, 第 19、39、40 段；A/CN.9/867, 第 92、94、102、115

¹ 《大会正式记录，第六十九届会议，补编第 17 号》(A/69/17)，第 123-125 段。

² 同上，第 129 段。

³ 同上，《第七十届会议，补编第 17 号》(A/70/17)，第 142 段。

⁴ 工作组第六十三届和第六十四届会议工作报告分载于 A/CN.9/861 和 A/CN.9/867 号文件。

⁵ 补充案文见第 21、23、52 段。

段)。下文第 7 至 22 段所载定义旨在为确定一项和解协议是否属于文书范围提供明确、简单的标准 (A/CN.9/867, 第 94 段)。工作组似应审议, 如果文书采取公约形式, 是否应当进一步阐明属地适用范围。例如, 文书可列入一则条文, 规定不论其他任何可能的标准为何 (当事人营业地或者和解协议最初订立地), 只要是在公约缔约国寻求执行和解协议, 即对其执行适用文书。

6. 对“商事”一词未单独定义, 反映出工作组倾向于将文书适用于“商事”和解协议, 而不对救济或合同义务的性质作出任何限制 (A/CN.9/861, 第 47 至 50 段), 同时也不必对该词加以定义 (A/CN.9/867, 第 103 段)。工作组似应确认这一理解 (见 A/CN.9/867, 第 104、105 段)。

2. 定义/术语

(1) “国际”

7. 工作组似应审议“国际”一词定义的下述案文:

条文草案 2 (国际)

有下列情形之一的, 和解协议为国际和解协议:

- (1) 订立和解协议时, 该协议至少有两个当事人在不同国家设有营业地; 或者
- (2) [各方当事人设有营业地的国家不同于]/[下列地点之一位于各方当事人营业地所在国以外]:
 - (a) 履行和解协议下大部分义务的[国家][地点]; 或者
 - (b) 与[争议][和解协议]事项关系最密切的[国家][地点]; 或者
 - [(c) [本国][所寻求的和解协议执行[所在国][所在地]]]; 或者
- (3) 和解协议各方当事人明确约定, [协议事项涉及不只一个国家][和解协议为国际和解协议]; 或者
- (4) 就本条而言,
 - (a) 一方当事人有不止一个营业地的, 相关营业地是与和解协议[所解决的争议]关系最密切的营业地, 同时考虑到订立和解协议时已为各方当事人知道或者预期的情形;
 - (b) 一方当事人无营业地的, 应以该当事人的惯常居住地为营业地。

8. 条文草案 2 所反映的理解是, 文书的范围应当限于“国际”和解协议 (A/CN.9/867, 第 93-96 段)。条文草案 2 中提供的“国际”一词的定义是以《调解示范法》第 1 条第(4)款以及《贸易法委员会国际商事调解示范法》(《调解示范法》)第 1 条第(3)款为依据。

9. 条文草案 2 第(1)款所考虑的情形是和解协议有两个以上当事人。工作组似应审议是否应在其他条文 (如条文草案 2 第(2)款) 中采用类似写法。

10. 条文草案 2 第(2)款进一步阐明了确定和解协议是否为“国际”协议的标准。该项部分依据了《调解示范法》第 1 条第(4)款(b)项以及《仲裁示范法》第 1 条第(3)款(b)项。但应指出的是，这些条款涉及的是调解或者仲裁过程的“国际”性质，而不是此种过程的结果。条文草案 2 第(2)款(c)项置于放括号内，是因为工作组普遍认为文书不应适用于营业地在同一国家的当事人订立的和解协议的执行，即使是在另一国寻求执行该协议（A/CN.9/867，第 98 段）。在这方面，工作组似应审议(a)项和(b)项是否也有可能导致扩大文书范围，从而适用于营业地在同一国家的当事人订立的和解协议。

11. 条文草案 2 第(3)款规定，符合下述条件的，即可满足国际性标准：各方当事人明确同意和解协议事项与不止一个国家有关，或者明确约定和解协议为国际协议，这一规定与《调解示范法》第 1 条第(6)款和《仲裁示范法》第 1 条第(3)款(c)项类似（A/CN.9/867，第 99 段）。

12. 条文草案 2 第(4)款意在补充条文草案 2 其他各款，就确定当事人的营业地提供指导（A/CN.9/867，第 100-101 段）。

(2) “和解协议”

13. 工作组似应审议“和解协议”定义的下述案文：

条文草案 3（和解协议）⁶

“和解协议”是指商事争议当事人订立的书面协议，通过调解产生，解决全部或部分争议。

14. 条文草案 3 是以工作组第六十四届会议期间提出的一项建议为依据（A/CN.9/867，第 132 段）。拟审议的问题包括，这一定义如何与形式要求统一表述（见下文第 25 段中的条文草案 5），以及是否有必要将和解协议定性为一种“商事争议当事人”订立的协议和“通过调解产生”的协议，前提是要在范围条款（见上文第 4 段中的条文草案 1）中对这些要件做出明确规定。似应注意的是，和解协议的终局性未在条文草案 3 中提及，反而是作为一种可能的执行抗辩提出了和解协议的非终局性（见下文第 35 段中的条文草案 8 第(1)款(b)项）。

(3) “调解”

15. 工作组似应审议“调解”定义的下述案文：

条文草案 4（调解）⁷

“调解”不论使用何种称谓，是指由一位或几位第三人协助，在其无权对争议当事人强加解决办法的情况下，当事人设法友好解决其争议的过程[，而不考虑进行调解以何为依据]。

⁶ 关于可能的备选案文或补充案文，另见第 21、23、30 段。

⁷ 关于可能的补充案文，另见第 21、22 段。

16. 条文草案 4 所反映的理解是，文书范围应当限于调解所产生的和解协议（A/CN.9/861，第 19 段；A/CN.9/867，第 115 段），《调解示范法》第 1 条第(3)款中的“调解”定义应当作为一种依据（A/CN.9/861，第 21 段；A/CN.9/867，第 116、119、121 段）。应当注意的是，有建议提出，不论和解协议是否通过调解产生都应适用文书，只要和解协议各方当事人明确约定适用文书即可，但这项建议未获支持（A/CN.9/867，第 115 段）。

17. 工作组似应审议，是否在文书全文中以“调停”一词替换“调解”，如果替换，对于使用“调解”一词拟订的贸易法委员会现有法规会有何影响（A/CN.9/867，第 120 段）。

(4) 司法程序或者仲裁程序过程中达成的和解协议

18. 工作组审议了文书是否也应当适用于当事人在司法程序、仲裁程序或者其他任何程序过程中达成和解协议的情形（A/CN.9/861，第 24-28 段；A/CN.9/867，第 122-131 段）。

19. 关于在司法程序或者仲裁程序过程中达成的、但未被记录在司法决定或仲裁裁决中的和解协议，普遍认为，这些协议应当归入文书范围（A/CN.9/867，第 125 段）。工作组似应确认这一理解。

20. 关于在司法程序或者仲裁程序过程中达成的并且作为司法决定或者仲裁裁决加以记录的和解协议，表达了不同意见。一种意见是，此种协议不应归入文书范围之内，因为一旦归入可能导致与海牙国际私法会议的判决书项目以及《承认及执行外国仲裁裁决公约》（《纽约公约》）发生重叠或冲突（A/CN.9/867，第 123 段）。另一种意见是，将这些协议排除在文书范围之外，将导致剥夺当事人利用文书所设想的执行机制的机会，应当由受理执行请求的管辖机构来处理可能因多种执行制度而产生的复杂情形（A/CN.9/867，第 124 段）。为贯彻后一种意见而采取的做法是不在文书中处理这一问题（A/CN.9/867，第 124、130 段）。

21. 工作似应在下列各项可选案文的基础上确定在文书中对和解协议采取的方针：

(一) 条文草案 1（适用范围）中的补充款（A/CN.9/867，第 127 段）：

“本[文书]还适用于在司法程序或者仲裁程序过程中达成的和解协议[，只要该和解协议未作为法院判决或者仲裁裁决加以记录即可]。”

(二) 条文草案 3（和解协议）中的补充款（A/CN.9/867，第 118、128 段）：

备选案文 1：“本定义包括在司法程序或者仲裁程序过程中达成的和解协议[，只要该和解协议未作为法院判决或者仲裁裁决加以记录即可]。”

备选案文 2：“本定义排除在司法程序或者仲裁程序过程中达成的并且作为法院判决或者仲裁裁决加以记录的和解协议。”

(三) 条文草案 4（调解）中的补充款（A/CN.9/867，第 127 段）：

“本定义包括在司法程序或者仲裁程序过程中进行调解的情形[，只要该和

解协议未作为法院判决或者仲裁裁决加以记录即可。”

(四) 如果文书采取公约形式，作为可能的声明 (A/CN.9/867，第 129 段)：

备选案文 1：“当事人可以声明其对司法程序或者仲裁程序过程中达成的和解协议的[承认和]执行适用本公约，只要该和解协议未作为法院判决或者仲裁裁决加以记录即可。”

备选案文 2：“当事人可以声明其不对司法程序或者仲裁程序过程中达成的[并且作为法院判决或者仲裁裁决加以记录的]和解协议的[承认和]执行适用本公约。”

22. 工作组似应确认下述理解：仅仅是法官或者仲裁院参与调解过程不应导致将和解协议排除在文书范围之外 (A/CN.9/867，第 131 段)。工作组似应审议是否在条文草案 4 (调解) 中增加一款，明确规定文书将适用于以下情形：(一)法官或者仲裁员提起调解程序，第三方担任调解人，(二)法官或者仲裁员提起调解程序并且促成友好解决。工作组还似应确认，上文第 21 段所提供的案文中的法院判决或者仲裁裁决是指在导致和解的司法程序或者仲裁程序期间作出的判决或者裁决。

3. 除外情形

23. 工作组普遍认为应当将涉及消费者法、家庭法和就业法的和解协议排除在文书适用范围之外，没有必要在文书中提及其他任何除外情形 (A/CN.9/867，第 106 段)。鉴于此，工作组似应审议下面的可选案文：

(一) 条文草案 1 (适用范围) 中的补充款：

“本[文书]不适用于下列和解协议：(a)协议由其中一方当事人为个人、家庭或家居目的而订立；或者(b)协议与家庭法或就业法有关。”

(二) 条文草案 3 (和解协议) 中的补充款：

“本[文书]不包括下列和解协议：(a)协议由其中一方当事人为个人、家庭或家居目的而订立；或者(b)协议与家庭法或就业法有关。”

24. 工作组似应进一步审议下述建议：文书不应适用于一国对其在行使权力方面的作为或不作为的赔偿责任 (统治权行为)，并且文书不应提及国家豁免权概念 (A/CN.9/867，第 113 段)。根据工作组的决定，即涉及公共实体 (国家、政府实体以及代表其行事的其他实体) 的和解协议不应被自动排除在文书范围之外 (A/CN.9/861，第 46 段；A/CN.9/867，第 109-112、114 段；另见下文第 36 段)，如果文书采取公约形式，下面的案文为各国提供了灵活性，可以决定是否将此种协议排除在文书范围之外：

备选案文 1：“缔约方可以声明不对其为一方当事人的和解协议，或者其任何政府机构或者代表其行事的任何个人为一方当事人的和解协议适用本公约[，除非该声明中另外指明]。”

备选案文 2：“缔约方可以声明仅在声明具体规定的范围内,对其为一方当事人的和解协议，或者其任何政府机构或者代表其行事的任何个人为一方当

事人的和解协议适用本公约。”

B. 和解协议的形式要求

25. 如果工作组决定列入一则关于这一事项的单一条文，工作组似应审议关于和解协议形式要求的下述案文：

条文草案 5（和解协议的形式要求）⁸

(1) 和解协议应以书面作成，并[指明当事人受协议条款约束的意图][应由当事人签署]。

[(2) 和解协议应指明调解员参与了调解过程以及和解协议产生于调解。]

(3) 就本条而言：

(a) 调节协议以任何形式记录下来，几位书面形式，[无论该协议是以口头方式、以行为方式还是以其他方式订立的；并且

(b) 电子通信所含信息可以调取以备日后查用的，即满足了和解协议的书面形式要求；“电子通信”是指当事人以数据电文方式发出的任何通信；“数据电文”是指经由电子手段、磁化手段、光学手段或类似手段生成、发送、接收或储存的信息，这些手段包括但不限于电子数据互换、电子邮件、电报、电传或传真；并且

(c) 法律要求和解协议应由当事人[或者调解人]签字的，对于一项电子通信而言，在下列情况下，即满足了该项要求：(a)使用了一种方法来识别该当事人的身份并表明该当事人对电子通信所含信息的意图；而且(b)所使用的这种方法：(一)从各种情况来看，包括根据任何相关的约定，对于生成或传递电子通信所要达到的目的既是适当的，也是可靠的；或者(二)其本身或结合进一步证据事实上被证明已履行前述(a)项中所说明的功能。

1. 最低限度形式要求

26. 条文草案 5 第(1)款反映了工作组的下述理解：和解协议的形式要求不应是规范性的，而应当简短列出，保留调解过程的灵活性。该款还反映了这样的理解，即和解协议应当采用书面形式，并指明当事人同意受和解协议条款的约束（A/CN.9/867，第 133 段）。

27. 条文草案 5 第(3)款是对条文草案 5 其他款的补充，并纳入了贸易法委员会电子商务法规所体现的功能等同原则，允许使用电子通信及其它通信手段满足其中的形式要求（A/CN.9/867，第 133 段）。应当注意的是，条文草案 5 第(3)款(c)项仅在条文草案 5 要求当事人或者调解人在和解协议上签字的情况下才相关。

⁸ 关于可能的补充案文，另见第 13、29、30 段。

2. 其他形式要求

28. 关于其他形式要求，工作组审议了是否应在和解协议中适度指明：(一)调解人参与了程序；(二)和解协议产生于调解（A/CN.9/867，第 136、137 段）。工作组审议期间着重说明需在以下两个方面寻求平衡：一方面是确定和解协议产生于调解所必需的手续，另一方面是文书保持调解过程灵活性的必要性（A/CN.9/867，第 144 段）。

29. 条文草案 5 第(2)款所反映的意见是，应当在文书中规定其他形式要求（例如，调解人应当在和解协议中表明其身份或者签署和解协议证明进行了调解，或者为此目的提交一份单独文件）（A/CN.9/867，第 138-140 段）。另一种办法是在关于执行申请的规定中处理这一事项（见下文条文草案 7 第(1)款(b)和(c)项），要求当事人在申请执行时通过适当方式表明调解人参与了程序并且和解协议产生于调解。这种办法可以留有更多的灵活余地，同时又赋予促成和解协议的程序以必要程度的确定性）（A/CN.9/867，第 140 段）。

30. 工作组似应进一步审议是否可以作为和解协议定义的一部分载明上文所讨论的最低限度形式要求和其他形式要求（以补充前面的条文草案 3）。

C. 直接执行以及申请承认和执行

31. 工作组似应审议关于执行申请的下述案文：

条文草案 6（承认和执行）

备选案文 1：应根据本[文书]规定的条件对调解所产生的国际商事和解协议给予承认并赋予法律效力。

备选案文 1（如果文书采取公约形式）：本公约当事人应承认调解所产生的国际商事和解协议，并根据公约规定的条件赋予其法律效力。

条文草案 7（执行申请）

(1) 为获得对和解协议的[承认和]执行，提出[承认和]执行申请的当事人应在申请时提供：

(a) 和解协议；

[(b) 调解人参与程序的[证据][凭证]；以及

(c) 和解协议产生于调解的[证据][凭证]。]

(2) 应根据本[文书]规定的条件，按照[本国][所寻求的[承认和]执行所在国]的程序规则，[承认并]执行和解协议。

(3) 和解协议不是以[本国][所寻求的[承认和]执行所在国]的正式语文拟订的，提出[承认和]执行申请的当事人应出具此种语文的和解协议核证译本。

32. 条文草案 6 所阐明的原则是，对于文书范围内的和解协议，应当赋予法律效力。备选案文 1 是一般性案文，备选案文 2 是在文书采取公约形式的情况下

的案文，要求公约缔约国必须承认和解协议并赋予其法律效力。类似做法见诸于其他公约，如《纽约公约》第二条（A/CN.9/861，第 71-79 段；A/CN.9/867，第 146 段）。

33. 条文草案 7 仿照《纽约公约》第四条，反映了这样的理解，即文书提供的机制应当使和解协议当事人能够直接在执行地所在国要求执行（称之为“直接执行”），而不以在和解协议起源国纳入一种复审或控制机制作为一项先决条件（A/CN.9/861，第 80 段；A/CN.9/867，第 147 段）。

D. 对承认和执行的抗辩

34. 工作组一致认为，文书中列出的对承认和执行的抗辩理由应当：(一)数目有限，执行机关执行起来也不麻烦；(二)便于以简单、高效的方式加以核实；(三)详尽无遗，用一般术语表述，从而给执行机关解释这些理由留有灵活余地（A/CN.9/861，第 93 段；A/CN.9/867，第 148 段）。作为一般评论还指出，承认和执行的标准，包括文书中规定的抗辩理由，其优越性不应低于《纽约公约》对承认和执行仲裁裁决规定的标准和抗辩理由（A/CN.9/867，第 148 段）。

35. 工作组似应注意到，下文条文草案 8 对可能由当事人提出的抗辩和可能由执行机关自行提出的抗辩加以区分（A/CN.9/867，第 148 段）。抗辩理由也大致分类为与当事人有关的抗辩理由（条文草案 8(1)(a)）、与和解协议有关的抗辩理由（条文草案 8(1)(b)至(d)）、与调解过程有关的抗辩理由（条文草案 8(1)(e)），以及与执行地的强制法律和公共政策有关的抗辩理由（条文草案 8(2)）。

条文草案 8（拒绝[承认和]执行的理由）

(1) 对于一项和解协议的[承认和]执行，只能根据援用该协议所针对的当事人的请求加以拒绝，前提是该当事人向[本国][被提出[承认和]执行请求的国家的]主管机关提供下列状况证明：

(a) [根据适用于该和解协议的法律]，该协议的一方当事人处于某种无行为能力状况；或者

(b) 和解协议对当事人无约束力，非争议[或者其中相关部分]的最终解决办法，随后已为当事人修改，或者其中载明的有条件或对等义务；或者

(c) 和解协议的执行将违背该协议的条款和条件，和解协议中的义务已经履行，或者提出[承认和]执行申请的当事人违反了和解协议对其规定的义务；或者

(d) 根据当事人约定对和解协议适用的法律，或者在没有就此指明任何法律的情况下，根据[本国][被提出[承认和]执行请求的国家的]主管机关认为应予适用的法律，和解协议无效、不可操作或者无法执行[[没有效力]；或者

(e) 调解人未公平对待各方当事人，或者未披露可能对其公正性或者独立性产生有正当理由怀疑的情形。

(2) 对于一项和解协议的[承认和]执行, [本国][被提出[承认和]执行请求的国家的]主管机关可以拒绝, 前提是其认定:

(a) 根据[本国][该国]的法律, 该和解协议所涉事项无法以调解方式解决; 或者

(b) 和解协议的[承认或者]执行将违背[本国][该国]的公共政策。

36. 第(1)款(a)项所反映的一般理解是, 抗辩理由清单中应当保留无行为能力这一项 (A/CN.9/867, 第 151-152 段)。工作组似应审议, 在公共实体无权订立和解协议的法域, 第(1)款(a)项可以对执行涉及此种实体的和解协议提供一项抗辩理由 (A/CN.9/861, 第 44 段; 另见上文第 24 段)。“根据适用于该和解协议的法律”这段语句放在方括号内供工作组审议, 以确定是否参照《仲裁示范法》第 36 条第(1)款(a)项(-)目予以删除。

37. 第(1)款(b)项所反映的理解是, 和解协议对当事人无约束力的, 非终局性的, 或者随后被修改的, 可以拒绝承认和执行 (A/CN.9/867, 第 162 段)。

38. 第(1)款(c)项作为一项抗辩理由列入了承认和执行和解协议将违背协议条款和条件的情形 (A/CN.9/867, 第 158 段)。在这方面, 工作组似应审议, 如果和解协议载有争议解决条款 (例如, 仲裁条款或者法院选择规定), 是否可以提出这一抗辩理由 (A/CN.9/867, 第 177-179 段)。如果一方当事人寻求承认和执行的和解协议载有争议解决条款, 则需审议的问题是, 援用承认和执行所针对的当事人是否能够在第(1)款(c)项之下以此为依据抵制承认和执行。

39. 第(1)款(d)项试图反映工作组的下述意见: 文书不应给予执行机关某种能力, 使其能够通过效力抗辩理由作出解释来强加国内法中的要求, 而且执行机关对和解协议效力的认定不应超出形式要求范围 (A/CN.9/867, 第 159-161 段)。起草依据是《纽约公约》第二条第(3)款和第五条第(1)款(a)项。工作组似应审议, 第(1)款(d)项的措辞是否足够宽泛, 可涵盖欺诈 (A/CN.9/867, 第 153 段)、错误、虚假表述、胁迫和欺骗等情形 (A/CN.9/867, 第 167 段)。

40. 第(1)款(e)项涉及调解过程以及调解人的行为可能对执行过程产生的影响, 其目的是保护当事人通过公平程序行使自决权。工作组在审议这一问题时回顾了《调解示范法》第 6 条第(3)款, 该款要求调解人保持对各方当事人的公平待遇 (A/CN.9/867, 第 174 段)。工作组中正在形成的意见是, 调解人在调解过程中的严重不端行为, 如果影响到调解结果, 或许可以列入文书中的其他抗辩理由 (A/CN.9/867, 第 175 段)。讨论期间强调了调解程序的自愿性质以及当事人随时退出程序的自由 (A/CN.9/867, 第 172 段)。鉴于此, 工作组似应审议是否应当保留第(1)款(e)项。

41. 第(2)款(a)项涉及无法在执行地所在国解决和解协议所涉事项的情形 (A/CN.9/867, 第 154 段)。工作组表示, 可以由执行机关依职权认定这一抗辩理由。

42. 第(2)款(b)项涉及和解协议的执行将违背公共政策的情形 (A/CN.9/867, 第 155-157 段)。注意到公共政策涉及实体方面和程序方面。普遍同意可以由执行机关依职权认定公共政策为抗辩理由。

可以考虑的其他抗辩理由

- 未经过调解以及非商事和解协议

43. 关于范围的规定（条文草案 1）和关于执行申请的规定（条文草案 7）都要求和解协议必须产生于调解。因此，将未经过调解程序这一项列入抗辩清单可能是多余的。至于不在文书范围内的非商事和解协议，同样如此。

- 和解协议的执行有悖于另一法院或另一主管机关的决定

44. 工作组似应审议，文书是否也应将执行和解协议有悖于另一法院或另一主管机关的决定这一事实看作是一项抗辩理由。对于是否应当提供这种抗辩理由有歧见（A/CN.9/867，第 163-166 段）。一种意见是，如果这项理由是以任意方式提出的（“可被拒绝”），而且可以顾及某些国家的利益——这些国家在某些条约下对承认外国法院判决承担义务，则提供这种抗辩理由还是有可取之处的（A/CN.9/867，第 165 段）。另一种意见是，没有必要在文书中提供这种抗辩理由，因为这有可能诱使当事人择地诉讼，还有可能意外地扩展既决原则的范围，将那些不具此种效力的决定包括进去。此外还指出，另一国法院或主管当局拒绝执行，不对执行机关作出决定产生影响（A/CN.9/867，第 166 段）。

抵消

45. 本说明为就涉及和解协议可能用于抵消目的的情形的规定列入案文。这一问题留待工作组进一步审议（A/CN.9/867，第 176 段）。

E. 其他方面

1. 保密和执行过程

46. 在执行过程中可能要披露和解协议中的某些信息以及导致和解协议的过程。此种披露可能与调解过程的保密性质（《调解示范法》第 9 条）以及这一过程所产生的保密义务（《调解示范法》第 10 条）⁹相悖。工作组似应审议如何在文书中处理这一问题，包括是否有必要列入一条具体规定。

2. 执行过程与司法程序或者仲裁程序的关系

47. 工作组似应审议关于并行申请的下述案文：

条文草案 9（和解协议的执行与向法院或者仲裁庭提出实质性请求）

⁹ 特别是第 10 条第(3)款，其规定如下：“仲裁庭、法院或政府其他主管当局不得下令披露本条第(1)款所述的信息。违反本条第(1)款提供这类信息作为证据的，该证据应当视为不可采纳，但按法律规定的要求或者为实施或执行一项和解协议的，可以披露或者作为证据采纳这类信息。”

如果已经向法院、仲裁庭或者其他任何主管机关提出了一项与和解协议有关的申请，[且该申请可能影响到对和解协议的承认或者执行，]所寻求的和解协议执行所在国的主管机关可在其认为适当的情况下暂停执行关于执行和解协议的决定[，在提出和解协议执行请求的当事人提出申请时，还可下令另一方当事人适当具保]。

48. 条文草案所反映的建议是，文书可以列入一则类似于《纽约公约》第六条的规定（A/CN.9/867，第 168、169 段）。

3. 当事人对适用文书作出选择

49. 文书的适用是否应当取决于和解协议当事人的同意，这一问题尚需进一步审议，因为这主要取决于文书的形式以及其中所设想的机制（A/CN.9/867，第 142、180-182 段）。工作组似应审议下述可能的做法：(一)选择适用办法，要求当事人明确同意适用文书（这一要求可以拟成申请过程中的一项要求，也可拟成拒绝执行方当事人提出的抗辩理由）；或者(二)选择不适用办法，规定当事人可以排除适用文书，例如，这是《联合国国际货物销售合同公约》（《销售公约》）第 6 条以及《调解示范法》第 1 条第(7)款采取的做法。应当注意的是，如果在文书中采取选择适用办法或者选择不适用办法，后者更为常见。的确，当事人是可以排除适用一项无关紧要的法律文书的；而当事人确认适用一项已经存在的法律文书并不多见。例如，如果文书成为示范法规，可以作为缺省规则拟订相关规定（“除非当事人另有规定，……”）。

50. 讨论期间，选择适用机制的支持者认为，这将为当事人提供一种选择，凸现调解过程的自愿性质，并增进当事人对文书所设想的强制执行性的认识。不赞成者指出，要求选择适用，将大大限制文书的范围，而且当事人在调解过程最后阶段就文书所设想的快捷执行达成一致，几乎没有可能（A/CN.9/867，第 142 段）。

(1) 选择适用

51. 工作组似应审议关于要求选择适用的下述案文：

(一) 在条文草案 7（执行申请）中另加一款

“(1) 为获得对和解协议的执行，……：

……

(d) 和解协议当事人同意适用[文书]的[证据][凭证]。”

(二) 在条文草案 8（拒绝承认和执行的理由）中另加一款

“(1) 对于一项和解协议的执行，……加以拒绝……：

(f) 和解协议当事人不同意适用本[文书]。”

(2) 选择不适用

52. 工作组似应审议关于选择不适用机制的下述案文：

(一) 在条文草案 1（适用范围）中另加一款

“和解协议当事人可排除适用本[文书]。在不违反第...条的前提下，和解协议当事人可减损或者更改本[文书]中任何规定的效力。”

(二) 在条文草案 8（拒绝承认和执行的理由）中另加一款

“(1) 对于一项和解协议的执行，……加以拒绝……”

(f) 和解协议当事人商定排除适用本[文书]。”

53. 如果文书采取公约形式，另一种做法是，文书不规定任何选择适用机制或者选择不适用机制，而是允许希望纳入此种机制的国家就此作出声明。不过，工作组似应审议允许此种声明可能产生的影响。工作组似应审议下述案文：

备选案文 1：缔约方可声明其适用本公约，唯需以和解协议当事人已商定适用本公约为限。

备选案文 2：缔约方可声明其适用本公约，除非和解协议当事人已商定排除适用本公约。

F. 文书的形式

54. 工作组似应审议文书的形式。工作组第六十三届会议审议了文书可能采取的形式，文书可以是公约、示范立法条文（或者作为自成一体的法规案文，或者作为对《调解示范法》的第 14 条的补充），也可以是指导意见案文（例如，扩展关于《示范法》第 14 条的《颁布指南》第 87 至 92 段）。绝大多数意见认为，一些问题尚需进一步审议，然后才能就文书的最后形式作出决定。不过，一些代表团表示倾向于拟订一项公约，因为公约能够更高效地对调解方法的促进和统一起到推动作用（A/CN.9/861，第 108 段）。