

Research on the
Interpretation Obligation

释明义务研究

韩红俊 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

**Research on the
Interpretation Obligation**

释明义务研究

韩红俊 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

释明义务研究 / 韩红俊著. —北京:法律出版社,2008.5

ISBN 978-7-5036-8318-3

I. 释… II. 韩… III. 民事诉讼—研究—中国 IV. D925.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 050528 号

© 法律出版社·中国

释明义务研究

韩红俊 著

责任编辑 高山 田会文

装帧设计 李 贻

开本 A5

版本 2008 年 5 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 7 字数 170 千

印次 2008 年 5 月第 1 次印刷

编辑 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8318-3

定价:18.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

导论 1

第一章 释明义务概述/4

一、释明义务的含义/4

(一)释明的词源/4

(二)释明义务的演变/6

(三)释明义务的必要性/6

二、释明义务的类型/7

(一)积极释明和消极释明/7

(二)辩论主义领域的释明和处分权主义领域的释明/8

(三)事实释明与法律释明/8

(四)一审程序的释明、上诉审程序的释明和再审程序的释明/9

三、释明义务与诉讼指挥权/10

(一)诉讼指挥权/10

(二)释明义务与诉讼指挥权/13

第二章 国外释明义务的历史演变/15

一、大陆法系国家或地区释明义务的历史演变/15

(一)德国释明义务的历史演变/15

(二)日本释明义务的历史演变/19

(三)法国释明义务的历史演变/23

二、英美法系对释明义务的借鉴和演变/25

(一)英国对释明义务的借鉴和演变/25

(二)美国对释明义务的借鉴和演变/27

三、释明义务确立的社会机制/29

(一)释明义务确立的经济基础/29

(二)释明义务确立的社会背景/31

(三)释明义务确立的法律思想/33

第三章 释明义务的宪法基础/36

一、法律面前人人平等/36

(一)法律面前人人平等的宪法依据/37

(二)法律面前人人平等的演变/40

(三)合理的差别对待/45

二、接受裁判权/46

(一)接受裁判权的宪法依据/47

(二)接受裁判权的保障措施/50

1. 起诉条件的简化/50

2. 程序的多元化/52

3. 诉讼救助的普遍化/53

三、公正审判权/55

(一)公正审判权的宪法依据/55

(二)公正审判权的含义/56

1. 法庭前的平等权利/56
2. 适格法庭审判的权利/57
3. 公开审判的权利/58
4. 刑事审判程序保障的权利/58
- (三) 公正审判权的保障/59
1. 组织保障/59
2. 制度保障/60
3. 程序保障/62

第四章 释明义务的诉讼基础/64

一、民事诉讼的目的/64

(一) 民事诉讼目的的学说/65

1. 权利保护说/65
2. 私法秩序维持说/65
3. 纠纷解决说/66
4. 程序保障说/67
5. 权利保障说/68
6. 利益保障说/68
7. 多元说/69

(二) 纠纷的法解决说与释明义务/70

1. 纠纷的法解决说的依据/70
2. 纠纷的法解决说的实现途径/71
3. 纠纷的法解决与释明义务/73

二、辩论主义优质化/74

(一) 辩论主义的内容/74

1. 辩论主义的含义/74
2. 辩论主义的适用范围/75

(二) 辩论主义的根据/76

1. 本质说/76

2. 手段说/76

3. 防止突然袭击说/77

4. 多元说/77

5. 法探索主体说/77

(三) 释明义务与辩论主义/78

1. 辩论主义的缺陷/78

2. 辩论主义优质化的手段——释明义务/78

三、处分权主义的充分化/80

(一) 处分权主义的内容/80

(二) 处分权主义充分化的方式——释明义务/81

1. 释明义务保障了当事人的接受裁判权/82

2. 释明义务使诉讼标的明确化/82

3. 释明义务使诉讼程序的终结自主化/86

四、既判力的正当化/87

(一) 既判力的含义/87

(二) 既判力的作用/88

(三) 既判力的根据/88

(四) 既判力正当化的基础——释明义务/90

第五章 我国释明义务的实证状况评价/93

一、我国释明义务的现状/93

(一) 释明义务引进的背景介绍/93

(二) 释明义务的法律规定/98

(三) 释明义务的司法实践探索/99

1. 诉讼指导/100

2. 举证指导/101

3. 诉讼风险告知/102

4. 判前说理/103

5. 判后语/104

二、建立我国释明义务的必要性/106

(一) 诉讼观念的转变是设立释明义务的前提条件/106

1. 传统诉讼观念/106

2. 传统诉讼观念的变迁/112

(二) 法律的不确定性是释明义务存在的基础/122

1. 语言的不确定性/122

2. 概括性条款的不确定性/123

3. 法律固有的不确定性/123

4. 司法过程中法律的不确定性/125

(三) 法律活动的专业化是设立释明义务的必然基础/128

1. 法律语言的专业化/129

2. 法律活动的技术性/130

(四) 社会转型时期使释明义务的设立更加迫切/133

1. 社会转型时期法律的不确定性增加/133

2. 社会转型时期当事人之间诉讼能力低、诉讼能力的差距增大/135

三、建立法院释明义务的可行性/138

(一) 审判独立奠定了制度基础/138

(二) 法官自由裁量权的认可提供了法律基础/140

1. 法官自由裁量权的概念/141

2. 法官自由裁量权的必要性/141

3. 法官自由裁量权的认识过程/142

4. 法官自由裁量权的表现/144

(三) 法官素质的差异性提供了现实基础/146

1. 法官素质/146

2. 法官素质问题的提出/147

3. 法官素质的差异性/150

第六章 构建和完善我国释明义务的设置/153

一、释明义务的价值分析/153

(一) 公正/153

1. 实体公正/154

2. 程序公正/155

(二) 效益/158

1. 程序效益的提出/158

2. 程序效益的界定/159

3. 释明义务能提高程序效益/161

二、释明义务的含义/162

三、释明的性质/164

(一) 司法为民的要求/164

(二) 改变法官观念的要求/165

(三) 当事人诉讼权利保障的要求/166

四、释明义务的主体/167

(一) 法院/167

(二) 审判长/167

(三) 合议庭的法官和陪审员/168

(四) 准备程序中的法官/168

五、释明义务的界限/169

(一) 释明义务中法院的自由裁量权/169

(二) 释明义务界限的讨论/170

(三) 释明义务的界限——司法者的中立/170

六、释明义务的范围/171

(一) 诉讼请求的释明/172

1. 诉讼请求不明确的释明/172

2. 诉讼请求不充分的释明/172

3. 诉讼请求不适当的释明/173

4. 诉讼请求变更的释明/173

(二) 事实主张的释明/174

1. 事实主张不明确的释明/175

2. 事实主张不妥当的释明/175

3. 事实主张不充分的释明/175

4. 提出新事实主张的释明/176

(三) 证据的释明/176

1. 证据申请的释明/176

2. 未提出证据材料的释明/177

3. 证据不充分的释明/177

4. 证明责任分配的释明义务/178

(四) 法律观点的释明/178

1. 法律关系不明确的释明/179

2. 法律关系认识不一致的释明/179

3. 同一事实多种法律关系的释明/180

七、释明义务在诉讼程序各阶段的具体运用/180

(一) 立案阶段释明义务的运用/181

(二) 审前阶段释明义务的运用/181

(三) 开庭审理阶段释明义务的运用/183

(四) 二审阶段释明义务的运用/184

八、释明义务的保障措施/184

(一) 法官心证公开/185

1. 心证公开的必然/185

2. 心证公开的功能/186

3. 心证公开的现状/187

4. 心证公开过程的公开与释明义务/187

(二) 法官法律见解的公开/189

1. 法律见解公开的必要性/189

8 释明义务研究

2. 法律见解公开的功能/190

3. 法律见解的公开与释明义务/191

(三) 释明义务的法律效力/192

1. 释明义务对当事人的效力/192

2. 释明义务对法院的效力/193

结语/194

主要参考文献/197

导 论

如何协调法院审判权和当事人诉权之间的关系,是任何一个国家民事诉讼法不可回避的问题,也是各国司法改革面临的难题。释明义务就是法院审判权和当事人诉权博弈的结果。

释明义务起源于以实体真实为民事诉讼的目的、认为法官在诉讼中负有共同责任的德国。德国要求法官履行使命义务的方式从发问扩展成法官承担的讨论义务,释明的范围不断扩大,内容不断完善。在社会民事诉讼观念的影响下,在以实现实体正义为民事诉讼目的的指引下,法官承担着积极主动的释明义务。法国、日本等大陆法系国家和地区先后确立了释明义务,使其成为大陆法系国家民事诉讼中的一项基本制度。我国台湾地区在最新修改的“民事诉讼法”中,为保障当事人接近法院和达到纠纷一次性解决的目的,加重了法院的阐明义务,阐明义务不再限于辩论主义的范畴,将提起反诉和提出新的诉讼资料纳入了阐明的范围,诉讼中

情势变更时,应阐明当事人为诉的变更、追加。英美法系国家为了解决诉讼迟延的问题,加强了法官在诉讼中的指挥权,其中也包含了部分类似释明的内容,但其目的是促进诉讼,与释明义务设立的宗旨有着本质的不同。从两大法系的研究与实践来看,在双方当事人对抗的基础上,发挥法院的积极能动性,三方共同协作达到纠纷法解决的目的司法改革的方向。可以预见,法院的释明义务将成为法院和当事人之间互相沟通交流的主要途径,成为审判权和诉权之间的平衡器。

我国古代行政兼理司法、情理法相结合的纠问式民事诉讼,属于实质非理性的范畴。中华人民共和国成立的很长一段时期以来,在政治体制的制约下、计划经济体制的支配下、传统法律文化的影响下,民事诉讼是保障法院查明案件真相的程序,当事人把纠纷提交给法院后,法院包揽了查清案件真实的任务,依职权全面调查收集证据审理对象可以超越当事人主张的范围,纠纷的解决必须符合国家政策。1982年的《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》和1991年的《中华人民共和国民事诉讼法》都在一定程序上强化了当事人在诉讼中的地位和作用,弱化了法院的职权,但当事人的诉权对法院的审判权仍未起到制约作用。随着我国社会主义市场经济体制的建立,诉讼案件的增多,诉讼观念的转变,在审判方式改革的推动下,2001年最高人民法院颁布了《关于民事诉讼证据的若干规定》的司法解释,规定了当事人完整意义的证明责任,规定了促进集中审理的举证时限和证据交换制度,当事人的主张对法院具有了约束作用,意味着我国的职权探知主义向辩论主义的转变,并在第35条规定了法院释明。由于此规定是以市场经济充分化、城市现代化和当事人诉讼能力的极强化为基础的,与我国大多数地区的实际状况不太适应,其实施的效果在某种程度上进一步损害了司法的公信力。在司法为民的指引下,司法实践工作者进行了积极的探索,对当事人进行诉讼指导、举证指导、诉前风险告知、判前说理、判后语说服的各项措施。但由于缺乏对释明义务理论的相关研究,该领域便不可避免地存在着视野的局

限、认识的不足、操作的简单化和随意化倾向。因此,在我国当事人主义诉讼模式基本建立的情形下,在推进司法体制改革的目标下,在司法为民、司法的社会效果和法律效果相结合的倡导下,法院释明义务的研究便显得尤为重要。

法院释明义务的研究具有重要的理论意义和实践价值。首先,通过全面、系统地研究大陆法系国家和地区释明义务的历史演变以及英美法系国家对释明义务的借鉴,了解了释明义务性质与范围与国家的司法理念、司法政策密切相关,有助于结合我国的现实状况,明确释明义务的性质、确定释明义务的范围。在我国社会转型的特殊时期,司法为民的理念、实体倾向的诉讼观念、法律的复杂化导致复杂性增加、法律专业化和技术化的要求与现状的差距,使法院的释明更为迫切,对释明义务应持积极的态度,释明的范围应该适当有所扩大。其次,通过对释明义务与民事诉讼相关理论的分析,深刻认识民事诉讼活动的一般规律,从新的视角重新检讨、认识民事诉讼相关理论,为其进一步发展完善奠定基础。因此,法院的释明义务被认为是民事诉讼的大宪章。在民事诉讼法修改的进程中,探讨释明义务,对于理顺审判权和诉权之间的关系、完善我国的民事诉讼理论、确立统一的规范和做法,具有重要的意义。再次,通过我国司法实践中法院种种便民措施的介绍和总结,认识到确立法院释明义务是司法实践的需要;对法律的特点、司法活动的规律和我国法官素质的分析,说明我国确立法院释明义务具有现实可行性。最后,对释明义务的设立提出了初步的构想,以期能对司法实践起到一定的指导作用。

第一章 释明义务概述

一、释明义务的含义

(一)释明的词源

释明,在我国是一个外来语,源于大陆法系国家和地区的民事诉讼立法和理论,具有两种不同的含义:释明义务中的“释明”和证据理论中的“释明”。

释明义务中的释明,源于德语“Aufklärung”,其意指阐明、说明、解释、启发、开导或教导;^[1]法语表述为“expliquer”,意在说明、阐明、解释原因、说明理由、表达思想和表达看法;^[2]日语中的“释明”,意在解释、说明;^[3]我国台湾地区称为“阐明”;我

[1] 王昭仁等编:《德汉词典》,商务印书馆2000年版,第72页。

[2] 《罗贝尔法汉词典》,商务印书馆2003年版,第487页。

[3] 《现代日汉大词典》,中国商务印书馆·日本小学馆1987年版,第773页。

国的民事诉讼理论界将其称为释明^{〔1〕}或阐明,^{〔2〕}《法律词典》中没有相应的释明或阐明的词条。^{〔3〕}“释”,至少包含两种含义:其一,解释。《国语·吴语》:“乃使行人奚斯释言于齐。”韦昭注引《晋语二》:“释言,以言自解释也。”其二,消溶;消除。《老子》:“涣兮若冰之将释。”《国语·晋语一》:“虽欲爱君,惑不释也。”“阐”,其意为阐发;阐明。《易·系辞下》:“夫《易》彰往而察来,而微显阐幽。”韩康伯注:“阐,明也。”引申为显露在外。《吕氏春秋·决胜》:“隐则胜阐矣。”^{〔4〕}释明旨在使不明确的事项变得明确,加强法官和当事人之间的沟通,保障当事人实体权利和诉讼权利的实现。因此,“释明”一词能更好地表征其含义和功能。

在大陆法系证据理论中,释明是与证明相对而言的。根据法官认定事实时获得心证所需要的证明度,分为证明与释明。证明是指某一事项获得法官确信的状态或者为取得该确信的当事人的努力;释明是指尚未获得法官确信,只是获得该事项大致上确实的推测或为形成该推测的当事人的努力。法院作出裁判时,原则上需要对作出其前提的事实关系加以证明;但不是在对实体性权利义务关系作出终局性确定,在给予暂时性保护并且法律明确规定的情况下,只需释明即可。由于释明一般用于迅速性、暂时性的保全程序或因程序或程序所衍生的事项,故减轻了心证的程度,并允许法官以提供保证金或宣誓的方法代替释明。^{〔5〕}此种

〔1〕 张卫平:《程序公正实现中的冲突与衡平——外国民事诉讼研究引论》,成都出版社1992年版,第28页;唐佳:“建立我国法官释明义务制度初探”,载《行政与法》2003年第5期,第66页;王鹏:“试论法官的‘释明权’及其行使”,载《经济与社会发展》2003年第6期,第115页;孙永全:“论释明权”,载《人民司法》2002年第8期,第55页;杨钧、秦燕:“论释明制度”,载《法学》2003年第9期,第78页。

〔2〕 周立民:“试论阐明权”,载《政法论坛》2001年第3期,第87页;武胜建、叶新火:“从阐明看法官诉讼请求变更告知义务”,载《法学》2003年第3期,第113页。

〔3〕 《法律辞典》,法律出版社2003年版。

〔4〕 《辞海》,上海辞书出版社1979年版,第2018页、第4526页。

〔5〕 [日]三月章:《日本民事诉讼法》,汪一凡译,五南图书出版公司1997年版,第419页。

“释明”又被称为“疏明”。

(二) 释明义务的演变

释明义务^[1]原意是指在诉讼中法官促使当事人将本来不明的事项明了化;后来扩展至当事人的声明和陈述不明确、不充分或不适当时,审理案件的法官促使当事人把不明确的予以澄清,把不充分的予以补充,把不适当的予以修正以及当事人以为自己没有证明责任而不提出证据材料,或者所举的证据不够而误以为已经很充分了而没有提出进一步的证据材料,法官应启发当事人提供相应的证据材料;在现代民事诉讼中,释明义务的含义较为广泛,进一步拓展至启发当事人提出新的诉讼资料和进行诉的变更和追加等方面的内容。^[2] 释明的性质,存在着权利、义务和权利义务综合体的不同理解。释明的目的,经历了追求案件真实—保障当事人的程序主体权—纠纷的一次性解决—综合目的说的演变。总的来说,对释明性质的认识存在着差异,释明的范围在逐步扩展,释明的目的进行着符合社会发展需要的演变。

(三) 释明义务的必要性

民事审判,通常是法院在根据当事人提供的证据认定事实的基础上,适用其所解释的法律,然后作出裁判。基于私法自治原则,民事诉讼采用辩论主义和处分权主义,法院只能根据当事人声明的范围及其所提供的资料,作为裁判的基础。但是因为法律规定的复杂化以及法律的不确定性,如何有效利用诉讼程序保护自己的合法权益,就连法律专家都不可避免地会产生差错,更何况普通民众。在以

[1] 根据对释明性质认识的差异,从法院的职权角度,称为释明权;从法院的义务角度,称为释明义务。由于本书认为应将释明理解为法院的义务,所以称为释明义务,理由将在本书的后半部分予以论述。

[2] 张卫平:《程序公正实现中的冲突与衡平——外国民事诉讼研究引论》,成都出版社1992年版,第29页;骆永家:“阐明权”,载《民事诉讼法之研讨》(四),第169页;江伟、刘敏:“论民事诉讼模式的转换与法官的释明权”,载《诉讼法论丛》(第6卷),法律出版社2001年版,第321页。