



## 小额诉讼与程序分类

傅郁林\*

**摘要** 小额诉讼程序的价值和目标,是为了弥补正式司法程序在便民诉讼方面的缺陷,而不是像我国法院期待的那样为了分流案件或分解司法压力。与西方问题不同的是,我国民事司法本来就是以简单的民事关系和传统民事纠纷为基础建立起来的以调解为重心、以职权主义为理念的诉讼程序,这些正是西方司法制度所不具备故而只能通过小额诉讼程序才能体现的重要特征。因此我国民事司法改革的总体方向是将适应市场体制和商事社会需求的专业化、规范化、体现处分权主义和辩论主义的普通程序从传统司法模式中分离,同时必须改变程序分类单一和改革目标单向的结构,因为这直接导致了目前简易程序的严重滥用并且民事司法改革方向无法确定。故须首先按照不同的价值目标对程序进行如下分类:实行一审终审制的非讼程序应适用于民法、公司法等实体法所规定的更大范围的非讼事件;实行职权主义和调解优先原则的家事诉讼程序应当独立建构,优化督促程序等商事速裁程序,并通过诉讼成本分担等制度杠杆抑制支付令异议;改变独任制(审判组织)与简易程序(诉讼程序)捆绑模式,以使简易程序与普通程序各自的价值目标和适用范围不受法官人手的影响而得以明确。

**关键词** 小额诉讼 速裁 便民诉讼 程序分类 案件分流

在我国,小额诉讼程序一直是作为分流案件的有效途径而受到实务界关注的。这种功能误读和价值定位已在十年前遭到澄清和批评。<sup>(1)</sup>但随着我国司法积案问题继续加剧,而案件分流机制依然不畅,面对来自社会方面的纠纷解决诉求、来自司法界的处理积案需求、来自政治方

\* 北京大学法学院副教授。

本文作为教育部课题“民事司法权优化配置研究”(课题编号为10YJA820020)的阶段性成果,是“繁简分流与程序保障”(《法学研究》2003年第1期)一文的续篇。曹志勋在资料收集和整理、信息更新和更正以及前期草稿和思想交流等方面作出了重要贡献,谨致诚挚感谢。

(1) 参见范愉“小额诉讼程序研究”,《中国社会科学》2000年第4期;傅郁林“繁简分流与程序保障”,《法学研究》2003年第1期,2001年提交“中国民事审判改革研究”课题组召开的繁简分流研讨会;王亚新“小额诉讼制度”,载氏著《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,第379页以下。

面的社会和谐要求……各种不同动机在《民事诉讼法》修订的当口再次将小额诉讼程序置于焦点位置。这可能意味着小额诉讼程序在我国一旦降生，便被赋予了不同的动机、价值、目标和功能，而这种多元价值和复合功能恰恰是小额诉讼程序所不具备也无法承载的。

小额诉讼程序的价值或目标，绝不是为了分流司法压力，而是为了弥补正式司法在满足民众接近司法的需求方面存在的缺陷；它是立足于制度利用者（当事人）而不是制度运行者（法院）的角度设计的。价值目标的多元将导致这一制度的失败。特别是对小额诉讼“不许上诉”（或不许复审）的普遍误读和制度设想，加上我国司法由法院单方裁量决定程序的适用与变更的惯性，必然导致司法状况的进一步恶化，而且也仍然无法实现预期的案件分流目标。本文将针对小额诉讼程序引入我国的可行性问题，再次剖析小额诉讼程序的目标、元素及其在不同国家的效用。然后从分流案件和便民司法的不同角度，思考在我国特定的语境下，析别、整合和利用既有制度资源，建立多层次、多类型、体现不同价值的多元程序体系，在此框架内另辟蹊径建构我国特色的“调解+速裁”小额诉讼模式。

## 一、价值目标与基本元素 ——作为范本的西方小额诉讼程序再观察

尽管各国、各地区的小额诉讼程序在管辖权金额、代理制度、必备文件、具体程序、诉讼时间和地点等等制度细节上存在差异，但价值目标是较为一致的，并且存在一些共同特征或基本元素。具体包括：

### （一）以高度司法专业化为背景，以贴近普通民众为目标

对于西方国家而言，小额诉讼程序是过于正式的民事诉讼制度的补充，为了解决正式司法在满足民众接近司法的需求方面存在的缺陷，特别是诉讼的过度专业化、程式化、技术化和对抗性导致律师介入诉讼成为必须，并导致的巨大经济成本和时间成本，比如，德国1996年的统计表明，在标的额低于1000马克的案件中，包括取证在内的案件全部成本超出了当事人胜诉可能获得的给付金额。<sup>〔2〕</sup>而英美国家的普通程序更昂贵。因此，对于涉案金额不足以动用普通程序审判的案件，如果制度为平头百姓谋求司法救济提供可能，那么提高速度并简化程序就成为一种正当的选择。<sup>〔3〕</sup>在实践中，小额法院是从程序的利用者立场出发，考虑到作为个体存在的市民不同于商事企业的个性需求，遵循“小额性—普通人—通人情的构造”这一制度逻辑，<sup>〔4〕</sup>对西方国家现代的、标准的、规范的、精密设计的、专业化程度较高的司法程序进行简化。

### （二）适用范围仅限于小额财产案件

适用小额诉讼程序的案件，性质上都是金钱纠纷，且管辖权金额（jurisdictional amount）都限制在非常低的范围。美国各州的小额诉讼管辖权大都在5000美元或7500美元以下，极少数州

〔2〕 参见〔德〕皮特·高特沃德“民事司法改革：接近司法·成本·效率”，载〔英〕阿德里安·A. S. 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214页。

〔3〕 See Bruce Zucker and Monica Herr, *The People's Court Examined: A Legal and Empirical Analysis of the Small Claims Court System*, 37 *U. S. F. L. Rev.* 315, 317 (2003).

〔4〕 参见〔日〕小岛武司《诉讼制度改革之法理与实证》，陈刚、郭美松等译，法律出版社2001年版，第102页；〔日〕新堂幸司《新民事诉讼法》，林剑锋译，法律出版社2008年版，第42页。



低至 1500 美元以下或高达 15000 美元,<sup>(5)</sup> 当事人在选择小额诉讼之后, 超出限额部分的请求即视为放弃。英国的小额程序适用于 5000 英镑以下的财产案件和 1000 英镑以下的人身伤害案件。法国 2002 年以后创设的近民法庭 (juge de proximité) 受理 4000 欧元以下案件。日本的小额诉讼程序仅适用于金额在 60 万日元以下以金钱支付的财产案件。<sup>(6)</sup> 德国法院仅针对 600 欧元以下的财产案件可裁量适用上诉权受限的小额诉讼程序, 同时州议会会有权在 750 欧元以下的财产案件中引入强制调解程序。<sup>(7)</sup>

除了上诉权受限的小额诉讼程序之外, 不实行强制律师代理制的基层法院, 管辖金额也普遍较低。德国地方法院的管辖 5000 欧元以下的案件, 日本简易裁判所管辖 140 万日元以下的案件, 法国小审法院管辖金额经逐年提高后受理 10000 欧元以下 (含) 的债权和动产案件。<sup>(8)</sup> 英国法院近年来创设了与小额诉讼程序并存供当事人选择的速裁程序, 适用于金额为 5000 英镑至 25000 英镑的案件, 多方面程序权利受较多限制, 比如审前准备期间不超过 30 周, 开庭期不超过一天 (五小时制), 证据开示相对受限, 即使必要也只能提供书面专家证据。

### (三) 具有明显的调解倾向

在小额诉讼程序中, 调解往往是起诉前、审判中或裁判前的必经程序, 此即所谓的强制调解——“强制调解”仅指调解程序启动的强制性, 在任何情况下都不可能包括强制接受调解结果。德国在 750 欧元以下的财产案件中引入强制调解程序。法国小审法院虽然不将调解作为诉讼前置程序 (除劳动争议案件外), 但采取审理中的强制调解制, 即无论当事人以何种方式起诉, 只要案件在起诉前未调解过, 法院都有义务进行调解。在美国, 多数小额法庭都会建议调解, 但是否进入调解程序仍由当事人自愿决定 (这种情形有似于德国法官在审理过程中倡议当事人和解的义务)。棚濑孝雄指出, “对于理想的调解而言, 程序的开始以及最终结果的确定, 都以当事人的合意为前提。”<sup>(9)</sup> 对美国小额诉讼实践的大量研究也表明, 在双方当事人自愿同意调解的小额诉讼中达成协议的比率较高, 成功率为 70%; 不过即使在强制调解的小额法庭, 调解成功率也能达到 50%。

### (四) 鼓励本人诉讼并提供相应保障

在西方国家正式司法中普遍实行的强制律师代理制。但在小额诉讼中, 各种制度和便民措施都旨在鼓励和保障当事人本人诉讼, 限制或抑制律师代理。英、美许多小额法庭都提供免费法律咨询, 当事人准备案件时有机会与律师或受过培训的律师助理交流, 也可向法律中心和社区法律咨询组织寻求免费帮助, 许多小册子、光盘或网站资源也能提供免费或廉价的专业服务, 当事人还可申请法院提供小额争议调解免费服务。美国少数州禁止律师代理或不允许以律师身份代理, 多数当事人基于诉讼收益与律师费支出的理性比较而并不聘请律师。英国法律虽未禁止律师代理, 但规定小额诉讼的败诉方不必像在普通程序那样承担胜诉方律师费用, 因此当事

(5) 近年来普遍呈提高趋势, 比如 2010 年 8 月马萨诸塞州将其由 2000 美元提升到 7000 美元, 内布拉斯加州 2010 年 7 月从 2700 美元升到 3500 美元, 新罕布什尔州 2010 年 1 月由 5000 美元提至 7500 美元。

(6) 参见前注〔1〕, 王亚新书, 第 403 页。

(7) 参见〔德〕罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德《德国民事诉讼法》, 李大雪译, 中国法制出版社 2007 年版, 第 803~806 页。

(8) 小审法院同时还管辖一些特殊类型的案件。《司法组织法典》第 R.321-1 条至第 R.321-23 条。

(9) 〔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 2004 年版, 第 79~80 页。

人一般也不会聘请律师。<sup>(10)</sup> 日本的类似便民措施足以满足小额诉讼不必借助律师而保障程序顺利进行的需要，因此小额诉讼程序虽未禁止律师代理，但仍以本人诉讼为主。<sup>(11)</sup> 德国的初级法院不实行律师强制代理制，但基于上述理由和法定收费制，实践中也鲜有律师代理。

#### (五) 审理程序的非正式化

美国小额诉讼程序普遍奉行口头化审理方式，庭审一般只需要十几分钟，且不保留听审记录，只有少数地区使用录音记录或录像带以备案件上诉时审查。日本在部分情形下可以省略口头辩论笔录，但要保存录音带。另一些国家则偏好不开庭审理，亦即在小额程序中经当事人同意进行书面审理，以提高效率和节省听审成本。比如，英国法官如果认为不开庭就能解决纠纷，则发送“不开庭安排通知书” [Notice of Allocation (no hearing)]，如果当事人不明示反对，则以书面方式审理。德国法官可以自由裁量决定案件的审理方式，但基于当事人的法定听审权的保障，如果当事人申请口头辩论，则必须开庭。<sup>(12)</sup>

#### (六) 特别的异议和复审途径

一般认为小额诉讼没有上诉权，但这并非各国/州的普遍实践。实际上各国都赋予了当事人其他复审机会和救济途径。美国只有少数州不允许上诉/复审 (appeal)<sup>(13)</sup>，而允许上诉/复审的多数州则大致区分为重新审判 (new trial) 和仅就法律问题上诉两种模式。日本小额判决只能异议，而不能上诉/控诉，提出异议的效果是诉讼被视为恢复到口头辩论终结前的状态，从而对实体争议进行类似普通程序的“续审”。英国的小额诉讼裁判须经法官许可才能提起上诉，但限于法律错误或者严重的程序违法。德国小额诉讼只有在上诉具有原则性意义和基于维护法律发展和司法统一目的时，才能获得许可上诉。

#### (七) 可选择性与激励 - 抑制机制

小额诉讼程序的适用大致可分为选择性与强制性 (包括法定性或司法裁量性) 两大类。前者最典型的是英美治安法庭模式，也就是在完全独立和明显区别于普通法庭的治安法庭中所适用的小额诉讼程序。这里有两个价值平衡的技术细节：一方面小额诉讼无须保留记录的口头审判保证了高度的方便、快捷，却蕴含着高度风险和事后审查的困难；另一方面依赖于记录和书面材料等案件档案的普通审判或复审，又会导致小额案件审理程序复杂、冗长，成本高、专业性强 (如准确性和规范性)，乃至对律师介入的依赖。所以，选择性小额诉讼程序并不尝试兼顾便捷性与安全性两种价值，而是通过设置两套体系完全独立和明显差别的程序，即小额诉讼与普通诉讼，由当事人事先进

(10) 在没有律师代理时，当事人可以采取公民代理 (lay representative)，但只有在法院许可时才能参加听审，其中部分机构提供的服务也是收费的，且不会承担专家责任。例外情形是，如果案件超过 5000 英镑但仍被分配到小额程序，则当事人可以主张不超过快速程序中可补偿的费用。Her Majesty's Court Service, The small claims track in civil courts, Leaflet EX306, July 2010, 载 [http://www.hmcourts-service.gov.uk/courtfinder/forms/ex306\\_e.pdf](http://www.hmcourts-service.gov.uk/courtfinder/forms/ex306_e.pdf), 登陆时间: 2010 年 12 月 10 日。

(11) 参见日本学者小岛武司与英国学者 John Boldwin 1997 年的一次对话。See Takeshi Kojima, *Civil Procedure and ADR in Japan*, Tokyo: Chuo University Press, 2004, p. 191; 另见 (日) 新堂幸司 《新民事诉讼法》，林剑锋译，法律出版社 2008 年版，第 685 页。

(12) 参见德国《民事诉讼法》第 495 条之一。

(13) Appeal 译为中文“上诉”，但并不是仅指我国诉讼制度中向上级法院提起的“上诉”，而是包括向普通法院乃至本院寻找一次全新审理的机会，因此准确地翻译应为“复审”。详细解释见傅郁林“上诉程序的功能与结构”，《法学评论》2005 年第 5 期。



行选择;而小额裁判的救济途径实质上是一种事后选择,因为这种“上诉”或复审模式实际上是以向普通法庭提起的一次按照普通程序进行重新审理的途径。而激励当事人选择风险较小的小额诉讼并放弃寻求复审机会的杠杆,主要是一旦选择普通程序或寻求重新审判的复审程序,则必须承担强制律师代理制和普通程序蕴含的其他巨大成本;而抑制当事人在大额诉讼中滥用小额诉讼程序的杠杆,主要是普通法系禁反言规则、“大诉讼标的”标准和严格的强制合并制度。<sup>[14]</sup>

与普通法系国家相比,大陆法系国家缺乏英美治安法庭这样明显区别于普通诉讼的传统结构,因此也无法形成相应的激励当事人选择的机制,小额诉讼程序的适用普遍采取法定的或司法裁量的强制性模式。而且缺乏当事人选择权在整体上作为小额诉讼限制当事人程序权利的正当化基础,蕴含程序违宪的更大风险。因此,一方面,大陆法系各国只能小额诉讼程序的适用范围普遍控制在特别特别小的金额以内;另一方面,在小额诉讼与普通诉讼之间保留了灵活的司法裁量空间(如德国和日本)和转换通道(如日本);此外,各国在上诉或复审权的限制方面也非常谨慎地留有余地,如日本在小额裁判中实行异议制,德国小额裁判的重大法律问题可经法官许可上诉,并保留当事人向宪法法院投诉的特别途径,法国小审法院管辖除特殊类型案件(比如丧葬类、所有权类、边界划定类案件)一律可向上诉法院提起上诉外,小额动产案件虽不能上诉但也可因裁判违宪或违法而向最高法院请求撤销。抑制这些救济权不被当事人滥用的杠杆,仍然是普通诉讼的高度正式化形成的成本控制,同时依赖于法官的裁量权;而控制这些裁量权不被法官滥用的保障,则是具体程序环节的当事人选择权、法官选任制度和程序合宪性审查。

#### (八) 分流案件方面效用的极其有限性

由于小额诉讼的共同目标并不是分流案件,而各国小额诉讼程序的基础结构和适用范围又存在上述种种差异,因而在分流案件的效果上差别很大。在实行强制性适用小额程序的大陆法系国家,由于无法基于当事人自愿选择,立法或司法裁量又必须基于当事人利益和基本程序权利保障,这种顾虑重重的设计致使大陆法系各国的小额诉讼程序的利用率大为受限,甚至可以说,这种制度设计的政治意义或符号价值更大于其实际意义或实用价值,而且这些有限的作用也还主要是通过其普通程序中无法体现的职权色彩和调解机制来实现的。大陆法系各国的案件分流主要借助于各有千秋的速裁程序(广义上的)。在德国,预防和分流诉讼案件的主要途径是其发达的非讼程序和督促程序,比如督促程序每年消化案件700多万件(其中90%不必进入诉讼程序),而每年审结的一审民事案件不足300万件;与之相比小额诉讼程序在分流案件中的作用几乎可以忽略不计。日本也有发达的非讼程序,而适用率很高的民事调停更是功不可没。

即使在小额诉讼程序发达的普通法系国家,进入普通程序的案件也主要依赖于各种审前分流途径,包括即决判决、法院附设ADR机构所主持的调解、当事人之间(通常有律师介入)的审前和解、限制程序环节的快速程序(fast track)和运用综合审判管理的多轨/多门程序(英国的multi-track和美国的multi-door)。调解或和解协议由于被赋予合意裁判的效力而对当事人构成激励,同时辅助于诉讼成本承担制度的制裁性规范,进入普通诉讼程序的案件95%以上消化在审前阶段而不必进入昂贵的审判程序(trial)。英国法院提供三种待选机制,即传统的小额程序、根据时间表简化程序环节的速裁程序、结合多种案件管理方法的多轨程序,但在2009年受理的31.6万件争议中,近50%的案件在进入分配程序之前就达成了和解或撤诉,有9.3万件

[14] 按照美国《民事诉讼法》,一次交易或一次事件所产生的所有纠纷均须在同一次诉讼中解决,否则便永久丧失获取司法救济的机会。参见〔美〕斯蒂汶·苏本《美国民事诉讼法》,傅郁林等译,中国政法大学出版社2003年版,第九章。

被分配到小额诉讼程序，6.1 万件被分配到快速程序，只有 2.5 万件适用了严格的多轨程序。<sup>(15)</sup>

## 二、我国的程序分类建构与“调解 + 速裁”模式探索

### （一）西式小额诉讼程序在我国的可行性评估

在深入了解西方小额诉讼程序之后就不难发现，在我国建构同类的小额诉讼程序既没有必要性也没有可行性。就制度背景而言，我国目前并不存在体现严格处分权主义、对抗主义或辩论主义，并严重依赖于律师代理的正式的、专业的、冗长的、昂贵的、调审分离的普通程序，相反，整个程序架构是以简单民事案件为历史基础的简单的、非专业的、相对便捷的程序。<sup>(16)</sup>因此，如果建立英美那样依赖于当事人自愿选择的独立的小额诉讼程序，对当事人显然缺乏吸引力。

如果建立德日那样强制适用的小额诉讼程序，则存在更多难题。首先是我国在整个诉讼程序均实行调审合一模式，而且即使在普通程序中也不实行强制代理，那么调解优势和无律师代理等小额诉讼的元素已包含在内，不必像西方国家那样需要借助于小额诉讼程序来实现。被赋予期待的一审终审制则更是两难问题。目前我国基层法院民事诉讼案件调撤率已高达 70%，并且正在通过诉前调解的司法确认等措施将调解前移，那么经过层层调解仍达不成协议的那些纠纷其对抗程度可想而知的——无论争议数额有多小。在此背景下，如果实行不附加其他救济途径的一审终审制，那么除了司法错误和信用不良本身蕴含的风险之外，考虑到我国司法独立状况和我国信访制度的亢奋，还可能将对小额裁判的挑战由上诉法院转向其他党政部门；另一方面，考虑到我国基层司法质量和公信力的基本现状，加之我国当下诉讼文化中穷尽一切救济途径的普遍倾向，预留任何异议或复审等救济途径都可能导致一审终审制的破产，仅仅是救济途径这一个技术细节即可能导致整个小额诉讼程序的价值目标在我国落空。举例而言，当小额诉讼无法调解而必须裁判时，只要在制度上为当事人提出异议或上诉保留一种例外或特别的空间，即使是极小的可能性，初审法官也会在发回率、改判率之类考核指标的潜在压力下，为接受未来上诉/复审者审查进行必要准备，包括各种书面通知、记录、书证、档案等较为规范的书面材料，而救济途径加之于小额法官的这种“证明”负担最终是由当事人来承担的。<sup>(17)</sup>因书面化这一个技术细节而引起程序正式化的一系列连锁反应有一个类似的例证，日本简易裁判所就是因此导致美国意欲引入治安法庭式小额诉讼的初衷落空，因而不得不在 1996 年改革中重新引入一个口头化的小额诉讼程序。况且预设的特别救济途径在我国被普遍滥用为一般救济途径、并由于产生沉重的案件甄别/复查负担，在管辖权异议、支付令异议和再审程序的适用中已提供了现成的例证。

### （二）我国的迫切问题与程序分类的机制

#### 1. 我国的迫切问题与改革路径

我国民事诉讼程序的总体框架是在简单的社会关系背景下，依附于刑事诉讼程序模式建构

(15) 参见齐树洁主编《英国民事司法改革》，北京大学出版社 2004 年版，第 344~361 页；前注〔10〕，Her Majesty's Court Service。

(16) 参见李浩在“宁可慢性，但要好些”一文中对我国与西方各国审判速度的对比，《中外法学》2010 年第 1 期。

(17) 我国司法独立和信任资源的严重匮乏，特别上诉程序缺乏对初审法官事实判断权的基本信任，已使司法裁判已经普遍异化为“事实 = 证据 = 书证”的简单过程，对书证的过分依赖和对证言、举止证据等无文字记载的有效信息的剔除，是导致大量案件事实认定困难的重要原因。



起来的,<sup>(18)</sup> 程序体系呈现出结构简单、类型单一,增加了小额诉讼与普通诉讼、便捷审判与规范审判之间的紧张关系。

在改革开放之前,民事案件类型主要是婚姻家庭纠纷、邻里纠纷、侵权纠纷等传统的小额的民事案件,程序构造主要是依赖调解和法院职权控制的事实查明。这些特征更接近于小额诉讼程序。因此,当案件类型日益多样和复杂时,特别是当专业、复杂、大额、对抗性强、以高效快捷为特征的商事案件大量出现时,传统诉讼程序就显露出严重的不适应。程序改革的最初路径是将海事海商、知识产权等专业性较强、国际化程度较高的商事案件作为例外或特别问题分流出去,归口由专门法庭或专门法院集中管辖和审判(后来扩展到证券纠纷)。然而,随着大量的商事合同纠纷、公司纠纷、保险纠纷、金融证券纠纷等一般商事纠纷大量涌入法院时,商事案件不再是例外或特别问题,也不可能通过单独划分出一个一个的专业法庭/法院的方式来解决审判专业化问题,特别是由于商事纠纷不仅在数量上剧增,而且在金额上显示出明显优势地位,加之其问题之新颖、之困难、之复杂性,都足以使之成为改革的重心。但始于20世纪90年代民事程序改革而未按照不同价值取向进行程序分类,而是以建构适应市场体制的商事审判程序为目标,对整个诉讼制度进行了单向改革,其结果是包括小额诉讼和家事诉讼这些本来适宜原有诉讼模式的案件,也随着整个改革进程向着处分权主义和辩论主义和程序对抗化、规范化、专业化、高成本方向发展。由此带来的缺陷,又导致了本世纪以来对前期改革的清算和逆向改革,特别是在社会和谐目标下的(非自愿)调解偏好和“能动司法”旗帜下的(无制约)司法职权借尸还魂,成为本世纪以来整个民事司法的导向和目标,而处分权主义、辩论主义、当事人基本程序保障这些现代司法理念则悄然收兵入库。

很显然,从技术角度来看,这种不分案件类别的统一程序模式,无论保持或转向哪个方向,当其适合于一些类型的案件时总会不适宜另一些类型的案件。<sup>(19)</sup> 因此只有进行程序分类,让小额案件归入小额程序、家事案件归于家事程序、商事案件归于商事程序、<sup>(20)</sup> 非讼事件归于非讼程序,才能针对不同的案件、设计不同的程序结构、承载和实现不同的价值目标。而从司法改革的总体目标和程序设计的整体理念来看,小额的传统的民事案件与专业的复杂的商事案件的地位,已不是谁主谁次、谁为主流谁被分流、谁为原则谁为例外的的问题,而是作为平行存在的社会需求,而政府必须为这些类型不同的需求提供适销对路的市场和产品,小额诉讼之所以不必进入标准、规范、专业的程序,是因为对于当事人而言,其从标准程序所获得的胜诉收益与成本不相适应。对于司法制度而言,主要是通过不同程序的差异设计和成本杠杆来“引导”当事人作出理性选择。但如果当事人自愿付出高额成本去获取正义而不只是考虑金钱收益,那么政府方面如果因为小额案件为次等或附带事务而“强制”地禁止其求诸普通程序,并拒绝提供任何复审救济途径,这既不是西方小额诉讼程序的含义,也不符合我国国情。

具体而言,我国目前的程序类型与程序转换在设计上存在着如下突出缺陷,导致了小额案件或简单事件不得不大量适用繁复程序:其一,非讼事件程序严重欠缺,略式程序形同虚设,使现行简易程序承担了无论类型或数量都严重超载的负荷,而程序承载的目标和功能太多、太杂、太模糊,远远超越了同一个程序在设计技术上所能达到的极限,因而影响了这一程序的正常运行,并导致其严重滥用。其二,现行简易程序基本上只是普通程序的简化形态,除审判组

(18) 参见傅郁林“我国民事审级制度的历史考察与反思”,载《华中法律评论》(第1辑第2卷),华中科技大学出版社2008年版。

(19) 就像均码鞋子不可能适合于型号不一的脚,不仅不能削足适履,而且即使统一改鞋,也并不能适足;相对有效的办法只能是将鞋设计为不同型号,才适者较众。

(20) 详细讨论参见曹志勋“商事审判程序研究”,北京大学2010年硕士论文。

织和审理期限有明显差别之外，其他方面并无明显界线加以区分，比如答辩期间、反诉或变更诉讼请求、上诉权等几乎无所差别，导致所谓“繁者不繁，简者不简”的状况。更为严重的是，这种与普通程序之间没有明确边界的简易程序，却因简易程序所应当蕴含的价值诉求——快捷、方便、简单、职权主义，恰恰以正当理由为法官预留了巨大的自由裁量空间，比如法官在送达方式等程序推进事项、攻击防御手段的支配、调解文书的形式、甚至程序的选择与转换等等方面的权力几乎不受限制，从而使现行简易程序成为法官的偏好而非当事人的受益或选择。那些应当简易处理的案件，无法保障审判效率和降低当事人的解纷成本；那些应当获得严格正当程序证成的案件，却时常遭遇程序违法侵扰，以致即使最终裁判完全符合实体法的规定当事人仍拒绝承认裁判结果的正确性。新的小额诉讼程序如果不改变这种案件分流的目标定位和法官职权转换程序的结构模式，而只是缩短审判期限，将会加剧这种状况。

## 2. 民事程序分类建构的基本框架

### (1) 拓展一审终审制非讼程序的适用范围<sup>(21)</sup>

我国目前关于非讼事件的规定，主要是《民事诉讼法》特别程序中规定的宣告失踪或者宣告死亡案件、认定公民无民事行为能力或限制民事行为能力案件和认定财产无主案件。同时还有民法通则和继承法中规定监护人监督和遗产取得权的取消等民事事件，以及公司法规定的商事事件，如股东会决议的撤销、许可阅览公司账簿、公司解散、指定清算组成员、清算方案的确认、清算报告的确认等。但这些实体法中涉及的非讼事件在法院裁决确认、指定、撤销或许可时，没有法律授权法院适用特别程序，故基本上都是适用简易程序解决的。非讼事件夹杂在诉讼案件中，除了非讼事件的解决效率低下之外，也使我国民事审判制度改革的总体方向难以确定，比如非讼程序应当适用职权主义、不公开审理原则、一审终审制以及变更/撤销式的快速救济途径等，这与普通诉讼实行处分权主义、辩论主义、公开审理原则、两审终审制以及上诉和再审等复审/监督式的复杂救济模式在改革方向上是背道而驰的。

### (2) 家事诉讼从普通诉讼程序中独立

家事诉讼独立的价值与小额诉讼或商事速裁程序完全不同，但目前家事诉讼程序完全混同于普通民事案件，无法实现家事诉讼本身的调解优先原则、不公开审理倾向、职权主义审判模式和国家干预原则等理念，同样也增加了普通诉讼程序在技术设计上的难度。特别是比例很大离婚诉讼在基层法院都是适用简易程序裁判的，但是，一方面争议大的离婚案件影响了简易程序追求快捷性的统一设计；另一方面无争议离婚案件又因简易程序的简单快捷而容易规避国家干预，导致大量虚假离婚案件出现，而且因为没有申请撤销无效婚姻等特别救济途径，目前已成为日益严重的社会问题。

### (3) 优化商事案件的速裁程序

“商机如战机”，大量商事案件滞留法院等候一审、二审、再审，时间之长、成本之高、执行之难（研究表明，执行成功率与债权确定的时间早晚有明显正相关性），已足以拖垮涉讼企业并牵连大批职工的生计，这对于大批公民的生存、社会的稳定和发展的影响绝对不亚于小额诉讼对于个人的影响。无论从便民诉求、效率诉求还是案件分流的目的出发，商事速裁程序都是刻不容缓的。它与小额诉讼程序追求的是不同的价值，解决的是不同的问题，但在分流案件并促进普通诉讼程序的优化意义上，商事速裁程序的效果更明显。在被列入世界最佳民事司法制度的三个国家（德国、日本、荷兰）<sup>(22)</sup>中，荷兰主要依赖于其发达的商事仲裁将商事案件实现

(21) 本部分涉及非讼程序的内容引自郝振江《论非讼程序在我国的重构》（待刊稿）。

(22) 参见前注〔2〕，〔英〕阿德里安·A.S.朱克曼主编书，第一章。





了诉外分流,德国则依赖其优质的司法速裁程序——督促程序分流了基层法院80%的案件。我国从德国引进的督促程序却形同虚设。除了社会信用机制不良等原因之外,程序技术设计上也存在明显缺陷,比如支付令异议不附加任何实质条件或证明负担,异议成立不是直接转入诉讼而是另行起诉,加之败诉方诉讼成本太低(不必承担胜诉方律师费)构不成对支付令异议的抑制,等等。在我国商事仲裁发育不全、社会信用机制不良的情况下,可考虑将督促程序与诉讼机制进行紧密链接,经仲裁式改造后建立商事速裁机制。具体建构将在下一部分“调解+速裁”机制中展开。

#### (4) 独任制与简易程序分离

现行《民事诉讼法》规定独任制仅适用于简易程序,将诉讼程序与审判组织捆绑在一起,从而直接导致了繁简分流与程序保障之间的冲突剪不断理还乱地纠结在一起。简易程序本来应该是针对简单、小额案件而设定的非正式程序,因而在程序的许多环节都预留了巨大弹性和裁量空间,随意性很强。但由于诉讼案件的暴涨和司法人员的缺乏,普遍适用独任制成为基层法院解决“案多人少”矛盾的主要出路,于是,在捆绑式安排下,基层法院由于独任制的普遍适用,简易程序也顺理成章地成为其基本程序;而在依法不能适用简易程序因而也无法实行独任制的中级法院,也普遍出现“合而不议”的合议制空洞化现象。

然而,当并不简单、并非小额的一审案件因普遍适用独任制而不得不大量适用简易程序时,这种捆绑式制度安排就导致无论简易程序或普通程序都会在适用范围和程序规范的设计标准上面临难题。比如,一旦适用简易程序则意味着独任法官同时丧失来自规范程序的制约和来自合议制的监督,所以程序只能“繁者不繁,简者不简”;无论限制或扩大独任制或简易程序的适用范围,都无法实现司法资源的最优化配置,因为如果适用范围太小、金额标准太低、或者程序太复杂规范,则无法实现案件分流和程序便民的目标,但如果范围太大、标准太高、或程序太简便灵活,则意味着一些重要的一审案件将在审判组织和审判程序双重简约的状态下获得裁判,风险太大。

因此,对现行简易程序进行改造以确定“简者更简”的价值目标之前,必须首先将独任制与简易程序区分开来。实践中出现大量所谓“普通程序简易审”或“简易程序普通审”的现象,实际上就是自行创制了一种“独任制普通程序”,但没有立法对其适用范围、条件、权限配置、当事人参与及程序转换方式等重要事项进行规范和约束,导致了法院的滥用和程序的任意性。将审判组织与审判程序分开之后,基层法院原则上适用独任制,但一审程序则区分为简易程序和普通程序。也就是说,将审判组织与审判程序拆分和重构之后,最终形成的是三类诉讼程序:独任制简易程序、独任制普通程序、合议制普通程序。这一方案我在十年以前“繁简分流与程序保障”一文中即已提出,并与有些同事不谋而合。

#### (三) 另辟蹊径的我国“调解+速裁”程序

在经过如上所述的一系列结构性分解,将非讼程序与诉讼程序、家事诉讼与普通诉讼、审判组织与审判程序进行分割之后,进入法院的一审诉讼案件,在基层法院便可能分别进入速裁程序(即调解+速裁)、简易程序(独任制)、普通程序(独任制)三种轨道;在中级法院则只能进入普通程序,但普通程序在审判组织上仍有分别,包括独任制普通程序、合议制普通程序、乃至联合审判庭或审判委员会主持的普通程序。现在我们才能将目标明确地聚焦于针对金钱类财产案件的“调解+速裁”程序(下简称速裁程序)。一类是针对小额诉讼案件的法定型/强制型速裁程序;一类是适用于大额金钱案件的选定型/合意型速裁机制;此外针对支付令异议案件,先直接转入速裁程序(即该速裁程序的启动机制具有法定性或强制性),在一定期限内调解不成又达不成速裁合意的大额案件,转入普通诉讼。三类程序因价值取向不同而有各自的激励或抑制机制,以谋求速裁程序的实效性与安全性之间的平衡。

### 1. 小额诉讼案件的法定型/强制型速裁程序

由于在程序启动上当事人没有选择权，故强制性速裁程序的适用范围必须限于很低的标准，比如低于人民币 5000 ~ 10000 元，考虑到我国不同地区经济发展和生活消费水平的巨大差异，可以由相关部门考量各方面的经济数据、案件标的额的分布区间、审判平均标的额等指标，确定适用简易程序的数额标准，不超过受诉法院所在县（市）人均年收入的 10 ~ 20%（相当于一个月或两个月的工资）。立法也可以将各地法院辖区内人均收入、消费水平及其他经济指标作为一个基数、参数或系数形成一个计算公式（其实这种方法也可以作为确定各地级别管辖金额的参考）。

小额诉讼裁判的救济途径，笔者在前文中已经论证，断然实行一审终审制在我国行不通，但可以实行变通的限制。一是当事人双方明确表示放弃上诉或其他复审权，记入笔录即可生效；二是小额诉讼裁判一经作出即产生执行力，复审期间不停止执行；三是复审机制不适用上诉程序，而是向裁判法院申请由普通审判庭按照普通程序审理，但须按照普通程序的收费标准重新交纳诉讼费，普通程序裁判结果维持小额裁判的，败诉方要承担胜诉方全部诉讼成本，包括诉讼费和律师费。

关于小额诉讼能否在裁判前转入简易程序或普通程序，原则上不建议这一方案，特别是必须改变现在由法官单方依职权决定程序的做法。当事人申请适用普通程序的，参考适用小额裁判复审程序的抑制机制，即申请方败诉的须承担胜诉方当事人全部诉讼成本；如果非申请方在普通程序中败诉，则不必承担对方的诉讼成本。当然，禁止程序转换与小额诉讼程序中禁止增加或变更诉讼请求、禁止反诉、限定使用小额诉讼的次数等一系列规定密切相关。

### 2. 大额诉讼案件的选定型/合意型速裁程序

对于争议金额在小额诉讼程序限额以上的财产案件，双方当事人可以合意选择。这种放弃正式程序而选择小额诉讼程序的自愿选择，依赖于诉讼费用制度、律师费补偿制度的规定给小额程序选择者设定的明显优惠。合意的方式可以灵活，可能是双方共同签署像仲裁协议那样的条款，也可能是原告起诉立案时和对方签收应诉通知书时通过填写表格等方式分别表明态度。但在后一种方式中，法院必须在通知书或表格中明确告知当事人速裁程序的具体内容，使其明确自己选择的法律涵义及其相关后果。

选择性的速裁程序，如果在法定期限内不能调解，双方也未共同申请延长调解期限，则在期限届满时自动转入正式程序。通知当事人重新交纳诉讼费用，按照正式程序审理并适用相应的诉讼成本承担机制。选择性速裁程序所作的裁判，应允许双方当事人合意放弃上诉权，即实行合意性一审终审制。但双方当事人不能就放弃上诉达成合意的，速裁程序所作的裁判应允许提起上诉。

### 3. 由支付令异议转入速裁程序的案件

当事人对督促程序发出的支付令提出异议的，直接转入速裁程序。支付令请求与一般起诉案件不同，常常附了较为详细的证据和理由，而法院在督促程序中通过审查请求而发出支付令时，已经对案件进行了形式审查和部分实质审查。被申请人提出异议往往也不是完全的否定，也没有提出有实质证据的理由，大部分只是为了减少、延缓或拖延债务，所以这类案件进入速裁程序很容易达成调解协议，或作出迅速判决，而不必进入审判程序。但如果收到异议后不进入速裁程序进行听证，直接执行支付令的风险又太大。速裁程序实际上是在社会信用机制不健全的背景下，为这类案件的快速裁决和执行找到了一条安全的折衷方案。与此同时，在督促程序制度中还应当规定，对于无异议部分不计入异议，也不必转入诉讼程序；就无异议部分的请求，可以重新发出支付令进入执行程序。