

# 差别证明要求与优势证据证明要求

李 浩

在民事诉讼中,无论是对于当事人还是对于法官,证明要求都是一个既重要又实际的问题。对于当事人来说,只有了解了证明要求,才不致于因对证明要求估计过低而在证据明显不足时贸然提起诉讼,同时也不致因对证明要求估计过高而在证据已具备的情况下不敢起诉。某一有争议的法律要件事实的举证责任一旦确定由一方当事人负担后,随之而来的问题是证据必须达到何种程度,事实真伪不明状态才算被打破?举证的负担才能够解除?败诉的危险才不致于从可能转化为现实?这些显然都取决于对证明要求的界定。对于法官来说,只有明确了证明要求,才能够把握认定案件事实需要具备何种程度的证据,才能以之去衡量事实已经得到证明还是仍然处于真伪不明状态,决定是否有必要要求当事人进一步补充证据或者依法主动收集证据。长期以来,我国证据理论一直主张一元的证明要求,将同一标准的“确实、充分”作为刑事诉讼与民事诉讼的共同证明要求。本文拟对此提出质疑,并对在民事诉讼中可实行比刑事诉讼稍低的证明要求——优势证据证明要求——的可行性作些探讨。

我国对证明要求的研究主要是由刑事诉讼法学者进行的。学者们认为,确实、充分的证明要求,既包括对证据质的要求,又包括对证据量的要求。具体地说,它要求:1. 据以定案的证据均已查证属实;2. 案件事实均有必要的证据予以证明;3. 证据之间、证据与案件事实之间的矛盾得到合理排除;4. 得出的结论是唯一的,排除了其他可能性。这四点必须同时具备,才能认为证据已达到确实、充分的程度。刑事诉讼、民事诉讼、行政诉讼概莫能外。<sup>〔1〕</sup>或许是认为民事诉讼的证明要求与刑事诉讼并无区别,所以,无论是在民事诉讼法教科书还是在论著、论文中,此问题很少被详细论及。在涉及此问题时,论者只是简单提一下证据应当确实、充分。

民事诉讼的证明要求与刑事诉讼完全相同,两者都必须达到同一程度的确实、充分,这在我国理论界似早已成为不容置疑的定论。然而,这未必都正确。任何理论与学说,为了证明其正确性,都必须接受实践的检验,已被视为定论的一元证明要求也不例外。笔者认为,刑事诉讼和民事诉讼的证明要求应当是有区别的。

## (一) 诉讼性质上的重大区别是实行有差别证明要求的理论依据

\* 本文作者系中共安徽省委党校副教授。

〔1〕 高等学校文科教材《证据学》,中国人民大学出版社1991年版,第117页。

众所周知,刑事诉讼与民事诉讼是性质上存在重大区别的两种诉讼。刑事诉讼要解决的问题是被告人的行为是否构成犯罪和是否应受到刑事处罚的问题,惩罚犯罪分子与保障无罪的人不受刑事追究在诉讼中同等重要。一旦认定被告人有罪并处以刑罚,就会给他带来极其严重的后果,被告人的人身自由会受到限制或被剥夺,其财产可能会被没收,政治权利也可能丧失,有的甚至会被剥夺生命。民事诉讼主要是为了解决当事人之间发生的民事权利义务争议,处理婚姻、继承、合同、侵权赔偿等纠纷。民事责任主要是财产责任。

上述区别使得刑事诉讼需要实行一些与民事诉讼截然不同的原则。刑事诉讼以国家追诉为原则,主要由人民检察院提起公诉,凡是符合法律规定的条件的,人民检察院必须提起公诉,不得自由处置其公诉权。在审理中,除自诉案件外,其他刑事案件不允许法院进行调解。民事诉讼则由与纠纷有直接利害关系的当事人提起诉讼,起诉与否,完全由当事人自行决定,国家一般不对此进行干预。在诉讼中,当事人有权处分自己的民事权利和民事诉讼权利,原告有权撤回诉讼,双方当事人可以自行和解,甚至在裁判执行的过程中,也允许双方当事人自行和解。法律不仅不禁止,而且提倡人民法院根据自愿和合法的原则进行调解,把调解作为处理民事案件的方式之一。

既然刑事诉讼所处理的案件在性质上与民事诉讼处理的案件有重大区别,既然这两种诉讼在一些至关重要的方面允许实行不同的原则和不同的处置办法,既然当事人承担刑事责任后果的严重性远远超过民事责任,那么,也就应允许它们在证明要求上存在某种差异。

## (二)法律规定的不同是实行有差别证明要求的法律依据

从我国法律关于刑事诉讼证据与民事诉讼证据的规定来看,也存在着一些显著的不同之处,从这些显而易见的差别中,可以合乎逻辑地得出民事诉讼中的证明要求可略低于刑事诉讼的结论。这些区别是:

1. 对人民法院调查收集证据的要求不同。刑诉法第32条规定:“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序,收集能够证实被告人有罪或无罪,犯罪情节轻重的各种证据。”这表明法律要求人民法院全面、客观地调查收集证据。民诉法对此问题的规定不同,已从过去的责成人民法院全面调查收集证据改为有限调查收集证据,只是对当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据或者审理案件需要的证据,才要求人民法院主动调查收集。这说明法律对刑事诉讼的证明提出了比民事诉讼更高的要求。

2. 实行推定的情况不同。在诉讼中,证明案件事实的方法有两种:一种是通过实际取得证据的方法来证明,另一种是通过推定的方法来证明,后者是一种相对说来较为容易,但同时又不太精确的证明方法。在刑事诉讼中,由于证明要求既严又高,所以一般都要求通过实际获得证据来认定犯罪事实,推定只是在极例外的情形下才允许使用。在我国现行法律中,允许通过推定来认定犯罪事实的大概只有国家工作人员巨额财产来源不明的情形。在民事诉讼中,推定的使用是相当广泛的,其中典型的例子是合同诉讼和侵权诉讼中对被告人过错的推定。正如曾担任过美国法学院联合会证据学分会主席的华尔兹(Waltz)教授所说:“推定在民事诉讼中扮演着比在刑事案件中远为重要的角色。在民事案件中可以适用的可反驳性事实推定不胜枚举,下面列出的仅是具有代表性的种类,而其中只有少数能适用于刑事案件之中。”〔2〕推定适用面的宽窄不同,从另一个侧面有力地说明了民事案件的证明要求低于刑事案件。

〔2〕 乔恩·R·华尔兹:《刑事证据大全》,中国人民公安大学出版社1993年版,第315页。

3. 承认能否成为免于证明的理由不同。为防止轻信口供、单凭被告的口供定罪,刑法第35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。”民法第71条虽然也要求人民法院应当结合其他证据,审查确定当事人的陈述能否作为认定案件事实的根据,但这里的其他证据,一般都理解为包括另一方当事人的承认在内。最高人民法院在《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》中,明确地把为另一方当事人承认的事实列为免于证明的事实。这一差别,亦说明了民事诉讼证明要求低于刑事诉讼。

### (三) 审判实践中对某些民事案件的处理是实行差别对待的实践依据

为了缓解因果关系证明上的困难,使受害人有尽可能多的机会获得赔偿,我国人民法院在处理某些侵权赔偿案件时,并不苛求原告提供证据确凿无疑地证明被告的行为与其受到的损害存在因果关系,只要求原告证明其损害很可能是被告行为所致,即证明在通常情况下,依据一般社会经验,被告的行为有可能导致原告损害的发生即可。这实际上是用盖然性因果关系证明替代确然性因果关系证明。盖然性因果关系证明在我国侵权诉讼中已得到了较为广泛的运用,它不仅运用于污染环境致人损害的诉讼、产品责任诉讼等特殊侵权责任诉讼,而且也适用于某些一般侵权责任诉讼。

### (四) 国外诉讼理论与实践为实行差别对待提供了可资借鉴的经验。

依据刑事诉讼与民事诉讼的不同性质设立二元的证明要求是世界上多数国家的做法。英美法系国家将“不存在合理怀疑”(beyond reasonable doubt)作为刑事案件的证明要求,要求控诉方必须无合理怀疑地证明所指控的犯罪事实。根据学者们的解释,“所谓合理怀疑,指的是陪审员在对控告的事实缺乏道德上的确信,对有罪判决的可靠性没有把握时所存在的心理状态。因为,控诉一方只证明一种有罪的可能性(即使是根据或然性的原则提出的一种很强的可能性)是不够的,而必须将事实证明到道德上的确信程度——能够使人信服,具有充分理由,可以作出判断的确信程度。”〔3〕对一般的民事案件,英美法系国家实行的是“盖然性占优势的证明”要求(proof on a balance of probabilities)。曾为美国模范证据法典起草委员会主席的摩根(Morgan)教授认为,它是指“凡于特定事实之存在有说服负担之当事人,必须以证据之优势确立其存在。”〔4〕法官“有时并建议陪审团,其心如秤,以双方当事人之证据分置于左右之秤盘,从而权衡何者具有较大之重量”。〔5〕

大陆法系国家刑事诉讼中的证明要求亦高于民事诉讼,法官对刑事诉讼中存在犯罪事实的认定,必须建立在强有力的证据的基础之上,必须达到接近于必然的判断,而对民事案件中的法律事实,则可以基于事物的盖然性作出判断,不必非得有确然的证明。长期担任过裁判官的日本学者中岛弘道对此曾作过细致的分析,他将裁判官的心证分为强的心证和弱的心证,前者包括盖然的确实心证和必然的确实心证,后者包括微弱的心证和盖然的心证。他分析说,“言词辩论终结时,在诉讼上,表现为一切证据的证据力的总决算,裁判官关于待证事实得到的心证极强。达到确实心证时,如果是积极的确实心证,就肯定待证事实,如果是消极的确实心证,就否定待证事实。裁判官的心证,在微弱心证以下的弱心证时,也否定待证事实。以上情况,民事裁判与刑事裁判是相同的。但是,裁判官的心证,是盖然的心证时,刑事裁判与民事裁判,其

〔3〕 塞西尔·特纳:《肯尼刑法原理》,华夏出版社1989年版,第549页。

〔4〕〔5〕 摩根:《证据法之基本问题》,台湾“教育部”1982年出版,第48页。

结果不同。即在这种情形,刑事否定待证事实,反之,在民事则肯定待证事实。”〔6〕大陆法系国家的诉讼法学者一般都认为,由于证明要求上存在的差异,刑事诉讼中检察官的举证责任远远重于民事诉讼中原告的举证责任。

以上可见,尽管刑事诉讼与民事诉讼的证明目的都是运用证据“再现”过去发生的案件事实,但两者在证明要求上存在着显而易见的不同,这些差别是客观存在的,它们植根于这两类诉讼性质上的差异。不顾这两类诉讼性质上存在的重大差异,无视法律对这两种诉讼证明的某些不同规定,脱离诉讼实践中对这两种诉讼证明要求区别对待的作法,拔高民事诉讼的证明要求,使之与刑事诉讼完全等同,这在理论上是有害的,是难以胜任指导民事诉讼实践的重任的。

## 二

笔者认为,我国民事诉讼可适用有别于刑事诉讼的证明要求,即较之刑事诉讼稍低的证明要求。具体而言,刑事诉讼要求确实的、排它性的证明,而民事诉讼允许盖然性占优势的证明。在刑事诉讼中,仅仅证明被告人极有可能实施了被控的犯罪事实是不够的,要对被告定罪,还需要进一步的能够得出唯一的和排它性有罪结论的证据。在民事诉讼中,如果全案证据显示某一待证事实存在的可能性明显大于其不存在的可能性,使法官有理由相信它很可能存在,尽管还不能完全排除存在相反的可能性,也应当允许法官根据优势证据认定这一事实。

### (一)对优势证据证明要求的说明

首先,优势证据是法官认定某一待证事实存在必须具备的最低限度的证据,换言之,这一证明要求并不排斥对案件事实的确切证明。采用这一新的证明要求后,法官仍然应致力于查明案件事实的真相,当事人也仍然应当提供确实、充分的证据证明所主张的事实,但是,如果经过努力,全部证据仍不足以确切证明争议事实,而只能在“优势证据”这一层面上提供盖然性证明,即从证据中只能得出在通常情况下,依照人们的一般社会经验,该事实很可能象一方当事人主张的那样发生过的结论,也应当允许法官认定该事实存在。

其次,判断是否存在优势证据,绝不是简单地、形式主义地将证据相加,看证据数量的多寡,看证人人数的多少,而是要看证据的质量,看证据证明力的大小,看哪一方当事人提供的证据真正具有说服力。诚如摩根教授所说:“法官通常所说所谓证据之优势与证人之多寡或证据之数量无关,证据之优势乃在其使人信服的力量(convincing force)。”〔7〕

再次,允许依据优势证据认定案件事实,绝不意味着允许人民法院仅仅根据微弱的证据优势认定案件事实。例如,在债务案件中,原告主张被告曾向其借款,提出一名证人为其作证,被告否认,但未提出任何证据,人民法院不能仅仅根据这位证人的证言,便认定债务关系存在。符合这一证明要求的优势证据,至少应当达到能使审判人员相信事实极有可能如此的程度。在上例中,至少要有两个以上无利害关系的证人为原告作证,并且他们的证言必须是无懈可击的。

最后,这一证明要求并不否认证据应当确实、充分,只是主张民事诉讼中对“充分”的要求应当有别于刑事诉讼而已。“确实”是对证据质的要求,是指一切证据材料都必须经查证属实后才能作为认定案件事实的根据。这是民事与刑事诉讼共同要求的,自然不能也不应有任何区别。“充分”是对证据量的要求,民事诉讼中“充分”的标准可稍低于刑事诉讼,不必非达到确然

〔6〕 王锡三:《民事举证责任著作选译》,第162页。

〔7〕 摩根:《证据法之基本问题》,台湾“教育部”1982年出版,第48页。

性证明不可。刑事诉讼中的“充分”必须达到通过证据得出的结论是唯一的,排除了其他可能性的高度。民事诉讼则不必如此,只要证据表明事实极可能如此,即使不能排除其他可能性存在,也不妨碍人民法院认定这一事实。

## (二)优势证据证明要求的理论依据

民事诉讼之所以应当实行优势证据的证明要求,其理由在于:

第一,它与“法律真实”的证明任务相契合。长期以来,我国理论界均把“客观真实”作为民事诉讼中的证明任务,认为法院所确定的案件事实必须与客观上实际发生的事实完全符合。笔者认为,用“法律真实”来界定诉讼中的证明任务,用“法律真实”来说明法院裁判中认定的事实也许更为贴切。所谓“法律真实”是指,法院在裁判中对事实的认定应当符合实体法与程序法的有关规定,应当达到从法律的角度可以认为是真实的程度。

因此,裁判中认定的事实应属于法律上真实的事实。这种法律上真实的事实,是法官在民事审判中,依据实体法与程序法的有关规定,借助优势证据的证明要求,通过对全部证据的审查判断来认定的。

第二,它与民事实体法大量采用的形式真实的真实标准相一致。只要稍稍浏览一下我国的民事法律,就很容易发现它们中间有着相当多的推定与拟制的规定。如民法通则中关于失踪人死亡的推定、因倒塌致人损害的建筑物的所有人或管理人有过错的推定,关于因本人不作否认表示而对无权代理行为予以追认的拟制,我国著作权法中关于在作品上署名者为作者的推定,继承法中关于放弃遗赠的拟制等。

推定与拟制的大量存在表明我国民事法律部分以形式真实作为其认识论的基础,正如一位民法学者曾指出的:“自然现实与法律现实的区分是判断立法是采取实质真实论还是形式真实论的基础……如果立法者持折衷主义的认识论,则必然允许法律现实与自然现实在一定程度上存在脱离,即承认在某些情况下达不到法律现实与自然现实的合一,而不得不满足于以与自然现实可能存在偏差的法律现实为根据作出裁断,这就是形式真实论。推定和拟制就是根据形式真实论设计的机制。”〔8〕

推定与优势证据的证明要求具有内在的一致性,它们都以事物的盖然性作为共同的基础。推定之所以能够成立,是因为作为推定前提的已知事实与被推论的另一未知事实存在着盖然的因果关系。依据优势证据认定的事实也是一种盖然的真实,是法官依据现有证据对案件事实所作的接近真实的判断,这种判断虽然在少数情况下可能与案件事实的自然真实脱节,但在总体上是与之相符的。民事诉讼程序应当以保障实体法任务的完成和价值的实现为其首要任务,既然实体法在许多情形下以盖然的形式真实为满足,诉讼程序自然应该与它们具有同样的精神。在诉讼中,应当允许法官根据优势证据所达到的盖然真实对事实作出认定。

第三,它有利于保护当事人合法民事权益。尽管民事诉讼中的举证责任是由双方当事人分担的,但不能忽略的是,在负担举证责任问题上,原、被告存在着“时间差”。在通常情况下,原告毕竟是首先负担举证责任的一方,在原告主张的作为诉讼请求的根据的事实被证明后,被告才对其主张的反驳诉讼请求的事实负举证责任。由于这一“时间差”的存在,如果在民事诉讼中坚持与刑事诉讼同样高的证明要求,在不少情形下原告就会处于明显不利的地位,获得胜诉的可能性便会大为减少。为解决这一问题,许多国家的法律和判例都想方设法缓解原告在一些问题

〔8〕 徐国栋:《论我国民法典的认识论基础》,《法学研究》1992年第6期。

上举证的困难,适当降低证明要求,用盖然证明替代确然证明便是其中一策。因此,采用“优势证据”的证明要求对保护当事人的合法民事权益,完成民事诉讼法的任务具有积极作用。

第四,它有利于指导民事诉讼实践。“优势证据”的证明要求是民事诉讼实践在理论上的抽象。从我国民事诉讼实际情况看,双方当事人对案件事实发生争执时,负担举证责任的一方往往会向法院提供证明该事实存在或真实的本证,否认该事实的对方当事人则为削弱本证的证明力会竭力提供相反的证据。这种提出本证和反证的行为在举证过程中有时会反复多次。在双方当事人将全部证据提供完毕后,法官就要综合双方的证据(有时还包括法官自行调查收集的证据)进行比较、衡量,看哪一方的证据有更强的证明力。如果反证的证明力优于本证,或者反证与本证不分轩轻、互相抵销,则作出否定该事实的判断;如果本证对反证只具有微弱的优势,亦作出否定性判断,若本证的证明力大大优于反证,则作出肯定该事实的判断。

第五,它有利于提高诉讼效率和法官认知案件事实的能力。近来,诉讼效益问题越来越受到我国民诉理论界和实际部门的关注。正如一些诉讼法学者曾指出的:“如果说公正是诉讼的最高价值的话,那么,效益或许应被视为诉讼的第二位价值。”〔9〕显然,事关诉讼制度全局的证明要求的确立也应顾及效率价值的要求。

如果过于强调客观真实,要求所有的案件事实都必须得到确切无疑的证明后才允许法官认定,那么,在已提供的证据表明案件事实很可能象一方当事人所主张的那样时,证明活动就不能够结束,法官仍应当要求当事人补充证据或自行收集证据。然而,诉讼实践表明,当事人的证据材料通常是在提起诉讼时或者是在审理前的准备阶段提交给法院的,至迟也会在法庭调查时提交。因此,如果经过法庭调查与法庭辩论,现有的证据尚不足以确切无疑地证明案件事实,当事人往往无从再补充证据,法官也常常难以收集到新的证据。且不论相当一部分案件即使经过努力也无法获得新的证据;即使能收集到,投入证明活动的时间、精力和费用必定会增加,诉讼过程也势必会延长,这与效率的要求肯定是背道而驰的。反之,如果采用“优势证据”的证明要求,在现有证据已显示案件事实很可能象一方当事人主张的那样,当事人又无新的证据可提供时,举证过程便可就此结束。这可以防止诉讼变得无效率和不经济。

另一方面,证明要求与法官对案件事实的认定存在一种反比例关系,证明要求越高,法官在诉讼中能够确认的事实就越少。如果不允许依据优势证据认定案件事实,而要求所有案件事实都必须得到确切无疑证明,排除其他一切可能性后才能够认定,则由于人类认识能力的非至上性和证明时间的有限性,法官对许多待证事实便无法作出确切的判断,不得不将那些已被优势证据证明的事实仍然归入真伪不明状态。这无疑会大大降低和削弱法官认识案件事实的能力,对审判起消极的影响。采用优势证据这一适度的证明要求,则可强化法官的认知能力,有助于完成民事诉讼的任务。总之,优势证据的证明要求是根据民事案件和民事诉讼的性质与特点提出的。适用这一新的证明要求,既能够保证裁判中认定的事实在总体上与实际发生的事实相符合,有助于实现民事诉讼的目的,又能够达到诉讼公正与效率的统一与平衡。

责任编辑:张 涵

责任校对:张 涵

〔9〕 柴发邦主编:《体制改革与完善诉讼制度》,中国人民公安大学出版社1991年版,第71页。