

Problems in Judicial Practice of Evidence Attribute and Their Solutions

Yuanzhi Jiang

Law School of Shenyang Normal University, Shenyang Liaoning
Email: jiangyuanzhi@126.com

Received: Dec. 24th, 2019; accepted: Jan. 3rd, 2020; published: Jan. 10th, 2020

Abstract

The attribute of evidence has clear connotation and detailed judgment standard. However, the practice of evidence attribute confuses the difference between it and other established concepts, and gives a new interpretation of its judgment rules. On the one hand, it is due to the limited knowledge of the legal person, on the other hand, it is a rational choice based on the consideration of some institutional interests. The misuse of the meaning of evidence attribute leads to the confusion of theory and order, which should be corrected, while the reinterpretation of the judgment rules of evidence attribute should be affirmed.

Keywords

Evidence Attribute, Mutual Confirmation, Evidence Choice

证据属性司法实践存在的问题及其应对

姜远志

沈阳师范大学法学院, 辽宁 沈阳
Email: jiangyuanzhi@126.com

收稿日期: 2019年12月24日; 录用日期: 2020年1月3日; 发布日期: 2020年1月10日

摘要

证据属性, 具有明确的内涵和详细的判断标准。然而, 证据属性的实践, 却混淆了其和其他既定概念的区别, 并对其判断规则进行了全新的阐释。这一方面是出于法律人的知识局限, 另一方面, 则是基于某些制度性的利益考量之下的理性选择。证据属性含义的误用, 导致了理论和秩序的混乱, 应当予以纠正; 而对于证据属性的判断规则的重新诠释, 则应予以肯定。

关键词

证据属性, 相互印证, 证据取舍

Copyright © 2020 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

证据属性是基于法治实践而产生的, 用以解决中国问题的“本土化”概念。证据属性是诉讼中可以用来认定待证事实的证据所应当具备的属性; 证据必须具备客观性、关联性和合法性三个条件(以下简称证据“三性”, 证据属性的内容), 才可以作为事实认定的基础; 在判断证据的证明力大小之前, 法官必须对每份提交给法庭的证据, 是否具备“三性”进行逐个判断, 并且在裁判文书中公开判断的理由和过程。这已经形成共识[1]。然而, 司法实践却并未完全遵守此种共识: 在内涵上, 证据属性被频频误用并与其他概念相混淆; 在证据属性的判断方式之上, 实践对其作出了远远超出既定规则所能容纳的全新的诠释。本文将要论证, 对此应当区别对待: 证据属性内涵的误用, 属于法律人知识谱系的不足, 应当予以纠正, 而对于证据属性的判断方式的全新诠释, 则是包括法律人出于诸多制度性因素的考量, 经过长期的社会实践而自发生成并被普遍遵循的司法惯例, 这对于提升司法效率, 促进法律人之间的协作及法律共同体的构建, 具有重大的促进作用, 应当予以肯定。

2. 证据属性内涵的误用

通过对检索到的“证据属性”使用的裁判文书, 可以发现, 证据属性在实践中的运用偏离了既定的约定俗成的理论, 越过了该制度所固有的边界, 侵入到其他概念的内涵之中。

(一) 等同于证据种类

证据种类, 是指立法确定的证据的类型和表现形式, 我国民事诉讼法将其分为当事人陈述、书证、物证等八种类型。然而, 司法实践却混同了它们的界限, 将二者予以混同。此种误用的基本错误模式就是, “XX证据, 其证据属性为物证(或其他证据种类)”。

(二) 等同于“证据分类”

证据分类, 专指基于不同标准对证据进行的理论上的分类——原始证据和传来证据, 言辞证据和实物证据, 本证与反证, 直接证据与间接证据, 言词证据与实物证据, 公文书和私文书。证据的分类与证据属性完全不同, 但是二者的界限却被法律人频频打破——把证据属性直接阐释为证据的分类。此种错误的表述模式是: “XX证据, 在证据属性上, 属于直接证据(抑或间接证据等证据分类)”。

(三) 等同于证据能力

证据能力, 是指法律明确规定的, 某种证据进入法庭必须具备的条件和形式, 例如, 诉讼代理权的证据, 必须以授权委托书的形式提交给法庭。但是, 在实践中, 法律人却偏离了既定理论, 把我国本土语境中产生的用以解释我国法治实践的证据属性, 等同于根植于大陆法系语境用以解释大陆法系诸国证据实践的证据属性, 这实在是“生搬硬套”。此种错误的基本表述形式是: “XX证据, 具备客观性、关联性和合法性, 具备证据能力”。

(四) 证据属性被阐释为证明力

证明力,是证据对于案件事实的证明作用的大小(强弱)。在司法实践之中,证明力和证据属性往往被予以混同。此种误用有如下两个表现:

第一,将“证据属性”的概念,直接等同于证明力,其表现形式是:“XX证据,有(或无)证据属性,因此具有(或不具有)证明力”。例如,在一起交通事故纠纷案件审理中,作为代理人的律师指出,“法医司法鉴定意见书也存在无证据属性即无证据的证明力”[2]。

第二,将据属性的内容(证据“三性”),等同于证明力,其基本模式是:“XX证据,与待证事实存在客观性、关联性和合法性,具有证明力”。

(五) 混同于证据

此种谬误,是法律人将证据属性阐释为某份材料可以作为证据使用资格,认为证据属性 = 证据。例如,在一起诉讼中,律师将二者予以混同,认为“诉前协议具有诉讼外自认的证据属性”[3]。

(六) 混同于“新证据”的条件

证据的提出,应当在举证时限内提出,逾期提出的证据,必须具备法定条件,才可以被法庭所接纳。此种条件,即为“新证据”的条件。然而,法律人却将证据属性,等同于“新证据”的条件,这有两种表现:

第一,把证据属性阐释为可以被法庭所接纳的新证据,其表述模式就是,“XX证据,属于新发现的证据,具备证据属性”。

第二,创造出了“新证据属性”这个不被理论和立法所认同的语词,去表征新证据的条件,其基本模式是:“XX证据属于新证据,具备新证据属性”。

3. 对立法的全新阐释

依照民事诉讼法及其司法解释之规定,法官应当围绕证据属性的三个内容分别进行判断[4]。但是,法律人对此项规则予以重新诠释,将此种本实质性审查,变成了以是否存在“异议”和“相互印证”为核心规则的形式化的表面比对:

第一,如果对于某份证据,如果当事人各方均不提出异议,法官则认定该证据具备证据属性,可以作为定案的依据。

第二,如果当事人对证据提出异议,法官才对该证据是否具备证据属性进行审查。但审查的标准,并不是立法所规定的证据“三性”,而是某份证据,是否可以与其他证据“相互印证”。

第三,如果某份证据不能和其他证据互相印证,则法官可能采取如下两种方式:其一,对证据是否真实、客观和合法,进行实质性审查;其二,法官不做任何实质性审查,径直判断该证据不具有证据属性,不予认定。其中,第二种方式,在实践中的使用要远远多于前一种。

4. 存在的原因

对于证据属性,在实践之中存在的问题,有两个原因,其中,对于证据属性内涵的误用,其主要原因在于法律人的理论知识存在不足,而证据属性判断方式对立法的全新阐释,则是基于诸多制度性因素的考量。

(一) 证据属性的误用——知识谱系的缺陷

通过以上论述,可以发现,法律人所分享的关于证据属性的知识,明显与主流理论完全不同。这表明,法律人并未真实了解证据属性、证据分类种类、证据能力等概念的内涵和外延,这使得证据属性的实践应用偏离了既定理论。

(二) 判断方式的全新阐释——理性的制度选择

至于证据属性判断方式的全新诠释，则是主要基于诸多的制度性因素的考量。这并不是出于知识谱系的局限，更多的则是法律人在明知证据属性的规则的前提下，出于某些制度的考量以及风险回避的需要，而进行的理性的制度规避。

1) 效率的需要

“案多人少”是司法所要面临的重大课题，而使用“无异议”和“相互印证”，以代替或者减少对单个证据取舍的个别判断，可以有效地提高审判效率。如果严格依照司法解释的要求，每一个证据在判断其证明力之前，必须先审查其是否具备“三性”，则可能导致审判的拖沓。

2) 规避风险的需要

法官在进行证据取舍的判断之中，面临着诸多的职业风险，而选择此种做法，可以最大限度地规避这些风险。

a) 法官面临的职业风险

在进行证据取舍的判断时，法官面临着如下的职业风险：

第一，裁判理由公开的风险。公开法官裁判理由，是法官“心证公开”的重要形式，是指法官将其做出事实认定的理由和论证过程在裁判文书中详细写明^[5]。但是，对于法官个体来说，必须对证据取舍的词语进行仔细斟酌以挑选合适的表述进行公开，否则可能会给自己招致批评。

第二，法官的证据裁判，可能无法获得公众和社会舆论的共识的风险。在社会分工、市场经济和司法职业化的多重作用下，社会存在着深刻的知识分裂，民众无法与职业法律人分享完全相同的知识。这使得法官做出的裁判，很可能无法被民众所理解。公众可能仅仅因为法官做出了一个自己不喜欢的结论，就本能地加以反对。

第三，同行监督的风险。一旦上诉或者再审，法官的证据取舍，可能会受到同行的重新检视。如果自己的表述无法获得认同，可会被修正、推翻，甚至招致责任追究。

第四，错案与责任追究制度的风险。出于制度的局限，证据属性判断错误，在所难免。当事人基于利己心理，可能提供带有偏见的甚至是虚假的证据，而法官仅仅是一介凡人，其判断必然具有人的局限性，这将会导致其在证据属性的判断之中，很可能会出现偏差甚至导致错案。此时，法官需要一个可以免除个人责任的合理解释。

面对着这些风险，法官必须作出一个可以有效应对公众和社会舆论的批评，能够说服同行，以及潜在的责任追究者的证据取舍的判断方式，并且使用“恰当”的语词，将此种判断表述在裁判文书之中，即使引发社会争议甚至被提起责任追究程序，也可以找到合适的理由免责。

b) 理性选择以回避风险

回避上述风险的最好办法，就是尽量避免对单个证据的证据属性进行判断，即使要对个别证据的属性进行证据判断，也需要选择一个可以说服他人，可以被专业的法律人和非专业的公众可以说服的理由；同时，在公开的裁判理由中，法官即使运用经验法则进行了自由判断，也要把真实的主观性极强的证据属性的判断，转换为可以被同行和责任追究者都可以理解的客观化的判断方式；用可以被“量化”的且无法被他人找出明显错误的方式，去展示自己的判断；一旦出现错误，还可以将其归咎于当事人。

更为重要的是，这个理由不能过于复杂，必须非常朴实，简单到即使没有学过法律常识的常人，只要心智正常就可以理解的程度，而且还不能使用复杂的推理过程，这样才能被不具备法学专业知识的公众和社会舆论所理解和接受。如果证据取舍的标准和判断的过程，稍微复杂一点，都可能无法被公众所理解，甚至带来负面影响——在如今的浮躁年代，公众已经没有耐心去心平气和地坐下来仔细阅读任何专业人士所撰写的逻辑严密的长篇大论，他们更愿意接受现成的结果，或者一个“简单粗暴”但是更容

易理解的规则和判断过程。

为此，广大的法律人，主要是法官，不约而同地选择了“无异议”、“相互印证”的方式，去替代司法解释明确规定的证据“三性”的判断，一方面尽量避免或者减少证据取舍的个别审查，另一方面，将其真实的判断理由隐藏起来，而使用笼统的“相互印证”作为公开的事由。这样，既可以将法官对于证据取舍中所进行的自由判断，降到最低，而且，一旦案件被提起上诉或发动再审，原审法官的判断，也是可以被其他法官和责任追究者理解。另外，此种理由，易于理解，完全可以被不具备法学专业知识的普通公众所理解。更为重要的是，即使产生了错案，责任也不在于法官：因为当事人在诉讼中，没有对导致错判的证据，提出任何“异议”，这完全是当事人的原因导致法官发生了错误判断。

5. 如何处理

对此，应当区分不同情况，分别处理。

(一) 证据属性概念的多样化的应对

证据属性无法在司法实践之中得到统一的适用，其主要的成因在于法律人的知识局限，因此应以提升广大法律人的知识储备为基本思路，用正确的理念，将其头脑之中印刻不当思想置换出来。

首先，需要从法律人生产的源头开始，将正确的证据属性的观点，植入未来的职业法律人头脑之中。这一方面，需要对民事诉讼教材，对于定案证据所应具有的“客观性、关联性和合法性”这三个要求，明确表述为“证据属性”，以取代“证据的特点”这个既不被司法实践所接受，也容易引起诸多误解的提法；另一方面，为法律人提供最初专业知识的法学家，需要在日常的诉讼法教学之中，将证据属性，以及其他被法律人在实践中混淆的概念，如新证据、证据能力、证明力、证据种类和分类等，将它们的内涵和外延，及其之间的区别，明确教授给未来的法律人。

其次，最高法院可以选取对证据属性以及相关概念进行了规范使用的裁判文书，作为典型案例予以公开，作为全国法律人的使用范本。另外，选取实践之中对证据属性和相关概念不当使用的情况进行汇总，作为反例予以公开，以资借鉴。同时，在法官的在职培训中，对此加以特别讲授。

当然，更直接的办法，则是直接发布规范，对裁判文书中证据属性以及其他诸如证据能力等容易与之相混淆的概念，进行明确的规定。

(二) 证据属性判断方式的新阐释应予以肯定

在这里，法律人对证据属性的判断，对既定规则作出了与其立法原意完全不同的全新阐释，成为实践之中被广泛遵循的“潜规则”。此种规则非但不应予以反对，相反应给予明确的肯定。原因如下：

一方面，此种阐释，可以有效地促成法律人之间的协作，以促进法律共同体的形成。

另一方面，如前所述，此种规则，可以在不降低公正性的前提下，有效地提升审判效率。此种方式，并非不对证据是否具备“三性”进行审核，只是这种审核的负担转移给了当事人。当事人出于利己的胜诉心理，会对对方提供的证据进行可能要远远超出法官审查严格程度的苛刻审视。如果有利害关系的当事人，对某份证据不提出异议，则是由于其经过仔细审查认为该证据具备证据属性。因此，此种规则，并不会必然导致诉讼公正性的丝毫减弱。

因此，对于此种不但可以促进协作，而且能提升诉讼效率的作法，不应当予以否定，而是应当予以鼓励。

参考文献

- [1] 汤维建. 关于证据属性的若干思考和讨论——以证据的客观性为中心[J]. 政法论坛, 2000(6): 127-139.
- [2] 大连市中级人民法院. 朱煜、曲深香与董红彬、王涛等道路交通事故人身损害赔偿纠纷再审民事判决书[Z]. 大

连市中级人民法院(2014)大审民再终字第 42 号.

- [3] 上海市第二中级人民法院. 西安哲美信息技术有限公司与李娜不当得利纠纷二审民事判决书[Z]. 上海市第二中级人民法院(2016)沪 02 民终 8270 号.
- [4] 肖建华. 证据属性之判断——比较法与法学方法论的启示[J]. 甘肃政法学院学报, 2006(2): 27-36.
- [5] 张中. 法官眼里无事实:证据裁判原则下的事实、证据与事实认定[J]. 浙江工商大学学报, 2017(5): 23-31.