

我国发回重审制度之价值层面反思

——以民事诉讼为研究范畴

奚玮* 何艳芳**

摘要：我国民事诉讼中的发回重审制度在制度设计和制度运作中均存在诸多瑕疵，致使其功能无法得到充分发挥，民事程序价值在该制度中难以彰显。制度要有生命力就必须与时俱进，但前提是要发现制度中所存在的“病因”。对于发回重审制度而言，只有以程序价值的多个角度为“搜索引擎”去“搜索”制度所存瑕疵，才能最大限度地发现和改造程序瑕疵。

关键词：发回重审；程序价值；程序瑕疵

发回重审制度在我国三大诉讼法中均有相应的规定，但基于制度本身和实践运作方面的缘由，该制度瑕疵日益凸显，其设立之初衷在实践中频显异化。在分析发回重审制度之前，我们不妨打一个形象的比喻。一名外科医生要对病人进行手术治疗，他不能在发现病因的情况下，就对病人的身体任意地手术，而必须在依据一定的医学逻辑和知识，并结合固有的医疗经验得以发现病因的前提条件下，方能提出一个有效的治疗方案，做到有目的地手术，从而达到救治病人的目的。解决某项制度存在的问题也一样，要对一项制度“动一次大手术”，这前提就是要能够将这一“手术对象”身上存在的“病变”处找到，否则就显得有些盲目。我们都知道发回重审制度“生病”了，要“治好”该制度就必须发现现存的问题，而发现问题的过程事实上也就是反思该制度存在的弊端的过程。一项制度如果期望能够长远、正常并且有效地运作下去，就必须能够为人们所真正广泛地接受和认可，避免被随意“说三道四”。回避存在的问题不是支持一项制度的明智之举，而应当在发现问题的基础上，与时俱进，开拓创新，完善制度，从而赋予其生命力和说服力。既然反思、发现制度所存在的问题如此必要，下面我们就“像剥笋一样”将发回重审制度存在的瑕疵揭露出来，并期望找到一条能使该制度有效运作的路径。尽管三大诉讼法所规定的发回重审制度均存在较多问题，但为了论述的方便，本文仅以民事诉讼的程序价值为研究范畴加以分析。

一、分析对象：发回重审制度的立法现状与理论定性

关于发回重审制度，《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称“《民事诉讼法》”）第153条第1款（3）、（4）项规定了二审法院裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审的两种情形，即：一、原判决认定事实错误，或者原判决认定事实不清，证据不足；二、原判决违反法定程序，可能影响案件正确判决的。《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》（以下简称“《意见》”）对发回重审制度亦进行了规定，主要有两个方面：一是二审程序中的发回重审。《意见》第181、182、183、185、187、188、189条主要是关于二审程序中发回重审情形的规定，包括违反法定程序的发回重审、特定条件下调解不成发回重审和不适用发回重审的情形等。二是再审程序中的发回重审。《意见》第210、211条主要是关于再审程序中发回重审情形的规定，包括一、二审判决违反法定程序的发回重审和一、二审因遗漏当事人且再审调解不成的发回重审。

我们认为，在反思上述关于发回重审制度的法律规定存在的问题之前，有必要对二审、再审程序的性质进行理性的考察。首先，我们考察一下我国二审程序的性质。关于二审程序的性质，理论上大体有三种学说。一种是复审制说，认为二审是对案件的重新审理，与一审无关，二审法院应重新收集、调查证据，并在此基础上作出裁判；一种是续审制说，认为二审是对一审程序的继续和发展，且不局限于一审的材料，允许当事人提供新的证据；还有一种是事后审制说，认为不应允许当事人在二审中提出新的诉讼资料，二审只对一审适用法律是否恰当进行审查，而不审查一审法院所认定的事实。¹当前世界上大多数国家采用续审制，我国也不例外。既然二审是对一审程序的继续和发展，就不应轻易将已经进行过的程序再次“推倒”重来，而应自行解决一审未解决的问题，尤其是“事实不清，证据不足”的情形，而从前面的规定来看，我国二审欲行发回明显过于“轻易”。其次，我们再考察一下我国再审程序的性质。在我国，再审程序多被认为是两审终审制的补充，目的是增强纠错机遇，具有“事后补救”之性质，但我们认为，不能为了“补救”生效裁判的实体错误，而放弃应当尊重的民事诉讼价值，随意将案件发回原审法院重审，哪怕这种纠纷的解决确实可能违背了事实。通过以上考察，我们发现二审程序、再审程序中的发回重审均可以链接到我国通常所奉行的“实事求是”、“有错必纠”原则，即凡因事实认定和法律适用错误等原因裁判错误的案件，都依法予以纠正。尽管该原则存在诸多问题，如干预当事人处分权、软化既判力等等，²但我们并不主张摒弃该原则，因为“有错必纠”的确是理想的司法原则，我们只是主张不能为了实现“理想”而“轻易”损及对当事人更为实际，当事人也更为信服的民事诉讼程序价值。

二、价值“引擎”：搜索发回重审制度之瑕疵

考察我国历史，我国古代无论是在立法规定还是在诉讼理念上，程序存在的意义从未得到足够重视，案件事实的查清通常是以“打五十大板”为前提的。近代尽管开始引进西方先进的法律机制，但因为历史传统、思想顽固和办事习惯等原因，程序价值往往被软化。即使在现代，“重实体轻程序”的观念在实体法学界仍然较为普遍。我国现行法律和司法解释有关民事诉讼程序的规定也仍然表现出了诸多忽视程序价值的现象。一般认为，民事诉讼程序的价值分为目的性价值（内在价值）和工具性价值（外在价值）。前者包括程序自由价值、程序公正价值和程序效益价值等具体形态。后者包括实体公正价值、秩序价值等具体形态。³但按照陈桂明教授的观点，程序安定乃诉讼制度首要的基本价值取向。⁴关于民事诉讼程序的价值，我们将在以下的分析中具体展开。在具体分析之前，需要说明的是我国二审程序中的发回重审制度所存在的问题主要在于制度运作过程中，而再审程序中发回重审制度所存在的问题则主要存在于制度设计上。但基于解读之便利，我们在分析现行制度所存瑕疵之时，并不作明确区分。此外，发现制度瑕疵就如同在“网络空间”搜索自己所需信息一样，需要一个“搜索引擎”，我们知道在门户网站里有很多搜索引擎，如搜狐、新浪、雅虎等，甚至还有一些专门的搜索引擎，如 Google 等，当我们把关键词输入后往往就能找到我们所需要的大量较为相关的信息，然后在这些信息里可通过“在结果里再搜索”以缩小范围找到所需要的最为相关的信息。我们对发回重审制度的反思应该以“价值”为搜索引擎，以“瑕疵”为关键词，再缩小范围于“发回重审”就可找寻到我们所需要的制度瑕疵。下面我们就以程序价值为主线，从民事诉讼之程序安定、程序公正、程序效益以及程序自由价值等多个角度，并结合现有规范，反思发回重审在制度设计和制度运作中存在的瑕疵，从多个价值角度分析犹如从多个“搜索引擎”搜索，以期最大限度找寻所需信息，即发回重审制度的瑕疵。为表述之方便，我们将运用的每个“引擎”（价值）作为每一个部分的标题，将“搜索的结果”（程序瑕疵）列于该部分之下。

（一）程序安定价值

陈桂明教授认为，程序安定应当成为民事诉讼制度的价值取向，而且在与程序公正和诉讼效益的比较中，还可以取得独立的、基本的、首要的地位，即认为程序安定是诉讼制度首要的基本价值取向。程序安定是指民事诉讼应依法定的时间先后和空间结构展开并作出终局决定从而使诉讼保持有条不紊的稳定状态。程序安定的基本要素包括：程序的有序性；程序的不可逆性；程序的时限性；程序的终结性；程序的法定性。其中涉及发回重审制度的主要是程序的不可逆性和程序的终结性。另外，程序安定总体来看

包含两个层面的内容即程序规范的安定和程序运作的安定。⁵我们不论该理论在学界是否存有争议,仅以此作为分析发回重审制度所存瑕疵的一项工具,正如某个并不大的“门户网站”网站的搜索“引擎”一样,我们仍然可以利用其搜索所需要的东西。从程序安定价值的角度来说,我国发回重审制度无论在程序规范还是在程序运作方面都不乏违背程序安定价值的情形。从先后顺序来看,程序正是因为有了终结性,才有不可逆性。所以我们就以此顺序进行分析。

首先,从程序的终结性角度来看。程序的目的是功能形成“决定”,一组程序活动只能作一次性的决定,决定一经公布,即具强制力、既定力和“作茧自缚”效应,非依审级规定进入另一组程序,决定不得“轻易”变更。程序开始于申请,而终止于决定之生效。程序的终结性要求法院作出终审判决后,不得随意启动重新审理程序。这体现了国家的公权性、强制性和权威性,而且程序的终结使得诉讼各方迅速及时摆脱讼累。“判决一旦作出,法官就不再是法官”,法官得以从他处理的争议中摆脱出来。⁶而且“如果一种争端解决程序总是因同一事项而被反复启动,它是不能成为程序的”。⁷存有争议、不确定的民事法律关系被提交给司法机关就是希望通过法律程序及时确定,如果已经过的诉讼程序反复被推倒重来,法律关系就难以得到最终确定,对于当事人来说,诉讼利益就无法实现。

其次,从程序的不可逆角度来看。所谓“作茧自缚”,无论是法院还是当事人,在案件正常审理程序中,其言行的表达和作出,即视为其意思的依法表示,而且言行一旦成为“过去时”,即使可以再行解释,但却不可推翻重来。“经过程序认定的事实关系和法律关系,都被一一贴上封条,成为无可动摇的真正的过去……一切程序参加者都受自己的陈述与判断的约束”。⁸从某种意义上说,程序事实上是一次重塑“过去”的机遇,经过程序运作的“过去”即为确定的“过去”。我们认为,就程序运作而言,二审程序中的发回重审制度违背了程序的不可逆性。因为在一审程序既然已经结束的境况下,当事人不得主张且法官也不能随意宣布案件已经过的程序归于无效。我们不应告诉已经饱受讼累之苦的当事人:“不好意思,事实没有查清楚,重新来一遍”。司法实践中,“重新来一遍”还是“事实不清”,然后“再来一遍”的现象极为普遍,“一遍又一遍”的“煎熬”和折腾使得当事人不堪忍受,有的当事人甚至干脆请求法院判决自己败诉,以图解脱。再审程序中的发回重审更是违背程序的不可逆性。因为就再审程序中的发回重审而言,案件裁判既已发生法律效力,就不应任意撤销,我们不能为了追求“回复”真实,放弃法律程序运行完毕的既定效力,而对同一诉讼标的反复进行审理,使已成为“历史”的一、二审程序由另一组审判人员再审一次。一个案件经过程序终结认定,案件事实即具有确定性,就被“贴上封条”了。从程序运行的意义角度看,程序运行之前案件事实处于不确定状态,而且正是由于事实不确定,纠纷才会发生,司法程

序才会启动。当事人自愿通过司法程序解决纠纷应该理解为他们对司法程序是信任的，而作为司法机关自身更应信任自己。基于这两种“信任”所作出的终局裁判，不应“轻易”、“任意”被撤销，而重审、重判。一方面，再审案件的发回重审使法院权威和裁判威信降低；另一方面，上级法院将案件发回重审无异于让下级法院“自己打自己嘴巴”。可见，再审程序中的发回重审已无必要，因为再审程序已经启动，说明司法机关依职权已认识到案件存在的问题，这时没有必要再加大下级法院的司法强度，其完全可以直接在查明案件事实后予以裁判。

以上我们从程序运作角度分析了发回重审违背程序安定要求的情况。如果我们从程序规范的角度考察一下，我们会很容易地发现，我国现行立法关于发回重审的条件的规定存在诸多问题，在此部分我们仅分析其违背程序安定原则之处。这里需要谈到的是当事人的责问权问题。所谓当事人的责问权，是指当事人对人民法院或对方当事人违反法定程序的行为提出异议并主张无效的权利。当事人在知道或应当知道违反有关法定程序规定的情况下，如果不立即陈述异议时，除不得放弃的权利之外，则丧失对此陈述异议的权利，即为责问权之放弃。⁹我们认为，就二审程序发回重审而言，即使一审中存在《意见》181条（4）项“其他严重违反法定程序”的情形，如果当事人放弃了责问权，则在二审阶段法院不得因此而发回重审。当然对于违反《意见》181条第（1）、（2）、（3）项规定，该回避的未回避，该开庭的未开庭，普通程序该传唤未传唤而缺席审理之时二审阶段应当将案件发回重审，因为这时所产生的结果必然使人“确信”结果是不公正、不正确的。而对于“其他严重违反法定程序”的情形既然没有明文规定，是否可能带来错误结果须待法官自由裁量，则应当将此项规定视为“并不必然”产生不公正、不正确的结果，反过来，既然并不必然产生不公正、不正确的结果，二审阶段法官完全可以自行纠正并加以裁判，无需发回重审致使程序安定受损，尤其是在当事人放弃责问权的情况下，更不应当发回重审。就再审程序发回重审而言，无论违背的是181条前三项规定还是违背“其他严重违反法定程序”的情形，均不应当发回重审，这时发回重审，易导致“永无止境”情形出现，违反程序安定原则的要求。

（二）程序公正价值

程序公正是个永恒的话题。通说认为程序公正价值包括：程序参与原则、当事人平等原则、程序公开原则、程序维持原则以及法官中立原则。¹⁰发回重审制度所涉程序公正价值要求主要是程序参与原则、当事人平等原则、程序公开原则以及程序维持原则，其中程序维持原则已被程序安定价值所包含，在此不再赘述，这里仅从前三项原则角度分析发回重审制度在程序公正价值之“搜索引擎”下发现的瑕疵。

首先，从程序参与原则角度看，该原则的核心内容即为：当事人必须具有影响诉讼

过程和裁判结果的充分的参与机会。从诉讼程序动态过程来看，“裁判必须以当事人在诉讼中提供的信息记录为基础”，也就是说，当事人在法院作出严重影响他们权益的裁判之前，应有充分的机会表达自己的意见、观点和主张。¹¹我们认为，只有当事人的参与确实有效影响到了诉讼过程和裁判结果，我们才可说程序参与原则得到了贯彻，反之，如果当事人的参与与否并不能实际影响到裁判结果，那么就实际侵害了程序参与原则，并最终软化了程序公正价值。长期以来在司法实践中，上级法院审理二审和再审案件裁定发回重审时，一直沿用另附内部指导函的做法，在发回重审裁定书中不具体写明发回的理由及相关事实、证据，而是在给下级法院的内部函中说明。这种做法在一定程度上讲是上级法院对下级法院的迁就护短，限制了各方当事人的诉权。由于受到了广泛质疑，已有地方开始探索新的发回重审程序，取消内部指导函。提出“内部指导函”问题，主要是因为这种内部函作出后，下级法院无可选择，只能遵循上级法院的“指示”，而且这是最为现实的选择。对于下级法院来说，基于上级法院的终审权，如果不遵循上级法院的意见，在案件再次进入二审之时，则极为可能被直接改判或再次发回重审，同时，下级法院不遵循上级法院内部函意见而“擅作主张加以裁判”则可能被视为“给面子，不要面子”。而且现在许多地方法院都将上诉率、改判率、发回率作为考核法官的指标，某些法院甚至实行发回重审改判案件点评制，并作为庭室年终考核的一项内容。近年来建立的国家赔偿制度和“错案追究制度”使法院行政化，负责承担的职业风险越来越大，而法官个人的经济收入、升迁前途甚至命运与案件的处理情况有着越来越多的联系，这使的作为承办人的法官从主观上就愿意将这种职业风险加以转移。由此导致一、二审法官关系紧张，使内部请示盛行，一审法官为了减少案件风险系数，对自己感到疑难的案件，就向上级法院进行请示或报核，然后按照下级法院的答复意见作出判决；而二审法官对于关系复杂、矛盾尖锐，比较棘手或受外界关注较多，甚至根本就没有进行认定就干脆将案件发回，以此推脱责任、回避矛盾。同样因为此类背景，一些二审法院在审理过程中即使发现符合发回重审条件，为了顾及下级法院的感情或者相关业务庭、个别法官的利益，而不直接发回重审（相反，上下级法院法官之间因有“过节”而发回重审的情形，虽是笑谈，然实践中确有存在），于是乎，发回重审的“变种”——“发回继续审理”应运而生。在此情形下，下级法院当然会领情，遵循“发回继续审理的内部指导函”作出一审裁判。无论是“发回重审内部指导函”还是“发回继续审理内部指导函”均变相地剥夺了当事人的审级利益，这种看法的理由在于：一是当事人对程序的参与并不能对裁判结果产生实际的影响；二是因为有了“内部指导函”，下级法院会按照上级法院的“意思”裁判，那么案件即使进入二审阶段也不会被改判，当事人的审级利益被现实地剥夺得“荡然无存”，也使二审制变为事实上的一审制，这时当事人即使上诉，由于已发指导性意见，二审时发现案件有错也难以纠正。

其次，从当事人平等原则角度来看，运用法律程序解决纠纷须强调对各方当事人权利的平等保护和平等对待。我们知道发回重审制度是基于“有错必纠”原则而设立的，为了追求实体的公正，而将已经过的程序推倒重来一遍。在我国，司法往往用“天平”来形容公正，而这只能是相对的。试想，如果我们将一个现实中的天平精确一下，很多都是很难达到真正的平衡的，这种被认为视为平衡的天平，事实上只是相对的平衡。一度我国很多地方法院的建筑，都采用“天平式”的建筑样式，有的或许因为建筑质量问题，出现“天平”两边不“平”的现象，曾有当事人对某地法院裁判的案件不满就说：“你连办公楼都是倾斜的，案件判决能公正吗？”现实中的天平和“天平式”建筑证明平衡只能是相对的，如果引申到案件裁判的角度来说，案件的审判的公正也只能是在现有证据的基础上的“相对公正”，追求那种绝对的公正，在司法实践中来说是不现实的，就人的认识能力来说也是不可能的。我们分析“天平”的平衡只是相对平衡，认为案件裁判只能是“相对公正”，并非无的放矢，主要目的在于说明诉讼过程或裁判结果必然是倾斜于某一方当事人的，不可能绝对的平衡，也不可能无任何倾斜。既然如此，由于发回重审对当事人来说，不可能能够绝对平等保护双方当事人的利益，一方获得了“好处”，另一方可能就要遭受损失——本不应该重新开始的程序“重来一遍”，导致讼累增强、诉讼成本加大、陷入无休止的“诉讼技术”活动之中。其实这很容易理解，已经过的程序可能利于这一方，如果“重来一遍”就可能倒向了另外一方，而这很显然并非发回重审制度所设立的初衷。在再审程序中，本来案件裁判已经生效，法律关系已处于确定和稳定的状态，而这时如果或因抗诉或因一方当事人申请或因法院自行再审并决定发回重审，使正在“欢喜”或正在“喘气”的各方当事人顾不上“欢喜”和“喘气”，并被告知：发回重审。（眼下之意，“你不要高兴的太早，也不要急着喘气，还没完呢，重头来一遍”）当然，在发回重审之后，可能保护了某一方当事人利益，所谓的“错误”也被纠正了，但就此侵害了当事人享受平等保护和平等对待的权利，对当事人体现了事实上的不平等。

最后，从程序公开原则角度来看，此原则要求民事诉讼的每一阶段和每一步骤都要以当事人和社会“看得见”公正的方式进行，程序公开原则长期以来被视为程序公正原则的基本标准和要求，英国法谚：“正义不但要伸张，而且必须眼见着被伸张”（Justice must not only be done, but must be seen to be done）。司法审判的民主化程度越高，程序的公开性也越高，反之，司法审判越具有专制特征，程序的秘密性越强。¹²司法实践中，很多地方法院，尤其是中级法院，发回重审的裁定很多是在案件未进行再次开庭审理的情况下直接作出的，其间并不征求当事人的意见，这类裁定有的是以“审判委员会讨论决定”的名义直接作出的，有的是以合议庭的名义作出。总之，对于当事人来说，案件的发回重审是在秘密的环境之下作出，通过秘密的渠道（夹着“内部指导函”）传达至

下级法院，这时当事人才会知晓自己上诉的案件“又回来了”、已经生效的案件还没生效。发回重审的这种“暗箱操作”运作程序，违背了程序公开原则，也有违程序公正。

（三）程序效益价值

民事诉讼程序效益价值仅是研究程序价值的一个角度，我们不能以程序效益价值取代程序公正价值的地位，我们应该抱着“在坚持程序公正价值的前提下，重视程序效益价值”的态度去研究程序效益价值。关于程序效益价值问题，肖建国博士在其《民事诉讼程序价值论》一书中已作深层次探讨，在此，我们仅就发回重审制度所涉程序效益价值问题进行分析。程序效益价值事实上是诉讼成本与诉讼收益的函数比值大小问题。程序效益价值的实现，从成本降低的角度看，要求降低诉讼费用和律师费用，尽量缩短诉讼周期，简化诉讼程序；从收益提高的角度看，运用诉的主、客观合并的程序技术手段，尽可能利用有限的诉讼空间来容纳更多的当事人或诉讼请求。这里我们先对程序效益与诉讼效率加以澄清。有观点认为，程序效益与诉讼效率是相等同的。¹³事实上，二者是不可在同一意义中使用的，诉讼效率是指程序主题以最快的速度终结案件，它强调以最少的时间耗费来解决纠纷，可见，二者的关系系种属关系，我们不能以属代替种，更不能将二者等同，即诉讼效率只反映了程序效益内涵的一个方面即时间方面的内容，而程序效益这个概念的内涵是一个有机部分，并不能与诉讼效率相等同。关于发回重审制度违背程序效益价值的问题，我们主要从诉讼成本降低的视角来分析。

首先，从降低诉讼费用和律师费用的角度来看。发回重审可能意味着诉讼费用的增多。《最高人民法院关于发回重审后原审时未上诉一方当事人提出上诉应否交纳案件受理费问题的批复（法[1998]41号）》规定：“《人民法院诉讼收费办法》第十七条规定：‘第二审人民法院发回重审的案件，预交的上诉案件受理费不予退还；重审后又上诉的，不再预交案件受理费。’这里所指重审后又上诉的，是指原审时提出上诉的一方当事人重审后又上诉的，不包括原审时未上诉而重审后提出上诉的当事人。按照《人民法院诉讼收费办法》第十三条第二款的有关规定，‘上诉案件的诉讼费用，由上诉人向人民法院提交上诉状时预交。双方当事人提出上诉的，由上诉的双方当事人分别预交。’原审时，提出上诉的当事人已经预交了上诉案件受理费，第二审人民法院发回重审时并未退还，所以重审后又提出上诉时，应不再预交；而原审时未提出上诉的当事人，重审后提出上诉，是该当事人第一次行使上诉权，则应当按有关规定预交上诉案件的诉讼费用。”而反过来，我们知道就本已服判的当事人来说，其并未上诉，但因发回重审致使原判被逆转，其利益受损，而不得不或者说被逼上诉，因为对于他来说，如果不上诉利益必然受损，所以哪怕“有一线希望，也不放过”，从而导致事实上原先未上诉的当事人无端遭致诉讼成本增大，交纳本不需要交纳的上诉费。然而，从另一个层面来看，由

于发回重审的案件多是有“内部指导函”的，所以上诉意义并不是很大，所以对于原先未上诉而待发回重审作出判决后再行上诉的当事人所交的上诉费“打了水漂”，即使没有“内部指导函”，即使其胜诉，他这些无端交纳的上诉费“转嫁”到了另一方当事人。总之，对整个案件的诉讼成本的角度来看，发回重审带来了当事人诉讼成本的加大。

至于律师费用，对于二审阶段的发回重审而言，本可在二审终审，却被发回重审，无端使当事人多花律师费去请律师代理重审；对于再审阶段的发回重审而言，本已终结的案件，被发回重审，致使当事人的律师费成倍的增加。这增加的部分，显然使当事人的负担加重，因为在我国，法律并不没有像德国一样将律师费纳入诉讼费用范畴直接裁判由败诉方当事人承担。这样，为了在发回重审中不致处于绝对不利益的地位不得不再次聘请律师代为参加诉讼，而这些费用本身都是不应该产生的。即使发回重审裁判并未改变原裁判的格局，原有利当事人的已无利可言。

其次，从缩短诉讼周期的角度来看。顾名思义，诉讼周期应当是从诉讼程序启动至诉讼终结所应经历的时间过程。立法上就案件所可运行的时间进行了普遍、一般性的规定；司法实践中，个案经历的时间因案件疑难、复杂程度不同而有所差异。但这种差异只能在正常诉讼程序的条件下发生，应当具有共同性，不能因非常程序而导致其出现。发回重审制度实际上就是在正常的一、二审程序之外，无端延长了诉讼的周期，尤其是在再审程序阶段的发回重审，使得当事人的诉讼成本大量增大。同时诉讼周期的拖延也造成了法律秩序的不稳定，削弱了当事人求诸诉讼的动机，贬损法律秩序的威望以及社会对司法程序的信心。

最后，从简化诉讼程序的角度来看。从世界各国诉讼程序的演变来看，总体上表现的是由繁到简的过程。20世纪60年代以来，西方国家进行了新一轮的程序改革，这次改革的主要内容即是简化诉讼程序。而在我国尽管也就一审程序的简化作了一些努力，如《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（法释〔2003〕15号）》的出台，便体现了民事审判方式改革就一审阶段所取得的成果，但二审阶段的改革还未取得多大进展。事实上，二审和再审中的发回重审实际使诉讼更加复杂化了，本可由上级法院查明案件事实加以裁判的案件却被发回下级法院重审。诉讼程序的复杂化不仅使当事人的诉讼成本加大，而且也使法院的司法强度加大，司法成本被提高。

（四）程序自由价值

程序自由价值反映了民事诉讼程序价值的主体性尤其是个体性。程序自由应当是个体的自由，个体存在的基本结构，个体自由的根本标志在于程序价值主体合乎目的地支配民事诉讼程序，选择、判断和接受民事诉讼程序。程序自由不是程序价值主体的片面需求得到满足的安逸状态，而是人的全面需求得到充分发展的状态；程序自由不是摆脱

程序限制的主观随意,而是不断地将程序内化为程序价值主体的自身力量并意志自由外化为行为自由的现实过程。¹⁴程序自由价值主要体现在:一是人民法院的独立审判权应受保障;二是当事人的诉权和诉讼权利不受审判权的压制和侵犯;三是程序价值主体的选择自由应受保障。发回重审制度无论是在程序规范还是程序运作中均存在违背程序自由价值的方面,下面就将在程序自由价值之“搜索引擎”下发现的程序瑕疵展现出来。

首先,发回重审制度有损人民法院的独立审判权。说到独立审判权,从横向的角度来看,影响到独立审判权的主要来自于党政领导、亲朋好友、舆论媒体导向等等。我们同样同意诸如舆论媒体的确能引致“众口铄金”效应而致使法院基于社会影响和社会稳定的“大局”,而决定将案件发回重审以期让下级法院将案件再审一遍,从而实现“铁案”目的。至于党政领导影响,则较为常见,很多案件的发回重审都是“政治”影响的结果,这在中国司法实践中是“公开的秘密”。从纵向来看,影响到审判独立的大体是因为两类“指示”,即:上级法院对下级法院“指示”要求发回重审和上级法院直接在作出发回重审裁定的同时“指示”下级法院裁判。在我国,尽管审级制度实行的是四级两审终审制,上、下级法院被法律定位为“监督关系”,但迄今为止,实际运作中仍具有相当的行政隶属色彩。这严重地影响了法院的独立审判,扼杀了法官的“独立意志”和“自由精神”。司法实践中,上级法院对于下级法院正在办理的个别案件,以批复、通知、公函甚至非正式的电话指令等方式发出指示,将案件的裁判意见下达给下级法院,这几乎成为很多法院习以为常的事情。与此相对应,下级法院为求得判决的稳定,往往也在案件正在由其办理期间就揣摩上级法院的意见,甚至直接将案件“上报”给上级法院,以便事先获得上级法院的判决意见,从而避免案件的裁判结论最终被上级法院所撤销。可以说,这种“沟通”、“交流”甚至“请示”的做法,导致下级法院越来越缺乏独立审判的精神和传统。¹⁵可见,发回重审案件中,上级法院对下级法院的“指导”,无论是主动发出“指示”还是被动被“请示”所作出,很显然都有损独立审判的实现。因为从理性的角度来看,下级法院主动“沟通”(沟通方式比如有下级法院可以业务庭为单位在逢年过节之时宴请上级法院的对口业务庭,参加者多包括法官和分管副院长)、“交流”、“请示”往往是“被逼无奈”的选择,多是害怕大量案件被改判或者发回重审。

其次,发回重审易导致审判权对当事人诉权和诉讼权利进行压制和侵犯的现象。就二审程序而言,当事人上诉时往往对一审裁判进行了有些评价,这里面难以避免地存在一些不太客观的内容,甚至还有一些较为偏激的、带有人身攻击性的语言文字,我们认为,在当前的法治环境下,基于我国老百姓法律素质并不高的状况,这些还是能够理解的,作为代表国家行使审判权的人民法院在其未违背法律规定的情况下,应当“大度”、“宽容”地对待这些批评和不满,因为他们的这类评价多是从自身利益出发的,难免存

有误差，我们的司法机关应该让当事人知道，国家不会和他们纠缠于这些细节，会公正裁决案件，保障其诉权得到有效实施。但发回重审则可能打破这种格局，或者起码在观念上会使当事人无法摆脱心理阴影，案件发回重审之后，当事人会担心自己在上诉状中所表述的观点可能在重审中将使自己处于不利地位，或者其内心里就认为重审法院会“报复”。事实上，司法实践中，当事人在上诉状中对一审法院、法官和裁判的评价导致其于重审中的利益受到侵害的现象的确存在，这样就使得当事人的诉权受到了侵害，使当事人请求国家司法机关公正解决民事纠纷的权利得不到保护。

最后，发回重审干涉了程序价值主体的选择自由。程序的一切设置都是为了限制恣意、专断和过度的裁量。为了防止和限制恣意，我国实际采取了比西方国家更为严厉的措施，但效果并不好，因为我国在缩减恣意的同时也压抑了选择，而选择恰恰是程序的价值所在，事实上在我国选择与程序脱节，出现的局面是：当事人可以出尔反尔，任意反悔；案件可以一判再判，随时回炉；司法官可以先报后判，多方周旋。这一切实际上是一种新恣意。¹⁶在程序限制恣意的同时，新恣意却因限制恣意的程序而产生，实令人费解。发回重审裁定作出之前不考虑当事人的意思表示，不考虑当事人的诉讼利益，侵害了当事人的程序选择权。上级法院在作出发回重审裁定之前应考虑当事人是否合意放弃审级利益，由其直接审判，是为保障当事人的程序选择权。所以我们认为，即使一审裁判存在很大瑕疵，也应考虑到当事人的意愿，这样才能实际保护程序价值主体的自由。

三、 结 语

法律无论是作为制度要素还是文化现象，其萌芽和生长都必须植根于社会经济关系的土壤之中。一般而言，社会生活的变化决定了法律的变化，因此，法律必须贴近社会生活，法律也只有回应时代的要求才具有生命力。发回重审制度无论就其制度设计还是制度运作，都存在着“先天不足”的问题，随着审判方式改革的不断推进，其存在的问题日益暴露出来。本文较为形象地借用网站“搜索引擎”的功能，以民事程序价值为“搜索引擎”，“搜索”出发回重审制度所存的诸多瑕疵，当然任何“搜索引擎”都可能遗漏符合条件的结果，我们从多个“搜索引擎”（程序价值）入手去分析正是基于尽量接近所有瑕疵之目的。当然发现瑕疵不是根本目的，最为根本的还是完善制度，所以，本文仅是第一步，即发现了本土制度的不足，完善制度还需进一步比较和借鉴国内外的相关制度，对此我们将另文研讨。

*奚玮（1968—），男，汉族，安徽芜湖人，安徽师范大学政法学院副教授，中国政法大学诉讼法学博士研究生，主要从事民事诉讼法学与证据法学研究；**何艳芳（1980—），女，满族，河北保定人，西北政法学院诉讼法学硕士研究生。

¹ 参见江伟：《民事诉讼法（第二版）》，高等教育出版社，2004年版，第343-344页。

² 参见陈桂明：《程序理念与程序规则》，中国法制出版社，1999年版，第27-28页。

³ 参见江伟：《民事诉讼法（第二版）》，高等教育出版社，2004年版，第31页。

⁴ 参见陈桂明：《程序理念与程序规则》，中国法制出版社，1999年版，第2-8页。

⁵ 同上，第2-8页。

⁶ 参见沈达明编著：《比较民事诉讼法初论（上册）》，中信出版社，1991年版，第136页。

⁷ 参见陈瑞华：《通过法律实现正义》，载《北大法律评论》第1卷第1期。

⁸ 参见季卫东：《法治秩序的建构》，中国政法大学出版社，1999年版，第19页。

⁹ 参见刘敏：“论我国民事诉讼二审程序的完善”，载《法商研究（法学版）》2001年第6期。

¹⁰ 参见肖建国：《民事诉讼程序价值论》，中国人民大学出版社，2000年版，第177页。

¹¹ 同上，第183-186页。

¹² 同上，第186-189页。

¹³ 同上，第206-255页。

¹⁴ 同上，第96页。

¹⁵ 参见陈瑞华：《确保下级法院依法独立行使审判权》，载《人民法院报》2004年3月9日。

¹⁶ 参见季卫东：《法治秩序的建构》，中国政法大学出版社，1999年版，第61页。