

# “执行中的举证责任”——一种对举证责任的误读

张卫平

- “谁主张，谁举证”，如此理解举证责任并不全面。
- 举证责任是在审判程序中指引法官在裁判的事实真伪不明的状态下如何裁判的规则。
- 举证责任的分配只能是在双方当事人之间，而不是在当事人与法院之间。
- 在执行中适用举证责任是对举证责任的误读。

执行程序中是否应当适用举证责任制度是近来司法实务界中十分关注的话题。这一问题的前提是，执行程序中原本没有这一制度，现在是否需要将诉讼程序或审判程序中的举证责任制度移植到执行程序中加以适用。举证责任制度既然是被借用的一种制度，那么我们就必须要弄清楚，被借用或适用的举证责任制度究竟是一种什么样的制度？它的内涵和适用条件是什么？如果我们不了解这些内容，也就谈不上在执行程序中适用举证责任的问题。然而笔者发现，有的文章在议论执行程序中是否应当适用举证责任制度时，却没有谈及举证责任制度本身的含义，或者没有弄清举证责任概念、举证责任制度的含义，如此一来，人们对执行程序中是否适用举证责任制度的问题就难免无的放矢，反而将问题进一步模糊化。

人们对“举证责任”的最初认识与民事诉讼法的规定有直接的关系。民事诉讼法第六十四条第一款的规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。”人们还将这一规定提炼为“谁主张，谁举证”。但我们要追问的是，“有责任提供证据”的法律意义是什么？也就是说，所谓“有责任”在法律上意味着什么？没有提供证据将承担什么样的法律后果？如果我们不知这一点，我们就根本谈不上对举证责任的了解，我们也就不知道什么是举证责任制度。

有的人会反问：这还不简单，不提供证据的法律效果就是主张不成立。这些人将没有提出证据对自己提出的主张加以证明，该主张便不能成立作为了举证责任的法律后果或法律效果。似乎从“举证责任”的文义上也能得到这样的解释——没有举证，就要承担主张不能成立的后果。这种后果就是举证责任。人们常常举出的例子是，一方当事人在诉讼中主张对方当事人借了钱没有还，此时，如果提出这一主张的当事人没有拿出证据加以证明，那么该主张就不能成立。其实，关于举证责任的理解并不是那么简单，如此简单的理解就容易误读举证责任的基本含义。

这样简单的理解不能解决以下问题：1、如果对方当事人提出否定的主张——即没有借钱或已经还钱，该当事人是否也应当加以证明呢？2、如果说否定主张也是主张，因此也需要加以证明的话，那么，当提出否定主张的当事人没有能够证明自己的否定主张时，而提出肯定主张的当事人也没有能够证明自己的肯定主张时，谁承担不利后果呢？3、对自己提出的主张，不提出证据加以证明，自己的主张就一定不能成立吗？

举证责任，更为准确的说法应当是“证明责任”，作为一种制度要解决的是作为裁判基础的主要事实真伪不明时，究竟应当裁判谁承担相应的不利后果，也就是说法官在作为裁判

基础的事实真伪不明时，应当裁判哪一方败诉的一种裁判规则，是一种指引法官在此场合如何进行裁判的一种制度。也只有这样理解，作为一种制度的举证责任或证明责任才有意义。这一制度的基本作用在于解决了当某一个法律事实双方当事人均不能加以证明，使该事实处于真伪不明的状态时，法官应当如何判决的问题。如果作为裁判所依据的事实真伪已明时，就不需要法官根据证明责任加以裁判。例如，对方当事人没有还钱的事实已经清楚，法官自然会判决义务人还钱，不存在适用举证责任或证明责任的问题。举证责任的适用后果实际上是一种推定。只有在是否已经还钱的事实不清楚，处于真伪不明的状态时，才有必要根据举证责任的规则作出判决。对此，按照最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定，当事人双方就合同义务的履行发生争议时，由主张已经履行的一方当事人加以证明，没有能够证明已经履行时，就由该当事人承担不利后果，相反，对方当事人不会因为没有证明义务人没有履行而承担败诉的后果。

按照证明分配的一般原理，也不是说提出主张的人就一定要承担不能证明的后果，这要视具体情形。例如，在消极确认之诉中，要求确认自己与他人之间不存在某种法律关系的，举证责任就在对方当事人，如果关于是否存在该法律关系的事实真伪不明时，法官将裁判不能证明存在该法律关系的被告败诉，而不是主张不存在的原告败诉。

因此，从上述意义上讲，举证责任是在审判程序中指引法官在裁判的事实真伪不明的状态下如何裁判的规则。举证责任的分配也只能是在双方当事人之间，而不是在当事人与法院之间。

在简单地了解了举证责任作为一种制度的基本含义后，我们再回到本文的话题——执行程序中是否应当适用举证责任？司法实务界议论这一话题的背景是法院在执行中的地位和作用问题，具体地讲就是法院作为执行机构是否有职责查清被执行人的财产情况，并予以执行。执行实务中的问题是，如果权利人没有提供有关证据，证明义务人的财产情况以及财产所在时，法院往往难以执行。法院没有能够执行时，将受到社会的责难。正是在这一背景下，实务界提出了适用举证责任的问题。因为举证责任的正当性已经没有任何异议，按照“谁主张，谁举证”的所谓原则，在执行程序中，法院可以要求当事人提出有关义务人财产的证据，证明义务人财产情况，不能证明的，法院将不予执行。此种情形下的不能执行也就具有了正当性。为了支持这一观点，有的人还提出了司法消极的理论。

我们应当承认，如果权利人不提供执行财产的有关线索，法院的确往往难以执行，这是现实问题，但我们绝不可因为要解决这一问题就随便使用具有特定含义的概念和制度，如举证责任的适用，如果这样将严重误读举证责任，导致这一制度适用的混乱。执行程序是法院执行权实现的阶段和过程，而不是裁决民事纠纷的裁判阶段和过程。执行阶段中执行权的实现是法院单向面对一方当事人，不是居间中立的，它的地位相当于行政执行机关，是执行权力人与相对人的关系。这一点我们必须明确，这是一个基本的前提。举证责任作为一种规范，解决的是法院在双方当事人之中如何裁判的问题，因此只能适用于审判程序中关于裁判依据事实的处理，而不能适用于执行程序中。对于被执行人的财产情况，法院可以依职权进行调查，既可以向义务人进行调查，也可以向权利人或其他人进行调查。要求权利人提供被执行财产的情况也是一种调查方式，如果权利人没有提供，法院又无法通过其他途径了解到被执行财产的情况，也就无法执行，这是很正常的情况。权利人不提供被执行财产的有关情况使法院无法执行，权利人的权利不能实现与举证责任制度没有任何关系。这与公安机关侦破案件是同样的道理。破案需要被害人提供线索，在特定的条件下，如果被害人没有提供线索，公安机关就无法破案，这也是很正常的。但我们绝不能说，被害人没有提供线索，因而

被害人就要承担举证责任，不能举证，被害人就要承担不能破案的后果，于是不能破案便与公安机关无关。刑事案件也有不能侦破的情形，但我们显然不能以举证责任作为一种托词。法院的民事执行也是如此。执行难的解决是一个复杂的问题，有诸多因素导致了执行难现象的发生，需要具备各种条件才能真正解决这一问题。

法院在执行程序中有职权调查发现被执行财产的状况，至于能不能发现，有无能力发现，并有效予以执行则是另一回事。我们的误识在于，将当事人提供被执行财产线索的行为后果与举证责任混为一谈——当事人没有提出被执行财产在何处的证据线索，我们就无法执行，这就是没有举证的后果——我们是在提出财产所在证据的单纯后果上来理解举证责任制度的，然而这样的理解是一种误读，是一种严重的误读，后果当然也是严重的。