

论证据法上的诚信

白晓东

(华侨大学法学院,福建泉州,362021)

摘要:通过对涉及证据规范的实体法和程序法的归纳,以及对于两大法系证据规范的对比总结,特别是对当今世界诉讼程序的现状和发展趋势的分析,可以肯定,在现代自由心证证据制度下,诚信观念将成为法官审查、判断证据的内心准则,是证据法的核心精神。

关键词:证据法;诚信;证明;自由心证

中图分类号:D915.13

文献标识码:A

文章编号:1672-3104(2005)04-0429-04

秉承大陆法系法典式的立法体制,承继浓重的法官职权主义色彩,我国的证据立法相对薄弱,学术研究也相对迟滞。从20世纪80年代中期到现在,证据法的教科书在内容上并没有多大的变化,证据观念陈旧,理论表述方面仍然受旧的思维定式的影响,研究缺乏广度和深度。最高人民法院《关于民事诉讼证据若干规定》出台后,证据法和证据规则的理论研究进入了一个新的阶段^①,然而一个不能忽视的现实是:我们在证据的本质属性等诸多理论和制度方面,还有待研究和探讨;在承认和采用大陆法系自由心证制度的同时,我们又通过借助英美法系的证据规则来约束当事人和法官的行为;至于证据规则的基本出发点应当作何定位,应当怎样看待和适用证据规则,理论上更存在很大的认识差异。笔者认为,证据的属性和证据法的本质特征应当是且必然是诚信。正是诚信赋予证据法以程序理性,也使得证据运用有章可循。将诚信观念引入证据法,有助于我们克服上述理论误区,摆脱司法实践的困境。

一、证据法具有实体法和程序法共同的属性

从表面形式上看,诉讼乃是当事人的利益之争,当事人为了取得胜诉的利益,往往不择手段击败对方。按照英美法系国家的文字表达,诉讼常常被比喻为战争,它似乎与诈欺、谋略和争夺天然有缘。诚

如某学者所言:在一个“无谎不成讼”的民事诉讼中,泛滥成灾的虚假证言和虚假陈述使得法官对人证不敢轻易采信。在法官司法不公的情况下,当事人如没有书证证明合同,则距离败诉也就一步之遥了^[1]。

人类社会演变至今的诉讼制度表明:身兼实体法和程序法两栖性的证据法,具有实体法和程序法所共同具有的某种属性,诚信正是这两大法律部门的连接点,正是诚信,使得证据法的规范适用获得了解释,并且有效地施用于实践。

证据与民事实体法密不可分^[2],民法规范与证据规范的交错适用并非个别现象。民法典里容纳相当数量的证据规范早已是大陆法系国家不争的事实:不仅以法国法为代表的大陆法国家民法典专章规定了证据,即便在最强调实体法与诉讼法分离的德国,其民法典仍保留着数目惊人的证据规范。以法国为代表的罗马法系国家,其民法典中的“证据”一章通常规定书证、人证等证据方法的可采纳性、证明力,以及推定、自认等证明规范,如《法国民法典》第1341条规定,金额超过5000法郎的合同都必须以公文书或私文书的形式作成^[3]。我国《民法通则》也有关于某些民事法律行为必须以书面形式作成的规定,《海商法》《合同法》中的这种规范更多,如《合同法》规定:合同主体为自然人以外的借款合同、融资租赁、建设工程合同、多式联运合同、技术开发合同、技术转让合同等,《海商法》规定的航次租船合同、定期租船合同和光船租赁合同、

收稿日期:2004-11-15

作者简介:白晓东(1966-),男,福建安溪人,华侨大学副教授,主要研究方向:证据法,刑法,合同法。

海上拖航合同等,均要求采用书面形式。虽然合同的法定形式主要发生实体法上的效果,但在诉讼法上都毫无例外地表现为证据方法的事实。换言之,书面形式虽具有形态各异的实体法效力,但在民事诉讼法中却共同指向同一证据方法,即书证。

民事实体法上的举证责任分配规范更为突出,如《意大利民法典》第2728条第2款明文规定:“对于法律宣布某些行为无效或不赋予诉权所依据的推定不得提供相反的证据,但是,同一法律允许提供反证的情况除外。”这就明确地指出了只有在法律允许提供反证的情况下,才可能发生转换举证主题或者举证责任倒置的问题。

在证据法上,立法者往往用“视为”一词来表达法律推定。如我国《合同法》第171条“试用买卖”的规定、第211条关于“自然人之间的借款合同”的规定、第215条关于“不定期租赁”的规定、第366条关于“当事人对保管费没有约定”的规定,以及《合同法》第15~16条、第45条、第47~48条、第158条、第232条、第310条,都使用了“视为”这一概念。

可以说,作为民事实体法构成部分的证据,当然具有民事实体法属性,而诚信是民事实体法的“帝王法则”,因此,实践上适用民事实体法的证据规范,应当并且必然遵循这一法则。

诚信原则在程序法上的体现,虽然从现行法中无法找寻立法根据,但是,人类法律史表明,诚信原则本来属于诉讼法的原则,并且在程序法上的确立远早于其在实体法上的确立。

根据罗马法,诚信分为两种:一种是诉讼法领域的诚信;一种是物权法上的诚信。诉讼领域的诚信主要表现为裁判官运用自己的权威解决疑难案件的过程,它是对裁判官运用其自由裁量权过程的简略表达,这种诚信要求裁判官在裁判时要遵循正义的行为标准。当然,也要求当事人以其行为忠实地履行其义务^[4]。

罗马法非常注意防止人们的轻率诉讼,有时采用罚金,有时采用庄严宣誓,有时利用害怕丧失名誉的心理来抑制原告或者被告的轻举妄动。实际上,这正是在证明手段极为落后的条件下,通过考验当事人的诚信程度来获得审判者内心的确信。

在中国古代,诚信观念在证据法上的运用始于西周。依照西周法律,诉讼前要尽心宣誓,对天发誓可以表明宣誓者的诚意,表明其言词的真实性和诺言的不可翻悔。汉代的法律规定,法律允许当事人和证人于3日内纠正不实供词而不予追究,但是在

复讯之后,当事人则必须对其言词承担法律责任,这种规定的主要目的也是保证供词的准确性和可靠性。《唐律疏义·断狱律》“证不言情”条“诸证不言情,及译人作伪,致罪有出入者,证人减二等,译人与同罪”,也规定了证人或者译人若因其虚假的陈述使得案件情况有所出入,必须承担相应的法律责任^[5]。

二、证据法的核心是诚信

大陆法系国家的民事证据制度,实际上主要是法官收集民事证据的规则和方法。虽然在证据制度方面,大陆法系国家的民事证据与刑事诉讼证据有巨大差异,但是均赋予法院有依照职权进行调查取证的权力。因此,证据运用中的诚信,对于法官的意义远大于对于当事人的意义。大陆法系自由心证制度比较集中地反映了诚信观念的影响。

所谓的自由心证制度就是一切诉讼证据证明力的大小以及如何运用,法律预先不作规定,一概由法官自由判断和取舍。法官通过对证据的审查判断所形成的内心信念,称为“心证”。自由心证理论的两根支柱:一是抽象的理性;二是抽象的良心。理性是判决的证据,良心则是真诚地按照理性的启示判断证据的道德保障,其中心则是“自由”,即法官根据理性和良心自由地判断,在内心达到真诚确信的程。当然,这种“确信”必须是产生于证据材料在理性中的印象。正如法国学者杜波耳向法国宪法会议提出革新草案时所指出的:“当事实成为法院研究对象的时候,可以有两种手段,一种是预先规定出来,什么样的证据是可以用来认识真实的,不论法官的确信如何,强迫法官根据这种证据去做裁判,并把这些作为固定不变的尺度加以采用;一种是把那些用来认识真实情况的一切资料都精密地收集起来并在法官面前阐明,而听凭法官去理解和进行内心判断。第一种手段——法定证据,第二种手段——道德证据。”^[6]这说明法官判断证据就是要根据道德和良心。关于传闻证据,大陆法系国家认为,只要该证据能够证明案件事实,不管它是何种证据,都是可采的。至于其可信度低、证明力弱的问题,可以通过法官根据具体情况依据自由心证来解决。

英美法系国家的证据规则虽然表现为具体的操作规范,但是,诚信原则还是在规则中有着主轴性的作用:一方面,法官对证据效力的判断、认定采用法定证据原则与自由心证相结合的方法;另一方面,证

据规则往往在一般原则时,为实现诉讼的公平和合理,又设置复杂的例外制度。例如,排除传闻证据虽是一个原则,但如果一概排除,则又显失公平和合理性,因此设置传闻证据的例外情形,如临终的陈述,违背自己利益的陈述,从前的陈述,等等。正是这些原则和例外的规定共同支撑了整个证据法,使其具有独立存在的价值。这种原则和例外规定相辅相成所构成的证据规则,正是诚信原则在英美证据法上的体现。

1938年美国颁布了《联邦民事诉讼法规》,它包含一种新的诉讼观念,即诉讼应当成为争议双方的公平论战。其理想和目标在于最大限度地消除诉讼中的不诚实行为。

可见,在两大法系的证据法中,尽管其规范对象有所差异,但是,约束证据的本质需要决定了两者的殊途同归,即以诚信约束当事人和法官,确保裁判的正义和公正。

三、诚信原则在现代证据法上的体现

诚信原则在现代证据法上主要体现为以下几点:

(1) 禁止翻悔以及矛盾举动;

(2) 禁止妨碍证明活动和妨碍对方当事人的诉讼行为,包括妨碍证明、欺诈、胁迫等,对这些行为的禁止,构成诚信原则的内容;

(3) 禁止作伪证;

(4) 证据开示规则。证据开示或称证据展示,是当事人主义诉讼的一个十分重要的概念,是指庭审调查前,双方当事人之间相互获取有关案件的信息。英国在1996年《刑事诉讼与调查法》中规定,控诉一方负有向辩护一方揭示本方证据的义务。辩护一方在法定的情况下有向检察官展示本方证据或提供本方辩护理由的义务^[7]。《美国联邦民事规则》第26条也有类似的规定^[8]。《德国刑事诉讼法》第147条规定,辩护人有权查阅移送法院的,或者在提起公诉情况中应当移送法院的案卷,有权查看官方保管的证据。在程序的任何一个阶段,都不允许拒绝辩护人查阅对被告人的询问笔录,查阅准许他在场的法院调查活动笔录,查阅鉴定人的鉴定^[9]。

(5) 确立证据规则实现证据运用的诚信。

第一,排除法则是英美证据法上涉及证据可采

性的一项重要规则,如《美国联邦证据法》第402条规定:“如果证据存在导致不公和偏见的危险,或者容易引起事实混乱,将陪审团引入歧途,造成不必要的拖延,浪费时间或者重复赘述等,当这些因素的不利严重超出了证据的证明价值时,即使是相关证据,仍然可以排除。”

第二,传闻规则:英美法系一般不接受传闻证据,如《美国联邦证据规则》第802条规定:“传闻证据,除本证据规则或其他由联邦最高法院根据立法授权或国会立法所确认的规则另有规定外,不能采纳。”^[10]作为例外,对己不利的陈述、临终遗言等又是可以采信的,另外,行政程序和行政诉讼可以接受传闻证据^[10]。

第三,证人规则:关于证人的资格,法律规定:未成年人并非无资格作证,英国证据法的规则是,根据法庭的审查,如果一个儿童看来能够理解宣誓的性质以及后果,或者“懂得说谎之危险和不虔诚,儿童不必意识到上帝的存在,只要法官确信他意识到了场合的严肃性和宣誓的责任即可”。关于证人宣誓与隔离询问,在英美法系,证人一般应在宣誓后提供证言。通过宣誓或虽不宣誓但以某种旨在唤醒证人良知和加深证人责任感的方式来进行。大陆法系也有同样的规定。关于质疑证人问题,核心就是考验证人的诚信程度以决定他是否可以作证人。为了保护证人证言的可信性,《美国联邦证据规则》第607~610条,设立了质疑证人的程序,即通过对证人表示不信任从而使法官和陪审团怀疑该证人证言的可信性。它还规定,对证人的诚信问题,任何一方当事人都可以提出质疑,可以通过提供评价证据和名声证据来进行抨击,也可以用曾被定罪这一证据提出质疑^[8]。

第四,许许多多的证据规则的例外,其核心还是诚信。例如,非法证据排除规则中,原则上非法证据是没有证据能力的,但如果该非法证据是侦查部门最终可以获得的,也可以构成可采的证据。又如,根据自白规则或者沉默权规则,在英美法系国家,被告人自白是可以采信的,但假如被告人自称是要弄司法机关的,该证言也是不可更改的^[11]。

根据最佳证据规则,原件原物可以采信,而复制品与原件在同等程度上可被采纳,除非:①对于复制品是否忠于原件产生疑问;②以复制品代替原件采

纳将导致不公正。

四、诚信视角下我国证据法的取向和适用

《民事诉讼证据若干规定》的出台后,一般认为我国正式确立了自由心证的证据制度。但是该规定又直接引用了英美法系的排除非法证据规则、补强规则、最佳证据规则、意见规则等。这样,我国在确立自由心证制度时,又规定了证据的种类、证据的效力大小、证据的证据能力,似乎有限制法官自由心证的意味,《证据规则》似乎存在内在矛盾。但笔者认为,该规则表面上是平衡两大法系的证据法的差异,而实际上是尝试运用诚信原则来解决困扰我国的证明责任和证明标准问题。

首先,从规范法官行为的角度来说。《民事诉讼证据若干规定》出台后,明确赋予法官自由评判证据的权力,这一规定是符合世界立法潮流的。问题是,落实自由心证的关键在于真正地确立法官的崇高道德感和正义品性,而我国的现实是人们对于法官的心证自由比较担忧。其原因是法官素质和品质难以保证心证的正义性。因此,如果以空洞的道德感来约束法官的心证行为,某些素质极为低下的审判人员恰好可以用自由心证作为枉法裁判的挡箭牌,对于自由心证如果不加一定的限制,其结局将是导致绝对的司法腐败。因此,在最高人民法院的《若干规定》中,我们可以看到一个有趣的现象:在授予法官自由心证权力的同时,又通过吸收借鉴外国尤其是英美证据规则,以精确的规则来规范法官的行为,缩小法官的自由裁量权。这可能是人们要求司法的严格性和精确化而产生的一种制度内需的体现。^①1) 规定法官的自由裁量权判断标准是根据经验法则,这种法则就是要求不能脱离社会上大多数人的判断标准来作裁决。2) 规定了法官的自由裁量权行使必须结果公开和过程公开。3) 规定了分配当事人的举证责任时应当考虑到诚信的问题。

其次,从当事人的角度而言,第一,我国证据规则扩大了举证责任倒置的情形,如民事诉讼法解释中将医疗事故、劳动合同争议等列为举证责任倒置的情形,加重了有关当事人的举证责任,明确了强势群体的举证责任,以实现诉讼中的诚信。第二,

明确了证据交换的规定,杜绝了证据随时提出主义。证据规则的出台,对于不诚实诉讼者的重创,是证据法的重大进步,因为它从制度上禁止了突袭式的诈欺诉讼。第三,规定了必须关注证人的道德诚信以便判断证据的可信度。

为了最终落实诚信规则,我国的证据规则需要在以下几个方面完善:

第一,根据现行规定,举证期限一般是由法院指定,而这一期限往往在首次开庭之前就已经结束。在实践中,庭审前对举证责任的分配并不具体,实际上许多案件的举证责任必须在庭审中才能明确,由于无法在庭审前举证证明,结果导致对于某一方严重不利。因此笔者认为,举证期限应当延长至法庭辩论结束之前,以避免举证期限成为新的诉讼不公的工具。如德国《民事诉讼法》第296条规定:在作为判决基础的言词辩论终结后,不得再提出攻击与防御方法。这一规定值得我国借鉴^[12]。

第二,应当规定法院为当事人的举证和证据交换提供平台,及时传递当事人之间的证据信息。现实是:很多法官对于当事人提交的证据,并未及时传递,导致对方当事人庭审之时遭受突然袭击,而这应属于法院在组织证据交换上的失职。由此导致的败诉的责任转由当事人承担,明显是不公平的。

第三,应明确规定推定和司法认知等证明手段的运用规则。

第四,应明确规定法官的程序释明权。

第五,应确定新的证据的范围是“最终可以获得的证据或者不采用该证据,将导致严重的道德危机的证据”,明确排除人证作为新的证据使用。

第六,加强对作假证的证人的处罚和证人保护。

总之,离开了诚信作为核心支柱的证据,只能是当事人弱肉强食的工具,也只能是某些司法人员随心所欲的任性而已。诚信不仅仅是民法上的帝王法则,也是证据法上的当然法则,与证据的运用和审查有关的诉讼参与人,只有在内心和制度上接受诚信观念,才能使诉讼变成真正的正义之战,而困扰我们的司法不公和司法腐败问题,也将得到大幅度的改善。

注释

^① 近年来国内的证据法研究涉及到证据规则方面的居多。

参考文献:

- [1] 肖建国. 论合同法上的证据规范[J]. 法学评论, 2001, (5): 80-90.
- [2] 齐树洁. 民事证据法专论[M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2002.
- [3] 罗结珍. 法国民法典[M]. 北京: 中国法制出版社, 1999.
- [4] 徐国栋. 民法基本原则解释——成文法局限之克服[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1992.
- [5] 叶孝信. 中国民法史[M]. 上海: 上海人民出版社, 1993.
- [6] 刘金友. 证据法学[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001.
- [7] 卞建林. 联邦刑事诉讼规则和证据规则[Z]. 北京: 中国政法大学出版社, 1996.
- [8] 白绿铨, 卞建林. 美国联邦民事诉讼规则、证据规则[Z]. 北京: 中国法制出版社, 2000.
- [9] 余叔通, 谢朝华. 法国刑事诉讼法典[Z]. 北京: 中国政法大学出版社, 1997.
- [10] 刘善春, 毕玉谦. 诉讼证据规则研究[M]. 北京: 中国法制出版社, 2000.
- [11] 乔恩·华尔兹. 刑事证据大全[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 1993.
- [12] 罗结珍. 法国新民事诉讼法典[Z]. 北京: 中国法制出版社, 1999.

On bona fides in proof law

BAI Xiaodong

(School of Law, Huaqiao University, Quanzhou 362021, China)

Abstract: Based on the induction of related substantial law and procedural law of proof, along with the comparison of rules between Continental law system and Common law system, especially the analysis on the current situation as well as the trend of litigious procedure in the World, the author holds that under the discretion, the ideal of bona fide has become the inner criterion of a judge when he examines or determines a proof, that is the core spirit of proof law.

Key words: proof law; bona fides; proof; free-proof

[编辑: 苏慧]