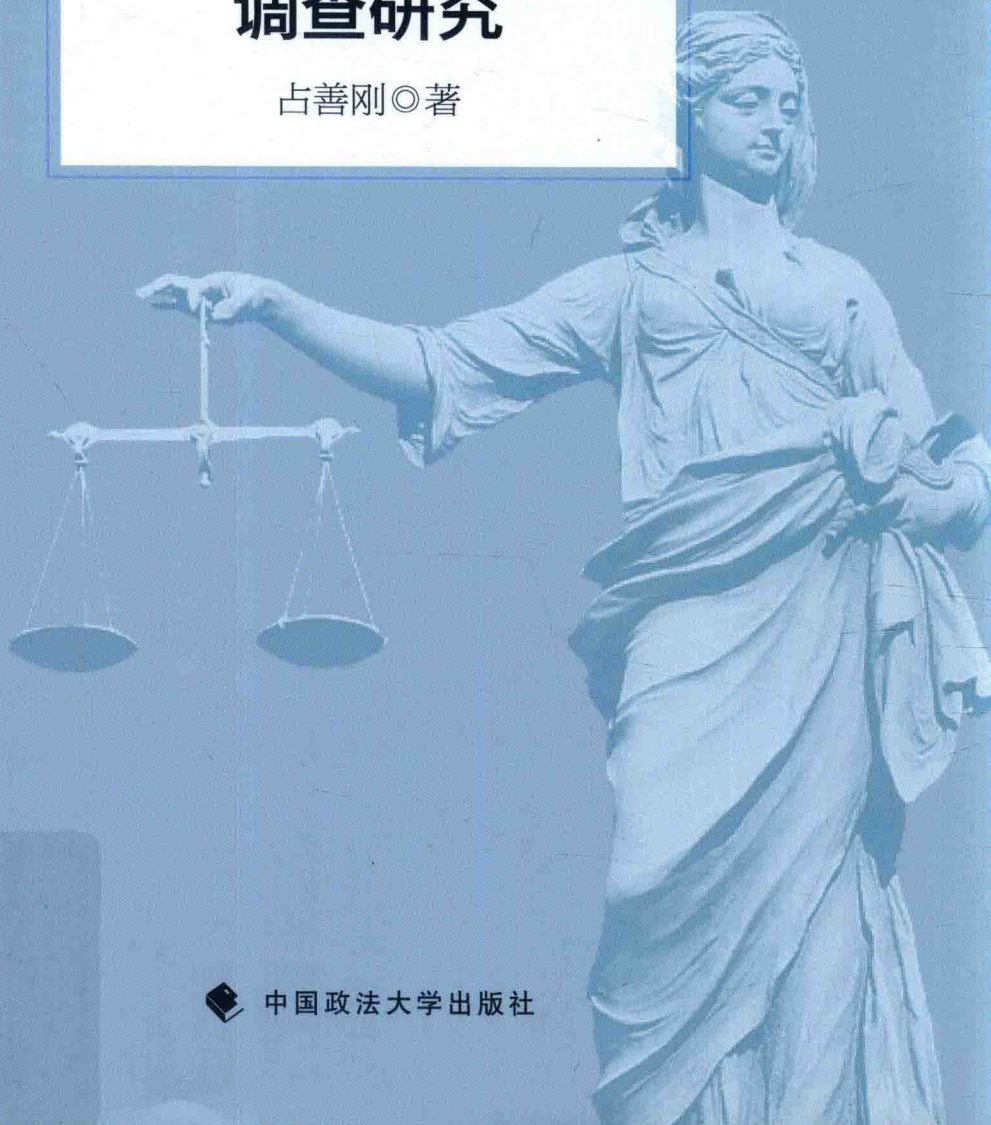
 司法文明论丛

总主编◎江国华

民事诉讼证据 调查研究

占善刚◎著



中国政法大学出版社

 司法文明论丛

总主编◎江国华

民事诉讼证据 调查研究

占善刚◎著



中国政法大学出版社

2017·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C·I·P）数据

民事诉讼证据调查研究/占善刚著. —北京:中国政法大学出版社, 2017. 6
ISBN 978-7-5620-7609-4

I. ①民… II. ①占… III. ①民事诉讼—证据—调查—研究—中国
IV. ①D925. 113. 4

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第162045号

出版者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)
编辑邮箱	zhengfadch@126.com
承 印	保定市中画美凯印刷有限公司
开 本	720mm×960mm 1/16
印 张	20.5
字 数	335 千字
版 次	2017 年 6 月第 1 版
印 次	2017 年 6 月第 1 次印刷
定 价	59.00 元

第一章 证据调查的基本原则	001
第一节 证据裁判主义	... 001
一、证据裁判主义	... 001
二、证据裁判主义的例外：言词辩论的全部意旨	... 007
第二节 自由心证主义	... 021
一、自由心证主义	... 021
二、自由心证主义的例外	... 035
第三节 证据共通原则	... 042
一、证据共通原则的概念	... 042
二、证据共通原则之依据	... 043
三、证据共通原则与辩论主义的关系	... 043
四、证据共通原则的要求	... 044
第四节 直接、言词原则	... 045
一、直接原则	... 046
二、言词原则	... 046
三、直接原则与言词原则的关系	... 047
第二章 证据调查的对象	048
第一节 主张（抗辩）	... 048
一、请求原因事实	... 049
二、抗辩	... 055

第二节 对主张的态度 ... 065

- 一、自认 ... 065
- 二、附理由的否认 ... 082
- 三、不知的陈述 ... 100

第三节 免证事实 ... 118

- 一、免证事实概述 ... 118
- 二、公知事实 ... 121
- 三、司法认知的事实 ... 123
- 四、推定的事实 ... 126

第三章 证据调查程序 | 144

第一节 证据调查申请及其规制（摸索证明的禁止）... 144

- 一、主张具体化的内涵及确立依据 ... 145
- 二、主张具体化的缓和 ... 158
- 三、主张具体化理论对我国民事诉讼立法的启示 ... 162

第二节 严格证明 ... 165

- 一、严格证明 ... 165
- 二、证据法定与法定证据 ... 167

第三节 自由证明 ... 173

- 一、自由证明的理论基础 ... 173
- 二、自由证明的特点 ... 174
- 三、自由证明的适用对象 ... 175
- 四、自由证明与释明 ... 178

第四章 证据调查费用 | 180

第一节 证人费用 ... 180

- 一、我国证人出庭作证费用 ... 180
- 二、美国证人出庭作证费用补偿责任负担 ... 191

第二节 鉴定人费用 ... 196

- 一、鉴定费用属于裁判费用以外的其他诉讼费用 ... 197

- 二、鉴定费用乃鉴定人履行鉴定义务的必要对价 ... 200
- 三、对我国民事诉讼中鉴定费用定位之评析 ... 204
- 四、我国民事诉讼鉴定费用定位之检视 ... 207

第五章 证据调查的方法 | 212

第一节 对物证的调查方法：勘验 ... 212

- 一、勘验之内涵 ... 212
- 二、勘验之特质 ... 215
- 三、我国现行民事诉讼法关于勘验规范之评析 ... 216
- 四、我国现行民事诉讼法关于勘验规范之缺陷及其完善 ... 218

第二节 书 证 ... 220

- 一、书证的概念和特点 ... 220
- 二、书证的分类 ... 223
- 三、文书调查程序 ... 231

第三节 证 人 ... 235

- 一、证人的概念和特点 ... 235
- 二、证人的义务 ... 238
- 三、证人的权利 ... 244
- 四、证人询问 ... 250

第四节 讯问当事人 ... 253

- 一、当事人讯问在证据方法中之地位 ... 254
- 二、当事人讯问之性质 ... 258
- 三、当事人讯问能力 ... 262
- 四、当事人讯问之适用条件 ... 266
- 五、当事人讯问之证据力评价 ... 270

第五节 鉴定人 ... 274

- 一、鉴定人概述 ... 274
- 二、鉴定人与相关概念之区别 ... 277
- 三、鉴定人的义务和权利 ... 281

第六章 证据调查的特殊形态：证据保全 | 283

第一节 域外民事诉讼中之证据保全 ... 283

- 一、证据保全概述 ... 283
- 二、证据保全的适用条件 ... 288
- 三、证据保全的适用范围 ... 291
- 四、证据保全的申请 ... 292
- 五、证据保全的管辖法院 ... 294
- 六、证据保全之效果 ... 295

第二节 我国民事诉讼中的证据保全 ... 297

- 一、关于证据保全的现行规范 ... 297
- 二、我国证据保全程序之检讨 ... 302

第一章



证据调查的基本原则

第一节 证据裁判主义

一、证据裁判主义

(一) 证据裁判主义原则概述

1. 证据裁判主义原则的概念

证据裁判主义原则，是指法官作出裁判必须以证据所能证明的事实为基础，所有的事实都必须有证据证明。

证据裁判主义原则在刑事诉讼制度和民事诉讼制度中具有不同的重要性。在刑事诉讼中，基于刑罚适用的慎重性，尽管对于证明对象的枝节性内容会存在毋庸证明的可能，证明对象的实体构成要件一般却必须由证据予以证明。其支配所有犯罪事实的认定，是无罪推定原则的显著体现。无证据不得推定其犯罪事实，从反面来看，既然有证据始能推定被告之犯罪事实，即亦表示被告受到无罪推定的保护，在确认能够推定其犯罪事实的证据之前，被告应被作无罪的推定。强调实质真实的大陆法系国家如此，强调程序正义而实行对抗制的英美法系国家亦不例外。虽然在英美法国家，由于实行起诉认否程序，被告人在作有罪答辩后，如果法官接受该项答辩，即可以此作为径行定罪的根据。但是法庭在考虑是否接受一项有罪答辩时，有权审查被告人的答辩是否基于明知、明智且自愿以及是否具备事实上的基础。相比之下，民事诉讼则明显的不同。在民事诉讼中，基于辩论主义运作方式而衍生的自认规定之存在以及大量的推定法则的适用，使得作为裁判对象的法律要件事实往往因毋庸证明或因存在其他的认识手段而不具有以证据证明的必要性，从而

削弱了证据裁判原则对事实认定的决定性作用。因此从某种意义上讲，证据裁判主义原则是刑事证据法领域特有的原则。

2. 证据裁判主义原则的意义

在证据法发展史上，证据裁判主义原则的发展经历了由证据非裁判所必需到没有证据不得进行裁判的转变。证据裁判原则的产生直至在刑事诉讼中发挥重要作用，是刑事诉讼发展的必然结果，也是诸多进步、文明的诉讼理念与原则的体现和要求。

第一，证据裁判主义原则是刑事诉讼文明与进步的集中体现。证据裁判主义在刑事诉讼中的确立，一方面从历史意义上否定了所谓的神判，认定事实必须依据证据，其他任何东西都不是认定事实的根据，相对于神示证据制度下的水审、火审等通过神的意志发现事实真相的做法，证据裁判无疑是诉讼历史上的巨大进步；另一方面完善了刑事证据规范体系，强调必须根据具有证据能力的证据，而且只有经过调查之后才能认定构成犯罪核心内容的事实。

第二，证据裁判主义原则可以防止法官的恣意擅断。法官形成裁判时应当依其内心确信，但内心确信的形，成，不应当是任意的，而是应当有所约束。证据裁判主义不仅要求法官必须依证据而为事实之认定，而且对于一定之证据限制法官为自由心证，若欲予以定案所需证据存在无证据能力、未经合法调查明显与事理相违背或与认定事实不符等情形，则不得作为自由心证的依据。证据裁判主义显然是对法官恣意擅断的最为有效的约束机制。

第三，证据裁判主义原则是增强司法裁判确定性的重要保障。证据裁判主义要求裁判的作出必须以证据为根据，这就避免了以主观臆断或者其他不具有证据能力的材料作为认定案情基础现象的出现，减少了裁判形成过程中带来的争议，并且经由限定裁判形成者自由裁量的范围，从而增强了裁判的信服力，凸显出司法裁判的确定性。

第四，证据裁判主义原则是无罪推定原则的体现。如上所述，根据证据裁判主义原则，没有证据或者证据没有达到相应的证据要求，法院就不得认定犯罪事实，也即应当推定为无罪。

3. 证据裁判主义原则的主要立法例

英美法系和大陆法系在对待证据裁判主义原则上走了两条不同的发展道路，从而在具体制度布设上存在显著的不同。

(1) 英美法系。在作为英美法系发源地的英国，早期的神明裁判制度在与陪审团审判的竞争中逐渐退出历史舞台。在最初的陪审团审判中，证据对于裁判而言并非不可或缺。裁判所依据的不是当事人提交的证据，而是陪审员自己的亲身经历或道听途说的事实，此即为所谓的知情陪审团。随着证据理论研究的不断深入和陪审团制度的日益完善，知情陪审团逐渐转变为不知情陪审团，^{〔1〕}即陪审团依靠自身以外的证据，特别是亲身感知案件事实的当事人陈述和证人证言等言词证据进行裁判变得越来越普遍，并最终导致了必须据证裁判的强制性规则的出现。至17世纪以后，陪审员已经不得在其陪审案件的审判法院外收集证据资料，而只能以在陪审案件法庭上表现的证据为限进行裁判。

在当今英美法系国家和地区，其凸显当事人在诉讼中主导地位的结构决定了法官在诉讼中处于相对消极的地位。因此在证据的提供和调查上，法官一般不会主动进行，也就无需关于约束法官调查证据相关规定的存在。虽然在英美法系国家和地区的证据法上没有明确规定证据裁判原则，但其刑事诉讼中大量存在的规范证据可采性的规则以及刑事程序中关于证据出示认定等规则的规定，都与证据裁判原则的精神有暗合之处。当然，英美法系国家和地区普遍适用的有罪答辩及辩诉交易制度使得证据裁判精神在一定程度上只在经过正式完整的庭审程序的案件中方得以体现。但应明确的是，一方面，正式、完整的审判程序的可能性以一种预见的结果制约着控辩双方辩诉交易的过程；另一方面，辩诉交易的达成也需要法官在审查有无特定事实根据的基础上才能予以认可，所以在此领域证据裁判主义乃是以另一种姿态保障着诉讼程序的顺利进行。

(2) 大陆法系。在欧洲大陆，神明裁判被废止之后，取而代之的是从教会法传播而来的法定证据制度。法定证据制度的兴起在很大程度上是与神明裁判衰落后司法力量对案件实质真实的追寻密切相关的。从13世纪开始，法定证据制度向西欧各国扩散，并得以普及和发展。^{〔2〕}同时，逐渐形成的中央集权制国家对统治秩序稳定性的迫切追求成为法定证据制度普及和发展更直接和有力的推动力量。在法定证据制度下，法官对事实的认定必须以证据为

〔1〕 参见陈卫东：“论刑事证据法的基本原则”，载《中外法学》2004年第4期。

〔2〕 参见陈卫东：“论刑事证据法的基本原则”，载《中外法学》2004年第4期。

根据,事实的评判维系于特定种类证据数量的增减和质量的良莠。只要法官把特定种类的证据加在一起可以构成一个符合法律规定的完整的证明,他就必须作出有罪判决;反之则必须作出无罪判决。在这两种情况下,判决都不受具体案件中法官内心对证据确信程度的影响。在大陆法系国家通过几个世纪的努力,尽管法定证据的机械性被自由心证制度所否定,但法定证据制度中的证据裁判主义却作为司法传统中较具合理性的一部分被继承下来。

在当今大陆法系国家和地区,在强调法官主导诉讼程序的理念指导下,普遍奉行证据裁判主义原则。一方面,要求法官的裁判必须依靠证据;另一方面,严格规范法官调查证据的程序,规范法官权力的行使。因此,大陆法系国家和地区的刑事证据法中大多明文规定了证据裁判主义原则。《德国刑事诉讼法》第244条第2款规定,为了查明事实真相,法院应当依照职权将证据调查延伸到对裁判有意义的所有事实和证据。同法第261条规定,对证据调查的结果,由法庭根据在审理的全过程中建立起来的内心确信而决定。^[1]《日本刑事诉讼法》第317条认定事实应当根据证据之规定,^[2]亦体现了证据裁判主义之精神。

(二) 证据裁判主义原则的内容

在现代刑事诉讼制度下,证据裁判主义原则主要有以下三方面的内容:

1. 裁判事实必须依靠证据

事实的裁判应当依据证据,这是证据裁判主义最基本的含义。换句话说对于要证事实,没有证据(既包括没有任何证据,也包括证据不充分的各种情形)就等于没有该项事实,没有证据就不能对要证事实予以认定。证据裁判主义原则强调了证据对于裁判的必要性,与历史上曾经存在的裁判制度不同,证据是裁判不可或缺的必要手段。

2. 裁判所依据的证据必须具有证据资格

证据是法律规范下的产物,在不同历史时期,接受法庭调查的证据也具有不同的样态。从神示证据制度到法定证据制度,再到自由心证制度,何者可以作为证据差别很大。但任何时代的证据都必然具有一个共同特征:当时

[1] 参见李昌珂译:《德国刑事诉讼法典》,中国政法大学出版社1995年版。以下对德国刑事诉讼法条文的引用,如无特别说明,均以此版本为准。

[2] 参见宋英辉译:《日本刑事诉讼法》,中国政法大学出版社2000年版。以下对日本刑事诉讼法条文的引用,如无特别说明,均以此版本为准。

的人们普遍承认该项材料具有作为证据的合理性。神示证据与特定的不容置疑的神学信念密不可分；法定证据则与普遍存在的对权威的遵从直接有关。

在现代法律制度下，一项材料是否可以作为证据接受法庭调查有两种立法模式：英美法国家的规则调整模式和大陆法国家的自由裁量模式。在英美法国家和地区，为适应陪审团审判，形成了一系列规范证据资格的法律规则，从外观上看，一项材料是否可以作为接受法庭调查的证据，主要是一个法律问题。在大陆法系国家和地区，立法一般不对证据的资格问题作预先的规定，证据是否可以接受法庭调查是由法官根据具体的情形作出判断，因此，其主要是一个事实问题。然而，两种立法模式的差别仅仅是一种操作方式上的不同。在英美法国家和地区，作为裁量依据的证据规则具有可见性，但其实质却是过去司法经验的总结；在大陆法系国家和地区，法官在裁量时尽管没有这种明示的规则，却仍然要依赖积累的司法经验对具体问题作出判断。因此，尽管在外观上，大陆法系国家和地区诉讼中的证据只与事实和经验有关，并不产生证明能力问题，但事实上，法官在准许对特定证据进行调查时，其所作判断却相当于英美法系国家和地区证据规则所具有的过滤机制；而且，此项判断也并非纯粹的事实判断，而必然包含着价值上的选择。^[1]

无论依据法律规则作出判断，还是由法官裁量，证据裁判主义原则所依据的证据必然具备一定的资格。

3. 经过法庭调查的证据方能成为裁判的依据

证据裁判主义原则的核心是裁判者对事实的认识必须以证据为根据，但裁判者对证据的认识可能有多种方式，不同的认识方式直接影响着裁判者认识的准确程度，因此法庭调查的方式和效果也成为现代刑事诉讼中证据裁判主义原则不可或缺的内容之一。

裁判者对事实的认定主要是在其心理层面展开的。这一认识活动的过程根本无法被观察，更不用说监督了。因此，在无法了解裁判者内心意识的前提下，只能严格约束其认识的形成过程。各国和地区的立法均是将法官的认识活动局限在可为外界所观察到的证据调查阶段，从而获取评判法官认识活动的可能性，并至少从外观上更容易让人相信法官的认识来自证据而非其他途径。同时，进一步要求没有经过法庭调查的证据不得作为裁判的依据，即

[1] 参见陈卫东：“论刑事证据法的基本原则”，载《中外法学》2004年第4期。

使该项证据确实具有证明价值。

（三）我国的相关规定

我国《刑事诉讼法》第 53 条规定：“对一切案件的判处都要重证据，重调查研究，不轻信口供。只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚；没有被告人供述，证据确实、充分的，可以认定被告人有罪和处以刑罚。”虽然该条没有明确规定对案件事实的认定必须依靠证据，但却强调了证据在判处案件中的重要作用，因此，可以说我国在一定程度上也是认可证据裁判主义这一原则的。但毋庸置疑的是，我国现行法所认可的所谓证据裁判制度与证据裁判主义原则的本意相距甚远甚至是实质相左。

在我国传统的证据法理论中，认为法官认定的事实应当是客观的案件事实，《刑事诉讼法》第 6 条“人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，必须依靠群众，必须以事实为根据，以法律为准绳”之规定便是集中的体现。同法第 160 条、第 172 条和第 195 条将“案件事实清楚，证据确实充分”作为侦查终结移送审查起诉、人民检察院提起公诉和人民法院有罪判决的证明标准更是将这一思想贯彻于刑事诉讼始终。可见，在我国，侦查机关查明的事实、检察机关指控的事实和法官裁判认定的事实是同一的，即均应是客观的案件事实，这种对事实的理解无疑抹杀了诉讼中事实应当具有的法律性。无论是侦查机关查明的事实、检察机关指控的事实还是法院裁判认定的事实，实际上都不是客观的案件事实本身，而是符合刑法所规定的犯罪构成要件事实，诉讼中并不存在纯粹的未经法律评价的事实。

如果将侦查机关、审查起诉机关和审判机关在不同的诉讼阶段所认定的事实都界定为客观的案件事实，那么极容易导致侦查机关和审查起诉机关的办案人员主观地认为自己的认识就是客观的案件事实本身，并以此为出发点，去寻找证据来印证自己的认识，从而导致证据与事实之间关系的错位。证据裁判主义原则要求事实建立在证据的基础之上，但实际上侦查机关和审查起诉机关却在根据自身认为的所谓“事实”去找证据，然后再用“找到”的证据来印证自己预先形成的认识，这种逻辑颠倒的错误性是显而易见的。从某种意义上讲，要在我国刑事诉讼中切实确立和贯彻体现现代法治与理性精神的证据裁判主义原则，还是任重而道远的。

二、证据裁判主义的例外：言词辩论的全部意旨

在民事诉讼中，依自由心证主义之本旨，受诉法院必须在斟酌证据调查的结果以及言词辩论的全部意旨的基础上认定案件事实。作为适法地呈现于言词辩论中的证据调查的结果以外的诉讼资料，言词辩论的全部意旨不仅能补充证据调查，而且能单独作为受诉法院认定案件事实的根据。这不仅合乎民事诉讼中法官心证形成的实际，也契合民事诉讼中法官认定案件事实之规律。为防止法官恣意地进行事实认定并担保事实认定之客观性，言词辩论的全部意旨单独作为事实认定的根据应以辅助事实及不重要的间接事实为限。受诉法院依言词辩论的全部意旨认定案件事实时，虽无须在裁判理由中对此予以具体的说明，但至少应能从诉讼记录中明了言词辩论的全部意旨在本案中乃何所指。

在现代法治国家，无论是刑事诉讼还是民事诉讼，例皆采自由心证主义为受诉法院认定案件事实之基本原则。不过，与刑事诉讼因严格实行证据裁判主义而致使受诉法院仅能以证据调查的结果作为认定案件事实的依据不同的是，在民事诉讼中，受诉法院认定案件事实不仅须斟酌证据调查的结果，而且也要考虑言词辩论的全部意旨。易言之，在民事诉讼中，言词辩论的全部意旨与证据调查的结果一道共同构成了受诉法院认定案件事实的依据。作为法官心证形成的原因之一，言词辩论的全部意旨在受诉法院认定案件事实的过程中起着非常重要的作用。

（一）言词辩论的全部意旨之内涵

言词辩论的全部意旨乃实定法上的概念，在德国的民事诉讼法中称为“*der gesamte Inhalt der mündlichen Verhandlung*”，在日本民事诉讼法中称为“*口頭弁論の全趣旨*”，从字面意义上，中文可以将其译为“言词辩论的所有内容”^{〔1〕}，本书以“言词辩论的全部意旨”指称之。在大陆法系各国的民事诉讼立法中，言词辩论的全部意旨通常被作为与证据调查的结果并列的法官心证之原因规定于自由心证主义条款中。如《德国民事诉讼法》第 286 条规

〔1〕 言词辩论乃大陆法系各国民事诉讼立法术语，具体是指双方当事人于庭审期日向受诉法院为本案之声明，提出攻击防御方法以及为其他的陈述行为之总称。其内涵大体与我国现行民事诉讼法中的“开庭审理”相当。参见：〔日〕小島武司、小林学：《基本讲义民事诉讼法》，信山社 2006 年版，第 14 页。

定：“法院应斟酌言词辩论的全部内容以及证据调查之结果，依自由心证评价事实上的主张是否真实。”又如《日本民事诉讼法》第247条规定：“法院作出判决时，应斟酌口头辩论的全趣旨及证据调查的结果，依自由心证判断能否认定事实主张为真实。”

在德国，其民事诉讼法教科书及注释书均未对言词辩论的全部意旨之内涵作出定义式界定，而是采列举言词辩论的全部意旨的具体内容之方式对言词辩论的全部意旨进行诠释。德国学者一般认为，言词辩论的全部意旨不仅包括当事人的事实陈述本身，而且也包括当事人在案件审理中的所有作为与不作为以及当事人及其诉讼代理人在言词辩论程序中留给法官的个人印象。当事人的沉默、拒绝作具体化陈述、不真实的或相互矛盾的陈述、陈述事实的时机、对事实主张的变更、证据声明之撤回等作为言词辩论的全部意旨在法官依自由心证认定案件事实时尤应考虑。^{〔1〕}德国联邦法院的判例也认为，在民事诉讼中，当事人在案件审理中反复变更陈述、变更事实主张却没有对此作出合理的释明应作为言词辩论的全部意旨纳入法官自由心证的范围。^{〔2〕}

与德国不同的是，在日本，其民事诉讼法教科书或注释书通常对言词辩论的全部意旨的内涵作出了定义式的界定。如有认为，言词辩论的全部意旨是指呈现在口头辩论程序中除证据调查的结果外的一切诉讼资料；^{〔3〕}有认为，言词辩论的全部意旨是指在口头辩论程序中所呈现出的证据调查结果以外的一切资料、情报；^{〔4〕}有认为，言词辩论的全部意旨是指除证据资料外，诉讼过程中所呈现出的一切资料、模样、状态。^{〔5〕}不难看出，日本学者关于言词辩论的全部意旨内涵之界定尽管用语不尽相同，但本质上并无差异，其均强调言词辩论的全部意旨乃呈现在庭审中的有助于法官形成心证的除证据调查的结果外的一切内容。由于仅从上述定义中并不能让人明了言词辩论的全部意旨究何所指，故日本学者在对言词辩论的全部意旨之内涵作了定义式的界

〔1〕 Pritting, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 2008, p. 286.

〔2〕 Saenger, *Zivilprozessordnung*, § 286 Rn. 2, 16. Aufl., 2011.

〔3〕 [日] 斋藤秀夫：《注解民事诉讼法》（3），第一法規出版株式会社1983年版，第142页。

〔4〕 [日] 高桥宏志：《重点讲义民事诉讼法》（下），有斐阁2004年版，第49页；[日] 伊藤真：《民事诉讼法》（第3版），有斐阁2004年版，第316页。

〔5〕 [日] 松本博之、上野泰男：《民事诉讼法》，弘文堂2005年版，第361页；[日] 中野贞一郎等：《新民事诉讼法讲义》（第2版），有斐阁2004年版，第339页；[日] 山本弘等：《民事诉讼法》，有斐阁2009年版，第294页。

定后，通常也对言词辩论的全部意旨的具体内容进行了解释。日本学者普遍认为，言词辩论的全部意旨具体包括：当事人主张的内容、言词辩论程序中的作为与不作为、主张的变更与撤回、主张的逾时提出、拒绝释明及怠于举证；陈述事实过程中所表现出来的状态，如主张的前后不一致，不真实地陈述等〔1〕。有日本学者还认为，在普通的共同诉讼中，基于共同诉讼人诉讼行为独立之原则之规制，共同诉讼人一人所为之陈述，其效力并不当然地及于其他共同诉讼人而作为其他共同诉讼人之陈述，但是受诉法院可以将之作为言词辩论的全部意旨予以斟酌。例如，在主债务人与保证人作为共同被告的诉讼中，主债务人向受诉法院明确承认主债务存在。该自认虽不当然地对保证人发生效力，但在与保证人的关系上，受诉法院可以将之作为言词辩论的全部意旨予以斟酌。因而，在保证人对于主债务的成立不予以积极否认的情形下，受诉法院不妨以主债务人自认了主债务存在这一言词辩论的全部意旨为基础对于保证人也认定主债务成立〔2〕。

二战前，日本的大审院于昭和三年（1928年）10月20日所作的一则判例中对言词辩论的全部意旨之内涵作了较为明确的解释。日本大审院认为，当事人主张的内容本身、主张的态度乃言词辩论的全部意旨自不待多言。根据诉讼的进展，当事人应主张的事实而不主张，应提出的证据而不提出或逾时提出，对于对方当事人所主张的事实一开始不争执随后又表示争执，拒绝释明受诉法院及对方当事人之发问等在言词辩论程序中所呈现出的一切积极、消极的事柄等均属于言词辩论的全部意旨的范围。〔3〕日本最高法院于昭和41年（1966年）1月2日所作的判例中还认为，在人事诉讼中，自认法则虽无用的余地，但一方当事人对对方当事人所主张的事实所作的承认之表示能够作为言词辩论的全部意旨成为受诉法院认定相关事实之资料。〔4〕

如上所述，在德国、日本等大陆法系国家的民事诉讼中，言词辩论的全部意旨之内容非常广泛。但凡适法地呈现于言词辩论程序中有助于法官对案件事实形成心证的一切诉讼资料，除证据调查的结果外，皆可称之为言词辩论的全部意旨。对言词辩论的全部意旨进行反面解释，可以认为，下述事项

〔1〕〔日〕斋藤秀夫：《注解民事诉讼法》（3），第一法規出版株式会社1983年版，第142页。

〔2〕〔日〕门口正人：《民事证据法大系》（第1卷），青林学院2007年版，第298页。

〔3〕〔日〕青山善充、菅野和夫：《判例六法》，有斐阁2005年版，第1066页。

〔4〕〔日〕铃木正裕、青山善充：《注释民事诉讼法》（4），有斐阁1997年版，第77页。

即不属于言词辩论的全部意旨。

1. 未适法地呈现于言词辩论程序中的事项

在民事诉讼中，基于直接、言词原则之规制，一切可资作为受诉法院认定案件事实根据的诉讼资料原则上均须由当事人在言词辩论程序中进行口头陈述。因此，某一事项即便已在诉状、答辩状或其他准备性书状中予以记载，若未为当事人在言词辩论程序中进行口头陈述，其仍不能作为受诉法院认定案件事实的根据，因而也就不属于言词辩论的全部意旨。同样的道理，言词辩论程序以外双方当事人之间所产生的事项也不能作为言词辩论的全部意旨为受诉法院斟酌。如一方当事人在庭外对另一方当事人所主张的事实表示承认，此事即便为法官知晓，也仅属于法官的私知，并不能作为言词辩论的全部意旨对待。^{〔1〕}

2. 当事人、证人在作为证据方法被受诉法院询问时的态度、气色等

在民事诉讼中，当事人、证人皆为法定的证据方法，其经由受诉法院询问所作之陈述即为当事人陈述、证人证言。二者皆为受诉法院对当事人、证人这两种证据方法进行调查的结果，在性质上属于证据资料而显非言词辩论的全部意旨自无异议。有争议的是，当事人、证人在陈述案件事实过程中所表现出来的态度或气色等在性质上是证据资料还是言词辩论的全部意旨。毋庸讳言，当事人、证人在证据调查过程中所表现出来的外部印象，如回答法官询问时过度犹豫、脸红等无疑有助于法官对当事人陈述、证人证言的证据力作出正确的评价从而最终有助于法官对案件事实作出正确的认定，故其显然也属于法官心证的原因。就此而言，争论当事人、证人在证据调查过程中所呈现出来的外部印象是属于证据调查的结果还是属于言词辩论的全部意旨并无多大实益。但为了正确地厘定言词辩论的全部意旨的概念，界分其之归属还是有必要的。在日本，传统观点认为，当事人、证人在被法官询问时所表现出来的态度、气色等并非证据资料，而为言词辩论的全部意旨。日本最高法院于昭和三十年（1955年）11月8日所作之判例亦持此一见解。^{〔2〕}日本的多数说认为，当事人、证人在被法官询问时所表现出来的态度、气色等乃证据调查的结果之一部分。因为，言词辩论的全部意旨乃证据调查过程之外

〔1〕 [日] 门口正人：《民事证据法大系》（第1卷），青林学院2007年版，第299页。

〔2〕 [日] 门口正人：《民事证据法大系》（第1卷），青林学院2007年版，第297页。