

非诉讼纠纷解决方式ADR制度述评 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E9_9D_9E_E8_AF_89_E8_AE_BC_E7_c122_483218.htm ADR(Alternative

Dispute Resolution)意指替代性纠纷解决方法，是一切诉讼外纠纷解决方法的总称。现代ADR的兴起与发展逐步改变了传统的纠纷解决方式的结构，促使人们对司法理念以及某些法律观念进行重新思考。

一、ADR的观念基础与实践基础：法社会学考察 冲突是人类社会的普遍现象，是社会体系中不可避免的普遍特征，它通常发生于短缺资源的分配中，是社会体系变迁的主要根源。冲突的显化构成了现实性纠纷，对其进行管理或解决显属必要，这是社会控制的具体形态。冲突管理有三种模式：忽视或回避冲突；使用武力或其它强制手段解决冲突；使用以利益(interest)或权利(right)为导向的“程序解决”方式。现代ADR的兴起与发展正是社会控制观念与实践在纠纷解决领域内的表现。

(一) ADR的观念基础 尽管ADR观念的广泛传播始于20世纪70年代，但运用ADR解决纠纷思想古已有之，东方是如此，西方也不例外：儒家的“礼”治思想在中国可以追溯到春秋战国时期，西方的古罗马也有一条重要法谚：消灭诉讼对国家有益。14、15世纪后，随着近代民族国家逐步形成，国家主权观念迅速兴起。到16世纪，由于“社会政治组织已成为首要的了。它具有或要求具有，而且就整个来说也保持着一种对强力的垄断。”由此法律“已成为社会控制的首要工具”。在国家主权观念支配下，诉讼成为实现正义的象征，比如在英国，冲突过程中的决策总是与国家和法官的形象联系在一起；成为一名法官被

认为是律师职业的最高成就。这种状况从20世纪70年代起发生了显著变化，ADR作为一种机制逐步具备了必要的观念基础。这些变化是多方面的，它既体现在对国家权力和公民权利的重新诠释，也体现在对政治国家和市民社会的重新理解，还体现在对司法理念的更新改造，但其目的都在于论证纠纷解决非正式化(Informalism)的合理性。M.Cappalletti和B.G.Garth认为，“获得正义”(Access to justice)是一种先于国家存在的自然权利，而自然权利只要求国家不允许他人侵犯这些权利，并未要求国家通过积极行为加以保护，这与18世纪末19世纪盛行的民事诉讼作为个人主义哲学根本反映的观点大相径庭。国家权力方面，自由主义政治学说主张的权力结构单一性国家权力或司法权力的观点也出现了危机，B de Sousa Santos认为那些看起来丧失合法性(Delegalization)的东西实际上被重新合法化(Relegalization)了。换言之，政治国家以市民社会的形式扩大了其领域，国家权力通过间接规则实现了扩张。Abel也指出，非正式制度普遍扩大而非缩小了国家权力。总之，ADR作为一种机制所必要的观念基础已经具备，至少在某些国家是如此。比如在英国，主持民事司法制度改革的沃尔夫勋爵(Lord Woolf)在他的《最终报告》(1996)中，认为鼓励运用ADR是他针对案件管理所提出的建议的重要内容，这与他在《中期报告》(1995)中对ADR所持的谨慎态度相比明显发生了变化。

(二) ADR的实践基础 ADR的形成并非是纯粹的理论创造，而是有着坚实的实践基础：首先，人们注意到民事诉讼制度在纠纷解决中的局限性；其次，人们注意到ADR在纠纷解决中的独特作用，重构传统的纠纷解决机制因此成为必要与必然。从民事诉讼制度角度看

，国家与公民在民事诉讼制度方面存在着供需矛盾，作为非盈利性公众产品的民事诉讼制度的供给增幅无法跟上公民的需求增幅，从而客观上导致或加剧了诉讼拖延和积压。美国司法部曾指出，案件的急剧增加“不仅对法院是一个危机”，“对于要求寻求公道的诉讼当事人来说，对人权的要求以及对法治来说都是一个危机。因而它是对国家的一场危机。”另一方面，为保障公正审理，法院程序常常是正规的、冗长的、昂贵的，这让当事人感到沮丧。在美国，每年诉讼费用已经涨到1000亿美元。许多美国公司的高级主管认为，费钱费时的美国民事诉讼制度是美国公司在国际市场上的一个竞争弱势。在其他国家，如英国，也存在着类似情况。为实现法律正义，许多国家逐步重构传统的纠纷解决机制。重构一般采取双轨制模式：（1）改革现有民事诉讼制度，提高绝对供给能力（如增加法官数量）或相对供给能力（如提高审判效率）。20世纪70年代中期前，人们的讨论焦点是改革审判方式；（2）在民事诉讼制度之外寻求其它有效的纠纷解决机制。70年代中期后，人们更加注意那些“补充性”（supplementary）或“替代性”（alternative）方法。与此同时，ADR的优点逐步引起人们的注意。这些优点主要包括：程序灵活而简捷、费用低廉且省时，有利于维护甚至促进当事人间的关系，这无疑对当事人具有很大的吸引力。

二、ADR的涵义及基本特征

从现有资料看，学者及有关法律文件不倾向于对ADR作语言精确与逻辑严密的概念界定：Christian Buhring-Uhle认为，ADR一般系指替代诉讼的任何程序。ADR在国内实践方面包括仲裁，国际实践方面则不包括仲裁。Henry J. Brown认为，ADR系指任何作为诉讼替代性措施的程

序，它通常涉及一个中立和独立的第三人的介入和帮助，ADR包括仲裁。但除非有第三人介入，谈判本身不是ADR；只有在谈判失败时，ADR才开始启用。换言之，谈判是启动ADR的前奏。美国第九上诉法院弗来彻法官认为，ADR可统称为不经过正式的审判程序而解决纠纷的办法。施米托夫教授没有对ADR进行概念性界定，但他至少把协商程序、申诉程序、调解和仲裁看作司法外解决争议的方法。《ADR语言》（1992）认为ADR系指为正常法律程序所接受的，通过协议而非作出强制性决定的解决问题的任何方法。Henry J. Brown认为该定义过于宽泛，[4]不过我国有学者认为该定义比较合理，并主张狭义的ADR，即认为ADR不含仲裁，也不含法律框架内的ADR，如诉讼或仲裁中的调解。1998年美国《替代性纠纷解决法》（Alternative Dispute Resolution Act 1998）规定，ADR包括由法官主持的审判之外的任何程序，其间一个中立的第三人通过诸如早期评估、调解、微型审理、仲裁等帮助当事人解决纠纷。可见，除《ADR语言》等少数之外，人们对ADR的内涵都持有共同的理解，在ADR外延方面意见分歧的一个原因可能是，ADR还在不断发展过程中，它具有很强的扩张性，这决定了ADR客观上只能是一个开放性概念。由于人们可以通过民事诉讼的参照性概念对ADR的内涵进行外在地界定，因此ADR的开放性特征仅就其外延而言；其次，学者在对ADR进行宏观把握时，ADR的多样性却使得整体性研究与实证分析间以及不同的实证分析间经常存在冲突比如仲裁的程式化与其它ADR方法迥然不同，为研究方便计，有些学者就对ADR的外延做出某些限制或排除。我们认为，“ADR”实际上只起一种“标签”作用，换言之，它实

际上是一个内部松散的“集”，其作用是体现在具体的ADR中，从微观角度研究ADR似乎更为可取。因此，刻意限制或排除ADR的外延似无必要。尽管ADR方法数量众多，但不同的ADR方法间仍然具有某些相同或类似的特征。

- 1.意思自治。ADR的首要特征是当事人有权通过自愿协议的方式自由地处理争议，当然，自由的程度因不同的ADR而有所区别。
- 2.灵活性。意思自治的结果是当事人可以自由地设计他们认为合适的程序，这种灵活性甚至可以延伸到纠纷解决的结果方面，使当事人不局限于减少法律规定的救济，而且还可以结合任何物质或非物质利益的转移和交换。
- 3.谈判结构。无论是为了达成有约束力的或没有约束力的协议，经过谈判达成和解都是ADR的基本目标。换言之，谈判可以使当事人取得一致的可能性最大化，当然，不同的ADR有不同的谈判结构。
- 4.以利益为中心。与民事诉讼以当事人的权利为导向不同，ADR主要以当事人的利益作为纠纷解决的焦点，因为利益而非权利才是当事人最终之利害所在。由于权利是充当衡量利益合理性的基本工具，因此ADR具有权利导向的特征，但它的基本价值取向仍然是直接切入纠纷的核心要素利益冲突。
- 5.运用管理技巧。ADR试图把法律争议(legal dispute)转化为商业问题(business problem)，因此ADR要援用某些管理技巧以达到“双赢”(win-win)结果。与律师相比，公司高层主管更了解本公司的商业利益以及公司的优先与未来战略，因此他们往往能够更快、更富有创造性、更富有远见地与对方当事人达成协议，有时还可以把商业纠纷变成一次新的商业交易。
- 6.降低交易成本。尽管涉及的纠纷、当事人、所选择的程序以及第三人介入的效果都各有不同，ADR具有节约时间与

成本的优势显然毋庸置疑。这里的成本不仅包括当事人在运用ADR程序过程中支付的直接成本，也包括纠纷过程派生的间接成本，如业务中断、当事人间关系的破坏以及未来商业机会的丧失等。

三、ADR的形态 美国第九上诉法院弗来彻法官认为，调解、仲裁和谈判是美国最常使用的ADR方法。[2]的确，尽管ADR名目繁多，但许多或是调解，或是仲裁，或是谈判的派生形态，从调解、仲裁及谈判三方面探讨ADR具体形态是可取的。此外，晚近英美等国法院加大了把ADR接入法院系统的步伐，从而出现了“ 附属于法院的ADR

” (Court-annexed ADR)。

(一) 调解及其派生形态 关于调解，迄今尚缺乏普遍接受的定义，它主要被理解为所有第三人介入并做出没有约束力决定的形式。调解是最常见、最重要的一种ADR，是其他ADR的基础。由于调解中第三人的角色与立场以及调解程序所蕴含的社会内涵不同，传统调解和现代调解间有着明显区别，同时还存在介于二者间的“ 灰色区域 ”。Christian Buhning-Uhle详细分析了二者间的区别，如传统调解中的第三人典型地指那些在社会团体中享有崇高社会地位或道德权威的人，而现代调解则优先考虑第三人在解决纠纷方面所拥有的技巧。调解分为三个阶段，即前调解阶段、调解阶段及后调解阶段。前调解阶段的主要任务是使当事人同意进行调解、克服调解的障碍（如对调解的不信任或不了解）、筹备调解会议（如指定调解员）；调解阶段的主要任务是当事人阐述、各自召开会议与联席会议以及闭会；在后调解阶段，调解员可能充当一种信息沟通渠道，或作为一种解决纠纷的动力；在未能达成调解情况下，签署一些局部性协议或备忘录，以便在未来达成和解。根据实际情况，调

解员可以扮演如下全部或部分角色：（1）商谈场所(Forum for Discussions)。调解员为当事人的商谈提供中立和可靠的环境，克服事务性障碍，如在谈判地点、时间和议程无法达成一致；（2）商谈“和事佬”(Moderator of Discussions)。调解员可以减少当事人的进攻性行为，引导当事人合理行事，防止紧张升级；（3）情绪“避雷针”(“Lightning Rod” for Emotions)。使当事人在一个受到控制的气氛里发泄的情绪，强调一方在阐述时不得被打断，并且不使用侮辱性语言；（4）信息沟通渠道或转换器(Communications Channel/Translator)。调解员的一个重要功能是充分信息沟通的工具，同时也可以把特定的主张“转换”成不含偏见的语言或反映当事人潜在的利益主张；（5）“催化剂”(Catalyst)。现代调解的主要目标是帮助当事人制定纠纷解决方案，调解员充当一种提高当事人解决问题技巧的“催化剂”，帮助当事人了解纠纷的根源以及双方的利益所在；（6）顾问(Advisor)。除可以对有关情势以及是否批准纠纷解决建议方案进行中立评估外，调解员还可以为当事人提供一系列分析方法和决策工具；（7）现实性代言人(Agent of Reality)。作为局外人，调解员可以对当事人的假设、看法和判断提出质疑，减少当事人过高的期望，注入务实性精神。“测试现实性”(Reality-testing)是调解员最有效的调解技术之一；（8）“替罪羊”(Scapegot)。在即将取得某种一致，或提出建议时，为保全面子当事人可以授权调解员提出或接受一项解决方案；（9）起草人(Draftman)。一旦达成协议，调解员可以帮助当事人明确地表达协议内容，避免在协议文字方面出现争议。起草协议时避免使用语义含糊的条款，从而避免协议以后发生破裂；

(10) 遵守协议的监督者(Compliance Monitor)。调解员有时候还应邀监督协议的履行，并解决其中出现的任何争议。实践中，人们根据需要对调解作了某些变动，从而出现了包括微型审理(Mini-trial)、有部分约束力的调解(Semi-binding Mediation)、调解/仲裁(Med-arb)等在内的派生形态。“微型审理”是一种先期程序，旨在缩小当事人对诉讼中胜诉机会的看法分歧以及通过“中立顾问”召集代表当事人的高层决策人士进行建设性和解谈判。其基本特点是包括有一个信息交换结构，据此双方当事人代表向一个由高级主管组成的专门小组简要阐述案件的有关问题，由于这些高级主管没有介入这些纠纷，因此有很高的权威性来处理这些纠纷。在当事人提交的信息以及听取当事人意见的基础上，专门小组举行秘密讨论并且寻求和解方案，这个过程中可能有也可能没有中立顾问的帮助。“微型审理”1977年首先运用于一桩专利侵权案，经典的“微型审理”不过是调解的一种变化形式，但在缺乏中立的第三人参与时，“微型审理”成为另外一种ADR。1984年后，纽约公共资源中心(Center for Public Resources,CPR)和苏黎世商会开始提供制度化的“微型审理”，包括审理程序和“微型审理”条款，帮助当事人设计“微型审理”，并帮助选择中立顾问。根据美国司法部《联邦法院诉讼中替代性纠纷解决方法适用指南》的介绍，微型审理一般适用于涉及当事人人数较少的纠纷，尤其对于解决如下四类纠纷最为有效：(1) 在因一方当事人对他方当事人及其实力估计过高而导致谈判陷入或即将陷入僵局时；(2) 存在着某些重要政策问题，而决策者的面对面对话有助于解决这些政策问题时(在缺乏中立第三人介入之场合)；(3) 在

纠纷属技术性问题，并且决策者与中立第三人对纠纷问题具有专业知识时，或（4）中立第三人所拥有的专业证书有助于纠纷案件时。有部分约束力的调解是指当事人在调解协议中规定赋予调解员的建议以某些“强制性因素”，据此调解员的意见可以被援用于随后发生的诉讼或仲裁程序，或规定经济方面的惩罚措施。调解/仲裁是指在无法达成调解协议时，调解员随即作为仲裁员并做出有约束力的裁决。尽管调解/仲裁的目的是试图以诉诸仲裁为压力提高调解的效率，但在运用调解/仲裁时恰恰可能由于启用仲裁程序而产生两个问题：当事人考虑到调解程序中所做出的任何信息披露在仲裁程序中都不能作为证据，从而可能抑制当事人在调解中的有效谈判，从而影响到调解程序的整体活力；更为复杂的是，仲裁员是否能够不受他在调解中获取的信息的影响从而影响其中立性？即便能，当事人是否能够认可仲裁程序的公正性？在美国，调解/仲裁主要适用于涉及雇佣关系的场合。不过，目前人们对调解/仲裁仍然意见不一。

（二）仲裁及其派生形态

仲裁是当事人把纠纷提交给中立的第三人或机构，并由后者做出具有约束力的决定。这里不拟对仲裁进行分析，仅就仲裁在实践的两种派生形态，即“高低”仲裁（“High-Low” or “Bracketed” Arbitration）和“最后要约”仲裁（“Final-Offer” Arbitration）做一介绍。

“高低”仲裁。如果仲裁程序中当事人对金钱数额存在争议，并且想避免采取极端的解决办法，则当事人可以先确定最高数额和最低数额一般不对仲裁员披露，如果仲裁员的裁决数额在最高数额与最低数额构成的区间内，则该裁决为最终裁决；如果在该区间外，则采取与裁决数额较近的那个数额，据此，通过设定“高低”区间降低

了裁决的变动风险。“最后要约”仲裁。许多仲裁员经常乐于做出折衷性裁决，“最后要约”仲裁的目的正是抵销这种倾向性。当事人或是向仲裁员提交“最后要约”，后者只能在“最后要约”间选择；或是请求仲裁员确定一个数额，当事人接受与该数额较接近的那个“最后要约”。总体看，“最后要约”仲裁与“高低”仲裁很相似，但前者鼓励当事人在提出“要约”时采取合理立场，以使最后时刻有可能达成和解。“最后要约”仲裁广泛运用于美国棒球运动员工资纠纷和公共部门的集体性交易场合，美国一些州还强制规定特定公共服务纠纷应适用该程序。

（三）谈判及其派生形态

谈判的基本含义是通过双向信息交流，取得共识并达成协议。如前述，Henry J. Brown 认为缺乏第三人介入的谈判不成其为一种ADR，而只是启用ADR的前期程序。我们认为，谈判既是不同ADR运作中的重要内容和重要手段，它也是一种独立的ADR，以是否有第三人介入来判定谈判的性质缺乏令人信服的理由。谈判基本上遵循以下流程：设定谈判场所(Arena)；形成谈判议程(Agenda formation)；探测谈判底线(Exploring the limits)；缩小差异(Narrowing the difference)；讨价还价(Bargaining)以及达成协议(Agreement)。与调解、仲裁不同，有些谈判可能并不需要中立第三人的介入。此时，双方当事人间由于经济实力、谈判个性、信息获取能力等方面的差异而导致的“权力失衡”问题就会凸显出来，从而可能使得谈判呈现出其非和谐性的一面，并可能使谈判陷入僵局。“早期中立评估”(Early Neutral Evaluation, ENE)是谈判的一种派生形态，它是指在纠纷早期阶段，当事人的法律顾问各自把纠纷提交给一名中立人或中立人小组，请求后者就可

能的诉讼结果作一预测，并且采取鼓励和解的态度。在当事人间的谈判由于技术性问题而陷入僵局时，ENE的作用尤其明显。但是，由于ENE是一个相对较新的ADR，人们对它的性质及其与调解的关系尚未形成确定的理解，因此，ENE的运用尚待进一步发展、完善。（四）附属于法院的ADR(Court-annexed ADR) 70年代以来，美国法院逐步把ADR直接引入传统的纠纷解决机制，这不仅丰富了民事讼制度改革的内容，而且也意味着ADR实现了民间与官方的双轨道运行，大大推动了ADR的发展。早在1983年，美国《联邦民事诉讼规则》第16条就允许法官在审前会议阶段考虑运用和解或司法外程序解决纠纷的可能性并采取行动。1999年4月26日正式生效的英国《民事诉讼规则》也明确把ADR引入法院系统，把ADR作为案件管理的重要手段。“附属于法院的ADR”在加拿大、澳大利亚、新西兰、德国也普遍地被采纳。实践表明，几乎所有的ADR都可以被援入法院系统，如附属于法院的仲裁、附属于法院的调解等等。当然，法院本身也着手设计某些ADR，如简易陪审团审理(Summary Jury Trial)。

四 英美两国的ADR实践（一）美国 尽管现代ADR实践的所有重大成果几乎都首先出现于美国，但1925年之前，美国法院对ADR一直持排斥态度。ADR的被接受始于1925年《联邦仲裁法案》的颁布，其蓬勃发展之势始于70年代中期后。1983年，联邦最高法院决定：若当事人对争议是否可由仲裁解决存在争议，则法院应判决由仲裁解决争议。进入90年代，ADR得到了更加广泛的支持，这一发展首先应归结于1990年《民事司法改革法》（Civil Justice Reform Act of 1990,CJRA 1990）的推动，该法使ADR在联邦区法院获得法定

认可，当然，法院实际上从70年中期后就已经逐步采用ADR，80年代后有些法院还引进了简易陪审团审理和早期中立评估程序。修订后的1993年《克罗拉多州律师行为规则》第2.1条规定，律师有义务向当事人提供使用ADR的建议。其它一些州的法律也有类似的规定。现行《联邦民事诉讼规则》第16条第3款规定，法院召开双方当事人或律师参加的审理前会议协商案件的审理前准备，其中的重要内容就包括了研究和解的可能性以及是否利用审判外程序解决纠纷的问题，并且建议在联邦地区法院中把ADR作为案件管理的六种程序之一，这些都极大地推动了ADR的运用。最新的ADR立法实践是，克林顿总统在1998年10月30日签署了《替代性纠纷解决法》。该法要求每个联邦地区法院应该允许所有民事案件中使用ADR，建立各自的ADR计划并制定相应的保障程序，从而使1990年《民事司法改革法》中提出的ADR行动计划更加具体化。在推动运用ADR解决纠纷方面，美国行政当局一直不遗余力，成效显著，值得赞赏。1991年10月31日，当时的布什总统签署了第12778号行政命令，规定律师在合适的案件中应该建议当事人使用ADR。[2]为执行该行政命令，美国司法部在1992年8月还特别发布了《联邦法院诉讼中替代性纠纷解决方法适用指南》。1995年4月6日，司法部长雷诺女士(Janet Reno)批准了《促进更广泛合理地运用ADR方法》的行政命令。该行政命令开宗明义地指出，该命令旨在促进在合适的案件中更广泛合理地运用ADR，俾使所有美国公民获得正义并使得涉及政府的纠纷获得更有效地解决。当事人方面，许多公司也制定了公司ADR计划，该计划不仅使公司在运用诉讼或ADR解决纠纷方面能够作出理性的选择，而且可

以提高公司处理冲突的整体能力。一些公司还任命了专门的ADR高级职员，监督与协调公司的ADR行动。但是，公司ADR计划最主要的意义也许在于，它使公司高层领导意识到在他们对公司所承担的商业责任中包含着解决纠纷的内容。ADR服务方面，ADR律师和专门提供ADR服务的ADR公司正在不断涌现，前述CPR就是最著名的ADR公司之一。超过3000家公司以及1500家律师事务所（其中包含全美500家最大律师事务所中的400家）目前已经加入CPR，并保证在与CPR其它成员发生纠纷时首先选择使用非约束性程序。1996年，美国律师协会（ABA）成立了纠纷解决处，这是ABA近19年以来的第一个新设部门，目前已经有6000名成员。此外，一些律师事务所还设立了谈判/ADR部门。（二）英国与美国不同，ADR在英国长期未受到重视，人们甚至对ADR还持有一种怀疑态度。尽管司法实践中也运用某些ADR，但总体看法法院在运用ADR方面缺乏经验。直到90年代中期英国开始启动以“走向正义”（Access to justice）为主题的民事诉讼制度改革时，ADR才引起人们的广泛关注。在《中期报告》（1995）中，沃尔夫勋爵虽然肯定了ADR的价值，但并不赞成采取“附属于法院的ADR”制度，而仅建议在案件管理会议及审前评估中法院对运用ADR予以考虑，但在《最终报告》（1996）中，沃尔夫的态度却发生了明显变化，他建议法院在案件管理会议及审前评估中应该鼓励使用ADR，并且应该考虑当事人是否不合理地拒绝运用ADR或在运用过程中是否有不合理行为。总体看，从《中期报告》到《最终报告》，沃尔夫鲜明的态度转变体现在是仅仅把ADR看成纯粹的自愿程序，还是看成法定程序。在《中期报告》中，沃

尔夫采取了前一种观点；在《最终报告》中，沃尔夫认为法院虽然无权强迫当事人使用ADR，或取消或拖延当事人向法院寻求救济的权利，但如果当事人不合理地拒绝法院作出的使用ADR的建议，或在使用过程中不予合作，法院有权在对费用问题做出命令时对此加以考虑。1999年4月生效的《民事诉讼规则》体现了沃尔夫的上述观点，比如该规则第26.4条规定，在诉讼中，法院可依当事人申请，或者依职权决定中止一个月（如有必要可延长此期限），以便当事人通过ADR或其他方式达成和解，解决争议。与此同时，作为沃尔夫报告的一个产物，英国民事司法委员会(Civil Justice Council)设立了一个以布里斯托尔大学Martin Partington教授为主席的ADR下属委员会(ADR sub-committee)，该委员会将会同司法部一起具体筹划在将来如何把ADR融入法院的工作。不过，司法部目前对于建立全国性的附属于法院的ADR，或是由地方法院各自建立附属于法院的ADR尚不明确。尽管如此，英国司法当局对于在法院中全面引进ADR再无疑义，已经形成明确的认识。事实上，近年来，英国法院逐步注意到ADR的价值，一些法院开始引进了某些ADR，比如伦敦商事法院鼓励当事人采用ADR，并为当事人准备一份提供ADR服务的个人和机构的清单。ADR服务方面，英国也成立了一些ADR机构，主要涉及家庭和社区调解领域，比如“全国家庭调解协会”(NFM)及其地方分支机构。

五、ADR的法律效力

ADR是否具有法律效力，例如，其程序规则是否具有法律约束力，其协议或决定是否具有可执行力，这是ADR实践中不可回避的问题，这可能也是许多人对ADR持怀疑态度的重要原因。如果赋予ADR以法律效力，必然要面临着一个两难选择：纠

纷解决是以权利为基础还是以利益为基础？一般来说，法治社会总是力图把社会关系通过明确的权利义务纽带转换成法律关系，据此确定相应的权利救济方式，而ADR或是主要以利益为基础，或是当事人直接采取权利妥协的方式达成协议（当然也不排除完全以权利为基础的ADR），显然，这种以利益为基础或权利妥协并非完全合理，甚至不合法，由此可能违背法治精神，以调解为例，日本学者谷口安平认为，“今天我们的社会生活和意识中已经渗透了法和权利的观念，完全不问法律上谁是谁非而一味无原则地要求妥协的调解方式已不可能再获得民众的支持”，因为“申请调解的当事人者虽然没有选择利用诉讼制度，却也是为了实现自己的权利才提出要求调解。”因此，是否赋予及如何赋予ADR以法律效力确实是一个重大的法律理论与实践问题。我们认为，不管是主要以利益为基础还是直接通过权利妥协，ADR实践都不能脱离法治轨道，这是决定是否赋予ADR以法律效力的根本前提。以此为基点，考虑到程序正义可以担负实现实体正义的功能，我们主张，ADR这种非正式化纠纷解决方法的程序正式化是决定是否赋予法律效力的基本依据。详言之，由于ADR的复杂性，概括性地赋予ADR以法律效力很可能违反法治精神，较为可取的办法是，以ADR程序的正式化程度分类别地决定是否赋予法律效力。从ADR运作层面看，进入90年代后，ADR呈现出一个重要的发展特点和趋势，即ADR日益呈现出程式化特征，从而与早期ADR有着明显区别，这些程式化特征不仅体现在大量的ADR机构的出现，也体现在ADR适用规则的制定尤其在附属于法院的ADR中，法院有职责制定具体ADR的适用规则，还体现在ADR从业人员的专

业培训。这不仅为运用ADR实现实体正义提供了重要的程序保障，也为把ADR程序的正式化作为赋予ADR以法律效力之基本原则提供了必要的实践基础。应该说，目前ADR的立法实践已经自觉或者不自觉地采取这一做法，比如各国普遍规定仲裁裁决具有法律效力，可以强制执行；法院主持的调解也具有法律效力，可以强制执行。显然：仲裁程序的正式化不言自明，而法院主持的调解作为一种“附属于法院的ADR”也有较为可靠的程序保障。当然，此类立法实践中最具说服力的无疑当属美国1998年《替代性纠纷解决法》。尽管该法并非仅仅规范附属于法院的ADR，但从该法的基本内容看，它主要地或着重针对此类ADR进行规范，比如该法第5条a项规定，任何允许运用ADR的联邦地区法院都应该制定适当的程序，以使当事人可以获得中立人。任何联邦地区法院都应该颁布选择中立人的程序和标准。第5条b项对中立人的培训及其任职资格的取消作出了规定。可以认为，1998年《替代性纠纷解决法》主要通过对附属于法院的ADR的程序的规范表达了立法者对ADR程序正式化的重视，该法也因此可以为有关国家决定是否赋予及如何赋予ADR以法律效力提供了有益的借鉴。

六、结语 对于ADR在中国的发展，理论界和司法界都有不同的见解。有论者深刻地指出：“在当前的法治建设和司法改革中，针对代替性纠纷解决方式可能提出的质疑和挑战主要包括以下方面：首先，在法治现代化的进程中，需要优先解决的问题是正式的法律体系的建立健全，而不是传统的、非正式机制的利用和发展；需要强调的是国家司法权的统一和至高无上的权威，而不是当事人根据多样化的社会规范进行的自治；需要重视和加强的是公民通过正式的

法律途径实现自身权利的意识，而不是通过非诉讼程序进行交易，达成妥协。其次，调解等非诉讼的纠纷解决方式是中国传统法文化的遗留，是特定时期法制不健全的产物，随着法制的不断健全，西方式的普适法文化的全面引进，这些方式最终会逐步退出历史舞台，至少其功能和作用会随着社会和全民法律意识的提高而逐渐衰退。再次，西方的ADR的发展是社会高度法制化、社会主体的自律能力较强的条件下进行的，而中国普通公民目前的权利意识和自律能力相对较低，在这种条件下提倡ADR会对权利的实现和法治的发展产生副作用。最后，当前各种现存的代替性纠纷解决方式普遍存在种种弊端，例如，效力低，不具强制力，易被滥用，主持机构或人员素质低，规范和程序过于随意，当事人双方的实力和能力的差别导致的解决结果的某些不公平性等等，致使当事人对它们缺乏信任，法院也不屑于主动与其配合等等。此外，还存在着许多操作性方面的问题，例如如何与民事诉讼程序衔接等等。”我们认为，ADR的发展，对法治化程度不同的国家具有不同的意义。就中国而言，由于历史上存在着“无讼”的法律文化传统，因此调解等非诉讼的纠纷解决方式在追求法治化的语境中，可能会被视为“法治产品”的异类而受到排挤。但是，法治的推行毕竟不仅仅仰赖于公民诉讼意识的养成，否则如何解释法治程度极高的国家青睐ADR的倾向？在国家主义长期压抑民间社会成长的国家，诉讼外纠纷解决方式的推广和使用，对市民社会的成长和民主意识的培育显然具有积极的意义。因此，ADR在中国的发展必将处于一种国家法与民间法、统一化与多元化的矛盾张力之中。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详

细请访问 www.100test.com