

民间借贷诉讼中的证明责任问题

吴泽勇^{*}

内容提要 我国民间借贷司法实践中经常出现事实认定的困境。这类困境并未伴随最高人民法院民间借贷司法解释的实施而化解;相反,由于该解释第16条、第17条在术语使用、条文逻辑上的明显缺陷,实务中已经出现新的混乱。解决问题的出路不是制定更多司法解释,而是在坚持规范说确立的证明责任分配方法的基础上,引入主张责任、主张的具体化、证明的必要性、提出证据责任的转移、本证和反证的区分等理论,对事实调查的流程做更精细的划分,对当事人在各阶段的任务做更具体的分配。

关键词 民间借贷 证明责任 主张的具体化

一、问题的提出

许多民事法官都曾遇到“棘手”的民间借贷案件,^①关于这些案件的处理意见,同事中间可能都存在严重分歧。人们经常指出,民间借贷案件的审理难点不在法律适用,而在事实认定,在证据调查。^②民间借贷的灵活性^③、私密性^④给纠纷发生后的事实回放带

^{*} 华东师范大学法学院教授。王少禹、郑金玉、倪培根、席璐、史明洲、熊德中等师友先后阅读了本文初稿并提出批评意见,冯成功、陈承哲为本文撰写搜集了部分裁判文书,一并致谢。

^① 本文讨论的民间借贷合同,限于《合同法》第210条规定的自然人之间的借款合同。因此本文的概念使用与《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》有所不同,后者所谓的“民间借贷合同”,是指“自然人、法人、其他组织之间及其相互之间进行资金融通的行为”。这样限定一是为了简化论述:自然人间的借款合同是实践合同,有非自然人参加的借款合同是诺成合同,二者在请求权构成要件上有明显区别。二是为了论题集中,因为事实上,司法实践中导致事实认定难题的主要是自然人之间的借款合同。

^② 参见刘振、李道丽《民间借贷纠纷案件的审理难点及破解》,载《人民司法·应用》2011年第23期;王林清、陈永强:《民间借贷的事实审查与证明责任分配之法理》,载《政治与法律》2013年第12期;参见蔡晓明,《民间借贷纠纷案件处理的思路新探》,载《法律适用》2014年第6期;罗书臻《规范民间借贷统一裁判标准——杜万华就〈最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定〉答记者问》,载最高人民法院网 <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-15152.html>,最后访问时间:2017年9月1日。

^③ 按照《合同法》第197条的规定,自然人之间的借款合同不以书面形式为要件,而实践中缺少书面合同的民间借贷案件并不鲜见。

^④ 民间借贷多数情况下发生在亲友、熟人之间,借款发生的现场常常只有个别见证人,甚至根本没有见证人。

来障碍;真实事件经过与书面证据记载内容的可能背离^⑤,更让法官的事实认定难上加难。典型难题是只有欠条、借条、借据之类债权凭证而没有支付凭证,或者只有支付凭证而没有债权凭证情况下的借贷法律关系认定,实务中法官对此类案件的处理可以说很不统一。混乱之中也有共识:法官基本上都意识到,这些难题的化解与民事诉讼证明责任密切相关。

为“统一裁判尺度,为司法实践提供指引”,^⑥最高人民法院2015年8月正式发布《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》(以下简称《规定》)。《规定》以多个条文规范民间借贷案件的事实认定,第16条、第17条更是直指相关事实的证明责任分配。其中,第16条第1款规定被告抗辩已经偿还借款的证明责任,第2款规定被告否认借贷行为实际发生的事实认定,第17条规定原告仅有转账凭证情况下的证明责任。应该说,这两条三款涵盖了民间借贷案件事实认定中的核心问题,最高人民法院以此规范此类案件证明责任分配的意图相当明显,亦值得肯定。

不过,若以证明责任理论的视角观之,三款规定均有值得讨论之处。我们看到,涉及纠纷当事人对于相关事实的证明义务,《规定》起草者先后使用了多种表达。第16条第1款规定,被告对其偿还抗辩应当“提供证据证明”,被告证明之后,原告仍就借贷关系的成立承担“举证证明责任”;第16条第2款规定,被告否认借贷行为尚未发生,应当作出“合理说明”,而在被告合理说明之后,并没有规定该事实的证明责任由谁承担。第17条又回到第16条第1款的模式,即被告对存在其他法律关系“提供证据证明”,被告证明之后,原告仍就借贷关系的成立承担“举证证明责任”。对于这些规定,熟悉证明责任理论的学者很容易提出疑问,比如:

1. 第16条第1款中的被告“提供证据证明”是什么性质的责任?用民事诉讼法学的术语,是行为责任还是结果责任?
2. 被告对偿还抗辩的证明与原告对借贷关系成立的证明是什么关系?
3. 第16条第2款中“合理说明”是什么性质的责任或者义务?
4. 第16条第2款中,如果人民法院综合各种因素仍然无法判断借贷事实是否发生,客观证明责任(真伪不明时的败诉风险)由谁负担?
5. 第17条中的被告“提供证据证明”是什么性质的责任?
6. 三款规定都提到被告的“抗辩”,这三种“抗辩”在性质上是否相同?

假如我们承认法律文本中的每个表达都有意义,那么上述问题就不能被认为是简单的“咬文嚼字”。事实上,如果法官无法就民间借贷纠纷的证明责任分配和证据调查流程达成共识,上述规定不仅不能为此类案件的审理“统一裁判尺度”,还有可能制造新的混乱。出于这种考虑,本文尝试运用民事诉讼证明责任的相关法理,依次分析《规定》

^⑤ 比如,当事人双方签订包含“已收到”“今收到”特定款项内容的借据、借条、欠条,但实际上并未当场支付借款,这类现象在实践中相当常见。

^⑥ 参见杜万华主编《最高人民法院民间借贷司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第3页。

第16条第2款、第17条和第16条第1款^⑦以期澄清相关概念的内涵和边界,发现可欲的法律适用方案;同时,通过观察《规定》实施后的司法裁判文书,指出这些条文可能存在的问题,探讨司法实务上的应对之道。

二、借贷行为实际发生的证明

(一)《规定》第16条第2款的法律适用

按照《规定》第16条第2款,原告仅依据借据、收据、欠条等债权凭证提起民间借贷诉讼^⑧,而“被告抗辩借贷行为尚未实际发生并能作出合理说明,人民法院应当结合借贷金额、款项交付、当事人的经济能力、当地或者当事人之间的交易方式、交易习惯、当事人财产变动情况以及证人证言等事实和因素,综合判断查证借贷事实是否发生。”本款规定主要规范借款交付的证明,因为民间借贷合同一般属于实践合同,只有确认借贷行为实际发生,才能认定借贷合同成立。^⑨对于原告仅依据借据、收据、欠条^⑩等债权凭证起诉时的事实认定,司法实践中一直存在不同观点。一种观点认为,借据、收据、欠条等债权凭证是当事人之间存在借贷法律关系的直接证据,在这些证据的真实性可以确认的情况下,可以据此认定借贷关系真实存在。但随着民间借贷市场的发展,越来越多的法官认为,不能仅仅依据借据、收据、欠条认定借贷关系的发生。^⑪最高法院折中上述两种观点,一方面承认借据、收据、欠条等债权凭证的普遍意义,^⑫另一方面规定,在原告仅凭债权凭证起诉而被告对借贷事实的真实性提出异议的情况下,应进一步审查其他证据和事实,作出综合判断。^⑬就规范结构而言,《规定》第16条第2款包含三个环节的内容:一是对借据、收据、欠条之类孤证证明力的初步认可,二是对被告否认借贷行为实际发生时需承担说明义务的界定,三是对法官在借贷行为是否发生存疑时事实调查的指引。在第一个环节,借据、收据、欠条仍然具有超出其他间接证据的证明力,如果被告不能作出说明,不能轻易否认这些债权凭证证明的民间借贷法律行为;在第二个环节,如果被告在原告提交了借据、收据、欠条等债权凭证的情况下依然否认借贷行为实际发生,则必须就其否认作出“合理说明”;在第三个环节,当对借贷行为是否实际发生存疑

⑦ 之所以按照这样的顺序(而非司法解释本身的顺序)展开讨论,是因为这个顺序更符合证明责任的理论逻辑,也更方便相关原理的阐释。

⑧ 这半句出现在《规定》第16条第1款开头,逻辑上应该同时适用于第1款和第2款。

⑨ 对于不属于实践合同的借款合同纠纷,同样要在认定款项交付之后才能确认借款人的还款义务。但其中的分析逻辑有所不同,本文不再展开。

⑩ 严格说来,收据大多数时候并不构成债权凭证,欠条也不一定构成民间借贷的债权凭证。但仅仅为了行文方便,下文表述仍以司法解释为据。

⑪ 参见杜万华主编《最高人民法院民间借贷司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第289页。

⑫ 《规定》第2条已经确认了这一点,按照该条第1款,“出借人向人民法院起诉时,应当提供借据、收据、欠条等债权凭证以及其他能够证明借贷法律关系存在的证据。”

⑬ 参见杜万华主编《最高人民法院民间借贷司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第290页。

时,法官被明确赋予根据各种因素综合裁量的权力。

《规定》第16条第2款并没有正面规定借贷行为实际发生的证明责任负担。在比较法上,对于原告应当就借贷合意成立和借贷实际发生负结果意义上的证明责任,属于早有定论、无需详谈的问题。^⑭德国法院甚至有判例认为:即便争议借款的支付在公证文书中被作为借款确认,主张借贷的请求权人仍要负担成功支付的证明责任;公证文书的出具只产生文书的执行力,并不能证明借贷成立。^⑮在我国,对此亦不存在争议。正如学者指出的,“在合同案件中,只要争议事实为双方是否曾订立合同,那么结果意义上的证明责任总是由主张合同权利的原告承担……”^⑯无论诉诸证明责任分配主流学说,还是援引《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第5条,^⑰都只能得出相同的结论。实务上的争议焦点,主要集中在证据调查过程中的当事人责任分担,以及法官最后的事实认定标准。对于这些问题,《规定》第16条第2款恰恰没有给出答案。由此留下一系列有待澄清的问题:

第一个问题是:是否原告只要提交了借据、收据、欠条之类的债权凭证,被告就必须提出附理由的否认?从逻辑上,被告提出“合理说明”的前提是原告的事实主张本身是“合理”的。换成民事诉讼法学的术语来说,就是原告要对其关于民间借贷关系的事实主张进行具体化陈述,^⑱而不能只是提出抽象的事实主张;对法院来说,这种主张的具体化程度应达到所谓的“一贯性(Schlüssigkeit)”标准。^⑲因为,只有原告的事实主张内容具体、条理清楚,对方当事人才能有针对性作出反驳,法官也才能有针对性的进行证据调查。如果债权凭证本身内容不全,原告又不能对借贷合意的形成或者金钱实际交付作出令人信服的说明,那么原告的事实主张就不具有一贯性。对于不具有一贯性的事实主张,法官可以直接作出驳回诉讼请求的实体判决。^⑳《规定》第16条没有明确规定这一点,并不表明这一审查就可以略去。尽管在大多数时候,一份内容完整的债权凭证本身就足以构成一个关于借贷关系成立的“一贯性”说明,但不排除有例外情形存在。^㉑

^⑭ Vgl. Hans Prütting, In: Rauscher/ Wax/ Wenzel, *Münchener Kommentar zur ZPO*, 3. Aufl. 2008, § 286, Rdn 147.

^⑮ BGH NJW 2001, S 2096.

^⑯ 李浩《民事证明责任研究》,法律出版社2003年版,第31页。

^⑰ 该条规定“在合同纠纷案件中,主张合同关系成立并生效的一方当事人对合同订立和生效的事实承担举证责任;主张合同关系变更、解除、终止、撤销的一方当事人对引起合同关系变动的事实承担举证责任。”

^⑱ 关于民事诉讼当事人的具体化义务,参见姜世明《民事诉讼中当事人之具体化义务》,载姜世明《举证责任与真实义务》,台湾新学林出版社2005年版,第253-371页;占善刚《主张的具体化研究》,载《法学研究》2010年第2期;胡亚球《论民事诉讼当事人具体化的中国路径》,载《清华法学》2013年第4期;陈贤贵《当事人的具体化义务研究》,载《法律科学》2015年第5期。

^⑲ Herbert Roth, In: Stein/ Jonas, *Kommentar zur ZPO*, 22. Aufl., 2008, § 253, Rdn. 54; 前引^⑱,姜世明文。

^⑳ 按照有些德国学者的见解,原告并非任何时候都需要做这种具体化陈述,只有当被告否认某个主张时才有此必要,参见Claus Wagner, In: Rauscher/ Wax/ Wenzel, *Münchener Kommentar zur ZPO*, 3. Aufl. 2008, § 138, Rdn 18.罗森贝克、施瓦布、哥特瓦尔德《德国民事诉讼法》,李大雪译,中国法制出版社2007年版,第744-745页。这是有道理的,但本文为了精简论述,暂时搁置这种区分。

^㉑ 比如,有的借条、借据、欠条只记载了借贷合意的成立,不包含借款已经交付的内容,这时候,就不能构成对借贷关系实际发生的“一贯性”说明。

出于强化原告主张责任、避免滥用诉权的考虑,关于原告主张的具体化要求可以说是民事诉讼本身的“事理使然”。

其次,被告“合理说明”是一种什么性质的责任?关于这一问题的回答至为关键,因为它实际上从反面规定了,对原告提交的借据、收据、欠条的证明力应作何种程度的限制。由于司法解释在这里使用了“作出合理说明”,而没有像第16条第2款那样使用“提供证据加以证明”,被告这里承担的显然是一种较低程度的反驳义务。这种反驳在性质上属于对原告主张的否认,至于这种否认是否需要“具体化”,应视情况而定。在原告提出借条、借据、欠条并且能够对借贷关系成立作出具体化陈述的情况下,被告可以提出的否认大致有两种。一是否认借贷合意存在,比如合同系在胁迫情况下签订,或者合同本身系伪造,被告根本没有在合同上签字。对于胁迫的主张,被告当然需要作出具体化陈述;对伪造的主张,通常不需要、实际上也不可能具体化,^②而只能由原告进一步举证。二是否认借贷行为实际发生,即承认借贷合意真实,但否认原告实际交付了债权凭证中约定的款项。《规定》第16条第2款针对的就是这类否认。对于这种否认,被告原则上需要进行具体化陈述。也就是说,被告不能只是简单的一句“原告并没有实际交付借款”,而是要对“为何实际情况与借据、借条等债权凭证记载不符”作出具体陈述,这种陈述要达到让法官对借款实际交付产生怀疑的程度。不妨观察以下两个案例:^③

案例一:在罗某诉肖某民间借贷案中,再审法院认为,“肖某抗辩借贷行为未实际发生,其负有向人民法院作出合理解释和说明的义务。本案中,肖某作为完全民事行为能力人,理应知道出具欠条的法律后果,其辩称所涉欠条是开玩笑所写有悖常理,不属于上述司法解释规定的‘合理说明’。”^④

在上述案例中,“所涉欠条是开玩笑”显然不构成“合理说明”。从理论上讲,这种否认不具有“重要性(Erheblichkeit)”,^⑤不能导致法官对原告主张事实的怀疑,因此也就不能将进一步的说明义务转移到原告一方。

第三,借款是否实际交付的提出证据责任^⑥如何在原告和被告之间分担?如果被告的否认具有“重要性”,让法官对原告主张的事实产生了怀疑,该事实就构成所谓“争点”。^⑦就此争点,负客观证明责任一方当事人应当首先举证。这种首先提出证据的责

^② 当然,被告可以主张其他事实——比如他不认识原告、原告主张的借款发生时间他不在现场,以否定原告主张的真实性。

^③ 本文讨论的主题是民间借贷案件中的事实认定,而事实问题本身复杂、微妙,为避免因转述而曲解事实,本文一般原文引用裁判文书中的事实认定结论,只是对当事人姓名做了处理,同时过于冗长的事实分析作了适当删减以节省篇幅。

^④ 参见湖北省高级人民法院(2016)鄂民申2462号民事裁定书。

^⑤ 重要性(Erheblichkeit)是对被告反驳的具体化要求,在效力上类似对原告主张的一贯性(Schlüssigkeit)要求。参见前引^②,姜世明文。

^⑥ 本文使用“提出证据责任”来描述证据调查过程中当事人“行为意义上的证明责任”,用“客观证明责任”来描述真伪不明之时“结果意义上的证明责任”;不加限定的使用“证明责任”,一般是指客观证明责任。

^⑦ 这里的“争点”不是争点整理程序意义上的争点,也不是要件事实论意义上的争点,而是指具有证明必要性的待证事实。下文亦同。

任,被部分学者看作是“主观证明责任”分配的结果。其效力体现在:如果负主观证明责任一方当事人不能进行任何举证,则法院判其败诉。^⑳就《规定》第16条设定的场景而言,因为原告已经提交了相关债权凭证,一般并不存在这样的情形。但在法官因为被告的合理说明而对借款是否交付产生怀疑的情况下,原告需要提交更多证据来打消法官的怀疑,让后者形成借款已经交付的内心确信。就此可以两个案例予以说明:

案例二:在舒某诉文某民间借贷案中,二审法院认为,“文某对借款的事实予以否认,称该30000元借款系与舒某之姐舒某乙因赌博而产生的赌债,舒某未提供借款。在文某否认舒某提供借款的情况下,舒某应对向文某提供借款的事实进行举证证明。在一、二审中,舒某对于借款时间、借款交付过程等借款细节,未能进行合理说明,亦未能向法院提供向文某打款的银行凭据或其他证据证实借款事实的发生,只是辩称该借款是通过其姐舒某乙向文某提供,但本案的关键证人舒某乙也未到庭对本案的借款细节进行说明……舒某不能证明向文某某提供了30000元借款事实,应承担举证不能的不利后果。”^㉑

案例三:在沈某诉龙某民间借贷案件中,一审法院认为,“对被告辩称该款系原告在广西南宁参与传销亏本后,威逼被告战友潘某退钱,被告怕闹出人命才被迫向原告写下欠条的事实,经法院电话联系潘某,潘某陈述是被告向其打电话告知原告威逼被告退钱,与被告的辩解存在不一致,且潘某与被告系战友关系,潘某对原告、被告间是否发生借贷关系不知情;庭审中,被告申请的三位证人证言也对原告、被告间是否发生借贷关系不知情,为此,根据‘谁主张、谁举证’的原则,对被告辩解的事实,无充足证据证明,法院不予采信”。龙某不服上诉。

二审法院认为,“本案中被上诉人虽提供了《欠条》,并陈述了写《欠条》时间、地点及在场人,但对借款金额具体交付时间、地点、用途未作出合理说明,对大额的借款既没有提供转款给上诉人的凭证,也没有提供自己取款的凭证,且也未提供证据证实上诉人借款搞工程的事实,本院电话询问写《欠条》时的在场人即被上诉人沈某之子沈某乙时,其也只陈述了写《欠条》的事实,但对借款多少及来源、交付时间并不知情,另一在场人龙某甲之女龙某丙陈述,当时上诉人与被上诉人均在广西搞传销,上诉人并没有向被上诉人借款。故被上诉人诉称上诉人向其借款8万元的事实,证据不足……”^㉒

案例二中,对于被告“借款实际上是赌债”的说明,原告不能提供进一步证据证明借贷关系实际存在,当然败诉。案例三的一审判决犯了这类案件中的常见错误,即对被告否认提出过高要求,要求被告“提供证据证明”其否认。按照《规定》第16条第二款,被告的否认只要具有表面上的合理性即可。因为借款是否支付的客观证明责任由原告负担,基于这样的证明责任分配,被告在整个事实调查中处于反驳和质疑的地位。也就是

^⑳ 参见高桥宏志《民事诉讼法——制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第428-431页。关于主观证明责任的更多讨论,参见毕玉谦《民事证明责任研究》,法律出版社2007年版,第142页以下。

^㉑ 参见贵州省铜仁市中级人民法院(2016)黔06民终429号民事判决书。

^㉒ 参见贵州省黔东南苗族侗族自治州中级人民法院(2016)黔26民终1338号民事判决书。

说,只要被告的否认达到了让法官对借款已经支付产生怀疑的程度,提出证据的责任就转移到了原告一方。在被告已经对其否认作出合理说明的情况下,法官要做的是审查原告能否证明其主张。只有当原告能够证明待证事实到法定证明标准以上,才产生被告反证的义务。因此,在案例三中,一审法院法律适用错误,二审法院法律适用正确。

第四,原告对借款已经支付的证明应当达到什么样的证明标准?前文提到,《规定》第16条第2款后半句是对法官自由心证的授权,即允许法官在对借贷事实是否发生存疑时,综合各方因素进行判断。这一内容延续了2011年全国民事审判工作会议以来的司法政策,^①相对司法实践中长期存在的“书证至上主义”,无疑是巨大的进步。不过,这一规定并未指明法官在什么情况下可以认定借贷行为真实发生。在实务中,法官的裁判标准远远谈不上统一。

案例四:在陈某诉邵某民间借贷案中,一审法院认为,“综合分析双方当事人所举证据,陈某所举证据相对于邵某所举证据更直接、更充分、更完整,而邵某所举证据间接、单薄,由此判断,陈某所举证据的证明效力优于邵某所举证据的证明效力,特别是邵某无足够证据推翻其亲笔签名的借条,而该借条是本案的最主要的证据,所以,一审法院依据陈某提供的证明效力强势于邵某提供的证据认定陈某主张的借款事实成立……。”邵某不服上诉。

二审法院认为,“邵某抗辩陈某并未将借款交付给邵某,而是支付给梅某,借贷行为尚未实际发生,为此提供了农村商业银行流水账及情况说明,该组证据证明2013年4月25日陈某通过网银向梅某转账184000元,依据陈某庭审时认可的每月利息为8000元及借条约定的借款时间为两个月,与转账款项数额能够相互印证。此外,陈某在一审庭审中先是陈述梅某只借过一笔借款,时间是借给邵某钱之后的1—2个月,借款金额是20多万元,后又陈述2013年4月25日转账给梅某的184000元是梅某找其借的钱,陈某本人的陈述前后矛盾,且未对其所称梅某两次借款提供相应书面证据。”“结合双方当事人的陈述、举证、质证及诉辩意见,陈某提供的证据不足以证明双方当事人之间的借贷关系已实际发生……”^②

案例五:在刘某诉阮某民间借贷案中,一审法院认为,“虽然刘某在借条出具经过上陈述前后有出入,但阮某于2015年6月3日向刘某出具借条的事实清楚,且阮某亦予以认可。借条是证明双方成立借贷关系的依据,本案阮某出具的借条从内容和形式上均能证明阮某向刘某借款的事实。同时,刘某、阮某均陈述在借款之前并不熟悉。基于一般生活常识,阮某不可能在刘某尚未支付其借款的情况下就先出具借条并签字确认。

^① 根据《2011年全国民事审判工作会议纪要(法办[2011]442号)》第31条,“对于民间借贷纠纷案件的全部证据,应从各证据与案件事实的关联程度、各证据之间的联系等方面进行综合审查判断。出借人应对存在借贷关系、借贷内容以及已将款项交付给借款人等事实承担举证责任;借款人应承担已经归还借款的举证责任。对于形式要件有瑕疵的“欠条”或“收条”等,应结合其他证据认定是否存在借贷关系。对现金交付的借贷,可根据借贷金额大小、交付凭证、支付能力、交易习惯、当事人关系以及当事人陈述的交付经过等因素,综合判断是否存在借贷关系。”

^② 参见安徽省蚌埠市中级人民法院(2016)皖03民终767号民事判决书。

因此,阮某的辩解意见有悖一般生活常识,一审法院不予采纳,阮某应当偿还刘某借款50000元。”阮某不服上诉。

二审法院认为,“从刘某自称的借款发生时间到进入本案诉讼程序的时间间隔并不长,而刘某对于借款资金的交付时间、借款资金的来源以及借条的形成情况有多次矛盾的陈述,有些陈述还与其自己所举示的证据相互矛盾。刘某所举示的证人证言亦不足以证明借款已实际交付。因此,刘某仅凭借条尚不足以证明其已实际向阮某某交付了5万元借款,也即不足以证明本案借款关系已经生效……”^{③③}

上述两个案例都经过了两个审级,而两审法院的分歧,都不妨归结为对民事诉讼证明标准的不同把握。案例四中,一审法院以原告证据的盖然性优于与被告为由确认原告主张成立,是对民事诉讼证明标准的明显误用。根据《民事诉讼司法解释》第108条,“对负有举证证明责任的当事人提供的证据,人民法院经审查并结合相关事实,确信待证事实的存在具有高度可能性的,应当认定该事实存在。对一方当事人反驳负有举证证明责任的当事人所主张事实而提供的证据,人民法院经审查并结合相关事实,认为待证事实真伪不明的,应当认定该事实不存在。”按照第一款,判断待证事实是否存在标准是法官是否确信待证事实的存在具有高度盖然性,而非原告证据的盖然性是否优于被告证据的盖然性;^{③④}根据第二款,被告反证只需让待证事实陷入真伪不明,而非像本证一样达到高度盖然性的标准。一审法院将原、被告证据的证明力进行比较并在此基础上认定原告主张成立,混淆了本证与反证,使得待证事实的证明标准被人为降低。从这个角度,一审法院适用法律错误。二审法院回到对原告本证的分析,并且在此基础上否认了原告的主张,适用法律正确。案例五中,在原告只出具了借条而被告否认借款实际发生并且作出合理说明的情况下,法院应当重点审查的是原告提交的证据能否让其形成对借款实际发生的内心确信,而不是被告的反驳是否存有疑点。一审法院仅以借条本身真实为由认定借贷关系成立,明显违背了《规定》第16条第2款的意旨。二审法院对待证事实进行了更加具体、深入的调查分析,并在适用较高证明标准的基础上驳回原告诉讼请求,是对《规定》第16条第2款的准确适用。

最后,在借贷行为是否发生真伪不明的情况下,应当判谁败诉?《规定》起草者设计第16条第2款的目的是让法院对争议事实进行更加深入、全面的调查,避免简单依据个别书证作出事实认定。这种初衷自然值得肯定。但在理论上,肯定存在经过全面调查依然无法对待证事实形成判断的情形,这时候,就只有根据客观证明责任的分配作出判决。如前文所述,对于借贷行为实际发生的证明责任由原告负担,因此,该事实真伪不明时,法官只能判原告败诉。下述案例可以作为这种法律适用的一个例证。

案例六:在张某诉黄某民间借贷案中,二审法院认为,“比较双方的主张和提交的证

^{③③} 参见重庆市第一中级人民法院(2016)渝01民终3991号民事判决书。

^{③④} 这是对《民事诉讼证据规定》第73条的巨大进步,参见吴泽勇《中国法上的民事诉讼证明标准》,载《清华法学》2013年第1期。

据结合涉案借款金额、双方当事人的恋爱关系和经济能力,根据日常生活经验法则,本院认为张某举证不充分,其向黄某出借50万元的待证事实真伪不明,张某应承担举证不能的不利后果。依据《合同法》第二百一十条的规定,本院认定双方不存在民间借贷关系,对张某要求黄某偿还借款50万元及利息,本院不予支持……。”^⑤

(二) 民间借贷案件事实调查的一般流程

基于上文的阐述,民间借贷案件事实调查大致可以遵循以下流程展开:

1. 原告主张的具体化。在进行事实调查之前,法院应当首先审查原告主张的请求权构成要件事实是否足够具体化。如果原告主张本身颠三倒四、漏洞百出,法院可以直接驳回其诉讼请求。

2. 被告对原告主张的否认及其具体化。对原告已经具体化的陈述,被告可以进行否认,并根据情况就其否认给出理由。被告否认的具体化程度,视原告主张的具体化程度而定,也视否认的内容而定。原则上,这种否认能够让法官对原告主张事实产生怀疑即可。如此,则就该事实形成事实调查中的争点。

3. 原告首先对待证事实提供证据进行证明。作为负主观证明责任一方当事人,原告应当首先提供证据证明待证事实。原告的证明在性质上属于本证,应当达到高度盖然性的证明标准。如果原告不能举证,或者证据不能证明待证事实达到高度盖然性的程度,则本证失败。

4. 被告对其否认提供证据证明。如果原告对待证事实的证明达到了高度盖然性的证明标准,则行为意义的证明责任转移到被告一方,被告应当提供证据证明其对待证事实的否认。被告的证明在性质上属于反证,只需将法官对待证事实的心证状态由“内心确信”拉低到“真伪不明”即可。如果被告无法举证,或者举证不能动摇法官的内心确信,则反证失败。

5. 原、被告的证明活动可能持续多轮,但上述3、4阶段的证明原理始终适用。

6. 法官对待证事实的认定。证据调查可能在上述任一环节戛然而止,而无论证据调查何时终结,法官都要综合本案全部证据和辩论情况,根据自由心证,对待证事实作出判断。判断结果可能是待证事实成立、不成立或者真伪不明。在待证事实真伪不明的情况下,应当根据客观责任分配,驳回原告诉讼请求。

真实世界的证据调查很少遵守上述流程,而且也没有这个必要。原告一般会在起诉的同时提供大部分证据,被告也会在反驳原告主张的同时提供相应证据。但上述原理的意义在于,它可以为法官的事实调查提供一种思维模型。利用这个模型,法官在任何情形下都知道自己处在事实调查的哪个阶段,并且知道在这个阶段该如何分配双方当事人的责任。

^⑤ 参见广东省广州市中级人民法院粤01民终3676号民事判决书。

三、借贷合意成立的证明

(一)《规定》第17条的法律适用

《规定》第17条规定“原告仅依据金融机构的转账凭证提起民间借贷诉讼,被告抗辩转账系偿还双方之前借款或其他债务,被告应当对其主张提供证据证明。被告提供相应证据证明其主张后,原告仍应就借贷关系的成立承担举证证明责任。”本条规定涉及借贷合意的证明责任。在理论上,对借贷合意的客观证明责任分配同样不存在争议。德国法上,通说认为,如果被告主张支付的原因是赠与或者其他法律关系,应由原告证明借贷关系的存在;原告应当排除被告主张的其他法律关系。^{③⑥}我国学者同样认为,借贷合意的成立应由原告负客观证明责任。^{③⑦}

实务中的主要争议在于:在原告仅以转账凭证提起民间借贷诉讼的情况下,应如何分配双方当事人的提出证据责任,以及如何进行事实认定。就此问题,多数观点认为,转账凭证只能证明实际给付了款项,不能证明双方存在借贷关系。在被告否认存在借贷关系的情况下,原告应当进一步证明借贷关系存在;^{③⑧}但也有观点认为,转账凭证是出借人已将借款支付给借款人的证据,原告提交该证据,可以证明其与被告之间的借款关系和已经实际履行出借义务。如果被告主张支付原因是其他法律关系,应当就此承担证明责任。^{③⑨}司法解释起草过程中一度采纳了前一种观点,规定原告仅提供转账、存款凭证等交付凭证,未提供借贷合意成立的证据,被告以双方不存在借贷关系或者存在其他法律关系为由抗辩的,人民法院应当要求原告就双方存在借贷合意进一步提供证据。原告不能提供证据的,应当驳回其诉讼请求。但在征求意见过程中,有意见认为,这样的证明责任分配对许多缺乏法律意识的出借人来说举证难度很大,不利于实体权利的保护。于是最高法院在该条中增加了被告就其“抗辩”提供证据证明的环节,以“加强对合法出借人的司法保护”。^{④①}这里首先运用上一节阐述的证明原理,分析第17条在实

^{③⑥} Dieter Leipold, In: Stein/ Jonas, *Kommentar zur ZPO*, 22. Aufl., 2008, § 286, Rdn. 105; BGH NJW 1983, S 931; BGH, WM 1976, 974-977.

^{③⑦} 除了前文引用的李浩教授的论述外,又见段文波主编《要件事实理论视角下民事案件证明责任分配实证分析》,厦门大学出版社2014年版,第153页;肖琳、王林清《民间借贷纠纷中“孤证”案件的法律适用——以100份民间借贷孤证案件判决书为分析样本》,载《海南大学学报》(人文社会科学版)2016年第1期。

^{③⑧} 比如《浙江省高级人民法院关于审理民间借贷纠纷案件若干问题的指导意见(2009)》第15条;《北京市高级人民法院关于审理民间借贷案件若干问题的会议纪要(2013)》第7条;《江苏省高级人民法院关于审理民间借贷纠纷案件的会议纪要(2013)》第二部分第(三)条;《重庆市高级人民法院关于审理民间借贷纠纷案件若干问题的指导意见(2011)》第9条;以及郝正《民间借贷纠纷实务解析与裁判指引》,法律出版社2015年,第116页;关恒《仅有款项交付凭证的事实认定》,载《人民法院报》2015年12月3日第7版。

^{③⑨} 王林清、陈永强《民间借贷的事实审查与证明责任分配之法理》,载《政治与法律》2013年第12期;靳羽《民间借贷案件的举证责任分配》,载陈国猛主编《民间借贷:司法实践及法理重述》,人民法院出版社2015年版,第177-179页。

^{④①} 参见杜万华主编《最高人民法院民间借贷司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第304页。

务中可能遇到的问题。至于这些问题的根源,留待下文讨论。

首先,原告对于借贷合意成立的具体化主张。在这一阶段可能提出的问题是:是否原告只要提出金融机构的转账凭证,就完成了第一个回合的诉讼攻防?当然不是。借款偿还请求权的法律要件至少包括借贷合意成立和借款已经交付,而金融机构转账凭证或者其他的支付凭证只能证明支付发生,并不能就支付的原因提供任何信息。^{④①}因此,原告如果希望在第一个回合里说服法官,至少还要就借贷合意的形成进行具体化的事实主张。原告应当具体说明其与被告之间的借贷关系是如何形成的,具体内容又是什么。如果原告不能进行这种说明,或者其说明漏洞百出、自相矛盾,那么法院可以以原告主张欠缺“一贯性”为由驳回其诉讼请求。

其次,被告的具体化反驳。在原告已经对借贷合意的形成进行了具体化主张的情况下,被告原则上需要对其否认提出具体化的反驳。这时可能提出的问题是:被告反驳需要具体化到何种程度?笔者认为,这种反驳需要达到的证明程度与第16条第二款一样,“作出合理说明”即可。就此不妨观察下述案例:

案例七:在谢某诉吕某民间借贷案中,二审法院认为,“谢某未与吕某签订借款协议或借条,其仅提供银行转账凭证用以证明借款151000元。吕某认可收到上述款项,对于该笔款项的性质解释为谢某帮助吕某出售预留房屋所得溢价款……吕某在对涉案款项进行合理解释后,谢某应进一步提供证据证明其主张。”^{④②}

上述案例中,被告对其关于借贷合意的否认给出了合理解释,基于该解释,法官足以相信,就该笔转账的基础法律关系存在其他可能性。这种情况下,可以认为被告已经完成与其否认匹配的具体化义务,下一轮的攻击防御任务就转移到了原告一方。

第三,原告的提出证据责任。按照上一节阐明的原理,在被告对其否认作出合理说明后,借贷合意是否成立就构成了本案中的争点。就此争点,原告应当首先提供证据进行证明。因为,对借贷合意这一争点(待证事实),同样是原告负担主观证明责任。如果原告对该事实不能提供证据予以证明,法官只能判原告败诉。恰恰在这一点上,实践中的做法存在严重分歧。

案例八:在夏某诉王某民间借贷案中,再审法院认为,“申请人主张其与被申请人存在民间借贷关系,依法应提供相应证据予以证明。但申请人在原审时仅提供了其从本人银行账户向被申请人银行账户转款的转账凭证及与被申请人之间的短信记录。申请人提供的转账凭证仅能证明其曾经向被申请人银行账户转款的事实,其提供的短信记录中,被申请人也未明确表示哪些款项属于借款,因此,申请人提供的证据不足以证明其与被申请人存在借贷合意。”^{④③}

案例九:在周某诉留某民间借贷案中,二审法院认为,“本案的争议焦点是诉争的

^{④①} 实践中,原告可能在转账凭证上备注转账原因,这可以提供一些信息,但因为是单方备注,一般不能作为直接证据使用。

^{④②} 参见北京市第三中级人民法院(2016)京03民终6296号民事判决书。

^{④③} 参见湖北省高级人民法院(2016)鄂民申1781号民事裁定书。

100 万元是否系周某出借给留某的借款。本案中,留某收到周某的银行汇款 100 万元是双方均认可的事实。周某主张此款为出借给留某的借款,并提交 100 万元汇款的银行凭证。留某抗辩此款系周某偿还向其外币借款及代为垫付购买石雕的款项,但留某既未提交相应的证据予以证明,也未能详细、合理的陈述其主张的事实……在留某未能就 100 万元系周某向其支付的还款而非借款的抗辩理由提供充足的证据予以证明的情况下,留某应承担举证不能的不利后果。”^④

案例十:在郑某诉郭某民间借贷案中,二审法院认为,“从以上规定(《规定》第 17 条)可见,原告仅依银行转账凭证提起民间借贷诉讼,法院先推定双方之间的关系是借贷关系,如果被告提出相应证据能够证实其抗辩,法院再依法认定……根据现有证据,尚不足以证明郭某收取的 43 万元是廖某委托郑某向其支付的郭某应当收取的其在某公司应得工资、分红及营销等费用,郭某应当承担举证不能的后果。根据优势证据原则,本院依法认定郑某与郭某之间 43 万元的借款关系成立。”^⑤

上述三个案例中,只有案例八对当事人双方的提出证据责任作了正确的分配。在该案中,当借贷合意成立与否发生出现争议时,应由原告提供证据证明其主张的借贷合意存在。这种证明在性质上是本证,应当达到高度盖然性的证明标准。原告提交的证据不足以达到这样的证明标准,法官只能判其败诉。案例九中,被告主张其收到 100 万元系原告偿还其外币借款以及垫付购买石雕的款项,应该说对其否认已经尽到了必要的具体化义务(说明了该笔转账存在其他可能性)。这种情况下,应该由原告进一步提供证据证明这 100 万元转账的法律原因是其主张的借款,而非被告证明这 100 万元是用来偿还外币借款以及垫付购买石雕的款项。案例十中,法院认为在原告提交银行转账凭证的情况下,首先推定双方之间的关系是借贷关系,如果被告否认存在这种关系,则需要提供证据予以证明。但这种“推定”并没有令人信服的基础。一份转账凭证背后可能有很多法律原因,怎么可以因为原告的一纸诉状就推定是原告主张的借贷关系呢?所以,案例九和案例十对当事人提出证据责任的分配是错误的。

第四,被告的提出证据责任。如果原告对借贷合意的证明让法官形成了内心确信,提出证据责任就转移到了被告一方。按照前文的阐释,被告这时的证明在性质上是反证,只需要动摇法官关于借贷合意成立的内心确信即可。比如在下述案例中,被告无法进行有效的反证,只能承受败诉的结果。

案例十一:在康某、杨某诉耿某、胡某民间借贷案中,再审法院认为,“本案中,康某提供了银行转账凭证证明,其向耿某支付过 25 万元款项,并提供录音证据证明系耿某借款的事实。而耿某、胡某称收到款项,是因耿某与康某双方之间存在合伙关系而为。但耿某、胡某没有证明双方存在合伙关系的证据,也没有证据证明双方之间存在其他债

^④ 参见浙江省丽水市中级人民法院浙 11 民终 268 号民事判决书。

^⑤ 参见重庆市第五中级人民法院(2016)渝 05 民终 4891 号民事判决书。

务……”故耿某的再审申请不成立。^{④6}

最后,自由心证与客观证明责任的分配。如果原被告双方都进行了充分的举证,那么法官就需要综合双方证据以及相关案情因素,对借贷合意是否成立作出判断。这种判断在原理上与上文阐述的标准并无二致,关键是看原告对待证事实的证明是否足以让法官形成内心确信(达到高度盖然性);对被告反证的审查只需看其能否从反面动摇法官的内心确信,并非证据评价的重心。

案例十二:在雍某诉黄某民间借贷案中,二审法院认为,“雍某仅依据其向黄某的银行账户存款的银行凭证和其代理人对黄某的一份调查笔录向黄某主张债权,黄某抗辩提出双方当事人之间根本不存在借贷关系,并提供了银行交易记录、证人证言、合伙协议等证据予以证明。根据高度盖然性的证据标准,本院认为黄某提供的证据能够证明其主张。在黄某举证证明双方当事人之间不存在借贷关系的情况下,雍某对于其起诉时所主张的借贷关系的存在,需要进一步提供证据证明,但雍某未能提供证据推翻黄某的抗辩主张,故本院认为不能仅依据银行存款凭证认定借贷关系成立。”^{④7}

案例十三:在张某诉苏某民间借贷案中,再审法院认为,“张某依据中国银行汇款凭证提起民间借贷诉讼,要求苏某偿还借款,苏某辩称未向张某借款,曾委托张某办事时,向张某账户存款90万元,并交付张某鸡血石等财物,后因事情未能办妥,双方协商,张某退还200万元。依据上述法律规定(《规定》第17条)苏某应当对其主张提供证据予以证明,但其在本案中提供的证据不足以证明其主张,一、二审法院认定双方之间存在民间借贷的事实,并无不当。”^{④8}

案例十四:在王某诉谭某民间借贷案中,二审法院认为,“谭某举示的证据虽不能确证谭某退出合伙,案涉款项为退伙款,但却存有此可能。在此前提下,需要王某进一步举证证明其与谭某之间存有借款合同关系。如若不能,则应依据《规定》第十七条……,由王某承担举证不能的不利后果。”^{④9}

上述三个案例中,案例十二、案例十三中判决书对事实认定结果的论证,均有可指摘之处。两个判决书的共同问题是,对原告主张事实和被告主张事实适用了相同的证明标准。如果说案例十二因为被告恰好可以证明其主张,因此尚不影响判决实体结果,那么案例十三中的被告就没那么幸运了。该案要求被告证明其反驳主张,而按照本文阐述的证明原理,他本来没有这样的义务。这里的原理就是:被告对其否认的证明属于反证,反证只需动摇本证形成的内心确信,无需达到高度盖然性的证明标准。案例十四的审理法院准确把握了这一原理,对待证事实的证明责任作出了正确的分配。

(二)对《规定》第17条的批评

以上考察表明,即便在《规定》实施后,我国法院对借贷合意的事实认定仍然难言统

^{④6} 参见新疆维吾尔自治区高级人民法院(2015)新民申字第1899号民事裁定书。

^{④7} 参见湖南省岳阳市中级人民法院(2016)湘06民终171号民事判决书。

^{④8} 参见北京市高级人民法院(2016)京民申2281号民事裁定书。

^{④9} 参见重庆市第四中级人民法院(2015)渝四中法民终字第01486号民事判决书。

一。在笔者看来,实务上的分歧主要源于对两个问题的不同认识:一是转账凭证可否初步证明借贷合意存在;二是被告是否应就“转账系偿还双方之前借款或其他债务”的主张负证明责任。只要对这两个问题作出了明确回答,其他争议都将迎刃而解。解释起草者恰恰在这两个问题上认识模糊,由此导致了《规定》第17条在表述上的严重缺陷。

1. 转账凭证并不能初步证明借贷合意存在。如上文所述,支付凭证除了能够证明支付,并不能对借贷合意的存在提供任何证明。一个支付背后可能有无数种基础法律关系。这无穷多的可能性,并不会因为原告起诉时对借款关系的主张而消除。有法官认为,在“有转账凭证无借据”的情况下,应当认定借贷关系成立。因为,“原告虽然未能举证证明双方曾经达成借贷合意,但是其在庭审中能够合理陈述借贷发生的原因、经过,再结合其向被告转账的事实可以认定,双方之间存在借贷关系的可能性非常大,原告的举证已经达到‘高度盖然性’的证明标准”。^{⑤⑩}这种推理表面上合理,实际上有明显的逻辑漏洞——它完全忽略了被告反驳可能具有的意义。假如原告有转账凭证作为证据,并且能够合理陈述借贷发生的原因、经过,其对借贷合意成立的陈述的确构成了一个具有“一贯性”的事实主张;但仅此而已。在被告主张转账系因其他法律关系,并同样就该主张进行了合理陈述的情况下,借贷关系是否成立即陷入真伪不明。这才是《规定》第17条要面对的典型场景。而在这一场景中,显然不能立足于“假定借贷合意存在”前提来讨论双方的证明责任分配。

2. 被告对“转账系偿还双方之前借款或其他债务”的主张不负证明责任。被告应否对该主张负证明责任,取决于该主张是不是真正意义上的“抗辩”。正如学者指出的,抗辩与否认的本质区别在于,抗辩事实与请求原因事实可以并存,而否认事实与请求原因事实无法共存。^⑪有学者进一步指出,抗辩的目的在于否定请求原因的法律效果,而否认的目的则在于否定请求原因本身。^⑫这些观点无疑都是正确的,因为,倘若不持这样的观点,那么民事诉讼的证明责任分配体系将陷入混乱,对待证事实的证据调查也将失去准据。基于这种理解,被告对“转账系偿还双方之前借款或其他债务”的主张显然是否认而非抗辩。最高法院释义书认为,被告以转账系偿还双方之前借款或者其他债务为由否认原告提出的借款事实,实际上提出了一个新的主张,即双方当事人之间还存在其他的法律关系,“按照主张权利的当事人应当对权利发生的法律要件存在的事实负举

^{⑤⑩} 前引^{③⑨} 靳羽文,载陈国猛主编《民间借贷:司法实践及法理重述》,人民法院出版社2015年版,第178-179页。袁琳通过分析转账凭证作为本证和反证的证明力,也认为,“在转账凭证系案件唯一证据的情况下,可以认为原告凭借这一证据已经达到了高度盖然性的证明标准,《规定》第17条视原告提供转账凭证为完成初步举证有其正当性和合理性。”参见袁琳《证明责任视角下的抗辩与否认界别》,载《现代法学》2016年第6期。

^⑪ 参见杨立新、刘宗胜《论抗辩与抗辩权》,载《河北法学》2004年第10期;占善刚《民事诉讼中的抗辩论析》,载《烟台大学学报》(哲学社会科学版)2010年第3期;占善刚《附理由的否认及其义务化研究》,载《中国法学》2013年第1期;陈刚《论我国民事诉讼抗辩制度的体系化建设》,载《中国法学》2014年第5期;前引^{⑤⑩} 袁琳文;刘学在、李祖业《论仅有转账凭证之借贷事实的证明责任分配——对〈民间借贷规定〉第17条之检讨》(未刊稿)。

^⑫ 前引^{⑤⑩} 袁琳文。

证责任的基本原理,即应负相应的举证责任,需要提供证据予以证明。”^③这种观点恰恰混淆了否认与抗辩。我们说被告“转账是因为其他法律关系”的主张是否认而非抗辩,是因为在《规定》第17条的语境中,被告提出这一主张只是为了排除原告主张的原因事实——因为两种事实无法共存,而不是援引一个新的法律规范,以消灭、妨碍或者制约原告的权利主张。因为有待适用的法律规范并无任何变化,适用法律要件分类说的结论只能是原告证明其主张的借贷法律关系存在,而非被告证明其主张的其他原因事实存在。可见,被告对“转账系偿还双方之前借款或其他债务”的主张不负客观证明责任。

由于被告关于存在其他法律关系的主张是否认而非抗辩,关于该主张的证明就是反证而非本证。对《规定》第17条而言,作为请求权基础的要件事实是“借贷合意成立”,对该要件事实的证明责任已由实体法分配给原告,被告对该要件事实的否认的证明只能是反证。有学者认为,《规定》第17条可以解读为将证明顺序调整为先反证后本证,而且这种调整具有正当性。理由是,“这类纠纷的事实认定难度极大,对原告而言,由于提交不出证明力较大的直接证据,说服法官的过程十分艰难……由被告先行举证,一定程度上可以降低认定事实的难度:一方面,被告的证明难度相对较低,只需让待证事实陷入真伪不明即可;另一方面,在被告需要进行反证且提出反证不困难的情形下,如果认为负有证明责任一方的事实主张是不真实的,那么在没有特别事由的前提下其应当会提起反证,这本身也是一个经验法则”。^④该学者认为,不妨将这种制度设计看作赋予被告事实解明义务,而其正当性在于,“在如第17条所示的案件中,原告提交不出直接证据和书面证据,这是由自然人民间借贷纠纷的性质决定,并不当然意味着凡如此类的原告一概没有实体法上的请求权。为了降低事实认定难度、保障合法债权人的利益不受损失,应当施加被告事实解明的义务。特别是,被告对于原告主张不是单纯否认,而是附理由的否认,这更加印证了被告承担事实解明义务的正当性,被告既然引入新的事实来积极地否认原告的主张,就应当认定其必然可以举证证明其事实主张。”^⑤笔者不同意这种观点。

首先,证明难度不是改变本证、反证顺序的恰当理由。如果说原告可能因为缺乏法律知识而没有事先签订或者保留债权凭证,那么被告对其主张的其他法律关系,同样有可能没有保留相关凭证。就概率而言,两种证明在难度上并无二致。实务中,被告当然可以在否认的同时提出证据,但这不等于应当在制度上要求被告首先进行反证。

其次,反证证明标准较低也不是支持反证先行的恰当理由。反证的确只需让待证事实陷入真伪不明,但问题是,在被告举证之前,借贷合意是否成立本来就是真伪不明的。若非如此,这一事实根本不会成为证明的客体。

^③ 参见杜万华主编《最高人民法院民间借贷司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第307-308页;靳羽《民间借贷案件的举证责任分配》,载陈国猛主编《民间借贷:司法实践及法理重述》,人民法院出版社2015年版,第177页。

^④ 前引^③,袁琳文。

^⑤ 前引^③,袁琳文。

再次, 无论怎样安排证明顺序, 都不可能保护所有合法债权人的利益。由原告首先举证证明借贷合意成立, 的确有可能让某些合法债权人利益受损; 但让被告首先进行反证, 同样会让某些被告因为不存在的借贷关系而蒙冤。客观证明责任本质上是一种风险分配机制。将民间借贷案件的证明责任分配给原告, 是因为让攻击方(原告)保留借贷合意成立的证据, 比让防御方(被告)保留(与本案无关的)其他法律关系存在的证据更具期待可能性。^{⑤⑥} 而先反证、后本证的制度设计, 则让这种风险分配很大程度上落空。

最后, 在民间借贷案件中, 不存在要求不负证明责任一方当事人负事案解明义务的充分理由。所谓事案解明义务, “其内涵是不负证明责任的一方当事人对于事实厘清负有积极的、具体的陈述和说明义务, 包括提出相关证据资料的义务。”^{⑤⑦} 无论在德国还是日本, 判例和主流学说都不承认一般性的事案解明义务, 而是主张将其适用范围应限制在所谓“信息偏在型”的案件中。^{⑤⑧} 我国亦有学者明确支持这一观点。^{⑤⑨} 其理由在于: 对争议事实进行具体化的陈述和说明属于当事人主张责任的内容, 而对待证事实的主张责任, 与证明责任一样, 通常情况下被分配给主张特定法律效果的当事人。这种分配方法源于辩论主义的内在要求。如果承认一般性的事案解明义务, 将会从根本上改变证明责任的分配, 进而动摇辩论主义的根基。只有在负证明责任一方当事人因为欠缺相关信息而不能期待其对案件事实主张进行具体陈述, 而不负证明责任一方当事人掌握相关信息且其对案件事实进行具体化陈述具有期待可能性时, 要求后者负事案解明义务才具有正当性。民间借贷案件并不属于这种“信息偏在型”案件。民间借贷合同作为合同的一种, 其签订和履行都是双方当事人共同参加和见证的。在民间借贷案件中, 并不像在医疗侵权案件、环境侵权案件中经常出现的那样, 某一要件事实相关信息完全或者主要处于不负证明责任一方当事人控制。因此, 在民间借贷案件中, 要求不负证明责任一方当事人负事案解明义务缺乏基础。

有学者认为, 《规定》第 17 条可以理解为被告的“积极否认”义务。^{⑥⑩} 但在民间借贷案件中, 并不存在被告的一般性“积极否认”义务。正如上文所述, 民间借贷案件不是以“信息偏在”为一般特征的案件类型, 因此没有理由对双方当事人的主张和证明责任作不同于一般案件的特殊安排。理论上, 如果原告只有转账凭证而不能对借贷合意作出具有“一贯性”的具体化主张, 被告当然可以作出不附理由的否认(消极否认)。在原告

^{⑤⑥} 作为证明责任分配实质性依据的“进攻者原则”, 参见 Hans Prütting, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, München: Beck, 1983, S250, 258. 新堂幸司认为, 基于当事人之间的公平, 也要求改变权利现状者对权利变更的要件负证明责任。参见新堂幸司《新民事诉讼法》林剑锋译, 法律出版社 2008 年版, 第 397 页。

^{⑤⑦} 前引^{⑤⑥}, 袁琳文。

^{⑤⑧} 德国的情况, 参见前引^{⑤⑧}, 姜世明文; 日本的情况, 参见前引^{⑤⑧}, 占善刚文。

^{⑤⑨} 参见前引^{⑤⑧}, 占善刚文。

^{⑥⑩} 包冰峰和袁琳持这种观点, 参见包冰峰《论民事诉讼中当事人的积极否认义务》, 载《证据科学》2015 年第 4 期; 前引^{⑤⑧}, 袁琳文。

作出对借贷合意存在作出具体化主张之后,被告才有义务作出具体化的反驳(积极否认)。^①在《规定》第17条的语境下,被告只要具体、合理的说明转账凭证是因何种借款或者法律关系引起的,即可认为满足了这种义务。而在被告完成具体化反驳之后,按照证明责任分配的一般原理,接下来就应当是原告首先对其请求原因事实进行举证,而非被告对其否认事实进行举证。

综上所述,《规定》起草者不仅误判了转账凭证对于借贷合意的证明力,而且混淆了否认与抗辩的制度区别。这使得《规定》第17条在逻辑上越过“原告对法律要件事实的具体化主张”、“被告对原告事实主张的反驳”以及“原告对争点事实的本证”,直接进入被告的反证环节。这种制度安排让被告在证据调查中承受过重负担,甚至导致借贷合意要件证明责任被倒置的意外后果。正如前文所述,没有人主张倒置借贷合意要件的证明责任,《规定》的起草者也没有。^②但“被告应当对其主张提供证据证明”的表述,有可能让法官误解此类案件中的证明责任分配。^③之所以出现案例九、案例十、案例十三这类“问题判决”,《规定》第17条的表述失误难辞其咎。

四、偿还抗辩的证明

《规定》第16条第1款规定“原告仅依据借据、收据、欠条等债权凭证提起民间借贷诉讼,被告抗辩已经偿还借款,被告应当对其主张提供证据证明。被告提供相应证据证明其主张后,原告仍应就借贷关系的成立承担举证证明责任。”立法者将这一款规定在三款的最前面,但从逻辑上,这一款涉及的内容本应出现在其他两款之后。因为在理论上,被告偿还借款的主张是真正的抗辩。偿还的前提是承认借贷关系存在,因此二者是可以并存的。原告抗辩已经偿还借款,实际上是主张合同的权利义务因为债务履行而终止(《合同法》第91条第1款)。按照《民事诉讼法司法解释》第91条,这一主张属于“权利消灭抗辩”,被告需要对此负证明责任。在这个前提下,本文之前阐述的所有原理一应适用,只是主体对调而已。但与《规定》第17条一样,这个条款同样存在表述缺陷。结合相关案例,分述如下:

^① 包冰峰也指出了这一点。参见包冰峰《论民事诉讼中当事人的积极否认义务》,载《证据科学》2015年第4期。一般性的要求被告对其否认提出“附理由否认”,有可能导致民间借贷与不当得利的混同。对后者而言,要求被告就其得利“无法律上理由”负具体化陈述义务,可能是正当的。而在民间借贷案件中不加区分的要求被告提出“附理由否认”,则模糊了民间借贷与不当得利的区别,可能会导致实体法适用的紊乱。

^② 释义书这部分的论述相当混乱,很多地方自相矛盾,但没有证据证明《规定》的起草者要在这个地方引入证明责任倒置的制度设计。而《规定》第17条最后落脚在原告的“举证证明责任”,从另一个角度否定了这种可能性。

^③ 实务中,不乏以《规定》第17条对抗《民事诉讼法司法解释》第91条的裁判。比如在“崔某诉剧某甲、剧某乙民间借贷案”中,再审法院就认为,虽然再审申请人认为本案应当适用《民事诉讼法司法解释》第91条第1款分配证明责任,但“根据新法优于旧法、特别法优于普通法的法律适用原则,本案应当适用《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第17条的规定”。参见新疆维吾尔自治区高级人民法院(2015)新民申字第1800号民事裁定书。

首先是被告对于偿还抗辩“提供证据证明”的责任。《规定》第16条第1款第一句要求被告对其偿还抗辩“提供证据证明”,这在表达方式上与第17条第一句完全相同。但考虑到被告主张的性质,我们却不能拿上一节的解读方式来理解这里的“提供证据证明”。考虑到被告在这里提出的是真正意义的抗辩,他当然要对抗辩事实负客观证明责任。基于这样的证明责任分配,被告首先应当对偿还借款的抗辩进行具体化的事实主张。与第16条第2款、第17条中被告的处境类似,原告对于被告的偿还抗辩也可以提出两种否认,一是否认被告对原告有过金钱给付,二是承认有过给付,但否认该给付是偿还原告主张的借款。如果因为原告否认而使得借款是否偿还成为争点,被告应当首先提供证据证明其主张,而不是原告提供证据证明其否认。作为负证明责任一方当事人,被告对于偿还抗辩的证明属于本证,应当达到高度盖然性的证明标准。可参见以下案例:

案例十五:在姜某、刘某、陈某诉杨某民间借贷案中,二审法院认为,“被上诉人(初审原告)主张上诉人(原审被告)未偿还借款,提交上诉人出具的欠条为证。上诉人对被上诉人提交欠条的真实性没有异议,但主张已偿还借款。对其主张上诉人在原审中申请证人尉某、顾某、李某到庭作证,二审中又申请证人尉某、顾某到庭补充说明情况。本院认为,顾某曾是上诉人的司机,与上诉人存在一定的利害关系。尉某与上诉人系同村邻居、多年的朋友,且尉某自己也认可并不清楚借款、还款的数额。李某没有见到还款过程。二审中尉某与顾某在有关借款、还款地点以及借款经过方面的陈述存在不一致的地方。且刘某已经去世,关于尉某与顾某是否参与了还款过程,除其二人陈述外,也无其他证据佐证。而且在上诉人与刘某关系并不密切的情况下,上诉人还款时既不要求刘某退还欠条也不要求刘某出具收条,也不符合常理……原审认定上诉人主张已偿还借款证据不足,并无不当。”^⑭

在案例十五中,由于原告否认借款已经偿还,被告提供了若干证人来证明其主张。但这些证人证言本身证明力有限,加上证人陈述存在不一致的地方,法院不能形成被告已经偿还原告借款的内心确信。应该说,在本案中,法院正确地分配了证明责任,对被告本证证明标准的适用也比较妥当。

其次是原告的“举证证明责任”。《规定》第16条第1款第二句要求原告在被告证明其抗辩后,仍就借贷关系的成立“承担举证证明责任。”在我国民事诉讼实务的语境中,“举证证明责任”包含了客观证明责任的内涵,与所谓“提供证据证明”有本质的不同。^⑮但在《规定》第16条第1款的情况下,恰恰不存在根据客观证明责任判决原告败诉的可能性。被告偿还借款的抗辩就是以认可借贷关系成立为前提的,无论其抗辩能否被证明,借贷关系成立都作为自认事实而无需进入证据调查。从这个角度,《规定》16

^⑭ 参见山东省烟台市中级人民法院(2016)鲁06民终1795号民事判决书。

^⑮ 关于“举证证明责任”的内涵,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》,人民法院出版社2015年版,第312页。

条第1款第二句可以说是画蛇添足。另一方面,对于被告关于偿还抗辩的举证,原告当然可以提出反证。这种反证仅在被告本证足以让法官形成借款已经偿还的内心确信时才有必要,并且无需达到本证那么高的证明标准。关于这一点,实务中并不总是能正确把握。

案例十六:在张某诉自某民间借贷案中,一审法院认为,“被告辩称已偿还原告全部借款,且已还超。首先,被告所举的三份银行回单,累计偿还原告借款合计645000元,超过向原告所借款项1倍多;其次,第一次庭审中被告承认,原、被告之间是合伙关系,但第二次庭审中被告否认双方有合伙关系,两次庭审被告的辩称相互矛盾;再次,第二次庭审中,原审法院询问被告,对超出还款的金额是否予以反诉,被告明确表示不提反诉。以上三点被告的行为均与常理不相符,故原审法院对被告的辩称不予采信。”自某不服上诉。

二审法院认为,“被上诉人张某要求上诉人自某偿还借款的事实依据为借款金额合计为300000元的《借条》二份,上诉人自某抗辩称其已归还借款300000元,并提供通过银行陆续向被上诉人张某打款五次总计金额为782760元的凭证证实其主张。被上诉人张某亦认可收到上诉人自某782760元,但主张该782760元系用于偿还当事人双方另外的借款(并不包含在本案中主张的300000元借款)及双方的合伙经营的分红。……由于上诉人自某不认可与被上诉人张某存在合伙关系,被上诉人张某应当对其与上诉人自某之间除300000元借款之外尚有其他借款及收到的款项为合伙经营分红的事实承担举证责任,但被上诉人张某未向本院提供证据证明该项主张,被上诉人张某应当承担举证不能的法律后果,对于上诉人自某认为300000元借款已经归还的主张,本院予以支持。”⁶⁶

按照上文关于本证与反证的区分,案例十六中一审法院的事实认定是正确的。因为被告对其抗辩的证明不能让法官形成借款已经偿还的内心确信,根本不需要原告证明其否认。二审法院则在这个问题上犯了错误:它竟然要求原告证明被告主张的支付行为系偿还其他借款以及双方合伙经营分红。正如上节已经指出的,存在其他法律关系的主张在性质上属于否认,对该否认,主张者不负结果意义上的证明责任。二审略过被告的本证,直接要求原告对否认进行证明,完全颠倒了本案中的证明顺序。而出现这样的问题判决,《规定》第16条第1款关于原告“举证证明责任”的多余规定难说不是重要的诱因。

五、结语

行文至此,不妨对引言提出的问题稍作回答:

1. 《规定》第16条第1款中的被告“提供证据证明”是行为意义上的证明责任,也是

⁶⁶ 参见云南省普洱市中级人民法院(2016)云08民终271号民事判决书。

结果意义上的证明责任。

2. 被告对偿还抗辩的证明在性质上属于本证; 在被告提出偿还抗辩的情况下, 原告无需再对借贷关系成立加以证明。

3. 第 16 条第 2 款中“合理说明”可以理解为被告对其否认的具体化。

4. 人民法院应当综合各种因素, 仍然无法判断借贷事实是否发生, 客观证明责任由原告负担。

5. 第 17 条中的被告“提供证据证明”只能理解为行为意义上的证明责任, 而且是一种反证意义上的证明责任。

6. 三款规定中都提到被告的“抗辩”, 但只有第 16 条第 1 款中的“抗辩”才是真正意义的抗辩, 其他二款中的“抗辩”在性质上都是否认。

通过以上讨论, 我们发现, 《规定》第 16 条第 1 款、第 17 条在术语使用、条文逻辑上都存在明显缺陷。第 16 条第 1 款不必要地规定了原告的“举证证明责任”, 第 17 条则不恰当地强调了被告的提出证据责任。由于这些缺陷的存在, 旨在解决实务问题的司法解释, 实际上导致了新一轮的问题。^{①7}

但我们同时也看到, 即便法律解释存在表述缺陷, 实践中依然有大量值得称道的裁判。比如在案例七、案例八、案例十四中, 法官都绕开《规定》第 17 条第一句, 作出了既具有个案妥当性、又符合证明责任一般原理的判决。这给我们的启发是, 事实认定问题的解决未必总是需要专门的司法解释施以援手。只要法官掌握了证明责任分配理论和证据调查的技巧, 完全可以在没有司法解释的情况下作出妥当的事实认定。这些理论包括哪些内容? 就本文论题所及, 这主要包括以下几对概念的准确理解和妥当运用。一是否认与抗辩的区分: 第 16 条第 1 款涉及抗辩, 第 16 条第 2 款、第 17 条涉及否认。二是主张的具体化义务与提出证据责任的区分: 第 16 条第 2 款中的“合理说明”是一种主张的具体化义务, 而不是提出证据的责任。三是本证与反证的区分: 第 16 条第二款、第 17 条中被告的证明属于反证, 应当按照反证的顺序和标准进行。

而上述区分的依据, 都来自客观证明责任的分配。这就是为什么证明责任被称为民事诉讼的“脊梁骨”。证明责任制度的功能不仅在于案件审理终结时分配真伪不明的风险, 同时也在于在事实调查各阶段分配当事人的责任。由于在实践中真正意义的证明责任判决并不多见, 而且理应尽量避免, 后一功能就显得尤其重要。为了发挥证明责任的这一功能, 需要在证明责任分配之外, 引入主张责任、主张的具体化、证明的必要性、提出证据责任的转移、本证和反证的区分等理论, 对民事诉讼事实调查的流程作更精细的划分, 对当事人在各阶段的任务作更具体的分配。我国民间借贷案件审理中之所以出现事实认定的“困境”, 并非证明责任分配有问题,^{①8}而是法官没有全面掌握、妥

^{①7} 在实践中, 第 17 条带来的混乱更严重, 而第 16 条第 1 款的缺陷, 正常情况下不会对法官产生重大影响。

^{①8} 实际上, 根据被《民事诉讼法司法解释》第 91 条承认的证明责任分配“规范说”, 结合《合同法》的相关条文, 已经足以确定民间借贷案件中的证明责任分配。

善运用上述理论工具导致了问题。

相应地,为了应对民间借贷案件审理中的事实认定难题,当务之急不是修改司法解释,^⑨而是强化法官对民事诉讼证明理论的学习和掌握。《规定》第 16 条第 2 款要求法官综合各种因素对争议事实作出判断,体现了拓展证据调查范围,鼓励法官运用自由心证权限的司法政策导向。这种导向是积极的。坚持这种导向,辅以法官对事实调查相关理论与技术的熟练运用,所谓“困境”的化解看上去并非遥不可及。

Abstract: In our country, fact-finding in the judicial practice of private lending is often found in difficulty. This kind of difficulty does not be solved through the implementation of the private lending judicial interpretation by the Supreme People's Court; on the contrary, because of the obvious defects in the use of terms and logic of clauses of article 16 and article 17, new chaos has been emerged in practice. The solution to the problem is not to develop more judicial interpretation, but to introduce theories such as burden of claim, embodiment of claim, necessity of proof, putting forward transfer of burden of evidence and differentiating assertive evidence and rebuttal evidence, to have a more detailed division in the process of fact investigation and to have a more specific allocation for party's mission at all stages on the basis of adhering to the allocation of burden of proof established by norm theory.

(责任编辑: 陈贻健)

^⑨ 根据本文之前的讨论,《规定》第 16、17 条怎样表达更合适,已经非常清楚。笔者不拟提出自己的修改建议,一是因为《规定》刚刚出台不久,这类建议被接受的可能性很小;二是因为,再完美的司法解释也不可能包含所有的证据调查原理和技术,而本文强调的恰恰是对相关原理和技术的熟练掌握。