

观察中国矛盾纠纷解决实践与理论思考

本书旨在以有效化解纠纷和促进社会和谐发展为基础立场的立场出发，本书作者以纠纷解决的效率和公正的问题意识，对完善我国纠纷解决机制进行了探索，并提出了具有实践力的理论，值得阅读与讨论。——李浩（南京师范大学法学院教授、博士生导师）

民事审判制度、人民调解制度和仲裁制度是民事程序法三大主力军，书成后研究者们应对它们所处的境遇进行深刻反思。遗憾的是“小切口，大产出”和社区的思考被掩盖，本书成为纯粹方法论实践的问题与思考。看和听，因而书里——最后（中国政法大学法学院教授、博士生导师）

本书作者对中国纠纷解决机制的实践中存在的问题有清醒的认知和冷静的判断。

为了解决不满意的现代纠纷解决机制

Basic Position of Dispute Resolution in the Contemporary China



民事程序法论丛

当下中国纠纷 解决的基本立场

刘加良 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



Basic Position of Dispute Resolution in the Contemporary China

当下中国纠纷 解决的基本立场

刘加良 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

当下中国纠纷解决的基本立场/刘加良著. —北京:北京大学出版社, 2014. 7

(民事程序法论丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 24404 - 3

I. ①当… II. ①刘… III. ①民事纠纷 - 研究 - 中国 IV. ①D925.114.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第133436号

书名 当下中国纠纷解决的基本立场

著作责任者 刘加良 著

责任编辑 李 辉

标准书号 ISBN 978 - 7 - 301 - 24404 - 3/D · 3603

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>

新浪微博: @北京大学出版社

电子信箱 law@pup.pku.edu.cn

电话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印刷者 北京大学印刷厂

经销者 新华书店

965毫米×1300毫米 16开本 16印张 200千字

2014年7月第1版 2014年7月第1次印刷

定价 35.00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 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

论丛总序

本丛书的宗旨在于:大胆假设,小心求证;专注制度,推动立法。

2008年4月1日开始实施的修正后的《中华人民共和国民事诉讼法》之所以仅仅是局部性的,而非全面性的;之所以未达预期的效果,而难免令人有失望之感,究其缘故,固然有诸多或种种,然而深层次上的原因,不能不被认为是,学术研究未能跟上立法之需求也。

反观我国的民事诉讼法学研究,起初营营碌碌于注释法学,后来迅速遭到诟病,认为这种研究长此以往,难脱原地踏步之嫌;于是乎,取而代之的乃是所谓的理论法学,以抽象思维见长的学者们,纷纷登台发表高见,短时间内,竟一扫注释法学之积弊,法学研究的面貌因之而焕然一新。然而,时间稍长,人们便发现,坐而论道原本是一件更为轻松的事,难点还在于,将放飞的思绪从辽阔的天空中收回,平心静气地进行艰苦卓绝的制度构建。

具体的制度构建全然有别于潇洒的理论畅想,它需要有透彻的理论把握,敏锐的时代触感,宽阔的学术视野,务实的精心构筑,以及弥漫于全书中的价值说服力。这样的理论研究,显而易见,是多了一份枯燥,少了一份浪漫。然而,这样的理论研究,同样显而易见的,乃是真正的理论升华,培植了真正的学术之根。

德国学者海德格尔通过对“真理”一词的词源学考察表明,真理的



古希腊语是 aletheia,原意是“无蔽”。可见,真理的本质就在于无蔽,而无蔽就是敞亮,敞亮就是本真。我们这套丛书,就是试图将我们各位作者本真的制度构想——无论是全面的抑或局部的,敞亮开来,达至无蔽,然而同时还要绝对地说:我们距离真理很远。

因为我们距离真理很远,所以我们欢迎批评;因为我们贡献的是本真,所以我们能够收获真诚的争鸣——正是在争鸣中,民事诉讼法才能在妥协性的智慧中,扬帆远航。

此为序。

绪论

自 20 世纪 90 年代初以来,经济高速发展、社会剧烈转型和文化多元裂变共同构成了复杂中国的基本国情。“稳定压倒一切”和“发展是硬道理,稳定是硬任务”的政治话语迄今未曾有偃旗息鼓的迹象,反映出国家治理的决策者对社会有序的长久向往和对纠纷有效化解的强烈渴求;“有自由的秩序和有秩序的自由二者孰轻孰重”的民间讨论迄今未曾有销声匿迹的苗头,反映出有责任担当感的社会精英对社会失序的深深担忧和对纠纷妥当解决的拳拳期待。纠纷的发生具有不可避免性,其对社会秩序的冲击有革故鼎新的积极一面,也有纵恶制乱的消极一面。值此转型关键期,对纠纷的消极作用更应被清醒地认知和冷静地判断,健全相关解决机制的必要性更应被普遍的认同,针对特色机制与常规机制的区别性行动方案更应被建设性地提出。鉴于此,本书分为“特色机制的实效化:注重传承与应势创新”、“常规机制的良善化:宏观聚焦与微观研讨”和“学理支持的强力化:增强指引与适时反制”三编,试图就“当下中国的纠纷解决”这一极具挑战的课题进行面向实践、立场明确的精细研究,并尝试证明在不如意的现状下努力进取之可行,以尽可能消除情绪化的指责与习惯性的失望所带来的不良影响。

人民调解制度、人民陪审员制度和民事检察制度颇具中国特色,



在域外无法找到功能相近和构造相似的真正可比项,本书第一编的探讨即针对它们集中展开。《人民调解法》是法律体系中“诉讼与非诉讼程序法”部分的最后出场者,赶搭的是官方宣告法律体系基本建成前的末班车,制定过程的快速和审议过程的顺利让《人民调解法》很快被关注法律创制远多于关注法律实施的研究者疏远、冷落甚至遗忘。唯有从立法视角转向实施视角,方可从基本前提、中心环节、重要条件和根本保证四个方面为人民调解之制度实效的获取提供可行之策,进而让人民调解出色的化解民间纠纷、维护基层稳定。发生的不可控性、社会化的极易性、原因事实的竞合性和化解依据的渐趋合理性是当前我国医疗纠纷的主要特征。杀伤医护人员的恶性事件层出不穷,在一定程度上显示出医疗纠纷刑事化的高发态势,同时也暴露出医疗纠纷化解机制的整体低效。本书主张以“诸暨模式”和“宁波解法”为典型的医疗纠纷人民调解模式具有很好的制度理性,但官方的推动不能忽视区域差异,纠纷解决研究者进行实地调查时代代表性样本的选择必须慎之又慎。2008年以来,河南省人民法院系统试行人民陪审员制度和西北地区法院系统发展性继承马锡五审判方式的作法在学术界引起很大争议,前者曾被批评为“非驴非马”的多余之举、后者曾被批评为“保守落后”的倒退之举。基于近距离观察所获得的感性认识和大量的实证材料,本书认为人民陪审员制度可多角度的有效补正合议庭制度与人民陪审员制度的不足,其属于实现民众参与司法的新型机制并可为人民陪审员制度的“团式改造”提供经验支持;主张继承与发展马锡五审判方式应以司法传统的内核合理性、可继承性为前提条件,以强烈、确定的现实问题意识为动力源泉,以扎实有效、不断创新的工作方法为关键环节,以必要的异化防范机制为重要保障。《民事诉讼法》新近的两次修改使得民事检察制度在文本层面得到很大的完善与强化,民事检察权的实现方式已呈现出事前型、事中型和事后型三足鼎立的格局,本书选择这三种类型各自的部分制度对应物——民事督

促起诉、列席监督和民事抗诉进行了侧重实证的专题性研究。其中,就民事督促起诉的部分具有更新性、系统性,明确主张民事督促起诉是检察机关之一般监督权的实现方式,属于强势的检察建议、不是民事公益诉讼的替代物。

在纠纷解决机制内部,仲裁最可能有实力与诉讼之间形成实质性竞争关系。从法院的受案量来看,民事案件长期占八成以上。所以,理顺民事诉讼与仲裁的关系成为健全纠纷解决机制的重中之重。“在发展中竞争,在竞争中发展”是处理民事诉讼与仲裁二者关系的基本准则,而各自在先的良性发展更为重要。故本书第二编将重心放在民事诉讼与仲裁的制度良善改进上,只是附带地涉及基层法院之一审行政案件管辖权的取消和律师赔偿责任这两个并非无足轻重的问题上。作为基本法律,《民事诉讼法》在短短三十年内便有四个版本、在时隔不足五年内便经历规模不小的“中改”。《民事诉讼法》由此被扣上“无足轻重”的帽子、被打上“修改过于随意”的烙印,究其原因,在于丁亥年(2007年)之修改得过于草率,留下了“修法目的具有明显的功利性,修法过程的民主性始终不足,修法背后的轻程序倾向强势存在,修法方式的科学性严重缺失”四大瑕疵。2012年3月,《刑事诉讼法》的修改由全国人大审议通过;2012年8月,《民事诉讼法》的修改则改由全国人大常委会审议通过。这一立法事实很刺眼地表明了《民事诉讼法》丁亥年修改之后遗症的严重后果,对其瑕疵进行批判性审视具有制度演进史层面的重要鉴戒意义。群体性纠纷和有关夫妻忠诚协议的纠纷被归为难办案件已有很长时间。虽未能如愿产生“解决一件,带动一片”的预期效果,拆案处理仍是实践中处置群体性纠纷的首选方案,这与包括必要共同诉讼制度在内的群体性纠纷解决机制不够完善有很大关联。借助与我国台湾地区相关制度设计的比较,本书主张大陆地区的必要共同诉讼制度应作符合法理且具有操作性的改进。夫妻忠诚协议以财产给付型、权利放弃型、伤害虐待型、辱骂起



誓型和特定行为型为基本类型。关于其效力如何以及是否具有可诉性的争论可谓广泛而激烈,在全社会范围内已引起高度关注,最高人民法院多次试图在司法解释中表态,但均无果而终,本书特辟程序法的视角,认为应倡导“以内容看效力”的基本思路,应承认夫妻忠诚协议的单独可诉性。同案异判有碍于宪法中平等原则的实现,从审级控制的进路实现民事案件的同案同判必不可少。本书主张,为做到特殊民事案件(疑难复杂的民事案件、新类型民事案件和具有普遍法律适用意义的民事案件)的同案同判,将其一审管辖权统一上提一级更为可取;为做到一般民事案件的同案同判,应取消裁量型发回重审和调法定型发回重审;民事案件同案同判的审级控制具有有限性,其规模效益取决于一审裁判文书可上诉的比例和二审程序启动的次数。执行难与立案难、申请再审难并列成为民事诉讼领域的三大难题,较大份额的执行难源于民事执行根据得不到有效的实现、民事执行权威得不到有力的维系。为理性地强化民事执行权威,本书提出五项现实可为的对策性建议。纠纷解决机制内部的逻辑自洽与功能配合,离不开通盘权衡的整体眼光,仲裁保全裁定作出权之配置模式(法院独享、仲裁机构有限分享、法院和仲裁机构共享、仲裁机构独享)的选择反映着司法权对仲裁权的谦让与尊重程度。从促进国家与社会二元互动、支持仲裁发展、增进民事诉讼之正当品质三个方面出发,本书判断我国采取仲裁机构独享的模式更为适宜。在三大诉讼法的修改陆续完成之后,可以十分肯定地预计,《仲裁法》的修改将很快展开。对于修法而言,发扬司法解释之长、回避司法解释之短可做到成本更低、阻力更小、效果更好。本书指出,司法解释在仲裁协议的要件与效力方面以及仲裁司法监督方面的具体成就值得承继,但“违法解释”的鲜明印记和法院本位的倾向值得警惕。

就纠纷解决而言,理论与实践之良性因应的重要性尽人皆知。然而,学理与实务之间的距离却在不断地拉大,学术界与实务界互不理



睬、视而不见、彼此贬低的现象相当普遍且短期内不会得到根本的改观。之所以出现如此令人痛惜的一幕,学理的长期疲弱难辞其咎,以至于实务操作需要理论指引时,学理无法提供相应的智力支持;实务操作出现违法或与基本法理明显相悖时,学理没有足够的实力予以反制或者纠偏。研读富有知识增量价值的著作对于促进学理之发达的益处不言自明。于是,评介达玛什卡的《司法和国家权力的多种面孔:比较视野中的法律程序》和汤维建的《民事证据立法的理性立场》便构成了本书第三编的基本内容。值得一提的是,国内的很多程序法学者至今仍停留在阅读日本学者谷口安平、棚濑孝雄之著作的层次上,对达氏有关司法制度类型学的经典著作缺乏及时的关注、不知其存在者亦不在少数。

目 录

绪论	1
----------	---

第一编 特色机制的实效化:注重传承与应势创新

后法典时代人民调解实效化研究	9
----------------------	---

导言	9
----------	---

一、基本前提:形式性法律渊源的上位化与细则化	10
------------------------------	----

二、中心环节:人民调解员的遴选就低化与培训实质化	14
--------------------------------	----

三、重要条件:经费保障之国家责任的中央化与长效化	18
--------------------------------	----

四、根本保证:司法确认程序的备胎化与谦抑化	21
-----------------------------	----

医疗纠纷人民调解的实践模式及其启示	25
-------------------------	----

一、当前我国医疗纠纷的主要特征	26
-----------------------	----

二、医疗纠纷人民调解的实践模式	29
-----------------------	----

三、启示:纠纷解决与区域差异	35
----------------------	----

人民陪审员制:在能与限度之间	40
----------------------	----

一、人民陪审员制对合议制之不足的有效补正	41
----------------------------	----

二、人民陪审员制对人民陪审员制之不足的有效补正	46
-------------------------------	----

三、人民陪审员制的限度:以审级适用为例	51
---------------------------	----

四、走出“羊群效应”的困境(代结语)	52
--------------------------	----

继承与发展马锡五审判方式之思	54
----------------------	----



民事督促起诉的制度化路径、角色定位与基本构造	57
一、民事督促起诉的制度化路径	57
二、民事督促起诉的角色定位	61
三、民事督促起诉的基本构造	67
论列席监督的正当化转向	73
一、列席监督的制度变迁	73
二、列席监督的积极功能	77
三、列席监督与诉中监督的比较:基于民事诉讼的视角	80
四、寻求终极合法性:列席监督转向诉中监督的必要性 分析	84
民事抗诉:政策化实践与体制制约	87
一、关于样本选择的说明	88
二、民事抗诉案件数量缘何悬殊	89
三、民事抗诉案件数量缘何明显下降	91
四、结语	99

第二编 常规机制的良善化:宏观聚焦与微观研讨

我国《民事诉讼法》丁亥年修改之冷思考	103
一、修法目的具有明显的功利性	104
二、修法过程的民主性始终不足	106
三、修法背后的轻程序倾向强势存在	110
四、修法方式的科学性严重缺失	112
海峡两岸必要共同诉讼制度比较研究	115
一、海峡两岸必要共同诉讼制度的比较	115
二、祖国大陆必要共同诉讼制度的设计弊端	118
三、祖国大陆必要共同诉讼制度的理性改进	121

夫妻忠诚协议的效力之争与司法应对	123
一、问题的提出——从 2012 年山东“女方净身出户案”谈起	123
二、夫妻忠诚协议的基本类型	124
三、夫妻忠诚协议的效力之争	125
四、夫妻忠诚协议的实体法规制	131
五、夫妻忠诚协议的司法应对	137
民事案件同案同判的审级控制	140
一、特殊民事案件同案同判的审级控制	141
二、一般民事案件同案同判的审级控制	145
三、民事案件同案同判之审级控制的限度	150
民事执行权威的理性强化	153
一、提高民事执行法律渊源的位阶	155
二、力守民事执行开始的被动性	156
三、消除执行通知与强制执行之间的时间间隔	160
四、尽力扩展且可延长申请执行期限	163
五、加大对妨害民事执行行为的刑事制裁	165
论仲裁保全程序中的诉讼谦抑	169
一、引论	169
二、仲裁保全裁定作出权的配置模式	170
三、我国应采取仲裁机构独享仲裁保全裁定作出权的模式	172
四、结语	179
《仲裁法解释》的进步与不足	
——以实现我国《民事诉讼法》的全面修改为视角	180
一、《仲裁法解释》在仲裁协议之要件方面的进步	181
二、《仲裁法解释》在仲裁协议之效力方面的进步	186



三、《仲裁法解释》在诉讼监督仲裁方面的进步	190
四、《仲裁法解释》的不足	193
五、结语	195
论取消基层人民法院的第一审行政案件管辖权	197
一、取消基层人民法院的第一审行政案件管辖权可更好地 体现“两便”原则的“公正”立场	197
二、取消基层人民法院的第一审行政案件管辖权更 有利于司法职业的发展	201
三、取消基层人民法院的第一审行政案件管辖权可还原 行政审判庭设置的合法性	202
律师赔偿责任的基本特征及辐射作用	205
一、律师赔偿责任的概念界定	205
二、律师赔偿责任的基本特征	206
三、律师赔偿责任的辐射作用	211

第三编 学理支持的强力化:增强指引与适时反制

司法制度类型分析的价值与潜在意义	217
一、理想与现实之间:主要内容之介	218
二、原创与缺憾之间:研究方法之评	222
三、启发与检讨之间:中国意义之思	226
中国民事证据立法的立场表达	228
一、迎难而上:基础理论的理性探索	229
二、大处着手:基本问题的宏观思考	233
三、微观建构:重要制度的缜密求证	235
四、立足本土:他山之石的审慎对待	238

主要参考文献	241
--------------	-----

绪论

自 20 世纪 90 年代初以来,经济高速发展、社会剧烈转型和文化多元裂变共同构成了复杂中国的基本国情。“稳定压倒一切”和“发展是硬道理,稳定是硬任务”的政治话语迄今未曾有偃旗息鼓的迹象,反映出国家治理的决策者对社会有序的长久向往和对纠纷有效化解的强烈渴求;“有自由的秩序和有秩序的自由二者孰轻孰重”的民间讨论迄今未曾有销声匿迹的苗头,反映出有责任担当感的社会精英对社会失序的深深担忧和对纠纷妥当解决的拳拳期待。纠纷的发生具有不可避免性,其对社会秩序的冲击有革故鼎新的积极一面,也有纵恶制乱的消极一面。值此转型关键期,对纠纷的消极作用更应被清醒地认知和冷静地判断,健全相关解决机制的必要性更应被普遍的认同,针对特色机制与常规机制的区别性行动方案更应被建设性地提出。鉴于此,本书分为“特色机制的实效化:注重传承与应势创新”、“常规机制的良善化:宏观聚焦与微观研讨”和“学理支持的强力化:增强指引与适时反制”三编,试图就“当下中国的纠纷解决”这一极具挑战的课题进行面向实践、立场明确的精细研究,并尝试证明在不如意的现状下努力进取之可行,以尽可能消除情绪化的指责与习惯性的失望所带来的不良影响。

人民调解制度、人民陪审员制度和民事检察制度颇具中国特色,



在域外无法找到功能相近和构造相似的真正可比项,本书第一编的探讨即针对它们集中展开。《人民调解法》是法律体系中“诉讼与非诉讼程序法”部分的最后出场者,赶搭的是官方宣告法律体系基本建成前的末班车,制定过程的快速和审议过程的顺利让《人民调解法》很快被关注法律创制远多于关注法律实施的研究者疏远、冷落甚至遗忘。唯有从立法视角转向实施视角,方可从基本前提、中心环节、重要条件和根本保证四个方面为人民调解之制度实效的获取提供可行之策,进而让人民调解出色的化解民间纠纷、维护基层稳定。发生的不可控性、社会化的极易性、原因事实的竞合性和化解依据的渐趋合理性是当前我国医疗纠纷的主要特征。杀伤医护人员的恶性事件层出不穷,在一定程度上显示出医疗纠纷刑事化的高发态势,同时也暴露出医疗纠纷化解机制的整体低效。本书主张以“诸暨模式”和“宁波解法”为典型的医疗纠纷人民调解模式具有很好的制度理性,但官方的推动不能忽视区域差异,纠纷解决研究者进行实地调查时代代表性样本的选择必须慎之又慎。2008年以来,河南省人民法院系统试行人民陪审员制度和西北地区法院系统发展性继承马锡五审判方式的作法在学术界引起很大争议,前者曾被批评为“非驴非马”的多余之举、后者曾被批评为“保守落后”的倒退之举。基于近距离观察所获得的感性认识和大量的实证材料,本书认为人民陪审员制度可多角度的有效补正合议制度与人民陪审员制度的不足,其属于实现民众参与司法的新型机制并可为人民陪审员制度的“团式改造”提供经验支持;主张继承与发展马锡五审判方式应以司法传统的内核合理性、可继承性为前提条件,以强烈、确定的现实问题意识为动力源泉,以扎实有效、不断创新的工作方法为关键环节,以必要的异化防范机制为重要保障。《民事诉讼法》新近的两次修改使得民事检察制度在文本层面得到很大的完善与强化,民事检察权的实现方式已呈现出事前型、事中型和事后型三足鼎立的格局,本书选择这三种类型各自的部分制度对应物——民事督



促起诉、列席监督和民事抗诉进行了侧重实证的专题性研究。其中,就民事督促起诉的部分具有更新性、系统性,明确主张民事督促起诉是检察机关之一般监督权的实现方式,属于强势的检察建议、不是民事公益诉讼的替代物。

在纠纷解决机制内部,仲裁最可能有实力与诉讼之间形成实质性竞争关系。从法院的受案量来看,民事案件长期占八成以上。所以,理顺民事诉讼与仲裁的关系成为健全纠纷解决机制的重中之重。“在发展中竞争,在竞争中发展”是处理民事诉讼与仲裁二者关系的基本准则,而各自在先的良性发展更为重要。故本书第二编将重心放在民事诉讼与仲裁的制度良善改进上,只是附带地涉及基层法院之一审行政案件管辖权的取消和律师赔偿责任这两个并非无足轻重的问题上。作为基本法律,《民事诉讼法》在短短三十年内便有四个版本、在时隔不足五年内便经历规模不小的“中改”。《民事诉讼法》由此被扣上“无足轻重”的帽子、被打上“修改过于随意”的烙印,究其原因,在于丁亥年(2007年)之修改得过于草率,留下了“修法目的具有明显的功利性,修法过程的民主性始终不足,修法背后的轻程序倾向强势存在,修法方式的科学性严重缺失”四大瑕疵。2012年3月,《刑事诉讼法》的修改由全国人大审议通过;2012年8月,《民事诉讼法》的修改则改由全国人大常委会审议通过。这一立法事实很刺眼地表明了《民事诉讼法》丁亥年修改之后遗症的严重后果,对其瑕疵进行批判性审视具有制度演进史层面的重要鉴戒意义。群体性纠纷和有关夫妻忠诚协议的纠纷被归为难办案件已有很长时间。虽未能如愿产生“解决一件,带动一片”的预期效果,拆案处理仍是实践中处置群体性纠纷的首选方案,这与包括必要共同诉讼制度在内的群体性纠纷解决机制不够完善有很大关联。借助与我国台湾地区相关制度设计的比较,本书主张大陆地区的必要共同诉讼制度应作符合法理且具有操作性的改进。夫妻忠诚协议以财产给付型、权利放弃型、伤害虐待型、辱骂起