

论在线诉讼背景下的民事司法程序原则

曹志勋

摘要：新冠肺炎疫情的暴发对民事司法提出了显著需求。在线司法/电子诉讼在比较民事诉讼法学视野中并非新鲜事物，我国的制度与实践供给在国际比较中表现十分突出。在线司法在我国发展迅速，这主要体现于专门互联网法院的建设和普通法院对信息技术的广泛应用，司法外的各类纠纷解决机制也都引入了在线机制。为了呼应传统民事诉讼中的程序基本原则，电子诉讼条件下应当重申当事人主义的核心内容即处分权主义和辩论主义。在法院主导程序进行的原则下，当事人同意构成电子诉讼中突出的例外要件，其合法性、正当性与具体判断规则是争议与论证的重点。司法与多元纠纷解决机制的整合原则在电子诉讼背景下得到广泛关注。在发展一站式多元解纷的进阶方案的同时，仍应重视法院裁判与调解的关系。无论时代挑战如何，实现正确裁判与保障正当程序仍然是民事司法不可放弃的核心目标。

关键词：在线诉讼；电子诉讼；诉讼原则；当事人同意；多元纠纷解决

[中图分类号] D925.1 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2023) 03-0001-20

一、新冠肺炎疫情中对司法的需求与供给

在全球疫情的背景下，无论是政府层面对大规模社会活动的限制策略还是个人在日常交往中保持社会距离的必要性，都在提供司法服务的法院和利用司法服务的当事人之间平添了巨大障碍。⁽¹⁾尤其是在疫情暴发的初期阶段，各国都面临了相当大的挑战，需要在解决病毒与疫情传播的现实问题的同时确保司法程序仍然能够有效恰当地运行。⁽²⁾暂且不论我国的情况，而在面对疫情时早已选择对外更为开放的政策域外，司法系统的运行也远未回到疫情前的一般状况。特别是，很大程度上由于疫情的突然冲击，部分也由于原有司法信息化改革的推动，各法域也在在线诉讼/

【作者简介】曹志勋，法学博士，北京大学法学院院长聘副教授。

(1) Bart Krans & Anna Nylund eds., *Civil Courts Coping with Covid-19*, Eleven International Publishing, 2021.

(2) 比如德国的情况，参见 Christian auf der Heiden, *Prozessrecht in Zeiten der Corona-Pandemie*, *Neue Juristische Wochenschrift* 73 (2020), S. 1023 ff.

电子诉讼⁽³⁾领域的理念、制度与具体举措上推陈出新。

总之，为了继续追求程序正义和实体正义，各国司法系统都不能墨守近现代西方司法运行的成规，而不得不将线下司法转为在线诉讼与在线纠纷解决（ODR）。当然，相比 1918 年大流感时期的状况，当下国际社会在科学技术方面已经突飞猛进，因而不必只能推迟纠纷解决的进程或者无奈地在公园等露天场地组织庭审。⁽⁴⁾ 其实，在线纠纷解决并非全新的法律概念。⁽⁵⁾ 与我们早已熟识的替代性纠纷解决相呼应，在线纠纷解决是能显著影响“司法态势”（complexion of justice）的“两个全球性运动”之一，甚至在法院系统内部集中涌现的替代性纠纷解决与在线纠纷解决机制被认为正在转变司法救济权的本质。⁽⁶⁾

为了实现在线环境下的纠纷解决，首先也最简单的就是司法机关需要在不同的视频会议系统中作选择，究竟是选择 Skype、Zoom、CISCO Webex 还是选择更具有本国地域性的软件⁽⁷⁾，比如我国流行的腾讯会议软件及其国际版本 VooV。由于上述系统均需要面向不特定的公众稳定开放，而非特定群体内部的独立工作工具，因而这种选择并不同于究竟是选择钉钉、飞书还是公司内部开放的 OA 系统。当跨国旅行者无法自由出行或者至少受到很大限制、很可能导致病毒感染或者出入境隔离时，在线会议成为其最理性的选择。⁽⁸⁾ 从某种意义上讲，这在客观上也可能为很多专业人士提供了更高效工作的机会，比如在不需要旅行的条件下专注于要参加的会议与要完成的项目任务，或者参加本来由于会议容量或者优先度选择很可能不能/不会现场参加的活动。但是，这种在线环境人与人交往的特殊方式，对于活动本身的完成度和人与人之间的沟通交流将产生可察觉的影响。这种影响在总体上是好是坏，也许需要更多跨学科长期研究的跟进和发现。

从比较民事诉讼法学的发展历程来看，虽然信息技术发展日新月异⁽⁹⁾，但是学术界对在线纠纷解决的关注实际上已经体现在 2010 年国际诉讼法学会举办的“电子技术与民事诉讼”的学术年

（3）由于电子诉讼的概念还可以包括法院的信息化建设或者诉讼程序无纸化，在线诉讼的概念更符合我们所讨论的互联网技术与纠纷对民事司法与诉讼程序的影响。关于内部电子法院和外部电子法院的概念界分，参见王福华：《电子诉讼制度构建的法律基础》，载《法学研究》2016 年第 6 期，第 89 页。

（4）Florian Scholz-Berger/Julius Schumann, Die Videokonferenz als Krisenlösung für das Zivilverfahren, *ecolex* 6 (2020), S. 469.

（5）United Nations Commission on International Trade Law, *Online Dispute Resolution: On-line Resources*, UNCITRAL, https://uncitral.un.org/en/library/online_resources/online_dispute_resolution.

（6）Dorcas Quek Anderson, *The Convergence of ADR and ODR Within the Courts: The Impact on Access to Justice*, 38 *Civil Justice Quarterly* 126, 126–143 (2019).

（7）比较法视野下相关软件系统的列表，参见 Anne Sanders, *Videoverhandlungen in Europa und die Covid-19-Pandemie*, *Deutsche Richter Zeitschrift* 2021, S. 69.

（8）比如在国际商事仲裁领域的研究，参见 The School of International Arbitration of Queen Mary University of London and White & Case LLP, *2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World*, Queen Mary University of London (6 May 2021), <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2021-International-Arbitration-Survey-Adapting-arbitration-to-a-changing-world.pdf>, p.11.

（9）比如 10 年前的情况，参见 Marta Poblet ed., *Mobile Technologies for Conflict Management: Online Dispute Resolution, Governance, Participation*, Springer, 2011; Brian A Pappas, *Online Court: Online Dispute Resolution and the Future of Small Claims*, 12 *UCLA Journal of Law & Technology* 1, 1–25 (2008).

会⁽¹⁰⁾之中。同时,虽然人们通常认为美国在电子司法领域更为领先⁽¹¹⁾,但也需要关注德国在电子司法领域的进展,因为在私法和民事司法领域,我国长期以来借鉴和重视德国的理论、规范与实践经验。德国法早在 20 年前就在《民事诉讼法典》中增加了关于以音视频传输方式开庭的第 128a 条的规定⁽¹²⁾,但是该规则在司法实践中的真正激活仍是在疫情暴发之后。⁽¹³⁾为了限制疫情传播,民事诉讼程序被认为需要相应地作出较大调整。⁽¹⁴⁾目前,在线庭审在司法实务中的适用被认为较疫情之前更为频繁。⁽¹⁵⁾然而,在由新冠肺炎疫情引发的、对视频会议的巨大需求面前,德国司法界对这一庭审方式的根本转变远未做好必要的技术准备。⁽¹⁶⁾比如,当科隆州高级法院于 2020 年秋天启动了视频会议的试点项目时,其辖区内的下级法院需要花费数周在供需失衡的市场上“抢购”紧俏的摄像头。⁽¹⁷⁾不仅法院和法官在法律和技术层面遭遇诸多挑战,这同样也对执业律师提出了更高更全面的要求。⁽¹⁸⁾上述问题可能从中国语境出发难以想象,但是却是现实发生过的。

由于我国早已开始尝试民事诉讼的电子化和在线化,疫情的“突然袭击”并未影响中国法院与法官在远程环境下继续追求司法质效,司法服务依然“如期而至”。甚至在新冠肺炎疫情最初始的 6 个月间,中国法院仍然新收案 1 651 万件,并且结案 1 308 万件,保持了个案结案率的稳定。⁽¹⁹⁾在由于疫情导致的严格限制社会活动期间,如期安排庭审的唯一可能就是组织线上庭审,这也由于此时我国已经基本建成了线上审判系统而具有了现实上的可能性。让国际同行惊讶并感叹的是,2020 年春节假期结束,我国法官就开始尝试回到正常的审判排期与进度上。这绝非易事,但是我国法院和法官在整体上实现了疫情防控与业务保障的平衡。为了避免法庭开庭成为疫情传播的风险点,有的地方的法官及法官助理戴着口罩在法院开庭,而当事人及其律师则在线开庭。

(10) Miklós Kengyel & Zoltán Nemessányi eds., *Electronic Technology and Civil Procedure: New Paths to Justice from Around the World*, Springer, 2012.

(11) ABA Center for Innovation, *Online Dispute Resolution in the United States*, ABA (5 January 2023), <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/center-for-innovation/odrvisualizationreport.pdf>, updating information <https://datawrapper.dwcdn.net/q0u4d/1>.

(12) 关于德国与电子诉讼相关的近年制度建设,参见周翠:《德国司法的电子应用方式改革》,载《环球法律评论》2016 年第 1 期,第 98—114 页。

(13) Benedikt Windau, *Die Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung*, *Neue Juristische Wochenschrift* 73 (2020), S. 2753 ff.; Johannes Schmidt/Daniel Saam, *Videokonferenzen im Zivilprozess*, *Deutsche Richter Zeitschrift* 2020, S. 217. 奥地利的类似情况,参见 Florian Scholz-Berger/Julius Schumann, *Die Videokonferenz als Krisenlösung für das Zivilverfahren*, *ecolex* 6 (2020), S. 469 ff.

(14) 德国讨论的情况,详见 Christian auf der Heiden, *Prozessrecht in Zeiten der Corona-Pandemie*, *Neue Juristische Wochenschrift* 73 (2020), S. 1023 ff.

(15) 这一结论源自对 663 名德国法官所作的在线调查, Sven Rebehn, *Umfrage zeigt: Akzeptanz für Online-Verfahren wächst*, *Deutsche Richter Zeitschrift* 2021, S. 90 ff.

(16) Sven Rebehn, *Mehr Online-Verfahren vor Arbeits- und Sozialgerichten*, *Deutsche Richter Zeitschrift* 2020, S. 164 ff.

(17) Martin Lamsfuß/Ingo Werner, *Pandemie und Video-Verhandlungen in der Praxis*, *Deutsche Richter Zeitschrift* 2021, S. 50 ff.

(18) Johannes Schmidt/Daniel Saam, *Videokonferenzen im Zivilprozess*, *Deutsche Richter Zeitschrift* 2020, S. 216 ff.

(19) 《智慧法院如何实现跨越发展?听最高法院副院长怎么说【政法大咖的超级网课】》,载中国长安网, https://www.chinapeace.gov.cn/chinapeace/c100007/2021-01/11/content_12437164.shtml。

甚至,当法官由于回家过春节滞留武汉家中而且没有携带工作电脑时,仍坚持用手机在线组织开庭,此时合议庭其他成员在法院审判法庭参加,当事人各自在家中参加。易言之,在疫情发生之后,实践中同时出现了完全在线上举行的庭审和仍在法院举行正式庭审、只不过部分诉讼参与人在线上参加的部分在线的庭审。而在其他法域中,部分法域由于对正当程序⁽²⁰⁾或者司法救济权(access to justice)⁽²¹⁾的传统理解,完全的线上庭审仍然是其正在慎重讨论与考虑的对象。

甚至可以预见的是,在全球疫情尚未宣告终结之时,我们仍将很有必要考虑在线纠纷解决能否成为未来时代民事司法的更好选择。⁽²²⁾即使其并非一般性的主流方案,也至少可能会更恰当地解决一部分类型的民事案件。⁽²³⁾继往开来,也许我们在那时就不必再空耗精力去甄别相关措施是否仅具有临时性和阶段性。⁽²⁴⁾我们对在线纠纷解决机制的践行,绝非将新技术与传统司法业务相结合那么简单。比如,我们也可以考虑非疫情大流行条件下的法官居家办公的新时代。⁽²⁵⁾诉讼程序的各阶段和诸多司法活动⁽²⁶⁾将由于新技术的介入呈现出全新特点。在这个意义上,这也许将成为未来人类社会共同积累/遗产的一部分。

二、司法内外的在线纠纷解决机制

(一) 在线民事司法在我国的发展

在我国,专门互联网法院的建设是与普通法院对在线诉讼的应用平行进行的。一方面,我国建立了杭州、北京和广州三家互联网法院,在线法院探索方面可谓“重点突破”。其中建立最早的杭州互联网法院,源自浙江省高级人民法院于2015年启动的基层法院审理涉网案件的试点与“浙江法院电子商务网上法庭”对更多法院资源的整合。随后,中央全面深化改革委员会于2017年和2018年决定设立三家互联网法院。2018年9月,最高人民法院发布了《关于互联网法院审理案件若干问题的规定》(法释〔2018〕16号,下称《互联网法院规定》),以“互联网法院采取在线方式审理案件,案件的受理、送达、调解、证据交换、庭前准备、庭审、宣判等诉讼环节一

(20) Saby Ghoshray, *Charting the Future of Online Dispute Resolution: An Analysis of the Constitutional and Jurisdictional Quandary*, 38 The University of Toledo Law Review 317, 334–348 (2006).

(21) Dorcas Quek Anderson, *The Convergence of ADR and ODR Within the Courts: The Impact on Access to Justice*, 38 Civil Justice Quarterly 126, 126–143 (2019).

(22) Richard Susskind, *Online Courts and the Future of Justice*, Oxford University Press, 2019.

(23) Anne Sanders, Videoverhandlungen in Europa und die Covid-19-Pandemie, 2 Deutsche Richter Zeitschrift 2021, S. 71.

(24) Yulin FU, *Civil Justice in China in the Covid-19 Period*, in Bart Krans & Anna Nylund eds., *Civil Courts Coping with Covid-19*, Eleven International Publishing, 2021, p. 42.

(25) Ralf Köbler, Homeoffice hat bei den Gerichten Grenzen, 2 Deutsche Richter Zeitschrift 2021, S. 52. 但是,至少德国《民事诉讼法典》第128a条并未对法官在法庭外从事审判工作的情况设置例外规则。Christian Schupp, *Praktische Erwägungen zu Verhandlungen nach § 128a ZPO*, 2 Deutsche Richter Zeitschrift 2021, S. 67; Benedikt Windau, Die Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung, Neue Juristische Wochenschrift 73 (2020), S. 2753 ff.

(26) 就此可以将电子诉讼划分为阶段化和全程化两种类型。参见王福华:《电子诉讼制度构建的法律基础》,载《法学研究》2016年第6期,第97–102页。

般应当在线上完成”(第1条第1款)的原则为指引,详细规定了此类特殊审判机构管辖特定类型案件的特殊程序规则。

根据权威调查显示,自分别设立至2021年10月31日,三家互联网法院共受理案件35万余件,审结33万余件,诉讼费用在线交纳率93.8%以上,在线庭审率93%以上,案件平均庭审时长约25~38分钟,平均审理周期约37~70天,裁判文书电子版送达率82.4%~92.4%,自动履行率最高达93.6%。⁽²⁷⁾更进一步,我国的互联网法院被认为将超越在线审理模式和便民利民措施的探索,围绕数字治理的关键词,完善互联网专门化审判体系、互联网新兴领域裁判规则、优化案件管辖范围。⁽²⁸⁾不过,由于在法定组织、案件类型和审理程序上与其他专门法院无法类比,未来仍有进一步明确其功能并且在以上方面加强专门性的必要。⁽²⁹⁾互联网法院未尝不能继续发挥司法改革“急先锋”的作用,成为比如电子督促程序、电子准备程序和电子速裁程序等民事诉讼新机制的前沿探索基地。⁽³⁰⁾至于与互联网法院类似的金融法院和最高人民法院国际商事法庭,本文囿于主题不再讨论。

另一方面,在线审判的实践同时也在全国法院“遍地开花”。如果将视野放宽到在线进行诉讼之外,可以看到截至2022年12月20日,中国庭审公开网上已经有超过2000万场庭审直播⁽³¹⁾,中国裁判文书网上公布了超过1.4亿份裁判文书⁽³²⁾,这也都是广义上的在线诉讼。近年来,为了进一步实现司法公开与透明,最高人民法院连续推动了中国庭审公开网、中国裁判文书网、中国审判流程信息公开网⁽³³⁾和中国执行信息公开网⁽³⁴⁾这四个综合性网站的建设与完善。当疫情来临之后,各地法院也在此基础上广泛地采取线上技术推进个案中民事诉讼程序的顺利进行。总体来看,我国法院系统不仅试图实现“线上纠纷线上审”,也努力尝试在更广泛的意义上实现“线下纠纷线上审”。根据最高人民法院公布的数据,2021年全国法院在线立案1143.9万件,在线开庭127.5万场,司法区块链上链存证17.1亿条。此外,最高人民法院“与全国总工会、中国侨联、全国工商联、银保监会、中小企业协会等11家单位建立‘总对总’在线调解机制,6.3万个调解组织和

(27) 景汉朝:《互联网法院的时代创新与中国贡献》,载《中国法学》2022年第4期,第53-54页。

(28) 人民法院新闻传媒总社:《最高法相关庭室负责人就互联网典型案例发布会答记者问》,载中华人民共和国最高人民法院网站2021年5月31日, <https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-306571.html>。

(29) 主张以实现网络社会治理的职能为目标,进一步完成组织端、案件端和程序端改进的观点,参见刘哲玮、张弛:《从“网上审理”到“网络治理”:互联网法院职能转型前瞻》,载《法律适用》2022年第10期,第35-44页。主张纳入功能专门化类型,将互联网法院界定为专门法院的观点,参见段厚省、屠琳舒:《论互联网法院的专门化》,载《河北法学》2022年第7期,第73-90页。关于司法政策中专门法院的设立原理,参见何帆:《新时代专门人民法院的设立标准和设置模式》,载《中国应用法学》2022年第3期,第44-66页。

(30) 周翠:《互联网法院建设及前景展望》,载《法律适用》2018年第3期,第38-43页。

(31) 中国庭审公开网, <http://tingshen.court.gov.cn/>,截至2022年12月20日。

(32) 中国裁判文书网, <https://wenshu.court.gov.cn/>(暂且不考虑近期被广泛感受到的、裁判文书大批量下线的现象),截至2022年12月20日。

(33) 中国审判流程信息公开网, <https://splcgk.court.gov.cn/gzfwwww/>,截至2022年12月20日。

(34) 中国执行信息公开网, <http://zxgk.court.gov.cn>,截至2022年12月20日。

26 万名调解员进驻调解平台”，“全国法院 2021 年在线调解纠纷突破 1 000 万件……诉前调解案件平均办理时长 17 天，比诉讼时间少 39 天”。⁽³⁵⁾

特别是，2021 年下半年最高人民法院连续发布了《人民法院在线诉讼规则》（法释〔2021〕12 号）和《人民法院在线调解规则》（法释〔2021〕23 号），2022 年初又继续发布了更具有审判管理而非法律适用功能的《人民法院在线运行规则》（法发〔2022〕8 号），对相应的诉讼运行、法院调解和整体的审判管理制度保障制定了一系列成文规则。同时，我们还需要重视最高人民法院自 2020 年 1 月 15 日开展的民事诉讼程序繁简分流改革试点。这项为期两年的试点工作在全国 34 个省级行政区中的 15 个中实施，而且有着明显的立法任务的驱动。虽然与疫情的暴发巧合地十分接近，但是其具体落实的过程仍能得到相当程度的保障。其中，作为《民事诉讼程序繁简分流改革试点方案》（法〔2020〕10 号）的具体措施，《民事诉讼程序繁简分流改革试点实施办法》（法〔2020〕11 号）列明了此时试点的主要任务，即优化司法确认程序、完善小额诉讼程序、完善简易程序规则、扩大独任制适用范围和健全电子诉讼规则。显然，最后一项与本文讨论的主题直接相关，部分也被吸收进 2021 年底修改的《中华人民共和国民事诉讼法》（下称《民事诉讼法》）和上述在同一时间段发布的三大与在线诉讼有关的司法文件。

此外，无论是自 2019 年迅速发展的跨域立案服务、随后全国法院落实的网上立案功能和“移动微法院”的手机小程序，还是自《民事诉讼法》第 66 条第 1 款第 5 项中作为独立证据种类被单独承认的电子数据展开、逐渐深化丰富并紧跟时代前沿的电子证据规则与实践⁽³⁶⁾，在线民事司法领域的创新制度与程序层出不穷。当下中国的在线司法并非指向某种独立的民事诉讼程序、制度或者理论，而是贯穿于民事诉讼全过程和各个子领域之中。与其说我们试图描绘在线民事司法的梗概，毋宁说是在尝试浓缩当代中国民事司法的全貌。这显然不是本文能够完成的任务，本文的重点仍然回归在线诉讼中的民事诉讼原则。

（二）司法外的在线纠纷解决机制

在我国，除了在线司法之外，商事仲裁、调解、电子商务争议解决制度等各类纠纷解决机制均引入了在线机制。即使在疫情暴发之前，商事仲裁机构就较为广泛地建立了在线机制。另外，当事人通常在订立仲裁协议之初就有权合意选择在线仲裁程序，仲裁机构也乐于响应当事人的需求。比如，深圳国际仲裁院自 2019 年初就发布了《深圳国际仲裁院网络仲裁规则》。⁽³⁷⁾其中，第 3 条第 1 款规定“因网络交易产生的争议及其他商事争议，当事人约定将争议提交仲裁院通过网络仲裁（或称网上仲裁、电子仲裁、在线仲裁、线上仲裁、互联网仲裁等）解决的，视为同意仲

(35) 新华社：《最高人民法院工作报告——2022 年 3 月 8 日在第十三届全国人民代表大会第五次会议上》，载中华人民共和国最高人民法院网站 2022 年 3 月 15 日，<https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-351111.html>。

(36) 比如《人民法院在线诉讼规则》和《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（法释〔2019〕19 号）都用了相当多的篇幅规定了电子证据的提出与审查规则，这里不再赘述。

(37) 《深圳国际仲裁院网络仲裁规则》，载深圳国际仲裁院官网，<http://www.scia.com.cn/index.php/Home/index/rule/id/814.html>。

裁院适用本规则进行仲裁”，而第6条则进一步规定了审理程序，即“网络仲裁采取在线方式审理案件。案件的受理、缴费、送达、证据交换、庭审、调解、裁决等环节一般在互联网上进行”。

深圳国际仲裁院的尝试远非孤例，在国际上享有广泛声望的中国国际经济贸易仲裁委员会（下称贸仲）在更早的2009年就建立了其在线庭审系统^{〔38〕}，其中甚至将“在线纠纷解决”的英文缩写注册为其“域名争议解决中心”/“网上争议解决中心”的国际域名，该中心的任务是解决域名抢注纠纷、通用网址抢注纠纷、无线网址抢注纠纷、短信网址抢注纠纷等与互联网有关的争议。^{〔39〕}在新冠肺炎疫情暴发之后的2020年4月，贸仲又发布了《中国国际经济贸易仲裁委员会关于新冠肺炎疫情期间积极稳妥推进仲裁程序指引（试行）》，对特殊情况下庭审的运行作出了一揽子规定，包括立案方式、文件送达、程序令、问题单、审理范围书、庭前会议、鉴定的必要性与实施、书面审理、开庭审理^{〔40〕}、仲裁庭合议、调解、仲裁裁决等内容。从上述规则中，至少可以发现当事人合意的重要性、仲裁程序的灵活性以及仲裁庭所享有的广泛职权。与此相对，虽然民事诉讼程序中当事人的合意与程序的灵活性通常均弱于仲裁程序，但是仍然能够发现诉讼契约以及通过诉讼契约改变默认诉讼程序的可能性。^{〔41〕}国内另一领先的仲裁机构即北京仲裁委员会，在发布了临时性的特别安排之外也于2020年5月发布了《北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心关于网上开庭的工作指引（试行）》。^{〔42〕}

甚至，传统上不被认为构成典型争议解决机构的互联网平台在这方面也建树颇丰。在电商纠纷中，除了相关证据本身常常得到电子化存储并且被电商平台掌握之外，电商平台也常常努力提供平台内部的争议解决服务。《中华人民共和国电子商务法》第60—63条就其中的促进调解、协助消费者、证据保存和平台内争议在线解决机制作出明确规定：“电子商务争议可以通过协商和解，请求消费者组织、行业协会或者其他依法成立的调解组织调解，向有关部门投诉，提请仲裁，或者提起诉讼等方式解决”（第60条）；“消费者在电子商务平台购买商品或者接受服务，与平台内经营者发生争议时，电子商务平台经营者应当积极协助消费者维护合法权益”（第61条）；“在电子商务争议处理中，电子商务经营者应当提供原始合同和交易记录。因电子商务经营者丢失、伪造、篡改、销毁、隐匿或者拒绝提供前述资料，致使人民法院、仲裁机构或者有关机关无法查明

〔38〕 中国国际经济贸易仲裁委员会智慧庭审平台，<https://kt.cietac.org/portal/main/domain/index.htm>。

〔39〕 中国国际经济贸易仲裁委员会网上争议解决中心，<http://odr.org.cn>。

〔40〕 其中，就最为重要的在线进行开庭审理的具体规则，上述试行文件的“二、具体措施”中“6. 关于开庭审理”下规定，“在线开庭是一种具体的开庭方式，符合仲裁规则的规定。在新冠肺炎疫情期间，开庭审理的案件，建议仲裁庭优先考虑在线开庭的可行性”；“决定在线开庭时，仲裁庭应综合考虑双方当事人的意见、案件的复杂程度、证据材料的多少、是否有证人出庭、当事人不同意在线开庭的理由是否正当、参加开庭人员获得在线开庭服务的便捷性和平等性等因素作出决定。在线开庭的，仲裁庭应当充分保护当事人的程序权利，给予双方当事人陈述与辩论的合理机会，确保平等对待双方当事人，确保仲裁裁决根据所适用的仲裁程序法具有可执行性”。

〔41〕 Antonio Cabral, *Designing Procedure by Contract: Litigation Agreements in Contemporary Civil Procedure*, 9 International Journal of Procedural Law 363, 363–380 (2019).

〔42〕 《北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心关于网上开庭的工作指引（试行）》，载北京仲裁委员会官网2020年5月8日，<http://www.bjac.org.cn/news/view?id=3705>。

事实的,电子商务经营者应当承担相应的法律责任”(第62条);“电子商务平台经营者可以建立争议在线解决机制,制定并公示争议解决规则,根据自愿原则,公平、公正地解决当事人的争议”(第63条)。作为在线纠纷解决领域中常常被突出强调的消费者保护纠纷⁽⁴³⁾,电商案件具有较为突出的特殊性。特别就平台内的纠纷解决机制这种私人纠纷解决机制而言,京东商城⁽⁴⁴⁾和淘宝网⁽⁴⁵⁾都提供了多元的在线纠纷解决模式供消费者与平台内商家选择,这与它们在美国对标的亚马逊和eBay提供的服务相似。比如,淘宝网处理争议的雇员将根据其公布的处理程序和证明责任规则提供非约束性的处理/评估结果⁽⁴⁶⁾,自2012年以来引入了由自愿注册的公众参与的大众评审机制,据称有超过400万评审员参与了超过1600万件争议的处理。⁽⁴⁷⁾此外,淘宝网还设立了针对知识产权争议的知识产权保护平台。⁽⁴⁸⁾

三、在线诉讼中的民事诉讼基本原则

(一)我国民事诉讼基本原则的内容构成

我国传统的民事诉讼法的讨论中,有关基本原则的内容常常存在一定的开放讨论空间。从尊重现行法规的角度可以扩大相关原则的范围,比如法院审判原则、审判独立原则、事实为依据和法律为准绳原则、适用法律平等原则、诉讼权利平等原则、辩论原则、调解原则、诚实信用原则、处分原则、同等原则、对等原则、民族语言文字原则、检察监督原则和支持起诉原则。⁽⁴⁹⁾从在民事诉讼中具有根本地位和特有性的角度加以限缩,则可以重点强调当事人诉讼权利平等原则、辩论原则、处分原则、法院调解原则、诚实信用原则、检察监督原则和直接言词原则。⁽⁵⁰⁾当然,如果我们寻找民事诉讼中更为抽象、更具统括性的基本原则,司法救济权/接近正义原则可能是法律规定背后能够“担当重任”的候选者。

我国民事诉讼法学的研究一向关注来自以德国为代表的大陆法系的法律经验,尤其重视借鉴

〔43〕 Amy J. Schmitz & Colin Rule, *The New Handshake: Online Dispute Resolution and the Future of Consumer Protection*, ABA Book Publishing, 2017.

〔44〕 第三方交易纠纷,载京东网, <https://help.jd.com/user/issue/list-450.html>。

〔45〕 淘宝平台争议处理规则(2019年5月6日),载淘宝网, <https://rule.taobao.com/detail-99.htm?tag=self#524>。在这些一般规则下,还有很多针对比如手机、衣物、鞋品等类型的商品的具体规则。

〔46〕 关于此种纠纷解决方式在整个纠纷解决谱系中的可能位置,参见 Thomas Stipanowich & Veronique Fraser, *The International Task Force on Mixed Mode Dispute Resolution: Exploring the Interplay Between Mediation, Evaluation and Arbitration in Commercial Cases*, 40 Fordham International Law Journal 839, 839-886 (2017). 中文译本参见[美] Thomas J. Stipanowich、[加拿大] Veronique Fraser:《混合模式的争议解决国际工作组——探索商事案件中调解、评估与仲裁之间的互动》,黄吉日译,曹志勋校,载《民事程序法研究》(第20辑),厦门大学出版社2019年版,第153-192页。

〔47〕 大众评审,载淘宝网, <http://pan.taobao.com>。

〔48〕 知识产权保护平台,载淘宝网, <https://qinquan.taobao.com>。

〔49〕 刘家兴、潘剑锋主编:《民事诉讼法学教程》,北京大学出版社2018年版,第56-65页。

〔50〕 江伟主编:《民事诉讼法学》,北京大学出版社2015年版,第48-65页。采取类似的限缩思路但是选择不同的观点,亦见张卫平:《民事诉讼法》,法律出版社2019年版,第42-56页。

(但不是也不可能是照搬)德国民事诉讼法学理论,因而德国学界对诉讼原则的讨论也成为本文借鉴的重要对象。虽然德国学者对诉讼原则的内容也是众说纷纭,但如果仅选取有较大影响力的“罗森贝克”经典教材来观察,诉讼原则则被分为处分权主义、辩论主义、法官的诉讼指挥、书面和口头辩论、程序的直接性、程序的加速与集中和法定听审(请求)权。⁽⁵¹⁾从中可以发现,德国上述讨论中的诉讼原则主要分别讨论法院与当事人之间的职权/权利配置问题和诉讼程序的设计问题。前者可以被概括为职权主义与当事人主义的选择问题⁽⁵²⁾,其中的第三个层次涉及程序推进中法院与当事人的分工,于是也与诉讼程序的设计问题存在相当的交叉。

同时,无论本文是否以在线诉讼为主题,如今都无法忽视2021年《民事诉讼法》修改后增加的在线诉讼原则,其第16条第1款规定“经当事人同意,民事诉讼活动可以通过信息网络平台在线进行”,第2款规定“民事诉讼活动通过信息网络平台在线进行的,与线下诉讼活动具有同等法律效力”。这是对我国民事司法领域前期发展的充分肯定,同时也向理论界和实务界提出了更多需要解决的后续问题。值得注意的是,《人民法院在线诉讼规则》第2条提出了在线诉讼的五项原则,即公正高效原则、合法自愿原则、权利保障原则、便民利民原则和安全可靠原则。

(1) 公正高效原则。严格依法开展在线诉讼活动,完善审判流程,健全工作机制,加强技术保障,提高司法效率,保障司法公正。

(2) 合法自愿原则。尊重和保障当事人及其他诉讼参与人对诉讼方式的选择权,未经当事人及其他诉讼参与人同意,人民法院不得强制或者变相强制适用在线诉讼。

(3) 权利保障原则。充分保障当事人各项诉讼权利,强化提示、说明、告知义务,不得随意减少诉讼环节和减损当事人诉讼权益。

(4) 便民利民原则。优化在线诉讼服务,完善诉讼平台功能,加强信息技术应用,降低当事人诉讼成本,提升纠纷解决效率。统筹兼顾不同群体司法需求,对未成年人、老年人、残障人士等特殊群体加强诉讼引导,提供相应司法便利。

(5) 安全可靠原则。依法维护国家安全,保护国家秘密、商业秘密、个人隐私和个人信息,有效保障在线诉讼数据信息安全。规范技术应用,确保技术中立和平台中立。

从上述五项原则的内容可以看出,公正高效可能是所有司法活动共同的目标追求,便民利民也是我国司法活动的优良传统,安全可靠则针对电子诉讼中的技术因素,适用范围较窄且具有专门性。与此相比,合法自愿与权利保障则更为聚焦于作为程序法基本适用对象的民事诉讼法,其内容与程序的推进方式密切相关,属于与前述中德两国民事诉讼原则的交叉之处。依托这种认识,本文关注的主要是在电子诉讼条件下的当事人主义和诉讼推进中当事人同意的例外这两点,并且从我国的法院调解原则与司法实践中对在线调解的制度需求出发,进一步关注司法与多元机制的

〔51〕 Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, §§ 76–82.

〔52〕 较新讨论,参见任重:《我国民事诉讼法典化:缘起、滞后与进步》,载《河北法学》2022年第8期,第111–125页;许可:《论当事人主义诉讼模式在我国法上的新进展》,载《当代法学》2016年第3期,第6–15页。

整合原则。

此外，直接言词原则在中德部分代表性理论讨论中都得到了相当程度的强调⁽⁵³⁾，在线诉讼中尤其由于出现了异步开庭的创新做法（集大成者如《人民法院在线诉讼规则》第20条），也被认为具有理论探讨的价值。⁽⁵⁴⁾但是，由于该内容主要限于庭审/口头辩论内部⁽⁵⁵⁾的程序要求（但不是说就此而言就不重要），从更多聚焦于具有基础性和一般性问题的角度，在此暂不予讨论。与此相关但争议相对较少的，是正式庭审之外非同步在线交换证据的制度可能（《人民法院在线诉讼规则》第14条）。

（二）电子诉讼背景下应重申当事人主义

在广泛借鉴德国和日本经验的我国民事诉讼法学研究中，法院与当事人的权利配置问题被认为是民事诉讼中的核心理论问题。这既是二十多年前我国开展司法改革的理论准备，也是在学术脉络中将很多重要的理论概念与命题串联起来的理论。一般而言，该配置问题可以被概括为当事人主义和职权主义的对立，具体分为审判对象层次的处分权主义问题、事实发现层次的辩论主义问题和程序推进层次的职权进行主义（及其限度）问题。就裁判方法论中各要素的相互关系来看，即从审理对象/诉讼标的（其中包含为特定给付的狭义的诉讼请求）出发，细化到从请求权基础规范拆分出的要件事实，随后将抽象的要件事实对应个案中（可能）真实发生的主要事实或者间接事实，最后分别将具体证据与证明手段归入某一事实主张之下。当事人主义的内容应当属于民事诉讼法学的基础知识（即本科基础课中就应当说明的基本概念与基础制度的组成部分），笔者仅将其与电子诉讼环境相结合为目的，作简略说明。

首先需要关注的是最上位的处分权主义和职权干预主义。在处分权主义下，当事人在审判对象的层面上决定法院对案件的审理内容。如果说民事诉讼法学中有一套体系贯穿整个研究领域，那么诉讼标的可能是其中的重点概念。在动态推进的民事诉讼流程中，只要原告未能合法地变更其诉讼标的，法官的审理对象原则上就保持不变，即诉讼标的决定了一个诉的核心内容。在一般认为当事人就审理对象的选择享有决定权的同时，常常存在争议的是如何识别个案中的审理对象，能否及如何提出多个审理对象，以及前诉在裁判对象层面对后诉产生的影响（既判力）。比如，无论是以实体法上的请求权还是以诉讼法上的诉讼请求和原因事实作为标准识别诉讼标的的学

〔53〕德国学界现阶段讨论的一个更初阶的问题是，采取完全的在线诉讼是否会影响直接言词原则。Michael Stürner, Der digitale Zivilprozess, ZJP 135 (2022), S. 387 f.

〔54〕段厚省：《远程异步审判的程序正当性考察》，载《政法论丛》2022年第3期，第51—64页；张卫平：《在线诉讼：制度建构及法理——以民事诉讼程序为中心的思考》，载《当代法学》2022年第3期，第33—34页；谢登科、赵航：《论互联网法院在线诉讼“异步审理”模式》，载《上海交通大学学报（哲学社会科学版）》2022年第2期，第78—88页；自正法：《互联网法院的审理模式与庭审实质化路径》，载《法学论坛》2021年第3期，第37—48页；陶杨、付梦伟：《互联网法院异步审理模式与直接言词原则的冲突与协调》，载《法律适用》2021年第6期，第163—173页；林洋：《互联网异步审理方式的法理思辨及规则建构》，载《甘肃政法学院学报》2020年第4期，第115—128页。

〔55〕也有观点认为其应当属于审前准备程序，参见肖建国、丁金钰：《论我国在线“斯图加特模式”的建构——以互联网法院异步审理模式为对象的研究》，载《法律适用》2020年第15期，第96—109页。

说⁽⁵⁶⁾，都曾经引领过学界/实务界的主流见解，甚至有学者主张程度不同、将问题相对化处理的观点。⁽⁵⁷⁾此外，法官不仅可以就民事之诉的类型释明，而且可以释明当事人提出诉的重叠合并、预备合并与反诉，从而通过当事人自主决定的诉的变更，扩大本次诉讼中审理对象的范围⁽⁵⁸⁾；围绕《民事诉讼法》第207条第11项关于遗漏诉讼请求的规定，法官应当避免在判决中遗漏裁判当事人提出的诉讼请求，或者在遗漏发生后予以补救⁽⁵⁹⁾；在理论上，甚至可以面向未来地讨论，是否有必要认为裁判理由应当具有既判力⁽⁶⁰⁾或者在某种程度上承认强制反诉制度。

随后则应讨论居中的辩论主义和职权探知主义，这在事实发现的层面上影响事实认定的方式。辩论主义是一种理论上的主张，是指当事人的辩论对法官具有一种约束力，因此也超出了现行法所规定的辩论原则，后者更侧重于当事人有发表意见的机会。⁽⁶¹⁾辩论主义也被称为约束性辩论，辩论就是当事人的事实主张与就此发表的意见。尤其在日本法上和就此而言受日本法影响较大的我国民事诉讼法学理论中，辩论主义可以进而被拆解为主张责任、诉讼自认与证据调查方式的三个子原则/命题：直接决定法律效果发生或消灭的必要事实（要件事实）必须在当事人的辩论中出现，作为法院裁判事实基础的事实都应该由当事人提出；当事人一方提出的要件事实主张，对方当事人无争议的，法院应作为裁判依据；证据调查只限于当事人双方所提出的证据，一般不得依职权主动调查。⁽⁶²⁾仅从上述三原则对辩论主义的意义来说，一般前两点是比较强的原则，第三点比较弱。也就是说，即使被认为坚持辩论主义的法域，仍然可能在特定的情形中允许法官依职权调取证据。⁽⁶³⁾

最后讨论当事人进行主义和职权进行主义，其在程序推进的层面上关心具体的程序设计，例如证据的展示、开庭的流程等。值得注意的是，程序推进除了包括程序上从立案到庭审的过程，也包括收集证据的方式。于是，其与前述辩论主义的第三命题存在交叉，因为法官收集并进而调查证据的过程也是庭审程序推进的重要组成部分。就此而言，除法院依职权收集证据外，其他都要求依当事人的申请才可以收集证据（即理论上的证据申请），而且原则上当事人应当在不需要法院介入的情况下自行收集证据（《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（法释〔2022〕11号）第94—96条）。⁽⁶⁴⁾

〔56〕 曹志勋：《传承与发展中的德国诉讼标的诉讼法说》，载《交大法学》2022年第3期，第5—27页；曹志勋：《德国诉讼标的的实体法说的发展》，载《交大法学》2018年第1期，第33—44页。

〔57〕 陈杭平、卢佩、巢志雄、史明洲：《新范式下的民事诉讼标的理论》，中国法制出版社2020年版。

〔58〕 曹志勋：《民事诉讼依职权审查合同效力规则再认识》，载《法制与社会发展》2021年第3期，第205—224页。

〔59〕 曹志勋：《论民事一审漏判的更正》，载《法学》2017年第7期，第22—38页。

〔60〕 曹志勋：《禁止重复起诉规则之重构：以合同效力的职权审查为背景》，载《中国法学》2022年第1期，第280—304页。

〔61〕 王福华：《辩论权利救济论》，载《法学》2020年第10期，第93—106页。

〔62〕 张卫平：《民事诉讼法》，法律出版社2019年版，第45页。

〔63〕 德国法上的情况，参见曹志勋：《法院依职权调查证据的强制程度及其与辩论主义第三命题间的关系》，载姜世明主编：《修正辩论主义与协同主义之时代论争》，台湾新学林出版股份有限公司2017年版，第295—300页。

〔64〕 围绕鉴定申请展开的扩展讨论，参见曹志勋：《对当事人鉴定申请的司法审查》，载《法学》2020年第12期，第112—129页。

整体来看,在上述当事人主义与职权主义的选择中,我国民事司法实践从未完全采取当事人主义的模式,但是学界的主流观点和曾经司法改革的方向则确实偏向于此。受本文的讨论内容所限,我们在此不再纠结于我国民事诉讼中当事人主义程度的判断这一相当复杂的问题,我们要思考的是在线诉讼的特殊环境是否会对上述当事人主义的理想提出新的挑战。应当说,无论是线上还是线下环境,审理对象的确定和法院与当事人在事实主张与证据层面的权限,都不应有任何差别。⁽⁶⁵⁾无论是线上立案、审前准备还是庭审,适用的都是同一部《民事诉讼法》的程序规则和以《中华人民共和国民法典》为代表的实体法规则。同时,如果在线下诉讼中正在向当事人主义转型,也没有特别的理由认为当电子诉讼发展之后,这一理念与制度的转型就可能遇到特别的障碍。甚至,或许以在线民事诉讼规则的进一步完善为契机,我们也能进一步推动司法改革向当事人主义转型。

不过,如果未来的电子诉讼从“线下案件线上审”的新型审理环境转向如网络治理案件的特殊类型的诉讼,那么有可能因为涉及公共利益与社会管理职能,未来的电子诉讼体现出更强的职权主义色彩。比如,电子诉讼允许法院主动引入当事人未提出的诉讼标的或者事实及法律争点,更为积极地行使释明权,更主动地调取当事人未主动提交的证据,在更多情形下有权主动地在—一个案件中合并更多的诉(无论是多数当事人还是多个诉讼标的)。

四、法院推进诉讼程序与当事人同意

(一) 程序进行方式的一般原理

与前述民事诉讼中基本原则的普遍适用相对,在程序推进方面应更多关注电子诉讼对程序推进的影响。其中,这种影响以争议较大的当事人的同意权为代表。在程序推进方面,大陆法系法域通常采取法院依职权安排审理的方式。程序进行方式是对不同诉讼模式在程序进行领域制度倾向的一种描述,是诉讼程序运行中法官诉讼指挥权与当事人程序决定权和选择权的抽象体现。张卫平教授的代表性观点认为,处分权主义和辩论主义构成诉讼模式“质的规定”,而程序进行方式只能作为“量的分析”。⁽⁶⁶⁾与主要由法院负责程序运行的职权进行主义相比,当事人进行主义则意味着诉讼程序运行的主导权被交给当事人,法院只负责在最后作出终局判决。⁽⁶⁷⁾

法治国家对于程序进行方式的选择取决于对民事诉讼本身性质的认识。一方面,诉讼解决的是当事人之间的民事纠纷,在进入诉讼程序之前,它的影响也只发生在利益相关者之间,而不会涉及利益相关者之外的不特定多数人。这是民事诉讼“私”的一面的表现。另一方面,“诉讼并不仅仅是当事人私人之间的事务,这在德国也是一个得到广泛承认的命题。即使开始纯粹是私人间

(65) 张卫平:《在线诉讼:制度建构及法理——以民事诉讼程序为中心的思考》,载《当代法学》2022年第3期,第26页。

(66) 张卫平:《民事诉讼基本模式:转换与选择之根据》,载《现代法学》1996年第6期,第4-30页。

(67) [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2002年版,第134页。

的事务，一旦交给法院处理就变成了公共事务”。⁽⁶⁸⁾既然当事人决定把纠纷交给国家司法机关来处理，那么他就有必要服从司法机关的组织 and 安排，甚至当事人的某些诉讼权利可能在满足一定条件下产生失权的效果。这是民事诉讼“公”的一面的表现。应当说，民事争议作为私的利益冲突的本质使当事人自行推动解决过程具有正当性，但选择了公权力的介入就必然带来公共利益的优先考量，从而可能会使当事人进入不完全自由的状态。这是程序进行方式需要考虑的重要问题。同时，与诉讼的实体形成方面相比，处理解决纠纷的诉讼程序及其运作中要求的公正性和效率性，首先显示的是作为“公共物品”的审判制度本身拥有的价值，如果听任不管既有害于程序公正性又会妨碍效率的实现，则受到损害的不仅是另一方当事人，更严重的可能会有损于社会一般人对诉讼审判制度的信赖和期待。⁽⁶⁹⁾

从这个角度出发，也就不难理解为什么在世界主要法律制度都大力支持当事人参与、学界不厌其烦地界定美国与德国视角下的对抗制并激起持久且热烈的比较法讨论⁽⁷⁰⁾热情的时代，在程序进行方式上各国都不约而同地选择加强职权介入因素和强化法官指挥诉讼的职能⁽⁷¹⁾，并且相应地减少当事人自由决定程序进程的权利。程序进行方式的“背道而驰”正是出于对诉讼效率的重视，以确保在被称为“诉讼爆炸”的时代，更多当事人能在花费较小代价的前提下实现其司法救济权。这一时代特征，其实就是“案多人少”的另一种表达。于是，在诉讼程序启动、终结以及证据收集过程中，为了保证当事人在充分表达自由意志时能够控制事实裁判者赖以判断的材料基础，各国的立法者普遍给予当事人主导诉讼的地位；而在业已开始、尚未结束的纯粹程序运作过程中，则基于前述理由，许可中立的第三方裁判者对于纠纷解决机制施加更大的影响力。由于这种影响力在不同法治文化和模式下的差异，各国在宏观制度上选择了不同的程序进行方式，比如德国被认为是典型的职权进行主义，美国被认为是典型的当事人进行主义，而日本和法国则表现为这两者之间偏向一侧的状态。当然，这只是传统上的划分而已，强调的是不同司法和诉讼制度的“底色”，其概念本身无法体现错综复杂、原则一例外一再例外的各国具体制度设计。

（二）当事人同意的例外要件

整体来看，我国民事诉讼程序的推进由法院依职权完成，但是在例外情况下，（一方）当事人的同意甚至双方当事人的同意即合意，也被视为程序推进领域一种法定的条件控制。聚焦到电子诉讼领域，可以注意到2018年《最高人民法院关于互联网法院审理案件若干问题的规定》（法释〔2018〕16号）第1条以在线诉讼为原则，由法院行使裁量权决定是否转为线下审理，即“根据当事人申请或者案件审理需要，互联网法院可以决定在线下完成部分诉讼环节”。2020年初公布

〔68〕〔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2002年版，第25页。

〔69〕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2002年版，第160页。

〔70〕最为著名的辩论当属美国教授朗本（Langbein）与阿伦（Allen）在20世纪80年代末进行的关于对抗制的辩论，中文译本见〔德〕米夏埃尔·施蒂尔纳主编：《德国民事诉讼法学文萃》，赵秀举译，中国政法大学出版社2005年版，附录。

〔71〕这也是国际诉讼法学会2017年于我国举办年度会议时的核心选题。相关讨论与报告，参见Peter C.H. Chan & C.H. van Rhee, *Civil Case Management in the Twenty-First Century: Court Structures Still Matter*, Springer, 2021.

的《民事诉讼程序繁简分流改革试点实施办法》为修改《民事诉讼法》做准备，其第21条也规定，“人民法院、当事人及其他诉讼参与人可以通过信息化诉讼平台在线开展诉讼活动。诉讼主体的在线诉讼活动，与线下诉讼活动具有同等效力。人民法院根据技术条件、案件情况和当事人意愿等因素，决定是否采取在线方式完成相关诉讼环节”。尤其考虑到其他条款中有明确的当事人同意的限定而本条并未加以规定，可以认为就受全国人大常委会授权试点相关程序改革规则的最高人民法院的态度而言，当事人同意要件对程序进行方式的限制仍然被否定。与此不同，在随后2021年的《人民法院在线诉讼规则》中，如前所述的合法自愿原则已经强调当事人同意对采取在线诉讼模式的决定性作用，这也被2021年底修改的《民事诉讼法》所采纳。值得注意的是，在立法修改的讨论过程中，来自各界的声音就当事人同意要件展开了激烈交锋，其过程并不像上述文本上的变动那么方向明确，而是经过了反复拉锯和激荡的复杂过程。

在法条修改之前，应当追问超出原有《民事诉讼法》程序安排的在线诉讼的合法性⁽⁷²⁾，这能解决彼时过渡阶段下民事程序法的规范性疑问，也有助于我们进一步发现中国立法试点与立法修改的内在逻辑与张力。这种张力体现出不同主体在不同视角下对于诉讼程序的不同价值追求。我们可以简单概括为究竟是诉讼效益还是程序保障优先，但其实并不全然如此。如果不坚持当事人同意要件，法院可以通过行使裁量权便宜处理，但采取在线或者线下的诉讼行为并不一定导致审理时间的减少，比如需要考虑后续程序中仍然可能出现新的事由，导致最初的程序选择不得不转为另一种程序的情况，再比如考虑不同步审理可能造成诉讼程序事实上的拖延⁽⁷³⁾，将同时不利于诉讼效益和程序保障的目标实现。与此相对，增设当事人同意的要件，同样可能面临双方当事人一方同意另一方不同意的情形，一定有一方想要得到的诉讼程序或者程序选择权无法得到充分尊重。

更核心的是，我国具体“落地”实施的电子诉讼在理想情况下并非一定将减损当事人的程序保障，相反，程序法增设电子诉讼应当以程序权利“帕累托最优”为改革目标。现行立法选择了植入当事人同意的要件，从某种意义上看其实是部分回避了电子诉讼与程序保障之间的可能冲突，而是将程序的正当性建立在当事人的同意这一偏向于当事人进行主义的要件上。在通过立法修改解决在线诉讼的合法性问题后，可以预见未来很可能通过某种条件控制或者过程控制来继续解决在线诉讼的正当性问题，比如将其限定于某些类型的案件，又如明确某种不得适用在线诉讼的“负面清单”（如《人民法院在线诉讼规则》第21条第1款），还比如设置特别的程序转换（如《人民法院在线诉讼规则》第5条）和救济途径。这也符合我国立法过程中经常采取的便宜做法，即对于争议事项暂时搁置，留待时间和社会发展进一步检验不同的方案。

当在线诉讼已经进入现行法之后，电子诉讼的合法性问题已转变为如何进一步明确当事人同意的程序法意义。从现行法的规则来看，当双方当事人均不同意采取在线诉讼的形式时，法院只

(72) 张卫平：《在线诉讼：制度建构及法理——以民事诉讼程序为中心的思考》，载《当代法学》2022年第3期，第20-24页。

(73) 刘峥、何帆、李承运：《〈人民法院在线诉讼规则〉的理解与适用》，载《人民司法》2021年第19期，第37页。

能组织传统的线下诉讼。易言之,至少在这种情况下,双方当事人的消极合意对法院有约束力。与此不同,在双方当事人均同意适用在线诉讼时,法院仍然有权继续判断案件是否适宜全部或者部分通过在线方式推进,即“人民法院综合考虑案件情况、当事人意愿和技术条件等因素”(《人民法院在线诉讼规则》第3条)。这样看,双方当事人的同意只是法院行使裁量权⁽⁷⁴⁾,判断是否采取在线诉讼的一项前提条件⁽⁷⁵⁾,而并非充分必要条件。

同时,在现行法引入在线诉讼后,此前就判断是否同意以及对同意加以类型化的规则仍能继续适用。根据《人民法院在线诉讼规则》第4条第1款的规定,“人民法院开展在线诉讼,应当征得当事人同意,并告知适用在线诉讼的具体环节、主要形式、权利义务、法律后果和操作方法等”。进而,《人民法院在线诉讼规则》第4条第2款则规定,“人民法院应当根据当事人对在线诉讼的相应意思表示,作出以下处理:(一)当事人主动选择适用在线诉讼的,人民法院可以不再另行征得其同意,相应诉讼环节可以直接在线进行;(二)各方当事人均同意适用在线诉讼的,相应诉讼环节可以在线进行;(三)部分当事人同意适用在线诉讼,部分当事人不同意的,相应诉讼环节可以采取同意方当事人线上、不同意方当事人线下的方式进行;(四)当事人仅主动选择或者同意对部分诉讼环节适用在线诉讼的,人民法院不得推定其对其他诉讼环节均同意适用在线诉讼”。于是,当涉及双方可以分别在线完成的诉讼步骤,比如立案、提交己方证据材料时,法院可以分别依据其是否同意的态度,选择对不同当事人的不同事项分别采取在线或线下的方式,此时并没有争议。但是,对于至少目前仍然以双方当事人直接“面对面”共同参与为要求的证据交换(“非正式开庭”)和正式开庭来说,原本只有一同线上与线下这两种选择。就此而言,异步开庭或者说非同步在线完成诉讼行为的可能性为当事人提供了第三种选择,这种程序选择的多样性导致了民事诉讼法理论上的不确定性,当然反过来也可能成为未来理论创新的温床。究竟是如现行司法规则认为不同当事人基于各自的程序选择“各行其道,并行不悖”,还是将同意权限定在双方当事人的一致同意并认为混合的程序可能造成诉讼混乱⁽⁷⁶⁾,是反映实践性的实验对象,更是充满理论性的思辨事项。

五、司法与多元纠纷解决机制的整合

(一) 一站式多元解纷的进阶方案

在很大程度上与在线司法的发展并驾齐驱的是我国近年来大力建设的一站式多元解纷平台。与民事诉讼的调解原则相呼应,可以提出司法与多元机制的整合原则,这也体现了我国当下法院

〔74〕 似乎认为法院目前仍不享有裁量权的观点,参见曹建军:《在线诉讼规则与民事诉讼法典化》,载《河北法学》2022年第8期,第104页。

〔75〕 刘峥、何帆、李承运:《〈人民法院在线诉讼规则〉的理解与适用》,载《人民司法》2021年第19期,第35页。

〔76〕 王福华:《电子诉讼制度构建的法律基础》,载《法学研究》2016年第6期,第92页。

内外调解机制的进阶版本。⁽⁷⁷⁾应当说,上述平台与原则均并非在线诉讼中所独有,但是在在线环境下被我国政法系统及其中的司法机关同样予以适用甚至更为强调。固然,我们可以认为在线调解本身与面对面的传统调解相比有一定的特殊性,其具有“包括人民法院、当事人、调解组织或者调解员通过人民法院调解平台开展的在线申请、委派委托、音视频调解、制作调解协议、申请司法确认调解协议、制作调解书等全部或者部分调解活动”(《人民法院在线调解规则》第2条),具体涵盖比如同时或者异时“通过音视频方式调解”(《人民法院在线调解规则》第16条)、“当事人可以通过语音、文字、视频等形式自主表达意愿,提出纠纷解决方案”(《人民法院在线调解规则》第18条前句)等在线环境下的新做法。另外,由于人民法院调解平台提供跨地域的便利服务,在线调解可以将无法线下参与调解的调解员引入程序之中。对于那些更适宜于由特定群体的专家调解的案件,这无疑也提高了调解成功的可能性。但是,与民事诉讼中通常追求的当事人主义的诸原则相似,上述整合原则在在线环境下并未体现出民事诉讼意义上的特殊性。就此而言,在线诉讼与在线调解本身的特殊性并未对民事司法程序原则产生根本性的影响。

围绕调解制度本身而言,在相当长的一段时间内,我国的调解传统尤其是人民调解制度成为其他国家了解我国司法制度的重要切入点,能够将意识形态、法治发展、纠纷解决、社会稳定等诸多关键词“融会贯通”。⁽⁷⁸⁾与西方法域更多源自专业化的调解传统不同,我国的调解强调其本土自主性。⁽⁷⁹⁾近年来,以委托调解、特邀调解、大调解为代表的调解尝试和在调审分离背景下法院诉讼调解的不断发展,也体现出相当的复合性与多元追求。⁽⁸⁰⁾这种追求并非不能与域外经验相互呼应,比如早在1976年,以“多门法院”(multi-door courthouse)为名、将法院改造为纠纷解决中心的改革设想就已经在美国引起了巨大关注⁽⁸¹⁾,这未尝不会跨越时空而与我国的司法改革进行对话与碰撞。

在自2019年启动的一站式多元解纷机制和一站式诉讼服务中心的建设工作中,我们也能够进一步发现上述与本土传统和域外经验均足以对话的特色。2021年3月8日,最高人民法院周强院长在第十三届全国人民代表大会第四次会议上所作《最高人民法院工作报告》⁽⁸²⁾表明,中国特色一站式多元纠纷解决和诉讼服务机制被认为是“全面实行立案登记制、基本解决执行难”后的一项新的重要工作成果,其目的在于“破解诉讼难、方便群众诉讼”,实现了“为群众解决民商事纠

〔77〕 详细讨论,参见曹志勋:《中国大陆地区民事诉讼内外的调解制度——以“一站式”最新改革及其背景为中心》,载姜世明主编:《法院调解制度及调解法之发展》,台湾新学林出版股份有限公司2022年版,第105-166页。

〔78〕 强世功编:《调解、法制与现代性:中国调解制度研究》,中国法制出版社2005年版;Stanley B. Lubman, *Bird in a Cage: Legal Reform in China After Mao*, Stanford University Press, 1999, p. 40-70, 217-241.

〔79〕 王福华:《大调解视野中的审判》,载《华东政法大学学报》2012年第4期,第102页。

〔80〕 潘剑锋:《论民事司法与调解关系的定位》,载《中外法学》2013年第1期,第186页。

〔81〕 Frank E. A. Sander, *Varieties of Dispute Resolution*, Address Delivered at the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice (7-9 April 1976), in 70 F.R.D.79 at 111 (1976).

〔82〕 新华社:《(两会受权发布)最高人民法院工作报告》,载新华网2021年3月15日, http://www.xinhuanet.com/politics/2021lh/2021-03/15/c_1127212486.htm。

纷提供菜单式、集约式、一站式服务,提供多样化纠纷解决方案和权利救济渠道,促进矛盾纠纷公正、高效、实质性化解”。具体来说,这分为一站式多元解纷机制、一站式诉讼服务中心、跨域立案服务与对基层治理的参与。2021年中共中央印发的《法治中国建设规划(2020—2025年)》也提出:“积极引导人民群众依法维权和化解矛盾纠纷,坚持和发展新时代‘枫桥经验’。充分发挥人民调解的第一道防线作用,完善人民调解、行政调解、司法调解联动工作体系。全面开展律师调解工作。完善调解、信访、仲裁、行政裁决、行政复议、诉讼等社会矛盾纠纷多元预防调处化解综合机制,整合基层矛盾纠纷化解资源和力量,充分发挥非诉纠纷解决机制作用。”

我国最高人民法院认为,2021年春,其已经“普遍建立一站式多元解纷机制。坚持把非诉讼纠纷解决机制挺在前面,加强人民调解、行政调解、司法调解联动,强化非诉讼和诉讼对接,积极推动矛盾纠纷源头预防化解”。^[83]进而,最高人民法院认为,这一制度建设的成果是使“多元解纷机制充分发挥作用,越来越多的矛盾纠纷尚未进入诉讼程序就得到化解。全国法院受理诉讼案件数量在2016年、2019年先后突破2000万件和3000万件关口的情况下,出现2004年以来的首次下降,特别是民事诉讼案件以年均10%的速度持续增长15年后首次下降,充分体现了在各级党委领导下推进一站式多元解纷机制建设,促进矛盾纠纷源头治理、多元化解的显著成效”。^[84]2021年10月,最高人民法院继续发布《关于加快推进人民法院调解平台进乡村、进社区、进网格工作的指导意见》(法〔2021〕247号),进一步在制度上统筹规划如今具有纠纷解决功能的各机构。

(二) 重视法院裁判与调解的关系

无论调解得到何种程度、何种方式的推崇和鼓励,我们都需要坚持的是,“调解的兴盛与纠纷解决的质量无关”,而且“以调解为手段的压制或者‘收买’越厉害,引起的不满就越强,形成维稳的恶性循环”。^[85]曾几何时的“调解优先”政策既应当受到“调判结合”的限制,又应当只能在当事人同意的前提下发挥实际功效^[86],否则仍难以达到实质化解纠纷的目的。包含调解制度在内的一站式纠纷解决制度的发展,体现了近一段时间我国法院系统的改革努力,其出发点和立足

〔83〕 具体来说,这包括在线的调解服务与诉讼之间的关联,“全面应用人民法院调解平台,与全国总工会、公安部、司法部、人民银行、银保监会、证监会等完成‘总对总’在线诉调对接,涵盖劳动争议、道路交通事故、金融保险、证券期货、知识产权等纠纷领域,3.3万个调解组织、16.5万名调解员入驻平台,在当事人自愿基础上开展调解工作,为群众提供菜单式在线调解服务。自2018年2月上线以来,诉前调解成功民事案件数量逐年增长,分别为56.8万件、145.5万件、424万件,其中2020年同比增长了191%”。参见新华社:《〈两会受权发布〉最高人民法院工作报告》,载新华网2021年3月15日,http://www.xinhuanet.com/politics/2021lh/2021-03/15/c_1127212486.htm。

〔84〕 新华社:《〈两会受权发布〉最高人民法院工作报告》,载新华网2021年3月15日,http://www.xinhuanet.com/politics/2021lh/2021-03/15/c_1127212486.htm。

〔85〕 王福华:《大调解视野中的审判》,载《华东政法大学学报》2012年第4期,第105页。

〔86〕 吴英姿:《“调解优先”:改革范式与法律解读——以O市法院改革为样本》,载《中外法学》2013年第3期,第555页;范愉:《“当判则判”与“调判结合”——基于实务和操作层面的分析》,载《法制与社会发展》2011年第6期,第51页;李浩:《理性地对待调解优先——以法院调解为对象的分析》,载《国家检察官学院学报》2012年第1期,第120—121页。

点主要在于为诉讼参与人和老百姓服务（“为人民服务”“坚持以人民为中心”），客观上也有减少不得不进入法院诉讼程序的案件数量（及相应的审判压力）的目的并取得了相应成效。这也与促成2021年底《民事诉讼法》修改的繁简分流改革的目标重合。

虽然从更广泛的意义来看，法院与调解之间很可能是一种无法相互远离的“连续统一体”（mediatory continuum）关系^{（87）}，但是此时需要回答的核心问题仍然是，如何在这一较长的历史阶段中继续加强法治建设，至少需要同样强调与坚持“依法裁判”所代表的司法核心功能。这是民事传统司法与多元纠纷解决方式的“主次之分”，可能也是我们在思考传统诉讼与在线诉讼的关系时可以坚持的基本思路。尤其是，立案前调解或者诉讼调解不能妨碍当事人行使诉权的机会。这不仅需要在法律文本和司法政策上反复强调，而且需要中国司法的实践者勇于拒绝将诉外分流（主要）作为缓解“案多人少”现象的“灵丹妙药”。且不说“强扭的瓜不甜”，催生的调解尝试及就此达成的调解协议可能会在稍后的纠纷解决阶段“还原”为原始的争议，甚至可能由于纠纷其实未能得到切实解决，随着其他因素的介入，纠纷本身进一步被积累和激化。也许未来民事司法有“仲裁化”甚至成为“仲裁法院”^{（88）}的可能性（反之亦然），其他的多元纠纷解决机制也多是以司法的处理结果作为参照系^{（89）}，但两者之间的差别仍然是明显且稳定的。为了真正建设好预防性法律制度，司法和多元纠纷解决机制必须各持一端，以对民事争议的适应性^{（90）}为标准。

六、结语

无论我们是否心甘情愿，新冠肺炎疫情都在客观上催生了社会对在线纠纷解决的强烈需求并促使其蓬勃发展。与传统的纠纷解决机制相比，在线纠纷解决方法由于其在线的属性，可能具有更廉价、快捷、灵活和更能够贴合案件与当事人具体需求的多重优势。不过，在线纠纷解决机制显然也受制于技术变革和本地信息网络基础设施建设的水平。就此而言，各国之间存在十分明显的差异，近几年广泛参加在线专业会议的经历就能使笔者得以管见。我国在这方面具有相当的后发优势，并且经由政府和社会各界的多年努力，在国际比较中名列前茅。这是我们的优势，值得中国法律人骄傲并为之继续努力。如果未来在线司法进一步向人工智能司法深化转型（这也是2023年国际诉讼法学会世界大会的核心议题之一），我们应当继续开拓中国经验，才能“讲好中国故事”。最高人民法院何帆法官提出的传播理念是“同频共振，就是站在受众视角决定传播策略，综合考虑其法域背景、知识结构、司法经历、语言习惯，构建起有利于对方理解、接受、信服的话语体系，增强国际传播的亲和力和实效性”。^{（91）}这对不同知识与身份背景的法治传播者来说，

（87） Martin Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis*, The University of Chicago Press, 1986, p. 8–17.

（88） Pamela K. Bookman, *Arbitral Courts*, 61 *Virginia Journal of International Law* 161, 161–220 (2021).

（89） Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 *Yale Law Journal* 950, 950–997 (1979).

（90） 潘剑锋：《论民事纠纷解决方式与民事纠纷的适应性》，载《现代法学》2000年第6期，第59–62页。

（91） 何帆：《提升凸显中国气派的法治国际传播能力》，载《人民司法》2021年第22期，第1页。

都很有启发性。

与此同时，我们也应清醒地意识到，采取在线纠纷解决方式将对传统司法的运行模式带来明显挑战，这也是以民事诉讼法学为代表的部门法经典理论面临的时代提问。比较来看，一些法域在迈向在线纠纷解决时代时选择小心翼翼，而我国则选择更为自信地高歌猛进。改革的步子或大或小本没有当然的对错之分，只是在我们强调诉讼程序高效的重要性的同时，在线诉讼环境下的司法判决本身更应得到重视。尤其在电子诉讼和其他司法创新机制在相当程度上被用于缓解“案多人少”现象时，正确裁判与正当程序尤为可贵。在线司法应当融入真实的中国国情，而非“想象的”国情去对应理想中的在线司法。各国线下司法中可能存在甚至长期存在的问题，不会在线上环境下就瞬间消散不见，相反由于技术的便利性，某些程序性问题也许会更为突出。为此，应当相信原有的民事诉讼基本原则仍然有相当的价值，如当事人同意所带来的新问题等，都值得我们继续深入研究。

On the Principles of Civil Procedure in the Context of Online Litigation

CAO Zhixun

Abstract: The COVID-19 pandemic demands the civil justice in every jurisdiction a lot. From the perspective of comparative civil procedure, the topic of online litigation has been discussed previously, while the written legal rules and real practice in China perform very well among international counterparts. As it is observed that the specialized Internet Courts have been established and ordinary courts at all levels have been applying electronic technology, online litigation develops rapidly in China. All dispute resolution mechanisms other than the civil justice have introduced online system into their operations as well. Responding to the fundamental principles of traditional civil procedure, the core issues such as the principles of party's disposition and party's presentation ought to be restated under the conditions of electronic litigation. While in principle, the court puts the proceedings forward, the party's consent could exceptionally make a difference during an electronic litigation. The legitimacy, justification and specific adjudicative rules of such a consent should be elaborated during the forthcoming theoretical discussion. Meanwhile, also in the context of electronic litigation, the integration principle of the civil justice and diversified dispute resolution mechanisms attracts wide attention. Although the approach of

one-stop diversified dispute resolution is to be strengthened, the relationship between court's adjudication and mediation still needs to be taken seriously. Whichever the challenge of our time is, the essential aim of civil justice should necessarily be to obtain the correct decision and to secure the due process for all parties.

Keywords: Online Litigation; Electronic Litigation; Principles of Civil Procedure; Party's Consent; Diversified Dispute Resolution

(责任编辑: 卢 佩 汪友年)