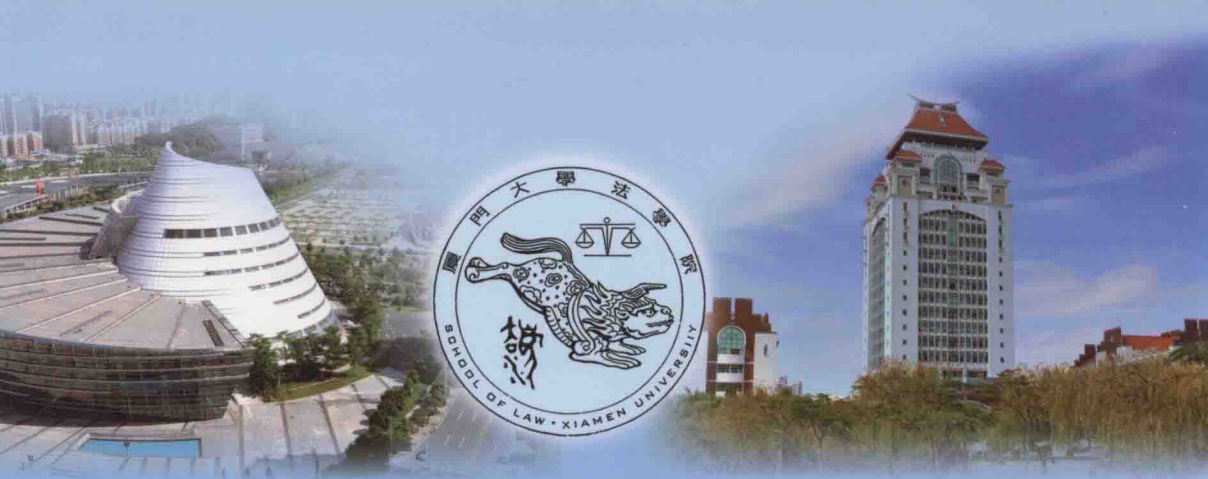




Access to Justice

厦门大学司法制度研究丛书

总主编 齐树洁 陈 斯

司法的智慧

The Wisdom of the Judiciary

陈 斯 主编



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位



Access to Justice

厦门大学司法制度研究丛书

总主编 齐树洁 陈 斯

司法的智慧

The Wisdom of the Judiciary

陈斯 主编



厦门大学出版社

XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

司法的智慧/ 陈斯主编. — 厦门: 厦门大学出版社, 2015. 12

(厦门大学司法制度研究丛书)

ISBN 978-7-5615-5468-5

I. ①司… II. ①陈… III. ①司法制度—研究—中国 IV. ①D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 183900 号

官方合作网络销售商:



厦门大学出版社出版发行

(地址: 厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编: 361008)

总编办电话: 0592-2182177 传真: 0592-2181406

营销中心电话: 0592-2184458 传真: 0592-2181365

网址: <http://www.xmupress.com>

邮箱: xmup@xmupress.com

厦门市万美兴印刷设计有限公司印刷

2015 年 12 月第 1 版 2015 年 12 月第 1 次印刷

开本: 720 × 1000 1/16 印张: 19 插页: 2

字数: 332 千字

定价: 66.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

出版说明

厦门大学法律系(现为法学院)创办于1926年,其后的发展几经坎坷,历尽艰辛。自1979年复办以来,法学院在重视提高诉讼法学教学质量的同时,始终密切关注并积极参与我国诉讼法律制度的建设及诉讼法学科的发展。近20年来,法学院教师出版、发表了许多专著、教材和学术论文,内容涉及民事诉讼、刑事诉讼、行政诉讼、海事诉讼、仲裁制度、破产制度、台港澳诉讼制度以及司法改革等方面。1999年,经国务院学位办批准,厦门大学开始招收诉讼法专业硕士研究生;2004年,厦门大学开始招收诉讼法专业博士研究生。

为适应诉讼法教学和科研的需要,提升学术研究水准,促进诉讼法学科的发展,并为我国正在进行的司法改革摇旗呐喊,我于2001年5月发起编写“厦门大学法学院诉讼法学系列”。受20世纪90年代英国民事司法改革的启示,我们将本丛书的主题确定为“接近正义”(Access to Justice)。

本系列第一辑以民事诉讼法为主题,包括《民事程序法》《民事司法改革研究》《民事证据法专论》《仲裁法新论》《英国证据法》《ADR原理与实务》(再版改名为《多元化纠纷解决机制》)、《强制执行法》《破产法研究》等8种,已于2004年6月全部出齐并先后重印或再版。这套书的出版在法学界引起很大的反响,受到专家和读者的好评,并被多所法律院校采用为教材。2002年9月,英国文化委员会和英国驻华大使馆获知《英国证据法》出版的消息,特意发来贺信,对该书的出版表示祝贺并予以高度评价。^①2003年,《仲裁法新论》获得厦门市第五次社会科学优秀成果二等奖;《英国证据法》获得福建省第五届社会科学优秀成果三等奖。2004年,《民事程序法》《英国证据法》同时获得

^① 英国文化委员会和英国驻华大使馆的贺信称:“We are extremely excited about the publication of Evidence Law in the UK. The enlightening piece of work, being the first of its kind to elaborate on UK evidence law, is obviously a breakthrough in its particular field of study.”

“首届中国优秀法律图书奖”。2006年,《民事诉讼法》入选普通高等教育“十一五”国家级规划教材。

第二辑在继承第一辑写作风格的基础上,有所发展和创新。为适应我国司法改革的新形势,这一辑以司法制度及其改革为主题,共计10种,包括《程序正义与司法改革》《公证制度新论》《环境纠纷解决机制研究》《多元化纠纷解决机制原理与实务》《英国司法制度》《美国司法制度》《德国司法制度》《民事审前程序》《台港澳民事诉讼制度》《调解衔接机制理论与实践》,已于2010年6月全部出齐。其中,《程序正义与司法改革》《公证制度新论》于2007年同时获得福建省优秀法学成果一等奖,《程序正义与司法改革》《多元化纠纷解决机制原理与实务》于2008年分别获得厦门市第七次社会科学优秀成果二等奖和三等奖。

“厦门大学法学院诉讼法学系列”第一辑、第二辑共计18种书,总字数1000余万字,涉及面广,工程浩大,影响深远。数百名作者呕心沥血,不计名利,历时10年,终于大功告成。这是厦门大学诉讼法学学科建设的一件大事,值得庆贺和纪念。

在此基础上,厦门大学法学院诉讼法学科与东莞市第一人民法院合作,决定共同编写“厦门大学司法制度研究丛书”,由我和陈斯院长(厦门大学法学院兼职教授)担任丛书的总主编。本丛书以司法改革、多元化纠纷解决机制为主题,拟编写并出版十余种相关著作。

《司法的智慧》系新丛书之一种。本书由陈斯院长主编,收入13篇“旗峰法律讲坛”的学术讲座实录。2009年,陈斯院长发起设立“旗峰法律讲坛”,定期邀请学界知名学者为法官开设学术讲座,以开阔视野,更新知识,打造学习型法院,培养专家型法官。司法审判需要智慧,法学研究也需要智慧。智慧来自长期的实践积累,也来自不断的思考探索。问渠那得清如许,为有源头活水来。此举的意义重大,影响深远,若假以时日,必将结出丰硕的果实。

本丛书的出版得到了厦门市中级人民法院、东莞市中级人民法院、福州市中级人民法院、泉州市中级人民法院、莆田市中级人民法院、漳州市中级人民法院、厦门市司法局、厦门仲裁委员会、厦门市公证处、泉州市公证处、北京市天元律师事务所、广东深圳君强律师事务所、福建厦门大道之行律师事务所、上海昊理文律师事务所、厦门大学法学院、厦门大学出版社的鼓励、支持和帮助,在此一并表示衷心的感谢。司法改革任重而道远,我们将不畏艰难,奋力前行。

尽管作了很大的努力,但由于作者的学识和能力所限,本丛书的不足之处在所难免,恳请专家、读者批评指正。

齐树洁 谨识

2015 年 12 月 30 日

于厦门大学法学院

丛书总序

东莞法院与厦门大学法学院的合作已经有好些年了,除了厦门大学法学院在社会的影响力外,更重要的原因在于齐树洁教授持续不断的推动。齐教授是个非常和善但治学却极为严谨的学者。我们在研究兴趣点上有很多的共通之处,其中最重要的是我们都感到研究法律除了需要扎实的理论功底外,司法实践是法科学生理解法律从而真正进入法律之门的必要途径。而要实现这一点,加强院校与司法实务部门的合作是最便捷也是最为有效的路径。对于长期在审判第一线工作的法官来说,能够在理论上得到提升,从而提高办案水平亦是其最为渴望的事情。显然,与院校交流是一个有效的办法。2009年之前,我们的合作主要是进行课题研究以及指导学生实习,合作出书只是口头上说说,并没有付诸行动。自从我从中级法院调到第一法院工作后,面对着法官们辛勤工作之余撰写的文章,深感其内容丰富且有现实意义,意识到如能将其结集出版可谓善莫大焉。其意义在于:一是可以好好总结。从人均案件量来看,2009年东莞法官人均结案达355件,可以说,东莞的法官几乎是全国最忙的法官,东莞法院极其丰富的案件资源是学术界认识、分析、探究中国司法或者法律实践的最好的素材,其中许多纠纷可能是中国最先碰到的问题,而这些法官的经验确实有必要进行好好的总结。二是为了分享。我希望这些成果能够让全社会尤其是法律职业从业者一起来分享,因为东莞的今天或许是内地很多城市的明天,东莞法官今天面临的问题很有可能就是内地法官或者其他法律工作者明天面临的问题。从这个角度来看,将东莞的经验公开实在是多赢的事情。根据齐树洁教授的建议,我们还会组织更多的学者参与撰写这套丛书,使其内容更加充实,既立足当下又面向未来。经验与学术结合、理论与实践互动将是这套丛书的主要特点。

在这套丛书里,对实务问题的研究是一个重点。我们把视角主要放在了东莞,除了因为合作主体的因素,还因为东莞是个非常特殊的地方。

东莞是个全新的城市,但说它“新”并不意味着没有根基,实际上东莞建郡已经有1700多年的历史。近代史的开篇之地便在东莞,史家均认为“虎门销烟”开启了中国近代社会的新篇章,而虎门正是东莞的一个镇。让人们感到东

莞的“新”完全是基于 30 年来的改革开放。由于开放的缘故,东莞顺利承接了国际制造产业的转移,同时也接纳了国际通行的游戏规则,包括尊重规则信守合同的法治准则,市场经济的基本要素在东莞得到了充分的吸收和交融。而市场经济作为法治经济的特点不仅在于主体平等和交易自由,更重要的是重规则和秩序,这些因素既推动了经济的发展,同时也有效地促进了司法权威在东莞的树立。东莞——这个地处南国的边陲小镇,一个长期以农业为立身之本的乡土小城,一个远离中央权力并且缺少自然资源的小地方,居然在 30 年的时间里以年均约 22% 的增长率一举进入中国经济最为发达的城市之列。显然,取得这些成就不可能完全依靠地理条件和社会环境,市场经济法则的建立亦是其中的重要原因。也正是因为对司法的信任,人们对纠纷的解决更多地借助了司法途径,东莞法院的收案于是从早先的每年 1000 多件上升到去年的 12 万件。当然,与此相适应的是人们对司法公正的迫切要求。正是由于有了这一特殊的社会背景,东莞法院的法官们天然地对精研法律有着更高的热情,对如何恪守正义也有着更为深刻的理解和要求。

由于司法本身固有的中立性、终极性等特点,它一直充当着社会矛盾的化解器与社会动荡的减震器,正所谓天下之公器也。司法对社会的极端重要性同样也促成了人们对司法机关尤其是对法官的特殊要求。专业性是其最突出的一部分。假设没有专业性的要求,那么法官就完全失去了其特殊性,法官也就无法成为德沃金所言的“法律帝国的王侯”。正是因为这一点,一个学识渊博的法官尤为令人景仰。在学识与经验的结合上,人们对法官的要求恐怕是所有行业中最高的,这点在英美法系国家尤其明显。在那里几乎所有最为杰出的法官无一例外都是优秀的法学家,这些人既是法律的界碑,同时也引领着法律的未来。

所以,我认为,在很大的程度上,学者与法官的追求是非常近似的,在他们的领域里,对专业或者学术的研究是无止境的。学者或者法官的专业素养越深厚,他们对这个领域乃至这个社会的贡献就越大,因为他们的思想可以变成人类共同的财富。

自从进入新世纪以来,东莞法院一向倡导的“培养专家型法官,打造学习型法院”的建院方针初见成效,法官精英开始显露头角,与院校的交流也日渐增多,东莞法院已经成为国内多家法学院校的研究基地。正是基于这个前提,东莞法院与厦门大学法学院的合作提升到了一个新的层面,我们开始共同享用双方的成果,而且这种共享并不是短期的或者是个别的,如果条件允许,这种合作将是长期的。

实际上,几乎没有人怀疑对法院审理的案件进行总结和分析是法官提高业务水准的重要路径。正是基于这种简单的思维,我几乎每年都会将所审理过的案件进行简单的梳理,择其要者作一分析。如今,我又将这一要求作为任务下达给了东莞市第一法院的全体法官,当然,也包括我自己。而所有的这些成果已经成为或者将会成为我们这套丛书的内容。

我一直希望我们的法官也可以成为这样的人,他们既是学者也是法官,他们既精通理论又熟悉实务操作,既了解社情民意又深谙法律精髓,他们既能在象牙塔钻研学问,又可以在尘世间挥洒人生。一句话,他们既可以出世也可以入世。这是何等潇洒的一种精神境界!

基于这种理想的追求,我一直希望成为沟通理论与实务界的桥梁。近年来,中国最顶尖的法学家,包括我们熟知的江平先生,梁慧星、王利明、朱苏力、贺卫方、张卫平、王亚新教授等学者都是通过这座桥梁到了东莞,并在东莞法院播下了法律学术的种子,而那些长期在一线审判的法官们也将他们的司法实践经验馈赠给了学术界。

其实法律本来就是一门实践性的科学,而法官与学术的这种天然密切联系更加加强了东莞法院法官们对法律学术与实务沟通的认识。东莞这个改革开放的前沿地带所面临的前沿问题,迫使东莞的法官必须在学术和经验之中穿行和求索。值得我们欣慰的是,与我们同行的除了司法界的同行外,还有像厦门大学这样的院校,有齐树洁教授这样的学者,他们也在和我们一起穿行、一起探索;而我们一起探索共同研究的所有收获都会成为全体法律人乃至全人类的共同财富。

也许,目前我们能够做的就只有这些。不可否认,这一切都还很不完美,然而千里之行,始于足下,由于参与者的真诚和努力,我们有理由为这一点一滴的成就感到骄傲。

陈斯 谨识

2010年4月30日

司法智慧的传承

《司法的智慧》是东莞市第一法院跟厦门大学法学院合作的又一本著作，其中收录的是近年来莅临东莞市第一法院授课的法学家的演讲实录。

从2009年开始，东莞市第一法院以“厚德、笃行、博学、创新”为院训，开启了以启迪司法智慧，传承法律思想为目标的思想之旅，其典型标志是创办了东莞市有史以来第一个法律讲坛“旗峰法律讲坛”。历经5年的辛勤耕耘，终于让这颗法律的智慧种子长成了参天大树，因为在这颗树上结满了众多法律大家及众多法律职业从业人员的智慧果实，而这本书就是这些智慧果实的具体体现。

司法是判断是非的活动，也是实现正义的过程，而法官则是人类历史上最需要智慧和经验的职业，因为她承载了人类最基本却又是最终极的需求，那就是解决纠纷并通过具体纠纷的解决创设人类行为准则的标杆，也就是我们通常所说的追求公平正义的需求。这种需求贯穿人类的始终，而在现代，则更为迫切。正因如此，司法智慧的启迪和传承极为重要。

现实生活中，法官的职业性体现在法律知识的积累以及经验的取得，这两方面缺一不可，往深里说，这两方面的结合就是司法的智慧，而这些智慧通过智者的总结、提炼、升华和传授便成为后人的精神财富，尤其对于法律从业者抑或广泛意义上的法律职业共同体，这些显然已经成为他们职业智慧的源泉。

我们坚持要将我们获得的知识、我们取得的经验又或者是我们遭受的挫折和教训通过书本集结的方式展现在世人面前，并非是在炫耀我们曾经有过多么辉煌的历史，又或者是在炫耀我们曾经有多么多的智者为我们授课讲学，我们的目的很简单，就是为了分享。

一切人类的智慧，如果不是为了分享而仅仅是为了个人独享的财富，那么，再高明的思想，再有远见的智慧都跟这个世界无缘，因为它其实并不真正属于人类，而仅仅是属于个人。其实在漫长的历史长河中，再高明的学说，再

聪明的手段,再丰富的经验,如果没有分享就不可能有传承,没有传承也就意味着湮灭。

所以,我们把所有的一切都记录了下来,在这里面有一代民法先驱梁慧星教授的谆谆教导,也有现代法律学者的领军人物王利明教授的智慧之光,更有诸如清华教授张明楷、台湾学者郑冠宇等名家及其他学者的研究心得,当然,里面也有我们法官自身的一些想法和经验之谈。

我一直认为,司法的过程其实就是知识和经验交融汇聚的过程,在这里面既有法官个人的知识和经验,同时也有众多学者、律师及其与法律、与诉讼等与司法相关的群体的知识与经验在闪光,这些知识和经验在司法的过程中不断增加、不断融合甚至衍变成新的知识,构成了我们所说的司法智慧。而这本书,就是智慧的结晶和传承。所以,每一个为了司法公正而做出努力的人都是值得尊重的,而其为此奉献的经验和知识,尽管可能只是点滴,同样值得尊重,因为这些凝聚成了司法的智慧并推动了正义的传播和实现。

我们正在经历着一个变革的时代,这个时代汇聚了众多智者的智慧和圣者及其众生的良知,我们只是记录了其中的一滴水、一粒沙甚至是一点微尘,但不要紧,因为我们记载的是当今最有智慧的其中一群人的思想,所以我们的付出又或者是我们的分享是何其的幸福和神圣,因为我们让司法的智慧得以传承,让智者的思想得以传播。

古人说,“汇溪流而成江河,积跬步而至千里”,人类的进步何尝不是点滴思想的积累而成就了今日世界的辉煌?

我们所做的一切又何尝不是为了明日世界的进步?

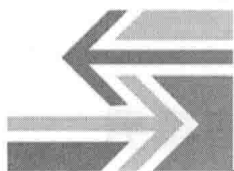
因为我们记录了这个时代的司法智慧,因为我们把它分享给了所有热爱、关注、渴求司法智慧的人们。

这就是我们所说的司法智慧的传承,也是我们编辑这本书的目的。

感谢所有为此书的出版而做出努力的人们,衷心感谢!

陈 斯

二〇一五年八月于东莞



目录

- 第一讲 民事再审事由得失谈/1
- 第二讲 台湾“物权法”“强制执行法”之修订方向/19
- 第三讲 我们需要什么样的法官/37
- 第四讲 《侵权责任法》——重点条文解读/57
- 第五讲 《侵权责任法》适用中的疑难问题/79
- 第六讲 影响性案件策略和中国法治忧思/104
- 第七讲 无权处分与无权代理/123
- 第八讲 解读《刑法修正案(八)》/151
- 第九讲 民事裁判方法/172
- 第十讲 刑事诉讼的证据问题/201
- 第十一讲 创新驱动发展战略与知识产权保护/228
- 第十二讲 电子证据的司法运用/248
- 第十三讲 《刑法》的底线/272

第一讲

民事再审事由得失谈

主讲人：赵钢——武汉大学博士生导师、教授

主持人：陈斯

时 间：2009年12月25日下午

地 点：东莞市第一人民法院二楼会议室

※ 开 篇 ※

陈斯：

今天下午对于东莞市第一人民法院，或者对于我们东莞法院系统来说，我觉得是个比较特别的日子。为什么呢？大家看一下我们后面的旗峰法律讲坛，这是东莞市第一个完全以法律为内涵的讲坛。说实在话，这个讲坛我们筹划了很久，当我在中院的时候，就很想做一个专属于法律人的讲坛，但是很不幸，一直没有搞成。那么现在，在各方的努力之下，我们把这讲坛搞起来了，而且我们很荣幸，今天邀请了两位著名的学者。一位是今天的主讲人，今天法律讲坛的坛主——赵钢教授；还有一位是广东省著名的法学学者，中山大学法学院的谢晓尧教授。

在这里，我简要介绍一下赵老师。赵钢教授是武汉大学的博士生导师、民事诉讼法学的知名学者，是法律中文核心刊物《法学评论》的主编。赵老师在民事诉讼法这方面进行了几十年的研究，有深厚的理论功底，而且他有个特点——一直关注实务。民事诉讼法这块和审判实务是密切联系的，赵老师在这方面既有理论，又有实务。我希望今天借助这个平台，获取一些更新的知识，开阔我们的视野。赵老师今天讲座的题目是“民事再审事由得失谈”。关

于谢教授,在点评环节再对他进行介绍。现在有请赵钢教授。

※ 正 题 ※

赵 钢:

很高兴、很荣幸,成为旗峰法律讲坛的第一位讲课人。年终了,大家的工作都非常忙,其实我在内心深处觉得高兴和荣幸的同时,也认为自己对你们年底正常的工作秩序多少造成了一定的冲击。今天按照我们的商量,讲座的题目为“民事再审事由得失谈”。大家都知道在2007年《中华人民共和国民事诉讼法》作了局部的修订。修订以后,作为基层法院来讲,原则上已经不再办理再审案件,但不是绝对不办理。法律修订以后,最高人民法院在去年十月份又颁发了一个关于审监程序的司法解释,我们称之为审监解释。法律的修订、司法解释的颁行,从去年四月一日施行以来,到现在已经有一年半的时间,再审实践促使我们对诸多问题,尤其是再审事由问题,产生了一些思考,也做了一些初步的小结,为我们今后再审实践进一步规范进行,为我们的审监立法提供了进一步的实践基础。所以我们今天讨论的话题是“再审事由得失谈”。实际上有诸多问题,它早已超过了再审的问题,它是我们民商事审判的一些共同问题,我们也借助这一话题,来一并叙述。

首先,今天讲的是再审事由,它到底是个什么东西?这四个字,恐怕每个人都会有自己不同的理解。那么你要问我再审事由是什么,我会说:再审事由是一道门槛。这道门槛的设置高低得当与否是非常讲究的。如果说再审事由这个门槛设置过高,将会导致许多申请再审的当事人在进入再审程序上受阻,形成障碍,难以寻求法律的救济;那反过来讲,如果再审事由这个门槛设置过低,恐怕就会有相当多的当事人轻而易举地越过这道门槛,进入再审程序,与此同时,它也会带来相应的负面问题。比方说,那么低的门槛,大部分已结案件申请的当事人都能够轻易跨过,那么直接导致当事人对再审程序、审监程序的非理性利用,带来司法资源的无谓投入,带来司法权威以及生效裁判的动摇等等。那么到底应该怎么设置?现有的再审事由是不是得当,相关法律规定、司法解释、再审实务反映出来的问题,究竟怎么评价?我们先从规则入手,然后再来做小结性的概括。

既然从规则入手,我们得先看一看,回忆一下,追述一下《民事诉讼法》在修订以前,对再审事由是如何规定的。但凡从事民商事审判的同志,应该都很

清楚,在修订以前,《民事诉讼法》第179条第1款规定了五种再审事由,我很快地叙述一下:第一,有新的证据,足以推翻原判决裁定的;第二,原判决裁定认定的主要证据事实不足的;第三,原判决、裁定适用法律确有错误的;第四,人民法院违反法定程序,可能影响案件正确判决、裁定的;第五,审判人员在审判该案过程中,有贪污受贿、徇私舞弊的行为的。这是原来的再审事由。根据长期的再审实践及既往的研究,司法实务界和法学理论界形成了共同的认识:这五种再审事由是有毛病的。毛病集中在这两个方面:第一,再审事由过于粗陋,缺乏可操作性。比如说,什么叫人民法院违反法定程序,可能影响案件正确判决、裁定的?法定程序有很多,大程序、审判程序、执行程序、小程序,还有一些不大不小的程序。显然不是所有的程序违法都会导致案件的正确判决、裁定受到影响,只有那些影响到正确判决裁定的,这样的程序违法,可以作为再审事由。但是哪一些呢?不清楚,我们缺乏精确的内涵。缺乏精确的内涵就会造成理解不一,理解不一就会造成操作不一。同样的程序违法,可能在不同的法院,甚至在同一法院的不同法官下,就会得出不同的结论。所以这就是个很大的问题,直接造成我们适用法律的不统一,带来一系列问题。第二,区区五种再审事由,说的朴素一点,少了,数量上少了,面窄了,没有能够涵括以往再审实践一再证明的理应再审的全部情形。所以说得完善,得通过法律修订,予以完善。当然在立法完善的过程中,也曾经下发过几个征求意见稿,或者说草案。其中有一个征求案的意见稿,曾经把再审事由从数量上扩充到十八个,但其实并不是说越多越好,其中也会有冲突、不周严的地方。最终经过修订,我们的再审事由,规定在179条,有两款,我把它概括为十三加二。并不是只有我这样来形容,最高院也是这样叙述。有人说,十三加二,为什么不直接说十五种再审事由?不一样。第179条的第1款的13种再审事由,是相对具体的再审事由,第2款的两种再审事由是相对抽象概括的再审事由。它们不能适用于等量制。十三加二是准确的、科学的。否则为什么是两款呢?

下面我结合自己的体会,结合法律的规定,结合司法解释来做一下解析。

先来看第1款的13种再审事由。《民事诉讼法》第179条规定的13种再审事由是可以类型化的。类型化有助于帮助我们加深认识,尽可能妥善地适用。关于13种再审事由的类型化,有不同的看法,我个人认为,如果要把类型化的工作和立法直接挂钩,不妨分为四类:

第一类,诉讼证据类的再审事由;第二类,法律适用类的再审事由;第三类,诉讼程序类的再审事由;第四类,其他事由。下面分别来说:

第一类,诉讼证据类,一共包括五项。

第一种,有新的证据,足以推翻原判决、裁定的。这个是原来的再审事由有的,实践证明,这一再审事由是准确的,因此保留。那么在第一种再审事由里面,它的关键词是新的证据。那么什么样的新证据构成再审新证据呢?其实在2001年年底,最高人民法院下发的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》里面对二审新证据和再审新证据已有所界定,那么现在,在去年年底下发的审监解释(编者注:全称为《最高人民法院关于适用〈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》,以下简称“审监解释”)里,它对再审新证据又有界定,如果这个规定和2001年的规定冲突,当然是适用去年这个新规定。那么,我们来看一看,审监解释是这样讲的:申请再审人提交下列证据之一的,可以认定为再审新证据。有这么三种情形,还有一种补充说明:第一,原审庭审结束前已经客观存在,而庭审结束后新发现的证据;第二,在原审庭审结束之前已经出现,但因客观原因无法取得或在规定期限内无法取得的证据,同样构成再审新证据;第三,原审庭审结束后,原来作出鉴定结论或者勘验笔录者重新鉴定、重新勘验,推翻了原结论的证据。对于构成新证据的规定,学界也有议论,比方说,为什么原来作出鉴定结论在原审结束后,在非常程序中,你怎么去推翻结论?你在什么程序中去推翻?为什么允许它?原来指定的鉴定机构以外的鉴定人能不能重新鉴定?似乎不能,为什么不能?这需要解释。另外一个,勘验笔录的制作者是谁?法院工作人员,在原审结束以后,他在什么程序中作出新的勘验笔录?没有程序的依托。我提出这么一些看法,值得思考。另外,第2款还有一项规定,当时在原审中提供的主要证据,原审未予质证、认证,现足以推翻原来判决裁定的,视为新的证据。一个总的印象是,审监解释第10条关于再审新证据的鉴定,其范围是非常宽泛的。甚至可以说,宽泛到无以复加。为什么要对再审新证据进行这种宽泛的规定?其实我个人认为,已经不能仅仅在诉讼架构内解释这个问题。因为现在我们要通过具体机制的设置,来实现我们人民法院通过自己的司法活动来为促进和谐社会的构建发挥共同的作用。其实这是所谓落在具体规定的一个体现。但怎么看?怎么评价?正面的?还是负面的?仁者见仁,智者见智。这是诉讼证据类的第一种再审事由。

第二种,原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的。主题字是基本事实,多朴素的四个字!案件的基本事实。你可不要小看审监解释的这些规定。案件的基本事实,我们叙述得太多了。我们教科书上经常使用这个概念,我们审判过程中经常使用这个概念,但是请问诸位,我们既往的规则中,有哪一个规则明白无误地告诉我们,什么样的事实叫案件的基本事实?在我有限的了

解内,似乎没有。以往的规则没有告诉过我们,什么样的事实构成案件的基本事实。这次有了。审监解释第11条对基本事实是这样界定的:对原判决、裁定的结果有实质影响、用于确定当事人主体资格、案件性质、具体权利义务和民事责任等主要内容所依据的事实,构成基本事实。解释开来,五种事实,只要有其一,均可认定为案件基本事实。第一,对原判决、裁定的结果有实质影响的事实;第二,用于确定当事人主体资格的事实;第三,用于确定案件性质的事实;第四,用于确定当事人具体权利义务的事实;第五,用于确定民事责任的事实。这都构成基本事实,有其一即可。我理解,这是我们的规则层面。司法解释首次明白无误地告诉我们,什么构成案件的基本事实。以前都是学理,尽管实务中有使用,但缺乏规则支撑,难免带有随意性。

第三,原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的。这个不再详说,证据规定有明确说明。

第四,原判决、裁定认定事实的主要证据未经质证的。这是严重的程序瑕疵,作为再审事由一点也不为过。

第五,对审理案件需要的证据,当事人因客观原因不能自行收集,书面申请人民法院调查收集,人民法院未调查收集的构成再审事由。实质上是四个字,拒绝查证。关键词是审理案件需要的证据。什么样的证据构成审理案件需要的证据呢?审监解释12条有非常抽象的规定对之有所提及。对于审理案件需要的证据,是指人民法院认定案件基本事实所必需的证据。

我作一点学理上的小结,有两点。第一点,诉讼证据类的再审事由,从数量上考察,由原来的两项增加为五项,其中第一项原样保留,第二项到第五项是在原来第二项的基础上扩充而来、细化而来的,基本涵盖了全部的诉讼证据类的再审事由;第二点,第五种再审事由的确定及其使用,已经在再审实践中带来规则设定者原本没有想到的现象或结果。一方面是直接加大法院的查证负担。相应地,使得原本具有举证责任的当事人利用此项规定向法院转嫁自己的举证负担。此话怎讲?从最原始的举证责任中看,谁主张谁举证。当然有搜集证据的能力大小,申请法院搜集证据,这一规定早已有之。但是原来的查证规则有一个缺陷,那就是向法院提出查证申请,如果法院拒绝查证,在任何情况下都不会带来任何后果,因此当当事人向法院提出查证申请,而法院一时半会儿在很短时间内不能立马判定其申请查证的是不是就是本案审理所需要的证据,有的能一下看出来,有的不能立马看出来。原来在这种情况下,往往因为没有后果,法院会拒绝查证。现在把其设置为一项再审事由加以确定,仿佛在法官脖子上搁上了一把利剑,当在实践中很难确定是否是案件审理需