

释明变更诉讼请求的标准

——兼论“证据规定”第35条第1款的规范目的

任 重*

内容提要：我国既有释明变更诉讼请求的理论尚难以为司法实践提供明确标准。通过整理和分析最高人民法院相关裁判文书可以发现，释明变更诉讼请求除“证据规定”第35条第1款所包含的法律关系性质和民事行为效力的释明之外，相关释明实践还包括合同解除及其法律后果、增加请求数额、变更被告以及追加必要共同诉讼人的释明，若干裁判文书还向被告释明追加无独立请求权第三人。部分裁判文书突破了处分原则的底线，这源于对“诉讼请求”的形式化理解、对二审增加“独立的诉讼请求”的误读以及当事人后诉权在司法实践中被否定的现实。通过将“证据规定”第35条第1款“变更诉讼请求”理解为变更诉讼标的，将基于相同事实或因情势变更而产生的变更诉讼请求归入“非独立的诉讼请求”，并在裁判文书中加入诉权释明，能够在一定程度上使释明变更诉讼请求符合处分原则和法官中立原则的要求。“证据规定”第35条第1款的规范目的应为有限的纠纷一次性解决，即以当事人的请求范围及其要件事实主张作为释明基础。这不仅能够为释明变更诉讼请求提供统一标准，而且能够在贯彻处分原则和法官中立原则的前提下实现当事人自我决定和纠纷一次性解决之间的平衡。

关键词：释明 变更诉讼请求 诉讼标的 处分原则 纠纷一次性解决

引 言

2001年颁布的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（法释〔2001〕33号，以下简称“证据规定”）于第35条第1款首次在我国确立了释明变更诉讼请求制度。^{〔1〕}然

* 清华大学法学院副教授。

本文是国家社会科学基金项目“民事诉权基础理论研究”（17CFX065）的阶段性成果。

〔1〕虽然表述为“说明”和“告知”，但起草者认为，“证据规定”第3条第1款和第35条第1款首次在我国民事诉讼中确立了释明制度。参见最高人民法院民事审判第一庭：《民事诉讼证据司法解释的理解与适用》，中国法制出版社2002年版，第25页以下；最高人民法院修改后民事诉讼法贯彻实施工作领导小组编著：《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》，人民法院出版社2015年版，第696页。

而，实践中法官对此制度却多有困惑。^{〔2〕}其实，我国学界已经对释明变更诉讼请求进行了相当长时间的研究。早在“证据规定”颁布实施之前，学者就主要借助德国、日本和我国台湾的比较法资源，将其细分为诉讼请求不充分和除去不当诉讼行为两种类型。^{〔3〕}这种分类方法基本得到了学界的接受和沿用。^{〔4〕}然而，标准化和具有可操作性的释明边界依旧是未尽之问题。^{〔5〕}

对此，笔者认为存在如下原因。第一，法官仅通过上述分类依旧无法处理具体问题。例如，原告只向法院起诉要求判决被告返还本金，但法官经开庭审理发现原告尚可要求被告给付利息若干，此时是否应当释明原告增加诉讼请求？这能否归入上述“诉讼请求不充分”的类型？第二，以我国台湾为例，其分类有具体的规范基础，例如诉讼请求不充分之释明涵盖我国台湾民事诉讼法第244条第4项。^{〔6〕}相反，我国民事诉讼法并未认可只表明最低金额的做法。第三，我国法律和司法解释对于变更诉讼请求的规定过于简单，司法实践对其产生了不同解读。^{〔7〕}不仅如此，理论界对诉讼请求与诉讼标的的相互关系存在不同认识，即“变更诉讼请求”所改变的究竟是诉的声明（例如原告要求法院判决被告给付人民币1000元）抑或是诉讼标的，而旧实体法说语境下的诉讼标的在我国应当被理解为当事人之间争议的民事法律关系，^{〔8〕}抑或是当事人对具体实体权利的要求（例如原告要求法院判决被告给付买卖合同价金人民币1000元），则在更深层次制约着法官对于释明变更诉讼请求的理解与适用。

我国民事诉讼理论对于诉讼请求与诉讼标的之间相互关系的认识大致经历了三个阶段。在第一阶段，诉讼标的一般被界定为当事人双方争议的民事法律关系，^{〔9〕}而诉讼请求通常被理解为民事法律关系中具体的权利主张（例如原告要求法院判决被告给付买卖合同价金

〔2〕这其实是“证据规定”确立释明制度以来一直存在的问题。详见厦门市中级人民法院、厦门大学法学院联合课题组：《新民事诉讼证据司法解释的执行与完善——厦门市两级法院执行〈关于民事诉讼证据的若干规定〉情况的调研报告》，《法律适用》2003年第4期，第30页。这也得到了最高人民法院裁判文书的证实。详见本文第一部分。

〔3〕参见江伟、刘敏：《论民事诉讼模式的转换与法官的释明权》，载陈光中、江伟主编：《诉讼法论丛》第6卷，法律出版社2001年版，第343页以下。

〔4〕参见张卫平：《民事诉讼“释明”概念的展开》，《中外法学》2006年第2期，第131页；熊跃敏：《民事诉讼中法官释明的实证分析——以释明范围为中心的考察》，《中国法学》2010年第5期，第140页；严仁群：《释明的理论逻辑》，《法学研究》2012年第4期，第86页以下；王杏飞：《论释明的具体化：兼评〈买卖合同解释〉第27条》，《中国法学》2014年第3期，第274页以下。

〔5〕参见熊跃敏：《民事诉讼中法院的释明：法理、规则与判例——以日本民事诉讼为中心的考察》，《比较法研究》2004年第6期，第74页。《北京市第四中级人民法院登记立案释明规则》（2016年）第5条规定：“人民法院应当推进标准化释明，按照法律、司法解释规定的权限、范围、程序等标准化事项进行释明。当事人认为释明超过规定的权限、范围、程序的，可以向人民法院纪检监察部门进行投诉。”

〔6〕“第一项第三款声明，于请求金钱赔偿损害之诉，原告得在第一项第三款之原因事实范围内，仅表明其全部请求之最低金额，而于第一审言辞辩论终结前补充其声明。其未补充者，审判长应告以得为补充。”

〔7〕参见许尚豪、欧元捷：《诉讼请求变更的理念与实践——以诉讼请求变更原因的类型化为切入点》，《法律科学》2015年第3期，第113页；马丁：《论起诉状内容变更申请之合理司法应对》，《中外法学》2017年第5期，第1269页以下。

〔8〕民事法律关系这一概念本身较为模糊，具有多义性，关于其内涵和外延，学界和实务界并未达成共识。详见王亚新：《诉讼程序中的实体形成》，《当代法学》2014年第6期，第141页。

〔9〕也有观点认为诉讼请求是法律关系主体的主观愿望和企求；诉讼标的是属于客观存在的事物。参见姚飞：《诉讼请求与诉讼标的不是同一回事》，《法学》1982年第12期，第35页。

人民币1000元)。^[10]也只有以此为出发点,才能导出只允许变更诉讼请求而不准变更诉讼标的的推论。^[11]在第二阶段,民事法律关系的模糊性促使学者不断限缩诉讼标的的范畴,并最终将其限定为当事人具体的权利主张。^[12]然而,一旦将诉讼标的限缩为具体权利主张,第一阶段所理解的诉讼请求就将成为诉讼标的的同义词,而不再具有独立存在的必要。不过,诉讼标的与诉讼请求的一元理解,在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(法释〔2015〕5号,以下简称“民诉法解释”)第247条将二者予以并列后,须重新加以反思与论证。这就进入了第三阶段。该司法解释的起草者将“诉讼标的”理解为“原告在诉讼上所为一定具体实体法之权利主张”,将“诉讼请求”界定为“建立在诉讼标的基础上的具体声明”。^[13]虽然起草者对“民诉法解释”第247条中的“诉讼标的”和“诉讼请求”这两项客体要素采取了二元理解,但并非向第一阶段的回归。由于诉讼标的仍然被界定为“具体实体法之权利主张”,而非“争议的民事法律关系”,因此仅仅将诉讼请求定义为“建立在诉讼标的基础上的具体声明”,尚难以清晰勾勒出其在第三阶段的内涵与外延。从起草者的表述来看,此处的诉讼请求可能存在两种解释方案:一种将诉讼请求理解为诉的声明,即不因诉讼标的理论的不同而变化的概念;^[14]另一种则将诉讼标的和诉讼请求理解为同一事物的不同表述,进而认为诉讼请求并不独立于诉讼标的,^[15]这也可以从“建立在诉讼标的基础上”这一限定中获得支持。第一种解释方案的逻辑前提是倡导将我国诉讼标的的识别标准调整为案件事实一分肢说。^[16]而在旧实体法说语境下,诉讼标的与诉讼请求将不得不采取一元理解,原因在于,作为具体实体法之权利主张的诉讼标的本身含有“请求什么”这一诉的声明的核心内容。当诉讼标的相同时,诉的声明必然相同,而后诉声明与前诉声明不同时,也必然会导致诉讼标的的不同。这使得“民诉法解释”第247条第1款第3项前段成为同义反复,后段却又难以导出“诉讼标的相同”条件下的适用空间。

对诉讼标的与诉讼请求的一元理解也为我国民事诉讼法及相关司法解释中“重诉讼请求、轻诉讼标的”^[17]的表述方式提供了可行的解决方案。如果诉讼请求不同于诉讼标的,

[10] 参见常怡主编:《民事诉讼法学》,中国政法大学出版社1999年版,第133页,第135页。

[11] 参见柴发邦等:《民事诉讼法通论》,法律出版社1982年版,第193页。

[12] 参见张卫平:《民事诉讼法》,法律出版社2016年版,第195页;李浩:《走向与实体法紧密联系的民事诉讼法学研究》,《法学研究》2012年第5期,第29页,第31页。

[13] 参见前引〔1〕,最高人民法院修改后民事诉讼法贯彻实施工作领导小组编著书,第635页。

[14] 参见卜元石:《重复诉讼禁止及其在知识产权民事纠纷中的应用——基本概念解析、重塑与案例群形成》,《法学研究》2017年第3期,第91页以下。

[15] 参见夏璇:《论民事重复起诉的识别及规制——对〈关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释〉第247条的解析》,《法律科学》2016年第2期,第173页;刘哲玮:《论民事诉讼模式理论的方法论意义及其运用》,《当代法学》2016年第3期,第26页;任重:《论中国民事诉讼的理论共识》,《当代法学》2016年第3期,第43页以下。

[16] 详见王亚新、陈晓彤:《前诉裁判对后诉的影响——〈民诉法解释〉第93条和第247条解析》,《华东政法大学学报》2015年第6期,第14页;前引〔14〕,卜元石文,第97页,注39。

[17] 诉讼请求在民事诉讼法中共出现18次,主要涉及诉讼请求的放弃与变更、承认与反驳(第51条、第53条、第54条第3款、第59条第2款),起诉状中记载的内容(第54条第1款、第119条第3项、第121条第3项),第三人撤销之诉(第56条第3款),裁判文书中记载的内容(第97条、第152条第1款第1项),合并审理(第140条)以及再审事由(第200条第1款第11项)。诉讼标的则仅出现7次,涉及共同诉讼和第三人。“重诉讼请求、轻诉讼标的”的倾向也在“民诉法解释”中得到了延续。其中,诉讼标的仅有3处,诉讼请求则出现57次。

我国关于诉讼标的识别标准的共识便只能作用于诉讼标的规范，如共同诉讼和第三人，诉讼请求规范将成为诉讼标的研究成果关照不到的飞地。诉讼标的作为民事诉讼中最重要的概念和分析工具，对诉的变更具有决定性作用。^[18]然而，无论是民事诉讼法第51条第1句，抑或《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》（法释〔1999〕19号，以下简称“合同法解释一”）第30条第1句、“民诉法解释”第225条第2项和《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（法释〔2015〕18号，以下简称“民间借贷规定”）第24条第1款，以及“证据规定”第34条第3款和第35条第1款，均未采取“变更诉讼标的”的表达方式，而是表述为“变更诉讼请求”。^[19]因此，不能将“诉讼请求”形式化地理解为不考虑请求权基础而恒定存在的诉的声明。^[20]是故，笔者在对释明变更诉讼请求的讨论中依旧坚持一元理解。

此外，变更诉讼请求有广义和狭义之分。狭义理解是指通过新的诉讼请求替代原诉讼请求的特殊诉讼制度，广义理解是诉讼请求的变化。^[21]广义的诉讼请求变更存在统一的释明标准，本文采广义解读。不仅如此，虽然变更被告、追加必要共同诉讼人以及可能被判决承担民事责任的第三人通常被理解为特殊的诉讼制度，但考虑到其也在实质上改变诉讼标的，^[22]本文同样将其纳入讨论范畴。

本文将结合最高人民法院的相关裁判文书，尝试勾勒释明变更诉讼请求的具体类型（实然状态）。在此基础上，对每一类型进行必要的理论分析与反思，并重新审视“证据规定”第35条第1款的规范目的（应然状态），以期为我国变更诉讼请求之实践提供统一的释明标准。

一、关于法律关系性质与民事行为效力的释明

民事诉讼法第51条第1句虽明确准许原告变更诉讼请求，但并未明确界定何谓变更诉讼请求。“证据规定”第34条首次一般性地限定了变更诉讼请求的申请时间，第35条第1款则首次列举了释明变更诉讼请求的两种类型，即关于法律关系性质的释明和关于民事行为效力的释明。而“合同法解释一”第30条第1句和“民间借贷规定”第24条第1款并非“证据规定”第35条第1款之外的新类型，而是对“法律关系性质”这一分类的具体化。严格来说，“法律关系性质”与“民事行为效力”并不构成两个独立的类别，同一案件可能同时存在当事人主张的法律关系性质和民事行为效力与人民法院的认定均不一致的情况。尽管如此，法律关系性质与民事行为效力却构成了相关司法实践的主要类别。除若干

[18] 参见张卫平：《重复诉讼规制研究：兼论“一事不再理”》，《中国法学》2015年第2期，第58页。

[19] 这种情况并非我国独有，德国民事诉讼法在规定诉讼标的时，也习惯于使用诉讼请求（prozessualer Anspruch）这一概念。参见〔德〕罗森贝克等：《德国民事诉讼法》，李大雪译，中国法制出版社2007年版，第669页以下；Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., Verlag C. H. Beck 2018, § 93 Rdnr. 1。

[20] 我国亦有法官认为，诉讼标的仅以诉的声明为基准加以判断，不包括请求理由。参见程春华：《论民事诉讼中诉讼标的与诉讼请求之关系——兼论法官对诉讼请求变更及诉讼标的释明权之行使》，《法律适用》2014年第5期，第64页。

[21] 参见前引〔12〕，张卫平书，第192页，第196页。

[22] 参见前引〔19〕，罗森贝克等书，第261页。

法律关系作为诉讼理由而非诉讼标的,对其性质的不同认识并不导致诉讼请求的变更,进而无需根据“证据规定”第35条第1款释明变更诉讼请求外,^[23]依民事诉讼标的之旧实体法说,不同的法律关系性质与民事行为效力分别构成不同的诉讼标的,这才要求法官释明当事人变更诉讼请求。

(一) 法律关系性质的释明

案例1:原审原告起诉请求人民法院判令被告返还投资款本息。诉讼过程中,一审法院认为本案系基于股权转让行为而产生的纠纷,因此向原告进行了释明,而后原告变更了一审诉讼请求。而二审法院经审理认定本案是出资纠纷并据此确定了案件审理范围。最高人民法院认为,当事人在本案定性为出资纠纷的前提下参与了二审庭审活动,行使了诉讼权利。而且虽然原告对涉案款项的性质认定与二审判决的认定不一致,但其请求返还涉案款项本息的请求范围并未发生变化,二审判决的结论并未超过原告诉讼请求的范围。被告认为二审判决超越原告诉请,属于判非所请的理由不能成立。^[24]

本案中,二审法院认定的法律关系不同于原审原告经一审法院释明后变更的法律关系。但二审法院并未释明变更诉讼请求,而是按照自己的认定继续进行了审理并作出裁判。这一做法是否违反“证据规定”第35条第1款?上述问题的核心判断标准是诉讼请求的内涵与外延。如果将此处的诉讼请求定义为诉的声明(这被最高人民法院表述为请求范围),则案例1中并未发生诉讼请求的变化,故无须释明当事人变更诉讼请求。但由于我国诉讼标的识别标准采旧实体法说,虽然本息数额并未发生变化,一审诉讼请求和上诉请求(股权转让纠纷)却不同于二审法院的裁判对象(出资纠纷),属于“判非所请”。

值得进一步讨论的是,二审法院为何不释明变更诉讼请求,而是直接按照自己的认定作出裁判?如果是为了避免后诉被判定为重复诉讼,其完全可以进行诉权释明。^[25]其实,除了对诉讼请求的形式化理解,二审法院的主要考虑因素可能还有纠纷的一次性解决。如若原审原告在二审中经释明不变更诉讼请求,按照一般做法只能裁定驳回起诉,故无法避免后诉的发生。即便原告经释明后申请变更诉讼请求,为了保障当事人特别是原审被告的审级利益,法院也只能尝试调解,调解不成时同样无法对其认定的法律关系进行实体审理,而只能根据民事诉讼法第170条第1款第3项裁定撤销原判、发回重审。^[26]因此,案例1可以被看作是以纠纷一次性解决为导向的尝试和努力,但却以突破处分原则和法官中立原则为代价。

[23] 最高人民法院认为:“上诉人提出的被上诉人向其支付违约金等诉讼请求,是以被上诉人未履行向其转让苏宁环球公司的股权为前提的。因此,确认当事人之间系股权转让关系而非原告所称的股权置换关系,并不改变上诉人的一审诉讼请求,即上诉人在本案中的实体权利并不因人民法院的认定而受到影响,原审法院认定本案当事人之间为股权转让关系亦不违背‘证据规定’第35条。”参见许尚龙、吴娟玲与何健、张康黎、张桂平股权转让纠纷二审判决书,最高人民法院(2013)民二终字第52号。

[24] 参见福建全通资源再生工业园有限公司、全通集团有限公司与万威实业股份有限公司股东出资纠纷申请再审民事裁定书,最高人民法院(2015)民申字第2944号。

[25] 如辽宁和欣装饰工程有限公司与张立强、乌鲁木齐辰光旅行社有限公司股东损害公司债权人利益责任纠纷申诉、申请再审民事裁定书,最高人民法院(2016)最高法民再249号。关于诉权释明,详见任重:《我国民事诉讼释明边界问题研究》,《中国法学》2018年第6期,第226页。

[26] 参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院民间借贷司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第430页。

纠纷一次性解决与处分原则、法官中立原则之间能否达成共赢，是案例1中二审法院应该首先考虑的问题。判断案例1能否类推适用“民诉法解释”第328条的关键在于如何理解“独立的诉讼请求”。一种思路是参酌德国民事诉讼法第263条和第264条对变更诉讼请求进行细分。德国民事诉讼法第263条虽然原则性规定，变更诉讼请求在被告同意或法院认为有助于诉讼时予以准许，但其第264条规定有三种情形不被视为诉之变更：一是补充或更正事实上或法律上的陈述；二是扩张或限制关系本案或附属请求的诉讼申请；三是因事后发生的情事变更而请求其他诉讼标的或利益，以代替原来所请求的诉讼标的。^[27]由于德国诉讼标的的识别模式采诉讼法二分歧说，^[28]而我国采旧实体法说，因此，“证据规定”第35条第1款中的法律关系性质的不同在德国并不构成诉讼标的变更，而是符合第一种情形，即补充或更正法律上的陈述。而我国台湾民事诉讼法第255条第1项第2款将“请求之基础事实同一”作为诉之变更的例外，从而将请求权竞合纳入其中。综上，无论是以旧实体法说为标准还是根据诉讼法二分歧说，法律关系性质认定不同均不构成“独立的诉讼请求”。因此，原审原告经法院释明变更诉讼请求的，并不必须进行调解，即便调解不成也无须撤销原判发回重审，而是可以由二审法院按照原审原告变更后的诉讼请求加以裁判。其实质理由在于，新的诉讼请求依旧以一审中处理过的事实和证据为基础，故并未损害对方当事人的审级利益，没有撤销原判发回重审的必要。可见，二审中根据“证据规定”第35条第1款释明变更诉讼请求与纠纷一次性解决之间并不存在无法调和的矛盾。

案例2：原审原告主张双方存在民间借贷法律关系，一审法院经审理认为原告所主张的民间借贷关系缺乏有效证据支持，于是判决驳回诉讼请求，并明确原告如需就其提交证据的付款主张权利，可另案提出。二审法院维持原判。最高人民法院认为，这是出于保护原告的诉权而作出的释明，故一审法院并不存在违反“证据规定”第35条规定的情形，二审法院对此予以维持并无不当。^[29]

最高人民法院的这一裁定书具有重要的指导意义。“证据规定”第35条第1款虽然要求法院应当释明当事人变更诉讼请求，但前提条件是法院认定的法律关系的性质与当事人的主张不一致。而在案例2中，原告主张的法律关系虽然无法被法院认同，但根据当事人提出的事实和证据，法官也无法确定另一性质的法律关系存在。对此，《上海市高级人民法院民事诉讼释明指南》（以下简称“上海高院释明指南”）第7条第2款规定，当事人主张的法律关系性质或效力存在较大争议，法官一时难以认定的，法官在释明时应贯彻谨慎原则。其第3款进一步规定，在告知当事人变更诉讼请求时，应当告知当事人变更诉讼请求并不意味着其必然胜诉。^[30]案例2为此提供了有益的解决思路：并非只要当事人主张的法律关系与法官的认定不同，法官就必须释明其变更诉讼请求。如果原告未提供相应的事实和证据或者其事实和证据无法指向另一法律关系，法官应当遵循谨慎原则，即法官不得进行“无

[27] 参见《德国民事诉讼法》，丁启明译，厦门大学出版社2016年版，第60页以下。

[28] 参见前引〔19〕，罗森贝克等书，第673页。

[29] 参见潍坊锦汇钢材有限公司与潍坊金福来物资贸易有限公司、李玲等民间借贷纠纷申诉、申请再审民事裁定书，最高人民法院（2016）最高法民申3408号。

[30] 类似规定见《浙江省高级人民法院关于规范民商事案件中法官释明的若干规定（试行）》第15条第2款和第16条。

中生有”的释明。^[31]这对于贯彻当事人自己责任原则和维护法官中立地位都具有重要意义。

（二）民事行为效力的释明

相比对于法律关系性质的释明，人民法院对于民事行为效力的释明显得更为主动。^[32]

案例3：原审原告向法院起诉，诉称建设工程施工合同已经解除，要求判令被告给付超付的工程施工款。被告辩称，双方签订的合同违反法律法规，并反诉要求法院判令原告给付拖欠的工程款。一审法院认为本案所涉合同无效，除判令被告返还原告超付的工程款外，驳回原告的其他诉讼请求以及被告的反诉请求。二审法院认为本案所涉合同无效的原审认定并无不当。原审原告申请再审，主张法院未按照“证据规定”第35条释明其变更诉讼请求，一审法院在未经释明的情况下，剥夺了双方当事人的辩论权利。最高人民法院认为，人民法院在审理合同纠纷案件中应当对合同效力主动进行审查。本案一审中，原审被告即提起了反诉且明确主张案涉合同无效，由于反诉属于独立的诉，因此，人民法院不能仅仅因为对合同效力的认定与原审原告有关合同效力的主张不一致而停止对合同无效的法律后果进行审理。^[33]

根据“证据规定”第35条第1款，法院对民事行为效力的认定与当事人的主张不一致时，应当释明。在本案中，最高人民法院并未认可法官对于民事行为效力的释明可以自由裁量，而只是认为仅据此并不满足再审事由。其实，一、二审法院不仅存在释明上的瑕疵，而且还违背了处分原则。虽然原告的请求范围（超付工程款）没有发生变化，但合同解除和无效分别构成不同的诉讼标的。因此，一、二审支持原告返还超付工程款的诉讼请求，实际上超越了原审原告设定的诉讼标的范围，与案例1存在同样的问题。依职权审查合同效力不能直接导出依职权变动诉讼请求。笔者认为，当原告并未基于合同无效提出相应请求时，仅通过被告的反诉请求及其要件事实无法导出原告有提出相应诉讼请求的意图。此时，法院应释明的内容并非变更诉讼请求，而是对合同无效进行法律释明。^[34]

案例4：原审原告公司的副董事长提交虚假材料变更公司法定代表人登记后，代表原告将公司房屋出卖并转让给了原审被告。原审原告起诉被告，请求法院判决被告返还该房屋。一审和二审法院认定房屋转让行为没有法律效力，判令返还房屋。原审被告向最高人民法院申请再审，主张如果合同无效，合同双方依据合同取得的财产应当相互返还。最高人民法院认为，一、二审法院在认定合同不成立或合同无效的情况下，本应对合同不成立或

[31] “无中生有”的释明也被称为新诉讼资料提出释明。德国民事诉讼法第139条和我国台湾民事诉讼法第199条之一是否允许法官在没有当事人最低限度的暗示时进行“无中生有”的释明，在德国和我国台湾引起过学理上的争论，出现狭义主观说、广义主观说、诉讼经济客观说和折中说的林立。目前的有力说认为，法律并未认可“无中生有”的释明，其违背当事人自己责任原则，并使法官丧失中立地位。参见刘明生：《民事诉讼之程序法理与确定判决之效力及救济》，台湾新学林出版股份有限公司2016年版，第5页以下。

[32] 最高人民法院认为：“合同效力的认定属于人民法院依职权审查事项，即便案涉当事人未对合同效力提出异议，经审查具有导致合同无效的情形，人民法院应依法认定合同无效。”参见海南宁龙实业有限公司与海口市公共交通集团有限责任公司返还原物纠纷申请再审民事裁定书，最高人民法院（2015）民申字第1803号。

[33] 参见山东恒瑞房地产开发有限公司与华丰建设股份有限公司建设工程施工合同纠纷申请再审民事裁定书，最高人民法院（2015）民申字第728号。

[34] 法律释明是最高人民法院采用的术语。参见尹孝功等与宜宾五粮液股份有限公司等物权保护纠纷二审民事裁定书，最高人民法院（2016）最高法民终161号。关于合同无效的法律释明参见湖南兴益房地产开发有限公司与蔡秋芳、孙迅、孙帅商品房销售合同纠纷申请再审民事裁定书，最高人民法院（2015）民申字第2526号。

无效的后果即双方返还财产、赔偿损失等问题一并审理，并在判令原审被告返还原原告房产的情况下，对原告是否应当返还被告购房款作出认定。一、二审法院对此未予审理有不当之处。但鉴于一、二审法院均在裁判文书中释明被告可另循法律途径解决，且被告确实享有这一诉权，在程序上仍有得到救济的途径和可能，故对原审被告的再审申请不予支持。^[35]

本案与案例3都体现出法院依职权审查合同效力的倾向，不仅如此，最高人民法院还要求下级法院在认定合同无效时对双方返还财产、赔偿损失等问题一并审理，即在本案中释明原审被告对返还已付购房款提起反诉。最高人民法院驳回再审申请也不意味着法官可以对反诉释明自由裁量，其只是认为据此并不满足再审事由，因为一、二审法院已经在裁判文书中释明被告可另循法律途径解决。笔者认为，法院在认定合同无效时释明被告提起反诉会构成“无中生有”的释明。不仅如此，反诉释明更会动摇法官的中立地位：与原告在案例3中业已提出过具有相同请求范围的诉讼请求不同，本案被告甚至从未作出过反诉的意思表示。

案例5：原审原告以合同有效为基础主张权利，原审法院认定合同无效，却未向其释明。原审原告以此为由申请再审。最高人民法院认为，“证据规定”第35条之规定意在加强对当事人诉权的保护，避免当事人因法律知识缺乏、诉讼能力不足等原因发生认识错误并因此承担不利后果。就本案而言，其一，申请人在原审中委托了专业律师代理诉讼，在自身诉权行使及诉讼风险预测方面具备充分认知，原审法院亦依法履行了诉讼权利告知义务，不存在违反法定程序的情形；其二，案涉土地置换协议的效力需经全面审理后方能认定，不属于法定应予释明的范围。故申请人主张原审法院违反法定程序没有法律依据。^[36]

本案中，最高人民法院认为有律师代理时应相应限制“证据规定”第35条之适用。由于避免当事人因缺乏法律知识而承担不利后果的规范目的已经因为律师的代理而被实现，因此，法官的认定与当事人（律师）主张的民事行为效力不同时，不属于法官应予释明的范围。这与“民诉法解释”第268条的规范目的类似。值得反思的是，律师代理虽然能弥补当事人法律知识的不足，但我国现阶段律师水平参差不齐，因当事人聘请律师而不进行释明，将无法保证当事人不因法律知识的缺乏而遭受不利益。因此，不应一刀切地限定“证据规定”第35条第1款的适用。^[37]此外，本案还引出了适用“证据规定”第35条第1款的另一限定条件，即法院是否已经对民事行为的效力有确定的答案。这一问题同样出现在释明法律关系性质的案件中，如案例2。

案例6：原审原告起诉被告要求给付其所拖欠的房屋租金。原审被告申请再审，认为二审法院超出上诉请求作出判决。原审原、被告诉争的标的为合同约定的租金，二审法院却判决原审被告承担房屋占有使用费。最高人民法院认为，二审卷宗显示，2016年4月21日

[35] 参见深圳市矩强进出口贸易有限公司与骏业塑胶（深圳）有限公司房屋买卖合同纠纷民事裁定书，最高人民法院（2013）民申字第178号。

[36] 参见咸宁市志成物业发展有限公司与咸宁市咸安区永安办事处东门村村民委员会等房屋租赁合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书，最高人民法院（2018）最高法民申66号。

[37] 这同样可以得到德国法的支持。参见[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；[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；前引[19]，罗森贝格等书，第529页。

开庭审理笔录中记载,法官向原审原告释明,如果二审法院认定租赁合同无效,则原告无权要求被告支付租金,但有权请求对方参照合同约定的租金标准支付房屋占有使用费。原告当庭表示假如合同无效,则将原租金请求变更为请求支付房屋占有使用费。二审法院就此认定被告应向原告支付房屋占有使用费,并不存在超出当事人诉讼请求的情形。^[38]

二审法院在案例6中的释明并不仅仅是语气的缓和,而是在司法实践中确立了我国民事诉讼法中并未明确规定的预备性诉之合并制度,即由当事人根据合同可能无效的释明提出补位请求,从而与原请求之间形成一主一辅的关系。^[39]如果法官经过全面审理最终认定合同无效,则针对当事人的补位请求作出裁判,故并非“判非所请”。

二、关于解除、请求数额、变更与追加当事人及第三人的释明

在我国,“证据规定”第35条第1款虽然是释明变更诉讼请求的核心规范,但却并非一般性规范。虽然“民诉法解释”第268条规定人民法院在庭审中除可以对回避、自认、举证证明责任等内容作出必要的解释或者说明,还可以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,但该条适用于没有委托律师和基层法律工作者的简易程序。不仅如此,“正确行使诉讼权利、履行诉讼义务”是否能包含“证据规定”第35条第1款以外的变更诉讼请求释明,也存在进一步讨论的必要。根据《最高人民法院关于审理消费民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2016〕10号)第5条,人民法院认为原告提出的诉讼请求不足以保护社会公共利益的,可以向其释明变更或增加停止侵害等诉讼请求。然而,作为专门针对贯彻职权主义的消费民事公益诉讼的特别规定,其同样无法被一般地适用于普通民事诉讼程序。对于“证据规定”第35条第1款以外的诉讼请求变更释明,最高人民法院的相关裁判文书提供了分析样本。这些样本与“证据规定”第35条第1款一道,勾勒出我国变更诉讼请求释明的主要类型,在此基础上有望析出释明变更诉讼请求的系统标准。

案例7:原审原告(反诉被告)与原审被告(反诉原告)签订《房地产合作开发协议书》,约定原审被告以土地作为投入,原告以资金作为投入,以被告的名义进行开发,由原告进行运行。合同签订后,原告分多次合计给付给被告1.901亿元,被告分两次共偿还原告800万元。原审原告起诉要求法院判决被告继续履行合同,并根据《关于审理房地产管理法施行前房地产开发经营案件若干问题的解答》第44条,要求被告承担违约损害赔偿赔偿责任。原审被告认为原告的开发资金不能完全到位,使项目开发无法进行,反诉请求判令解除《房地产合作开发协议书》,判令原告返还其垫付的土地税款以及银行贷款利息。一审法院认为,由于被告已经将土地与本案第三人合作开发,继续履行合同已经不可能,《房地产合作开发协议书》应予解除。原审原告请求继续履行,不予支持。最高人民法院在二审中认为,原审原告在本案诉讼中提出的诉讼请求是以继续履行合作协议为前提的。虽然原告在其一审起诉时未提出返还投资款的诉讼请求,但在案涉协议应予解除的前提下,返还已

[38] 参见西藏雪雁商业运营管理有限责任公司与西藏弘晨新能源有限公司房屋租赁合同纠纷申诉、申请再审民事裁定书,最高人民法院(2016)最高法民申3576号。

[39] 关于释明预备合并的具体讨论,参见许可:《民事审判方法:要件事实引论》,法律出版社2009年版,第287页。

付投资款是该协议解除的法律后果，也是对原告付款方权利的基本保障。一审法院在认定案涉合同应当解除的情况下，判决被告返还已收取的投资款，于法有据，亦符合诉讼经济的原则。本院前述由原审被告向原告返还 18210 万元及支付相应利息的认定，是在合作协议解除的情况下，依法对原告利益的保护。由于一审法院在审理过程中未就合作协议解除的情况下原告是否变更诉讼请求进行释明，本院二审中双方亦无法对本案诉讼达成和解，本案也不属于依法应当发回重审的情形，因此，如果原告认为在合作协议解除后，其还有除返还 18210 万元及相应利息之外的请求，可另行主张。^[40]

需要首先明确的是，“就合作协议解除的情况下原告是否变更诉讼请求进行释明”能否被纳入“证据规定”第 35 条第 1 款之民事行为效力释明的范畴。本案中，原告通过起诉划定审理范围时，合同依旧处于有效的状态。对此，对方当事人和法院应不存在不同认识：无论是本诉请求继续履行合同，抑或是反诉请求解除合同并判令给付垫付款及其利息，均以合同有效作为前提。合同的解除并非合同效力问题，而是合同特有的终止原因。^[41]虽然本案并不属于民事行为效力型变更释明，但理论上或可将其扩大解释为法律关系性质释明，即原告主张的法律关系性质（合同关系存续）和法院认定的不同（合同被解除）。不过，合同关系存续与合同被解除是否不同性质的民事法律关系，抑或是同一法律关系的存续与消灭，依旧有较大的讨论空间。不仅如此，最高人民法院也未将合同解除释明的规范根据明确指向“证据规定”第 35 条第 1 款。^[42]因此，笔者未将本案列入第一部分。

与案例 3 类似，被告在一审中提起了反诉，要求解除合同并要求原告承担合同解除的法律后果。一审法院在本案中首先据此判定合同解除，并以合同已解除为基础，支持了原告以合同继续有效为前提的诉讼请求，其背后的考量可能同样是纠纷的一次性解决。最高人民法院在彭光辉、南华县星辉矿业有限公司与郎益春合同纠纷再审复查与审判监督民事裁定书中也认为：“二审法院为避免当事人诉累，在依法认定《合同协议书》合法有效的前提下，结合原告的诉讼请求，判令解除《合同协议书》、返还合作款，适用法律亦无不当。”^[43]本案与案例 1 存在相同的问题，虽然请求范围（给付特定金额的价款）并未发生改变，但诉讼标的已经发生改变。以旧实体法说为标准，根据合同法第 107 条要求继续履行及损害赔偿与根据合同法第 97 条要求恢复原状及相应的损害赔偿构成不同的诉讼标的。因此，最高人民法院虽然以保护原告实体权益为初衷，却存在“判非所请”的问题，突破了处分原则。其实，最高人民法院在下文将讨论的案例 8^[44]和永信（眉山）农林贸易有限公司与眉山市明申生态农林科技开发有限公司、王志刚一般买卖合同纠纷申请再审案^[45]中均支持了释明变更诉讼请求但尊重当事人选择的做法。为何最高人民法院在本案中采取不同的处理方案？

[40] 参见沈阳坤泰房地产开发有限公司与沈阳新泰基房产开发有限公司建设用地使用权转让合同纠纷二审民事判决书，最高人民法院（2015）民一终字第 142 号。

[41] 参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2018 年版，第 644 页。

[42] 如永信（眉山）农林贸易有限公司与眉山市明申生态农林科技开发有限公司、王志刚一般买卖合同纠纷申请再审民事裁定书，最高人民法院（2014）民申字第 944 号。

[43] 最高人民法院（2015）民申字第 88 号。

[44] 参见北大荒鑫亚经贸有限责任公司与北大荒青枫亚麻纺织有限公司保管合同纠纷二审民事判决书，最高人民法院（2015）民二终字第 199 号。

[45] 最高人民法院（2014）民申字第 944 号。

从裁判文书的具体表述看,主要原因有两个:一是对“民事诉讼法解释”第328条的误用,因“二审中双方无法对本案诉讼达成和解”,故担心在二审中释明变更诉讼请求无法实现纠纷的一次性解决;^[46]二是对“证据规定”第35条第1款中的“诉讼请求”作形式化理解(即理解为诉的声明)。相同问题也出现在案例1和案例3中。

案例8:原审原告与被告签订加工合同,原告交付给被告亚麻布若干由其代为加工。加工完成后,原告要求被告交付,被告只部分交付了符合标准的亚麻布。原告要求判令被告按约交付符合质量的亚麻布并支付迟延违约金。最高人民法院在二审中认为,虽然合同在事实上已经不能履行,但原告在一审法院依法释明其是否变更诉讼请求时,并未依法行使合同解除权,而是依旧坚持被告交付货物。一审判决据此驳回其该项诉讼请求并无不当。

相比于案例7,最高人民法院在本案中采取了更为尊重当事人处分权的做法。同样作出于2015年的两份裁判文书呈现出截然相反的态度,其根源在于对诉讼请求的形式化理解。案例7中,原告的请求内容为金钱给付,而合同解除后可能的请求内容也同样为金钱给付,这使法官误认为其判决并未超出当事人的诉讼请求。^[47]而本案中,原告的请求内容是给付特定货物,与合同解除后的金钱给付不同,这也使法官意识到,如果原告坚持不变更诉讼请求,法院径行判决将落入“判非所请”。

案例9:再审申请人主张,二审法院超出了一审中原告的诉讼请求。最高人民法院认为,原审原告在一审法院释明后增加了利息请求,因此,二审中判决原审被告支付给原告利息224万并未超出一审中原告诉讼请求的范围。^[48]

案例9的处理方式虽然不违反处分原则,但却有违法官中立,这也是原审被告申请再审的缘由。法院为何在原告请求范围之外,释明当事人新增利息请求?如果说案例1还是在相同请求范围内的纠纷一次性解决,本案的一审法院则更进一步,突破了案例1、案例3和案例7对“诉讼请求”的形式化理解即以原告请求范围为限。这也凸显出纠纷一次性解决在司法实践中缺乏明确和可预见的标准,受法官个人理解的影响较大。除了纠纷一次性解决,增加利息请求释明还受到第一阶段诉讼标的理解的影响。如果将诉讼标的理解为当事人之间争议的民事法律关系,则本金请求和利息请求均可能被包含在内,法官进而可能误以为对利息请求的释明并未超出诉讼标的的范围。而按照第二阶段诉讼标的的理解,虽然本金和利息均表现为一定数额的金钱,但本金请求权和利息请求权分别构成不同的诉讼标的,法院释明新增利息请求构成对新诉讼标的的释明。

案例10:原审原告向法院起诉要求判决被告返还借款和利息。诉讼过程中,被告虽然以诉讼时效问题提出抗辩,但主张的是借款超过诉讼时效,并未就每一笔贷款利息是否超过时效问题具体抗辩。最高人民法院认为,一、二审法院在当事人没有提出该诉讼时效的

[46] 但是,二审中根据“证据规定”第35条第1款释明变更诉讼请求并不与纠纷一次性解决存在无法调和的矛盾与冲突。详细论证参见案例1的相关讨论。

[47] 尽管只有一个金额,表面上看似只有一个诉的声明,但实际上包含着多个诉讼标的。详见前引[14],卜元石文,第100页。

[48] 参见中煤地质工程总公司与贵州贵聚能源有限公司探矿权纠纷再审民事判决书,最高人民法院(2017)最高法民再377号。

具体抗辩理由的情况下，没有进行释明符合法律规定。^[49]

以我国采取的旧实体法说为标准，本金请求和利息请求构成不同的诉讼标的，这同样得到了案例 10 的印证。虽然请求权和抗辩权的性质与功能均存在显著不同，但案例 10 所确立的释明界限却可能被统一适用于利息释明。本案中，原审被告仅对本金提出诉讼时效抗辩，而并未明确对利息提出抗辩。最高人民法院认为，对本金的诉讼时效抗辩并不自然包含对利息进行抗辩的意思，故不能对利息的诉讼时效抗辩进行“无中生有”的释明。同样，当原告仅主张本金时，也不应认为其存在请求利息的意思，不应超过原告请求范围释明其新增利息请求。这同样是德国与我国台湾的一般做法。^[50]

案例 11：原审原告向法院起诉要求判决被告破产清算组支付一次性安置费。一审法院向原告释明本案适格被告为造纸厂，因为起诉时造纸厂的营业执照尚未注销。原告经释明后仍拒绝变更被告，一审法院裁定驳回其起诉。原审原告遂提起上诉并申请再审，主张审判程序违法。最高人民法院认为，因原审原告在一审法院释明本案适格被告后拒绝变更，本案并未进行进一步的实体审理。原审原告主张审理违法没有依据，且不足以作为启动本案再审的理由。^[51]

案例 12：原审原告向法院起诉要求被告承担损害赔偿责任。一审法院查明本案被告与案外人共同侵害了原告的著作权，于是释明原告追加共同被告。在原告表明不同意追加后，一审法院认为原告放弃追加的行为系对自己诉讼权利的处分。最高人民法院认为，原审原告复以一、二审法院遗漏了必须参加诉讼的当事人为由申请再审不能成立。^[52]

案例 13：原审原告与案外人公司签订《房屋拆迁产权调换安置协议书》，原审被告公司在协议书上加盖了公章，并且在协议履行过程中与本案原告协商将本应安置给原告的 225-2 号商铺变更为 152 号商铺。一审庭审前，一审法院向被告释明是否申请追加案外人作为第三人参加诉讼，被告未予申请。一审中，被告也明确表示同意承担安置的实体责任。最高人民法院认为，被告是本案的适格主体，无需再追加案外人参与本案诉讼。^[53]

案例 11 的焦点问题是被告适格。虽然对被告适格的讨论主要集中在诉讼主体层面，也即变更当事人，且变更当事人和诉的变更被认为是两项不同的诉讼制度，但不可忽视的是，被告的变更必然带来诉讼请求的变更：判决被告乙向原告甲给付 1 万元人民币（诉的声明）或基于买卖合同给付 1 万元人民币（诉讼标的）和判决被告丙向原告甲给付相同数额，并不能因为请求数额相同而被视为同一诉的声明和同一诉讼标的。这同样是“民诉法解释”第 247 条第 1 款第 1 项的应有之义。基于相同考虑，笔者也将案例 12 中释明追加必要共同诉讼人和案例 13 中释明追加被告型无独立请求权第三人作为释明变更诉讼请求的类型，因

[49] 参见陆大珍与凉山州农村信用联社股份有限公司等申请再审民事裁定书，最高人民法院（2013）民申字第 2306 号。

[50] 参见前引 [31]，刘明生书，第 39 页，第 43 页；Stein/Jonas/Leipold, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl., Verlag Mohr Siebeck 2005, § 139 Rdnr. 50; Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung, 33. Aufl., Verlag C. H. Beck 2012, § 139 Rdnr. 10。

[51] 参见程永爱与国营乐山造纸厂破产清算组职工破产债权确认纠纷申请再审民事裁定书，最高人民法院（2014）民申字第 1059 号。

[52] 参见罗炳阳与刘长生一案再审民事裁定书，最高人民法院（2011）民监字第 649 号。

[53] 参见东港市金洋房地产开发有限公司与于奎房屋拆迁安置补偿合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书，最高人民法院（2017）最高法民申 1266 号。

为它们同样由于被请求主体的变化而在形式上和实质上引起诉讼请求的变化。

最高人民法院不仅在案例11中支持对适格被告的释明,而且在张佳勋与高天云、乌海市彤阳能源科技发展有限公司民间借贷纠纷申请再审民事裁定书^[54]中确定了被告不适格时的一般处理方法,即法院可以向原告释明更换被告,同时,法院也可以判决驳回原告的诉讼请求。但究竟何时释明、何时驳回,最高人民法院并未进一步阐明。从“可以”这一表述看,最高人民法院并不认为变更被告是应释明事项。^[55]这也为解读以“民诉法解释”第64条为代表的被告适格规定提供了思路。首先,该条针对的主体是原告还是法院?它是否要求原告必须以企业法人为被告,否则其起诉将不被受理或者被裁定驳回?对此,最高人民法院的上述表述已经作出了否定回答。既然这一规定并不是对原告起诉的要求,那是不是对法院释明的要求,即要求法官在“民诉法解释”第64条的情况下应释明原告以企业法人为当事人?但最高人民法院认为释明变更被告并非义务,而是由法官根据具体情形裁量作出。在此基础上,以“民诉法解释”第64条为代表的被告适格规定或可被看作是对法官的提示,当存在上述情形时,应挖掘当事人的真实意图,在其因缺乏法律知识或因对案件事实存在错误认识而不正确地选择被告时,根据当事人真意释明其变更被告。而在案例11中,原告选择被告清算组并不存在认识错误(例如误以为造纸厂已经注销),法院在此时释明变更被告突破了当事人的真意。不仅如此,法院在原告经释明而不变更被告时,亦不应裁定驳回起诉,因为民事诉讼法第119条第1款第2项仅要求“有明确的被告”,而应在实体审理后判决驳回诉讼请求。

依“民诉法解释”第73条,必须共同进行诉讼的当事人没有参加诉讼的,人民法院应当通知其参加,当事人也可以向人民法院申请追加。虽然本条并未明确规定法院释明追加必要共同诉讼人,但司法实践出现了从职权追加到释明当事人申请追加的趋势,如《北京市第四中级人民法院登记立案释明规则》(以下简称“北京四中院释明规则”)第8条规定,当事人遗漏必要共同诉讼人的,人民法院应当释明其依程序申请追加。在释明追加共同诉讼人的范围上,我国司法实践也呈现出逐渐缩小的趋势。《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》(法释〔2003〕20号)第5条虽然规定赔偿权利人起诉部分共同侵权人的,人民法院应当追加其他共同侵权人作为共同被告,但“民诉法解释”的起草者已经修改了上述观点,其认为连带责任并非固有的必要共同诉讼,而是类似的必要共同诉讼。^[56]这也得到了案例12的证实。就此而言,“北京四中院释明规则”第8条关于非必要共同诉讼人的释明追加规定有待商榷:仅仅因为可能影响案件事实查明或可能导致误判,就要求法官必须释明追加被告,尚需进一步论证,因为民事诉讼法已经提供了诸多机制可以解决案件事实查明问题,如潜在的共同诉讼人可以证人或无独立请求权第三人身份参加诉讼,协助法院和当事人查明案件事实以避免错判。^[57]

案例13与案例12类似,都体现出从职权追加到释明申请追加的转变。根据民事诉讼法

[54] 最高人民法院(2014)民申字第1059号。

[55] 我国释明边界存在三种样态,分别是应释明、不应释明和可释明。参见前引〔25〕,任重文,第217页以下。

[56] 参见前引〔1〕,最高人民法院修改后民事诉讼法贯彻实施工作领导小组编著书,第231页。

[57] 参见任重:《反思民事连带责任之共同诉讼类型——基于民事诉讼基础理论的分析框架》,《法制与社会发展》2018年第6期,第154页以下。

第56条第2款，无独立请求权第三人的追加存在职权追加和申请追加两种模式。案例13中，一审法院向被告释明是否申请追加第三人参加诉讼，被告经释明后未予申请。首先应当肯定的是，从职权追加过渡到释明追加体现出对当事人处分权的尊重，是从职权主义向当事人主义转型的具体表现。不过，根据民事诉讼法第56条第2款规定的第二种情形追加可能被判决承担民事责任的第三人，其实质是绕开原告变更了本案的诉讼请求，这也是所谓被告型无独立请求权第三人的痼疾。^[58]而从释明变更诉讼请求的标准来看，当原告不存在最低限度的暗示时，法院不应进行“无中生有”的追加释明。不仅如此，法院应当释明的主体是原告而非被告，因为是否起诉，何时或以何种内容、范围对何人起诉，原则上由原告自由决定，国家不能干预，这是民事诉讼处分原则的应有之义。^[59]

三、“证据规定”第35条第1款规范目的再探讨

上述释明变更诉讼请求的类型化分析表明，虽然“证据规定”第35条第1款仅包含关于法律关系性质和民事行为效力的释明两种基本类型，但其确立的释明标准实际上影响了其他类型。例如，案例1和案例3这对“证据规定”第35条第1款中“诉讼请求”的形式化理解也影响到法院在案例7中对释明的处理，即只要请求范围未发生改变，法院可以在释明后甚至是在未经释明的情况下径行变更诉讼标的；反诉在案例3中对释明的影响也出现在案例7中，即只要被告主张合同无效或解除合同并提起反诉，法院可以经释明甚至未经释明而实质变更诉讼标的。除此之外，案例9到案例13虽然看似距离法律关系性质和民事行为效力较为遥远，但也在实质上受到了“证据规定”第35条第1款规范目的的影响，^[60]体现出以纠纷一次性解决为目标，超过诉讼标的甚至请求范围进行释明，甚至未经释明直接改动诉讼标的的倾向。

释明变更诉讼请求的制度目的何在？是弥补当事人法律知识的不足，即采以当事人为视角的主观标准，还是纠纷的一次性解决，即采以法官视角的客观标准？这在相关裁判文书中出现了不同解读。最高人民法院在许尚龙、吴娟玲与何健、张康黎、张桂平股权转让纠纷二审判决书中认为：“证据规定”第35条第1款旨在避免增加当事人另诉的诉讼成本，使人民法院在当事人请求范围内对案件进行审理。^[61]仅从最高人民法院的表述来看，其更侧重于纠纷的一次性解决：即便没有当事人最低限度的暗示，法院也应当基于纠纷一次性解决的目标，释明变更诉讼请求。案例4中，最高人民法院继续沿用客观标准，并认为在认定合同不成立或合同无效的情况下，法院本应对双方返还财产、赔偿损失问题一并审理。这其实暗含着更为宽泛的客观标准：即便是并未提出诉讼请求的被告，法院为了纠纷一次

[58] 参见张卫平：《“第三人”：类型划分及展开》，载张卫平主编：《民事程序法研究》第1辑，中国法制出版社2004年版，第58页以下。

[59] 参见前引〔12〕，张卫平书，第47页。

[60] 应当说明的是，“证据规定”第35条具有多重功能：一方面，其构成了“证据规定”第34条的例外，当存在当事人主张的法律关系性质或民事行为效力与法院根据案件事实作出的认定不一致时，当事人变更诉讼请求不受“证据规定”第34条第3款的期限限制，法院应根据“证据规定”第35条第2款为当事人重新指定举证期限；另一方面，“证据规定”第35条第1款也为释明变更诉讼请求提供了核心标准和根据。

[61] 最高人民法院（2013）民二终字第52号。

性解决也要释明其提起反诉。

与此不同的是,最高人民法院在案例5中认为,“证据规定”第35条之规定意在加强对当事人诉权的保护,避免当事人因法律知识缺乏、诉讼能力不足等原因发生错误认识,进而承担不利后果。此案中,由于原告委托了律师,最高人民法院认为无须在认定合同无效之后释明其变更诉讼请求。这其实是以主观标准来看待“证据规定”第35条第1款:由于存在律师代理,法官推定其诉讼请求的提出是深思熟虑后的慎重选择,故不存在释明变更诉讼请求的必要。相反,如若以案例4采取的客观标准审视案例5,将得出不同结论:虽然原告聘请了律师,但法院释明的目的并不是弥补当事人法律知识的不足,而是在客观上实现纠纷的一次性解决,故依旧应当释明其变更诉讼请求。

“证据规定”的起草者认为:“如果当事人变更诉讼请求的,人民法院应当重新指定举证期限,这是因为如果法律关系的性质发生了改变,那么当事人的诉讼请求和诉讼证据就得做相应的修改,否则当事人的权利就得不到充分的保护……通过法院的指导,避免了甲要打两个官司才能要回投资款的讼累,提高了诉讼效率。在民事行为效力改变的情况下,也是如此。”〔62〕从上述表述来看,“证据规定”第35条第1款的规范目的更偏向于纠纷的一次性解决。可供对比的是“证据规定”第3条的规范目的:“释明权是指法院为救济当事人在举证和质证过程中存在的能力上的不足或缺陷,通过发问、指导等方式以澄清或落实当事人所主张的某些事实,以引导和协助当事人对案件的主要事实和主要证据进行有效和积极辩论的权力。”〔63〕如果说“证据规定”第3条更侧重主观标准的话,那么“证据规定”第35条则更侧重客观标准。不仅如此,“证据规定”第35条第2款重新指定举证期限的做法也表明,前后诉讼标的并非必须建立在同一事实基础上,甚至可能以当事人未曾提出的事实为准,这才产生了重新指定举证期限的需求。或许正是因为司法解释的起草者在表达上述两条规范目的时存在显著差异,这才使若干判例采取了侧重于纠纷一次性解决的处理方式。

通过梳理最高人民法院的相关判例,并结合“证据规定”起草者的相关表述,“证据规定”第35条第1款的规范目的更侧重于纠纷的一次性解决,法院在相同请求范围内释明当事人变更诉讼请求,甚至超出请求范围进行利息释明,都是对这一规范目的的具体贯彻。虽然在当事人经释明变更诉讼请求的情况下,法院的裁判并不会超出诉讼请求的范围,并非“判超所请”,但法院所进行的此种释明却面临有违中立性的质疑,引发当事人申请再审。不仅如此,以纠纷一次性解决作为规范目的,还存在标准不明的问题:案例1、案例3、案例4和案例7中的相同请求范围这一标准并未得到案例9的遵循。案例9中的一审法院认为释明原告增加利息请求更有利于纠纷的一次性解决。可见,科学划定释明变更诉讼请求的标准有赖于纠纷一次性解决这一规范目的的进一步厘清。

我国为何需要“证据规定”第35条第1款?其他国家或地区是否有类似规定可供比对?对我国民事诉讼理论产生较大影响的德国法并无类似规定,原因在于其诉讼标的识别

〔62〕 前引〔1〕,最高人民法院民事审判第一庭书,第203页。

〔63〕 同上书,第25页。

标准采诉讼法二分肢说，即“诉的声明+案件生活事实”。“证据规定”第35条第1款中的不同法律关系性质在我国生成多个诉讼标的，但在德国仅为同一诉讼标的，请求权基础并非标的，而是退居诉讼理由。与“证据规定”第35条第1款类似，我国台湾于2000年在其民事诉讼法中增订第199条之一，其第1项规定：“依原告之声明及事实上之陈述，得主张数项法律关系，而其主张不明或不充足者，审判长应晓谕其叙明或补充之。”与我国“证据规定”第35条第1款的规范目的类似，第199条之一的立法理由更侧重纠纷的一次性解决：“为扩大诉讼制度解决纷争之功能，如原告主张之事实，于实体法上得主张数项法律关系而原告不知主张时，审判长理应晓谕原告得于该诉讼程序中并予主张，以便当事人得利用同一诉讼程序彻底解决纷争，惟民事诉讼法采当事人处分权主义及辩论主义，故原告究欲主张何项法律关系，及其是否为诉之变更或追加，应由原告斟酌其实体利益及程序利益而为之。”〔64〕不仅如此，我国台湾的终审法院在此后的民事庭会议中决议不再援用71年度台上字第2808号判例（“审判长尚无阐明令当事人提出新诉讼资料之义务”）和67年度台上字第425号判例（“提起反诉，非属审判长行使阐明权之范围”）。此后，又在89年度台上字第907号判决和90年度台上字第192号判决中认为，在当事人并未提及任何相关事实时，也要释明原告变更诉讼请求，例如作为被告的垃圾收集车司机撞倒原告行人，原告仅在陈述事实时提及被告的身份，但并未陈述国家赔偿法的构成要件事实，法院仍有根据第199条之一进行释明的义务。

“证据规定”第35条第1款与我国台湾民事诉讼法第199条之一，无论是出现时间和条文表述，抑或是二者的适用范围和规范目的，均存在高度相似性。无独有偶，如何对纠纷一次性解决进行限缩，在贯彻处分原则和法官中立原则的前提下实现当事人自我决定和纠纷一次性解决之间的平衡，同样是此类释明在我国台湾遇到的重大课题：93年度台上字第18号判决为了避免此类释明被扩大理解和适用，将第199条之一的“事实”限定为当事人已经针对构成要件叙述的事实，从而限缩了第199条之一的文义，且使法官释明之范围更加清晰，明确第199条之一并未承认“无中生有”的释明。〔65〕

上述发展也为我国“证据规定”第35条第1款规范目的的厘清提供了思路。最高人民法院支持突破当事人处分原则和法官中立原则的若干裁判文书，其初衷是纠纷的一次性解决。然而，如何才能实现当事人处分原则、法官中立原则与纠纷一次性解决的统一？与当事人处分原则不同，纠纷一次性解决的含义其实并不明确，特别是“纠纷”的范围难以划定。如若认为“纠纷”等于“诉讼标的”，则我国所采用的旧实体法说也能够实现一次性解决纠纷，也即通过一次诉讼至少解决一个诉讼标的。显然，“证据规定”第35条第1款的规范目的并不止于此，而是在更宽泛的意义上理解“纠纷”。虽然与我国台湾民事诉讼法第199条之一第1项的表述不同，“证据规定”第35条第1款并不存在“依原告之声明及事实上之陈述”这一限定，而只是规定当事人主张的法律关系性质或民事行为效力与人民法院“根据案件事实”作出的认定不一致，但结合辩论原则的第一要义，法院的裁判依旧必须以

〔64〕 参见吴从周：《债法修正溯及适用与法官阐明时效抗辩（民事法与法学方法第三册）》，元照出版公司2007年版，第203页以下。

〔65〕 参见上引吴从周书，第209页。

当事人的要件事实主张为基础。若辩论原则的第一要义在我国最终得以落实和贯彻，^[66]“根据案件事实”其实能够导出与“依原告事实上之陈述”相同的限定条件，即法院必须以当事人的请求范围及其主张的要件事实为根据。至于如何判定当事人特别是原告是否已经主张过相关要件事实，或可参考“上海高院释明指南”第23条。^[67]通过对该条进行反面解释可以得出：如果释明指向当事人已经提出的基础规范（权利发生规范）或反对规范（权利妨碍规范、权利消灭规范、权利制约规范），^[68]则不构成“帮助当事人”。在此基础上，如果当事人的要件事实主张并未指向产生另一诉讼标的的基础规范，则法院并无义务且不得释明变更诉讼请求，否则将违反法官中立原则。在要件事实主张这一限定条件之外，还应重视和强调请求范围对释明的限定作用。以案例9为例，虽然原告的要件事实主张可能指向了利息，但原告的请求范围明确限定在本金。法官不能仅基于原告对本金的请求及其相关要件事实主张便认为其存在主张利息的意图。^[69]就此而言，请求范围较要件事实主张更具决定性。综上，以原告请求范围和要件事实主张为标准限定纠纷一次性解决，既能在当事人提出过相关诉的声明和要件事实时实现纠纷的一次性解决，也严守了处分原则的底线，恪守了作为法官之根本的中立原则。

通过将“证据规定”第35条第1款的规范目的重新界定为有限的纠纷一次性解决，即以原告的请求范围和要件事实主张作为纠纷一次性解决的限定条件，并不必然带来诉讼效率的低下。由于法官的认定必须建立在当事人的要件事实主张基础上，这就使得“证据规定”第35条第2款的必要性大大降低了。由于案件事实和证据一般不发生变化，因此，原则上无需重新指定举证期限并由当事人重新提出事实和证据。相反，如果不限缩纠纷一次性解决的范围，如在案例4中释明被告提起反诉或在案例9中释明原告增加利息请求，则涉及诸多新事实，从而不得不重新指定举证期限。不仅如此，一旦释明原审原告增加、变更独立的诉讼请求或者释明原审被告提出反诉，则在二审与一审法院认定不一致时，必然引出审级利益问题，并使二审中的释明陷入困境：如若不释明，将违反“证据规定”第35条第1款，因为其适用条件并未限定在一审；如若释明，在被告不接受调解时只得撤销原判发回重审；如若经释明或不经释明径行变更诉讼请求，则将严重违背处分原则，并使法官丧失中立地位。

[66] 对于我国是否已经建立起辩论原则第一要义，学者尚有不同认识。参见许可：《论当事人主义诉讼模式在我国法上的新进展》，《当代法学》2016年第3期，第10页。

[67] 该条规定：“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、权利制约等抗辩。在诉讼过程中，法官不得帮助当事人组织权利抗辩事由，不得帮助当事人组织辩论理由。”

[68] 基础规范和反对规范的概念内涵和外延可参见[德]罗森贝克：《证明责任论》，庄敬华译，中国法制出版社2018年版，第123页以下。其在我国的展开可参见李浩：《规范说视野下法律要件分类研究》，《法律适用》2017年第15期，第2页以下。

[69] 有必要考虑利息请求的失权问题。“上海高院释明指南”第6条第3款也是考虑到部分请求可能产生的失权后果，而将此种面临失权的部分请求作为应当释明的事项。需要明确的是，利息虽然具有附属性，但依旧与本金构成主债和从债的关系，分别构成两个诉讼请求，而非部分请求。参见袁琳：《部分请求的类型化及合法性研究》，《当代法学》2017年第2期，第111页。也有观点将利息界定为弱部分请求，并认为可以另诉主张。参见严仁群：《部分请求之本土路径》，《中国法学》2010年第2期，第159页，第169页。不仅如此，先诉本金后诉利息，也并不存在类似“精神损害赔偿解释”第6条的失权规定。为了预防利息之诉被后诉法院以“一事不再理”为由裁定驳回，或可考虑由审理法院在判决书中释明原告可另诉主张利息。

当然，有限的纠纷一次性解决也存在例外。首先，案例8的一审法院曾释明原告变货物给付为损害赔偿请求。在原告依旧坚持被告交付货物后，一审法院判决驳回了原告的此项诉讼请求。本案中，原告的事实主张已经指向了合同解除及其法律后果，但给付货物和损害赔偿构成不同的请求范围。此时，根据“请求范围+要件事实主张”的限定条件，审理法院本不应释明原告变更诉讼请求，但案例8的一审法院选择了突破请求范围这一限定：原告在起诉时主张继续履行合同，但合同于诉讼中被判定已无法继续履行，法院此时释明当事人根据这一新情况来相应变更诉讼请求。同样，在诉讼过程中标的物灭失或转让给第三人以及被告在诉讼中解除合同（如案例7），也均存在释明原告相应变更诉讼请求的必要。以案例8为代表的此类例外情形可被纳入因情事变更而释明原告变更诉讼请求的类型（德国民事诉讼法第264条第1款第3项，我国台湾民事诉讼法第255条第1项第4款）。其次，我国并不存在只表明最低请求数额的诉讼制度，因此，在难以确定具体请求数额的案件中，或可考虑由法官根据审理情况释明原告增加请求数额。不过，这只是权宜之计，根本之策是在民事诉讼法第119条新增一款引入最低请求额制度。再次，由于我国存在以“精神损害赔偿解释”第6条为代表的失权规定，因此，在当事人仅提出人身损害赔偿但案件事实同时指向精神损害赔偿时，法院应释明增加精神损害赔偿。复次，如果原告对被告的选择存在法律上或事实上的错误，法院可根据审理的情况释明变更被告。最后，结合“北京四中院释明规则”第8条，民事诉讼中遗漏必须参加诉讼的当事人的，法院应释明其申请追加。不过，上述有限纠纷一次性解决的例外并非一成不变。随着生成环境的改变，其也将渐次回归原则，例如“精神损害赔偿解释”第6条若在今后被删去，法官也将不再被准许进行此类“无中生有”的释明。

余 论

裁判文书在互联网上的公开不仅为民事诉讼理论的验证提供了广阔的试验场，^[70]而且也为难以单纯通过规范圆满解决的民事诉讼法律问题提供了充足的养分，释明变更诉讼请求就是一例。^[71]尽管处分原则为释明变更诉讼请求提供了底线，但提供具体标准的却是法官中立原则。不过，究竟某一具体做法是否有悖于法官中立，却是见仁见智的问题，这也导致我国司法实践长期以来并未形成明确的释明标准。面对此种情况，我们究竟应当如何借助民事诉讼案例充实立法与理论？这同样是本文的出发点和立足点：笔者主要借助聚法案例数据库收集和整理了最高人民法院涉及释明变更诉讼请求的裁判文书，并通过案例充实“证据规定”第35条第1款中的两个基本类型，随后列举出释明法律关系性质和民事行

[70] 例如司法实践是否贯彻和落实了诉讼标的旧实体法说。详见陈杭平：《诉讼标的理论的新范式——“相对化”与我国民事审判实务》，《法学研究》2016年第4期，第189页。

[71] 肖建华和陈琳认为，法官释明权的完善不仅仅是完善规范就能解决的，通过司法实践积累经验不断丰富它的内涵，尚需假以时日。参见肖建华、陈琳：《法官阐明权之理论阐释与立法完善》，《北方法学》2007年第2期，第83页。释明边界在德国和日本也均被认为应当通过判例的积累来确定其标准。参见前引[37]，尧厄尼希书，第132页以下；[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。

为效力之外的情形。虽然相关裁判文书中呈现出的类型不可能穷尽释明变更诉讼请求的所有理论可能,但却表现出趋同的倾向和问题,即以削弱当事人主义为代价,追求纠纷的一次性解决。

当前,我国民事诉讼理论研究最主要的语境是改革与转型。虽然“证据规定”第35条第1款本身就是贯彻当事人主义的改革成果,但需要明确的是,我国目前尚未彻底完成模式转型,当事人主义在我国尚未彻底建立。我国既有法律规范和司法实践依旧在总体上呈现出职权主义的特征和色彩。^[72]法院在案例1、案例3和案例7中对处分原则的突破便是突出例证。在上述裁判文书基础上总结出的变更诉讼请求释明标准无疑先天带有职权主义的印记。然而,这是否要求民事诉讼法学研究者必须怀揣当事人主义的梦想,而完全置我国现行法律法规及相关司法实践于不顾?

以释明变更诉讼请求的裁判文书为例,当事人主义的解释方法及其结论并不与我国现有规范背道而驰。部分裁判文书中体现出的职权主义倾向,固然由于对处分原则的忽视,但也受制于对“诉讼请求”的形式化理解以及对二审增加“独立的诉讼请求”这一标准的忽视。在不变动现行规范的前提下,可将“证据规定”第35条第1款的“诉讼请求”理解为诉讼标的,结合辩论原则第一要义引出“要件事实主张”这一法院认定法律关系性质和民事行为效力的基础,并结合民事诉讼法第13条第2款规定的处分原则,将“证据规定”第35条第1款的规范目的界定为有限的纠纷一次性解决。上述解释方案并未实质改动“证据规定”第35条第1款,且能与部分裁判文书的精神和做法相契合,如案例8。尽管如此,这一解读却与多数裁判文书的观点相悖。由此引出的问题是,我们应如何看待司法实践中的一般做法。如果从数量多寡来看,案例8无疑是少数,但研究者是否要因为其数量较少而降低对其的重视?以经释明不变更诉讼请求的处理方法为例,多数裁判文书裁定驳回起诉,^[73]少数裁判文书选择判决驳回诉讼请求,^[74]但这是否说明一般做法具有正当性?通过对民事诉讼法第119条和第124条进行体系解释,当事人关于法律关系性质或民事行为效力的主张与法官的认定不同,并不影响起诉条件的满足,而是落入实体审理范畴,显然应以判决驳回诉讼请求。不仅如此,当我们区分裁判文书中的一般做法和例外做法时,还不得不面对尖锐的质疑,即在我国重实体轻程序且裁判文书撰写尚有诸多不足背景下,何以分析得出裁判文书中的法律见解。法院选择裁定驳回起诉,是否就意味着其将法律关系性质或民事行为效力归入了程序问题,抑或主要顾及当事人的另诉权极易被后诉否定的现实?这种担心也同样得到了本文的印证,如果不是当事人在案例6中申请再审,最高人民法

[72] 参见张卫平:《诉讼体制或模式转型的现实与前景分析》,《当代法学》2016年第3期,第4页。

[73] 如王高平与海南博海投资咨询有限公司借款合同纠纷二审民事裁定书,最高人民法院第一巡回法庭(2016)最高法民终52号;中铁物资集团兰州有限公司与上海安炫实业发展有限公司、徐州宏力置业有限公司、郑碧秀买卖合同纠纷二审民事裁定书,最高人民法院(2016)最高法民终488号;南京羽舜实业有限公司与北京祥胜明新技术开发有限公司、沈志坚合资、合作开发房地产合同纠纷申诉民事裁定书,最高人民法院(2014)民抗字第14-1号;陈俊峰、张立平与营口丽湖地产有限公司、营口河海新城房地产开发有限公司民间借贷纠纷二审民事裁定书,最高人民法院(2018)最高法民终234号;郑松与余拼、北海海拓投资咨询服务有限责任公司房屋买卖合同纠纷申诉、申请民事再审查裁定书,最高人民法院(2016)最高法民申1234号。这也是“民间借贷规定”第24条第1款第2句的明确要求。

[74] 如丹东科漫材料有限公司与丹东玉龙镁业有限公司、田玉海买卖合同纠纷申请再审民事裁定书,最高人民法院(2015)民申字第1825号。

院查明的二审卷宗内容或许并不会显示在裁判文书中，从而会使预备合并表现为“无中生有”的变更释明。

尽管存在上述风险与不足，借助案例开展研究已经成为难以逆转的研究趋势。在民事诉讼法学研究中，笔者认为更应强调以当事人主义为标准对相关案例加以批判和筛选，在现有规范的最大文义范围内实现法解释学范畴的诉讼体制转型。在此基础上析出无法通过法律解释完成的转型作业，为我国今后的民事诉讼法修订准备明确和具体的建议与方案。就此而言，本文只是以最高人民法院相关裁判文书为材料，通过对“证据规定”第35条第1款进行解释，尝试在局部贯彻和实现当事人主义诉讼模式，并希望起到抛砖引玉的作用。

Abstract: China's existing theory of elucidation of the change of litigation claim is still unable to provide clear criteria for judicial practice. A review and analysis of the relevant written judgments of the Supreme People's Court shows that elucidation of the change of litigation claim refers to the elucidation of the nature of legal relationship and the effect of civil act provided for in the Article 35 Paragraph 1 of the "Evidence Regulations", as well as elucidation of dissolution of contract and its legal consequences, the increase in the amount claimed, the change of defendant and the addition of party in necessary co-litigation. Some adjudicative documents also elucidate the defendant to add a third party without independent claim. Some adjudicative documents break through the bottom line of the principle of disposition, which stems from the formalized understanding of "litigation claim", the misinterpretation of the adding of "independent litigation claim" in the trial of the second instance, and the denial of parties' later right of action in judicial practice. By construing "the change of litigation claim" in Article 35 Paragraph 1 of the "Evidence Regulations" as the change of subject matter of action, classifying the change of litigation claim based on the same fact or due to the change of situation as "non-independent litigation claim", and adding elucidation of the right of action to adjudicative documents, elucidation of the change of litigation claim can meet the requirements of the principle of disposition and the principle of neutrality of judges to a certain extent. The purpose of Article 35 Paragraph 1 of the "Evidence Regulations" should be limited one-time settlement of disputes. In other words, the scope of parties' claim and the claim of essential fact should be regarded as the basis of elucidation. This not only provides a uniform standard for the elucidation of the change of litigation claim, but also achieves a balance between the self-determination of the parties and the one-time settlement of disputes under the precondition of implementing the principle of disposition and the principle of neutrality of judges.

Key Words: elucidation, change of litigation claim, subject matter of action, principle of disposition, one-time settlement of disputes
