

推定在书证真实性判断中的适用

——以部分大陆法系国家和地区立法为借鉴

张海燕

内容提要:书证的真实性判断是各国民事司法实务中的重点和难点问题之一。我国法规层面长期以来一直缺乏书证真实性判断的明确规范,直到2015年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》才首次确立了公文书证实质真实的判断规则。考察大陆法系国家和地区的立法例可以发现推定在书证真实性判断中发挥了重要作用。我国法规层面应进一步完善书证真实性的判断规则,正确适用推定并充分发挥其在事实认定中的积极作用,具体做法如下:应当适用推定来判断公文书证的形式真实和实质真实,当事人可以推翻报道性公文书证的实质真实推定却不能推翻处分性公文书证的实质真实推定;可以适用推定来判断私文书证的形式真实,但应限制当事人滥用私文书证形式真实的异议权;不应适用推定来判断私文书证的实质真实,因其属于法官自由裁量的范畴。

关键词:推定 公文书证 私文书证 形式真实 实质真实

张海燕,山东大学法学院教授。

书证的真实性判断是各国民事诉讼中法官认定案件事实的重点和难点问题之一。书证的真实性是指书证所记载的名义人及其所表达的内容是真实的,包括形式真实与实质真实两个方面。^{〔1〕}书证的形式真实是指书证本身真实不是伪造的,书证的实质真实是指书证所表达的内容符合真实情况或者体现的是当事人的真实意思表示。形式真实是对书

〔1〕 大陆法系国家和地区一般将书证的形式真实和实质真实称为形式证明力和实质证明力。形式证明力是指书证所表达的思想是否为某人表达,实质证明力则是指书证内容的证明价值如何。参见〔日〕兼子一、竹下守夫著:《民事诉讼法》,白绿铨译,法律出版社1995年版,第125页;〔日〕高桥宏志著:《重点讲义民事诉讼法》,张卫平、许可译,法律出版社2007年版,第104-105页;〔德〕奥特马·尧厄尼希著:《民事诉讼法》,周翠译,法律出版社2003年版,第294页;吕太郎著:《民事诉讼法之基本理论》(一),中国政法大学出版社2004年版,第311-312页。

证存在真实与否的一种检验,但形式真实的书证不一定实质真实,如书写人受到胁迫而制作的书证。书证的真实性判断对于法官认定案件事实意义重大。法官应当如何来判断书证的真实性呢?宏观观之,书证真实的鉴别方法通常包括核对、辨认、鉴定和推定四种。其中,推定在法官判断书证真实性的过程中发挥着重要作用。^[2] 本文的研究对象也正在于此。在该研究主题中,我们需要思考的问题是:推定在书证真实性判断中的作用主要表现在哪些方面?推定是否可以适用于公文书证和私文书证形式真实和实质真实的全部判断?等等。然而,我国目前民事诉讼法规范层面尚缺乏关于书证真实性判断的明确规则,^[3]又加之理论界亦缺少关于书证真实性判断的统一理论指导,导致实务中法官在判断书证真实性时缺乏明确法律依据和理论指导,表现在行为状态上便是法官过度倚重和依赖书证,只要有了书证,不论公文书证还是私文书证,都如获至宝,而忘记了书证仅是一种证据类型,其适用也应当符合并遵循证据资格和证明力的判断规则。从结果层面看,法官对于书证真实性判断的实务做法,会直接影响当事人之间证明责任的分配,并进而间接影响双方当事人最终的诉讼胜败,亦是决定法官能否正确认定案件事实的一个关键因素。鉴于此,本文将书证的真实性判断作为研究对象,从司法实务入手分析,以期能够对我国书证理论研究和民事司法实务有所裨益。

本文之所以仅选择大陆法系国家和地区作为考察对象,是因为公文书证和私文书证是大陆法系国家和地区对于书证的一种基本分类,并且分别适用不同的真实性判断规则。而英美法系国家和地区则不区分公文书证和私文书证,统一称之为书证(documentary evidence),关于书证真实性的判断,其一般规定多种验真方式,并由法官自由决定采用何种验真方式。本文选择的部分大陆法系国家和地区包括德国、法国、日本和我国台湾地区,之所以作此选择,是因为上述国家和地区关于书证真实性判断的立法例基本能够代表大陆法系的整体立法风貌。在大陆法系国家和地区,公文书证和私文书证是书证的一个最基本分类,该区分的主要意义便在于两者真实性判断的规则不同。^[4] 我国书证的真实性判断也是区分公文书证和私文书证而分别进行,因此,本文接下来的论述便建立于公文书证和私文书证二元区分的基础上。

一 公文书证的真实性判断及推定的适用

(一) 应当准确界定公文书证的概念

关于公文书证的概念,我国学界观点未尽统一,学者经常在不同语境中使用。有学者

[2] 学者李军博士主张在书证的运用中,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的推定,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的推定。参见李军:《民事诉讼的书证问题研究:以合同诉讼为中心》,四川大学2005年博士学位论文,第4页。

[3] 可喜的是,我国2015年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第114条已明确规定了公文书证实质真实的推定规则。

[4] 对于公文书证,主要考察该文书是否为有关单位及其公职人员在职权范围内制作。对于私文书证,则主要考察文书是否由制作者本人签名或者盖章。对公文书证的真伪发生疑问时,可采用向制作文书的单位调查的方式解决;而对私文书证的真伪发生疑问时,则通过核对笔迹、印章或进行文书鉴定的方式解决。参见谭兵、李浩主编:《民事诉讼法学》,法律出版社2009年版,第172-173页。

主张公文书证是指国家机关及其公务人员,以及事业单位、社会团体或者有关组织在其职权范围内制作的文书,例如结婚证、房屋所有权证、营业执照、专利证书、公证书以及会计师事务所出具的验资报告、医院出具的死亡证明、高等学校出具的学位证明等。^[5] 有学者主张公文书证包括国家机关公务人员、企业事业单位、社会团体在职权范围内制作的文书。^[6] 有学者主张公文书证是指国家机关或者其他行使国家权力的组织依照一定程序和格式,在职权范围内制作的各种文书。^[7] 还有学者主张公文书证仅是指国家机关及其工作人员在职权范围内,针对特定事项依照法定程序,通过法定方式作出的文书。^[8] 在法规范层面,我国2002年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(下称“《证据规定》”)第77条规定了公文书证的主体为国家机关和社会团体。2015年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(下称“《民诉法解释》”)第114条明确规定公文书证是国家机关或者其他依法具有社会管理职能的组织^[9]在其职权范围内制作的文书。

我国学界观点及现有法规范均将公文书证界定为特定主体在其职权范围内制作的文书,但存有争议的是制作主体的范围不同,即公文书证的制作主体是否应当包括事业单位、社会团体或者企业。对此,笔者主张应将公文书证制作主体的范围界定为依法行使公权力的国家机关和依法具有社会管理职能的组织。依此界定,公文书证就是上述主体的工作人员在其职权范围内依照法定程序和方式制作的文书。公文书证记载的内容应当是制作主体行使职权表达出的意思。那种将公文书证制作主体范围尽可能扩大的做法可能存在两方面危害:一是容易模糊公文书证和私文书证的界限,二是会使法官误将私文书证认为公文书证,^[10]弱化对其证据资格的审查并会不当提高其证明力,这对非提供公文书证的一方当事人不公平。鉴于此,厘清公文书证制作主体的范围意义重大,其是科学界定公文书证概念进而准确判断公文书证真实性的关键。

书证根据记载事项的不同可被区分为处分性书证和报道性书证。日本学者新堂幸司指出,“所谓的处分性证书,是指通过书面方式来实施法律上行为而形成的书证(例如,判决书、票据、遗书);所谓的报道性证书,是指记载有文书制作人见闻、意见、感想等内容的其他文书(例如,各种笔录、户籍簿、商业账簿、诊断书、日记等)。”^[11]依此标准,公文书证根据其体现出的制作主体主观意思的不同,也可分为处分性公文书证和报道性公文书证。前者是记载公共管理机关意思表示的公文书证,如记载裁决或者处罚决定的公文书证等;后者是记载公共管理机关观念表示或者认识的公文书证,如登记簿、户籍簿、医院的死亡

[5] 江伟主编:《民事诉讼法》,中国人民大学出版社2013年版,第177页。

[6] 谭兵、李浩主编:《民事诉讼法学》,法律出版社2009年版,第172页。

[7] 汤维建主编:《民事诉讼法学》,北京大学出版社2008年版,第244页。

[8] 参见占善刚著:《民事证据法研究》,武汉大学出版社2009年版,第209页。

[9] 在我国,依法具有社会管理职能的组织是指共青团、妇联、工会和行业协会等被授权行使某些社会管理职能并具有社会公信力的社会组织。

[10] 比如,我国民事司法实务中法官经常将村民委员会或者企事业单位出具的书面证明材料误认为是公文书证,而这些书面证明材料实质上属于私文书证。对此,笔者将在后文予以论述。

[11] [日]新堂幸司著:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第447页。

证明以及学校的学位证明等。

根据前述关于公文书证概念的界定标准,笔者认为我们有必要对实务中争论较多的几类书证是否属于公文书证进行探讨。

1. 交通事故认定书是否属于公文书证?

根据我国《道路交通安全法》第 73 条^[12]之规定,交通事故认定书,是指公安机关交通管理部门根据交通事故现场勘验和鉴定结论而制作的一种处理交通事故的证据,其应当载明交通事故的基本事实、成因和当事人的责任等内容。尽管交通事故认定书在机动车交通事故责任纠纷中地位重要,但其本质上仍属于民事证据之范畴。然而,对于其所属证据类型这一问题,我国目前观点并不一致,主要存在书证说^[13]、鉴定意见说^[14]和非证据说^[15]三种观点。对此,笔者主张其在民事诉讼中应当属于民事证据类型中的书证,且属于公文书证,因为其是由具有公权力的公安交通管理部门在职权范围内制作并体现其意思表示的制式文书,具有很强的社会公信力。

2. 刑事讯问笔录是否属于公文书证?

刑事讯问笔录,是指刑事诉讼中公安机关或检察机关对犯罪嫌疑人或被告人就案件事实进行讯问所做的记录,其内容包含犯罪嫌疑人和被告人的供述和辩解。^[16]刑事讯问笔录是一种具有法律效力的证据性文书,其虽然是公安机关或检察机关在其职权范围内制作的文书,但其内容仅是对犯罪嫌疑人或被告人进行讯问情况的真实描述,记载事项中没有任何能够体现公安机关或检察机关关于案件事实主观意思的信息。鉴于此,公安机关或检察机关制作的刑事讯问笔录不属于公文书证,仅仅是一种单位证明材料,是其他公权力机关查明犯罪主体和案件真相,鉴别和印证其他证据的参考,属于实质上的私文书证。既然属于私文书证,当犯罪嫌疑人或被告人的前后几次讯问笔录不一致时,应当由法官依据私文书证真实性的判断规则,综合案件具体情况,最终形成关于刑事讯问笔录记载事项是否真实的心证状态。

同样道理,其他公权力机关制作的一些记录性书面材料,比如审计部门的审计调查报告,或者某些单位内部纪检监察部门的询问笔录,均非公文书证,也属于实质意义上的私文书证。

3. 村民委员会或者村民小组出具的书证是否属于公文书证?

村民委员会(以下简称村委会)或者村民小组出具的书证并不当然属于公文书证。实务中,村委会或者村民小组出具的书证原则上可以分为两类:一类是与其管理职责相关联的书证。依据《村民委员会组织法》第 8 条第 2 款,村民委员会有权依法管理本村属于村农民集体所有的土地和其他财产,引导村民合理利用自然资源,保护和改善生态环境。

[12] 该条内容为“公安机关交通管理部门应当根据交通事故现场勘验、鉴定结论,及时制作交通事故认定书,作为处理交通事故的证据。交通事故认定书应当载明交通事故的基本事实、成因和当事人的责任,并送达当事人。”

[13] 赵春风:《交通事故认定书应属于书证》,《中国检察官》2006 年第 9 期,第 69 页。

[14] 吴洁、张连芳:《交通事故认定书应属鉴定意见》,《检察日报》2014 年 7 月 21 日第 3 版。

[15] 赵信会:《对交通事故认定书证据属性的质疑》,《法学论坛》2009 年第 6 期,第 120 页。

[16] 高炳瑞、杨志刚:《公安讯问笔录在民事诉讼中并不必然具有证据效力》,《人民司法》2014 年第 14 期,第 35 页。

在该职责范围内村委会或者村民小组制作的书证属于公文书证,比如,村委会关于本村农民集体土地进行调整的文件。另一类是与其管理职责不相关联的书证,比如,村委会或者村民小组出具的对于村民年龄、婚姻状态、下落不明状态以及心理健康状况等的证明材料。这些书面证明材料仅是一般书证,是实质上的私文书证而非公文书证。相反,针对上述事实,公安机关出具的户籍证明、民政部门出具的婚姻状况证明、法院作出的宣告失踪或者宣告死亡判决书以及某自然人属于限制民事行为能力或者无民事行为能力的判决书则属于公文书证。需要注意,村委会或者村民小组出具的与其管理职责无关的书证从外观上看类似于证人书面证言,但笔者认为其并非证人书面证言而是私文书证。理由如下:证人书面证言和私文书证虽都具有书面形式,但却存在本质区别。证人书面证言是指符合条件的证人因法定事由无法到庭作证时形成的对于其所知晓的案件事实的一种书面陈述,其本质上是证人对其所知晓的案件事实的一种书面陈述方式;私文书证则重在强调以其记载的思想内容来证明案件事实,其记载事项往往会关系到某种法律关系或者权利义务的发生、变更或者终止,具有较强的证明力。此外,两者形成的时间也不同。私文书证在民事纠纷发生之前就已存在,而证人的书面证言则出现在民事纠纷发生之后。证人证言多表现为证人在法庭上应法官或者双方当事人询问而作出的口头陈述,书面证言只是在证人有法定原因确实不能到庭时才采取的一种迫不得已的书面陈述方式。

4. 单位出具的证明材料^[17] 是否属于公文书证?

长期以来,很多人认为单位出具的证明材料属于公文书证,具有比一般自然人之间形成的私文书证更高的证明效力。笔者认为该观点值得商榷。原因有二:其一,这里的单位范围广泛,既包括国家机关或者依法具有社会管理职能的组织,也包括不行使国家权力或者不具有社会管理职能的组织。其二,即使是国家机关或者依法具有社会管理职能的组织出具的书证也分为两类,一类是公文书证,另一类是与该类主体管理职能无涉的私文书证。我国《民诉法解释》第115条规定的向人民法院出具证明材料的“单位”之范围与前述单位一致,包括自然人之外的所有机关或者组织。该条中的“证明材料”也不同于公权力支配下制作的公文书证,其强调的是与公权力或者社会管理职能无涉的书面材料。由此,该“证明材料”在性质上属于私文书证,在诉讼中适用时,需要单位负责人及制作人的签名或者盖章,并加盖单位印章。此外,该条还规定,法院如对单位出具证明材料的真实性存有疑义,可以向单位及制作证明材料的人员进行调查核实或者要求制作证明材料的人员出庭作证。需要注意,此处法院调查核实以及制作证明材料的人员出庭作证的内容为单位证明材料的真实性,而非涉诉案件的具体情况。在此意义上,也可以解释该条中的单位证明材料是一种书证而非证人书面证言。

[17] 本文在此借鉴沈德咏主编的《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》一书中的观点,主张单位出具的证明材料在性质上属于书证,而非证人书面证言。该书中的观点内容为:“单位出具的证明材料,尽管表面上看类似于证人作证的行为,但由于是以其记载的内容发挥事实证明作用,其性质上属于书证。无论制作主体是否具有社会管理职能,这种书证均与公文书证无关,属于私文书证应无异议。”参见沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用(上)》,人民法院出版社2015年版,第378页。

(二) 推定在公文书证^[18]真实性判断中的适用

公文书证因是公权力主体在职权范围内依法定程序和方式制作的一种文书,具有很强的证明效力。大陆法系国家和地区一般通过推定方式来判断公文书证的真实性。即,对于公文书证,其形式真实和实质真实均可根据文书的程式和意旨直接予以推定。^[19] 具体而言,民事诉讼中使用公文书证来支持自己主张事实的当事人不需证明该公文书证的制作真实和内容真实,其只需提出公文书证即可,如果对方当事人对公文书证的真实性存有异议,其需要提出相反证据来推翻关于公文书证真实性的推定,且其证明须达到使法官相信公文书证不真实的心证程度,仅仅使法官心证陷入真伪不明的状态是不行的。

1. 大陆法系国家和地区关于公文书证真实性判断的立法例及评析

德国《民事诉讼法》第 437 条第 1 款规定:“从形式到内容两方面都可以认为是由官署或具有公信权限的人所制作的证书,推定其本身是真实的”。第 2 款规定:“法院对证书的真实性有怀疑时,可以依职权要求制作该证书的官署或个人,对证书的真实性加以说明”。^[20] 德国民诉法明确规定了公文书证形式真实的推定规则。而对于公文书证的实质真实,根据《民事诉讼法》第 415、417 和 418 条之规定,^[21] 公文书证也可被推定具有实质真实性,但需根据公文书证所属类型区分是否允许对方当事人提出相反证据推翻实质真实的推定:报道性公文书证允许对方当事人提出相反证据予以推翻而处分性公文书证则不允许。法国《民法典》第 1319 条第 1 款规定:“公证书,^[22] 在缔结合同的当事人之间以及当事人的继承人或权利继受人之间,具有证明其所记明的约定事项的完全效力。”^[23] 法国的公文书证不论是处分性书证还是报道性书证,均可被推定形式真实和实质真实,当事人如有异议,仅能通过提起《民法典》第 1319 条第 2 款和《民事诉讼法》第 303 - 316 条^[24] 规定的公文书证伪造之诉(包括本诉和附带诉讼)方可推翻公文书证的真实推定。日本《民事诉讼法》第 228 条第 2 款规定:“文书,依制作的方式及目的应认为是公务员在职务上做成的,推定该文书制作是真实的公文书”。第 3 款规定:“对公文书的制作真伪有疑问时,法院依职权可以向有关官厅或公署照会”。^[25] 日本民事诉讼法仅规定了公文书证形式真实的推定规则;对于实质真实,除第 160 条第 3 款规定“口头辩论笔录对于口头辩论是否遵守法定的程式具有实质证明力,不允许法官自由心证”^[26] 之外,其他情形

[18] 本文涉及的公文书证真实性的判断,仅指对于国内公文书证的判断,不包括对于国外公文书证的判断。

[19] 汤维建主编:《民事诉讼法学》,北京大学出版社 2008 年版,第 245 页。在此需要注意,有学者主张公文书证的形式真实可被直接推定,但决不能直接推定其实质真实,因为公文书证内容本身的真实性受多方因素影响,不能因其记载于公文书而不考虑这些因素的存在。参见占善刚著:《民事证据法研究》,武汉大学出版社 2009 年版,第 211 - 212 页。

[20] 《德意志联邦共和国民事诉讼法》,谢怀栻译,中国法制出版社 2001 年版,第 106 页。

[21] 《德意志联邦共和国民事诉讼法》,谢怀栻译,中国法制出版社 2001 年版,第 102 - 103 页。

[22] 法国的公证书,即为本文的公文书证。笔者注。

[23] 《法国民法典》,罗结珍译,法律出版社 2005 年版,第 1005 页。

[24] 《法国新民事诉讼法典》,罗结珍译,法律出版社 2008 年版,第 344 - 347 页。

[25] 《日本新民事诉讼法》,白绿铉编译,中国法制出版社 2000 年版,第 89 页。

[26] 《日本新民事诉讼法》,白绿铉编译,中国法制出版社 2000 年版,第 74 页。

均由法官自由心证加以判断,法律并没有规定像形式真实那样的推定规则。^[27]我国台湾地区“民事诉讼法”第355条规定:“文书,依其程序及意旨得认作公文书者,推定为真正。公文书之真伪有可疑者,法官得请作成名义之机关或公务员陈述其真伪。”^[28]凡是公文书证,台湾地区民诉法均推定其形式真实。至于实质真实,如同日本一样,除第219条规定的“关于言词辩论所定程序之遵守,专以笔录证之”^[29]之外,其他情形均属于法官自由心证范畴,由法官根据案件具体情况作出适当评价。

表1 大陆法系国家和地区关于推定在公文书证真实性判断中的适用情况表

国家或地区	真实类型	形式真实	实质真实
	推定 适用情况		
德国		可	可
法国		可	可
日本		可	否
我国台湾地区		可	否

前述大陆法系国家和地区对于公文书证真实性判断的立法规定主要存在两种模式:第一种是对于公文书证形式真实和实质真实判断的双重推定规则,是指公文书证的存在即可直接推定其形式真实和实质真实,该模式以德国、法国为代表。但两国在公文书证实质真实推定是否可被推翻方面又有所不同,德国规定根据公文书证所属类型决定是否允许对方当事人通过提出相反证据来推翻关于公文书证实质真实的推定,法国则不论公文书证属于处分性书证还是报道性书证,均不允许对方当事人提出相反证据予以推翻,其只能通过提起公文书证伪造之诉才能推翻。两相比较,笔者认为德国立法例能够更好地维护公法上的信赖利益保护原则,保护公民基于对已经生效公文书证的信赖而进行的行为选择,尤其是当公文书证属于处分性书证时,只要该公文书证一经合法作出,公共处分行为就已经生效,如果仍然允许对方当事人提出相反证据推翻已经生效的公文书证的实质真实推定,就会“减少公证证书之信用,致为诉讼迟延之原因”^[30]。法国关于报道性公文书证原则上不能推翻的刚性规定有失科学,因为报道性公文书证仅是制作机关对于某种事实状态的一种说明,至于内容是否正确,难以保证,故在实质真实的判断方面对其适用不能推翻的推定规则难谓妥当。第二种是对于公文书证形式真实的单一推定规则,是指公文书证仅可在形式真实方面适用推定规则,实质真实的判断原则上属于法官自由裁量

[27] [日]兼子一、竹下守夫著:《民事诉讼法》,白绿铉译,法律出版社1995年版,第125-127页。

[28] 许士宦主编:《民事诉讼法》,新学林出版股份有限公司2005年版,第B-378页。

[29] 许士宦主编:《民事诉讼法》,新学林出版股份有限公司2005年版,第B-231页。

[30] [日]松冈义正著:《民事证据论》,张知本译,中国政法大学出版社2004年版,第304页;刘玫、刘中欣:《论区分公文书证与私文书证的意义》,《证据学论坛》2007年第1期,第100页。

范畴,该模式以日本和我国台湾地区为代表。

2. 我国关于公文书证真实性判断的状况

公文书证在我国民事司法实务中的适用非常频繁,但长期以来法规范层面一直缺乏关于公文书证真实性判断的明确规则,仅在《证据规定》第 77 条第一项规定了公文书证的证明力一般大于其他书证,但该条并未涉及公文书证真实性的判断问题。法规范的缺乏导致法官进行公文书证真实性判断时无据可依,久而久之法官形成了一种经验性做法,那便是首先判断某书证是否属于公文书证,如果是公文书证,则推定其形式真实并进而从形式真实推定出实质真实。^[31]可喜的是,《民诉法解释》第 114 条明确规定了公文书证实质真实的判断规则,其内容为“公文书证所记载的事项推定为真实,但有相反证据足以推翻的除外。必要时,人民法院可以要求制作文书的机关或者组织对文书的真实性予以说明。”又基于书证形式真实和实质真实的内在关系,本条亦隐含着公文书证形式真实的推定规则。质言之,公文书证的存在本身能够推定出其形式真实和实质真实。此外,该条还规定了公文书证实质真实的推定可以被对方当事人以相反证据予以推翻,这是由推定规则本身的可反驳性特质决定的。此时提出相反证据的当事人承担公文书证记载事项不真实的本证责任。法官在审查公文书证时,如对其真实性有疑问,可依职权核实,要求制作主体进行说明。

尽管我国《民诉法解释》首次规定了公文书证真实性判断的推定规则,但相较于大陆法系国家和地区,我国之规定尚显粗疏,比如未对公文书证进行处分性和报道性书证的区分,亦未针对不同情况进行不同规则的规定。

二 私文书证的真实性判断及推定的适用

(一) 私文书证是指公文书证以外的其他书证

私文书证和公文书证是根据制作主体的不同对书证进行的划分,该划分在逻辑上是周延的,某一书证要么属于公文书证,要么属于私文书证,不可能存在中间类型。基于此,私文书证是指公文书证以外的其他书证,其制作主体包括自然人、法人及其他组织。比如,个人制作的借据、收据、合同书等。根据公文书证和私文书证的关系,要明确私文书证的概念和范畴,其前提仍然是准确界定公文书证,因为公文书证以外的所有书证均为私文书证。

在此仍需提醒的是并非公权力机关或者具有社会管理职能的组织制作的所有书证都是公文书证,那些不在其职责范围内的书证并不属于公文书证而是属于私文书证。《民诉法解释》第 115 条规定的单位出具的证明材料不属于公文书证,而属于私文书证。尽管有人主张单位证明的证明力应当比一般私文书证的证明力高,但笔者坚持认为,只要单位证明不属于公文书证,其就应当属于私文书证,与一般自然人所制作的私文书证具有相同的证明力。此外,还需要注意前述私文书证和证人书面证言的关系。

[31] 王建华主编:《民事诉讼证据实证分析》,法律出版社 2006 年版,第 394 页。

(二) 推定在私文书证真实性判断中的适用

相较于公文书证,对私文书证的真实性判断在民事司法实务中则更困难一些。因为,我们在准确判断某书证属于公文书证后,原则上其形式真实和实质真实就会被推定出来。对于公文书证,其适用中的最大难题是准确判断某书证是否属于公文书证。而对于私文书证,其本身的判断非常容易,不属于公文书证的均属私文书证,但私文书证真实性的判断却要比公文书证复杂得多。

1. 大陆法系国家和地区关于私文书证真实性判断的立法例及评析

德国《民事诉讼法》第 416 条规定:“由制作人署名或者经公证人认证的私文书,完全能证明文书内所为的陈述是由制作人所做出的。”^[32]第 439 条规定:“举证人的对方当事人应当对私文书证的真实性以说明,若不作说明,且在其他陈述中对证书的真实性也未提出争执时,视为已承认该证书。”^[33]第 440 条第 1 款规定:“对于未经承认的私文书的真实性,应加以证明。”第 2 款规定:“书证上署名的真实性已被确定,或者书证上的手印得到公证时,具有该项签名或手印的文字记载,推定其本身是真实的。”^[34]在德国,对于私文书证的形式真实,只要有制作人的署名、经公证人认证以及被对方承认的私文书证可以被推定为形式真实,除此之外的其他私文书证则不能被推定为形式真实,需要由提出私文书证的一方当事人举证证明。对于实质真实,不适用推定规则,属于法官自由心证的范畴。法国《民法典》第 1322 条规定:“私证书,得到其所对抗之人的承认或者依法得到承认,在其签字人之间以及签字人的继承人与权利继受人之间,具有与公证书相同的效力。”^[35]第 1323 条规定:“一方当事人在他方当事人针对其提出一份私证书为抗辩或防御方法时,必须明确地承认或否认证书上的字迹或签名是否出自其本人之手。该当事人的继承人或权利继受人,得仅作不认识是谁人的签字或字迹的声明。”^[36]法国明确规定了当事人对于私文书证上的签名进行承认或者否认表态的义务,如果当事人承认签字或者法官审查签字属实,则该私文书证具有与公文书证相同的法律效力,可以直接推定出其形式真实和实质真实。日本《民事诉讼法》第 228 条第 4 款规定:“私文书,有本人或其代理人的签名或盖章时,推定为其制作是真实的。”^[37]在日本,对于私文书证的形式真实,法律推定有本人或者代理人签名或者盖章的私文书证形式真实,除此之外,私文书证的形式真实必须由提出私文书证的一方当事人予以证明。对于实质真实,如同关于公文书证的规定一样,法律并没有规定像形式真实那样的推定规则,除第 160 条第 3 款规定的“口头辩论笔录对于口头辩论是否遵守法定的程式具有实质证明力,不允许法官自由心证”^[38]之外,其他情形则属于法官自由心证的范畴。在我国台湾地区,关于私文书证的形式真实,“民事诉讼法”第 357 条规定:“私文书证应由举证人证其真正。但他造于其真

[32] 《德意志联邦共和国民事诉讼法》,谢怀栻译,中国法制出版社 2001 年版,第 103 页。

[33] 《德意志联邦共和国民事诉讼法》,谢怀栻译,中国法制出版社 2001 年版,第 106 页。

[34] 《德意志联邦共和国民事诉讼法》,谢怀栻译,中国法制出版社 2001 年版,第 106 页。

[35] 《法国民法典》,罗结珍译,法律出版社 2005 年版,第 1009 - 1010 页。

[36] 《法国民法典》,罗结珍译,法律出版社 2005 年版,第 1012 页。

[37] 《日本新民事诉讼法》,白绿铉编译,中国法制出版社 2000 年版,第 89 页。

[38] 《日本新民事诉讼法》,白绿铉编译,中国法制出版社 2000 年版,第 74 页。

正无争执者,不在此限。”^[39]第 358 条规定:“私文书证经本人或其代理人签名、盖章或捺手印或有法院或公证人之认证者,推定为真正。”^[40]台湾地区私文书证的形式真实原则上需要由举证人举证证明,但两种例外情形下可适用推定规则推定出私文书证的形式真实,这两种例外情形包括:第一,对方对于私文书证的形式证明力没有争议;第二,私文书证经本人或其代理人签名、盖章或捺手印或有法院或公证人的认证而被推定具有形式证明力。^[41]关于实质真实,如同公文书证一样,除第 219 条规定的“关于言词辩论所定程序之遵守,专以笔录证之”^[42]之外,其他情形均属于法官自由心证之范畴,由法官根据案件具体情况作出适当评价。^[43]

表 2 大陆法系国家和地区关于推定在私文书证真实性判断中的适用情况表

国家或地区	真实类型	形式真实	实质真实
	推定 适用情况		
德国	有制作人署名、经公证人认证或对方当事人承认的私文书证可适用推定		否
法国	当事人承认或法官查证签字属实的私文书证可适用推定		可(当事人承认或法官查证签字属实的私文书证可适用推定)
日本	有本人或代理人签字或盖章的私文书证可适用推定		否
我国台湾地区	对方对于私文书证的形式证明力没有争议,以及私文书证经本人或其代理人签名、盖章或捺手印或有法院或公证人的认证,可适用推定		否

与公文书证相同,大陆法系国家和地区对于私文书证真实性判断的立法规定也很详尽。关于私文书证,除了法国在确定签字真实后赋予其公文书证形式真实和实质真实推

[39] 许士宦主编:《民事诉讼法》,新学林出版股份有限公司 2005 年版,第 B-379 页。

[40] 许士宦主编:《民事诉讼法》,新学林出版股份有限公司 2005 年版,第 B-379-380 页。

[41] 吕太郎著:《民事诉讼之基本理论》,智胜文化事业有限公司 1999 年版,第 305 页。

[42] 许士宦主编:《民事诉讼法》,新学林出版股份有限公司 2005 年版,第 B-231 页。

[43] 在此需要注意的是,关于公文书证与私文书证的实质真实,我国台湾地区民法学者姜世明主张应当区分书证的具体情况予以判断,其观点为:“1. 勘验文书,因文书内容之做成,即系该法律行为之完成,若该文书为真正,原则上具有实质上证据力。例如法院判决书正本,如为真正,即可证明有法院之判决行为及宣告内容。2. 报告文书,因系传述文书制作人之观察事实,虽文书为真正,但传述之内容事实是否真实,非当然可得推认,其非当然有实质上证据力。3. 公文书如真正,且性质上属生效性文书者,应有实质上证据力,若为报导性文书,除有反证足证公文书内容与待证事实不符外,通常均有实质上证据力。4. 私文书如为真正,亦应分别视其为生效性文书或报导性文书,前者有实质上证据力,后者非当然有实质上证据力。实务上,常见之契约书属前者,商业账簿属后者。”参见姜世明著:《民事诉讼法(下册)》,新学林出版股份有限公司 2013 年版,第 179 页。

定力外,其他国家和地区一般将私文书证实质真实的判断交由法官自由心证,形式真实的判断则由举证人举证证明,除非私文书证的签名真实或者被公证或者被对方当事人承认。法国之所以做出有别于其他大陆法系国家和地区的规定,源于法国存在完善发达的书证规范体系以及长期以来法官倚重书证的传统。^[44]笔者认为,法国这种赋予私文书证实质真实推定力的做法难为我国所借鉴,因为书证实质真实的判断原则上属于法官自由心证的范畴,尤其是对于可靠性没有保障的私文书证,其实质真实的判断,理应交由法官根据案件具体情况进行妥当评价。相反,德国、日本以及我国台湾地区在立法层面直接规定私文书证实质真实的判断原则上属于法官自由心证范畴的做法更为科学。

2. 我国关于私文书证真实性判断的状况

我国法规层面缺乏关于私文书证真实性判断的规定,实务中也无统一做法,但长期以来法官形成了一种经验性做法,即持有私文书证的一方当事人只要提出该私文书证,就完成了其初步证明责任,接下来证明责任便转移到对方当事人身上,由其来承担私文书证不真实的证明责任。如果该方当事人不能进行有效证明,法官就会作出对其不利的案件事实认定。该做法的一个突出表现就是非提出私文书证的一方当事人主张私文书证上的签字或者盖章不真实时,需要由其向法院申请鉴定并承担私文书证上签字或者盖章不真实的证明责任。尤其是当被告缺席审理时,法官更会直接认定原告提出的私文书证真实。该做法合适吗?私文书证上签字或者盖章真实的证明责任应由谁来承担?要回答该问题,首先需要明确的一个前提性问题是提出私文书证的当事人是否需要对该私文书证的形式真实和实质真实进行证明,还是只要其提出私文书证就能够推定出该私文书证的形式真实和实质真实?笔者认为,私文书证的存在本身并不能直接推定出私文书证的形式真实,其仍需提出私文书证的一方当事人承担形式真实的证明责任,除非该私文书证已被对方当事人承认或者经过公证或者私文书证上的签名或者盖章的真实性已被证明。可能会有人认为要求提出私文书证的一方当事人承担私文书证形式真实证明责任的规定太过严格,实务中难以实现。对此,笔者认为,提出私文书证的一方当事人对于私文书证形式真实的证明可以通过证明私文书证上签字或者盖章的真实来完成。根据日常生活经验法则,一份具有真实签章的私文书证可以推定出该私文书证的形式真实,除非对方当事人能够举证证明该签章存在欺诈或者胁迫等不合法因素。接下来,我们需要明确另外一个问题,即带有签章的私文书证在实务中是如何使法官形成签章真实的心证的?是通过申请鉴定证明签章真实的方式还是通过法官经验决定能否形成心证?对此,实务中法官的经验性做法^[45]往往是:如果法官觉得私文书证的签章从外观上能够使其形成签章真实的初步心证,此时证明责任便转移到对方当事人,若其对签章真实提出异议,则由其来承担申请鉴定签章不真实的证明责任;如果法官觉得私文书证的签章从外观上不能使其形成签章真实的初步心证,此时证明责任并不转移到对方当事人,提出私文书证一方当事人的证

[44] 参见张卫平、陈刚著:《法国民事诉讼法导论》,中国政法大学出版社1997年版,第83页。

[45] 该经验性做法是笔者在对某中级人民法院五个民事审判庭共30名法官进行深度访谈后总结出来的,访谈的题目是“法官如何分配私文书证中关于签章真实的证明责任”。

明责任尚未解除,其仍然需要进一步提出其他证据(比如,申请进行书证签章真实的鉴定)来证明签章的真实性,除非对方当事人认可签章是真实的。

关于私文书证实质真实的判断,我国法官基本遵循如下原则:如果私文书证有签字或者盖章,该签章被证明真实后即可直接推定私文书证记载事项真实;如果私文书证没有签字或者盖章,则需要由提出私文书证的一方当事人对其记载事项的真实性进行证明。可见,我国实务中法官在私文书证的形式真实和实质真实之间经验性地设定了一种推定关系,即,法官从私文书证的签章真实直接推定出该私文书证的实质真实。^[46] 该做法虽然简便好用,容易认定案件事实,但从理论层面思考,该做法有违私文书证实质真实的一般性判断规则,可能会导致诉讼中双方当事人证明责任承担上的失衡,更糟糕的结果是可能会出现案件事实的错误认定。

三 我国关于推定在书证真实性判断中的规则建构

(一)公文书证应通过推定来判断其形式真实和实质真实

公文书证因由行使公权力的国家机关或者依法具有社会管理职能的组织在行使职权过程中制作,制作过程符合法定程序,对外具有很强的社会公信力。前述大陆法系国家和地区均通过立法明确规定了公文书证形式真实的推定规则,德国和法国还规定了公文书证实质真实的推定规则。理论层面也在应当适用推定来判断公文书证的真实性这一点上达成了高度默契,比如,日本民事诉讼法学者三月章曾明确主张“有关形式上的证据力的认定,或多或少都存有推定。亦即,如根据文书的方式及内容认定为公文时,则推定为真实成立”。^[47] 但我国法规范层面长期以来却一直缺失公文书证的真实性判断规则,实务中做法不一。《民诉法解释》第 114 条首次明确规定公文书证实质真实的判断规则,即公文书证一旦存在便可推定其记载事项为真实。尽管如此,我国当下法规范关于公文书证之规定也难谓完善,有必要借鉴大陆法系国家和地区的有益立法例,对公文书证之真实性判断进行如下规范:

1. 区分规定公文书证形式真实和实质真实的推定规则

我国《民诉法解释》第 114 条仅明确规定了公文书证实质真实的推定规则,却未规定公文书证形式真实的推定规则。尽管根据“举重以明轻”之精神,我们能够从该条解读出公文书证形式真实的推定规则,但毕竟缺失如同前述大陆法系国家和地区那样明确规定公文书证形式真实推定规则的法规,这不能不说是我国立法技术上之瑕疵。鉴于此,我国应当在法规范中明确规定公文书证形式真实的推定规则。该规则在实务中的具体适用如下:依照公文书证之概念确定某书证为公文书证后,可直接推定该公文书证的形式真实,如果法官对公文书证存在的真实性存有异议,可以通过对该公文书证制作主体的工作

[46] 学界也有人持此观点,主张形式真实的私文书证也可推定其具有书证的实质真实。参见宋强:《书证若干问题探讨》,四川大学 2005 年博士学位论文,第 41 页。

[47] [日]三月章著:《日本民事诉讼法》,台湾地区五南图书出版公司 1997 年版,第 470 页。

人员进行询问,依职权调查核实该公文书证是否真实存在。需要注意,这里的异议内容只能是公文书证是否客观存在,不能作扩张解释。对方当事人如对公文书证的形式真实存有异议,应当提出相反证据推翻公文书证形式真实的推定。此处的推翻并非是对公文书证形式真实的反证,有异议的一方当事人承担的应当是公文书证形式不真实的本证证明责任。

关于公文书证实质真实的判断,我国《民诉法解释》第114条借鉴了德国和法国的做法,明确规定了公文书证实质真实的推定规则,而未像日本以及我国台湾地区那样将其纳入法官自由心证范畴。笔者认为我国《民诉法解释》第114条的立法选择是科学的,理由如下:一方面,长期以来我国民众对于公权力机关的权威普遍存在一种心理上的尊重甚至敬畏,对于其制作的公文书证更是信赖有加;另一方面,我国民事司法实务中法官也普遍认为公文书证的真实性毋庸置疑,甚至会省略质证环节而直接将其作为认定案件事实的证据。在此背景下,通过法规范明确规定公文书证实质真实的推定规则是符合我国民众基本心理和法官裁判习惯的。具体到民事诉讼中,公文书证实质真实推定规则的适用表现为:一方当事人只要提出公文书证,其初步证明责任便已完成,此时法官已经形成公文书证记载事项真实的心证,接下来,证明责任会转移到对方当事人,由其来证明公文书证记载事项的不真实,如其不能提出足以推翻公文书证记载事项真实的相反证据,则公文书证记载事项的真实性就会被法官认定。在此需要注意,既然公文书证记载事项是被推定具有真实性,那么受推定不利影响的一方当事人应当有权提出相反证据来否定推定事实的存在。《民诉法解释》第114条明确规定了当事人否定推定事实的方式是“有相反证据足以推翻”。而何为“足以推翻”?要回答该问题,我们有必要先来看《民诉法解释》第93条,该条对“足以推翻”和“足以反驳”进行了明确区分,前者要求当事人提供的相反证据达到证明相反事实成立的程度,后者要求当事人提供的相反证据能够动摇免证事实对于法官的心证基础。^[48] 鉴于此,《民诉法解释》第114条中“足以推翻”的意思应当是当事人须提出相反证据证明公文书证记载事项不真实,该当事人承担的是本证意义上的证明责任,如果仅使法官关于公文书证实质不真实的心证处于真伪不明状态并未完成其证明责任。

2. 区分规定处分性公文书证和报道性公文书证实质真实的推定规则

处分性书证和报道性书证是两种不同类型的书证,前者涉及某种法律关系或者主体权利义务的变动,后者仅是对于某种事实或者权利状态的描述。鉴于两者于诉讼中涉及当事人权利义务程度之不同,有必要对两者实质真实的推定规则作相异规定。笔者认为,可以借鉴德国立法例,规定对于处分性公文书证实质真实的推定,不允许对方当事人提出相反证据予以推翻;对于报道性公文书证实质真实的推定,应当允许对方当事人提出相反证据予以推翻,且此时该当事人承担的是提出本证而非反证的证明责任。^[49]

(二) 谨慎适用推定规则对私文书证进行真实性判断

我国目前法规范层面对于私文书证真实性判断未做任何规定,即使在理论层面,关

[48] 参见沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用(上)》,人民法院出版社2015年版,第321页。

[49] 张永泉:《书证制度的内在机理及外化规则研究》,《中国法学》2008年第5期,第114页。

于该问题也未形成较为明确的观点。正是由于理论指导和法规范的双重缺失,才导致实务中法官做法各异。鉴于此,我们有必要形成明确的关于私文书证真实性判断的适用规则。

1. 可适用推定规则判断私文书证的形式真实

私文书证形式真实的准确判断是民事诉讼中适用私文书证正确认定案件事实的基础。一般而言,从形式上来看,私文书证可分为带有署名的私文书证和不带署名的私文书证,实务中以带有署名的私文书证为多,少数情况下的私文书证会缺失署名。这里的署名包括签字、盖章或者捺印等形式。笔者认为,在判断私文书证的形式真实时,我国应当借鉴大陆法系国家和地区的立法例,形成如下规则:对于私文书证,其形式真实是诉讼中当事人的证明对象,证明责任由提出私文书证的一方当事人承担,^[50]具体操作中要区分私文书证是否带有署名。如果私文书证带有署名,则署名真实就可推定其形式真实,如果不带署名,则需要由提出私文书证的一方当事人就该书证的形式真实承担证明责任。概言之,上述规则之内容涉及两种情形,一种是私文书证不带署名时,必须由提出私文书证的一方当事人举证证明该私文书证的形式真实。另一种是私文书证带有署名,此时可以适用推定规则判断私文书证的形式真实。该推定中的基础事实是私文书证上的署名真实,推定事实是私文书证的形式真实;适用该推定的法律效果是提出私文书证的一方当事人不需直接证明私文书证的形式真实,只需证明作为基础事实的私文书证的署名真实即可。于此,核心问题是提出私文书证的一方当事人如何证明私文书证的署名真实。笔者根据前述对于法官之访谈发现,实务中法官往往首先判断私文书证的整体外观,如果私文书证整体上没有改动且笔迹流畅或者前后一致等,此时法官能够形成该私文书证署名真实的初步心证,不再需要提出私文书证的一方当事人通过申请鉴定等方式来证明私文书证的署名真实。可以说,没有外观瑕疵的署名私文书证的存在本身就能够使法官形成私文书证署名真实的初步心证,而这个过程笔者认为实质上也是一个推定,即,如果一方当事人提出的私文书证在外观上没有任何瑕疵,根据日常生活经验法则可以推定出该私文书证上的署名真实。当法官形成私文书证署名真实的初步心证后,证明责任就转移到对方当事人。对方当事人有权对私文书证署名真实提出抗辩,抗辩方式主要有两种:一是主张签章不真实,二是主张私文书证经过变造或者变动。这两种抗辩均应由提出抗辩的当事人提出相反证据来动摇法官已经形成的私文书证署名真实这一初步心证。对于第一种抗辩,提出抗辩的当事人一般会通过申请鉴定来证明署名不真实。对于第二种抗辩,提出抗辩的当事人往往通过提出其他书证文本等相关证据予以证明。

关于当事人提出的上述两种抗辩,需要注意两点:第一,上述抗辩针对的均是一方当事人提出的带有署名的私文书证没有外观瑕疵且能够使法官形成该书证署名真实初步心证的情形。如果一方当事人提出的带有署名的私文书证存在明显的外观瑕疵^[51],如署名

[50] 私文书证形式真实的证明责任应当由提出该私文书证的当事人承担,但不等于在任何情况下都有证明的必要。参见李军:《民事诉讼的书证问题研究:以合同诉讼为中心》,四川大学 2005 年博士学位论文,第 22 页。

[51] 肖建国:《书证的真实性及其举证责任》,《中国审判》2010 年第 7 期,第 92 页。

不清晰、有变动或者改动,或者文本内容有改动或者变动等情形,此时根本无法使法官形成私文书证署名真实的初步心证,证明责任不会转移到对方当事人,其暂时不需要提出针对私文书证署名不真实的任何抗辩,而首先需要由提出私文书证的一方当事人就该私文书证的署名真实进行本证意义上的证明,否则该方当事人提供的私文书证将被认为不具证据资格。第二,当事人不得滥用对于私文书证形式真实推定的异议权,否则将被处以一定数额的罚款。比如法国《民事诉讼法》第 295 条规定:“如经判定,书证确属对其做出否认之人书写或签字,对该人得科以最高 3000 欧元的民事罚款,且不影响可能要求的损害赔偿。”

私文书证的形式真实除了可以通过证明署名真实进行推定外,还可以通过经公证人认证或者经对方当事人承认^[52]的方式来认定。除此之外的情形,私文书证的形式真实需要由以私文书证为证据的一方当事人举证证明。

2. 不应适用推定规则判断私文书证的实质真实

私文书证的实质真实是指私文书证的记载事项是真实的。根据证据法一般原理,某项证据的证明力大小应当属于法官自由心证的范畴。^[53] 私文书证作为一种证据类型,亦应遵循该原则。^[54] 考察大陆法系国家和地区之立法例,可以看出,关于私文书证实质真实的判断,除法国外,多数国家和地区均将其归为法官自由心证的范畴。法国规定私文书证在确定形式真实后即可被推定实质真实,从而排除法官的自由心证,该做法体现了法国过分倚重书证的传统。对此,笔者认为,私文书证的实质真实原则上应当属于法官自由心证的范畴,又因私文书证不具有公文书证那样的公信力保障,^[55] 故我国法规层面不应允许在进行私文书证实质真实判断时适用推定规则,而应由法官依凭自身经验和内心确信来对私文书证的实质真实作出科学适当的判断。

接下来,笔者认为非常有必要澄清我国实务中普遍存在的一种做法:法官对于私文书证实质真实的判断容易适用如同法国那样的推定规则,即,只要私文书证的形式真实被确定,便可由此直接推定出该私文书证的记载事项也是真实的,从而挤压甚至直接否定法官对于私文书证实质真实判断的心证或者自由裁量空间。该问题在具体诉讼中的表现往往是私文书证在被确定署名真实后,可以直接推定出该私文书证的形式真实,同时又从该私文书证的形式真实再推定出其实质真实。法官的该思维路径和实务做法容易弱化提出私文书证的一方当事人对于私文书证实质真实的证明责任,加重对方当事人关于私文书证记载事项不真实的证明责任,最终可能导致的法律后果是法官在双方当事人之间错误分

[52] 对方当事人对于私文书证形式真实的承认,既包括其对私文书证形式真实的明确承认,也包括对私文书证形式真实不予争执。明确承认和不予争执均属自认范畴,法官应受其约束,这是民事诉讼辩论主义原则的应有之义。

[53] 占善刚著:《民事证据法研究》,武汉大学出版社 2009 年版,第 210 页。

[54] 张自合:《论私文书证证明力的推定规则》,《法律科学》2010 年第 4 期,第 159 页;占善刚著:《民事证据法研究》,武汉大学出版社 2009 年版,第 213 页。

[55] 刘玫、刘中欣:《论区分公文书证与私文书证的意义》,《证据学论坛》2007 年第 1 期,第 103 页。

配证明责任,发生案件事实的误认。我国众所周知的莫兆军案件^[56]便是一适例。该案中的核心证据是原告提出的一张经被告签名的欠条,被告承认该欠条签名的真实性却对欠条记载事项的真实性提出了强烈抗辩,但遗憾的是被告没有提出任何关于欠条记载事项不真实的证据,致使莫兆军法官仍然在判决书中认定了该欠条记载事项的真实性并判决被告败诉。该案最终演化成为一出司法悲剧。该案中莫兆军法官的做法也往往是大多数法官审理此类案件的选择。笔者认为该做法不科学,理由如下:一是法官过分倚重书证(多数情况下是私文书证)来认定案件事实,而相对忽视其他证据尤其是当事人陈述在案件事实认定中的作用。二是法官习惯于从私文书证的署名真实中直接推定出该私文书证的实质真实。该做法明显违背了前述关于私文书证真实性的判断规则:署名真实的私文书证可以推定出该私文书证的形式真实,但私文书证的实质真实却不能通过其形式真实予以推定,而是属于法官自由裁量的范畴。进而言之,法官对于私文书证实质真实的心证需要综合考量案件中的多种因素而形成,这些因素往往表现为与案件相关的其他证据材料、当事人于诉讼中的陈述以及当事人的品格,等等。此外,还需要注意实务中可能存在的一种情形:如果一方当事人虽然承认对方当事人提出的私文书证上的签章系本人或者代理人所为,但主张该签章是在空白文书上完成或者直接否认系其本人或者代理人作出时,应由该方当事人承担其主张事实的证明责任。^[57]

表3 大陆法系国家和地区关于推定在公文书证真实性判断中的适用情况表

国家或地区		真实类型	形式真实	实质真实
		推定 适用情况		
公文 书证	处分性公文书证	可适用推定,但不允许当事人推翻	可	
	报道性公文书证	可适用推定,允许当事人推翻		
私文书证		署名真实的私文书证可适用推定	否	

3. 特殊情形下私文书证真实性的判断

(1) 缺席诉讼中私文书证真实性判断

我国民事司法实务中,一方当事人(往往是被告)经法院合法传唤拒不到庭参加审理

[56] 参见《法官不对依法履行职责后出现的后果负责——广东高院裁定检方指控莫兆军玩忽职守案》,载《人民法院报》2005年1月11日。案件基本情况是:2001年9月27日原告李某向法院起诉张氏夫妇借款1万元未归还,当时原告李某持有张氏夫妇写的借条,而张氏夫妇辩称借条是被原告持刀威逼所写。审理这个借款纠纷的莫兆军法官,经过审理后,认为没有证据证明借条是在受到威逼的情况下写的,于是认为借条有效,判决张氏夫妇还钱。不到二个月,张氏夫妇在法院门外喝农药自杀身亡。第二天,公安部门传唤了原告李某,原告李某承认借条系他持刀威逼张氏夫妇所写(后原告李某被以抢劫罪判处7年有期徒刑)。不到一年时间,莫法官被检察院以玩忽职守罪名起诉,一审经审理后判决认为莫兆军的行为不构成犯罪,张氏夫妇的死亡超出莫兆军的主观意志之外,与莫兆军的审理案件行为无直接关系,莫兆军不应对此负责任。但是检察院不同意这一判决结果,向广东高院提出抗诉。广东高院最终于2004年6月29日对这宗颇具争议的案件作出终审判决,认为一审判决认定事实清楚,适用法律正确,维持原判。

[57] 杨建华主编:《海峡两岸民事程序法论》,月旦出版股份有限公司1997年版,第281页。

或者未经允许而中途退庭的情形较为普遍,此时法官会根据民事诉讼法及相关司法解释的规定进行缺席审理,最终做出缺席判决。在缺席诉讼中,一方当事人提供的证据并不因对方当事人的缺席而被直接认定为定案证据,法官仍需对出庭一方当事人提供的证据予以综合审查判断。当然,法官的审查原则上是形式审查。具体到缺席诉讼中私文书证的真实性判断,笔者认为,首先需要把握的原则是法官不能因为一方当事人未出庭参加诉讼而直接认定出庭一方当事人提交的私文书证,法官对于私文书证的真实性判断仍然需要遵循前述认定规则。即,如果私文书证带有署名,可从私文书证无瑕疵的外观推定出其署名真实,进而推定出私文书证的形式真实,接下来需要由法官综合案件已有证据材料决定能否形成私文书证实质真实的心证。此时,法官形成的私文书证实质真实的心证在逻辑上不是直接适用推定规则的结果,而是法官综合案件整体情况形成的内心确信。如果私文书证不带署名,则需要出庭一方当事人就其提出私文书证的形式真实提供证据予以证明。当然,由于对方当事人放弃了质证权,实务中法官可能会相对容易形成该私文书证形式真实的心证。在此,笔者再次申明,在缺席诉讼中,法官不能仅仅依据出庭一方当事人提供的私文书证而直接认定其记载事项真实,而应遵循私文书证的真实性判断规则。

(2) 被涂改、添加或者变造的私文书证的真实性判断

被涂改、添加或者变造的私文书证主要存在两种情形:一是署名被涂改、添加或者变造,二是正文被涂改、添加或者变造。这两种情形均属于存在外观瑕疵的私文书证。对于第一种情形,因为私文书证外观存在瑕疵,不能从署名被涂改、添加或者变造的私文书证中推定出其署名真实。此时,私文书证署名真实的证明责任就落在了提供该瑕疵私文书证的一方当事人身上,由其承担本证意义上的证明责任,说服法官形成该私文书证署名真实的心证,否则,该方当事人将承担不利法律后果。对于第二种情形,对于正文存在被涂改、添加或者变造的瑕疵私文书证,即使其署名真实,也无法推定出该瑕疵私文书证的形式真实。因为私文书证从署名真实推定出形式真实的前提条件是该私文书证在外观上不存在任何瑕疵。此时,提出正文存在瑕疵私文书证的一方当事人应当就正文被涂改、添加或者变造的客观性进行举证证明,其承担的也是本证意义上的证明责任。

司法实务中,提出上述瑕疵私文书证的当事人在证明被涂改、添加或者变造的署名或者正文的真实性时,往往需要对方当事人的配合,主要表现为要求不承担证明责任的对方当事人提交手中持有的私文书证。于此情形,如果对方当事人积极配合主动提交其持有的私文书证自不存在问题,但如果其坚持不予提交或者主张自己没有该私文书证时如何处理呢?《民事诉讼法解释》第112条第2款规定:对方当事人无正当理由拒不提交的,人民法院可以认定申请人所主张的书证内容为真实。对此,笔者认为,如果根据交易习惯或者日常生活经验法则,法官认为不承担证明责任的一方当事人手中应当持有该私文书证时,法官可依职权要求其提交该私文书证,如果其拒不提交且无正当理由,法官可以适用证明妨碍规则推定提出瑕疵私文书证一方当事人的主张为真实。但是,该证明妨碍规则的适用应当谨慎为之,其只有在承担证明责任一方当事人的证明已经能够使法官形成该瑕疵私文书证形式真实初步心证的情况下方可适用,否则,容易错误分配证明责任,进而导致案件事实的误认。

结 语

长期以来我国民事法官过度倚重书证认定案件事实,将书证视为“证据之王”,这种经验性做法导致法官认为书证的真实性判断问题在实务中根本不是一个真问题,该认知也降低了理论界对于该问题的关注和研究;我国法规层面也仅在 2015 年《民诉法解释》中才明确公文书证的真实性判断规则。对于该局面,笔者认为有必要予以改变。党的十八届四中全会明确提出应当“健全事实认定符合客观真相、办案结果符合实体公正、办案过程符合程序公正的法律制度”的要求,而以书证为中心的诉讼实际上是将纠纷处理的错误效果转嫁给当事人自己负担,诉讼满足于形式上解决纠纷。^[58] 因此,为最大程度上实现民事诉讼事实认定符合客观真相和案件审理结果符合实体公正的目标,法官在运用书证进行事实认定时,应当明确并遵守书证的真实性判断规则。本文写作的意义便在于对书证的真实性判断规则予以明确,以期对理论界尤其是实务界能够有所启迪和改变。

[本文为 2012 年国家社科基金项目“实体法和程序法双重视角下的民事推定制度研究”(12BFX071)和“山东大学青年学者未来计划资助”的研究成果。]

[Abstract] How to judge the authenticity of documentary evidence has always been an important and difficult issue in civil judicial practice of different countries. At the legislative level, China had lacked clear regulations on the determination of the authenticity of documentary evidence, until in 2015 the Interpretation of the Supreme People's Court on the Application of the Civil Procedure Law established for the first time the rules on the determination of the authenticity of official-document evidence. Through the investigation of the relevant legislative rules in civil law countries and territories, we find out that presumption plays an important role in judging the authenticity of documentary evidence. At the legislative level, China should further improve the rules on the determination of the authenticity of documentary evidence, and correctly apply presumption to make full use of its positive role in fact-finding. More specifically: presumption should be applied to determine the formal and the substantive truth of official-document evidence, and the parties can repudiate the substantive truth presumption of report official-document evidence, but not that of dispositive official-document evidence; presumption can be applied to determine the formal truth of private-document evidence, but parties should be prevented from abusing their right to dissent such formal truth; and presumption should not be applied to determine the substantive reality of private-document evidence, which belongs to the scope of judicial discretion.

(责任编辑:姚 佳)

[58] [美]约翰·W. 斯特龙主编:《麦考密克论证据》,汤维建等译,中国政法大学出版社 2004 年版,译序,第 7 页。