

陕西省重点学科建设专项资金资助项目
西安仲裁委员会合作项目

HOW TO
BREAK THE DEADLOCK

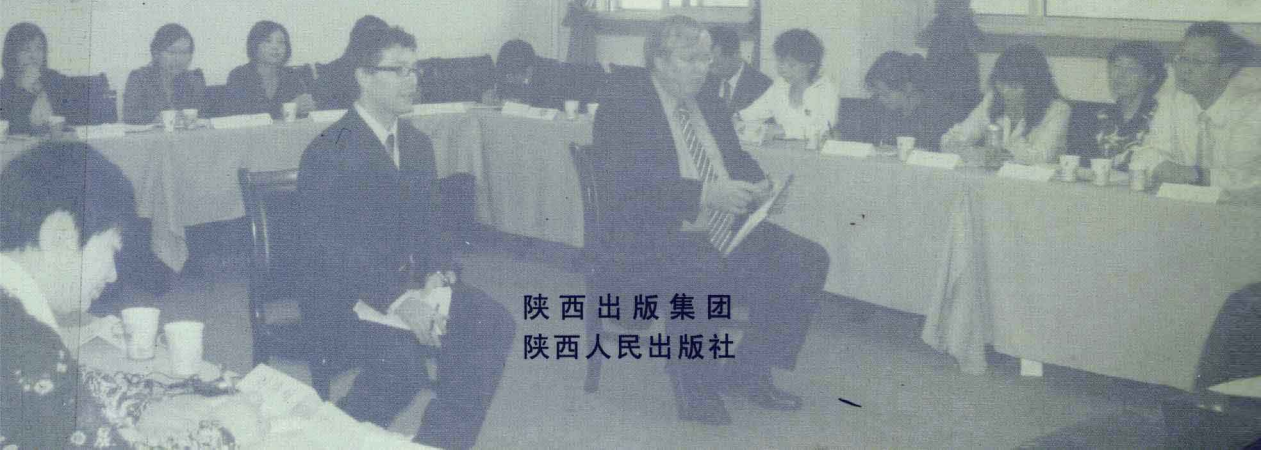
如何打破 僵局？

纠纷的解决需要法制，更需要智慧；
多元化的社会需要多元的纠纷解决机制，
在一个法制的、理性的社会，
除了对簿公堂之外，我们还可以有更好的办法！

—— 替代性纠纷解决方式（ADR）的研究与实践

主编◎赵旭东

*Inability to reach voluntary resolution of
a dispute. Deadlock. If and when an impasse
is reached, a mediation must end or must find
some approach to end the impasse.*



陕西出版集团
陕西人民出版社

陕西省重点学科建设专项资金资助项目

HOW TO
BREAK THE DEADLOCK

如何打破 僵局？

—— 替代性纠纷解决方式（ADR）的研习与实践

主编◎赵旭东

陕西出版集团
陕西人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

如何打破僵局? : 替代性纠纷解决方式 (ADR) 的研习与实践 / 赵旭东主编.
—西安: 陕西人民出版社, 2010

ISBN 978-7-224-09529-6

I. ①如… II. ①赵… III. ①调解 (诉讼法) —制度—研究—中国
IV. ①D925.04

中国版本图书馆CIP数据核字 (2010) 第210498号

如何打破僵局?

——替代性纠纷解决方式 (ADR) 的研习与实践

主 编 赵旭东
出版发行 陕西出版集团 陕西人民出版社
(西安北大街147号 邮编: 710003)

印 刷 西安正华印刷科技有限公司
开 本 787mm×1092mm 16开 23印张 4插页
字 数 385千字
版 次 2010年11月第1版 2010年11月第1次印刷
书 号 ISBN 978-7-224-09529-6
定 价 45.00元

本书为西北政法大学与美国麻州法官协会、美国麻州大学合作项目“中美法官学者交流项目”的子项目——“替代性纠纷解决方式(ADR)研讨与培训项目”的成果之一,本项目的中方主持者为西北政法大学国际交流中心,由西安仲裁委员会协办。

This book is one of the achievements of “ADR Research and Training Program”, which is a subproject of “Sino - America Legal Academic Exchange Program”. This cooperation is between Northwest University of Politics and Law, Massachusetts Judges Conference and McCormack Graduate School, University of Massachusetts, Boston, MA. The subproject program is organized by Sino - America Legal Exchange Center of Northwest University of Politics and Law, co - organized by Xi'an Arbitration Commission.

西北政法大学赵旭东教授嘱我给《如何打破僵局——替代性纠纷解决方式(ADR)的研习与实践》这个文集写序,起先我是有些犹疑的,因为我当时在参加一个会议,未能亲自参加在这之前的高级研讨培训班(这个研讨培训班由西安仲裁委员会协办)。但是,当我观赏了研讨培训班的全程录像,特别是浏览了这个文集的内容之后,觉得教授的要求确实难以推辞,同时也为研讨培训班的成功举办和这个文集的问世感到无比的欣慰!

纠纷的解决是一种社会实践,同时也是一个跨学科的高难度理论课题,特别是对于我们这样一个既有古老的法律文化传统,又被注入了现代法律制度的国度而言,对纠纷解决的理论解释所遇到的困难要远远大于实践的操作。但是,理论研究的重要意义是不言而喻的,如果没有理论的归纳和引导,任何一种实践都难免陷入迷茫。自20世纪六、七十年代以来,以美国首倡的替代性纠纷解决机制(ADR)在西方国家迅速推广,其影响所及,致使传统的纠纷解决方式在基本理念、制度和技能方面都发生了巨大变化;而在中国,调解以及以调解为核心制度的多元纠纷解决机制的构建也已经引起了社会各界的广泛关注,在这样的新形势下,对纠纷解决理论的深入探讨和研究就成为一项十分紧迫的任务。

ADR制度与仲裁制度之间本来就存在一种天然的联系,其共同之处就是都属于诉讼外的或者替代性的纠纷解决方式。仲裁的长处就在

于它的高效率、保密性和当事人的自治性,其中自治性不仅体现在解决纠纷的过程的自治,而且还在于对解决纠纷的基本方式的自治。西安仲裁委员会的《仲裁规则》专门规定了“和解与调解”一章,鼓励当事人通过协商、谈判以及仲裁庭的调解解决纠纷,这可以说也是“君子之争,和谐仲裁”理念的具体体现。从仲裁实践的效果来看,在仲裁的氛围中当事人更容易获得自主性的体验,也更乐于通过调解的方式在互相体谅与合作的基础上解决纠纷。因此,如何在仲裁中调解,在调解中解决纠纷,就成为每一位仲裁员的必修课。这次替代性纠纷解决方式(ADR)高级研讨培训班的举行,可以说是一次十分难得的学习机会,它对我们仲裁工作的促进大有裨益。

西北政法大学和美国麻萨诸塞州法官协会、麻州大学联合举办的高级研讨培训班可以说是一种追求实践和理论完美结合的实战性演练。从组成人员看,他们当中有来自实务部门的实践者,也有来自高校和科研部门的学者,特别是他们的主讲人是来自美国的专家,这种实务与科研携手,中方与外方合作进行学习研讨的方式在国内其他地方还不多见。尤其难得的是在研讨培训之后还能组织一部文集,将这次研讨培训的成果提升到学术研究的高度,这种新颖的形式是一个创造,也是一种贡献。这部文集所收入的文章并不限于一个命题或一种体裁,其中既有对ADR制度的研讨和培训过程的具体描述,也有学员们结合实践经验和学习体会和感受所作出的感性表达,还有专家学者从理论高度所进行的学术探讨,整个文集的内容集资料性、实用性和论理性为一体,试图将ADR制度的学习、研究和实务有机地结合起来,足见编者的匠心独具和用心良苦。这个文集的部分文章是由实务工作者撰写的,一般来说,实务工作与理论研究之间难免存在一定距离,他们在一些学术概念和理论深度方面可能还存在某些欠缺,但是,其中所反映出来的实践场景和思想火花不能不说难能可贵,所谓“实践出真知”,眼前这个文集可以说就是这个普遍原理的一个映射。另外,随着我国学术界对纠纷解决理论的深入研究,可以说在理论层面已经渐成气候,但是,如何将理论研究的成果运用到实践中去,使我们解决纠纷的理念、技术和手段得到全面的提升,则是一个需要解决的问题。面前这部文集或许为我们提供了一个

可供选择的有益方案。

值得一提的是,在研讨培训班的学员中,有不少都是西安仲裁委员会聘请的仲裁员,还有几位仲裁委员会的工作人员,而主讲人美国专家詹姆士·E·麦奎(James E. McGuire)先生也是西安仲裁委员会聘请的仲裁员,从这个意义上说,这个研讨培训班基本上就是对仲裁员的一次培训了,这也是仲裁委员会义不容辞作为协办单位的原因之一。作为本书的主编,赵旭东教授付出了很多的心血,从研讨培训班的筹划、教材的编印,到研讨培训日程的安排和主持,他都是亲自操办,当然还有这个文集的组稿、编辑和出版。他的努力获得了大家的肯定,也得到了美方专家的称赞。这个文集的出版可以说是研讨培训班的成果的延伸,也是为这次研讨培训活动的成功举办锦上添花。我希望读者通过这个文集能够了解替代性纠纷解决方式(ADR)对于纠纷解决的意义和价值,也希望借此促进实务界和理论界的更加紧密的合作,以期实现双赢的效果。

潘俊星

2010年9月

前言

—

纠纷应当如何解决？这可以说是一个亘古常新的话题。在古代社会，私力救济曾经是解决纠纷的常规形式，但是由于生产力水平的低下和人们认识能力的限制，那时对于纠纷的认识和对纠纷的救济手段也处于较为低级的状态，一个本属平常的纠纷有可能演变为仇恨甚至是世仇，为了纠纷的解决——确切地说——为了复仇，人们可能凭借于神灵的权威，甚至还可能诉诸强权和暴力。随着国家政权形式的更迭，特别是法律制度的确立和发展，国家权力逐渐介入了私人纠纷的领域，私力救济受到了遏制，而法院以及作为社会精英阶层的法官以其公正、权威的形象为人们解决纠纷提供了信心和保障，于是，大量的纠纷被引向以法院审判为表现形式的诉讼程序。曾几何时，通过诉讼解决纠纷几乎成为一个定律，因为人们相信法律的公正，希望通过法官的审判实现自己受到损害的权利和利益；而作为国家权力表现之一的司法机关对于人们诉讼的热情则采取了鼓励和欢迎的态度，这或许是为了彰显司法在社会治理过程中的重要地位和应有价值。然而，随着诉讼和审判在纠纷解决中的不断强化，一个令人困惑的悖论无情地呈现在人们面前：司法的投入越来越大，但是相对而言它的收益却每况愈下，案件判决的速度似乎永远难以满足案件增长的速度，诉讼案件的数量以“爆炸”形态迅速膨胀，法院不堪重负。这种情况不仅出现在经济发达的国家，在发展中国家也是如此。终于，人们认识到，以国家包揽诉讼的方式来解决纠纷是不现实的，寻求诉讼以外的或者是衔接诉讼的纠纷解决方式不

仅是形势所迫,而且也是纠纷解决的内在规律的必然诉求。

在一定的历史时期,纠纷解决的理念和方式或许会随着社会意识形态的挥杆而沿着特定的轨道运行,但是,人类的理性决定着人们在经验和教训的面前最终一定会朝着科学的目标迈进。纵观当今世界,虽然发达国家和发展中国家在经济发展水平上差距悬殊,但是,对于社会公平、秩序和安全的追求却是世界各国人民共同向往和努力的方向。在这一点上,似乎并不需要以国民生产总值(GDP)的高低作为评价的标准。至于纠纷的解决,由于它对于人类社会而言始终存在着某种共同的价值诉求和行为方式,因此,尽管人们的文化传统和物质生活环境存在差异,但是却极有可能为了解决纠纷而形成可以共享的原理和方法。

那么,在诉讼以外是否存在更好的解决纠纷的方法呢?时至今日,这似乎已经不是一个问题了。现实的情况是,纠纷解决的实践已经以大量的事实证明确实存在着诉讼以外的更为有效的纠纷解决方式,例如谈判、调解和仲裁以及它们和诉讼的结合;而在学术界,越来越多的专家学者正在为构建一个完整的诉讼外纠纷解决的理论体系而做出不懈的努力。我们相信,这种新型的纠纷解决方式的研究和实践是一个颇具挑战性的而且拥有巨大发展空间的领域,它必将大大提升人类解决纠纷的能力,并且成为人类纠纷解决历史上的一段重要历程。

二

言及诉讼外的纠纷解决方式,人们立刻会想到谈判、调解和仲裁,但是,人们可能没有意识到,现代意义上的谈判、调解和仲裁已经不同程度地被赋予了新的内涵,在运行机制上也有别于传统的方式。其中一个最为关键的表征,就是这些方式已经不是以单纯孤立的形式存在,他们的相互关系以及存在的基础已经发生了显著的变化。调解是一种被广泛运用的诉讼外的纠纷解决方式,无论是从时间延续还是从空间跨度看,调解都可谓是当之无愧的解决纠纷的“常规武器”。然而,由于经济水平、政治模式和文化背景的不同,调解制度的内容和运行样式都存在着较大的差别。

中国作为一个具有悠久历史的以农耕文化为基础的国家,其调解制度根植于以家族血缘的亲和社会关系为代表的人际关系之中,宁愿在财产利益上做出较大的牺牲,也尽量不愿伤及人际之间的亲和社会关系。儒家所主张的仁义之道和忠恕之德是古代社会道德评价的基本标准,“和为贵”被奉为一切行为的基本准则。

于是,解决纠纷的最好方法就是言和而非诉讼,正如孔子所说:“听讼,吾犹人也,必也使无讼乎。”^①这种注重维护人际和睦关系,增进人们相互之间的理解与合作的思想可以说是中国式调解的基本出发点和终极目的,也是中国纠纷解决文化的核心理念。但是,随着社会经济结构与政治形态的变革与演进,特别是以权利的塑造为己任的法律秩序的构建,这种以“和为贵”为基本准则的理念实际上已被赋予了新的内涵,在维系人际亲和关系的同时,利益的归属也是一个不可忽略的因素。与中国调解制度的发展历史不同,在西方国家的历史上,以调解方式解决纠纷虽偶有显现,但是,其解决纠纷的主体概念仍然是建立在维护私权和正义基础上的法律裁判。从高深莫测的“自然法”到普通民众的陪审团,法律制度的建构和运行成为西方社会的一种价值理念和生活方式。西方社会的人际关系是由法律维系的,从原始社会的“一切人对一切人的战争”状态到“社会契约”^②的形成,人和人的关系首先是一种由规定的关系,其次才是亲情伦理关系。因此,纠纷的解决也自然是首选法律的裁判,调解不过是对诉讼的一种补充和点缀。进而言之,在涉及利益较小的争执中,可能会以第三方的调解得以解决,而对于涉及利益较大的争执,诉讼才是常规的手段。这种解决纠纷的理念和方式,与中国的“和为贵”显然大异其趣。

但是,应当看到,自 20 世纪 30 年代以来,特别是第二次世界大战以来,“世界各国尽管基于不同的社会背景、文化传统和现实需求,都出现了司法改革和重构纠纷解决机制的趋势,并最终促成了 ADR 运动的形成。”^③时至今日,ADR (Alternative Dispute Resolution) 不仅在西方国家风起云涌,而且对具有调解传统的东方国家也影响甚巨。ADR 作为一种替代诉讼的纠纷解决方式,其实与诉讼存在着十分密切的关系。在现代社会,可以说没有不被法律所规范的行为领域,即使是调解这种被称为“诉讼外”或“非诉讼”的纠纷解决方式,日本学者形象地称这种现象为“审判阴影下的交涉”^④。而在中国,继 2002 年最高人民法院发布《关于审理涉及人民调解协议民事案件的若干规定》之后,又接连出台了几个与调解制度相关的司法文件,最近的一个司法文件是 2009 年发布的《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》。可以

①《论语·颜渊》。

②参见张乃根:《西方法哲学史纲》第六章,中国政法大学出版社 1997 年版,第 110、134 页。

③范愉、李浩著:《纠纷解决——理论、制度与技能》,清华大学出版社 2010 年版,第 69 页。

④小島武司、伊藤真编:《诉讼外纠纷解决法》,丁婕译,向宇校,中国政法大学出版社 2005 年版,第 15 页。

预见,在后现代的纠纷解决方式中,调解将回复其“常规武器”的地位,但是,这种“回复”将是更高层次上的一种否定之否定的结果。

三

正当中国的经济建设以前所未有之势高歌猛进之时,中国的调解制度也迎来了他的再一次复苏,而这一次复苏,正如中国的改革一样,是在经历了数次沉浮之后终于走上正轨的一种历史性选择。比较而言,新时期的调解制度在内容、技术与方法上都呈现出与传统调解制度的不同特点,对这些特点的总结、归纳和研究不仅是实务部门的迫切需求,也是法学领域的一个新的理论课题,于是,各种形式的尝试、交流和探讨迅速形成了一股潮流。在这当中,作为ADR制度的首倡者,美国的相关制度、实践和理论引起了中国专家和学者的浓厚兴趣,两国的专家学者相互之间的交流和互访也愈加频繁起来。

作为中国西北政法大学与美国麻萨诸塞州法官协会和麻州大学的合作项目之一,ADR制度的研讨和培训工作在2009年的5月份就已经开始筹划了。经过一系列精心准备,“中美替代性纠纷解决方式(ADR)高级研讨培训班”在2009年10月26日如期举行。令人感慨的是,从10月26日到30日,整整5天,这个高级研讨培训班的24名专家学者级别的学员竟然始终如一地保持着高度的热情和饱满的出勤率,(只有一人中途确因公务请假半天)这种情形在几乎人人都在与时间赛跑的当今社会确实难得一见。这次研讨培训堪称完美,有学员在最后总结时用精辟的8个字加以概括:“前所未遇,终生难忘!”

这次研讨培训活动的成功,从外部环境来说,与我国对诉讼外的纠纷解决机制构建的空前重视不无关系,面对着新时期纠纷解决过程中出现的新情况、新问题,传统的纠纷解决理念、制度和方法亟需作出科学的检讨与更新,在这方面,美国的ADR制度和相关理论是不得不认真对待的功课。从内部组织和举办过程而言,有几位关键的人物是不能不提的。西北政法大学国际交流中心主任、中美法官学者交流项目总负责人董和平教授为该项目的落实付出了大量的努力,从最初的牵线搭桥到中途的组织联络以及后续的各项工作的,他都做得十分出色而且到位。西安仲裁委员会的潘俊星秘书长则全力支持了这项活动,作为协办单位,西安仲裁委员会在人力物力方面均有十分慷慨的表现。美国专家詹姆士·E·麦奎(James E. McGuire)先生在2009年的5月份就专程来到西安,亲自与西北政法大学、西安仲裁委员会商谈具体的细节问题。他也是这次活动的主讲人,他在活动举行过程中汗流浹背的形象给人印象深刻。美国联邦

法官蒂姆森·希尔曼(Timothy Hillman)先生让学员们领略到了与银幕上的美国法官形象截然不同的另一种风采——一位和蔼而风趣的美国老头,他的到来为我们提供了与美国法官近距离交流的难得机会。另外,还有必须提及的两位翻译,吴瑞卿博士和陈子豪博士,他们此行的身份是翻译,但实际上他们也是专家学者。吴瑞卿博士还有多部著述出版,她参与主编的《美国生活百科丛书》(其中由陈纪安先生撰著的《美国法律》于2002年由中国科技大学出版社出版)在中国大陆以及美国华人社群深受欢迎。当然,作为这次研讨培训活动的对象同时也是参与的主体的诸位学员的积极参与也着实令人感动,他们大部分都比较年长,且都有繁重的工作在身,但却不辞辛苦地按时“上课”,他们在学习时认真专注的神情堪比少年学子。

这次活动的成功还不仅限于高级研讨培训班的举办,而且还有它的后期有形成果,也就是读者面前的这本文集。学员们在参加了研讨培训之后,以高度的热情积极地为这个集子撰稿,但筛选是十分严格的,有不少稿件很遗憾未能收入,他们的理解和支持令人欣慰。由于这个文集的部分作者长期从事实务工作,他们的文章或许缺乏了一点文采或者深奥的学术逻辑,但是其朴素的语言和丰富生动的描述仍然给人带来一种别样的震撼。在编辑过程中,我们在坚持原则的前提下,也希望保持这些文章的“原汁原味”,以期客观地反映我们现实的实践和实践的现实,但是,要想恰当地把握这个既严格又宽松的尺度确实是个难题,多少需要点第一个吃螃蟹者的勇气。为了使读者对ADR培训的内容及相关制度有一个翔实的了解,征得作者的许可,我们选编了部分培训讲义的内容,并附上了英文版本。尽管作出了相当的努力,书中的缺点和不足在所难免,真诚地希望读者批评指正。

赵旭东
2010年9月

目 录

上篇 理论研讨

ADR 原理与调解制度	(3)
ADR 的社会化运作——以美国 JAMS 公司为例	(23)
纠纷解决的理念更新与制度重构	(35)
调解复兴语境下的 ADR——中美 ADR 的历史发展及其比较	(58)
法院附设 ADR 制度研究	(75)
调解协议效力研究	(106)
ADR 视野下人民调解协议司法确认制度探究	(130)
提存公证在非诉讼纠纷机制中的作用	(142)
纠纷解决机制的协调性研究	(151)
训练试教学——中美法学教育的比较	(163)

下篇 实践感悟

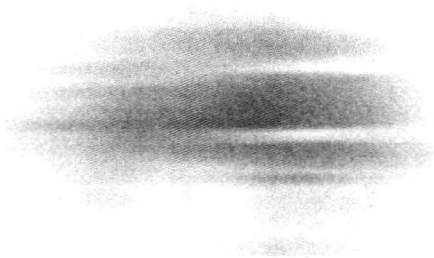
如何打破僵局？——调解的要领与实务操作	(197)
论 ENE 在解决民商事纠纷中的应用	(221)
论我国传统调解制度的现代化改造	(234)
ADR 方式对仲裁工作的几点启示	(249)
调解员素质提升与道德规范探析	(256)
我国发展 ADR 的前景分析	(267)

ADR 理念在仲裁中的运用 (277)
信任与沟通——纠纷解决的理念与过程 (286)

附录

ADR 的社会化运作 (297)
ADR 高级研讨培训班学员访谈录 (305)
ADR 原理与实务培训讲义(节选) (319)
ADR 原理与实务培训讲义(节选·英文版) (332)

上篇 理论研讨



ADR 原理与调解制度

詹姆士·E·麦奎

沈梦姣 译

百晓锋 编校

一、引言

纠纷是人类生活的一部分。在社会或商务活动中,只要人们的利益观和诉求不同,纠纷就会产生。人类是社会动物,对于任何人,如果断绝它与他人或团体的联系,这一称谓将毫无意义。而人之所以为人,也主要是因为他们有着与其他人不同的利益和诉求。于是,处理纷争,平衡不同个人或不同群体团体之间的利益也就成为人类生活中的重要组成部分。处理纷争的方法有很多,而且,当纷争不能很好得到处理的时候,我们就会发展一些新的方法来促进争端处理和纠纷解决。在美国,这一领域被统称为“纠纷解决”。

和平解决纠纷的方法主要有四种:谈判、调解、仲裁和诉讼。在任何社会中,大多数纠纷都是通过谈判解决的。孩子在幼年时期就已在学习谈判这一技巧。比如,他们会和父母就食物、电视节目、穿衣戴帽和就寝时间进行讨价还价。即便这些话题被认为没有谈判的余地,孩子们也要学会与兄弟姐妹、玩伴以及同学讨论如何分享玩具和玩什么游戏。成年人也在诸如婚姻、商务合作和工作的种种复杂关系中和他们的同事甚至上司时时刻刻练习协商这一技巧。此外,对于商事活动而言,无论是做生意还是解决纠纷,谈判同样都是核心。

当然,也有当事人无法通过谈判解决的纠纷,会有潜在的障碍阻止谈判发挥作用。其中,最大障碍是双方无法进行有效的交流,一方当事人不能或不愿听取对方当事人的陈述和建议。这时候,调解就成为解决纠纷的重要手段。调