

ADR 原理与实务

ADR PRINCIPLES AND PRACTICE

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

法学系列

ADR

原理与实务

ADR PRINCIPLES AND PRACTICE

厦
门
大
学
出
版
社

图书在版编目(CIP)数据

ADR 原理与实务/范愉主编. —厦门:厦门大学出版社,2002.11
(厦门大学法学院诉讼法学系列/齐树洁主编)

ISBN 7-5615-1971-0

I. A… II. 范… III. 调解(诉讼法) IV. D915.14

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 080853 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

福建沙县方圆印刷有限公司印刷

2002 年 11 月第 1 版 2002 年 11 月第 1 次印刷

开本:850×1168 1/32 印张:24.75 插页:2

字数:618 千字 印数:1—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 法学博士(日本国立名古屋大学),中国人民大学法学院教授。本书主编,撰写绪论、第二十二章。
- 黄 斌 厦门大学法学院诉讼法硕士研究生。撰写第一章。
- 蔡从燕 法学硕士,厦门大学法学院国际法博士研究生。本书副主编,撰写第二、三章。
- 查达来 厦门大学法学院民商法硕士研究生。撰写第四章。
- 陈慰星 厦门大学法学院诉讼法硕士研究生。撰写第五章。
- 陈英敏 厦门大学法学院民商法硕士研究生。撰写第六章。
- 徐 武 厦门大学法学院法律硕士研究生。撰写第七章。
- 张海滨 厦门大学法学院诉讼法硕士研究生。撰写第八、十六章。
- 连文元 厦门市交警支队集美大队民警,厦门大学法学院法律硕士研究生。撰写第八章。
- 郭锡昆 厦门大学法学院民商法硕士研究生。撰写第九章。
- 吴祥江 厦门大学法学院民商法硕士研究生。撰写第九章。
- 魏建文 厦门大学法学院民商法硕士研究生。撰写第十章。
- 贾丽萍 厦门大学法学院民商法硕士研究生。撰写第十一章。
- 郑 颖 厦门大学法学院民商法硕士研究生。撰写第十二章。

HAAB/02

- 林雅娜** 厦门大学法学院民商法硕士研究生。撰写第十三章。
- 刘美蓉** 厦门大学法学院民商法硕士研究生。撰写第十四章。
- 王晖晖** 厦门大学法学院诉讼法硕士研究生。撰写第十四章。
- 李 凌** 厦门大学法学院国际法硕士研究生。撰写第十五章。
- 黎沛健** 厦门大学法学院诉讼法硕士研究生。撰写第十七章。
- 林承果** 厦门大学法学院法律硕士研究生。撰写第十七章。
- 卢静娟** 厦门大学法学院诉讼法硕士研究生。撰写第十八章。
- 郑贤宇** 厦门大学法学院诉讼法硕士研究生。撰写第十九章。
- 方 丽** 厦门大学法学院诉讼法硕士研究生。撰写第二十章。
- 唐敏杰** 厦门大学法学院法律硕士研究生。撰写第二十章。
- 周 江** 厦门大学法学院诉讼法硕士研究生。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》,预计在两年之内出齐。

本书由中国人民大学法学院教授范愉博士任主编。范教授在百忙之中欣然接受我的邀请,率领厦门大学法学院的博士、硕士研究生,历时一年,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。在我国实行社会主义市场经济、依法治国以及加入世贸组织的背景下,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。全部初稿完成后,由主编对各章进行了修改审定,作者在此基础上又作了修改补充,以保持全书主旨的统一和各章的特色。

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,但由于作者的学识和能力所限,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

2002 年 10 月 31 日

于厦门大学法学院

主编简介:

范愉,女,河北威县人。中国人民大学法学硕士(1987),日本国立名古屋大学法学博士(1994)。曾先后任职于西藏自治区妇联、西藏师范学院、最高人民法院,现为中国人民大学法学院教授、中国法学会比较法学研究会理事。主要研究领域:法理学、比较法学等。主要研究成果:专著《非诉讼纠纷解决机制研究》,《非诉讼程序(ADR)教程》;日文专著《权利的实现及审判》、《中国审判制度及其理念的研究》等。



本书主编和部分作者

目 录

绪论	(1)
一、ADR 发展的历史契机	(1)
二、ADR 的发展给我们的启示	(6)
三、研究纠纷解决及 ADR 的方法论	(14)
第一章 纠纷解决机制概述	(40)
一、纠纷解决机制的概念及其内涵	(41)
二、纠纷解决机制的类型与模式	(70)
三、各种纠纷解决方式述评	(77)
四、纠纷解决机制的趋势展望——以经济全球化为背景	(86)
第二章 ADR 的基本原理	(92)
一、ADR 的含义及基本特征	(93)
二、ADR 的价值分析	(101)
三、ADR 的主要形式	(111)
四、ADR 与中立第三人	(124)
五、ADR 的法律效力	(135)
第三章 民事司法改革与 ADR	(143)
一、概述	(143)
二、英国民事司法改革与 ADR	(149)
三、美国民事司法改革与 ADR	(159)
四、中国民事司法改革与 ADR	(170)

第四章 ADR 协议	(185)
一、概述	(186)
二、ADR 启动协议	(196)
三、ADR 处理协议	(199)
四、ADR 协议的审查	(205)
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	(261)
一、概述	(261)
二、谈判的优点与局限性	(271)
三、谈判的原则	(274)
四、两种谈判理论及其利弊分析	(277)
五、谈判技巧及伦理道德问题	(280)
第七章 谈判的程序与实务	(285)
一、谈判的程序	(285)
二、谈判策略与技巧	(292)
三、谈判者基本素质的培养	(303)
第八章 调解的原理	(308)
一、调解的概念与特征	(308)
二、调解的形式与分类	(313)
三、调解与法治	(317)
四、调解与诉讼程序的衔接与融合	(323)
五、人民调解制度的完善	(331)
第九章 调解的程序与实务	(340)
一、概述	(340)
二、调解程序的启动	(343)
三、调解程序的进行	(348)

四、调解程序的终结	(353)
五、调解组织	(357)
第十章 仲裁的原理	(366)
一、仲裁的概念和特征	(367)
二、仲裁的法律性质	(371)
三、仲裁的价值理念	(375)
四、仲裁的分类	(386)
第十一章 仲裁的程序与实务	(392)
一、概述	(392)
二、仲裁程序的启动	(394)
三、仲裁的审理裁决程序	(406)
四、仲裁第三人与合并仲裁	(409)
五、仲裁的执行程序	(416)
第十二章 调解与仲裁相结合	(427)
一、调解与仲裁相结合的产生	(427)
二、调解与仲裁相结合的方式	(430)
三、调解与仲裁相结合的利弊分析	(434)
四、调解与仲裁相结合在中国	(443)
第十三章 附设于法院的 ADR	(453)
一、法院附设 ADR 的概念和类型	(453)
二、法院附设 ADR 的理念和实践基础	(456)
三、法院附设 ADR 的特征	(458)
四、法院附设 ADR 与诉讼程序的衔接	(463)
五、法院附设调解(court-sponsored mediation)	(466)
六、法院附设仲裁(court-annexed arbitration)	(471)
七、简易陪审团审理(summary jury trial)	(479)
八、早期中立评估(early neutral evaluation)	(482)
第十四章 律师与 ADR	(484)
一、律师对 ADR 的利用	(484)

二、律师在 ADR 程序中的作用	(491)
三、ADR 的发展给律师带来的挑战与机遇	(500)
第十五章 电子商务纠纷与 ADR	(509)
一、概述	(510)
二、ODR 的内涵和基本类型	(516)
三、ODR 运作中的关键性问题	(527)
四、ODR 前景展望及我国 ODR 制度的确立	(536)
五、结语	(543)
附录	(544)
第十六章 医疗纠纷与 ADR	(546)
一、概述	(547)
二、我国现行医疗纠纷处理机制	(557)
三、医疗纠纷处理机制的比较法考察与借鉴	(561)
四、我国医疗纠纷 ADR 的构建	(568)
第十七章 劳动争议与 ADR	(574)
一、劳动争议的概念及分类	(474)
二、劳动争议的特点及解决劳动争议的几种模式	(580)
三、我国现行劳动争议处理机制	(588)
四、现行劳动争议处理机制的缺陷及其改革	(599)
第十八章 家事纠纷与 ADR	(611)
一、家事纠纷的特点	(611)
二、家事纠纷解决机制的实践	(613)
三、我国现行家事纠纷解决机制及其完善	(623)
第十九章 建筑纠纷与 ADR	(630)
一、建筑纠纷概述	(631)
二、解决建筑纠纷的主要 ADR 方法	(636)
三、我国运用 ADR 解决建筑纠纷的设想	(656)
第二十章 消费纠纷与 ADR	(662)
一、消费者的市场地位与消费者纠纷的特点	(663)

二、消费者保护立法及其存在的缺陷	(669)
三、ADR 与我国消费纠纷解决机制的完善	(678)
第二十一章 环境纠纷与 ADR	(690)
一、环境纠纷概述	(690)
二、环境纠纷的解决	(695)
三、ADR 与环境纠纷解决	(699)
四、ADR 与我国环境纠纷解决机制的完善	(715)
第二十二章 ADR 的发展趋势	(721)
一、实践篇：当代纠纷解决实践与 ADR 的发展趋势	(721)
二、理论篇：ADR 的理论研究及基本理念	(747)
主要参考文献	(771)

绪 论

一、ADR 发展的历史契机

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。正如本书的书名所揭示的那样,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,在世界范围内,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

^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。

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)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报纸杂志和大量的工具书。^②在实务界,关于 ADR 的原则、技巧、策略和程序等方面的经验积累和人员培训同样成果卓著。与此同时,ADR 的法制化、规范化和普及化活动的进展相当迅速。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 这个概念,在美国和西方世界产生不过短短数十年,然而,非诉讼纠纷解决的实践,在世界各地却无处不在,并且几乎与人类社会的历史同样悠久。中国的调解就是这样一种既古老又现代的社会机制,它既是我们文化的象征,又曾经被视为我们传统的负担。80—90 年代,当世界各国 ADR 正在蓬勃发展之际,我国却刚刚进入法制现代化建设的高潮。我们很自然、也很正确地把法院和诉讼作为建立法治权威的制度性象征,把扩大民众对司法的利用作为提高社会法律意识、建立法治秩序和信念的基本进路;同时积极地以诉讼统合、

① 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、徐萍译:《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。

替代传统的调解、行政裁决等纠纷解决方式。然而,在这一进程中,也不可避免地出现了某些虚无主义倾向以及浮躁和急功近利的趋势。一时,为权利而斗争、走上法庭成为社会的时尚,法学界也出现了否定和轻视非诉讼纠纷解决方式的倾向。随着这一进程的推进,在诉讼日益增加的同时,以调解为象征的非诉讼纠纷解决机制,被作为落后于时代的事物而遭到冷落,似乎正逐渐走向衰退甚至消亡。

当每年诉讼总量的增长被作为法治建设的一项重要指标昭示于社会的时候,人们兴奋地看到了这一现象所显示的民众“法律意识提高”的表象;然而,我们却往往忽视了其背后隐藏的潜在的“危机”:

首先,对司法的过高期待和纠纷解决途径的单一化,一方面会导致法院压力加大,使得法院不得不向不断增加法官人数、简化诉讼程序寻找出路,但这种司法的过热发展超出了社会的承受力和法律发展的规律,造成了法官乃至司法的整体素质相对低下的局面。这不仅不利于改变长久以来的粗放司法的状况,而且使法院难以发挥更重要的社会功能。同时,因执法环境恶劣导致的诸如执行和管辖权等方面的问题困扰着司法本身,民众对司法权威的公信度也随之受到影响。

其次,过多的诉讼还会扩大加剧社会关系的对抗性和紧张,增加经济生活和市场运行的成本,贬损自治协商、道德诚信、传统习惯等一系列重要的价值和社会规范,使社会和共同体的凝聚力逐步衰退。家庭的温情、邻里的礼让、交易过程的诚信乃至社会的宽容和责任感,往往会在简单的权利(利益)的对抗中逐渐失落贬值。

最后,当诉讼不是被作为纠纷解决的最终途径、而是被普遍作为第一甚至惟一的选择之时,司法和纠纷解决的效益往往会被弃置不问。在司法资源短缺、诉讼成本不断攀升而国家又不可能提供充足的法律援助的情况下,一种新的社会不平等——司法资源利用上的差距正在悄然出现,困扰着社会和当事人。总之,诉讼的高增长在成功地进行社会启蒙和司法原始积累的同时,助长了诉讼万能的思潮,忽略了多元化的价值和途径,这不仅不利于奠定一个良好的现代司法

的基础,而且过早地引发了西方法治中的一些固有弊端。

今天,这些问题幸而已经开始被社会和法院认识到了。2002年7月,最高人民法院副院长刘家琛在全国法院思想宣传工作会议上提出:“目前在社会上出现了滥用诉讼手段的倾向。为一点小事,寸步不让,动不动就进入诉讼程序。其结果常常是事与愿违,不仅是一场官司下来结了怨,增加了更多的潜在社会矛盾,而且增加了诉讼成本,浪费了大量的诉讼资源。因为诉讼活动从一开始便需要投入成本、支出各种费用。”刘家琛指出,引发社会矛盾和社会纠纷的因素是多方面的,解决这些社会矛盾和社会纠纷的手段和途径也应当是多方面和多渠道的。法院只解决社会矛盾中通过其他手段都解决不了而经立法认可由法院解决的矛盾。诉讼活动也不能无限制扩大,超过一定限度,将导致诉讼活动的无序化,丧失诉讼活动的应有功能。他指出,近几年来,在法院内部也出现了包揽一切矛盾纠纷、解决一切社会问题的倾向。似乎通过诉讼可以解决一切社会矛盾、一切社会纷争,可以包打天下。一些法院因为自身经济利益的驱动,而愿意主动扩大案源,以多收案、多办案为荣;一些地方的相关部门为了推卸责任,也把大量应当由其解决的纠纷推到了法院。但由于体制等诸多因素的原因,法院事实上又不可能解决所有社会问题。这样造成的结果是,少数案件审判质量不高,法院不堪重负,又不可避免地成为社会关注的焦点,司法应有的权威也受到损害。刘家琛为此强调,在司法改革进程中,要逐步清理一些与时代精神不符的、过时的司法观念,要形成和创立一些新的现代司法观念,并在实践中不断加以完善。^①

这种来自法院内部的反思是深刻的,它说明,法制现代化也需要树立一种“可持续发展”的理念,其合理路径实际上正在于法律机制与其他非正式的社会调整机制的配合;提高司法素质、树立司法权威需要从适当节制司法和诉讼开始。毫无疑问,这种观念上的变化并不能立即改变社会成员对于纠纷解决方式的选择行为和态度;然而,却

^① 《人民法院报》2002年7月12日。