

组织视角下的 民事诉讼发回重审制度

陈杭平^{*}

内容提要：民诉法学界和实务界有关二审程序中的发回重审存在较大争议，该制度成为本次民诉法修改的重要议题之一。为了形成共识，对这一问题从法解释论的角度进行阐释解说尤为必要。为了限制发回重审裁量权的滥用，我国司法实践中采用程序细化与加强对审判的组织管理并行的策略。不过这种“程序”与“组织”的交织并不能真正抑制裁量权滥用，反而因剥夺当事人的程序参与权而损害审判的公信力。为调整二者的相互关系，应在审判管理的组织背景下保障审判程序的自主性，恢复当事人在程序运作中的结构性位置。

关键词：民事诉讼 发回重审 审判管理 发回事由

发回重审是民事二审程序中的一项重要制度。由于司法实践中存在乱发回、滥发回等现象，这一制度引起了民诉法学界和实务界的诸多批评。^{〔1〕}本次民诉法修改也将其列为重要议题之一。发回重审的特殊性在于，它既是二审撤销一审民事判决、发还原审法院重新审理的审判程序，随着法院系统审判管理工作的日渐加强，也构成了法院内部通过组织监督、激励限制裁量权滥用的重要一环。^{〔2〕}在现行审判质效考核评估机制下，所作判决被发回，原审法官往往要承受比判决被改判更严重的负面后果。在此意义上，就程序论程序而不将组织管理因素纳入考察范围，就不

^{*} 对外经济贸易大学法学院讲师。

本文系2011年度教育部人文社会科学研究青年基金项目“‘国家与社会’视角下的民事司法改革”（项目批准号11YJC820006）及北京市教育委员会2011年度北京市支持中央在京高校共建项目“民事诉讼法修改与多元化争议解决机制的完善”的阶段性成果。

〔1〕 参见王福华、融天明：《民事诉讼发回重审制度之检讨》，《法学研究》2007年第1期；刘敏：《民事诉讼发回重审制度之探讨》，《法律科学》2011年第2期；蓝宇、刘瑾：《对我国民事诉讼发回重审制度的反思及重构》，《法律适用》2005年第10期；王伯勋、赵文超：《民事诉讼发回重审之规范与控制》，《人民司法》2010年第3期。

〔2〕 1999年人民法院“一五改革纲要”首次提出“审判管理”概念，2005年“二五改革纲要”提出要“建立健全审判管理制度，提高审判工作质量和效率”，2008年最高人民法院出台《关于开展案件质量评估工作的指导意见（试行）》（法发〔2008〕6号），2009年“三五改革纲要”提出要“改革和完善审判管理制度，健全权责明确、相互配合、高效运转的审判管理工作机制”，2011年1月最高人民法院印发《关于加强人民法院审判管理工作的若干意见》（法发〔2011〕2号）。这是司法政策层面逐渐加强审判管理的基本脉络。审判管理包括审判质量、效率、流程、绩效、层级管理等内容，而二审程序中的发回重审正是这种组织管理的重点对象领域之一。

能认识我国发回重审制度的真实面目,也难以在此基础上提出有针对性的改革方案。本文意图将“组织”因素引入对“程序”的分析之中。^{〔3〕}相信在这样的视角中隐含着突破民事诉讼法主流研究范式、建构适合分析中国民法问题的新理论框架的契机。

新近公布的民法修正草案对发回重审作了较大幅度的调整,包括将“认定事实错误”从发回事由中剔除,将“违反法定程序,可能影响案件正确判决”改为“遗漏当事人或者违法缺席判决等严重违反法定程序”等。^{〔4〕}据笔者所知,人大法工委在此之前的修改方案更为激进,曾试图按照大陆法系其他国家(地区)那样只列程序严重违法为发回事由。这一方案也获得了民法学界和实务界相当多的支持。由于立法还在进行当中,一切尚无定论。但笔者并不认为目前这种相对保守的方案足以应对司法实践中的种种乱象,也不相信后一种激进方案具有可行性。笔者认为,就现行民事诉讼法第153条及相关司法解释规定的发回事由来看,除了删除“认定事实错误”、明晰程序违法情形之外,还应当保留但缩小“认定事实错误,证据不足”的适用范围,并将“新的证据”作类型化处理。更为重要的是,应明令禁止发回重审函(内部函)在一般民事案件中的使用,规范发回重审裁定理由的格式和内容。

在展开具体论述之前,有必要先对本文所使用的研究方法略作说明。本文除了运用法解释论方法外,主要采用了实证方法。具体来说,笔者利用“法意”案例数据库^{〔5〕}检索了上百份附理由的发回重审裁定书,又收集到若干“内部函”,还从互联网上检索到一些法院关于发回重审的内部规则文件、调查报告,并对各地法院的多位法官进行访谈。由于民法学界尚未就有关条文达成理解上的基本共识,相信这种实证研究有助于揭示一幅大家言中皆无但意中皆有的、“理应如此”的制度图景,并为法解释的类型化和精细化提供素材依据。实证研究表明,实践中上下级法院之间并未将某种规范的解释论作为行为的唯一依据,二审在决定发回重审抑或改判时通常还深受组织管理机制的制约和驱动。组织因素渗入程序的运作过程,二者在许多关键环节相互交织融为一体,构成中国民事审判实践的独特样态。由法院系统内审批、沟通决定二审裁判结果的审判运作方式实际上剥夺了当事人及一般意义上的国民在程序内的结构性位置,构成司法公信力或正当性丧失的内在原因。为了重构发回重审制度,除了汲取实践经验对发回事由作合理化的调整,还应尽可能打破组织管理对外封闭、自我强化的“樊笼”,将当事人作为结构性因素“嵌入”程序运作当中。在此方面,发回的裁判理由上承当事人的上诉请求,下续发回后重审之内容,并具有公开裁判心理过程及自我证成的正当化功能,应成为发回重审程序之“脊梁”。

一、关于发回重审程序的解说

由于理论话语上并不存在共识意义上的规范框架,下文关于发回重审程序的解说,是一种笔者认为的中国语境下发回重审程序运作的“理应如此”的制度图景。这种对现行民事诉讼法及相关司法解释的解说,既合乎法解释学的一般原理,又能弥补立法不周延、不完善之处,有助于解决实际操作中的问题。如果这种解说能获得实务界的认同与遵循,通过上下级法官的“认知框架”而转化为日常行动,即使对民法不作重大修改,仍能在相当程度上减少乱发回、滥发回现象。

发回重审作为二审裁判之一种,应置于上诉制度的整体框架中来理解。从笔者检索的实证资料来看,当事人针对判决的上诉按其请求及理由大致可区分为以下几种类型:其一,仅就一审判

〔3〕 本文关于“程序”与“组织”两个基本范畴的界定,主要源自王亚新教授所创有关认识中国民事审判实践的理论框架。参见王亚新:《程序·制度·组织——基层法院日常的程序运作与治理结构转型》,《中国社会科学》2004年第3期。

〔4〕 参见十一届全国人大常委会第二十三次会议审议的《中华人民共和国民事诉讼法修正案(草案)》第37条的规定。

〔5〕 <http://www.lawyee.net/Case/Case.asp>.

决笼统提起上诉，而未就某一具体判断请求二审予以变更或者“声明不服”。其二，以原审判决事实判断有误为由请求予以变更。其三，以原审程序违法为由请求予以变更。其四，以有“新的证据”为由请求予以变更。其五，提出新的诉讼请求（包括增加、变更诉讼请求，提出反诉）。

类型一属于典型的上诉不附理由之情形。我国现行民事诉讼法第151条及最高人民法院《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》（法释〔1998〕14号）第35条规定，除非一审判决违反法律禁止性规定、侵害社会公共利益或他人利益，二审应围绕当事人上诉请求的范围进行。此处的“上诉请求”应理解为包含上诉具体请求（如“撤销原判决发回重审”、“依法改判”及其内容）与上诉理由在内的整体。^{〔6〕} 上诉未附理由，在其他大陆法系国家（地区）一般以上诉不合法为由予以驳回，我国审判实践中尚难以作如此简易处置。较为妥当的办法是先由二审法官进行释明，明确上诉人的具体上诉理由，然后分别对照下列各类型处理；如上诉人确无理由可言，再判决驳回其请求。

在类型二中，根据民事诉讼法第153条第1款第3项的规定，包括“认定事实错误”及“事实不清，证据不足”两种情形，而二审法院在撤销原判决后既可发回重审也可查清事实后改判。该项规定仅指主要事实，也即对于判断权利发生、变更或消灭之法律效果直接且必要的事实，自不待言。^{〔7〕} 而从提高诉讼效率、节省司法资源和当事人诉讼成本等方面考虑，原审事实判断错误的，原则上仅在需要对案件展开进一步调查取证及辩论的场合下才应发回重审。由此可见，尽管实践中审判人员与当事人往往将二者混为一谈，但“认定事实错误”因仅是从证据中推论事实结论发生错误，没有补充诉讼资料的必要，理由由二审直接改判。“事实不清，证据不足”则只在必须补充取证且原审法院调取证据更为便利时才予以发回。如果仅是一、二审法院关于认定事实的意见相左（但无须继续取证或客观上无证据可补充）、当事人已向二审补充举证、二审较易获取证据（如委托鉴定、审计）等，二审应在撤销原审判决后直接改判而不能发回重审。

在类型三中，根据民事诉讼法第153条第4项及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（以下简称“民诉意见”）第181条之规定，“违反法定程序，可能影响案件正确判决”包括审判人员及书记员应回避而未回避、未经开庭审理而作出判决、适用简易程序审理的案件当事人未经传票传唤而缺席判决三种情形及其他（兜底条款）。显然，适用该项规定的关键在于对“可能影响案件正确判决”的理解。与学界的通常认识恰好相反，实践中二审法院几乎从不因为未满足这一实体要件而不将程序违法的案件发回重审，倒是依据一些无关紧要的程序瑕疵而发回的现象屡见不鲜。^{〔8〕} 因此担心该项规定会引起“轻程序”的后果实属多虑。“民诉意见”第182条、第183条规定的原审漏审诉讼请求及必须参加诉讼的当事人（以下简称“必要当事人”）未参加，在广义上也可纳入程序违法的范畴。二者的区别在于二审对漏审漏判的诉讼请求或遗漏的必要当事人可先进行调解，调解不成的再发回重审；且作为明显违反处分权原则、当事人适格的情形，无须考虑是否“可能影响案件正确判决”的实体标准，换言之属于必要的而非任意的发回事由。因为这两种情形侵害了当事人的审级利益，除非当事人自愿放弃，否则二审必须发回重审。

〔6〕 如果仅作狭义解释，则案件的任何内容在理论上都与发回或改判的上诉请求有关，上诉请求便失去了界定二审审理范围的意义。另外法释〔1998〕14号第36条还将被上诉人在答辩中提出的请求排除在“上诉请求”的范围之外。

〔7〕 “主要事实”与作为法条构成要件被列举的事实（即要件事实）相对应。“间接事实”则是指借助经验法则及逻辑法则的作用在推定主要事实过程中发挥作用的事实。此外还有用于明确证据能力或证明力的事实即“辅助事实”。后两类事实出现错误，如果未引起主要事实判断有误，二审无需改判或发回。

〔8〕 例如，有因为审委会记录未签名、合议庭记录未签名、适用简易程序超审限（视为“应适用简易程序审理的案件适用简易程序”）、适用简易程序而使用了普通程序有关向法院申请调查收集证据及申请证人作证的期限规定等理由发回重审。

对于类型四,《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第46条将当事人在二审提出“新的证据”列为发回或改判的事由。从逻辑上说,“新的证据”并不构成发回重审的一种独立事由,而应将其归入事实判断有误或程序违法的类型。如果新证据表明原审认定事实模糊不清或可能有误,依照类型二处理;如果牵引出原审程序的瑕疵或遗漏的诉讼请求、必要当事人,则依照类型三处理。^{〔9〕}

与前四种类型不同,类型五已溢出了原审诉讼标的或实体内容的界限,在我国贯彻之“续审制”下并不构成二审判决的基础。除非当事人自愿达成调解,否则二审法院只能告知另行起诉。

综上所述,可用一条横轴标示上诉是否发回重审,其中所提“请求”不附理由、原审“事实认定错误”作为不应发回的一端,原审遗漏诉讼请求、必要当事人作为必须发回的另一端。在两端之间,由二审法院围绕原审“事实不清,证据不足”或“违反法定程序”斟酌决定撤销原判决后是否发回。二审法院在裁量时应衡量审级利益、诉讼效率、司法成本、审级关系等因素,仅在必要且合理的情形下才发回。这既是关于二审程序法解释论的最难点,也是实践中乱象的根源。

二审法院裁定发回以后,需将案件向原审法院移审。其后的程序,民诉法仅在第41条第2款规定原审法院应当另组合议庭审理,除此之外似乎都应适用一审普通程序的规定。但“重审”并不意味着从立案送达、审理前准备、开庭审理到作出裁判一整套程序的推倒重来,毋宁说是原审程序的继续进行。这包含两层制度含义:其一是第一审程序的延续,因此二审所收集的诉讼资料仅用于撤销原判并发回的环节,而不能当然成为重审的资料。原审法院在重审时应自行收集资料并作出独立的判断。“民诉意见”第183条规定“发回重审的裁定书不列应当追加的当事人”,根本理由就在于此。重审法院所作之判断也不受二审撤销及发回理由的拘束。因此理论上重审法院可以就发回理由的内容作出与二审法院不同的判断,这也是立法不禁止当事人针对重审判决再次上诉的内在逻辑。其二是在原审基础上的继续,因此原审诉讼程序中只要不属于撤销原判决之理由所列的违法事项,在重审中仍具有法律效力。第二个层面实际上涉及重审之实体及程序范围的界定。

根据程序的不可逆性,诉讼过程及其产生的实体效果除非依法被撤销,否则就对本案此后的审理(包括上诉审及发回重审)形成拘束力。因此原审法院仅在二审撤销原判决及发回之理由的范围内进行重审。由此引申出的问题是,二审撤销及发回的理由如何确定?答案是显而易见的。根据“不告不理”或“无诉无裁判”的一般原理,当事人有形成上诉审之审判对象的权能,二审法院不得超越上诉请求的范围作出裁判。因此,原则上“上诉请求之范围”、“二审撤销及发回之范围”与“重审之范围”形成大环套小环,后者受前者拘束的逻辑关系。

当然,这种环环相扣的关系结构在例外情况下会被打破。因为当事人与法院之间存在权能及责任的分配,在当事人形成审判对象、提供审理资料、展开攻击防御的基础上,法院也拥有一些不受当事人制约的法定职权。一方面,恰如一审法院得不顾原告的诉讼请求而以不符合起诉要件为由驳回起诉,二审法院也有权在上诉请求范围之外依职权对起诉要件作出认定。由于增加了第一审的诉讼过程,二审的这一例外“列表”更为丰富,还包括程序严重瑕疵的情形。换言之,当二审发现一审存在审判组织组成不合法、相关人员应回避而未回避等事关判决成立与否的程序问题时,可以不经上诉人申请而裁定撤销原判并发回重审。但对于不影响判决结果的一般或轻微的程序违法,并无耗费司法资源及增加当事人诉讼成本予以纠正的必要,上诉人未主张撤销可视为通过放弃追责认可其正当性。另一方面,按照“法官知法”的法理,对于法律问题而言,即便当

〔9〕因新证据引出必须参加诉讼的当事人或引起当事人变更的案件比较普遍,例如“孔结行与刘沃买卖合同纠纷上诉案”([2004]佛中法民二终字第749号)、“唐伟文等与李海华雇佣合同纠纷上诉案”([2006]佛中法民一终字第171号)、“中国石化集团上海工程有限公司与高煦专利申请权属纠纷上诉案”([2008]沪高民三(知)终字第127号)。

事人不提供司法外的资源，法院也应直接作出司法认知。^[10] 在诉讼中，主张与举证是一组相辅相成、相互依存的权能及负担。既然法理上免除了当事人对法律问题的举证（也即提供法律、司法解释、“指导性案例”、习惯法等资料）义务，逻辑上也不应将主张或提出相关诉讼（上诉）请求的责任施加给当事人。因此，即使上诉人未将一审法律解释适用错误作为上诉理由，二审法院也有权作出独立的判断，在必要时予以改判。无论基于职权认定的程序问题（广义上属于“程序法”范畴）还是实体法律问题，撤销及发回的范围已不再受当事人上诉请求的束缚。很显然，这仅涉及“外环”与“中环”的关系，而与“小环”无关。重审之范围仍处于“程序不可逆性”的遮蔽之下，受到撤销及发回理由的拘束。

至于发回后第一审程序从哪一阶段重启，也由发回之具体理由决定。依据《关于适用〈关于民事诉讼证据的若干规定〉中有关举证时限规定的通知》（法发〔2008〕42号）第9条之规定，案件因违反法定程序被发回的，法院在征求当事人的意见后可以不再确定举证期限；但因遗漏当事人及因“认定事实不清，证据不足”发回的，应当重新确定举证期限。前者实际上还可进一步类型化。如果程序违法不涉及案件事实的查明，则重新进行开庭审理即可；但如果程序违法剥夺了当事人举证的机会，影响案件事实的查明，例如因未向一方当事人合法送达而导致其未能举证，重审中当然应给予当事人举证的机会。后者言下之意是将无需补充举证的“认定事实错误”排除在外。无论是否重新确定举证期限，原审法院均应重新开庭审理。这不仅源自民诉法的直接规定，也是“只有必需继续辩论的案件才应发回”之实际需要使然。

二、组织管理下的发回重审

上述从法解释论角度对现行民事诉讼法第153条及相关司法解释的解说，引申出一套有关发回重审程序的操作规则。如果这能成为上下级法院共同遵守的行为规范，大概就会像西方国家那样，发回重审根本算不上一个值得特别重视的议题。^[11] 但至少就现阶段而言，这种操作理解并未通过明示的训练或潜移默化转化为各级法院法官共通的认知框架，也未通过以“话语”为媒介的交往行动有效地支配、控制法官的日常行为。^[12] 当然，这并不意味着我国发回重审审判实践是完全混乱无序、无规则可言的。在包含程序的常规性运作及审判人员的具体操作行为在内的宽泛的“制度”概念上，我国发回重审制度既具有纯粹的程序操作的内容，也深受法院作为管理单元这一组织因素的影响，并且二者在关键环节相互交织难以甄别。

中国法院与国外法院相比最独特、最不可通约之处，在于法院实行审判与司法行政（审判管理是其新的但相当重要的内容）的“合一制”，法院事实上构成一种由院长全面负责、集权式、科层化的管理单元。^[13] 这是建国后执政党主导一切、资源高度集中的社会结构向司法领域延伸的结果，如今已成为审判程序运作的基本组织环境。自改革开放以来，随着上下级法院关系的日

[10] Geoffrey C. Harzard, Jr., *Preclusion as to Issues of Law: the Legal System's Interest*, 70 Iowa Law Review 88 (1984). 另可参见陈杭平：《论“事实问题”与“法律问题”的区分》，《中外法学》2011年第2期。

[11] 各国民诉法主流教科书对发回重审程序基本一带而过，很少展开详细讨论。笔者看到讨论最多的一本教材也仅占6页篇幅，在1400多页的书中几乎微不足道。参见[德]罗森贝格等：《德国民事诉讼法》下册，李大雪译，中国法制出版社2007年版，第1074页以下。

[12] 参见前引〔3〕，王亚新文。

[13] 关于这种组织模式的历史来源、制度内涵及其实践影响，参见陈杭平：《论中国法院的“合一制”——历史、理论与实践》，《法制与社会发展》2011年第6期。另可参见王亚新：《司法成本与司法效率——中国法院的财政保障与法官激励》，《法学家》2010年第4期。

渐紧密,^[14]地方各级法院也像“中国式(财政)联邦制”^[15]下的地方政府一样,成为一个个服从上级法院制定的激励机制、积极参与竞争的单位。法院院长及党组为了在围绕权力、经济、符号等资源的“锦标赛”中胜出,必需将这种“指挥棒”转向本院包括法官在内的全体工作人员,按同一逻辑制定更具体的考核、评查、奖惩措施,以合理配置现有资源,调动全院的人财物投入竞争。发回重审作为衡量审判质量的一项指标,也因此构成组织激励、管理的重要组成部分。如果所作判决被发回,承办人乃至合议庭成员均要承担一定的负面后果,包括申辩说明、通报评讲、公开检查、纪检调查等直接后果及对评先评优、晋级晋职的间接影响。也正因为此,如果二审法院乱发回、随意发回,必然会引起原审法官的不满、抵制和反弹。在上下级法院之间类似“委托—代理”的关系结构中,下级法院的消极敷衍并非一种可欲的结果。因此二审法院也必需采取必要措施规范、约束自身行为,避免司法裁量权的滥用。^[16]与西方法治国家通过特定路径“养成”法官(完成从普通人到职业裁判者所必需的“社会化”及“职业化”^[17])、提供充分的身份保障并促进职业共同体的内部交往不同,我国主要采取加强法院内、外部监管的路径。在“合一制”组织结构下,各地中高级法院通常兼采程序细化与加强组织管理的对策,以达到发回重审实践的制度性均衡。

一方面,某些中高级法院为了明确发回重审的判断标准,会在内部规范性文件中对法定发回事由作具体化的规定。对于“违反法定程序,可能影响案件正确判决”的情形,除了“民诉意见”列举的五种之外,一般还包括:(1) 诉讼手续不符合法律规定。(2) 更换合议庭成员未告知诉讼当事人。(3) 未给足当事人举证期限(但当事人明确表示同意的除外)。(4) 开庭审理程序严重不符合法律规定(如未在开庭三日前通知当事人和其他诉讼参与人;开庭审理时合议庭成员未全部出庭,或者虽出庭但中途擅自离庭;审判人员、书记员自审自记;开庭审理时未告知当事人有关的诉讼权利义务,或者未询问当事人是否提出回避申请)。(5) 双方当事人存在争议的证据未经质证即被作为定案依据。(6) 适用简易程序审理的案件转为普通程序审理后,未重新开庭即作出判决,等等。^[18]对于“事实不清,证据不足”,一般不进行内涵的分类界定,而是通过比较甄别来确定外延:(1) 二审法院能够查明案件事实的,直接依法改判,无法查明案件事实的,根据举证责任分配的规定进行裁决或者发回重审。(2) 当事人因自身过错在举证期限内无正当理由不举证,在二审程序中才提交的,二审法院不予采纳,二审法院经审理认为必须对一审判决予以改判,否则将导致显失公平,且认为无法直接改判的,发回重审。(3) 当事人在二审程序中提

[14] 可从一系列现象中看出端倪:最高法院党组1984年下发《关于各级人民法院党组协助党委管理法院干部的办法》,确立了“双重管理”的干部管理制度,自此上级法院对下级法院的干部任命有了话语权并逐步扩大。从上世纪80年代中后期开始,最高法院不遗余力地批评司法“地方保护主义”,隐含着削弱横向影响、加强纵向管理的意图。在此前后自上而下创办“法院干部业余法律大学”(后改为法官学院),加强对法院工作人员的业务培训,推行审判方式改革、执法执纪大检查、“错案追究制”等措施。

[15] 关于“中国式(财政)联邦制”,参见 Gabriella Montinola, Yingyi Qian and Barry R. Weingast, *Federalism, Chinese Style: The Political Basis for Economic Success*, 48 *World Politics* 50 (1996); Yingyi Qian and Gerard Roland, *Federalism and the Soft Budget Constraint*, 88 *The American Economic Review* 1143 (1998)。

[16] 各中高级法院也采取措施吸收下级法院的不满。如柳州市中院专门出台《案件改判、发回重审申辩制度》,规定基层法院对二审发回重审的裁定不服的,可向法院提出申辩审查的请求。

[17] “社会化”指的是法官从普通人逐渐学习法律职业共同体认可并施行的规范、态度、行为并将它们内在化的过程。“职业化”指的是法官继受必备的司法技能,获得被“顾客”接受并受职业共同体认同的权威,形成职业的自觉意识,接受特殊的“职业文化”等的过程。

[18] 参见《北京市高级人民法院关于民事上诉案件改判和发回重审若干问题的意见(试行)》(2002年12月9日审判委员会第27次会议通过)、《关于印发〈广东省高级人民法院关于民事案件改判和发回重审若干问题的指导意见(试行)〉的通知》(粤高法发[2008]48号)、《十堰市中级人民法院关于民事上诉案件改判和发回重审若干问题的意见(试行)》(2007年11月6日审判委员会第733次会议通过)等。

交了法定的新证据，且二审法院无法查明案件事实的，发回重审。(4) 一审判决认定的案件事实无相应证据证明，当事人对全部案件事实不予认可的，发回重审（但当事人仅对案件的部分事实不予认可，二审法院应当在查明该部分案件事实后直接依法改判），等等。

另一方面，很多地方法院在各程序环节的间隙填充了大量组织管理的构成因素，使得审判程序与组织管理相互交融。在法院内部，发回重审的流程大致可分为发回前、发回时、重审前三个阶段：^[19] (1) 在二审法院裁定发回重审之前，通常需要经历本院内部审批、与原一审法院联系沟通等环节。如呼伦贝尔市中院要求自 2009 年起凡发改案件应附由主管院长签发的函件，发改经基层法院审委会讨论的案件应经专业审委会研究讨论。多数法院则规定发改一般民事案件由庭长审批签发即可。常州市中院在 2004 年规定，对需要发回重审的一般案件，由二审合议庭的审判长或所在业务庭庭长与一审的审判长或所在业务庭庭长联系、沟通；对需要发回重审的“有重大社会影响”的案件，由二审法院分管院长与一审法院分管院长联系、沟通。一审法院相关人员对发回裁定有异议的，“可以要求列席二审法院对该案的合议庭评议、庭务会议、审判委员会会议，说明一审判决的理由”。汉中市中院在《关于二案发回重审、重大改判案件裁判前交换意见的办法（试行）》中也有类似规定。(2) 二审法院在作出发回裁定的同时，有的会启动纪检监察程序。如信阳市中院规定，审判庭在作出发回重审裁定书的同时，将该案裁判文书及发回的提纲抄送纪检组、监察室，由其向有关基层法院发出《执法监察通知书》和《二审（再审）改判与发回重审案件审查表》。基层法院应当自查有无违法违纪、裁判不公问题，并在 60 天内将《审查表》报中院纪检组、监察室。(3) 在案件被发回后，原审法院在重审前一般先对是否构成错案、原审人员是否承担责任等进行评查分析。^[20] 如濉溪县法院规定，案件发回后由立案庭登记，将二审裁定书与原审卷宗一并交原承办人，由其形成书面分析报告，经分管院长签发后在审委会上作汇报说明。薛城区法院则规定由审监庭而非原承办人撰写评析报告。上栗县法院规定先由承办人出具申辩报告，再由审监庭出具初步书面评查报告，然后提交“案件质量评查组”讨论决定。如果在此过程中发现原审人员涉嫌违法违纪的，纪检组可随时介入调查。

由于这种操作性规范既不按法定程序向社会公开并接受检验，也不具有被当事人引以为据的效力，很难将其归入客观化的法律体系的构成部分。其所贯彻的也是法院内部、上下级法院之间组织管理而非程序运作的逻辑。因此，在操作规程这一层次上的发回重审已褪去了作为诉讼程序的本来面目，而与中国特有的包括审判质效、流程、事务、绩效、人事等在内的司法行政管理相互交织并构成其中重要一环。上述关于发回事由的具体规定尽管尚处在民诉法规范的延长线上，但在法院审判管理的语境下已发生功能转换。审判质量管理机构及纪检监察部门有关原审法官有无错判、相关人员是否违法违纪等的评查认定，都可从中寻找相对具体明确的依据；而法院党组、政治部在考察、任免、奖惩审判人员时也可求诸于此。

但是，任何非“专门性”规定都需要进一步解释，都给审判人员留下了裁量选择的余地，何况像“事实不清，证据不足”这种从本质上就难以界定清楚和罗列完整的法律概念。即使有明确的强制性规定，也可能会遭到惯习之路径依赖的抵制或排斥，难以转化为审判人员的日常行动。如果说法律是公共政策的载体，司法解释是对它的具体落实（尽管已表现出相当鲜明的部门利益倾向），而法院内的操作性规范仅服务于工作开展、组织管理和绩效考核，审判人员的日常行为则主要是个人策略选择、利益衡量的结果。就发回重审而言，二审法官在决定是否发回、以什么

[19] 下列所引文件、报道均可在互联网上通过关键词检索获得，为节省篇幅恕不一一列明出处。

[20] 近些年来各地法院先后设立“审判管理办公室”（简称“审管办”），专事包括发回重审案件评查在内的审判管理工作。《最高人民法院印发〈关于加强人民法院审判管理工作的若干意见〉的通知》（法发〔2011〕2号）对此有专门的规定。

理由发回、以哪种方式（在裁定书中阐明理由还是下发“内部函”）发回时，除了顾及操作性规则所形成的束缚，往往还需考虑实际工作负担（案件量、改判的工作量等）、个人业绩（结案率、发改率、信访问责^[21]等）、内外部压力（来自庭、院领导或党政机关的干预）、私人关系（与原审法官之间、与一方或双方当事人之间）等个人因素。不过，随着法院经费保障的逐步到位及审判管理的日渐加强，法官为谋取私利而进行“司法腐败”的情况似乎有明显好转，其行为更多受组织管理指标（如审限、重审率、再审率、调解率）的约束和驱动，由此产生了一系列有违民法但在组织管理硬性指标下又“情有可原”的现象：

其一，不按规定的事由发回，反复发回。上海市法院的一个调查组利用查阅发回重审函、合议庭评议笔录、审判长联席会议记录等材料及座谈会调查等方法，发现以直接改判工作量过大（如涉及鉴定、审计）、案件事实难以查清、当事人情绪激烈难以协调、难以掌握执法尺度等原因发回的占所调查案件的29.5%。^[22]换言之，将近三分之一的发回案件违反了法定发回事由，也不在内部文件通常规定的可发回范围之内。笔者也检索到一些二审法院具有明显推卸责任、转嫁负担意图的发回裁定书。如在“张春信与杨清善财产损害赔偿纠纷上诉案”（[2009]平民三终字第191号）中，原审法院已就争议的事实（被告所伐树木处于谁的林地范围内）多次到现场勘验，最终依据两份证人证言、当地村委会出具的“证明”等证据作出系争树木归原告所有的认定。被告（上诉人）在上诉状中提出了激烈的反对意见，指出“一审法院不顾这铁一般的事实，偏听偏信杨清善的一面之词，仅依据两个证人证言和一份我们没有见到过的‘汝州市尚庄乡九间窑村民委员会的证明’作出了这份错误的判决”。二审法院遂以该争议事实未查清为由发回重审。在这起案件中，原审法官已穷尽了调查取证的手段，上诉人也未出示足以推翻原审认定事实的新证据或提供相关线索，发回重审很难进一步查清该事实，二审自行判决应是更恰当的选择。但由于上诉人态度激烈，改判极易激化矛盾，二审法院以发回避免承担协调说服、“息讼罢访”等一系列可能的麻烦。除此之外，还存在二审就同一案件反复发回、拖延结案的所谓“踢皮球”、“翻烧饼”现象。^[23]尽管自《关于人民法院对民事案件发回重审和指令再审有关问题的规定》（法释[2002]24号）下发以后，^[24]以事实认定有误为由反复发回已基本被杜绝，但通过更换事由或以程序瑕疵为由多次发回仍时有发生。而有限的样本因其新闻价值经媒体报道而被放大，以致在相当程度上塑造了发回重审制度的一般形象。

其二，不顾上诉人的上诉请求，随意发回。从笔者检索的结果来看，大量裁定书并不列明当事人的上诉请求及理由，因此无法判断上诉请求与发回理由的相互关系。在列明的案件中，主要体现为当事人罗列了复数项上诉理由，二审依据其中某项将案件发回，但对其余的置之不顾。如果上诉理由之间是相互关联、融为一体的，此举并无不当；但如果上诉理由可以相互分离，由于二审法院对其余事项的裁判观点不明，一审法院不予变更而当事人再次上诉的概率极高，影响制度运行的效率。如在“王守礼与平顶山市第一人民医院医疗纠纷上诉案”（[2009]平民二终字第431号）中，原审原告作为上诉人提出四项上诉理由，包括超审限、采信被告提供的伪证、无理

[21] 近年来各地法院纷纷实施并强化“信访问责制”，规定“谁承办，谁负责”，甚至要求“案随人走”（即无论调动到本院哪一部门，对所办案件负责到底）。

[22] 上海市第一中级人民法院课题组：《发回重审的制度建构及其运作机制的完善（上）》，http://www.hicourt.gov.cn/homepage/show3_content.asp?id=15330，2011年8月28日最后访问。

[23] 例如，李亚彪、王强：《儿子接过父亲的“班”讨公道》，《新华每日电讯》2003年11月12日；赵文明：《一桩马拉松式诉讼的背后》，《法制日报》2007年5月20日；李远方：《“诉讼怪圈”无休止 法院公信力受质疑》，《中国商报》2010年1月26日；鲍志恒：《河南一旧案10年9判仍未结案》，《东方早报》2011年9月21日。

[24] 该司法解释第1条规定：“第二审人民法院根据民事诉讼法第153条第1款第3项的规定，将案件发回原审人民法院重审的，对同一案件只能发回一次。”

由减少死亡赔偿金、未支持医疗费等。二审法院仅以有关医疗费的事实不清为由发回重审（另提及原审程序违法，究竟为何语焉不详）。“辛红岩与高营卫医疗损害赔偿纠纷上诉案”（〔2011〕平民三终字第144号）中，上诉人提出了证据不足、不符合受理条件、鉴定程序颠倒及对法院制作的调查笔录未组织质证等四项理由，二审法院仅以最后一项为依据发回重审。这类案件除非重审时以调解结案，否则当事人再次上诉几乎不可避免。

其三，不在裁定书中阐明发回的理由。2010年底最高人民法院在《关于规范上下级人民法院审判业务关系的若干意见》第6条第2款中明确规定，发回重审裁定“应当在裁定书中详细阐明发回重审的理由及法律依据”。以北京地区法院为例，早在2000年北京市高院就在规范性文件中规定“发回重审的理由应当在裁判文书中写明，原则上不得使用内部函”。〔25〕但是就笔者接触到的数十份裁定书来看，几乎没有一件符合要求。〔26〕多数二审法官仍习惯采用“内部函”的形式表达发回理由及重审意见。发回重审“内部函”从其性质来看是法院系统的内部公文，不属于裁判文书的范畴，只在一、二审法院之间传递，既不在重审前向当事人公开也不在审结后存入正式案卷（而是收入具有中国特色的涉密的“副卷”）。从其内容来看，二审法院通常不经说理而直接指定就哪些事项进行重审，如有需要也明确指出应追加的当事人，〔27〕还会表明该案的政治社会影响或受党政机关及其领导、人大代表等的关注督办，〔28〕甚至常常直接指示裁判结果，〔29〕或提醒原审应争取调解结案，努力取得办案多种效果的统一。〔30〕从其功能来看，主要用于上级法院对下级法院的审判指导和监督。在司法科层制下，“内部函”对重审法院具有相当大的拘束力。如上海法院调查的发回重审后再次上诉的108个案件中，发回函记载的重审意见被一审法院完全采纳的占77.7%，部分采纳的占5.6%，未采纳的仅为16.7%。〔31〕这从审级关系的角度看有侵犯重审的独立性、剥夺当事人审级利益之嫌，但从组织管理的视角来看则说明二审法院对一审法院具有较强的控制力。不过，发回函对二审法院自身的效力如何并不明确，实践中二审法院“出尔反尔”的现象也屡见不鲜。如在一起集资建房交旧房合同案件中，郑州市中原区法院按照二审查回重审的意见驳回了原告的起诉，原告上诉后又被中院立案庭以起诉符合法律规定为由发回重审。〔32〕

科层组织管理下的发回重审程序运作除了不能有效地抑制司法裁量权的滥用，另一个重大弊端是将当事人乃至一般意义上的国民从程序结构中排斥出去。当程序性参与得不到基本保障也不具有太大的实际意义时，在中国文化传统下人们将希望寄托在私人“关系”或法律外资源便成为理所当然。因此，诉讼主要不是格式化技术的运用，而常常变成临时的、一次性的博弈过程。案件尤其是涉及重大利益的案件往往演变为一个个“事件”，由参与者的政治、社会、经济资源决

〔25〕“北京市高级人民法院关于印发《北京市法院贯彻〈人民法院五年改革纲要〉实施意见》的通知”（京高法发〔2000〕219号）第11条第5项。

〔26〕其典型样式为“本院认为，一审判决事实不清，证据不足（或违反法定程序，可能影响案件正确判决），依照《民事诉讼法》第……裁定如下”，裁判理由则付之阙如。

〔27〕例如，“周××与周××财产损害赔偿纠纷上诉案”（〔2011〕×中民三终字第128号）所附发回重审意见函。函文复印件备查，已作必要的技术处理。下同。

〔28〕例如，“北京××设计工程公司与周口××置业公司建筑合同纠纷上诉案”（〔2009〕×法民二终字第118号）附函指出：“一方为少数民族，且该案也是省政法委、全国人大代表重点关注的案件”，要求指定重审的法院做好辨法析理及解释工作，并在判决前向省高院汇报。

〔29〕例如，“邢××与中国××信托投资公司长春证券交易营业部股票纠纷上诉案”（〔1999〕×经终字第277号）附函指出：“邢××为××证券出具的还款书是在双方非法融资的情况下作出，该还款书应确认无效”。

〔30〕例如，“李××、梁××与××市电子工业学校生命权、健康权、身体权纠纷上诉案”（〔2011〕×中民三终字第33号）附函。

〔31〕参见前引〔22〕，上海市第一中级人民法院课题组报告。

〔32〕参见梁洁、荆战武：《中原区人民法院发回重审案件统计分析》，<http://zzfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=3874>，2011年9月3日最后访问。

定程序结果。法院即使再强化监督和激励,再进行依法审判、“司法为民”的宣传说教,也无法消除裁量权的滥用及当事人、社会公众被剥夺程序内结构性位置后所产生的疑虑和不信任。从重审的实际效果来看,也的确如此。前引上海市法院的调查报告显示,案件重审后的调撤率低于一般民事案件,而不服判决再次上诉的比例远高于一般民事一审案件(高达58.7%,后者一般在10%左右),再次上诉后的调撤率较低(10.9%)而改判率仍较高(13.9%)。当然,由于二审法院通常先对案件进行调解,调解不成的才予以改判或发回,发回本身即说明双方对立严重或者说案件争议较大,重审无论改判还是维持原判都很难让双方当事人满意。但这也在一定程度上反映出实践中确实存在乱发回、滥发回问题,导致重审无法起到令当事人服判息讼的效果,突显审判制度正当性的薄弱。

三、发回重审制度的重构

程序运作与组织管理相互交织可谓我国民事审判实践的一种社会实在。就发回重审而言,司法程序的逻辑被组织管理的逻辑遮蔽的状况及其制度后果,已引起了各级(尤其是中基层)法院法官、当事人及社会公众的普遍不满。改革势在必行。最简单的思路是“桥归桥,路归路”,按照法官独立审判、当事人参与对抗并自负其责的制度样式进行重塑,司法行政事务则从中剥离或至少在法院内阻隔开来,只起到辅助、服务、保障的作用。这就涉及如何理解当下中国法院内的审判管理这一问题。

在我国规范层面的共识远未达成而生活事实呈现高度离散化和碎片化的现状下,审判整体品质尚维持在大致能接受的水准,应当说审判管理作为媒介起到了不容低估的规训、整合作用。而我国台湾的司法改革经验表明,在将司法从行政体制中解脱出来及向人事、经费自治独立转型之前,需要经过一个较为漫长的时期,通过严训严考、裁判文书送阅“指正”等措施提升司法专业水准和审判品质。^[33]换言之,对于一个法治后发国家(地区)而言,要实现西方现代意义上的司法独立,非经历以“底线控制”为特征的“专业化”不可。在此意义上,目前实施的审判考核管理有利于合理调配司法资源和激励法官,提高司法效能,提升司法品质,从而为将来的司法“特殊化”和“独立化”创造条件。因此,在今后相当长时期内,我们仍不得不接受“组织管理束缚下的司法程序运作”这样一种现实。但是,如果不注意审判管理的必要限度,放任组织管理遮蔽、替代程序运作的逻辑,也会剥夺当事人的程序参与权,损害当事人及社会公众对司法审判的信赖感。两种效果相抵,未必会有正的制度收益。而以“上令下从”为特征的审判管理在本质上也与独立审判所需之判断、裁量、慎思技能相背离。仅加强组织管理而不维护审判人员的主体性与审判程序的自主性,不但不会自发地向司法独立演进,反而会形成自我繁衍强化的组织“樊笼”。

因此,在可预见的将来能否协调程序与组织的相互关系,将决定能否在中国语境下重塑司法的公信力或正当性。对此除了各地各级法院积极探索审判管理体制、机制的创新,突出和保障审判人员、审判工作的中心位置之外,还需改善程序法的规定及促进程序法解释论的发展。眼下正紧锣密鼓进行的民诉法修改正是从程序的角度调整二者相互关系的一次契机,总体思路应是将裁量权限制的重心从加强审判的组织管理向程序法规范及法解释论的强调转移。这是笔者开篇所提之民诉法修改建议的主旨所在。下文关于该方案的展开,既是对其合理性、可行性的分析论证,也为立法通过以后的操作理解作必要准备。无论是被纳入民诉法或相关司法解释还是形成民诉法

[33] 根据苏永钦教授的研究,我国台湾地区司法改革自1940年代末起先后经历了专业化、特殊化、独立化及社会化四个阶段,其中第一阶段直至1979年才结束。参见苏永钦:《反思台湾司法改革的经验》,“司法改革与法制发展”研讨会会议论文,2001年1月11—12日,香港大学法律学院。

学理论的通说，只要成为各级法院法官、当事人及社会公众共享及共同遵守的行为规范，都有助于减少发回重审裁量权的滥用。

就发回事由而言，首先限制并保留“事实不清，证据不足”，删去“认定事实错误”。后者基本不具有实践意义，也不符合发回重审的必需性原理，已无继续保留的必要。前者通常占发回案件总量的三分之二左右，乱发回、滥发回等现象主要系出于此。^[34]从国外同样实行“事实审”之控诉审的立法例来看，似乎没有将事实未查清或证据不充足作为发回事由的例子；即便是上诉审一律实行“法律审”的美国，上诉法院直接认定事实而非发回（remand）也从例外逐渐演变为常态。^[35]出于诉讼经济性的考虑，对于原审未查清的事实，我国原则上也应由二审在查明的基础上自行裁判。实践中有的地方法院已作此尝试。如广东省高院就规定，因主要证据是伪造的或认定事实的主要依据发生变化（如另案裁判、仲裁裁决被撤销），二审法院应当依法改判；根据实际情况确实无法查清案件事实的，二审法院应当依据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》分配举证责任，不得以事实不清、证据不足为由发回重审；一审判决未查明的事实，二审法院认为有必要鉴定或重新鉴定的，可以直接委托鉴定并在查明事实的基础上直接改判。^[36]不过实践中也存在一审法官对事实难以查清、双方对峙激烈的案件草率作出判决，将“麻烦”向上转移的情况。如果一律禁止以“事实不清，证据不足”为由发回重审，将给这种投机行为留下可乘之机，反而会损害一审裁判的整体品质。因此，不妨规定因原审法官违反审判职责（如未履行释明义务、应予调查收集的证据未收集、未审查当事人提交的证据）导致案件主要事实不清或认定主要事实的证据不足的，可以发回重审。但作为例外，不仅要求原审法官的“卸责”行为与“事实不清，证据不足”之间有因果关系，而且仅限于主要事实未查清或关键证据未调查收集。

其次，明确因程序违法发回重审的判断标准。从比较法的视野来看，英美法系有“无害错误”原则的司法传统，即初审的裁判错误必须达到损害实体公正的程度才被撤销。^[37]大陆法系一般规定只有在一审程序有重大瑕疵、需要进一步辩论审理时才发回重审。^[38]所谓重大瑕疵，指的是程序违法与判决内容有因果关系，或者程序违法影响一审判决的成立。其具体内容与我国民事诉讼法第179条所涵盖的程序违法事项类似。^[39]鉴于该条规定的充分性，不妨将其列举之程序违法事项推定为与判决结果有因果关系，作为“绝对的发回重审事由”。对此当事人即使未声明不服，二审法院也得依职权认定。至于一般性程序瑕疵，除非上诉人明确提出并举证证明其影响原判决的正确性，否则不能据以发回重审。当然，由于我国第二审的“事实审”性质，如果双方当事人自愿放弃审级利益，请求二审法院直接判决，则纵使原审程序有重大瑕疵，二审法院也不得发回重审。

[34] 参见高艳华：《民商事二审案件发回重审情况分析》，《人民司法》2007年第2期；海南省第二中级人民法院研究室：《关于2009年二审改判、发回重审的民商事、行政案件质量评查情况的通报》，http://www.hicourt.gov.cn/theory/artilce_list.asp?id=5581，2011年8月28日最后访问；前引〔22〕，上海市第一中级人民法院课题组报告。

[35] See John C. Godbold, *Fact Finding by Appellate Courts — An Available and Appropriate Power*, 12 *Cumberland Law Review* 376–378 (1982); Debra Lyn Bassett, “*I Lost at Trial — In the Court of Appeals!*”: *The Expanding Power of the Federal Appellate Courts to Reexamine Facts*, 38 *Houston Law Review* 1130 (2002).

[36] 参见前引〔18〕，粤高法发〔2008〕48号文。

[37] *The Harmless Error Rule Reviewed*, 47 *Columbia Law Review* 450 (1947).

[38] 参见前引〔11〕，罗森贝克等书，第1074页以下；陈荣宗、林庆苗：《民事诉讼法》，台湾三民书局股份有限公司1996年版，第734页以下。

[39] 包括原审未开庭、未质证、未经传唤缺席判决、应参加诉讼的当事人未参加、无诉讼行为能力人未经法定代理人代为诉讼、法院应当调查收集证据而未调查收集、据以作出原裁判的法律文书被撤销或变更、原裁判遗漏或超出诉讼请求、审判组织的组成不合法、应当回避的审判人员未回避、审判人员在审理该案件时有“贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判”行为等等。

再次,规范因出现“新的证据”而发回的情形。放宽对举证期限的限制,用训诫、赔偿拖延诉讼产生的损失、罚款等而非证据“失权”制裁当事人逾期举证行为已成为司法实践的习惯做法,也得到了民法修正草案的肯定。^[40]但二审从宽对待新提交的证据不等于要将此类案件都发回重审。从审判实践来看,区别的界限应在于新证据是否涉及当事人的变更、追加或诉的变更的事实。如果新证据仅与原审当事人之间的原诉讼请求范围内的事实有关,应由二审法院在查明的基础上直接改判。但如果二审法院对未经过一审的诉讼请求或未参加一审的当事人在查明的基础上直接作出判决,则有侵犯相关当事人审级利益之虞(除非征得双方当事人同意)。这也是保留“漏审漏判”、“遗漏必须参加诉讼的当事人”作为当然发回事由的根本原因。附带提及,如一审法院适用法律错误导致遗漏必须参加诉讼的当事人或审理不尽(遗漏应审事项),也应纳入可发回的范围。^[41]现行民法将“适用法律错误”一律排除在外,不尽合理。

对发回事由的上述调整固然能为二审法官及当事人判断应否发回提供更具体明确的标准,在此意义上促进发回重审实践的规范化,但希望藉此彻底整治乱发回、滥发回现象并不现实。究其原因,在于我国审判人员的社会化及职业化不够充分,法律规范尚未一般性的内化为他们的认知框架,加之缺乏抵御外来压力、“关系”的制度化机制,静态的、文本的规定很难产生应有的约束作用。可以想见,民法关于发回事由的规定再具体细致,二审法官只要想规避就一定会有大家意料之中甚至意料之外的办法。抑制司法裁量权的滥用,提高当事人的程序参与度,关键在于裁判文书的理由阐述。

裁判作为人类判断活动之一种,之所以独具确定或“终局”的效力,从外部效用看是为了帮助在观念上确立规范的秩序并进而诱导社会生活空间的秩序形成,从内在依据看则是“通过程序的正当化”及对司法判断的充分说理两种力量使然。从某种意义上可以说裁判的正当性取决于说理的正确、充分与否。“说理”或者阐明裁判理由,其意义不仅在于向外部世界公开裁判的推理过程并接受评判检验,而且审判人员在阐明或表达的过程当中反复在规范与事实之间往返穿梭,不断自我省视和证成,从而将个案的判断融入法秩序的整体格局。如果欠缺阐明裁判理由的环节,裁判是否逾越法律规范的界限、有无滥用裁量权,既缺乏过程中的自我检视,又难以从外部进行事后监督。就此而言,作为上下级法院间公函的“内部函”是无法替代的。当然,裁定书在历次裁判文书改革中均被冷落,无疑是“重实体,轻程序”观念的一个表征。要使这种在多数审判人员心目中套用文书样式即可、顶多简略陈述发回理由或附发回函的裁定书能承担起应有的制度功能,恐怕不只是由立法作出强制命令那么简单。对发回重审之裁判理由还得放在动态过程中来加以认识和把握。

裁判理由可谓发回重审制度的“脊梁”。以发回裁定为判断基点,往前看它是二审法官对上诉请求的回应及裁判推理的归纳,是其关于原审判决应否发回(是否符合发回事由)之判断的具体表达;往后看它是对原审法院重审内容、范围的界定,未被它明确撤销的原审资料、程序及判断仍然有效。发回的裁判理由围绕发回的法定事由而展开,同时应起到这种“承上启下”的作用。由此不难得出关于发回重审裁判理由之格式及内容的一般要求:首先,逐一归纳上诉人的上诉请求及其理由,凡当事人未申明不服的一审判决内容,二审不予审理及作有利或不利益的变更,但当事人申明不服的必须作出回应。其次,以发回重审的法定事由为依据,逐一分析上诉人申明不服的原判决事项,在阐明具体理由及推理过程的基础上形成撤销原判、发回重审的裁判结

[40] 参见前引[4],《中华人民共和国民事诉讼法修正案(草案)》第10条的内容。

[41] 如“重庆某某建设工程有限公司与童某等其他民事纠纷上诉案”(〔2010〕渝一中法民初字第1024号)中,二审法院对法律关系的认定不同于一审,认为本案存在两个关系,一审误判为一个,导致错列原告为被告、遗漏必要共同诉讼人,并以此为由发回重审。

论。最后,指明发回后重审的内容,提高重审的集中化程度及审判效率。这样大致就能以发回重审的裁判理由为媒介,实现“上诉请求之范围”、“撤销及发回之范围”、“重审之范围”环环相扣、依次递进的逻辑关系。在相对公开、透明的程序平台上,各种参与者均能各尽其力,共同促进发回重审实践的法秩序建构。当事人的参与通过制度化的裁判回应获得了实质性的程序保障,也因此受到“自我行为、自负其责”之正当化机制的束缚;二审法官通过阐明理由、自我证成进行自我限制和自我保护,压缩了主动或被动滥用发回之裁量权的空间;法院内部的审判管理有了更确切的评析标准和更具体的评析对象,也能提高审判管理的科学合理程度。在此前提下,在普通民事案件中取消“内部函”或者合并正、副案卷且统一向当事人出示,当是题中应有之义。^[42]

结 语

本文围绕发回重审这一主题展开描述和分析,但所使用的程序与组织视角似也具有方法论的意义。自恢复法制建设以来,民诉法学研究取得了长足的进步,但始终没有真正突破比较借鉴、立法本位的窠臼。这种研究方法不仅难以体察、回应流变不居而充满张力的司法日常实践,也导致比较法分析停留在对外国立法例的引用概述、对外国理论主张的转载复述的较浅层次。研究视野的局限和学术想象力的匮乏,短期来看不能为立法修改完善提供充分有力的理论支持,长期来看则无法扭转民诉法学不断边缘化的颓势,无法迎来学科的振兴繁荣。民诉法学既不像实体法学科那样能够承续西方成熟的法解释学传统和规范体系,也不像刑诉法学那样可以依托宪政、人权的宏大话语又受到具有眼球效应的“冤假错案”的不断刺激。审判程序只有置于我国法院这一特殊组织背景下才能被恰当地理解和识别,也可谓我国民诉法学研究最独特也最困难之处。因此,如果不彻底实现研究范式的转型,不贯通程序与组织之间的隔阂,不“接地气”,民诉法学就始终像“无脚的鸟”一样悬浮在半空中。本文可视作此方向上的一个粗浅尝试,期望能对本次民法修改乃至民诉法学的发展推进有所启示。

Abstract: The system of remanding judgment in civil litigation has aroused complaints among scholars, judges, lawyers and the public, which has rendered it necessary to amend the related articles in the Civil Procedure Law. As there is no essential consensus between scholars, judges and lawyers upon this system, it is necessary to develop an “ought to be” interpretation in law. In order to limit the abuse of discretion in remanding judgments in civil cases, Chinese courts have implemented an approach that stresses detailed procedures through local rules and enhances organizational management measures. Compared to the western countries’ courts, Chinese courts are unique bureaucratic organizations that adjudication and (judicial) administration are integrated and the presidents have the overall responsibility for organizational performance such as judicial quality and efficiency and resources arrangement. However, such a model of “judicial procedure under the control of organizational management” can not avoid the appellate courts’ abuse of discretion by remanding judgments against relevant statutory provisions, regardless of the appealed issues and without judicial reasoning, but instead deprives the litigating parties and the

[42] 在社会转型时期,不乏牵涉复杂而敏感的政治社会问题的“难办案件”。对此似应在程序上作区别对待。将这类极难实现“案结事了”的案件与普通案件置于同一程序框架下处理,只会削弱本就脆弱的司法公信力。至于如何区分普通案件和“难办案件”,是一个需待另外讨论的重大课题。

public in general of their participation in the civil procedures, thus damages further the authority of judicial adjudication.

Of course, as Chinese judges lack enough professionalization and socialization, it is necessary and reasonable to strengthen and regulate organizational management of judicial adjudication in China nowadays. To adjust the relationship between judicial procedure and court organization, the autonomy of judicial procedure should be guaranteed in the background of organizational management and parties' participation in judicial procedure should be restored. The reasoning for remanding orders, which is bound by the appellants' claims and justified by judges themselves, is the key factor to guarantee the autonomy of adjudication. Therefore, the most important improvement about the remanding system should focus upon the judicial reasoning contained in orders in addition to amending the statutory conditions set forth for remanding.

Key Words: civil procedure, system of remanding judgment, organizational management of adjudication, reasoning for the order of remanding

本刊启事·关于邮购

一、现存有《法学研究》自1979年创刊以来的少量过刊。有需要者可与法学研究杂志社读者服务部联系购买，整套或者单期均可。

二、未能在邮局订到本刊者，可向法学研究杂志社读者服务部联系购买。邮购免收邮寄及挂号费。

收款单位：法学研究杂志社

汇款地址：北京市东城区沙滩北街15号

邮政编码：100720

银行账户：中国工商银行北京市分行东四南支行

账号：0200 0010 090 14423433

联系电话：010-64035471

《法学研究》编辑部