

# 论普通程序中的答辩失权

曹志勋\*

**摘要** 为了督促被告积极答辩、提高诉讼效率并在民事诉讼中真正实现程序分类,我国应在民事诉讼普通程序中推行答辩失权制度。比较法上的答辩失权制度差异较大,其中德国模式适用详细的事中要件,审查能否在答辩期经过后答辩,英美模式则通过不应诉判决及其撤销程序达到类似效果。从制度功能出发,德国思路能够避免复杂的程序性争议并更好地限制法官裁量权,在诉讼基本状况、制度的实际效果以及诉讼进行方式的传统上也符合我国的实际需求 and 既有实践。考量国情和比较法经验,我国也应明确答辩失权的不同阶段,并细化相应的程序法教义学要件。我国举证时限制度应适用相同的要件标准,答辩失权则覆盖举证时限外的部分诉讼场景,并且应由法官慎重行使其裁量权。

**关键词** 答辩失权 诉讼失权 程序分类 不应诉判决 举证时限

## 引言

我国的答辩失权问题内嵌在广义上的我国立案程序或者比较法上的诉答程序中,这在我国呈现行政化和职权化的色彩。现有制度拒绝了以当事人双方程序参与为要义的诉答程序,使双方当事人的诉权保护和司法专业化的努力都大打折扣。虽然理论通说认

\* 北京大学法学院 2010 级博士生。本文为 2010 年教育部人文社会科学研究规划基金项目“民事司法权优化配置研究”(课题批准号 10YJA820020)的阶段性成果,并得到国家留学基金资助。感谢北京大学法学院潘剑锋、汪建成、陈瑞华和陈永生诸位教授的修改建议和贺剑、袁中华、朱新林、任重博士及张扬律师的批评帮助,特别感谢傅郁林教授从文章核心问题、谋篇布局到文字处理的多层面上细致入微的指导。

为答辩是被告的诉讼权利和义务的统一,<sup>[1]</sup>但是综合分析《民事诉讼法》第12条的辩论原则、第125条第2款的“不影响人民法院审理”的表述和《民事诉讼证据的若干规定》(《证据规定》)第32条没有后果的“应当”条款,被告答辩没有时间限制,逾期答辩也不会触发消极后果。<sup>[2]</sup>在本次《民事诉讼法》修改中,相应的规则得到了进一步的整合,其原有态度也得到了立法者的进一步确认。但是,在案件数量逐年激增、案情日趋复杂的民事诉讼普通程序中,如果被告在诉讼开始时没有实施答辩行为,法官无法尽早明确诉讼标的和争议焦点,原告无法尽早准备对被告主张的回应,导致诉讼程序被拖延。这些最终也会反馈为司法服务质量的下降和司法公信力的降低。比如,被告对于原告主张的借款关系不答辩,却在正式庭审中或裁判后突然主张双方之间存在联营关系而非借款关系,仓储合同而非承揽合同,抗辩原告并未实际履行其债务因此拒绝对待给付,或者主张法院没有管辖权。同时,从繁简分流的思路出发,侧重于正式性和程序保障的普通程序应更强调双方当事人的平等武装、诉讼效益,以及审判有准备、有秩序地进行。因此,在本次《民事诉讼法》修改未能回应相关问题的背景下,如何借鉴比较法经验,采取必要手段激励被告早期答辩、遏制被告的突袭答辩,成为普通程序进一步改革、推进程序分类建构的重要途径。<sup>[3]</sup>

所谓答辩失权,正是学者在长期关注比较法中的不同制度所提炼出的问题。比较法上的答辩失权,在制度上均由答辩规则及不及时答辩的后果规则组成,但是在具体进路上则大相径庭:德国关注逾期答辩能否在随后的诉讼阶段甚至开庭时提出,强调的是失权(Präklusion)的

---

[1] 参见董少谋主编:《民事诉讼法学》(第2版),法律出版社2013年版,页305及脚注10(赵旭东执笔);张卫平主编:《新民事诉讼法条文精要与适用》,人民法院出版社2012年版,页324—325;奚晓明主编:《〈中华人民共和国民事诉讼法〉修改条文理解与适用》,人民法院出版社2012年版,页257—261;汤维建主编:《民事诉讼法学》,北京大学出版社2008年版,页326(吴英姿执笔);江伟主编:《民事诉讼法》(第3版),高等教育出版社2007年版,页290(赵刚执笔);李国光主编:《最高人民法院〈关于民事诉讼证据的若干规定〉的理解与适用》,中国法制出版社2002年版,页261—263。

[2] 参见江伟主编:《民事诉讼法学》,北京大学出版社2012年版,页256(傅郁林执笔)。也曾有最高人民法院法官认为,无论何时,只要被告提交了答辩状或书面意见,法院都应接受并抄送原告。参见吴庆宝主编:《最高人民法院专家法官阐释民商裁判疑难问题》,人民法院出版社2007年版,页219。不过相反也有最高人民法院立案庭法官主张对无故不答辩的行为适用训诫、罚款等强制措施。参见奚晓明,同上注,页263—264。

[3] 关于程序分类的研究,参见肖建国:“回应型司法下的程序选择与程序分类——民事诉讼程序建构与立法的理论反思”,《中国人民大学学报》2012年第4期;王亚新:“民事诉讼法修改中的程序分化”,《中国法学》2011年第4期;傅郁林:“小额诉讼与程序分类”,《清华法学》2011年第3期;傅郁林:“中国民事诉讼立案程序的功能与结构”,《法学家》2011年第1期。类似批评,参见毕玉谦:“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”,《比较法研究》2012年第5期。

事中要件审查；〔4〕英美则从广泛意义上的不应诉(CPR r. 10.2, FRCP Rule 55)〔5〕出发,先基于逾期不答辩的事实做出不应诉判决(default judgment)从而直接判定被告败诉,但允许当事人事后申请撤销程序。在我国学者中,张卫平教授曾从法律传统的划分、我国原有法律资源和诉讼习惯出发,主张答辩期满即失权,并且辅以客观原因的例外事由。〔6〕这一观点在学界得到了广泛支持,〔7〕其分析框架也提升了相关讨论的理论品质。此后,虽然学者达成了必须遏制消极答辩行为的共识,但是在答辩失权的性质和具体程序建构上仍然存在重大分歧。比如,汤维建教授认为应积极引进答辩失权制度,无论被告是否有律师代理,答辩失权都是大势所趋;〔8〕王亚新教授对此则持保留态度,认为答辩失权规则与我国民事诉讼的程序结构和制度背景相互排斥,也并不是督促被告进行实质性答辩的最佳解决方案;〔9〕傅郁林教授针对中美诉答程序的差异、现有程序时效制度的缺失和法律共同体诚信机制的形塑三方面,主张在有律师代理的案件中实行答辩失权制度。〔10〕笔者认为,上述分歧的实质主要在于各家学说对于我国民事诉讼状况的认定与推测不同,关注的面向各异。于是,本文首先试图将讨论的范围限定在那些当事人诉讼能力大致相当(有律师代理或内部法务人士协助)、更强调自我责任、一

〔4〕 德国的相关制度整体上针对攻击防御方法,囿于主题,本文的分析主要针对其一般原理和与答辩有关的内容。但是如后文所述,这些经验在德国既针对原被告双方,又涵盖了我国既有举证时限制度的对象,其合理内容值得我国在整体上参考。

〔5〕 在英国,虽然区分不应诉和不出庭,但是其基本规则十分相似(CPR r. 39.3)。在美国,不及时答辩是不应诉中最典型的情况(*Brock v. Unique Racquetball & Health Clubs, Inc.*, 786 F.2d 61, 64 (2d Cir. 1986)),其他情形还包括答辩后不出庭及不遵守其他的期间期限规定(*City of New York v. Mickalis Pawn Shop, LLC*, 645 F.3d 114, 129-131 (2d Cir.2011) (“*Mickalis*”); *Hoxworth v. Blinder, Robinson & Co.*, 980 F.2d 912, 918 (3d Cir.1992))。但是,也有初审法院认为第五巡回法院辖区内只有在被告未完全答辩时才适用不应诉判决,比如:*In re Condor Ins. Ltd.*, 2012 WL 720312 (Bkrcty.S.D.Miss., 2012)。虽然这种限缩解释也得到了部分权威教科书的支持(引注参见 *Mickalis* 案),但是由于答辩后不出庭并非本文讨论重点,笔者不再深究。

〔6〕 参见张卫平:“论民事诉讼中失权的正义性”,《法学研究》1999年第6期。

〔7〕 代表性作品,参见肖建华主编:《民事诉讼立法研讨与理论探索》,法律出版社2008年版,页191;肖良平:“论我国民事诉讼答辩失权制度的构建”,《求索》2006年第1期;李祖军:“民事诉讼答辩状规则研究”,《法学评论》2002年第4期。

〔8〕 参见汤维建:“‘答辩失权’是大势所趋”,载《人民法院报》2005年4月20日,第B1版。最高人民法院法官的批评意见,参见吴庆宝主编:《最高人民法院专家法官阐释民商裁判疑难问题:综合裁判精要卷》,中国法制出版社2011年版,页312-315。

〔9〕 参见王亚新:“我国民事诉讼不宜引进‘答辩失权’”,载《人民法院报》2005年4月6日,第B1版;修正后的观点,参见“再谈‘答辩失权’与‘不应诉判决’”,载《人民法院报》2005年5月11日,第B1版。

〔10〕 参见傅郁林:“诉答程序·程序时效·诚信机制——‘答辩失权’的三大基础性问题”,载《人民法院报》2005年4月13日,第B1版。

般争议数额较大、对专业化处置纠纷的需求比较强烈的诉讼,比如较为正式的商事案件。<sup>[11]</sup>虽然冠以普通程序之名,但是本文并不完全对应我国现行法上的“普通程序”,而是一种民事诉讼基本原理下侧重正当程序保障的理想程序类型。在这样的案件类型中,相对严厉的举证时限制度并没有必要做大的调整,增设答辩失权制度也不会引发太多非议或不正义。

本文以引言开头,介绍答辩失权的必要性、本领域的既有成果与研究范围。鉴于论者在制度具体设计上的分歧以及我国制度实践的缺失,笔者将试图由比较法<sup>[12]</sup>上的答辩失权制度出发,寻找讨论的共同基础及创新启发。考虑到制度与其他制度和程序的依存关系,<sup>[13]</sup>分析也应结合各国不同的变通、救济可能以及其他相关制度(第一和第二部分)。随后根据我国建立答辩失权制度必须特别考量的相关国情因素,本文主张应充分注意德国模式的功能优势,并且采取其中要件审查模式。在答辩期经过后,不满足要件的被告不能答辩(第三部分第(一)节)。进而在我国语境下,本文在过程和要件上具体探讨了答辩失权制度的设计,并强调了其在立法和司法层面可能发挥的作用(第三部分第(二)节)。本文最后为结语,展望了答辩失权在普通程序改革中的理论意义。此外,由于比较法实践中积累了大量判例,本文也将尽可能地归纳其制度要旨,以明确司法实践中的裁判规则。

## 一、答辩失权的要件审查

### (一)答辩制度的基本规则

根据法官选定的诉讼准备方式不同(§ 272 II ZPO),<sup>[14]</sup>德国的答辩制度分为两种。在适用先期首次期日的准备程序中,法官通常也会裁量地指定书面答辩期(§ 275 I S. 1 ZPO),但是如果开庭时未能解决纠纷,则必须安排书面答辩期(§ 275 III ZPO)。先期首次期日与主期日具有相同的效力。在另一种书面准备程序中,法官应先告知被告相关后果(§ 276 II

[11] 德国法官行使释明权时应特别关注没有律师代理的当事人,比如法官因轻信原告、误以为被告有律师代理因而未尽释明义务时,就不能判定被告失权: *BVerfGE* 75, 183 = *NJW* 1987, 2003. 在英美,如果当事人没有律师代理,适用相关的程序规则也应较为宽松,法官也需要承担相应的释明工作。A. A. S. Zuckerman, *Zuckerman on Civil Procedure: Principles of Practice*, Sweet & Maxwell, 2006, pp. 454-455; *Tracy v. Freshwater*, 623 F.3d 90, 101-102 (2d Cir.2010).

[12] 限于学力和篇幅,这里只选取德国、英国和美国的联邦法院。我国台湾地区大致遵循德国思路又有所创新,参见黄国昌:“逾时提出攻击防御方法之失权制裁”,载《民事程序法学的理论与实践》,元照出版有限公司2012年版,页1-37;姜世明:“论民事诉讼法失权规定之缓和与逃避”,载《任意诉讼及部分程序争议问题》,元照出版公司2009年版,页243-270;许士宦等:“逾时提出攻击防御方法之失权”,载《民事诉讼法之研讨(十一)》,三民书局2003年版,页191-297;邱联恭:《争点整理方法论》,三民书局2001年版,页62-63。

[13] 参见潘剑锋:“衔接与协调:民事诉讼法中相关制度的整合”,《河南社会科学》2011年第5期;潘剑锋:“通常程序应成诉讼常态”,载《法制日报》2011年11月12日,第7版。

[14] 在有律师协助的正式程序中,所谓的书面准备程序被认为更有利于通过一次开庭解决争议,并加强广泛应用非法律专业资料和书证的民事审判的争点整理。Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl., 2010, § 104 Rdn. 3; Thomas/Putzo/Reichold, *ZPO*, 33. Aufl., 2012, § 272 Rdn. 2, 7; Stein/Jonas/Leipold, *ZPO*, 22. Aufl., 2008, § 272 Rdn. 13ff.; 邱联恭,见前注[12],页36。

ZPO),并要求被告在法定的两周不变期间内做出书面的防御表示(包括表示不防御),〔15〕同时在随后的两周内提交答辩状(§ 276 I ZPO)。具体在答辩状中,被告及其律师应从管辖权、是否满足请求权要件、诉讼时效及证据状况等方面审查原告的诉讼请求,并初步选定采取的诉讼策略。〔16〕被告承担所谓事实查明义务(§ 138 II ZPO),一般而言只能在对对方所主张事实表示自认或争辩中选择(§ 138 III IV ZPO)。被告在答辩状中只需做出一般性回应,只有在法官行使了发问和释明权时才有回答个别问题的义务(§ § 139, 273 II Nr. 1 ZPO)。被告答辩的具体程度应与原告既有的事实主张和证据申请相对应,法官不应过于苛求被告主张的完整性。上述制度在理论方面的原因是,德国法在理论上没有采取同时提出主义,在法条文义上也强调当事人主观认识及法官裁量的空间;实务方面的理由则在于,被告对诉讼状况的判断当然不可能完美无缺,而且既然原告在首次开庭前可以变更诉讼主张,也没理由限制被告的防御机会。〔17〕

## (二)答辩失权的审查标准

### 1.失权审查的前提条件

所谓失权,就是指如果被告要求法官在答辩期届满后审查答辩状,那么法官只有在经自由心证内心确信提出的答辩状不会延迟诉讼或者被告对逾期有足够的免责事由时,才会准许被告答辩(§ 296 I ZPO)。考虑到失权对于实现当事人实体权利和法定听审权(Art. 103 I GG)的巨大影响,在失权规则的具体判断中也有不少限制。〔18〕首先,被排除的对象只能是防御方法,因此限于事实反驳、程序法上的抗辩、证据手段、证据申请和抗辩以及诉的合法性责问(§ § 282 I III S.2, 296 I III ZPO)。〔19〕随后,法官应判断答辩状中需要适时提出的防御方

〔15〕 如果被告未做出防御表示,而且在法官签发的缺席判决交到书记处前仍旧未表示(§ 331 III S.1, 2. HS ZPO),原告将有权申请缺席裁判(§ 331 III S.1, 1. HS ZPO)。在原告申请缺席判决且被告对错过期间没有过错时,被告可以基于无过失申请重新开庭(§ 233 ZPO)或者缺席判决的异议(§ 338 ZPO);在原告不申请时,应继续进入主期日审理。Stein/Jonas/Leipold, a.a.O., § 276 Rdn. 27ff.; MüKoZPO/Prütting, 4. Aufl., 2013, § 276 Rdn. 20ff.但是在诉讼实践中,书面防御意图表示很容易通过简单的表态被满足,无法起到促进争点整理的作用。在德国实践中,这种失权的适用也比较稀少。Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, 30. Aufl., 2011, § 68 Rdn. 1.再考虑到后文分析的诉讼进行方式上两大法系的区别,虽然这一制度是德国答辩失权规则的重要组成部分,我国并不必参考。类似观点,参见王亚新:“再谈‘答辩失权’与‘不应诉判决’”,见前注〔9〕。

〔16〕 Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., § 101 Rdn. 1ff.; Schneider, Die Klage im Zivilprozess, 3. Aufl., 2007, Rdn. 2336f., 2340ff.

〔17〕 Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., § 79 Rdn. 46; Thomas/Putzo/Reichold, a.a.O., § 277 Rdn. 5f.; Stein/Jonas/Leipold, a.a.O., § 277 Rdn. 4ff.; MüKoZPO/Prütting, a.a.O., § 277 Rdn. 4f.; Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl., 2012, § 277 Rdn. 1.

〔18〕 Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., § 68 Rdn. 29ff.

〔19〕 因此排除了驳回诉讼的实体请求和反诉、除证据申请外的其他程序性申请(如展期或延后开庭)、自认和无争议的事实主张、法律观点、外国法和习惯法及规则、以及所有的诉讼与效行为。Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., § § 64 Rdn. 10, 102 Rdn. 1ff.; Thomas/Putzo/Reichold, a.a.O., § 146 Rdn. 2; Stein/Jonas/Leipold, a.a.O., § 146 Rdn. 2ff.; MüKoZPO/Prütting, a.a.O., § 296 Rdn. 40ff.

法的范围,只有那些考虑到个案诉讼状况、诉讼促进义务及谨慎的诉讼指挥后应提出的防御方法(§ 277 I S. 1 ZPO),才可能失权。如前所述,答辩的具体内容取决于个案诉讼状况,其失权当然也限于此。法官还应告知被告逾期答辩失权的后果(§ 277 II ZPO),<sup>[20]</sup>即使在有律师代理的情况下,也必须简单提示或者重述法条。<sup>[21]</sup>

## 2.失权审查的构成要件

同时,法官也必须结合逾期、延迟诉讼、因果关系、可归责性等构成要件及其法教义学解释,判定答辩是否失权。就逾期而言,法官需要审查期限的长度是否明确且合理。准备答辩状的期限应不少于两周(§ 277 III ZPO),并且符合个案情况和比例原则。<sup>[22]</sup>如果法官在答辩期之外另外提供了答辩的机会(比如通过没有设定期限的命令要求被告答辩),就不构成逾期。<sup>[23]</sup>

在讨论是否延迟纠纷解决时,通说和实务界普遍主张标准相对清晰的所谓绝对延迟学说,即只考虑在允许逾时提出攻击防御方法时,整个诉讼是否比不允许时持续更长的时间,这通常可以通过裁判时机是否成熟(Entscheidungsreife)、或者说是否需要另行开庭才能判决来判断。<sup>[24]</sup>具体而言,如果被告在开庭时提出债务已清偿并且申请证人出庭,那么为了查清原告的实体权利状况就难以在本次开庭中结束辩论,因此这种新答辩就构成了诉讼迟延;如果被告与证人同时出庭且法官当时调查证据就可以解决纠纷,则可以不认定失权;如果原告将提出相反的证据申请、被告证据过多、耗时太久(比如鉴定)或者客观上无法完成(比如异地勘验)导致无法一次审结,仍然构成诉讼迟延。<sup>[25]</sup>而且依照不同的准备方式,失权的判断也有所区别。在适用先期首次期日时,如果根据案情的复杂程度或者期日内容的安排,首次开庭本身显然不可能审理完整个纠纷或者没有实质审结纠纷的意图,那么自然不能滥用失权规则。<sup>[26]</sup>但是

[20] *BVerfGE* 60, 1 = *NJW* 1982, 1453; *Stein/Jonas/Leipold*, a. a. O., § 277 Rdn. 17ff.; *MüKoZPO/Prütting*, a. a. O., § 296 Rdn. 71f.

[21] *BGHZ* 88, 180 = *NJW* 1983, 2507 (2508); *BGH NJW* 1991, 493.

[22] *BGHZ* 124, 71 = *NJW* 1994, 736 (737); *Thomas/Putzo/Reichold*, a. a. O., § 275 Rdn. 4ff.; *Stein/Jonas/Leipold*, a. a. O., § § 275 Rdn. 7, 277 Rdn. 24f., 296 Rdn. 37f., 54f. 比如在一般医疗过程漫长、涉及部门众多的医师责任诉讼中,通常的四周答辩期一般情况下都属于加速过度了。*Spickhoff*, *Die Entwicklung der Arztrechts* 2011/2012, *NJW* (2012), 1773, 1778.

[23] *BGH NJW* 2012, 2808 (2809f.).

[24] *BGHZ* 77, 306 = *NJW* 1980, 2355; *BGH NJW-RR* 1999, 787. 与此相对,所谓的相对延迟学说则要求法院先推算在适时提出相关材料时整个案件在本审级内的审理时间,随后与当前情况下的预计审理时间比较,得出是否导致诉讼迟延的判断。由于其间涉及的变量众多,出于可操作性、司法统一和法官负担的考虑,仅在后文所述的因果关系与过错方面成为例外规则的理论支持。*Rosenberg/Schwab/Gottwald*, a. a. O., § 68 Rdn. 31; *Stein/Jonas/Leipold*, a. a. O., § 296 Rdn. 56ff.; *MüKoZPO/Prütting*, a. a. O., § 296 Rdn. 75ff.

[25] *BGHZ* 86, 198 = *NJW* 1983, 1495; *BGHZ* 83, 310 = *NJW* 1982, 1535 (1536); *Stein/Jonas/Leipold*, a. a. O., § 296 Rdn. 60f., 73ff., 84ff.; *Zöller/Greger*, a. a. O., § 296 Rdn. 13.

[26] *BVerfGE* 69, 126 = *NJW* 1985, 1149 (虽然原判决针对未设定期限的失权规则,其说理同样适用于违反特定期限的情况); *BGHZ* 98, 368 = *NJW* 1987, 500; *BGH NJW-RR* 2005, 1296 (1297).

相反地,如果案件本来可以通过一次开庭解决,但是由于答辩状迟到从而无法实现,依照通说就应成为失权的对象。<sup>[27]</sup> 在适用书面准备程序时,如果被告在表达了防御意图之后未能如期答辩,法官将确定尽可能早的主期日(§ § 272 III, 216 II ZPO)。如果被告答辩时距开庭的时间已不足以做相应的准备(比如传唤证人或要求原告发表辩论意见),法官就可能基于诉讼迟延驳回答辩主张。<sup>[28]</sup> 不同于先期首次期日中对期日性质的争议,如果逾时答辩可能导致在主期日中无法审结案件,诉讼迟延要件就得到了满足。<sup>[29]</sup>

在因果关系方面,被告陈述的逾期应是诉讼迟延的唯一原因。因此,法官应尽可能在整个过程中履行诉讼准备义务(§ 273 I ZPO)和释明义务(§ 139 ZPO),避免误导当事人违反诉讼促进义务(§ 282 I ZPO)(比如轻信其提出的诉讼资料已经完备),以及采取各种合理可期待的手段避免适用失权,否则都不会导致失权效果。<sup>[30]</sup> 如果延长开庭时间而不是增加开庭次数能够满足被告的证据申请,比如法官在书面准备程序中对较为复杂案件(如从案情看可能涉及抵销)安排的开庭时间过短,<sup>[31]</sup>或者在答辩距开庭仍有较长时间时,未能通过延长开庭允许证人或鉴定人出庭,<sup>[32]</sup>也不能判定失权。此外,即便适时提出防御方法仍会发生诉讼迟延,同样能够成为被告的有力抗辩。<sup>[33]</sup>

在过错和免责事由方面,被告在过错推定的情况下对免责事实承担主张及证明责任,并且需要满足具体轻过失标准,即根据具体的诉讼状况和个人状况不能避免逾时提出防御方法,而在判断归责于当事人的代理律师的过失时(§ 85 II ZPO),则适用本职业的抽象轻过失标准。在实践中法官掌握得相对灵活,比如当事人或律师生病、特殊情况下的律师工作压力过重甚至特定律师度假导致无法及时委托,都可能成为免责的事由。不同于判断诉讼迟延和因果关系时法官需要达到内心确信,法官达到疏明的确信程度(§ 296 IV ZPO)即可认定免责,这就包括被告律师保证或者被告宣誓保证的情形(§ 294 I ZPO)。<sup>[34]</sup>

[27] BGHZ 86, 31 = NJW 1983, 575 (576); BGHZ 88, 181 = NJW 1983, 2507 (2508); Thomas/Putzo/Reichold, a.a.O., § 275 Rdn. 8, 17; Stein/Jonas/Leipold, a.a.O., § 296 Rdn. 77ff.; MüKoZPO/Prütting, a.a.O., § 296 Rdn. 89ff. (略有细节上的不同); Musielak/Huber, Kommentar zur ZPO, 9. Aufl., 2012, § 296 Rdn. 20.

[28] OLG Düsseldorf NJW 1995, 2173.

[29] OLG München NJW 1990, 1371.

[30] BVerfGE 75, 183; BGHZ 75, 138 = NJW 1979, 1988; Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., § 68 Rdn. 30, 32; Thomas/Putzo/Reichold, a.a.O., § 296 Rdn. 9; Stein/Jonas/Leipold, a.a.O., § 296 Rdn. 87ff.; MüKoZPO/Prütting, a.a.O., § 296 Rdn. 15ff., 120ff.

[31] BverfG NJW 1992, 299 (300).

[32] BVerfGE 81, 264 = NJW 1990, 2373.

[33] BVerfGE 75, 302 = NJW 1987, 2733 (2735); Stein/Jonas/Leipold, a.a.O., § 296 Rdn. 66ff.; MüKoZPO/Prütting, a.a.O., § 296 Rdn. 82ff. 这实际上是联邦宪法法院参考相对迟延学说对绝对迟延学说的补充。为了回应相关批评,这一例外规定必须满足显而易见的限制性标准,以避免司法不确定和程序问题造成审判负担及进一步的诉讼迟延。

[34] Stein/Jonas/Leipold, a.a.O., § 296 Rdn. 111ff.; MüKoZPO/Prütting, a.a.O., § 296 Rdn. 133f., 169ff.

此外需要专门讨论的是所谓(被告可放弃的)诉的合法性责问的失权(§ § 282 III, 295, 296 III ZPO)。此时法官不需要审查前述诉讼迟延的要件,在法官设定答辩期时,被告原则上就应在答辩期内责问(§ 282 III S.2 ZPO)。具体而言,与我国讨论有关的主要是仲裁抗辩、自起诉时没有诉讼代理权的抗辩和应诉管辖:由于特别法规定(§ 1032 I ZPO),被告直到针对主诉的口头辩论期日开始前都可以主张仲裁管辖的抗辩,因而该抗辩不受失权规定的限制;〔35〕由于法条强调了在任何情况下都可以就诉讼代理权提出责问,因此也不应适用失权规则;〔36〕在设定了答辩期时,通说目前认为被告在第一次开庭时仍有权提出管辖权异议,不受答辩失权的限制(§ 39 ZPO, Art. 24 EuGVO)。〔37〕此外至于被告无权放弃的诉讼要件,仍应由法官依职权审查(§ 56 ZPO),并且原则上由原告承担证明责任。〔38〕

法官一旦认为需要适用失权规则,必须首先向被告释明可能认定失权并对其提供解释辩白的机会,〔39〕同时也应要求原告提交对答辩的具体辩论意见,以判断是否属于争议事项。〔40〕随后,法官才可以在不考虑该陈述的情况下做出实体判决,〔41〕同时在终局裁判的理由部分中结合具体要件加以说明。〔42〕显然,单纯在事实和证据层面被排除的被告并不一定败诉,原告的主张还需要满足诉的正当性要求,即请求权基础中所包含的全部事实要件。

〔35〕 BGHZ 147, 394 = NJW 2001, 2176. 反对观点,比如:Stein/Jonas/Leipold, a.a.O., § 296 Rdn. 164.

〔36〕 BGH NJW 2002, 1957 (1958)(针对上诉审中的失权); Stein/Jonas/Leipold, a.a.O., § 296 Rdn. 166; MüKoZPO/Prütting, a.a.O., § § 88 Rdn. 5, 296 Rdn. 158. 反对观点:Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., § 68 Rdn. 51; Thomas/Putzo/Reichold, a.a.O., § 296 Rdn. 41; Musielak/Huber, a.a.O., § 296 Rdn. 34.

〔37〕 BGHZ 134, 127 = NJW 1997, 397 (398f.)(限于国际管辖权); Thomas/Putzo/Reichold, a.a.O., § 296 Rdn. 41; Musielak/Huber, a.a.O., § 296 Rdn. 34. 主张被告应如期提出管辖权异议的有力批评意见:Stein/Jonas/Leipold, a.a.O., § 296 Rdn. 156ff.; Stein/Jonas/Bork, ZPO, 22. Aufl., 2002, § 39 Rdn. 17; MüKoZPO/Prütting, a.a.O., § 296 Rdn. 156f.; 单纯附和表态的意见:Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., § 93 Rdn. 32; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 71. Aufl., 2013, § 296 Rdn. 72. 从德国法的解释看,要求被告在答辩期内责问的规则属于应诉管辖规则的特别法,这样在经过答辩期后就会发生失权效果,只能通过不可归责性主张免责。虽然管辖权属于诉讼要件因而适用依职权审查原则,但是上述失权效排除了法官的职权。(针对我国国情,后文亦支持此说。)没有争议的是在初级法院管辖的案件中,由于法官开庭时应告知被告存在没有管辖权的情形(§ § 39 S.2, 504 ZPO),因此在开庭前不可能构成失权。此外,基于法院应诉管辖权的特别法规定(§ 39 S.1 ZPO),被告实体答辩后即使能够主张免责,也无法使管辖权归于消灭。

〔38〕 Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., § 93 Rdn. 34f.

〔39〕 BGH NJW 1989, 717 (718); NJW 1986, 3193 (3194). 日本的类似做法,参见王亚新:《对抗与判定——日本民事诉讼的基本结构》(第2版),清华大学出版社2010年版,页120。

〔40〕 Stackmann, Selten folgenschwer: verspätetes Vorbringen, JuS (2011), 133, 134.

〔41〕 BGHZ 33, 236 = NJW 1961, 115 (117); BGH NJW-RR 1996, 961.

〔42〕 Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., § 68 Rdn. 52; Stein/Jonas/Leipold, a.a.O., § 296 Rdn. 174ff.; MüKoZPO/Prütting, a.a.O., § 296 Rdn. 178ff.



### (三) 答辩失权与关联制度

虽然在德国实践中也存在一些缓冲或者规避答辩失权的律师策略,但是在法官和原告的共同参与下,逾期失权仍然是难以避免的一般情形。比如,被告可以在口头辩论终结前提起与主诉有联系、因而需要合并审理的反诉(§ 33 I, 145 II ZPO),由于实务中认为被迟延的应是整个诉讼,<sup>[43]</sup>相关的防御方法在法官能够就反诉判决之前都不会失权。但是,这种观点有悖于失权规则及部分判决的规则,毕竟在法官可以对一部分纠纷做出判决时,逾时陈述就已经导致了诉讼迟延。因此,如果反诉的扩张只为了防止陈述失权,法官就可以认为其属于滥用权利、从而经部分判决认定失权。<sup>[44]</sup>类似地,未及时答辩的被告也可以通过故意不出庭构成缺席并等待法院做出缺席判决(§ 331 I ZPO),随后马上提出缺席异议(§ 338 I ZPO)。如果异议得到支持,那么诉讼将回到缺席前的状态(§ 342 ZPO)。虽然此时答辩仍然处于逾期的状态,但是判断诉讼迟延的对象变成了缺席及其异议程序,缺席所导致的诉讼时间的延长并不构成判断失权所需要考虑的诉讼迟延。同时,为了尽可能消除缺席对诉讼造成的迟延影响,法官在准备案件时必须考虑被告逾期的答辩意见。如果案件能够在随后确定的期日(§ 341a ZPO)解决,实际上就规避了原有程序中的失权规则。<sup>[45]</sup>再者,被告还可以选择通过上诉来尝试规避。在控诉法院未推翻初审判断的情况下,固然不能提出已经失权的陈述(§ 531 I ZPO),<sup>[46]</sup>但是一审中并没有实际提出的防御方法仍然应由控诉法院审查。然而,在目前相对严格的二审失权规定面前(§ 531 II ZPO),在二审中提出答辩意见相当困难。<sup>[47]</sup>

## 二、不应诉及其事后撤销

### (一) 英国

#### 1. 答辩制度与不应诉判决

在普通诉讼中,原告应尽可能向被告一并送达诉状和诉讼理由,但也可以在送达诉状 14

[43] BGHZ 77, 306 = NJW 1988, 2355.

[44] BGH NJW 1986, 2257 (2258); Stein/Jonas/Leipold, a.a.O., § 296 Rdn. 70f.; MüKoZPO/Prütting, a.a.O., § 296 Rdn. 110 f. 不过由于诉讼中提起反诉属于当事人的处分权,反诉即使具有逃避失权效果,也并不当然构成权利滥用。BGH NJW 1995, 1223 (1224). 基于违宪及各种解释方法反对部分判决思路的意见: Habermann, Die Flucht in die Widerklage zur Umgehung der Verspätungspräklusion, 2001, S. 53ff.

[45] BGHZ 76, 173 = NJW 1980, 1105; MüKoZPO/Prütting, a.a.O., §§ 296 Rdn. 114f., 340 Rdn. 23ff.; Musielak/Huber, a.a.O., §§ 296 Rdn. 41, 341a Rdn. 1. 不过被告选择这种方法除了要承担缺席异议不成功或者纠纷无法当庭解决的风险(比如原告相应地要求继续提交证据),也要承担相应的费用(§ 344 ZPO)。同时,原告也有权根据缺席判决在不提供担保的前提下申请执行(§ 708 Nr. 2 ZPO)。

[46] Thomas/Putzo/Reichold, a.a.O., § 531 Rdn. 8ff.; Stein/Jonas/Leipold, a.a.O., § 296 Rdn. 178ff.; Stein/Jonas/Althammer, ZPO, 22. Aufl., 2013, § 531 Rdn. 5ff.; MüKoZPO/Rimmelspacher, 4. Aufl., 2012, § 531 Rdn. 4ff. 相反,如果一审法官已经允许提出逾期的攻击防御方法,那么由于诉讼迟延(即使存在)已经无法避免,就不能在上诉审中拒绝考虑。BGHZ 166, 283 = NJW 2006, 1657 (1659).

[47] MüKoZPO/Prütting, a.a.O., § 296 Rdn. 116f.; Musielak/Huber, a.a.O., § 296 Rdn. 47.

天内单独送达诉讼理由(CPR rr. 7.4, 7.5(1), Practice Direction[以下简称 PD] 16 3.1, 3.2)。为了在回应时初步明确原告主张,被告一般只需在收到诉讼理由后选择应对方式(CPR rr. 9.1(2), 9.2):<sup>[48]</sup>承认对方的请求(CPR r. 14)、在 14 天内实质答辩(CPR r. 15.4)或者在 14 天内声明已被送达(Acknowledgement of service)<sup>[49]</sup>并在随后的 14 天内答辩(CPR rr. 10.1(3), 10.3, 15.4)。<sup>[50]</sup>在答辩中,被告应对原告主张的事实明确表示反驳并提出相反主张、不知或者自认,除从整体案情中可推知的事实及金钱数额外,未表态或沉默的事实主张视为自认(CPR r. 16.5)。<sup>[51]</sup>

不及时声明已被送达或者选择实质答辩的被告,在大多数案件中都面临着不应诉判决的风险(CPR rr. 10.2, 12.1, 12.3, 15.3)。不过,虽然立法确立了明确的时间界限和后果,但是在实践中如果被告错过了上述期限后申请延期提出,法官仍然很可能行使案件管理权许可其提出(CPR r. 3.1(2)(a))。<sup>[52]</sup>此时如果原告已经申请了不应诉判决,法官将在允许延期提出的同时判令被告补偿原告的花费。<sup>[53]</sup>如果原告既没有申请不应诉判决、又没有申请即决判决,那么在答辩期满 6 个月后法院将裁定诉讼中止(stay),直到依一方申请许可恢复诉讼(CPR

[48] 例外在于所谓的 Part 8 类型的案件,即双方之间不存在实质性事实争议(CPR r. 8.1(2)(a))或者请求某些特定类型救济手段的案件(CPR r. 8.1(6)(a))。此时诉答程序的主要工作限于送达所需证据,被告必须在收到诉状后 14 天内向原告直接声明被送达(根据案件性质,其内容也区别于普通诉讼)(CPR r. 8.3),法官也不能做出不应诉判决(CPR r. 12.2(b))。Zuckerman, *Supra* note 11, at 149-151.

[49] 实际上,声明的意义仅在于提出管辖权异议或者争取更多准备实质答辩的时间(CPR rr. 10.1(3), 11(2)),被告同时必须明确是否承认全部或者部分请求。在具体操作上,被告需要通过填写表格(form N9)向法院声明,并由法院书面通知原告(CPR r. 10.4)。

[50] 与此不同,在商事诉讼中被告必须在收到诉状后 14 天内向法院声明被送达(CPR rr. 58.6(1)(2), The Admiralty & Commercial Courts Guide (2011) [以下简称 Guide] B9.1, B9.4),随后原告才有必要在 28 日内送达诉讼理由(CPR r. 58.5(1)(c), Guide B4.4, B4.5)。这种安排主要考虑到商事诉讼的特殊性,比如商事案件的复杂性和涉外可能、法官对诉讼进程可能的诉讼指挥措施、以及避免复杂的诉讼理由由于管辖权异议成功而白白浪费。A. Colman, *The Practice and Procedure of the Commercial Court*, LLP, 2000, pp. 46, 54 (note 110).

[51] 这一规则同样适用原告应提交的附加材料,如人身损害赔偿案件中的医疗鉴定书(PD 16 12.1)以及诉讼费用特别约定(funding arrangement, 如胜诉酬金和诉讼费用保险)(CPR r. 44.15, PD 44 19.1, 19.2)。Zuckerman, *Supra* note 11, at 241-243.

[52] 此时法官应从立法目的出发,在鼓励当事人遵守期限和失权可能带来的严重后果间寻求平衡。在案件复杂时,法官应适用与惩罚不履行法定义务或法官命令时的救济相同的九项标准(CPR r. 3.9)。Sayers v Clarke Walker (*Practice Note*) [2002] EWCA Civ 645, at [21]; Zuckerman, *Ibid*, at 420-421.

[53] *Coll v Tatum* [2001] All ER (D) 320 (Nov), 2001 WL 1476184 (虽然本案法院和发布来源的级别较低,但由于廖柏嘉(Neuberger)法官已自 2012 年 10 月 1 日起担任最高人民法院院长,应具有相当影响力)。本案中,被告方直到原告申请不应诉判决的庭审前才声明被送达并提交答辩。法官认为,被告的声明和答辩需要法院的许可才能做出。由于被告毕竟提出了有效的抗辩,为了满足妥当迅速解决纠纷的需要,法官行使裁量权延长了答辩期间。此外,法官在附带意见(*obiter dicta*)中也设想了前面被告逾期答辩、但是原告尚未申请不应诉判决的情形并提供了相同的答案,同时认为如果原告此时申请不应诉判决应自行承担失败的费用。

r. 15.11)。<sup>[54]</sup> 如果原告申请不应诉判决而被告依然没有答辩,根据请求性质和裁判权介入程度的不同,法院将分别适用要求(request)程序或申请(application)程序并且通知不应诉的被告(CPR r. 23.4)。其中,前者针对请求特定金钱、可由法院随后判定金额大小或者在诉状中请求实际交货的同时标明替代履行价值的诉讼请求(CPR r. 12.4(1)),后者是此外的所有请求(CPR rr. 12.4(2), 12.10, 12.11)。<sup>[55]</sup> 虽然英国法并没有明确规定不应诉判决的条件(CPR r. 12.3),但是考虑到英国法对详细诉讼理由的要求、对诉前行为准则的强调以及不应诉判决针对的是诉答文书中支持的请求(CPR r. 12.11(1)),诉状中的陈述应完整满足诉因的要求。

## 2. 不应诉判决的撤销程序

在不应诉判决做出之后,被告有权通过申请撤销判决寻求救济。根据不应诉判决瑕疵的不同,撤销判决可能有以下三种情况。第一,在判决错误做出时,被告申请撤销判决属于权利性救济。比如,在诉状没有合法送达(比如原告未提交送达证明(CPR r. 6.17(2)(b)))、<sup>[56]</sup> 答辩未逾期、被告已清偿债务或者在承认债务的基础上要求宽限时间时,法官就做出了不应诉判决(CPR r. 13.2, 12.3)。第二,在判决本身有效做出、但被告能提供证据(CPR r. 13.4(3))证明其胜诉实际可能性(real prospect)(CPR r. 13.3(1)(a))时,<sup>[57]</sup> 法院可以结合答辩的性质、被告是否及时申请(CPR r. 13.3(2))、对原告的可能损害、民事诉讼的目标等因素,自行裁量决定是否撤销不应诉判决。<sup>[58]</sup> 此外在极端情形下,法官也可以适用兜底条款“充分理由”(good reason)撤销不应诉判决。比如,送达的有效性取决于原告是否完成法律技术上的要求(CPR r. 6.9),不应诉一方事实上是否收到并不重要。<sup>[59]</sup> 此时如果被告申请撤销不应诉判

[54] Zuckerman, *Supra* note 11, at 230, 241, 271.

[55] 实践中大多数案件适用要求程序。Stuart Sime & Derek French (eds.), *Blackstone's Civil Practice* (2009), Oxford University Press, 2008, p. 318. 在需要事后判定金额的要求程序中,缺席判决所确定的只是被告责任的成立,至于责任的范围应由事后的听审决定(CPR r. 12.7),原告必须通过证据证明所遭受的损失。在申请程序中,虽然法院应实质地审查案情,但是诉答文书本身通常能够发挥证明作用,仅在有限情形下才必须出具其他证据,比如损害赔偿范围的确定等。(CPR r. 12.11)。Zuckerman, *Ibid*, at 272-274.

[56] 就当事人缺席开庭的案件,枢密院也表达了这一看法: *Gaydamak v UBS Bahamas Ltd* [2006] UKPC 8, at [14]-[19] (针对一个巴哈马的案件,法官认为在当事人缺席开庭的案件中判断是否重启诉讼程序时,应考虑缺席的原因、申请重启程序是否及时以及重启是否损害对方的利益,在被告对缺席无过错(blameless absent)时,比如本案中当事人信赖了法院办事官的意见,应由未缺席方证明缺席方没有胜诉机会)。

[57] 其标准与依原告申请做出即决判决的标准(CPR r. 24.2)在实质上相同(但后者中由原告承担证明责任),需要有一定的说服力(some degree of conviction)。 *E D & F Man Liquid Products v Patel* [2003] EWCA Civ 472, at [7]-[9]. 同时由于缺少证据开示和交叉询问等真相发现手段,在事实上法官判断受到很大限制,比如不包括对相反证言可信度的甄别。 *Manolakaki v Constantinides* [2003] EWHC 401, Ch, at [46], [67].

[58] Zuckerman, *Supra* note 11, at 276-278 (其中包括被告是否故意不应诉)。

[59] *Cranfield v Bridgegrove Ltd* [2003] EWCA Civ 656, at [101]-[103]. 随后的分歧在于如何理解作为默认规则的“最后已知住所地”(last known residence)。 *Collier v Williams* [2006] EWCA Civ 20, at [63]-[71]; Zuckerman, *Ibid*, at 174-181.

决,就必须证明其胜诉的可能性或充分理由。<sup>[60]</sup>这也适用于送达时被告不在管辖权范围内的情形。<sup>[61]</sup>在适用兜底条款时考虑的是被告在收到诉状时是否可能选择其他有意义的诉讼策略(unless it is pointless to do so),比如立即清偿债务以避免判决和额外费用。<sup>[62]</sup>

## (二)美国

### 1. 答辩制度与两种不应诉

由于民事诉讼整体结构及重心的差别,美国在大致追随英国模式的基础上,又在细节上推陈出新。原告向被告送达起诉状后,除了提起答辩前动议外,被告应准备答辩状,针对原告的事实主张在答辩状中逐条选择承认、反驳或不知(FRCP Rule 8(b)),并有权提出抗辩(FRCP Rule 8(c))。<sup>[63]</sup>根据是否放弃了正式送达,被告的答辩期分为21天或60天(FRCP Rule 12(a)(1))。

如果被告应答辩却不作为,那么司法程序在形式上分为不应诉登记和判决两个阶段。<sup>[64]</sup>首先,书记官将被告登记为不应诉(FRCP Rule 55(a)),这种登记属于中间命令,被告无权中间上诉。随后,不应诉判决的做出需要同时满足程序上和实体上的要求。根据诉状中请求的不同性质,判决程序分为与英国类似的两种情况。法官原则上将依原告申请(apply)裁量是否做出裁判,并且必须通知以任何形式在实体问题上参与过诉讼的被告(FRCP Rule 55(b)(2));但是当原告的金钱请求数额明确时,应由书记官依照原告要求(request)做出判决(FRCP Rule 55(b)(1))。法官在做出判断时,应裁量地考虑多种综合因素<sup>[65]</sup>并决定是否通过开庭调查相关事实,比如确定损害赔偿额或确认原告主张的真实性。法院做出的终局判决

[60] *Akram v Adam* [2004] EWCA Civ 1601, at [34]—[43] (还认为由于原告随后很可能申请即决判决,将导致无谓的诉讼费用和拖延)。与本案判决针锋相对的是朱克曼(Zuckerman)教授的观点,他强调现代技术条件下送达与通知的分离以及公正审判下保障被通知同样重要。Zuckerman, *Ibid*, at 163—164, 194—197.

[61] *City & Country Properties Ltd v. Kamali* [2006] EWCA Civ 1879, at [6]—[15] (*per* May LJ), [19]—[23] (*per* Neuberger LJ)(历史上由于强调亲自送达导致被告处于管辖权之外时不能被合法送达,但是在邮寄送达已经成为常例的时代这一规则已经过时。如果原告依法应以被告最后已知住所地为送达地址,那么送达就是合法的,被告应按照前述 *Akram* 案确立的标准寻求救济)。

[62] *Godwin v Swindon Borough Council* [2001] EWCA Civ 1478, at [49].

[63] Stephen C. Yeazell, *Civil Procedure*, Wolters Kluwer, 2012, pp. 20—25, 426—440.

[64] Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane & Arthur R. Miller, *Civil Procedure*, Thomson/West, 2005, pp. 480—483.

[65] 这些因素比如包括涉案金额、是否涉及重要的事实问题或公共问题、不应诉是否仅是技术上的、原告是否被诉讼迟延严重损害、不应诉的原因是否明确(以及是否由善意错误造成或者可谅解),也包括不应诉判决的严厉程度。原告的行为及撤销判决的理由也可能被法官纳入考虑。10A Charles Alan Wright, Arthur R. Miller, Mary Kay Kane, Richard L. Marcus & Adam N. Steinman, *Federal Practice and Procedure: Civ.* 3d § 2685 (2013)(通过 westlaw 数据库)。因此,在需要适用更为正式程序处理的商事案件中,法官做出不应诉判决很可能是慎之又慎。

不能在种类和数额上超出原告的诉讼请求(FRCP Rule 54(c)),被告有权提起上诉。<sup>[66]</sup>法官应审查诉状是否满足管辖的要求<sup>[67]</sup>并提出了满足诉因要求的事实主张,因为不应诉判决的效果仅仅是就提及的事实发生自认效果(FRCP Rule 8(b)(6))。<sup>[68]</sup>

## 2.两种不应诉的撤销程序

为了尽可能保证实质性审判,初审法官依申请可以行使裁量权,<sup>[69]</sup>依据充分理由撤销不应诉状态(FRCP Rule 55(c)),或者依照法定列举理由撤销不应诉判决(FRCP Rule 60(b))。<sup>[70]</sup>此时,法官需要在双方当事人利益、诉讼效益以及裁判终局性等不同价值间寻求平衡。<sup>[71]</sup>具体而言,虽然在程序的正式性(是否需要正式申请)和理由的具体化程度上有所区别,两者一般适用同样的审查标准,即是否存在不应诉的过错、撤销判决对无过错方有无损害以及申请方是否提出了充分答辩(meritorious defense)。<sup>[72]</sup>出于裁判终局性的考虑,法官审查是否撤销不应诉判决时会更加严格。<sup>[73]</sup>其中,过错要件要求的程度较高,一般应达到重大过失或故意。法院此时可以衡平地考虑所有相关因素,比如迟延程度及对案件审理的潜在影响、迟延原因以及申请方是否善意,同时并不限于当事人控制以外的原因。<sup>[74]</sup>对无过错方的

[66] *Mickalis*, 645 F.3d at 128—129 (本案虽然针对被告答辩后不应诉的情况,但是一般地整理了主要属于本辖区的既有判例法和程序规则)。相反如果法院拒绝做出不应诉判决,作为一般的中间判决则不能上诉。*FirstBank Puerto Rico v. Jaymo Properties, LLC*, 379 Fed.Appx. 166, 169 (3d Cir.2010)。

[67] 对对人管辖权的证明责任分配在撤销不应诉判决阶段存在一定分歧,但主要观点仍认为应由原告证明管辖权存在。Ariel Waldman, *Allocating the Burden of Proof in Rule 60(B)(4) Motions to Vacate A Default Judgment for Lack of Jurisdiction*, 68 *U. Chi. L. Rev.* 521(2001)(分析各法院的分歧,并主张法院应尽可能缓和原告因承担证明责任带来不利的状况)。

[68] *Mickalis*, 645 F.3d at 137 (援引了其他多个巡回法院的相同看法)。

[69] *Mickalis*, 645 F.3d at 129; Yeazell, *Supra* note 63, at 527.

[70] 事实上,涉及不应诉判决的案件是最经常被申请撤销的类型。Fleming James, Geoffrey C. Hazard & John Leubsdorf, *Civil Procedure*, Foundation Press, 2001, p. 784.

[71] Arthur J. Park, “Fixing Faults in the Current Default Judgment Framework”, 34 *Campbell Law Review* 155, 158—160 (2011).

[72] *Peterson v. Syracuse Police Dept.*, 467 Fed.Appx. 31, 33 (2d Cir.2012) (“*Peterson*”); *United States v. \$ 22,050.00 U.S. Currency*, 595 F.3d 318, 327 (6th Cir.2010) (“*\$ 22,050.00 U.S. Currency*”); *Brandt v. American Bankers Ins. Co. of Florida*, 653 F.3d 1108, 1111—1112 (9th Cir.2011) (“*Brandt*”) (前述三项标准属于裁量性因素,即使申请撤销方被认定有过错也并非必须驳回撤销申请); *U.S. v. 2005 Chrysler 300C, VIN2C3AA63HX5H631206*, 382 Fed.Appx. 531, 532—533 (8th Cir.2010); 有所不同的表述:*Wehrs v. Wells*, 688 F.3d 886, 890 (7th Cir.2012)(援引本辖区判例概括为充分理由、及时和充分抗辩,也有权威著作支持:Wright, Miller, Kane, Marcus, & Steinman, *Supra* note 65, § 2692)

[73] *Peterson*, 467 Fed.Appx. at 33; *\$ 22,050.00 U.S. Currency*, 595 F.3d at 324.

[74] *Pioneer Investment Services Co. v. Brunswick Associates*, 507 U.S. 380, 388—395 (1993) (“*Pioneer*”) (由于针对破产案件因此只属于附带意见)。随后同样适用于非破产案件:*Stutson v. United States*, 516 U.S. 193, 195 (1996); Park, *Supra* note 71, at 166 & n.80. 反对其扩张适用的解释:Brett W. Weathersbee, “No More Excuses: Refusing to Condone Mere Carelessness or Negligence under the ‘Excusable Neglect’ Standard in Federal Rule of Civil Procedure 60(B)(1)”, 50 *Vand Law Review*, 1619, 1636—1639 (1997)(整体上也反对最高人民法院的超越文义的解释)。

损害要件的认定应相对限缩,对于当事人诉讼及权利实现造成的迟延、增加的诉讼成本都不足以阻止判决的撤销。相对方应证明其受到显著损害并且无法通过判决的附加条件得到保护,才能有效阻却判决的撤销。<sup>[75]</sup>而在司法实践中形成的充分抗辩要件,要求被告必须证明重启诉讼可能导致案件结果不同,否则就没必要浪费司法资源。<sup>[76]</sup>在其充分程度上,被告只需提出足以成为抗辩的事实主张,至于主张的真实性则应在随后重启的诉讼程序中讨论。<sup>[77]</sup>总体而言,由于缺乏立法规定和最高人民法院的解释,其判断很大程度上取决于各法院在个案中对具体情况的考量。<sup>[78]</sup>比如,被告因病未能获悉合法送达的诉状没有过错,<sup>[79]</sup>信赖了法院书记员提供的送达信息也属于可以撤销判决的错误,<sup>[80]</sup>但主张行政管理事务过失则可能遭致不应诉的后果。<sup>[81]</sup>

经常适用不应诉判决的其他法定事由还包括无效判决事由,包括违反事物管辖权、属人管辖权及正当程序的情形。<sup>[82]</sup>比如,被告如果未经合法送达,那么主张判决无效时则不需提供充分抗辩。<sup>[83]</sup>如果原告违反了不应诉判决做出程序的要求而未能通知被告,在不同的巡回法院判决可能被认定自始无效或者仅仅构成可撤销的理由。<sup>[84]</sup>在适用兜底条款(FRCP Rule 60(b)(6))时,法官需要考虑的是足以实现正义的非常特别的情况,同样依赖于法官的自

[75] \$ 22,050.00 U.S. Currency, 595 F.3d at 325-326; Wright, Miller, Kane, Marcus, & Steinman, *Supra* note 65, § 2699.

[76] *Jenkins & Gilchrist v. Groia & Co.*, 542 F.3d 114, 122 (5th Cir.2008).

[77] *U.S. v. Signed Personal Check No. 730 of Yubran S. Mesle*, 615 F.3d 1085, 1094 (9th Cir. 2010); *Peterson*, 467 Fed.Appx. at 34.

[78] Wright, Miller, Kane, Marcus, & Steinman, *Supra* note 65, § 2697. 此外也有法院认为也可以参考其他的因素,比如涉案金额(*Indigo America, Inc. v. Big Impressions, LLC*, 597 F.3d 1, 3 (1st Cir. 2010))或者替代惩罚性措施的有效性(*Sourcecorp Inc. v. Cronney*, 412 Fed.Appx. 455, 459 (3d Cir.2011))。

[79] *TCI Group Life Ins. Plan v. Knoebber*, 244 F.3d 691, 698 & Fn. 5 (9th Cir.2001).

[80] *Weiss v. St. Paul Fire and Marine Ins. Co.*, 283 F.3d 790, 795 (6th Cir.2002).

[81] *American Alliance Ins. Co., Ltd. v. Eagle Ins. Co.*, 92 F.3d 57, 60-61 (2d Cir.1996)(在指出行政事务过失原则上可以被谅解的同时,也指出了被初审法院拒绝撤销缺席的可能)。

[82] *Mickalis*, 645 F.3d at 138. 具体而言,(基于《宪法》第三条的)对事管辖权必须由法官依职权审查,当事人无权放弃(FRCP Rule 12(h));法院可以通过当事人的出庭或者不及时提出答辩前动议及答辩获得(基于正当程序的)对人管辖权(*Insurance Corp. of Ireland, Ltd. v. Compagnie des Bauxites de Guinee*, 456 U.S. 694, 702-706 (1982); *Yeazell*, *Supra* note 63, at 76-77);被告不应诉就意味着放弃了对具体管辖法院(venue)的异议权。不过,这与初审法院经过实质审理后仍然出现的管辖或者程序错误无关。一般而言,当事人应及时上诉,无效判决理由只适用于那些相关错误使当事人没有机会被听审的情形。*United Student Aid Funds, Inc. v. Espinosa*, 130 S.Ct. 1367, 1377 (2010)。

[83] *Peralta v. Heights Medical Center, Inc.*, 485 U.S. 80, 85-87 (1988)(因为被告有可能安排其他的诉讼策略,比如和解或者清偿债务,同时也基于法院判决承受了财产上的不利益)。

[84] *New York v. Green*, 420 F.3d 99, 107 Fn. 2 (2d Cir.2005)(虽然由于案情所限未对本问题发表直接看法,但是总结了其他法院的不同见解); *Citizens Bank v. Parnes*, 376 Fed.Appx. 496, 506-507 (6th Cir.2010)(在遵循本院先例时同样注意到上述分歧)。

由裁量权。如果当事人根据诉讼策略自行选择不上诉,就不能事后基于兜底条款申请撤销。<sup>[85]</sup>对于通常适用其他具体条款(比如过失或错误)的案件,也不能适用该条款。<sup>[86]</sup>律师过错一般应由当事人承担,<sup>[87]</sup>但是也有法院认为律师的重大过错仍然可能满足兜底条款的适用条件。<sup>[88]</sup>最后根据理由的不同,被告也应在法定的一年期限(错误或过错)内或者在合理期间(兜底条款)内及时申请(FRCP Rule 60(c))。<sup>[89]</sup>

上诉法院的审查对象包括不应诉判决本身和撤销程序中可能的裁量权滥用。上诉法院首先需要全面审查(*de novo*)原审法院是否适用了正确的法律规则,随后可以根据比如适用规则是否有逻辑、有道理及源于案件事实,<sup>[90]</sup>判断是否存在滥用裁量权的问题。例外在于,法官对于判决无效的理由则应适用全面审查。<sup>[91]</sup>最后,除非法官裁量认为应暂停不应诉判决的执行且由被告提供相应担保,判决的执行力不受撤销程序的影响(FRCP Rule 62(b)(4))。<sup>[92]</sup>

### 三、我国答辩失权制度的考量与设计

#### (一)我国建立答辩失权制度须特别考量的国情因素

比较法论述的目的在于厘清在各法治国实践与学术脉络中的讨论对象,并通过比较,根据

[85] *Liljeberg v. Health Servs. Acquisition Corp.*, 486 U.S. 847, 863-864 & Fn. 11 (1988)(法官在外观上不正义时未能自行回避的判决应撤销); *Ackermann v. United States*, 340 U.S. 193, 202 (1950)(指出申请人自愿选择不上诉的诉讼策略导致不能适用兜底条款); *Aikens v. Ingram*, 652 F.3d 496, 502-503 (4th Cir.2011)(en banc)(应上诉、申请诉讼中断或者另行起诉却未及时做出的,不能适用兜底条款)。批评意见:Scott Dodson, "Rethinking Extraordinary Circumstances", 106 *Nw. U. Law Review*, 377(2012)(认为应将排除范围限定在主动选择不继续寻求诉讼内外救济的当事人); Frederick Johnson, "The Not-So-Extraordinary Case of *Aikens v. Ingram*: Rule 60(B)(6) Relief from Final Judgments in the Fourth Circuit," 90 *N.C. Law Review*, 1212(2012)(通过梳理判例法论证最高人民法院的思路已经过时,并在前文基础上主张考虑非申请方是否受损害以及法院是否有潜在错误)。

[86] *Pioneer*, 507 U.S. at 393(解释破产案件中接收逾期提交文件的“可谅解的疏忽”标准时附带提及); *Stevens v. Miller*, 676 F.3d 62, 67-68 (2d Cir.2012); Friedenthal, Kane & Miller, *Supra* note 64, at 615-616. 相反意见:Wright, Miller, Kane, Marcus, & Steinman, *Supra* note 65, § 2695.

[87] *Pioneer*, 507 U.S. at 396-397; *Link v. Wabash R. Co.*, 370 U.S. 626, 633-634 & Fn. 10 (1962)(同时指出当事人因为律师过错承担的损失应单独的通过律师责任诉讼解决)。

[88] *Lal v. California*, 610 F.3d 518, 524 (9th Cir.2010)。

[89] 基于对法条文义的限缩解释,一般认为无效判决理由不适用时间限制:“*R*” *Best Produce, Inc. v. DiSapio*, 540 F.3d 115, 124 (2d Cir.2008); *Jackson v. FIE Corp.*, 302 F.3d 515, 523 (5th Cir.2002)。有作者基于实证统计认为在判例法中,具体的申请时间点对是否撤销的结果而言意义重大:Park, *Supra* note 71, at 167-170。

[90] *U.S. v. Hinkson*, 585 F.3d 1247, 1262 (9th Cir.2009)(en banc)(虽然是刑事案件但是明确提供了审查标准)。

[91] *Mickalis*, 645 F.3d at 138(指出这是个对错问题因而没有裁量空间)。

[92] Jesse N. Panoff, *Debtors, Creditors, Default Judgments, & Discretion: “Why Rule 62(B)(4) Will Become One of the Most Important Federal Rules of Civil Procedure”*, 44 *Creighton Law Review*, 227 (2010)。

我国国情选择最合适的思路。总体而言,德国模式偏重通过规则和学说细化要加,强调尽可能通过事中的利益衡量判断在事实或者证据层面是否失权;英美模式则倾向于直接终结诉讼程序并在权利层面做出否定性评价,考虑到法院及其裁判的公权力属性以及依法裁判的必要性,对于可能的实质错误则允许通过事后的撤销程序纠正。在判断是否给予逾期答辩的被告重新实质审判的机会时,英美以实体结果为中心,考虑的是被告是否可能遭致实体上的不利益;德国则以程序性过错为重,关心的是诉讼迟延能否归责于被告。<sup>[93]</sup>从功能上看,各国也能达到大致相似的结果。基于以下一些因素,笔者认为我国应主要借鉴德国模式。<sup>[94]</sup>

### 1. 避免复杂的程序性争议

为了避免程序性争议的复杂化,我国不宜采取以英美为代表的事后撤销模式。虽然初步看来程序性终结诉讼的思路省时省力,但是结合被告胜诉可能性的主张(多属于实体抗辩且证明要求不高)和结果上的衡平考虑,英美法院实际上更倾向重启程序,以体现对实体权利的保护和实质纠纷解决的重视。一旦被告能够同时撤销不应诉判决及状态,诉讼将回到原点,原告既需要忍受法律状态的不确定、又很可能需要重新准备诉讼,司法系统也额外地处理了十分复杂的程序性争议。在前述案例中,诉讼拖延数年却仍然纠结于程序问题的情况并不少见。相比之下,德国的规则更明确且有操作性,<sup>[95]</sup>尽可能减少程序争议独立占用的时间与资源。在失权问题之外,案件在实体方面仍然如常审理,避免了独立的程序性争议。虽然关于失权的上诉可能经过控诉、上告和宪法法院的审查因而同样面对其可能导致拖延的质疑,<sup>[96]</sup>但是实际上能够走完整个程序的案件极为罕见。这种现象既不影响对诉讼状况的基本判断,同时也只是审级制度程序保障的必然结果。

特别是,各国在本国问题和传统面前的不同选择本无对错之分,能否就我们的问题对症下药才是关键所在。在社会尚未形成司法终局性意识并强化事后救济路径(再审申请、涉诉信访)的当下,早期终结诉讼、随后提供撤销救济的思路过于超前,也难以兼顾公共成本和私人成

[93] 在德国,讨论失权问题的实际意义当然也只在失权后会使得判决偏离实体法的状态,使失权方受到不利益。*BVerfGE* 55, 72 = *NJW* 1981, 271 (273). 但是,失权后是否影响实体状态并非考虑是否判定失权时的标准,只不过在解释时被作为观点分歧的原因。*Jauernig/Hess*, a.a.O., § 28 Rdn. 15. 同样如前所述,英美撤销不应诉判决时也会考虑被告的过错问题,美国法官在做出不应诉判决时也有较大的裁量权,但是仍然不妨碍英美的落脚点在于实体方面、主要体现为事后模式的结论。

[94] 在结论上相同的观点,参见刘显鹏:《民事诉讼当事人失权制度研究》,武汉大学出版社2013年版,页173—174。

[95] 美国最高人民法院在 *Pioneer* 案中以奥康纳(O'Connor)法官为首的少数意见认为应采取更直接的解释方法,多数意见偏离了法条文义和判例法,法官裁量权只在于疏忽是否可谅解而非其他平衡标准。507 U.S. at 399—409.

[96] 甚至也有学者担心,为了避免失权认定在上诉中被驳回导致额外的诉讼迟延,法官即使在应认定失权的情况下也会允许被告提出相关资料。*Jauernig/Hess*, a.a.O., § 28 Rdn. 21. 笔者认为这还是一个一般与特殊的问题:在一般情况,法官仍然会依法认定失权;但是在那些处于边界地带的案件,拒绝失权也许更符合各方的利益,甚至也应成为法官行使裁量权时的策略。



本。<sup>[97]</sup> 直接终结程序的做法实际上就是“关前门,开后门”,也将进一步损害本已有限的司法权威与公信力,因而不可取。

## 2. 加强对裁量权的限制

在我国,限制法官裁量权、建设正式程序有着明显的现实需要,不同模式在解决这一问题上也提供了不同思路。从比较法上观察,如前所述,初审法官的裁量权在认定防御方法失权或做出不应诉判决的过程中都发挥着重要作用。不过,英美法官发表的意见集中在滥用裁量权的上诉审查(事后模式),其范围十分有限。在实践中,是否准许以及撤销仍然主要属于初审法官的固有权限,美国法官甚至在是否做出不应诉判决时也享有裁量权。虽然前文也介绍了学者总结的不同阶段中的标准,但是这些多属于理论探讨甚至推测的范围,很难为具体社会、文化、法治环境外的后发法治国提供值得参考的经验。虽然英美判例法针对三个具体标准积累的审判经验能够保证其裁判规则在本国的可预见性,但是考虑到我国与英美法官在选任、地位等方面的根本区别、法官衡平裁判权力传统的缺失以及法律人共同体发展阶段的差距,将其模式移植到我国难免出现水土不服的问题。<sup>[98]</sup> 相比之下,强调要件式构造的德国模式,着重点在于为初审法官行使裁量权提供明确的指引,其解释和发展也更关注规则的清晰明确和类型化。长远来看,无论是考虑配合民事实体法理论与实践的发展,还是程序法自身对于自由裁量权的控制,进一步深化程序法教义学、在实践中执行一套足以让当事人信赖的精当系统都应是未来的主要方向。<sup>[99]</sup> 而且,德国模式并不限于自始完全不答辩的情形,比如既适用于部分答辩和对证据等其他攻击防御方法的失权,易于对各种中间状况做出不同的处理;又可以以开庭/口头辩论期日为核心,区别讨论开庭前、开庭中和开庭后提交书状的情形。<sup>[100]</sup> 这同样适合我国立案程序中长期要求的较高事实标准。此外,我国在很大程度上采纳了德国模式下的举证时限制度并在总体上属于大陆法系的德日一脉,也都降低了借鉴德国模式的难度。

## 3. 诉讼全貌与实际效果

两种模式在程序制度的整体布局与案件实际分布上也有明显的差异。在德国,督促程序才是解决权利义务清楚、争议不大的民商事案件的最典型途径,需要进入普通民事审判的案件本身即倾向于实质审理。此外由于德国在被告自第一次开庭即缺席时采取缺席判决主义,尽可能通过普通的对席判决程序处理答辩逾期的情况也有利于避免缺席异议造成的程序迟延。相对地在英美,并没有类似的诉讼外替代程序提供执行依据,在维权过程中债权人需要形式上进入诉讼程序,而债务人在很多情况下抗辩乏术,根本不会选择答辩。<sup>[101]</sup> 在这种情况下,英

[97] 参见傅郁林,见前注[10]。

[98] 对美国裁量性上诉制度的类似评论,参见陈杭平:“比较法视野中的中国民事审级制度改革”,《华东政法大学学报》2012年第4期。

[99] 类似见解,参见陈杭平:“组织视角下的民事诉讼发回重审制度”,《法学研究》2012年第1期。相反基于不同对比对象、认为美国模式的裁量权更小的不同观点,参见刘显鹏,见前注[94],页159。

[100] *Stackmann*, a.a.O., S. 134ff.

[101] *Yeazell*, *Supra* note 63, at 527-528 (指出需要进一步的实证研究判断导致不应诉判决原因的数量分布)。

美的答辩失权选择早期终结诉讼的模式就理所当然:在迅速解决多数案件的同时,赋予少数有异议的当事人寻求撤销判决的事后救济。

从上述不同的诉讼参与状况出发,两种模式下答辩失权的效果也大相径庭。在英美有实质抗辩机会的被告中,恶意不答辩的被告一定会尽可能事先规划诉讼策略和事后寻求诉讼救济,由于财力、精力所限无法寻求救济的普通当事人才是真正承受严厉程序制裁的受害人。同时,对于那些恶意被告而言,由于实践中其诉讼策略很可能成功,复杂的诉讼制度只能徒增诉讼成本和不诚信的风气,<sup>[102]</sup>甚至有可能因为就程序性问题说理的繁杂降低人民对法院裁判的信赖。<sup>[103]</sup>英国在裁量撤销时要求被告提供证据并达到一定的证明度,虽然限制恶意答辩的效果比美国模式更显著,但这一做法事实上对程序性争议开启实质审查,进一步增加了程序的复杂性。相比之下,德国只排除当事人没有过错(包括过错可以被谅解)的情形,更能鼓励甚至威慑当事人按时答辩的程序要求。由于实体权利状态不在法院考虑之列,大有宣示在部分情况下优先维护程序法规范的意味。<sup>[104]</sup>失权规则虽然看起来有碍实体正义的实现(英美的理由),但是由于程序法作为行为规范的引导作用、<sup>[105]</sup>事后判定中的综合考量以及法官释明权的充分行使,真正受到制裁的一般只可能是恶意不答辩的当事人。因此,针对我国相对迫切的诉讼诚信和弱势当事人保护的问题,德国模式也有其优势。

#### 4. 诉讼进行方式的传统

两大法系规则层面的差别,还与他们在诉讼进行方式上的不同选择有很大关系。采取职权进行主义还是当事人进行主义,即当事人与法官分工上是由法官还是由当事人控制诉讼的进程和形式,直接导致了答辩失权制度的差异。一般认为,在大陆法系通行的是职权进行主义,由法官主持程序推进以保证诉讼的有序和公正。原告起诉后法官就开始控制诉讼的进程,被告是否表态并不影响程序的推进。在尊重当事人利益的前提下,法官将依法行使诉讼指挥权推动诉讼,因此除了适用书面准备程序时被告逾期没有表示防御意图的情形外,被告拒绝答辩并不会使诉讼陷入僵局。被告如果进而不出席口头辩论期日,则进入缺席判决制度的覆盖范围。与此相对,在对抗制中双方当事人都必须承担推动诉讼的首要角色,如果一方拒绝答辩将使诉讼无法进行,因此诉讼制度必须尽其所能,激励被告参与诉讼并答辩。<sup>[106]</sup>虽然当代英美法官逐渐获取了实施案件管理的权力,但是这仍不能颠覆当事人在推动诉讼上承担主要责

[102] 在美国另外一种可能的诚信问题是,由于法院做出不应诉判决时的有限通知义务和被告申请撤销判决的时间限制,原告可以等到经过撤销期限再执行其债权,同样可以滥用程序规则。*Hartwell v. Marquez*, 498 S.E.2d 1, 4 Fn. 5 (W. Va. 1997)(在适用类似联邦法规则的弗吉尼亚州,法院严厉批评上述律师实践)。

[103] Johnson, *supra* note 85, at 1235-1237.

[104] 当然,程序或诉讼集中的理由仅能在必要时限制裁判实体法上的正确性。BT-Dr 7/5250, S. 4.

[105] Musielak/Huber, a.a.O., § 296 Rdn. 1.

[106] Yeazell, *Supra* note 63, at 524; Zuckerman, *supra* note 11, at 270; *Sun Bank v. Pelican Homestead & Sav. Assoc.*, 874 F.2d 274, 276 (5th Cir.1989); *H.F. Livermore Corp. v. Aktiengesellschaft Gebrüder Loepfe*, 432 F.2d 689, 691 (D.C. Cir.1970).

任的基本状况。不积极答辩将被视为最严重的不当行为,当事人也应为此承担程度相当的制裁,即直接败诉。

此外,这可能也是攻击防御方法失权与不应诉判决制度在立法技术上的差异所在。整体而言,超过特定时限导致失权只限定在明列的几种主要针对普通程序中诉讼准备的情形(§ § 296 I, 340 III S.3, 411 IV S.2, 527, 697 III S.2 2. HS, 700 V ZPO),其他期限则不能类推适用,只能适用需要裁量的失权规定(§ 296 II ZPO)。<sup>[107]</sup> 由于要求法院查明当事人对迟延具有重大过失,后者对实践的影响有限。相反在英美,由于在各种情况下当事人的参与对于诉讼进程都十分重要,不应诉判决被作为保障法官案件管理权的威慑手段得到广泛应用,比如在美国的证据开示制度(FRCP Rules 37 b(2), c(1), d)或者在英国更笼统的、在一方当事人屡次不遵守命令时可能做出的“除非”命令(unless order)(CPR r. 3.1(3))中。<sup>[108]</sup> 没有疑问的是,我国在这些方面长期以来遵循、并且显然应继续坚持大陆法系传统。

## (二)我国答辩失权制度的具体设计

### 1.明确程序阶段的区分

首先,我们也可以考虑学习美国的经验,在程序上设置未答辩的登记程序。在德国,对答辩是否失权的判定取决于被告提交答辩的时间,从司法程序来看并没有严格区分不同的阶段。相反,英美均在实质上或形式上区分答辩期届满、不应诉状态和不应诉判决的不同情况,设定了不同的法律效果。特别是美国规则,虽然在司法技术上更为繁琐重复,但是其立法和实践中明确区分两个阶段及其不同程度的审查标准的经验,仍然具有较强的推广意义。

虽然笔者认为我国应采取德国模式,但是程序上相对清晰的划界仍非多余。强调要件化的德国模式,并未要求法官及时告知被告其程序状态的改变,督促其尽快答辩。在我国,无论是法官的准备义务和释明权,还是当事人的诉讼促进义务都基本上是纸上谈兵,上述诉讼义务体系的形成<sup>[109]</sup>既非短时间内可以完成,又需要法律人共同体通过长年累月地实践积累经验和共识。至少在可预见的将来,法官裁量权仍需要通过相对明确的规定加以引导。如果在被告答辩逾期时进行程序性登记并主动告知被告,有助于使希望答辩的被告明确其诉讼权利,及时答辩并解释理由。同时,登记程序也能给原告带来相应的确定性,并适当调整随后的诉讼策略。对法院而言,登记程序也符合现阶段必需的审判管理和诉讼节点控制的要求。

### 2.细化法教义学的要件

至于我国答辩失权在法教义学/法解释学上的要件,应在德国经验和我国国情间寻求平衡。考虑到在普通程序中适用答辩失权的必要性,答辩期并不必按照德国法分为任意性和补充强制性两种类型,而应成为普通程序的必经阶段,借此也促进相对独立的诉答程序的建构。

[107] BGH NJW 1982, 1533 (1534).

[108] Friedenthal, Kane & Miller, *supra* note 64, at 446—447, 480—481; Neil Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System*, Oxford University Press, 2003, p. 494.

[109] 参见周翠:“现代民事诉讼义务体系的构建——以法官与当事人在事实阐明上的责任承担为中心”,《法学家》2012年第3期。英国的情况,参见 CPR rr. 1.3, 1.4(2); Zuckerman, *Supra* note 11, at 40—45.

从现行法上看,我国除了被告明确同意口头答辩的情况(《简易程序规定》第7条前半句)之外,都应设置15天不变期间的答辩期(《民事诉讼法》第125条第1句),也可见立法者将答辩期打造成重要程序节点的用意。而且,答辩期的长短应符合案件的性质。实践中,法院常常指定在答辩期届满后第二天开庭,如果根据案情被告确实难以准备详细的答辩文书,就不应判定失权。<sup>[110]</sup>同时,被告的答辩应能够回应起诉状,一方面对是否反驳原告陈述的事实表态并在必要时提出己方的事实抗辩,另一方面也应提出管辖权异议(《民事诉讼法》第127条第1款第1句),否则在开庭应诉时将赋予受诉法院地域管辖权(《民事诉讼法》第127条第2款)。在被告逾期未异议的情况下,为了达到前述普通程序改革所欲实现的效果,应将其纳入答辩失权的范围,通过审查要件判定其能否提出地域管辖权异议,法官此时由于失权效的限制不能依职权审查。如果被告在开庭的答辩符合应诉管辖的要件,则不必审查要件直接满足管辖权的要求。<sup>[111]</sup>由于特别法的规定,被告有权在首次开庭前提出仲裁异议(《仲裁法》第26条前半句),不受答辩期的限制。我国目前并没有规定代理人没有诉讼代理权时的法律后果,诉讼代理权作为诉讼要件,应由法官依职权审查。<sup>[112]</sup>当然,考虑到目前律师业的现实状况,也不宜过高要求答辩的完整性,只要被告对案件做出实质性回应(而不仅仅是一概简单否认)、足以使法官确定本案的诉讼标的和争点即可。再者,法官应向被告告知或释明失权的后果。与我国法院一贯强调的工作作风相一致,法官应在期限临近时主动询问被告是否有特别理由不能及时答辩。为了尽可能灵活适用程序性规范,避免失权的发生,在被告申请延期时,法官应根据案件的具体情况以准许为主。如果原告同意延期,考虑到当事人之间的合意,则应准许延期。

随后需要讨论的是失权的构成要件。如果被告试图在答辩期经过后提交答辩状,必须向法官说明自己对于迟延提出的过失程度较低,并且不会造成诉讼拖延的效果。首先需要排除的是禁止失权的重大程序事由,比如法院送达不合法时,无论被告是否实际知道涉诉情况,都因为严重违反法定程序不能构成失权。在其他需要通过法官行使裁量权判定的情况中,以下的失权构成要件都值得在立法论和解释论上加以考虑。首先,被告应在答辩期经过之前提出答辩,设置不明确的答辩期视为未规定,从而不构成逾期。其次,造成严重的诉讼迟延。参考上述德国法的讨论,迟延应以法院必须另行组织开庭为标准(以“绝对迟延”为原则)。值得注意的是,证据交换期日不属于这种开庭的范畴。虽然证据交换期日本身承担了诉讼准备和争点整理的功能、从而类似大陆法系的先期首次期日,该期日中确认的证据也可以经审判人员在庭审中的说明而成为定案依据(《证据规定》第47条第2款),但是该期日与正式开庭的期日并

[110] 类似批评,参见李浩:“宁可慢些,但要好些——中国民事司法改革的宏观思考”,《中外法学》2010年第6期。当然,此时被告及时申请延期才是最好的解决办法。

[111] 此即德国有力的批评学说的观点,由此也形成了以答辩期和实体答辩时点为节点的多层效果体系,更有助于平衡保护双方当事人的利益。参见前注[37]。

[112] 按照德国的思路应区分是否有律师代理,分别作为诉讼要件或不可放弃的诉讼障碍(§ 88 ZPO),且都不适用失权的规定。Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., § 55 Rdn. 50ff. 但是在我国实践中诉讼代理权的审查通常由立案及审判法官进行,同时考虑到这既不复杂又不触及当事人主义的核心价值,没有必要照搬德国的思路。

不相同。证据交换期日既无法以裁判方式结束无争议案件,又不能通过法官组织的准备活动使诉达致可裁判的程度。而且,当事人在证据交换期日实施的诉讼行为也不具有明确的诉讼法上的约束力,上述证据调查功能只能被认为是类似诉讼进行中更换法官后的辩论更新,而非口头辩论一体化的例证。<sup>[113]</sup> 再次,被告应具有可归责性。由于答辩权滥用的问题较为严重,我国应采取相对严厉的标准,即立法规定适用过错推定原则(《侵权责任法》第6条第2款),由被告对存在免责事由承担证明责任。考虑到此时一般证明较为困难以及应倾向于实质性审判,如果被告能以大致可能的证明标准(而非高度盖然性标准,《证据规定》第73条第2款)和法定证据(《民事诉讼法》第63条第1款)之外的证明材料疏明其免责事由,也不构成失权。这种证明度上的具体认定依赖于法官在个案中的综合判断(《证据规定》第64条)。第四,逾时与迟延之间存在因果关系。如果答辩不逾期也需要另行开庭,比如鉴定或者证人因特殊原因暂时不能出庭、也不能采取相关替代方式的(《民事诉讼法》第73条),就不能适用失权(“相对迟延”为例外)。此外,公告送达以及涉及公共利益的情况可以作为除外事由规定。值得考虑的情况还包括,虽然法院的送达合法但是被告并未实际收到涉案通知,比如代收人签收后并未及时告知被告(《民事诉讼法》第85条)。

### 3. 答辩失权与举证时限

为了进一步细化证据失权的构成要件并限缩现有条文在训诫与失权之间提供的恣意裁量可能,<sup>[114]</sup>在证据失权规则的适用中也应参考上述因素,比如证据失权的具体范围应与对方事实主张与证据申请相适应。<sup>[115]</sup> 鉴于《民事诉讼法》第65条第2款并未拒绝针对不同类型的案件做出个性化的安排,相应的制裁措施也应有不同的默认顺序:针对本文讨论的以商事为主的适用普通程序的案件,除了需要考虑个案中的过错程度外,无论在举证时限还是答辩失权的判断中,证据失权仍然应是首选。同时,原有举证时限的例外情形十分有限,除了在当事人提交证据确有困难时应延长举证期限(《民事诉讼法》第65条第2款第2句,参考《证据规定》第36条),只有在(新发现的)证据在举证期限后才存在或者当事人对逾期提交只有轻过失时,才可以突破举证时限(《证据规定》第41条第1项,《适用〈证据规定〉中有关举证时限规定的通知》第10条)。由于略显单薄,完全依照上述规则理解新法仍有可能导致某些结果有违正义的极端案件,限制了法官正当行使裁量权的空间。因此,可以借鉴德国攻击防御方法失权的整体

[113] Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., § 104 Rdn. 5; Jauernig/Hess, a.a.O., § 28 Rdn. 26f.; 参见(日)新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,页322-323、344和353-354。关于日本法上类似、但不构成口头辩论期日的期日的讨论,参见王亚新,见前注[39],页127。在德国,这类类似于在审判中预先明确没有终结诉讼功能的所谓的“贯穿期日”(Durchlauftermin),不作为判断失权的标准。

[114] 参见李浩:“民事证据制度的再修订”,《中外法学》2013年第1期(根据过错形态区分适用不同后果);张卫平:“民事诉讼中举证迟延的对策分析”,《法学家》2012年第5期;傅郁林:“民事诉讼法修改的价值取向论评”,《华东政法大学学报》2012年第4期。也有观点认为不应设置“采纳该证据但予以训诫、罚款”的后果规定,参见刘显鹏,见前注[94],页184-186。

[115] 实务中的类似看法,参见邹碧华:《要件审判九步法》,法律出版社2010年版,页97-98。

经验,增加诉讼迟延要件<sup>[116]</sup>及其他的例外规定,并且遵循比较法上共通的、注重通过个案裁判具体化构成要件的思路。比如,如果被告在举证时限之后申请了提交证据,法官就需要考虑能否在开庭时完成相应的法庭调查和法庭辩论,比如邀请证人出庭作证(《民事诉讼法》第73条第1句)、依申请或依职权委托鉴定人鉴定(《民事诉讼法》第76条)以及勘验物证(《民事诉讼法》第80条)。开庭时间的长短也应符合案件的实际情况,在可能时调整开庭时间也是法官的义务之一。最终的目标可能是,既在规范层面上形成上位的攻击防御方法失权规则、又在操作层面上积累一定数量的案例群。<sup>[117]</sup>

#### 4. 设想答辩失权的场景

为了回应对答辩失权实用性的可能质疑,本文也需要确定答辩失权在我国的具体适用情境。答辩失权针对的当然是答辩的内容,即“对原告诉讼请求及所依据的事实和理由的意见”(《证据规定》第32条)。具体而言,这就涉及如何确定逾期答辩状中的事实主张、诉讼要件抗辩、法律理由和证据抗辩是否失权的问题。

首先是被告应承担证明责任的事实主张。由于一般而言并不会造成诉讼迟延,被告可以单独提出自己承担证明责任的事实主张,比如诉讼时效抗辩或者意思表示错误。此时,发挥决定性作用的是证明责任而非答辩失权制度。<sup>[118]</sup>受制于证据失权规则,被告在此之外提出的证据应受到类似上文详述的事中审查。如果由于逾期被判定失权,被告应承担事实不存在的不利后果,不会影响原告诉讼请求的成立与否。例外在于,如果原告提出的证据能够支持被告的主张,根据证据共通原则,如果允许提出该项抗辩则可能导致原告方产生证明的必要。此时,被告提出上述事实主张即可能造成诉讼迟延,因此仍然有适用答辩失权规则的必要。

其次是诉讼要件抗辩的情况,需分为两种情况讨论。对于一般不可放弃的诉讼要件,法院在立案时应依职权调查。如果原告无法满足自由证明的要求,无论被告是否异议都构成重大程序瑕疵并驳回起诉,没有适用答辩失权的必要。特别是在我国,这属于立案实质审查制度的重要内容。比如,如果被告当庭对原告主体资格表示异议,原告由于举证时限无法补交工商局

---

[116] 这里需要明确的是答辩失权或举证时限的制度目的。逾期答辩的行为一方面可能侵犯了司法公权力的权威,另一方面更重要的是可能影响诉讼的有序有效推进。从我国举证时限的既有规定看,体现的更多是前者,比如对于罚款而不是补偿对方损失的要求,仍然是强职权主义和法院本位的体现。相反,虽然根据不同学说对迟延的具体认识不同,但是德国模式及对诉讼迟延的强调,关注的则始终是逾期的诉讼行为对于诉讼进程的实际影响而非惩罚。BGHZ 75, 138 = NJW 1979, 1988; *Stackmann*, a.a.O., S. 134. 笔者认为,程序本身而非法院的“面子”似乎更宜成为民事诉讼制度直接考虑的目的,司法的权威只能经由正确、高效和说理充分的司法程序实现。同时,这种理解也更符合《民事诉讼法》对于民事诉讼法任务的一贯表述。对于我国缺席判决制度的类似评论,参见陈桂明、李仕春:“缺席审判制度研究”,《中国法学》1998年第4期。

[117] 类似见解,参见周翠,见前注[109]。

[118] 在德国法上,如果被告仅仅提出了作为抗辩的新的事实主张而没有同时申请提出证据,这就不涉及到防御方法失权而只是证明责任的问题,因为此时并不需要另行开庭调查证据,不会导致诉讼迟延。*Becht/Beck*, *Zivilprozessrecht im Assessorexamen*, 3. Aufl., 2010, Rdn. 389.

出具的企业名称变更登记表,就会导致原告被驳回起诉。<sup>[119]</sup>例外地、在涉及前述应诉管辖时,则应属于答辩失权的对象。

再次是答辩状中包含新法律理由的情况,由于不同诉讼标的学说可能导致不同的理解,这里仅以涉及单一请求权的情况为例。法官可能基于被告的法律理由改变了对诉讼标的的认定,比如在委托合同与承揽合同或者加工合同与合作经营之间关系的判定上。即使说被告的法律见解不决定诉讼标的<sup>[120]</sup>并且对法官没有约束力(“法官知法”),但是在诉讼实践中,其防御策略仍将在诉讼标的的确定中发挥重要作用。如果法官采纳被告的答辩意见并在庭审中改变了对于案由/诉讼标的的认定,虽然由于仅涉及单一的实体请求权法官有自行改变请求权基础的职权,但是这种变动将可能导致原告已经主张的事实和证据不能涵盖新法律关系下的所有请求权要件,不利于明确当事人的主张并防止突袭性裁判。即使法官此时应行使其在事实认定和指明法律观点方面的释明权(扩张解释《证据规定》第35条第1款),但是仍无法避免使之前审前准备努力付之阙如的后果。因此,我们在这种情况下也需要引入答辩失权制度,以保障诉讼准备的有序进行。

此外,被告提出的证据抗辩也可能动摇法官对原告主张事实的认定(证明的必要)。比如,根据《证据规定》第5条第2款规定,对合同未履行的事实应由负有履行义务的当事人承担证明责任。在一般情况下,如果原告提交了盖有收货单位公章的收货单,法官很可能就会认定其满足要求。<sup>[121]</sup>但是,如果被告提出证据之外的理由或者作为情况说明的某种线索,也可能会影响法官的心证,因为现行法规定了对逾期证据材料不组织质证(《证据规定》第34条第2款),而没有限制被告对原告方证据三性的挑战,此时应照常组织质证并认证。例如被告指出收货单有伪造的嫌疑,法官经提醒后也认为有一定可能性,原告就可能由于证据不足面临不利风险。<sup>[122]</sup>

### 5. 限缩适用的自由裁量

前文着重强调了答辩失权的必要性、不同思路、制度设计以及其未来可能发挥作用的场

[119] 参见宋大琦:“从打事实到打证据到打规则”,《比较法研究》2003年第3期。原告在被裁定驳回起诉后仍然可以重新起诉,其损失则应进一步追究律师失职的过错责任,其整体结果按大陆法的传统观点没有不公平之处(如前所述,在美国法上则存在分歧)。

[120] 依照笔者这里坚持的传统的处分权主义的内涵,诉讼标的的选择是原告的特权,被告的抗辩并不影响诉讼标的的确定。BGHZ 59, 17 = NJW 1972, 1235; BGH NJW 2008, 2922; NJW-RR 2005, 501, 502; Stein/Jonas/Roth, a.a.O., § 260 Rn. 16; Baumgärtel, Zur Lehre vom Streitgegenstand, JuS (1974), 69, 70; Lent, Zur Lehre von Streitgegenstand, ZJP 65 (1952), 315, 316 (旧实体法说亦同)。

[121] 参见辛元刚、陈佳强:“民商事案件中送货单证明效力的认定”,载《人民法院报》2009年7月16日,第6版。

[122] 这在德国即属于证据抗辩的范畴因而适用防御方法失权规则。在本例中应由被告承担事实阐明义务(§ 138 I II ZPO)并质疑文书的真实性(§ 439 I ZPO);若无法直接或间接从其意见中发现这种质疑,则发生自认效果并对法官产生约束力(§ 439 III ZPO);在被告质疑的情况下,原告承担证明文书真实性的证明责任(§ 440 I ZPO)。关于文书真伪相关问题,笔者将另文讨论。

景。相对地,为了达到“度”的平衡,法官运用裁量权时也应尽可能保障当事人参与实质性审判的机会,限缩适用失权规则。失权或不应诉对于诉讼加速的作用虽然得到广泛认同,但是其对实体权利状况的影响也使各国尽可能将其作为例外适用。英国法官除了倾向于宽松地允许被告逾时答辩外,<sup>[123]</sup>即使一般而言,在判断是否惩罚屡次违反法官设定期限的当事人时也采取类似的、相对灵活缓和的态度。<sup>[124]</sup>在美国如前所述,无论是正当程序和避免不应诉判决的理念,还是实践中对标准的具体掌握也都提出了类似要求,除了在是否做出不应诉判决时法官十分谨慎之外,事实上只要不存在故意或者重大过失的因素,不应诉判决一般都会被撤销。甚至在职业伦理中,如果一方律师不事先询问相识律师在个案中的防御意愿就直接申请不应诉判决,就会被法官认为违反律师职业道德而严厉批评。<sup>[125]</sup>在德国,正如前述规则体系所展现的,防御方法失权体现了诉讼促进义务与法定听审权之间的互动,立法、判例以及学说设置了大量对法官裁量权的限制与例外,失权作为例外的属性以及失权被告的可归责性也被认为是《基本法》的要求。<sup>[126]</sup>

除了如前所述比较法上高度一致的经验外,归根到底答辩属于诉讼行为,涉及的是远离案件实体的程序技术问题,其作用原则上限于诉讼程序内部。失权裁判基于诉讼程序上的技术性理由拒绝判定当事人之间的实体争议,由于可能做出背离实体状况的裁判,需要特别谨慎行事。为了实现法院通过公权力实现实体权利的功能,<sup>[127]</sup>应尽可能偏向案件的实质解决。现有立法对程序性规范的忽视固然值得检讨,但矫枉过正同样值得警惕。而且,德国防御方法失权制度是上世纪后半叶诉讼加速和法院减负改革的主要结果,<sup>[128]</sup>自然有其本国的历史和制度特点。相比之下,在我国需要注意的是民事司法改革在整体上已经相当快,甚至导致了一些

[123] Andrews, *supra* note 108, at 497.

[124] 即使是作为“最后通牒”的“除非”命令也并不一定总是导致实际惩罚的发生。法官希望尽可能实质解决纠纷,只有在不履行命令将损害相对方的利益或者使公正审判无法实现时(比如证据灭失)(*Birkett v James* [1978] A.C. 297, at 318),才能在上述九项标准(CPR r. 3.9)的基础上,动用撤销诉答文书或者程序性驳回诉讼请求的最严厉的案件管理手段。但是,一旦法官就相对方的申请做出不应诉判决而违反命令方试图撤销判决,上诉法官应假定原审法院已经充分考虑相关因素,其审查只限于原审法官当时不可能考虑到的情况。*Marcan Shipping (London) Ltd v Kefalas* [2007] EWCA Civ 463, at [34]—[36]; A. A. S. Zuckerman, How seriously should unless orders be taken?, (2008) 27 C.J.Q. 1.

[125] Adam O. Glist, “Enforcing Courtesy: Default Judgments and the Civility Movement”, 69 *Fordham Law Review*, 757, 760—762, 766—779 (2000)(反对通过不清晰的职业道德限制不应诉判决,而应通过既有的诉讼内程序)。在英国,这在绝大多数案件中都属于诉前行为准则规范的内容,据此法官可以对比如故意拖延或者增加费用的一方施以费用或其他制裁(PD Pre-action Conduct Sections 1, 3, 4)。Zuckerman, *supra* note 11, at 42—44.

[126] *BVerfGE* 69, 145 = NJW 1985, 1150; *BGH* NJW 2012, 2808 (2809).

[127] Zuckerman, *Supra* note 11, at 270; Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., § 1 Rdn. 5ff.

[128] BT-Drucks. 7/2729 S. 32f. (1976年《简化法》立法理由书); MüKoZPO/Prütting, a.a.O., § 296 Rdn. 1ff. 巴伐利亚州在修法十年后的实证研究证实这一立法目的得到实现:Greger, Rechtstatsächliche Erkenntnisse zu den Auswirkungen der Vereinfachungs-Novelle in der Praxis, ZZZP 100 (1987), 377.



负面问题,<sup>[129]</sup>因此有必要在规则上确定答辩失权的同时,在具体的裁量性问题上侧重避免适用失权,这也有赖法官根据个案情况灵活应用以及在学说见解中对其有倾向性的引导。本次《民事诉讼法》修正案在改良后吸收了举证时限制度,也从立法的高度强调了必须拿捏分寸的思路。

此外,释明权<sup>[130]</sup>和诚信原则的裁量适用也都值得关注。如果暂时跳出德国法教义学的路径、转而从法律现实主义对法官认识能力局限性的警示出发,<sup>[131]</sup>法官显然可能在司法技术上判定被告答辩无效的同时,在重新整理、评价案件事实和证据的过程中实质地采纳被告的观点。<sup>[132]</sup>为了避免这种难以察觉的风险和不公正,有必要要求法官主动履行其释明义务,提醒原告可能面临的风险。在德国法上,以上情况都属于释明权与突袭裁判的问题。一般情况下,中立法官不宜向当事人释明继续举证的必要性,而只需在证据调查结束时开示心证(§ 279 III ZPO)。但是,如果当事人可能由于疏忽迟延申请证据、对证明责任和证明的必要判断错误或者基于诉讼状况有理由信赖其证据已经充分时,法官仍应履行其释明义务。<sup>[133]</sup>涉及法官自由心证波动的情形原则上应成为举证时限的法定例外,允许原告在受影响的范围内提交新证据加以回应。此外,如果法官认为被告的行为不符合诉讼诚实信用的规定(《民事诉讼法》第13条第1款),也可以要求由被告承担因额外工作和诉讼拖延造成的费用。<sup>[134]</sup>

#### 四、结语:答辩失权与程序改革

如果说“调判结合,案结事了”是我国司法工作的主要思路,那么“繁简分流,各取所需”就

[129] 参见李浩,见前注[110]。

[130] 王亚新教授即强调举证时限的灵活操作、法官的诉讼指挥和司法调解倾向,并指出这些选项也降低了答辩失权的必要。参见王亚新:“我国民事诉讼不宜引进‘答辩失权’”,见前注[9]。笔者认为,这一方面只是“降低”而非“消灭”了其必要性,而且另一方面该文的语境是将答辩失权的后果理解为被告直接败诉。同时,从我国整体上需要以多种方式限制法官裁量权的背景出发,增加本文意义上的答辩失权仍不失为选项之一。

[131] 比如:Jerome Frank, *Courts on Trial*, NY: Atheneum, 1963, pp. 146-156.

[132] 达玛斯卡教授指出在大陆法系的刑事诉讼中,即使形式上否定了某些证据的证据能力,主审法官仍然难以排除证据偏见的干扰。Mirjan Damaska, “Propensity Evidence in Continental Legal Systems”, 70 *Chi.-Kent Law Review*, 55, 56-57 (1994). 德国学说上至少也长期强调,法学方法论本身也不能保证裁判的合法性和正确性,法官说理才是裁判合法性的源泉。Gottwald, *Richterliche Entscheidung und rationale Argumentation*, ZJP 98 (1985), 113, 117. (国内译文可参见(德)彼得·哥特瓦尔德:“法官的裁判和理性的论证”,赵秀举译,载(德)米夏埃尔·施蒂尔纳主编:《德国民事诉讼法学文萃》,中国政法大学出版社2005年版,页473-488)但是至少在我国当下,笔者认为信任与怀疑并重的态度仍然必要。

[133] Thomas/Putzo/Reichold, a.a.O., § 139 Rdn. 15ff.; Stein/Jonas/Leipold, a.a.O., § 139 Rdn. 41ff.; MüKoZPO/Wagner, a.a.O., § 139 Rdn. 45ff.

[134] 代表性观点,参见李浩:“民事诉讼法典修改后的‘新证据’——《审监解释》对‘新证据’界定的可能意义”,《中国法学》2009年第3期;李浩:“举证时限制度的困境与出路——追问证据失权的正义性”,《中国法学》2005年第3期。

是诉讼程序改革的共识。让普通程序更为正式、充实以便强化程序的权威性,让简易程序更为迅速、便捷以便实现程序的高效性,让程序之间的转换条件更为清晰以便着重程序的可操作性,这种思路在比较法上已有广泛的认同和实践,但是在我国的司法传统、现实资源和权力配置的影响下,却注定命途多舛。世纪末一波司法改革的历程清晰地彰显,便宜行事、效率优先的反对者寥寥可数,对加强程序正式性和审判权权威的阻力却是昭昭之明。<sup>[135]</sup> 因此,我国繁简分流设置的重心表面上可能仍会落在程序的简易化本身,试图在民事司法纠纷解决图景的整体框架下加强简易案件的审理效率,比如引入小额诉讼程序以及立案庭将无争议案件转入督促程序(《民事诉讼法》第162条和133条第1项)。但是我们也许还应关注简易程序的分流意义,以便为日趋正式的普通程序遴选适当类型和数量的案件,保障民事程序的高规格运行。最终,经由程序分类和程序转换上的框架性建设,不同的司法需求都能发现适合自己的司法服务和产品。<sup>[136]</sup> 在两极化的社会需求面前,偏执任何一端都无法奏效。对于适用未来经过层层分流过滤的普通程序的案件,司法既然试图提供高标准的程序保障,就有权力要求当事人选择更有诚信的诉讼策略(《民事诉讼法》第13条第1款),要求当事人为选择的正式程序承担自我责任。在此前提下,本文所讨论的司法/裁判技术问题才会真正有用武之地,以当事人主义为代表的现代诉讼理念才可能得以推广。

(责任编辑:傅郁林)

[135] 王亚新教授就程序建构的问题也认为,法学界和实务界在司法为民、多元纠纷解决方式等方面基本达成共识,但是在调解、能动司法、马锡五审判方式等变相架空正式诉讼程序的方面分歧明显。参见王亚新:“民事诉讼法二十年”,《当代法学》2011年第1期。

[136] 参见傅郁林:“小额诉讼与程序分类”,见前注[3];潘剑锋:“论民事纠纷解决方式与民事纠纷的适应性”,《现代法学》2000年第6期。根据新法文本基于不同角度对相关问题的评论,参见傅郁林,见前注[114];周翠:“全球化背景下现代民事诉讼法改革的方向与路径”,《华东政法大学学报》2012年第4期。