



面向 21 世纪 课 程 教 材  
Textbook Series for 21st Century

# 民事诉讼法学

Civil Procedural Law

(第二版)

江 伟 主编 傅郁林 副主编



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

014033523

D925.101-43  
25-2

面向 21 世纪 课程

教材

# 民事诉讼法学

(第二版)

主 编 江 伟

副主编 傅郁林

撰稿人 (按姓氏拼音为序)

蔡 虹 段厚省 傅郁林 刘学在

谭秋桂 谢文哲 熊跃敏 赵秀举



北航

C1721551



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

D 925.101-43

25-2

01003223

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法学/江伟主编. —2版. —北京:北京大学出版社, 2014. 3  
(面向 21 世纪课程教材)  
ISBN 978 - 7 - 301 - 23799 - 1

I. ①民… II. ①江… 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(2014)第 019488 号

书 名: 民事诉讼法学(第二版)

著作责任者: 江 伟 主编 傅郁林 副主编

责任编辑: 李 铎

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 23799 - 1/D · 3518

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 @北大出版社法律图书

电子信箱: [law@pup.pku.edu.cn](mailto: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: 北京鑫海金澳胶印有限公司

经 销 者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 31 印张 655 千字

2012 年 1 月第 1 版

2014 年 3 月第 2 版 2014 年 3 月第 1 次印刷

定 价: 55.00 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](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

## 司法解释的全称与简称对照表

- |                                            |          |
|--------------------------------------------|----------|
| 1. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》       | 《民诉意见》   |
| 2. 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》                   | 《证据规定》   |
| 3. 《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》           | 《执行规定》   |
| 4. 《最高人民法院关于委托执行若干问题的规定》                   | 《委托执行规定》 |
| 5. 《最高人民法院关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》             | 《简易程序规定》 |
| 6. 《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》                   | 《调解规定》   |
| 7. 《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》        | 《查扣冻规定》  |
| 8. 《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》           | 《拍卖变卖规定》 |
| 9. 《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(试行)》 | 《民法通则意见》 |
| 10. 《中华人民共和国民事诉讼法》                         | 《海诉法》    |
| 11. 《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》            | 《海诉法解释》  |

## 编写说明

本教材的主要读者对象是法学院本科生和非法律本科的法律硕士,同时兼顾法学研究生和法律实务人员。本教材重在阐释中国现行民事诉讼制度的要义和原理,同时观照民事诉讼制度的发展动态和理论评价,第二版重点对2012年修订的《中华人民共和国民事诉讼法》进行解读和适度评论。在体例和风格上力求简洁、清晰、突出重点、尊重通说、文字洗炼、逻辑一致。

在结构安排上,本教材将总论部分和基本理论压缩在理解现行制度最不可或缺的范围之内,而将这些原则、原理和理论分解在具体的制度和程序之中。在内容安排上,尽可能避免由于章节分工和知识点交叉所致的重叠或遗漏,注意各章之间相互关照和提示。

在同质化目标上,充分重视和尊重通说和主流观点,不主张过多地阐述个人观点。在逻辑层次上,明确区分现行制度、理论阐释和运行状况三大基本内容,将制度内容与理论评析、成型制度(或理论)与发展动态、实然与应然、通说理论与本人观点……清晰地区分开来,有助于理解相关内容的知识点、澄清或矫正以讹传讹的通说的个人观点;表达方式要求明确、清晰,以不会产生对知识点理解上的歧义为限;与通说相左的个人观点要求首先阐述通说,并将支持个人观点的代表性成果写入脚注备查。

本教材奉行尊重通说的原则有两个明显例外。一是废弃了已成为管辖制度障碍的传统“主管”概念,代之以“司法职能管辖权”,并归纳出确定这一权限的可诉性要件;同时对“管辖”概念的理论定义也进行了微调,不过未影响对管辖制度的解读。二是重新整理了现行法关于起诉与受理、先行调解、审理前的准备相关规定的逻辑结构,对传统教材中加剧这种逻辑混乱的部分学理解释进行了更新。本教材在突破传统概念或诠释、尝试推行新的通说时,充分考证并引证了现有理论成果和现行司法实践,将新概念与传统概念之间进行了明确的辨析、衔接和过渡,并在教材中进行了负责任的特别说明。

本教材设本章提要 and 特别提示。“本章提要”尽可能用逻辑连贯的陈述对本章各要点及其相互之间的逻辑关系进行链接,以避免学生只见树木,不见森林。“特别提示”将本章所涉及的制度或理论中易于发生错误、混淆或忽略的要点,给予简要提示,并在必要时与相关制度的要点进行比较,以替代面面俱到的概念辨析。第一版所设的“推荐文献”旨在弥补教材内容简洁、清晰、突出基础的特点而致其在深度和丰富性方面的缺陷,满足较高层次的读者拓宽视野的需求,但考虑到文献更新速度比教材更快,各章之间也不易协调一致,故第二版予以删除。我们希望听到读者的反馈,以便将来再次修订时作为参考。

本教材的分工如下(以撰写章节的顺序为序):

第一章、第四章、第五章、第六章、第七章、第八章、第十七章、第十八章、第十九章、第二十章,傅郁林

第二章,段厚省(第四节傅郁林)

第三章、第十六章,蔡虹

第九章、第十章、第十一章、第十二章、第十三章,熊跃敏

第十四章、第十五章,赵秀举

第二十一章、第二十二章、第二十三章、第二十八章,谢文哲

第二十四章、第二十五章,刘学在

第二十六章、第二十七章,谭秋桂

全书由傅郁林统一规划、分工和校订,方案由已故的中国人民大学江伟教授审定。

北京大学出版社法律事业部邹记东主任和李铎编辑对本教材的编辑过程给予了特别支持和耐心等待。本教材第一版的第一读者,北京大学2009级本科生张立翘、王依等全班同学和研究生韩静茹、张斯怡等同学,就第一版中的文字表达和校对等技术问题提出了富有价值的意见和帮助,在此一并感谢。同时,编者因纠结于知识的传承与更新而进行反复修改,导致本教材出版进程的严重迟延,向各位作者致以诚挚的歉意。本教材第一版在使用过程中还发现了种种错误,第二版虽予更正,但无论在智识、信息还是技术性细节方面一定还会存在谬见或错误,敬请读者不吝赐教,以便在新版中进一步更新。意见和建议请发送至:fuyulin65@126.com。本教材全体作者将向读者竭诚奉献不断改进的优秀作品,作为对我们敬爱的主编江伟老师的永恒纪念!

傅郁林

2014年1月8日

# 目 录

## 第一编 总 论

|                 |      |
|-----------------|------|
| 第一章 民事诉讼与民事诉讼法  | (1)  |
| 第一节 民事纠纷及其解决途径  | (1)  |
| 第二节 民事纠纷的诉外解决   | (2)  |
| 第三节 民事诉讼        | (8)  |
| 第四节 民事诉讼法       | (11) |
| 第二章 民事诉讼基本理论    | (17) |
| 第一节 诉权理论        | (17) |
| 第二节 诉与诉讼标的      | (21) |
| 第三节 民事诉讼法律关系    | (30) |
| 第四节 民事诉讼模式论     | (38) |
| 第三章 民事诉讼法的基本原则  | (47) |
| 第一节 基本原则概述      | (47) |
| 第二节 当事人诉讼权利平等原则 | (49) |
| 第三节 辩论原则        | (51) |
| 第四节 处分原则        | (53) |
| 第五节 法院调解原则      | (56) |
| 第六节 诚实信用原则      | (60) |
| 第七节 检察监督原则      | (62) |
| 第八节 直接言辞原则      | (63) |
| 第四章 民事诉讼的基本制度   | (65) |
| 第一节 两审终审制度      | (65) |
| 第二节 合议制度        | (69) |
| 第三节 回避制度        | (71) |
| 第四节 公开审判制度      | (73) |

## 第二编 诉讼主体

|              |      |
|--------------|------|
| 第五章 民事司法权概述  | (75) |
| 第一节 民事司法权的概念 | (75) |

|      |                     |       |
|------|---------------------|-------|
| 第二节  | 司法职能管辖权 .....       | (76)  |
| 第三节  | 民事纠纷的可诉性 .....      | (77)  |
| 第四节  | 诉外解纷途径的司法审查权 .....  | (80)  |
| 第六章  | 初审管辖权 .....         | (85)  |
| 第一节  | 管辖概述 .....          | (85)  |
| 第二节  | 级别管辖 .....          | (89)  |
| 第三节  | 地域管辖 .....          | (93)  |
| 第四节  | 移送管辖与指定管辖 .....     | (98)  |
| 第五节  | 管辖异议和管辖恒定 .....     | (99)  |
| 第七章  | 民事裁判 .....          | (101) |
| 第一节  | 民事审判权及其行使方式 .....   | (101) |
| 第二节  | 民事判决 .....          | (103) |
| 第三节  | 裁定与决定 .....         | (114) |
| 第八章  | 法院调解 .....          | (117) |
| 第一节  | 法院调解的概念 .....       | (117) |
| 第二节  | 法院调解的类型与适用范围 .....  | (120) |
| 第三节  | 法院调解的原则 .....       | (121) |
| 第四节  | 法院调解的程序 .....       | (124) |
| 第五节  | 法院调解书的效力 .....      | (126) |
| 第九章  | 当事人 .....           | (128) |
| 第一节  | 当事人概述 .....         | (128) |
| 第二节  | 诉讼权利能力和诉讼行为能力 ..... | (131) |
| 第三节  | 当事人的诉讼权利义务 .....    | (134) |
| 第四节  | 当事人适格 .....         | (136) |
| 第五节  | 当事人的变更 .....        | (139) |
| 第十章  | 共同诉讼 .....          | (141) |
| 第一节  | 共同诉讼概述 .....        | (141) |
| 第二节  | 必要共同诉讼 .....        | (142) |
| 第三节  | 普通共同诉讼 .....        | (146) |
| 第十一章 | 诉讼代表人与公益诉讼原告 .....  | (149) |
| 第一节  | 诉讼代表人 .....         | (149) |
| 第二节  | 公益诉讼原告 .....        | (154) |
| 第十二章 | 第三人 .....           | (161) |
| 第一节  | 有独立请求权的第三人 .....    | (161) |
| 第二节  | 无独立请求权的第三人 .....    | (164) |
| 第十三章 | 诉讼代理人 .....         | (170) |
| 第一节  | 诉讼代理人概述 .....       | (170) |

|                   |       |
|-------------------|-------|
| 第二节 法定诉讼代理人 ..... | (173) |
| 第三节 委托诉讼代理人 ..... | (174) |

### 第三编 证据与证明

|                    |       |
|--------------------|-------|
| 第十四章 民事诉讼证据 .....  | (179) |
| 第一节 证据概述 .....     | (179) |
| 第二节 证据的法定种类 .....  | (185) |
| 第三节 证据规则 .....     | (192) |
| 第十五章 民事诉讼证明 .....  | (195) |
| 第一节 概述 .....       | (195) |
| 第二节 证明对象 .....     | (198) |
| 第三节 民事诉讼证明责任 ..... | (202) |
| 第四节 民事诉讼证明标准 ..... | (208) |
| 第五节 证明过程 .....     | (210) |

### 第四编 民事诉讼保障机制

|                        |       |
|------------------------|-------|
| 第十六章 诉讼程序的保障机制 .....   | (217) |
| 第一节 保全 .....           | (217) |
| 第二节 先予执行 .....         | (222) |
| 第三节 对妨害民事诉讼的强制措施 ..... | (225) |
| 第四节 期间 .....           | (233) |
| 第五节 送达 .....           | (236) |
| 第六节 诉讼费用 .....         | (241) |

### 第五编 诉讼程序

|                          |       |
|--------------------------|-------|
| 第十七章 普通程序 .....          | (253) |
| 第一节 普通程序概述 .....         | (253) |
| 第二节 起诉与受理 .....          | (254) |
| 第三节 审理前的准备 .....         | (264) |
| 第四节 开庭审理 .....           | (271) |
| 第十八章 简易程序 .....          | (278) |
| 第一节 简易程序概述 .....         | (278) |
| 第二节 简易程序的适用条件 .....      | (278) |
| 第三节 简易程序的基本特征与权利保障 ..... | (280) |

|                        |       |
|------------------------|-------|
| <b>第十九章 上诉程序</b> ..... | (284) |
| 第一节 上诉程序概述 .....       | (284) |
| 第二节 上诉的提起与受理 .....     | (288) |
| 第三节 上诉案件的审理 .....      | (291) |
| 第四节 上诉案件的裁判 .....      | (293) |
| <b>第二十章 再审程序</b> ..... | (298) |
| 第一节 再审程序概述 .....       | (298) |
| 第二节 再审程序的主体和客体 .....   | (301) |
| 第三节 再审事由 .....         | (304) |
| 第四节 再审立案程序 .....       | (311) |
| 第五节 再审审判程序 .....       | (315) |

## 第六编 非讼程序

|                                           |       |
|-------------------------------------------|-------|
| <b>第二十一章 特别程序</b> .....                   | (319) |
| 第一节 特别程序概述 .....                          | (319) |
| 第二节 选民资格案件的审理程序 .....                     | (324) |
| 第三节 宣告公民失踪案件的审理程序 .....                   | (326) |
| 第四节 宣告公民死亡案件的审理程序 .....                   | (328) |
| 第五节 认定公民无民事行为能力、限制民事行为能力案件的<br>审理程序 ..... | (331) |
| 第六节 认定财产无主案件的审理程序 .....                   | (334) |
| 第七节 确认调解协议案件的审理程序 .....                   | (335) |
| 第八节 实现担保物权案件的审理程序 .....                   | (338) |
| <b>第二十二章 督促程序</b> .....                   | (342) |
| 第一节 督促程序概述 .....                          | (342) |
| 第二节 申请支付令的程序 .....                        | (345) |
| 第三节 法院对支付令申请的受理和审理 .....                  | (347) |
| 第四节 支付令 .....                             | (348) |
| 第五节 债务人对支付令的异议 .....                      | (349) |
| 第六节 督促程序的终结 .....                         | (350) |
| <b>第二十三章 公示催告程序</b> .....                 | (352) |
| 第一节 公示催告程序概述 .....                        | (352) |
| 第二节 公示催告程序 .....                          | (357) |
| 第三节 除权判决 .....                            | (361) |

## 第七编 涉外和海事诉讼特别程序

|              |                       |       |
|--------------|-----------------------|-------|
| <b>第二十四章</b> | <b>涉外民事诉讼程序</b> ..... | (365) |
| 第一节          | 概述 .....              | (365) |
| 第二节          | 一般原则 .....            | (367) |
| 第三节          | 管辖 .....              | (372) |
| 第四节          | 送达、期间 .....           | (377) |
| 第五节          | 司法协助 .....            | (380) |
| <b>第二十五章</b> | <b>海事诉讼程序</b> .....   | (390) |
| 第一节          | 概述 .....              | (390) |
| 第二节          | 管辖 .....              | (391) |
| 第三节          | 海事保全 .....            | (396) |
| 第四节          | 审判程序 .....            | (408) |
| 第五节          | 设立海事赔偿责任限制基金程序 .....  | (413) |
| 第六节          | 债权登记与受偿程序 .....       | (416) |
| 第七节          | 船舶优先权催告程序 .....       | (418) |

## 第八编 执行程序 and 破产程序

|              |                     |       |
|--------------|---------------------|-------|
| <b>第二十六章</b> | <b>执行程序总论</b> ..... | (423) |
| 第一节          | 民事执行程序概述 .....      | (423) |
| 第二节          | 执行程序总则 .....        | (426) |
| 第三节          | 执行程序的开始 .....       | (435) |
| 第四节          | 执行程序的进行 .....       | (440) |
| 第五节          | 执行程序的结束 .....       | (446) |
| 第六节          | 执行救济和执行回转 .....     | (450) |
| <b>第二十七章</b> | <b>执行程序分论</b> ..... | (462) |
| 第一节          | 各类执行措施概述 .....      | (462) |
| 第二节          | 实现金钱债权的执行 .....     | (464) |
| 第三节          | 实现非金钱债权的执行 .....    | (477) |
| 第四节          | 保障性执行措施 .....       | (479) |

# 第一编 总论

## 第一章 民事诉讼与民事诉讼法

### 【本章提要】

民事诉讼的功能定位决定或影响着民事诉讼法的理念、原则和技术规范。民事诉讼并非解决纠纷的唯一途径,它与调解、仲裁等诉外解纷途径各有优势和相应局限;解决纠纷更非民事诉讼的唯一功能,诉讼制度的功能更在于通过解决个案纠纷,保护民事权利、维护法律秩序、形成社会行为规范,为防范和解决潜在纠纷提供示范。本章介绍了民事纠纷解决的诉讼途径与诉外途径的比较优势和衔接方式,介绍了现行民事诉讼法的渊源、法典的结构和发展动态。

### 第一节 民事纠纷及其解决途径

#### 一、民事纠纷

民事纠纷又称民事争议,是指平等主体之间因财产关系、人身关系而产生的权利义务争议。一般认为,民事纠纷具有三大特点:一是纠纷主体之间法律地位平等,没有隶属关系;二是纠纷内容仅限于民事权利义务;三是纠纷主体享有自治(或可处分)的权利。

人类的生存和交往是按照一定规范或习惯进行的,正是借助于这些由社会自然形成或由国家法律强制推行的规则,社会生活才井然有序。在这些规范或习惯中,民事实体法规范在划定私人(公民、法人或其他组织)之间的权利义务关系方面发挥着主要作用。当那些规范私人之间行为的规则尚未形成或者遭到破坏时,特别是当民事实体法所确定的权利义务关系发生争执或遭到破坏时,就会产生民事纠纷。例如,张某与李某是邻居,两家平房相距不足100米,后来李某将自家的三间房屋加高为三层小楼。张某称李某的新房挡住了张某家的阳光和风水,故阻扰李某盖房。双方为此发生纠纷。在这个案件中,如果当地风俗(习惯法)对于房屋的相对距离、位置和风水等都有普遍认知的规范,那么此时纠纷主要是围绕李某的行为是否破坏了规则或侵犯了张某的权利;如果法律和习惯法都没有相关行为规范,那么此时纠纷可能首先涉及李某和张某是否享有相关的权利或义务。

## 二、民事纠纷的解决

传统理论按照是否有中立的第三方介入纠纷解决以及该第三方的角色,将民事纠纷的解决机制可分为自力救济、社会救济和公力救济。当代理论则将民事纠纷的解决途径进行二元划分,即区分为诉讼(或司法)与诉讼外(或司法外)纠纷解决途径,后者又称为替代(诉讼或司法)的解纷途径(Alternative Dispute Resolution,简称ADR)。这些纠纷解决途径各有优势和相应劣势或缺陷。

自力救济是指纠纷主体在没有中立的第三方介入的情况下,依靠自己的力量或其他私人资源解决纠纷。合法的自力救济,除了传统上常用的自决之外,当代仍有生命力且依然重要的救济途径就是和解。此外还有私人收债、人身或商业报复等方式,这些方式和自决一样,虽不能直接定性为非法,但容易导致纠纷升级,甚至引发或利用暴力、敲诈、黑社会等非法力量,因此在合法性和妥当性方面有很大风险。

社会救济是指纠纷主体借助于社会力量作为中立的第三方介入纠纷解决的一种途径。社会救济主要包括调解和仲裁。作为社会救济的调解只包括非官方主体的调解,不包括法院调解。仲裁分为商事仲裁和劳动仲裁,但在没有特别界定时通常是指商事仲裁。

公力救济是指以国家公权力介入纠纷,依据法律规范和法定程序解决纠纷,并以国家强制力保障执行的救济途径。民事纠纷的公力救济主要是民事诉讼。民事诉讼是一方当事人针对另一方当事人向法院提起诉讼,请求法院解决其所主张的纠纷和保护其主张的权利的公力救济途径。

关于行政调解和行政裁决的性质,在传统理论中关于其应归属于社会救济还是公力救济尚有争议,但在当代理论中无疑应归入诉外解纷机制。根据我国《宪法》的规定,审判权由人民法院统一行使,因此行政机关即使对民事争议行使裁决权,在性质上也只能是准司法权,并且经行政裁决的民事争议仍隶属于司法最终救济的范畴,比如法院有权根据相关法律的规定,对不同类型的行政裁决进行不同形式的司法审查。

## 第二节 民事纠纷的诉外解决

### 一、诉外调解

#### (一) 调解概述

调解是介入纠纷的第三者运用一定的社会规范、习惯、风俗、伦理、法律等渊源,通过对纠纷双方晓以道理和利害,促成谅解或妥协。调解的正当性基础是当事人自愿,其基本特征是非正式性和非专业性。

调解与和解的差异,不在于是否有纠纷主体以外的人(如邻居或律师)介入,而在于是否有“中立的”第三者,即介入纠纷的外力是否持中立的立场。参与和解的“外人”依附于一方当事人的立场,与一方当事人构成同一阵营;作为调解者的“外人”则

应该不偏不倚,在双方当事人之间构成中立的第三方。

调解与裁判的差异,在于当事人与第三方之间谁享有最终决定权,而不考虑该第三方在纠纷解决中角色是否积极、介入的深度如何、介入的方式是“面对面”或“背靠背”等具体过程因素。调解者可以提出自己的解决方案,但是否接受该方案由当事人保留最终决定权;裁判者则有权按照自己的事实判断和法律评价作出最终决定,不论当事人是否接受均不影响纠纷解决。

需要特别注意的是,我国有两类特立独行的调解是与裁判权融为一体的,那就是由审判庭主持的司法调解(又称诉讼调解)和由仲裁庭主持的仲裁调解。这种我国“调审合一”“调裁合一”的模式形成了以裁判权为后盾的调解。与一般调解的重要差异在于:在效力上,司法调解书与司法判决书、仲裁调解书与仲裁裁决书具有同等法律效力;在方式上,调解与裁判由同一个审判庭或仲裁庭主持,第三者同时享有调解权与裁判权,在两种角色之间穿插、交汇、混同,很难兼顾调解的私密性和妥协性要求与裁判的公开性和对抗性特点,同时裁判权也对调解的自愿性形成潜在威胁。因此,严格地说,以裁判权为后盾的调解并非典型的调解,因此本章关于调解特征的讨论主要是指独立于裁判权的调解。

## (二) 民间调解

民间调解包括由人民调解委员会主持的人民调解、行业协会主持的行业调解、各种专业调解中心或其他社团机构或职业调解人主持的调解。

目前我国由现行法明确规定的制度化的民间调解组织是人民调解委员会。根据2010年颁布的《中华人民共和国人民调解法》(以下简称《人民调解法》),人民调解是指人民调解委员会通过说服、疏导等方法,促使当事人在平等协商基础上自愿达成调解协议,解决民间纠纷的活动。人民调解委员会是依法设立(并受政府指导)的调解民间纠纷的群众性组织。

根据2012年颁布的《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)、《人民调解法》及最高人民法院相关规定<sup>①</sup>,人民调解与司法之间的关系可以从以下几个方面界定:

其一,在案件受理范围上,人民调解委员会有权对各类民间纠纷进行调解,法律没有明确限定其不能受理的案件。

其二,在程序启动权上,人民调解并非民事诉讼的必经阶段,是否经人民调解由当事人自行决定;调解程序可以应一方当事人或双方当事人的申请启动,也可以由调解委员会征得双方当事人同意主动调解;人民调解委员会调解不成,当事人仍可向法院提起民事诉讼。根据《人民调解法》第3条的规定,人民调解委员会调解民间纠纷应当遵循自愿、平等、合法的原则,并尊重当事人的权利,不得因调解而阻止当事人依法通过仲裁、行政、司法等途径维护自己的权利。

<sup>①</sup> 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》(简称《衔接意见》),法发[2009]45号。

其三,在法律效力上,根据《人民调解法》第33条和《民事诉讼法》第194条的规定,经人民调解委员会调解达成的调解协议具有法律约束力,当事人应当按照约定履行;双方当事人认为有必要的,可以自调解协议生效之日起30日内共同向人民法院申请司法确认;经法院依法确认有效的调解协议可作为申请法院强制执行的债权文书。目前关于人民调解协议的司法确认以及申请撤销或变更的具体条件和程序尚在讨论之中。但基本共识是,双方向法院申请确认协议的效力为非争议事项,按照非讼程序进行审查;单方就协议的履行、无效、撤销或变更向法院提起的诉讼为争议事项,故按照诉讼程序进行审理和裁判;就司法确认和司法裁判提起的事后救济,分别按照非讼程序与诉讼程序的救济程序和标准进行。

其四,在事后救济机制上,当事人可以就人民调解协议的履行、无效或者调解协议内容的争议向法院提起诉讼;人民调解协议经法院依法确认无效的,当事人可以请求调解委员会变更协议,也可以向法院提起诉讼。当事人达成的调解协议未在法定期限内共同向法院申请司法确认的,不具有强制执行力,当事人不履行调解协议,则对方可根据《民事诉讼法》第195条的规定向人民法院提起诉讼。

与此同时,《民事诉讼法》第194条还以“人民调解法等法律”这样的开放式规范措辞,为行业调解或消费者协会等其他社会组织主持达成的调解协议预留了获得司法确认和获得执行力的制度空间。关于司法确认的条件、程序和不予确认的处理,本教材将在关于司法确认的相关章节中详细讨论。在此特别强调的是,民间调解协议作为当事人自愿达成的旨在了结纠纷的协议,当事人应当自觉履行,司法确认和强制执行只能作为特殊情形下启用的权利保障机制,如果把司法程序变成实现司法外解纷途径的常规途径则会本末倒置,违背诉外调解机制的本质特征和功能。

### (三) 法院附设的独立调解

法院附设的独立调解,是指起诉到法院的案件由附设在法院内部但不享有审判权的独立调解员所主持的调解。其重要特征是,附设调解的调解人员、调解程序、调解信息和调解结果均独立于审判,与审判程序完全分离乃至隔离,特别强调调解的保密性——如果调解不成转入诉讼,则调解员不得向审判法官透露当事人在调解过程中提供的信息或作出的陈述,审判法官更不能以此作为裁判的依据或参考。

法院附设调解的方式是多样的,一种常见的方式是将调解室设立在法院大楼内部,因而调解活动是在法院进行的;另一种方式是调解员名单在法院登记并由法院向当事人推荐。法院附设调解与法院调解的实质差别在于调解员的身份,而不是调解结果与司法衔接的程度。严格地说,附设调解员仅限于那些既没有本案审判权也没有一般审判资格的人员,比如以法律志愿者身份出现的律师和退休法官。德国和日本的法院调解虽然采取的是调解法官与审判法官分离的模式,而且也恪守调审之间信息分隔的准则,但性质上仍是法院调解,因为其调解法官也享有审判资格;相反,美国附设调解室的调解,虽然其调解结果也可申请由法院制作为合意判决,但性质上仍是诉外调解,因为其调解员是由没有审判资格的人员担任的。

法院附设调解在美国等ADR发达的国家和地区日益成为重要的诉外解纷途径。

我国也有一些法院先后进行过经济调解中心、法院附设调解室、法院特邀调解员等尝试,但这些法院附设调解往往与法院调解的关系不能厘清。特别是近十几年来法院普遍推行的委派调解、委托调解、协助调解等实践,更是与法院调解相互混同,其运行模式和伦理规范尚不成熟。在此背景下,《民事诉讼法》第122条又增加规定了“先行调解”的司法政策。那么,先行调解在性质上究竟是诉外调解还是诉讼调解,或者说是法院附设调解还是法院调解;在程序阶段究竟是立案前(诉前)还是立案后或者二者均包括在内?本教材将在起诉与受理部分详细解读和讨论。本章要特别强调的是,应当将诉外调解作为社会救济途径的功能与民事审判权剥离开来,特别是要保障法院附设调解不会成为侵蚀调解的自愿性或妨碍诉权行使的制度性屏障。

## 二、商事仲裁

### (一) 商事仲裁的定义与性质

如果没有特别说明或定语限定,仲裁通常就是指商事仲裁。商事仲裁又称公断,是指仲裁机构根据当事人之间书面达成的仲裁协议,取得对约定事项的管辖权,并据此对提交仲裁解决的争议作出具有强制拘束力的裁决。商事仲裁实行一裁终局制。

仲裁实质上是由纠纷双方当事人合意选择纠纷解决途径,由纠纷当事人自己选择“或裁或审”。一旦选择仲裁,则意味着放弃司法救济途径并接受和执行仲裁裁决。因此有效的仲裁协议不仅构成仲裁管辖权的根据,而且具有排斥司法管辖权的效力。如果存在仲裁裁文,即使法院受理了起诉,被告还可在答辩期限内提出管辖权异议主张仲裁协议有效。如果法院经审查认定仲裁管辖协议无效,则裁定驳回被告的管辖权异议,继续审理该案;如果认定该仲裁协议有效,则裁定驳回原告的起诉。

### (二) 商事仲裁的范围与程序

仲裁的案件范围与民事诉讼的受案范围有所交叉,但比后者范围狭窄。《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)第2条规定:“平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷,可以仲裁。”第3条进一步明确排除:“下列纠纷不能仲裁:(一)婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷;(二)依法应当由行政机关处理的行政争议。”

商事仲裁遵循“符合法律,公平合理”的基本原则(《仲裁法》第7条)。相对于诉讼程序而言,仲裁更强调自治性。不仅仲裁途径、仲裁机构、仲裁规则由当事人协议选择,而且仲裁庭的组成和仲裁程序的进行,都在很大程度上由当事人决定或参与决定。因此,仲裁程序具有更大的灵活性。而由于仲裁实行一裁终局,因而仲裁程序通常被认为比司法程序更快捷、总成本更低。需要注意的是,与审判公开原则不同,仲裁实行保密性原则,除非当事人各方明确同意,否则仲裁过程及仲裁的所有信息均不得以旁听、报道或任何其他方式泄露。

中国的仲裁调解普遍采取“调裁合一”模式,亦即由仲裁庭主持调解,调解权以依赖于仲裁协议的仲裁权为前提,仲裁调解书与仲裁裁决书具有同等效力。但近年来的实践发展出现了一些新的现象和趋势,一些具有国际视野的仲裁机构,比如中国国

际贸易仲裁委员会和北京仲裁委员会,正在建立和健全仲裁机构内的独立调解中心,着力发展独立于仲裁权的专业性调解业务,调解的启动、运作和结果均不依附于仲裁。这一趋势值得关注和支

### (三) 商事仲裁裁决的效力与司法审查

在法律效力、司法保障和救济途径方面,商事仲裁是唯一具有终局性的诉外解纷机制。根据我国参加的国际条约和《仲裁法》《民事诉讼法》及相关司法解释,经合法成立的仲裁机构(仲裁委员会)作出的仲裁裁决是终局的,具有既判力和强制执行力,除非仲裁裁决存在法律明确规定撤销或不予执行的情形。当事人的事后救济权亦即法院对仲裁裁决的司法审查权通过两种途径实现:申请撤销裁决的积极途径或申请不予执行仲裁裁决的消极途径。《民事诉讼法》第237条修改了对国内仲裁裁决不予执行的条件,与《仲裁法》第58条规定的撤销仲裁裁决的情形取得了一致。通过删除事实不清、证据不足和适用法律错误这样的实体审查标准,而将实体方面的审查仅限于裁决的根据系伪造证据和隐瞒重要证据两种情形,原则上确立了程序审查标准,亦即侧重于对仲裁协议、裁决事项、仲裁庭组成和仲裁程序进行司法审查。《民事诉讼法》同时还在诉前保全的相关规定中增加了仲裁前保全制度,从另一方面体现了支持仲裁的政策倾向。这种政策有助于激励和保障仲裁事业的健康发展,促进社会自治解纷体系的逐步形成和完善。

## 三、劳动仲裁

### (一) 劳动仲裁的定义与性质

劳动仲裁是由劳动行政部门、同级工会代表、用人单位方面的代表组成的仲裁机构,根据法律规定对劳动者与用人单位之间的劳动争议进行裁决的诉外解纷途径。

与商事仲裁不同,劳动仲裁管辖权是法定的,无须当事人双方达成仲裁协议。劳动仲裁的受案范围也较为狭窄,劳动仲裁委员会只能管辖中国境内的用人单位与劳动者发生的劳动争议,包括因劳动关系、劳动合同、劳动保护、劳动报酬、劳动赔偿等事项发生的争议。在程序启动权方面,劳动仲裁实行强制仲裁,即劳动仲裁作为诉讼的前置程序,未经提交劳动仲裁机构调解或裁决的劳动争议而直接向法院起诉的,法院不予受理。因此通常认为劳动争议实行“先裁后审”。

### (二) 劳动仲裁的原则与政策

依据2007年颁布的《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》(以下简称《劳动争议法》),解决劳动争议遵循合法、公正、及时、着重调解的原则。由于劳动争议关系的特征往往是双方当事人形式上平等而在实质上并不完全平等,而且劳动争议往往涉及一国的社会政策、社会公平和社会秩序等多方面的因素,因此各国在劳动法中乃至在劳动争议解决过程中普遍采取向劳动者一方倾斜的政策。我国的《劳动争议法》及其他相关法律规范也在举证责任、调解协议和仲裁裁决的执行与救济途径等多方面体现了这种政策倾向,特别是在涉及拖欠劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等事项的争议案件中,采取了偏重保障劳动者一方当事人的程序制度规范,而相