

# 举证时限制度的困境与出路<sup>\*</sup>

——追问证据失权的正义性

李 浩

---

**内容提要** 以失权为核心的举证时限制度正面临着困境。本文对证据失权的正义性提出了质疑。文章认为,证据失权本质上下不同于答辩、管辖权异议、上诉等失权,因此不能用上述失权的必要性和合理性来说明证据失权的正当性。证据失权与实体公正存在不可调和的矛盾,失权会造成实体公正失落。我国目前的失权制度甚至也不符合程序公正的要求。美、德等西方国家其实并未真正实行严格的证据失权。改造目前的举证时限制度,用费用制裁替代证据失权,是走出困境的方法。

**关键词** 证据失权 正当性质疑 举证时限 困境与出路

---

## 一、引言

为了弥补我国民事诉讼法对证据规定得过于原则、简单的缺失,为了满足诉讼实务中规范当事人和法官运用证据的行为的需要,为了在全国范围内建立统一的民事诉讼证据规则,最高人民法院于2001年12月颁布了《关于民事诉讼证据的若干规定》(以下称《证据规定》),并于2002年4月1日开始实施。从总体上看,《证据规定》取得了积极的效果,并为我国将来的民事证据立法提供了实证方面的经验,但另一方面,《证据规定》在实施过程中也暴露出了一些问题。

《证据规定》是自民事诉讼法实施以来首次颁布的关于民事证据的系统的司法解释,涉及到证据制度多方面的内容,包括举证责任的分配与倒置、自认、证明标准、举证时限、非法证据的排除、人民法院依职权调查搜集证据的范围、审查判断证据的规则等。其中,真正成为热点问题的是举证时限制度。这是因为它最具有制度创新意义、最具有颠覆性、争议最大、实施中遇到的阻力最大。

所谓最具有制度创新意义,是指举证时限是一项全新的制度,它的设置改变了长期以来我国民事诉讼法中一直实行的“随时提出主义”,使诉讼主张和诉讼资料的提出由原来的随时提出改为适时提出;所谓最具有颠覆性,是指举证时限的设置不仅改变了我国民事诉讼的理念,使其从原来注重实体公正转变为更为关注程序公正,而且改变了整个民事诉讼的制度,其影响远远超出证据制度本身,对第一审程序、第二审程序和再审程序都产生了重大而深刻的影响;所谓最具有争议,是指无论是在起草《证据规定》的过程中,还是在该规定颁布实施之后,对是否应当规定以证据失权为核心内容的举证时限制度始终存在着认识上的分歧,反对意见不绝于耳;<sup>①</sup>所谓实施中阻力最大,是指一些法院和法官对证据失权将信将疑,不敢实施甚至不愿实施,他们宁肯寻找各种理由让超过举证时限的证据进入诉讼,而不是按

---

\* 本文系国家社会科学基金项目《民事证据法原理与中国社会主义初级阶段的民事证据立法》的阶段性成果(项目编号:01BFX025)。

① 最高人民法院在起草《关于民事诉讼证据问题的规则》的过程中,对举证时限形成了两种方案:一种方案将举证时限的截止期定在开庭审理前,要求当事人一般应当在开庭审理前完成举证。对当事人在二审中提出新证据请求变更或撤销一审裁判的,除非有正当理由,法院不予接受,视为该当事人在一审诉讼期间已放弃举证的权利,由其承担举证不能的法律后果。另一种方案虽然也要求当事人在开庭审理前完成举证,但将举证时限的截止期定在法庭辩论终结前,在此之前提交证据法院都应当接受,如因此而造成对方当事人增加费用,则应给予补偿。在二审中,允许当事人提出新证据,由此造成案件被改判或者发回重审的,一审裁判不算错判,提出新证据的一方应负担对方当事人由此而多支出的费用。

《证据规定》的要求将它们拒之门外。在一些案件中,一审法院以举证时限届满为由将逾期提出的证据予以排除,二审法院却让本该失权的证据进入诉讼,撤销原判后将案件发回重审。有的法院通过调查研究后提出,举证时限虽然是一项好的制度,但它与中国的现实国情还存在着“水土不服”问题,所以证据失权在当下应当慎用和缓行。<sup>①</sup>有的法院在贯彻落实《证据规定》时提出当事人逾期提出的如果是一般证据,可让其失权,如果是关系到诉讼胜败的关键证据,不采信该证据将导致裁判结果显失公正的,则应当让其进入诉讼。<sup>②</sup>

举证时限制度的实施遇到了重重困难和阻力。人们在问:这项制度究竟怎么了?它本身是一项合理的、先进的制度,只是我国目前的经济、文化和法治发展程度还不具备实施这一制度的条件,还是该制度本身的设计就不尽合理?如果举证时限制度真的存在缺陷,那么缺陷是局部的、非本质的?还是全局性的、根本性的?在实践中应当如何对待这项制度?是随着中国社会向市场化、法治化迈进而逐步加大实施的力度,对证据失权由松到紧?还是应当不仅暂缓实施这项制度,在相当长的一段时期内将该制度搁置,而且将来也没有必要实行证据失权?对这一制度究竟需要进行修正与改良还是应当推倒后重构?实施还是搁置,修正还是废止,举证时限制度现在似乎正面临着生死存亡的严峻考验。

## 二、证据失权正义吗

举证期时限,是指当事人须在法律规定或法院指定的期限内向法院提交证据,逾期不提交就丧失提交证据权利的一项制度。举证期限由两部分构成。其一是一定的期限,即由当事人商定或法院指定的一定的期限,在该期间内,当事人可以向法院提交证明其诉讼主张的证据。其二是法律后果,即指逾期举证所产生的法律后果。《证据规定》对逾期举证规定了失权的后果,即当事人在举证期限内不提交证据材料的,视为放弃举证的权利,对当事人逾期提交的证据材料,除对方当事人同意质证外,人民法院审理时不组织质证。当事人在举证期限届满后提供的证据不是新证据的,人民法院不予采纳(第34、43条)。

上述两项内容中,证据失权被认为是举证时限制度的核心。失权意味着原来享有权利的丧失,证据失权是指当事人向法院提供证据权利的丧失。

失权在民事诉讼中涉及的范围很宽,几乎凡是涉及当事人权利的规定,都伴随着或宽或严的失权。包括答辩失权、上诉失权、申请再审失权、提出管辖权异议失权、提出证据失权等。有学者认为,失权虽然导致了当事人诉讼权利的丧失,但却是具有正义性的制度安排。“民事诉讼中的失权的正义性原理源于人们对诉讼效率性和时间经济性的认同。……诉讼效率和经济性与民事诉讼失权制度的关联点在于,欲求诉讼时间的经济性,就必须对诉讼主体的诉讼行为在实施的时间上予以限制。诉讼时间的耗费主要是诉讼主体行为时间的耗费,包括诉讼主体行为实施的时间耗费和等待行为实施所耗费的时间,即诉讼行为的预备期间。诉讼主体行为的实施是基于民事诉讼法赋予的权利或权力,如果要加以限制,其中一个方法就是使权利者和权力者失去权利或权力。”<sup>③</sup>

笔者认为,尽管从诉讼效率和程序正义的角度看,实行失权制度有其合理的缘由,尽管失权在民事

① 《证据规定》实施1年后,江苏省高院民一庭在全省范围内对《证据规定》实施情况组织了一次调研,并形成了《关于〈最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定〉实施情况的调研报告》。调研中发现:各地法院普遍感到鉴于普通群众诉讼能力的限制,逾期提出证据的现象非常普遍,如果法院严格按照“新的证据”的规定来实施,那么很多案件的判决会与客观事实发生冲突,败诉方就会认为法院判决不公,到处上访,申诉;而如果法院迁就一方,对此证据加以认定,对方又会认为法院违反《证据规定》判案,是违法审判。法院处于两难境地。《调研报告》建议:考虑到目前当事人的诉讼能力、法官的整体素质及法院司法所处的大环境,对于逾期证据的把握应当从宽。参见丁巧仁主编:《民事诉讼证据制度若干问题研究》,人民法院出版社2004年版,第480页。

② 这一观点是安徽省高级人民法院民庭在研讨《证据规定》时提出的。这一观点具有合理性,有助于实现实体公正与程序公正的平衡,但有时候判断某个证据是否是关键性的证据并非易事,尤其是对于间接证据。

③ 张卫平:《论民事诉讼中失权的正义性》,载《法学研究》1999年第6期。

诉讼中乃至整个法律制度中普遍存在,尽管就一般情形而言失权是一项具有正当性的制度安排,但证据失权不同于一般失权,是一个非常具有特殊性的问题。在失权问题上,我们有必要区别对待,我们似乎不能用答辩失权、提出管辖权异议失权、上诉失权、申请再审失权来证成证据失权的合理性和必要性,也不能因为一般的失权是符合正义要求的,便由此得出证据失权是具有正义性的制度安排的结论。

在民事诉讼中,设定答辩失权是合理的,答辩作为一项诉讼权利,可以行使也可以不行使,当事人对此享有充分的处分权。从诉讼实务看,被告在收到起诉状后,只有在认为有必要进行答辩时才需要作出答辩。但是,并非所有的诉讼都需要和值得答辩,在一些案件中,原告是依据法律的规定或合同的约定提出诉讼请求的,原告主张的事实也是真实的,并且提供了相应的证据证明,如那些债权债务关系明确的借款合同纠纷。对此,被告往往会感到没有什么好答辩的。在此情形下,被告作出不答辩决定完全是一种可以理解的选择。

对提出管辖权异议设定失权也具有合理性,因为只有在当事人认为受诉法院无管辖权、存在管辖错误的时候才有必要提出管辖权异议,但管辖错误在民事诉讼中并不具有普遍性,如果当事人认为管辖正确,显然是没有必要提什么异议的。

对上诉和申请再审规定失权也基于同样的理由,当事人只有在认为一审判决或原审判决存在错误时才有必要提起上诉或申请再审,而实际上多数当事人并不需要或并不会提起上诉,<sup>①</sup> 申请法院再审的人数更是要少得多。

当事人未在规定时间内行使上述权利,从表面上看,当事人是失权了,但实际上是当事人主动放弃了自己的权利,这类失权是符合当事人的意愿的,因此很难说是对不及时行使权利的当事人的制裁。

对上述权利规定失权的合理性还在于:法律已为当事人行使权利规定了合理的期限,对当事人来说,是否行使这些权利,当事人是能够自己决定,能够自己控制的,当事人一般不要求助他人,也不需要依赖他人的配合来行使这些权利。

提供证据的权利则不同。首先,我们在讨论证据失权时,已经存在一个前提,这就是证明对当事人来说是必要的,而不是可有可无的,并且当事人已经向法院表明了他们提供证据的意愿,当事人是在自己的主张的事实受到对方争执时,或者为反驳对方主张的事实而提供证据的。

其次,行使提供证据的权利也比行使其他权利复杂。在诉讼开始时,证据并不都是现成的。原告是提起诉讼的一方,一般来说,他总是有备而来,因此在证据问题上会做充分的准备,但是,即便如此,原告也可能会因为遇到新的问题而需要进一步收集证据,如被告出人意料地提出了一种新的抗辩理由,原告为反驳被告提出的新理由及证据,需要重新收集证据。被告是被诉的一方,虽然被动性的地位不等于说被告在证据问题上一定就毫无准备或准备不足,但与原告相比,他往往需要更多的时间来准备证据。为了使证据能够提交于法院,当事人往往需要其他人的协助,如当事人所依据的证据是证人证言时,当事人要说服证人,使他愿意出庭作证,当证据为第三人所占有时,取得证据还需要经过第三人的同意。

再次,对于答辩失权、上诉失权等,当事人自己能够理解,法官也不会觉得有什么不妥,但对于证据失权,不仅当事人难以接受,法官也会隐隐约约地感到不妥。产生双重困惑的原因在于:证据失权一方面会给当事人带来极其严重的后果,另一方面也会使法官面临着沉重的压力。在实行证据裁判主义的诉讼制度中,当事人关于案件事实真伪的陈述,关于请求与抗辩的主张能否得到法院的采信和支持,全在于证据,所以在当事人享有的诸多诉讼权利中,证明权与当事人的利益关系极大。提供证据的权利是否会丧失,往往直接决定其胜诉还是败诉。所以,证明权成为当事人最为看重的一项权利,如果仅仅由于超过了一些时间,提供证据的权利就丧失,原本应当胜诉的案件却因此而败诉,当事人会觉得无法理解,会感到极度不公正。

从法官的角度看,虽然有些法官严格执行《证据规定》,将逾期提出的证据毫不留情地关在门外,但

<sup>①</sup> 从1999-2003年的统计数据看,我国民事案件的平均上诉率接近20%,大约每5份一审判决、裁定中,有一份被提起上诉。

也有一些法官极不情愿用失权来制裁逾期举证的当事人。<sup>①</sup>一些法官不愿意严格适用证据失权是可以理解的。因证据失权判决当事人败诉与依据举证责任分配判决当事人败诉不同。法官在诉讼中虽然不喜欢动用举证责任下判决,但他们在运用举证责任解决纠纷时至少不会有思想上的负担和良心上的压力。因为他们已经保障了当事人举证的权利,是当事人实在举不出证据时才不得已判决他们败诉的。由于证据失权而判决一方当事人败诉则不然,法官是明知如果接受当事人逾期提供的证据裁判结果可能会根本不同,明知拒绝接受证据裁判中对事实的认定极有可能与实际发生的事实截然相反,明知拒绝接受证据会使真正的权利人败诉而使违法或不诚信的对方当事人从判决中获利。因而,那些素来以实现社会的公平与正义为己任的法官会感到来自良知的沉重压力,即使作出失权的决定有司法解释上的依据,在法律规定法官可以自由裁量决定是否失权而不是必须失权时,法官们常常回避作出失权的选择。

所以,证据失权与其他失权是有重大区别的,在其他失权中,当事人未在规定期限内行使权利实际上往往是由于他们有意不行使这些权利,是自愿的放弃这些权利,而证据失权则是当事人是要行使举证的权利,只是因为这样或那样的原因未能及时地提出证据而已。而未能按期举证,有时又是由于他人的不协助、不配合。其他方面的失权一般不会给当事人的实体权利带来直接的损害,而证据失权几乎总会从根本上损害当事人的实体权利。

### 三、证据失权与实体公正

设置举证时限虽然总体上有利于提高诉讼的效率,但效率的取得却是往往以牺牲实体公正为代价的,在程序公正因证据失权而得到凸现时,实体正义却不可避免地失落了。

使诉讼前真正享有权利的人的权利能够得到确认,使权利被损害者能够获得救济,使违约、侵权等违法行为人承担相应的民事责任,可以说是任何诉讼制度都努力追求的目标。尽管相反的情形——真正具有权利的人提起诉讼后反失掉了权利,侵害他人权利者却被免除了责任——总是难以绝对避免,但这至少是各国诉讼制度希望能够尽量避免的。

设置举证时限是为了促使当事人在合理的时间内向法院提供证据以避免诉讼拖延,是为了保证法院的集中审理能够顺畅进行,是为了促进诉讼和提高民事诉讼的效率。这些目标无疑都具有正当性。

然而,举证时限是与证据失权联系在一起的,逾期举证将被视为当事人自动放弃了举证的权利,法院对当事人逾期提出的证据不再组织质证,除非存在着属于新证据和视为新证据的例外情形。证据失权实际上是一种证据排除功能。如果被排除的证据是对诉讼胜负性命攸关的证据,那就势必导致诉讼结果的逆转,使法院裁判中认定的事实完全不同于诉讼前发生的真实情况。也就是说,排除重要证据既会使当事人通过诉讼保护自身合法权益的希望落空,也使法院无法实现以诉讼保护当事人合法权益的目的。另一方面,也会使法院通过诉讼维护民事法律秩序的目标严重受挫。所以,证据失权与实体公正之间存在着不可调和的矛盾。

对逾期提出的证据予以排除实际上是基于程序法方面的理由。因而证据失权涉及到程序公正与实体公正的关系问题。就程序法与实体法的关系而言,实体法是主法,程序法是帮助实体法实现的助法,程序法是为实体法服务的,这样的观念曾长期支配着人们的法理念,在此理念的支配下,实体公正被认为是第一位的,程序公正则是第二位的,程序公正是服务于实体公正的,当两者发生冲突时,程序公正应让位于实体公正。后来,人们的观念逐渐发生了变化,人们开始认识到程序法具有独立性,程序公正也

<sup>①</sup> 王亚新教授认为,造成审判实务中适用证据失权宽严不一的根本原因在于“对于我国民事诉讼是否真正需要引进这样的制度、是否应该接受作为其基础的理念,至少在实务界存在着隐而不显却相当严重深刻的意见分歧。本应适用举证时限的法官中,有人的心里话是中国现阶段的国情下并不该实行这样的制度。”参见王亚新:《修订民事诉讼法需要关注的一个重要问题》,载《法学家》2004年第3期。

不是仅仅为实体公正而存在。在理论研究中,甚至出现了认为程序法比实体法更重要,程序公正比实体公正更具有决定意义的学说。例如,认为程序保障才是民事诉讼的真正目的。在诉讼中,程序公正不仅具有独立于实体公正的内在价值,而且程序公正的意义超过了实体公正,因为实体公正具有相对性,程序公正具有绝对性,因而只要坚持做到了程序公正,从程序中产生的实体结果也应当视为是公正的。

认为程序法具有独立地位,强调程序公正的内在价值和重要意义,这些都无可厚非,我国长期存在重实体轻程序思想和传统,审判实务中对程序公正缺乏应有的重视,因而,强调程序的内在价值和独立价值,突出程序公正是有其必要性的。但有时候真理与谬误的差别仅在一念之间,重实体轻程序固然不可取,但若反过来重程序轻实体同样是不可取的。重程序轻实体对我国诉讼制度带来的危害与重实体轻程序相比恐怕是有过之而无不及。对于合法有理而陌生于诉讼程序的当事人来说,他们宁愿选择重实体的诉讼程序,而违法但熟悉程序的当事人却宁可挑选重程序轻实体的诉讼程序,因为在这一程序中他们可以指望借助程序上的优势来击败对方。

大陆法系国家包括民事诉讼在内的各类诉讼中均强调依法审判,法官被要求按照实体法的规定对当事人的争议作出裁判。民事诉讼是要解决当事人之间的民事实体权利义务纠纷,这一过程从当事人的角度来说则是围绕着实体法规定的要件事实进行主张、抗辩、举证、质证、辩论的过程,从法院的角度看则是适用实体法、对实体法规定的要件事实存在与否进行确认进而作出判决的过程。在诉讼过程中,难免要遇到程序方面的问题和解决程序方面的争议,也需要适用程序法,但这些毕竟都服务于解决实体问题的争议。离开了实体法和对实体争议的裁判,诉讼制度便失去了实质内容,便空壳化了。实体公正诉讼中具有重要地位,没有哪个国家的诉讼制度敢声称它只关心程序公正而对实体公正不感兴趣。单纯追求程序公正违反了裁判的本质,会使诉讼制度失去存在的理由,是对诉讼制度的自我否定,因为如果只要程序公正,通过抽签或拈阄来解决纠纷显然是更公平、更富有效率的选择。

为了达成民事诉讼制度的目的和实现实体公正,便需要努力发现真实,查明诉讼前当事人之间实际发生的行为或事件,而这一任务的完成主要依赖于当事人的举证活动和法院对证据的审查核实。对当事人来说,举证是极为重要的一项诉讼权利,这一权利能否得到充分实现,直接关系到当事人的实体权利能否获得保护。既然我们的诉讼制度鼓励当事人运用诉讼维护其合法权益,既然我们的诉讼制度声称要保护当事人的合法民事权益,就没有理由不充分重视和保障当事人举证的权利。

当法官穷尽了法律所允许的手段,但仍然无法获得案件的真实情况时,作出一个符合程序公正要求的判决是无可厚非的,社会可以理解、当事人可以接受。但是,如果有条件查明案件事实却不去查明,当事人明明有证据却以程序上的理由限制其提出,能够实现实体公正却以达到程序公正为满足,则很难为当事人理解和被社会所认同。<sup>①</sup>

对以证据失权为理由作出有悖实体公正的判决,法官也会感到巨大的压力,这样的判决常常会与法官的正义感和良知发生冲突,所以,在审判实务中,不少法官对逾期提出的证据是否实行失权犹豫不决,往往是经过反复斟酌后让其进入诉讼。

#### 四、证据失权与程序公正

在实体公正与程序公正的冲突中,证据失权是偏向于程序公正的选择。从德、法等国民民事诉讼制度关于证据失权的规定看,尽管该项制度无法从实体正义中找到其正当化的依据,但至少可以用程序公正的理论来证成其合理性。上述国家的证据失权是建立在对当事人提供充分的程序保障的基础之上的,在已经为当事人收集和证据提供充分程序保障,已经给当事人充裕的时间举证的情形下,当事人不能按期举证便是其自己的问题了,应当由当事人本人对延误期间的行为负责,即使由于证据失权而败诉,那

<sup>①</sup> 在审判实务中,一些因证据失权而败诉的当事人认为法院的裁判不公,向当地的党委、人大申诉,党委和人大也不理解法院的做法,要求法院依据当事人提供的证据作出公正处理。

也是咎由自取。

如果说西方国家的证据失权至少可以从程序正义方面获得正当性依据的话,那么,我国目前的证据失权制度,却很难从程序正义的角度来说明其正当性。由于制度设计方面的缺失,即使单用程序公正的标准来衡量,也很难说当下的证据失权是符合程序正义的要求的。

### (一) 证据失权与答辩失权

凡是规定证据失权的国家,没有不同时规定答辩失权的。答辩失权需要与证据失权一并规定或者说答辩失权是证据失权的前提的原因在于,被告提出答辩是形成争点从而明确证明对象的必要条件。从诉讼的进行和发展看,诉答阶段在前,举证和证据调查阶段在后,当事人需要依据诉答阶段的情况来确定证明的对象,然后再围绕着证明对象来收集和提供证据。从防止突然袭击的观点看,首先也是需要防止当事人在开庭审理时突然提出一个新的争点来袭击另一方当事人。所以,如果实行失权制度,就应当实行包括答辩失权在内的统一的失权制度,如果只对证据实行失权,而不对答辩实行失权,将造成非常不合理的结果。因为这种“单边”的失权制度会形成只许被告用等到开庭时才提出答辩意见来对原告实施意外打击,却不允许原告针对被告新提出的争点收集和提供证据反驳,这显然违反了民事诉讼法规定的当事人诉讼地位平等的原则,也违背了“武器对等”意义上的程序公正。

《证据规定》第32条虽然要求“被告应当在答辩期间届满前提出书面答辩,阐明其对原告诉讼请求及所依据的事实和理由的意见”,但并未规定未在答辩期内提出答辩会产生何种法律后果。根据起草者的解释,“本条规定主要还是倡导性条款,因为除了上文所述在答辩期间届满前不提交答辩状将丧失提出管辖权异议的权利以外,被告的其他诉讼权利并不因为不提出答辩状而受到任何影响。……根据本条的规定,被告不提出答辩状并不会产生答辩失权的效果,因此,本条没有规定答辩失权。”<sup>①</sup>

只规定证据失权显然是存在程序上漏洞的,在诉讼实务中,已屡屡出现一些聪明的被告利用这一缺陷通过等到开庭再提出答辩来击败原告。<sup>②</sup>

### (二) 证据失权与准备程序

准备程序是为庭审作准备的审前程序,是用于整理争点和证据的程序。通过这一程序明确双方当事人争议的焦点,并围绕着争点促使当事人举证和组织证据交换,将争点和证据固定下来,为开庭审理时的质证和辩论做好充分准备。规定证据失权应以准备程序的存在为前提条件,因为在进入庭审后不允许当事人提出新的证据是由于在准备程序中已经为当事人举证提供了充裕的时间。如果没有准备程序与举证时限相配套,规定证据失权就有可能造成对当事人举证权利保障不足的后果。

从比较法的角度看,西方主要国家的民事诉讼制度实行证据失权也是以审前准备程序的实施为前提条件的,无论是美国还是德国、法国、日本,法律中都规定了审前准备程序。

我国最高人民法院颁布的《证据规定》设置了审前的证据交换制度,该制度的主要内容是:法院对证据较多或复杂疑难的案件,组织当事人在答辩期满后开庭审理前进行证据交换。在证据交换中,当事人收到对方证据后认为需要提出新证据进行反驳的,法院应当再次组织证据交换。证据交换的时间可以由双方协商一致后经法院认可,也可以由法院确定。证据交换的次数依案件具体情况而定,但一般不超过两次。最后一次证据交换之日举证时限便届满。

从《证据规定》关于证据交换的规定看,它具有与国外审前准备程序相同的功能,可以认为,在组织证据交换的诉讼中,当事人是具有相当充足的时间来向法院提供证据的,由于可以进行两次甚至两次以上的证据交换,当事人围绕着争点进行的证据交锋也是相当充分的。但问题在于,证据交换并非是每一案件都有的程序,非但适用简易程序的案件一般不实行证据交换,适用普通程序的案件也并非都实行证

<sup>①</sup> 黄松有主编:《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182-187页。

<sup>②</sup> 参见周辉:《从本案谈建立强制答辩制度的必要性》和宋大琦:《从打事实到打证据到打规则》这两篇文章中的案例,载2003年5月13日《人民法院报》和《比较法研究》2003年第3期。

据交换。是否实行证据交换,取决于案件是否证据较多或是否疑难复杂,这一标准具有较大的弹性和不确定性,因而使是否实行证据交换主要取决于法官的判断。

对于那些未实行证据交换的案件而言,举证时限的存在是有可能妨碍当事人充分举证的。我国未像法国和美国那样设置当事人自动交换的程序,当事人的证据都是向法院提交的,除非在开庭前实行证据交换,否则当事人往往不知道对方的“武器”是什么,而等到知道对方的“武器”时,举证时限已经届满。

也许有人会说,不实行证据交换的案件都是适用简易程序的案件,而简易程序原本就用于审理那些事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单民事案件。但问题在于,我国目前基层法院适用简易程序的比例是相当高的,全国的适用率接近70%,有些收案多的法院超过90%。这种状况与立法者的预期差距很大,对一审程序,立法者规定了普通和简易两种程序,普通程序规定得比较完整,对当事人的程序保障也较为充分,因而按照立法者的设想基层法院在审理第一审案件时,原则上应采用普通程序,只有简单民事案件才可适用简易程序。大规模适用简易程序意味着用简易程序处理的案件中可能包括一些事实并不清楚、权利义务关系也并非一目了然的案件。对这些案件原本是需要实行证据交换的。

### (三)证据失权与法官释明

释明,又称阐明,是指法官在民事诉讼中为了明了诉讼关系,通过就案件的事实问题和法律问题向当事人发问的方式,促使当事人作出进一步陈述或者补充诉讼资料和证据资料。指导当事人举证,是法官释明义务的一项重要内容。规定举证方面的释明义务是非常必要的。由于不具备律师强制代理的条件,我国民事诉讼法并未要求当事人必须聘请律师代理诉讼,在诉讼实务中,有相当一部分当事人由其本人进行诉讼。这样的当事人一般都既缺乏法律知识,又不熟悉诉讼程序,他们对举证责任的分配和举证的规则很陌生,如果法官不做举证方面的释明,很可能造成一些当事人仅仅因为对举证责任分配的误解或者不知如何举证而败诉,其结果是本来应当胜诉的当事人只是由于不熟悉证据规则而未能获得正义。这样的结局显然是有悖我国民事诉讼制度的宗旨的。

考虑到我国的这一现实国情,《证据规定》明确要求法官在向当事人送达案件受理通知书和应诉通知书时,向当事人送达举证通知书,在通知书中载明举证责任的分配原则和要求,可以向人民法院申请调查取证的情形等。《证据规定》还规定了法院指定和当事人协商这两种确定举证时限的方式。

但问题在于,虽然《证据规定》设定了两种确定举证时限的方式,但实践中采用的多数是由法院指定。造成确定方式单一化的原因在于:首先,第一审民事案件大多数是由基层人民法院管辖的,而基层法院审理一审民事案件大部分适用的是简易程序,适用简易程序案件的一般流程是只开一次庭,<sup>①</sup>原告起诉,被告答辩,接下来便开庭审理,很少在开庭前安排一个用于确定争点、固定证据的审前准备程序,缺乏这样的程序,原、被告在开庭前连见面的机会都没有,自然无从来协商确定举证时限。即便是适用简易程序的一审案件,法院多数也是采用指定的方法来确定举证时限,这有两方面的原因:其一是《证据规定》第33条的内容也使得法院倾向于采用法院指定的方法来确定举证时限。根据该条的规定,法院应当在送达案件受理通知书的同时向当事人送达举证通知书,举证通知书除了应当载明举证责任分配的原则与要求,可以向人民法院申请调查取证的情形外,还应当载明人民法院根据案件情况指定的举证期限以及逾期提供证据的法律后果。而对于当事人协商确定举证期限,则是“举证期限可以由当事人协商一致,并经人民法院认可。”一个是“应当”,一个是“可以”,“应当”是要求调整对象做出积极行为的强制性规范,而“可以”则是一种带有授权性质的任意性规范,因此法院在具体操作时选择指定的方式解决举证期限问题是完全可以理解的。其二则是我国法院在审判方式改革中实行“立审分离”,立案工作由立案庭负责。受理案件后,向当事人送达案件受理通知书、应诉通知书和举证通知书是立案庭的工作职能之一,所以立案庭会随着举证通知书的发送为当事人指定一个举证期限。

① 在审判实务中,法官们一般都尽量通过一次开庭解决案件,绝大多数的案件也只开一次庭便获得了裁判结果或者达成了调解协议,所以,我国历来实行的是集中审理,与大陆法系国家传统上实行的多次开庭的分散式审理是完全不同的。

采用法院指定的方法,确定举证时限的时间便被定格在向当事人送达受理通知书和应诉通知书之际。法院受理案件后就指定举证时限虽然可以使举证时限早日确定下来,但在受理案件的初始阶段就确定举证时限的合理性还是有疑问的。因为在这一阶段,法院所能够获得的案件信息是非常之少的。法院还未收到被告的答辩状,而法院从原告的起诉状中所获悉的,只是原告方的诉讼请求,所依据的事实和理由,证据和证据来源,但由于被告尚未答辩,法院并不清楚双方当事人争议的焦点是什么,不清楚双方争议的究竟是事实问题还是法律问题,或者两者兼而有之。

具体地说,在这一阶段指定举证时限带来的问题是,法院在举证通知书中对当事人所做的举证指导只能是脱离本案的一般性指导,而不是根据本案的实际情形所作的具体的、有针对性的指导。例如,原告起诉请求法院判令被告归还所借的款项。法院在举证通知书中须载明举证责任分配的原则和要求,法院在作这方面的指导时,只能根据这类案件的举证责任分配的一般情形告知原告应当对双方对借款意思表示一致的事实和原告将出借之款交付给被告的事实负举证责任,<sup>①</sup>应当向法院提供这两方面的证据;而对于被告,也只能笼统地告知他应当对答辩所依据的事实负证明责任,最多也只能大致地告知被告可以主张清偿、提存、抵销、混同这些引起债消灭的事实并负相应的举证责任。但被告的答辩存在着多种可能性,他可能主张原告交付给他的款项并非借款而是货款或租金,或是原告为履行合伙义务而提供的出资款,也可能提出诉讼时效已经届满的抗辩。

争点是随着当事人向法院提出诉辩主张及依据的事实和理由逐步明晰的。即使是情节相对简单的案件,法官也只有在认真阅读原告的起诉状和被告的答辩状后才有可能了解双方争议的案件事实是什么。情节复杂的案件,要在进入审前准备程序后,通过整理双方的主张,交换必要的证据,才能够将争点凸现出来和固定下来。所以,在向双方当事人送达案件受理通知书和应诉通知书时就同时送达举证通知书,并在举证通知书中告知当事人所负担的举证责任并指定举证期限可能是一种过早告知和指定的行为。法院在未了解本案的争点是什么的情况下就指定了举证期限,多少带有无的放矢的意味。这种指导的实效性也会因此而减损。例如,假如被告提出的是时效方面的抗辩,其举证责任的分配就会与法院原告告知的举证责任分配大异其趣。时效抗辩意味着被告已承认原告主张的借款事实,因而该事实由于被告已作出诉讼上的承认成为无需证明的事实,原告不再需要为此提供证据。另一方面,时效抗辩使得本案的争点成为原告主张权利是否超过诉讼时效。针对被告的抗辩,原告可能会提出曾向被告催要过借款或者被告曾答应偿还欠款、被告曾支付过借款利息这些引起时效中断的事实。此际举证责任的分配及当事人应当提供的证据,已与先前大不相同。

## 五、西方国家是否实行严格的失权

主张证据失权的人往往以西方国家的民事诉讼制度对逾期举证实行失权来支持自己的观点,来说明证据失权是一项具有合理性和正当性的制度。<sup>②</sup>然而,美国、德国、日本这些国家是否真正规定了证据失权,是否真的对逾期提供的证据严格地实行失权?情况似乎并非象其表面上显现的那样。

美国民事诉讼由诉答、证据开示和审判三个阶段构成,在美国民事诉讼中,审前用的时间远远超过审判所用的时间,一个案件往往需要用一年、两年甚至更长的时间来进行证据开示,而一旦进入开庭审理,审理便是不间断的,至多几天即可审结。审前的证据开示主要是由当事人的律师进行的,为了防止

<sup>①</sup> 自然人之间的借款合同,由双方当事人对借款意思表示一致和借款的实际交付两个要件构成,故原告需要对这两个要件事实负举证责任。

<sup>②</sup> 一些学者认为在民事诉讼中设置以证据失权为核心的举证时限制度是世界民事诉讼立法的趋势,并以美国、德国、法国、日本、瑞典的立法例来论证这一观点。参见李国光主编:《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定的理解和适用》,中国法制出版社2002年版,第271—276页。有的法官虽然对举证时限制度的合理性提出异议,但也认为西方国家的民事诉讼是实行这一制度的,我国设置这一制度是为了同国际接轨,尤其是同美国接轨。参见宋大琦:《从打事实到打证据到打规则》,载《比较法研究》2003年第3期。

诉讼拖延,美国的法院通过召开审前会议的方式来加强对审前程序的管理,审前会议一般要开两次以上。最后一次审前会议是在临近审判时召开,在这次审前会议上,通过双方当事人的协商,用协议的形式将争点和证据固定下来,一旦固定下来,当事人在开庭时就不能再提出新的主张和证据,也就是发生了所谓的失权问题。那么,从美国民事诉讼的程序安排来看,当事人是否会经常面临证据失权的威胁甚至失权?这种担忧是不必要的。这至少有四方面的原因:在漫长的审前程序中,双方当事人的律师已尽其所能地利用各种发现方法去收集证据,对证据的收集可谓已经穷尽,此其一;美国法官一般都把最后一次审前会议的时间安排得非常靠近庭审日期,如在开庭前的一周甚至三天才召开最后一次审前会议,这就使得当事人很少有可能在如此短的时间内发现新证据,此其二;如果真的出现了奇迹,在这短短的最后几天才获得了重要的证据,法官还可以依据《联邦民事诉讼法规则》第16条第5款的规定,为防止审判出现明显的不公正,改变最后一次审前会议上作出的命令,让证据进入诉讼,此其三;作为一般的诉讼规则,法庭不应当仅仅为了避免案件延期审理而排除具有相关性的证据。美国《联邦证据规则》并没有把诉讼突袭作为排除具有相关性的证据的理由,未将诉讼突袭作为排除理由的原因一方面在于即便一方当事人在审理过程中突然提出新的证据,法庭也可以通过使诉讼延期的方法进行弥补,另一方面在于当事人可以通过发现程序和审前会议来防止诉讼突袭发生,<sup>①</sup>此其四。由此可见,在美国民事诉讼中,当事人收集证据的权利是得到充分保障的,<sup>②</sup>证据总是能够在诉讼中提出,几乎不会发生失权。

德国为了解决诉讼迟延问题,自20世纪70年代以来,一改历来实行的随时提出主义,将诉讼程序的结构改为审前准备加集中审理,在这一新的程序结构中,实行诉讼主张与诉讼资料的适时提出主义和对逾期提出的当事人给予包括失权在内的制裁也就成为必然。为了实行新的程序结构,德国在1976年修订了民事诉讼法,新的民事诉讼法将法院的审理划分为准备程序与主期日两个阶段,在前一阶段,法院可以采用书面准备方式或者先期首次期日方式进行准备,在后一阶段,法院通过言词辩论进行集中审理并作出判决。新法为法官和当事人设定了诉讼促进义务,要求法官受理案件后,积极进行准备,在准备程序中为当事人实施诉讼行为指定适当的期限,要求当事人各方按照诉讼的程度和程序上的要求,适时地提出攻击和防御的方法,特别是各种主张、否认、异议、抗辩、证据方法和证据抗辩,并授权法官在必要时采用失权制裁不遵守时限的当事人。

德国被外界认为是实行证据失权较为严格的国家。在分析德国的证据失权时,我们不能只看到法律规定了法官有权让逾期提出的攻击和防御方法失权,还应当分析失权的构成要件。在德国民事诉讼中,构成证据失权至少需要具备以下几个条件:(1)法官对案件实施了审前准备。德国民事诉讼法为法院规定了两种准备方式——先期首次期日和书面准备。法官可根据案件的具体情况,选择其中之一作主期日前的准备。在准备程序中,法官为当事人确定相应的期限。失权制度是以准备程序的存在为其前提条件的,法律之所以不允许当事人逾期提出攻击和防御方法,是由于在准备程序中已经为当事人实施这些行为提供了适当的时间。如果未经准备程序就径行失权,失权的正当性就会发生疑问。(2)逾期提出导致诉讼迟延。尽管法院为当事人确定了期限,但逾期提出攻击或防御方法总是难以避免的。对当事人逾期提出的诉讼资料,法院并不是不分青红皂白地一概予以排除,逾期提出并不必然造成诉讼迟延,所以法院还需要区别逾期提出对诉讼进展的不同影响,如接受逾期提出必定造成诉讼迟延的,可能会让其失权,而对不致于延误诉讼的,则不得作出失权决定。<sup>③</sup>(3)当事人逾期提出有重大过失。这一

<sup>①</sup> 参见高忠智:《美国证据法新解:相关性证据及其排除》,法律出版社2004年版,第47-49页。

<sup>②</sup> 参见江伟、孙邦清:《对我国举证时限制度确立的反思》,载《证据学论坛》(第六卷),中国检察出版社2003年版。

<sup>③</sup> 德国《联邦法院民事判例集》中的意见认为:若逾期提出的攻击和防御方法至少是早于期日之前,以致在准备言词辩论时仍得以顾及,则不得仅因逾期而对其不予考虑(第296条),相反法院仍应采取合理范围内的准备性措施以弥补此种逾期。例如,答辩期限于10月1日届满,期日确定为11月1日。如被告为一待证事项于10月10日,也就是说逾期提出一名证人,那么尽管逾期法院应依据第273条第2款第4项传唤其出庭,这按通常办事手续(无需电报等)仍可能期待实现。参见[德]狄特·克罗林康:《德国民事诉讼法律与实务》,刘汉富译,法律出版社2000年版,第379页。

条件强调的是失权的当事人在主观上须有可归责性。当事人逾期提出攻击和防御方法有复杂的原因,当事人诉讼能力有时也存在着相当大的差异,因此仅仅由于逾期提出客观上会延滞诉讼就使之失权,不问当事人主观方面的缘由是有违公正的。一般而言,既然攻击和防御方法对自己有利,当事人总是乐于在规定期限内提出,逾期提出很可能是“事出有因”。所以,德国民诉法要求法院在遇到逾期提出时,应当给当事人一个解释的机会,“应要求当事人就其无过失加以释明”。只有当法官认为逾期提出既会延滞诉讼,当事人又存在重大过失时,才能够动用失权予以制裁。

德国民事诉讼法规定的失权制度,虽然考虑到了方方面面的问题,并尽量使之合理化,使之看起来不至于过于严苛,但仍然受到了批评。“当事人提出的失权作为加快诉讼的手段历来遭受到质疑。这种质疑理由与反对同时提出主义的理由一致:通过无意义的堆积诉讼材料产生诉讼迟延的危险,以及通过太果断的失权而引起原本可以避免的错误判决的危险。鉴于后一种所提到的危险应当考虑到,排除当事人的陈述只有当其可能引致至少是实体错误的判决时才具有实践意义。失权的规定具有经常阻碍正义的性质。”<sup>①</sup>

如果仅仅是看德国民事诉讼法关于期限和失权的规定,的确很容易得出德国为促进诉讼实行严格的失权制度的结论。然而,这样的结论可能失真,因为在任何一个国家,法律的规定与法律的实施,书本上的法与生活中的法总是存在或大或小的距离。失权措施能否严格实施,关键在于实际运作法律的法官。而德国的法官似乎并不情愿采取严厉的失权手段。对逾期提出的攻击和防御方法,德国民事诉讼中的“实际情况是一审法院很少运用第 296 条拒绝接受新理由。这一权力在很大程度上实际是忠告性的。”<sup>②</sup>

根据德国学者的研究,德国法官对逾期采取宽容的态度与失权可能会侵害宪法赋予的当事人的法定听审权有关。德国的《基本法》规定当事人有获得法院公正审判的权利,这项权利如今还被载入了《欧洲人权和基本权公约》,这项权利被视为诉讼上的原始权利,它防止人们受到简短诉讼的随便捉弄。如果这一权利受到侵犯,人们可以向宪法法院提出控告。失权措施有可能对当事人这一宪法性权利造成侵害,因而被法官决定失权的当事人往往会提出上诉甚至向宪法法院提出控诉,并且这种寻求救济的努力往往会成功。德国的宪法法院和上诉法院曾多次撤销因迟延而拒绝接受当事人提出的攻击和防御方法的判决。宪法法院认为:拒绝考虑迟延提出的攻击和防御方法违反了宪法所规定的“禁止法院作出武断的裁决”,并且与宪法所保障的“向法院申诉”的权利相抵触。<sup>③</sup>于是,“在不断增加的联邦宪法法院和高等法院的约束性判例的压力下——失权越来越应被看作钝刀。”<sup>④</sup>

日本旧民事诉讼法也对延误时机的攻击和防御方法实行失权。该法第 139 条规定:“当事人因故意或重大过失延误时机所提出的攻击或防御方法,当认为因此致使终结诉讼延迟时,法院可以根据申请或依职权作出驳回的裁定。关于意思不明确的攻击或防御方法,当事人不做必要的阐明或于应做阐明的期日不出庭时,与前项亦同。”同时,该法第 255 条也规定了三种不予失权的例外情形:(1)该事项属于法院应依职权调查的;(2)准许提出不至于使诉讼显著迟延的;(3)迟延提出并非是由于重大过失的。然而,“实际上,这类例外利用率达 100%,由于法院对待例外态度宽容,使得重要的攻击防御方法都是在进入口头辩论之后才提出(即所谓‘事后提出’),准备程序完全没有发挥作用,反而使诉讼拖延。其后这种制度几乎有名无实,无人利用。”<sup>⑤</sup>

1990 年,日本开始着手修订旧民事诉讼法,在修法中,原先的草案打算继续坚持失权制度,规定攻

① [德]尧厄尼希:《民事诉讼法》(第 27 版),周翠译,法律出版社 2003 年版,第 155 页。

② 宋冰编:《读本:美国与德国的司法制度及司法程序》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 319 页。

③ 参见沈达明:《比较民事诉讼法初论》(下册),中信出版社 1991 年版,第 69 页。

④ 同①,第 157 页。

⑤ [日]中村英郎:《新民事诉讼法讲义》,陈刚等译,法律出版社 2001 年版,第 193 页。

击与防御的方法应当在准备程序中提出,口头辩论开始原则上不允许再提出新的攻击、防御方法。但是,在法制审议会上,这一草案遭到了担心失权的律师委员的坚决反对。后来,新的民事诉讼法在这一问题上作出了妥协。日本新民事诉讼法虽然保留了旧法第139条的内容,授权法院在必要时采取失权措施,但在关于准备程序的规定中,一方面规定了争点和证据整理程序,设置了准备性口头辩论、辩论准备程序、书面准备程序三种准备程序供法官选择,要求当事人尽可能在准备程序中提出攻击和防御方法;另一方面,对准备程序终了后提出的攻击和防御方法,不再明确规定失权,而是采取灵活的方法,在对方当事人提出要求时,逾期提出的一方应当向对方说明未能在准备程序终了前提出的理由,至于是否失权,则由法官根据自由心证来决定。对新法的规定,一位日本学者评价说:“新法在很多方面进行了改良,但实质上与旧法的准备程序没有差异,并且不存在‘失权’的压力。”<sup>①</sup>

从上述三国的情况看,它们对待失权问题是非常慎重的,虽然在法律上规定了可以使之失权或允许法官通过自由裁量使之失权,但法院在实际运用中,一般是尽量避免采取失权措施,对逾期提出的攻击和防御方法,失权与其说是原则,毋宁说是例外。

应当说,如果从实施失权的条件看,上述三国无论哪个国家都比我国更有条件实行失权,他们实行法治的时间要比我国早,老百姓的文化水平与法律意识也比我国高,律师代理诉讼也要比我国更为普遍。<sup>②</sup>但它们为何未实行严格的失权制度,这是值得我们深思的。

## 六、举证时限制度的出路

举证时限制度虽然存在着种种问题,但这并不意味着这一制度的存在不具有任何合理性,也不意味着我们应当否定和抛弃这一制度。

是否需要建立包括举证时限在内的各种规定当事人提出诉讼主张和诉讼资料的时限制度,归根结底乃在于我们究竟实行的是集中审理的程序结构还是一点一滴处理纠纷的分散审理的程序结构。前一种程序结构是以某种形式的审前准备为其必要条件的,为了使集中审理成为可能,法院和当事人必须在审前程序中对争点和证据进行整理,至于准备的方式,可以采取书面的、口头的或者其他适当的方式。后一种程序结构不要求集中审理,自然也就没有必要专门设置审前准备。其实,在这种分散式的程序结构中,最后一次开庭前的各次开庭都可以视为为最终的辩论和裁判所进行的准备,而前一次开庭又是后一次开庭的准备。

一般而言,适时提出主义是与集中审理的程序结构相匹配的,而“随时提出主义”则是与分散式审理的程序结构相适应的。集中审理要求诉讼尽可能在集中审理的那个期日得到解决,为此就需要设置审前准备程序,在该程序中对当事人的争议进行梳理,归纳出需要通过审判解决的争点,并促使当事人为证明自己的主张提出各种证据材料。为使集中审理不致于被当事人新提出的主张和证据所打断,就有必要让当事人在审前准备中将各种主张和证据尽数提出。所以,需要设置各种期限,要求当事人在期限内完成一定的诉讼行为。审前准备是法院和当事人共同进行的,当事人在准备程序中若不能适时地实施一定的诉讼行为,准备程序就无法顺利进行。所以,法官需要为当事人指定各种期限,如答辩的期限、针对答辩再答辩的期限、再再答辩的期限、提出证据资料的期限、申请法院调查取证的期限、交换证据的期限等。

从我国的民事诉讼而言,尽管在证据提出上实行的是“随时提出主义”,但就程序而言,则历来实行的是集中审理,我国民事诉讼法关于第一审普通程序的规定,实际上就是对集中审理程序的规定,按照该程序,开庭后先进行法庭调查,然后进行法庭辩论,诉讼终结后法院便当庭宣判或择日宣判。开庭一般都是安排一个相对完整的时间,如一个上午或一个下午,复杂的案件开庭的时间为一天甚至连续几

① [日]中村英郎:《新民事诉讼法讲义》,陈刚等译,法律出版社2001年版,第194页。

② 在美国,除小额诉讼外,民事诉讼是需要律师代理的,美国民事诉讼法实行对抗制,诉讼程序具有高度的技术性,离开了律师的代理,当事人实际上是寸步难行的。德国民事诉讼实行律师强制主义,除初级法院的诉讼外,都需要由律师代理。

天,除非案件十分简单,一个半天不会先后安排两个庭,大多数案件都是在开庭后即作出判决,大多数案件也都只开一次庭。这与实行集中审理前的德、日等国完全不同。在分散式审理的程序结构中,一个案件可以开多次庭,而每次开庭所用的时间则一般都比较短,从几十分钟到一、两个小时不等,所以一个法官在半天内开几个庭是常见的。

我国今后仍然会坚持集中审理,这不仅是由于集中审理是以往的传统,而且是因为集中审理是一种富有效率的程序结构,并且现在世界上许多国家都选择了这种程序结构。

既然实行集中审理,那么就需要建构相应的审前准备程序,就需要采用“适时提出主义”。我国民事诉讼法虽然在一审普通程序中对审理前的准备作出了规定,但从所涉及的内容看,只是由法院单方面实施的审理前的准备工作,还不是法院与当事人共同参与下为整理争点和证据进行的活动。所以,建构规范意义上的审前准备程序是修订民法时的主要任务之一。围绕着如何设置审前准备程序,理论界和实务部门已经进行了深入的研讨。

设置准备程序,就需要为当事人设定促进诉讼的义务,就有必要为当事人在准备程序中实施各种行为确定适当的期限。所以,设置举证时限,为当事人提供证据设定一定期限是必要的。不仅要设置举证期限,从体系和谐的视角看,而且应当为当事人设置包括主张、抗辩、再抗辩、举证等在内的提出攻击与防御方法的时限。

设置举证期限是必要的,但改造现行的举证时限也是必要的。既然证据失权的正当性存在疑问,既然证据失权对逾期举证的当事人来说是一种过于严厉的制裁,既然证据失权会使法院的裁判偏离实体公正的目标,那么结论便是应当改造现行的以证据失权为核心而建立起来的举证时限制度。

设置举证时限必然要为逾期举证的当事人设置某种不利的法律后果。因为总会有人超逾时限,如果没有法律后果的约束,举证时限就起不到督促当事人举证,约束当事人行为的作用,但问题在于设置什么样的法律后果才适当,是否一定要采用证据失权的方法。其实,在这一问题上,我们完全可以有不同的选择,证据失权既不是唯一的制裁逾期提出证据的方法,也不是最佳的制裁逾期提出的方法。

对待逾期举证,首先应当区分是否有正当理由,对有正当理由的,如举证时限届满后才出现的证据,自然应当让其进入诉讼,对缺乏正当理由的如何处置,这才是问题的关键。

对缺乏正当理由逾期提出的证据,有两种可供选择的处置办法,一种是仍然允许这样的证据进入诉讼,但让逾期举证的当事人负担由此而多支出的费用,赔偿对方当事人蒙受的损失;另一种是拒绝接纳这样的证据,使逾期举证者失权。

相比较而言,费用制裁应当是一种更恰如其分,更具有衡平感的处置方法,尽管它在制裁的力度上可能不如证据失权。接受逾期提出证据的后果是造成诉讼要花费比拒绝接受更多的时间,对方当事人、法院要为此多支出费用(如一方当事人在开庭时才提出一份书证,而对方当事人则对书证中签名的真实性提出异议,为确认书证的真伪,需要进行鉴定,于是正在进行的庭审就不得不停止)。因此,由有过错的一方承担因此而额外支出的诉讼费用,赔偿对方当事人的损失是能够起到消除违法后果的作用的;另一方面,费用制裁对当事人也能够起到督促和预防作用,对受到制裁的当事人来说,这毕竟是一种额外的损失,当事人肯定是希望避免受到这一制裁的。事实上,在制定《证据规定》的过程中,费用制裁也是作为一种供选择的方案写入草案的,并且在前三稿草案中,只写了费用制裁。<sup>①</sup>

<sup>①</sup> 在2000年9月27日公布的《最高人民法院民事诉讼证据规则(修改稿)》中对逾期举证采用的是费用制裁方案,2001年6月8日的《最高人民法院关于审理民事案件审核认定证据的规定(讨论稿)》中设计了三个方案,前两个方案规定证据失权,后一个方案采用承担费用和赔偿的方法;2001年7月6日《最高人民法院关于民事诉讼证据问题的规定(讨论修改稿)》仍然规定了证据失权与费用制裁两种备选方案。到了2001年10月30日的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定(征求意见稿)》,才最终确立证据失权的方案。这一方面说明在起草《证据规定》的过程中对是否实行证据失权存在激烈的争议,另一方面也表明最高人民法院在犹豫再三后才选择了证据失权。

费用制裁的另一个优点是它不会与实体公正相冲突,实行费用制裁并不排除当事人逾期提出的证据,因而能够使有权利的当事人仍然能够获得法院的保护,使法院的裁判建立在发现真实基础上。

实行费用制裁也应当设定一定的条件,欲使其具有正当性,在制度安排上应当做到:第一,当事人已被给予充足的时间来收集和提供证据;第二,当事人已被提醒逾期举证将会产生的不利后果;第三,期限的设置应有一定的弹性,以便对在期限内完成举证确有困难的当事人给予救济;第四,应考虑到各种特殊情形,将不能归责于当事人主观方面的原因造成的逾期举证作为例外对待;第五,逾期举证会造成诉讼的迟延,给对方当事人和民事诉讼秩序带来损害。

不过,实行费用制裁,也不完全排除证据失权。在设置逾期举证的后果时,我们并不一定要设置非此即彼的单一结果,设置可供选择的多元后果也是一种思路,对以逾期举证为手段,恶意拖延诉讼的当事人,可以实行证据失权。

当然,由于证据失权通常是比费用制裁更为严重的法律后果,对证据失权要设定更为严格的条件。证据失权是基于程序法方面的原因否定对实体公正的追求,这自然需要充足的理由来证明其正当性。证据失权除了需要满足费用制裁的上述五个条件外,还应当符合下述两个条件:(1)即逾期举证的当事人主观上存在恶意,为了拖延诉讼迟迟不提交证据;或者当事人对逾期举证具有重大过失;<sup>①</sup>(2)逾期举证会造成诉讼的重大迟延,给对方当事人和民事诉讼秩序带来严重损害。

总之,如果设计合理,举证时限本身应当是一项有助于提高诉讼效率的制度,目前遇到的困境并非该制度本身所引发的,问题主要出在证据失权上,所以,改造这一制度,用费用制裁替代证据失权,建构以费用制裁为核心的举证时限制度,便是本文的结论。<sup>②</sup>

---

**Abstract:** The limitations of evidence production system, which centers the proof - right - losing is faced with difficulties, and my thesis puts forward some doubts about the justice of the proof - right - losing system. The proof - right - losing system is different from the right - losing in pleadings, motion of jurisdiction, as well as appeals in nature, as a result, we cannot conclude the justice of the proof - right - losing system by quoting the rationality and necessity of these rights losing. The proof - right - losing system is totally contradictory with the substantive justice, and it will damage the substantive justice. The current proof - right - losing system is not in accordance with the procedural justice. Most of the western countries including Germany and the U.S. even did not carry out a strict proof - right - losing system. To exert fees sanctions instead of losing proof - right is a way out to reform the current system.

---

[作者单位:南京师范大学法学院]

(责任编辑:吴雷)

---

<sup>①</sup> 日本一当事人在控诉审的第十一次言词辩论的期日才第一次提出购买房屋的请求权,结果被最高法院以延误时机为理由驳回。参见[日]兼子一、竹下守夫:《民事诉讼法》(新版),白绿铉编译,法律出版社1995年版,第94页。

<sup>②</sup> 在我的指导下,我的硕士研究生沈丽最近就举证时限的实施情况向民事审判庭的法官们做了一次调查。此次调查选取江苏省南京市、徐州市、扬州市和苏州市的四个中院及其辖区内的基层法院,它们分别代表了苏南、苏北和苏中地区。调查的方法为问卷调查。四法院参加问卷的法官人数为126人。当问到是否应当继续实施举证时限制度时,主张继续实行的达到90人,占全部人数的70.87%。在主张继续实行的同时,法官们也主张对这一制度进行调整和改革。大多数的法官认为,完善举证时限制度,最主要的是应当对作为举证时限制度核心的证据失权加以改造。这一初步调查的结果印证了笔者的观点。