

民事证据的若干问题

——兼评最高人民法院《关于民事诉讼证据的司法解释》

李 浩*

内容提要: 最高人民法院对证据问题作出的司法解释尚存在着一些不足,有待明确、补充和修正。应当把法律要件分类说作为举证责任分配的一般原则,同时对按照此原则不能得到公平结果的少数情形实行举证责任倒置;对于某些疑难案件的举证责任分配,应当由最高人民法院以批复形式解决;应当采用较高程度的盖然性的证明标准;对于已经刑事或者其他民事判决确认的事实,应当按照不同情形,认定其在后诉程序中对于事实证明的效力。

关键词: 司法解释 民事证据

同其他国家的民事诉讼法相比,我国民事诉讼法对证据的规定大约是最简单笼统的了,总共才 12 个条文,过于简约的规定不仅与证据在民事诉讼制度中的重要性和复杂程度不相称,而且也远远不能满足诉讼实务的需要。为了填补法律漏洞和细化过于原则的条文,最高人民法院根据审判实践的需要作出了大量有关民事证据的司法解释,这些司法解释对指导当事人和法官正确运用证据起到了积极作用,但其中也存在一些不足之处,有应当规定而未规定,也有规定得不够清楚,甚至不尽合理的。

2001 年 12 月,最高人民法院颁布了《关于民事诉讼证据的若干规定》(以下称《证据规定》)。这对充实和完善我国的民事证据制度,推动民事证据立法,统一民事证据规则,克服证据规则地方化的倾向,具有重大而深远的意义。^{〔1〕} 司法解释一旦颁布实施,便开始指导诉讼实践并受实践的检验,同时也成为理论分析和评价的对象。从总体上看,《证据规定》是遵循民事诉讼的规律,依据民事诉讼的特点,总结审判实务中的经验,吸取理论研究的成果而制定的,具有条款多、规定细、内容新的特点,与以往司法解释中关于证据的规定相比,对一些问题的规定更具体、更合理、更科学。当然,新的司法解释中的若干规定仍有探讨和商榷的余地,也还存在着进一步改进、完善的空间。此外,原有司法解释中存在的大部分问题在新的司法解释中已经消解,但也有一些问题却原封不动保留下来了。本文拟对司法解释中存在的部分问题作一些

* ①南京师范大学法学院教授。

〔1〕 近年来,一些地方的高级人民法院、中级人民法院相继制定了适用于本辖区的民事证据规则,这虽然满足了审判实务的需要,并且为制定统一的证据规则积累了经验,但也造成了证据规则的地方化。

探讨,以抛砖引玉,求教于法学界同仁。

一、举证责任分配原则:一个有待解决的问题

为了使民事诉讼能够有序并富有效率地进行,需要确定分配举证责任的原则,按照一定的标准预先在双方当事人之间分配举证责任。我国民事诉讼法第 64 条规定:“当事人对自己的主张,有责任提供证据”,这一规定似乎已通过“谁主张、谁举证”的方式解决了我国民事诉讼中举证责任分担问题。其实不然,因为按此规定,举证责任是根据当事人在诉讼中主张的事实而确定的,是先主张事实,然后对所主张的事实负举证责任。这实际上颠倒了两者的关系。若仅从表面上观察,诉讼实际运作情况确实如此——双方当事人在诉讼中主张不同的事实,然后就所主张的事实进行证明。但实际情况恰恰相反,是举证责任决定主张责任而不是主张责任决定举证责任。这就是说,只有当举证责任按一定的标准已分配于双方当事人时,才能确定原告在诉讼中需要主张哪些事实,被告在诉讼中需要主张哪些事实。

国外民诉理论对举证责任分配问题的认识,大致有两种情形:一种认为民事诉讼中举证责任的分配错综复杂,情况各异,因而事先很难制定一套分配举证责任的统一标准,而只能针对案件事实的具体情况个别地考虑和作出判断。在确定具体事实的举证责任应当由哪一方当事人负担时,法官应综合考虑各种相关因素,包括政策、公平、证据之保持及证据之距离、盖然性、经验法则、便利、请求改变现状者应负举证责任等。另一种则认为,尽管举证责任分配问题异常复杂,但仍有规律可循,确定分配举证责任的统一规则不仅是必要的,也是可能的。持前一种观点的,主要是英美法学者,持后一种观点的则是大陆法学者,尤其是德、日两国的学者。德、日两国分配举证责任的通说是“法律要件说”,尽管晚近有人主张用“危险领域说”、“盖然性说”、“损害归属说”等新标准来取代“法律要件说”,但新学说对“法律要件说”仅仅起到了部分修正的效果,未能动摇其通说的地位。德、日两国的法院主要是依据法律要件说分配举证责任的。

我国以往司法解释中虽然也作出过有关举证责任承担的规定,但从未规定过举证责任分配的原则。《证据规定》第 5 条对合同案件举证责任的分配作出了具体规定。第 1 款确立了举证责任分配的原则,即“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”。第 2 款明确了负有履行义务的一方当事人应对履行合同的事实负举证责任。第 3 款则规定“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”。

上述规定具有相当的合理性。首先,它改变了以往司法解释中按照原告和被告规定举证责任的作法,采用了主张权利和否定权利的标准分配举证责任。设置举证责任分配的原则原本在于确定一条举证责任归属哪一方当事人的抽象的规则,它与具体诉讼中原告或被告的诉讼地位并无必然的联系,举证责任的分配要依当事人在诉讼中为主张权利的一方还是否认权利的一方而定。尽管在多数民事诉讼中原告是主张权利的一方,被告是否认权利的一方,但也不尽然。在消极确认之诉中,原告变成了否认权利的一方,而被告却成为主张权利的一方。因此,按照原告与被告来划分举证责任不具有普适性。其次,它符合举证责任分配的规律。当事人主合同权利,自然应证明产生合同权利的事实。合同权利产生后,除非发生导致其变更或消

灭的事实,将一直存在下去,因此要由主张已产生的合同权利发生变动的一方对致使其变更或消灭的事实负举证责任。再次,由债务人对合同的履行负举证责任是适当的。合同的履行是引起合同之债消灭的原因之一,绝大多数合同又是通过债务人实施一定行为来履行的,因此合同履行与否及履行是否适当发生争议时,应当由主张合同已经适当履行的债务人负举证责任。当然,如果按照当事人的约定,债务人应履行的是不作为义务,在义务是否履行发生争执时,是否仍然要由债务人负举证责任,是一个需要研究解决的问题。笔者认为,对此我们应充分考虑作为证明对象的消极事实的特殊性,如果债务人并未实施合同禁止的行为,也就不会留下相应的证据,要求债务人证明自己未实施该行为显然是强人所难。另一方面,债权人主张的是债务人实施了合同禁止的行为而未履行合同义务,主张的是积极的事实,用证据来证明一件已发生的事实或一个已实施的行为显然要容易得多。所以,当合同义务是不作为的消极义务时,应当由主张未履行合同义务的债权人就债务人实施积极行为的事实负举证责任。^[2]最后,在代理关系发生争议时,由主张存在代理权的一方负举证责任也是合理的。这是由于:(1)从民法通则关于代理制度的规定看,被代理人对代理人的民事行为承担责任的前提条件是代理人具有代理权,并且代理人是在代理权限范围内以被代理人的名义签订的合同。(2)代理权发生争执,一般是对代理权的有无发生争执,一方主张代理关系存在,另一方则主张未发生代理关系,自然应当由主张代理权存在的一方对引起代理关系发生的事实负举证责任。(3)对代理权发生争执时的举证责任负担问题,德国和日本在民法典中专门规定由主张代理权存在的一方负举证责任。德国民法典第179条第1款规定:“作为代理人订立合同的人,如果不能证明其有代理权,在被代理人拒绝承认合同时依另一方的选择对另一方负有履行或损害赔偿的义务。”日本民法典第117条第1款关于无权代理人的责任中也作了类似的规定。这从比较法的角度说明了规定由主张代理权的一方负举证责任的妥当性。

不过,《证据规定》关于举证责任分配原则的规定也存在一个缺憾和留下一个悬而未决的问题。

仅对合同案件举证责任的分配原则作出规定,未设置可适用于整个民事诉讼的举证责任分配原则,是其不足之处。在民事诉讼中,需要分配举证责任的,显然不止是合同案件。合同属于法律行为的一种,除合同外,法律行为还包括立遗嘱等单方的法律行为;合同又属于债的一种类型,但民法中除了合同之债外,还有因侵权行为、无因管理、不当得利引起的债。此外,民事权利除了债权之外还有物权、知识产权、继承权、人身权。因此,无论从哪个角度说,仅就合同诉讼规定举证责任分配的原则是远远不够的。从大陆法系国家关于举证责任分配的法律规定和学说看,一般也是从民事权利或者民事权利和民事法律关系这一层面进行的。从外国法律关于举证责任分配原则的规定看,有两种立法例。一种是规定在债中,如法国民法典第1315条规定:“请求履行债务的人应当证明债之存在”。“与此相对应,凡主张其已清偿债务的人,应当证明其已经进行清偿或者证明有引起债务消灭的事实。”另一种是规定适用于整个民事权利的分配原则,如1942年的意大利民法典第2697条规定:“在法庭上提出权利的,必须证明形成该权利基础的事实。主张该事实无效,或者该权利已经改变或者消灭的人,必须证明反驳所依据的事实。”值得注意的是,尽管第一种立法例是针对债权关系设定的举证责任分配的

[2] 以积极事实与消极事实的区分作为分配举证责任的一般原则虽然不妥,但在确定具体事实的举证责任承担时,积极事实易于或者能够证明,消极事实难以甚至无法证明,这是应当充分考虑的。

原则,但这些国家的司法实务和学术研究都没有局限于债权。普遍的认识是,该规则对整个民法典都是有效的,应当归入民法总则部分。^[3]笔者认为,更为合理的选择应当是从民事法律关系这一更一般、更抽象的层面设定分配举证责任的原则,因为民法调整后形成的社会关系无非是民事权利义务关系,当事人在诉讼中争执的也无非是民事权利义务关系。

留下的未决问题是,关于合同案件举证责任分配的原则,《证据规定》也只是确定了一个大的框架,但仅根据这一大框架,不对产生合同的事实作进一步分类,还无法完全解决民事举证责任的分配问题。

在合同诉讼中,原告通常是主张合同权利存在,并依据该权利要求被告履行合同义务并承担违约责任的一方,因此,原告所要证明的不仅仅是双方订立了合同,而且要证明双方存在合法有效的合同关系。合同关系成立与合同有效在民法中是不同的概念,具有不同的判断标准,需要由不同的要件事实来支持。如果仅仅是合同关系成立,主张权利的一方仅需要证明双方当事人已就合同的主要条款达成一致的意思表示即可。而合同权利的存在,除了需要有意思表示一致之外,还需要行为人有相应的民事行为能力、意思表示真实、内容合法的要件。如果合同是由代理人签订的,还须经本人合法授权。所以,在举证责任分配问题上还需要进一步明确,主张权利的一方是需要对产生合同权利的全部要件事实负举证责任,还是仅需要对其中的特别要件事实负举证责任。正是在这个问题上,学说上存在着分歧。

上述问题的争论由来已久,德国学术界有非全备说和全备说之争。非全备说是相对于全备说而言的。非全备说下集合着各种不同的学说,包括特别要件说、因果关系说、最少限度事实说及在德国学术界产生重大影响并长期为德国法院所采用的罗森伯格(Rosenberg)的法规分类说。前三种学说尽管在解释和立论上有所不同,但它们都把依意思表示而产生权利的事实一分为二,一类为产生权利的事实(特别要件事实、原因事实、最少限度事实),一类为妨碍权利发生的事实(一般要件事实、条件事实、权利障碍事实)。在合同案件中,前者是指双方当事人订立合同的事实;后者是指行为能力欠缺,因欺诈、胁迫等导致意思表示不真实的事实。主张合同权利的人只需要就第一类事实负举证责任,第二类事实的举证责任由否认权利的一方负担。罗森伯格的学说则是把上述妨碍权利发生的事实作进一步区分,将它们细分为权利妨害的事实(如不具备相应行为能力)和权利受制的事实(如欺诈、胁迫、时效届满等)。按照罗森伯格的学说,主张权利的人只需对产生权利的事实负举证责任,妨碍权利的事实、权利受制的事实及消灭权利的事实均由否认权利的相对方负举证责任。^[4]

全备说是指德国学者莱昂哈德(Leonhard)的学说。莱氏于1904年出版了《举证责任》一书,他在该书中提出,主张法律效果成立之当事人,就发生该法律效果所必须法律要件的一切有关事实,应负主张和举证责任。对方当事人则应对法律效果变更或消灭所必须法律要件的一切有关事实负举证责任。显然,莱昂哈德反对把产生权利的事实一分为二或一分为三的作法,他认为这些事实都属于产生权利的事实,都应当由主张权利的一方负举证责任。莱昂哈德在建立自己的学说时,也注意到了如果在诉讼中要求主张权利的一方对产生权利的全部法律要件事实主张并证明,诉讼将变得异常复杂,诉讼效率会因此而大为降低。他试图通过区分客观举证责任和主观举证责任处理这一棘手问题。他提出,主张权利的一方只要主张并证明产

[3] 参见[德]汉斯·普维庭:《现代证明责任问题》,法律出版社2000年版,第390页以下。

[4] 参见叶自强:《罗森伯格的举证责任分配理论》,《外国法译评》1995年第2期。

生权利的特别事实,至于具备相应的行为能力等一般要件事实,是被默示地认为其存在,不必主张和证明,而否认权利的一方如认为不具有相应的行为能力等,则应在诉讼中提出并提供相应的证据证明。但该方当事人此时所负的仅仅是主观的举证责任(即提供证据的责任),客观的举证责任(败诉风险)仍然在主张权利一方。若法官最终仍无法确定行为能力是否存在,承担败诉后果的仍然是主张权利者。^{〔5〕}

《证据规定》留下的具体问题是,当事人具有相应的行为能力是作为产生合同权利的事实,由主张合同关系成立并生效的一方负举证责任呢?还是作为妨碍权利产生的事实,由主张合同无效的一方负举证责任。司法解释对理论上存在争议的问题暂不作出规定,待将来条件成熟时再作规定完全是可以理解的。但该问题绝不是纯理论问题,它也是司法实务必须直面的问题。因而,司法解释中对此不应回避。

笔者以为,该问题的复杂性在于,两种对立的意见都有充分的理由支持。由主张权利的一方负举证责任的理由是:(1)我国民法通则第5条将“行为人具有相应的民事行为能力”作为民事法律行为的有效要件之一。合同法第9条亦明确规定:“当事人订立合同应当具有相应的民事权利能力和民事行为能力”。因此,从民事实体法的规定来看,似应将行为能力作为产生权利的事实。(2)产生权利的法律要件事实获得证明时,法官才能认定权利存在,作出有利于主张合同权利存在的一方的判决。若该要件法律事实不存在或存在与否真伪不明,法官就不能认定合同权利存在。(3)法律将行为能力的存在规定为产生合同权利的要件之一,是为了保护精神病人和未成年人的利益,在行为能力有否不明的场合,由主张权利的一方负举证责任,使合同无效,是符合立法宗旨的。(3)将行为能力的存在作为权利发生的要件,将行为能力的不存在作为妨害权利的事实,实际上是针对同一事实所作的不同表述,无法从实质上将它们加以区分,更何况产生权利的事实与妨害权利的事实在同一时间点上,不象消灭权利的事实、权利受制的事实,是在合同有效成立后才发生或才主张的。^{〔6〕}

由否认合同权利的一方负举证责任的理由在于:(1)举证责任乃是败诉的风险,如果主张权利的一方既要订立合同的事实负举证责任,又要对行为能力存在的事实负举证责任,一方风险多胜诉机会少,另一方风险少胜诉机会多,双方地位和利益的失衡显而易见。(2)大多数民事法律行为是由有相应行为能力的人实施的,欠缺行为能力是例外情形,因此从概率上说,行为能力存否不明的场合,让否认权利的一方负举证责任符合真实的可能性大。(3)在诉讼中,一般是否认权利的一方当事人主张自己不具备相应的行为能力而否认合同权利的存在,该方当事人与证据的距离近,最有条件证明,由他负举证责任符合公平的要求。(4)从审判实务看,各国一般都是将举证责任置于否认权利的一方。

在理论上说明哪一种见解更为妥当实属不易,在实务中作出选择更是困难。但无论如何,审判实务中需要有统一的分配举证责任的标准。如若不然,法官会因理解不同而作出截然相反的判决,这势必会损害法律适用的统一性。因此,最高人民法院将来应对此作出司法解释。

为了消除上述缺陷,笔者主张将法律要件分类说作为我国民事诉讼中分配举证责任的原则,并参照其他分配举证责任的学说,对按此原则不能获得公正结果的少数例外情形实行举证

〔5〕关于全备说的详细内容,可参见日本学者雉本朗造:《举证责任的分配》,转引自王锡三译:《民事举证责任著作选译》,西南政法学院诉讼法教研室印。

〔6〕罗森伯格关于权利发生规范与权利妨害规范的区分,受到学者们的质疑。批评者认为两者在发生于同一时间,在民法中无法将它们加区分。

责任倒置。其理由是:第一,该学说是分配举证责任各种学说中最为成熟的理论,它适合于采用民法典的国家,又在德国、日本经受了长时期的实践检验,被司法实务证明具有一般的妥当性。第二,该学说在我国已有一定的理论基础,我国已有相当多的学者和法官主张依该学说分配举证责任。第三,该学说在我国已有一定的实践基础,已有不少法官在审判实务中自觉或不自觉地运用该学说分配举证责任。最后,最高人民法院在 1992 年 7 月制定的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(以下简称《意见》)中规定了举证责任倒置,而倒置是针对按法律要件说分配举证责任产生的正置的结果而言的,因此它间接说明最高法院在分配举证责任时实际上采用了法律要件分类说。

按照法律要件分类说,我国民事诉讼中分配举证责任的原则应当是:(1)凡主张权利或法律关系存在的当事人,只需对产生权利或法律关系的特别要件事实(如订立合同、订有遗嘱、存在构成侵权责任的要件事实)负举证责任,阻碍权利或法律关系发生的事实(如欺诈、胁迫且损害国家利益等)则作为一般要件事实,由否认权利或法律关系存在的对方当事人负举证责任。(2)凡主张已发生的权利或法律关系变更或消灭的当事人,只需就存在变更或消灭权利的特别要件事实(如变更合同的补充协议、修改遗嘱、债务的免除等)负举证责任,妨碍权利或法律关系变更或消灭的一般要件事实由否认变更或消灭的对方当事人负举证责任。

二、举证责任倒置:一个需要澄清的问题

最高人民法院在上述《意见》第 74 条对举证责任的倒置作出了规定,即“在下列侵权诉讼中,对原告提出的侵权事实,被告否认的,由被告负举证责任:(1)因产品制造方法发明专利引起的专利侵权诉讼;(2)高度危险作业致人损害的侵权诉讼;(3)因污染环境引起的损害赔偿诉讼;(4)建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落致人损害的侵权诉讼;(5)饲养动物致人损害的侵权诉讼;(6)有关法律规定由被告承担举证责任的。”

上述规定对审判实务中正确分配举证责任有着积极的作用,但也存在着一些不足。首先,倒置的对象规定得不够明确,对被告究竟对侵权责任四个或三个构成要件中哪个要件事实负举证责任未作具体规定。若单从字面上看,还会给人以一种被告否定侵权事实就应对不存在侵权责任的全部构成要件事实负举证责任的错觉。其次,将一些并未实行举证责任倒置的侵权诉讼也规定了进去。举证责任的倒置源于德国的诉讼理论和司法实务。在德国,举证责任的倒置,是以法律要件分类说作为分配举证责任的前提的,是对依该学说分配举证责任所形成的分配结果的局部修正,其实质,是将依据法律要件分类说应当由主张权利的一方当事人负担的举证责任,改由否认权利的另一方当事人就法律要件事实的不存在负举证责任。从德、日等国的司法实务看,侵权诉讼中举证责任的倒置,主要是倒置因果关系、过失这两个要件事实。按此理论分析,在高度危险作业致人损害、饲养动物致人损害的侵权诉讼中,并不发生举证责任倒置的问题。这两类诉讼均属于特殊侵权责任中的无过错责任。原告欲实现损害赔偿的请求权,须对损害事实、违法行为、因果关系进行证明,而被告欲免责,应对损害由原告故意引起等抗辩事由进行证明。而这恰恰是按照法律要件分类说分配举证责任的结果,并未让被告对不存在因果关系负举证责任。再次,一些本应规定实行举证责任倒置的诉讼未作规定。例如,在医疗过失致人损害的诉讼中,按法律要件分类说,主张损害赔偿请求权的患者要想获得胜诉,须对损害事实、医疗过失、因果关系负举证责任,但由于记录医疗过程的材料基本上是由医

院控制,患者很难提出证据证明医护人员在诊疗护理过程中存在疏忽和懈怠,^{〔7〕}即使证明了存在医疗过失,也很难确切证明损害结果是由医疗过失引起的。让患者就医疗方过错和因果关系负举证责任,无异于闭塞医疗事故受害者获得司法救济的通道,使法律设定的公平正义在诉讼中失落。因此,应当实行举证责任的倒置,使作为被告的医疗机构就不存在医疗过失和医疗过失与损害结果不存在因果关系负举证责任。^{〔8〕}需要倒置举证责任的诉讼还包括因产品质量不合格致人损害的侵权诉讼、因共同危险行为致人损害的侵权诉讼。前者应将产品质量不存在缺陷的举证责任倒置于被告,由被告承担产品缺陷真伪不明的风险;后者应将实际加害人的举证责任倒置于被告,由被告承担实际加害人不明的风险。最后,将实体法已明文规定实行举证责任倒置的也规定了进去,如因方法发明引起的专利侵权诉讼,因建筑物倒塌等引起的侵权诉讼,专利法、民法通则对举证责任倒置已作出了明确规定,再在司法解释中加以规定,其必要性似乎不大。

《证据规定》第4条以列举方式规定了8类侵权诉讼的举证责任承担。与上述《意见》第74条相比,新规定消除了原有规定的某些缺陷,内容也更为丰富。新规定对每一类诉讼逐一作出规定,并且明确了是对过错、因果关系实行举证责任倒置。尤其是新增了对共同危险行为和医疗过失行为侵权诉讼的举证责任倒置的规定,明确了由实施危险行为的人对其行为与损害结果不存在因果关系承担举证责任,由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。但是,仍然有两个老问题未能解决,一是重复实体法的规定,二是将实际上并未实行举证责任倒置的诉讼也规定了进去。第4条本意是规定举证责任倒置的,总共才规定了8类诉讼,竟然将未实行倒置的三类诉讼(高度危险作业致人损害、产品缺陷致人损害、饲养动物致人损害)也规定在其中,不能不说是一大缺憾。

举证责任倒置,实际上是将事实真伪不明的败诉风险在双方当事人之间重新分配,对那些因举证特别困难、难以证明的案件事实来说,倒置举证责任,也就是改变胜诉与败诉的结果。这等于是通过举证责任的重新划分来间接地改变当事人之间的实体权利义务关系。考虑到它带来的严重后果,一般应当由立法机关对需要倒置举证责任的特别情形作出规定。在立法机关尚未来得及作出规定而司法实践又迫切需要规定时,由最高司法机关通过司法解释倒置举证责任有其合理性,但这终究是一种权宜之计。

三、疑难案件举证规则:如何保证适用法律的统一

《证据规定》关于举证责任的一项新内容是设定了确定疑难案件举证责任承担的规则,即“在法律没有具体规定,依本规定及其他司法解释无法确定举证责任时,人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则,综合当事人的举证能力等因素确定举证责任的承担”。

举证责任主要是由实体法规定的,但实体法关于举证责任的规定大多是“隐形法”,除非立法者要强调举证责任承担的异常情况,要倒置举证责任,实体法中一般不会明确规定待证事实

〔7〕 在实际生活中,有的病人为了与医院打官司,不得不采用非法的手段收集证据,将自己的医护记录从医院中偷出来。

〔8〕 对于污染环境致人损害、医疗过失致人损害的侵权诉讼中因果关系的证明,另一种选择是采用表见证明,从被告的污染行为、医疗过失行为大致推定因果关系存在,然后由被告反证。表见证明虽然也能够起到缓解原告举证困难的效果,但由于举证责任未发生倒置,当发生本证与反证势均力敌时,承担败诉风险的依然是受害人。所以,就保护受害人权益而言,表见证明不如倒置举证责任有力。

的举证责任由哪一方当事人负担。不过,由于实体法的结构、形式中常常蕴含着举证责任的规范,通过分析实体法条文,在多数情况下还是能够找出潜藏在实体法背后的确定举证责任的规范的。例如,合同法第 26 条规定:“受要约人在承诺期限内发出承诺,按照通常情形能够及时到达要约人,但因其他原因承诺到达要约人时超过承诺期限的,除要约人及时通知受要约人因承诺超过期限不接受该承诺的以外,该承诺有效。”对此条规定稍作分析,就不难看出,主张合同关系成立的一方当事人,应对已在承诺期限内作出承诺的事实负举证责任,而主张因承诺迟到合同关系未成立的一方当事人,则应对承诺信件因投递延误等原因未在承诺期限内到达,并且已及时通知受要约人不接受该承诺的事实负举证责任。

但是,分析实体法条文并非万应良药,一些事实的举证责任,仅从实体法结构或实体法条文的形式上看不出应当由哪一方当事人负举证责任,由主张权利的一方负举证责任和由否认权利的相对方负举证责任又各有其道理。而面对确定举证责任有疑难的真伪不明的案件事实,法官又不能以法律和司法解释未作出明确规定为理由拒绝下裁判。若单从这一层面考虑,由最高法院制定一条确定疑难案件中举证责任分配的指导性原则,帮助法官在此困难情形下正确分配举证责任,无疑是必要的。

不过,规则的设定也带来了确定疑难案件事实举证责任权力的分散和权力的下放。规则本身并未明确决定权在哪一级法院,但从字面上看,给人的感觉是每一级法院和每一个法官都有权决定疑难案件事实的举证责任负担。并且从事理上说,这条规则也是用来帮助地方各级法院确定举证责任的承担的,因为最高法院没有必要为自己制定规则。

确定疑难案件事实的举证责任承担,实际上是法院在司法过程中对实体法作出解释或补充。由此引出的问题是由哪一级法院行使此项权力方为妥当。案件事实真伪不明时举证责任的不同分配,会直接导致截然相反的裁判结果,混淆双方当事人的举证责任又会给当事人的合法权益和法律的正确实施造成严重的损害。正确处理疑难案件事实的举证责任承担,需要法官有相当高的法律素养,在部分法官、尤其是基层法院的法官素质偏低的时期,让每一级法院的法官都享有处理此问题的权力,不能不令人担忧。即便是高素质的法官,因认识问题的角度、生活阅历的不同,也会对举证责任的确定,甚至对是否属于疑难案件、当事人的举证能力如何等有不同的认识。这就带来一个问题,即如何防止同类疑难案件事实举证责任承担的结果多样化。

举证责任的分配既然是法律的解释和补充问题,自然应力求正确、统一。在实行三审终审的国家,法律问题允许当事人上诉至第三审,通过由高级别的法院甚至最高法院审理以确保法律适用的正确和统一。例如联邦德国的最高法院,通过对医疗事故、交通事故、环境污染、商品瑕疵致人损害案件的审理,以判例改变法律要件分类说这一通说分配举证责任的方法,将故意或过失、因果关系这些侵权责任构成要件事实,改由加害人就无过错和不存在因果关系负举证责任。^[9]我国实行两审终审制,大部分案件的终审法院是中级人民法院,而由中级法院最终确定疑难案件事实的举证责任承担显然是不妥的。

基于以上分析,笔者建议将疑难案件事实举证责任承担的决定权控制在最高人民法院。地方法院审理案件遇到此类疑难问题时,可报请高级法院向最高法院请示,最高法院研究后作出批复。这样做,程序虽然会复杂一些、花费的时间也会多一些,但能够充分发挥最高法院政

[9] 参见陈荣宗:《举证责任分配与民事程序法》,台湾三民书局 1979 年版,第 64 页以下。

策法院的作用,保证法律得到正确、划一的适用。从效率上说,这样做不仅不低而且高,因为最高法院一旦作出了批复,也就为全国法院解决了这一疑难问题。

四、证明标准:何种程度的盖然性

证明标准又称证明要求,是指法官在诉讼中认定案件事实所要达到的证明程度。证明标准确定以后,一旦证据的证明力已达到这一标准,待证事实就算已得到证明,法官就应当认定该事实,以该事实的存在作为裁判的依据。反之,法官就应当认为待证事实未被证明为真或者仍处于真伪不明状态。

证明标准与举证责任问题具有密切关系。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,事实的真伪不明的状态才算被打破,提供证据的负担才能够解除,败诉的危险才不至于从可能转化为现实。这些都取决于对证明标准的合理界定。对于当事人来说,只有了解了证明标准,才不至于因为对证明标准估计过低而在证据明显不足时贸然提起诉讼,同时也不至于由于对证明标准估计过高而在证据已经具备的情况下不敢起诉。在证明过程中,提供反证的必要性也同证明标准有关,因为只有当负担举证责任的一方当事人提出的本证已达到证明标准,法官将作出有利于该当事人的认定时,另一方当事人才有提供反证的必要。对于法官来说,只有明确了证明标准,才能够正确把握认定案件事实需要具备何种程度的证据,才能以之去衡量待证事实已经得到证明还是仍然处于真伪不明状态,才能决定是否有必要要求当事人进一步补充证据。证明标准与上诉程序和再审程序也有密切关系。民事诉讼法把原判决认定事实不清,证据不足,作为二审人民法院撤销原判决发回重审或查清事实后改判的原因之一,把原判决、裁定认定事实的主要证据不足作为当事人申请再审和检察机关提起抗诉的法定事由,而证据不足,实际上也就是证据未达到认定案件事实所应当达到的证明程度,不符合证明标准。因此,科学、合理地确定证明标准是诉讼证明中一个至关重要的问题。

由于民事诉讼的性质不同于刑事诉讼,民事责任的严厉程度远不如刑事责任,各国设定的民事诉讼的证明标准一般均低于刑事诉讼。低于刑事诉讼的证明标准有两种基本形态:盖然性占优势的证明标准和高度盖然性的证明标准。前者是北欧国家和英美法系国家民事诉讼中采用的证明标准,后者系大陆法系国家民事诉讼中实行的证明标准。这两种证明标准具有共同的认识论和价值论基础。它们都认为法院对事实的认定是依据证据对事实真伪可能性所作的判断,法官对事实的认定受到多种条件的制约,是在非常困难的情况下进行的;它们都承认查明事实虽然是证据法的重要价值,但不是唯一的价值,当它与其他价值发生冲突时,并非在任何情况下都优先于其他价值,有时它也需要为其他价值让路。所以,绝对的客观真实虽然是理想的目标,但在审判实务中常常是难以企及的,民事诉讼证明活动不得不满足盖然性的真实,即相对的法律真实。

但是,对认定事实所需要的盖然性的程度,这两种证明标准存在着明显的不同。^[10]一般认为,优势证据证明标准所要求的盖然性程度较低,只要本证的证明力稍稍超出反证(典型的

[10] 亦有学者认为这两种证明标准并无本质上的差别,其差异主要来自文化传统和法律习惯。参见毕玉谦:《试论民事诉讼证明标准的盖然性规则》,《法学评论》2000年第4期。

例子是两种可能性之比为 51%: 49%), 法官或陪审团就可认定一方所主张的事实存在。高度盖然性的证明标准所要求的盖然性程度较高, 按此标准盖然性的程度虽然不必达到或接近确实, 但也不能仅凭微弱的优势对事实作出认定。

随着证明任务从客观真实到法律真实的转变, 我国民诉理论界和司法实务部门越来越倾向于把盖然性作为民事诉讼的一般证明标准。但仅提出盖然性是不够的, 因为盖然性有各种不同的程度, 还需要回答何种程度的盖然性的问题。民事诉讼中的证明标准应低于刑事诉讼, 不必非达到无任何疑义的地步的观点已成为我国的主流观点。分歧在于盖然性要达到的程度如何。对此主要有两种意见: 一种意见认为, 只要证明争议事实存在的证据优于证明其不存在的证据, 即本证优于反证, 法官就可以认定待证事实为真或存在。这可称为优势证据的证明标准或盖然性占优势的证明标准。优势是通过将本证与反证的证明力进行比较来确定的, 这可以有不同的比例, 从 90%: 10% 直到 51%: 49%。按照这一标准, 即使是 51%: 49%, 也满足了优势的要求。另一种意见认为, 应当以较大程度优势体现出来的较高度盖然性作为民事诉讼的证明标准。按此观点, 法官认定争议事实, 虽然不必象刑事诉讼那样需要达到不存在任何合理怀疑、排除了其他可能性的程度, 但也不能仅凭微弱的优势就认定争议事实, 本证与反证证明力之比至少应达到 75%: 25%, 法官才能够对争议事实作出肯定的认定。后者实际上是以较高度盖然性作为证明标准, 百分比只是为说明这一困难问题不得不采用的比喻。

笔者主张以较高度盖然性作为民事诉讼的一般证明标准。之所以用“较高度”, 是为了一方面区别于刑事诉讼的证明标准, 另一方面使之不同于优势证据的证明标准。它的盖然性程度介乎于两者之间, 如用百分比来说明的话, 应当是 80% 左右。

客观地说, 优势证据的证明标准便于操作和运用, 审判人员只要将双方提供证据的证明力进行比较, 看哪一方的证据更有说服力, 就可以对争议事实作出认定。适用这一标准还降低了证明的困难程度, 使得当事人能够较容易地举证证明所主张的事实。这一标准还能够减少诉讼中真伪不明的情形,^[11]使法官能够依据查明的事实作出判决而不是依赖举证责任。

优势证据虽然具有上述优点, 但将它作为民事诉讼中的一般证明标准仍然不具有妥当性。原因在于: 第一, 不符合人们认识事物的常态。人们在对未知事物或有争议的问题作出判断前总是希望有比较确切、充分的证据, 这些证据能引起内心的确信, 至少也能形成具有很大可能性的认识, 才会安心地得出结论。如果证据并不充分, 一种可能性稍大于另一种可能性, 人们将是一种将信将疑的心态, 判断者将不愿意作出结论, 尤其是不愿意作出改变现状的决定。第二, 采用盖然性程度低的证明标准实际上是降低了获得胜诉的门槛, 会诱使人们以虚假事实为依据提起诉讼, 可能引发的危险后果在于“由于轻易获胜的希望很大, 大量增加以虚假的事实主张起诉案件, 将导致讼灾”。^[12]第三, 我国司法实务部门虽然已形成了民事诉讼的证明标准可低于刑事诉讼的共识, 但也仅是稍低于而已, 并不意味着当证据表明一种可能性稍大于另一种时, 法官便可依据如此不充分的证据认定待证事实存在。第四, 如果把证明标准定得过低, 可能会造成法官在证据不足的情况下草率认定事实。证明标准是法官认定事实存在时证据证明力所需达到的底线, 只有达到这条底线时, 法官才能对待证事实作出肯定性评断。底线的设定并不意味着法官应以达到底线的要求为满足, 在认定事实时, 他们总是希望有更充分的证

[11] 证明标准与法官对事实的认定存在一种反比例关系, 证明标准愈高, 法官能够确认的事实就愈少, 事实真伪不明的情形就会增多。

[12] 前引[3], 汉斯·普维庭书, 第 117 页。

据。但底线设定的标准应当合理,如果定得过低,无异于鼓励和放任法官在证据不足的情况下对事实作出认定。第五,从我国的情况看,学术界虽然也有人主张以优势证据作为民事诉讼中的证明标准,但多数学者仍然主张采用高度盖然性的标准,可以说高度盖然性已成为我国的通说。最后,法官获得较为充分的证据后才对事实的存在作出认定在民事诉讼中具有普遍性,即便是实行优势证据证明标准的美国,审判实务中也常常是如此。美国民事诉讼中举证责任即意味着当事人承担以较为可靠的证据说服事实审理者的责任,而“说服责任有三级标准:较为可靠、确凿可信、毋庸置疑。从理论上讲,较为可靠指证据的真实性超过 50%,其他标准的要求更高。然而,有一些证据表明,法官和陪审团事实上把较为可靠改为证据有 75% 以上的真实性,把毋庸置疑改为指证据有 85% 以上的真实性。这给确凿可信标准留下的余地很小。”^[13]

证明标准与证明责任有密切关系,在证据特定的情况下,改变证明标准可能会直接改变事实认定的结果。从理论上说,为了使法官在审判中运用统一的证明标准评价证明结果,由法律规定证明标准是必要的。如果允许法官依据个案证明的具体情况来裁量决定证明标准,允许法官按照其对公平、正义的理解来提高或者降低证明标准,证明标准就会因人而异。此外,如果证明标准可以由法官裁量决定,那么,当不同审级的法官运用不同的证明标准时,对基于同样证据的案件,第一审和上诉审对事实的认定可能完全不同。证明标准不统一带来的危害是严重的,将造成法律适用的极大不安定,也可能使诉讼的胜负玩弄于法官的股掌之中。

用法律统一设定证明标准虽然必要,但鉴于证明标准本身所具有的内在性、模糊性、相对性等特点,规定证明标准又是极其困难的。尽管如此,《证据规定》还是对此作出了规定,即“双方当事人对同一事实分别举出相反的证据,但都没有足够的依据否定对方证据的,人民法院应当结合案件情况,判断一方提供证据的证明力是否明显大于另一方提供证据的证明力,并对证明力较大的证据予以确认。”(第 73 条第 2 款)值得注意的是,这里用的是“明显大于”而不是“大于”,从而表明最高人民法院实际上采用了“较高程度盖然性”的证明标准。

五、预决的事实:需要区别对待

《适用意见》将“已为人民法院发生法律效力裁判所确定的事实”作为当事人无需举证的事实之一(第 75 条第 4 款)。

这是借鉴原苏联的民事诉讼立法而作出的规定。1964 年颁布的《苏俄民事诉讼法典》第 55 条规定:“已发生法律效力某一民事案件的判决所认定的事实,在审理由同样人参加的其他一些民事案件时无须重新证明”(第 2 款);“已发生法律效力某一刑事案件判决,对于审理受到刑事判决人的行为的民事法律后果的案件的法院来说,只在是否有过这种行为和此种行为是否为该人所实施的问题上具有约束力”(第 3 款)。

苏联学者借用拉丁文的“预决”一词将此类事实称为“预决确定的事实”,意思是事实已由生效判决预先确定。对于民事判决的预决效力,一些学者举例说,“在无独立请求权的第三人参加诉讼的制度中,原告人同被告人之间诉讼的判决,对于第三人,对于下一步返还代偿的诉讼,都具有预先决定的意义。如果法院在解决请求返还权利的诉讼时认定物品是偷窃原告人的,按照原诉判决已确定的偷窃原告人物品这一事实,在买者对卖者返还代偿的诉讼中,就不

[13] [美] 迈克尔·D·贝勒斯:《法律的原则》,中国大百科全书出版社 1996 年版,第 67 页。

需要再进行证明”。^[14]无论从法条本身的规定,还是从所举的例子看,前一民事判决对后一民事诉讼的预决效力都是有条件的,这就是前后两个诉讼的当事人必须相同,或者说后一诉讼的当事人参加过前一诉讼。附加这一限制性条件是非常必要的,否则就可能导致极其不合理的结果。例如,甲乙之间就某房屋的产权发生诉讼,法院判决确认房屋产权归甲所有,判决生效后丙又对甲提出确认产权之诉,要求判决房屋归自己所有。在上述例子中,法院的生效判决对后一诉讼就不应当有拘束力,因为丙并未参加甲乙之间的诉讼,法院确认房屋归甲的判决是在未听到丙陈述理由,未见到丙的证据的情况下作出的,如果承认其预决效力,对丙来说,程序上显然是不公正的。对于刑事判决对民事诉讼的预决效力,一位原苏联学者认为“在审理民事案件时,只有两种由刑事判决肯定的事实不需再予证明:1. 行为实施的事实;2. 行为由某人具体实施的事实”。^[15]

大陆法系国家中德、日等国的民事诉讼虽然也规定了免于证明的事实,但这些事实是指当事人在法院自认的事实、众所周知的事实和对法院显著的事实,不包括预决的事实。笔者认为,规定生效判决具有预决效力具有积极意义,它既可以节约诉讼的成本,又可以避免法院前后判决认定不一致。但是,对预决在理论上需作进一步分析。

刑事判决对民事诉讼的预决关系,应具体分析,不宜一概而论。刑事判决可分为有罪判决和无罪判决,法院作出的判决如果是有罪判决,在判决中认定被告实施了伤害、诽谤等犯罪行为,受害人如今后单独对犯罪人提起民事诉讼,民事被告人是否对原告实施了伤害、诽谤行为的事实,因刑事判决的存在可以不必再证明。法院作出的判决如果是无罪判决,其对以后的民事诉讼是否具有预决效力则需要作进一步的分析。法院作出无罪判决有两种情形:一种是指控的犯罪事实已被否定,法院在诉讼中已查明犯罪行为并非被告人所为;另一种是由于案件事实不清、证据不足,不能认定被告人有罪,而作出证据不足、指控犯罪不能成立的无罪判决。第一种情形的无罪判决对民事诉讼应具有预决效力,被告否认实施侵权行为,并提出无罪判决的刑事判决书副本,审理民事侵权纠纷的法院应当据此认定被告人未实施伤害、诽谤等侵害人身权的行为。第二种情形的无罪判决对民事诉讼不应具有预决效力,因为这种无罪判决是建立在证据不足、不能认定被告人有罪的基础上的。由于民事诉讼实行与刑事诉讼不同的证明标准,民事诉讼的证明标准可低于刑事诉讼。在证据相同的情况下,被告人在刑事诉讼中因证据不足被认定为无罪,不等于在民事诉讼中也一定被认定为侵权行为不能成立而无责。

民事判决对民事诉讼的预决关系,也有作具体分析的必要。民事判决认定的事实有无预决效力,既涉及到判决的既判力问题,又涉及到判决的参加效力问题,需要用判决效力的理论去分析。

判决的既判力一方面表现为审理后诉的法院在审判中应当受前诉生效判决内容的拘束,不得作出与前诉判决相异的判断;另一方面表现为判决生效后双方当事人不得再对判决确定的内容进行争执。判决的预决效力,需要从既判力主、客观范围进行分析,对于既判力的主观范围,各国均实行既判力相对性原则,一般仅拘束双方当事人,因为“民事诉讼之判决系为解决当事人之间利益所发生之纠纷而为之者,判决效果以能对双方当事人相对地加以拘束即可。何况依处分权主义与辩论主义之原则,仅限于自行诉追之当事人始受判决既判力结果之拘束,

[14] [苏]多勃罗沃里斯基等:《苏维埃民事诉讼》,法律出版社1985年版,第203页。

[15] [苏]特列尼什科夫:《苏联民事诉讼中的证据和证明》,西南政法学院诉讼教研室印,第47页。

对于未赋与机会使参与诉讼之第三人,若强制其受既判力之拘束,必然不当地侵害其利益,无异于剥夺第三人有受裁判之权利”。^[16]对于既判力的客观范围,即判决对哪些事项的判断有既判力的问题,大陆法系民事诉讼理论中的主流观点认为,既判力的客观范围一般应限于判决的主文,而不包括判决的理由。国外的民事诉讼理论也有主张判决的效力不只限于判决主文的,如美国民事诉讼理论中关于争点排除效力的学说。该说认为,对当事人在前诉争执过的事实,法院在判决理由中作出实质性判断后,应产生在后诉中不得再进行争执的效果。日本学者中也有主张争点排除效力的,但这一主张尚未被法院接受。^[17]

以上关于既判力客观范围的界定是妥当的。民事判决的预决效力,一般应限于判决主文中认定的事实,而不应扩大到作为判决理由的事实。例如,法院前一判决的主文为准许离婚和子女归女方抚养,理由是男方经常酗酒和赌博而造成夫妻感情破裂。前一判决在夫妻关系消灭和子女监护人的确定上有预决效力,但对离婚理由的判断一般不应具有预决效力。我国在现阶段不宜借鉴争点排除效力,其原因在于:争点排除效力的理论相当复杂,其适用要件不易准确把握。争点排除效力在美国亦存在着诸多争论,这一理论介绍到我国的时间还不长,理论界对它还未进行深入的探究。在美国民事诉讼中,适用争点排除效力须具备三个要件:(1)当事人在前诉中对该争点确实争执过。(2)法院的生效判决对该争点确实作出过判断。(3)该争点系前诉判决中必不可少的重要事实。上述要件表明,适用争点排除效力的前提是当事人在前诉中对事实已争执过,法院对该事实也进行了认真而充分的审理。但是否具备上述条件,仅看判决书本身,往往是无法确定的。审理后诉的法院不一定是审理前诉的法院,即使是同一法院,也未必是同一法官。因此,对是否具备前提条件的把握具有相当难度。我国司法实务中还存在着法院认定事实与当事人主张的事实非对应性的问题,即尽管当事人在诉讼中主张和争执的是某一事实,但法官却认为该事实并不重要,而是根据自己所认为的已查明的另一重要事实作出判决。在判决前,并未告知和提醒当事人,使他们有机会就法官认为的重要事实提供证据、进行辩论。^[18]为了缓解案件日益增多带来的压力,不少地方的法院主要适用简易程序审理民事案件。适用简易程序虽然不能一定说法官对案件的审理不充分,但简易程序毕竟是一种以效率为主要价值取向而设计的程序,适用该程序审理案件开庭的时间往往在一个小时左右。在如此短的时间内能否对事实进行充分的争执和审理是有疑问的。因此,在现阶段引入争点排除效力,既可能严重损害当事人的程序利益,又可能导致对事实错误认定的后果的扩大化。

判决的参加效力是指生效判决对参与诉讼的无独立请求权的第三人的效力。参加效力不同于既判力,“既判力作为解决纠纷的准则,只对从判决主文进行判断的纠纷主题权利关系产生,与其他的认定和判断没有关系。而参加效力是对判决理由部分中所举出的败诉理由的事实认定和法律判断产生的。”^[19]判决的参加效力虽然可以使生效判决对事实的认定拘束无独立请求权的第三人,但它以第三人参加诉讼已充分行使权利,获得程序保障为条件,如第三人参加诉讼时因不能归责于他的原因未能充分行使诉讼权利,生效判决对事实的认定就不能拘束第三人。排除参加效力的例外情形包括:(1)根据参加时的诉讼进度,参加人的诉讼行为已

[16] 陈荣宗、林庆苗:《民事诉讼法》,台湾三民书局1996年版,第665页。

[17] 关于这一问题,请参阅白绿铨:《美国民事诉讼法》,经济日报出版社1996年版,第155页以下;[日]兼子一、竹下守夫:《民事诉讼法》,白绿铨译,法律出版社1995年版,第164页。

[18] 这属于突袭性裁判的一种形态——认定事实突袭。关于突袭性裁判,请参阅邱联恭:《程序制度机论》,第5页以下。

[19] [日]兼子一、竹下守夫:《民事诉讼法》,法律出版社1995年版,第202页。

不能产生效力之时。(2)参加人的诉讼行为因与被参加人的行为相抵触而不产生效力之时。(3)被参加人妨碍参加人的诉讼行为,使参加人无法有效地实施诉讼行为。(4)被参加人因故意和过失,未实施参加人不能实施的诉讼行为。^{〔20〕}可见,判决的参加效力十分复杂,有种种例外情形。

因此,刑事判决对民事诉讼的预决效力,应限于确定有罪或无罪的判决,而不包括因证据不足而作出的无罪判决。民事判决的预决效力,从主体上应限于参加该诉讼的当事人,在客体上应限于判决主文认定的事项。至于判决中所认定事实对第三人的效力,应依据参加效力来解决。另一种选择是,由于民事判决的预决效力过于复杂,不将其作为免证的事实,而是依据既判力、判决参加效力的理论来确定它对后诉的效力。

《证据规定》第 9 条对免证事实作了规定,新规定扩大了当事人无需举证证明的事实的范围,将“已为仲裁机构的生效裁决所确认的事实”也列入其中。与原规定相比,新规定还增添了除自然规律与定理外,其余免证事实均允许当事人用相反证据推翻,一旦推翻,主张免证事实的当事人将重新负担起举证责任。这一规定意义重大,它通过使免证事实相对化的方法,使司法解释中关于免证事实的规定趋于合理。

Abstract: To remedy the defect of over- simplicity of the provisions on evidence in the Civil Procedure Law, the Supreme People's Court has issued a series of judicial interpretations on issues relating to evidence. These interpretations, although are playing an important role in civil litigation, have some defects in themselves. One of the urgent tasks in the process of reforming the civil evidence system in China is to find out the existing problems in these interpretations, to conduct theoretical analysis on these problems and to put forward corresponding countermeasures.

〔20〕 参见[日]三个月章:《日本民事诉讼法》,台湾五南图书出版有限公司 1997 年版,第 277 页以下。