

民事诉讼法适用中的证明责任

李 浩*

内容提要 在民事诉讼法的适用中,同样存在着证明责任问题。诉讼法要件事实也会出现真伪不明,对此法院也需要根据证明责任的规则作出裁定或决定。由于程序结构、证明对象、证明标准、法院是否依职权收集证据、民事诉讼法规制的内容等方面的差异,民事诉讼法中的证明责任呈现出一系列不同于民事实体法的特点。但理论界与实务界对民事诉讼法适用中证明责任的关注度远不如民事实体法。对这一问题的忽略不利于实现十九大报告重申的“公正司法”要求,也不利于健全办案过程遵循程序公正的司法制度。当事人起诉、上诉、申请再审、提出申请、提出异议,均可能对程序法要件承担证明责任。当事人对有利于自己的要件事实承担证明责任这一原则也同样适用于民事诉讼法中的要件事实。

关键词 公正司法 证明责任 要件事实 分配原则

一、一个被忽略的问题

我国理论界与实务界已充分认识到证明责任及其分配在民事诉讼中的重要性,对于学者、法官、律师来说,“证明责任是民事诉讼的脊梁”这一比喻可谓早已是耳熟能详。^① 民事证明责任及其分配成为我国民事诉讼法学研究中的热点问题由来已久,即使在近些年,其热度依然没有减退。^② 不过,迄今为止,理论界对证明责任的关注集中于实体法中的证明责任分配,研究成果也都是集中在实体法证明责任及其分配上。^③ 对于证明责任在民事诉讼法适用中的作用、民事诉讼法要件的证明责任及其分配,却极少引起

* 南京师范大学法学院教授,中国法治现代化研究院研究员。本文受“江苏高校优势学科建设工程资助项目”的资助。

- ① 为了形象地说明证明责任在民事诉讼中的重要性,德国、日本的一些学者把证明责任比作人体的脊梁。
- ② 对于证明责任制度,我国现在有三种称谓。在法律和原来的司法解释中称为“举证责任”,学界一般用“证明责任”这一称谓,新的司法解释将其称为“举证证明责任”。相对于前两种称谓,第三种称谓在学术研究中基本不用。2017年6月26日,笔者以“民事证明责任”为篇名,在“中国知网”上进行搜索,2010年以来有18篇文章,又以“民事举证责任”为篇名进行搜索,得到9篇论文,但以“民事举证证明责任”为篇名进行搜索,却没有找到1篇文章。
- ③ 2016年,理论界掀起了一股研究民事证明责任的热潮,但从发表的论文看,内容也都是针对实体法适用中的证明责任问题。参见胡东海:《证明责任分配的实质性原则》,载《中国法学》2016年第4期。

研究者的兴趣,这方面的研究成果也少之又少。^④

实务界也呈现出相同的状况,对证明责任问题的关注,也都是集中于实体法问题。2001年12月21日,最高人民法院发布了《关于民事诉讼证据的若干规定》(以下称《民事证据规定》),在这一专门规制民事诉讼证据的司法解释中,曾对侵权诉讼、合同纠纷、劳动争议的证明责任分配作出过规定,这些规定均是针对实体法构成要件作出的。^⑤2015年2月4日,最高人民法院针对修订后的民事诉讼法发布了《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下称《民诉法解释》),该司法解释的第91条规定:人民法院应当依照下列原则确定举证证明责任的承担,但法律另有规定的除外:(1)主张法律关系存在的当事人,应当对产生该法律关系的基本事实承担举证证明责任;(2)主张法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的当事人,应当对该法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的基本事实承担举证证明责任。该条是关于证明责任分配原则的规定。对于第91条,起草该司法解释的人员还特别说明,“本条的基本事实应当理解为要件事实,即实体法律关系或者权利构成要件所依赖的事实。在民事诉讼法上,在诉讼程序问题上有时基本事实也可能被解读为包括诉讼主体等程序事项的事实。但本条是关于举证责任分配的规定,不涉及程序方面的事实,因此在解读上应当完全立足于实体法规范。”^⑥

然而,如果不能正确分配程序法要件的证明责任,显然不利于实现党的十九大报告要求的“公正司法”,不符合党的《十八届四中全会决定》提出的健全“办案过程符合程序公正的法律制度”的要求。

证明责任及其分配仅仅存在于民商事实体法的适用中吗?如果民事诉讼法适用中也存在证明责任,为什么几乎没有人对民事诉讼法适用中的证明责任问题感兴趣?与实体法中证明责任相比,民事诉讼法中的证明责任有哪些特殊性?当事人是否也需要对其主张的程序法要件事实承担主观的和客观的证明责任?^⑦证明责任适用一般会针对哪些类型的诉讼行为?如果诉讼法要件事实也需要分配证明责任,应当依据什么原则对证明责任作出分配?《民诉法解释》第91条设定的证明责任分配原则是否也可以适用于民事诉讼法的要件事实?这些便是本文的问题意识。

笔者拟对上述问题作初步探讨,以期引起学术界、实务界同仁的关注与重视,或者说树一个供争鸣和批判的标靶。

^④ 就笔者所了解的情况,我国学者对民事证明责任的研究,都是以实体法中的证明责任为其对象,鲜有针对民事诉讼法适用中证明责任问题的研究。

^⑤ 参见《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第4条、第5条、第6条。

^⑥ 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317页。

^⑦ 主观的证明责任,又称“行为意义上的证明责任”,是指当事人所承担的提供证据的责任。客观的证明责任,又称“结果意义上的证明责任”,指的是待证事实真伪不明时,负担证明责任的一方当事人所承受的不利裁判后果。

二、诉讼法适用中也存在证明责任

研究民事诉讼法中的证明责任,首先需要论证这一问题在民事诉讼中是的确存在的,是一个真问题而非伪问题。^⑧而要说明这一点,首先需要回答为什么在现代诉讼制度中需要证明责任制度。对这一基础性的问题,罗森贝克在那本对民事证明责任的理论产生了重大、持久、广泛影响的著作中作了非常清楚的说明。罗氏在阐述其证明责任理论时,开篇之处就从法官适用法律谈起,即在任何诉讼中,法官的任务均是如何将客观的法律适用于具体案件。而法律采用的是“要件”加“效果”的调整方法,只有当法律规范中的抽象要件变成具体事实后,才能产生该规范规定的法律后果,因而法官在诉讼中必须根据法律规范规定的前提条件(要件)存在与不存在来决定是否适用法律。接着他提出由于认识手段的不足和认识能力的有限,对法官裁判具有重要意义的事实可能出现真伪不明,但即使是在这种困难情形下,法官为履行解决纠纷的职责依然需要作出裁判。正是证明责任规则帮助法官攻克了这一难题,引导法官作出裁判。^⑨他特别指出:“证明责任规范的本质和价值就在于,在重要的事实主张的真实性不能被认定的情况下,它告诉法官应当作出判决的内容,也就是说对不确定的事实主张承担证明责任的当事人将承受对其不利的判决……”^⑩显而易见,在罗森贝克看来,证明责任是法官适用法律作出裁判时遇到的问题,是帮助法官越过真伪不明这一障碍作出裁判的一种方法、一种工具。罗氏的上述基础性观点,如今已成为我国民事诉讼法学理论界和司法实务界的广泛共识。

诉讼是实体法和诉讼法共同发挥作用的场所。在诉讼中,法官既要适用民商事实体法来解决实体方面的争议,也需要适用民事诉讼法来处理程序问题,并且往往需要首先解决程序方面的问题。有时还会单独适用民事诉讼法来处理程序问题。既然需要适用民事诉讼法是确切无疑的,那么接下来的问题便是,诉讼法的要件事实,或者说作为适用某一诉讼法规范的前提条件是否也会出现真伪不明呢?如果同样存在真伪不明情形,那么是否也需要借助证明责任制度来处理、来解决?

关于是否会存在真伪不明问题,我们只要想一想双方当事人管辖问题上发生的争议即可明白。例如,甲与乙订立了买卖合同,甲住在A地,乙住在B地,该合同的履行地也在B地,发生纠纷后,甲向A地法院提起诉讼,理由是根据双方订立的补充协议,因

^⑧ 这如学位论文开题时,有的博士、硕士选了一个前人从未研究过的问题。但这一全新的选题可能存在两种情形:一种是选题本身是重要的、至少是值得研究的,但其他研究者未能意识到;另一种是该选题本身没有什么价值,根本不值得研究。

^⑨ 参见[德]罗森贝克:《证明责任论》(第4版),庄敬华译,中国法制出版社2002年版,第1页。

^⑩ 参见前引^⑨,罗森贝克书,第2-3页。

该合同发生的纠纷应当向A地的法院提起诉讼。^⑪ A地法院受理该诉讼后,乙提出管辖权异议,主张甲提交给法院的所谓的补充协议根本就不存在,是甲伪造的。法院决定对该补充协议进行鉴定,但由于协议书本身的原因,鉴定机构无法对补充协议上被告的签名是否真实作出判断。此际,法院应当如何处理被告提出的管辖权异议呢?再如,在一起股权纠纷案中,被告败诉后,以原审中原告聘请的律师是由第一审法院的审判长向原告推荐,^⑫第一审的程序严重违法为由提起上诉,要求撤销一审判决。如果根据被告提供的证据和法院的调查,无法确定被告主张的这一情况是否存在,法院又将如何处置?

上述两个例子提出的问题都属于诉讼法要件事实真伪不明时法官如何裁判的问题。其实,罗森贝克在其研究中早就提供了答案——“诉讼法的构成要件必须已含关于证明责任的规定,即当一个对诉讼法的适用有重要意义的事实不能确定时,法官如何裁判的规定。”^⑬按照证明责任的规则,在第一个例子中,由于是否存在由原告住所地法院管辖的约定无法确定,法院应当支持被告提出的管辖权异议,将案件移送到被告住所地的法院。在第二个例子中,根据同样的理由,由于第一审是否严重违反诉讼程序这一要件事实处于真伪不明状态,二审法院应当驳回被告提起的上诉。

值得注意的是,德国学者在研究证明责任制度时早已意识到证明责任同样存在于民事诉讼法的适用过程中。罗森贝克的《证明责任论》,其副标题是“以德国民法典和民事诉讼法典为基础撰写”,这表明他在这本著作中不只是研究德国民事实体法中的证明责任问题,而且也研究了德国民事诉讼法中的证明责任问题。事实上,在这本著作中的最后一章,他专门用一节分析了诉讼法构成要件的证明责任分配问题。^⑭普维庭在其研究证明责任的著作中也明确指出:“与事实问题可能出现真伪不明一样,诉讼自身涉及的问题也可能出现真伪不明情况,因此也有一个证明责任问题。”^⑮

对民事诉讼法适用中也存在证明责任问题,也许有人会提出这样的质疑,民商事实体法是私法,由当事人承担证明责任具有合理性,而民事诉讼法是公法,对作为诉讼要件的公法上的事实,法院有调查收集证据的职责,为什么出现真伪不明时反倒要当事人承担证明责任呢?对这样的疑问,笔者的回应是证明责任只是诉讼中法官用于处理要件事实真伪不明的一个装置或工具,它与拟将适用的法律是私法还是公法并无关系,换言之,诉讼法适用中是否存在或者需要证明责任,关键乃在于诉讼法要件事实是否会出现真伪不明。

^⑪ 根据《民事诉讼法》第23条的规定,合同纠纷由被告住所地或者合同履行地的法院管辖,而根据该法第34条的规定,在当事人存在约定管辖的书面协议时,可以由双方约定的原告住所地的法院管辖。

^⑫ 《民事诉讼法》第44条把审判人员与本案当事人、诉讼代理人有其他关系,可能影响对案件公正审理,作为自行回避和申请回避的法定情形之一。《民诉法解释》第44条将这一当事人有权申请回避的情形具体规定为6种,为本案当事人推荐、介绍诉讼代理人,或者为律师、其他人员介绍代理本案的,是其中的一种情形。

^⑬ 前引⑨,罗森贝的书,第401页。

^⑭ 参见前引⑨,罗森贝的书,第401页以下。

^⑮ [德]汉斯·普维庭:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社2000年版,第61页。不过,在这本著作中,普维庭并未专门对民事诉讼法适用中的证明责任展开论述。

三、民事诉讼法适用中证明责任的特点

民事诉讼法适用中虽然也存在证明责任问题,但当我们把这种证明责任与实体法证明责任进行比较时,就会发现尽管两者的本质与功能具有一致性,但在许多方面仍然呈现出不同之处。只有充分认识两者之间的差异性,才能把握民事诉讼法证明责任的特殊性,才能正确地理解与适用这一证明责任。

第一,诉讼法中的证明责任性质上属于公法。证明责任究竟是属于民事实体法问题还是属于民事诉讼法问题,在德国一直存在争议。有学者认为应当归入民事实体法,理由是民事诉讼归根结底是以民法上的请求权为标的;也有学者认为证明责任应当归入程序法,理由是证明责任毕竟发生在民事诉讼中;还有学者认为对这个问题不能一概而论,需要根据不同情况,将其部分归入实体法,部分归入程序法。罗森贝克一开始持归入诉讼法观点,后来转变了看法。他认为:“因此,如果涉及对诉讼问题的裁决,证明责任规范就属于诉讼法,如果必须适用公法领域的规范,证明责任就属于该公法,但主要属于民法,因为在绝大多数民事诉讼中,所主张的请求权均是以民法为基础的。”^{①⑥}应当说,根据证明责任所涉及的法律来确定其性质是具有合理性的。如果证明责任是在适用实体法过程中产生,是用来解决实体法问题的,其本质就是一个实体法问题,如果证明责任是在适用民事诉讼法过程中产生,是用来解决程序法适用问题的,其属性就应当归入程序法。这一观点对于本文来说具有基础性和前提性,从这一观点出发,才能容易理解下文所指出的这两种证明责任存在的其它差异。

明确诉讼法中的证明责任在法律属性上不同于实体法上的证明责任也具有实践意义。对于实体法上的证明责任来说,由于它所具有的私法属性,所以允许当事人通过订立证据契约对证明责任的承担作出与实体法上不同的约定,只要这样的约定出于当事人的真实意思表示且不违反社会公共利益,^{①⑦}但如果涉及的是程序法上的证明责任,民事诉讼法所具有的公法属性,是不允许当事人通过协商来改变诉讼法问题的证明责任的,即使双方当事人就这类问题以书面方式达成了协议,也不能改变诉讼法上的证明责任承担。

第二,诉讼法上的证明责任,针对的是民事诉讼法中的要件事实。实体法中的证明责任,针对的是实体法上的要件事实,而诉讼法中的证明责任,其针对的是程序法上的要件事实。例如,在2012年修订民事诉讼法时,立法机关增设了第三人撤销之诉,在第

^{①⑥} 前引⑨,罗森贝克书,第85页。

^{①⑦} 例如,在诉讼发生前,当事人可能就实体法特定要件事实的证明责任承担订立契约,在契约中约定如果出现争议并进行诉讼,该事实的证明责任由某一方当事人承担。由于是针对实体法事实作为的约定,是属于对私法问题的处置,所以应当允许当事人对证明责任的分配进行约定。我国学者也认为原则上应当肯定证据契约,认为证据契约可以使当事人根据具体情况更为合理地分配证明责任,还可以弥补证明责任分配规则的缺失或不明确。参见张卫平:《论民事诉讼的契约化——完善民事诉讼法的基本作业》,载《中国法学》2004年第3期。

56条第3款中规定:“前两款规定的第三人,因不能归责于本人的事由未参加诉讼,但有证据证明发生法律效力的判决、裁定、调解书的部分或者全部内容错误,损害其民事权益的,可以自知道或者应当知道其民事权益受到损害之日起六个月内,向作出该判决、裁定、调解书的人民法院提起诉讼。人民法院经审理,诉讼请求成立的,应当改变或者撤销原判决、裁定、调解书;诉讼请求不成立的,驳回诉讼请求。”一般认为,该条规定为此类诉讼的提起设定了如下要件:(1)原告系有独立请求权或者无独立请求权第三人;(2)因不能归责于本人的事由未参加诉讼;(3)有证据证明发生法律效力的判决、裁定、调解书的部分或者全部内容错误;(4)存在错误的司法文书损害其民事权益;(5)自知道或者应当知道其民事权益受到损害之日起六个月内提起诉讼;(6)向作出该判决、裁定、调解书的人民法院提起诉讼。^⑮原告向法院提起第三人撤销之诉,首先面临的问题是起诉能否被法院受理的问题,而法院是否应当受理诉讼,判断的标准是原告起诉是否符合《民事诉讼法》第56条第3款规定的该类诉讼的程序性构成要件。提起的诉讼能否被法院受理,对原告来说无疑是诉讼起始阶段所面临的最大的程序问题,原告要求法院受理诉讼,实际上也是要求法院适用第56条第3款的规定,而要想让法院受理其提起的诉讼,就需要主张并证明存在与上述要件相当的事实。在《民诉法解释》中,最高人民法院特别强调原告提起这类诉讼应当提供证明符合第(2)、(3)、(4)这三个要件的证据材料。^⑯对于这些要件,原告既要承担主观的证明责任,也要承担客观的证明责任。如果原告就这些要件不能提供证据,或者根据原告提供的证据要件事实的存在处于真伪不明状态,法院就将作出不予受理的裁定,将不利的程序法后果确定由原告承担。^⑰

第三,诉讼法中证明责任的适用不一定针对争议事实。实体法中的证明责任针对的是双方当事人存在争议的事实,如果一方主张不利于对方的事实,对方在诉讼中作出了承认,该事实一般就成为免于证明的事实,也就不发生证明和证明责任问题。但程序法事实的证明则不同,它并不以对方当事人提出争议为前提。造成这一差别的原因一方面在于下文分析的仅有“两主体”参与的程序结构,另一方面在于民事诉讼法在性质上属于公法,法院要对程序的合法性负责,所以即使对方当事人已经参与了程序,且未对程序的合法性提出异议,法院也需要依职权对程序的合法性进行审查。

第四,诉讼法证明责任的适用多数是在“两主体”的程序结构中进行。所谓“两主体”的程序结构,是指在这一程序构造中,只有一方当事人与法院两个主体。这意味着诉讼法证明责任适用的程序环境明显的不同于实体法。在实体法要件事实的证明中,总是存在原告、被告和法院三方主体,除非被告缺席,证明责任的适用是在双方当事人

^⑮ 关于第三人撤销之诉的构成要件,有学者归结为5个(参见吴泽勇:《第三人撤销之诉的原告适格》,载《法学研究》2014年第4期),也有学者归结为6个(参见郑金玉:《我国第三人撤销之诉的实践运行研究》,载《中国法学》2015年第6期),区别在于把“损害其民事权益”作为一个独立的要件,还是将其与“有证据证明发生法律效力的判决、裁定、调解书的部分或者全部内容错误”合并作为一个要件。笔者认为将其分成6个要件更为妥当。

^⑯ 参见《民诉法解释》第292条。

^⑰ 在诉讼实务中,第三人提起的撤销之诉,有相当一部分由于不符合程序要件,被法院以裁定驳回。

的共同参与下进行的,对一方主张的事实,另一方当事人提出争议后,法院才会将其列入审查的对象,才会在庭审中进行举证、质证和辩论,对那些证据比较多的案件,还会出现一方提出本证,另一方提出反证进行对抗的情形。法官是在法庭辩论终结后,尚无法确认事实的真伪时,才会适用证明责任作出判决。程序法中证明责任的适用环境则不同,程序法上的证明过程,往往与对方当事人无关,甚至是在没有对方当事人参与的情况下进行的。

相当一部分程序问题只是发生在一方当事人与法院之间。程序的进行,尽管也涉及到对方当事人的利益,但是它首先涉及的是当事人与法院的关系,即请求启动某个程序的当事人与法院之间的关系。例如在起诉与受理阶段,法院收到起诉状后,需要依照民事诉讼法关于起诉条件的规定对诉状进行审查,如果原告提起的诉讼不符合起诉的条件或者存在不应当受理的法定情形,法院就会作出不予受理的裁定。而在这一过程中,只有原告和法院两个主体,被告尚未参与到程序中来,所以也就不可能对原告主张的起诉条件提出争议。^②即使原告在起诉被驳回后提出上诉,在接下来引发的第二审程序中也依然只有上诉人与法院两个主体。造成这一差别的原因在于,程序法要件事实是否存在关系到特定的程序能否开启,而如果该程序由于要件事实得不到证明法院决定不予开启,对方当事人根本就不需要参与到程序中来。例如某社会组织作为原告提起环境民事公益诉讼,由于法律对社会组织提起环境民事公益诉讼的条件有明确的规定,具备这些条件的才有资格提起诉讼,法院在收到原告的诉状后,需要对原告资格进行审查。这一审查发生在立案之前,如果审查的结果是不符合法律规定的条件,法院就会作出不予受理的裁定。而在这一过程中,法院还未决定立案,也就不可能向被告送达应诉通知书,被告也就不会参与到程序中来。

当然,这并不是说对方当事人没有机会对程序的启动、进行提出异议,只是这种异议是在程序已启动的情况下才赋予对方当事人,如在法院受理原告提起的诉讼后,被告在答辩期间可以对法院的主管(双方订有仲裁协议)和管辖权(双方有协议管辖的约定)提出异议,主张纠纷应当提交仲裁、诉讼依法应当由另一个法院管辖。

第五,诉讼法中部分证明责任的适用与当事人的主张无关,当事人承担的主观证明责任也比较轻。在诉讼法规范的适用中,法官具有主动性和职权性,有的诉讼法规范,即使没有任何一方当事人提出主张,法官也有权主动予以适用。在无需当事人主张的情况下,当事人也就无需承担主观的证明责任,即提供证据意义上的证明责任。即使是那些需要通过当事人主张而适用的诉讼法规范,主张的一方承担的提供证据的责任与实体法相比也相对较轻。产生这一差别的原因在于:在关涉实体法要件事实的证明中,由于实行辩论原则,事实要由当事人主张,证据首先也由主张事实的当事人提供,所以

^② 当然存在例外,例如在原告提起第三人撤销之诉时,根据《民诉法解释》第293条的规定,法院在收到起诉状后决定受理前,要把原告提交的诉状和证据材料送交对方当事人,对方当事人有权提出书面意见,必要时法院还要询问双方当事人。在这一相当特殊的程序中,法院决定受理之前,被告就参与进来了。被告也可能对原告的主张提出异议。

当事人对其主张的事实不仅可能会承担客观的证明责任,而且首先要承担主观的证明责任。^②而对于诉讼法中的要件事实,实行的是职权探知主义,最高人民法院的司法解释中虽然也存在一些要求当事人提供证据的规定,但司法解释同时也把“涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程序性事项”规定为人民法院审理案件所需要的证据,^③而根据《民事诉讼法》第64条第2款的规定,这类证据是法院需要依职权主动调查收集的证据。法院主动收集证据虽然并不意味着因此一定可以免除当事人提供证据的责任,^④但毕竟减少了当事人提供证据的必要性。

第六,诉讼法事实出现真伪不明的概率更小。证明责任作为法院的裁判规则,其主要功能在于用于处理作出裁判前要件事实仍然真伪不明的情形。诚如尧厄尼希所言:“客观证明责任对诉讼结果重要,如果没有提起过本证。这样法官就不知道负证明责任的当事人的主张是否真实。存在着‘真伪不明’(non liquet)。但法官必须对案件进行裁判,因此他应确认哪方当事人承担无证据的风险并因而败诉,这一确认依照‘不是规定证据而是规定无证据的情况’的客观证明责任进行。”^⑤就真伪不明发生的可能性而言,实体法要件事实概率相对较大,程序法要件事实概率相对较小。具体而言,程序法要件事实较少出现真伪不明的原因在于:

首先,在实体问题上,法官面对的是发生在过去的争议事实,而在程序问题上,需要解决的却是当下的事实问题。例如,在遗嘱继承引起的诉讼中,原告请求依据被继承人生前所立的遗嘱继承遗产,被告提出被继承人在书写遗嘱时已经丧失了立遗嘱的民事行为能力。在发生诉讼之际,被继承人已经死亡,被继承人立遗嘱之时是否具有立遗嘱的行为能力,常常是一个难以证明或查明的问题。但如果是诉讼行为能力出现了争议,一方当事人对另一方当事人是否具有诉讼行为能力提出了质疑,虽然也需要相关的证据来解决这一问题,如医院出具的关于精神状况的证明等,但一般不会出现法官无法判断当事人是否具有诉讼行为能力的情形。关于这一区别,罗森贝克在对实体法上的证明责任与程序法上的证明责任进行分析时就意识到,他指出:“因为在诉讼中认定当事人在缔结成立诉讼的法律行为时是否具有行为能力,是依过去存在的事实来定,但在认定诉讼能力时是依现在行为的条件来定。”^⑥

其次,法官是否依职权调查证据不同。证明实体法要件事实的证据,原则上要由当事人来收集和提供,法院依申请或者依职权收集证据仅存在于法律规定的例外情形。程序法事实则不同,由于法院要对程序的合法性进行负责,法院可以依职权收集证据。

^② 虽然我国民事诉讼法对辩论原则的表述未发生任何变化,依然是“人民法院审理民事案件时,当事人有权进行辩论”,但随着民事审判方式改革的持续进行和不断深入,辩论原则的内涵已发生了实质性变化,在诉讼实务中,辩论原则的适用已经向大陆法系国家的辩论主义靠拢,而法院不得将当事人未主张的事实作为裁判的依据,正是辩论主义的主要内容和基本要求之一。

^③ 参见《民诉法解释》第96条第1款第5项。

^④ 法院依职权调查收集证据,既包括向当事人以外的人调查收集证据,也包括向主张程序法事实的当事人收集证据。

^⑤ [德]奥特玛·尧厄尼希:《民事诉讼法》(第27版),周翠译,法律出版社2003年版,第269页。

^⑥ 前引⑤,罗森贝克书,第408页。

一般而言,法院收集证据的能力和手段往往比当事人、诉讼代理人更强、更多,所以获得证据、确定事实的可能性也就更大。这意味着适用证明责任的需求就更少。

再次,在部分程序问题的证明上,所适用的证明标准比较低。从德国、日本的民事诉讼看,对于实体法要件事实的证明,一般采用高度盖然性的证明标准,只有在证据难以获得的一些例外情形中,才允许降低证明标准,将其降低到优势的盖然性。高度盖然性是指法官内心对待证事实所形成的高度的确信,即“法官可以满足对于实际生活有用的肯定性程度,该程度要求怀疑保持沉默,但并不完全排除它。与此相反,仅仅根据看起来或多或少可信的东西进行裁判是不合法的”^{②⑦}。但对于一些程序法事实,则允许采用疏明的证明标准。疏明是指法官对需要证明的事实形成的大致确信的一种心证状态。在只要求疏明的情况下,法官只要认为事实存在的可能性大于不存在的可能性,就可以对事实的存在作出认定。用数字来比喻,适用证明对事实的认定,事实存在的可能性需要达到80%以上,而适用疏明对事实作出认定,则事实存在的可能性只需要超过50%。在《德国民事诉讼法》中,疏明这一证明标准被明确地规定适用于若干特定的程序法事实,如当事人申请回避时对其提出的回避事由的证明、申请延长期限时对所提出的理由的证明等。^{②⑧}我国民事诉讼法虽然并未对一些程序事实的证明标准作出规定,但理论界还是认可疏明这一标准的,实务界在处理这些程序事项的证明时,事实上也降低了证明要求。如在处理当事人申请回避的事由、当事人申请延长举证期限的事由时。证明标准的高低与证明责任的适用直接相关,两者之间为反比例关系,也就是证明标准定得越高,证明的难度就越大,出现证明失败并由此造成真伪不明的可能性也就越大;相反,证明标准越低,证明起来就越容易,出现真伪不明的可能性就越小。所以,适用较低的证明标准也是程序法要件事实最终无需适用证明责任处理的原因之一。

当然,在程序法事实上适用相对较低的证明标准,是诉讼中的一般情形,在特殊情况下,也会适用较高的证明标准。例如,在审判监督程序中,对于再审事由,法院就会适用比一般的程序要件更高的证明标准。证明标准的上述差异,是由于所需解决的程序问题本身的区别所引起的。对于一般的程序问题,在设定证明标准时必须考虑到当事人诉讼权利的保障问题,如果设定高的证明标准,就会对程序的启动设置障碍,一些原本应当在程序启动之后的审理过程中解决的问题会不恰当地提前到程序启动阶段处理。但对于再审程序的启动,则必须考虑到维护生效裁判的既判力这一目标,为了防止既判力被轻易击破,对当事人主张的再审事由设定较高的证明标准具有必要性和正当性。

第七,诉讼法规定的内容多数与证明责任无关。尽管就通过司法途径解决民事纠

^{②⑦} [德]罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德:《德国民事诉讼法》,李大雪译,中国法制出版社2007年版,第837页。

^{②⑧} 参见《德国民事诉讼法》第44条、第236条。

纷而言,程序法与实体法同样重要,诉讼是诉讼法与实体法共同发生作用的场,^{②9}诉讼法与实体法如鸟之两翼、车子两轮般对民事诉讼发生作用。^{③0}但不可否认的是,在证明责任适用问题上,或者说就证明责任适用的机会而言,实体法要比程序法多得多。当事人关于民事实体权利义务的争议,既可能针对事实问题,也有可能针对法律问题,但诉讼的实际情况却是,绝大多数民事案件当事人的争议均源于事实。当事实出现争议时,证明责任问题随之而来,确定证明责任由哪一方当事人承担不仅关系到程序如何进行,而且也可能影响最终的裁判结果。这就决定了证明责任在实体法的适用中所具有的“脊梁”地位。

但是,证明责任问题在民事诉讼法中的地位却要低得多。民事诉讼法调整的对象、民事诉讼法规定的内容决定了证明责任不可能获得其在实体法中的显赫地位。民事诉讼法以诉讼程序为其规制对象,规定的是法院、当事人、其他诉讼参与人为诉讼行为的方式、时间、顺序。这些内容大多数不涉及证明责任问题。以我国《民事诉讼法》第二编“审判程序”中的第一审普通程序为例,尽管在整个审判程序中因第一审普通程序具有的基础性、完整性的特点,立法者用了相当多的条文来规定这一程序,但这些条文大部分是用来规定法院如何处理当事人提起的诉讼,如何进行审理前的准备,以何种方式和顺序开庭审理,在何种情形下应当中止、终结诉讼,判决书应当写明的内容、裁定适用的范围等事项的,这些规定的适用一般都不涉及证明责任问题。

四、民事诉讼法中证明责任的主要类型

在民事诉讼法的适用上,虽然存在法官依职权主动适用的情形,但是,也同样存在依据当事人请求而适用的情形,并且大多数程序的启动,要么是全然依据当事人提出的申请,要么主要是依据当事人的申请。^{③1}因此,本文也从当事人的角度对民事诉讼法适用中证明责任作类型化分析。

(一) 起诉、上诉、申请再审的证明责任^{③2}

起诉、上诉、申请再审是当事人引起诉讼程序发生的最重要的诉讼行为,尽管这些

^{②9} 日本学者中村中雄在批判公法诉讼权说时提出,诉讼并非是诉讼法的一元构造,在诉讼中,裁判资料的收集必须以实体法为依据,因而,“诉讼”就是实体法和诉讼法综合的“场”。参见中村中雄:《法和自然科学在方法论上的关联——以自然科学启迪法学体系创新的构想》,载[日]中村中雄、中村英郎:《诉讼法学方法论——中村民事诉讼理论精要》,陈刚、段文波译,中国法制出版社2009年版,第12页。

^{③0} 参见江伟:《市场经济与民事诉讼法学的使命》,载《现代法学》1996年第3期。

^{③1} 例如,第一审程序、第二审程序,完全要当事人来启动,审判监督程序、执行程序主要依当事人的申请来启动。

^{③2} 把申请再审与起诉、上诉并列,而没有将其归入申请行为,是考虑到它比一般的申请行为重要得多、复杂得多,从实质上看,申请再审的当事人相当于提起了一个新的诉,大陆法系国家的民事诉讼法也把当事人要求再审规定为再审之诉。

诉讼行为在性质、功能、程序要件上还存在着若干区别。^③

1. 起诉

对于当事人来说,仅仅提起诉讼,还不能引起诉讼程序的开始,需要等到法院受理诉讼后,程序才能真正开启。我国《民事诉讼法》第119条规定了起诉必须符合的四个条件,同时,在第124条规定了不得作为民事诉讼受理或者不予受理的7种情形,前者在理论上称为起诉成立的积极要件,后者称为消极要件。对原告提起的诉讼,受诉法院会根据第119条和第124条的规定进行审查,具备积极要件同时不存在消极要件的,法院才会受理。四个积极要件所涉及的内容,是原告起诉需要向法院表明存在或符合的,所以原告应当承担证明责任。不过在诉讼实务中,四个要件中的前三个要件都容易满足,所以原告一般不会感到证明责任的压力,甚至根本不会感受到证明责任的存在,唯有第三个要件,有的法院结合第121条第4项的规定,要求原告在起诉时提供证据和证据来源,证人的姓名和住址。然而,把能否提供证据作为衡量是否应当受理原告提起的诉讼并不合法,因为尽管在第121条中有此要求,但第121条是针对起诉状应当记明事项的规定,而不是关于起诉条件的规定,如果根据原告能否提供证据来决定是否受理,无疑是添加了新的起诉条件,增加了原告起诉的困难。^④

当事人在起诉与受理阶段不会感受到证明责任的压力,是指一般的诉讼而言,如果原告提起的是某些特殊类型的诉讼,情况就会有所不同。特殊类型的诉讼主要有:

(1) 确认之诉。确认之诉是指原告向法院起诉,请求法院以判决的方式确认其主张的权利存在或者不存在,要求法院确认权利存在的,称为积极的确认之诉,要求法院确认权利不存在的,称为消极的确认之诉。对于给付之诉和形成之诉而言,法院受理原告起诉和作出实体判决的必要性和实效性是不言而喻的,但对于确认之诉而言,由于法院作出的判决只是确认原告主张的权利存在或者不存在,所以需要对其利益给予特别的强调,即只有存在诉的利益时才允许提起确认之诉。这是关于提起确认之诉的一项原则。^⑤《德国民事诉讼法》第256条明确规定:确定法律关系成立或不成立的诉讼,对于原告有法律上利益时,原告才可以提起。我国民事诉讼法虽然对此未作规定,但理论界也认可原告有诉的利益才能提起确认之诉这一原则。所以,如果原告向法院提起的是确认之诉,就需要对存在确认利益负证明责任。

消极的确认之诉在我国司法实务中主要是知识产权方面的确认不侵权之诉。在这类诉讼中,原告的诉讼请求是要求法院以判决的方式确认原告并未实施侵害被告专利

^③ 例如,起诉是一切诉讼程序的基础,对当事人来说,起诉权是一项最为重要的权利,民事诉讼中的诉权及诉权保障,是指对起诉权的保障。上诉权、申请再审权虽然也是当事人的重要诉讼权利,但对于整个诉讼而言,并不是一项基础性的权利。

^④ 参见黄海涛:《民事立案条件审查的实体化现象分析——以100件裁定驳回起诉案件为样本》,载《民事程序法研究》(第15辑),厦门大学出版社2016年版,第154-155页。

^⑤ 确认之诉是出现的比较晚的一种诉的类型。在历史沿革上,自确认之诉获得一般化认可起,就确立了只有当原告具有诉的利益时才允许提起确认之诉的原则。参见[日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第194页。

权、著作权、商标专用权的行为。针对这类确认之诉,《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第18条规定:“权利人向他人发出侵犯专利权的警告,被警告人或者利害关系人经书面催告权利人行使诉权,自权利人收到该书面催告之日起一个月内或者自书面催告发出之日起二个月内,权利人不撤回警告也不提起诉讼,被警告人或者利害关系人向人民法院提起请求确认其行为不侵犯专利权的诉讼的,人民法院应当受理。”据此规定,原告在提起诉讼的时候需提供在收到专利权人的警告后,向专利权人发出催告其行使诉权的书面通知。如原告不能证明已经发出书面通知,其提起诉讼就不符合起诉条件,法院将不予受理。^⑤

(2)将来给付之诉。给付之诉可以分为现在给付之诉和将来给付之诉。与现在给付之诉不同,在将来给付之诉中,原告是在履行期到来之前请求债务人履行义务,主张的是尚未处于应当履行状态的请求权,所以,对这类诉讼要进行必要的限制,需要把“确有必要”作为允许提起此类诉讼的条件。《德国民事诉讼法》第257条—259条对允许提起将来给付之诉的特殊情形作出了规定。^⑥“这些条件是诉讼的前条件,因此在每种程序中都必须依职权审查。对于前提条件的实际存在由原告承担证明责任。”^⑦我国司法实务中对于此类诉讼,也同样把“确有必要”作为受理应具备的条件。对于原告而言,在起诉时,需对“确有必要”这一条件承担证明责任。

(3)公益诉讼。公益诉讼一般是指自身民事权益并未受到侵害的机关和组织为维护社会的公共利益对加害人提起的诉讼。鉴于公益诉讼的特殊性,法律和司法解释对原告提起公益诉讼增设了一些条件。例如根据《环境保护法》第58条的规定,有权提起环境公益诉讼的组织需满足以下两个条件:(1)依法在设区以上的市级人民政府民政部门登记;(2)专门从事环境保护公益活动连续5年以上且无违法记录。对这两个关乎原告资格的要件,原告需提供相关的证据证明。此外,根据《民诉法解释》第284条关于提起公益诉讼条件的规定,“有社会公共利益受到损害的初步证据”,是此类诉讼能够为法院受理的条件之一,所以原告对这一要件也需要承担证明责任。

(4)第三人撤销之诉。这类诉讼也是2012年修订民事诉讼法新设置的一类诉讼,原告起诉的目的是请求法院撤销已经发生法律效力判决、裁定、调解书。关于第三人撤销之诉程序要件的证明,本文第三部分已作过详细分析,此处不再赘述。

(5)无独立请求权第三人参加之诉。我国参加诉讼的第三人分为有独立请求权的第三人和无独立请求权的第三人两种类型,对于有独立请求权的第三人而言,由于法律规定的参加诉讼的要件是“有独立的请求权”,即是指原告在起诉时对他人争议的诉讼标的提出了实体法上的权利主张,原告只要在起诉时主张了实体法上的请求权就满足

^⑤ 参见江苏省高级人民法院(2016)苏民辖终57号民事裁定书;最高人民法院(2016)最高法民申2468号民事裁定书。

^⑥ 第257条规定的是将来给付之诉,第258条规定的是反复给付之诉,第259条规定的是因可能不履行的诉讼,由于它们都允许在履行期到来之前提起诉讼,所以都属于将来给付之诉。参见《德国民事诉讼法》,丁启明译,厦门大学出版社2015年版,第69页。

^⑦ 前引^⑥,罗森贝克等书,第649页。

了这一要件。所以对这类第三人来说,并不需要对这一要件承担证明责任,就如同一般诉讼中原告无需对有具体的诉讼请求承担证明责任一样。无独立请求权的第三人参加诉讼的情况则不同,他们是主张本诉的裁判结果与其有法律上的利害关系而参加诉讼的,而裁判结果之所以会影响第三人的利益,是由于第三人同本诉的一方当事人之间存在另一个法律关系,也只有在存在另一个法律关系的情况下,第三人参加诉讼才具有必要性和合理性。所以,第三人需就案件处理结果与自己存在法律上的利害关系这一要件承担证明责任。

从比较法的角度看,美国和德国都要求第三人对存在法律上的利益进行证明。在美国,《联邦民事诉讼规则》第24条对加入诉讼的条件作出了规定:要求参加诉讼者须满足以下三个条件才能被允许加入诉讼:(1)诉称之利益与诉讼标的之财产或交易存在关联;(2)其所处之情形以至于诉讼之处理可能实际损害或阻碍其保护自己之能力;(3)现有的当事人不能充分代表其利益。在美国的司法实务中,法院明确要求请求加入诉讼的人要对上述三个要件的存在承担证明责任。^③《德国民事诉讼法》在“总则”中对第三人参加诉讼作出了规定,其中第66条为“辅助参加”设定的条件是“在他人之间已系属的诉讼中,因当事人一方胜诉而有法律利益的人”,罗森贝克认为,每个第三人必须对其诉讼行为的前提条件承担证明责任,例如辅助参加人必须对辅助参加的前提条件承担证明责任。^④

2. 上诉

对于第二审程序的启动而言,当事人的上诉行为不可或缺。虽然我国民事诉讼法并未像针对起诉那样专门针对上诉规定上诉必须符合的条件,但提起上诉也必须符合一定的条件才能成立既是理论界的共识,也是实务界处理上诉问题实际把握的标准。这些条件包括提起上诉的主体合法、被上诉的必须是依法允许上诉的裁判、在法定的期限内提出上诉、提交上诉状。^⑤就这些要件而言,法院一般并不会专门要求上诉人提供证明,也不会适用证明责任从程序上不受理上诉。可能需要证明甚至需要适用证明责任的只是上诉期限这一要件。在提出上诉已超过了法律规定的期限,而上诉人又主张存在耽搁期限的正当事由时,应当对其主张的正当事由负证明责任。^⑥

3. 申请再审

当事人申请再审,也需要符合一定的条件。由于申请再审的对象是已经发生法律效力

^③ 参见[美]理查德·D·弗里尔:《美国民事诉讼法》(下),张利民等译,商务印书馆2013年版,第841-842页。

^④ 前引③,罗森贝克书,第403页。

^⑤ 参见江伟主编:《民事诉讼法》(第5版),高等教育出版社2016年版,第323页。

^⑥ 上诉期限在民事诉讼法中属于不变期间,对于超过上诉期限同时又存在正当事由提出的上诉能否引起上诉程序的发生,我国法律和司法解释并未作出明确的规定,但《民事诉讼法》第83条明确规定了“当事人因不可抗拒的事由或者其他正当理由耽误期限的,在障碍消除后的10日内,可以申请顺延期限,是否准许,由人民法院决定”,从保护当事人的上诉权出发,宜适用第83条的规定顺延上诉期限。从比较法的视角来看,德、日等国也都是允许有正当事由的当事人申请延长上诉期限的。

为严格。当事人申请再审必须同时需具备如下四个要件才能引起对案件的再次审理:(1)申请的对象必须是已经发生法律效力且准予再审的判决、裁定、调解书;(2)再审申请须在法律规定的期限内提出;(3)向有管辖权的法院提出;(4)存在允许再审的法定情形。^④在这四个再审得以发生的程序要件中,引发证明责任问题的是第(2)、(4)两个要件,尤其是第四个要件。根据最高人民法院《关于受理审查民事申请再审案件的若干意见》第3条的规定,当事人申请再审除了需要向法院提交再审申请书外,还需要提交相关材料,其中尤其重要的是支持再审事由和再审诉讼请求的证据材料。

我国的民事再审程序分为再审审查和对本案的再次审理两个阶段,申请人如果不能提供证据证明其再审申请符合(2)、(4)两个要件,再审申请就会被裁定驳回。事实上,我国民事诉讼实务中每年法院裁定再审的案件数要比当事人申请再审的案件数少得多,^⑤其原因就在于当事人无法证明其主张的再审事由确实存在。法院在驳回再审申请的理由中,往往会把当事人未能尽到证明责任作为理由。如在阜新天德房屋开发有限公司(以下简称“阜新天德公司”)因建设工程合同纠纷申请再审一案中,阜新天德公司提出的理由之一是“原判决认定事实的主要证据系伪造”。最高法院对这一再审事由审查后认为:本案中,阜新天德公司主张《施工工程结算协议》的内容和东北金城公司与李士军签订的《转包协议》均系伪造的,应当对此负有举证责任,因阜新天德公司未提供证据证明上述两份协议系伪造的,应承担举证不能的法律后果,故阜新天德公司主张原判决认定事实的主要证据是伪造的再审事由不能成立,本院不予支持。^⑥

(二) 申请行为的证明责任

在民事诉讼中,一些程序的启动以当事人或利害关系人的申请为前提条件,如诉前的财产保全、证据保全、先予执行、司法救助、确认调解协议、实现担保物权等,一些程序虽然既可以依申请也可以依职权启动,但在诉讼实务中多数是在当事人提出申请后才有可能启动,如回避、诉讼中财产或行为保全、证据保全、强制执行等。因此,当事人的申请对于诉讼程序的启动关系重大。民事诉讼法对上述程序的启动,都规定了一定的条件,如申请先予执行须符合当事人之间权利义务关系明确、不先予执行将严重影响申请人的生活或者生产经营这两个条件。当事人的申请只有在符合民事诉讼法规定的条件时,法院才会作出满足申请人要求的裁定或决定。对于法律规定的作为构成要件的程序事实,提出申请的当事人须承担证明责任。^⑦

^④ 《民事诉讼法》第200条规定了作为再审事由的13种具体情形,当事人申请再审,需对其主张的再审事由进行证明。由于再审是针对确有错误的生效裁判设置的救济手段,启动对案件的再次审理需要格外慎重。因此,对当事人主张的再审事由的事实,法院会适用至少是高度盖然性的证明标准。

^⑤ 例如,2015年全国法院新收刑事申诉及民商事、行政申请再审案件165327件,新收再审案件32496件,经过审查进入再审的比例为19.66%,如果新收再审案件中再减去因检察机关抗诉引起再审的案件,这一比例会更小。参见《2015年全国法院审理各类案件情况》,载《最高人民法院公报》2016年第4期,第14-15页。

^⑥ 参见最高人民法院(2016)最高法民申271号民事裁定书。

^⑦ 例如根据《民诉法解释》第367条的规定,申请实现担保物权,申请人须向法院提交证明担保物权存在的材料和证明实现担保物权条件成就的材料。

(三) 异议行为的证明责任

申请行为是当事人主动要求法院启动某个程序或者采取程序法上的某项措施,异议行为则是在法院已经启动某个程序或者采取某项程序法上的措施后,对此持有不同意见的当事人向法院表示反对的行为。异议行为既存在于审判程序中,也存在于执行程序中,前者如对管辖权提出的异议、对法院决定适用小额程序提出的异议等,后者如当事人对法院的执行行为提出的异议、案外人对执行标的物提出的异议等。异议行为还存在于非讼程序之中,如督促程序中被申请人对支付令提出的异议、实现担保物权程序中被申请人或者利害关系人提出的异议。

异议行为比较复杂,对异议行为的证明责任承担,将在本文第五部分进行分析。

五、民事诉讼法要件事实证明责任的分配

在证明责任制度中,居于核心地位的是证明责任的分配问题,这不仅是由于证明责任如何分配,关系到事实真伪不明时法院如何裁判,而且也关系到证明程序如何进行,关系到应当由哪一方当事人首先对争议事实提出证据,关系到法官对争议事实形成临时心证时,应当通过释明要求哪一方当事人补充、追加证据。与实体法要件事实证明责任的分配相比较,程序法要件事实证明责任的分配问题要简单得多,这也是这一问题很少进入研究者的视野的原因。^{④7} 不过,这并不意味着在程序法的适用上,不存在证明责任的分配问题,不需要设置证明责任分配的原则。

诉讼法要件事实的证明责任应当按照以下顺序进行分配:

(一) 法律和司法解释作出明确规定的,依照规定确定证明责任承担

在民事诉讼法的有些规定中,对证明和证据有明确的要求,如对申请宣告失踪或者宣告死亡,民事诉讼法明文规定申请人在提出申请时需提交公安机关或者其他有关机关关于该公民下落不明的书面证明;对主张不予执行仲裁裁决,民事诉讼法明文规定被申请人应当提出证据证明仲裁裁决有当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议、裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权裁决等情形。^{④8} 在法律已经作出明文规定的情况下,无疑应当按照法律的规定承担证明责任。

最高人民法院发布的司法解释,在我国属于广义的民事诉讼法、实质意义上的民事诉讼法。最高法院在司法解释中,有时会对程序性要件的证明责任作出规定,这类规定无疑也是确定证明责任承担的依据。

(二) 根据罗森贝克提出的原则进行分配

^{④7} 民事实体法的结构比较复杂,当事人在诉讼中依据实体法有时会出现主张、抗辩、再抗辩、复再抗辩以及针对复再抗辩提出的抗辩这样五层立体构造。但对于民事诉讼法及其适用而言,不大可能出现如此复杂的情形。参见骆永家:《民事举证责任论》,台湾商务印书馆1999年版,第87页。

^{④8} 参见《民事诉讼法》第183条、第184条、第237条、第274条。

对于民事诉讼中证明责任的分配,《民诉法解释》第91条作出了如下规定:人民法院应当依照下列原则确定举证证明责任的承担,但法律另有规定的除外:(1)主张法律关系存在的当事人,应当对产生该法律关系的基本事实承担举证证明责任;(2)主张法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的当事人,应当对该法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的基本事实承担举证证明责任。但这一规定是针对民事实体法构成要件作出的,无法将其适用于程序法的构成要件,所以需要另辟蹊径,寻找适合程序法特点的分配原则。

罗森贝克提出的证明责任分配原则可适用于诉讼法构成要件。罗森贝克在《证明责任论》一书中着重研究了证明责任的分配问题。在该书的第二章中,他认为,从根本上说,只能提出一个分配证明责任的原则——“不适用特定的法规范其诉讼请求就不可能有结果的当事人,必须对法规范在真实事件中得到实现承担主张责任和证明责任。”^{④⑨}也许是觉得这种否定式的表述不够直白和简洁,他接着提出了更加简单明了的分配原则,即“每一方当事人均必须主张和证明对自己有利的法规范(=法律效力对自己有利的法规范)的条件”^{⑤①}。

在罗森贝克看来,上述分配证明责任的原则具有通用性,不仅可适用于实体问题,而且也可以适用于程序问题。在诉讼法构成要件的证明责任承担上,“每一方当事人均必须对其请求所依据的诉讼法规范的前提条件承担证明责任,简言之,对其请求的前提条件承担证明责任。”^{⑤②}罗森贝克的上述主张是具有合理性的。证明责任问题,说到底是一个法律适用中出现的问题,是作为法律适用的前提条件的事实处于真伪不明状态时如何继续适用法律的问题,在这个基本点上,程序法的适用与实体法的适用具有共同性,两者不存在本质差异。这就决定了民事诉讼法的构成要件与民事实体法的构成要件可以适用相同的证明责任分配原则。

从诉讼实务看,运用这一原则,许多程序法事实证明责任的归宿可迎刃而解。如当事人申请回避,应对回避的构成要件事实承担证明责任,申请先予执行,应当对先予执行的构成要件事实承担证明责任。

对于民事诉讼法适用中证明责任的分配,还应当注意以下四个问题:

第一,原则规定与例外规定对证明责任分配的意义。诚如罗森贝克所言:“原则—例外规范(Regel—und Ausnahmen)的关系事实证明对诉讼问题的证明责任分配还是很重要的。根据这种原则—例外规范的规定,其主张不同于法律规定之人必须承担证明责任。”^{⑤③}在我国民事诉讼法中,也有一些原则规定与例外规定,这样的规定对证明责任的分配具有指示意义,即主张适用原则规定的一方无需承担证明责任,证明责任要由主张适用例外规定的一方承担。例如,民事诉讼法规定:对于书证、物证,应当提交原件、

^{④⑨} 前引⑨,罗森贝克书,第104页。

^{⑤①} 前引⑨,罗森贝克书,第104页。

^{⑤②} 前引⑨,罗森贝克书,第402页。

^{⑤③} 前引⑨,罗森贝克书,第403-404页。

原物,提交原件、原物确有困难的,可以提交复制品、照片、副本、节录本。证人原则上应当出庭作证,但因健康原因、路途遥远、交通不便等原因不能或不便出庭的,可以通过书面证言或者视听资料等方式作证。^{⑤3} 根据上述规定,应当由要求提交复制品、照片、副本、节录本的一方当事人,以及要求通过书面证言或者视听资料等方式作证的一方当事人对存在例外情形承担证明责任。

第二,关于诉讼法消极事实证明责任的分配。在民事实体法中,有时会遇到消极事实的证明问题。所谓的消极事实,是指未发生或者不存在的事实,一般而言,积极事实容易证明、能够证明,而消极事实则不易证明甚至根本无法证明。^{⑤4} 对于此种情形,立法者往往会针对消极事实的这一特点,对证明责任的承担进行调整,规定由否认消极事实,亦即主张积极事实的对方当事人承担证明责任。例如,当不作为成为履行合同义务的行为时,《德国民法典》就规定要由主张未履行合同义务的一方的当事人承担证明责任。^{⑤5} 在民事诉讼法中,同样存在把消极事实作为程序法要件的情形。例如,根据我国《环境保护法》第 58 条的规定,社会组织向法院提起环境民事公益诉讼需满足两个条件:(1)依法在设区的市级以上人民政府民政部门登记;(2)专门从事环境保护公益活动连续五年以上且无违法记录。对于“无违法记录”,最高人民法院在《关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》(以下称“《环境民事公益诉讼解释》”)第 5 条中将其具体化为“社会组织在提起诉讼前五年内未因从事业务活动违反法律、法规的规定受过行政、刑事处罚的,可以认定为环境保护法第五十八条规定的‘无违法记录’。”上述规定表明,“违法记录”是原告起诉的消极要件,如果提起诉讼的公益组织存在“违法记录”,其作为公益诉讼的原告就不适格。

然而,无论是无违法记录还是未受过处罚,都是指未发生的事实,属于典型的消极事实,社会组织提起诉讼时显然无法证明。如果按照《环境保护法》第 58 条的规定让原告对该事实承担证明责任,就会对原告行使诉权造成严重的困难。考虑到证明上的困难,最高法院在上述司法解释中允许原告用由其法定代表人或者负责人签字并加盖公章的无违法记录的声明来替代通常的提供证据证明。^{⑤6} 在法院受理原告提起的诉讼后,如果被告认为存在违法记录,应该是可以在提交答辩状时就此问题对原告资格提出异议,要求法院驳回原告的起诉。被告主张原告有“违法记录”,应当对原告曾受到行政或刑事处罚的事实承担证明责任。^{⑤7}

^{⑤3} 参见《民事诉讼法》第 70 条、第 72 条、第 73 条。

^{⑤4} 消极事实的情形比较复杂,有的无法证明,有的虽然证明起来存在困难,但并不是完全不能证明,前者如当事人主张自己从未说过某句话、做过某件事,后者如当事人主张自己在某特定时间不在某特定地点。

^{⑤5} 参见《德国民法典》第 345 条、第 358 条。

^{⑤6} 参见《环境民事公益诉讼解释》第 8 条。依据《环境保护法》第 58 条的规定,确实应当由原告来证明“无违法记录”,但这样分配证明责任显然不妥当,所以最高法院在司法解释中采用了变通的办法。

^{⑤7} 就此而言,《环境保护法》第 58 条在规定原告资格时,如果采用“原则 + 例外”的立法技术,也就是把该条件规定为:在设区的市级以上人民政府民政部门登记和专门从事环境保护公益活动连续满 5 年,接着规定“但 5 年内有违法记录的除外”,应当由被告对原告在 5 年内存在违法记录承担证明责任就会清楚显现。

再如,对于原告提起的确认不侵犯专利权的诉讼,根据《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释(一)》第18条的规定,应当同时满足三个条件法院才受理:(1)权利人向他人发出侵犯专利权的警告;(2)被警告人或者利害关系人向权利人发出书面函件,催告权利人向人民法院提起专利侵权之诉;(3)权利人自收到该书面催告之日起一个月内或者自书面催告发出之日起二个月内,不撤回警告也未提起诉讼。在这三个条件中,前两个均为积极事实,第三个则为消极事实,如果让原告对三个要件均承担证明责任,对原告来说明显不公平,而如果让被告证明其已经撤回警告或者已提起诉讼,则不存在任何困难。因此,原告应当对前两个要件事实承担证明责任,而被告则应当对第三个要件事实承担证明责任。在程序上可设计为,原告在起诉时只要向法院说明被告收到书面催告后既未撤回警告也未提起诉讼,法院就应当受理,被告如在答辩状中主张并证明已经撤回警告或提起诉讼,法院再以原告起诉不符合条件为由予以驳回。^{⑤8}在司法实务中,最高法院将针对侵犯专利权司法解释设定的起诉条件适用于原告提起的确认不侵犯著作权的纠纷。在江苏省南京烽火星空通讯发展有限公司(下称南京烽火公司)诉北京数字天堂信息科技有限责任公司(下称北京天堂公司)请求确认不侵犯被告计算机软件著作权一案中,最高人民法院再审认为,由于北京天堂公司在收到原告的催告函的当天就向北京市第一中级人民法院提起了诉讼,南京烽火公司起诉不符合条件,驳回了原告的起诉。^{⑤9}

第三,关于异议行为的证明责任分配。当事人提出异议后,是否需要承担证明责任,或者说究竟是由异议人承担证明责任还是由对方当事人承担证明责任,要根据异议的具体理由来确定。更确切地说,要看异议的内容是否认对方当事人主张的诉讼法要件事实,还是提出新的要件事实作为异议的理由,就如同对实体法要件事实提出的争议需要区分究竟是否认还是抗辩一样。^{⑥0}如果异议人仅仅是否认对方主张的程序法要件事实,异议人不承担证明责任,但如果异议人提出新的要件事实,要求法院依据该事实适用对其有利的诉讼法规范,异议人就提出了一项诉讼上的抗辩,就应当对该要件事实承担证明责任。例如,法院受理诉讼后,被告针对主管问题提出异议,主张由于双方存在着仲裁协议,纠纷应当通过仲裁解决,就应当对存在仲裁协议的事实承担证明责任。再如,案外人依据《民事诉讼法》第227条对执行标的物提出异议,就应当对其主张的对该标的物具有所有权等排除强制执行的物权的事实承担证明责任。

^{⑤8} 在程序设计上还有一种选择,就是在法院决定是否受理之前,就把原告的诉状和提交的证据材料送交对方当事人,对方当事人收到后的一定期限内可以提出书面意见,然后再由法院审查决定是否受理。这样的程序设计目前被用于第三人撤销之诉。不过,从尽量简便、快速解决受理问题看,前一种程序设计似更优。

^{⑤9} 关于该案件的具体情形,参见丁文严:《受理确认不侵犯著作权之诉应当具备的条件》,载《人民司法》(案例版),2012年第18期。

^{⑥0} 否认是指对于一方当事人主张的事实,另一方当事人向法院表示是不真实的;而抗辩则是一方当事人通过主张与对方当事人不同的事实或法律关系来排除对方的主张。抗辩可以区分为实体法上的抗辩与诉讼法上的抗辩。抗辩一般被认为是被告的一种防御方法。参见陈刚:《抗辩与否认在证明责任法学领域中的意义》,载《政法论坛》2001年第3期。

第四,披着程序外衣的实体法问题的证明责任分配。在诉讼法要件事实证明责任分配问题上,还应当关注这样一种特殊情形,即有的争议从表面看是关于程序法问题的,但实质上却是实体法上的争议。例如原、被告就仲裁协议、管辖权协议的效力产生争议,一方主张协议是在受到欺诈、胁迫而订立或者因重大误解而订立。这样的协议,虽然是针对日后可能发生的纠纷、诉讼订立,但订立协议的行为又是民事法律行为,是否存在欺诈、胁迫、重大误解均受民法调整,要根据民法设立的标准来确定,因此证明责任的分配,也要适用民事实体法证明责任分配的原则。

Abstract: In the application of the Civil Procedure Law, there still exists the issue of burden of proof. Since the truth of essential fact of the procedure law sometimes is controversial, the court also needs to make judgments or decisions based on the rules of burden of proof. Due to the difference in procedure structure, object of proof, standard of proof, whether the courts collect the evidence in accordance with the authority, content in regulations of the Civil Procedure Law and other aspects, the burden of proof in the Civil Procedure Law shows a series of features different with civil substantive law, which explains why the theory and practice circles are far less concerned about the burden of proof in the application of Civil Procedure Law than the civil substantive law. The neglect of this issue is disadvantageous to achieve the requirement of “impartial justice” reiterated in the report of the 19th CPC National Congress and improve the judicial system of abiding by procedure justice in the process of a case. It is possible for the parties to take the burden of proof of essentials in the Civil Procedure Law when they prosecute, appeal, apply for a retrial, submit an application or raise an objection. The principle that the parties should take the burden of proof of essential facts beneficial to themselves can also be applied to essential facts of the Civil Procedure Law.

(责任编辑:陈贻健)