



高等学校法学系列教材
Gaodeng Xuexiao Faxue Xilie Jiaocai

Civil Procedure Law

民事诉讼法学

洪冬英 / 主 编

谢文哲 邓继好 / 副主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

Civil Procedure Law

民事诉讼法学

洪冬英 / 主 编
谢文哲 邓继好 / 副主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法学/洪冬英主编. —北京:北京大学出版社,2012.2

(高等学校法学系列教材)

ISBN 978-7-301-12372-0

I. ①民… II. ①洪… III. ①民事诉讼法—法的理论—中国—高等学校—教材 IV. ①D925.101

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第010242号

书 名: 民事诉讼法学

著作责任者: 洪冬英 主编 谢文哲 邓继好 副主编

责任编辑: 尹璐 朱梅全 王业龙

标准书号: ISBN 978-7-301-12372-0/D·3041

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 26.75印张 509千字

2012年2月第1版 2012年2月第1次印刷

定 价: 54.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

目 录

第一章 民事诉讼与民事诉讼法	(1)
第一节 民事纠纷解决机制	(1)
第二节 民事诉讼	(8)
第三节 民事诉讼法	(12)
思考题	(20)
第二章 诉与诉讼对象	(21)
第一节 诉的基本意义	(21)
第二节 诉讼标的	(37)
第三节 请求的合并	(44)
第四节 请求的变更	(47)
第五节 反诉	(48)
第六节 中间确认之诉	(50)
思考题	(51)
第三章 民事诉讼法基本原则	(52)
第一节 民事诉讼法基本原则概述	(52)
第二节 当事人诉讼权利平等原则	(55)
第三节 辩论原则	(56)
第四节 处分原则	(58)
第五节 法院调解原则	(61)
第六节 直接言辞原则	(65)
第七节 诚实信用原则	(67)
思考题	(71)
第四章 民事诉讼基本制度	(72)
第一节 合议制度	(72)
第二节 回避制度	(75)
第三节 公开审判制度	(78)
第四节 两审终审制度	(81)
思考题	(83)

第五章 民事案件的主管和管辖	(84)
第一节 民事案件的主管	(84)
第二节 民事案件管辖概述	(85)
第三节 级别管辖	(87)
第四节 地域管辖	(90)
第五节 移送管辖和指定管辖	(98)
第六节 管辖权异议	(101)
思考题	(102)
第六章 诉讼当事人	(104)
第一节 当事人概述	(104)
第二节 当事人的认定	(107)
第三节 当事人主体资格	(109)
第四节 诉讼代理人	(112)
思考题	(120)
第七章 多数当事人	(121)
第一节 共同诉讼人	(121)
第二节 诉讼代表人	(126)
第三节 第三人	(130)
思考题	(134)
第八章 民事诉讼证据	(135)
第一节 民事诉讼证据概述	(135)
第二节 民事诉讼证据的分类	(138)
第三节 民事诉讼证据的种类	(140)
思考题	(150)
第九章 民事诉讼证明	(151)
第一节 证明对象	(151)
第二节 证明责任	(156)
第三节 证明标准	(161)
第四节 证明过程	(164)
思考题	(174)
第十章 期间、送达	(175)
第一节 期间	(175)
第二节 送达	(178)

思考题	(181)
第十一章 民事诉讼保障制度	(182)
第一节 财产保全	(182)
第二节 行为保全	(187)
第三节 先予执行	(191)
第四节 对妨害民事诉讼的强制措施	(195)
思考题	(202)
第十二章 诉讼费用与司法救助	(203)
第一节 诉讼费用概述	(203)
第二节 诉讼费用的交纳	(204)
第三节 诉讼费用的负担	(209)
第四节 司法救助	(211)
思考题	(213)
第十三章 第一审普通程序	(214)
第一节 第一审普通程序概述	(214)
第二节 起诉和受理	(215)
第三节 审理前的准备	(220)
第四节 法院调解	(221)
第五节 开庭审理	(224)
第六节 对开庭审理特殊情况的处理	(228)
思考题	(231)
第十四章 简易程序	(232)
第一节 简易程序的概念和适用范围	(232)
第二节 简易程序的具体规定	(234)
第三节 简易程序与小额诉讼	(237)
思考题	(239)
第十五章 第二审程序	(240)
第一节 上诉制度理论概述	(240)
第二节 第二审程序概述	(242)
第三节 上诉的提起和受理	(246)
第四节 上诉案件的审理	(251)
第五节 上诉案件的裁判	(254)
第六节 附带上诉制度	(256)

第七节 关于构建我国三审终审制的思考	(258)
思考题	(260)
第十六章 再审程序	(261)
第一节 我国民事审判监督程序的演进	(261)
第二节 我国民事审判监督程序立法现状	(264)
第三节 审判监督型再审	(265)
第四节 法律监督型再审	(267)
第五节 当事人申请型再审	(271)
第六节 再审案件的审理程序	(274)
思考题	(277)
第十七章 特别程序	(278)
第一节 特别程序概述	(278)
第二节 选民资格案件的审判程序	(281)
第三节 宣告公民失踪案件的审判程序	(282)
第四节 宣告公民死亡案件的审判程序	(285)
第五节 认定公民无民事行为能力 and 限制民事行为能力 案件的审判程序	(287)
第六节 认定财产无主案件的程序	(290)
思考题	(292)
第十八章 督促程序	(293)
第一节 督促程序概述	(293)
第二节 支付令的申请和受理	(295)
第三节 支付令的制作、发出和效力	(296)
第四节 对支付令的异议和督促程序的终结	(298)
思考题	(299)
第十九章 公示催告程序	(300)
第一节 公示催告程序概述	(300)
第二节 公示催告程序的适用范围和条件	(302)
第三节 公示催告案件的审理程序	(305)
第四节 除权判决	(307)
思考题	(309)
第二十章 民事强制执行概述	(310)
第一节 民事强制执行导论	(310)

第二节	民事强制执行的基本原则	(311)
第三节	民事强制执行程序的一般规定	(315)
思考题		(332)
第二十一章	民事强制执行程序	(333)
第一节	民事强制执行程序的启动	(333)
第二节	民事强制执行程序的进行	(335)
第三节	民事强制执行程序的终结	(345)
思考题		(348)
第二十二章	民事强制执行措施	(349)
第一节	执行措施概述	(349)
第二节	对金钱债权的执行措施	(350)
第三节	对非金钱债权的执行措施	(361)
第四节	保障性的执行措施	(364)
思考题		(367)
第二十三章	涉外民事诉讼程序的特别规定	(368)
第一节	涉外民事诉讼程序概述	(368)
第二节	涉外民事诉讼程序的一般原则	(370)
第三节	涉外民事诉讼的管辖	(374)
第四节	涉外民事诉讼的送达、期间和财产保全	(380)
第五节	司法协助	(384)
第六节	涉外仲裁	(389)
思考题		(392)
第二十四章	涉港澳台民事诉讼程序及区际司法协助	(394)
第一节	涉港澳台民事诉讼程序的特别规定	(395)
第二节	关于区际司法协助的安排与规定	(399)
思考题		(418)
参考书目		(419)
后记		(420)

第一章 民事诉讼与民事诉讼法

内容要点

本章首先介绍了民事纠纷的概念和主要特点,在此基础上介绍了民事纠纷解决机制的概念和分类,同时比较详细地阐述了非诉讼纠纷解决机制(ADR)。在详细阐述民事诉讼的概念后,阐述了民事诉讼法的概念、性质、效力及其在当代的发展,以及民事诉讼法与民事实体法、其他相关民事程序法的关系。

第一节 民事纠纷解决机制

一、民事纠纷的概念

在现代法治社会中,生产、流通、分配、消费等诸领域的社会关系都要受法律调整,各种社会平等主体间的法律关系由民法等民事实体法予以规范,人们通常依据这些规则来安排社会生产和日常生活,社会呈现出有秩序的状态。但由于社会成员观念及利益方面的不一致,导致了民事领域中的各种社会冲突,这些社会冲突就是民事纠纷。

在中国传统“和合”文化的背景下,以孔子为代表的儒家学说强调“和为贵”、“知和而和”^①;以老子为代表的道家学说倡导“知足”和“不争之德”^②。这些除了正面的倡导文化的价值观外,也隐含着排斥纠纷、视纠纷为罪恶的价值观。此观念视“纠纷”、“矛盾”为“秩序”的对立物,把纠纷视为不必要、不正常的恶,即对纠纷采取完全否定的态度。不可否认,纠纷有时表现为恶,一定的纠纷会对社会产生不利乃至重大影响。但对纠纷持否定态度却不能排除纠纷的存在。在漫长的人类社会发展过程中,没有什么事物是不包含矛盾的,没有矛盾就没有世界。“由于情感恩怨、利益归属及价值取向等因素的存在,人类社会从其产生的那一天开始,便伴随着各种不同的纠纷和冲突。”^③纠纷不仅不可避免,同时,纠纷对“秩序”的破坏有其进步意义,美国社会学家科塞具体指出,低暴力、高频度的冲突的积极意义在于:第一,提高社会单位的更新力和创造力水平;第

① 《论语·学而》。

② 《老子·第六十八章》。

③ 李祖军:《民事诉讼目的论》,法律出版社2000年版,第24页。

二,使仇恨在社会单位分裂之前得到宣泄和释放;第三,促进常规性冲突关系的建立;第四,提高对现实性后果的意识程度;第五,社会单位间的联合得以加强。前述一切,会使社会整体的整合度和适应外部环境的能力得到提高和增强。冲突具有“清洁社会空气”的作用,“它通过允许行为的自由表达,而防止了被堵塞的敌意积累的倾向”。冲突是社会怨气的“排气孔”,如果冲突和纠纷能够有序化解决,使积压的不满情绪及时、有序地释放,则冲突对一个社会来说,起到一种“安全阀”的作用。^①适度的纠纷在解决过程中还具备维持秩序和形成政策乃至上升为法律的功能,因为纠纷既存在破坏与冲击良好社会秩序的一面,也蕴含着更新与创造社会秩序的可能性。

由此,人类社会在发展过程中,纠纷解决机制也在不断地被认识和发展。纠纷解决是通过特定的方式和程序解决纠纷和冲突,恢复社会平衡和秩序的活动。纠纷解决机制的基本功能是解决纠纷。19世纪英国法学家威廉·马克白认为,对于一项纠纷的“解决”,可以看做是一种权威或关于孰是孰非的有拘束力的决定,即关于谁的观点在某种意义上能够成立,谁的观点不能成立的一种判定。^②按此学说,纠纷解决机制着眼于微观的对纠纷当事人的权利义务的判定。而我国学者顾培东先生却不这样认为,他阐述了纠纷的“解决”应当是一个“多层次主观效果的综合体”,具体说来包括以下四个层次:首先,化解和消除冲突;其次,实现合法权益和保证法定义务的履行;再次,使法律或统治秩序的尊严与权威得以实现;最后,在更高层次上,纠纷的解决意味着社会冲突主体放弃和改变藐视、对抗社会统治秩序和法律的心理与态度,增强与社会的相容性,避免或减少冲突(至少是同类冲突)的重复出现。显然顾培东先生的见解更具全面性,即纠纷解决不仅具备解决纠纷的基本功能,同时也具备维护社会秩序和调整社会规范的社会功能。一个国家的纠纷解决机制是其进行社会治理能力的体现,是一个国家的法治程度与和谐程序等方面的综合体现。

民事纠纷是法律纠纷的一种,法律纠纷除民事纠纷外,还有刑事纠纷和行政纠纷共三种类型的纠纷,产生了三种类型的法律部门,民事法律、刑事法律和行政法律由此而产生。民事纠纷又称民事冲突、民事争议,是指平等主体之间发生的,以民事权利义务为内容的社会纠纷。民事纠纷与其他纠纷相比较,具有下列主要特征:

1. 纠纷主体之间的法律地位具有平等性。民事纠纷主体为民事权利义务关系的主体,在民事活动中法律地位平等,彼此之间不存在服从与隶属关系,在民事纠纷中地位平等。刑事纠纷中,对立的双方主体是国家和实施违法行为的

① 参见[美]科塞:《社会冲突的功能》,孙立平译,华夏出版社1989年版,第17—183页。

② 转引自[美]戈尔德丁:《法律哲学》,齐海滨译,三联书店1987年版,第217页。

个人或法人,他们之间不具有平等的法律地位;行政纠纷中,一方主体为实施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,不属于平等主体之间的关系。

2. 纠纷权利义务的内容具有民事性。民事纠纷主体之间争议的内容应为民事权利义务关系。民事权利义务关系是由当事人实施民事法律行为或民事行为依照民法的规定而形成的。民事权利义务的争议构成民事纠纷的内容,如果不是民事权利义务争议,而是刑事法律关系或行政法律关系等,则不属于民事纠纷。

3. 纠纷的解决具有可处分性。民事纠纷是民事主体之间民事权利义务的争议,其内容属于民事实体法调整的范围,基于民事实体法上私法自治原则,民事纠纷主体对其民事权利义务有自由处分的权利,可以协商变更、放弃、变通其民事权利义务的具体内容。

4. 解决纠纷的方法是多元的。对于刑事纠纷,除自诉案件外,受害人与刑事违法者不得就纠纷的内容进行私了或和解,也必须由检察机关提起公诉,交由人民法院强制性地解决。行政纠纷虽然实施不告不理原则,但在诉讼中,纠纷主体也不得通过调解的方法解决其纠纷。但民事诉讼就不同了,它可以通过个人的、社会的和国家的等各种力量来解决纠纷,究竟通过何种方式来解决纠纷,由纠纷主体视需要自由选择。

根据民事纠纷的内容和特点不同,可将民事纠纷分为两大类:一类是财产关系的民事纠纷,包括财产所有关系的民事纠纷和财产流转关系的民事纠纷,如合同纠纷、损害赔偿纠纷等;另一类是人身关系的民事纠纷,包括人格权关系的纠纷和身份关系的纠纷,如姓名权纠纷、名誉权纠纷、继承权纠纷等。

二、民事纠纷解决机制概述

民事纠纷解决机制是指在一定社会中实行的,解决和消除民事纠纷的一整套制度和方式。纠纷虽然是社会的常态,但纠纷发生后必须尽快解决,以维护社会的稳定,防止纠纷主体之间利益状态持续对抗而导致矛盾激化。如果说纠纷是社会秩序的混乱,那么纠纷解决则是社会秩序的恢复或新秩序的确立和创设。

日本的棚濑孝雄先生从纠纷解决过程的角度,把纠纷解决机制类型分为根据合意的纠纷解决方式和根据决定的纠纷解决方式。所谓根据合意的纠纷解决,是指双方当事人就以何种方式和内容来解决纠纷等要点达成了合意而使纠纷得到了解决,其典型就是以协商性交涉为基础的调解。所谓根据决定的纠纷解决,是指第三者就纠纷应当如何解决作出一定的指示并据此解决纠纷。

我国大多数学者将纠纷解决机制的具体种类划分为“私力救济”、“社会救

济”和“公力救济”。^①

（一）私力救济

私力救济是指在没有中立的第三方介入的情形下,依靠自身或者其他私人力量解决纠纷,实现权利。^② 私力救济的基本特征是无中立的第三方介入,纠纷解决过程非程序化,解决途径依靠自身或私人力量,包括武力、说服、权威等。依据解决纠纷的方式不同,私力救济可分为自决与和解,亦可称为强制与交涉。自决是指纠纷主体一方凭借自己的力量强行使对方服从;和解是指双方互相妥协和让步,协商解决纠纷。依靠法律性质不同,私力救济又可分为法定的私力救济和法外的私力救济,法定的私力救济是法律明确规定的私力救济方式,一般包括正当防卫、紧急避险和自助等;法外的私力救济包括法律无明文规定的私力救济和法律禁止的私力救济,其典型表现是债权人拘押债务人、债权人雇佣人员进行收债等。

和解作为私力救济的一种形式,具有很高的自治性和非规范性。在现代法治社会,和解的程序和内容必须以不违背禁止性法律规定和公共利益为前提,并且必须建立在纠纷主体平等和真实意志的基础上,不得存在强迫、欺诈、显失公平和重大误解等。由于私力救济产生于生产力低下、文明程度不高的早期人类社会,具有野蛮性,因而现代法治社会一般禁止凭借自己的力量解决纠纷,但是同时也在一定范围内允许私力救济的存在。

（二）社会救济

社会救济是指基于纠纷主体的合意,依靠社会力量解决民事纠纷的机制。社会救济包括调解和仲裁。调解是指中立的第三方居间调处,促使民事纠纷主体相互妥协、让步,达成纠纷解决的合意。我国现有的属于社会救济范畴的诉讼外调解有多种形式,包括人民调解委员会的调解;行政调解,如交通事故发生后,有关损害赔偿的纠纷,当事人可以向公安机关请求调解;其他社会团体组织的调解,如劳动争议调解委员会进行的调解;以及法院附设的诉讼前调解。仲裁是指纠纷主体双方根据有关规定或双方协议,将争议提交仲裁机构,由仲裁机构居中裁决的制度。调解与仲裁方式解决民事纠纷,均需基于纠纷主体的合意,但是与私力救济中纠纷主体自行交涉不同的是,社会救济还需借助处于中立的第三方社会力量进行沟通、说服和协调以促成民事纠纷的解决。同时,调解与仲裁虽然不是国家公权力解决纠纷的方式,但国家也对之进行规范并赋予这些纠纷解决结果一定的法律效力。

^① 参见江伟主编:《民事诉讼法学》,复旦大学出版社2002年版,第4—5页。

^② 参见徐昕:《论私力救济》,清华大学法学院2003年博士论文。

(三) 公力救济

在当事人无法通过自主性的方式解决纠纷时,必须设立一种强制性解决纠纷、保护权利的制度,这就是公力救济。公力救济包括行政救济和司法救济,司法救济在民事领域的表现形式是民事诉讼制度。公力救济的实质是由特定的国家机关,在纠纷主体的参与下解决纠纷的一种最具权威和最有效的机制。诉讼有两个特点:一是强制性,即凭借国家审判权强制性确定纠纷主体双方之间的民事权利义务,并以国家强制执行权迫使义务主体履行生效的裁判。二是严格的规范性,即诉讼必须严格按照法定的程序规则进行。

我国现行的民事纠纷解决机制主要有四种:和解、调解(法院外调解)、仲裁和诉讼,其中前三种可称为非诉讼纠纷解决机制,在国外被称为替代性纠纷解决方式(Alternative Dispute Resolution, ADR)。各种解决纠纷机制是独立存在的,其功能各存,优劣互在,相互之间不能替代。每一种纠纷解决机制之所以被理论界认可其具有独立存在的价值,同时也在实践中也长期相沿、久盛不衰,原因就在于各种机制都有各自的优势,这些优势是其他纠纷机制所不能取代的。和解属于私力救济,其结果能使双方当事人满意,但需以双方当事人的合意为条件;调解一般就有较好的社会效果,但是是否成功,往往与双方当事人之间的让步以及调解者对双方的影响力密切相关;仲裁比较适合那些专业性较强、涉及商业秘密或者当事人不希望纠纷的解决公开化的民事纠纷,但其适用与纠纷的性质以及当事人诉诸仲裁的意愿有关;民事诉讼可以满足那些希望对事实和法律都要搞清楚的当事人的要求,但其以花费双方当事人及国家相当的人力、物力、财力和时间为代价。

在上述多元化的纠纷解决体制中,民事诉讼具有基础性的作用,具有根据纠纷性质的不同而提供相应救济程序的功能:从纠纷的内容来看,除了普通民事纠纷在普通民事诉讼程序中解决外,特殊类型的纠纷有特殊的诉讼程序可以利用,如海事诉讼程序、票据程序、人事诉讼程序等;从纠纷的难易度来讲,简单容易解决的纠纷适用简易程序或小额诉讼程序,复杂的纠纷适用普通的程序;从纠纷需要救济的紧迫性来讲,民事诉讼法又设有终局性救济制度和临时救济制度。并且,民事诉讼制度作为民事权利的最后一道防线,具有支撑、维持其他纠纷解决方式的作用,这体现在:首先,对于诉讼成本以及民事诉讼公正裁判结果的预测,当事人才会根据需要进行非诉方式解决纠纷,从这个角度而言民事诉讼制度赋予诉讼外纠纷解决方式更大的活力。其次,民事诉讼法赋予诉讼外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。

三、非诉讼纠纷解决机制(ADR)

(一) 非诉讼纠纷解决机制的概念

非诉讼纠纷解决机制,即英文 Alternative Dispute Resolution(ADR)的意译。这一概念既可以根据字面意义译为“代替性(或替代性、选择性)纠纷解决方式”,亦可根据其实质意义译为“审判外(诉讼外)纠纷解决方式”或“非诉讼纠纷解决方式”、“法院外纠纷解决方式”等。ADR 概念源于美国,原来是 20 世纪逐步发展起来的各种诉讼外纠纷解决方式的总称,后来加拿大、澳大利亚以及一些欧洲国家竞相效仿。现在 ADR 制度已引申为对世界各国普遍存在的、民事诉讼制度以外的非诉讼纠纷解决方式或机制的称谓。由于 ADR 是一个总括性、综合性的概念,其内涵和外延均难以准确界定。目前,国际上对 ADR 应包括哪些程序制度仍存在较大分歧,因此,其定义尚不十分严密和统一。一般而言,ADR 的概念强调的是与法院的诉讼程序(或判决)的区别与联系,对其界定通常是根据如下几个要素:

1. 代替性(替代性)。这是指对法院审判或判决的代替。需要强调的是,这种代替性并不意味着取代诉讼,因为,ADR 不准备、也永远不可能取代法制。法治是我们社会的基础,而且其价值将会继续决定着社会的基本模式。

2. 选择性。这是指这种纠纷解决方式以当事人的自主合意和选择为基础。所谓选择,既可以是对具体程序、也可以是对纠纷解决结果的选择。因此,ADR 的存在和运作,是以法院和诉讼程序的存在以及当事人的民事诉讼为前提的,ADR 只能为当事人提供选择的可能性,而绝不能剥夺当事人的民事诉权。

3. 纠纷解决。这是 ADR 的基本功能。ADR 的特点在于它是通过促成当事人的妥协与和解来达到纠纷解决。

(二) 非诉讼纠纷解决机制的基本类型

根据性质不同,ADR 制度主要可以分为建议性 ADR、推荐性 ADR 和决定性 ADR 三类。建议性 ADR 的裁决对当事人双方无法律约束力,当事人可以不接受;推荐性 ADR 裁决对双方也不直接具有约束力,但如果双方表示接受,该程序可转由法官作出有法律约束力的判决;决定性 ADR 是诉讼程序的一部分,所做的裁决当事人必须履行,否则另一方可以申请强制执行。

1. 建议性 ADR。主要有“中立听者协议”(The Neutral Listener Agreement)和“密歇根调解”(Michigan Mediation)两种。对倡导推广 ADR 制度起重要作用的美国群众问题中心创设了“中立听者协议”。在这一方式中,争议双方首先需要达成愿意采用该方式的协议,然后共同选出一名“中立听者”,这名中立听者要求争议各方向他提交一份自认为是最好的争议解决方案。然后,中立听者根据他们提出的解决方案,判断他们是否可以和解以及自己对能否协商和解的看

法。如果他认为可以和解,则在双方提交方案的基础上,拿出自己的方案,促使双方化解矛盾,达成和解协议。“密歇根调解”又称“丝绒锤”(The Velvet Hammer),比喻该调解像丝绒锤一样,打在要求过高的当事人身上,迫使其降低要求。这一方式在密歇根州首先被采用,因此,被称为“密歇根调解”。

2. 推荐性 ADR。主要有“小型审判”(Mini-trial)和“简易陪审团审判”(Summary Jury Trial)两种。“小型审判”有多种方式,但基本差别不大。小型审判组由“中立建议者”和来自争议各方的两名高级行政主管组成。在“简易陪审团审判”中,争议双方各自找到三名陪审员,陪审员不一定是律师,任何人都可以担任。简易陪审团程序旨在为争议双方提供一条途径,使双方预先知道诉讼的可能结果。虽然争议双方有权决定这一裁决是否成为有约束力的判决,但该裁决通常在相当程度上反映了法官的意志。

3. 决定性 ADR。主要有“终局性提交裁决”(Final offer Arbitration)和“出租法官”(Rent-a-judge)两种。“终局性提交裁决”是由争议双方各自向裁决庭提交对争议的金钱要求,裁决庭必须毫无更改地接受两者中较为合理者的要求。“出租法官”是在争议双方请求下,法庭指定一名裁判者,通常是退休法官,由他主持一个非正式的程序,作出由法庭强制执行的判决。这一方式在加利福尼亚和其他一些州得到发展,现已有了正式的立法。

(三) 非诉讼纠纷解决机制的功能、优势与弊端

1. 非诉讼纠纷解决机制的功能

ADR 的基本功能是解决民事纠纷。民事诉讼的固有弊端在很大程度上限制了民事诉讼纠纷解决的功能和效果,因此而开始危及司法的权威。同时,在现代社会,法院承担着无法应付民事案件的巨大压力,并且,社会对诉讼寄予了更高的社会期望,如通过诉讼确定政策、重新分配社会资源等社会功能越来越受到重视。法院在案件积压、程序迟延、费用昂贵的情况下,利用 ADR 相对迅速、低廉和简便地纠纷解决,可以趋利避害,克服诉讼的固有弊端,分担法院和诉讼的压力。

2. 非诉讼纠纷解决机制的优势

在解决民事纠纷中,ADR 有着诉讼所不具备的优势:首先,有成本低、迅速和便利的特点;其次,程序简单明了和高度的意思自治,消除了诉讼程序给当事人带来的理解困难,使当事人有更多的机会和可能参加纠纷的解决;再次,经过当事人理性的协商和妥协而不是对抗的方式解决纠纷,可能得到两利的结果,有利于维护当事人之间需要长久维系的商业关系和人际关系;最后,以简易的事实认定代替了严格的举证责任,是当事人易于接受和乐于执行的,等等。

3. 非诉讼纠纷解决机制的弊端

首先,某些 ADR 在实体和程序两方面缺乏制度保障。特别是在程序方面,

亟须加以严格规制,例如调解人或中立者的资格;对当事人诚实参加的规定(避免滥用其程序拖延纠纷的解决)等。在当事人双方的地位不平等和程序保障又不力的情况下,当事人之间的协商极有可能是不平等的,这一点是 ADR 最大的隐患。一般而言,ADR 不能完全满足当事人的法律需求,对于那些希望通过 ADR 得到与判决相同结果的当事人来说,ADR 是难以做到的。

其次,ADR 在追求低廉和迅速解决纠纷的同时,可能导致一些非正义的结果。例如,当事人的妥协使自己的权利不能全面的实现;抹杀和淡化当事人的权利意识和实现权利的意愿;在运作中可能违反当事人意思自治原则;ADR 的范围有向涉及公共利益及政策性领域发展的迹象,而这些领域本不宜通过 ADR 加以调整。

最后,过分发展或强调 ADR 可能会导致社会忽视审判的功能,以及对国家的司法权造成一定的侵蚀。

针对 ADR 存在的问题,许多国家都着重从制度化、规范化加强 ADR 的建设。例如,制定专门的调解法和仲裁程序,以及从程序、机构和当事人行为等方面制定规则等。如何把 ADR 更好地纳入法制轨道,使其扬长避短,将是各国今后的一个长期课题。

当代世界各国,随着 ADR 在现代社会中被广泛地大量应用,其功能和地位也日益提高,并已逐步被纳入法制轨道,形成了以民事诉讼为主导或核心的多元化纠纷解决机制。同时,改革民事诉讼制度与开发利用 ADR 也已成为现代司法改革中相辅相成的两个方面。ADR 所解决的纠纷,从一般民事纠纷,发展到特定的纠纷,如劳动纠纷、消费者纠纷、家事纠纷、医疗纠纷、交通事故纠纷、公害环境纠纷、知识产权纠纷、国际贸易纠纷等等。

在我国,近年来,随着对法治和审判的崇尚,调解之类的传统 ADR 开始受到冷遇。但是,我国毕竟有着历史悠久的非诉讼纠纷解决的传统,拥有各种调解、仲裁制度及丰富的经验,国民对这些方式也有着认同,因此,多元化纠纷解决机制在我国已有了很好的基础,今后需要做的是在现有的基础上进行必要的完善和改革,并适时发展新的 ADR。

第二节 民 事 诉 讼

一、民事诉讼的概念

民事诉讼是指法院、当事人以及其他诉讼参与人,依据民事诉讼法和适用民事实体法等解决民事纠纷事件的过程中,所进行的各种诉讼活动以及由此产生的各种诉讼法律关系的总和。从这一概念可以看出,民事诉讼这一解决民事纠

纷的制度,具有以下特征:

(一) 民事诉讼是解决民事纠纷的程序

在现代法治社会,随着国家司法制度的完善,担任审判工作的法院将审判工作分为民事审判、刑事审判和行政审判。由法院审判的案件,分为民事案件、刑事案件和行政案件三种。所谓民事案件又称民事纠纷,是指私人间对私法上的权利义务关系所发生争议的纠纷。民事纠纷发生在私人之间,其纠纷之内容为民商事法律方面之权利义务关系,国家为解决这种纠纷,设置的各种程序制度,即为民事诉讼制度,所以民事诉讼是解决民事纠纷的程序。依据实体法上的分类,除民商事法之外,国家有规定犯罪处罚的刑事法,以及规定人民与政府机关间公法上权利义务关系的行政法。人民因犯罪发生刑事案件,由刑事审判庭进行审判,就是刑事诉讼,其目的在于处罚犯罪。人民与政府机关之间因公法上权利义务发生纠纷,由行政法庭审判,这种程序就是行政诉讼,其目的在于解决公法上的行政纠纷案件。由此可见,民事诉讼所解决的纠纷与其他两种诉讼程序所解决的纠纷是不同的。

(二) 民事诉讼是法院依当事人之请求所进行的程序

民事纠纷发生后,国家机关原则上采取不干涉的态度,任由私人之间设法自行妥协解决。只有当享有私权的当事人请求法院进行民事审判从而解决民事纠纷时,法院才有权力并且也有义务受理诉讼并进行民事诉讼程序。同时,民事诉讼必须有双方当事人的对立,请求进行诉讼的当事人称为原告,对方当事人称为被告,而法院则处于中立地位,依据法律规范进行裁判。民事诉讼的概念,产生于法院与双方当事人之间,其法律关系为公法上的审判关系。但是仅仅就原告与被告之间,其法律关系同时兼有私法上的法律关系和公法上的法律关系,民事诉讼的这种特性是其他两种诉讼程序所不具备的。

(三) 民事诉讼是法院利用国家权力强制解决民事纠纷事件的程序

民事诉讼并不是解决民事纠纷的唯一方式,私人之间若能相互妥协而解决纠纷固然为好,但是倘若一方当事人不理睬他方,或者态度蛮横,导致纠纷无法协商解决时,私权权利人最后的方式就是请求法院利用国家权力强制解决。这种能强迫私权义务人解决私权纠纷,以保护私权权利被害人的诉讼程序,是民事诉讼的特性之一,是其他非法院解决纠纷方式所不具备的。因此,民事诉讼就是依赖法院,以国家权力强制义务人接受审判为手段。

(四) 民事诉讼具有目的上的多元性

进入到民事诉讼阶段的民事纠纷,往往并不是纠纷主体对纠纷事实的认识分歧所导致的,而总是与他们各自对同一事实的法律评价或价值衡量存在差异有关。这种分歧的价值评估需要由法院作出最终的决断和选择,因此法院行使审判权,在一定意义上乃是价值选择的表现。为了正当地作出价值选择,法院必