

律师参与ADR的思考 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E5_BE_8B_E5_B8_88_E5_8F_82_E4_c122_484829.htm ADR 是现代各国普遍存在的、民事诉讼制度以外的非诉讼纠纷解决机制的统称。在我国民事司法改革的进程中，ADR以其特殊性和独有的优势得到了人们更多的关注。律师具有参与ADR的专业优势，为了更好的维护当事人的合法权益，适应现实的需要，应对律师在该机制中的作用予以充分地肯定,并加以完善。【关键词】非诉讼纠纷解决机制；人民调解；律师参与ADR 二十世纪后半叶以来，美国的民间纠纷日趋诉讼化，大量诉讼案件让法院不堪负重，传统诉讼程序所暴露出来的缺陷促使替代性纠纷解决方式（ADR）应运而生。随着ADR方兴未艾地发展，以ADR为核心内容的纠纷解决的研究，逐渐成为世界各国法学界的重要研究课题，也引起我国理论与实务界的重视。我国也有非诉讼解决纠纷的传统，拥有现存的各种调解、仲裁制度及丰富的经验，社会主体对这些方式亦有长期的认同和习惯，律师开展这些业务也有一定的传统。但是一方面与西方国家相比我国ADR仍处于早期发展阶段，还有进一步完善的需要，另一方面“过分推崇纠纷解决的权威性与单一性不仅使我们走进诉讼惟一的误区，也使律师囿于传统的诉讼业务，还由于竞争激烈引发了许多不正当行为”。[] 因此有必要认真思考ADR的缺陷与不足，并对症下药地进行改进，才能更好地发挥ADR的作用。一．ADR的界定----一个不能省略的前提 尽管ADR的发展十分迅速，理论界对ADR一词也已不陌生，但要对ADR下一个确切的定义并非易事，

可以说，“关于ADR的定义，大概是有多少拥护者就有多少不同的定义”。[]由于代替性纠纷解决方式是一个总括性、综合性的概念，其内涵和外延相对难以准确界定。但总的说来，ADR的定义还是可以归纳为以下广义说、狭义说与搁置说。广义说认为，ADR应该包括仲裁、谈判，除法院诉讼之外的纠纷解决机制。狭义说则认为，ADR是指诉讼和仲裁以外的纠纷解决方式的总称，即应该把法院诉讼调解、谈判等排除在外。另外搁置说认为：“ADR的范围之争无关紧要”。[]目前狭义说与搁置说已经越来越受到国内学者的批评。对于“狭义说”，已有学者对其进行了深刻的分析，指出“在我国主张狭义ADR说是不科学的，因为这种观点没有考虑到中外仲裁制度实践存在的明显差别。”[]而对“搁置说”，有学者认为，“ADR范围之争并非如某些学者所说的‘无关紧要’，而是‘事关宏旨’”。[]相比之下，“广义说”则更为学者所接受，因为“从ADR的本意和发展历史来看，ADR的概念中应该包涵仲裁”。[]尽管有如此多争论，学界普遍对ADR替代诉讼的功能没有异议，因而在现实中并未给ADR的运用带来太大的阻力，况且ADR也是随着形势的发展而不断发展，内涵也不断在扩张，所以对于ADR的理论研究和实践，无论国外还是国内，均呈蓬勃发展之势。就目前来看，世界各国ADR的内容与形式也是千差万别的，但学者大多认为ADR最主要的有调解、仲裁、谈判及其派生形式，[]派生形式主要有早期中立评价、中立专家事实发现、简易陪审团审判、小型审判、聘请法官、调解 - 仲裁等[]。笔者认为，ADR本身是一个开放性的概念，“广义说”适应了ADR的发展趋势，间接地揭示了ADR未来发展的

广阔空间，因而具有重要的实践和理论意义。因此，ADR应当包括仲裁在内。

二.ADR在我国当前发展的局限性

美国前首席大法官沃伦·伯格说：“我们能够提供一种机制，使争议双方在花钱少、精神压力小、比较短的时间内获得一个可以接受的解决结果，这就是正义”。因此，诉讼并不是衡量是否能实现正义的唯一标准，只要能在法律范围内有效地解决纠纷，这都是正义的实现。我国当前“诉讼爆炸”的现实危机使纠纷无法得到迅速解决，不仅不利于保护当事人的合法权益，而且也给法院造成了很大的压力，导致社会矛盾加剧。为了协调各方利益，更好的发挥法律的社会功能，节约诉讼资源，增强诉讼效果，利用多种渠道解决基层纠纷，化解矛盾，ADR同样也是一种能够为当事人提供正义的机制。

在上海市，委托人民调解的范围将从民事纠纷扩大到轻伤害案件，而且试点地区的工作已经取得调处成功率高、协议履行率高，案件解决成本低、加害人再犯率低的良好效果。[]

西方ADR制度在近几十年的不断发展中吸取了各国丰富的司法经验，其成功实践表明了ADR对解决法律纠纷的普遍适用性。以人民调解制度为主要形式的ADR机制在我国有悠久的历史，已为国民所熟知，并积累了丰富的经验，在国际上也被誉为调解民间纠纷的“美好制度”。但是进入90年代后，人民调解的作用出现了明显的下降。首先表现在调节组织和调节纠纷的数量下降。1990年全国有调解委员会102万个，到1996年为100116万个，到2000年减至9414万个。1990年调解的民间纠纷为740192万件，1996年减至580122万件，至2000年为50311万件。其次是调解所解决的纠纷与诉讼所解决的纠纷比例下降：据司法部人士介绍，调解与诉讼的比例

在20世纪80年代为10%（最高达17%），至2001年将至15%。[]人民调解在特定的历史时期发挥了重要作用，但是，随着改革的深化、经济的发展、社会的变迁，人民调解已不能适应新形势下解决纠纷的需要，并逐渐暴露其弱点：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易导致某些不公平的解决结果；民众的纠纷已经突破原有的家长里短模式，新型的纠纷如房产纠纷、知识产权纠纷等，人民调解在新的领域中很难适应，难以发挥作用；新型的纠纷模式更加需要法律专业人士介入，以提高纠纷解决的能力以及纠纷解决的合法性；一些律师对ADR持消极甚至抵制态度，鼓励当事人放弃协商努力，继续诉讼。诸如此类的问题都可能成为阻碍ADR发挥作用的因素。而一旦ADR失败，再次进入诉讼程序，会使纠纷解决的成本在原来的基础上增加，反而给当事人造成了更大的负担。因此，代替性纠纷解决方式也面临着许多质疑和挑战。

三. 律师和ADR的相互作用

（一）ADR为律师提供了更广阔的发展空间 随着当代律师在社会经济生活中的地位变得越来越重要，作用也越来越突出。ADR的广泛应用，使得律师的业务范围进一步扩大，这样不仅可以解决现实中许多律师无法在传统的业务中取得优势竞争地位的困境，而且为其朝多方领域拓展业务提供机会；同时，ADR的成功运用有利于律师综合素质和法律地位的提高。

（二）ADR的发展需要律师的参与

1. 当事人在发生纠纷而选择解决方式时，需要在诉与非诉等解决方式之间进行反复权衡和比较，考虑何种方式能实现自身利益的最大化。但这些权衡的前提是其熟悉相关法律尤其是程序法律规范，而一般当事人由于不精通或者根本就不了解

程序法，因此难以保证其判断和选择的理性与正确。而以诉讼为传统业务的律师，对法律的精通，对诉讼程序的娴熟，使他们面对纠纷有足够的运用法律知识进行判断和衡量，能根据法律的规定，对当事人的某种行为进行法律上的预测，从而使律师对于纠纷的评价意见更可能“接近正义”（access to justice）。反之，如果缺乏律师的参与，就难以促进程序法对非诉讼纠纷解决机制潜在功能的有效发挥，更难以实现对于纠纷解决程序选择的理性判断和正确选择。此外，律师丰富的纠纷解决经验也同样是解决纠纷的必备条件，他能够迅速将法律、习俗、道德、事实等运用职业练就的智慧和审慎巧妙地融合，帮助当事人努力达成纠纷解决的合意和协议，对纠纷解决机制作出有利于当事人利益的选择，使纠纷彻底得以解决而避免进入诉讼程序。正如一位美国学者在《迷失的律师》中所指出：“不管是作为私人利益的代理人，还是作为国家事务的顾问，律师政治家所做工作的一个重要部分，就是为目标的选择提供建议。正如他以及其他所知道的那样，其工作的一个基本方面就是审慎地帮助他的代理人更好地理解他们自己的利益和理想抱负，指导他们在可选择的目标中作出抉择。” [11]

2. 律师的参与有利于减轻法院的压力。在律师指导帮助下通过ADR解决纠纷，可以避免因为客观存在的所谓“强势当事人”、“弱势当事人”之间差异而导致的正义缺失。当事人愿意积极履行达成的协议或者合意，从而把大量矛盾纠纷化解在基层，避免使其再次转入诉讼程序，加剧司法资源有限而诉讼量激增的冲突。

四. 律师参与ADR所面临的问题 随着ADR的发展，ADR专业知识和经验开始在法律职业中推广。在西方国家的纠纷解决过程中，当

事人习惯于借重律师的作用，律师在ADR中的态度和作用往往与纠纷解决成败攸关，因此，各国在推行ADR时，通常也大力鼓励律师参与。[12]尽管我国律师有开展ADR业务的实践形式，但是其发展并不是一帆风顺的，制约律师拓展ADR业务的原因有很多，主要包括：（一）社会观念的问题 在当前的社会思潮中，普遍认为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。这样才能保证国家法律和司法的统一和至高无上的权威。这种片面的法治观，把非诉讼方式作为法治的对立物，力图单纯倡导法律至上、大力提倡通过法律和诉讼实现权利，计划以大量增加法院和律师来解决日益增长的纠纷。在诉讼的增加被作为权利意识和法律意识提高的标志之时代，ADR的价值自然而然地会被贬低到微不足道的地位。（二）律师参与ADR缺乏法律规范 我国《律师法》第25条规定，律师可以接受公民，法人和其他组织的聘请，担任法律顾问；可以接受当事人的委托，参加调解，仲裁活动。这是我国律师从事ADR实务的法律业务范围的法律依据。但是，仅仅这么一条规定已经远远不能满足ADR的发展需要。律师如何参与ADR，当事人如何聘请律师参与ADR，律师如何收费，都没有规定，现实中做法也参差不齐。其中较为明显的问题是律师参与ADR的收费问题，如果收费太低，将打击律师参与ADR的积极性，如果收费太高，当事人选择ADR的热情也可能降低。在ADR业务中律师所得到的收入低甚至成为律师对ADR业务积极性不高的一个主要原因。律师也无

义务向当事人告知ADR程序，法律也并未规定何时使用ADR，除了劳动纠纷中仲裁是诉讼前置程序外，缺乏特定案件必须先使用ADR程序的规定。在利益的驱使下，律师也不太会建议当事人使用ADR，大大降低ADR的使用率。如果律师参与ADR缺乏相应的法律规范，反过来将限制ADR的发展。（三）我国律师的知识结构单一，整体素质有待提高 ADR 业务领域构成广泛，是一种综合性、专业性和实践性都很强的工作。它不仅需要律师必须具有深厚的法律专业知识，还要求律师具备其他相关专业知识，如金融、证券、房地产、知识产权、外语等方面的专业知识，同时还要具有丰富的实践经验。我国的律师队伍虽然逐年在扩大，但在他们之间，真正具有综合性知识的人才很少。因此，相当一部分律师只能在诉讼领域开展业务，很难发掘新型的ADR业务。从另一方面看，律师即使是受过专业训练，但ADR处理纠纷的灵活性决定了律师难以具备解决ADR所需要的一切知识。从实体角度看，ADR使用时未必要遵循既定的实体法，可直接依据社会风俗、习惯等处理纠纷。[13]而这些社会风俗、习惯在法律教科书里是难以学到的，律师如果没有丰富的实践经验，参与ADR过程中就无法运用这些社会风俗、习惯解决当事人之间的纷争。即使当事人在律师的参与下勉强通过ADR解决了纠纷，其结果与当事人的期望也可能相差一大截距离，当事人也会像“秋菊”一样困惑。[14]（四）部分律师对ADR的冷淡态度几十年来，我国律师在诉讼活动中发挥了重要的作用，律师在长期的执业活动中自然而然地形成了以“赢得诉讼”作为职业成就标准的习惯。在法治观念的支配下，诉讼制度日益精巧、复杂、繁琐，立法者与司法者在努力充实法

律正义内涵的同时却使法律日渐丧失平民化品质，法律与公民的距离越来越大，包括律师在内的专业化法律家阶层形成。因而在诉讼活动中，律师在其与委托人的关系中往往居于主导地位，“一切交给我好了”的律师——委托人关系模式也慢慢形成。[15]然而，ADR纠纷强调当事人的程序主体地位，当事人程序参与的强化削弱了律师的主导地位，降低了律师的职业成就感，所以有一部分律师抵触ADR的使用。另一方面，ADR本来的诉讼标的额相对于诉讼来讲都是较低的，而律师从中得到的收入更低，如果一个律师经常从事ADR业务，他的经济收入是很有风险性的。这样，律师参与ADR的积极性就不高。

五．问题的解决 笔者认为，针对上述问题，首先从律师角度看，律师必须自觉调整职业成就的衡量标准，正确认识其在纠纷解决过程中所扮演的角色，主动从“赢得诉讼”到“解决纠纷”转换。律师还要掌握过硬的专业知识，并善于学习、更新、深化其原有知识，提高自身的综合素质和综合能力，积累社会各方面的实践经验，以灵活运用ADR高效率解决纠纷。其次，改革高等教育法学教育体制，应当开设相应的课程，以弥补学生知识结构的缺陷；增加ADR课程，对学生进行谈判，调解等方面的专门训练；在律师队伍中培训、选拔调解人、仲裁员；强化律师的继续教育，国家应当设置专门的律师继续教育机构，完善律师继续教育体制，改善律师的知识结构，适应社会经济发展对律师提出的新要求。再次，应当在立法上确定ADR中律师的法律地位，规范法律服务领域中的ADR，规定律师必须向当事人告知ADR程序，据此促使律师树立新型的职业成就观，并正确认识其在纠纷解决过程中的作用。对律师参与ADR的收费

，我国可以借鉴国外的经验，如为鼓励律师在庭外促成当事人和解，德国于1994年6月24日颁布的《费用修正法》规定：律师如能促成当事人达成庭外和解，可在法律规定的全部律师费外再多收取50的“和解费”。1998年10月，英国法律援助委员会下属的诉讼费用与上诉委员会确认，在计算报酬时应该计算作为接受法律援助的当事人之代理人的律师为参加调解而花费的时间，这有力地推动了律师参与ADR。另一方面是规定当事人必须合理考虑使用ADR，甚至把ADR规定为处理特定案件如在法律援助方面的劳资纠纷，赡养纠纷等的前置程序，以间接推动律师参与ADR。规定律师参与ADR程序不仅可以通过正面激励措施。而且也可以通过负面激励措施，比如，如果当事人能够证明其遭受损失，并且该损失与律师没有向其提供采用ADR方式的建议间存在因果关系，那么当事人可以向律师主张损害赔偿。【注释】作者为华东政法学院诉讼法研究生0502班。[]林应钦：《律师参与ADR问题研究》，载《中国司法》2004年第11期，第27页[]转引自廖中洪主编：《民事诉讼改革热点问题研究综述》，中国检察出版社2006年版，第395页[]范愉：《ADR原理与实务》，厦门大学出版社2002年版，第95页[]范愉：《ADR原理与实务》，厦门大学出版社2002年版，第97页[]范愉：《ADR原理与实务》，厦门大学出版社2002年版，第84页[]王生长：《仲裁与调解相结合的理论实务》，法律出版社2001年版，第135页[]范愉：《ADR原理与实务》，厦门大学出版社2002年版，第111页[]范愉著：《非诉讼纠纷解决机制研究》，中国人民大学出版社2000年版，第201页[]《减轻讼累 促进和谐 轻伤害案可委托人民调解》，载《解放

日报》06年5月29

日<http://www.justice.gov.cn/sfxzw/mtgz/u1a4056.html> []范愉：

《当代中国非诉讼纠纷解决机制的完善与发展》，载《学海》2003年第1期 [11] [美]安索尼·T·克罗曼：《迷失的律师》 [M].法律出版社2002年版. [12] 范愉：《非诉讼程序（ADR）教程》，中国人民大学出版社2000年版，第109页 [13] 范愉：《ADR原理与实务》，厦门大学出版社2002年版，第99页 [14] 电影《秋菊打官司》中秋菊是一个追求权利、非要“讨个说法”的人，苏力却感受到秋菊在得到权利的同时也给自己带来的“困惑”——她得到了一些，却失去了意想不到的东西。（如遭邻人怨恨，这或许对她来说是更为重要的。）参见苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版，第24～40页 [15] 蔡从燕：《律师角色的转换与法治的可持续发展》，载《东南学术》2003年第5期，第120页

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