

# 论我国民事审前程序之构建

齐树洁\*

**摘要:**审前程序具有明确争点、固定证据及促进和解的功能。为了达到民事案件审理集中化的目标,许多国家依据新的司法理念对审前程序进行了审理结构上的调整或改革。我国《民事诉讼法》规定了“审理前的准备”,但尚未形成独立的审前程序。为构建我国民事审前程序,应在司法改革的过程中,借鉴美、德等国的立法和司法经验,对证据制度、诉答程序、初步审理、法官释明权、多元化纠纷解决机制等进行相应的改革。

**关键词:**民事诉讼 审前程序 司法改革

民事审前程序一般是指民事案件当事人起诉之后至法院开庭审理之前的中间程序。对于“民事”的概念,各国法律中并无统一的规定。这种差异主要源于各国在法律划分方面的不同。大陆法系国家将法律区分为公法和私法两大部分,民法和商法都属于私法,但有的国家实行“民商合一”,有的国家实行“民商分立”。在英美法系各国,并不存在一个统一的“民事”法律部门,有关民商法范畴的法律关系由普通法和衡平法调整。近年来,在新的司法理念的影响下,各国诉讼制度的发展呈现出新的动向,其中较为突出的是日益重视对审前程序的改革与完善。

大陆法系各国秉承庭审中心主义的传统,审前程序的设置一般是基于提高诉讼效率的考虑,并将其功能定位于审理前的准备程序。因此,双方当事人交换主张、证据,整理争点,从而使案件达到适合判决的程度,构成了审前程序的主要内容。在英美法系各国,审前程序的产生最初是为了适应集中审理的需要,但在案件剧增的压力之下,它已经超越了原有的功能界线。立法者和司法者通过一系列的制度设计,促进当事人之间的信息交换,从而实现和解,将纠纷消化于开庭审理之前。现代审前程序的功能已绝不仅仅只是为法庭审判服务以保证

诉讼的顺利开展,它还提供了一个无须审判而结束案件的纠纷解决途径。从两大法系中具有代表性国家的民事诉讼的程序结构来看,美国法要求当事人在进入法庭审理前提出证据,除非有特殊情况,否则在开庭审理阶段不准许申请提出新证据。德国法也对原先所采取的随时提出主义加以严格限制,规定原则上只能在主辩论期日之前提出证据。随着两大法系国家间的交流与法律制度的相互借鉴,各国民事审前程序的设置和运作逐渐呈现出相互融合与趋同发展的趋势。审前程序在各国民事诉讼制度中发挥着越来越大的作用。近年来,在司法改革、构建和谐社会的新形势下,审前程序的构建逐渐引起我国司法界和学术界的重视。本文拟对构建我国民事审前程序的若干相关问题进行探讨。

## 一、司法改革与审前程序

每一项司法制度的设计和司法程序的运作都在一定程度上体现相关的司法理念及其价值观,民事审前程序亦未能例外。长期以来,民事审判程序的庭审程序作为诉讼程序的主体和核心阶段,对纠纷的解决始终发挥

\* 作者简介:齐树洁,厦门大学法学院教授、博士生导师,司法改革研究中心主任,法学博士,中国法学会民事诉讼法学研究会副会长。

着不可替代的作用,而有关审前程序的设置大多建立在如何为顺利、有效、及时地开展庭审活动服务的价值基点之上。但是,进入现代社会以来,随着价值观念的转变,审前程序的设置成为当今世界多数国家的共同选择。无论是英美法系国家还是大陆法系国家,普遍加大了对审前程序立法的重视程度,使得原本处于近似边缘化的一种前置性诉讼架构逐渐转变为甚至能够决定或排斥普通庭审程序的一套相对独立的体系,这在一定程度上也是追求诉讼民主、法官中立、诉辩平等对抗以及最大限度地实现诉讼效益等现代司法理念作用的结果。在各国的审判实践中,审前程序借由其功能,在保证庭审质量,提高庭审效率,鼓励当事人和解,促进诉讼活动顺利进行等方面发挥着重要的作用。

审前程序可以被描述为一个过滤程序,只有复杂的案件才必须走完整个程序。简单地说,审前程序有两个目标:一是使案件达到适合审理状态以促进诉讼;二是寻求替代性纠纷解决的可能。前者要求审前程序具有整理争点和固定证据的功能(即促进审理集中化),后者则以促进和解的功能为典型。

相对于审理散漫化,审理集中化具有以下优点:(1)有利于节省劳费,避免招致程序上的不利,具有促进诉讼的功能。(2)有利于提升裁判(事实认定)的正确性,发挥助益发现真实之功能。(3)有利于赋予当事人平衡追求实体利益及程序利益的机会,并提升当事人及关系人对裁判的信服度、接纳度。(4)有助于贯彻言词审理主义、直接审理主义及公开主义等原则,促使这些原则发挥应有的作用。(5)有助于提升审理的计划性,促使法院及律师业务管理均更加合理化。审理集中化的优点和功能,在某种意义上就是审前程序的优点和功能。因此,审前程序的构建对于实现审理集中化具有重要意义。

为了防止直接开庭审理所带来的种种弊病,保证直接审理主义和言词辩论主义的贯彻实施,有必要设立民事审前程序,使案件的有关诉讼资料在开庭审理前就予以集中,以保障双方当事人的对话交流,为案件的正式审理做好充分准备。实践表明,运作良好的审前程序能使双方当事人在庭审过程中充分施展攻击和防御,保证审理过程连续、集中的进行,同时也有利于庭审功能的发挥,防止案件拖延。但在我国,审前准备目前只是第一审普通程序的一个阶段,完全依附于庭审程序,审前准备独立的程序价值尚未得到充分认识。

学界通说认为,审前程序具有如下功能:(1)明确争点。所谓争点(issue)包含着两层意思。首先,争点是这样一种事实,当事人双方围绕其真伪或存在与否持有完

全相反的主张,处于争执不下的状态。审判意味着中立的第三者对此事实作出是或否的判断,以解消争执状态。对于当事人之间不存在争议的事实,无论第三者自身持什么样的见解,原则上都不能自行再将其作为判断的对象。其次,与上述特点直接相关,争点还必须是对于解决案件至关重要的事实,或者说案件真正的焦点。整理争点的目的是要区分无争议的焦点和有争议的焦点,让有争议的焦点进入开庭审理程序。(2)整理证据。事实及证据是权利主张的基石。当事人必须对其主张的诉讼关系提出充分有力的证据,以证明事实的存在,才能获得胜诉。显然,涉案证据收集齐全与否,是正确认定事实的关键。所谓“齐全”,是指适合于审理的理想状态,并非多多益善。证据提交的迟延固然会延滞诉讼,重复举证亦同样增加诉讼成本。因此,在正式开庭前对证据进行整理,对于促进诉讼颇为重要。当事人主要依事实争点举证,因而,整理争点和整理证据实际上是互动或交替进行的,即在整理证据的同时也在整理争点。随着事实争点范围的扩大以及对某个事实争议的深入,越来越多的相关证据需要提交。通过整理证据,使证据的收集应因个案所涉事实的范围而进行,在审理时可避免因盲目性引起仓促补证。如何选择合适的程序制度,以缓和或减轻处于弱势的受害人的主张、举证阻碍,而改善其收集事实、证据的能力,是现代民事诉讼所要解决的问题。因此,为当事人提供一个公平的收集、调查证据的方法和程序,就成为审前程序得以产生的一个直接动因及其承载的重要功能。(3)促进和解。20世纪70年代以来,许多国家因诉讼案件激增,程序复杂(complexity)、诉讼迟延(delay)、费用巨大(cost)等制度弊端日益严重,最终导致了司法危机并由此引发世界范围内的司法改革运动。替代性纠纷解决机制(Alternative Dispute Resolution,简称ADR)由此得以蓬勃发展。审前程序作为ADR的一个环节,在促进和解及其他替代性纠纷解决方面具有强大的功能,值得当前的民事司法改革予以重视。

我国《民事诉讼法》中虽然也有若干关于审前准备程序的规定,称之为“审理前的准备”,但尚不完全具备国外民事审前程序所承载的收集交换证据、争点整理、促进和解等功能。如果仅仅从相关法律条文来看,我国民事诉讼立法体现了一种将案件经过审理前准备和一次性的开庭审理即告终结的两阶段结构作为原型的立法精神。由于司法实践中长期形成的“先定后审”审判方式的影响,使得开庭审理往往流于形式,这不仅影响诉讼效率,更重要的是法官在缺乏程序规范的前提下获得解决纠纷所需要的信息,致使审判的公正性遭受普遍的

质疑。为此,在20世纪90年代的审判方式改革中,我国法院系统以强化庭审功能作为改革的目标之一,希望通过强化庭审功能来加快诉讼节奏,提高审判效率,节省诉讼成本。然而,在司法实践中,单纯强化庭审功能却导致法官在审理案件过程中片面地追求案件的“一步到庭率”和“公开开庭率”。由于庭前准备不充分,法官对诉讼走向估计不足,在缺乏必要准备的情况下,将包括整理争点和证据在内的所有诉讼内容笼统地在开庭过程中一并审理,往往造成一个案件需要数次开庭才能审结,其结果反而弱化了庭审功能,降低了审判效率。概言之,我国民事审理方式呈散漫化状态。有学者指出,我国民事诉讼模式经历了从“先定后审”到“一步到庭”两个极端,期间所呈现出的一系列结构问题再次印证了哲学上“否定之否定”的规律。实践经验的总结、理论研究的深入,使得审前程序的改革成为当前民事诉讼法学的研究热点之一。

相对于“审前准备”而言,“审前程序”的表述更为全面准确。前者往往使人误认为它只是庭审的一段前奏。立法改革的首要任务就是改依附性的审前准备为独立性的审前程序。这种审前程序以其功能的独立性为其逻辑前提。<sup>⑩</sup>在当今中国,构建一个与立案、调解、审理程序相衔接的审前程序,已成为民事诉讼立法和司法的一个重要任务。从总体上看,审前程序的构建涉及程序法理认识、审理结构调整、证据制度完善、法官角色定位以及如何协调“发现事实”与“促进诉讼”的关系等基本理论问题,可谓牵一发而动全身。

诉讼制度的完善是司法改革的重要内容。20世纪70年代以来,许多国家由于民众获取司法救济的途径受到高额的诉讼费用、复杂的诉讼程序以及漫长的诉讼过程的严重阻碍,致使人们在寻求争议的解决和权利的保护时遭遇重重困难,法院不能有效地解决纠纷和保护权利而受到社会各界的批评乃至不信任。这些国家民事司法制度所经历的不同形式、不同程度的危机,导致全球范围的民事司法改革运动蓬勃兴起、波澜壮阔。由于“正义”(justice)这一概念具有丰富的内涵和极大的包容性,在不同时期、不同国家具有不同的含义,许多国家以“接近正义”(access to justice)作为其司法改革的主题、口号和旗帜。<sup>⑪</sup>所谓“接近正义”,就是适应社会经济的发展与时代的变迁,与时俱进,不断改革司法制度及其运作方式,构建多元化的纠纷解决机制,使人民能够更便利地利用司法制度,使司法制度能够更公正、更有效地解决纠纷,保护人民的权利。在20世纪,各法治国家围绕着怎样更好地保障社会成员利用司法的权利,掀起了

接近正义运动的“三次浪潮”:从创立和完善诉讼周边制度到现代型诉讼(扩散性利益司法保护)再到构建诉讼外争端解决机制(ADR),从而使纠纷解决的功能从法院向社会化的ADR转移,形成诉讼外纠纷解决机制与诉讼制度之间一定意义上的“竞争”关系。<sup>⑫</sup>总体而言,ADR除了具有缓解诉讼压力外,还有社会合作和自治的意义。ADR的发展与司法改革的互动,促进了新型非正式司法程序(如简易程序、小额程序、社区法院等)的发展,使法院承担促进、协调和制约监督ADR的职能,使当事人积极参与纠纷解决程序,并改变了法律教育和法律职业传统思维方式等。<sup>⑬</sup>

司法改革包含着从观念到制度、从理论到实践各方面的变革与创新。10余年来,我国司法制度改革已经取得了很大的成效。为更有效地保障人民的权利,应当在立足我国国情的基础上,借鉴外国司法改革的经验,适应社会发展的需要,全面推进司法改革,努力促进司法公正。

近年来,学界对民事审前程序的构建进行了比较深入的探讨,提出了许多观点和见解,涉及我国审前程序的设置目标、审前程序的应有功能、完善审前程序的原则、完善审前程序的模式、审前程序与审理程序的关系、完善审前程序的具体内容、审前程序与法院体制改革的关系等方面。<sup>⑭</sup>例如,对于如何构建民事审前程序的问题,有学者提出如下建议:(1)建立互动性的诉答程序。(2)完善失效性的证据交换制度。(3)构建化解纠纷的多重机制。<sup>⑮</sup>有学者则从证据制度、诉答程序、初步审理、多元化纠纷解决机制、法官释明权等方面论证了民事审前程序的制度性构建。<sup>⑯</sup>限于篇幅,下文仅就其中的两个问题稍作论述。

## 二、法官释明权与审前程序

释明权又称阐明权或释明义务,是指在当事人的主张不明确、有矛盾,或者不清楚、不充分,而当事人认为自己提出的证据已经足够时,法官依职权(也有义务)向当事人提出关于事实及法律上的质问或指示,让当事人排除有矛盾的主张,澄清不清楚的主张,补充不充分的证据。德国《民事诉讼法》第139条第1款规定:“审判长应该使当事人就一切重要的事实作充分的说明,并且提出有利的申请,特别在所提事实说明不够时要加以补充,还要表明证据方法。为达此目的,在必要时,审判长应与当事人共同从事实上和法律上两方面对于事实关系和法律关系进行阐明,并提出发问。”这种做法一改以往由当事人单方向法官输出诉讼信息的模式,本质上强

化了法官与当事人的互动。从德国、日本民事诉讼制度改革情况看,都有强化法官释明权的趋势。其好处是显而易见的:一是防止法官心证的秘密性所带来的“判决时不意打击”,从而理顺当事人可能的不平的败诉心理;二是“真正有助于充实审理内容,借以及时保护当事人之实体上及程序上利益”。<sup>⑧</sup>

法律既然承认任何人都平等地使用诉讼制度的权利与机会,那么,这种平等就不仅应有形式上的保障,而且还应有实质性的保护,诉讼制度应当为有意主张权利而有障碍的人排除障碍。<sup>⑨</sup>释明权之所以被视为维护当事人权利的“大宪章”,是因为法官的妥当释明能够保障当事人的基本程序权利。在当事人主义诉讼模式中存在着大量的当事人失权的制度,如举证时限、证据交换、拟制自认等等。这些技术性的规定对于那些不熟悉诉讼程序的当事人而言,无疑是沉重的诉讼负担和障碍。法官的释明可以使当事人在诉讼伊始即获得法律要点的指引,避免在诉讼中承受过重的程序上的不利,平衡程序正义和实质正义以及正义与效益间的价值需求,增强失权的正义性。<sup>⑩</sup>通过释明,当事人可以清楚地认识自己的诉讼行为可能产生的诉讼效果,从而缓和当事人的失权负担,给予当事人充分的、实质的程序保障。

在我国民事审判方式改革过程中,基于当事人法律知识欠缺、难以适应当事人主义诉讼模式的实际情况,法院将“指导当事人举证”作为改革的重要配套措施。程序保障的核心价值在于保证诉讼当事人能够有充分的机会平等地参加诉讼。当事人在法官释明下修正、补充自己的诉讼请求和主张,并通过释明获知法官在适用法律上的意见。这不仅能够促使当事人充分的举证、质证,有效地进行攻击和防御,而且使案件事实趋于明了,从而保证当事人充分参与了法庭审理的过程。释明权的运用在一定程度上弥补了弱者诉讼能力的不足,使诉讼技巧和能力的差异不会成为案件审理结果的决定因素。<sup>⑪</sup>

释明权制度是协同主义诉讼模式的核心内容之一。在协同主义诉讼模式中,当事人与法院相互合作,共同发现案件事实和促进诉讼。该模式在坚持辩论主义的前提下,对辩论主义的不足进行补充和修正。为实现这一修正,必须赋予法院一定的职权,释明权制度则恰如其分地充当了这一角色。一方面,法官通过行使释明权协助当事人共同发现案件事实,另一方面由于法官行使释明权,使当事人获知法官在适用法律上的意见,并且与法官进行法律上的讨论,对法官的法的判断权施加一定影响,从而实现了在法的适用过程中法官与当事人的交流合作,保障当事人的程序参与权。

释明权制度还具有防止法院突袭性裁判的功能。所谓突袭性裁判,是指法院违反事实上和法律上的释明义务,没有赋予当事人就相关事实与法律适用表明意见的机会,就以此为基础所形成的裁判。突袭性裁判包括事实认定的突袭与法律适用的突袭。<sup>⑫</sup>对于来自法院的裁判突袭,辩论主义起不到丝毫的作用,因为辩论主义只约束了当事人对事实和证据的提出,处分权主义则保证了在诉讼标的的问题上当事人的决定权。对于这些事实主张,法官如何评价则是适用法律的问题,不受当事人主张约束。突袭性裁判侵蚀了当事人的程序基本权利,动摇了裁判赖以存在的正当性基础。为了防止发生法院突袭性裁判,要求法官通过行使释明权,将“可能采用何种法的构成向当事人作出释明,并与此相应的保证当事人进行充分的主张和举证活动”。<sup>⑬</sup>

截至目前,在我国的法律层面上,释明权制度在民事诉讼立法中仍处于空白状态,释明权的某些内容仅出现在最高人民法院颁布的司法解释中。一般认为,2002年4月1日起施行的最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规定》)在我国第一次较为明确地提出了释明权问题。《证据规定》中关于释明权的规定有:(1)第3条第1款:“人民法院应当向当事人说明举证的要求及法律后果,促使当事人在合理期限内积极、全面、正确、诚实地完成举证。”第33条第1款:“人民法院应当在送达案件受理通知书和应诉通知书的同时向当事人送达举证通知书。”这两个条款规定了法院对当事人举证指导的释明权。(2)第8条第2款:“对一方当事人陈述的事实,另一方当事人既未表示承认也未否认,经审判人员充分说明并询问后,其仍不明确表示肯定或者否定的,视为对该项事实的承认。”该规定要求法官在适用拟制自认规则时,应当履行“充分说明并询问”的释明义务,即只有经过“充分说明”和“询问”后,拟制自认才能成立。(3)第35条第1款:“诉讼过程中,当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的,不受本规定第34条的限制,人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求。”该规定强调法院负有“告知”当事人变更诉讼请求的“释明”义务。

2003年12月1日施行的最高人民法院《关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》第20条规定,审判人员“应当”对“没有委托律师代理诉讼的当事人”,就回避、自认、举证责任等相关内容作必要的“解释”或者“说明”,并且在庭审的过程中也要适当“提示”当事人正确行使诉讼权利、履行诉讼义务,指导当事人进行诉讼活动。

2004年5月1日施行的最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第5条第2款规定：“人民法院应当将放弃诉讼请求的法律后果告知赔偿权利人，并将放弃诉讼请求的情况在法律文书中叙明。”这是对人身损害赔偿案件中行使释明权的规定。

2008年9月1日施行的最高人民法院《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第3条规定：“当事人未提出诉讼时效抗辩，人民法院不应对诉讼时效问题进行释明及主动适用诉讼时效的规定进行裁判。”这是从不应当行使释明权的情形的角度对释明权制度作出的规定。

从以上的这些规定中可以看出，我国法官释明权的行使方式主要有三种：一是说明；二是告知；三是询问。在司法实践方面，自从《证据规定》实施以来，各地法院纷纷制定各种指导协助当事人进行诉讼的实施细则，进行了有益的探索和实践，提出了很多切实可行的办法。例如，2002年至2003年，厦门市中级人民法院对法官释明权制度进行了较为深入的理论探讨和实践研究，并将研究成果具体体现在“关于民事证据制度课题研究系列报告”中。他们通过大量实证调查，对释明权在举证指导、证据交换和诉讼审理三个环节中的具体适用进行分析，提出了具有实践意义的观点和看法。<sup>②</sup>北京市第一中级人民法院在2004年6月公布了关于“法官释明权制度”的规则。自这一规则实施后，该院民事案件的撤诉率和调解率不断上升，在婚姻家庭案件上体现得更为突出。2004年上半年，婚姻家庭合议庭共审理二审民事案件87件，其中31件案件撤诉或调解，调撤率比上年同期上升了近40%。<sup>③</sup>

在审前准备阶段，法官的释明活动大致包括以下三个方面的内容：

一是在审前准备程序中法官对双方当事人进行必要的举证方面的指导。包括告知双方关于举证责任的分配原则和要求；在某些法律规定的情形下，告知当事人可以向法院申请调查收集证据；向当事人解释需要在指定的举证期限和证据交换的日期内做的工作，以及逾期举证的法律后果；对于简易程序审理案件有关提供法定送达地址、逾期领取裁判文书等特殊规定的释明等等。

二是通过证据交换，在法官的主持下，通过发问或提示的方式来促使双方当事人就关键核心问题作进一步的阐述，从而使双方的争议清晰化，形成争点。在证据交换的过程中，法官的释明主要体现在对整个证据交换行为的指挥、监督方面，包括以下几点：(1)对证据交换程序的简要释明。告知当事人交换的规则和顺序，所出

示证据的形式要求等等。这种释明对于无律师代理的案件尤为必要。(2)对证据交换行为的简要释明。它包括在当事人的主张不明确、不充分或有矛盾的情况下，法官可以依职权向当事人提出关于事实或法律上的询问，促请当事人提出证据，以明确己方的诉求；征询当事人的意见，指导当事人有针对性地进行举证，并对有异议的证据提出理由，或对有争议的专门性问题提出鉴定申请等等。(3)对证据交换后果的简要释明。即告知当事人已经交换并表示无异议的证据，非经法定程序不得随意更改或撤销其对证据发表的意见，庭审时法院也不再就此进行质证。(4)对继续提供相关证据的释明。对当事人在证据交换中所举证据不足以认定相关事实的，法官应注意加以引导，予以释明，促使当事人积极举证。

三是围绕争点，协助当事人固定证据。法官告知当事人应围绕争点提出全部证据资料，协助整理证据资料，固定证据。

### 三、多元化纠纷解决机制与审前程序

多元化纠纷解决机制，是指在一个社会中，由各种不同性质、功能和形式的纠纷解决方式（包括诉讼与非诉讼两大类型）相互协调、互为补充，共同构成的纠纷解决和社会治理系统。<sup>④</sup>司法纷争解决方式多元化是当今国际社会司法改革主流趋势之一。司法为社会正义的最后一道防线，故其改革目标除在于促成新的排解纠纷机构的形成和发展外，国家司法机关亦应与其保持某种程度之联系或牵制，共同达成当事人纷争解决之多元化和法律化。<sup>⑤</sup>在当今世界，ADR的利用和发展已经成为一种时代潮流。它不仅发挥着重要的社会功能，而且已经或日益成为与民事诉讼制度并行不悖、相互补充的社会机制。在审前程序充分利用多种替代性解决纠纷方式，乃ADR题中之义。

ADR机制除了传统的协商、调解、仲裁外，还包括法院附设仲裁(court-annexed arbitration)、简易陪审团审理(summary jury trial)、早期中立评估(early neutral evaluation)、小型审判或咨询法庭(mini-trial or executive tribunal)、调解—仲裁(med-arb)、聘请法官(private judging or rent-a-judge)等新型的纠纷解决方式。ADR的出现与发展不仅给特定纠纷的当事人，也给整个社会带来巨大的利益。作为一种以利益为基础的纠纷解决方式，ADR的产生促进了纠纷解决理念的变化，即从对抗走向对话，从价值单一化走向价值多元化，从胜负决斗走向谋求“双赢”，从而促进社会的和谐与发展。

调解是最为常见和最重要的 ADR 方式,也是所有其他 ADR 方式的基础。调解优于和区别于其他纠纷解决方式的特点不仅在于其简便易行,更在于其实施过程中所强调的对话性。未来调解制度的发展可遵循这样一种途径:将调解从现行民事诉讼法中剥离出来,制定单独的民事调解法,对调解的原则、适用范围、调解程序的启动、调解协议的达成等内容作全面的规范。该法作为纯粹的关于调解一般程序的规定,不仅适用于法院调解,而且也适用于仲裁调解和任何民间性质的调解。与此同时,在民事实体法中确认和解为一种有名合同,赋予其契约的效力,使得当事人单独进行的和解,以及由法院或第三者主持下进行的和解(调解),经过法院的确认或核定,都具有可执行的效力。

现代审前程序的作用已不再局限于为正式的开庭审理进行准备,它将纠纷解决的不同阶段联系起来,在尽可能清楚地了解案件信息、探知案件全貌的基础上,使当事人通过非诉讼的方式解决纠纷,如果审前阶段无法解决,就力争将案件导入一个高效率的审判进程。换言之,如果存在适当的审前程序,那么只有那些真正存在争执的事实才会提交给事实审理者进行审判。尽管审前程序最初的设计是为了获得判决,但它却直接或间接地在自身的运作过程中解决了纠纷,这正是基于“审判起着促进当事者自行交涉以谋求纠纷解决的作用”。<sup>②</sup>为了获得公正并高效的审判而设计的审前程序,本身就具有解决纠纷的功能。<sup>③</sup>

调解是法院职权的一个组成部分,也是法院的基本义务,与诉讼指挥权、调查询问权、释明权一样,无须与审判权分割。<sup>④</sup>在许多国家和地区,调解与民事诉讼程序的结合还表现为法院附设调解制度。法院附设调解是指调解机关设立在法院的一种调解制度。法院附设调解不同于法院调解,它与诉讼程序严格区别开来,并按自身的运作规律和特有的方式进行,因此本质上仍然是一种替代性纠纷解决方式。

一般而言,法院附设调解具有以下特征:(1)除某些类型的民事纠纷实行强制调解外,法院附设调解程序的启动一般由当事人申请。(2)调解程序与审判程序分立,调解不成的,可由当事人决定是否转入诉讼。(3)调解员除由法官充任外,往往还包括律师、社会工作者等其他人员,且担任调解员的法官一般不参与后继诉讼程序。(4)调解程序与诉讼程序紧密衔接,调解协议在获得法院的确认后往往具有强制执行力。

这些特征使法院附设调解在解决纠纷方面具有独特优势:首先,对法院所拥有的司法资源的利用,有助于实

现调解制度化,保障公正地进行调解,增强调解机关的权威,提高调解成功率。其次,通过法院附设调解所达成的协议往往能获得国家司法权的确认,并具有强制执行力,从而增强纠纷解决结果的确定性。第三,尽管有些法院附设调解属于强制性调解,但这仅就程序参与而言,而调解成功与否仍然取决于当事人。此外,法院附设调解与审判程序之间严格分立也避免了法院调解制度下“调审合一”的弊端,从而在发挥调解功能的同时,又能够维持诉讼程序的独立运作。总之,设立法院附设调解制度,应当成为改革我国法院调解制度一个值得考虑的措施。

在改革开放 30 年之际,法学界和法律实务界反思前一个时期的司法改革,总结我国社会改革开放及法制建设的经验教训,尽管仍然存在着一些分歧,但多元化纠纷解决机制的理念已为社会各界所接受。最高人民法院总结审判实践经验,正在全力推进多元化纠纷解决机制的构建。2009 年 3 月 9 日,最高人民法院公布了《人民法院第三个五年改革纲要(2009-2013)》,提出要“建立健全多元纠纷解决机制。按照‘党委领导、政府支持、多方参与、司法推动’的多元纠纷解决机制的要求,配合有关部门大力发展替代性纠纷解决机制,扩大调解主体范围,完善调解机制,为人民群众提供更多可供选择的纠纷解决方式。加强诉前调解与诉讼调解之间的有效衔接,完善多元纠纷解决方式之间的协调机制,健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷调处机制”<sup>⑤</sup>。2009 年 8 月 4 日,最高人民法院公布了《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》(以下简称《意见》)。<sup>⑥</sup>该《意见》鼓励行政机关、社会组织、企事业单位以及其他各方面的力量积极参与纠纷解决,完善诉讼活动中多方参与的调解机制。《意见》根据“党委领导、政府支持、多方参与、司法推动”的要求,对立案前行政机关、社会组织调解与诉讼的衔接、仲裁与诉讼的衔接及立案后行政机关、社会组织调解与诉讼的衔接等两个方面的衔接机制进行了规范,并扩大了赋予合同效力的调解协议的范围,鼓励行政调处、人民调解、商事调解、行业调解的发展,促进构建一套科学、系统、完整的诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷调处机制。《意见》的重要意义还在于,它通过完善诉讼与非诉讼矛盾纠纷解决机制的衔接程序,鼓励社会力量积极参与纠纷解决,丰富了人民群众参与社会管理和公共服务的途径。

#### 四、结语

司法制度的形成,取决于国家的政治经济体制和国

家性质与结构,受到经济基础、政治体制、社会需求、利益平衡、传统习惯、文化等社会因素以及特定的历史条件的制约。民事诉讼程序的良性运作取决于诸多方面的要素。各国审前程序的程序理念及具体的制度设计,无不根植于本国的司法传统,并与一国的政治、经济、文化的发展息息相关。民事审前程序的构建必然引起其他相关制度的改革,其完善亦有赖于相关司法理念的转变和配套制度的支持。

我国 10 多年来的审判实践表明,在否定传统审判方式但又缺乏程序规范的庭审前准备的情形下,如何建立既体现程序公正又能确保诉讼效率的审前程序,是完善民事诉讼制度、构建多元化纠纷解决机制的关键。随着我国社会经济的发展,民众对公平正义、和谐发展的追求日益迫切。在此背景下,应当借鉴先进的司法理念,承认审前程序独立的价值,重视审前程序所具有的纠纷解决功能,赋予审前程序新的权限,满足纷争解决多元化的需要。<sup>⑩</sup>不可否认的是,我国先前的司法实践对审前程序改革的种种尝试,由于缺乏系统的理论指导,对审前程序的定位、审前程序中法官的权限以及审前程序的任务等问题尚未形成统一的认识,各种改革措施存在诸多不协调之处。由于改革主体的视角所限,某些举措以减轻法院负担、片面追求诉讼效率作为出发点,忽视了实体公正和对当事人权利的程序保障,在实践中遇到很大的阻力,引起当事人的不满。最高人民法院《证据规定》所设立的举证时限和证据失权制度就是一个典型事例。<sup>⑪</sup>

综上所述,我国审前程序的构建,是“一步到庭”改革之后民事审判制度的又一重大变革,由于我国一度采取各地法院先行改革的模式以及各地经济文化发展的不平衡,可以预见,审前程序的构建将呈现多样化形态。无论审前程序如何构建,都要考虑诉讼法和实体法的交错,以及如何调和“发现事实”和“促进诉讼”这两项诉讼法上二律背反的基本要求之紧张关系。毫无疑问,审前程序的构建将极大地推动我国传统审判结构的变革。因此,对审前程序进行全面深入的研究,分析其在民事诉讼中的地位和作用,探究其运作机制和规律,构建其完整的理论体系,具有重要的理论和实践意义。

#### 注释:

在英美普通法系各国,没有完整的行政法体系,在司法体制上也没有建立独立的行政法院。行政裁判机构所受理的案件与普通法院所受理的民商事案件相互混杂和渗透,无法分清哪些是纯粹的行政案件,哪些是民商事案件。因而,英美等国都坚持将行政案件列入民商事范围,以避免这类

案件被排除在司法协助的范围之外。参见徐宏:《国际民事司法协助》,武汉大学出版社 2006 年版,第 15 页。

李浩:《民事审前准备程序:目标、功能与模式》,载《政法论坛》2004 年第 4 期。

谭兵主编:《外国民事诉讼制度研究》,法律出版社 2003 年版,第 219 页。

陈希:《民事诉讼审前程序的独立地位——兼议审前程序的目的、任务与功能》,载《法学杂志》2006 年第 5 期。

邱联恭:《程序制度机能论》,台湾三民书局 1999 年版,第 211~214 页。

《牛津法律词典》解释说:争点是指法庭诉讼中争议的事项(The matter in dispute in a court action)。See Oxford Dictionary of Law, Sixth edition, Edited by Elizabeth A. Martin & Jonathan Law, p.291.

Wilkinson, Cheung & Booth, A Guide to Civil Procedure in Hong Kong, Third Edition, LexisNexis, 2009, p.959.

江伟教授等精辟地指出:“面对我国司法资源紧缺与案件数量剧增的矛盾,欲保持程序设计与制度运作中公正与效率的平衡,ADR 同样是一个不可或缺的思路。”参见江伟、傅郁林:《走向二十一世纪的中国民事诉讼法学》,载《中国法学》1999 年第 6 期。

王亚新:《民事诉讼准备程序研究》,载《中外法学》2002 年第 2 期。

常怡主编:《民事诉讼法学》,中国法制出版社 2008 年版,第 353 页。

⑩ 汤维建:《论民事诉讼审前程序的模式》,载《政法论坛》2004 年第 4 期。

⑪ 参见[意]莫诺·卡佩莱蒂编:《福利国家与接近正义》,刘俊祥等译,法律出版社 2000 年版;Reform of Civil Procedure: Essays on “Access to Justice”, edited by A. A. S. Zuckerman & Ross Cranston, Oxford University Press 1995; Civil Justice in Crisis, edited by A. A. S. Zuckerman, Oxford University Press, 1999.

⑫ 参见范愉主编:《ADR 原理与实务》,厦门大学出版社 2002 年版,第三章“民事司法改革与 ADR”的相关论述。

⑬ 范愉:《纠纷解决的理论与实践》,清华大学出版社 2007 年版,第 165~175 页、第 184~185 页。

⑭ 廖中洪主编:《民事诉讼改革热点问题研究综述(1991~2005)》,中国检察出版社 2006 年版,第 677~690 页。

⑮ 汤维建:《论构建我国民事诉讼中的自足性审前程序——审前程序与庭审程序并立的改革观念》,载《政法论坛》2004 年第 4 期。

⑯ 齐树洁:《构建我国民事审前程序的思考》,载《厦门大学学报》2003 年第 1 期。

⑰ 同注,第 12 页。

⑱ 辜恩臻:《论当事人协力义务的正当性与制度构建》,载齐

- 树洁主编:《东南司法评论》(2008年卷),厦门大学出版社2009年版。
- ⑳ 张卫平:《论民事诉讼中失权的正义性》,载《法学研究》1999年第6期。
- ㉑ 姚晟旻:《论协同主义诉讼模式下的释明权制度》,载齐树洁主编:《东南司法评论》(2009年卷),厦门大学出版社2009年版。
- ㉒ 熊跃敏:《民事诉讼中法院的法律观点指出义务:法理、规则与判例》,载《中国法学》2008年第4期。
- ㉓ [日]高桥宏志:《民事诉讼法制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第366页。
- ㉔ 厦门市中级人民法院课题组:《论法官释明权在民事诉讼中的运用》,载《人民法院报》2003年6月3日第6版。
- ㉕ 王锋、吴在存:《北京一中院规范法官适度行使释明权》,载《法制日报》2004年7月15日第1版。
- ㉖ 范愉:《挑战与机遇:当代中国多元化纠纷解决机制的建构》,载齐树洁主编:《东南司法评论》(2008年卷),厦门大学出版社2009年版。
- ㉗ 郑正忠:《两岸司法制度之比较及其未来完善之思考》,载《法学家》1999年第4期。
- ㉘ [日]棚濑孝雄:《纠纷的解决与审判制度》,王亚新译,中国政法大学出版社1994年版,第48页。
- ㉙ 潘福仁:《以强化审前程序为基础构建多元化调解机制》,载《法律适用》2007年第11期。
- ㉚ 王亚新等:《法律程序运作的实证分析》,法律出版社2005年版,第238页。
- ㉛ 最高人民法院:《人民法院第三个五年改革纲要(2009-2013)》,载《人民法院报》2009年3月27日第3版。
- ㉜ 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》,载《人民法院报》2009年8月5日第3版。
- ㉝ 同注⑩。
- ㉞ 有学者对此提出批评,认为我国一无完备的审前准备程序,当事人证据收集手段匮乏;二不采集中审理,严格的证据失权制度并无迫切需要;三是释明权制度有待于充实;四是缺乏一个强大的高素质的律师群体,因而现行举证时限制度明显过于严厉,不利于司法公正的实现。参见江伟主编:《中国民事审判方式改革》,中国政法大学出版社2003年版,第32-33页。对于举证时限制度的司法困境的分析,还可参见李浩:《民事判决中的证据失权:案例与分析》,载《现代法学》2008年第5期;齐树洁:《〈民事证据规定〉的困境及其启示》,载《证据科学》2009年第2期;李浩:《民事诉讼法典修改后的新证据——〈审监解释〉对“新证据”界定的可能意义》,载《中国法学》2009年第3期。