

法律科学文库

主编 曾宪义

非诉讼纠纷  
解决机制研究

范

愉

著

 中国人民大学出版社

法律科学文库


主编 曾宪义

非诉讼纠纷  
解决机制研究

范

愉

著

 中国人民大学出版社

## 前 言

当今的中国，正处在前所未有的发展之中，同时也面临着这种急速发展带来的种种激动和困惑。对于处在社会转型期的中国人来说，“法治”既是一种美好的理想，也是一种模糊的信念。21 世纪的中国将会走上一条怎样的法治之路？我们每一个从事法学研究或法律工作的人都在追问，都在探索，也都在表达和实践着自己的观点。不奢望探寻到终极真理，只

期待通过自己的探索在这个多元化的世界上打开一个新的视窗，开拓一种独特而有价值的思路，是作者的追求。这里奉献给各位读者的，就是这样一种探索和努力的结果。

笔者最早接触代替性纠纷解决方式（ADR）的概念是在 80 年代末，当时在最高人民法院参加第 14 届世界法律大会的筹备工作时，通过阅读国外的一些最新资料，开始了解到为我国司法实践长期借重的调解之类的纠纷解决方式，在西方正日益受到重视。基于此，开始思索传统与现代的融合以及法治与多元化问题。随后，在东瀛长达 5 年的留学生活中，尝试着将理论法学（法哲学、法社会学、比较法学等）与实用法学或法解释学加以结合的研究路径，在民事诉讼、司法制度与法社会学的研究中找到了一条融会贯通之路，为此后以纠纷解决和 ADR 为主要内容的研究奠定了基础。在对我国现代司法制度和民事诉讼制度及其理念进行了一种综合性研究之后，继而决定将我国法治建设中的 ADR 和多元化纠纷解决机制作为自己的中心课题之一。1996 年回国后，在密切关注国外纠纷解决和民事司法改革的动向的同时，也深感我国法治之路的遥远和艰辛，这主要是由于选择发展道路的困难。于是，一种社会责任感又融入到笔者对多元化纠纷解决机制的研究之中。

本书的宗旨既是向国人介绍现代 ADR 和多元化纠纷解决机制的理论和状况；也是对我国现行纠纷解决机制进行反思。一方面，通过中外比较探讨适合我国实际的建构多元化纠纷解决机制的理念体系；另一方面，也注重在现实的语境中对我国司法改革和 ADR 的建构提出建言。主导思想是，立足于社会纠纷解决的实际需要，关注法律机制与社会的密切关联以及法的动态运作和发展，同时重视不同的社会成员在纠纷解决中的需求差异，主张在实现法治的前提下提

倡社会成员的自治性；在注重纠纷解决的公平公正的同时，兼顾效益与效率的原则；在弘扬依法维权意识的同时，提倡协商与双赢的精神；在健全民事诉讼制度的同时，重视发挥传统的和新型 ADR 的作用，并使这两种机制达到协调和互补，建立适应我国社会纠纷解决现实需求的多元化机制。

本研究得到了教育部优秀青年教师研究基金以及北京市社会科学理论著作出版基金的资助，并利用参加福特基金会资助的中国民事审判制度改革课题组的机会，在各地各级法院进行了大量调研，在此谨向资助者致以深切的谢意。在本书的写作中，我有幸得到了江伟教授、孙国华教授、朱景文教授、张志铭教授等良师益友的热心指教和帮助，深感受益匪浅。中国人民大学出版社的编审为本书的出版付出了大量心血和劳动，在此一并表示衷心的感谢。

在本书完成之前，作为阶段性的研究成果，曾发表了一系列相关论文，其中部分论点也被吸收到本书之中。鉴于这一研究领域正处在飞速的发展过程中，笔者所掌握的资料还十分有限，研究结果难免挂一漏万，分析的偏颇亦在所难免，今后的深化有待于法学界同仁的共同努力。笔者谨期待着来自各方面的批评和指正。

作者

2000年3月

## 绪 论

对于大多数中国人,甚至法学界来说,“代替性纠纷解决方式”(ADR)还是一个颇为生疏的概念;但如果提及调解,则几乎尽人皆知。这种在中国源远流长的制度,进入近现代社会以来,在民间和法院的纠纷解决中仍然富有强大的生命力,至今仍发挥着其特有的、不可替代的作用。然而,在当前建设法治国家的进程中,在大力倡导权利意识和法律意

识、强化司法功能的今天，人们在崇尚通过诉讼审判程序解决纠纷、实现权利的同时，也开始用怀疑和批判的目光审视这一制度，那么，调解以及其他非诉讼的纠纷解决方式对我们究竟具有什么意义？它们今后的前途与命运如何，对我国审判方式改革乃至民事诉讼理论及制度的建构又能够有哪些启示呢？

今天，当我们为自己的改革方案踌躇满志却又举步维艰之际，环顾世界，就会发现，法院外的各种形形色色的非诉讼纠纷解决方式<sup>①</sup>的利用和发展已经成为一种方兴未艾的时代潮流，它们不仅发挥着重要的社会功能，而且已经或日益成为当代社会中与民事诉讼制度并行不悖、相互补充的重要社会机制。目前，世界上通常把法院以外的各种非诉讼纠纷解决方式统称为代替性纠纷解决方式（ADR）。这种方式既可以包括诸如消费者协会的调解和劳动仲裁等现代ADR方式，也可以涵盖东方国家历史悠久的调解以及欧洲的商事仲裁等传统形式。当代，在世界各国，随着代替性纠纷解决方式在现代社会中被广泛大量地应用，其功能和地位也日益提高，并已逐步被纳入法制轨道，形成了与民事诉讼机制相互衔接的多元化纠纷解决机制。同时，改革民事诉讼制度与开发利用代替性纠纷解决方式也已成为现代司法改革中相辅相成的两个方面。不仅如此，ADR还被广泛运用于解决国际间纠纷的场合。可以说，作为一种纠纷解决机制，ADR未来的发展不可限量。

在代替性纠纷解决方式以其特有的灵活性在法律实践的

---

<sup>①</sup> 本书所采用的“非诉讼”纠纷解决方式（或机制）与“代替性”纠纷解决方式（ADR）属于同一概念，前者强调其区别于诉讼的功能和性质，而后者则是当前世界各国通用的ADR概念的直译。详见第一章第一节概念分析。

边缘地带迅猛发展的同时，也理所当然地受到了理论界的密切关注。代替性纠纷解决方式以及多元化纠纷解决机制的研究自 20 世纪后半叶以来发展迅速，这一问题涉及法社会学、民事诉讼法学、比较法学和法律文化等多种研究领域，已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。当前，在世界上，纠纷解决（dispute resolution）已经成为一个法学中的专门领域，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，并且与民事审判实践紧密结合，具有鲜明的实证性特征。美国、澳大利亚等国家的一些大学法学院还设立了纠纷解决的专门课程<sup>①</sup>，编辑出版了许多理论与实践相结合的教材和指导书，以及专门的期刊杂志和大量的工具书。<sup>②</sup> 另一方面，代替性纠纷解决方式的法制化、规范化和普及化活动也进行得相当迅速，不仅在民事经济纠纷解决中广为应用，而且已形成了较为完善的体系和机制。

不仅如此，ADR 的发展还反映并促进着一种时代理念和精神的变化——从对抗走向对话，从冷战走向协商，从单一价值走向多元化，从胜负之争走向争取双赢的结局。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

---

<sup>①</sup> 例如，在美国的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开业律师的基本要求。

<sup>②</sup> 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。



团、地区或国家的环境内，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。

然而，面对这种时代潮流，我们却显得有些被动，……

尽管我国拥有悠久的以调解制度为代表的非诉讼纠纷解决方式的实践传统，而且还建立了颇受世界瞩目的现代对外贸易仲裁制度，其中每一种具体制度的理论研究也积累了一些成果，但迄今为止仍缺乏与国际上的研究相对应的完整的理论体系，系统研究代替性纠纷解决方式的著述暂时还付诸阙如。<sup>①</sup>另一方面，我国原有的各类代替性纠纷解决方式面临社会转型期的混乱和困惑，有些已失去了以往的作用和效果，有些则受到了怀疑和挑战，成为改革的对象。同时，目前参考国际惯例设立的一些新型代替性纠纷解决方式，如消费者协会的调解和劳动仲裁等，与原有的代替性纠纷解决方式在制度上的衔接也不尽如人意。因此，可以说，我国的代替性纠纷解决方式在制度建设方面还远未完成，仍有许多实

---

<sup>①</sup> 然而近期这方面的研究已开始活跃，目前有关的成果有：王亚新：《纠纷，秩序，法治——探寻研究纠纷处理与规范形成的理论框架》，载《清华法律评论》，第2辑，北京，清华大学出版社，1999；顾培东：《社会冲突与诉讼机制》，成都，四川人民出版社，1991；刘荣军：《程序保障的理论视角》，北京，法律出版社，1999；徐静村、刘荣军：《纠纷解决与法》，载《现代法学》第20卷3期（1999年6月）。法学界还从实践的视点提出了若干改革建议，例如有学者提出，应该建立多样化的处理民事权益纠纷的机构，对民事纠纷的处理实行分流，并建议采取加强诉讼外处理纠纷机构的建设和扩大强制性分流的范围等具体措施。参见江伟主编：《中国民事诉讼法专论》，310～311页，北京，中国政法大学出版社，1998。此外，民事诉讼法学界也有学者提出了当事人的选择权问题，参见左卫民、谢鸿飞：《论民事程序选择权》，载《法律科学》（西北政法学院学报），1998（6）。

践的课题急需解决。有鉴于此，笔者在长期关注这一领域的理论与实践的基础上，深感应责无旁贷地尽快投入这一研究，并尽早将粗浅之见公诸于众，以期引起学界对这一问题的关注。<sup>①</sup>

本研究之目的，是试图通过对世界各国现行的、从民事诉讼制度到各种代替性纠纷解决方式（ADR）所构成的多元化纠纷解决机制进行分析和比较，对现代法治社会中纠纷解决方式的多元化和自主化进行理论与实证两方面的研究。即，在对多元化纠纷解决机制的合理性、现实性和可行性做

---

<sup>①</sup> 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志，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、西方式的普适性法文化的全面引进，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的发展是在社会高度法制化、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则相对较低，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着种种弊端，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。毫无疑问，研究代替性纠纷解决方式，必须将其置于中国的社会语境中加以论证，必须正面回答、而不能回避这些问题。这方面的分析详见本书第七章。笔者将在本研究中，在介绍分析世界上其他国家ADR的情况的同时，将重点致力于中国问题的研究和解决，无论读者对本书所提出的意见赞成与否，笔者期望它至少能作为一种信息对社会有所裨益。

出较为系统全面的理论论证的同时，对代替性纠纷解决方式的法制化，以及同民事诉讼程序的衔接进行实证探讨。在此基础上，对建构我国的多元化纠纷解决机制提出初步的设想和预测。

本书共分七章，其基本构成如下：

第一，本书将从纠纷解决这一具体的视角研究纠纷解决机制和代替性纠纷解决方式的概念、类型、历史和发展，研究纠纷解决机制与社会发展的动态联系。通过对代替性纠纷解决方式的历史成因、发展过程、表现形式、实际功能及其在不同文化背景、不同经济发展程度和社会制度的现实制度，以及ADR在现代社会中产生、发展和运作的条件、作用和意义，及其与司法审判制度的关系进行较系统的考察（第一、第二章），揭示社会对纠纷解决的需求是代替性纠纷解决方式产生和发展的功能性动因；同时，诉讼制度的运作情况、法律传统，以及社会对于诉讼与代替性纠纷解决方式之间的平衡和偏好、价值取向等因素，对纠纷解决机制的建构也起着决定性的作用。基于不同历史背景产生的代替性纠纷解决方式，一方面可以发挥相同或近似的社会功能，另一方面又体现出本土法律文化的特征和纠纷解决机制与社会、传统的适应性。

第二，通过对各国当前实践中形形色色的ADR形式进行实证研究，揭示现代法治条件下ADR的性质与特征、功能与问题，探讨分析ADR的制度建构问题（第三章）。ADR不仅是解决纠纷的实际需要，也是克服法治的固有弊端和危机、适应现代社会发展的新型的纠纷解决途径。随着社会利益和价值的多元化趋势和现代型纠纷的产生，以及社会主体自主、迅速、经济地解决纠纷的需求，代替性纠纷解决方式仍将继续发展。因此，将ADR纳入法制轨道，规范

其运作、避免其弊端或滥用的课题已迫在眉睫。

第三，关于纠纷解决的理论研究，包括对迄今为止世界上关于纠纷解决模式和代替性纠纷解决方式的思想渊源的研究。ADR 在当代的迅速发展，向近现代以来形成的许多法学理论提出了挑战，引起了法学家出自不同角度的思考。本书第四章将分别探讨国家司法救济与公民权利自治之间的关系、界限及各自的功能，纠纷解决中的公平与效益之关系，合法性与合情理性的关系，实体正义与程序正义的关系，以及法社会学家和后现代主义等不同流派的思想家关于纠纷解决和多元化纠纷解决机制的观点。在此基础上，寻求建立多元化纠纷解决机制的合理的理论框架和 ADR 运作中应有的操作性原则。这些理念和原则应能为 ADR 法制化提供理论依据。

第四，根据各国现行代替性纠纷解决方式的实证资料，探讨民事诉讼制度与 ADR 之间的功能互补和合理协调（第五章）。通过对各国不同模式的比较研究，分析民事诉讼程序与 ADR 在制度上相互衔接的可能性和运作方式。从发展趋势看，民事诉讼制度与 ADR 之间的功能互补和合理协调将成为多元化纠纷解决机制的基本样式，并将以不同的组合形式存在于世界各国，其功能的优劣将影响到一个国家或社会的生活方式和秩序，也能够影响其法治的状态。

第五，对我国代替性纠纷解决方式的历史与现状进行分析研究，在此基础上拟对我国多元化纠纷解决机制的建构和民事诉讼制度的改革提出具体意见和建议（第六、第七章）。我国自古以来就有多元化的传统，国家与民间社会、中央与地方、公与私的分与合，以及制度、价值观与功利动机（成本效益）的综合作用，决定了我国在走向法治的进程中，不应单纯依靠诉讼审判制度解决纠纷、维护社会生活秩序和市

场经济秩序，而必须或只能采用多元化的纠纷解决机制。

笔者在研究中力图运用法社会学的方法，对 ADR 及多元化纠纷解决机制作综合性、比较性的功能分析，从制度和纠纷解决过程两方面阐明诉讼审判程序与 ADR 的互补关系。主导思想是，立足于法律机制与社会的密切关联以及法律运作的动态发展，同时重视不同地区和不同文化背景下的社会成员的不同法律需求，主张在完善法制的前提下提倡社会成员的自治性；在倡导纠纷解决的公平、正义原则的同时，兼顾效益与效率的原则；在健全民事诉讼审判制度的同时，重视发挥传统的和新型的代替性纠纷解决方式，并使这两种机制达到协调和互补，建立适应纠纷解决需求的多元化机制。

第 1 章

# 代替性纠纷解决方式 (ADR) 与多元化纠纷解决机制

---

## 第一节

### 代替性纠纷解决方式的 概念与类型

---

#### 一、代替性纠纷解决方式的概念 与特征

代替性纠纷解决方式，即英文

Alternative Dispute Resolution (缩写为ADR) 的意译。这一概念既可以根据字面意义译为“代替性(或替代性、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“非诉讼纠纷解决方式”、“法院外纠纷解决方式”等。ADR概念源于美国,原来是本世纪逐步发展起来的各种诉讼外纠纷解决方式的总称,现在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方式或机制的总称。<sup>①</sup>

由于代替性纠纷解决方式是一个总括性、综合性的概念,其内涵和外延相对均难以准确界定。目前,国际上对ADR应包括哪些程序制度仍存在较大分歧,因此,其定义尚不十分严密和统一。<sup>②</sup> 尽管如此,代替性纠纷解决方式已成为一个约定俗成的通用术语,这一领域的实践发展和理论研究方兴未艾,已成为一种时代潮流,并已经或正在对传统法学产生重大影响。一般而言,代替性纠纷解决方式的概

---

① ADR原来特指美国现代代替性纠纷解决方式,它们起源于30年代劳动争议的解决。ADR的发展详见第二章。

② 美国1998年《ADR法》(Alternative Dispute Resolution Act of 1998)的定义是:代替性纠纷解决方法包括任何主审法官宣判以外的程序和方法,在这种程序中,通过诸如早期中立评估、调解、小型审判和仲裁等方式,中立第三方在论争中参与协助解决纠纷。美国法学家弗来彻认为:“虽然从表面上看,替代性纠纷解决办法是一个有序体系,但事实上它只是一组供当事人任意选择用来避免对抗性诉讼的办法”。参见宋冰编:《程序、正义与现代化——外国法学家在华演讲录》,420页,北京,中国政法大学出版社,1998。日本法学家棚濑孝雄对审判外纠纷处理机关所作的定义则根据三个基准:处理的是个人或私人团体间的纠纷(对行政处分不服而向上一级行政机关要求复议的情况除外),以处理纠纷为第一任务(行政机关执行公务中附带性的纠纷处理和第三者临时介入纠纷的情况除外),是第三者进行的处理(当事者一方的内部机关作为代理处理纠纷的情况除外)。参见[日]棚濑孝雄著,王亚新译:《纠纷的解决与审判制度》,74页,注(1),北京,中国政法大学出版社,1994。

念强调的是与法院的（民事）诉讼程序（或判决）的区别与联系，对其界定通常是根据如下几个要素：

首先，代替性（替代性），是指对法院审判或判决的代替。美国法律信息网“INTRODUCTION TO ALTERNATE DISPUTE RESOLUTION”对ADR所作的定义是：“ADR是一系列多样化的纠纷解决程序的统称。ADR程序的共同之处在于‘代替’这一概念。每一种ADR程序都是对法院判决的一种代替”<sup>①</sup>。相对于通过“打官司”得到的判决（即最严格意义上的“公了”），处于这一最后阶段之前的任何纠纷解决方式都可称之为ADR。因此，广义的ADR既可以包括当事人借助第三者的中介达成的自行协商和解<sup>②</sup>，也可以包括各种专门设立的纠纷解决机构的裁决、决定；既可以包括传统的调解，也可以包括当代行政机关所进行的各种裁定、决定，等等。<sup>③</sup> 这些代替性纠纷解决方式并非完全的“自力救济”，通常是以基本的法律规范或社会规范作为其基准的。但是，根据其与审判和判决之关系的远近和强制性的大小，作为公共行为的色彩有相当大的差别，其性质分别属于由第三者主持达成的自治性的“私了”，共同体内部的

---

① Alternate Dispute Resolutions (ADR) refers to a variety of procedures for the resolution of disputes. Common to all ADR procedures is the word alternate. Each ADR procedure is an alternative to court adjudication. By Gary H. Barnes.

② 一般认为，ADR必须包含第三者的参加，这是ADR区别于纯粹的双方谈判协商和完全的“私了”的重要标志。然而，现存的ADR很多都是以促成当事人达成和解为目标的，依结果而论，属于“私了”；就过程而言，则属于ADR程序的运作活动。因此，目前的ADR研究通常也把谈判（交涉）列入研究范围。

③ 持广义ADR概念的人认为，应该把一切非诉讼的纠纷解决方式，例如欧洲大陆的不经法院审理的督促程序都包括在ADR范围之内，并认为行政机关的纠纷解决程序也应属于ADR之列。



“半公了”，直至行政机关主持的或法院附设的“准司法”的性质。另一方面，也有人主张采用狭义的 ADR 概念，把仲裁和行政机关的准司法纠纷解决程序与一般的 ADR 区别开来，把 ADR 限定在“非诉讼非仲裁的纠纷解决方式”范围内。需要强调的是，这种代替性（alternative）并不意味着取代诉讼，因为，“ADR 不准备、也永远不可能取代（replace）法制。法治是我们社会的基础，而且其价值将会继续决定着社会的基本模式”<sup>①</sup>。

其次，选择性，是指这种纠纷解决方式以当事人的自主合意和选择为基础。这种选择是当事人的一种自主权利，既可以是对程序的选择，也可以是对纠纷解决结果的处分，但归根结底意味着在法院的审判和判决与各种非诉讼方式之间进行选择。因此，现代代替性纠纷解决方式的存在和运作，是以法院和诉讼程序的存在以及当事人的诉讼权利和处分权为前提的，ADR 只能为当事人提供选择的可能性，而绝不能剥夺当事人的诉讼权利和处分权。在此基础上，当事人可以对纠纷解决的方式、规范、程序和结果进行自主的选择，其选择的动机和标准也可能是多方面的——既可能是基于成本效益、便利快捷方面的考虑，也可能是对情感和长远关系的顾及；既可能是由于对诉讼的回避，也可能是出于对常理性公正的追求。多种的选择机会和可能，不仅为当事人及时便利地解决纠纷创造了条件，也在很大程度上分担了法院的压力。由于 ADR 本身无法改变诉讼的内在弊端，因此，提供另一条纠纷解决的途径供当事人选择，就是其根本宗旨

---

<sup>①</sup> Meyerson, Bruce E., & Cooper, Corinne ed., *A Drafter's Guide To Alternative Dispute Resolution*, p4., America Bar Association, 1991.