

学校编码: 10384

分类号 \_\_\_\_\_ 密级 \_\_\_\_\_

学号: 13620081150872

UDC \_\_\_\_\_

廈門大學

硕士学位论文

我国释明权制度的建构

——从能动司法的角度

The Construction of Judge's Interpretation System in China

——from The View of Judicial Activism

张婧婧

指导教师姓名: 张榕教授

专业名称: 法律硕士

论文提交日期: 2011年4月

论文答辩时间: 2011年 月

学位授予日期: 2011年 月

答辩委员会主席: \_\_\_\_\_

评阅人: \_\_\_\_\_

2011年4月

## 厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为( )课题(组)的研究成果,获得( )课题(组)经费或实验室的资助,在( )实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

## 厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

## 内容摘要

释明权制度是大陆法系民事诉讼中的一项重要法律制度，其在弥补辩论主义和当事人处分权主义不足方面扮演着重要的角色。英美法系国家虽然没有明确释明权的概念，但也存在相应的制度设计。而我国的相关研究才刚刚起步，我国尚未真正形成释明权制度。随着司法改革的深入、诉讼模式的转换，建立释明权制度有着十分重要的意义。同时，在我国已有不少学者提出能动司法的概念，将司法能动性作为司法权的一个重要特征，而释明权是司法权的具体形式之一。基于此，本文将从能动司法的角度，采用价值分析法、历史分析法和比较分析法，对释明权的相关理论和我国有关现状进行分析，力求为我国释明权制度的建构提供一些立法建议。

本文由引言、正文和结语三个部分组成。正文分为四章，主要内容如下：

第一章为释明权制度概述。该章首先介绍了释明权的内涵，对有关释明权性质的三种学说进行了分析，明确其性质为法官的职权，以此得出释明权的行使同时具有司法能动性和司法克制性的特征。其次论述了释明权在具体个案中可以衡平相冲突的价值，使正义、秩序、效率等法的基本价值同时实现。

第二章为两大法系对释明权制度的建构。该章介绍了两大法系释明权的建构情况。大陆法系国家普遍规定了释明权(或释明义务)，英美法系国家也赋予法官类似释明权的诉讼管理职权。大陆法系国家对释明权中的司法能动课以制度性的要求，而英美法系国家释明权的行使则完全属于法官自由裁量权的范畴。

第三章为我国释明权制度发展现状分析。该章首先分析了我国有关释明权的规定及其不足，我国尚未真正形成释明权制度。其次介绍了我国司法实践中关于释明权行使的有益尝试，但释明权的运用仍出现僵化的司法克制和无序的司法能动两种极端。最后介绍了我国当事人的诉讼能力差异极大。这些现状使得建构我国释明权制度显得尤为必要。

第四章为我国释明权制度的建构。该章针对我国释明权的有关现状，从立法模式，释明权行使的原则、范围、方式，以及对当事人的救济措施等方面，提出建构我国释明权制度的一些建议。

**关键词：**释明权；司法能动；司法克制

厦门大学博硕士论文摘要库

## ABSTRACT

The interpretation right is an important institution in the civil procedure law of the continental law system. It plays an important role in offsetting the shortcoming of argumentum and disposition doctrine. There is no clear concept of interpretation right but corresponding system design in the Anglo-American law system. However, the relevant research in China has just started, and has not really formed the system of interpretation right. Since the deepening of judicial reform and conversion of action pattern, it is becoming very important to construct the system of judge's interpretation right. Meanwhile, in our country, many scholars put forward the concept of judicial activism, which is as an important feature of judicial powers, and the interpretation right is one of the specific forms of judicial powers. Therefore, in the view of judicial activism, this paper will analyze the related theories and our research situation of the interpretation right, using the history analysis method, the comparison analysis method and the value analysis method, and try to provide some legislative suggestions for our construction of judge's interpretation system.

Besides the preface and conclusion, this article is divided into four chapters as follows:

Chapter one (general discussion of judge's interpretation system): this chapter firstly introduces the content of the interpretation right, analyzes the three theories of the nature of the interpretation right, clears the nature of which for the powers of the judges, and then points out that the exercise of the interpretation right has the features of both judicial activism and judicial restraint. Secondly, the interpretation right is able to balance the conflict of values in specific cases, and realize justice order and efficiency at the same time.

Chapter two (the construction of the interpretation right in the major two

legal systems): this chapter introduces the construction of the interpretation right of the major two legal systems. The countries of continental law system stipulate the clauses of the interpretation right (or the interpretation obligations) as common, while the countries of Anglo-American law system also give judges litigation management authority which is similar with the interpretation right. The countries of continental law system impose institutional demands to the judicial activism of the interpretation right, while the exercise of the interpretation right in countries of Anglo-American law system totally belongs to the category of discretion of judges.

Chapter three (the analysis of the development situation of China's judge's interpretation system): firstly, this chapter analyzes related regulation about the interpretation right of our country and points out the shortage as well. Secondly, it introduces the beneficial attempt in the judicial practice of the interpretation right in China. However, there are two extremes of rigid judicial restraint and disorder judicial activism in the exercise of the interpretation right. As last, it introduces the situation that the parties' litigation ability in our country varies enormously. The present situation makes the construction of perfect judge's interpretation system very necessary.

Chapter four (the construction of China's judge's interpretation system): this chapter puts forward some measures to China's construction of the interpretation right in view of the present situation, from the aspects of the legislative model, the principles scopes and methods of the exercise of the interpretation right, and the remedies for parties, etc.

**Key words:** The Interpretation Right; Judicial Activism; Judicial Restraint

# 目录

引 言 .....	1
<b>第一章 释明权制度概述 .....</b>	<b>3</b>
<b>第一节 释明权概述 .....</b>	<b>3</b>
一、释明权的内涵 .....	3
二、释明权的性质 .....	4
三、释明权的特点 .....	7
<b>第二节 释明权制度的价值 .....</b>	<b>9</b>
一、正义的价值 .....	9
二、秩序的价值 .....	10
三、效率的价值 .....	11
<b>第二章 两大法系对释明权制度的建构 .....</b>	<b>13</b>
<b>第一节 大陆法系国家的释明权制度 .....</b>	<b>13</b>
一、德国 .....	13
二、法国 .....	15
三、日本 .....	15
<b>第二节 英美法系国家的类似制度 .....</b>	<b>17</b>
一、英国 .....	17
二、美国 .....	18
<b>第三节 两大法系释明权制度中司法能动性程度之比较分析 .....</b>	<b>19</b>
<b>第三章 我国释明权制度发展现状分析 .....</b>	<b>22</b>
<b>第一节 我国释明权制度的立法现状 .....</b>	<b>23</b>
一、法律法规的相关规定 .....	23
二、目前法律规定的不足 .....	24



<b>第二节 我国释明权制度的实践现状</b> .....	<b>26</b>
一、在司法实践上的有益尝试.....	26
二、司法实践中的不足.....	27
<b>第三节 我国当事人诉讼能力的现状</b> .....	<b>28</b>
<b>第四章 我国释明权制度的建构</b> .....	<b>30</b>
<b>第一节 立法模式的选择</b> .....	<b>31</b>
<b>第二节 释明权行使的基本原则</b> .....	<b>31</b>
一、中立原则.....	32
二、探寻当事人真意原则.....	32
三、尊重当事人辩论权和处分权原则.....	33
<b>第三节 释明权行使的范围</b> .....	<b>33</b>
一、事实方面的释明.....	33
二、法律方面的释明.....	35
<b>第四节 释明权的行使方式</b> .....	<b>35</b>
<b>第五节 对不当行使释明权的救济措施</b> .....	<b>36</b>
一、对过度司法克制，怠于行使释明权的救济.....	37
二、对滥用司法能动，过度行使释明权的救济.....	38
三、对释明瑕疵的救济.....	39
<b>结 语</b> .....	<b>41</b>
<b>参考文献</b> .....	<b>42</b>

# CONTENTS

<b>Foreword</b> .....	<b>1</b>
<b>Chapter 1 General Discussion of Judge's Interpretation System</b> ....	<b>3</b>
<b>Subchapter 1 General Discussion of The Interpretation Right</b> .....	<b>3</b>
Section 1 The Connotation of The Interpretation Right .....	3
Section 2 The Nature of The Interpretation Right .....	4
Section 3 The features of The Interpretation Right.....	7
<b>Subchapter 2 The Values of Judge's Interpretation System</b> .....	<b>9</b>
Section 1 Justice.....	9
Section 2 Order .....	10
Section 3 Efficiency .....	11
<b>Chapter 2 The Construction of The Interpretation Right in The Major Two Legal Systems</b> .....	<b>13</b>
<b>Subchapter 1 Judge's Interpretation System in The Countries of Continental Law System</b> .....	<b>13</b>
Section 1 Germany.....	13
Section 2 France.....	15
Section 3 Japan.....	15
<b>Subchapter 2 Judge's Interpretation System in The Countries of Anglo-American Law System</b> .....	<b>17</b>
Section 1 The United Kingdom .....	17
Section 2 The United States .....	18
<b>Subchapter 3 Comparative Analysis of The Degree of Judicial Activism in Judge's Interpretation System of The Major Two Legal systems</b> .....	<b>19</b>

<b>Chapter 3</b>	<b>The Analysis of The Development Situation of China's Judge's Interpretation System.....</b>	<b>22</b>
<b>Subchapter 1</b>	<b>The Legislation of China's Judge's Interpretation System .....</b>	<b>23</b>
Section 1	Related Provisions of The Law and Regulations .....	23
Section 2	The Shortage of Current Law .....	24
<b>Subchapter 2</b>	<b>The Practice Status of China's Judge's Interpretation System ..</b>	<b>26</b>
Section 1	The Beneficial Attempt in The Judicial Practice .....	26
Section 2	The Shortage in The Judicial Practice .....	27
<b>Subchapter 3</b>	<b>The Situation of The Parties' Litigation Ability in China .....</b>	<b>28</b>
<b>Chapter 4</b>	<b>The Construction of China's Judge's Interpretation System .....</b>	<b>30</b>
<b>Subchapter 1</b>	<b>Options of The Legislative Models .....</b>	<b>31</b>
<b>Subchapter 2</b>	<b>The Basic Principles of The Exercise of The Interpretation Right .....</b>	<b>31</b>
Section 1	Neutral Principle .....	32
Section 2	The Principle of Exploring The Parties' Intendments .....	32
Section 3	The Principle of Respecting The Parties' Debate Right and Disposition Right .....	33
<b>Subchapter 3</b>	<b>The Scopes of The Exercise of The Interpretation Right .....</b>	<b>33</b>
Section 1	The Interpretation in The Aspect of Fact .....	33
Section 2	The Interpretation in The Aspect of Law .....	35
<b>Subchapter 4</b>	<b>The Exercise Patterns of The Interpretation Right .....</b>	<b>35</b>
<b>Subchapter 5</b>	<b>The Remedies for Improper Exercise of The Interpretation Right .....</b>	<b>36</b>
Section 1	The Remedies for Excessive Judicial Restraint and Idling at Exercise of The Interpretation Right .....	37
Section 2	The Remedies for The Abuse of Judicial Activism And Excessive	

Exercise of The Interpretation Right.....	38
Section 3 The Remedies for The Flaws of Interpretation .....	39
<b>Conclusion.....</b>	<b>41</b>
<b>Bibliography.....</b>	<b>42</b>

厦门大学博硕士论文摘要库

## 引 言

释明权制度最初确立于 1877 年《德国民事诉讼法》，是为克服以 1806 年《法国民事诉讼法》为代表的古典当事人主义所造成的诉讼效率低下，诉讼程序庞杂等弊端而产生的一项诉讼制度。在不断发展中，释明权的制度内涵、运作机制等日趋完善和丰富，到如今已经成为大陆法系各国民事诉讼体制中普遍确立的一项重要法律制度。英美法系国家虽然没有明确释明权的概念，但也存在相应的制度设计。

释明权制度通过法官职权在诉讼中的适当介入，以法官发问、提醒等方式使当事人不清楚、不恰当、不充分的主张、举证、请求得以清晰、适当、充分，同时又将法官所持法律观点向当事人开示，从而实现当事人之间、法官与当事人之间的有效沟通。而由于释明权属于法官的职权，具有司法能动的特点，使其在优化完善辩论主义及处分权主义的基础上，得以衡平民事诉讼正义、秩序、效益等多种价值。正基于此种重大意义，释明权制度被称为当事人主义下实现民事诉讼目的的“修正器”，民事诉讼的“大宪章”。<sup>①</sup>

我国传统民事诉讼体制采取职权探知主义，释明权则是一个多余的概念，并无存在的土壤。随着我国以逐步确立辩论主义和处分权主义为主要目标之一的民事诉讼体制转型的展开与深入，作为当事人主义“修正器”的释明权制度，开始受到学界的关注。但是，由于我国学者对法官释明权制度与当事人主义诉讼模式间的紧密关系缺乏正确的认识，同时对于能动司法的理念认识不够，将当事人主义一味地等同于弱化法官的职权，生怕一强调法官职权的能动性就又回到过去的模式中去。因此，在很长时间里学界对释明权制度的研究大多停留在简单的介绍性、描述性的层面上，而未能进行更为深入的探索，特别是对释明权中自由裁量权的研究更为缺乏，不敢直面释明过程中的法官能动性。这种理论研究上的薄弱又直接导致了

<sup>①</sup>宋冰. 读本：美国与德国的司法制度及司法程序[M]. 北京：中国政法大学出版社，1998. 313.

立法上的缺漏、粗疏和司法实践中的混乱。我国尚未真正形成释明权制度，这妨碍了我国民事诉讼模式的改革与完善。

司法改革的深入、诉讼模式的转换以及民事诉讼法的修改都为我国建构释明权制度提供了良好的契机。同时，在我国已有不少学者提出能动司法的概念，将司法能动性作为司法权的一个重要特征。因而笔者认为有必要从能动司法的角度来研究释明权中的法官能动性，以建构我国的释明权制度。基于此，本文将从能动司法的角度，在我国法律界对法官释明权制度研究的基础上，采取价值分析法、历史分析法和比较分析法，对释明权的相关理论进行分析，介绍两大法系对释明权制度的建构，并分析我国有关释明权的现状，最后笔者将对我国释明权制度的建构提出相关建议。

## 第一章 释明权制度概述

### 第一节 释明权概述

#### 一、释明权的内涵

##### (一) 释明权的由来和起源

释明权，又称为“阐明权”，它是大陆法系国家和地区民事诉讼立法及理论上的用语，源于德语“Frag- und Anklarungsrecht”，<sup>①</sup>最早出现在1877年德国民事诉讼法草案中，后引入日本，用词为“释明”。就其字义而言，是指“本来不明了的事项使之明了化”。<sup>②</sup>目前，释明权已成为大陆法系民事诉讼法中的一项制度。

释明权设立的初衷在于防止纯粹的辩论主义可能导致的对民事诉讼目的的背离。尽管如此，在当时该理论并未引起人们的注意，直到19世纪末20世纪初，随着自由资本主义向垄断资本主义过渡，当事人主义所暴露出来的诉讼滥用、程序复杂、裁判迟延等固有弱点越来越不适应社会对解决纠纷的需要，由此社会本位思想兴起，职权主义开始盛行，为法官释明权理论的产生提供了条件，这时，释明权理论才逐渐被各国接受和采纳，并在其民事诉讼法中加以规定或者强化。因此，法官释明权理论从产生到逐渐被各国民事诉讼立法所接受是与民事诉讼模式的转化紧密相连的。应当指出的是，进入20世纪80年代以来，在各国方兴未艾的司法改革中，两大诉讼模式融合化发展的趋势越来越明显，而释明权理论作为职权主义的积极内容被保留下来，甚至为一贯奉行完全当事人主义的英美法系国家所借鉴，成为对当事人主义(主要是辩论主义和处分主义)的重要“修正器”。

##### (二) 释明权概念的各种界定

何谓释明，目前理论界尚无一致的界定，又因对其权利义务属性认识

<sup>①</sup>[日]中村英郎. 新民事诉讼法讲义[M]. 陈刚, 林剑锋, 郭美松译, 北京: 法律出版社, 2001. 178.

<sup>②</sup>江伟, 刘敏. 论民事诉讼模式的转换与法官的释明权[A]. 陈光中, 江伟. 诉讼法论丛(6) [C]. 北京: 法律出版社, 2001. 321.

的不同，常被称做释明权或释明义务。<sup>①</sup>德国学者奥特马·尧厄尼希依据德国民事诉讼法本身法条之规定，将释明权界定为法官的发问义务和阐明义务。法院不仅应当接受和利用当事人的陈述，而且也应当督促双方当事人使自己的陈述完整，以达到澄清事实情况的目的。<sup>②</sup>日本学者兼子一认为，法院听取辩论时，从法律和事实的角度向当事人发问并指出其陈述自相矛盾、不完全和不明确的地方，并且给予当事人订正和补充的机会，还对所争的事实促使当事人提出证据。这种权能叫做释明权或发问权。<sup>③</sup>日本学者谷口安平认为释明权是法官对当事者进行询问，要求他们作出解释说明的权限。<sup>④</sup>在国内学者中，张卫平教授是我国最早引入并研究法官释明权理论的学者，他将释明权简单的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。<sup>⑤</sup>毕玉谦教授根据国外诉讼法关于释明权的立法规定，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。<sup>⑥</sup>

尽管理论界对此众说纷纭，但通过对学者们的研究综合加以比较和分析，笔者认为，释明权包括事实方面的释明和法律方面的释明。事实方面的释明大体具有以下几方面的内容：1、在当事人声明或陈述中不明确、不清楚的情况下，通过释明，使之明确；2、当事人的声明和陈述不充分时，通过释明促使当事人的声明和陈述变得充分；3、当事人的声明和陈述不适当时，法官促使当事人作适当的声明和陈述；4、当事人所举的证据材料不够而误认为足够了的情形下，法官对当事人进行发问，提醒、启发当事人提出证据。法律方面的释明是指法官欲将当事人未发觉的法律观点作为判决的基础时，应当向当事人开示。

## 二、释明权的性质

对于释明权的性质，历来是民事诉讼法学界热烈讨论的一个问题。所

<sup>①</sup>出于表述上的习惯，本文将“释明权”和“释明义务”都统称为“释明权”。

<sup>②</sup>[德]奥特马·尧厄尼希. 民事诉讼法[M]. 周翠译, 北京: 法律出版社, 2003. 129-133.

<sup>③</sup>[日]兼子一, 竹下守夫. 民事诉讼法[M]. 白绿铤译, 北京: 法律出版社, 1993. 72.

<sup>④</sup>[日]谷口安平. 程序的正义与诉讼[M]. 王亚新, 刘荣军译, 北京: 中国政法大学出版社, 2002. 145.

<sup>⑤</sup>张卫平. 诉讼构架与程式[M]. 北京: 清华大学出版社, 2000. 184.

<sup>⑥</sup>毕玉谦. 民事证据法及其程序功能[M]. 北京: 法律出版社, 1997. 335.



Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to [etd@xmu.edu.cn](mailto:etd@xmu.edu.cn) for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库