

替代性纠纷解决机制在我国的适用

胡晓涛

(南京审计学院 法学院, 江苏 南京 211815)

摘要:替代性纠纷解决机制在司法审判实践与民事诉讼法学理论研究中越来越引起学者关注,它在解决民事纠纷的过程中具有独特的价值。但是与此同时,替代性纠纷解决方式的适用过程中存在若干冲突性问题。从完善立法、构建有效的多元化纠纷解决的法律体系、对民事案件进行分流以及加强法院的监督职能等多方面入手去解决这些问题就显得十分必要。

关键词:替代性纠纷解决机制;调解;仲裁;非诉讼纠纷解决机制;ADR

中图分类号:D923.1 **文献标识码:**A **文章编号:**1672-8750(2011)03-0066-08 **收稿日期:**2011-02-25

作者简介:胡晓涛(1970—),女,江西南昌人,南京审计学院法学院副教授,主要研究方向为民事诉讼法、婚姻家庭与继承法、经济法。

基金项目:2008年度江苏省高校哲学社会科学研究指导项目(08SJD8200014)

替代性纠纷解决机制(ADR),亦称为非诉讼纠纷解决机制,是20世纪逐步发展起来的各种诉讼外纠纷解决方式的总称,除了传统的协商、调解、仲裁外,它还包括法院附设仲裁、简易陪审团审理、早期中立评估、小型审判或咨询法庭、聘请法官等新型的纠纷解决方式。它的出现与发展不仅给特定纠纷的当事人,也给整个社会带来巨大的利益。作为一种以利益为基础的纠纷解决方式,替代性纠纷解决机制的产生促进了纠纷解决理念的变化,即从对抗走向对话,从价值单一走向价值多元化,从胜负决斗走向谋求“双赢”,从而促进社会的和谐与发展^[1]。

在当今世界,替代性纠纷解决机制的利用和发展已经成为一种时代潮流,它不仅发挥着重要的社会功能,而且日益成为与民事诉讼制度并行不悖、相互补充的社会机制,是国内外法律实务与理论界关注的一个热点问题。2008年5月21日,欧洲议会及欧盟理事会于斯特拉斯堡作出了关于在欧盟范围内推动建立调解机制的指令,该指令第1条第1款开宗明义地指出:“本指令之目的在于使得当事人利用替代性纠纷解决机制,并通过鼓励使用调解以及确保调解与司法程序之间的平衡关系促成纠纷的妥善解决。”^[2]而我国国

内更是将替代性纠纷解决机制的运用作为司法改革的一个重要方面。最高人民法院于2002年、2009年先后发布的《关于审理涉及人民调解协议的民事案件的若干规定》、《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》也正显示了我国司法机关对以诉讼外方式解决民事纠纷的重视。

虽然替代性纠纷解决机制的概念是源于美国并于20世纪逐步发展的,但是在我国,诉讼外解决纠纷的方式却是自古有之,只不过具体形式更为多样化而已。较诉讼方式而言,替代性纠纷解决机制存在不同的价值,有其自身特殊的社会效果。然而,在我国国内替代性纠纷解决机制适用的过程中,也存在着一些不应忽视的问题。为了替代性纠纷解决机制的功能更有效发挥,我们应该积极地解决这些问题。

一、我国替代性纠纷解决机制适用的价值

(一) 三类民事纠纷解决机制的特点

只要有社会关系存在,矛盾与冲突便不可避免,而有效并合理地解决这些纠纷也就成为人们一直以来的追求。在不同的历史时期先后存在一些不同的主导解决方式,但无论具体为何种方式,

我们均可将其分别归入私力救济、社会救济与公力救济等种类之中。就现阶段而言,民事纠纷的这三类解决机制各有其特点,功能各有侧重,在适用的基础和所付出的代价方面也有所不同。

私力救济,也称为自力救济,指纠纷主体依靠自身力量解决纠纷。现阶段我国的私力救济主要表现为和解,它完全依赖于争议双方自身力量达到对自己利益的维护,无需第三方参与,更不受任何强制性规范的制约。私力救济是最原始、最简单的民事纠纷的处理机制^[3],其结果一般能为双方当事人所满意。

社会救济是依靠社会力量处理民事纠纷的一种机制,在我国司法实践中主要表现为诉讼外调解和仲裁。采用该种机制解决纠纷,除了当事人之外,更有利益之外的第三方参与其中,在此过程中,有当事人意志的体现,更有公正第三人的居中裁判起到的积极作用,因此,这种方式之下解决民事纠纷的成功率当然比私力救济要高。

私力救济与社会救济所采用的方式,其主要特征表现为:程序上的非正式性;纠纷解决基准上的灵活变通性;纠纷解决主体的非职业化;性质和形式的民间化或多样化;程序构造的平等性;纠纷解决过程和结果的互利性与平等性^[4]。

公力救济方式,也就是诉讼,这种机制是在国家机关行使司法权的过程中由国家司法机关占主导地位,在纠纷主体参加的前提下,适用国家法律对当事人之间的争议进行权威裁判,从而解决纠纷。

比较这三类民事纠纷的解决机制可见,虽然私力救济的结果一般能较容易达到双方当事人满意,社会救济的成功率较高,但是公力救济机制却更能体现国家强制性及严格的规范性。公力救济是法院凭借国家审判权确定纠纷主体双方之间的民事权利义务关系,并以国家强制执行权迫使纠纷主体履行生效的判决和裁定,因此人们普遍认为公力救济方式能够使民事争议得到最公平而合理的解决,并且相比较于自力救济和社会救济方式之下履行的自觉性,公力救济之下的法院裁判具有的最终强制执行性,使得公力救济成为最终、最有效、最具权威性的解决纠纷的方式。

(二) 替代性纠纷解决争议方式的基础和价值

尽管公力救济方式具有其他纠纷解决方式所不可替代的优越性,但从民事争议本身的性质、我国社会发展现实的需要、我国现阶段立法程度及

程序适用的代价等方面来看,在民事纠纷解决的诸方式中,强调非诉讼解决争议的方式更有其特定的基础和不可替代的价值。

第一,以诉讼外方式来解决纠纷在我国有着浓厚的思想文化基础,替代性纠纷解决方式更符合人们解决民事争议的道德追求。“礼之用,和为贵”^①，“贵和”是中国传统伦理道德的重要精神。而中国古代统治者深知,和谐与稳定不单是依靠法律所能取得的,还需要借助于崇礼重德的、厚重的中国文化,因此他们大力提倡兴教化、重人伦、厚风俗、明礼仪,在实际的执法施政中积极主张息讼、止讼,使得诉讼在人们心目中日益变成礼所不容的行为。在以无讼为有德行、诉讼为耻辱的社会氛围之下,息讼、止讼于家族、家庭乃至个人而言,也是爱惜自己颜面、保持自身品德、维护家族声誉的需要。这样的一种价值取向,直接引导我国古代各项诉讼机制的构建,规范各种诉讼活动的进行,并支配人们的诉讼心理和诉讼观念,形成了中国独特的限制诉讼、平息纷争而致无讼的制度设计^[5]。就民事争议而言,中国传统法在法律实践上一直持限制民间提起诉讼的态度,对于婚姻、继承、债务之类的民事诉讼采取了种种限制措施,从唐朝开始,就有明确的制度限定这些诉讼的起诉及受理时间^②。

社会发展到现代,国人心目中“和”的思想依然影响着人们的行为抉择,诉讼仍然被人们视为一种“不得已而为之”的手段,因为以诉讼外的方式解决纠纷更能维护当事人之间的平和关系,而一旦对簿公堂,双方今后便有可能“老死亦不相往来”了。

第二,替代性纠纷解决机制更能维护民事主体之间的平等性,体现民事私权利的可处分性。从其自身的性质而言,民事争议是发生于平等主体的公民、法人或非法人组织之间财产关系或人身关系的权利义务之争,即所谓私权益之争。法律赋予民事主体的私权益,原本就具有可处分性,并且民事争议的发生与存在本身也未必就是由法律当中所涉权益内容而引发的,最初的起因可能

①出自《论语·学而第一》。

②具体限定制度有:第一,务限法,即根据农务、农时来规定民事案件起诉、受理、断遣的时限。第二,放告日,即地方官府规定的受理民事案件的日子。第三,农忙停讼,指在农忙季节停止受理民事案件以免妨碍农时的规定。第四,直诉程序难以启动。

只是某些行为触动了人们的某些道德规范而已。以非诉讼方式来解决这种私权益纠纷,更能体现当事人自己的处分意思,其社会效果是不言而喻的。而与公力救济机制相比较,私力救济与社会救济最主要的优势就在于它们是当事人自由意志的体现。私力救济自不待言,社会救济同样也充分体现当事人的自愿:是否要求调解、由谁调解、是否申请仲裁、向何仲裁机构申请仲裁、仲裁庭成员的组成等等问题完全由当事人自己确定。

第三,替代性纠纷解决方式更顺应和谐社会发展的现实需要。从社会发展现实需要出发,和谐社会是我国现在发展与稳定的前提,在诸多争议解决方式中,非诉讼方式比诉讼方式更能体现一种平和解决纠纷的状态,而诉讼方式则更明显地展示一种对立性。一方面,由于非诉讼方式解决纠纷更需要当事人之间的互相妥协与退让,因此在过程进行中必然以协商的方式进行;而诉讼方式由于辩论原则的贯彻,“谁主张谁举证”,往往意味着举证不能即败诉,所以在进行过程中似乎更显硝烟的意味。虽然诉讼过程中也能进行调解,但诉讼中的调解与诉讼外调解相比,在开始原因、调解组织者、程序要求、调解效力等各个方面都存在差异,其间依然显现人民法院的权威与主导作用。而以法院为主导之下展开的审判活动的结果,往往只是当事人慑于法律的权威而接受生效裁判,当事人之间的纠纷只是形式上的消除,并不是将冲突真正平息。另一方面,随着人们法律意识的增强,越来越多的人重视自身法律权益的维护,因此也越来越不惧诉讼,几乎出现“诉讼爆炸”,而其后果就是法院审判人员的负担加重,审判效率降低。因此,强调以替代性纠纷机制解决民事纠纷也就意味着以更平和的方式化解矛盾,在一定程度上促进社会的和谐发展。

第四,替代性纠纷解决机制可以弥补由于法律规范自身的局限性所带来的遗憾。从立法现状来看,一方面,法律一旦制定实施,便应具有相对的稳定性,不能朝令夕改,而社会是不断发展的,由此,法的相对静止与社会活动、矛盾发展的相对动态之间便可能产生不一致,彼时的善法便可能成为此时的恶法。然则恶法亦法,诉讼的结果往往是由人民法院依法作出具有强制执行效力的裁判,此种情形之下的判决只不过是形式上解决了民事冲突,并不能达到良好的社会效果。另一

方面,任何时期的国家立法都不可能真正穷尽地对一切社会行为提供规范,也就是说,立法亦会存在盲点,而社会关系的复杂性并不都是可以预见的,所以也就不能指望所有纠纷的解决都会在立法内容中找到充分的依据来进行裁判并加以解决。而且,随着社会经济的发展,社会关系日益复杂,前所未见的一些冲突屡见不鲜,而司法诉讼大多依靠法官的自由裁量来进行裁判,所引发的社会争议也因此层出不穷,往往出现对某些案件的裁判从法律上而言可以说得过去但却不被社会民众所接受的现象,引来一片争议之声。诉讼外的纠纷解决方式对于此类问题的解决具有诉讼所不具备的优点。

第五,替代性纠纷解决机制更能实现以低成本方式解决纠纷的目标。从程序适用的代价分析,以诉讼方式解决纠纷,需要以花费当事人及国家相当的人力、财力、物力和时间为代价,而私力救济和社会救济比诉讼要简单得多。并且,我国法院目前最主要的工作压力之一就是诉讼案件数量的急剧增多,而替代性纠纷解决方式的充分运用当然可以有效地减轻这一压力,从而提高人民法院的办案质量。事实上,自20世纪70年代以来,许多国家也正是由于诉讼案件激增,程序复杂,诉讼迟延,费用巨大等严重的制度弊端,最终导致了司法危机并由此引发了世界范围内的司法改革运动,替代性纠纷解决机制也因此才得以蓬勃发展^{[1]3}。

二、替代性纠纷解决机制 适用中的若干问题

尽管替代性纠纷解决方式引起了学界的重视,实践当中司法机关也强调以诉讼外的方式来解决民事纠纷,但是在我国,替代性纠纷解决方式却存在着不容忽视的问题,体现为民事争议解决的过程中存在诸多方面的关系需要协调。

(一) 替代性纠纷解决方式缺乏公信力的问题

如前所述,现实生活中人们解决民事争议的方式有多种途径,在诉讼之外,人们可能进行和解,可能通过第三方调解,也可能申请仲裁,但是真正能有实效地解决问题的,似乎只有通过诉讼方式由法院来进行的裁判。究其原因,一方面是因为在我国人们始终存在“权力决定”意识,在现实问题的解决中有依赖权力的传统。另一方面,

虽然当事人在争议发生之后可以自行选择和解、调解、仲裁、诉讼等诸多方式,但是,和解和调解的过程不具有规范性,和解与调解结果所达成的协议本身也没有强制执行力,而仲裁裁决虽然具有执行力,但是仲裁机构本身不具备执行的权力,其最终执行还依赖于人民法院。而且,虽然法律规定仲裁一裁终局,但事实上,由于法院审查权的存在,仲裁机构的裁决有被人民法院裁定撤销或不予执行的可能。因此,总体而言,尽管在解决纠纷过程中可能有和解、调解等努力,但或者由于双方力量的均衡性、强制性标准的缺乏等原因而不能达成协议,或者虽达成协议却由于执行力的缺乏而导致人们对此类方式之下所达成的协议不能主动去遵守或履行,因而人们仍是不得已走上诉讼途径,依赖于法院的最终裁判产生的拘束力。这样的一种情形,必然导致替代性纠纷解决机制缺乏公信力,而这也正是替代性纠纷机制效率最大的局限所在。

要解决替代性纠纷机制缺乏公信力这一问题,就有必要建立起完善的立法,协调各种诉讼外纠纷解决方式与人民法院裁判的关系,使得民事纠纷解决方式真正多元化,并且每一种方式均能产生具备法律效力的效果。

(二) 替代性纠纷解决机制与法院司法审判权行使的统一协调问题

我国宪法规定人民法院依法行使司法审判权,而替代性纠纷解决机制强调的是以非诉讼方式有效地解决纠纷,替代性纠纷解决机制的存在部分排斥了法院司法审判权的行使。如我国《民事诉讼法》明确规定,在合同当事人达成有效仲裁协议时当事人向法院起诉的,人民法院应告知其向仲裁机构申请仲裁,这样就将存在有仲裁协议的合同纠纷排斥于法院主管之外。然而,纠纷的解决最终取决于当事人权利能否实现、当事人的义务能否履行。实践中调解、和解等方式之下达成协议后当事人反悔的现象大量存在。而且,当事人达成的和解协议并不能直接作为向法院申请执行的依据。虽然在诉讼中法院会考虑当事人之间和解协议的内容,但却不直接受其约束,那么这也就意味着法院将重复性地进行实体的审查,这对实现人民法院要及时审理与裁判案件的法律要求显然是不利的。

笔者认为,如果想要有效地运用替代性纠纷解

决机制,充分发挥各种纠纷解决机制的效果,就有必要协调不同纠纷解决方式之中各个主体之间的关系,明确不同方式之下行为的规范性,并认可不同方式之下对争议事实认定的有效性,从而避免对相关事实的反复查证,提高民事纠纷解决的效率。

(三) 当事人处分意志的自由性与法律规范强制性内容的冲突问题

民事纠纷之所以存在,往往是由于当事人一方声称自己的合法权益受到对方当事人的侵犯或者与对方当事人产生争议。替代性纠纷解决机制中的各种方式均强调当事人的意思自治,即民事纠纷可以在当事人根据个人意愿互相让步、互相妥协的基础上得以解决,而所谓妥协与让步自然是基于法定权利之上的。但是,众所周知,强制性是法律规范的固有特性,因此当事人处分方面的自由意志与法律规范的强制性两者之间也就会存在冲突。如果牺牲法律的强制性来解决这种冲突,则其结果就只能是法律规定权利的放弃或不完全保护,以及法律义务的背弃或责任的免除。

为了能在解决民事纠纷的同时又实现社会的公平与正义,确保多元化纠纷解决方式的有效性,我们势必要考虑在替代性纠纷解决的具体方式中树立起严格的规范。

三、我国替代性纠纷解决机制的完善

替代性纠纷解决机制在英美等国家民事纠纷的解决中受到相当重视,其适用已成气候^①,而在我国司法实践中得以强调当属近些年的事。要使替代性纠纷解决机制的功能得以充分发挥并能解决相关问题,真正构建起多元化纠纷解决的法律体系,有必要从以下五方面来对我国的替代性纠纷解决机制加以完善。

(一) 提高和解协议和人民调解之下的达成的调解协议的法律效力

和解解决民事争议,原来是最平和、最理想的

^①英国《民事诉讼规则》中关于替代性纠纷解决机制明确规定,法院要鼓励当事人在诉讼程序的进行中相互合作,提倡诉中和解,鼓励当事人采取可选择争议解决程序,并促进有关程序的适用。而且为了在诉讼过程中力促当事人和解,法院行使有关诉讼费用自由裁量权时会特别考虑当事人采用替代性纠纷解决方法这一因素。同时,英国鼓励当事人利用诉前议定书制度尽早解决纠纷,目前已制定了医疗过失、人身伤害、建设和工程争端、名誉权、专家责任等五部议定书,其目的就是要引导潜在诉讼当事人尽早地就有关纠纷进行交流。

化解矛盾的手段,但在现实生活中,以和解或民间调解而使纠纷得以最终解决的情形并不多见^①,究其原因,主要是因为和解协议的效力得不到法律的有力保障。因此,要发挥替代性纠纷解决机制的功能,鼓励通过和解方式解决纠纷,就有必要提高和解协议的法律效力。我国立法应该明确当事人通过自行协商或民间调解之后所达成的和解协议在法律上的效力,也就是说,有必要通过立法支持民间调解、协商和解协议的合同上的约束力。其实这一点在民法中是早有依据的。《民法通则》在基本原则中就明确了“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则”,而诚信原则不单是在建立民事权利义务关系时需要作为一项基本原则而为人们所遵守,更在纠纷解决过程中也必须作为基本要求被人们所践行。只要在和解、协商过程中不存在欺诈、胁迫等情形,诉讼外就解决民事纠纷所达成的协议就不能被撤销;只要所达成的和解协议的内容不存在我国《合同法》中所规定的合同无效的情形,则调解协议即应被认定为有效。那么如此一来,人们对于和解协议本身遵守的自觉程度便自然提高。当然,为了维护国家与集体的利益,笔者认为,涉及公众利益的案件不能通过和解方式解决,否则,为谋求私利而牺牲公共利益的情况将由于没有了公权力机关的审查而屡屡出现。

而对于人民调解委员会主持调解所达成的调解协议,具体如何赋予其强制执行效力,目前主要有两种思路^[6]:一是将调解协议视为合同,在一方当事人不主动履行调解协议时,另一方当事人可以因合同不履行而向人民法院起诉,要求对方履行调解协议。法院受理起诉以后,按照《合同法》的规定,对案件进行审理。在诉讼中,诉讼标的为调解协议本身,而不是双方当事人原来的民事争议。另一思路不是将调解协议视为纯粹合同,而是把它视为通过特殊的纠纷解决机制形成的结果,本身就具有拘束力和执行力。当一方当事人不履行调解协议时,另一方当事人可以依据调解协议向法院申请强制执行。当双方当事人对调解协议有争议时,可以向法院起诉,要求法院对调解协议的效力进行审查,此时法院只能就调解协议的形式进行审查,而不能对调解协议所涉及的实体法律关系进行审查。只有调解协议在形式上不合法时,调解协议才能撤销。最高人民法院于

2009年8月发布的《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》(以下简称《若干意见》)第十二条规定:“经行政机关、人民调解组织、商事调解组织、行业调解组织或者其他具有调解职能的组织对民事纠纷调解后达成的具有给付内容的协议,当事人可以按照《中华人民共和国民事诉讼法》的规定申请公证机关依法赋予强制执行效力。债务人不履行或者不当履行具有强制执行效力的公证文书的,债权人可以依法向有管辖权的人民法院申请执行。”这一规定似乎为此确定了解决之道,但是最高人民法院的意见本身并不是严格意义的立法活动,而只是提供一种政策指引,并且,由于人民法院不再对调解协议的实体内容进行审查,而只进行形式审查,那么,为保证法律上的公正与正义的价值,我国立法的完善将面临更为严格的要求,尤其是对人民调解的程序、相关人员的要求,必须要有更为细致的规定,真正使替代性纠纷解决机制功能发挥因为有法可依而具有的强制执行的效果。

在完善调解工作实践中,上海地区的经验与做法具有一定的借鉴意义。在人民调解方面,上海地区积极推动专业化、规范化、社会化的“三化”建设,专业化要求组建专门调解工作机构,要求从事人民调解工作的调解员具有法律背景,受过法律专业教育,或具有法律工作经历,或长期从事人民调解工作,具备丰富的调解工作经验。规范化要求人民调解制度、程序及文书的制作要统一、科学和规范。社会化是利用社会组织、社会机构、社会力量化解矛盾纠纷^[7]。

(二) 完善仲裁立法内容

较诉讼而言,仲裁具有自愿、快捷、便利等优势,因而越来越多的人选择这种方式解决冲突,然而要进一步提高仲裁在民事纠纷解决中的作用,人们不得不重视仲裁立法的完善。与当事人和解和一般的民间调解缺乏对应的程序规则不同,我国有独立的《中华人民共和国仲裁法》,同时,依照我国《民事诉讼法》的有关规定,当事人之间的仲裁协议或合同中的仲裁条款具有排除人民法院

^① 人民法院2009年年度工作报告显示,2009年各级法院共新收一审、二审、再审民事案件6436333件,审结6433585件,同比分别上升7.75%和8.41%。这也就意味着越来越多的案件进入到诉讼程序,也从一个侧面反映出以诉讼外方式解决纠纷数量的减少。

主管的效果。由此可见,仲裁应该具有与法院审判完全相同的作用。但是,在目前的立法之下,仲裁这种方式要完全发挥作用也同样存在局限性。

首先,在适用范围方面,我国的《仲裁法》明确规定了范围,它只针对合同纠纷和其他财产权益纠纷适用,排除了“婚姻、收养、监护、抚养、继承纠纷”等案件的适用,而实际上,民事冲突固然大部分是由于财产关系而发生,但人身关系的纠纷也不在少数,《仲裁法》的适用显然较窄。而且,婚姻家庭关系真正发生纠纷时,往往主要的争议还是财产内容,将这些争议排除于适用范围之外无疑是值得商榷的。从国际立法和司法实践看,一般情况下,涉及权益的争议原则上是可以仲裁的,只要双方当事人地位平等且有关争议可自行和解或通过调解解决^[8]。因此,虽具人身性质但却以财产内容为最终目的的纠纷亦应纳入可仲裁的范围。

其次,在裁决的法律效力方面,《仲裁法》一方面规定“仲裁实行一裁终局的制度。裁决作出后,当事人就同一纠纷再申请仲裁或者向人民法院起诉的,仲裁委员会或者人民法院不予受理”,同时又有“裁决被人民法院依法撤销或者不予执行的,当事人就该纠纷可以根据双方重新达成的仲裁协议申请仲裁,也可以向人民法院起诉”的条款,表面上看起来仲裁的快捷性很明显,但实则不然。虽然是“一裁终局”,但在法定情形之下,当事人可以向法院申请撤销裁决,而申请撤销的理由既有程序上的也有实体上的,而且申请撤销的期限自收到裁决书之日起达6个月之久,法院自受理申请之日起2个月内可以作出裁定,所以如此一来,仲裁解决纠纷的速度其实并不比诉讼明显快多少。笔者认为,这个问题可从两方面加以解决:一是缩短人民法院的审限;二是依审判监督程序对确有错误的仲裁裁决进行救济,而不是依照普通程序加以撤销。

事实上,在仲裁委员会与人民法院两者之间,我国相关立法一直更注重人民法院的权威性而弱化仲裁委员会的决定权。前述关于仲裁裁决可由法院撤销即为一方面,另一方面,仲裁协议本身效力的认定也是一样,如我国《仲裁法》第二十条第一款规定,“当事人对仲裁协议的效力有异议的,可以请求仲裁委员会作出决定或者请求人民法院作出裁定。一方请求仲裁委员会作出决定,另一

方请求人民法院作出裁定的,由人民法院裁定”。此外,我国《民事诉讼法》还规定,即便当事人之间存在有仲裁协议,如果一方当事人在起诉时未声明有仲裁协议而另一方又出庭应诉的,人民法院亦可行使管辖权。然而,缩小司法复审的范围,弱化法院对仲裁的监督和干预,是国际上仲裁立法和实践的一般趋势^[9],因此笔者认为,在对民事纠纷处理的方式中,人民法院并不必然具备更高于仲裁委员会的权威,一旦当事人作出仲裁的选择,则仲裁委员会具有当然的、不被任何机关或机构所否定的、运用法律的裁决权,人民法院只应是一种事后的监督。

最后,在仲裁解决纠纷的过程中,基本不存在有效的事中监督。虽然在法定理由与情形之下,人民法院可撤销仲裁,但人民法院对于仲裁的监督只是事后监督,在仲裁的过程中却不存在任何有效监督,只有一个作为“社会团体法人”、“自律性组织”的中国仲裁协会对仲裁委员会及其组织人员、仲裁员的违纪行为进行监督^①,在“仲裁委员会独立于行政机关,与行政机关没有隶属关系。仲裁委员会之间也没有隶属关系”^②这样一种情形之下,仲裁活动进行的实体合法性与程序公正性多少有些令人担心,因此,有必要更严格地通过立法规定仲裁委员会的设置、仲裁人员的确定、仲裁的程序等方面内容。

(三) 完善民事诉讼中法院调解的程序制度

人民法院虽然是国家的审判机关,开庭审理案件作出裁判是其职责所在,但是从有效解决民事争议出发,在替代性纠纷解决机制的完善中它亦可发挥重要的作用。在我国民事诉讼法的内容中,有一个具有中国特色的“法院调解原则”,但就这一原则的科学性以及实际效果的评论是褒贬俱在的^[10-13]。之所以如此,是因为我国法院主持下的“调解”是诉讼中的“调解”,调审不分是其致命缺陷,而全国各地法院又都将调解结案率作为对审判人员工作业绩的一项考查标准,因此,在各方利益驱动下,调解结案本身应有的优势被打破,虽为调解结案,却往往引来各方争议。

最高人民法院在2004年9月16日公布的《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》

①参见《中华人民共和国仲裁法》第十四条。

②参见《中华人民共和国仲裁法》第十五条。

第三条要求,根据《民事诉讼法》第八十七条的规定,人民法院可以邀请与当事人有特定关系或者与案件有一定联系的有关单位和个人协助调解工作,经各方当事人同意,人民法院可以委托前述单位或者个人对案件进行调解,达成调解协议后,人民法院应当依法予以确认。此规定完善了协助调解制度并新确立了委托调解制度。协助调解制度的完善与委托调解制度的确立,充分体现出了法院调解机制的开放性与社会性^[14]。但是,这种调解依然是诉讼中的调解。要改变这一不足,在发展替代性纠纷解决机制的同时减轻法院审判工作的压力,我国更有必要加强有法院参与的诉讼外的调解。国家可以考虑在民事诉讼程序立法中的案件分流,完善审前调解程序,调审分离,调解不成的转由民事审判庭进行审理;在法院专门设立调解法庭,借鉴国外法院附设调解制度,既吸收民间调解的灵活简便,不公开、常识化、成本低廉和便于参与等程序优点,同时又弥补民间调解存在的缺乏规范性和制度保障的先天不足,找到两者的平衡点,与诉讼制度共同构成一个功能多元、效力层进的纠纷解决系统^[15]。

虽然2009年8月最高人民法院的《若干意见》中也明确了人民法院在收到起诉状或口头起诉后可以组织进行调解,立案后还可以邀请有关人员与审判组织共同进行调解,“开庭前从事调解的法官原则上不参与同一案件的审理,当事人同意的情况除外”,但这只是最高人民法院的政策参考,而不是规范的立法内容。我国有必要就此进行细致的立法。

(四)对民事纠纷案件进行分流,充分发挥替代性纠纷解决机制的效用

当然,审判权是宪法赋予人民法院的职权,追求替代性纠纷解决方式本身固然可以在一定程度上减轻人民法院审判工作的压力,但这绝不应是我们提倡并发展替代性纠纷解决机制的目的所在。对于法院而言,依法及时、有效地审判案件是其权力,更是其职责所在。同时,从维护当事人权利的角度而言,每一个民事主体都享有诉权,选择将民事争议诉诸法院,这是民事主体行使自己诉权的具体方式。如果仅仅因为法院工作负担加重而抬高当事人进行诉讼的门槛,其实质便是对当事人诉权的侵犯,这显然也是不可取的。

随着社会发展,民事冲突必然会趋于增多,审

判机关负担加大是必然结果。民事纠纷的膨胀不可能附随以审判机关的膨胀,如此一来,民事纠纷膨胀发展的结果完全可能导致人民法院审理案件的不充分及裁判公正性与准确率的降低,最终也会影响到当事人实体权益的保障。因此,充分发挥替代性纠纷解决机制的效用,对民事案件进行分流,既可以有效地解决纠纷,化解矛盾,又可以减轻司法审判机关的负担。民事法律关系无外乎财产和人身关系两方面。对于财产纠纷案件,可以以一定的标的数额为标准,规定如果诉讼,一定要经过诉前的调解,诉前调解可以是人民调解委员会调解,也可以是仲裁机构的调解,或者人民法院专门调解法庭的调解。而对于人身关系的纠纷,依其请求内容,如果有财产给付内容的,依权利请求数额来确定诉前程序;如果没有财产给付内容的,则一律须经诉前程序。

究竟选择以何种方式来解决民事纠纷,决定权完全在于当事人自己,但与此同时,为避免当事人滥用权利、浪费公共资源,我国也有必要充分发挥替代性纠纷解决机制的作用,前提是需要保障任一种选定方式之下结果的有效性,从法律上认可其效力。

(五)加强法院的监督职能

由于司法执行权统一于法院,因此人民法院对于替代性纠纷解决机制实行的结果当然具有监督权,但是法院该种监督职能的发挥应着重于程序的监督,法院执行前的审查也应仅止于程序审查,要避免以往重实体而轻程序观念的干扰,完全地尊重程序公正的结果,强调公正程序下实体结果的保障。无论是对于和解协调、调解协议的效力认定,还是对仲裁的司法审查,人民法院皆只应特别注重程序方面的审查。

四、结语

尽管替代性纠纷解决机制在各国的民事冲突解决中越来越受推崇,但民事诉讼始终应是纠纷解决的最主要方式。虽然诉讼的成本要远高于替代性纠纷解决方式的成本,但诉讼程序的相对严格性使其结果更符合社会总体正义的追求,所以笔者依然认为,诉讼才应该是民事纠纷解决的最主要途径。替代性纠纷解决方式的运用,其根本目的并不是要取代司法诉讼,而是为了更有效地发挥诉讼的职能,实现二者的优势互补。正如最

高人民法院 2009 年 8 月发布的《若干意见》第一条所明确的:“充分发挥人民法院、行政机关、社会组织、企事业单位以及其他各方面的力量,促进各种纠纷解决方式相互配合、相互协调和全面发展,做好诉讼与非诉讼渠道的相互衔接,为人民群众提供更多可供选择的纠纷解决方式,维护社会和谐稳定,促进经济社会又好又快发展。”

参考文献:

- [1] 齐树杰. 论我国民事审前程序之构建[J]. 法治研究, 2010(4):3-10.
- [2] 陈洪杰, 齐树洁. 欧盟关于民商事调解的 2008/52/EC 指令述评[J]. 法学评论, 2009(2):95-98.
- [3] 江伟. 民事诉讼法[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2008:8-10.
- [4] 范愉. 纠纷解决的理论与实践[M]. 北京:清华大学出版社, 2007:143.
- [5] 孙光妍. 和谐:中国传统法的价值追求[M]. 北京:中国法制出版社, 2007:190-200.
- [6] 张卫平. 我国替代性纠纷解决机制的重构[J]. 法律适用, 2005(2):15-16.
- [7] 孙育玮. 替代性纠纷解决机制(ADR)的借鉴与融

合——以纽约和上海为例的相关法文化社会学思考[J]. 学习与探索, 2009(1):103-109.

- [8] 黄进, 宋连斌, 徐前权. 仲裁法学[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2008:21-23.
- [9] 江伟, 李浩. 论人民法院与仲裁机构的新型关系[J]. 法学评论, 1995(4):32-39.
- [10] 邵俊武. 关于民事诉讼中法院调解原则的反思[J]. 汕头大学学报:人文科学版, 1999(5):15-24.
- [11] 邵俊武. 民事诉讼中法院调解原则的再认识[J]. 政法论坛, 2000(1):121.
- [12] 李永泉. 重构我国法院调解制度的理性思考——以法院调解的价值目标为导向[J]. 理论与改革, 2006(6):151.
- [13] 常怡. 新中国民事诉讼法学研究综述(1949—1989)[M]. 长春:长春出版社, 1991.
- [14] 赵钢, 王杏飞. 我国法院调解制度的新发展——对《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》的初步解读[J]. 法学评论, 2005(6):59-70.
- [15] 孔令章. 日美法院附设调解与我国法院调解的比较研究[M]//田平安. 比较民事诉讼论丛. 北京:法律出版社, 2005:419.

(责任编辑:黄 燕)

An Analysis of the Application of Alternative Dispute Resolution

HU Xiao-tao

Abstract: Alternative dispute resolution is causing increasing concerns in the theoretical study of judicial practice and civil procedure law. It has significance in resolving the civil disputes. Meanwhile, there still exist some conflicting problems in the application of alternative dispute resolution. In order to solve these problems, we should improve legislation, construct an effective diverse dispute resolution system, distribute civil cases and strengthen the judicial supervision.

Key words: alternative dispute resolution; mediation; arbitration; ADR