

# 论民事诉讼审前程序的界定 及主持主体

丁美心

上海政法学院法律学院，上海

**摘要** | 审前程序初始是为庭审服务的纯粹工具性程序，随着司法实践及理论的变迁，尤其是在各国诉讼压力大的背景之下，各国均开始赋予审前程序以独立性，认可其作为未经庭审解决纠纷的替代性途径的资格，并逐渐认可审前程序在提升审判效率上的作用，在审前程序整理争点、固定程序及促进和解的三大功能方面达成共识。在审前程序的诸多范畴中，审前程序的主持主体非常具有争议性，形成了合一制与分离制的对立，以及对法官助理等辅助人员能否主持审前的争论与探讨。传统上一般比较支持分离制，认为主审法官不应在审前接触案情，而随着实践与理念的发展，合一制开始显得更加理性化，主审法官主持审前程序逐渐为深入探讨审前主持主体问题的学者所接受。

**关键词** | 民事诉讼；审前程序；主持主体；合一制；分离制

Copyright © 2023 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



## 1 引言

一般认为，民事诉讼的审前程序制度来源于英美法系。在当时，它仅是为提高集中审理的效率而设置的审前准备程序，是纯粹的辅助性措施。随着时代

的发展和诉讼压力的增加,各国逐渐开始重视审前程序在民事诉讼中的作用。随着审前程序地位的升高,中外学术界关于其的研究逐渐丰富,现今的审前程序,其内涵已经远远超出了原来的审前准备范畴,其功能也更为多元化,相应的制度体系也得以构建。然而,对于审前程序制度的设计目前还尚未完善,仍存在着许多争端;尤其是在我国,民事诉讼法目前还仅停留在对庭审前的部分准备活动进行规定的程度,对审前程序并没有体系化的规定,对审前程序的界定也比较模糊。

本文通过对中外各国的审前程序流变进行比较,采用比较分析及历史研究的方法,通过横向、纵向的比对来界定民事诉讼审前程序的范畴,并对审前程序主持主体的相应争端进行分析综述,探究审前程序主持主体方面的立法完善。

## 2 审前程序的定位变迁

对于民事诉讼审前程序这一概念,因我国在审前制度立法方面还不是很完善,其概念内涵不大明确。笼统理解,可以先将其简单解释为诉答程序之后、开庭审理之前的阶段内所进行的诉讼活动的总和,在下文论述中探究其具体范畴。

### 2.1 英美法系的审前程序

#### 2.1.1 传统意义上的审前程序

如前所述,一般认为审前程序来源于英美法系。英美法系基于陪审团制度与对抗制诉讼模式的需要,形成了集中审理的传统,为适应集中审理需要创设了审前程序。早期的审前程序主要是在审前对案件进行梳理,整理争点与证据,以最大限度地提高庭审的功效,进而实现庭审中心化。英美法系将之定义为,“根据制定法或法院规则的规定,法院在正式开庭审理案件之前,与当事人的律师召开审前会议以解决相关问题,包括简化争议问题、修改诉状、取得承认以避免不必要的证明、限定专家证人的数量等,从而为案件的正式审理做准备的诉讼程序”<sup>[1]</sup>。

在这一阶段,审前程序仅具有辅助性,其目标依附于庭审,其价值是从属于庭审的工具性价值,其功能则主要是为庭审进行各种整理争点和固定证据。

因此,此时的审前程序的范畴较为狭窄,仅涵盖纯粹的庭审准备性诉讼活动。具体而言,一般认为此种意义上的审前程序包括证据开示程序与审前会议程序,也有学者认为,诉答程序也应包括在此类审前程序的范畴之内。其中,证据开示部分是其主要内容。总体而言,此阶段的审前程序的价值取向偏向程序公正价值。

### 2.1.2 英美法系审前程序的独立化

此后,随着诉讼案件的爆炸式增多,对替代诉讼的纠纷解决机制,即ADR(Alternative Dispute Resolution)的需求也开始逐渐增加。此时,人们发现审前程序在衔接替代诉讼纠纷解决方式上有着天然的优势,能够在进入庭审之前梳理案件,清晰争点,同时沟通各方,促进在当事人之间以及当事人与法院的交流。因此,审前程序往往能为和解提供良好的条件,将案件分流,在实质庭审之前弥合纠纷。

自此,对审前程序的定位开始改变,对其功能要求更加多元化,而这一概念的内涵也随之变迁。审前程序由原本的一种附属性前置程式,其地位逐渐上升,成为具有相对独立性的、甚至能够替代庭审程序结案的一套诉讼体系。

与刑事诉讼不同,民事诉讼案件往往数量多且繁杂琐碎,但却具有很大的协商空间。因此,很多案件的当事人可以在审前程序中,随着案情的逐步明朗与双方的不断交涉最后形成和解意愿,不再有进行庭审的必要,在案件分流后仅有少量案件会进入庭审,法官可以集中力量解决这些较为复杂或纠纷较为突出的案件,由此大大减轻了办案压力。

## 2.2 大陆法系的审前程序(以德国为例)

对于大陆法系国家,传统上偏向分割审理而非集中审理。<sup>[2]</sup>在大陆法系的传统上,民事案件的审理往往通过一系列非集中的、断断续续的会议型审理完成。但是,随着德国司法制度的改革,逐渐也开始有了集中审理主义的色彩。

德国自20世纪70年代起,开始了斯图加特模式民事诉讼改革。所谓斯图加特模式,即将连续多次的开庭审理,转变为充分的书面准备程序与一次全面的主辩论,尽可能在一次主辩论中作出裁判。<sup>[3]</sup>改革后的德国民事诉讼程序逐

渐向集中原则靠拢。

目前，在改革后的德国，民事诉讼一般经由初步审理后进入主要庭审，其中初步审理的实质就是一种审前程序。然而，依据具体案件情况的不同，有时法官会需要以更为漫长的书面诉讼准备程序取代便利的初步审理。也即对于德国而言，其初步审理程序或书面诉讼准备程序就构成了其审前程序的内涵。

德国审前程序的设立是基于提高诉讼效率的考量，有利于促进当事人加快诉讼进度，使庭审活动在尽可能短的时间内得以终结。<sup>[4]</sup>在大陆法系的审前程序中，法官较为积极主动，在其审前程序中存在着普遍的调解审理（Conciliation Hearing）与诉讼和解现象，存在着极大的在审前阶段结案的可能性。可见，德国的审前程序自有其程序独立性。

此外，与美国偏好多元化的替代性纠纷解决机制不同，德国的诉讼外调解机制接受度较低，因此，其民事诉讼审前程序的地位就更为突出，诉讼主体多在审前阶段依靠诉讼和解结案，达成案件分流，其审前和解还可能被赋予强制执行效力。

### 2.3 我国的审前程序改革

我国是在当事人主义诉讼模式转化与庭审中心化改革的背景下，为解决“一步到庭”模式所带来的诸多问题而决定引入审前程序。我国最初是学习英美法系国家，借鉴的往往是有助于庭审的附属性审理准备活动。但随着实践与理论的发展，学界开始呼吁将审前程序从审理前的准备阶段提升为具有独立性、自足性的诉讼程序。尤其是法官官额制改革加上立案登记制导致诉讼案件激增，双重因素下，我国民事诉讼压力极大，更使得不少学者把视线放到了审前程序的分流与结案效力上。<sup>[5]</sup>可以说，突破审前程序的准备程序地位，构建独立的诉讼审前程序，寻求纯基于审前程序的结案方式已经成了现下各国学界及司法实践的普遍认知。然而，尽管随着我国的庭审中心化改革浪潮，我国对审前阶段的诉讼活动进行了许多探索及相应的立法规定，但目前我国民事审前程序的规制还未达成体系化，其内涵仍比较难以界定。

现在，我国学术界一般认为，审前程序这一概念不同于审前准备程序，而

是指一个独立的程序形态。它本身包含着审前准备程序的内容，也衔接庭审，但与此同时它也有独立但纠纷解决功能。如果在审前程序阶段，案件能以和解或其他形式结案，那就没有必要开始庭审，也就是说审前程序可以不依庭审而存在，不再是以往意义上的为实现集中审理而准备的工具性程序；另外，审前程序的目标也不再依附于庭审目标，而是被认为具有促进庭审与寻求替代性纠纷解决方式可能性的双重目标，在它处理案件时，一方面意图使案件处于适合庭审的状态，另一方面也尽量达成一致、减少纠纷，使案件得以和解结案而不再有进行诉讼之必要性。

与此相对，审前程序的功能也相应扩展：一般都认为，审前程序有进一步整理争点的功能、主持证据收集与证据交换的功能，以及促进和解的功能。有学者认为前两者，即整理争点与证据功能对应促进庭审，而后者对应寻求ADR的实现可能性；然而，也有学者认为，这三个功能是相通的，正因为整理争点中厘清了诸多分歧，因为证据收集与交换使得案情与可能的审理结果开始清晰，才使得当事人有愿意接受和解等结案方式的可能性。甚至有学者专门对审前程序的功能进行整理，认为当下审前程序功能已由单一的庭前准备功能向复合功能发展，并提出审前程序应当具有疏松减压功能、导向庭审功能、化解纠纷功能、整合救济资源与保障社会救济功能，以及彰显庭审前程序价值功能等五大功能。<sup>[6]</sup>

### 3 审前程序的主持主体

根据目前的学界理论与各国实践，法官或是法院的其他工作人员需要积极参与到审前程序的主持中，担任审前程序的主持主体。换句话说，审前程序主持主体的确定，就是解决在当事人之外，法院应以何种方式介入审前程序的问题。

就审前程序的主持主体而言，一直存在着极大的争议。主要争论产生于如下两个纬度：首先，主持审前程序的应否是审理法官，也即所说的“合一制”与“分离制”的争端；其次，主持审前程序的，是否必须是审判人员、必须有审判资格？随着法官员额制及助理法官的消失，许多法院工作人员如法官助理不再有审判资格，那么他们还能否主持审前程序？

## 3.1 合一制与分离制的对立

### 3.1.1 分离制

传统理论认为，审前程序虽然并不进行实质审理，但在整理争点与收集、交换证据之时，必然会获得大量与实体争议解决相关的信息，<sup>[7]</sup>由审理法官主持审前程序将会导致法官在庭审前即形成自己的判断，也即所谓“先入为主”。许多学者认为，“先入为主”或提前接触案情本身就是“不正当”的，是有悖于司法公正及集中审理原则的，甚至会导致重回“先定后审”状态，使得庭审中心化改革沦为空谈。因此，基于正当程序的要求，审理法官应当保持中立，就不能由其主持审前程序，以防止产生预判。

此外，有学者认为，如果由审理法官主持审前程序，则会导致庭审前的法官与当事人接触，给暗箱操作留下空间；也有学者认为庭审的口头辩论与庭前准备程序的争点证据固定目的不同，完全是两种程序，因而没有由同一法官主持的必要，应该分离；还有学者从比较法角度进行论证，许多西方国家正是采取主体分离模式，如美国、英国、意大利、比利时等，其法院专门设有审前阶段的主持法官。因此，我国也应分离庭审法官与审前法官，设立专门审前法官，或者适用回避制度，规定主持过审前程序的法官不得担任该案件的开庭承办人或审判长。

### 3.1.2 合一制

与分离制相对立，合一制理论的支持者认为，应由庭审法官主持本案审前程序，而非将其分离。日本、瑞士、奥地利等国家均采用主体合一模式。有学者更是表示，“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”。<sup>[8]</sup>

如前所述，分离制的主要担忧是庭审法官因接触审前程序而“先入为主”。然而，合一制的支持者认为，“先入为主”并不值得担忧。毕竟，法官了解案件事实是一个过程，期间肯定不可避免地充斥着各种“先入为主”。即使法官在庭审阶段才开始接触证据，阅卷、分析证据及听取当事人口头辩论等也一定存在时间差。然而，这种“先入为主”并不应该是问题，法官形成内心确信的

过程是个权衡和修正的过程，所谓的“先入为主”，不过是“在审前阶段就着手认识案件事实，并使这种认识过程一直延续到开庭审理之中，在庭审中使法官对案件事实的认识达至顶峰，形成确定的心证”的正常认知过程。因此，需要预防的只有非公正性的“先入为主”，即所谓“偏颇之见”。庭审法官早些介入诉讼程序，其间的时间差并不至于导致“偏颇之见”，影响程序公正与实体公正。也就是说，分离制支持者的这类担忧并不存在现实依据。

相反，如果采用分离制可能反而会产生其他弊端。如果庭审法官不主持审前程序，也就意味着，进入庭审之时主审法官还是要从零开始了解案件事实，明确争点，熟悉证据，这首先就属于重复劳动，是浪费诉讼资源；其次，这也会损害证据交换制度的功能：试想，审前程序结束，证据已经固定，当事人无法继续提供证据，但此时法官才开始了解案件事实；而庭审法官要了解案件事实，就可能会有让当事人补充证据的需要，这就产生了矛盾：基于目前的举证实践，庭审法官大致会同意当事人补充证据，这无异于否定了审前证据交换制度的价值，使得审前程序，尤其是证据交换制度成为空谈，而当当事人意识到庭前证据交换只是空壳，出于胜诉的愿望，当事人很可能采用证据偷袭等“诉讼技巧”。

此外，有些学者认为，分离审前程序主持法官与庭审法官、增设专门准备法官等本身是出于对公正价值追求，但它并不现实。毕竟这种分立意味着要增加法官的数量，而我国目前法官额制下案多人少，挤出编制设立准备法官并不具有可操作性。

合一制的支持者认为，首先，由主审法官主持审前程序可以避免重复劳动，同时也方便行使法官释明权，进而提高诉讼效率；其次，主审法官能更好地基于案情判断当事人应有的权利义务，能提出更为适当的建议，增加审前通过调解等方式结案的正当性；再次，主审法官主持审前程序，可以更有效地阻止庭审阶段对审前活动进行返工，并提升当事人对审前程序的重视程度，激发其积极完成审前义务。

### 3.2 非审判人员能否作为审前程序主持主体

在分离制支持者之中，有不少学者出于效率及法官办案压力的考量，提

出应由非审判人员主持审前程序，而非增设审前法官。此类学者认为，审前程序是在当前案件数量激增、审理压力过大的现状下，为节省审理时间、提高庭审效益、减轻法官工作压力而确立的。如果审理法官主持审前程序、每次审前会议都得参加，那么“无异于每个案件都开两次以上庭”。审前程序对法官而言就是开一次交换证据的庭，确认无争议的部分，对有争议的部分可能还需经过第二次、第三次的审前讨论。反而会增加法官的办案压力。<sup>[9]</sup>在审前程序中，进行的大部分为程序性操作，其中充斥着大量诸如送达、排期一类的事务性或辅助性工作，助理人员有能力完成。由助理人员作为审前程序主持主体正是我国法官额制改革的应有之义，使法官摆脱审前的繁冗工作，专注于庭审，实现“精审判”，与我国法院队伍比例优化、促进法官的精英化的方向相符。

然而，对于这一建议，也是反对者甚众。反对者直言，由非审判人员负责审前准备活动并不符合审判活动的规律。案件简单，则审前程序无用；案件复杂，助审人员也处理不了，到庭审还要对准备活动进行返工。<sup>[10]</sup>该建议的反对者认为审前程序有部分实质性审判的性质，因此无审判资格者，比如法官助理，不能胜任审前程序主持活动。

究其实质，讨论非审判人员能否主持审前程序，关键在于我们如何看待审前程序的性质，也即审前程序中是否存在实质审理属性，是否必须由有审判资格者主持。

如前所述，传统理论一般认为，审前程序是纯粹的准备性程序，不涉及实质审理，而是对证据的形式审查和对争点问题的非判断性总结概括，这就给无实体审判权的助审人员主持审前程序留下了空间。然而，随着审前程序本身的发展和理论的深入，学界对审前程序的看法开始改变。现在很多学者认为，证据和争点应当在审前程序阶段完全固定。

有种说法是，审前程序的证据交换具有实质性意义，而庭审阶段的证据交换仅具有形式意义。而质证则在审前程序有形式意义，在庭审阶段产生实质意义。意思就是说，在审前程序必须完成证据交换，否则，进入庭审之后，当事人只剩下口头辩论的权利，可以质证，可以对审前认可而对证据进行否认，但在审

前未交换的证据，在庭审阶段将不再有交换的机会。有学者认为，审前程序中的庭前证据交换具有实体审理性质，它“属于实体审理的一个有机组成部分，与庭审程序中对证据的提供和质辩联为一体”。<sup>[11]</sup>

某种程度上，庭前的证据交换是将法庭调查和法庭辩论，尤其是法庭调查进行了前移，法官的实体审判权也随之前移，因此审前程序其实是有着实质审理的属性，这就排除了助审人员进行主持的可能性。

另外，对审前程序阶段的结案方式的接纳与提倡也使得审前程序具有更多的实质审判属性。尤其是近来，为加强审前程序的有效性、避免纠纷再起，学界普遍建议以审前和解等作为结案方式也应有正式的结案效力。这也是国际趋势，目前各国大多都设置了一些具有与开庭审理后所作判决同等法律效力的结案形式，如美国审前和解要签和解契约，其中写明终了诉讼，不得再起纠纷，比如对美国简易判决的借鉴与适用，又比如德国的审前和解虽非裁决却被赋予了强制执行效力。可以说“固定”审前程序的结案效力是当下的趋势。

而既然审前阶段有了终局性的结案效力，那么，为了保证这种结案效力的正当性，对于审前程序就必须进行更严格的审查。如果审前和解后当事人并未选择撤诉，而是令审前和解协议获得了法律上的强制约束力，那么，这种情况下的结案效力与经过庭审终结的案件是很接近的。因此，如果审前程序产生了终局性的结案效力，审前程序的结案过程就需要有着相应的正当性。这就要求审前程序在结案时，案件“或是应当达到与进行庭审之后相同的法律状态，或是达到没有必要进行庭审的法律状态”。<sup>[12]</sup>而要达到这种状态，就需要由有审判能力、有审判资格且对该案有实质审判权的主体来进行主持，也即该案的主审法官。

## 4 结论

如前所述，审前程序从为庭审服务的纯粹工具性程序，随着实际情形的改变及相关理论研究的深入，逐渐开始获得独立地位，其内涵也超越了审前准备程序的内容，除衔接庭审外，也有着独立的纠纷解决功能，以及作为未

经庭审解决纠纷的替代性途径的资格。在审前程序的诸多范畴中，审前程序的主持主体非常具有争议性，形成了合一制与分离制的对立，以及对法官助理等辅助人员能否主持审前的争论与探讨。伴随着审前程序的地位提升，对其主持主体的资质要求也在提高，采取合一制及排除辅助人员主持资格的呼声也越来越高。

笔者认为，考虑到我国司法实际情况，合一制的确比较符合我国国情。目前，我国立法上所设立的审前阶段的诉讼活动，也的确仍由主审法官主持。然而，这并不意味着分离制支持者的观点错误，反而更应重视其针对合一制模式提出的忧虑，以完善我国民事诉讼审前制度。

首先，主审法官参与审前程序的确可能产生“先入为主”甚至“偏颇之见”，有悖于集中审理原则。对此，一是应加强审前程序的对抗性，避免法官忽视某一方的意见，造成偏颇；二是需要严格执行举证期限制度，促使当事人积极履行举证义务，尽量在审前程序即可达到证据充分、事实清楚状态。

其次，针对主审法官的办案压力，应当更加明确地区分审前的程序性及实质审判性工作，一方面最大化地减少主审法官处理程序性事务时所耗费的精力，充分发挥非审判人员在审前程序中的协助作用；另一方面，也要防止非审判人员处理实质审判内容。尤其是对于产生终审性结案效力的审前程序，必须由主审法官严格把关，确保事实已经厘清，法律关系清晰，或纠纷确已在审前程序中弭平。

## 参考文献

- [1] 史蒂文·苏本. 美国民事诉讼的真谛：从历史、文化、实务的视角 [M]. 蔡彦敏, 译. 北京：法律出版社, 2002.
- [2] 齐树洁. 构建我国民事审前程序的思考 [J]. 厦门大学学报（哲学社会科学版），2003（1）：59-66.
- [3] 沈达明. 比较民事诉讼法初论（下册） [M]. 北京：中信出版社, 1991.
- [4] 毕玉谦. 对我国民事诉讼审前程序与审理程序对接的功能性反思与建构：

- 从比较法的视野看我国《民事诉讼法》的修改 [J]. 比较法研究, 2012 (5): 16-31.
- [5] 董雯婧. 新时代民事审前程序功能厘定和制度架构: 以庭审中心改革为视角 [J]. 山东法官培训学院学报, 2019, 35 (5): 116-125.
- [6] 胡晓霞, 唐力. 论我国民事庭前程序的功能 [J]. 法学杂志, 2012, 33 (8): 102-106.
- [7] 陈桂明. 审前准备程序设计中的几对关系问题 [J]. 政法论坛, 2004 (4): 9-14.
- [8] 段文波. 庭审中心视域下的民事审前准备程序研究 [J]. 中国法学, 2017 (6): 203-220.
- [9] 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 [J]. 法商研究, 2003 (3): 102-108.
- [10] 吴泽勇. 民事诉讼审前准备程序的正当化 [J]. 法学, 2005 (1): 70-78.
- [11] 汤维建. 民事诉讼中证据交换制度的确立和完善 [J]. 法律科学. 西北政法学院学报, 2004 (1): 74-80.
- [12] 汤维建. 论构建我国民事诉讼中的自足性审前程序: 审前程序和庭审程序并立的改革观 [J]. 政法论坛, 2004 (4): 15-22.

## Discussion on Demarcation and Presiding Subject of Civil Pretrial Procedure

Ding Meixin

*The Law School of Shanghai University of Political Science and Law, Shanghai*

**Abstract:** Pretrial proceedings began as purely instrumental proceedings in the service of trials. With the development of judicial practice and theory, especially under the high litigation pressure, increasing numbers of countries begin to grant independence to pretrial procedures, endorse its credentials as an alternative to resolving disputes without a trial, and increasingly recognize the role of pretrial procedures in improving trial efficiency. Now, consensus has been reached on the three functions of pretrial process, including sorting out disputes, fixing procedures and promoting reconciliation. Among all the categories of pretrial procedure, the presiding subject of pretrial procedure is very controversial. The opposition between integration system and separation system has been existing, and the debate and discussion about whether the auxiliary personnel such as the judge assistant can preside over the trial never stop. Traditionally, there has been more support for separation, with the view that the presiding judge should not have pre-trial access to the case. However, with the development of practice and concept, the integration system seems to be more rational, and the trial judges are gradually accepted to preside pretrial procedures by scholars.

**Key words:** Civil litigation; Pretrial procedure; Presiding subject; Integration system; Separation system