

# 民事诉讼程序弹性论<sup>①</sup>

石毅鹏<sup>1</sup>, 戴金鸣<sup>2</sup>

(1.中南大学 法学院,湖南 长沙 410083;2.中国传媒大学 传播研究院,北京 10024)

**摘要:**我国民事诉讼的部分制度过于僵化,不利于当事人程序选择和程序救济的实现,也妨碍了法官行使诉讼指挥权。民事诉讼程序弹性包括程序步骤的灵活性、审理方式的灵活性和审理时限的灵活性等三个方面。在尊重程序安定的基础上保持诉讼程序适度弹性是立法技术的需要,也是弥补审判程序内在局限以及形式法治和实质法治辩证统一的需要。增强我国民事诉讼程序弹性应当强化法官案件管理,促进案件适时审理;完善程序选择权和诉讼契约,保障当事人在意思自治的基础上灵活实施诉讼行为;健全诉讼程序的类型化,促进了程序的多元化和灵活性。

**关键词:**程序弹性;案件管理;程序选择权;诉讼契约;小额诉讼

中图分类号:DF72

文献标志码:A

文章编号:1672-7835(2018)04-0115-05

## 一 程序弹性的基本规则及限度

从近年来域内外民事司法改革的实践来看,民事诉讼程序越来越多的展现出灵活性和多元性。域外国家的“案件管理运动”加强了法官在案件的分类管理、审前处置、争议点和证据整理、控制程序日程和时限等方面灵活指挥诉讼的权力。另一方面,当事人的诉讼主体地位也不断增强,程序选择、诉讼契约等意思自治的方法也已超越了传统诉讼理论的范畴。面对程序类型的多样化,大陆法系学者进一步提出程序法理的交错适用:“不同的民事事件类型有不同的个性、特征,往往分别需求在诉讼程序或非讼程序适当交错适用不同的程序法理(诉讼法理与非讼法理),并经由不必全同而具有弹性的审理方式,兼顾程序法上诸基本要求。”<sup>①</sup>

以法官诉讼指挥权的扩大、当事人程序自治的发展以及诉讼程序多元化为代表,民事诉讼实践和理论正在展现出明显区别于传统民事诉讼的弹性特征。民事诉讼程序弹性的含义可以概括为:法官在与当事人协商的基础上根据具体案情相机决定诉讼程序的方式、过程以及审理时限,当事人在法律授权的范围内灵活实施诉讼行为。其基本规则包括:民事诉讼程序步骤的弹性、审理方式的弹性和审理时限的弹性。

程序步骤的弹性是指法院和当事人在一定程度上灵活决定程序的每个环节上的先后次序和排列组合。比如,在案件管理运动中,法官越来越重视程序管理、积极灵活的实施包括适时召开审前会议、根据具体案情确定审前程序事项的安排、限制证据开示的次数和时间以及促进达到纠纷和解等各种管理活动。再如一些实行三审终审制的国家,在案件没有事实争议却涉及重要法律问题的情况下允许当事人“飞跃上诉”,即从一审法院直接上诉至三审法院。

审理方式的弹性是指法院和当事人在一定范围内灵活决定诉讼程序的种类和审理样式。如,英国将民事诉讼分为“小额请求轨道”“快捷轨道”和“多轨制”三种审理程序,法院考虑案件请求金额、请求救济的性质、事实证据法律可能的复杂程度等因素对案件进行分配,当事人双方也可以合意选择适用三种审理程序中的一种<sup>②</sup>。再比如,允许当事人和法院根据案件具体情况选择适用开庭审理还是书面审理等。

审理时限的弹性是指法院和当事人灵活决定部分程序步骤的时间长短和日程安排。如,美国的案件日程管理(case schedule management),法官根据案件类型或性质制订程序进展日程、证据

① 收稿日期:2018-01-22

作者简介:石毅鹏(1983-),男,河南安阳人,博士生,主要从事民事诉讼法与司法制度研究。

①邱联恭:《程序制度机能论》,三民书局1997年版,第89页。

②John O' Hare .Kevin Browne.civil litigation(ninth Edition). London:Sweet&Maxwell,2000,p.370.

开示的时限以及尽早指定各种动议期限等。日本的计划审理制度规定法官在当事人协商的基础上为整理争点和证据、终结口头辩论及最终裁判预先安排期间,并对未能遵守期间的当事人进行制裁。

需要指出的是诉讼程序的弹性不等于当事人和法院可以无节制的任意变更诉讼程序,更不等于程序虚无主义,它具有一定的限度:首先,程序弹性是在尊重程序法定基础上的适度灵活。诉讼程序需要公开、对席、言辞、直接等基本程序形式才能实现纠纷解决过程和结果的正当性,这是诉讼程序区别于一般纠纷解决方式的显著特征。必须用法律规范将诉讼程序的基本形式固定下来,并保持程序框架的稳定。但是这些法定框架所设计的程序流程,在实践中需要根据具体情形作适度调整,这就要为诉讼程序预留适度的灵活性。其次,在诉讼阶段上,程序弹性集中于审前程序。无论是英美国家的案件管理改革还是日本的计划审理制度,增强的主要是法官在审前程序中的诉讼指挥。当事人的程序选择权也以审前程序事项为重点。再次,适用范围上,简易程序和小额诉讼的灵活性较强。简易程序或小额诉讼以方便民众接近司法为目标,程序进行不拘于法定形式,开庭时间、证据规则以及判决书都以迅速简便、贴近常识的方式展开。最后,程序弹性应在尊重正当程序的前提下维护当事人程序主体地位。如果任由法官以提升诉讼效率的目标随机应变式的决定诉讼形式,有可能损害或弱化当事人的程序保障。因此,程序的弹性应该尽量尊重当事人程序主体地位,促进当事人在意思自治的基础上灵活实施诉讼行为,促进民事案件得到符合其本质和目的之解决。

## 二 程序弹性的法理依据

### (一) 保持诉讼程序弹性是立法技术的需要

当事人和法官必须遵循法律预先规定的程序进行诉讼活动,不允许其根据诉讼的具体情形任意变更法律所规定的手续方法或要件,这被称为“禁止任意诉讼原则”。之所以如此是为了保证诉讼程序安定性,防止因当事人和法官任意左右诉讼导致程序混乱和诉讼迟延。我国理论界非常重视诉讼程序的安定性价值<sup>①</sup>。但是程序规范的安定性与弹性是辩证统一的。只有在一定限度内保持程序的灵活性才能实现程序规定的安定性。纯粹由刚性条款组成的诉讼程序法是不可能适用

的。诉讼程序必须保持一定的融通性和灵活性,应对实践中具体案件的复杂性和变动不定。

从理论上讲,民事诉讼规范可以分为强制条款、任意条款和训示条款。强制条款是规定民事诉讼基本制度和当事人基本权利的规范,关系公共利益,当事人和法官必须严格遵照执行,不允许任意变更或合意排除适用。对于任意条款规定的事项,或由法官自由裁量,如法院决定开庭的时间和地点;或由当事人程序选择,如当事人选择和解、自认、放弃诉讼请求等;还有的由当事人和法官共同决定,如我国规定当事人双方协商确定举证时限,须经人民法院准许。双方当事人根据任意规范达成的合意即为诉讼契约。训示规范则只具有鼓励、引导作用,当事人不遵守也不会产生不利后果。可见,从法律规范的角度分析,任意规范和训示规范允许当事人和法官自由选择或处分,诉讼程序的适度灵活性是其必然后果。但是这种灵活性又必须有法律明确规定,禁止超出任意规范和训示规范的自由选择或处分。程序弹性是在尊重程序法定基础上的灵活。

### (二) 程序弹性是弥补传统诉讼程序内在局限性的需要

诉讼程序通过完善的程序保障机制实现纠纷解决程序和结果的正当性。但是就纠纷处理的功能而言,这一模式有其内在局限性:司法程序本身的专业性、复杂性,必然导致纠纷处理期间长期化、诉讼成本高昂以及无代理律师的当事人难以亲身参与等问题;严格僵硬的司法程序几乎无法对当事人之间的关系进行细致入微的调整;“全有或全无”式的判决也难以照顾到当事人个性化的需要。在“接近正义运动”浪潮的影响下,如何为日常频繁发生的大量民事纠纷提供方便快捷的司法服务,保障当事人有效的起诉权和应诉权,保障当事人双方实质性平等,成为现代民事司法制度必须面对的课题。

除开法律援助、诉讼费用以及 ADR 机制等相关制度的完善,民事审判制度本身主要从以下几个方面进行应对:(1)调整程序内部结构,促进更加妥善迅速地解决纠纷。如,英美法系的司法改革强调当事人之间以及对法院的合作,弱化对抗的力度,扩大法官的程序管理,提高诉讼效率。(2)促进程序的类型化,方便民众接近和利用司法。(3)构建方便迅捷、不拘形式的小额诉讼和简易程序,应对大量发生的日常纠纷。这些改革

<sup>①</sup>关于程序安定性价值的研究,参见陈桂明、李仕春:《程序安定论——民事诉讼为对象的分析》,《政法论坛》1999年5期;邵明:《论民事诉讼安定性原理》,《中国人民大学学报》2011年3期。

措施无一例外的增加了民事诉讼程序的机动性、多样性以及灵活性。现代司法改革通过适度修正诉讼程序的形式性、安定性,弥补其内在局限性。

### (三)从司法哲学上讲,程序安定性与弹性的关系是形式法治与实证法治的关系

形式法治与实质法治是法哲学的基本问题之一。形式法治以追求法的安定和“法律统治”为目标,注重法律的形式正义,主张任何个人和执法机构必须无条件服从法律,而且只能服从法律,不能考虑法律之外的因素,不管是公理还是道德<sup>①</sup>。而实质法治强调法律的实质正义,认为法治必须是善法之治,应保障公民的权利和自由。司法裁判要符合社会所公认的公平正义观念,符合法律的目的和精神。

形式法治追求法律的形式性、稳定性和安定性,在诉讼程序法上自然体现为程序安定性;实质法治强调法律的实质正义、善法之治、对不同问题区别对待,法官在审判中可以为了追求正义适度灵活地指挥诉讼程序。尽管诉讼程序的程式性、安定性价值非常重要,但是无论如何不能排斥诉讼具有解决实体纠纷的工具性这一侧面。如何在重视程序安定性的同时避免陷入形式化的陷阱,如何在维护程序正义的前提下追求实质正义是必须要考虑的问题。二战后,从形式法治主义走向实质法治主义是国际司法实践的大趋势。司法审判不能机械适用法律条款,还要凭法官个人的价值观、个人良知来判断。我国2012年民事诉讼法修改时合理借鉴民事实体法的基本精神,明确规定了诚实信用原则。该原则为法官运用裁量权弥补法律规范漏洞、发现案件事实、促进诉讼以及应付新类型案件等提供了依据,彰显了实质法治主义的理念。从形式法治和实质法治主义辩证统一的角度上讲,认真研究民事诉讼程序的弹性与研究其安定性具有同等重要的意义。

## 三 增强我国民事诉讼程序弹性的若干思考

当前我国的司法制度建设以司法专业化、程序正当化以及提升司法公信力为主线。但是如前所述,我国民事诉讼中的部分制度过于僵化,不利

于方便当事人诉讼以及提升诉讼效率。在保障程序正当性的前提下,从程序弹性的要素和特征出发,增强当事人和法院操作诉讼的程序步骤、审理方式以及日程安排的灵活性,是立法技术的必然要求,是实现诉讼程序正当性与纠纷解决妥当性之间辩证统一的需要,是追求实质法治不可忽略的问题。根据司法政策的需要和民事诉讼实践中面临的问题,我国应以增强法官案件管理权和当事人程序主体地位为抓手,着重完善当事人和法院灵活操作审前程序的具体方法、扩展程序选择权和诉讼契约的范围、完善诉讼程序分类和不同程序类型之间的变通性。

### (一)强化法官案件管理权,增强案件适时审理的弹性

最近几十年来两大法系国家为应对诉讼迟缓、案件积压、诉讼成本等问题,实行了一系列改革措施,逐渐强化法官对诉讼活动的指挥和管理,形成了颇具影响的“案件管理运动”(case management movement)。“案件管理”(case management),也称管理型的法官(managerial judge),这些语词的意思简单说就是“法官随机应变式的诉讼指挥”<sup>②</sup>。以1983年《美国联邦民事诉讼规则》第16规定和第26条规定的修改为标志,美国联邦法院正式确立了案件管理制度。法官根据该《规则》第16条和第26条的授权,通过日程安排、审前命令和制裁措施,对审前程序尤其是动议和证据开示程进行管理,而且审前会议明确与诉讼和解联系在一起<sup>③</sup>。1990年美国总统签署了《民事司法改革法案》(Civil Justice Reform Act of 1990)。该法案制订了案件管理的六项原则和六项技巧,并尝试部分联邦地区法院推行<sup>④</sup>。现在案件管理已经成为了美国联邦司法制度中一项明确的政策。美国司法政策制定者将法官尽早实施、尽可能需要的积极案件管理提升为了一种法律文化<sup>⑤</sup>。在英国,1997年民事诉讼规则委员会制定了本国历史上第一部《民事诉讼规则》,该《规则》将案件管理置于空前重要的位置。法院须积极管理案件,推进民事诉讼基本目标的实现。而法官的案件管理权包括控制期间、中止合并分离诉讼程序、管理系争点、主导证据、保障庭审、控制成本、决定书面审理

①何海波:《实质法治——寻求行政判决的合法性》,法律出版社2009年版,第14页。

②谷口安平:《程序的正义与诉讼》(增补本),王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社2002年版,第29页。

③参见联邦民事诉讼规则咨询委员会对1983年Rule 16的修订说明(Notes of Advisory Committee on 1983 amendments to Rules)。

④Just, Speedy, and Inexpensive? An Evaluation of Judicial Case Management Under the Civil Justice Reform Act: A Summary, Originally published in: Dispute Resolution, Systems in Transition, The 1997 Isaac Publado Lectures, 1997, p.117.

⑤Steven S. Gensler. *Judicial Case Management: Caught in the Cross-Fire*, Civil Litigation Conference Draft Version: April 27, 2010, p.59.

以及发表各种制裁命令等各个方面<sup>①</sup>。大陆法系国家在程序进行方面奉行职权进行主义,法官角色从未如英美法系法官那样消极,但近年来强化诉讼指挥的趋势同样明显<sup>②</sup>。

未来我国民事诉讼应通过法院案件管理与审限制度的有机结合,实现当事人主义诉讼架构下诉讼效率的提升。案件管理的目标是合理分配审判资源,提高诉讼效率,保障诉讼案件适时审理;其核心是法官加强对审前程序的管理,灵活确定程序的流程和方式,保障诉讼成本和诉讼收益相匹配,保证诉讼程序正当性与纠纷解决妥当性之间的统一。随着我国法院收案数量、积压案件持续上升,审前程序过滤和化解纠纷的价值受到广泛重视。2012年修改后的《民事诉讼法》及相关司法解释在总结改革经验的基础上,强化了审前案件管理,明确规定了当事人举证时限、审前先行调解、人民法院对受理案件分类管理以及庭前会议等制度。审前程序中诉讼法律关系尚未确定,程序的可塑性较强。法官灵活运用各种案件管理措施调整程序事项,有利于控制诉讼程序的节奏、节约诉讼成本。以案件适时审理为目标,笔者建议将审前程序进行的顺序和方式进一步委诸于法官管理。法官在听取当事人意见的基础根据案情确定审前程序的日程安排,包括为被告答辩、追加当事人、变更诉讼请求和提出反诉确定时限,安排委托鉴定和依职权调查取证,限制证据提交的次数和时间以避免不必要的花费与负担等等。此外,我国统一的审理期限制度也有进一步完善的需要。应允许当事人协议确定审理期限以及审限的延长等。在法官实施日程管理的基础上,允许当事人协商确定审理期限是顺理成章的选择。在制定案件管理计划和确定举证、开庭审理等重要期日之后,当事人对于案件日程安排已经有大致预期,可以通过协商并经法官批准后确定最终审限。这不但有利于诉讼主体对审理期限的遵守,满足当事人对程序的个性化需要,还有利于提升程序正当性的含量。

## (二)完善程序选择权和诉讼契约,保障当事人灵活实施诉讼行为的弹性

案件管理拓展了法官的诉讼指挥行为,而程序选择权理论则保障了当事人灵活选择满足其特性、需求的审理方式和步骤。现代民事诉讼越来越强

调尊重当事人合理意愿,允许其根据需要选择适用或拒绝一定的程序事项,当事人的程序选择权逐步扩大,包括选择纠纷解决方式、选择管辖法院、选择适用的程序类型以及庭审方式等。目前程序选择权的理论受到学术界的普遍重视。学者认为程序选择权有利于凸显当事人程序主体地位、使得程序的运作更加人性化、提升当事人对裁判的信服等<sup>③</sup>。我国台湾学者甚至从宪法精神的高度论证程序选择权的重要性。当事人程序选择权的扩大必然会使诉讼程序形态、步骤乃至持续时间在实践中更加丰富、更加灵活,从而更具弹性。作为解决民事纠纷的一般性程序,普通民事诉讼只能依据程序的正当性原理对诉讼作出一般规定。但是当事人在特定诉讼中有自己的需求和偏好,通过程序选择权这样的“过滤装置”,在民事诉讼程序的“武器库”中对审判程序的具体方式、步骤进行“挑选”,才能实现纠纷的公正高效处理。

如果说扩大程序选择权和程序类型化还只是丰富了程序的形态和步骤,那么诉讼契约的发展则适度修正了追求程序安定价值为目标的禁止任意诉讼原则。传统诉讼法学理论基于诉讼法的公法性和禁止任意诉讼原则否认诉讼契约的效力。此后由于诉讼实践的发展和理论界对民事诉讼目的的重新认识,很多学者主张只要不违背民事诉讼的机能,就不能以法律无明文规定为由禁止诉讼契约的效力<sup>④</sup>。“禁止任意诉讼原则”的目的在于追求程序的安定性,但是不能因为追求程序安定性而完全放弃程序的其他价值。诉讼契约是程序主体性和程序选择权的实现方式之一。当事人在合意的基础上灵活实施诉讼行为,适度变更诉讼行为的方式和要件,有利于提升诉讼程序的可接受性,有利于提升诉讼效率、降低成本<sup>⑤</sup>。

程序选择权和诉讼契约制度的发展对诉讼中双方当事人和法院之间的关系进行了微调,很大程度上修正了诉讼程序的形式性和法定性,保障了程序的弹性和灵活性。我国民事诉讼中的诉讼契约包括协议管辖、诉讼上的和解、执行和解、鉴定契约、协议举证契约和选择简易程序契约等。诉讼契约的范围应与当事人程序选择权统筹考虑且适度扩大,具体包括:一是明确当事人可协议选择陪审员。在知识产权、证券等专业技术较强的

①Geoffrey Hoon,“Modernising Civil Justice”,*Nottingham Law Journal*, 1998(1):16.

②莫诺·卡佩莱蒂:《当事人基本程序保障权与未来的民事诉讼》,徐昕译,法律出版2000年版,第52页。

③李浩:《民事程序选择权:法理分析与制度完善》,《中国法学》2007年第6期。

④张卫平:《论民事诉讼的契约化——完善我国民事诉讼法的基本作业》,《中国法学》2004年第4期。

⑤廖永安,段明:《民事诉讼费用交纳标准的设定原理与完善建议》,《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2017年第5期。

案件中,由当事人协议选择具有较高社会声誉的专业人士担任陪审员,可以弥补法官技术知识的缺乏、提高法院裁判的可接受度。二是完善当事人合意选择简易程序和小额诉讼。我国民事诉讼法第 157 条规定当事人只能协议选择简易程序而不能选择普通程序;第 162 条规定强制适用小额诉讼。这种强制适用的规定,增加了当事人对审判工作的不满以及诉讼程序的不稳定。建议在一定的条件和期限限制下,赋予当事人选择适用小额诉讼、简易程序和普通程序的权利。三是合意选择书面审理的权利。民事审判以直接言辞公开为原则,但是如果当事人愿意选择且以书面证据可以查清案件事实的情况下,赋予当事人协议选择书面审理的权利,可以加快案件审理、节约诉讼成本。四是赋予当事人合意选择上诉法院直接改判的权利。我国民事诉讼上诉案件发回重审的标准模糊、法院判断标准不一。许可当事人合意选择放弃一定的审级利益、由上诉法院直接改判,可以避免诉讼拖延的问题。

### (三) 完善诉讼程序的类型化,促进程序选择和司法操作的弹性

程序选择权理论的前提是审判程序和程序事

项有相当程度的分类。用一套繁琐累赘的对抗式的程序框架适用于所有案件,必然带来司法资源浪费、诉讼迟延、无律师代理的当事人难以真正参与诉讼等一连串的问题。因此,根据纠纷的行业特点、复杂程序以及争讼标的额大小设计不同类型的程序,就成为诉讼法发展的必然选择。总体上民事诉讼程序分化有两种路径:一种是针对不同的纠纷类型设计不同的诉讼制度。例如针对婚姻家庭、公司证券、劳务纠纷、知识产权以及交通事故理赔等类型案件设计特别的诉讼程序、非讼程序或者规定特别条款。如日本将一部分婚姻家庭纠纷和房地产借贷纠纷纳入非讼程序。另一种是在诉讼审判制度之内构筑繁简不同的程序制度。域内外国家在诉讼程序类型化方面深入发展,一方面为当事人和法院提供了更多选择的机会,另一方面也为程序救济提供了可能。例如英国当事人如对法院案件分配决定不服,当事人可以申请再分配或者提起上诉<sup>①</sup>。日本督促程序、票据诉讼、小额诉讼程序都规定“因债务人提出异议或被告提出申请,而使程序当然转为普通诉讼程序”<sup>②</sup>。

## On Elasticity of Civil Procedure

SHI Yi-peng<sup>1</sup> & DAI Jin-ming<sup>2</sup>

(1. School of Law, Central South University, Changsha 410083, China;

2. Institute of Communication, Communication University of China, Beijing 100024, China)

**Abstract:** The civil procedure in China is too inflexible to handicap the party's procedural option and procedural relief, and the judge's command of the proceedings. Flexibility of civil procedure embodies in procedural step, method and trial period's flexibility. It is necessary for the legislative technology to maintain the moderate flexibility of the proceedings on the basis of respecting the stability of the proceedings. It is also necessary to make up for the inherent limitations of the trial process and the dialectical unity of the formal rule and substantive rule of law. To strengthen the flexibility of civil procedure in China, we should improve the judges' case management, so as to promote timely hearing of cases. We should improve the procedural option rights and litigation contracts to ensure that the party can flexibly implement litigation on the basis of autonomy of meaning. We should perfect the type of litigation procedure to promote the diversification and flexibility of the procedure.

**Key words:** elasticity of civil procedure; case management; procedural option rights; litigation contract; small claim

(责任校对 李云霖,王小飞)

<sup>①</sup>Stuart Sime. *A Practical Approach to Civil Procedure* (4th edition). Blackstone Press Limited, 2000, p349.

<sup>②</sup>新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社 2008 年版,第 677 页。