

# 论互联网法院的功能定位与程序创新

段厚省

**【摘要】**互联网法院作为从事“网上案件网上审”的专门法院,其设置的背景乃是人们需要通过互联网审判实践的探索来形成和完善互联网空间治理秩序,实现诉讼程序在效率提高和正义供给方面的革命性进步。互联网法院规则探索的维度有二:一是探索互联网空间治理的实体规则,二是探索在线诉讼的程序规则。互联网法院的规则探索在路径上应采二阶思维的模式。就程序规则的探索而言,第一阶的思维乃是在传统程序规则的语义范围内,以互联网技术来改造传统诉讼程序,以提高其运行效率;第二阶的思维是建构出某种与传统诉讼程序不同且与传统诉讼程序并行的在线诉讼程序,为当事人提供一种更加便捷的解纷路径。此外,为消解程序创新与法律规范安定性之间的内在紧张,应坚持增量保障的原则,也即程序创新乃是为了给当事人提供更加充分的程序保障,这种增量保障,同时内含对当事人程序选择权的保障,也即应给当事人合理的程序选择上的自由,鼓励当事人以诉讼契约的方式来选择互联网法院在第二阶思维下所创新的诉讼程序。

**【关键词】**互联网法院;互联网诉讼;在线诉讼;民事诉讼;电子法庭

**【作者简介】**段厚省,互联网法治研究院(杭州)专家委员,复旦大学法学院教授,博士生导师(上海 200433)。

**【原文出处】**《上海师范大学学报》:哲学社会科学版,2020.6.72~83

**【基金项目】**互联网法治研究院(杭州)委托研究项目“互联网法院管辖问题研究”;中国侨联2020年度重点项目“跨国界在线纠纷解决机制与华侨权益保护研究”(19AZQK201)的阶段性成果。

## 一、引言

迄今,中国已经在杭州、北京和广州建立三家互联网法院,并且进行了一系列诉讼程序方面的创新与探索。2018年9月3日,在最先设立的杭州互联网法院运行一周年后,最高法院总结杭州互联网法院的在线审理经验,出台了《关于互联网法院审理案件若干问题的规定》(以下简称《规定》),在互联网法院的管辖范围、上诉机制和诉讼平台建设等方面进行了规则建构,内容涉及身份认证、立案、应诉、举证、庭审、送达、签名、归档等在线诉讼的基本规则。最高法院在出台《规定》的时候,声称“互联网法院并非简单的‘互联网+审判’,而是综合运用互联网新兴技术,推动审判流程再造和诉讼规则重

塑,是对传统审判方式的一次革命性重构”。<sup>①</sup>

可能正是在认可包括互联网法院在内的各地法院在线诉讼之探索成果的基础上,中央深改组在2019年1月通过的《关于政法领域全面深化改革的实施意见》中提出,要“推动大数据、人工智能等科技创新成果同司法工作深度融合,加快网上诉讼平台建设,建立健全网上诉讼程序规则,推动起诉、调解、立案、庭审、判决、执行等全程网络化,建立与互联网时代相适应的诉讼模式,增强诉讼便利性、高效性”。<sup>②</sup>接下来,2019年7月19日在四川成都召开的政法领域全面深化改革推进会,针对人民法院案多人少的现实问题,在会上提到的若干举措中,又重点提出要探索构建适应互联网时代需求的在

线诉讼规则,并要求推动“诉讼理念重塑、模式重构和流程再造”。<sup>③</sup>在前述政法领域全面深化改革推进会议召开之次日,全国法院贯彻落实政法领域全面深化改革推进会精神专题会议进一步提出要“全面探索在线诉讼模式”。<sup>④</sup>实际上,根据最高人民法院发布的信息,目前已有超过55%的法院实现网上直接立案;超过47%的法院实现网上预约立案,超过51%的法院实现电子送达;浙江在全省开通移动微法院,最高法院还要将浙江经验推广到全国11个省、区、市进行试点。<sup>⑤</sup>也就是说,全国法院系统事实上已经开始并正在进行着在线诉讼的全面探索,当前的政法领域改革推进会和人民法院落实政法领域改革推进会精神的专门会议所提出的要求,则会使在线诉讼的探索更快推进。2020年9月23日,最高法院又召开互联网司法座谈会,对互联网司法的实践经验进行了总结,并对互联网司法的下一步发展做出部署与展望。这次会议一方面意味着中国始于杭州互联网法院而后扩于广州互联网法院和北京互联网法院的实践探索得到了最高法院的肯定,另一方面也意味着中国的互联网司法将在未来一个时期得到更加快速的发展。

现在的问题是,当中国在国家层面推动全国各类型法院都进行“在线诉讼”的探索,未来对其所管辖的包括“网上纠纷”在内的各类纠纷都实现了“网上审理”后,互联网法院的独特价值体现在什么地方?也就是说,当传统各类型法院同样有权管辖网上纠纷,并且也建成在线诉讼的程序机制,完成对包括民事诉讼在内的三大诉讼领域之诉讼程序的“理念重塑、模式重构和流程再造”的时候,互联网法院自身若无不可替代的功能定位,恐怕就会失去继续作为“互联网法院”存在的独特意义。此种背景下,对互联网法院功能定位和程序探索等问题进行初步的反思,并在反思的基础上展望其未来的发展方向,已经有其必要。

## 二、互联网法院的功能定位:规则探索

中国在确立互联网法院的时候,只是强调对网

上纠纷网上审理,却没有更进一步明确互联网法院的性质。从互联网法院的名称上看,其中有“互联网”这样的专门用语,又没有普通法院名称中所用的“人民”二字,似乎属于专业法院。而且,最高法院还通过司法解释的方式,对于三个互联网法院审理案件规定了专门的程序。这种做法比较特殊。从既往的法院体系来看,只有针对海事法院制定有专门的海事诉讼特别程序法,其他的专门法院,包括铁路运输法院、知识产权法院和金融法院,都没有专门的审判程序。就此而言,互联网法院在性质上更接近于专门法院。从三个互联网法院的案件管辖上看,其所管辖的又是所在市应当由基层法院受理的涉互联网纠纷第一审案件,其上诉案件则都是所在市的中级人民法院或者知识产权法院,因此互联网法院又属于基层法院。由此我们可以得出的一个初步结论是,互联网法院在性质上似乎属于“专门基层法院”,这是互联网法院与其他专门法院的一个重要区别。

从既往专门法院之专门性来看,主要是在其所管辖案件的实体法律关系类型上存在专门性,例如海事案件管辖的是海事海商案件,金融法院管辖的是金融案件,知识产权法院管辖的是知识产权案件。铁路运输法院所管辖的也主要是在铁路运输过程中发生的案件,以及依法划归其管辖的在实体法律关系的性质上有一定专门性的案件。因此,其他的专门法院在功能定位上乃是“专门争议专门审”,也就是对于某些领域的实体法律关系争议,由在该实体法律领域更加专业的专门法院审理。但是互联网法院设立的初衷,乃是“网上案件网上审”,也就是对发生在互联网上的争议,通过互联网技术进行远程在线审理。因此,其所管辖的案件之专门性主要不是体现在争议之实体法律关系的性质上,而是体现为发生争议的法律关系都是依托互联网这一信息传输手段而发生的,且当事人和互联网法院也是依托互联网这种信息传输手段而展开其诉讼与审判活动的。这样的一种专门

性定位,至少初看起来是令人困惑的,困惑主要存在于两个方面:

首先,就互联网法院所管辖的“网上案件”来看,互联网法院所管辖的案件在法律关系性质上与其他案件并没有太大区别,区别主要在于这些法律关系的表现方式上。而这样的一种表现方式,其实与依托其他表现方式的案件相比,似乎仅有形式上的区别而无本质上的差异。就其在诉讼中可能产生的区别来看,恐怕主要体现为证据方法的不同,而证据方法的不同,又对证据的收集、保存、提交和展示等方面有着特别的要求。但是,这些要求主要体现在技术层面,而不是法律层面,或者说即使在法律层面产生了影响,也主要体现在证据法的层面。因此,互联网法院所管辖的案件,就其表现方式来说,与其他案件其实并无本质上的区别,其在表现方式上的特殊性(通过互联网而不是面对面直接言辞或者纸张以及电话来完成信息的交流或者交往),是否足以使其需要建立专门的法院进行审理,仍然存在一定的讨论空间。就像有人质疑的那样,用砂锅煮饭和用钢精锅煮饭,煮出来的饭或许口感不同,但是煮出来的仍然是饭,而不是其他的什么东西。

其次,互联网法院之专门性的另一体现,乃是网上案件的“网上审理”。也就是说,互联网法院之专门性的另一体现,乃是在案件审理的程序技术方式上的专门性,其突出的特点是充分利用互联网这一信息传输技术,通过远程方式审理案件。但是,互联网这种技术手段,可以为互联网法院运用,当然也可以为其他法院运用,其在本质上并没有专门性。事实上,其他法院在诉讼程序中对于互联网技术的运用,和互联网法院相比并无劣势。仅以浙江为例,远程在线诉讼的最早探索者就不是杭州互联网法院而是浙江青田法院,2007年第一例通过QQ这一社交工具审理并成功调解民事案件的创举,就发生在青田法院。<sup>⑥</sup>而现在被最高人民法院在更大范围内推广的移动微法院,则是

宁波余姚法院的创新。<sup>⑦</sup>

因此,如果说互联网法院之专门性乃在于“网上案件网上审”,那么这样的一种“专门性”实际上尚不足以支撑互联网法院的独立存在。换言之,既然互联网本身只是一种信息传输的技术手段,那就让技术的归于技术,没有必要因为某种技术手段设立专门法院,更没有必要因为某种技术手段建构专门的诉讼程序。比如,在纸张这种信息记载与传输手段出现后,出现过对案件的书面审理程序,但是没有出现过“书面法院”;在电话这种信息传输手段出现后,有的国家探索过远程电话听证,<sup>⑧</sup>但是却并没有哪个国家设立“电话法院”。再者,某种技术即使可能产生新的证据方法,影响也只是存在于证据法的层面,那在证明的规则上有所因应即可,也没有必要在整个诉讼程序规则上有着专门的建构。显然,设立专门的互联网法院,应当还有着其他的背景原因和特定目的。

这里的原因可能是,人们对互联网这一信息传输技术可能给人类社会交往形态所带来的深刻影响存在某种矛盾心态,这种矛盾心态就是:对于这样的一种影响,人们在憧憬的同时,也怀有不安。一方面,互联网在信息传输的方式和内容上是如此丰富,如此便捷,以至于人们欢呼着要拥抱它,希望能够充分利用互联网技术来推动社会的发展。另一方面,互联网技术日益深刻地影响人们的社会交往方式,进而影响人们的生活方式,最终甚至有可能影响人们的世界观。这种社会交往方式的变化必然导致交往秩序的变革,进而又可能推动法律秩序的变革。这样的一种影响,已经不是砂锅煮饭或者钢精锅煮饭之间的区别那么简单,已经造成了传统法律秩序维护者的不安。基于传统线下交往而制定的法律规范,其在语词意义上能否以及如何涵盖网上发生的交往行为,常常令法律执行者陷入解释困境。更为重要的是,一些观察者对互联网所营造的交往空间的定义,甚至已经招致主权者的不安。例如“网络空间”这一概念的提出,使得传统主

权国家的治理者也开始警惕。互联网技术对于法律系统的这种影响,美国学者大卫·约翰逊和大卫·波斯特早在1996年就曾指出:“全球性的以计算机为工具的交流,打破了地域界限,创造了一个全新的人类活动领域,并损害了基于地理边界而适用法律的可行性与合法性。虽然这些电子沟通方式对地理边界没有造成严重的破坏,但是由一种由屏幕与密码构成的新边界已经出现,其将虚拟世界与原子构成的‘现实世界’分离开来。这种新边界圈定了一个明显的网络空间,这个空间需要属于自己的新的法律和法律机构。”<sup>⑧</sup>基于以上原因,人们既对互联网技术可能给社会生活带来的令人惊喜的变化充满期待,也对互联网技术可能给社会秩序带来的不确定性风险怀有深深的不安。在这种背景下,设立互联网法院的目的就开始清晰起来,这个目的包括两个向度,一是要探索在司法程序中如何更充分地利用互联网技术,以互联网技术来推动司法程序的变革,尤其是在当下“案多人少”的司法压力下,我们如何利用互联网技术提高诉讼效率的问题;二是通过互联网法院对发生于互联网空间的争议进行裁断,以“实践先行”这样一种具有中国特色的改革路径,来探索互联网空间的治理规则,进而将互联网技术可能给未来社会秩序所带来的不确定性控制在最低程度。上述两个向度的目的,总结起来就是,社会治理者希望在可控的前提下利用互联网技术来推动社会交往方式的变革。因此,互联网法院的使命乃是通过司法实践来探索依托于互联网技术的诉讼程序规则以及探索互联网空间治理的实体法律规则。

而这样的一种探索,实又具有为其他法院乃至整个法律系统积累经验的意义。笔者使用“探索”这样的表述,是想特别指出,互联网法院与普通法院以及其他专门法院的本质区别,乃在于普通法院和其他专门法院是面向过去与当下,在既有的实体法律规范和程序法律规范下展开运作,而互联网法院则是面向未来,探索和建构未知的实体规则和程

序规则,为立法机关积累素材,其在实体和程序方面的探索在很大程度上具有创新性。有关互联网空间治理和依托于互联网技术的诉讼程序,即使域外经济和法治都发达的国家也没有十分成熟的规则可以借鉴。因此可以说中国的互联网法院,乃是由于白纸上绘画,背靠的是已知的规则与制度,但面向的主要是未知的规则世界。目前来看,互联网法院在互联网空间治理的实体法领域,固然存在规则创新的需求,但就目前所形成的案例来看,主要的还是明确既有实体法律规范的具体适用,意义主要体现在法律解释方面,尚不能说是进行实体法律规则的创制。但是在程序法领域却有不同,杭州互联网法院在移动电子送达、区块链存证、远程审判乃至远程异步审判方面的做法,已经对既有的程序规则实现了革新,其中远程审判甚至已经触及既有程序理念的深层次变革问题;广州互联网法院的一些创新做法,如在线示范审理、批量案件在线示范调解、在线连审和在线交互式审理等,也超出了具体工作机制的范围,具有程序规则上的创新意义,实已触及既有程序法规范的意义边界。因此,互联网法院这种基于社会生活与科技发展之紧迫性要求所进行的创新,也就可能面临着合法性追问。这样的追问可能也是最高法院在杭州互联网法院试点仅仅一年之后,即以司法解释的形式出台互联网诉讼规则的重要原因之一,实为解决互联网法院之创新诉讼程序的合法性问题。

既然设立互联网法院的目的在于探索依托于互联网技术的诉讼程序规则和探索建构互联网空间治理的实体法律规则,那么这种对法律规则的探索与创新就应当是互联网法院的功能定位。当我们将“探索与创新”作为互联网法院之功能定位中的关键词时,可以看出互联网法院与其他专门法院以及普通法院在功能上的核心区别,乃是互联网法院之核心功能在于规则的探索与创新,其他法院的核心功能在于案件裁判。其他法院即使进行了在线诉讼的探索,其目的也是为了更加高效便捷地实

现司法裁判这一根本目的。而互联网法院虽然也是以司法裁判作为其运作的一般样态,但其主要的功能乃在于通过司法裁判来实现规则创新。从目前三家互联网法院所发布的司法举措和裁判案例来看,这种创新主要体现在程序规则的探索与创新上,且对程序规则的创新在很大程度上已经触及立法论的层面,具有规则创制的性质。而在互联网空间治理的实体规则方面,主要还是在解释论的层面展开探索。基于笔者所处的研究领域,本文以下的内容将主要围绕互联网法院在诉讼程序领域的探索与创新而展开分析。

### 三、规则探索的路径选择:二阶思维

前已提及,全国政法领域改革推进会和最高人民法院已经提出要推动全国法院系统全面探索在线诉讼。这就意味着互联网法院将在传统诉讼程序进行在线化改革方面担任先导性的任务,为各地法院进行在线化诉讼的探索提供经验。但是这里需要划重点的一个问题是,若互联网法院继续进行的程序性探索,仍然局限于将各种互联网技术手段应用于传统诉讼程序,而将传统诉讼程序进行在线化改造,恐怕就会失去专门性,未来还有可能会失去当下暂时拥有的于在线诉讼方面的领先地位。因为在过去的几年,其他法院的探索还没有得到与互联网法院同等力度的来自中央政法层面的支持,其在总体进展上落后于互联网法院的探索。此种情况下,互联网法院的创新做法尚可以为其他法院的探索提供经验。但是当全国法院系统都在推进在线诉讼的探索时,从二十多年来各地法院对于司法改革的热情来看,在类似于“司法改革强迫症”的推动下,他们必定会争先恐后地在在线诉讼的技术手段上推陈出新,“首创”之类的声音将会喧嚣不断。于此情景,互联网法院在技术手段上的创新将仅仅成为其中的一种,互联网法院的专门性也就逐渐淡去。

事实上,就侧重于技术手段在线诉讼的创新来看,其他法院并不输于互联网法院,甚至还有可能

领先于互联网法院。如我在前面提到过的在线诉讼的最早探索者就不是杭州互联网法院而是浙江青田法院,现在被最高人民法院在更大范围内推广的移动微法院则是宁波余姚法院的创新等。实际上,在杭州互联网法院建立之前,杭州中院等就开始了电子法庭建设。除了浙江以外,其他一些地方的法院也都建立了各种不同形式的电子法院平台,探索远程诉讼和远程调解(ODR)。可见,在依托互联网技术进行在线诉讼的技术手段创新方面,其他法院并非总是跟在互联网法院后面亦步亦趋,而是争先恐后,充满热情,甚至在互联网法院成立之前很多年就开始了探索。虽然杭州互联网法院创造性地开发了区块链存证系统,广州互联网法院创造性地设计了“E法亭”,北京互联网法院也推出了通过技术合成具有仪式性的法庭背景的做法,但是这种技术性的创新,并非其他法院不能为之。此种态势下,互联网法院的探索就不能再仅仅停留于技术层面,而应当上升到对诉讼程序之法律规则的创新,如此才能继续保持其通过规则探索而为其他法院提供成熟经验的领先地位。

而就规则层面的探索来看,互联网法院其实也不具有天然的优势,比如浙江青田法院早就开始探索跨国界的涉侨远程审判和远程调解机制(笔者最近曾在青田法院旁听了一起当事人身处三个国家而同时在线开庭的案件),浙江嘉兴法院在辖区内知识产权审判的法律适用统一性方面也有审判权运行机制方面的创新。<sup>⑩</sup>但是互联网法院作为专门性质的法院,若我们认为其在功能定位上就是规则探索,那就意味着互联网法院的探索空间更加宽广,其所进行的规则探索行为和程序创新成果之合法性与正当性更易被人接受。

基于以上思考,笔者认为,互联网法院在程序规则层面的探索,可以考虑采二阶思维的路径:第一阶的思维就是我在前面提到的位于解释论层面的思维,也就是在不突破传统程序法的规范与原理的前提下,继续在技术性规则层面探索创新,对传

统诉讼程序进行在线改造,通过对先进技术手段的运用,不断改造传统诉讼程序,直到传统诉讼程序实现完全在线进行。在这样的一种探索中,互联网法院应力求保持对其他非互联网法院的领先地位,继续为其他法院的在线诉讼探索提供成熟经验。第二阶思维就是我在前面提到的立法论层面的思维,也就是在传统诉讼程序的在线化改造之外,有重点地突破传统诉讼程序规则及传统程序法理论的束缚,进行诉讼程序的规则创新,给当事人提供更多的可供选择的程序产品。这一思维的展开恐怕需要有更大幅度的观念上的更新与突破。

为什么说第二阶的思维展开需要有更大幅度的观念上的更新与突破呢?因为这第二阶思维才真正涉及互联网法院之程序创新的合法性与正当性问题。讲到互联网法院程序创新的合法性与正当性问题,需要简单说明一下既有的传统诉讼程序和传统程序法理与互联网法院之程序创新之间的张力问题。法律规则领域的创新,在很大程度上意味着对现有规则体系的突破以及对现有法律理论的挑战,从而面临着来自现有规则体系的合法性追问以及来自现有法律理论的正当性追问。诉讼程序领域的创新,自然也会面临着来自传统诉讼程序的合法性追问,面临着来自传统程序法理的正当性追问。也就意味着,在某种意义上,传统诉讼程序以及建基于其上的诉讼法学基本理论,不仅不能成为互联网法院可资借鉴的规则资源和理论资源,反而可能构成互联网法院程序创新的重重障碍。这是互联网法院之改革与探索的艰辛之处。

实际上,域外有的互联网技术与法治都很发达的国家,在将远程信息传输技术应用于司法领域的探索远远早于中国。以美国为例,早在20世纪70年代就有州法院通过闭路电视系统进行过远程司法听证和远程聆讯,<sup>⑩</sup>20世纪80年代有的州开始对远程诉讼进行制度建构。<sup>⑪</sup>但是目前来看,中国却有后来居上之势。其原因在于,这些国家在线诉讼的探索受到了传统诉讼程序制度和程序法理的严

格束缚。传统正当程序理念强调诉讼的在场性和仪式性,强调面对面的直接言辞与口头辩论。对于远程在线审判充满疑虑,其思维也在这种犹豫之中徘徊不前。仍然以美国为例,早在2002年,美国联邦刑诉规则就开始允许以双向视频会议技术进行远程的首次出庭和传讯,但是仍然规定以当事人同意为前提。<sup>⑫</sup>甚至即使有了这种制度上的保障,美国理论与实务界对于远程审判能否为当事人提供充分的程序保障仍然怀有疑虑。<sup>⑬</sup>而中国之所以能够以较快的速度来探索在线诉讼,目前来看乃是中国特有的国情使然:一方面,中国有着重实体轻程序的传统,国民在诉讼中首先追求的是结果上的满意,往往将程序看做是实现实体正义的技术性手段,没有形成根深蒂固的关于正当程序的理念和成见。因此,我们在程序的改革与创新方面反而阻力较少。第二方面的因素可能是,新中国建政之前的斗争历史和建政之后的曲折经历,在官方与民间都形成了某种反传统的革命思维,在决策行动上更强调对既有规则的打破,追求不同于过去的新秩序。改革开放以来,这种革命思维又转化为改革思维,认为不改革就是不进步,“改革”已成为强势话语,各个领域都形成了“改革强迫症”,认为所有问题都是改革中的问题,也只有通过改革才能解决,司法领域也是如此。第三个因素是,中国在社会发展上的长期落后,迫使政府与国民都形成了一种赶超发达国家的动力和紧迫感,这种动力和紧迫感推动着改革者在决策程序和执行行动方面都更加追求效率,也就是力争用更短的时间取得更多的成就。最后一个因素就是,国民持续增加的对司法效率以及裁判之公平正义的需求,与法院系统案多人少导致的积案压力之间的张力越来越大,促使法院不得不去探索更加高效便捷的解纷路径。这些因素叠加起来,应该是中国这些年来不断出台各种司法改革措施的主要推动力,也是推动中国在线诉讼的发展后来居上的主要动因。但是,这一特有国情,主要是支持中国在线诉讼改革的现实因素,是为在线诉

讼提供实践正当性层面的支持。在程序法的理论层面,我们仍然要为互联网法院的探索与创新进行持续论证,为互联网法院的探索与创新提供一种更加纯粹的程序正当性支持。关于这一点,笔者在本文第四部分还会进一步探讨,这里不做展开。

#### 四、二阶思维下的程序创新:可能空间

##### 1. 第一阶思维层面的探索空间

从第一阶的思维出发来审视当下的互联网诉讼程序,会发现互联网法院还有很多继续探索的空间。例如:

以区块链存证这一创新举措为例,杭州互联网法院率先建立了区块链存证系统后,北京与广州两个互联网法院也都建立了各自的区块链存证系统,前者称作“天平链”,后者称作“网通法链”。不过,区块链存证系统本身虽然是个很好的创新,但由法院来主导区块链存证系统的运作,哪怕是由最高人民法院率各级地方法院来主导建立区块链存证系统,都与法院居中裁判的司法角色存在冲突,而且若区块链存证系统出现技术风险,还有可能导入诉讼程序而转化为程序风险。因此,区块链存证系统由第三方来运作更符合法律系统运作的一般逻辑。目前来看,由具有法定证明职责的公证机构来运作,应该更合理。一方面,公证机构本来就是证明机构,其所主导的区块链存证系统在证明效力上可能更强;另一方面,法院与区块链存证系统脱钩,也在技术风险与程序之间建立了一道防火墙。这是其一。其二,有没有必要在不同的地方建立各自独立的区块链存证系统?在全国建立一个统一的区块链存证系统是不是更权威、更安全,存证空间是不是也更充分?否则由于各地法院对于不同的区块链存证系统的信任度不同,可能会降低区块链存证系统的价值。从媒体报道可知,最高人民法院已经着手建设全国性的区块链存证系统。这样可以解决前述第二个问题,但是第一个问题没有解决,<sup>⑤</sup>仍有进一步探索的余地。

再如杭州互联网法院创造性地开发了远程异

步审判系统后,固然方便了当事人诉讼,但是很多人认为诉讼的仪式性和庄严性也因此而失去了。而且在远程异步审判中,如果有证人,那么证人作证如何不被之前的庭审过程污染,证明的作证行为如何不被当事人干扰等,都是尚未解决的问题。因此,这样一个系统还有很大的改进空间。在这方面,广州互联网法院进行了一些探索,就是设计了一个具有远程审判之各种所需功能的在物理上相对封闭的空间,并起了个名字叫“E法亭”,投放在各种便利当事人诉讼的场所。当事人进入这种封闭空间进行诉讼,以及证人进入这种空间作证,都必须刷证、刷脸验证,证人和当事人不能处在同一个空间参加诉讼。这种设想比任由当事人在开放式的空间参加远程审判,能够消除很多弊端。但是有没有必要由法院来设计和投放这样的硬件设备?我们能不能这样考虑,在政法领域改革这个大背景下,充分动员各个领域的资源,要求各律师事务所、基层司法所以及政府部门的窗口单位里,都设置一定的相对封闭的空间,配置上在线诉讼的各种设备,鼓励当事人和证人去这样的空间里进行诉讼?

总之,互联网法院在第一阶思维下,仍然有着广阔的探索空间。

##### 2. 第二阶思维层面的探索空间

以上是对互联网法院规则探索之第一阶思维的分析。其实在我看来,更值得探讨的是第二阶的探索思维,也就是在诉讼程序之法律规则上的突破与创新。这种突破可以是阶段性程序的规则突破,甚至也可以是在传统诉讼程序包括经在线化改造之后的传统诉讼程序之外再行建构一个在理念和规则上存在较多不同的诉讼程序。到目前为止,互联网法院关于在线诉讼的规则探索,大都还止步于第一阶思维层面,个别方面有所突破,如对于公告送达的案件,也可以适用简易程序来审理。<sup>⑥</sup>其中除了远程审判以及远程异步审判具有某种革命性的观念更新以外,其他的探索基本上都停留在将传

统线下诉讼的规则进行在线化改造这一层面,传统线下诉讼时期所形成的规则及其理念本身并未被改变,改变的只是实现这些规则的方式。此种情况下,最高人民法院所说的“理念重塑、模式重构和流程再造”,实际上也只是在远程审判这一点上有所体现。在诉讼程序的其他环节上,虽然实现了具体运作流程的“再造”,但似乎尚未达到“重塑”和“重构”这样的话语想要表达的变化程度,哪怕是最为突出的区块链电子存证这样的创新,恐怕在性质上也只能说是证明环节的“流程再造”,仍然属于技术规则上的创新。这虽然具有解决涉电子证据之证明难题的重大进步意义,但还不能说是程序规则上的模式重构或理念重塑。那么,互联网法院如何去进行更大幅度的观念更新与思维突破,才能真正实现“理念重塑、模式重构和流程再造”?依笔者愚见,第二阶思维可能需要更大胆一些,就是互联网法院能不能超越传统诉讼程序的规则和理念,根据当下互联网纠纷解决之具有现实性和紧迫性的需要,来创设与既有法律规定并不完全同理的新的程序规则?

实际上,传统程序规则和程序理念并非不可突破。因为程序正义虽然是众所追求的理念,但程序正义的标准却在很大程度上具有历史性和主观性。换言之,程序正义乃是一种价值判断,当我们谈到程序正义的时候,不同的人在不同的历史时期所要表达的程序正义的内涵与外延却可能是互有差异的。具体而言,判断程序是否正义的标准,往往是在某种文化内部历史地形成的,也就是说,某种程序因为在某种文化共同体内部经过持续的历史传承而被成员接受和认可,这种程序就被成员认为是正义的。例如,在两造对抗之下,法官消极中立,在对抗制的观念里可能被认为是符合程序正义的;而法官积极参与事实发现与规范寻找,在纠问制的观念里被认为是符合程序正义的。具体到中国来说,我们已经接受了两审终审的审级制度安排,这种安排就被认为是正义的,而改变这种制度

安排,就有可能被认为是不正义的,所以小额程序改采一审终审后,直到现在都很难被一些当事人接受。<sup>⑩</sup>我们已经认可了协议管辖要有连接点,争议要与法院所在地具有实际联系,如果要取消协议管辖之连接点的规定,很多人恐怕也会认为允许当事人选择与争议没有实际联系的法院来审理案件,不具有正当性。但是在仲裁领域,这种管辖连接点的观念就比较淡薄。再比如,我们在既有的观念里认为诉讼要具有仪式性与在场性,互联网法院所进行的远程审判之去仪式性与去在场性就一度受到质疑。然而制度史和学说史都表明,历史形成的规则和理念,也必将随着历史的前进而变迁。建基于历史的规则和理念,若不能适应当下的发展趋势,恐怕就必须进行改变。因此,当我们试图在传统诉讼程序的基础上通过互联网技术的加入来提高其运作效率,而不得不要受到基于传统诉讼程序而历史形成的程序正义观的价值牵制时,以一种更具革命性的思路来突破传统程序正义观的约束,其在正当性上也许并不像我们想象的那样欠缺。比如,若我们摆脱程序正义与程序效率之间的价值纠缠,在某些程序中直接以诉讼效率作为我们优先追求的价值,并基于效率的提高而能够为更多的当事人提供更为便捷的接近司法的机会,如此就会在很大程度上反过来证成这种价值抉择的正当性。此外,若我们将这种效率优先的程序作为在传统诉讼程序之外为当事人提供的更多的可供选择的程序,就符合为当事人提供增量的程序保障和尊重当事人程序选择权的要求,从而如此样态的规则探索活动就会因符合司法改革的基本伦理要求而获得正当性。

沿着以上思路,我们如果比较在线诉讼的探索与既有诉讼程序所追求的价值目标可以发现,在线诉讼与简易程序以及小额程序所优先追求的价值目标是共同的,都是诉讼效率。因此,我们在进行规则探索时可以先考虑将普通程序与简易程序乃至小额程序区别对待:对于普通程序,在进行在线

化改造的同时,通过技术手段的发展,最大可能地保持其仪式性与在场性。而对于简易程序和小额程序,则不仅仅是通过在线化改造来提高其效率,还应尝试进行规则上的创新,使其比简单的在线化改造,实现更高的诉讼效率。目前来看,关于简易程序的在线诉讼规则,可以尝试在以下几个方面突破:

首先,互联网法院受理的案件一般采简易程序审理案件,而将普通程序作为例外。对于依法本来就应当适用简易程序审理的案件,当然应采简易程序审理,而对于基层法院受理的依法应采普通程序审理的案件,依《民事诉讼法》第157条第二款规定,也允许当事人通过诉讼契约选择适用简易程序进行诉讼。这就意味着,对于基层法院受理的案件,民事诉讼法倾向于以效率价值作为其优先考量。而在实践中,基层法院在采普通程序审理案件时,往往也有一名主审法官出席法庭,不得已的情况下,则配以两名陪审员组成合议庭。由于陪审员对裁判的形成缺乏参与决策的能力,因此这样一种合议庭往往仅具有形式上的“合议”外观,本质上仍是独任制。换言之,实践中基层法院实质上已经将诉讼效率作为审理程序的首要价值,而将简易程序作为其一般的审理程序。因此,在规则探索的目的引领下,可以考虑在互联网法院将此种实践做法正当化和制度化,也就是互联网法院的审判一般依简易程序进行,特别重大疑难复杂的案件,则依普通程序审理。

其次,在线简易程序可以视案件具体情况,实行书面审理,经审查诉讼资料后径行裁判,在线送达。中国在上诉案件中,对于无事实争议的案件,许可法院不开庭审理。上诉审较之第一审程序更加重要,且采普通程序审理,许可法院不开庭审理意味着中国立法认可不开庭审理的正当性。在这样的立场下,互联网法院对于采简易程序审理的案件,若仅根据当事人在线提交的诉讼资料即可对案件进行事实认定和法律适用,那么探索不开庭审

理,<sup>⑧</sup>其在正当性上并不比前述二审不开庭审理要低,由此也可将简易程序所追求的效率价值进一步体现。

还有就是,在当事人认可的前提下,在线简易程序可以实行一审终审,但应给缺席当事人依法申请再审的机会。在效率优先的价值引领下,可以考虑对互联网法院以简易程序审理的案件,允许并鼓励当事人以诉讼契约放弃上诉权。此种契约可以是立案前达成的协议,也可以是一审程序中达成的一致意思。但是,对于立案前达成不上诉协议的,若在一审中一方当事人因可原宥之事由缺席,可考虑给予缺席当事人依法申请再审的机会。但从程序效率考虑,审查再审申请的法院和进行再审的法院,均应是做出原裁判的互联网法院。

在目前司法改革乃至政法改革的话语环境下,互联网法院若能争取在规则探索上获得进一步的改革授权,充分发挥诉讼契约制度对于规则探索的正当化作用,一些符合当下互联网诉讼之现实需求的规则创新就能够在理论上得到证成,在实践中得到认可。此外,互联网法院在下一步的探索中,在方向和举措上都应进一步精准化。如就程序规则的探索来看,可对诉讼程序和替代性纠纷解决程序、非讼程序和争讼程序、审前程序和庭审程序、事实认定程序和法律适用程序、简易程序和普通程序、初审程序和上诉审程序、审判程序和执行程序等,进行区分对待,根据各自不同的特点和要求,探索更具有针对性和科学性的创新规则。又,互联网法院还可以通过对涉外案件的审理,持续增加其所探索和创新的实体规则和程序规则在域外的影响,争取在互联网时代能够在国际上成为互联网空间治理和互联网司法程序的规则引领者。为使互联网法院专注于实践探索和规则创新,可以将一些经前期探索在程序规则和实体规则上都已成熟的案件,交由其他法院,由其采用互联网法院所探索的成功经验进行审理。因为在互联网技术的加持下,随着远程审判之程序规则的不断完善,远程审判为

当事人行使诉权和法院行使审判权提供了远超过去线下审判的便利性,很多涉网案件完全可以由国内任何一所建立在线审判系统的法院管辖。这样,互联网法院可以轻装上阵,专注于审理在实体上或者程序上疑难复杂的涉网案件,以探索新的实体规则和程序规则。

### 五、程序创新的理论证成:增量保障与程序选择

前已指出,中国的特有国情,很可能是互联网法院的探索能够进行并在某种程度上取得成功的背景因素。但是,程序创新在性质上毕竟属于制度变革,这种变革的思维与法律规范对稳定性的要求之间先天地存在着紧张关系。从法理学和法社会学的角度来观察,当我们宣布社会主义法律体系基本建成的时候,也就是优先追求法律秩序稳定性的时候。尤其是当建基于这些法律规则和判例之上的法教义学理论日趋成熟的时候,司法领域每一步的革新都必须面对既有法理的追问,面临合法性与正当性的双重追问。互联网法院的探索与创新也面临着同样的追问,也要为突破和创新的合法性与正当性进行论证。在整个社会系统变革的大背景下所进行的程序创新,其在正当性上能够获得一定程度的认可,但是从实证法的角度观察,这种创新的合法性仍然需要进一步证成。关于这一点,拙文《远程审判的双重张力》<sup>⑧</sup>中曾经专门阐述过。在那篇文章里,笔者指出,基于互联网技术所进行的远程审判的探索主要追求的是诉讼效率,但是国民在进行诉讼的时候,除了对诉讼效率有其追求外,也对程序的正当性有其追求。因此远程审判作为程序法上的一种创新,可能会加剧程序效率与程序公正之间的紧张关系。当然,这样的一种紧张关系可以通过程序法理上的论证得到缓解,比如诉讼效率的提高在某种意义上也是对程序正义的贡献。然而程序创新的合法性问题,恐怕很难仅仅通过程序法理的论证得到解决,还需要获得实证法的支持。前已指出,最高人民法院出台有关互联网诉讼的司法解释,其目的应该就是为了解决互联网法院之程

序创新的合法性问题。然而,这样一种路径的缺点在于,一方面,司法解释只能是对已有创新成果的认可,而不是对未来更多的突破与创新的支持;另一方面,司法解释在其生效的那一刻开始,就成为互联网法院展开进一步创新的束缚;最后一点就是,司法解释在效力层级上不高,对于当事人之基本程序权利难以做出突破性的安排。因此,互联网法院的程序创新,还需要更为充分也更为灵活的路径来为其合法性进行证成。

目前来看,拙文《远程审判的双重张力》中曾经提出的增量保障和程序选择这两个原则,可以在一定程度上缓解互联网法院之程序创新与法安定性之间的张力。所谓增量保障,乃是指互联网法院的任何一种程序创新,其在目的上和实践中,都是为了更加充分地保障当事人的程序权利。换言之,这样的一些程序创新,是在给予当事人充分的程序保障的基础上,再进一步提高诉讼效率,或者进一步降低诉讼成本,而使当事人能够获得更加充分的接近正义的机会,并且得到更多的选择程序权利的自由。增量保障对于正当化第一阶思维下的程序创新有着重要意义。换言之,在第一阶思维下的程序创新,其在既有程序规范之语义范围内所进行的在线化改造,本质上为当事人提供了更加充分的程序保障,因此不仅具有规范层面的合法性,也具有理论层面的正当性。而在第二阶思维下所进行的程序创新,是在既有简易程序之外,为当事人提供与之平行的另外一个更加简便快捷的解决纠纷的程序机制,因此,从广义上说,也是对当事人程序机会和程序权利的增量保障。当然,这个新供给的程序产品因为以诉讼效率作为其主要的制度目标,因此这个程序在本体上未必能够给予当事人提供更加充分的传统意义上的程序保障,但却能够使得纠纷解决更加便捷高效,因而对于追求更加便捷高效地解决纠纷的当事人具有一定的吸引力。如此,在当事人自愿选择的前提下,第二阶思维下所创新的程序也就具有了正当性。为此,应进一步扩张诉讼契

约的适用范围,许可当事人通过诉讼契约来选择创新的程序进行诉讼,许可当事人通过诉讼契约放弃自己的部分诉讼权利。比如,互联网法院在不减损程序正当性的基础上进一步提高诉讼效率和降低诉讼成本,那么就可以在这样的一种价值追求下,允许当事人通过对某些诉讼权利的放弃,而使程序进行的效率或者纠纷解决的效率更高。如当事人可以选择通过诉前的ODR达成解纷协议,而经由互联网法院的在线确认获得相应的效力;当事人可以选择简易程序来解决本应该通过普通程序进行的论争;当事人可以选择不开庭审理,以节约出庭参加诉讼可能产生的时间和金钱成本;当事人甚至可以进行不上诉约定,放弃上诉的权利,如此等等。在这种情况下,就需要最大可能地发挥诉讼契约的作用。根据现行《民事诉讼法》第十三条第二款规定的处分原则,在不损害国家利益、社会公共利益和第三人利益的情况下,当事人可以自己决定是否行使某种程序权利。因此,当事人以诉讼契约处分诉讼权利的行为,只要在处分原则的射程范围内,就应当承认其合法性。

综上分析,增量保障与程序选择两原则能够在很大程度上消解互联网法院的程序创新与程序法规规范安定性之间的张力。当然,关于这一点,学界在法理上也还有进一步的研究和探索空间。以上分析也意味着,互联网法院的每一步探索都需要理论研究的及时跟进,学者对于司法领域的改革与创新不能漠然视之。理论研究不仅要与实践探索进行观察、审视和批判,也要为互联网法院基于信息时代社会生活紧迫性需求而进行的探索与突破提供证成。由此,第二阶思维的展开,恐怕需要理论、立法与实践的共同努力方能有所成就。而此一阶次的探索与创新,也将推动整个程序法之理论、制度与实践的协同变迁。

## 六、余论

目前,互联网法院被界定为基层法院,其上对应着上诉法院,而上诉法院的功能是司法裁判而不

是规则探索。因此,互联网法院所进行的实体规则与程序规则的探索,都会受到上诉法院的制约:互联网法院从实体规则探索的立场出发来裁判案件,上诉法院则是从争议解决的立场出发来审查一审裁判;互联网法院从程序规则的探索出发来展开程序运作,而上诉法院则从程序是否符合既有程序法之规定的立场来审查一审程序。互联网法院与上诉法院之间在功能定位上的这种张力,实质上是互联网法院探索之创新性与司法裁判的合法性之间的一种张力。这样的一种张力虽然可以通过法律解释方法或者通过最高人民法院制定司法解释进行赋权的方式得到某种程度的缓解,但是法律规范的意义是有边界的,解释方法不能突破法律规范意义的边界。而且最高人民法院的司法解释本身如果被认为是一种规范,那么这种解释在解决了互联网法院已经取得的程序创新成果之合法性的同时,也是在给互联网法院的规则创新划定新的边界,从而对互联网法院进一步的探索形成制约。具体来说,最高人民法院关于互联网诉讼规则的《规定》,虽然在很大程度上是对最早成立的杭州互联网法院在诉讼程序方面的探索与创新的经验认可,但是这一规定似乎也为互联网法院的下一步探索划定了边界:如果互联网法院在程序上有和《规定》不一样的做法,是否会被当事人和上诉法院认为是违背程序?总之,法律系统的规则探索是艰难的,现实的紧迫性需求虽然为规则探索活动提供了正当性支持,但是规则探索却始终面临着合法性追问。解决问题的可能思路之一,是立法机关对互联网法院的规则探索活动进行抽象性授权,在基本原则原则上划定大致的边界,使互联网法院的探索空间最大化。另外,可不可以将互联网法院建设成互联网案件一审和二审法院的结合体,使其同时作为审级制度改革“试验田”?具体就是,互联网法院受理发生于互联网上的属于基层法院管辖的第一审案件,然后同时也是这些案件的上诉法院。这种思路并非没有合理性,我们现在的一些程序性裁定和决定,如

果当事人提出复议申请,就是由做出裁定或者决定的法院自己复议的。这种安排的好处在于,互联网法院在规则探索方面可以更少一些审级制约,规则探索的体制空间可能会更大一些。总之,因为互联网技术仍然是一种发展中的技术,在未来仍然有很多不确定的因素,其对于社会交往秩序的影响也处在持续的发展过程中,于此情形,互联网法院在创设互联网空间治理规则以及将互联网技术应用于司法从而创新诉讼程序规则方面,仍然有着广阔的探索空间。

#### 注释:

①参见《最高人民法院司改办负责人就互联网法院审理案件司法解释答记者问》,最高人民法院网站, <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-116971.html>, 2019年8月9日最后访问。

②参见李洪雷:《加快推进政法领域全面深化改革》,人民网, <http://theory.people.com.cn/nl/2019/0124/c40531-30588578.html>, 2019年7月25日最后访问。

③参见《解读政法领域全面深化改革推进会》,法制网, [http://www.legaldaily.com.cn/locality/content/2019-07/22/content\\_7940423.htm](http://www.legaldaily.com.cn/locality/content/2019-07/22/content_7940423.htm), 2019年7月24日最后访问。

④参见《周强出席全国法院贯彻落实政法领域全面深化改革推进会精神专题会议 强调扎实推进人民法院司法体制改革不断提高新时代司法工作水平》,中国法院网, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2019/07/id/4195681.shtml>, 2019年7月24日最后访问。

⑤参见《最高法多措并举提升纠纷解决和诉讼服务能力水平》,新华网, [http://www.xinhuanet.com/2019-07/20/c\\_1124777771.htm](http://www.xinhuanet.com/2019-07/20/c_1124777771.htm), 2019年8月9日最后访问。

⑥参见《跨国审理案件青田县人民法院借力“互联网+”提升司法效率》,浙江新闻网, <https://zj.zjol.com.cn/news/1037259.html>, 2019年8月9日最后访问。

⑦参见《“宁波移动微法院”始于余姚法院 一部手机打官司轻松搞定》,浙江新闻网, [http://zjnews.zjol.com.cn/zjnews/nbnews/201808/t20180815\\_8019442.shtml](http://zjnews.zjol.com.cn/zjnews/nbnews/201808/t20180815_8019442.shtml), 2019年8月9日最后访问。

⑧See J. Allison DeFoor, II, Special Topic: Telecommunications in the Courtroom, 38 U. Miami L. Rev. p. 589, p. 590, pp. 594-595, pp. 597-598, p. 604, 1984.

⑨See David R. Johnson and David Post, "Law and Borders—The Rise of Law in Cyberspace", Stanford Law Review, Vol. 48, No. 5, 1996, p. 1367.

⑩青田县人民法院探索跨国界的涉侨远程审判和远程调解机制相关内容可参见《跨国审理案件青田县人民法院借力“互联网+”提升司法效率》;嘉兴法院推行“知识产权跨域一体化审判”的审理模式:一件知识产权案件,受理法院的法官负责主审,其他法院的法官通过在线平台提供咨询意见,成为主审法官审判的重要参考,参见《嘉兴法院知识产权跨域一体化审判落下第一槌》,嘉兴在线新闻网, <http://www.cnjxol.com/2019/07-09/99910358.html>, 2019年8月9日最后访问。

⑪See Lederer, I. Fredric, "The World of Courtroom Technology"(1999).Faculty Publications. 1652. <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2694&context=facpubs>, Note 61.

⑫See Guinan v. State, 769 S. W. 2d 427, 430, 1989; In RE RULE 3.160(A), FLA. R. OF CR. PROC, 528 So. 2d 1179, 1988.

⑬See Fed. R. Crim. p. 5; Fed. R. Crim. p. 10; Fed. R. Crim. p. 43. Also see Committee Notes on Rule-2002 Amendment.但对于刑事诉讼的审前程序,比如初次出庭或传讯,美国某些州的法律规定可以依法官自由裁量,利用视听技术远程进行,而无须征得被告人的同意。

⑭See Doe v. State, 217 So. 3d 1020, Fla., 2017.

⑮相关报道见: <https://www.fx112.com/bitcoin/view/25777.html>, 2019年10月13日浏览。

⑯杭州互联网法院首创,被最高人民法院《关于互联网法院审理案件若干规则的规定》第18条采纳,该条规定:“对需

要进行公告送达的事实清楚、权利义务关系明确的简单民事案件,互联网法院可以适用简易程序审理。”

⑰笔者在个别派出法庭调研时了解到,很多当事人对于小额程序一审终审不能理解,为了避免信访压力,法官往往不适用小额程序审理小额案件,而是给予当事人上诉机会。

⑱据笔者所知,广州互联网法院对此已经开始尝试。见《广州互联网法院互联网金融借款、小额借款合同纠纷在线批

量化解程序指引(试行)》第16条:“对于双方当事人均已关联的案件,本院可采用多种全程留痕、回溯查询的在线方式引导当事人在本院指定时间内举证、质证并充分发表意见。通过上述方式能够查明案件事实的,经双方当事人同意,可以不再组织开庭。”

⑲参见段厚省:《远程审判的双重张力》,《东方法学》2019年第4期。

## On the Function Orientation and Procedure Innovation of Internet Court

Duan Housheng

**Abstract:** As a special court engaged in "online trial of online cases", the setting background of Internet court is that people need to form and improve the order of Internet space governance through the exploration of Internet trial practice, so as to realize the revolutionary progress in the efficiency improvement and justice supply of litigation procedures. There are two dimensions to explore Internet court rules: one is to explore the entity rules of Internet space governance; the other is to explore the procedural rules of online litigation. The rule exploration of Internet court should adopt the mode of second-order thinking. As far as the exploration of procedural rules is concerned, the first level of thinking is to transform the traditional procedure with Internet technology to improve its operation efficiency within the semantic scope of the traditional procedure rules; the second level of thinking is to construct a kind of online procedure different from the traditional procedure and parallel with the traditional procedure, so as to provide a more convenient way for the parties to resolve disputes. In addition, in order to eliminate the internal tension between procedural innovation and the stability of legal norms, we should adhere to the principle of incremental protection, that is, procedural innovation is to provide the parties with more adequate procedural protection, which includes the protection of the parties' procedural choice right, that is, the parties should be given reasonable freedom of procedural choice, and the parties should be encouraged to take action of contract approach to choose the Internet court in the second level of thinking under the innovative litigation process.

**Key words:** internet court; internet litigation; online litigation; civil litigation; electronic court