

# 《民事争议解决法》:语境、价值、障碍及其消解

安晨曦

(海南大学 法学院,海南 海口 570228)

[摘要] 有社会则有纠纷。在我国民事纠纷解决体系中,民事诉讼率的逐年递增表征着民众对审判资源的需求与审判环境的自身优化;诉讼外解纷机制对民事纠纷总量的分流作用也昭示着其固有的存在价值。鉴于二者均有解纷的局限性,因而取其各自优势勾勒出民事纠纷合力解决的时代语境。但合力解纷的实证样态中,诉讼外机制并未真正实现法制化运作。基于契合纠纷合力解决语境之需、展示诉讼外机制解纷的独特品格、提升其在解纷法体系中的实质话语权,经由立法使其规范化、制度化,是实现诉讼外机制良性发展的最优路径。于此,需要遵循立法原则,从制度设计与结构布局等层面对纠纷解决法予以构建。

[关键词] 民事争议;民事诉讼率;非诉讼纠纷解决机制;民事争议解决法

[中图分类号] D925.1

[文献标识码] A

[文章编号] 1674-117X(2015)03-0047-07

## *Civil Dispute Resolution Law: Context, Value, Obstacles and Resolution*

AN Chenxi

(School of Law, Hainan University, Haikou 570228, China)

**Abstract:** Society and disputes are concurrent. In China's civil dispute resolution system, the increasing civil litigation rate year by year represents people's demand of trial resources and the optimization of judicial environment; the shunting effect of the non-litigation dispute resolution mechanism indicates its inherent existence value. In view of the limitation of the two, we take their advantages to outline the times context of solving civil disputes. But in the real practice, the non-litigation dispute resolution mechanism has not really realized the legalization of operation. Based on the context to solve disputes, to show the unique character of the non-litigation dispute resolution mechanism and promote its real discourse right, we should make it standardized and institutionalized through legislation, which is the optimal path to realize its benign development. Therefore, we should follow the legislation principle and construct the civil dispute resolution law from such aspects as the system design and structure layout.

**Key words:** civil disputes; civil litigation rate; non-litigation dispute resolution mechanism; *Civil Dispute Resolution Law*

人为建构的法规范与市民社会自发生成的社会规范,其存在的价值或目的均在于恢复秩序、调和利益。虽然从我国法律体系的量化指标审视,似乎社会各领域均可谓实现了法治秩序下国家法与市民法协力共存的规则统治。但在当前民事争议解决层面,呈现的是一种多机构、多程序、多规则共同协作,诉讼机制与诉讼外机制合力解纷的样态,

然纵有诉讼外机制的客观存在,却并未真正实现法制化的运作。立法作为诉讼外民事争议解决机制法制化的路径之一,如何科学合理地设计其内容、布局其结构,达至与民事争议解决单行法共存、迎合合力解纷的时代语境、展示解决争议的独特品格等目的,不仅是规则、制度的表象革新,亦是诉讼外民事争议解决机制话语权的实质升华。

收稿日期: 2015-04-25

作者简介: 安晨曦(1982-),男,河北张家口人,海南大学教师,海南大学博士研究生,研究方向为民事诉讼法。

## 一 民事争议合力解决之语境诠释

### (一) 民事诉讼率与纠纷解决

从古代西周的“以两造听民讼”,到秦汉的“兴讼”“息讼”等对诉讼现象之描绘;从民间言说的“打官司”“对簿公堂”,到正式语境的“法庭讨说法”“诉诸法律”;从近代《大清民事诉讼律(草案)》《裁判部暂行组织及裁判条例》,到现代《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》以及《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)的两次修正,这些诉讼文化的语境变迁,刻画了诉讼在民事纠纷解决中的不同角色。当前,经过几轮民事司法改革,诉讼又在民事纠纷解决中演绎着何种角色呢?根据哲学质量互变原理,先量变而后有质变,量变达到一定程度,突破事物的度,即产生质变。因而,我国民事审判改革的实际成效,除体现在民事纠纷解决率、民事再审率等诸多方面外,最直观的反映即是民事案件数量的变化。借鉴已有研究成果,民事诉讼率可以大致表征一定时期内诉讼解纷机制的客观运行趋势,即在一定时期内一定人口中所平均拥有的案件数量。<sup>[1]</sup>通常用法院一审收案数量/当年人口数量 $\times 100000$ 表示。<sup>[2]</sup>为此,笔者选取2005-2011年为考察的时间段,对当前我国民事诉讼率进行如下分析。

表1 2005-2011年民事一审诉讼率

年份	一审收案数(件)	当年人口数(万人)	诉讼率
2005年	4 380 095	130 756	334.982 333 5
2006年	4 385 732	131 448	333.647 678 1
2007年	4 724 440	132 129	357.562 684 9
2008年	5 412 591	132 802	407.568 485 4
2009年	5 800 144	133 450	434.630 498 3
2010年	6 090 622	134 091	454.215 570 0
2011年	6 614 049	134 735	490.893 160 6

(数据来源:民事一审收案数来源于各年度《最高人民法院工作报告》;人口总数来源于《中国统计年鉴(2012)》,中国统计出版社2012年版,第101页)

从统计数据可知,当前民事诉讼率基本呈逐年递增的趋势,说明诉讼仍然演绎着积极的纠纷解决角色,正如有学者所言当前我国已经进入一个到处充斥着诉讼的社会。<sup>[3]</sup>诉讼社会是无论理想的对立面,其应否是我们所追求的目标呢?问题之解,需要对民事诉讼的纠纷解决力(量)或能力予以分析。

### (二) 民事诉讼解纷力与纠纷解决

某一事物之力量,即反映该事物的能力或作用、效力。<sup>[4]</sup>假设按照当前民事案件总量逐年增加的势态,法院要应对所有的纠纷则必须对现有的诉讼机制加速改良,改良之过程必须要克服诸多阻力,诸如案件量的增加与法官人数波动的关系;案件质的变化与法官自身能力不足的关系;案件处理与成本短缺的关系等。而法官能力之提升,规则之创制、经费之保障等,在短期内不可能全部解决,因而诉讼机制本身的局限性造成当事人对诉讼需求与法院案件负担之间的矛盾。于此可以说,法院作为解纷主体,其解纷能力有强弱或大小的限度,能力强则无所谓法院案件之“负担”,能力弱则需要其他外力来补充。但这并不等同于民事诉讼本身的解纷力,民事诉讼的解纷力是从其解纷的效力而言的,换言之,某一案件的诉讼解决无需其他解纷机制的辅助即可独自完成。更为重要的是,根据既判力理论,判决具有约束力和执行力,若当事人无法定理由,则只能依判决确定的义务来履行,使得该纠纷能在诉讼这“一种”机制内彻底解决,无需另寻求其他救济途径。

### (三) 诉讼外解纷机制与纠纷解决

诉讼外解纷机制的解纷力并非具有诉讼机制一样的刚性能力,即某一纠纷可能不会在“一种”诉讼外解纷机制内解决,即可能出现先诉外解决后诉讼,或者诉外的先和解后调解仲裁、先调解后仲裁等情形。因此,非诉讼解纷机制的话语权虽日益提升,然其本身的“力量”又略显逊色,至少需要包括诉讼机制在内的其他外援力支撑。这仅是一种情形,但纠纷也可能在诉讼外的解纷机制内一次性解决,从其独立存在的价值而言,减少了社会纠纷的总量,从其分流诉讼的价值而言,也缓解了法院的案件负担。

鉴于诉讼与非诉讼机制均有解纷的局限性,因此,择取二者各自的解纷优势,目前“合力”解决民事纠纷当属最佳的纠纷解决样态。这也正如有学者所言:“一个较为理想的多元化纠纷解决机制,应当是人民调解、行政解决纠纷、仲裁和司法诉讼有效衔接、彼此配套、相互协调的系统。”<sup>[5]</sup>

## 二 《民事争议解决法》建构之价值

《民事争议解决法》建构的价值,即主要解决“为什么有单行的民事非诉解决法还要另行制定《民事争议解决法》”之疑问。换言之,对现有民事

解纷规范进行抽象化、系统化、精炼化、权威化何以必要。

#### (一) 优化民事争议非诉讼解决法律体系之需

“一个健全、和谐并充满活力的社会,应该不是什么纠纷都通过国家的强制力来解决的。”<sup>[6]</sup>因此,我国民事争议合力解决立法体系,分为民事争议诉讼解决法与民事争议非诉讼解决法两部分。前者有《民事诉讼法》与《海事诉讼特别程序法》两部;而后者有《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)、《中华人民共和国人民调解法》(以下简称《人民调解法》)、《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》(以下简称《劳动争议调解仲裁法》)、《中华人民共和国农村土地承包经营纠纷调解仲裁法》(以下简称《农村土地承包经营纠纷调解仲裁法》)四部,各部法律相互独立。从民事争议非诉讼解决法的立法路径以及法律体系发展的均衡性来看,民事争议非诉讼解决法采取了单行立法之模式。按照唯物辩证法之一般与个别或个性与共性之原理,人的认识过程总是从个别事物到一般事物,又以对一般事物的认识为指导,认识尚未认识或尚未深入认识的各种个别事物,从而丰富对一般事物的认识。因而,个别或个性的成分总是与共同的规律性的成分共存的。以此原理与逻辑,单行法之外必有能反映这些单行法共同性、内在性、本质性的一般法,于此,法律体系结构的合理性与平衡性客观上要求有民事争议非诉讼解决一般法的存在。另外,当前民事纠纷总量已占到社会纠纷总量的百分之七十以上,即我们需要从制度层面设计的纠纷解决法主要针对民事纠纷,而且民事纠纷解决方式还会随着纠纷解决之需求而更新,《民事争议解决法》自身所具有的前瞻性,既能够应对民事纠纷的日益增多,亦能迎合新型的纠纷解决方式纳入纠纷解决法的体系。

#### (二) 抽象民事非诉机制共性规则之需

多元民事非诉解纷机制虽具有各自不同的运行规律和发展趋势,但其均是解决民事争议的非诉讼方式,这一点决定了各机制应当具有价值取向、基本原则、解纷功能等层面的共性。作为开放性的民事争议非诉讼机制体系,这些所谓的共性成分应当予以抽象、归纳,并作为统摄各机制运行的总纲,为吸纳新型的解纷方式提供指引。提炼后的共性成分规定于现行各单行法吗?民事非诉机制的单行法主要侧重于体现有别于其他非诉解纷机制的特殊性或个别性规定,当然也不排斥规定各机制的

共性成分,但从立法技术、立法结构以及民事非诉解决法律体系的发展等因素权衡,笔者认为,将总则性要素或共性成分另行规定于通则性的《民事争议解决法》中更为适宜。另外,对这一问题的回应笔者还分析了上述四部非诉解纷法的总则部分,并认为能够体现民事非诉机制共性规律的内容仅有“基本原则”部分,当然基本原则也因解纷机制的不同而存在差异,其余均是根据各法本身的特殊要求而设置,几乎全部属于独特性、个体性、针对性的成分。因此,为保持各单行法的这种立法结构,发挥其自身的个性优势,也宜于将共性规则另行统一规定。

#### (三) 提升民事争议合力解决规范效力等级之需

民事争议历来都是在多种解纷机制的协力运作下解决的,只是各自所发挥的作用或所占的比重、话语权不同而已。在当前的合力解纷语境中,非诉讼机制虽发挥着愈来愈明显的分流作用,但其地位和话语权似乎与其发挥的作用并不相称。那么对于合力解纷规范、制度等方面的建设,是由何者主导呢?笔者认为,最高法院作为整个司法体系的代言人,依照法律赋予它的生存逻辑逐步拓展着其活动空间,虽然在民事争议合力解决的制度建设中以“提供司法保障”的积极姿态在推动着相关机制的运行与完善,但从其自身中立性、被动性的法律地位、职能性质等方面审视,过多的干预民间自治领域内的事务也有违其自身的功能定位。如2009年最高法院发布的《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》,可以说实现了诉讼与非诉讼相衔接解决民事争议有“法”可依的目标,但也存在着由法院主导人民调解、行政调解之做法明显不合理之嫌,实质上已经代行了本应由立法机关行使的权力。因而导致在民事争议合力解决体系共建的过程中,其他解纷机构的话语权并不明显。因此,其他解纷机构的地位、权限、与法院的关系等问题,唯有以法律的形式予以确立方能提升其在纠纷解决中的话语权。提升解纷规范的效力等级,不仅有利于整个解纷体系的建设,而且对于纠纷解决的实际效果也会有所改进。

#### (四) 解决民事非诉机制运行中存在的问题之需

民事争议的非诉讼解决从自发生成到立法认

可,期间都存在着矛盾的持续运动过程——问题的不断解决与制度创新。在当前民事争议解决实践中,还存在着诸多亟待完善的问题,如在调解中依法调解的“法”的范围限度,即国家制定法与民间法或解纷依据的自治性与法定性关系之法定化问题;又如非诉机制的程序正义与程序自治性的关系问题等。这些问题并非只存在于某一解纷机制,而是一些普遍存在的问题,这些问题的消解对策也不易逐一在各单行法中补充规定,而且频繁修法也不利于保持法律本身的稳定性,因此对于这些共性问题在《民事争议解决法》中规定更为合适。

另外,从民事非诉解纷单行法的制定背景审视,一般都过分地迁就现实情况,过于强调单行法需要考虑立法当时的客观需求与环境,使得单行法在很大程度上可能欠缺前瞻性;而且各单行法的制定可能忽略了不同法律的制度间、规则间的协调和统一,导致了规则间可能发生的矛盾与冲突。《民事争议解决法》的制定不仅是创制新法的过程,也是对现有单行法进行梳理、规整的过程。唯有这样,方能建立起内在和谐一致的民事非诉解纷法体系。

### 三 《民事争议解决法》建构之障碍

民事争议诉讼外解决体系的法治化路径,笔者建议采取制定《民事争议解决法》之路径进行。该法的立法建构与其他立法一样,既需要解决法本身的内容问题,也需解决立法的技术问题。于此,笔者将需要解决的问题作如下分析:

#### (一)《民事争议解决法》的立法定位

立法定位所要解决的是该法在我国法律体系中的地位及与其他相关法律的关系问题。众所周知,2010年中国特色社会主义法律体系已经形成。截至2011年8月底,我国已制定了诉讼与非诉讼程序法方面的法律10部,其中非诉讼程序法4部,全部为单行的民事争议非诉讼解决法。于此,产生的问题是:(1)《民事争议解决法》与宪法之关系;(2)《民事争议解决法》与民法商法等民事权利保护实体法之关系;(3)《民事争议解决法》与程序法之关系;(4)《民事争议解决法》与非诉讼程序法之关系;(5)《民事争议解决法》与民事诉讼法之关系;(6)《民事争议解决法》与单行的民事争议非诉讼解决法之关系。这些问题的解决,基本能够明确立法定位问题。

#### (二)《民事争议解决法》与民事非诉单行法之关系

之所以将《民事争议解决法》与单行的非诉讼解决法之关系问题单独予以设问,主要是因为其不仅涉及到《民事争议解决法》的立法定位问题,同时还关乎在《民事争议解决法》制定后,是将现行的各单行法废止,还是二者并存。若废止,那么民事争议非诉讼解决法之建构可能仅仅是对现有单行法的技术统合,这与将现有的民事纠纷非诉讼解决规范系统地以法典化的形式表现出来之法治化目标不相契合;若二者并存,那么单行法存在的必要性又是什么?二者又是何种关系定位?这必然又会涉及到《民事争议解决法》应当规定哪些内容,才不至于同单行法之内容重叠或被单行法弱化。

#### (三)和解方式应否纳入《民事争议解决法》

和解,能否称为是一种纠纷解决机制?学界的观点不一,笔者认为,从当前关于和解的立法规定来看,和解仅为一种纠纷解决方式,和解的本质以及解纷功能是仅从其纠纷解决的外部表现特征上与其他解纷方式的比较中所意会出的。所谓“机制”强调的是总体性的制度构造以及各组成部分之间的相互关系和运行原理,广义言说的纠纷解决机制应当包括纠纷解决的理念、制度安排和具体的方法,狭义的纠纷解决机制则主要是指有关的制度性安排。<sup>[7]</sup>目前立法仅规定民事争议的当事人可以和解解决纠纷,至于和解的相关原则、制度、程序等,并无成文规定,换言之,和解虽为法定的民事纠纷解决的首要方式,但自其被国家认可后,既无自身的变迁历程,亦无国家相关主体对其主导加以完善,在和解中完全由纠纷主体控制和主导,因而首选的解纷方式应否纳入《民事争议解决法》呢?若将其纳入本法,是否要对其进行制度化设置,由何方主体对其引导与规范?此些问题是《民事争议解决法》建构中针对和解方式需要解决的问题。

#### (四)投诉机制是否纳入《民事争议解决法》

投诉方式作为民事争议的解决方式之一,虽已得到《消费者权益保护法》《旅游法》等法律的认可,但解决纠纷的范围具有局限性,一般仅适应于消费者为生活消费而购买、使用商品或接受服务领域,诸如因质量、安全、价格、计量、广告等问题,涉及百货类、服务类、家用电子电器类、家用机械类等类别。目前,仅有中国消费者协会制定的《中国消费者协会受理消费者投诉工作导则》、国家旅游局

制定的《旅游投诉处理办法》对投诉方式作了较为详细的规定。因此,对于投诉机制的立法规制,是制定单行法还是纳入《民事争议解决法》,抑或是二者并存?对此问题需要结合投诉机制的特点、优势与局限性、解纷效果等因素加以权衡解决。

#### (五)调解机制是否进行制度化设计

一般而言,民事纠纷几乎均可以调解解决,区别仅在于调解合意的保障程度会因调解主导者的性质、地位、拥有的解纷力大小等有所不同。众所周知,调解方式从其产生起便具有反程序的外观,正如有学者所言:“调解制度总是被作为与正式的诉讼制度或司法制度相悖离的非正式的纠纷解决机制而存在。”<sup>[8]</sup>虽然现有规制调解方式的部分立法对调解程序也有少量涉及,但并非实质性的程序规则,而且与仲裁、诉讼程序并非同日而语。是否要建构调解的程序,如何建构,是《民事争议解决法》时要着重解决的问题。另外,调解的原则在《人民调解法》等法律中已有规定,但具体落实这些原则的相关制度鲜有规定,是否要设置相关的制度,对此需要在立法时一并解决。

#### (六)《民事争议解决法》的体系建构

《民事争议解决法》的体系涉及到本法内容的合理布局问题。笔者认为有两种结构布局可予斟酌:一是以民事非诉机制的类型为思路,按章节逐一排列,具体可做如下表述:总则——解纷机制(调解、仲裁等方式、程序、制度、机构、法律适用等)——法律责任——附则;二是按照民事纠纷解决方式的基本构成要素或纠纷解决机制主要组成部分的思路设计,具体可做如下表述:总则——纠纷主体(行为、权利义务等)——解纷主体(机构、人员及其权限等)——解纷活动(主要是解纷程序)——规则适用——法律责任——附则。对此两种结构布局需要权衡各自的利弊,设置最为可行的体系。

### 四 《民事争议解决法》之主要内容

(一)《民事争议解决法》的定位及与单行法的关系

1.《民事争议解决法》的立法定位。作为与《民事诉讼法》平行的民事纠纷解决基本法,《民事争议解决法》在我国法律体系中属于“诉讼与非诉讼程序法”这一法律部门。当然它还属于:(1)宪法的下位法。但并非直接下位法,因为该法仅属于解

决社会纠纷中的民事纠纷,条件成熟时还可能制定与《民事争议解决法》同位的行政、刑事领域的非诉讼解决法。(2)民商法等法律规定的民事权利之非诉讼救济法。在我国,诸多民事权利保护法都规定有纠纷的救济途径,如《中华人民共和国合同法》第128条规定:“当事人可以通过和解或者调解解决合同争议。当事人不愿和解、调解或者和解、调解不成的,可以根据仲裁协议向仲裁机构申请仲裁……当事人没有订立仲裁协议或者仲裁协议无效的,可以向人民法院起诉。”其中,诉讼外的救济权如何行使即由《民事争议解决法》予以规范。(3)属于程序法或非诉讼程序法的子法。程序法具有广泛的外延,一般包括司法程序法与非司法程序法,其中司法程序法包括民事诉讼法、刑事诉讼法、行政诉讼法;非司法程序法包括立法程序法、行政程序法、争议解决法、选举规则等。因而,《民事争议解决法》属于非诉讼程序法体系中专门解决民事争议的非诉讼程序法。

2.《民事争议解决法》与民事非诉单行法的关系。我国民事争议解决法律体系的建构采取了先单行立法的路径,因而在《民事争议解决法》颁行后将与各单行法共存。笔者认为,二者间关系的协调应当首先遵循的原则即是以《民事争议解决法》为主导,但不能否定单行法的作用。详言之:《民事争议解决法》应当对单行法具有指导和统摄的作用,而单行法则对《民事争议解决法》具有细化、辅助等作用,单行法体系实则属于微观的民事解纷规范,二者系一般法与特别法的关系。因而哪些内容规定于单行法,哪些内容由《民事争议解决法》规制是问题的关键,既然《民事争议解决法》具有通则法的属性,因而各种解纷方式的共性规则宜规定于其中,对那些属于各纠纷方式特有的规范应由单行法规定。

#### (二)《民事争议解决法》的立法依据与目的

1.立法依据。我国多数法律均包含有立法根据,它反映的是立法者立某个法的法的根据和事实根据,<sup>[9]</sup>立法的惯常表述为“根据宪法,制定本法”。但也有部分法律没有立法依据的规定,笔者认为这并不是否定宪法的立法依据地位或直接对所立之法的合法性产生质疑,原因可能在于所立之法并未有直接的宪法成文依据,如在四部非诉解纷法中,只有《人民调解法》规定有立法依据,因而基于立法语言表述的准确与精细性其余三部非诉解

纷法均予以省略。同理,《民事争议解决法》也并未有直接的宪法成文依据,因而可以省略进而直接对立法目的作出规定。

2. 立法目的。《民事争议解决法》有四个层次的立法目的:一是保护当事人的民事权益;二是公正及时解决民事争议;三是确保解纷机构正确处理案件;四是维护社会和谐与稳定。

### (三)《民事争议解决法》的基本制度

“在社会的诸多构成中,制度属于较为坚硬和稳定的部分。这是因为,一个内生性制度的形成,本身就是社会变迁过程中诸多因素合力形成的结果。”<sup>[10]</sup>在诉讼外纠纷解决机制之建构中,应当注重于从原则上给予指引,而不是倾注于制度的建构。原因有二:一是诉讼外纠纷解决机制均具有自治性与非正式性的特征,这就决定了纠纷解决中应当给予相关主体最大限度的可裁量空间和多样化处理的可选择余地,精细化的制度必然会限制相关主体的能动作用;二是从立法技术的角度而言,由各种诉讼外纠纷解决方式的个性多于共性所决定,共性基本制度往往不易提炼与归纳,因而制度层面的建构还应从各单行法的内容契入,完善具体制度的规定。但为落实部分原则,笔者认为以下最低限度的制度应当在《民事争议解决法》中予以规定:

1. 回避制度。该制度可先在仲裁、投诉方式中适用,包括主动回避与申请回避两种方式,具体规则可依据《仲裁法》《劳动争议调解仲裁法》等法律中关于回避制度的规定建构。

2. 代理制度。在促进性协商解纷程序中,“争论方可以接受更多的辅助人加入自己。这类辅助人可以提供各种形式的帮助,例如心照不宣的支持,或是建议和意见,最后甚至可以站在争论方主要人物身边充当队伍的一员。最极端的干预发生在当事人退居二线、辅助人在协商中代表其运作的时候。”<sup>[11]</sup>因而,民事非诉解纷机制中的代理含义与诉讼代理同解,包括法定代理、指定代理、委托代理三种情形,适用范围包括但不限于和解、调解、仲裁、投诉方式。

3. 代表人制度。即针对社会转型中在某些领域的众人诉、众人访、群体诉、群体访(一般为10人以上)等现象,可以推选代表人(一般为2~5人)参加纠纷解决程序,具体程序可参照《民事诉讼法》及其司法解释的相关规定执行。

4. 证据制度。即举证规则——当事人应当对

自己的主张提供证据,但单行法对证据有另外规定的,依照该规定执行。如《劳动争议调解仲裁法》第6条、第39条,《土地纠纷调解仲裁法》第37条关于举证不能将承担不利后果的规定。质证与认证的程序可参照民事诉讼的相关规定执行。

5. 期间与时效制度。民事纠纷诉讼外解决的期间可由当事人自行约定,但应坚持及时解决的效率原则,同时单行法有关于期间规定的,依照该规定执行。关于时效,当事人申请调解、仲裁以及向其他依法有权解决相关民事纠纷的国家机关、事业单位、社会团体等组织提出保护民事权利的请求,诉讼时效从提出请求之日起中断,此建议是对当事人诉权的保障。同时,具体的纠纷解决方式有关于时效规定的,依照其规定执行;没有规定的,不实行时效制度。

### 6. 调解协议司法确认的单方申请与移送审查制度

调解协议司法审查的具体程序作如下改进:对于双方当事人申请司法确认的,原则上可以按照现行法律或司法解释规定进行,但期限应当自调解协议生效之日起7日内申请,若未在7日内申请的,由解纷机构直接移送有管辖权的基层法院确认;对于一方当事人申请的,也应当自调解协议生效之日起7日内申请。法院经形式审查后,予以确认并告知对方当事人,对方当事人认为调解协议存在无效或可撤销原因的,可以在收到裁定后的一定期限内向作出裁定的法院起诉,起诉并不使调解协议失去执行力,但其可以申请法院裁定中止调解协议的执行。对方当事人未能在法定期限内起诉的,仍可通过再审程序寻求救济。以当事人自愿申请为主与调解机构依职权(或强制)移送审查相结合的制度,将会充分发挥调解的功效,可实现非诉机制与司法保障的刚性衔接。

### (四)《民事争议解决法》的基本程序

现代法治社会是一个强调规则统治的社会,诉讼外解纷机制的运行若要获得公正性的外观,必要且合理的程序保障不可或缺。然而,诉讼外解纷机制若要全部改造成像仲裁或诉讼机制一样制度化或规范化,则严格的程序设计将破坏调解等方式的灵活性特点。于此,如何均衡程序的规范化与灵活性是诉讼外解纷机制程序设置中的关键。

笔者认为,目前大多数民事争议的诉讼外解决都不会拘泥于特定的程序,但“调解中对于程序性

和实体性的各种问题的反复交涉会导致结晶化的现象,形成某种范型和非正式的规则,调解机关承认这些规范的约束力,从而减少了纠纷的恣意性。”<sup>[12]</sup> 尽管调解等方式无需遵循类诉讼的程式,但其长期反复的运作固然也形成了某些可为人们所接受认可的类模板式进程惯例,当和解、调解等方式发展为一种正式制度时,其正当性的基点即在于最低限度的正当程序保障,而程序经由规则而明晰,因而是可以设计的。程序开始于申请,终止于决定:

1. 程序的启动。对于和解方式,一般应尊重双方的合意,但在和解(协商)成为法定首选的解纷方式后,一定情势下,课予一方承担主动和解的义务也是不可或缺的,如在旅游纠纷中课予旅游经营者或辅助服务者主动协商的义务。而调解程序的实质性启动,关键在于调解机构对当事人争议事项是否具备“可调和性”所做出的评判。而所谓争议的可调和性是将该事项提请调解的理论前提,意即当事人相互之间的权利要求应当存在弹性处置的空间,当事人双方均存在由于某种原因而让步的可能性。<sup>[13]</sup> 解纷机构认为符合受理条件的则书面通知双方当事人;不予受理的也应当书面告知当事人并说明理由。

2. 程序推进的常态范型。具体包括:(1)确定解纷主体、时间与地点;(2)证据的收集与交换。通过证据的收集和交换可以使当事人“看到事物的两个方面,并且开始感觉到对他们最初的观点做一些退让并不是不合理的”<sup>[14]</sup> 从而有效地缩小争议的范围,客观上为纠纷后续阶段的顺利解决厘清了思路;(3)说服与互让。即促成不同的主张向合意靠拢,主持人员应说理讲法,鼓励当事人消除隔阂,寻找共识,并探求一切可能的解决问题之方案;还可提出经其具体分析后事先拟定的解决方案,促使双方在交流、辩论等互动过程中估定方案的可适性,进而在自愿的基础上达成合意。

3. 程序的终结。根据解纷进程推进的不同样态与趋势分析,可能的处理结果包括调解成立和调解不成两种终结程序。对于简单的纠纷,当事人可以在主持人员的见证下达成口头协议并即时履行,除此之外达成调解的合意时通常需要签署书面调解协议,以终结调解程序。如果调解不能达成合意时,主持人员应告知当事人选择其他方式解决纠纷。

上述程序主要是为消解调解方式的反程序表象而设置,但宏观的范型对和解、仲裁都具有一定的效仿价值。当然有两个例外:一是单行法的优先适用;二是程序设置仅为当事人提供一种程序性的参考,当事人可以直接适用,也可以结合实际情况约定变更或灵活适用。

此外,《民事争议解决法》系规范诉讼外民事纠纷解决机制的法律,因而诉讼解决机制应当在本法中以专条规定予以排除,即明确采取诉讼方式解决民事争议的按照《民事诉讼法》的规定进行。

#### 参考文献:

- [1] 冉井富. 当代中国民事诉讼率变迁研究——一个比较法社会学的视角[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2005:3.
- [2] 朱景文. 中国法律发展报告:数据库和指标体系[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2007:12.
- [3] 张文显. 联动司法:诉讼社会境况下的司法模式[J]. 法律适用, 2011(1):2-6.
- [4] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室. 现代汉语词典[M]. 北京:商务印书馆, 2005:837.
- [5] 李 斌. 论和谐社会视角下的纠纷解决机制[J]. 行政与法, 2008(10):42-44.
- [6] 宋 明. 纠纷解决与和谐社会[J]. 行政与法, 2006(3):17-19.
- [7] 赵旭东. 纠纷与纠纷解决原论——从成因到理念的深度分析[M]. 北京:北京大学出版社, 2009:62-63.
- [8] 胡 颖. 论诉调对接的法理基础与价值诉求[J]. 湖南工业大学学报, 2012(4):72-75.
- [9] 周旺生. 立法学[M]. 北京:法律出版社, 2000:607.
- [10] 刘 敏. 多重逻辑下的调解制度变迁——一个初步的分析框架[J]. 湖南警察学院学报, 2013(1):80-85.
- [11] 罗伯茨. 纠纷解决过程:ADR与形成决定的主要形式[M]. 刘哲玮, 译. 北京:北京大学出版社, 2011:117-118.
- [12] 季卫东. 法律程序的意义[M]. 北京:中国法制出版社, 2012:46.
- [13] 王生长. 仲裁与调解相结合的原理与实务[M]. 北京:法律出版社, 2001:206.
- [14] 克里斯蒂娜·沃波鲁格. 替代诉讼的纠纷解决方式(ADR)[J]. 河北法学, 1998(1):58-59.

责任编辑:黄声波