

中国民事诉讼立案程序的功能与结构

傅郁林

摘 要 我国现行诉讼程序在总体框架上呈现结构分立而功能交汇的特征，立案程序在司法行政管理体系上独立于审判程序而在功能上与审判程序混为一体，在当下“大调解”模式下更与诉外解纷程序之间混沌不清。本文以区分司法的社会责任与职业责任为基础，强调立案程序在区分咨询性质的起诉与起诉意向明确的起诉时不同态度，同时确立了我国诉讼要件审查标准，即须有争议存在，且争议具有民事性（平等主体之间）和法律性，从而为转型时期的中国将非典型案件逐步转化为具有可诉性的案件提供可资参考的抽象标准。

关键词 立案 立案程序 民事诉讼 民事司法

作者傅郁林，法学博士，北京大学法学院副教授。

法律植根于文化之中，它在一定的文化范围内对特定社会在特定的时间和地点所出现的特定需求作出回应。

——约翰·梅利曼^①

随着最高法院的第二立案庭诞生以及各高级法院和中级法院也将陆续如法炮制，立案审查与案件审判分庭抗礼的程序构造至少在较长时期内已成定局。不必说，再审受理扩大化和一审立案审判化这两个因素，直接催生了同一法院拥有两个立案庭这一令人叹为观止的事实。2007年民事诉讼法修正案标志着民事诉讼制度在多方博弈中，抑制再审的政策取向最终败给了再审刺激政策；在当下启动的民诉法全面修改的进程中，在启动诉讼程序这一门槛问题上，理论界主张的形式审查制与实务界所坚持的实质审查制之间仍将对抗。中国立案程序从功能到结构都堪称古怪，但生命力异常顽强。这恰恰意味着，在研究对象上，理论评价不能不理睬中国立案程序的独立性这一既成事实；在研究方法上，比较研究不足以解释或解决中国民事立案程序的独特问题；在研究结论上，任何模式的现代西方制度都无法直接移植作为这一制度建构的根据。尽管如此，即使是针对如此独特的中国问题，比较研究也并非无所补益，但必须考虑制度的功能与结构之间相互塑造的关系，将技术结构不同的各国制度进行解构，探究其意欲实现的制度功能，以及相应结构在实现预设功能方面的基

* 本文系教育部课题“民事司法权优化配置研究”（课题批准号 10YJA820020）的阶段性成果。

① [美] 约翰·梅利曼：《大陆法系》，顾培东、禄正平译，法律出版社 2004 年第 2 版，第 155 页。

本元素和构造原理,包括对其成败和机理的考察和评估;然后根据我国制度的预设和/或预期^②功能,对比现有元素和结构在实现预设和/或预期功能方面的成败及其原因,在比较法研究中寻找适合我国制度预设功能的元素和结构。本文尝试将自我国民事诉讼程序起诉至裁判的整个过程拆开、掰碎,据以观察现行立案程序结构及其承载的预设功能,在对其运行状况进行理论评估和原因分析的基础上,结合相应制度的比较研究成果,重新审视和调整我国立案程序的预期功能,“就料裁衣”、因势利导地进行相应的结构重组。

我国现行诉讼程序在总体框架上呈现结构分立而功能交汇的特征;这种特征可进而归因于从国家干预主义和程序虚无状态转向处分权主义和程序保障的改革进程中,结构局部变革和片面“接轨”,导致我国民事立案程序不仅在比较法语境中与普遍实行的形式审查制之间无法对话,而且在我国本土,理论界与实务界在立案程序阶段在调整步调的方向和思路上的差异,也导致了理论、制度、实践三者之间的严重脱节乃至对立。因此,本文研究和重构我国立案程序,从整个民事诉讼程序的总体框架入手,以避免进一步加剧因片面解构或重构所致的兼容不适等问题。

一、现实状态:程序结构分立与程序功能混同所致的逻辑紊乱

我国民事诉讼程序的结构,在总体上通过不断变革而由简单和粗糙逐渐走向复杂和细致。在程序立法层面,1991年法典(含2007年修订本,下同)经对1982年法典的修订,将一审普通程序与简易程序、二审程序与再审程序分解为各自独立的程序,同时将调解从一审程序中分离出来,成为适用于上述各独立程序的通用制度;在司法行政体制层面,立案庭、审监庭和执行庭的单独设立,完成了立审分立、审监分立、审执分立的改革。然而,就程序的功能而言,整个民事诉讼制度,无论一审、二审或再审程序,无论一审普通程序或简易程序,无论普通程序中的立案、庭前、庭审、或庭后阶段,也无论结案方式中的裁判、调解或撤诉,都只有一个共同目标,那就是通过解决纠纷(直接目的)维护社会秩序(终极目的),^③只不过终极目的因不同时期的政治目标而变为不同的话语,比如由解决人民内部矛盾,到为改革开放保驾护航,再到维护社会稳定、实现社会综合治理。

就一审普通程序而言,结构上,一审普通程序分为起诉和受理、审理前的准备、开庭审理等诉讼阶段。如果将“开庭审理”作为分界线,那么开庭审理之前的程序(本文统称为“庭前阶段”)^④在结构上包括两大阶段,即“起诉和受理”和“审理前的准备”,在预设功能上是为开庭审理做准备;开庭审理之后的程序(本文简称“庭后阶段”)在结构上只有诉讼结束,在功能上似乎是根据开庭审理获得的信息以作出裁判。但实际上,所有这些阶段之间共享功能或曰功能混同,从而使庭

^② 本文所称的预设功能,是指依据现行法的立法宗旨所意欲实现的制度功能;所称的预期功能,是指意欲替代现行法所欲实现的制度功能,而按照理论设计作为新的功能目标的制度功能。这样区分是因为现行法的结构与功能之间的关系是复杂多样的:有时立法宗旨和预设功能是清晰的,并且在现行法得到了完好地体现,亦即制度的原有功能与结构保持了逻辑一致,但社会发展导致制度的宗旨和功能已经或将要发生变革,亦即出现制度的预期功能与预设功能的差异,从而促使制度结构必须进行相应变革;有时却出现现行法结构与制度功能之间逻辑紊乱的状况,比如立法宗旨和预设功能并不清晰,或者由于立法技术的原因导致制度结构未能体现立法宗旨,或者立法宗旨或制度结构发生了局部变革……这些原因都可能形成现行法所体现的预设功能并不清晰或者形成结构与功能、此功能与彼功能之间相互冲突的状况,那么此时重构制度结构,就必须首先厘清制度功能本身,即预设功能是否清晰,是否已经或需要变革,按照新的功能即预期功能进行结构重组。于是,预设功能与预期功能可能是同一或一致的,也可能是相互冲突的,还可能是相互交叉或局部重合的,因此,这里只好将并列性连词(和)与选择性连词(或)同时使用。

^③ 如果从制度功能来看,我国民事诉讼制度的目的似乎应当定位于纠纷解决。

^④ 从名称上将庭前程序区别于“审前程序”等舶来概念,用于强调作为制度载体的法律概念各自具有特定的内涵、外延及其差异。

前程序与庭后程序之间的结构性阶段划分的理论意义远远多于制度意义。

首先，如果以纠纷解决功能作为程序阶段的划分标准，那么法院调解在制度上贯穿于从提起诉讼直到诉讼结束之间的每一阶段，在性质上是司法行为，在效力同等于实体判决，在结果上是终局性解决纠纷，在规模上占一审结案数 70% 以上，在趋势上仍在扩大。因此可以说，在解决纠纷、结束诉讼这一目标和功能上，我国庭前程序与庭后程序并无明显差异——差异仅仅在于，“以判决方式”解决纠纷不能在庭前阶段中完成，而只能在庭后阶段实现。其次，即使将“以判决方式”解决纠纷的功能作为划分程序的标准，那么我国在制度上允许最后一次法庭辩论结束之前可变更诉讼请求或提起反诉并可因此提交新证据，在实践中普遍采取“庭前准备—开庭审理—补充准备—再次开庭庭审”的模式（本文称之为准备与庭审交织模式），也足以表明，即使在判决案件中，庭前程序与庭后程序也同样承担着“准备”性质的功能——差异仅在于，庭后阶段通常不必（而非不可以）进行程序性准备，而主要是进行实体性准备，比如确定作为裁判对象之依据的诉讼请求、（补充）提出作为事实认定之前提的事实主张、以及（补充）提交作为事实证明手段的证据材料。第三，在以裁定方式程序性终结诉讼的案件中，基于当事人和解而准予撤诉的裁定，以及适用民事诉讼法第 108 条作出的裁定（下简称“108 条裁定”；所涉及的事项简称为“108 条事项”或“108 条问题”），可能在诉讼的任何阶段作出，而不受庭前程序或庭后程序划分的影响——差异仅在于，涉及管辖权的 108 条裁定只能在庭前程序内作出并在答辩期届满之前提出异议，但即使这一点差异也因管辖错误无条件作为再审事由而大大消解。

具体就庭前阶段的结构与功能而言，立法上将庭前程序分为起诉和受理（通常称为“立案程序”）与审理前的准备两个阶段，机构体制上也设立了立案庭与审判庭，但功能上两个阶段之间的分界（如果有分界的话）并非简单地对应于上述职能划分。实际上，立案庭一方面只承担了绝大部分立案工作（起诉与受理），而将一小部分遗留给了审判庭；另一方面立案庭也承担了相当一部分庭审前的准备工作，另一部分则移交给了审判庭。根据立法和通说解释，起诉与受理阶段的功能是审查起诉是否符合法定条件，并作出是否受理的决定或裁定。^⑤ 审查的内容包括两个方面：一是实质审查，即依据第 108 条规定审查是否符合起诉的积极要件和依据第 111 条规定审查是否存在妨诉的消极要件；二是形式审查，即根据第 109 条和 110 条审查起诉是否具备形式要件（以书面为原则）以及起诉状是否“具备”上述实质要件的内容（不论内容本身是否“符合”法定实质要件）。审理前的准备阶段的功能，是为开庭审理进行准备。根据第 113—119 条的规定，准备的内容包括：送达诉讼文书（起诉状副本、受理案件通知书、应诉通知书等），组成合议庭，追加当事人，审核证据材料和收集必要证据。然而，审理前的准备从起诉时即已开始，亦即立案审查与审理准备存在制度性交叉。依据立法和相关规定，是否受理/立案的决定或裁定应在 7 日内作出；但立案后发现不符合受理条件的，仍可裁定驳回起诉。立法并未规定立案“之后”、什么阶段“之前”作出这一裁定；实践中则视驳回起诉的事由而不同。比如，因司法权（主管或管辖权）瑕疵而驳回起诉（或移送管辖）的裁定在答辩期届满“之后”作出，虽然在何时“之前”作出仍语焉不详，但在机构职能分工上肯定属于立案庭的工作职责范畴，也就是立案阶段结束、移交审判庭之前；但在程序阶段上，这一受 108 条调整因而属于立案审查性质的“驳回起诉”裁定，却是在立案后经由“审理前的准备”阶段而将起诉状副本和应诉通知书送达被告之后、并且通常是根据被告的答辩或管辖权异议

^⑤ 对经审查不符合法定受理条件，原告坚持起诉的，应当裁定不予受理。

作出的。相比基于司法权事由作出的108条裁定而言,因当事人主体瑕疵作出的108条裁定跨度更大,不仅在程序阶段上超越“起诉与受理”阶段而进入审理前的准备乃至开庭审理阶段,而且在机构职能上也可能横跨立案庭与审判庭。至于作为起诉审查一项内容的诉讼标的,不仅在立案程序中无法确定,而且在审理前的准备阶段也无法确定,直到最后一次庭审结束之前,随着诉讼请求和相应事实、证据的变更,整个“庭前”准备也仅具有聊胜于无的相对意义,而“庭后”的陆续“准备”却变得同等重要,^⑥以至于有学者不无道理地指出,我国审理前的准备活动在时间维度上应当定位于最后一次开庭之前。^⑦

二、成因解析:模式转型和局部变革所致的程序结构与功能之间逻辑断裂

关于结构与功能之间的关系,结构主义或功能主义理论虽然针锋相对,却都不会否认二者之间应当保持逻辑一致性;而在比较民事诉讼法视野中,成功运行的诉讼模式也支持这一结论。我国民事司法改革是从审判方式改革入手的,由此展开的诉讼模式讨论始终与改革进程并踵而行。

(一) 民事诉讼模式的界定及其内含的一般逻辑关系

众所周知,“诉讼模式”是我国诉讼法学界以比较法视角使用的独创概念,虽然其定义标准至今尚未统一,但是对于一国的诉讼模式取决于诉权与审判权的配置关系已有共识。具体而言,当事人诉权与法官审判权之间的关系体现在三个层面或环节上:其一,在实体问题上,处分权主义理念意味着法官对诉讼标的裁判权受当事人处分权制约,故未经当事人主张的权利(诉讼请求)不能成为裁判对象;其二,在事实问题上,对抗主义或辩论主义意味着,法官对事实的裁判权受当事人的事实辩论权制约,故未经当事人主张的事实不能成为证明对象(待证事实)和裁判依据;其三,在证据的收集方式上,对抗制意味着,法官获取事实信息(即证据)的权力受当事人的事实证明手段制约,未经当事人在法庭上自行提交的证据,法官不得自行获取以作为获得心证的途径。我国学者定义诉讼模式的不同标准导致了关于比较法视野下民事诉讼模式的结论的分歧。^⑧广义的诉讼模式包括上述三个层次,是指以一定的社会理念为基础,以一审庭审为核心的技术结构所体现的诉讼主体之间诉讼法律关系的特征;狭义的诉讼模式,亦即职权主义与当事人主义/对抗制对立意义上的诉讼模式,仅包括第三个层次的内容,即指庭审方式的特征以及与此密切关联的审前程序的特征。

参考西方比较法学者划分诉讼模式的标准,考察美英、德奥、法意等不同模式的庭审结构和审前程序的特征,同时观照以一审程序模式为基础的三大上诉程序模式,对当代西方国家的一审诉讼模式可归纳如下:

在理念和功能层面上,三大诉讼模式基于市场经济体制的共同背景而具有相似性,在理念上共

⑥ 王亚新曾将从起诉到第一次开庭之间的时间与最后一次开庭到诉讼终结之间的时间对比。

⑦ 刘哲玮:《审前程序研究》,北京大学2010年博士论文。

⑧ 在诉讼模式研究中,张卫平教授在总结市场体制与计划体制的理念共享及其对诉讼模式的根本影响方面有突破性进展,汤维建教授则在澄清诉讼模式划分标准、强调理念与结构的差异方面有特别贡献,而王亚新教授在归纳调解型诉讼与对抗型诉讼的差异对于诉讼模式的影响方面有独到贡献。参见张卫平:《程序公正实现中的冲突与衡平》,成都出版社1992年版;汤维建:《两大法系民事诉讼法制度比较研究——以美、德为中心》,载《诉讼法论丛》第1卷,法律出版社1998年;王亚新:《对抗与判定——日本民事诉讼的基本结构》,清华大学出版社2003年版。

享处分权主义，在功能上归于纠纷解决功能模式，与计划体制下的国家干预主义理念和政策实现功能模式和形成分野。^⑨ 上述三大诉讼模式不仅基于共享的市场体制及私权自治理念而共享处分权主义，在第一个层次上体现为诉讼请求对裁判对象的制约；而且在第二个层次上，也共享着对抗主义或辩论主义的特征，即事实主张对于裁判的事实依据的制约。美国学者万·梅仑指出：“法国、德国和美国的民事诉讼制度曾经是而且依然是对抗式的。非对抗制这个词只有当它用来描述大陆法民事诉讼中收集证据的司法行为时，才是正确的。”日本学者谷口安平也是在认同三种模式“在民事诉讼程序中采取的都是对抗式辩论原则，当事者之间的对抗式辩论是其共通的特征”的前提下，进一步将民事诉讼模式区分为德国的当事人主导辩论模式（Verhandlungsmaxime）和美国的对抗式辩论模式（adversary）。^⑩ 美国学者朗本（John H. Langbein）指出，“我得强调，我们的对抗制程序与大陆法传统被假定的非对抗制程序之间为我们所熟知的差异被夸大了……二者都是民事程序的对抗制。德国跟美国一样，从第一次诉讼活动开始到最后的辩论结束，律师都在前面冲锋陷阵。”^⑪

在庭审结构和由此决定的审前程序结构层面上，三大诉讼模式之间确实存在着当事人主义（对抗制）与职权主义的分野。比如，德国与美国民事程序之间存在两大基本差异并由此导致了其他许多差异。首先，法庭而非当事人的律师对收集事实和证据交换负主要责任，尽管律师行使对法庭工作的监督权。其次，庭审前与庭审之间、证据开示与提出证据之间没有分别，庭审不是单独的连续的事件，法庭收集和评价证据是根据具体情况需要通过一系列听审而进行的。法国模式则在庭审阶段与德国相似，采取职业法官调查事实的模式；但在审前阶段则更接近于美国模式，主要由当事人推动诉讼进程，并与庭审阶段相对独立。值得特别关注的是，各国在结构安排上不仅在总体上保持了与诉讼理念和基本功能的逻辑一致，而且在技术结构的各个环节之间也保持了相互协调和衔接。

美国初审程序模式以对抗制著称。“对抗制的典型模式就是，由当事人（原告和被告）承担调查，显示证据和提出辩论的责任，当事人的纠纷通常是由一名法官——中立、无偏私的被动裁判者——倾听当事人双方的陈述，并基于当事人所呈现的内容而作出裁判，法官的作用相当于一个公断人，力图确保律师遵守程序规则。从这个意义讲，整个诉讼程序是由当事人——或者更确切地讲——由律师控制的。”^⑫ 基于陪审团审判传统而形成的对抗制庭审（trial）程序以交叉询问制的集中审理为突出特色，为此，当事人在进入成本昂贵的集中庭审之前必须提出和固定所有的主张和证据，由此形成高度处分权主义的诉答程序（pleadings）和多功能的审前程序（pretrial）。在请求（claim）→事实（fact）→证据（evidence）这三个逻辑环节上，诉答阶段的功能主要是固定请求（和抗辩）主张；审前程序的功能，一是分流案件，分流是在请求和事实两个层次上进行的——促成当事人和解（在请求层次上），并以各种简易裁判方式解决那些不构成事实争议因而不必提交陪审团审判的案件（在事实层次上）；二是准备庭审，即对于在审前无法分流的争议进行审前准备（主要在证据层次上），挖掘或排除庭审中将使用的证据，由此形成发达的证据开示/披露规则和严格的证据排除规则。70年代以后美国进行的民事司法改革主要集中于冗长昂贵的审前程序，但未改变其基本结构和功能，主要是在分流功能方面增加了各种形式的法院附设 ADR（如调解和仲

^⑨ 参见达维将社会主义法系独立出来的根据，参见《国际诉讼法学会第五届世界大会总结报告》，载田平安主编《民事诉讼法学译丛》，法律出版社2000年版，第135页。

^⑩ 参见〔日〕谷口安平：《程序的正义与诉讼》，王亚新、刘荣军译，中国政法大学出版社1996年版，第23页。

^⑪ 〔美〕约翰·朗本：《德国民事诉讼程序的优点》，载《德国民事诉讼法学文萃》（附录），中国政法大学出版社2005年版。

^⑫ 〔美〕史帝文·苏本、玛格丽特·伍：《美国民事诉讼法真谛》，蔡彦敏、徐卉译，法律出版社2002年版。

裁),同时在庭审准备功能方面增加了法院的介入。^⑬而那些看似新颖合理却可能打破传统结构而导致逻辑紊乱的改革建议,比如朗本教授关于美国进一步向高效低耗的德国采取职权主义询问制庭审模式靠拢的提议,却遭到理论和实践的阻击而没有成为制度变革的一部分。^⑭

德国的诉讼程序可归纳为处分权制约下的职权主义和阶段式的审理模式。以职业法官审判为基础并辅之以律师强制代理制,德国诉讼程序不必像美国那样采取集中审理模式和地毯式轰炸的审前证据准备。当律师把当事人的请求“翻译”为法律语言提交法庭并准备好证据之后,整个诉讼程序便在职业法律人之间的互动中展开,按照“法律出发型”的思维模式,完成“证据(证明手段)←→要件事实/法律要件(权利依据)←→裁判(诉讼请求)”这个逻辑过程。因此,德国的审前程序与审判程序之间并不像美国那样泾渭分明,而是采取阶段式审理模式,即根据双方律师提供的书面材料进行基本准备和证据交换,确定开庭日的具体目的和争点;开庭日如果一方当事人有重要的新证据,或者法官未能获得形成裁判结论所需要的全部信息,可能再次举证和开庭,形成准备——开庭——再准备——再开庭的分阶段审理模式。但由于德国(以及类似于德国模式的日本)在程序的早期确定裁判对象方面运行有效,同时奉行辩论主义的攻击防御模式和程序不可逆转原则,并以相应的中间裁判制度和即时抗告制度制约权利滥用,因而克服了这种模式可能造成的庭审突袭和“证据随时提出主义”等弊端。德国模式的程序结构为民事司法最大容量地解纷功能的实现提供了可能,同时辅之以普遍适用的支付令和功能强大的非讼程序,加之诉讼保险制度的胜诉评估等诉前分流机制,因而被誉为当今世界最友好的民事司法制度。^⑮

法国模式以当事人支配下的审前程序与法官控制下的庭审程序共同构成,虽然有些逻辑失调,但改革趋向也支持结构与功能应保持逻辑一致的结论。法国的审前程序和集中审理模式更接近于美国,即由双方律师进行和商议决定的,包括文书送达、程序的进展、证据准备和交换,而不是像德国那样由法官主导。证据未经审前交换不得提交法庭审理的规定,强化了审前程序在收集证据方面的功能和苛刻的证据时效制度,使法国审前程序与庭审程序相对独立。为改变当事人控制审前程序造成的拖延,70年代以后法国民事诉讼制度改革加强了法官支配审前程序的职能,但是受严格的三权分立传统下消极法官角色定位的惯性影响,因法官极少真正行使这些权力而收效甚微。但法国由职业法官进行职权调查的庭审模式却更接近于德国,而不必采取美国那样依赖于律师对抗式的表演呈现事实。在当事人控制下的审前信息交换和书证中心主义传统的影响,与法官控制下的庭审证据收集相结合,职业法律人对于事实加法律所致的结果的心知肚明,使得法国庭审的功能既不像德国也不像美国那样具有实质意义。于是,法国改革试图在加强法官对审前控制以加快进程的同时,增加律师对庭审程序的参与或控制力,以缓解走过场式的庭审程序给法国司法制度带来的正当性危机——尽管实证研究并未表明判决的公正受到实质性影响。

可见,由于在市场体制下形成的不同西方诉讼模式都以处分权主义为共同基础,当事人诉权从

^⑬ 进入庭审程序的案件已减少至仅占全部初审案件的2-5%。随着民商事案件专业化程度日益增加和陪审团使用率的严重下降,美国诉讼模式也在悄然发生局部变化,比如法官在庭审过程中补充询问事实已不再是奇怪的现象。值得提醒的是,美国上诉法院的庭审模式都是法官询问制的,因为上诉法庭由职业法官组成,也不决定事实问题(注意不是不审查事实问题)。

^⑭ 详见留德美国学者朗本教授80-90年代在美国引起的那次关于引进德国诉讼模式的大讨论。John H. Langbein, *The German Advantage in Civil Procedure*, 52 *University of Chicago Law Review*, p.823, 1985; Ronald J. Allen, *Legal Institutions: Idealization And Caricature in Comparative Scholarship*, 82 *Northwestern University Law Review*, p.785, 1988; John H. Langbein, *Legal Institutions: Trashing The German Advantage*, 82 *Nw. U.L. Rev.* p.763, 1988; Michael Bohlander, *The German Advantage Revisited: An Inside View of German Civil Procedure in the Nineties*, 13 *Tulane European & Civil Law Forum*, p.26, 1998.

^⑮ 参见[英]阿·朱克曼主编:《危机中的民事司法》,傅郁林等译,中国政法大学出版社2005年版,第一章。

根本上构成对审判权的有效制约,因而无论在证据层面采取怎样的具体结构如何,都会在进入主庭审日之前形成诉讼请求、诉讼标的和裁判对象。请求层面的主张早期固定,使得诉讼程序虽然不同,但都得以在程序早期解决诉讼主体等先决问题,并相对确定支持各自实体主张的法律规范和要件事实。在此前提下,阶段性审理模式在每一阶段的程序功能和目标相对清晰,即使在第三层次问题(证据)乃至第二层次问题(事实)采取开放性结构,也是相对的和有限的开放,而不会导致程序功能的交叉、混同和反复无常。

(二) 我国诉讼模式转型与局部变革引致的功能和结构逻辑紊乱

我国诉讼模式的转型是由局部启动、渐次展开的,至今尚未全局性完成,因此具体程序之间、各个阶段或环节之间出现逻辑断裂、紊乱和功能错位、缺位,是十分自然的。传统民事诉讼制度是在公有制和计划经济体制下,在简单的经济社会关系和群众路线集权治理模式背景下形成的,与其他以苏联为样板的诉讼模式同样具有以下特征:当事人没有提出的权利主张,也可以作为法院的裁判对象;法院调查核实事实的范围不受当事人事实主张的限制,凡对案件的解决有意义的任何事实,即使当事人并没有提出,法院也可以主动审理,甚至可以独立地收集调查证据,作为其裁判的依据。在诉讼模式上,国家干预主义抑制着处分权主义,超职权主义抑制着辩论主义,程序虚无主义抑制着程序规范化。在机构体制上,长期实行立审合一、审监合一和审执合一模式,立案机构在经历人民接待室、信访室、告诉申诉庭等若干阶段之后,90年代民事司法改革之后正式设立案庭,但功能上却沿袭着自接待室时期开始即形成的立审合一的实质审查制。

自1991年民事诉讼法颁布以来,特别是随后逐步展开民事审判方式改革之后,我国民事诉讼模式开始局部转型,导致了一些环节的结构错层和功能断裂。首先,在诉权与审判权关系的第一个层面上,以处分权主义为目标的改革,率是从上诉程序开始的。1991年法典第158条明确规定了上诉请求对上诉审理范围的制约,却未在原则上或一审中规定法院不得超出诉讼请求的范围进行裁判,同时正在扩大的审判监督程序也奉行全面干预原则,因此这一规定经当年司法解释第180条的瓦解性诠释之后才恢复了立法的逻辑一致;随着90年代民事诉讼模式改革的全面展开,1999年《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》作为改革成果的阶段性总结在总体上体现处分权主义理念,才重新规定上诉审理范围有条件地受限于上诉请求;直到2007年修正案将超越诉讼请求作为再审事由,我国大体上确立了裁判权受制于处分权的原则,亦即在实体层面上采取了处分权主义。然而,在结构和技术层面上,作为拘束裁判对象之依据的诉讼标的在什么阶段确定、依据什么标准确定,现行程序尤其是一审程序的原有框架都无法提供应有的答案。这不仅意味着,依据这一事由提起的再审因缺乏指认和判断原裁判“错误”的基本标准,因而要么被滥用要么被废弃。

其次,在诉权与审判权关系的第二个层面上,以辩论主义为目标的改革,率是从庭审(结构上)和证据(功能上)切入的。^⑮比如,1991年法典未规定事实主张对法官的事实认定或裁判根据构成制约,而是规定法院“应当全面、客观地审查核实证据”,不以该证据与当事人事实主张之间的关系为前提,并且法院“认为审理案件需要的证据,应当调查收集”。但随后的诉讼模式改革以强化当事人举证责任为开端,阶段性成果反映在审判方式改革司法解释和民事证据司法解释之中,实行明确的证明责任分配制度和举证时效制度。也就是说,在“裁判对象(权利主张)←→裁判理

^⑮ 诉讼模式第三层面上的改革,即庭审采证方式上由法官主导的职权讯问模式转向律师主导的对抗制(交叉询问)模式,在我国从未真正进行过,至今仍然是而且可能永远是职权主义模式。

由(权利依据)←→证明对象(要件事实)←→证明手段(证据)”这个完整的逻辑链条上,我国选取了最后一环——证据——率先建立“关门”制度;但作为裁判对象的诉讼请求(和相应抗辩),以及支持请求和裁判的相应事实即证明对象,却直到庭审结束之前始终处于开放状态。于是,在庭前准备阶段已经关闭的证据大门,要么坚持紧闭,对裁判对象和证明对象的变动无动于衷,从而导致大量案件在事实不清、证据不足的状况下滥用证明责任分配规则草率裁判;要么不得不随着裁判对象和证明对象的变动而重新打开,从而为滥用诉权拖延诉讼预留制度空间,并最终导致证据交换制度近乎废弃。

第三,在机构体制层面上,以“立审分离”为目标设立的立案庭,在现行法确定的起诉实质审查制与改革中不断强化的辩论主义和程序保障要求的双重夹击之下,进行了立案程序审判化改造,恰恰形成了“立审合一”的模式。按照真正意义的立审分离模式,立案庭和立案程序的功能是将起诉进行形式审查之后登记在册即转入审判程序,从而将针对形式要件的“挂号”式登记事项与针对程序问题和实体问题(下统称实质性问题)的裁判事项分离开来。然而,我国立案庭和立案程序所承担的事项远非对起诉进行形式审查和登记,其主要功能就是就原告是否主体适格(与本案有利害关系)和本院是否对本案享有司法权限(主管和管辖)等实质性问题进行判断并做出裁决。这些功能不仅在结构上与审判庭在同类事项上发生如前所述的直接交叉,形成立审混同的状况;而且自从1991年法典规定不予受理应当作出裁定并赋予当事人管辖权异议权及针对三类裁定的上诉权之后,这些立案事项已明显具有了辩论(对抗)色彩和审判性质。也就是说,1991年法典之后,立案程序的功能已不再是法院单方以口头或书面通知予以处理的一般事务,而是必须以裁判方式予以回应的争议事项。然而,实现这些功能的程序结构却并不符合审判程序的设计,比如法院裁决是在没有答辩、没有听证、没有辩论的情况下,对如此重要的实质性问题单方作出裁定的。如果说,传统立审合一模式在法院职权干预当事人诉权和辩论权方面保持了功能与结构的逻辑一致,那么这种干预模式正在被处分权主义和程序保障的新理念瓦解,但与新理念、新功能相适应的诉答程序结构却尚未建立。

程序模式与其说是一种技术设置,不如说是一种文化积淀。正如约翰·梅利曼所说,“法律植根于文化之中,它在一定的文化范围内对特定社会在特定的时间和地点所出现的特定需求作出回应。”就程序结构的优劣而言,“孰优孰劣?一般而言,这是一个愚蠢的问题,正如问法语是否比英语优越一样笨拙。”^{①⑦}何况,面对中国独特的结构模式和由此聚结的利益群体,移植西方的“立审分离”模式即使可能(其实几乎不可能),也会产生巨大的制度变迁成本,甚至因为水土不服而产生南橘北枳的效应。然而,以处分权主义和辩论主义为价值目标的改革不能也不可能回头,因为这是由市场经济体制下私权自治作出的选择。因此,我们只能就料裁衣,因势利导,另辟一条以旧葫芦(结构)装新药(功能)的蹊径,^{①⑧}将改革继续向前推进,使我国程序结构的分立与程序功能的分离在新的目标下重新整合,实现逻辑一致。

三、就料裁衣:我国程序结构分立与功能分离的相对整合

我国现行立案程序与庭审准备程序在功能上相互融合,在结构上相互交织,因此改革的总体思

^{①⑦} 同注①,第155页。

^{①⑧} 详细讨论参见傅郁林:《民事司法制度的功能与结构》,北京大学出版社2005年版,第235-246页。

路是：(1) 在民事司法作为解纷主力的中国社会背景下，解决纠纷仍将作为整个诉讼框架的核心功能；(2) 和解、调解贯穿程序始终，成为承担纠纷解决功能的主体，并通过立案阶段、庭审准备、多次庭审层层分流，从案件规模上为高品质裁判做准备；(3) 裁判作为终极保障，在承担解决纠纷功能的同时，承担维护和形成解纷规则的功能，即通过专业、规范、高品质的裁判，维护社会公正和法律秩序，并为潜在纠纷的解决提供规则预期；(4) 裁判之前的所有程序，除解决纠纷和层层分流之外，核心功能都是为裁判进行准备，包括主体资格事项、程序推进事项和实体事项的准备，其中实体事项具体包括诉讼标的（裁判对象）、事实争点（裁判根据）和证据（裁判手段）；(5) 为裁判进行的上述准备在不同程序阶段，根据裁判规律的要求而有具体分工，并采用相应的标准（条件）和程序模式（职权主义抑或辩论主义）；(6) 转型时期各程序阶段之间必然存在功能交错，故应采取以阶段性功能配置作为原则和基本分界，而以交叉性功能配置作为例外和必须补充的模式，一个程序阶段（如诉答）的结束原则上意味着相应程序功能（如诉讼标的确定）的基本结束，但一方主张、证明例外情形的存在并补偿对方程序性损失时可再度开放进行功能补充。

按照以上程序功能配置的思路，现行立案程序承担的功能经剥离和重组之后可大致归入四类：(I) 起诉的形式审查，(II) 起诉条件的实质审查，(III) 审理进程的推进，以及 (IV) 合法或不合法的案件分流。¹⁹ 如果从裁判准备的角度将这些功能进行重新归类，则大致可分为：(A) 案件规模准备（案件分流）；(B) 主体资格准备（1 原告适格、2 被告适格和 3 法院适格）；(C) 程序事项准备（通知、送达、组庭、排期、公告等）；(D) 实体事项准备（诉讼标的、事实争点和证据）。不过这两类功能划分只是角度不同，并非构成直接对应关系；经解构和重组之后的对应关系大致为：起诉的形式审查对应于被告资格准备和实体事项准备，即 $I = 2/B + D$ ；起诉条件的实质审查对应于原告适格和法院适格（主管与管辖），即 $II = 1/B + 3/B$ ；审理进程的推进对应于程序事项准备，即 $III = C$ ；案件分流对应于案件规模准备，即 $IV = A$ 。以下将具体探讨，以功能为主线，以处分权主义和辩论主义为价值取向，在不根本改变现行立案程序的结构和立案庭体制的前提下，在立案程序每一阶段应当为最终裁判准备什么（功能）、按什么标准准备（要件）、如何准备（程序）。

（一）以“坚持起诉”为界，剪断中国立案程序功能的乱麻

一直以来，我国立案程序饱受诟病，但理论界关于形式审查制的提议却受到实务界的普遍阻击，而我本人的观点经不断反思和调整后又最终向中国现实有限地妥协。2001 年我曾强烈主张，真正的立审分离应当是起诉经形式审查之后立案登记，而将完整的审判权交给审判庭。这一观点引起的震动——理论界的认同和实务界的反对——无论在范围或程度上都远远超过了自己的预期和其他作品的影响；此后在参加江伟教授主持的民法法修正案的多次座谈会上，我又屡次感受到理论界和实务界各自内部的空前统一和相互之间的空前对立。到 2005 年参加关于中国答辩失权问题专题讨论时，我实际上已经修正了自己 2001 年的观点，而提出可将立案/审判的程序与立案/审判的机构两个问题区分开来，并强调理论界关于法院主管标准的界定对于实务界解决立案实质审查制问题的重要性。不过，现行立案实质审查制遭人诟病，问题主要不在于法院按照 108 条进行实质审查之后口头告知当事人不予受理，并依据 111 条规定对不属于法院主管的案件“告知”当事人另行诉求

¹⁹ 合法的案件分流指法院建议当事人自愿将案件先提交 ADR，或者对不符合起诉条件的案件以合法形式不予受理；不合法的案件分流指法院对于符合起诉条件的案件不予受理，包括不合法地（法律规定了前置性解纷途径的案件不在此列）要求当事人先提交 ADR。

的正确途径(情形之一);而在于法院对于那些法律明确规定当事人“坚持起诉”、法院必须作出不予受理裁定的案件,仍然“坚持”口头告知当事人不予受理(本文特指这种情况时使用“不予立案”)(情形之二);或者法院在被告答辩前,未经听证或辩论,单方依职权作出不予受理的裁定(情形之三)。以下就立案实践的上述三种情形分别进行剖析和评价。

1. 诉前案件分流——咨询性质的起诉与便民意义的简易处理。法院在审查起诉的过程中直接分流案件或解决简易纠纷,可以追溯到建国初期,一直持续到现在,并且仍有扩大而非收敛的趋势。具体做法大概包括以下两类、四种简易处理:(I)没有被告参与而依职权作出不予受理的口头决定。在原告起诉之后、被告答辩之前,法院依职权对原告起诉进行实质审查后,认为不符合法定受理条件的,口头作出不予受理的决定;认为不属于法院主管的案件而不予受理的,在口头决定不予受理的同时,口头“告知”当事人另行诉求的正确途径;(II)经双方当事人参与并同意的解纷尝试。法院对起诉进行实质审查时,认为虽然符合受理条件但毋需进入审判程序的,经原告同意后暂不立案,经法院即时口头通知被告并经双方当事人同意,转入法院内、法院外或法院内外协同的和解或调解程序;或者未经实质审查或判断是否符合受理条件,即经原告或双方同意而先行进入法院外解纷途径。在上述两种情形下,达成实体协议的案件均可能了结纠纷,因而不必再予立案;未达成协议的,原告请求重新启动起诉审查程序的,则进入正常的实质审查程序。那些经简单审查后予以立案并进入法院调解途径或速裁程序的简易处理,属于诉后分流,不在此刻讨论之列。

理论上,第(I)类情形的两种处理都不符合诉权保障和正当程序原理。涉及当事人诉权的重大事项,法院在未经被告辩论、未经开庭审理之前,就单方且以口头形式决定不予受理,为滥用职权任意拒绝符合条件的诉求提供了不受监督的机会;法院在决定自己是否对某一事项有主管权的同时,是否有权决定和告知当事人该事项属于其他国家机关权限范围?这一司法决定和告知的性质和效力如何,对相应的其他国家机关是否有拘束力?如果被告知的其他国家机关再次推诿或确有理由不予受理,在法院内部受移送的法院不得再行移送,管辖权存在争议时可报请共同上级法院决定,然而,在国家机关的权限划分由宪法确定却又不存在宪法法院的情况下,谁来决定主管权争议?同样,第(II)类情形也面临许多理论困境,比如,法院在受理起诉和正式立案之前审判权尚未启动,凭什么权力参与调解,主持调解的主体和协议的效力依据什么性质确定,等等。^②

然而,实务界坚持实质审查制的一些理由并非全无道理:(1)起诉只经过形式审查即予受理并进入审判程序,在中国老百姓法律素质普遍低下的情况下,会造成被告无端卷入诉讼程序;(2)也会导致起诉时不明就里的原告在支付不必要的金钱和机会成本之后却在进入审理程序之后被驳回起诉,这两个方面都会导致当事人对司法制度的不满;(3)从法院角度来看,除了无谓浪费司法资源的考虑之外,在与其他国家机构同受国务院信访条例所规定的首次接访负责制的约束下,在主管界线并无清晰、明确的尚方宝剑的情况下立案后再以不属于法院主管为由予以驳回,法院将处于更加不利地位,也会耽误当事人求助于正确途径解决的时间和时机;(4)先登记立案再审查退费的设想,将给法院和当事人双方增加无谓的负担,而且实行讼费收支两条线之后在技术操作上也有困难。因此,民诉法以当事人是否“坚持起诉”作为以口头或书面方式决定不予受理的分界线,基本上是符合中国实际的,无论是从便民司法、减少讼累、降低解纷成本,还是分流司法压力的意义上,笔者都不主张改变这一现状而将立案程序整体上规范化和复杂化。理论上的困境,可将最初的

^② 参见傅郁林:《诉前调解与法院的角色》,载《法律适用》2009年第2期。

起诉视为当事人的诉讼咨询来解决；那么法院口头驳回以及告知当事人诉诸其他途径，则相当于为当事人提供口头咨询意见，因而也与司法决定的效力问题无涉。这样就以“坚持起诉”为界，剪断了中国立案程序制度及其研究范围的这团乱麻：法院对于表明起诉意向却尚未“坚持起诉”的案件，进行口头告知、解释、驳回、促成和解或主持调解等等简易处理，均可留给诉外解纷（ADR）和诉讼与非诉讼对接机制解决；^② 民事诉讼立案程序的真正重点，则应当放在法院对于“坚持起诉”的案件如何处理。

2. 起诉意向的确定与立案审查的开始。在法院进行如上所述的告知、解释、调解或作出口头驳回决定之后，当事人仍然“坚持起诉”，意味着当事人明知并重申了自己的起诉意向。因此，我国民事诉讼法明确规定，当事人坚持起诉的，应裁定不予受理；但未明确规定以何种程序作出裁定。目前实践中有两种情形：其一，对于当事人坚持起诉的案件，法院仍坚持以口头形式驳回，本文称之为“不予立案”（决定），以区别于以书面形式作出的“不予受理”（裁定）。这种情形一般发生在“主管”事由上，特别是对于并非明确属于法院主管或者虽然明确属其主管但因政治、社会、自身因素等使法院感觉棘手的案件，多采用不作书面裁定而予口头驳回的方式处理；也有少数情形是基于108条规定的其他事由而坚持不予立案的；还有一些违法妨碍诉权行使但未完全剥夺诉权的情形，比如年底为抓结案率而暂时不予立案（推迟立案）。这种做法不仅违背诉权原理，而且公然违反法律，也是引起民怨的根源，因而受到学界的猛烈抨击，并连带使上述诉前分流性质的不予受理口头决定受到一并否定。对于这两种情形不加区分，很大程度上导致了理论界与实务界各执一词且各有道理的对立状态。然而，这种对立状态并不能通过简单的区分而得到解决，减少因主管事由引起的推诿性不予立案，除了要求法院将基于主管事由的不予受理与其他事由一样置于书面裁定的制约之下外，理论界在法院“主管”范围的确定标准或考量因素问题上有所贡献，以及整个政治框架和社会期待对于司法功能、司法权限、司法运作方式的理解和接受，使得法院在经形式审查受理案件后仍有机会像对其他不合裁判要件的情形一样可依法驳回，而不受主管界线不明或过分宽泛之困扰或受外部的不当干预或质疑，才是解决问题的根本出路。本文将对主管要件略加讨论，更深入细致的探讨将另文展开。

第二种情形是，对于当事人坚持起诉的案件，书面裁定不予受理。裁定的程序，除针对管辖权异议可能随机（即非制度性的）进行听证程序之外，主管争议排除被误入管辖权异议的仲裁协议于法院主管问题之外。这种做法符合对现行法规定的一般解释。但现行法在要求作出裁定时，并未明确规定以何种程序作出裁定，因而在未通过立法修订加以明确之前，学理解释或司法解释即可担当此任。理论上，诉权、裁判请求权或司法救济权的原理，^③ 以及权利与裁量（权力）区分的原理，都支持这样一个结论：当事人行使诉权不应受到法院未经正当程序审查的干预，相反，政府在公民权利事项上应当提供无障碍的保障，只有在裁量事项上才能保留自由决定是否准许（grant）；除非经听证和辩论并据此说明不行使实体裁判权的理由，否则法院无权进行实质审查并作出不予受理或不予裁判的决定。换言之，对于当事人明确并坚持起诉意向的案件，应当经形式审查后予以立案；

^② ADR 不属于司法职能范围，但在整个政府由全能型向服务型转变的过程中，在民众习惯于有事找政府的依赖心理和社会自治能力严重不足的背景下，司法基于政府内法律专家的角色，应当担当起培植社会自治解纷能力、引导当事人理性解纷的社会责任，但这种社会责任有别于政府职能责任，其义务、规范、程序、问责都有所不同。

^③ 请求司法救济的权利（或称裁判请求权）虽然没有明确写入中国宪法，但根据中国加入的《公民权利和政治权利国际公约》第14条，这项权利作为一项公民基本权利已进入了中国的法律渊源。

法院在答辩、听证、辩论的基础上进行实质审查和判断,认为存在不符合108条所规定的诉讼要件(即裁判要件,稍后详解)的起诉,作出不予受理的裁定。因此,在澄清诉前分流与立审审查之间的模糊区间之后,进一步对超职权主义模式惯性影响而形成的中国式“诉讼要件”审查模式进行辩论主义改造,才能将起诉要件的形式审查与裁判要件的实质审查区分开来;在此之前,由于诉讼要件的概念和制度在比较法上与在本国法中差异很大,因此诉讼要件常常成为起诉要件与裁判要件的混合体,并且与我国诉前分流机制揉和在一起,使整个立案程序纠结成为一团解不开、切不断的乱麻。

3. 立案的形式审查——起诉要件审查和登记。起诉要件审查,就是审查起诉是否具备形式要件(以书面为原则),以及起诉状是否“具备”法律规定的实质内容,而不论这些内容本身是否“符合”法定实质要件。目前实践中是依据第108条来审查起诉要件的,而该条混合了形式审查和实质审查。比如,主体要件,对被告采用了形式审查标准——有明确的被告,理论上是“当事人”或“程序当事人”标准;但对原告则采取了实质审查标准——与本案有利害关系,理论上是“适格当事人”标准;诉讼客体,采用的是形式审查标准——有明确的诉讼请求和事实理由;对于主管和管辖权限则采取了实质审查标准。改革的方向,应当是在当事人以“坚持起诉”表明确定的起诉意向之后,所有上述要件均应根据第109条和110条规定进行形式审查,称为“起诉要件”。起诉要件合格者即予立案登记,并由此启动诉讼程序。至于实质审查,则根据如下第(二)项所讨论的关于诉讼要件/裁判要件的新规定,以辩论为基础进行实质审查。

(二) 立案的实质审查——裁判要件审查和裁定^③

诉讼要件是指能够启动司法权对于实体纠纷进行审理和裁判所必须具备的条件,大陆法系国家一般称为诉讼要件。为了避免大陆法系的诉讼要件混同于我国民事诉讼法108条规定的起诉受理要件,同时又区别于中国学界所主张的形式审查要件或登记立案要件,我们将大陆法系这种作为行使司法裁判权之前提的“诉讼要件”称为“裁判要件”。

德国法将诉讼要件/裁判要件分为:(1)涉及当事人的诉讼要件,如当事人能力、诉讼能力(或者在缺乏该能力的时候的法定代理)和诉讼实施权限;(2)涉及法院的诉讼要件,包括德国法院裁判权、民事诉讼途径的管辖权、国际管辖权、地域管辖权、事务管辖权和职能管辖权;(3)涉及诉讼标的的诉讼要件,包括被主张的权利具有可诉性、起诉合乎法律规定、未被诉讼系属、未经发生既判力地裁判过、以及存在权利保护需要。^④在美国,裁判要件是以“可诉性或可司法性”来定义的,即指行使司法权/管辖权/裁判权的前提条件。^⑤如果将美国的可司法性要件以大陆法系的视角进行重组,也可大致归于三大类:(1)涉及当事人的要件:原告必须有诉讼资格,即当事人在案件的最终结果中享有利益;(2)涉及法院的要件:受诉法院享有管辖权,即依据联邦-州之间的管辖权规则、州际私法意义上的管辖权规则、或者普通管辖权与特别管辖权(包括有限管辖权)的划分规则等确定的管辖权;(3)涉及诉讼标的的要件:必须存在宪法第三条意义内的案件或争议。该争议必须涉及真正相争或对抗的当事人,必须存在一项起源于法定事实情形的可被承认的合法利

^③ 参见傅郁林:《先决问题与中间裁判》,载《中国法学》2008年第6期。

^④ 参见[德]汉斯·约阿希姆·穆泽拉克:《德国民事诉讼法基础教程》,周翠译,中国政法大学出版社2005年版。

^⑤ 美国法上被译为司法权、管辖权、审判权的概念与我国的相应概念不同,三者均译自同一术语jurisdiction,故在美国法上内涵和外延相同;美国上也不存在我国意义上的“级别管辖权”,因为一审管辖权均由初审法院行使。

益,必须是可以通过运用司法权解决的争议;^⑤而且争议已经成熟或曰司法审查的时机已经成熟;争议仍具有实际意义的,即诉讼事由尚未消失;案件不能构成政治问题。^⑥值得一提的是,无论德国、美国或法国,对于诉讼要件即裁判要件的审查程序,均实行辩论主义,须依据当事人的主张和辩论作出裁判,而不是由法院依职权审查后直接裁定。

中国关于裁判要件的规定,除民诉法 108 条关于积极要件的四项规定之外,还有最高法院司法解释中关于积极要件的补充规定和关于消极要件的诸多零碎规定。如果把这些规定归入上述三类要件,就会看见在我国理论和制度中,每一类要件都存在或者界定不清晰,或者缺位或错位现象,给审查标准和审查程序乃至教学都带来严重困扰。比如,依据立法和相关规定,是否受理/立案的决定或裁定应在 7 日内作出;但立案后发现不符合受理条件的,仍可裁定驳回起诉。立法并未规定立案“之后”、什么阶段“之前”作出这一裁定;实践中则视驳回起诉的事由而不同。比如,因司法权(主管或管辖权)瑕疵而驳回起诉(或移送管辖)的裁定,在答辩期届满“之后”作出,虽然在何时“之前”作出仍语焉不详,但在机构职能分工上属于立案庭的工作职责范畴,也就是立案阶段结束、移交审判庭之前;但在程序阶段上,这一受 108 条调整因而属于立案审查性质的“驳回起诉”裁定,却是在立案后经由“审理前的准备”阶段而将起诉状副本和应诉通知书送达被告之后、并且通常是根据被告的答辩或管辖权异议作出的。相比基于司法权事由作出的 108 条裁定而言,因当事人主体瑕疵作出的 108 条裁定跨度更大,不仅在程序阶段上超越“起诉与受理”阶段而进入审理前准备乃至开庭审理阶段,而且在机构职能上也可能横跨立案庭与审判庭。以下分述之。

1. 涉及当事人的要件。原告资格审查采用当事人适格的标准(须与本案有利害关系),被告资格审查适用程序当事人的标准(明确即可)。起诉审查时对于原告和被告主体资格采取差异的审查标准,导致同一案件的当事人主体资格问题须分别由立案审查程序和实体审理程序两个阶段审理,并根据同一法律规范(108 条)作出不予受理或驳回起诉两种不同裁定。上述分裂情形,迫使我们在教学中不厌其烦地向疑惑不解的学生解释:不予受理与驳回起诉的裁定条件相同,都适用 108 条的规定,但不予受理是在“起诉与受理”阶段对起诉进行初次筛查后作出的裁定,如果有不符合 108 条规定却被受理的漏网之鱼进入了审判程序,则适用驳回起诉的裁定。当然,这类状况在适用 108 条的三类裁判要件中都会涉及,但鉴于以下一段所述的理由,即主管问题无从异议,管辖权异议则须在答辩期内提出并已通过中间裁判和中间上诉先行解决,因此主要出现在当事人适格要件中。在二审程序中也出现两类裁定分别采取程序性裁判和实质性裁判两种不同方式的紊乱现象,比如一审程序不仅受理了当事人不适格的案件,而且在审理程序中也未能正确认定当事人不适格,因而作出实体裁判,因此这一裁判不能提起中间上诉,直到二审实体审理结束才发现当事人不适格,二审不得不裁定驳回起诉,而这是成本多么昂贵的救济方式!

2. 涉及法院的诉讼要件,包括法院享有主管权和管辖权要件。这是理论、制度和实践最混乱

^⑤ 参见[美]彼得·C·伦斯特洛姆:《美国法律辞典》,贺卫方等译,法律出版社 1999 年版,第 7 页。

^⑥ 需要特别强调的是,美国法上的可诉性或可司法性的概念比德国法上的可诉性概念要宽泛得多,大致相当于德国法上的诉讼要件;德国法上的可诉性仅指权利的可诉性,仅为三大诉讼要件中第(3)类要件中的一项。在法国,纠纷的可诉性/可司法性的内涵与德国接近,作为诉讼要件之一,是被告提出“不予受理”抗辩的一项理由。[美]爱德华兹:《美国联邦法院的权力和法院命令的执行》,载宋冰编:《程序、正义与现代化》,中国政法大学出版社 1998 年版,第 213 页;[法]洛克·卡迪耶:《民事司法法》(第 3 版),中国政法大学出版社 2010 年版。

的部分。首先,在概念上出现了两个明显错误。^②其一,划定受诉法院对具体案件行使审判权之界线却使用主管和管辖两个不同概念,而概念的割裂直接导致了审查程序的割裂。比如,管辖权问题相对规范,采取法院依职权审查与依当事人动议审查并行的模式,当事人动议审查管辖权的异议须在答辩期内提出,全部管辖权问题由立案庭审理并作出中间裁判,且允许中间上诉。但主管问题却非常混乱,通常毋需当事人动议更没有听证即可由法院依职权决定不予受理,当事人无从提出异议,法院也不说明裁定的具体理由,于是出现了怪现象——因商事仲裁协议导致排斥法院主管的“主管权异议”却作为“管辖权异议”适用管辖权审查程序。其二,主管作为法院划定权限的概念,致使涉及诉讼标的的诉讼要件被涉及法院的诉讼要件所覆盖,无法获得具有整合性的界定,这将在下文展开。

3. 涉及诉讼标的的诉讼要件,包括权利/争议具有可诉性或可司法性(纠纷属于法院主管),一般认为我国关于法院主管或民事诉讼主管的规定是民事诉讼法第2条,同时包括妨诉要件或消极要件,即起诉合规,比如不存在排斥诉讼途径的事由(如商事仲裁协议)或未穷尽法定前置程序(如劳动仲裁)、未重复起诉、不存在其他妨诉要件(比如在一定期限内没有新理由不得再行起诉)。进而言之,民诉法第2条实际上已经界定了我国争议的可诉性,即提交司法解决的争议必须满足三个要件:其一,须有争议存在;其二,争议具有民事性(平等主体之间);其三,争议须为法律争议。以争议的存在为要件,可以为消极确定之诉找到保障无辜者既不受诉外骚扰也不受诉讼骚扰的平衡点提供理论基础;^③以争议的民事性为要件,可以为那些既非行政亦非民事的争议暂时列入司法与非司法“共管区域”并寻求与案件的现实性质相吻合的解决途径提供理论基础,并且为这类案件随着体制转型的完成而逐步归于(或排除于)民事诉讼管辖范围预留一个前瞻性理论空间;以争议的法律性为要件,可能为以成文法为审判依据却又必须在转型社会中奉行能动司法理念的中国民事司法权划定范围或边界提供理论依据。

民诉法108条规定起诉须有具体的诉讼请求和事实理由,是与诉的利益和诉讼标的的要件相关的要求。但实践中诉讼请求和事实理由并未在立案程序中予以固定;相反,直到举证质证、事实证明和法庭辩论终结之后,进入当事人最后陈述阶段——这一程序的目的居然是固定诉讼请求和抗辩主张。也就是说,诉讼标的直到庭审辩论结束才算确定;在此之前的任何阶段,当事人都可以追加或变更诉讼请求,包括提出反诉或参加之诉。诉讼请求和诉讼标的不能早期确定,不仅影响审前准备程序中的证据准备和举证时效制度的运行,而且影响当事人的确定(例如追加当事人和第三人参加诉讼)及当事人适格问题的早期解决,这也是导致如前所述的程序紊乱状况的主要原因。导致这种状况的原因,除处分权主义和辩论主义理念在中国尚未演进为制度或实践之外,最重要的原因可能是我国贯行的“调解型诉讼模式”(如王亚新教授所称),这可从上诉程序的相关规定中获得旁证,比如二审如能达成调解,则既不受上诉请求范围制约,也可追加一审未提出的诉讼请求。

然而,如果以裁判为目标来定位我国立案程序的功能,诉讼标的的确定是否应当在以诉答(请

^② 管辖权概念还存在一个重要的定义错误。管辖权被通说定义为“法院受理一审案件的分工和权限”,错将上位概念定义下位概念,致使上诉管辖权、再审管辖权、执行管辖权这类概念出现逻辑困境。即使不把主管归入管辖权的概念之中,管辖权的定义也不应当如此狭窄,比如法国管辖权的定义为“某一裁判机构优先于另一裁判机构对案件行使审判权的权能”。

^③ 实践中(特别是知识产权领域)出现大量案件,一方不断向对方提出请求或异议却又不主动提起诉讼,导致权利义务处于争议状态,对方不胜其扰,却又无法通过侵权之诉解决权利义务关系的不确定状态,因而谋求提起消极的确定之诉,即确认自己未构成对方所主张的侵权或不承担其所主张的义务。但理论界和实务界都担心消极确认之诉的大量适用会导致诉权滥用。

求与抗辩)为基础的立案程序中解决?考虑到我国民事诉讼缺乏律师强制代理的现实和当事人诉讼能力的基本状况,在社会转型时期程序功能交错的情况存在是十分正常的,但是,以“原则+例外、主体+补充”的功能配置模式,采取“以主体功能的分界为原则,以交叉功能的补充为例外”的结构,至少可以改变目前立案程序、审前程序、庭审程序的功能完全混同的状况。比如,就实体问题而言,在诉讼请求/抗辩 \longleftrightarrow 法律规范 \longleftrightarrow 要件事实 \longleftrightarrow 证据这个逻辑环节上,诉讼请求原则上由立案程序确定,在法定条件满足的前提下可适用例外,即在立案程序结束后增加或变更诉讼请求可以作为例外接受,但应满足一定条件,在程序上须经对方当事人同意或补偿对方当事人因此增加的程序成本。与此同理,提起反诉和参加之诉原则上应在立案程序解决,请求适用例外条款者应当满足一定条件。当然,究竟诉讼标的和诉讼当事人的确定,原则上应在立案程序中解决还是在第一次开庭前解决,取决于司法机构的内部分工,但以“原则+例外”的模式配置程序各阶段功能的思路却是同样适用的。而无论放在哪个阶段,在诉讼标的和诉讼主体确定之前原则上都不可能“证据关门”、证明完结或辩论结束,不必说,这种功能倒挂的程序结构既不经济也不实用。

总体说来,在裁判要件的审查模式上,关键不在于实质审查制,在立案程序审判化改革之后也无关乎由法院的哪个庭来审查,而在于这种审查是否符合正当程序的要求,比如审查标准是否明确、审查过程是否有当事人参与、审查结果是否有适当的救济途径,等等。至于审查程序具体由立案庭来操作还是由审判庭操作,主要取决于司法行政管理安排上的便利和对法庭功能的设定,只要不改变实质审查权的裁判权性质即可。当下,考虑到我国的司法习惯和法律的连续性以及受此影响的司法效率,特别是考虑到久已形成的“受理”概念和如前所述的中国法律文化背景,由立案庭全面负责诉讼要件的形式审查和实质审查亦无可厚非。那么立案庭应在形式审查后即予登记立案,而对实质性诉讼要件/裁判要件经听证程序和当事人辩论后统一作出是否驳回起诉的裁定;同时保留审判庭以驳回起诉方式作为受理不当之例外补救的权限。不过,鉴于几个原理性因素,比如有些问题本身难以区分实体问题和程序问题,在某些情况下对诉讼要件的审查结论须经实体审理之后才能作出决定,分解审判权有悖于司法独立和司法效率原则,因此本文提出的结构方案仍为权宜之计。从长远看,建立形式审查的立案登记制,由审判庭统一决定实质问题(包括程序问题和实体问题),走向真正意义上的“立审分离”,才符合审判的规律和司法的内在需求。

【主要参考文献】

1. John H. Langbein, *The German Advantage in Civil Procedure*. 52 University of Chicago Law Review, 1985.
2. Ronald J. Allen, *Legal Institutions: Idealization And Caricature in Comparative Scholarship*, 82 Northwestern University Law Review, 1988.
3. John H. Langbein, *Legal Institutions: Trashing The German Advantage*. 82 Nw. U.L. Rev. 1988.
4. [美] 约翰·梅利曼:《大陆法系》,顾培东、禄正平译,法律出版社 2004 年版。
5. [英] 阿·朱克曼主编:《危机中的民事司法》,傅郁林等译,中国政法大学出版社 2005 年版。
6. 张卫平:《程序公正实现中的冲突与衡平》,成都出版社 1992 年版。

(责任编辑:肖建国)