

# 争点整理实效化的模式探索与完善

孟醒

(辽宁大学法学院, 辽宁沈阳, 110036)

**摘要:**我国已建立审前争点整理制度,但该制度过于粗略,导致争点收集功能有限、争点讨论程序不明、争点确定效果缺失,无法发挥切实的争点梳理提炼效果。对比两大法系,可发现存在铺展-精减和挖掘-凝缩两种争点整理实效化的路径。我国现有庭前会议以及证据交换的程序外型,更近似铺展-精减模式,但也仅限于框架上的接近,缺乏实际内核。结合我国司法建设尚待完善、律师代理匮乏以及司法环境不良等因素,我国应选择挖掘-凝缩模式,且德、日相较,应模仿日本的辩论准备程序。如应加强主办法官早期的实质性介入,以法官释明为引导,保障当事人的意见充分阐述,确保在争点整理中的争点收集、争点讨论和争点确认三项功能都能得到发挥。

**关键词:**争点整理实效化;审前动议;释明;心证开示;庭前会议

**中图分类号:** D915.2

**文献标识码:** A

**开放科学(资源服务)标识码(OSID)**

**文章编号:** 1672-3104(2020)01-0075-12



## 一、问题的提出

20世纪以来,世界各国将审理集中化作为庭审程序目标,审前程序的功能和制度逐渐融合<sup>[1]</sup>。我国也开始重视审前准备程序,并在1991年《民事诉讼法》中明确规定了“审前准备阶段”。审前准备程序的核心内容当属争点整理<sup>①</sup>,审理集中化、防止突袭、促进和解和加快诉讼进程等制度目的和功能,均需通过争点整理来实现<sup>[1]</sup>。遗憾的是,1991年《民事诉讼法》中的审前准备阶段规定只覆盖了事务性事宜。1998年,最高人民法院司法解释《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》首次引入“争议焦点”概念,并将了解当事人的争议焦点列为开庭前的准备工作之一(第5条)。2001年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称旧《证据规定》)进一步规定举证期限和证据交换制度,使我国的审前程序初步具有了争点整理意义。然而,该规定建立的证据失权制度过于严苛而备受学界批判,并被认为是导致司法实务搁置审前争点整理程序的重要原因<sup>[2-3]</sup>。2012年新《民事诉讼法》正式以法律形式规定审前争点整理,要求法院以交换证据等方式明确争议焦点(第133条)。

2015年的《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》)则进一步细化争点整理程序,除了部分继承旧《证据规定》的证据交换相关内容之外,首次提出以庭前会议作为我国审前争点整理的载体,并修正了旧《证据规定》的强证据失权制度,改为只对故意或重大过失逾期提交的“与基本事实无关”的证据赋予失权制裁的弱失权制度(第101、102条)。

粗略结合旧《证据规定》、新《民事诉讼法》和《民诉法解释》来看<sup>②</sup>,我国已形成以证据交换为手段、以庭前会议为载体、以举证期限为督促的审前争点整理框架。然而如果细究,就会发现上述程序无法切实地梳理提炼案件争点,实现争点实效化。就证据交换程序而言,法律规范只规定了证据争点的整理,且该整理只包括收集并交换已在当事人手中的证据,以及处理当事人的证据申请。证据交换过程中,当事人只能就证据三性发表异议,且该异议的发表也只局限于提出异议观点,不能对观点作实质阐述,后者需要留待开庭审理的质证环节<sup>[4]</sup>。现有法律法规也没有规定证据交换会给证据带来怎样的效力。其结果是,证据交换程序既无法过滤已有证据,又无法阻拦未来证据,在没有其他事实争点整理程序的配合下,证据收集也缺乏方向。针对证据交换程序没有配套的事实争点整

收稿日期: 2019-09-07; 修回日期: 2019-12-26

作者简介: 孟醒(1990—),女,辽宁沈阳人,辽宁大学法学院副教授,主要研究方向:民事诉讼法学、司法制度,联系邮箱: qi0639695525@163.com

理程序的问题,很多学者呼吁应建立审前会议制度<sup>[5-6]</sup>,从而促成了《民事诉讼法解释》的庭前会议相关规定。然而,《民事诉讼法解释》规定庭前会议的也只有第225条,除了明确庭前会议包含事项外,对庭前会议的启动、主持、次数、效力、与证据交换的关系等均没有说明<sup>⑤</sup>。尽管现有法律法规引入了“归纳争议焦点”的说法,但既没有说明何为争议焦点,也没有进一步指示该如何归纳,导致“争点整理”在我国依然是一个不明确的概念。在法律规定过于笼统的情况下,各地法院只能自行把握争点整理的具体实施。有些法院制定了相当详细的操作规定,赋予法官排除争点和证据的权力,以保证审前程序争点整理职能的实质性发挥<sup>⑥</sup>。然而,这些规定和法官权力赋予缺乏法律和司法解释依据,超出了地方法院制定操作规范的权限范围。多数法院则选择维持旧《证据规定》时期的保守做法,审前依旧仅进行收集展示层面的证据交换。这种情况显然无法实现争点整理的实效化,也不利于诉讼的统一。

一般而言,实效化的争点整理应包括三阶段:争点收集(主张和证据的提出)、争点讨论与争点确定<sup>[7-8]</sup>。争点收集阶段负责收集与案件有关的所有主张和证据,避免遗漏导致的逾时提出;争点讨论阶段负责梳理案件、凝缩争点;争点确定阶段负责确定争点,并激活逾时制裁制度。三阶段并非泾渭分明,但必须全部具备才能保障争点整理的实效性。然而如上文所述,我国证据交换程序只有局限的证据收集功能;庭前会议虽具有争点讨论和争点确定阶段的外观,却缺乏相应的操作性规定,比较明确的依然只有证据交换。换言之,我国现有争点整理程序,其争点收集功能有限,争点讨论程序不明,争点确定效果缺失。因此,尽管新《民事诉讼法》和《民事诉讼法解释》表现出了对审前争点整理的期待,但在我国仍无法获得实质推行<sup>⑦</sup>,形成“有准备程序而无准备功能”的情况<sup>[9]</sup>。

在谈论争点整理在我国举步维艰的本质原因时,比较通行的说法是,我国司法文化对实体正义的重视阻碍了这一制度的发展。因为追求“实事求是”,偏重实体正义,2001年旧《证据规定》构建的强失权规定带来了极大的社会反弹,并最终促成了《民事诉讼法解释》对证据失权的弱化规定。然而,设置带有攻击防御固定和失权制裁效果的争点整理程序,一定会与追求实质正义产生矛盾吗?笔者认为未必如此。原因在于,在争点整理程序可以切实整理出争点的情况下,失权条款的运用本身就会减少,该条款存在的意义更多在于发挥警告性功能,督促当事人积极配合争点整理。事实上,各国的失权条款均会对影响实质正义的

情况网开一面,其侵害实体正义均以当事人失权为前提<sup>⑧</sup>。在争点整理程序可以有效整理争点的情况下,当事人也不再需要事后提交新的攻击防御主张,其对失权条款的抵触也会降低。我国没能构建好与之配合的实效化争点整理程序,使当事人在无法充分攻击防御的情况下却要遭受强失权效果,这才是旧《证据规定》设置的强失权规定遭致不满的最大原因<sup>⑨</sup>。事实上,在仍然缺乏实效化争点整理程序的当下,即使《民事诉讼法解释》已将我国证据失权条款对实体正义的损害降至最低,由于无法在审前整理完所有争点,该条款依然遭到了司法实务的搁置、规避、改装和误用<sup>⑩</sup>。所以笔者认为,尽管我国司法文化可能会影响到争点整理之后的攻击防御强失权性排除,但它不会阻碍到争点整理本身。影响争点整理发挥实效化功能的应是具体的争点整理程序构造,也是本文的研究内容。

在促进诉讼改革成为全球潮流的情况下,审理集中化和审前程序的相对独立化已成为两大法系的发展趋势,而争点整理则是实现庭审结构调整、提高诉讼效率的关键。随着我国经济发展和民事诉讼当事人主义的加强,未来无论从整体诉讼的数量增长还是从个体诉讼的耗时增加来看,程序机制内调整诉讼效率的争点整理程序都很重要。而保证争点整理可以被司法实务推行、被当事人接收的关键即在于建立一个可以实现争点整理实效化的程序。作为借鉴自西方的制度,对其的完善自然也应通过考察西方争点整理程序的构建,并结合我国国情进行探索。本文主要选取英、美、德、日四国作为两大法系的代表国家。通过对比研究后发现,两大法系的争点整理实效化路径不尽相同,背后折射出当事人与法官权力分配、律师代理程度、司法环境差异等诸多因素对争点整理程序的影响。两大法系程序之间的共性则反映出争点整理程序实效化的必备要素。

## 二、争点整理的两种模式

审前程序具有固定证据、防止突袭、促进和解和加快诉讼进程等诸多功能。其中,争点整理承担着衔接其他功能的核心作用。审前证据固定、集中审理和防止突袭均需要依靠争点整理实现,而促进和解等审前分流也大量依赖当事人(及其律师)和法院根据争点整理而进行的审理预判。为更好地具体化审前程序中的争点整理途径,本文不以整体视角将审前程序作为完整的程序单元进行考察,而以具体视角将审前程序拆分解构,梳理归纳当中涉及争点整理的部分,以期

触及争点整理实效化的根本脉络。因此,本文将在两大法系审前程序模式的大框架下,探索当中争点整理的不同模式。

### (一) 英美法系: 铺展-精减模式

英美法系的争点整理以证据开示一审前会议为主要框架。在这一框架下,争点整理的实效化路径是“通过当事人高度自由的互动来全面收集争点,再以当事人和法官之间的动议申请—动议裁判简化固定争点”,即先由当事人自行将所有潜在争议都铺展开来,再通过当事人协商或法官裁判来精减,因此笔者将其总结为“铺展-精减式”,以与大陆法系作比较。就争点整理的三阶论而言,这种模式的争点整理自然以争点收集阶段为主体,而争点讨论则附随于收集阶段。英美法系的争点确定会产生强失权制裁的法律效果。

侧重于争点的全面收集,英美法系将争点整理的核心落于当事人之间的信息交换与开示,通过最大限度探索事实与证据来“铺展”争点。全面获取潜在争议的最有效方式是书面质询(interrogatories)。书面质询一般被视为证据开示的第二步骤。美国有的州法院并不要求当事人主动进行初步开示(initial disclosure),这时候书面质询就会被视为证据开示的第一步骤。书面质询旨在诉讼开始阶段广泛收集信息<sup>[10]</sup>。律师设计的问卷往往包含所能想到的所有情况,以套取所有可能成为争点的信息。以机动车侵权案件为例,书面质询会尽量列出所有常见的辩护主张(如因果关系是否存在、原告是否具有过错、被告是否会因属于雇员而摆脱赔偿责任),要求被告一一明确。书面质询还会要求被告描述车祸历来获取被告方的事实陈词;要求被告提供证人证言及其他文书证据来获取证据清单;询问被告当天是否有饮酒、服药,车祸发生后是否做了应急处理等问题以判断被告的主观过错程度;要求被告提供保险公司、保险范围等信息来确定申请赔偿额。书面质询还可通过询问被告药物服用、疾病医疗、既往事故经历等情况来寻找得以削弱被告信用度的潜在攻击点。

在美国,由于诉答书只能起到固定诉讼请求(claim)的作用<sup>[11-12]</sup>,广泛获取具体信息的早期步骤即为书面质询。英国则由于1998年司法改革强调节约司法成本和提高诉讼效率而加快争点整理进程,在诉答阶段甚至诉前即开始要求当事人交换案件信息和核心证据,立法规定并强制性要求当事人适用诉前议定书(pre-action protocol)和诉状的规范样本,力求在诉答阶段即完成具体事实的交换<sup>⑤</sup>。因此,美国开示过程中的书面质询(interrogatories),在英国对应的是信息补全请求(request for further information),只作为补充程序出

现,而不像美国那样作为挖掘事实争点的主要手段而运用频繁。这相当于将美国当事人经由询问获得的内容转换为当事人主动陈述的内容,并将这类陈述的提出时间前置。

英美法系的争点整理过程中,法院的参与极为有限,只在先期的日程安排、中期的动议裁判和阶段性争点讨论主持以及末期的争点确认时出现。法院参与这些审前程序可以起到很多程序性作用,而就争点整理而言,其作用主要表现为两方面:一是组织督促当事人的争点整理,二是精减进入庭审的争点。

英美法院组织争点整理,主要依靠制定开示日程和主持包含争点整理的审前会议<sup>⑥</sup>。美国法官根据当事人商讨好的开示日程发布日程安排命令(scheduling order),或主持日程会议(scheduling conference)与当事人共同探讨(《美国联邦民事诉讼规则》第16条(b)款,下称FRCP r16(b))。英国则由法官自行安排时间表,当事人以申请变更的形式参与制定(《英国民事诉讼规则》第28.4, 29.5条,下称(CPR r28.4, 29.5))。在开示过程中,法官可以主持审前会议(美国)或案件管理会议(英国),对收集到的案件信息进行阶段性讨论。审前会议/案件管理会议并非必须召开,但一旦法官决定召开,则双方当事人或律师必须到场,不充分准备或不诚意配合的,均可能遭到制裁并被施加额外费用(FRCP r16(F); CPR PD29 para5.2(3))。审前会议/案件管理会议确认当事人之间的实质性争议,并通过和解、即决判决或驳回命令,在先期阶段分流掉非实质性争议<sup>[13]</sup>。根据案件管理会议当事人的讨论,法官决定是否修正或补充书状,确定及调整证据开示范围,指导证人出庭(FRCP r16(c)(2); CPR PD29 para5.3, 5.4)。审前会议/案件管理会议即相当于争点整理的中继站,法官借此跟进争点收集和讨论进度,调整此后争点整理方向。

英美法官对争点整理的审前精减,主要借助动议裁判<sup>⑦</sup>。开示过程中,法官通过动议裁判解决两类争议。一类为当事人针对开示的程序性争议,包括对书状内容的不满、证据开示时对拒绝开示的异议以及对特殊问题开示的申请等。法官对这类动议的裁判将影响开示范围与方向,进而影响最终争点的形成<sup>[14]</sup>。另一类争议则涉及案件整体,包括当事人适格、管辖等程序性争议,证据可采性争议以及即决判决争议等。质言之,除了涉及案件本身的事实争点和法律适用争点需要保留至庭审以外,其他类型的争议均可在审前通过动议裁判解决。上述两类动议,可产生直接攻击效果,对案件胜败有实质性影响的,被称为争议性动议(controversial motion),法官会允许双方当事人口头辩

论,甚至进行相应的证据调查,以作出程序正当且实质公正的裁判。对于这类动议裁判,当事人一般均可以上诉<sup>[15]</sup>。在英国,为贯彻节约成本的诉讼目标,法官还会在审前解决诉讼费用方面的争议,督促当事人压缩成本(CRP PD 3E)。根据案件需要,法官可要求当事人交换诉讼费用预算表以对费用达成合意。对于当事人未能达成合意的部分,法官可作出裁判并据此发布费用管理命令(CPR r3.15(2))。需要对当事人争议举行听审的,可召开费用管理会议(CPR r3.16(1))。

经历一番争点的“铺展-精减”后,法官根据案件需要可进行最终的争点整理结果确认。在美国,这种确认可通过最终审前会议和审前命令(FRCP r16)来实现。此时当事人对特定攻击防御主张的放弃将对庭审产生拘束力,法官也会据此要求当事人修正诉答状<sup>[10]</sup>。最终审前会议结束后,形成的审前命令将列明事实争点、法律争点和未在审前解决的证据争点<sup>②</sup>,确定管辖权,并固定无争议事实<sup>[10]</sup>。英国争点整理的结束一般以审前清单(pretrial checklist, CPR N170)为标志。该清单旨在确认当事人是否已经遵照法官指示完成了所有的审前准备。法官也可能主持审前审议(pretrial review)作为结束审前准备的最后程序(CPR r29.7),以处理庭审时间安排和证据(CPR PD29 para9.1, 9.2)。由于当事人在争点收集和整理阶段承担了关键性角色,而争点的消减与确定也附随着法官的裁判和当事人的自认,具有法律拘束力,因此争点被确定以后,当事人提出的新攻击防御主张将被严格限制并被赋予失权制裁。

## (二) 大陆法系:挖掘-凝缩模式

与英美法系法院的有限参与不同,大陆法系的法院从争点收集阶段即开始积极参与,全程介入影响争点整理。以是否需要当事人现身在法院进行分类,大陆法系存在书面模式和当面模式两种程序。当面模式又存在公开的开庭辩论型程序(德国的“先期首次期日”和日本的“准备的口头辩论”)与不公开的会议型程序(日本的“准备辩论程序”)两种形式。观察大陆法系审前阶段的争点整理部分,在法院的积极参与下,大陆法系的争点整理实效化路径可总结为“法院与当事人共同合作,以要件事实—间接事实—辅助事实逐步剥离、提纯争点”。法院的介入使得争点整理自收集阶段即具有方向性,围绕一条主轴逐步深入挖掘材料,同时将无关和无争议事实层层剥离。因此,笔者将大陆法系的争点整理总结为“挖掘-凝缩”模式。如果说英美法系的争点整理具有前期松散、后期收拢特点的话,大陆法系的争点整理则始终处于收紧状态,方向明确。就争点整理的三阶论而言,大陆法

系的着重点也与英美法系的不同,其争点整理以争点讨论阶段为主体,伴随讨论进行争点收集,并产生争点确定的效果。

大陆法系的不同程序模式,由法官在收到书状以后选择<sup>③</sup>。在德国,先期首次期日程序一般适合案情简单、和解几率大的案件和需要法院特殊指导的本人诉讼<sup>[16]</sup>,书面准备程序则适合情况复杂的案件。日本的书面准备程序不同于德国的,只适用双方当事人不便于到法院的案件,而对于公众性强、影响性大的案件,则适用准备的口头辩论。由于技术的发展,即使不便来到法院的当事人及律师,也可以利用电话会议参加准备辩论程序,加之公众案件始终处于少数,很少有机会适用公开的准备口头辩论程序。因此,日本在实践中,99%的案件均适用准备辩论程序<sup>[17]</sup>。

书面争点整理程序中,当事人几轮文书交换后,法官在开庭审理(主要期日)开始时根据书状与双方当事人协商确定争点。为防止书面争点整理沦为单纯的文书交换,法官需要充分运用期日外的释明权主导文书的走向<sup>[18]</sup>。

与书面准备程序相比,当面模式可以让法官更快地介入争点整理,指导当事人准备材料。从交换诉讼请求和答辩主张开始,法官主持双方当事人充分、真实且全面的意见阐述,在根据法律构成将原材料提纯为法律事实的过程中挖掘、凝缩争点。法官通过双方当事人的全面阐述深化和展开各潜在争点,依主张—要件事实—间接事实—辅助事实的层次推进。为防止双方当事人在间接事实和辅助事实层面的争议过于琐碎,偏离案件核心,法官将争点整理的基本指向锁定于要件事实<sup>[19]</sup>,只有当与请求原因或抗辩事由有关的主要事实无法直接立证时,推知该主要事实存在或不存在的间接事实及辅助事实才成为关键<sup>[17]</sup>。

在深化和展开争点的同时,法官亦引导当事人消除争点。经过法律解释适用或经验法则适用后,被认定为与诉讼无关的争议可利用法官的释明和心证开示排除。通过书证即可充分证明的事实也没有必要继续争论下去。反之,对于穷极证据方法也难以立证的主张,法官也会建议撤回<sup>[20]</sup>。此时也可解决诉讼要件方面的争议。

大陆法系确保争点整理实效化的一个关键在于,主持争点整理的法官可以整理及调查证据。在德国,对于官方答复调取、鉴定人鉴定或勘验、证人书面作证以及允许受命或受托法官单独调查的证据,法官可以发布并实施证据裁定(《德国民事诉讼法》第358a条)。对该裁定不可声明不服,但法官可变更或撤销(第355条第2款,第360条)。日本由于受美国影响,强

调证人出庭并引入交叉询问，因此其集中审理聚焦于人证调查(包括针对案件事实的人证、针对文书证据真实性的人证以及针对证人信用的弹劾证据)<sup>[18]</sup>，而争点整理阶段则可调查其他文书证据，包括没有人证情况下的对文书真实性的裁判，同时也可裁判证据申请(《日本民事诉讼法》第170条第2款)。

在德国，出于强制律师代理制度<sup>⑩</sup>，双方在诉答时期即可提炼法律事实。发达的契约意识也使其诉讼初期即可提供相对完备的证据。因此，德国的争点整理期比较短暂，只经历一次先期首次期日，或依靠当事人书面交换即可完成争点整理。主期日如果无法解决所有问题，法官可以再行确定其他期日(《德国民事诉讼法》第136条第3款)。而在日本，由于不具备强制律师代理制度，社会契约意识和司法素质也不如德国，加之人证适用要比德国复杂，需要建立以人证为中心的集中审理<sup>⑪</sup>，因此其争点整理比德国耗时，经历多次争点整理程序后才可进行集中庭审。

在大陆法系，争点整理同样对当事人攻击防御主张的提出具有拘束力，但该拘束力不如英美法系的强力。不同于英美法系的原则性失权，大陆法系作为违反一般促进诉讼义务的失权以导致诉讼延迟和当事人主观过错为两前提要件(《德国民事诉讼法》第296条第2款，《日本民事诉讼法》第157条)。而作为违反特殊促进诉讼义务的超出争点整理期限的失权，在德国与违反一般促进诉讼义务的情况一致(《德国民事诉讼法》第296条第1款)<sup>[21]</sup>。在日本，只有具备审理计划的案件会给争点整理终了后的攻击防御赋予失权制裁，其他案件则只课以当事人迟延说明义务(《日本民事诉讼法》第167条、第174条、第178条)。不过学说上认为，不当超出争点整理期限的攻击防御即使不失权，也应具有其他不利后果，如作为全辩论意旨而成为法官形成不利心证的依据。如果当事人后期再度逾时举证，该情形亦可作为当事人故意或重大过失的有力依据<sup>[22-23]</sup>。

### 三、争点整理实效化原理与路径影响因素

上文勾勒出两大法系不同的争点整理模式，目的在于从中寻找我国争点整理实效化进路。总结对比后发现，不同模式的影响因素在于法官与当事人之间权力分配、律师代理以及司法文化的差异。研究这些影响因素有助于结合我国实情选取有利于我国的路径要素。同时，各个国家不同的争点整理制度背后亦彰显出争点整理实效化的共通原理，为我国实现争点整理

实效化提供借鉴。

#### (一) 争点整理实效化不同进路的影响因素

英美法系的铺展-精减模式的特点为争点收集自由全面，法官以动议裁判精减争点，且具有高拘束力；而大陆法系的挖掘-凝缩模式的特点为法官积极控制争点整理方向，通过与当事人讨论形成争点，且拘束力较弱。从程序来看，铺展-精减模式以争点收集阶段为主体，挖掘-凝缩模式则以争点讨论阶段为核心。上述特点存在差异的影响因素主要有以下几点。

##### 1. 法官与当事人之间的权力分配

在从宏观视角讨论程序模式时，英美法系和大陆法系分别被描述为对抗制和职权进行主义，以概括两者之间的区别。然而过于概括化的区分在涉及具体性的争点整理实效化问题时，缺乏更为精准的指导作用。例如在21世纪全球促进诉讼改革、两大法系已相互趋同的当下<sup>[24]</sup>，英美法系的审前节奏也极度依赖法院的主持把握。尤其英国，其审前法官的权力不亚于欧洲其他大陆法系国家的。只有通过细致观察法院权力的具体性质，才能发现不同争点整理实效化模式下的具体差异。因此，本文不从宏观的审前模式区分入手，而从具体的法官-当事人权力分配切入，探讨不同分配性质给争点整理模式带来的影响。

如上文所述，随着促进诉讼理念的推进，近年来英美法系也呼吁法官应在审前承担更为积极的角色，在法官程序控制权力的加强方面向大陆法系靠拢。然而，尽管都属于强调法官在审前阶段的程序权力，具体涉及的权力性质却并不相同，其差异指引着争点整理模式的变化。英美法系的审前法官被称为“管理型法官”<sup>⑫</sup>。然而“管理”不同于大陆法系的“介入”，前者局限于主动促成程序运行，后者则包含案件事实的讨论参与<sup>[25-26]</sup>。英美法系增加的是法官的管理性权力，通过增加开示日程、审前会议等事宜来督促争点整理的进度，但不介入争点的实质性整理，只在动议裁判时对争点整理产生间接影响。相比之下，大陆法系的法官则更积极参与、介入，全程把控争点整理的方向。

由于英美法系的法官只增加了“管理”权力，具体的争点整理还是要靠当事人推进，由当事人自行获取诉讼资料，并自主决定向法官作出哪些动议申请。相比之下，大陆法系法官在争点整理之初即已参与，并指示当事人的证据收集。鉴于此，尽管日本兼具求释明和当事人照会制度<sup>⑬</sup>，但实践中大多数适用的都是求释明，在准备辩论程序结束后，根据法官的启示提出<sup>[27]</sup>。法官凭借自己的中立地位和专业能力来保证争点整理方向始终围绕诉讼核心问题而不至跑偏缺漏，

以释明和心证开示指导当事人的争点收集和讨论<sup>[17]</sup>。

## 2. 律师代理的普及性

与争点整理模式密切相关的还有各国不同的律师代理情况。一般而言,律师代理作为当事人诉讼行为能力的扩充,其代理率越高,法官-当事人权力分配便会越偏向于当事人一侧。在铺展-精减模式中,当事人需要依靠律师协助才能驾驭复杂的开示制度,作好法律专业性强的争点识别。美国实证研究亦表明,律师代理在程序问题复杂的诉讼中会展现比本人诉讼更多的优势<sup>[28]</sup>,说明铺展-精减模式下复杂的争点整理确实更需要律师的协助。英美法系的高律师人均比例和律师代理率也保障了以当事人互动为核心的争点整理模式的顺利运行<sup>⑥</sup>。甚至可以说,英美法系的审前阶段是法官与律师之间的互动。

而另一面,挖掘-凝缩模式受法官主导,当事人即使没有律师代理也可以依靠法官的协助完成争点收集和讨论,非常适合律师代理率较低的国家。律师代理率越低,法官对争点整理越加介入,这点通过德国和日本的比较可以明显看出<sup>⑦</sup>。书面准备程序之所以在德国能够被正常适用,在日本却几近搁置,原因即在于德国适用强制律师代理制度且律师制度发达,双方当事人利用书面准备程序也可以达到高质量的争点整理。在德国适用首次先期期日时,由于律师置备的诉答状已具清晰的脉络结构,因此仅凭诉答时期的书状交换也可以形成相对成熟的文书开示和争点整理,无须法院更多的介入与提示,一次会议即可完成争点整理。相比之下,司法度相对欠缺的日本则需要法官提供更多帮助,从素人书写的诉答状开始梳理争点,文书开示等证据收集也需要法官释明提醒,往往需要召开多次争点整理会议才能结束<sup>⑧</sup>。在日本,法官过度介入争点整理也一直是学界争议的话题,但学者认为摆脱这种“法官依存型审理”只能以律师的增加为前提<sup>[29]</sup>。

## 3. 司法环境差异

争点整理模式的差异背后,更为深层的是各国在文化传统、意识形态、社会现代化等影响下形成的司法环境差异。大陆法系和英美法系,东方文明和西方文明,以及法治程度高和法治程度低的国家之间的差异均会影响争点整理模式的发展。

就历史根源而言,大陆法系的高权国家背景和英美法系的民主思想起源促成了两大法系的法官地位差异<sup>[30]</sup>。大陆法系更为依赖由象征权威的专业法官在当事人和律师的协作配合下查明真相、主持正义,而英美法系则更依靠象征民主的陪审团发现真相,法院法官只充当确保诉讼对抗符合规则的裁判性角色。在此

认知差异下,大陆法系显然更为适应由法官主导的争点整理,而英美法系的反权威性则使其需要由当事人而非法官来掌握争点整理进程的内核。

是由法官主导还是由当事人自行处理,也会影响争点整理尤其是争点固定的正当性基础,体现一个国家是更推崇自由主义下的“自我决定”,还是更习惯高权体制下的“家长主义”(paternalism)。西方社会在阿奎那、康德、穆勒、拉兹等人的著作影响下,形成了自由主义文化,讲求“自由意志—自我决定—自我责任”的私人自治原则,即个体享受处分自我事宜的充分自由,并自愿承担责任。在这一原则的支持下,当事人更希望可以自己把握争点整理方向,并乐于对自行互动形成的争点整理结果承担责任。因此在英美法系国家,当事人不仅更希望由自己主导争点整理,并且对强失权的争点固定效果没有太多异议。在同样受自由主义熏陶的德国,尽管在大陆法系传统的影响下属于法官主导性的争点整理模式,但其与不具有自由主义文化的日本相比,法官的介入程度要少,主要由当事人操纵的书面整理程序也可以得到正常的适用,强失权的争点固定效果也可以实施。在缺少自由主义文化又深受中国家长主义司法文化影响的日本,有法官介入的争点整理才会更显权威性,更为当事人所接受。

争点整理模式同样也要受到社会法治发展程度的影响,包括契约成文化的程度,以及诉讼意识。被称为契约社会的西方国家,契约交往已成为人们最习惯的交往方式。加上西方社会高度的诉讼意识<sup>⑨</sup>,配以发达的律师制度,民事交易多有书面记录,即使是婚姻关系也不乏婚前协议。因此,西方诉讼往往存在大量书面材料,而这类书面材料的调取不一定需要法官的主持,其真实性与权威性也并非来源于法官,适宜当事人自行进行证据交换。对于存在大量书面证据的案件,法官全程介入争点整理也会是一个过于消耗司法成本的过程,而不如将此成本转嫁给双方当事人。而在契约成文化和诉讼意识相对落后的国家,比如日本,很多案件缺少足够的书面证据,案件全貌主要依靠当事人陈述来获得<sup>[31]</sup>。对于这类案件,铺展-精减的争点整理模式难以发挥其针对书面证据交换的优势,面对需要依靠当事人陈述来梳理争点的形势也显捉襟见肘,不如挖掘-凝缩模式有效。

## (二) 实现争点整理实效化的共通原理

不同制度模式和司法环境会给争点整理路径带来差异,但实现争点整理实效化的根本原理却应为各争点整理制度所共通。根据上文介绍归纳两大法系四个国家争点整理制度的共同点,可发现这些构成争点整



理实效化骨架的共通原理有以下几点。

其一，在争点收集阶段，法官总要采取某种手段控制诉讼材料的流入，以限制争议范围的扩张。无论是铺展-精减模式还是挖掘-凝缩模式都有这一过程，存在差异的是两种模式的法官对诉讼材料的控制方法、控制的直接性和间接性，以及控制力度。争点整理的目的之一即为加快诉讼进程，争点收集阶段如若疏于控制，事后庭审将因充斥大量多余内容而导致结构松垮，阻碍法官把握案件核心及尽早解决纠纷。法官控制争议范围的主要方式在于限制证据的流入，在争点整理期即剔除无关证据，借此判定无关诉讼材料和争议。

其二，在争点讨论阶段，无论是哪种模式，均应确保当事人的意见阐述权。区别在于，在铺展-精减争点整理模式中，当事人的意见阐述主要面向对方当事人，即使动议裁判时也以当事人互相交锋为主；而在挖掘-凝缩模式中，当事人意见的听取者则为法官，双方当事人的意见交换均以法官为媒介。当事人意见阐述是争点形成的关键要素，为法院和双方当事人把握案件全貌的唯一方式。毋庸置疑，英美法系模式以当事人意见阐述为争点讨论主体，而以法官释明为轴心的大陆法系模式，也需借助当事人意见阐述提供释明基础，并划清作为辩论主义辅助的释明和作为辩论主义对立面的职权探知之间的界限。

当事人充分的意见阐述同样也是争点整理实现减少争议功能的关键。之前的争点收集阶段是证据和事实的展开阶段，亦是争点的增加阶段，而争点讨论阶段通过当事人的意见交换以及法院的介入，可以增加当事人达成共识的事项和放弃主张的事项。此外，无论是大陆法系还是英美法系，均在此阶段解决管辖、当事人适格等程序性争点，只保留事实和法律争点留待庭审审理。

其三，争点整理程序的终了须具有争点确定效果，对事后的攻击防御主张的提出产生一定阻力。一项制度规范如若缺少违背制裁，则其贯彻将很难顺利。争点整理程序的目的即在审前整理好攻击防御方案，以便实行集中审理，并阻止诉讼突袭。失去争点确定力的争点整理程序无法阻止攻击防御主张的事后提出，其制度宗旨即无法贯彻，也便没有存在的必要。

## 四、我国争点整理实效化的路径完善

### （一）争点整理模式的选择

如上文所述，我国的争点整理程序缺乏指导法院

和当事人具体操作的实质性内核。尽管我国属于大陆法系，法院权力集中，似乎符合职权进行主义下的审前程序，但从有关争点整理的规范外观来看，我国构建的争点整理程序却更贴近英美法系的结构。举证期限期间由当事人自行收集证据，收集完毕后再以证据交换为争点整理的主要手段，最后以“庭前”会议收尾的建构更近似铺展-精减模式而非挖掘-凝缩模式。然而如果深入观察，会发现这种近似也只是非常粗略的框架性相似，在缺乏发达的当事人证据收集制度和法官审前裁判制度的情况下，无法获得铺展-精减模式的争点整理效果。另外，尽管我国法官的强职权贴近大陆法系，但细究则可发现，这种强职权性与大陆法系的法官强职权存在着根本性的差异，导致我国争点整理与挖掘-凝缩模式也存在着巨大鸿沟。我国法官的强职权实则表现在限制与剥夺当事人的处分权和意见阐述权<sup>②</sup>，程序的指挥权方面则存在缺失。在审前程序的相关法律规定中，对法官的权力描述只有“组织”和“主持”，并没有明文赋予法官具体的争点整理介入权力，导致实务在从超职权主义过渡到当事人主义的司法改革过程中，出现了“程序自主的疏失与法官职权的退场”<sup>[32]</sup>并存的局面。

其结果是，我国实质上的争点整理程序与哪种实效化模式都不贴近，也缺乏实效化所必需的共通要素。因此，在塑造我国争点整理实效路径之前，应选择一种适合我国的争点整理模式，再作具体的路径规划。那么哪种争点整理模式更适合我国？这需要考察我国的法官-当事人权利分配、律师代理率以及整体司法环境的情况。毫无疑问，作为尚处于从超职权主义向当事人主义转型的国家，我国民事诉讼的法官仍掌握大量权力，当事人在证据收集、裁定申请等方面的权利十分有限。外加我国律师代理并不普遍<sup>③</sup>，同时具备父母官型的传统诉讼观<sup>[33]</sup>，显然法院及早介入的挖掘-凝缩模式要比铺展-精减模式更为适合我国。

不过即使确定以挖掘-凝缩模式作为我国争点整理建设的大方向，具体的程序设置仍需注意与国家司法建设程度和整体诉讼制度之间的配合。上文德国和日本之间的比较可以给我们提供一些启示。在契约成文化、法治发展度和诉讼意识方面，我国面临的问题和日本更为相似。我国传统契约观同样对成文化缺少重视，契约的责任意识尤为缺失，并且契约背后的价值观也是秩序和安全，而与西方的自由价值完全不同<sup>[34]</sup>。我国司法意识也很薄弱，根据《中国司法文明指数报告 2016》统计，中国司法文明指数平均得分只有 68.2 分（满分为 100 分），有 31 个省、区、市的得分未达到良好水平。这其中，公众的“司法文化”指

数又在10个一级指标中排名倒数第三,并且“公众接受现代刑罚理念的意识及程度”得分最低,足见我国民众对现代型司法理念的陌生感和拒斥感<sup>[35]</sup>。这种情况下,德国那样仅凭规范的诉答状即可基本理清双方争点,或靠当事人书面交换也可完成争点整理的形势,在我国很难达到。结合我国公众对法官作为“父母官”的信赖感和权威畏惧感,我国更应参考日本的辩论准备程序,法院从争点收集阶段即开始介入,充分利用释明和心证开示指导当事人收集证据,展开争点。在借鉴日本模式时,需留意日本的交叉询问制度和重视人证的传统对争点整理程序的影响。为了塑造以人证为核心的集中审理,日本的争点整理程序更为繁复。我国如若只以争点整理为目的而不考虑人证的提纯,则显然不需要有这么多的争点整理次数。对书面证据的调查也应限于争点整理范围内,即调查的目的只在于明确集中证据调查时欲证明的事实是哪些。

## (二) 现有制度的具体调整

以争点整理实效化的共通原理为原则,以日本挖掘-凝缩模式为借鉴,我国现有争点整理程序可作如下调整。

鉴于我国需要有法官实质介入的争点整理程序,而庭前会议本身也包含证据交换功能,因此可以让现有的庭前会议将旧《证据规定》下的证据交换程序吸收。实践中,很多法院在审前阶段只适用证据交换程序而回避庭前会议。2019年重新修订的《证据规定》依然保留了证据交换的独立规定,恐怕也不会给这方面实务带来变化。笔者建议应设立法律规范,明确说明由庭前会议将独立的证据交换程序吸收合并,促使程序重心从单薄的证据交换转移为整体的、以事实陈述为主轴、附以证据和法律适用的诉讼信息交换。庭前会议内容中的“归纳争议焦点”按照大陆法系的挖掘-凝缩模式进行,以法官为主导,在充分听取双方当事人意见的基础上按照要件事实-间接事实-辅助事实的逻辑链,循序渐进整理争点,并依此指导当事人收集证据、提出证据申请<sup>②</sup>。这需要我国法官一改如今对审前争点整理的放置态度,加强审前诉讼指挥权和释明权。为真正起到凝缩争点的作用,法官在争点整理期间应当在争点整理范围内调查证据,以排除无关证据和关联性不大或无法立证的争点,并促进当事人撤回胜诉率不大的主张,激励调解。对证据的真实性有异议的,则应释明当事人补充弹劾证据后,将其作为证据争点,留待庭审调查。

以日本的挖掘-凝缩模式为参照,我国的庭前会议应接近日本的准备辩论程序而非英美的审前会议,因此其功能并非对审前准备进行总结固定,而是争点

整理的实质载体,召开时间和召开次数根据争点整理以及其他审前准备情况而定。就争点整理而言,庭前会议可根据争点整理进度而产生不同的分工安排。首次庭前会议应于答辩期结束后即举行,以保证法官的及时介入。此次庭前会议聚焦于原被告主张的交换,帮助法官和双方当事人初步了解案件情况和双方意见,制定争点整理计划,预计举证所需时间、是否还需再召开庭前会议以及召开次数。此时,经验丰富的法官即可以根据案件类型对双方当事人作出一定的举证指示,提早处理当事人的证据申请。此外,首次庭前会议也应处理管辖、当事人适格等法院可以职权探知的事项。如果发现当事人对这类事项有异议,则应允许双方当事人充分交换意见,或择日专门解决。举证期限中途,法官可再次召开庭前会议。此次庭前会议的主要目的即为争点讨论,并根据讨论结果再次补充证据。举证期限届满后,召开最终庭前会议,以确定争点,并作最后一次的证据补正。法院应当出具详尽的争点确定清单,说明无争议事实和有争议事实与证据,列明庭审时各争点的辩论顺序,附带证据清单。这一争点确定清单应有双方当事人的确认和签字,以保证当事人认可法官的争点归纳,也为之后逾期举证的制裁提供正当性。

根据不同案件,法官应灵活把握庭前会议的次数。简易程序作为“审理事实清楚、权利义务关系明确、争议不大”案件的适用程序,无须召开庭前会议,或召开庭前会议但只进行简单的证据交换。对于普通程序,笔者认为在我国起诉和受理程序获得的信息非常有限的情况下,应至少在答辩期届满之后召开一次庭前会议,方能确定案件的具体性质和复杂程度。而对于较复杂的案件,原则上应不超过三次庭前会议,特殊复杂的除外。鉴于争点整理对案件审理的实质性影响,庭前会议的主持者应为本案的主办法官,以确保主办法官可以全程跟进案件,全面把握案件信息,同时增加当事人对争点整理程序的信任感,为之后的逾期举证制裁提供权威基础。

在法官可实质介入,调查证据,并具有排除争点和证据权力的情况下,庭前会议已不再是单纯的事务性会议,而具有实质审理的特征<sup>[36]</sup>。为督促当事人积极协助争点整理,防止争点整理程序与被告答辩一样具有诉讼突袭可能,笔者认为应基于这一实质审理的定位,给予拒绝参加争点整理程序者以缺席判决处理。相应地,庭前会议通知的送达也应与正式庭审一样要求严格,并赋予缺席者就缺席判决上诉的权利,以提供充分的程序保障。此外,由于法官释明案件会实质性影响审理方向,如果权限把握不当,将给审理带来



不平等与不公正的因素，因此应赋予当事人对这类解释的异议权，如对待回避决定一样允许当事人申请复议。

值得一提的是，争点整理程序发挥实效化职能后，现行庭审的质证程序也应相应发生变化。庭前会议进行的争点范围内的证据调查，与庭审的质证环节存在一定重叠<sup>[37]</sup>。然而，这并不代表庭审的证据调查环节即可被取消。一方面，争点整理程序调查证据的目的只是为了整理争点。在争点尚未分明，证据还有补充可能的情况下，法官对证据的调查也只能形成暂时心证。另一方面，争点整理程序的主持者只有主办法官一人，而普通程序的庭审则由合议庭进行，主办法官的判断不拘束合议庭其他成员，对于有问题的证据整理，合议庭可重新判断。因此，在正式庭审的证据调查环节上，除了对最后一次庭前会议要求补充的证据进行质证外，主办法官也应向合议庭其他成员报告庭前会议的证据整理情况，合议庭在证据全面的情况下形成最终心证。

在庭前会议得以实质发挥争点整理功能的情况下，《民事诉讼法》和司法解释制定的逾期举证制度才有可能发挥实际作用。争点确认的拘束力必须以庭前会议程序合法、当事人意见得以充分阐述、法官释明受到规制、争点确认清单获得当事人认可为前提，否则其对当事人举证权的剥夺以及对事实真相和实体正义的影响将难以获得正当性。

#### 注释：

- ① 关于“争点”，不同的学者有不同的定义。最狭窄的争点仅指事实上的争议(加藤新太郎：《争点整理手続の构想》，《判例タイムズ》1993年第823期，第10页)；有的学者则认为争点也包括法律适用(山本和彦：《争点整理手続について》，《民商法杂志》1994年第45期，第106页)；最广的争点涵盖双方当事人各个层面的争议点，包括审判对象层面、事实层面、证据层面、法律适用层面和程序层面(邱联恭：《争点整理方法论》，台湾三民书局2001年版，第9页)。本文意欲探讨的话题是我国审前程序对各个层面争议点的归纳，同时也会涉及与英美法系issue整理的对比，因此采纳的是对争点的最广义解释。我国研究争点整理程序的学者多数也采纳的是广义说，参见冯文生：《争点整理程序研究》，《法律适用》2005年第2期，第44-48页；赵泽君：《民事争点整理程序的合理性基础及其建构》，《现代法学》2008年第2期，第108-117页；胡亚球：《民事诉讼制度进化中的争点整理程序》，《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2012年第3期，第58-67页。
- ② 2019年12月，最高人民法院对《证据规定》进行了大幅修改，但未实质性变动这部分内容。
- ③ 从司法解释规定的文意来看，庭前会议和证据交换程序并不同。旧《证据规定》中规定的证据交换程序依旧有效，而庭前会议也并非必须进行证据交换(《民诉法解释》第225条

规定，庭前会议“可以”包括证据交换内容)。2019年修改后的新《证据规定》在这个方面也没有发生变化。这种情况下，证据交换和庭前会议的关系应是怎样的，两者独立的情况下，又应按照怎样的顺序进行，对这些问题现有法律法规均未涉及。此外，最高人民法院在其发布的法律法规适用解释中，对证据交换程序和庭前会议的组织者的意见也不一致。对于证据交换程序的组织者，最高人民法院认为可以是合议庭组成人员，也可以是书记员或合议庭之外的审判人员(参见沈德咏：《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》，人民法院出版社2015年版，第586页)。对于庭前会议，最高人民法院却认为应由主审法官主持(参见同书，第590页)。这类法律法规书籍并不具有权威的法律效力，但其对证据交换和庭前会议组织者意见上的不一致，也可说明两个程序之间的关系并不清晰。

- ④ 如2015年沈阳市中级人民法院发布的《关于民事案件庭前会议(争点整理)的操作规程(试行)》和2002年成都市中级人民法院发布的《民事诉讼庭前程序工作规则(试行)》。
- ⑤ 笔者查阅案例裁判网，发现判决书上鲜少提及争点或争议焦点。即使有提及，其“本案争议焦点”的本质也不过是对当事人诉讼主张的归纳。如(2016)苏04民终3137、3138号，法院归纳双方的争点为：一、原告主张的医疗费项目是否有事实依据；二、原告主张的工资标准是否有法律依据；三、原告主张的停工留薪期限是否有事实依据；四、原告主张的护理期限和护理费标准是否有事实和法律依据；五、原告主张的交通和食宿费是否有事实和法律依据。又如(2016)皖1002民初316号案件，法院归纳争议焦点为：一、原告主张的违约是否成立；二、原告主张解除案涉商品房买卖合同、返还购房款及利息应否得到支持。
- ⑥ 德国、日本的失权条款均包含“导致诉讼迟延”和“当事人归责”要件，参见《德国民事诉讼法》第296条第1、2款，《日本民事诉讼法》第157条。《英国民事诉讼规则》31.21规定，对于所有证据开示和查阅，均需在审前阶段的开示程序中进行完毕，后续审理程序中不得主张未经开示或未经对方当事人查阅的证据，法院另行予以许可的除外；美国《联邦民事诉讼规则》第16(e)条规定，失权会导致显失正义(manifest injustice)时，法院可以对迟延证据予以采纳。
- ⑦ 情况类似的是日本旧民事诉讼法中的强失权条款在当时也遭到了实务的抵触。日本学界认为这样抵触的原因之一即在于证据收集等争点整理配套程序发展不完善。参见三木浩一、山本和彦编：《民事诉讼法の改正課題》，《ジュリスト増刊》，2012年，第88页。
- ⑧ 笔者通过案例裁判网，对逾期举证条款的司法实务进行了考查，发现司法实务与法律规定之间存在严重脱节。尽管逾期举证理由是立法规定的适用逾期举证制度时必须考虑的首要要件，但是很多法官却选择跳过对这一要件的评判；即使法官在考查逾期举证时适用了逾期举证理由要件，也可能只是对理由的正当性进行笼统认定，而没有按规定对其进行类型化划分；针对“基本事实”要件，有的法官会对其予以规避，有的法官则对其予以滥用。此外，法律法规规定的训诫和罚款被大量忽略，最终导致这一条款的促进诉讼功能无法获得充分发挥。
- ⑨ 英国要求当事人在诉前即开始交换案件的基本信息。不过此时只需进行概括性信息的交换，而无须建构具体细节。进入诉讼后，英国自诉答期间起即开始交换事实层面争点。英国民事诉讼规则(以下简称CPR)规定了提起诉讼的规范表格，要求当事人提起诉讼必须填写该诉求表格，并以将该表格提交法院为诉讼开始的时间点(CPR r7.2)。诉求表格本身只需具备诉求依据的事实梗概，但一份载有更详细内容的文件(particular of claim)必须在诉求表格送达对方当事人之后的14

天内送达(CPR r7.4(1)),其具体程度须达至重要事实层面。同理,被告的答辩也需对具体诉求文件中的每一段落乃至子段落作出回应,写明否认原告主张的具体原因。通过这一阶段“起诉、答辩、反答辩”的互动,事实争点得以初步成形。

⑩ 当然,证据开示日程和审前会议并不仅限于争点整理这一项功能,只是本文为集中讨论争点整理的实效化路径,而只专注这些程序的争点整理功能。

⑪ 当然,这并不是说动议裁判只具备争点整理一项功能,而是法官在处理各类动议裁判时,也包含了对争点整理的精减。

⑫ 一般而言,证据的关联性争议和传闻性争议均会在审前解决,而真实性争议则会视具体情况而定。参见 Charles W. Gamble, *The Motion in Limine: A Pretrial Procedure That Has Come of Age*, Ala. L. Rev. 33 (1981): 12.

⑬ 德国是收到原告诉状后就着手选择争点整理程序,日本则是自准备书面递送完毕,甚至经历几次口头辩论,彻底了解案情之后才会选择争点整理程序。

⑭ 根据德国《民事诉讼法》第78条的规定,在一般民事案件中,当事人在除初级法院以外的其他法院进行诉讼,均必须由律师代理。

⑮ 日本人证比德国复杂的原因有以下几点:其一,德国没有像日本那样采用交叉询问,而是由法官主导询问,双方当事人只承担补充询问的职责。这种情况下,对证人的弹劾以及一些与间接事实相关的提问会受到极大限制。其二,德国几乎没有当事人询问。民事诉讼法只将当事人询问作为补充性要件规定,且需以对方当事人同意为前提。实务中,对方当事人很少同意接受询问,因此难以实施。其三,德国鉴定制度发达,日本利用人证予以证明的很多事项,在德国会以鉴定代替。其四,德国具备发达的契约制度,大多数法律关系均有详细的法律文书作为依据,且德国文化重视对契约的遵守,使得很多案件无须以证人证言为审理依据。关于德日司法文化、律师强制代理、人证制度差异给争点整理促进化带来的影响,参见最高裁判所,《裁判の迅速化に係る検証に関する検討会(第20回)》,資料2:《諸外国における民事訴訟の審理期間の実情等の概観》。

⑯ 最早提出“管理型法官”概念的是 Resnik,参见 Judith Resnik, *Managerial Judges*, Harvard Law Review 96.2 (1982): 374-448。关于法官是否应当承担管理型角色,在美国一直有争论。但单从司法成本角度来看,加强法官主动性角色有利于促进诉讼这点,已在美国达成共识,只是是否应当为了促进诉讼而将此列入法律成为每个法官都应发挥的职能,在美国仍有犹豫。具体参见 Steven Baicker-McKee, *Reconceptualizing Managerial Judges*, Am. UL Rev. 65 (2015): 353-397。

⑰ 在日本,求释明制度是指一方当事人通过法院,以法院释明的方式,向对方当事人寻求更清晰明了的主张的制度(《日本民事诉讼法》第149条第3款)。当事人照会制度则是指在诉讼系属中,为准备主张或举证而就必要的事项,在适当的期间内,当事人彼此以书面方式提出质问,直接要求相对方回答的制度(《日本民事诉讼法》第163条)。一般认为,求释明的范围比当事人照会窄,前者限于法官释明权限范围内,即以明确诉讼关系,澄清当事人主张或陈述中不明事项为范围(第149条第1款),后者则扩张至对准备主张或举证有必要的一切事项。

⑱ 根据统计,2016年英国律师人均比例为每401人有一个律师,美国则是每300人一个律师,分别排在世界第一位和第五位(参见 <https://www.clements.com/resources/articles/The-Most-Litigious-Countries-in-the-World>,访问日期 2019-10-30)。在英国,本人诉讼,尤其是双方均无律师代理的本人诉讼,非常少见。民事案件中,最常出现至少有一方无律师代理的情况是被告为个人的民事案件,而这类案件中,无律师代理又活

跃参与诉讼对抗的,在郡法院只占28%,在高等法院则占17%,而在开示中起更重要作用的原告无律师代理的情况则更少(参见 Richard Lewis Moorhead and Mark Sefton, *Litigants in Person: Unrepresented litigants in First Instance Proceedings*, Department for Constitutional Affairs, 2005:63)。在美国,本人诉讼的比例逐年增长,但多集中于当事人低收入、个体化、争议具有生活性的案件类型上,这类案件争点整理一般也不用太复杂,而针对程序复杂的民事诉讼,则几乎没有本人诉讼的情况(参见 Emily S. Taylor Poppe and Jeffrey J. Rachlinski, *Do Lawyers Matter: The Effect of Legal Representation in Civil Disputes*, 43 Pepp. L. Rev. (2016): 886)。

⑲ 2016年,德国人均律师比例为每593人一个律师,日本则每3373人才有一个律师。参见 [https://www.nichibenren.or.jp/jfba\\_info/statistics/reform/fundamental\\_statistics.html](https://www.nichibenren.or.jp/jfba_info/statistics/reform/fundamental_statistics.html),访问时间 2019-10-30。

⑳ 根据日本2017年裁判迅速化検証报告书,民事诉讼平均争点整理期间为2.7回。参见裁判の迅速化に係る検証に関する報告書(第7回),23页。

㉑ 根据 Christian Wollschlager 在 *Exploring Global Landscapes of Litigation*, (Baden-Banen: Nomos, 1998)一书中提供的世界诉讼性国家排名,德国位列第一,美国位列第五,英国位列第六。尽管这一数据年代久远,但仍可一窥上述三国人民的诉讼意识。

㉒ 例如,我国大量诉讼事项无需当事人申请而可由法院自行启动,程序性事项的裁判缺乏当事人意见阐述环节,当事人可合意影响的诉讼事项非常有限等。

㉓ 根据2013年《中国律师行业社会责任报告》,我国平均每6250人才有一名律师,并且地域分配非常不均。在基层法院尤其是乡村的基层法院,诉讼代理人多数是来自法律服务所的法律工作者而非律师。参见唐欣瑜、余敬:《农村法律服务制度的实然困境与应然进路》,《齐齐哈尔大学学报(哲学社会科学版)》,2017年第8期,第4-7页。

㉔ 针对这一点,沈阳市中级人民法院发布的《关于民事案件庭前会议(争点整理)的操作规程(试行)》中对法院主持争点整理的操作规范很值得参考。

## 参考文献:

- [1] 齐树洁.论我国民事审前程序之构建[J].法治研究,2010(4): 3-10.  
QI Shujie. On the construction of the civil pretrial procedure of China[J]. Research on Rule of Law, 2010(4): 3-10.
- [2] 李浩. 举证时限制度的困境与出路——追问证据失权的正义性[J]. 中国法学, 2005(3): 152-164.  
LI Hao. The dilemma and outlet of the time limit of adducing evidence: Asking the justification of evidence disqualification[J]. China Legal Science, 2005(3): 152-164.
- [3] 宋春雨.《民事诉讼法》修改中完善民事证据制度的若干设想[J]. 法律适用, 2011(7): 22-24.  
SONG Chunyu. Several thoughts on the improvement of civil evidence system during the amendment of Civil Procedure Law[J]. Journal of Law Application, 2011(7): 22-24.
- [4] 沈德咏. 最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用[M]. 北京: 人民法院出版社, 2015.  
SHEN Deyong. The understanding and application of the

- judicial interpretation of *Civil Procedure Law* by the SPC[M]. Beijing: People's Court Press, 2015.
- [5] 张卫平. 民事证据制度研究[M]. 北京: 清华大学出版社, 2004.
- ZHANG Weiping. Study on civil evidence system[M]. Beijing: Tsinghua University Press, 2004.
- [6] 胡亚球. 民事诉讼制度进化中的争点整理程序[J]. 苏州大学学报(哲学社会科学版), 2012(3): 58-67.
- HU Yaqiu. The issue identification procedure during the evolution of civil procedure system[J]. Journal of Soochow University(Philosophy & Social Science Edition), 2012(3): 58-67.
- [7] 小林学. 複合對話型審理モデル: 民事訴訟における協調的對話と競争的対論[J]. 桐蔭法学, 2013(2): 62-80.
- [8] 井戸俊一, 伊藤大介, 池原桃子. 民事訴訟事件一般に共通する審理長期化要因について[J]. エヌ・ビー・エル, 2009(10): 37-57.
- [9] 段文波. 庭审中心视域下的民事审前准备程序研究[J]. 中国法学, 2017(6): 203-220.
- DUAN Wenbo. Study on the civil pretrial procedure under the perspective of trial centralism[J]. China Legal Science, 2017(6): 203-220.
- [10] MAUET T A. Pretrial: 7th edition[M]. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2008.
- [11] CHASE O G, et al. Civil litigation in comparative context [M]. Minnesota: Thomson West, 2007.
- [12] 纪格非. 论我国民事起诉状的功能转型与内容再造[J]. 现代法学, 2013(6): 132-145.
- JI Gefei. On the functional transit and content reformation of China's civil complaint[J]. Modern Legal Science, 2013(6): 132-145.
- [13] SIME STUART. A practical approach to civil procedure: 19th edition[M]. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- [14] RESNIK JUDITH. Managerial judges[J]. Harvard Law Review, 1982(2): 374-448.
- [15] JORGENSEN L. RONALD. Motion practice and persuasion [M]. Chicago: ABA Publishing, 2006.
- [16] 莱奥·罗森贝克, 卡尔·海因茨·施瓦布, 彼得·戈特瓦尔德, 等. 德国民事诉讼法[M]. 李大雪, 译. 北京: 中国法制出版社, 2007.
- ROSENBERG LEO, etc. German civil procedure law[M]. Trans. Li Daxue. Beijing: China Legal Publishing House, 2007.
- [17] 東京弁護士会, 民事訴訟問題等特別委員会編. 民事訴訟代理人の実務 II 争点整理[M]. 东京: 青林書院, 2011.
- [18] 福田剛久. 準備的口頭弁論と書面による準備手続[C]// 竹下守夫. 新民事訴訟法 II. 东京: 弘文堂, 1998.
- [19] 藤田広美. 講義民事訴訟[M]. 东京: 东京大学出版会, 2007.
- [20] 上谷清, 加藤新太郎. 新民事訴訟法施行三年の総括と将来の展望[M]. 东京: 西神田編輯室, 2002.
- [21] 奥特马·尧厄尼希. 民事诉讼法: 27 版[M]. 周翠, 译. 北京: 法律出版社, 2003.
- JAUERNIG OTHMAR. Civil procedure Law: 27th Edition[M]. Trans. Zhou Cui. Beijing: Law Press, 2003.
- [22] 许士宦. 证据收集与纠纷解决[M]. 台北: 新学林出版股份有限公司, 2005.
- XU Shihuan. Evidence collection and dispute resolution[M]. Taipei: New Sharing Publishing, 2005.
- [23] 孟醒. 从构成要件看我国证据失权制度的功能错位[J]. 烟台大学学报(哲学社会科学版), 2018(3): 49-58.
- MENG Xing. On the function of chinese late evidence disqualification system: Under the constitutive requirements perspective[J]. Journal of Yantai University (Philosophy and Social Science Edition), 2018(3): 49-58.
- [24] 孟醒. 促进诉讼影响下的法系趋同与我国改革路径[J]. 湖北社会科学, 2018(9): 131-138.
- MENG Xing. The Convergence under the influence of litigation acceleration and Chinese reform route[J]. Hubei Social Sciences, 2018(9): 131-138.
- [25] ROWE JR THOMAS D. Authorized managerialism under the federal rules-and the extend of convergence with civil-law judging [J]. Southwestern University Law Review, 2007(36): 191-214.
- [26] 前田智彦. 弁護士任官の促進と訴訟運営における弁護士の役割[J]. 札幌法学, 2004(2): 19-46.
- [27] 林道晴, 太田秀哉. ライブ争点整理[M]. 东京: 有斐閣, 2014.
- [28] SANDEFUR REBECCA L. The impact of counsel: an analysis of empirical evidence [J]. Seattle Journal for Social Justice, 2010(9): 51-96.
- [29] 山本和彦. 民事诉讼の過去・現在・将来——理論と実務を求めて[M]. 东京: 日本評論社, 2005.
- [30] シュタットラーアストリッド, 本間靖規. 現代民事訴訟における裁判所と弁護士の役割分担--改正ドイツ民事訴訟法を例として[J]. 民事訴訟雑誌, 2004(50): 157-182.
- [31] 内田貴. 契約の時代: 日本社会と契約法[M]. 东京: 岩波書店, 2000.
- [32] 夏锦文. 论当事人程序自主权与法官诉讼指挥权的平衡——以民事司法为对象的考察[J]. 江海学刊, 2006(5): 129-135.
- XIA Jinwen. The Balance between the party's procedure autonomy and the judge's procedure command: Under the examination of civil justice[J]. Jianghai Academic Journal, 2006(5): 129-135.
- [33] 黄源盛. 法律继受与近代中国法[M]. 台北: 元照出版有限公司, 2007.
- HUANG Yuansheng. Law inheritance and modern Chinese law[M]. Taipei: Angel Publishing, 2007.
- [34] 张振国. 中国传统契约意识研究[M]. 北京: 中国检察出版社, 2007.
- ZHANG Zhenguo. Study on the traditional contractual conscience of China[M]. Beijing: China Procuratorial Press,

- 2007.
- [35] 张宝生, 张中, 等. 中国司法文明指数报告 2016[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2017.
- ZHANG Baosheng, ZHANG Zhong, etc. China's judicial civilization index 2016[M]. Beijing: China University of Politics and Law Press, 2017.
- [36] 熊跃敏, 张润. 民事庭前会议: 规范解读、法理分析与实证考察[J]. 现代法学, 2016(6): 146-154.
- XIONG Yuemin, ZHANG Run. Norm interpretation, legal analysis and empirical survey on the civil pretrial conference[J]. Modern Law Science, 2016(6): 146-154.
- [37] 高洪宾, 何海彬. 庭前证据交换实务问题研究[J]. 政治与法律, 2001(1): 59-62.
- GAO Hongbin, HE Haibin. Research on the practical issues on evidence exchange before trial[J]. Political Science and Law, 2001(1): 59-62.

## Exploration and perfection of effective issue narrowing mode

MENG Xing

(School of Law, Liaoning University, Shenyang 110036, China)

**Abstract:** China has established the pretrial issue narrowing mechanism, which, however, is too general to provide specific direction for the court to effectively narrow the issues so as to result in limited function of collecting issues, unclear procedures of discussing issues, absent effect of affirming issues, and inability in realizing the effect. Comparing the two law systems, one may find that there are two different modes of issue narrowing. One is the listing-decreasing mode, while the other is the digging-narrowing mode. Considering the situation of undeveloped judicial construction, lawyer system and party disposition on evidence collection, China should take the digging-narrowing mode as the main frame of issue narrowing mechanism. Learning from Japan, the judge responsible for the case should substantively step into issue narrowing early, give the parties full chance to express their case, take full advantage of direction and mind disclosure, and ensure that the pretrial conference can be flexibly used to play different roles at different stages of the issue narrowing procedure.

**Key Words:** effective issue narrowing; pretrial order; direction; judge's mind disclosure; pretrial conference

[编辑: 苏慧]