

# 行政性 ADR 论纲

徐 卫

(厦门大学法学院, 福建 厦门 361005)

**摘要:** 行政性 ADR 是行政机关处理民事纠纷的一种非诉讼解决机制, 它的存在具有一定的逻辑支撑: 诉讼救济的不足为其提供了必要的空间; 权力分立理论与实践的差距为其提供了可能性基础; 本身固有的资源优势使其存在具有一定的可行性。行政性 ADR 具有重大的法律价值和意义, 它有实现正义、维护秩序和政策形成的法律机能。作为一种特殊的诉讼外纠纷解决机制, 行政性 ADR 应注意贯彻以下几项基本原则: 自愿原则、及时原则、程序公正原则。

**关键词:** 行政性 ADR; 存在逻辑; 法律机能; 基本原则

**中图分类号:** DF 74 **文献标识码:** A

## 一、行政性 ADR 的内涵界说

### (一) 概念界定

行政性 ADR 是 ADR 的一种。所谓 ADR, 是指不经过正式的审判程序而解决纠纷的办法的总称<sup>[1]</sup>。我国法学界最近几年虽然对 ADR 做了一些研究, 但对行政性 ADR 却少有专门探讨, 对行政性 ADR 的概念也没有人明确进行界定。笔者认为, 行政性 ADR 有广义和狭义两种。广义的行政性 ADR 是指国家行政机关对行政纠纷和民事纠纷进行处理的纠纷解决机制, 狭义的行政性 ADR 仅指国家行政机关解决特定民事纠纷的纠纷解决机制。本文所探讨的行政性 ADR 指狭义的行政性 ADR, 一方面, 民事纠纷和行政纠纷存在显著差异, 行政机关解决这些纠纷往往有不同的准则, 理论共性较少而无法作统一说明。另一方面, 符合目前中西法学界的通常做法。不仅一些中国学者在探讨行政性 ADR 基本形式(例如行政裁决、行政调解和行政仲裁)时采取狭义的立场<sup>1</sup>, 就连日本学者在研究审判外的纠纷处理机关和处理过程时也实质上采取狭义的观点<sup>[2]</sup>。

### (二) 基本法律特征

1 行政性 ADR 是一种非诉讼纠纷解决机制。这里包括两层含义: 首先, 它是纠纷解决机制。行政

性 ADR 由行政机关负责或主持, 但它不是具体行政行为, 不属于行政管理的范畴, 它的作用和目的仅在于解决民事纠纷, 属于纠纷解决机制的范畴; 因此, 行政机关对于非纠纷事务的处理不是行政性 ADR。其次, 它属于非诉讼解决机制。行政性 ADR 由行政机关而非司法机关进行, 其程序也不同于司法诉讼程序, 而是一种具有相对灵活性和简便性的非诉讼程序, 所以, 它是非诉讼解决机制。不过, 值得注意的是, 它与仲裁、调解、谈判等不同, 它不是独立的 ADR 形式, 而是属于行政系统的 ADR。作为一个 ADR 系统, 它是由行政翰旋、行政调解、行政仲裁和行政裁决等多种具体解决形式组成的总称。

2 行政性 ADR 是行政机关作为中立第三者解决民事纠纷的专门活动。一方面, 它是一种由第三者解决纠纷的机制。与其他非诉讼解决机制中的第三者不同, 这里的第三者具有特定性, 即只有国家行政机关才可以充当; 所以, 一些自治性组织、机构对纠纷的解决不属于行政性 ADR。例如, 村民委员会对村民纠纷的解决, 劳动争议调解委员会对本单位劳动纠纷的解决。不过, 鉴于消费者协会挂靠在工商行政管理局之下, 可以把它看作“准行政机关”性质的机构, 其对消费者纠纷的解决可纳入行政性

收稿日期: 2005-04-18

作者简介: 徐卫(1973-), 男, 河南罗山人, 厦门大学法学院民商法学博士生。

<sup>1</sup> 有关学者的观点, 可参见相关文献。(叶必丰: 行政法学[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2003. 238; 熊文钊: 现代行政法原理[M]. 北京: 法律出版社, 2000. 359; 胡建森: 行政法学[M]. 北京: 法律出版社, 2003. 273-274。)不过, 胡建森教授在该书中对行政调解是从广义角度来讨论的。(胡建森: 行政法学[M]. 北京: 法律出版社, 2003. 236.)

ADR 范畴。另一方面,它是专门解决纠纷的活动。那种不是专门解决纠纷而是在行政管理活动中附带性解决纠纷的行为不属于这里所指的行政性 ADR。

3 行政性 ADR 是一种特殊的法律行为。这个特点是行政性 ADR 的法律性质问题,目前学术界对此还无定论。就行政裁决而言,有的学者认为它是一种具体行政行为<sup>[3]</sup>。就行政调解而言,有的学者主张它是行政组织的一种行政管理行为<sup>[4]</sup>。笔者认为,不论是行政调解,还是行政裁决或其他行政性 ADR 形式,都不是一种行政管理行为,更不是具体行政行为,它仅仅是解决纠纷的特殊行为。当然,就行政裁决而言,尽管裁决主体是行政机关,但它一般“必须在查明事实的基础上公正地适用法律规则,而不是执行行政政策,从这个意义来说,……所作出的裁决实际上是司法性质而不是行政性。”<sup>[5]</sup>因此,行政裁决是一种准司法性质的行为<sup>[6]</sup>。同样,行政仲裁也具有行政裁决那样的程序性和法律适用性特点,也可以将其看作是“准司法”性的行为。至于行政调解和行政斡旋,其程序性和法律适用性并不明显,不具有“准司法”的性质,只能认为它们是行政机关解决纠纷的特殊行为。

## 二、行政性 ADR 的存在逻辑

### (一) 诉讼解决纠纷存在不足

诉讼是解决纠纷最主要和最常见的方式,因其以国家公权力作为基础,所以,它对纠纷解决具有一定的优越性。尽管如此,它也存在诸多不足:(1)诉讼的正式性、程序性和阶段性使案件从起诉到判决往往需要经年累月,造成诉讼迟延;(2)在诉讼中,需要支付案件受理费、律师费等许多费用,费用较高;(3)诉讼程序具有专业性和正式性,每个阶段和环节都有自己独特的程序内容,程序复杂;(4)法官很少考虑法律外的规范因素和纠纷背后复杂长远的社会关系,仅适用法律和就部分是非曲直加以裁判,判决结果在某些情况下不合情理;(5)诉讼过程充满了剧烈对抗和对立,使纠纷当事人经过诉讼之后,很难再保持长期合作关系;(6)诉讼救济只能是一种事后救济,无法进行事先救济。

如果说诉讼的这些不足对一般纠纷的解决具有一定障碍的话,那么,它们对现代型纠纷的解决所产生的障碍将是更为突出的。所谓现代型纠纷,按照日本学者的观点,其主要特点有:一是从纠纷当事人的地位上看,一方大多是因另一方的活动而受到加害或加害危险的市民(典型的如消费者纠纷中的消费者,环境污染纠纷中的居民),而且在多数情况下表现为人数众多、具有集团性或扩散性,与此相对,另一方主要是国家、公共团体或大企业等;二是从权利主张方面看,受害方不仅仅要求从加害方那里获得损害赔偿,更重要的还包括预防性停止;三是从当事人在纠纷解决过程中的力量对比上看,受害方处

于弱势,如果受害方要想获得满意的纠纷解决结果,将会在主张与立证两方面面临巨大的困难<sup>[7]</sup>。显然,对于这种现代型纠纷,通过诉讼来解决并不一定很理想:首先,诉讼迟延和事后救济的诉讼缺点将很难实现受害方预防性停止的权利主张;其次,当事人之间的地位和力量对比极不相称的情况将会使诉讼费用高昂、程序复杂和诉讼对抗等缺点产生的问题和后果变得更加严重。

诉讼的不足促使司法制度本身不断进行改革,但无论怎样改革,也不能完全克服诉讼的这些症结,因为,“(改革后的)这些制度各自给诉讼提供的便利,与其给诉讼带来的过于简化或阻碍同样之多。”<sup>[8]</sup>因此,为实现法治和维护秩序,社会制度中必定允许存在诉讼外的纠纷解决途径。社会的现实印证了这一点,法国学者勒内·达维德指出:“在所有的国家,大部分争端是通过司法机关以外的途径解决的。……审判,并非是使纠纷得以解决的唯一途径。”<sup>[9]</sup>

总之,诉讼在客观上存在一些局限,从而不能为所有纠纷提供有效的解决途径。这种情况为诉讼外纠纷解决方式提供了存在的必要空间,自然也为行政性 ADR 提供了存在的基础。

### (二) 权力分立理论与实践存在差距

权力分立是现代政治国家的基本特征,其基本层面是行政权、司法权和立法权分别由不同国家机关来行使。其中,法律制定由立法机关负责,行政管理事务由行政机关进行,司法机构则只是适用法律解决纠纷。正如有学者所说,“为了确保普遍性,行政必须与立法分立;而为了确保一致性,审判必然与行政分离”,并接着说到,“实际上,这两个分离是法治国家的核心。”<sup>[10]</sup>

在上述理论框架下,行政性 ADR 是无法存在的。因为,行政裁决和行政仲裁是“准司法性”而不是“行政性”行为,它的存在显然与权力分立理论所要求的职能分立是相矛盾的。然而,权力分立的理论图景并没有完全反映和实践于社会现实之中。三权分立在任何现代国家都不是彻底和纯粹的。首先,司法机关并非纯粹地执行司法职能,还兼而在一定程度上承担立法和实现政治目的的职能。英国学者阿蒂亚研究指出,司法部门的立法尽管与立法机构的立法存在重大区别,且不能相提并论,但是他们通过判例的方式实际上进行着立法<sup>[11]</sup>。一位美国学者明确地说:“扩张了的司法机关的作用,是 20 世纪中期以来美国法律最突出的一个方面。美国抛弃了对司法权范围的传统限制,法院在越来越多的领域发挥着一种积极的政治作用。”<sup>[12]</sup>日本学者中村英郎也指出:“……法院虽然是司法机关,但它同时又潜在地具有立法、行政机关的性质。”<sup>[13]</sup>其次,行政机关也非单纯地执行行政管理事务,同时也在“悄

悄地”从事立法和司法性质的活动。在立法上,一些行政部门和机构有权制定行政规章、行政法规和部门规章等法律。在司法上,一些行政机关也开始承担司法的作用。以英国为例,长期以来虽然它坚持司法权力由法院行使,但是为了有效征集税收,早自1660年起,关税和消费税协会就被授予了司法权力,从而突破了上述的法治原则<sup>[14]</sup>。而到现在,英国的一些行政裁判所更是普遍地行使准司法权力的功能;而且,作为其典型行政机构的英国警察部门,不仅行使侦查职能,还担负刑事公诉的司法职能。

以上虽以某些国家为例证所进行的说明,但其中揭示的观点具有一定的普遍适用性。从中不难发现,权力分立虽然是现代政治国家的基本特点,但是并没有做到“职能的绝对分离”。现实中,国家各个权力机关之间都不可避免地相互承担了彼此的部分职能,不管这种承担是明显的还是潜在的,是微弱的还是强势的。既然如此,行政性ADR就不存在权力分立理论的困扰和障碍,这是其存在的可能性逻辑。

### (三)行政性ADR具有解决纠纷的资源优势

行政性ADR不仅具有存在的必要性前提和可能性基础,而且还有可行性逻辑的支撑,这就是它具有解决纠纷的资源优势。

首先,它具有成本优势。纠纷解决机制成本主要包括两部分:一是国家和社会为维护该机制所需支付的成本;二是纠纷当事人为解决纠纷所付出的成本。就前者而言,由于行政性ADR的处理机构不像法院设置那样庞大,经费开支相对较小,再加上非“全输全赢”的裁断模式,当事人往往愿意履行裁断结果,执行成本较低,所以,总的成本相对较低。就后者而言,一方面,行政性ADR程序具有非正式性和简易性,无需聘请律师,可以省去律师费用;另一方面,行政性ADR往往不对当事人收取费用,作为国家行政服务于社会的一部分,甚至相关调查费用也由行政处理机构承担,因而这部分成本也较低。

其次,它具有合理与有效解决的优势。这是行政性ADR最主要的资源优势,具体地说:(1)行政机关解决的纠纷是与其行政管理相关的一些纠纷,它们对纠纷所涉及的技术性、专业性问题及相关法律法规非常熟悉,因而在信息收集、判断以及相关法律法规、法规理解与运用上要比一般机构甚至法官都有优势,这为纠纷的合理和有效解决创造了条件。(2)在行政性ADR的纠纷当事人中,其中一方往往是行政机关管理和监督的对象,例如,环境侵权纠纷中的企业和工厂,消费者纠纷中的经营者,医疗纠纷中的医院,等等。虽然行政机关的管理与监督权只在具体行政行为中才发挥直接的影响,但在纠纷解决中这种影响仍然潜在地存在。毕竟,行政管理关系作为一种持续性的长期关系的事实,将使任何明智的当事人都不得不认真考虑行政机关在纠纷解决过程

中的各种建议、指示和决定。这有利于行政处理机关的合意诱导,促使纠纷的合理性解决。(3)作为一种准审判过程,行政性ADR在方式和方法上非常灵活,它“既可以很有耐心地等待当事者自发的达成合意,也可以给顽固的当事者施加压力以促使纠纷早日解决。它还可以从社会正义的立场出发积极地介入当事者双方的争议,以谋求符合正义的解决,可以停留在承认当事者通过自由的讨价还价而达成解决方案这样的消极立场上。”<sup>[15]</sup>这更进一步地使纠纷得到符合实际的解决成为可能。(4)作为第三者介入的非诉讼解决机制,国家行政机关这种特殊身份的第三者也使纠纷的有效解决成为可能。一般来讲,第三者介入纠纷解决的效果取决于第三者在社会上和当事人心中的权威性,权威性越高,第三者越容易实现对纠纷的有效解决。行政机关拥有的权力资源及其在民众心中的固有威望,使其权威性无疑较高,从而增强了纠纷解决的有效性。

## 三、行政性ADR的法律机能

### (一)实现正义

“正义有着一张普洛透斯似的脸,变幻无常、随时可呈现不同形状并具有极不相同的面貌。”<sup>[16]</sup>尽管如此,却总未能阻止学者从正义角度探讨相关法律问题。在众多的正义理解中,“给予每个人以其应得的东西的意愿乃是正义概念的一个重要的和普遍有的组成部分”是普遍可以接受的一个观点<sup>[17]</sup>。根据这个观点,行政性ADR是可以实现正义的。我们知道,当纠纷发生以后,对当事人尤其是受害方当事人而言,他所应得的东西就是被侵害或扭曲的权利义务状态恢复到正常水平,而且这种恢复应该是在较低成本的投入下换取的,并且能够在较短时间内实现。行政性ADR作为一种社会需要和人们需求的产物,是弥补诉讼制度不足的一种补充机制,其非正式性、灵活性、简便性等特点显然能够使当事人可以实实在在地获得这种“应得”的东西。

不仅如此,行政性ADR所能实现的正义还是一种全面和充分的正义。在目前的学术思想中,大多数学者关注的正义仅是法律上的正义,即把正义的实现寄托给法律来完成。笔者认为,这种正义是不完全的。就纠纷解决而言,“并非所有的纠纷都涉及法律权利和义务,并非所有涉及法律权利和义务的纠纷都必须通过援引那些权利和义务才能得到解决。”<sup>[18]</sup>这就是说,正义不只是一个纯粹的法律问题,同时也是法律以外的社会规范来推动实现的问题,所以,“正义既是一个法律问题,也是一个道德问题”<sup>[19]</sup>。那种单纯适用法律的司法过程来解决纠纷以实现正义的做法是不完美的,相反,行政性ADR作为一种法院外纠纷解决手段可以达成这一理想。因为,“‘法院外’对冲突的解决可以基于所谓‘平等’的,或‘有益’之类的考虑,或仅仅基于便利的考

虑,或基于自由裁断。”<sup>[20]</sup>它具有一定的灵活性和弹性,可以将社会上普遍承认的道德观念,伦理标准、价值观点等嵌入纠纷解决之中,从而推动和实现“真正完全的正义”。

在行政性 ADR 中,要实现上述正义,我们认为必须注意以下几点:首先,应该特别注重损害赔偿。损害赔偿在法律上一般确立了严格的要件,通过诉讼难以提供及时有效的救济。为了发挥实现正义的机能,行政性 ADR 应凭借自己的优势最大限度地弥补诉讼的不足,尽可能地实现“有损害就有赔偿”的社会理想。其次,应该注意实现社会正义。许多个人利益在一定场合下都可以转化为社会公共利益<sup>[21]</sup>,所以,很多民事纠纷会实质性地涉及到社会公共利益。在这种情况下,行政处理机关不仅要考虑当事人利益的平衡问题,还应关注该社会公共利益的维护和增进。最后,应承认行政处理机关的自由裁量权。正义并非仅仅通过从形式上保证当事人之间具有程序的平等就可以实现。由于存在物质、智力能力方面的差异,常常使某一方的当事人处于不利的地位,为此,有必要给予行政处理机关自由裁量权以纠正和平衡当事人之间的差异状况。

## (二)维护秩序

秩序有两个基本的侧面,一个侧面是人人都按照包含在恒常关系或标准的行为及交往方式中的“角色”和“相互期待”行事的状态,这是关于秩序的一种静态的理解。另一个侧面,即角色与预期的违背以及对这些违背进行处理的场面,这是对秩序的动态的理解<sup>[22]</sup>。秩序的第二个侧面实际上说明纠纷和秩序不是绝对对立的,而是具有一定的内在统一性。当然,角色与预期的违背或纠纷本身并不意味着它就是一种秩序,要实现动态的秩序,必须有一定的“经营”过程,这种经营过程就是纠纷的有效解决。

然而,在诉讼解决机制下,高昂诉讼成本将会使通过诉讼解决纠纷很不经济,其结果无法有效地形成新秩序。“需要花费的成本越大,能够表面化的纠纷越少”。纠纷的存在虽然已经打破了正常的社会秩序和生活秩序,但由于没有有效促使其表面化的渠道和途径,造成被破坏的秩序得不到救治和修复。行政性 ADR 则不然,它完全可以通过其自身的一些资源优势克服上述妨碍纠纷表面化、阻碍纠纷转化为新秩序的问题,从而能够在动态秩序的形成中发挥着重大的作用。不仅如此,同其他诉讼外解决机制相比,行政性 ADR 的纠纷解决主持者是国家行政机关,它具有一定的权威性,因而通过它塑造的新秩序还具有一种强度和稳定的性质。

行政性 ADR 所维护和“经营”的秩序是一种双重秩序,我们知道,秩序有两种形态:一是法律秩序,一是伦理秩序。在法治国家,秩序的主导性形态是

法律秩序,伦理秩序则是隐性的,是法律秩序的基础。尽管如此,作为人类社会秩序的两种形态,都是维护和谐人类生活不可或缺的要害。离开了法律秩序,人类有序化的生活就不能得到充分和坚实的保障;离开了伦理秩序的支撑,人类有序化生活就没有任何的阳光和色彩。虽然法律一般反映一定层次的道德和伦理,法律秩序也同时体现一定的伦理秩序,但是,法律毕竟不是伦理道德,它和伦理道德存在一些差别和不一致性。诉讼是一种严格适用法律的活动,通过诉讼解决纠纷势必主要维护和“经营”的是一种法律秩序。行政性 ADR 则不同,行政机关在纠纷解决中,适用“法”较为灵活而且还有一定的自由裁量权,因此,它既能够维护法律秩序,也能够维护伦理秩序。

## (三)政策形成

司法机关对纠纷的解决一般仅约束案件当事人,对其他纠纷以及当事人没有约束力,即司法诉讼主要是一种就事论事的个别性救济和处理。因此,司法机关不能通过纠纷的解决而制定一些法律或政策。行政性 ADR 则不同,它不受司法诉讼的上述限制,具有通过纠纷解决或在纠纷解决过程中逐渐形成新政策的空间;而且,行政机关所解决的民事纠纷都是与其行政管理相关的纠纷,在这些纠纷中,有些不仅仅是当事人自身违法造成的,也是行政管理制度本身不完善或不健全造成的。在此情况下,行政机关可以通过对有代表性的纠纷解决事例进行分析和总结,并将其结果科学地反馈到行政政策和行政管理制度当中去,以预防和避免未来类似纠纷的发生或有利于类似纠纷的合理化解。实际上,行政管理相关政策的修改和调整很多都是通过解决纠纷获得相关信息和资料而完成和推动的,此即行政性 ADR 独特的政策形成机制。

## 四、行政性 ADR 的基本原则

### (一)自愿原则

所谓自愿原则,就是行政机关解决民事纠纷必须根据当事人的申请或请求而开始,而不得依职权主动进行。当然,这里的自愿仅针对纠纷申请人而言,对于纠纷被申请人并不适用,否则,申请人的纠纷解决目的就可能因被申请人的反对而落空。另外,自愿也不意味着解决结果的自愿,除了行政调解是依据和尊重双方当事人的意愿而作出的以外,其他行政性 ADR 方式则可以不考虑当事人的意愿而进行裁断。

强调自愿原则在行政性 ADR 中具有重要意义,行政性 ADR 的裁决第三者不是一般机构或单位,而是具有行政管理权和监督权的行政机关。这些权力使其有权主动地管理一些行政事务,从而逐渐形成一种“主动”行为的惯性,进而导致它们习惯性地主动插手民事纠纷解决;所以,自愿原则不仅是对当事

人民事权利及自由的尊重,更是对行政机关工作“惯性”的纠正。

当然,是否承认自愿原则与行政性 ADR 性质的认识存在密切关系。若认为行政性 ADR 是行政性行为,显然不能贯彻自愿原则。例如,有人谈到行政性 ADR 的形式之一的行政裁决时认为:“行政裁决所处理的事务是民事纠纷而不是一般意义上的行政事务,……行政主体对这些民事纠纷的处理是运用其行政权作出的,而不是一般性的调解、协商和协调,具有单方性和强制性,符合行政决定的构成要件。……除法律规范有明文规定外,行政主体可以依职权也可以应申请作出行政裁决,申请与否并不是行政裁决的核心。”<sup>[23]</sup>这里,该学者明确否定自愿原则,原因就是行政性 ADR 看作是运用行政权的行政性行为。我们认为这种观点是错误的,不管是行政裁决还是其他行政性 ADR 方式,都不是行政性行为,而是一种仅以解决民事纠纷为目的的特殊行为,既然如此,行政机关就不应依职权主动进行。况且解决的纠纷既然是民事纠纷,就应该贯彻“私法自治”精神,允许当事人自行选择纠纷解决方式。这既是私权的内在要求,也是程序选择权的当然内容。

但是,任何事情都不是绝对的,自愿原则也不例外。出于国家和社会公共利益考虑,对个人权利给予限制是必要的也是合理的。据此,笔者认为,尽管个人私权和程序选择权应该给予尊重和保护,但在社会公共利益和国家利益优先保护的普遍政策之下,这些权利的保护和尊重可以存在例外,因此,在一些民事纠纷发展到群众性、突发性和成为影响较大的社会纠纷和冲突时,行政机关基于维护社会公共利益的需要,可以主动介入纠纷的解决。

## (二)快速原则

“迟来的正义是非正义”,所以,快速地审判一直被当作诉讼制度的理想和司法改革的核心。作为一种纠纷解决机制,行政性 ADR 自然也应将快速作为其重要目标。不仅如此,强调快速在行政性 ADR 中的地位还具有更为重要的原因:首先,行政性 ADR 存在价值之一就是它能够避免诉讼的拖延而使纠纷快速地得到解决,然而,我国行政机关在行政管理活动中一直存在办事拖沓的毛病,加之行政性 ADR 的非司法、非行政的“模糊”性质,更易导致他们不迅速解决纠纷的拖延现象,有必要为此强调快速原则;其次,无论是社会和国家成本,还是当事人支付的成本,行政性 ADR 都小于诉讼成本,若尽可能地快速解决纠纷而导致投入过多的时间和精力,就会与其低成本优势不符;最后,行政性 ADR 解决的民事纠纷大多是诸如消费者纠纷、环境纠纷、医疗纠纷等特殊的侵权损害赔偿纠纷,其中的受害方往往需要迅速地获得赔偿或者要求尽快地采取措施,若不贯彻快速原则,受害方的意愿就无法实现。

但是,这里必须强调的是,尽管快速原则是从纠纷申请人的立场而言的,并不是不顾被申请人的利益。行政处理机关不能为了单纯地追求快速,而忽视和拒绝给予被申请人充足的准备时间和答辩机会,也不能为了追求快速而忽略一些应有的程序。快速原则必须以处理结果的公正为前提,它应在公正中尽可能地快速,在快速中尽可能地公正。换句话说,必须将快速和公正两种目标有机地统一起来;所以,一个纠纷的解决到底花多长时间才是快速的并无一个固定的时间标准,而应结合具体条件和具体情况来确定。当然,为了对行政处理机关进行相应的约束,我们还是建议每个行政性 ADR 领域应针对不同的行政性 ADR 方式设置一个快速的上限,这些上限可以参照诉讼和商事仲裁的时间予以确定。

## (三)程序公正原则

在实体的正义被相对化、纠纷所涉及的关系越来越复杂的当代社会中,以程序保障为中心的程序正义观念在其固有的重要意义基础上获得了前所未有的重要性。在此背景下,作为一种解决纠纷的机制,强调其程序公正便是不言而喻的。而对行政性 ADR 而言,重视程序公正并将其作为基本原则还有现实性理由:其一,行政机关工作人员不同于法官,他们往往把遵守程序当作效率的障碍,程序观念相对淡薄;其二,过分程序性是诉讼的固有缺陷,而行政性 ADR 作为克服诉讼缺陷的一种补充机制会造成行政处理机关的错误认识,即认为行政性 ADR 可以忽略程序及其公正。

什么样的程序才是公正程序呢?法学家戈尔丁认为,公正程序应该包括以下几个方面:一是与自身有关的人不应该是法官,结果中不应含纠纷解决者的个人利益,纠纷解决者不应有支持或者反对某一方的偏见;二是对各方当事人的诉讼都应给予公平的注意;纠纷解决者应听取双方的论据和证据;纠纷解决者应只在另一方在场的情况下听取一方的意见;各方当事人都应得到公平的机会来对另一方提出的论据和证据作出反响;三是解决的诸项条件应以理性推演为依据;推理论证及所提出的论据和证据<sup>[24]</sup>。1957年英国弗兰克斯委员会报告指出,程序公正必须满足三种基本目标,即公开、公平和无偏私,并解释说:“在裁判所系统中,公开意味着裁判所活动程序的公开和让公众能够获悉其据以作出裁决的主要理由;公平,是要求裁判所采用一种明确的程序,以使当事人各方能够知晓其享有的权利,充分地发表自己对案件的意见并了解其将要面临的情况;无偏私,则要求裁判所不受有关部门的决定的影响,无论这种影响是显而易见的还是潜在的。”<sup>[25]</sup>

综合以上两种观点,我们认为,在行政性 ADR 中要贯彻公正程序原则,行政处理机关要做到以下四点:(1)必须处于中立地位,而不应偏向任何一方;

(2) 必须获取一定的相关事实信息和法律或其他规范信息, 而不能完全凭借主观判断; (3) 必须为纠纷当事人提供一个发表观点和主张的机会, 同时也必须给他们提供一个听取对方意见和主张的机会; (4) 必须向纠纷当事人说明最终裁断结果的实质性和关键性理由。在行政仲裁和行政裁决中, 这种说明应该以书面形式表示出来。在行政调解中, 虽然不必以书面形式作出, 但至少也应在调解过程中适当地加以揭示。

当然, 上述四点程序要求并不意味着所有的行政性 ADR 程序必须绝对一致。民事纠纷类型多样, 相应的行政处理机关和具体解决方式 (例如行政裁决、行政仲裁、行政调解) 不同, 行政性 ADR 程序事实上无法绝对统一, 合理的做法应是根据纠纷种类和行政性 ADR 的具体方式分别设置不同的程序。另外, 程序公正并不意味着程序的严格。由于程序的严格容易给人们一种难以接近的印象, 加之行政性 ADR 的优势就在于程序的非正式性及其带来的灵活性和简便性; 所以, 行政性 ADR 程序在其各个方面都应相对宽松一些。

#### 参考文献:

- [1] [美] 弗来彻. 公平与效率 [A]. 宋冰. 程序、正义与现代化——外国法学家在华演讲录 [C]. 北京: 中国政法大学出版社, 1998. 420.
- [2] [日] 棚濑孝雄. 纠纷的解决与审判制度 [M]. 王亚新译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004. 74.
- [3] 熊文钊. 现代行政法原理 [M]. 北京: 法律出版社, 2000. 359.
- [4] 胡建森. 行政法学 [M]. 北京: 法律出版社, 2003. 368.
- [5] [英] 威廉·韦德. 行政法 [M]. 徐炳等译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1997. 624.
- [6] 张树义. 行政法与行政诉讼法学 [M]. 北京: 高等教育出版社, 2002. 99.
- [7] [日] 小岛武司. 诉讼制度改革法理与实证 [M]. 陈刚等译. 北京: 法律出版社, 2001. 169-170.

- [8] [美] 杰弗里·C·哈泽德. 美国民事诉讼法导论 [M]. 张茂译. 北京: 中国政法大学出版社, 1998. 175.
- [9] [法] 勒内·达维德. 当代主要法律体系 [M]. 漆竹生译. 上海: 上海译文出版社, 1984. 239.
- [10] [美] 昂格尔. 现代社会中的法律 [M]. 吴玉章等译. 北京: 中国政法大学出版社, 1994. 47.
- [11] [英] P·S·阿蒂亚. 法律与现代社会 [M]. 范悦等译. 沈阳: 辽宁教育出版社, 牛津大学出版社, 1998. 205-210.
- [12] [美] 伯纳曼·施瓦茨. 美国法律史 [M]. 王军等译. 北京: 中国政法大学出版社, 1997. 238.
- [13] [日] 中村英郎. 新民事诉讼法讲义 [M]. 林剑锋等译. 北京: 法律出版社, 2000. 31.
- [14] [英] 威廉·韦德. 行政法 [M]. 徐炳等译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1997. 619.
- [15] [日] 棚濑孝雄. 纠纷的解决与审判制度 [M]. 王亚新译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004. 37.
- [16] [美] E·博登海默. 法理学: 法律哲学与法律方法 [M]. 邓正来译. 北京: 中国政法大学出版社, 1999. 252.
- [17] [美] E·博登海默. 法理学: 法律哲学与法律方法 [M]. 邓正来译. 北京: 中国政法大学出版社, 1999. 264.
- [18] [澳] 肯尼斯·海恩. 现代法治之中纠纷解决的法律定义、地位、重要性及其作用 [A]. 王公义, 唐荣曼. 纠纷解决替代机制与现代法治 [C]. 北京: 法律出版社, 2003. 31.
- [19] [英] 麦考密克等. 制度法论 [M]. 周叶谦译. 北京: 中国政法大学出版社, 1994. 255.
- [20] [美] H·W·埃尔曼. 比较法律文化 [M]. 贺卫方等译. 北京: 清华大学出版社, 2002. 139.
- [21] 孙笑侠. 法的现象与观念 [M]. 济南: 山东人民出版社, 2001. 79.
- [22] 王亚新. 纠纷、秩序、法治——探求研究纠纷处理与规范形成的理论框架 [A]. 清华法律评论 (第 2 辑) [C]. 北京: 清华大学出版社, 1999. 20.
- [23] 叶必丰. 行政法学 [M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2003. 238.
- [24] [美] 戈尔德·法律哲学 [M]. 齐海滨译. 北京: 三联书店, 1987. 240-241.
- [25] [英] 威廉·韦德. 行政法 [M]. 徐炳等译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1997. 642.

## Discussion on the Kernel of Administrative ADR

XU Wei

(School of Law, Xiamen University, Xiamen, 361005, China)

**Abstract** Administrative ADR is a kind of non-judicial dispute resolution mechanism. We have some logic for its existence: the insufficiency of judicial remedy proves the necessity for its existence; the theory of separation of powers and the gap between theory and practice renders the basis for its existence; and the fact that administrative resolution itself has some obvious advantages makes its existence feasible. Administrative ADR has great legal value and significance and is conducive to doing justice, maintaining social order and formulating policies. Being a special non-judicial dispute resolution mechanism, administrative ADR is subject to the following fundamental principles: voluntary application, prompt settlement and due process.

**Key words** administrative ADR; logic of existence; legal function; fundamental principles

本文责任编辑: 唐力