

民事诉讼发回重审制度之检讨

王福华 融天明*

内容提要：十多年来我国法院民事上诉案件发回重审率的变化表明，发回重审的适用，除取决于法律制度本身外，还与司法政策、一审法官的素质等因素紧密相关。实践中我国二审法院存在着诸多发回重审的“潜理由”，如提高年度结案率、规避审判责任追究、维持上下级法院之间良好关系等。对二审法院滥用发回重审进行制约的措施应包括，在立法上将发回重审的事由限定于法律问题，在审级功能正当化的基础上使上级法院更加尊重一审判决，并赋予发回重审裁定对二审法院的自缚效力。无害性原则、辩论原则、处分原则以及终局性原则，应当成为构建以保护当事人程序利益为中心的发回重审制度的基础。

关键词：发回重审 无害性原则 辩论原则 处分原则 终局性原则

在我国民事诉讼特定语境中，发回重审是撤销原判、发回重审的简称。指上诉审法院撤销原审法院判决，并将案件发回原审法院重新审理的制度。立法上，我国将撤销原判与发回重审两者联系在一起加以规定，实践中两者更是形成了互为因果的逻辑关系，即撤销原判既是发回重审的前提，也是发回重审的结果。而应然状况及域外的普遍做法则是，撤销原判与发回重审是两个独立的结案形式，多数情况下撤销原判并发回重审，但个别情况下撤销原判并非一定要发回重审，上诉法院撤销原判后可由当事人重新提起诉讼，也可以在违反管辖等情况下将案件移送其他有管辖权的法院审理。

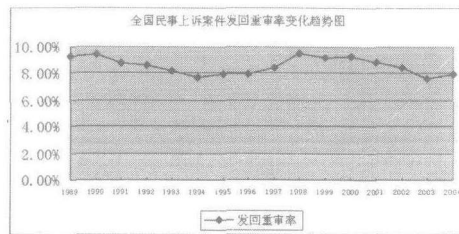
发回重审涉及到两对理论范畴，即诉讼公正与诉讼效益、实体公正与程序公正。前一个问题的关键是，发回重审制度设计既要维护程序公正价值所包含的法官中立、当事人平等、程序参与、程序公开等原则，又要避免诉讼成本加大、诉讼周期延长等负面效应。后一对范畴的实质，则在于如何通过发回重审来消解诉讼程序和认定事实方面的重大瑕疵，以换取更加公正的诉讼结果。在刑事诉讼中，发回重审的设计应以确保正义、保障人权为前提；而在民事诉讼程序中，发回重审的效率价值则应得到更多的重视，否则将产生不合理的重复审判，发生诉讼成本大、周期长、效率低、无益于当事人程序利益保护的负面效应。

一、透过发回重审率的观察

发回重审率，即上诉法院在特定年度中发回重审结案的案件数量占该院当年二审全部结案数量的百分比。在一定程度上，发回重审率的高或低，既可以反映一审民事案件的总体质量，也可以反

* 王福华，上海交通大学法学院教授；融天明，上海交通大学法学院硕士研究生。

映二审法院的结案结构。透过数字,我们还可以进一步观察到审级制度存在的问题、上下级法院之间的关系以及民事诉讼一、二审程序运作的特点。由于难以掌握全国各法院民事二审案件的司法统计数字,笔者只能对最高人民法院以及部分中、高级法院公开的工作报告、司法统计信息加以分析、处理,^[1]我们发现,发回重审率的变化并不是线性的,而是呈阶段性地升降(如下图1)。



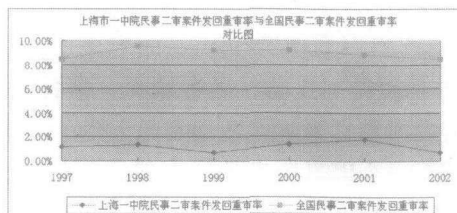
如果将这种波形的变化与相应年份诉讼法律制度本身的变迁进行对比,可以得出结论,影响民事上诉案件发回重审率变化的主要因素来源于法律制度本身,包括严格限定发回重审条件和加强对法官审判责任的监督。图1展示出,自我国民事审判方式改革以来,发回重审率的基本发展可明显地分为四个阶段:第一阶段为1989—1991年,发回重审率均接近或超过9%,最高达9.39%,这虽和当时法官业务水平有限有关,但主要原因还是在于1982年制定的民事诉讼法(试行)采取的复审制模式,且其对发回重审制度的规定极其粗略;第二阶段为1991—1995年,上诉案件发回重审率开始持续下降,这显然是因为现行民事诉讼法及相关司法解释对发回重审的条件做了较旧法更为详细、严格的规定;第三阶段为1995—2001年,民事上诉案件发回重审率出现反弹,至1998年升至峰值,这一现象与这一时期各地方人大或高院相继制定错案责任追究制有关规范有密切联系。^[2]在1998年最高人民法院出台《人民法院审判人员违法审判责任追究办法(试行)》后,各地方法院相继在考核办法中将发回重审的案件也作为可能的错案进行审查,从而使发回重审率出现轻微下滑;第四阶段为2001年至今,发回重审率又持续以较大幅度下降,主要原因在于,最高人民法院于2002年颁布实施了《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》,针对案件发回重审、经原审法院审理后又上诉、再发回,从而形成“循环诉讼”的情况,明确规定,“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,只能发回重审一次。第一审人民法院重审后,第二审人民法院认为原判决认定事实仍有错误,或者原判决认定事实不清、证据不足的,应当查清事实后依法改判。”这一规定使一个上诉案件不可再次发回重审,从而降低了发回重审率。同时,最高人民法院于2002年实施的另一重要司法解释《关于民事诉讼证据的若干规定》,改变了以往的“证据随时提出主义”,对于二审提出的新证据认定规定了严格的条件,从而使一部分案件由于证据问题被驳回上诉而不是发回重审,这也使发回重审率大大降低。

以下图2为上海市第一中级人民法院1997—2002年民事上诉案件的发回重审率,将其与全国民事上诉案件发回重审率变化趋势相对比可看到,除个别年份外两者趋势基本相同,这说明它们受到相同因素的影响。

限于条件制约,笔者难以对所有中、高级法院的二审结案情况做通盘的分析对比,也不能准确地把握全国各省、直辖市、自治区之间在发回重审方面的差异,但上述这些有限的信息仍可能有助于我们澄清以下有关发回重审的理论误区。

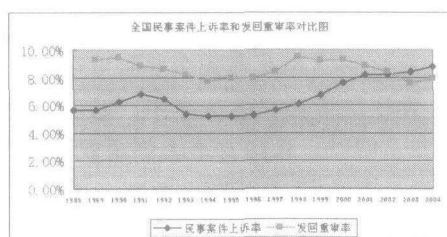
[1] 相关数据来源于1988—2005年中国法律年鉴,具体数据见本文后附表一。

[2] 1993年11月14日通过的《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》确定要建立对执法违法的追究制和赔偿制后,各省、自治区、直辖市的人大及高级法院纷纷制定地方性法规或系统内部规范来贯彻这一文件精神,1995—1998年间错案责任追究制在全国范围内全面推行。



第一个误区是主流观点认为一审法院受案数量的增加带来的审判压力，导致了一审民事案件质量降低，从而导致发回重审率的持续畸高。其实，发回重审与一审法院的审判压力并无直接联系，就一个地区而言，一、二审案件的多寡对发回重审率并无绝对性影响。东部发达地区一审案件数量大、法官人均办案数量多，但也没有因此导致更多的发回重审；西部地区案件数量少、法官人均办案少，但被发回重审的案件却相对高些。事实是，东部沿海地区和中西部地区的中级法院在适用发回重审方面呈现出梯度分布态势。位于东部发达地区的上海市，2001年高、中两级法院的二审案件发回重审率仅为1.29%，且近两年来发回重审率均低于2%；^{〔3〕}广州市中级法院民一庭2003-2004年5月间发回重审92件，仅占全部审结二审民事案件6389件的1.4%。而地处西部的青海省，其2000年的发回重审率则高达13.54%；同一年，受理二审案件居全国之冠的山东省二审民事案件的发回重审率则接近全国的平均值，为6.74%。

不过在数据分析中我们仍然发现，上诉率与发回重审率之间还是有一定联系的，虽然这种联系并不能绝对化。我国一审民事裁判的上诉率较高，近年来增幅保持在10%左右。上诉案件数量多，二审法院审判压力大，确是促使其频繁使用发回重审结案的原因之一。通过对图3全国发回重审率和上诉率的数据对比分析不难发现，在很多年份中，两者发展趋势基本平行，这说明上诉率的变化对于发回重审率的变化有很大影响，基本上呈现出一种正比例关系；这一态势持续到2001年，随后上诉率攀升而发回重审率反而下降，两个数据的反比例关系应该说是一种积极的变化。当然，影响两者的变量是不同的，两者变化趋势也不可能完全一致；在决定发回重审率变化的变量中，上诉率只能是其中一个因素，而这个因素所起作用还要取决于其他因素所起作用的强弱。



第二个误区认为一审法官素质不足以适应审判需要，由此导致了被发回重审的案件过多。确实，我国多数一审法院法官的知识、能力和品格，距离一个理想的初审法官标准尚有不小的差距。同时，专门从事审判的一线法官的短缺也使程序瑕疵得以滋生，以浙江某基层法院为例，1995-2004十年间案件数量增长118%，而同期该院法官人数增长幅度仅为28.9%，基层法院专业人才的选择和补充显露出捉襟见肘的窘态。^{〔4〕}一审法官在质与量两方面存在的问题导致了一审案件上诉数量以及发回重审率的不合理升高。西部某县法院在其近三年被发回重审的69件民事案件中，

〔3〕 据统计，近几年上海市基层法院民事法官人均年办案220件左右。在2004年上海市高、中级法院审结的1.74万件二审案件中，改判和发回重审的仅占1164件，改判发回率为6.7%，2005年该市审结1.91万件二审案件，其中改判、发回重审1309件，改判发回率为6.8%。参见滕一龙：《上海市高级人民法院工作报告》，《解放日报》2006年1月25日。

〔4〕 参见韩忠江：《关于基层法院法官断层问题的调查》，中国法院网 <http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=192017>，最后访问时间：2006年8月1日。

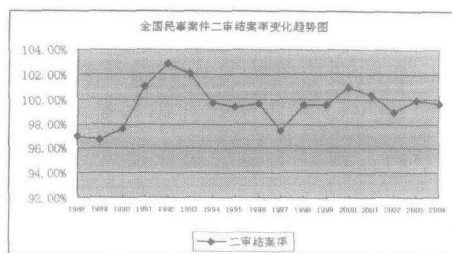
因认定事实错误被发回重审的案件共7件,占发回重审案件总数的10%;因事实不清、证据不足被发回重审的案件共37件,占发回重审案件的54%;因程序违法被发回重审的案件共25件,高达36%。显然,如果一审法官的素质得到提高,定会减少一审民事案件的上诉以及二审法院的改判和发回重审。但还应注意,发回重审的过多适用实际上是一个由一、二审法院共同决定的双向问题,并非单由一审案件质量低下一个因素所导致。中部地区某基层法院2004年的统计表明,在上诉案件被发回重审后,原审法院重新做出的判决完全否定原审判决的仅占13%,其余87%是以做出与原一审判决相同之判决或者以调解、撤诉等方式结案的。发回重审再次判决较高的相似性在一定程度上说明,二审法院决定发回重审的过程缺少必要的制约,可能存在着滥用的情况。

二、发回重审的理由与二审法官的自由裁量权

从现行民事诉讼法有关发回重审适用条件的规定来看,发回重审适用于两种情况:一是第二审人民法院认为原审判决认定事实错误,或认定事实不清、证据不足的;二是第二审人民法院认为原审判决违反法定程序,可能影响案件正确判决的。不难看出,这些规定宽泛而且含糊,为二审法院滥用发回重审留下了余地。此外,民事上诉案件审理方式的“不纯粹性”也赋予了二审法院程序上过大的自由裁量权,为滥用发回重审提供了合适的程序。一般认为,1991年修改的现行民事诉讼法确立了续审制的模式,但如仔细分析,我国的二审审理方式与典型的续审制尚存在不小的差距,只能称之为“不纯粹的续审制”。因为在审理方式上实行续审制的国家基本规定的是开庭审理,而我国却在开庭审理之外,还规定了径行裁判的审理方式。尽管理论界一般认为这种方式不同于书面审理,因为除了阅卷之外,还要询问当事人,进行必要的调查,但这种方式的审理中没有辩论,法官做出裁判的基础基本是原审法院报送的案卷材料,还是具有浓厚的书面审理色彩。从形式上看,这种审理方式与英美国家事后审查制有相似之处,但事后审查制却是建立在以独特而有效的证据开示程序、对抗制为核心的一审基础之上的。虽然没有数据表明在径行裁判的结果中,发回重审之裁定占了多大比率,但是这个比值肯定维持在较高的水平。

在我国民事诉讼实践中,二审法官是自行改判还是发回重审,往往取决于法官自己的积案压力、案件受外界干预的程度和法官对此干预的驾驭能力以及法官自己希望掌握终审权的主观愿望等等。^[5]所以,在自由裁量权的掩盖之下,存在着诸多发回重审的法外“潜理由”:

1. 提高年度结案率的考虑。在法院考核评估体系中,结案率是上级法院考核下级法院,法院内部考核审判庭和法官的重要指标,所以,从法官个人到法院都高度重视这个指标。在这样的制度背景下,法官往往会将一些在本统计年度中难以做出判断的案件发回重审,从而提高自己的结案率。这样一种功利主义倾向的必然结果是把一些应由二审法院审理判决的案件踢回了原审法院。对此,我们可以从图4呈现的司法数据中得到一些印证。



[5] 参见江伟主编:《民事诉讼法专论》,中国人民大学出版社2005年版,第405页。

2003年上半年全国民事二审案件结案154224件,其中发回重审11488件,发回率为7.4%,2003年全年民事二审案件结案370770件,发回重审28268件,可以计算出下半年发回率为7.7%,下半年发回率显然高于上半年。^[6]从一些地方法院的统计数据中,也可以证明这种倾向的存在。例如,上海市第一中级人民法院2000年上半年民商经济案件二审结案共2872件,发回重审计34件;全年民商经济案件二审结案5469件,发回重审75件,可以计算出下半年发回率为1.45%,上半年发回率为1.18%;在2001年上半年,民事(不包括经济案件)结案1569件,发回重审19件,发回率为1.2%,下半年民事(不包括经济案件)结案2188件,发回重审44件,发回率为2%,下半年发回率均高于上半年。^[7]虽然直接对比图4二审结案率变化趋势和图1发回重审率变化趋势来看,两者之间似乎很难说有联系,但是考虑到二审结案方式的多样化,以及我国审判政策和实践历来重调解、动员撤诉等情况,这种不一致是可以理解的。上述这些数据,就暗示了本因素影响的普遍存在。

2. 法官将一些疑难案件发回重审,避免自己承担错案追究责任。如前所述,在1995—1998年间,很多地方人大或高院相继出台了关于司法机关的错案责任追究制,如1997《海南省各级人民法院、人民检察院、公安机关错案责任追究条例》、1997《河北省错案和执法过错责任追究条例》、1997《江西省司法机关错案责任追究条例》、1996《陕西省各级人民法院、人民检察院、公安机关错案责任追究条例》、1995《上海法院系统错案责任追究办法(试行)》等。这些规定不啻于悬挂在法官头顶之上的达摩克里斯之剑,加之当时有关错案判断标准的规定并不十分明确,^[8]这使得法官在面对一些自己拿不准,又有可能承担错案责任的案件时,往往有发回重审的潜在动机。通过数据我们可以发现,在1995年后,发回重审率突然从7.95%持续攀高到1998年的9.51%,错案责任追究制的存在似乎是解释这种现象的合理理由之一。然而,为减轻审判责任负荷而选择发回重审,实质上是二审法院在变相的拒绝裁判。

3. 在一审判决确实可能存在问题时,将案件发回重审而不改判,有利于维持法官之间的良好关系。发回重审和改判是上诉法院对下级法院裁判进行监督的两种方式,但是,这两种结案方式对于处理上下级法官之间的关系却有着微妙的区别。从1995—1998年出台的一系列关于错案追究的地方性法规来看,对错案的认定往往以原判决是否被改判或原裁定是否被撤销为标准,而没有将发回重审作为错案判断标准来认定,因此,将上诉案件发回重审是一种比较温和的方式。1998年后,最高人民法院出台《人民法院审判人员违法审判责任追究办法(试行)》,对错案认定标准进行了规范,^[9]各地方法院相继制订的考核办法也将发回重审的案件作为可能的错案处理进行审查。在这种情况下,发回和改判均须由原审法院审判委员会审查是否为错案,以确定原审法官是否承担错案责任,上级法官似乎不用再考虑下级法官的错案责任而做出改判了,但在很多时候,上级法官仍会选择发回重审,从心理上,这在很大程度上仍是照顾了下级法官的面子。

4. 法官的博弈选择。法官独立审判,至少就目前中国而言,很多情况下还是处于理想状态。在案件上诉之后,一方当事人或双方当事人往往会采取某种手段、通过某种渠道给法官施加压力;而我国目前地方法院与地方国家机关的关系、法院管理体制以及中国“人情社会”的特点往往会使这种压力和影响可以比较容易地获得成功。同时,当事人也往往会运用利益诱惑说服法官,希望法

[6] 数据来源于2004年法律年鉴和《2003年上半年全国司法统计数据公报》,载《最高人民法院公报》2003年第4期。

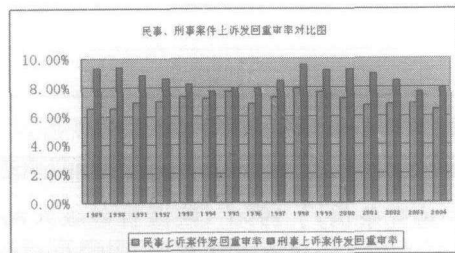
[7] 数据来源于2001年和2002年《上海市第一中级人民法院年鉴》,上海图书馆馆藏资料。

[8] 例如,山西省高院把错案界定为“审判人员在审理案件过程中,违反实体法和程序法,致使案件出现明显错误或造成不良影响,应由审判人员承担责任的案件”。参见王晨光:《法律运行的不确定性与“错案追究制”的误区》,《法学》1997年第3期。

[9] 该办法规定,判断是否为错案,不以判决是否被改判或裁定是否被撤销等为标准,而代之以实质性判断,即是否有失职、违法行为。

律的天平向自己一方倾斜。“总之，只要同时存在权力和裁量，审判也和其他政策决策机关一样，不得不卷入各种利害关系错综复杂的对立的旋涡之中”。^[10]在这种情况下，法官的最佳选择当然是发回重审，因为这样可以使自己担当的风险降到最低。

为增强这个论断的说服力，我们可以将民事案件上诉发回重审率和刑事案件上诉发回重审率做一比较。因为在刑事诉讼中，由于有公安机关侦查权和检察机关检察权的制约及相关利害关系人的监督，影响法官做出决定的外在因素所起的作用要少得多，所以刑事上诉案件发回重审率在理论上应低于民事案件。而图5，1989—2004年的司法统计数据表明，各年度民事上诉结案发回重审率的确均高于刑事上诉结案发回重审率，这从反面说明，在民事案件上诉审中，法官更易于采用发回重审方式来应对审判外因素的干预。



上述分析表明，在民事诉讼实践中影响法官做出发回重审决定的，绝不仅仅是法律上事由的考虑，而是多种因素交织的结果。我国现行民事诉讼法关于发回重审的不尽系统、完善的规定难以消解上述“潜理由”的作用，造成了我国发回重审率长期的居高不下。

此外，我们通常会认为法院的级别越高，法官素质也越高，影响法官的外在因素会越少，所以促使法官滥用发回重审裁量权的情况会较少，发回重审率也会较低。但是，笔者对《最高人民法院公报》公布的2004至2005年（截至到10月）最高法院二审审结的案件情况进行了专门统计，发现情况并非如此。近几年来，最高人民法院每年审结的二民事案件一直在四百件左右，^[11]二审发回重审率2004年为10%，2005年为9.74%，高出全国地方法院平均发回重审率2~3个百分点，高出一些东部大城市中级法院6~7个百分点，这意味着每十个上诉到最高法院的案件当中就有一个是以发回重审方式结案的。对此的一个合理的解释是，最高法院对案件的慎重态度起了至关重要的作用，而非由一审案件质量低下所致。因为在最高人民法院发回重审的案件中，来自某些法官素质较高的高级法院的一审案件也为数不少；而且上诉到最高法院的二民事案件大多都是诉讼标的的大、争讼方为法人或其他组织的合同纠纷，这些纠纷大多交易规范并留有很多书证，所以在事实认定和适用法律方面的难度并不比地方法院二审的婚姻家庭、合同、权属及侵权类纠纷的难度更大；同时这些案件的一审裁判是由法官素质相对较高的高级人民法院做出的，争议双方的诉讼行为几乎都有律师代理，诉讼行为方面的重大瑕疵较少；况且，最高人民法院还可以通过控制级别管辖进而实现自我调控收案，1999年4月9日发布的《关于各高级人民法院受理第一审民事、经济纠纷案件问题的通知》，通过规定各高级人民法院受理案件的金额和案件数量，借以减缓最高法院自身在二民事案件方面的业务压力。尽管如此，与地方法院二审结案结构相比，最高法院的二审结案仍然呈现出发回率高、改判率高、调解撤诉率高的特点，这三个指标甚至高出地方法院（尤其是案件数量多、审判压力大的东部发达地区的中级法院）不少。这揭示出，我国民事诉讼中畸高的发回重审率仅仅是问题的表象，问题的产生有着深刻的体制性根源，即审级制度本身的不合理带来

[10] [日] 棚濑孝雄：《纠纷的解决和审判制度》，王亚新译，中国政法大学出版社2004年版，第163页。

[11] 这一数字意味着，最高人民法院每年审理的二民事案件数量尚不及我国东部地区一个普通中级法院受理二审案件的1/4，不及日本最高法院受理的上告民事案件的1/10。

的法院职能模糊问题。最高人民法院的权力制约和政策制定功能偏弱，其纠纷解决功能又侧重于事实的认定，而在法律问题上相对较弱。所以，要想解决最高法院发回重审中存在的问题，恐怕要对其上诉功能和审判角色予以重新定位，使其成为纯粹的上诉法院，将审理民事案件的范围限于法律问题，而不是重新认定案件事实。

三、二审法院在发回重审中的责任

（一）发回重审要解决的问题

基于诉讼公正和效率的价值追求，各国上诉法院适用发回重审一般要满足以下要件：（1）原审法院在审理程序或者事实认定方面存在重大的瑕疵；（2）该重大的瑕疵无法由第二审法院直接弥补或矫正；（3）通过发回重审达到维护当事人利益和司法统一的目的。

在英美法系国家，民事上诉中发回重审的适用主要解决的是法律问题或者与法律相关的事实和程序问题。在美国，“上诉审查一般只限于程序方面和法律解释方面的问题。当上诉法院发现初审法院有错并影响到案件最终结果时，上诉法院的做法是，连同自己在法律上的意见将案件发回初审法院重审，而不是自己重新对事实进行认定。”^{〔12〕}在英国，发回重审也指向陪审团认定事实的情况，基于初审程序中法官对陪审团指示不当、不恰当的采信或拒绝证据、不恰当的撤回向陪审团提出的问题、不合法的陪审团决定等理由，上诉法院可以命令重新审理案件。在英美，上诉法院直接改判的情况较为罕见，而维持原判或发回重审占了绝大多数。

大陆法系国家在上诉结案方式上则有所不同，由于上诉审既是法律审也是事实审，上诉法院完全可以不经发回而直接改判。德国民事诉讼法第540条规定，即使存在依法应当发回第一审法院重审的事由，第二审法院认为适当的，也可以不发回而自为裁判。显然，在适用发回重审的问题上，大陆法系的上诉法官有着较大的裁量权。两大法系国家发回重审适用的分野，是由上诉审理的对象不同造成的。在英美国家，撤销原判发回重审的适用主要限定于法律上的争执，而不能任意扩大使用，否则就会造成诉讼不利益，由此导致的结果是，依据程序性或实质性错误而撤销原判是少见的。而存在法律争执，包括程序的或实体的，才是上诉审可能撤销原判的必要成份。^{〔13〕}

域外上诉审法院采用法律审或事实上的法律审，体现的是上诉审法官对初审法官在事实争议上的知识和判断的制度性尊重。因为一审法官亲历了整理争论点、公平听取各方意见以及审理的全部过程，因此对一审判决应尽量予以维护，这要求上级法院首先应高度尊重下级法院的判断。即使有时上级法院在法律争议上推翻了下级法院的判决，也并不是因为下级法院的思考、推理或解释是错误的，而仅仅是为了保持法律的其他一些形式价值，如法律的稳定性或法律的普遍性或协调各个管辖区之间的法律规则的冲突等；即使有时初审法官的思考、解释或推理有错，上诉审法院法官也会承认其思路的贡献（至少使得上诉审法官不重复这种错误），^{〔14〕}而不是以二审结果为依据去追究一审法官的审判责任。因此，将发回重审的事由限定于法律问题，或者与法律问题紧密相关的主要事实和程序问题，对我国发回重审制度的合理化构建是有一定的借鉴意义的。

（二）发回重审与两审法官之间的关系

一个不争的事实是，我国二审法院的审理结果对一审法官来讲是一个业务指挥棒，在现行审判业务考核、评价和升迁标准下，一审法官更关心如何在指挥棒指引下办案，从而减少改判率和发回重审率。同样，最高人民法院的管理和监督也格外强调发回重审对于衡量案件质量的意义，其于

〔12〕 宋冰主编：《读本：美国和德国的司法制度及司法程序》，中国政法大学出版社1998年版，第412页。

〔13〕 参见「美」彼得·G·伦斯特洛姆：《美国法律辞典》，贺卫方等译，中国政法大学出版社1998年版，第307页。

〔14〕 参见苏力：《送法下乡》，中国政法大学出版社2000年版，第170页。

2004年在全国范围内推行了案件质量管理制度, 特别强调对发回重审、改判等案件进行有针对性的重点评查。这样的考核体制, 势必使一审法官在纠纷解决中极力与上级法院的判断保持一致, 而不是追求独立的合理判断。这说明, 按照行政化原理设置的发回重审制度, 在运作中必然凸现出行政化色彩。

发回重审中存在的行政化倾向使一、二审法院之间的审级职能更加模糊。我国每一级法院、每一级程序都追求同一个目标, 即个案的实质公正; 当事人在不同审级享有几乎完全相同的程序权利; 每一级法院、每一级程序都有权全面审理事实问题和法律问题。^[15] 一审和二审法官的地位、心理感受和审判压力深受行政化司法环境的影响, 二审法官的优越感强烈, 且在决定发回重审时常常会不恰当地利用等级制的影响。以审判监督为目标设置的发回重审制度反过来又强化了行政化的法院体制, 具体表现为: (1) 发回重审成为法院自上而下进行业务管理的重要指标, 即法院的审判责任追究制度以及法官的考核制度, 强化了二审判决在法院内部管理中的绝对作用, 一审法官被置于官僚等级的环境之中。(2) 由发回重审导致的上下级法院之间的协商与沟通消弭了审级功能。为避免自己的案子被过多地发回重审, 一审法官便要同二审法官以及上级法院保持良好的合作关系, 一、二审法官的诉讼外沟通由此在我国的上诉程序中被赋予了特别重要的意义。在二审程序进行中, 一审法官会极力就判决的正当性、合法性说服二审法官, 以避免二审法院将案件发回重审; 而二审法官在认为有必要发回重审时也会为求得一审法官的理解, 而与原审法官做出特别的沟通。

就程序运作来讲, 两个审级实际上是两个迥异的审判程序, 无论在诉讼目的还是在法官、程序运作方面都有着不小的差异, 从其社会功能来讲, 一个侧重于规则之治, 一个侧重于纠纷解决, 因此上诉法院与审判法院所需要、强调和产出的知识也应有很大差异,^[16] 这要求两个程序运作结果的判决应相互尊重。因此, 以终审结果作为一审法院判断案件质量的标准是不妥的, 以发回重审作为一审承办法官审判业绩评判的做法更是与诉讼机理南辕北辙。这样看来, 二审法院对于正确适用发回重审制度负有特别的责任。

当然, 发回重审审级功能的体现不仅取决于一二审法院之间关系的正确处理, 从而将上级法院的审判监督纳入到消极、正当的轨道, 也取决于能否将多种合理要素注入于民事诉讼立法与司法之中。包括: (1) 尽量将优秀的法官配置到一审法院, 以提高一审裁判的质量。如日本的诉讼实践中, 优秀的法官多留在第二审, 第二审的水准提高, (第三审) 维持率就提高。^[17] 由于我国不实行三审制, 就可以将优质的审判资源下放到基层法院、中级法院, 收到减少发回重审的功效。(2) 提高律师水准。域外的经验告诉我们, 如果律师准入标准和业务水平能够提高, 并强化对律师的管理、监督和惩戒力度, 一审民事案件的质量就会相应提高, 减少上诉案件的数量, 即便上诉, 案件维持原判的可能性也会大为增加, 发回重审的比例则会随之下降。否则具有一流智慧和业务成就的初审法官就必须具有一种能工巧匠对待粗糙作品的耐心, 期望拙劣的律师能够完成好自己的工作。^[18]

(三) 发回重审裁判的拘束力

发回重审的拘束力, 包括如何确定原审判决及发回重审裁定(发回重审判决、命令、意见)两个方面的效力。对于原审判决的效力, 一般的做法是上诉法院做出重审决定, 并废弃或撤销原审判决, 下级法院受该上诉裁决的约束。我国民事诉讼法规定的则是裁定撤销原判, 发回重审, 在立法中明确废弃了原审判决的效力。

[15] 参见傅郁林:《审级制度的构建原理》, 载江伟主编:《比较民事诉讼法国际研讨会论文集》, 中国政法大学出版社2004年版, 第217页。

[16] 参见前引[14], 苏力书, 第148页。

[17] 参见陈计男:《民事第三审上诉制度之检讨》, 载《民事诉讼法之研讨》第1册, 台湾三民书局1986年版, 第70页。

[18] 参见前引[12], 宋冰主编书, 第436页。

发回重审裁定（多数国家使用判决或命令）的效力相对复杂些。通常认为，初审法院和上诉法院均应受到发回重审裁判的拘束。德国发回重审制度就涵盖了这两方面的效力，一是原审法院（初审法院或控诉审法院）受作为撤销理由的法律判断的拘束，二是上诉审（包括控诉审和上告审法院）也要受在发回判决中表达的法律观点的约束。不过，如法律观点在此期间发生改变，该拘束力也就取消。^[19]但在我国，发回重审查裁定的效力却是单向的，即发回重审只对一审法院有约束力。法律赋予二审法院根据自己调查的事实改判或发回重审的裁量权，既不受来自诉讼程序之内当事人处分权的控制，也不受来自审级制度之内的职能分层的控制。在这种状态中，客观上容易造成权力滥用和错误频生，在感觉上也容易导致不信任感而影响司法的正当性。^[20]质言之，我国承担着审判监督职能的二审法院，在发回重审权的行使上处于监管缺失状态。二审法院决定发回重审时，除做出送达给当事人的裁定外，还要向原审法院发出“重审意见函”，这种文书却只对原审法院有效而对自己则无约束力；向当事人送达的发回重审查裁定内容简单而含混，使当事人无从得知发回重审的具体理由。所以，制约二审法官滥用发回重审应当是问题的重点，一审法院对发回重审的反思并不能取代二审法官的自省。

当前，人们往往更信任二审法院，而对一审法官既持有严苛的评价态度，也抱有不切实际的期待，既在整体上期待着一审法官能够在解释和理解法律的方式上与二审法院保持一致，使一审法官的判断能够经历二审的验证（这甚至被看作是检验一审判决的唯一标准）；又期待二审法官能够抓住一审法官对事实和法律的错误理解并加以纠正。这样，发回重审对于上诉人就有着很强的心理暗示作用，意味着原审法院的裁判存在着严重的瑕疵，或者印证了当事人自己在原审程序中受到了不太公正的待遇的感受（尽管大多数情形可能并非如此）。进一步，由于发回重审查裁定中并不说理，法官不会就发回重审问题向当事人进行必要的释明，也不会公开其发回重审的心证，由此在二审法院和当事人之间造成较严重的信息不对称，使得当事人、有时甚至包括重审合议庭都不了解二审法院的意见，因而极容易刺激再次上诉。更严重的是，通过某些司法程序的设置，事实问题被重复审理后每一次结论都不相同，动摇了当事人对司法的信任或使当事人产生侥幸心理，因而也容易引起再审。^[21]这一方面耗费了国家有限的司法资源，另一方面让当事人支付了更多的诉讼成本，与我国制定发回重审制度的初衷显然是相悖的。

四、发回重审与当事人程序利益的保护

发回重审的滥用不但耗费了法院的审判资源，也浪费了当事人的劳力、时间及费用，危及到当事人的程序利益。而且，案件被发回重审后其审理的难度反而加大了，除去当事人对程序的信赖感下降之外，由于时间的流逝，当事人对案件事实回忆的可靠性也随之降低，原本就不愿出庭作证的证人在重审过程中更不愿意再次作证。所以，将发回重审限定在合理的限度内，对重审的事由给予必要的限定是使其合理化的关键。其背后的政策基础在于，发回重审的立法设计以及程序运作都应考虑对当事人程序主体地位及其程序利益的尊重，不能在程序或事实纠偏的口号下使当事人沦为循环审判游戏中的牺牲者。笔者认为，合理的发回重审应当遵循无害性原则、终局性原则，并以保障当事人的辩论权、处分权为主旨。

（一）发回重审与无害性原则

[19] 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，第314页。

[20] 参见前引[15]，傅郁林文，第218页。

[21] 参见前引[5]，江伟主编书，第405页。

并非所有的程序瑕疵都有必要通过发回重审来加以矫正,其中的机理正如迈克尔·D·贝勒斯所言:“程序不公平并不必定导致错误的结果。因而有人会怀疑,如果并无错误,基于程序理由而撤销判决究竟合不合理。因程序错误而败诉的当事人可能会认为,程序错误影响其获得有利结果的机会。对这类错误提出上诉的机会可能有助于从心理和行动上解决争执。但由于重新审判直接成本不小,所以如果上诉法院认为程序错误不影响结果——是一种无害的错误,则有权维持原判”。^[22]美国民事诉讼实践中,对于发回重审的适用持极其审慎的态度,无害错误(harmless error)原则是法院决定发回重审时必须考虑的问题,意在避免那些耗费成本却不产生收益的发回重审。大陆法系国家虽没有无害性原则,但也以程序瑕疵的重大程度作为发回重审的依据。例如在德国,控诉法院发回重审的基本依据是相关判决违反诉讼法,但这种违反必须达到一定的程度,即一审的审理在诉讼程序上有重大欠缺时,控诉法院方可撤销一审判决发回重审。

在我国民事诉讼实践中,强调二审法院按照法律规定的操作规程进行审判。应该说,按照法定的时间、地点、方式要求进行审理是必要的;但并非任何一个诉讼流程中出现瑕疵,都达到了需要重审的程度。例如,适用简易程序审理的案件,一审法院未能在三个月内审结而没有转为普通程序,这种情况虽然程序违法但却未必至于要以发回重审来解决。从无害性原则出发,在我国民事诉讼中也应确定,对于第一审程序中不存在重大瑕疵的,在不损害当事人审级利益的前提下,二审法院应直接做出终审裁判。在现阶段,保留限制发回重审次数的规定对于防止二审法院滥用发回重审权是十分必要的,有助于防止发回重审的极端化适用,并有益于对当事人程序利益的保护。

(二) 发回重审与辩论原则

两大法系国家的民事诉讼中,避免对当事人辩论权的限制或剥夺均是上诉法院撤销原判发回重审的重要根据。对此情形发回重审的必要性在于,如果当事人不能向法庭提出自己的主张和证据,不能与其他各方及法官展开有意义的辩论、证明和说服,就会产生强烈的不公正感。^[23]大陆法系国家通过发回重审保护民事诉讼当事人的辩论权具体有三种做法:(1)如果控诉法院认为有进行辩论的必要时,可将案件发回重审。例如一审判决只对诉讼能否成立进行裁判,而没有对案件实体本身进行裁判。日本民事诉讼法第307条、308条1项就有类似规定,在案件勿需进行辩论时,控诉法院可直接裁判;如有进一步辩论的需要,准许将该案件发回一审法院重审。(2)违反辩论主义做出的裁判。例如,如果当事人没有提出主张,法院却加以斟酌认定事实的话,上诉法院就可以发回重审;当事人对事实的陈述有瑕疵时也是如此。(3)初审法院怠于行使阐明义务。一审法官严重违反阐明义务,会被二审法院认为是重大程序瑕疵,即便当事人放弃责问权,二审法院仍然可以把案件发回重审。此外,对被告辩论权利的保障也是适用发回重审的重要根据。美国民事诉讼法就强调,如果被告没有答辩,且法院做出缺席判决后被告也没有上诉,上诉法院在原告上诉后有权将该案发回重审并允许被告答辩。同样,在德国,如果一审判决是在当事人一方没有出庭的情况下做出的,控诉审法院认为有必要再经过辩论程序时,就可以发回重审。^[24]

我国司法解释就违反法定程序可能影响案件公正审理的情形规定了四种情况:(1)审理本案的审判人员、书记员应当回避而未回避的;(2)未经开庭审理而做出判决的;(3)适用简易程序审理的案件当事人未经传票传唤缺席判决的;(4)其他严重违反法定程序的。除第一种情形外,也都是基于对当事人辩论权的保障而设置的规定,意图通过发回重审保障当事人再次行使辩论权,藉此推动诉讼程序展开,查明案件真实,并促使法官保持中立裁判,维护程序公正。

[22] [美] 迈克尔·D·贝勒斯:《法律的原则——一个规范的分析》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第78页。

[23] 参见孙笑侠:《程序的法理》,商务印书馆2005年版,第107页。

[24] 参见前引[19],汉斯-约阿希姆·穆泽拉克书,第315页。

(三) 发回重审与处分原则

在合理的限度内,当事人对民事诉讼程序的运作应当享有支配权。所以在发回重审上也应体现当事人的处分权,其基本的依据在于:(1)发回重审制度应当是对法院违反义务的制裁,而非对当事人的制裁;(2)当事人关心的往往是诉讼的结果,为避免不必要的重审他们宁愿自我让渡一些无关紧要的诉讼权利,而使实体上的权益能够尽快实现。对于一些程序违法的案件,大多数当事人是希望二审法院能够审查上诉案件的实体处理是否有缺陷,从而使实体权利得到实现,而不是希望二审法院审查程序问题,在程序问题上纠缠不清。由法官不当的诉讼行为导致的一般程序瑕疵,却要让当事人来承受重复诉讼的后果,这对当事人来讲显然是不公平的。

换言之,当事人可以以自己的诉讼行为(包括不作为)对法院的发回重审形成制约,如放弃责问权就是一种处分诉讼权利的方式,即在诉讼法上的程序规定完全只是为当事者的利益而不牵涉公益的情况下,因发生了违反该规定的行为或事态而使一方或双方当事者蒙受不利时,当事者如果不立即指出此违法行为并要求纠正的话,以后就不得重新提出该事实来进行争议。^[25]这意味着在诉讼主体违反有关诉讼程序规定时,当事人也被赋予了监督程序合法进行的权利,当事人有权通过放弃行使责问权而使带有一般性瑕疵的程序操作得以正当化。赋予当事人以这一权利的必要性在于:虽然法官负有纠正一般性程序瑕疵的责任,但如果遭受程序不利益的当事人自己不追究的话,法官再予纠正就会造成诉讼的延宕和程序的不安定。例如法院的庭审笔录有误写、法院未按照民事诉讼法确定的方式送达时,如果当事人本人在当时没有提出明确的异议,事后他也就无权再提出诉讼行为无效的异议。对一般程序违法但实体处理正确的案件,当事人有权选择适用二审程序审理还是发回一审法院重审,这样,就将决定权交给了当事人。当然,放弃责问权仅限于一般的、与私益相关的程序事项,如果程序瑕疵实属重大或涉及公益,即使当事者放弃责问权,法官也必须依据职权纠正,如法官回避、公开审理或者专属管辖等程序事项,当事人就不能以责问权的放弃为由肯定瑕疵程序的效力。^[26]二审法官在上诉审中发现这样严重的程序瑕疵,必须将案件发回重审。

(四) 终局性原则与发回重审

在域外的民事诉讼中,终局性原则是对民事裁判提起上诉的必要条件,相当于我国民事上诉的条件之一——法定的上诉对象必须是是可以上诉的判决和裁定。在英美国家,该规则是一个“在案件的实质方面结束了诉讼,法院除了执行该判决之外已无事可做”的命令。^[27]根据这一规则,只有当特定诉状中所涉及的全部争点在初审法院都最终得到了认定时才可以提起上诉,否则上诉人的上诉就会因为缺乏要件而被驳回。立法上采纳终局性原则的必要性在于合理地追求司法经济和效率,促使上诉人将所有的上诉请求集中到一个上诉程序之中,这比他们分别针对争议多次提出上诉更有效率、更经济,因为每一次上诉都要提出一套诉讼资料、诉讼记录、口头辩论以及上诉理由。大陆法系国家民事上诉制度中则有上诉不可分原则,指的是当事人上诉针对的必须是原判全部,上诉人未做声明不服的部分,因上诉不可分原则也必须随事件一并移送。如德国民事诉讼法规定,一审当事人对请求原因和数额都有争议,但一审判决只对请求原因进行裁判而未对数额的争议进行裁判的情况,都可以适用发回重审来解决。我国澳门地区民事诉讼法也规定,如果终审法院认为事实事宜之范围可以扩大,且应予扩大,以便说明在法律方面之裁判的理由,或仅为在事实方面之裁判出现矛盾,以致不可能做出法律方面裁判时,则发回重审。^[28]

我国民事诉讼法尚没有确定终局性原则或者上诉不可分原则,也不将其视为上诉要件。但在司

[25] 参见[日]谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新等译,中国政法大学出版社1996年版,第103页。

[26] 参见[日]三月章:《日本民事诉讼法》,汪一凡译,台湾五南图书出版公司1997年版,第367页。

[27] [美]杰克·H·弗兰德泰尔、玛丽·K·凯恩、阿瑟·R·米勒:《民事诉讼法》,夏登峻等译,中国政法大学出版社2003年版,第584页。

[28] 参见常怡:《比较民事诉讼法》,中国政法大学出版社2002年版,第651页。

法解释中却有诸多与其异曲同工的规定,例如对于被告提出反诉应审理而未审理的情况,就被视为是程序违法而发回重审。与此类似,最高人民法院《适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第182、183、185条规定,对于一些情况第二审人民法院应当根据当事人自愿的原则进行调解,调解不成的,裁定发回重审,包括:(1)当事人在一审中已经提出的诉讼请求,原审人民法院未做出审理、判决的;(2)必须参加诉讼的当事人在一审中未参加诉讼的;(3)一审判决不准离婚的案件,上诉后,第二审人民法院认为应当判决离婚的。司法解释涉及的上述几种情形其实正是违反了终局性原则或上诉不可分原则,即一审法院没有将纠纷完整地解决,如果将其概括为程序违法是不适当的,会削弱当事人对民事诉讼程序的信赖度。在二审法院层面,终局性原则确定的实际上仅仅是上诉的适格问题,如果缺乏上诉的要件——终局性裁判而导致上诉不成立,因而在调解不成的情况下案件被发回。在我国二审程序中,有必要将上述司法解释零散确定的规定加以提炼,概括出一个上诉终局性原则或者整体性原则,规定为上诉的必要条件,以便在二审进行实体审理前由法官助理进行形式上的审查,如果不符合终局性原则就发回重审,以求得案件在一审程序中得到一体化解决,并避免做出矛盾判决。

综上所述,我国发回重审的现状直观地反映了上诉制度和司法政策中突出存在的行政化症结,不正常的发回重审影响了我国民事诉讼审级功能的发挥。以维护当事人程序利益和“去行政化”为中心的改革,应该能够为上诉制度和发回重审制度的合理化提供一个明确的改革方向。目前,各级法院已经认识到,较高的发回重审率不但给当事人造成讼累,在上下级法院之间制造紧张关系,而且也不当地放大了一审法院的司法腐败现象。所以,近些年来各级法院都在努力降低发回重审率,将其限定在诉讼各方可以接受的限度之内,典型的举措即是最高人民法院2002年发布的《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》。在地方法院层面,一些法院也已经开始对发回重审的适用予以程序规制。如上海市推行一审二审的沟通机制和集体决定原则,拟对案件做发回重审或改判处理的案件,审判长与主审法官应当充分听取一审法院意见,并再次进行评议,按评议结果分别予以处理。合议庭评议后形成一致意见或多数意见主张做发回重审处理的,审判长应提交审判长联席会议讨论。^[29]这些举措都意在通过层层把关降低发回重审的适用率。不可否认,这些对策对于规制二审法院合理适用发回重审有着积极的作用,但这种行政化的手段显然不是解决问题的根本对策。如果不对审级功能进行调整,加强对当事人程序利益的保护,改变法院考核体系,并促使二审法官进行职业伦理自省的话,发回重审制度的正当化无异于缘木求鱼。

附表一:全国民事一审受案量、二审受案量、结案情况统计表^[30]

年份	一审 收案	二审 收案	二审 结案	发回 重审	维持 原判	改判	调解	撤诉	其他
1988	1968745	111872	108470	—	50303	26015	—	—	32152
1989	2511017	141591	136950	12733	64406	32984	—	8341	18486
1990	2444112	151639	148036	13897	67588	37552	—	10403	18596
1991	2448178	166635	168285	14822	79430	42671	—	12254	19081

[29] 参见《上海法院二审民事纠纷案件审判程序指引(试行)》,载上海市律师协会编:《律师业务资料》2005年第3期。

[30] 数据来源于1989—2005各年中国法律年鉴司法统计数据:在2002年前,司法统计数据中民事案件审理情况是对民事、经济、海商案件分别统计,其中1990—1992年对交通运输案件也分别统计,但是它们适用的程序是一样的,所以在制作本统计表遇到这种情况时,把上述案件数量相加而得出有关数据;另外一审和二审的受案量在司法统计数据中有时包括了企业破产案件,虽然企业破产案件不适用普通程序,但是在数据中无法具体排出,同时数量也比较少,对于比率计算的精确性影响有限,所以本统计数据没有将其排除。

民事诉讼发回重审制度之检讨

1992	2599387	168089	172948	14942	79496	39726	20885	12888	2993
1993	2983667	161035	164442	13458	75070	37082	20067	12354	6411
1994	3437465	180269	179687	13909	82334	38737	21172	14822	8910
1995	3997399	209522	208263	16552	92970	45198	24085	17017	12441
1996	4613788	244503	243510	19356	109697	53170	26373	20498	15055
1997	4760928	270595	263664	22224	118871	59015	25504	23819	14656
1998	4830284	295681	294219	27973	134237	64848	24848	26334	15879
1999	5054857	341406	339929	31220	161445	70638	27121	31735	17770
2000	4710102	360071	363522	33607	171903	74928	28435	35181	19468
2001	4615017	376411	377672	33453	184362	75200	28391	36169	20133
2002	4420123	361697	357821	30152	177050	67176	26281	34237	22925
2003	4410236	371323	370770	28268	182664	68347	28359	36170	26962
2004	4332727	378631	377052	29846	180139	63284	30155	40267	33361

附表二：全国刑事二审结案量、发回重审情况统计^[31]

年份	刑事二审结案（件）	刑事发回重审（件）
1989	51294	3344
1990	57048	3730
1991	55817	3869
1992	55579	3897
1993	47602	3520
1994	52579	3810
1995	53942	4140
1996	67087	4614
1997	64548	4716
1998	70767	5603
1999	78803	6026
2000	86619	6227
2001	98157	6587
2002	89440	6114
2003	96797	6633
2004	96204	6198

[31] 数据来源于1989—2005各年中国法律年鉴司法统计数据。

附表三：上海市第一中级人民法院 1997—2002 年民事案件二审结案情况统计表〔32〕

年份	二审 结案	发回 重审	改判	维持	撤诉	调解	其它
1997	4406	51	731	2687	604	285	38
1998	4427	58	522	2659	614	241	59
1999	5269	38	648	3271	581	182	27
2000	5469	75	707	3087	722	272	10
2001	5723	104	531	3138	1086	389	8
2002	9772	67	512	3042	936	360	9

Abstract: The change of the remandment rate of civil appeal cases in China in recent ten years indicates that the application of remandment relates to not only the institutions of legal systems but also the other factors, such as the judicial policies and the quality of the judges. In fact, the appellate court in China often remands cases due to non-legal factors, such as raising the closure rate, avoiding liability for misjudgment, maintaining the good relationships between the appellate courts and the trial courts. In order to restrict the abuse of remandment by the appellate court, several measures should be taken. Firstly, the law should provide that the cause of remandment be confined to the legal issue. Secondly, the appellate court should respect the trial judgment on the basis of due appeal procedure. Thirdly, the remandment decision by the appellate court should bind the court itself. The principles of innocuity, debate, disposition and finality should be taken as the base of remandment, focusing on the protection of the parties' procedural interests.

Key words: remand, the principle of innocuity, the principle of debate, the principle of disposition, the principle of finality.

〔32〕 数据来源于 1998—2003 各年《上海市第一中级人民法院年鉴》，上海市图书馆馆藏资料。