



【第五辑】

民事程序法研究

ON CIVIL PROCEDURE

- 主 编 张卫平
- 执行编辑 王次宝
- 东莞法官协会 协办



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

D915.2c4

5

:5

【第五辑】

民事程序法研究

ON CIVIL PROCEDURE

▣ 主 编 张卫平

▣ 执行编辑 王次宝

▣ 东莞法官协会 协办



厦门大学出版社

XIAMEN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

民事程序法研究·第5辑/张卫平主编. —厦门:厦门大学出版社,2010.6
ISBN 978-7-5615-3590-5

I. ①民… II. ①张… III. ①民事诉讼法-中国-文集 IV. ①D925.104-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 109848 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

沙县方圆印刷有限公司印刷

2010年6月第1版 2010年6月第1次印刷

开本:787×1092 1/16 印张:24.5 插页:1

字数:405千字 印数:0001~3000册

定价:32.00元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

卷首语

——“法官”与“人民”

■张卫平

近年来，司法界不断有新的理念和提法冒出来。但笔者注意到，其中有的提法并不是全新的，而是重提而已，例如马锡五审判方式。这些理念的重提似乎意味着一种司法理念上的“回归”，意味着我们过去的路向有些问题。在这些提法中，一个很重要的提法是“人民法官为人民”，联动的口号是“做一个人民的好法官”，更高的要求是“全心全意为人民”，或“一心为人民着想”、“心系人民群众”等。这些口号的实质是强调法官和人民的关系，带有新形势下重新定位的意思。

我们的司法裁判机构叫做“人民法院”，字面的意思应当是人民的法院。法官是法院的法官，法官也应当是人民的法官，人民的法官为人民是一种很正常的逻辑。那么，我们为什么会在当下再次强调“人民法官为人民，做人民的好法官”呢？从一般情形而言，通常是提倡什么，就意味着所提倡的东西的稀缺或缺失，否则没有必要提倡。从现实的情形看，我们面临着这样的司法现实，即在司法实践中存在着严重的司法腐败问题，司法腐败已经成为一种相对比较普遍的社会现象。按照我们的理解，司法领域中**司法腐败、司法裁判、缺乏职业道德操守**腐败和违反职业道德的行为均反映出一种对人民的极端不负责，这样的法官不再是人民的法官，不再是为人民服务的、为人民谋利益的法官，而是为个人谋私利的法官。

为谁服务的问题，如果上升到高度，就是一个思想问题，是思想觉悟的大问题、本质问题，是一个法官的根本立场问题，也是一个政治问题。按这一思路思考，我们的政策应对就自然是，必须要重新强调法官与人民的正确关系，端正每一位法官的立场，矫正法官的思想，提升法官的思想觉悟、政治觉悟。如此，才能防止和消除司法腐败。消除司法腐败，不是制度所能够有效解决的问题。我们意识到，制度的作用是有限的，关键还在于思想。思想问题不解决，有制度也不能解决问题。毛泽东曾经指出，路线问题确定了，关键的问题在干部，干部问题

的关键是思想。法官也是干部，因此法官的思想问题是一个大问题。这种认识和思维方式是我们过去特别熟悉的，这些话语是我们耳熟能详的。基于这样的认识，我们反思，这些年我们是否过多地强调了法官的专业技能，强调法官制度、司法制度的建设而忽略了对法官的思想和政治教育。于是，我们需要重提法官是否为人民的问题，是否一心一意为人民的问题。这是我们回归过去传统教育方式的必要。

这种想法是积极的，口号也是响亮和漂亮的，但问题在于，我们这样的思想教育真的具有实际意义吗？是有的放矢吗？通过提出这样的口号，进行这样的政治思想教育，我们能够消除和预防司法腐败，提升法官的道德水平吗？过去传统的政治化、意识形态化的教育方式能够做到这一点吗？对此，笔者表示怀疑。任何措施和方法都必须讲究科学性。我们这里所讲的科学性指的是，这种方式的合理性、正确性、实效性。我们必须认识到，作为法官服务的对象——“人民”，本身是一个政治概念，是一个集合概念，是一个按照一定标准抽象出来的人的集合体，而非具体的、能够与法官个体对应的法律主体。法官在司法过程中是无法与“人民”对应的。也就是说，要求法官为人民，与做人民的好法官一样是空洞的。尽管我们可以举出实例说明什么是人民的好法官，可以通过表彰将人民的好法官事例具体化，但我们也可以看到一旦具体化以后，所谓的好法官无非是按照法律很好地贯彻了当前党的司法政策要求，对自己的工作认真负责，兢兢业业，一丝不苟，满足了这样一些司法道德要求和政治道德要求。也就是说，实际上依然是“正确适用法律、认定事实，遵守法官的职业操守”与“人民”并没有逻辑关系。

正是由于“人民”的抽象性，法官在具体的案件中是见不到“人民”的，没有“人民”，只有当事人、证人和其他与案件相关的人。既然不存在“人民”这个实体，法官也就没有服务的对象，失去了服务的对象，“做人民的好法官”这样的提法就只能是空洞的政治口号和传统的说教。如果把每一个当事人当作人民，我们实际也是做不到的，因为我们根本无法在民事诉讼中，将对立的当事人以“人民”来加以对待，这是完全不可能的。法官也不知道应当为原告服务，还是应当为被告服务，是做原告的好法官，还是做被告的好法官。当然，我们可以说，我们要做双方当事人的好法官，让双方当事人满意，但如何才能让双方当事人都满意呢？要做到这一点，还是只有搬出法律，以按照法律——实体法和程序法的要求回答这一问题。于是，做人民的好法官的要求，就转化为这样的命题：只要做到了遵守法律，正确适用法律，我们就成了人民的好法官。这样一来，做人民的好法官，法官为人民这样的提法还有实际意义吗？另外，民事诉讼、行政诉讼也还好说，如果是刑事诉讼，我们的传统意识和情感还能接受吗？如果不为刑事被告服务，只为公诉人服务，大概我们自己也觉得是个难以解释的问题。

如果还有意义,那恐怕就只能是满足我们传统意识形态影响下的政治需求,这种需求是我们传统政治性思维的惯性。在大众社会还较普遍地存在这种意识形态认同的情形下(前一时期关于是否应当将司法裁判机构直接称为“法院”,还是“人民法院”的激烈争论就是证明。一种质疑是,我们的法院不为人民,还为谁?这显然是一种传统的“人民”与“敌人”二元对立的简单思维模式。)这种政治口号只能是一种“精神按摩”而已。从“人民法官为人民”、“做人民的好法官”这类口号,我们可以看出,在司法制度和运作方面,存在相当程度的“意识形态化”状态。尽管经过了60年,尽管改革开放也有了30年,但在这方面,司法意识形态化的特征依然存在,虽然在一段时期内曾经有所削减。这一特征表明,我们的司法还处于传统思维的支配之下,是一种法治还不成熟的表征,实际上是传统治理方式的反映。成熟的法治社会中的司法应当是将法律的实现作为司法的唯一目标,司法应当完全服从法律实现的需要,司法应当尽量避免政治意识形态的干扰,因为政治意识形态的干扰容易导致对法律的超越,容易形成了二元对立。一个法治社会应当将执政党和人民的利益诉求通过法律来加以实现,法官和法院作为司法的具体实施者,只能服从于法律,对法官的要求就是忠于法律,不忠于法律的法官就不再是法官,而是政官(政治官员)、行官(行政官员)。为人民,服务于人民都是通过服从法律、效忠于法律来体现的。

对于法官司法腐败的治理和预防,不是通过提出这样的口号就能够做到的。司法腐败的治理和预防依然必须通过体制改革和道德教育来实现,过去的制度改革和道德教育之所以没有起到应有的作用,收效甚微,关键还是我们没有按照法治的基本要求,没有按照人的基本特性进行相关的、系统的体制改革。在政治体制改革方面还没有达到应有的程度,长期以来形成的道德环境和特定的人际关系和文化都影响了司法腐败的治理和预防。这当中也包括特定意识形态对治理和预防的消极影响。因此,在这些方面,如果不能有所改变,司法腐败的治理和预防是不会取得实效的。正是因为如此,治理司法腐败的工程将是一个相当长的时期内才能完成的工程,仅仅凭政治口号恐怕难以解决问题。

目 录

	■ 卷首语	
001	张卫平	“法官”与“人民”
	■ 程序理论研究	
001	齐树洁	构建我国民事审前程序的思考
015	张晋红	民事诉讼审级制度之机理研究 ——兼论我国民事诉讼审级制度的重构
032	胡学军	对我国督促程序及若干相关完善建议的评述 ——以一般系统论为视角
044	谢锦添 吴如巧	司法程序中的传媒介入：规制与构建
	■ 诉讼原理研究	
054	张卫平	回归“马锡五”的思考
083	霍海红	论中国式辩论原则之消解
098	李宗录	论确认之诉的独立性
109	周湖勇	我国执行异议之诉的历史考察及其完善 ——以《民事诉讼法》第 204 条为中心
124	张自合	论执行当事人的变更和追加 ——以台湾地区执行力主观范围制度为借鉴
	■ 证据理论研究	
138	赵信会	自由心证的类型化与统一证据法的方向
162	黄新华	“自由”的困境：对我国自由心证制度的反思

- 非讼原理研究
- 179 史长青 调解人行为规范的国际视野与国内现象解读
- 217 董 疆 人性·和谐·调解
- 229 王次宝 农村民事 ADR 机制之现状与未来
- 244 唐 俊 调解:去魅与重塑
——以概念的讨论为中心
- 266 刘 兵 法律修辞:以听众为核心的说服论证
——兼论法律修辞方法在司法调解中的作用
- 实证调研报告
- 277 涂书田 农村民事纠纷解决方式调查研究报告
艾 丹 ——以江西省宜春市乡土社会为具体考查对象
- 297 潘庆林 法院违法确认的缘由、程序与功效
——来自 G 法院的个案分析
- 域外法律评论
- 315 林剑锋 民事诉讼中口头辩论的意义
——基于德国法历史沿革的视角
- 325 百晓锋 诉讼迟延、案件管理与对抗制
——英美民事诉讼案件管理运动对传统对抗制的影响
- 342 王德新 美国生效判决的救济机制述评
- 364 包冰峰 强制执行财产开示制度之比较研究
李 华
- 381 ■ 征稿启事

程序理论



要内容。^①在英美法系各国,审前程序的产生最初是为了适应集中审理的需要,但在案件剧增的压力之下,它已经超越了原有的功能界限。立法者和司法者通过一系列的制度设计,促进当事人之间的信息交换,从而实现和解,将纠纷消化于开庭审理之前。现代审前程序的功能已绝不仅仅只是为法庭审判服务以保证诉讼的顺利开展,它还提供了一个无须审判而结束案件的纠纷解决途径。从两大法系中具有代表性国家的民事诉讼的程序结构来看,美国法要求当事人在进入法庭审理前提出证据,除非有特殊情况,否则在开庭审理阶段不准许申请提出新证据。德国法也对原先所采取的随时提出主义加以严格限制,规定原则上只能在主辩论期日之前提出证据。^②随着两大法系国家间的交流与法律制度的相互借鉴,各国民事审前程序的设置和运作逐渐呈现出相互融合与趋同发展的趋势。审前程序在各国民事诉讼制度中发挥着越来越大的作用。

二、司法改革与审前程序

每一项司法制度的设计和司法程序的运作都在一定程度上体现相关的司法理念及其价值观,民事审前程序亦未能例外。长期以来,民事审判程序的庭审程序作为诉讼程序的主体和核心阶段,对纠纷的解决始终发挥着不可替代的作用,而有关审前程序的设置大多建立在如何为顺利、有效、及时地开展庭审活动服务的价值基点之上。但是,进入现代社会以来,随着价值观念的转变,审前程序的设置成为当今世界多数国家的共同选择。无论是英美法系国家还是大陆法系国家,普遍加大了对审前程序立法的重视程度,使得原本处于近似边缘化的一种前置性诉讼架构逐渐转变为甚至能够决定或排斥普通庭审程序的一套相对独立的体系,这在一定程度上也是追求诉讼民主、法官中立、诉辩平等对抗以及最大限度地实现诉讼效益等现代司法理念作用的结果。在各国的审判实践中,审前程序借由其功能,即通过收集证据、整理和明确案件的争点,保证庭审质量,提高庭审效率,鼓励当事人和解,促进诉讼活动顺利进行,并在保护当事人充分行使诉讼权利、保证法院正确行使审判权、切实维护当事人的合法权益等方面发挥着重要的作用。

审前程序可以被描述为一个过滤程序,只有复杂的案件才必须走完整个程序。简单地讲,审前程序有两个目标:一是使案件达到适合审理状态以促进诉讼,二是寻求替代性纠纷解决的可能。前者要求审前程序具有整理争点和证据的功能(即促进审理集中化),后者则以促进和解的功能为典型。

^① 谭兵主编:《外国民事诉讼制度研究》,法律出版社2003年版,第219页。

^② 陈希:《民事诉讼审前程序的独立地位——兼议审前程序的目的、任务与功能》,载《法学杂志》2006年第5期。

相对于审理散漫化,审理集中化具有以下优点:(1)有利于节省劳费,避免招致程序上的不利,具有促进诉讼的功能。(2)有利于提升裁判(事实认定)的正确性,发挥助益发现真实之功能。(3)有利于赋予当事人平衡追求实体利益及程序利益的机会,并提升当事人及关系人对裁判的信服度、接纳度。(4)有助于贯彻言词审理主义、直接审理主义及公开主义等原则,促使这些原则发挥应有的作用。(5)有助于提升审理的计划性,促使法院及律师业务管理均更加合理化。^①审理集中化的优点和功能,在某种意义上就是审前程序的优点和功能。为此,审前程序的建构对于实现审理集中化具有重要意义。

为了防止直接开庭审理所带来的种种弊病,保证直接审理主义和言词辩论主义的贯彻实施,有必要设立民事审前程序,使案件的有关诉讼资料在开庭审理前就予以集中,以保障双方当事人的对话交流,为案件的正式审理做好充分准备。实践表明,运作良好的审前程序能使双方在庭审过程中充分施展攻击和防御,保证审理过程连续、集中地进行,同时也有利于庭审功能的发挥,防止案件拖延。但在我国,审前准备目前只是第一审普通程序的一个阶段,完全依附于庭审程序,审前准备独立的程序价值尚未得到充分认识。

学界通说认为,审前程序具有如下功能:(1)明确争点。所谓争点(issue)包含着两层意思。^②首先,争点是这样一种事实,当事人双方围绕其真伪或存在与否持有完全相左的主张,处于争执不下的状态。审判意味着中立的第三者对此事实作出是或否的判断,以解消争执状态。对于当事人之间不存在争议的事实,无论第三者自身持什么样的见解,原则上都不能自行再将其作为判断的对象。其次,与上述特点直接相关,争点还必须是对于解决案件至关重要的事实,或者说是案件真正的焦点。整理争点的目的是要区分无争议的焦点和有争议的焦点,让有争议的焦点进入开庭审理程序。(2)整理证据。事实及证据是权利主张的基石。当事人必须对其主张的诉讼关系提出充分有力的证据,以证明事实的存在,才能获得胜诉。显然,涉案证据收集齐全与否,是能否正确认定事实的关键。所谓“齐全”,是指适合于审理的理想状态,并非多多益善。证据提交的迟延固然会延滞诉讼,重复举证亦同样增加诉讼成本。因此,在正式开庭前对证据进行整理,对于促进诉讼颇为重要。当事人主要依事实争点举证,因而,整理争点和整理证据实际上是互动或交替进行的,即在整理证据的同时也在整理争点。随着事实争点范围的扩大以及对某个事实争议的深入,越来越多的相关证据需

^① 邱联恭:《程序制度机能论》,台湾三民书局1999年版,第211~214页。

^② 《牛津法律词典》解释说:争点是指法庭诉讼中争议的事项(The matter in dispute in a court action)。See *Oxford Dictionary of Law*, Sixth edition, Edited by Elizabeth A. Martin & Jonathan Law, p. 291.

要提交。通过整理证据,证据的收集因应个案所涉事实的范围而进行,在审理时可避免因盲目性引起仓促补证。如何选择合适的程序制度,以缓和或减轻处于弱勢的受害人的主张、举证阻碍,而改善其收集事实、证据的能力,是现代民事诉讼所要解决的问题。因此,为当事人提供一个公平的收集、调查证据的方法和程序,就成为审前程序得以产生的一个直接动因及其承载的重要功能。(3)促进和解。20世纪70年代以来,许多国家因诉讼案件激增,程序复杂(complexity)、诉讼迟延(delay)、费用巨大(cost)等制度弊端日益严重,最终导致了司法危机并由此引发世界范围内的司法改革运动。替代性纠纷解决机制(Alternative Dispute Resolution,简称ADR)由此得以蓬勃发展。^①审前程序作为ADR的一个环节,在促进和解及其他替代性纠纷解决方面具有强大的功能,值得当前的民事司法改革的重视。^②

我国《民事诉讼法》中也有若干关于审前准备程序的规定,称之为“审理前的准备”,但尚不完全具备国外民事审前程序所承载的收集交换证据、争点整理、促进和解等功能。如果仅仅从相关法律条文来看,我国民事诉讼立法体现了一种将案件经过审理前准备和一次性的开庭审理即告终结的两阶段结构作为原型的立法精神。^③由于司法实践中长期形成的“先定后审”审判方式的影响,开庭审理往往流于形式,这不仅影响诉讼效率,更重要的是法官在缺乏程序规范的前提下获得解决纠纷所需要的信息,致使审判的公正性遭受普遍的质疑。为此,在20世纪90年代的审判方式改革中,我国法院系统以强化庭审功能作为改革的目标之一,希望通过强化庭审功能来加快诉讼节奏,提高审判效率,节省诉讼成本。然而,在司法实践中,单纯强化庭审功能却导致法官在审理案件过程中片面地追求案件的“一步到庭率”和“公开开庭率”。由于庭前准备不充分,法官对诉讼走向估计不足,在缺乏必要准备的情况下,将包括整理争点和证据在内的所有诉讼内容笼统地在开庭过程中一并审理,往往造成一个案件需要数次开庭才能审结,其结果反而弱化了庭审功能,降低了审判效率。概言之,我国民事审理方式呈散漫化状态。

有学者指出,我国民事诉讼模式经历了从“先定后审”到“一步到庭”两个极端,其间所呈现出的一系列结构问题再次印证了哲学上“否定之否定”的规律。

^① Wilkinson, Cheung & Booth, *A Guide to Civil Procedure in Hong Kong*, Third Edition, LexisNexis, 2009, p. 959.

^② 江伟教授等精辟地指出:“面对我国司法资源紧缺与案件数量剧增的矛盾,欲保持程序设计及制度运作中公正与效率的平衡,ADR同样是一个不可或缺的思路。”参见江伟、傅郁林:《走向二十一世纪的中国民事诉讼法学》,载《中国法学》1999年第6期。

^③ 王亚新:《民事诉讼准备程序研究》,载《中外法学》2002年第2期。

实践经验的总结、理论研究的深入,使得审前程序的改革成为当前民事诉讼法学的研究热点之一。^①

相对于“审前准备”而言,“审前程序”的表述更为全面准确。前者往往使人误认为它只是庭审的一段前奏。立法改革的首要任务就是改依附性的审前准备为独立性的审前程序。这种审前程序以其功能的独立性为其逻辑前提。^②在当今中国,构建一个与立案、调解、审理程序相衔接的审前程序,已成为民事诉讼法和司法的一个重要任务。从总体上看,我国审前程序的构建涉及程序法理认识、审理结构调整、证据制度完善、法官角色定位以及如何协调“发现事实”与“促进诉讼”的关系等基本理论问题,可谓牵一发而动全身。

诉讼制度的完善是司法改革的重要内容。20世纪70年代以来,许多国家由于民众获取司法救济的途径受到高额的诉讼费用、复杂的诉讼程序以及漫长的诉讼过程的严重阻碍,致使人们在寻求争议的解决和权利的保护时遭遇重重困难,法院不能有效地解决纠纷和保护权利而受到社会各界的批评乃至不信任。这些国家民事司法制度所经历的不同形式、不同程度的危机,导致全球范围的民事司法改革运动蓬勃兴起,波澜壮阔。由于“正义”(justice)这一概念具有丰富的内涵和极大的包容性,在不同时期、不同国家具有不同的含义,许多国家以“接近正义”(Access to Justice)作为其司法改革的主题、口号和旗帜。^③所谓“接近正义”,就是适应社会经济的发展与时代的变迁,与时俱进,不断改革司法制度及其运作方式,建构多元化的纠纷解决机制,使人民能够更便利地利用司法制度,使司法制度能够更公正、更有效地解决纠纷,保护人民的权利。在20世纪,各法治国家围绕着怎样更好地保障社会成员利用司法的权利,掀起了接近正义运动的“三次浪潮”:从创立和完善诉讼周边制度到现代型诉讼(扩散性利益司法保护)再到构建诉讼外争端解决机制(ADR),从而使纠纷解决的功能从法院向社会化的ADR转移,形成诉讼外纠纷解决机制与诉讼制度之间一定意义上的“竞争”关系。^④总体而言,ADR除了具有缓解诉讼压力外,还有社会合作和自治的意义。ADR的发展与司法改革的互动,促进了新型非正式司法程序(如简易程序、小额程序、社区法院等)的发展,使法院承担促进、协调和制约监督ADR的

① 常怡主编:《民事诉讼法学》,中国法制出版社2008年版,第353页。

② 汤维建:《论民事诉讼审前程序的模式》,载《政法论坛》2004年第4期。

③ 参见[意]莫诺·卡佩莱蒂编:《福利国家与接近正义》,刘俊祥等译,法律出版社2000年版;Reform of Civil Procedure: Essays on "Access to Justice", edited by A. A. S. Zuckerman & Ross Cranston, Oxford University Press, 1995; Civil Justice in Crisis, edited by A. A. S. Zuckerman, Oxford University Press, 1999.

④ 范愉主编:《ADR原理与实务》,厦门大学出版社2002年版,第三章“民事司法改革与ADR”。

职能,使当事人积极参与纠纷解决程序,并改变了法律教育和法律职业传统思维方式等。^①

司法改革包含着从观念到制度、从理论到实践各方面的变革与创新。十余年来,我国司法制度改革已经取得了很大的成效。为更有效地保障人民的权利,应当在立足于我国国情的基础上,借鉴外国司法改革的经验,适应社会发展的需要,全面推进司法改革,努力促进司法公正。

近年来,我国学界对民事审前程序进行了比较深入的探讨,提出了许多观点和见解,涉及我国审前程序的设置目标、审前程序的应有功能、完善审前程序的原则、完善审前程序的模式、审前程序与审理程序的关系、完善审前程序的具体内容、审前程序与法院体制改革的关系等方面。^②例如,对于如何构建我国审前程序的问题,有学者提出如下建议:(1)建立互动性的诉答程序;(2)完善失效性的证据交换制度;(3)建构化解纠纷的多重机制。^③有学者则从证据制度、诉答程序、初步审理、多元化纠纷解决机制、法官释明权等方面论证了我国民事审前程序的制度性构建。^④限于篇幅,下文仅就其中的两个问题稍作论述。

三、法官释明权与审前程序

释明权又称阐明权或释明义务,是指在当事人的主张不明确、有矛盾,或者不清楚、不充分,而当事人认为自己提出的证据已经足够时,法官依职权(也有义务)向当事人提出关于事实及法律上的质问或指示,让当事人排除有矛盾的主张,澄清不清楚的主张,补充不充分的证据。德国《民事诉讼法》第139条第1款规定:“审判长应该使当事人就一切重要的事实作充分的说明,并且提出有利的申请,特别在所提事实说明不够时要加以补充,还要表明证据方法。为达此目的,在必要时,审判长应与当事人共同从事实上和法律上两方面对事实关系和法律关系进行阐明,并提出发问。”这种做法一改以往由当事人单方向法官输出诉讼信息的模式,本质上强化了法官与当事人的互动。从德国、日本民事诉讼制度改革情况看,都有强化法官释明权的趋势。其好处是显而易见的:一是防止法官心证的秘密性所带来的“判决时不意打击”,从而理顺当事人可能的不平的败诉心理;二是“真正有助于充实审理内容,借以及时保护当事人之实体上及程序上

^① 范愉:《纠纷解决的理论与实践》,清华大学出版社2007年版,第165~175页、第184~185页。

^② 廖中洪主编:《民事诉讼改革热点问题研究综述(1991—2005)》,中国检察出版社2006年版,第677~690页。

^③ 汤维建:《论构建我国民事诉讼中的自足性审前程序——审前程序与庭审程序并立的改革观念》,载《政法论坛》2004年第4期。

^④ 齐树洁:《构建我国民事审前程序的思考》,载《厦门大学学报》2003年第1期。

利益”。^①

法律既然承认任何人都平等地使用诉讼制度的权利与机会,那么,这种平等就不仅应有形式上的保障,而且还应有实质性的保护,诉讼制度应当为有意主张权利而有障碍的人排除障碍。^② 释明权之所以被视为维护当事人权利的“大宪章”,是因为法官的妥当释明能够保障当事人的基本程序权利。在当事人主义诉讼模式中存在着大量的当事人失权的制度,如举证时限、证据交换、拟制自认等等。这些技术性的规定对于那些不熟悉诉讼程序的当事人而言,无疑是沉重的诉讼负担和障碍。法官的释明可以使当事人在诉讼伊始即获得法律要点的指引,避免在诉讼中承受过重的程序上的不利,平衡程序正义和实质正义以及正义与效益间的价值需求,增强失权的正义性。^③ 通过释明,当事人可以清楚地认识自己的诉讼行为可能产生的诉讼效果,从而缓和当事人的失权负担,给予当事人充分的、实质的程序保障。

在我国民事审判方式改革过程中,基于当事人法律知识欠缺、难以适应当事人主义诉讼模式的实际情况,法院将“指导当事人举证”作为改革的重要配套措施。程序保障的核心价值在于保证诉讼当事人能够有充分的机会平等地参加诉讼。当事人在法官释明下修正、补充自己的诉讼请求和主张,并通过释明获知法官在适用法律上的意见。这不仅能够促使当事人充分地举证、质证,有效地进行攻击和防御,而且使案件事实趋于明了,从而保证当事人充分参与了法庭审理的过程。释明权的运用在一定程度上弥补了弱者诉讼能力的不足,使诉讼技巧和能力的差异不会成为案件审理结果的决定因素。^④

释明权制度是协同主义诉讼模式的核心内容之一。在协同主义诉讼模式中,当事人与法院相互合作,共同发现案件事实和促进诉讼。该模式在坚持辩论主义的前提下,对辩论主义的不足进行补充和修正。为实现这一修正,必须赋予法院一定的职权,释明权制度则恰如其分地充当了这一角色。一方面,法官通过行使释明权协助当事人共同发现案件事实,另一方面,法官行使释明权,使当事人获知法官在适用法律上的意见,并且与法官进行法律上的讨论,对法官的法的判断权施加一定影响,从而实现了在法的适用过程中法官与当事人的交流合作,保障当事人的程序参与权。

① 邱联恭:《程序制度机能论》,台湾三民书局1999年版,第12页。

② 辜恩臻:《论当事人协力义务的正当性与制度构建》,载齐树洁主编:《东南司法评论》(2008年卷),厦门大学出版社2009年版。

③ 张卫平:《论民事诉讼中失权的正义性》,载《法学研究》1999年第6期。

④ 姚晟旻:《论协同主义诉讼模式下的释明权制度》,载齐树洁主编:《东南司法评论》(2009年卷),厦门大学出版社2009年版。

释明权制度还具有防止法院突袭性裁判的功能。所谓突袭性裁判,是指法院违反事实上和法律上的释明义务,没有赋予当事人就相关事实与法律适用表明意见的机会,就以此为基础所形成的裁判。突袭性裁判包括事实认定的突袭与法律适用的突袭。^①对于来自法院的裁判突袭,辩论主义起不到丝毫的作用,因为辩论主义只约束了当事人对事实和证据的提出,处分权主义则保证了在诉讼标的的问题上当事人的决定权。对于这些事实主张,法官如何评价则是适用法律的问题,不受当事人主张约束。突袭性裁判侵蚀了当事人的程序基本权利,动摇了裁判赖以存在的正当性基础。为了防止发生法院突袭性裁判,要求法官通过行使释明权,将“可能采用何种法的构成向当事人作出释明,并与此相应地保证当事人进行充分的主张和举证活动”。^②

到目前为止,在我国的法律层面上,释明权制度在民事诉讼立法中仍处于空白状态,释明权的某些内容仅出现在最高人民法院颁布的司法解释中。一般认为,2002年4月1日起施行的最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规定》)在我国第一次较为明确地提出了释明权问题。《证据规定》中关于释明权的规定有:(1)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。”第33条第1款:“人民法院应当在送达案件受理通知书和应诉通知书的同时向当事人送达举证通知书。”这两个条款规定了法院对当事人举证指导的释明权。(2)第8条第2款:“对一方当事人陈述的事实,另一方当事人既未表示承认也未否认,经审判人员充分说明并询问后,其仍不明确表示肯定或者否定的,视为对该项事实的承认。”该规定要求法官在适用拟制自认规则时,应当履行“充分说明并询问”的释明义务,即只有经过“充分说明”和“询问”后,拟制自认才能成立。(3)第35条第1款规定:“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的限制,人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求。”该规定强调法院负有“告知”当事人变更诉讼请求的“释明”义务。

2003年12月1日施行的最高人民法院《关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》第20条规定,审判人员“应当”对“没有委托律师代理诉讼的当事人”,就回避、自认、举证责任等相关内容作必要的“解释”或者“说明”,并且在庭审的过程中也要适当“提示”当事人正确行使诉讼权利、履行诉讼义务,指导当事

^① 熊跃敏:《民事诉讼中法院的法律观点指出义务:法理、规则与判例》,载《中国法学》2008年第4期。

^② [日]高桥宏志:《民事诉讼法制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第366页。

人进行诉讼活动。

2004年5月1日施行的最高人民法院《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款规定：“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叙明。”这是对人身损害赔偿案件中行使释明权的规定。

2008年9月1日施行的最高人民法院《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第3条规定：“当事人未提出诉讼时效抗辩，人民法院不应就诉讼时效问题进行释明及主动适用诉讼时效的规定进行裁判。”这是从不应当行使释明权的情形角度对释明权制度作出的规定。

从以上的这些规定中可以看出，我国法官释明权的行使方式主要有三种：一是说明，二是告知，三是询问。在司法实践方面，自从《证据规定》实施以来，各地法院纷纷制定各种指导协助当事人进行诉讼的实施细则，进行了有益的探索和实践，提出了很多切实可行的办法。例如，2002年至2003年，厦门市中级人民法院对法官释明权制度进行了较为深入的理论探讨和实践研究，并将研究成果具体体现在“关于民事证据制度课题研究系列报告”中。他们通过大量实证调查，对释明权在举证指导、证据交换和诉讼审理三个环节中的具体适用进行了分析，提出了具有实践意义的观点和看法。^①北京市第一中级人民法院在2004年6月公布了关于“法官释明权制度”的规则。自这一规则实施后，该院民事案件的撤诉率和调解率不断上升，在婚姻家庭案件上体现得更为突出。2004年上半年，婚姻家庭合议庭共审理二审民事案件87件，其中31件案件撤诉或调解，调撤率比去年同期上升了近40%。^②

在审前准备阶段，法官的释明活动大致包括以下三个方面的内容：

一是在审前准备程序中法官对双方当事人进行必要的举证方面的指导。包括告知双方关于举证责任的分配原则和要求；在某些法律规定的情形下，告知当事人可以向法院申请调查收集证据；向当事人解释需要在指定的举证期限和证据交换的日期内做的工作，以及逾期举证的法律后果；对于简易程序审理案件有关提供法定送达地址、逾期领取裁判文书等特殊规定的释明等等。

二是通过证据交换，在法官的主持下，通过发问或提示的方式来促使双方当事人就关键核心问题做进一步的阐述，从而使双方的争议清晰化，形成争点。在证据交换的过程中，法官的释明主要体现在对整个证据交换行为的指

^① 厦门市中级人民法院课题组：《论法官释明权在民事诉讼中的运用》，载《人民法院报》2003年6月3日第6版。

^② 王锋、吴在存：《北京一中院规范法官适度行使释明权》，载《法制日报》2004年7月15日第1版。