

德国 ADR 的发展及其与英美的比较

骆永兴

(华东政法大学法律史中心, 上海, 200042)

摘要: ADR 自 20 世纪 70 年代在美国兴起以来, 已经被许多国家接受, 成为当代民事司法纠纷解决机制的重要发展趋势。作为大陆法系的德国, 也已经关注并开始发展 ADR, 但由于德国特殊的司法现状, 使得德国 ADR 的发展呈现出与美国和英国不同的特点。

关键词: ADR; 调解; 仲裁; 特点

中图分类号: D915.2

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2013)03-0081-05

ADR 是“Alternative Dispute Resolution”的缩写, 意为非诉讼纠纷解决机制。ADR 自 20 世纪 70 年代在美国兴起以来, 虽然发展曲折, 但目前已被许多国家接受, 成为当代民事司法纠纷解决机制的重要发展趋势。继美国之后, 英国通过 20 世纪 90 年代的民事司法改革, 大力推进 ADR, 并一跃成为发展 ADR 的后起之秀。相比英美法系国家, 大陆法系国家的 ADR 发展相对滞后, 尤其是以司法制度严密自居的德国, ADR 的发展更加曲折。

一、德国 ADR 的发展

(一) 概述

如果说美国是 ADR 的发源地, 是当今 ADR 最发达的国家, 英国是后起之秀, 在 ADR 问题上取得了举世公认的成就, 那么与美英相比, 德国要算 ADR 的落后国, 其发展水平仍处于起步阶段。

德国 ADR 的落后, 与德国人“过热的诉讼热情”^[1]有关。德国人以理性、细致闻名于世, 德国的法律制度也继承了罗马法的理性、严谨, 其司法制度经过精心的设计, 被认为是欧洲大陆最理性、最严密的法律制度。所以, 德国人的这种“过热的诉讼热情”有其特殊的文化背景, 这也是德国 ADR 落后的原因所在。

虽然与美英相比, 德国的 ADR 相对落后, 但这并不说明德国的纠纷实践中不存在 ADR。相反, ADR

在德国已有很长的历史, 自 20 世纪 70 年代以后, 德国政府开始倡导发展 ADR。1977 年、1981 年和 1982 年, 德国连续举行了三次有关 ADR 的大型研讨会, 并提出了在现有的和解所、调解机关和仲裁所之外, 再建立其他新制度的提案, 并进行了一系列尝试。^[2]德国 ADR 的落后, 是相对美英就其整体状况而言。时至今日, 对许多德国法学家而言, ADR 仍是一个新鲜词汇。如果说 ADR 在美国和英国是滔滔奔流的大江大河, 那么在德国只能算是一条流水潺潺的小溪。

德国至今没有出现美英似的“司法危机”和“诉讼爆炸”, 且其诉讼成本较低, 但自 20 世纪 70 年代起, 美国和日本等国 ADR 的发展就引起了德国的重视。德国“同样注重其在效益方面的利益(相对于诉讼), 而且更多的考虑到 ADR 的保密性, 非对抗性等程序价值, 更重要的是, 对他们最有说服力的莫过于 ADR 在纠纷解决过程中着眼于未来和长远的关系和利益, 能避免名誉和道德的损失。并可能获得双赢和更圆满的结果”^[3]。

二战以后, 德国作为战败国, 其社会经济曾一度发展缓慢, 直至 20 世纪 70 年代才进入高速发展时期, 这也是 20 世纪 70 年代德国开始关注 ADR 的原因之一。20 世纪 90 年代“两德”统一后, 德国也面临着诉讼量增多、法院压力过大的世界性问题。1991 年有 163 万件新的诉讼主张, 到 1993 年为止增加到了 208 万件, 而 1994 年是 212 万件。^[4]这导致德国政府更加重视 ADR, 并积极推动其在德国的发展。

为鼓励律师在庭外促成当事人和解, 德国于 1994

收稿日期: 2012-11-26; 修回日期: 2012-12-28

基金项目: 2011 年度国家社科基金重大项目“法律文明史”(11&ZD081)

作者简介: 骆永兴(1985-), 男, 安徽阜阳人, 华东政法大学博士研究生, 主要研究方向: 外国法律史。

年6月24日颁布的《费用修正法》特别规定:律师如能使当事人达成庭外和解,除了可向当事人收取法律规定范围内的全额律师费外,还可再多收取50%的和解费,此举通过规定较高的收费标准,调动了律师的庭外和解的积极性。^[2]

1990年10月德国组建了仲裁程序法革新委员会,经过7年的讨论和准备,于1997年12月颁布了《仲裁程序修正法》。^[2]

随着民事司法改革的深入,德国更加重视ADR,并进行了具体的制度构建。2000年1月1日,《德国民事诉讼法试行法》第15a条生效,这是德国第一条具有较广泛效力、规范起诉前强制调解的法律。它的问世揭开了德国民事调解的新篇章,^[5]也标志着德国的ADR进入一个新的发展阶段。

2010年8月4日,德国司法部起草了一份促进调解和其他ADR方式的法律草案提交国会审议^[2]。虽然德国的ADR整体发展水平还不是很高,但由于近年来德国逐渐认识到ADR的价值,并大力提倡与发展,德国ADR已经取得长足的进展,其中发展较快的主要有调解制度和仲裁制度。

(二) 调解制度

虽然德国对ADR曾一度持消极态度,但早在1924年,德国《民事诉讼法》就规定过诉前强制调解制度。二战后这项制度被取消,调解也在德国沉寂下来。在20世纪90年代的民事司法改革中,ADR受到关注,调解也开始复苏。

在德国,调解的理念已经贯穿于民事诉讼的各个阶段,德国《民事诉讼法》第279条明确规定:“不问诉讼到何程度,法院应该注意使诉讼或各个争点得到和好的解决。”^[6]根据此条,法官应当在诉讼的各阶段努力在当事人之间进行调解。

德国的调解可分为法院调解和法院外调解。现在的司法改革更注重通过法院附属调解来减少法院待决案件。^[7]2000年1月1日,《德国民事诉讼法施行法》第15a条生效,这是德国第一条具有较广泛效力、规范起诉前强制调解的法律。该法授权各州可以规定以下争议诉的提起只有在州司法管理机构设置或认可的调解机构对争议调解之后才被受理:①地方法院受理的财产争议低于1500德国马克;②邻地争议,即《德国民法典》第910、911、923、906条,《德国民法施行法》第124条规定的争议,涉及经营活动的除外;③没有经过媒体、广播报道的个人名誉损害。经调解达成的合意,德国《民事诉讼法》第794条提供强制执行保障。^[5]此举在德国引起较大反响,也收到了较好的效果,不仅缓解了法院的诉讼压力,也减轻了当

事人的讼累。同时,在诉讼中,根据德国《民事诉讼法》第279条规定,法官有义务为当事人在任何阶段提供调解服务,当然这种调解以当事人的自愿为前提。

法院外调解。在德国私营领域,提供调解服务的组织数量增长迅速,这在总体上显示了一种倾向,即按照纠纷领域形成组织。例如,学校调解和受害人—加害人调解,社区调解,家庭事务、继承、工作场所、建筑、贸易、环境、健康、知识产权和保险纠纷,行政法和社会化领域的调解。实际上,在这些领域中很少有真正的调解实践,调解仍主要停留在研讨会、讨论组、文献和试行方案上。不过,受害人—加害人调解,家庭调解却是例外,其次是社区、学校、环境、贸易和劳动场所调解。^[8]

有证据显示,家庭调解是使用最多的一项民事调解,联邦家庭调解协会(BAFM)于1993年建立了家庭纠纷调解指引,随后的是调解资格认证项目的发展,以及对遍及全德国的家庭调解培训项目的正式认同。^[8]

当前,调解在世界范围内的发展已越来越呈现出法律化和职业化的趋势。随着这种趋势的发展,律师必将成为调解的必要组成部分。而德国《律师职业条例》已明确将调解作为律师的法定业务之一。^[9]

在德国,一些案件成功调解的花费要远高于诉讼的费用,^[8]并且在德国司法既不昂贵又不迟延,所以利用调解是一种挑战,会冒很大风险。在此背景下,调解在德国还要经历漫长的曲折之路。

(三) 仲裁制度

德国没有设立独立的仲裁法,其仲裁程序规定于《民事诉讼法》之中,自1877年德国《民事诉讼法》生效以后,在仲裁程序方面几乎没有实质性的改变。1930年和1986年的两次小修小补也无济于事,根本不能适应国际国内经济贸易的发展需求。德国《仲裁程序法修订草案》指出:“过于厚重的时代烙印使得其对新形势的适应显得力不从心。”^[10]“德国《民事诉讼法》第10编中规范的仲裁程序法很大程度上仍然是上一世纪(指19世纪)的产物。”^[11]

1990年德国成立“仲裁程序法革新委员会”,经过7年的努力,于1997年12月颁布了《仲裁程序修订法》,对《民事诉讼法》第10编中关于仲裁的程序进行修订,并于1998年1月1日生效。修改前第10编共32条,而修改后条文增加至42条,且分成10章:总则、仲裁协议、仲裁庭的组成、仲裁庭的管辖权、仲裁程序的进行、仲裁裁决和程序的结束、对仲裁裁决的追诉(撤销之申请)、承认与执行仲裁裁决的条件、法院程序及非契约性仲裁庭。新法在许多方面

对旧法进行了变动，并摒弃了许多不合时代潮流的旧规定，增加了许多符合国际和时代发展的新内容。

德国法学家将新规定的主要要点归纳如下：对国内的仲裁程序强制适用德国程序法律（也即第 1025 条及其后几条）；仲裁协议的形式规定有时被放宽；任何财产权的请求权都可被仲裁，也就是说可以是仲裁协议的标的；仲裁庭被大大规格化，但可以——忽视少数几个基础性的程序原则（例如当事人庭审权、平等对待权）——由双方当事人作不同规定；详细被规格化的是仲裁员的任用和解除任用；仲裁庭自身可以采取临时性权利保护措施；以前法律的“仲裁和解”被“具约定内容的仲裁裁决”所代替；如果程序不再能继续进行，则通过裁定确认中止；法院（在第 1025 条的术语中指定的一直是国家法院）可以因一定的瑕疵撤销仲裁裁决，但只有在规定时间内申请撤销才撤销；随着撤销仲裁协议在有疑问时又复活（只要撤销理由许可）；法院的程序被大大简化和绷紧，主要以州高级法院为一审法院，与之相联系，针对该法院的裁判广泛排除上诉。^[12]

德国仲裁程序的修订虽不及英国对联合国国际贸易法委员会制定的《国际商事仲裁示范法》（以下简称《示范法》）吸收的比例大，但《示范法》仍对德国仲裁程序法产生了不小的影响。比如新法采纳了《示范法》第 16 条第 3 款的规定，将仲裁庭的管辖权纠纷交由法院，改变了旧法中由仲裁庭作出终局决定的做法。另外，新法也贯彻了作为《示范法》首要原则的当事人自治原则，规定当事人可以自行约定仲裁员的选任，仲裁程序法的适用、仲裁实体法的适用，以及仲裁裁决的做出等事项。

德国仲裁程序改革的主要目的在于：通过显著提高该程序在实践上的可接受程度的程序改革来减轻司法负担。^[12]德国仲裁程序法修订草案中这样论述：“一个符合时代要求并与国际大环境相适应的（仲裁）法可以提高德意志联邦共和国作为国际仲裁地的声誉。此外，它还可以在解决国内争议方面推动仲裁得以广泛的适用，从而减轻法院的负担。”^[11]虽然目前还没有新法案实施后的实证数据，但由于新法符合了德国的经济社会的发展和国际潮流，其必将大大促进德国仲裁的发展，使德国仲裁在解决国内、国际争议方面发挥更大的作用。

二、德国 ADR 发展与英美的比较

从诉讼制度和诉讼文化上讲，作为大陆法系代表

的德国与作为英美法系代表的英国和美国有很大的差异，这种差异会对德国借鉴美国的 ADR 产生影响，但却并不会产生难以继受和移植的影响，而是发展模式和发展状态的不同。这也就使得德国发展 ADR 呈现出了自己的特点。

（一）发展 ADR 的法制基础不同

英美法系国家的民事诉讼采用对抗制模式，法官作为中立的第三方，只负责保障双方当事人平等地参与诉讼，其角色定位为消极的裁判者，而当事人才是整个诉讼程序的启动者、推动者和主导者。这种诉讼模式能较公平地解决当事人之间的争端，但由于是当事人更多地主导诉讼程序，所以其效率必然会大打折扣。诉讼“爆炸”、诉讼迟延、滥用发现程序等英美法系国家民事诉讼挥之不去的阴霾，即是由对抗制而引发。大陆法系国家的民事诉讼采用职权制模式，在诉讼中，是法官而非当事人主导着诉讼的进程，因此，民事审判的效率较高，而审判的公平性则相应地受到影响。长久以来，两大法系的国家均在不断地试图平衡公平与效率在司法中的比例，虽然两大法系之间彼此借鉴和相互融合的趋势不断加强，二者的对比性已不如从前那么强烈，但对抗制和职权制各自的特点以及进而引起的弊端仍然深厚。对抗制在司法效率上仍然差强人意，这也是英美法系国家诉讼迟延和诉讼成本高昂等弊端十分严重的原因所在。职权制在司法效率上确实比对抗制优越，但其忽视程序的弊端仍普遍存在，这也是大陆法系国家冤假错案相对较多的症结所在。

20 世纪下半叶，诉讼案件数量增多、诉讼迟延等问题成为世界性司法问题。但相比之下，英美法系国家比大陆法系国家面临更加严重的危机。从诉讼案件总量来看，美国联邦法院 1971 年为 126 145 起，1980 年为 189 778 起，1985 年则增加到 273 670 起，就案件增长率而言，在 1960~1975 年的 15 年间，案件增长率高达 106%，而且这种增长率还处于持续上升中。^[13]1996 年，在联邦法院提起诉讼的民事案件从 1960 年的 71 000 件上升到 269 999 件，增加近 3 倍。^[14]相比而言，德国的诉讼案件量虽然也增加，但却远没有美国的增长率高，其压力也就相对较小。在诉讼迟延问题上，2004 年，美国联邦地方法院一审民事案件的诉讼期间为 22.6 月，英国王座法庭的审理期间为 22.4 月，德国地方法院民事一审的审理期间则仅为 7.2 月。^[15]这一数据非常鲜明地显示出美国、英国与德国在诉讼迟延问题上的对比，表明了美国和英国在这一问题上面临着比德国更严峻的危机。

（二）发展 ADR 的目的不同

虽然德国在诉讼案件数量增多、诉讼迟延等问题上面临比英美更小的压力,但在美国率先发起ADR运动以后,也紧随其后发展ADR,个中原因,除了其确实面临一定的和英美同样的司法危机外,最主要的是看中ADR的诸多程序性优点。

第一,ADR解决纠纷具有很大的灵活性。ADR包含了数个不同的纠纷解决方法,如调解、仲裁、谈判等,当事人可以根据不同纠纷的性质和复杂程度选择不同的解决方法,甚至可以在一种方法不行后再选择另外的解决方法。

第二,降低诉讼成本。与诉讼程序相比,ADR的程序简单,其最主要的目标是快速解决纠纷,而不像诉讼那样非常注重程序,所以ADR的成本极低。在当前各国诉讼成本居高不下的情况下,这一优点对于当事人来讲尤为重要。

第三,缓解司法压力,有利于司法资源的优化配置。虽然德国没有出现像美国那样的“诉讼爆炸”现象,但ADR理论和实践的发展也必然能减轻司法压力,使有限的司法资源更好地运用到重大、疑难、复杂的案件上去,而不是一些简单的民事纠纷。

第四,克服诉讼的固有缺陷,快速解决纠纷。法律具有滞后性和僵化性等固有缺陷,典型的对抗制诉讼使纠纷解决表现出来的“要么全胜、要么全败”和“胜诉方全得”的局面。而ADR与诉讼相比,最大的优点就是其灵活和快捷,避免了诉讼的繁文缛节,在快速地解决纠纷的同时,也使双方当事人更易于接受解决方案。

第五,ADR的发展有利于多元化纠纷解决机制的完善。在一个社会中,如果仅有一种纠纷解决方式或出现一极独霸的局面,那么一旦诉讼本身出现障碍或纠纷主体因主客观原因不能诉讼时,不仅对纠纷当事人,甚至对整个社会都会产生难以估量的危害,而ADR程序则可以发挥调节器的作用。事实上,许多ADR程序在实效上已超过诉讼,从这个意义上讲,ADR的存在和发展对多元化纠纷解决机制的完善至关重要。

(三) 发展ADR的模式不同

与上两点相联系,正是因为德国面临的司法危机并不严峻,其民事司法仍有继续发展的空间,所以其发展ADR的状况并不急迫。这也就使得其发展ADR的动力没有英国和美国强烈,并最终造成了ADR发展的相对滞后。从某种意义上说,美国和英国发展ADR是为了生存,而德国发展ADR则仅是为了锦上添花的完善。

自20世纪70年代ADR运动在美国兴起以后,

ADR在美国的立法和司法实践中不断发展。1990年12月,美国制定了《民事司法改革法》,揭开了美国民事司法改革的大幕。为了解决美国民事司法面临的诉讼迟延、费用高昂等危机,该法采取了两大措施,其中之一就是发展ADR。同年,国会通过了《行政纠纷解决法》和《谈判型立法法》。1998年《ADR法》出台,该法要求每个联邦地区法院都要依据当地的规则建立自己的ADR项目,并要求诉讼当事人在每个案件中都应当考虑在一个合适的诉讼阶段使用ADR。在实践中,各种法院附设的ADR方式遍地开花,^[16]因此,在美国只有5%的案件真正进入审判程序,其余95%则在审判前就被判决了。由此可见美国ADR在纠纷解决中的强大能力,以致有美国学者指出可将“诉讼”作为“替代”,而将ADR作为“正常情况”。^[17]

在英国,虽然其发展ADR的模式是“大力发展,谨慎介入”,但英国《民事诉讼规则》是利用经济杠杆促使当事人自觉利用ADR的。即法院在作出有关诉讼费用的命令时,会考虑有关当事人是否提出和解要约,以及后续的和解成败的因素,各方在和解中的表现等情况。另外,法律援助资金也是这种经济杠杆的手段之一。以前,法律援助资金仅仅适用于诉讼中的当事人,当前,法律援助资金已扩大适用于调查、仲裁、早期中立评估、调解等ADR方法。^[18]英国学者预测,作为一个概念,ADR的时代已经到来。^[19]

而在德国,至今仍没有一部法律对ADR做出相对全面的规定,而仅是在某项具体的方式上有所建树,如仲裁制度,且在实践中,德国ADR解决纠纷的能力仍然十分有限。相比而言,德国ADR发展滞后的局面不言而喻。

参考文献:

- [1] [德]皮特·高特沃德. 民事司法改革:接近司法·成本·效率[C]//朱克曼. 危机中的民事司法. 傅郁林, 等译. 北京: 中国政法大学出版社, 2005: 223.
- [2] 齐珂. 德国ADR制度的新发展[N]. 人民法院报, 2010-10-29, (8).
- [3] 范愉. 非诉讼纠纷解决机制研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2000: 126.
- [4] 吴杰. 德国民事诉讼改革[C]//陈刚. 比较民事诉讼法(2000年卷). 北京: 中国人民大学出版社, 2001: 278.
- [5] 章武生, 张大海. 论德国的起诉前强制调解制度[J]. 法商研究, 2004(6): 126.
- [6] 德意志联邦共和国民事诉讼法[Z]. 谢怀栻, 译. 北京: 中国法制出版社, 2001: 68.

- [7] 邱星美.当代调解制度比较研究[J]. 比较法研究, 2009(4): 124.
- [8] Nadja Alexander and others. Mediation in Germany: The long and winding road [C]// Nadja Alexander. Global trends in mediation. New York: Kluwer Law International, 2006: 225, 227, 257.
- [9] 邵建东. 德国法学教育的改革与律师执业[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004: 152-153.
- [10] 张斌生. 仲裁法新论[M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2010: 345.
- [11] 孙珥. 德国仲裁立法改革[J]. 外国法译评, 1999(3): 80.
- [12] [德]奥特马·尧厄尼希. 民事诉讼法[M]. 周翠, 译. 北京: 法律出版社, 2003: 473, 474.
- [13] 汤维建. 美国民事司法制度与民事诉讼程序[M]. 北京: 中国法制出版社, 2001: 12-13.
- [14] [美]史蒂文·苏本,马格瑞特·伍. 美国民事诉讼的真谛[M]. 蔡彦敏, 等译. 北京: 法律出版社, 2002: 45.
- [15] 陈刚, 陶建国. 民事诉讼迟延的成因及对策之比较研究[C]// 陈刚. 比较民事诉讼法(第 7 卷). 北京: 中国法制出版社, 2008: 209-217.
- [16] 刘冬京, 徐文园. 对美国法院附设 ADR 的分析与借鉴[J]. 求索, 2012(7): 226.
- [17] [美]克里斯蒂娜·沃波鲁格. 替代诉讼的纠纷解决方式 (ADR) [J]. 河北法学, 1998(1): 58.
- [18] Karl Mackie, David Miles, William Marsh, etc. The ADR practice Guide: Commercial Dispute Resolution [M]. London: Tottel Publishing, 2005: 79.
- [19] Catherine Elliott and Frances Quinn. English Legal System [M]. Pearson Education Limited, 2000: 420.

Development and characteristics of German ADR

LUO Yongxing

(Center of Legal History, East China University of Politic and Law, Shanghai 200042, China)

Abstract: ADR has been accepted in many countries since it rose in the United States in 1970s, which becomes the important development trend in contemporary civil judicial dispute settlement mechanism. As a civil law country, Germany has also been concerned and began to develop ADR, but because of the special present judicial situation in Germany, the German ADR development presents different characteristics compared with the United States and the United Kingdom.

Key Words: Alternative Dispute Resolution; arbitration; mediation; characteristic

[编辑: 苏慧]