

■ 国际法

论美国替代性争议解决方式中的调解

沈 松¹, 郭明磊²

- (1. 招商局 地产控股股份有限公司, 广东 深圳 518000;
2. 武汉大学 国际法研究所, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 沈 松(1965-), 男, 广东深圳人, 招商局地产控股股份有限公司企业管理部总监, 主要从事民商法学研究; 郭明磊(1973-), 男, 湖北襄樊人, 武汉大学国际法研究所博士生, 主要从事国际私法学研究。

[摘 要] 调解是替代性争议解决方式的重要方式, 调解在美国获得了成功并且适用范围不断扩大。其中最为重要的原因就是对调解的保密性问题做出了较好的规定, 这些均对于我国调解制度的现代化具有重要的意义。

[关键词] 调解; 适用范围; 保密性

[中图分类号] DF97 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2004)06-0849-04

调解是最具有文化特色的替代性争议解决方法。由于中国是调解历史传统最为悠久的国家, 中国的传统儒家文化对调解影响深远, 因此调解也被誉为“东方经验”。西方调解自 1789 年由挪威首创, 接着丹麦及北欧等国也相继效仿, 并且取得了良好的实践成果。美国的调解始于 19 世纪住在美国北达卡塔州的北欧人后裔的实践, 但开始并未取得成功, 后来俄亥俄州的“克里普兰市”的都市法院设立调解分部, 对部分民事案件进行调解, 结果证明非常成功, 调解制度也在美国逐步盛行起来。目前, 调解作为替代争议解决方法, 在几乎所有的争议解决中得到广泛运用, 并且与其它争议解决方法相互融合, 形成了一些形式全新的调解形式。本文主要结合美国的实践对调解涉及的法律问题进行研究, 以便对完善中国的相关制度起到借鉴作用。

一、调解的适用与特征

调解是指争议当事人在共同选择的中立第三者的帮助下, 在谈判中就争议的问题相互妥协与让步, 以达成协议解决争议的方法。调解在美国的发展非常迅速, 适用范围也逐步扩大。

最初, 调解只在处理国际争议和劳资争议中使用, 在美国律师协会的推动下, 调解逐渐用来解决小型争议。如 1921 年北达卡塔州的调解法规定, 调解解决的事项有:

(1) 对美金 200 元以下事项试行调解;

(2) 调解为起诉前之必要程序, 当事人如属无业者, 则采取调解之证明书制度, 不得起诉。明尼苏达州 1917 年在密尼亚波里斯都市法院的调解法院则管辖美金 1000 元以下的案件等。

近年来, 调解解决争议范围进一步扩大: 首先是有关消费者权益保护, 租佃关系的民事争议和小型的刑事案件^[1] (P. 61-67), 并且逐步在商业企业设立的消费者投诉机构、监狱、学校等其它机构中得到运用。其次是特定类型的较大争议, 主要包括两类: 一类是种族冲突引发的争议和环境争议, 这类争议涉

及社会集团和个人的复杂利益关系,法院的胜负判决很难兼顾各方利益;另一类是婚姻家庭关系争议,如离婚与儿童监护。美国有很多这方面的成文法鼓励调解的使用。如加利福尼亚州的法律规定离婚案中涉及子女监护的争议在诉讼前要进行调解。新墨西哥州 1993 年 7 月 1 日生效的一项法律规定,有关儿童监护争议除涉及家庭暴力与虐待儿童外都能调解,弗吉尼亚州 1993 年通过新的法规,规定法官可以自由决定有关婚姻、抚养费、财产分配、子女抚养等争议是否调解。第三类是特定当事人之间的争议。这类争议的当事人往往相互依赖,关系复杂,实力对等,并且他们不希望破坏彼此之间的长期合作关系,这类争议主要是商业公司之间以及保险方面的争议,也适于调解解决。CPR 等调解服务机构还有专门的商事调解示范规则^[2](P. 1 \ 7)。

一般认为,调解具有下列特征:(1)调解方法被视作一种有第三方干预的帮助性谈判。因此,调解员的主要角色包括帮助当事人做出决定,调解员倡议、维持和挽救谈判。(2)调解员具有中立性,不得偏袒任何一方,这要求调解员或者处于当事人所争议的利益之外,或者虽然与所争议的利益有联系,但处在一个形式上中立的位置。(3)从调解的过程看,调解一般没有正式的程序规则,调解员和双方当事人的交流不受程序的限制。尽管有些提供调解的服务机构有调解规则,但这些规则只是规定了参与调解的各方当事人的责任,并未就程序的进行做出具体规定。(4)调解具有保密性的特点,因为调解要求双方当事人就实质问题进行协商和妥协,而这是以双方当事人进行坦率的交流为前提的,为了保护这种交流,使当事人不必为自己在调解中所作的陈述甚至自认成为在法庭上反对自己的证据,调解规则都规定了保密性的要求。

二、调解中的保密性问题

由于调解是不具有约束力的程序,在调解失败后,当事人还会求助于其它程序特别是诉讼解决争议。这就会产生一个问题,即调解中披露出来信息和获得的当事人的自认是否可在以后的裁判程序中作为证据使用。为了使调解程序免受不利影响,使调解中有关争议的实质性部分的讨论交流受到保护,调解的保密性问题成为了一个需要关注的重要问题。根据美国的实践,调解的保密性问题主要有以下几种情况。

(一)后续程序中的保密性问题

当调解员没有解决当事人之间的争议时,在随之而来的民事诉讼程序中,如果被告律师在交叉询问中就原告在调解中所作的自认提问,则据加州、马萨诸塞州、佛州等州的法律规定,调解中的和解提议和自认在民事程序中是不能接受的,除非案件是离婚案或是有关劳动争议的案件,其理由是:保密保护的核心目的是允许当事人自由公开讨论他们的争议,其所作的各种陈述不会用来作为反对自己的证据。在美国,几乎所有的州都有这样的共识,即通过社会的调解解决争议所体现的利益,高于把全部证据呈交法庭而获的公共利益^[3](P. 223)。但是,有两项例外:

第一项例外是在仲裁程序中,调解中当事人所作的自认是可以被仲裁员接受的。因为对仲裁员并没有严格遵循证据规则的要求,所以排除任何潜在的证据都会使仲裁裁决因拒绝所有实质性证据而被撤销。新加利福尼亚证据法也特别提到调解中的自认陈述在仲裁程序中的可接受性。它规定:为调解目的而做出的任何言词证据或自认,或者在调解过程中做出的自认,都是不可接受的或不适于证据开示这一规定,不适用于仲裁程序、行政程序、民权诉讼或其它根据法律证据能被强制开示的程序。俄勒冈州、佛罗里达州的法律也有类似的规定。

实践中,很多仲裁员宁愿适用“特权法(privilege law)”,而不适用排除规则去排除仲裁中的证据。主要原因是仲裁员在排除有关证据时,乃是基于法院也要考虑特权法规定所涉及的公共政策理由,但如果是基于排除规则而拒绝听取相关证据,如传言,仲裁员一般倾向于接受这种证据并给予一定的考虑。第二项例外是调解信息在刑事程序中不受保护。调解员在做出保密承诺时,一定要就刑事程序的例外

做出说明。在申请撤销调解协议的程序中,“调解陈述”排除规则有个例外,即当证据对指控调解员有故意或重大不法行为的诉讼有关时例外。这实际上是要求调解员披露以前与一方当事人曾有的关系,只要法庭相信这种受指控的关系是实际上发生歧视与不公正的证据。但是,如果发生这些情况是否会导致调解员对一方当事人的责任和损害赔偿,法律规定不一。

(二)调解声明与文件的保密性

首先是调解的双方当事人达成协议,同意在调解中的陈述在法庭中可以接受,对这一协议的效力问题有两种理论。一种理论认为只有三方即争议双方与调解员共同同意才为有效;原因是调解中的任何一方都希望调解中所作的任何陈述不在其它的法律程序中出示,否则就违背了这种默示的合意,也会使调解应有的严肃性受损,赞同这一理论的实践有加州、犹他州、科罗拉多州的法律。另一种理论认为只须双方同意即可以出示调解中所作的陈述,原因在于,保密性的要求是为保护当事人利益而设定,而不是为调解员的利益,如果双方同意,调解员没有理由反对这一做法。

其次,一方当事人如果在调解中递交由自己聘请的专家拟定的报告,这一文件能否在随后的法庭诉讼中被引用。修改后的加州证据法典规定了这种文件是可以接受的,因为专家证言是在调解之外做出,像其它任何在调解之外制作的文件,它应该被排除出“保密保护”的范围。

再次,如果一方当事人在后续程序中寻求阻止他在调解中的自认,另一方当事人则主张该当事人的自认也曾在调解之外的时间做出过,这一自认是否受保密保护,这一问题实际上与上一问题相同,即调解以外所作陈述可否作为证据,科罗拉多州法对此予以肯定回答,其它州对此未作规定。应该确认,一方当事人不能援用保密规则适用于在调解之外所作的陈述。那么,随之而来的关键问题是,调解开始与结束时间的确认。

1. 调解开始,据修订的加州法典,如果原告提出取消传唤(moves to quash the subpoena),法庭应该准许取消传唤的动议,此时,调解程序开始。保密保护不仅包括调解会议,还包括调解协商(mediation consultation),它被定义为当事一方和调解员为启动、考虑或再次召集调解或保留调解员的交流。而调解员则被定义为:“任何由调解员指定的人或辅助调解员在准备调解过程中与参与者进行交流的人。”据此可知,保密保护在即使是调解方法或调解员尚未最终被当事人利用时,也会得以适用。有些州对这个问题未予规定,而是留待法院自行做出裁定,决定是否将保密保护适用于调解程序的雇员。

2. 调解结束,据加州证据法典,调解在下列情况结束:(1)当事人执行调解协议解决了争议;(2)口头协议完全解决了争议;(3)调解员给当事人送达经其签署的文件,写明调解中止或有类似效果的语言;(4)一方当事人书面通知调解员和另一方当事人调解结束或其它有类似效果的语言;(5)连续10个工作日,调解员未与任何当事人进行任何意见交换,当事人可以协议延长或缩短这一时间。假如当事一方或调解员都没有执行调解已经结束的书面协议,调解员将被强制就调解会议14天后的电话交谈向法庭作证^[4](第61页)。

(三)开示义务中的保密性(Duty to disclosure)

在调解会议上披露信息时,如果调解员意识到存在犯罪行为时,调解员能否或是否必须向有关当局披露这种信息。在有的地区,如阿肯色州、犹他州、怀俄明州的调解员就被要求报告虐待儿童的案件,俄勒冈州更是明确规定“儿童虐待的调解交流是不受保密保护的。”

其次,虽然调解交流在州刑事程序中免受保密保护,但对其它有专业知识的调解员在调解中察觉的有关犯罪行为是否要报告并无明确规定。除虐待儿童外,没有一州的法律涉及此问题,一般来说,对一般犯罪不要求报告,对严重犯罪如杀人、强奸等情况,则应报告。

再次,在信息交流中所发现的可能导致死亡或实质性身体伤害的信息,也不受保密保护^[3](第22页),有些为职业道德规则规定,只要有合理理由认为严重伤害和死亡事件会发生,那么在此特定情况下允许强制信息披露。对律师在调解过程中违反职业道德的行为,有些州的律师职业道德守则规定,应该向律师协会报告(如佛州法规就规定在州律师纪律听证会上这种披露不受约束)。但实践中,一般除有

严重的刑事犯罪,调解员对违反职业道德的信息会进行保密。

(四)调解员的报告和备忘录

所有州的法律都认为,此种报告与备忘录在没有当事人与调解员的共同同意下是不可接受的,加州的新法典规定:无论调解员或其它任何人,不得向法院或其它裁判机构递交这种报告或备忘录,法院或其它裁判机构都不考虑任何由调解员签发的有关调解情况的事实发现,除非这一报告是按法院规则或其它法律做成的。这样规定的原因,是为了阻止调解员的强迫压制,即调解员不得通过报告或威胁要报告调解失败的原因来影响调解结果、裁判结果。

西方国家的调解和中国调解有很大的区别,首先表现在中西方调解员的角色不同。西方对调解员的要求更倾向于其中立性,中国强调道德性,即只要一位调解员德高望重,那么对其是否与争议有直接的利害关系就在所不问。其次是调解员在执行调解任务时的方式不同:前者会把中立性要求贯穿于调解的整个过程,而后者则把道德性要求提到最高,在实际的调解过程中所重视的是调解员对实体问题的解释和解决是否合理。

这种不同对我们走向法治而又不时为传统的羁绊所苦恼时,能从西方获得一些解决问题的新思路。

[参 考 文 献]

- [1] L. L. Risskin & J. E. West Brook. Dispute Resolution and Lawyer[M]. West. Pub. Co, 1986.
- [2] Dennis Sharp. Mediation Confidentiality[J]. Dispute Resolution Journal, 1998, (9).
- [3] Nancy H. Rogers, Craig A. McEwen. Mediation[J]. Law, Policy and Practice, 1994, (15).
- [4] 梁治平. 法的解释学[M]. 北京: 法律出版社, 1998.

(责任编辑 车 英)

On Mediation as One of Alternative Dispute Resolutions in U. S. A.

SHEN Song¹, GUO Min-lei²

(1. China Merchants Property Development Co. LTD, Shenzhen 518000, Guangdong, China;

2. Institute of International Law, Wuhan University, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biographies: SHEN Song (1965-), male, Chief-inspector, China Merchants Property Development Co. LTD, majoring in civil & commercial law; GUO Min-lei (1973-), male, Doctoral candidate, Institute of International Law, Wuhan University, majoring in private international law.

Abstract: Mediation is one of the most important alternative dispute resolutions; it acquired great success in resolving disputes in the U. S. A, which made it applicable on much broader scope of disputes. This article makes a deep study on the legal problems of mediation in U. S. A, especially on the confidentiality of mediation information in the followed civil or criminal processes, then, it conclude that the mediation practice in U. S. A. will contribute to the modernization of traditional mediation in China.

Key words: mediation; applicability; confidentiality