

民事再审事由研究

张卫平*

内容提要:民事再审事由应当法定化。再审的法定事由应包括:裁判主体不合法,裁判依据不合法,违反法定程序。法定的再审事由应当明确具体,而且与再审的实体有直接联系。

关键词:民事再审 法定事由

一、再审事由与再审的启动

依照通常的定义,民事再审程序即审判监督程序,是指人民法院对已经发生法律效力⁽¹⁾的判决、裁定,发现确有错误,依法对案件进行再审的程序。再审程序不同于一、二审程序,再审程序既不是民事案件审理的一级程序,也不是审理裁决民事争议的一种独立程序,而是一种特殊的救济程序。一审和二审程序的启动是基于当事人行使其起诉权和上诉权。起诉权直接源于当事人的诉权,上诉权源于程序基本保障权。为了维护和保障当事人的诉权,保障和实现公民、法人受公正裁判的最基本权利,一审和二审程序的启动均不要求有既存的事实理由。即使要求有理由,这种理由也是一种以当事人主观判断为转移的理由,法院在启动一审或二审程序时,并不对这些理由进行实质性的审查。与此不同,再审程序作为一种特殊的纠错和救济程序,是在一般救济手段即一审或二审程序终结之后,对已经发生法律效力,但仍有错误的民事判决和裁定加以纠正的程序,即可以通过撤消已经生效的判决和裁定,以再次审理来保障民事争议解决的公正性。由于是对已经发生法律效力的裁判的否定,这就意味将破坏已经稳定的法律关系,导致所谓通过裁判的诉讼终结实际上并不存在。因此,为了保持法律裁判的稳定性和权威性,作为一种事后的补救程序,就要求该程序的启动应有严格的限制,否则,也会影响民事争议解决的效率。科学地设定提起民事再审的事由是为了在实现再审程序目的——对实体正义和程序正义的追求——与保障生效裁决稳定性以及争议解决效率性之间求得一种平衡。

* 清华大学法学院教授。

(1) 王怀安主编:《中国民事诉讼法教程》,人民法院出版社1992年版,第323页。

民事再审事由即法院审查应否启动民事再审程序的理由或根据,是打开再审程序之门的“钥匙”。^[2]

依照大陆法系国家民事判决效力的理论,法院的判决已经发生法律效力以后,该判决便具有了形式上的确定力。判决所具有的这种形式上的确定力,使得任何法院都无权撤消或变更该判决。另一方面,已经发生法律效力判决还具有实质上的确定力,即既判力。既判力既要求后诉法院在审判中受前诉法院确定判决内容的拘束,同时还禁止双方当事人对确定判决的内容予以争执,即提出任何形式上的异议。^[3]一般来讲,已经确定的终局判决具有了形式上的确定力和既判力这样的双层保护,就使得被判决的法律关系处于一种稳定态。而再审的启动无疑将打破这种双层保护壳,其理论依据是该判决本身欠缺使既判力正当化的根据。再审事由的存在就是对判决既判力正当化的直接否定。因此,法院可以在当事人指出再审事由后,通过再审否定原判决。^[4]这种理论的深层基础是国外的现代法治理论。该理论认为,当事人有权获得法院公正的裁判。这既包括实体上的,又包括程序上的。所获得的裁判没有体现实体上和程序上的公正时,该裁判就没有正当性,应当予以否定。^[5]与此不同,我国诉讼法学者通常认为,再审的提起是基于“实事求是,有错必纠”的理论或认识。^[6]应当再审的判决、裁定并不是基于该判决、裁定缺乏既判力的正当性,而是因为该判决、裁定存在错误。因此,再审事由的基础是原判决、裁定的错误。对这种“错误”的认识,过去只限于判决、裁定实体上的错误,现在,随着人们程序正当理念的树立,判决、裁定的所谓“错误”包含了法院在判决、裁定过程中的程序性错误。从再审的直接目的在于否定错误或不正当裁判这一角度来讲,无论国内国外,人们的认识并无二致。

我国现行的再审在制度构成上也与大陆法系各国所实行的再审制度有所不同。在大陆法系国家,再审程序的开始是基于当事人的再审诉讼请求,没有当事人的再审诉讼请求,法院不能主动以职权启动再审程序,因此,在这些国家的再审制度中,再审事由成为当事人再审之诉的理由。在我国,再审的提起主体是法院,而不是当事人。再审事由是法院启动再审的理由和根据。

民事再审事由与一审起诉所要求的诉讼理由不同,起诉时所要求的理由是当事人主张成立的根据,不是一审程序启动的程序性理由,而再审所要求的理由是再审程序启动的程序性理由。当事人在起诉时即使没有实体上的理由,只要符合起诉的形式要求,一审程序就应当启动。再审事由作为法院启动再审程序的根据,法院就有权利进行审查,再审事由在理论上是一种客观存在的事实,因此,不以申诉人和法官的意志或主观判断为转移。

由于再审事由是再审程序启动的根据,因此,在现行的再审体制下,再审事由一旦法定化,也将对当事人的申诉和人民检察院的抗诉有直接影响,这种影响表现为当事人提起申诉和人民检察院提起抗诉时,必然也要以再审事由为依据。因此,即使今后继续维持现有的申诉和抗诉制度,再审事由的法定化也有利于规范申诉制度和抗诉制度。

[2] 在大陆法系的民事诉讼理论中,民事再审事由也被认为是原裁判所存在的瑕疵,正是因为原裁判存在着无法治愈的瑕疵,所以才导致通过再审,宣告原裁判的无效。参见[日]上村明广:《再审事由》,石川明、高桥宏志编集:《注释民事诉讼法(9)》,有斐阁1996年版,第18页以下。

[3] 参见[日]中野一郎等编:《民事诉讼法讲义》,有斐阁1995年版,第474页。

[4] 参见[日]兼子一等:《条解民事诉讼法》,弘文堂1995年版,第1267页。

[5] 前引[2],上村明广书,第21页。

[6] 参见柴发邦主编:《民事诉讼法学》(修订本),法律出版社1987年版,第379页。

二、现行民事诉讼法中的再审事由及缺陷

民事诉讼法第177条规定,各级人民法院院长对本院已经发生法律效力、裁定,发现确有错误,认为需要再审的,应当提交审判委员会讨论决定。该条第2款规定,最高人民法院对地方各级人民法院已经发生法律效力、裁定,上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力、裁定,发现确有错误的,有权提审或者指令下级人民法院再审。该条可以理解为法院提起再审的理由即再审事由是原判决、裁定“确有错误”。但何谓“确有错误”,该条中并不明确,进一步的说明,可以在民事诉讼法第179条中找到。第179条中规定,当事人申诉的场合,人民法院应当提起再审的事由有五种,即: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,可能导致影响案件正确判决、裁定的;5.审判人员在审理该案件时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的。同时,民事诉讼法第185条也规定,最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力、裁定,上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力、裁定,发现有该条规定的情形之一的,应当按照审判监督程序提出抗诉。这些情形是:1.原判决、裁定认定事实的主要证据不足的;2.原判决、裁定适用法律确有错误的;3.人民法院违反法定程序,可能影响案件正确判决、裁定的;4.审判人员在审理该案件时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的。根据民事诉讼法第186条的规定,人民检察院提起抗诉的案件,人民法院应当提起再审。因此,人民检察院提起抗诉的事由实际上也是再审的事由。检察院抗诉的事由与当事人的申诉事由相比,除了当事人申诉事由中的第1项在检察院的抗诉事由中没有之外,其他全部相同。^[7]

从再审的司法实践、民事审判方式改革的发展、再审制度的目的以及再审制度的有效运行来看,现行民事诉讼法关于再审事由的规定尚欠不足。

其一,关于法定再审事由的表述不够准确、合理,主要有以下几点:

1. 关于“有新的证据,足以推翻原判决、裁定的”

所谓新的证据应当理解为在原审程序没有提出的证据。这包括三种情况:第一种情况,当事人在原审程序中没有发现该证据,因而不可能提出该证据。第二种情况,当事人知道存在该证据,但因无法收集而没有提出。此种情况也包括当事人虽然向法院提出证据线索,但法院没有收集该证据或没有收集到该证据。最后一种是当事人持有该证据,但因各种原因而没有提出,例如,未能充分认识其证据的重要性和关联性等。因上述两种情况当事人没有提出的证据,在原判决、裁定生效以后提出的,经法院审查足以推翻原判决、裁定的场合,当属于再审事由,法院应提起再审。但还存在第三种情况,这种情况比较复杂。现在有不少法院在民事审判方式改革中推行证据失权制度,即在法院指定或确定的期间或期限内没有提出的证据,不得在以后提出,即使提出也不具有法律效力,即法院将不予采纳,作为裁判的依据。现在有的法院,例如广东省高级人民法院规定在庭审前没有提出的证据,在以后不得提出。即使在有明确

[7] 从合理性上讲,检察院抗诉事由与当事人申诉事由应当一致。既然当事人申诉时,有新的证据,足以推翻原判决、裁定,法院应当提起再审,那么,当检察院遇有此种情形时,也应当提起抗诉。按照我国的检察理论,检察院抗诉目的就是纠正法院的错误判决,因此,当检察院发现有的证据足以推翻原判决、裁定时就应当提起抗诉。

规定证据失权制度的许多法院中,也存在法官在庭审的法庭调查时,确定当事人以后提出证据的时限,如必须在一周以内提出证据,如未提出,法院将不予采用。证据失权的合法性尽管在学术界尚存争论,^[8]但由于证据失权制度有助于提高诉讼效率,实现诉讼时间上的经济性,促进诉讼的进行,因此,有其存在的必要。如果证据失权制度合法化,则现行民事诉讼法所规定的这一再审事由就不够准确。如果不对何谓“新的证据”加以界定,就可能与证据失权制度相冲突。在证据失权制度化后,对“新的证据”的限制可以是,当事人在法律规定的时间内或诉讼阶段无正当理由而没有提出来的证据除外。也就是说,即使是原来没有提出来的证据,而且也能够推翻原判决、裁定,但由于已经失权,不能成为有效的证据,当事人就不能在申诉中以新的证据理由要求提起再审。当然,证据失权对我们原有的一些观念造成冲突。因为从实体正义的角度来看,新的证据足以推翻原判决、裁定的,就应该作为再审的理由。但如果程序正义的角度观,既然程序已经规定了证据失权,即使该证据是真实的,也因为没有证据效力,而不再具有法律上的意义。^[9]

2. 关于“原判决适用法律确有错误的”

原判决、裁定在适用法律上确有错误,根据再审纠错的基本目的,应当提起再审,原则上构成再审事由。问题在于原判决、裁定适用法律确有错误作为一项具体的再审事由不够明确。该事由的规定不过是“原判决、裁定确有错误”的简单展开。“原判决、裁定确有错误”可以直接展开为“原判决、裁定认定事实确有错误”和“原判决、裁定适用法律确有错误”。然而这种简单平面的展开并没有给予我们更具体的,有助于判断是否应当提起再审的标准或根据。

原判决、裁定适用法律确有错误仍然是比较原则和含糊的表述。“适用法律有错误”总体上可以解释为法院适用的法律不正确或不准确。大体上有以下情形:(1)应当适用此法,却适用了彼法;(2)应当适用此法的此款,却适用了彼法的彼款或此法的彼款;(3)应当适用新法,却适用了旧法;(4)应当适用旧法,却适用了新法;(5)应当适用的法律,却没有适用;(6)适用了已经废除或尚未生效的法律;(7)断章取义地适用该条法律规定等等。

法官适用法律,首先要理解法律。如何适用法律也就有一个如何理解法律规定的问题。我们并不否认法律规定的客观真理性,作为判决、裁定的大前提,人们在立法时总是要求法律的规定是明晰、无歧义的,但法律规定有时并不是像数学公式或定理那样非常明确(实际上有些复杂的数学公式或定理也会因人们的理解不同,而发生歧义,只是这种现象不像社会科学领域那样突出)。由于人们对法律规定的语义往往会有不同的理解,因此法律规定的內容就因认识主体的不同而具有了相对性或不确定性。这一点在审判实践当中是经常发生的。实际上法官们在接受法律教育时获得的法学知识(包括方法)以及生活实践的认知也都存在差异。不同的法官对法律的

[8] 关于证据失权的合法性问题,学术界存在争论。持肯定论者认为,证据失权的合法性可以从民事诉讼法的诚实信用原则中找到根据。当行为人以迟延履行为目的不提出证据时,就违反了诚实信用原则。笔者认为,证据失权尽管没有明确具体的法律规定,但从权利行使的正当性上也是可以找到根据的。法律所赋予的任何权利都要求其权利人予以正当行使。如果不正当行使权利,自然就发生权利失效。

[9] 参见张卫平:《论民事诉讼中失权的正义性》,《法学研究》1999年第6期。

理解也自然会存在差异。这种差异往往与法学知识水平的高低没有直接关联。^[10]因此,如果以法官个人的理解来判断原判决、裁定是否存在错误就有可能导致再审提起的随意性。笔者并非指责现行民事诉讼法对此规定的错误,只是指明这样的规定不利于更好地把握再审的启动。如果能够十分明确、具体地规定再审的事由将能够有效防止再审启动的随意性。

其二,忽视了违反了程序正义作为再审理由的独立存在。

在再审理由方面,议论最多的莫过于民事诉讼法关于“人民法院违反法定程序,可能影响案件正确判决、裁定的”规定。这里涉及的问题是,在理论上,作为再审理由是否一定要求有可能影响案件正确判决、裁定这样的限制。按照现在民诉法的规定,虽然违反了法定程序,但如果没有影响判决、裁定的正确性就不能提起再审。这样限制的依据显然是因为判决、裁定在实体上是正确的,这种理解也是基于民事诉讼法规定的“确有错误”中的错误是指实体上的错误,而不是指程序上的错误,否则,就不会将违反法定程序与判决、裁定的正确性加以分离。随着人们对程序正义独立价值认识的加深,这种限制就存在了问题。依照民事诉讼法关于再审理由规定可以发现,违反法定程序不能成为再审理由,所有事由都是以实体正义为基准的,这样一来程序正义的独立价值实际上就不存在,所谓程序就只能仍然依附于实体,而只具有工具价值。从程序正义、实体正义与法律正义的关系来看,法律正义应当是程序正义与实体正义的统一。诉讼的任何结果都只能从该结果是否充分满足程序正义和实体正义,只要有一个方面没有得到满足,这个结果就不是正义的,是不合法的。对结果的合法性,不能只看是否满足实体正义,仅从实体上来加以考察。这正是程序正义论所要强调的。再审程序作为一种纠错救济程序,如果也只强调实体正义,而忽视程序正义,则必然动摇一审、二审程序的独立价值。因此,笔者认为,违反法定程序应当独立成为再审理由,具有自己的独立地位。即不管是否会影晌案件的正确判决、裁定都应当可以提起再审。判决、裁定形成过程中的瑕疵已经转化为其自身的瑕疵。

其三,现行民事诉讼法的有关规定遗漏了应当作为再审理由的诸多事项,例如,无权审判的法官参加了审判;当事人在诉讼中被剥夺辩论权;作为判决、裁定根据的主要证据是虚假的等等。遗漏了重要的再审理由对于正确有效地运行再审制度,达到再审制度的目的自然是不利的。

三、国外再审理由的比较

在大陆法系国家的民事诉讼法中大都设置了再审制度以保证在法院的错误判决已经发生法律效力后仍能得到纠正。同样,基于再审程序的特殊性,各国对于再审程序的提起也设置了法定的再审理由。对一些国家法定再审理由的比较,将有助于我国再审制度的完善。

奥地利民事诉讼法典是大陆法系国家中比较具有代表性的民事诉讼法典。推翻已经发生法律效力

[10] 按照西方法律形式主义或规则主义的观点,法律具有确定性和结果的唯一性。整个法律运作就如同一台加工机床,只要提供一定的材料,就会产生确定的产品。这种法律观在现代法制形成过程中曾占据过主流的地位。韦伯就认为只有形式主义的律才适合资本主义的发展。但这种观点受到了来自社会学法学和现实主义法学的极大冲击。这些学者提出了“法律不是逻辑,而是经验”、“法律是不断变化的规则”等观点,指出了法律本身及适用的不确定性。见王晨光:《从“错案追究制”看法律运行中的不确定性》,载梁治平编:《法律解释问题》,法律出版社1998年版,第252页以下。

诉。在该法典的第5编就规定了无效及再审之诉。从我国再审的概念来认识,奥地利的无效之诉也应当属于再审制度的范畴。

在奥地利民事诉讼法中,无效之诉和再审之诉提起的根据有所不同。无效之诉提起的根据有两个:其一,作出该判决的法官,对该案件已经不能行使法律上的职务;其二,在诉讼程序中,代理人没有进行代理,或者应当有法定代理人或法定代表人代为进行诉讼,但该法定代理人或法定代表人却没有进行诉讼,在他人实施诉讼行为后,又没有得到法定代理人或法定代表人的合法追认(奥地利民事诉讼法第529条)。

依照奥地利民事诉讼法第530条的规定,尽管法院已经对本案作出了裁判,终结了诉讼程序,但如果本条所规定的事项,根据当事人的申请,可以再次审理。这些法定事由在奥地利民事诉讼法中属于“再审的要件”,具体包括以下几项:

1. 作为裁判依据的文书是伪造或变造的;
2. 证人、鉴定人或对方当事人在其询问中作了虚假陈述(属于刑法288条规定的有责虚假陈述),而法院的裁判又是根据这些陈述作出的;
3. 法院的裁判是在当事人的代理人、对方当事人及代理人实施了应受处罚的行为情况下作出的,这些行为是:抢夺(刑法第134条)、欺诈(刑法第146条)、伪造文书(刑法第223条)、伪造特别保护的文书(刑法第224条)、伪造认证(刑法第225条)、间接制作违法文书或认证、藏匿文书(刑法第229条)、移动界标(刑法第230条);
4. 法官在裁判时或以前作出某一个裁判时(该裁判成为本案裁判的依据)违反职务上的义务,并应受到刑法的处罚,而法官的这些行为因与本案诉讼的关系,会给当事人造成不利的影晌;
5. 作为裁判基础的刑事裁判已被其他确定判决所取消;
6. 当事人发现对同一请求或同一法律关系已经作出的确定裁判在再审程序的当事人之间创设了新的权利,并且当事人还可以利用这种新创设的权利;
7. 当事人发现了新的事实和证据方法,如果过去的诉讼程序提出这些事实或证据方法的话,法院将会作出对自己有利的判决。^[11]

德国的再审是通过两种特殊的诉讼请求来实现的,一是取消之诉,一是回复原状之诉。不同的诉,要求有不同的法定事由,这些事由均可以统称为再审事由。取消之诉的事由为:

1. 作出判决的法院不是根据法律的规定组成的;
2. 依法不得执行法官职务的法官参与了裁判,但主张此种回避原因而提出回避的申请或上诉没有得到许可的除外;
3. 法官因有偏颇之虑应行回避,并且回避申请已经被宣告有理由,但该法官仍参与裁判;
4. 当事人一方在诉讼中未经合法代理,但当事人对于诉讼进行已明示或默认的除外。

提起回复原状之诉的事由为:

1. 对方当事人作出了宣誓陈述,判决又是以其陈述为基础,而该当事人的此项陈述违反了真实义务属于应受处罚的行为;^[12]
2. 作为裁判基础的证书是伪造或变造的;
3. 判决系以证言或鉴定结论为基础,但该证人或鉴定人的行为(作证或鉴定过程中的行为)违反真实义务,属于应受处罚的行为;
4. 当事人的代理人或对方当事人或其代理人犯有与诉讼案件有关的罪行,而判决

[11] 奥地利民事诉讼法530条规定,如果当事人没有发现新的事实和新的证据方法是由于自己的过错所致,则不能构成再审事由。

[12] 法律出版社1984年版的《德意志联邦共和国民事诉讼法》一书中将该法第580条第1款第1项译为“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”,有欠妥之处(该书第166页—167页)。该项中的“宣誓作证”应为“宣誓陈述”,是指当事人在宣誓之后所做的陈述。在德国民事诉讼中,当事人在本诉中是不作为证人作证的。

是基于这种行为作出的;5. 参与判决的法官犯有与诉讼案件有关的、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,而这些判决已由另一确定判决所撤消;7. 当事人发现以前就同一案件所作的确定判决,或者发现了对方当事人有利的文书,依据该判决或文书当事人就能够得到对自己有利的判决。

日本民事再审制度与德国和奥地利有所不同,即没有像德国那样,将否定确定判决的诉讼分为取消之诉和回复原状之诉,也没有像奥地利那样分为无效之诉和再审之诉,而是以再审之诉加以概括。日本民事再审制度的再审事由包括:

1. 没有按照法律规定组成判决法院;
2. 根据法律规定不能参与该判决的法官参与了该判决;
3. 欠缺法定代理权、^[13] 诉讼代理权或代理人在实施诉讼行为时没有获得必要的授权;
4. 参与判决的法官在该案件的审理过程中实施了职务上的犯罪行为;
5. 因他人实施了应受刑事上惩罚的行为使当事人自认(强迫自认)或妨碍了当事人提出对判决产生影响的攻击和防御方法;
6. 作为判决证据的文书或其他证据材料是伪造或变造的;
7. 证人、鉴定人、翻译或已宣誓的当事人、法定代理人的虚假陈述成了判决的证据;
8. 作为判决基础的民事、刑事判决以及其他裁判或行政处分被以后的裁判或行政处分变更;
9. 对判决有影响的重要事项在判断时被遗漏;
10. 被申诉的判决与以前的确定判决相抵触。^[14]

比较三国民事诉讼法关于再审事由的规定,可以将其再审事由的内容归纳为以下几类:第一类,裁判主体本身构成的不合法,德日奥三国均规定,如果作出判决的法院或法官在主体资格上不合法的,可以提起再审之诉。这包括法官没有作出该项判决的权力(这当中有包括应当在本案中回避的法官没有回避)和作出判决的法庭构成是违法的。第二类,在原审诉讼中没有实现合法的代理。例如,代理人没有进行代理或未经合法代理。第三类,判决所依据的证据不合法。例如,证据材料是伪造或变造的。证人、当事人等等的陈述是虚假的。第四类,判决的根据已经变更或被否定。例如,作为本判决依据的民事刑事判决或行政处分已经变更。第五类,原审诉讼中有可能影响判决公正性的其他回素。例如,外部因素影响了当事人提出攻击或防御的方法,应当判决的事项被遗漏等等。通过三国再审事由的比较,可以发现再审事由主要以维护判决的实体正义为中心,只要会影响判决的实体正义的事由都应将其纳入再审事由。轻微的单纯违反程序性规定的事项似乎没有作为再审事由。这与大陆法系的实体正义中心主义或追求实体真实的理念有直接的关系。

四、我国民事再审事由的重构

在重构我国民事再审制度时,笔者认为法院对已经发生法律效力判决不宜以其职权主动提起再审程序,而只能依据利害关系人的再审之诉,是利害关系人行使了再审之诉的诉讼权利,才使法院能够根据诉讼请求开始对已经生效判决的审查,并在该再审之诉具有再审事由

[13] 日本民事诉讼中法定代理人的含义与我国不同,其法定代理人的含义不仅指我国法律中的法定代理人,还包括我国法律中所规定的法定代表人。

[14] 日本于1996年对实施长达百年的民事诉讼法进行了世纪性大修改,但关于再审事由的规定却没有任何改动,可见日本民事诉讼法关于再审事由的规定是经得起时间和实践推敲的。

时,才进入再审程序。^[15]因此,再审事由就成了再审之诉的理由。

笔者以为,在将再审事由法定化时应当注意以下几点:

1. 法定的再审事由应当是具体和明确的。现行民事诉讼法在规定法院提起再审的事由时,就没有具体化,而是抽象地规定为“确有错误”。尽管在规定当事人申诉的场合时,具体规定了法院应当再审的根据,但这两条的规定似乎表明,当法院以职权主动提起再审时,其提起再审的事由是法院依职权自由裁量,而不受民事诉讼法第179条关于当事人申诉事由规定的限制。因为判决裁定有“错误”当然比第179条规定的事由要宽泛。而且这里所指的“错误”又没有指明是实体性错误,还是做出裁判的程序性错误。不管原审判决是否存在错误,提起再审对当事人都存在着直接的利害关系。在现实中,试图通过“关系”提起再审的情况时常发生,即使是原审判决实际上确有错误,但要纠正这种错误也需要通过关系启动再审,这样就使不正当的手段也具有了目的上的正义性,使不正当的行为具有了道德支持,于是不正当行为也就很难抑制和消除。宽泛、含糊地规定“确有错误”实际上是一种“无意创租”,^[16]从而导致“寻租”的发生。因此,明确再审事由,并将其法定化,就可以在在一定程度上抑止法院的工作人员不正当行使再审启动裁量权,也就同样抑制了利益关系人的“寻租”行为。

另外,能否在法律条文规定中将再审事由的原则表述为原判决、裁定“确有错误”,同样是值得商榷的。虽然大多数提起再审的判决或裁定都是因为确有错误,但有的判决、裁定应当提起再审却还不能直接认为是错误。例如,当事人在原审程序中没有提出该证据,且有正当理由,在原判决、裁定生效后,当事人发现或找到了足以推翻原判决、裁定的新证据,并申请再审的场合。当事人在原审程序中没有提出该证据,法院在原审程序中依据双方当事人提出的证据作出的判决、裁定就不能认为是错误的。《最高人民法院关于民事经济审判方式改革问题的

[15] 笔者认为,法院不宜作为再审程序启动的主体。其一,再审虽然是一种比较特殊的程序,但再审程序仍然是民事诉讼程序的一个组成部分,应当适用民事诉讼的当事人处分原则。再审程序的启动是因为当事人积极地处分了自己的申诉权。只要这种权利的行使是符合条件的,法院就义务开始再审程序。法院的决定是对当事人申诉是否符合条件予以审查的处理。其二,法院在整个民事诉讼中的基本地位应当是中立的裁判者。中立本身就表明了中立者应当是消极被动的,法院以职权主动启动再审程序将破坏这种中立的立场。裁判者的中立性是程序正义的基本要求。中立不仅应表现在裁判过程中的超脱,也体现在程序启动的被动消极方面。积极以职权启动,就不能使法院超然于当事人之上。法院如果以职权主动启动再审程序,势必将自己推到再审结果有利的一方,而无法保持与双方当事人之间的等距,也难以吸收不利一方当事人的不满,有损法院的中立形象。法院的公正形象中就包含着中立的形象。离开了中立就没有了公正,法院裁判的社会说服力就在于法院的公正形象。从民事诉讼体制改革发展来看,如果承认我国民事诉讼的基本模式从职权主义向当事人主义转化,就应当在再审程序的启动上改革现有的方式,把启动权交给当事人,以当事人的再审之诉启动再审程序。现在存在的一种倾向是,意图给法院加挂一些社会干预职能,使裁判机关变成具有多种职能的国家机关。即使有的职能很少发挥,但在观念上也必须保留。这样往往造成法院社会角色的冲突和紧张。裁判的中立与职权干预就是其表现之一。

民事诉讼法之所以赋予法院启动再审程序的职权,在认识观念上,“有错必纠”是其主要根据。有错必纠就意味着不管是通过当事人的申诉发现错误,还是法院自己发现其错误,法院都有义务或责任加以纠正。人们常常会问:如果没有当事人的申诉或检察院的抗诉,法院自己发现了判决的错误,也不能提起再审程序加以纠正吗?问题在于我们在认识这一要求时,忽视了有错必纠的实现所受到的制约。我们不能为追求一种价值观念的实现,而破坏另一种价值观念的存在。有错必纠的具体实现方式和程度对应顾及民事诉讼中处分原则、法院在诉讼中的中立性、当事人在诉讼中的主体性。不能把某种十分理想的观念绝对化。就像刑事诉讼中上诉不加刑的原则一样,为了顾及被告的上诉权,就要牺牲对真实的追求。

[16] 按照经济学家的观点,在“寻租社会”里,“租金”有三种:权力主体的“无意创租”、“被动创租”和“主动创租”。“无意创租”的基本喻义包含了不恰当权力干预和权力不当裁量所造成的势差。参见贺卫等:《市场经济与转型期经济中的寻租比较》,《经济科学》1999年第6期。

若干规定》第38条也规定,“第二审人民法院根据当事人提出的新证据对案件改判或者发回重审的,应当在判决书或者裁定书中写明对新证据的确认,不应当认为是第一审裁判的错误”。依据同理,因有新的证据而提起的再审,也就不应当认为是原审裁判的错误。当然,也许有人会从认识论的角度认为,只要法院的原审裁判与案件的真实事实不一致,就是错误。但这种认识仅仅注意到了认识论的理论层面,而没有注意到法律制度约束的层面。从法律制度约束层面上看,有时法院的裁判可能与案件事实存在不一致的情形,但如果存在权利失效或失权时(例如诉讼时效、主张和证据失权),在法律上就不能认为法院所做出的裁判是错误的。鉴于此,我认为没有必要将再审事由作:“原判决、裁定确有错误”这样的抽象原则性规定,而直接规定具体的各项再审事由。在法律规定上可以用这样的表述:“原判决、裁定有下列事由的,应当予以再审”。如果对原审裁判有错误的表述质疑成立,则应当进一步考虑再审是否应当称为纠错机制或制度的问题,笔者认为还是称为“纠错和救济”机制或制度比较妥当。法律上的“救济”包括了通过程序对权利人正当权利缺损的补救。权利人正当权利缺损的发生往往并不是由于某一主体的主观过错所致,因此,其原因难以归结为一种主体上的错误。但基于法律的正义性要求,又必须对这种非人为过错所造成的权利缺损进行补救。再审制度也就应当具有这种救济功能。依照这种认识,当有新的证据足以推翻原裁判时,法院所提起的再审在性质上就是一种法律上的救济。

2. 再审事由的规定与再审的客体有直接关系。按照现行民事诉讼法规定,再审的客体既包括判决,又包括裁定。这样的规定是值得商榷的。根据民事诉讼法第140条的规定,明确适用于裁定的有10项。除此之外,在实践中还有许多事项是适用裁定来解决的。显然对这些事项的裁定是否都应当纳入再审的客体范围是存在疑义的。最高法院《关于民事诉讼法若干问题的意见》第208条规定,对不予受理、驳回起诉的裁定,当事人可以申请再审。该条的表述有些含糊,既然民事诉讼法已经明确规定对裁定可以提起再审,那么最高法院再做这样的解释就有两种可能,其一,意味着只有这两种裁定才能提起再审,对其他裁定不能提起再审,但最高法院的解释又没有加以限制。其二,意味着对两种裁定可再审理性的肯定,澄清人们对两种裁定是否具有再审理性的模糊认识。笔者以为,应该在今后修改民事诉讼法时在民事诉讼法中明确加以规定只有不予受理和驳回起诉的裁定才能提起再审,其他裁定不得提起再审。因为不予受理和驳回起诉的司法行为涉及当事人的基本诉权问题,所以,应当给予当事人提起再审的机会。

3. 违反程序性规定的判决、裁定是否都作为再审事由应当慎重考虑。再审制度作为一种纠错机制,是程序正义在法律上的最后保障手段。因此,再审制度应当纠正的裁判错误,当然也应当包括程序性错误。但程序正义的实现,包括消极的实现(通过纠正违反程序正义的错误,保障程序正义的实在化)都要受到各种条件和因素的限制。程序正义的实现是相对的。“有错必纠”也是有条件的。程序正义实现的相对性主要体现在实现的成本与实现的价值平衡上。程序正义实现的合理性表现在实现成本与实现价值比处于一种均衡态。从基本原理上讲,程序正义的实现与诉讼的经济性(包括物质上的经济性和时间上的经济性)存在着天然的紧张关系。因为任何目标、要求的实现过程都将是物质和时间的投入,是一种耗费。再审的纠错必然是事后救济,为了纠错将有更大的物质和时间上的投入。加之确定判决、裁定多数已经经历了一审二审程序,诉讼成本已“变本加厉”。所以必须谨慎考虑确定法定的再审事由,以便做到程序正义实现的相对合理性,即适当的实现成本与实现价值的均衡比例。从法经济学的原理来看,启动再审这种成本很高的程序来纠正并不严重的程序性违法是不值得的。实际上,

不仅程序违法的场合如此,判决违反实体法时也是如此。在权利的内容表现为一定量的存在时,判决与实体法规定的不一致如果只是较小的差异,在实务中是不太容易提起再审的。另外,再审毕竟是一种诉讼终结后的特别救济程序,人们对它的启动必须要考虑裁判的安定性问题。如果只要出现程序性违法就可以启动再审程序,将必然影响正常诉讼程序和法院裁判的安定性和稳定性。

根据再审制度设立的目的、再审制度的有效运作、再审的成本,借鉴国外法律中关于再审事由的规定,笔者认为我国再审事由应从以下几个方面加以规定:

1. 裁判主体不合法

裁判主体不合法又具体包括:(1)裁判机构不合法,主要指合议庭组成不合法;(2)法官对本案没有审判权,既包括审理和判决的法官本身不是合议庭的法官或不能成为独任法官,也包括应当回避而没有回避的法官;(3)参与该案的法官在审理该案件的过程中实施了职务上的犯罪行为,包括接收当事人的贿赂等。从法理上讲,人民有接受合法裁判的基本权利,这也是合法裁判的最基本的要求。所谓合法裁判也包含裁判者的合法性。

2. 裁判根据不合法

裁判根据不合法包括两个方面:事实根据和法律根据。

事实根据方面具体包括:(1)作为裁判基础的证据材料是虚假或不真实的。虚假证言、伪造或变造的书证、勘验笔录、鉴定结论等等。作为裁判依据的有些证据在程序上存在不合法的,是否也构成再审的事由,应当加以分析。证据不合法主要包括证据材料取得的不合法和证据认定程序的不合法。例如违法收集的证据和没有经过质证的证据材料等等。如果能够判断这些证据材料属于主要事实的证据时,应当可以提起再审。根据最高人民法院的司法解释,违反收集和没有经过质证的证据(材料)不能作为判案的依据。法院在原审判决中以这些不能作为证据的材料作为判案的依据显然是违法的。但如果只是证明间接事实的证据材料,从控制再审启动的司法政策角度考虑不宜作为再审事由。(2)原判决、裁定认定事实的主要证据不足的。(3)应裁判的重要事项有遗漏。(4)当事人的自认是在他人实施违法行为的情况下被迫作出的。

法律根据方面包括:(1)作为原判决、裁定依据的判决和裁定已经被撤消或变更(该判决、裁定的这种变更使得原判决、裁定如果依变更后的判决、裁定为根据的话,其判决、裁定的内容将与原判决、裁定的结论不一致)。(2)作为原判决、裁定依据的行政处分被撤消。(3)原判决、裁定无明确的法律根据。

3. 法院严重违法定程序

如前所述,现行民事诉讼法关于再审事由规定的一个缺陷是忽视了程序正义的独立性,因此,设置再审事由的规定,应当充分考虑这一点。从程序正义的独立性视角考虑,应当把与实体正义的实现无关联的程序性违法作为独立的再审事由。是否只要违反法定程序的都可以成为再审的事由呢?如何理解“法定程序”这一概念呢?从字面上理解,所谓“法定程序”,一般是指法律所规定的过程。“违反”在这里强调的是一种对法定行为过程的不可逆转性和存在的否定。例如,没有经过开庭审理、没有合法传唤被告到庭、没有对重要的证据进行质证等等。但如果仅仅这样理解违反程序仍然陷于局限性。因为民事诉讼法(广义的)中的有关规定并不都是关于程序过程要求的规定,有相当一部分是关于程序性问题的规定。所谓程序性问题的规定不同于关于程序过程要求的规定。程序性问题是与实体问题相对而言的,不直接涉及实体权利义务。这些程序性问题的规定也体现了民事诉讼的程序正义性,例如,关于管辖的规定。

因此,在将违反程序正义作为再审事由时,应当对违反程序正义的内容加以具体的规定,而不是抽象地设置一种不具有操作性的原则。具体规定尽管有可能遗漏一些在理论上应当作为再审的事由,但其好处在于便于司法操作。像民事诉讼法现在所规定的“违反法定程序,有可能影响案件正确判决、裁定的”,在实践中就给予了司法者相当大的自由裁量余地,不便于对司法的合理性加以判断。

作为一种基本的程序规范形式,民事诉讼法应当最集中地体现程序正义,并保障程序正义的实现。因此,以现实的态度来对待程序正义,就可以发现追求和实现程序正义的最佳途径,就是贯彻执行民事诉讼法。实际上是否违反程序正义的认定就转化或具体化为对违反民事诉讼法规定的认定。违反民事诉讼法就是违反程序正义。是否符合程序正义,从司法的角度看,判断的基准只能是民事诉讼法的有关规定。那么,问题就转化为,是否只要原审判决、裁定违反民事诉讼法的规定,就应当成为法院提起再审的事由呢?民事诉讼法作为一种规范体系,主要制约法院和当事人及其他诉讼参与人。通过许可或禁止行为主体作为或不作为。民事诉讼法对行为的规范当然要考虑如何实现和体现实体公正和程序公正。在设置行为规范时,为了保证行为规范能得以实施和具有实际约束力,立法者还必须考虑同时设置保障规范,明确违反行为规范的法律后果。但应当注意,法律不可能对行为主体的任何行为规范都设置相应的法律后果,其中包括对行为人的制裁、对行为人已实施行为结果的否定,后者在民事诉讼法当中占有相当大的比例。

从理论上讲,行为主体的违反行为规范要求所应承担的法律后果与行为主体行为的法律意义是一致的。从违反法律规范的角度看,法律后果的大小、轻重程度与违反规范行为所招致的影响有关。这里所指的法律后果的大小轻重程度,并不仅指某种行为主体所要承担的法律责任的轻重,包括对已实施行为法律效果的否定程度。即行为人违反了程序法的规定时,有权纠错的主体应当在何种程度上对行为人的行为加以否定。假设程序法的规定完全体现了程序正义,那么,在诉讼中,诉讼当事人和裁判者违反程序法的规定,就是违反了程序正义。违反程序正义将导致两方面的错误结果,即违反程序正义本身的错误和因为反程序正义所可能带来的实体上错误。有时,违反程序正义的错误与实体上错误往往没有必然的因果关系。违反程序正义的行为也是一种错误,那么按照“有错必纠”的原则,必然应对这种程序上的“错”加以纠正,也就是对行为的结果予以否定,以体现和维护程序正义。

在这里由于没有实体正义这样的参照系,因此,在探讨将哪些违反程序法规定的事实作为再审事由时,就必然要考虑将违反程序法行为的严重程度加以排序,其理由就是前述关于程序正义实现的相对性。^[17]只有严重违反程序法规定的行为才能适用通过诉讼成本很高的再审程序来加以纠正。解决这一问题的难度在于如何界定哪一些违反程序法规定的行为(包括作为和不作为)是严重的,哪一些是比较轻的。如果人们的认识是从程序正义的独立价值这一视角出发的话,则不会只考虑是否影响实体公正的程度问题。这里涉及从什么角度来考量的问题。大体上应该有三种理路:其一,程序违法是否构成对基本程序权利和程序利益的侵害。当事人基本程序权利和基本程序利益所以称为“基本”,就已经说明了权利和利益的重要性。这又进一步将问题推进到何谓界定“基本程序权利和基本程序利益”这个层面。其二,从程序正

[17] 应当注意,明确再审事由并非没有缺陷,其缺陷在于由于再审事由以外的违反程序法的行为不能得到纠正,从而可能放任违反程序法的行为。

义的基本要求来考量。^[18] 没有满足程序正义的基本要求,在逻辑上很自然地推出没有满足基本要求的就应该加以纠正,以便最终得到满足。与第一种路径一样,也会将问题引导到何谓“基本要求”的探讨上。当然,程序正义的基本要求要比基本程序权利和基本程序利益的涵盖面要广。几乎所有的基本程序权利和基本程序利益都可以被程序正义的基本要求所包容。但程序正义的基本要求却没有基本程序权利和基本程序利益那样容易明确。民事诉讼法中对基本程序权利和基本程序利益一般都有较明确的规定。而程序正义的基本要求比较抽象,不容易直接推出将其作为再审事由与法律根据的逻辑联系。其三,将两者结合起来加以考虑,综合评价其作为再审事由的科学性。如果认为第三种思路是最可取的,将其具体化,则严重违反程序法,应包括以下几种情形:

(1)违反民事诉讼法的规定,没有给予当事人陈述或答辩的机会。包括应当开庭审理的案件却没有开庭,没有通知当事人到庭参加诉讼。当事人参加诉讼,陈述和答辩自己的主张是民事诉讼程序中最基本的权利。法院违反民事诉讼法的规定,剥夺其基本诉讼权利的,应当提起再审。

(2)违反专属管辖。专属管辖的特性是它的排他性。之所以规定排他性,在于一旦违反专属管辖将会导致比违反其他管辖的规定有更严重的利益损失。既然肯定其排他性,就应该使这种排他性具有实在的作用。但由于我国民事诉讼法中没有规定违反专属管辖的法律后果(主要是指国内案件),因此,无法区别专属管辖与其他管辖在法律上的不同后果,导致专属管辖实际上没有专属性。法院没有管辖权的场合是否都可以提起再审,是值得研究的问题。在司法实践中,原审法院违反民事诉讼法关于合同案件的管辖规定的,最高法院也曾经以此为由提起了再审,^[19]而许多情况下管辖有错误不会提起再审。

(3)无诉讼行为能力的当事人没有通过法定代理人直接进行诉讼。

(4)当事人有新的证据,足以推翻原判决、裁定的,但当事人在原审诉讼中以迟延诉讼为目的,故意不提出该证据的除外。现行民事诉讼法从实体正义角度虽然考虑到了有新的证据,足以推翻原判决、裁定的情形,但却没有考虑对证据失权的情况给予限定。

Abstract :Reasons for civil review should be legalized. The reasons provided for by law for review may include: The subject for determination is not legitimate;the basis for determination is illegal; the procedure set by law is violated. Reasons provided for by law should be clear and specific, and have direct connections with the object of review.

[18] 程序正义的基本要求,是指最低限度的程序要求,也可以认为是程序正义的基本原则。关于程序正义标准问题,即应当满足什么样的要求才是正义的程序,是一个复杂的问题,理论界也没有定论。有的学者在论述刑事诉讼程序时提出了六个原则:1. 程序参与原则。2. 中立原则。3. 程序对等原则。4. 程序理性原则。5. 程序自治原则。6. 程序及时和终结原则。参见陈瑞华:《刑事审判原理》,北京大学出版社1997年版,第60页以下。笔者在论及程序正义的基本内容时提到了以下几个方面即:1. 裁判者应当是中立的;2. 程序能确保利害关系人参加;3. 当事人平等地对话;4. 保障当事人充分地陈述主张;5. 平等地对待当事人;6. 程序能为当事人所理解;7. 充分尊重当事人的处分权;8. 维护当事人的人格尊严;9. 当事人不致受到突袭裁判。

[19] 见《腐败丛生国企被蛀一空 厉行变革老总惨遭毒手》,《南方周末》1999年10月11日。