

比较视野下 的多元纠纷解决 理论与实践

张 勤 彭文浩 主编



 中国政法大学出版社

作者简介

张勤，汕头大学法学院教授，汕头仲裁委员会仲裁员，加拿大麦吉尔大学 (McGill University) 博士 (Ph. D.)。曾先后在厦门大学和加拿大阿尔伯特大学 (University of Alberta) 从事行政管理 and 博士后研究、教学工作。主要研究方向为多元纠纷解决、法律史、比较法。代表作有《中国近代民事司法变革研究——以奉天省为例》(商务印书馆 2012 年版)、《当代中国基层调解研究——以潮汕地区为例》(中国政法大学出版社 2012 年版)。

彭文浩 (Michael Palmer)，伦敦大学 (University of London) 法学博士、法学教授，现任汕头大学法学院院长、长江谈判及争议解决中心主任，被伦敦大学授予法学荣誉教授。研究方向涵盖比较法、民事审判与争议解决、法制史、婚姻法改革、人权、环境保护、消费者保护以及刑法等领域。主要论著有 *Dispute Processes: ADR and the Primary Forms of Decision Making* (Cambridge University Press, 2005)，中文版《纠纷解决的过程——ADR 与决定形成的主要形式》(北京大学出版社 2011 年版)。

比较视野下的多元纠纷解决：理论与实践

张 勤 彭文浩 主编

中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

比较视野下的多元纠纷解决: 理论与实践 / 张勤, 彭文浩主编. — 北京: 中国政法大学出版社, 2013. 1

ISBN 978-7-5620-4605-9

I. ①比… II. ①张… ②彭… III. ①民事纠纷-调解(诉讼法)-研究-中国 IV. ①D925.114.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第000956号

- 书 名 比较视野下的多元纠纷解决: 理论与实践
Bijiao Shiyexia de Duoyuan Jiufen Jiejue: Lilun yu Shijian
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
邮箱 zhengfadch@126.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908586(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 720mm×960mm 16开本 25.5印张 450千字
- 版 本 2013年2月第1版 2013年2月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4605-9/D·4565
- 定 价 78.00元
- 声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

前 言

本书收录的是连续两年在汕头大学召开的,以多元纠纷解决为主题研讨会的优秀论文。汕头大学法学院于2011年1月在《中华人民共和国人民调解法》实施之际举办了《新时期基层调解理论与实践》研讨会,共收到与会论文40余篇。2012年3月与厦门大学法学院联袂举办了《比较视野下的多元纠纷解决与法律实务》国际研讨会,共收到论文近30篇。两次研讨会的会议综述已收录在本书的第五部分。参加两次研讨会的有来自海内外高校、实务部门的众多专家学者,可谓是老少咸集,群贤毕至。研讨会的召开,旨在加强海内外多元纠纷解决研究的交流,促进理论界和实务界的互动,推动多元纠纷解决理论研究和实务的进一步发展。

第二次研讨会结束后,汕头大学法学院于2012年5月成立编辑小组,由笔者协调负责对两次研讨会的论文进行遴选,并和入选论文的作者取得联系,要求其论文进行修改和完善。对于已公开发表的论文,除为了使论文集保持结构完整少量加以收录外,原则上不收录。对于无法和作者取得联系进行修改的论文,本书也不收录。论文的遴选以原创和实证研究为主要标准,兼收少量理论探索的论文。本书共按五个专题进行编排,分别是:(1)多元纠纷解决的域外经验,(2)法院调解的维度、限度和创新,(3)人民调解、诉调衔接和“大调解”,(4)行政调解和商事调解,(5)比较法研究和研讨会综述。编辑小组还安排译者对入选的五篇英文论文进行了翻译,翻译完成后其中的两篇由作者或译者自行审校,另三篇则由笔者负责审校。

由于第一次研讨会召开和论文集的编辑有一年多的时间差,为了使收录论文能及时反映最新的研究和实务动态,对于入选论文,编者要求论文作者尽其所能更新论文数据和资料。对于论文作者、译者个人信息的介绍,则以最新的个人信息进行更新,如提交论文时是硕士研究生,修改论文时已攻读博士学位,则以当前的信息为准。

论文集的编辑工作得到了入选论文作者的大力支持,在此深表感谢。汕头大学法学院高级项目主任陈理丽女士为本书的出版费心颇多,由笔者指导的汕头大学法学院2010级硕士研究生刘晶同学承担了前期书稿体例的修改工作。中国政法大学出版社丁春晖编辑及其团队一如继往地给予了高效、周到、高质量的支持,李嘉诚基金会为本书的出版提供了资助。在此对上述机构和个人表示衷心的感谢。

张勤

2012年11月1日于汕头

比较视野下的多元纠纷解决：理论与实践

前言	张勤
第一部分 多元纠纷解决的域外经验	
申诉专员职能的扩大	彭文浩
亚洲的国际商事仲裁与语言：给自由且多样化的国际纠纷解决的一点建议	斋藤彰
家事纠纷：同性婚姻、纠纷成因以及纠纷解决	玛利亚·莫斯卡蒂
从香港未来调解立法的取态看调解员的责任豁免问题	赵云
澳门仲裁机制停滞不前原因之分析	谢广汉
香港民事司法改革的进程与实施探微	周一颜
香港家事调解制度改革及其启示	邹郁卓
台湾乡镇市调解制度之研究	何德超
第二部分 法院调解的维度、限度和创新	
调解优先与诉权保障	齐树洁
知识产权诉讼的特点对调解的影响	欧修平
合作型司法及其权威：以法院调解实践为视角	李瑜青、雷明贵
论繁简分流与快速处理机制：以一个基层法院的司法运作为样本	陈葵、陈志良、黄秀莉
法院调解之道：以汕头市龙湖区人民法院为样本	韦中铭
比较法视野下探析如何提高我国大陆法院的调解率	曹发贵
是调是审：当下法院调解热的冷思考	蔡肖文
强化调解视野下的案件快速处理机制：以东莞两级法院为样本的分析	陈晓艳
第三部分 人民调解、诉调衔接和“大调解”	
司法确认程序中案外人利益保护机制研究	蒋惠岭、向国慧
期待与现实：转型期农村人民调解之观察	白呈明
权力、资源和人民调解：以潮汕地区 10 镇司法所为例	张勤
人民调解制度的现代转型：以法社会学为视角	熊金才
论城市社区调解制度对于纠纷解决的上海经验	瞿琨
诉调衔接机制探析：以汕头市为例	翁汉光
新时期“大调解”机制实证研究：以镇街综治信访维稳中心为对象	元鑫

第四部分 行政调解和商事调解

论行政调解的范围与效力·····	史卫民
论社会和谐语境下纠纷调解机制的有机衔接·····	王占军
乱象中的秩序：底层暴力与“公共领域”的开启·····	易江波
环境纠纷行政调解问题探析·····	欧丹
商事调解的域外发展及其借鉴意义·····	李叶丹
积极探索我国商事调解制度的建立和完善：以上海经贸商事调解中心的实践为视角···	张巍

第五部分 比较法研究和研讨会综述

外国法律的相关性·····	比埃尔·勒康
翻译的挑战·····	西蒙娜·格拉纳特
基层调解的传统与创新：“新时期基层调解理论与实践”研讨会综述·····	蒋丽萍
“比较视野下的多元纠纷解决与法律实务”国际研讨会综述·····	张勤

第一部分 多元纠纷解决的域外经验

申诉专员职能的扩大*

彭文浩

欧丹 译**

引言——为什么是申诉专员？

申诉专员（传统意义上的申诉专员经常被视为裁判的一种，以裁决的绝对独立、专业、公正赢得声誉，获得权威）。现实中，申诉专员的裁决程序一般都是一个“混合”程序。这就是说，申诉专员解决纠纷的过程中其通常将几种基本程序——谈判、调解、审判混合在一起使用进而加强纠纷解决程序的整体成效。因此，接下来的讨论将主要集中在混合程序而非申诉专员制度本身。笔者发现我们可能需要更多地考虑将申诉专员制度作为一种重要的纠纷解决机制，因为许多国家（但是不包括中国大陆地区）已经在设立各种类型的申诉专员解决纠纷问题上取得重大进展。

为什么是申诉专员？首先，目前中国大陆地区并没有移植这一制度。申诉专员提供另一条接近正义的途径，笔者认为这一制度值得中国学者乃至政府高度关注，至少是给予一些实验性的回应。其次，申诉专员之所以运作良好主要是因为其提供一种真正意义上独立裁决。这一特性可能是所有当事人期待第三方介入纠纷解决所需要的品质。第三，申诉专员正是ADR运动“制度化”或者“例行化”（routinisation）（马克斯·韦伯 Max Weber 提出的）的一个例外。在马克斯·韦伯著作中，对“例行化”程序最清楚地描述应该是在对人格魅力的分析中。ADR并不像马克斯·韦伯提出的那种全新的、革命性的魅力领袖型的纠纷解决途径，而是一种当事人友好型纠纷解决途径，前提是当事人都信仰并遵从相应的理念。

但是，马克斯·韦伯提到这些理念在具体的实践中还需要进行转换。在理念适应社会现实的“移植”或“制度化”过程中，执行者个人利益的渗透以及特定历史情况可能阻碍新理念的发展等因素就不得不被考虑进来，并且可能需要作出适当的妥协。因此，原始的理念可能遭到破坏。

就ADR的发展而言，我们可能会发现其伴随着的负面例子比比皆是：（1）仲裁的司法化；（2）强制调解；（3）调解的专业化，在这种意义上调解业务可能更多地被律师和退休法官所承揽，他们很可能就会将其熟悉的“审判”价值渗透到纠纷解决过程中。（4）正如劳拉·纳德（Laura Nader）所指出的那样，使用ADR的目的是出于推行意识形态意义上“和谐思想”（harmony ideology）。

但是，并非所有的“制度化”程序都是负面的。ADR“制度化”过程中一个重要方面就是其越来越促进纠纷解决尝试“混合程序”或“混合形式”的发展。申诉专员制度的发展就是其中的一部分。笔者认为这一案例能够说明在“制度化”过程中通过恰当的方式，原始的理念能够得到再次释放和重塑。确实，这一制度可能忽略了ADR一个基本的价值——即“民主”精神，也就是说纠纷解决最终的决定权应该保留在当事人手中。但是，它同样将纠纷解决最终的决定权从那些自利型法律职业人手中隔离出来，而且这一制度在实践中仍然首先提供自愿的调解程序保障当事人的自主权。

一、申诉专员——简介

（一）一种非常独特的纠纷解决形式（程序）

现代社会里，绝大多数的纠纷是通过“协商”、“调解”、“审判”来解决的。然而，我们会发现许多普通法国家正经历一场（司法）变革，其有意识地将这些主要的纠纷解决形式（程

序)混合在一起以便形成更多专业化、重点突出的纠纷解决方法。申诉专员机构就是其中一种非常有特色的纠纷解决形式。这一混合形式主要是由审判程序在众多修改之基础上结合协商和调解元素而形成的。

(二) 日益重要的申诉专员

在西方许多国家,尤其是普通法国家,申诉专员已迅速成为最受欢迎的纠纷解决形式之一。各国学习(借鉴)英国民事司法改革的时候,时常都会关注九十年代末沃尔夫勋爵改革中的民事程序法改革。但是,现实是与过去三十年间申诉专员应用的快速增长相比,这些改革措施(可能)并扮演期待的重要角色。然而,除香港特别行政区之外,申诉专员纠纷解决制度并没有在中国得到引进。

(三) 公共及私人领域的角色

最初,申诉专员在公法领域扮演一个重要角色,其主要是作为处理与政府有关的公民投诉。也就是说,其扮演着司法审查的角色。但是,过去的三十年来,申诉专员制度已经延伸到私人领域。大型私营机构(如银行)因滥用其市场支配地位不公平对待消费者已受到指责,而且这些私人部门在很多方面更像政府部门机构——官僚化严重,对消费者提出的问题鲜有恰当的回答。因此,申诉专员制度被迅速运用到这些大型机构以便赢回公众对其产品的信心。就这样,尽管我们通常认为申诉专员制度是一种解决公共纠纷的形式(程序),但是现如今申诉专员解决的纠纷绝大多数是私人领域的纠纷,比如消费者投诉。

(四) 申诉专员的独特性

申诉专员纠纷解决制度具有一些非常显著的独特性。申诉专员制度是一个混合形式,吸收了三大纠纷解决形式——谈判、调解、审判。申诉专员解决纠纷通常是没有费用的。另外,申诉专员所做的裁决是没有法律强制效力的,其裁决结果的效力主要是道德层面而非法律层面。

(五) 申诉专员的发展历史——分权思想

最早的申诉专员制度可能出现在斯堪的纳维亚半岛,19世纪初申诉专员作为“控诉”代表的思想就得到发展(申诉在斯堪的纳维亚语中双重含义)。在这之前,申诉专员制度发展的一个重要的因素就是18世纪末孟德斯鸠发展了分权思想。分权思想主张应该有一个独立部门来确保国家的各个权力机关——尤其是政府部门,不滥用人民赋予的权力。因此,瑞士早在19世纪初就建立起议会申诉专员制度。瑞士申诉专员是一个监督机构,同时还是一个独立的行政机构。其通过独立的调查程序确保公民免受公共机构行政失当的侵害。

斯堪的纳维亚国家现今发展申诉专员制度的原型是国会申诉专员,现在已经其他法律制度得到广泛运用。因此,国会申诉专员是现在申诉专员制度的前身。从某种意义上说,今天所有的申诉专员制度是源于这一思想。

(六) 申诉专员的主要特征

当下,许多国家已经或者正在引进申诉专员。尽管申诉专员的经典模式是其公法模式——公民对公共机关的行政失当进行投诉,但是在众多因素的影响下申诉专员在私法领域甚至扮演一个更重的角色。通常情况下,申诉专员是作为一种特殊的纠纷解决形式出现的。其主要特征包括:

(1) 申诉专员(可能)与现有的机关组织有些格格不入,它既不属于行政机关的一部分,也不属于司法机关和立法机关的一部分(尽管其在处理某些案件时可能与立法机关保持联系)。

(2) 申诉专员可能经常需要游离于现有机关组织之外自由地处理问题。

(3) 处理相关案件解决纠纷时,申诉专员所采用的基本程序是类似于“司法调查”——法官独立判断公民投诉是否正确,但是“裁判”过程,协商和调解可能会达成结果,这就意味着“裁判”过程中并不需要类似司法裁决的命令。

(4) 申诉专员采取小型化机构组织，这样一来其可以避免沦为一个需要苦求预算才能生存的“自利机构”。

(5) 申诉专员努力营造一个公平的竞争环境，申诉专员本身并不扮演一个强势角色。相反，平等的身份角色可以保证：当公民对公共机关行政失当提出投诉时，指控能够得到恰当且公平的调查，无论当事人的权力和权威如何都是如此。

(6) 申诉专员在设计之初就以具有声望的、独立的、有影响力的、有良好声誉的机构标准来打造，有时候甚至比法院标准还高。

二、不同形式的申诉专员

从广义上来讲，现在 ADR 语境中确认了两种申诉专员制度：其一，公法模式中的申诉专员；其二，私法领域的申诉专员。

(一) 公法模式（斯堪的纳维亚）

首先，申诉专员其中一种就是公法类型，这也是一种基本的模式。公法类型的申诉专员确保政府保持善治，以及确保公民遭到政府不合理侵犯时能获得实现正义的途径。当下，对这种类型申诉专员的基本理解就是一个国会任命的公共机关，听取公民针对政府行政失当的投诉并进行独立调查，进而通过申诉专员的报告对任何行政失当行为进行纠正。

显然，申诉专员的这一角色是一种“裁判”，但有时候它也具有调解和谈判的职能。这是因为在投诉案件的调查过程中，申诉专员或许能够促使当事人更有效地交谈。这就是说申诉专员促进了谈判，亦或作为调解员其充当了当事人沟通桥梁的角色。这样一来，投诉案件在需要作出正式报告之前其矛盾已得到相当的缓解。在有些国家，尤其是普通法国家，负责处理公民对政府投诉的申诉专员通常被正式成为“议会专员”（Parliamentary Commissioner）（例如，英国议会行政专员）。当下，许多国家的这类申诉专员其职能已经超越处理公民对行政失当的投诉。这一种类的申诉专员同样也被赋予保护和促进人权的职能。那么，从这种意义上来讲，申诉专员就不仅被视为一个纠纷解决者，而且还被视为一个国家人权机构。

公法模式申诉专员制度的基本程序。在现有的公法领域申诉专员制度中，我们可以发现一些共性：

(1) 申诉专员……调查的是公民对行政失当的投诉。

(2) 申诉专员采用的程序是纠问式而不是对抗式，因为这一程序并不允许律师在其间唇枪舌战。（但是这一程序仍然可以促进谈判甚至采用调解）。

(3) 作为接近正义现代制度，其努力让民众接近，但有时候也并不十分容易接近。

(4) 申诉专员处理公民投诉时不收取任何费用，就这一点，申诉专员与诉讼甚至专业的调解都有很大的差异。

(5) 公平、公正地处理问题。

(6) 申诉专员通过向被投诉机关反馈其在处理投诉案件中积累的经验帮助政府机关积极进行善治。

(二) 私人领域的申诉专员

尽管这一模式并非没有问题，私人领域申诉专员模式已经在司法之外解决纠纷问题上激发了许多人的思考。这一领域的申诉专员越来越成为某一特定组织或监管部门内的中立机构，其有责任帮助解决某一特定活动的相关纠纷，比如银行。它主要通过调查和建议但是更多是谈判和调解。

私人申诉专员的两种形式：组织内申诉专员和行业内申诉专员。事实上，私人领域的申诉专员发展得相当深入和广泛，笔者认为我们可以清楚地发现私人领域的申诉专员可以分为两类：一类在某一组织内的申诉专员，一类在某一行业和领域内的申诉专员。

例如，在英格兰和威尔士，保险申诉专员是行业申诉专员中的一种，其发展成为一个相当有效解决纠纷的机制。自 1981 年成立以来，保险申诉专员已经逐渐发展成为一个重要角色。在日益激烈的市场竞争中，保险公司非常担心任何有关其商业信誉的负面报告，因此其在以往可能不予考虑的情况中也可能愿意考虑处理理赔投诉。随后，银行业（1985）、建筑协会（1986）、地产代理（1990）、退休金（1991）、法律服务（1991）、住房（1996）、北爱尔兰警察（2000）、苏格兰公共服务（2000）、电信（2003）等部门相继建立申诉专员。

三、组织内申诉专员

如今，许多私营公司、大学、非营利性组织等也有申诉专员，其负责处理自己员工、亦或其他相关人员的投诉。这些组织内申诉专员扮演独立的角色，一般根据国际申诉专员协会实践标准开展工作。尽管组织内申诉专员也有义务向 CEO 或董事会提交年度报告，但是他们并不听命于组织内其他任何部门。这类申诉专员正开始在世界范围内的许多组织内兴起。他们可能被视为处理投诉的有力途径。

有时候，这类申诉专员可以作为匿名热线投诉的替代方式（尤其是在那些热线投诉不被视为合理或合法的国家）；有时候，除热线投诉外申诉专员办公室通常会比投诉热线可能接到更多的电话投诉，因此投诉热线可能预示有需要设立申诉专员亦或申诉专员办公室。

自 20 世纪 60 年代以来，申诉专员专业化就在西方国家兴起，尤其是在美国和加拿大。正如我们之前提到的，申诉专员遍布企业、非政府组织、大学和政府机关。这类组织内申诉专员处于组织结构的上层并具有较高的地位，但是其并不是组织行政管理部门的一部分，某种意义上来讲至少并不能参与管理决策。申诉专员通过采用替代性纠纷解决方式为组织机构中那些涉及道德等问题的告密者、雇员和管理人员提供一个接近正义的途径。申诉专员能够提供特别和一般的两种解决方式（一般解决方式是适用保护某一类群体而非某一个人的机制）。申诉专员可能进行谈判、调解、跟踪调查，甚至为转变政策和程序进而支持制度转变提供建议。

组织内申诉专员一个非常重要的功能就是监控和识别“新事物”——就是指对组织而言的新生事物。如果某一“新事物”在某种意义上是颠覆性的，即其要求组织审查并改进已有的组织政策、程序以及结构，这类申诉专员可能扮演更加重要的角色。近年来，组织内申诉专员以及申诉专员如何处理其与内部管理部门的冲突受到越来越多的关注。¹

组织内的申诉专员可能会根据国际申诉专员协会实践标准开展工作，这一标准是中性的并且是一般员工可以预见的。这类申诉专员也可能采取非正式的方式开展工作，其并不涉及管理决策权力亦或接受组织的“意思”。它通常不会记录有关组织的投诉案件，并且尽可能保持绝对保密。

唯一的例外就是：针对存在严重侵害危险的投诉案件，申诉专员可能不受上述保密规定的限制。然而，即便如此此处也并不存在什么实质性问题，组织内申诉专员同样时常可以找到可供选择的方式，比如帮助投诉者就投诉案件提交一份匿名报告。

四、行业申诉专员

除此之外，我们还注意到申诉专员可能可以在更广泛的领域内解决纠纷。在英国，行业申诉专员职能的扩张主要包括银行、保险、房屋建筑协会（这一机构主要是把钱借那些有意愿买房子的人）、伦敦证券交易所、养老保险等部门的申诉专员以及法律律事申诉专员（其根据 1990 年《法院和法律服务法》第 16-21 节设立）。当然，后者关注的是法律职业者的特殊利益。

（一）金融申诉专员服务

然而，过去十年申诉专员服务在金融服务领域得到了惊人的发展。以往针对金融服务部

门的投诉主要是通过民事诉讼的方式来解决。随着过去二十年替代性纠纷解决方式的发展以及政府强有力扶持，金融申诉专员服务（FOS）现在已经成为金融领域非常成功的纠纷解决方式。其主要通过诉讼外纠纷解决方式处理投诉，甚至在许多投诉案件中当事人被鼓励积极解决纠纷。像其他申诉专员一样，金融申诉专员服务被视为具有独立性的和有影响力的机构。因此，其重要的设计理念就是为消费者提供某种形式的保护和保障，尤其在消费者处于权力和知识地位严重失衡的情况中其更是如此。从广义上来讲，金融申诉专员服务采用多个程序并且按照顺序操作，因此当某一方式未能解决纠纷则采用下一程序。一个非常有意思的情况就是申诉专员相当依赖于调解解决投诉。

（二）程序

首先处理客户投诉的部门就是客户服务部门。客户可以通过电话、邮件等方式进行投诉，客户服务部门将会同投诉客户讨论投诉问题，并建议客户如何以最好的方式进行。

客户服务部门处理投诉的任何细节在金融申诉专员服务网站都可以查到。绝大多数投诉案件（超过 90%）都在仲裁员的临时性评估中得到解决。通常情况下，仲裁员通过调解、提出非正式的解决建议等方式促使双方当事人达成和解。起初，仲裁员会采取“引导式调解”促使当事人双方就问题达成和解。金融申诉专员服务将这一程序描述为：一种评估性调解而非是一种促进性调解。

调解往往比正式调查更加快捷、高效，而且有时候正式调查是一个非常耗时的程序。调解通常将问题向前看进行富有建设性的谈判并且双方当事人都满意，不再讨论企业与顾客之间之前的是是非非……①我们尽量去寻求解决问题的方式②进而公平而且快速地处理投诉纠纷。

如果双方当事人不能达成一致，仲裁员将就案件做出临时性评估意见。同样，双方当事人有权决定是否接受这一临时性评估意见。如果双方当事人仍然对此不满意，那么这一投诉案件将提交到申诉专员裁决。只有当前置程序都失败之后，金融申诉专员服务才启动申诉专员最终裁决。在大多数案件中，双方当事人都可能会接受临时性评估意见。但是，任何一方当事人都有权要求更资深的申诉专员进行复核亦或最终裁决。在这些更为复杂的案件中，客户投诉将会有一名更资深的申诉专员来进行复核，并作出最终裁决。任何一方都可以要求将案件提交申诉专员进行复核和做出最终裁定。当然，申诉专员也会对投诉案件进行评估判断是否需要复核，并就其决定作出相应解释。双方当事人也有权决定是否接受这一决定。当双方当事人接受申诉专员的裁决，这一最终裁决就具有约束力。申诉专员程序的最后阶段才做出最终裁决。最终裁决一般占投诉案件总数比例在 1/14 左右。²

然而，近年来金融申诉专员服务通过调解处理投诉案件的数量猛增，已经超过其处理案件总数的 55%。

（三）费用

金融申诉专员服务的设计理念就是对投诉客户免费开放。金融申诉专员服务坚信投诉客户不需要法律代表进行申诉，因此补偿费用中并不包括任何法律咨询费用。金融申诉专员服务会特别关注投诉案件中的 20%，这部分投诉案件是由索赔管理公司代表消费者进行投诉。消费者可能会发现其得到的实际补偿费用可能会减少，因为索赔管理公司已经减少其获得的补偿费用。在金融申诉专员服务以及其他私人部门申诉专员制度中，其资金是由其成员企业也就是那些可能被投诉的公司来提供。对于这些企业而言，他们之所以会资助金融申诉专员服务是因为金融申诉专员服务可以在其内设的投诉处理机制失效之后提供再次投诉处理服务，而且金融申诉专员服务是严格的保密，金融申诉专员服务不能泄露当事人任何信息。金融申诉专员服务可以处理价值 10 万英镑及以下投诉案件。消费者不满金融申诉专员服务对投诉案件的处理，仍然可以向法院起诉。但是，一旦消费者接受申诉专员的裁决，金融申诉专员服务的最终裁决则对被投诉企业具有约束力。到目前为止，金融申诉专员服务已经接到

消费者近 800000 次询问及投诉。事实上，金融申诉专员服务已经出来近 125000 件投诉案件，许多都是通过非诉讼程序在一个月内的早期评估程序中得到解决。超过一半的案件是关于银行信贷、保险、投资（包括包括某些特殊类型的抵押贷款）。

因此，2001 年成立的金融申诉专员服务，其第一年就收到并处理 50000 件投诉案件。这就与高等法院皇座法庭急剧减少的收案率形成一个巨大的反差。这正好说明推进替代性纠纷解决方式的民事司法改革已取得相当成效，尤其是申诉专员制度。

（四）其他问题

金融申诉专员服务提供最终裁决。经过金融申诉专员服务之后很少消费者依旧将索赔案件提交到法院。涉案当事人双方都愿意承认申诉专员的权威性和公正性。金融申诉专员服务会对其拒绝受理的投诉案件说明理由。许多投诉案件都是通过协商达成一致解决的。金融申诉专员服务实行问责制。尽管金融申诉专员服务是由企业资助的，但却是一个法定机构。不满意金融申诉专员服务的消费者仍然可以向法院提起诉讼。³

五、香港申诉专员的移植

（一）香港申诉专员简介

正如我们已经提到的那样，中国内地并没有引进申诉专员制度。然而，香港申诉专员制度的实践经验正好证明源自欧洲的申诉专员制度是可以很好地适应中国本土文化的。香港申诉专员制度是一种公法类型的申诉专员，其已经存在超过 20 年。它每年平均处理大约 5000 件投诉案件。其中仅有 120 左右需要通过全面调查和最终裁决，这些投诉案件中的 40% 左右最终证实。公民可以通过邮件、电话、正式途径进行投诉。跟其他国家申诉专员制度一样，香港申诉专员制度也通过调查和解释、谈判和调解处理众多投诉案件。

这就是说。大概只有 2% 左右的投诉案件需要申诉专员作出最终裁决。在 2009-2010 年度，尽管申诉专员仅在 120 件投诉案件中作出最终裁决，但却作出 140 份建议要求政府改善行政方式。这就说明，香港申诉专员制度还有一个非常重要的功能就是促进政府行政管理的改善。

（二）行政失当与救济

（1）行政失当与监督。中国内地已经存在众多制度处理政府机关行政失当，并且它们也具有很多优势。人大监督就是其中一种，但是人大监督可能需要提高运转效率。（2）行政失当与行政救济。中国内地同时也存在行政救济制度，比如行政复议、信访，这些都是常见的方式，但是它们也往往不堪重负。（3）行政失当与司法救济。中国内地已经建立起行政诉讼制度，但是行政诉讼只针对行政行为的合法性，并不涉及行政行为的合理性。此外，尽管中国行政诉讼法第 50 条规定行政诉讼不适用调解，但是现实中许多行政诉讼案件在诉前就通过调解等方式解决了。

（三）法律移植：中国申诉专员制度

因此，笔者认为中国引进申诉专员制度是一个值得深思的问题。其实，香港申诉专员制度的成功就是一个很好的例子，其能够说明申诉专员制度能够很好地适应中国本土文化。正如前面说提到的，这种公法类型的申诉专员制度是能够增强现有处理行政投诉案件制度的工作能力。而且，申诉专员并不会取代其他行政纠纷解决方式。相反，申诉专员能够为行政纠纷的解决提供立法、司法、行政之外的另一个途径。正如其他国家的经验，公法类型申诉专员制度的成功能够促进私人部门申诉专员制度的发展。当然，我们也可能需要面对由此而带来的问题。比如，必须确保拥有高素质的申诉专员投入工作，确保同被投诉的行政机关的合作关系，确保申诉专员保持独立地位。

但是，如果这些问题能够得到解决，那么笔者相信跟其他国家一样申诉专员制度在中国一样能够得到普通民众和政府机关的欢迎。

（四）香港问题

由于银行等其他机构在保护金融产品消费者问题上出现一系列严重错误，香港当局已经提出在香港设立投资者教育局（Investor Education Council）和金融纠纷解决中心（Financial Dispute Resolution Centre）。⁴

这些建议包括建立投资者教育局促使投资者保持客观性和独立性。通过这种方式，投资者教育局培养公众获得作出恰当财务决策的基本能力。它关注的是个人的权利和责任、决策技能、金融产品的基本知识。这种投资者教育不包括由行业协会、专业团体及市场专家提供投资信息，这些信息主要针对某些具体金融产品和服务。换个角度来讲，金融服务机构总是试图通过教育论坛推销某一具体的金融产品和服务。

另外，这些建议还包括建立金融纠纷解决中心。该中心主要帮助投资者解决其与金融机构之间的金融纠纷。金融纠纷解决中心的基本原则包括公正、易接近、可负担、快速、低费用、保密。可能并不像英国类似机构，香港金融纠纷解决中心对投诉案件是需要收费的。这样做的原因主要是防止一些琐屑无聊、无理索赔的案件，但依然能够鼓励大多数诚实的消费者选择金融纠纷解决中心处理纠纷。对提交到金融纠纷解决中心的案件收取适当的费用是合理的。当然，收费标准既不能太高也不能太低。

（五）调解与仲裁 VS 申诉专员

香港当局已经建议引进金融纠纷解决机制。这一机制主要通过调解附设仲裁来解决纠纷，这就说首先采取调解，如果调解程序无法解决纠纷进而启动仲裁。金融服务商将被强制参与该纠纷解决机制。这一建议同海外许多模式都存在差异，因为结果是由仲裁员会而非裁决小组作出投诉案件的最终裁决。

对此大家存在不同意见。一些专家认为强制性调解附设仲裁程序可以跟申诉专员（其扮演裁决角色）发挥相同的成效。然而，另外一些专家却认为金融纠纷解决中心模式才可能发挥申诉专员模式的功能。香港律师会已经专门分析了仲裁与申诉专员制度之间的差异，并认为现阶段设立金融纠纷解决中心可能要比设立金融申诉专员更好。因此，强制性调解附设仲裁程序成为建议模式。投诉案件首先通过“软”程序（调解）寻求双方当事人达成和解，当这一程序失败后才是第三方介入作出最终裁决。在一些国家地区比如英国和澳大利亚，第三方指的是申诉专员，而在另一些国家地区比如美国，第三方指的是仲裁员。提议中的香港金融纠纷解决中心所采用的是美国模式。

从某种意义上说，仲裁员与申诉专员在功能上存在相似性，两者都是在当事人的授权之下就争议事项作出最终裁决。然而，从权力这个角度来看仲裁员可能比申诉专员拥有更为广泛的正式权力。与申诉专员最终裁决效力（只有当事人接受才具有约束力）不同，仲裁裁决对所有当事人具有终局效力。仲裁是冗长和昂贵的诉讼程序的一种替代方式。仲裁裁决可以通过法院强制执行。之前提到，调解和仲裁（调解失败后且当事人愿意）程序已经成为金融服务商的强制程序。消费者们可能喜欢这一提议，而金融机构则对此提议不满。

（六）监管权力

根据这一提议，金融纠纷解决中心并不具有任何调查和纪律处分的监管权力。监管者们主要处理金融机构的监管责任而金融机构纠纷解决中心则负责处理金融纠纷。金融监管部门与金融纠纷解决中心衔接的指导原则非常明确：不将金融机构过高要求转嫁给对方，不将对违规调查的权力和责任转嫁给对方。因此，金融纠纷解决中心就不能够暗示金融监管部门可能无法遵守保密性。金融纠纷解决中心应该与金融监管部门分享意见和信息，比如某一类似的金融纠纷案件大量出现可能就预示着金融监管部门可能需要对这一问题进行调查。当然，一些由金钱损失引起的纠纷就会不可避免地涉及消费者对金融机构不当行为的指控。但是，香港当局认为金融纠纷解决中心不能影响监管部门对金融机构违规行为的法定调查权。监管部门对金融机构的监管职责仍然不变。

六、反思

申诉专员制度正经历着非常有意思的发展。笔者认为，公法类型的申诉专员是保证政府善治的一种重要途径。世界各国越来越认识到我们不仅需要一个合法的政府，而且需要一个善治的政府。正如我们所看到的，随着 ADR 变得更加制度化和专业化，各种程序之间的界限变得愈来愈模糊。这或许在“私人领域”更明显，因为 ADR 在其间的使用并不是一件敏感事件。因此，许多申诉专员比如英国金融申诉专员服务，其大部分工作采用的程序都是调查和调解相混合。随着申诉专员职能向私人领域的扩张，各国引进和发展公法类型及私人领域申诉专员已经成为一个国际标准自下而上地发展起来的重要范例。申诉专员制度在全球范围迅速扩张，有时候以极快的速度从一个领域转移到另一个领域，从一个国家转移到另一个国家。笔者发现，英国存在超过 50 种不同的申诉专员。联合国及欧盟都有其自身的申诉专员制度。申诉专员制度扩张背后的动力可能因时间和地点不同各有所异。但是，就现知的情况来看，笔者认为一种关键价值在众多法律文化中都被尊重。这就是当我们愿意将彼此之间的纠纷交予第三人处理时，我们希望第三人保持有效的独立并且公平。至少在某些形式上，申诉专员正好能够提供这些。申诉专员制度是低费用的甚至是免费的，而且其并不需要律师参与。

亚洲的国际商事仲裁与语言

——给自由且多样化的国际纠纷解决的一点建议

斋藤彰*

柴裕红**译

一、日本的国际商事仲裁的现状

在日本，我们还没有处理国际商事仲裁案件的足够经验。特别是拥有用英语处理国际商事仲裁案件经验的仲裁人和律师的数量非常有限。引起这种现象的一个关键问题还是语言障碍特别是口语障碍的问题。为什么得出这样的结论呢？因为，在日本，拥有对外国法的研究以及具有从事国际贸易相关工作经验的法学家并不能说是不多，而且在美国获得法律硕士学位的数量也呈不断的上升的趋势。从这个意义上来讲，这些法律人是具有对英美法的基本把握以及拥有一定的对英文文献的阅读和理解能力的。

另一方面，日本的法学界对国际商事仲裁以及国际投资协定争议仲裁的关心人数也在不断地增加。同时，也是这些领域走到了研究的前沿。从传统上来说，日本的法学家一直以来对在西欧各国产生的最新的法律问题有很深的洞察力，即使现在也还是在继续。从观念上也可以这么说，日本应该对国际商事仲裁的繁盛做出一定的贡献的事是受到日本法学界大多数法学家的支持的。

在实践中，应对国际商事仲裁已成为一个非常紧迫的问题。日本商事仲裁协会是代表日本处理国际商事仲裁案件的被公认的唯一机构。近几年来，其所处理的国际商事仲裁案件的数量在逐步增加。目前为止，日本的大型企业被卷进国际商事仲裁案件的数量并不少，然而，现在即使是中小企业也必须面对国际纠纷的现象也在急剧增加。商业界也在不断的提高其自身对国际商事仲裁的重要性的认识。还有，日本制造业的供应链可以说是覆盖整个亚洲的，其与亚洲各国的产业的相互依存程度不断加深。与此同时，即使是中小企业为了生存也必须积极考虑拓展海外业务的时代正在到来。伴随着这样的紧密的跨国贸易的发展，国际商事纠纷案件增加是不可避免的事情。

还有对日本的年轻法律人来说，国际商事仲裁今后的发展将作为一个可期待的职业领域而受到这些人的重视。2004年，日本仿效美国设置了法科大学院，这也是引起日本的法律人的数量不断增加的原因。伴随着法律人的数量的增加，年轻的法律人想加入传统的国内诉讼业务领域是非常困难的。这些新入行的法律人已经遭遇着在日本就业难的局面。从日本的律师人数只不过仅仅才超过3万人多一点的角度考虑，出现这样的现象多少有点不可思议。然而，在诉讼制度没有比较多的国家预算以及诉讼援助制度等方面的建立相对比较迟缓的日本，诉讼大部分都是重要的案件。在这一点上，这些案件与英格兰的出庭律师所处理的案件比较相似，也可以说是以这样的案件作为诉讼案件的重心。在英格兰的出庭律师的数量为1万几千人作为前提的话，而人口大约是英格兰的2.5倍的日本，在律师数量达到3万人多一点的情况下，诉讼业务业已达到饱和的状态多少会让人产生疑问。国际商事仲裁的领域是一个全球化的竞争非常激烈的法律服务市场。然而，大多数的日本律师即使到现在还是对法律服务市场的言辞非常反感。

尽管如此，最近，我们对日本的文化备受国际社会的关注以及如此的受欢迎感到很惊讶。即使在受到东日本大地震的影响，日本的观光以及日本饮食文化依然还是非常的有人气的。如果充分利用好这样的契机，把日本作为一个有关国际商事仲裁的中立的仲裁地的构想是完全有可能实现的。对于日本的法律人和司法制度的中立性以及反腐败的抵抗力的问题的评价也是有目共睹的。然而，为了这个目标，现在，无论如何我们也必须解决语言障碍这个关键问题。

二、 国际商事仲裁的语言障碍

笔者认为，国际商事仲裁的语言障碍的话题其自身在一定程度上就像是打开了潘德拉的盒子一样让人感到迷惑。英语能力的不足经常让日本人感到困扰。正因为如此，笔者在这里对这一问题的讨论有可能被认为是旧事重提。长期以来，对于在“脱亚入欧”的口号下发展起来的日本人自身来说，曾有过英语被认为是先进社会的象征。这样的认识在今天的年轻人当中也同样根深蒂固。只要有一口流利英语，在日本社会中就会被刮目相看。也正是因为这样，对作为国际商事仲裁的共通语言的地位似乎已经确立的英语进行挑战，要是只从这件事本身来看好像没有什么实际意义。然而，在亚洲时代的到来的大背景下，在亚洲地区急剧增长的国际商事纠纷中的当事人大多数并不是以英语作为母语的。像这样的纠纷解决中，英语作为国际商事仲裁的语言继续被绝对的维持的充分前提已不复存在。⁵

（一）模拟国际商事仲裁大会及其影响

听说过有关被称为 Vis Moot 的国际商事仲裁大会的盛况的人应该不在少数。这个大会，是为世界上学习法律的学生提供一个以国际商事仲裁的辩论为中心进行模拟大赛的盛会。其集聚了来自世界各地的大学的参赛队。以开放式的形式为法律学生提供了接受这样一种大规模的模拟教育的机会。作为世界上的法律学生对于法律产业的全球化的亲身经历且有所体会的盛会，在这20年中取得了引人注目的成果。

首先，从1994年在维也纳举办的首次大会以来，2004年又以姊妹大会开始在香港进行