



博士文库

民事诉讼的
书证问题研究
——以合同诉讼为例

MINSHI SUSONG DE SHUZHENG WENTI YANJIU
YI HETONG SUSONG WEILI

李军 著

西南财经大学出版社

法学博士文库



博士文库

民事诉讼的 书证问题研究 ——以合同诉讼为例

MINSHI SUSONG DE SHUZHENG WENTI YANJIU
YI HETONG SUSONG WEILI

李军



西南财经大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼的书证问题研究——以合同诉讼为例/李军著. 成都:西南财经大学出版社,2006.8

ISBN 7-81088-542-1

I. 民... II. 李... III. 民事诉讼—证据—研究—中国 IV. D925.113.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 067404 号

民事诉讼的书证问题研究——以合同诉讼为例
李军 著

责任编辑:王利 施崇亮

封面设计:穆志坚

责任印制:杨斌

出版发行:	西南财经大学出版社(四川省成都市光华村街 55 号)
网 址:	http://www.xcpress.net
电子邮件:	xcpress@mail.sc.cninfo.net
邮政编码:	610074
电 话:	028-87353785 87352368
印 刷:	成都科刊印务有限公司
成品尺寸:	148mm×210mm
印 张:	6.5
字 数:	165 千字
版 次:	2006 年 8 月第 1 版
印 次:	2006 年 8 月第 1 次印刷
印 数:	1—3000 册
书 号:	ISBN 7-81088-542-1/D·003
定 价:	15.00 元

1. 如有印刷、装订等差错,可向本社营销部调换。
2. 版权所有,翻印必究。

摘 要

在我国民事诉讼的证据种类中,书证无疑是最重要的,它在民事诉讼特别是合同诉讼中起到了中心作用。然而,在我国民事诉讼的实践中,有关书证的运用规则却是简单而粗陋的;理论上对书证的研究之缺乏,也与其在实践中的地位极不相称。加强对书证的研究,对于指导在民事诉讼中准确认定案件事实、实现公正审判,具有重要的意义。

本书分四个部分。第一部分导论从书证的作用入手,并分析了以书证为中心的局限,进而提出了书证运用的指导原则。第二部分研究书证的证据能力,重点在书证形式真实的验证、原本对书证真实的作用,以及影响书证关联性的两个重要方面:文书的交付、当事人对书证的约定。第三部分研究书证的证明力问题,包括实质真实对书证证明力的意义、书证之于人证的证明力优势、人证对于书证证明力的抑制以及涉及书证证明力的法定规则(不同书证的证明力差别规则和复印件的证明力补强规则)。第四部分研究了涉及书证的一些特殊问题,包括瑕疵书证的证据能力、文书的签署认证、法官对书证实质真实性的查证、合同诉讼中报道文书的可靠性保障等。在对这些内容进行研究时,本书主要运用了比较的方法和历史的方法,并结合我国合同诉讼的实际,旨在就正确运用书证,探讨适合我国现实需要的规则和方法。

书证是以文字、符号、图形等方式记载的内容来证明案件事实的文件或其他物品。书证具有诸多优点:书证的内容与待证事实间的关联直接、显著、易于判断,往往能起到直接的证明作用;书证的载体在物理上具有稳定性,便于维持书证的证明力;书证

形成通常都具有历史性,内容具有预先确定性,有较高的可信度。这些优点契合了以意思表示为要素的民事法律行为的证明需要,并迎合了我国民事诉讼中因为对人证不信任而产生的对证据可靠性的需求,因而书证在民事诉讼特别是合同诉讼中起着中心作用。书证也具有一定的自身局限:书证的运用对文书原本存在依赖,使得一些民事权利因为没有书证原本的证明而得不到保护;对原本的要求还对部分新的传输方式下形成的文书使用造成障碍,如传真件作为证据的问题。同时,书证内容并不能显示它做成原因的真实性和正当性;相反,形式真实的书证可能掩盖掉其产生的不正当原因。以书证为中心的民事诉讼对人证的排挤,加强了诉讼对书证原本的依赖,降低了揭示书证背后真相的能力。为有效确认案件事实,并实现诉讼公正,民事诉讼中书证的运用规则应当有利于发现客观事实的真相,有利于发挥书证的优点和克服书证中心主义的负面影响,应当符合效率和技术进步的要求以及有利于维护社会信用。

文书要取得作为书证的证据能力,主要是需要具备真实性与关联性。影响书证证据能力的真实问题是文书形式上的真实,即书证确为文书上所表述的制作人所制作,并且文书上的字符在做成后保持一贯。两大法系在书证的运用中均要求对书证的真实性做验证,有关制度各具特色,但对于我国具有的借鉴意义主要有三个方面:一是根据文书制作主体的不同,将文书做了公文书与私文书的区分,规定了不同的验真方法;二是验真方法可以多样而自由,包括笔迹鉴别、自认、推定、对文书形式和内容结构的判断等方法,原则上都应当允许采用;三是为促进文书验真,应当设置不利推定、罚款等保障措施,促使当事人为验真提供必要的资料和协助,并减少恶意争执的可能。在我国民事诉讼中,应当从这三个方面入手,提高验证文书真实性的能力。

书证的原本是对书证形式真实最可靠的保障,然而对于原本的要求不宜过于刚性。英美证据法的最佳证据规则曾严格要求

提出文书原件作为其内容的证据,但到现代,书证的复制件已经获得与原本同等程度的可采性。相比而言,大陆法对书证原本的要求更严格。我国民事诉讼中对书证原本有很强依赖,复印件没有脱离原件而一般性地取得证据能力。扩大复印件的使用范围和加强对复印件的验真能力是必要的。传真件作为书证使用时应当作为法律意义上的原本看待,但提出传真件的一方应当对传真的来源真实性予以证明。

一些文书的关联性是以交付为条件的,诉讼中需要通过对文书送达的证明来建立文书与案件事实的联系,就此予以证明存在着发信主义与到达主义的差别。我国采到达主义,但是对于到达证明的要求过高,使受送达人很容易通过简单否定收到文书而免除责任。有必要厘清到达主义的内涵,适当降低证明要求,并对权利主张文书的送达证明采发信主义。

当事人关于书证的协议限制或扩大了书证的使用,或者对特定书证的使用予以了预先的限制或肯定。基于民事诉讼应当贯彻辩论主义和处分原则,对当事人的这些约定的效力应当从宽评价。原则上,这些约定应当被确认有效,法院对证据的运用应当符合当事人的约定,除非这些约定直接限制了法官对书证证明力的评价。

书证的实质真实是指文书记载的内容恰如事实本身,而没有隐瞒、虚构事实,或错误记载事实。书证的实质真实往往被书证形式真实问题所掩盖,被文书实体法律效力问题所替代,但它却是书证证明力的基础,具有独立的证据法意义。对书证实质真实的关注是实现诉讼公正的要求。

书证具有的优点是人证所不具备的,书证优于人证是一种理性的判断,但又不能不加以限制。两大法系均在一定范围上肯定了书证对于人证的优势,实体法要求某些法律行为需以书面方式进行,这对诉讼证明即是提出了书证证明的要求。这种要求应当被视作民事诉讼证明方式自由的例外。为了维护证明自由的原

则,书证证明要求又有众多例外,在这些例外中,人证被使用来证明那些书证之外的不可能被书面化的事实,例如一方对另一方的欺诈、胁迫、文书书写错误、合同事实上履行等等。书面证明的要求是对书证优势的发挥,是保护特殊交易的安全和使当事人免受欺诈的需要。而允许人证使用于与书证冲突事实的证明,是在另一个层面上使当事人免受欺诈和避免文书裁判导致不公正的需要。要使人证的证明力具备挑战书证的力量,人证获得可靠性保障是必要的。当事人陈述作为人证的重要形式,是在与其他证据、经验、逻辑的综合运用中发挥其证明作用的。通过强制当事人到庭陈述,加强当事人间的对质,以及适当引入测谎等,可以有效地加强其可靠性。

有关书证证明力的规则是法定主义对书证证明力自由判断的干预。我国有关司法解释规定了不同类型的书证间的证明力差别,但这种规定缺乏充分的合理性,应当谨慎理解它的指导作用,具体适用中不能绝对化,并应当把握一定的尺度。设立书证复制件补强的规则,存在将书证的形式证据力与实体证据力相混淆的问题,适用中应当侧重于复印件得以单独作为定案依据的条件。

瑕疵书证是指文书外观形式上存在缺陷的书证。它可以包括载体的瑕疵、内容(所载字符)的瑕疵、签署的瑕疵。这些瑕疵因严重程度不同而对于书证的证据能力有不同影响,或使文书丧失证据能力,或使其具有有限的证据能力,或保持原有证据能力,但它并不与书证证明力构成直接的联系。

文书制作者对文书的签署起到了对文书的认证作用,依据签署可以判断文书原件,建立文书与当事人及案件事实的关联。但签名、盖章无非是对于文书的认证,将认证方式局限于传统的签名、盖章并机械地坚持企业应当以盖章为有效签署,已经不适应社会生活的现实,并导致不少文书不能取得证据能力。应当对签署方式持更开放的态度,允许以多种签署方式建立证据与当事人

的关联。

文书在社会生活中经常被人用来虚构事实,有的当事人因此而得到利益却损害了国家、社会和其他人的利益,允许法官对此进行查证具有一定的合理性。但是,必须就此设定严格的条件,以避免法官任意启动职权调查,损害民事诉讼的当事人主义架构。条件包括调查应当有合理的怀疑依据;当事人的行为属于恶意串通;受损的利益是重大的。同时,法官的调查方法应当受到节制。

合同诉讼中的报道性文书很难得到法官的信任,这限制了对书证资源的充分利用。英美法传闻规则例外中的一些文书类型具有可采性,对我们有极大的启发。它提示我们在加强对报道性文书进行验真之同时,可以扩大对这类文书的使用,并具体考察其可靠性保障。我国诉讼中常见书面的证明或情况说明,当它是由案外人为诉讼而制作并陈述一种意见或认知时,宜作为书面证言而非报道性文书。

目 录

摘要	(1)
1 导论	(1)
1.1 书证在民事诉讼中的作用	(1)
1.2 书证在民事诉讼中的局限	(4)
1.3 书证优势的发挥与局限的克服	(6)
2 书证的证据能力	(11)
2.1 书证证据能力的基本要件——形式真实	(12)
2.1.1 书证形式真实的意义	(12)
2.1.2 关于书证形式真实验证的比较研究	(14)
2.1.3 我国对书证形式真实的确定	(25)
2.2 书证形式真实的基本保障——书证原本	(35)
2.2.1 书证原本概说	(35)
2.2.2 两大法系民事诉讼对书证原本的要求	(39)
2.2.3 书证原本在我国民事诉讼中的运用	(47)
2.3 书证证据能力的附加要件——文书送达	(56)
2.3.1 文书送达的证据法意义	(56)
2.3.2 关于文书送达的不同理论	(57)
2.3.3 我国民事诉讼中对文书送达的证明	(59)
2.4 书证证据能力的自由约定——书证协议	(63)
2.4.1 关于书证协议的概说	(63)
2.4.2 当事人协议下的书证证据能力	(65)

3	书证的证明力	(71)
3.1	书证证明力的基本要件——实质真实	(72)
3.1.1	书证实质真实的意义	(72)
3.1.2	关于书证实质真实的实证研究——以欠条为例	(77)
3.2	书证的优势证明力——书证对人证	(81)
3.2.1	书证证明力优势的基础	(81)
3.2.2	关于书证证明力优势的比较研究	(87)
3.2.3	我国合同诉讼中的书证证明问题	(97)
3.3	书证强势证明力的抑制——人证对书证	(102)
3.3.1	人证对书证证明力的抑制	(102)
3.3.2	关于限制书证证明力的比较研究	(103)
3.3.3	人证在我国合同诉讼中的运用	(107)
3.4	书证证明力的法定规则	(117)
3.4.1	书证证明力的差别规则	(117)
3.4.2	书证复印件证明力的补强	(126)
4	书证中的特殊问题	(130)
4.1	瑕疵书证的证据能力	(130)
4.1.1	瑕疵书证的概念	(130)
4.1.2	各类瑕疵书证的具体证据能力	(132)
4.2	文书的签署认证问题	(137)
4.2.1	文书签署的证据意义	(137)
4.2.2	文书签署在我国的现实问题	(141)
4.2.3	在签署问题上对书证证据能力的释放	(145)
4.3	书证真实原因的职权查证	(146)
4.3.1	《若干规定》第 13 条的意义和缺陷	(146)
4.3.2	《若干规定》第 13 条的正确适用	(147)

4.4	合同诉讼中报道性文书的可靠性保障	(151)
4.4.1	我国合同诉讼中对报道性文书的态度	(151)
4.4.2	英美法传闻规则例外中的文书	(152)
4.4.3	拓展可资利用的报道性文书资源	(154)
5	外三篇	(161)
5.1	论民事诉讼中非法证据的排除	(161)
5.1.1	排除非法证据的法理	(161)
5.1.2	我国排除非法证据的现实状况	(163)
5.1.3	非法证据排除规则在民事诉讼中的具体适用	(167)
5.2	论证据能力和证明力的一般关系	(174)
5.3	书证概念之我见	(178)
5.3.1	书证概念的不清晰	(178)
5.3.2	书证概念之我见	(182)
参考文献		(187)
后记		(193)

1 导论

1.1 书证在民事诉讼中的作用

书证是以文字、符号、图形等方式记载的内容来证明案件事实的文件或其他物品。^① 书证具备的实质特征是:其一,必须以书面文件或其他物品为载体;其二,以文字、符号、图形或其组合作为表达方式;其三,以记载的内容来证明案件事实。前两点是书证借以形成的基础,后一点是书证的内部规定性,它们相结合才构成诉讼中的书证。^② 随着科学技术的发展,记录信息的方式已经多样化,除手写、打印、印刷、影印外,还有照相、磁性脉冲、机械或电子等方式,相应形成了录音、录像、照片、计算机资料等信息承载形式。不同于英美法将所有这些方式形成的记录均作为书证,我国独创了视听资料这种证据形式,囊括了录音、录像、照片、计算机资料等证据形式,从而使书证仍保持了传统的形态和实质特征。

书证具有诸多优点。首先,书证的内容与待证事实间的关联

① 何家弘、刘品新著:《证据法学》,157页,北京,法律出版社,2004。其他类似定义参见陈一云主编:《证据学》,287页,北京,中国人民大学出版社,2000;卞建林主编:《证据法学》,72页,北京,中国政法大学出版社,2002;宋朝武著:《民事证据法学》,103页,北京,高等教育出版社,2003等。

② 陈一云主编:《证据学》,287页,北京,中国人民大学出版社,2000。

■ 直接、显著、易于判断,往往能起到直接的证明作用。在形式上,书证以文字或文字结合其他符号、图形为表达方式,记载于一定的载体上;在内容上,这些文字、符号、图形或其组合均表达一定的思想、意志。基于文字本身形与义的统一,人们总是能够识其形而明其义。因此,书证本身即能显示出它与待证事实是否有关联以及关联的程度,于是书证的证明力极易判断。可以形象地讲,书证能自己说出与待证事实的关联。其次,书证的载体在物理上具有稳定性,便于维持书证的证明力。书证的内容记载于物质载体,包括纸张、金属、木材、石材、布类、塑料等材料,这些物品在物理属性上具有较强的稳定性,文字一经着落其上,文字所表达的思想内容也就被固化在载体上,获得一种稳定的状态,其证明力因而也具有稳定性,不会因为时间而发生改变。同时,书证一经生成,其形式上也难以被篡改,对书证原本的涂改、变造易于被发现。载体的稳定保障了书证形式上的真实。最后,书证形成通常都具有历史性,内容具有预先确定性。书证一般是伴随着法律事实的产生、发展而形成的,它一经形成就与事实一样具有了历史的性质。相对于诉讼的产生,书证内容是事前确定的,因此,通常认为,书证在对事实的证明中具有较高的可信度。

2

书证所具备的优点契合了以意思表示为要素的民事法律行为的证明需要,并迎合了我国民事诉讼中因为对人证不信任而产生的对证据可靠性的需求,因而在民事诉讼中起着中心作用。首先,书证并不能在任何诉讼中充分发挥证明作用,相对于刑事诉讼,书证更符合民事诉讼的特点。人们利用文书对事件或意思予以记载通常具有目的性,尽管具体目的因社会生活的复杂需要而丰富多彩,但制作文书最直接的目的就是为了使事件、行为、思想等得到有形的记载,也就是说文书制作总是人们有意识的行为。在刑事犯罪中,除犯罪行为本身需要以文书制作为手段外,犯罪主体总是不愿意并避免留下任何形式的证据,从而大大地降低了在刑事诉讼中使用书证的机会。相反,在民事诉讼中,大量的纠

纷都是基于法律行为的。法律行为是当事人意图寻求设立、变更或终止一定的民事法律关系的行为,它以意思表示为要素。当事人为有效地达成法律行为的目的,通常会有意识地追求意思表示的确定和稳定,书面记载便成为明智的选择。正因为如此,实体法也要求一些法律行为必须以书面方式进行。于是,书证成为民事诉讼的主要证据资源。其次,我国民事诉讼中对人证的不信任,加重了民事诉讼对书证的依赖。在我国,由于民族文化上的原因,公民普遍不愿意到法庭作证;同时,个人的信用体系远未建立,个人证言本身的可信度较低;更由于民事诉讼制度不完善,对于证人资格、作证补偿、拒证及伪证的制裁等均无制度保障,对鉴别证言可靠性也缺乏制度安排,因而,人证在民事诉讼中得不到充分运用和可靠性保障。其结果是加强了我国民事诉讼使用书证的倾向,这种倾向对社会生活提出了一种指引,使人们重视对书证的生产,而这又滋生了民事诉讼对书证的依赖。于是,书证在民事诉讼中起到了中心作用,它在民事诉讼的证据种类中,无疑是最重要的。^①

民事诉讼中也存在侵权诉讼,它是因为事实行为而引发的,由于事实行为与犯罪行为只有危害程度的不同,行为特征并无实际差别,因而在民事侵权诉讼中对书证的使用情况接近于刑事诉讼。所以,最能代表书证在民事诉讼中作用的纠纷类型是基于民事法律行为而产生的,包括遗嘱、合同,其中,合同行为是法律行为的基本模型。因此,民事诉讼的书证问题在法律行为的纠纷中较为典型,其中又以合同诉讼最具代表性。

^① 杨立新:《中国民事证据法研讨会讨论意见综述》,载《河南省政法管理干部学院学报》,2000(6)。

1.2 书证在民事诉讼中的局限

书证的实质特征与诸多优点使书证具备了优良的证据品质，但也蕴含了它自身的局限。

首先，书证的运用对文书原本存在依赖。书证内容依靠载体上的字符来表达，载体和字符构成的文书形式的真实是书证运用的前提。为确证书证的真实，书证原本往往不可或缺。有关书证的制度和规则是与文书手书制作的历史分不开的，手书文书的原始物理状况是检验文书真实性的可靠依据。在文书普遍以打印方式制作的今天，对文书的签署成为原本的标志。书证运用对于原本的依赖使得一些民事权利因为没有书证原本的证明而得不到保护。在笔者从事审判工作的经历中就遇到不少这样的事例。其中一件，原告提出被告的欠条是复印件，被告对此以及欠款不予承认，原告没有其他证据佐证，被判败诉，尽管合议庭成员均相信被告在说假话。我们显然不能单纯地把此类案件作为普法教育读本，来告诉人们原本的证据作用，这当中有着更深层次的如何理解公正和实现公正的问题。对书证原本的要求还对部分新的传输方式下形成的文书使用造成障碍。以传真为例，它通过电子设备传输打印而成，没有任何物理上的特征使它符合传统意义上所理解的原本。如果否定它是原本，则大量的交易将缺乏适格的证据来证明。如果认为它是原本，又如何理解传出方手里的原本？如果传出方手里的文书本身也是其他电子输出物呢？

其次，书证内容并不能显示它做成原因的真实性和正当性，相反，书证运用中事实上存在的真实推定，往往掩盖了书证产生的不正当原因。文书被用来记录真实思想和事件的同时，也可能被人利用来虚构、隐瞒和歪曲事实。例如，一方当事人以欺诈或胁迫的手段使对方在文书上做出不真实的意思表示，而文书的内

容却隐瞒了被欺诈或胁迫的真相;双方当事人为规避法律而有意缔结一个虚假的合同,掩盖其欲达成的真实目的(如在土地转让中为不缴纳土地增值税而将一部分款项以劳务费方式支付,为此而签订劳务承揽合同等等)。由于书证本身并不能显示出它背后的真实,而其本身的记载却是确定的,因而书证依其记载内容形成的证明力让人难以推翻,因为揭示文书背后的事实真相并非易事。在书证的运用中存在两重真实推定:一是书证的形式真实对书证的内容真实构成强势推定;二是书证的预先确定性为书证的真实可靠提供了另一重强势推定。在具体案件中否定这种推定,逻辑上是可以的,但在证明上却是困难的。就此,笔者在此介绍一个曾轰动司法界的案件。该案中原告李兆兴起诉被告张坤石、陆群芳、张小娇、张妙金因购房资金不足向其借款一万元,要求判令被告清偿,提供的证据是被告亲笔签名的借据。四被告否认借款事实,称借条是第三人冯志雄用刀胁迫张小娇按事前准备好的借据抄写后,再逼迫各被告签上姓名。原告否认这一事实主张,被告对所述事实没有其他证据证明。主审法官莫兆军遂认定了借据,判决被告败诉。嗣后,被告张坤石、陆群芳在法院门外喝农药自杀身亡。在公安局对冯志雄、李兆兴的侦查中,冯志雄承认借条是逼迫张小娇等人书写,该二人后经检察院起诉,被法院定罪。检察院遂以玩忽职守罪对莫兆军法官进行刑拘并转逮捕。^①莫兆军法官的遭遇引起了对司法制度和证明责任的讨论,笔者从中看到的是书证的局限性。

在这种背景下,我国以书证为中心的民事诉讼更放大了书证的局限。以书证为中心反映出民事诉讼对书证证明力的青睐,相反,对其他证据特别是人证的可靠性持怀疑态度。书证相对于人证具有的优点被上升为书证优于人证的规范性判断,书证成为能

^① 肖璟:《被告自杀,法官被捕?》,见《人民法院报》,2002.12.27 (<http://rmfyb.chinacourt.org/public/detail.php?id=45378>)。