

中国商事调解

理论与实务

中国国际贸易促进委员会
中国 国 际 商 会 调解中心组织编写



中国民主法制出版社

中国商事调解理论与实务

中国国际贸易促进委员会
中国国际贸易商会 调解中心 组织编写

主 编：黄 河

副主编：穆子砺

撰稿人：马 赛、曲坤山、何贵才、张继涛、张晨阳、
黄 萍、曾建国、张 冬、陈正伟、郑润镐、
穆子砺、魏俊才、戴绍泉

中国民主法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国商事调解理论与实务/中国国际贸易促进委员会
调解中心,中国国际商会调解中心组织编写. —北京:
中国民主法制出版社, 2002. 5

ISBN 7-80078-651-X

I. 中... II. 中... III. 商务-经济纠纷-调解-
基本知识-中国 IV. D925.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 033764 号

书名/中国商事调解理论与实务

作者/中国国际贸易促进委员会 调解中心 组织编写
中国 国际 商会

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区玉林里 7 号(100054)

电话/63056983 63292534(发行部)

传真/63056975 63056983

经销/新华书店

开本/32 开 850×1168 毫米

印张/8.75 字数/227 千字

版本/2002 年 5 月第 1 版 2002 年 5 月第 1 次印刷

印刷/唐山新苑印务有限公司印刷

书号/ISBN 7-80078-651-X/D·502

定价/17.00 元

出版声明/版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

前 言

目前在国际上,解决商事(广义的商事包括经济贸易和海事)领域里的争议的途径或办法主要有四种,即:协商、调解、仲裁和诉讼。这当中,需要特别强调的是,作为解决商事争议的有效手段,调解的作用不容忽视,由于调解这种方式具有程序灵活、费用低廉、时间快捷、注重效率等特点,越来越得到广大当事人的接受和选择。

中国是调解的故乡。自古以来,中国人即有“和为贵”、“和气生财”、“天时不如地利,地利不如人和”的处世观念和哲学思想。在司法实践中,中国的仲裁与调解相结合、诉讼与调解相结合等以“东方经验”、“中国经验”著称于世。

过去很长一段时期,西方国家,特别是英美等国,在解决商事争议时,所采取的方式主要是仲裁和诉讼,而对调解,除了偶尔为之,基本上采取抵制和漠视的态度。然而,近年来,这种情况有了很大的改变。他们开始重视调解,他们把在诉讼和仲裁之外的各种行之有效的争议解决方式,统称为“可替代的争议解决方式”(英文为“ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION”简称ADR)。现在,西方国家关于ADR无论在实践上还是在理论上,都有了很大的发展,这不能不引起我们的关注。

需要说明的是,本书中的“商事调解”的具体操作的机构应包含中国国际商会的调解机构、中国的仲裁机构和法院的诉讼程序中涉及商事问题的调解。然而,由于本书作者均为从事中国国际商会调解工作的专业人士,所采用的资料基本上也是我们在自身

的实践中积累的,因此,本书的主体部分是关于中国国际商会的调解。既有广泛性,又有专门性,既考虑到全面,又突出重点,是本书的特点。中国贸促会/中国国际商会系统的调解中心,是一个调解网络,它是由设在北京的总会调解中心(即中国贸促会/中国国际商会调解中心,下称总会调解中心),与设在各地方的共计 30 余家的分会调解中心的总称。总会调解中心成立于 1987 年,从 1987 年—2000 年期间,叫北京调解中心(Beijing Conciliation Centre),而这期间受理的案件,只限于涉外经贸案件。自 2000 年之后,总会调解中心正式更名为“中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心[The Conciliation Centres of the China Council for the Promotion of International Trade(CCPIT)/China Chamber of International Commerce(CCOIC)]”,其所受理的调解案件,可包括国内外商事和海事里的一切争议。中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心的调解规则,第 2 条载明:“本规则适用于当事人之间在经济、贸易、金融、投资、知识产权、技术转让、房地产、工程承包、运输、保险以及其他商事、海事里的调解”。整个调解网络在业务上受设在北京的总会调解中心的统一指导,各调解中心使用统一的调解规则。在工作中,调解中心之间互相配合、互相支持并经常开展业务交流。这当中,总会调解中心起着非常重要的作用;它是整个调解网络的“龙头”;它是联系贸促总会与分会之间调解工作的“纽带”;它是整个网络在对外关系上的“总代理”。十余年来,贸促会系统的调解中心共处理了各种商事争议 2500 余件,通过实践活动,促进国内外经贸事业的发展,同时,也积累了丰富的调解实践经验和理论素材。认真总结这些经验并加以理论的归纳,很有必要。本书对中国商事调解包括中国国际商会、法院和仲裁的调解作了全面、系统地阐述,可以说是中国关于调解方面的第一部专著。本书的出版,愿求教于前辈,切磋于同仁,以期进一步搞好中国的调解理论研究。

目 录

前 言	(1)
第一章 中国商事调解概述	(1)
第一节 商事调解的概念、特征和作用	(1)
第二节 商事调解的法律依据	(8)
第三节 商事调解的种类及比较	(13)
第二章 中国商事调解的基本原则	(35)
第一节 当事人自愿原则	(35)
第二节 独立公正原则	(36)
第三节 查明事实、分清责任原则	(37)
第四节 合法原则	(39)
第五节 公平合理原则	(41)
第六节 保密原则	(42)
第三章 中国国际商会商事调解概述	(44)
第一节 中国国际商会调解机构概述	(44)
第二节 中国国际商会商事调解的特征	(46)
第三节 中国国际商会商事调解的作用	(58)
第四节 中国国际商会商事调解的地位	(63)
第四章 商会商事调解调解员	(65)
第一节 概 述	(65)
第二节 调解员的资格认定	(69)
第三节 调解员的作用	(73)

第四节	调解员的执业规范	(75)
第五节	调解员的调解技巧	(78)
第五章	商会商事调解程序	(81)
第一节	商会商事调解案件的受理	(81)
第二节	调解员的指定和调解组的形成	(86)
第三节	案件的调解过程	(90)
第四节	调解程序终止	(97)
第五节	调解收费	(101)
第六节	调解机构秘书处	(104)
第六章	商会商事调解方式	(111)
第一节	商会商事调解方式的重要性及分类	(112)
第二节	联合调解	(114)
第三节	其他方式的调解	(123)
第七章	商会商事调解的法律效力	(131)
第一节	调解书的法律效力	(131)
第二节	和解协议的法律效力	(133)
第三节	在和解协议中载入仲裁条款的法律效力	(135)
第八章	中国法院的商事调解	(139)
第一节	法院商事调解的概念和优势	(139)
第二节	诉讼上和解与法院调解的区别	(141)
第三节	法院调解的组织形式和程序	(142)
第四节	法院调解书及其法律效力	(143)
第五节	法院商事调解的历史、现状和发展	(144)
第九章	中国国际仲裁机构商事调解	(149)
第一节	中国国际仲裁机构商事调解概述	(149)
第二节	仲裁与调解相结合制度	(150)
第三节	中国国际仲裁机构商事调解的法律效力	(152)
第四节	中国国际仲裁商事调解的历史、现状和发展	(153)

第十章 商事调解当事人	(156)
第一节 商事调解当事人的概念与特征.....	(156)
第二节 调解当事人的种类.....	(157)
第三节 调解当事人的权利与义务.....	(163)
第四节 发掘潜在的当事人.....	(165)
第十一章 商事调解的国际发展现状	(168)
第一节 英国、美国、加拿大.....	(168)
第二节 其他有关国家和地区.....	(174)
第三节 有关国际组织.....	(178)
第四节 他山之石 可以攻玉.....	(181)
第十二章 中国商事调解的发展前景	(185)
第一节 中国商事调解存在的问题.....	(185)
第二节 中国商事调解立法支持的必要性.....	(187)
第三节 中国商事调解的发展前景.....	(193)
第十三章 案例评析	(196)
一、赋予调解书强制执行力的调解	(196)
二、与国外商会联合调解	(198)
三、不谋面的调解	(202)
四、解除对信用证冻结令的调解	(204)
五、引发外交照会争议的调解	(207)
六、引发人身损害赔偿争议的调解	(210)
七、股份转让争议的调解	(214)
八、合资企业出资争议案调解	(219)
九、经营管理中争议的调解	(221)
十、承包经营争议的调解	(224)
十一、合资经营企业股份转让争议的调解	(227)
十二、合资企业清算争议的调解	(229)
十三、对外运输争议的调解	(232)

十四、租船代理争议的调解和评析	(235)
十五、补偿贸易争议的调解和评析	(240)
十六、仲裁裁决在国内执行争议的调解	(247)
十七、仲裁裁决在香港申请执行争议的调解	(252)
十八、边贸商事调解案例	(257)
参考书目	(265)
后 记	(268)

第一章 中国商事调解概述

第一节 商事调解的概念、特征和作用

一、调解概述

(一) 调解的概念

在论述商事调解之前,有必要先讨论一下一般意义上的调解。

调解是解决争议的一种重要方式,它是指当事人在发生争议后,自愿选择当事人之外的第三方作为调解人(调解员),由该调解人(调解员)通过说服和劝导等方式,使当事人之间的争议在互谅互让的基础上得到解决。

这个定义包含了三个要点:(1)当事人之间有争议或纠纷的事实存在;(2)解决争议的主体(调解员或调解人)是当事人之外的第三方;(3)解决争议的方式是说服和劝导。

“调解”一词,从古至今,从中到外,用处甚广。在中国,自古就有“礼之用,和为贵”、“和气生财”、“天时不如地利,地利不如人和”的哲学思想和处世观念。如《论语》“学而篇”中曾有一段话:“有子曰:礼之用,和为贵。先王之道,斯为美;小大由之。由所不行,知和而和,不以礼节之,亦不可行也”。该段文字的大意是,有子说,礼的作用,可贵之处就在于它能调和人际关系。从前贤明的君主治理国家,都以此为美德;事无巨细,都遵循这个原则。但也有行不通的时候,只为团结而团结,不用一定的礼节规则来约束,也是不行的。中国的调解哲学思想、理念是源远流长的,而中国调解的

实践也是丰富多彩的。可以说中国是调解的故乡。自古以来,中国就以“礼仪之邦”著称于世,许多政治家、军事家,运用他们高超的调解艺术,化干戈为玉帛的例子不胜枚举,如战国时代的“弭兵大会”,三国时期的“辕门射戟”;在民间,调解的方式被大量运用于解决乡里邻间的各种纠纷;产生于解放区的“马锡五审判方式”,即在审判当中采用调解的方式解决当事人之间的纠纷,深受广大人民群众欢迎;在解决商事争议中,由中国贸促会仲裁委员会首创的“仲裁与调解相结合”的做法,早已饮誉世界,被称作“东方经验”或“中国经验”。为此,本书将有详细的阐述。

“和为贵”的思想,在今天仍具有积极意义。调解是和的出发点,也是和的归宿。调和,也是调解的具体运用。通过调解的方式,使当事人的争议得到解决,矛盾得以化解、缓和。“和”,系缓和、和解、和谐、和睦、和平……大到国家之间,小到乡里邻间,矛盾、争议在所难免,但不应动辄以干戈相见,都应当用和的方法解决问题。人们对调解的重要性的认识在不断加强,因此研究调解理论,具有十分重要的现实意义。

(二)调解的特征

一般意义上的调解与仲裁和诉讼相比,其特点主要体现在以下几个方面:

1. 解决争议的主体不同

在调解案件中,解决争议是由调解员来进行的,在仲裁案件中,由仲裁员进行,而在诉讼案件中,则由审判员来进行。调解员一般来说是由当事人指定的,在这一点上,与仲裁员相似,但调解员的指定比仲裁员的指定更为灵活,在一个案件中,只要当事人同意,可以由一名调解员,也可以由两名调解员,也可以由三名或更多的调解员来调解争议。而在仲裁员案件中,一般是由一名或三名仲裁员来审理案件,而且必须严格按照规则办理。与审判员相比,其差别就更大了,甚至是实质性的,因为无论调解还是仲裁,都

是民间的,调解员和仲裁员的权力是当事人赋予的,而法院则是国家政权机构的一部分,法官的权力是国家赋予的,当事人无权自己选择法官。

2. 遵循的原则不同

作为一种法律手段,许多原则都是相通的,如独立公正,查明事实,依法办事等,但与仲裁和诉讼特别是与诉讼相比,调解则表现出更多的灵活性和随意性。因为,在调解程序中,主要是遵循意思自治原则。具体说来,当事人可以通过约定,对调解机构、调解规则、调解员、调解地点、调解方式等进行选择。在调解过程中,任何一方当事人在任何阶段都可以退出调解程序,中止调解程序。而在仲裁或诉讼程序中,除非申请人提出撤案,否则,没有充分、正当的理由是不能随意撤除的。即使撤除,也会导致缺席审理和缺席裁决(判决)的。

3. 办案的方式不同

在调解程序中,也体现出其灵活的特点。它与仲裁和诉讼不同,并不拘泥于严格的程序要求,只要有利于当事人问题的解决,调解员可以采用灵活机动的“战略战术”。可以“和稀泥”调解程序重在解决当事人的纠纷,它是以解决问题为宗旨的,而不是以判别是非为目的。而在仲裁程序或诉讼程序中,则必须严格按照事实和法律办事,准确无误地作出判断,而不能“和稀泥”。

4. 产生的效力不同

这也是调解与仲裁或诉讼相比的一个重大区别。众所周知,在中国,由仲裁庭作出的裁决书和法院作出的判决书,具有强制执行的效力。但由调解机构作出的调解书或由调解员促成当事人之间达成的和解协议,则不具有强制执行的效力(目前在世界上只有个别的国家,如印度,在立法上对调解机构作出的调解书赋予强制执行的效力)。对于调解书或和解协议的法律性质,应认定为是当事人之间达成的新的约定,对当事人来说是有约束力的。如果一

方不遵守,另一方可以据此向法院提起诉讼,如有仲裁条款,则向仲裁机构提起仲裁,而不能向法院要求强制执行。

(三)调解的种类

根据调解的涵义,调解可以分为以下几种类型:

从调解的性质划分

1. 民间调解:(1)人民调解;(2)居民委员会调解;(3)村民委员会调解

(主要是民事、家庭纠纷)。

2. 商事调解:(1)机构调解;(2)临时调解。

3. 行政调解;即行政机关对其下属单位之间或与其他单位发生争议所进行的调解。

4. 司法调解:(1)诉讼中的调解;(2)仲裁中的调解。

从调解是否为独立存在来划分

1. 独立性的调解:调解机构独立存在,职能单一,如中国国际商会系统的各个调解中心,都是独立的调解机构,所从事的调解工作,也是具有自己独立的程序。

2. 非独立性的调解:不能独立存在,与其他方式结合运用。如诉讼程序中的调解,仲裁程序中的调解。

从调解的方式上划分

1. 临时调解:这完全是当事人自己设计的一种调解方式,他不受任何规则的限制,方式灵活机动。当事人可以自行选择调解员或调解人,选择调解规则,这个规则既可以是现成的某一调解机构的规则,也可以是当事人之间临时约定的一个规则。这种临时性的调解方式,常常被那些三资企业和工程承包合同的当事人所采用,当这类企业的内部出现争议时,合作各方常常会邀请当地政府的有关部门或人物出面调解。

2. 机构调解:专门从事调解工作的、独立的调解机构,有自己的组织机构、调解员、调解规则等。如中国国际商会系统的调解中

心,国外的如北京—汉堡调解中心,它是为实现与北京调解中心联合调解而专门设立的调解机构,而有的调解机构是与仲裁机构放在一起的,如伦敦国际仲裁院和设在巴黎的国际商会仲裁院等。联合调解是带有创造性的调解方式,最早是由中国国际经济贸易仲裁委员会(China International Economic and Trade Arbitration Commission CIETAC)的前身——中国国际贸易促进委员会对外贸易仲裁委员会(Foreign Trade Arbitration Commission of CCPIT)与美国仲裁协会(American Arbitration Association, AAA)早在70年代中期共同创建的。“联合调解”(Coalition Conciliation)一词,顾名思义,系指两个调解机构互相配合,共同参与调解案件。但对于中国国际商会系统的调解中心,则具有特定的含义,它是指中国国际商会的调解中心与某一外国的调解机构,在处理中国当事人与该外国的当事人之间的案件时,适用双方共同制定的调解规则。自1987年北京调解中心成立之后,联合调解的工作由仲裁委员会转向调解中心。在此之后,北京调解中心先后与设在汉堡的北京—汉堡调解中心、设在纽约的纽约调解中心、设在布宜诺斯艾利斯的阿根廷—中国调解中心签订了联合调解规则。此外,国内各调解机构之间互相配合,跨地区进行联合调解案件,也可以称之为联合调解。而中国国际商会系统的调解中心,现已有30多家,可以充分利用这种覆盖面广的网络优势,对出现的跨地区的纠纷开展联合调解。事实上,在这方面已有了成功的先例。

另外,国家之间发生争议,有时,也要运用调解这种方式解决,如美国调解巴以争端,俄国调解科索沃危机等。不过那是国际公法上的调解,是解决国际争端的一种方式,它所解决的是国与国之间的政治关系,而不是经济问题。虽然,它也称为调解,但不是本书要讨论的问题。

二、商事调解的概念

商事调解系指在商事活动中,当事人之间发生争议后,自愿选

择当事人之外的第三方作为调解人(调解员),由该调解员通过说服和劝导等方式,使当事人之间的争议在互谅互让的基础上得到解决。

这里的“商事”系广义的商事,包括国内外经济、贸易、海事领域。而商事调解,则包括发生在国内外的一切经济、贸易和海事领域的争议。

英文中“conciliation”和“mediation”翻译成中文,都叫“调解”,但二者又存在一定的区别。

在英国和欧洲一些国家,“Conciliation”重在体现调解员对双方分别做工作,或召集当事人自行协商,促成当事人达成和解,类似国际法上的“斡旋”;而“Mediation”,则体现出调解员直接主持当事人之间的谈判,并提出建议作为谈判的基础,类似国际法上的“调停”;而美国正好与此相反。然而,在实践中,这两个词是经常混用的,并不作十分严格的区分。

此外,有几个与调解一词相关的词,也值得注意,如“协商”、“协调”、“调停”等。协商,一般是指当事人之间的谈判,没有第三者的参与;协调,则不仅限于调解,也不仅限于解决争议,有的情况下当事人的主体地位甚至是不平等的,如行政部门,上级主管部门出面协调本部门系统的企业之间或上下级之间的纠纷、矛盾或解决某具体事宜,都可以叫协调,它与我们所称的民间的、商事的调解在性质上是不同的;而调停,一般则出现在国际上,解决国家之间关系,主要是一种政治手段或外交手段,与我们所讲的商事纠纷也有本质的不同。

还需特别指出的是,目前在国际上,“ADR”,即 Alternative Disputes Resolution,中文意为:“可替代的争议解决方式”。“可替代”的范围,一种观点认为,可以替代诉讼和仲裁,即除了诉讼和仲裁之外的争议解决方式,则包括调解、小型审判、简易陪审团、早期中立评价等;而另一种观点则认为,“可替代”的范围,仅限于诉讼,

即仲裁也算作 ADR 的一种。笔者认为,ADR 当中是不应该包括仲裁的,理由是:第一,从争议的性质上看,有关 ADR 的争议,有许多是当事人之间没有仲裁协议,只是要求一种切实可行的办法,使争议尽早得以解决;第二,从解决争议的方式上看,ADR 不拘泥于程序上的要求,这也是与仲裁和诉讼的重大差别。而仲裁程序的要求是非常严格的,如果一个仲裁案出现了程序问题,很可能会导致裁决被拒绝执行或被撤销;第三,从结果上看,仲裁的结果是可以强制执行的,为此国际上有公约保证,而 ADR 的结果则既无强制执行力,又无公约保证。目前,在国际上,只有印度已实现了调解立法,有了一部《仲裁与调解法》,而尚未发现其他国家有调解法。总之,ADR 应被视为在诉讼和仲裁之外的新型的解决争议的各种方式的总称,在中国,有时,它与“调解”一词通用。而其特点是新颖、灵活、快捷等。有关 ADR 的情况在后面亦有专章介绍。

三、商事调解的特征

(一)从法理上讲,商事调解是一种“私行为”,具有民间性,不是国家行为,在这点上,调解与仲裁相同,而它与诉讼是有本质区别的(诉讼程序中的调解除外);

(二)自愿管辖而非强制管辖,即当事人将自己的争议交由自己选择的第三人处理;而且纠纷的范围和内容是当事人有权可以自行处分的,即当事人可以自己决定和解的内容和结果;

(三)调解成功,达成的和解协议,依靠当事人自愿履行,无强制执行力;

(四)调解的过程具有不公开性,即时刻遵守商业秘密,这对当事人和调解员来讲,是都要遵守的原则;

(五)不影响当事人在日后寻求和采用其他途径和方式,对其争议进行解决。调解不成功,当事人可以依据仲裁条款去仲裁,如无仲裁条款,则可以采用诉讼方式,调解程序不影响其他方式的选择;

(六)商事争议的内容和商事调解的程序和方式随着社会经济的发展变化而发展变化,具有鲜明的时代特征。调解这种解决争议的形式,在中国古已有之,但在其方式方法,则随着争议之复杂程度和社会的发展变化而不断发展变化。从最初的极为简陋的方式如“神明裁判”到今天的文明、先进的方式,如今天我们可以进行跨国的、网上调解,无不说明了此点。

四、商事调解的作用

从法律意义上讲,通过调解这种方式帮助当事人息争止纷,在具体进行的过程中,必然要参照有关的法律规定,调解后的结果,也会产生新的法律后果,如达成和解协议或由调解机构作出调解书等要具有一定的法律约束力,如果调解与仲裁相结合,调解的结果通过仲裁机构仲裁作成裁决书,或由法院作成判决书,则具有强制执行的效力;

从社会意义上讲,通过调解机构的工作,如达成和解协议,则使当事人继续保持合作关系,从而起到协调、稳定社会关系、社会秩序的作用;

从经济发展上讲,当事人的纠纷得到解决,矛盾得以化解,当事人在无障碍的情况下继续进行业务活动,从而间接促进了国内外的经济贸易的发展。从中国国际商会各调解中心的实践看,各调解中心通过积极有效的工作,为改善当地投资、贸易环境,促进国内外经贸活动的发展,的确发挥了重要的作用。

第二节 商事调解的法律依据

中国商事调解是一种或独立、或结合诉讼和仲裁进行的解决商事争议的方式。中国国际商会独立从事和进行商事调解,或中国法院、仲裁机构结合诉讼、仲裁进行调解,其依据主要有四个方面:法律、法规的规定;有关国际条约、国际惯例的约定;有关调解