

释明的理论逻辑

严仁群^{*}

内容提要：释明有时会使案件结果发生逆转，所以必须有逻辑可循。释明不得背离保护权利、维护实质正义的释明主旨和其他正当目的，不能超出当事人主张的事实和已呈现的事实。此为释明的目的边界和事实边界。时效制度与释明制度之主旨相悖，所以不能就时效释明。在事实边界内，法官应进行一切合目的的释明，包括对当事人未主张的权利和重要事实的释明，原告的请求额不足时也应释明。法官就事实无法形成心证时应告知当事人追加证据。遵循逻辑的释明不会使法官丧失中立性。辩论主义并非绝对不可突破，也不能以尊重处分权为名漠视权利之丧失。

关键词：释明 辩论主义 处分权主义 法官中立

一、问题的提出

在民事诉讼中，释明（阐明）是极为特别的一种行为。如果当事人的诉讼活动不明了、不充分或不正确，法官常会进行发问、提示。因此，释明有时会使一方当事人反败为胜。也正因为如此，释明制度虽小，却可谓兹事体大。有人将规定释明的德国民事诉讼法第139条称为“民事诉讼的大宪章”、“帝王条款”。〔1〕然而，关于释明的争议、困惑长期以来一直存在。德、日的法官和学者认为释明“界限的划定相当困难”，〔2〕在这方面“存在激烈的争议”。〔3〕中国的法官也普遍感到“阐明程度不明确……多数法官担心丧失中立地位，容易和一方或双方形成对立情绪，‘出力不讨好’。”〔4〕

前述困惑或争议集中体现在若干积极度较高的释明上（对于在当事人的陈述或请求不明了时

* 南京大学法学院副教授。

本文受南京大学985项目三期资助。

〔1〕〔德〕鲁特尔夫·瓦瑟尔曼：《从辩论主义到合作主义》，载〔德〕米夏埃尔·施蒂尔纳编：《德国民事诉讼法学文萃》，赵秀举译，中国政法大学出版社2005年版，第364页。

〔2〕〔日〕中村英郎：《新民事诉讼法讲义》，陈刚、林剑锋、郭美松译，法律出版社2001年版，第178页。

〔3〕〔德〕罗尔夫·施蒂尔纳、阿斯特里德·施塔德勒：《法官的积极角色》，载前引〔1〕，米夏埃尔·施蒂尔纳编书，第420页以下。

〔4〕贺小荣、王松：《法院释明权的方法及其合理限制》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》总第23集，法律出版社2006年版，第83页。

的释明很少有争议),尤以诉讼时效能否释明的问题为甚。这一问题是指当事人没有主张时效抗辩的意思表示,但法官发现时效期间很可能已经届满,此时能否释明。关于此问题,德国在2001年修改民事诉讼法后仍然出现了意见相反的两判决。^{〔5〕}我国的司法解释虽已明确规定不得释明,然而其正当理由是什么,尚未见合理的解释。

《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》)第35条规定,如果原告所主张的法律关系的性质、民事行为的效力与法院的认定不一致,法院应当告知其变更诉讼请求。即如果原告选择的诉讼路径有误,法官应告知其正确的路径。显然,这种释明的积极程度相当高。人们不禁要问:释明的逻辑或准则何在?在遇到有争议的情形时该如何抉择?例如,对其他抗辩权应否释明?《证据规定》第3条规定:“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。”但若原告的证据不足以证明其诉讼请求,应否告知其补充证据?同样,尽管依德国民诉法第139条的规定,“法院于必要时应就实体关系与诉讼关系,依事实与法律面,与当事人进行讨论与发问。法院应尽力使当事人及时且完全陈述所有重要之事实,特别是就不充足之事实陈述令其补充,声明证据,以及提出有助于纷争解决的声明”,^{〔6〕}但所谓“必要时”当如何解释?何谓“所有重要之事实”?实际上,基于该条文的“释明的明确规则或标准并没有发展出来。尽管德国联邦最高法院自从20世纪80年代以来越来越赞同释明,该条文的适用仍然是因法官而异的”。^{〔7〕}

学界为填补释明逻辑的空白已经作出了一些努力。一个较具影响力的说法是:“作为判断法院是否产生释明义务一个大致的标准是,在因法院未进行释明而使裁判结果发生逆转之盖然性较高的情形下,上级审法院应当在斟酌当事人之间公平的基础上,来撤销违反释明义务的原审法院判决。”^{〔8〕}也许是意识到该标准不敷使用或过于抽象,持此说者又称“这是个应当通过判例积累来予以确立的标准”。^{〔9〕}但问题是,即使学界都赞同这种观点,也是在实务者渴求释明逻辑之时将问题又踢回给了他们。早在1877年,德国民诉法就设立了释明制度,一百多年后的今天,学界仍称释明逻辑之明确有待实务积累,不免有失责之嫌。

由于看不到释明的逻辑,有学者转而认为释明权“实际上是一种据情自由裁量权……立法上不可能对这种权力的行使作出细微的硬性规定”。^{〔10〕}

然而,就此放弃寻找释明逻辑的努力是不恰当的。如果我们能厘清重要的基础问题,并合理解决一些较为棘手的问题,找到释明通常应遵循的规则是可能的。本文将为什么进行释明这个原点问题入手,探讨释明的正当目的,然后探求释明在事实方面的范围以及释明与辩论主义的关系,从而为释明确定两个合理的边界。通过对应当释明的权利、释明与处分权主义关系的分析,结合释明的目的边界、事实边界,可归纳出释明的基本规则。其后还将梳理释明与法官中立的关系,以消除对合理释明的疑虑。对关于举证失败的释明的分析以及对一些观念的澄清,有助于更清晰地把握释明的逻辑。

〔5〕 德国柏林高等法院于2002年3月5日的裁判认为可以释明,而德国联邦最高法院于2003年10月2日的裁判则持相反意见。参见刘明生:《消灭时效抗辩阐明之研究》,台湾《法学新论》2010年第5期。

〔6〕 吴从周:《阐明时效抗辩与法官回避——浏览备忘2004年以来德国学说与实务见解的最新发展》,《台湾本土法学杂志》2005年第10期。

〔7〕 Astrid Stadler, *The Role of the Judge in the Development of Civil Litigation*, 27 *Hastings Int'l Comp. L. Rev.* 55, 69.

〔8〕 [日]中野贞一郎:《过失的推认》,弘文堂1978年版,第223页以下。转引自[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360页。这一说法在日本及我国都较有市场。

〔9〕 同上。

〔10〕 毕玉谦:《民事证据原理与实务研究》,人民法院出版社2003年版,第498页以下。

二、释明的边界和释明规则

(一) 释明的目的边界

1. 释明的主旨

一般认为释明可以补充辩论主义和处分权主义之不足。从德国民诉法第139条看,也确是如此。它要求法官通过释明使当事人补充事实陈述、提出声明。但是,补充之说并未涉及释明的根本目的。

所谓处分权主义,是指原告有启动程序要求审判的权利,当事人有确定诉讼标的的权利,有一定的终结程序决定权。在实际诉讼中,当事人有可能因为对法律知之甚少而选择了错误的诉讼标的,提出了不当的诉之声明。例如原告基于买卖合同要求被告支付货款及逾期利息,而法官认为利息请求不当,应要求赔偿损失。^[11]此时,若直接按照处分权主义裁判,原本可能拥有权利的原告将会败诉。这明显背离了实质正义。

辩论主义的不足与之相似。传统的辩论主义有三个命题:对于当事人未主张的事实,^[12]法院不得将其作为裁判基础;当事人不争执的事实,法院须将其作为裁判基础;法院不得依职权调查证据。问题是,有些当事人因为不懂法律未能完整主张事实,例如,原告指控对方没有履行给付义务,却没有陈述具体的履行期限。如果直接适用辩论主义,则会以当事人未尽主张责任及举证责任为由,判其败诉。这显然也会使原本可能拥有权利的当事人不能实现其权利,使得诉讼“脱离了国民的正义情感”。^[13]

因此,通过释明补充处分权主义和辩论主义的目的在于保护权利、实现实质正义。事实上,德国立法者最初创设释明制度时就是希望“通过适切和及时的提示,法院可以帮助真理获胜”。^[14]2001年德国民事诉讼法改革法对释明条文作了较大调整,其“最上位目的”也是使当事人“透过诉讼程序迅速确定其于实体法上应享之权利”。^[15]

在现实中,基于这种目的进行的释明最为常见。提示当事人修改或补充诉的声明、诉讼标的的释明,对实现这一释明主旨之追求最为明显。我国最高人民法院《证据规定》第3条、第35条的目的也主要是如此。

2. 其他正当目的

随着时间的推移以及立法者、司法者对于程序机理认识的深化,他们有可能基于其他正当目的扩大释明的范围。较为常见的是防止突袭裁判。基于这种目的的释明可以使当事人获得充分的程序保障。例如,在进行法庭调查前向当事人提示案件争点,在采用当事人未曾主张的法律观点前听取当事人的辩论意见。德、法的民诉法都有防止突袭裁判的条文,英国人也认为法官若要根据双方当事人未明示的要点裁判就必须追加辩论。^[16]防止突袭裁判显然也是保护当事人辩论权的需要。另一种较常见的正当释明目的是一次性解决纠纷。例如,法官若确认合同无效,则提示要求履行合同的原告将诉讼请求变更为请求返还已付价款,以防原告在败诉后再起诉。此种释明

[11] 参见潘文杰、俞新江:《本案不宜直接支持逾期利息》,《人民法院报》2008年7月17日。

[12] 以前的通说认为辩论主义所谓的“事实”仅指主要事实(要件事实),现在则认为,对一些准主要事实(例如可用以判断当事人有过失的具体事实)也应适用辩论主义,“过失”是评价性的概念。

[13] 前引[8],高桥宏志书,第357页。

[14] [德]奥特马·尧厄尼希:《民事诉讼法》,周翠译,法律出版社2003年版,第129页。

[15] BT-Drucks, 14/4722, S. 58. 转引自刘明生:《德国法院阐明义务之新进展——以公元2001年德国民事诉讼法修正为中心》,台湾《辅仁法学》2010年第1期。

[16] [英]J. A. 乔罗维茨:《民事诉讼程序研究》,吴泽勇译,中国政法大学出版社2003年版,第162页。

主要是基于诉讼经济方面的考量，所以相对较为次要。至于澄清性释明，即在当事人的陈述或主张不明了或有矛盾时对当事人发问，其目的主要是明确审理对象，为审理活动扫清障碍。它虽然只是较为消极的释明，但却是不可缺少的，比基于一次性解决纠纷目的的释明重要（但因争议很少可搁置不论）。〔17〕

3. 不当目的

有观点主张应将保护弱者作为释明的目的。〔18〕但基于这种目的进行释明是不正当的。因为固然弱者在诉讼中可能有更多的释明需求，但对强者也可能有释明的必要。强者也有提出不当申请或主张的可能，基于保护权利之主旨，也应对其释明。

还有观点主张释明的目的应是实现当事人实质平等或武器平等。有学者指出，实质平等、武器平等都是“极不确定的概念”，〔19〕难以准确地界定。其实，更关键的是，该目的并不合理。如果双方当事人的攻防能力都很弱，则在其申请或主张不当时就不应释明？若双方诉讼能力都很强，是否就绝对没有释明的必要？

4. 关于时效之释明

在关于时效能否释明的讨论中，我们很少对比时效与释明两种制度之主旨。但这种对比有助于从根本上解决问题。

立法者设立时效制度的出发点是维护法的安定性，防止当事人之间的法律关系长期处于不确定状态。时效释明的肯定论者对此也是认可的，他们称消灭时效制度“系为保障交易安全与法的和平而设之规定，其并非提供债权人一般性之保护”。〔20〕从实质正义角度看，让债权消灭，或使之无法强制实现，甚至是“反道德”的。〔21〕无论时效期间届满消灭的是胜诉权、诉权或债权，就实际效果而言，只要当事人行使时效抗辩权，就会使债权不能通过诉讼实现。所以这个制度的基本特点不是保护债权，而是（附条件地）消灭请求权或消灭债权强制实现的可能性。而对于被迫经由诉讼实现债权的债权人来说，消灭这种可能性与消灭债权通常没有什么实际差别。

可见，时效制度与释明制度的主旨是相冲突的。就时效抗辩进行释明（告知其可援用时效制度），将背离释明的主旨。这就在根本上决定了法院不能或不应就时效进行释明，〔22〕即便肯定论者所提出的某些理由有一定的合理性。〔23〕

但肯定论者可能仍有疑虑：既然释明制度的主旨在于保护权利、实现正义，那么债务人因时效完成而取得的抗辩权也是一种权利，为什么不予以保护？应当看到，若就时效进行释明，就意味着法院在试图保护时效抗辩权的同时，也在消灭请求权或债权强制实现的可能，即以消灭一个实体权利为代价来保护另一个实体权利。这仍然有悖于释明主旨。

总之，法官的释明活动不能基于不当的释明目的进行，尤其不能背离保护权利、维护实质正义的释明主旨。不具有正当目的的释明是不可接受的。

〔17〕 这种发问甚至会对少数当事人不利。例如当事人无法澄清其陈述矛盾之处，可能在法官的心证上对其产生不利影响。但这不是释明的目的。

〔18〕 协同主义的倡导者认为法官应借助释明保障处于下层的弱者的权利。参见刘明生：《辩论主义与协同主义之研究——以德国法为中心》，台湾《政大法学评论》2011年第4期。

〔19〕 [日] 吕太郎：《民事诉讼阐明之理论及其趋向》，《法官协会杂志》2002年第2期。

〔20〕 Koch, Prozessforderungspflicht, S. 215. 转引自前引〔5〕，刘明生文。

〔21〕 [日] 山本敬三：《民法讲义I》（总则），解亘译，北京大学出版社2004年版，第345页。

〔22〕 但如果被告以原告多年未要求还钱为由拒绝还债，则应认为其已有时效抗辩之意。“当事人没有必要从法学角度来表达其决定。因为赋予当事人的意志以正确的法律形式属于法官的任务。”前引〔1〕，鲁特尔夫·瓦瑟尔曼文。

〔23〕 例如有人认为：“被告本来已有消灭时效可以主张，只因为被告不懂法律，才不会主张，法官出于客观真实之要求，教被告提出抗辩也未尝不可。”（陈荣宗在民事诉讼法研究会第63次研讨会上的发言）。骆永家等：《〈法院的诉讼指挥权和当事人之声明权、异议权〉——民事诉讼法研究会第63次研讨记录》，台湾《法学丛刊》1997年第4期。

（二）释明的事实边界

在明确了释明的目的边界后，需要讨论的是法官应当就哪些事实进行释明，应当以哪些事实为基础进行释明，即释明在事实方面的边界何在。

对于当事人主张的事实，如果其陈述不明了、不完整，法院应进行释明。如果发现就当事人主张的事实有进行其他释明（例如补充处分权主义的释明）的必要，也应当释明。因为此类事实正是传统辩论主义范围之内的事实。但应当释明的事实以及应以之为基础进行其他释明的事实并不仅以此种事实为限，还应包括虽非当事人主张但已经实际呈现的事实。

1. 合理扩张辩论主义

实务上有一种并不罕见的情况：有些重要事实虽未为当事人主张，但是经由某些证据材料，（无意中）已呈现于法官。例如，某证据表明交通事故的受害人（原告）也有过失，而双方都未主张该事实。通说向来认为仅人事诉讼（人身关系的案件）采用职权探知原则，其他民事案件都应采辩论主义。但职权探知原则只是指法院应当“设法获取和证明对裁判具有显著意义的事实”，^[24]而前述新事实既非当事人主张，又非法院“设法”（依职权）获取。由此可见，在职权探知原则和辩论主义之间存在中间地带。

类似的事实还有（至少在审判法院辖区内）众所周知的事实、法官于职务上获知的事实。对法官而言，它们都可谓已是呈现的事实。

由于这些事实处于辩论主义范畴以外，所以以之为基础进行释明，或者直接将其采为裁判基础，是超越辩论主义的。倘若法官就这些事实本身进行释明，说明其在本案中的法律意义，则这种释明并未突破辩论主义（对照辩论主义的第一命题）。而且，这种释明有一个重要的转换功能，即将这些事实的大部分纳入辩论主义范畴。因为果真这些事实对本案有重要意义，则当事人通常是会主张该事实的。很难想见该事实对其有利的一方当事人在理解其法律价值后，仍然不予主张。释明的这种扩张功能似乎未曾被注意到。这类事实能否被采用，一直是协同主义与辩论主义争论的焦点之一。它们都固守于各自的立场，前者持肯定态度，后者持否定态度。然而，通过释明的这种转换功能，大多数情况下可以消解两者之间的对立。

更为关键的是，如果重要的事实已经呈现，法官就不能无视其存在。因为那样很可能使当事人的权利得不到实现，有违实质正义，而且正义之失去就发生在法官眼前。通过前述之释明，在大多数情况下即可轻松地避免这种不正义情形之发生。同时应该认识到，当事人未主张该类事实往往不是因为不愿主张，而是因为不知其在法律上的意义。他以为自己无从选择，以为主张该事实是徒劳的。所以，在未主张之表象下，当事人往往并未真正行使其在事实方面的主导权，并无真正的意思自治。而前述这种释明则是对当事人自由意志的真正尊重，使其在知道其选择权的情况下自主作出决定。

2. 合理突破辩论主义

然而，仍可能存在经释明后当事人依然不主张该事实之情形。^[25]如果这种少数情况真的出现了，则法院仍应将其采为裁判基础。此时便突破了辩论主义。

辩论主义不是绝对的教义。实际上，辩论主义的第三命题早已被突破了，德、日都允许法官依职权调查证据，而且范围比我国的要广。^[26]更重要的是，真相既然已“自行”呈现，法官就

[24] [德] 汉斯-约阿希姆·穆泽拉克：《德国民事诉讼法基础教程》，周翠译，中国政法大学出版社2005年版，第64页。

[25] 在虚假诉讼中，或者虽非虚假诉讼，但该事实涉及案外人合法利益时，或会出现这种情况。

[26] 德、日的法官可依职权命令第三人提供证据，命令当事人到庭接受询问，依职权委托鉴定。但我国《证据规定》第15条仅要求法官就涉及国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实依职权调查证据。

不能佯作不知，就不能再受制于当事人之主张。正如通说认为不能接受明显虚假的自认一样。^{〔27〕}德、日等国也规定了当事人的真实义务，所以，这种对辩论主义的例外突破是合理的。

从辩论主义的根据来看，既然认为利用当事人的对立与利己心可以方便地获取事实（合目的性考量说），就没有理由排斥这类不必法院费力就已获知的事实。另有观点认为之所以采辩论主义，是因为民事案件数量惊人，法院无力逐一主动调查事实。此说显然也无法排斥法院采用这类事实。

一些国家或地区已明确允许法官采用这类事实，而不论当事人主张与否。法国民民事诉讼法第7条第2款规定：“在辩论的各项材料中，法官得考虑当事人可能未特别加以援述、用以支持其诉讼请求的事实。”这是关于证据呈现的事实的规定。美国联邦证据规则第201条（c）规定：“不管当事人请求与否，法院可以自由决定是否作出司法认知。”司法认知的对象通常是众所周知的事实。我国台湾民法第278条规定：“事实于法院已显著或为其职务上所已知者……虽非当事人提出，亦得斟酌之。”它覆盖了前述三种已呈现的事实。由此，有学者称我国台湾民法“并非采古典的辩论主义”。^{〔28〕}

从前述可见，已经呈现于法官的重要事实，最终都会被法官采用。如此看来，前述之转换性释明似乎多余。但此释明可以缩小突破辩论主义的范围，避免被指责过度突破辩论主义，还可凸显对当事人意思自治的尊重。

既然已呈现于法官的重要事实最终都可被采用，法官自然也就可以以之为基础进行其他合理的释明。另外，如果采用其作为裁判基础，有给当事人造成突袭的可能，则仍需再次就该事实进行释明。必要时应给当事人准备时间，并追加辩论。

3. 越界的释明

当事人主张的事实和前述三种已呈现的事实共同划定了释明在事实方面的边界。超出此一边界进行释明是不可接受的。

但是前述之转换性释明似乎表明它的转换范围不应仅限于已经呈现的事实，应当进一步扩大，从而为释明寻找更大的事实平台。问题是，假设这种越界的释明可以进行，那么法官将要在很大范围内探寻事实。例如，询问已完整陈述了侵权各项要件事实的原告，是否还有其他损害结果发生；询问要求被告偿还借款的原告，是否与被告还有其他纠纷（其他借款纠纷、要求还款时曾否发生冲突及损害等），并告知其可提出这些纠纷及相关请求；询问否认借款的被告，原告是否曾违约，合同是否曾变更，签约时有无导致合同无效的情况等。这一探寻过程与法官找法不同，后者是针对确定的事实寻找可适用的法律。生活中的事实是海量的，“法院不应探讨其他陈述的渺茫的可能性”。^{〔29〕}这种对新事实的探询是摸索性的、无根据的，同时它又是盲目、无规则的。在这种无规则的释明中，法官难免恣意、滥权。

但协同主义的倡导者认同这种释明。他们主张废弃辩论主义，主张由法官与当事人共同寻找事实，不必关注是从当事人还是从法院获得了事实。对此，有学者予以批判：“协同主义并不具有与其相对立之原则，如此一来无法辨识其于诉讼上可能存在之界限，而此于实际诉讼中必须被明确界定。协同主义仅为一带有绝对性格的要求。”^{〔30〕}

〔27〕 为了欺诈第三人的自认、荒唐的自认都不发生效力。参见 [德] 罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德：《德国民事诉讼法》，李大雪译，中国法制出版社 2007 年版，第 829 页；前引〔14〕，奥特马·尧厄尼希书，第 237 页。

〔28〕 邱联恭：《程序选择权论》，台湾三民书局 2000 年版，第 100 页。

〔29〕 前引〔14〕，奥特马·尧厄尼希书，第 131 页。

〔30〕 Henckel, Gedanken zur Entstehung und Geschichte zur Zivilprozessordnung, in: Gedächtnisschrift fuer Rudolf Bruns, 1980, S.124. 转引自前引〔5〕，刘明生文。

此外,若要就各种“渺茫”的事实对当事人进行询问并解释其法律意义,将会使法官不堪重负,而且会严重拖延诉讼进程。

4. 举证失败之释明

关于举证的释明,争议主要集中在法官在当事人举证失败时,是否应当提示其进一步提交证据。

举证失败的情况大致有两种:其一是当事人未就全部要件举证。例如原告称其送货至被告工地,被告未付款,原告向法庭提交了送货回单,回单上并无被告单位公章,只有某人的签字,但原告并未就该人的签收行为是职务行为提供证据。^[31]此时法官应告知原告补充证据,因为签收人有权签收是原告主张的请求权成立的一个要件。与此相似,我国台湾学者认为应作如下释明:“你手里持有某乙签发的票据这一事实……依照经验法则尚不足以认为交付金钱借款事实、乙同意返还的事实一定存在。所以,你还需要再提出其他关联事实来。”^[32]这种释明实际上是告知举证责任如何分配。而关于应否就举证责任分配进行释明,争议应该不大。如果当事人因不知己方应举证而未举证,从而被判败诉,则有违实质正义,所以应予释明。此释明未超出事实边界。^[33]《证据规定》第3条已明确规定“法院应当向当事人说明举证的要求”,而“举证的要求”应当包括就哪些要件举证。最高人民法院也早已要求受案法院发送举证通知书,而要使该文书不流于形式,就应该明确各方应就哪些具体事项承担举证责任。如果关于举证责任分配的释明具体到各待证事实,就不会有什么争议。

其二是当事人就所有要件事实提供了证据,但不足以证明其主张。这种情况下应否释明,争议很大。我国台湾正反两种案例都有。在案例1中,原告以被诈欺而为买卖意思表示为由,请求涂销土地所有权移转登记。第三审法院否认法官在当事人所提供证据不足以证明待证事实时有告知补充证据之义务,理由是:“审判长之阐明义务或阐明权之行使,亦应限于辩论主义之范畴,不得任加逾越,否则即属违背法令”。^[34]而在案例2中,原告X主张Y向其借款3万元未还,Y财产已被Z申请查封拍卖,X请求参与分配。为证明Y无其他财产可供清偿,X向法庭提交了里长证明书。二审法院认为该证明书为私文书,Y既有争执,即无采证价值,遂判决X败诉。三审法院则认为“纵该证明书为私文书,并为他造所争执,然依法自应命X证明其真正,原审未命X举证证明,遽谓无采证价值,亦与阐明义务有违”。^[35]

案例1中第三审法院的论理存在问题。因为补充提供证据并不必然意味着提出新的要件事实,该证据可能只是证明当事人已主张的事实或强化对它们的证明,这种释明并不违背辩论主义。这点在案例2中也可清楚看出。倘若X依释明补充了证据,证明的仍然是Y无财产可供清偿这一已被主张的事实。另外,此时的释明仍然只是提示,而非代替当事人提出新的证据。从保护权利的释明主旨看,如果主张权利者(原告或被告)所提供的证据不充分,法官应当提示其补充证据。这种提示也没有超出释明的事实边界。

其次,如果负有举证责任的当事人在证明某一事实时失败,^[36]通常意味着法官不能就该事实之存在形成心证(除非另一方的举证强而有力使法官形成了相反的心证),在这种情况下,为

[31] 参见席建林:《法官在证据交换中应充分行使释明权》,《人民法院报》2003年8月8日。

[32] 邱联恭:《集中审理与阐明权之行使》,载民事诉讼法研究基金会编:《民事诉讼法之研讨》第11册,台湾元照出版公司2003年版,第30页。

[33] 原告应该是主张了该人有权签收的,如果未主张,则法官应认为其事实主张不完整,应予释明。

[34] 我国台湾地区最高法院1982年台上字第2808号民事判决。

[35] 我国台湾地区最高法院1966年台上字第602号民事判决。

[36] 为叙述之简洁,这里姑且不论由负有举证责任的一方证明某事实不存在的情况。

了尽可能查明真相，维护实质正义，法官也应当释明。我国台湾民事诉讼法第 288 条甚至允许法官主动调查证据，规定：“法院不能依当事人声明之证据而得心证，为发现真实认为必要时，得依职权调查证据。”〔37〕

但这种释明与一般释明不同，它是法官向双方当事人公开心证的行为，双方因此都有机会补充证据。当然，补充证据的压力主要在负有举证责任的一方。另外，这种释明是合多项目的的，它既可能有助于维护实质正义，又能防止突袭裁判，使当事人获得充分的程序保障。

可以想见对于这种释明的一种担心：如果进行这种释明，法官势必要给当事人新的举证期限，这是否会使程序过分拖延？其实这种担心是不必要的。因为指定新的举证期限通常不必很长。另外，即使因为这种释明而使程序有所拖延，为了查明事实真相、维护正义，也是值得的。更何况我国的举证期限相对较短，审前程序也很粗糙，在这种情况下，确如学者所言，“宁可慢些，也要好些”。〔38〕

（三）释明的规则

至此我们可以归纳释明的基本规则，即在释明的事实边界内，法官应进行一切合目的的释明。

此一基本规则契合于将释明界定为法官义务之通说，而这一义务根本上又源自于“法官知法”原则。从德国的释明条文及我国《证据规定》的用语（“应当”）看，（准）立法者也是这样为释明定位的。但作为例外，由于基于一次性解决纠纷目的的释明无关乎实体正义和程序正义，且不是审理活动必不可少的，所以，可将这种释明义务弱化，或者将其相应的规范设置为许可性规范。

这一基本规则可细化为数个具体的规范。每一个释明的目的都对应于一个具体规范，法院在决定释明时就是在适用这些规范。就释明的主旨而言，它所对应的规范可表述为：在释明的事实边界内，如果不予释明将可能使当事人失去应得的权利，则应当释明，但不得背离释明的主旨。这一规范还可以进一步细化。例如，关于事实的释明可以细化为：在释明的事实边界内，如果当事人的事实陈述不完整，或者有当事人未曾注意到的重要事实，则应予释明。关于权利的释明可以细化为：在释明的事实边界内，如果法官发现有当事人未曾主张或未完全主张的权利，则应予释明，但不得背离释明的主旨。

对应于其他正当目的的释明规范，也可以按照相同的方法加以表述。就防止突袭裁判的释明而言，其相应的规范是：如果法院不就某些事实及法律观点予以释明，就有给当事人造成突袭裁判的可能，则应当释明，但不得超越释明的事实边界和主旨。对应于一次性解决纠纷目的的释明规范是：在释明的目的、事实边界内，如果发现当事人有另行起诉的可能，法官可告知其依法变更、追加请求或提起反诉。

需要说明的是，前述之基本规则并不排斥立法者基于某些特别考量设置少数例外规则。例如，要求法官突破事实边界，就某类案件中较常见的某种重要事实及相关权利进行释明。

三、应当释明的权利范围

关于法官应当就哪些权利进行释明，存在一些争议，也有虽无争议但却不当的做法需要

〔37〕 大致认同此种释明的日本学者中，有人认为应当根据具体状况综合判断，不宜一律作为法官的义务。参见〔日〕金子文六：《释明权（释明义务）行使的标准》，载〔日〕竹内久雄主编：《民事诉讼法的法理》，敬文堂 1965 年版，第 264 页以下。转引自熊跃敏：《民事诉讼中法院释明的实证分析——以释明范围为中心的考察》，《中国法学》2010 年第 5 期。这种“综合判断”大概是很难准确进行的。与其如此，不如一律释明，尽管当事人未见得能补充证据。

〔38〕 李浩：《宁可慢些，但要好些——中国司法改革的宏观思考》，《中外法学》2010 年第 6 期。

检讨。

（一）就权利抗辩的释明

前文已经论述法院不能就时效抗辩进行释明，那么能否就其他抗辩权或留置权释明？我们认为，既然抗辩的基础事实已经为当事人所主张或已经实际呈现，那么基于“法官知法”原则，法官应当就这些权利对当事人进行告知，而不能想当然地认为他处分（放弃）了该权利。权利人在释明前未表明行使权利的意思，原因往往是不知其有此权利，而非不愿主张权利。从经验来看，既然被告未放弃防御（抵抗），若其知道该权利，又无其他有效的防御方法，他是会主张该权利的。这种释明并非“敦促”其主张权利，而只是告知他拥有该项权利。这种释明并未超出释明的事实边界，而且契合保护权利之释明主旨。这种释明的积极性还不如《证据规定》第35条之下的释明，因为它并不会导致诉讼结果发生根本逆转。如果被告经释明后主张这些抗辩性权利，只会使原先将要完全胜诉的原告获得附条件的给付判决。^{〔39〕}这种裁判结果对于双方当事人来说可谓是有互有胜负。它可能产生的对原告请求权的阻滞效果并不违背实质正义，而是相反。因为实体法一方面认可请求权，一方面又给另一方同时履行抗辩权等权利，正是基于公平正义的考量，而非如设置时效制度那样是为了维护法的安定性。这也正是应区别对待时效抗辩权与其他抗辩权、留置权的原因。

有学者尽管也支持这种释明，但给出的理由是：“对于同时履行抗辩权、不安抗辩权、先诉抗辩权、留置权等其他抗辩权利，由于不像诉讼时效抗辩权那样容易导致一方直接败诉，债权人还有反驳的空间，所以法院的释明范围似应更宽。”^{〔40〕}这一理由是不恰当的。尽管许多释明会导致一方全面败诉，但德、日等国往往并不因此而加以排斥，《证据规定》第35条也是如此。再者，法官就时效抗辩释明后，尽管被告通常会提出时效抗辩，但原告也未必没有“反驳的空间”，例如可以主张时效中断。

（二）就形成权的释明

如果被告在诉讼中明确主张自己对原告也拥有债权，而且从其陈述来看可能符合抵销要件，此时应否释明？此即应否就形成权释明的问题。从保护权利这一释明主旨出发，法院也应当进行释明（或告知提起反诉），此释明也未超出事实边界。

有些被告在诉讼中可能主张双方所签订的合同显失公平，或者主张是受胁迫而签订合同，但又未要求变更或撤销合同，此时法院也应当进行释明，告知其可以行使形成（诉）权。被告的主张中已经包含（部分）否定合同效力之意，已经是在主张权利，只是可能不知应以起诉（反诉）的方式主张。另外，如果法院发现原告据以起诉的合同对被告而言显失公平，双方对合同的真实性并无争议，此时法院也应当释明。这两种释明仍然是为了保护权利，而且也未超出释明的事实边界。

同理，在原告要求被告履行合同义务的案件中，如果法官根据已有的案件事实，发现被告有解除合同的权利，那么法官也应释明。是否行使，由其自行决定。这种释明还可避免被告在判决后要求解除合同所引起的争议。

（三）就请求额的释明

如果法院在审理后发现原告提出的请求额低于其应得的数额，是否应当释明，学界从未有过争议，至少绝大多数人认为不能释明。理由似乎是显见的：既然原告行使了处分权，法院就应当

〔39〕 可参考德国民法典第274条（留置权的效力）、第322条（同时履行给付的判决）。另外，即使判决原告败诉，原告在履行其义务后，仍然可以再起诉并可能胜诉。所谓同时履行给付的判决是指以下这种判决：“原告在给付被告3000元的同时，被告应将X物交付原告”。

〔40〕 前引〔37〕，熊跃敏文。

予以尊重。在卜立常诉文基胜与中华联合财产保险股份有限公司东莞中心支公司道路交通事故人身损害赔偿纠纷案（以下简称“卜立常案”）中，文基胜反诉所要求的医疗费和残疾赔偿金都低于法院认定的应得数额，二审法院仅按请求额作出了判决。它给出的理由是：反诉原告“在一审诉讼终结前对上述赔偿费用的诉讼标的额均未予以变更或增加，应视为被上诉人文基胜对该二项赔偿费用已作实体处分”。〔41〕

然而这种理由不能成立。因为原告之所以提出了较低的请求额，实际的原因除了可能真的行使了处分权外，还可能是根本不知道自己有多少权利（到底是何原因法官一问便知）。在后一种情况下称其行使了处分权，显然是罔顾事实。对于“不精通法律而又没有熟知法律的朋友可供委托的穷人而言”，当事人的权限及其对诉讼材料的支配根本是“一个很容易伤害到其自身的武器”。〔42〕对于并不贫穷的当事人来说也未尝不是如此，他们有时也很难提出准确的请求额。

再者，准许《证据规定》第35条下的释明而不准许就请求额进行释明，还存在解释上的困难：为什么只准许质变式（使原告反败为胜）的释明，而不准许量变式（使原告获得全额赔偿）的释明？

其实，在司法实践中并非没有“反叛”者，有法院比释明走得更远，直接超请求裁判。卜立常案的一审法院就是如此。

从释明的主旨出发，如果法院在审理后认为原告可以提出更高的请求额，则应当释明。这种释明显然未超出释明的事实边界。它可“保护诉讼当事人避免成为自己的自由和责任的牺牲品”。〔43〕

在这方面，域外的一些规定或做法值得我们关注。德国联邦法院准许原告只明确请求额的等级，〔44〕美国加州民事程序法规定人身伤害案件的原告可以不主张具体的数额，〔45〕法国民诉法第40条也允许当事人提出数额不确定的诉讼请求。之所以如此，是考虑到由于多种原因，原告有时难以准确确定请求额。例如计算损失或违法所得比较困难，难以预测法官对双方过失比例的判断，有关资料完全在对方的掌控中等。

更值得注意的是美国法。美国联邦民事诉讼规则第54条之（c）规定：在缺席判决以外的“其他任何终局判决中，都应当判给当事人应得的救济，即使其在诉状中没有要求该项救济”。〔46〕这种要求超请求裁判的规定，在我们看来是很激进的，似乎在公然挑战大陆法系普遍认可的处分权主义。美国人对该条文的解释是：“原告提出的请求额与裁判无关。裁判的恰当性是由证据决定的，而非起诉状中主张一定数额赔偿金的声明。”〔47〕证据所展示的往往就是原告应有之权利。我们固然可以不照搬该规定，但其展示的积极保护当事人权利的立法取向，值得我们思考。

以上所述补充处分权主义之释明，有的针对原告，有的针对被告。此种释明既可能引起诉的声明的变更，也可能引起诉讼标的的变更。前者例如在审理返还特定物之诉的过程中，若被告证

〔41〕 赣州市中级人民法院（2009）赣中民四终字第188号判决。一审裁判文书是会昌县人民法院（2007）会民一初字第135号民事判决。

〔42〕 Franz Klein:《为了将来——对于奥地利民事诉讼改革的思考》，莱比锡和维也纳，1891年。转引自〔德〕鲁特尔夫·瓦瑟尔曼：《社会的民事诉讼——社会法治国家的民事诉讼理论与实践》，载前引〔3〕，米夏埃尔·施蒂尔纳书，第91页。

〔43〕 前引〔3〕，罗尔夫·施蒂尔纳等文。

〔44〕 参见前引〔24〕，汉斯-约阿希姆·穆泽拉克书，第39页。

〔45〕 California Code of Civil Procedure Section 425.10 (b).

〔46〕 Fed. R. Civ. P. 54 (c).

〔47〕 Smith v. Brady, 390 F.2d 176.

明该物已灭失,或该事实虽未经当事人主张但已由证据呈现,则法官应提示原告变更请求。^[48]后者例如原告以其与被告存在项目转让关系为由请求责令被告支付1000万元,但法官告知双方之间仅是合作关系,原告经释明后变更的可能仅是诉讼标的(也可能一并调整请求额)。^[49]补充处分权主义的释明还可能引起当事人的变更。例如,法院告知以自己名义起诉要求支付抚养费的妇女,她不是抚养费请求权人,应以其子女为原告。

关于补充处分权主义释明的基本考量是:基于“法官知法”原则,在不背离释明主旨的前提下,法官应告知所有契合于释明边界内事实的权利。当事人在给出事实后,有权期待法官全面适用法律。作为公设的专业裁判者,法官有义务满足这种合理期待。

在释明与处分权主义的关系上,也应当切实尊重当事人的意志。不能形式化地适用处分权主义,而应当在释明的边界内,让当事人在明白其有多少权利的情况下,真正自主地决定是否处分权利。

四、需要澄清的观念

(一) 合理的释明与法官中立

关于释明,有一个根本性的疑虑:释明是否会使法官丧失中立性。部分人对释明持消极态度,主要原因就在于此。不过,美国学者也认为尽管大陆法系(德国)的法官会告诉当事人如果想使其权利主张获得支持则必须提出哪些事实,他们仍然和美国同行一样是完全中立的。^[50]释明与法官中立性丧失之间并不存在必然联系。

其一,不能从法官是否帮助某一方或帮助之多寡判断其是否中立。

从释明补充辩论主义和处分权主义的角度看,立法者设立这种制度就是要求法院进行适度的干预,就是要求法官给予当事人帮助,甚至就是在传授“诉讼技术”(例如补充主张、证明何种事实)。大多数释明客观上都会有利于一方当事人,此为释明制度运行之常态。“不应误认为:基于双方当事人的对席状态,对一方当事人提供帮助就意味着是对另一方当事人不利。单纯这一点不能阻挡法官履行他的发问和指示义务。”^[51]

也不能因帮助程度较高或很高,就认为法官不中立。积极度高的释明并不少见。按照德国民诉法第139条第1款第2句的规定,法官“应使当事人……提出有助于事件解决之声明”,即应在必要时提示原告变更或追加诉讼请求。如果当事人主张的法律理由不能支持其请求,但有其他可支持请求的法律理由,即有“当事人明显忽略之观点或认为不重要的观点”(同条第2款),则法官应予释明。《证据规定》第35条的规定与之相似。英美法系的法官在这种情况下甚至会不经释明,直接依该观点判决。^[52]

在有些案件中,法官可能会就不同事项分别对双方释明,例如告知原告可增加诉讼请求,告知被告可提起反诉,甚至告知其变更反诉请求。我们显然不能说法官既偏向原告,又偏向被告。

[48] 有人认为原请求和新请求所追求之利益通常是相同的,可认为新请求已包含于原请求中,所以应肯定此种释明。参见刘明生:《论补充处分权主义之法院阐明义务》,《台北大学法学论丛》2010年第4期。

[49] 此为旧标的说下的诉讼标的,在新标的说下则仅为法律理由或攻击方法。

[50] James R. Maxeiner, *Pleading and Access to Civil Procedure: Historical and Comparative Reflections on Iqbal, A Day in Court and A Decision according to Law*, 114 Penn St. L. Rev. 1257, 1281.

[51] 前引[24], 汉斯-约阿希姆·穆泽拉克书,第64页。

[52] 但应该事先给当事人发表意见的机会。参见前引[16], J. A. 乔罗维茨书,第162页。

其二，法官中立不等于法官应消极裁判。

即使是最简单的提示或援助（例如因诉状不合格而指导当事人补正），往往都是对一方有利，如果因此而认为法官丧失了中立性，就等于要求法官做极端意义上的消极裁判者。然而，如此消极的裁判者在两大法系都不存在。即使是普通法系的法官，也会遭遇当事人陈述不清或前后矛盾的情况要求其澄清。美国法官甚至会强制一方向另一方开示证据，还可能会超请求裁判。他们的这种干预或帮助显然要比释明激进得多，但他们并未因此而被指责丧失中立性。不能在法官中立与消极裁判之间划等号。“法官的发问和指示义务强迫他驾驭性地干预程序进程。”〔53〕

其三，合理的释明系依规则而行而非因人而异。

只要符合适用前述之基本规则的条件，法官就应对当事人一视同仁地进行释明，而不问其是弱者还是强者，是原告还是被告，更不可能视当事人是否某种特定人而定。这样的释明对当事人是公平的。

如果法官与当事人或其律师并无亲友关系或其他利害关系，也没有其他应回避之情形，他通常就没有必要偏袒某一方当事人。合理的释明规则，也排除了法官根据其好恶或其他不当考量偏袒某一方或不利某一方的可能。

其四，合理的释明不会在保护一方权利的同时损害另一方的权利。

以保护权利为目的的释明援助了某一方，不利于另一方，甚至可能使其败诉，但它并未把不应得的给一方，也没有剥夺或损害另一方应有的权利（如果法律允许就时效释明则是一个例外）。另外，这种释明虽是从实体角度考虑的，但它应是对双方公开、透明地进行的，也不会侵害对方当事人的防御权、辩论权。因此，合理的释明在程序上也是公正的。

其五，合理的释明是基于法律或程序政策的立场。

基于保护权利之主旨进行释明，依据的是实体法，法官是站在实体法的立场上行事的。防止突袭裁判之释明，则是站在程序法的立场上进行的，因为法官必须确保当事人充分行使辩论权。至于为了一次性解决纠纷而进行的释明，则是站在程序政策的立场上，在合理的事实边界内，促使当事人一次性解决纠纷。简言之，合理的释明不是基于个人的立场，而是基于法律或政策的立场。这样的释明无损于法官的中立性，不应受到指责。

（二）释明并非例外

有学者认为，“因为释明权的这种矫正作用是一种例外的、非原则的，因此我们不当将释明权的行使扩大化。我们应当充分相信当事人的‘学习机制’。为了生活和自己的利益，人们在自由竞争中是很容易自动学习规则的，我们不能从愚民的观念去理解当事人。释明权的行使毕竟在性质上是对当事人主导原则下的一种职权干预，如果将这种干预上升为一种普遍情形和原则，将使已经转型的诉讼体制又回归到原有的职权干预型体制上，这无疑是一种倒退。”〔54〕此一观点存在以下一些问题：

其一，就现实而言，释明制度已经在实践中得到了广泛运用。另外，我国多数案件是当事人本人诉讼，许多当事人不知道如何诉讼，至少不是这方面的专家，他们对释明的需求是普遍的。只要释明依合理的规则进行，就是正当的。这就决定了释明并非仅是例外，并非仅可偶尔为之。从德国的情况看也是如此，法官的工作倾向是“将释明义务置于辩论的核心地位”。〔55〕判例和文献中的趋势是更加宽松地适用其阐明规范。〔56〕

〔53〕 前引〔14〕，奥特马·尧厄尼希书，第129、134页。

〔54〕 张卫平：《民事诉讼“释明”概念的展开》，《中外法学》2006年第2期。

〔55〕 前引〔1〕，鲁特尔夫·瓦瑟尔曼文。

〔56〕 前引〔3〕，罗尔夫·施蒂尔纳等文。

其二, 经历了一次诉讼或会使当事人在诉讼技巧上有所长进, 但很难指望这种长进会被带到下一次诉讼中。因为对大多数当事人而言, 一生有一次进入法庭的“机会”已是难得。即便对于少数多次涉讼的当事人存在所谓的“学习机制”, 那些复杂的实体、程序规则未见得是其很容易学会的。

其三, 法官进行释明是在合理的边界内履行其作为“知法”者的义务, 而非因为认为当事人是愚民。更何况, 因释明而受惠的当事人大概也是愿意被当作这种“愚民”的。

其四, 广泛释明未见得是倒退。绝对的当事人主导原则对当事人可能不但没有好处, 还是有害的。合理的释明不会违背当事人的意志, 因为是否响应释明的决定权在当事人手中。另外, 我国民事诉讼体制的转型实际是很有限的, 除了(如许多法官所愿)使法院卸下一些重负(例如收集证据的负担)外, 那种不尊重当事人程序主体地位的职权主义仍然是极为浓厚的, 法院的“程序问题我说了算”的习惯或心态实际并未有根本改变。

(三) 就新诉讼资料的提出进行阐明

新诉讼资料的释明既可能涉及对事实的释明, 又可能涉及对权利的释明。例如, 法院在审理侵权纠纷的过程中, 发现双方当事人之间曾达成过和解协议, 法院就该事实及权利进行阐明。^[57] 法院告知原告可代位行使某项权利, 告知被告可以反诉, 一般认为也属于这种阐明。

对这种阐明, 我国台湾 1982 年台上字 2808 号判例持否定态度, 认为审判长无阐明令当事人提出新诉讼资料之义务, 否则就违反了辩论主义。但学界对此早就有反对意见, 认为“法院虽加阐明, 当事人如不提出, 法院亦不得采为判决之基础, 法院之阐明并不代替当事人之陈述, 故新诉讼资料之阐明, 并不违反辩论主义”。^[58] 事实上, 对于所谓新诉讼资料之提出也应区分不同情况。如果所谓新诉讼资料只是当事人经法官阐明后提出的新的诉的声明, 并没有主张新的事实, 则显然这种释明并未突破辩论主义。即便可能涉及新的事实, 如果该事实虽未经当事人主张但实际已经呈现, 法官依然可以就该事实的法律意义提示当事人。

我国台湾早前就有数个判决(例如 1954 年台上字第 12 号判决)肯定法官可就代位权进行阐明, 此种释明显然会导致新诉讼资料的提出(但仍在辩论主义范围内)。我国台湾民法 2000 年新设的第 199 条之一更是要求法官(主要是在请求权竞合之情形下)告知原告可以追加主张新的法律关系(请求权), “此项积极阐明义务之明认, 已改变审判实务向来所认法官就诉变更、追加等新诉讼资料之提出并无阐明义务之见解”。^[59] 我国台湾最高法院的民事庭会议也已决议不再援用 1982 年台上字 2808 号判例, 并且不再援用认为“提起反诉, 非属审判长行使阐明权之范围”之 1978 年台上字 425 号判例。这些对于新的诉之声明、新的法律关系、代位权、反诉的释明,^[60] 均符合释明的主旨, 只要未超出释明的事实边界, 均应为之。

(四) 有律师代理诉讼仍需要释明

有人主张应否释明可以因当事人是否委托律师而异,^[61] 还有人主张“可以考虑在简易程序中强调关于举证的释明权, 而在普通程序淡化, 甚至不强调释明权的行使……(因为)适用简易程序的案件大多是没有聘请律师以及涉及身份关系的案件”。^[62] 最高人民法院也有类似的倾向。

[57] 参见吴从周:《阐明之界限变迁》,《台湾本土法学杂志》2005年第7期。

[58] 骆永家:《民事诉讼法》,台湾精华印书馆1976年版,第121页。转引自许士宦:《接近正义与阐明义务——最高法院九十年有关民事诉讼裁判、决议之新走向》,《台湾本土法学杂志》2002年第9期。

[59] 许士宦:《法律关系之晓谕义务——最高法院有关决议、裁判之检讨》,《台湾本土法学杂志》2007年第9期。

[60] 大陆法院时常提示被告可反诉,并且对此提示似乎从未有过疑虑,学界也未提出过异议。至于代位权的释明,大陆似没有出现过相关案例。

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

[62] 前引[54],张卫平文。

《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：“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说明，并在庭审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。”基于以下几点考虑，这些观点及规定值得检讨。

其一，当事人聘请律师是其权利。司法者或立法者不应因其正当行使权利而使其遭受不利益，减少对其援助。只有在其确实不需要援助时才可不予援助。

其二，律师的水平参差不齐，有些律师缺乏严格的职业训练。水平较低的律师可能不能正确地当事人为当事人选择诉讼路径和主张权利。在此情形，从保护权利的主旨出发，仍然应当释明。“那种只是耸耸肩告诉那些因为律师未发挥作用而败诉的当事人本应委托更好的律师的讽刺行为已经不再能够获得有良知的人的支持了。”〔63〕

其三，即便当事人委托的律师水平较高，也不能完全排除释明的必要。好律师也难免出错或疏忽。而且法官与律师在疑难法律问题上认识有差异是很正常的。例如，关于不当得利案件举证责任应如何分配的分歧在具体个案中可能会凸显，〔64〕审理法官可能认为被告应证明其取得利益有合法根据，但被告并未提供证据（因其律师认为己方没有举证责任），此时法官应进行释明。再如，原告律师认为基于案件事实原告拥有A权利，但法官认为A权利不能成立，B权利可以成立，根据《证据规定》第35条法官也应释明。

基于上述考虑，不能因为有律师代理诉讼就期待其能提出适当的申请或主张，进而决定不释明。法官很难确保这种“猜测”式期待的准确率。〔65〕在法官不能形成心证时，即便有律师代理诉讼，也应释明。因为律师也往往难以准确预测法官的心证状况。即便有时被释明方的律师早已明白或已考虑到了释明的事项（内容），释明显得多此一举，但法官一旦确认是这种情况就可以立即停止释明，不会因释明而浪费司法资源。

结 语

由于释明可能会扭转案件的结果，因此必须寻找其应有的逻辑。释明的目的边界在于，释明不能背离保护权利、维护实质正义之释明主旨和防止突袭裁判等正当目的。时效制度与释明制度之主旨相悖，所以应禁止就时效释明。释明的事实边界在于，它不能超出当事人主张的事实和虽非当事人主张但已呈现于法官的事实。对后一类事实的释明具有合理扩张辩论主义范围之功能。若释明后当事人仍未主张这类事实，法院仍应采用，法院不能无视已然呈现的真相。对辩论主义的这种突破是必要的，也是很有限的。基于“法官知法”原则，在释明的目的、事实边界内，法官若发现有当事人未主张的时效抗辩权以外的权利，应予释明。在原告主张的请求额低于其应得数额时，也应释明。释明的基本规则是，在释明的事实边界内，法官应进行一切合乎正当目的的释明。每一个释明目的都对应于一个具体的释明规范。此规则下的释明是基于法律或程序政策的立场进行的，是一视同仁的，无损于法官的中立性。依此规则，在法官无法就待证事实形成心证时，应提示双方当事人追加证据。在边界内的释明是较广泛的，绝非例外。就诉讼资料的释明未必超越了辩论主义或事实边界。

普通法系的法官并非绝对消极的裁判者，他们甚至会超请求裁判，这促使我们反思是否已经

〔63〕 前引〔1〕，鲁特尔夫·瓦瑟尔曼文。

〔64〕 关于这方面的分歧，参见李浩：《民事证明责任分配》，法律出版社2003年版，第278页以下。

〔65〕 日本有人主张如果能够期待当事人提出适当的申请或主张，则不必释明，“可期待性”是判断应否做积极释明的一个考虑因素。参见〔日〕新堂幸司：《新民事诉讼法》，林剑锋译，法律出版社2008年版，第316页。

真的把握了处分权主义。当事人往往只是因为不懂法律才遗漏主张一些重要事实和权利，法官应当在释明的边界内及时予以告知，让其自主决定是否补充主张。这才是真正尊重当事人的处分权和在事实方面的主导权。释明尽管有较强的职权色彩，但依据正当规则进行的释明既有助于实质正义、程序正义的实现，有助于合理程序政策的实现，又能充分尊重当事人的程序主体地位。

Abstract: Court's elucidation can sometimes change the result of a case, thus should follow its intrinsic logic. It may not violate the primary purpose of protecting right and vindicating justice and other reasonable purposes. Judges may not elucidate beyond the facts presented by the parties and actually displayed to court either. These are elucidation's boundaries on goal and fact. In the boundaries, judges may inform the parties all kinds of rights except for the right of defense on statute of limitation, otherwise the primary purpose of elucidation would be violated. In the factual boundary of elucidation, judges should give all kinds of elucidation corresponding to its proper aim. If the plaintiff claims less than he could get, judges can also tell him to amend his claim. When judges cannot be sure of what fact is, they can prompt both parties to produce more evidences.

Although court's obligation of elucidation has made judges more active, elucidation has no positive connection with the partiality of the judge. If judges follow the logic of elucidation, they should not be censured. Elucidation is not exceptional, and judges can do it positively and widely as long as it doesn't deviate from its logic. Elucidation about new materials does not inevitably overstep the adversary doctrine or the factual boundary of elucidation. In some circumstances, judges should elucidate even when the party is represented by a lawyer.

Most of the elucidation hasn't broken through the adversary doctrine, but it doesn't mean that the doctrine is absolute and cannot be broken. In the United States, the court should grant the relief to the party entitled, even if the party has not demanded that relief in his pleadings. This reminds us to review our thought on the disposition right of the parties. Limited by their legal knowledge, parties often do not claim some rights of their own and some important facts, so judges should inform them and let them decide whether to claim complementally. This is the true respect to the disposition right of the parties. We welcome that kind of activism which makes great efforts to realize substantial justice and procedural justice, and value parties as the subject of the procedure.

Key Words: logic of elucidation, the adversary doctrine, principle of disposition, court's impartiality
