

# 合同内容的证明责任分配

胡东海\*

**内容提要：**合同内容的证明责任分配须借助“规范说”的证明责任分配原理进行补充。合同必要条款与非必要条款的区分不仅决定合同成立所要求的合意范围，而且对合同成立与合同内容的证明责任分配均具决定性。以“规范说”为代表的现代证明责任理论通过解构单一的合同法问题，区分“合同条款的合意”与“合同条款的内容”，进而区分合同成立与合同内容的证明责任分配。依“规范说”，非必要条款的内容由主张者举证，若其由原告主张，则为合同权利的产生要件而应由原告举证；若其由被告主张，则为合同权利的阻碍要件而应由被告举证。非必要条款包括常素和偶素，主张者应举证约定常素的内容，即举证存在异于任意规范的约定内容；主张者应举证约定偶素的内容，即举证条件或期限的存在及内容。必要条款的内容在一般情形由原告举证，即原告举证当事人、标的和数量等条款的内容。价款或报酬条款应区分为“应当支付”条款与“如何计算”条款，前者属于必要条款而由原告举证其内容，后者属于非必要条款而由主张者举证其内容。必要条款的内容在涉及代理权的特殊情形由主张者举证。

**关键词：**合同内容 必要条款 非必要条款 规范说 证明责任分配

## 一、问题的提出

合同纠纷案件的证明责任分配至关重要，牵涉诸多彼此关联的合同法理论与证明责任理论问题。〔1〕现代证明责任理论的权威学者罗森贝格，在其传世名著中创立“规范说”，将法律行为/合同的证明责任分配划分为两大类：一是法律行为/合同成立与生效的证明责任分配；二是法律行为/合同内容的证明责任分配。合同内容的证明责任分配旨在解决当事人承认合同已成立而主张合同具有不同内容，应由谁承担证明责任的问题。罗森贝格论述后者的篇幅远多于

\* 中南财经政法大学法学院教授。

本文系教育部人文社会科学研究规划基金项目“《民法典》物业服务合同制度研究”（21YJA820006）的阶段性成果，并受中南财经政法大学中央高校基本科研业务费专项资金（2722019JCG029）资助。

〔1〕 参见陈刚：《证明责任法与实定法秩序的维护——合同法上证明责任问题研究》，《现代法学》2001年第4期，第64页以下；肖建国：《论合同法上的证据规范》，《法学评论》2001年第5期，第80页以下；王雷：《论合同法中证据规范的配置》，《法学家》2016年第3期，第53页以下；王国征等：《合同纠纷证明责任研究：基于买卖合同等4种合同的分析》，法律出版社2020年版，第7页。

前者，〔2〕这表明相对于合同成立与生效，合同内容的证明责任分配不仅具有独立性，而且更为繁杂和重要，在德国证明责任学说中至今仍极具争议。〔3〕

我国虽已建立较完备的证明责任分配的规范体系，却一直忽略了“规范说”中极为重要的合同内容的证明责任分配问题。2001年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（法释〔2001〕33号，已修改，最新版本为法释〔2019〕19号，下同系列司法解释均简称为“证据规定”）第5条旨在全面规定合同纠纷案件的证明责任分配，〔4〕不仅包括合同成立与生效以及合同变更、解除、终止和撤销的证明责任分配（第1款），还包括合同履行的证明责任分配（第2款），但却忽略了合同内容的证明责任分配。〔5〕在该条被2019年“证据规定”删除后，合同纠纷案件的证明责任分配应当适用《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》（法释〔2022〕11号，以下简称“民诉法解释”）第91条。〔6〕作为证明责任分配的基本规则，该条规定了法律关系产生（第1项）、法律关系变更和消灭（第2项）的证明责任分配，但并未规定法律关系内容的证明责任分配，也忽略了合同法律关系的内容即合同内容的证明责任分配。

鉴此，须借助“规范说”的证明责任分配原理进行补充，以回应法律实践的需要。〔7〕我国学界自20世纪80年代便开始继受“规范说”，但迄今依该说在我国实在法上探讨合同内容证明责任分配的观点寥寥。例如，有观点将合同内容的证明责任分配界定为，当事人承认合同成立而对合同条款的内容有争议时的证明责任分配，其中属于合同基本内容的条款由原告举证，不属于合同基本内容的条款由被告举证。〔8〕此观点中之属于和不属于合同基本内容的条款，在传统合同法理论中应是指必要条款与非必要条款。〔9〕依此观点，必要条款的内容由原告举证，如当事人、标的和数量等条款；非必要条款的内容由被告举证，如质量、履行期限、地点和方式等条款。〔10〕

然而，前述观点并未说明其理据。并且，下文的研究将表明，必要条款与非必要条款的内

〔2〕 参见〔德〕莱奥·罗森贝格：《证明责任论》，庄敬华译，中国法制出版社2018年版，第303页以下。该书第四章第十九节（第303页以下）论述“法律行为成立和生效的证明责任分配”，第二十节至第二十二节（第314页以下）论述“法律行为（合同）内容的证明责任分配”。

〔3〕 Vgl. B. Gsell, Die Beweislast für den Inhalt der vertraglichen Einigung, AcP 203 (2003), S. 123.

〔4〕 参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《民事诉讼证据司法解释的理解与适用》，中国法制出版社2002年版，第24页。

〔5〕 值得注意的是，该条第3款规定代理权存在应由主张者举证，笔者认为这属于必要条款内容的证明责任分配。

〔6〕 参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院新民事诉讼证据规定理解与适用》上，人民法院出版社2020年版，第3页。

〔7〕 例如，德国民法典虽然规定了不少证明责任分配规则，但为回应法律实践的需要，学说和判例一直致力于在产品责任、医疗损害责任等领域发展证明责任分配的特别规则。参见〔德〕尧厄尼希：《民事诉讼法》，周翠译，法律出版社2003年版，第274页以下。

〔8〕 参见李浩：《民事证明责任研究》，法律出版社2003年版，第263页以下。

〔9〕 Cfr. F. Galgano, *Il negozio giuridico*, seconda edizione, Milano, 2002, p. 74. 我国学说和实务对这组概念有多种命名，如有学者遵从我国台湾地区民法学说而称作必要之点和非必要之点，最高人民法院称作必备条款和非必备条款，另有学者称作主要条款和次要条款。参见邓辉：《论合同的必要条款》，《财经法学》2018年第2期，第114页以下。

〔10〕 依现代证明责任理论，证明责任根据当事人的实体地位（权利人和义务人）进行分配，故有时与当事人的诉讼地位（原告和被告）并不对应，这主要指消极确认之诉和消极形成之诉的情形。但在一般情形，在合同纠纷中主张合同权利者均为原告。所以，“在司法实践和学术研究中，人们频繁使用‘原告的证明责任’或者‘被告的证明责任’术语，这是可以谅解的。”〔德〕汉斯·普维庭：《现代证明责任问题》，吴越译，法律出版社2006年版，第260页。

容不是简单地分别由原告和被告举证，两种合同条款各有其特定的证明责任分配规则。为此，下文将结合“规范说”与合同法理论，首先探讨必要条款和非必要条款区分的实体意义和程序意义；再分析合同内容的证明责任分配相对于合同成立的证明责任分配之独立性，探讨证明责任理论对合同法问题的解构；最后分别提出必要条款与非必要条款内容的证明责任分配，提炼合同内容证明责任分配的一般规则。

## 二、合同必要条款与非必要条款之区分意义

我国民法典没有将合同条款区分为必要条款与非必要条款。合同关系涉及民事生活的各个方面，通常包括诸多复杂事项，法律依私人自治委诸当事人自由决定合同的具体内容，而较少对其直接干预。在此背景下，欧陆民法典也仅将合同条款区分为必要条款与非必要条款，如德国民法典第155条、瑞士债务法第2条等。但我国民法典第470条列举了合同的八项提示条款，提示当事人在合同中约定当事人的姓名或名称和住所（以下简称为当事人）、标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、地点和方式、违约责任以及解决争议的方法条款，而并未将其区分为必要条款与非必要条款。

然而，最高人民法院历来承认必要条款与非必要条款的区分。在参考其他立法例、总结我国审判经验以及广泛调研的基础上，2009年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（法释〔2009〕5号，已失效，以下简称“合同法解释二”）第1条第1款将上述前三项提示条款（当事人、标的、数量）规定为必要条款。<sup>〔11〕</sup>由此可推知，其他五项提示条款属于非必要条款。虽然“合同法解释二”在民法典生效后已被废止，但其第1条第1款对必要条款的规定，被2021年《全国法院贯彻实施民法典工作会议纪要》（法〔2021〕94号，以下简称“会议纪要”）第6条第1款完全吸收。根据“会议纪要”的精神，在裁判文书的判决部分虽不能援引该条作为裁判依据，但在“法院认为”部分可援引该条作为法律适用的说理依据。<sup>〔12〕</sup>“合同法解释二”第1条第1款亦被2023年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（法释〔2023〕13号，以下简称“合同编通则解释”）第3条第1款吸收。在此背景下，必要条款和非必要条款的区分在我国法律适用中仍有重要意义。

### （一）合同条款区分的单一实体意义

传统合同法理论认为，区分必要条款与非必要条款的实体意义仅在于决定合同成立所要求的合意范围。<sup>〔13〕</sup>事实上，不论是德国民法典第155条和瑞士债务法第2条，还是“合同编通则解释”第3条第1款，均是在合同成立的意义上区分必要条款和非必要条款。

首先，必要条款是合同成立的必要条件。合同成立要求当事人必须对必要条款（当事人、标的、数量）达成合意，否则即为逻辑的不合意，<sup>〔14〕</sup>合同不成立。在以要约和承诺方式缔约

〔11〕 参见最高人民法院研究室编著：《最高人民法院关于合同法司法解释（二）理解与适用》，人民法院出版社2009年版，第15页。

〔12〕 参见最高人民法院研究室编著：《全国法院贯彻实施民法典工作会议纪要》，人民法院出版社2021年版，第26页以下。

〔13〕 参见王利明：《合同法研究》第1卷，中国人民大学出版社2015年版，第373页。

〔14〕 参见王洪亮：《不合意规则论》，《师大法学》2019年第2辑，第65页。

时, 要约的内容应当包括必要条款, 当受要约人对要约作出承诺时, 由此成立的合同便包含当事人对必要条款的合意。在此意义上, 民法典第 472 条第 1 项所谓要约内容应具体确定, 便是要求要约须具备合同成立的必要条款。<sup>[15]</sup>

其次, 非必要条款是合同成立的选项条件。合同成立是否要求就非必要条款达成合意, 取决于非必要条款是否经当事人表示。具体而言, 如果一方当事人对某个非必要条款已有表示, 则仅当双方当事人对该非必要条款达成合意时, 合同才能成立;<sup>[16]</sup> 如果当事人对非必要条款未作表示, 则在法政策上应推定合同已成立。此点在比较法上有诸多成例, 如瑞士债务法第 2 条、我国台湾地区民法第 153 条等,<sup>[17]</sup> 我国民事法律对此虽无明文, 但为贯彻合同自由原则, 学界一向主张应采相同解释。<sup>[18]</sup> 在推定合同成立后, 针对当事人未作表示的非必要条款所涉事项, 可留待当事人协议补充、法官依相关条款或交易习惯补充 (民法典第 510 条), 或者适用任意规范进行补充 (民法典第 511 条)。

## (二) 合同条款区分的双重程序意义

根据现代证明责任理论, 必要条款和非必要条款的区分具有双重程序意义, 不仅对合同成立的证明责任分配有决定性意义, 而且对合同内容的证明责任分配亦有决定性意义。

首先, 在当事人对合同成立有争议时, 即当事人就合同条款是否达成合意有争议时, 必要条款和非必要条款的区分决定合同成立的证明责任分配之范围。对此, 主张合同权利的原告应对合同成立承担证明责任, 证明合意的存在。<sup>[19]</sup> 必要条款与非必要条款决定合同成立所要求的合意范围, 也就决定了合同成立的证明责任分配之范围, 即原告在任何情形均应举证双方当事人对必要条款达成合意, 而仅在一方或双方当事人对非必要条款已有表示的情形, 才应举证双方当事人对非必要条款达成合意。<sup>[20]</sup>

其次, 在当事人承认合同成立而对合同内容有争议时, 即当事人承认就合同条款已达成合意而对合同条款的内容有争议时, 必要条款与非必要条款的区分决定合同内容的证明责任分配之具体规则。对于合同内容的证明责任分配, 上文曾援引的观点认为, 必要条款的内容由原告举证, 非必要条款的内容由被告举证; 但下文的研究将表明, 必要条款的内容通常由原告举证, 例外由主张者举证, 而非必要条款的内容由主张者举证。不论何种观点正确, 相比于合同成立的证明责任仅由原告承担,<sup>[21]</sup> 合同内容的证明责任具有完全不同的分配方案, 但仍取决于合同条款的类型区分。

## 三、合同内容的证明责任分配之独立性

合同内容的证明责任分配是否具有独立性, 在证明责任学说史中争议极大。否定论认为, 不存在独立的合同内容的证明责任分配, 而仅存在合同成立的证明责任分配。<sup>[22]</sup> 以“规范说”

[15] 参见朱广新:《合同法总则研究》上册, 中国人民大学出版社 2018 年版, 第 70 页。

[16] 最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著:《民法典合同编通则司法解释理解与适用》, 人民法院出版社 2023 年版, 第 62 页。

[17] 参见王泽鉴:《债法原理》, 北京大学出版社 2013 年版, 第 201 页以下。

[18] 参见韩世远:《合同法总论》, 法律出版社 2018 年版, 第 103 页。

[19] 参见胡东海:《合同成立之证明责任分配》, 《法学》2021 年第 1 期, 第 159 页以下。

[20] 参见 [德] 迪特尔·施瓦布:《民法导论》, 郑冲译, 法律出版社 2006 版, 第 409 页。

[21] 参见前引 [18], 韩世远书, 第 105 页。

[22] 参见前引 [3], Gsell 文, 第 128 页。



为代表的肯定论认为，同时存在合同成立与合同内容的证明责任分配。<sup>[23]</sup>下文将从检讨这两种观点入手，分别探讨必要条款内容和非必要条款内容的证明责任分配的独立性。

### （一）必要条款内容的证明责任分配之独立性

否定论认为，当事人对某个必要条款的内容有争议时，依合意的实体静态判断标准，此时仍属合同成立的证明责任分配问题。合同成立要求当事人必须对所有必要条款达成合意，在合同成立时必要条款的内容也就被确定下来。合同成立与合同内容系从不同角度观察必要条款，前者观察对必要条款有无合意，后者观察必要条款的内容，<sup>[24]</sup>“必要条款的合意以及合同成立”与“必要条款的内容以及合同内容”系一体两面的问题。当事人对后者的争议，源于对前者的争议，<sup>[25]</sup>故仍属于合同成立的证明责任分配问题。例如，在最高人民法院的一则公报案例中，消费者使用超市提供的免费自助寄存柜却丢失财物，作为原告的消费主张合同系保管合同，被告超市未尽保管义务致使保管物丢失，应承担违约责任；而被告主张合同系借用合同，原告在借用寄存柜期间丢失财物应自负其责。<sup>[26]</sup>根据否定论的观点，此例中仅存在合同成立的证明责任分配，即原告应举证保管合同的成立，而不存在合同内容为保管或借用的证明责任分配。

肯定论认为，当事人对某个必要条款的内容有争议时，依合意的程序动态判断标准，此时属于合同内容的证明责任分配问题。合同成立与合同内容的证明责任分配相互独立，区分标准仅在于当事人争议的对象，如果当事人对合同成立有争议，即原告主张合同成立而被告否认，此时涉及合同成立的证明责任分配；如果当事人承认合同成立而对合同内容有争议，即原告主张合同具有某种内容的必要条款而被告主张具有不同内容，此时涉及合同内容的证明责任分配。<sup>[27]</sup>例如，在原告主张合同为保管而被告主张系借用时，由于双方承认合同关系存在即承认合同已成立，故不属于合同成立的证明责任分配；由于双方主张合同具有不同内容，即当事人对合同内容为保管或借用有争议，故属于合同内容的证明责任分配，举证对象系合同内容而非合同成立。

值得注意的是，肯定论与合同法理论的理解有别。依合同法理论，在原告主张合同为保管而被告主张系借用时，即使双方均承认有合意，其所承认的也并非同一合意，原告主张有保管合意，而被告主张有借用合意，故双方对保管合意与借用合意均存在争议。由此可见，合同法理论仅从实体的静态视角观察有无合意，即在最终结果意义上观察得知当事人对必要条款并无合意。而依肯定论，双方当事人均承认彼此之间有合意，便可视作当事人之间达成合意，当事人仅对合意内容为保管或借用有争议。由此可见，肯定论从程序的动态视角观察合意，划分为观察合意有无与观察合意内容两个阶段，<sup>[28]</sup>进而区分合同成立与合同内容的证明责任分配。

### （二）非必要条款内容的证明责任分配之独立性

否定论认为，当事人对某个非必要条款的内容有争议时，依合同内容的抽象整体性，此时仍属合同成立的证明责任分配问题。依合同内容的抽象整体性，合同各部分内容相互关联，共

[23] 参见前引〔2〕，罗森贝克书，第314页以下。

[24] 参见〔法〕弗朗索瓦·泰雷等：《法国债法：契约篇》上，罗结珍译，中国法制出版社2018年版，第518页。

[25] 参见前引〔3〕，Gsell文，第128页。

[26] 参见李某英与上海大润发超市存包损害赔偿案，《最高人民法院公报》2002年第6期。

[27] 参见骆永家：《民事举证责任论》，中国台湾商务印书馆1987年版，第164页。

[28] 合意的两个观察阶段的划分依据在于，合意可分为受法律拘束的合意以及对合同条款的合意。See J. M. Smits, *Contract Law: A Comparative Introduction*, Edward Elgar Publishing, 2014, p. 63.

同组成不可分割的抽象整体。<sup>[29]</sup> 如果合同部分内容（某非必要条款）遭到被告否认，则其他部分内容（必要条款和其他非必要条款）以及作为抽象整体的合同亦遭到被告否认。这意味着，被告否认合同是像原告主张的那样订立，即被告否认原告主张之合同的成立。<sup>[30]</sup> 例如，在兰某与某物业公司物业服务合同纠纷案中，原告物业公司主张物业服务合同不附条件，被告兰某主张合同附条件，即仅当物业公司遵守承诺并尽到物业管理职责（小区的违规加高楼层全部拆除、地下车库及商业用房归还给全体业主、为兰某同楼同阳台增设下水管），兰某才应支付物业费。<sup>[31]</sup> 根据否定论的观点，关于条件的约定与其他约定是一个整体，被告主张合同附条件意味着被告否认合同是如原告所主张的不附条件地订立，即否认合同成立；此时涉及的仍是合同成立的证明责任分配，即原告应当证明合同是不附条件地订立，而被告对其否认不承担证明责任。

肯定论认为，当事人对某个非必要条款的内容有争议时，依合同内容的具体可分性，合同各部分内容虽彼此关联，但又具体可分而独立存在，<sup>[32]</sup> 此时属于合同内容的证明责任分配问题。被告否认合同部分内容（某非必要条款），不意味着被告也否认其他内容（必要条款和其他非必要条款）。此时，就被告否认的部分内容，属于合同内容的证明责任分配；就被告承认的其他部分内容，属于合同成立的证明责任分配，因被告自认（“民诉法解释”第92条第1款、2019年“证据规定”第3条），<sup>[33]</sup> 故原告对此不承担证明责任。例如，在前述案例中，原告主张合同不附条件而被告主张合同附条件时，合同附条件的约定与其他约定具有可分性；被告主张存在条件约定即对合同内容有争议，这属于合同内容的证明责任分配问题；被告承认其他约定，即被告自认合同成立，故原告对此无需承担证明责任。

依肯定论，合同内容的具体可分性源于合同内容相关民法规范的独立适用性。在法院裁判中，不是合同而是民法规范使得原告的权利得以成立，符合民法规范构成要件才发生相应的法律效力。<sup>[34]</sup> 在此意义上，合同与其他法律事实的法律适用和证明责任分配问题相同。<sup>[35]</sup> 民法规范的适用取决于合同等相关构成要件被证明，而合同各部分内容牵涉不同民法规范，这些民法规范具有独立适用性，可一并适用，亦可单独适用。由于相关民法规范具有独立适用性，故各部分合同内容亦具有可分性，合同成立与合同内容的证明责任分配相互独立。例如，在原告主张物业服务合同不附条件而被告主张附条件时，附条件的民法规范（民法典第158条）与其他约定所涉民法规范具有独立适用性，故条件约定与其他约定具有可分性，是否存在条件约定属于合同内容的证明责任分配问题。

### （三）“规范说”对合同法问题的解构

围绕合同内容的证明责任分配之独立性，否定论的立论理由与传统合同法理论相符，即从合同法理论的静态视角理解合同内容，合同成立时合同内容便确定，而合同内容确定与否是判断合同成立与否的重要因素。在一般情形，合同成立将确定合同内容；反之，合同内容不确

[29] 参见前引 [3]，Gsell 文，第 127 页。

[30] 参见前引 [2]，罗森贝克书，第 315 页，第 317 页。

[31] 参见湖北省宜昌市中级人民法院（2023）鄂 05 民终 3821 号民事判决书。

[32] 参见前引 [2]，罗森贝克书，第 327 页。

[33] 参见陈杭平：《再论我国“非约束性”自认的修正》，《中外法学》2021 年第 4 期，第 1053 页。

[34] 关于合同约束力来源于当事人意志还是实在法规定的问题，参见 N. Irti, *Il negozio giuridico come categoria storiografica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Vol. 19, Milano, 1990, pp. 571 ss.

[35] 参见前引 [2]，罗森贝克书，第 317 页以下。

定,将导致合同不成立。在交换合同中,合同内容不确定主要指交换客体不确定,如买卖标的物尚未特定、价金尚未约定等。合同内容不确定导致合同无履行可能,并非合同无效的问题,而是当事人没有受合同约束的意思以致合同不成立的问题。在例外情形,虽然部分合同内容尚不确定,但当事人仍有受合同约束的意思,希望维持合同效力,法院即可认定合同成立,并斟酌具体情形确定合同内容,这样更能实现合同目的。<sup>[36]</sup>因此,不论在一般情形还是例外情形,合同法关注的核心问题是合同成立,合同内容只是其附属问题。

然而,以“规范说”为代表的肯定论所提出的立论理由,与传统合同法理论相背离,即从证明责任分配的动态视角区分合同成立与合同内容,区分“合同条款的合意”与“合同条款的内容”,进而区分合同成立与合同内容的证明责任分配。但须注意,肯定论认为,合同内容的可分性源于相关民法规范的独立适用性,后者又源于立法者为分配证明责任进行的有意安排。由此可见,肯定论的终极理由为立法者意思,立法者认为民法规范具有独立适用性,以此承认合同内容的具体可分性,以及合同成立与合同内容的证明责任分配之相互独立。但此种立论理由既欠缺立法资料以佐证立法者意思的存在,又未指出立法者的实质考量因素,故常招致批评。<sup>[37]</sup>

在笔者看来,以“规范说”为代表的肯定论承认合同内容的证明责任分配之独立性,其根本目的在于,通过在证明责任分配上解构实体法问题,将证明责任进行多层分配,<sup>[38]</sup>以此实现证明责任的公平分配。例如,虽然“有无合意”与“合意内容”在实体法上是一体两面的问题,不可能进行实质区分,但肯定论从当事人争议对象的角度切入,将“合同条款的合意”与“合同条款的内容”区分为不同层次的证明责任分配问题,前者属于合同成立的证明责任分配,后者属于合同内容的证明责任分配。在此基础上,必要条款和非必要条款的区分本来在合同法理论中仅具有单一实体意义,在肯定论中却具有双重程序意义,对合同成立与合同内容的证明责任分配均具决定性。但无论如何,肯定论对实体法问题的此种解构,仅具有证明责任分配意义,而无实体法意义。

以“规范说”为代表的肯定论对实体法问题的解构,是引发明证责任理论与民法理论分歧的主要原因。以权利阻碍要件为例,大部分权利阻碍要件在民法理论中没有意义,而仅在证明责任理论中有意义。<sup>[39]</sup>例如,证明责任理论将相对人非善意作为表见代理的权利阻碍要件,或者将受让人非善意作为善意取得的权利阻碍要件,这对于民法教义学并无必要,因为表见代理或者善意取得的构成必须以相对人或者受让人的善意为前提。但此类权利阻碍要件因具有证明责任分配意义而有存在的必要,即否定表见代理的被代理人以及否定善意取得的真实权利人应当举证权利阻碍要件。基于此,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》(法释〔2022〕6号)第28条第2款规定,被代理人应当对相对人的非善意承担证明责任;《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉物权编的解释(一)》(法释〔2020〕24号)第14条第2款规定,真实权利人应当对受让人的非善意承担证

[36] 参见陈自强:《契约之内容与消灭》,中国台湾元照出版有限公司2018年版,第52页以下。

[37] 参见任重:《论中国“现代”证明责任问题——兼评德国理论新进展》,《当代法学》2017年第5期,第24页以下。

[38] 德国学者莱波尔特早在20世纪60年代便提出证明责任分层理论。对该理论的介绍,参见前引〔10〕,普维庭书,第399页;上引任重文,第25页。

[39] 须注意,有些权利阻碍要件兼具证明责任分配意义和民法意义。例如,免责事由或减责事由不仅作为权利阻碍要件而具有证明责任分配意义,而且也决定民事责任构成而具有民法意义;合同履行抗辩权不仅作为权利阻碍要件而具有证明责任分配意义,而且对合同履行请求权的构成也具有意义。

明责任。因此，证明责任理论通过将实体法上表见代理和善意取得的统一的构成要件，解构为权利阻碍要件（非善意要件）和权利产生要件（其他构成要件），达到细分证明责任的目的。

在诉讼场域中，以“规范说”为代表的肯定论将合同法问题进行解构，通过证明责任分层实现当事人诉讼武器的平等，<sup>[40]</sup>并最终保障相关民法规范的公平适用。“规范说”对合同法问题之解构的深层原因在于，实体法与程序法的分立发展，<sup>[41]</sup>导致民法学忽视了属于实体法概念的客观证明责任，<sup>[42]</sup>“规范说”亦独立于民法学而发展其概念体系。唯有正确认识“规范说”对合同法问题的解构，才能更好地把握“规范说”与合同法理论的异同，也才能更好地理解合同成立与合同内容在证明责任分配上的相互独立性。

#### 四、非必要条款内容之证明责任分配

针对原告主张的合同权利，虽然被告自认合同已成立，但双方主张合同的非必要条款或必要条款具有不同内容，此时涉及非必要条款或必要条款内容的证明责任分配。下文的研究将表明，必要条款内容在特殊情形下的证明责任分配与非必要条款内容的证明责任分配相同，故此处先探讨非必要条款内容的证明责任分配。依“规范说”的证明责任分配原理，非必要条款的内容应由主张者举证，而主张者既可能是被告，也可能是原告。

##### （一）“规范说”的证明责任分配原理

依“规范说”，证明责任分为客观证明责任与主观证明责任。客观证明责任旨在从裁判者角度解决在特定法规范的要件事实在真伪不明时由谁承担不利后果的问题。主观证明责任又分为主观抽象的证明责任与主观具体的证明责任，前者旨在从当事人角度看待客观证明责任，解决特定法规范的要件事实在诉讼中应由哪方当事人主张和证明的问题，其分配与客观证明责任完全一致；<sup>[43]</sup>后者解决的问题是，不属于特定法规范要件事实的具体案件事实应由哪方当事人证明，其也被称作具体提供证据的责任。<sup>[44]</sup>本文仅在客观证明责任意义上分析合同内容所涉证明责任分配问题。

依“规范说”，客观证明责任规则包括方法论规则和分配规则。首先，方法论规则旨在解决传统法律方法论并未涉及的事实真伪不明时的法律推理问题，将特定法规范要件事实真伪不明的不利后果，交由负担证明责任的当事人承担。2019年“证据规定”第90条第2款便属于此种规则，即“当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的，由负有举证证明责任的当事人承担不利后果”。但须注意的是，就如在事实被证明或未被证明时法官进行司法推理的法律方法一样，在事实真伪不明时法官进行司法推理的法律方法，仅涉及法官完成司法推理的思维活动，故鲜有立法例规定一般性的方法论规则或者证明责任的方法论规则，2019年“证据规定”第90条第2款实则是极具我国特色的个例。

其次，证明责任的分配规则从实体法的风险分配视角，将各种法规范要件事实的证明责任

[40] 参见姜世明：《民事诉讼法之发展与宪法原则》，中国台湾元照出版公司2009年版，第168页。

[41] 参见[德]沃尔夫冈·策尔纳：《实体法与程序法》，载[德]米夏埃尔·施蒂尔纳主编：《德国民事诉讼法学文萃》，赵秀举译，中国政法大学出版社2005年版，第100页。

[42] Cfr. S. Patti, *Prove disposizioni generali*, Bologna 1987, pp. 47-48.

[43] 参见前引[10]，普维庭书，第35页，第41页。

[44] 同上书，第14页。



在当事人之间进行分配。虽然证明责任的方法论规则解决的问题为，在特定法规范的要件事实出现真伪不明时应由负担证明责任的当事人承担不利后果，但该问题解决的前提为，在事实真伪不明时究竟由哪方当事人负担证明责任，这便是证明责任的分配规则所要解决的问题。证明责任的分配规则为，谁主张适用有利于己的法规范，谁举证该规范的要件事实。由于客观法与主观权利相对应，该规则也可表述为：谁主张权利存在，谁举证权利产生的事实；谁主张权利变动，谁举证权利变动的事实，即权利受阻或消灭的事实。<sup>[45]</sup>为行文便捷，下文仅从主观权利视角运用证明责任的分配规则。

## （二）主张者举证非必要条款内容

依“规范说”，非必要条款作为待证事实在性质上有其特殊性。在一般情形，绝大部分要件事实或仅属于权利产生要件，或仅属于权利阻碍要件。例如，有些要件事实仅可能属于权利产生要件，也就仅可能由原告主张和举证，如合同成立要件；另一些要件事实仅可能属于权利阻碍要件，也就仅可能由被告主张和举证，如当事人无行为能力。

在特殊情形，如非必要条款既可能属于权利产生要件而应由原告举证，也可能属于权利阻碍要件而应由被告举证，这取决于非必要条款的内容由原告还是被告主张。如果非必要条款的内容由原告主张，则此项内容属于权利产生要件，而应由原告承担证明责任。如果非必要条款的内容由被告主张，则此项内容属于权利阻碍要件，而应由被告承担证明责任。如果原告和被告对同一非必要条款主张其具有不同的内容，则双方分别就其主张的非必要条款内容承担证明责任，即原告主张的非必要条款的内容系权利产生要件，应由原告举证，被告主张的非必要条款的内容系权利阻碍要件，应由被告举证。

由于原告和被告均会主张于己有利的非必要条款内容，以及非必要条款内容既可能因原告主张而成为权利产生要件，也可能因被告主张而成为权利阻碍要件，所以非必要条款内容的证明责任并非固定地由被告一方承担，而应由主张者承担。此观点的合理性在于法政策上的一般与例外关系。民法规则的创设首先应以普遍存在的一般情形为出发点，再以较少存在的例外情形加以校正。<sup>[46]</sup>此种一般与例外关系是法律规则构建的内在逻辑，是法政策上价值判断的结果，而与生活事实的发生概率并无绝对的对立关系。<sup>[47]</sup>依此种关系，主张一般情形者无需举证，主张例外情形者应当举证。<sup>[48]</sup>法律将合同不具备非必要条款视为一般情形，而将合同具备非必要条款视为例外情形，所以主张合同具备非必要条款者应当举证其内容。

非必要条款分为常素和偶素。常素是指合同通常具备的内容，当事人未约定时可依任意规范进行补充；偶素是指合同通常不具备的内容，仅因当事人约定而成为合同内容。<sup>[49]</sup>首先，由于在当事人未约定常素时可依任意规范进行补充，法律将合同未约定常素视为一般情形，而将合同约定常素视为例外情形，所以主张约定常素者应负证明责任。常素可分为合同约定的常素（约定常素）与任意规范规定的常素（法定常素）。在合同未约定常素以致合同内容不足以解决当事人权利义务问题时，若完全依赖法官自由裁量，可能导致法的不安定以及当事人权利义务的不公平。为此，任意规范通过斟酌当事人之间的利益状况，基于公平考量补充合同内

[45] 参见胡东海：《“谁主张谁举证”规则的法律适用》，《法学》2019年第3期，第97页。

[46] 参见易军：《原则/例外关系的民法阐释》，《中国社会科学》2019年第9期，第84页以下。

[47] 参见前引〔10〕，普维庭书，第288页。

[48] 参见前引〔2〕，罗森贝克书，第159页。

[49] Cfr. A. Torrente e P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2004, p. 163.

容。〔50〕任意规范包括两方面内容：对合同约定或者约定常素的让步，即“当事人另有约定的除外”；对法定常素内容的规定。在此意义上，任意规范是法律为补充合同内容而提供的较为公平的利益安排，〔51〕其规定的法定常素代表法律的一般性考量标准；而当事人约定在合同内容的形成上提供个性化安排，合同中的约定常素是当事人自治的一种例外性考量标准。〔52〕法定常素与约定常素属于一般与例外的关系，主张约定常素者应举证约定常素的存在及内容。如果当事人主张作为一般情形的法定常素，即主张适用任意规范，那么其仅需证明作为该任意规范唯一前提条件的合同成立，而无需证明该法定常素的内容。〔53〕相反，如果当事人主张作为例外情形的约定常素，那么其应举证此种约定常素的存在及内容。因此，所谓主张者举证约定常素的内容，就等同于主张者举证异于任意规范的约定常素的内容。

其次，由于偶素为合同通常不具备的内容，法律将合同不包含偶素视为一般情形，将合同包含偶素视为例外情形，所以主张约定偶素者应负证明责任。有观点认为，常素和偶素的区分是相对的，即当事人若未约定或者作出与任意规范相同的约定，则任意规范所涉合同事项属于常素；当事人若就所涉合同事项作出不同于任意规范的约定，则该约定属于偶素。〔54〕但此观点并不正确，常素和偶素的区分依据为合同事项的不同，常素包括任意规范规定的法定常素与当事人约定的约定常素，而偶素仅指约定偶素。虽然在合同法理论上，常素和偶素的区分意义在于，法律为常素设有任意规范以实现合同权利义务的公平配置，而法律对偶素则完全交由当事人自由决定，但在证明责任理论上，常素和偶素的证明责任分配完全相同。

### （三）主张者举证之具体展开

#### 1. 主张者举证常素内容

第一，主张者举证履行地的约定内容。在合同没有约定或约定不明时，民法典第 511 条第 3 项规定，动产交付的履行地为债务人所在地。其一，如果仅原告主张约定常素（如履行地是甲地的约定），〔55〕那么该约定常素属于系争合同权利（原告要求被告在甲地履行的权利）的产生要件，而应由原告举证。其二，如果仅被告主张约定常素（如履行地是乙地的约定），〔56〕那么该约定常素属于系争合同权利的阻碍要件（原告要求被告在甲地履行的权利受阻），而应由被告举证。其三，如果原告和被告就履行地各自主张约定常素，〔57〕则原告主张的约定常素属于系争权利的产生要件，被告主张的约定常素属于系争权利的阻碍要件，主张者应分别对其主张承担证明责任，〔58〕即原告举证甲地是履行地，而被告举证乙地是履行地。在此情形，一方当事人未能证明其主张，不意味着对方当事人的主张真实，对方当事人仍须举证其主张的真实性，如原告未能证明甲地是履行地，被告仍须证明乙地是履行地。如果双方均未能证明其主张，则应适用任意规范的法定常素，〔59〕如原告未能证明甲地是履行地，被告未能

〔50〕 参见前引〔36〕，陈自强书，第 44 页。

〔51〕 Cfr. P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, 15° ed., Milano, 2003, pp. 151-152.

〔52〕 参见前引〔2〕，罗森贝克书，第 354 页以下。

〔53〕 当事人无需证明法定常素或任意规范的内容，其理由还包括法官知法原则。

〔54〕 参见董安生：《民事法律行为》，中国人民大学出版社 2002 年版，第 168 页。

〔55〕 参见河北省沧州市中级人民法院（2019）冀 09 民终 6941 号民事裁定书。

〔56〕 参见江苏省常州市中级人民法院（2017）苏 04 民辖终 450 号民事裁定书。

〔57〕 参见河北省沧州市中级人民法院（2015）沧立民终字第 606 号民事裁定书。

〔58〕 参见前引〔27〕，骆永家书，第 172 页以下；前引〔8〕，李浩书，第 266 页。

〔59〕 参见前引〔2〕，罗森贝克书，第 365 页。

证明乙地是履行地，则依任意规范应以债务人所在地为动产交付的履行地。

第二，主张者举证履行期限的约定内容。在合同没有约定或约定不明时，民法典第511条第4项规定，债务人可随时履行，债权人也可随时请求履行。由于在合同纠纷中债权人和债务人一般分别是原告和被告，所以依此项规定，原告可随时请求履行，被告可随时履行。原告主张约定履行期限，<sup>[60]</sup>则该履行期限属于系争合同权利的产生要件，应由原告举证，即举证约定的履行期限届至。被告主张约定履行期限，<sup>[61]</sup>则该履行期限属于系争合同权利的阻碍要件，应由被告举证，即举证约定的履行期限尚未届至。原告和被告均主张约定履行期限，<sup>[62]</sup>双方分别就其主张的履行期限举证。在以上任一情形，如果主张者未能证明，则适用任意规范规定的法定常素，即原告可随时请求履行，被告可随时履行。

第三，主张者举证履行费用的约定内容。在合同没有约定或约定不明时，民法典第511条第6项规定，由债务人负担履行费用。基于此，债权人或原告一般不会主张有关履行费用的约定，而仅债务人或被告可能主张约定履行费用，故被告应当证明履行费用的约定内容。<sup>[63]</sup>

## 2. 主张者举证偶素内容

第一，主张者举证合同中约定了条件或期限。主张者应举证偶素的内容，偶素主要包括合同附条件或期限，<sup>[64]</sup>故主张者应举证合同中约定了条件或期限。法律将合同不附条件或期限视为一般情形，将合同附条件或期限视为例外情形，故主张合同附条件或期限者，应举证条件或期限的存在。原告主张合同附条件或期限，则附条件或期限属于系争权利的产生要件，原告应举证合同中约定了条件或期限。但在实务中，此项主张仅会增加权利产生的要件，故原告一般不会提出此项主张而增加其举证难度。<sup>[65]</sup>被告主张合同附条件或期限，<sup>[66]</sup>则附条件或期限属于系争权利的阻碍要件，被告应举证合同中约定了条件或期限，以此阻碍原告主张的合同权利的产生。

值得注意的是，“合同是否附条件或期限”的证明责任分配，不同于“条件或期限是否成就或到来”的证明责任分配。其一，“合同是否附条件或期限”的证明责任由主张者承担，这属于合同内容的证明责任分配。因为主张者可能是原告或被告，所以证明责任相应地由原告或被告承担。此种证明责任分配的特点在于，不区分生效条件与解除条件以及生效期限与终止期限，条件或期限的存在均由主张者承担证明责任。其二，“条件成就或期限到来”的证明责任分配取决于条件或期限的类型，这属于合同生效或者合同终止的证明责任分配。具体而言，条件成就的证明责任须区分生效条件和解除条件而由不同当事人举证，生效条件系合同的特别生效要件，主张合同权利的原告应举证生效条件的成就；<sup>[67]</sup>解除条件系合同权利的消灭要件，否定合同权利的被告应举证解除条件的成就。同理，关于期限的证明责任分配须区分生效期限和

[60] 参见广东省东莞市中级人民法院（2009）东中法民再字第14号民事判决书。

[61] 参见山东省滨州市中级人民法院（2014）滨中商终字第223号民事判决书。

[62] 参见辽宁省锦州市中级人民法院（2013）锦民二终字第00798号民事判决书。

[63] 参见辽宁省沈阳市大东区人民法院（2022）辽0104民初6194号民事判决书。

[64] 参见吴奇琦：《法律行为三元素（要素、常素、偶素）理论的诞生发展史》，《交大法学》2020年第2期，第54页。

[65] 参见前引〔2〕，罗森贝克书，第297页。

[66] 参见重庆市渝中区人民法院（2016）渝0103民初字第887号民事判决书。

[67] 合同生效条件的成就和生效期限的届至系合同特别生效要件，在性质上属于权利产生要件，应由主张权利者举证。与此不同，合同一般生效要件没有符合与否的问题，故无需由主张权利者举证，而仅有如何欠缺的问题，故应由否定权利者举证。参见胡东海：《论合同生效要件之证明责任分配》，《法律科学》2011年第4期，第125页。

终止期限而由不同当事人举证，生效期限是合同的特别生效要件，主张合同权利的原告应举证生效期限届满；终止期限是合同权利的消灭要件，否定合同权利的被告应举证终止期限届满。

第二，依法政策上的一般与例外关系，其他合同事项亦应由主张者举证。其一，谁主张合同约定违约金，谁举证。原告主张约定违约金时，其要求被告按约定数额支付违约金，则应证明此种约定的存在。<sup>〔68〕</sup>原告和被告均主张约定违约金时，主要指双方违约的情形（民法典第592条），被告旨在以其主张的违约金与原告主张的违约金进行抵销，则原告和被告均应举证各自主张的约定违约金。<sup>〔69〕</sup>其二，谁主张存在补充协议，谁举证。原告主张存在补充协议，则其主张的合同权利亦以该补充协议为前提，原告应证明作为权利产生要件的补充协议的内容。<sup>〔70〕</sup>被告主张存在补充协议，则该补充协议将阻碍合同权利的产生，被告应证明作为权利阻碍要件的补充协议的内容。<sup>〔71〕</sup>

## 五、必要条款内容之证明责任分配

针对原告主张的合同权利，虽然当事人双方承认合同成立，即承认对必要条款达成合意，但双方主张必要条款具有不同内容，此时涉及必要条款内容的证明责任分配。笔者认为，必要条款内容在一般情形应由原告举证，在特殊情形应由主张者举证。

### （一）一般规则：原告举证必要条款内容

依“规范说”的证明责任分配规则，主张权利者应当举证权利产生要件。在合同纠纷案件中，原告主张包含特定内容的必要条款的合同权利，应当举证合同权利的产生要件，即举证包含该特定内容的必要条款的存在。<sup>〔72〕</sup>因此，对于“合同编通则解释”第3条第1款规定的当事人、标的、数量三项必要条款，若当事人双方对其内容有争议，则原告应就必要条款的内容承担证明责任。

原告举证必要条款内容的规则，可借助现代证明责任理论中的进攻者原则来说明其实质性依据。所谓进攻者原则，系指由进攻者负担证明责任的原则。在证明责任分配的诸多实质性依据中，进攻者原则通常被用于解释立法者分配证明责任的正当性。所谓进攻者，是旨在改变现有事实状况的权利主张者，被进攻者是旨在维持现有事实状况的权利否定者，进攻者因突破现有事实状况而应承担证明责任。<sup>〔73〕</sup>除维持现有事实状况外，由进攻者承担证明责任，还可实现占有保护和权利安定、禁止私力救济和维护社会秩序、诉讼武器平等和权利均衡等法政策目标。<sup>〔74〕</sup>基于进攻者原则，在当事人对必要条款的内容有争议时，进攻者提出权利主张，应举证属于权利产生要件的必要条款内容。在一般情形，实体法上的进攻角色与诉讼法上的进攻角

〔68〕 参见上海市杨浦区人民法院（2022）沪0110民初20671号民事判决书。

〔69〕 参见浙江省宁波市中级人民法院（2022）浙02民终4054号民事判决书。

〔70〕 参见辽宁省抚顺市新抚区人民法院（2022）辽0402民初2485号民事判决书。

〔71〕 参见辽宁省沈阳市中级人民法院（2022）辽01民终16599号民事判决书。

〔72〕 参见前引〔3〕，Gsell文，第131页。

〔73〕 从广义理解进攻者原理，其不仅指权利主张者在权利产生要件领域的进攻，而且指权利否定者在权利阻碍和消灭要件领域的进攻，那么进攻者原理实际上等同于证明责任的基本规则，且不能完全反映占有保护和权利安定性的要求（参见前引〔10〕，普维庭书，第339页）。因此，进攻者原理应从狭义上进行理解，仅限于权利主张者在权利产生要件领域的进攻。

〔74〕 同上书，第348页以下。



色相对应，<sup>〔75〕</sup> 进攻者承担证明责任等同于原告承担证明责任，故进攻者或原告应举证必要条款内容。

第一，原告应举证当事人条款的内容，即举证当事人姓名或名称和住所。针对当事人条款是否为必要条款，理论上存在争议。否定观点认为，任何合同必以明确的当事人为前提，故当事人条款只是合同不言而喻的前提，而根本不属于合同条款，自然也就不属于必要条款。<sup>〔76〕</sup> 然而，我国民法典第470条在提示条款中列入当事人条款，便已承认其为合同条款。并且，除合意要件外，学说一般认为合同成立还包括当事人要件，<sup>〔77〕</sup> 所以当事人条款属于必要条款，原告应举证其内容。

第二，原告应举证标的条款的内容，其在文义上虽指举证给付行为，但在解释上应仅指举证主给付义务。一方面，合同标的是合同关系的客体，是合同权利义务共同指向的对象，即债务人的给付行为，<sup>〔78〕</sup> 原告举证标的便是举证给付行为的内容。另一方面，既然“合同编通则解释”第3条第1款将合同标的作为必要条款或合同要素，则合同标的是构成合同类型特征不可或缺的部分，所以该款规定的“标的”在解释上应仅指主给付义务，原告举证标的条款的内容便是举证主给付义务的内容。

由于主给付义务决定合同性质或合同类型，故原告举证主给付义务的内容便是举证合同性质或合同类型。当事人对合同性质有争议时，原告主张存在某种合同关系，被告主张存在他种合同关系，原告应对其主张承担证明责任。在此意义上，合同内容的证明责任分配包括必要条款内容和非必要条款内容的证明责任分配，且前者包括合同性质的证明责任分配。因此，将合同内容的证明责任分配划分为合同性质与合同条款的证明责任分配的观点，<sup>〔79〕</sup> 并不妥当。

第三，原告应举证数量条款的内容，其在文义上虽仅指举证标的物的数量，但在解释上应被扩张理解为举证给付范围。针对数量是否属于必要条款，在“合同法解释二”的起草过程中曾有争论。否定观点认为并非所有合同都存在数量问题，故数量不属于必要条款，但最高人民法院最终仍采肯定观点。<sup>〔80〕</sup> 一方面，依合同法理论，数量在文义上特指标的物的数量，故原告应举证标的物的数量。例如，在买卖合同纠纷中，作为原告的出卖人应举证其主张的标的物的数量（民法典第596条）；<sup>〔81〕</sup> 在租赁合同纠纷中，作为原告的出租人应举证其主张的租赁物的数量（民法典第704条）。<sup>〔82〕</sup> 另一方面，鉴于仅部分合同存在标的物，而“合同编通则解释”第3条第1款规定的是各类合同共通的必要条款，所以应依目的性扩张方法，将作为必要条款的数量理解为给付范围，而原告举证数量应被理解为举证给付范围。例如，在借款合同纠纷中，作为原告的出借人应举证其主张的借款数额（民法典第668条第2款）；<sup>〔83〕</sup> 在保

〔75〕 瓦亨多夫认为进攻者和被进攻者的证明责任在诉讼中会转换，普维庭认为其混淆了实体法上的进攻角色与诉讼法上的进攻角色。参见前引〔10〕，普维庭书，第326页。笔者认为，瓦氏的错误不在于混淆两种进攻者角色，因为实体法上的进攻角色和诉讼法上的进攻角色在一般情形相对应，而在于混淆了抽象证明责任和具体证明责任。

〔76〕 参见前引〔15〕，朱广新书，第176页。

〔77〕 参见前引〔18〕，韩世远书，第101页。

〔78〕 参见王洪亮：《论合同的必要之点》，《清华法学》2019年第6期，第127页。但司法解释的起草者将此处的标的错误地理解为标的物。参见前引〔11〕，最高人民法院研究室编著书，第15页。

〔79〕 参见前引〔8〕，李浩书，第263页。

〔80〕 参见前引〔11〕，最高人民法院研究室编著书，第15页。

〔81〕 参见上海市浦东新区人民法院（2015）浦民二（商）初字第1963号民事判决书。

〔82〕 参见山东省德州地区（市）中级人民法院（2018）鲁14民再37号民事判决书。

〔83〕 参见吉林省高级人民法院（2021）吉民再75号民事判决书。

证合同纠纷中，作为原告的债权人应举证其主张的保证责任数额（民法典第 684 条）。〔84〕

## （二）价款或报酬“应当支付”条款与“如何计算”条款之区分

在商事交易中，合同的必要条款通常少于非必要条款，〔85〕如“合同编通则解释”第 3 条第 1 款仅规定三项必要条款。但学界主流观点认为，必要条款的范围不止于此。〔86〕例如，针对民法典第 470 条第 1 款第 5 项规定的价款或报酬条款，有学者认为，价款是买卖合同等的必要条款，〔87〕报酬是承揽合同等的必要条款。〔88〕然而，不同观点认为，在当事人对价款或报酬约定不明时，可依民法典第 511 条第 2 项的任意规范来确定价款或报酬，所以价款或报酬属于非必要条款。〔89〕笔者认为，不能笼统地对价款或报酬条款进行定性，而应区分价款或报酬“应当支付”条款与“如何计算”条款分别定性，并在此基础上确定其证明责任分配规则。

第一，价款或报酬“应当支付”条款属于必要条款而应由原告举证。所谓价款或报酬“应当支付”条款，是指在特定类型的合同中一方必须向对方支付价款或报酬的条款，否则将不成立该特定类型的合同。例如，在买卖合同中买受人应当向出卖人支付价款，在承揽合同中定作人应当向承揽人支付报酬，否则将不成立买卖合同或承揽合同。基于此，在特定类型的合同关系中，价款或报酬“应当支付”条款实则属于标的条款（民法典第 470 条第 1 款第 2 项），也就属于必要条款（“合同编通则解释”第 3 条第 1 款），故应由原告举证其内容。〔90〕

第二，价款或报酬“如何计算”条款属于非必要条款而应由主张者举证。所谓价款或报酬“如何计算”条款，是指一方应向对方支付多少数额的价款或报酬的条款。对此，当事人可约定价款或报酬的计算方式，如按数量或按时间计算价款或报酬，也可约定由第三方确定价款或报酬的数额等。当事人没有约定或者约定不明时，根据民法典第 511 条第 2 项的任意规范，价款或报酬的数额依订立合同时履行地的市场价格确定。基于此，价款或报酬“如何计算”条款属于非必要条款中的常素，故应由主张者举证其内容。该条款若由原告主张，则其为权利产生要件而应由原告举证其内容；若由被告主张，则其为权利阻碍要件而应由被告举证其内容。

## （三）例外规则：主张者举证代理权存在

在一般情形，当事人条款的内容应由原告举证。当事人条款一般包括当事人姓名或名称和住所等身份信息，这也是民事诉讼法对当事人适格的要求。〔91〕由于必要条款的内容应由原告举证，故此种身份信息也应由原告举证，即原告应举证双方身份信息。然而，在例外情形，当事人条款可能涉及代理权问题，即一方或双方当事人系他人的被代理人或代理人。那么代理权存在是否也应由原告举证？

〔84〕 参见河北省邯郸市丛台区人民法院（2019）冀 0403 民初 2098 号民事判决书。

〔85〕 为鼓励交易和增进社会财富，现代合同法呈缩小非必要条款范围的趋势。参见前引〔11〕，最高人民法院研究室编著书，第 15 页。但有学者指出，必要条款旨在要求当事人就合同的本质要素达成合意，进而法官才能进行法律适用，而鼓励交易和增进社会财富不是必要条款的规范目的。参见前引〔78〕，王洪亮文，第 125 页。

〔86〕 参见前引〔18〕，韩世远书，第 115 页。

〔87〕 参见张善斌、熊倪：《比较法视野中买卖合同的价格条款》，《西安电子科技大学学报（社会科学版）》2014 年第 6 期，第 86 页。

〔88〕 参见前引〔49〕，Schlesinger 书，第 163 页。

〔89〕 参见全国人大法制工作委员会民法室编著：《〈中华人民共和国合同法〉立法资料选》，法律出版社 1999 年版，第 43 页。

〔90〕 参见前引〔3〕，Gsell 文，第 123 页。

〔91〕 参见汤维建：《当事人适格的判断机制》，《法律适用》2021 年第 7 期，第 39 页以下。

原告和被告均可能主张代理权存在，依“规范说”，主张者应举证代理权存在。其一，原告主张代理权存在的情形为：原告主张“自己与被告的代理人签订合同”，<sup>[92]</sup>故被告作为被代理人应履行合同义务；原告主张“自己的代理人与被告签订合同”，<sup>[93]</sup>故自己作为被代理人享有合同权利。如果代理权存在由原告主张，则其系原告向被告主张权利的前提，从而属于权利产生要件而应由原告举证。<sup>[94]</sup>其二，被告主张代理权存在的情形为：被告主张“自己是第三人的代理人”，<sup>[95]</sup>故自己不承担合同义务；被告主张“原告是第三人的代理人”，<sup>[96]</sup>故原告不享有合同权利。如果代理权存在由被告主张，则其系排除原告权利的事由，从而属于权利阻碍要件而应由被告举证。<sup>[97]</sup>其三，原告和被告均主张代理权存在的情形为：原告主张“自己与被告的代理人签订合同”，而被告主张“原告是第三人的代理人”；<sup>[98]</sup>原告主张“自己的代理人与被告签订合同”，而被告主张“自己是第三人的代理人”等。<sup>[99]</sup>如果代理权存在由原告和被告各自主张，则其分别属于权利产生要件和权利阻碍要件，而应分别由主张者举证。

代理权存在不是由原告举证，而是由主张者举证，这构成原告举证必要条款内容的例外。主张者举证代理权存在，其法政策理由仍在于一般与例外的关系。特定合同原则上仅对缔约人发生效力，即法律将自己行为视为一般情形；仅当满足一定条件时，合同才会对非缔约人发生效力，即法律将代理行为视为例外情形。<sup>[100]</sup>当事人若主张合同仅约束缔约人，其无需举证；当事人若主张合同约束非缔约人，即主张存在代理权，则应举证其主张。

由于主张者举证代理权存在，系适用证明责任分配基本规则的结果，故将主张者举证代理权存在看作证明责任分配倒置的观点，<sup>[101]</sup>并不正确。另一方面，虽然2001年“证据规定”第5条第3款已被删除，但其规定内容“对代理权发生争议的，由主张有代理权一方当事人承担举证责任”实则是正确的。该款与上文的分析结论“主张者举证代理权存在”相一致，也就与“规范说”的基本规则相符。因此，认为该款误用<sup>[102]</sup>或者违背了“规范说”的观点，<sup>[103]</sup>均不妥当。

## 结 语

本文既讨论了合同内容之证明责任分配的独立性，又探讨了必要条款内容与非必要条款内容的证明责任分配，研究结论可概括为两个方面。

首先，合同内容的证明责任分配具有独立性。证明责任理论与合同法理论具有不同的观察

[92] 参见吉林省延边朝鲜族自治州中级人民法院（2020）吉24民终790号民事判决书。

[93] 参见青海省西宁市城东区人民法院（2020）青0102民初4740号民事判决书。

[94] 参见前引〔27〕，骆永家书，第175页以下。

[95] 参见浙江省台州市中级人民法院（2020）浙10民终463号民事判决书。

[96] 参见天津市东丽区人民法院（2021）津0110民初9354号民事判决书。

[97] 参见前引〔27〕，骆永家书，第176页。

[98] 参见河南省新郑市人民法院（2020）豫0184民初9881号民事判决书。

[99] 参见河北省邢台市中级人民法院（2016）冀05民终1660号民事判决书。

[100] 参见前引〔2〕，罗森贝格书，第378页。

[101] 参见叶自强：《举证责任及其分配标准》，法律出版社2005年版，第181页。

[102] 参见许可：《民事审判方法——要件事实引论》，法律出版社2009年版，第199页以下。

[103] 参见前引〔1〕，王国征等书，第8页。

视角，其将单一的合同法问题解构为两个层次的证明责任分配问题，即严格区分“合同条款的合意”与“合同条款的内容”，进而区分合同成立与合同内容的证明责任分配。合同成立的证明责任分配旨在解决当事人对必要条款和非必要条款是否达成合意的举证问题，合同内容的证明责任分配旨在解决当事人对必要条款内容和非必要条款内容有争议时的举证问题。

其次，合同内容证明责任分配的一般规则可总结为，非必要条款的内容由主张者举证，必要条款的内容一般由原告举证，例外由主张者举证。非必要条款包括常素和偶素，故主张者应举证约定常素的内容，即主张者应举证异于任意规范的约定常素的内容；主张者应举证偶素的内容，即举证合同附条件或附期限。生效条件是否成就以及生效期限是否届至属于合同生效的证明责任分配问题，解除条件是否成就以及终止期限是否届满属于合同终止的证明责任分配问题。必要条款的内容在一般情形应由原告举证，即原告举证当事人、标的和数量条款的内容。价款或报酬“应当支付”条款属于合同标的条款，即属于必要条款，应由原告举证其内容；价款或报酬“如何计算”条款属于非必要条款，应由主张者举证其内容。在当事人条款涉及代理权存在的例外情形，由主张者举证代理权存在。

---

**Abstract:** The burden of proof for contract content should be supplemented by the doctrine of distribution of burden of proof in the normative theory. The distinction between essential clauses and non-essential ones of a contract not only determines the scope of consensus required for the establishment of a contract, but also is decisive for the allocation of the burden of proof for both the establishment and the content of a contract. By deconstructing the single issue of contract law, the normative theory distinguishes between the consent and the content of contractual clauses and then further distinguishes the allocation of the burden of proof for the establishment and the content of a contract. According to the normative theory, the content of non-essential clauses should be proved by the claimant. If it is claimed by the plaintiff, the plaintiff should prove that it is the constitutive requirement of the contractual rights. If it is claimed by the defendant, the defendant should prove that it is a hindrance to the contractual rights. Since the non-essential clauses include *naturalia* and *accidentalia*, the claimant should prove the content of agreed *naturalia* that is different from the arbitrary norms. The claimant should prove the content of *accidentalia*, including the conditions or a time limit of a contract. In general, the content of essential clauses is proved by the plaintiff, that is, the plaintiff should prove the content of the clauses on the parties, the subject matter and the quantity. Price or remuneration clauses are divided into “should be paid” clause and “how to calculate” clause, the former is an essential clause, the content of which should be proved by the plaintiff, while the latter is a non-essential clause, the content of which should be proved by the claimant. In particular, the content of essential clauses is proved by the claimant when the right of agency is involved.

**Key Words:** contract content, essential clauses, non-essential clauses, the normative theory, distribution of burden of proof

---