

争议解决法律

以危促机：结合新冠疫情下民商事争议解决的多元化路径 —— 兼谈律师的电子化诉讼能力

作者：商事争议解决组¹

新冠疫情的爆发和持续蔓延，全面冲击着我国的国民活动。人传人乃至可能通过物品间接传人的病毒，将忙碌的人群牢固束缚在家中进行物理隔离。在诉讼领域，自最高法院以降，各级法院纷纷紧急发布通告，多采取了关闭诉讼服务场所，取消原定开庭等防控措施²。上述做法固然值得提倡，但面对纠纷案件数量激增无减的现状，单一诉讼或仲裁这种纠纷解决方式，在应对突发事件方面的弊端也暴露出来。本文尝试在争议解决多元化路径方面，特别针对作为诉讼活动的重要参与者的诉讼律师，在多元化解纠纷解决机制中的参与程度以及参与能力的问题进行了思考。

一、疫情拷问：新冠疫情下传统争议解决方式的失灵

“任何人不得做自己的法官”和“听取当事人的陈述与申辩”，是古老自然正义的两项基本原则。在现今语境下，后者成为诉讼中辩论主义的基石。送达、质证、开庭等一系列诉讼基本活动均是围绕辩论主义原则展开。可以说，辩论主义是诉讼的核心。辩论主义要求诉讼主体之间的合理对话又包括了当事人之间的对话和当事人与裁判者的对话。同时，对裁判者而言，囿于对系统内部案件审判质量的严格考核和社会公众的质疑，将自己的询问内容和当事人的陈述以笔录的形式记载下来作为裁判文书的支持，又是自身执业风险的保障措施。因此，赴法院参加询问、证据交换、开庭无疑是诉讼律师重要的日常工作内容。

受新冠疫情的严重影响，各地法院纷纷紧急发布通告，除可在线立案外，暂停谈话、延期开庭以及提交材料等部分诉讼活动。以北京市为例，北京市高院先是发布《关于新型冠状病毒感染肺炎疫情防控期间审判执行工作安排的公告》，要求疫情防控期间，法院将根据疫情防控需要对相关案件采取延期开庭等措施³。后又发布《北京市高级人民法院关于新型冠状病毒感染肺炎疫情防控期间全市法院调解立案、诉讼服务和信访

¹ 参与本文撰写：孙秋楠、崔西彬等。

² 参见《最高人民法院及各地法院疫情期间诉讼服务提示通知汇总》，载 http://www.sohu.com/a/370030386_464165，于2020年2月6日最后访问。

³ 参见《关于新型冠状病毒感染肺炎疫情防控期间审判执行工作安排的公告》，载《京法网事微信公众号》2020年1月28日，于2020年2月6日最后访问。

接待工作方式的通告》，要求全市各级法院暂停现场立案、诉讼服务和信访接待工作⁴。而互联网法院情况较好。杭州互联网法院于 2020 年 1 月 28 日发布《关于疫情防控期间诉讼及相关事项的通告》，要求疫情防控期间，法官、书记员将主动联系诉讼参与人，就案件是否转为线上审理、是否延期等事项进行沟通；如**确定线上审理**的，请诉讼参与人予以配合，及时认证身份进入平台参与诉讼活动。同时，杭州互联网法院还鼓励当事人采用**诉前调解方式**。北京互联网法院于 2020 年 1 月 30 日发布《关于新型冠状病毒疫情防控期间诉讼及相关事项的公告》，称在疫情防控期间，法院将根据疫情防控需要对相关案件采取延期开庭等措施。由于法院一般采取在线方式审理案件，因此在疫情防控期间，除极特殊情况以外，法院不再安排当事人、诉讼代理人来法院进行诉讼活动。从实践来看，北京互联网法院的网上庭审活动影响较小⁵。除互联网专门法院外，一些法院也采用互联网方式按时完成了庭审工作。如青岛市南法院紧急筹建互联网智慧庭审系统并正式启用，当天上午顺利开庭审理 30 起案件⁶。再如山东省滨州市中院、烟台市芝罘区法院、日照市东港区法院、威海市环翠区法院、淄博市高新区法院等多地法院均采用了互联网视频直连方式完成了部分既定的开庭工作⁷。随着疫情的持续，互联网办案方式开始遍地开花。以北京市为例，北京法院系统相继尝试了视频开庭、财产保全、在线调解、破产案件远程云等。

除法院系统外，**仲裁机构也有类似的延期性措施**。例如中国国际经济贸易仲裁委员会、北京仲裁委员会在其官方微信公众号上均有发布。而深圳国际仲裁院的网络仲裁情况乐观。深圳国际仲裁院于 2020 年 2 月 4 日在其公众号发布提示，称为了保障当事人的合法权益，建议当事人、代理人及其他仲裁参与人使用深圳国际仲裁院的网络仲裁服务平台参加仲裁，包括在线立案、在线提交仲裁文书及证明材料、在线质证和视频开庭等，按照本院《仲裁规则》推进仲裁程序⁸。

总体而言，受制于新冠疫情的传播感染危险，传统面对面的互动开庭、询问等诉讼和仲裁程序基本失灵。各地法院、仲裁机构忙于通知当事人程序变更，但又无法确定变更后的时间。当事人只能等待后续的通知。可以想见，疫情攻克后，法院或仲裁机构的案件数量又会是一个井喷现象。旧案加新案，不仅会大幅增加司法工作人员个体的劳动工作强度，而且势必会影响营商环境的合同执行评价指标。同时，疫情还引发了一系列的法律问题，诸如合同履行、劳动纠纷、诉讼时效、期间等问题，疫情过后因此类案件引发的纠纷必然不在少数。对该类案件的处理，固然可以参考 2003 年非典期间《最高人民法院关于在防治传染性非典型肺炎期间依法做好人民法院相关审判、执行工作的通知》（法[2003]72 号），但该通知强调更多的是法院根据具体情况下的自由裁量。加之我国的裁判文书公开制度始于 2013 年初，故对非典期间的裁判文书检索存在着一定的困难。当事人及法律从业者的司法预期面临一定的落差。

二、前瞻探索：争议解决形态的现代化路径 — 电子化诉讼

在人类历史中，任何一次大规模传染病的大流行，都对人类文明产生极其巨大而深远的影响。本次新冠疫情下，无疑将推进互联网服务方式在各个领域的普及推广，诉讼服务电子化，互联网远程诉讼方式也将在

⁴ 参见《北京市高级人民法院关于新型冠状病毒感染肺炎疫情防控期间全市法院调解立案、诉讼服务和信访接待工作方式的通告》，载《京法网事微信公众号》2020 年 1 月 31 日，于 2020 年 2 月 6 日最后访问。

⁵ 参见《共同战疫|网上开庭，开工防疫两不误》，载《北京互联网法院微信公众号》2020 年 2 月 3 日，于 2020 年 2 月 6 日最后访问。

⁶ 参见：《防控疫情庭审不停 青岛市南区法院今启用互联网法庭开庭审理案 30 案》，载《山东高法微信公众号》2020 年 2 月 3 日，于 2020 年 2 月 4 日最后访问。

⁷ 参见：《庭审时间到，他们准时上线》，载《山东高法微信公众号》2020 年 2 月 4 日，于 2020 年 2 月 6 日最后访问。

⁸ 参见《关于欢迎使用深圳国际仲裁院远程仲裁服务的温馨提示》，载《深圳国际仲裁院微信公众号》2020 年 2 月 4 日，于 2020 年 2 月 6 日最后访问。

法院系统全面展开。

1. 远程视频直连诉讼是电子化诉讼的一个环节。电子化诉讼方式产生于具有标的额小、当事人间物理距离遥远的网络民事纠纷中。这种集在线立案、送达、质证、开庭等各环节于一个 APP 或者网站的纠纷解决机制被称为 ODR (online dispute resolution)。电子化诉讼具有多方面的价值, 诸如诉讼效率、当事人便利、司法公开等⁹。在司法领域, 对电子化技术的尝试一直未停止。从上世纪 90 年代有远程电子开庭¹⁰, 其后 2012 年民事诉讼法修改纳入电子证据拓宽证据种类, 并规定了电子送达方式。特别是 2016 年最高人民法院于发布《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》, 明确指出, 根据“互联网+”战略要求, 推广现代信息技术在多元化纠纷解决机制中的运用。推动建立在线调解、在线立案、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, 实现纠纷解决的案件预判、信息共享、资源整合、数据分析等功能, 促进多元化纠纷解决机制的信息化发展。2017 年后, 杭州、北京、广州三地互联网法院的相继成立运行以及 2018 年《最高人民法院关于互联网法院审理案件若干问题的规定》对在线诉讼规则的完善, 将我国的电子化诉讼推向一个高峰。毋庸置疑, 在当前新冠疫情下, 电子化诉讼方式中远程视频、在线办理打破了传统诉讼程序对当事人的空间限制, 其程序保障意义更为凸显。
2. 电子化诉讼并不是一种法定或者独立的诉讼程序, 只是一种工具主义下的争议解决新形态, 并未改变传统的诉讼程序。它的实施有赖于法院、当事人双端电子化技术和设备的共同持有。所以在当前的实施中, 电子化诉讼并没有实现所有诉讼或者同一诉讼所有环节的覆盖。从我国的民事诉讼法规定来看, 电子送达、视听传输技术庭审等方式设置了经过当事人同意的前置条件。更高层面上讲, 这是诉讼当事人主义原则的贯彻, 同时也有利于增进社会公众对电子化诉讼的可信度和接受度。

任何事物均具有两面性。电子化诉讼也不乏质疑之声, 例如个人隐私、商业秘密等非公开信息在传输过程中的泄露、庭审图像截取后的非法利用、传播、诉讼庄严仪式感的弱化¹¹。另外, 中国古代狱讼五听制度, 让审判者从辞、色、气、耳、目五个角度对陈述者察观以查明案情, 尽量还原案件事实。电子化诉讼则架空了诉讼中法上的直接言辞原则¹²。对此笔者以为, 上述质疑并不构成对商事争议电子化诉讼开展的阻却事由。

首先, 任何技术的发展都是遵循发展 - 漏洞发现 - 漏洞弥补再发展 - 漏洞再发现……的递进式更新进程, 现有的任何技术都存在漏洞。电子化诉讼技术也在不断完善中, 并不是可以一劳永逸永久使用。例如银行借记卡的保护问题, 银行借记卡已有半个世纪的发展, 但因伪卡交易引发的纠纷并不在少数。仅中国裁判文书网就检索出 4,300 多起民事案件。而且, 对信息泄露和非法使用行为, 我国亦有相应的刑法规制和民事侵权责任法保护措施。

其次, 至于所谓的诉讼庄严仪式感, 无非是想强调审判的严肃性。对法治的敬畏和信仰实则更在于内心。一些偏远地区法院的法庭设备简陋, 甚至还有法官到不方便行动当事人家中开庭情形。认为这种形式或者非物理形态的电子化诉讼会减损正义, 并没有任何实证之撑。

再次, 民事法律行为以意思表示为构成要素。对意思表示的认定, 必然要通过外部行为的认定。民事诉讼中的“以事实为根据”实际就是以认定后的证据为根据。在商事争议中, 各商事主体之间多是流程化规范

⁹ 参见于志刚、李怀胜:《杭州互联网法院的历史意义、司法责任与时代使命》, 载《比较法研究》2018 年第 3 期, 第 108-109 页。

¹⁰ 洪冬英:《司法如何面向“互联网+”与人工智能等技术革新》, 载《法学》2018 年第 11 期, 第 170 页;

¹¹ 参见张兴美:《电子诉讼制度建设的观念基础与适用路径》, 载《政法论坛》2019 年第 5 期, 第 124 页。

¹² 王福华:《电子诉讼制度构建的法律基础》, 载《法学研究》2016 年第 6 期, 第 95 页。

交易，有合同文本、银行流水、账簿记载、各种沟通痕迹等等。双方当事人攻防的焦点并不在于事实的真伪，更多的则是法律的适用。至于察观手段，不过是一种查明技艺，多适用于刑事案件的侦查程序。所以在商事争议解决中，法院进行的电子化诉讼方式为主，线下审判为辅的审判和仲裁方式变革，正是为适应市场经济发展的需要而推广的多元化解解决纠纷机制的一个方面，也是大势所趋。仲裁机构也已开始行动。例如深圳国际仲裁院在全国率先启动了“云上仲裁”，打造中国首个集“电子证据固化+在线公证保全+网络裁判服务”为一体的智慧平台，特别适用于网络贷款案件、网络买卖纠纷案件、在线服务纠纷案件等新型仲裁案件，并为此制定了《网络仲裁规则》¹³。

三、未来已来：电子化诉讼潮流中律师应具备的诉讼能力

疫情的持续，物理“隔离”的防控措施，纠纷的持续增加，可以预见，会有越来越多的法院和仲裁机构启用电子化诉讼方式。疫情过后，由于电子化诉讼在疫情期间展现出的各方面优势，势必会得到继续延用并不断完善。电子化诉讼通过网络在线连接了法院和当事人，这种诉讼方式实则是一种共享的司法服务，作为诉讼活动的重要参与者的诉讼律师，不能满足于被动接受、坐享其成，更不应有措手不及的慌张。而应顺势而为，加强学习以提升应对能力。

直面新规则，练好基本功。加强对电子化诉讼规则的学习，提高熟练掌握网络平台使用能力。2020年1月15日，最高院发布《民事诉讼程序繁简分流改革试点方案》和《民事诉讼程序繁简分流改革试点实施办法》分别在北京、上海、江苏、浙江等15省市区开展为期两年的民事诉讼繁简分流改革试点。方案中明确提出，当事人选择在线方式诉讼，以电子化方式提交诉讼材料和证据材料的，经法院审核通过后可不提交纸质原件。经当事人同意，适用简易程序或普通程序审理的案件，均可以采取在线视频方式开庭。当前为了应对新冠疫情，各地试点法院采取了灵活多样的电子化诉讼工作模式。除法院外，仲裁以及其他在线调解机制又会有自己的纠纷解决平台和规则。例如北京知识产权法院采用的是腾讯公司与北京国双科技公司参与研发的“法信微诉平台”小程序¹⁴。而其在线著作权类案件下属法院北京互联网法院则采用的是自主建设的电子化诉讼平台¹⁵。当务之急，就需要诉讼律师及时研习熟悉掌握相应的规则流程，亦可在代理案件中可抢占诉讼先机，为客户争取最大利益。以债权追索案件为例，争取对被告相关财产的首封权，为当事人获得财产保全利益尤为重要。

提高文书的可视化展示能力。可视化是将案件审理所需要大量事实证据和法律适用，通过直观的图表、流程图等办公软件呈现，达到让观看者易于理解的效果。现代商事行为出于各种目的，交易模式纷繁复杂层层嵌套。对于法学而言，无论是实体法中的要素分析还是诉讼中的要件审判步骤法，均显示出一定的层次性。**如果通过可视化操作将厚重案牍中的各类事实提炼分类，简化各类法律关系，完成三段论大小前提的建构，不仅有利于加快裁判者的认知，对律师的庭审临场表现也会大有裨益。**传统纸质材料可能由于纸张大小、颜色打印、静态化等局限无法完整展示律师的可视化操作成果。电子化诉讼为律师的可视化展现提供了良好平台。这就要求律师善于归纳总结事实和法律要点，并熟练运用各类办公软件进行可视化工作。

熟练掌握电子诉讼程序相关规定。我国关于电子诉讼的内容散见于不同法律和司法解释中。《民事诉讼法》规定，经当事人同意，人民法院可以采用传真、电子邮件等能够确认其收悉的方式送达诉讼文书，但判

¹³ 参见《国家电子合同备案平台与深圳国际仲裁院达成战略合作》，载 <https://mini.eastday.com/a/180529134624798.html>，于2020年2月6日最后访问。

¹⁴ 参见《“法信微诉平台”启用活动在北京知识产权法院举行》，载《知产北京微信公众号》2017年11月8日，于2020年2月6日最后访问。

¹⁵ 参见《揭秘 | 北京互联网法院电子诉讼平台入选“智慧法院十大创新案例”！》，载《北京互联网法院微信公众号》2019年6月13日，于2020年2月6日最后访问。

判决书、裁定书、调解书除外。《民事诉讼法司法解释》对电子化开庭方式作出规定。对于熟悉网络使用律师可以建议法院对起诉状、答辩状、开庭传票、案件受理通知书、开庭通知等电子送达。另外，但是在涉外诉讼程序中，又没有该除外规定。按照司法解释的规定，关于视听传输技术等方式开庭，需要经当事人双方同意才可以采用。而在仲裁程序中，除一些仲裁机构制定的网络仲裁规则外，并没有对电子送达的法律规定。实践中也产生了正反两方面争议。反对的观点认为应受民事诉讼法的电子送达规定约束¹⁶。但是依据《关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》，当事人以该送达不符合民事诉讼法为由提出执行异议的，法院不予支持。只有深谙上述法律规定，律师才能在电子诉讼中游刃有余，根据自己利益选择适宜的审理方式。

电子化沟通驾轻就熟。随着电子化诉讼手段的深度推广应用，可以预见，建立律师与法院、仲裁机构的在线沟通机制亦是大势所趋。而且法院或仲裁机构与当事人或代理人通过在线方式沟通，实现全程留痕，客观上亦能够增强廉政监督，提高司法公开、公正的效力。诉讼律师熟练使用电子工具通过网络沟通的业务能力，比如在视听直连开庭中，如何通过媒介传播增加内容的可信度，如何简明扼要将自己的意见向对方有效表达等方面都是对诉讼律师庭审驾驭的能力考验。因为电子化诉讼方式虽然从整体上优化缩短了诉讼周期，但在案件量居高不下法官或仲裁员疲于各类案件审理的情况下，对需要付出情感亲自参与的审判工作并没有变化，这就要求诉讼律师提高用语的准确性、严谨性，能够快速有效传输所要表达信息，一方面增加对方的理解度，同时也让裁判者的判断与案件的联系更加密切，提高审判效率。

为了应对新冠疫情，各地法院或仲裁机构对诉讼和仲裁活动作出的调整和线上网络庭审安排，具体可以参见本所近期发表的系列文章中的[《“新冠肺炎”疫情与履约纠纷（五）：疫情防控期间诉讼活动调整对当事人诉讼权益的影响与应对建议》](#)，希望对律师工作有所裨益。

¹⁶ 参见呼和浩特市中级人民法院（2019）内01执87号执行裁定书。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

孙秋楠

电话： +86 10 8525 4696

Email: qiunan.sun@hankunlaw.com