

docsriver.com
商家本本店

工程争端与解决系列丛书

工程争端替代 解决方法与裁决

[英] 彼得·希伯德 保尔·纽曼 著
路晓村 王自青 译 邱闯 校

中国建筑工业出版社

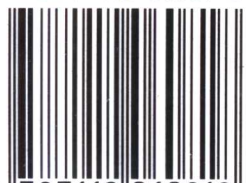
工程争端与解决系列丛书（共四册）

- 工程合同仲裁实务
- 工程争端替代解决方法与裁决
- 合同争端及解决 100 例
- 工程诉讼实务

本书共 14 章，介绍了工程合同仲裁和诉讼、ADR 在英国、澳大利亚和中国香港的发展、调停与调解、裁决与专家决定、争端审核委员会和争端顾问、其他形式的 ADR、采用 ADR 解决争端的实践与法律因素、裁决与“建造”法等，从而提供了工程争端的替代解决方法（ADR）和裁决。为方便当事人明智的选择 ADR 及各种做法的实施过程，本书还在后几章和附录部分介绍了相关的合同文本和标准。

本书适合合同当事人使用，也可以作为 ADR 的学生和学者研究参考书目。

ISBN 7-112-06081-8



9 787112 060818 >

(12094) 定价：45.00元



工程争端与解决系列丛书

工程争端替代解决方法与裁决

[英] 彼得·希伯德 保尔·纽曼 著
路晓村 王自青 译 邱 闯 校

中国建筑工业出版社

著作权合同登记图字：01-2003-3312号

图书在版编目(CIP)数据

工程争端替代解决方法与裁决/[英]希伯德,[英]纽曼著;路晓村,王自青译,邱闯校.一北京:中国建筑工业出版社,2003

(工程争端与解决系列丛书)

ISBN 7-112-06081-8

I .工… II .①希…②纽…③路…④王…⑤邱… III .建筑工程-经济合同-经济纠纷-仲裁 IV .D913

中国版本图书馆CIP数据核字(2003)第093640号

ADR and Adjudication in Construction Disputes, by Peter Hibberd & Paul Newman, 1st Edition

© P. Hibberd and P. Newman, 1999

本书的出版得到英国 Blackwell Publishing Ltd., Oxford 的大力支持。

责任编辑:丁洪良

责任设计:刘向阳

责任校对:赵明霞

工程争端与解决系列丛书

工程争端替代解决方法与裁决

[英]彼得·希伯德 保尔·纽曼 著

路晓村 王自青 译 邱 闯 校

*

中国建筑工业出版社出版、发行(北京西郊百万庄)

新华书店经销

北京建筑工业印刷厂印刷

*

开本:787×1092毫米 1/16 印张:21½ 字数:520千字

2004年2月第一版 2004年2月第一次印刷

定价:45.00元

ISBN 7-112-06081-8

TU·5347(12094)

版权所有 翻印必究

如有印装质量问题,可寄本社退换

(邮政编码100037)

本社网址: <http://www.china-abp.com.cn>

网上书店: <http://www.china-building.com.cn>

前 言

近 30 多年来，对工程争端的关注已经在增长。工程师或建筑师曾经根据合同实际解决了所有索赔，显示了他们各自的公正，当事人通常可以接受这种管理，但是越来越多的判决显示出其中的挑战性。传统上，争端是通过诉讼来解决，但是这种体制还不能提供满意的结果，从而导致仲裁解决工程争端的产生。

现在总承包商把更多的施工过程分散给分包商承担的做法也造成了新的争端源，特别是涉及付款问题。事实证明仲裁的方法解决这类争端的效率很低，因此产生了裁决和其他解决方法，作为替代途径。其结果是通过这种探索，加上不断升温的替代争端解决方法(ADR)市场，意味着调解、调停、调停仲裁、小型审判、争端审核委员会和其他解决技术已经成为重要的解决途径。这些思路很多最初起源于美国，并不在建筑业。后来英国和其他地区对此也产生了兴趣。采用替代争端解决方法技术的增长促成著者撰写本书。

我们的目的是介绍 ADR 和裁决的过程以及其中的细节问题，从而作为基础，以便明智地选择争端解决方法以及各种做法的实施过程。当然我们还会简要地涉及解决争端采用的仲裁和诉讼方法的一些内容。

本书希望能够满足合同当事人和使用者的需求，同时让 ADR 的学生和学者对此也产生兴趣。我们会涉及到 ADR 实践的范围，以及导致采用这些做法的事件。还会涉及到一些最重要的标准合同文本，以便纵览这些方法及其原理。

1996 年《住宅许可、建设和重建法》(HGCRA)和 1996 年《仲裁法》的实施不可避免地对本书产生重要影响。包括《工程合同裁决纲要》、《Woolf 改革建议书》和《建筑业示范仲裁规则》(CIMAR)在内的这些法

规文件都意味着争端解决越来越成为一个令人感兴趣的话题。HGCRA 确认了裁决的司法形式，因此很多合同管理机构都推出了包含裁决程序的方案，同时修改了他们的标准合同文本中的调解程序。

本书根据 1999 年 1 月的法律，特别参考了下面重要案例：Macob Civil Engineering Ltd(1999) v. Morrison Construction Ltd 16 - CLD - 05 - 06、Outwing Construction Ltd(1999) v. H.Randall & Son Ltd 16 - CLD - 02 - 01。在附录 5 中，我们简要介绍《Woolf 改革建议书》和 1999 年 4 月以来实行的《民事诉讼程序原则》。

正如我们在第 9 章中所讨论的，根据 HGCRA 法的裁决不仅仅关注了一个问题，而且还附带解决了由此产生的很多其他问题。首先这些问题导致产生了技术与工程法庭，这是 Dyson 法官在审理 Macob Civil Engineering v. Morrison Construction 案件期间提出来的。这个案例涉及到裁决人根据《工程合同裁决纲要》(英格兰和威尔士)法规进行裁决时的地位问题，这些裁决已经面临着挑战。为此法官的裁决是：

(1) 裁决人的判决是根据裁决纲要作出的，对被告有约束力，在这个争端的判决最终得到仲裁、司法诉讼或协议的决定之前。

(2) 被告被要求根据由裁决人确认的支付金额判决执行。

当事人之间的合同在 HGCRA 范围内，但是因为没有满足该法规的要求，所以需要考虑使用裁决纲要的有关规定。裁决人在作出判决时，是根据裁决纲要第 23(1)段下达命令，认为当事人应该强制性地按照他的裁决执行，并且可以根据 1996 年《仲裁法》第 42 条进行强制判决。被告拒绝了裁决的效力，认为命令强制实施的根据是裁决人必须做出有效判决，然而违反自然公正原则的判决不是有效判决，因此不能像合同条件那样有约束力和强制性。高等法院法官 Dyson 拒绝了这种论点，其理由是，这过于简单，不可能把裁决人的判决看作违反自然公正。同时如果认为可行，它将实质性地破坏了根据有关法规建立的裁决纲要的有效性。

Morrison 代表的另一个论点是法庭没有权利根据 1996 年《仲裁法》第

42条下达命令，因为裁决纲要修改了该案，这是因为“除非在当事人另有约定时”，这个权力才可以实行，并且合同中有一个条款成为协议，可以把对裁决人决定的争端提交仲裁裁判。高等法院法官 Dyson 也拒绝了 这个论据。这个争端被提起上诉，所以这个问题很可能没完没了。

该案之后很快又有了 *Outwing v. H Randall & Son* 案，对后者的评论认为，这个案例比 *Macob* 判决又进了一步，法庭采取了步骤保证裁决人的判决能够得到快速实施。

争端解决方法现在非常烦乱。ADR 和裁决可能向传统的仲裁和诉讼的圣殿提出了挑战，特别是如果当事人相信快速解决问题比拖延和痛苦斗争更有希望时。可以有很多证据都认为在裁决的序幕慢慢地拉开之后，正在变得更加普及。ADR 现在仍然刚刚开始发展，还没有被作为公认方法的一种。民事程序原则(CPR)将改变这一切，但是它仍然存在一些问题，裁决本身必须发展成为一种完善的方法，能够解决任何顽症，才能促进 ADR 的发展。

十分明显，很多问题还在不断发生，ADR 作为一种方法正在着手排除这些障碍。

《澳大利亚 ADR 的发展》一节由在布里斯班 Minter Ellison 的 Ian Briggs 起草，著者十分感谢他的帮助。

Peter Hibberd 和 Paul Newman, 1999 年 6 月

目 录

第 1 章 工程合同：不可避免的纠纷源	1
1.1 纠纷、索赔和争端	1
1.2 利润问题	3
1.3 合同是协议，也是补偿手段	4
1.4 风险分担	6
1.5 标准合同文本及其草案	7
1.6 标准合同文本和争端解决	9
1.7 采购过程和管理	10
1.8 纠纷是否不可避免？	11
1.9 利用和减少纠纷	14
第 2 章 仲裁和诉讼：信誉不佳	19
2.1 传统争端解决方法存在的问题	19
2.2 ADR 的挑战	24
2.3 仲裁是否十分简单？	27
2.4 仲裁原则	30
2.5 什么时候不适合仲裁	37
第 3 章 ADR 在英国、澳大利亚和中国香港的发展	42
3.1 ADR 在英国	42
3.2 ADR 在澳大利亚	48
3.3 ADR 在中国香港	53
第 4 章 调停与调解	64
4.1 定义	64
4.2 调停方法	67
4.3 调停人	70
4.4 调停人的作用	71
4.5 调停人的技能	73
4.6 调停协议	74
4.7 调停程序	75
4.8 调停要点	78

4.9	调停过程	83
4.10	适合进行调停的争端类型	86
4.11	调停不起作用的情况	90
4.12	调停的优缺点	91
4.13	调解方案	95
第 5 章	裁决与专家决定	99
5.1	裁决	99
5.2	裁决人	107
5.3	裁决与专家决定条款	110
第 6 章	争端审核委员会和争端顾问	119
6.1	争端审核委员会	119
6.2	争端顾问	124
6.3	争端审核委员会的改善	127
第 7 章	其他形式的 ADR	130
7.1	小型审判	130
7.2	调停仲裁 (MedArb)	138
7.3	聘请法官	147
7.4	其他 ADR 技术	148
第 8 章	采用 ADR 解决争端的实践与法律因素	151
8.1	实际因素	151
8.2	法律因素	156
8.3	ADR 条款的强制性	163
第 9 章	裁决与“建造”法	167
9.1	施工合同的立法	167
9.2	1996 年《住宅许可、建造与重建法》	168
9.3	豁免命令	178
9.4	得到批准的工程合同裁决纲要	180
9.5	裁决涉及的其他法定要求	186
第 10 章	JCT 建筑工程合同标准文本及其有关分包合同文本	188
10.1	概述	188
10.2	JCT 建筑工程合同标准文本 (JCT80)	188
10.3	1981 年 JCT 建筑工程标准合同文本 (承包商提供设计)	

	(JCT81)	190
10.4	JCT 建筑工程合同标准文本(1980)修订第 18 号	192
10.5	1981 年 JCT 建筑工程合同标准文本(承包商承担设计)第 12 号修订	199
10.6	1984 年版 JCT 建筑工程合同中型工程文本第 12 号修订	199
10.7	1980 版小型建筑工程协议第 11 号修订	200
10.8	分包合同文本	201
10.9	指定分包商分包合同文本	204
10.10	1991 年版业主与指定分包商协议标准文本 NSC/W	206
10.11	NAME/SC 分包合同条件	206
10.12	内部分包商分包合同标准版本(DOM/1 - 1980 年版)	207
10.13	DOM/1 1998 修订版	207
第 11 章	政府建筑工程和土木工程合同基本条件	210
11.1	概述	210
11.2	GC/Works/第 1 版和第 2 版	210
11.3	GC/Works/1 文本第 3 版(1990 年修订)	211
11.4	GC/Works/1(1998)	215
11.5	PSA/1	224
第 12 章	工程合同文本	225
12.1	ICE 合同条件第 6 版(1991)	225
12.2	ICE 合同条件第 6 版 1998 年修订版	227
12.3	ICE 设计与施工合同条件(1992)	229
12.4	ICE 设计与施工合同条件 1998 年修订版	230
12.5	1995 年 ICE 小型工程合同条件第 2 版	230
12.6	1995 年 ICE 小型工程合同条件第 2 版 1998 年修订版	231
12.7	1994 年 ICE 调解程序	232
12.8	ICE 裁决程序(1997)	234
12.9	FIDIC 土木工程与施工合同文本第 4 版(1987)	240
12.10	FIDIC 第 4 版补充规定第 1 版(1996)	242
12.11	FIDIC 争端审核委员会指定示范条款	246
12.12	争端审核委员会程序原则	249
12.13	IChemE 工艺设备合同条件示范文本, 总价合同(1995)	250
12.14	“红皮书”与《住宅许可、建造与重建法》	250
12.15	专家裁判	252

12.16	争端	255
12.17	仲裁	256
12.18	IChemE “黄皮书” 分包合同第 2 版(1997)	256
12.19	IChemE 处理设备合同条件示范文本, 可补偿合同 (1992)	257
12.20	IChemE 专家程序	257
第 13 章	新工程合同文本(NEC)及其裁决人合同	260
13.1	概述	260
13.2	咨询文件	260
13.3	第 1 版	261
13.4	分包合同	264
13.5	工程与施工合同	264
13.6	分包合同第 2 版	269
13.7	NEC 工程与施工合同和分包合同补遗(1998)	270
13.8	补遗第 Y2.5 条	270
13.9	未来	273
13.10	NEC 裁决人合同	273
13.11	专业服务合同	279
第 14 章	裁决示范规则	280
14.1	概述	280
14.2	CIC 指定裁决人报告	280
14.3	CEDR 裁决规则	281
14.4	行为准则	283
14.5	CEDR 调停	285
14.6	CIC 示范裁决程序	286
14.7	CIC 裁决咨询服务	288
14.8	ORSA 裁决规则(现在的 TecSA 规则)	289
附录 1	澳大利亚标准摘要	294
附录 2	澳大利亚国防部合同摘要	298
附录 3	裁决员指定机构	304
附录 4	运输大臣与跨 Severn 河公共有限责任公司特许协议	305
附录 5	Woolf 改革与民事程序规则	318
	参考文献	323
	案例表	331

第 1 章 工程合同：不可避免的纠纷源

1.1 纠纷、索赔和争端

建筑业的很多从业人员都这样认为，纠纷是不可避免的，所以需要推广使用标准合同文本。然而在著者看来，在任何合约状态下都存在着潜在的纠纷。虽然当事人双方的目标是相同的(建筑物)，创造这个建筑物的动机就是获得利润(或获得利益)，对于承包商和建筑物的开发商来说，他们各自的利润表现方法是不同的。可以想象得出，这将意味着当各方当事人的利润地位受到威胁的时候，纠纷就会发生。是否如此，如果是，这个纠纷是否是因为使用了标准合同文本造成的，或者因为有了它变得更糟。

发生纠纷、争端和索赔的可能性始终存在，有必要在建立合同关系的初期就认识到这一点。还有一点十分重要，应该在使用这个合同之前，对这些条款之间的关系了解得更细一些，不但应该有一定的深度，而且还应该对整个合同有一个基本的了解，这样做才有利于减少今后发生诉讼和仲裁的可能。

通常我们认为根据合同简单地行使自己的权利(索赔)和争端产生之间是存在重大区别的。一项索赔充其量只不过是一个小插曲，不会演变成争端，除非真正出现了有争端的问题。这是案例 *Mayer Newman & Co. Ltd v. Al Ferro Commodities Corporation SA*(1990)中确立的观点。虽然这是一个被提交仲裁的案件，但是似乎案件的观点值得广泛的应用。这也和案例 *M.J. Gleeson Group v. Wyatt Snetterton Ltd*(1994)中的观点一致，并且案例 *Halki Shipping Corporation v. Sopex Oils Limited*(1996)也提出需要

说明是否存在争端。此外了解争端和纠纷之间的区别尤为重要，虽然不是所有人都完全同意两者之间在性质方面的准确区别。纠纷本身的解决绝不取决于合同中的争端解决过程。

应该注意到，从定义上看，如果关于对合同的解释和实施上面存在真正的不同观点，于是争端发生。它和词典中的定义是相同的，即“发生了争端的主体，产生了争论，通过争论提出反对，因此问题产生”，并且这也和案例 *Hayter v. Nelson and Home Insurance Co.* (1990) 的观点一致，该案确定仲裁条款中的“争端”一词具有其一般含义。无论如何，为了保证事件可以提交法庭判决，有些仲裁协议和合同文本都考虑到争端和需要争论的不同分歧两类问题。虽然当事人之间存在着不同的观点，但是纠纷没有产生，仅仅是简单的争端。当然，纠纷也可能接踵而来，这主要取决于卷入争端各方当事人的行为。我们这里谈到的纠纷仍然属于词典中的含义，其中存在着某些紧张因素。

然而应该承认，我们在此介绍的争端和纠纷的区别还不能作为一种永恒的定义。*Brown* 和 *Marriott*^[1] 曾经讨论了这个问题，并且由英国调解协会和其他组织^[2] 做出定义，他们认为冲突的定义有很大不同。在他们看来，争端只不过是纠纷的一种类型。

这些不同的定义对于找到解决问题的最佳途径是十分重要的。*Brown* 和 *Marriott* 指出，“尽管行为性的纠纷和法院可以裁决的争端之间的区别不是十分明确，但是都属于替代争端解决方法(ADR)的工作，因为它们可以提供不同的解决方法……。”在我们看来似乎是当纠纷不严重或不存在的时候，最好采用争端程序。一旦纠纷发生，解决这些问题的方法就完全不同了。为此我们必须认识到它们之间的区别。我们在确定应该采取什么方法来解决项目中发生问题的时候，首先必须确定问题的性质。

问题有很多区别，也许需要一种技术性的解决方法，也许属于工作关系破裂性质。后者也许是因为前者的结果产生，并且因为它处理不得当。每当问题发生，最重要的是人们应该去分辨它的性质，应该采取哪种最适宜的解决方法。问题或纠纷的时间紧急程度，使用的解决方法都

可能完全不同。有时因为其性质特点，在争端解决机制还没有使用时，纠纷已经发生。十分明确，不可避免地这些涉及需要解决合同和项目存在问题的人们应该认识到这些问题，知道为了解决这些不同的问题应该采取哪些方法。此外他们还应该认识到需要尽快地解决这些争端。

1.2 利润问题

由于各方的行为结果，一个项目的各自利润地位可能产生变化，如果变化产生，人们可以根据合同来求得合理补偿。这种不同的利润地位因为合同当事人无法控制的情况发生，也可能会受到威胁。他们因此可以根据合同提出某种形式的补偿。

对于可获利性水平变化的这种反应被某些评论家看作是短视的，因为这主要涉及当前的项目。行业中还有些人建议，从长期观点上看不应该有这样的反应。然而还有些人认为从更长期的观点看，因为引入了投标程序，从一定意义上看不应该存在问题了。进而无论是从短期还是长期关系上，如果发生了与合同预见不同的情况，完全可以通过合同求得补偿。

投标程序要求每个中标的项目应该完全按照最初的价格执行，并且在考虑中标问题时，价格因素应该作为一个重要标准对待，但是它不能作为长期业务关系的发展来使用。尽管会发生问题，很多人仍然赞成公开竞争或者采用一次性投标程序的其他某些限制性竞争形式。固定价格的总价合同有其自身特点，特别是对于那些仅仅参与一次性或很少参与建造活动的人士尤其有吸引力。对于建筑业主来说，这种商业关系可能仅仅持续到项目结束，虽然其后果也许要持续很长时间。在这种情况下，当事人试图“探索”合同条款，这也许不是什么新鲜事，应该是自然而然的事情。利用索赔的方法来改善“卡脖子”式的投标方法设置的利润是建筑业问题产生的一个主要因素。

美国工兵部队最先推出“合伙”的方法，这种方法的提出主要是试

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



图改变这种现状，减少这类问题的发生。这种方法为解决因为固定价格合同的公开低价竞标方式存在的问题做出了一些尝试。尽管合伙方法显现出明显的优点，但是仍然有缺点。它可以很容易保护时间利润，但是当事人双方无法同时利用它得到更高利润的机会。进而可能增加了一些非伦理方面的风险，这些风险是很难公开预见。在澳大利亚的建筑业中就出现了这种问题，有些人则企图重新恢复使用原来的公开竞标程序。如果这种情况发生在英国，肯定会被看作是倒退，人们会认为把合伙作为克服因为采用短期行为产生争端和纠纷的措施可能是短命的。这种合伙方法最先由 Latham 推荐，后来 Egan 又大力宣传，现在正在被看作是作为一种非敌对性的方法来发包，越来越多的重要客户都在使用这种所谓的“双赢”的方法。

1.3 合同是协议，也是补偿手段

如上所述，当事人在合同上的观点随经济状况而变化着，并且体现在合同采购方式结果上面。然而一方当事人在项目(与合同相对应)采购问题上可能因为众多原因会有所改变。当事人各自的立场可以因为多种原因存在差距，包括业主提出要求的变化、不可预见的地下条件、罢工、通货膨胀、无法采购的材料、气象以及承包商、顾问工程师，甚至开发商能力原因造成的情况等。这些变化是否会引发争端或纠纷是另外的事情，但是有证据表明在很多项目中都会遇到这些情况。

根据合同谋求得到补偿并不奇怪，没有人认为不会发生这些情况。真正的问题不但是否应该使用这份合同，而是在什么情况下以及使用什么方式来使用它们。合同的最佳功效并不是提供了实现权利主张的方法，而是提供了解决问题的框架。如果当事人的意图十分明确，那么合同中会对任何变化都做出适当的规定。原则上讲这么做是绝对没有错误的，但是他们的意图很少能够明确。即使能够明确，按照合同条款严格履行的结果往往会使得一方当事人或对方当事人处于无法接受的地位。

在提供专业服务方面，一直认为^[3]合同如果能够包含必要的基本要素，是避免发生争端的最重要的文件，这也同样适用于工程合同。然而人们还会争辩，如果认真恰当地制定好合同，争端就会得到减少，同样不恰当地制订合同则最容易引发争端。人们一定要严格区分避免争端和引发争端之间的区别。交易成本理论可以帮助我们理解这个区别，同时在合同签署前把这些问题予以适当准备和考虑。

合同自身不会引发纠纷，只有合同的当事人或者他们的顾问才会制造出这些纠纷。理论上讲，合同就是也应该是合同当事人之间各项要求的具体反应，因此不应该引发争端。当然合同还应该在提供、解决和分担风险方面规定出一个框架。这里面还会存在一些问题。虽然理论上讲，合同反应了双方当事人的要求，但是在实际中它很少能够做到这一点。部分原因是把标准合同文本作为简易方法，以期达到一系列合同条件，而没有充分考虑实际条款，以及这些条款是否能够满足他们的要求。部分原因是没有正确理解和解释条款的问题，还有参与者接受程度的变化等，例如他们对项目的期望是什么，合同在整个项目生命周期内的变化等。

我们关于合同不会引发纠纷的观点可能会面对 Clegg 文章的挑战^[4]，他的说法是，“合同将引发纠纷，因为它们存在合理的动因，其可发现性在设计和施工过程中可能被涉及自身利益的专业人员所利用”。假定这种可发现性涉及到对条款中罗列的事件的解释问题，人们可以发现为什么 Clegg 会认为合同将会引发纠纷。然而有三个方面还应该考虑。首先，如果合同不去试图罗列这些情况，它们应该如何处理？在合同条件中罗列事件既有缺点，又有优点。其次且更重要的是，正是专业人士的利用引发了问题。因此除非这种利用不可避免地发生问题，否则人们不会怀疑是否合同自身或者对它的翻译存在问题。最后一点是 Clegg 提到的所谓“涉及自身利益的专业人士”问题，也许不应该有如此的限制，在很多情况下都是因为当事人自身的行为所造成的，虽然有专业人士的建议。

1.4 风险分担

合同框架中的风险分担问题理论上同样不会引发纠纷或争端。但是实际中根据合同赋予权利的索赔经常被视为是一种争端，或者可能会导致争端。其主要原因常常是因为遇到风险的结果大于当事人预计承担风险的情况。但是这也不应该是合同自身必然发生的。然而，不能适当地分担风险的确会导致发生的争端数量高于本来应该公平承担争端的数量。风险和不确定性的确会导致纠纷，因为实际情况很少会完全按照预期发生。合同中的风险转移条款也会造成很多争端，在美国的建筑业中，一直认为^[5]把风险转移给不能或无法控制事件一方的行为将承担争端滋长的责任。如果在适当的投标程序中采用了完善的风险分析方法将很少会引发争端，还可以减轻纠纷。

风险分担通常是合同当事人十分重视的主要议题。在施工项目中不公平地分担风险将会导致后来的争端发生，但是著者相信如果当事人讨价还价的权力相同，在分担风险的过程中将不会存在内在的不公平性，只要当事人完全了解事实真相。这里不应该存在不公平性，但是尽管如此，仍然可能存在不适当的情况，应该区别对待。不公平性的问题已经越来越多地会引发问题，这时当事各方的讨价权力是不平等的，一方当事人可以争辩。在行业中，例如建筑业，很少有这种公平，因为形势经常是供大于求。Latham 也这样认为^[6]在实际中，市场的力量常常使得一方当事人占主导地位，这时可能导致不适当和不公平地分担风险。

风险的分担可能导致潜在争端，这时将划出一条界限，而这条界限很少能划得绝对公平，在这些问题上将会发生争端和实际纠纷。根据这种观点可以争辩，如果把风险完全赋予一方也许更好。这种论点认为应该根据一元或单一责任的概念，最初就应该鼓励采取设计和施工的统一。

一方面要求一方当事人接受承担全部风险，以便减少潜在争端，但是另一方面，不公平分担风险将导致争端和实际纠纷发生。对于当事人

来说，最好的解决办法通常是尽可能让能够控制和规范风险后果的当事人承担风险。然而在评估潜在风险能力和控制风险发生之间将会出现分离。进而又会出现新的困难，这种风险将落在很少能够持续承担损失结果的当事人身上。

最好应该是合同明确风险分担，并且在当事人方面也应该充分考虑遇到风险的结果。争端或纠纷的潜在可能便可以减少。如果分担的风险不能明确确定，因为缺少明确意图、合同起草存在问题或者默示规定分担某些风险，于是发生问题的潜在可能将会增加。正如 Allen 所说^[7]，“如果一方当事人的期望与另一方的意图有矛盾，这就是争端的重要添加剂”。

然而即使合同明确分担了风险，索赔、争端和纠纷也仍然会发生。发生索赔的原因十分简单，可能因为合同规定可以这样做。也许还因为风险发生的后果没有满足“明确”的预期情况，分配承担风险的当事人希望转换位置，认为这个后果在合同签署的时候不能合理地预期。如果投标程序仅仅针对这种一次性关系，并不准备建立长期的合作关系的时候，这种形势还会恶化。进而在这种一次性项目中投标人单纯靠价格获胜而参加竞争的，将增加进一步索赔的潜在风险，这往往是单纯为了对组织的获利性进行补偿。理论上这种情况不会发生，因为投标书应该是真实的，合同当事人不应该试图补偿自己的过错，但这仅仅是一种理想状态的观点。十分明显商业上受到威胁的任何人都会尽力扭转形势，特别是当他们看到因为这种不公平的风险分配、不真实的竞争或者短期商业关系造成不公平条件时。

1.5 标准合同文本及其草案

合同应该反映出当事人的要求，并且可以通过多种方法实现这些要求。合同涉及的范围及其草案产生重大变化，可能会引发混乱。合同希望能够处理一种采购方法的具体内容，允许有差别，但是运用不同的专

业术语来达到同样的概念则是不可原谅的。

过多的标准合同存在，有些即使是同一套合同文本体系，使用不同的专业术语解释相同的概念，这使我们在使用合同时产生了问题。有一种观念^[8]认为这方面的很多标准文本和补充协议都可能造成潜在争端。Baden Hellard^[9]特别强调了这个问题，他这样认为，“现在整个行业中根据惯例和实践已经编制出了多达 94 种不同的‘标准’合同，这反映出盛行在行业中的商业条件超出了行业外应该遵守的法律环境。”后一种观点在 INCA 的研究项目^[10]中也这样认为，这表明理性化行业实践活动的重要性。如果希望争端和纠纷案件的数量能够大大改变，就应该特别强调这个基本问题。

Latham 认识到合同条件的问题，但是他认为：

“无休止地细化现有的合同条件势必无法解决这些疑难问题。现在需要有一套现代合同应该遵循的基本原则。同时还需要一整套相互关联的文件。新工程合同(NEC)实现了其中很多的原则和要求……”^[11]

这意味着我们需要一种新的合同方法，而且还应该更为基础，可以认为应该有一套有关投标和签约等基本方面的新方法。我们需要改变现在处理这些事务采用的态度和方式。另一方面，如前所述，这默示着合同条件必须准确地反映这些要求。无论是一个标准合同文本，还是几个标准合同问题，如 NEC，核心条款能够实现这些要求是有争端的。无论如何，可以认为 NEC 至少在这方面是朝着正确方向发展的。

如果能够建立起国家认可的合同条款数据库，就可以提供一些措施，保证标准化的效果，同时使自由市场议价方式得以保持。这将提供根据标准技术方法编制“量身定做”的合同的可能，从而满足各方当事人的具体需求，保证合同使用不同的条款，从而进行不同的风险分配。这种方法并不是试图得到一个风水不漏的合同(也许这种情况不会存在)，而是在建立良好关系的基础上，可以尽量地告之参与者，使得当事人很难违约。

我们前面曾提到这样的事实，现在合同存在的很多缺点是可以克服

的，可以采用审查合同的方式以及建立能够促进解决方法的框架，而不是仅仅去维护权利。这是一种理论上的方法，它的基础应该是它的条款能够明确地表示出来，避免多义性，因为多义性最有可能引发争端，即使不会最终导致争端。

1.6 标准合同文本和争端解决

现在很多标准合同文本都是为合同管理人员准备的，无论他们是建筑师、工程师或其他人士，他们代表开发商工作，并且在当事人之间对大量问题进行裁决。这样会引发问题，这种具备双重身份的人士的行为是否会出现偏袒。看一下下列评论是很有意义的：

“当你需要在不同的合同语言解释中间作出判断的时候，习惯上你会倾向于采纳能够避免客户(业主)发生费用的一种解释……承包商一直希望工程师的决定是相反的，即使这时工程师有义务作出公正决定。”^[12]

这个评论切中要害，为什么要把这段评论和案例 *Sutcliffe v. Thackrah* (1974) 记在心中也许不奇怪。这个案例确立了根据一般性条款的传统或常规的合同，建筑师作为业主的代理人，尽管如此他仍然需要公正行事。毫无疑问，这将把建筑师放在几乎不可能行事的位置上，特别是在经常遇到的这种极端商业化的环境中。作出决定的人们可能发现他处在需要自己正视自己的错误的位置上。这种形势不可避免地在刺激争端的发生，并且更糟糕的是将孕育着一种纠纷的气氛。

建筑师或工程师在各种合同文本中的双重角色使得合同文本调解条款的潜在作用大打折扣。缺少这种有效的事先补偿意味着争端得不到控制，双方各持己见，过程被拖延。这种事先补偿的观点十分重要，但此类补偿不应仅仅一种，因为正如我们所谈到的那样，争端各有不同，因此经常需要采取不同的方法。所有合同都应该提供预先补偿，因为这样就可以在问题出现之前、观点受到影响之前以及费用增加到超过合理界限之前，尽快处理好这些问题。即使合同的确规定了这种补偿，还应该

小心，保证它们的可操作性和有效性。如果这种机制不能得到当事人的尽力支持和运用，那么它将毫无用途。这意味着与其他一些问题相比，这种问题不是很容易就能够避免发生的。

1.7 采购过程和管理

NEDO 报告《建筑业中的专业工作》指出：

“在这两个行业中(建筑工程和土木工程)，存在一种实现质量标准的协议，这时设计人允许花费时间去寻找最佳解决方案，直到他得出正确答案。”

传统上这意味着设计人应该在施工开始之前试图完成设计工作。在实际中，设计人是无法做到这些的，因为设计的过程实质上属于一种动态的过程，并且因为工期经常十分紧，迫使在最终设计完成之前工程已经开工。即便如此，合同和合同文件经常忽略了这个事实，不可避免地导致发生问题。

人们一直在寻找替代采购的方法，并且实际上已经把设计和施工的次序替换成同时实施。包括接受什么人应该承担施工风险观念的转变在内，再加上转变很多合同管理机构的专业和更高的专业化的观念，都可以创造出无限数量的解决方法。虽然这些方法可以根据基本性质进行分组，例如传统的、设计与施工、管理承包、开发与施工等，每个施工项目的过程都可以分离出来。虽然同类型采购模式方法运行于某一具体项目可能会产生问题，但是实际中大多数合同都采用一种综合方法^[13]。因此同种采购标签相当于就是一种误述，这将不可避免地导致后来发生问题和寻求争端解决办法。

还有一种观点^[14]认为，角色的变化使得很难确立参考点，并且建筑业中参与者的相互依赖性也十分薄弱，其后果是争端和纠纷的潜在因素仍然存在。虽然建筑业管理水平的改善是显而易见的，但是其变化程度和商业性质的变化对参与者的约束十分大。

管理人方面的缺点仍然是这个行业中的一个重要问题，并且由于对于英国建筑企业来说经济形势的恶化(也许已经成为常用语)使得问题更加严重。多年来已经发现了在建筑施工过程中管理问题上的缺陷，我们在此不准备详细地评论这方面的内容、罗列不同的管理问题。尽管如此，应该指出的是管理不好将会产生引发纠纷的环境，因此管理应该掌握好他们需要负责的形势。良好的管理不但可以避免或者至少是减少发生这种情况，而且在问题发生的时候，还可以改善这种状况，减少纠纷潜在因素。

管理责任渗透在不同层次上，但是主要集中在两个大层次上面，它们是行业管理和施工项目管理本身。对项目的良好管理可以产生很多优势，但是十分明显的是对行业的良好管理是完全实现这个目标的先决条件。

行业一直在寻求新的采购方法，作为对产生和发生问题的反应，但是更多的是花费了大量的时间去推广这些方法，而不是实现它的内在完善。

对建筑业和它的从业人员的任何评价都表明他们可以进行细分，并且可以建立广泛关系。一方面这是有优势的，这个行业是灵活的，足以处理各种情况；另一方面，这将意味着这些单位不是定期的在一起工作，在这个过程中效率在降低，除非工期和工作性质都能满足与之相适应的团队。团队精神十分重要，但是每个合同重建一个团队本身就没有效率。从这个观点看，任何恶化团队精神的招标过程都是值得商榷的，在许多人看来保留过去在一起工作的团队则意味着削弱竞争。

1.8 纠纷是否不可避免？

综上所述，可以认为当事人根据合同行使权利可能导致争端，进而是纠纷。争端不一定导致索赔，而且争端也不一定会伴随着纠纷。争端有时可能发生，但不一定是不可避免的，通过可以控制这种形势的技术

人士就可以避免发生争端。如果发生了真正的争端，可能需要寻求其他解决途径。如果这种情况存在，它是无法避免的。于是惟一的问题就是找到解决这种争端的最适合方法。传统上可以使用仲裁和诉讼的方法，但是越来越多地是寻求使用争端替代解决方法。

另一方面，纠纷一般都是能够避免的，并且应该避免。然而问题是在于自己，而不是合同。纠纷的发生可能是因为当事人及其顾问的原因，的确还有他们之间的混合作用。合同也许会、也许不会刺激这个过程的发展。这个问题的答案应该更多的是对它的预防而不是在纠纷已经发生时寻求解决办法。仲裁和诉讼可以解决一个争端，但是很少能够解决一个纠纷。争端解决方法的替代技术也可以解决争端，并且虽然这是它们的主要目的，但是这种副作用比较小的方法也可以减缓纠纷。

如上所述，纠纷是人为制造的，进而争端也是人为制造的。前者常常是有破坏性的，会导致关系的破裂，虽然有人争辩纠纷是促进效率的基本催化剂。然而争端不会导致关系的破裂，它们仍然是争端，不能是其他东西。

建筑工程纠纷管理和解决的问题在 1992 年 9 月在曼彻斯特理工大学 (UMIST) 召开的第一届国际工程管理会议上得到充分的重视。这些著名的从业人员、学者和其他有关人士来到一起，试图解决众多的问题，并且通过讨论，很多人提出建筑业的纠纷是否就是不可避免的问题。UMIST 的会议论文中表达的大多数观点认为它是不可避免的^[15]，并且有充分的证据可以支持这种观点。

Smith^[16]的观点是“……工程纠纷不应……被看作是完全在孤立状态下双方当事人脱离一次性的事件。总之工程纠纷是这个行业的一种特有的事件。其原因是与行业运营方式有关联的……”。Baden Hellard^[17]同意这个行业存在问题的观点，他认为“现在建筑业的组织结构本身就固化了纠纷元素”。

Langford 等人^[18]也相信签约公司之间的纠纷可能是不可避免的。这样

就揭开了这个问题的另一侧面，其中在承包商和开发商(或者开发商的顾问工程师)之间经常会引发纠纷，但是这种纠纷同样会在承包商和分包商之间产生危害。Harding^[19]还确立了在这些当事人之间的纠纷是常见的观点。

对于为什么会发生索赔的问题已经进行了很多研究^[20]，十分明显它的原因很多。这些原因从信息问题到蓄意变更，从地下条件到无法预见的事件。此外十分明显，人们从索赔中看到了争端和纠纷的潜在因素。如果索赔可以避免，争端和纠纷便可以消失。

提交到伦敦正式鉴定人法庭^[21]的案件数量从1973年到1990年实际上是在增长，如果采用指数来表示，人们可能得出这样的结论，以争端形式出现的“纠纷”不但是无法避免的，而且仍然在增加。然而单凭这些数据可能无法看到实际情况。提交法庭的案件仅仅是发生的全部争端的一小部分，因此如果没有其他证据支持，人们只能认为法庭目前听证的案件数量要比以前多。这可能是因为法庭被用做解决过程已经变得越来越普及，并且优先于替代方法。也可能因为争端人变得更加愿意打官司，或者是因为争端变得十分复杂，潜在涉及到十分巨大的资金。很少有可靠的证据可以支持这种猜测，这种增加现象已经发生，但是与越来越多的人认识到通过法庭解决争端是非常耗时耗钱的情况相矛盾的。是否认为这个过程的最终结果将优于替代方法的所谓益处？是否认为公正的结论(无论是什么)都优于迅速妥协的解决。

通过可以得到的数据和观点证据可以证明，在任何合同中纠纷都是不可避免的。在各种合同中竞争以某种形式存在，无论采用哪种采购途径和投标过程，竞争水平可能因情况而异。人们可以推断出，竞争越小，争端发生的可能也就越少，而且它们中间演变成纠纷的事件也就越少。在这种情况下，这就是说预期的更高的初期费用是否有利于实现较低的终期费用，后者将涉及到更高层次的竞争。如果竞争激烈，确定终结费用的困难在于实际上无法确定一个问题的发生。因为一旦事件发生，就涉及到为了事件解决所投入的资源数量的问题。

1.9 利用和减少纠纷

虽然纠纷是无法避免的，但是没有必要把它看作是完全无法利用的事件。也许在一个组织中的某种水平的纠纷不但是无法避免的，而且也是所期望的，因为纠纷既是原因，也可以起到变更的作用。这方面也存在争论^[22]，功能性纠纷是我们所选合同体系中无法躲避的内容，因此人们可以总结出它是必然的。是否希望它发生这是一回事，但是十分明显它是在任何希望达到某些目的相互作用中所固有的，无论这些目的是否常见。Smith^[23]分析了功能性纠纷和功能障碍性纠纷之间的区别，并且得出下列区别：

“功能性纠纷基本上是建筑业社会中的问题，是我们交易关系的无法逃避的结果。如果当事人的诉讼远远超出了我们归纳为功能性纠纷的范畴，那么这就是功能障碍性纠纷。”

剥离出功能性纠纷十分困难，这里面人们需要能够提供行业中的基准点，知道什么是可以接受的实践和行为。正如基于所发现的行为产生的道德和伦理的转变一样，多种采购方法使何谓可以接受的实践和行为变得困难。无论如何，我们当前体系中的某些理性化可以帮助实现共同的目标。然而无论采取哪些步骤，似乎我们的合同(从法律意义上)都将导致出现功能性纠纷，尽管事实是理论上它们是建立在协议基础上的。如果让它们后来使用将会出现一些问题，常常把我们推向功能障碍性纠纷。在两者之间存在细微的差距，现在还没有统计资料可以说明什么时候会越过这个界限。在确定采取解决已经发生问题的最佳方法时，这将导致一些后续问题。

Rahim^[24]似乎接受了组织的纠纷，并且相信没有必要减少、压缩或者避免它们。他相信人们只能是试图管理好这个过程。为了管理好这个过程，人们需要理解什么是纠纷，纠纷是如何发生的以及如何解决它们。为了了解这些知识、理论和有关技术，我们需要教育支持，当前建筑业

的专业人员和其他人员的培训无法提供这些内容。所以应该认为在具体问题被引起重视之前，我们面临一种形势，即依靠没有掌握全面技能的人士来试图解决这些不可避免的纠纷。

正如我们所指出的，有些顾问工程师的双重身分常常存在矛盾，无法使用已经规定好的调解程序找到解决办法。这是应该进行补救的一个方面，或者改变顾问工程师的性质，或者选用区分代理人和裁决人的采购方法。

我们已经知道建筑合同中的纠纷可以根据各自的预防措施和控制措施进行细分，并知道在任何合同形式中纠纷具有潜在的性质，索赔、争端以及纠纷的潜在因素都可以因此实质性地减少。减少发生潜在因素的机会可以分成两个阶段：合同前阶段和合同后阶段。前面讨论认为合同前阶段纠纷潜在因素的减少可以在以下阶段通过适当决策来实现：

- * 分配风险；
- * 投标过程；
- * 能够负责项目责任团队的选择；
- * 文件(包括合同文件，特别是包括预先估计的补偿内容的合同信息)；
- * 沟通。

这还不能算是预防方法的详表，只是罗列了一些重要的指导性内容。虽然本章主要讨论合同后阶段发生的索赔、争端和纠纷问题的处理，但是人们也不应该忽略合同前阶段，对于合同前阶段的预防措施不做任何准备工作。

人们应该根据前面介绍的 5 个方面的合同的经济和社会环境作出判断。

工程合同存在着内在的风险，因此适当地分配好这些风险是一个重要挑战，特别是在有关怎样才构成公平的问题没有达成共识的情况下。签约时的经济条件以及合同实施时的具体情况都可能加重这种挑战，特别是当情况与投标阶段所预计和确定的情况不同的时候，后者尤其可能

会导致出现问题。为了防止这种情况的发生，就需要了解很多方面问题，下面内容涉及潜在纠纷的情况：

- * 适当分配风险的方法；
- * 准确沟通风险性质和界限的方法；
- * 评价风险的方法；
- * 为风险公平定价的机会；
- * 如果风险发生，控制风险后果的方法；
- * 达成涉及这些风险的协议；
- * 承担风险造成财务后果的能力。

投标过程本身也会影响当事人承担的风险。从某种意义上看，任何投标过程中的风险主要取决于决定市场条件的竞争程度。如前所述，竞争过于激烈会加大纠纷发生的可能，然而如果没有竞争也存在着问题，客户提出的要求也会导致纠纷。

招标人与投标人自行其事的招投标容易产生争端。这意味着双方当事人的介入是必要的，合同前的谈判应该尽量周密。谈判的范围可以从与一个指定承包商的完全谈判到公开竞争性的招标后遗留细节谈判等等。前者可以提供更大的合作机会，更为重要的是可以创造出一种建立相互理解关系的环境。当事人在这种情况下的接触可以有助于理解经常使用的所谓的“凝聚力”的含义。

项目团队的选择在本节讨论的内容中也是一个重要部分。对于项目团队涉及两个重要关系：与工程开发商建立的内在关系和外在关系。

十分明显如果所有参与者之间的关系融洽，是可以减少纠纷潜在发生因素的。当团队在一起工作的情况下，这种关系融洽的效果是显而易见的，纵然没有严格的条款，因为这种关系能够并且可以改变这种状况。无论如何，这总要比让一起工作的参与者相互之间不知道风险存在好得多。有可能使用心理技术来改善选择过程，但是在建筑业中的应用现在还是有限的，其效果没有得到证实。建筑工程中的问题是工作性质完全不同的团队经常会出现在每个项目中，即使他们在从事相同的工

作。当这些团队在一起工作时，参与者之间真正有机会形成一种“凝聚力”，这样可以分清楚开发商和顾问工程师两者之间的利益关系。开发商可以通过改善沟通和改善关系来得到利益，从而减少发生争端的机会。使用相同的项目团队已经出现一种下降趋势，因为在此期间他们之间的合作机会往往超过了为开发商工作的机会。

“凝聚力”和“合伙”也许在开发商和项目团队，包括建造商之间更为重要。如果采用这种方式减少了纠纷，就不难理解为什么“合伙”方式成为现在一种时髦的话题。“凝聚力”和“合伙”上面有一个重要问题就是他们都需要时间建立这种关系的帮助，很多人认为这种关系在竞争的环境中是十分珍贵的。

最后一点涉及到如何采购工程的基本原理问题。“凝聚力”和“合伙”的真正益处只有通过持续的建设计划才能显现出来。如果没有这种计划，同时涉及到其他工程，人们会发现需要花费时间和精力，这种情况通常不能为一个项目的时间框架提供真正的利益。如果在一个小规模的项目中涉及到消费者，这种情况更明显，而且这种类型的项目数量是十分多的。当通过任何费用效益分析能够假定这种合同运行不会出现问题的时候，这种感觉也许会消失。事实证明情况往往并非如此，除非你的投资是在一个良好的项目环境中运行。对于一次性客户，其困难是解决问题的计算方法不是直接的，他们经常是根据一种习惯行事，常常是一种下意识的，好像就是自己的“保险人”。然而，当问题出现时，客户的自然反应与已经有保险人的情况一样，就是防止产生后果，因此需要创造一种环境，有助于争端和纠纷的解决。

项目文件是一项基本要求，它们的编写和沟通方式一般成为得到满意结果的先决条件。应该承认在当事人心目中的一些成功项目很少或根本没有使用文件。尽管如此，人们仍然不会建议使用这种方法。为了减少发生争端和纠纷的潜在因素，人们必须保证按照下列方式实施：

- * 开发商提供充分的情况介绍；
- * 有充分的时间准备投标文件；

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



* 这些文件能够充分地反映出开发商的要求。

参与者之间的良好沟通是最基本的。这方面的工作开始越早，越有利于避免在定义和解释方面发生问题。

合同前阶段的预防在这个过程中特别重要。然而即使采取了最有效的合同前阶段预防措施，也不容易完全避免使用合同后的补偿和程序。结果几乎所有合同都会注重如果发生了不同意见，当事人之间应该如何解决这类问题。随着 1996 年《住宅许可、建设和重建法》(HGCRA)的实施，裁决的内容可以在很多工程合同中实施(参阅第 9 章)，但是人们仍然需要考虑是否有进行仲裁的必要(有时它要比诉讼更为低效和耗费资金)，是否实行预先约定的补救措施，例如中间人或调解等。一旦分歧发生，使用这种补救措施可以大大减少分歧升级成为更为严重问题的可能，但是要看通过 HGCRA 法如何把这些规定更加强化。

第 2 章 仲裁和诉讼：信誉不佳

2.1 传统争端解决方法存在的问题

前任美国大法官 Warren Burger 曾经这样说：

“我们这个职业的义务是……作为人类纠纷的医治者。为了实施这种传统的义务，意味着我们应该提供一种机制，让它能够尽可能在最短的时间内产生可以接受的结果，同时花费最少的开支，给参与者造成最小的打击。这就是法官工作的全部含义。”^[1]

我们先不考虑争端解决过程中涉及到的人们可能产生的纠纷情绪，在某些律师需要了解这个“并不准备提起诉讼的诉讼客户”的价值的情情况下，一些不敏感的人们会反对 Warren Burger 的观点。争端解决属于服务性行业，必须了解客户的需求。这个理论已经被很多司法机构中的重要成员所采纳，并且成为 Woolf 法官提交的民事诉讼阶段和终结评价报告《步入公正》的基础^[2]，并且在 1999 年 4 月 26 日实施的新《民事诉讼程序原则》(CPR)中体现出来。另一位非常重要的法官，前英国大法官 Taylor 法官在描述从事这个行业工作中应该担负的法律职业义务时也认为：

“审判不是一种游戏。法官的作用不应该局限于游戏之上作为裁判员的工作，仅仅是防止使用过激的语言和吵闹行为。”^[3]

Taylor 法官的说明是对 Warren Burger 以前评论的反应，后者曾经这样说：

“这种对抗性辩论的审判完全是在重复古代的肉搏审判方式。”^[4]

现在诉讼这种法律过程以及律师和专家证人的方式已经越来越缺乏吸引力。特别是在美国，律师们成为众矢之的，被指责为贪婪和私欲。

即使在英国，在“泰晤士报与最大 1000 家公司”项目中的一项对 400 家大型公司的调查中，询问了他们对诉讼的看法，也可以看到对民事司法的时间长度、复杂性和费用的广泛的批评：

“实际上绝大多数人(70%)认为整体系统过长，而几乎有 40% 的人认为诉讼费用太高。”^[5]

这些公司明确支持民事审判中对口头辩论方面的改革，认为应该转换到书面提交文件上。他们希望法官们，不是争端的当事人，控制好诉讼程序的节奏，确定这个案件需要多长时间。这也和《民事诉讼程序原则》规定的案件管理相一致。在被调查的公司中有超过 60% 的公司赞成书面审判，而不赞同通过口头辩论和作证的方式，实际上大多数人都希望掌管诉讼程序的法官能够控制案件审理时间表。

多年来建筑行业新闻机构经常报道对法律过程的批评。例如针对这个问题 Wilmott Dixon 公司总裁，后来成为建筑业委员会主席的 Ian Dixon 曾经这样认为：

“如果你走上法庭，就不是胜利者。高额的法律费用还仅仅是其中的一部分。诉讼是漫长且反反复复的。法律体系是深不可测的，没有任何效率可言。”^[6]

在 HGCRA 法之前，除了信赖裁决的新工程合同第 2 版，依靠专家确定作为争端解决的最初形式的 IChemE 合同，以及多年来一直建议在很小范围中使用调解的 ICE 合同，其他几乎所有的工程标准合同文本都规定传统的争端主要解决办法是仲裁。然而随着 1996 年的 HGCRA 法在广泛的英国工程合同中确立了裁决的司法地位，这种重心已经完全转变了。Derek Crouch 案例被否定也促成了仲裁的萧条。仲裁传统上被看作是“不存在不良声誉”的争端解决方法，主要依靠的是技术评判，而不是采用法律思路，多年来已经基本上被看作已经过度地司法化。在案例 *Northern Regional Health Authority v. Derek Crouch Construction Company Limited* (1984) 中，上议院法官 1998 年根据其他理由推翻了判决，法官 John Donaldson MR 指出：