



法学讲堂

# 民事诉讼法学

王福华 著



学出版社





法学讲堂

# 民事诉讼法学

王福华 著

清华大学出版社  
北 京

## 内 容 简 介

近年来,我国民事诉讼立法呈现出前所未有的精致化趋势,国内外民事诉讼法学说与见解也层出不穷,但当前中国的民事诉讼在构建自身基本理论体系方面距离现代法治国家尚有很大差距,尤其是对民事诉讼法理论的抽象概括还差得很多,法律职业共同体对这些基础理论的认同程度也很低。立法和实践中过于重审判政策,轻诉讼法理,诸如诉讼标的论和既判力等支柱学理在民事诉讼的立法与实践中并没有多大的生存空间,至于一些下位的精致制度更是难觅踪影。为改变这种状况,本书对民事诉讼法学的基础理论展开必要的、适度的分析,一一编排,对国内外学术界的代表观点以及域外立法例也予以扼要解说,使读者能够较为深入地了解相关学理。

本书有以下几个特点:一是重理论体系,使读者对相关学理能够较为深入的了解;二是反映最新立法动态,特别是对2012年《民事诉讼法》修正案进行深入系统的评介;三是突出重点,分别利用示意图、流程图、比较图表等说明民事诉讼法理和诉讼流程,引导读者做进一步的深刻思考,以期读者能更迅速掌握重点,提高学习效率。

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

### 图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法学 / 王福华著 — 北京:清华大学出版社,2012.10

(法学讲堂)

ISBN 978-7-302-30100-4

I ①民… II ①王… III ①民事诉讼法学—法的理论—中国—教材  
IV ①D925.101

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第217791号

责任编辑 刘 晶

封面设计·傅瑞学

责任校对:宋王莲

责任印制:李红英

出版发行:清华大学出版社

网 址 <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址·北京清华大学学研大厦A座 邮 编·100084

社总机·010-62770175

邮 购·010 62786544

投稿与读者服务 010 62776969, [c\\_service@tup.tsinghua.edu.cn](mailto:c_service@tup.tsinghua.edu.cn)

质 量 反 馈 010-62772015, [zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn](mailto:zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn)

印 刷 者·三河市君旺印装厂

装 订 者·三河市新茂装订有限公司

经 销·全国新华书店

开 本:170mm×240mm 印 张·30.5 字 数:641千字

版 次·2012年10月第1版 印 次·2012年10月第1次印刷

印 数·1~4000

定 价:48.00元

产品编号:047083 01

## 作者简介

王福华,现任上海交通大学凯原法学院教授,博士生导师,上海交通大学凯原法学院诉讼法学科负责人,诉讼法与司法制度研究所所长。兼任中国民事诉讼法学研究会常务理事、中国人民大学法学院多元化纠纷解决机制研究中心研究员。曾任职法官(1989—1992年)。澳大利亚昆士兰大学访问学者(2007年)。研究领域主要集中于民事诉讼法学、比较民事诉讼法学、司法制度、民事纠纷解决及民事审判实务研究。1999年以来在《法学研究》、《中国法学》、《中外法学》、《法律科学》、《法商研究》、《法学》等重要法学期刊上发表论文30余篇,出版著作有《变迁社会中的群体诉讼》等3部,法律翻译方面的成果主要集中于两大法系群体诉讼制度、调解制度等领域。主持国家社科基金、教育部、司法部和其他省部级课题多项,获省部级哲学社会科学优秀成果奖及中国法学会民事诉讼法学青年学者优秀论文奖多项。

## 前 言

时光已倏然迈进二十一世纪的第二个年代。在过去的十几年中,伴随着民事司法改革的步伐,民事诉讼立法及司法解释呈现出前所未有的精致化趋势。同时,国内外民事诉讼法学说与见解也层出不穷,马不停蹄地推陈出新。完全可以断言,和所有知识一样,民事诉讼法学已经迈入信息的“倍增周期”。仅以教材为例,据不完全统计,仅国内各法学院系编写的《民事诉讼法学》教材及相关的教辅资料就近百种。“信息爆炸”时代在让人们感受到知识传播便利的同时,也增加了人们获取准确信息的难度。从浩如烟海的法律知识库中迅速而准确地获取自己最需要的信息,变得异常困难,往往让人有无所适从之感。因此,身为二十一世纪的法律人,唯有采取更有效率的学习方式,方能摆脱被信息洪流吞噬的危险,跟上法治时代的步伐。

民事诉讼法学虽是一门应用性很强的学科,但如果只强调它技术性的法解释与操作一面的话,这一部门法则很容易沦为一种工具——可能是政治的工具,也可能是伤人的工具,其所支撑的民事司法制度既不温暖也不够人性。在另一方面,如果在本科生学习阶段过于注重民事诉讼法的法理或法哲学的探讨,则又会让这一部门法丧失其可操作性。因此,和其他部门法的教科书一样,民事诉讼法学教科书的编撰要在理论性和实践性之间作出取舍。达至平衡是困难的,但不能不有所作为。

我的想法是,本科教材既是法科学生走入法学殿堂的引路指南,也是其快速增长知识拓展视野的广阔平台,需要做到理论与实务的兼收共蓄,国内与国际的兼容并包。因此,本教材的写作宗旨是:重理论指引,兼顾实务操作;重国内法阐释,兼顾国外法比较。写作目标是:让学生低门槛进入,一步步登堂入室,在短短一个学期内学有所成。为实现这一夙愿,作者穷尽近二十载的民事诉讼法教学经验,历时四年独自完成本教材的编撰。相对于其他同类型教材而言,本教材的独特之处表现为以下三点:

第一,民事诉讼法学理论的体系化。法学本科生往往是初次接触民事诉讼理论

#### IV 民事诉讼法学

和相关知识,但网络化时代又让其事先捕获到太多关于民事诉讼的信息。那么,如何在一张空白的纸上勾勒精确的知识蓝图,又如何过滤掉信息时代应接不暇的不当信息,就成为民事诉讼法学教育的一项重要任务。而实现这一任务的主要途径就是向学生传授一个相对完整的理论知识体系。让其学会在宏观的理论知识体系中按图索骥,通过日积月累地学习过程让这棵知识树从树根到枝干,从主干到枝丫,从树枝到树叶,一天天变得丰满充盈,最终收获属于自己的知识果实。同时,理论知识的体系化也是对当前立法和司法实务中重审判政策轻诉讼法理之倾向的矫正。通过培养学生理论研究与探索的能力、塑造其法律人特有的思维方式,向法治社会输送学理型的法官、检察官和律师,提高全体法律人的理论水平。为达成此目标,本教材对民事诉讼法学的基础理论作了宏观地介绍和适度地分析,为拓展学生知识面并满足其探索知识的欲望,本教材采用脚注形式对相关学说和立法例作了扼要阐释,使学生在理论知识学习上既有面上的体系性认知,又有点上的深入挖掘。

第二,民事诉讼法法律规范的应用化。中国是一个成文法国家,法官的判案过程就是一个寻找和适用法律的过程。在这个过程中,程序法的理解与适用与实体法同等重要。程序法既是规范法官审判活动的准则,也是引导当事人和其他诉讼主体实施诉讼活动的行动指南,因而程序法规范的应用性与操作性就十分引人注目。民事诉讼法作为一个重要的部门法,在民事诉讼法典之外还存在着大量的司法解释,同时许多实体法中也有涉及民事诉讼的内容,法律法规形态复杂,数量浩繁。并且,自1982年新中国试行首部民事诉讼法至今已做了三次修改,最近一次修改的民事诉讼法已于2012年8月31日由第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十八会议审议通过,这次修法是近二十年来改动幅度最大的一次,修改和增补的实质性条文多达59条(共修改60条)。为使读者对修法历程和内容有一个全方位的把握,本教材在对修法宗旨做必要交代之余,还对所有改动和新增的条文做了简洁明了地解说。既包括法条的字面解释和专有名词的分析阐述,也有对不同法规或特别法规的比较说明。同时,在对法律规范进行解说的过程中,分析归纳出国际和国内立法发展的大致走向,让读者对法律存在和发展的时空背景有一个全景式认识,从而对法律的未来发展抱以合理预期。

第三,民事诉讼法律知识的序列化。民事诉讼法是一门应用性学科,重在活学活用,切忌纸上谈兵。民事诉讼法律知识的掌握是实用的前提,但程序法知识较实体法呈现散乱的特征,知识的整理与记忆较为困难。为了解决这一问题,本教材十分关注知识的序列化。既注重知识的排序,重点知识多讲解,次要知识一笔带过;也注重知识的图表化,通过示意图、谱系图、流程图、比较表达达到法律知识认知排序与简化的目

的。通过知识的序列化,作者的目标是让读者既能站在远处识得庐山真面目,又能在登顶后尽享一览众山小的绝妙境界。

本教材的编写首先服务于法学本科学生,其次惠及法律职业人和热爱法学的社会大众。为追求体例、内容和语言风格的统一,也为了作者多年教学研究的心得一吐为快,本教材由作者独自完成。但是,本教材虽是作者倾心打造的殚精竭力之作,终究还会因精力与能力的有限出现疏漏乃至过错,望读者谅解并赐教。

作者电子邮箱:civilprocedure@126.com

王福华

2012年9月15日

于上海交通大学凯原法学院

# 目 录

## 第一编 民事诉讼程序法理

|                        |    |
|------------------------|----|
| 第一章 绪论 .....           | 1  |
| 第一节 民事纠纷及其处理机制 .....   | 1  |
| 第二节 民事诉讼 .....         | 7  |
| 第三节 民事诉讼法 .....        | 10 |
| 第四节 民事诉讼法律关系 .....     | 19 |
| 第二章 诉讼价值与目的 .....      | 27 |
| 第一节 民事诉讼价值 .....       | 27 |
| 第二节 民事诉讼的目的 .....      | 32 |
| 第三章 民事诉讼基本原则与制度 .....  | 37 |
| 第一节 基本原则概述 .....       | 37 |
| 第二节 宪法层次上的基本原则 .....   | 40 |
| 第三节 民事诉讼法层面的基本原则 ..... | 47 |
| 第四节 民事诉讼法的基本制度 .....   | 59 |

## 第二编 民事诉讼主体与客体

|                  |     |
|------------------|-----|
| 第四章 法院管辖 .....   | 70  |
| 第一节 法院管辖概述 ..... | 70  |
| 第二节 级别管辖 .....   | 75  |
| 第三节 地域管辖 .....   | 80  |
| 第四节 裁定管辖 .....   | 94  |
| 第五节 管辖权异议 .....  | 97  |
| 第五章 当事人原理 .....  | 100 |
| 第一节 当事人概述 .....  | 100 |

## VIII 民事诉讼法学

|     |                     |     |
|-----|---------------------|-----|
| 第二节 | 当事人能力和诉讼能力 .....    | 106 |
| 第三节 | 当事人适格 .....         | 114 |
| 第六章 | 多数人诉讼 .....         | 125 |
| 第一节 | 共同诉讼概述 .....        | 125 |
| 第二节 | 必要共同诉讼 .....        | 128 |
| 第三节 | 普通共同诉讼 .....        | 132 |
| 第四节 | 第三人 .....           | 134 |
| 第五节 | 代表人诉讼与公益诉讼 .....    | 140 |
| 第七章 | 诉讼代理人 .....         | 149 |
| 第一节 | 诉讼代理人概述 .....       | 149 |
| 第二节 | 法定诉讼代理人 .....       | 150 |
| 第三节 | 委托诉讼代理人 .....       | 152 |
| 第八章 | 诉讼客体 .....          | 157 |
| 第一节 | 诉的法理 .....          | 157 |
| 第二节 | 诉讼标的 .....          | 167 |
| 第三节 | 诉的合并、追加、变更和反诉 ..... | 172 |

## 第三编 证据制度

|     |                 |     |
|-----|-----------------|-----|
| 第九章 | 民事诉讼证据 .....    | 178 |
| 第一节 | 民事诉讼证据概述 .....  | 178 |
| 第二节 | 民事诉讼证据的种类 ..... | 184 |
| 第十章 | 民事诉讼证明 .....    | 199 |
| 第一节 | 证明与证明对象 .....   | 199 |
| 第二节 | 证明责任 .....      | 209 |
| 第三节 | 证明标准与自由心证 ..... | 220 |
| 第四节 | 证明过程 .....      | 225 |

## 第四编 民事诉讼保障制度

|      |                |     |
|------|----------------|-----|
| 第十一章 | 保全与先予执行 .....  | 238 |
| 第一节  | 民事保全 .....     | 238 |
| 第二节  | 先予执行 .....     | 248 |
| 第十二章 | 期间、期日与送达 ..... | 253 |
| 第一节  | 期间和期日 .....    | 253 |
| 第二节  | 送达 .....       | 255 |

|                         |     |
|-------------------------|-----|
| 第十三章 对妨害民事诉讼的强制措施 ..... | 260 |
| 第十四章 诉讼费用和司法救助 .....    | 266 |

## 第五编 审判程序

|                       |     |
|-----------------------|-----|
| 第十五章 普通程序 .....       | 277 |
| 第一节 起诉与受理 .....       | 278 |
| 第二节 审前准备 .....        | 284 |
| 第三节 开庭审理 .....        | 288 |
| 第十六章 简易程序 .....       | 302 |
| 第一节 简易程序概述 .....      | 302 |
| 第二节 小额诉讼程序 .....      | 308 |
| 第十七章 第二审程序 .....      | 311 |
| 第一节 第二审程序概述 .....     | 311 |
| 第二节 上诉的提起、受理与撤回 ..... | 315 |
| 第三节 上诉案件的审理 .....     | 320 |
| 第四节 上诉案件的裁判 .....     | 323 |
| 第十八章 再审程序 .....       | 326 |
| 第一节 再审程序概述 .....      | 326 |
| 第二节 提起再审的主体与条件 .....  | 328 |
| 第三节 再审案件的审理 .....     | 337 |
| 第十九章 法院裁判 .....       | 341 |
| 第一节 法院裁判概述 .....      | 341 |
| 第二节 民事判决概述 .....      | 344 |
| 第三节 民事判决的效力 .....     | 348 |

## 第六编 特别程序与略式程序

|                   |     |
|-------------------|-----|
| 第二十章 特别程序 .....   | 355 |
| 第一节 特别程序概述 .....  | 355 |
| 第二节 特别程序的适用 ..... | 359 |
| 第三节 非讼程序理论 .....  | 370 |
| 第二十一章 督促程序 .....  | 377 |
| 第一节 督促程序概述 .....  | 377 |
| 第二节 支付令审理程序 ..... | 380 |
| 第三节 支付令 .....     | 383 |

|       |                      |     |
|-------|----------------------|-----|
| 第四节   | 支付令的异议和督促程序的终结 ..... | 387 |
| 第二十二章 | 公示催告程序 .....         | 390 |
| 第一节   | 公示催告程序概述 .....       | 390 |
| 第二节   | 公示催告案件的申请和受理 .....   | 394 |
| 第三节   | 公示催告案件的审理程序 .....    | 395 |
| 第四节   | 除权判决 .....           | 398 |

## 第七编 执行程序

|       |                 |     |
|-------|-----------------|-----|
| 第二十三章 | 执行程序概论 .....    | 402 |
| 第一节   | 执行程序总论 .....    | 402 |
| 第二节   | 执行主体 .....      | 410 |
| 第三节   | 执行标的 .....      | 416 |
| 第四节   | 执行救济 .....      | 419 |
| 第五节   | 执行程序的进行 .....   | 424 |
| 第二十四章 | 执行措施 .....      | 434 |
| 第一节   | 对金钱债权的执行 .....  | 434 |
| 第二节   | 对非金钱债权的执行 ..... | 441 |
| 第三节   | 参与分配与执行竞合 ..... | 442 |

## 第八编 涉外程序

|       |                         |     |
|-------|-------------------------|-----|
| 第二十五章 | 涉外民事诉讼程序 .....          | 448 |
| 第一节   | 涉外民事诉讼程序概述 .....        | 448 |
| 第二节   | 涉外民事诉讼管辖 .....          | 451 |
| 第三节   | 涉外送达、期间 .....           | 454 |
| 第二十六章 | 司法协助 .....              | 459 |
| 第一节   | 国际司法协助 .....            | 459 |
| 第二节   | 区际司法协助与涉港澳台民事诉讼程序 ..... | 466 |

# 第一编 民事诉讼程序法理

## 第一章 绪 论

### 第一节 民事纠纷及其处理机制

#### 一、民事纠纷

##### (一) 民事纠纷的概念

##### 1. 纠纷与法律纠纷

所谓纠纷,也称为争议、争端或冲突,是特定的主体基于利益冲突而产生的一种双边(或多边)的对抗行为。纠纷不仅是当事主体个人之间的行为,也是一种双方之间争执不下、无法协商一致的社会现象。由于其高度复杂的特点,引起政治学、社会学、人类学及法学学者的高度关注,他们从不同侧面对此展开研究。

纠纷是与秩序相对应的范畴,纠纷的发生意味着一定范围内的协调均衡状态或秩序被打破。<sup>①</sup>从整体上看,纠纷是社会进程中的一种不可避免的现象,利益上的冲突则是其内在因素和外在的表现,往往由人类社会利益和资源的相对有限性与人的欲望及需求的无限性的矛盾所引起。从积极的方面看,作为社会常态出现的纠纷是推动社会发展的动力之一,它在客观上为人们制定行为规则提供了机会;从消极方面看,纠纷则给社会带来了或多或少的负面作用,会导致社会关系的紧张、敌对,甚至引发社会动荡。对致力于构建和谐社会的我国而言,应建立有效的社会机制来控制纠纷,消减纠纷的不利影响。而在诸多社会机制中,法律机制是控制纠纷的最有效的手段和最理性的选择,因为通过法律的控制可使纠纷获得“可诉性”或“可司法性”,使其能够被转化为法律上的纠纷,并通过法律途径来解决。

##### 2. 民事纠纷

所谓民事纠纷,又称民事争议或民事冲突,是指平等主体之间因侵权、违约或其

---

<sup>①</sup> 范愉:《纠纷解决的理论与实践》,70页,北京,清华大学出版社,2007。

## 2 民事诉讼法学

他事由而发生的,以民事权利义务为内容的法律纠纷。民事纠纷通常因违反了民事法律规范而引起,即民事主体违反了民事法律义务规范而侵害了他人的民事权利,由此而产生以民事权利义务为内容的民事争议。例如,由于实施侵权行为造成他人损害引发的损害赔偿争议;因双方签订的合同没有履行,一方要求对方履行或给予赔偿所发生的争议;共有人对共有财产的分割发生的争议,等等。一旦被纳入一定的解决程序予以处理,这些纠纷也被称为民事案件。<sup>①</sup>

### (二) 民事纠纷的特性

#### 1. 主体的平等性

民法调整的社会关系的性质决定了其应具备平等自愿这一“公理性原则”,而民事法律关系的特性又进一步决定了民事纠纷主体平等的特性。这意味着,民事纠纷主体之间并不存在服从与隶属的关系,他们在诉讼中的地位平等、诉讼权利平等、程序选择的机会平等。在主体的关系上,民事纠纷与刑事纠纷和行政纠纷相比皆有所不同。刑事纠纷中,对立的双方主体是国家和实施违法犯罪行为的个人或法人,它们之间不具有平等的法律地位。行政纠纷中,一方主体是作出具体行政行为的行政机构,另一方主体为行政行为相对人,它们之间在行政法律关系上是领导和被领导、管理和被管理的关系,也不属于平等主体之间的关系。唯有民事纠纷,是发生在平等主体之间的一种纠纷。

#### 2. 内容的民事性

民事纠纷主要是有关民事权益、民事义务或因民事自力救济和诉讼救济责任而发生的争议。它主要包括两种类型:一类是诉讼事件型纠纷,即当事人要求确认权利义务是否存在的纠纷,这类纠纷一旦诉诸民事诉讼,则法院必须作出权利是否存在的判断;另一类则是非讼事件型纠纷,即当事人之间并不存在权利义务是否存在的争议,没有争议的对方当事人,一旦通过诉讼解决则仅要求法院作出确定一定事实状态或权利是否存在的判决。简言之,诉讼案件与非讼案件的“分水岭”就在于纠纷是否存在讼争性,具有讼争性的案件为诉讼案件,否则为非讼案件。与案件的讼争性或非讼争性相对应,法院的审判程序也分为诉讼程序和非讼程序两种基本类型。在数量上,绝大部分民事纠纷都是诉讼案件。

#### 3. 解决程序的可选择性

民事纠纷的当事人在法律规定的范围内有权选择纠纷解决的方式,诉讼开始后还可对程序及与程序有关的事项作出选择,这便是程序选择权,它直接导源于民事程序主体性原则。近代以来,民事程序的主体性原则已成为各国公认的一项宪法和诉讼法原则。该原则要求在立法中充分尊重当事人的意思自由,对当事人给予程序关

---

<sup>①</sup> 在大陆法系,通常将未进入法院争讼程序的称为“事件”。在我国,不管是争讼案件还是非讼案件,凡是由法院处理的,习惯上均称为案件。

怀。同时,该原则还强调尊重当事人在诉讼活动中的主观积极性,鼓励当事人选择对自己最有利的程序去解决纠纷,实现自己利益的最大化。在法律规定的范围内,纠纷主体可以合意的方式选择适用纠纷解决程序,如调解、和解、仲裁或诉讼。一旦选择诉讼方式解决,当事人还享有诉讼中的处分权,对发生纠纷的民事权益进行处分,自己主导决定民事诉讼的开始与终结,自行确定审判的对象和范围。

### (三) 现代型纠纷

随着社会发展的日益现代化,人们之间的社会联系比过去更加广泛,冲突的点和面也在增加和拓展,纠纷形态由此呈现大型化特点。所谓纠纷的大型化,是指纠纷所涉及的利害关系人人数众多及争议数额巨大。该类纠纷主要发生于消费服务领域、集资投资领域、环境污染领域以及标准合同领域,一旦纳入诉讼解决程序,就会形成所谓的现代型诉讼。

所谓现代型纠纷,也称为现代型诉讼事件,是指在现代社会,产业的规模化导致交通事故、环境污染、产品责任、消费者权益纠纷等规模较大的诉讼事件。与中国传统的民事纠纷不同,现代型纠纷不再拘泥于一定的地域和宗族界限之中,纠纷解决中人际关系的核心也倾向于寻求带有普遍性、明确性和可预测性的规则,而不是单纯的情与理,案件类型复杂化、诉讼大型化特点突出。在诉讼特征上,这类纠纷还打破了传统民事诉讼中主体之间的平等结构,双方当事人的诉讼能力也呈非对称性:这类纠纷中一般都是一方当事人为实力强大的集团或社会组织,另一方则是力量弱小的消费者或受害人,双方在财力、智力等各方面的巨大差距,造成了受害者在维权上的困难。在裁判依据上,这类纠纷的解决往往难以从现行的实体法中找到判定依据,而在纠纷发生之初就有政策形成的需求,诉讼结果也会有政策导向功能。现代型诉讼涉及面非常广,包含了消费者诉讼、医疗过失诉讼、产品质量责任诉讼等。

当代中国频发的现代型纠纷给司法制度提出了严峻的挑战,在法律上怎样给予这类纠纷以必要的帮助和支持,为当事人接近正义提供物质上和精神上的支持是一个重大课题。从世界范围看,为公平高效地解决现代型纠纷,国家应充实和完善各种制度以消除起诉、应诉的障碍。例如,律师制度、法律援助制度、法律咨询制度等以减轻社会成员诉讼费用的负担和解决法律知识欠缺的困难,从而缩小或消除当事人间诉讼能力上的差距;在改革和完善普通程序和简易程序的同时,应考虑为小额事件及一般消费者保护事件设立费用相当的程序制度;应重新思考和调整两审终审制度,适当考虑有限第三审制度的采纳;为满足案件的特殊需求,完善民事诉讼管辖制度,适当扩大外国法院判决的承认与执行,等等。

## 二、民事纠纷解决机制

纠纷解决,是指在纠纷发生后特定的解纷主体依据一定的规则和手段,消除冲突状态、对损害进行救济、恢复秩序的活动。具体解决方法包括当事人之间的协商谈判、裁决和调解等。民事纠纷解决机制是针对民事纠纷的解决而出现的一种化解纠

纷的程序体系,是指一定社会中实行的,用以缓解、消除民事纠纷的一整套制度和办法。

现代民事纠纷解决机制具有以下两个特点:

### 1. 纠纷解决机制的经济性

民事纠纷解决方法必须具有经济性,才会具备有效性。一般的规律是,只有将纠纷解决所花费的资源降至最低,才能保证社会资源不会急剧流失。但在将诉讼作为主要纠纷解决方式的现代社会里,一方面,法院作为一种公共物品,消耗的是全体社会成员的财富,而这种财富又是有限的;另一方面,对纠纷解决投入的成本越多,获得公正结果的机会也就越大,这是一对难以调和的矛盾。理想的状态是,解决某一具体纠纷所投入的成本应当与这个纠纷所牵涉的社会资源成比例。<sup>①</sup>正是出于这样的目的,20世纪70年代以来世界范围内兴起了民事司法改革的第三次浪潮<sup>②</sup>,其目标是通过诉讼外纠纷解决机制(Alternative Dispute Resolution, ADR)替代传统司法,以最少时间和最低成本促进当事人接近正义。诉讼外纠纷解决机制追求更多的灵活性和非正式性、更充分的主体参与性、更好的解决方案以及以人为本、迅速廉价和保密,等等。

### 2. 纠纷解决机制具有多元化特点

历史上和现实中的民事纠纷解决机制都不是单一的,而是多元化的。尤其是在纠纷的点和面都有增多趋势的当代,更有必要建立一个包括协商、调解、仲裁、诉讼等方式在内的,彼此相互协调地共同存在,相辅相成的,满足社会主体的多样需求的程序体系和动态的调整系统,即多元化的纠纷解决机制。在传统的代替性纠纷解决方式的基础上,各个国家或地区还存在和发展着一些混合性的诉讼外纠纷解决方式,美国的ADR就还包括早期中立评估、简易陪审团审判和小型审判等方式。

我国学者通常将民事纠纷解决机制的具体类型划分为自力救济、社会救济与公力救济三种,后两者涵盖了仲裁、人民调解、劳动争议、消费者纠纷解决机制、行政机关的纠纷处理机制、交通事故处理机制、医疗纠纷处理机制、信访制度等多种形式。尽管非诉讼方式类型很多,但是从基本的特征来说,不外乎调解和仲裁两种类型。

从制度层面看,根据主持者不同,替代性纠纷解决方式可分为:法院附设的替代性纠纷解决方式、行政机关或准行政机关附设的替代性纠纷解决方式、由民间团体或民间组织主持的替代性纠纷解决方式、由律师主持的替代性纠纷解决方式、国际组织附设的替代性纠纷解决方式等;根据纠纷处理结果的效力则可以分为:有拘束力的替代性纠纷解决方式和无拘束力的替代性纠纷解决方式;根据所解决纠纷的性质则可以分为:解决

① 齐树洁:《民事程序法研究》,34页,北京,科学出版社,2007。

② 第一次浪潮始于20世纪60年代,旨在清除当事人在接近正义上的经济障碍,建立了诸如法律援助等制度;第二次浪潮始于20世纪70年代,目标是通过建立集团诉讼制度解决大型的侵权纠纷。

普通纠纷的替代性纠纷解决方式和解决特定纠纷的替代性纠纷解决方式。我国当前的调解制度主要有：人民调解、行政调解及其他组织调解（如各种专业调解）；而仲裁，按照其最为宽泛意义的理解，可以分成经济仲裁、劳动仲裁、涉外仲裁三类。

必须指出的是，替代性纠纷解决方式仅仅是一种替代审判的纠纷解决方式，有其局限性，我们不能夸大它在纠纷解决中的作用。尤其是当处于法治建构初期，人们的权利意识还没有充分建立起来的时候，过多地强调运用调解等替代性纠纷解决方式不利于法治的发展。

表 1-1 多元纠纷解决方法之间的比较

| 诉 讼          | 仲 裁          | 调 解           | 和 解           |
|--------------|--------------|---------------|---------------|
| 根据民事实体法裁判    | 当事人合意 + 法律依据 | 当事人自主解决纠纷     | 当事人自主解决纠纷     |
| 程序保障性强       | 程序保障性较强      | 程序保障性差        | 无程序保障         |
| 程序严格，成本大，周期长 | 简易、迅速        | 简易、迅速         | 简易、迅速         |
| 确定权利义务       | 确定权利义务       | 有助于维持当事人之间的和谐 | 有助于维持当事人之间的和谐 |
| 适用范围广        | 适于解决专业纠纷     | 适用范围较广        | 适用范围较广        |

三、程序选择权

（一）程序选择权的概念与源起

程序选择权有两层含义：一是在一定范围内，纠纷当事人有权自行决定通过何种程序来解决纠纷；二是当事人在一定范围内有权将已经开始的纠纷解决程序转换成其他更适于纠纷解决的程序。

在多种民事纠纷解决机制并存的前提下，赋予当事人充分的程序选择权是必要的。通过对不同纠纷解决机制的权衡与比较，让纠纷主体根据法律的规定和自身利益的需求，选择相应的纠纷解决机制，这是现代司法的必然选择。程序选择权赋予诉讼外纠纷解决方式更大的活力，同时又通过赋予诉讼外纠纷解决结果相应的法律效力，在制度上为诉讼外解决纠纷方式提供保障。在民事纠纷解决体制中确立民事程序选择权的意义，首先在于增进民事纠纷解决的“合法性”（Ligitmacy），提高公众对民事纠纷解决体制的信服度和接纳度；其次是提高民事纠纷解决的效率，提升民事纠纷解决机制的社会适应性。

民事程序选择权的主体是当事人，以存在两种以上可供选择的、功能相当的程序机制为前提，主要通过当事人之间在充分权衡其实体利益和程序利益的基础上所达成的合意来实现。纠纷解决的过程，也可以被理解为是一个信息交换的过程。在纠纷解决过程中，当事人不断沟通、提出事实和证据，而对纠纷事实的全貌愈来愈有所

掌握。此时,当事人对纠纷适用何种程序制度来解决便有了清楚的判断。当已进行的程序未必最适合纠纷解决时,依照程序选择权法理,在一定范围内纷争当事人有权请求转换成其他较适合解决纷争的程序。如可由民事诉讼程序转为和解、调解程序,也可由和解、调解程序转为诉讼程序。

民事程序选择权直接源于程序主体性原则。所谓程序主体性,是指当事人在纠纷过程中应当居于主体而不是客体的地位,诉讼的进程应主要由当事人的诉讼行为而不是法院的职权行为推动。在现代社会,肯定人性尊严和价值已成为人类社会共同追求之理想。就司法制度和诉讼程序而言,现代国家均致力于让国民能够便利地利用司法,建立温暖而富有人性的诉讼制度,以保障宪法规定的生存权、自由权、财产权、诉讼权等基本权利。为了保障国民的这些基本权利的实现,必须在一定范围内肯定公民在法律上的主体性,赋予当事人在纠纷解决程序中的主体地位。在承认国民主权的前提下,国民的意愿应当成为法律形成和继续发展的动力,国民即是司法制度的主体,司法制度的组成或设立,都要以国民的意愿和需求为根据,并且保障国民有充分参与司法过程、法形成过程的权利。

## (二) 程序选择权的种类

从世界范围看,各国普遍规定的民事程序选择权主要有两大类:(1)选择不同的纠纷解决方式或程序,如在发生民事纠纷时,当事人可选择调解、仲裁、诉讼等方式解决其纠纷。(2)在诉讼程序进行选择诉讼权利的行使方式,如当事人可以合意选择管辖法院、选择适用简易程序、选择结案方式、选择适用非诉讼程序、合意选择审理方式,甚至合意选择法官(我国台湾地区曾于2003年至2008年间推行过当事人合意选择法官的试验)。这一类民事程序选择权多见于商法中。例如,各国普遍规定,在破产程序中,债权人有权选择重整、和解或破产清算的权利。又如,在票据丧失后,允许权利人选择诉讼、公示催告、挂失止付等程序予以补救。

我国现行立法赋予了当事人一定程度的民事程序选择权。例如,根据《人民调解法》、《仲裁法》、《民事诉讼法》等的规定,在民事纠纷发生后,当事人可以选择调解、仲裁或者诉讼方式解决民事纠纷。但是,应当看到,民事程序选择权的存在,必须以存在两种以上功能相当的程序为前提。从我国的现实国情看,人民调解、行政调解、仲裁制度都存在着一些制度上的不足,与诉讼制度缺乏有机的衔接,未能充分发挥其解决纠纷、保障权益的积极作用;在市场经济和依法治国的新形势下,这些制度正受到严峻的挑战,亟待予以完善。<sup>①</sup>此外,我国现有的诉讼外纠纷解决的渠道不够畅通,这实际上也限制了当事人的选择范围。

## (三) 对程序选择权的限制

程序选择权在纠纷解决方面赋予当事人以广泛选择余地的同时,也要受到必要

<sup>①</sup> 齐树洁·《民事诉讼法学》,10页,北京·中国人民大学出版社,2008。