



陕西省重点学科建设专项资金资助项目

民事诉讼法专论①

主编：董少谋

[陕西人民出版社]

民事程序法专论

[第一卷]

主 编 董少谋

副主编 韩红俊 李 军 易 萍

撰 稿 李 喆 史晓娟 王传薇

杨金梅 马 维 杜肖芳

史华振 刘 聪 陈 妍

陕西出版集团

陕西人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

民事程序法专论/董少谋主编. —西安: 陕西人民出版社, 2010

ISBN 978 - 7 - 224 - 09506 - 7

I. ①民… II. ①董… III. ①民事诉讼法—中国—文集 IV. ①D925.104 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 193741 号

民事程序法专论 (第一卷)

编 者 董少谋

出版发行 陕西出版集团 陕西人民出版社
(西安北大街 147 号 邮编: 710003)

印 刷 西安正华印刷科技有限公司

开 本 787mm × 1092mm 16 开 15.5 印张

字 数 300 千字

版 次 2010 年 10 月第 1 版 2010 年 10 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 224 - 09506 - 7

定 价 32.00 元

目录

第一章	民事纠纷及多元解决途径	1
第二章	一事不再理原则	15
第三章	我国民事审级制度探究	42
第四章	民事案件事实探明机制探究	69
第五章	举证时限制度若干问题探究	99
第六章	我国小额诉讼制度之构建	123
第七章	我国人事诉讼程序之建构	143
第八章	民事执行裁决权之探究	167
第九章	执行程序中优先权之探究	193
第十章	案外人异议之诉探究	219

第一章 民事纠纷及多元解决途径

一、民事纠纷

（一）民事纠纷的概念及特点

有社会即有纠纷。从社会学的角度看，纠纷作为人类社会存续过程中不可避免的一种社会现象，其表现形态是多种多样的，不仅表现为公开的暴力冲突，还包括紧张、敌意、竞争及在目标和价值上的分歧。^①以法律的视角观之，纠纷可分为民事纠纷、刑事纠纷和行政纠纷三大类。^②民事纠纷，是指平等主体之间发生的以民事权利、义务为内容的法律纠纷，^③依我国《民法通则》第2条和《民事诉讼法》第3条规定，是指平等主体之间发生的，以财产关系和人身关系为内容的社会纠纷。

民事诉讼法学界一般普遍认为，民事纠纷具有以下特征：^④

1. 民事纠纷的主体之间法律地位平等性

这个特点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单位，它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国家行政机构（即官），另一方主体为行政行为相对人（即民），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。只有民事纠纷，它是发生在平等主体之间的一种纠纷。民事纠纷的主体之间之所以具有平等的法律地位，其根本的原因在于民法中的平等原则。根据平等原则所形成的民事法律关系是平等的主体之间的关系，平等主体之间的关系发生了争议，这种争议中的当事人之间也不失为平等的地位。民事纠纷中的平等地位是民事关系中的平等地位的反映和体现。这种平等地位还一直延伸至民事纠纷的处理过程中。

2. 民事纠纷的内容是对民事权利义务的争议

^① 参见[美]伊恩·罗伯逊著：《社会学》（上册），黄育馥译，商务印书馆1994年版，第25页。

^② 赵旭东教授认为，“刑事纠纷”和“行政纠纷”仅仅是这两个法律部门其中的一个组成部分，甚至不是它们的具有典型意义的组成部分。刑事案件从其基本特征上看属于公法调整的范畴，不具有纠纷的属性，行政案件也是如此。赵教授进而将纠纷划分为侵权型纠纷、违约型纠纷、违法型纠纷、误解型纠纷和家事型纠纷五种类型。参见赵旭东著：《纠纷与纠纷解决原论》，北京大学出版社2009年版，第41—47页。

^③ 江伟主编：《民事诉讼法专论》，中国人民大学出版社2005年版，第8页。

^④ 参见江伟主编：《全国高等学校法学专业核心课程教材《民事诉讼法学》（第2版）》，高等教育出版社2004年版，第1页；常怡主编：《高等政法院校规划教材《民事诉讼法学》》，中国政法大学出版社2002年版，第22页；汤维建：《21世纪法学系列教材《民事诉讼法学》》，北京大学出版社2008年版，第2—3页。

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，在这种关系中，一方享有权利，另一方负有义务。反之也是如此。当权利者的权利得不到实现，或者义务者的义务不予履行，这必然使正常的民事法律关系发生冲突，处在失衡状态。这种状态，是在当事人双方的意志对立的基础上形成的，因而便构成了纠纷。纠纷的内容便是享有权利者要恢复其应有的权利，从而使义务的负担者履行其义务。惟其如此，曾一度失衡的法律关系才能恢复至正常状态，民事纠纷才告化解。可见，民事纠纷的内容是发生了争议、遭到了扭曲的民事权利义务关系。这与刑事纠纷、行政纠纷皆有不同。

3. 民事纠纷的可处分性

根据民事实体法的规定，民事纠纷的主体可以互相协商处分其纠纷，民事纠纷的主体也可以单方面地处分其纠纷。处分纠纷的过程，就是处分纠纷中民事权利或民事义务的过程。处分了民事纠纷，就是解决了民事纠纷。当然，民事纠纷的主体也可以拒绝处分其纠纷，而坚持将纠纷交由法院处理。这种坚持由司法处理其纠纷的权利，也是民事纠纷主体对民事纠纷的内容进行自由处置的表现形式。

（二）民事纠纷的内容

根据民事纠纷特点和内容，可将民事纠纷分为两大内容：一类是财产关系方面的民事纠纷；另一类是人身关系的民事纠纷。

1. 平等主体之间的财产关系

所谓财产关系，是指人们在商品生产、分配、交换和消费过程中形成的具有经济内容的关系。财产关系是以社会关系为基础的，涉及生产和再生产的各个环节，包括各类性质不同的关系。我国民法只是调整一定范围的财产关系，即发生在平等的民事主体之间的财产关系。

平等主体间的财产关系，包括财产所有关系和财产流转关系。财产所有关系是指因直接占有、使用、收益、处分财产而发生的社会关系。财产流转关系是指因财产的交换而发生的社会关系。这两类财产关系有着紧密的联系。财产所有关系往往是发生财产流转关系的前提条件，通常只有财产所有人才能对财产实施法律上的处分，与对方发生债的关系；财产流转关系通常又是实现财产所有关系的方法，即财产所有人通过债的关系取得或行使财产的所有权。这两种财产关系，主要是指商品关系，只要是发生在平等主体的自然人、法人、其他组织之间，都应该由我国民法调整。这是由我国社会主义市场的统一性以及民法对市场经济关系进行统一调整所决定的。

（1）平等性是民事纠纷的财产关系根本特点

所谓平等主体，是指主体以平等的身份介入到具体的社会关系当中，而不是在一般意义上判断主体间的平等性，例如国家和公民虽然在一般意义上不是平等关系，但是只要在其间发生的具体法律关系中，各个主体都是以平等的身份出现的，即可

判断其具有平等性。平等性主要表现在：第一、当事人参与法律关系的地位平等。任何一方都不具有凌驾或优越于另一方的法律地位，平等是与隶属关系相对立的，即一方不能隶属于另一方，正是因为法律地位的平等，这就决定了当事人必须平等协商，不得对另一方发出强制性的命令或指示。第二、适用规则的平等。任何民事主体参与民事活动都要平等受到民事法律的拘束，不享有法外的特权，不能凌驾于法律之上，即“法律面前人人平等”。第三、权利保护的平等。在任何一方的权利受到侵害之后，他们都应当平等地受到民法的保护和救济。当然，此处所谓的平等，主要是指形式的平等，并不意味着结果的平等，在具体的法律关系中获得的权利和义务未必是完全平等的。

同时，随着现代民法对实质正义的强化，在形式的平等之外，民法也强调对消费者、劳动者等弱势群体的保护，以兼顾形式平等与实质平等、机会平等与结果平等之间的协调。

（2）财产关系

平等主体间的财产关系具有如下特点：第一、民事主体在民法上的地位是平等的。任何主体进入市场从事交易活动，彼此间的关系都应当是平等的、互利的，当其财产利益受到损害时，应当得到同等价值的补偿。这是由民事主体地位平等的特点决定的。既然地位平等，当事人的意思表示就应当是自由的。不论双方的经济实力差别如何悬殊，也不论一方在经济上处于何种困难境地，都不允许他方将自己的意志强加于人。第二、等价有偿。这是民事主体法律地位平等在经济利益上的体现。在商品经济关系中，民事主体通过市场实现商品的价值和自身经济利益。因此，民法调整的财产关系，大部分都应贯彻等价有偿的原则。但是，当事人依法形成赠与、借用、无偿保管、无偿代理等民事关系，也是法律所允许的。当然形成此类关系也必须坚持市场经济所要求的平等、自愿等原则。

2. 人身关系

所谓人身关系，是指没有直接的财产内容但有人身属性的社会关系。人身关系具有以下特点：第一，非财产性。人身关系不能直接表现为一种财产利益，体现的是人们精神上和道德上的利益，尽管在市场经济条件下，某些人身关系也可以转化为财产利益，或者在受到侵害时可以采用财产补偿的方式，但是人身关系本身不以财产为客体，也不以财产为其内容，人身关系本质上不能用金钱加以度量、评价，人身关系受到侵害时也无法采取等价补偿的方式，而主要采用的是一种精神上的抚慰和对加害人的惩戒以及对加害行为的排除等方式。第二，专属性。人身关系中所体现的利益与人身是很难加以分离的，尽管有一些人身权的内容可以由权利主体转让，但是与财产权相比较，其专属性更为强烈突出。从总体上说，人身权作为一个整体性的权利是不能转让的，“人格权是权利人对其本身主体性要素及其整体性结构的专属性支配权，而身份权则是基于身份而产生的伦理性并且与财产有关权利”，

因此也不能抛弃或由他人继承，在民法上其具有一定程度的专属性。第三，固有性。人格关系中的利益大多是民事主体必备的利益，例如生命健康等利益是民事主体必备的利益，是民事主体与生俱来、终身享有的。否则，民事主体很难享有人格独立与自由，甚至难以作为主体存在。当然并非所有的身份关系都具有固有性。人身关系包括两类：

（1）基于民事主体的人格产生的人身关系

这些关系在民法上表现为民事主体的人格权，包括自然人的生命和健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权，婚姻自主权以及宪法规定的自然人享有的人身自由不受侵犯、通信自由和通信秘密等权利，法人和其他组织的名称权，名誉权，荣誉权等。人格权制度是有关对生命健康、名誉、肖像、隐私等人格利益加以确认并保护的法律制度。从民法权利体系的角度来看，人格权应该在其中占有重要的位置。

（2）基于民事主体的一定的身份产生的人身关系

对于什么是“身份”，学理上有不同的看法。但较一致地认为，可以将身份界定为，民事主体在特定的社会关系中所具有的地位，具体包括：一是在亲属关系中的地位；这类关系在民法上表现为自然人的身份权，包括夫妻之间、父母子女间、有扶养关系的祖父母与孙子女之间、外祖父母与外孙子女之间依法相互享有的身份权、因监护关系产生的监护权等，二是基于知识产权获得的地位；如自然人通过智力创作活动因取得著作权、专利权、商标权而享有的人身权，以及自然人享有的在发现权和发明权中的人身权。三是在其他社会关系中产生的身份权，如荣誉权等。身份关系是人们基于彼此间的身份而形成的相互关系。^①

民事主体基于一定的人格和身份产生的人身关系，在法律上表现为人格权和身份权。人身关系并不是人与人之间的等价交换关系，也不是人们为了追求一定的经济利益和物质需要而形成的社会关系。当然，人身关系也可能体现出一定的利益并和财产关系发生一定的联系。

（三）民事纠纷的可诉性

如上所述，在民事纠纷的特点中，民事诉讼法学界一般普遍把民事权利义务的争议作为民事纠纷的内容，基此，认为人民法院受理的民事案件范围具体包括以下几种：①民法、婚姻法调整的因财产关系及与财产关系相联系的人身关系产生的诸如财产所有权、用益物权、担保物权、无因管理、不当得利、身份权、人格权和婚姻、赡养、扶养、抚养、继承等纠纷的民事案件；②经济法调整的因经济关系所产生的诸如因不正当竞争行为引发的损害赔偿等各类纠纷案件；③劳动法调整的因劳务关系所发生的纠纷；④其他法规明文规定的依照《民

^① 王利明主编：普通高等教育“十五”国家级规划教材《民法》，中国人民大学出版社2005年版，第13—16页。

事诉讼法》审理的案件；⑤最高人民法院规范性文件规定的案件。^① 也就是说，对于以上五种以外的民事纠纷，则当事人不能诉诸法院。

我们知道，民法典是市民社会的产物，同时对市民社会中私权利的确定与保障，对市民社会的发展与成熟有促进作用。同时，民法典与判例法相比，也具有僵化与不能适应社会发展的弊端，由于权利的演变与发展，民法典对现实权利的确立与保障往往无法对新生权利加以确立，反而在一定程度上成为对权利的限制。民法典从来不具自足性，而私权利要求法未禁止既可为以及权利的演进性要求民法典保持一定的开放性、扩张性。因此，在民事纠纷的范围和内容上，如果过分强调民事纠纷的“权利”内容而忽视“权益”，则不足保护当事人的正当权益。

第一、从法理学上看，根据权利的存在形态可划分为应有权利、习惯权利、法定权利和现实权利。应有权利是权利的初始形态，它是特定社会的人们基于一定的物质生活条件和文化传统而产生出来的权利需要和权利要求。应有权利虽未被法律明文规定，但根据社会关系的本质和法律精神是主体认为或被承认应当享有的权利。习惯权利是人们在长期的社会生活过程中形成的或从先前的社会承传下来的，表现为群体性、重复性自由行动的一种权利。习惯权利是法外权利。法定权利是通过实在法律明确规定或通过立法纲领、法律原则加以宣布的、以规范与观念形态存在的权利。在重视法治和人权的国家，法定权利是权利的主要存在形态。法定权利不限于法律明文规定的权利，也包括根据社会经济、政治和文化发展水平，依照法律的精神和逻辑推定出来的权利，即“推定权利”。现实权利，即主体实际享有与行使的权利，亦称“实有权利”。法定权利只有转化为现实权利，才能成为或再现生活的事实，才对主体有实际的价值，才是真实的和完整的。从法定权利到现实权利是一个决定性的转变。我国立法理论上一般认为，权利都是法律规定的权利，民事权利是民事法律所规定或确认的。显然，作为民事纠纷内容的民事“权利”仅指法定权利和现实权利，而不包括应有权利和习惯权利。

第二、从宪法上看，对于私法主体之间因侵犯宪法权利（即实体性宪法权利，由于宪法规定的公民基本权利没有具体化为民事实体法上的权利）引发的民事纠纷，能否通过民事诉讼途径寻求解决？在现代宪法学理论上，德国和日本都承认宪法规定的公民基本权利在私法领域的效力。^②至于这一效力是直接效力还是间接效力，理

^① 参见常怡主编：《民事诉讼法学》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 131 页。

^② 《联邦德国基本法》第 1 条第 3 项规定：“下列基本权利直接有法律效力，并约束立法、行政及司法”。日本的司法实践承认基本权利的间接效力：大阪地方法院于 1969 年的“日中旅行社案”的判决中指出，《日本民法》第 90 条的公序良俗条款体现了宪法中的平等权等宪法权利规范的精神，而本案被告日中旅行社以政治观点取舍雇员，其对原告所作出的解雇决定违反了《日本民法》第 90 条，因而无效。我国台湾地区在司法实践中也采纳间接效力说：台湾一些企业曾经与受雇的一些女性约定，“一经结婚即需辞职”，有一女性受聘于农会，并订立了这样的合同条款，后对该

论上有争论,其中有两种学说,即直接效力说和间接效力说。直接效力说认为,宪法中的基本权利规定对私法领域具有直接的效力;间接效力说认为,宪法权利规范只能通过私法中的一般条款或具有概括性的规定才发挥效力,该学说要求通过解释私法中的这类条款,而将宪法权利规范的内在价值和精神注入其中,从而将宪法权利延用于私法领域。在我国,私法主体之间因侵犯公民宪法上的基本权利的行为引发的纠纷屡有发生,诸如公民所在单位违反男女平等宪法原则限制妇女在其单位分房、用工单位违反男女平等宪法原则在签订劳动合同中限制女性在聘用期内谈恋爱、结婚等。由于我国宪法上的基本权利并不是都能被转化为具体的法律权利,所以,从我国目前的诉讼实践来看,并不是所有的基本权利都可以通过普通程序获得救济的。这种实践状况有损于宪法的尊严,也与人权保护普遍加强的国际潮流不相符合,不利于依法治国和依宪治国目标的实现。因此,必须加强基本权利的司法保护。

第三、从民事实体法上看,民法的开放性和民法典的局限性,决定了应有权利和习惯权利不可能都转化为民法上的具体权利。当这些“权利”在法定化之前受到侵害,当事人能否寻求司法救济?在英美法系国家,当现实生活中出现某种利益需要保护而法律和判例都无反映时,法官可依自由裁量权将其认定为权利而加以保护。在大陆法系国家,可通过司法解释来适应社会 and 价值观的变化,对法定权利以外的利益得以承认。我国《民法通则》第5条规定,“公民、法人的合法的民事权益受法律保护,任何组织和个人不得侵犯”。《侵权责任法》第2条也规定“侵害民事权益,应当依照本法承担侵权责任”、“民事权益包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益”。这里的人身、财产权益显然包括权利和利益。因此,民事纠纷的内容不仅仅是民事权利,而应包括应当受法律保护的合法利益。

基于以上三个方面,民事纠纷的内容除平等主体间的财产权利和人身权利外,还可凭借“诉因寄生理论”^①拓展为:

条款的效力发生争议,诉诸法院,台湾“司法院”第一厅研究认为,人民无男女之分,在法律上一律平等,为“台湾地区宪法”第7条所明定,又人民之工作权及其他自由、权利也受“宪法”保障;雇主要求女性受雇人预立于任职中结婚即应辞职之辞职书,不仅破坏“宪法”保障男女平等之原则,并且限制人民之工作权及有关结婚之基本自由及权利,该结婚辞职之约定,可认为违背公序良俗,依“台湾地区民法”第72条之规定,应属无效。参见刘敏:《裁判请求权研究》,中国人民大学出版社2003年版,第164页。

^① 在大陆法系国家,法律对应当受到保护的民事利益之认可有一个发展的过程。在法治的特定发展阶段,某种民事利益尚未被确认为受到保护的民事权利,司法当局尤其是一个国家的最高法院认识到其受到保护的重要性,于是就通过法律解释的方法将这种民事利益纳入到一个已经受到保护的民事权利的范围(或已经得到确认的诉因)之内,从而使其受到相应的保护。这样一来,“应当受到保护”而法律尚未明确予以保护的“民事利益”就被“寄生”到一个已经受到保护的權利(或

(1) 有关民事利益的争议

我国最高人民法院多年来采用了诉因寄生理论来解决诸如对公民隐私之保护等问题。我国《民法通则》虽然规定了生命、健康、名誉、荣誉、姓名、肖像等民事权利,^①但是在15年之后的2001年才对隐私权、人身自由权等权利加以规定。^②无疑,隐私权或者作为人格利益之重要组成部分的隐私情感在我们这样的国家是应当得到保护的。于是,最高人民法院便通过司法解释将隐私“寄生”于名誉权之中。这种做法首见于1988年1月26日最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第140条第1款:“以书面、口头等形式宣扬他人隐私的,或者捏造事实公然丑化他人人格,以及以侮辱、诽谤等方式损害他人名誉,造成一定影响的,应当认定为侵害公民名誉权的行为。”此后,最高人民法院在一系列司法解释中遵循了这一做法,将揭露宣扬他人隐私的行为解释为侵害名誉权的行为。^③这样一来,本来并不受到《民法通则》保护的隐私权或者说基于隐私的情感利益就被“寄生”于名誉权,通过名誉权保护制度得到相应的保护。

(2) 实体性宪法权利的争议

2001年6月28日最高人民法院审判委员会第1183次会议通过了《最高人民法院关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》(法释[2001]25号)。^④该司法解释公布后在我国法律界产生了巨大的反响。一些权威人士认为,该解释“开创了法院保护公民依照宪法规定享有的基本权利之先河”、“创造了宪法司法化的先例”等。更有学者据此认为“宪法具有直接

已经得到确认的诉因)之中,从而通过被“寄生”的权利或诉因而得到保持。这种做法称之为“诉因寄生理论”参见张新宝:《民事法官能够直接引用宪法条文判案吗?》,载《民商法前沿》,2002年1、2合辑本,吉林人民出版社2002年版。

^① 参见《民法通则》第98、99、100、101、102条以及第119、120条。

^② 时隔15年之后,最高人民法院通过司法解释确认了人身自由权。参见最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》(法释[2001]7号)第1条。

^③ 如1993年8月3日最高人民法院在《关于审理名誉权案件若干问题的解答》指出:“对未经他人同意,擅自公布他人隐私材料或以书面、口头方式宣传他人隐私,致人名誉受到损害的,应依照侵害他人名誉权处理。”“文中有……披露隐私的内容,致使名誉受到损害的,应认定为侵害他人名誉权。”另参见最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》(法释[2001]7号)。

^④ 该批复全文如下:山东省高级人民法院:你院[1999]鲁民终字第258号《关于齐玉苓与陈晓琪、陈克政、山东省济宁市商业学校、山东省滕州市第八中学、山东省滕州市教育委员会姓名权纠纷一案的请示》收悉。经研究,我们认为,根据本案事实,陈晓琪等以侵犯姓名权的手段,侵犯了齐玉苓依据宪法规定所享有的受教育的基本权利,并造成了具体的损害后果,应当承担相应的民事责任。

的法律效力，它可以像部门法一样作为判断是非、曲直，化解纠纷的法律依据”。^①其实，宪法关于公民受教育权的基本权利被具体规定到《教育法》、《义务教育法》和《高等教育法》的相关制度之中。《教育法》第9条规定：“中华人民共和国公民有受教育的权利和义务”、“公民不分民族、种族、性别、职业、财产状况、宗教信仰等，依法享有平等的受教育机会”。《义务教育法》第4条规定：“国家、社会、学校和家庭依法保障适龄儿童、少年接受义务教育的权利”。《高等教育法》第9条规定：“公民依法享有接受高等教育的权利”、“国家采取措施，帮助少数民族学生和经济困难的学生接受高等教育”、“高等学校必须招收符合国家规定的录取标准的残疾学生入学，不得因其残疾而拒绝招收。”这些法律不仅规定受教育权利之外，还规定了相应的民事责任。《教育法》第81条规定：“违反本法规定，侵犯教师、受教育者、学校或者其他教育机构的合法权益，造成损失、损害的，应当依法承担民事责任”。《民法通则》第106条第2款及第120条亦提供了明确的法律依据，地方各级法院完全可以根据这些法律规定和出相应的判决。因此，该解释并不具有迫切的必要性。但是，该解释对将受教育权“寄生”于姓名权等人格权作一无异议的解释，其弦外之音在于昭示保护公民的基本人权和其他法律权利是法院的天职。然而，遗憾的是，在2008年12月18日最高人民法院《关于废止2007年底以前发布的有关司法解释（第七批）的决定》废止了该司法解释，废止该解释的理由与众不同：“已停止适用”。对于为什么停止适用，没有作进一步的解释，我们无从知晓。但也为我们进一步研究“停止适用”的理由提供了空间。有学者认为，考虑到我国现行体制，最高院无权对涉及宪法的问题做出解释，所以要停止适用。

二、民事纠纷的解决途径

在一个法治的社会，纠纷能够得到公正地、低成本地、高效率地解决，并且能够取得良好的社会效果。在一个理性的社会，国家应为当事人提供多元的解决途径。民事诉讼固以解决民事纠纷为己任，但纠纷的解决，民事诉讼并非唯一之途径。民事诉讼虽属最终、最权威的解决途径，但民事诉讼须使用有限的司法资源，且当事人更须花费诸多劳力、时间和费用。若能经由诉讼外的纠纷解决制度解决民事纠纷，则属最佳良策。故程序法学的研究理应一并关注诉讼以外的纠纷解决制度。在构建和谐社会的今天，更应多倡法院外替代裁判之纠纷解决制度的利用，即对于当事人依自治或准自治方式达成的纠纷解决方法，赋予强制执行力或其他确定判决类似之效果，既可以减轻当事人的劳力、时间和费用的支出，也可以减轻司法资源之负担。民事纠纷的解决途径，主要有和解、调解、仲裁和诉讼四种。^②本节的重点不在于介

^① 焦洪昌：《我的宪法见闻》，载《北京日报》2001年12月3日。

^② 民事诉讼法学者一般认为，民事纠纷的解决机制包括私力救济（自决与和解）、社会救济（调解

绍制度，而在于站在民事诉讼的立场上，分析理解其功能的差异，为当事人选择解决纠纷的方式提供一个理性的选择。

（一）和解

和解作为私力救济的一种方式，是法治社会解决纠纷的一种有效途径。西方法谚云“和解是最适当的强制执行”，此语说明和解制度在解决纠纷中的所起的作用和所居的地位。^①按照合同自由原则，当事人可以通过合同形成、变更或中止民事权利义务关系，当然也可以基于合同在原债务的基础上设立一种新的债权债务。和解协议就是当事人在原债权债务（当然也可以是经过法律文书确认的债权债务）的基础上，所设立的一种新的债权债务的关系。各国合同法上，和解协议都是一种独立的合同，许多国家的合同法上也对此种合同作出了明确的规定。由此也表明，和解协议本身并不一定是原债权债务关系的延续，也可能形成了一种新的债权债务关系。^②

和解，系指纠纷的当事人之间互相让步，立一和解协议。和解是当事人之间的私行为，和解协议的达成非依法裁判，而是互相让步。在和解的过程中，当事人并未将法律当作主要遵守的标准。和解方式没有第三者的介入，纠纷解决过程是当事人自主的过程，处理结果是当事人双方的合意，能够较为充分地体现人的个性，因而该种纠纷处理方式具有显著的自治性。

同时，我们也应当明确，和解制度因没有第三者介入，双方交涉的平等性缺乏保障。另外，和解是纠纷当事人双方个体意志自由交涉的过程，并不受实体法和程序法的严格约束。因此，尽管和解有时能够使双方达成合意，但是该合意往往是妥协让步的结果，合意内容的公正性往往无法得到切实的维护。

对于私力救济中的自决方式，因纠纷主体一方强调凭借自己的力量使对方服从，而为法治社会所禁止。但是，在法治不健全和公力救济不起作用的情况下，基于“公民的合法的私有财产不受侵犯”的宪法权利的落实和公民有保护自己财产的权利，对不合法的暴力有“反抗权”，应允许并保留一定程度的自决方式，既可以帮助个人维护合法权益，也可以对强势群体是一种震慑，防止他们为所欲为。^③

与仲裁）和公力救济（民事诉讼）三种。

^① 参见董少谋著：《民事强制执行法论纲》，厦门大学出版社 2009 年版，第 166 页。

^② 参见王利明：《和解协议形成独立的合同关系》，载《人民法院报》，2002 年 1 月 4 日。

^③ 徐昕教授认为，私力救济（即强制和交涉）是一种以威慑和制约为核心的富于效率和行之有效的社会控制机制。进而主张：国家应当考虑适当发挥私力救济对于纠纷解决的积极功能，限制并疏导其消极倾向。私力救济在很大程度上其实可为国家利用，同时又在国家的掌握之中，并根据需要通过立法使之逐步、部分地纳入法制轨道，形成与公力救济、社会型救济相互并存、衔接、配合和补充的多元化纠纷解决机制。公力救济、私力救济、社会型救济三者发挥比较优势，良性互动，更有利于化解社会冲突，缓解司法压力，节省公共资源，促进私人自治，维护社会秩序。参见徐昕著：《论私力救济》，中国政法大学出版社 2005 年版，第 393 页。

（二）调解

调解制度有广义与狭义之分。广义来讲，凡是经过第三者的排解疏导，说服教育，促使发生纠纷的双方当事人依法自愿达成协议，解决纠纷的途径都可以称为调解；而狭义的调解仅指诉讼调解。在我国，普遍认为，广义上的调解可以被分为以下四种：(1)人民调解。即民间调解，是人民调解委员会对民间纠纷的调解，属于诉讼外调解。(2)行政调解。它分为两种：一是基层人民政府，即乡、镇人民政府对一般民间纠纷的调解；二是国家行政机关依照法律规定对某些特定民事纠纷或经济纠纷或劳动纠纷等进行的调解。但这两种都属于诉讼外调解。(3)仲裁调解。即仲裁委员会对受理的仲裁案件进行的调解，仲裁委员会的调解书与裁决书有同等效力，这也属于诉讼外调解。(4)法院调解。这是人民法院对受理的民事案件、经济纠纷案件和轻微刑事案件进行的调解，是诉讼内调解。对于婚姻案件，诉讼内调解是必经的程序。至于其他民事案件是否进行调解，取决于当事人的自愿，调解不是必经程序。法院调解书与判决书有同等效力。

对于仲裁调解和法院调解，由于调解书与裁决书或判决书有同等效力，故而不在此研究。我们关注的重点在于人民调解和行政调解。

1. 人民调解

人民调解是在人民调解委员会的主持下，以国家法律法规、政策和社会公德为依据，通过对纠纷当事人进行说服、教育、规劝、疏导等方法，促使纠纷各方互谅互让，平等协商，自愿达成协议，消除纷争的一种群众性自治活动。人民调解制度是一项具有中国特色的纠纷解决途径。中共十六届四中全会通过的《中共中央关于加强党的执政能力建设的决定》把“调解”作为正确处理人民内部矛盾的重要方法之一，这是对人民调解制度的充分肯定。党的十六大以来，根据改革发展新形势的需要，中共中央办公厅、国务院办公厅转发了最高人民法院、司法部《关于进一步加强新时期人民调解工作的意见》、最高人民法院出台了《关于审理涉及人民调解协议的民事案件的若干规定》、最高人民法院和司法部联合下发了《关于进一步加强人民调解工作切实维护社会稳定的意见》、司法部出台了《人民调解工作若干规定》等文件，推动了人民调解工作进入了一个全面发展的新的历史时期。随着人民调解工作的领域不断拓展、人民调解组织形式的不断丰富、人民调解工作机制的不断创新、人民调解的保障机制不断健全、人民调解队伍的整体素质得到提高，人民调解协议的法律效力得到提升。2002年9月最高人民法院《关于审理涉及人民调解协议民事案件若干意见》规定，经由人民调解委员会调解达成的有民事权利义务内容，并由双方当事人签字或者盖章的调解协议书具有民事合同性质。当事人应当按

照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除调解协议。这项规定加强了调解协议的约束力。特别是2009年7月24日最高人民法院《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》第20条进一步明确规定，经人民调解组织（包括商事调解组织、行业调解组织或者其他具有调解职能的组织）调解达成的具有民事合同性质的协议，经调解组织和调解员签字盖章后，当事人可以申请有管辖权的人民法院确认其效力。当事人请求履行调解协议、请求变更、撤销调解协议或者请求确认调解协议无效的，可以向人民法院提起诉讼。

2. 民事纠纷的行政调解

民事争议的行政调解是指在行政主体主持下，根据自愿、合法的原则，通过说服教育等方法调停、斡旋，促使双方当事人友好协商并达成协议，以有效解决纠纷的一种行政活动。作为我国调解制度的重要组成部分，行政调解在解决纠纷、减少诉讼、维护良好的社会生活秩序方面发挥了重要作用。据初步统计，截至目前，我国有14部法律、24部行政法规、119部部门规章对行政调解作出了规定，其中绝大多数都属于对民事争议的行政调解。^①民事争议主要存在于：公安、医疗卫生、劳动、自然资源、环保、交通、工商、知识产权、婚姻家庭、地质矿产、建设、电信、金融、质量技术监督、能源、国有资产管理、农林、教育、科技、农村集体经济组织等20个领域。

行政调解的主体可分为以下类型：（1）基层人民政府；（2）主管行政机关；（3）法律、法规授权组织。实践中主要是指行政机关的内部机构、派出机构，根据法律法规的特别授权，以自己名义调解民事争议。^②

行政调解协议的效力包括两方面内容：（1）对行政调解主体的拘束力。一般认为，行政调解一经依法作出并生效，行政机关不能再就同一事项另行作出行政处理。（2）对争议双方当事人的拘束力。就我国目前立法规定看，主要有三种形式：其一是明确规定行政调解对当事人具有法律拘束力，赋予行政调解协议强制执行力。例如，根据1990年2月24日修订的《全民所有制小型工业企业租赁经营暂行条例》第22条规定：租赁合同双方发生纠纷，可以根据合同规定向工商行政管理机关申请调解，当事人一方在规定期限内不执行已经发生法律效力的调解书的，另一方可以申请人民法院强制执行。^③其二是明确规定行政调解对当事人无法律拘束力。例如

^① 转引自：国务院法制办课题组《2007—2008年最高人民法院建立和完善多元纠纷解决机制调研课题——行政调解子课题项目研究报告》

^② 《商标评审规则》第8条规定，在商标评审期间，当事人有权依法处分自己的商标权和与商标评审有关的权利。在顾及社会公共利益、第三方权利的前提下，当事人之间可以自行以书面形式达成和解，商标评审委员会也可以进行调解。

^③ 根据1990年2月24日中华人民共和国国务院令第50号发布的《国务院关于修改第22条的决定》，“当事人一方在规定期限内不执行已经发生法律效力的调解书的，另一方可以申请人民法院

2005年8月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议通过的《治安管理处罚法》第9条规定：对于因民间纠纷引起的打架斗殴或者损毁他人财物等违反治安管理行为，情节较轻的，公安机关可以调解处理。经公安机关调解，当事人达成协议的，不予处罚。经调解未达成协议或者达成协议后不履行的，公安机关应当依照本法的规定对违反治安管理行为人给予处罚，并告知当事人可以就民事争议依法向人民法院提起民事诉讼。其三是没有明确规定行政调解对当事人的效力。例如，2003年10月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第五次会议通过的《道路交通安全法》第74条规定，对交通事故损害赔偿的争议，当事人可以请求公安机关交通管理部门调解，经公安机关交通管理部门调解，当事人未达成协议或者调解书生效后不履行的，当事人可以向人民法院提起民事诉讼。实践中绝大多数立法都采取这种形式。学术界和实务界一般认为，这种行政调解对当事人不具有法律拘束力，当事人不能申请法院强制执行已然达成的调解协议，而只能将原有争议提请法院裁判。

我们认为，第一，作为行政机关处理纠纷的一种准司法行为，行政调解目的是在法律框架内为当事人提供一条和平解决争端的途径。若要真正发挥其作用，就必须使行政调解成为独立的纠纷解决渠道，调解协议应当具有一定程度的法律拘束力。而从目前实践情况看，绝大多数行政调解对当事人缺乏必要的拘束力，当事人在参加行政调解并达成行政调解协议后，仍然可以反悔拒不执行已经达成的行政调解协议，而对方当事人在这种情况下只能就原有民事争议向法院起诉。这种制度设计不仅无法从法律上彻底解决民事争议，反而因为行政调解程序的介入妨碍了民事争议的及时、顺利解决。同时，还浪费了行政机关和当事人在调解中投入的巨大人力和物力，增加了社会成本。最高人民法院2009年7月24日《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》第20条进一步明确规定，经行政机关调解达成的具有民事合同性质的协议，经调解组织和调解员签字盖章后，当事人可以申请有管辖权的人民法院确认其效力。当事人请求履行调解协议、请求变更、撤销调解协议或者请求确认调解协议无效的，可以向人民法院提起诉讼。该规定虽然赋予行政调解与人民调解同等的法律效力，即民事合同的效力。当事人在协议达成后又反悔的，另一方当事人可依执行许可宣告程序向人民法院申请赋予其强制执行力。^①但从长远看，应提升行政调解协议效力，可以考虑有条件地直接赋予行政调解协议以强制执行力。

第二，我们应当知道，无论是人民调解委员会的调解，还是行政调解，可以说

强制执行”。

^① 董少谋：《人民调解协议诉前司法审查确认机制探究——兼谈执行许可宣告程序之建构》，载《法学杂志》2009年第11期。

都是在第三者的介入的和解,因而调解仍具有自治性的基本特征。为了使和解得以顺利进行,尤其在当事人双方对话陷入僵局,而又未放弃和解愿望的情况下,当事人双方基于对调解人公正性的信赖和权威性的认可,往往会听取调解人的意见——这实质是当事人的自治权的处分,即当事人自愿让渡一部分自治权给调解人。该被让渡的部分自治权逐渐演化为第三者的裁断权,于是第三者的价值理念和倾向性意见便不可避免地会对纠纷的解决产生影响,而第三者的价值理念和倾向性意见则往往是共同体的价值理念和道德规范的反映。因此,在调解中,人的个性意识和纠纷解决机制的自治性开始弱化,人的共性意识和纠纷解决机制的规则性逐渐增强。^①

第三,我们也应当知道,调解因有第三者——调解人——的介入,而使得双方交涉的平等性得到一定程度的保障。但是,调解的主旨仍是促成双方达成合意,调解人的地位及其拥有的资源决定了其对当事人意志的影响是有限度的,这也决定了调解无法完全超越和解制度的局限性。

(三) 仲裁

仲裁是指纠纷主体达成进行仲裁的合意(仲裁协议)或者根据法律的规定,将纠纷交由民间的第三方进行裁决的纠纷解决途径或制度。仲裁不同于调解,仲裁裁决对双方当事人有法律上的拘束力。但是,仲裁与调解一样,也是以双方当事人的自愿为前提条件的,只有纠纷的双方达成仲裁协议,一致同意将纠纷交付裁决,仲裁才能够开始。仲裁这种纠纷解决方式历史悠久,早在古希腊、古罗马时代就很盛行。近现代以来,仲裁成为了处理国际贸易和商事纠纷的惯用方法,在当代又被扩展到更为广泛的领域,成为民事纠纷解决机制的重要组成部分。我国于1995年颁布了《仲裁法》,使我国的仲裁制度与国际接轨。

与我国其他纠纷解决机制相较,仲裁裁决具有终局的拘束力。当事人一旦同意通过仲裁解决纠纷,就不得拒绝接受仲裁裁决。仲裁实行一裁终局,仲裁裁决与法院作出的生效判决具有同等效力,可以向法院申请强制执行。

(四) 诉讼

诉讼被认为是实现公正的最为有效的纠纷解决途径。因为,第一,诉讼的公正性有实体法上的保障。依法审判是纠纷解决机制运行的基本原则。判决是法官适用实体法律的结果。而法律则是社会共同体所认可或通过理性的立法程序所创制的社会规范。第二,诉讼的公正性也有严密的程序保障。诉讼的公正性既体现为实体上的公正,也体现为程序上的公正。所谓依法审判,一方面是强调审判的结果合法,即合乎实体法;另一方面是强调审判的过程也要合法,即合乎程序法。严格的程序为当事人各方提供了阐明各自意见的公平的机会和条件,促使法官处于中立地位,限制了法官审判的主观性和随意性,使其不得不依法裁判,为客观、公正地解决纠

^① 刘成安:《民事纠纷解决机制之法理探究》,载《山东社会科学》2008年第9期。