

doi: 10.3969/j.issn.1007-6522.2014.01.005

再论民事诉讼立案程序的功能与结构^①

傅郁林

(北京大学 法学院 北京 100871)

摘要:在我国民事诉讼制度中,最混乱不堪的程序环节莫过于立案程序。2012年《民事诉讼法修正案》的相关修改条款因囿于旧的规范框架和程序结构之内而无法在政治和谐、保障当事人诉权、加速司法效率三大宗旨之间谋求平衡。我国立案程序的混乱状况使得其结构与功能安排产生了诸多实践问题和理论困境,如:立案混合审查制产生诉讼时效起算点等法律难题;法院起诉审查截断原、被告之间的诉答程序,从而造成诉权保障与程序效率双重受损;答辩义务或权利期间缺乏适当法律拘束,从而导致程序公平与效率目标双双落空;先行调解的程序尴尬和宗旨悖逆,等等。以新法的规范和宗旨为前提,通过法律解释和司法改革,将立案程序与审前程序乃至与诉前途径之间进行界分和衔接,能够实现其基本宗旨。

关键词: 民事诉讼法修正案;立案程序;法律解释;司法改革

中图分类号: D915.2 **文献标志码:** A **文章编号:** 1007-6522(2014)01-0039-15

在我国民事诉讼制度中,最混乱不堪的程序环节莫过于立案程序。深孚众望的2012年《民事诉讼法修正案》(以下简称新法)增改的三个重要条款——先行调解(122条)、法定起诉权的司法保障(123条)、案件分流机制(133条),其初衷是在实现政治和谐、保障当事人诉权、加速司法效率三大宗旨之间谋求平衡,^②但这一宏大抱负却因囿于旧的规范框架和程序结构之内而无法施展,

加之立法技术在政治权衡、利益权衡时不能契合程序原理,因此,新法不仅没有澄清或解决立案程序原有的混乱和问题,反而使之更加突显,而且这些新条文本身又成为混乱之源。

这些问题不可能再等待20年之后由另一部可能同样有缺陷的立法来解决,因此法律文本给法律解读与适用留下的这些巨大空间需要以法律人的智识和良知去填补。但目

收稿日期: 2013-08-27

基金项目: 国家社会科学规划基金资助项目(11BFX122)

作者简介: 傅郁林(1965-),女,湖北襄阳人。北京大学法学院教授,博士生导师。

①关于我国立案程序的初步研究,请见傅郁林的《中国民事诉讼立案程序的功能与结构》一文,载于《法学家》2009年第1期。本文关于德国的相关制度和解读,由正在德国雷根斯堡大学攻读博士学位(同时也是北京大学的博士生)的曹志勋审核和修正,在此表示感谢。

②参考王胜明:在北京仲裁委2012年10月举行的仲裁员沙龙上关于民事诉讼法修改的专题讲座(录音记录)。

前关于立法中的“起诉与受理”(阶段 I)和“审理前的准备”(阶段 II)与实践中的立案程序之间是何种关系,各自的功能定位、结构界线及法律意义如何,以及它们与比较民事诉讼法中的诉答程序和审前程序之间存在怎样的可比性和差异性等等,理论界或实务界尚未达成基本共识。^①笔者曾于空谷中怯怯然投石问路,从我国诉讼模式转型的视角初步分析了我国立案程序的功能与结构紊乱的原因及完成这一转型的路径,得到了少许同仁的共鸣或反馈。本文将进一步探讨如何以新法的规范和宗旨为前提,通过法律解释和司法改革,将立案程序与审前程序乃至与诉前途径之间进行界分和衔接,使实践中的立案制度能够真正体现和实现法律文本的制度本义和立法初衷。^②

一、我国现行立案程序的结构与功能

立案程序并不是一个法律术语,而是内涵和外延模糊的法律俗语。立案程序按案件性质可分为刑事诉讼立案程序、民事诉讼立案程序、行政诉讼立案程序;按审级又可分为一审立案程序、二审立案程序和再审立案程

序,而各类立案程序的审查标准、功能预设和程序结构都有很大差异。^③本文仅仅讨论民事诉讼一审立案程序的功能与结构。

依据我国现行相关民事诉讼法的规定,“立案”与“受理”的概念同义,细微的差别是,立法使用“立案”概念的语境基本都与程序期间有关。^④如果一定要区分两个概念在法律规范中的差异,那么“受理”是一种更广义的和相对抽象的司法职权行为,而“立案”似乎是一个具体的受理登记行为。但无论如何,立法将立案程序的外延终结在“受理”行为完成的时刻,这一点是无可争辩的。然而,在司法实践中,立案程序却明显超越了立法所规定的“立案”或“受理”的范围。立案程序向后延伸,结构上跨越了诉答程序和审前程序两个环节,但功能上却没有也不可能覆盖全部审前程序;立案程序向前延伸,功能上已跨越到诉前程序,虽然结构上没有也不可能涵摄诉前程序。

具体而言,现行法第十二章第一审普通程序的第一节规定了“起诉和受理”(下称“阶段 I”)包括以下诉讼行为:(1)原告起诉的形式要求(120条、121条),亦即形式要

①关于外国审前程序的比较研究,以王亚新的《审前程序研究》为集大成,该文献载于《中外法学》;关于审前程序与立案程序之间功能交错现象的观察与分析,见北京大学2010届博士生刘哲玮的博士论文:《民事诉讼审前程序研究》;关于答辩失权问题的针对性研究,见曹志勋《论普通程序中的答辩失权》(《中外法学》待刊稿)。

②本文也是笔者践行自己所倡导的研究方法由立法论向解释论转型的一种初步尝试(见《中外法学》2013年第1期编者按)。关于比较研究的方法探讨可见拙文《追求价值、功能与技术逻辑自洽的比较民事诉讼法学》,载于《法学研究》2012年第5期。

③关于起诉立案、上诉立案和再审之诉立案之间的差异和原理讨论,见拙文《我国“立审分离”模式的质疑》,收入傅郁林《民事司法制度的功能与结构》,北京大学出版社2006年版。

④“受理”一词的使用率较高,出现在涉及主管与管辖、各类案件的动议(诉讼案件的起诉、非讼案件和执行案件的申请)审查程序的19个条款中。“立案”一词则出现在第35条(共同管辖)、第119条、第125条(受理与送达)、第149条、161条、176条和180条(各类案件的审理期限)共7个条款中。

件;(2)原告起诉的部分实质要求(积极要件)和部分形式要求(119条);(3)原告起诉的部分实质要求(消极要件)(124条);(4)受理和不予受理的处理方式(123条、124条);(5)性质和具体阶段均不明确的先予调解。第二节规定了“审理前的准备”(下称“阶段II”)包括如下诉讼行为:(II1)诉的送达和权利告知(125条、126条);(II2)被告的实体答辩权(125条);(II3)被告的管辖权异议(包括主管权异议,下同)与法院裁定(127条);(II4)审前程序性准备(128条、132条);(II5)审前证据准备(129-131条);(II6)审前案件分流(133条)。

但在我国司法实践中,立案程序包含了从起诉到审前准备的两个阶段,甚至向前延伸到起诉之前。这一突出特点,结合两个阶段的具体法律规定和司法实践,可以归纳我国立案程序的制度特征:

其一,原告的“诉”与被告的“答”分别安排在阶段I“起诉与受理”与阶段II“审理前的准备”两个不同的程序环节;在原告的“诉”与被告的“答”之间插入了法院的审查“受理”;法院对原告的诉的审查与对被告的诉的通知也分别安排在阶段I和阶段II。因而,我国没有相对独立的诉答程序或审前程

序,而是两个阶段紧密地交织在一起。

其二,“诉”的答辩在性质上是一种权利,而且是不受任何程序约束也不影响法院诉讼行为的一种权利。就阶段I而言,被告答辩之前法院即已对起诉进行实质性审查,且决定行使裁判权之后才通知被告;就阶段II而言,被告既不承担任何答辩义务,也不会任何程序阶段丧失答辩权利,法律不仅对被告答辩的时限或内容未作任何要求,反而明确授意被告“不答辩不影响人民法院审理”。^①

其三,法院对“诉”的提起实行形式审查与实质审查混合模式。法院审查受理起诉的标准是第119条规定的四个要件,其中第(一)项原告适格和第(四)项法院司法权是实质要件,第(二)项被告明确和第(三)项诉讼请求和事实理由是形式要件。立案审查首先还要对起诉状是否具备第120条、121条要求的内容进行形式审查,其中包含第119条规定的两个形式要件;此外还要审查是否符合第124条(二)、(五)、(六)、(七)及相关司法解释规定的实质性消极要件。

其四,对“诉”的程序性驳回^②采取不予受理与驳回起诉两种途径,其在形式上、标准上、程序上、方式上均具有多样性,且在司法

^①这一规定本义与刑事诉讼中旨在保护被告人权利的“重证据,不重口供”十分相似,但与刑事诉讼由控方承担证明责任不同的是,民事诉讼以双方当事人平等对抗为基本特征,因而这种规定便成为纵容被告一方、破坏程序平等的规则。类似的条款还有第75条“当事人拒绝陈述的,不影响人民法院根据证据认定案件事实。”此外,刑事诉讼中的第109条也体现了刑事程序的特征“人民法院对必须到庭的被告,经两次传票传唤,无正当理由拒不到庭的,可以拘传。”我国司法制度整体上是以刑事司法为本体建构的,相关分析见拙文《我国两审终审制的历史考察与反思》,载于《华中科技大学法律评论》2007年第1辑。

^②与程序性驳回形成对照的是实体性驳回,如我国的判决驳回诉讼请求。我国的程序性驳回在美国法中称为无损害的驳回(dismiss without prejudice),亦即因起诉的程序要件(包括诉的通知)不合格而驳回起诉,不影响原告满足程序要件后再行起诉。需要注意的是,在美国法中基本没有程序问题与实体问题的区分,而是区分为形式事项与实质事项(merits),实质事项又称为实质性问题,包括在我国被归入程序事项的管辖权问题、当事人适格问题等。

实践中常常大量混用,因而对其合法性进行评价、救济或监督缺乏统一标准。在标准上,法院决定不予受理实际上适用了实质审查与形式审查两种标准,如上所述。在形式上,法院根据上述任何标准决定不予受理的,无论形式要件或实质要件、积极要件或消极要件是否合法,原则上均可采取口头决定方式;作为例外,即如果当事人坚持起诉,因不符合积极要件而不予受理的(包括形式要件不符的)须作出书面决定(裁定书);而不符合消极要件而不予受理的(包括实质要件不符的),仍只需作出口头决定。在程序上,无论针对形式要件或实质要件,做出书面裁定须经的程序(比如是否须经听证或辩论)均由法院裁量决定;即使针对实质事项做出的书面裁定,也务必说明理由(这一历史最近才因新法第152条对裁定理由做出明确要求而宣告结束)因此司法决定的标准并不明确。就阶段而言,程序性驳回决定既可在阶段I“起诉与受理”中做出,也可在阶段II送达和答辩之后做出,还可以在实体审理阶段(如因任何一方当事人不适格)和上诉程序(如因一审法院缺乏管辖权)乃至在对实体争议经两级审理并做出生效裁判之后的再审程序中可能做出不予受理该案的決定;唯一的差异是阶段I采用不予受理的方式,其他阶段采用了驳回起诉的方式,但两种司法决定针对实质要件不合法情形的标准却是相同的。^①

其五 如果如前所述将立案程序的功能界定为“决定是否受理以对实体争议行使审

判权”,那么实践中立案庭的职能与立案程序的功能既存在多重交叉,也存在多项分离。立案庭的职能包括阶段I的全部事项和阶段II中II1、II2、II3的全部事项;阶段II中II4、II5、II6的事项则由立案庭与审判庭分担或共享。分担是指立案庭与审判庭各自承担部分职能,比如II6审前案件分流中第133条中(1)、(3)条由立案庭负责,II4审前程序性准备(128条合议庭组成、132条追加当事人)、II115庭审证据收集与审核则由审判庭承担;共享职能则是指立案庭和审判庭均有可能承担的职能,比如II6审前案件分流第133(2)条庭前调解和第133(4)条交换证据和确定争点,现行法和实践惯例尚未确定是由立案庭与审判庭分担抑或共享(如果分担,界线在哪儿;如果共享,如何操作),诸如此类问题有待讨论。

其六 立案程序与审前程序均贯彻调解原则,在立案程序中实行先行调解,在审前程序中实行庭审调解。但现行法规定对两个重要问题均语焉不详,为此需要首先对相关条文进行法律解读。

二、我国现行立案程序面临的实践与理论困境

上述归纳未必囊括尽立案程序的全部事项、特点及其与审前程序交叉或分界的全部重要节点,但已足够显示出我国立案程序的混乱状况。这种结构与功能安排产生了诸多实践问题和理论困境,而尚未形成通说的三条新规范也将困扰司法实践的统一性和法律教育的同质化。

^①唯一差异源于一个法律漏洞,不过尚未引起普遍关注。司法实践中因当事人不适格而驳回起诉的裁定往往同样援引第119条(原第108条)关于起诉要件的规定,然而第119条对原告与被告的审查分别采用了实质标准与形式标准,即原告须为利害关系人(适格当事人),而被告仅需“明确”即可,所以因原告不适格裁定不予受理或驳回起诉可适用该条,但因被告不适格裁定驳回起诉时却不可适用该条。

(一) 立案混合审查制产生诉讼时效起算点等法律难题

起诉与受理程序将形式审查与实质审查混为一体,造成了两种程序价值的紧张与冲突,从而导致权利保障与程序效率两大价值目标双双落空。一方面,诉权行使的时效性和“诉讼开始”在时间上的精确性、确定性,要求对起诉的审查在程序上具备形式性、简单性、快捷性;另一方面,司法权行使的谦抑性和程序保障的公平性又要求在启动司法权之前审慎考量诉的实质要件。在同一个程序阶段同时进行形式审查和实质审查,既破坏了形式审查的简单性和快捷性,又破坏了实质审查的程序性和规范性,因而第119条规定的七日内立案,对于形式审查而言太长,对于实质审查而言太短,这也是实务界与理论界在此问题上长期争执的重要根源。

详而言之,民事诉讼程序的开始是由形式性起诉与实质性送达两个诉讼行为共同构成的。提起一宗诉讼包括两个步骤:(1)向适当的法院提出诉(the claim),称为诉的启动(initiation)或诉讼开始;(2)将诉的信息向被告通知(notification)或送达(service),称为诉的通知或诉讼通知。诉讼开始只是标志着法律程序在形式上启动了,因此形式性行为即可标志诉讼开始;但诉讼开始还会引起各种程序规则的实施,比如要求诉讼通知必须在一个特定期间内送达给被告,只有当这一诉的形式(form)实际送达到被告时,诉讼程序才能完整进行。

诉讼开始与诉讼通知的条件和法律意义均有明显差别。诉讼开始的意义不仅在于启动法律程序,而且更重要的是,程序启动的具体时间成为确定原告的起诉是否符合诉讼时效的关键节点。诉讼开始的时效意义决定了其程序特征必须满足两个基本条件:其一,它不必依赖于被告的合作,否则被告就可能阻挠原告启动程序;其二,诉讼开始的时间必须精确地确定,从而得以确定诉讼是否是在时效内提出的。因此,诉讼开始必须以单一、简单、快捷的方式完成,换言之,诉讼开始只能是一种形式性的。

为此,各国均对起诉采取形式审查标准,亦即起诉登记制。比如,英国民事诉讼(除极少例外)都以发出格式起诉状(CPR7 claim form)作为计算诉讼时效中断的节点;在美国联邦法院提起的联邦法诉讼也是自原告向法院提交诉状时开始;^①在日本,诉讼也是从起诉状递交给法院时开始;在德国,原告递交起诉状构成所谓“系属”(§253V ZPO),送达被告后才构成“诉讼系属”(§261 ZPO),诉讼时效的中止效果发生在诉讼系属即法院将诉状送达被告时(§204 I Nr. 1 BGB),但在送达并紧随诉状的提交完成时,中止效果也可以追溯到原告向法院提交诉状时(§167 ZPO)。不过,在解释诉状的提交与送达是否紧随时,并没有一个绝对的时间节点,而需要具体考察原告的过错及其与延迟的因果关系:如果其间的迟延单纯由于法院造成,不影响诉讼时效中止的溯及力;如果原告及其代理人由于

^①但州诉讼法均适用各州的诉讼时效规范。一些州的法律规定,诉讼开始以送达被告时为准,这样原告如果出现送达缺陷则产生致命后果,因为在原告有机会改正送达错误之前诉讼时效一直在运行。另外,联邦法院对于原告提交诉状后120天内未送达被告又未表明“合理理由”(good cause)的,则应裁定无损害地驳回起诉(即驳回起诉后不影响另行起诉)。Cf. Oscar G. Chase, et al., *Civil Litigation in Comparative Context*, West, 2007, Chapter 4.

轻过失(比如未能依法及时交纳诉讼费或者在特殊情形下未能及时询问立案进度)造成了较为严重的迟延,则中止效力不能溯及。一般而言,如果原告造成的送达迟延在自时效期间经过后14天内,都不属于较为严重的迟延。

但在我国,由于司法权的先期介入和诉讼开始的复杂性,导致以哪个时间点作为准诉讼时效难以确定。究竟自原告递交起诉状的时间,还是以法院审查结束于七日后受理起诉的时间为准?如果以前者为准,鉴于目前法律并不要求法院接收起诉状时进行形式审查,那么,如果起诉状不具备基本的形式要件,比如被告不明确或诉讼请求不具体,亦即该起诉并不具备特定诉的主体或客体,这种起诉行为能否将请求权特定化从而产生中断该请求权诉讼时效的法律效果?反之,如果以法院受理的时间为准,那么自原告提交起诉状到法院正式受理之间的审查期间是否计入诉讼时效?如果司法实践普遍遵守法律规定的最长七日的审查期间,问题倒不那么严重,因为无论计入或扣除都有相对的确定性和可预测性。尽管如此,不予受理与驳回起诉在法律性质和程序效果上完全相同,但这两种诉讼行为对于诉讼时效中断和重新起算时间的影响却迥然不同,因为不予受理的决定必须在相对确定的七日内做出,而驳回起诉则是在经历送达、答辩(包括管辖权异议)、管辖权决定与上诉、移送管辖乃至实体裁判之后,亦即经过漫长而且期间无法确定的多项诉讼行为之后才做出的。但更为严重的问题还在于,普遍的且越来越正当化的司法实践进行起诉审查的时间并未遵守法律规定的最长七日。实际上,从原告提交起诉状

到法院正式受理的期间从一日(当即立案)到30日乃至一两年时间不等;而且新法规定的先予调解将使这种无确定限间的立案审查实践合法化、复杂化且更加普遍化。在这种状况下,如果将法院受理起诉的时间作为诉讼时效中断的起点显然更不具有确定性和正当性。唯一的选择是以原告提交起诉状作为计算诉讼时效的时间,但能够产生时效中断效力的起诉状必须符合法律规定的形式要件,而对此起诉状的形式审查可在原告向法院提交起诉状的当即完成,因此可以保证诉讼开始时间的单一性和确定性,从而保持诉讼开始的程序行为与诉讼时效中断的实体效果之间的一致性。

《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第12条规定,“当事人一方向人民法院提交起诉状或者口头起诉的,诉讼时效从提交起诉状或者口头起诉之日起中断”,这一表述也支持这一论点。

(二) 法院起诉审查截断原、被告之间的 诉答程序造成诉权保障与程序效率 双重受损

民事诉讼的进行必须以实质送达为前提。受诉讼影响的当事人必须得到通知,是司法/正义的基本要求;诉讼文件只有送达当事人,才能提示其注意到针对他所提出的诉讼程序的存在。无论是在普通法国家还是在大陆法系国家,无论是称为公平审判权(德国宪法第103条)还是正当程序权利(美国宪法第14修正案),都要求任何受诉讼影响的当事人有权获得及时通知和提出抗辩的合理机会。^①因此,与原告诉讼行为的单边性

^①根据这些宪法要求,不仅被告必须收到针对他提起诉讼的通知,而且所有当事人都必须收到法院开庭审理、提交听审的诉讼文件;即将传讯到庭的证人、其他当事人对案件补充陈述以及可能在诉讼中使用的任何其他文件的通知。

(提交形式合法的起诉状)和形式性即可产生诉讼开始的程序效力完全不同,诉讼通知的送达(service)必须以当事人的反馈(如送达回证)为要件,否则诉讼程序不能真正开始。

我国现行立案程序将诉的审查与诉的通知及答辩分别安排在两个不同的程序环节,法院受理原告起诉以实质审查为标准,并以实质审查后的受理决定作为向被告送达诉讼通知的前提,切开了当事人之间的诉答过程,导致了诉答程序的开放性、不确定性。法院对起诉进行实质审查,需要依赖于被告的参与,比如主体适格和管辖权争议往往无法仅凭原告的单方主张和证据而最终确定。被告在法院未将诉的通知送达之前,无法了解诉的内容,因而无法答辩或参与。而在现行立案程序中,法院须先对诉的进行实质审查并决定受理,然后才能将诉的通知送达被告;于是法院在被告答辩之后,还要针对被告提出的程序性抗辩而对诉的实质要件再次进行审查和决定,因而不得由审前准备程序再回到诉答程序,既大大增加了法院起诉审查的工作量,也导致了诉答程序的时间冗长和效率低下。

一方面,诉讼能否全面开始要受被告答辩的制约;另一方面,被告是否有机会答辩又取决于法院是否完成实质审查和实施送达。这样奇怪而紊乱的程序结构致使各个诉讼主体和诉讼行为之间相互掣制,不仅导致诉答程序的冗长和繁复,也给被告借实质问题抗辩之机妨碍诉讼程序启动提供了既合法又合理的程序空间,从而导致立法在保障当事人诉权^①和推进程序效率两方面的价值目标双

双落空。更为棘手的是,如果新法规定的“先行调解”可解读为原告向法院提起诉讼之后、法院决定受理之前这一阶段的调解(实践中称之为立案调解),那么,这种因司法提前介入而肢解当事人诉答主张的程序结构,将更加明显地制约先行调解的可行性和效率性。这是因为一方面,没有法院的受理和送达,就不可能有被告的出现和参与;另一方面,没有被告的参与和回应,又不可能确定争议和协商解决。因此,很难想象在此情形下先行调解如何操作,才能不违背案件分流的效率性与调解的自愿性的双重目标,才能保障不以严重侵害当事人诉权为代价。

(三) 答辩义务或权利期间缺乏适当法律拘束导致程序公平与效率目标双双落空

我国法律对被告答辩未在时限或内容上提出任何实质性要求,这既破坏了程序公平,也妨碍了程序效率。就程序公平而言,正如原告享有诉权却必须在诉讼时效内行使一样,被告享有答辩权却也不能永久存续或不受限制。因此,程序法一方面要求“起诉+送达”才能构成诉讼程序的完全开始,以保障被告获得通知和答辩的机会;同时也必须强制地推动被告在一定的程序期间内对原告的诉求做出明确回应,因为如果被告接受送达后对原告的主张不予反馈,则诉讼程序就无法开展,原告的诉权虽已在形式上启动,却在实质上受到妨碍而迟迟得不到审判。就程序效率而言,只有原告的主张,没有被告的回应,原告的诉与被告的答之间无法形成直接对照从而确定“争议”(issues),随后程序的审前准备和案件分流等一系列程序都无从开

^①关于这个问题的相关论述可以参见潘剑锋《论民事司法与调解关系的定位》,见《中外法学》2013年第1期。

始,因为在争点形成之前,双方当事人都不知道要证明或证伪什么,因而也无从进行审前准备,法院也不知将要针对什么做出裁决,因而也难以进行审判管理或程序推进。

为了在诉讼早期确定争议,无论是在实行集中审理模式的英、美国家,还是在实行阶段性审理模式的德国、日本,法律都对答辩行为的强制性(或失权性)和答辩主张的明确性做出了明确、具体规定,以使各诉讼主体通过对照阅读双方的书面诉答意见即可大致了解存在争议的具体事项。^①比如英国法规定,被告如果不承认诉讼请求,则必须做出答辩(the defence),并向原告送达。被告的答辩内容必须针对原告在详情书中提出的要点做出回应,因此必须做出以下陈述:对于原告在详情书中的主张,被告否认哪些,承认哪些,还有哪些是尚不能承认也不能否认而要求原告证明的。如果被告不承认那些明显就是事实的主张,则将在诉讼成本承担方面受到司法制裁;如果被告否认原告的主张,则需陈述否认的理由;如果其主张有别于原告陈述的事实版本,则必须陈述自己的事实版本。在美国,被告承担了同样的义务,并规定如果在答辩文件中没有表示否认,则产生承认的效果;如果被告在获得通知和合理机会后不答辩也不否认,则法院可按照法律规定的条件对相关律师、律师所或当事人给予适当制裁。^②

(四) 先行调解的程序尴尬和宗旨悖逆

新法规定了先行调解和庭审调解,但未确定其制度内涵和程序安排,给法律解读和适用中的混乱预留了巨大空间和困扰,使得

调解权的滥用和诉权的侵害在所难免。

首先,先行调解的适用范围在阶段 I 抑或阶段 II,还是两个阶段均可适用,抑或延伸到或仅限于阶段 I 之前的诉前阶段。鉴于目前司法实践中普遍将起诉到法院的案件在受理前进行所谓立案调解,先行调解似可解读为立法对实践的认可和合法化,那么,即使不考虑与第 121 条的起诉权保障明显冲突,就连司法权的正当性本身也存在疑问——如果法院在受理起诉之前先行调解,诉讼尚未在司法管辖之下或系属之中,审判权和调解权源于何处。又或者,此处所称的先行调解可解读为在法院之外调解组织主持下进行的诉前调解、诉外调解或先置性调解,那么这一解读明显不符合法律规范的文字、逻辑和语境。

其次,新法第 133 条在规定案件分流时提到的庭审调解,从字面上解读应当仅指阶段 II 的审前调解,但逻辑上还可以包括开庭之前的所有阶段中的调解,亦即包括阶段 I 的先行调解或立案调解。后一种解读源于对调审合一模式的制度风险的认识和规避意图。由同一(组)法官兼任调解员和裁判者双重身份的调审合一模式,因其将调解的保密性和自愿性与审判的公开性和强制性两种相互冲突的内在特质和价值目标融为一体而饱受诟病,却也因其方便灵活等成本效率方面的优势而得以保留。缓解这一冲突的唯一可行方案是,将调审合一模式局限于先审后调结构中适用,也就是法官在庭审调查完成后进入调解,可以最大限度地避免将调解过程的信息先入为主地带入事实调查和证据判断过程。相反,庭前调解则应采取调审分

^①关于答辩失权制度的具体研究,参见曹志勋《论普通程序中的答辩失权》,见《中外法学》待刊稿。

^②如果被告仅针对管辖权缺陷、审判的错误、送达程序不足、缺少必要的当事人等先决性程序问题提出异议,此时被告可不必提出实体答辩,而可动议法院做出“根据诉答状的裁判”。

离的方式,亦即由立案庭一位(组)法官进行调解后再转入审判庭另一(组)法官审判,而我国司法行政管理模式中的立审分离恰恰在这方面可以一展所长。

最后,新法第133条规定的案件分流和程序转换机制,旨在遵从审前功能多元和程序分化的规律和趋势,但分流机制的良好运行依赖于真正意义上的“立审分离”。在我国现行司法行政管理模式中,立案庭与审判庭之间的职能分工相对独立,立案庭的程序职能配置横跨起诉审查、案件分流、审前准备等多个环节,并与审判庭的职能发生多向交错,这与最初设计的“立审分离”大相径庭。这种程序结构与司法行政管理模式双重混乱的状况如不重新理顺,新法预设的诉权保障和程序效率双重目标都将事与愿违,甚至适得其反。

三、以现行法为基础的民事立案程序改革

近年来,立案程序改革实际上已经在许多地方法院陆续进行,比如“形式审查登记+立案调解+实质审查受理”的立案模式已经在北京市三级法院进行试点。但是,大多数立案程序改革在总体上未能理顺法律规范的逻辑,或未能体现法律的精神实质,有些改革甚至出发点本身就不是为了保障当事人诉权的有序行使,而是为法院规避法律而拒绝或拖延案件受理的司法行为谋求正当化依据。尽管如此,必须客观地承认,触动法院自发改革的根本动因是现行民事诉讼立案程序制度的上述种种缺陷及其给司法实践带来的大量问题。因此,以现行法为基础推进立案

程序改革势在必行,但落实民事诉讼法预期的立案程序制度功能,特别是实现三个新规范的立法宗旨,须从理顺法律规范自身的逻辑,解决程序制度的结构紊乱入手。

(一) 诉的提起、形式审查与立案登记

按照民事诉讼行为的一般原理,原告发出载明诉讼请求的起诉状,即标志着在形式上已经启动;而当该诉送达被告时,诉讼程序才能完整进行。在职权主义诉讼模式下,原告、被告之间在程序上并不直接存在诉、答的过程,而是通过法院来沟通的,因此,原告须首先向法院递交起诉状,然后由法院送达给被告。于是,法院在接受原告的起诉并将该诉的行为通知被告之前,需要审查该诉是否包含了诉的要素和送达信息。

立案登记审查的内容,决定起诉状形式上是否具备诉的要素和送达所需信息;立案登记的法律效果,一旦起诉状经审查符合立案登记的形式要件,则原告向法院提交起诉状的时间,在实体上可作为“主张权利”的意思表示,从而产生时效中断效力,在程序上则成为诉讼与诉前/诉外途径之间的分界点。^①以形式审查制进行的立案登记,其起诉状的提交、审查和登记三个诉讼行为可当即完成,原告的合法起诉与法院的受理登记在时间上重合,从而避免了现行制度在七日内完成实质审查后再受理起诉导致的程序尴尬和法律困境。

但对于起诉状内容的形式审查则要确认诉的信息的充分性,特别审查诉讼请求是否明确、具体,所主张的事实是否足以“成立”该诉。英、美、德、日的民事诉讼法和相关判例普遍要求起诉状须包含以下内容:(1)原

^①在某些特殊情况下,比如英国当事人在必须遵守某种诉前议定书(pre-action protocols)的情况下,在正式发出诉讼通知之前就承担了一种诉讼程序上的义务,但这种规定主要是在诉讼成本承担方面有意义,不影响诉讼程序与诉前程序之间的功能分界。

告和被告的信息;(2) 诉讼的性质和根据(具体的程度随后详述);(3) 救济的方式,如偿还债务、损害赔偿、禁令等;(4) 请求的数额,通常作为受诉法院享有管辖权的根据,在英国还作为确定案件分流渠道的根据;^①(5) 构成诉讼请求之基础的基本事实和相应证据。对于上述五个方面,英、美、德、日的诉讼法几乎作出了完全相同的要求。同时,各国还普遍对起诉状提出了一些旨在固化诉讼请求的要求,虽然实行集中审理模式的英、美、法国家与实行阶段性审理模式的德、日等国在具体规定和理论诠释方法上有所差异,但也有异曲同工之处。

在实行阶段性审理模式的德国和日本,原告在起诉状中承担了固化诉求并提供基本事实和证据的义务。日本新法典明确赋予起诉状两方面的功能:一是要将诉讼请求特定化和具体化,二是要提出“有效的(operative)事实根据”,甚至包括与诉因相关的重要的间接事实,并应当列举证据和证明对象。这实际上要求起诉状在早期披露所有的重要事实和证据,确定诉的性质。如果主审法官觉得诉状不充分,则可判令原告进行补充;如果原告修改后的诉状仍不满足要求,则法院裁定驳回(reject)起诉;如果原告修改后的诉状满足要求,则法院必须将起诉状送达被告,同

时确定听审的日期并通知双方当事人。德国法律规定原告必须在起诉状中提出支持其主张的事实和支持其主张的证据名称(ZPO 130)^②,以使双方当事人通过书面诉答文件的交换即可大致明确诉讼主张(ZPO 253)和答辩主张(ZPO 277),通过各自陈述本方案情事实并列具体事实和相应证据名称,在诉答程序中即可就争点形成大致轮廓。为此,德国新法还进一步强化了法官的释明义务,包括指示当事人对案情进行更具体的陈述,承认或否认事实,提供更好更多的证据,改进法律主张等等。^③

在实行集中审理模式的英、美国家,原告、被告各自承担的诉答义务更为明确。美国联邦诉讼中的原告虽然采取通知性诉答(Conley v. Gibson, 355 U.S. 41 (1957)),但主张责任却要求原告在诉答阶段中就其所请求的救济得以成立(establish)的“基本事实”提出主张和相应的证据目录。比如在诽谤诉讼中,原告必须主张存在的具体言论的事实、发表该言论的事实、因该言论发表而受到伤害的事实。因为如果原告最终不能证明这些事实,则法院将驳回诉讼请求而作出支持被告的判决。因此原告必须首先提出这些将来必须由他证明的事实,合法地“主张”他的诉求所依赖的每一个基本要素都存在,否则就

①在管辖权复杂的美国,还要求简短陈述管辖权成立的其他理由;在1998年后的英国,还要求写明一些特殊事项,比如关于律师费的数额及支付方式,因为这将影响到被告对诉讼的态度(比如被告从原告方约定的胜诉酬金可能预测该律师对其胜诉的信心以及被告如果败诉将承担更高的成本)。

②ZPO130属于“得”(sollen)条款,即仅为具有建议的效力,目前法院和学界只认可其中签名的部分属于起诉状必须包含的内容(否则就只能算是草稿),而提供事实和证据只不过具有建议的效力,即使未满足也不影响起诉的效力。

③这些要求旨在对缺乏经验的当事人提供司法帮助,以避免明显的程序错误。但批评者认为,这样的审判管理很难与偏向一方的司法帮助完全撇清界线,所以德国学者主张法官应尽量将这类释明权限限于对当事人的诉讼行为进行“程序性”指导和提示。

可以推定他将不可能在审判中拿出证据来“证明”这些要素的存在。不过原告不必就被告可能提出的各种抗辩承担诉答义务,因为原告不必对将由被告证明的事实承担主张责任;只有当被告在庭审中成立了自己的抗辩主张,原告才第二次承担主张责任,而这是针对被告抗辩进行的反击。^①

英国原告在送达起诉状的同时或之后还要向被告送达一份“详情书”(particulars of claim),就原告的诉因“成立”所依赖的必要事实进行陈述,其性质和标准与美国原告在起诉状中进行的陈述大致相同,即,如果这些事实得以证明,原告是否有权获得其所请求的救济——抑或是另一种救济。比如,如果请求违约赔偿则必须陈述以下事实:合同的存在、违反该合同的行为、违反合同导致的损失;请求过失赔偿,则必须陈述导致注意义务的事实、违反该义务的事实、过失所导致的伤害结果。英国法要求原告在起诉状中明确提示被告,要么满足原告的请求,要么在送达回证上表明是否准备对原告的诉讼请求提出争辩(contest);同时并警示被告,如果既不满足原告的请求,也不在送达回证上表明对原告的诉求提出争辩(contest),则会受到不应诉判决而不必另行通知。但在这份详情书送达被告之前,被告有权拒绝答辩而不必承担不应诉裁判的后果。

由此可见,起诉审查采取登记制并不一定是降低了起诉门槛,而是将重点放在对起诉状内容的形式审查。我国《民事诉讼法》第121条虽然规定了起诉状应当记明的事项

(其中包含了关于起诉条件的第119条第(二)、(三)项的要求),但对于起诉状应当载明的“诉”的信息只是点到为止,特别是没有要求对作为请求权之基础的要件事实提出主张(并列相应证据)。实践中,通常起诉状中所包含的诉的主体和客体信息都不足以使原告的“诉”特定化和相对固定化,不足以使原告的起诉行为能够成为下一步诉讼行为的基础,比如为被告答辩提供明确、具体的“靶子”从而形成争点,并为审前调解或证据准备提供具体、明确的目标。依据这样具体的要求对起诉状的内容进行形式审查,既吸收了现行第119条规定的“原告与本案有利害关系”起诉要件的精神实质——防止与案件毫不相干的人滥行诉权,又将起诉审查仅限于形式审查而不必将原告适格问题的证明与裁定提前到诉答程序。

法院在立案登记后,应当立即向原告签发《立案通知书》,并列明法院收到的诉讼材料。形式审查不合格的起诉状,也应签发《补正起诉状通知书》,并列明需要补正的内容(可采用在格式化文书列明的选项上打勾等简便方式);补正后的起诉状经法院审查合格,则应进行立案登记,并以当事人提交合格的起诉状的时间作为计算诉讼时效的节点。当然,简易程序乃至基层法院的案件都可不在上述范围内,而可以根据第133条的规定,直到审前准备程序的争点归纳环节一并进行。

(二) 诉的通知与答辩义务

根据新法第125条规定,法院应当在立

^①美国最新的两个里程碑案例(Ashcroft v. Iqbal, 556 U.S. 662 (2009); Bell Atl. Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544 (2007))明确地支持了这种实践,不过被猛烈批评为诉权保障的历史倒退。参见张海燕的《进步抑或倒退:美国民事起诉标准的最新实践及启示——以Twombly案和Iqbal案为中心》一文,见《法学家》2011年第3期。

案之日起五日内将起诉状副本发送被告。考虑到简易程序和先行调解的相关规定,诉的通知可以采取简易通知和正式送达两种方式,比如在法律规定的立案后五日内,先尝试电话、短信、口信等简易送达方式。简易送达成功且当事人同意先行调解的,可到法院接受调解并签署送达回证;自立案登记起五日内进行简易送达,而简易送达不成功或当事人未签署送达回证的,法院应当在五日届满前将起诉状正式发送被告。

被告应当在收到诉讼文件之日起15日内提出答辩状或明确表达调解意向。被告同意调解的,不影响答辩期的计算。被告接受简易送达并补签送达回证的,送达时间以送达回证上记载的送达时间为准。

答辩状的内容,除应当依据第125条第二款列举当事人信息之外,还应当对以下主张和事实表明立场:(1)被告对受诉法院的管辖权有异议的,应当在答辩期内提出管辖权异议,否则依据现行法第127条第2款规定的应诉管辖制度,被告在答辩期届满后再提出异议的,法院不应支持,并且法院也不能依职权审查有无管辖权的问题;^①(2)被告对原告适格或被告适格有异议的,应当在答辩状中明确提出;(3)必须针对原告在起诉状中提出的诉讼请求和基础事实给予承认或否认的明确回应;(4)如果被告提出抗辩或反诉,则需要按照举证责任分配规则提出支持抗辩或反诉的基础事实,并列举基本证据,其标准与起诉状中“成立”请求权的标准相同。

被告不在答辩期内提交答辩状的,或答

辩状未对起诉状中提出的权利主张或主要事实主张进行明确回应的,应当承担因此给对方和法院造成的程序拖延成本,比如为此增加一次或几次开庭产生的费用(包括诉讼费用和对方当事人的律师费、差旅费、误工费等)。^②

(三) 先行调解、实质审查与驳回起诉

法院经简易送达或正式送达起诉状副本后,当事人双方同意调解的,法院应当及时主持调解。立案庭自起诉状副本送达之日起30日内调解不成的,应转入审理程序,但双方当事人书面申请法院延长调解时间的除外,延长的调解时间不得超过30日。

被告提出管辖权异议的,法院应在收到管辖权异议之日起15日内作出裁定。法院认为不符合管辖权要件的,或者需要查明事实才能作出裁定的,应当举行听证。受诉法院经审理认为管辖权异议成立的,法院裁定将案件移送给有管辖权的法院;认为不符合移送管辖规定的,裁定驳回起诉。法院经审理认为管辖权异议不成立的,裁定驳回异议,案件转入审理程序。当事人对上述裁定不服的,均可以提起上诉。上诉法院经审理认为下级法院没有管辖权的,裁定将案件移送给有管辖权的法院;上诉法院认为不符合移送管辖规定的,裁定驳回起诉。

在法院就管辖权异议作出裁定之前,当事人双方同意调解的,经被告书面放弃管辖权异议,法院可以主持调解。调解时间仍自起诉状副本送达之日起计算,30日内调解不成的,应转入审理程序,经当事人双方书面申

^①原告增加或变更诉讼请求的,被告对于增加或变更的诉讼请求应另行享有答辩期,在新的答辩期内应享有与初次答辩期同样的管辖异议权。

^②也可以参照适用第65条关于逾期举证的规定承担逾期答辩的法律后果。不过由于第65条本身就存在程序性制裁思路单一、裁量权过大等缺陷,故笔者未提及这一方案。

请可以延长调解时间,但延长不得超过 30 日。

关于原告和被告主体资格的异议,现行法第 119 条采取了区别对待的标准,已如前述。笔者在立案程序改革方案中遵循这一法律精神,但在程序环节的技术安排上进行了变通,即通过对起诉状内容的明确要求,从而变相对原告资格的形式审查适用了“与本案有利害关系”的主体适格标准,只不过将证明和实质判断留给了审理程序,从而保持了原、被告主体适格的审查程序应当具有的规范性,并且避免不同程序环节交叉审查当事人适格问题导致的程序低效。实际上,现行司法实践虽然实行实质审查模式,但在没有被告参与的立案程序中不可能将原告不适格的案件一网打尽;而且当事人适格问题往往需要通过听证并提出证据才能加以证明,甚至有时与实体责任认定难分彼此(以至于侵权纠纷中“裁驳”与“判驳”之争成为法律界永不消停的经典争论)。因此,将当事人主体资格的异议与实体答辩主张同样放在审理程序中裁处,则上述诸多问题都迎刃而解了。为了避免无辜被告“陪审”到底的讼累,在审理程序中可将当事人适格问题做为先决问题作出中间裁判,对原告或被告不适格的裁定驳回起诉,并允许当事人选择提起中间上诉或终局上诉。这在商事仲裁中已有大量实践基础,在诉讼制度上也未突破现行法关于驳回起诉及其救济途径的基本规定,只不过在司法管理上由立案程序转入了审前程序或直至审理程序,而在理论上将先决问题的裁定归入了中间裁判而已。^[1]

(四) 诉答程序与审前程序的相对界分

在诉答程序就诉讼标的和基础性事实表明立场和形成争点之后,审前程序就可以展

开有针对性的证据开示/披露,从而为庭审进行程序准备了。尽管诉答程序与审前程序在争点整理、证据收集和案件分流的功能上会有一些交叉,甚至在实行阶段性审理的德、日模式中,这些功能在两大程序中似乎是交替进行、交互推进的,但诉答程序与审前程序之间仍有相对清晰的功能分工和侧重。

诉答程序的内容和功能主要是:通过原告起诉而在形式上启动程序并取得诉权时效证明;通过向被告送达而全面开始诉讼程序;通过规范原告起诉状的内容和强制要求被告答辩而确定诉辩主张(包括诉求/抗辩主张和基础性事实主张),从而确定诉讼标的/裁判对象和证明对象。审前程序的内容和功能则主要是:针对诉答程序中明确形成的诉辩主张和事实主张收集证据,并进一步就支持上述基础事实主张的非要件事实提出主张、形成争点、收集证据。在下列图 I 中,诉答程序要完成的是 A 和 B 两个层面的主张责任。与此相应,审前程序要完成的主要是收集证据(D)。

如果当事人在诉答程序中就要件事实主张没有争议,则不需要收集相应证据,因而可以直接就法律问题(即直接依据法律就诉讼请求)作出裁判,这类案件分流式的裁判可能在诉答程序也可能在审前程序中作出。或者,如果当事人能够获取支持其部分或全部要件事实主张(C1)的直接证据(D1 + D2 + D3……),则不需要提出非要件事实(C2)或收集相应证据,因为根据这些直接证据即可认定要件事实、适用相应法律规范(B)作出裁判(A);但实践中这种情形几乎是不存在的,^[2]往往当事人为了支持本方的要件事实主张,还要提出非要件事实主张并收集相应证据加以证明,并且双方在证据开示、披露等

证据收集与交换的过程中,还会不断就这些非要件事实主张达成一致或者形成争点,从而形成进一步证据收集的目标和证明对象。

A 请求/抗辩→B 请求权基础→C1 要件事实→C2 非要件事实→D 证据

(图 I: 程序运行的逻辑)

A 请求/抗辩←B 法律规范←C1 要件事实←C2 非要件事实←D 证据

(图 II: 证明与裁判的逻辑)

由此可见,诉答程序与审前程序虽有交叉,但功能界分也是相对清晰的。即使在德、日模式中,复杂案件也可通过书面诉答文件交换就争点形成大致框架,只是更具体的争点形成需要通过审前程序的阶段性审理(预备庭)进一步完成。但无论如何,裁判对象和证明对象都会在主开庭日之前形成,除非出现因中间裁判对法律关系的性质作出不同于诉的主张的结论,否则最低限度也不会出现主开庭日后变更诉讼标的和要件事实主张的情形。^①

与此同时,双方在诉答程序中表明态度——承认抑或否认,不仅形成“争议”和证明对象,而且可能形成和解或免证对象(自认)。诉讼程序的运行目的是解决争议,因此当事人在哪个层面、哪个问题、哪个环节上表明了一致立场,则意味着双方在这一层面、这一问题、这一环节上没有争议,因此也就没必要就此走向下一程序阶段。如上图所示,如果被告对于原告的全部或诉讼请求(A层面上)没有异议,则被告的认诺意味着当事人就诉讼标的本身已经达成了部分或全部的和解(或调解)协议,相应的诉讼程序也就

不必进入下一阶段了;如果被告虽然对原告的诉讼请求有异议,但对原告的请求权依据(B层面上)以及支持其请求权规范的要件事实(C1层面上)中的一个或两个没有异议,则不需要提出证据(D层面)加以证明,也不需要提出非要件事实(C2层面)并加以证明,因此不需要就该项事实进入举证和证明的程序环节。

这个不断表明立场且要么达成共识要么形成争点并形成合意或准备证明的过程,也正是一层一层地减少争点,一步一步地推进分流案件的过程。这个过程从诉答程序开始,到审前程序中基本完成,从而为庭审程序的聚焦辩论和高效审理做好充分准备。

这样的图景正是我国《民事诉讼法》意图通过第133条表达和实现的审前案件分流功能。然而,如果不进行形式审查与实质审查的分化,不将原告之诉与被告之答进行程序整合;如果对起诉状的内容和答辩的期限没有强制性要求;如果不依赖诉答程序与审前程序功能的相对界分与协调运行,一句话,如果不能在诉答程序中表明立场和固化争点,那么先予调解、审前准备或案件分流都缺乏必要的基础和前提。只有理顺程序逻辑,调整程序结构,才可能实现程序功能,落实立法宗旨。

参考文献:

- [1] 傅郁林. 先决问题与中间裁判[J]. 中国法学, 2008(6): 155-169.
- [2] 纪格非. “直接证据”真的存在吗? 对直接证据与间接证据分类标准的再思考[J]. 中外法学, 2012(3): 594-606.

^①关于中间裁判的详细讨论见傅郁林《先决问题与中间裁判》一文,载于见《中国法学》2008年第6期。

The Function and Structure of the Case-filing Procedure of Civil Proceedings: a Reconsideration

FU Yu-lin

(*School of Laws , Peking University , Beijing 100871 , China*)

Abstract: The case-filing procedure is probably the most disorganized part of China's civil proceeding system. Since the 2012 "*Amendments to Civil Procedure Law*" was formulated within the old framework, it fails to balance the call for political harmony, the need to ensure the right to appeal, and the demand for greater legal efficiency. The disorganized nature has caused many practical problems and theoretical dilemmas, affecting both the structure and function of the procedure. For example, the mixed review system makes it difficult to determine the starting point of effectiveness of a prosecution; the court prosecution review system often interrupts the pleading and defense process between the prosecutor and the defendant, thus damaging both the right to appeal and the procedure's efficiency; the absence of legal restraints during the period when one has the right or the obligation to defend not only affects the justice of the procedure but also reduces its efficiency; and the difficulties in pretrial mediation works against its overall purpose. Based on the principles and objectives of the new law, through legal interpretation and judiciary reform, efforts could be made to clearly define the law-filing, pretrial and even pre-litigation procedures and then properly connect these stages, so as to ensure the fulfillment of the fundamental objectives.

Key words "*Amendments to Civil Procedure Law*"; case-filing procedure; legal interpretation; judiciary reform

(责任编辑: 李孝弟)