

法官释明制度的案例研究

卜元石* 著

一、引言

法官释明制度是当下中国民事诉讼法的一个热门话题。在民事诉讼模式转换的进程中,对法院在诉讼的指挥与干预方面进行合理定位必然涉及法官释明制度。虽然对于这一问题的讨论最早可以追溯到 20 世纪 90 年代初期,但直到今天,在很多基本问题上,如释明的法律性质、范围、方式、时间以及不当释明的法律后果仍存在争议。此外,由于相关规定本身的欠缺,加上对于有关案例的评论与梳理不足,导致相关讨论常流于空泛,对实践的指导作用有限。法官释明是一项极具操作性的法律制度,因此对比其理论性,更值得关注的是如何在司法实践中把握释明尺度的具体问题。因此,本文尝试针对中国法院在操作中遇到的疑难问题,结合德国一些相关判例进行分析,来寻求一些启示。之所以选择德国,有三个原因。首先,国内对于法官释明的探讨绝大多数是参考日本、德国及我国台湾地区的文献,而日本与台湾地区均受到德国法这方面的很大影响。其次,法官释明在这一制度的发源地——德国,是民事诉讼法中的一个永恒话题^①,理论与判例积累均非常丰富。关于释明义务的专著与文章一直到今天都层出不穷,其中很多成为德国民事诉讼法学者的成名之作。^②有学者感叹,

* 卜元石,德国弗莱堡大学法律系教授,东亚法研究所所长。

① Stürner, Materielle Prozessleitung und Sachverhaltsaufklärung im Spannungsfeld zwischen Verhandlungsmaxime und Effizienz, ZZP 2010, 147.

② 例如 Brüggemann, Judex statutor und Judex Investigator, 1968; Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, 1982; Stürner, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozeß, 1982; Peters, Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß, 1983; Spickhoff, Richterliche Aufklärungspflicht und materielles Recht, 1999.

没有一条法律条文像法官释明那样 100 年来在法官的司法实践中每天都经历重新的诠释。^③最后,德国在 2001 年对其民事诉讼法进行修改时,将分散在几个条文中有关法官释明内容统一在一个条款即《德国民事诉讼法》第 139 条中^④,澄清了修改前的一些有争议的问题并对释明制度进行了完善。在对相关判决梳理前,首先对围绕法官释明所产生的理论问题进行初步探讨。

二、操作中的难题

综合现有文献,目前中国法官在进行释明操作时面临的难题主要集中在诉讼请求变更与抗辩方面。我收集到下面的典型案例:(1)法官在一审中通过释明促使原告将侵权之诉变更为违约之诉,原告虽然在一审中胜诉,但二审法官认为原告的请求应基于侵权而非违约,因此驳回上诉,如何确定原审法院的责任^⑤;(2)原告以根本违约为由向法院主张解除合同,法官认为该违约行为虽不构成根本违约,但在查明事实时发现原告可以基于合同另外一个条款要求解除合同,在这种情况下是否允许法官向原告建议变更诉讼理由^⑥;(3)原告与被告签订购房合同,原告起诉要求过户,但因所购房屋为限制流通的福利性分房或被告已将该房屋卖与他人并过户,导致被告无法实际履行,法院应该如何释明;(4)原告与被告均为企业,签订资金借贷合同,在借款期限届满时原告要求被告还本付息,被告主张合同无效,法官释明要求变更诉讼请求;(5)是否允许法官对包括诉讼时效在内的抗辩进行释明。^⑦德国法官释明制度中有争议的问题主要包括对于在有律师代理或者对方当事人提示的情形的法官释明^⑧,以

^③ Piekenbrock, NJW 1999, 1360.

^④ 参见伯克哈特·汉斯敏茨伯克:《德国民事诉讼法的修改——回顾与展望》,《诉讼法论丛》第 8 卷,第 464、465 页。

^⑤ 案例来源:邱晓虎、李砚:《论民事诉讼中不当释明问题》,《法律适用》2011 年第 1 期。

^⑥ 案例(2)、(3)来源:俞慧斌:《徘徊在理想与现实之间》,《黑龙江政法管理干部学院学报》2006 年第 5 期;案例(4)来源:张卫平:《民事诉讼“释明”概念的展开》,《中外法学》2006 年第 2 期。

^⑦ 尹腊梅:《抗辩权的法官释明问题》,《比较法研究》2006 年第 5 期。

^⑧ Schumann, Die absolute Pflicht zum richterlichen Hinweis(§139 Abs. 2 ZPO), in: Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag, 2009, 第 188—194 页。

及是否可以对抗辩进行释明。

三、法官释明的概念、法律性质与必要性

(一) 中国与德国的法律规定

对于中国民事诉讼法中是否存在释明制度以及法官的哪些行为可以构成法官释明,学界还有争论。一般认为最高人民法院颁布的《关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规定》)第35条第1款:“诉讼过程中,当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的,不受本规定第34条规定的限制,人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求。”《证据规定》第3条第1款:“人民法院应当向当事人说明举证的要求及法律后果,促使当事人在合理期限内积极、全面、正确、诚实地完成举证。”最高人民法院《关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》第7条对于逾期举证以及拒不到庭的法律后果的说明;第20条:“对没有委托律师代理诉讼的当事人,审判人员应当对回避、自认、举证责任等相关内容向其作必要的解释或者说明,并在庭审过程中适当提示当事人正确行使诉讼权利、履行诉讼义务,指导当事人进行正常的诉讼活动”。最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第5条第2款:“人民法院应当将放弃诉讼请求的法律后果告知赔偿权利人,并将放弃诉讼请求的情况在法律文书中说明。”《民事诉讼法》第111条第5项:“对判决、裁定已经发生法律效力的案件,当事人又起诉的,告知原告按照申诉处理,但人民法院准许撤诉的裁定除外。”^⑨

《德国民事诉讼法》第139条“法院实体性诉讼指挥”规定:

(1) 如有必要,法院应与当事人就事实上与法律上之实体关系与诉讼关系讨论及提出问题。法院应该促使当事人及时和完整地陈述一切重要的事实,特别是在他所主张的事实陈述不充分时加以补充、指明证据手段以及提出适宜的申请。

^⑨ 江伟、刘敏:《论民事诉讼模式的转换与法官的释明权》,《诉讼法论丛》第6卷,第341页。

(2) 当事人所忽略或认为不重要的观点,如果该观点不仅涉及附带请求,只有在法院对此向当事人进行了提示并使其有机会进行陈述时,才能作为判决依据。法院的某一观点有别于当事人的观点时,也适用该条。

(3) 法院应促使当事人注意法院依职权要考虑的部分。

(4) 本规定的指示应该尽早作出,并记载于案卷。指示的作出只可由案卷的内容证明。只有当伪造得到证明时,才允许违反案卷的内容。

(5) 如果一方当事人不能对法院的指示作出即时陈述,则法院应当依其申请指定期间,在此期间内当事人可以补交书状形式的陈述。

(二) 概念、法律性质、类型与必要性

释明来源于德语中 *Aufklärung* 的日文翻译,台湾地区民事诉讼法中称之为阐明。除了 *Aufklärung* 一词外,德国民事诉讼法对于法官释明还有多种其他表述,包括法官提问权(*Fragerecht*)、法官促进程序义务(*Prozessförderungspflicht*)、法官提示义务(*Hinweispflicht*)、法官释明及提示义务(*Aufklärung- und Hinweispflicht*)以及法官实体上诉讼指挥(*materielle Prozessleitung*)。从这些表述中就可以看出法官释明似乎既可以理解为一项权利,也可以理解为一项义务。德国绝大多数学者认为,释明是一项义务,不存在可行使或不行使的自由裁量空间。^⑩个别观点曾经认为,因为法官是否需要释明以及释明到什么程度,取决于个案的具体情况,因此应该允许法官就这些问题进行裁量。但在德国《民事诉讼法》2001年修改后,法官释明被认为是一项绝对的义务。在中国法中,对于释明是法官的权利还是义务的问题同样存在争议。^⑪法官释明到底是一种权利还是一项义务,不完全是一个学理问题,更多的是立法定位的问题。比如在英美法中,采取对抗制的英国及美国都引入了案件管理制度^⑫,赋予法官干预程序

^⑩ Musielak/Stadler, ZPO, 7. Aufl., §139 Rn. 5; Schumann(前引⑧), 第181页。

^⑪ 认为是一种义务:史麦南、王佳:《对构建我国民事诉讼释明权制度的思考》,《法律适用》2004年第12期;郭栋:《诉讼时效抗辩权的法官释明问题探讨》,《法理论丛》2010年第5期;李同民:《法官释明权与我国民事诉讼模式转换相关问题的思考》,《山东审判》2003年第1期;认为是权能:江伟、刘敏(前引⑨)。

^⑫ 陈桂明、吴如巧:《美国民事诉讼中的案件管理制度对中国的启示》,《政治与法律》2009年第7期;卢静娟:《英国案件管理制度改革评析》,《广西政法干部管理学院学报》2003年第6期。

进行的权利。英国与美国的案件管理制度虽然与法官释明近似,但与德国法官释明制度的区别在于英美法官干预是一种职权,而不是义务,不干预不构成程序上的违法。

现有国内对于法官释明制度的研究一般参照日本与我国台湾的文献把释明的类型进行如下几种划分^⑬:一是根据释明的内容将法官释明分为五种——诉讼请求不清楚或矛盾(当事人提出了诉讼请求,但法律依据不清楚,应该提出的事实未提出,这里法官通过释明促使当事人将自己的诉讼主张陈述清楚),诉讼请求不充分(量或质上不充分),诉讼请求不妥当的释明(诉讼请求不适当、诉讼标的的适当、当事人不适当、错列当事人),证据材料不充分以及当事人所忽视的法律观点的释明;二是根据释明权行使的方式划分为消极的释明与积极的释明,消极的释明主要的功能是促进法官与当事人之间就事实与法律的沟通,并非针对某一特定方面,与之相反,积极释明针对的是某一特定问题,法院如果进行了释明就可以促使当事人提出事实或主张权利进而胜诉。^⑭也有认为消极释明是法官可以自己裁量是否进行释明,积极释明是法官有义务必须进行释明。^⑮也有认为积极释明是补充、增加某些诉讼行为,消极释明是去掉、删除某些诉讼行为^⑯;三是按照诉讼阶段把释明分为立案阶段的释明、审前的释明。这种划分对于构成法官释明内容的理解很宽泛,几乎把所有法官给予当事人的告知如诉状的撰写、提交的份数、诉讼费用的计算、兑付等相应的技术性问题均划归为释明。^⑰在德国法中一般不对法官释明作上述分类。

关于法官释明的必要性,文献中已有诸多讨论,这里不再赘述。一般认为,释明制度有利于发现客观事实、便于当事人诉权的行使、促进实质正义的

^⑬ 江伟、刘敏(前引^⑨);黄松有:《民事诉讼证据司法解释的理解与适用》,2002年;熊跃敏:《民事诉讼中法院释明的实证分析》,《中国法学》2010年第5期;史麦南、王佳:《对构建我国民事诉讼释明权制度的思考》,《法律适用》2004年第12期。

^⑭ 王洪伟、颜伟:《法官释明权行使的流程改革》,《山东审判》2001年第1期;李木贵:《民事诉讼法》,2007,第6-4页。

^⑮ 熊跃敏:(前引^⑬)。

^⑯ 张卫平(前引^⑬):第131页。

^⑰ 史麦南、王佳:《对构建我国民事诉讼释明权制度的思考》,《法律适用》2004年第12期。

实现。此外,释明制度能够提高程序的效率,减轻当事人的诉累^⑮,避免突袭判决,增强当事人对判决的认可,便于纠纷的一次性解决。因此,法官释明是兼顾实体公正与程序公正的一项重要制度。^⑯从实证角度来看,特别是考虑到公民的法律素质,通过法官释明可以平衡当事人诉讼能力上的差异。^⑰从规范角度来看,法官释明是在民事诉讼法中落实宪法确定的听审请求权的具体措施,目的是为了防正突袭判决。^⑱

四、对于法官释明的质疑

(一) 是否与辩论原则相悖?

对于法官释明义务的必要性与其正当性持有保留态度的观点,其出发点通常是认为我国司法改革的趋势是限制法官的能动性,而不是扩大能动性,建议审慎对待法官释明义务的引入,以避免职权主义的回归。^⑲这一观点一般担心法官释明义务可能与辩论原则发生冲突。^⑳判断这种担心是否有根据,必须首先要解决辩论原则的本质是什么的问题。以当事人与法院在民事诉讼中责任的分担为标准可以把民事诉讼制度分为当事人主义(Partheiherrschaft)与职权主义(Offizialmaxime)。在这对大概概念之下,可以继续区分三对下位概念:处分主义(Dispositionmaxime)与职权调查主义(Untersuchungmaxime),辩论主义(Verhandlungmaxime)与职权探知主义(德语中同样称为 Offizialmaxime),当事人进行主义(Partheibetrieb)与职权进行主义(Amtsbetrieb)。^㉑处分主义与职权调查主义针对的是对于法律纠纷在程序上的处置,包括起诉、

^⑮ 沈冠伶:《民事证据法与武器平等原则》,2007,第3—12页;江伟、刘敏(前引⑨):第341—343页;谢可训:《诉讼法论丛》第9卷,第367—369页。

^⑯ 江伟、刘敏(前引⑨):第333页。

^⑰ 江伟、刘敏(前引⑨):第341—342页。

^⑱ 熊跃敏:《民事诉讼中法院的法律观点指出义务》,《中国法学》2008年第4期。

^⑲ 张卫平(前引⑥):第133—135页。

^㉑ 江伟、刘敏(前引⑨):第331页,认为法官释明是职权主义的固有内容,并认为释明权与辩论主义是对立的。

^㉒ 李木贵(前引⑭),第1—82页;吴杰:《辩论主义之历史、论证与制度》,《厦门大学法律评论》;当然这种区分不是绝对的。

撤诉、和解或以其他方式终结诉讼以及决定诉讼请求与诉讼标的。而辩论主义与职权探知主义涉及的是诉讼的事实、证据,因此辩论主义又被称为事实证据提出原则。当事人进行主义与职权进行主义主要是以程序上的诉讼指挥(formelle Prozessleitung),比如说排期、送达、询问证人、传唤当事人等为区分对象。在这方面英国与美国实行的是当事人进行主义,而德国等大陆法系国家实行的是职权进行主义。因为概念使用的不统一,所以对于这几对概念的理解也不一致。有学者认为广义的辩论主义包括处分主义。还有观点把职权主义分为职权进行主义与职权探知主义。^⑤

通说认为辩论主义包含三个方面的内容:(1)只有当事人提出并加以主张的事实,法院才能作出判决;(2)当事人自认或不争执的事实,无需举证;(3)认定事实所需要的证据,应由当事人进行调查。^⑥辩论主义的内容看似并不复杂,但在实践中还是会产生这样或那样的疑问。比如说法官可以以依职权所了解或显见的,但当事人没有提出的事实作为根据吗^⑦?比如说,法官通过对证人进行询问,了解到偿还的事实,但是如果当事人没有主张,根据辩论原则法院当然不得以该事实作为判决的根据。^⑧在案例二中,如果在质证过程中发现新的证据,或是新的请求权基础,是否允许予以提示呢?德国法的主流观点认为法院必须向当事人提示,只有在当事人将该事实吸纳到自己的陈述中时,法院才能在判决中使用该事实。^⑨把他人陈述变为自己陈述可以是明示行为,也可以是默示行为。在台湾地区,法院通过证据调查发现了新的事实,法官应该就此进行释明,如果当事人坚决不主张,该事实是否可以成为判决的根据也存在意见分歧。^⑩有观点主张只要当事人没有明确否定该事实,则就可以作为判决

^⑤ 江伟、刘敏(前引⑨):第331页。

^⑥ 江伟、刘敏(前引⑨):第329页;江伟、刘荣军:《民事诉讼中当事人与法院的作用分担》,《法学家》1999年第3期。

^⑦ 沈冠伶(前引⑬):第9页。

^⑧ 吴杰:《辩论主义之历史、论证与制度》,《厦门大学法律评论》,第220页。

^⑨ Wagner in MüKo ZPO, Einleitung §139 Rn. 294; Musielak/Stadler, ZPO, 7. Aufl., §139 Rn. 8; Stürner, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozeß, 1982, RN. 65.

^⑩ 沈冠伶(前引⑬),第9页。

的依据。^①这种看法可以认为是一种对于新事实默示认可的宽泛理解。此外,日本和台湾地区的文献还对事实的种类进行进一步划分,根据事实属于主要事实、间接事实还是辅助事实来确定对于该事实的陈述对法官具有约束力,进而得出结论辩论主义所指的事实应该是主要事实或要件事实,即决定法律后果是否发生、变更或消灭的事实。^②比如原告主张对方过失侵权,法院是按照原告主张的行驶速度过快还是按照原告未主张的精神未集中来认定过失都不违反辩论原则,因为对于过失的主张构成主要事实,辩论原则只要求法官不能超出主要事实作出裁判。当然这种对于辩论原则的诠释在日本和台湾地区均有不同见解。德国法中对于辩论原则中当事人主张的事实并不作上面的划分。在同样的案件中,根据《德国民事诉讼法》,如果原告只主张了过失,而未提供任何过失所依据的事实,那么该诉讼请求就是不充足,因此会被法院驳回。如果原告仅主张被告行驶过快因此构成过失,那么法院原则上就应该只对是否存在因行驶速度过快导致的过失进行裁判,而并没有(权利)义务去调查被告是否有其他过失行为。在德国因违反辩论原则而认定判决错误的案例数量很少,在下面两个案例中德国联邦最高法院对于辩论原则的内容作出了进一步阐述:

案例一(德国联邦最高法院 2002 年 6 月 15 日判决^③):

原告与被告均从事屠宰业务,双方签订一份承揽合同,由原告派其员工到被告处负责一部分屠宰业务,双方均认为法律关系是承揽关系并明确在合同中约定双方签订的是承揽合同。双方合作因一方提前解除合同而终止。原告要求被告支付承揽合同未付报酬并赔偿因解除合同产生的损失。一审法院确认了双方的承揽关系,并判决被告向原告支付未付报酬。在被告提起的上诉审中,二审法院认为双方的法律关系并不是其所主张的承揽关系,而是劳务派遣关系。双方之所以主张承揽关系,是因为根据德国《劳动派遣法》要求从事劳务派遣必须具有相应的许可,而原告并没有此项许可,双方的行为已经构成

^① 沈冠伶(前引⑩),第 10 页。

^② 李木贵(前引⑭),第 1—78 页。

^③ NJW 2002, 3317.

以合法形式掩盖非法目的,承揽合同因此无效。但原告可以以不当得利要求被告返还所获不当利益。上诉法院因此向原告释明,但最终二审法院却完全驳回了原告的诉讼请求。因此原告向联邦最高法院要求再审。原告在再审中对二审判决提出质疑之一就是二审法院违反了辩论主义原则,因为双方并没有对原告所委派人员是否已经融入了被告生产经营中作出陈述,而这一点是确定双方是否构成劳务派遣关系的关键。联邦最高法院驳回了原告的观点,并指出双方因为坚持认为其法律关系为承揽关系,所以对于是否构成劳务派遣关系没有进行进一步澄清。原告在收到法院的释明裁定后仅说明原告所委派人员为分包商,被告则通过其律师陈述被委派人员并没有融入被告生产经营中,但对于被委派人员如何参与经营没有作出进一步说明。在这种情形下,法院对双方提供的合同进行了审查,并发现根据第 4c 条被告对于被派遣原告有广泛的控制权,并根据当事人提供的其他往来信函得出双方构成劳务派遣关系的结论。

案例二(德国联邦最高法院 2008 年 10 月 20 日裁定^④):

在这一案件中,原告要求被告偿还金额为 93 782.58 欧元的借款。原告主张被告所买的土地及其上房屋为被告的父亲以及原告的女儿所居住。因为被告的父亲及原告的女儿无法贷款,所以大家约定由被告出面以自己的名义购买该土地及房屋,而原告把原本准备借给其女儿的钱借给了被告。在该土地及房屋被强制拍卖后,被告共获得 128 000 欧元的价款。原告要求被告返还该借款。一审法院驳回原告的诉讼请求,二审法院判决原告部分胜诉,理由是原告与被告在买房事宜上已经构成了民事合伙,因此在民事合伙解散时,原告作为合伙人可以要求分配合伙财产。联邦最高法院认为在这一案件中,二审法院明显违反了辩论主义原则,因为民事合伙的前提是存在成立合伙的合意。而在二审法院向当事人释明自己的法律观点认为存在民事合伙时,双方当事人一致否认。此外,当事人和证人的陈述从来没有暗示可能会存在民事合伙的事实基础。

^④ DStR 2008, 2499, 2500.

在两个案例中法院均通过释明要求双方当事人就某一特定事实进行补充,而当事人或者没有补充或者作出了有别于法院认定事实的陈述。在案例一中,法院之所以没有违反辩论主义是因为,法院查明的事实即原告是否派遣人员以及融入被告的生产经营中所依据的是双方提供的合同。只要一方提供了合同,即便没有在事实陈述中援引某一特定条款,辩论主义原则并不能限制法院对此条款进行审查以及作为判决的依据。而在案例二中,法院认定的事实在当事人陈述中找不到任何根据。

在讨论辩论原则时,必须明确辩论原则的内容仅涉及诉讼材料,不涉及法院对于某一事实是否已经被证明以及某一事实的法律定性的问题。在证据法中,大陆法系国家适用的是自由心证,法官一般都有权利依职权进行证据收集与调查。但是与我国不同,德国民事诉讼法中,法官进行调查的证据所针对的事实必须是当事人已经主张的事实,而不能调查当事人没有主张的事实。比如在德国联邦宪法法院判决的一个案件中^⑤,原告起诉要求被告赔偿其家公寓门所受的损害。原告主张被告用橡胶棒敲打、用刀划坏原告家公寓门,并主张原告的妻子作为证人可以证明破坏行为。一审法院以证据不足驳回起诉,其理由是原告妻子的证言与她在一审法院另外一个程序中所作证言矛盾,因此不予采信。德国联邦宪法法院就此案再次重申,民事诉讼中法官收集证据是一个例外,一般以当事人申请为前提。如果被收集的证据为法院本身所保管,法院可以无需当事人申请使用这一证据,但前提是当事人在诉讼文书中已经明确援引了这一证据。在这一案件中,被告没有援引另外一个案件中原告妻子的证言,因此法官在本案中使用了这些证言就构成了对辩论主义的违反。

就事实的法律定性,法官也不受辩论主义的束缚,而是完全可以根据自己的认识来进行,不受当事人所持有的观点所约束。国内文献逐渐开始关注法律观点指明义务^⑥,但必须明确的是,法律观点指出义务间接与辩论主义产生联系。因为法官释明实际上针对的是事实陈述,但事实陈述与适用法律的判

^⑤ NJW 1994, 1210.

^⑥ 熊跃敏(前引②):第120页。

断通常密不可分。如果当事人对于法律关系认识错误,自然就会导致对事实的陈述发生偏差,造成相关的事实没有陈述。为了避免这种情形的出现,法官有义务向当事人释明其法律观点。^⑦

释明权制度被视为结合当事人与法院在诉讼中权能的“粘合剂”^⑧,能够在坚持辩论主义的前提下,补充其不足。特别是考虑到现代民事诉讼法的趋势是强调法官对于诉讼的干预,法官释明在某种程度上对辩论主义的适用作出了一定修正。

(二) 为什么不是协同主义?

协同主义,又被翻译成协动主义,最初源于德国学者鲁道夫·瓦塞尔曼(Rudolf Wassermann)所倡导的一种民事诉讼模式。该模式要求法院与当事人形成一种作业共同体,协同配合查明客观事实,在此基础上法官作出裁判。该原则对德国民事诉讼法的发展产生了深远的影响,但德国主流的学术观点对此都持批判态度。^⑨协同原则之所以被批判的一个重要原因是主流观点认为,协同主义模糊了当事人与法院的义务分配。法院与当事人之间的关系依然应该是你给我事实,我给你法律的关系。尽管“在当今世界,即便在我们这个刚刚起步的致力于法治的国家,单纯强调某一模式已经失去了现实意义,已经远离时代的潮流”^⑩,但是对于法院与当事人的义务的划分却仍应当明确、合理。

以当事人与法院在诉讼中的主导地位为标准进行划分,民事诉讼模式可以分为当事人主义与职权主义。^⑪但是,无论是采取对抗制的英美法国家还是强调法官职权的大陆法系国家,民事诉讼都承认辩论主义原则,尽管对于这一认识无论在国内还是国外都有不同意见。^⑫一种新的观点根据法院与当事人在

^⑦ Schumann(前引^③), 183。

^⑧ 江伟、刘敏:《论民事诉讼模式的转换与法官的释明权》,《诉讼法论丛》第6卷,第341页。

^⑨ Stürmer(前引^①),第154页。

^⑩ 江伟、刘荣军:《民事诉讼中当事人与法院的作用分担》,《法学家》1999年第3期。

^⑪ 江伟、刘敏(前引^⑨),第328页。

^⑫ 张卫平:《转换的逻辑·民事诉讼体制转型分析》,2004年,第40页以后;Stürmer(前引^②),第152页。

诉讼中义务的分担把西方民事诉讼模式细分为三种:法国与意大利模式、英美模式和以德国为代表的现代模式。在法国与意大利模式中民事诉讼分为三个阶段。在庭审前的两个阶段,原、被告双方在起诉书与答辩状中就事实进行陈述,法院对陈述进行充分性审查。只有对那些相关的、有争议的事实,法院在第二阶段(指导阶段,Instruktionsphase)根据当事人申请或依职权进行质证。在这两部分结束后,当事人就事实认定与适用法律问题在庭审中进行辩论。这种模式的特点是当事人严格对事实的主张与查明负责、法官负责适用法律。法官有权利但没有义务干预事实查明。^{④③}其缺点是程序拖沓、效率低下。事实查明需要双方多次照会。英美模式同样分为三个阶段,在第一阶段法官对起诉书进行充分性审查,主要目的是排除那些明显没有根据的起诉。通过了这一审查的诉讼进入第二阶段——证据开示阶段。双方在这一阶段对事实与证据进行交换,但信息交换并不与法院发生关系。在第三阶段,即庭审,当事人在法官面前陈述事实、展示证据,法官很少干预程序的进行。这一模式并不严格区分事实陈述与证据调查,因为两者都由当事人负责。所谓的现代模式是上述两种模式的混合体,被认为是吸收了两者的优点。在第一阶段,法官对于起诉书与答辩状进行充分性审查,这样可以对诉讼对象及时进行分流。在第二阶段,即庭审准备期,法官组织当事人进行质证,当事人对事实及证据进行补充。在主期日开庭时,只对有争议的部分进行辩论与质证、认证。第三种模式又被称为以德国、西班牙为代表的集中审理模式。国际私法统一协会起草的《跨国民事诉讼原则》以及美国法学会所采纳的就是这种集中审理和法院与当事人处于对话式的民事诉讼模式。^{④④}日本、韩国和英国民事诉讼法的改革也是朝着这个方向发展。

在中国对于民事诉讼模式的争论一直都没有定论。最高人民法院对于审前程序的改革一定程度上也是向集中审理方向努力,但是在调查取证方面,改革却陷入了一种进退两难的境地。强调当事人对于证据收集的责任似乎超越

^{④③} Stürner(前引①),第149—152页。

^{④④} Stürner(前引①),第152—153页。

了目前中国当事人的法律知识现状及诉讼能力,强调法院的责任,则又被视为是多为诟病的职权主义的回归。

(三) 法官释明与法官中立性

法官在进行释明时必须平等对待双方当事人。在当事人诉讼地位处于事实上的不平等的情况下,可能对相对弱势的当事人进行的释明比较多一些,但仅对弱势当事人释明难免违反中立原则。在这种情况下,德国民事诉讼法允许当事人申请法官回避。数据表明,德国大概有 1% 的回避与释明有关。^{④⑤}如果法官通过释明给予当事人以不适当压力,希望达到某种结果,这种行为就可能被认定违反了法官的中立性。^{④⑥}德国《民事诉讼法》第 139 条第 5 款要求法官释明必须记入卷宗。如果法官是通过书面的方式如释明裁定或是晓喻裁定,那么这些裁定自然会成为卷宗的一部分。如果法官是口头给予了释明,则该释明应录入笔录。如果是通过电话给予释明,则在卷宗中要作出记载。如果是通过电子邮件,则应该把该邮件打印装订在卷宗内。

五、法官释明行使的边界

(一) 如何行使:时间、方式与前提

在中国有观点认为法官释明从实现其目的出发可以在诉讼任何阶段进行,包括起诉受理、审前准备、开庭审理、二审和再审程序。^{④⑦}根据德国民事诉讼法,法官原则上可以在任何阶段进行释明,但第 139 条第 4 款要求法官进行释明时间上要尽可能早。越早进行,就可以避免当事人把时间与精力花费在与案件不相关的方面。德国民事诉讼程序的设计分为两个阶段,第一阶段为预备性的第一期日或是书面的审前准备程序,第二阶段为主期日。但这种区分

^{④⑤} Hommerich et al., Rechtstatsächliche Untersuchung zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozessrechts auf die gerichtliche Praxis, 2006, 100.

^{④⑥} Gehrlein in MüKo ZPO, 3. Aufl. §42, Rn. 33.

^{④⑦} 江伟、刘敏(前引⑨):第 346—347 页。

在实践中法官有一定自由操作空间。如果在第一期日事实与法律关系明确,法官也可以在第一期日就作出判决。预备性的第一期日也有可能只是查明与整理诉讼文书与证据材料。所以根据第 139 条第 4 款,释明尽可能在第一次开庭前就行使^{④⑧},并且给当事人以适当的时间进行回应。但是如果法院没有办法在第一次开庭前释明,比如是因为法院人少案多,可能在开庭前才有时间仔细研究案卷,那么事实上就无法在开庭前进行释明,或者是因为案件特别复杂,比如在大型建筑承揽合同纠纷中,因为争点众多,在当事人在场时,对于争点的整理远远快于书面释明,那么法院会等到开庭时才进行释明。^{④⑨}实证调查表明法官释明多数在开庭时才行使。^{⑤①}

我国《证据规定》中目前对释明方法已规定了告知、说明、询问三种形式。德国民事诉讼法规定有发问、晓喻与过议三种。^{⑤②}法官发问的目的是为了促使当事人补充和细化诉讼材料,使得诉讼材料更加适合程序的进行。法官可以就纠纷的背景、双方的动机和经济上的影响发问,前提是问题与诉讼标的相关。因为当事人可以自己决定是否回答问题,这种提问被认为并不违背当事人原则。法官可以通过现代化手段在开庭前与双方沟通,给双方当事人与审判有关事实与法律问题的小结。^{⑤③}晓喻是法官提请当事人注意其所忽略或者认识错误的部分,特别在上诉法院与初审法院对于法律问题的判断不同、对于裁判相关的问题判断不同时法官应给出提示。^{⑤④}提示必须具体,比如说不能只说合同可能无效,而应该结合案件与法律相关的事实进行。过议主要是与当事人就事实与法律进行的讨论。

法官进行释明在德国是一项原则,不进行释明是例外。这一例外的适用情形是当事人明显不愿意或者无法进行补充。比如在当事人以合法手段掩盖非法目的时,尽管法官进行释明,当事人也不愿意对于事实真相作出进一步说

^{④⑧} Schumann(前引⑧),第 176 页。

^{④⑨} Baumbach/Lauterbach/Hartmann, §139 Rn. 94.

^{⑤①} Hommerich et al., 96.

^{⑤②} 史麦南、王佳:《对构建我国民事论释明权制度的思考》,《法律适用》2004 第 12 期。

^{⑤③} Zöller/Greger, ZPO 28. Auf., §139 Rn. 4.

^{⑤④} Zöller/Greger, ZPO 28. Auf., §139 Rn. 6. Musielak/Stadler, ZPO 7. Auf., §139 Rn. 8.

明。在这样的情况下,法官就没有必要就同一问题反复释明。但是,《德国民事诉讼法》第 139 条并没有引入一项宽泛的询问义务。只有在当事人陈述中有不清楚或有漏洞的情况下,才要求法官进行释明。^{⑤④}

(二) 当事人是否可以要求法院释明

在当事人有律师作为诉讼代理人的情况下或者当事人本来就是法律专业人士,是否还需要法官释明呢?或者在一方当事人已经指出对方言辞辩论、诉讼文书中的缺陷,那么法官是否还要作出相同的提示?在《德国民事诉讼法》2002 年改革后,法官释明被认为是一种绝对义务,因此必须履行,上述情形改变的只是程度问题。^{⑤⑤}此外,当事人或当事人的律师也可以请求法院进行释明。在德国律师实务中已经形成了这样的惯例,即就特定的法律或事实问题请求法院进行释明。^{⑤⑥}对于这样具体的请求,法院理所当然应该进行释明。关于上诉手段的告知不属于法官释明,而且法院也无此项义务。^{⑤⑦}

(三) 立案、起诉阶段的释明

根据《德国民事诉讼法》,起诉阶段涉及两个问题:一个是诉讼要件^{⑤⑧},一个是起诉书的充足性问题。不满足诉讼要件,法院对于诉的实体内容不作出裁决,仅作诉讼程序上的驳回起诉裁决,相当于我国的不予受理。起诉书不充足,法院作出实体上驳回起诉的裁决。德国《民事诉讼法》第 139 条第 3 款主要针对的就是起诉要件,因为起诉是否满足诉讼要件,是法院依职权必须进行审查的问题。如果不符合诉讼要件的要求,法院应该指明。特别是如果法院已经开始质证,并给当事人已经造成一种错误的印象,即起诉符合诉讼要件,更应如此。又如《德国民事诉讼法》要求给付之诉金额必须明确,如果原告要求的金额不明确,法院必须在以此为理由驳回起诉前,建议原告对诉讼请求进

^{⑤④} Musielak/Stadler, ZPO 7. Auf., §139 Rn. 7.

^{⑤⑤⑦} Zöller/Greger, ZPO 28. Auf., §139 Rn. 2.

^{⑤⑥} Schumann(前引^⑧),第 178 页及以下。

^{⑤⑧} 李木贵(前引^④),第 5 1 页。

行修改。如果法院没有管辖权,法官必须向被告释明,否则被告未提出管辖权异议就提交答辩状的,不视为产生应诉管辖的效果。^{⑤⑨}

在起诉阶段一个比较有争议的问题是在多大范围内允许法官对诉讼请求的撰写进行提示才不违反法官的中立性。如果法院仅是基于原告的陈述查明其诉讼请求^{⑥⑩},并在这一范围内通过提示原告撰写能够被接受的诉讼请求(起诉书)^{⑥⑪}、澄清起诉书的内容^{⑥⑫},这种释明通常不会引起异议。也就是对于诉讼请求补充方面的提示一般都是允许的。比如原告起诉的时候没有就利息部分提出要求,法院应该查明当事人是有意还是无心而为。再比如原告事实陈述中互相矛盾的、含混不清的或者明显错误的,当事人姓名拼写错误或存在法律允许当事人变更的情形^{⑥⑬},或是原告不适格或者无起诉权,法院驳回起诉前必须对当事人进行释明^{⑥⑭},但法院不能自己进行调查取证,而是要求当事人补充。^{⑥⑮}也允许法院建议当事人对实体法律关系进行变更,如建议转让争议的权利以弥补当事人不适格的缺陷。^{⑥⑯}又如法院可以提示原告将排除妨害之诉精确化,提出支付之诉而不是分割共同所有财产之诉,列举请求返还原物的具体物件。^{⑥⑰}当法院在查明事实发现当事人主张继续履行合同的诉讼请求不能实现时,理应进行释明,提示其变更诉讼请求。

另外一个有争议的问题是法院可否建议当事人变更诉讼请求。原则上,不允许法院在当事人的事实主张之外提示变更、修正或是补充诉讼请求。^{⑥⑱}根据《德国民事诉讼法》第 263 条规定,在发生诉讼系属后,当事人变更诉讼请求需要对方同意或者是法院认为允许变更更有利于审判才能进行。德国主流观点认为如果这种变更是德国《民事诉讼法》第 264 条意义上的变更,那么应该

^{⑤⑨} Schumann(前引③),第 189 页。

^{⑥⑩} BGH, NJW-RR 1995, 676 = GRUR 1995, 354(358).

^{⑥⑪} BGH, NJW 1994, 589(592).

^{⑥⑫} BGH, NJW-RR 1989, 1403.

^{⑥⑬} Musielak/Stadler, ZPO 7. Auf., §139 Rn. 8.

^{⑥⑭} Pieckenbrock(前引③),第 1361 页。

^{⑥⑮} Zöller/Greger, ZPO 28. Auf., §139 Rn. 9.

^{⑥⑯} Musielak/Stadler, ZPO 7. Auf., §139 Rn. 9.

^{⑥⑰} BGHZ 122, 16(19) = NJW 1993, 1801; BGH, NJW-RR 1992, 566(567).

^{⑥⑱} 熊跃敏(前引③)。

允许,因为这里并没有改变诉讼请求的实体法。此外,变更前与变更后的诉讼请求本质是一致的,比如把要求损害赔偿的请求变更为恢复原状^{⑥9}的请求,那么也允许法官进行释明。反之,如果变更诉讼请求扩展了诉讼目标或改变了诉讼目标,比如当事人扩大诉讼请求的范围,加入第三人,把执行异议之诉改为消极确认之诉,对于这种变更的提示就是被禁止的。^{⑦0}法院不能建议扩大部分之诉或者在可抵消的债权超过了起诉债权时,建议提起反诉。^{⑦1}但是德国最高法院的判例也不一致。从纷争的集中处理原则出发,对于释明范围的认定就可能比较广泛。比如原则上能够提起给付之诉的,不能提起确认之诉。如果当事人提起了确认之诉,那么法院就应该履行其释明义务。在一方当事人无需引入新的事实的前提下,也允许法院提示该当事人以另外的请求权基础作为诉讼基础,或者提出反诉、主张数项法律关系。诉的变更比如返还原物改为损害赔偿或不当得利一般是允许的,但改动金额不允许。但是法官可以帮助当事人澄清主诉讼请求与预备性诉讼请求,或提出预备性诉讼请求,但不能建议财产保全或重置期限。^{⑦2}

(四) 审前与开庭阶段的释明

在审前和开庭阶段,除了诉讼请求方面,释明还涉及民事证据方面的问题。比如当事人明显忽略了某个该证明而没有证明的事实,法官可以依职权取证但不行使该项权利,比如对某一问题不聘请专家进行鉴定,法院均应该进行释明。如前文所述,《德国民事诉讼法》的条文虽然并没有明文规定法院收集及调查证据只能局限在当事人事实陈述所圈定的范围,但是从法律体系可以推导得出这一结论。^{⑦3}德国法官不能为了查明当事人所没有陈述的事实而收集证据。比如对于证人的询问,法官的发问限制在当事人在诉讼文书中所限定的需要证明的问题,而不是自由发问。德国法官根据法律规定甚至开始不

^{⑥9} Musielak/Stadler, ZPO, 7. Aufl., §139 Rn. 12.

^{⑦0} Musielak/Stadler, ZPO, 7. Aufl., §139 Rn. 5, 13.

^{⑦1} Pieckenbrock(前引^③), 第1361页。

^{⑦2} Musielak/Stadler, ZPO 7. Aufl., §139 Rn. 11.

^{⑦3} Stürner, 157.

能提出单独的问题,而只能让当事人就需证明事实进行陈述,之后才能够提问,当事人也只有在获得法院许可时才能向证人直接提问(《德国民事诉讼法》第397条第2款)。如果当事人未表明承认或否认某项事实,法院应进行发问;举证申请本身不完整或不确定,或者证据不合适,或是当事人完全没有举证,比如是因为对举证责任分配理解错误而放弃举证⁷⁴,法官应该释明。在法院进行质证后,应当向当事人阐明其初步法律判断,如果觉得举证不充分可否提示当事人提供证据。在认定证据时,法院对于某个证人的可信性或书证即勘验物的说服力的判断与当事人不同时,应该指明,并询问当事人是否承认或否认某项有争议的事实。⁷⁵因此,对于举证的释明必然允许法官公开心证。⁷⁶而这一点目前与中国法律的规定正好相反。

中国《证据规定》第3条认为对于举证的释明包括举证责任的分配原则与要求、向人民法院申请调查取证的情形、当事人约定举证期限的方式或人民法院指定的举证期限和逾期提供证据的法律后果。但是这些提示都是抽象的,不结合具体案件,根据德国法,并不构成释明。⁷⁷而且,如前所述,《德国民事诉讼法》并不要求法官作出这种宽泛的释明,释明必须结合当事人具体的诉讼行为进行。那么对于举证的具体告知虽然可能导致当事人提出新的诉讼材料,但这正是释明所要达到的促使当事人补充、修正诉讼进攻与防御手段的目的,因此法院对于举证的释明与辩论原则并不相悖。⁷⁸

在德国,法官在庭审时进行释明的,当事人可以当场作出反应,或者法院可以允许当事人补交诉讼文书。法院也可以休庭并确定再次开庭的时间,或者之后进行书面审理。⁷⁹如果法院在庭审时没有进行应该进行的释明,尽管当事人都进行了最后的言辞辩论,审理本来已经完结,根据《德国民事诉讼法》第156条第2款的规定,法院有义务再次开庭。⁸⁰

⁷⁴ Musielak/Stadler, ZPO, 7. Aufl., §139 Rn. 14.

⁷⁵ Musielak/Stadler, ZPO, 7. Aufl., §139 Rn. 19.

⁷⁶⁷⁷ 熊跃敏(前引¹³)。

⁷⁸ 张卫平(前引⁶):认为法院对于举证的释明可能会逾越法院的中立地位。

⁷⁹ Schumann(前引⁸),第186页。

⁸⁰ Schumann(前引⁸),第180页。

（五）对于抗辩的释明

国内文献中对于抗辩释明的讨论有很多。^①在这些讨论中,经常引用德国文献对抗辩权与抗辩进行区分,并认为法官原则上不能主动对抗辩权进行提示,但是应该赋予法官权利为了保护弱者进行释明^②,或是基于诚信原则,为了实现实体正义可以释明。^③根据德国法,当事人明显忽略了某个与审判相关的方面或者是认为该方面与审判无关,法院可以要求当事人在开庭前提供新的事实和证据。这种与判决相关的方面可以是针对事实的阐述,也可以针对法律的理解,前提只有当当事人主张不清楚有漏洞时。^④如果一方当事人对于某一项合法的防御手段完全没有提及,那么法院也不能作出提示。^⑤因此,法官原则上只有在一方当事人在其陈述中可以得出存在诉讼法意义上抗辩权的线索时,才有义务就该抗辩权进行释明。^⑥如果当事人没有以任何方式表明辩驳对方的请求,尽管存在事实基础,也不允许法官向该当事人指明。^⑦

六、不当行使的后果及救济

根据《德国民事诉讼法》,违反法官释明义务即构成对程序法的违反,也可能构成对于法定听审权的侵害或者禁止任意行为的违反^⑧,当事人可以提起上诉、法定听审权控告甚至宪法诉讼。在《德国民事诉讼法》修改后,违反释明义务可以导致允许二审法院对于事实进行重新认定,并且允许引入因法官怠为行使释明义务所没有主张的新事实。^⑨当事人必须陈述,假如法院履行了释明

① 参见尹腊梅(前引⑦)。

② 尹腊梅(前引⑦)。

③ 郭栋(前引⑩)。

④⑤ Musielak/Stadler, ZPO, 7. Aufl., §139 Rn. 7.

⑥⑦ Musielak/Stadler, ZPO, 7. Aufl., §139 Rn. 9.

⑧ Schumann(前引⑧),第197—198页。

⑨ 《德国民事诉讼法》第529条第1款第2项,第531条第2款第2项。

义务,他们原本可能主张哪些事实、作出哪些反应。如果判决基于的是因为法院未行使的释明义务,则可以撤销原判并根据《德国民事诉讼法》第538条第2款发回重审。

在中国相关文献中,将违反法官释明义务的行为分为三种:怠为行使、错误行使与过度行使。^⑩其中怠为行使的意思比较明确,所指的是法官在应该释明的情形下没有释明。错误释明被解释为法官因为自己对法律的认识错误,因而给当事人错误的指示。比如在某案例中,一审程序中原告向被告提起侵权之诉,而法院向原告释明,认为原告对于被告的诉讼请求是合同之诉,原告更改了诉讼请求,一审法院裁判原告胜诉,但二审法院认为是侵权之诉,因此驳回了原告的诉讼请求。一审法院的释明并不是一种错误释明。因为,法律适用不是一种精确科学,特别在有争议的案件中,如何适用法律可能存在多种并行的看法,对于事实的认定更是由于自由心证可能存在不同。所以一审法院并不能担保二审法院与其法律观点以及事实认定一致。如果承认这种释明是一种错误释明^⑪,那么就相当于要求法官必须保证他的认识在任何其后的上诉审中为其他法院所支持。这样一种要求没有任何法官可以达到。因此,即便在二审法院确认一审法院判决错误,在没有实施强制措施的前提下,并不产生国家赔偿责任。更何况法官释明只是一种提示,原告没有服从义务。在原告不理睬释明的情形下,法官释明至少达到了避免突袭判决的功能。在上述案件中,可以避免产生对原告不利后果的一个方法是允许使用预备性诉讼请求^⑫,即当事人在主诉讼请求没有得到法院支持的前提下,法官才对预备性诉讼请求进行裁判。但中国不允许预备性诉讼请求,主要是认为这样的诉讼请求未达到起诉确定性要求。

文献中所谓的过度释明主要指的是法官对于抗辩与抗辩权的释明。如果法官进行了过度释明,导致一方当事人意识到了之前没有意识到的防御手段,德国法中允许另一方当事人主张原来的法官回避,但是这样并不能避免一方

^{⑩⑪} 邱晓虎、李砚(前引⑤)。

^⑫ 同一观点:邱晓虎、李砚(前引⑤)。

当事人在新法官主持的程序中主张该防御手段。也就是说,不当释明对于一方当事人的不利后果实际上是不可逆转的。这时遭受这样不利后果的相关当事人可否要求国家赔偿呢^⑬? 在德国法中司法审判行为是享受国家赔偿豁免的,所以排除了国家赔偿的可能。中国法在这一问题的处理上也应该是一样的。

七、小 结

在民事诉讼模式转换的过程中,不考虑当事人的实际情况,把当事人都设想为处于一种通晓法律、知道如何通过程序来实现权利的理想状态,并不利于实现实体公正,也不利于提高司法的效率。在坚持辩论原则的大前提下,为了避免诉讼行为的盲目性、节约司法资源,法官释明必不可少。释明制度的缺失会导致不当释明,也使得释明缺乏透明性。因此,明确释明权行使的方式、前提、范围等问题必须通过立法来解决。在法律明文规定的框架下,法官可以在实践中通过判例更好地发展释明制度,并对释明制度的适用进行具体化。

^⑬ 邱晓虎、李砚(前引^⑤):第25页。