“再审之诉”的理论悖论与实践困境

——申请再审权性质重述

吴英姿[[1]](#footnote-1)﹡

内容提要：将申请再审权的性质标定为诉权，以此为理论基础对我国民事审判监督程序进行“诉权化改造”，构建“再审之诉”的观点在理论与实务界都获得了高度的共识，已经影响到民事诉讼法修改。但是，再审之诉所隐含的理论悖论没有得到正视；经历两度修改的审判监督程序的实践并没有达到修法预期，依旧深陷再审难与再审滥的泥潭。与诉权的绝对性、不能附加条件的基本权利属性不同，申请再审权在性质上属于诉讼权利，且不同于上诉等基础性程序异议权，是一种非常异议权。该属性与既判力原理、再审程序补救功能具有高度的匹配性，应当以此为法理基础重述再审制度构建原理。修复司法公正的制度目的使再审程序的诉讼标的具有公益性，要求限制当事人处分权，并与其后重新开始的本诉审理程序相区别。

关键词：再审之诉 申请再审权 程序异议权 审判监督程序 7号指导性案例

以“再审之诉”改革我国民事审判监督程序的观点在我国理论与实务界早已形成高度共识，并影响到制度改革与实践。按照再审之诉理论进行的程序设计经过两次民事诉讼法修改已经部分体现在立法上。但是，修法后再审程序实践表明，改革所期望解决的再审难和再审滥问题依然顽固。从制度有效性的角度看，再审之诉理论正面临实践困境。再审之诉的理论起点是申请再审权的诉权属性，核心命题是对审判监督程序进行“诉权化改造”，按照诉的原理重构再审程序。从理论逻辑上看，该命题中隐含着两个有张力的问题：诉权的绝对性与再审程序的补充性原则是否存在冲突？遵循处分权原则的再审之诉与遵循法律监督原则的再审制度是否存在冲突？对此既有研究并未做出圆满的解答。故以为有必要从学术史角度回溯再审之诉核心概念和关键命题的形成进路，运用诉权理论、既判力理论和再审制度原理检讨其中的理论误区，或有助于准确诠释再审制度构建原理，解决具体问题上的争议。

1. “再审之诉”提出的过程及其理论悖论

我国学者提出再审之诉概念的背景是基于审判监督程序实践的两难处境：一方面是当事人普遍感觉申诉或申请再审很难获得法院启动再审的“再审难”；另一方面是法院认为再审程序频繁启动、一些案件反复再审而致“再审滥”，破坏生效裁判的既判力，削弱司法权威。在分析原因时，学者们主要归咎于审判监督程序的制度设计缺陷：一是审判监督程序的功能定位为“监督”，偏离再审程序的制度原理。1982年制定的《民事诉讼法（试行）》（以下简称“82试行法”）只规定了最高人民法院、上级法院提审或指令再审，本院审判委员会讨论决定再审的审判监督程序启动方式，辅以当事人申诉襄助法院发现错误。江伟教授曾经这样解释立法本意：“（审判监督程序）最初不是考虑给当事人使用的。”[[2]](#footnote-2)学者批评说，这样的制度安排是照搬前苏联基于列宁的国家干预私法的法律监督思想而构建起来的，强调国家对民事法律实施监督和对民事行为进行干预的民事理论的产物。这样的审判监督程序在性质上是一种源自国家权力的外部监督机制，制度的运行不以当事人的意志为转移，不符合民事诉讼的“诉”的性质，与大陆法系再审程序功能定位存在很大差别。二是立法指导思想是“实事求是，有错必纠”，将制度目的确定为纠错，有太浓的职权主义诉讼模式色彩，不符合民事诉讼处理民事纠纷的程序特点，不尊重当事人处分权，与正在发生的当事人主义诉讼模式转型趋势不符，也是导致再审滥的原因。如李浩批评到：“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。”他指出，立法指导思想偏颇体现为再审程序的设置缺陷，比如赋予法院主动发动再审且无期限限制，还允许当事人未经上诉直接申请再审等等。[[3]](#footnote-3)三是没有规定启动再审的条件或法定事由，法院审查、决定再审的过程按照行政权力运作方式进行，“在法的结构上欠缺了认识和确认再审事由的程序。”[[4]](#footnote-4)这导致审判监督权缺乏约束，在审查决定是否启动再审程序时不可避免地存在任意性和随机性。表现在当事人对自己的申请是否可以获得再审启动难以预测，事实上常常是泥牛入海；但如果有人大个案监督或领导督办、甚至新闻舆论关注则更容易获得再审的启动。

1991年《民事诉讼法》（以下简称“91年民诉法”）改当事人申诉为申请再审权，增加了检察院抗诉，规定了申请再审和抗诉的法定事由。学者对此给予了高度评价，认为申请再审权“标志着启动再审诉权化的开始”。[[5]](#footnote-5)不过，91年民诉法没有改变法院审判监督权决定再审程序启动的格局。当事人申请再审和检察院抗诉的作用在于辅助和增强审判监督权。对此，学者认为，尽管有所进步，但立法仍然没有跳出原有的立法思路。如李浩指出：“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。”但是，“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。”[[6]](#footnote-6)以及张卫平的批评：“我国现行再审制度是建立在审判监督权和检察监督权基础之上的，建构在这种权力基础上的审判监督程序没有能够与民事诉讼的特性、民事诉讼的基本原则、民事诉讼的一般原理整合，从而导致了再审制度与民事诉讼基本原则和原理的紧张和冲突，现行再审制度运营中的若干问题大多源于这种紧张和冲突。”[[7]](#footnote-7)毕玉谦认为：“根据诉权基本原理以及民事诉讼的本质属性，当事人才是提起再审之诉的主体，甚至是唯一主体。”[[8]](#footnote-8)针对以上问题，学者们主张用诉权和诉的原理重构我国的再审程序。基本思路是：再审程序的立法指导思想应转换为“兼顾纠正错误裁判与保持生效裁判的稳定”；再审制度的基础应置换为再审诉权，按照诉的原理建构“再审之诉”，取消法院依职权发动再审，限制检察机关的抗诉监督，增强当事人申请再审权。[[9]](#footnote-9)

构建再审之诉，首先就是按照“诉”的原理和保障申请再审权的要求，对法院审查再审申请的环节进行诉讼程序改造，规范法院审判监督权。学者吸纳德国、日本学者关于再审程序的“三阶结构”的分析，指出再审程序实际上要经过三个阶段的审查，且每个阶段的审查方式和诉讼标的各不相同，据此就审判监督程序提出了先（由立案庭）对再审申请进行形式审查，决定是否立案；立案后再（由审判监督庭）进行再审事由审查及再审审理的所谓“二阶结构”诉讼程序设计。[[10]](#footnote-10) 接着就是进一步明确申请再审的法定事由，通过明确什么情形可以启动再审来限制法院审查过程中的恣意，同时防止当事人滥用申请再审权。这些建议在2007年《民事诉讼法》修改时为立法者所采纳。[[11]](#footnote-11)2008年《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》（法释〔2008〕14号，以下简称“《审监程序解释》”）增加了案外人申请再审权。2012年修改《民事诉讼法》（以下简称“12年民诉法”）继续沿着这个思路，进一步强化申请再审权和检察监督权，增加检察院再审检察建议权，赋予当事人申请抗诉或检察建议的权利，同时微调再审事由，限定申请再审权时效与次数，并把案外人申请再审纳入立法，赋予对驳回执行异议裁定不服的案外人申请再审权。

然而，看似有高度正当性且成为“诉讼法学理论界和司法实务部门多数人的共识”[[12]](#footnote-12)的再审之诉理论，其实是经不起推敲的。其中隐含的理论悖论至少有以下三个方面：

1.诉权的绝对性与再审程序的补充性原则相冲突。再审之诉论者将申请再审权的性质等同于诉权，或者“广义的诉权”、“诉权的延伸”。比如李浩认为：基于民事诉讼与民事权利一致性的本质，“立法者把申请再审的权利赋予当事人，唯有当事人才有权决定是否要求再审。于是，启动再审的机制被设计成一种诉，被作为诉权的一种表现形态，将其塑造成当事人所享有的起诉权的继续和延伸。”[[13]](#footnote-13)张卫平也认为，（再审）程序的启动是基于当事人的一种广义诉权。[[14]](#footnote-14)刘敏呼吁“将公民的公正审判请求权作为当事人申请再审权的宪法基础”，认为“保障当事人的申请再审权利，是对当事人的公正审判请求权这一宪法权利的落实与体现。”[[15]](#footnote-15)尽管他采用的是“公正审判请求权”一词，但就该权本质特征的论证而言，与诉权没有根本的分别。然而，论者似乎并没有认真思考过诉权的本质特征与再审程序功能定位和基本原则是否匹配的问题。尽管民事诉讼法学界对诉权概念争论不休，但都承认诉权理论的关键命题是：其一，诉权的纯粹性，即诉权的存在不以实体权利的存在为前提。其二，诉权的主动性（相应的是审判权的被动性），所谓“有诉才有裁判”。其三，审判权对诉权的应答性，所谓“有诉必有裁判”。法官不得以任何理由（包括法无明文规定或案件事实查不清等等）拒绝审判。这些命题归结为一点，就是诉权的绝对性，即不得对当事人行使诉权附加任何条件。如果按照诉权保障和诉的原理构建再审之诉，其制度逻辑应该是：法院必须无条件接受当事人申请再审的诉求。但是，面对潮水般涌向法院的申请再审及其给既判力带来的冲击，面对持续低迷的再审率，论者又认真讨论了再审程序的补充性原则，指出再审程序是在普通程序救济途径用尽前提下才可以寻求运用的。按照补充性原则，任何一个国家的法律都规定，当事人申请再审必须符合法律规定的事由。换句话说，申请再审权遵循的是附条件行使、经法院审查启动再审程序的原则。且当事人仅声称有法定事由还不行，还要有足够的证据和理由让法院相信，法定事由确实存在；并据此解释申请再审难的必然性，呼吁“理性地对待再审难”。[[16]](#footnote-16)显然，在充分保障申请再审权实现的理论要求与再审程序补充性原则之间存在一个理论空洞和逻辑断裂，无法整合在一套理论体系中。遗憾的是，这一漏洞被有意无意地忽略了。

2.再审之诉的当事人处分权主义与法律监督的国家干预主义之间的冲突。再审之诉的制度逻辑是以当事人的处分权为主导。再审程序的启动、中止、终结都应当受当事人处分权的决定。与此相对，法院审判监督和检察院抗诉的基础是法律监督权。法律监督权的公权力属性，使之不具有可处分性。刘家兴曾经就基于监督权的审判监督程序与基于诉权的再审之诉的区别有过提示：“前者贯彻国家干预原则，后者体现的是当事人自由处分原则。”但他认为在我国当前的客观情况下，对民事案件排除国家干预、取消法院依职权决定再审未必适宜。所以主张在保留审判监督程序的同时，并列设置当事人再审之诉，“采取双轨制的再审制度”。[[17]](#footnote-17)但是，“双轨制”的再审程序必然同时包含两套制度逻辑。在检察院抗诉和法院决定再审后，当事人撤回再审申请时，两套制度逻辑的冲突便会显现出来。

在如何解决这一冲突的问题上，从历年相关司法解释看，最高法院采取的是“处分权决定”的原则。2000年发布的《最高人民法院审判监督庭印发<关于审理民事、行政抗诉案件几个具体程序问题的意见>的通知》（法审[2000]11号）规定：“人民法院对民事、行政抗诉案件裁定再审后，向人民检察院申诉的当事人书面申请撤回申诉，人民法院应当裁定终结再审诉讼。如果人民检察院是以生效裁判损害国家利益或者社会公共利益为由提出抗诉的，应当依法继续审理，及时作出再审裁判。”此规则在学界不乏支持者。比如张卫平从民事诉讼程序与民事诉讼权利内在的一致性从发，论证民事权利与程序权利（包括再审救济权）的一致关系，从而要求审判监督权和法律监督权都要让位于当事人对再审案件的处分权。[[18]](#footnote-18)2004年出台的《最高人民法院关于人民法院在再审程序中应当如何处理当事人撤回原抗诉申请问题的复函》（法函[2004 ] 25号）重申：“人民法院对于人民检察院提起抗诉的民事案件作出再审裁定后，当事人正式提出撤回原抗诉申请，人民检察院没有撤回抗诉的，人民法院应当裁定终止审理，但原判决、裁定可能违反社会公共利益的除外。”2008年发布的《审判监督程序解释》第34条再次确认此规则。该规则在最高人民法院2012年发布的第7号指导性案例（以下简称“7号案例”）上走得更远。

7号案例中，当事人在向最高人民法院申请再审的同时也向检察院申请抗诉。在最高人民法院决定再审后，当事人以与对方达成和解且履行完毕为由申请撤回再审申请，获得了法院准许。就在法院裁定终结再审程序后，检察院审查抗诉申请的程序才得出结论，最高人民检察院决定提出抗诉。最高人民法院立案庭收到民事抗诉书后将案件移送审判监督庭审理。审判监督庭经审查发现，当事人就该案曾向本院申请再审，其纠纷已解决，且申请检察院抗诉的理由与申请再审的理由基本相同，遂与最高人民检察院沟通并建议其撤回抗诉。但最高人民检察院不同意撤回抗诉。最终，最高人民法院裁定本案“终结审查”。裁定的理由是：对于人民检察院抗诉再审的案件，或者人民法院依据当事人的申请或依据职权裁定再审的案件，如果再审期间当事人达成和解并履行完毕，或者撤回申诉，且不损害国家利益、社会公共利益的，为了尊重和保障当事人在法定范围内对本人合法权利的自由处分权，实现诉讼法律效果与社会效果的统一，促进社会和谐，人民法院应当裁定终结再审诉讼。该案总结的“裁判要点”是：“人民法院接到民事抗诉书后，经审查发现案件纠纷已经解决，当事人申请撤诉，且不损害国家利益、社会公共利益或第三人利益的，应当依法作出对抗诉案终结审查的裁定；如果已裁定再审，应当依法作出终结再审诉讼的裁定。”学者对于7号指导案例多予以积极评价，认为该处理结果强调的是对当事人处分权的尊重，体现的是《民事诉讼法》规定的处分原则在审判监督程序中的适用，符合民事诉讼的本质属性，彰显了当事人在诉讼中的程序主体地位。[[19]](#footnote-19)

有学者敏锐地发现，7号案例实际上确立了一个新规则：检察院抗诉的案件，法院审查期间当事人撤回申请的，只要不损害国家利益、社会公益或第三人利益，人民法院应当裁定终结程序。该规则的确突破了民诉法规定的“对于人民检察院提出抗诉的案件，人民法院应当裁定再审”的规则。07年民诉法第188条（12年民诉法211条）规定的“人民检察院提出抗诉的案件，接受抗诉的人民法院应当自收到抗诉书之日起三十日内作出再审的裁定”，表面上规定了人民法院“审查”抗诉的权力，但并没有改变“抗诉即再审”的规则。该条的立法目的重点在于约束法院审判权，即明确法院必须在规定期限内做出裁定，防止接到抗诉书后拖延不做再审裁定的行为。论者一针见血地指出，7号案例确立的新规则突破了民事诉讼法“抗诉即再审”的规定，确立了法院可以对检察院的抗诉进行审查的规则。该规则对民诉法规范作出了缩限性解释，限制了检察抗诉的效力，同时对自己的权力作了扩充。[[20]](#footnote-20)从裁定理由看，最高法院作出裁定的依据并非来自法律规定，而是法律之外的理由（所谓“促进社会和谐”），以及比照自己的司法解释进行的“类推适用”。该案的处理尽管在个案中起到“案结事了”的效果，但客观上违背了民事诉讼法，而且否定了检察院抗诉的法律效力，削弱了法律监督的权威性，很难说达到了最高法院自己标榜的“法律效果与社会效果统一”。一位检察官兼学者曾就处分权决定检察监督权的结果做过如此评论：

“在诉讼安定原则、民事诉讼处分原则以及当事人私权救济目的等面前，它（检察院法律监督）不得不舍弃对一些审判违法行为的监督，即使这些审判违法、裁判违法己经审查发现。这样，检察监督实际更多指向了案件结果，而不是审判权、审判行为、审判主体。因此在一定意义上检察监督也更多指向了私权救济，而不是公权监督。这一现实反映了抗诉这一动摇既判力的特殊监督方式在实现民事诉讼法律监督目的上的有限性、局限性。”[[21]](#footnote-21)

可见，当事人处分权决定主义虽然得到再审之诉论者的一致肯定，但其正当性却因超越民诉法规定和背离法律监督权的基本法理而令人质疑。换句话说，再审之诉制度逻辑与基于监督权的再审制度逻辑存在某种割裂。这种割裂在当事人申请再审和检察院抗诉同时发生时必然引发价值冲突并造成司法资源的浪费。尽管在2012年修改民诉法的时候，立法者设置了当事人申请抗诉或检察建议必须先经向法院申请再审的前置程序，[[22]](#footnote-22)但并不能从根本上解决问题。在检察院依职权抗诉和法院依职权决定再审的情形，这样的冲突仍然是不可避免的。

3.案外人申请再审权与既判力相对性的冲突。当初最高人民法院以司法解释方式赋予案外人申请再审权时，并没有做任何理论论证。立法者也没有追问案外人申请再审权的理论基础就将之写入了民事诉讼法。我们只能就实际运行的情况猜测，其目的大概是赋予因恶意诉讼而利益受损的案外人以救济途径。但是，根据程序保障与程序效力原理，只有获得程序保障的当事人才必须承认确定裁判的既判力。换句话说，既判力效力的主体范围仅及于本案诉讼当事人。任何没有参与诉讼者不受既判力约束，当然也没有对生效裁判的既判力表达异议、要求改变的权利。只有发生既判力扩张的法定情形下，法律才赋予其利益受既判力意外影响的案外第三人以提起异议之诉的方式请求法院撤销。但这种案外第三人撤销之诉本质上属于普通诉讼，不是再审程序。典型如法国民诉法上的第三人异议之诉，是指判决效力扩张使其利益受到影响的当事人以外的第三人，针对已生效判决影响其利益的部分提出异议，请求法院撤销该内容的诉讼。《法国民事诉讼法》第591条规定：法院判决第三人异议成立的，仅就有损于该第三人利益的原判决事项作出取消或者变更的判决。原判决在其当事人之间仍然保留其效力，包括经第三人异议被取消的判决事项。该法第592条规定，对于第三人异议之诉的判决，当事人可以提起上诉。[[23]](#footnote-23)可见，第三人异议之诉在性质上属于普通诉讼而非再审程序，而且法院撤销原判决内容的判决效力也仅对该第三人有效，并未突破判决效力相对性原则。反观最高院司法解释，让案外人以申请再审的方式寻求救济，固然有助于揭露当事人恶意诉讼的行为，有助于法院纠正因恶意诉讼形成的错误裁判，但无法回避制度基础与既判力相对性原理发生冲突的理论问题。[[24]](#footnote-24)

二、再审之诉理论缺陷成因分析

仔细分析既有研究中有代表性的论证，可以发现导致上述理论缺陷的因素至少有以下几个方面：

1.分析工具错误。再审之诉理论的逻辑起点是申请再审权的诉权性质，其关键词是“诉权”。吊诡的是，在所有的论证中，诉权理论始终未能真正成为分析工具。从前面的学术史梳理中已经看出，学者是从申诉权的公民基本权利性质简单推演出“申请再审权应当是诉权”，以及应当“对审判监督程序进行诉权化改造”的命题的。在之后的讨论中，申请再审权的诉权属性并没有得到充分展开。被论者当做重要理论依据的主要有：（1）处分权理论。论者从民事诉讼与民事权利的一致性从发，把民事诉讼法上的处分权原则理解为民法上“私法自治”原则的体现，以当事人处分权主义论证再审之诉的正当性。[[25]](#footnote-25)（2）诉讼模式理论。论者以审判方式改革引发诉讼模式变迁，论证以申请再审权作为再审程序启动与终结的主导性权利，符合当代中国诉讼模式向当事人主义转型的方向。[[26]](#footnote-26)（3）程序正义理论。论者以程序正义理论批判“有错必纠”的指导思想，主张我国的再审程序应当由实体纠错型模式向程序救济型模式转变，从有错必纠转变为“有限纠错”。[[27]](#footnote-27)回头细看，学者自始至终没有发挥诉权理论这个透视镜的作用，以至于未能观察到申请再审权与诉权的本质区别。

2.对大陆法系“再审之诉”的误读。德国、日本等大陆法系国家民事诉讼法上的“再审之诉”虽然有“诉”之名，但其属性是一种区别于通常诉讼的特殊性质的请求，即一种“非常规”救济手段。其非常规性表现为，当事人启动这一程序要符合严苛的条件和非常重的证明负担，以至于为启动这种救济途径不仅要付出很高的成本，而且启动失败的几率很高。这样的制度安排目的很明确，就是为了避免再审程序对既判力构成威胁，压低当事人通过再审获得额外救济的预期。比如德国民事诉讼法上关于再审程序的学理解释，首先强调“已发生既判力的确定判决不受攻击。”“仅仅因为判决不正确是不能容许撤销或变更”确定判决的，否则“既判力就失去了意义”。判决即使在产生过程中发生了重大的程序或内容瑕疵，也应当被看做是有效的（所谓“实质既判力”）。仅在法律规定的例外情形许可启动再审冲破既判力，即取消“形式既判力”。法律上的例外限于严格且非常狭窄的范围内，一是有特别重大的程序瑕疵的情况，可以通过无效之诉（Nichtigkeisklage）再审。所谓严重的程序瑕疵并不需要考虑是否对裁判实体内容发生影响。另一个是出现了伪造判决或可受刑法处罚的行为伪造判决基础的情况，可以通过重审之诉或修复之诉（Restitutionsklage）进行再审。其目的在于补救判决基础上的严重瑕疵。[[28]](#footnote-28)无论哪一种再审之诉，其本质都是一种“例外”的救济途径，是在通常救济手段用尽前提下，出现符合法定条件的情形才可以启动的救济程序。这些条件基本上都是从诉讼记录上一眼就能看出的显著的违法、犯罪或错误事实。在意大利，只有最高法院可以决定撤销生效判决。其条件是该判决与最高法院做出的生效裁判（先例）相冲突。最高检察官作为公共利益的代表，有权以“法律的利益”之名义提起抗诉，启动撤销生效裁判的程序。而且撤销的效果仅限于该判决作为最高司法先例的效力，并不影响原生效判决对当事人的约束力。[[29]](#footnote-29)但我国学者在解读再审之诉时，因带有明确的对策指向而出现选择性认知偏差。论者运用诉的种类、诉讼目的、诉讼标的等关于诉的一般原理解析大陆法系的再审之诉，认为其再审之诉的目的具有双重性，分别是请求撤销原判决重新进入诉讼程序和审理裁判起诉人的实体主张；相应的有两个诉讼标的，一是再审之诉本身的诉讼标的，二是原诉的诉讼标的；前者为形成权，后者依原诉的性质而定；再审之诉相对于原来的诉讼程序是一个新的诉讼程序，“当事人要求再审须以提起诉讼的方式进行”，所以称为“再审之诉”。[[30]](#footnote-30)然而，正如王亚新委婉地指出的：“（我国）法学界目前对‘再审之诉’的一般理解，其实反映了我国语境下某些特殊的情形，而部分地有别于大陆法系德、日等国民事诉讼中此概念的原意”。[[31]](#footnote-31)

3.“再审难”问题意识的误导。如前所述，我国学者提出以再审之诉改造审判监督程序的进路，是籍由“申诉难”、“申请再审难”问题意识的引导，从强化当事人申请再审权出发，以约束审判监督权的行使为手段，最终证成“构建再审之诉是修法的必然出路”的结论。全国人大法工委第一次将修改民事诉讼法列入立法议程时，选择了局部修改的方案，并基于“社会反映最强烈的问题之一是再审难”的考虑，确定审判监督程序作为法律修改的一个重点。该修法任务所确定的目标显著地强化了学者们上述问题意识，也框定了论者研究的视野。但这样的问题意识是否符合中国实际是值得检讨的。若将视野放宽到整个司法制度的立法与实践，就可以看到中国真正的问题是“上诉难”，而不是再审难，充其量不过是以再审难表达出来的上诉难。事实证明，两审终审的制度安排不能完全吸收当事人的不满，而请示汇报、内部函等行政化运行方式导致上诉失去意义。那些对二审裁判仍然不满又没有机会上诉的当事人，除了部分选择隐忍放弃外，相当一部分选择了信访、申请再审、申请检察院抗诉等途径继续表达异议。结果再审程序被当做三审的替代品，超出了立法对再审程序的功能定位。与此同时，法院从维护司法权威的角度考虑，不愿意轻易启动再审程序。于是，客观上出现了制度供给远远小于社会需求的矛盾，又以“再审难”的抱怨表达出来。可见，要从根源上解决再审难，应当将修法的焦点聚集在审级制度上。但理论研究者和立法者却把改革对象错误地定位在再审程序，走上了一条“头痛医头”治标不治本的歧路。

4. 再审之诉的目的论悖论。目的决定手段，不同的目的决定不同的制度安排与实践模式，因此是一个需要认真对待的问题。总体上看，再审程序的制度目的并未得到充分的议论。既有研究大多没有认真区分再审程序与普通程序的目的；而且在涉及民事诉讼处分权原则时，又多与民法上的处分权原则简单等同，导致理论认知层面将再审程序与普通程序混同。有学者尽管意识到检察机关在再审程序中不同于当事人的性质与地位，承认检察机关在民事诉讼中被定位于审判监督者和司法公正的守护者，检察机关以抗诉方式参与民事诉讼，绝不是为了维护一方当事人的利益，“不是为了帮助败诉的一方实行逆转”，而是国家利益、社会公共利益的代表者和守护者。为了确保监督的公正性，要求检察机关“客观义务”。但同时又认为，民事诉讼中当事人处分权具有“支配地位”，“民事诉讼制度的利用和程序的展开而言，要取决于当事人的意愿，要尊重当事人的选择。检察机关在民事诉讼中履行监督职责，也必须符合民事诉讼制度的本质。”据此主张检察院对民事诉讼法律监督权应当具有“被动性”：

“检察机关对民事诉讼的法律监督，又受制于当事人的意愿和行为，如果当事人不向检察机关申诉，检察机关就不能主动地对法院的民事审判活动实施监督。……即使在审判监督程序这样的特殊救济程序中，法院的审判监督权与检察院的诉讼监督权也必须为合法的处分行为让路。……对于仅仅关涉当事人私益的案件来说，无论引起抗诉的事由是哪一种，只要申诉人不再要求抗诉，检察院都没有理由一定要把抗诉进行到底。即使是抗诉的事由是原审的审判人员存在贪污受贿、祠私舞弊、枉法裁判行为，检察院同样需要尊重当事人的选择。”[[32]](#footnote-32)

按照这个逻辑，当检察院抗诉权遭遇当事人处分权的时候，检察院的“客观”立场就可以放弃了。这个论证思路明显是把民法上的处分权原则简单嫁接到了民事诉讼法上。其深层次的问题是用普通程序的制度目的来涵摄再审程序的制度目的。但这样的思考是不严谨的。

首先，民事诉讼处分权原则不同于民法上的处分权原则。当事人为民事行为时，通常不涉及第三人或公共利益，意思自治因此成为民法的最高原则。而诉讼制度不仅仅为当事人而存在，它是国家为全体社会成员提供的公共产品，带有公益性质，也是有限资源。如果说民事权利受民事主体自由意志支配，只要不违反法律禁止性规定，民事主体处分自己权利的行为都是具有法律效力的，所谓“法无禁止皆可为”；那么，民事诉讼公正解决纠纷目的与正当程序原理则对当事人的诉讼行为规定了诸多限制，要求当事人须“在法律范围内”处分自己的诉讼权利：（1）在保障当事人行使处分权同时，不得突破最低限度的程序保障要求、抽离程序效力的根基，不得破坏程序安定性；（2）当事人在处分自己的实体权利和程序权利时，不得损害对方当事人的程序利益和他人平等利用诉讼制度的机会。[[33]](#footnote-33)可见，民事诉讼上的当事人处分权不是绝对的、无限的。比如，最能体现民事诉讼当事人处分权原则的诉讼契约，其生效的原理就不同于民事契约，其遵循的是公法上的原理，即符合法律规定才有效，才能构成法律事实，引起法律关系的发生、变更和消灭。[[34]](#footnote-34)

其次，再审程序的目的不同于普通诉讼程序的目的。跳出再审程序，将目光置于整个司法制度结构之上，就能意识到，民事诉讼各个具体制度或程序在服从司法“公正解决纠纷”这一整体目标下，还应该有自己的制度目的和功能定位。如果说普通诉讼程序的目的在于解决具体民事纠纷，那么再审程序的目的在于修补瑕疵恢复司法公正；前者专注于具体个案当事人权利义务争议，后者着眼整体司法公正与既判力权威；前者在程序保障基础上最大限度尊重当事人处分权，鼓励当事人和解与妥协的方式解决纠纷，后者因其恢复社会正义的目的具有公益性而不容当事人任意行使处分权。

还有的学者仅就再审程序的价值目标进行宏大叙事的论证，试图让再审程序兼容和解决司法多重价值问题。比如江伟认为，再审程序的价值取向包括以下方面的内容：第一，安定、秩序与公正之协调；第二，公正与效率之协调。他批评到：现行制度对当事人的申请再审权保障不够，有损公正价值的实现；申请再审的法定期间太长，不利于效率价值和秩序价值的实现；对再审申请审查的时间不确定，忽视了效率价值的要求；申请再审的法定理由粗疏，不利于公正价值的实现。[[35]](#footnote-35)再如江必新论证：“作为一项复杂的法律制度，我国民事审判监督程序还涉及多重价值取向的协调。”认为合理的再审制度“应当综合平衡多种法律价值”，处理好六对关系：一是纠正错误裁判与维护法的安定性之间的关系；二是保护申请再审人权利和保护被申请人权利之间的关系；三是防止违法审判与节约司法资源之间的关系；四是注重个案效果与追求整体利益之间的关系；五是有错必纠与维护司法权威之间的关系；六是治理“再审难”与治理“再审滥”之间的关系。[[36]](#footnote-36)这些讨论显然影响到了立法者修改民诉法的思路。2007年民事诉讼法修改的时候，立法者怀有通过修改一个再审程序解决多种司法痼疾的浪漫愿景，结果让一个再审程序负载了多元制度目的。首先，要同时解决两个有张力的“难”：一是再审难；二是再审滥。典型如法院院长兼学者双重身份的江必新当年牵头提出的人大代表议案中的论证：

“民事审判监督程序作为法律规定的一种特殊救济程序，是确保裁判公正的最后一道诉讼环节。在司法实践中，现行民事审判监督程序本身的缺陷越来越显现出来，影响和制约了审判监督职能的发挥。具体体现在：由于现行民诉法对申请再审事由等规定不够具体明确，造成人民法院对申诉案件是否符合再审条件难以把握，从而形成当事人有理无理均反复申诉，既使某些确有理由的申诉难以进入复查再审过程，又造成一些案件无限申诉、无限再审而浪费司法资源。因此，建议改革民事案件审判监督制度，疏通当事人申请再审的渠道，为当事人申请再审权利的行使提供平等、公开、高效的程序保障。同时，对当事人申请再审进行必要的规范和引导，防止权利滥用和司法资源浪费。”[[37]](#footnote-37)

此外，在修正案提出和交付讨论的过程中，立法者又汇聚了以下修法诉求：（1）强化检察监督；（2）遏制地方保护主义；[[38]](#footnote-38)（3）打击恶意诉讼。从法律修改的结果看，立法者兼容并蓄，将上述修法目标悉数纳入修正案中。修法目的多重突出体现在再审法定事由上。2007年修正案在保留了91年民诉法关于再审事由规定的基本框架基础上，对“认定事实错误”和“严重违反程序”进行了明细化表述，同时增加了“管辖错误”、“剥夺当事人辩论权”、“原判决、裁定遗漏或者超出诉讼请求的”、“据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的”等新事由。从中可以看出，立法者既保留了再审程序的“审判监督”功能，又接受了学界关于再审之诉和保障申请再审权的建议，同时希望体现程序正义理念下维护既判力和司法权威、防止申请再审权滥用的精神，还要兼顾解决司法地方保护主义等问题。2008年最高法院在《审监程序解释》中，又增加了案外人申请再审权，指向防治恶意诉讼，更加剧了审判监督程序的目的多元问题。12年修改虽然对再审事由进行了微调，删除了“管辖错误”一项，但总体上保持了07年修法思路，还认可了案外人申请再审的权利。

然而，试图让一个制度肩负多项法律价值和制度目标所隐含的悖论却是：目标多元等于目标不明。因为不同目标方向不完全一致，相互之间还可能存在冲突。比如：保障当事人申请再审权与维护既判力权威两个目标方向正好相反；强化监督权和尊重处分权的目标也不总是一致的；等等。将不同目标同时确定为一个制度的目的，必将导致各目标之间的零和博弈和制度运作的无所适从。更为重要的是，制度目标不明必然导致制度功能定位模糊，并削弱制度实践可能产生的实效。实际上，“再审难”和“再审滥”两种完全相反的症状同时发作、久治不愈，就是再审制度功能紊乱的显著标志。下文将揭示，修改后的再审程序实践表明，修法所预期的多个目的并未能有效实现，反而陷入制度认同危机的困境中。

三、再审之诉的实践困境

自2007年修改民诉法以来，再审程序的实践并不如立法预期。再审之诉的实践困境日益显现。

1. 再审难与再审滥并存的局面并未有效改观。首先，再审之诉的改造并没有解决再审难问题，诉访并行、诉访不分仍然是再审程序运作的常态现象。在07年修法之前，一些法院已经按照再审之诉的理论设计进行了改革。主要改革举措是在受理和审查环节按照“二阶结构”理论设计，对当事人申请只进行形式审查即“立卷”。根据南京市中级人民法院2007年的一个全国性调查报告，法院受理当事人申请立卷复查的比例连续几年都高达85%。所以，就获得法院受理而言，当事人申请再审并不难。难是难在案件能够真正进入实质性再审环节。表现为获得法院决定再审的案件几率很低、过程复杂、历程艰难。[[39]](#footnote-39) 07年修法规定了法院受理和审查当事人再审申请的法定期限，二阶结构程序成为法定程序。实践中，再审程序大致按照以下步骤运行：第一环节通常由立案庭负责，受理当事人申请，并发给《再审立案通知书》。第二环节多由审判业务庭负责，就当事人申请再审事由是否存在进行实质审查。审查后认为再审事由不成立的，裁定驳回申请；认为申请事由成立的，经审判委员会讨论决定再审，做出再审裁定书。第三环节由审判监督庭按照法律规定的诉讼程序对原案进行再审。有学者观察07年修法后再审程序实施情况，发现一个鲜明的现象是，高级法院和最高法院受理的民事申请再审案件数量成倍增多，案件审理压力突然加大，但无论依当事人申请再审还是法院依职权启动再审及人民检察院抗诉启动再审的案件数量都没有明显增加。[[40]](#footnote-40) 从《最高人民法院公报》公布的全国法院2008年到2015年再审案件司法统计数据看，全国法院受理的再审案件数量居高不下，每年都超过3万件，2009-2011年连续三年超过4万件。而再审率很低，在0.5%左右徘徊，2015年低至0.26%。

全国法院再审案件统计数据（2008-2015）

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 年份 | 再审案件收案数 | 决定再审率 |
| 2008 | 39719 | 0.57% |
| 2009 | 41575 | 0.56% |
| 2010 | 45710 | 0.59% |
| 2011 | 42359 | 0.5% |
| 2012 | 38417 | 0.42% |
| 2013 | 37500 | 0.39% |
| 2014 | 33493 | 0.32% |
| 2015 | 32496 | 0.26% |

按照“二阶结构”的程序设计，法院接到当事人再审申请后，只要形式审查符合条件就必须立案。不少当事人因此对改变生效裁判的结果燃起很大希望。有的当事人甚至认为再审立案通知书就是“原审判决错误承认书”，以此为据理直气壮地要求中止执行。但经过漫长的等待后，大多数案件当事人得到的却是法院驳回申请的裁定。巨大的失落很容易感引发当事人强烈的不信任。因此，当事人感觉再审难是很自然的。一些当事人又回到通过申请抗诉或检察建议、反复信访来施压的老路上。法院普遍面临申请再审数量逐年递增、当事人缠诉闹访、重复申诉的沉重压力。

其次，透过申请再审的数量，我们看到的是再审程序确实成为了当事人谋求“三审”的替代品。再审功能变异的直接后果是“遏制再审滥、维护既判力”的立法目的落空。

2.法院审判监督权、检察院法律监督权行使的任意性问题仍然存在。最为突出的表现为两个方面，一是法院改革局部矫枉过正，超越法律规定的再审事由启动再审程序，扩大了再审程序启动的范围。有的法院将再审启动条件从“确有错误”降低为“可能有错”。[[41]](#footnote-41)有些法院不顾12年民诉法修改时将“管辖错误”从再审事由中删除的事实，仍然以此为由启动再审。[[42]](#footnote-42)这表明，实践中的再审程序功能发挥的重点还是被顽固地定在“纠错”上，与上诉审功能发生混同。二是检察院抗诉和法院决定再审行为的任意性。有调查表明，检察院决定抗诉和法院决定再审的案件，超过90%是以事实错误和法律适用错误为再审事由的。尽管新民诉法对再审事由进行了细化，但实体问题对错界限模糊的本质是无法改变的。正如有学者观察到的：“原生效裁判作出法院、受理申请再审法院、有抗诉权的检察院、申请再审人以及案件对方当事人等申请再审案件多方主体对再审事由标准的认识存在冲突”是客观存在的。[[43]](#footnote-43)这就给法官、检察官提供了很大的解释空间，在决定是否再审和提起抗诉时的主观性与恣意性难以避免。上级领导或分管院长的态度、绩效考核排名压力和评奖评优利益驱动等等因素成为影响抗诉和决定再审的关键变量。[[44]](#footnote-44)立法所期望的约束监督权的目的也难说得到了实现。

3.再审发改率高引发社会对司法制度的信任危机。从法院、检察院公布的数据看，再审案件改判、发回重审的比例都相当可观，两项相加达到40%左右。

全国法院再审案件发改率（2008-2015）

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| 年份 | 本院决定再审 | | 上级法院指令再审 | | 抗诉案件 | |
| 改判率 | 发回重审率 | 改判率 | 发回重审率 | 改判率 | 发回重审率 |
| 2008 | 32.41% | 10.41% | 34.16% | 7.32% | 23.67% | 4.58% |
| 2009 | 32.9% | 10.9% | 28.08% | 12.08% | 21.61% | 7.84% |
| 2010 | 28.89% | 9.38% | 25.73% | 14.37% | 19.78% | 7.4% |
| 2011 | 27.34% | 10.52% | 26.83% | 13.53% | 20.5% | 7.71% |
| 2012 | 29.45% | 12.03% | 23.58% | 17.06% | 21.22% | 8.3% |
| 2013 | 28.81% | 9.43% | 25.43% | 14.71% | 21.97% | 8.18% |
| 2014 | 32.48% | 9.2% | 27.74% | 15.69% | 25.81% | 8.99% |
| 2015 | 33.68% | 8.78% | 30.92% | 13.33% | 28.15% | 10.52% |

最高人民检察院统计的全国抗诉案件数和再审改判率（2008-2014）[[45]](#footnote-45)

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 年份 | 抗诉案件数 | 再审改判率 |
| 2008 | 7792 | 43.67% |
| 2009 | 8132 | 38.59% |
| 2010 | 10583 | 38.16% |
| 2011 | 9022 | 37.5% |
| 2012 | 8114 | 36.97% |
| 2013 | 6632 | 38.25% |
| 2014 | 4489 | 43.46% |

尽管两高发布的抗诉案件发改率在统计数据上存在差异，但总体上看比例都是较高的。如此高的“错误”率，想在社会中形成关于司法公正的认同是很困难的。台湾地区法院对大陆地区法院裁判既判力的否认是一个极端的例子。台湾地区于1992年制定施行《台湾地区与大陆地区人民关系条例》，第74条规定了“裁定认可大陆法院民事确定裁判”的制度，主动提出相互承认与执行法院生效判决的问题。该条例在1997年修订时增加“互惠原则”，促使大陆地区于1998年由最高人民法院颁布《最高人民法院关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的规定》。但是，由于大陆地区法院启动再审过于频繁，且改判率如此之高，致使台湾地区最高法院在2007年台上字第2531号判决中对条例74条做出新的解释：“按两岸关系条例第七十四条仅规定，经法院裁定认可之大陆地区民事确定裁判，以给付为内容者，得为执行名义，并未明定在大陆地区作成之民事确定裁判，与确定判决有同一之效力…。”该判决还特别说明：大陆地区民事确定裁判“与外国法院以及香港、澳门的民事确定裁判采‘自动承认制’，原则上不待法院之承认裁判即自动发生承认之效力”不同，只具有执行力而非既判力。2008年台上字2376号判决再次重审上述规则。

四、申请再审权性质重述

再审之诉的实践困境令人不得不重新思考再审程序的基本理论问题。如前文论证，导致再审之诉理论误区形成的第一步，是错误地将申请再审权定性为了诉权。那么申请再审权究竟是什么性质的权利？这必须从认真区别诉权与诉讼权利入手。

诉权是当事人发动诉讼的基本权能，是民事主体作为人所当然享有的权利之一，也是当事人维护自身的独立人格和意志自由所必然拥有的权利，属于人权的范畴。作为人权的诉权本体论包含以下内涵：首先，诉权的绝对性，即诉权是与生俱来的，其存在不以实体权利的存在为前提，不得为当事人行使诉权附加任何条件。其次，诉权的不可放弃性。诉权与主体的关系具有稳定性。诉权属于公民具有完整人格的人所不可或缺的一项基本人权，是社会主体的价值确认方式，也是人的自主性的权能表现之一。[[46]](#footnote-46)如同公民不能以契约的方式放弃生命权一样，诉权也不能以当事人合意的方式放弃。第三，诉权具有不可剥夺性或不可否定性，只能因主体行使而消耗。[[47]](#footnote-47)诉讼权利则是当事人在诉讼过程中依据程序法律规定而享有的各种程序权利。诉讼权利由诉权衍生而来，诉权具有母体性权利的特质。诉讼权利是诉权力量的内核，是诉权在诉讼过程中的具体形态，是“诉权在诉讼程序空间中的演进”。[[48]](#footnote-48)当事人不行使诉权，就不可能启动诉讼程序，也就谈不上诉讼权利；而没有充实的诉讼权利，当事人诉权就失去了制度保障，只能停留在概念上，不能变为实现的行动，也不能产生权利救济的效果。

诉讼权利不同于诉权的特点是：（1）与诉权普遍存在于所有公民不同，诉讼权利对当事人有依附性，要通过当事人的具体诉讼行为来实现。换句话说，只有参与到具体诉讼的当事人和其他诉讼参与人才能享有诉讼权利。（2）与诉权的义务主体是抽象的国家不同，诉讼权利的义务主体是具体案件的对方当事人和特定的审理本案的法院。（3）与诉权的抽象性、绝对性形成鲜明对比的是，诉讼权利具有具体性、程序性特征，且不同阶段的诉讼权利有不同内容及相应的行使条件。对诉讼权利进行类型化描述可以概括为：程序发动权、程序参与权、程序选择权、程序异议权等几大类。比如起诉权与诉权仅一字之差，却有本质区别。起诉权是诉讼权利中的程序发动权。被告反诉权、有独立请求权第三人申请参加诉讼权、申请执行权等都属于程序发动权。再比如上诉权，其性质也不同于诉权。它与申请复议权一样属于诉讼权利中的程序异议权。无论起诉权还是上诉权的行使，都须符合诉讼法规定的程序条件。（4）与诉权的不可处分性不同，诉讼权利属于可处分的权利，当事人可以决定是否行使、行使的方式，行使后还可以决定放弃、撤回等等。

1.申请再审权不是诉权，而是诉讼权利。

用诉权和诉讼权利的原理分析申请再审权，可以发现，申请再审权的属性不可能定性为诉权。因为申请再审权不是“当事人与生俱来的”、“作为一个人就应当有的”权利，不具有绝对性。再审程序补救功能和补充性原则决定了，申请再审权的行使必须符合法定条件。且当事人申请再审不一定引发再审程序的启动，而要经过法院审查决定才可能启动再审。同时，与诉权的抽象性不同，申请再审权必须与具体案件联系起来才具有实际意义。它的发生取决于特定案件当事人和特定的诉讼过程、特定的裁判结果，是只有本案当事人才能行使的权利。再有，是否申请再审完全取决于当事人的处分权，当事人可以行使，也可以放弃。上列特征均将申请再审权的权利属性指向诉讼权利。

2.申请再审权是程序异议权。

就申请再审权的内容是对生效裁判的正当性基础提出质疑，要求法院再次启动诉讼程序重新审判而言，申请再审权的性质当属于诉讼权利中的程序异议权。所谓程序异议权就是诉讼过程中，当事人对所经过的程序或法院的司法行为提出不同意见或认为有违法之处，要求法院纠正的权利。典型的程序异议权如申请复议权、上诉权、执行异议权等。如果说上诉权是当事人对尚未发生法律效力的一审判决或裁定声明不服，提请上一级人民法院重新审判的权利，那么申请再审权则是当事人对已经发生法律效力的裁判声明不服，申请法院再次审判的权利。尽管二者针对的对象不同，行使权利的条件不同，但在本质上是相同的，都属于程序异议权。

3.申请再审权是非常异议权。

申请再审权与上诉权相比最重要的区别就是，上诉权属于“基础异议权”，而申请再审权属于“非常异议权”。所谓基础异议权就是普通程序规定的，当事人在诉讼程序过程中正常享有的异议权。现行民诉法有明文规定的基础性程序异议权主要有：申请回避权及复议权、管辖异议权及上诉权、对财产保全或先予执行裁定申请复议权、对排除妨害诉讼行为的罚款或拘留强制措施决定的复议权、对一审判决的上诉权、债务人对支付令的异议权、执行异议权，等等。与此相对，基于再审程序的补充性原则，申请再审权也具有补充性，是在当事人充分行使了基础异议权还不能实现救济的前提下才能动用的的补充救济手段。这就是非常异议权的“非常规性”。换句话说，如果当事人有机会在普通程序正常行使基础异议权表达的不满，不可以通过申请再审的方式来表达；能够通过普通程序（包括上诉程序）实现的纠错就不能要求动用再审程序获得救济。在普通程序中当事人应当行使而未行使的异议权，随着程序的终结而发生失权的效果，不得转换为申请再审权。只有在正常诉讼程序中因客观原因或因法官、对方当事人的行为而无法行使异议权的情形，才有可能通过申请再审的方式请求救济。

五、再审程序构建原理

申请再审权的非常异议权的本质属性，与既判力原理、再审程序功能定位具有高度的匹配度。将这些理论有机结合，有助于对再审程序的制度构建原理进行系统思考，避免因理论的碎片化导致再审制度缺乏逻辑自洽的尴尬。

1.既判力原理决定再审程序“择案而审，有限纠错”的补救功能。既判力的原理是“通过程序实现正义”：法官的裁判可能会有错误，但新的判决也不能避免错误。而讼争不应该无止境地拖下去。所以最好的办法是，如果第一次判决是在所有程序规则得到严格遵守的情况下作出的，当事人已经享受到充分的程序保障，法律上就视为讼争已经得到一次性的解决。[[49]](#footnote-49)根据这一原理，裁判一旦生效，就必须维护其既判力的稳定性和权威性，当事人不得再对裁判确认的实体法律关系进行争议，法院也不得随意撤销或者变更该裁判。即程序的“作茧自缚”的效应。[[50]](#footnote-50)再审程序作为例外的救济程序，其功能定位是“补救”，即补充性救济，就是在整体上不破坏既判力的前提下，对局部出现的瑕疵进行补正。这种需要补正的瑕疵是非常规，同时又往往是非常严重的，属于破坏具体裁判的正当性基础、不加修正将危及到整体司法公正的程度，以至于确有必要冲破该生效裁判的既判力，以便采取措施修正和祛除瑕疵，恢复社会正义。[[51]](#footnote-51)作为一种补充性的救济制度，再审程序的适用范围和启动程序都受到严格限制。当事人申请再审不必然导致再审程序的启动，因为启动再审程序不仅要符合法定的再审事由，而且须经过一个审查、筛选、把关过程，是典型的“择案而审”。这种例外性的修正与弥补显然不同于上诉审的纠错，充其量是一种“有限纠错”。[[52]](#footnote-52)因此，再审程序不是通常适用的程序，也不是一级审级，而是存在于审级制度之外的一种独立的程序，且是一种被严格限制动用的“备用程序”。在制度设计上必须将这种非常救济控制在“极端例外”的范围之内，不至于影响民事诉讼的主体结构。[[53]](#footnote-53)

2.再审程序的补充性原则决定了法定事由确定的原则与范围。再审程序作为非常救济程序，必须遵循补充性原则。补充性原则主要是通过严格界定申请和启动再审法定事由来具体体现的。再审法定事由的确定应当符合下列要求：其一，再审程序需在维护裁判的既判力与必要的纠错之间寻找平衡点。这个平衡点就在于构成既判力正当性基础的程序保障。易言之，生效裁判的“错误”的界定以及再审程序发动的法定事由，原则上只能从原审诉讼程序的程序保障是否存在严重瑕疵进行判断。如果把导致裁判错误的因素分为客观因素和主观因素，那么是绝对排除因主观因素或者实质问题（如事实判断、法律解释、价值取向等等）引发再审的。提起再审的事由通常都是遗漏必须共同诉讼的当事人等诉讼程序严重违法，或者原审判组织组成违法，或者参与案件审理的法官有司法腐败、枉法裁判等犯罪行为，或者当事人有构成犯罪的司法欺诈行为等客观因素。[[54]](#footnote-54)如日本民事诉讼法规定的再审事由主要包括：参与判决的法官在处理本案的职务行为上有犯罪行为、当事人因他人的犯罪行为而作出了非出自本人真实意愿的自认，或因此未能提出影响判决结论的主张或证据的。[[55]](#footnote-55)如果从再审事由审查方式角度来考虑，应当规定那些经形式审查和书面审查就可以直接判定的“显著的”事由，其显著性达到从诉讼文件记录上就能够对原生效裁判的错误作出“一目了然”地判断的程度，排出那些必须经实体审理才能形成内心确信的事由。比如德国、日本民事诉讼法规定，当事人法律规定的事由申请再审的，须表明其中涉及的法官或当事人的行为已经通过刑事审判作出了有罪判决或类似的法律决定为前提。以作为判决根据的书证或物证出自伪造或变造、证言是属于虚假陈述等作为理由申请再审的，前提同样是，这些伪造证据、虚假陈述的行为已经为刑事判决书认定构成犯罪，因此是确定无疑的，无需再次审理的。[[56]](#footnote-56)这些要求使得再审事由都具有“形式非理性”的特质，从而可以最大限度减少审查决定再审行为的不可控性，也可以避免审查过程陷入“先定后审”及再审审理“走过场”、空洞化的悖论。

其二，再审程序的补充性原则排斥基础异议权的行使。如果异议权属于普通程序有明确规定的，当事人在正常诉讼过程中获得了充分的程序保障，是因为自己的原因没有行使的，不能作为申请再审的事由。典型如申请回避权、管辖权异议权，以及不予受理裁定、驳回起诉裁定、执行异议等异议权。当事人只能按照普通程序规定的路径、穷尽法定的可能性来行使这些异议权，否则就会发生失权的程序效果。程序保障前提下，程序经过必然对所有程序主体发生约束力，即程序效力。这意味着，任何人在享受了充分的程序保障后，必须承认程序经过所发生的后果，不能随意对经过的程序反悔要求推翻重来。因此，“管辖错误”、“应当回避没有回避”等情形，以及对终审裁定不服都不能成为申请再审的法定事由。德国民诉法上可以提起无效之诉的再审理由，必须是不能通过上诉手段主张的事由。当事人在主诉程序中提出过异议没有获得支持的事由，也不能作为提起无效之诉的理由。而修复之诉的理由因多涉及刑事犯罪，故也是无法通过正常诉讼程序提出异议的。换句话说，再审程序“总是补充性地启动”。也就是说，如果当事人在主诉程序中尽到必要谨慎的义务就可以通过异议、控诉、附带控诉、上告等权利的行使而修复的瑕疵，就不可以提起修复之诉。[[57]](#footnote-57)法院审查重审之诉的理由时，主要查明该理由（即应受刑罚处罚的行为）与生效裁判之间是否有因果关系。至于财产保全或先予执行裁定，因为法律赋予当事人对保全错误或先予执行错误造成自己损失的可以主张赔偿，也不能成为再审的对象。

其三，再审程序针对的是正常程序“无法为”或者“难以为”的情形，它排除正常程序“能为而不为”的情形。如果在诉讼过程中当事人应当行使的程序权利无正当理由不行使，不能要求启动再审程序来弥补。比如，应当在一审程序中提出的抗辩事由或证据材料，当事人没有正当理由没有提出，判决生效后再以此为由请求撤销原判决的，不能引发再审程序。但判决生效后才发现原判决据以作出的证据是伪造的，可以成为启动再审的法定事由。再比如，生效裁判遗漏诉讼请求的情形，一般情况下是不能作为申请再审的事由的，除非该诉讼请求构成本案之诉的不可分内容，不可以单独提起诉讼的方式获得救济。日本民事诉讼法338条规定，即便存在法律规定的再审事由，有下列情形之一的均不得申请再审：第一，当事人已经依上诉主张过该事由的，或者知道存在该事由却没有主张的；第二，再审事由在第一审判决中就已经存在，而上诉审中对该事由已经做出过本案判决的。[[58]](#footnote-58)

其四，既判力的遮断效决定当事人不能轻易以“新证据”申请再审。在实行三审制的国家，其民事诉讼法规定第三审是法律审，当事人不得再就事实问题提出新的事实资料，法庭也不再就事实问题进行辩论。法院根据事实审最后一次法庭辩论结束时所固定的诉讼材料对案件事实作出认定。因此，尽管既判力在判决确定时才发生，但对于案件事实争点而言，“事实审最后一次法庭辩论终结时”就成为判决效力发生的基准时。[[59]](#footnote-59)为了维护既判力，法院根据基准时所固定的诉讼材料作出的对案件事实的认定和法律评价不能被攻击。因此，在基准时前已经存在的事由（攻击防御方法），不问当事人在言词辩论中是否主张，也不问他没有主张是否存在过失，其主张权均因既判力而遮断。[[60]](#footnote-60)易言之，此后（包括第三审、再审、后诉）都不允许当事人对该事实提出新的证据、作出不同说明（包括所谓“新的科学认识”），也不允许法官作出不同的判断。[[61]](#footnote-61)判决效力的这种如同窗帘遮光的效果被形象地称为“遮断效”，遮断的是当事人在事实审阶段“应当提出而未提出的攻防权利”。据此，判决的遮断效原则上排除了当事人在判决确定后以“新的证据”申请再审的权利，哪怕这个所谓新的证据具有“足以推翻原判决”的证明效果，除非是当事人在原生效裁判的基准时之前无法知道的证据，或者非因自己的原因不能提供（比如因为其他当事人的证据妨害行为而无法知道或无法提供）。如果是基于一般注意义务就可以知道的情况，就不能作为再审事由。[[62]](#footnote-62)美国《联邦民事诉讼规则》也有类似规定。该规则第60（b）规定，法院可以根据新发现的证据对生效裁判以特殊的救济。所谓“新发现的证据”，是在依据该规则第59（b）规定的要求重新审理的期间内，即使相当地注意也不可能发现的新证据。[[63]](#footnote-63)可见，当事人对此证据是“新发现的”、“已经相当地注意”等事实要承担很重的证明责任。这对于当事人来说是负担极重、难度极大、成本极高的。

总之，无论哪一种再审事由，都具有形式非理性和显著性，以至于对某项再审事由是否存在的审查判断往往是直截了当、无需实体审查的。这正是为什么德国、日本、韩国及我国台湾等大陆法系国家和地区确立的是“一体化”再审程序模式（即并不严格区分审查程序和审理程序）的原因。

1. 审判监督作为附属功能，其重点应放在对法官司法行为的监督上。再审程序的审理结果是修正原生效裁判的严重瑕疵，客观上能够起到监督审判权、纠正错误判决的效果。但审判监督和纠错只能视为制度的附属功能，而且基于监督的事后性、外部性，应当承认监督之于司法公正作用的有限性。特别是在案件事实判断和法律适用等非亲历而不能保证判断的可靠性的问题上，通过监督的途径发现错误是很不靠谱的。将监督的重点放在法官行为上才符合司法规律，也能凸显再审程序的制度逻辑。特别是检察院的法律监督，应当发挥检察院业务优势，将民行检察工作重点放在预防、侦查司法腐败和法官渎职行为方面，充分运用民事诉讼法第200条第（十三）项规定，针对审判人员审理该案件时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为，加大侦查、预防力度。现实状况是，司法人员贪腐、枉法裁判的行为屡禁不止，但很少是通过检察院民行检察工作发现的，民事抗诉案件中也很少以第（十三）项为抗诉事由。这个反差值得深思。
2. 统一再审程序的制度逻辑，限制当事人处分权。统一再审程序制度逻辑的起点，是突出再审程序制度补正个案严重瑕疵、恢复整体司法公正的公共目的，弱化“解决纠纷、权利救济”的私人目的。再审程序目的的公共性不能简单以当事人争议是否涉及国家利益、社会公共利益为标准。社会正义就是公共利益，再审程序是在恢复社会正义这个目的上体现公共利益性的，它使得再审的诉讼标的属于公共利益范畴，具体表述为：原生效裁判存在的错误必须纠正，否则在整体上损害司法公正。如果放任当事人行使处分权，以和解或其他个人的理由撤回申请、终结再审程序，将有违公共利益。因此，再审制度的逻辑是国家干预主导，当事人的处分权受限。有学者在论证这个问题时，注意到了再审程序与通常诉讼程序在功能定位上的差异，指出“一旦程序具有了纠错的功能，程序的目标就已经超越了纯粹的私人利益，而具有了公共性”，应当对当事人处分权有所限制。[[64]](#footnote-64)遗憾的是，由于其论证将最高法院司法解释奉为法律规则，作为其立论的大前提，囿于纯粹法解释学的思路，最终将这种限制解释为“不损害国家利益、社会公共利益和第三人合法权益”，实质还是落入了再审之诉当事人处分权主导的窠臼，未能保持理论逻辑的一贯性。

从程序法理上说，重新界定再审程序范围有助于解决再审程序与原诉审理程序制度逻辑冲突问题。长期以来，再审程序都认为包括了从受理再审申请、审查决定是否启动再审和对本诉再次审理的全过程。如果将再审程序范围精准划定为“受理申请-审查事由-决定（不）再审”，经审查认为再审事由存在、决定启动再审的，法院应裁定撤销原生效裁判。再审程序到此完成任务而告终结。再审程序与本诉程序的制度逻辑冲突就可以避免了。在再审程序范围内，当事人不得行使处分权，不能撤回再审申请或抗诉申请。再审程序终结时，当事人的实体权利和诉讼权利状态恢复到审判之前，纠纷视为从未被审理过。法院必须重启本诉审判程序。该程序的性质属于普通程序。当事人可以依法行使所有诉讼权利，包括和解、撤诉在内的处分权以及上诉、申请复议等异议权。当然，从节约司法资源角度，可以根据再审事由发生的时间是一审程序还是上诉审程序，决定本诉程序分别适用一审或上诉审程序进行审理。

从法律技术上说，通过法定事由的形式化、外观化，让再审审查内容集中于形式非理性事项，可以有效避免再审程序与普通程序审理内容的混同。再审法定事由的形式化路径，一是主要限于程序问题，尽量避免实体问题成为再审内容。因为事实问题和法律问题的审理最终都会转为本案实体争议内容，再审程序与普通程序的边界就无法界分了。二是以当事人司法欺诈行为或法官枉法裁判、司法腐败行为作为再审事由的，应当以该行为已经达到犯罪并有确定刑事判决为条件。这样再审审查判断就不需要借助其他证据，以形式审查即可完成。

结语

我国再审程序真正的问题在于：再审制度功能定位不明，再审事由包含多元价值目标，混淆了基础异议权与非常异议权，导致普通程序、上诉审与再审程序交叉混同。理论和实践两个方面表明，构建再审之诉、用当事人诉权主导再审程序的运行并非解决“再审难”、“再审滥”的有效路径。从根本上解决再审难的办法应是改革审级制度，增加上诉审级、激活上诉审功能，尽可能在普通程序中充分地吸收当事人不满。控制再审滥需要严格控制再审程序的启动，基本路径是根据再审制度补救目的、遵循补充性原则对再审事由进行改造。同时还要认识到，再审程序在整个司法结构中只是一个小部件，且理想状态下是一个“备而不用”的装备。涉诉信访、司法地方保护主义、恶意诉讼等问题的解决不能单靠一个再审制度，而需要通过司法体制、机制改革，全面激活法律和诉讼程序，让司法这架生产社会正义的机器在整体上发挥作用来实现。是时候让再审程序从其不能承受之重中解放出来，回归其应有的功能和正常的运行轨道上了。

The Theory Paradox and the Practice Dilemma of “litigation of retrial”: A Restatement on the Characteristic of the Right to Apply Retrial

Wu Yingzi

**Abstract:** There is a consensus, both in theory and practice field, that is : the right to apply retrial is the right of actio, and our trial supervision program should be transformed to “litigation of retrial”. This view has affected the Civil Procedure Amendment Act. However, the implicit paradox of the retrial action has not been noticed. The trial supervision procedures, after two amendments, still mire deeply in retrial difficult and abuse. Actually, the right to apply retrial is different from the right of actio. The right of actio is an absolute, no-conditional, fundamental right. But the right to apply retrial is belong to the right of procedure dissent. And it is also different from the appeal and other basic procedure dissent right, is a unusual dissent right. This characteristic matches the theory of res judicata and the additional principle of retrial very well. It should be the theoretical basis for restate the retrial procedure. The purpose of retrial is to repair the legal justice. Therefore, it has the content of public interest, which ask for limiting the parties disposition right, and distinguish with the re-started original case proceedings.

**Key words:** the retrial action, the right to apply retrial, the dissent right to procedure, the trial supervision procedure, No. 7 guidance case

1. ﹡ 作者系南京大学法学院教授，中国法治现代化研究院特邀研究员。

   本文系“中国法治现代化研究院”研究成果。 [↑](#footnote-ref-1)
2. 江伟教授于2005年10月在江苏省常熟市举行的一个专家论证会上对现行民事诉讼法审判监督程序篇立法原意的解释。转引自孙祥壮：《民事再审制度的关键词及改革建言》，载《人民司法》2006年第5期。 [↑](#footnote-ref-2)
3. 李浩:《民事再审程序改造论》，载《法学研究》2000年第5期。 [↑](#footnote-ref-3)
4. 参见张卫平：《论民事再审事由审查程序的法定化》，载《法学》2000年2期。 [↑](#footnote-ref-4)
5. 参见李浩：《论民事再审程序启动的诉权化改造——兼析《关于修改<民事诉讼法>的决定》第49条》，载《法律科学》2012年第6期。 [↑](#footnote-ref-5)
6. 前引，李浩文。 [↑](#footnote-ref-6)
7. 张卫平：《民事再审：基础置换与制度重建》，载《中国法学》2003年第1期。 [↑](#footnote-ref-7)
8. 毕玉谦：《关于改造我国现行民事再审制度的基本构想》，载《中国司法》2006年第2期。 [↑](#footnote-ref-8)
9. 代表性的文献有：张卫平：《论民事再审事由审查程序的法定化》，载《法学》2000年2期；李浩:《民事再审程序改造论》，载《法学研究》2000年第5期；张卫平：《民事再审：基础置换与制度重建》，载《中国法学》2003年第1期；章武生；《论民事再审程序的改革》，载《法律科学》, 2002年第1期；齐树洁：论我国民事上诉制度的改革与完善——兼论民事再市制度之重构》，载《法学评论》2004年第4期；傅郁林：《我国审判监督模式评析与重构》，载《人大研究》2004年第4期；李浩：《构建再审之诉的三个程序设计》，载《法商研究》2006年第4期；汤维建：《从模式比较的视角看我国民事再审制度的改革与完善》，载《时代法学》2006年第4期；李浩：《论民事再审程序启动的诉权化改造——兼析《关于修改<民事诉讼法>的决定》第49条》，载《法律科学》2012年第6期；等等。 [↑](#footnote-ref-9)
10. 参见前引，张卫平文，第19页；李浩：《构建再审之诉的三个程序设计》，载《法商研究》2006年第4期。 [↑](#footnote-ref-10)
11. 参见王亚新：《民事审判监督制度整体的程序设计——以《民事诉讼法修正案》为出发点》，载《中国法学》2007年第5期。 [↑](#footnote-ref-11)
12. 前引⑨，李浩文。 [↑](#footnote-ref-12)
13. 前引④，李浩文。 [↑](#footnote-ref-13)
14. 前引⑥，张卫平文。 [↑](#footnote-ref-14)
15. 参见刘敏：《宪法理念的重新定位与民事申请再审程序的重构》，载《法商研究》2006年第4期；刘敏：《保障当事人的申请再审权 预防和减少涉诉信访》，载《学习论坛》2008年第11期。 [↑](#footnote-ref-15)
16. 参见李浩：《再审的补充性原则与民事再审事由》，载《法学家》2007年6期。 [↑](#footnote-ref-16)
17. 参见刘家兴：《关于审判监督程序的回顾与思考》，载《中外法学》2007年第5期。 [↑](#footnote-ref-17)
18. 参见前引⑥，张卫平文。 [↑](#footnote-ref-18)
19. 参见李浩：《处分原则与审判监督——对第7号指导性案例的解读》，载《法学评论》2012年第6期；吴俊：《处分权主义与审判监督程序的结构——最高人民法院指导案例7号研究》，载《法制与社会发展》2013年第6期。 [↑](#footnote-ref-19)
20. 参见郑金玉：《7号指导性案例规范依据和裁判理由评析》，载《法制与社会发展》2014年第5期。 [↑](#footnote-ref-20)
21. 刘本荣：《基于诉权的再审与基于检察监督权的再审》，载《法治研究》，2013年第7期。 [↑](#footnote-ref-21)
22. 有学者评价说这“是启动再审程序诉权化改造的继续”。参见前引④，李浩文。 [↑](#footnote-ref-22)
23. 《法国新民事诉讼法典》，罗结珍译，法律出版社2008年版，第634、644-646页。 [↑](#footnote-ref-23)
24. 最高法院做出让案外人对其没有参与的案件申请再审的司法解释，不排除做解释者误解了大陆法系上的第三人异议之诉的可能。这种误解在日本学者中也有出现。比如新堂幸司就把受判决效力扩张影响的案外第三人提起的撤销之诉等同于再审。参见[日]新堂幸司：《新民事诉讼法》，林剑锋译，法律出版社2008年版，第669-670页。实际上根据日本民事诉讼法第47条，该案外第三人是以独立参加的形式，以本诉双方当事人为共同被告提起的普通诉讼。类似的，受恶意诉讼判决影响的案外第三人，也是以这种方式提起诉讼的。本质上并非再审程序。 [↑](#footnote-ref-24)
25. 参见前引④，李浩文。 [↑](#footnote-ref-25)
26. 汤维建：《我国民事再审制度的模式变迁》，载《法商研究》2006年第4期；陈凤贵：《诉讼模式与我国民事再审制度》，载《前沿》2011年第9期。 [↑](#footnote-ref-26)
27. 参见张卫平：《有限纠错——再审制度的价值》，载《法律适用》2006年第7期；前引25，汤维建文。 [↑](#footnote-ref-27)
28. 参见[德]汉斯-约阿希姆·穆泽拉克：《德国民事诉讼法基础教程》，周翠译，中国政法大学出版社2005年版，第334页；[德]奥特马·尧厄尼希：《民事诉讼法》，周翠译，法律出版社2003年版，第336页、第398-399页。（译者将Restitutionsklage翻译为“回复原状之诉”。） [↑](#footnote-ref-28)
29. Peter E. Herzog & Delmar Karlen, “*Attacks on Judicial Decisions*”, in Under the Auspices of the International Association of Legal Science, Vol.XVI, Civil Procedure, 1982。转引自傅郁林：《审级制度的构建原理》，载《中国社会科学》2002年第4期。 [↑](#footnote-ref-29)
30. 参见前引，李浩文。 [↑](#footnote-ref-30)
31. 王亚新：《“再审之诉”的再辨析》，载《法商研究》2006年第4期。 [↑](#footnote-ref-31)
32. 前引18，李浩文。 [↑](#footnote-ref-32)
33. 参见沈冠伶：《示范诉讼契约之研究》，载沈冠伶：《诉讼权保障与裁判外纷争处理》，北京大学出版社2008年版，第215页。 [↑](#footnote-ref-33)
34. 参见吴英姿：《诉讼契约及其边界》，载《南京大学法律评论》2015年春季号。 [↑](#footnote-ref-34)
35. 参见江伟：《民事再审程序的价值取向与申请再审程序的完善》，载《法商研究》2006年第4期。 [↑](#footnote-ref-35)
36. 参见江必新：《论民事审判监督制度之完善》，载《中国法学》2011年第5期。 [↑](#footnote-ref-36)
37. “人大常委会审议民事诉讼法修正案草案”，载《法制日报》2007年06月26日，http://www.sina.com.cn，最后访问：2016年6月23日。 [↑](#footnote-ref-37)
38. 参见李浩：《管辖错误与再审事由》，载《法学研究》2008年第4期；汤维建：《“管辖错误”作为再审事由不宜删除》，载《法学家》2011年第6期。 [↑](#footnote-ref-38)
39. 参见南京市中级人民法院：《再审之诉框架下申请再审的程序性制度建构——关于民事申请再审制度改革的调研报告》，载《法律适用》2007年第2期。 [↑](#footnote-ref-39)
40. 参见汤维建、季桥龙：《民事再审程序启动机制研究——以检察机关一元化审理申请再审案件模式为中心》，载《山东社会科学》2009年第9期。 [↑](#footnote-ref-40)
41. 广东某法院的调研报告提到：2003年以来，广东省高级人民法院为解决“申诉难”，以构建再审之诉为基本思路，探索建立再审诉讼新机制，于2004年10月制定实施了《广东省法院再审诉讼暂行规定》，确立了“可能有错立案再审、确有错误依法改判”的原则，裁定再审一般不需经审委会讨论决定，降低了进人再审的门槛，简化了启动再审的程序。陈冰、谭甄：《建立再审之诉制度的实践探索与思考——关于<广东省法院再审诉讼暂行规定>制定和实施情况的实证分析》，载《法律适用》2006年第7期。 [↑](#footnote-ref-41)
42. 参见李浩：《删而未除的“管辖错误”再审——基于2013年以来最高人民法院裁定书的分析》，载《法学研究》2015年第2期，第158-179页。 [↑](#footnote-ref-42)
43. 汤维建、季桥龙：《民事再审程序启动机制研究——以检察机关一元化审理申请再审案件模式为中心》，载《山东社会科学》2009年第9期。 [↑](#footnote-ref-43)
44. 最高人民检察院调研课题“民事抗诉实证研究”，通过对Q市检察院1999-2013年民事抗诉数据的分析，揭示了以下事实：抗诉事由以实体错误为主，抗诉标准存在一定的任意性，民事抗诉制度目标置换和功能变异等。参见吴英姿等：《民事抗诉实证研究——以Q市检察院民事抗诉工作为样本》，载《检察官学院学报》2015年第4期。 [↑](#footnote-ref-44)
45. 到本文写作完毕，检察院统计的2015年数据尚未能查到。 [↑](#footnote-ref-45)
46. 参见程燎原、王人博：《权利及其救济》，山东人民出版社1998年版。 [↑](#footnote-ref-46)
47. 参见吴英姿：《诉权的人权属性——以历史演进为视角》，载《中国社会科学》2015年第6期。 [↑](#footnote-ref-47)
48. 参见黄娟：《当事人民事诉讼权利研究——兼谈中国民事诉讼现代化之路径》，北京大学出版社2009年版。 [↑](#footnote-ref-48)
49. 参见沈达明：《比较民事诉讼法初论》，中信出版社1991年版。 [↑](#footnote-ref-49)
50. 参见季卫东：《程序比较论》，载《比较法研究》1993年第1期。 [↑](#footnote-ref-50)
51. 参见汤维建等著：《民事诉讼法全面修改专题研究》，北京大学出版社2008年版。 [↑](#footnote-ref-51)
52. 参见前引26，张卫平文。 [↑](#footnote-ref-52)
53. 参见前引28，傅郁林文。 [↑](#footnote-ref-53)
54. 参见赵钢、朱建敏：《略论民事抗诉程序价值取向的重构及其程序设计》，载《法学评论》2003年第6期；肖建国：《民事再审事由的类型化及其审查——基于解释论的思考》，载《法律适用》2013年第4期。 [↑](#footnote-ref-54)
55. 参见[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285页； [日]新堂幸司：《新民事诉讼法》，林剑锋译，法律出版社2008年版，第666页。 [↑](#footnote-ref-55)
56. 参见前引54[日]新堂幸司书，第667页；王亚新：《对抗与判定：日本民事诉讼的基本结构》，清华大学出版社2002年版，第357页。 [↑](#footnote-ref-56)
57. 参见 [德]莱奥·罗森贝克等：《德国民事诉讼法》，李大雪译，中国法制出版社2007年版，第1211-1212页。 [↑](#footnote-ref-57)
58. 参见前引54， [日]中村英郎书，第285页； [日]新堂幸司书，第666页。 [↑](#footnote-ref-58)
59. 判决效力基准时的核心命题是：鉴于民事法律关系存在发展变化的可能，故发生既判力的判决只确认特定时刻的权利状态，而不是所有未来的权利状态。日本民事执行法第35条规定，基准时之后出现的事实（比如债务人丧失了偿债能力）可以成为执行异议之诉的理由，但该诉讼的诉讼标的只限于撤销判决的执行力，而不能成为再审事由。参见前引54，[日]新堂幸司书，第665页。 [↑](#footnote-ref-59)
60. 参见前引27， [德]奥特马·尧厄尼希书，第332页；骆永家：《既判力之研究》，（台）三民书局1981年版，第8页。 [↑](#footnote-ref-60)
61. 参见前引56，[德]罗森贝克等书，第1170页。 [↑](#footnote-ref-61)
62. 参见前引54， [日]新堂幸司书，第666页。 [↑](#footnote-ref-62)
63. 参见汤维建主编：《美国民事诉讼规则》，中国检察出版社2003年版，第365页。 [↑](#footnote-ref-63)
64. 前引18，吴俊文。 [↑](#footnote-ref-64)