



总第 3 辑

SHENPAN

QIANYAN GUANCHA

《审判前沿观察》编辑委员会 编

审判前沿观察

2008年

第 2 辑

犯罪构成及其方法论 陈兴良

宽严相济政策与刑事审判程序 汪建成 姜远亮

司法与社会认同 谢 晖

论行政犯的相对性及立法问题 游 伟 肖晚祥

我国合议庭评议机制的检讨及完善 刘 峥

民事案件否定性裁判法律适用及其主文构建研讨会综述 王建平

上海人民出版社

SHENPAN

QIANYAN GUANCHÁ

《审判前沿观察》编辑委员会 编

审判前沿观察

2008年

第2辑

上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

审判前沿观察. 2008年. 第2辑: 总第3辑/《审判前沿观察》编辑委员会编. —上海: 上海人民出版社, 2008
ISBN 978-7-208-08234-2

I. 审... II. 审... III. 审判—研究—中国—丛刊
IV. D925.04-55

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第179469号

责任编辑 曹培雷

封面装帧 甘晓培

审判前沿观察 2008 年第 2 辑

(总第 3 辑)

《审判前沿观察》编辑委员会 编

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 720×1000 1/16 印张 21 插页 2 字数 363,000

2008 年 11 月第 1 版 2008 年 11 月第 1 次印刷

印数 1-3,250

ISBN 978-7-208-08234-2/D·1479

定价 32.00 元

《审判前沿观察》编委会

主 任 潘福仁
副主任 冯伟强 游 伟 周赞华 黄祥青
委 员 (按姓氏笔画排列)
王 犁 庄登杰 许祥云 孙敬沪
李学忠 谷 杨 张志杰 陈福民
郑文德 赵卫平 秦明华 倪金龙
奚强华 盛焕炜 蔡绍祥 黎淑兰

主 编 游 伟
副主编 王 珊 刘言浩
编 辑 唐 震 武 鹏 李 盛 董礼洁
顾慧萍 邓永杰

目 录

CONTENTS

主题笔谈 1

对法官行使释明权的几点思考 洪 波 / 3

试论释明在庭审前的运用 屠春含 / 11

商事调解与释明关系初论 龚达夫 / 16

释明是稳固调解协议的坚实基础 周 啸 / 23

行政诉讼和解中的法官释明 糜世锋 / 26

民事再审诉讼中的调解与释明 盛焕炜 / 33

专家论坛 39

犯罪构成及其方法论 陈兴良 / 41

司法与社会认同 谢 晖 / 61

宽严相济政策与刑事审判程序 汪建成 姜远亮 / 70

审判实务 91

论小区地下车库的归属——从共用部分界定标准角度

探讨 于媛媛 / 93

强制执行与物权变动的完善 施泉根 / 103

影响法院委托“审评拍”办理周期的原因及对策

——以上海市第一中级人民法院委托管理

工作为视角 蔡建辉 / 107

审判实践中引入行政公益诉讼可行性研究 任静远 / 115

非正规就业制度及其法律问题探析 武 鹏 / 123

离婚后不与未成年子女生活一方的监护缺失及解决

1

SHENPAN

QIANYAN GUANCHÁ

路径 秦明华 王列宾 /140

规范法官行使自由裁量权机制研究 韩朝炜 /149

专题研究 159

论行政犯的相对性及其立法问题 游 伟 肖晚祥 /161

混合共同担保规则之研究——以中国物权法第 176 条
为基础 凌 捷 /175

农村宅基地使用权纠纷实证分析——以宅基地及地上
房屋权利保护为视角 张 倩 /188

调查分析 207

“和谐司法”与加强刑事附带民事诉讼调解——以刑
事附带民事一审案件的审理为视角 倪金龙 /209

上海市浦东新区人民法院关于群体性劳动争议案件
审理情况的调研报告 尹志君 /218

上海法院知识产权审判的比较分析 上海市高级人民法
院民三庭 /230

改革探索 241

我国未成年人民事审判特殊性研究 朱 妙 陈 慧 /243

我国合议庭评议机制的检讨及完善 刘 峥 /254

研讨综述 267

民事案件否定性裁判法律适用及其主文构建研讨会
综述 王建平整理 /269

判案评析 279

死刑案件中“积极引导刑事和解”的适用及其限制条件
——王锁明故意杀人案 朱文超 /281

信用卡特约商户对信用卡使用人的签名负有审查义务
——陈申礼与上海汇联商厦有限公司信用卡
纠纷上诉案 宋 航 楚 倩 /287

裁判精选 295

兰翔、朱毅运输毒品案 上海市第一中级人民法院(2007)
沪一中刑初字第28号刑事判决书 /297

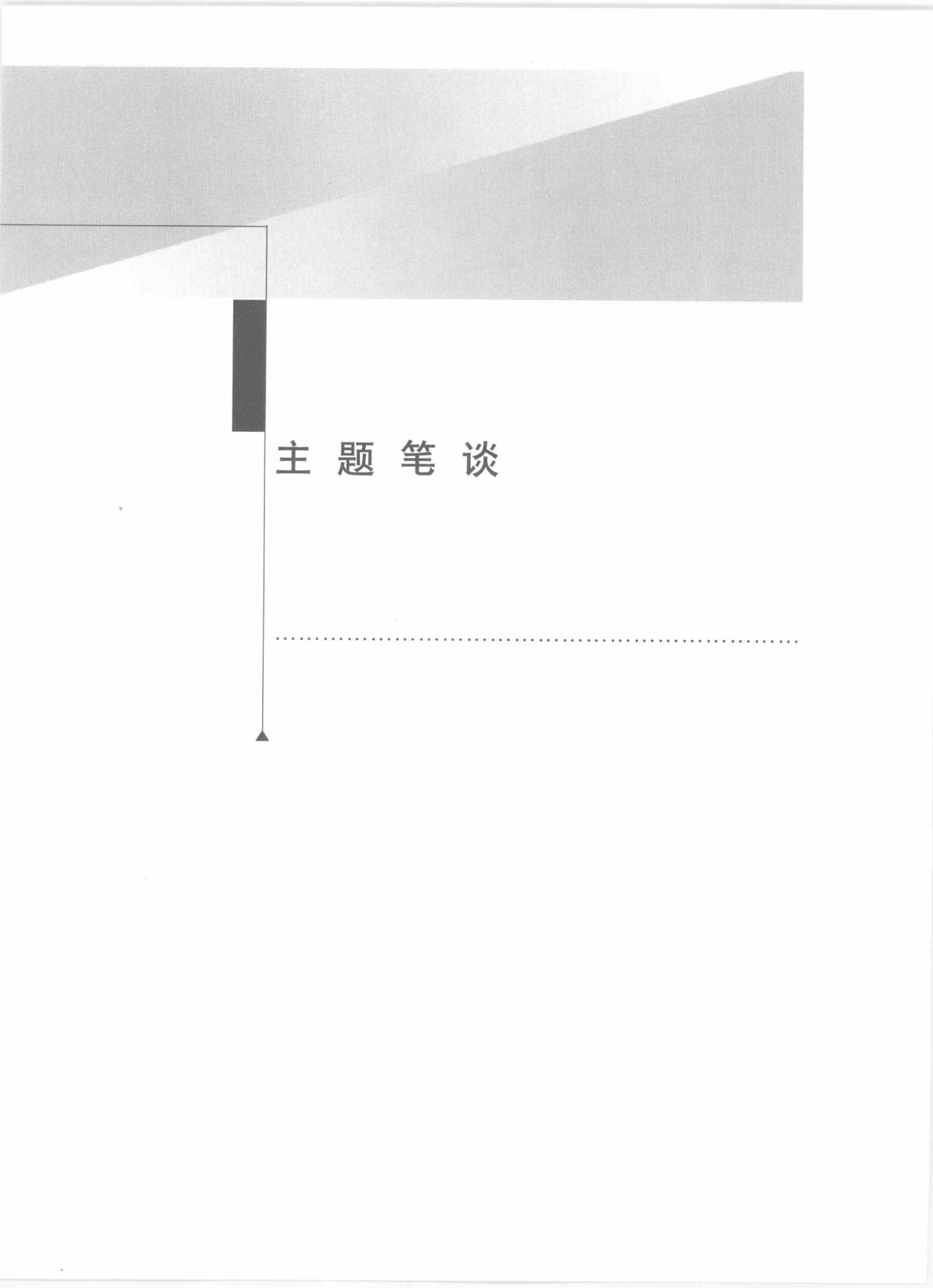
方坤、倪春花、张敏霞非法经营、虚假出资案 上海市
第一中级人民法院(2006)沪一中刑终字第464号刑事
判决书 /309

上海市糖业烟酒(集团)有限公司与大鹏创业投资
有限责任公司等公司决议侵害股东权纠纷案
上海市第一中级人民法院(2005)沪一中民三(商)初字
第139号民事判决书 /315

《审判前沿观察》稿约 /322

《审判前沿观察》稿件技术规范 /323

3



主题笔谈

对法官行使释明权的几点思考

洪 波*

3

2002年4月1日,最高人民法院颁布实施的《关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规定》),首次以司法解释的形式对审判实践中的释明问题作出了规定。如第3、33条对当事人举证的释明规定、第8条对适用抑制自认规则时的释明规定以及第35条对当事人变更诉讼请求的释明规定等。这是民事诉讼领域的一个突破。但《证据规定》对于释明权制度中必须阐明的释明权性质、行使原则、范围以及行使过当、疏于行使的后果等内容均未涉及,因而无论从规范的内容上还是从法律效力的位阶上,还存在不完善之处,这给司法实践运用带来了一定的困难,成为影响民事审判质量的原因之一。^①本文拟通过对释明权的定义和性质、遵循的原则、行使的范围、方式、限制等问题的探讨,供法官在民事审判实践中参考。

一 释明权之理论探析

释明权又称为阐明权、阐释权,源于德语“Aufklarungsrecht”,它是大陆法系国家民事诉讼立法及理论上的用语。释明权制度的形成与大陆法系国家社会政治、经济制度的发展密切相关。在19世纪初期,西方国家受自由主义思潮影响,民事诉讼领域由此形成了自由主义诉讼观,排斥国家对私权的干涉,民事诉讼程序的启动、运行完全由当事人主导,法官处于消极的地位,在民事诉讼模式上表现为绝对的当事人主义。但是,绝对的当事人主义诉讼模式在实践中也遇到了许多矛盾和障碍。如1860年《法国民事诉讼法典》从诉讼的实体内容到审前程序的

* 上海市高级人民法院民一庭法官。

① 2005年,上海市高级人民法院院长荣副院长在全市审判质量讲评时,将法官释明中存在的问题作为影响审判质量的主要问题之一。

运作,都是采用了自由放任的当事人主义,即法院不协助当事人进行诉讼。^②这种诉讼制度,使得整个诉讼的进程完全由当事人决定,整个诉讼活动演变成一场“竞技比赛”,法官难以控制诉讼,难以查清争议事实,也使得诉讼的结果很大程度上取决于当事人诉讼能力、经济基础、文化程度以及社会地位等,从而偏离了正义的方向,也越来越难以为现实所接受。

19世纪后期,自由资本主义向垄断资本主义的转变,国家逐渐加强对社会经济生活的干预。大陆法系各国开始强化民事诉讼中法院的职权,德国首先对绝对的当事人主义诉讼模式进行了革新,旨在通过引导当事人辩论和举证,更公正、高效地审理案件。如《德意志联邦共和国民事诉讼法》第139条规定,“审判长应当使当事人就一些重要的事实作充分的说明,并且提出有利的申请,特别在对所提事实说明不够时要加以补充,还要表明证据方法。为达到此目的,在必要时,审判长应与当事人共同从事实和法律两方面对事实关系和法律关系进行阐明,并提出发问。”^③其他一些大陆法系国家,也纷纷明确了法官释明权制度。

释明权是近年来随着我国审判方式改革不断深入而出现的一个热点问题。由于释明与民事诉讼的基本理论和国家的司法政策导向密切相关,是一个牵涉面广,具有相当难度的命题。^④因此,理论界对于释明权的概念和性质等尚存在较大的争议。有学者将释明权简单地概括为法院向当事人发问的一种权利,是法官通过释明促使不明确的事项变得明确。^⑤也有学者将释明权定义为法院为了救济当事人因辩论能力上的不足或缺陷,通过发问当事人的方式以澄清当事人所主张的某些事实,引导和协助当事人就案件事实和相关证据问题进行充分的辩论。^⑥对于释明权的性质,我国理论界也存在着权利说、义务说、权利义务说等不同学说。

笔者认为,释明权是对绝对当事人主义诉讼模式的修正与限制,以实现当事人与法院在诉讼中处于一种和谐状态,是法官在审理民事案件过程中,为澄清案件事实,平等地保护当事人诉讼权利和实体权利,通过发问、告知和提醒等适当方式,引导当事人将不明确、不充分、不正确的陈述、诉讼主张、举证等予以澄清、补充和修正的司法权力。若仅将释明权视为法官的权利,则法官可以放弃,

② 白绿铨:《论现代民事诉讼的基本法理》,《中外法学》1999年第1期。

③ 谢怀轼译:《德意志联邦共和国民事诉讼法》,中国法制出版社2001年版,第36页。

④ 沈志先、袁秀挺:《释明的勃兴——在权利与义务之间》,《第二中院审判研究》2004年第23期。

⑤ 张卫平:《诉讼构架与程式》,清华大学出版社2000年版,第184页。

⑥ 毕玉谦:《民事证据法及其程序功能》,法律出版社1997年版,第335页。

从而难以达到设立释明权的目的;若仅将释明权视为法官的义务,其对应的是当事人的权利,法官的释明受制于当事人意志,同样难以发挥法官的诉讼指挥功能。探究释明权的本质,其来源于法院的审判权,是审判权派生出来的诉讼指挥权一类,即是人民法院为保证诉讼活动顺利进行而必须具备的一种手段,表现为对诉讼参与人及其他案外人员进行指导、监督、约束的职责。释明权包含着其行使不取决于当事人的意志;当事人在一定时期内不接受指示、不为一定行为应接受相应不利法律后果;也包含了法官在释明不当时,当事人有相应的救济程序。因此,释明权属于司法权力的范畴。

二 法官行使释明权应遵循的原则

作为一项司法权力,释明的行使应遵循中立、公开、适当行使、有利于诉讼的原则。

1. 中立原则。现代民事诉讼机制的核心是居中裁判,法官居中才真正可能使双方当事人处于平等地位,法官的所有行为都必须以此为出发点,释明也如此。首先要求法官处于中立的地位,在双方当事人之间保持中立,不得有任何偏颇。其次要求法官要扮演中立的角色。法官释明不是教导、指导一方当事人如何在诉讼游戏中战胜对手,而是依据法律、依据司法需要而为之。最后要求法官掌握中立的方法。释明方法是否得当直接反映了法官是否保持中立的立场、扮演中立的角色。方法不当,中立的立场就会错位,中立的角色就会串位,反之,则更能显现其中立的本质。

2. 公开原则。程序应公开,凡是涉及释明事务,法官务必公开为之,非因特殊情况,应在双方当事人在场的情况下进行。法官应公开行使释明权,并听取各方的补充意见。向一方当事人行使的释明,也应告知对方当事人,以便于其及时调整防御手段,平衡双方当事人的对抗力量。公开方显公正,公开方显公平,公开方显中立,公开方能有效监督。

3. 适当行使原则。释明制度与辩论主义原则的微妙关系,使我们看到释明过度很容易造成对私权自治、诉讼公正的偏离和破坏。因此,释明行使只能在法定范围、依法定程序进行,一定要有尺度。所谓适当行使原则,包含适时、适度行使两层含义。适时行使,讲究的是时机,即法官从实际情况出发抓住时机和场合行使释明权。法官必须对是否行使、何时行使作出正确判断。适度行使,讲究的是程度,即法官行使释明权,应当以探知当事人真实意思为界限,不干预当事人

对自己实体权利、诉讼权利的处分。

4. 有利于诉讼原则。法官行使释明权,目的在于最大限度地保证当事人充分参与诉讼,最大限度地促使当事人对不利于自己的事实主张进行充分攻击和防御,及时、充分地提出诉讼资料或陈述必要意见,避免诉讼突袭事件的发生。释明能提高当事人的诉讼能力,使当事人充分参与诉讼,有助于实现诉讼当事人平等地行使诉讼权利,真正落实程序公正要求。

三 法官释明的范围

释明权的价值核心就是要求法官在诉讼程序中必须围绕公正判决这一目的而获得判决,通过自己的解释、指导、引导,而使得双方当事人诚实地实施各自的诉讼权利,在发现案件真实以求解决民事纠纷的前提下,实现民事诉讼公正的程序价值的同时又提高了诉讼效率。而确定法官释明的范围,目的在于平衡当事人个人主动性与法官的适当控制之间的关系,以实现其价值。如美国欧文·考夫曼(Irving R. Kaufman)法官所指出:“我们现在所强调的早期司法干预思想,它是……无数伟大的法律思想家经过不断努力所取得的成就,它促使法官在对诉讼的引导中采取主动之地位。在程序法的领域中,并非一定要坚持古老、自由、放任的诉讼模式,而是要力图平衡当事人个人主动性与法官适当程度控制之间的关系,促进当事人机会均等以及将当事人不完善的陈述纳入正确的思路,以便更可能地立足于案件的是非曲直以解决争端。”^⑦因此,法官行使释明权,应从确保诉讼顺利进行、探究当事人诉讼本意、保障当事人诉讼权利、最大限度查明案件客观事实以及妥善化解矛盾等角度,来确定法官行使释明范围。具体而言:

(一) 关于诉讼请求的释明

在审判实践中,我们会经常发现当事人的诉讼请求总是从有利于自己的角度出发,有时诉讼请求是不符合法律规定的,有时是不明确的,有时甚至法官无法从其字面理解其完整的本意,这就需要法官进行释明,使当事人明确、固定其诉讼请求,以便于案件的审理,否则将难以形成一个明确清晰的审理思路,审判将难以为继。

法官对此的释明主要包括:1. 诉讼请求不明确的释明。诉讼请求不明确,即当事人的诉讼主张不明或歧义,法官无法理解其本意时,可以直接向当事人

^⑦ [意]莫诺·卡佩莱蒂等著:《当事人基本程序保障与未来的民事诉讼》,徐昕译,法律出版社2000年版,第136、137页。

发问,让当事人将自己的诉讼主张陈述清楚。2. 诉讼请求不充分的释明。诉讼请求不充分,即当事人因对法律理解不够而造成不能充分提出诉讼主张。法官释明在于主动探求当事人的真实意思,若当事人在理解法律上并无障碍,仍坚持原诉请的,应尊重当事人对自己权利的处分。3. 诉讼请求不正确的释明。诉讼请求不正确,即当事人提出与相关法律规定完全相悖的诉讼请求。这往往是一些当事人为了宣泄自己的情绪所致,此时法官应引导当事人正确对待权益纠纷,以理性合法的方式表达利益诉求,避免矛盾激化。

(二) 请求权基础的释明

请求权基础的确定对于明确当事人请求的范围、举证责任的分配等有很大的影响,是保证诉讼能够顺利进行的前提性条件之一。在当事人主张的法律关系性质或民事行为的效力与法院根据案件事实作出的认定不一致^⑧的情况下,法官如何释明的问题是日前较棘手的问题。审判实践中,通常采用以下四种做法:1. 采用不明确的词语进行告知;2. 采用中间判决的形式告知;3. 告知当事人提出预备之诉;4. 采用明确的词语进行告知。

笔者认为,前三种方案均是出于对释明错误的担心,企图减少释明错误带来的风险。但事实上,前三种方案并不能有效避免释明错误。释明错误不在于法官的告知形式,而在于法官对法律关系性质或民事行为效力的认定,一旦认定发生错误,无论采用何种方式,释明的结果总是错误的。因此,提高法官的职业素养,减少法官认定上的错误是从根本上解决释明错误的唯一途径。

同时,前三种释明的方式没有哪种是完美的,总会有相应的问题。比如法官采用不明确的词语进行告知,当事人可能会感到无所适从,不清楚法官告知其变更诉请的真实意图以及可能产生的后果,也就无法达到释明的效果。中间判决的做法则费时较长、程序复杂化,不利于提高诉讼效率,同时也欠缺法律依据。预备之诉,又称选择性合并之诉,是为了弥补旧实体法说一个案件多次判决的缺陷而产生。所谓选择合并之诉,就是作为请求的合并,不过这几个请求之间存在着一种“一旦其中一个请求被法院承认,另一个请求之诉则自动解除的关系”。如果当事人提出预备之诉,则就需从几个不同的请求权基础角度进行主张和举证。这一做法形同请求权基础不明,对被告而言是不公平的。因此,我们认为应严格按照第35条的规定执行,当事人主张的法律关系性质或民事行为的效力与法院根

^⑧ 最高人民法院颁布法释[2001]33号《关于民事诉讼证据的若干规定》第35条规定:“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,不受本规定第三十四条规定的限制,人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求。”

据案件事实作出的认定不一致的,法官应采用明确的词语进行释明,告知当事人可以变更诉讼请求。当然,采用明确的词语进行释明应以法官对此非常有把握为前提,否则应当谨慎地对待法官的释明义务。如有必要,可由合议庭讨论后确定。

(三)对证据的释明

民事诉讼是当事人通过举证进行“攻击”和“防御”,“再攻击”到“再防御”这样一个逐步进行的过程。证据在民事诉讼中居于核心地位。同时,诉讼涉及的事实从“自然的事实”转化为符合权利构成要件的“要件事实”,可能并不总是非常明确的。审判实践中,往往有些当事人根本不清楚自己需要承担怎样的举证责任及其后果,在这种情况下,原本完全有道理并且应该能够胜诉的当事人,却往往要承受败诉的意外打击。因此,对于一些明显未尽举证责任的当事人,法官有必要在诉讼中告知或者提醒其收集并提供相关的证据材料。法官释明的意义在于,通过促使当事人积极举证,使案件的法律事实尽可能地接近客观事实,以实现实体公正;同时,也尽可能地减少法官代为调查取证的职权行为。

对于证据的释明,笔者认为,由于举证的范围和方向往往是依当事人的主张与抗辩而明确。因此,首先应使双方的争议焦点明确,使当事人在事实主张方面形成真正的交锋,及时充分地提出证据。

其次,须公开举证责任分配。举证责任分配是诉讼证明的根本基石。法官除了采取举证通知书的形式告知当事人,还可以依照《民事办案要件指南》的要求,根据当事人提出的诉讼请求及其请求权基础所指向的法律规范中所包含的要件事实,说明举证责任的分配原则。法官可针对个案进行举证责任分配的说明,若当事人对要件事实的举证责任承担有异议的,法官更应明确告知当事人举证责任承担的理由,并告知其不遵从该举证责任分配要求的后果。

再次,应及时披露证明要求。证明要求的披露,实际是对民事诉讼的指导和控制,使双方充分举证来更好地查明事实,推进当事人诉讼的进程,避免出现证据“突袭”的情况。证明要求的披露有利于当事人对自己的诉讼行为效果作出正确判断;有利于当事人对自己的举证缺陷作出弥补。法官可以根据案件情况向当事人说明要件事实所要达到的证明要求。如果当事人所提供的证据仍不能达到证明要件事实的证明要求,或者当事人在证据上的优势还不是很明显,法官可以启发当事人继续提供证据。

又次,应明确告知当事人逾期举证的失权后果。证据失权制度是一项对当事人权利影响极大的制度,后果十分严重。若当事人在法院指定的期限未向法院提

交证据,则会丧失提出证据的权利,丧失证明权。没有证明权,当事人的主张和陈述将毫无意义,最终只能得到败诉的恶果。因此,法官适用这一原则要审慎,对于证据释明时,要告知失权后果。对于一些当事人因感情因素而陷入偏激的精神状态,不能理性地对待自己的举证义务,可能给案件处理结果的公正带来较大影响时,法官应当向当事人进行耐心说明,告知其不能及时充分举证的后果。经过失权后果的释明,当事人仍然逾期举证的,应当按照失权规则进行处理。

最后,在质证过程中,法官应当加强引导和释明,使质证能够顺利进行,围绕质证对象,双方当事人能够充分地表达己方的质证意见,使法官对案件事实足以形成心证。

(四) 针对诉讼中的有关问题进行释明

对于有关程序问题的释明、关于自认规则的适用、有关送达地址的确认以及判后释明等问题,法官应审时度势,从有利于诉讼顺利进行、有利于化解矛盾的角度进行释明。

四 法官行使释明的方式

释明权主要是为了克服诉讼当事人主义的不足,释明的原则是为了有利于诉讼,更好地保障当事人行使其辩论权和处分权。因而,权利的行使应结合案件审理的需要和时机进行,可以在立案、庭前证据交换、调解、开庭、庭后、判决后等阶段进行。至于具体形式,《证据规定》第33条规定应当向当事人送达举证通知书,明确了举证告知采用书面通知书的方式。同时,《证据规定》还规定了告知(第3条、第35条)、提醒询问、说明(第8条)等一般只能以口头形式进行的释明方式。但值得注意的是,对于可能会产生失权后果等对案件裁判起决定性作用的法官口头释明,必须由书记员记录在案。将这些事项记入笔录,可以确认当事人急于行使权利所要承担的相应法律后果,避免一些当事人滥用权利拖延诉讼,也是监督法官是否按照规定程序审理案件的需要,更是法官自我保护的需要。

9

五 法官行使释明的限制

法官释明权的行使总是意味着法院依职权对能力软弱一方当事人的援助,因此,释明权的行使必须控制在一定的限度内。超出合理限度使用释明权,就会使诉讼成为法官职权干预的过程,也将会动摇现代民事诉讼的两大基石:辩论主义原则和处分原则。因此,有必要对释明权的限度进行合理界定,正如谷口安平先

生所说的：“法院在阐述某一程序内是义务，在该程序以上便成为权限，再过一定的限度则为违法。”^⑨法官行使释明权超出一定的限度，不仅违反了释明权设立的目的，也必然会使当事人对法官、司法的公平、公正产生怀疑。

法官的释明应以使当事人明了自身诉讼行为的后果和案件审理的趋势，并且不至于损害另一方当事人的合法权益为限度。具体而言，一方当事人提出诉讼主张和诉讼理由后，应由另一方当事人自己提出反驳主张和理由，包括权利发生、权利妨碍、权利消灭、权利受制等抗辩。在诉讼过程中，法官不得帮助当事人提出权利主张、组织权利抗辩事由，不得帮助当事人组织辩论理由。权利发生、妨碍、消灭、制约等规范的提出与否，直接影响双方当事人的诉讼结果，若法官对此进行释明，不仅会造成当事人之间的权利失衡，也违背了法官处于中立地位和司法被动性原则。

此外，审判实践中，法官对案件释明事项的认识和把握能力不一，如合同效力的认定，合议庭、审委会甚至二审法院对此的认定也可能不一致，因而对于较难把握的重大事项，往往需要合议庭或审委会讨论决定。法官的释明意见应与合议庭或审委会的决定意见一致，不得发表与合议庭或审委会意见不一致的释明，亦不得向当事人泄露合议庭或审委会等内部的不同意见。在合议庭、审委会尚未形成最后的结论之前，可能引起争执的重大事项的释明，法官应持慎重态度，避免给当事人造成误解和怀疑。

^⑨ [日] 谷口安平：《程序的正义与诉讼》，王亚新、刘荣军译，中国政法大学出版社1996年版，第118页。