

纠纷解决的程序之维

于 锐 哈书菊◇著



黑龙江大学出版社
HEILONGJIANG UNIVERSITY PRESS

纠纷解决的程序之维

于 锐 哈书菊◇著



黑龙江大学出版社
HEILONGJIANG UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

纠纷解决的程序之维 / 于锐, 哈书菊著. -- 哈尔滨:
黑龙江大学出版社, 2012. 12

ISBN 978 - 7 - 81129 - 451 - 4

I. ①纠… II. ①于… ②哈… III. ①民事纠纷 - 调
解(诉讼法) - 研究 - 中国 IV. ①D925.114.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 174273 号

纠纷解决的程序之维

JIUFEN JIEJUE DE CHENGXU ZHI WEI

于 锐 哈书菊 著

责任编辑 魏志军 孟庆吉
出版发行 黑龙江大学出版社
地 址 哈尔滨市南岗区学府路 74 号
印 刷 哈尔滨市石桥印务有限公司
开 本 880 × 1230 1/32
印 张 11.625
字 数 251 千
版 次 2012 年 12 月第 1 版
印 次 2012 年 12 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978 - 7 - 81129 - 451 - 4
定 价 28.00 元

本书如有印装错误请与本社联系更换。

版权所有 侵权必究

前 言

古往今来,价值观的多元化决定了纠纷的不可避免,而社会转型时期道德失范、社会风险的增加,无疑加剧了矛盾纠纷的关联性、复杂性和敏感性。多元化的纠纷必然要求多元化的纠纷解决途径去消除不满、恢复秩序。公平、快速、和谐地化解纷争乃学者们恒久追求的学术理想。建立善治、可持续发展的纠纷解决机制亦是维护社会秩序、促进社会稳定发展的不可或缺的平衡、更生机制。本书以广义的程序为视角,结合最新的司法改革动向,深入探讨了和解、人民调解、商事调解、商事仲裁等非诉讼纠纷解决机制和诉讼的衔接与协调;并针对诉讼程序特别是简易程序、上诉审、再审程序的适用及完善提出了可行性建议。针对近年来困扰实践部门的恶意诉讼、仲裁欺诈等程序异化现象,作者就规制路径进行了前瞻性的探讨,以期增进对纠纷解决机制的合理利用。

程序的完善和发达程度乃衡量一国法治状况的试金石,正如一位学者所言:“从某种意义上说,法律的历史实质上是程序法的历史,法律的进步主要体现为程序法的进步,法律的变革取决于程序法的变革,法律的信仰首先从看得见的诉讼程序开始。程序本位论昌行之时,便是程序法学乃至法律科学发达之日。”

然而,在我国现阶段的纠纷解决机制中,不同程序的设置及衔接中皆存在着不和谐音符。在国际民商事交往蓬勃发展、法律体系融合中互现独立的新时代背景下,如何突破注释法学的樊篱,兼收并蓄地探索出根植于我国特有文化土壤的纠纷解决制度,是本书的写作初衷。纠纷解决制度的内容博大精深,限于篇幅实难面面俱到。笔者以开放的视角,紧扣司法实践,呈现给读者的是鲜活真实的、触手可及的纠纷解决之程序制度,更是既博采众长又独树一帜的理性结晶。“水尝无华,相荡乃成涟漪;石本无火,相击而发灵光。”愿本书能够为纠纷解决机制的优化贡献一份力量。

本书写作分工如下:

于 锐:导论

第一编 第一章、第三章;

第二编 第一章、第二章、第三章、第四章;

第三编 第一章、第三章的第四节

共计 15 万

哈书菊:第一章 第二章;

第三编 第二章、第三章的第一、二、三、五节

共计 10.1 万



录

导 论	1
-----------	---

第一编 纠纷解决本体论

第一章 程序概述	7
一、程序的含义	7
二、两大法系程序之比较	14
三、两大法系民事诉讼模式之比较	17
第二章 程序之价值	25
一、概念解读	25
二、诉讼价值的基本内容	36
第三章 纠纷解决程序之异化——程序滥用	73
一、程序异化概述	73
二、恶意诉讼及其规制	74
三、仲裁欺诈之理论困境与思维进路	84

第二编 纠纷解决之非诉讼程序论

第一章 从和解协议至和解合同——和解之制度化

探析 97

一、和解协议效力的不确定性 97

二、比较法视域中的和解合同 101

三、和解合同的典型化 104

第二章 诉调衔接视域中的人民调解 107

一、人民调解制度的适用现状 109

二、制约人民调解制度发展的因素 110

三、人民调解制度的复兴——法院的历史

使命与操作规程 111

第三章 商事调解的理论与实践 118

一、商事调解的基础理论 119

二、制约中国商事调解发展的因素 122

三、完善我国商事调解制度的构想 125

第四章 法院调解规范化的实践与思考 128

一、法院调解规范化的实践探索 129

二、规范法院调解工作的几点思考 133

第三编 纠纷解决之诉讼程序论

第一章 民事简易程序研究 143

一、简易程序的概念和法理基础 144

二、我国民事简易程序的立法沿革和现状分析 157

三、其他国家和地区简易程序的立法例及改革

趋势 176

四、完善我国简易程序的构想 199

第二章 民事上诉审程序研究	227
一、民事上诉审程序概述	227
二、我国民事诉讼上诉审程序的重构	250
第三章 民事再审程序研究	281
一、再审程序概述	281
二、对我国再审制度弊端的审视	313
三、重塑我国再审制度的理论基础	323
四、案外人申请再审的主体资格及路径	330
五、再审程序的具体制度设计	338
参考文献	356

导 论

在漫长的人类发展历程中,与“秩序”理想同在的是“诉讼”的历史。社会生活的复杂化、利益诉求的多元化产生了无限的纷争。而纠纷的化解不仅为社会稳定之内在需求,更乃塑造新秩序,促进社会发展进步之应有之义。依照通说,纠纷解决机制主要可分为私力救济、社会救济和公力救济三种方式。私力救济又称为自力救济,是指纠纷主体在没有中立的第三者介入的情形下,依靠自身或其他私人力量解决纠纷,实现权利,其基本特征在于纠纷解决过程的非程序性,主要包括自决与和解。其中,和解是现代社会适用最为广泛的原生态的纠纷解决方式。社会救济,包括诉讼外调解(区别于诉讼内的法院调解)和仲裁,是依靠社会力量解决民事纠纷的一种机制。社会救济虽然也是非诉讼纠纷解决机制,但国家通常赋予纠纷解决结果以一定的法律效力,因而与单纯的私力救济有着明显的区别。近年来有关诉调衔接的法制实验旨在进行一种探索,即如何最大化地分担诉讼所承担的司法职能,促进纠纷解决的适度社会化。公力救济是由国家的强制力作保障的解决纠纷和保护权利的制度,主要包括行政救济和司法救济,民事诉讼制度便是司法救济在民事领域的表现形式。在多样化的纠纷解决体系中,民事诉讼

的解纷方式更具有权威性、彻底性,当然其严格的规范性也在一定程度上制约了活力。近年来对多元化纠纷解决机制的广泛关注和深入探索,从另一侧面反映了诉讼制度的局限性。诉讼作为特定的纠纷解决方式的价值是不容置疑的,但任何国家或地区,特别是基层或社区,确实可以将最大限度地减少诉讼作为治理目标,作为社会公正的指标,作为社会和谐的象征。而这种结果不可能通过禁止诉讼或压制诉求来实现,只能通过合理的风险预防和治理机制,以及在纠纷发生后的及时有效运行的非诉讼机制来减少对国家权力以及诉讼程序的过分依赖。^①司法改革的目标是在不冲淡诉讼的核心地位的基础上让其他的纠纷解决机制也能各得其所地发挥功效,共同服务于法治理想。既然无法回避诉讼的有限性和必要性之间的悖论,在既有的司法制度背景下只能展开改进式而非变革式的探索。

近年来,法学领域对纠纷解决机制的探讨较为深入,归纳起来主要集中于几个方面:第一,围绕诉讼外纠纷解决方式(即ADR)进行。主要探讨有关ADR的价值、种类、运转机理以及与司法程序的衔接。第二,着眼于诉讼机制的内部完善,包括对当事人程序保障的加强、程序的自洽、对案件繁简分流以提高诉讼效率并促进纠纷的彻底解决等。第三,对纠纷解决机制的交叉研究亦不断深入。社会学的学者们更多地运用实证研究的方法,法学家更多地采用经济分析的方法对纠纷解决机制的实效性进行较为深入的剖析。

对纠纷解决制度的价值无须赘述,但对其运作机理的探究、

^① 范愉、李浩:《纠纷解决——理论、制度与技能》,清华大学出版社2010年版,第4页。

多元化纠纷解决机制的优化是我们关注的重点。具体而言应围绕几个方面展开研究:第一,应当促使多元化纠纷解决机制与我国深厚文化土壤的兼容,增加普通民众对多元化纠纷解决机制的认同,在纠纷解决机制优化的过程中注重诚信、自治与和谐的文化导入。第二,注重纠纷解决机制内部的制度互补。完善诉讼与非诉讼的衔接机制,增强正式机制与非正式机制之间的沟通性与互补性。正式的和非正式的制度如果不分彼此,你中有我,我中有你,那么便会产生弊端。如果在审判中过分地强调调解率,法律的指引功能就难以体现;如果过多地关注息事宁人,法律正义就难以彰显;如果审判活动中的法治内涵被削弱,善治也就难以期待。对于建立科学的诉讼与非诉讼的衔接机制,不少法院正在探索这样的做法,即在诉讼之前尽可能地利用各种途径——包括法院外、法院内或附属于法院的种种方式——进行调解、斡旋、协商等,而一旦进入诉讼,则要执行正规程序,尊重司法规律。^① 第三,构建最低限度的正当程序机制,增强多元化纠纷解决机制的正当性。不同性质、不同阶段、不同内容、不同主体之间的矛盾,对解决矛盾的途径有不同的要求。多元化的纠纷必然要求社会有多元化的纠纷解决渠道,任何单一的解决纠纷机制都有其局限性。只有建立起多层次、多渠道、互相衔接、密切配合的综合性纠纷解决机制,赋予当事人在解决纠纷方面更广泛的选择权,从制度上保障当事人对程序和实体权益的处分权,才能更好地满足不同纠纷当事人的不同需求。多元化纠纷解决机制的提出,是建立在对正规程序弊端的反思基础上

^① 范愉:《专家学者对话多元化纠纷解决机制》,载《法制日报》2011-05-25。

的。非正式机制的程序不应套用正规机制的正当程序,否则就可能丧失自身的价值,例如眼下仲裁诉讼化的现象即反映出这样的弊端——仲裁的灵活、快捷被湮没于诉讼化的盲动之中。与此同时,我们试图建立的多元化纠纷解决机制,应当保证最低限度的程序正当性,正当程序中所包含的公正、效益、秩序等价值在非诉讼纠纷解决机制中必须有所体现,诉讼外纠纷解决机制实现的不能是“廉价的正义”。第四,应着力增加非诉讼纠纷解决机制的实效性。充分发挥多元化纠纷化解机制的作用,必须关注非诉讼纠纷解决机制的效率和执行力。因而,笔者建议设立快捷程序,对诉讼外纠纷解决机制所形成的文书进行快速的司法确认,以解决以往诉讼外纠纷解决机制的实效性不强的痼疾,以充分促进我国多元化纠纷解决机制的良性发展。

第一编

纠纷解决本体论

纠纷解决乃法学、社会学、经济学、人类学等多种学科的交叉研究范畴。纠纷解决的过程反映了动态的法律实施以及社会治理过程。争议的解决是否实现了实质正义,其结论及检验标准具有较强的主观性。以程序为切入点,通过对纠纷解决机制在程序公正与程序效益价值实现方面的考量,将其引入程序评价与控制的轨道,是优化既有纠纷解决体系的重要途径。近年来,实务中频现当事人恶意利用解纷程序侵害国家、他人合法权益的事情,民事诉讼以及仲裁等非诉讼机制存在着异化的倾向。

第一章 程序概述

一、程序的含义

程序,在现代汉语中通常解释为“事情进行的先后次序”^①或者“按时间先后或依次安排的工作步骤”^②。它包含着规程和次序两层含义。前者是指按一定的标准、法则或格式对某一制度作出分章分条的规定,后者是指事物在空间或时间上排列的先后。^③ 社会性程序^④,特别是法律程序可被视作是“人们进行法律行为所必须遵循或履行的法定的时间或空间上的步骤和方式”^⑤。这是从程序主体的角度进行的阐述。而从程序结果的角度来看,法律程序“主要体现为按照一定的顺序、方式和手续来作出决定的相互关系”^⑥。从某种意义上讲,程序可以简单地理解为过程。这个过程既包括了进行时的步骤和方式,也包括

① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室:《现代汉语词典》,商务印书馆1983年版,第138页。

② 《辞海》下,上海辞书出版社1979年版,第4014页。

③ 中国社会科学院语言研究所词典编辑室:《现代汉语词典》,商务印书馆1983年版,第176页。

④ 社会性程序反映的是社会活动的过程,与此相对应,体现自然事实的过程可称为自然性程序。

⑤ 孙笑侠:《法律程序剖析》,载《法律科学—西北政法学院学报》1993年第6期。

⑥ 季卫东:《程序比较论》,载《比较法研究》1993年第1期。

了依照步骤和方式进行过程中所形成的相互关系。因而有学者对法律程序作出了如下的定义：“法律程序是程序主体为实现预期目标依照法律的规定实施法律行为而采用有关程式、步骤、方法、阶段所形成的相互关系的总和。”^①这一概念突破了原有关于次序和步骤的狭义内容，充分展现了法律程序所蕴藏的丰富内涵，我们赞同这种观点。这里需要指出一点，在某些情况下我们是从最狭义上运用“程序”一词的，譬如《中华人民共和国民事诉讼法》中的“一审程序”等，此处的“程序”是指单纯的规程、次序。与法律程序相比，诉讼程序是下一位阶的概念，可以解释为司法机关和案件当事人在其他诉讼参与人的配合下为解决案件而分阶段又相连贯地顺次进行的全部活动以及由此产生的诉讼关系的总和。^②法律程序与它的种属关系决定了它是一种规程、次序和步骤，还囊括了诉讼进行过程中所形成的关系，反映了程序主体之间的关系结构。

程序中所体现的程式和步骤方法一方面主要规定于程序法当中，另一方面也正是基于程序法的调整，当事人在特定的程序当中得到相应的决定，在程序完毕之后，程序法仍然保留着客观评价决定过程的可能性。程序法在成文法体系中又称为形式法，与实体法相对应。传统的法律解释学一般把它看作是为了实现权利、义务或法律关系的实质内容的手段和方法。同一实质问题可以采取不同程序；反之，同一程序也可以用于不同实质问题。因此，程序并不与特定的实质内容固定在一起；程序法

^① 肖建国：《民事诉讼程序价值论》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 26 ~ 27 页。

^② 《法学词典》编辑委员会：《法学词典》，上海辞书出版社 1984 年版，第 459 页。

具有很强的独立性和技术性。正是这种技术性使得“它与经济基础的距离较之实体法又相对地遥远一些”^①。仅以诉讼为例,与以法官心证为核心的实体合成相对应,由诉讼行为构成的关于诉讼进行(proceeding)的作用机制称为程序合成。程序合成物能够成为实体合成的基础和催化因素。^②尤其是当程序法进行修改之时,由于其影响与实体法不同,因而对已经受理而未审结的案件往往也适用,具有一定的溯及力。这就是程序合成对实体法所产生的补充和完善的效果。在这个意义上可以说,实体法是通过一环扣一环的程序行为链而逐步充实、发展的。因而,程序法不应该被视为单纯的手段和形式。“权利本是连贯的、不可分割的,权利好比一条绳索,一头拴着实体法,一头拴着程序法。程序不仅使价值化的权利(法律文本上的权利)最终走向实证化的权利(程序过程的权利),而且使实体权利相对化,实体法只是权利的开始,程序法才是权利的结束。”^③

程序法是与实体法相对应的概念,广义的程序法是指有关人们设定、调整及实施权利、义务的时序、方法、步骤的法律规范的总称。程序法不仅仅表现为诉讼法,因为诉讼法仅是用来调整国家诉讼机构如何运作以及相互对立的当事人如何展开诉讼活动的法律规范。它所运用的空间是有限的,其时间过程也只能在特定的结构和结构主体的互动中。虽然诉讼法是程序法的一个重要组成部分,但程序法与诉讼法是种属关系。程序法包含的内容很广泛,既包括以解决纠纷为目的的纯粹的所谓“形式

① 《德意志联邦共和国民事诉讼法》,谢怀 译,中国法制出版社 2001 年版,第 4 页。

② 季卫东:《程序比较论》,载《比较法研究》1993 年第 1 期。

③ 于立深:《程序的多重视角》,载《法制与社会发展》2003 年第 2 期。