

吴德昌 著

WOGUOSUSONGWAIJIUFENJIEJUEJIZHITONGLUN
JIYUJIUFENJIEJUEFANGSHIWEI ZHONGXINDEZHUANTIFENXI

我国诉讼外纠纷 解决机制通论：

基于纠纷解决方式为中心的专题分析



江西人民出版社
Jiangxi People's Publishing House
全国百佳出版社

我国诉讼外纠纷 解决机制通论：

基于纠纷解决方式为中心的专题分析

吴德昌 著

 江西人民出版社
Jiangxi People's Publishing House
全国百佳出版社

图书在版编目(CIP)数据

我国诉讼外纠纷解决机制通论:基于纠纷解决方式为中心的
专题分析 / 吴德昌著. —南昌:江西人民出版社, 2015. 12

ISBN 978 - 7 - 210 - 08105 - 0

I. ①我… II. ①吴… 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(2015)第 304216 号

我国诉讼外纠纷解决机制通论:基于纠纷解决方式为中心的专题分析

吴德昌 著

责任编辑:胡 滨

封面设计:同异文化传媒

出版:江西人民出版社

发行:各地新华书店

地址:江西省南昌市东湖区三经路 47 号附 1 号

编辑部电话:0791 - 86898565

发行部电话:0791 - 86898815

邮编:330006

网址:www.jxp-ph.com

E-mail:jxp-ph@tom.com web@jxp-ph.com

2015 年 12 月第 1 版 2015 年 12 月第 1 次印刷

开本:787 毫米 × 1092 毫米 1/16

印张:16

字数:260 千

ISBN 978 - 7 - 210 - 08105 - 0

赣版权登字—01—2015—1017

版权所有 侵权必究

定价:48.00 元

承印厂:南昌市彩艺印刷有限公司

赣人版图书凡属印刷、装订错误,请随时向承印厂调换

前 言

诉讼外纠纷解决机制(即 Alternative Dispute Resolution,简称 ADR)在当下中国是一个既古老又新兴的研究课题。说其古老,意指我国自古就有“非诉”的传统,和解、调解一直被誉为“东方经验”;说其新兴,意指在“诉讼爆炸”的时代,诉讼外纠纷解决机制一直被视为司法诉讼解决纠纷之重要替代手段,于当下的民事纠纷解决具有现实意义。因而国内外对诉讼外纠纷解决机制的研究从未间断。由于现代意义的 ADR 兴起主要源于西方国家“诉讼爆炸”、诉讼成本高昂等原因,西方国家对 ADR 的成本效益研究得很是深入。此外,国外学者还主要从法社会学、法文化学、法哲学等方面研究了诉讼外纠纷解决机制的基本原理,在立法、司法上确立了广义诉讼外纠纷解决机制的理论框架。比如在美国,其 ADR 包括谈判、调解、仲裁以及早期中立评价、中立专家事实发现、简易陪审团审判、小

型审判、聘请法官等混和型纠纷解决程序。与此相应,诉讼外纠纷解决机制的功能和地位也日益提高,并逐步被纳入法制轨道,形成了与民事诉讼机制相互衔接的多元化纠纷解决机制。

与域外研究的不断高度实践化相比,我国的诉讼外纠纷解决机制研究更像是一股学术运动,一度引人瞩目,但终因与诉讼制度不衔接、零散不成体系等原因而深陷泥淖。在我国,对诉讼外纠纷解决机制进行学术研究主要还是近30年的事情,立法、司法层面虽有进步却不甚理想。特别是近30年来的调解发展呈现出“国退”态势,^①至于商事仲裁也是在1995年后便在立法层面举步不前,人事仲裁制度至今也未有全国统一的人大立法,而主要是各省市的条例或规定。因而从总体上虽然不能说没有发展,但是确实步履蹒跚,一直未有重大突破。于理论研究层面,大部分学者也只是针对诉讼外纠纷解决中的某一具体方式做局部的小修小补的讨论,很少从整个纠纷解决机制的立场上去研究诉讼外纠纷解决机制的基本理念问题。当然近些年来已有不少改观,比如中国人民大学法学院范愉教授出版了《非诉讼纠纷解决机制研究》(2000年)、《纠纷解决的理论与实践》(2007年)等专著,从法社会学以及实证研究的角度对诉讼外纠纷解决机制的原理和实务作了全面阐述。但是由于研究时间的原因,当代中国的诉讼外纠纷解决机制又有了一些新的研究课题,比如创新性和解机制是否属于诉讼外纠纷解决机制的问题,立案登记制下我国法院调解如何进行改革,劳动仲裁和人事仲裁合二为一是否适宜等。较之我国相关学术研究和立法转化的脱节问题,著者认为究其主因在于我国以往的诉讼外纠纷解决机制研究主要侧重于域外经验的镜鉴和基本原理的引进,而不是基于本国制度和司法实践的分析。同时也没有从诉讼外纠纷解决机制的主体、方式、依据等纠纷解决机制的内部三要素分别展开探究。鉴于此,本书拟以我国诉讼外纠纷解决制度的内部构成要素为根本,以诉讼外纠纷解决方式为类型化标准分专题探析,逐一探讨其制度得失以针对性地提出完善对策、建议。这样研究的优势在于既能紧扣当下我国诉讼外纠纷解决机制的具体问题,从主体制度、方式程序、解纷依据等三个维度全面分析其制度得失、实践问题,同时也便于研习此领域知识的研究生、本科生或其他人士迅速了解我国诉讼外纠纷解决机制的立法现状、实践问题与发展态势。

本书在结构上分前言、正文和后记三个部分,其中正文分四章。前言部

^① 参见王福华:《中国调解体制转型的若干维度》,载《法学论坛》2010年第11期,第31—37页。

分,主要表述了书稿的选题缘起、研究现状与研究思路。

第一章是“诉讼外纠纷解决机制基本原理通论”。本章主要对诸如诉讼外纠纷解决机制的概念特征、构成因素、价值取向、存在的合理性与ADR机制的固有缺陷等共性问题作了适当阐述。究其原因在于这些问题是以下各章节的理论基础。著者认为正是由于诉讼外纠纷解决机制的替代性决定了其外延的广阔性,和解、调解、仲裁及其各种新型的现代组合方式均属于诉讼外纠纷解决机制的范畴。同时也正是由于诉讼外纠纷解决机制的“不法”和“不能”的固有缺陷,造成了我们在研究各具体诉讼外纠纷解决机制时必须合理协调好诉讼外纠纷解决机制和司法诉讼机制两者的关系。

第二章是“我国和解制度的基本范畴与制度创新”。该章秉承第一章所拟定的思路,围绕和解这种具体的诉讼外纠纷解决机制从主体、方式、标准等三个方面论述和解作为一种独立的诉讼外纠纷解决机制存在的合理性。并特别结合和解制度在当代的创新展开了专门性论述,著者选择了刑事和解和行政复议和解为切入点,分别阐述了其在我国制度下可能存在的问题和完善之策。

第三章是“我国调解制度的法理分析与制度完善。”本章分三节对我国司法性调解、民间性调解、行政性调解作了全面的阐述。在法院调解这部分内容中,著者分析了我国法院调解存在的问题,提出了若干构想,包括将法院调解设置成诉前程序,并只允许在一审或简易程序前使用等建议。而对于人民调解和交通事故纠纷的行政调解,著者着重分析了其调解协议的效力问题。特别是对于交通事故损害赔偿行政调解,著者建议应设立调解先行告知制度,在此基础之上通过设立交通事故委员会等措施切实提升调解的实际效力。

第四章是“我国仲裁机制的立法分析与制度完善”。仲裁是最为接近司法诉讼的诉讼外纠纷解决机制。我国的仲裁机制因所裁决的纠纷性质不同主要有商事仲裁、劳动仲裁、人事仲裁等制度。本书稿限于篇幅主要对上述三类作了些粗浅的分析。其中在商事仲裁一节,著者结合我国商事仲裁制度于内容上存在的五个问题做了全面阐释。对于劳动仲裁和人事仲裁合二为一的问题,著者在深入立法分析的基础上认为,我国的劳动人事仲裁机构不宜合二为一,应适时分离,唯有这样才能促进劳动仲裁的中立性、去行政化。当然在其他方面,著者也提出了自己的浅见。

最后,在后记部分,著者特别就诉讼外纠纷解决机制的研究得失作了个人剖析。

目 录

前 言 /001

第一章 诉讼外纠纷解决机制基本原理通论 /001

第一节 诉讼外纠纷解决机制基本范畴阐释 /002

第二节 诉讼外纠纷解决机制正当性构成论 /019

第三节 诉讼外纠纷解决机制价值理念阐释 /025

第四节 诉讼外纠纷解决机制功能缺陷探析 /032

第二章 我国和解制度的基本范畴与制度创新 /050

第一节 和解与和解制度的基本范畴阐释 /051

第二节 我国刑事和解制度的实践模式与制度反思 /061

第三节 我国行政复议和解制度的法理分析与制度完善 /085

第三章 我国调解制度的法理分析与制度完善 /105

第一节 司法性调解制度——我国法院调解制度探微 /105

第二节 民间性调解制度——我国人民调解制度探微 /122

第三节 行政性调解制度——我国交通事故调解探微 /140

第四章 我国仲裁机制的立法分析与制度完善	/161
第一节 我国商事仲裁机制的立法分析与制度完善	/162
第二节 我国劳动争议仲裁的立法分析与制度完善	/192
第三节 我国人事争议仲裁的立法分析与制度完善	/215
后 记	/237
参考文献	/239
缩略语表	/244



第一章

诉讼外纠纷解决机制基本原理通论

现实生活中的纠纷,无论是其产生根源的复杂纷繁,又或是纠纷主体对纠纷解决结果的诉求往往并非如同法律规定那般的“事前设计”,故而为有效解决纠纷就必须于纠纷处理过程中个案地兼顾此两点。诉讼外纠纷解决机制即是缘此而生,它是在高度吻合个案纠纷具体特质的基础上,结合当事人之具体诉求而采用变通于传统法律纠纷解决方式之外的一种创新机制。为准确把握诉讼外纠纷解决机制的具体特质并合理运用诉讼外纠纷解决机制,本书拟先从纠纷、纠纷解决机制以及诉讼外纠纷解决机制的相关范畴着笔,以期为后文的深入分析提供理论基础。

第一节 诉讼外纠纷解决机制基本范畴阐释

一、纠纷的界定、特征、构成与类型阐释

(一) 纠纷的概念、特征

自古以来,“纠纷”一词就在不同的语境中被人们频频使用,而语境不同,则含义各异。根据《说文解字》的解释:纠,绳三合也;纷,马尾韬也。从字形上分析,“纠”和“纷”都有“丝”旁,均与丝线有关。“纠”与“纷”合成一个词组,就是纠缠、缠绕之意。如此看来,“纠纷”这个词本身就说明了其意在表述一种现象的复杂性和难解性。

我国学者季卫东说,纠纷指的是“当事人公开地坚持对某一价值物的相互冲突的主张或要求的状态”^①。有学者认为,该说法若放在法治语境中其缺陷表现在“价值”一词的不恰当使用,因为“价值”是一个复杂的系统,包含了主观价值以及客观价值。法律可以解决的,只能是真实的、客观的冲突。^②因而“纠纷”一词似乎应理解为一定范围内的、客观层面的平衡状态或良好秩序被打破。比如日本学者千叶正士就认为,“纠纷”是指一定范围的社会主体之间丧失均衡关系的状态,即纠纷是社会秩序发生了混乱。但是它不同于一般的大规模社会冲突,“纠纷”通常表现为具体的利益冲突和现实的权利争执,它通常是可以通过社会中的常规方式予以化解的。也即,一般意义的“纠纷”应是包含纠纷解决意义在内的一个概念,“纠纷解决”是“纠纷”概念的应有之意。至于如何判断某一社会现象是否构成纠纷,日本学者六本佳平教授提出了三个判断标准:(1)纠纷的主体必须是特定的行为主体;(2)纠纷形成的动机必须是根植于实际生活中的真正的利害关系的对立;(3)双方当事人必须相互地意识到对方的行为而实施一定的行为。如果当事人相互之间对对方的行为毫不在意,只是根据自己内心的意愿,任意调整的自己的行为,就不能叫作纠纷。^③

^① 季卫东:《法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考》,中国法制出版社2004年版,第5页。

^② 参见胡新艳:《法治社会中的纠纷与纠纷观》,载《理论月刊》2007年第12期,第128页。

^③ 参见【日】六本佳平:《法社会学》,有斐阁2003年版,第98页。

综上著者认为,“纠纷”只是在一定意义上与“矛盾、争议、冲突”同义,但它具有自己的独特内涵,它是指在特定的社会行为主体之间,基于现实生活中真实的情感冲突、利益或权益的争夺而产生的一种双边或多边的公开对立,以及对平息这种对立的意思表示状态。从这个界定出发,我们可以发现纠纷具有以下四个特征:即(1)纠纷主体的特定性;(2)纠纷客体的客观性;(3)纠纷发生的对立性;(4)纠纷解决的期待性。正是由于纠纷的上述特性(特别内涵“纠纷解决”的期待性),“纠纷”对于社会的总体意义而言是具有积极意义的。因为“纠纷”不仅可以作为新的观念、利益和行为方式对既定秩序产生冲击、推动社会进步,甚至可以成为社会变革的驱动力和先导因素;而且纠纷解决的过程本身就是一个社会发展过程。而要化解纠纷,推动社会进步,就必须为此创设一系列规则、程序,并为此先得了解纠纷产生的原因、纠纷的类型与构成要素等基本问题。

(二) 纠纷的构成与常见类型

1. 纠纷的构成

纠纷的构成是发源于纠纷概念、特征的另一范畴表述,它旨在阐发纠纷的内部构成要素。法社会学的认为,纠纷的内部构成要素包括纠纷主体、纠纷行为和纠纷对象三个方面。在法社会学的研究中,纠纷的构成要素广义上还包括纠纷的关联要素,包括社会结构、纠纷的原因、纠纷的社会价值以及纠纷解决机制等。^① 这些均属于纠纷的外部性因素,本书在后文会陆续分析之,特别是对其中的纠纷解决机制,后文会有详细的解读。此处主要就纠纷的三个内部构成要素作些基础性阐述:

第一,纠纷主体。纠纷主体,从纠纷的内部构成上分析主要是指现实利益或情感相互冲突对立的双方当事人。在纠纷存续期间,特别是解决过程中的其他参加人,可称之为纠纷的广义主体。由于当事人的身份、社会地位、价值观、性格素养、社会背景乃至诸多因素均在一定程度上决定着纠纷的性质、对抗程度和解决方式的选择,因而研究“纠纷主体”这个构成要素非常有意义。

第二,纠纷行为。纠纷行为,即纠纷当事人在纠纷发生存续过程中所采取的对抗行为。它直接决定着纠纷的性质、程度、解决纠纷方式的选择和纠纷解决的难易。纠纷行为具体可细化为以下四个方面。(1)纠纷行为的动作形态,包括作为行为和不作为行为。(2)纠纷手段,即当事人为了实施纠

^① 参见王琦主编:《非诉讼纠纷解决机制原理与实务》,法律出版社2014年版,第3页。

纷行为所采取的策略、战术、攻防武器等。(3)纠纷主张,即一方当事人向对方提出的具体内容的要求。这种主张既是当事人证明自身行为正当性的依据,也是解决纠纷的具体方案。(4)纠纷的影响,包括当事人之间的相互影响和社会影响。

第三,纠纷对象。纠纷对象,它是指纠纷主体的纠纷行为所指向的具体的人、事、物。纠纷对象在具体的表现形式上是多样的,它可能关乎物的权益,也可以是非物质性权益(例如尊严、名誉、声誉等)。由于纠纷对象的出现和发展归根结底是受社会的物质生活条件所决定,它往往先于法律而出现。在这个意义上纠纷对象的范围远远大于法律规定的争诉范围。或者说纠纷的构成要素内在地决定了有些纠纷需要诉讼外的多元化纠纷解决机制。

2. 纠纷的常见类型

为了更好地解决这些内部构成复杂的纠纷,又或者说为了研究或解决纠纷的现实需要,将复杂纠纷类型化是一个不错的选择。而且只有将纠纷进行科学的分类并对各种纠纷的具体特征进行必要的分析才能正确认识纠纷,设计并选择适当的纠纷解决机制,从而有效解决纠纷。下面著者从最常见的权益被侵犯的角度对纠纷分类作两个层次的阐述。

第一,从权益被侵犯的起因为标准,纠纷可划分为以下三类:(1)侵权纠纷。指因加害人违法侵害他人的合法民事权益所引发的纠纷,包括侵害物权、人身权、知识产权、继承权乃至债权等具体类型。这类纠纷往往表现为一方当事人的正当权益受到另一方的非法侵害,被侵害方因此而受到了不应有的损失,较为典型的有人身权损害纠纷、消费者权益损害纠纷、交通事故损害纠纷等。这类纠纷大多具有单向责任的特性,故在处理上应以侧重保护受害方的利益为宗旨。(2)违约纠纷。是指一方当事人因违反了事先约定而引起的纠纷。违约纠纷的双方对于违约程度、违约方式以及应承担的违约责任可能有约在先,因此此类纠纷仅从单个事件纠纷解决而言通常并不难处理,只要遵从当事人的约定或者法律的相关规定就可以了。但是现实情况往往是违约纠纷的双方当事人之间存在着某种互惠性合作关系,相对于违约损失而言,有时候继续维持双方当事人的合作关系可能具有更高的价值,而要在解决纠纷的同时继续维持双方的合作关系,就需要采取不同于事先约定的新的双方合意来解决纠纷,因此对这类纠纷当事人的重新协商可能是更为妥当的办法。(3)误解纠纷。指的是当事人由于误会或误解而引发的纠纷。现实生活中由于行为人掌握的信息总量不够充分或者

接受了误导性信息时,他们经常会做出事后令其反悔的判断。而一旦他们不接受当时所做的安排,纠纷很可能就此产生,特别是在如果误解造成损失的程度一旦超过了一方可以接受的限度的情况下。误会或误解的双方当事人起初一般不存在恶意,因而在处理这种纠纷时最重要的工作是对造成误会或者误解的原因进行细致的分析和判断,并在证据充分、事实清楚的基础上明确双方的责任以平衡双方的利益或对双方的原有利益格局进行适当的调整。以上三类起因的纠纷,如果均属于法律调整的范围,从法律制度的标准来看均可以统称为“违法纠纷”。事实上上述三类纠纷大部分都属于法律可调整的范围。但是也不尽然,比如恋人之间约好看电影而一方迟到,夫妻之间由于家事贬损对方的口角之争等就不宜由法律调整。

第二,以权益被侵犯的对象或领域为标准,通常可以把纠纷分成以下六类。^① (1)人格权纠纷。常见的纠纷有诸如道路交通事故人身损害赔偿纠纷、医疗损害赔偿纠纷、工伤事故损害赔偿纠纷、肖像权纠纷、名誉权纠纷、荣誉权纠纷、隐私权纠纷、人身自由权纠纷、婚姻自主权纠纷等。(2)婚姻家庭、继承纠纷。常见的纠纷有诸如婚约财产纠纷、离婚纠纷、离婚后财产纠纷、离婚后损害赔偿纠纷、同居关系析产、子女抚养纠纷、扶养纠纷、赡养纠纷、监护权纠纷、探望权纠纷、收养关系纠纷、法定继承纠纷、分家析产纠纷、遗嘱继承纠纷、遗赠纠纷、遗赠扶养协议纠纷等。(3)物权纠纷。常见的纠纷有诸如不动产登记纠纷、物权确认纠纷、返还原物纠纷、建筑物区分所有权纠纷、遗失物返还纠纷、相邻关系纠纷、共有权纠纷、土地承包经营权纠纷、宅基地使用权纠纷、留置权纠纷、占有物返还纠纷、占有物损害赔偿纠纷等。(4)债权纠纷。常见的纠纷有诸如各类合同纠纷,包括悬赏广告纠纷、买卖合同纠纷、商品房销售合同纠纷、借款合同纠纷、定金合同纠纷、房屋租赁合同纠纷、承揽合同纠纷、运输合同纠纷、合伙合同纠纷等。此外还包括侵权、无因管理、不当得利等引起的债务纠纷。(5)知识产权纠纷。主要包括诸如知识产权合同纠纷、知识产权权属纠纷、侵权纠纷、知识产权不正当竞争纠纷等。此类纠纷大部分本质上可以划归物权纠纷和债权纠纷,但因为知识产权的特性,故专门列为一类。(6)劳动人事纠纷。常见的劳动纠纷有诸如确认劳动关系纠纷、劳务派遣合同纠纷、非全日制用工纠纷、追索劳动报酬纠纷、经济补偿金纠纷、养老金发放纠纷、工伤保险待遇纠纷、医疗费与医疗保险待遇纠纷、生育保险待遇纠纷、失业保险待遇纠纷以及各类福利待遇纠

^① 本分类主要参考了2007年10月29日最高人民法院审判委员会第1438次会议通过并经2013修正的《民事案件案由规定》。

我国诉讼外纠纷解决机制通论

基于纠纷解决方式为中心的专题分析

36

纷。常见的人事纠纷则主要包括辞职争议、辞退争议、聘任、聘用合同争议,等等。

二、纠纷产生的原因与纠纷解决方式的选择

日常生活中产生纠纷的情形因时、因地、因人而各有不同。归纳起来,人们通常是由于情感纠葛、恶意行为、意外事件等因素造成彼此情感冲突和权益争执。这些因素对纠纷解决方式的选择有时具有决定性的影响,下面著者拟对这些因素与纠纷解决方式的选择作简单描述。

第一,情感纠葛。人类是非常注重思想和情感交流的群体性动物,他们为了感情而舍弃利益甚至生命的事情并不少见。因而面对因情感纠葛而产生的纠纷,必须采取特殊的方法,至少可以不同于纯物质利益平衡的方法,比如“晓之以理、动之以情”的和风细雨的调解方式就比刚性的裁判方式更有效。当然,因情感纠葛而发生的纠纷并不排斥利益。如果情感和利益交织在一起,我们就需要区别对待,兼顾情感和利益的处理方式,以便在其中找到合适的平衡点。

第二,恶意行为。生活在祥和、安定、有序的社会中是人类的美好愿景,但是现实中总有一小部分人临时起意或蓄谋已久地为追求不正当利益或为窃取他人的正当利益而行为之。这种出于恶意动机而破坏社会良好秩序的行为对他人和社会均具有较大的危害性,由其引起的纠纷在处理上通常也只能采取强硬的法律措施,比如采用诉讼的方式严格地依照法律、法规或者规章制度赋予其否定的法律后果,而不宜一味退让、迁就。

第三,意外事件。意外事件,它是指由于超出行为主体意志控制以外的、难以克服的客观原因。现实生活中,大量存在着由于行为主体对某种情况应当预见而没有预见或难以预见从而引发纠纷的情形,例如饲养的动物将他人咬伤、疾驰的汽车因刹车突然失灵而发生的交通事故等。对这种行为造成的纠纷,要善于从纠纷双方的利益平衡和社会所崇尚的公平、正义等价值追求方面探索妥当的解决方案,故而在解决方式方面宜选择能够促进双方和解的方式,以便最大限度地补偿受害方的利益,同时也让加害人心甘情愿。

其他诸如价值观念、制度缺陷、认知差异等因素也是引发社会纠纷的重要诱因。对于这些因素引发的纠纷,在解决方式也各有特殊需求。比如作为人们行为深层次原因的价值观念而引发的纠纷,其纠纷解决的关键在于

增强纠纷主体双方的相互理解,相互尊重对方的价值观念和生活理念,途径之一是启发双方进行换位思考,以期实现多元化的价值观的和谐共处。又如制度缺陷(制度陈旧或不合时下社会情势)引发的纠纷,决定了此类纠纷解决方案需要从现有制度之外去寻找解决问题的依据,与之相应的还需要创新纠纷解决机制。至于认知差异引发的纠纷,其解决方式则重在说服、教育,以理服人。

三、纠纷解决机制的概念、构成与类型

严格地讲,“纠纷”与“纠纷解决”是两个具有不同侧重内容的概念。“纠纷”是对社会存在的特定现象的静态描述,“纠纷解决”则属于社会实践层面的事物,它体现了社会主体对纠纷这种客观事物的能动性改造的动态过程。为了深刻把握这个过程,纠纷解决机制是一个不可绕过去的问题。

(一) 纠纷解决机制的概念阐释

纠纷解决是一项系统工程,有效解决纠纷需要依靠特定主体(包括纠纷主体与解纷主体)、解决方式(程序)和实体规则(解决依据)等因素的合力才能达成。而这些因素的有序组合便构成了本书所界定的纠纷解决机制。也就是说,纠纷解决机制是一定社会为了解决纠纷而逐渐形成或建立的由规则、制度、程序和相应组织机构及其活动构成的系统。

在法制社会里纠纷解决机制,主要是指国家通过相关法律、法规建构或界定的、由各种正式与非正式制度或程序构成的综合性解决纠纷的系统,主要包括各类和解、调解、仲裁等制度性安排。也即所谓的狭义纠纷解决机制。而广义的纠纷解决机制,还包括非制度化的临时性、个别性纠纷解决活动以及民间社会自发形成的各种私力救济或自力救济。^①

(二) 纠纷解决机制的构成阐释

纠纷解决机制的构成要素,包括主体、方式、规则。其中“主体”这个构成要素从纠纷解决机制的角度来看主要是“解纷主体”,也即主要是指作为第三方的机构、组织或者个人,包括公立救济、社会救济或私立救济的各类

^① 参见范愉:《纠纷解决的理论与实践》,清华大学出版社2007年版,第81页。

国家机关、社会组织、共同体和民间力量。^①“纠纷解决方式”，指的是纠纷解决的程序和手段，传统上包括裁决（判决和仲裁）程序和协商程序（谈判调解）两大类型，现代还包括了一些诸如鉴定、评估、调查等辅助手段。

至于“纠纷解决依据”，指的是重新平衡或再次分配当事人间权益的一套客观的外部标准或实体规则，既包括国家制定的法律、法规等正式制度性规范，也包括为国家认可或一定团体（人群）所遵从的惯例等各种民间社会规范。这套标准本身不因当事人的意愿而发生变化，但在执行过程中某些内容可以变通地加以适用，只要这样做不会违背法律的强制性规则便可。

（三）纠纷解决机制的类型阐释

既然纠纷解决机制是由纠纷解决主体、解决方式和解决依据等构成要素而成，那么此三要素的不同组合就会形成有差异的、多元化的，或更为具体的纠纷解决机制。因而实践中事实存在着诸多各具特色的纠纷解决机制，基于纠纷解决机制中的三个构成要素的不同可以作以下类型归纳。

第一，以纠纷解决主体的性质及其规范依据为标准，我们可以将纠纷解决机制分成公力救济纠纷解决机制、社会救济纠纷解决机制和私力救济纠纷解决机制等三类。（1）公立救济纠纷解决机制，指的是纠纷解决主体依托国家公权力（司法权、准司法权和行政权）组建而成，主要依据国家制定的法律、法规来解决当事人之间纠纷的机制，比如司法诉讼机制、仲裁机制、行政复议机制等。（2）社会救济纠纷解决机制，指的是那些由民间性质的社会团体组织等作为纠纷解决主体，依靠各领域专家以及自治团体的社会权威力量，通常依据诸如行业标准、风俗习惯、共同章程、当事人的约定等社会性规则来解决纠纷的机制，比如民间调解机制等。（3）私立救济纠纷解决机制，指的是纠纷主体在没有第三方居中裁判介入的情形下，主要依靠自身或借助他人力量辅助下通过自决或和解的方式解决纠纷的机制，比如民间和解机制。需要指出的是，随着社会的发展，传统的以强欺弱、以暴制暴式私立自决型的私立救济模式因与现代法治社会不相容而趋于消亡，以协商、和解为特征的传统私立救济模式也通过制度创新获得新生，由纯粹的、民间和解演变为制度层面（如诉讼法上）的和解等。

第二，以纠纷解决的程序特点和解纷主体为标准，纠纷解决机制可以分

^① 著者认为，作为纠纷解决机制的协商、和解制度，其在实际运行中往往也有第三方的辅助。只是其作为第三方介入纠纷解决时，其地位在制度上有时不是正式的、必需的。但是在现代社会中一些创新型的和解、协商制度中，第三方的地位也在制度层面有时成为必需的，比如公诉案件中的刑事和解。

为诉讼纠纷解决机制和诉讼外纠纷解决机制。(1)诉讼纠纷解决机制,指的是国家司法机关运用司法裁判权,以法律为依据,采用法定的诉讼程序来解决当事人之间纠纷的正式机制。(2)诉讼外纠纷解决机制,它泛指一切除诉讼救济解决机制以外的其他纠纷解决机制。正是由于所有其他纠纷解决机制的共同之处均在于对法院判决的一种“替代”,所以它又被称之为替代性纠纷解决机制。^①

第三,以纠纷解决程序的启动是否需要取得各方当事人的同意为标准,可以将纠纷解决机制划分为强制性纠纷解决机制和合意性纠纷解决机制。(1)强制性纠纷解决机制,指的是纠纷程序的启动不以当事人的合意,而是以一方当事人的申请行为即可当方面启动的纠纷解决机制。诉讼便是一种典型的强制性纠纷解决机制。晚近某些国家依法设立的不同于传统调解、仲裁的“强制调解”、“强制仲裁”等均属于此类。(2)合意性纠纷解决机制,则是指改程序的启动不能仅凭一方当事人的申请而启动,而必须取得各方当事人的同意的纠纷解决机制。至于同意的形式,因具体程序有别,比如我国商事仲裁要求书面同意。

第四,以纠纷解决方案所体现的意志为标准,可以将纠纷解决机制分为妥协合意性纠纷解决机制和裁决性纠纷解决机制。(1)妥协合意性纠纷解决机制,指的是纠纷解决的最终方案本质上是当事人的一种妥协合意,而不是第三方的强制意志。其处理结果的形式一般是和解协议和调解书。其纠纷解决的过程主要是通过当事人之间主动的信息交换和利益妥协,并通过对双方权利义务重新分配达成新的平衡从而消除当事人间的对抗状态。(2)裁决性纠纷解决机制,指的是中立第三方作为决定者,有权依据有别于当事人意愿之外的独立依据以决定(比如裁判、命令)的方式对当事人间的权利义务做出安排,当事人必须服从此类安排的纠纷解决机制。典型的决定性纠纷解决机制主要包括诉讼和仲裁两种形式。

四、诉讼外纠纷解决机制的概念、特质阐释

(一) 诉讼外纠纷解决机制之概念厘定

诉讼外纠纷解决机制,系英文 Alternative Dispute Resolution 的中文名称,

^① 参见范愉、李浩:《纠纷解决——原理、制度与技能》,清华大学出版社2010年版,第29页。