

21世纪法学课程学习与考试指导
法学关键问题系列

- ▶ 关键问题深度阐释学科重点理论
- ▶ 体系梳理有效引导法学研究进路
- ▶ 名校真题全面展现考研考博趋向

Law

民事诉讼法学

关键问题

主 编 江伟
副主编 邵明

Guanjian
Wenti

中国人民大学出版社

D925.101

27

21 世纪法学课程学习与考试指导·法学关键问题系列

民事诉讼法学关键问题

主 编 江 伟

副主编 邵 明

撰写人（以撰写章节先后为序）：

韩 香 黄旭东 邵 明

崔蕴涛 吴如巧 谢 俊

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

民事诉讼法学关键问题/江伟主编.
北京:中国人民大学出版社,2010
(21世纪法学课程学习与考试指导·法学关键问题系列)
ISBN 978-7-300-12130-7

- I. ①民…
II. ①江…
III. ①民事诉讼法-中国-高等学校-教学参考资料
IV. ①D925.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 090104 号

21 世纪法学课程学习与考试指导·法学关键问题系列

民事诉讼法学关键问题

主 编 江 伟

副主编 邵 明

Minshi Susong Faxue Guanjian Wenti

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京宏伟双华印刷有限公司

规 格 185 mm×260 mm 16 开本

版 次 2010 年 6 月第 1 版

印 张 25.5

印 次 2010 年 6 月第 1 次印刷

字 数 630 000

定 价 39.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

编写说明

在法学的每个学科里，都有一些基本的理论问题（奠定学科基础和决定学科走向等）、重大的学术争议问题和一些前沿性问题（指因为社会发展需要而对本学科提出的新课题，从而成为学科研究的热点），这些问题往往是学者最热衷于探讨，并愿意为之不断思考的问题（统称“关键问题”），因为这些问题的解决对于具体问题的解决有提纲挈领的作用。这些问题在每个学科里是变化的，但也是基本稳定的。如果一个研究者对本学科所有这些“关键问题”都有深入的研究，那么就成为本学科的“大家”了，一般学者都只是对部分“关键问题”有深入研究或者了解而已。

“法学关键问题系列”不仅展示相关学科的基本学术问题，提供给学生概览式的“学术地图”，或者“研究者入门指南”，而且展示一种法学研究的进路，即必须以“问题”的“整理”作为学术研究的基本进路。

问题是学问的起点和核心。问题代表思考，“学而不思则罔”。法学作为一门社会实践性非常强的学问，更是必须强调问题意识。长期躲进“阁楼”进行苦思冥想，可能能够产生一位伟大的哲学家，但绝不会产生一位伟大的法学家。不针对问题的法学学术研究似乎有点南辕北辙。问题可以分为两种，一种是能够上升到“主义”层次的问题，另一种是具体问题。但是在法学领域，有诸多现实的具体问题困扰，然而如果不从“主义”层次上解决，这些具体问题就很难解决，这样的“主义”问题才是真问题，否则就是空谈的“主义”。

整理是学问的进路。学问需要积累，现有的学问都是千百年来无数学人不断积累、演进的结果。学问必须“站在巨人的肩膀上”，在前人基础上推进。对于前人已有的学术成果的整理，就是一项非常重要的工作。整理，可以弄清前人对相关问题的研究背景、方法和深度，避免对已经有定论的问题去重复研究。在法学研究中，整理也是一种重要的学习和研究方法。美国法学院培养学生一种常见的方法是老师上课前开列出一个书单，让学生提前阅读，然后在阅读后提交一至两页纸的 summary（概要）。这实际就是要求阅读完后进行整理，以简明扼要的语言提炼观点，通过整理，学习的效率大大提高，学习效果也变得可以测评。整理也同样就是研究的过程。学术成果无非就是在对前人就此论题的研究进行整理的基础上，提出自己新的观点或进行新的论证。可以说，没有哪一本法学学术著作，没有进行整理的工作。只不过，不同的学术著作，原创和整理的分量不同，而且整理和原创的区别也并非泾渭分明。有些纯粹的整理性著作也非常优秀。不同的学者也有不同的偏好。现在很多博士论文也都会有“文献综述”这样的内容，该部分其实就是论文论题已有研究的整理。

“法学关键问题系列”的目的就是希望提出真问题，进行认真的整理。尤其对于初涉法学研究的学生而言，倡导一种方法，进行一类示范。很多法学专著或教材无疑已经是问题整理的优秀著作。本丛书的不同则在于希望高度浓缩，把一个学科的重大、基本和前沿问题都进行一个鸟瞰式的涵括，并进行简明扼要的整理，每个问题的整理都是初步的、提示性的，深入研究则需要读者自己进行。

本系列丛书的具体编写思路是：每个法学学科，按照通常的学科体系，列出 80~100 个问题，每个问题以 5 000 字左右的篇幅进行整理阐述。“法学关键问题系列”旨在为学生向学术方向发展提供帮助。

或许，不同的读者能从本书的阅读中有不同的收获：

高年级本科生能够从本丛书中对学科诸多问题有更加深入的了解，也可以尝试阅读，来看看自己究竟对法学哪个学科更加感兴趣。

准备考研的同学或许会发现，其中的某些问题有往年的考研试题的影子，没准儿马上要面对的考研试题有一道题出自本书，收获意外的惊喜。

研究生在读的同学或许能从中发现论文的论题，本书某个问题或许能“抛砖”引出一篇优秀的论文。

考博士的同学也何尝不可以把这本书当做一本导航书，通过本书让自己的知识体系更加枝繁叶茂？

.....

愿读者从本书不仅收获实用的价值，也能收获对法学学术的兴趣。发现并解决真问题，法学“真”繁荣，善莫大焉！

编者

2010年5月

序 言

根据中国人民大学出版社“21世纪法学课程学习与考试指导·法学关键问题系列”的规划，本书将民事诉讼法学的基本范畴和主要理论、民事诉讼法的基本原则和主要制度以“问题”的形式，予以“整理”，可以作为专业学习和研究学术的基本进路。

每个“问题”的写作均包含三部分内容：（1）分析和阐论问题；（2）延伸阅读线索；（3）考研考博真题。本书对问题的分析和阐论，虽不要求有很高的原创性，但力求有很高的逻辑性和体系性，且立意新颖、思路开阔。

本书中的“问题”包含了新兴问题或在我国尚未被关注却有价值的问题，比如民事诉讼法的宪法化、程序参与原则、程序基本权、对审原则、诉讼费用保险、自由证明、证据共通性、证明责任的减轻、诉讼要件、执行威慑机制等。同时，本书还就我国新近颁行的相关法律、司法解释作出解说和分析，比如在证明责任方面，《侵权责任法》与《关于民事诉讼证据的若干规定》（法释〔2001〕33号）有诸多不同的规定，对此本书在问题61中作出了解释。

本书中的“问题”，有的是“论……”，有的是“述……”，还有的是“论述……”等，其回答的内容和要求是不同的。“述”即“叙述”，“论”即“说理”。比如，问题10中，“述”（即 what）的内容是：程序参与原则的含义、适用和例外等；“论”（即 why）的内容是：程序参与原则的功能或意义，即分析为什么应当确立程序参与原则。“论”或“说服”的方式有多种，比如“华山论剑”的“论”和“论文”的“论”，其方式就不同。不管是“华山论剑”、“写论文”，还是“判决说理”，其本质均在于通过“论”或“说理”（即运用正当或合理的方式），说服他人接受某种结果或看法，以尊重思想自由、学术自由。

通过本书，我们希望：本科学子能够收获理解民事诉讼的快乐，考研考博的学子能够收获事半功倍的兴奋，在读的研究生能够收获发现论文选题的喜悦。阅读本书，就是我们的生活内容，就是品阅其多彩的“青黄赤白黑”，品读其中味的“酸甜苦辣咸”。

本书主编
2010年5月20日

主编简介

江 伟：中国人民大学法学院教授，博士生导师。我国当代著名法学家，系新中国民事诉讼法学奠基人之一。兼任中国法学会民事诉讼法学研究会名誉会长、最高人民检察院专家咨询委员会委员。同时为北京师范大学、西南政法大学等高等院校的特聘教授或客座教授。

独著：《探索与构建》、《民事诉讼法》等。主编：《民事诉讼法》（国家级规划教材）、《证据法学》（全国高等自学考试指定教材）、《民事诉讼法典专家修改建议稿及立法理由》等。在《中国社会科学》、《中国人民大学学报》、《中国法学》、《法学研究》、《法学家》和《日本国际商事法务》等刊物上，发表诸多有重大影响的学术论文。

曾获全国高校人文社会科学研究成果二等奖、教育部全国高等学校优秀教材一等奖、司法部优秀教材与优秀法学成果二等奖等国家级和省部级奖励。

邵 明：法学博士，中国人民大学法学院教师，新疆财经大学等兼职教授。现任中国人民大学法学院博士生工作委员会秘书长、科研工作委员会委员；中国法学会民事诉讼法学研究会副秘书长。以孔子“不失人亦不失言”为信条。

独著：《民事诉讼法理研究》、《民事诉讼法学》、《正当程序中的实现真实》等。合著：《民事诉权研究》、《证据法学》、《民事诉讼法学》（国家级规划教材）等。发表学术论文八十余篇。《民事诉讼法理研究》荣获“首届中华优秀出版物奖”。

撰稿人及其写作分工（以撰写题目为序）

韩 香：第 1~17 题；

黄旭东：第 18~35 题；

邵 明：第 36~41、57、60、61、66~80 题；

崔蕴涛：第 42、44~50、53、64、65 题；

吴如巧：第 43、51、52、54~56、58、59、62、63、95~100 题；

谢 俊：第 81~94 题。

全书由江伟教授、邵明博士统稿。

CONTENTS

民事诉讼法学关键问题

目 录

第一部分 总 论

1. 论法院民事主管范围——兼论民事纠纷的可诉性 2
2. 论述多元化民事纠纷解决机制 4
3. 论述我国和谐社会中的民事调解 7
4. 析民事诉讼法的“宪法化” 12
5. 论述现代民事诉讼的目的 16
6. 论述民事诉讼程序价值与实体价值之间的关系 20
7. 论述民事诉权的概念和保护 24
8. 论述滥用民事诉权的规制 28
9. 析判决既判力 31
10. 论述民事诉讼程序参与原则 36
11. 论述民事诉讼安定性原理 39
12. 论述民事诉讼诚实信用原则 42
13. 论述民事诉讼处分原则——兼论职权干预主义 46
14. 论述辩论原则——兼论职权探知主义 50
15. 论述集中审理原则 54
16. 论述直接言词原则 58
17. 论妨害民事诉讼行为强制措施的意义和合法性要求 62

第二部分 诉讼主体

18. 论述我国民事陪审制度 66
19. 论述回避制度的价值和主要内容 70
20. 试述法官阐明制度 74
21. 论述民事诉讼权利能力与民事权利能力之间的关系 78
22. 试述民事诉讼当事人适格——兼论诉讼担当原理 82
23. 析当事人程序基本权 84
24. 论述民事诉讼行为 88
25. 论述民事诉讼契约 92
26. 从诉权的角度分析管辖的确定性 96

27. 论述管辖权异议	100
28. 从程序保障的角度分析送达制度	104
29. 论述共同诉讼	109
30. 析群体诉讼的功能与制度设计——兼论示范诉讼	114
31. 析主诉讼参加人参加诉讼的要件及其诉讼地位	118
32. 析从诉讼参加人参加诉讼的要件及其诉讼地位	120
33. 论述检察机关提起或参与民事公益诉讼的根据及其诉讼地位	125
34. 诉讼费用的性质与收取标准之间的关系	129
35. 比较司法救助与诉讼费用保险	132

**第三部分
民事之诉**

36. 论述诉讼标的——兼论诉讼请求	138
37. 论述诉的利益	143
38. 析诉的类型	148
39. 论述诉的合并	152
40. 论述反诉——兼论抗辩与诉讼抵销	157
41. 论述诉的变更	161

**第四部分
民事诉讼证明**

42. 比较严格证明与自由证明	166
43. 论证明妨碍	168
44. 析民事诉讼证明对象	171
45. 试析经验法则	173
46. 试析司法认知	176
47. 分析确定判决的预决效力	179
48. 论诉讼证明中的推定	181
49. 析当事人诉讼上自认	184
50. 论述证据裁判原则	188
51. 论证据共通性原理	190
52. 论述证据契约	194
53. 析证据能力	198
54. 论证据关联性规则	200
55. 论民事诉讼非法证据排除规则	203
56. 论证人出庭作证的意义和制度设计——兼论证言豁免规则	206
57. 论述司法鉴定与鉴定结论	212
58. 论当事人陈述	216
59. 论述证据保全	219

	60. 论述证明责任的功能和分配的一般规则	221
	61. 论述证明责任的减轻与倒置	226
	62. 论述举证时限	238
	63. 析当事人质证	243
	64. 析自由心证原则	247
	65. 析民事证明标准	249
	66. 比较民事争讼法理与民事非讼法理	255
	67. 论民事诉讼对审原则——兼论缺席审判	259
	68. 论起诉与撤诉	263
第五部分	69. 析诉讼要件——兼论抗辩事项和职权调查事项	268
	70. 析民事审前准备程序	271
	71. 论述民事简易程序的价值取向和制度内容 ——兼论小额诉讼程序	275
	72. 论述上诉审程序的目的和性质——兼论审级制度	281
	73. 论述民事上诉要件——兼论上诉利益	285
	74. 论述禁止不利益变更原则	288
	75. 论述现代民事再审原理	289
	76. 析督促程序原理	294
	77. 析公示催告程序原理	299
	78. 析民事判决的要件、内容和效力	303
	79. 析民事判决的纠正机制	307
	80. 论述临时性救济程序原理	312
	81. 论述民事审执关系	317
	82. 论述优先执行原则	319
第六部分	83. 论述执行名义	321
	84. 论述执行标的有限性	324
	85. 论述民事执行权	326
	86. 析执行和解的性质和效力	330
	87. 论述执行异议之诉	334
	88. 论述执行调查	338
	89. 论述参与分配	341
	90. 论述执行竞合	345
	91. 论述控制性执行措施	348
	92. 论述执行拍卖	352
	93. 论述对被执行人债权的执行	356
	94. 论述国家执行威慑机制	360

第七部分
涉外民事訴訟
程序 and 區際民事司法協助

95. 論信守國際條約原則	365
96. 論適用法院地法原則	368
97. 析外國人在我國民事訴訟中的地位	372
98. 析涉外民事訴訟管轄衝突及其解決途徑	376
99. 論國際民事司法協助	381
100. 試述我國區際民事司法協助的根據、原則和內容	387

第一部分

总论



论法院民事主管范围——兼论民事纠纷的可诉性

一、法院民事主管的概念

主管是对国家机关职权范围的确定。法院作为国家司法机关，也有特定的主管范围。《联合国关于司法机关独立的基本原则》中要求，“司法机关对所有司法性质的问题享有管辖权，并应拥有权威就某一提交其裁决的问题按照法律是否属于其权力范围作出决定”。

法院民事主管，是指法院与其他国家机关和社会组织之间在解决民事案件上的分工和权限。法院在民事诉讼中的主管范围就是法院在民事诉讼中的受理案件范围。法院民事主管与法院民事审判权的范围、民事诉讼法的对事效力是一致的，即在我国，民事诉讼用来解决以下案件：（1）民事案件，包括民事争讼案件、民事非讼案件和民事执行案件；（2）非民事案件，比如选民资格案件等。

与法院主管相关联的一个概念是“民事纠纷的可诉性”（Justiciability），又称为民事纠纷的可司法性，是指民事纠纷发生以后，纠纷主体可以将其诉诸司法的属性，或者说是纠纷可以被诉诸法院因而能够通过司法来最终解决的属性。^①

有学者指出，我国民事诉讼法学者通常是从法院的角度来探讨法院的主管范围问题，而很少从当事人诉权的角度来探讨纠纷的可诉性问题，反映了我国学者深受权力本位观念的影响而轻视当事人的权利保护。笔者认为，法院主管和民事纠纷可诉性之间并无实质的差别，属于法院主管范围的纠纷，自然是具有可诉性的纠纷；而具有可诉性的纠纷，也自然是属于法院可以行使审判权的范围。

民事纠纷因其可诉性，通过当事人起诉进入诉讼程序，接受法院审判，则成为民事

之诉，即民事争讼案件。某个事项不具有民事可诉性，则不得通过民事诉讼处理，若对该事项提起民事诉讼，法院应当裁定予以驳回。“可诉性”并不排斥以和解、调解和仲裁等非诉讼纠纷解决机制来解决民事纠纷。在民事纠纷解决领域，非诉讼纠纷解决机制的运用，实际上也是以民事纠纷的可诉性为前提的。^②

民事纠纷的可诉性，通常包括以下构成要素：（1）纠纷主体应是具体的或特定的，并且纠纷双方主体处于相互对立的状态。（2）应是关于具体的民事权益、义务或责任的纠纷。（3）由法院以民事诉讼终局性（或结论性）地解决。由其他国家机关或社会组织最终解决的事项，不具有可诉性，比如在我国，有关国防、外交等国家行为发生的争议等，不具有民事可诉性。

立法者往往根据当时的社会发展状况或者民事纠纷的特殊性等而制定相应的政策，适当阻断某些特殊民事纠纷的可诉性。比如，对于具有高度专业性的有关专利、商标等特定的民事纠纷，《专利法》和《商标法》规定可由相关职能部门解决；破产案件不具有可诉性，只能适用破产程序；在我国，劳动争议没有走完仲裁程序的，通常不具有可诉性。

20世纪后半叶以来，现代型纠纷，比如消费者纠纷、环境权纠纷、社会福利纠纷等，在当事人的众多性和利益的扩散性方面与过去一般纠纷不同，争议的权利义务内容及权利主体的外延未必清楚，若依上述传统的可诉性标准则得出的结论是：这些新型纠纷不具有可诉性。然而，事实上又必须解决这些

① 参见刘敏：《裁判请求权研究》，154页，北京，中国人民大学出版社，2003。

② 参见邵明：《民事诉讼法学》，4~6页，北京，中国人民大学出版社，2007。

纠纷和保护受害权益，同时基于增加国民接近法院或使用诉讼的机会，扩大民事诉讼解决纷争和保护权益及形成政策的功能，理当突破传统可诉性的标准和观念，将现代型纠纷纳入可诉性范畴。在世界范围内，司法的功能不断扩大，一些社会、政治问题也开始具有民事可诉性，可以通过民事诉讼来解决。

二、我国法院民事主管的现状及其评析

各国民事可诉性范围多有不同。比如，在美国，除刑事案件外，其余一切纠纷和案件适用民事诉讼程序。

我国《民事诉讼法》第3条对民事纠纷可诉性作出了比较抽象的规定，该条规定：“人民法院受理公民之间、法人之间、其他组织之间以及他们相互之间因财产关系和人身关系提起的民事诉讼，适用本法的规定。”据此，我国确定法院民事主管的标准有二：（1）主体标准，即案件当事人是平等的民事主体。（2）内容标准，即案件的内容是民事财产关系和人身关系。但是，总体来看，在我国现行法院民事主管方面，存在以下几方面的问题：

1. 立法层面。（1）立法技术不够成熟。《民事诉讼法》第3条处于法典的总则中，是对法院民事主管范围的一般规定，但仅限于民事争讼案件，没有包括民事非讼案件和执行案件等。这种前后不一致的立法规定反映了民事诉讼法总则的涵盖力不强，体现了立法技术上的不成熟。（2）保护范围狭窄。民事诉讼法将法院主管的范围限定在传统意义上的平等主体之间的“财产关系和人身关系”纠纷，缺乏应有的涵盖力，导致了随着社会发展而产生的很多新型纠纷无法通过司法获得保护，尤其是很多作为基本权利的宪法性权利因为没有法律的明确规定而被挡在法院之外，无法得到保护。

2. 司法实践层面。由于立法上的缺陷，导致了司法实践中诸多问题的出现，例如法院对案件进行选择性的审理，本该由法院主管的案件，法院却剥夺了当事人的诉权，将该

类案件拒之门外；本不该归法院主管的案件，法院却予以受理。在实践中甚至出现法院与其他国家机关、社会团体在解决纠纷上的争抢或者推诿，严重损害了法律的统一性、权威性和严肃性。尤其是随着社会生活发展而出现大量现代型纠纷以及侵害公民宪法性基本权利的纠纷，由于法律没有规定法院相应的主管权，实践中法院受理此类纠纷于法无据，从而无法进入诉讼程序获得司法保护。

三、完善我国法院民事主管范围的原则

首先是保障当事人充分获得司法救济。现代国家既然禁止自力救济、独立行使司法权，就应该承担起公力救济的义务和责任，在公民的权利受到侵害时提供完善的司法救济制度，以保障公民的权利得到应有的保护。针对我国法院主管方面存在的问题，我们首先应该树立正确的立法和司法理念，树立以当事人为本的观念，考虑当事人的切身需求。

其次是遵行司法的功能和属性。与立法和行政不同，民事诉讼或司法的主要功能是终局解决个案纠纷，其主要属性是对特定纠纷主体之间已经发生的具体纠纷的事后性解决，以明确法律上的具体权利、义务或责任的内容和归属。可诉的民事纠纷实际上是指适用法律能够终局性地解决对立当事人之间关于具体的民事权利义务的纠纷。

再次是遵行案件当事人的平等性和案件内容的民事性。民事诉讼主要解决民事案件。民事案件的当事人即民事主体，或是民事纠纷的双方当事人，其法律地位是平等的。同时，民事案件的内容是民事性的，即为民事权益、民事义务或民事责任。至于心理上的愤怒、是否为朋友的争议、对自然现象的争议、对学术问题的争议、行政纠纷和刑事争议等，则属非民事纠纷。

延伸阅读线索

1. 蔡虹. 法院主管若干问题研究. 法商研究, 2001 (5);



2. 刘敏. 论民事纠纷的可诉性. 法律科学, 2003 (1);
3. 江伟, 廖永安. 我国民事诉讼主管之概念检讨与理念批判. 中国法学, 2004 (4);
4. 相庆梅. 民事纠纷可诉性问题研究. 河北法学, 2009 (3);
5. 邵明. 民事诉讼法学. 3~6页. 北京: 中国人民大学出版社, 2007;
6. 廖永安. 民事审判权作用范围研究.

北京: 中国人民大学出版社, 2007.

✎ 考研考博真题

1. 名词辨析: 民事案件的主管和管辖 (2005年西北政法大学考研试题)
2. 比较管辖与主管的联系 (2000年郑州大学考研试题)

2

论述多元化民事纠纷解决机制

一、多元化民事纠纷解决机制的概念和构成

民事纠纷多元化解解决机制包括诉讼纠纷解决机制和非诉讼纠纷解决机制。非诉讼纠纷解决机制又称为“替代性纠纷解决机制”(Alternative Dispute Resolution, 简称ADR), 包括私力救济和社会救济两种纠纷解决方式。替代性纠纷解决机制最初是指20世纪开始逐步发展起来的各种诉讼外纠纷解决方式, 现已引申为对世界各国普遍存在着的、诉讼制度以外的非诉讼纠纷解决程序或者机制的总称。^①

多元化解解决机制是相对于单一化的纠纷解决方式而言的, 是指在一个社会中, 具有不同功能和特点的纠纷解决方式共同存在, 互相协调地运行以满足社会主体不同需求的程序体系和调整系统。多元化纠纷解决机制为社会主体提供多种可以选择的纠纷解决方式, 避免纠纷解决的单一化, 在提供诉讼方式解决之外, 吸收来自民间和社会的各种自发的或者有组织的力量来解决纠纷。在发生民事纠纷或者民事争议时, 纠纷主体可以根据纠纷或者争议的具体情况, 综合考虑各种纠纷解决方式的功能和特点, 选择最适合的方式来解决纠纷。

在历史上和现实中, 民事纠纷的解决机制都是多元的。在不同的历史时期、不同的国家和地区, 纠纷解决机制的具体形态和运行方式等有很大的不同。现代社会中, 民事纠纷解决机制大体上包括: (1) 自力救济, 又称私力救济, 俗称私了, 比如自决、和解等, 是指没有第三者协助或主持, 纠纷双方主体依靠自己的力量来解决民事纠纷的方式或制度; (2) 社会救济, 比如调解、仲裁等, 主要是基于纠纷双方主体的合意, 依靠社会力量(第三者)来解决民事纠纷的方式或制度; (3) 公力救济, 比如行政裁决、民事诉讼等, 是指利用国家公权力(如行政权、司法权)来解决民事纠纷的方式或制度。民事纠纷解决机制经历了由自力救济到公力救济的演变过程, 其中也伴随着社会救济的演化。

二、各民事纠纷解决机制之间的关系

各民事纠纷解决机制适应社会主体解决纠纷的不同需要, 既相互独立又彼此补充, 共同构成了解决民事纠纷的有机体系。它们之间的关系主要表现为:

1. 民事纠纷各个解决机制都有不同的特点和功能, 在纠纷解决上各有利弊, 互相不

^① 参见范愉:《非诉讼纠纷解决机制研究》, 第四章, 北京, 中国人民大学出版社, 2000.

能替代。例如，仲裁相比于诉讼而言，更适用于解决涉及商业秘密或者当事人不愿意公开的事项的民事纠纷，当事人需要付出的人力、物力、财力也相对较小，但是其适用范围有限，对于涉及婚姻、收养、抚养、继承等的纠纷不能通过仲裁解决，只能选择诉讼的方式；仲裁的适用也必须以双方达成的仲裁协议或者仲裁条款为前提，否则不能适用；而且仲裁的规范性不如诉讼强。再如，调解解决纠纷一般可以达到较好的社会效果，但是调解协议一般并不具有如判决一样的既判力和执行力。因此，各个纠纷解决机制之间相互独立存在，虽然关系密切但是不能相互替代，每个纠纷解决机制都有其独立存在的意义和价值。

2. 当事人可以自由选择适用的纠纷解决机制。现代法治国家大多设置多元化的纠纷解决方式，这些纠纷解决机制功能各异、独立存在，因此在发生民事纠纷或者民事争议时，当事人可以根据纠纷或者争议的具体情况，在不违反法律强制性规定的前提下，综合考虑各种因素后选择最适合的纠纷解决方式。例如对于标的额较小的民事纠纷，由于诉讼的严格规范性和成本高昂，纠纷主体可以不选择诉讼，而选择和解、调解等其他纠纷解决方式。

3. 多元化的纠纷解决机制优势互补、紧密联系，共同构成了解决民事纠纷的完整体系。各个纠纷解决机制适用于不同特点的民事纠纷，并不断完善和发展以适应社会发展过程中民事纠纷多样化、复杂化的特点，自力救济、社会救济和公力救济相辅相成而共同组成解决民事纠纷的完整体系。

4. ADR 与获得正当程序审判权。国际社会普遍认为，在现代法治社会，当人们的民事权益受到侵害或者发生争议时，享有获得正当程序审判权，即人们有权获得依法设立、有管辖权、独立、公正的法院的公正、及时审判。那么，在多元化民事纠纷解决体系中，

以调解等 ADR 方式解决民事纠纷，是否侵害纠纷主体获得正当程序审判权呢？

纠纷主体享有纠纷解决方式的选择权，若纠纷主体自愿选择 ADR 来解决民事纠纷，则不构成对其民事诉权之侵害。因为一个理性的和谐社会应当向其成员提供多种民事纠纷解决途径或方式，让纠纷主体根据法律的规定按照自身利益的需求，选择相应的民事纠纷解决方式。立法上和司法中必须尊重当事人获得正当程序审判权。

若法律强制规定采用非诉讼方式（强制 ADR），则需有充足合理的根据。比如，对人事纠纷，以调解为诉讼审判的必经程序，其正当根据在于调解能够不伤和气地解决纠纷，能够维护纠纷主体之间的关系和睦、感情融洽。同时，强制 ADR 仅限于适用的强制，并非指当事人必须接受处理的结果，也不意味剥夺当事人的诉权。^①

三、完善我国民事纠纷多元化解决机制的现实必要性

当前，在我国完善多元化的纠纷解决机制有其现实必要性，主要表现在：

1. 民事纠纷数量的日益膨胀要求建立多元化的纠纷解决机制。随着人们法律素质和法律意识的提高，越来越多的人倾向于选择诉讼的方式来解决民事纠纷，加上我国社会转型时期市场经济快速发展带来的民事纠纷的频发，导致了“诉讼爆炸”的出现。例如在 2009 年 3 月 10 日最高人民法院的工作报告中便指出：2008 年我国各级法院受理案件数量突破一千万大关，达到了 10 711 275 件，其中民事案件占了相当大的数量。同时，“诉讼爆炸”也揭示了当前人民群众日益增长的司法需求与司法资源有限性之间的矛盾。日益膨胀的纠纷数量、司法资源的相对不足等问题客观要求国家设置并完善多元化的纠纷解决机制供纠纷主体自由选择，以及时快速地解决民事纠纷，缓解司法机关的工作压力。

^① 参见邵明：《论我国和谐社会中的民事调解》，载《学术界》，2008（2）。