

庭审中心视域下的民事审前准备程序研究

段文波^{*}

内容提要 从1982年民事诉讼法到2012年民事诉讼法,我国审前准备程序的改革经历了以公正为名的虚化到以效率为指向的弱化,尽管在外观上逐渐呈现出独立化样态,但却深陷公正与效率的矛盾而致功能丧失。从充实庭审的现实需要出发,有必要对我国审前准备程序进行重构。从庭审中心论立场而言,我国应当建构期日型审前准备程序,而非现行两阶段分置式的审前准备程序。因此,完善我国审前准备程序的核心内容,绝非止于现有认识上的重置法官与当事人的权限配置关系,赋予当事人争点决定权并限缩法官权限即可,而是要遵循当事人事实主张的规制原理,以有理性评价为指针整理、限缩、深化并确认双方当事人的争议焦点。藉此,庭审始能高效地实施集中证据调查以发现真实。

关键词 庭审中心 审前准备程序 口头辩论主义 争点整理

引言

庭审中心主义是现代民事诉讼法的发展潮流和共同目标,其核心就是围绕争点展开集中证据调查。因此,以强化争点和证据整理为目标的审前准备程序也就成了实现庭审中心主义的前提条件。民事诉讼法自我进步与完善的历史,就是通过早期整理争点与证据以实现庭审集中证据调查的历史。^①自20世纪90年代我国全面推进民事经济审判方式改革以来,开庭前准备的重要性和必要性被越发强调。争点整理的状况对民事诉讼审理质量的决定性影响已成共识。^②

就我国审前准备程序的立法和实践而言,1982年《民事诉讼法(试行)》采职权主义诉讼模式,法官在审前准备程序中有权主动调查事实和证据,由此造成实践中普遍存在“先定后审”现象,庭审程序虚化严重,庭审中心主义更是无从谈起。随着经济体制的转型,我国民事诉讼模式逐步从职权主义转向当事人主义,事实和证据的提出主体也由法

^{*} 西南政法大学教授,博士生导师。本文系国家社科基金“迈向制度理性的民事庭审阶段化构造研究”(项目批准号:15XFX012)的阶段性成果。

^① 参见[日]竹下守夫《新实务民事诉讼讲座》(1),日本评论社1981年版,第203页。

^② 参见王亚新《社会变革中的民事诉讼》,北京大学出版社2014年版,第74页以下。

院转变为当事人。于是,以防止法官预判及“先定后审”为主要目标的民事审判方式改革被推向前台。改革之初以废除审前准备程序,实行“一步到庭”为典型,但却造成反复开庭、诉讼迟延等恶疾。此种改革举措虽以失败告终,然而却在不经意间突出了庭审中心的重要性和必要性,也为改变“先定后审”的传统民事审判方式以及建构真正意义上的审前准备程序创造了契机。^③

鉴于“一步到庭”的失败及革除“先定后审”之需,于现行民事诉讼法既定的两阶段式民事诉讼程序(审前准备程序和开庭审理程序)之前提下,我国学界掀起了审前准备程序“研究热”。针对外国审前准备程序的评介性成果大量涌现,以英美式独立审前准备程序为范式“改革”、“重构”我国民事审前准备程序的观点更是占据主流。但为防止预断,法官在审前准备程序中的权限被缩小至程序性事项,以致审前准备程序的固有功能严重萎缩,进而使我国民事诉讼陷入“有准备程序而无准备功能”的尴尬境地。

如前所述,设立审前准备程序的必要性已成为不争之论。那么,当务之急则是如何通过具体设计实现该程序的可操作性,使其真正进入法律并富有生命力。^④ 本文将沿着这一问题意识展开,并就问题的解决提出自己的建设性方案。首先必须指出,我国民事诉讼没有设立英美式独立审前准备程序的必要性和可行性。因为这样不仅会面临程序保障的诘问,也不能和我国现行民事庭审方式相兼容,更会加重司法成本和当事人的讼累。其次,鉴于我国的法律传统、审理方式和司法现状提出如下建议:审前准备程序的改造应当就地取材、因地制宜,具体方案是利用现行民事审理程序中的首次开庭构建期日型审前准备程序。最后,本文将就期日型审前准备程序的法理基础、制度功能、程序构造及程序设计等基本问题作一交代,以此为立法者提供一份有价值的参考。

一、审前准备程序与庭审关系的历史演变

随着我国民事诉讼模式由职权主义转向当事人主义,审前准备程序与庭审之间的关系也相应发生变化。在职权主义背景下,法官以审前程序为中心依据职权调查收集事实和证据,导致了庭审的形骸化。反之,在辩论主义背景下,提出事实主张及举证的权责属于当事人,必然强调充实的庭审,能为当事人提供充分程序保障的庭审遂成为诉讼的中心环节。

(一) 传统: 职权主义诉讼模式与审前中心主义

1982年民事诉讼法在民事审判方式上基本照搬前苏联的职权主义诉讼模式,庭审构造完全是苏式庭审的高仿品,^⑤审前准备程序也概莫能外。所以,法院作为审前准备程序的唯一主体,其所实施的一系列诉讼行为构成了审前准备程序的全部内容,尤其是

^③ 参见邵明《第一届全国民事诉讼法学术研讨会综述》,载《中国法学》1998年第5期。

^④ 参见陈桂明《审前准备程序设计中的几对关系问题》,载《政法论坛》2004年第4期。

^⑤ 参见段文波《我国民事庭审阶段化构造再认识》,载《中国法学》2015年第2期。

法官依职权主动调查、收集并审核证据。^⑥ 具体而言,作为一个独立的阶段,审前准备工作从受理诉状开始,到正式开庭结束。^⑦ 在受理案件后,审判人员首先要认真审阅起诉状、答辩状和其他有关诉讼材料,进而询问原告并敦促举证,必要时可传唤被告并询问案件情况。其后,在初步了解双方当事人争议焦点的基础上,进行调查研究、收集有关证据。这是审前准备工作的主要内容,也是全部审判工作的基础。^⑧ 此种审前准备程序因疏于保护当事人的程序权利而饱受批评,^⑨但笔者认为,这一被学界反复诟病的审前准备程序与当时的审理方式、诉讼模式和诉讼理念息息相关,具有“情景的正当性”。

首先,这是调解的前提条件。在继受前苏联法的基础上,我国审前准备程序同时也凸显了传统审理方式的特点,即马锡五式的调解型纠纷解决模式。亦即人民法院受理的民事案件,能够调解的,应当在“查明事实、分清是非”基础上做好深入细致的思想工作,促使当事人互相谅解,达成协议,解决纠纷。^⑩ 因此,审理过程表现为法官受理案件并仔细阅卷后深入现场调查取证、了解情况,进而在把握案情的基础上积极进行调解。

其次,这是职权主义诉讼模式的题中应有之义。当时,我国民事诉讼模式采职权主义而非当事人主义,所以法院并不是单纯的仲裁人。^⑪ 在这样的背景下,法院可以主动询问当事人查明案件事实,不受当事人提出证据的限制。^⑫ 一直以来,查明事实、分清是非,正确、合法、及时地审理民事案件都是法院的重要任务。并且,在审理过程中,既不能因强调当事人举证责任而忽视人民法院在调查、取证方面的职能作用,更不能形成脱离群众、坐堂问案的衙门作风。^⑬

最后,这体现了追求客观真实而非法律真实的诉讼理念。长期以来,法院行使国家审判权的原则是确认客观真实,依法保护真正的权利不受任何侵犯。^⑭ 而审前准备则可以使审判人员了解案情的基本情况,掌握必要的证据,做到心中有数。^⑮ 此外,原告起诉时所提供的材料往往不够全面,甚至有假。为了保证法院审判工作的正确、合法、及时,审判人员应该进行必要的准备,弄清双方当事人的请求和答辩,收集解决纠纷所必要的证据并做好其他准备工作。^⑯

一言以蔽之,在职权主义诉讼模式下,1982年民事诉讼法规定的审前准备程序呈现

⑥ 参见黄国新《民事审前准备程序研究》,载《法制与社会发展》2003年第1期。

⑦ 参见《中华人民共和国民事诉讼法草案》第三稿第101条。

⑧ 参见程延陵、朱锡森、唐德华、杨荣新《中华人民共和国民事诉讼法(试行)释义》,吉林人民出版社1984年版,第106页。

⑨ 参见张卫平《民事诉讼法》,法律出版社2016年版,第305页。

⑩ 参见前引⑧,程延陵等书,第114页。

⑪ 参见柴发邦主编《民事诉讼法学新编》,法律出版社1992年版,第310页。

⑫ 在前苏联,法院甚至不受当事人诉讼请求数额的限制。参见[苏]阿·阿·多勃洛沃里斯基主编《苏维埃民事诉讼》,李衍译,法律出版社1985年版,第245-246页。

⑬ 前引⑪,柴发邦主编书,第310页。

⑭ 柴发邦、刘家兴、江伟、范明辛《民事诉讼法通论》,法律出版社1982年版,第289页。

⑮ 前引⑪,柴发邦主编书,第306页。

⑯ 前引⑭,柴发邦等书,第284页。

出“重调查、轻举证”，“重调解、轻裁判”，“重实体真实、轻程序保障”，“准备有余、庭审不足”等特点。在缺乏实体规范、程序规范以及相应的事实认定和裁判技术能力的情形下，调解可能是解决纠纷的最佳之选，而以调解为中心的审理方式毋庸过多强调程序保障。同时，强调职权主义必然忽视程序正义，因此旨在保障当事人事实主张主导权并按照法定程序进行严格证明的庭审毫无用武之地，庭审的功能被弱化，遑论其中心地位。

（二）转型：当事人主义诉讼模式与庭审中心主义

2015年，最高人民法院发布《最高人民法院关于全面深化人民法院改革的意见》（法发〔2015〕3号），并将其作为修订后的《人民法院第四个五年改革纲要（2014-2018）》贯彻实施。文件强调建立以审判为中心的诉讼制度，强化庭审中心意识，落实直接言词原则。早在20世纪末，以解决“案多人少”为目标的审判方式改革启动伊始，就有观点主张民事审判方式应从合意中心型向裁判中心型转变以提高审判效率。^{①7}而引发这一改革的根本原因在于，随着计划经济体制转向市场经济体制，作为上层建筑的民事诉讼制度也迫切寻求自身的出路，亟需从职权主义转向当事人主义。在此背景下，以调解为核心、职权调查为手段的民事审理方式因模糊了事实和规范的界限、忽视了对当事人的程序保障而逐渐丧失正当性。

民事诉讼中，当事人主体地位的保障依赖当事人主义。广义上的当事人主义包括处分权主义，但狭义上仅指辩论主义，即诉讼资料由当事人收集以避免法官突袭裁判。这既是当事人的权能，又是责任。^{①8}诉讼资料主要包括诉讼请求所依据的事实和证明事实的证据，因此辩论主义又可以分为事实提出原则与证据提供责任。前者为主张责任，是辩论主义的核心。^{①9}其要求法院的裁判基础必须由当事人在庭审中提出。后者为举证责任，要求法官在法庭中所调查的证据原则上应以当事人提出申请为前提。即要求以当事人举证取代法官查证。证据收集的主体一经改变，庭审模式亦随之改变。“强化当庭质证、认证，充分发挥庭审功能”遂成为改革的重点内容之一。^{②0}

根据辩论主义，法官心证的形成必须受制于两造之间主体性的“辩论”活动，^{②1}亦即只有当事人在口头辩论期日中主张的事实才能作为判决的基础。^{②2}口头辩论期日，即我国通常所谓的庭审。因此，强调辩论主义必须强化庭审的中心地位。具体来说，辩论主义程序保障的作用主要是通过庭审实现的，即通过庭审期日这样一个特定的时间和场所，由当事人通过口头辩论的方式提出事实主张和证据，并由法官自由心证，形成对案件事实和证据的认知和评价。法官自由心证的外部约束依赖于公开、口头、直接、对审等原则，而庭审又是上述原则发挥制约作用的平台。因此，强调当事人的主导权，践行

^{①7} 参见张新宝《民事诉讼法学研究述评》，载《法学研究》1997年第1期。

^{①8} 参见〔日〕三木浩一、笠井正俊、垣内秀介、菱田雄乡《民事诉讼法》，有斐阁2013年版，第198页。

^{①9} 前引^{①8}，〔日〕三木浩一等书，第201-202页。

^{②0} 参见张广兴《民事诉讼法学研究述评》，载《法学研究》1998年第1期。

^{②1} 参见〔日〕吉野正三郎《民事诉讼中裁判官的作用》，成文堂1990年版，第32页以下。

^{②2} 参见〔日〕山木户克己《民事诉讼法论集》，有斐阁1990年版，第22页。

辩论主义,防止突袭裁判,必然要求当事人和法官的诉讼行为集中在庭审中实施。反之,在过去的职权主义诉讼模式下,法官通过庭外证据调查等审前准备活动难免会对案情形成初步的判断,即所谓的预断,^{②③}进而僭越当事人对事实主张和证据提出的主导权,造成“先定后审”、庭审形骸化或走过场等问题。而且,庭前证据调查因缺乏口头主义、公开原则等程序公正的基本要素被视为有悖于程序公正。所以,庭审中心的意义即在于通过开庭审理所承载的各项诉讼原则保障辩论主义,维持法官和当事人之间各自的权限划分,防止法官通过非正式开庭僭越当事人的权限。当然,当事人主义并非绝对排斥法官职权,而是在当事人和法官之间进行合理的权责配置。^{②④}具体来说,出于诉讼效率等方面的考虑,法院负责指挥诉讼程序,对程序性事项拥有裁量和决定权。

二、庭审中心视域下审前准备程序的路径选择

对于审前程序过剩的职权主义倾向,司法改革的反应明显过激,为实现程序公正而废除了审前准备程序,但却引发了庭审失序与诉讼迟延。矫枉过正之后,实务界和理论界又开始尝试建构独立的审前准备程序,但其或者面临公开原则、直接主义等程序保障的诘问,或者徒具“准备”外观而毫无实质功效,终又迷失在程序公正与诉讼效率的紧张关系中。平衡公正与效率的必由之路,则是在口头辩论一体化的背景下对前后开庭期日进行相对的功能分区,赋予首次开庭期日以准备性,就地取材,一庭两用。这种由开庭期日兼任的准备程序叫作期日型审前准备程序。即在口头辩论一体化的基础上,先行口头辩论期日附带性地发挥“准备功能”。

(一) 审前准备程序废除论之批判

如前所述,1982年民事诉讼法规定的审前准备程序以全面调查研究为中心,这使我国原有审判方式呈现如下特点:在法官职权探知、追求客观真实的诉讼模式下,既无主张责任的观念,亦无当事人形成争点的意识。由此,法官收集证据与审查证据的过程重合,审前准备与庭审成为一个法官职权探究事实的连续体,从而在审判逻辑和审理流程上既不存在也并不需要区分争点“整理”与“判定”。虽然诉讼流程形式上表现为庭前与开庭两个阶段,但作为案件处理核心的事实提出和证据调查实际上已经被前置于审前阶段完成。正式的开庭往往是在案情已彻底查清而调解未果的情况下,为下判决所走的“过场”。^{②⑤}一言以蔽之,在职权主义诉讼模式下,强大的审前准备程序过犹不及,僭越了庭审的核心内容和价值,导致庭审形骸化。随着我国民事诉讼模式转向当事人主义,旧的审前程序已不合时宜,改革势在必行。

^{②③} 参见王亚新《民事诉讼准备程序研究》,载《中外法学》2000年第2期。

^{②④} 参见[日]若林安雄《民事诉讼中的当事人主义与职权主义的交错》,载《民事诉讼法的争点》,有斐阁1988年版,第204页。

^{②⑤} 前引②,王亚新书,第107页。

从庭审方式改革的路径来看,废除审前准备程序的做法显然行不通。因以职权主义为基调的审前准备程序导致开庭走过场,所以为了强化庭审并避免法官庭前接触当事人而产生腐败和预判,^{②⑥} 20世纪90年代中期,各地法院纷纷取消审前准备,采用“一步到庭”的方式。但是,在毫无准备的情况下贸然进入庭审,法官被迫边整理争点边审理,而当事人事先准备的证据又常缺乏针对性,加之新证据层出不穷,遂导致庭审混乱和失序。这样一来,案件往往需要经过数次开庭审理,不间断的庭审被迫间断适用,导致诉讼迟延。^{②⑦} 与此同时,为实现一次开庭即结案,实务中非常流行在正式开庭之外,实行庭前或庭后证据调查。在这种缺乏基本程序保障的“非正式开庭”中,当事人的辩论(诉讼资料)与当事人的询问(证据资料)混合,法院突袭认定事实的可能性增大,不经严格证据调查就形成心证的几率也随之增加。^{②⑧} 继而,当事人主体地位沦丧,庭审辩论流于形式。^{②⑨} 最后,改革回到了原点。学者们普遍认为,我国的庭前准备程序应由职权主义向当事人主义转化,而非彻底弱化。^{②⑩} 因为在辩论主义下,庭审是当事人提出事实和举证的过程,而证明的必要性始于争议,当事人之间争议的焦点才是证明的对象,即待证事实。倘若没有争点,则毋庸举证质证。所以,在开庭质证之前,必须先有审前准备程序以整理争点。正基于此,实务界和学术界都开始思考如何在开庭审理的前提下恰当地重构准备程序。^{③⑪}

从我国庭审构造的现状来看,审前准备程序不可或缺。审前准备程序完善的过程,也是审前与庭审关系重置的过程。^{③⑫} 现代民事诉讼程序结构的重要特征之一,即以开庭审理为中心,当事人围绕讼争焦点、对争议的事实及证据展开质证、辩论,法官在此基础上形成心证。^{③⑬} 一旦强调以开庭审理为中心,即面临如何为开庭审理做准备的问题。^{③⑭} 在庭审中心视角下,审前准备程序应该服务于庭审。自20世纪70年代以降,大陆法系并行审理方式均出现了集中化的改革倾向,即缩短每个开庭审理期日之间的时间间隔并实施集中证据调查。而要实现这一目标,争点整理准备程序不可或缺。若未经整理径直实施口头辩论,将导致当事人自说自话,难以形成真正的交锋。^{③⑮} 根据我国现行民事诉讼法的规定,民事庭审程序的实质性阶段为法庭调查和法庭辩论。法庭调查的实质内容是质证,^⑤ 解决的是事实认定和证据评价问题,法庭调查结束后进入法庭辩论阶

^{②⑥} 参见前引④,陈桂明文。

^{②⑦} 参见王亚新、傅郁林、范愉、徐昀、朱芒《法律程序运作的实证分析》,法律出版社2005年版,第25页以下。

^{②⑧} 参见王亚新、陈杭平《论作为证据的当事人陈述》,载《政法论坛》2006年第6期。

^{②⑨} 参见江伟、单国军《1996年民事诉讼法学研究的回顾与展望》,载《法学家》1997年第1期。

^{③⑩} 参见前引②,王亚新书,第75页。

^{③⑪} 参见[日]高桥宏志《争点整理程序立法序说》,载《民事诉讼法杂志》1993年第39号。

^{③⑫} 参见蔡虹《审前准备程序的功能、目标及其实现——兼论法院审判管理模式的更新》,载《法商研究》2003年第3期。

^{③⑬} 前引②,王亚新书,第107页。

^{③⑭} 参见[日]竹下守夫《“口头辩论”的历史意义和将来展望》,载《讲座民事诉讼》(4),弘文堂1985年版,第24页以下。

^⑤ 参见王福华《民事诉讼法》,清华大学出版社2012年版,第291页。

段,解决法律适用问题。从1982年《民事诉讼法(试行)》开始施行起至今,我国适用普通程序的民事案件基本上都是通过这种庭审方式审理并作出判决的。^{③⑥}就制度的实际运营状况而言,我国庭审构造存在功能重复与法庭调查无的放矢等问题。^{③⑦}鉴此,有观点建议取消庭审两阶段划分,仅保留法庭调查程序。^{③⑧}2015年的司法解释吸收了这种看法,基本解决了庭审阶段化构造功能重复的问题。但是,法庭调查无的放矢的问题仍然悬而未决。法庭调查的逻辑前提在于双方当事人之间对事实主张存在争议,若当事人之间并无争议,则毋庸进入证据调查程序。而在尚未充分整理两造争点、待证事实不明的情形下,如果径直实施证据调查,当事人的举证必然毫无目的性可言,法庭调查自然也无法围绕“争点”展开,因此将会大量浪费法院及当事人的时间和精力。^{③⑨}重塑审前准备程序以发挥争点整理的实质性功效迫在眉睫。

(二) 审前准备程序独立化之否定

如前所述,我国庭审方式的首要问题是缺乏审前程序的争点整理功能,进而造成证据调查无的放矢。如果试图维持现有的庭审基本构架,最简单的改革方案便是增设准备程序,并在充分整理双方当事人争议焦点之后,围绕待证事实展开有针对性地证据调查。继举证时限、证据交换等审前准备制度失败之后,2015年民诉法解释设置了庭前会议制度试图解决争议焦点整理等庭审实质化准备缺失的问题,但从内容来看,审前会议制度只是现行若干准备程序的“大杂烩”,不仅缺乏争点整理的具体方法,对于法官和当事人的权限划分也缺乏明晰的界限,为防止“先定后审”而弱化了法官权限,将其限缩为程序性事项。由于不能围绕实体性内容进行有效的争点整理,而且对事实和证据的提出缺乏“刚性约束”,即欠缺争点固定的效力,没有明确攻击防御方法是否失权等基本问题,故难堪重任。^{④①}从某种意义上来说,审前会议必然重蹈举证时限制度的覆辙。造成审前会议制度有名无实的根本原因在于缺乏关于完善审前准备程序制度架构的整体认知,即在理论准备严重不足的情况下便仓促立法,而盲目吸收实践中缺乏理论证成的做法则进一步加剧了制度上的混乱和理论上的困惑。

从2001年的举证时限制度到2015年的庭前会议制度,若干轮循环往复的审前准备程序的建构路径表明,我国审前准备程序的完善不能走英美式独立化道路,否则只能屡建屡败,其原因主要在于以下两点。

首先,独立的审前准备程序与我国民事审理方式相悖。独立的审前准备程序并非大陆法系口头并行审理主义的标配,而是英美法系法定序列主义的产物。从司法改革

^{③⑥} 参见张卫平《法庭调查与辩论:分与合之探究》,载《法学》2001年第4期。

^{③⑦} 参见前引⑤,段文波文。

^{③⑧} 参见前引③⑥,张卫平文。

^{③⑨} 参见前引④,陈桂明文。

^{④①} 前引⑨,张卫平书,第305页。

伊始,理论界就对英美法系的制度与经验情有独钟。^①但英美法系民事诉讼制度以陪审制为设计原点,具有严格的技术性,本质上无法被大陆法系国家所借鉴。^②1982年民事诉讼法继承了前苏联不间断审理方式的制度架构,但又包含了证据随时提出主义等并行审理方式的因子。于是,随时提出的审理原则与不间断审理方式之间存在一种错接与混搭。在职权主义诉讼模式下,这种冲突并没有被凸显出来。在废除审前准备程序、实行“一步到庭”后,庭审负担了准备功能,法官边开庭边整理争点。由此所导致的庭审混乱与失序等问题导致不间断庭审被迫间断,我国审理方式从“审前+庭审”的两阶段外观变成了数次庭审的不间断审理。换言之,我国的民事审理方式在不经意间完成了向口头并行审理的复位。审前准备程序改革必须把握上述改革的脉搏,否则只能是逆流而动。

其次,独立的审前准备程序难以满足最基本的程序保障,有悖公开、口头和直接原则。独立的审前准备程序因为其本质是准备程序,而非口头辩论,因此不受裁判公开原则拘束以便于法官听取当事人的本意,把握案件真相,大胆整理当事人的主张和证据,达到促膝相谈的状态。这种模式迎合了尽早解决纠纷的期许,但是,服务于庭审中心的审前准备程序将会前置处理当事人的事实主张,并在此基础上整理事实的争点,这便分解了当事人对席辩论的核心内容,所以不公开将会湮灭口头辩论的本质。为践行口头主义,则需在开庭中陈述准备程序辩论的结果。此外,如果准备程序法官无权调查证据,则可能导致以争点整理为核心内容的审前准备工作效率低下。

(三) 期日型审前准备程序之选择

鉴于以上分析,摈弃那种以庭外非正式调查询问为主要内容的审前准备刻不容缓,而建立一种正式的、具有充分程序保障的审前准备程序也势在必行。从与民事审理方式的契合性、大陆法系民事诉讼改革的共同规律、我国民事司法的现状以及立法的便宜性等因素综合考量,重构我国民事审前准备程序必然选择期日型审前准备程序。

首先,从口头审理方式的角度而言,期日型辩论准备程序乃是审前准备程序的不二之选。对于完善我国民事审前准备程序之构想,学界基本上停留在对试错性司法改革的纠偏性反思层面,而并未将其置于审理构造的视角下观察。重构审前准备程序,必须因“地”制宜,契合现行的审理方式,而不能走独立化的道路。具体来说,从现行民事诉讼法的规定来看,我国民事诉讼制度属于以口头主义为主、书面主义为辅的混合交错模式。就提高争点整理的效率而言,厘清争点、掌握纷争实态及促成争点简化协议,多需借重法院与双方当事人的直接沟通,就所涉法律上及事实上问题交换意见。就此而言,利用开庭言辞审理整理争点往往更易奏效。^③所以,选择以早期口头辩论期日为基本的

^① 参见左卫民《十字路口的中国司法改革:反思与前瞻》,载《现代法学》2008年第6期。

^② 参见[日]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110页。

^③ 参见许士宦《新民事诉讼法》,北京大学出版社2013年版,第225页。

期日型准备程序,既有利于克服审前准备程序独立方式的诸般缺点,也契合了现行民事诉讼的审理方式。

其次,从比较法上来看,期日型审前准备程序乃是大陆法系国家民事审前准备程序的“原型”。无论德国还是日本,历史上都没有独立的审前准备程序。以口头审理、随时提出主义为背景,其民事诉讼的标准运营模式都是边开庭边整理争点,同时调查证据,当事人事实主张、证据申请与法官的证据调查穿插同步进行。这种方式导致了口头辩论的形骸化,引起了诉讼迟延等问题。为进一步提高诉讼效率和充实庭审,德日均进行了口头审理方式的集中化改革。^{④④} 庭审方式遂从缺乏明确的审前准备阶段逐步转向“准备程序+主要期日开庭”的两阶段结构。^{④⑤} 这种在较为完整的庭前准备程序的基础上通过一次开庭审结案件的模式,获得了学术界和实务界的广泛支持。^{④⑥} 具体来说,德国民事诉讼法规定了早期第一次口头辩论期日和书面先行程序两种方式的准备程序,但实际上法官大多选择第一种方式,仅对能够预见当事人缺席、需要公示送达以及当事人是外国人的案件适用第二种方式。^{④⑦} 就日本民事诉讼法而言,虽然也有三种争点整理准备程序可供选择,但准备性口头辩论因法官可实施的诉讼行为没有任何限制,又在公开法庭上进行,且是口头审理程序的一部分,从而通常被认为是争点整理准备程序的原则和主流形态。^{④⑧} 不难发现,德日民事审前准备程序改革的基本规律是就地取材地利用口头辩论期日,并将前后期日进行功能上的相对分化,即通过早期期日进行事实主张与证据等争点整理,而主要期日则集中实施证据调查。

再次,期日型审前准备程序可以避免让早已不堪重负的法院雪上加霜。由于我国民事司法改革的动机始于为法院减负,因此任何增加法院负担的改革都将受到抵制,并潜藏着失败的危机,审前准备程序也概莫能外。比如“一步到庭”的改革突出了庭审中心的意义,纵然满足了学界对于正当程序的价值诉求,却导致多次反复开庭而加重了法院的审理负担,致使案件积压,打乱了民事审理的节奏,不得不宣告失败。非但如此,独立的审前准备程序意味着需要法院投入更多的人力和物力。这与当下一线办案法官不增反减的改革趋势背道而驰。在审判压力仍然过重的情形下,对效率的追求决定了审前准备程序改革应该做减法而非加法,即必须遵循“就近改造”的便宜原则。期日型审前准备程序系兼具准备功能的口头辩论期日,因此无需另起炉灶,投入额外立法资源。

最后,期日型审前准备程序还可以避免审前准备程序与庭审陷入恶性竞争的紧张关系。如果审前准备程序过于发达,规模甚大,势必喧宾夺主,令庭审走过场。我国

^{④④} 参见前引⑤,段文波文。

^{④⑤} 前引②,王亚新书,第89页。

^{④⑥} 参见傅郁林《比较民事诉讼法国际研讨会综述》,载《中国法学》2002年第5期。

^{④⑦} 从德国整体观之,多数法庭和法官都是采用早期第一次期日方式。参见[日]司法研修所《德国简化法后民事诉讼的运营》,法曹会1995年版,第36页以下。

^{④⑧} 前引①,[日]竹下守夫书,第216页。

1982年民事诉讼法所规定的审前准备程序即如是。反之,如果审前准备程序欠发达,规模甚小,势必功能萎缩,无法发挥应有的准备作用。比如我国1991年之后的数度民事诉讼法修改,因逐步限缩法官权限,使得法官有心无力,无所作为,肇致审前准备程序空洞化、形骸化。而消除这种竞争关系的唯一方法,就是构建期日型审前准备程序以消除审前准备程序和开庭之间的绝对界分,重塑首次开庭期日的功能,并在维持口头辩论一体化的基础上,形成相对的功能分置。

三、期日型审前准备程序的法理基础

此前我国审前准备程序失败的重要原因之一便是相关理论研究严重匮乏,导致无法明确审前准备程序的主体与权限,以及依据何种原理,按照何种方法进行争点整理。

(一) 期日型审前准备程序的主体与权限

毋庸多言,程序性事项必然是审前准备的内容之一。争议的焦点在于是否应当保留实体性内容。对此,学界的主流观点认为应当削弱甚至废除实体性准备的内容以避免审前准备程序过度染指案件的实体性内容而架空庭审,肇致庭审形骸化,^④从而主张采用专门的审前准备法官或限制审前准备程序法官的权限,但皆不可行。

1. 专门准备型法官之缓设

在职权主义诉讼模式下,审前准备程序的主体一般由承办本案的审判人员^⑤担当,1982年民事诉讼法所规定的审前准备程序也不例外。其原因在于以下两点:其一,无需当事人提出申请,法官便可以依职权感知证据所附着的信息;其二,审判人员比较了解案情,知道应该收集哪些证据,以便在开庭审理中审查证据,故其调查不限于物证、书证,还可以预先询问证人,并决定有无必要进行鉴定和勘验。^⑥

但是,在辩论主义下,争点整理的主体究竟应该由谁担当呢?对此,有两种对立的看法。一种观点认为,承办法官作为争点整理的主体有利于推动诉讼进程、尽早确定开庭日期、促进和解或以其他替代性解决方式化解纠纷,从而减少不必要的重复并提高诉讼效率。从比较法的角度观察,强调法官在审前阶段的介入几乎是西方国家民事诉讼制度改革共同趋势。^⑦相反的观点则认为,由于我国民事审判大部分实质性工作是在开庭前进行和完成的,^⑧而口头辩论和准备程序目的迥异,因此没有必要是同一法官,毋宁分开更好。并且,当准备程序与承审诉讼的法官同一时,产生预判的可能性将会大

^④ 刑事诉讼法学界的主流观点认为,庭前准备主要处理与审判相关的程序性争议,虽旨在为集中审理做准备,但不得代替集中审理。参见莫湘益《庭前会议:从法理到实证的考察》,载《法学研究》2014年第3期。

^⑤ “审判人员”属于法定术语。根据《人民法院组织法》第33条的规定,审判人员是指经选举任职的人民法院院长,以及被任命的副院长、庭长、副庭长、审判员和助理审判员,不包括法官助理。

^⑥ 参见前引^④,柴发邦等书,第290页。

^⑦ 参见吴泽勇《民事诉讼审前准备程序的正当化》,载《法学》2005年第1期。

^⑧ 参见李浩《民事审前准备程序研究》,载《政法论坛》2004年第4期。

增。因此,应当建立准备法官与审理法官分立制,以防止“先定后审”与“先入为主”,同时强化当事人主导地位。^{⑤4} 从比较法上来看,既有主体分离模式,也有主体合一模式。前者如美国、英国、意大利、比利时等,后者如前苏联、日本、瑞士、奥地利等。^{⑤5}

比较前述两种观点可以发现,主张由同一审判组织主导两个程序的思路重在追求诉讼效率。相反,准备法官和承审法官的分离模式则表明了对于公正的价值诉求。从历史上来看,我国民事审判的价值诉求经过了一个从追求效率到关注公正的演变过程。经济体制改革伊始,由于案多人少的压力,司法改革的目标是“效率优先,兼顾公平”,但随着程序正义观念的兴起,逐渐演变为“宁可慢些,但要好些”。司法实践中的大立案制度就是这种模式的尝试,而且也曾获得了理论界的认可。^{⑤6} 但该制度很快便偃旗息鼓,宣告了主体分离模式的失败。分立模式意味着需要增加法官的数量,这在法官员额制、编制有限的情形下不啻为缘木求鱼。当前,我国案多人少的矛盾仍然十分突出,仅追求价值上的正当性远远不够,不顾效率,甚至贬损效率的公正只是看起来很美,势必难以获得实务界的支持。而期日型准备程序本质上即为口头辩论,因此法官同一理所当然。在主审法官负责制之下,这种方案也具有操作上的便宜性。^{⑤7}

2. 限缩法官权限范围之悖论

一直以来,对于准备程序法官的权限范围,立法的态度较为一致。具体而言,1982年《民事诉讼法(试行)》第87条规定,审判人员必须认真审阅诉讼材料,进行调查研究,收集证据。1991年民事诉讼法继受了上述规定,其第116条规定审判人员必须认真审核诉讼材料,调查收集必要的证据。^{⑤8} 2007年、2012年的两次民事诉讼法修改也没有废止该条规定,而2015年民诉法解释第96条则进一步细化了人民法院审理案件需要调查的证据范围。因此,从法条内容的沿革来看,确定争点的主体向来是法官而非当事人,^{⑤9}且其庭前审核调查证据的权力过大。^{⑥0} 正基于此,有观点主张在审前准备程序中应以当事人为主体,并由法官行使释明权进行指导,但法官不能替代当事人决定争点和证据。^{⑥1} 这也成为审前准备程序改革的方向之一。但是,对我国审前准备程序法官权限大小问题的讨论不能孤立进行。如果前后两个程序的法官不同,权限过大则意味着效

^{⑤4} 参见前引⑥,黄国新文;前引③,蔡虹文;江伟、肖建国、王谢春《1995年民事诉讼法学研究的回顾与展望》,载《法学家》1996年第1期;李忠诚、陈刚《1998年中国法学会诉讼法学研究会综述》,载《中国法学》1999年第1期。

^{⑤5} [日]竹下守夫、铃木正裕、新堂幸司《注释民事诉讼法(5)》,有斐阁1998年版,第419-430页。

^{⑤6} 参见前引④,陈桂明文;前引③,蔡虹文。

^{⑤7} 在刑事诉讼中,原则上由合议庭成员负责庭前准备,且不限于一人。例如《重庆第一中级人民法院刑事审判庭前会议实施细则(试行)》第7条规定“庭前会议一般由审判长指定合议庭成员一人主持;重大复杂案件,由审判长主持庭前会议。”再如石家庄新华区法院、检察院联合下发的《关于刑事案件庭前会议实施细则(试行)》第8条规定:“庭前会议应当由负责审理该案的合议庭组成人员中的一名审判人员主持;如果案件重大、疑难、复杂,则由合议庭全部组成人员参加,审判长主持。”

^{⑤8} 前引⑪,柴发邦主编书,第309页。

^{⑤9} 参见胡亚球《民事诉讼制度进化中的争点整理程序》,载《苏州大学学报》2012年第3期。

^{⑥0} 参见占善刚《完善民事诉讼审前准备程序之构想》,载《现代法学》2000年第1期。

^{⑥1} 参见前引④,陈桂明文。

率低下,进而大大弱化庭审的地位。相反,如果前后法官相同,权限过大则会僭越当事人对事实和证据提出的主导权,造成庭审空洞化和走过场。而不论法官是否同一,权限过小或者限于程序事项都将导致审前准备可有可无,功能不足且效率低下。

法官的权限从内容上大致可以分为三类,即诉讼指挥权、证据调查权以及判决权。一般而言,英美法系审前准备程序的法官比较消极,权限较小,虽有扩大化趋势,但仅停留在程序指挥层面。^②相反,大陆法系国家审前准备程序的法官权限较大,特别是在期日型辩论准备程序中,其几乎拥有庭审法官的权限,在主体同一时尤为如此。

德国和日本的审前准备程序法官都有一定的证据调查权限^③,可以对书证和物证进行证据调查。一方面,这是因为书证和物证并不会因调查场所和时间的不同而影响证明力。而更重要的另一方面在于,审前准备程序的法官并不能跨界,亦即僭越庭审法官的证据调查权限。反观我国,由于曾经采用职权探知主义,审前准备程序法官的证据调查权毫无限制,因此架空了庭审,致其形式化和走过场。其后,随着我国从计划经济体制逐步转向市场经济体制,客观上要求民事诉讼法减少国家干预色彩,弱化法官职权。^④如果全面限缩法官的权限,当然可以在很大程度上避免庭前预断。但倘若因此而矫枉过正,剥夺审前准备程序法官所有的证据调查权限,那么法官可能根本无法整理争点,在整理案件事实时势必力不从心。期日型审前准备程序是以整理争点和证据为目的的口头辩论,因此如有必要法院可实施所有诉讼行为,包括证据调查。

(二) 争点整理的原理与路径

从我国庭审构造来看,审前准备程序的目标在于明确双方当事人争议的焦点,以便庭审有的放矢,围绕争点展开证据调查,提高诉讼效率。一般而言,争点整理即事实与证据的整理。广义上的争点整理还须明确当事人所主张的法律观点的根据及可以证明经验规则的证据以深化争点,排除妨碍和解的因素,限制当事人提出新的攻击防御方法或诉的变更以防止纠纷扩大。^⑤

1. 争点整理的原理

如前所述,在功能相对分置的程序构造下,庭审旨在实施集中证据调查,而期日型争点整理准备程序则主要进行事实主张与争点整理。当事人应当在期日型争点整理准备程序中主张事实,明确争议事项,并在证据调查程序中提出证明主张的最佳证据。因此,争点整理首先是整理当事人的事实主张。通说认为,要件事实应由负担主张责任的

② 参见 [日] 笠井正俊《证据开示与当事人·法院的作用》,载《民事诉讼杂志》2002年第48号。

③ 日本法上的准备程序曾经不能发挥作用,其直接原因并非失权效的欠缺,而主要在于准备程序法官指挥争点整理的时候,因不能实施证据调查而无从把握案件的整体情况,也不能大胆地整理压缩争点。并且,准备程序法官不能进行中间裁判,当发生中间争议时,其只能中止准备程序并期待受诉法院作出判断。基于此,日本现行民事诉讼争点整理准备程序中,法官被赋予证据调查权,比如就书证展开证据调查以为后来庭审中的人证集中调查做好充分的准备。

④ 参见 [日] 上原敏夫《诉讼的准备与审理的充实》,载《讲座民事诉讼法》(4),弘文堂1985年版,第206页。

⑤ 参见 [日] 上谷清、加藤新太郎编《新民事诉讼法施行3年的总括与展望》,西神田編集室2002年版,第137页。

当事人提出。如果一方当事人没有尽到主张责任,法官在判决中就不能导出对其有利的法律效果。^{⑥⑥} 因此,当事人的事实主张必须以实体法为依据,使请求有理由。此之谓诉讼的“有理性(Schlüssigkeit)”,即构成要件充足性。就字面而言,所谓有理性即许可推论,意味着连接事实主张与请求之间进行法律推论的“筋”。^{⑥⑦} 事实主张的整理过程,即法官判断当事人的主张是否具备有理性,也是对当事人事实主张进行法律适用的逻辑判断过程。

如同自认可以压缩争点的范围从而减少证据调查一样,事实主张的有理性审查亦旨在排除不必要的审理和证据调查,系一种以最短的审判路线达致判决的裁判方法,防止因无谓的证据调查而浪费司法资源,避免对方当事人与法院承受不必要的负担。在诉讼爆炸、案多人少的司法现状面前,此争点整理的方法对于节约审判资源、提高审理效率大有裨益。具体而言,法院在对争议事实进行证据调查之前,需要在假定当事人主张的事实全部真实的基础上,判断在实体法上是否能够认可以该事实为法律要件的诉讼请求或抗辩。对原告而言,即能否根据实体法从其主张的事实推导出诉讼请求;对于被告而言,则是能否据其主张的事实阻碍原告提出的诉讼请求。若不能推导或阻碍,则不必实施证据调查,待判决时机成熟,法官基于该主张直接认定法律效果不发生。^{⑥⑧}

法院进行有理性审查的基础资料,系当事人“现实的主张”,即当事人基于对事实关系的实际认知而提出的事实以及自认的事实。为了明确法院证据调查应判断的具体争点,当事人不仅需要抽象地主张自己负担主张责任的事实,还必须提出重要的间接事实以及作为证据调查认定对象的具体事实。与当事人的权责相对应,为促进诉讼与审理的集中化,在争点整理阶段,法院应当行使释明权等诉讼指挥权,促使当事人的主张及否认具体化,并尽可能防止证据调查的对象过于分散和零碎。

2. 争点整理的路径

对当事人主张的审查分为三个阶段,即原告主张的审查、被告主张的审查以及证据调查方面的审查。法官必须按照上述顺序进行审查,不得遗漏和跳跃。按照既定顺序进行严格的有理性审查可免去不必要的证据调查,从而妥适、迅速解决纠纷,节省法院和当事人的时间和精力,保护当事人的程序利益,实现诉讼经济;否则,不仅可能导致诉讼记录庞杂化、诉讼迟延化,而且可能导致适用法律错误,或因审理不尽而造成突袭裁判。^{⑥⑨}

主张的有理性审查首先从原告的主张开始,即审查请求原因事实。如不能从原告的事实主张推出其所申请的诉求,即欠缺有理性。此时,法院应直接终结诉讼,判决驳回请求,无需继续审查被告主张以及进行证据调查。需要注意的是,在原告的主张欠缺

^{⑥⑥} 参见段文波《程序保障第三波的理论解析与制度安排》,载《法制与社会发展》2015年第2期。

^{⑥⑦} 参见[日]中野贞一郎《民事程序的现在问题》,判例时代社1989年版,第221页。

^{⑥⑧} 前引^{⑥⑦}, [日]三木浩一等书,第227页。

^{⑥⑨} 参见许士宦《集中审理之争点整理》,载《月旦法学教室》第117期(2012年7月)。

有理性时,便应驳回其请求,而不必理会被告的态度和主张,即被告防御对判决主文毫无影响。^⑦当然,在主张欠缺有理性时,法院当予释明。在原告请求通过有理性审查之后,继而由被告答辩进行有理性或重要性审查。在这一阶段,法院需要审查被告答辩所依据的主张是否足以导致原告的请求被认为无理由而被驳回。如果可以推翻原告请求,被告主张即具备有理性,则可以进一步整理争点并确认待证事实。反之,如果法院认为被告的主张欠缺有理性,应予释明,并劝诱和解或判决认可原告请求,无需展开证据调查。^⑧

实践中,大部分民事案件都需要运用间接证明的方法。在主张阶段的有理性审查之后,决定采纳证据之前,需要审查间接事实是否具有推定力或使用可能性,即间接事实推认主要事实的证明力。^⑨如果负担举证责任的当事人没有提出充分的间接事实,将因懈怠本证而败诉。此时,法官无需进行证据调查,也不必理会反证申请,案件就此终结。例如,在间接事实 abc 合力方能证明主要事实 A 时,原告仅提出了 ab,不论其真伪均不能推导出 A,因此不必进行证据调查,直接判原告败诉即可,否则即违反诉讼经济原则。^⑩如果原告提出 abc,但推定力仍然不足时亦同。当然,为了防止法院突袭裁判,特别是推理过程的突袭,在驳回请求之前,法官必须释明并适度开示心证,表明 abc 三个间接事实的推定力,使当事人有机会增补事实并陈述意见。同理,自认请求原因的被告同时主张抗辩 B 时,若未举示证明 B 的间接事实 def,或者虽然摘示但推定力不足,法官则不必对间接事实 def 实施证据调查。此时,被告因懈怠本证而败诉。^⑪

四、期日型审前准备的程序构造

法院认为需要且适宜整理争点与证据时即可裁定交付期日型争点整理准备程序。争点整理应在起诉后的诉讼早期阶段实施,从第一次开庭开始也未尝不可。在日本的实务中,往往在诉状送达被告时便已经指定了第一次口头辩论期日,由于此时多半不知道被告的答辩内容,所以第一次开庭期日通常用于听取被告答辩意见以分流案件,而第二次开庭方才进行期日型口头辩论准备程序。^⑫裁判长在第一次口头辩论期日前,可以听取当事人事实陈述以顺利准备第一次期日,实现案件分流,促进当事人和解。^⑬争点整理完结、裁判时机成熟时,法院便裁定终结准备程序并确认待证事实,以便在续行期日实施证据调查。

^⑦ 参见 [德] 奥特马·尧厄尼希《民事诉讼法》,周翠译,法律出版社 2003 年版,第 126 页。

^⑧ 参见 [日] 木川统一郎《诉讼促进政策的新展开》,日本评论社 1987 年版,第 68、176 页以下。

^⑨ 前引⑧, [日] 木川统一郎书,第 113 页。

^⑩ 参见前引⑨,许士宦文。

^⑪ 参见 [德] 皮特·格雷司《西独诉讼制度的课题》,小岛武司编译,中央大学出版社 1988 年版,第 337 页以下。

^⑫ 参见 [日] 法务省民事局参事官室《一问一答新民事诉讼法》,商事法务研究会 1996 年版,第 176 页以下。

^⑬ 参见前引⑧, [日] 竹下守夫书,第 203 页。

(一) 程序的启动

期日型审前准备程序的启动模式取决于一国的审理方式及其他诉讼政策等因素。基于我国的司法实践及诉讼环境,为确保审理的灵活以及诉讼的效率,在现行庭审方式下宜采取法官裁量的方式。法院在裁量是否适用准备程序时,应以案件的繁简作为判断基准,同时基于功能最大化及程序保障的考量,应当兼顾当事人的程序选择权。

1. 裁量抑或强制

审前准备程序采强制主义还是裁量主义,根本性的影响因素在于审理方式。具体而言,英美法系国家多半将审前准备作为一个必经的程序阶段,这是其集中审理的构造所决定的。并且,即便是采用类似集中审理构造之不间断审理的前苏联民事诉讼,也采用强制启动主义,审判员认为案件准备充分后才会裁定案件开庭审理的日期。^⑦相反,大陆法系国家由于采用口头并行审理方式,即使设有审前准备程序,也以裁量适用为原则。比如德国民事诉讼法规定,裁判长可以根据诉状裁量选择适用早期第一次口头辩论期日或书面先程序。而基于为大陆法系、混合了些许英美法要素的日本民事诉讼,从其立法沿革来看,准备程序的适用在原则强制主义与裁量主义之间摇摆。^⑧直到1956年,由于案件积压严重,遂取裁量主义。由此可见,选择裁量还是强制主义也会受到案件数量等因素影响。

反观我国,80%以上的案件由基层法院受理,其中多数又是简单案件,并无整理争点之必要,强制适用审前准备程序不仅可能无益于提高庭审效率,反而会加重审理负担。此外,我国民事审理方式采用大陆法系口头并行审理主义,期日型审前准备程序原本就是一庭两用,其优点之一便是富有灵活机动性。因此,为了使法官可以随机应变、灵活地利用准备程序,同时避免向法定序列主义倒退,宜采裁量模式。比如,法院可以在第一次开庭时观察被告的反应后决定是否适用准备程序。

2. 判断的标准

法院在裁量是否适用准备程序时,应以案件的繁简作为判断基准。如果案情简单,则缺乏整理争点的必要。而在当事人的主张与证据关系复杂时,或者在当事人及请求众多的案件、预备性和假定性主张很多的案件,抑或在特殊专门领域的案件、主张不明的案件及本人诉讼案件中,就需要适用准备程序整理争点。^⑨一开始比较简单但后来逐渐演变为繁杂案件的,也可以适用准备程序。例如,法院开庭后基于被告答辩才认为案件复杂时,完全可以将案件交付准备程序。对于期日型准备程序而言,因为采裁量主义,所以即使法官对繁杂性判断错误,将简单案件交付准备程序也无可厚非。

3. 当事人的程序选择权

对于法官进行上述裁量时是否需要考虑当事人意思的问题,有观点认为,争点整理

^⑦ 参见《苏俄民事诉讼法典》第143条规定。

^⑧ 参见《日本民事诉讼继续审理规则》第10条。

^⑨ 参见[日]兼子一、松浦馨、新堂幸司、竹下守夫《条解民事诉讼法》,弘文堂1986年版,第911页。

准备程序是法院与双方当事人的共同作业,如果缺乏当事人的配合,准备程序便难以发挥预期的功效。即便从尊重当事人的主体性和自律性出发,也应该尊重当事人的意见。当事人的合意即使拘束法院也不会损害公共利益。^⑩日本的通说认为,实施准备程序的决定权和主导权乃是法院的专权,无需理会当事人合意。当事人合意进行或反对实施准备程序时,合意无效。^⑪笔者以为,由于现实中的案件多种多样,需要法院随机应变、灵活处理,出于提高诉讼效率之考量,应当维护法官的裁量自由。与此同时,为了兼顾对当事人的程序保障,可以在交付准备程序时征询当事人的意见。但是,当事人的意见对于法院的决定仅具有参考价值。

(二) 程序的终结

程序终结时的效力规制是关涉审前准备程序功能发挥的决定性因素。审前准备程序是否产生失权效的问题不仅关系到实体真实和程序正义的价值取向,更与一国的诉讼理念以及诚实信用原则、诉讼促进义务等整个立法条文体系息息相关。从我国民事诉讼立法及理论的整体构造出发,在期日型审前准备程序终结时,法院和双方当事人应确认此后庭审集中证据调查的争点,但不宜规定失权效,仅需要根据诚信原则科以当事人相应的说明义务。

1. 是否失权

是否失权是伴随准备程序与生俱来的问题,如果强化失权,就会引发诸多不必要的假定性主张。反之,若允许当事人在准备程序终了后提出新的主张与证据,将大为贬损争点整理准备程序的意义。国内的多数观点认为,审前准备程序的功能应包括约束当事人的言词辩论行为,即固定当事人在审前准备程序中主张的事实和提供的证据。如无特殊情况,当事人不得在开庭言辞辩论时再提出主张及证据,以保证庭审的公正和效率。^⑫如在之后的庭审辩论中许可当事人提出没有在准备程序中主张的事项,将会导致准备程序形同虚设。^⑬质言之,即强调审前准备程序终结应产生强烈的失权效以固定争点。^⑭日本旧民事诉讼法曾规定,准备程序终了后,原则上不得提出新的主张与证据。但是,伴随强大失权效的准备程序几乎没有发挥作用。原因即在于当事人唯恐失权,从而提出大量假定性主张和抗辩导致审前准备机能不全。^⑮后来,为了确保争点整理的实效性,日本新民事诉讼法便废止了准备程序中的失权效。^⑯同样,德国民事诉讼法也没有以争点程序终结为由认可以一般性诉讼促进义务为基础的失权效,而是将争点整理

^⑩ 参见前引①, [日] 竹下守夫书,第203页。

^⑪ 参见 [日] 野间繁《辩论的集中》,载《民事诉讼法讲座》(2),有斐阁1954年版,第417页。

^⑫ 参见前引⑥,黄国新文;前引③,蔡虹文;前引②,吴泽勇文;前引③,李浩文;前引⑨,胡亚球文;前引⑥,占善刚文。

^⑬ 前引⑬,许士宦书,第237页。

^⑭ 参见前引⑬,傅郁林文。

^⑮ 参见 [日] 高田裕成《争点与证据的整理程序终了后的新攻击防御方法的提出》,载《民事诉讼的历史展开》,有斐阁2003年版,第374页。

^⑯ 参见前引①, [日] 竹下守夫书,第203页。

过程中原告和被告的攻击防御分为若干提出阶段,当事人懈怠法院针对各阶段裁定的期间才会产生基于特定诉讼促进义务的失权效以充实并促进审理。^{⑧7}

诚然,当事人在口头辩论阶段提出重大新事实与证据不仅会对另一方当事人构成突袭,还会打乱法院集中证据调查的步骤,肇致庭审失序与诉讼迟延。因此,确有必要限制当事人提出新的攻击防御方法以保护对方当事人的利益,间接强制当事人在准备程序中适时提出事实主张和证据申请。但不宜规定失权效,以免重蹈法定序列主义之覆辙。此外,因为我国现行民诉法中关于逾期举证的规定也以失权为例外,所以为避免法律条文之间的冲突,也不宜为争点整理程序规定过于严格的失权效。

2. 说明义务

为了实现以争点的整理和压缩为前提,高效且富有弹性的审理,现代大陆法系国家的民事诉讼法均一改随时提出主义的理念,转采适时提出主义。以适时提出主义为背景,争点整理准备程序终结后提出攻击防御方法的当事人负有向对方当事人说明的义务,没有履行说明义务时可以推定其对迟延提出存在重大过失。

我国民事诉讼法规定当事人必须遵循诚实信用原则。以此为基础,在期日型审前准备程序终结后,意欲提出攻击防御方法的当事人应对另一方当事人负有说明义务,且应以书面方式说明理由。藉此,可以对当事人施加一种心理上的强制,以期固定争点整理的结果。若当事人在准备期日中当庭口头说明,法院应形成笔录,且对方当事人有权请求交付书面说明。一方面,出于尊重当事人在准备程序中主体地位之考量,是否要求说明委于当事人意思。但另一方面,当事人履行说明义务并不妨碍法院适当地行使诉讼指挥权。例如,对于因故意或重大过失而错过时机提出的攻击防御方法,法院可依职权驳回,而对于涉及案件基本事实的,则可以对当事人处以训诫、罚款。

3. 确认待证事实

争点整理结束时,法院和双方当事人应确认日后证据调查的待证事实。在确认方式上,若待证事实数量少且比较简单,则口头确认即可。反之,待证事实的数量多且内容复杂时,比如在医疗诉讼中,为了防止以后围绕待证事实的范围产生争议,裁判长认为适当时可以要求当事人提出归纳和确认争点的文书。文书的内容不必过于详细,仅记载残存的争点即可,以免给当事人造成过重负担。为减少分歧,最好由双方当事人共同做成一份争点整理表。鉴于笔录具有法定证明效,故也可简洁地将待证事实记载于笔录。准备程序终结后,受诉法院认为确有必要时,比如当事人发现了新的事实和证据,可以再度裁定将案件交付准备程序。^{⑧8} 这是准备程序启动采裁量主义的应有之义。

^{⑧7} 参见 [日] 三木浩一、山本和彦《民事诉讼法的改正课题》,载《法学家》2012 年第 12 号。

^{⑧8} 参见 [日] 兼子一:《民事诉讼法体系》,酒井书店 1965 年版,第 226 页。

结 语

正所谓皮之不存,毛将焉附。没有庭审,何来准备。在以庭审为中心的改革背景下,审前准备程序必须服务于庭审。当前,我国庭审方式改革的趋势是集中化审理,即庭审以实施集中证据调查为核心。以此为前提,审前准备的目标只能是压缩并深化争点整理。在当事人主义诉讼模式下,事实和证据必须由当事人主张和提出申请。但是,如果当事人不能充分掌握案件的信息,则无从实现事实主张的具体化并围绕纠纷核心整理争点。为此,必须完善证据收集程序以便当事人充分把握案件信息,并从制度上保障当事人可以尽早提出事实与证据。^③ 与此相关的文书提出义务、诉前证据收集等问题都需要今后进一步研究。

Abstract: From the Civil Procedure Law for trial implementation in 1982 to the current civil procedural law in 2012, the reform of the pretrial preparation procedure in our country has undergone a stage from blurring in the name of justice to weakening in the direction of efficiency. Although it seems to be independent from the appearance, it actually loses all functions for being mired in the contradiction between justice and efficiency. It is necessary to reconstruct the pretrial preparation procedure of our country from the realistic needs of the trial. And from the standpoint of the trial center, China should construct a date type pretrial preparation procedure rather than a two stage pretrial preparation procedure. Therefore, to improve the core content of our pretrial preparation process is not only resetting the relationship of power allocation between the judge and the party from the existing knowledge and giving right of decision to the party and limiting the authority of the judge, but to follow the regulative principle of facts that the party claim, and arrange, limit, deepen and confirm the focus of the dispute between the two parties rationally. Due to these, the trial will be able to effectively implement evidence survey to find out the facts.

(责任编辑: 陈贻健)

^③ 参见 [日] 加藤新太郎《程序裁量论》,弘文堂 1996 年版,第 15 页。