

民事再审程序改造论

李 浩*

内容提要:构建再审程序的立法指导思想应从“实事求是,有错必纠”转换为兼顾纠正错误裁判与保持生效裁判的稳定。改造这一程序的具体路径是取消法院依职权发动再审,完善检察机关的抗诉监督,建立规范的再审之诉,重构再审的法定事由。

关键词:再审程序 改造重构 再审之诉

一、引言

再审程序,又称审判监督程序,是为了纠正已发生法律效力裁判中的错误而专门设置的一种程序。我国民事诉讼法(以下称民诉法)规定的再审程序尽管对纠正确有错误的裁判和保护当事人的合法权益起到了积极的作用,但该程序在实际中发挥的作用还远未达到令人满意的程度。

从民诉法(试行)修订以来再审程序运作八年多的实践看,再审程序实施的效果不太理想主要表现在以下两个方面:一是尽管民诉法为发动再审程序设计了三种方式——根据当事人申请、由法院自行发动、通过检察机关提出抗诉,但实际效果似乎不够大,仍有不少明显存在错误的裁判无法通过再审获得纠正。人民群众对此深感不满,以致于希望求助诉讼制度以外的途径来加强对审判活动的监督。为回应公众的要求,各级人大纷纷制定个案监督的条例,一些地方的人大已开始实施个案监督,有的地方的人大还试行监审制;二是裁判的稳定性和权威性因不断再审而受到严重破坏。一些案件被三番五次地拿来再审,裁判不断地被改来改去,诉讼成了无底的黑洞,无论投入多少人力、物力和金钱,总也得不到确定的裁判结果。这种不断改变的裁判给民事诉讼制度造成的损害不亚于不公正的裁判。它既鼓励了败诉的当事人通过缠讼来逃避应当承担的民事责任,又严重损害了法院裁判乃至法律本身的权威,使国家通过诉讼强制性解决纠纷的制度安排落空。

造成我国民事再审程序运作效果不佳的原因是多方面的,既有设置程序的指导思想偏颇的问题,又有具体规定不尽合理或不够具体的问题,因此需要从多方面对再审程序进行改造。

* 安徽省委党校法学教研部教授。

二、立法指导思想更新

已经发生法律效力的裁判,应尽量维持其稳定性,这是诉讼制度的本质所要求的,因为如果允许败诉的当事人对已被法院生效裁判解决的纠纷进行争执,允许他挑战生效裁判,纠纷就会没完没了地继续下去,国家通过诉讼制度强制性解决纠纷的目的就会落空。但另一方面,如果生效裁判确实严重违反诉讼程序或者在实体上存在严重错误,并且错误裁判严重损害了当事人权益时,为维护裁判效力的稳定性,一概不允许推翻确有错误的裁判,既不符合公众的正义观,又有悖于通过司法保护当事人合法权益和实现社会公正这一诉讼制度的根本目的。诚如日本学者所言:“判决被确定后,如仅仅因为判断不当或发现新的证据就承认当事人的不服声明,则诉讼是无止境的;但另一方面,从作出正确、公正的裁判的理想来说,不管有什么样的瑕疵一律不准撤销已确定的判决,也是不合理的。于是,法律规定在判决里有特别重大并且对当事人也有严重的瑕疵时,应准许再审”。^{〔1〕} 再审制度普遍存在于各国诉讼程序中,这一事实实际上已表明了与维护裁判效力的稳定性相比,保障司法公正仍然是第一位的目标。为了实现这一根本目标,在一定程度上牺牲裁判的稳定性是必要的。当然,这种牺牲应以不会从根本上危及裁判效力的稳定性为限度。这就是各国民诉制度一方面设置再审程序,另一方面又从提出的条件、期限等方面对再审严格加以限制的原因。

在设置再审程序时,从立法指导思想上处理好纠正错案和维护裁判效力的稳定性之间的关系,找准两者的平衡点是极其重要的。我国民事诉讼法是根据实事求是、有错必纠这一立法指导思想设计再审程序的,正如有的学者所言,这一立法指导思想有失偏颇,^{〔2〕} 它过于偏重纠正错案而过多地牺牲了裁判的稳定性。

实事求是、有错必纠,在一般意义上无疑是对的,但是当把这一思想不加分析地运用到民事诉讼程序上去时,其正确性就不再是绝对了,如果把它强调和运用过头了,真理甚至会变成谬误。实事求是、有错必纠对司法机关而言意味着无论什么时候发现生效裁判的错误都应当主动予以纠正,对当事人来说只要他认为生效裁判有错误就可以不断地要求再审。如果完全按照这一指导思想来设置再审程序,那么纠纷的解决将永无尽头。这显然不符合程序法的止争原则。止争原则是指法院应作出解决争执的最终决定,诉讼程序之所以要遵循止争原则,是由于“倘若人们求助法律程序来解决争执,那么争执须在某一阶段上最终解决,否则求助法律程序就毫无意义”。^{〔3〕} 贯彻止争原则意味着裁判中允许存在一定的错误,这虽然不符合实事求是、有错必纠的要求,但在诉讼程序中却具有合理性,因为“廉价的、快速的、大体上符合事实的判决,错误的风险虽然有所增加,但对于有效执行实体法所体现的政策,将具有更大的效力”。^{〔4〕}

立法指导思想偏颇必然反映在再审程序的设置上,它在程序上的具体表现是:(1)法院可以主动发动再审,撤销其认为确有错误的判决,不仅上级法院可以通过再审撤销自己的判决,

〔1〕 [日]兼子一、竹下守夫:《民事诉讼法》,法律出版社1995年版,第249页。

〔2〕 参见景汉朝、卢子娟:《论民事审判监督程序之重构》,《法学研究》1999年第1期。

〔3〕 [美]迈克尔·D·贝勒斯:《法律的原则》,中国大百科全书出版社1996年版,第37页。

〔4〕 沈达明:《英美证据法》,中信出版社1996年版,第6页。

原审法院也可以通过再审撤销自己的判决。(2)对法院和检察机关发动再审无期限的限制。民事诉讼法对当事人申请再审规定了两年的期限,要求当事人在判决、裁定发生法律效力后两年内提出,但却未为法院和检察机关决定再审和提出抗诉规定期限。这就使得法院和检察机关只要认为生效裁判确有错误,无论过多长时间都可以发动再审。(3)允许当事人未经上诉直接申请再审。在实践中,一些当事人虽然可以通过上诉对一审裁判声明不服,但他们却放弃上诉,等到裁判生效后申请上级法院再审或申请检察机关抗诉。对当事人这种舍近求远、直接申请再审或抗诉的做法法律未作禁止。

思想是行动的指南,欲改造我国的民事再审程序,首先就需要转换和更新原有的立法指导思想,树立兼顾纠正错误裁判与保持生效裁判稳定的新的指导思想。新的指导思想应体现如下原则:第一,再审程序只纠正生效裁判中的重大错误而不是一般性错误;第二,当事人在再审程序中享有诉权和处分权,再审原则上应当由当事人提起;第三,发动再审应当受到期间的限制,这一限制适用于任何主体发动的再审。

三、取消法院依职权发动再审

民事诉讼法规定的引起再审的途径有三种:一是法院主动进行再审,二是当事人申请再审后法院决定再审,三是因检察机关提出抗诉而再审。发动再审的途径太多不利于生效裁判的稳定,因此笔者主张将现在的三途径改为两途径,即取消法院主动再审而保留因当事人提出和检察机关抗诉而再审。

取消法院主动发动再审的理由是:首先,法院主动再审不符合民事诉讼中的处分原则。原审法院裁判生效后,当事人未申请再审,说明双方当事人均认可了裁判的结果,是服判的。民事权利属于私法上的权利,在当事人未要求再审的情况下,法院主动再审是与处分原则相抵触的;其次,法院主动再审也不符合诉审分离的原则。司法权是一种被动性的权力,为了保证其被动性,法院对案件实行不告不理,诉和审必须分离,法院的审判须受诉的制约,不仅在当事人未提出诉讼的情况下,法院不得主动介入纠纷的处理,在已提起诉讼的情况下,法院不得超出诉的范围进行审判,而且在法院审判终结后,除非当事人要求再审,法院也不得对其认为有错误的裁判已生效的案件再审。法院主动发动再审,实际上是自诉自审,诉审合一,是对诉审分离原则的背离^{〔5〕};再次,法院主动再审不利于民事法系关系的稳定。法院裁判生效后,发生争议的民事关系因确定裁判的效力而重新趋于稳定,法院主动再审会重新燃起已平息了的纠纷。尤其是,法院发动再审不受时间的限制,如果法院对一件裁判已生效多年的案件进行再审,不仅会造成当事人之间民事关系的变动,也可能动摇建立在原民事关系之上的当事人与第三人的关系。即使通过再审改正了确有错误的裁判,付出的代价也过于沉重;最后,法院主动再审在实践中极少发生,虽然不能断言法院在实务中从未主动发动过再审,但从笔者了解的情况看,绝大多数再审案件是因当事人申请和检察机关抗诉而进行的。由于法院主动再审在整个再审案件中属凤毛麟角,取消它自然也不会对再审程序造成什么损害。

或许有人会担心,取消法院主动再审后,对损害国家、集体利益的错误裁判,当事人不申请再审,法院会处于无能为力状态。这种担心其实也是不必要的,因为对这类案件,可以由检

〔5〕 参见张晋红:《民事之诉研究》,法律出版社1996年版,第23页以下。

机关代表公益提出抗诉。

四、完善检察机关的抗诉监督

最近一段时期以来,无论是诉讼理论界,还是司法实务部门,都围绕着我国的民事诉讼检察监督制度展开了热烈的探讨。这一探讨涉及到这一制度的设置是否具有合理性这一根本问题。在讨论中,一些同志认为对民事诉讼实施检察监督是有悖法理的,应当予以削弱乃至取消。^[6]这种观点可称之为检察监督否定说。否定说的主要立论依据是:(1)检察监督制度妨碍了司法独立;(2)检察机关的抗诉监督是对私权的不当干预,侵害了民事诉讼当事人的处分权,有悖于处分原则;(3)抗诉监督必然造成检察机关站在一方当事人的立场上反对另一方当事人的结果。由于检察机关这一公权力的介入,破坏了民事诉讼双方当事人的平等地位;(4)诉讼中事实的不确定性和法律的不确定性造成了错案标准的模糊性,被检察机关认为是错案的案件,实际上并不一定是错案。检法之间的分歧仅仅是反映了它们对具有多种可能的处理结果的案件的不同认识和判断;(5)检察机关的抗诉,尤其是对同一案件的多次抗诉,损害了法院的终审权,增加了诉讼成本,降低了诉讼效率。

笔者认为,上述理由虽然不是全无道理,但以此来否定检察机关的抗诉监督,则是难以成立的。司法独立是实现法治国家的基本条件和法治社会的重要保障,也是我国司法制度改革的目标。然而,司法独立并不是无条件的,它是以理性的法院,清廉公正的法官、完善的诉讼程序为独立的前提条件的。^[7]诚如考夫曼所言“司法独立原则只有在法官们通过他们的模范行为和业务上的自我克制,继续不断地争得它而无愧于它的时候,这一原则才会坚持下去。”^[8]我国当前司法独立的前提条件是否已完全具备呢?答案似乎是不言自明的。我国正处于社会主义的初级阶段,我国社会的法治化还处在起步阶段,在这一时期,尽管国家对法院和法官队伍的建设是相当重视的,但我国法官的总体素质还不能适应社会法治化的要求,^[9]少数法官违反职业道德,用审判权寻租,司法不公的现象还时有发生。因此,当前及今后相当长的一段时期内,不仅不能弱化对法院审判活动的监督,而且应当强化这一监督。检察监督是民事诉讼法规定的一种制度化监督。这一监督无疑应当加强。强化监督正是为了促成司法独立前提条件的形成,有利于在我国早日实现司法独立。我们认为:(1)检察机关的抗诉监督并不影响法院对案件的独立审判权;(2)检察机关的抗诉监督与民事诉讼中的处分原则也并非是“水火不相容”; (3)既使存在着极少数检察机关主动提出抗诉的情况,也是有其合理性和正当性的。(4)检察机关的抗诉监督也不会破坏民事诉讼中双方当事人的平等地位;(5)事实与法律的不确定性所造成的法院裁判结果的非唯一性同样不能成为否定抗诉监督的理由;(6)检察机关的

[6] 参见方如初:《民事抗诉权质疑和民事检察工作的基本思路》,《法治论丛》,1992年第2期;刘荣军:《民事诉讼法律关系理论的再构筑》,《民商法论丛》第9卷;黄松有:《对现行民事检察监督制度的法理思考》,《人民法院报》2000年5月9日。

[7] 参见龙宗智、李常青:《论司法独立与司法受制》,《法学》1998年第12期。

[8] 欧文·R·考夫曼:《维护司法独立》,《法学译丛》1981年第3期。

[9] 本文所说的法官素质,不仅指法官的政治素质、业务素质,而且也指法官的人格素质。沈德咏副院长认为:讲法官素质,“还要加上非常重要的一条,即司法人格素质……司法人格是由司法的特殊性、规律性所要求的,是职业法官道德操守、法律意识、司法理念以及一身正气、两袖清风、执法如山、刚正不阿精神和气节的集中体现。”参见沈德咏:《关于司法公正的几点看法》,载《依法治国 司法公正》,上海社会科学院出版社2000年版,第7页。

抗诉不会损害法院的终审权。^{〔10〕}

基于上述理由,笔者认为检察机关的抗诉监督在现阶段既不能取消,也不能弱化,而是应当进一步加强和完善,使之在程序上更合理,更具有实效性。

在加强检察机关抗诉监督的同时,也应当进一步完善这一制度。首先,应在法律上明确规定除涉及国家利益和社会公共利益案件检察机关可以依职权提出抗诉外,其余案件应依当事人申请提出抗诉。其次,检察机关不应直接受理未经上诉直接申请抗诉的案件。当事人认为未生效的一审裁判有错误,常规的救济方法是提出上诉,以阻止裁判发生效力。当事人不上诉而等到判决生效后申请检察机关抗诉,一方面有规避上诉风险之嫌(上诉要预交上诉费,一旦败诉则应负担诉讼费用),另一方面也会增加生效裁判的不确定性,使一些原本通过上诉可以纠正的错误不恰当地等到裁判生效后再来纠正。此外,这样做也会大为增加检察机关的负担,使检察机关民行检察监督面临的案多人少的矛盾更为突出。^{〔11〕}为了防止当事人滥用程序上的选择权,德国民诉法规定尽管有提起取消之诉的法定情形,但当事人如果可以通过上诉而主张原判决无效时,不能提起取消之诉;尽管存在可以提出回复原状之诉的情形,但因当事人自己的过失而未在前程序中主张时,不得提起回复原状之诉。日本民诉法也规定当事人明知再审的理由未以上诉方式主张时,不得提起再审之诉。对当事人作这样的限制完全是必要的,我国将来修订民诉法时也应规定当事人故意不以上诉方式主张一审裁判有错误的,不得再请求再审。第三,是应规定检察机关只能受理当事人在法律规定的申请期限内提出的抗诉申请,超过法定期限的,检察机关不予受理。否则就会出现非常矛盾的现象,当事人超过期限后向法院申请再审会被拒绝,而向检察机关申请抗诉却会被受理。第四,对检察机关提出抗诉,也应从时间上作出限制。考虑到检察机关受理当事人在法定期限内提出的申请后还须作审查和调查工作,抗诉的期限应长于申请再审的期限,但也不宜过长,以不超过 4 年为宜。最后,对最高人民法院终审的案件不得提出抗诉。最高法院是国家最高级别的审判机关,对最高法院的终审判决提出抗诉,既不利于维护最高审判机关的司法权威,也不利于发挥最高法院在处理疑难案件问题上的作用。

五、建立再审之诉

当事人是诉讼的利害关系人,也是直接受生效裁判既判力拘束的人,他们不仅对裁判是否有错误最知情,也是错误裁判的直接受害者,因此在民事诉讼法(试行)(以下称试行法)中规定:“当事人、法定代理人对已经发生法律效力的判决、裁定,认为确有错误的,可以向原审人民法院或者上级人民法院申诉。”在试行法中,申诉是被作为宪法规定的民主权利在民事诉讼中的具体表现而规定的,是民主权利而非诉讼权利。试行法实施的实践表明,申诉并未收到立法者预期的效果,当事人和法院都对此意见纷纷。当事人认为申诉没有实际效果,而法院则认为申诉太多太滥,即“老百姓反映现在申诉无门,申诉难,申诉到法院后层层转,不给处理,花了多少钱,最后又没解决问题。法院同志反映,现在申诉没完没了,叫做‘四无限’,即申诉的时间没

〔10〕 关于检察机关抗诉问题的争论观点,请读者参阅《法学研究》2000 年第 4 期发表的杨立新、黄松友的文章。

〔11〕 参见李浩:《民事诉讼检察监督若干问题研究》,《中国法学》1999 年第 3 期。

有限制、次数没有限制、申诉的级别法院没有限制、案件的种类没有限制。”^{〔12〕}针对实践中存在的问题,一些专家建议将申诉改为申请再审,明确规定再审的条件、申请再审的期限和法院。1991年对试行法进行修订时,立法机采纳了这一意见,将申诉改为申请再审。

应当承认,与申诉相比,申请再审在制度上已经有了较大的完善,但问题并未因此而获得解决,原来的申诉难变成了申请再审难。当事人向原审法院申请再审,一些原审法院要么长时间不作答复,要么简单地通知驳回,很少能得到再审,当事人向上级法院申请再审,上级法院往往将案件批转到原审法院,转到原审法院后,便石沉大海。这种情形使许多当事人对向法院申请再审失去了信心,纷纷转向检察机关申请抗诉。

现行民诉法已经规定了申请再审的条件,并明确规定当事人申请再审符合法定条件的,人民法院应当再审。这就提出一个问题,既然民诉法已经规定了当事人是否能够申请再审和法院是否应当再审的标准,为什么还会存在向法院申请再审难的问题呢?笔者认为主要有两个方面的原因:其一是申请再审还不是一种规范意义的诉,其二是申请再审的法定理由规定得还不够具体明确。以下先讨论第一方面的原因。

在大陆法系国家,再审程序是由再审之诉引起的,当事人提起再审之诉,是发动再审的唯一途径,德国、法国、日本的民诉法均是这样规定的。按照学者们的意见,“再审系指终局判决确定之后,发现具有诉讼程序方面的重大瑕疵,或者该判决的基础资料中存在异常的不完善现象时,当事人以此为理由,例外地请求废弃该确定判决和重新审理该案的声明不服方法。”^{〔13〕}再审之诉具有双重目的性,首先是请求撤销原判决,使案件重新进入诉讼程序再次得到审理;其次请求法院在审理中按照起诉人提出的实体方面的主张,作出有利于他的裁判。由于再审之诉的主要目的是要撤销原确定判决,再审之诉的性质为形成之诉(相当于我国民诉理论中的变更之诉)。再审之诉具有两个诉讼标的,一是再审之诉本身的诉讼标的,一是原诉的诉讼标的。前者为诉讼法上的形成权,后者依原诉的性质而定。^{〔14〕}再审之诉与原来的诉讼虽然有密切关系,但与原来的诉讼程序并非承接关系,原来的诉讼程序已因裁判发生法律效力而终结。相对于原来的诉讼程序而言,再审程序是一个新的诉讼程序,所以当事人要求再审须以提起诉讼的方式进行。这也是德、日等国民诉法不把它称作“申请再审”而把它称为“再审之诉”的原因。

德国民诉法对再审之诉作了相当详尽的规定。该法不仅规定了再审之诉的种类,提起再审之诉的理由和条件,而且对再审之诉的起诉与受理作了明确的规定。按照该法的规定,当事人提起再审之诉时应当在诉状中表明提出何种诉讼;应在诉状中记载声明不服的理由,提出证据方法以证明起诉的理由以及遵守不变期间的事实,在何种程度内申请废除被声明不服的判决并申请对本案另为如何的裁判。法院收到诉状后,应当依职权对诉合法与否进行调查,调查的内容主要是诉的理由是否合法和诉是否依法定方式在法定期间内提出,对符合上述两个要件的,法院应受理;欠缺两要件之一的,则以诉不合法为由驳回。^{〔15〕}可见,将再审作为诉来规定,程序保障就比较完善,也有利于当事人行使再审之诉的诉权。

〔12〕 最高人民法院民事诉讼法培训班编:《民事诉讼法讲座》,法律出版社1991年版,第52页。

〔13〕 [日]三个月章:《日本民事诉讼法》,五南图书出版有限公司1997年版,第543页。

〔14〕 参见杨建华:《民事诉讼法问题研析》(二),台湾1987年版,第312页以下。

〔15〕 参见《德国民民事诉讼法》第587—589条。

对于申请再审,虽然我国民诉理论认为它已与申诉具有质的区别,它已不再是民主权利而是诉讼权利,是当事人的诉权在再审程序中的表现。但是,由于民诉法对申请再审的规定过于简单。既未说明当事人应以何种方式申请再审,申请再审时应写明哪些内容,也未要求法院在收到申请后应如何处置这一申请,未说明法院应以何种方式,在什么时间内给当事人以答复。因此,很难说我国民诉法规定的申请再审就是再审之诉,至少不是规范意义上的再审之诉。由于当事人向法院提出的只是“申请”而不是“诉”,并且是在诉讼程序已终结后提出的申请,法院也就不会象对待诉那样重视,迟迟才做答复甚至根本不予答复也就不足为怪。由于仅仅是申请,不能象诉那样适用类似于起诉与受理的程序,当事人申请再审的权利就不能象起诉权那样受到充分的保障。

因此,将来再修订民诉法时有必要将申请再审改为再审之诉,并对再审之诉起诉与受理的程序作出具体明确的规定,从而使当事人在再审程序中的诉权实在化,也使法院对再审之诉的受理规范化。从申诉到申请再审,我国民事诉讼中的再审制度已完成了第一步的发展,进一步的发展与完善应是从申请再审到建立再审之诉。

六、重构再审的法定理由

对于当前的再审制度,不仅当事人意见很大,法官们也很不满意,法官们认为再审太多太滥,反复申请再审不仅给法院的工作造成了沉重的负担,也危及到法院生效裁判的稳定性。

显然,当事人与法官对再审的感受截然相反,当事人认为向法院申请再审作用不大,申请再审的权利受到了轻视,法官则认为由于当事人无休止地申请再审,再审已经过头。存在于试行法时期的两头都有意见的现象在“申诉”改为“申请再审”后依然存在。当事人与法官在感受再审制度时所处的位置不同,得出的结论迥异其实不足为怪。重要的是要探究致使这种现象长期存在的原因,如果深入分析将不难发现,尽管双方的感受和意见不同,但造成双方对再审制度均有意见的根源却具有共同性——我国民诉法规定的再审理由有失简约是其主要原因。

民诉法规定的申请再审的理由是:(1)有新的证据,足以推翻原判决、裁定的;(2)原判决、裁定认定事实的主要证据不足的;(3)原判决、裁定适用法律确有错误的;(4)人民法院违反法定程序,可能影响案件正确判决、裁定的;(5)审判人员在审理案件时有贪污受贿,徇私舞弊,枉法裁判行为的。这些理由为当事人申请再审和法院决定是否再审提供了法定标准,使双方在再审问题上均有规则可循,这虽然较之于未规定再审理由的试行法有了实质性的进步,但如果仔细分析这些标准,就不得不认为它们仍然是粗线条的,仍具有相当的不确定性。例如,判断认定事实的主要证据是否充分,涉及到证明中的许多复杂的问题,如对证明标准的理解和选择,对证据证明力大小的判断等。当事人和法院对这些问题完全可能产生不同认识,由于证明标准和证明力的大小都很难量化,发生分歧时也往往难以判定谁是谁非。适用法律确有错误这一再审标准也存在同样的问题,尤其是一些新型案件、疑难案件,本身有时就存在几种可能的处理结果。至于违反法定程序可能影响案件正确裁判这一理由,其不确定性就更大。这一理由也是民诉法规定的二审法院撤销原判的理由,最高人民法院在《适用中华人民共和国民事诉讼法若干问题的意见》中曾将这一理由细化为以下四种情形:(1)审理本案的审判人员、书记员应当回避未回避的;(2)未经开庭审理而作出判决的;(3)适用普通程序审理的案件当事人未经传票传唤而缺席判决的;(4)其他严重违反法定程序的。这一司法解释虽然可以在

一定程度上减少再审理由的不确定性,但由于只规定了三种具体情形,这一理由中仍有许多情形处于或明或暗状态。

相比之下,德、日等国民诉法关于再审理由的规定既具体又明确,德国民诉法将再审之诉区分为取消之诉和回复原状之诉。取消之诉的提出以原审判决程序违反程序上的规定为理由而提出。可提出取消之诉的事由有四种:(1)为判决的法院不是依法律组成的;(2)依法不得执行法官职务的法官参与审判;(3)法官因有偏颇之虞应行回避,并且回避申请已经宣告有理由,而该法官仍参加审判;(4)当事人一方在诉讼中未经合法代理。回复原状之诉则是以原审判决损害了当事人实体上的权利为理由提出的,可提出回复原状之诉的理由有以下七种之多:(1)对方当事人宣誓作证,判决即以其证言为基础,而该当事人关于此项证言犯有故意或过失违反宣誓义务的罪行;(2)作为判决基础的书证是伪造或变造的;(3)判决系以证言或鉴定为基础,而证人或鉴定人犯有违反其真实义务的罪行;(4)当事人的代理人或对方当事人或其代理人犯有与诉讼有关的罪行,而判决是基于这种行为作出的;(5)参与判决的法官犯有与诉讼事件有关的,不利于当事人的违反其职务上义务的罪行;(6)判决是以某一普通法院、或原特别法院或某一行政法院的判决为基础时,而这些判决已由另一确定判决所撤销;(7)当事人发现以前就同一事件所作的确定判决,或者发现另一种证书,或者自己能使用这种判决或证书,这种判决和证书可以使自己得到有利的裁判。日本民诉法未将再审之诉区分为取消之诉和回复原状之诉,该法对再审之诉的理由作了统一的规定。日本民诉法共规定了10项再审的理由,这些理由与德民诉法规定的大体相同。德国民诉法不仅规定了可以提出回复原状之诉的各种情形,而且规定了提起诉讼时的证明条件,即当事人如依据第(1)至第(5)种情形提起回复原状之诉,须提出针对上述犯罪行为的确定的有罪判决作为证据,或者能够证明刑事诉讼程序因欠缺证据以外的原因(如行为人未达到负刑事责任的年龄,犯罪行为已超过追诉时效等)而不能开始或者进行。为了保证证据的可靠性,德国民诉法还规定:“作为回复原状之诉的理由的事实上的证明,不能用讯问当事人的方法去取得。”

再审之诉的理由和条件规定的具体明确,既有利于当事人正确行使其起诉权,也便于法院审查决定是否应当受理当事人提出的诉讼。因存在着一套明确而具体的标准,当事人和法院在再审问题上均有清晰的规则可以遵循,双方一般也就不会在此问题上发生争执。我国对再审程序的规定仍较为简单,再审的理由和条件也规定得不够明确,实际运作中就难免发生种种摩擦和障碍,当事人往往认为申请符合条件而法院不予理睬,法院则认为当事人申请无理由却一再申请,双方对此均有怨气也就难以避免了。另一方面,再审理由的不确定不仅会使检察机关与法院之间在是否应当再审问题上意见相佐,而且也使得法院在再审与否问题上有太大的自由裁量权。这种自由裁量权构成了对生效裁判稳定性真正的威胁,在这一自由裁量权的作用下,生效裁判被改来改去在所难免。

因此,改造再审制度的关键之所在是将民诉法规定的再审理由予以合理化和明细化,这也是完善再审制度的当务之急。

再审之诉的法定理由,一般包括两个方面:其一是原裁判严重违反诉讼程序,损害了程序的公正性;其二是原裁判实体上确有错误,损害了一方当事人实体法上的权益。^[16]所以,细化再审之诉的法定理由,须从上述两个方面着手。

[16] 德国、日本民诉法均从程序和实体两个方面规定再审的理由,但法国民诉法只规定了四种实体方面的再审理由。

民诉法关于违反程序再审的理由是:“人民法院违反法定程序,可能影响案件正确判决、裁定的”。该理由存在的问题是将违反程序的行为与裁判的实体后果联系起来,并将可能影响实体上的正确裁判作为再审的必备条件。将两者相联系势必造成这一再审理由的高度不确定,同时也会留下以未影响正确裁判而拒绝对严重违反诉讼程序行为进行再审的口实。因此,笔者建议将来修订民诉法时取消这一规定,用列举哪些违反诉讼程序的行为属于再审的理由替代。可考虑规定有下列情形之一的,当事人可以提起再审之诉:

1. 审理本案的审判人员、书记员应当回避而未回避。应当回避而未回避是严重违反诉讼程序的行为,也是审判程序中的外伤,它违反了程序公正的最低限度的要求。未回避虽然未必一定造成实体裁判错误,但却会引起当事人和公众对司法程序公正性的怀疑,对审判制度造成的损害远比个案实体裁判错误大。这正是把它规定为再审理由的必要性之所在。

2. 作出裁判的法庭未依法组成。合议庭和独任审判庭未依照民诉法规定的方式组成,意味着行使审判权的具体主体不合法。由不合法的主体作出的裁判其正当性和公正性均会产生严重的疑问,所以也应当成为再审的理由。从我国的审判实务看,法庭未依法组成包括以下四种情形:(1)独任审判庭法官一人进行审理,没有书记员参加,法官自审自记;(2)合议庭组成人员不足最低人数三人(通常情况是开始时有三人,但后来一人中途因故未到,法庭在人员不齐的情况下继续审理);(3)合议庭成员中途换人;(4)非合议庭成员参加了对案件的合议。有上述情形之一的,均应当允许当事人提出再审之诉。

3. 未经开庭审理而作出判决。审判意味着先审后判,判决应当在开庭审理后作出,未经开庭审理即作出判决,既严重侵害了当事人的诉讼权利,又严重违反了诉讼程序,所以理应成为再审的理由。

4. 依法应公开审理的案件未公开审理。公开审判是我国诉讼法中的一项重要制度,它包括公开开庭,公开举证、质证、辩论,公开宣判等内容。坚持这一制度对防止审判活动中的暗箱操作,保证司法公正具有极其重要的作用。1999年3月8日,最高人民法院发布了《关于严格执行公开审判制度的若干规定》,该《规定》一方面进一步明确了需要公开审理的第一、二审案件的范围,另一方面规定的对当事人申请再审或检察院提起抗诉的未依法公开审理的案件,人民法院可以或者应当再审。

5. 当事人在诉讼中未经合法代理。这具体包括两种情形:一是当事人为无民事行为能力人或限制行为能力人时,监护人未出庭代理诉讼。诉讼行为由无诉讼行为能力人实施,其行为自然不能产生法律效力,同时也不利于保护他们自身的权益。二是诉讼代理人未经特别授权处分了当事人的实体权利,如放弃诉讼请求、承认诉讼请求、撤回诉讼等。除非经过被代理人的追认,代理人实施上述行为是无效行为。

6. 法院违反管辖规定受理诉讼。德国和日本民诉法在提起再审之诉的理由中均未包括违反管辖的规定,但德国民诉法将法院对其管辖或管辖错误辨别不当作为裁判违法允许上告的绝对理由,日本民诉法则把违反专属管辖的规定作为上告的绝对理由。台湾地区学者杨建华曾专门研究过违反专属管辖能否作为再审之诉的理由,得出的结论是如果仅仅违反专属管辖的规定,未影响到判决结果,不应作为再审处理。其理由是:“管辖之规定,乃系法院相互间事务分配之事项,不论由何一法院裁判,均适用相同之法律,就理论上言,裁判结果应无不同,违背一般管辖与违背专属管辖应无相异之结果,故依本文意见,违背专属管辖之规定,与判决

结果应无影响,应不得作为再审之原因。^[17]违反管辖规定受理诉讼是我国诉讼实务中带有普遍性的问题,我国民法应如何处置这一问题,将来是否有必要把它作为再审的理由,是一个颇为棘手问题。一方面,民法已经规定了当事人可以提出管辖权异议,并且在异议被驳回时有权提出上诉,似乎已在程序上提供了充分的救济,但另一方面,上述救济措施在实践中又被证明不够充分,特别是下级法院与上级法院达成默契,下级法院违反级别管辖受理诉讼后,上级法院根据下级法院的要求将管辖权转至下级法院这种情形,当事人对管辖权提出异议和上诉根本不起作用。^[18]笔者主张将违反管辖规定受理诉讼作为再审的理由。其理由是:第一,违反管辖规定受理诉讼常常是与地方保护主义,办关系案、人情案、金钱案联系在一起的,程序违法的结果多数导致实体裁判不公;第二,违反管辖规定在我国民事诉讼中仍较多存在,这是轻程序思想的典型表现,为了维护程序法的严肃性,即使这一程序违法行为并未致使实体裁判错误,也有必要通过再审将其撤销;第三,违反管辖规定受理诉讼如果未引起实体裁判不公,当事人一般不会申请再审,当事人要求再审实际上已经说明了他认为违法管辖已影响到判决结果的公正性;第四,审判实践中已开始对违反管辖规定受理诉讼采取包括按审判监督程序撤销原审生效裁判在内的严厉措施。如由安徽省高级人民法院制定的《安徽省各级人民法院关于依据争议标的额划分第一审经济纠纷案件级别管辖的规定》第5条规定:“上级人民法院发现下级人民法院违反本规定的,应当责令下级人民法院将案件移送有管辖权人民法院受理,或者按照审判监督程序对下级人民法院生效的判决、裁定提审”。^[19]

因实体法方面的原因提出再审是各国的通例。我国民法规定的五项再审理由中,除“人民法院违反法定程序,可能影响案件正确判决、裁定的”这一项属半程序半实体的外,其余均属实体方面的理由。这些理由有的既合理又确定,但表述不够准确,有的合理性本身存有较大的疑问,有的虽然具有合理性但又具有相当大的不确定性,因而有必要进行调整和修订。

实体方面的第一项再审理由是:“有新证据,足以推翻原判决、裁定的”。对于什么是新证据,我国民法理论界的一般解释是“是指原来的诉讼中未知晓及未收集的证据,是申请再审时新提供的证据,而不是在案件审结后新发生和制作的证据。是当事人原来应当提供而不能提供,或者原来不知道的证据。新证据还必须是以足够的证明力能推翻原裁判认定的事实根据。”^[20]有学者对这一理由提出了批评,认为将这种情形作为再审的理由表明民法规定的再审条件过宽,将它作为理由既有违两审终审原则,又不符合诉讼效益原则。^[21]如果对新证据作上述宽泛的解释,尤其是把它理解为原审时未发现而等到裁判生效后才发现的证据,如被告在一审二审中均未找到其还款时原告出具的收据,等裁判生效后才发现,再审理由确实有过宽之嫌。但如果把新证据理解为原审生效后,当事人发现了作为判决依据的书证是伪造的,或者鉴定人故意作了虚假的鉴定结论,那么,将发现这些足以推翻原裁判的新证据作为再审的理由显然是合理和必要的。因此,笔者主张一方面取消这一规定,另一方面将有足以证明原裁判依据的证据系伪造、变造的新证据规定为再审的理由。

[17] 杨建华:《民事诉讼法问题研析》(二),1987年版。

[18] 参见李浩:《管辖权下放性转移若干问题研究》,《法学评论》1988年第1期。

[19] 为了制止越级受理经济纠纷案件,严格执行级别管辖规定,许多高级人民法院在其制定的规定中都作了与安徽省高级人民法院相同或相似的规定。

[20] 柴发邦主编:《民事诉讼法学新编》,法律出版社1992年版,第363页。

[21] 前引[2],景汉朝等文。

第二、三两项再审的理由是：“原判决、裁定认定事实的主要证据不足的”和“原判决、裁定适用法律确有错误的”。就保证裁判的正确性而言，将它们作为再审的理由无疑是有道理的，但这两项理由均有较大的不确定性，会对生效裁判的稳定性构成相当大的威胁，或许正是考虑到这一点，德、法、日三国的民事诉讼法均未将它们规定为再审之诉的理由。我国民事诉讼法是否有必要继续将它们作为再审的理由，将它们作为再审的理由究竟是利大还是弊大，或是利弊参半，是值得认真研究的。在缺乏主要证据的情况下就轻率地认定案件事实，可以说是法官犯的一个低级错误，在正常情况下，除非故意徇私枉法，职业法官一般不会犯这样的错误。即使犯了这样的错误，通过上诉也能够获得纠正。在诉讼制度较为健全，法官素质又普遍较高的情况下是没有必要把它作为再审理由的。但我国目前的司法制度还不够健全，法院的审判活动还常常受到一些非正常因素的干扰，一些法官的素质还不能够适应新形势下审判工作的需要。因此，正确的选择似乎是仍在一定时期内保留这一再审理由，待将来时机成熟时再取消。在实行三审终审制的国家，适用法律是否正确可以进一步通过第三审获得解决，因此没有必要把它规定为再审的理由，我国目前仍实行两审终审制，将它作为再审的理由是有其必要性的，有利于纠正裁判中适用法律的错误，但无论是从纠正裁判中适用法律错误还是从保证法律适用的统一性考虑建立以法律适用为审查对象的第三审显然比现在的通过再审纠正裁判适用法律错误是一种更合理，也更有效的制度安排。^{〔22〕} 笔者主张改革我国的审级制度，将两审终审改为有条件的三审终审，同时在再审理由中取消“原判决、裁定适用法律确有错误”这一理由。

实体法方面最后一项理由是“审判人员在审理案件时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的”，审判人员在审理案件时有上述行为，既亵渎了法官的职责，又严重损害了一方当事人的合法权益，允许受到损害的当事人提出再审显然是必要的，但这里似乎没有必要专门规定“贪污受贿”，因为“贪污受贿”是导致“徇私舞弊、枉法裁判”的原因，但并非是唯一的原因，关系、人情，甚至哥们义气都可能导致以上结果发生。这里决定再审与否的显然是审判人员审理该案件时的行为，而不是行为的原因，只要审判人员实施徇私舞弊、枉法裁判的行为，则不论该行为是否贪污受贿引起的，都应当进行再审。此外，审判人员徇私舞弊、枉法裁判可能是收受了当事人的贿赂，但不大可能是贪污，因为审判人员并不占有由当事人管理的国家财产。因此，这项理由是应当保留的，但其中“贪污受贿”四字以删除为好。

基于以上分析，笔者认为再审的实体法方面的理由应包括以下几种情况：

1. 作为裁判依据的主要证据系伪造、变造或虚假的。法院对争议中的案件事实须通过证据来认定，如果主要证据本身存在重大问题，裁判便是沙上建塔。因此，判决生效后当事人如发现并能够提出证据表明作为裁判基础的证据不真实，如书证系伪造或变造，鉴定人作了错误的鉴定或者对鉴定结论作了虚假的陈述，证人作了伪证等，自然构成再审的充分理由。对在民事诉讼中伪造或变造书证，证人作伪证在大陆法系国家是要追究刑事责任的，故当事人以此种理由提出再审之诉，民事诉讼法要求须提出确定的有罪判决作为证据。我国刑法规定的伪证罪是针对刑事诉讼中的伪证行为的，对民事诉讼中的伪证行为，一般采用民事诉讼强制措施予以制裁，因而当事人以上述理由申请再审，不能要求他们提出有罪判决书作为证据。由于民事诉讼强制措施是人民法院在诉讼进行过程中针对妨害诉讼的行为实施的，当事人申请再审是在诉

〔22〕 参见杨荣新、乔新、王娣：《完善我国审级制度的法律思考》，载《依法治国——司法公正》，上海社会科学院出版社2000年版，第497页以下。

讼终结后才发现伪造证据或作伪证,所以也不能要求当事人提出法院的民事制裁决定书作为证据。但尽管如此,当事人以此理由提起再审时仍应提供一定的证据材料,法院对证据材料的审查应当只是形式审查,即只审查当事人是否提供了相关的证据材料,只要有相关的证据材料,就应当决定再审,至于这些证据材料能否证明作为裁判主要依据的证据不真实,那是再审后才能决定的问题。

2. 由于对方当事人的行为,一些对裁判结果具有决定意义的书证未能提出。裁判生效后,为维护生效裁判的稳定性,当事人一般不得以发现新证据为由提起再审之诉。但如果败诉的当事人之所以在原审中未能获得证据系被告的妨害行为所为,而当事人在当时不知道也不可能知道这一情况,等到判决生效后才获悉这一情形,作为例外,应允许当事人以此为理由提起再审。法国民诉法规定了四种再审的理由,其中之一便是:“如原判决作出后,发现由于一方当事人所为,一些具有决定性作用的文件、字据被扣留而未经提出”。

3. 作为裁判依据的另一裁判或行政机关的决定已被撤销。当法院的裁判是依据另一生效裁判或行政机关的决定作出或受其重大影响时,另一裁判或决定被撤销,法院裁判的基础不复存在,通过再审重新判决不仅对保护当事人合法权益,而且对保证法院正确裁判都是必要的。

4. 本案裁判与另一在其前生效的判决书或调解书相抵触。前一判决书或调解书发生法律效力后,根据既判力的理论和一事不再理的原则,当事人不得就同一诉讼标的再行起诉,法院也不得受理重复提起的诉讼并作出与前裁判或调解结果相异的判断。由于种种复杂的原因,法院可能在并不知道有另一生效裁判或调解存在的情况下受理当事人重复提起的诉讼并作出与已生效法律文书相异的裁判。为了保证法院裁判的统一性和维护生效法律文书的效力,应当允许当事人对这种情形提出再审。

5. 审判人员在审理该案件时有徇私舞弊,枉法裁判行为的。这是指参与案件审理的合议庭成员或独任审判员违背其职责对案件作出了不公正的裁判。审判人员的上述行为系构成刑事犯罪的行为,故德、日等国的民诉法规定当事人如以此理由提起再审之诉须符合以下两个条件之一:(1)针对法官的有罪判决已经确定;(2)由于证据不足以外的原因不能作出有罪的确定判决。这两个条件都是要求有充分的证据证明审判人员犯有与案件有关的职务上的罪行。以上述理由申请再审,是对审判人员一种严重的指控,要求当事人掌握充分证据后才能够提出指控是合理的。

Abstract: The legislative guiding principle for establishing the review procedure should be changed. In order to remold this procedure, the power of courts to initiate review should be removed, the system of controversial supervision by procuratorates be perfected, normal review procedure be established, and legal reasons for review be redefined.
