

制度的冲突与整合对一起司法案例的追问 PDF转换可能丢失
图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E5_88_B6_E5_BA_A6_E7_9A_84_E5_c122_483915.htm “法律的生命不在于逻辑，而在于经验。”这是霍姆斯大法官的名言，曾被人引用无数次。的确，现实法律生活给我们的法学研究提供了大量的研究课题和丰富的素材，也正是法学研究生命力永不枯竭的源泉。在此，笔者有意通过一起平常的司法案例，探询其中隐藏的法律价值理念与法理基础，同时也希望引起对相关制度建设的关注。

突现的制度冲突 原告甲向法院起诉被告乙，法院在受理案件的同时向原告送达了举证通知书和举证须知，举证通知书指明了举证期限，举证须知则载明了相关注意事项，并说明了逾期举证的后果。但由于原告方的疏忽，原告方一份至关重要的证据材料没有在举证期限内向法院提交。庭审过程中，原告欲当庭举证，但被告拒绝质证。庭审结束以后，原告称“希望寻求与对方当事人的和解，为表明己方诚意”向法院申请撤回起诉。但是很显然，原告将伺机重新起诉，甚至原告方也不隐瞒这一意图。我们的问题很简单：在此种情形下，法院能否准许其撤回起诉？从现有法律规定来看，我们似乎找不到拒绝原告请求的依据。我国《民事诉讼法》第131条规定：“宣判前，原告申请撤诉的，是否准许，由人民法院裁定。”最高人民法院《关于适用 中华人民共和国民事诉讼法 若干问题的意见》第161条规定：“当事人申请撤诉或者依法可以按撤诉处理的案件，如果当事人有违反法律的行为需要处理的，人民法院可以不准许撤诉或者不按撤诉处理。”上述规定是法院对于当事人的撤诉申

请行使审查权的依据，显然，其中没有为我们提供否决原告撤诉申请的理由。但是，如果法院准许原告撤回起诉，我们将会看到：民事司法实践中初步确立的证据失权制度所追求的价值目标将无法实现。证据失权制度的实现所谓失权，即原有权利的丧失。按照张卫平教授的论断，民事诉讼中的失权是指当事人(含第三人)在民事诉讼中原本享有的诉讼权利因某种原因或事由的发生而丧失。因为民事诉讼法律规范在规规定权利人享有这些诉讼权利的同时，也设置了这些诉讼权利行使和丧失的条件。当一定条件成就时，失权的结果就会自然发生。而所谓证据失权，即当事人因未按照程序法的(时限)规定向法院提交证据，而导致丧失提出证据的权利。实质即丧失证明权。证据失权的法律效果是：在失权以后向法院提供的所有证据都不具有法律上的效力，法院将不会以此作为判案依据。因此，证据失权是与当事人的实体权利联系在一起的，证据失权将直接影响到当事人实体权利的实现。证据失权制度的正当性就在于诉讼的效率与实质正义同样是诉讼中应当追求的价值目标。人们已经认识到，不顾及诉讼效率的实质正义将有可能失去其原有的意义。我国《民事诉讼法》基于一味追求实体公正的指导思想，奉行“证据随时提出主义”。但随着人们对诉讼效率价值的认同，证据失权制度在司法实践中已经初步确立。2002年4月起施行的最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》相关条款明确：法院应当在送达案件受理通知书和应诉通知书的同时向当事人送达举证通知书，举证通知书应当载明……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。举证期限也可由当事人协商一致，但须经法院认可。当事人应当在法院

指定或认可的举证期限内向法院提交证据材料，当事人在举证期限内不提交的，视为放弃举证权利。对于当事人逾期提交的证据材料，除非对方当事人同意，否则法院审理时将不组织质证。如果当事人在举证期限内提交证据材料确有困难，应当在举证期限内向法院申请延期举证，经法院准许，可以适当延长举证期限。当事人举证期限届满后提供的证据不是“新证据”（一审程序中包括当事人在一审举证期限届满以后新发现的证据以及当事人确因客观原因无法在举证期限内提供，经法院准许，在延长的期限内仍无法提供的证据；二审程序中包括一审庭审结束后新发现的证据以及当事人在一审举证期限届满前申请法院调查取证未获准许，二审法院经审查认为应当准许并依当事人申请调取的证据）或“可视为新证据”（指当事人经法院准许延期举证，但因客观原因未能在准许的期限内提供，且不审理该证据可能导致裁判明显不公的证据）的，法院不予采纳。上述规定明确了举证期限的法律意义，确定了逾期举证的法律后果，那就是证据失权。而在本文讨论的案件中，法院准许当事人撤回起诉将使当事人得以轻易规避证据失权制度所确定的后果。因为在我国现行制度条件下，原告撤回起诉后重新起诉不存在任何障碍。在新一轮的诉讼中，他有足够的机会补救上次的失误。由此我们至少可以得出一个结论：我国各项诉讼制度相互之间存在一个需要整合的问题。需要指出的是，我们讨论的前提在于对于证据失权作用范围的理解。证据失权应当不仅仅限于在一个程序中失权，而应当针对原告的诉求。因为如果仅仅是一个程序中的失权，则当事人有可能“另辟蹊径”，就如同本案昭示的那样，最终导致与立法宗旨相悖的后果，使得诉讼

效率更加低下。因此，就证据失权制度所企图实现的价值目标而言，一个程序中的失权是没有任何意义的。解决制度冲突抑或规避法律当然，我们并不否认，严格证据失权制度的适用将使本案处理的结果不符合实质正义的标准。那么，我们是不是应该允许本案原告撤回起诉以后重新起诉，以此获得对其权利的救济呢？笔者认为，如果原告的行为在原来进行的诉讼程序中可以获得救济，那么原告就没有必要撤诉；如果原告的行为在原来的诉讼中不能获得救济，则他也不能通过撤诉，重新开始诉讼程序来获得救济，否则就构成规避法律。我们现在暂且抛开证据失权制度这个依据，来研究一下本案原告行为的性质。本案原告因未遵照程序规定在举证期限内提交证据而招致不利的法律后果，这并非当事人的本意，实际上是一个失误。从诉讼行为理论上来说，本案原告的行为是一种民事诉讼瑕疵行为或者说意思表示不真实的诉讼行为。诉讼瑕疵行为是就其行为不符合程序法(广义的法律)的规定而言，意思表示不真实则是从行为后果并非其内心真实意愿、并非其所追求的角度而言。对于诉讼瑕疵行为或者意思表示不真实的诉讼行为，英美法系国家的立法和学说都主张应当给予诉讼法上的救济，即可以依据当事人的申请，对意思表示不真实的诉讼行为予以取消或宣布无效。因为意思表示不真实将直接影响当事人意欲实际获得的法律效果，而对当事人实施诉讼行为的目的与诉讼行为表现之间一致性的尊重，即对当事人意思表示的尊重，是程序正义的应有之意。正因如此，因意思表示不真实而实施的诉讼行为，在表面上仅破坏了实体正义的实现，但实质上还破坏了正当程序。为了维护当事人的基本程序保障权，必须对意思表示不真

实的诉讼行为给予有效的救济；而大陆法系国家则经历了一个从“意思瑕疵不予考虑”原则到承认有条件地给予救济的过程。因为对于意思瑕疵一概不予考虑将极大地损害实质正义，而无条件地允许当事人补救又将导致程序安定性无法实现。虽然目前各国普遍认可对意思瑕疵行为通过各种方式给予救济，但是，必须指出：在任何一个国家，这种救济都不是无条件的。毕竟，允许当事人以意思表示不真实为由对已实施的诉讼行为进行争议，将导致诉讼程序过于复杂，也会引起诉讼程序的重复，进而损害诉讼行为作为表示行为的安定性和确定性以及诉讼程序本身的安定性。与此同时，诉讼迟延的发生几乎是无可避免。就对意思瑕疵行为给予救济的条件而言，各国都存在差异，但也有一些共通的地方。通常要求申请救济的必须是“可以影响判决结果的诉讼行为”；申请必须在合理期限内提出；申请人必须对意思表示不真实的存在提供明确且具有说服力的证据。除此之外，还有一个重要的基本条件，那就是申请人必须证明自己尽到了相当的注意但仍没能避免瑕疵行为的发生。例如，在美国法上，当事人要求法院给予救济的错误事项必须证明自己已经尽了“相当性注意义务”，而要求给予救济的疏忽必须属于“不可归责的、可原谅的疏忽”；在日本，如果是在上告审(第三审)程序中以意思表示不真实为由申请救济，则按照判例确定的原则，必须存在法定事由，例如法官违反释明义务造成意思表示不真实。总之，申请人应当有不可归责于其自身的理由。而在本案中，毫无疑问，原告没有类似的理由。法院已经为其指定举证期限，也向其说明了逾期举证的后果；原告的证据既非“新证据”，也并非在举证期限内无法提供。行

为瑕疵完全由其自身的过错引起。因此，对本案原告的行为没有给予救济的理由。既然如此，他也就没有理由通过撤诉以后重新开始诉讼程序来获得救济。制度的整合那么，本案反映的问题诉讼制度之间的冲突究竟如何解决呢？笔者认为，还是应当从撤诉制度的设计入手。我国现行撤诉制度受到两个方面的批评：其一、部分学者认为撤诉纯属当事人可以自由处分的权利，法官无权、亦无须审查，否则就侵害了当事人的处分权；其二、很多学者从平等保护双方当事人诉讼权利的角度，呼吁改变现行制度漠视被告利益的做法，赋予被告对原告撤诉申请的制约权。赋予被告对原告撤诉申请的制约权当然可以解决本案讨论的问题。从立法例来看，各国普遍认为撤诉固然属原告的处分权，但也关涉到被告的利益，因为其涉讼以后要投入相应的时间、精力和财力，不仅有经济上的损失，更要遭遇精神上的焦虑、甚或名誉的损害。基于此种考虑，相关的制度设计都注意赋予被告应对原告申请撤诉的一定的牵制性权利，通常规定在被告提出防御打算之后，原告撤诉必须取得被告的同意。这是因为，正如日本学者兼子一、竹下守夫所认为的那样：“既然被告也认真对待诉讼，就只允许原告单方面撤诉之后溜走是不公平的。”日本《民事诉讼法》第261条规定：“撤回诉讼，如果是在对方当事人对于本案已经提出准备书状或在辩论准备程序中已经陈述或者已经开始口头辩论后提出的，非经对方当事人同意，不发生其效力。”德国法上也有原告在本案言辞辩论后撤诉须经被告同意的规定。但是，我们也应该看到，即使原告是在被告提出防御打算之后撤回诉讼，如果令原告撤诉完全受制于被告，不仅于法理不符，甚至还可能产生其他的负面

影响。因此，我们认为法院的审查还是有保留的必要。而且，我们有必要澄清一点，法院对当事人的撤诉申请进行审查并非我国的专利。这种审查同样也为被视为“当事人主义”的老祖宗的英、美等国所奉行：依照英国法，如果法院已签发临时性禁令，或者任何当事人已向法院提供担保，则原告撤诉须经法院准许；如果原告已接受被告的中期付款，则非经被告同意或者法院准许，原告不得撤诉；如果有多名原告，则除非其他原告皆以书面形式表示同意或者法院准许，否则原告不得撤诉。除上述情形外，原告撤回全部或部分诉讼请求的，被告可在收到原告的撤诉通知书之日起28日内申请法院驳回其撤诉通知书。如已撤诉的原告拟对同一被告重新起诉，在其系于被告提交答辩状后撤诉或者原告重新提起诉讼依据的事实与所撤回诉讼依据的事实相同或基本相同的情形下，须经法院准许。而按照美国联邦法，法官就原告自愿撤回诉讼也有很大的控制权。《联邦民事诉讼规则》第41条规定：被告提出答辩书或申请简易判决之前为依法当然可以撤回起诉的期间。此后撤诉须得到法院的许可。虽然撤诉不影响以后重新起诉，但法院对许可与否以及提出什么样的条件有自由裁量权。当被告再次被诉有可能遭受损失时，法院将不允许原告撤诉。实际上，在这个问题上，笔者认为法国法找到了一个好的平衡点。《法国新民事诉讼法典》第394条399条关于撤诉制度的规定有三个要点：1、原告可以在任何案件中撤回起诉，以终止诉讼；2、撤回诉讼须经被告接受始为“完全”，除非在原告撤诉时，被告尚未提出任何实体上的辩护，或者未提出不受理请求；3、如被告不接受原告撤诉，须有合法理由作为依据，否则法官可宣告撤诉为“完全

”。这种制度设计的优点在于将被告接受与法官审查相结合，均衡考虑了双方利益，既可防止被告反复受到原告滥用诉权的侵扰，又可以防止在被告滥用防御权的情形下，原告行使处分权却完全受制于被告这种情况的发生，确实值得借鉴。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com