

替代性争议解决方式实践的比较分析

——澳大利亚和中国的启示

谢天馨

华东政法大学国际法学院, 上海

收稿日期: 2024年11月3日; 录用日期: 2024年11月28日; 发布日期: 2024年12月9日

摘要

本文通过比较分析澳大利亚和中国的替代性争议解决方式(ADR)实践, 探讨了两国在法律框架、司法实践和文化背景方面的异同。研究发现, 尽管两国都认识到ADR在改善司法救助和减少诉讼压力方面的重要性, 但在推广ADR的方式和程度上存在显著差异。澳大利亚采取鼓励性方法, 强调当事人自愿参与ADR, 而中国则更倾向于制度化和主动推广调解。文章还分析了法院、法官和律师在ADR中的不同角色, 以及在线争议解决(ODR)在两国的状况。研究指出, 两国在ADR实践中都面临平衡效率与公平、鼓励与强制之间的挑战, 未来可通过相互借鉴来完善各自的ADR体系。

关键词

替代性争议解决(ADR), 比较法研究, 司法实践, 在线争议解决(ODR)

Comparative Analysis of Alternative Dispute Resolution Practices

—Insights from Australia and China

Tianxin Xie

School of International Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Nov. 3rd, 2024; accepted: Nov. 28th, 2024; published: Dec. 9th, 2024

Abstract

This article explores the similarities and differences in legal frameworks, judicial practices and cultural backgrounds of Australia and China by comparatively analysing their alternative dispute resolution (ADR) practices. The study finds that although both countries recognise the importance of

文章引用: 谢天馨. 替代性争议解决方式实践的比较分析[J]. 争议解决, 2024, 10(12): 151-161.

DOI: 10.12677/ds.2024.1012489

ADR in improving access to justice and reducing litigation pressure, there are significant differences in the manner and extent to which ADR is promoted. Australia takes an encouraging approach, emphasising voluntary participation in ADR, while China prefers to institutionalise and proactively promote mediation. The article also analyses the different roles of courts, judges and lawyers in ADR, as well as the development of online dispute resolution (ODR) in both countries. The study points out that both countries are facing the challenges of balancing efficiency and fairness, encouragement and coercion in ADR practice, and that they can improve their respective ADR systems in the future by learning from each other.

Keywords

Alternative Dispute Resolution (ADR), Comparative Law Studies, Judicial Practice, Online Dispute Resolution (ODR)

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 导言

(一) 替代性争议解决方式(ADR)概述

非诉讼纠纷解决方式(Alternative Dispute Resolution, ADR)是指无需司法裁决即可解决纠纷的一系列程序。这个概念乍一看似乎极为宽泛,广义上说只要排除了诉讼的争议解决方式都可以包含在它的范畴之内。但是,基于是否具有法律效力、是否具有强制执行力、法律法规是否有明确规定等的不同,ADR 存在一些具体的划分和种类。常见的 ADR 程序包括调停、和解、仲裁和早期中立评估等[1]。ADR 旨在以高效率、高成本效益的冲突解决方法来帮助当事人解决冲突[2]。

自澳大利亚国家替代性争议解决咨询理事会(National Alternative Dispute Resolution Advisory Council, NADRAC)成立以来,ADR 的应用实例越来越多[2]。近几十年来,ADR 的使用已在许多民事纠纷领域显著扩大,包括家庭、商业、环境和劳动合同纠纷等[2]。消费者、律师和其他利益相关者等大量群体已然将 ADR 作为诉讼外各阶段解决争议的重要手段。

(二) 中澳民事司法制度介绍

由于,澳大利亚和中国的民事司法制度各具历史和文化特色,这也影响了两国的 ADR 方法。澳大利亚属于普通法系国家,设有联邦法院和州领地法院。自 20 世纪 90 年代以来,ADR 越来越多地融入澳大利亚民事司法体系,法院和法庭不仅有权将案件移交给 ADR,还应当将 ADR 作为一般性的诉讼前必要考虑程序[3]。

而中国的法律体系更接近大陆法系,法院结构依横向(不同地域)和纵向(法院级别)集中在全国最高人民法院之下。中国有着悠久的调解历史,自古以来就有“和谐”、“无讼”的历史文化与“和为贵”的哲学思想[4]。近几十年来,中国进行了大量改革,以推广 ADR,包括成立专门的《人民调解法》和仲裁委员会,加入国际公约¹等。人民调解委员会和人民调解员在社区一级的纠纷解决中发挥着重要作用。

尽管存在差异,但澳中两国在提供司法救助方面都面临着类似的挑战,这使得人们越来越关注 ADR 在更高效地解决争议方面的潜力。比较这两个国家与 ADR 相关的法律框架和判例法,可以为我们提供宝贵的启示。本文接下来将先对两国的法律框架进行简要分析,再深入研究 ADR 在实践中遇到的问题与两

¹ 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(新加坡调解公约)。

国的经验和启示，以望有所助益。

2. 法律框架与判例法比较

(一) 澳大利亚关于替代性争议解决机制的相关立法和规则概述

1) 联邦立法与州立法

澳大利亚在联邦和州两级都有全面的 ADR 法律框架。2011 年《民事纠纷解决法》(Civil Dispute Resolution Act 2011 (Cth), CDRA) 要求当事人在联邦法院启动诉讼程序之前必须采取真正的步骤解决纠纷，概述他们为解决纠纷所采取的步骤或未采取此类步骤的原因²。这意味着 ADR 措施成为了一个必要的前置程序与一般规则，当事人有义务采取“真正步骤”来考虑非诉讼手段³，并需要通过提交表格的形式来“显著性”的满足形式上的要求⁴。这体现了该法律对 ADR 程序明显的推广性质。需要注意的是，未提交真实步骤声明并不会使启动程序的申请等程序丧失效力，⁵但是法院有权在费用承担等问题上将这一情况纳入考虑⁶。此外，律师也有义务将提交真正步骤声明的要求告知他的客户并给予协助³，否则可能承担法律责任和相关费用⁶。

此外，2011 年《联邦法院规则》⁷也提倡使用 ADR。该规则要求当事人在诉讼的早期阶段就考虑 ADR，并允许法院在当事人同意或不同意的情况下将问题提交 ADR。

在州一级，2010 年《民事诉讼法》(维多利亚州)旨在促进以公正、高效和具有成本效益的方式解决民事纠纷⁸。该法授权法院将当事人转介至替代性争议解决程序，并发布命令促进替代性争议解决。新南威尔士州也颁布了类似的立法。⁹尽管这些立法可能遇到了一些时效上的阻碍，但是他们共同表明了澳大利亚对 ADR 的推广。

2) 历史实践和重要判决

历史上来看，1976 年《澳大利亚联邦法院法》规定，法官可以在未经当事人同意的情况下下令进行调解，但只有在当事人同意的情况下才能下令进行仲裁¹⁰。《1975 年家庭法》和《1999 年联邦治安法院法》中也有类似规定¹¹。

但是，自 2000 年以来，澳大利亚法院在这一点上似乎走得更远了。新南威尔士州法律直接规定，即使当事人不同意，法院也有权将民事诉讼提交调解¹²。这一规则后来扩展到澳大利亚所有法院³。这被理解为法院对当事人选择调解的强制性“建议”。由于法院作为裁判者的特殊地位，调解规则被真正推广为打破当事人之间僵局的一种手段，也是当事人解决争议的一种重要的诉讼替代方式。

比较法上具有里程碑意义的判决 *Dunnett v Railtrack* [2002] EWCA Civ 2003、*Hurst v Leeming* [2001] EWHC 1051 Ch 和 *Royal Bank of Canada Trust Corporation Ltd v Secretary of State for Defence* [2003] EWHC 1479 (Ch)¹³，都强调了替代性争议解决方式的重要性，以及无理拒绝调解的当事人可能承担的费用后果。然而，在 *Halsey v Milton Keynes General NHS Trust* [2004] EWCA (Civ) 576 一案中，上诉法院认为不存在

²Civil Dispute Resolution Act 2011 (Cth) s 4.

³Ibid, s 4.07 (Form 16-- Applicant's Genuine Steps Statement).

⁴Ibid, s 10(2).

⁵Ibid, ss 11-12.

⁶Ibid, ss 9, 12(2)-(3); *Superior IP International Pty Ltd v Ahern Fox Patent and Trade Mark Attorneys* [2012] FCA 282.

⁷Federal Court Rules 2011 (Cth) Rule 8.02.

⁸Civil Procedure Act 2010 (Vic); NADRAC (n 2) pp.39-42, 179.

⁹Civil Procedure Act 2005 (Nsw) part 2A.

¹⁰Federal Court of Australia Act 1976 (Cth) s 53A.

¹¹Family Law Act 1975 (Cth) s 13E, s 13C; *Federal Magistrates Court Act 1999* (Cth) s 34, s 35.

¹²Civil Procedure Act 2005 (Nsw) s 26.

¹³*Dunnett v Railtrack* [2002] EWCA Civ 2003; *Hurst v Leeming* [2001] EWHC 1051 Ch; *Royal Bank of Canada Trust Corporation Ltd v Secretary of State for Defence* [2003] EWHC 1479 (Ch); *Secretary of State for Defence* [2003] EWHC 1479 (Ch).

有利于调解的一般推定，法院无权命令进行调解¹⁴。这一判决后来受到前任首席大法官菲利普斯勋爵和首席大法官克拉克勋爵的批评，他们认为强制 ADR 并不违反 1998 年《人权法》第 6 条¹⁵，Halsey 在这一点上可能是错误的。

而在澳大利亚司法辖区，也有许多具有重要意义的判决。比如在 *Hancock v Hancock Prospecting Pty Limited*¹⁶ 中，法院认为合同中“any dispute under this deed”这一短语的字面意思是清晰而宽泛的，使得仲裁条款的效力能够扩及任何索赔争议，当然也包括有效性索赔¹⁷。正如埃德尔曼法官所说，合同中的仲裁条款应根据周围的情况来解释¹⁸。在 *Onslow Salt Pty Ltd v Buurabalayji Thalanyji Aboriginal Corporation* 中，合同中包含了一条“努力协商解决争议条款”和“专家意见条款”¹⁹，法院尊重当事人采用 ADR 解决争议的意图，在这些条款可以强制执行的情况下不会轻易批准一方当事人请求中止诉讼的申请²⁰。但法院同时认为在调解等善意谈判程序完成之前中止诉讼的请求也可以被批准，无论该善意谈判的结果能否对做出有约束力的裁决²¹，这些考虑可能涉及提交仲裁的问题可能是次要的²²或具有广泛的公共利益²³。在 *Hancock v Hancock Prospecting Pty Limited* 中，法院确定了对仲裁员提出异议的检验标准——客观上存在实际偏见的真实危险²⁴。这些案例反映了目前澳大利亚法律对 ADR 条款的两方面的态度——既尊重其存在，也不轻易认为既然存在 ADR 条款就完全排除诉讼的重要性和必要性。

(二) 与中国 ADR 法律框架和判例法的比较

目前，中国还没有关于 ADR 促进法。现有的立法规范主要集中在《人民调解法》《仲裁法》《民事诉讼法》²⁵等法律对多元化的纠纷解决机制进行规定。《人民调解法》规定了中国调解制度的整体框架，也是 ADR 在中国的主要体现措施。其规定“人民调解”的意思是指在村委员会、居委会等社区基层的位置设立人民调解委员会，以当事人自愿、平等为原则，通过说服、疏导等方法，促使当事人在平等协商基础上自愿达成调解协议，解决民间纠纷的活动，并受当地人民政府司法行政部门的指导²⁶。这些法条体现了《人民调解法》的社区性、人民性，但显然并不具有商事交易和行业调解的色彩。而《仲裁法》《民事诉讼法》则是《人民调解法》在这两个部分的有效补充。《仲裁法》对合同纠纷和其他财产权益的纠纷进行法律上的规定并赋予以强制执行力与法律拘束力²⁷；《民事诉讼法》第八章规定了调解程序，法院可以在当事人自愿的基础上对双方的纠纷进行调解，调解书经双方当事人签收后具有法律效力²⁸；同时将和解协议司法确认程序规定为特别程序²⁹；这些都弥补了《人民调解法》基本框架下对商事交易规范的不足。另一个重要的立法渊源是国际条约，中国加入了《新加坡公约》并正在进一步构建国际商事调解和和解制度。《新加坡公约》赋予了和解协议强制执行力，意图在于强化商事调解的独立救济功

¹⁴Halsey v Milton Keynes General NHS Trust [2004] EWCA (Civ) 576.

¹⁵Human Rights Act (1998) section 6.

¹⁶Hancock v Hancock Prospecting Pty Limited [2022] NSWSC 724.

¹⁷Rinehart & Anor v Hancock Prospecting Pty Ltd & Ors; Rinehart & Anor v Georgina Hope Rinehart & Ors [2019] HCA 13.

¹⁸Ibid.

¹⁹Onslow Salt Pty Ltd v Buurabalayji Thalanyji Aboriginal Corporation [2018] FCAFC 118, pp.10-14.

²⁰Ibid, p.19.

²¹Ibid, p.21.

²²Hancock Prospecting Pty Ltd v Rinehart [2017] FCAFC 170, pp.333-334.

²³Onslow Salt Pty Ltd (n 20) p.17.

²⁴Hancock v Hancock Prospecting Pty Limited [2022] NSWCA 152 (PM)6.

²⁵《中华人民共和国人民调解法》《中华人民共和国仲裁法》《中华人民共和国民事诉讼法》。

²⁶《中华人民共和国人民调解法》第 2 条、第 3 条、第 5 条、第 8 条。

²⁷《中华人民共和国仲裁法》第 62 至 64 条。

²⁸《中华人民共和国民事诉讼法》第 8 章。

²⁹《中华人民共和国民事诉讼法》第 194 至 195 条。

能,这也是对商事调解独立于诉讼的重要性的一种肯定。有趣的是,澳大利亚也于2021年签署了该条约。

从历史上来说,中国历来强调调解作为纠纷解决机制的重要性。ADR在社会中也主要被理解为社会调解的模式[5]。比如西方学者曾将20世纪80年代以前的调解称为“毛泽东时代的调解”。这一时代中国法制并不健全,但社会调解空前发达和成功[6]。这突出体现调解作为ADR重要手段的政治化功能,即使不存在体系化成文法律体系,但却能够代替诉讼承担社会调整和纠纷解决的重要职能。80年代之后的中国调解具有法制和调解并存的特点,社区司法的概念弱化,中国的调解制度进入了转型期。然而近年来,中国最高人民法院和司法部出台《关于充分发挥人民调解基础性作用推进诉源治理的意见》[7],中国各省也相继出台各种多元化纠纷解决机制的地方性法规³⁰。中国强调ADR等非诉讼纠纷解决机制在矛盾纠纷预防化解中的基础性作用,推进诉源治理尝试从源头上减少诉讼增量。中国推崇“发动和依靠群众,坚持矛盾不上交,就地解决”的“枫桥经验”[8]。中国党中央在政策角度上强调把问题解决在基层、化解在萌芽状态的重要性,从一种灵活的法治观的角度强调对人民群众矛盾的化解,维护和谐的社会秩序,从而实现规则之治的本身。

在陈艳军等诉浙江杭萧钢构案中,陈艳军等127人先后以上市公司在信息披露方面有误导性陈述为由向杭州市中级人民法院提起诉讼³¹。由于该案原告众多、利益牵涉面广、社会影响大,法官在受案之初便对127件案件整体考虑和处理。法院先后多次做双方当事人调解工作,释法明理,既使杭萧钢构对其行为的法律后果及法律责任有了正确的认识;也使原告充分认识股市投资行为本身存在的风险,逐步引导原告调整过高的诉讼期望值。杭州中院准确把握形势和案情,正确选择优先调解的审判方法,成功调解结案实现了债权最大限度的保护。100多位受损股民获得了高达82%比例的现金赔偿并最终赔付到位,充分发挥了调解一揽子化解全部纠纷的优势。

这些上述法律、法规、会议纪要和精神体现了中国在以《人民调解法》为主体法律框架的同时,以《仲裁法》《民事诉讼法》为重要补充,同时包含许多地方性法规和政策纲领、经验,以多方面的角度强调ADR中尤其是调解对中国社会和谐稳定的重要性,这些都是具有中国特色之处。

3. 法院、法官和律师在ADR中的作用

(一) 中澳两国法院、法官和律师在ADR中的作用比较

在澳大利亚和中国,法院、法官和律师在促进ADR进程中发挥着重要但不同的作用。

1) 法院

首先,在法院层面。澳大利亚,联邦立法授权法院有权将案件移交给调停、调解和仲裁等非诉讼纠纷解决程序,甚至在某些情况下无需征得当事人的同意[2]。法官可以命令当事人参加ADR,并在当事人无理拒绝的情况下做出不利于当事人的费用命令[2]。然而,法官一般不直接主持ADR[2],也并不会优先考虑调解;并不存在强制性的法律要求法官优先考虑ADR。

而在中国,法院在进行调解方面发挥着更直接的作用。在民商事审判中约有60%的案件属于调解结案[9]。中国要求各级人民法院建立以调解为主的多元化纠纷解决机制,调解是法院在诉讼前应优先尝试的方法并具有主导性作用。即使是在诉讼中,仍然保留着调解结案的通道。法官积极引导和鼓励当事人采取司法调解的方式解决纠纷。

³⁰ 《关于充分发挥人民调解基础性作用推进诉源治理的意见》,司发〔2023〕1号,2023年09月27日发布;《最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》,法发〔2016〕14号2016年6月28日发布;《厦门经济特区多元化纠纷解决机制促进条例》,2015年5月1日起施行;《山东省多元化解纠纷促进条例》,2016年10月1日起施行;《福建省多元化解纠纷条例》,2018年1月1日起施行;《上海市促进多元化解矛盾纠纷条例》,2021年5月1日起施行。

³¹ 陈艳军等诉浙江杭萧钢构股份有限公司证券市场虚假陈述赔偿纠纷系列案,浙江省杭州市中级人民法院(2007)杭民二初字第133号民事判决书。

2) 法官

其次，就法官的主动性而言。在中澳两种制度中，法官都可以担任调解人，但这种做法在中国似乎更为成熟和被接受。中国法官经常亲自主持调解，而在澳大利亚，司法调解受到更多限制，也更有争议。人们对法官担任调解员的适当性、调解过程的保密性、可能存在的偏见以及任何和解的自愿性质表示担忧[10]。此外，澳大利亚实务界普遍认为在进行司法调解时，法官兼调解员不应主持任何最终审判[2]。

3) 律师

再次，对于律师来说。在澳大利亚，虽然律师必须告知客户有关 ADR 的选择，但从根本上讲，他们仍是客户合法权益的代言人。一些澳大利亚评论家认为，律师在接受 ADR 方面进展缓慢，其方法仍充满了对抗性[2]。

而在中国，律师有法律义务向客户强调调解等结案方式，其被视为多元化纠纷解决体系的一部分，并以维持社会稳定为重要原则。与澳大利亚律师相比，中国律师在调解过程中发挥的作用较为有限，而中国法官在这一阶段则更为积极。

(二) 审查法院、法官和律师如何促进 ADR 程序

1) 中国

中国法院设立了调解室，并鼓励法官在审理案件时当场进行调解。法官会积极说服当事人和解的好处，并尽可能通过调解解决案件。调解过程与诉讼过程紧密结合，即“诉讼中的调解”，使得两个程序之间在法律上可以随时转换和兼容。正如陈艳军案中，法官对双方当事人进行了法理释明，这也是调解程序区别于诉讼的优势所在。

对于中国律师来说，他们从一开始就会积极向客户宣传调解等非诉讼争议解决方式。《律师法》要求律师按照委托人的要求参加调解³²。在调解和和解过程中，律师应当协助当事人采取调解而非对抗的方式来解决争议。

2) 澳大利亚

在澳大利亚，法院和法官促进替代性争议解决的形式通常是将适当的案件转介给调解[10]。为了确定和缩小争议问题的范围，澳大利亚法院越来越多地使用 ADR 技术，如案件管理会议、早期中立评估、对抗性较弱的审判以及同时提供专家证据等[2]。澳大利亚的一些法院，如联邦法院，有训练有素的书记官进行调解；而在法官进行调解的情况下，他们有达到与其他调解员相同的认证标准的义务[2]。然而，司法调解仍然存在一些争议，使其并不像在中国那么普遍。司法部门似乎不太愿意直接参与调解过程本身。

澳大利亚律师根据法律和专业指南的要求，通过向客户提供有关 ADR 选项的建议，为 ADR 提供便利[2]。在调解过程中，他们会协助客户，但也有人担心律师会主导调解过程或采取过度对抗的方式。

(三) 两国在 ADR 方法或重点方面的差异

一个关键的区别是，调解在中国法院系统中的制度化程度更高，而澳大利亚法院则更多地依赖于外部 ADR 服务的转介。这反映了两国不同的法律传统。澳大利亚的普通法传统更注重个人权利和对抗性程序[11]。

中国的法律体系是由儒家传统形成的，强调社会和谐、道德劝导和自上而下的家长制[4]。庞大的人口数量给中国基层法院带来了巨大压力。诉讼被视为保护个人权利的最后手段，尽管会破坏社会和谐。这种文化背景有助于解释为什么调解被大力推广为解决争端的首选方法。

中国的非诉讼纠纷解决方式也反映了国家维护社会稳定、避免纠纷升级的愿望。“富强、民主、文明、和谐”是中国社会主义现代化国家在国家层面的建设目标[12]。法院和法官在调解案件中发挥积极作

³² 《中华人民共和国律师法》第 28-29 条。

用，是国家促进和谐、化解矛盾的臂膀。调解与诉讼的结合使国家能够保持对争端解决过程的控制。

相比之下，澳大利亚的普通法传统高度重视个人权利、程序公正和法治^[10]。尽管 ADR 取得了长足的进步，但它仍常常被视为诉讼规范的替代品。澳大利亚对 ADR 的态度反映了对国家作用的一种更为自由的想法。虽然法院鼓励并促进 ADR，但与中国法院相比，他们并没有以同样具有指导意义的方式积极促进和解。他们更关注当事人选择 ADR 程序的自愿性，避免出现任何程序“胁迫”或“强制”的可能性。

这一点也反映了两国对 ADR 程序司法介入的程度的不同观点。中国法官采取高度干预的方式，既充当调解人又是裁决人。相比之下，澳大利亚法官则更多地将 ADR 与判决分开，以试图维护程序公正和公众对法院的信心。然而这些不同的出发点也就解释了为什么中国法官在调解纠纷时更多地扮演干预者的角色，而澳大利亚法官则更多地扮演介绍者和促进者的角色。

不过，这两种制度都日益认识到 ADR 在减少法院工作量和提供灵活、由当事人驱动的解决方案方面的好处。近几十年来，中国的法律体系更加强调依法裁判³³，而澳大利亚的法律体系则在更大程度上接受了非诉讼纠纷解决方式。在法院下令进行 ADR 的权力、要求尝试 ADR 的诉前协议以及确保调解员能力的认证制度等实践方面，双方的做法日益趋同并互相借鉴。可以看到 ADR 领域立法的共同目标是兼顾好个人权利、效率与社会和谐的平衡。所以，尽管澳中两国的法院、法官和律师促进非诉讼纠纷解决的方式各不相同，但两国都在利用非诉讼纠纷解决来改善民事司法救助。这些司法管辖区之间继续分享最佳实践，可进一步促进 ADR 的有效使用。

4. 诉讼中的妥协是鼓励还是强迫

（一）评估澳大利亚是鼓励还是强迫在非诉讼解决方式中达成诉讼妥协

本部分将从澳大利亚和中国在相关立法以及法院在关键案件中如何解释和适用该立法的角度，评估两国法律制度是鼓励还是强迫在当事人 ADR 中达成妥协。

首先，澳大利亚民事纠纷解决法要求当事人在澳大利亚联邦法院或联邦巡回法院提起某些民事诉讼之前必须采取“真正的步骤”解决纠纷³⁴。值得注意的是，要求采取的是“真正的步骤”，而不一定是达成妥协或和解的结果。法院在行使其权力时，包括在判定费用时，可能会考虑到一方当事人未能采取“真正措施”的情况³⁵，但这并不是强制妥协。从立法上看，澳大利亚维护了当事人选择 ADR 还是诉讼程序的自愿性。

在 *Onslow Salt Pty Ltd v Buurabalayji Thalanyji Aboriginal Corporation* 案中，联邦法院合议庭审理了一起合同要求当事人在诉讼前进行某些非诉讼解决程序的案件³⁶。法院尊重当事人使用非诉讼解决程序的协议，但也承认即使是要求“真诚谈判”的条款也不一定会强制达成和解。法院认为，如果 ADR 程序“不适合”争议，例如不允许进行必要的事实调查和证据收集，则可以拒绝中止诉讼³⁷。

相比之下，最近的 *Hancock v Hancock Prospecting Pty Limited* [2022] NSWSC 724³⁸ 案表明，法院在要求当事人遵守仲裁协议方面采取了更坚定的态度。原告 Hancock and Rinehart 质疑首席仲裁员 Martin 的独立性和公正性，但《示范法》规定仅当出现实际的偏见危险才适用回避规定³⁹。这反过来印证了一个隐含的前提：仲裁条款在无例外情况下应当被遵守和执行。

³³ 《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》，2022 年 10 月 16 日中国共产党第二十次全国代表大会会议报告。

³⁴ CDRA (n 2) s 4.

³⁵ Ibid, s 11-12.

³⁶ Onslow Salt Pty Ltd (n 20) paragraph 10.

³⁷ Ibid, p 18-21.

³⁸ Hancock (n 17).

³⁹ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1994 art 12; Commercial Arbitration Act 2011 (Vic) Sec 12.

因此，澳大利亚的做法似乎是鼓励妥协并在适当的时候使用 ADR，但不会以损害诉讼权利的方式强制使用 ADR。正如维多利亚最高法院首席大法官玛丽莲·沃伦认为，虽然司法调解可能有效，但应谨慎对待，以保持公众对司法机构公正性的信心[10][13]。当事人必须采取“真正的步骤”来解决争议，但法院保留自由裁量权是否拒绝中止诉讼等。

(二) 与中国做法的比较

其次，中国民事诉讼法规定，调解必须遵守自愿原则，任何组织和个人都不能强迫当事人进行调解⁴⁰。当事人在调解过程中有权接受调解也同样有权拒绝或要求终止调解⁴¹。即使当调解书制作完成后，当事人在签收前依然有权进行“反悔”⁴²。从立法上看，中国同样是鼓励当事人双方在 ADR 中达成妥协。这点在当事人的“反悔权”上体现得尤为明显，因为其容许当事人在脱离调解环境后进行深思熟虑，充分体现意思自治和自愿原则。

但是在司法实践中，由于现实司法资源的紧张和中国传统文化“和为贵”的儒家思想的影响，中国法院和法官被要求优先考虑调解的方法，并积极鼓励当事人在诉诸判决前通过司法调解解决争议，更遑论依照《人民调解法》成立的社区人民调解委员会在诉前的化解纠纷功能与对妥协的促进。相比于澳大利亚要求采取“真正步骤”的做法，中国在法律实践上强调先调解后诉讼的制度化做法更强调妥协。无论是庭内还是庭外，还是从调解结案率的角度看，调解无疑在中国司法体系中占据极为重要的地位[14]。

一个有趣的例子是厦门立德置业管理有限公司诉江群如物权确权纠纷案。江群如作为立德置业的员工代替弃权客户参加“中秋节博饼大赛”并“博得”第一名获奖两辆轿车，立德置业遂提起诉讼要求确认这两辆轿车属于公司财产⁴³。该案涉及执行法律规定和民俗习惯的冲突问题，由于审判实践并无先例，社会舆论关注度高，法院审判压力极大。最终法院通过召开司法论坛研究风俗习惯法并将庭前证据交换和庭审的过程主动进行公开并引导媒体舆论，以调解的方法结案：两辆车归公司所有，但公司同时将一辆车“奖励”给江群如并支付所有税费。

这个案件的处理结果体现了一定的中国智慧。这表明中国的法院系统不仅鼓励调解，而且积极主动地促进调解，并将成功的妥协作为积极的范例。但是，法院这种极为“积极主动”的处理方法模糊了双方当事人之间的对抗性，似乎有第三方势力存在于双方当事人的诉讼程序中并“无时无刻”不在施加着程序选择上的“压力”。虽然这类调解表面上看是自愿的，但其制度化的性质及其营造的氛围造成了一种对妥协的期望和压力，对妥协是强迫还是鼓励已然存在模糊。这显然与澳大利亚的做法截然不同。

(三) 讨论在 ADR 中鼓励或强制妥协的影响

澳大利亚在 ADR 中鼓励妥协但不强迫妥协的做法有利有弊。一方面，它保留了当事人的自主权以及在 ADR 失败时提起诉讼的权利。这对维护法治非常重要，并能更有力地激励当事人真诚地参与 ADR，因为他们知道自己不会被强迫达成不公平的和解。然而，仅仅鼓励 ADR 也有局限性。如果不能充分激励各方妥协，那么 ADR 程序在实际解决争议和减少法院案件数量方面的效果可能会大打折扣。此外，资源更充足的当事人总是有可能利用诉讼威胁向对方施压，迫使其达成不利的和解。

与澳大利亚不同的是，中国将调解制度化并高度重视调解的做法，使得大量纠纷在庭外得到解决。这减轻了法院系统的负担，提高了效率。法官积极推动和参与调解从这个角度看也有助于解决当事人之间的“资源失衡”问题。但是，如上所述，出于对权威的敬畏或避免“不和谐”的愿望，当事人可能会感到有压力，即使他们对条款并不完全满意，也要达成和解。中国司法实践中对妥协的一味强调可能会以

⁴⁰ 《中华人民共和国民事诉讼法》第 93 条、第 96 条。

⁴¹ 《中华人民共和国人民调解法》第 3 条、第 23 条。

⁴² 《中华人民共和国民事诉讼法》第 97 条。

⁴³ 厦门立德置业管理有限公司诉江群如物权确权纠纷案，福建省厦门市海沧区人民法院(2009)海民初字第 1969 号民事判决书。

牺牲个人权利为代价。

澳大利亚和中国都鼓励在 ADR 中达成当事人妥协,但程度大不相同。澳大利亚的“真正步骤”要求和对 ADR 条款的维护在保留诉讼权利的同时促进了当事人妥协。中国的制度化调解体系更积极主动地促进和推动当事人妥协,但对当事人的自主权有潜在风险。理想的方法可能介于两者之间,为 ADR 提供强有力的激励和支持,但仍要确保它是当事人有意义的选择,而不是强制程序。这一平衡点能最大限度地发挥 ADR 在改善司法救助方面的益处。

5. 网上争议解决

数字技术的发展为通过在线平台和程序(ODR)替代性争议解决开辟了新的可能性。近年来,澳中两国的在线争议解决均有所增长,但两国使用在线争议解决的性质和程度有所不同。

(一) 澳大利亚

首先,在澳大利亚,ODR 被视为 ADR 领域的重要补充,是克服争议解决障碍的重要工具^[15]。各行各业都在使用网上解决争议,包括消费者争议、家庭法律事务以及监察员计划和行业赞助的解决平台^[15]。澳大利亚政府对扩大网上解决的使用范围表现出了兴趣。例如,民事司法委员会建议联邦法院开展网上解决试点,作为政府和其他机构未来网上解决举措的范例^[15]。如在 *National Australia Bank Ltd v Freeman* 案中反映的那样,一些调解协议本身完全有效且可强制执行的⁴⁴。如果这份协议是通过 ODR 做出的,似乎也没有理由仅仅由于调解协议的出处“不同寻常”而即拒绝对其的执行,调解协议本身才应当是关注的重点。

尽管有许多优点,ODR 相比传统的 ADR 和诉讼的纠纷解决模式还有一些缺点并受到了许多的质疑。批评者认为这是由于在线的形式抹去了语境和上下文,可能会加深双方的误会与隔阂;他们对正当程序以及这些高度数字化系统中缺乏面对面互动表示担忧^[15]。虽然这种方法极大便利了处于偏远地区的当事人双方的沟通与获取司法资源,但是,跨法域的纠纷产生的法律问题和可执行性问题同样难以解决。不过本文认为,跨法域问题并非是 ODR 所带来的而是案件本身蕴含的难题。ODR 作为技术上的便利手段和 ADR 的组成部分,正在发挥越来越大的作用。

(二) 中国

其次,在中国,网上解决争议近年来发展迅速,尤其是在解决电子商务和互联网相关争议方面。淘宝、滴滴等大型网购和服务平台都开发了自己的网上解决争议系统,以处理大量的消费者投诉和争议^[16]。政府积极推动“互联网法院”的发展,旨在将某些类型的网络纠纷的诉讼程序完全数字化,依法审理各种“新型网络案件”。2017 年以来,杭州、北京和广州相继成立了互联网法院⁴⁵。

与澳大利亚相比,中国的网上解决方式似乎更具扩展性,对传统法院程序更具“颠覆性”。中国非常注重智能自动化,互联网法院利用区块链和人工智能等技术提高效率^[17]。与澳大利亚一样,弱势群体公平使用网上解决平台被认为是一个需要进一步关注的重要问题。互联网法院在该方面具有明显的商事贸易纠纷解决的性质,对民事纠纷尤其是弱势群体的法律保护似乎不够到位,全国仅仅三处互联网法院的设立凸显了司法资源的紧张。针对该点,中国各基层人民法院采取了“互联网+纠纷解决”的创新方式,建立各自的在线调解平台^[18]。例如,浙江省法院建设了整体化的在线矛盾纠纷多元化解平台并设计了矛盾纠纷分层过滤化解机制,在高调解成功率的同时解决了大量纠纷^[19]。

总之,网上解决争议在澳中两国都是一个 ADR 中的一个新兴领域,具有重要的意义和良好的发展前景。澳大利亚采取了一种更为渐进的方法,强调网上解决争议需要补充和改善现有争议解决途径。而中

⁴⁴*National Australia Bank Ltd v Freeman* [2000] QSC 295, [80].

⁴⁵《最高人民法院印发《关于增设北京互联网法院、广州互联网法院的方案》的通知》,法[2018] 216 号,2018 年 8 月 9 日发布。

国已经开始了一项雄心勃勃的计划,即通过互联网法院将网上争议的整个法院程序数字化。对两国来说挑战大多都在于如何确保网上争议解决平台的可及性(尤其是对于弱势群体)、公平性(主要是程序上的公平)和对不同当事人的争议解决程序需求的匹配。本文认为一个共识应当是程序的选择不具有终局性。即使一开始选择了 ODR 进行调解,随着案情的发展和法院的发现,应当允许当事人申请程序变更的通道存在。

6. 结论

通过对澳中两国有关非诉讼纠纷解决方式的法律框架、实践和判例法的比较分析,可以发现了两国在此方面的相似之处和不同之处。虽然两国都认识到非诉讼纠纷解决方式在改善司法救助和减少法院案件数量方面的重要性,但在鼓励甚至强制采用非诉讼纠纷解决方式的程度上却存在很大差异。

澳大利亚的法律体系鼓励当事人在开始诉讼前采取真正的措施通过 ADR 解决争议,但并不强制要求和解。法院尊重 ADR 协议,但保留酌情允许诉讼继续进行的自由裁量权。重点在于促进自愿的、由当事人驱动的解决方案。

相比之下,受中国法律传统和司法实践案件压力巨大的影响,中国的 ADR 方法更具指导性。调解被大量制度化,并被作为首选的争议解决方式加以推广。法院和法官在引导当事人达成和解方面发挥着积极作用,有时甚至模糊了鼓励与强制之间的界限。尽管存在这些差异,但两国都在努力解决类似的问题,包括法院、法官和律师在 ADR 中各自发挥作用、确保程序公正,以及迎接在线纠纷解决方式所带来的挑战和机遇。澳中两国在不断完善其 ADR 体系的过程中,可以相互借鉴很多东西。

归根结底,关键是要在 ADR 的益处与维护当事人可以诉诸司法裁决的程序之间取得恰当的平衡。虽然 ADR 应得到鼓励和支持,但至关重要,它仍应是当事人的选择,而不是一种强制程序。

参考文献

- [1] National Alternative Dispute Resolution Advisory Council (2003) Dispute Resolution Terms: The Use of Terms in (Alternative) Dispute Resolution. Australian Government Attorney-General's Department. <https://www.ag.gov.au/legal-system/alternative-dispute-resolution>
- [2] Ojelabi, L.A. and Noone, M.A. (2018) ADR Processes: Connections between Purpose, Values, Ethics and Justice. *Law in Context. A Socio-Legal Journal*, 35, 1-138. <https://doi.org/10.26826/law-in-context.v35i1.29>
- [3] Bergin, P.A. (2013) The Objectives, Scope and Focus of Mediation Legislation in Australia. *Journal of Civil Litigation and Practice*, 49, 1-5.
- [4] 熊浩. 论中国调解法律规制模式的转型[J]. 法商研究, 2018, 35(3): 115-125.
- [5] 周建华. 中国调解立法整合的范畴与体系[J]. 商事仲裁与调解, 2024(1): 38-58.
- [6] 范愉. 当代中国 ADR 的发展[EB/OL]. 中国民商法律网. <http://old.civillaw.com.cn/Article/default.asp?id=14267#m1>, 2024-12-03.
- [7] 龙飞. 多元化纠纷解决机制立法的定位与路径思考——以四个地方条例的比较为视角[J]. 华东政法大学学报, 2018, 21(3): 107-116.
- [8] 胡铭, 王梓帆. “枫桥经验”与诉源治理法治化[J]. 南都学坛, 2024, 44(3): 9-16.
- [9] 中共江苏省委新闻网. 最高法: 2022 年诉前调解成功 895 万件同比增长 46.6% [EB/OL]. https://www.zgjssw.gov.cn/yaowen/202302/t20230216_7830257.shtml, 2024-12-03.
- [10] Field, I. (2011) Judicial Mediation the Judicial Process and Ch III of the Constitution. *Australian Dispute Resolution Journal*, 72, 72-83.
- [11] Genn, H. (2009) Judging Civil Justice. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/cbo9781139192378>
- [12] 人民网. 深刻理解社会主义核心价值观的内涵和意义[EB/OL]. <http://theory.people.com.cn/n/2013/0522/c40531-21565926.html>, 2024-12-03.
- [13] Warren, M. (2010) Should Judges be Mediators? Monash University.

- [14] 宋阳, 孙雪东. 人民法院调解工作的价值、意义及其作用刍议[EB/OL].
<https://www.chinacourt.org/article/detail/2010/08/id/423754.shtml#:~:text=%E7%AC%AC%E4%B8%80%E5%BC%8C%E6%B3%95%E9%99%A2%E8%B0%83%E8%A7%A3%E6%98%AF,%E7%8E%87%E6%8D%AE%E4%B8%BB%E5%AF%BC%E6%80%A7%E5%9C%B0%E4%BD%8D%E3%80%82>, 2024-12-03.
- [15] Stefan, R. and Lancy, M. (2016) ADR and Technology. *Australian Dispute Resolution Journal*, **168**, 173-175.
- [16] Zheng, J. (2016) The Role of ODR in Resolving Electronic Commerce Disputes in China. *International Journal on Online Dispute Resolution*, **3**, 41-68. <https://doi.org/10.5553/ijodr/235250022016003001006>
- [17] Shi, C., Sourdin, T. and Li, B. (2021) The Smart Court—A New Pathway to Justice in China? *International Journal for Court Administration*, **12**, 1-19. <https://doi.org/10.36745/ijca.367>
- [18] 周瑞平, 方龙彪. 多元解纷“马鞍山经验”再进阶[EB/OL].
<http://www.chinatrial.net.cn/magazineinfo1216.html>, 2024-12-03.
- [19] 王俏. 多元解纷: 从“枫桥经验”到“互联网+” [EB/OL].
<https://www.chinacourt.org/article/detail/2019/03/id/3748512.shtml#:~:text=%E5%85%9A%E7%9A%84%E5%8D%81%E5%85%AB%E5%B1%8A%E5%9B%9B%E4%B8%AD%E5%85%A8%E4%BC%9A%E5%AF%B9%E6%8E%A8%E8%BF%9B%E5%A4%9A%E5%85%83%E5%8C%96%E7%BA%A0%E7%BA%B7%E8%A7%A3%E5%86%B3%E6%9C%BA%E5%88%B6%E6%94%B9%E9%9D%A9%E4%BD%9C%E5%87%BA%E9%87%8D%E8%A6%81%E9%25>, 2024-12-03.