

电子诉讼制度构建的法律基础

王福华*

内容提要：电子诉讼的发展经历了内部电子法院与电子诉讼（外部电子法院）两个阶段。在法本质上，电子诉讼中信息通讯技术的工具性虽然能够满足司法实用主义的需求，但不应在根本上改变诉讼的价值与结构。在立法论上，立法与法律解释构成了电子诉讼制度构建的两个进路，法律解释方法有利于兼顾诉讼法的完整性与开放性，立法路径则要求妥善处理诉讼原则与技术应用之间的关系。在功能论视角，电子诉讼的发展应在诉讼阶段细分的基础上引入相应技术措施，适应不同的程序保障需要；对小额诉讼程序和督促程序则可试行全程化电子诉讼。在技术保障层面，电子法律交往需要法律上的安全性及真实性保障，应通过立法明确技术规制的方法与限度。

关键词：电子诉讼 电子法院 电子法律交往 电子送达 电子提交

十年前，德国学者便预言，电子诉讼将以极不平衡的程度波及法庭诉讼程序，包括诉讼形式、法律人和诉讼当事人的行为方式以及复杂多样的诉前程序、诉中程序和诉后程序。^{〔1〕} 现今这一预测已成现实，无论中外，以书面诉讼资料为载体构建起来的传统民事诉讼制度越来越多地嵌入了信息通讯技术，民事司法的电子化已蔚然成风。当今，诉讼活动的数字化和在线化已经不存在技术上的困难，互联网、网络浏览器和电子邮件的组合成为电子诉讼的标准配置。问题只存在于信息通信技术与诉讼程序在何种程度以及在多大范围上相结合。

迄今为止，中外法学理论界尚未给出电子诉讼的明确定义。一般认为，民事诉讼相对于刑事诉讼与行政诉讼更适宜信息通讯技术的应用，这与民事诉讼活动的协同性、交互性较强有关。相形之下，刑事诉讼的目的在于行使国家刑罚权，行政诉讼的目的在于处理公法上的权利义务关系，两者的程序保障要求显然高于民事诉讼，它们发展电子诉讼的适宜

* 上海财经大学法学院教授。

〔1〕 [德] Peter Gilles:《德国民事诉讼程序电子化及其合法化与“E—民事诉讼法”之特殊规则》，张陈果译，载《民事程序法研究》第3辑，厦门大学出版社2007年版，第308页。

性不及民事诉讼。

即便是民事电子诉讼（e-civil litigation）也有广义与狭义的区别。广义的电子诉讼是虚拟化、数字化与无纸化法院或无纸化诉讼的整合性概念，既包括法院案件管理与司法行政意义上的“内部电子法院”（Internal e-Curia），也包括为法院和当事人之间的法律交往提供服务的“外部电子法院”（External e-Curia）。〔2〕前者集中于法院的信息化建设，包括法院的办公自动化、电子化人力资源管理、电子财务系统、电子公文系统、审判绩效网络评价系统等；后者也称为狭义电子诉讼，主要应用于电子提交诉讼文书、电子送达、视频庭审等诉讼事项，涵盖到起诉、审前准备、庭审等程序环节。〔3〕鉴于电子诉讼并非为展示法院自身形象而存在，法院办公自动化亦非其终极目的，运用现代通讯技术促进诉讼公正与司法效率的实现才是其根本价值，本文的研究仅针对狭义的电子诉讼，亦即外部的电子法院展开。

一、电子诉讼本质论：工具合理性与价值合理性

电子诉讼并非是独立的诉讼程序，也并非一种程序标准，它只是强调了信息通讯技术辅助下诉讼的虚拟形态。当事人的诉讼行为以及法院的审判行为，可借助于互联网、计算机、传真等多样信息通讯技术，实现与传统诉讼行为相等值的功能。在客观上，技术在司法中的应用挑战了诉讼原则与程序规则，在电子诉讼发展初期，社会对技术细节的重视甚至超过了法律规则。但随着技术应用的增加，解决电子诉讼制度构建中的诉讼法理问题已成为当务之急，因为司法过程固然需要信息通讯技术辅助，但技术要服务于诉讼过程，服从于程序的理性构建。

（一）技术合理性及其局限

互联网时代，微信、电子邮件等即时电子手段联系已经取代了传统的面对面交往和交易方式，这种趋势不可避免地向司法领域渗透。以我国为例，与电子商务和电子政务的发展同步，2000年以来电子法院和电子诉讼的构建工作开始启动。以2013年实施的民事诉讼法及2015年《人民法院信息化建设五年发展规划（2016—2020）》为标志，电子诉讼与电子法院的构建成为法院系统的战略目标。〔4〕民事诉讼法第87条及2015年实施的《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》（以下简称“民诉法解释”）第135条、第136条规定的电子送达制度以及“民诉法解释”第259条规定的视频庭审制度，成为我国发展电子诉讼的突破口。最近，最高人民法院又提出了建立在线调解、在线立案、

〔2〕 意大利学者弗朗西斯·肯蒂尼（Francesco Contini）、乔万尼·弗朗切斯科·兰泽拉（Giovanni Francesco Lanzara）率先提出内部电子法院与外部电子法院的划分。See Francesco Contini & Giovanni Francesco Lanzara, *The Circulation of Agency in E-Justice*, Springer 2014, pp. 226 - 229.

〔3〕 最高人民法院《关于全面推进人民法院诉讼服务中心建设的指导意见》（法发〔2014〕23号）将发展电子诉讼的重点工作列举为：信息查询、诉讼指引；预约立案、网上立案；受理申请、材料接收；联系法官、网上阅卷；网上信访、预约接访。

〔4〕 按照最高人民法院《人民法院信息化建设五年发展规划（2016—2020）》，“1.0阶段”是内部基础设施建设阶段；“2.0阶段”是推动建设外网网站并建设“智慧法院”阶段；“3.0阶段”是进入“嵌入式数字化管理”和“互联网+”阶段。参见《发动信息化建设这个“引擎”》，《人民法院报》2015年11月2日第1版。

在线司法确认、在线审判、电子督促程序、电子送达等为一体的信息平台,促进多元化纠纷解决机制的信息化发展,通过运用电子送达与远程视频技术实现案件繁简分流,^[5]表明我国已着手将以电子法律交往为核心的电子诉讼建设全面推向应用阶段。

信息通讯技术之所以能够嵌入民事司法,首先应归功于其自身的功利价值能够满足司法实用主义的需要,亦即其有用性与效率性可以更好地服务于诉讼原则和程序制度。以电子送达为例,其之所以能够获得立法认可,实际上缘于传统送达方式缺乏效能。更确切地说,这是信息通讯技术的“工具理性”或“效率理性”在诉讼领域的成功运用。^[6]毋庸置疑,电子诉讼典型地契合了民事司法对诉讼效率的诉求。以电子形式制作、转换、发送或接收的诉讼资料在诉讼中广泛应用,涵盖到当事人电子提交诉状及证据(e-filing)以及法院电子立案(e-registration)、电子送达(e-service)等环节,使诉讼活动超越了空间和法院部门分隔的限制,既提升了诉讼行为的正确率,也提高了法院处理当事人诉讼请求的效率。^[7]这种效率优势在主要诉讼阶段都有所体现:当事人诉讼行为的实施更加便利,即便是夜间他们也可以通过互联网提交诉讼资料,随时随地连接法院,即时接受诉讼服务。^[8]“电子存档系统”则更进一步,得到电子法院授权的当事人或律师可以上传电子版诉讼文件,得到唯一的电子编号,不受时间、地点的限制查阅诉讼资料和诉讼进展,接受送达。通过远程视频技术进行的庭审,更是在便利当事人及其他诉讼参加人诉讼方面有实质性创新。

同时,电子诉讼还可以矫正传统司法职业化带来的形式化和非大众化的弊端,改变传统司法中的非均衡性。电子诉讼能够让司法资源无时不在。只要需要,当事人就可以找到法官,当事人及其代理律师提交的申请和材料经数据交换到达法官个人的办案终端。按照最高人民法院的要求,承办法官应当在规定时间内及时办理回复。^[9]尤其是电子法院通过给当事人发送个性化信息,可增进当事人的亲近感和被尊重感,满足当事人权利保护的心理学需要。对法院而言,则能够有效识别出当事人的利益需求,通过让当事人分享和使用诉讼信息,使他们能精确记录并可随时阅览各个诉讼主体的沟通情况,分析胜诉与败诉的可能,从而使双方交涉的各种条件和筹码可以被精确计量,为促进当事人调解或和解创造条件。总之,信息技术本身固有的交互性优势,在当事人与法院之间能够创造“合作且永久的对话”机会,有利于改变过于对抗的诉讼文化。

但是,信息通讯技术在诉讼中的运用存在限度,适用范围要受制于诉讼权利的重要程度及案件性质。例如,诉讼证据和其他诉讼文书的电子提交,只有在其便利证据有效收集以及电子文书能便利各方当事人接近的前提下,才具有诉讼上的意义。同理,视频技术只

[5] 参见最高人民法院2016年6月28日发布的《关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》(法发〔2016〕14号),2016年9月12日发布的《关于进一步推进案件繁简分流优化司法资源配置的若干意见》(法发〔2016〕21号)。

[6] 以上海市第一中级人民法院为例,截至2016年3月31日,电子文书送达总数达3400余件,送达成功率为56%。参见《上海市第一中级人民法院自贸区司法保障白皮书》(2016年4月27日发布)。

[7] Susan Bennett, *Paperless Litigation*, 16 (1) *Australian Law Librarian* 28 (2008).

[8] 2015年中国首家电子法院在吉林省高级人民法院诞生,当事人只需登录域名为“www.e-court.gov.cn”的吉林电子法院网站,在完成注册、扫描身份证、实名认证、填写基本资料等环节并审核通过后,即可在线支付诉讼费用。参见《“互联网+吉林电子法院”实现诉讼“键对键”——人民法院信息化建设3.0版的吉林探索》,《人民法院报》2015年11月1日第1版。

[9] 参见最高人民法院《关于全面推进人民法院诉讼服务中心建设的指导意见》(法发〔2014〕23号)。

能在当事人无法参加庭审时作为例外的程序保障手段使用，而非笼而统之地适用于一般案件。按照有效性原则，尽管电子诉讼与传统诉讼在功能上等值，但对于法庭辩论、缺席判决等重要诉讼活动及涉及公共利益、人身权利的案件，电子诉讼显然不能无条件适用。进一步而言，信息通讯技术的工具理性应当与案件的重要性成比例，其功能不应被不当夸大，更不能被推崇到“电子工具崇拜”或“技术蒙昧主义”的程度，否则只能给人们带来幻觉，认为只要把信息技术应用于司法，诸多司法症结就会迎刃而解，认为技术越先进，越有利于问题的解决。因此，对于电子诉讼中技术应用的对象、程度，立法上与司法上应采取适当与公平的评价基准。

此外，技术工具的有用性并不等同于其正当性。很大程度上，恰恰是高科技给传统司法价值制造了威胁。在电子诉讼的虚拟环境下，司法仪式全部或部分丧失了，伯尔曼所言象征“法律客观性的形式程序”的仪式性要素^[10]大为弱化。这种情境之下，法官的审判责任也变得模糊，他们能否像在传统诉讼中那样摒弃个人癖好、个人偏见和先入为主的判断，是令人怀疑的。况且，电子诉讼的工具性优势也未必始终真实地存在于诉讼之中，如果电子诉讼的错误成本过高，超过其能节约的直接成本，那么电子诉讼的效率优势也就变得毫无意义。迈克尔·D.贝勒斯的诉讼成本理论给出了合理解释——倘若有人只想使直接成本最小化，则错误成本可能升得很高。^[11]实践证明，电子诉讼发展初期，电子文书和纸质文书的并用使法院产生双重负担，线上与线下诉讼方式的频繁转换时常造成当事人与法院的重复劳动，让电子诉讼成为一种高成本的正义。而且，电子信息系统（电子受理系统、电子送达系统及案件进度管理系统）还可能出现差错——尽管是小概率事件，但在各国电子诉讼发展初期也制造了足够的麻烦，甚至使电子诉讼的成本高过传统诉讼。只是从长远角度，电子诉讼才具有将民事司法从积案、低效和高成本中拯救出来的潜力。

（二）价值合理性的优先地位

与传统诉讼相比，电子诉讼中贯彻法官中立原则既有其共性，也具有特殊性。不使诉讼中包含法官个人的价值偏向，是任何诉讼制度的底线要求，这与线上或线下的程序操作无关。问题是，电子诉讼在特定时空内切断了当事人与法官的物理上的直接联系，如果这是当事人的程序利益损失，那么就应以必要的赋权来置换。各立法例通常让当事人通过在线方式更便利地提出程序异议（例如回避和管辖权异议）来保障他们的程序利益。尽管当事人可能滥用这种异议权，但赋权可以在虚拟司法环境下增强当事人对法院及诉讼程序的信赖，增强他们对电子诉讼的认同，树立电子法院的权威。显然，不同诉讼阶段的异议权是不同的：在诉前阶段，电子诉讼要通过电子协议管辖、电子起诉及申请司法救助等诉讼行为，使当事人能够平等、便利地使用诉讼程序。在诉讼开始后，则应保证当事人能够以电子方式提出管辖权异议或请求法官回避、以在线方式提出书证，等等。

电子诉讼的运用还必须解决实质公平问题。与所有电子化的公共服务一样（例如网上医疗挂号或网购车票），电子诉讼能否实现程序上的平等，在很大程度上取决于其能否克服“数字鸿沟”造成的障碍。受技术条件和知识技能制约，并非每个人都有电脑等终端设备且

[10] 参见 [美] 伯尔曼：《法律与宗教》，梁治平译，三联书店 1991 年版，第 48 页。

[11] [美] 迈克尔·D.贝勒斯：《法律的原则——一个规范的分析》，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 23 页。

连接互联网,并非每个人都会操作,电子诉讼的设备和技能要求对那些没有能力利用电子技术的当事人而言是不公平的。^[12]为此,电子诉讼权利保护须从技术和法律两个方面着手:在法律角度,要充分尊重当事人的自主性和程序选择权,使电子诉讼能够平等对待每个当事人,并根据个人的特点去对待他们。面向社会弱势群体,还应当增加有关电子诉讼的法律援助。法官在电子诉讼背景下也要避免成为“审判机器”,而是应以在线方式适时地行使阐明权,平衡当事人的在线攻击与防御能力,让电子诉讼实现实质意义上的当事人平等。在技术角度,电子诉讼软件的设计对社会弱势群体应当是友好的、简便易行的,针对不同类型的案件和不同当事人的需求,应提供差异性服务以及更多的机会,让他们选择不同的司法服务方式,而非变相强迫他们接受制式化的电子司法服务。

(三) 工具合理性与价值合理性的融合

诉讼中的技术与法律两者截然不同但又相互纠缠,各有自身逻辑,两者融合于诉讼的过程中应彰显人文主义关怀,这是两者相融合的基点所在。技术与法律的关系定位十分简单且清晰——技术只是工具,正义才是根本。

1. 对程序选择权的保障

电子诉讼的运用以当事人选择为前提。让纠纷主体根据法律规定和自身利益需求,选择相应的纠纷解决机制,这既是司法规律的要求,也是增进电子诉讼合法性,提高公众对电子诉讼的信服度、接纳度及其社会适应性的要求。因此,电子诉讼案件必须是当事人各方均同意使用电子诉讼的案件,^[13]当事人的程序选择权是电子诉讼制度的正当性基础。以诉讼行为的有效性为标准,法院应适时将诉讼行为和审理行为由传统的线下现实渠道更改到线上虚拟渠道。相比较而言,混合模式(hybrid)是简便易行的立法选择——同意电子提交的当事人通过电子诉讼方式实施诉讼行为,不同意的则依旧按照传统诉讼方式进行诉讼活动——当然,这里的同意指的是双方当事人同意,^[14]否则一方适用传统诉讼方式,另一方适用电子诉讼方式只会造成诉讼混乱,延宕诉讼进程。

实际上,当事人角度的程序选择与法院角度的电子诉讼推广适用构成了矛盾关系,在电子诉讼发展初期尤其如此。如果任由当事人选择程序,那么国家发展电子诉讼的目标也许会落空,因此,适用电子诉讼的主体范围应当被适当明确。立法机关与法院作为公法上的主体当然负有推动电子诉讼发展的责任,他们有义务引导当事人利用简便易行的电子诉讼形式。除此之外,特定职业人员或机构也有义务通过电子诉讼进行法律交往,域外立法例通常将这样的责任加诸于律师及法人组织身上,他们在实施起诉等诉讼行为时应优先考虑使用电子诉讼方式。按照加拿大多伦多、安大略省的诉讼规则,电子诉讼文书都是在律师事务所和法院之间通过专门开发的软件进行提交的。^[15]奥地利则先将电子提交和电子送

[12] 国际电信联盟在2016年版《宽带状况报告》中指出,中国互联网用户人数达7.21亿,位居全球第一,但中国同时也是未接入互联网的人口最庞大的国家。

[13] 参见杨建文:《韩国民事电子诉讼制度的发展》,《人民法院报》2013年5月3日第8版。

[14] Viktória Harsági, *Digital Technology and the Character of Civil Procedure*, in Miklós Kengyel & Zoltán Nemessányi (eds.), *Electronic Technology and Civil Procedure*, Springer, 2012, p. 128.

[15] See Peter Barton, *The Civil Procedure in Canada*, Wolters Kluwer, 2006, Section 86.

达适用于律师、公证员、银行及保险公司，2000年之后开始向所有当事人开放。^[16]

概括起来，应当使用电子诉讼的主体通常包括以下几类：（1）国家机关。电子诉讼与电子政务都属于公共组织管理事务电子化的范畴，因此，国家机关必定是电子诉讼推广利用的开路先锋。以韩国为例，依照其电子诉讼法及大法院的相关规定，国家、地方自治团体、公共机关是电子诉讼的义务方，以这些主体为当事人的案件应当送至电子诉讼负责部。^[17]（2）法律职业人员。法律职业共同体在发展电子诉讼方面是一个知识共同体，对电子诉讼的发展负有特别责任。在法国，只要律师加入律师协会就有责任使用电子诉讼，加入协会的行为就意味着同意利用电子诉讼。德国自2008年12月起要求律师使用电子设备申请支付令。德国和奥地利还允许律师之间通过电子法院系统互相传送诉讼文书。^[18]澳大利亚联邦法院也要求律师考虑运用适当的电子技术，允许列入法院名册的律师事务所通过电子法院（Justice Link）提交电子书证。^[19]（3）商事主体。商事主体在商业活动中已经具备电子化、网络化、信息化交易的基础条件，交易凭证往往以电子文书呈现，诉讼活动通常又有律师代理，这类主体适宜以电子诉讼方式实施诉讼行为。一个典型的实践是，美国纽约州最高法院民事庭于2010年5月制定了特定商事案件强制性电子起诉办法，强制商事主体通过电子方式起诉。^[20]

2. 对诉权的保障

电子诉讼的终极目的在于保护当事人诉权，帮助他们接近正义。但问题是，电子诉讼的诉讼促进功能与诉权保障之间并非总是正相关。例如，如果将使用电子诉讼规定为当事人的诉讼义务，则可能与诉权保障原则相抵牾，剥夺那些没有条件使用网络的当事人的诉权。基于如此考虑，德国2002年制定的送达改革法并不当然地允许运用传真和电子邮件方式送达，而是对适用主体加以限制，将其限定用于法院对律师、律师对律师等因职业原因更具公信力的专业人士之间的送达，其他诉讼参与人明确表示愿意接受电子送达的，才可以适用电子送达。^[21]基于不同的诉权保障要求，德国还建立了电子送达的分级安全标准。在送达传票时，普通的电子签名即可，在送达文件时应当要求加重的电子签名；^[22]采用电子送达之外，文书以特定文档格式加载附件并以电子签名加密的，可以直接用电子邮件送达。^[23]美国联邦民事诉讼规则第4(e)(2)款的规定也采纳了这样的思路，向被告送达诉讼开始的通知以直接送达为原则，其他诉讼文书则可通过电子方式送达。我国民事诉讼法第87条将判决书、裁定书、调解书排除在电子送达之外，也体现了分级送达的思维。

[16] Fernando Gascón Inchausti, *Electronic Service of Documents National, and International Aspects*, 载前引〔14〕, Kengyel等编书, 第142页。

[17] 前引〔13〕, 杨建文文。

[18] 参见前引〔14〕, Kengyel等编书, 第140页以下。

[19] 前引〔7〕, Bennett文, 第28页。

[20] 参见前引〔14〕, Kengyel等编书, 前言X。

[21] 对于“明确表示”, 德国学理作了限缩解释, 仅仅留下自己的电子邮件地址并不能认为是“明确表示”。参见张陈果:《德国民事送达改革研究》, 载《民事程序法研究》第12辑, 厦门大学出版社2014年版, 第154页。

[22] [德]罗森贝格等:《德国民事诉讼法》上册, 李大雪译, 中国法制出版社2007年版, 第512页。

[23] 德国民事诉讼法第174条第3款规定了电子签名制度, 即电子送达的文书须用电子签名来加密, 防止其他人不当获悉。例外情形是法庭传票的送达, 不要求用“合格的电子签名”加密, 用普通电子签名即可。参见前引〔21〕, 张陈果文, 第155页。

从保护当事人诉权的角度,我国电子诉讼在适用主体方面宜作如下规制:(1)特定主体对发展电子诉讼负有责任。电子诉讼是补充性的诉讼方式,不适用于一般当事人,而主要适用于律师、公证人、机关法人和商事法人。(2)在自然人明确同意的情况下,电子诉讼才可以适用。即便适用电子诉讼,传统送交诉讼资料的方式也应当保留,以便让当事人作出最佳选择。如果电子诉讼在提升诉讼效率方面的单一目的或意图违反了人们对电子诉讼的理性期望,那么应当允许当事人请求程序转换,将电子诉讼程序转换成线下的传统诉讼程序。程序转换的事由应灵活、多样。如果电子提交的要求对存在读写困难的当事人构成障碍,那么线上的行为应当改到线下实施,由他们向法院提交纸质文书。爱尔兰小额案件电子诉讼规则明确赋予原告和被告有同等选择权,原告可以在线方式向法院提出诉讼请求,并通过使用识别码进入网络平台,来追踪自己的案件。但是,如果被诉方不想承担赔偿责任而决定争讼,那么就要以线下方式解决,当事人必须参加由地区法院主持的审理。^[24]

3. 电子诉讼适用的案件范围

电子诉讼的应用还必须考虑因程序瑕疵而增加的诉讼成本,保证不因电子方式的适用而产生过多重复的诉讼行为和审理行为。为体现实体权利与电子诉讼方式之间的比例关系,各立法例通常将电子诉讼应用于财产案件的审理,如物权纠纷、房屋租赁纠纷、抵押权纠纷案件。韩国的电子诉讼适用范围较广,扩展到普通民事案件、专利案件、行政案件、家事诉讼、破产案件和保全案件;^[25]英国则将电子诉讼作为海事法院、商业法院、科技和建筑法院的审理程序。^[26]整体上看,对哪些财产案件适用电子诉讼程序,各立法例的列举不尽相同。共识存在于排除适用规则上,各立法例通常将人身权纠纷排除在电子诉讼适用范围之外。这类案件关系到当事人的重大权益,电子诉讼的程序保障能力对于解决这类案件而言明显不足。

总之,只要电子诉讼的司法属性不发生改变,那么即便电子诉讼具备轻松访问、安全身份识别、电子传输数据和文件、在线送达和在线浏览诉讼文书等便利与效率优势,也要服从且服务于程序的公正价值。要言之,对科技手段的追求不能忽视程序正义的初衷,相对于单纯的技术应用,对当事人诉讼权利与实体权利的保护更为重要。另一方面,电子诉讼也不具备从根本上改变传统诉讼的能力,传统诉讼中的公开原则、辩论原则、处分原则、直接言词原则以及法官对证据进行自由评价的原则都要得到遵循,这些原则构成了电子诉讼适用的基准。

二、电子诉讼立法论:立法再造与司法解释

电子诉讼不可能让传统诉讼遁入虚无,但却已具备了从根本上改变诉讼功能并成为主流纠纷解决方式的潜能。^[27]不争的事实是,电子诉讼的运用影响到了当事人的诉讼权利,冲击了传统民事诉讼的价值与原则。可以想象,电子诉讼当事人可能无法或者根本没有必

[24] Pablo Cortés, *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*, Routledge 2010, pp. 95 - 96.

[25] <http://eng.scourt.go.kr/eng/ecourt/introduction.jsp>, 2016年5月1日访问。

[26] <http://www.courts.ie/Courts.ie/Library3.nsf/0/50A0FEDF19079201802574050061745F?OpenDocument>, 2016年5月1日访问。

[27] Richard Susskind, *IT Adviser to the Lord Chief Justice*, Fifth Annual Forum on Online Dispute Resolution, Liverpool (19 - 20 April 2007).

要见到身着法袍的法官、善辩的律师及庄严的法庭，法庭场景的丧失改变了直接言词原则的实现方式，也造成法官使命与职责的变化。这意味着，电子诉讼在构建中必须认真对待已经或可能变化的因素，重新反思、调整甚至重新定义诉讼原则，以制度张力去容纳现代科技，而不是在恪守“价值理性”的口号下抗拒信息通讯技术的运用。

（一）对直接言词原则的重新诠释

互联网能够让一切在线。但电子诉讼却让司法的虚拟世界与现实世界发生冲突。电子诉讼在一定程度上打破了物理意义上的司法亲历性，法官“在场”的形式发生了改变。法官虽然仍亲自参加证据审查、亲自听取法庭辩论，但在物理空间上隔绝了与当事人、证人、律师的直接接触，法官察言观色的环境也不复存在，直接言词原则被架空。

但也要注意，直接言词原则在传统诉讼与电子诉讼中的作用都是相对的。传统诉讼中，虽然言词辩论原则的贯彻最有利于当事人公正、清晰、迅速地说明法律争议，法院也只对经过言词辩论的内容予以评判，但其绝对适用的结果就是诉讼拖延。现代民事诉讼即便不是出于引入电子诉讼的考虑，直接言词原则也有被限制或弱化的趋势。典型的变化，是德国2001年修改的民事诉讼法第128条所作的变通：法院在得到双方当事人同意后，可以不经言词辩论而作出裁判。^{〔28〕}而对于电子诉讼，直接言词原则的弱化清除了其发展的法律障碍。相比较而言，以书面形式实施诉讼行为增加了电子提交文书的可能性，原告起诉、被告答辩、保全和程序异议通过电子提交，都会简化诉讼文书提交程序。

问题的实质在于，无论是阶段化还是全程化的电子诉讼，在发展中都面临着如何获得当事人信任的问题。电子诉讼的场域中，他们可能因无法真切感受到法院的存在，而失去发泄心理不满或寻求倾诉及心理治疗的情境，从而影响到他们对电子诉讼方式的信赖。笔者认为，在立法层面扭转这种不信任心理，恰恰取决于如何在虚拟的条件下贯彻直接言词原则。传统诉讼中的言词辩论和证据调查的直接性，都要在电子诉讼中得到切实保障。例如，承办法官和受诉法院不得将电子诉讼活动委托给其他法官或其他法院作出；裁判主体的直接性也应得到保障，判决应由主持并参与言词辩论的法官作出，只有亲历了整个程序的法官方能对法律争议作出裁判，这与传统诉讼形式不存在任何差别。再者，庭审环节不应作为电子诉讼的重点——视频庭审只应被作为例外对待。相比较而言，电子诉讼在审前证据交换中的作用更为重要，审前电子证据交换系统使审前书面准备过程实现电子化，让法院和对方当事人知晓争议内容，加快言词辩论进程。文书提交的电子化也让当事人能够在法庭辩论中便利地使用自己的或者对方的书面材料的内容，而不再进行言词重复，等等。

（二）电子诉讼之立法路径

电子诉讼虽然并没有在根本上改变当事人的诉讼权利，仅是形式上变动了诉讼行为的方式，但这一新型诉讼方式仍关系到诉讼权利如何行使的问题，关系到当事人的程序保障。毋庸讳言，电子诉讼在很多方面限制了当事人的诉讼权利。例如，电子文书传输和电子送达会限制当事人程序选择的自由，其结果是，依原本为书面诉讼资料量身打造的诉讼程序处理电子文书，不可避免地造成法律与技术之间的矛盾。因此，从立法上赋予技术以法律上的正当性是必要的。法律适应技术的一个事例，是2013年11月1日生效的德国民事诉讼

〔28〕 见《德国民事诉讼法》，丁启明译，厦门大学出版社2016年版，第9页。

法典对第128a条的修订。依照第128a条第1款的规定,“法院可以依申请或依职权许可当事人、诉讼代理人和辩护人在言词辩论期间停留在其他地点,并在那里实施程序行为。审理以图像和声音的形式同步向该地点和庭审房间转播。”^[29]

电子诉讼的发展一直伴随着诉讼形式与技术应用两者间的矛盾。例如,通过电子方式提交诉状面临着电子签名等技术保障,且无法保证当事人提起的不是虚假诉讼,在这样的环境下如何保证信息通讯技术与诉讼程序之间的兼容性就成为突出问题。解决的对策应存在于以下两个向度:一方面,既有的司法改革与程序完善的成果要体现在电子诉讼程序软件的设计中,例如,电子送达、自动立案、电子起诉、电子缴费、视频庭审系统以及审判管理自动化系统都要贯彻到电子诉讼的技术应用之中。另一方面,民事诉讼本身也要精简程序和废除冗余程序,使诉讼程序与信息通信技术能够相得益彰。例如,配合立案登记制改革,民事诉讼法要简化起诉与受理程序,以便更适宜通过电子途径处理。同时,还要清理相关法律、法规和司法解释,制定专门的电子诉讼法。

从社会正义的角度,电子诉讼立法还应考虑立法的民主化诉求,通过体现电子包容和电子民主的立法精神,对电子诉讼法律关系作理性规划。在服务对象上,电子诉讼立法既要考虑法律精英的使用,又要关照没有条件利用网络技术的社会弱势群体的利益需求。美国电子法院的构建已充分关注到了这一点,一些州的最高法院由具有经验的法官、律师或者使用电子诉讼的其他利益相关方组成电子法院建设委员会,制定电子诉讼的合理标准,协调其在各地区的均衡发展,确定安全性指标体系,推行试点及培训人员。^[30]电子诉讼立法的民主化旨在保障电子诉讼立法的统一性,防止电子诉讼成为偏远农村等不发达地区当事人诉权行使的障碍。

电子诉讼的立法构建是一个渐进过程,积累经验是必要的。作为改革策略,我国电子诉讼可以首先考虑试行集中管辖,将某一类型的电子诉讼划归特定法院管辖。杭州市已开始在余杭、西湖和滨江区人民法院试行专门电子诉讼的集中管辖,分别管辖电子商务交易纠纷案件、电子商务小额贷款纠纷案件、督促程序以及电子商务著作权侵权纠纷案件。通过电子法院的专业化发展,可以为电子诉讼立法总结可复制的经验。

(三) 电子诉讼之法律解释路径

经验表明,欧盟电子法院的成功,很大程度上要归功于贯彻了“最小但却根本”(minimal but radical changes)的改革策略,^[31]在对民事诉讼法仅作微调的前提下引入信息通讯技术,这种“旧瓶装新酒”的构建策略既保持了民事诉讼法的完整性,又有效地兼顾了其开放性。

通过法律解释发展电子诉讼体现了民事诉讼的开放性,这种低成本构建策略为我国的制度构建提供了参考文本。我国2013年民事诉讼法规定电子送达之后,2015年“民诉法解释”第135条规定了电子送达的具体措施,进一步划定了电子诉讼的适用范围,受理通知

[29] 参见周翠:《德国司法的电子应用方式改革》,《环球法律评论》2016年第1期,第105页。

[30] 例如,美国得克萨斯州最高法院于1997年成立了信息技术委员会(JCIT),并确立了电子案件管理、电子立案、电子提交等技术标准。See Peter S. Vogel, *Impact of Information Technology, the Internet, and Social Media on the Courts*, 51 *South Texas Law Review* 1013—1014.

[31] 前引[14], Kengyel等编书,第236页。

书、传票、举证通知书、应诉通知书、缴费通知书等程序性文件都可以采纳电子送达方式。^[32]“民诉法解释”第259条规定了简易程序的电子化开庭方式，当事人双方可就开庭方式向人民法院提出申请，由人民法院决定是否准许。经当事人双方同意，可以采用视听传输技术等方式开庭。上述法律解释通过对诉讼规则及隐藏于民事诉讼法背后的客观意旨进行演绎，确立了诉讼行为和审判行为电子化的若干规则，为电子诉讼的发展开辟了制度空间。进一步地，法律解释方法能赋予电子诉讼行为以合法性。例如，电子诉讼中的身份认证系统或电子签名能够替代传统诉讼中的亲笔签名，前者能够保证电子法律交往的实施者与诉讼当事人（诉讼代理人）两者身份的统一性，后者则能保障电子诉讼文书的真实性和完整性。再如，传统的民事文书都可以被电子化文书替代，他们都具备缔结功能（与草案相区别）、身份功能（可识别出提供者）、真实性功能（签字者声明的来源）、检验功能（不可混淆的签字的可检查性）、证明功能和警示功能。^[33]

通过法律解释发展电子诉讼，意味着最高人民法院可对民事诉讼法中的一些规定作出司法解释。例如，民事诉讼法第65条规定的“当事人对自己提出的主张应当及时提供证据”以及第70条有关书证提交原件的规定，就可以理解为可通过电子途径提交书证，这是在民事诉讼法条文的字面含义显然比立法原意为窄的状况下作出的扩大解释。德国电子诉讼建设中就较好地运用了法律解释方法，将电子诉讼适用于德国民事诉讼法第128a条规定的以视听传输技术为媒介的辩论、第130条规定的书状内容及电子文档、第174条规定的送达、第292a条规定的法定电子签名上的推定证据、第299条规定的文卷阅读及电子载体之存档、第371条规定的勘验证据及第1031条规定的调解协议的形式。^[34]上述法律解释给信息通讯技术的运用留下空间，使电子诉讼行为合法化与具体化。

我国民事诉讼法有关诉讼原则和程序规则的规定相对概括与抽象，在既有法律框架下发展电子诉讼的束缚相对较小。在这种有利环境下，最高人民法院可以对民事诉讼法相关条文作扩张解释，除已有的电子送达程序司法解释外，允许以电子化方式实施的诉讼行为与审判行为还应包括：第66条有关提交证据的程序规定、第68条有关证据出示与质证的规定、第70条有关书证原件及物证原物的规定、第73条及第78条有关证人及鉴定人出庭的规定、第80条有关勘验笔录的规定、第120条有关递交诉状的规定、第125—129条有关审前准备程序的规定、第138条与第141条有关法庭调查与法庭辩论的规定。

三、电子诉讼功能论：阶段化与全程化电子诉讼

需要澄清的是，并非所有诉讼阶段都可以采用电子诉讼方式，电子诉讼制度的发展要

[32] “民诉法解释”第135条规定，电子送达可以采用传真、电子邮件、移动通信等即时收悉的特定系统作为送达媒介。采用电子送达方式到达受送达人特定系统的日期，为人民法院对应系统显示发送成功的日期，但受送达人证明到达其特定系统的日期与人民法院对应系统显示发送成功的日期不一致的，以受送达人证明到达其特定系统的日期为准。“民诉法解释”第136条特别规定，受送达人同意采用电子方式送达的，应当在送达地址确认书中予以确认。

[33] [德] 尼古拉·普鲁士：《民事诉讼中电子文书交往的程序法基础》，陈慧译，载《互联网金融法律评论》第3辑，法律出版社2015年版，第85页。

[34] 前引[1]，Gilles文，第311页以下。

避免一刀切的绝对化倾向。电子诉讼的应用取决于诉讼原则与诉讼结构,那些程序保障要求高、纠错程序启动难度大的诉讼事项难以适用电子程序解决。反之则存有适用空间,例如起诉、送达与庭前会议等局部阶段,或者督促程序及小额诉讼程序的全过程都可以适用电子技术。在功能上,可将电子诉讼划分为阶段型与全程型两种类型。

(一) 阶段化电子诉讼

阶段化电子诉讼,指诉讼过程中的某个或某些阶段引入信息通讯技术,这些技术只作用于若干细分的诉讼环节。该模式关注的是单一阶段或者众多单一阶段的集合,让电子通讯技术在这些特定诉讼环节集中发挥作用。

1. 电子起诉

起诉和受理环节是原告与法院的首次接触。不同的起诉规则对电子起诉有不同的限制,采纳电子化起诉的条件也就有所不同。例如,法国和加拿大安大略省民事诉讼法都规定,普遍接受的起诉方式是原告必须从法院那里获得传统上以国王名义发布的令状。^[35]这种严格的诉权保障形式阻碍了电子起诉的应用,不具备发展电子起诉的条件。在允许电子起诉的立法中,电子起诉通常包括三个环节:(1) 电子起诉或申请(e-filing)。电子起诉或电子申请需要起诉格式标准化,并在线提交诉状或申请书。在电子诉讼立法例中,电子化起诉或申请通常被鼓励优先使用。(2) 自动立案(e-registration)。传统立案机制之下,往往由人工立案后再将诉状等诉讼资料录入计算机,立案部门的工作量是双倍的。电子化立案不仅能够提高效率,还使法院成为“全天候法院”,能够在线审查起诉,决定是否受理,并免除了书面审查与信息录入的双重负担。(3) 电子缴费。安全、便捷、高效的电子缴费系统是电子法院的组成部分。立案后,当事人可借助终端设备自助交纳案件受理费和其他诉讼费用,方便省时。

与上述功能相对应,电子起诉的规则主要有:(1) 电子起诉的法律效力。电子起诉与书面起诉具有同等法律效力。电子诉讼系统的使用者依照电子诉讼规则实施的电子诉讼行为,与法律规定的起诉行为具有同等法律效力。(2) 指定管辖规则。电子诉讼可以打破地域管辖限制,在现行司法体制下,可由省、自治区直辖市的高级人民法院按照便利当事人的原则制定指定管辖规则,当事人应向有管辖权的电子法院提出电子起诉。在这方面,杭州市电子诉讼的经验已较成熟,由不同的基层法院受理不同类型的电子商务诉讼案件,这种集中管辖有助于促进电子诉讼向着专业化方向发展。(3) 诉状电子签名规则。在电子诉讼发展的初级阶段,受制于电子诉讼平台较低的安全性,当事人通过电子系统起诉或提出申请的,应进行电子签名,藉此明确当事人的姓名或名称,保证电子起诉状电子传送的真实性与安全性。

2. 电子提交书证

交换、整理文书是电子诉讼制度的主要内容,在那些复杂和诉讼资料浩繁的案件中尤其如此。在技术上,书证的电子提交尚须满足两方面的要求:一是电子签名,二是文书到达证明。对于前者,我国电子签名法第7条规定:数据电文不得仅因为其是以电子、光学、磁或者类似手段生成、发送、接收或者储存的而被拒绝作为证据使用。该规定确认了电子

[35] 前引[15], Barton书,第85页。

签名对亲笔签名的替代功能，相应地赋予了数据电文以证据资格及电子提交书证方式的合法性。对于后者，当事人电子提交文书应实行文书到达主义，即通过电子方式向法院提交的书证在到达法院时方生效力，其效力与当事人及其诉讼代理人亲自提交的效力相同。至于到达的时间凭证，通过法院的接收设施记载即可，无需打印或由法院工作人员亲自接收。这要求法院的服务器、传真机应随时处于可工作状态，因设备原因导致当事人电子提交上的障碍，应视为诉讼障碍，且不发生失权的后果。

3. 审前程序电子化

电子诉讼在审前领域的作用，主要用于管理电子书证，自动生成条理分明的证据列表，藉此法官能够帮助当事人整理争点，为日后的法庭调查与法庭辩论做好必要准备。这其中，诉讼数据库是证据交换的基础，其重点工作包括：为文书制作条形码或编号、扫描文书、制作文书有关信息，例如发送者和收信者信息、文书标题、文书类型（电子邮件、信函、备忘录，是否受证据特权保护等）。这样，证据可以被便利快速地检索。设定必要的检索条件，相关诉讼资料就可以被迅即找到，并按照需要的顺序存储，制作成“证据包”（tender bundle）。随后，可按照一定条件（例如时间、证人姓名和其他关键词）制作交换证据的清单。上述电子化证据管理，在多数当事人诉讼（集团诉讼）及书证数量众多的案件中具有明显效率优势。在多数当事人同时使用该数据库时，信息的利用也不存在相互排斥性。澳大利亚联邦最高法院的司法指南认可了这样的优势，规定在发现程序中超过500份书证及当事人达成证据交换协议的案件中必须使用电子技术手段。^[36]

电子审前程序适用的另一个重点，是审前会议的视频化。经验表明，审前程序的视频化方式更能促进当事人合作，降低诉讼成本及当事人的诉讼作业负担。美国和加拿大的民事诉讼对中间动议（Interlocutory Motions）都允许利用视频会议方式将当事人聚集到一起，运用远程视频技术听证，能有效解决核对当事人身份、组织交换证据目录、启动非法证据排除等程序性问题，并能够促成当事人和解或者达成调解协议、固定证据及归纳争点。

4. 电子化庭审

庭审阶段的电子化主要以视频庭审方式表现出来。这一庭审方式在民事与刑事简易程序中已经有所运用，以弥补证人、鉴定人及被害人无法出庭的不足。日前，《最高人民法院关于进一步推进案件繁简分流优化司法资源配置的若干意见》已充分肯定了远程视频技术的应用价值，提出“对于适用简易程序审理的民事、刑事案件，经当事人同意，可以采用远程视频方式开庭。证人、鉴定人、被害人可以使用视听传输技术或者同步视频作证室等作证”。但相对于国际经验，我国目前视频庭审的实践尚需要解决适用对象过窄，决定适用主体单一，适用环节过少，当事人缺乏救济程序等问题。

在功能论上，视频庭审的规则体系应涵盖以下内容：（1）视频庭审的适用应当以当事人合意为原则，法官依职权决定为例外。当事人可以在民事诉讼法规定的庭审程序中，申请一个或者多个参与者，例如其他当事人、证人、鉴定人或者专家辅助人，在法庭之外的地点实施程序行为，以图像和声音同步传输至当事人、诉讼代理人和法官所在的法庭。在案件涉及到法院依职权调查的事项时，法院也可以依据职权决定运用视频庭审的手段。

[36] 前引〔7〕，Bennett文，第28页。

(2) 视频化庭审范围应适当扩大。作为庭审的例外形式, 视频庭审方式除适用于简易程序之外, 还可适用于审前会议、普通程序庭审等言词辩论。法院对与案件争议有关的现场、物品或物体进行的勘验, 也可以视频方式传输到法庭上。(3) 明确当事人对适用视频庭审的异议权及法院的决定权。适用视频技术固然可以节约司法成本, 便利当事人及其他诉讼参与人参加诉讼, 加快程序进行, 但与上述人员亲自出庭相比, 电子诉讼的亲历性可能无法保证, 影响诉讼公正。上述情形下当事人和法官就必须及时判断, 是否将视频庭审方式恢复为当事人及其他诉讼参加人亲自参加的庭审方式。

5. 电子送达

民事诉讼送达的发展历史, 是一部不断吸收现代科技手段的制度史, 先后经历了直接送达、邮政系统送达、电子通信技术送达等阶段。即便在当代, 广义的电子送达也有多种方式, 包括电话、短信和电子邮件等。

标准的电子送达, 是法院将待送达的诉讼文书存储于电子数据存储器上, 通过电子邮件向明确同意这种传输方式的受送达人送达。我国现行民事诉讼法第87条明确规定, 电子送达适用于判决、裁定和调解书以外文书的送达。但实践中, 还存在着适用标准模糊、送达效果难以判定等问题。需要解决的问题包括:(1) 当事人的接收责任。当事人负有接收电子送达的法律责任是电子送达的前提条件。德国民事诉讼法要求接收方须出具接收确认信(Empfangsbek-ennmis)作为电子送达生效的条件, 接收确认信的出具, 可以传真或者邮寄。^[37] 瑞典2011年修改民事诉讼法时也强化了当事人的接收责任, 以保障电子送达的可操作性及安全性。^[38] (2) 电子送达推定制度。推定制度是防止当事人滥用异议权否定电子送达的必要手段, 不因受送达人的否认而使电子送达无效。推定有两种形式: 一是当事人使用电子法院的事实推定, 当事人要在电子法院注册, 而注册行为本身就构成了使用电子诉讼的推定, 视为同意使用电子送达方式。二是电子送达的事实推定, 通过邮件系统生成记录和保留记录, 形成“不可否认”的法律效果。^[39] 上海市第一中级人民法院《民商事案件电子送达工作实施细则(试行)》(2015年2月)采纳了这种推定, 规定“电子邮件到达受送达人特定系统的日期为送达日期, 或者是当事人登录我院网上诉讼服务平台, 查看相关诉讼电子文件, 查看日期视为送达日期”。(3) 规范电子送达的安全性。理想的状态是, 电子送达在法院的电子平台上进行。^[40] 在尚无条件的背景下, 当事人及其律师有必要在电子法院系统中注册邮件账号并设置密码, 在可信任的系统内产生、收发或保存邮件, 使电子文书的真实性与完整性得到保障。

(二) 全程化电子诉讼

全程化电子诉讼, 指将电子信息通讯技术全面引入特定诉讼程序之中, 由电子法院平

[37] 前引[21], 张陈果文, 第154页。

[38] Bengt Lindell, *The Civil Procedure in Sweden*, Wolters Kluwer, 2013, section 322.

[39] 德国促进司法中电子法律交往法规定, 电子生成的登录证明具有与送达证明或接收声明书同样的证明力, 在收到登录证明后的第三天该文书视为已送达。西班牙电子诉讼规则规定: 法院将需要送达的裁判文书发送至当事人已注册邮箱的电子法院 Lexnet 系统, 当事人打开邮箱便视为已经送达。或者法院在向当事人电子送达时只要有发送凭证, 发送三日后便可推定送达行为已经合法完成, 而无须送达人真正了解受送达文书的内容。

[40] 《最高人民法院关于进一步推进案件繁简分流优化司法资源配置的若干意见》(法发[2016]21号)提出, 要充分利用中国审判流程信息公开网, 建立全国法院统一的电子送达平台。

台对所有程序问题及实体问题的判定作出处理。受制于程序保障的要求,在普通程序或简易程序中全程实现电子化尚不现实,因为这些程序至少要辅以一定程度的口头听证作为基本的程序保障,这是程序正义的基本要求。相形之下,小额诉讼程序和督促程序等特殊诉讼程序,由于程序构造简单、救济途径特殊,仅适用于单纯金钱请求或者替代物的争议案件,因此具备全程电子化的可能性。^[41] 全程化电子诉讼成功运用的典范,在国外当属欧盟国家的电子督促程序,在国内则首推浙江省杭州市的电商纠纷电子法院。两者从起诉、立案、调解到举证、质证,再到视频庭审与送达判决,全过程都可以采用在线方式进行。

1. 电子化小额程序

小额诉讼程序是电子法院的主要服务项目 (Small Claims Online), 欧盟国家大多选择小额诉讼程序作为发展电子诉讼的切入点。当事人可以通过电子平台在线创建小额索赔申请书, 缴纳诉讼 (申请) 费用, 监督在线程序的进度。^[42] 以英国为例, 每年以电子诉讼方式处理的小额金融欠款案件超过 20 万件。^[43] 由于有了成员国的经验, 小额诉讼程序电子化改革已在欧盟层面铺开, 2009 年 1 月生效的《欧盟小额诉讼程序法》(861/2007/EC) 将电子诉讼引入欧盟成员国, 以加强跨国消费者权益保护。

小额纠纷具有其特殊性, 当事人往往是一些小债权人或者是中低下收入者, 纠纷应以更低廉、更迅速的程序获得解决。小额诉讼程序应体现出不同于普通程序或简易程序的特点, 电子化应当是一个显著特征。我国可借鉴欧盟国家的成功经验, 将电子化小额诉讼程序作如下设计: (1) 电子起诉。由法院建立小额诉讼程序电子平台, 在此基础上, 小额纠纷当事人如想通过在线提出索赔, 只需在小额诉讼网站上点击小额诉讼程序按钮, 阅读小额赔偿程序的适用条件, 并根据在线申请标准的选择性分类在线填写申请书。(2) 电子立案。小额诉讼电子法院在收到索赔请求书后, 首先应判断案件是否适合通过小额诉讼程序解决。如果适合, 法院将受理和处理申请, 告知当事人案件编号、识别码, 允许原告在线跟踪案件的审理情况。立案部门还应将全部文书副本和书面证据以民事诉讼法规定的送达方式向被告送达。当然, 当事人同意电子送达的也可以电子送达。如果法院拒绝受理, 则要发送电子邮件通知原告, 并告知不予受理的理由。(3) 在线审前程序。电子小额程序的审前阶段不需要法官参加, 由法官助理与当事人进行在线交流, 通过在线审阅诉讼文书和证据, 听取当事人陈述, 促进当事人调解。(4) 在线审理, 法官可以根据当事人通过在线系统提交的文件, 对纠纷的全部或部分进行裁决。必要时, 庭审也可以通过视频庭审或电话会议方式进行。

2. 电子督促程序

督促程序是一种自动判断的诉讼机制, 因此各国广泛采用电子督促程序平台或自动化手段来处理督促案件, 法官的工作量大幅减小, 效率显著提高。在德国“从钢笔到电子化”的诉讼机制改革过程中, 电子督促程序一直是立法的重点。德国自 2008 年 12 月起开始要求

[41] 奥地利民事诉讼法规定, 使用电子督促程序是当事人的诉讼义务, 只有在特定情形下才可提交纸质的文书。See Walter H. Rechberger, *The Civil Procedure in Austria*, Wolters Kluwer, 2011, p. 56.

[42] Small Claims Online of Ireland, <http://www.courts.ie/Courts.ie/Library3.nsf/0/50A0FEDF19079201802574050061745F?OpenDocument>, 2016 年 1 月 21 日访问。

[43] <http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/6733361.stm>, 2016 年 2 月 20 日访问。

律师使用电子设备申请支付令。目前督促程序中广泛应用了电子申请系统,几乎实现了电子化。按照德国经验,如果法院采用自动化手段处理督促申请,就必须至迟在申请到达的第二天完成处理。支付令申请由读卡器或者电脑数据交换系统(EDV)处理,极大提高了效率,整个督促程序(含为期两周的异议期和送达时间)耗时约22天。^[44]我国台湾地区、韩国及日本都通过单独立法或修改民事诉讼法的途径,创设了电子督促程序。^[45]

督促程序具有明显的案件分流功能,可防止大量并不存在争议的债权债务关系案件拥堵到传统审判程序之中,督促程序的电子化改革则会使其解决债权债务纠纷的效益倍增。就现实条件而言,我国督促程序的电子化是必要的,也是可行的。首先,督促程序在结构上适宜运用信息通讯技术。督促程序中,债务人有权提出支付令异议,且督促程序仅认定支付令的执行力,并不赋予其既判力,这种异议足以保障债务人的权益,债务人的支付令异议通过电子方式提出也更为方便易行。其次,督促程序具备全程电子化的可能性。与普通的民事诉讼程序相比,督促程序具有高度定型化的特点,电子化程序可覆盖到支付令的网上申请、网上审查、网上提交证据材料、网上送达、网上询问、网上自动生成支付令等环节。再次,电子督促程序对其他程序的电子化还具有示范意义,其在电子申请提交、电子发送、电子提出异议方面的经验积累,完全可为其他诉讼程序所借鉴或复制,可以说是风险最小的程序制度改革。

我国传统督促程序及电子督促程序的发展已经明显落后于欧盟、东亚及东南亚国家,这与我国电子商务蓬勃发展的形势极不相称,建立电子督促程序平台并逐渐积累经验已成为当务之急。实行集中管辖是一个稳妥方案。在这方面,日本电子督促程序的改革选择了东京简易裁判所与大阪简易裁判所展开试点,分别涵盖东京地方裁判所与大阪地方裁判所管辖区域内的所有简易裁判所的案件。我国电子督促程序的发展也要关注资源配置问题。我国基层法院数量众多,所有基层法院设置相同的电子法院硬件设备较为困难,只宜指定特定法院处理电子督促案件。浙江省杭州市西湖区法院已经开始集中管辖电子商务督促案件,如果这样的实验成功,可进一步考虑由铁路运输法院等处于转型的专门法院集中管辖督促案件,避免电子司法资源的浪费。

四、电子诉讼保障论:技术应用及其安全保障

电子诉讼构建中必须重视安全、友好的基础设施建设,并采用相应的安全技术标准。

(一) 电子诉讼基础设施

在电子诉讼的所有因素中,基础设施是重要的物质因素,也是电子诉讼的安全保障的基础条件。电子送达的安全性、文书的真实性以及当事人的身份认定,都取决于设备及设施的状况。例如,采用法院专用服务器或者政府官网而非商业服务器,对于电子法律交往

[44] 参见周翠:《电子督促程序:功能承担与程序设计》,载《互联网金融法律评论》第3辑,法律出版社2015年版,第75页。

[45] 韩国于2006年10月27日制定了《督促程序中有关利用电子文书的法律》。我国台湾地区于2006年制定了《督促程序使用计算机或其他科技设备作业办法》。1997年日本通过修改民事诉讼法创设了通过使用计算机予以处理的督促程序(特别督促程序),2005年通过制定《为了改善民事相关程序的部分改正民事诉讼法等的法律》,对包含支付督促申请在内的一般申请都允许通过在线方式提出。

而言是稳妥的策略。^[46] 尽管通过商业服务器提供电子诉讼业务成本较低,但所需技术保障要求标准则较高。为保证电子提交的安全性,电子文书必须在电子签名后提交,其真实性不受篡改性才可得到保证。

法院的服务器、局域网、系统软件等构成了电子法院的基础设施。在尽量化繁为简,降低使用难度的前提下,电子法院网站应具备以下诉讼服务功能:(1)访问功能。电子法院要为其使用者(当事人及其律师、法官)提供访问渠道。访问功能应当健全、协调、风格统一并遵从技术标准,为所有电子诉讼的使用者服务,保证他们能够获得诉讼信息与司法服务。(2)门户功能。电子法院要将审判信息集成到电子法院网站,为电子诉讼的利益相关者提供服务,满足法院内外部的信息交流。门户功能应体现最大简便性原则,应避免电子诉讼陷入复杂性陷阱。(3)电子诉讼业务功能。这是电子诉讼平台最核心的功能,目的是为当事人及其律师提供一站式服务,支持法院内部及法院与当事人的交互行为。上述功能的实现,要求法院优化诉讼流程和案件管理方式,开发支持电子法院所必需的新的信息系统和应用软件,并引导和动员当事人利用电子诉讼。

在技术层面,还要解决电子法律交往中互联网传送的安全性问题,保证电子法律交往的机密性、完整性、身份认证和不可否认性。这也在一个方面要求我们慎重对待社交媒体在电子诉讼中的运用。最高人民法院在《关于全面推进人民法院诉讼服务中心建设的指导意见》中,认可了以短信、微信、微博、移动通讯应用客户端等方式向当事人、代理人、辩护人推送案件信息的做法,法院可通过短信向当事人及其诉讼代理人推送立案通知、案件分配、诉讼告知、案件处理通知、开庭通知和案件进度等程序性事项。但在技术上,上述社交媒体能否满足电子诉讼的安全性要求是值得怀疑的。通过社交媒体推送一般程序事项(例如诉讼进程)尚可,推送与重大诉讼权利相关的信息则很难符合程序保障的要求,例如合议庭组成、驳回管辖权异议等信息。尤其是,我国电子诉讼制度的发展中还面临着整治网络环境问题,政府部门、市场力量和社会个体需要协同治理互联网,净化电子诉讼环境,防止不法分子利用电子送达实施金融诈骗及其他妨碍电子诉讼的不法行为。为此,有必要对破坏电子诉讼信息系统的犯罪行为加大惩治力度,对于破坏电子诉讼系统中存储、处理或者传输的文书数据,或者故意制作、传播计算机病毒等破坏性程序,影响电子诉讼系统正常运行且后果严重的行为,追究其破坏计算机信息系统行为的刑事责任。

(二) 安全性保障

随着电子诉讼的迅速发展,诉讼文书可以被方便地收集、传输、获取和利用。但在电子诉讼发挥方便诉讼与资源共享优势的同时,也可能使当事人的诉讼资料面临失控的危险。以邮件方式送达为例,电子邮件采用的是简单邮件传输协议 SMTP 和邮局协议 POP,缺乏必要的安全措施,送达的文书也没有经过任何加密。在这种情况下,如果诉讼文书通过不同的路由器进行转发直至到达受送达人的最终接收主机,送达的邮件数据包经过这些路由器时可能被截取或加载邮件病毒,^[47]或者发生电子文书被非法察看、当事人身份被非法仿冒,诉讼文书的内容被篡改等后果。为杜绝这种危险,各国都非常重视电子法律交往的安全

[46] 前引 [30], Vogel 文,第 1016 页。

[47] 参见刘家真等:《电子文件管理——电子文件与证据保留》,科学出版社 2009 年版,第 270 页。

性问题。以法国为例,其在2005年修改民事诉讼法典时增设第748条第1—7款,强化了电子法律交往的安全性保障,要求当事人身份识别的可靠性、传送文件的完整性、通信的安全性与保密性、全部传输数据的保存,以及发送时间和接收日期的明确记载,以确保安全性。^[48]

我国电子诉讼的构建,可在借鉴域外经验的基础上完善相应技术安全保障措施,具体包括:(1)电子系统的安全性。诉讼文书通过电子途径传输必须辅以可靠的、防伪的与可证明传送时间的系统。德国的经验表明,电子司法的安全框架要集中于规范电子身份识别与电子交往的信任,尤其在安全手段、安全服务以及反篡改、法安定和证据安全方面。^[49](2)简化身份认证保障措施。电子送达的文书不应被第三人查看,电子签名虽具有身份确认功能,但繁琐的技术制约着其应用,寻找替代方案化繁为简势在必行。德国最新的技术方案是以电子法院(De-Mail)送达电子文档,以取代电子签名。这种电子法律交往方式可以在身份注册的通信伙伴之间进行方便的、保密的和可验证的电子信息与文件转移,且是一种具有法律约束力的电子通信新方式,具有明显的安全性与便利性。美国联邦法院也对系统作了简化处理,电子法院的使用人不必打印、签名和扫描签署该文件,因为身份识别和不可否认性因用户登录到系统的行为而得到推定。^[50](3)加强对司法人员法律与职业伦理的规制,防止诉讼资料流失,防止当事人的个人隐私及商业秘密因电子提交而受侵害以及身份被盗用。例如,电子诉讼系统的管理员拥有比普通诉讼档案管理人员更高的权限,可能随意调取电子诉讼资料,获取诉讼数据,这就需要加强法律和职业伦理的规制,杜绝电子诉讼资料泄露。(4)规范当事人的电子提交行为。当事人在电子诉讼中滥用诉讼程序、提交虚假文书、虚假签名虽然不构成刑事犯罪,但法院可以适用强制措施制裁,保障电子诉讼的顺利进行,维护电子法院的权威。

(三) 真实性保障

计算机在各领域的普及都带来了证据的真实性难题。无纸化诉讼中首当其冲的问题就是电子文书的真实性问题。从技术角度出发,我国电子诉讼制度的构建在文书真实性方面应确定如下规则:经过电子签名的私人电子文书应当具有与私人证书同等的证明力;有电子签名的公文书通常被推定真实。而且,电子签名应当是双向的,不但当事人向法院提交的电子文书要经过电子签名认证,法院向当事人送达的电子文书也要经过电子签名。^[51]将私法行为往来的电子化形式适用于电子诉讼,是解决诉讼行为真实性,使电子文书取代书面文书的有效方法。事实上,各国对电子交往法律关系都表现出相当审慎的态度。奥地利于1990年制定了电子交易法(Elektronischer Rechtsverkehr),1999年开始允许以电子方式提交和送达。^[52]德国调整法院与当事人之间的电子交往的电子司法法也于2013年颁行。意大利

[48] 前引[14], Kengyel等编书,第145页。

[49] 前引[29],周翠文,第100页。

[50] 前引[2],Contini等书,第235页。

[51] 印度电子法院为每个司法人员分配了电子签名,电子签名系统实行三级(国家、邦、县)管理。凡是涉及到办公自动化、在线裁判及在线阅读诉讼材料的事务,法官必须通过电子签名完成。See *E-Committee Supreme Court of India Policy and Action Plan Document Phase II of The E-Courts Project (2014)*. 见印度最高法院网站: <http://www.sci.nic.in/e-committee.htm>。

[52] 奥地利电子交易法第7条规定,使用电子交易系统必须在特定的封闭用户电子系统中注册。第5条规定,电子邮件不能用于电子送达。见前引[14],Kengyel等编书,第141页以下。

利电子法院（dominio giustizia）则强调了系统性的安全技术保障：识别案件和确认审判人员身份、确认当事人提交、修改和传送文书行为、电子回执以及对律师和司法人员的自动授权。西班牙的电子法院（Lexnet）也将电子文书传输的真实性、完整性、保密性、非否定性以及精确标记发送和接收时间等功能作为重要问题。

最高人民法院《关于全面推进人民法院诉讼服务中心建设的指导意见》提出探索建立诉讼行为真实性的识别机制，但并未明确采用何种技术手段。民事诉讼法中规定的电子送达，也没有指明在何种电子平台上进行。《最高人民法院关于进一步推进案件繁简分流优化司法资源配置的若干意见》也只是提出，当事人同意电子送达的，应当提供并确认传真号、电子信箱、微信号等电子送达地址。依文义解释，似乎使用普通电子邮箱就符合了安全标准，法院的电子送达也几乎都采用了普通电子邮箱进行送达。但从技术角度来看，采用普通电子邮箱进行送达必须辅以电子签名技术，这是诉讼文书真实性保障的基本要求。对此，我国电子签名法已经给出了技术方案。该法第2条规定：电子签名是指数据电文中以电子形式所含、所附用于识别签名人身份并表明签名人认可其中内容的数据。在法解释角度，这一规定可以准用于电子诉讼中对电子文书的制作者与签名者的身份同一的判断，保证电子文书由签名人控制，防止电子文书电子签名和法律文书的内容被篡改，或使法院能够发现这种篡改。如果当事人对经电子签名的诉讼文书有异议，可将存有异议的电子文书作为法院勘验的对象，交给法院审查判断其真实性。

建立安全的网络渠道是替代或放宽电子签名的有效途径。最佳选择是让电子诉讼的使用者利用法院的电子平台进行电子法律交往。当事人在起诉后在法院的电子诉讼系统中注册邮箱，以备接收电子邮件送达之需。那些尚不具备开通电子平台条件的法院，则可考虑以购买社会服务的方式，由国家信息安全机关授权的网络服务商提供安全的信息保护。每个账户对应一个用户，使用者具有唯一性，发送人和接收人能够被明确识别。基于上述安全要求，我国电子法律交往的具体安全措施可设计为：（1）当事人及其诉讼代理人可以以电子文档的形式提交诉状、申请书、事实陈述、证人证言、鉴定书等适宜法院处理的诉讼文书，提交者对电子文档的真实性负责。法院如果认为电子诉讼文书不适宜处理，应当立即告知电子文书的提交者，并说明适用的技术条件。（2）最高人民法院应通过制定电子诉讼规则，规定电子诉讼文书提交的时间、电子文档形式等内容，并明确电子诉讼文书提交的时间效力。例如，可以规定自电子文档被收件法院特定设备记录之时起，视为已提交。（3）建立电子公文书的真实推定原则。“民诉法解释”第114条已规定了公文书真实推定原则，即“国家机关或者其他依法具有社会管理职能的组织，在其职权范围内制作的文书所记载的事项推定为真实，但有相反证据足以推翻的除外”。依据推定法则，经电子签名后传输的电子公文书也应被推定为真实。

结 语

司法改革既是司法组织的优化、诉讼程序的完善，也可以是科学技术的应用，这几个因素之间的相互关系在时下的司法改革中已经显露无疑。在所有的改革方案中，将信息通讯技术引入民事诉讼肯定是成本最小的改革方案，也是消化冗余人员、消解案件激增状态

的有效对策。

然而,电子诉讼连接着法院、当事人与社会,是一种社会共享的司法服务。在电子诉讼的建设方面,我国法院通过信息化及诉讼服务网的建设,内部电子法院已比较发达,但法院信息化建设绝不应局限在对外展示司法成就及法院接受社会监督的形式层面。构建以当事人为中心的更有实质意义的电子诉讼制度,能够实现民事司法的程序理性、人道、尊重人格尊严和隐私等程序价值,帮助当事人接近司法,促成当事人与法院之间的诉讼合作,进而促进社会和谐。在电子诉讼建设中,应合理调节民事诉讼制度的完整性和开放性之间的张力,既要注重程序保障要求,又要切实考虑民事诉讼法所处的信息时代环境,考虑各种新的力量,使民事诉讼法的完整性和开放性在发生冲突时能够相互支撑。同时,电子诉讼的构建还要避免复杂性思维,技术方案与程序规则都要尽可能简单、方便和易于接近,并保障电子文书的真实性、电子传输的安全性。这是电子诉讼赢得全社会敬意和信心的基础条件。

Abstract: Electronic litigation has experienced two stages of development: internal e-court and external e-court. Although the instrumental function of electronic litigation has met the demand of judicial pragmatism and is conducive to solving the problems of formalization and non-popularization resulting from traditional judicial professionalization, it is not the reason to fundamentally change the value and structure of litigation. The scope of its application is also determined the degree of importance of litigation rights, the nature of a case, as well as the choice made by the parties to the case. From the legislative perspective, the construction of electronic litigation system can be achieved through two approaches, i. e., legal interpretation and legislation. The former is beneficial to the development of a system that attaches equal importance to both the integrity and the openness of procedure, whereas the latter requires us to properly handle the relationship between principles of litigation and technological application, take into consideration the demand for democratization of legislation, and embody the spirit of electronic inclusiveness and electronic democracy. From the functional perspective, the application of electronic litigation depends on the principles and the structure of litigation. It is difficult to apply electronic litigation procedure to matters that require strict safeguards and those for which it is difficult to initiate error-correction procedure. Therefore appropriate ICT measures should be introduced into different stages of litigation in light of their different characteristics, so as to meet different rights protection needs. Pilot electronic litigation can be applied to the entire process of small claims procedure and payment order procedure. At the technical support level, in the construction of electronic litigation system, China should pay attention to safety and construction of friendly infrastructure, and adopt corresponding safety technological standards.

Key Words: electronic litigation, e-court, electronic communication in legal proceedings, e-service, electronic submission
