

文书真伪认定的中国路径

曹志勋^{*}

内容提要：文书在我国民事诉讼证据中占据核心地位。大陆法系常见的文书真伪之诉，体现了确认之诉原理的例外规则，但我国没有专门规定这种特殊程序的必要。文书真伪应当在普通诉讼中成为争点，参考其他大陆法系的经验和我国实务做法，我国应在形式要件上明确要求相对方就文书真伪表态，但需注意我国语境下的必要例外。在实质要件上，文书真伪问题应当以规范说作为证明责任分配标准，而不应以待证事实在审理过程中的证明状态为标准。应当正确认识文书真伪鉴定及以勘验为代表的其他制度和技术促进真相发现的作用。应区分公、私文书的证明力规则和文书的形式及实质证明力。文书形式证明力应当包含文书真伪问题，从我国现行法中可以解释出公文书形式证明力的推定规则。

关键词：文书 形式证明力 文书真伪之诉 证明责任 公文书

书证（亦称文书）在我国民事诉讼证据中的核心地位，使文书的真实性成为各类民事案件审理中的重心和焦点。一份文书可能成为某个要件事实或主要事实的直接证据，从而决定案件的实体结果，也可能成为确认特定实体法律关系是否存在的依据（如遗嘱或者合同）。当该文书本身的真伪存在争议而需要提交司法判定时，其认定程序具有复杂性和多元性。书证的真实性包括其本身真实作出（书证真伪）和其能够证明待证事实为真（书证证明力）这两方面的内容；证实书证本身为真的最主要目的即为证明待证事实服务，而证明后者又以证明前者为必要条件。两大诉讼法模式对此问题的处理进路，比如对书证真伪争点的处理，形式和实质证明力的区分，公、私文书证明力推定规则等，存在明显差异。

我国现行规范不仅一般性地规定“证据必须查证属实才能成为认定事实的根据”，同时也特别要求，法院对有关单位和个人提出的证明文书，应当辨别真伪并审查确定其效力，而且“原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的”属于当事人申请再审、挑战已经发生

^{*} 北京大学法学院助理教授。

本文系2018年国家社会科学基金青年项目“我国民事诉讼标的识别的诉讼法进路研究”（18CFX033）的阶段性成果，并且得到了中央高校基本科研业务费专项资金资助。

法律效力的原裁判的正确性的法定事由。但是,除了一般性地规定双方当事人就证据的真实性进行质证、审判人员也可以审核和认定具体证据的内容是否真实以及普遍强化了鉴定意见的庭审质证程序之外,我国现行规范并未就文书真实性的认定程序作出特别规定。不过,我国现行规范却赋予了公文书以优先于普通证据的特殊证明力,例如最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(法释〔2015〕5号,以下简称“民诉法解释”)第114条和第93条规定,国家机关或者其他依法具有社会管理职能的组织在其职权范围内制作的文书所记载的事项被推定为真实;生效法院裁判(甚至司法解释对生效仲裁裁决和有效公证文书亦同等对待)所确认的事实也被规定不必由当事人举证证明,而是由相对方承担推翻其所确认的待证事实不存在的负担。

理论界对于文书真伪及文书证明力的关注同样有限,一系列理论问题尚待厘清。首先,就认定程序而言,大陆法系德日传统允许当事人提起“文书真伪之诉”,从而使书证真伪问题能够成为独立的诉讼标的。我国立法和实务中并没有相似机制,是否有必要效法。其次,就当事人之间的责任和风险配置而言,比如在有必要对文书进行鉴定时,应由哪一方提出申请并预交鉴定费用,以及在无人申请或鉴定的客观条件不具备而出现证明不能的状况时应如何处理。特别是,此时辅助事实成为争点,应当判断哪一方当事人有主观证明责任甚至承担客观证明责任。最后,鉴于大陆法系区分公文书与私文书的一般法理,我国在公文书记载事项推定为真的规则之下,就书证的真伪与推定书证的证明力的关系是否应当进一步借鉴大陆法系通行的形式证明力理论,将直接影响我国书证证明力体系的建构与选择。

为此,本文首先关注大陆法系中德国、日本和我国台湾地区法律规定的针对文书真伪提起的独立确认之诉,提出我国在继受与扬弃该经验的基础上,应致力于在普通诉讼程序中将文书真伪问题作为证据争点进行审理,并从形式要求、证明责任的分配和认定文书真伪的现实手段三个方面建构其程序机制。在探讨了形式证明力概念的内涵、书证真伪与形式证明力概念的关系之后,本文提炼了我国解释论上的书证形式证明力推定规则。同时,在民事证据法共享刑事证据法的某些法理且部分借鉴其证据规则的背景下,^[1]本文也希望就文书真伪这一具体问题的处理进路拓宽民事证据法的中国路径。^[2]此外,虽然在大陆法系的书证证明力体系中,书证真伪问题与书证实质证明力问题总是相伴相随,但是囿于主题,本文将讨论重点落在书证本身的真伪上,而将实质证明力规则尤其是其中涉及的公文书实质证明力推定规则和事实预决效力问题,留待未来讨论。

一、文书真伪独立确认之诉之否定

(一) 一般原理:事实问题不能成为确认之诉的对象

虽然我国现行法并未明确许可以独立确认之诉认定文书真伪,但是这种“文书真伪之诉”得到了学界有力学说的赞许,^[3]并且有比较法上理论资源的支持,值得思考。大陆法

[1] 参见易延友:《证据法学》,法律出版社2017年版,第435页以下;陈瑞华:《刑事证据法》,北京大学出版社2018年版,第127页以下,第146页以下,第225页以下,第250页以下和第307页以下。

[2] 关于民事证据法学的独立研究价值,参见张卫平:《民事证据法》,法律出版社2017年版,第1页以下。

[3] 同上书,第42页,第226页。

系民事诉讼理论认为,事实问题原则上不能成为确认之诉或中间确认之诉的对象。原因在于,确认之诉是直接确认法律关系存在与否的诉,在诉讼要件理论上需要满足“法律关系”和“确认利益”两方面要求。易言之,在由诉讼请求、权利依据、要件事实、证据主张四个层次〔4〕组成的审理和裁判技术体系中,事实争点不能上升到诉或者权利争点的层面,对其作出的判断也不能直接产生既判力,而只能作为裁判结果的理由。〔5〕易言之,虽然民事诉讼的部分目的在于解决纠纷,但是双方当事人在事实方面的分歧及其解决仅是整个纠纷解决的组成部分,其不能成为裁判对象本身。从实体权利实现的角度看,单纯认定事实的诉也难以成立,〔6〕法院的角色显然不能与鉴定人和侦查机关相混淆。〔7〕

不过,不同法域在这方面也都有一些带有本地特色的例外规则。除了后述文书真伪之诉的例外,德国投资者示范诉讼法第2条第1款第1句和2018年11月生效的德国民事诉讼法第606条以下均规定了消费者示范确认诉讼。我国台湾于2000年修法时则突破了德国法的传统,将其民事诉讼法第247条第1款前句原有的“确认法律关系成立或不成立之诉”扩大为“确认法律关系之诉”,即不再受法律关系“成立或不成立”(我国台湾旧法)甚至“存在或不存在”(德、日立法)的限制。同时,我国台湾民事诉讼法第247条第1款后句规定的例外的确认对象,除了文书真伪之外,还包括法律关系的基础事实。这种扩张规定可能带来解释论上新的困难。〔8〕不过,我国台湾立法在此次修改之后,仍然坚持确认之诉的诉讼要件包括需要根据个案情形考量判断的“确认利益”。〔9〕比较德国法提供的迂回思路,即在个别案件类型下不得不扩大解释被确认的“法律关系”概念,〔10〕我国台湾立法直接将“基础事实”纳入确认之诉对象的做法实际上能够更为直接地达到相同效果。

(二) 例外规则:文书真伪可以成为确认之诉的对象

1. 文书真伪之诉的特殊规则

与前述一般原理相对,大陆法系普遍承认文书真伪可以作为诉讼标的的特别地位,在裁判技术上设置所谓文书真伪之诉(德国民事诉讼法第256条第1款,日本民事诉讼法第134条,我国台湾民事诉讼法第247条第1款后句)。从“作为预防性诉讼有助于防止权利义务争议的发生或扩展”〔11〕的角度看,文书真伪确认之诉有理论上的特殊价值,在大陆法系民事诉讼法理论体系中具有正当性。虽然我国目前并未规定上述制度,而且后文也主张我国不必引入该制度,但是考虑到该制度在各大陆法系法域的裁判技术中普遍存在,笔者认为仍有必要对其从驳论的角度加以讨论。

〔4〕 参见江伟主编:《民事诉讼法学》,北京大学出版社2015年版,第113页。类似理解,参见张卫平:《民事诉讼法》,法律出版社2019年版,第6页;邹碧华:《要件审判九步法》,法律出版社2010年版,第26页以下。

〔5〕 BGHZ 68, 331 = NJW 1977, 1288, 1290 f.

〔6〕 Jacobs, Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens, 2005, S. 302; Klass, Reformansätze im zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz unter besonderer Berücksichtigung der persönlichkeitsrechtlichen Feststellungsklage, 1998, S. 291.

〔7〕 Bork, Der Vergleich, 1988, S. 102 f.

〔8〕 相关讨论参见陈荣宗、林庆苗:《民事诉讼法》上册,台湾三民书局2013年版,第279页以下。

〔9〕 参见许士宦:《诉之变更、追加与阐明》,《台大法学论丛》第32卷第3期,第251页以下。亦见姜世明:《民事诉讼法》上册,台湾新学林出版股份有限公司2016年版,第404页以下(学说分歧在于确认之诉的补充性)。

〔10〕 Stein/Jonas/Roth, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Aufl., 2016, § 256 Rn. 22, 27 ff.; MüKoZPO/Becker-Eberhard, 5. Aufl., 2016, § 256 Rn. 27.

〔11〕 前引〔2〕,张卫平书,第42页。亦见伊藤真:《民事诉讼法》,有斐阁2016年版,第180页。

顾名思义,文书真伪之诉所确认的仅是文书的真伪,即文书是否确由某人或某组织制作,^[12]而非该文书为真时有何效力^[13]或其记载内容是否真实^[14],这实质上是以独立的诉的方式认定书证的形式证明力。当事人有权在确认文书真伪之诉中提起中间确认之诉,确认文书涉及的法律关系是否存在(德国民事诉讼法第256条第2款)。文书真伪确认判决生效后,相对方将不得在后续诉讼中就文书的制作者提出相反主张或反证。基于其具有诉的形式和既判力的特质,文书真伪之诉区别于独立的证据调查程序(德国民事诉讼法第485条以下)。^[15]不同于当事人可以在确认文书真伪之诉中提起中间确认之诉,遵循民事诉讼一般原则,当事人不能在其他诉讼中以中间确认之诉的形式确认文书真伪(文书真伪问题构成事实问题而非先决法律关系),而只能通过中间判决(德国民事诉讼法第303条)确认,或者由法官在终局判决的理由部分加以说明。^[16]

2. 文书真伪之诉的确认利益

在确认利益的判断上,原则上提请确认的书证内容需能够证明法律关系,因而对认定案件核心事实具有重大作用,才有通过独立之诉确认的价值。^[17]否则,文书真伪之诉将因不满足诉讼要件的要求而被驳回起诉。就此而言,日本法较德国法和我国台湾立法的规定更为明确,在法条文义上即将所确认文书的范围限定在“证明法律关系的书证”(日本民事诉讼法第134条),更为明确地排除了比如医生诊断书之类事实报告类重要书证的确认利益。^[18]

就此而言,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》(法释[2015]18号,以下简称“民间借贷规定”)第2条规定的“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”,除了通过特别规则强调起诉时必须提交的证据之外,也从证明对象角度对所提交的书证表达了类似的限制。

(三) 立法驳论:我国不必引入文书真伪之诉

笔者认为,我国没有必要引入独立的文书真伪之诉。表面上看,文书真伪之诉提高了事实问题在民事诉讼分析框架中的理论层次,并且回应了文书真伪在部分诉讼中可能发挥的重要作用。如果能够成为独立之诉的内容,文书真伪问题将获得既判力,既足以避免后诉中对其再起争议,又能够直接成为后诉中相关实体权利判断的基础。从既判力角度来看,似乎独立的文书真伪之诉具有明显的价值,应当成为我国裁判技术的组成部分。然而,正如一般原则所揭示的,文书真伪本身的争议仅发生在事实层面,并不涉及实体权利的实现

[12] Stein/Jonas/Roth, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Aufl., 2016, § 256 Rn. 41; [日] 新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第148页。

[13] BayObLG NJW-RR 2003, 9, 11.

[14] 参见前引[11],伊藤真书,第180页脚注27;前引[8],陈荣宗等书,第282页。

[15] Stein/Jonas/Roth, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Aufl., 2016, § 256 Rn. 41 f.; Stein/Jonas/Althammer, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Aufl., 2018, § 322 Rn. 78.

[16] Stein/Jonas/Roth, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Aufl., 2016, § 256 Rn. 103; Stein/Jonas/Berger, ZPO, 23. Aufl., 2015, § 437 Rn. 2; Wiczeorek/Schütze/Ahrens, Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar, 4. Aufl., 2014, § 437 Rn. 9.

[17] OLG Karlsruhe, Beschluss vom 02.07.2012 - 18 UF 227/10 = BeckRS 2012, 18789; Stein/Jonas/Roth, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Aufl., 2016, § 256 Rn. 41; 前引[9],姜世明书,第409页;前引[8],陈荣宗等书,第282页。

[18] 参见松本博之、上野泰男:《民事诉讼法》(第8版),弘文堂2015年版,第173页。

或者纠纷的实际解决，例外地提升其地位必须加以充分说理，裁判技术也应当避免不必要的繁琐。特别是在我国立法没有明文规定这种独立之诉，司法实践对一般的确认之诉亦持谨慎态度的背景下，尤其需要进一步考察改变裁判技术的实际收益和必要性。

实际上，文书真伪对诉讼的影响都是间接的。^[19]即使确认之诉认定文书为真，其既判力也只是排除了相对方在后诉中就此提出反证的机会，法官仍然需要进一步评价其证明力并考虑其他诉讼资料。而在后文主张的、仅将文书真伪作为案件争点处理的模式下，虽然后诉中当事人仍然能够提出与前诉中就文书真实性的判断相反的主张（证据异议），但是鉴于前诉中该争点已经得到充分处理，法官在其自由心证中通常也不会作出与前诉相反的判断。

从诉讼效益的角度看，仅仅确定文书真伪很难实质地解决纠纷，比如对遗嘱或合同书真伪的判定本身并不能完全解决所涉财产的归属问题，仍然需要法官在后诉中审判诸如法定继承或者不当得利返还之类的问题。与此相反，一旦前诉限定在文书真伪并需要收集鉴定意见，对实体纠纷的审理必然面临诉讼中止（民事诉讼法第150条第1款第5项）甚至（不合法但实际存在的）不予受理的命运。至少法院在鉴定期内不会积极审理实体问题的其他方面，而如果实践中鉴定时间较长的现状维持不变的话，必然会损害当事人的程序利益并且占用诉讼资源。

从比较法经验来看，即使是在设置了文书真伪之诉的德国，该诉的既判力效果也没有那么得到重视。例证就是，既然该国已经突破了德国民事诉讼法第256条第1款明确规定的确认之诉不能针对事实的原则，认可了以独立确认之诉判断文书真伪的可能性，如果重视此类确认之诉的既判力，完全可以进一步允许以中间确认之诉判断文书真伪。这种中间确认之诉的直接效果是，在当事人仅提起给付之诉时，文书真伪判断也将被纳入给付之诉的既判力范围。^[20]相反，如前所述，文书真伪问题仍然被认为不满足德国民事诉讼法第256条第2款中对中间确认之诉所特别要求的法律关系的先决性要件。

最后，就民事诉讼理论而言，文书真伪之诉的例外属性使基本理论也必须相应地设置例外。比如一般而言，既判力的对象指向法律后果（而这里是事实认定），而且裁判理由也不应产生既判力。^[21]除了目前来看设置例外没有明显必要之外，这种理论新建构本身也需要特别的论证支撑。文书真伪之诉虽然在外国法既有规则体系中能够发挥一定作用，但并不必然具有一般性和普适意义。从我国现状出发，论证引入这种例外的独立之诉的说理义务应当在主张移植的学者。

二、在普通程序中认定文书真伪的路径

不同于焦点明确的独立文书真伪之诉，在诉讼标的并非文书真伪的普通诉讼中，文书真伪问题首先需要成为个案中的辩论对象和争点，才能够进入具体的证明过程中得到判断。

[19] Hk-ZPO/Saenger, 8. Aufl. 2019, § 256 Rn. 8.

[20] Stein/Jonas/Roth, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Aufl., 2016, § 256 Rn. 22, 27 ff.; Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, 40. Aufl., 2019, § 256 Rn. 26.

[21] 参见前引〔6〕, Jacobs书,第302页。

从具体的诉讼场景出发,此时仅涉及一方提出文书、相对方单纯质疑其真实性或者进而主张文书是伪造、冒签(实质仍然是否认而非抗辩)^[22]等情况。以德国为代表的大陆法系经验对我国的参照意义主要体现在相对方在形式上应当对文书真伪表态(从属于更广的事案解明义务^[23])以及法官在实质上应当适用证明责任规范说。前者涉及的是相对方在程序上的参与义务(过程控制),后者则对当事人之间的任务分配及其标准(条件控制)。这使得具体诉讼中文书真伪问题的解决呈现两方面的特征,即一方面文书提出的相对方应当明确作出形式上的表态,其判断标准也是形式化的,即看哪一方提出书证;另一方面,证明责任规范在实质上决定败诉风险的分配,其判断标准是与个案中谁提出无关的、通常的客观证明责任分配规则。

(一) 相对方就文书真伪的表态

1. 德国法就私文书真伪的表态要求

在德国法上,由于公文书适用真实性推定规则(德国民事诉讼法第437条第1款),因此这里主要需要讨论的是涉及私文书的情况。相对方应当陈述私文书的真伪(德国民事诉讼法第439条第1款),后续程序以其表态为前提。当相对方否认文书为真时,一般而言应当由提出证据的当事人承担证明责任(德国民事诉讼法第440条第1款)。如果相对方认可文书为真,自然不需要进一步的证明(德国民事诉讼法第288条以下)。相对方不表态则视为认可(德国民事诉讼法第138条第3款,第439条第1、3款),而且除了文书并非相对人制作的情况外,相对人也不得表示不知(德国民事诉讼法第138条第4款,第439条第1款)^[24]。

根据文书记载的不同内容,表态对象和证明对象也有所区别。有签名的文书的真伪集中在签名的真伪(德国民事诉讼法第439条第2款),一旦签名被确定,就适用文书本体推定为真的法律上的事实推定(德国民事诉讼法第440条第2款)。按照诉讼推定的一般原理,被告要推翻法律上的事实推定,要么必须证伪签名(基础事实),要么必须证伪文书本体(推定事实)。而在不涉及签名时,文书的真伪就指向文书内容^[25]。

2. 我国法应确立表态要求及其例外

笔者认为,在我国法上也应当强调文书真伪判断必须以文书提出的相对方就文书真伪明确表态为前提。相对方拒绝表态的,文书将直接被认定为真,也就不必考虑文书真伪的客观证明责任^[26]。只有相对方表态了,法院在程序推进上才有判断是否委托鉴定的必要。这不仅与前述德国法或者日本法^[27]上的要求无异,也和我国司法实践中的通常做法相同。文书真伪之所以成为诉讼中的争点,在多数情况下都是源于相对方基于种种理由提出质疑。

根据我国实践中的现实情况和目前的司法政策倾向,上述相对方应当表态规则的例外

[22] BGH NJW 1995, 1683.

[23] 较新讨论,参见吴泽勇:《不负证明责任当事人的事案解明义务》,《中外法学》2018年第5期,第1360页以下。

[24] Stein/Jonas/Berger, ZPO, 23. Aufl., 2015, § 439 Rn. 6 ff.; MüKoZPO/Schreiber, 5. Aufl., 2016, § 439 Rn. 1 ff.

[25] Stein/Jonas/Berger, ZPO, 23. Aufl., 2015, § 439 Rn. 3 ff., 440 Rn. 2 ff.; MüKoZPO/Schreiber, 5. Aufl., 2016, § 440 Rn. 3 ff.

[26] 相同观点参见肖建国:《书证的真实性及其举证责任》,《中国审判》2010年第7期,第93页。

[27] 参见前引[18],松本博之等书,第504页;前引[12],新堂幸司书,第448页。

在于法官认为可能存在虚假诉讼等情况的案件，此时不能因相对方未表态而直接推定文书真实。这尤其出现在民间借贷案件中，需要法院基于借贷发生的原因、时间、地点、款项来源、交付方式、款项流向以及借贷双方的关系、经济状况等间接事实，综合判断和认定案件的主要事实是否确实发生（“民间借贷规定”第19条）。由于此时存在举证方和相对方相互串通、共同损害第三人利益的可能，即他们可能共同制作虚假文书，不能期待相对方在诉讼中质疑相关书证的真实性。因此，应当类推适用民事诉讼法第64条第2款和“民诉法解释”第96条第1款关于法院依职权调查收集其认为审理案件需要的证据的规定，允许法院依职权审查书证的真伪。一旦该书证不能反映案件的真实情况，自然不应作为认定事实的根据（“民诉法解释”第104条第2款）。

（二）证明责任分配适用规范说

1. 德国文书真伪认定适用规范说

在德国，依照作为通说的证明责任分配的规范说，证明责任的分配源自实体法的规定，与当事人在诉讼中的地位无关，而仅取决于所涉事实对诉的声明的影响。上述规则同样适用于确认之诉，即证明责任的分配只需要确定确认所涉及的事实是对应权利成立要件事实，还是权利妨碍、权利阻却和权利消灭要件事实。^[28]在文书真伪之诉中也应当遵循上述一般原则。^[29]比如，原告请求确认涉及支持自己权利成立的事实的书证为真，就应当对此承担客观证明责任。这同样对应于原告请求确认足以证明被告的权利已经消灭的事实（如原告的债务已履行完毕）的书证为真的情况，原告承担客观证明责任，只不过此时主张权利人在该确认之诉中处于被告的地位。而在确认文书为假的诉讼中，如果文书证明的事实是被告的权利成立，那么也应当由被告承担证明文书为真的证明责任。同样，在主张权利存在的原告请求确认用于证明时效抗辩成立的文书为假的诉讼中，文书证明的事实涉及的是权利阻却事实，应当由被告承担该文书为真的证明责任。易言之，确认之诉的诉讼请求究竟是确认某文书为真或假并不重要，判断谁应当证明文书为真并承担真伪不明时的客观证明责任，关键在于文书待证事实与被主张的实体权利的关系，即待证事实究竟属于规范说下的哪一类要件事实。

而在将文书真伪作为争点的普通诉讼中，当证据提出方如上文所述经由相对方的表态、需要证明书证的真实性时，主张权利的原告应当证明涉及权利成立的事实文书，否认权利的被告则应当证明涉及权利妨碍、权利阻却和权利消灭事实的文书的真实性。^[30]在一般情况下，由于当事人都仅会申请提出涉及对自己有利事实主张的文书，因此通常证明责任归属于证据提出方；^[31]但是在涉及法院依职权调取证据^[32]以及当事人提出了实际上对相

[28] BGH NJW 1993, 1716, 1717; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., 2018, § 116 Rn. 9 ff.; Stein/Jonas/Thole, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Aufl., 2018, § 286 Rn. 105 ff.; MüKoZPO/Prütting, 5. Aufl., 2016, § 286 Rn. 108 ff., 120.

[29] Stein/Jonas/Roth, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Aufl., 2016, § 256 Rn. 82 ff.

[30] BGH NJW 2001, 448, 449; NJW 1995, 1683.

[31] 基于日本法的类似观点，参见袁中华：《民事诉讼中文书真伪的“举证责任”问题》，《法学家》2012年第6期，第129页。另见张自合：《论私文书证明力的推定规则》，《法律科学》2010年第4期，第155页。

[32] 参见前引[28]，Rosenberg/Schwab/Gottwald书，第120章边码17和45以下。

对方有利的文书的例外情况时，证明责任的归属仍需通过规范说的基本原则加以确定。从对实务中通常状况的描述出发，确实通常是证据提出方承担证明责任，但这只是在结果上与规范说的结论重合而已，究竟是以证据提出还是证明责任分配作为判断标准的思路并不相同。

2. 我国应以规范说判断鉴定之必要性

在我国，实务中长期困惑和争议的现实问题是，文书真伪的判定固然可以采取鉴定或物证勘验的方法解决，但是法官只能认定个案中存在诸如鉴定笔迹的必要，而仍需确定应当由哪一方申请诸如书证笔迹鉴定和预交鉴定费用，进而在无人申请（比如双方互相推诿、都不愿意预付费）或者鉴定的客观条件不具备时（比如鉴定事项为文书中不同部分形成时间的先后），确定由哪一方对出现的证明不能状况承担不利的证明后果。

笔者认为，在相对方否定了书证的真实性后，承担客观证明责任的一方相应地也应当承担提出证据的主观证明责任。与民事诉讼中对要件事实的证明责任分配采取规范说一样，^[33]对于文书真伪这样的辅助事实同样适用规范说。不仅是前述德国法采纳了这种思路，因而我国也宜出于法系传统或者路径依赖的原因加以继受，而且对于要件事实和辅助事实一体分配证明责任，也是证明责任理论的必然要求。在整个案件证明和事实发现的过程中，证明辅助事实的真实只是手段，其目的仍然在于证明待证事实的真实。于是较为合理的是，需要证明法律要件对应的待证事实的一方当事人，也应当证明指向该事实的书证能够成为定案根据。同时，不仅待证事实是否符合客观真相有处于真伪不明状态的可能性，书证本身也可能难以被证实或证伪。与主要事实真伪不明时相同，法官同样会面临裁判方法上的困难，此时证明责任规范仍然是理论上的首选。

与证明责任分配的一般原则不同，在存在公文书的真实性和形式证明力推定规则时，证明责任则由于法律推定规则转移给对方。同时，当本证方证明了其提交的书证上签名为真时，在没有类似德国民事诉讼法规定的法律推定规则的当下，也可以基于经验法则的事实推定为依据，^[34]推定书证本身为真。进而，对于书证上盖章的情形，由于存在他人盗盖的可能性（因而与签名有别），日本法主张当文书作出人的印章被认定为真时，有必要先推定盖章行为是基于本人意思，进而再推定此时文书本身为真。^[35]这种双重推定的思路也值得参考。

上述文书真伪的审查程序，也为在立法论和解释论上都占据统治地位的规范说提供了新的适用示例。^[36]在判断合同是否为真时，最高人民法院曾明确指出适用一般证明责任分配规范，即“在私章所代表的一方否认该私章为其所有，盖章行为是其所为，即否认与对

[33] 参见李浩：《规范说视野下法律要件分类研究》，《法律适用》2017年第15期，第2页以下；胡东海：《“谁主张谁举证”规则的历史变迁与现代运用》，《法学研究》2017年第3期，第107页以下；前引〔4〕，张卫平书，第250页以下；吴泽勇：《规范说与侵权责任法第79条的适用——与袁中华博士商榷》，《法学研究》2016年第5期，第258页（摘要）和第277页脚注68。

[34] 参见前引〔26〕，肖建国文，第93页。

[35] 参见前引〔11〕，伊藤真书，第415页以下；川嶋四郎：《民事诉讼法》，日本評論社2013年版，第558页以下；前引〔12〕，新堂幸司书，第448页以下；〔日〕高桥宏志：《重点讲义民事诉讼法》，张卫平、许可译，法律出版社2007年版，第107页以下及脚注143。

[36] 参见前引〔33〕，李浩文，第2页以下；袁中华：《证明责任分配的一般原则及其适用——〈民事诉讼法〉司法解释第91条评述》，《法律适用》2015年第8期，第47页以下。

方成立合同关系时，应由主张合同关系成立的一方当事人承担举证责任，该方当事人应当举证证明该枚私章为对方所有以及盖章的行为为对方所为或对方委托他人所为”。^[37] 这样来看，在举证的相对方就质证的合同表态质疑合同上己方的印章为假后，应当由主张合同成立及实体权利存在的举证方证明印章为真，法院不能以相对方未提供证据证明印章为假（尤其在前审法院不准许鉴定真伪时），认定其为合同的当事人并承担民事责任。^[38] 与此不同，相对方如果认可书证所盖公章的真实性，而只对书证内容有异议，则适用前述对盖章行为和文书真实的推定，相对方需要通过举证来推翻法官对后者的心证。^[39]

又比如，在遗嘱继承纠纷中，原告提供了关于自己应继承财产的遗嘱。如果被告质疑遗嘱的真实性，就完成了对文书真伪的表态。如果此时当事人提供及法院依职权调取的鉴定资料（检材）均不满足鉴定条件，因而无法鉴定真伪，那么依上述理解，应当由主张权利的原告承担证明责任。无论是依照证明责任分配的一般思路，还是依据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（法释〔2001〕33号，以下简称“证据规定”）第25条第2款关于“无正当理由……拒不提供相关材料，致使对案件争议的事实无法通过鉴定结论（意见）予以认定”的规则，在上述情况下原告都应当承担无法证明时的不利后果。具体在证明技术上，由于遗嘱附有制作人的签名，此时原告既可以通过其他间接证据证明遗嘱的真实性，又可以在证明对象上将遗嘱的真实性问题转变为签名的真实性问题，还可以提请法院综合考量案件中的具体情况，比如代书人和见证人的证言内容、各方诉讼参与人的陈述有无矛盾之处、有无盖然性较高的日常生活经验法则等等，认定原告（在本案中同时也是文书提出方）是否已经满足了其应当承担的客观证明责任。

不过，即使在经过鉴定后，书证的疑点被完全验证成立，也并不一定意味着书证丧失实质证明力。原因在于，根据疑点不同，书证可能是完全伪造的，也可能只是部分填补或者局部修改。这里需要解决的是文书真伪问题，而非被证明（部分）为假的书证能否产生一定证明力的问题。比如，即使提出借条的相对方主张并不存在借贷关系，并且通过鉴定证实借条修改过落款时间和在借条形成之后增加了对月息的约定，法院仍可能结合其他借条认定借款事实的存在，并且基于其他证据（例如数额相一致的还款保证书）认定被修改的借条上载明的时间。^[40]

3. 对适用规范说的理论批评与辩护

有学者反对把以规范说为标准的客观证明责任分配作为依据，认为在具体诉讼中申请鉴定的责任应当根据法官在个案中对待证事实形成的心证程度来分配。具体来说，需要判断的是“综合此前原告、被告提出的全部证据和陈述，法官是否确信借贷关系的存在具有高度可能性。如果法官形成了这种确信，接下来的提出证据责任就在被告；如果没有，这

[37] 申诉人唐兰与被申诉人程永莉房屋买卖合同纠纷再审民事判决书，（2012）民抗字第55号。

[38] 相反做法，参见成都高田土地整理有限公司与成都市双流区人民政府等建设工程施工合同纠纷上诉案，（2015）民一终字第359号。

[39] 参见陈呈浴与内蒙古昌宇石业有限公司合同纠纷案，（2014）民提字第178号，《最高人民法院公报》2016年第3期，第38页以下；吐哈石油勘探开发指挥部诉乌鲁木齐市新城园林有限公司等建设工程施工合同纠纷案，（2016）最高法民申140号。

[40] 参见宁夏富寅机械设备有限公司、灵武市灵南铸造厂、杨金福、王培英与王安寅、孙桂兰、第三人孙英凤民间借贷纠纷二审民事判决书，宁夏回族自治区高级人民法院（2014）宁民外终字第1号。

一责任就仍然在原告”。^[41]这种观点认为,待证事实的证明状况决定哪一方应当申请鉴定书证真伪并预交费用。在某待证事实的本证方提出有利于自己的证据时,比如在请求返还借款的诉讼中出借人提出借条(合同关系存在的事实)或者借款人提出收条(合同义务已履行的事实)时,上述学说与本文主张的观点的差异主要在于,其以为如果法官此前已经形成事实存在的(临时)心证,此时将发生提出证据责任的转移,对本来的反证方即证据提出的相对方来说,产生了鉴定的必要。与此类似,也有学者认为鉴定费用的预交问题涉及的只是具体的主观证明责任或者证明的必要,^[42]因此,不必探讨针对书证真伪的、单独的客观证明责任。

作为基本原则,笔者完全赞同证明责任适用的对象应当是实体法上的要件事实或与之对应的主要事实。依我国学界主要依托于日本学界观点的通常理解,间接事实的认定属于法官自由心证的范围,因此不宜适用客观证明责任。^[43]然而,文书真伪涉及的是作为辅助事实^[44]的证据争点的证明责任问题,可以作为例外成为适用客观证明责任的对象,^[45]并相应地适用诸如自认、法律上的事实推定(及其反驳)等规则。在德国法语境下,笔者检索所及的判例和学说也都直接使用证明责任概念介绍私文书真实性的证明问题。^[46]因此,至少从概念及其体系出发,不能排除主、客观证明责任在文书真伪问题判断中的适用可能。

这里也有必要重新审视个案中的证明状况。当本证方在对他有利的书证之外提出了其他间接证据,并使法官形成了某主要事实成立的(临时)心证时,依照规范说,本证方实际上仍然承担提出鉴定申请并预交费用的负担。只不过由于该事实已经被(临时)认定,此时即使本证方不申请提交前述书证并预交鉴定费,也不会影响事实认定的结果。相反,反证方有必要提出证据(尤其作为间接反证),使法官就主要事实形成的心证重新陷入真伪不明状态。举个极端的例子,原告债权人在提出借条的同时,可以找出若干位为借款见证的证人以及庭外被告自认债务存在的录音。从最终事实认定结果来看,此时无论借条是否为真(比如原借条遗失了,出借人伪造了一份借条),法官都能够形成借款债务存在的心证。不过,鉴定借条为真的负担仍应由原告承担,即如果原告不申请鉴定并预交费用,不应认定借条为真,即借条本身不能支持借款关系存在。依上述相反学说,此时同样假设在不考虑该书证时,法官凭借其他证据已经形成了事实存在的心证。可以推断,即使书证经由相对方申请鉴定、预交费用并且最终被认定为假,也只不过表明该书证对待证事实的实质证明力为零,法院不能将其作为定案根据,但不能动摇法官的心证。

反过来看,在上述假设下,相对方质疑这份仅仅可能是“锦上添花”的书证,似乎也没有证据法上的实益,而仅可能意味着提出证据方涉嫌从事妨害诉讼证据的收集和调查的

[41] 参见吴泽勇:《证明责任视角下民间借贷诉讼中的借款单据鉴定问题研究》,《法律适用》2018年第9期,第67页。

[42] 参见王亚新:《新〈民事诉讼法〉中的鉴定:理论定位与解释适用》,《法律适用》2013年第10期,第3页(亦见王亚新、陈杭平、刘君博:《中国民事诉讼法重点讲义》,高等教育出版社2017年版,第107页);前引[31],袁中华文,第130页以下。

[43] 参见上引王亚新等书,第104页以下。

[44] 参见[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126页。

[45] 此外,还包括比如程序法上的(要件)事实,例外时也可以成为证明责任的对象。参见李浩:《民事诉讼法适用中的证明责任》,《中国法学》2018年第1期,第77页以下。

[46] 至于这里是否涉及德日两国在辩论主义和证明责任方面的理论差别,此处暂不讨论。

伪证行为并应面临相应的制裁后果（民事诉讼法第111条第1款第2项）。在笔者看来，不能认为一旦本证方提出伪证，法官就可能因为对其诚信产生怀疑（这种怀疑实属偏见）而将本来形成的、就主要事实的心证推回到真伪不明状态。在这种情况下，反证实际上攻击的是书证而非待证事实本身，不应影响法官对待证事实的既有心证。甚至由于此时鉴定书证的结果不影响本案事实查明，也可以进而认为不存在鉴定的必要。自由心证应当考虑的“辩论的整个内容”（德国民事诉讼法第286条第1款第1句，日本民事诉讼法第247条）^[47]，才能够产生直接影响法官心证的效果。

如果综合其他间接证据不能得出待证事实存在的心证，法官不能基于未辨真伪、有利于本证方的书证形成待证事实存在的临时心证，更不能进而认为，此时反证方应当借助对该书证为假的证明，将待证事实从整体上“拉低”到真伪不明的程度。相反，只要相对方对书证的真实性提出质疑，法官就要考虑能否基于其他证据形成事实存在的心证。如果答案是否定的，就必须通过笔迹对照或者鉴定确认证书本身的真伪，或者依照证明责任规范说判定书证的真假，然后再对待证事实形成判定。易言之，从裁判技术出发，有必要区分待证事实本身和书证真伪的客观证明责任和主观证明责任。最后，在原告提交的书证结合间接证据也无法证明待证事实存在的场景下，原告承担鉴定的负担自然更没有疑问了。

（三）认定文书真伪的现实手段

虽然表态要求和证明责任规范使得裁判文书真伪成为可能，但裁判的可接受性与司法权威仍然可能被一方甚至双方当事人怀疑。因此，有必要讨论认定文书真伪的现实手段，从而帮助事实的查明。

1. 司法勘验的适用可能性

首先可以考虑的是法官直接通过对文书的勘验，获得其是否真实的心证。参考德国法可见，德国法官除了一般的证明方法之外，也可以使用笔迹对照（德国民事诉讼法第441条以下），法官在实务中也确实时有使用。笔迹对照在证明方法上属于勘验，但是由于法律特别规定适用书证的提出规则（德国民事诉讼法第441条第2、3、4款），同时，笔迹对照又属于法院的证据调查，因此应当作为口头辩论的组成部分，并且向当事人公开（德国民事诉讼法第357条）。在我国，虽然法官通常没有充分的鉴定知识和能力，司法培训中一般也不会强调笔迹比对的训练，但是德国法所强调的笔迹勘验对鉴定机制可能发挥的补充功能，其实适合我国司法的实际需要。^[48]

我国部分法官也可能在当下的开庭审理中，直接指出当事人提交的文书中的明显瑕疵，比如存在涂改痕迹，笔迹颜色、用力和轨迹存在不同，以复印件冒充原件，等等。在法律实务中同样常见的是，在签订重大合同时，合同一方会主动查询对方在登记机关备案的法定代表人签名，以避免显而易见的代签或冒签风险；在票据交易中，付款人也应对持票人提示付款的票据是否伪造变造特别是凭证上的印鉴与银行预留印鉴是否相符，承担实质审查义务。前述执业律师和金融机构工作人员虽然可能达不到专业鉴定机构的资质与水平，

[47] 参见占善刚：《言词辩论的全部意旨研究——德国、日本的判例、学说之考察及其启示》，《现代法学》2012年第2期，第173页以下。比较法上的经验，参见前引[35]，高桥宏志书，第45页以下；姜世明：《民事诉讼法》下册，台湾新学林出版股份有限公司2018年版，第42页以下。

[48] 对此持保留意见的观点，参见前引[31]，袁中华文，第129页。

但是他们仍然可以、也有必要通过比如折角核对或者满足更高技术标准的方法来核验文件真伪。对同样需要经常面对书证真伪问题的法官来说,相应的审查义务及能力也深值考虑。如果未来在司法培训中能够加强这方面的训练,我们可以期待法官能够更多地在不借助第三方机构以及技术侦查手段的情况下,独立判断书证的真伪。

2. 书证鉴定的必要与限度

法官委托文书鉴定是目前实务中的主要手段,但是对其过度依赖的现状令人深思。相比勘验,鉴定在我国实践中占据绝对核心地位。即使在德国也是如此,虽然法院不受当事人鉴定申请的约束,有权自由裁量是否安排鉴定人,但正是由于鉴定在发现案件真相中的重要地位,法官在实践中一般都被认为应当寻求鉴定意见的协助。^[49]在我国,法院可以依当事人申请或者依职权委托具备相应资格的鉴定人鉴定(民事诉讼法第76条,“民诉法解释”第121条第2、3款),并且以当事人申请为主,法院依职权启动只处于补充地位。

有必要明确法院审理书证鉴定申请时的要件,避免实务中本不应鉴定时滥用鉴定程序。法官应当依托“民诉法解释”第121条第1款的基本规定,认定涉争书证是否与待证事实有关联(证据的相关性)并且对该事实的证明能够产生(实质)证明力。与此不同的是,并不能将鉴定在客观上由于科学技术条件的局限能否开展作为鉴定申请的额外审查要件,而是应当先启动鉴定程序,再加以判断。就费用的相当性来说,应当优先考虑我国民事诉讼发现真相的目标,适用简易程序和小额诉讼程序的案件也存在适用鉴定程序的可能。

整体来看,更应该警惕滥用鉴定程序对法官裁判权的不当影响。适用鉴定的证明方法并不影响案件事实证明应当达到高度可能性的程度(“民诉法解释”第108条第2款),法官在个案中形成的心证能否达到这一常规证明标准,取决于法官的实质判断而非鉴定意见的结论。与德国法相同,此时应当适用完全证明(vollen Beweis)的标准(德国民事诉讼法第440条第1款),^[50]即由法官形成内心确信并满足常规适用的证明标准。即使已经委托了鉴定人并获得了鉴定意见,法院仍然有权作出与之不同的事实认定结论。^[51]而在我国,正如交通事故责任认定书认定的事实不应对客观事实经过产生实质证明力,而仅能证明交警当时(主观)认定了哪些事实(形式证明力)一样,鉴定书所代表的也仅是鉴定人对客观事实的认识而已。法官不能将其法定的事实认定权及司法裁判权让渡给鉴定人,不能让本来辅助其推动民事诉讼的鉴定制度“越俎代庖”,成为主导诉讼程序及其结果的决定性力量。

3. 利用其他民事诉讼制度

可以考虑利用其他民事诉讼制度来间接解决证明困难。参考德国法,文书制作者在诉讼外对文书真实性的确认属于诉讼外自认,在诉讼中可以作为间接证据影响法官心证。此外,德国实践中也承认一些例外情形,比如对于在形式和内容上都正确无误的商业账簿,法院可以直接认定其真实性。^[52]我国也可以在实践中形成一系列关于书证真实性的经验法

[49] 参见前引[28], Rosenberg/Schwab/Gottwald书,第120章边码17; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 40. Aufl., 2019, § 442 Rn. 1; Stein/Jonas/Berger, ZPO, 23. Aufl., 2015, § 442 Rn. 1, Vor § 402 Rn. 26, 28 ff.; MüKoZPO/Schreiber, 5. Aufl., 2016, § 442 Rn. 1; Wieczorek/Schütze/Ahrens, Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar, 4. Aufl., 2014, § 442 Rn. 3.

[50] BGH NJW 2001, 448, 449; NJW 1995, 1683; Zöllner/Geimer, ZPO, 32. Aufl., 2018, § 440 Rn. 1.

[51] BayObLG FamRZ 2005, 1782, 1783 f.; OLG München NJW 1970, 1924, 1925 (不同鉴定意见的冲突).

[52] Stein/Jonas/Berger, ZPO, 23. Aufl., 2015, § 440 Rn. 1 & Fn. 2; MüKoZPO/Schreiber, 5. Aufl., 2016, § 440 Rn. 2.

则（无论是构成事件典型经过的常规适用模式还是对应盖然性较低的可能性的弱化适用模式^[53]），并且建立书证签名真实与书证本身真实之间的高度可能性联系。比如，一旦书证签名被认定为真，那么应当要求主张伪造文书的一方证明伪造的事实，比如证明书证是书证提出方利用真笔迹签名，通过“移花接木”（去掉原有书证的实质内容，在原有签名之上增加新的书证内容）或者“无中生有”（套取已签名的空白文书）的方式伪造的相对方的文书。

在德国法和中国法上都值得注意的是，与本文更多讨论的证明责任分配不同，所谓文书提出义务及其后果也可能影响司法实践中对证明结果的认定，此时将适用证明妨碍规则（“民事诉讼法解释”第112条，“证据规定”第75条）。^[54]比如原告请求买卖合同项下的价款，但其持有的合同已丢失，目前仅被告持有一份正本合同。此时法院如果要求被告提出合同但被拒绝，就可能依其裁量权，作出合同内容如原告所述的心证。^[55]善用证明妨碍规则在实践中也是有经验的法官规制当事人诉讼行为的良方，促使双方慑于法官的实体、程序乃至行政性的惩戒，尽可能诚实信用地共同促进民事诉讼。^[56]

4. 新技术手段的革新意义

新技术手段可以在相当程度上克服文书真伪认定中的困难。正如物权登记能够在很大程度上解决物权变动问题、商事登记（比如有限责任公司股东名册和登记制度的真实化）能够简化股权变动时点的确定，合同的“登记”同样可能发挥根本性作用。区块链技术在技术和产业发展中意义深远，以其为代表的技术变革正在从各个方面影响着法律交往的过程与结果。如果当事人达成的电子合同或者纸本合同在电子化后能够内嵌可信时间戳，即在本文探讨的文书自然人签名之外附加数字签名，那么认定书证真伪的问题就迎刃而解。而在通过电子方式达成的合同中，应用了哈希值（HASH值）的电子签章以及具有特定技术保障的特定电子邮箱系统，甚至能够促成德国预期于2022年实现纯粹电子化、无纸化的民事诉讼。^[57]以我国香港政府于2018年资助建立的在线纠纷解决平台——“电子商务相关仲裁及调解中心”（eBRAM Center）为代表的纠纷解决新模式，更可以在专精于事后纠纷解决的同时，通过辅助合同订立的存证系统，为当事人提供便利的证据保存方案。

与此同时，在现有整体技术条件下，也完全可以考虑其他更简便的间接证据方法，补强对文书真实性的证明，比如摁指印、手持身份证及合同拍照、会谈双方手持合同合影、对签字过程全程录像（及运用区块链技术防伪）等等。这些手段虽然已经超出民事诉讼法的核心范围，但是同样可能经由法庭上的出示与质证，成为连接诉讼法理价值与律师执业

[53] 参见曹志勋：《经验法则适用的两类模式——自对彭宇案判决说理的反思再出发》，《法学家》2019年第5期，第31页以下。

[54] 参见袁中华：《文书提出义务的实践与反思——以劳动争议为视角》，《当代法学》2015年第2期，第129页以下。

[55] 参见河北中储物流中心诉北台钢铁（集团）有限责任公司买卖合同纠纷案，（2013）民提字第205号。学说讨论，参见张卫平：《当事人文书提出义务的制度建构》，《法学家》2017年第3期，第31页以下；曹志勋：《书证搜集裁判：模式比较与本土改造》，《现代法学》2011年第5期，第151页以下。

[56] 参见傅郁林：《论民事诉讼当事人的诚信义务》，《法治现代化研究》2017年第6期，第130页以下。

[57] 参见〔德〕彼得·哥特瓦尔德：《德国民事诉讼中的电子文件与电子签章》，曹志勋译，载姜世明主编：《电子文书及电子商务相关实体与程序问题之研析》，台湾新学林出版股份有限公司2018年版，第433页以下。这在德国尤其是在其实务界并非没有争议，德国律师会通过多种方式表达不满，尤其是对于在原有机制下具有丰富执业经验的律师来说，这种诉讼模式上的变革不但会给他们带来适应新技术的现实困难，而且可能减少其原有的执业优势和竞争优势。

智慧的真实存在。

三、文书的形式证明力与公文书的真实性推定

表态要求、规范说的应用以及各种直接针对真相发现的现实手段，能够提供解决文书真伪判断的基本规则。不过，由于立法和理论上的原因，书证有可能在不同程度和事项上被推定为真，所以有必要进一步关注其证明力推定规则。原因在于，公文书推定为真的规则本身就是对证明责任的直接分配，因而区别于前述规范说的思路，应该一概由提出公文书的相对方承担证明公文书为假的证明责任。尤其是我国法上的书证证明力规则并未照搬个别法域的制度，有必要专门探讨我国对大陆法系理论体系的继受与扬弃。

（一）文书证明力的理论体系

在德国法下，文书证明力体系采三分模式，包括文书真实、形式证明力和实质证明力。只有真实的书证才能对相关待证事实具有不同程度的证明力，虚假的证据则没有证明力。因此，法院应当首先确定书证为真，然后再分别处理书证的形式证明力和实质证明力问题。文书真实的含义是，无论是举证方举证还是法院依职权调取证据，依书证当下的表现形式和内容判断，书证确实是由因该书证受益的一方所主张的文书制作人制作的。文书的形式证明力针对相关表示的作出，实质证明力针对其内容的正确性。

与德国民法典第126条第1款对法律行为的书面形式要求亲笔签名不同，文书可以根据署名人的意思由其他人代为签名，此时书证仍然属于真实的文书，并且满足形式证明力的要求。^[58]在程序上，德国法院通过前述文书真伪之诉或者在仅以文书真伪作为争点的普通诉讼中判断文书是否为真。进而，公文书将被推定为真（德国民事诉讼法第437条第1款），私文书则应当经过前述“相对方表态一本证方证明”的两阶段审查程序。

日本和我国台湾的文书证明力体系采两分模式，仅区分文书的形式和实质证明力，而没有单独提出文书真实问题。日本民事诉讼法第228条第1款要求举证方证明文书的成立是真实的。日本通说将书证真实视为其“形式的证据力”的组成部分，比如认为“当文书是基于举证者所主张的特定人之思想而作成时，在诉讼上才可以说该文书的成立是真实的”，“当事人若要否定文书成立的真实性，那么必须阐明其理由”，“法院对于文书成立真实与否的认定，也委诸法官的自由心证，不过也存在若干推定性的规定”。^[59]换句话说，对文书的真实的确定被认为属于“形式的证据力的前提事实”，一并包含在“形式的证据力”中，后者应当分为真实作出（区别于伪造文书）及表达作出人的思想（区别于书法练笔）两个要件。^[60]与此不同，只有少数观点受到德国法的影响，坚持从概念上严格区分书证的形式证明力和书证真实。^[61]

[58] 参见前引〔28〕，Rosenberg/Schwab/Gottwald书，第120章边码11；MüKoZPO/Schreiber，5. Aufl.，2016，§ 417 Rn. 5.

[59] 前引〔12〕，新堂幸司书，第448页。

[60] 参见前引〔11〕，伊藤真书，第414页；前引〔35〕，川嶋四郎书，第556页以下；上田徹一郎：《民事訴訟法》，法学書院2011年版，第408页；前引〔35〕，高桥宏志书，第104页；前引〔44〕，兼子一等书，第125页以下。

[61] 参见前引〔18〕，松本博之等书，第506页以下。

我国台湾的情况与日本类似，书证真实和形式证明力两个概念被一体观之。学者通常认为“文书真正成立时所存之证据力，亦即足证其作成人实曾为文书内所记载之陈述或报告，为形式上之证据力”，〔62〕或者“文书之成立为真正而非伪造者，称此文书有形式上之证据力”。〔63〕也有学者指出，“文书之形式证据力，指可以证明文书确系作成者思想表现，亦即文书为真正之效力”。〔64〕

我国主流观点更倾向于日本和我国台湾地区的理解，仅区分形式证明力和实质证明力，〔65〕或者认为书证的真实性即包括形式和实质真实。〔66〕虽然本文以德国法为主要参照对象，但并不主张我国法应当回到德国法严加区分的三分模式。对比两种模式，其差异并不在于是否认为书证的真实性是文书证明力的组成部分或者应当构成法院证据审查的内容，而在于是否承认其独立地位。对于二分模式来说，真实性问题被直接包含在对形式证明力的理解中。文书为真即意味着文书署名人应对文书负责，书证的形式证明力在实质上当然可以包含上述内容，因为形式证明力即证明由某人负责的书证被发出。而德国三分模式的基础在于其法条明确将认定书证为真理解为证明力规则的前提条件，在规范上突出文书真实这一概念的独立性。但是，与前文对于独立的确认文书真伪之诉路径的否定相似，笔者认为在理论建构和制度设计上没有必要过于复杂。文书真实最终也是为待证事实的真实服务的，只要能确保认可书证的（双重）证明力必须以书证真实为前提，理论体系的化繁为简更为可取。在两种概念模式的内容没有实质差异的情况下，没有必要强求与德国法保持一致。而且，我国目前也没有德国式的细致规则。因此，在立法论上采取更为简明的二分模式较为适宜。

（二）公、私文书的形式证明力规则

1. 公文书的形式证明力

在前述认识的基础上，本文可以继续借助德日大陆法系的书证证明原理，参考德国法在文书形式证明力方面的经验也不存在理论障碍。在德国，由于被推定为真的公文书也具有推定为真的形式证明力，因此这里对公、私文书的情形分别加以讨论。对于公文书的形式证明力来说，应当区分在相关有权主体面前发出表示的记录、命令和司法裁判文书以及其他公文书。具体而言，首先，当事人在公证员、婚姻登记机关、土地登记机关等有权主体面前作出从事相关法律行为的表示时，相关机关加以记录的公文书能够完全证明当事人

〔62〕 杨建华：《民事诉讼法要论》，郑杰夫增订，北京大学出版社2013年版，第284页。

〔63〕 前引〔47〕，姜世明书，第198页（甚至将形式证明力与证据能力概念等同）；陈荣宗、林庆苗：《民事诉讼法》中册，台湾三民书局2014年版，第152页。

〔64〕 吕太郎：《民事诉讼法》，元照出版有限公司2016年版，第559页以下。

〔65〕 参见前引〔2〕，张卫平书，第30页；李浩：《民事诉讼法学》，法律出版社2016年版，第149页；王福华：《民事诉讼法学》，清华大学出版社2015年版，第207页；邵明：《正当程序中的实现真实》，法律出版社2009年版，第251页；郭小冬、姜建兴：《民事诉讼中的证据和证明》，厦门大学出版社2009年版，第46页。实践中的这种理解，参见浙江兴润建设有限公司与上海铁坊钢材销售有限公司买卖合同纠纷再审案，（2010）沪高民二（商）再提字第4号；张美云与朱忠民、田礼芳第三人撤销诉讼纠纷案二审民事判决书，徐州市中级人民法院（2016）苏03民终4817号。

〔66〕 参见张海燕：《推定在书证真实性判断中的适用——以部分大陆法系国家和地区立法为借鉴》，《环球法律评论》2015年第4期，第17页以下；前引〔26〕，肖建国文，第92页。类似主张两种证明力概念实际上是从不同角度观察书证真实性的观点，参见前引〔65〕，邵明书，第255页。

发出表示的经过（德国民事诉讼法第415条第1款）。〔67〕相对方若欲提出反对意见，只有提供证据（作为本证方）〔68〕并且在达到证明标准时，才能证明记录被篡改或者不完整和不准确（德国民事诉讼法第415条第2款）。

其次，对行政命令和法院裁判等证据来说，其本身即包含了公权力机关直接发生外部效力的书面意思表示，〔69〕不可能被伪造篡改，因而不能被加以反对（德国民事诉讼法第417条）。〔70〕前述关于法律行为表示和公权力意思表示的书证，又被统称为创设性书证，也被称作生效性书证、处分性书证或者构成要件性书证，因为其中直接包含了被证明的事实经过。〔71〕

最后，其他内容的公文书则证明了相关事实（德国民事诉讼法第418条第1款），比如诉讼程序笔录、送达文书、土地登记记录、出生和死亡证明等。〔72〕这些文书属于证明性书证（*bezeugende Urkunde*），在概念分类上独立于创设性书证。在德国各联邦州法没有例外规定时，证明的相对方可以提出相反证据（德国民事诉讼法第418条第2款）。如果他能以自由证明（*Freibeweis*）方式达到通常的证明标准，就将实现对这些事实的完全证明。比如，当涉及上诉是否满足相关期限限制时，法院档案中上诉理由书所盖的妥投印章证明已经逾期，此时上诉人就应当证明其在期限届满之前（比如盖章前夜24点之前）就已经妥投了，〔73〕即达到完全排除书证正确可能性的程度。〔74〕比较特殊的情况是德国裁判中的事实认定部分。判决书中的形式证明力的对象，除了包括法官在事实上作出了如判决主文所述的裁判之外，还包括当事人也作出如判决所述的陈述和主张，这也被称为“本案事实的证明效力”，适用相对特殊的证明力规则。〔75〕

2. 私文书的形式证明力

私文书的形式证明力通常与签名的真实性有关，而且由于不存在类似于公文书的形式证明力推定规则，应当由法官依自由心证原则加以评价。这里值得关注的是，当私文书具有真实签名或者其使用的签名缩写（*Handzeichen*）经过公证时，该文书就能完全证明书证作出人发出了某个表示或陈述（德国民事诉讼法第416条）。在这种法定证据规则下，法官的自由心证将被排除。〔76〕当然，程序法上的证明力不同于实体法上的考量：一方面不考虑实体法上特定表示的法律归属，比如在涉及代理时，文书作出人即代理人本身，而非被代

〔67〕 参见前引〔28〕，Rosenberg/Schwab/Gottwald书，第120章边码21。

〔68〕 BGH NJW 2017, 175, 176, Tz. 6; NJW 2002, 3164, 3165; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 40. Aufl., 2019, § 415 Rn. 6. 相反，认为单纯以反证方式反驳已经足够的少数观点，参见 MüKoZPO/Schreiber, 5. Aufl., 2016, § 415 Rn. 30.

〔69〕 BGH NJW-RR 2011, 953, 954, Tz. 19.

〔70〕 MüKoZPO/Schreiber, 5. Aufl., 2016, § 417 Rn. 7.

〔71〕 参见前引〔28〕，Rosenberg/Schwab/Gottwald书，第120章边码9；Musielak/Voit, Grundkurs ZPO, 13. Aufl., 2016, Rn. 804. 亦见前引〔63〕，陈荣宗等书，第151页。日本法对与此相同的文书分类则称为处分证书和报告文书。参见前引〔11〕，伊藤真书，第411页以下。

〔72〕 参见前引〔28〕，Rosenberg/Schwab/Gottwald书，第120章边码25。

〔73〕 BGH NJW 2017, 2285, 2286, Tz. 19; NJW 2002, 3164.

〔74〕 参见前引〔28〕，Rosenberg/Schwab/Gottwald书，第120章边码26。

〔75〕 参见前引〔28〕，Rosenberg/Schwab/Gottwald书，第60章边码22；Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, 40. Aufl., 2019, § 314 Rn. 1 ff.

〔76〕 BGHZ 198, 32 = NJW 2013, 3306, 3308, Tz. 31.

理人；另一方面，实体法上意思表示的效力要件也不影响私文书的形式证明力，而仅与其实质证明力有关。^[77]

私文书的形式证明力指向其制作者表示的发出。^[78] 由于私文书的形式证明力限于表示的发出而非如公文书中的整个事实经过，^[79] 通常情况下私文书就表示的内容而言没有形式证明力。不过合同实务中存在例外，即存在法律行为表示正确且完整的事实上的推定，因此相对方需要承担反证至事实真伪不明的负担。^[80]

德国民事诉讼法并没有明确否定文书的一方当事人提出反证的权利，德国最高法院判例在理论界的争议面前，肯定了提出反证的可能性。^[81] 此时，该方当事人不仅可以作为新事实主张的本证方（即相反证据），证明他撤回了私文书或者本来并未打算发出但是遗失了（随后被别人代为发出），^[82] 还可以相同标准推翻基于签名为真从而文书为真的法律推定（德国民事诉讼法第 440 条第 2 款）。^[83]

（三）我国应明确公文书形式证明力的推定规则

对于符合要求的公文书，我国民事诉讼法并未规定其具有形式证明力。^[84] “民诉法解释”第 114 条前句仅规定，国家机关或者其他依法具有社会管理职能的组织，在其职权范围内制作的文书所记载的事项推定为真实，但有相反证据足以推翻的除外。该句继承了“证据规定”第 77 条第 1、2 项的规定，涉及的是具有公法属性的机构依职权制作的职务文书。^[85]

根据“民诉法解释”第 114 条前句，被推定为真实的是书证内容和待证事实（实质证明力），而非公文书本身推定为真并且代表制作人的意思（形式证明力）。从解释论出发，也可以认为这一规定实际上同时推定了公文书的形式证明力。一方面，书证记载事项被推定为真的前提即书证本身为真，而在书证为假或者真伪不明时，书证对于其记载事项的证明根本无从谈起。进而，本身为真的公文书也将具有证明制作人制作文书意思的效果，两者合一即书证的形式证明力的内容。从最高人民法院对该司法解释条文的说明来看，其在司法解释制定过程中也充分注意到了书证的形式与实质证明力，只是在行文中直接规定了实质证明力规则。起草者间接地将形式证明力视为理所当然，因而认为不必另行专门规定。^[86] 如果书证不具有形式证明力，自然没有实质证明力。^[87] 也可以将书证复制品、复印件的传来（派生）证据在采信规则上的限制（“证据规定”第 77 条第 3 项）更为具体地理解为其

[77] MüKoZPO/Schreiber, 5. Aufl., 2016, § 416 Rn. 4.

[78] 参见前引 [28]，Rosenberg/Schwab/Gottwald 书，第 120 章边码 28；MüKoZPO/Schreiber, 5. Aufl., 2016, § 417 Rn. 8.

[79] BGH NJW-RR 2006, 847, 848, Tz. 16.

[80] MüKoZPO/Schreiber, 5. Aufl., 2016, § 417 Rn. 9 f.

[81] BGH NJW-RR 2006, 847, 848, Tz. 15 ff. 反对观点：MüKoZPO/Schreiber, 5. Aufl., 2016, § 416 Rn. 11.

[82] BGHZ 198, 32 = NJW 2013, 3306, 3308, Tz. 31.

[83] 参见前引 [28]，Rosenberg/Schwab/Gottwald 书，第 120 章边码 17 和 30。

[84] 参见前引 [66]，张海燕文，第 18 页以下。

[85] 参见沈德咏主编：《最高人民法院民事诉讼司法解释理解与适用》上册，人民法院出版社 2015 年版，第 376 页。

[86] 同上书，第 375 页以下。

[87] 参见前引 [2]，张卫平书，第 30 页；前引 [65]，李浩书，第 149 页；前引 [66]，张海燕文，第 17 页以下；前引 [26]，肖建国文，第 92 页；占善刚：《民事证据法研究》，武汉大学出版社 2009 年版，第 210 页；张永泉：《书证制度的内在机理及外化规则研究》，《中国法学》2008 年第 5 期，第 114 页。比较法上的相同观点，参见前引 [35]，高桥宏志书，第 105 页以下；前引 [47]，姜世明书，第 198 页；前引 [63]，陈荣宗等书，第 152 页。

真实性^[88]或者形式证明力较低,^[89]进而有综合审查的必要(“民诉法解释”第111条第2款),并且降低其对于待证事实的实质证明力。从立法论上看并结合前述笔者对书证证明力理论体系的认识,应当对书证这两种指向不同内容的证明力予以分别规定,^[90]以便明确形式证明力作为实质证明力的前提地位。如果未来重新思考“民诉法解释”第114条前句规定的公文书的实质证明力推定的合理性,那么单独规定其形式证明力的推定规则更为恰当。

另一方面,“民诉法解释”第114条后句进一步规定,法院在必要时可以要求制作文书的机关或者组织对文书的真实性予以说明。最高人民法院就此问题借鉴了我国台湾民事诉讼法第355条第2款的立法例,^[91]而我国台湾民事诉讼法该条的前句即为对书证形式证明力的推定规则。我国台湾民事诉讼法实际上照搬了日本民事诉讼法第228条第3款的规定,这两条规则其实也与德国民事诉讼法最原初的规定(德国民事诉讼法第437条第2款)一脉相承。因此,从比较法渊源来看,可以认为我国法实际上也隐含着相同规则。

与以上规定形成鲜明对比的是,对于属于私文书^[92]的单位证明材料,“民诉法解释”第115条明确规定了形式要件,并且要求相关人员在必要时接受调查核实或者出庭作证,否则将否定该书证成为定案根据的资格。实践中也有法院将这种要求直接理解为对此类书证形式证明力的要求。^[93]

结 论

在区分文书本身的真实性和文书对案件真实的证明力的基础上,本文有以下结论:

首先,虽然大陆法系普遍认可文书真伪问题可以例外地成为独立确认之诉的诉讼标的,但鉴于文书真伪判断本身只能间接影响案件实体问题的审理,在诉讼效益上也不能直接解决案件争议,我国可以坚持事实问题不能成为确认之诉对象的一般原理,并在普通程序中将文书真伪问题作为争点进行认定。

其次,我国法应当明确要求相对对方对文书真伪表态,实务中通常也只会存在有异议时审查书证真伪,其例外主要源于现实中虚假诉讼的存在可能性和法官在个案中就产生的怀疑。申请鉴定的必要应当以证明责任分配的规范说为标准,对于书证真伪的辅助事实也能适用证明责任,在理论上应当区分待证事实本身和书证真伪的主、客观证明责任。从实务对策出发,除了应当认识到实践中十分重要的文书真伪鉴定有其限度之外,也应当充分发挥司法勘验和相关民事诉讼制度的作用,并且关注新技术手段可能具有的革新意义。

再次,大陆法系书证证明力的理论体系有三分模式和二分模式,在均承认形式证明力

[88] 参见前引〔2〕,张卫平书,第20页;前引〔1〕,陈瑞华书,第148页以下。

[89] 实践中的这种理解,参见广州市黄埔区冠广商店、广州市百懋冷冻餐饮机械设备有限公司侵害外观设计专利权纠纷二审民事判决书,广东省高级人民法院(2017)粤民终223号。

[90] 相同结论,参见高星阁:《民事诉讼中公文书证之证据效力研究》,《证据科学》2016年第5期,第585页;前引〔66〕,张海燕文,第28页以下。

[91] 参见前引〔85〕,沈德咏主编书,第375页。

[92] 同上书,第378页。

[93] 参见陈翠红与周东辉提供劳务者受害责任纠纷二审民事判决书,江苏省南通市中级人民法院(2016)苏06民终4693号。

和实质证明力有别的同时，两者的区别在于书证真实是否具有独立的理论地位。我国法应当认为书证的形式证明力包含了书证本身为真的判断和书证中的表示确实由其署名人发出的双重效果。

最后，虽然现行法并未明确规定书证的形式证明力，但是通过解释“民诉法解释”第114条，特别是考虑形式证明力作为实质证明力的前提条件和该条文的比较法借鉴范本，也可以认为我国既推定公文书为真，又推定公文书具有形式证明力。但为明确形式证明力作为实质证明力的前提地位，在立法论上应当规定形式证明力推定的独立规则。

Abstract: Documentary evidence plays a crucial role in civil judicial practice in China and, therefore, systematic research needs to be carried out on the authentication of such evidence. Special claim for the confirmation of the authenticity of documentary evidence, which is common in the continental legal system, embodies an exception to the general principle of the affirmative claim. However, there is no need to provide for this special procedure in China. Instead, the authenticity of documentary evidence ought to be a disputed issue in any ordinary civil litigation. In light of the experiences of different continental law countries and the legal practice in China, the Chinese law should require the opposite party to the provider of a documentary evidence to declare whether he will challenge the authenticity of the evidence or not. It is also necessary to take notice of possible exceptions to this requirement in China. As for substantial requirements, the normative theory, rather than the specific proof status of the to-be-proved factual allegation, should be taken as the standard in the allocation of burden of proof regarding to the authenticity of a document. It is necessary to correctly understand the fact-finding effect of authentication of documentary evidence and other institutions and technologies represented by judicial inspection. Distinctions should be made between the proving effect of public documents and that of private documents and between formal proving effect and substantive proving effect. In the documentary proving system, the formal proving effect of a document should indicate the authenticity of the document. Besides, the rules on the presumption of the formal proving effect of public documents could be deduced through the interpretation of the current Chinese law.

Key Words: documentary evidence, formal proving effect, claim for the confirmation of the authenticity of a document, burden of proof, public document
