

多元化 纠纷解决机制

ADR PRINCIPLES AND PRACTICE

教育部人文社会科学研究“十五”规划项目

主编 / 范愉



厦门大学法学院诉讼法学系列
ACCESS TO JUSTICE

总主编：齐树洁

厦门大学出版社



责任编辑 = 施高翔

封面设计 = 张文化

厦门大学法学院诉讼法学系列 (第一辑)

齐树洁 主编 民事程序法

齐树洁 主编 民事司法改革研究

程春华 主编 民事证据法专论

张斌生 主编 仲裁法新论

齐树洁 主编 英国证据法

范愉 主编 多元化纠纷解决机制

李浩 主编 强制执行法

齐树洁 主编 破产法研究

ISBN 7-5615-1971-0



9 787561 519714

ISBN 7-5615-1971-0/D · 185 定价: 39.00 元

法学系列

多元化 纠纷解决机制

ADR PRINCIPLES AND PRACTICE

教育部人文社会科学研究“十五”规划项目

主 编：范 愉

副主编：蔡从燕

撰稿人：（以撰写章节先后为序）

范 愉	黄 斌	蔡从燕	陈慰星	陈英敏
尹腊梅	张海滨	连文元	郭锡昆	吴祥江
徐 卫	郑 颖	林雅娜	林应钦	李 凌
黎沛健	卢静娟	郑贤宇	方 丽	周 江

厦
门
大
学
出
版
社

图书在版编目(CIP)数据

多元化纠纷解决机制/范愉主编. —2版. —厦门:厦门大学出版社, 2006. 1

(厦门大学法学院诉讼法学系列. 第1辑/齐树洁主编)

ISBN 7-5615-1971-0

I. 多… II. 范… III. 民事纠纷-调解-研究-中国 IV. D925.114.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 135713 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门大学 邮编:361005)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

沙县方圆印刷有限公司印刷

2005 年 12 月第 2 版 2005 年 12 月第 1 次印刷

开本:850×1168 1/32 印张:26.125 插页:2

字数:703 千字 印数:0001—3 000 册

定价:39.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

本书作者简介

(以撰写章节先后为序)

- 范 愉** 日本国立名古屋大学法学博士,中国人民大学法学院教授、博士生导师。本书主编,撰写绪论、第一、二十二章。
- 黄 斌** 法学硕士,福建省电信有限公司厦门市分公司工作人员。撰写第二章。
- 蔡从燕** 法学博士,厦门大学法学院副教授。本书副主编,撰写第三、四章。
- 陈慰星** 法学硕士,华侨大学法学院讲师。撰写第五章。
- 陈英敏** 法学硕士,厦门市公安局警官。撰写第六章。
- 尹腊梅** 厦门大学法学院民商法博士研究生。撰写第七章。
- 张海滨** 法学硕士,厦门海关工作人员。撰写第八、十六章。
- 连文元** 法律硕士,厦门市交警支队警官。撰写第八章。
- 郭锡昆** 法学硕士,招商银行深圳管理部工作人员。撰写第九章。
- 吴祥江** 法学硕士,厦门市商业银行工作人员。撰写第九章。
- 徐 卫** 厦门大学法学院民商法博士研究生。撰写第十、十一章。

- 郑 颖** 法学硕士,厦门太古飞机工程有限公司工作人员。撰写第十二章。
- 林雅娜** 法学硕士,上海国浩律师事务所律师。撰写第十三章。
- 林应钦** 法律硕士,厦门市司法局工作人员,政府公职律师。撰写第十四章。
- 李 凌** 法学硕士,中国农业银行北京分行工作人员。撰写第十五章。
- 黎沛健** 法学硕士,广东移动通信公司东莞分公司工作人员。撰写第十七章。
- 卢静娟** 法学硕士,东亚银行厦门分行工作人员。撰写第十八章。
- 郑贤宇** 法学硕士,福建集美大学社科部教师。撰写第十九章。
- 方 丽** 法学硕士,厦门大学物理与机电工程学院教师。撰写第二十章。
- 周 江** 法学硕士,江西九江学院法学院教师。撰写第二十一章。

出版说明

厦门大学法律系(现为法学院)创办于1926年,其后几经坎坷,历尽艰辛。自1979年复办以来,法学院在重视提高诉讼法学教学质量的同时,始终密切关注并积极参与我国诉讼法律制度的建设及诉讼法学学科的发展。近十年来,法学院教师出版、发表了许多专著、教材和学术论文,内容涉及民事诉讼、刑事诉讼、行政诉讼、海事诉讼、仲裁制度、破产制度、海峡两岸诉讼制度比较以及司法改革等方面,在法学界产生了较大影响。1999年,经国务院学位办批准,厦门大学开始招收诉讼法专业硕士研究生。2001年5月,为适应诉讼法教学和科研的需要,提升学术研究水准,促进诉讼法学学科的发展,并为我国正在进行的司法改革摇旗呐喊,尽一点绵薄之力,我发起编写“厦门大学法学院诉讼法学系列”。受20世纪90年代英国民事司法改革的启示,我们将本丛书的主题确定为“接近正义”(Access to Justice)。

本丛书第一辑以民事诉讼法学为主要研究对象,分为八种:《民事程序法》、《民事司法改革研究》、《民事证据法专论》、《仲裁法新论》、《英国证据法》、《ADR原理与实务》、《强制执行法》、《破产法研究》,已于2004年6月全部出齐。

本书是教育部人文社会科学研究“十五”规划项目“纠纷解决与非诉讼程序”(批准号:01JA820005)的学术成果,由中国人民大学法学院教授范愉博士任主编。范教授在百忙之中率领厦门大学法学院的博士、硕士研究生,历时两年,几易其稿,终于完成了这部学术专著。我参与了本书写作大纲的确定、若干专题的讨论、部分初稿的修改及最后的定稿工作。

在当今世界,诉讼案件剧增是一种普遍的社会现象。传统的审判机制面对日益沉重的诉讼负荷,开始显得力不从心;诉讼的高成本和审判的迟延成为世界性的问题,从而构成民众“接近正义”的障碍和司法制度的危机,由此引发了全球范围的司法改革运动。各种替代性纠纷解决方式(Alternative Dispute Resolution, 简称 ADR)应运而生并逐渐得到各国立法、司法机关的重视。多元化的社会需要多元化的纠纷解决机制。在我国实行社会主义市场经济、依法治国、加入世贸组织以及构建和谐社会的背景下,本课题的研究具有理论和实践的重大意义。作者在研究和写作过程中,以“立足我国国情,借鉴外国经验,完善司法制度”为宗旨,广泛参考了中、英文资料,反复论证,精益求精,力求在结构完整、逻辑严密、论述深入的基础上有所突破和创新。

这次修订,我们增加了一章“和谐社会与纠纷解决”,安排 3 位新作者及部分原作者,对原书稿作了较大幅度的修改补充,以体现最新的立法、司法和学术研究动态,并将原书名《ADR 原理与实务》改为《多元化纠纷解决机制》。

本书付印之前,适逢厦门市人大常委会《关于完善多元化纠纷解决机制的决定》获得通过。该决定是我国第一部有关 ADR 的地方性法规,具有重要的意义。为此,特将该决定收入本书,作为附录。

本丛书的出版得到了厦门大学法学院、厦门大学出版社、厦门仲裁委员会、北京天元律师事务所领导的鼓励、支持和帮助,在此一并表示衷心的感谢。

尽管作了很大的努力,但由于我们的学识和能力所限,本丛书的不足之处在所难免,恳请专家、读者批评指正。

齐树洁 谨识

2005 年 11 月 21 日

于厦门大学法学院

目 录

绪论	(1)
一、ADR 的发展及其启示	(1)
二、研究纠纷解决及 ADR 的方法论	(11)
三、我国多元化纠纷解决机制的构建	(37)
第一章 和谐社会与纠纷解决	(45)
一、法治与和谐社会的构建	(45)
二、纠纷解决与社会和谐	(48)
三、多元化纠纷解决机制的价值	(53)
四、多元化纠纷解决机制的形态	(60)
五、我国社会现实与纠纷解决机制之重构	(66)
第二章 纠纷解决机制概述	(70)
一、纠纷解决机制的概念及其内涵	(71)
二、纠纷解决机制的类型与模式	(99)
三、各种纠纷解决方式述评	(107)
四、纠纷解决机制的趋势展望	(116)
第三章 ADR 的基本原理	(122)
一、ADR 的含义及基本特征	(123)
二、ADR 的价值分析	(131)
三、ADR 的主要形式	(141)
四、ADR 与中立第三人	(153)

五、ADR 的法律效力	(164)
第四章 民事司法改革与 ADR	(173)
一、概述	(173)
二、英国民事司法改革与 ADR	(179)
三、美国民事司法改革与 ADR	(188)
四、中国民事司法改革与 ADR	(199)
第五章 ADR 的经济分析	(215)
一、诉讼纠纷解决模式的资源及其冲突	(215)
二、ADR 产生的经济学必然	(224)
三、ADR 与诉讼互动的经济分析	(234)
第六章 谈判的原理	(262)
一、概述	(262)
二、谈判的优点与局限性	(272)
三、谈判的原则	(275)
四、两种谈判理论及其利弊分析	(278)
五、谈判技巧及伦理道德问题	(281)
第七章 谈判的程序与实务	(286)
一、概述	(286)
二、谈判的准备	(288)
三、谈判的开局	(299)
四、谈判的磋商与僵局的处理	(303)
五、谈判的终结	(310)
六、谈判者的素质	(311)
七、谈判行为的法律后果及其风险防范	(313)
第八章 调解的原理	(319)
一、调解的概念与特征	(319)
二、调解的形式与分类	(324)
三、调解与法治	(328)
四、法院调解制度的完善	(334)

五、人民调解制度的完善	(346)
第九章 调解的程序与实务	(355)
一、概述	(355)
二、调解程序的启动	(358)
三、调解程序的进行	(363)
四、调解程序的终结	(368)
五、调解组织	(372)
第十章 仲裁的原理	(382)
一、概述	(383)
二、仲裁的类别	(388)
三、仲裁的基本原则	(397)
四、仲裁协议	(408)
第十一章 仲裁的程序与实务	(418)
一、概述	(418)
二、仲裁第三人	(422)
三、仲裁管辖权异议	(430)
四、合并仲裁问题	(438)
五、重新仲裁	(442)
第十二章 调解与仲裁相结合	(449)
一、调解与仲裁相结合的产生	(449)
二、调解与仲裁相结合的方式	(452)
三、调解与仲裁相结合的利弊分析	(456)
四、调解与仲裁相结合在中国的实践	(465)
第十三章 附设于法院的 ADR	(475)
一、法院附设 ADR 的概念和类型	(475)
二、法院附设 ADR 的理念和实践基础	(478)
三、法院附设 ADR 的特征	(480)
四、法院附设 ADR 与诉讼程序的衔接	(485)
五、法院附设调解(Court-sponsored Mediation)	(488)

六、法院附设仲裁(Court-annexed Arbitration)	(494)
七、简易陪审团审理(summary jury trial)	(502)
八、早期中立评估(early neutral evaluation)	(504)
第十四章 律师与 ADR	(507)
一、律师利用 ADR 的背景	(507)
二、律师利用 ADR 的原理	(516)
三、律师利用 ADR 的规则	(522)
四、律师利用 ADR 的实务	(524)
五、律师利用 ADR 的思考	(530)
六、律师利用 ADR 的前景	(541)
第十五章 电子商务纠纷与 ADR	(548)
一、概述	(549)
二、ODR 的内涵和基本类型	(555)
三、ODR 运作中的关键性问题	(567)
四、ODR 前景展望及我国 ODR 制度的确立	(576)
五、结语	(582)
附录	(583)
第十六章 医疗纠纷与 ADR	(586)
一、概述	(587)
二、我国现行医疗纠纷处理机制	(597)
三、医疗纠纷处理机制的比较法考察与借鉴	(601)
四、我国医疗纠纷 ADR 的构建	(609)
第十七章 劳动争议与 ADR	(615)
一、劳动争议的概念及分类	(615)
二、劳动争议的解决模式	(621)
三、我国现行劳动争议处理机制	(629)
四、劳动争议处理机制的改革	(640)
第十八章 家事纠纷与 ADR	(652)
一、家事纠纷的特点	(652)

二、家事纠纷解决机制的实践	(654)
三、我国现行家事纠纷解决机制及其完善	(664)
第十九章 建筑纠纷与 ADR	(671)
一、建筑纠纷概述	(672)
二、解决建筑纠纷的主要 ADR 方法	(677)
三、我国运用 ADR 解决建筑纠纷的设想	(697)
第二十章 消费纠纷与 ADR	(703)
一、消费者的市场地位与消费纠纷的特点	(704)
二、消费者保护立法及其存在的缺陷	(710)
三、ADR 与我国消费者纠纷解决机制的完善	(718)
第二十一章 环境纠纷与 ADR	(731)
一、环境纠纷概述	(731)
二、环境纠纷解决机制评析	(735)
三、各国环境纠纷 ADR 模式	(747)
四、环境纠纷 ADR 制度的构建	(759)
第二十二章 ADR 的发展趋势	(771)
一、实践篇：当代纠纷解决实践与 ADR 的发展趋势	(771)
二、理论篇：ADR 的理论研究及基本理念	(797)
附 录 厦门市人民代表大会常务委员会关于完善多元化 纠纷解决机制的决定	(821)

绪 论

一、ADR 的发展及其启示

Alternative Dispute Resolution(ADR)概念起源于美国,最初是指 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”、“法院外纠纷解决方式”等。ADR 是一个理论与实务(实践)紧密结合的领域,尽管它同样也是一种历史和文化研究的课题。^① 学者们研究 ADR 的最基本的动机,往往首先是基于社会的客观需求,期待对现存的纠纷解决机制进行改革或改善。这也同样是本书作者们的共同愿望。

自 20 世纪后半叶以来,在世界范围,随着 ADR 方兴未艾的发展,以 ADR 为核心内容的纠纷解决研究,迅速成为世界各国法学界、特别是法社会学和司法实践领域的重要课题,并形成了一个融法

^① 关于纠纷解决与 ADR 理论研究情况,参见范愉:《非诉讼纠纷解决机制研究》,中国人民大学出版社 2000 年版,第四章。有关中国调解问题的研究,参见强世功编:《调解、法制与现代性:中国调解制度研究》,中国法制出版社 2001 年版。

社会学、民事诉讼法学、比较法学和法律文化等多种学科为一体的综合性研究领域。目前,各国的有关研究可谓卷帙浩繁,在许多国家(例如美国、日本、澳大利亚等国)有关研究已形成了相当完整的理论体系,并且与民事审判和纠纷解决的实践紧密结合,具有鲜明的实证性特征。一些国家的法学院设立了纠纷解决的专门课程^①,编辑出版了许多理论与实践相结合的教材和指导书,以及专门的刊物和工具书。^②在实务界,各种有关纠纷解决的原则、技巧、策略和程序等方面的经验总结和人员培训同样成果卓著。另一方面,ADR的法制化、规范化和普及化活动也进行得相当迅速,通过日益完善的法律保障,ADR获得了更多的制度支持和资源投入,不仅在民事经济纠纷解决中广为应用,而且已拓展到行政、刑事等更广阔的领域,并形成了较为完善的体系和机制。

ADR的理论与实践促成了一种多元化纠纷解决机制的理念及制度建构。多元化纠纷解决机制,是指在一个社会中,多种多样的纠纷解决方式以其特定的功能和运作方式相互协调地共同存在、所结成的一种互补的、满足社会主体的多样需求的程序体系和动态的调整系统。所谓“多元化”,是相对于单一性或单一化而言的,其意义在于避免把纠纷的解决仅仅寄予某种单一的程序、如诉讼,并将其绝对化。多元化理念主张以人类社会价值和手段的多元化作为制度建构

① 例如,在美国,许多法学院中都设立了纠纷解决实务课程,聘请富有经验的资深律师讲授谈判、调解和仲裁等纠纷解决策略、程序、原则、方法和技巧,并通过临床教学法(clinic method,或译诊所教学法),让法学院学生通过具体案例进行实际操作训练。今天,可以说,纠纷解决技能已经成为出任执业律师的基本要求。参见[美]史蒂文·苏本、玛格瑞特·伍著,蔡彦敏、徐开译:《美国民事诉讼的真谛》,法律出版社2002年版,第224页。

② 例如美国仲裁协会(AAA)编辑出版的《纠纷解决时报》(*Dispute Resolution Times*)、《纠纷解决杂志》(*Journal Of Dispute Resolution*)和年刊等;此外,利用计算机通讯网络进行宣传推广、为当事人提供方便也成为当前的普遍趋势。美国几乎每一个州都有与ADR相关的网站。

的基点,不排除来自民间和社会的各种自发的或组织的力量在纠纷解决中的作用;目的在于为人们提供多种选择的可能性(选择权),同时以每一种方式的特定价值(如经济、便利、符合情理等)为当事人提供选择引导,从而形成社会发展与纠纷解决的生态平衡。人类社会的纠纷解决机制自古以来就是多元化的,现代法治社会同样存在多元化的需要。当代,在继续提高司法权威及其社会功能的同时,重视和积极发展各种非诉讼纠纷解决机制(ADR)已成为一种世界性的时代潮流。

世界性的 ADR 的蓬勃发展给我们带来了许多深刻的启示,概括起来,至少可以列举如下:

(一) ADR 的发展是法治社会的需要

ADR 作为一种纠纷解决机制,适应了社会的需求,以解决纠纷为其基本功能。然而,从传统的协商、调解、仲裁等方式脱胎而来的现代 ADR 之所以能在当代有着如此旺盛的生命力,不仅是为了应对纠纷解决的需要,还反映着人类社会和法治自身的一种发展。近现代以来的历史说明,法治的经典原理和制度、规则既非完美无缺,也并非一成不变,法治之所以被现代社会奉为主臬,正是因为它本身是“与时俱进”的——随着社会的发展,纠纷的内容和形式,以及纠纷当事人和社会主体的需求变化了,纠纷解决机制也会随之发生相应的变化。ADR 并不能解决法治的所有问题和危机,但它毕竟是法治自我更新的一种努力。在这一过程中,ADR 尽管时时与普适主义的法治原理发生冲突,然而,原理并不能阻碍社会的发展,实践却极大地推动着制度及其原理的更新。现代法治为公民提供了通过司法诉讼追求正义的基本制度保证,同时也为公民提供了越来越大的自由意志和行为的空间;司法在有所为有所不为的消极主义原则下调整着自身的社会功能。从国家司法权对纠纷解决的独占,到多元化纠纷解决机制的形成;从国家一个人的二元社会结构,到共同体等社会权力加入其中,逐步形成国家—社会一个人的三元乃至多元社会结

构;从法律规则的一统天下,到“在法律的阴影下”自主交易,乃至通过交易形成规则,这本身就是现代法治发展的必然结果,彰显出法治的生命力和创新力。

对于发展中国家、特别是通过法律移植实现法制现代化的国家而言,ADR 的利用并非或主要不是为了应对所谓“诉讼爆炸”(litigation explosion),也不是对传统文化的妥协,而是一种法制(治)和社会“可持续发展”的需要。对于西方法律文化及其制度的借鉴或移植往往需要特别关注本土的适应性、环境、条件及必要的时间和成本——法院的发展最需要的莫过于如何逐步培养造就出一代适合现代法制需要的司法官,而这往往需要一两代人的时间;此外,诉讼程序及法律适用如何与传统社会和社会主体的习惯及观念相协调,同样是一个需要逐步适应的问题,这里强调的是纠纷解决的合情理性。现代法治的弊端正如经济发展对环境的破坏一样,必须从发展初期就给予高度关注,否则一旦在急功近利的大跃进中破坏掉了法制的基础,再度恢复就需要付出更大的成本和代价,有时甚至是无法挽回的。因此,在发展的初期阶段重视 ADR,具有营造和谐社会及其法治“可持续发展”的意义。

(二)ADR 的发展反映并促进着时代理念和精神的变化

ADR 的发展反映并促进着一种时代理念和精神的变化,即从对抗对决走向对话协商,从单一价值走向多元化,从胜负决斗走向争取双赢。无论是在家庭或企业内部,还是市场活动中,无论是在一个社团、地区或国家的范围内,还是在国际政治、经济舞台上,人们比以往任何时候都更重视以交流与合作来促进社会的发展,更重视相互尊重与宽容的价值。这不仅是文明的进步,也是法治的进步。人类社会已经逐步摒弃了以战争、大规模的社会革命和群众运动等方式解决纠纷和冲突的传统做法;在法治下平衡利益,在秩序中求得发展,已经成为现代人的共识。即使是在司法程序中,也可以通过对话弱化对抗性;通过 ADR 的常识化、简便快捷、本人参与、人性化和情理