

汕头大学长江谈判与争议解决中心(CKND) 中国人民大学纠纷解决研究中心(DRRC) 组织



纠纷解决原理与实务系列教材

SERIES TEXTBOOK ON DISPUTE RESOLUTION PRINCIPLES AND PRACTICE

商事纠纷调解实务



中国国际贸易促进委员会/中国国际商会
调解中心主持编写

主 编 徐 伟 杨华中

副主编 王承杰 程 慧

执行主编 杨晓蕾

清华大学出版社



汕头大学长江谈判与争议解决中心(CKND) 中国人民大学纠纷解决研究中心(DRRC) 组织

纠纷解决原理与实务系列教材

SERIES TEXTBOOK ON DISPUTE RESOLUTION PRINCIPLES AND PRACTICE

商事纠纷调解实务

中国国际贸易促进委员会/中国国际商会
调解中心主持编写

主 编 徐 伟 杨华中

副主编 王承熙 程 慧

执行主编 杨晓蕾

清华大学出版社

北 京

内 容 提 要

作为一本专为法学院校的学生和实务工作者撰写的以调解、ADR 方式化解商事纠纷的专业书籍,《商事纠纷调解实务》致力于将纠纷解决的基本原理和实务技能相结合,注重将国际经验、模式与我国多元纠纷解决的现实需求及运行机制相互渗透、学习借鉴。在广泛剖析社会、历史、文化等因素对纠纷形成的影响及人们对解决纠纷采取的态度后,积极探索在诉讼外通过灵活、高效、互利共赢的调解方式息讼止争,构建和谐的经贸环境和社会关系。

本书分上下两篇,上篇介绍了商事纠纷与调解的概况,展现作为调解主体的调解员和当事人,如何在调解程序中去挖掘共同利益,通过充分的协商谈判,实现和解。下篇为实务篇,通过以案说法,讲述调解中需要掌握的控制程序、打破僵局与促进和解的技能、方法。从而实现全面提高人们对调解等非诉讼方式化解纠纷的认识、接受和运用能力。

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

商事纠纷调解实务 / 中国国际贸易促进委员会,中国国际商会调解中心主持编写. —北京:清华大学出版社,2013.1

(纠纷解决原理与实务系列教材)

ISBN 978-7-302-30218-6

I. ①商… II. ①中… ②中… III. ①经济纠纷—调解(诉讼法)—中国—教材
IV. ①D925.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 228446 号

责任编辑:李文彬

封面设计:傅瑞学

责任校对:宋玉莲

责任印制:沈 露

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编:100084

社总机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者:三河市金元印装有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:170mm×240mm 印 张:21 字 数:429 千字

版 次:2013 年 1 月第 1 版 印 次:2013 年 1 月第 1 次印刷

印 数:1~3000

定 价:39.00 元

纠纷解决原理与实务系列教材

编审委员会

(按姓氏音序排列)

蔡彦敏	程 慧	丁相顺	范 愉	冯玉军	傅郁林	郭文杰
郝银钟	韩大元	胡红玉	江 伟	蒋惠岭	金俊银	李 冰
李 浩	李文彬	刘荣军	彭文浩	齐树洁	邱星美	史长青
汤维建	王福华	王亚新	王承杰	肖建国	肖建华	徐 伟
徐 昕	杨华中	杨晓蕾	章武生	赵旭东	朱景文	

作者简介

徐伟,西北政法大学法学学士,中国人民大学民商法硕士。曾在甘肃省兰州市中级人民法院、中共兰州市委、中国国际贸易促进委员会经济信息部工作,曾任兰州市中级人民法院副院长,中共兰州市委统战部部长、纪委书记,中国贸促会经济信息部部长。具有长期司法实践经历和地方党政工作经验。现任中国贸促会法律事务部部长、中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员。

主要学术成果:合著《诉讼心理学》,发表专业性文章三十余篇。

杨华中,1983年大学毕业参加工作。曾任中国国际贸易促进委员会办公室处长、会务部副部长、法律事务部部长。担任中国贸促会/中国国际商会调解中心主席、中国国际经济贸易仲裁委员会副主任。2007年作为最高人民法院多元纠纷解决机制改革课题商事调解子课题组组长,带领子课题组较好地完成了资料收集、国内外调研和课题研究报告的撰写以及提出法释建议等工作。其带领下的中国贸促会/中国国际商会调解中心及其下设在全国各地的分支机构积极开展商事调解与人民法院诉讼活动的有效衔接,使商事纠纷得到积极有效的化解。

主要学术成果:主编《国际商事调解文集》、《商事调解二十年》。

王承杰,厦门大学国际经济法学士,对外经济贸易大学法律硕士。曾在中国专利代理(香港)有限公司、(美国)ACB国际有限公司北京办事处、英国麦坚拿律师事务所(香港)工作学习,曾长期服务于中国国际经济贸易仲裁委员会并担任副秘书长一职。现任中国国际贸易促进委员会法律事务部副部长、中国贸促会/中国国际商会调解中心秘书长、中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员、贸仲委域名争议解决中心域名争议解决专家、商务部中国企业境外商务投诉服务中心专家、海峡两岸经贸协调会委员。在贸仲委任职期间经办了数百件国内外商事仲裁案件,其中作为仲裁员审理案件200余件,并成功调解了二十余起跨国经贸纠纷。

主要学术成果:组织编撰《中国国际经济贸易仲裁委员会裁决书选编(1995—2002)》([投资争议卷]、[货物买卖争议卷]、[金融、房地产及其他争议卷])、《中国国际经济贸易仲裁委员会裁决书汇编(1956—2000)》,组织编写联合国和世贸组织国际贸易中心(ITC)出版物《贸易秘密:中小企业出口问答》,参编《中华人民共和国仲裁法全书》,主编《仲裁与法律》。

程慧,女,中国贸促会/中国国际商会调解中心副秘书长、调解员、法律副研究员,联合国国际贸易出口管理咨询师。经济学学士,曾参加美国国际争议预防与解决协会、英国有效争议解决中心等外国机构举办的专业商事调解员技能培训课程,并获结业证书。具备较高的英文听说读写水平,具有调解涉外商事纠纷的丰富经验,负责中国贸促会调解中心与美国、意大利、英国、中国香港等国家或地区的争议解决机构的国际合作和学术交流、研讨活动及组织中、外调解员培训项目。参与中国调解法律、法规的制定工作,是最高人民法院多元纠纷解决机制改革课题商事调解子课题组成员。参与制定中国贸促会调解中心调解规则、中国—意大利联合调解中心调解规则、调解员培训及行为考察规定等。

主要学术成果:参编《国际商事调解文集》、编译《中美商业纠纷调解手册》等书籍。

杨晓蕾,女,中国人民大学法学学士,曾在最高人民检察院办公厅检察长办公室和铁路运输检察厅工作。现供职于中国国际贸易促进委员会法律事务部,任调解中心副处长,中国贸促会/中国国际商会调解中心调解员,中国人民大学多元化纠纷解决机制研究中心研究员,中国知识产权研究会知识产权保护专业委员会委员,《商事调解与ADR》杂志主编。

2007年作为最高人民法院“多元化纠纷解决机制改革项目”专题组及商事调解子课题组成员,完成了商事调解子课题的调研论证,撰写了万余字的调研报告并提出相关法释建议。近年来专注对诉讼与非诉讼相结合化解商事纠纷的理论研究和社会实践活动。应邀多次为展览会、企业培训会进行化解商事纠纷、防范法律风险做专题讲座。

主要学术成果:在《国际商报》、《中国贸易报》、《人民法院报》等刊物发表专业性文章二十余篇。

总 序

范 愉

这里奉献给读者的,是一套有关纠纷解决的系列教材,内容涉及纠纷解决原理,谈判(协商,negotiation)、调解(mediation)等非诉讼解纷方式和各种专门性纠纷解决机制方面的法律实务。教材的主题是古老的,但是作为法学院教育和法律实务部门的培训教材,又是全新的。教材所阐释的是现代的多元化纠纷解决机制,但同时也是对人类社会传统资源的一种继承与升华。

孔子云:“听讼,吾犹人也,必也使无讼乎。”作为一位现世的地方官吏,孔子在承担司法和纠纷解决职责时,也会像任何一位法官那样,遵循公平正义之道、按照法律规则和程序进行审理并作出裁判,而这一点往往会被人们所忽略。实际上,中国古代的孔子和美国现代的霍姆斯大法官一样,都承认诉讼是“必不可少的恶”——虽然恶,但必不可少。法律是为国家强制力保障的权利和义务,是人类行为的底线,由于社会存在利益纷争,存在各种形式的恶,存在不守法的人和行为,就需要国家司法机关通过诉讼主持正义,保护被恶所践踏和侵害的善,为缺少理性的纠纷当事人作出裁判,恢复被纠纷和冲突破坏的秩序,因此,诉讼是必不可少的。

然而,孔子在忠实于自己职责的同时,更满怀着对人类社会的一种悲天悯人的关怀,一种对诉讼的批判和社会责任感。他深刻地看到了纠纷与诉讼中的“恶”,确信这种以国家权力和法律规则为名义的、最正当、最权威的纠纷解决方式,存在着种种局限与弊端,远不如他毕生追求的中庸、和谐、宽容、仁爱等美德。因此,孔子的政治理想是通过道德教化和人类社会自身的努力使诉讼减少乃至于消弭。毋庸置疑,孔子的理想不仅在他所处的时代、而且在人类的漫长历史上从未实现过,即使在古代中国的熟人社会,即使在儒家伦理被奉为国学的时代,不仅大规模的社会冲突(如农民战争)总是阶段性地发生,而且在日常生活中,道德礼教也并不能阻止民间社会纠纷频繁、诉讼不断。自古以来,与“无讼”理想同在的,是载入史料的“健讼”、“缠讼”的事实;与官府不遗余力的“非讼”、“诫讼”之努力并行的,是没有终结的“上访”和“京控”文化。在今天社会转型、市场经济和法制建设进程中,随着权利意识的高涨、熟人社会的解体、利益冲突的加剧和价值观的多元化、道德失范、社会风险的增加,毫无疑问,纠纷和诉讼的增加不可避免。此外,不可否认,孔子在非讼的同时,没有正面肯定诉讼对于社会的积

极意义和价值,这种价值取向似乎与现代法治社会格格不入。对于深受法治理想话语侵染的现代公众、特别是法律人而言,诉讼的消失往往会被视为正义的消亡,他们不仅不可能信奉无讼理想,而且总要将其作为中国人权利意识淡漠、忽视法律、崇尚人治的经典证据。

实际上,对于孔子的思想内涵还可以作出一种辩证的理解或诠释。首先,孔子的非讼思想,不过是对诉讼的终极价值提出了批判,并没有不切实际地试图消灭纠纷,更没有以此推卸自己的职责;在当今社会,也有很多法官同样认为,依法裁判未必等于公平和正义,相比诉讼和判决而言,非诉讼或协商式方式解决纠纷往往具有更好的效果。其次,无讼的理想并非毫无依据的想象,事实上,在人类社会发展的不同阶段、不同地域(社区),都自然地存在着无讼的现象甚至“无需法律的秩序”(美国·埃里克森),通过道德教化、精神疏导、社会公平度的提高,有可能降低纠纷的密度和强度;依靠社区等共同体的自治、宗教戒律,自律机制等形成有效的治理,不仅有可能减少诉讼,而且可能最大限度地减少纠纷带来的风险和社会成本。即使在今天的中国,一些基层人民调解健康运行的地方,也能做到“小事不出村,大事不出乡镇”。最后,在人类社会,纠纷本身是不可能完全消除的,在复杂的现代社会形态下,诉讼作为特定纠纷解决方式的价值本身更是不容否定,但任何国家或地区,特别是基层或社区,确实可以将最大限度地减少诉讼作为治理目标,作为良好治理效果的标志,作为社会公正的指标,作为社会和谐的象征。当然,这种结果不可能通过禁止诉讼或压制诉求实现,而只能通过合理的风险预防和治理机制,以及在纠纷发生后的及时有效运行的协商和调解等非诉讼解纷机制,减少对国家权力以及强制性、对抗性和高成本的诉讼程序的启动和依赖。在这个意义上,无讼可以视为孔子提出的一种富有哲理和可行的治理之道,是一种在崇尚自然、情理、自治基础上形成的社会可持续发展理念。

尽管西方人并不奉行孔子的价值观和理想,但并不意味着他们都崇尚诉讼,律师出身的美国总统亚伯拉罕·林肯,一次在律师协会的演讲中告诫律师们:劝阻诉讼吧。尽可能地说服你的邻居达成和解。向他们指出,那些名义上的胜诉者实际上往往是真正的输家——损失了诉讼费、浪费了时间。律师作为和平的缔造者,将拥有更大的机会做个好人。其实,在西方法律传统中,诉讼也同样被视为一种“负价值”,并流传着各种谚语,例如,“诉讼会吞噬时间、金钱、安逸和朋友”(Lawsuits consume time, and money, and rest, and friend),“坏的调停胜于好的诉讼”(Un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès),等等。遗憾的是,正如美国法社会学家布莱克指出的那样,现代社会已经产生了对法律和诉讼的依赖症,人们选择诉讼往往并不是因为对它的认同或热爱,而是因为法律的触角已经渗透到每一个角落,并逐步将其他机制从人们的选择中加以排除。人类社会对和谐、协商、非对抗纠纷解决方式的崇尚,长期以来一直被法律人“为权利而斗

争”的口号所压抑,并被贬斥为前现代的社会意识。

20世纪60年代以后,世界各国在相对稳定与和平的发展环境中开始重新审视和反思法治与社会治理的规律,非诉讼纠纷解决方式(ADR)运动逐步成为一种世界潮流和全球发展趋势。追求非对抗、自治、效率、便利、参与、协商等价值的多元化理念,促成了大量新型纠纷解决机制的产生和传统调解机制的现代转型,乃至英国在世纪之交的民事司法改革中确立以减少诉讼为目标。如今,适应当代人价值观和利益的多元化需求,除了国家强制和法律诉讼之外,当事人可选择的程序和方式已经越来越多,法律与民间社会规范、诉讼与非诉讼、国家规制与社会自治之间的协调与融合也更加开放和丰富,而法律人在非诉讼领域也有了越来越多的用武之地和社会责任担当。

中国自近现代以来,尽管从未实现过的儒家“无讼”理想一直遭到各种进步思想的批判,但是调解却在各种意识形态和体制下保持着旺盛的生命力,这并不是因为中国社会保留着礼俗和中庸传统,毋宁说是由于近现代以来从西方国家移植而来的诉讼制度缺少与之匹配的程序公正理念、社会环境及文化,始终没有成为中国人实现正义的理想方式,在这种背景下,调解等非诉讼机制(也包括信访)作为一种替代性机制或解纷方式,可以在司法、行政和民间社会中发挥特殊作用,弥补法律和正式制度、资源的不足,成为社会秩序稳定发展不可或缺的一种缓冲、调节、更生机制。

另一方面,由于我国法制进程起步较晚,而司法体制和诉讼程序的现代化尚未完成,因此,社会对于法治的理解和宣传自始就带有强烈的理想甚至迷信色彩,在建构现代法律体系的进程中,社会和法律人都执著于诉讼的积极价值,而对其负面意义、局限性、成本和风险则三缄其口。在纠纷解决中,人们习惯将“法律途径”解释为诉讼或司法途径,并将其视为唯一正当、有效的解纷方式。将法律与国家规制和司法活动等同,将立法和司法视为法律与社会治理的全部。因此,在20世纪90年代的法制建设、普法和司法改革中,人们不断地对“无讼”理想大加鞭挞,而以诉讼取代调解一度成为社会的主流观念和法律人的理想。

然而,社会发展的规律和纠纷解决的现实是不依人的意志而转移的,当社会转型期纠纷的复杂性、多发性与法律和诉讼机制的危机相遇时,人们不得不承认,一方面,任何一个社会都不可能通过不断增加司法的量的供给,满足社会无限增长的需求,因为这种供求失衡不仅不可能根本上消除,而且可能会通过机制的便利而被更多地诱发,乃至陷入一种恶性循环和诉讼依赖;另一方面,即使进入诉讼程序,也未必能得到期待中的正义结果,而以高昂的成本赢得“零和”结果、乃至两败俱伤的结局屡见不鲜,更何况道德成本、关系破损、民间规范的失落和“案结事不了”等社会效应。正因为如此,非诉讼纠纷解决机制(ADR)的意义并不是仅仅为了应对所谓“诉讼爆炸”,即从量上扩大司法的利用,更重要的是人

们有了更多的选择和可能,使纠纷解决从国家和法律人的垄断下向社会开放,从事后的救济提前到预防与早期介入,让当事人、社会力量、专业人员等都参与其中,从而使纠纷解决更加经济、及时、合理,并兼顾法律与道德、情理和各种利益的协调,真正达到“案结事了”。这种多元化纠纷解决机制的理念,实际上是孔子的理想与现代法治社会的治理理念的交汇点。其目的不是为了全面取代或消灭诉讼,而只是对诉讼依赖和单一化思路的拨乱反正,重新认识和发挥调解等非诉讼机制的功能和价值。

随着 ADR 的发展及其影响的扩大,世界各国的纠纷解决研究和教育也在逐步普及和拓展。在司法、行政和民间性 ADR 协调发展的格局下,来自各种专业背景的调解人和仲裁员开始形成了一个新型职业群体。为此,许多专门性的纠纷解决学位课程、职业教育项目和培训应运而生,成为调解人或仲裁员资格准入的前提或职业保障。很多大学法学院开设了纠纷解决理论和实务技能课程,甚至已经将其列为必修课。而法官和律师职业群体,顺应多元化纠纷解决机制的发展和司法社会化趋势,不仅积极推动 ADR 与诉讼程序的衔接,自身也成为调解或和解的积极参与或推动者,并导致法律专业技能和职业伦理的重要转变。纠纷解决人员的职业化、专业资格准入和教育培训,尽管有着多元的价值、目标和路径,但共同之处在于,通过不断加强广大纠纷解决的实务工作者的职业伦理、行业自律和技能,提高非诉讼纠纷解决机制的公信力和实际功能,使社会公众和当事人熟悉、信任、乐于选择 ADR 解决纠纷,推动其扩大和普及,并由此实现社会的多元化和善治。因此可以说,纠纷解决教育和培训是打造善治基础的一项社会工程。

近年来,在建构和谐社会和科学发展观的背景下,我国多元化纠纷解决机制进入了一个新的发展阶段。司法机关、行政机关、仲裁机构、各种民间社会组织和行业组织以及传统的人民调解组织都在适应当代社会纠纷解决的实践需要,不断创新机制、完善程序,提高纠纷解决的技能和规范性。为此,调解等纠纷解决业务和技能培训的需求不断增加,标准不断提高,而法律院校也开始在法律硕士培养方案中将法律谈判课设立为实践必修环节,标志着非诉讼纠纷解决实务课程即将开始全面进入法律教育领域。

然而,众所周知,中国自古以来就重视书本知识和学历教育,而对于经验、技能的总结、传承则相对鄙视,实务教育与培训历来十分薄弱。在学术性和体系性法学教育中,各种实务技能并未获得应有的重视,迄今为止,国内绝大多数法学院系尚未真正展开纠纷解决课程,仅有一些侧重讲授原理和制度、法规的“调解法学”或“调解学”课程,由于脱离实践,法律学生很难由此获得对非诉讼纠纷解决机制的价值认同、知识、兴趣和行为规范,遑论成为调解或纠纷解决的能手。而实务界同样缺乏高水准的纠纷解决培训教材,在多数调解培训中,或者以介绍

实体法和现行制度为主,或者直接采用国外的调解教材和教学模式,由于缺少针对性和中国实践特色,效果往往不尽如人意。

针对我国纠纷解决培训的实际情况,“汕头大学长江谈判与争议解决中心”(CKND)和“中国人民大学法学院纠纷解决研究中心”(DRRC),组织国内一些相关专家学者,并参考实务部门的培训需求和经验,编写了这套纠纷解决专门教材。“汕头大学长江谈判与争议解决中心”(CKND)为本套教材的编写、出版提供了资助,为此,教材编审委员会和出版单位深表感谢。

这部系列教材的策划和推动者都是我国大学法学院最早成立的纠纷解决研究机构,始终致力于为我国多元化纠纷解决机制的理论研究、实践、教育培训和制度建构作出贡献,近年来与法院、司法行政部门、仲裁、人民调解、各专业领域、行业协会以及从中央和地方的不同行政机关,实务部门和民间社会团体展开了全方位的合作,在理论研究、立法、司法解释和制度建构、创新,以及实务培训等方面进行了大量的尝试和努力,取得了诸多成果。我们合作开发的这套系列教材,原则上定位为研究生和本科生的必修或选修教材,同时能够作为其他有关实务部门的培训教材。编著者在编写中注重理论体系与实务技能培训相结合,国际标准与中国纠纷解决的实际相结合,在教材内容上兼顾原理、制度、法律与实务技能,适应法学院教育及实务部门调解培训的需要和各自的特点。注意根据我国国情和实际,社会主体和当事人的行为方式、文化传统和价值观,针对我国法学院学生及实务工作人员的知识结构和实际需要,设计教材的内容和重点。教材具有独创性和前沿性,根据法律制度、纠纷性质、纠纷解决的专门化或专业性、程序和方式等不同标准,形成有区别但又相互关联的教材体系。同时,注重研究借鉴当代世界各国ADR理论与实践经验,充分反映国际最新信息和研究成果,力图使其达到国际同类教材的水准,但力戒盲目照搬和简单模仿。

我们衷心希望,这部教材能为在我国普及多元化纠纷解决机制的理念、传播和系统阐释非诉讼纠纷解决原理、促进各国纠纷解决制度和经验的交流借鉴、提高法律学生和实务工作者的操作技能作出应有的贡献。

序 一

调解作为一种独立的争议解决方式,日益为国内和国际社会重视和采用。人们普遍认为,调解可以为需要解决纠纷的人们提供许多便利和好处,包括对争议解决过程和结果的控制,以及时间短、费用低,具有创造性的解决方案和相对较小的风险。调解甚至可以克服沟通和文化障碍,调整和改变个人或机构之间的关系。

近年来,我们在与国内外同行的交流切磋中,愈发深切地感到,东方的调解历史文化底蕴丰富厚重,但法律支持相对薄弱;西方的调解虽无丰富的历史文化积淀,但在法律适用和司法支持方面却颇具力度。为此,相互学习,取长补短就显得尤为重要。

汕头大学长江谈判与争议解决中心(CKND)与中国人民大学纠纷解决研究中心(DRRC)组织编写的这套纠纷解决原理与实务系列教材,是在调解与ADR(替代性纠纷解决方式)的发展及其影响不断扩大、世界各国纠纷解决研究和教育逐步普及、国内外法学界对非诉讼纠纷解决理论与实践的研究有待不断创新和发展的情况下应运而生的。可以说,它来的正是时候,对于我国多元纠纷解决机制的建立和完善,从理论和实践上提供了重要依据。

《商事纠纷调解实务》作为系列丛书之一,是由中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心负责编写的。中国国际商会调解中心作为我国第一家专门从事涉外法律服务的专业调解机构,在20多年的商事纠纷调解实践中,先后为50多个国家或地区的当事人化解了万余件商事纠纷,赢得了国际社会和中外企业的广泛好评。

多年来从事商事调解工作的同志们,一直想把工作中的心得体会、典型案例编纂成书,为商事调解在中国的发展,为调解机制在国际社会的广泛应用献上绵薄之力。当这个机会到来的时候,他们很珍惜、也很努力,把自己亲手培养长大的“孩子”交给社会,接受洗礼和检验。

作为一本专为法学院校学生和实务工作者撰写的以调解、ADR方式化解商事纠纷的专业书籍,本书重点研究社会、文化、历史等因素对纠纷形成的影响和解决纠纷的多元机制。积极探索商事调解等非诉讼方式化解纠纷的重要作用、方法和手段,致力于将纠纷解决的基本原理和实务技能相结合,注重将国际经验、模式与我国纠纷解决的实际需求及可行性相衔接。在全面、客观地分析我国国情,吸收借鉴国外经验的基础上,依据国人的行为方式、价值取向、解决冲突的意愿等内容,设计出适合本国特点的纠纷解决产品和服务手段,创新和发展纠纷

解决理论,提高社会公众和广大企业对调解等非诉讼纠纷解决机制的熟知、认可,推动 ADR 解决纠纷的扩大和普及。

全书共十一章,约 30 万字,分上、下两篇。由姜丽丽、唐俊、程慧、杨晓蕾、尹秀超、张萌、王承杰、孙保国、陈希佳、何贵才同志编写,上篇从商事调解的概念着手,通过介绍商事调解机构、商事调解员、商事调解当事人,逐步引入商事调解所涉及的各个主体,并简明扼要地介绍了商事调解的程序和效力。上篇有助于法学院校学生以及实务工作者掌握有关商事调解的基本原理和机制。

针对实务工作者的知识结构和实践需要,本书下篇引入了丰富的商事调解实践案例,按照案件调解程序,围绕调解员的调解策略、控制程序、打破僵局和促进和解的能力,重点讲述商事调解实务中需要掌握的技能、技巧和方法。

本书的最终目的,就在于使法学院校的学生和实务工作者了解在诉讼外如何通过调解、ADR 手段化解纷繁复杂的商事纠纷,全面提高对非诉讼方式化解纠纷的认识、理解和掌握能力,挖掘纠纷解决的新视角、新思路,建立功能互补、良性互动、程序衔接、彼此支持的有效的多元纠纷解决机制。

本书在编写过程中,得到中国人民大学 ADR 问题研究专家范愉教授的指导,清华大学出版社的李文彬主任为该书的顺利出版倾注了大量的心血和精力,在此向她们表示衷心的感谢!

书不尽言,言不尽意,三十余万字的书稿欲涵盖宏大的商事纠纷调解实务,难免由于知识面和能力所限,会有片面和不足之处,希望读者予以斧正。

徐 伟

中国国际贸易促进委员会法律事务部部长

序 二

兵法上云,不战而屈人之兵乃用兵上之上策也。

推而言之,不必用法而解除纷争,当属法治的崇高境界。

司法本为规范社会行为而生,但只是最后的救济。无法无天、恣意妄为的时代早已过去,完善法制、依法治国成为必然。但若“尚讼”成为风潮,矫枉过正地把最后的救济变成唯一的救济,成本和代价也是巨大的:司法机构不堪讼累;当事人难承精力和经济重负。而且真的案结事了了吗?当执行难成为普遍现象,当旧争未息新争再起之时,我们明白,仅用裁判的方式解决纷争,距离我们内心真正的平静、距离真正的和谐社会、和谐世界理想,路还很远。

想起了孔子“必也使无讼乎”的理想,想起了林肯“劝阻诉讼吧,胜诉其实是真正的输家,损失了金钱和时间”的告诫。

与裁判方式并存的、其实远早于裁判方式而存在的——调解,本是定纷止争的一种理想方式。

在全球瞩目的北京奥运开幕式上,变幻起伏着一个巨大的汉字“和”,代表了中华文化的一种精髓:以和为贵、和而不斗、存异求同。在中国,调解的文化基础积淀深厚、源远流长……连将调解方式用得稔熟的西方市场经济发达国家也常说调解是“东方一枝花”。只是不知产生了“东方一枝花”的国度在举世“尚讼”、不堪讼累之时作何感想!

该判则判,当调则调,方是人间正道。

调解用之于商事领域,好处更是显而易见。诉讼、仲裁都可以解决矛盾。纷争解了,冤家结了,乃常见事。纷争解了,冤家未结,甚至仍为合作伙伴,互利共赢的,唯调解矣!

生意经讲“和气生财”。经商为“利”而来,并非为“斗”而来。商海难免纷争,解决纠纷是为更加顺利合作,绝非为分个你死我活高低上下。既解纷争,又不树敌,你好我好,岂不更高!

至于商事调解的意思自治、方式简便、费用低廉等等优点更是人人所知,无须多言。

商事调解不仅在中国积淀深厚,在国际上也正成潮流,与诉讼、仲裁并称三大争议解决方式。一些市场经济成熟国家甚至将它作为争议解决的前置程序,受案量超过仲裁。经济全球化催动了商事调解在国际经济交流中的运用。因忌惮裁判方式存在的司法管辖、法律适用、地缘人情等因素对结果的影响,选择能真正以人为本、实现当事人意思自治的调解方式成为必然。

在国际商界及法律界,探讨以调解方式解决商事纠纷成为重要话题,相关机构间就此方式交流协作已是常态。

在中国,以中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心为主要代表的商事调解组织,以其覆盖多地区多行业的工作网络、广泛的国际合作关系、高素质的专业化调解员队伍、多年的丰富的调解实践经验,正在为国际经贸交流的健康发展服务,在构建和谐世界和谐经贸关系中扮演着重要角色。

诚信是商事调解的基石和通行证。调解协议是自愿前提下达成的互谅互让之约、君子之约,非刀刀棍棒威慑或诱骗下的违心之约,履行应无问题,本无须强求法律援手来确保。但在社会诚信体系尚不完善之际,人们还是心有隐忧,这也多少影响了它的推广和受案量,甚至成为其软肋或发展瓶颈。

好在,问题已有解:调解协议实际是新的契约,其具有的合同性质并不影响在未能履行时寻求其他法律救济。至于调解协议转换为简易仲裁裁决早已实现,司法确认也已可行。亦软亦硬、软硬兼有的特点,必将使商事调解的生命力愈发旺盛。相信伴随以人为本、和谐社会理念的传扬,它将成为定纷止争、构建和谐经贸关系之重器。

召集一批商事调解的从业者、研究者,总结商事调解之实践,汇集思考之成果,以期为学生们、社会各界了解商事调解、研究商事调解、使用商事调解、传承和光大商事调解事业,积累些有用资料,做些铺路之事,乃编纂本书之目的。

世界经济的融汇交流、调解理念的深入人心、法治环境的完善支持,促成了商事调解春天的到来。我们对它硕果累累的秋天充满期待!

杨华中

中国国际商会调解中心副主席

目 录

上篇 商事调解概述和调解机制

第一章 商事纠纷与调解	1
第一节 商事纠纷的特点和类型	1
第二节 纠纷解决概述与商事纠纷解决的特点	11
第三节 文化、历史因素对我国商事纠纷解决的影响	15
第四节 中西方商事纠纷解决比较	20
第五节 商事调解如何解决商事纠纷	26
第二章 商事调解概述	30
第一节 商事调解的概念与特征	30
第二节 商事调解的基本原则	36
第三节 商事调解的优势与局限	42
第四节 商事调解和其他纠纷解决模式	45
第五节 商事调解制度的发展与完善	51
第三章 商事调解组织	55
第一节 商事调解组织概论	55
第二节 中国贸促会/中国国际商会调解中心	57
第三节 行业性商事调解组织	63
第四节 仲裁机构内设商事调解组织	66
第五节 国际商事调解组织简介	67
第四章 商事调解员	70
第一节 商事调解员的角色和作用	70
第二节 商事调解员的素质和能力	78
第三节 商事调解员的资格认证与培训制度	81
第四节 商事调解员的行为规范	90
第五章 商事调解当事人	96
第一节 商事调解当事人的概念和特征	96
第二节 商事调解当事人的权利义务及其行为规范	101
第三节 商事调解当事人的代理人	108
第四节 挖掘潜在的当事人	110

第六章 商事调解程序	114
第一节 调解程序的启动	114
第二节 调解程序的进行	122
第三节 调解程序的终止	128
第四节 调解语言与调解费用	135
第七章 调解协议的效力	141
第一节 调解协议的法律效力	142
第二节 强化效力——调解与仲裁相结合	151
第三节 强化效力——调解与诉讼相结合	159

下篇 商事调解的技巧和方法

第八章 调解准备阶段	165
第一节 调解机构的准备工作	165
第二节 调解员的准备工作	179
第三节 当事人及其律师的准备工作	183
第九章 调解的开始阶段	187
第一节 调解程序概述	187
第二节 调解员的开场陈述	189
第三节 当事人的开场陈述	197
第四节 调解员分别对各方当事人陈述的总结	201
第五节 确定争议焦点问题	205
第十章 调解的中间阶段	209
第一节 设定调解议程	209
第二节 联席会议和单独会谈	218
第三节 打破僵局	226
第十一章 调解的最后阶段	234
第一节 引导当事人达成一致意见	234
第二节 起草书面调解协议	240
第三节 调解失败,宣告程序终止	256
附录	262
一、中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心 《调解规则》(2012)	262
二、中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心 《调解员守则》	266