

论民事证据契约（上）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_485075.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

将证据和契约联结在一起考虑问题，从而形成一个独特的“证据契约”范畴和制度，这对长期笼罩在超职权主义诉讼模式之下的我国民事诉讼理论界来说还是比较陌生的。证据问题，包括证据的收集、证据的运用以及对证据的审查判断，从来被认为属于法官的专断领域，并非任何人可以问津，作为诉讼主体和利益攸关者的当事人也概莫能外。相反，当事人只能在诉讼前或诉讼中听凭法官的传唤接受讯问，从而根据这种讯问做出对事实问题的反应，因此当事人在诉讼中是被讯问的客体，而不是诉讼主体。在这种诉讼生态环境下，以自治性和对法官审判案件产生制约性为特征的证据契约论，对当事人而言无异于一种极不现实的奢望。随着诉讼模式由职权制向当事人制的转换，当事人在程序中的主体性地位有了极大的提高，当事人在民事诉讼中有了更加

充分的自治权、控制权和处分权。民事诉讼的私权属性凸现出来，其公法性色彩受到了淡化，并被控制在一定的范围之内。当事人是诉讼中的主体，对民事纠纷的解决能够自主地进行交涉，法院的审查判断权和纠纷处置权被限定在当事人双方存在争议而无法自主排解的限度之内。当事人是诉讼中的利害关系人，在诉讼进行中，当事人是最善于也最有动力进行利益衡量的“经济理性人”。诉讼中存在诸多价值可供他们追求，如何避免负面价值或诉讼不利局面的出现，他们始终处在动态的衡量和决策之中。利益最大化原则也同样表现和落实在民事诉讼过程中。如何从最有利于自己的角度追求最大化的诉讼利益，并由此实现最大化的实体性利益，始终是当事人及其代理人的关怀所在。相比之下，法官并不具有较当事人更加优越的环境和条件对此加以选择，不能在违背当事人意愿和利益的情况下对当事人的程序决策行动加以人为的干预。因此当事人主义诉讼体制要求充分发掘当事人在民事诉讼中的能动性和自治性，而排斥法官的任意干涉。当事人的能动性和自治性既表现在单方面的行为体系中，如两造对抗，也可以获得其他形式的表现，如形成合意。事实上，这两个方面始终是联系在一起的，这也是矛盾两个方面既对立又统一的具体表现。这种统一性是在对立性的总体局面下形成的，具有微观性和局部性。证据契约就是当事人之间统一性在证据领域中的表现。证据契约这种制度安排是构建当事人诉讼体制的有机要素，因此我们探讨证据契约，实际上就是对当事人诉讼体制的微观探索和深化认识。当事人诉讼体制的进一步发展和完善，也必然提出证据契约这个重要的理论课题。当事人主义诉讼体制在我国代表着诉讼制度

发展的基本走势和发展规律，证据契约这一理论课题因此也有旺盛的生命力。该理论课题的重要现实意义和理论意义由此也可窥见一斑。

一、证据契约与诉讼契约的辩证关联

诉讼体制的转换推出了一个“诉讼契约”的前所未有的概念。诉讼契约是当事人双方达成的旨在对诉讼中的实体事项、证据事项或事实问题以及程序性事项产生处置性效果的一致意见或合意。诉讼契约达成后，诉讼中所涉及的争议范围、当事人对证据的收集和使用以及程序进程和程序范式，都会产生不同程度的影响，这种影响最终被积淀为诉讼的裁判结果。从诉的概念可知，诉是一个立体性或综合性概念，它兼跨实体法、证据法和程序法等多个层面。由诉所引起的各个法律层面，都包含着一系列的丰富内容，这些内容都归属于诉讼程序当中，表现为各种形式和各种内容的诉讼法律关系。当事人主体这个上位性概念，其所覆盖的领域也有实体法中的当事人主义、证据法中的当事人主义和程序法中的当事人主义之分。既然当事人诉讼体制中含有诉讼契约的构成要素和构成方式，那么，诉讼契约制度也自然可以分别体现于诉讼中的实体法层面、证据法层面和程序法层面。实体法层面上的诉讼契约根源于诉讼中的处分权原则或主义，证据法层面上的诉讼契约以辩论主义为理论根据，而程序法层面的诉讼契约则以当事人进行主义为依据。证据法层面的诉讼契约就是我们这里所要探讨的证据契约。由此来看，证据契约是诉讼契约的一个组成部分。诉讼契约是一个含意最为宽泛的概念，它包括了证据契约但又限于此，除证据契约外，诉讼契约还有实体型诉讼契约和程序型诉讼契约两种类型。从诉讼契约产生的逻辑和历史来看，诉讼契约最先在实体法层面

产生。它是民事契约在诉讼法领域中的合理延伸，是实体处分权的诉讼化表述。当事人在实体法领域具有处分权，这种处分权到诉讼领域也不受影响，所不同的仅仅是它们的称谓有所不同了，同时其所涉及的复杂性也不尽一致。应当说，民事契约与实体型诉讼契约在本质上是一致的，其有效性的判断标准也并无二样。与实体型诉讼契约相比较，证据契约的公法性色彩更浓，因为证据制度不仅仅涉及双方当事人，同时还涉及案外人和审判者。他们对证据事项的处置不得影响案外第三人的合法权益，同时更加不得影响审判者对审判权的恰当行使。再加之，诉讼目的是多重的，解决当事人之间存在的纠纷仅仅是其目的之一，而非惟一的目的，在有的案件中或有的场合下，解决纠纷甚至不是诉讼程序的最重要的目的。因此，证据契约的范围要受到制约。至于程序型的诉讼契约，其范围较之证据契约而言更加狭窄。其原因在于纯粹的程序性事项距离当事人的私权更加遥远，而往往与多数人利用司法资源的合法权益以及法院的审判权威相关。因此，在当事人诉讼体制逐步建立的过程中，以诉讼契约来表征其内涵的，首先在实体领域出现，其次在证据领域产生，最后才在程序法层面获得一席之地。单纯从量的意义上看也是如此。表现在实体法层面的诉讼契约最为广泛，也最不受限制，法院对其形成效力的判断最为宽松。诉讼和解是典型的实体型诉讼契约，当事人通过和解形式来化解其纠纷是其所享有的一项贯彻始终的诉讼权利，甚至在执行领域也不例外。证据契约触及到了更多的公法色调，因而受到较多的限制。其限制主要表现在两个方面：其一是证据契约所存在的范围是有限的，它不能对法官或案外人发号施令。其二是法

官判断证据契约的有效性标准是非常严格的，有的证据事项根本就不容许进行契约化处理。证据契约处在实体型契约和程序型契约之间。如果说程序型契约所面临的障碍较多，而实体型契约又是毋庸置疑、理所当然的话，证据契约则具有较大幅度的可塑性。在限制程序型契约以确保实现诉讼的公益目的和经济目的的前提下，证据契约是用来发掘和彰显当事人主义诉讼体制的最好领域和最佳工具。由此来看，研究证据契约现象和制度具有拓展和演绎当事人主义诉讼内涵的重要意义。

二、证据契约的内涵界定与类型分析

（一）证据契约的内涵刻划与特征描述

有学者认为，关于诉讼上确定事实方法之诉讼契约，谓之证据契约[1](P.396)。事实上，证据契约的概念源于大陆法系，但对此问题的探讨并不多，一个重要原因就是证据契约包含的内容很难取得统一，“在德国，一般认为证据契约乃为上位或集合概念，一般化定义赋予精确内容并不容易。”[2](P.125)而且证据契约往往与自认、其他类型的诉讼契约等难以划清界线，因此，理解证据契约，最好从证据契约的常见类型以及证据契约和相关概念的比较入手，进而归纳出证据契约的一般特征。有学者将证据契约的概念划分为多个层次来理解，认为：最狭义的证据契约仅指证据方法契约；狭义的证据契约指代自认、推定与证据方法契约；广义上的证据契约则包含了举证责任契约，而以上所有的具体证据契约类型则构成了最广义意义上的证据契约，即所有关于认定事实和如何认定事实的当事人合意[2](P.133)。笔者认为，证据契约概念含义的宽窄不仅可以看出证据契约的各种类型，同时还可以看出证据契约由点到面的渐变过程。最广义的证据契约说比较符合证据契约制度

发展的基本趋势。因此，所谓证据契约，是指当事人在证明的各个环节上改变现有法律的规定并能产生实际效果的合意约定。据此，可以将证据契约的特征分析如下：第一，证据契约的内容涉及到举证责任分配、证据的方法、证据采纳和证据证明力等“证明”事项。证据契约内容必须和运用证据认定事实有关，如果不涉及到证据，则不能构成证据契约。现代证据制度由狭义的证据和证明构成。证据契约既存在于证据领域，也存在于证明领域。前者是静态的证据契约，后者是动态的证据契约。静态的证据契约调整证据形式或证据方法，比如当事人对证人的约定、对鉴定人的约定或者对书面证据的约定等等，均属于静态的证据契约；动态的证据契约就是证明契约，包括取证契约、举证契约、质证契约和认证契约。但认证契约要受到较大的限制。第二，证据契约是当事人互为一致的意思表示。这也是“契约”的应有含义。证据契约关系到诉讼结果，另外，证据契约往往会产生对一方的不利后果，为防止欺诈和重大误解，一般要求采取书面形式，以强化契约的真实性。第三，证据契约是对一般证明规则的变更。这种变更分两种，一种是逆向的否定性变更，一种是同向的约束性变更。前者是直接改变一般立法的规定，如对举证责任一般分配规则的改变，对超过举证时限的证据的合意适用，都与法律的一般规定相区别。后者则是在法官固有的自由裁量领域划定了一定的范围，约束法官的自由选择空间。法官本有权根据证据规则决定证据是否可以采纳或者是否具有足够的证明力，但契约约定法官只能选择特定行为，如某项证据未提交到法庭，法官本可以自主决定是否调查，但契约约定不容许调查。再如，某项证据能否证明事

实，本由法官自由心证决定，但契约约定法官必须采信该证据。当然，约束性变更也可能构成否定性变更，如契约约定与法官的内心裁量相违背时，就构成了对法官自主权的否定。不过否定性变更针对的是明确的证据规则，否定的结果具有必然性，而约束性变更针对法官的自由心证，既有可能符合法官本意，也有可能相背，否定的结果具有或然性。第四，证据契约发生的时间不限，既可发生在诉讼前，也可发生在诉讼中，但不能发生在诉讼之后。证据契约之所以可以存在于诉讼发生前，原因在于在当事人依照民事实体法安排其法律地位或法律状态时，会考虑利用证据契约来平衡双方的权利义务关系，同时可能期望通过证据契约的制衡防止纠纷的发生。从这个意义上说，证据契约不仅具有程序性，还具有实体性，事实上，它是兼跨实体法和程序法两大领域的综合性制度。当然，证据契约更多见的情形是发生在诉讼正在进行当中。因为当事人往往在实际发生诉讼后才考虑到证据关系的实际安排，而且此时订立证据契约更具有针对性和公平合理性。

（二）证据契约的类型分析 对证据契约类型化的分析旨在加深对证据契约的认识，同时也有助于立法对证据契约制度的完善和丰富，也便于法官对证据契约的适用与判断。从大陆法国家对证据契约为数不多的研究来看，对证据契约的类型化分析基本上还处在简单列举的层次，而理论化、系统化的研究相对比较匮乏。大陆法系关于证据契约的学说，大致分如下几种：自认契约，指以就某事实以不许反驳反证或至少若无相关事实未被证实时不容争执而被确认为契约内容者；推定契约，是指如一事实已被证明者，以附相对事实证明保留，或不保留相对事实之证明，而将某事实视为

系属真实；证据方法契约，是指以证据提出方法之限制为契约内容，如将特定证据方法予以排除，或仅许可提出某特定之证据方法；举证责任契约，乃指以举证责任分配为契约内容，其乃解决某特定待证事实呈现事态不明情况时之法律适用问题，即事态不明之不利益归属问题；仲裁鉴定契约，为法律关系基础事实之存否及内容，约定委诸第三人判断并予服从之契约[2](P.128)。以下试就证据契约的理论分类做出探讨。首先，从证据契约是否有法律明文规定的角度看，可以将证据契约分为法定的证据契约和任意的证据契约。证据契约是否必须法定化？在程序公法主义者看来，答案应当是肯定的。只有在立法者认为某种事项完全属于私益的范围或者对程序的公正有效进行不致发生太大影响的幅度内，才明定允许当事人可以通过证据契约安排其证据或证明事项。传统上，立法者对证据契约的容许持谨慎态度。但随着人们对民事诉讼程序自身性质认识的不断深化，尤其随着诉讼模式的当事人主义化的改造，证据契约开始步入立法者的视野，并将其作为调节诉讼程序和诉讼活动的重要媒介或工具来看待。这实际上是市场原理在民事诉讼中的运用和表现。在当事人主义诉讼模式下，当事人的诉讼权利被赋予了本位性意义，除立法明定的义务性质的规范外，当事人的诉讼权利被认为广泛地存在于诉讼程序的各个领域，而不受制于立法是否有明文规定。比如立法并没有规定举证责任分配的证据契约，但举证责任的分配完全是当事人之间诉讼负担的比例性负担，当事人完全有权利对其进行符合其基本判断的约定，这种约定是符合其实体权益和程序权益的目标追求的，法院一般没有干预的必要。当然在特殊情形下，如果这种约定明显

有背诉讼公正或诉讼经济原则，法院还是保留最终否决的干预权。承认任意性的证据契约的理论意义在于，证据契约作为诉讼权利的行使方式之一，是普遍地存在于诉讼程序全过程的，立法者可以对其加以明定，但这种明定性并不具有划定范围的限制性意义。随着诉讼实践的发展，这种任意性的证据契约还会不断获得立法者的理性认同，从而使之不断地上升到立法层面加以更加有效的规制。其次，从其所覆盖的领域和调节的客体来看，可以将证据契约划分为证据形式契约和证据运用契约。狭义上的证据概念仅指证据的表现形式，也称证据方法或证据形式。在对抗性的诉讼理论中，证据形式被认为是当事人进行证明活动的、从事诉讼对抗的武器。对于这种诉讼武器，当事人自然可以协商，从而订立证据契约加以限制或扩张。限制性的证据形式契约是指当事人通过约定，对某项争议事实的证明只能运用某一种或数种证据形式加以证明。比如在离婚诉讼中，双方当事人认可的事实，如分居满两年，法院依照职权调查，试图传唤某知情的第三人出庭，但双方当事人都不愿该第三人牵扯到诉讼中来，因此共同向法官提出不询问此证人。这是一种排除性的证据契约。还有的是肯定性的证据契约，比如对某项争议事实，双方约定只能用书证加以证明，而不得用其他证据形式从事证明活动。大陆法国家立法所认可的所谓仲裁鉴定契约也属于证据方法契约。因为通过这种契约，当事人只能通过某种特定的鉴定来证明案件事实，这就排除了其他形式的证明方法。比如双方有长期的生意往来，后因账务过多，协议将账本交与第三人来鉴定，该第三人作出的债权债务关系和数额认定双方不允许争议。在英美国家有一条证据规则叫做“

口头证据排除规则”（parol evidence rule）。根据这条规则，当事人在书面合同中约定的事实，只能利用该书面证据加以解释性的证明，而不得在此之外利用诸如口头证据加以否认或做出相反的解释。但是，根据这里的证据契约理论，当事人完全有权利通过证据契约作出与该项证据规则相反的约定，这种约定应当得到法院的尊重与认可。所谓证据运用的证据契约，也可以简称为证明契约，是指当事人对证明程序所订立的契约，主要包括证明对象契约、证明责任分配契约等类型。证明契约可以表现在证明的各个环节之中。当然在有些方面，当事人是不能通过证明契约加以改变的。这些方面有两个基本特征：其一是它属于法官对证据加以认定的心证领域，比如当事人不能通过证明契约约定某项与本案争议焦点没有关联性的证据具有关联性；因为有没有关联性属于法院判断的专门领域，当事人做出这种约定对法官心证的形成无济于事；其二是它有法律的明文的强制性的规范，比如当事人不能就证据的合法性做出约定，因为证据的合法性关涉到社会公益或案外第三人的权益，当事人不能通过约定予以处置，法院对此则应依职权加以调查。证明契约中常见或典型的有两类：一类是关于证明对象的契约。证明对象契约典型的表现形式是自认契约。比如，在一起人身损害赔偿纠纷中，原告提出了七万元的实际经济损失赔偿请求，但缺乏相关的票据支持，如在小诊所看病，没有正规的发票。经过与对方协商，为及时裁判，双方合意，如果法官判决原告胜诉，被告应当赔偿，那么诉讼请求中的五万元不需要票据，但另外二万元则需要拿出证据支持。自认契约还可以表现为诉讼外的自认契约，比如，双方签订一份合同书，没有经过公

证，但合同记载了这样一个条款：“双方发生诉讼中，不能就该合同所记载的事实发生争执。”另一类是证明责任分配契约。这种证明责任分配契约可以表现为推定契约，也可以表现为对证明责任分配规则的变通处理。前者比如：在不动产租赁合同中，约定如果终止期限届满前三日终止合同的信件已被证明寄送的情况下，于保留反证可能的条件下，推定终止的意思表示已经适时到达，在诉讼中不能抗辩其未收到终止的信件；后者比如：合同中约定，当债务是否履行发生争议时，债权人就债务人的违约事实承担举证责任。除上述关于证明对象和证明责任分配的契约外，证明契约还可以表现在证明的其他环节，比如关于证据收集和证据调查方法的契约、关于举证时限和证据交换的契约、关于证据提交方式的契约、关于质证方式的契约等等。事实上，对法官的认证当事人也可以订立有限制的证据契约。前述自认契约既可以解释为证明对象的契约，也可以解释为自认的证明力契约。关于仲裁鉴定的契约也属于证明力契约的范畴。关于证据契约还可从其他视角分类。比如从其约定的内容性质来看，可以将证据契约分为积极的证据契约和消极的证据契约。前者为比如举证责任的分配契约就是典型例子，它要求一方当事人积极作为；后者比如不传唤某人为证人的契约，它要求当事人消极不作为。单纯从量的角度看，积极的证据契约和消极的证据契约具有同等的重要性和适用面。再比如从表现形式上看，证据契约可以是明示的证据契约，也可以是拟制的或默示的证据契约。典型的例子是自认。自认既可以是明示的，也可以是默示的。在证据契约的语境下解释，明示的自认当然属于明示的证据契约，默示的自认则无疑属于默示的

证据契约。在以对抗制为基本特征的诉讼体制中，默示的证据契约具有客观存在的必要性和正当性。【注释】本文写作得到了中国人民大学法学院博士生陈巍的协助，特在此致谢！

[1] 王甲乙，杨建华，郑建才．民事诉讼法新论[M].台北：三民书局，2004. [2] 姜世明．新民事证据法论[M].台北：学林文化事业有限公司，2004. 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