

论民事证据契约（下）PDF转换可能丢失图片或格式，建议
阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E8_AE_BA_E6_B0_91_E4_BA_8B_E8_c122_485074.htm

【摘要】 民事诉讼中的证据契约是诉讼契约的一种，是当事人双方在证据采纳和采信方面达成的约束法官心证或者与法律规定不一致的合意。证据契约的种类较多，大致分举证责任分配方面的契约、证据能力方面的契约和证据证明力方面的契约。学界基于自由心证主义对证据契约的效力多持严格限制态度。证据契约不仅有辩论主义和处分权方面的正当性，还有其他有利于当事人的价值利益。决定证据契约的效力，应当委诸于法官根据利益衡量原则进行判断，尽量认可其效力，以彰显当事人主体性原则。

【关键词】 证据契约；诉讼契约；自由心证；利益衡量

三、证据契约的有效性判断

证据契约的效力是一个核心问题，理论上争议很大。证据契约的正当性涉及到对形式真实说、实质真实说和信赖真实说的评价与取舍，其理论基础包含私法自治原则、诉讼法上辩论主义、处分权主义及举证责任分配理念与证据调查制度之目的等制度和价值。当价值产生冲突时，选择和倾向就决定了证据契约的适用范围，越强调个人处分与自由者及强调诉讼上辩论主义与处分权主义者，越容易接受证据契约。反之，越强调法院真实探知义务和举证责任之严格性的，对证据契约的效力也就越排斥。赞成证据契约效力者，主要从辩论主义和处分权主义的角度出发。这一出发点与诉讼契约的基本原理并无二致。“于诉讼上既然有承认当事人举出证据和撤回证据的自由，从而以此契约来限制自由心证的证据而左右审判结果应无不许

之理。” [3](P.516?517) 辩论主义和处分主义都赋予当事人在处分自己权利方面的自主性，而对证据的运用无非是要达到认定事实的目的，进而决定案件的实体利益。因此如果当事人对证据运用有了自身的意志而法院拒绝接受的话，自有违背处分原则的嫌疑，而且法官认定的事实如果违背了当事人在证据方面的意愿，哪怕作出了对一方有利的判决，可能也会侵犯当事人的其他利益，这和辩论主义要求的“裁判在当事人主张范围之内”的原则也相背离，因此，哪怕最极端的证据契约否定者，也多多少少会承认某些类型的证据契约的效力。但是，和其他类型的诉讼契约被广泛肯定不同，承认证据契约效力的困难和阻力要大得多。证据契约不仅在我国民事诉讼领域是一个新课题，即使在大陆法系国家和我国台湾地区也研究不多，究其原因，大陆法系奉行的自由心证原则是阻碍证据契约产生效力的根本原因。证据契约是当事人的合意在证据运用方面的体现，而证据的采纳和采信历来被视为法官行使自由裁量权、自由心证的领域，和诉讼中其他领域的契约不同，这种合意不仅对实体结果产生影响，还介入了法官判断证据认定事实的心证领域，而这一领域长久以来被视为法官独立裁判的神圣禁区，外界力量是不能介入干预的。自由心证原则被视为现代诉讼制度的基石[4](P.367)。如果因为当事人之间对证据的运用有约定而导致法官不得不作出与自己心证相反的判断，这种“否定心证”的后果将严重动摇证据制度的根基。以捍卫自由心证为出发点，学界主张严格限制证据契约效力者自然居多。在德国，20世纪初奉行纯粹的自由心证原则，对证据契约往往加以否定，如罗森贝克认为，举证责任契约在不违背法律强制性规定的情况下

有效，但其他的证据契约因为干预法院的判断事实行为，并且法院确认不能成为当事人协议标的，应当无效。但这种无效也不是绝对的，如果证据契约影响证据调查的范围和结果，而这些影响在辩论主义和处分权主义范围内的，则应当认定有效[2](P.140?142)。台湾学者陈计男认为，“证据契约中，只约定限制或特定之证据方法，或以变更举证责任分配原则为目的之合意，此类合意足以影响法官之心证自由形成，违反自由心证主义之原则，应不准许。惟当事人既能自由处分诉讼标的之法律内容，则约定以一定之事实为前提，决定其存否之内容，应予准许。”[5](P.445?446)“如果证据契约的内容，限制法院依自由心证判断事实之真伪者，对于法院自不生效力，如果不侵害自由心证主义，且在辩论主义适当领域内的，应视为有效。证据方法契约或证据限制契约，学者间争议较大，本书认为不宜承认其效力。

”[1](P.396)[2](P.139?140) 四、证据契约制度的正当性论证 一般认为，证据契约的价值优势和诉讼契约一致，源出于当事人对自己实体权利的自由处分权。既然处分实体权利应该得到充分的尊重，那么证据契约约定的事项对事实认定产生实际后果，进而影响了实体利益，也是当事人自主决定的结果，因此尊重证据契约，不干预当事人意愿，也是处分原则的应有之意。这种理解固然不错，但把证据契约的优势仅仅理解为当事人自主决定实体利益的表现形式，还不足以凸现证据契约的价值。笔者认为，对证据契约效力的认可，不仅仅是辩论主义、处分权主义和自由心证的利益衡量，还有必要深入到当事人合意的动机中去考察，观察证据契约是否具有其他的价值功能。证据契约并不直接处分当事人的实体权利

，否则当事人直接和解即可，它处分的是当事人在诉讼中的“证明利益”，而且这种处分是积极的处分，即主动明确表示放弃部分程序性利益，这和当事人因为消极不行使程序性权利而导致的实体不利益有本质不同。所谓证明利益是指证明程序对当事人产生的有利于其事实主张被法官认定的好处和便利。法官对证据采纳和采信的证明活动，法律往往规定了详细的规则进行规范和约束，一方面总结经验法则，提高认定事实的准确率，另一方面也制约法官的裁量权，防止其滥用权力作出与常识背离的裁判。法律的规定和法官的裁量权的正常行使是证据运用的常态，证据立法中的各种规则从立法本意上都是为了促进法官及时准确地认定事实，“有利于认定事实”对当事人而言就是一种程序法上的证明利益。证据契约多少要和证明规则有不合之处，当事人变更这些本来有利于事实认定的规则，一般而言至少会对其中一方的证明利益产生不利影响，这是对证明利益的积极处分。如约定限制证据使用，使得原本可以得益的一方失去了证明自己主张成立的一次机会，约定举证责任分配，对承担责任的一方而言是一种负担。当事人为何要积极处分（一般情况下是放弃）程序上的证明利益？最可能的解释，是因为证据契约可能带来其他类型的价值利益，典型如诉讼效率和案外人隐私权保护。如节省时间，避免诉累，或者避免侵犯他人隐私，造成案外人的不利益。正是这些利益才驱使原本对立的当事人具有订立证据契约的动机。实际上，观察以上证据契约的案例，大部分情况下是当事人基于诉讼效率和保护他人隐私的考虑，如自认契约，诉讼中达到迅速认定事实，不得争议的效果，避免了复杂的举证质证和认证过程。再如证据方法

契约，约定证人可以不出庭，也是为了防止诉讼拖延，希望尽快解决争议。因此，如果这些利益确实合情合理，法官没有理由断然拒绝。正确认定事实，从而公正地维护当事人实体利益，固然是诉讼的首要意旨。但证据契约并非仅仅基于实体利益的考量而处分程序上的证明利益，因为当事人只就证明事项达成契约，表明并不愿意放弃实体利益，否则直接达成实体权利义务上的合意，即实体契约就可以了。证据契约往往基于当事人的其他价值需求而产生，这些价值和利益就成为判断证据契约是否合理的重要指标。对证据契约的效力，不能一概认可和反对，需要借助利益衡量机制加以判断，衡量的方法就是把证据契约给当事人带来的利益好处与损害严格证明和自由心证的不利益加以比较，利益大于或等于不利益则认可证据契约的效力，否则不予认可。当然，利益衡量本身就是一个主观判断的过程，因此把证据契约的效力判断委于法官，是一个比较现实合理的做法。以上从当事人的角度探讨了证据契约的价值所在，而从司法权行使和国家利益的角度，证据契约引起的负面效益也是不可回避的。证据契约特别是证明力方面的契约，的确对法官认定事实的心证构成了干预。如上所述，对自由心证原则的侵蚀，是证据契约被排斥的最主要理由。不过，事实上，不是所有的证据契约都会和法官的主观心证形成冲突。比如双方当事人对超过举证时限提交的证据的可采性的一致认可，法官有了更多证据保证事实认定的准确性。还有对证据的调查程序，虽然证据契约约定的方式不符合法律的规定，如双方约定证人不用出庭，通过电话讯问证人，但如果当事人的意图是提高诉讼效率，避免诉累，法官内心当然也会认同。再如自认契约

，如果载明自认契约的证据文书确实证明力很充足，法官做出了肯定的判断，那么究竟是基于证据契约的效力而为此裁判或者法官行使自由心证而得此结论，并无太大区别。既然对证据契约效力的判断需要进行价值衡量，那么立法应当将之委诸于法官进行自由裁断。反对证据契约的最主要理由是侵犯了法官自由心证，而是否是真的侵犯，还有赖于法官自己的判断，法官如果认为证据契约中对证据方法和证据证明力的约定，直接和自己的心证抵触，或者证据契约带来的利益小于维护自由心证的利益，可以宣布不予采信，但如果认为证据契约并没有侵犯自己的权力，或者有其他的较大利益，也可以认定证据契约的效力。这是一种双重授权，一方面，它为法官拒绝证据契约的适用提供了权力来源，另一方面，也为法官适用证据契约而“违反”法定证明程序提供了正当性基础。只有法律允许法官采纳证据契约，法官适用证据契约的行为才是正当的，也并不违背严格证明的法理。

五、证据契约制度的适用原则

笔者认为，在目前普遍奉行当事人主义诉讼模式的时代背景下，要否定作为当事人自治权重要表征方式的证据契约的有效性，无疑与民事诉讼制度发展的世界性潮流相悖，同时也人为限制了当事人对程序的控制权和对实体的处置权。因此，目前我们在理论的价值取向上应当充分肯定证据契约制度的合理性。这是问题的一个方面。另一个方面也要看到，将当事人对证据事项的控制权和处置权抬高到极端，认为无论在何种情形下都可以产生绝对的拘束力，这也是一种不妥当的观点。恰当的看法应当是以认可当事人订立证据契约的基本权利为背景，为其效力判断设定明确的几项原则供法官予以判断和取舍。为此，我们首先

应当将法定的证据契约和任意的证据契约区别开来。对于法定的证据契约，法官比较好判断，只要审核其构成要件即可。较为复杂的是对任意的证据契约的有效性判断。对任意的证据契约有效性的判断应当设定这样几条原则性的标准，供审判法官在裁量时遵循和考虑：其一，不得违反法律强制性规范的原则。法律强制性规范的设定负载着立法者特殊的价值取向，这种价值取向凌驾于当事人意思自治原则之上，是不容许当事人通过证据契约的订立予以损害的。比如对于证据合法性的契约，我们虽然不能认为凡是关于证据合法性方面的契约都是无效的，但是除非证据合法性的争议事项仅仅涉及相对方当事人的情形外，凡是在证据合法性的争议事项上涉及第三人的利益、社会公共利益以及国家利益的，当事人双方则均失去了处置权。当事人所订立的这类证据契约对法官即无拘束力，法官有权宣布其为无效协议。违反公序良俗的证据契约也同样是无效的。其二，不得对法官的自由心证发号施令的原则。法官对案件事实的判断是自由的，除非法律有明确的证据规则，法官不受法定证据制度的制约。这是现代证据制度的一项基本原则，立法者在立法时也要尊重此项原则的普适性和有效性。既然如此，当事人则无权订立证据契约，将立法赋予给法官对证据的自由判断权予以限制或缩小。当事人固然可以通过证据契约限制证据方法，缩小可供法官自由判断的证据材料范围。但在法官可以考虑的证据材料范围内，当事人即失去了订立证据契约为法官自由心证发号施令的权利。当然自认的情形是一个例外。其三，不得显失公正的原则。众所周知，显失公正是民事实体法中认定民事法律行为无效性的一个法定事由，这个原则在证据契

约的效力判断中也是适用的。因为诉讼程序的公正性和公平性是其赖以存活的基本价值，失去了这样的价值，民事诉讼制度就失去了应有的功效，不仅社会政策形成机能丧失殆尽，即便纠纷的化解也往往成为空谈。比如当事人通过举证责任分配契约将案件中所涉及的所有事实的举证责任均归属于一方当事人负担，这样的证据契约即便是双方自愿的，也应被认定为无效。这不仅有实体法上的类似原因，更重要的还有程序法上的独立原因。这就是，如果这样极端地分配举证责任，必然致使诉讼程序的缓慢和滞延，严重违背了诉讼促进义务和诉讼经济原则。【注释】 [3] 陈荣宗，林庆苗．民事诉讼法[M].台北：三民书局，1996. [4] 宋英辉，许身健．刑事诉讼中法官评判证据的自由裁量及其制约[A].何家弘，主编．证据学论坛[C].北京：中国检察出版社，2000. [5] 陈计男．民事诉讼法论（上）[M].台北：三民书局，1999. 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