

民事诉讼法典修改后的“新证据”

——《审监解释》对“新证据”界定的可能意义

李浩*

内容提要 有足以推翻原裁判的新证据是我国《民事诉讼法》规定的启动再审程序的事由之一。最高人民法院在《审监解释》中对新证据作出了新的界定,根据新确立的标准,只要是原审中提出的能够推翻原裁判的证据,就可以进入新证据的行列,即便当事人在原审中因逾期举证且存在过错已被失权。新的标准实际上已悄悄地改变了《证据规定》确立的新证据的构成要件。鉴于再审是最后的审判,再审中新证据的标准会对法官在一审和二审程序中如何把握新证据产生重大的影响,实行这一标准将会使对新证据的解读回到民事诉讼法。《举证期限通知》对新证据做了不同的界定,相比之下,《审监解释》中的界定是一种更优的选择。

关键词 审监解释 新证据 举证期限 费用制裁

“新的证据”(以下简称新证据)是近来司法解释中出现的频率相当高的概念,2008年11月25日,最高人民法院发布了《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》(以下称《审监解释》),该司法解释共计43条,同新证据相关的有两条,其中第10条对再审中新证据类型和范围作出界定,第39条对法院如何处理因新证据再审、如何处置申请人因过错未在原审中及时举证作出规定。2008年12月11日,最高人民法院又颁发了《关于适用〈关于民事诉讼证据的若干规定〉中有关举证期限规定的通知》(以下称《举证期限通知》),该通知只有10条,其中第10条专门对如何认定新的证据作出了解释。由于对新证据的理解直接关系到再审程序中当事人申请再审的范围的宽窄,关系到第一审和第二审程序中超过举证期限提交的证据是否会失权的问题,所以如何界定新证据便成为民事诉讼理论和实务中引人关注的重大问题。

一、《审监解释》中的四种新证据

“有新的证据足以推翻原判决、裁定的”,是1991年《民事诉讼法》第179条规定的5种当事人申请再审时人民法院应当再审的情形之一。2007年10月,全国人大常委会对《民事诉讼法》中的审判监督程序和执行程序进行了修订,其中审判监督程序中的再审事由是此次修订的重点之一,^①经过修订,再审事由从原来的5种增至15种。在新法规定的再审事由中,新证据这一再审事由被原封不动地保留了下来。^②不过,由于解决申请再审难问题是这次修订《民事诉讼法》的主要目的之一,而对新证据标准的不同界定,直接关系到能够进入再审的案件的范围,所以尽管在法条中新证据本身未作任何改动,但如何理解和界定新证据仍然是新法实施中的一个需要解决的问题。

* 南京师范大学法学院教授、博士生导师。

本文系最高人民法院2009年重点调研课题“关于再审中新证据的认定与适用问题的调研”的阶段性成果。

① 再审事由的宽窄决定了允许申请再审情形的多寡,同时也决定了既判力在多大范围内会被冲破,所以人们形象地把再审事由称作开启再审之门的钥匙,维护既判力的防火墙。因此,它也成为修订审判监督程序需要解决的核心问题。

② 与修改前民事诉讼法不同的是,在旧民事诉讼法中新证据是当事人申请再审的事由,但不是检察机关提起抗诉的事由,而在新民事诉讼法中,新证据也是检察机关的抗诉事由,从这个角度说,新证据在民事审判监督程序中的作用会更为显著。

2008年11月,最高人民法院颁布了《审监解释》,该《解释》第10条对《民事诉讼法》第179条中的新证据作出了规定,该条首先明确了新证据的三种情形:(1)原审庭审结束前已客观存在庭审结束后新发现的证据;(2)原审庭审结束前已经发现,但因客观原因无法取得或在规定的期限内不能提供的证据;(3)原审庭审结束后原作出鉴定结论、勘验笔录者重新鉴定、勘验,推翻原结论的证据。^③然后紧接着规定“当事人在原审中提供的主要证据,原审未予质证、认证,但足以推翻原判决、裁定的,应当视为新的证据。”

在《审监解释》规定的四种新证据中,第一种为新发现的证据,第二种为新取得的证据,第四种则是原审中已提出的证据,这三种证据的共同点是它们都是原审中就已经存在的证据,唯有第三种是新出现的证据。我国原先对再审中新证据的理解,就包括了原审终结后新出现的证据,然而,依据新的规定,对新出现证据的理解,已经发生了微妙的变化。

《审监解释》第10条是最高人民法院第二次对再审中的新证据作出解释,第一次解释是在2001年12月最高人民法院颁布的《关于民事诉讼证据若干规定》(以下称《证据规定》)中,即“《民事诉讼法》第一百七十九条第一款第(一)项规定的‘新的证据’,是指原审庭审结束后新发现的证据”(第44条)。对哪些情形属于这类新证据,《证据规定》起草者的解释是:“所谓新发现,应当是指在此之前客观上没有出现、不存在;或者虽然出现、存在,但从当时的具体情况出发,根据当时的条件等诸多因素当事人无法知晓该证据已经出现。”^④另一本具有相当权威性的书籍的解释是:“这里的新发现包括以下几个方面,一是之前客观上没有出现的,二是之前虽然出现,但在通常情况下当事人无法知道其已经出现。当事人在原审中没有发现该证据,因而不可能提出该证据。”^⑤可见,按照当时的理解,再审中的新证据包括了新出现和新发现两种情形,后一种情形由于证据在原审庭审结束前就已经存在,所以实际上是新发现的旧证据。

对这样解释是否妥当,是存在不同认识的。问题主要在于新出现的证据能否算作再审中的新证据,或者说能否以这样的证据来启动再审程序。原审程序终结后新出现的证据,相对于原审中就已经存在的证据而言,属于新的证据应当是没有疑问的,但问题在于,当出现这类新证据的时候,是否需要通过再审程序来改变原来的生效裁判。这一问题涉及到既判力理论中的既判力的标准时。

判决生效后,即发生形式上的确定力和实质上的确定力,既判力是指判决实质上的确定力。具体而言,既判力“是指法院作出的终局判决一旦生效,当事人和法院都应该受该判决内容的拘束,当事人不得在以后的诉讼中主张与该判决相反的内容,法院也不得在以后的诉讼中作出与该判决冲突的判断。”^⑥民事诉讼是国家运用公权力以裁判方式强制性解决私权纠纷的制度,而既判力则是为了保证纠纷解决具有终局性所不可或缺的。“终局判决原本就是为了明示当事人之间纠纷的解决基准而(被法院)作出的,在获得确定之前,当事人也已经穷尽了通常的不服申请方法,因此当事人和法院必须将终局判决中的判断作为纠纷的解决基准加以尊重,否则纠纷将无法获得终局性的解决。既判力是一种在制度上保障这种终局性判断获得强制实现的手段。”^⑦为了使既判力具体化,需要明确既判力的客观范围、^⑧主观

③ 原审认定事实所依据的鉴定结论被推翻,当事人以新的鉴定结论申请再审,这种情形是有可能出现的,因为原审法院依据的可能是当事人提供的鉴定结论。但是,当事人依据新的勘验笔录申请再审,几乎是不可能出现的,勘验笔录是法院对与案件有关的场所或物品勘察检验后所做的笔录,原审裁判生效后,诉讼程序已经终结,在程序已经终结的情况下,法院不可能再次进行勘验。

④ 最高人民法院民事审判一庭著:《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233页。

⑤ 李国光主编:《最高人民法院〈关于民事诉讼证据的若干规定〉的理解与适用》,中国法制出版社2002年版。

⑥ 江伟主编:《民事诉讼法》(第二版),高等教育出版社、北京大学出版社2004年版,第328页。

⑦ [日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第472页。

⑧ 在德国、日本,民事诉讼法对既判力的客观范围有明确具体的规定,即既判力原则上仅限于判决主文所做的判断,对事实的认定包括在判决理由之中,而判决的理由是没有既判力的。我国民法法虽然对既判力未作规定,但在诉讼理论上是承认既判力的,加之《证据规定》将为生效判决认定的事实规定为免证事实,所以我国生效判决的既判力的客观范围实际上比德国、日本还大。这才使得新发生的证据是否应当作为再审事由的讨论成为必要。

范围和时间范围,客观范围解决的是既判力对哪些争议有拘束力的问题,主观范围解决的是对哪些主体有拘束力的问题,而时间范围解决的是拘束力在哪一时间点上发生的问题。既判力的时间范围又称为既判力的标准时,在德、日等大陆法系国家,既判力的标准时确定在事实审的最后一次言词辩论终结之时。“裁判的既判力总是仅针对最后一次事实审理的时刻,只有在这一时刻之前当事人可以陈述事实,此后原则上就不能提出新的事实。法律后果存在还是不存在都是对于这一时刻确定的。因此,当事人可以在主张同一请求权的新的诉讼中提出最后一次言词辩论之后才产生的事实。”^⑨

按照以上对既判力的标准时的界定,“所有的、能在该时刻之前被提起的事实在第二个诉讼中都被排除(因既判力而失权),所有的在此之后对已被确认的法律后果的变更不受既判力的触及。”^⑩也就是说,如果事实存在于标准时之前,当事人未在标准时之前提出,在既判力发生后,当事人就不能在新的诉讼中主张这一事实,相反,如果事实是在既判力标准时后新发生的,既判力对这样的事实就无遮断效力,当事人就完全能够在新的诉讼中向法院主张这一事实。认为新出现的证据不应成为再审事由的理由在于,既然新的证据不受遮断效力的限制,那么在新的证据出现后,当事人完全可以通过提起新的诉讼的方式来寻求救济,而没有必要申请再审。^⑪应当认为,从既判力的标准时出发主张再审中的新证据应当包括新出现的证据是有充分理由的。

最高人民法院在对新证据作出解释时,显然已经注意到理论界的这一观点,并且也基本赞同“从既判力理论中以原审辩论终结之时作为既判力的基准时间来看,对于在原审庭审或辩论终结后形成的证据,不是再审的新证据”^⑫的理论观点。也正因为如此,新的解释不是泛泛地把新出现的证据单独作为一类来规定,而是把依据原来的事实作出的新的鉴定结论、新的勘验笔录这种例外情形规定为原审庭审结束后新出现的证据。^⑬这表明,新的司法解释已经不再是一般性地承认新出现的证据为再审中的新证据。

从以上关于再审中的新证据的分析看,它们原则上是指原审终结前就已经存在的证据,《审监解释》第10条规定的第一、二种情形,是新发现的和新收集到的证据。具备什么样的条件才能够成为再审中的新证据,是在界定新证据时必须直面的一个问题,也正是在这个问题上,存在着重大争议。对于成为再审中的新证据,在客观上必须是再审中新提交的、并且该证据具有推翻原审裁判的效力,这些客观上的要件并不存在任何认识上的分歧,分歧在于是否要设定主观上的要件,也就是是否要追问当事人为何在原审中未能发现已经存在的证据,或是为何未能收集到已经发现的证据,为何在原审中未能及时提出已经持有的证据,即当事人未能在原审中发现或提出主观上是否存在过错。这是一个充满困难但又无法回避的问题。

欲寻找上述问题的答案,需要着重探讨视为新证据的第四种情形与第二种情形的关系。^⑭根据司法解释对第二种新证据的界定,当事人在“原审庭审结束前已经发现,但因客观原因无法取得或在规定的期限内不能提供的证据”才是新证据,如果未能取得或者未能在规定期限提供属于可归咎于当事人主观方面的原因,如虽然已经发现了该证据,但由于对该证据的重要性认识不足,没有去积极地收集,或者

⑨ [德]罗森贝格等:《德国民事诉讼法》(下),李大雪译,中国法制出版社2007年版,第1170页。

⑩ [德]奥特马·尧厄尼希:《民事诉讼法》(第27版),周翠译,法律出版社2003年版,第332页。

⑪ 既判力的标准时针对的是事实问题,但由于证据本身也是与待证事实相关的事实,事实和证据有时并不能够截然划分,所以当事人究竟是以新的事实还是以新的证据申请再审有时是很难分清楚的。

⑫ 最高人民法院审判监督庭编著:《最高人民法院关于适用民事诉讼法审判监督程序司法解释理解与适用》,人民法院出版社2008年12月版,第80页。

⑬ 诉讼中案件事实是既往性事实,它们发生在诉讼前,与之相关的证据一般也形成于诉讼前,所以在原审庭审结束后新出现的证据应当是非常例外的情形。不过,即使这种情形相当少,肯定也不止这一种情况,对其他属于新出现证据的情形,《审监解释》并未规定,但在笔者看来,只要在性质上确实属于原审庭审结束后新出现的证据,也应当把它作为再审中的新证据看待。

⑭ 从关于新证据的第一种情形——原审庭审结束前已客观存在庭审结束后新发现的证据——的规定中,完全看不出对主观要件的要求。

虽然已经发现了该证据,但由于收集得不够及时,未能在法院指定的期限内提交,按照对第二种情形新证据的反面解释,就不能算作是再审中的新证据,就不能再以此作为申请再审的事由。但问题在于,这些不能作为新证据的证据,既然被当事人作为再审的事由,一般都相当重要,往往具有推翻原裁判的效力,如何对待这样的证据,仍然是司法解释无法回避的问题。所以,这里的问题仍然是,由于当事人主观方面的过错,在原审中原本能够发现而未发现,应当在原审中收集而未收集或者虽然收集到了却未在规定的期限内提出的重要证据,是置重于诉讼效率的考量,把它们排除出新证据的范围、对它们采取证据失权?还是把实体公正放在优先考虑的位置,仍然把它们作为新证据,允许当事人把它们作为再审的事由,允许法院依据它们作出改判?

这个问题实际上是设置举证期限制度后带来的新问题。我国《民事诉讼法》对证据的提出原来实行“随时提出主义”,当事人不仅在第一审程序中的法庭辩论终结前的任何阶段都可以向法院提出新的证据,而且根据《民事诉讼法》第125条的规定,即使诉讼进入了第二审程序,当事人还可以向法院提供新的证据,甚至在判决生效后,当事人只要有足以推翻原判决的新证据,就能够根据《民事诉讼法》第179条的规定,向法院申请再审,而法院对此种情形也应当进行再审。2001年,最高人民法院颁布了《证据规定》。如果说在《证据规定》颁布前如何确定新证据并不成为问题的话,在《证据规定》颁布实施后,“新证据”的界定便成为一个十分复杂而敏感的问题。《证据规定》实施前,当事人只要提出了原审中所没有的足以推翻生效裁判的证据,就能够成为新证据,法官并不需要去关注该证据因何原因未在原审中提出。时任最高人民法院副院长同时又分管民事审判工作的唐德华先生在最高人民法院举办的新民事诉讼法培训班上解释说:“179条是关于当事人申请再审的条件的规定,这也是新增加的条文,共分为五个项,这五个项只要符合其中的一项,人民法院就应当再审。一项都不符合就予以驳回。第一项是有新的证据,足以推翻原判决、裁定的。这里需要注意的是必须提出新的证据,并且新的证据足以推翻原判决、裁定。如果没有新的证据,或者虽然有新的证据,但不足以推翻原判决、裁定,也不能引起再审程序发生”¹⁵。《证据规定》的颁布实施改变了这一状况。为了提高诉讼的效率,同时也为了防止随时提出造成的一方当事人对另一方实施证据突然袭击,《证据规定》用相当的篇幅规定了举证期限制度,要求当事人在法院指定或者当事人商定的举证期限内向法院提交证据,如果提交证据超过了举证期限,又不属于经过严格界定的新证据,将面临证据失权的严重后果。对这样的证据,对方当事人有权拒绝质证,而法院就会把迟延举证的行为视为当事人主动放弃了举证的权利,对逾期提交的证据实行关门,不再组织质证,除非对方当事人同意质证。

举证期限制度的设立使我国民事诉讼中诉讼资料和证据资料的提出发生了质的变化,使我国民事诉讼从原来的“随时提出主义”转为“适时提出主义”。¹⁶鉴于新证据在举证期限制度中的重要作用,《证据规定》第41条至44条对一审、二审和再审程序中的新证据做出了解释。在这三个程序的新证据中,都包括了在举证期限届满后当事人新发现的证据,其中再审中的新证据是指原审庭审结束后新发现的证据。用“新发现”这三个字来界定新证据看似简单,其实不然。根据设定举证期限之初的理解,“新发现”蕴含的复杂性来源于它包括了两种情形——发现了举证期限届满后才新出现的证据和发现了举证期限届满前就已经存在的证据。这两种情形虽然都属于新发现的证据,但在确定是否为新证据的难度上却存在着天壤之别。第一种情形在识别时几乎不存在任何困难,因为是否是新出现是用客观标准来衡量的,如果某个证据在举证期限届满前还不存在,届满后才出现,那么这个证据就一定是新证据。把这样的证据定义为新证据也是天经地义的,因为法律不可能违反期待可能性的要求,去强求当事人发现原先并不存在的证据。但对于后一种情形的新证据,界定起来就困难的多,因为新发现是一个具有一

¹⁵ 唐德华:《民事诉讼法修改情况介绍》,载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157页。

¹⁶ 举证期限制度的设立,不仅影响到证据资料的提出,也影响到诉讼请求的提出,因为按照《证据规定》,当事人增加、变更诉讼请求,提起反诉,均需要在举证期限制度届满前提出。

定主观性的标准。新发现是指该证据原先就存在,只是当事人由于一定的原因未能在举证期限届满前发现,等到举证期限届满后,才发现这一证据。而在再审的实务中,当事人依据新出现的证据申请再审可以说是极少发生,大量存在的,是依据新发现的证据申请再审。

对原来就有的证据是否属于新发现,显然不能仅仅以提出证据的当事人自己的判断为标准,否则的话,当事人一定会把所有举证期限届满后才提出的证据统统说成是新发现的证据。也就是说,对是否属于新发现的证据,要采取主客观相统一的标准来衡量,客观标准为相对于原来的证据,该证据是否属于新的证据,如果证据在原审中就已经提出,但被法院认为证据的真实性未能得到证明,或者当事人作为证据提出的材料与本案的待证事实缺乏相关性,那就不是新证据;主观的标准是当事人未能在举证期限内提出,是否存在过错,也就是是否存在故意和过失。用主客观相统一的标准界定新证据,实际上说成为新证据需要具备主、客观两个方面的要件,客观要件是原审中未曾提出过的,¹⁷主观要件则是对未能及时提出不存在过错。

对是否为新发现主观方面要件的把握,实践中通常是以一般人作为参照物,来分析和识别本案当事人在举证期限届满前是否有条件发现这一证据,如果一般人在同样的条件下都能够发现这一证据,而本案的当事人却未能发现,就表明当事人未能够发现该证据是存在过错的,表明当事人未能审慎地去收集证据。对当事人因故意和过失而未在举证期限内发现并提出的证据,就不再是新的证据,按照《证据规定》对这样的证据很可能会被失权。¹⁸相反,如果证据虽然原来就存在,但一般人在同样的条件下都难以发现这一证据,本案当事人原来未能发现,到举证期限届满后才发现,就应当定性为新发现的证据。用一般人作为参照物实际上是要确立一个判断是否属于新发现的客观标准,尽管一般是法律拟制的人而不是真实存在的人。也就是说,过错采用抽象的和客观的标准,无需考虑当事人个人的具体情况。¹⁹

《证据规定》严格界定新证据的本意是要把那些因为当事人的过错未能在举证期限内提交的证据剔除出新证据的范围,对这部分证据实行失权,用失权这一制裁措施来使当事人遵守举证期限。新证据的标准和范围与证据失权有密切的关联,相反,新证据的标准愈松、范围愈宽,证据被失权的可能性就愈小,如果所有对证明案件事实具有重要价值的逾期提交的证据都能够作为新证据提出,也就等于事实上取消了证据失权。

二、《审监解释》对新证据的再定义

以证据失权为核心的举证期限制度虽然有助于提高诉讼的效率,从程序公正的视角也能找到将其正当化的理由,²⁰但该制度却与发现真实和实体公正之间存在着无法调和的矛盾。²¹也正是因为如此,举证期限制度的实行困难重重,不仅因证据失权而败诉的当事人不断地申请再审或者到处申诉,生效判决无法实现案结事了的目的,社会对那些的确存在着本该胜诉的证据,仅仅因为未能够在法院指定的期限内提交就被判决败诉的当事人也充满了同情。一时间,举证期限制度成为《证据规定》中最引人瞩目

¹⁷ 再审中的新证据还需要增加一个客观方面的要件,即该证据需具备推翻原审裁判的能力。

¹⁸ 之所以是很可能会失权而不是一定失权,是由于按照《证据规定》,对逾期提交的证据,即便不属于新证据,只要对方当事人同意质证,该证据仍然不会被失权。不过,由于《证据规定》第34条明确规定当事人逾期提交证据材料即视为放弃举证的权利,法院审理时不再组织质证,对方当事人同意质证的除外;再加上证据失权对对方当事人明显有利,对方当事人一般不会同意质证,所以逾期提交证据材料失权的可能性是相当大的。

¹⁹ 参见前引⑩,第466页。

²⁰ 法院在指定举证期限时,已经给了当事人收集和提供证据的时间,并且考虑到一些特殊情况,还赋予当事人申请延长举证期限的权利,因而当事人由于自身的过错未能在指定期间内提供证据或者未能在举证期限内申请延期,让这样的当事人承担证据失权的后果,很难说是程序不公正。

²¹ 被失权的证据一般都是对裁判结果有重大影响的证据,证据允许提出还是被排除,关乎诉讼的胜败,所以当事人才会特别在意。

的问题,以证据失权为核心的举证期限制度备受质疑。²²

民事诉讼法关于再审事由的修订再一次把人们的目光引向举证期限制度,因为新证据在一审、二审和再审中是一项具有统一性的制度,并且举证期限首先存在于第一审程序和第二审程序,新证据问题也首先是发生在第一、二审程序中,在判断是否为再审中的新证据时,是以该证据是否应当在原审的举证期限届满前提出为标准,如果是就一审的生效判决申请再审,要看该证据是否应当在一审的举证期限届满前提出,如果是对二审的生效裁判申请再审,这要看该证据是否应当在一、二审中举证期限届满前提出。另一方面,由于再审程序在整个审判程序中的特殊地位,再审中新证据的界定,又势必对一、二审中对新证据的界定产生重大影响。所以,如何定义再审中的新证据便成为法院如何界定新证据、法院是否坚持证据失权的风向标。

民事诉讼法修订后,最高人民法院也需要对新的再审程序作出解释,对法院来说,这也是解决证据失权所带来问题的一次很好的机会。所以,最高人民法院在新的司法解释中如何界定再审中的新证据便成为人们关注的焦点。

那么,最高人民法院是否想通过这次司法解释重新界定新证据呢,是否打算借助新的解释对饱受垢病的证据失权做出改变呢?欲给出答案,诚如本文第一部分曾指出,关键在于如何解读《审监解释》第10条第四种情形与第二种情形的关系。两者关系涉及的重大问题是——如果当事人在原审中已经提交的未被质证、认证的足以推翻原裁判的证据是因为超过举证期限且存在过错而被原审法院失权的证据,当事人以该证据申请再审时,受理再审的法院将如何对待?在笔者看来,要作出正确解读,需要从三个方面分析:一是要联系近年来法院对证据失权的态度,二是要分析该司法解释起草过程中关于这个问题的沿革,三是要对解释的文本本身进行分析,探寻司法解释制定者的真意。

如果说在实行《证据规定》之初,法院因为强调诉讼的效率而严格执行证据失权的规定的,在《证据规定》实施近七周年之际,随着诉讼理论界对证据失权制度批评的加剧,随着审判实务中证据失权造成的负面效应日益显现,法院已经把实体公正放在更为重要的位置了,对那些根据《证据规定》已经超过了举证期限,并且明显不属于新证据的证据,只要不审理该证据会造成裁判结果显失公正的,法院就采取宽容的态度,让这样的证据进入诉讼。刊载在《最高人民法院公报》2006年第5期上的东方资产管理公司广州办事处诉中山市原材料公司、中山市城乡建设发展总公司借款及担保纠纷案便是这方面的典型例证。在该案件的一审中,广州办事处因未向广东高院提供1998年6月发出的要求连带债务人归还借款的催款通知书,致使一审法院依据现有的证据认定原告未在保证期限内向保证人主张权利,判决保证人不再承担担保责任。原告不服一审判决,一边向最高人民法院提起上诉,一边回过头来与当初的出借行中国银行中山市分行共同清理这笔贷款的资料。在清理中,广州办事处发现了表明已在诉讼时效内主张权利的两份书证——中山中行于1998年6月发给债务人和保证人的两份催款通知书。这两份本应当在一审中就能够发现并提供的书证,原告到二审时才提交,按照《证据规定》对二审中新证据的界定,它们显然不属于二审中的新证据,依据《证据规定》第34条的规定,二审法院本该不再组织对这两份书证的质证,应当让它们失权。尤其是在本案的被上诉人已明确表态不同意质证的情况下。但这样一来,上诉人325万美元的巨额债权就会因为逾期提交证据而难以实现,被上诉人则由于对方的逾期举证而获得巨额利益。²³对这样一个实体上不公正如此显著的结果,二审法院也无法接受,所以二审法院并未适用《证据规定》让证据失权,而是决定对这两份书证进行质证,在查明上诉人已在诉讼时效

²² 中国政法大学赵旭东教授主持的国家社科基金重大课题《和谐社会建设中的利益冲突和法律调整》课题组在《证据规定》实施五年之际,对《规定》实施情况在北京、上海、辽宁、河南等11个省市进行了一次大规模的调研活动,调研的对象为法官和当事人,在问及举证期限时,50.07%的法官认为亟待改革。参见纪格非、刘佳洁:《〈民事证据规定〉实施效果的实证考察与分析》,载《中国司法》2007年第10期。

²³ 在该案件中,一审法院虽然支持了原告对债务人的诉讼请求,但由于债务人已无清偿能力,判决原告胜诉,对原告并无多大的实际意义。在债权人起诉债务人和担保人的案件中,债权人往往主要是指望担保人 come 清偿债务。

期限内向债务人和保证人主张了权利的基础上,改判担保人承担连带清偿责任。²⁴

如果说以上所举例子只是个案的话,安徽省高级人民法院民一庭在《证据规定》实施五周年之际全省范围内所做调查反映的情况无疑是带有普遍性的。调查是针对《证据规定》实施的情况进行的,调查的对象是法院和民事法官。就举证期限而言,“从调查的情况看,安徽省各级法院在《规定》实施初期,是严格按照规定执行的,但在后来的审判实践中,多数法院认为这样机械地适用《规定》,办案的社会效果很差,法官很容易办错案。因此,大多数法院或法官对这一规定都作了比较灵活的掌握,大多数法院或法官都认为对案件事实有重要影响的证据,即使过了举证期限,只要没有裁判,都应予以认定,不能因为过了举证期限或当事人拒绝质证而不予认定。”²⁵其实,安徽高院从调查中所得出的上述结论在全国是具有普遍性的,对证据失权适用的从严到宽是全国各地法院的普遍做法。

再审程序修订后不久,最高法院就开始对这一程序起草司法解释,并于2007年12月中旬形成了《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释(征求意见稿)》,《征求意见稿》第32条专门对《民事诉讼法》第179条规定的新证据作出了解释,该解释首先明确新证据包括“原审庭审结束之前客观上没有出现的证据”和“原审庭审结束前虽然出现,但在通常情况下当事人无法知道其已经出现的证据”两种,然后规定“当事人经原审人民法院准许延期举证,但因客观原因未能在准许的期间内提供,且不审理该证据可能导致裁判明显不公的,其在该原审举证期限届满后和再审中提供的证据可以视为再审新证据”;“足以推翻原判决、裁定的证据,当事人在原审中提供后,原审判决、裁定中以过举证期限为由未予采纳或者未予认证的,可以视为新的证据”。这里值得关注的是后一种情形,因为前一种情形是仿照《证据规定》第41条第2款关于二审中的新证据规定的,即使不作明确规定,从逻辑推演也能够推出来,其本身并无太多的新意。但第二种情形不同,第二种情形是把原审中按照《证据规定》已经失权的证据界定为再审中的新证据,使这些这些证据能够进入再审,使再审合议庭能够根据这些新证据对事实重新作出认定。

2008年1月中旬,在征求意见的基础上,最高人民法院审判监督庭在青岛专门召开了审判监督程序司法解释的座谈会,并形成《青岛座谈会稿》。该稿第11条对再审中的新证据作出了规定,同《征求意见稿》第32条相比,其他内容并无变化,只是把可视为新证据的后一种情形改为“足以推翻原判决、裁定的证据,当事人在原审中提供后,原审程序在判决、裁定中未予提及的,可以视为新的证据。”这一改动虽然隐去了原审因证据失权而未采纳,但新的规定显然是包括这种情形的,因为当事人在原审中已经提出,并且该证据十分重要,关系到诉讼的胜败,而法官却在原审裁判中未提及,除了该证据提出的时间已经超过了举证期限外,法官很难找出其他理由来无视该证据的存在。²⁶

显然,无论是《征求意见稿》还是《青岛会议稿》都是要让在原审中由于逾期提出而被排除,但又对证明案件事实有重要作用的证据在再审中“复活”,以纠正原先审判实务中因严格执行证据失权规定造成的实体裁判结果的不公正。

现在需要分析第四种情形与第二种情形的逻辑关系。如前所述,如果仅仅是把第四种情形与第二种情形加以对照解读,那就应当得出这样的证据不是新证据的结论,²⁷但是,如果从第四种情形关于“当事人在原审中提供的主要证据,原审未予质证、认证,但足以推翻原判决、裁定的,应当视为新的证据”的规定看,则应当认为这样的证据仍然可以成为再审中的新证据。因为从前后的逻辑关系看,应当认为“视为新证据”是对前三种本来意义上的新证据的补充,其意思是某一在原审庭审结束前已经提交的证

²⁴ 关于该案例的详细分析,参见李浩:《民事判决中的证据失权:案例与分析》载《现代法学》2008年第5期。

²⁵ 安徽省高级人民法院民一庭:《〈关于民事诉讼证据的若干规定〉施行情况的调研报告》,载《人民司法》(应用版)2007年第15期。

²⁶ 其他可能性不能说绝对不存在,如当事人认为该证据很重要,但法官却认为该证据对待证事实并不重要,因而在原审中未组织质证。但是,法官以其他理由来排除当事人在举证期限内提交证据的可能性是比较小的。

²⁷ 对新证据第二种情形的解释,仍然是如同《证据规定》那样坚持主客观要件的标准,即要想成为新证据,逾期举证的当事人需在主观上不存在过错。

据即便是不属于因客观原因无法取得或者无法提交,即使原审法院是按照《证据规定》关于证据失权的规定不再对它们进行质证、认证的,但只要是该证据具有足以推翻原裁判的效力,法院在再审中也应当把它作为新证据。

如果说以上分析得出的结论说服力还不足的话,《审监解释》第 39 条的规定提供了进一步的证据。第 39 条第 2 款规定:“申请再审人或者申请抗诉的当事人提出新的证据致使再审改判,被申请人等当事人因申请再审人或者申请抗诉的当事人的过错未能在原审程序中及时举证,请求补偿其增加的差旅、误工等诉讼费用的,人民法院应当支持;请求赔偿其由此扩大的直接损失,可以另行提起诉讼解决。”该条文虽然规定的是对方当事人的补偿、赔偿的权利,但它是从另一个角度说明了第 10 条中的“视为新证据”主要是指申请人在原审中因自己的过错逾期举证而被原审法院采取证据失权措施的证据。

对为什么要把因申请人的过错未在原审中及时提出而被失权的证据也作为新证据,参加《审监解释》起草的最高人民法院审判监督庭的孙祥壮博士给出的解释是“这里主要考虑的因素是,一些当事人反映,其在超出举证期限后提供了重要的证据材料,另一方当事人以超过了举证期限不予质证,原审法院在未质证的情况下未在判决、裁定中加以认证,既不将该证据作为认定事实的依据。但由于该证据足以证明作出的判决、裁定有错误,当事人以该证据申请再审得不到支持,便到党政机关上访申诉,形成党政机关、立法机关以及社会各界比较强烈的反应。因此,兼顾现实国情和申请再审难,解释做出视为新证据的规定。”²⁸

在《审监解释》第 10 条规定的四种新证据中,前三种是本来意义上的“新证据”,第四种是视为新证据的新证据。在法律中,“视为”是立法中经常会用到的一个术语,当立法者用“视为”这个概念时,实际上是在使用“拟制”的方法。而“拟制是法律规范,由于拟制将要件 B 等同于要件 A,它将为要件 A 所规定的法律后果转移至要件 B,它将要件 B 等同于要件 A,所采取的方式是,要件 B 被视为要件 A。也就是说,拟制是简单化的立法技术的一个方法”²⁹。所以,尽管第 4 种情形是视为新证据,但从法律效果说,它与本来意义上的新证据并无任何实质性差别,它同样是真真切切的当事人申请再审和法院决定再审的事由。

《审监解释》仅对在原审中已经提出的因超过举证期限而未被质证的证据作出了规定,但在诉讼实务中,还存在另一种情形,即足以推翻原裁判的证据是在原审终结后才提交的,而当事人在原审未能提交又存在着明显的过错。³⁰如果当事人在原审的裁判发生法律效力后,才提出这样的证据向法院申请再审,法院是否应当决定再审?尽管《审监解释》未涉及这种情形,但从这一司法解释的逻辑看,似可以认为法院是应当决定再审的。

假如以上分析是正确的,那么,最高法院通过对新证据的新解释,已经从实质上改变了《证据规定》关于新证据的定义,因为按照《证据规定》,成为新证据需要主、客观两方面的要件,而按照新的解释,主观方面的要件已经不复存在,法院在衡量是否为再审中的新证据时,仅仅是看是否满足客观方面的要件。³¹这正是《民事诉讼法》第 179 条关于新证据的定义。

三、回归民事诉讼法?

要实行证据失权,各审判程序之间需协调统一,各审级须按照统一的标准和尺度对待当事人逾期提交的证据。法院对事实问题的审理首先发生在第一审,由于大多数民事纠纷缘于事实方面的争议,第一

²⁸ 孙祥壮:《关于再审新的证据的认定与对待》,载《人民法院报》2009年1月1日第5版。

²⁹ [德]莱奥·罗森贝格:《证明责任论》,庄敬华译,中国法制出版社2002年版,第220页。

³⁰ 当事人在原审中未提交既可能是由于当时没有发现,也可能是虽然发现了但没有努力地去收集,甚至是已经持有该证据但出于这样或那样的顾虑而未提交。

³¹ 该种情形新证据的标准明显地不同于第二种情形的新证据,既说明了为何要把它规定为“视为新证据”,也表明了最高人民法院在这一问题上遇到的困难。新证据的双重标准虽然在某种程度上克服了困难,但也带来了自身逻辑不够清晰的问题。

审也是当事人举证活动最多的审级,因而逾期举证和证据失权也较多出现在第一审。因证据失权而败诉的当事人通常会提起上诉,上诉后二审法院的法官如何对待逾期提交的证据十分关键,如果二审法官对逾期提交的证据同样持严厉的态度,支持一审法官的失权决定,一审法官就会严格执行《证据规定》设置的举证期限制度;相反,如果二审法官对逾期提交的证据持宽容的态度,总是让在一审被失权的证据进入二审,并根据这样的证据做出改判,或者撤销原判发回重审,那就会极大地挫伤一审法官执行举证期限制度的积极性,并最终改变一审法官对逾期提交的证据的态度。³²即使一审和二审的法官都严格地执行举证期限制度,只要再审查官不与他们保持同样的立场,举证期限制度同样难以贯彻。因为只要再审程序中允许当事人用逾期提交的证据去启动再审,一、二审法官排除逾期提交证据的努力就会付之东流。并且,由于再审是最后的裁判,³³具有改变一、二审生效裁判的功能,再审程序中法院对待逾期提交证据的态度尤为重要。正是从这个意义上说,如何界定再审中的新证据具有决定意义,《审监解释》对新证据的界定尤其值得关注。

如果我们能够确定《审监解释》第10条关于应当视为新证据的证据指的是原审中因超过举证期限提交又不属于新证据因而被失权了的证据,那么我们就能够断定,《审监解释》虽然只是针对再审中的新证据做出了解释,但鉴于再审所具有的改变原审裁判的功能,一旦对再审中的新证据做出了宽泛的解释,一审和二审中的新证据就很难再维持《证据规定》所设定的标准。³⁴即使一审和二审的法官使这样的证据失权,因此而败诉的当事人还可以用这样的证据发动再审并使证据在再审中得到认可,除非一审和二审的法官想自找麻烦,否则他们肯定不会排除这样的证据。

在这方面,德国民事诉讼中失权制度的命运值得关注。德国的民事诉讼原来对诉讼资料和证据资料实行随时提出主义,后来,为了提高诉讼的效率,由随时提出改为适时提出,1976年12月3日,德国根据斯图加特模式试点的成功经验,对德国民事诉讼法进行了大规模的修订,颁布了《简化和加速诉讼程序的法律》。修订后的德国民事诉讼法对当事人提出的要求是:(1)当事人各方都应该在言词辩论中,按照诉讼的程度和程序上的要求,在为进行诉讼所必要的和适当的时候,提出他的攻击和防御方法,特别是各种主张、否认、异议、抗辩、证据方法和证据抗辩;(2)声明以及攻击和防御方法,如果对方当事人不预先了解就无从对之有所陈述时,应当在言词辩论前,以准备书状通知对方当事人,使对方当事人能得到必要的了解;(3)关于诉之合法与否的责问,被告应在同时并在本案言词辩论前提出。如果在言词辩论前,已经规定被告的答辩期间,被告应当在此期间内提出责问;(4)法院在裁判时,对按期提出的陈述,应予考虑,而对逾期提出的陈述,可予考虑(也可以不考虑);(5)对已逾法定期间而提出的攻击和防御方法,只有在法院依其自由心证认为准许提出不至于迟延诉讼的终结时或当事人就迟延无过失时,才能准许(第282、283、296条)。为了加快诉讼的进行,德国在立法上规定了既周密又严格的失权制度,但在德国的审判实务中,失权制度虽然在法律刚颁布的时候执行的相当严格,但慢慢地就松懈下来了,一审法院的法官们对按照法律规定本该失权的常常会网开一面,让逾期提出的主张和资料进入诉讼。而造成这种结果的原因是,因失权而败诉的当事人会提出上诉甚至是宪法诉讼,而上诉法院和宪法法院也

³² 在审判实务中,对待超过举证时限提交的证据,存在着一审法官严而二审法官松的现象,这是造成一审法官不愿再严格适用举证时限的主要原因。

³³ 最高人民法院审判监督庭编著的最高人民法院典型疑难百案再审实录一书的书名为《最后的裁判》,“最后裁判”一词未必精确,但的确能够形象地说明再审在诉讼程序中的地位。

³⁴ 在《审监解释》征求意见时,有的法院认为,第10条第2款关于视为新证据的规定,是一种只考虑证据本身的客观性,而彻底放任当事人在提交证据时的主观标准。这种规定不仅与本条解释中的其它内容不协调,而且与我国司法实践中初步建立的举证期限制度相矛盾,如果本规定适用于再审,证据规则的规定适用于一、二审,则案件无法处理,属于诉讼法上的倒退。但也有法院不同意这种看法。参见前引¹³,第82页。

常常会以失权侵害了当事人由德国基本法所保障的法定的听审权而将一审法院的判决撤销,³⁵于一审法官的失权不仅没有加速程序的进行,反而使程序比不采取失权措施变得更为复杂和冗长。其后果是“曾因不合法的失权而被撤销判决的法官因此换来了更多的劳动,并且程序拖得更长,因此他在此后更容易倾向于即使合法的失权也不考虑。”³⁶

假如按照《审监解释》确定的标准识别新证据,由此引起的后果难免会是,举证期限制度虽然依然存在,但作为其核心内容的证据失权却因不再实行而事实上失去了效力。

如果说,《证据规定》关于举证期限和证据失权的规定,是对《民事诉讼法》第179条定义的新证据的颠覆的话,那么《审监解释》对再审中新证据的解释,则是通过赋予新证据本来的意义,再次颠覆了《证据规定》中新证据的定义,以否定之否定的方式,使新证据的含义回归于民事诉讼法。

四、对新证据两种解释的比较

如果不是最高人民法院随后颁发的一份新的司法文件,上述结论完全能够成立。但是,2008年12月11日,最高人民法院发布了《举证期限通知》³⁷,该《通知》的发布又使问题变得扑朔迷离起来。

《举证期限通知》是针对举证期限实施中遇到的问题而颁发的,其制定的宗旨一方面在于切实保障当事人行使举证的权利,另一方面保障法院高效行使审判权。在《举证期限通知》中,最引人关注的是第10条,该条对如何认定新证据作出了规定。按照该条的规定,法院在识别是否为新证据时,应当考虑两个因素:其一是证据是否在举证期限或者《证据规定》第41条、44条规定的其他期限内已经客观存在;其二是当事人未在举证期限或者司法解释规定的其他期限内提交证据,是否存在故意或者重大过失的情形。与《证据规定》确定的认定新证据的标准相比较,新的标准实际上是放宽了新证据的尺度,依照原来的标准,当事人只要对逾期举证存在着过错,法院就不能把后来逾期提交的证据作为新证据,就应当对证据实行失权。在这一标准下,可能被失权的证据至少包括这样几种情形:

第一,证据客观上已经存在,但当事人由于自己的疏忽未能及时发现该证据,致使证据未能在举证期限届满前提出,如前面提到的东方资产管理公司广州办事处诉中山市原材料公司、中山市城乡发展建设总公司借款及担保合同纠纷案,原告方就是由于疏忽而未在提起诉讼前认真收集证据。

第二,当事人已经知道证据的存在,但由于当时对证据的重要性产生了错误的认识,未意识到该证据的重要性,未去收集该证据。

第三,当事人在一审的举证期限内因客观原因未能收集到证据,但未向法院申请延长举证期限,举证期限届满后,又收集到了重要的证据。根据《证据规定》第41条第1款的规定,当事人在此种情形下在第一审的举证期限届满前需向法院提出延长举证期限的申请,经法院准许后,在延长的期限内仍然未能提供,期限届满后才收集到的证据,才能够成为新证据。当事人未向法院申请延长举证期限,表明其有过错,所以即使后来收集到了,也不能作为新证据。

第四,当事人已经持有证据,但出于某种考虑(往往是非正当的考虑),不把证据及时提交给法院,如在上海市松江区法院审理的王老太诉当地镇政府侵权赔偿案中,王老太明知有记载真实医疗费数额的发票,但为了多获得些赔偿款,在举证期限内向法院提交了一张比实际缴费数额多3000多元的发票,

³⁵ 在德国,对当事人逾期提出的诉讼资料和证据资料实行失权是服务于程序加速的目的,由于防止诉讼迟延也是宪法所保障的法定听审权的内容,所以对民事诉讼法规定失权措施本身并不违宪。但是,如果法院过分强调程序加速,将本应当进入诉讼的逾期提出的资料排除,使法院作出违背事实的判决,这样的判决就会在宪法抗告中被撤销。参见[德]埃克哈德·舒曼:《基本法对民事裁判权的影响》,载米夏埃尔·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216页—221页。

³⁶ 前引11,第157页。

³⁷ 根据2007年3月最高人民法院颁布的新的《关于司法解释工作的规定》,司法解释的形式有四种:解释、规定、批复、决定,“通知”本身并不是司法解释的形式,但它是对最高人民法院以往做出的司法解释相关内容的再解释,同样是经过最高人民法院审判委员会讨论通过的,所以在效力上,与其他形式的司法解释相同。

反映真实数额的发票却未提供。等到庭审的质证阶段被告指出原告作为证据提交的发票是一张已经作废了的发票时,王老太才把反映真实数额的发票交给法院。³⁸

第五,当事人已经获得了证据,但由于未按法院的要求及时地参加诉讼而致使证据未能在举证期限届满前提交,如有的被告人在接到法院的应诉通知书后既不提交答辩状,开庭审理时也不到庭参加诉讼,而是等到收到判决其败诉的一审判决书后,才一面提起上诉,一面把对自己有利的证据提交给二审法院。³⁹

第六,当事人为了拖延诉讼,在一审中明明就有对自己有利的重要证据,但为了用诉讼拖垮对方当事人,不向法院提交,等到败诉后提起上诉时甚至申请再审时才把证据交给法院。⁴⁰

显然,这六种情形包括了过错的不同程度,从一般的过错到比较严重的过错,从比较严重的过错到故意都囊括在其中。按照原来的新证据的标准,它们都不属于新证据。《举证期限通知》设定了新的标准,规定当事人只有在主观上存在故意或重大过失的,才不属于新证据,当事人只有一般过失的,即使在举证期限内未能提交,也可列入新证据的范围。根据新的标准,上述六种情形中至少前三种属于一般性过失,可以进入新证据的行列。⁴¹

《举证期限通知》不仅放宽了新证据的标准,还在其他一些规定中要求法院为当事人指定举证期限,从而使当事人有更多的时间和机会来收集和提供证据,使更多的证据能够进入法院调查的范围,这些无疑是值得肯定的。

不过,即便如此,《举证期限通知》与《审监解释》设定的新证据的标准仍然存在着实质性的差异,因为按照《举证期限通知》的规定,当事人超过举证期限提交证据如果主观上存在故意或重大过失,该证据仍然不能成为新证据,仍然存在着被失权的可能,而按照《审监解释》的规定,只要是该证据能够推翻原审裁判,不管当事人在原审中因何种原因未能在举证期限内提交,都可以作为新证据启动再审。同样是最高人民法院颁发的司法解释性质的文件,并且两个文件发布的时间只差一个月零一天,对新证据就做了存在实质性差异的界定,⁴²这无论如何是令人遗憾的。

无论是《审监解释》还是《举证期限通知》都是在肯定举证期限制度的前提下对新证据作出解释的,只是对如何维护举证期限制度的效力,如何处置当事人因过错逾期提交的证据,这两个司法解释有不同的思路。《审监解释》采取的对策是费用制裁,⁴³即通过让有过错的一方承担诉讼费用、赔偿对方当事人的经济损失来对逾期提交证据的一方进行制裁,以此来促使当事人按期举证,而《举证期限通知》对故意和重大过失则仍然采用证据失权的制裁方法。

既然存在两种针对逾期举证的制裁方案,那就表明存在着选择的空间和余地,而在做出选择之前,

³⁸ 该案件的具体情况,请参见:《一老妇因失信导致败诉》,载《法制日报》2003年8月23日第3版。

³⁹ 从我国的审判实务看,对此种情形都会认为当事人逾期举证存在重大过失,第二审法院不会再对当事人在二审中提交的证据进行质证。就此而言,我国的做法比德国更为严厉,德国《民事诉讼法》允许被告在法院作出缺席判决后的两周的不变期间内提出申诉,而一旦提出申诉,程序就恢复到缺席判决发生前的状态。受缺席判决的当事人可以在程序恢复时向法院提交原先因缺席而未提交的证据,德国学者将这种情形称为当事人可以通过“逃入缺席判决”来逃避迟延提出的失权后果。参见前引⑩,第470页。

⁴⁰ 当初制定举证期限制度之一的理由就是为了应对这种情形,这种不打一审打二审、不打一、二审打再审的情形虽然不能绝对排除,但在诉讼实务中应该是少之又少的,因为毕竟进行诉讼是需要花费时间和精力,并且判决生效后即便败诉的一方当事人申请再审,也不会停止判决的执行。再说,败诉有时还会给当事人带来声誉上的消极影响。

⁴¹ 第四、第五种情形一般会被界定为当事人对逾期举证存在重大过失,但即便是时有发生的第五种情形,如果采取证据失权措施,对不答辩、不出庭的当事人似也过分严厉,因为一旦实行证据失权,被判败诉的当事人再提起上诉将会变得毫无意义。我国的缺席判决制度本身就相当严厉,它适用的条件已经从原来的《民诉法(试行)》规定的经两次合法传唤改为现在的一次合法传唤。一次合法传唤与证据失权相结合,会显著地增加其严厉程度。

⁴² 《审监解释》与《举证时限通知》对新证据作出了存在实质性差异的解释,可能同起草司法解释的部门不同有关,《审监解释》是由最高人民法院的审判监督庭起草的,而《举证时限通知》是由最高人民法院的民一庭起草的。

⁴³ 对逾期举证采用一定的制裁措施是必要的,举证期限制度的设立实际上为当事人确立了诉讼促进义务,如果不让违反该义务的当事人承担某种不利的后果,就很难保证义务得到切实履行,甚至该义务是否是真正的法律义务也会受到质疑。

需要对这两种方案进行分析与比较。

费用制裁的特点是针对当事人过错本身造成的后果规定的制裁措施,逾期举证造成了程序的迟延,而程序迟延一方面造成了法院费用的增加,另一方面也造成了对方当事人用于诉讼的开支增加,承担诉讼费用和赔偿损失在一定程度上减少了公共开支的损失,弥补了对方当事人的经济损失。

费用制裁的优点是:第一,消解了实体公正与程序公正之间的冲突。在费用制裁下,证据不至于被排除,法院仍然能够在查明真实的情况下对案件作出裁判,由于费用制裁既让有过错的一方当事人承担不利的后果,又将法院的裁判建立在发现真实的基础之上,所以达到了实体公正与程序公正的统一;第二,在现行法规中能够找得到依据。由当事人承担不正当、不合理的诉讼行为所引起的费用,是各国诉讼费用承担公认的规则,从我国的情况看,无论是原来由最高人民法院制定的《人民法院诉讼收费办法》还是现在由国务院制定的《诉讼费用交纳办法》对此都有相关的规定。⁴⁴尤其值得注意的是,《诉讼费用交纳办法》还专门针对逾期举证的诉讼费用负担作出规定,即“当事人因自身原因未能在举证期限内举证,在二审或者再审期间提出新的证据致使诉讼费用增加的,增加的诉讼费用由该当事人负担”(第40条);⁴⁵第三,增加了裁判的可接受性。费用制裁可谓是罚当其过,费用制裁针对的是当事人造成诉讼迟延的行为,让当事人承担因其行为多支出的费用,受到制裁的当事人即使不是心悦诚服,至少也是无话可说;另一方面,法院并未由于当事人逾期举证就将证据排除,法院仍然是在查明事实的基础上对案件作出裁判,这进一步增加了裁判的正当性和可接受性。受到费用制裁的当事人显然没有理由不满,也不会到处上访;第四,费用制裁也能够起到促使当事人按期举证的效果。费用制裁使得因故意和过失而逾期举证的当事人不仅在经济上得不到任何好处,而且还会因承担诉讼费用蒙受经济损失,如果诉讼标的额大,即使在再审中得到改判也要承担可观的诉讼费用,再加上还要赔偿对方当事人因此多支出的各种费用,有过错的当事人会付出沉重的代价。作为一个理性的当事人来说,费用制裁应当是有威慑力的;最后,费用制裁可统一适用于因过错而逾期提交证据的当事人,无需进一步区分当事人是故意还是过失,也不必区分一般过失还是重大过失,因而实施起来比较容易。

当然,对于故意迟延提交证据的当事人,仅仅是让其承担由此增加的诉讼费用和赔偿对方当事人的经济损失可能还嫌处罚太轻,对这样的当事人,还可以考虑由法院对其罚款,以增加费用制裁的力度。

证据失权是一项存在诸多问题的制度。首先,它与实体公正之间存在着无法调和的矛盾。证据失权是通过排除逾期提交的证据来对有过错的当事人进行制裁,而排除诉讼中的重要证据一定会阻碍真实的发现,会造成实体上错误的判决,所以在德国,以失权作为加快诉讼的手段历来遭到质疑,因为当事人会害怕失权而提出许多并无意义的诉讼资料,而法院也可能因为太果断的失权引起原本可以避免的错误判决的危险,后者会使失权规定具有经常阻碍正义的性质;⁴⁶其次,证据失权也会使双方当事人的利益失衡,对逾期举证且有过错的一方当事人来说,让其承受不利的法律后果多少是具有正当性的,但让对方当事人因此而获得利益,有时甚至是相当大的利益却缺乏充分的理由。证据失权会造成实体法上裁判结果的逆转,对方当事人本来应当履行的民事义务、承担的民事责任会得到豁免,可是为什么一方当事人在程序上的错误会给另一方带来实体上的利益呢,为什么对方当事人因此就可以不再承担违约责任或侵权责任呢?这从法理上很难解释得通;再次,证据失权对当事人的证明权造成了实质性的损害。证明权是当事人诉讼权利中极为重要的一项权利,提供证据的权利是证明权行使的具体途径。在当事人主义的程序结构中,当事人要想获得胜诉,就必须提供证据证明其主张的作为诉讼请求依据或者反驳诉讼请求依据的事实,当事人一旦被剥夺提供证据的权利,常常会得到败诉的结局。鉴于证明权的特殊重要性,在德国它会被看作是一个与宪法所保障的基本权相关的问题,被法院采取证据失权措施的当事

⁴⁴ 《人民法院诉讼收费办法》第25条规定:“由于当事人不正当的诉讼行为所支出的费用,由该当事人负担。”

⁴⁵ 该条文表明允许因自己的过错未能及时举证的当事人逾期提交证据,但要受到诉讼费制裁。

⁴⁶ 前引¹¹,第155页。

人可以向宪法法院提起诉讼。我国也有学者主张要把当事人的基本程序权利宪法化,在需要入宪的基本程序权利中,听审请求权是其中之一,而证明权则是听审请求权的重要组成部分。⁴⁷考虑到证明权的特殊地位,无论是立法机关还是司法机关不得任意地限制当事人的这一程序权利;最后,证据失权同民事诉讼法的规定存在冲突。在法律本身并未规定对逾期举证采用失权措施的情况下,通过司法解释建立这一制度与立法本身存在着冲突,这一冲突造成了审判实务中逾期举证的一方当事人要求适用民事诉讼法关于新证据的规定,而对方当事人则要求适用《证据规定》中的证据失权的规定,而法官则左右为难。

从上述分析可以得知,与证据失权相比,费用制裁是一种能够平衡各方面利益和要求的方案,它兼顾了实体公正与程序公正、实体公正与诉讼效率的要求,能够使三方面的关系达至平衡,因而是一种更优的方案。既然没有证据失权也能够使举证期限制度正常运转,既然存在着更优的替代方案,为什么我们一定要坚持证据失权呢?⁴⁸这或许正是《审监解释》选择费用制裁的理由。

这意味着,选择费用制裁虽然使新证据的含义回归民事诉讼法,但完全不必担心我国的民事诉讼制度会回到以往的“随时提出主义”,因为证据失权虽然被抛弃,但举证期限制度依然存在。呈现在我们面前的将是一个与费用制裁相结合的崭新的举证期限制度,这一新制度可望在发现真实和加快诉讼两大目标上取得双赢,将显著提升我国民众对民事诉讼制度的满意度。

Abstract New evidence sufficient to overturn original verdict is one of the causes to initiate a re-trial provided by the Civil Procedural Law. The Supreme People's Court gives a new definition for new evidence in Applying the Provisions on Trial Supervision Procedure in the Civil Procedural Law. According this new standard all evidence sufficient to overturn original verdict which is produced in the original trial can be in the scope of new evidence, even if the evidence has been disqualified because the party who produced the evidence beyond the time limit with intention or material negligence. This new standard has actually changed the elements of new evidence in Some Provisions on Evidence in Civil Procedures enacted by the Supreme People's Court. Since re-trial is the last trial, the new evidence standard will make an strong impact on the process in which judges deal with evidence issues in the first instance and second instance procedure. The enforcement of this standard will make the interpretation of new evidence come back to the Civil Procedural Law. Comparing the different definition of new evidence in Notice of the Supreme People's Court on Applying the Provisions on Time Limit for Producing Evidence of the Some Provisions on Evidence in Civil Procedures, this definition is a better choice.

(责任编辑:李仕春)

⁴⁷ 参见刘敏:《论民事诉讼当事人基本程序权利宪法化》,载人大复印资料《诉讼法学、司法制度》2009年第2期。

⁴⁸ 笔者原先主张费用制裁与证据失权并用,对因故意和重大过失而逾期举证的当事人实行证据失权,现在看来,两种制裁方案并非必需,单一的费用制裁法律效果和社会效果可能会更好。即使一定要保留证据失权,也应当作为一种非常例外的制裁措施,最好将适用的情形限定在故意逾期举证,因为在认定是否为重大过失时,存在着相当的不确定性。