

民商法学博士文库

民事争点整理程序研究

——以我国审前准备程序的现状与改革为背景

赵泽君 著

中国检察出版社

民商法学博士文库

民事争点整理程序研究

——以我国审前准备程序的现状与改革为背景

赵泽君 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民事争点整理程序研究：以我国审前准备程序的现状与改革为背景/赵泽君著.

—北京：中国检察出版社，2010.9

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0337 - 4

I. ①民… II. ①赵… III. ①民事诉讼 - 诉讼程序 - 研究 - 中国 IV. ①D925.118

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 165852 号

民事争点整理程序研究

——以我国审前准备程序的现状与改革为背景

赵泽君 著

出版发行：中国检察出版社

社 址：北京市石景山区鲁谷西路5号 (100040)

网 址：中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱：zgjcbs@vip.sina.com

电 话：(010)68630384(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销：新华书店

印 刷：保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本：A5

印 张：10.125 印张

字 数：282 千字

版 次：2010 年 8 月第一版 2010 年 8 月第一次印刷

书 号：ISBN 978 - 7 - 5102 - 0337 - 4

定 价：30.00 元

检察版图书，版权所有，侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换



总 序

西南政法大学坐落在长江和嘉陵江交汇处的美丽山城——重庆，背倚以红岩精神著称的烈士英灵安寝处歌乐山脚。西政大校园和西政大人似乎受到烈士英灵的格外庇佑，以至于从此处走出的西政学子常有一种得道成仙的灵气和悟性。中国海内不少优秀法学人才，多出自西政大这所并不悠久但却著名的学府；于民商法学人方面而言，尤其典型：在这块热土上不仅崛起过我国老一辈著名民商法学家张序九先生、金平先生、杨怀英先生等人，更培育出了当今中国诸如梁慧星、王卫国、尹田、张新宝、黄松有、张玉敏、赵万一、陈苇等著名民商法理论家和实务家。茵蕴如此，作为西政大民商法学科学术带头人和负责人之一的我和我的几位博导同人梁慧星教授、张玉敏教授、赵万一教授、陈苇教授、石慧荣教授等便有了继往开来、进一步建设好西政大民商法学科，为祖国培养更多、更优秀的民商法人才的义务和责任。正是意识到这种义务和责任，我们才有了与中国检察出版社合作，共同创办“民商法学博士文库”的举措，希望以此作为一个阵地，培养和推出民商法新秀。当然，本文库亦非专为西政大民商法博士点而设，在出版西政大民商法博士点毕业生的博士论文的同时，我们亦欢迎校内外其他博士点的毕业生参与，将其民商法学研究范围内的优秀博士论文在本《文库》出版。

西政大民商法学科是1998年获得博士学位授予权的，自1999年开始到2003年为止已招收五届四个方向（民法、商法、知识产权法、婚姻家庭法）的数十名博士研究生。本《文库》



首批陆续推出的数篇论文就是从西政大民商法博士点1999级至2001级博士生通过答辩的优秀或比较优秀的博士学位论文中遴选的。这些博士论文自然是博士研究生们独立完成的，但是在选题、研究设计及创作过程中亦融合和凝结了导师们的心血以及博士生师兄兄弟们的集体智慧。有些选题还源自导师们授课、指导讨论的专题，如刘云生的《民法与人性》、章礼强的《民法本位论》，就是我为民法博士生所开“民法总论专题研究”课中的一个学习、研究、讨论专题“民法本位、伦理、价值取向和基本原则”延展出来的子课题。因此，我们可以说这些博士论文既是西政大近几年培养的民商法学博士生个人，同时也是西政大博士点集体奉献给法学界和读者们的心香。这些博士论文或从人性新角度对民法学问题进行解析；或从哲学新视野对民商法学有关问题进行追问、辨诂；或结合历史与现实、理论与实务对民法具体制度进行审视、质疑、检讨和重构，都有其独到之处。这些论文成果或许存在某些稚嫩和苦涩之处，但可以肯定的是，它们植根于西政大这块经由前辈和先行者们辛勤开拓、耕耘半个世纪的熟土之中，只要读者愿用心品尝，都能品出温馨的新春茶味来——苦中带甜、涩中带香……

近几年来，基于我国民商事立法和司法的需要，我国民商法学的研究已呈蓬勃发展、欣欣向荣的景象，在民商法学的百花园中已开满簇簇鲜花，结出累累硕果。但是，面对这令人鼓舞的景色亦有使人常感遗憾之处，这就是民商法学博士论文这类鲜花和硕果并未得到人们应有的培育和关注。这不仅表现在迄今为止出版界尚无出版民商法学博士论文的专门阵地，更表现在民商法学博士论文的读者层面远较民商法系列教材、一般专著、论文为窄。其实，在本人看来，民商法学博士论文大都具有选题前沿，资料收集丰富，研究方法多样，运用相关学科知识广泛，观点创新，论证严密等优点。经过数名专家评审阅和数名专家面对面的质



疑、答辩，其学术质量较之民商法系列教材、一般专著和论文更有保障，更值得出版界出版和民商法理论工作者、实务工作者、教师和学生阅读、学习、研究。就本人之情况而论，如果说本人这些年来在学问上还有长进的话，那我要说句诚实的话，这大多源于对本人指导的博士论文初稿的阅读、研究和进一步修改的指导，源于对他人指导的博士论文的评审和答辩。

在《文库》最初几本博士论文即将出版之际，我要首先感谢中国检察出版社的合作与支持。他们不计经济得失，一心开辟和培育这个专门出版民商法学博士论文的学术园地的高远志向令我钦佩。有容乃大，我更希望有更多的出版社关心民商法学博士论文的出版，有更多的民商法博士点和民商法博士生参与我们这个“文库”的合作与出版，有更多的民商法理论工作者、实务工作者、教师和学生关爱和欣赏我们这个《文库》出版的民商法学博士论文。我相信，我们这个《文库》出版的民商法学博士论文之是真是伪、是美是丑，是经得起读者诸君公正评判的。

最后，我想改用孙中山先生的一句话来作为《文库》总序的结语，以勉励我自己和《文库》的广大合作者们：“我们的事业尚未成功，同志仍需努力。”我相信，只要我们共同做出不懈的努力，我们的《文库》一定能够茁壮成长、壮大。

李开国
2004年8月



民商法学
博士文库

目 录

引 言	/1
一、研究课题确定的背景	/1
二、国内外研究综述	/5
(一) 国外研究现状	/5
(二) 国内研究现状	/8
三、课题的研究路径与研究方法	/10
(一) 研究路径	/10
(二) 研究方法	/13
四、课题的研究内容与创新之处	/16
(一) 研究内容	/16
(二) 创新之处	/17
第一章 民事争点整理程序概念	/20
一、民事争点整理程序概念解析	/20
(一) 民事争点整理程序与其他民事诉讼程序 关系之解读	/20
(二) 民事争点整理程序构成要素分析	/28



二、民事争点整理程序本质透析	/34
第二章 民事争点整理程序的功能与价值	/36
一、民事争点整理程序的功能	/36
(一) 特定审判对象和简化、固定争点的功能	/38
(二) 适时提出攻击防御方法的功能	/39
(三) 自主解决纷争的功能	/39
(四) 促成集中审理的功能	/41
(五) 防止争点突袭和限制法官恣意的功能	/42
二、民事争点整理程序的价值	/43
(一) 实现诉讼公正的价值	/43
(二) 提高诉讼效率的价值	/49
(三) 民事争点整理程序价值的局限性	/54
第三章 两大法系国家民事争点整理程序规则的 比较与评析	/57
一、大陆法系国家民事争点整理程序	/57
(一) 国别考察	/58
(二) 初步结论	/68
二、英美法系国家民事争点整理程序	/71
(一) 国别考察	/72
(二) 初步结论	/83
三、两大法系国家民事争点整理程序的异同	/85
(一) 不同特征	/85
(二) 相同特征	/88
(三) 两大法系国家民事争点整理程序的启示	/90
四、民事争点整理程序的域内考察	/91
(一) 立法和司法解释的现状	/91
(二) 司法实践中的困境	/93



第四章 我国民事争点整理程序缺损原因之检讨	/97
一、我国民事诉讼制度立法历史的制约	/97
(一) 我国民事诉讼制度历史演进的曲折性	/97
(二) 1991 年民事诉讼法立法条件的局限性	/105
(三) 2007 年民事诉讼法修改方式存在的缺陷	/113
二、民事审判方式改革出现的偏差	/117
三、最高人民法院司法解释的缺失	/120
(一) 整理争点相关规定本身存在的缺陷	/120
(二) 与整理争点相配套诉讼制度的缺乏	/122
第五章 我国民事争点整理程序的构建	/126
一、构建民事争点整理程序的必要性与可行性	/126
(一) 构建民事争点整理程序的必要性	/126
(二) 构建民事争点整理程序的可行性	/130
二、构建民事争点整理程序的指导原则	/137
(一) 职权主义与当事人主义相结合原则	/137
(二) 公正与效率兼顾原则	/138
(三) 国际化与本土化相结合原则	/141
三、民事争点整理程序的基本结构	/143
(一) 民事争点整理的主体	/143
(二) 民事争点整理的客体	/161
(三) 民事争点整理程序的适用范围	/188
(四) 民事争点整理的方法	/194
(五) 民事争点整理的时间和空间	/201
(六) 民事争点整理的终结及其效力	/208
第六章 民事争点整理程序的保障机制	/238
一、传统诉讼观念的转变	/238
(一) 转变传统诉讼观念的理由	/238



(二) 民事争点整理程序与传统诉讼观念的转变	/240
二、诉讼原则的确立	/242
(一) 辩论原则的确立	/242
(二) 集中审理原则的确立	/243
三、配套诉讼制度的充实	/244
(一) 当事人证据收集制度的改进	/244
(二) 当事人失权制度的设置	/245
(三) 法官阐明义务和心证公开的确立	/253
(四) 强制律师代理诉讼制度的设立	/262
四、民事争点整理程序规则的立法建议	/280
(一) 民事诉讼法修改建议稿相关条款评析	/280
(二) 民事争点整理程序的立法建议	/286
结 语	/298
后 记	/302
主要参考文献	/304



引言

一、研究课题确定的背景

受全球化浪潮的影响,世界各国法律呈现出相互融合的趋势,就民事诉讼而言,理论界对国外民事诉讼制度的研究出现了前所未有的繁荣景象,给我国民事诉讼注入了新的理念和元素,出现了包括审前程序研究在内的许多研究成果,并不同程度地为我国立法和司法实践所吸纳。就审前程序而言,争点整理程序是审前程序的核心内容,理论上对此进行了概念性的讨论,在某些方面也形成了一些零碎的制度,比如最高人民法院于2001年12月21日公布的《关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规定》)第34条至第46条对举证时限和证据交换问题作了规定,以期实现“证据适时提出主义”和开庭前固定证据的目的。这样,举证时限和证据交换就负载着整理证据争点的重任,但其在实践中效果并不理想,形式意义远大于实质意义。综上,笔者将民事争点整理程序作为本书的研究课题的背景有以下几点:

一是民事诉讼起因于争议,又终于争议的解决。可以说,争点问题是民事诉讼存在的基础。正因为如此,英美法系和大陆法系国家比较重视民事诉讼争点整理程序的研究,特别是近几年的重视程度更是有增无减,但在我国民事诉讼理论界,对争点问题的研究却长时间地被忽视,直至最近几年在论及审前程序中才有所涉及。



二是虽然就民事争点整理程序某些方面形成了一些零碎性的制度，比如举证时限和审前证据交换，但在程序构建上存在不少问题，特别是民事争点整理程序立法和司法解释的阙如就不能不引起我们的关注。

三是我国现在所进行的审判方式改革，注意力更多地集中在审判程序的宏观设计上，对争点整理程序这种审前程序中微观问题的忽视或无暇顾及使已有的程序设计在实践中无法有效运作已成为我们付出的沉重代价。

四是从最高人民法院于2005年10月发布的《人民法院第二个五年改革纲要》（2004—2008年）从改革和完善诉讼程序制度、推进民事诉讼程序制度的有效运作和提高诉讼效率的角度出发，第一次提出司法改革的重心不仅应该放在庭审程序上，更应该放在审前程序上，设立有实质性的审前程序。所谓实质性的审前程序，就是具有促进审前和解、防止诉讼突袭和实现集中审理功能的相对独立的程序，而实质性审前程序设立的关键则是构建当事人主导的争点整理程序。

民事争点整理程序属于一个很新的课题，对其研究有着重要的理论价值和现实意义。

第一，该课题有利于深化我国民事诉讼审前程序的理论研究。争点整理程序与民事诉讼诸多重要原则密切关联，与处分权主义、辩论主义、集中审理主义、言辞审理主义、书面审理主义以及公开主义等交错结合而成，而且如何整理和固定争点则涉及适时提出主义以及法院履行阐明义务等问题。如何在审前阶段让争点包括事实争点、证据争点和法律争点以及其他攻击和防御争点等浮现出来，避免审理遍地开花，此即研究争点整理程序的目标之一。因此，研究民事诉讼程序以及民事审前程序正当化设置，就不能不对争点整理程序进行深入的研究。

第二，该课题有利于完善我国民事诉讼审前程序的立法。检



阅我国民事诉讼法可以发现，有关审前程序的规则不过几点：送达起诉状、答辩状；告知当事人诉讼权利义务；组成合议庭并告知当事人；审核诉讼材料，调查、收集证据；追加当事人。揭开这些规定空洞的面纱，可以发现其并无整理争点的实质内容，加上我国民事诉讼法采取的是随时提出主义，允许当事人在法庭辩论终结前随意变更诉讼请求，提交新的证据，法庭审理目标不确定，“漂流审”的现象屡屡发生。在此情形之下，开庭审理就成为整理争点的沟通手段，形成“准备一开庭、开庭一准备”重复进行的格局，导致司法资源的浪费，当事人徒增讼累。最高人民法院《证据规定》的合法性姑且不论，其所规定的举证时限和证据交换，虽然对我国建立具有实质意义的审前程序具有里程碑式意义，但审前程序所追求的目标是否能实现？即是否能为确定当事人争议焦点而扫清障碍，使案件达到集中审理并作出裁决的程度？是否确实能通过对案件争点的整理，引导当事人在考虑诉讼成本、充分行使处分权的基础上于审前化解纠纷？答案是否定的。需要进一步追问的是：出现此结果的原因何在呢？笔者认为，造成我国审前程序空洞化的原因，除了当事人收集证据手段的匮乏和答辩失权制度的阙如外，争点整理程序的忽视是重要的制约因素，即我国目前对整理争点重视不够，司法解释中存在缺陷，在具体适用时缺乏可操作性，导致审前证据交换无的放矢。因此，首先要解决争点整理程序和审前程序两者的关系问题。虽然争点整理程序是审前程序的子程序，但审前程序应该是整理争点的前提和手段，整理争点则是审前程序的一项最重要的目的。也就是说，要把构建争点整理程序作为研究和构建审前程序的核心。其次要解决整理争点与审前程序中证据交换的关系问题。证据交换只是解决了整理证据争点和固定证据的问题，并未完全解决争点整理的问题，因为通常意义上民事诉讼中的争点不仅仅包括证据争点，也包括诉讼标的、案件事实、适用法律以及其他攻



击和防御方法的争点。另外，事实争点与证据争点两者之间也存在有机联系，确定事实争点是固定证据的前提条件，因为所谓证据不过是用来证明案件事实的。

从我国目前的司法解释和实际的程序运作来看，固定证据的工作已经受到充分的重视，但作为其前提的争点整理工作却未得到重视。问题在于若无争点整理程序，在争点尚不明确的情况下，固定证据的目标是很难实现的，这也是目前举证时效制度以及证据交换制度难以得到很好贯彻的重要原因。因此，当务之急是在修改民事诉讼法设立审前程序时，在完善现行诉答程序的基础上，应理顺整理争点与固定证据之间的关系，进而构建明确的争点整理程序。

第三，该课题有利于规范实践中争点整理的各种方法。争点整理程序看似容易，实际上要运用适当却颇为困难。从理论上说，当事人作为争议主体，有权确定审理对象和方向，但在我国实践中存在的问题是，法官在审前争点整理程序中的角色定位不甚明确，因此，实践中法官在整理争点和交换证据时的角色也不尽相同，有的法官介入消极，而有的则介入过分积极。如果法官不作干预，完全由当事人来决定争点恐怕是不现实的。当事人会由于法律知识欠缺、诉讼技巧不足、拖延诉讼、意气用事等多种可能，不能或者不愿在第一时间确定争点，法官的职责就在于敦促和帮助当事人形成争点。同样，整理争点完全被视为法官的职权范围，甚至不向当事人告知法官内心所认为的案件争点是什么，常常导致当事人在庭审中“攻击”与“防御”缺乏明确的目标。另外，有的法官在审理程序中不仅轻视争点整理，甚至在草拟判决书时根据判决的难易度或自己的好恶随意取舍、删减当事人已经形成的争点。

笔者认为，在修改我国民事诉讼法引入争点整理程序时，整理和确定争点主要有两种方式：一是对较为复杂的案件，可在争



点整理程序中，由审前法官主持，在当事人及其诉讼代理人的参与下进行整理。将形成的争点以书面形式记录下来，开庭审理时就围绕争点展开“攻击”与“防御”。二是对于并不复杂的简单案件，经双方当事人同意也可以在开庭审理中边审理、边整理争点。具体做法是：在法官宣布开庭后，原告首先对案件进行陈述，然后被告进行答辩，在此基础上法官协助当事人整理案件争点，并征询当事人意见。如果法院与当事人双方达成“共识”，则争点即告形成和确定。

二、国内外研究综述

（一）国外研究现状

从西方各国民事诉讼法来看，尽管各国审前程序的内容和做法以及关于审前程序的用语也不尽相同，但其基本含义都是指：在开庭审理前，通过收集证据，整理和明确案件的争点即审理对象，为正式的开庭审理做准备，也就是说，整理争点是审前程序的一项重要内容或目的，争点整理程序内含在审前程序中。不论在英美法系还是大陆法系，其争点整理程序虽未达到完美无缺的地步，但其运行机制非常精妙，特别是奉行当事人主义和审前程序相当发达的英美法系国家更是如此。美国的审前程序由诉答程序（pleading）、证据开示程序〔也称发现程序（discovery）〕以及审前会议（pretrial conference）三个阶段组成，既相互独立，又相互联系。诉答程序阶段法院不介入，由当事人之间交换诉状及答辩状以明确争议焦点。证据开示程序简化了传统的诉答程序并有了发展。通过开示程序，双方当事人充分了解彼此所拥有的信息和证据，从而把诉答程序简化为只告知诉状内容。审前会议是为庭审的顺利进行而由法官传唤当事人双方，主要是律师参加



的旨在明晰诉讼的争点和整理证据而召开的协调会议。最近几年，大陆法系的一些国家已经率先吸取了英美法系国家的合理做法，特别是在理论界，日本对这一问题的探讨已经十分深入，并且在民事诉讼法立法中分别对争点整理程序作了详细的规定。作为大陆法系民事诉讼法的先驱，法国同样将整个民事诉讼程序划分为审前程序和开庭审理两个阶段。其审前程序的目的主要在于：通过该程序整理争点，收集证据，对案件的内容进行准备，以使案件达到适合辩论的程度。日本从1990年起成立的以三月章教授为首的民事诉讼法审议委员会，负责新法的起草工作。1998年1月1日起施行的日本新民事诉讼法，其改革重点在于：完善争点和证据整理程序；扩充和完善当事人收集证据的手段和程序；新设小额诉讼制度；改革最高法院的上诉制度。在日本民事诉讼法第2编第2章中专门设置了“争点及证据整理程序”。日本法务省法制审议会拟定在新民事诉讼法中设立争点整理程序的目标是：对有争议的问题，在公开审判之前加以审议，找出争议点。应当指出的是，日本的这次修改，在吸收各国经验的同时，把审判实践中所创造的所谓辩论兼和解方法加以法制化，进一步完善争点整理程序。

综观世界各国诉讼理论的研究成果和立法理念，尽管在各个国家和地区，在争点整理程序中当事人和法官之间的角色和功能安排有所差异，但均要求当事人在诉讼中居主体地位，起主导作用，由当事人提出主张并确定争点，既赋予了当事人收集证据的权利，也规定了保障当事人收集证据权利的具体措施；对违反适时提出义务的，都给予适当的失权制裁，同时为避免诉讼拖延，法官对整理争点的指挥和监督作用也不断加强。在英美国家，这方面的专著主要有劳伦斯·底色穆的《审前诉讼：法律、政策



与实践》^①、朱利耶斯·拜伦·列文的《证据开示：英国和美国民事证据开示法的比较及其改革建议》^②、杰克·I. H. 杰各布法官的《英国民事司法的结构》^③、鲍尔·米歇尔利克的《危机中的司法：英格兰与威尔士》^④、阿德林·朱克曼的《危机中的民事司法》^⑤、奥斯卡·采斯的《意大利与美国的民事诉讼迟延》^⑥以及马里·凯恩的《民事诉讼》^⑦等。从本文掌握的资料看，大陆法系国家对争点整理程序进行专门研究的主要是德国、日本。在德国，具有代表性的文献是彼得·艾伦斯、小岛武司编：《西德民事诉讼法的现在》，^⑧日本具有代表性的文献主要有西野喜一：《争点整理与集中审理》等。^⑨就法律问题而言，传统的学说和制度认为，法律问题的处理属于法官的职责，法官有权自主作出决定，不依赖于当事人的看法，当事人对法律问题的意见对法官没有约束力，这是法官专属权利的范畴，因此，不存在法律争点。在这种理论和观念支配下，争点的整理只限于事实和证据等问题，而不是法律问题；当事人自主协议确定争点，该争点不仅约束当事人而且也约束法官。但是到了19世纪20年代，法律

① R. Lawrence Dessem, "Pretrial Litigation: Law, Policy, and Practice," 2nd ed. St. Paul Minn: West Pub. Co., 1996.

② Julius Byron Levine, *Discovery: A Comparison between English and American Civil Discovery Law with Reform Proposals*, Oxford University Press, 1982.

③ Jack I. H. Jacob, *The Fabric of English Civil Justice*, Stevens & Sons, London 1987.

④ Paul Michalik, "Justice in Crisis: England and Wales," *Civil Justice in Crisis* edited by Adrian A. S. Zuckerman, Oxford University Press, 1999.

⑤ Adrian A. S. Zuckerman, "Civil Justice in Crisis," Oxford University Press, 1999.

⑥ Oscar G. Chase, "Civil Litigation Delay in Italy and the United States," *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 61, 1988.

⑦ Mary Kane, *Civil Procedure*, Second edition, West Publishing Co., 1985.

⑧ [德]彼得·艾伦斯、[日]小岛武司编：《西德民事诉讼法的现在》，中央大学出版社1988年版。

⑨ [日]西野喜一：《争点整理与集中审理》，青山善充、伊藤真编：《民事诉讼法的争点》，第三版，有斐阁1988年版。