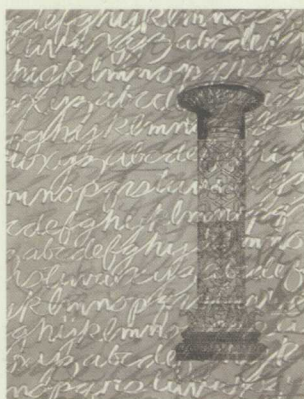


国际法双语教学试用教材

International Commercial Arbitration

国际商事仲裁



刘晓红 袁发强 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

International Commercial Arbitration 国际商事仲裁

刘晓红 袁发强 主编

D997.4

L692-2



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

国际商事仲裁/刘晓红,袁发强主编. —北京:北京大学出版社,2010.1

(国际法双语教学试用教材)

ISBN 978 - 7 - 301 - 16447 - 1

I. 国… II. ①刘… ②袁… III. 国际商事仲裁 - 高等学校 - 教材 IV. D997.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 227335 号

书 名: 国际商事仲裁

著作责任者: 刘晓红 袁发强 主编

责任编辑: 朱梅全 王业龙

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 16447 - 1/D · 2519

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 河北滦县鑫华书刊印刷厂

经 销 者: 新华书店

730 毫米 × 980 毫米 16 开本 29.25 印张 557 千字

2010 年 1 月第 1 版 2010 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 54.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

编者说明

在教育部要求推动法律专业课程双语教学的形势下,华东政法大学国际法学院在数年教学实践摸索的基础上尝试编写国际商事仲裁法学的双语教材。

关于双语教学,各地高校都在摸索过程中,许多院校以中文教材为学生学习用书,另指定一些英文文章为参考资料。在课堂讲授过程中,对于外语基础比较好的学生采取全外语授课方式,而对于外语基础一般的本科学生则以中文讲授为主,以学生自学外文参考资料为辅的方式进行。总体上看,由学生自学外文参考资料不过是形式上的“双语”教学,实际没有体现外语的作用;而完全采用外文方式难以适应本科学生的外语水平,也不符合“双语”的要求,更难以反映某些国内法的内容,有形式上的法律课程、实际上的外语课程之嫌。因此,编写既适合本科学生英语水平又能反映课程知识全貌的教材成为双语教学急需解决的问题。

双语教学的目的自不待言,有利于与国际社会接轨,然而不同法律专业课程的特点和内容不同,使用外语教授本国法律理论和司法实践不仅对于授课老师来说难度很大,而且对于学生而言,也存在理解上的困难。仲裁法学是少数受国内法影响较小的部门法学,从法律文化因素上看,更多地带有“舶来品”的色彩;同时,商事仲裁的国际化或者说非本地化倾向一直存在,并且影响到国际商事仲裁法学理论和知识的发展。因此,国际商事仲裁法学与国际贸易法学等部门法学是可以通过双语教学方式使学生获得更多知识的课程,也是学生能够不完全依赖国内法理念就可以掌握的课程。为此,我们特意选择以此作为编写双语教材的起点。

本教材使用对象为大学本科学子,包括法律专业学生和选修该课程的其他专业学生,如外语专业、商业经济、国际贸易、工商管理专业学生等。

目前,国内七百多所大学中有近六百所大学开设有法律专业。一般政法性院校还设置有其他专业,这些专业学生都有选修法律课程的要求和计划。因此,本教材使用面极宽。

在多数高等院校中,国际商事仲裁法学是作为选修课性质安排教学计划的,因而课时量一般不超过36学时。这样,我们在编写教材时,没有追求大而全的编写方式,而是根据课时量选取主要内容组织编写。考虑到仲裁法学是一门实践性很强的课程,在本科阶段不宜作过多理论探讨,应侧重能力培养和实践需要,因而教材篇幅不宜太长,选取精练内容,辅以部分阅读材料比较合适。

作为教材,应当以有利于学生掌握知识的方式组织编写,不能为了追求理论或体系的严谨而牺牲可读性。故本教材避免从概念入手介绍仲裁知识的模式,即使有需要掌握的名词,也多以描述的手法进行解释,对于存在理论争论的问题,设“阅读与思考”部分介绍。每章不刻意追求每节之间的内在逻辑联系,而是按照需要介绍的知识分布情况撰写相关内容。

在内容的编写上,我们采取了与其他教材不同的方式,按照需要讲授的内容和知识,在书中分别以中英文表述。从语言表述看,跳跃性较大,但有利于学生掌握系统的法学知识内容,以免遗漏部分内容。相对于其他部门法学而言,国际商事仲裁法学的外文专著和教材在英语语言上没有特别晦涩难懂的词汇和语法结构,但仲裁实践中使用英语的可能性很大。这个特点要求我们在编写双语教材时给予充分考虑,不能刻意缩减英文部分内容,而是要精选或编写与中文部分密切相关的英文材料。在阅读材料方面,保持节选文章的英文原貌,帮助学生在理解正文知识的基础上提高专业英语阅读能力,适应英语原版教材的风格,熟悉有关专业词汇和语法。

本教材由刘晓红和袁发强担任主编,王冠、马莉君、李俊美、姚竞燕、胡君、张永飞、陆雅丽、史忠辉、张雪、李海跃、葛丽霞、孙笑、倪鑫、方美玲、洪一帆、李晓蕾等承担了本书的编写工作。杨玲、范铭超、黄志瑾承担了本书的校对工作。

编写这样的双语教材是我们的初步尝试,虽然几经审稿和校对,书中仍可能存在错误和不当的地方,希望能够得到读者和同行的批评指正,为今后编写类似教材提供有益经验。

编 者

2009年9月14日

目 录

第一章 国际商事争议概述	1
第一节 争议及争议解决方式	1
第二节 国际民商事争议解决方式	6
第三节 国际商事仲裁	13
第四节 国际商事仲裁的发展趋势	23
阅读材料	32
思考题	37
第二章 有关仲裁的法律与规则	38
第一节 国内立法	39
第二节 国际立法	63
第三节 仲裁规则	75
阅读材料	86
思考题	91
推荐阅读	91
第三章 国际商事仲裁的法律适用	93
第一节 国际商事仲裁程序的法律适用	94
第二节 国际商事仲裁实体问题的法律适用	108
第三节 国际商事仲裁裁决撤销与执行中的法律适用	119
案例	131
阅读材料	139
思考题	141
推荐阅读	142
第四章 国际商事仲裁协议	143
第一节 国际商事仲裁协议概述	143
第二节 国际商事仲裁协议的表现形式	149
第三节 国际商事仲裁协议的法律要件	151

第四节 国际商事仲裁协议的继受	162
阅读材料	169
案例	172
思考题	178
推荐阅读	178
第五章 仲裁员与仲裁庭	180
第一节 仲裁员的资格与选任	180
第二节 仲裁庭组成	190
第三节 仲裁庭的管辖权	201
第四节 仲裁庭的权力(利)和义务	215
案例	229
阅读材料	233
思考题	236
推荐阅读	237
第六章 国际商事仲裁程序	238
第一节 国际商事仲裁程序概述	238
第二节 国际商事仲裁程序启动	240
第三节 国际商事仲裁审理过程	248
阅读材料	262
思考题	269
推荐阅读	270
第七章 国际商事仲裁裁决	271
第一节 国际商事仲裁裁决概述	271
第二节 国际商事仲裁中的临时性保全措施	280
第三节 国际商事仲裁裁决的效力与撤销	289
案例	302
阅读材料	307
思考题	316
推荐阅读	316
第八章 国际商事仲裁裁决的执行	317
第一节 概述	317
第二节 涉外仲裁裁决的执行	322
第三节 外国商事仲裁裁决的执行	328

第四节 我国区际仲裁裁决的执行	339
案例	348
阅读材料	352
思考题	359
推荐阅读	360
附录 仲裁法律与规则	361
一、国际法制部分	361
二、国内法制部分	400
三、仲裁规则部分	422

第一章 国际商事争议概述

第一节 争议及争议解决方式

一、什么是争议

在漫漫的历史长河中,我们一直向往一个没有争议、没有纠纷,人人富足、宁静祥和的桃花源式的社会。但现实生活中的真实情况总是与我们理想中的情景相去甚远,生活中总是存在各种各样的争议。而争议的产生又总是给人们的生活带来种种的烦恼与不便。这样,问题便产生了:争议是从人类产生那一天起便有的么?争议是如何产生的呢?

争议也称为争端、争执,是有关当事人各方对于相互之间的权利、义务有不同的主张。争议的产生可以归结为两种原因:利益冲突和认识分歧。这两种原因是从两个角度进行分析的,一个是物质层面的,另一个是精神层面的。在物质层面上,各方存在利益冲突,资源的有限性和人们需求的增长产生冲突,争议也就无法避免;在精神层面上,各方也可能存在认识分歧,对某个问题各方会有不同的见解,这些不同的见解也会导致争议的产生。

首先我们讨论物质层面的利益冲突。经济利益(或称为物质利益)是利益这个大概念中的核心内容,人们的活动都是围绕经济利益进行的,政治利益也是用来实现经济利益的手段。经济利益冲突的根源在于社会财富不丰裕,社会财富的有限性和经济资源的稀缺性与人们不断增长的需要产生了矛盾,使得利益冲突成为一种必然。所以,只有在社会财富极端丰富,而且在人们的需求得到满足的情况下,争议才有可能减少或者避免。但这种说法也不绝对。上述情况下只可能避免物质层面上由利益冲突引起的争议,另一种精神层面的争议则不能避免,因为不同的人看待问题的角度不同,不同的人由于自身经验、认识水平以及客观条件的限制,对同一个问题会有不同的看法,由此会导致认识上的分歧,这种分歧所导致的争议是纯粹的、观念上的争议。比如在中世纪,由于科学技术和人们认识水平上的局限性,有的人认为天是圆的,地球是方的;也有人认为天是方的,地球是圆的。这种认识分歧都是与经济或物质利益无关的、单纯的观念上的不同,无论生产力发展到何种程度,无论社会资源多么丰富,这种观念上的认识分歧都是无法避免的。所以说,争议产生的两大方面原因便是利益冲突和认识分歧。

The question, "what is a dispute?" should be understood as, "what are the various phenomena that can be thought of as a dispute?" Because the idea of dispute implies something in contention, "dispute" and "problem" are not synonymous. This following will articulate some conceptions of "dispute." They are not mutually exclusive, and any contentious situation is likely to be a dispute in multiple senses.

1. Conflicts of Wills (Desires, Intentions). Considering two children quarreling over a toy. Depending on their development, they may rationalize their positions by claims of right, but the underlying matter is a conflict of "wants." Conflicts of wills are resolved when disputants' wills are modified or when circumstances effect a disengagement (for example, the children are sent to their rooms). A definitive resolution of a question of legal rights may not resolve parties' conflict of wills.

2. Argument/Disagreement. For example, "when does life begin?" or "what is 'the right to bear arm'?" It is this sense of dispute that dominates dictionary definitions.

3. Unsettled Relationships. Marital and labor management disputes are, only most obviously, likely to be this kind of dispute in some of their aspect.

4. Conflicting Views/Intentions Regarding Future Relations. In this conception, a version of unsettled relations, the dispute may be formal (for example, in contract negotiation) or informal (for example, a dating couple breaking up because only one of them wants to continue).^①

利益冲突和认识分歧可以导致争议的产生,此时的争议是通常意义上的纠纷或争执,并没有上升为法律争议。一种简单的争议上升为法律争议是需要特定条件的。例如,夫妻间的吵架只是简单的争议,可能是由于双方感情不和而引起的小纠纷,此时的争议并不是法律争议,但当吵架变得严重,一方主张离婚时,这种争议就上升为法律争议了,特别是离婚时要涉及财产分割和子女抚养的情况下,即涉及双方权利义务的产生、变更以及消灭时,这种法律争议便需要通过合适的方式进行解决,较为常用的争议解决方式包括协商、调解、诉讼以及仲裁等方式。

^① See Edwin H. Greenebaum, *Lawyers' Agenda for Understanding Alternative Dispute Resolution*, Indiana Law Journal, Summer, 1993.

二、什么是民商事争议

民商事争议又称为民商事纠纷,是指发生于平等主体之间,以民商事权利义务为内容的社会纠纷。一般而言,民商事争议是因某一方或者双方当事人违反了民商事法律规范或者约定而引起的。当事人认为对方违反规定或约定的行为,侵害了自己的民事权益,从而采取行动要求得到某种形式的弥补,这样,民商事争议就产生了。

民商事争议的主要特点在于:首先,它发生在平等的民商事主体之间,包括自然人与自然人之间、自然人与法人之间或者法人与法人之间。其次,这种争议是限于特定范围内的,可以由民商事法律规范予以调整的争议。在各种各样的社会关系中,有很多是法律所不能踏足的领域。比如说对于那些同乡、同学、恋人之间的人际关系,还有宗教团体内部的各种联系,法律就显得无能为力。最后,民商事争议是以某一民商事权利义务关系为焦点的。争议的内容往往就是针对谁应该享有哪些民事权利,谁又应该承担哪些民事义务的争论。

民商事争议可以通过两种渠道解决:一种是争议主体依靠自身的力量自行解决民商事争议,比如通过和解、协商等方式,这类解决方式又称为私力救济;另一种是争议主体依靠社会或国家的力量解决争议,维护自己的权益,比如通过诉讼、仲裁等方式,这类解决方式又称为公力救济。私力救济作为一种古老的纠纷解决方式,起源于人类趋利避害的本能和初民社会无政府状态。在国家 and 法律出现之前,私力救济是人们解决纠纷的唯一手段。随着人类社会的不断发展,在权利救济与制裁当中,国家公权力逐渐强化,公力救济逐步取代了私力救济而占据了主导地位。但是,私力救济在现代社会中依然大量存在。这两种渠道中的某些方式日渐式微,而某些方式又方兴未艾。在现代社会,民商事争议主要通过四种方式得到解决:协商、调解、仲裁、诉讼。这其中,以仲裁方式解决民商事争议在世界范围内得到普遍承认和运用。

三、什么是国际民商事争议

从字面理解,国际民商事争议的特点体现在“国际”二字上,如民商事争议的主体在不同国家,或者主体之间权利义务的产生、变更、消灭的事实发生在不同国家,或者主体间交易的标的物在国外等。国际民商事争议的主体位于不同国家仅仅是从住所或经营场所来划分的,当事人的国籍并不是主要参考因素。对于一项民商事争议,在当事双方位于一国国内时,它仅仅是国内的民商事争议;倘若当事双方位于两个不同国家,民商事争议便发展为国际民商事争议。当今的世界,人们享受着高科技所带来的便利,活动范围已经不是前人可以比拟的

了。人口流动的速度与广度空前加大,民商事交往不再局限于单一的国家,而是趋向于国际性,国与国、一国国民与他国国民之间的交往增多,在这些纷繁复杂且密切的合作与交往中,逐渐形成了一定的游戏规则。这些规则中,有些已经被大多数国家制定为法律,有的则是在国际民商事交往和合作中新产生的并为国际社会所认同。有规则就应遵守,当然也会有破坏规则的现象发生。这种破坏行为或者出于故意,或者出于对规则理解的不一致,或者该问题本身还没有规则进行规制,但是无论如何,有破坏,争议就会随之而来。这些争议有的能够受到法律评价(包括广义的国际惯例、公约、各国有关法律规范等),有的不能受到法律评价,这主要取决于各国和国际社会的价值观念、利益要求以及对该问题的重视程度。我们将这种发生在国际民商事领域的,能够受到法律评价的纠纷称为国际民商事争议。

不同国家间民商事交往的形式和内容多种多样,包括民事交往,如婚姻、抚养等;也包括经济交往,如货物买卖、服务提供等。在国际商事实践中,大多数国际商事交易行为能够顺利完成,但事实上,相当多的交易会发争议或纠纷,虽然产生争议或纠纷的原因各有不同。各国无不采取措施减少或解决这种争议或纠纷,以维护交易人的正当合法权益。国际商事争议是纷繁复杂的,解决的方式也多种多样,但比较广泛采用的还是诉讼、仲裁以及 ADR 等方式。

International commercial disputes occur for a number of reasons. Most, however, stem from difficulties in communication. Although miscommunication is possible in any business relationship, domestic or international, when parties come from different countries the risk of communication failure increases exponentially. This is because of the added cultural component.

The more dissimilar their cultures of origin, the greater the potential for inaccurate perceptions, strong emotions and misunderstandings between parties when they attempt to form a relationship or negotiate a dispute. Culture, including language, is the acquired knowledge that members of a given community use to subconsciously interpret their surroundings and guide their interaction with others. Individuals from the same culture use their shared background to decipher each other's statements and actions. The overall disparity between Japanese and American cultures makes it especially hard for commercial parties from these nations to understand each other. As a result, the potential for the eruption of disputes between them is substantial.^①

^① See Andrew Sagartz, Resolution of International Commercial Disputes: Surmounting Barriers of Culture without Going to Court, Ohio State Journal on Dispute Resolution, 1998.

国际民商事争议与国内民商事争议相比,其根本特点在于它的国际性。由此衍生而来的特点是:

第一,冲突的国际关注性。由于国际民商事争议涉及两个甚至多个国家的自然人或法人,如果得不到妥善解决,私人之间的纠纷很有可能导致国家政府之间结怨,甚至产生国际争端。因此,国际范围内的关注在所难免。

第二,调整规范的多元性。当一个国际民商事争议需要得到解决时,往往会适用国际条约和国际惯例。另外,冲突规范也起到指引作用。在法律适用的选择中,当事人的意愿受到重视。

第三,救济手段的多样性。国际民商事争议的当事人可以选择诉讼、仲裁以及 ADR 等方式解决争议。由于国际商事仲裁固有的程序简便、保密、操作快捷等特点,它在商人们中间有相当大的影响力。除此之外,当事人还可以通过调解或者自行和解等 ADR 方法解决争议。这种由当事人协商的方式虽然出自不同当事人的不同动机,可能还包含当事人企图回避审判等情况,但仍不可忽视这些诉讼外争议解决方式的重要性,这一点在下文将有详细论述。

四、争议解决处理方式多元化

解决国际民商事争议的方式多种多样,概括起来主要有协商、调解、仲裁和诉讼四种:

1. 协商和调解方式:这样两种方式在程序上基本一致,而且它们的主要精神都在于友好谈判,互谅互让。协商是指有争议的双方当事人签订协议之后,心平气和地商量解决问题,在这个过程中,有可能有第三方的参与,而这个第三方只是在某些环节中提出一些建议或者缓和一下现场气氛,总之是一种间接的促进作用。而调解的不同之处在于调解人会提出解决方案。在调解中,第三方协调是最为重要的解决争议的步骤,双方当事人达成的协议中承认了第三方的这种更为主动的参与方式。

2. 仲裁:指纠纷主体根据双方协议,将争议提交第三方,由第三方居中裁决的一种方式。仲裁有着比诉讼更为悠久的历史。如果当事人双方不愿协商、调解,或者协商、调解不成的,可以根据双方当事人在合同中的仲裁条款或者事后达成的书面仲裁协议,提交常设仲裁机构或临时仲裁庭,以解决双方的纠纷。下文将对仲裁作具体阐述。

Arbitration is a device whereby the settlement of a question, which is of interest for two or more persons, is entrusted one or more other persons—the arbitrator or arbitrators—who derive their powers from a private agreement, not from the authorities of a State, and who are to proceed and decide the case on the basis of

such an agreement.^①

3. 诉讼:其实质是由特定的国家机关,在纠纷主体的参加下,处理特定的社会纠纷的一种最权威最有效的机制。诉讼的特点主要包括:一是国家强制性,诉讼是法院凭借国家审判权确定纠纷主体双方之间民事权利义务关系,并以国家强制执行权迫使纠纷主体履行生效的判决和裁定。二是严格的规范性,诉讼必须严格地按照法律规范进行。

When an international commercial dispute arises, litigation is usually the least appealing method to resolve the conflict. The extensive, well-documented problems with litigation of ordinary commercial disputes include high cost, the likelihood of injury to the underlying commercial relationship and the uncertainty of the outcome. International transactions, however, carry an additional set of interrelated problems, such as forum shopping, procedural complexities, enforcement, added costs and sovereign immunity.^②

第二节 国际民商事争议解决方式

在国际民商事关系中,由于不同的当事人或当事方有着不同的人身或者经济利益,同时不同的当事人处在不同的地理位置,拥有不同的文化背景、价值观念和法律观念,特别是从民商事关系的产生、实施,再到完成,有一个主客观情况不断变化的过程,国际民商事争议由此而产生。为了维护当事方合法的和正当的权益,为了保障国际民商事活动的正常进行,为了促进国际社会经济文化关系的不断发展,各国法律、各国政府及有关国际组织等,都积极鼓励有关当事人通过适当途径和方式解决国际民商事争议。国际民商事争议的解决方法一般而言有四种,即协商、调解、仲裁、诉讼。这四种不同的方式具有各自不同的特点、作用和效果。

一、诉讼

诉讼是一种常见且古老的争议解决方式。当私有制发展到一定程度,为了保护新的社会关系,缓和日益激烈的阶级斗争,国家便应运而生,进而体现国家意志的法律被制定出来,为了保障社会秩序的稳定,法院等国家强制机构也建立起来,诉讼也就随之产生。

^① See Rene David, *Arbitration in International Trade*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1985, p. 5.

^② See Andrew Sagartz, *Resolution of International Commercial Disputes: Surmounting Barriers of Culture without Going to Court*, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 1998.

对于大多数的国内争议,当事方都会选择诉讼的方式来解决。诉讼方式在解决国内争议方面的优势在于,法院对案件审判并作出公正的判决,这种审判具有权威性,能够产生拘束力而得以执行,可以保证当事双方权利义务的实现。而在国际民商事争议中,选择诉讼方式的较少,其主要原因也是在于裁决的执行上存在问题。对于国际民商事争议,若选择了诉讼的解决方式,当一国法院作出判决后,往往会存在判决需要在另一国进行执行的问题。但由于各国法律体系以及政治、文化等方面存在诸多差别,且国际层面并不存在民商事判决自由流通的条约机制,因此一国的民商事判决在他国并不一定能够得到承认和执行,这就给当事方权利义务的实现带来极大困难。所以在国际民商事交往中,当事人通常会考虑到诉讼解决争议可能带来的风险。

国际民商事诉讼是解决跨国争议的一种方式,但不是唯一的方式,其他诸如仲裁、调解等方式也占有举足轻重的地位。国际民商事诉讼可以分为国际民事诉讼和国际商事诉讼两部分。国际民事诉讼是解决跨国民事争议的一种方式,跨国民事争议包括由跨国婚姻关系、跨国抚养关系等引起的争议,解决这类争议的诉讼被称为国际民事诉讼;国际商事诉讼是解决跨国商事争议的一种方式,跨国商事争议包括由国际货物买卖、国际服务提供等商业行为引起的争议,解决这类争议的诉讼被称为国际商事诉讼。国际民事诉讼和国际商事诉讼在处理国际争议的早期起着同样重要的作用,但随着国际交流的发展和国际贸易的强化,国际民事诉讼和国际商事诉讼在处理两类争议时的地位发生了变化。在当今世界,国际民事诉讼在处理跨国民事争议时仍占据重要地位,跨国民事争议的当事方在争议发生时仍会较多地选择诉讼这种争议解决方式;而国际商事诉讼在处理跨国商事争议时的地位则显得不那么重要,跨国商事争议的当事方在争议发生时不会单一地倾向诉讼这一解决方式,他们可能会选择协商、调解的方式,更多地则会选择仲裁这种解决方式。造成这种现象的原因有很多种,主要的原因在于仲裁这种方式给予当事方很大的自由度,当事方可以自己选择仲裁规则,可以自己选择仲裁员,可以自己选择仲裁所适用的法律,同时仲裁裁决的执行也存在一定的便利性,各国一般都不排斥仲裁裁决的执行,仲裁的这些优势博得了当事方的青睐,使得仲裁超过了诉讼,成为解决国际商事争议的最重要解决方式。

二、替代性争议解决方式

替代性争议解决方式这一术语是由英文 Alternative Dispute Resolution 而来,简称为 ADR。这一名称源于美国,而后在欧洲大陆各国、日本、韩国、澳大利亚等国广为盛行。它原来是指 20 世纪逐步发展起来的各种诉讼外纠纷解决方式,现已引申为对世界各国普遍存在着的、民事诉讼制度以外的非诉讼纠纷解决程序或机制的总称。这一概念既可以根据字面意义译为“替代性(或代替性、选择

性)纠纷解决方式”,亦可根据其实质意义译为“审判外(诉讼外或判决外)纠纷解决方式”或“非诉讼纠纷解决程序”或“法院外纠纷解决方式”等。ADR 观念的广泛传播始于 20 世纪 70 年代,但运用 ADR 解决纠纷的思想古已有之,如我国儒家的“礼”治思想即可追溯到春秋战国时期。当今国际社会比较常见的替代性纠纷解决方式包括协商、调解、微型审理以及监察员制度等。下面对重要的 ADR 方式作简要的介绍。

(一) 协商(Negotiation)

协商是指在国际经济交往活动中发生纠纷时,由争议双方当事人自愿互谅的基础上,直接进行磋商,自行解决纠纷,不需要任何第三者的参与,在不损害双方关系的基础上,互谅互让地解决争议。在这种方式下,双方通过谅解和让步,最终达到双方都可以承受或接受的结果,是一种较为理想的争议解决方式。

(二) 调解(Mediation)

调解是指第三者应争议双方当事人的请求,通过尽量协调双方的分歧,而不是作出有约束力的决定的方式解决当事人之间争议的方法。调解是 ADR 中较为常见和重要的一种形式。

Among the various alternative dispute resolution methods, mediation stands out as particularly advantageous. Mediation has several special features, including its informality, its flexibility and its completely voluntary and non-binding nature, that make it preferable not only to litigation but often to other alternative means of dispute resolution as well.^①

(三) 微型审理(Minitrials)

微型审理一般是由第三方以及争议双方各自指派的一人组成微型审理小组。各方就这一过程的根本规则达成协议,严格限制提交的文件数目以及各方准备陈词和陈述意见的时间。在指定的听证日期(一般不超过两天),先由双方分别陈述意见,再由分别代表争议双方的人员(如各自的法律顾问)自行碰头力图达成协议。当事方如有要求,中立方将就争议若进入诉讼阶段最可能产生的结果给出口头意见。在此基础上,争议双方再度进行磋商以寻求解决方案,整个过程是非公开的。微型审理有时又被称为妥协调判,带有模拟诉讼的特点。

A minitrial can be an effective way for large institutions to resolve disputes. A minitrial's main advantage is that it forces senior officials in institutions to focus on a dispute and settle it early, thus saving the parties a significant amount of money.

In a minitrial, each attorney engages in a truncated discovery process and then

^① See Kenneth R. Feinberg, Mediation—A Preferred Method of Dispute Resolution, Pepperdine Law Review, Spring, 1989.

presents a summary case to a specially constituted panel. The panel consists of a neutral advisor and a senior official from each party's organization who has not been involved in the underlying dispute and who has the authority to settle the dispute.

After hearing both sides of the case, the senior officials try to negotiate a settlement. If they reach an impasse, the neutral advisor may try to mediate a resolution. If unsuccessful, the advisor might advise the parties of the likely outcome if the case were to go to court. With this additional information, the senior officials would continue to negotiate. If they again reach an impasse, the parties may suspend any litigation for an additional cooling-off period and if no settlement is reached, turn back to the courts for resolution. But, the parties are now much further along in preparing for trial.^①

(四) 简易陪审团审判(Summary Jury Trial)

简易陪审团审判发源于英美法系,它通过民事陪审团的介入促进在司法审判中解决争议。目前,简易陪审团审判在美国是相当普通的司法实践。在这种解决争议的模式中,陪审团在任何官方听证会举行之前,听取各方当事人的简要陈述,并作出一个建议性的裁决(Advisory Verdict)。该裁决可能会构成当事人进行谈判磋商的基础,从而使当事人免于陷入冗繁费时的法院诉讼。

Summary jury trials can be effective in cases in which parties differ substantially in how they think juries will react. Like minitrials, summary jury trials consist of abbreviated discovery and summary presentations of cases. However, the cases are heard by real juries in real courtrooms under the supervision of real judges. The jury even renders a verdict though a non-binding one.

Like minitrials, summary jury procedures also force parties to focus on cases and settle them early, saving the parties considerable money. This occurs because new information and insights are generated early which the parties can factor into ongoing negotiations. The information and insights are generated when the parties are preparing their summary presentations, observing the reactions of the jury and evaluating the jury's non-binding verdict.

The procedures for a summary jury trial were developed by Judge Thomas Lambros of the Northern District of Ohio in 1980 and have since been used in several states including Ohio, Michigan, Massachusetts and Florida. To the best of my

^① See Harold I. Abrahamson, A Primer on Resolving Disputes: Lessons from Alternative Dispute Resolution, New York State Bar Journal, March/April, 1992.