

《厦门大学法律评论》第十二辑
厦门大学出版社 2006 年 12 月 版
《美国 ADR 制度的最新发展》
第 186 页 ~ 第 218 页

美国 ADR 制度的最新发展

郑晶^{*}

目 次

- 一、概述
- 二、谈判
- 三、调解
- 四、仲裁
- 五、混合性纠纷解决程序
- 六、结论

一、概述

美国是世界上最好诉的国家之一，正如美国学者戴维·派克所指出的“现在各个阶层的美国人都被深埋在堆积如山的诉讼案件之中”。《联邦民事程序诉讼规则》向诉讼者承诺：“每个案件都得到公正、快捷而且低费用的判决”，但从近几十年发展来看，诉讼情况不容乐观。案件拥塞、费用高昂、

* 郑晶：1980 年生，厦门大学法学院诉讼法专业 2004 级硕士研究生，电子邮件：Z-jing-h@hotmail.com。

时间拖延的状况完全违背了程序的精神。^① 不仅如此,法律介入到一些本该由道德调整的领域,人为造成关系的紧张,破坏了既存的人际关系。在这种情况下,替代性纠纷解决方式迅速成为诉讼的有利补充,甚至在有些案件中替代了正式的司法程序,它们被认为是解决亲属间、劳资双方以及各种公共机构间纠纷的最完美的方式。^②

ADR (Alternative Dispute Resolution) 泛指一切替代性纠纷解决方式。美国第九上诉法院法官弗来彻 (Betty Fletcher) 认为,ADR 是不经过正式的审判程序而解决纠纷的方法的总称。在美国,谈判、调解和仲裁是最常用的 ADR 方法。^③ 1998 年颁布的《替代性解决纠纷法》(Alternative Dispute Resolution Act) 第 651 条第 1 款规定:“ADR 程序包括由主持法官进行的裁判之外的任何程序,在这些程序中一个中立的第三方通过第 654 条至第 658 条中规定的早期中立评估、调解、小型审理和仲裁等程序来协助解决争议事项。”^④

(一) 历史发展

从 20 世纪 60 年代末开始,替代性纠纷解决方式就引起了美国社会的重视。为了解决社区纠纷,1964 年《民权法案》(Civil Rights Act) 作出规定,美国国会有权要求司法部另行设立社区关系解决机构。1976 年召开的庞德 (Pound) 会议上,主要议题就是讨论如何解决司法案件堆积以及诉讼

① Peter Lantka, The Use of Alternative Dispute Resolution in the Federal Magistrate Judge's Office: A Glimmering Light Amidst the Haze of Federal Litigation, in *U. West. L. A. L. Rev.* Vol. 36 No. 71, 2005.

② Albert P. Melone & Allan Karnes, *The American Legal System, Foundation, Processes and Norms*, Roxbury Publishing Company, 2003, p. 343.

③ [美] 弗来彻:《公平与效率》,载宋冰编:《程序、正义与现代化——外国法学家在华演讲录》,中国政法大学出版社 1998 年版,第 420~427 页。

④ See the Rule 651(a) of ADR Act; For purposes of this chapter, an alternative dispute resolution process includes any process or procedure, other than an adjudication by a presiding judge, in which a neutral third party participates to assist in the resolution of issues in controversy, through processes such as early neutral evaluation, mediation, minitrial, and arbitration, as provided in sections 654 through 658.

费用高昂和时间拖延问题。

从行政机构角度来看,进入90年代后,ADR在行政机构中得到广泛应用。1998年,前总统克林顿授权司法部成立ADR综合小组,旨在协调ADR各方面的发展,包括对该程序的内容的改进和对ADR工作人员的培训等。近期,平等就业机会委员会准备制定一项名为“解决”(resolution)的ADR程序。目的在于通过调解,能够迅速地解决纠纷。同时该机构还和美国邮政部联合启动全国性的调解计划,以便让调解成为解决劳资矛盾的主要方式。2003年联邦机动运输安全行政部建立了具有约束力的仲裁程序,处理商业运输安全侵害的纠纷。

从司法系统角度来看,1990年制定了《民事司法改革法》(*Civil Justice Reform Act*),出现了法院附设仲裁、法院附设调解,简易陪审团审理和早期中立评估等新型的解决方法。1998年,通过《替代性纠纷解决法》,该法授权联邦地区法院在民事诉讼中可以使用ADR方式解决纠纷。规定每个联邦地区法院至少要有一种ADR程序,并根据各个地区的具体情况制定实施细则。该法的出台,迅速使ADR方法得到广泛而有效的推广。目前涉及调解的州法规和联邦法规已经超过2000部,这些法律因法域的不同而存在巨大的差异,2002年,美国律师协会和统一各州法律之全国委员大会(National Conference of Commissioners on Uniform State Laws)通过了《统一调解法》(*The Uniform Mediation Act*)。但目前为止这部法律仅在内布拉斯加州、伊利诺伊州、新泽西和俄亥俄州施行。^⑤

从非官方机构角度来看,ADR运动的成功得到了美国律师协会、美国仲裁协会和社会专业解决纠纷机构等非赢利机构的强力支持。这些机构通过对ADR程序的研究,不断发展出新的解决方式,并以提供培训等形式培养合格的工作人员,同时他们还协助有关机构制定ADR标准。美国仲裁协会是最早的提供仲裁等ADR服务的机构,在它之后,许多私人机构也开

^⑤ Christopher M. Fairman, *The Collision of Two Ideals: Legal Ethics and the world of Alternative Dispute Resolution*; Article, *A Proposed Model Rule for Collaborative Law*, *Ohio St. J. on Disp. Resol.* Vol. 21, No. 73, 2005.

始从事相同或相似的业务。包括司法仲裁和调解机构 (Judicial Arbitration and Mediation Services)、ADR 协会 (ADR Associates) 和国家仲裁论坛 (National Arbitration Forum)。^⑥

ADR 为美国社会提供了便利, 帮助当事人节约时间和金钱; 减小法院的案件负担和费用, 提高公众对司法系统的满意度; 保持当事人的关系, 让纠纷得到早期和迅捷的解决; 为纠纷当事人提供交流的机会, 指引公众使用比暴力或诉讼更有效的方式解决纠纷。这系列的优点促使 ADR 越来越受到青睐。^⑦

(二) 关于 ADR 的争议

美国是 ADR 发展的策源地, 但是发展的过程中却伴随着种种争议, 对 ADR 的责难主要体现在两个方面: 第一, ADR 恶化弱者在纠纷解决中的地位。只有发生在具有平等交易权利的当事人之间的和解才会是公平的。但是由于当事人之间经常拥有不平等的资源, 贫穷的人收集信息的手段较少, 难以对结果做出准确的预测, 不仅如此, 也会因不能负担大笔的诉讼费用而不得不寻求和解, 这样被迫进行和解作出的结论对弱者极为不利。正如费斯教授指出: “面对这些资源的不平等, 法官是一堵隔离墙, 而且能够通过独立的程序和实体法律标准, 通过对当事人提起的诉讼进行裁判来最低限度地避免这些不平等。”第二, ADR 削弱了诉讼制度的公共政策功能。裁判具有广泛的目的, 不仅仅在于解决当事人之间的私人纠纷。裁判的角色是一个用以明确在宪法和法律中所包括的公共价值的论坛。相反, 和解剥夺了法院做出司法解释的机会。^⑧

此外, 其他反对 ADR 的人还认为: 诉讼外机制只会带来便宜却扭曲的纠纷解决, 规避法律的适用。调解一旦被滥用, 就会成为一种拖延战术。

但是, ADR 的倡导者对此提出了反击: 针对 ADR 恶化弱者在纠纷解

^⑥ Albert P. Melone & Allan Karnes, *The American Legal System, Foundation, Processes and Norms*, Roxbury Publishing Company, 2003, p. 346.

^⑦ Elena Nosyreva, *Alternative Dispute Resolution in the United States and Russia: A Comparative Evaluation*, in *Ann. Surv. Int'l & Comp. L.* Vol. 7, No. 2001.

^⑧ 范愉主编:《多元化纠纷解决机制》, 厦门大学出版社 2005 年版第 198 页。

决中的地位问题,他们认为,费斯教授过高估计了法院和法官对权力不平等的保护能力,认为ADR不仅促进纠纷的解决,而且还能引入更好的解决方案,也会使当事人能够更自觉地执行他们所确定的解决方案。传统诉讼只会导致人们主张权利,并不必然导致纠纷解决。针对ADR削弱诉讼制度,他们认为,引入法院对ADR的审查,能让法院发挥维护公共价值的重要作用,更何况在大多数的情况下,ADR方式处理的纠纷不仅得到法律规范的指引,还受到先例判决的影响。^⑨

二、谈判(negotiation)

谈判是指交易双方通过信息交流,将非对称信息逐渐变成对称信息,从而影响对方立场,说服对手,以此实现交易利益最大化的过程。^⑩在谈判中,双方当事人摆事实讲道理,运用法律手段、价值观念、威胁、压制、要约、反要约、允诺等方式互相影响,使得每方当事人了解自己以及对方的要求、立场、实力、弱点等,以修正目标,调整策略,在不断地互动交流中,逐渐产生互相协作的愿望。谈判体现着这个世界上最基本、最普遍的做出决定的过程。^{⑪⑫}在美国,谈判是律师的主要业务。据有关调查表明,律师在谈判上所花费的时间仅次于在证据开示和与当事人商议的时间投入。

(一) 谈判的特征

作为ADR的一种方法,谈判有着与调解、仲裁等解决方式不同的特征。其中最为基本的就是谈判从发起到做出决定都是由双方当事人自行磋商,并没有第三者的决策与参与。因此,谈判程序使当事人在最大程度上保

⑨ [美] 史蒂文·苏本、玛格瑞特著,蔡彦敏、徐卉译:《美国民事诉讼的真谛》,法律出版社2002年版,第218页。

⑩ 丁建忠著:《商务谈判》,中国人民大学出版社2003年版,第3~4页。

⑪ 美国《布莱克法律词典》这样解释“谈判”(negotiation): A consensual bargaining process in which the parties attempt to reach agreement on a disputed or potentially disputed matter.

⑫ 转引自齐树洁、林建文主编:《环境纠纷解决机制研究》,厦门大学出版社2005年版,第443页。

持对纠纷解决的控制权。

谈判在形式和程序上也比较随意,不具有任何强制性,可以以双方当事人自行约定的形式进行。整个谈判过程是自由的,当事人采取的策略,提出的争议解决方案都由当事人自行决定,对方可以接受也可以拒绝。任何一方都有随时终止谈判而选择其他解决方式的自由。^⑬

(二)谈判的策略

威廉教授调查表明,实践中通常使用的谈判策略有两种,分别是竞争型(competitive style)和合作型(cooperative style)。两者的差别主要在于对谈判双方的定性,即是视为“竞争对手”还是“合作伙伴”,由此决定了在谈判中使用的手段不一样,其中 65%的谈判者选择合作型,有 24%选择竞争型。剩下的 11%选择其他类型。^⑭

1. 竞争型。竞争型策略是指运用言语或行动,双方间形成对抗性,使另一方当事人产生强烈的紧张感和压迫感,分散注意力,动摇立场,降低对案件结果的期望值。为了赢得谈判,通常谈判者都会设置障碍,如假装不接受变更的条件,目的是让另一方误以为没有商量的余地;或是进行攻击,另一方觉得理屈词穷,以致不得不接受对方提出的条件;还有就是耍一些花招迷惑对方,比如可以先做出一定的让步,但这种让步是手段性,事先必须有足够的把握让对方做出更大的让步。谈判者所要达到的目标无非就是,能够从协议中获得最大的物质利益或是通过战胜另一方得到精神上的满足。在运用手段时要特别注意不能超越对方所能够接受的底线,否则容易导致谈判破裂。

2. 合作型。合作型策略是指当事人在彼此信任的基础上,客观地评价双方提交的信息,最终达成一个公平的协议。双方均表现得似乎并没有为自己谋特殊利益的意思,只是为了达成“双赢(win-win)”的结果。在这种情况下双方往往会在意行为是否符合道德规范要求,在意达成的最大利益

^⑬ 王淑贤著:《商务谈判理论与实务》,经济管理出版社 2003 年版,第 10 页。

^⑭ [美]: Larry L. Tepley, *Legal Negotiation*, 法律出版社 2005 年英文影印版,第 88 页。

的协议是否公平,都会尽量避免采用诉讼的方式,而不一定要在彼此之间分出胜负,以保持长期良好的社会关系。让步是这种策略中最重要的手段,以此来表明谈判者的诚意,只要总体上能获得更大的利益,他们不会在意是否需要立场有所松动。他们关注的是通过高效、合理的谈判来达成对当事人来说是公平、明智、持久的协议。

就谈判的策略问题,罗杰·费希尔教授和威廉·尤瑞教授认为,最理想的策略应该是寻求原则性谈判的方法,即尽可能寻求共同利益。双方利益发生矛盾时,应当坚持独立于双方意志之外的公正标准,将人和问题分开,排除个人的情绪,着眼于所能获得的利益,而不是过分坚持立场,并且在决策以前先考虑各种可能性。^⑮

(三)谈判的程序

1. 谈判的准备

按照传统谈判理论,谈判的前期阶段准备工作大体分为三个步骤,即收集信息、分析信息和制定计划。当事人事先不仅要清楚自己在案件中的优劣势,而且还要了解对方的情况。这样才能够根据已掌握的信息分析双方的利益,预测谈判的目标,以便于制定详细的计划。

具体而言,一项有助于案件解决的准备应该包括以下几个要素:

(1)制定相应的策略。

(2)制定谈判目标。

(3)理解案件的主要争议点,并清楚争议点间的主次关系。

(4)内部进行充分商议且与对方进行初步商谈,最终确定案件的利益所在和目标。

(5)清楚接下来进行谈判的步骤。

(6)了解对方当事人的一些个人信息,比如:性格、历史以及谈判的惯用风格等等。

^⑮ [美] 罗杰·费希尔、威廉·尤瑞著,郭序、张秦译:《谈判技巧》,北京大学出版社,1987年版,第8页。

(7)准备充分的可支持的理由。^⑩

2. 谈判过程

(1)信息的交换。这个阶段从交换主要信息开始,双方当事人对案件的事实和法律问题进行争论后,明确彼此的优势与劣势,从而进一步明确争议点。双方最初的期望值会随着讨论中各自掌握信息的变化而发生很大的改变。谈判者的技巧在这一过程中发挥了重要作用。有的谈判者甚至能够通过争论,套出另一方可能做出让步的底线。其中,可能会频繁地运用到“让步”,因为退让是达成合意的重要手段。谈判者必须对退让做出合理的估计,以防止不能达到“以退为进”的效果,让自己处于不利的地位。

(2)和解协议。在谈判进行到某个适当的时候,一方会提出要约,即提出自己要求,表明在协商的基础上愿意坚持的利益和愿意做出的让步。但如果要约条件太苛刻,会使对方认为要约人不具有谈判诚意。然而,如果条件太宽松,将给对方留下太多的优惠,造成不必要的损失。对方也会提出反要约,双方通过不断提出的反要约来推动整个谈判的进程。^⑪

3. 谈判结束

(1)谈判的结果。所有的谈判最终都可能面临两种结果选择:一种是当事人经过交换信息、充分讨论后,对细节进行商谈,最终达成协议。由于协议不具有强制执行力,有的当事人还要求对方签订即时履行协议,把即时履行协议作为谈判的一个附加条件,以免在履行阶段再陷入纠纷。另一种情况是当事人陷入僵局,协商失败。如果双方已经退让到了底线,就很难再进行进一步的让步。如果一直耗着,还可能面临时间最终期限或者是时间成本上的不必要花费,因而当事人可能考虑将案件提交审判,或者以其他方式解决纠纷,例如根据仲裁协议申请仲裁等。^⑫

(2)谈判的转机

^⑩ Lewicki Roy J, *Negotiation*, R. R. Donnelley & Sons company, 1994, p. 142.

^⑪ Russell Korobkin, *Negotiation Theory and Strategy*, 中信出版社 2003 年英文影印版, 第 14 页。

^⑫ Russell Korobkin, *Negotiation Theory and Strategy*, 中信出版社 2003 年英文影印版, 第 8~14 页。

实践中,为了维护谈判取得的阶段性成果,在谈判出现僵局时,引入中立第三人,对谈判形式作适当的变体,以推动谈判的进行。这种方式有助于让双方再次回到谈判桌,寻求达成协议。因为第三方是无利害关系人,当事人可能更愿意向其透露某些不利于自己却又对案件定性具有决定作用的信息。

三、调解(Mediation)

调解是指当事人在第三方的帮助下,通过充分交流协商,私下解决纠纷的无争斗、无约束力的程序。^① 在一些纠纷中,当事人希望能在将来继续保持良好关系。比如在以下情况下发生的纠纷:家庭成员、街邻、劳资关系、舍友关系以及遗嘱认证、建设合同、合伙经营争议中。在解决纠纷时,调解具有天然的优势。

(一) 调解员

1. 调解员的资格

调解员的资格对达成调解结果的质量具有重大的影响,但目前为止还没有对调解员的资格做出的统一规定。纠纷解决专业人士委员会认为,在制定资格标准时应当充分考虑备选人的表现,关注他是否具备胜任所需的知识和技能。备选人的表现的状况往往取决于经历,因而对经历的审查是判定是否具有调解资格的重要环节。

不过,调解是高度自治的程序,除非特别情形下,选择权被限制,否则对调解员的选择应该充分尊重当事人的选择权。当事人可以通过已披露的信息,查看已公布的花名册,按照适合自己的情况挑选调解员。为了弥补当事人在诉讼经验上的不足,有些机构还提供培训业务。

2. 调解员的义务及责任

在调解过程中,调解员负有保证让对结果可能产生影响的元素得到充分展示的义务,并保证达成的协议尽可能公平,可以依据经验对当事人达成

^① Robert E. Well, Alternative dispute resolution—what is it? Where is it now? in *S. Ill. U. L. J.*, Vol. 28, No. 651, 2004.

的协议进行合理的解释,不至于让调解成为强势一方获得不正当利益的机制。调解员若没有履行上述义务,原则上应承担赔偿责任。许多法律和法庭规则都规定了调解员需要为违反义务的行为承担责任。比如 1986 年,爱阿华州最高法院针对家事纠纷中律师调解员的执业标准作出规定,调解员必须确保当事人对他们纠纷的法律方面问题有所了解。

有些法律规定了调解员违反义务的后果。比如,披露秘密的调解信息或拒不披露自身资格的调解员将被处以刑事或准刑事的处罚。但在美国处罚的规定是极少见的现象,很少有调解员被起诉的报道,有些地区调解员被赋予豁免权。比如在受法院指派进行调解的情况下,该豁免权是作为司法豁免权的延伸得以适用。

(二)调解的特权(privilege)

调解特权是与调解机密性(confidentiality)相对应的概念。调解的过程具有机密性,除非各方同意,当事人在调解过程中所展示的信息不能作为证据在诉讼中使用,调解参加人在诉讼中享有不公示调解内容的特权。因而调解特权是保证机密性的手段,但当事人可以协商保持机密内容的范围,而特权是法定的,不能协商。

调解中,信息得到充分的交换是当事人达成合意的关键。当事人交流各自的利益、需要以及优势点,或单方与调解员进行沟通。也就是说,当事人如果都很坦率,通过调解解决问题的效果就会很明显。除非当事人允许,调解员不能将一方当事人对他披露的内容告之另一方。调解一旦失败,双方提交诉讼。如果一方当事人利用在调解中所获得的信息占据有利地位,或是让调解员对所知内容做出说明,就会危害在调解中诚实披露的当事人的利益。导致的后果是,当事人很难坦诚相见,因而保护调解的机密性就显得尤其必要。

在对调解机密性的保护上,参与者享有的特权在各个州中存在很大不同,主要有以下三种类型:(1)调解中交流的所有信息都不被开示;(2)法律

规定、当事人同意的有限的事项可以开示；(3)司法裁决可以开示。^⑳

对于保护的範圍，目前还存在很大的争议。《联邦证据法》(*Federal Rules of Evidence*)第408条仅对经选择的某些谈判内容做出有限的保护^㉑，1998年的《ADR法》没有对调解内容的保护提供任何建议，而只是要求各个州自行制定保护的法规。而《统一调解法》草案也没有明显地规定对调解的内容的进行具体分类。

虽然如此，《统一调解法》最终确立的调解特权制度，通过阻止调解中交流内容在诉讼等相继的程序中被披露，加强了对调解内容机密性的保护。该法还规定调解特权具有多元性，调解的一方可以拒绝披露，也可以阻止另一方披露。调解员和其他参与者（如专家），在他们陈述范围内享有特权。除非当事人放弃特权，否则不能对调解内容进行披露。^㉒但是，并非所有在调解中所开示的内容都被授予保持机密性的权利。《统一调解法》对一些事项作了例外规定：比如人体伤害、与犯罪有关的特殊交流内容、不当行为、藐视程序的陈述，以及其他由所有当事人书面做出同意公开的情形。^㉓

（三）调解的程序

1. 调解案件范围及时限

除非法律做出特别规定，一般认为几乎所有的民事案件都可以适用调

^⑳ 俄亥俄州属于第一种类型，即所有在调解中交流的内容均不被披露；《统一仲裁法》采用了第二种类型，即除非当事人同意或法律规定，否则不能对有限的事项进行披露；第三种适用的州有威斯康星州。Sarah Williams, Confidentiality in Mediation: Is it encouraging good mediation or bad conduct? in *J. Disp. Resol.*, Vol. 2005, No. 209, 2005.

^㉑ See the rule 408 of *federal rules of evidence* 2005: Evidence of conduct or statements made in compromise negotiations is likewise not admissible. This rule does not require the exclusion of any evidence otherwise discoverable merely because it is presented in the course of compromise negotiations.

^㉒ Ellen E. Deason, Civil Procedure and ADR: Procedural Rules for Complementary Systems of Litigation and Mediation—Worldwide, in *Notre Dame L. Rev.*, Vol. 80, No. 553, 2005.

^㉓ Monica Rausch, The Uniform Mediation Act, in *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, Vol. 18, No. 603, 2003.

解,事实上也不存在适用调解会给哪类案件带来极大的负面影响的情况。如伊利诺斯州规定调解可以适用于任何民事案件,然而在一些以政府为当事人的行政或者集团诉讼的案件中,需要对调解谨慎适用。法院无权对具体案件是否适用调解做出规定,完全放权给法官。法院仅需确保在调解花名册上的调解员具有处理此类案件的经验即可。

在调解时间的规定上,有人认为是越早越好。但是过早的进行可能使当事人还没有来得及考虑清楚就确定立场。因而许多学者倾向于在证据开示进入尾声时,指令案件进行调解。因为这个阶段,当事人及其律师已大致了解自己在调解中的优势或劣势,比较有可能主动配合甚至做出妥协。

2. 调解前的准备

(1)调解参与人的确定。一般说来,简单的调解案件中包括三方:调解员、当事人和律师。调解员可以是受法院批准的律师,可以是法官也可以是非法律工作人员,如某一行业的专家工程师等。调解员在程序中的角色视情况而定,在一些案件中,调解员不需要对审判的结果做出预测,他只负责协助当事人找到解决问题的办法;但另一些要求调解员采用评估的方法,预测案件经由其他解决途径可能出现的结果。有时候根据案件情况,也允许两者交叉使用。^{②4}

一些州规定提起调解的当事人要亲自出席,但对被提起的当事人则不作此要求。出席的当事人或代理人要有处分权,特殊情况下不能出席要经法院批准。有些州法院还规定可以自行根据案件性质来决定必须出席的当事人。为了保证重要当事人的出席率,制定了强制措施。

(2)提交调解文书。至少在会议前 10 天,各方均需向调解员提交一份书面的案情简介。包括案件事实、责任主张、受到的损害以及提出的要求。会前,需向调解员披露参与人的名字以及与当事人的关系。调解前提交文

^{②4} 实践中,调解的方式是多种多样的。有的采用协助的方式,调解员构建便于当事人沟通的平台;有的采取评估方式,调解员在了解案情的基础上提出建议。实际上,最通常的做法是,调解员在一开始采用协助式,随着当事人见解差异的缩小,再引入评估式的调解模式。

书的意义就在于能使当事人及其律师在调解前做好充分的准备。准备越充足,越可能达成和解。

3. 调解阶段的开始

(1)调解员说明调解相关问题。调解员说明调解的规则、程序。其中调解员要着重强调程序的非正式性以及协商一致达成合意的原则。在介绍完步骤后,当事人可以对提到的程序及其规则中感到疑惑的任何问题进行发问。调解过程中,可以进行调解员单独与一方会谈的秘密会议,也可以举行双方都在场的共同会谈。但在单独会议中,调解员要确保在会谈中一方当事人不希望对方知道的内容不被对方所知。^⑤

(2)各方当事人的陈述。双方当事人到庭后,要求对纠纷进行说明,以揭示纠纷的实质原因。从哪一方开始要依情况而定,取决于纠纷的性质等因素,但通常情况下都是从这场调解的发起方开始。起先当事人的情绪很难平和下来,虽然力图阻止当事人发生争吵是件很困难的事,但调解员仍应尽量避免。因而他们得不时提醒双方注意态度,使双方能够不受情绪影响,心平气和地表达自己的意见。有的案件在双方当事人结束表达后就能够迅速解决纠纷,但更多时候需要调解员的参与。

(3)调解员的调解工作。调解员尽量防止当事人在未充分听取对方意见,未全面考虑自己的利益需求之前做出立场表示。因为过早地表明立场,使当事人的陈述阶段变得意义不大。在了解彼此优劣势的基础上确定立

^⑤ 会议有两种类型,一种是联合会议(joint conference),要求当事人双方均出席。另一种是私下的预备会议(private caucuses),当事人被单方接见。在前一种情况下,让所有当事人都在一起讨论。如果他们选择后一种私下的预备会议,调解员就得私下接见当事人。他们必须认真保证除非有授权,否则在会议中一方当事人所做出的陈述不能透露给对方当事人。这个环节的关键是,他们得试图判断各方的真实想法,只有尽可能弄清所有的细节,才更有助于寻求到一种永恒的解决的方法。他们对当事人观点中意见相同的地方进行确认,研究妥协的可能性。这里似乎有将争执点放置一边的趋向,但优秀的调解员会认识到妥协的解决并不能让双方当事人满意,因而他们必须对已确认的相同点和双方当事人均不满意的妥协作个简短说明。如有必要,预备会议可以重复召开。参见 Albert P. Melone & Allan Karnes *The American Legal System, Foundation, Processes and Norms*, Roxbury Publishing Company, 2003, p. 358.

场,才更可能向合意靠近。调解员听取双方意见,归纳争议点后,还应对争议项作出排序,明确主要和次要的分歧,以此作为解决问题的顺序根据。解决方案一般由当事人协商后提出,但如果当事人不能够或不愿意提出自己的解决方案,有些州规定允许调解员作出方案。为了尽可能体现当事人的意愿,调解员可以采取与当事方单独会谈的形式,避免因双方都在场,当事人不愿意说明自己真正的想法。

4. 调解结束

在调解之前,调解员仍应尽最大努力让当事人拿出自己的解决方案。因为如果这种方案是来自当事人的意思自治,在履行协议的环节就极少可能再生争端。调解员应告知当事人调解协议将被视为契约,具有执行力,可以向法院申请强制执行。调解还可能产生不能达成,或只能部分达成协议的结果。如果当事人各方无法就所有问题达成共识,调解员会维护已取得的积极的成果。如将协议确认的一些事实带到以另一种方式解决的程序中去。

(五)关于调解的实践及争议

研究者发现,一方面,合意并不需要像在正式的司法意见中那样要有明确理由。只要当事人认为决定是“公正”或“达到最高期待值”就够了。而司法决定得详细审查目标是否具有合理性,是否符合基本规则。另一方面,纠纷当事人有机会用规范的语言相互对抗,要求另一方做出正确的行为,即强迫对方认识到导致纠纷产生的行为是不合理的,而进行这种规范性的活动不需要花费高昂的诉讼费。^{②⑥}

但调解也有很大的不足,首先调解不能产生先例的效果,在解决同一类型的案件时,如果不通过正式审判,每次遇到纠纷就不得从头开始启动程序,由于判断的标准不一样,可能导致每次调解的结果都不一样,容易让当事人产生对调解员的不信任感。其次,调解一般不公开,但在有些案件中,比如环境纠纷,公开能够引起公众的注意,利用公众的压力来制止一些类似

^{②⑥} Albert P. Melone & Allan Karnes, *The American Legal System, Foundation, Processes and Norms*, Roxbury Publishing Company, 2003, p. 354.

的侵权行为,而调解就达不到这样的宣传效果。再者,调解是自愿的,在众多利害关系人中,只要一个当事人不同意调解方案,就有可能提起诉讼;或者在调解中,有当事人认为自己的利益没有被充分考虑到,他就可能转而提起诉讼;更糟的是,有的当事人借调解来拖延时间,使得诉讼时效超过。尽管存在不足之处,但是调解仍在纠纷解决方式中占有重要的地位。^⑳

四、仲裁(Arbitration)

仲裁是解决争议的一种方法,即由双方当事人将他们之间发生的争议交付第三者居中评断是非,并做出裁决,该裁决对双方当事人均具有约束力。^㉑这个程序克服了普通诉讼过于正式、拖延、费用高昂的缺点。当事人可以自由决定适用仲裁的规则和程序,仲裁员既不受实体法也不受证据规则的约束。仲裁可以是有约束力的,也可以是无约束力或建议性的。也就是说,传统仲裁具有一定的强制力,但并非与诉讼一样具有强约束力。在某些情况下,要求当事人必须依据法律规定或合同约定进行仲裁,但并非一定要接受仲裁决定。

仲裁与调解的不同之处在于,仲裁是由中立者而非当事人拥有对结果的控制权,最终结果是由仲裁员做出的。启动仲裁的方法通常有两种:一是可以在合同中订立仲裁条款,二是可以制定专门的仲裁协议。仲裁裁决只有得到法院的司法确认后,才被赋予强制执行力

(一)仲裁员

1. 选任当事人提交纠纷给仲裁庭时,首先要选出在纠纷处理上具有丰富经验的仲裁员。在接受委任前,受请求担任仲裁员的人应接受当事人对其资格的细致查询。当事人可以依据提供的名册对仲裁员进行挑选,或者授权让某一指定机构任命仲裁员。在此之前,当事人有权获得被选择的仲裁员在最近裁决的几个案子中当事人代表的姓名、地址和电话号码,可以向

^⑳ Nancy K. Kubasek & Gary S. Siverman, *Environmental Law*, 清华大学出版社 2003 年英文影印版, 第 70 页。

^㉑ 韩德培主编:《国际私法新论》, 武汉大学出版社 1997 年版, 第 696 页。

他们询问仲裁效果的满意程度。如果各方当事人无法在规定的时间内确定仲裁员或因某种原因,该仲裁员不能继续进行审理,在各方当事人的书面要求下,仲裁庭应指定仲裁员或首席仲裁员。

2. 权力 仲裁员有权决定听审的时间和地点,事先通知当事人。有权签发传票,要求相关的当事人出席,还有权对可仲裁性做出裁决,决定何时结束听审转入裁决。在这过程中,仲裁员有权对扰乱庭审秩序的人员进行制裁。仲裁员最重要的权力是拥有终局裁决权。在裁决所依据的证据上,如果当事人并未对证据的采用标准先做出具体的约定,仲裁员可以自行做出裁定。比如涉及证据真实规则、优势证据规则,或是什么情况下仲裁员可以运用既存的法律标准以及在工商业中的惯例等。

3. 义务 在美国仲裁协会的《仲裁员职业道德规范》(*AAA code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*)中规定仲裁员有以下义务:披露存在的利益冲突,限制与当事人单方面的接触,保守听审过程中所获知的秘密,以及确保仲裁程序的完整性与公正性。

美国仲裁协会规则规定,对可能影响仲裁程序中仲裁员公正性的所有情况,仲裁员均应披露。此类情况包括:与仲裁结果有经济利益、家庭利益或与任一方当事人有其他会影响案件结果的社会关系。披露这些信息后,如果当事人双方均同意更换仲裁员,就导致新的仲裁员的选任。如果当事人没有提出更换,仲裁员未对要求的情况做出完全的披露,则经一方或双方当事人提出异议,法院可撤销由该仲裁员做出的裁决。

(二) 仲裁协议

1. 仲裁条款的独立性

传统观点认为,仲裁条款是合同中不可分割的一部分,合同无效,仲裁条款当然无效。但现代观点认为,仲裁条款与主合同是可分的,与合同的其他条款相互独立。《联邦仲裁法》虽然没有直接规定仲裁条款的独立性问题,但该法第4条第2款规定:“法院应当询问双方当事人,如果关于仲裁协议的签订或者违背没有异议,法院应当命令双方当事人依照协议规定进行仲裁,但是询问和其他程序必须是提出请求的地区进行。如果关于仲裁协议的签订或者违背有异议,法院应当进行审判。”该条实际上间接确立了仲

裁条款独立性原则。在“第一颜料公司诉费拉特及康林公司”一案中,联邦最高法院对《联邦仲裁法》第4条进行解释:“作为联邦法的原则,仲裁条款是与包含它的合同相分离的,如果当事人未断言仲裁条款本身是由于欺诈订立的,那么一项广泛的仲裁条款将被认为包括对欺诈导致订立合同在内的主张的仲裁。”据此,美国最高法院作出判决,以欺诈理由针对含有仲裁条款的主合同有效性提起的诉讼不应由联邦法院受理,而应提交仲裁。此后,在《联邦仲裁法》的管辖范围内,美国普遍采用最高法院的上述解释在实践中广泛运用仲裁协议独立性原则。²⁹

2. 争议事项的可仲裁性

仲裁是国家司法权向民间的过渡,仲裁范围的大小,反映了一个国家的司法权向民间转让的程度,近年来美国仲裁有不断扩大受案范围的趋势。但是从性质上说,有些案件不适合仲裁,因为这些案件主要涉及的是法律问题而非事实问题,比如集团诉讼、刑事诉讼、请求衡平法上强制的宣告性救济的诉讼,有关家庭法和遗嘱问题的诉讼以及不动产诉讼等。或是案件代表了新型的法律或事实难题,某些请求金钱赔偿的案件也可能被排除。但在1985年的 *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler Plymouth Inc.* 一案中,确立了反垄断索赔请求的可仲裁性。最高法院认为,尽管国会可以禁止对基于法律的索赔请求进行仲裁,在缺乏明确的证据证明在该法律文本或立法历史中存在这样一项禁止性规定的情况下,只有在显示仲裁与该法律的根本目的之间存在内在冲突时才会禁止适用仲裁。³⁰

(三) 仲裁程序

仲裁的庭审过程与审判有些类似,但是少了开庭前的证据开示环节。虽然对证据的适用要求低于审判,但仍要求双方提交证据和提请证人,并且进行交叉询问。为了弥补证据的简略性,仲裁员通常需要从证人的陈述中获得更多的信息,因而在对证人进行提问的环节上,仲裁员比法官表现得更

²⁹ 范愉主编:《多元化纠纷解决机制》,厦门大学出版社2005年版,第106页。

³⁰ [美] 斯蒂芬·B·戈尔德堡等著:《纠纷解决—谈判、调解和其他机制》,蔡彦敏等译,中国政法大学出版社2004年版,第238页。

为积极。原则上无须另设书记员对仲裁过程进行记录,仲裁员和当事人往往各自记录过程。有的当事人会事先请律师对仲裁进行指导,在开庭时律师不在场,当事人自己出席接受仲裁。当事人如果由于特殊原因未能到庭,也可以委托其代理人。有时,仲裁员会要求未能出席的当事人出具书面的意见书。这些要求出具的文件被称为仲裁案情摘要(arbitration briefs)。

通常在庭审开始 30 天内,仲裁员会做出裁决,他可以但不是必须要对决定的理由做出说明。与正式审判相比,仲裁更容易达成妥协。原因在于,首先仲裁员作出判决无须遵循先例。仲裁员的任务是解决事实争议,不需要保证法律的严格适用。当然,他也不能做出明显违反法律的裁决;其次,采取妥协的策略不至于达成全赢或全输的结果。如果证据明显对一方当事人有利,仲裁员应支持这一方。但许多时候,案件并不能如此明确,因而仲裁员总是让双方都获得一定利益;最后,由于仲裁员经常是对一个特殊领域内的问题进行仲裁,因而更注重保护自己的声望,在意与当事人之间关系的维持,让双方都觉得该裁决是公正的,以便于在将来的案件里,容易被再次聘请为仲裁员。

仲裁员宣布终结庭审程序后,通常在很短的一段时间后,会做出有约束力的终局裁决。在大部分情况下,依据法律,仲裁员所做出的裁决可以强制执行。《联邦仲裁法》第 9 条规定,仲裁当事人约定法庭可以依照仲裁机构的裁决做出裁决且备案,在仲裁裁决做出的一年内,除非裁决被撤销、修改或更正,否则当事人任何一方均有权向法庭申请对裁决进行确认。

(四)司法审查(denove review)

《联邦仲裁法》第 10 条规定了法院拒绝确认仲裁员做出的某项裁决的四种情形:(1)仲裁是通过贿赂、欺诈或其他不正当手段获得的;(2)仲裁员之全体或其中一人明显地偏袒一方当事人或接受贿赂;(3)仲裁员对有充分原因下仍拒绝推迟审理,或拒绝听取与争议相关的重要证据及以其他不当行为损害任何一方当事人的权利;(4)仲裁员超越职权或不能正确地行使职权以至于不能就提交的争议事项做出一项规定了双方权利义务的、明确的终局裁决。

对以上几种情形,传统仲裁规定了有限的司法审查,但很少有仲裁裁决

被推翻。为此最高法院在 *Gilmer v. Interstate/ Hohnson Lane Corp.* 一案中,确立了仲裁撤销的另一标准“明显漠视法律”,也就是说,必须确保仲裁员的决定反映出其对相关法律原则的理解是恰当的。比如,一项关于性骚扰索赔请求的仲裁裁决,如果没有领会和适用最高法院针对这一类索赔请求提出的标准,这一仲裁裁决就会因与现行的法律不一致而被推翻。

撤销仲裁裁决的其他非法定理由还包括,该裁决是完全没有道理的,直接与公共政策相抵触,或者与当事人约定的合同的实质精神不相符合。^①

(五)关于仲裁争议

虽然与传统诉讼相比,仲裁费用低廉、手段灵活。当事人只需支付资料费、手续费和仲裁员的报酬。对商业等机构而言,在可能拖延几个月甚至数年的情况下,选择能够快捷解决纠纷的仲裁更具有意义。但是仲裁在适用过程中也存在许多弊病:首先,在仲裁中通常不要求仲裁员发表意见,只需在裁决书上简单说明支持哪一方以及给予什么救济,而不必说明理由。其次,仲裁不能像普通诉讼一样,旨在发现全部事实。这就使得当事人可能隐藏一些能够在民事审判程序中发现的事实。再次,仲裁裁决不受先例的约束,也没有类似于正式审判中的证据开示那样的发现事实的程序作保障。另外,程序一般是秘密进行的,不适用美国联邦证据规则。最后,私下进行的仲裁一般不形成先例,这些特性使得其解决结果对公共无法生成发生类似的案件时可以援用的信息。仲裁条款和程序内容的增加意味着越来越多潜在的法律不被援引,法律在选择仲裁解决的纠纷面前呈现无用状态。还有学者认为由于联邦和州法律均限制司法审查,导致仲裁协议缺乏制约机制。许多仲裁协议为了保证裁决的稳定性,限制当事人将裁决书提交法庭的确认权。^②

① [美] 斯蒂芬·B·戈尔德堡等著:《纠纷解决—谈判、调解和其他机制》,蔡彦敏等译,中国政法大学出版社2004年版,第283页。

② Rex R. Perschbacher & Debra Lyn Bassett, *The End of Law*, in *B.U.L. Rev.*, Vol. 84, No. 1, 2004.

四、混合性纠纷解决程序 (Hybrid Dispute Resolution Procedures)

谈判、调解和仲裁这三种基本的 ADR 在各自的运用过程中, 根据具体情况的需要, 相互结合, 又演变出了许多种变体, 比如调一裁程序、法院附设调解、法院附设仲裁、早期中立评估、小型审理、简易陪审团审理、民情调解员等等。

(一) 调解—仲裁 (Med—Arb)

在调解中, 当事人可以对结果进行控制, 如果调解达不成协议限入僵局, 最终导致失败, 仍然可能引发诉讼, 从而使解决成本加大。而仲裁结果是由仲裁员控制的, 仲裁裁决经过法院认可后具有执行力, 因而在解决效率上优于调解。但是, 在仲裁中, 当事人为了让仲裁员支持自己的主张, 不必须在庭上针锋相对, 不利于维持长期的良好关系, 因而将调解和仲裁进行结合, 可以扬长避短, 克服单纯的调解或仲裁的缺点。在调裁程序中, 中立人的身份首先是调解员, 帮助当事人达成双方均能接受的结果。如果调解失败, 该中立人的身份转为仲裁员, 具有做出终局的、有拘束力的裁决的义务。

但在实践操作过程中, 却存在着如下问题: 调解中, 调解员没有裁决的权力, 因而他主要任务是引导当事人做出双方都能接受的协议, 当事人也比较能够主动对调解员披露有助于解决的信息。但是在调裁程序中, 调解员最终身份将是具有裁决权的仲裁员, 因而当事人把精力放在说服中立人支持自己的主张上。为了达到这个目的, 当事人就有可能尽量不披露对自己不利的信息。这样产生恶性循环, 中立人对信息掌握的缺失导致和解的难度加大, 使和解在调解这个阶段的成功率降低。大量案件的解决不得不依赖于仲裁阶段, 但中立人是以调解员的身份介入该案, 在调解阶段或多或少了解当事人的信息, 这样就容易引起当事人对他公正性的质疑, 怀疑中立人是否恰当利用了调解阶段传递给他的信息。这样, 调裁程序有名无实, 实质上附属成为仲裁的次品。为克服这些不足, 该程序在运用中, 又演变出多种形式。

1. 调解后换人仲裁 (Med—Arb—Opt—Out)

也就是中立人担任调解员之后,在仲裁阶段,该身份不能自然过渡到仲裁员。在调解结束后仲裁程序开始之前给出一定的时间,赋予当事人重新选择仲裁员的权利。这种形式能让当事人在调解中毫无顾忌地尽可能提供有助于解决问题的信息。然而这种变通方式的不足之处也很明显,如果调解失败,所需的成本比标准的调裁程序更为高昂,因为引进的中立人还有一个对案件熟悉的过程,当事人也必须为这个过程付费。^③

2. 先仲裁后调解(Arbitration Followed by Mediation)

先仲裁后调解的运作方式与传统的调裁程序刚好相反,是指先启动仲裁程序,仲裁员听取双方当事人的陈述并允许他们提交证据,最终做出裁决,但该决定暂不公开,接下来进行调解。如果调解不成,仲裁员再公布裁决。这种模式优点在于仲裁员事先不了解案情,能不带偏见地做出裁决,但却牺牲了效率,仲裁的裁决是在无视可能达成调解协议的情况下做出。如果达成和解,事先的仲裁无异于浪费。但当事人为了说服仲裁员支持自己主张,相互间针锋相对后,已经很难再心平气和寻求和解,更何况仲裁员已经做出裁决,有所偏向,如何还能在调解中保证公正呢?既然调解难为可能,继续该程序无疑又是浪费。

3. 调解和终局提交仲裁(Mediation And Last Offer Arbitration)

调解和终局提交仲裁是指当事人在无法达成和解的情况下,各自提交一份解决方案,调裁员选择其中一份较合理的建议,不作变更直接赋予仲裁裁决的效力。在这种方式中,当事人双方都意识到如果提出过分的要求将会导致调裁员支持对方的方案,于是不得不降低自己的要求,使得双方请求差距缩小,从而使纠纷顺利得到解决。但是如果两份方案均让调裁员感到满意,让他难以选择,可行的做法就是要求当事人再重新做出一份建议进行比较,但这又与方案的“终局性”相违背。

4. 调解和仲裁共存(Co-Med-Arb)

在调解和仲裁共同存在的程序中,调解员与仲裁员是由不同的人担任,

^③ [美] 斯蒂芬·B·戈尔德堡等著:《纠纷解决—谈判、调解和其他机制》,蔡彦敏等译,中国政法大学出版社,2004年版,第303页。

他们共同参加事实发现的听审程序,但仲裁员不参加随后进行的调解,如果调解不成,则由仲裁员进行仲裁并最终做出裁决。该方式的设立是基于以下观点,认为调解程序可以分为事实发现(fact-finding)的公开阶段和调解评议的秘密阶段。仲裁员在事实发现阶段就介入,可以节约在仲裁阶段的时间。但也会使事实发现阶段变得复杂,如果案件最终达成和解,当事人不得不另外支付仲裁员的费用,增加额外负担。

5. 仲裁中调解(Mediation Windows in Arbitration)

仲裁中调解是指在持续进行的仲裁程序中包括独立的调解程序,调解串穿仲裁程序的始终,适当的时候可以由仲裁员或当事人引入调解员进行调解。该程序使调解更加灵活,又不担心调解程序被滥用,由于是以仲裁程序为基础,必然迫使当事人事先对案件做充分准备,知己知彼,更容易达成共识。然而虽然鼓励调解的适用,但在该程序中并不一定要启动调解程序,整个程序表现出对仲裁的极为重视。并且当事人生怕自己寻求和平解决的态度,反而导致对方心理上的优势,因而极不愿意首先提起调解,因而应当让仲裁员承担在特定的时候建议当事人适用调解的义务。^{③4}

(二)法院附设调解(Court-Sponsored Mediation)

1. 概况

法院附设调解是由当事人或法院选出的调解员来协助诉讼者达成和解协议,是澄清案件争议,消除误解,寻找妥协的又一途径。根据其强制性不同,可分为强制的附设调解和非强制附设调解。通常涉及婚姻家庭、邻里纠纷、小额或简单纠纷等案件,如若借助于法院便利的 ADR 设置,能更有效地解决。法院可以把调解规定为诉讼的前置程序,诉讼前必须强制调解。除此以外,其他类型的案件允许当事人双方自愿提出调解,或由法庭提议调解,但允许当事人在特定的时间内拒绝该提议。

早在 1971 年在密歇根东部地区就已出现了允许法院在某些案件中可以适用调解的程序规则,但目前为止还只有四个联邦地区法院采用法院附

^{③4} James T. Peter, Med - Arb in International Arbitration, in *Am. Rev. Int'l Arb.*, Vol. 8, No. 83, 1997.

设调解,它们分别是:密歇根东区法院、华盛顿东区法院、华盛顿西区法院及肯萨斯地区法院。不过各个法院具体操作有所不同,密歇根调解类似于非正式审判,其程序包括当事人的陈述、举证,调解员评价及调解员私下会谈等;华盛顿调解更像是和解会议,由调解员自主决定如何进行调解。在密歇根调解中,如果当事人拒绝调解员的和解方案,申请重新审判后获得的利益若不能超出和解方案所得的10%,拒绝和解方案的一方当事人将有可能受到经济上的处罚,而其他三个地区的法院则无此措施。虽然各地调解存在差别,但从原理和目的方面看,每个法院采取的法院附设调解是相似的,即通过调解员的努力,发现双方均可接受的和解方案,从而促成和解。

2. 程序

(1) 审理前准备

法院通常在证据开示接近尾声时指令案件进行调解,调解员的选任由负责调解工作的法院秘书负责,可以从法院提供的名册里挑选。双方当事人各挑选出一名调解员,第三名调解员可以由当事人或委托选出的两名调解员协商选定。如果意见不一致,由法院秘书来指定,在某些简单的案件中,也可以由一名调解员主持调解,调解员选定后必须经过法院认可。通常在调解前的10天内,必须提交与案件相关的书面材料。

(2) 审理过程

双方当事人必须出席调解会议,但对证据规则不作严格要求,证人无须出庭作证,也没有交叉询问程序,证据的认定更多的依赖于调解员的经验。在进行各方均在场的联合会议后,调解员分别与一方当事人举行私下会议,以便于消除当事人不愿在对方在场的情况下透露信息的顾虑,获得更多的有助于制定双方均能接受的调解方案的信息。

(3) 审理结束

调解员做出调解方案,经过双方当事人的同意以及法院的审查后,调解员可以做出正式裁定,该裁定具有拘束力。如若当事人并未表示同意,又未在一定期限内(通常为30天或40天)提起异议,该裁定自动产生拘束力,反之,调解失败,案件由法庭继续审理。但对在调解中从对方当事人处获得对

自己有利的信息,不得作为证据在诉讼中使用。³⁵

法院采用附设调解解决纠纷,所带来的额外收益是显而易见的,但在适用的初始也遭到反对。反对者认为调解是一个自愿、合意的程序。附设的调解将影响当事人的诉权,增加费用,如果调解不成功,还会造成诉讼拖延。但实践证明,法院附设调解具有很高的效率。在法院要求调解的时候,对当事人声明,尽管一定要出庭参加调解,但不一定要达成和解。当事人的诉权并没有受到影响。实际上,许多情况下当事人并不只是为了节约时间和金钱而选择参加调解,有时候当事人希望通过调解能够使结果充分体现自己的意愿。³⁶

(三)法院附设仲裁(Court-Annexed Arbitration)

1. 概况

美国的法院附设仲裁具有强制性,无须当事人同意,即可根据法律的规定强制适用,但在裁决做出的一定期限内(通常为 30 天)不具有约束力。20 世纪 80 年代中期,越来越多的地区开始使用这种法院附设仲裁的方式。在发展过程中,产生了以加利福尼亚北区法院和宾夕法尼亚东区法院为代表的两种模式。

(1)加利福尼亚北区法院模式

根据加利福尼亚北区法院模式,案件在起诉后,立即对可仲裁性进行审查。代理律师向法院建议证据开示的时间,并从法院提供的名单册中挑选出一名仲裁员或仲裁团。听审一般在律师办公室里举行,双方均可以对案件进行陈述,当事人按仲裁员的要求出示证据。如果当事人在裁决做出后的一定期限内没有要求重新审判,该裁决将成为终局裁决,具有约束力。根据加利福尼亚州早期的法律,如果当事人提出重新审判,却又未能在审判中得到比仲裁更有利的结果,该方当事人将受到处罚,1989 年删除了这项规

³⁵ 范愉主编:《多元化纠纷解决机制》,厦门大学出版社 2005 年版,第 488~490 页。

³⁶ Suzanne J. Schmitz, A Critique of the Illinois Circuit Rules Concerning Court-Ordered Mediation, in *Loy. U. Chi. L.J.*, Vol. 36, No. 783, 2005.

定。仲裁员的费用由美国各法院行政办公室 (Administrative Office of the United States Courts) 负担。

(2) 宾夕法尼亚州东区法院模式

宾夕法尼亚州的做法与加利福尼亚州有显著的差别。比如, 听审通常在法庭内举行, 可能会对证人进行传唤。并且明确规定, 如果申请重新审判的当事人未能在重新审理中获得更为有利的结果, 将受到处罚。而且如果查明该申请人系恶意申请, 重新审判的要求将被驳回。一般情况下, 仲裁员的报酬也由法院行政办公室负担, 但在特殊情况下可以向当事人要求报酬。比如由于当事人的原因导致听审时间延长, 仲裁员就可以向当事人要求额外的费用。^{③7}

3. 程序

(1) 审理前准备

案件提交法院后, 必须先判别该案件是否具有可仲裁性。通常不适用于传统私人仲裁的案件一样不适用附设仲裁。另外, 一些地区法律规定了若干排除的项目, 比如, 在加利福尼亚中部地区, 可能排除的案件包括涉及复杂、新型的法律问题, 或主要是法律问题而非事实问题, 或是某些要求赔偿的金额过高的案件。但具体操作上并没有对法律问题和事实问题进行区分, 导致规定缺乏可操作性。也有一些法院规定如果超出受理范围, 经当事人同意, 并向仲裁员支付合理费用, 法院也可以启动附设仲裁程序。^{③8} 在法院附设仲裁制度下, 可以由法院对仲裁员的资格进行审查, 也可以成立专门机构协助挑选仲裁员的候选人。一般情况下, 仲裁员可以是本法院执业的法官也可以是加入该州律师协会 5 年以上的成员。通常在仲裁之前要进行

^{③7} Kim Dayton, The Myth of Alternative Dispute Resolution in Federal Court, in *Iowa L. Rev.*, Vol. 76 No. 889, 1991.

^{③8} 佛罗里达中部联邦地区法院规则明确规定附设仲裁范围, 但如若不在范围的案件, 当事人同意受法院规则约束, 并同意向仲裁员支付合理的费用, 亦可提交仲裁, 但需在书面文件上注明双方自愿接受强制仲裁的条款。参见林一飞:《ADR 和法院的结合——美国的法律与实践》, 载《商事仲裁法律报告》第 1 卷, 北京大学出版社 2005 年版, 第 117 页。

证据开示程序,其期限比一般民事案件短。当事人可以申请延长,但很少得到批准。

(2) 审理过程

《联邦证据规则》制定了指导性的条款,以推进证据规则在仲裁审理中的适用,但实践中,证据规则在仲裁中的应用仍然不严格。比如,不必提交原本,只要书证的复印件和物证的照片。除非对方律师在审理前 5 天提出真实性质疑,否则仲裁员必须认可所提交材料的证明能力。当事人在听审时可供支配的时间被严格限定,因此一般只是由律师做出陈述,律师在限定的时间内可以自由决定是否由证人出庭,帮助说明案情。

(3) 审理结束

在裁决做出的 30 日内,任何一方当事人都可以重新要求进行审判,法院不能将当事人一方从仲裁获知的对自己有利的信息在审判中作为证据使用。为了限制当事人提起重新审判,节约诉讼资源,一些法院设置了保证金制度。也就是说,当事人在申请重新审判前必须交付与仲裁费用相当的保证金,如果不能取得比仲裁裁决更有利的结果,或者发现该申请重新审判是恶意的,将对保证金给予没收。有些法院甚至规定了获得有利结果必须超过一定比例(通常为 10%),不仅如此,申请的一方当事人如果败诉,还将负担对方当事人的律师费用。

(四) 小型审理(Minital)

小型审理最常用于商事纠纷中,先由双方当事人的律师向由中立人和具有处分权的高级管理人员组成的小组简要地陈述各自的立场。在陈述结束后,管理人员试图通过协商来解决他们的纠纷。如果解决不了,可以要求中立人对该纠纷提起诉讼可能出现的结果进行预测。

1. 审理前准备

经过协商,当事人事先拟定一份程序性协议,对小型审理程序的步骤和时间进行详细说明。交换关键文件、物证、证人证言的概述以及具有案情摘要性质的简短介绍性陈述。经当事人同意,还可进行其他的证据开示。考虑到富有司法经验的退休法官最有能力为他们案件可能的诉讼结果提供合理的建议,在大多数的小型审理中,当事人会选择聘请退休法官充当中立

人,也有一些当事人选择清楚案件问题所在的专家。有些则干脆不引入中立人,仅仅由高级管理人员来主持并进行秘密会谈。

2. 审理过程

为体现小型审理的高效性,对律师陈述的时间进行严格限定。结合案件的复杂程度,一般为1至6小时以内。在一些案件中,所有的陈述均由律师进行。在另一些案件中,如果时间相对充裕,律师也可以传唤人帮助解释案情,或者请专家证人说明技术问题等等。证据规则并不适用于小型审理中,所谓的证人出庭,也只是以说明的形式依附于律师的陈述,不存在交叉询问程序,但许多小型审理程序都设计了反驳的环节,可以向对方律师、证人及专家证人提出质疑。接下来,管理人员之间召开私下会议,律师不得在场。

因而,律师陈述的对象首先是双方当事人,即具有处分权的高级管理人员。通过律师听取陈述,他们了解了案件的实质,更清楚自己的立场,在律师不在场的私下会议才能处于主动地位。

3. 审理结束

如果在私下会议中没能达成合意,在当事人的要求下,中立人得对争议双方所持观点的可行性做出书面意见。在大多数情况下,当事人会基于对中立人的尊重而最终达成协议,并自愿接受协议的约束,但该协议并不具有强制执行力。

小型审理方式受到公司高级管理人员的欢迎,除了它在节约时间和金钱方面的优势,还在于下几个原因:首先,在解决方案上的选择,有时律师会有自己的理解,为了承接案件,不惜迎合当事人,不告诉案件实际存在的情况,对案件作乐观估计。虽然并不要求律师提出的看法必须符合现实的,但是管理人却希望能够对事情状况有个客观的了解。其次,小型审理给公司管理人提供了一个与对方当事人直接交涉的机会,在这个程序中,对方显得通情达理,乐于互动,这个过程有助于达成新的解决方案。最后,如果选择让中立人做出意见说明,有时管理人就可以运用这个意见来支持他们的立场,更有把握地应对问题的解决。

(五) 早期中立评估 (Early Neutral Evaluation)

早期中立评估, 是指评估人对当事人提交的案件进行事先的预测, 使当事人心中有数, 对案件的解决事先能够拟定计划, 该程序不具有约束力。通常是富有经验的律师在证据开示前主持一个由当事人及其代理人都参加的秘密会议。中立评估人帮助当事人理清争议点和证据, 识别各方立场的优势劣势, 为当事人作出不具法律约束力的案情结果评估书。与调解和仲裁不同的是, 这个程序形式可以多样化, 可以和解, 可以要求律师和他们的当事人进行进一步的调查, 或制定简单的证据开示方案。

这个程序最早试行于 80 年代加利福尼亚州的北部地区。对于当事人来说, 由于处在案件当中, 很难客观地看待他人的观点。程序可以帮助不能理性看待事实或太感情用事的当事人作出正确的判断, 鼓励他们在中立评估人的帮助下澄清事实、鉴别争议、评估双方利弊、并且对法官可能作出的裁决作出估计。通过这种方式, 当事人能够自愿进行谈判, 而不必诉诸费时费力的诉讼制度来解决问题。

1. 早期中立评估的程序

(1) 评估前准备。首先是对评估人的选定, 早期中立的评估研究表明, 当事人所得到评估的质量主要取决于评估人的资质。基于评估人在程序中的重要地位, 所以该程序对独立评估人的资质提出很高的要求, 但这仍然是当事人最不喜欢的地方。因为中立人通常只做出判断结果, 没有论证过程及其基本依据, 使当事人感到结果不具有说服力, 导致对评估人产生不信任感, 从而怀疑他们的能力。对有些当事人来说, 判断评估人的资质并不容易, 然而还是有许多的当事人对这个程序表示青睐。发现该程序不仅能节约费用和减少问题, 还能得到有着丰富经验和很高声望的中立人的意见指导, 为他们提供了一个新的视角去看待事实争议。

接下来是双方当事人的陈述。通常是提交一份简单的文件, 简要说明事实、法律依据和当事人的立场。

(2) 召开会议。双方均就各自立场发表简短陈述后, 评估人对案件做出评估, 给予当事人意见: 比如若将案子提交诉讼解决将会出现什么样的结果。如果无法做出合意, 评估就不具任何约束力, 案子可能会由法院继续审

理。在加利福尼亚州南部地区, 早期中立评估为必经程序。该程序由地区法官主持评估, 还可以在程序中决定达不成协议将选择何种的 ADR。会议之后, 由当事人选择或法官指定的 ADR 方式继续对案件进行处理。这种选择带有强制的性质, 假使当事人选择不处理, 评估人仍可以依职权指定处理方式。

当事人如果选择调解或仲裁, 将面临对调解员或仲裁员的重新选择, 但如果当事人想用协商来解决, 评估人可以继续主持谈判。在简单的案件中, 在与代理律师和他们当事人第一次见面中, 评估人就可以组织协商。但在一些复杂的案件中, 中立人事先要与律师或当事人单独见面, 了解每个人对即将要讨论的事件的态度。协商时当事人并不一定要出席, 可以由律师代为进行。如果协商达不成协议, 评估人还将协助当事人订立证据开示的计划, 做出要求证据保全的证据列表, 向当事人建议在不同的情况下可以提出不一样的动议。

(3) 评估结果。如果当事人选择进行诉讼, 在早期中立评估程序中所获知的信息将不具有证据效力。根据联邦或州法院规则, 评估人唯一可以做出的是发表“不服从原计程序”(noncompliance with program procedures) 的报告, 说明当事人起初选定了早期中立评估, 但没能达到解决纠纷的目的, 所以提起诉讼。

(六) 简易陪审团审理(Summary Jury)

在某些经小型审理的中立人的预测出结果后, 当事人还希望能获知陪审团在诉讼中的反应的案件中, 就可以运用简易陪审团审理。简易陪审团审理是对正式陪审团审理的模拟, 又具有小型审理的某些特征。1984 年联邦法院法官托马斯·兰姆布若斯首次运用了这种模式³⁹, 主要运用于当事人分歧较大, 和解谈判陷入僵局, 而正式审判又即将开始的场合。即如果简易陪审团审理不能解决纠纷, 案件将提交正式审判。这种模式对案件范围不做限制, 当事人无法对事实问题达成一致看法的情况下都可以考虑适用,

³⁹ [美] 史蒂文·苏本著:《美国民事诉讼的真谛》, 蔡彦敏、徐卉译, 法律出版社 2002 年版, 第 210 页。

包括产品的责任、个人伤害、合同、年龄和性别及种族歧视、反垄断等等。如果纯粹地提请中立人进行预测,对于需要通过正式陪审团审理的案件,结果难以被估计,所以采用类似的简易陪审团就能降低预测的难度。但是简易陪审团审理同其他 ADR 方式相比,时间花费较大,因此除非案件通过正式程序审理需要较长时间,否则法院不鼓励启用。

1. 简易陪审团审理的程序

简易陪审团审理在法庭内进行,由法官或治安法官主持,陪审团成员从常规陪审团名单中挑选。法院有任命陪审团的权力,代表律师有权对陪审团人选提出质疑。该程序在时间的控制和对证据规则的要求方面类似于小型审理。一般不要求证人出庭作证,因而也没有直接的交叉询问程序,律师必须在有限的时间内向陪审团做出简要陈述,以便陪审团能大体了解案件事实。

在律师陈述后,陪审团休庭商议,如果存在意见分歧,陪审团将会以匿名形式记录分歧的内容。在最终裁决提交给简易陪审团前,通常不告知陪审员,裁决只是建议性的,不具有法律效力。这样处理的目的是为了让简易陪审团成员能够谨慎对待,像真正的陪审团一样认真履行自己的裁决任务。

裁决作出后,律师可以向陪审员咨询裁决的依据所在,但陪审员有权拒绝回答。虽然简易陪审团作出的裁决不具有约束力,但却能为当事人预测在正式审判中所可能出现的审判结果,有助于当事人做出是否提起诉讼的判断。如果通过简易陪审团审理达不到解决的效果,法院将如期举行审前会议,讨论和解的可能性,如果当事人在审前会议中仍未能和解,则在简易陪审团审理后 30 到 60 天内,法庭就要进行正式审判,当事人可以重新选定法官和陪审团。^④

(七)私人审判(private judging)

在美国,几乎每个州都规定纠纷当事人可以“租用法官”(rent-a-judge)裁定纠纷。提交诉讼的当事人可以申请由法院指定,或由当事人聘

^④ Irving R. Kaufman, Reform for a System in Crisis: Alternative Dispute Resolution in Federal Courts, in *Fordham L. Rev.* Vol. 59 No. 1, 1990.

请的私人法官来审判,而不必等待法庭安排审判日程,这就是私人审判。私人审判给当事人提供了可以选择一个具有中立性、对诉讼中的某个问题和司法程序规则熟悉的专业人士来审理案件的机会。这种审判方式有两种:一是当事人通过合同选择私人审判;二是法律授权进行私人审判。在前一种情况下,由当事人来选择私人法官;后一种情况下,由法院委任私人法官,但无论哪种情况,当事人都得对私人法官支付报酬。当事人通过合同委托的私人法官不具有正式法官的权力,其决定不能在法院上诉;而法院委托的私人法官具有正式法官的权力,当事人对其决定享有上诉权。有些州规定,私人法官做出的决定与在正式法庭上作出的判决具有同等的效力。但另有些州规定,私人法官的决定需移送给最初受理的法官,由该法官将这份决定转为具有执行力的法院命令。

当事人对通过合同选择的私人审判方式享有更大的控制权,可以对私人法官的选择、报酬的支付、披露的程度、审理的地点和时间、私人法官是否遵守证据规则、是否使用陪审团以及私人法官的决定是否具有约束力或仅供参考等事项作出规定。程序具有契约性,所以不能进行强制执行,但在当事人不履行情况下,可以视为违约,通过提起违约之诉来救济。^④

而在法律授权的私人审判中,当事人对审判结果可以提起上诉。上诉之后,程序转为公开进行。在该种模式下,私人法官作为法院的代表,原则上应遵守法院的程序规则和证据规则。不过,经法院同意,当事人仍然在很多事项上拥有自由决定权,比如选择特定的私人法官、报酬的支付等等。

私人审判程序的优点在于能迅捷地确定开庭日期,能使具有高知名度的商业机构避开媒体的关注,从而避免对他们产品和商业行为造成不良影响。基于是自己选定的法官,当事人更容易认可结果的合理性。但反对者认为私人审判会使经济上具有实力的当事人在一审阶段规避公共法院审判程序,但却可以在上诉阶段重新寻求公共司法救济,这种做法实际上是建立

^④ 林一飞:《ADR和法院的结合——美国的法律与实践》,载《商事仲裁法律报告》第1卷,北京大学出版社2005版,第121~122页。

了两套司法体系,对不选用私人审判程序进行审理的当事人来说,显失公平。^⑫

(八)民情调解员(Ombuds Programs)^⑬

民情调查员模式起源于北欧,指以纠正公共行政权的滥用为目的,倾听民众的抱怨并做出独立事实调查的公共官员。但在美国,调查员的工作范围扩展到私人机构的管理领域。调查员被认为是公司结构里的中立人,处在普通的管理命令链条之外而直接向机构的主席汇报。工作内容是通过非正式的咨询、或者调查向管理层提出建议,并帮助解决与工作相关的纠纷,使纠纷在内部得到解决而不诉诸法院。调查员与调解最大不同之处在于,调解要平等地考虑当事人双方的利益,调查员必须优先考虑机构的利益。民情调查员制度主要运用于大型企业和大学之中,当学生们感到他们处在弱势地位而不能引起学校的注意或尊重时,他们可以向调查官寻求建议或帮助,以免因为独自行动,受到学校的政策报复。

民情调查员制度的优势在于能够让处于弱势的当事人相信不通过外部的救济,也能有效地解决纠纷。而对于管理层来说,这一制度能够让他们在尽可能早的时间里了解机构内部的问题所在,小事化了,但调查员毕竟服务于机构内部,因而可信度比不上中立人。

六、结论

几乎不会有人质疑,现今许多案件的解决正朝着 ADR 的方向迈进,近年来,随着电子商务的发展,网上在线解决机制,即网上 ADR 也出现了蓬勃发展的势头。据美国仲裁协会报道,在 2000 年,案件量达到有史以来的最高点。有 198,491 件案件提交仲裁,比 1999 年高出 42%。同时要求调解的有 4188 件,比 1999 年高出 17%。当然,仍有公民继续向普通法院寻

^⑫ Stephen B. Goldberg & Frank E. A. Sander, *Dispute Resolution*, Little, Brown and Company, 1992, p. 290.

^⑬ Albert P. Melone & Allan Karnes, *The American Legal System, Foundation, Processes, and Norms*, Roxbury Publishing Company, 2003, p. 359.

求救济, 诉讼律师的数量也在上升。ADR 对民事诉讼制度的正式性提出了挑战: ADR 使社会规范“非法律化”, 使律师非专业化, 使法律程序非正式化。^④ 但是, ADR 并非是独立于诉讼的解决方法, 审判是 ADR 解决方案的一个参照点。在 ADR 处理过程中, 或多或少地受到正式诉讼制度的影响, 当事人在约定规则时, 不时会参照法律或法院规则的标准。因而在美国, ADR 的飞速发展, 并不意味着审判被削弱, 反而更能促使正式诉讼集中公共资源, 处理非经专业审判不能解决的案件, 使公平和效率得到最大化的统一。

^④ Paul D. Carrington, ADR and Future Adjudication: A Primer on Dispute Resolution, in *Rev. Litig.*, Vol. 15, No. 485, 1996.

©1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.