

苏联民事诉讼法上 возражение 制度研究

陈 刚^{*}

摘 要 我国民事诉讼法上的反驳诉讼请求制度是对苏联法上 возражение 的移植及本土化,而苏联法上的 возражение 在本质上同于德日法上的抗辩。但出于诸多原因,我国法学界至今尚无一篇研究 возражение 的专论,由此使反驳诉讼请求制度因法理不明而不能在实践中发挥应有功能。因此,正确认识和把握 возражение 制度的基本意义,不仅有助于促进反驳诉讼请求制度及其法理的完善与发展,而且还有可能为建设我国民事诉讼领域的抗辩制度体系提供有益的参考。

关 键 词 苏联民事诉讼法 反驳诉讼请求 抗辩 法系意识

引 言

苏联法上的 возражение 类似于德日法上的抗辩,在民事诉讼领域是指被告实施的一种诉讼防御方法。从法系意识上考察,我国民事诉讼法上的反驳诉讼请求制度(试行《民事诉讼法》第46条、现行《民事诉讼法》第51条),是对苏联民事诉讼法上 возражение 制度的移植及本土化。然而遗憾的是,我国法学界至今尚无一篇研究 возражение 的专论,于此情形下,我们既不可能从法理上推进 возражение 及其相关制度的研究,也无力对其实践提供有益的理论支撑。制度是历史的产物,认识和把握苏联民事诉讼法上 возражение 制度的意义,才能促进我国反驳诉讼请求制度的发展。鉴于此,本文将运用法系意识方法,首先对我国学者关于 возражение

^{*} 华东政法大学外国法与比较法研究院研究员。本文系作者主持的中国法学会部级法学研究课题“法系意识对民事诉讼法研究的指导意义”(课题编号:CLS[2013]D205)之阶段性主要成果。本文在俄文资料使用方面得到了程丽庄博士的大力帮助,在此鸣谢!

概念的汉译及解读进行梳理,利用手中的苏联法汉译文献尽力描述 возражение 的基本意义;其次于前述基础上,就我国民事诉讼法移植 возражение 的经验得失发表若干评述,藉此为推进我国学者和立法对 возражение 的再认识提供一份参考文献。此乃本文的写作目的及学术意义之所在。

一、возражение 概念之意义

(一)关于 возражение 概念的汉译

关于我国学者对苏联民事诉讼法上 возражение 概念的汉译,倘若借“丰富”和“有趣”二词加以形容,实亦不为过。在这里,“丰富”是指汉译概念的多样化,“有趣”是指汉译概念的使用不合常规。为了便于同行阅读,下文涉及我国民事诉讼法的相关阐述时,将以“反驳”一词代之;而在叙述苏联法时,则不对之汉译,照录原文。

首先,就译词“丰富”梳理如下。译词一,“抗辩”。例如,徐国基和艾中藩二位先生合译了1923年《苏俄民事诉讼法典》,他们将其中第118条规定译为:“当事人对于其请求及抗辩(возражение)所根据之事实,应证明之。”〔1〕(文中没有下划线 возражение 皆为笔者所加,下文中亦同)。无独有偶,刘家辉先生在翻译德国学者霍斯特·克利纳教授等使用俄文著述的《德意志民主共和国民事诉讼》一书中,将该书第四章第四节标题译为“抗辩,反诉”。经查原文得知,〔2〕这里的“抗辩”是刘先生对“возражение против иск”(针对起诉的 возражение)的汉译,显然,刘译在此处省略了原文中“针对起诉的”表述。〔3〕需要指出,虽然刘先生将该节标

〔1〕 徐国基、艾中藩译:《苏俄民事诉讼法典》,大东书局1950年版,页29。

〔2〕 см.;4. Возражение против иска, встречный иск во главе IV Иски из «Гражданский процесс Германской Демократической Республики» (под редакцией проф. Хорст Бельнер, проф. Иоахим Геринг, проф. Герберт Кнетц), данный процесс является одной частью из «Гражданский процесс в социалистических странах членах СЭВ 2» (Под редакцией проф. А. Добровольского и проф. Л. Неваи, Издательство «Юридическая литература», 1978).霍斯特·克利纳等撰写的《德意志民主共和国民事诉讼》,收录于《经互会成员国民民事诉讼》一书中。该书是现存仅有一部系统介绍苏东社会主义国家民事诉讼法制的珍贵文献,由匈牙利法学家L·涅瓦伊教授主编,日前仅有部分内容被汉译,其中绝大多数属于西南政法学院(时为西南政法学院)作为教学参考资料使用的内部出版物。即:(匈)L·涅瓦伊等著:《经互会成员国民民事诉讼的基本原则》(该书的序篇),刘家辉译,法律出版社(内部发行)1980年版;(罗)格·波卢姆勃:《罗马尼亚社会主义共和国民事诉讼》,李衍译,西南政法学院法律系诉讼法教研室、西南政法学院科研处编印,印刷时间不详;(蒙)多弗顿基因·鲁弗桑沙拉夫:《蒙古人民共和国民事诉讼》,李衍译,西南政法学院法律系诉讼法教研室编印1986年版;(波)M·沙弗丘克、Э·文格列克:《波兰人民共和国民事诉讼》,徐冀鲁译,韩天森、杨文成校,西南政法学院法律系诉讼法教研室编印1987年版;(保)日·斯塔列夫:《保加利亚人民共和国民事诉讼》,李衍译,常怡审定,西南政法学院诉讼法教研室编印,印刷时间不详;(东德)霍斯特·克利纳等:《德意志民主共和国民事诉讼》,刘家辉译,西南政法学院诉讼法教研室编印,印刷时间不详;(捷克)Ф·施太格尔、З·乔什卡、О·普隆格尔:《捷克斯洛伐克社会主义共和国民事诉讼》,李衍译,西南政法学院法律系诉讼法教研室编印1986年版。

〔3〕 克利纳等,同上注,页56。

题“возражение против иск”译为抗辩,但在译述该节内容时,却又将之译为“对诉状的抗辩”。〔4〕

译词二,“答辩”。例如,中国人民大学民法教研室在翻译苏联学者阿布拉莫夫著述的《苏维埃民事诉讼》一书时,将该书中有关1923年《苏俄民事诉讼法典》第118条的解释,译为“实体法意义上的辩护称为答辩(возражение),答辩(возражение)以实体法为根据。”〔5〕另外,在李衍先生翻译、常怡先生校译的苏联学者多勃罗沃里斯基等著述的《苏维埃民事诉讼》一书中,有此表述:“答辩(возражение)和反诉,是被告人对付起诉的两种主要保护手段。”〔6〕在这里,译者和校译者都选用“答辩”一词来表示 возражение。

译词三,“异议”。例如,由梁启明、邓曙光二位先生合译,刘家辉先生校译的1964年《苏俄民事诉讼法典》中,将该法第141条规定译为“必须时传唤被告人,向被告人讯问案情,了解被告对诉讼有何异议(возражение)”。〔7〕另外,我国学者在翻译《苏俄民法典》时,也将其中的 возражение 译为异议。〔8〕

译词四,“反驳”。例如,在王之相、王增润二位先生合译的苏联学者克列曼著述的《苏维埃民事诉讼》一书有此表述:“这种附有理由的否认,如果被告人没有提出反面请求,就称为反驳(возражение)。”〔9〕另外,梁启明、邓曙光二位先生在翻译1964年《苏俄民事诉讼法典》第197条时,也使用了“反驳”一词,即“判决的事实部分包括原告人的请求、被告人的反驳(возражение)和参加案件的其他人的陈述。”〔10〕

译词五,“辩护”。将 возражение 译作“辩护”的情形较少,其代表例有中国人民大学民法教研室对苏联学者阿布拉莫夫著《苏维埃民事诉讼》一书第十章第七节“辩护”(возражение)的翻译。〔11〕

其次,就 возражение 概念的汉译之“有趣”而言,它表现为同一译者不仅在同一部译作中对之选择了不同译词,甚至在同一条文的汉译中也选择了不同译词。就前者而言,几乎在每一部汉译苏联民事诉讼教科书或《苏俄民事诉讼法典》中都能找见,可谓比比皆是。就后者而言,相关例子也不鲜见。以下例举梁启明、邓曙光二位先生合译的1964年《苏俄民事诉讼法典》第141条第2款加以佐证。

第141条(2):必要时传唤被告人,向被告人讯问案情,了解被告人对诉讼有何异议

〔4〕 同上注,页56—57。

〔5〕 (苏联)С·Н. 阿布拉莫夫:《苏维埃民事诉讼》(上),中国人民大学民法教研室译,中国人民大学1951年版,页236。

〔6〕 (苏联)阿·阿·多勃罗沃里斯基等:《苏维埃民事诉讼》,李衍译,常怡校,法律出版社1985年版,页183。

〔7〕 梁启明、邓曙光译,刘家辉校译:《苏俄民事诉讼法典》,法律出版社1983年版,页51。

〔8〕 参见中国社会科学院民法教研室译:《苏俄民法典》,中国社会科学出版社1980年版,页68。

〔9〕 (苏联)克列曼:《苏维埃民事诉讼》,王之相、王增润译,法律出版社1957年版,西南政法学院法律系诉讼法教研室1985年翻印版,页212。

〔10〕 梁启明等译,见前注〔7〕,页67。

〔11〕 阿布拉莫夫,见前注〔5〕,页235—237。

(возражение),用什么证据来证明这些反驳(возражение),对于特别复杂的案件,应要求被告人就案件提出书面陈述,向被告说明他的诉讼权利和义务。〔12〕

2) в необходимых случаях вызывает ответчика, опрашивает его по обстоятельствам дела, выясняет, какие имеются возражения против иска и какими доказательствами эти возражения могут быть подтверждены, по особо сложным делам предлагает ответчику представить письменные объяснения по делу, разъясняет ответчику его процессуальные права и обязанность.

通过中俄文对照不难发现,梁启明、邓曙光在同一著述中就第 141 条(2)中 возражение 的汉译,分别使用了“异议”和“反驳”两个概念。

另外,就多勃罗沃里斯基等在《苏维埃民事诉讼》一书对第 141 条的解释,李衍先生将之译为“对起诉进行答辩(возражение)的被告人也应当举出他作为反驳(возражение)理由的法律事实”。在此段译述中,возражение 也被一词二译,即“答辩”和“反驳”。〔13〕

综上所述,我国学者关于苏联民事诉讼法上 возражение 概念的汉译,至少可数出五种表达。但这种一词多译尤其是对同一著述和同一法条也采用一词多译的情形,无疑将给我们在根据汉译文献认识和研究 возражение 制度时造成难以想象的困扰。

(二) возражение 与抗辩

法律概念的翻译是一项技术性极强的困难之事。在法律移植和比较法研究中,一方面必须将外国法概念译成汉语或者本国法上概念,另一方面又难免发生望文生义或者内容失真之后果,此种状况已在 возражение 概念的汉译过程中有充分体现。这里以为,我们可以通过 возражение 和抗辩的概念比较,为之找见一个最为恰当的译词。

如前所述,在苏联法中,возражение 不仅是民事诉讼法上的概念,同时也是民法上的概念。关于 возражение 在苏联民法上的意义之解释,笔者因目前尚未找见较为详细的汉语文献,不敢逛语。然查汉译《苏俄民法典》有关 возражение 的规定及立法趣旨,却发现它与我国合同法的相关条文完全相同。以下试举二例加以佐证。

例 1,关于债务人在债权转让后,其对让与人(原债权人)的抗辩权仍然可以对抗受让人(新债权人)的问题,《苏俄民法典》第 214 条规定:“债务人有权对新债权人的请求权提出他在得到请求权转让通知之前对原债权人有过的一切异议(возражение)。”〔14〕与此相应,我国《合同法》第 82 条规定:“债务人接到债权转让通知后,债务人对让与人的抗辩,可以向受让人主张。”

例 2,关于债务承担中,新债务人可以主张原债务人对债权人的抗辩权问题,《苏俄民法

〔12〕《苏俄民事诉讼法典》,见前注〔7〕,页 51。拙译:(法院)遇必要情形,得传唤被告,询问案情;弄清被告对诉有无反驳(抗辩),以及能够利用何种证据证明其反驳(抗辩);对于特别复杂的案件,敦促被告对之提供书面说明;向被告说明其诉讼中的权利和义务。

〔13〕多勃罗沃里斯基等,见前注〔6〕,页 198。

〔14〕中国社会科学院民法教研室译,见前注〔8〕,页 68。

典》第215条2款规定：“新债务人有权根据债权和原债务人之间的关系，对债权人的请求提出各种异议(возражение)。”^[15]与此相应，我国《合同法》第85条规定：“债务人转移义务的，新债务人可以主张原债务人对债权人的抗辩。”

通过上述两条中苏法律规定之比较不难发现，虽然我国学者将苏联民法上的 возражение 译为“异议”，但这里的“异议”实质上同于我国现行民事实体法上的抗辩。另外，即使在苏联解体和我国合同法颁布之后，学者们在译介《俄罗斯联邦民法典》时，仍将 возражение 译为“异议”而不是“抗辩”。例如，黄道秀教授等在翻译《俄罗斯联邦民法典》第386条、392条时，仍将 возражение 译为“异议”，而这两条正是对上述《苏俄民法典》第214条、第215条的沿用。^[16]

возражение 除具有实体法上抗辩的意义外，还具有同于德日民事诉讼法上抗辩的意义。按照德日通说的解释，民事诉讼法上抗辩属于当事人的诉讼攻击防御方法之一种，是指当事人为了排斥相对方的申请(Antrag, Sachantrag)和主张(Behauptung)而提出的独立事项，它分为关涉诉讼程序事项的抗辩(也称“诉讼抗辩”)和关涉实体法上事项的实体抗辩。与此相应，按照苏联法理的解释，民事诉讼法上的 возражение 是指被告为维护自己诉讼权利而实施的一种诉讼防御方法，分为实体性 возражение(материально-правовые возражения)和程序性 возражение(процессуальные возражения)。如下文所述，其功能和适用方法也分别与德日民事诉讼法上的实体抗辩和程序抗辩相对应。

综上所述，苏联法上的 возражение 与我国民法上以及民事诉讼法理上使用的抗辩具有本质上的一致性。

(三)法系意识对 возражение 概念汉译的影响

尽管 возражение 与抗辩具有本质上的一致性，但是从法系意识上考察，在民事诉讼领域是否应当将之译为抗辩，仍是一个值得考量的问题。

在我国，抗辩是随着清末修律由西法移植本土的一个法律概念。在深受德国法影响的汉字圈国家和地区的法律术语中，通常将由来于罗马法上“exceptio”的德国法概念“Einrede”译为“抗辩”，此种译法始于日本法。从现代法观念上考察，罗马法采用诉权法体系(Aktionensystem)，它是诉讼法和实体法的混合体，因此“exceptio”也具有诉讼法和实体法的双重性质。近代以降，因诉讼法和实体法自成体系，传承 exceptio 的德国法概念 Einrede 也就具有了双重含义：诉讼法意义上的 Einrede 和实体法意义上的 Einrede。与罗马法不分实体法和诉讼法之别使用 exceptio 不同，现代德国法是从不同法域立场使用和解释 Einrede 的。实体法上的 Einrede，是指民事主体为阻止相对方所行使的请求权发生其应有效力而享有的权利；而诉讼法上的 Einrede 是指民事诉讼当事人实施的诉讼攻击防御方法。

[15] 中国社会科学院民法教研室译，见前注[8]，页68。

[16] 《俄罗斯联邦民法典》第386条[债务人对新债权人请求权的异议]：债务人在收到关于债权移转于新债权人的通知后，对原债权人所提出的一切异议，均有权对新债权人提出。第392条[新债务人对债权人的异议]：新债务人有权对债权的请求提出基于债权人与原债务人之间关系的异议。转引自黄道秀译：《俄罗斯联邦民法典》，北京大学出版社2007年版，页163、164。

需要指出,德国学者较为容易根据自己的法律发达史以及学术背景,正确地识别其所使用的 Einrede 究竟属于哪个法域,进而在概念共识的基础上展开有益的讨论。^{〔17〕} 不过,对于其他国家和地区的学者及立法者而言,这种一词两义的现象往往是导致学术上无益之争或法律术语含义不清的要因。日本在移植德国法的 Einrede 及其理论过程中,为了避免一词两义可能带来的混乱,特地将实体法意义上的 Einrede 译作“抗弁権”,将诉讼法意义上的 Einrede 译作“抗弁”,从而使原本具有双重属性及意义的 Einrede 变成了两个法域属性明确的概念。我国清末民国时期的民法和民事诉讼法沿用日译概念,分别将实体法和诉讼法意义上的 Einrede 称作“抗辩权”和“抗辩”。但是,我们若将“抗辩”和“抗辩权”译成德语时,都可以译作“Einrede”。

今天在我国民事实体法领域,抗辩仍是一个法律概念,其本质是民事主体的一项权利,即抗辩权。但是,今天在我国民事诉讼法领域,抗辩却不是一个法律概念,它仅是我们用以研究民事诉讼法理的一个学理概念。从法系意识上考察,现行民事诉讼法的立法者并没有采用由来自于德日法的抗辩概念,而是以反驳诉讼请求之名借鉴了苏联民事诉讼法上的实体性 возражение。возражение 在俄语中具有“反对”、“反驳”和“异议”等意思,它作为苏联法上的一个固有概念使用时,采用的是名词形态。而我国在移植 возражение 制度时,将其当作动词使用,并为其加上了宾语“诉讼请求”,从而以动宾结构方式规定了反驳诉讼请求制度。倘若我们去掉反驳诉讼请求中的“诉讼请求”一词,不妨认为,我国民事诉讼法是以“反驳”译植了 возражение。

但有趣的是,就反驳和抗辩的实际使用情况来看,虽然反驳是现行《民事诉讼法》中的法定概念,但有关民事诉讼法的司法解释却偏于使用抗辩概念,甚至在一条规定中出现两者混用的现象。对于前者,例如当事人在民事诉讼中行使减价权的,按照《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(一)》(法释[2009]5号)第44条第1项的规定,应当定性为抗辩;再如按照《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]165号)第27条的规定,当事人在民事诉讼中可以采用抗辩方式行使调整违约金请求权。关于后者,即同一条司法解释规定混用抗辩和反驳及反驳诉讼请求的现象,例如按照《最高人民法院关于审理涉及人民调解协议的民事案件的若干规定》(法释[2002]29号)第3条第1款规定,“当事人一方起诉请求履行调解协议,对方当事人反驳的,有责任对反驳诉讼请求所依据的事实提供证据予以证明”。而该条第3款又规定:人民调解达成协议后,“当事人一方以原纠纷向人民法院起诉,对方当事人以调解协议抗辩的,应当提供调解协议书”。这里以为,如果司法解释认为抗辩不同于反驳及反驳诉讼请求,就应当对两者的区别作出解释,而如果认为两者本质和趣旨相同,就至少不应当在同一条文中也为混用,因为这样会给诉讼实务造成“神经紊乱”。

由于现行民事诉讼法在概念上是采用“反驳”而非“抗辩”来表述 возражение,而司法解释

〔17〕 有部分德国学者主张,应当专以 Einrede 指代实体法上的抗辩权,以 Einwendung 指代民事诉讼领域的抗辩。德国民事诉讼法有些条文采用“Einwendungen”、“Einwände”(异议)表示抗辩。

却又将两者混用,因此,今后究竟是使用“抗辩”还是“反驳”来表述 *возражение*,就成了一个值得考量的问题。这里以为,从一国法律体系的自治性目标来看,为了保持民事诉讼程序法与民事实体法概念的一致性,统一译为“抗辩”应当是一种合理的选择。否则,“抗辩”和“反驳”之概念只是在部门法学领域保持了法系渊源上的前后一致性,然在综合适用法律解决实际法律问题的司法领域却会造成不必要的困扰。另外,于技术层面上分析,我国现行法律体系尤其是民事诉讼法具有混合法制的特质,^[18]因之,从推进法律体系及法学的科学化发展立场考虑,我们也应当考虑使用现在民法制度中已经统一且诉讼法理论已趋于共识的“抗辩”概念。

二、*возражение* 在苏联民事诉讼法上的意义

(一) *возражение* 是被告的诉讼防御方法

按照苏联民事诉讼法的规定,任何人都享有要求法院给予司法保护的權利。^[19]从比较法上考察,我们通常将这种权利称作司法保护请求权、接受司法裁判的权利、^[20]裁判请求权等,本文称之为司法保护请求权。在苏联法上,司法保护请求权不仅为原告享有,也为被告享有,原告可以通过起诉以及诉讼的方法,行使自己的司法保护请求权,被告则可以运用“被告对付起诉的诉讼保护手段”(процессуальные средства защиты ответчика против иска)、“被告权益的保护手段”(средства защиты интересов ответчика)对抗原告的起诉以及诉讼,以维护和实施自己的司法保护请求权。^[21]为了便于阐述,本节中将被告为维护自己诉讼权利而实施的诉讼保护手段,称作被告的诉讼攻击防御方法。苏联民事诉讼法教科书通常是在“诉”(иска)的一章下专设一节讲解“被告的诉讼攻击防御方法”。按照苏联法理的解释,被告的诉讼攻击防御方法主要有两种:*возражение* 和反诉(*встречный иск*)。

如下文所述,与反诉在性质上是被告实施的诉讼攻击方法不同,*возражение* 是被告为维护自己诉讼权利而实施的诉讼防御方法,其目的是为了使原告的起诉或者诉讼请求不成立,据此达到原告或于诉讼程序上、或于实体上败诉的结果。按照苏联法理的解释,*возражение* 具有双重性质:实体性 *возражение* 和程序性 *возражение*,若将其与德日法上的抗辩双重性(实体抗辩和程序抗辩)相对应,则可以将之译作实体 *возражение* 和程序 *возражение*。

[18] 有关我国现行民事诉讼法制之混合法制特质的形成及意义的研讨,参见陈刚、廖永安主编:《移植与创新:混合法制下的民事诉讼》,中国法制出版社2005年版。

[19] 《苏联和各加盟共和国民事诉讼纲要》第5条:任何有利害关系的人,都有权按照法定程序请求法院保护被侵犯或被他人争议的权利或者法律所保障的利益。《苏俄民事诉讼法典》第3条:任何利害关系人都有权按照法律规定程序,请求法院保护其被侵犯或被争议的权利或合法利益。

[20] 有关裁判请求权的体系化研究,参见刘敏:《裁判请求权研究——民事诉讼的宪法理念》,中国人民大学出版社2003年版。

[21] 本节有关苏联民事诉讼法上被告的诉讼攻击防御方法之阐述,主要根据前掲书中(苏联)С·Н·阿布拉莫夫著《苏维埃民事诉讼》(上)第十一章第七节“辩护”,(苏联)阿·阿·多勃罗沃里斯基等著《苏维埃民事诉讼》第十四章第六节“被告人对付起诉的诉讼保护手段”,(苏联)克列曼著《苏维埃民事诉讼》第五章第二十六节“被告人的诉讼辩护手段”的内容,撮述而成。

实体 возражение,是指被告根据实体法规范,针对原告的诉之理由所依据的法律事实(请求原因事实)提出反对性事实主张,以此要求法院作出驳回原告诉讼请求的判决。苏联学者多勃罗沃里斯基认为,实体 возражение“实质上就是要否定或反驳作为起诉理由的事实,或者否定和反驳原告人依据作为起诉理由的事实而作出的法律结论”。〔22〕因此,从比较法上考察,实体 возражение 与德日民事诉讼法上的实体抗辩具有相同的目的和意义:二者都是被告的诉讼防御方法;其目的都是反对原告的诉讼请求得以成立;其后果都是在其成立的情形下,法院以实体判决裁判原告的诉讼请求不成立,抑或驳回原告的诉讼请求。

那么,被告主张的何种事实才能构成实体 возражение 呢?由于苏联通说主张,实体 возражение 原则上须以实体法为根据,所以这里以为,实体 возражение 的构成事实(事项)应当是指相当于实体法上反对请求权规范构成要件的事实。关于实体 возражение 的类型化构成事实(事项),苏联学者阿布拉莫夫例举如下:“①否认作为诉的理由的事实,即确证这些事实实际上并未发生;②确证某些能证明诉的理由事实与真相不符的事实;③确证藉以清偿或消灭原告权利的事实;④确信阻碍原告权利发生的事实;⑤确认由于原告所确证的事实中应得出另一种法权后果。”〔23〕对此,若从比较法上考察,上述所谓“确证藉以清偿或消灭原告权利的事实”、“确信阻碍原告权利发生的事实”的表述,实际上与德日法理依照要件事实分类说所确定的事实抗辩之识别标准,并无二致。〔24〕

程序 возражение,是指被告主张原告提起的诉讼因不具成立或继续所必须的前提条件(民事诉讼法律关系产生的先决条件,предпосылки возникновения гражданских процессуальных правоотношений),而要求法院排除对本案实体审理的必要性。从比较法上考察,这里的民事诉讼法律关系产生的先决条件类似于德日法上的诉讼要件。与实体 возражение 的制度目的不同,被告提出程序 возражение 并不是要求法院驳回原告的诉讼请求及实体要求,而是要求法院终止或延缓诉讼程序。因此,对于程序 возражение 成立的情形,按照苏联法的规定,法院将依裁定作出裁判,从比较法上观之,乃即由法院作出相当于德日法上的诉讼判决。按照苏联民事诉讼法的规定,程序 возражение 一旦成立,将会引起诉讼程序的中止、终止或本案不予审理的法律效果。与实体 возражение 原则上必须以实体法规范为依据不同,程序 возражение 的依据由来于诉讼法,即被告“是以诉讼法规范为根据并用来反对诉讼的”。〔25〕需要指出,诉讼要件作为本案审理程序的前提条件,属于法院职权探知范围之事项,因之,苏联法规定,关于诉讼要件的调查,可以依职权和被告的程序 возражение 而为之。按照程序 возражение 的法律效果之不同,可以将其分为诉讼中止、诉讼终止和本案不予审理的 возражение。其中,诉讼中止 возражение 一旦成立,诉讼程序将暂停进行,但此后可以依当事人申请或法院职权予以恢复

〔22〕 多勃罗沃里斯基等,见前注〔6〕,页185。

〔23〕 阿布拉莫夫,见前注〔5〕,页236—237。

〔24〕 德日通说认为,作为诉讼防御方法的实体抗辩由权利抗辩和事实抗辩组成。其中,事实抗辩又以要件事实分类为标准,分为权利障碍抗辩、权利消灭抗辩和权利阻止抗辩。又由于权利阻止抗辩是依据实体法上抗辩权、形成权等权利提出的抗辩,所以又将其列为权利抗辩。

〔25〕 多勃罗沃里斯基等,见前注〔6〕,页184。

(《苏俄民事诉讼法典》第218条)。而诉讼终止 *возражение* 一旦成立,此后,法律将禁止原告以同一被告、同一诉讼标的、同一案由向法院提起诉讼(《苏俄民事诉讼法典》第220条)。本案不予审理 *возражение* 成立后,当事人可以在阻碍案件审理的情况消除后,重新提起同一诉讼(《苏俄民事诉讼法典》第76条)。从比较法上分析,苏联法上的上述三种程序抗辩在性质上相当于德日法上程序抗辩中的妨诉抗辩。

(二) *возражение* 与反诉的异同

在苏联民事诉讼法中, *возражение* 与反诉是一对泾渭分明的概念和诉讼制度,前者在性质上属于诉讼防御方法,而后者却属于诉讼攻击方法。^[26] 苏联法上的反诉,是指被告在本案判决之前,对本诉原告提出相反的实体请求及反请求,并要求法院将本诉和反诉合并审理(《苏俄民事诉讼法》第131条)。苏联学者认为,被告提起反诉是“使原告人的诉讼要求失去力量”,^[27]它是被告应对本诉的一种诉讼保护手段。

反诉和 *возражение* 的区别如下:第一,尽管主张反诉和 *возражение* 的主体都是被告,但在反诉中,被告的诉讼地位相当于原告,即反诉是以本诉原告为被告提起的诉,本诉原告在反诉中的诉讼地位相当于被告。而在 *возражение* 中,本案的原告和被告的诉讼地位不发生变化。第二,反诉是一种独立的诉,并且有独立的诉讼请求为诉的标的,它是法院进行实体审理和判决的对象,不因本诉撤回而丧失其独立性。但 *возражение* 只是一种独立的诉讼防御方法,它必须依附于本案诉讼而存在,在本案原告撤诉之后, *возражение* 因不属于法院的判决对象而不能独立存在。第三,反诉的成立除必须符合法定的反诉条件外,还必须符合法定的起诉要件,但 *возражение* 的提起不以符合起诉要件为前提。

按照《苏俄民事诉讼法典》第132条规定,反诉的成立要件有三:第一,反诉请求的目的是为了抵消(不是民法意义上的抵销)本诉请求;第二,反诉请求成立后可以全部或部分排除对本诉的满足;第三,反诉与本诉之间存在着相互关系,合并审理有助于更加迅速和正确地审理争议。但是就被告能否以 *возражение* 代替反诉,尤其是以抵销 *возражение* 代替反诉的问题,苏联学者间有肯定说和否定说之争。肯定说的代表是阿布拉莫夫教授,他主张在特定条件下,被告可以利用 *возражение* 方式向原告提起反诉。^[28] 但否定说则认为:“如果被告没有独立请求,则其反诉也就失去基础。如有这种独立请求,则这种独立请求即不能为反驳(*возражение*)诉讼所代替。……总之,被告对原告提出独立请求,必须以反诉方式进行,不能以反驳(*возражение*)诉讼方式进行。”^[29]

按照苏联法理的解释,抵销(*зачет*)是债的消灭方法之一。^[30] 当事人可以在诉讼外和

[26] 关于苏联法上反诉制度的研究文献,参见(前苏联)Д·施维采尔:“反诉”,时筱节译,《政法译丛》1957年第3期;刘玉林:“苏维埃民事诉讼中的反诉是怎样进行的”,《政法研究》1957年第3期。

[27] 多勃罗沃里斯基等,见前注[6],页185。

[28] 阿布拉莫夫,见前注[5],页240。

[29] Д·施维采尔,见前注[26],页54。

[30] (苏联)Л·И. 库德利雅夫采夫主编:《苏联法律辞典》(第一分册,民法部分选译),法律出版社编辑部组织编译,法律出版社1957版,页90。

诉讼内主张债的抵销(权)。倘若被告在诉讼中主张债的抵销,其方式也有二:возражение 和反诉。被告在诉讼中主张抵销 возражение,其目的是消灭(冲抵)或减少诉额,所以其在性质上属于被告的诉讼防御方法。而被告在诉讼中提出抵销之诉,其目的是要求法院对其主张的诉讼请求作出利己的胜诉判决。举例而言,按照否定说的解释,如果被告对本诉诉额为一千卢布的债务,以一千二百卢布的债权提出抵销,即使该项抵销 возражение 成立,法院也不能判决原告向被告支付抵销后剩余的二百卢布债务。这是因为被告并没有以反诉方式向法院提出抵销之诉,法院也无权对被告未提出的反诉请求作出判决。但是若按照肯定说的解释,法院则应当判决原告向被告偿还这二百卢布债务,这是因为被告在本案诉讼中是以抵销 возражение 方式从事实上提出了反诉请求。

(三) возражение 与证明责任分配的关系

罗马法上有关抗辩与证明责任分配关系的论述,集中体现在乌尔比安的如下论述中:“于各类抗辩之中,应释被告担当原告之相同角色,故应使这些抗辩同于原告请求得到证明”(In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere ipsumque exceptionem velut intentionem implere)。〔31〕 由于罗马法将抗辩者的诉讼地位同于原告,并要求抗辩者对抗辩承担证明责任,所以罗马法学者提出了“抗辩者承担证明,否认者不承担证明”的证明责任分配原则。依据这项原则,诉讼中主张抗辩者,应当对抗辩的构成事实承担证明责任。苏联立法肯定了罗马法的这条原则,按照《苏俄民事诉讼法典》第50条前半文规定:“当事人应当证明其诉讼请求及 возражение 的根据事实。”(каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основания своих требований и возражений)。苏联学者有关 возражение 与证明责任分配关系的论述,也同于罗马法理,即被告应当对于自己提出的 возражение 之法律事实承担证明责任;被告对原告的诉讼请求提出否认的,对此不承担证明责任,即“诉讼根据的事实的举证责任,应由原告人担负”。〔32〕

按照苏联法理的解释,证明责任的对象事实——证明对象,是指对解决案件有意义的法律事实,其中包括起诉理由的事实和 возражение 理由的事实,抑或请求原因事实和 возражение 事实(事项)。如前所述,被告在民事诉讼中提出 возражения 的,应当以实体法规范为依据,因之,被告也应当对 возражение 所依据的法律规范的法律事实承担证明责任。但是,何谓法律事实,尤其是法律事实的分类标准问题,这在苏联法学界一直存有争议,并且这种争议对我国法学界的影响也颇为深刻,以致我国民事诉讼理论及民事审判实务至今未就证明责任分配一般原则达成共识。简言之,法律事实的分类标准不同,证明对象也就不同,进而以证明对象真伪不明为适用条件的证明责任在分配标准上也不相同。

按照苏联通说的解释,法律事实(юридические факты)是指“法律规范所规定的,引起法律

〔31〕 Digesta, 22, 3, 19pr(Ulpianus).相同内容汉译例,参见(意)桑德罗·斯奇巴尼选编:《民法大全选译·司法管辖权·审判·诉讼》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,页31。

〔32〕 克列曼,见前注〔9〕,页212。

关系的建立、改变和终止的各种情况”。^{〔33〕} 据此,有苏联学者将法律事实分为四类:“①产生权利和义务的法律事实;②终止权利和义务的事实;③变更权利和义务的事实;④妨碍权利产生和义务的法律事实。”^{〔34〕}从比较法上言之,苏联学者关于法律事实的概念解释及其分类的通说,实质上与德日学者关于要件事实的概念及其分类之通说完全相同。

就法律事实或要件事实与证明责任分配一般原则的关系而言,德日民事诉讼以辩论主义为基本,以法律要件分类说(罗森贝克的规范说)为证明责任分配一般原则。与之相比,就法律事实分类(说)作为证明责任分配一般原则,苏联的法理、立法和实务,原则上都持肯定态度。就苏联法理而言,苏联学者主张,“每一方当事人,都应当证明那些他所举出作为自己请求和反驳理由(возражение理由)的事实”,^{〔35〕}抑或主张请求权成立者,对诉讼请求的成立事实承担证明责任,主张 возражение者,对 возражение理由的成立事实承担证明责任。就苏联立法而言,例如《苏俄民法典》第212条就转让请求权的债权人义务及责任规定:“债权人如果将请求权转让给他人,则必须将证明该请求权的文件转交该人。”请求权转让属于权利变更行为,其构成要件属于权利形成要件,因此,主张转让请求权的债权人应当对权利形成要件事实(请求权转让文件)承担证明责任。就苏联民事审判实务而言,“在有关合同的诉讼中,对于产生合同债务的证明责任,要由债权人负担;而对履行债务的证明,则是债务人的责任”,^{〔36〕}抑或主张权利成立要件和权利消灭要件者,分别对权利成立要件事实和权利消灭要件事实承担证明责任。但我们也应当了解,由于苏联民事诉讼带有深刻的国家干预主义及职权探知主义的色彩,法院可以依职权主动收集证据以便查明当事人之间真实的法律关系,所以苏联学者和立法并没有明确肯定法律事实分类(说)就是证明责任分配一般原则。简言之,苏联立法、法理及审判实务是采用比较“暧昧”的态度承认了法律事实分类(说)作为证明责任分配一般原则的实质意义。

与苏联通说将法律事实分类为权利和义务的发生、终止、变更和妨碍之事实不同,苏联一些学者主张以主体的意志为标准,将法律事实分为事件和行为,并以两者为证明对象,按照事件和行为的性质及其产生的法律效果为标准分配证明责任(这里称之为有力说)。^{〔37〕} 需要指出,尽管有力说的法律事实分类方法与苏联通说大相径庭,但这并不意味着其完全否定通说所倡导的证明责任分配一般原则的实际意义。从实质上分析,有力说的证明责任分配原则与通说具有殊途同归的效果。例如,被告以合同违法(例如违反国家法律^{〔38〕})或不可抗力(又译“不可抗拒的力量”,непреодолимая сила;例如地震、水灾等)为理由,对原告提出的履行合同诉讼请求提出 возражение。由于按照苏联民法的规定,合同违法或不可抗力可以引起合同无效

〔33〕 (苏联)Л. И. 库德列雅夫采夫主编:《苏联法律辞典》(第三分册,国家和法的理论部分),法律出版社编辑部组织编译,法律出版社1957年版,页118。

〔34〕 多勃罗沃里斯基等,见前注〔6〕,页200。

〔35〕 多勃罗沃里斯基等,见前注〔6〕,页201。

〔36〕 多勃罗沃里斯基等,见前注〔6〕,页201。

〔37〕 克列曼,见前注〔9〕,页232。

〔38〕 《苏俄民法典》第48条规定,实施日的违反国家和社会利益的法律行为无效。

或免责的法律效果,所以从通说立场出发,被告是以主张权利消灭事实和权利阻止事实提出了 возражение,因此,按照主张权利消灭和权利阻止者,应当分别对权利消灭和权利阻止的法律事实承担证明责任的一般分配原则,被告应当对自己主张的 возражение 事实承担证明责任。然而若从有力说立场出发,合同违法和不可抗力分别属于行为和事件,再以行为和事件与法律秩序^[39]的关系为标准,就可以将不法行为和地震、水灾之类事件分别与法律规定的合同无效和免责联系起来,并按照这种法律事实(行为和事件)与法律规定的关系分配证明责任。^[40]如此一来,在有力说的解释下,被告以不法行为和地震、水灾之类事件主张合同无效或不可抗力之 возражение 的,应当对合同无效或不可抗力的事实承担证明责任。由此认为,有力说的这种证明责任分配原则实质上与通说的法律事实分类(说)具有相同效果。

三、我国民事诉讼法对 возражение 制度的移植及评述

从法系意识上考察,现行民事诉讼立法废弃了清末民国由日本法移植而来的抗辩制度,转从苏联民事诉讼法引进了 возражение 制度。如下所述,这种引进不仅具有片面性,而且还存在着至今尚未被意识到的诸多误区,从而导致民事审判实践中问题丛生。

(一)反驳诉讼请求与实体性 возражение

现行《民事诉讼法》第51条规定,被告可以反驳诉讼请求。此项规定是对试行《民事诉讼法》第46条中相同规定的沿用,也是对苏联民事诉讼法上 возражение 制度的移植及本土化。关于反驳诉讼请求制度的意义,虽然不同时期的法案起草者们都是沿用苏联法理进行解释,但是在理解上却有所不同。由于我国至今没有全面公开民事诉讼法立法资料,也没有公开出版官方的立法理由书,因此本文中 will 将法案起草者在自己编写的民事诉讼法条文释义类书著中所作的解释,称作“准立法解释”。

首先,就民事诉讼法试行法案起草者的解释撮述如下^[41]:反驳诉讼请求是被告为维护自己的权益,实现审判上保护所采取的一种诉讼手段,也是其享有的诉讼权利。在民事诉讼进行中,被告有权提出各种理由来反对、批驳原告请求,使原告败诉。被告反驳诉讼请求可以从两个方面进行:一是从程序上进行反驳;一是从实体上进行反驳。程序上的反驳,就是以诉讼程序立法的规定为理由,反对原告请求,证明原告违反了诉讼程序的要求,亦即没有具备引起诉讼发生和进行的条件。实体上的反驳,就是以实体法律的规定为理由,反对原告关于实体权利的请求,也就是否定原告实体上的诉权。

[39] 关于行为与法律秩序的关系,按照《苏俄民法典》第222条规定,公民和组织确立、变更或终止民事权利和义务的行为,是法律行为。因之,法律行为的效果和法律事实分类的效果相同,也被分成权利和义务成立行为、权利和义务变更行为、权利和义务终止行为。当事人主张权利成立、变更、终止行为的,应当分别对权利和义务成立、变更、终止行为的成立事实承担证明责任。

[40] 克列曼,见前注[9],页234。

[41] 唐德华、杨荣新、程延陵、朱锡森编著:《民事诉讼法基本知识》,法律出版社1981年版,页141。其中,唐德华、杨荣新、程延陵为试行民事诉讼法起草小组成员。关于试行民事诉讼法起草小组成员的组成情况,参见沈宗汉:“参加民事诉讼法的起草工作等于进了一趟大学校”,载《人民法院报》2007年10月15日。

其次,就2012年《中华人民共和国民事诉讼法修正案(草案)》起草人的解释撮述如下^[42]:反驳诉讼请求,是指被告提出证据或者理由反对原告的诉讼请求。这是被告为维护自己的权利,实现审判上的保护而采取的一种诉讼手段。反驳诉讼请求可以从两方面进行,一是实体上反驳,即以实体法的规定为理由,反对原告关于实体权利的请求。二是从程序上反驳,即以程序法的规定证明原告违反了诉讼程序的要求。

从整体上说,两个“准立法解释”之间除了对反驳诉讼请求的具体行使方法在解释上有所区别外,即试行民事诉讼法起草者解释为可以“提出各种理由”,而2012年《中华人民共和国民事诉讼法修正案(草案)》起草者解释为可以“提出证据或者理由”;但在有关反驳诉讼请求的制度目的和构成的解释上却完全一致,并且也与苏联民事诉讼法学理关于 *возражение* 的解释,宏旨相同。

这里以为,上述沿用苏联法上 *возражение* 法理对我国反驳诉讼请求制度进行的“准立法解释”,实际上是“南橘北枳”般的解释。这是因为,我国反驳诉讼请求制度只是对苏联民事诉讼法上 *возражение* 中的实体 *возражение* 的移植,而不是包括程序 *возражение* 在内的全面移植。如前所述,苏联民事诉讼法上的程序 *возражение*,是指被告针对诉讼要件提出的 *возражение*,它是不涉及本案实体问题抑或针对诉讼请求的 *возражение*。因之,将程序反驳(程序 *возражение*)归为反驳诉讼请求的内容之一,实际上是混淆了民事诉讼中实体问题和程序问题的性质及区别。

另外,如前所述, *возражение* 在苏联法上是一个具有固有名词属性的法律概念,但2012年《中华人民共和国民事诉讼法修正案(草案)》起草者却将之待为动词而译成“反驳”,如此一来,不仅使 *возражение* 丧失了作为一个法律概念及制度的本质意义,还会误导我们从行为角度(动词)理解其意思。从法系意识上考察,这里认为,虽然法律上将 *возражение* 译作反驳诉讼请求,但我们应当将其解释为“对诉讼请求的反驳”,以此强调其作为一个法律概念以及一种诉讼制度的本质意义。

或许正是因为受到了上述概念译植有误的影响,2012年《中华人民共和国民事诉讼法修正案(草案)》起草人甚至将被告提出证据反对原告诉讼请求的情形,也纳入反驳诉讼请求概念之中。然这种“准立法解释”完全混淆了诉讼中的主张行为与提供证据行为(证明行为)以及实体对象与证明对象之间的区别。简言之,反驳诉讼请求属于被告的实体防御方法之主张,其所基于的理由事实才是需要通过证据加以证明的对象。

(二)反驳诉讼请求的确定标准

法律移植并非引进一个概念术语即可实现制度设计的本来目的及功能。虽然我国民事诉讼法以反驳诉讼请求之名引进了苏联民事诉讼法上的实体 *возражение* 制度,但由于我们对该制度在法理上缺乏真切认识,在制度运行上缺乏相应的配套保障措施,以致其在民事诉讼实践

[42] 全国人大常委会法制工作委员会民法室编著:《〈中华人民共和国民事诉讼法〉释解与适用》,人民法院出版社2012年版,页63。按照全国人大常委会的立法规划和工作程序,本次民事诉讼法修改由全国人大常委会法制工作委员会担任《民事诉讼法修正案》的起草单位及提请审议机关,而具体起草工作实际上由其民法室承担。

中因失去正确的理论指导和相应的运行环境保障而陷入“罗生门”。这里以为,围绕着我国反驳诉讼请求制度所生诸般问题的根本原因,就是在于我们于理论上尚未清楚地认识到反驳或者其“母法”上的 возражение,在本质上是被告的一种独特的诉讼防御方法。也许有观点会问,我国的“准立法解释”都将反驳诉讼请求解释为被告维护自己诉讼权利的一种诉讼手段,难道这还不算是对其本质有了正确的认识吗?实际上,问题的本质并不在于是否从表面上认识到反驳诉讼请求是被告的一种诉讼防御方法,而在于是否认识到其与其他诉讼防御方法或诉讼手段之间在本质上的区别,尤其是因这种区别所产生的实益。倘若要厘清反驳诉讼请求与其他相关制度之间的本质区别,抑或认识其独特的功能,就必须首先弄清反驳诉讼请求的确定标准是什么?抑或被告在诉讼中提出的何种主张才属于反驳诉讼请求。就此问题,笔者曾以民事诉讼实践中最为常见的民间借贷诉讼为例,就被告对原告提出的返还本金请求权主张(返还本金诉讼请求)之各种陈述(主张),何者才能够构成反驳诉讼请求的问题,咨询过多名有丰富审理经验的现职法官。

设问:被告的下列陈述(主张)中,何者属于反驳诉讼请求?

①“我从来没有借过原告的钱!”

②“我承认是收到过原告所说的这笔钱,但这笔钱是我替张三收的。”

③“这笔钱根本不是原告借给我的,而是原告送给我的。”

④“原告主张的这笔借款,我早已经还给他了!”

⑤“我承认是借了原告这笔钱,也确实还没有还给他。但原告也欠我一笔数额相同的钱未还。”

⑥“我承认是借了原告这笔钱,也确实还没有还给他。但原告也欠我一笔相同数额的钱。我现在想用这笔钱冲抵我借原告的这笔钱。”

⑦“不是我不想还原告这笔钱,而是原告也借了我一笔钱。而且,原告欠我的钱数要大于我借他的钱数。既然现在原告告我还钱,那我也请法官判决原告全部还清我的钱!”

对于以上设问,法官朋友们的回答可谓“五花八门”,恕不在此一一介绍。显然,如果按照“准立法解释”的观点,由于以上被告针对原告诉讼请求的陈述都属于于己有利的主张,其目的都是“反对”或“批驳”原告的诉讼请求,所以它们都可以被认作是被告维护自己诉讼权利的诉讼手段,进而也都可以构成反驳诉讼请求。然而,我们如果根据苏联通说或者参考德日抗辩法理的解释,答案却截然不同。

如前所述,苏联学者关于实体 возражение 确定标准的通说是法律事实分类说(苏联的有力说在实质上也承认这个标准),它与德日抗辩法理的要件事实分类说(规范说)并无二致。若按照以上苏联法理和德日法理的解释,对于原告的诉讼请求(返还本金请求权主张),惟被告根据实体法规定,提出权利消灭、权利妨碍、权利阻止(包括权利变更或形成)之主张的,才构成真正意义的 возражение(抗辩)。倘若按照这一标准进行分析,上述设问中只有④⑥才能构成反驳诉讼请求,因为被告依据④提出了权利消灭主张(债因履行而消灭),以及依据⑥提出了权利形成主张(抵销权主张,能使法律关系终止的形成权)。关于设问⑤能否构成反驳诉讼请求之问题,倘若按照辩论主义支配下的德日抗辩法理的解释,由于被告在诉讼中只是陈述了可以构成抵销抗辩的事实但没有提出行使抵销权的主张(权利抗辩),而是否行使抵销权抗辩属于处分主义的支配范围,法院不能越俎代庖“代理”被告行使之,所以这种纯粹的事实陈述(主张)并

不能够构成抗辩。但若按照当下辩论主义修正说的解释,在一定条件下法院可以运用释明方式“提示”被告行使抵销权抗辩(权利抗辩)。可以认为,苏联民事诉讼因强调法律真实,所以极有可能像德日的辩论主义修正说一样,法官会主动依职权提示被告行使抵销权 *возражение*,甚至直接将⑤视为抵销权 *возражение*。

关于上述①②③,若按照苏联通说和德日法理的解释,它们都不构成 *возражение* 或者抗辩。即被告在诉讼中的这些于己有利的陈述及主张,应当被归为否认。另外,若按照苏联通说和德日法理的解释,上述⑦应当构成反诉,而不是反驳诉讼请求。

从法系意识上考察,以苏联法上法律事实说作为反驳诉讼请求的确定标准究竟有何实益呢?在苏联民事诉讼中,*возражение* 和否认都属于被告维护诉讼权利的诉讼手段,而将两者作出明确划分的重要意义是,主张 *возражение* 者,应当对之法律事实承担证明责任,而主张否认者,则无须对之真实性承担证明责任。如前所述,这也是罗马法和德日法所遵循的基本法理,即“抗辩者承担证明责任”。由此不难理解,明确反驳诉讼请求的确定标准,对于证明责任分配具有举足轻重的实际意义。反观我国民事诉讼立法,正是因为没有对反驳诉讼请求制度预设同于苏联法上的法律效果,即主张反驳诉讼请求者应当对之法律事实(要件事实)承担证明责任,所以使得该制度在适用上丧失了基本功能。倘若我们要恢复反驳诉讼请求制度的原本功能,就必须明确该制度的确定标准以及其与主张责任和证明责任的关系。从法系意识上考量,我国民事诉讼法应当参考苏联法,以法律事实分类说作为反驳诉讼请求的识别和确定标准,即被告针对原告的诉讼请求提出权利消灭、权利障碍、权利变更之主张的,属于反驳诉讼请求,被告原则上应当对反驳诉讼请求的理由事实承担主张责任和证明责任。

(三)反驳诉讼请求与反诉

长期以来,我国民事诉讼实践中存在着如何识别反驳诉讼请求和反诉的问题,其典型案例如下:在买卖合同纠纷诉讼中,原告向被告主张支付货款诉讼请求,而被告却以货物存在质量问题为理由,主张减少货款数额^[43]或者退货。^[44]对于被告的减少货款数额或者退货等之类的主张,其性质上究竟是属于反驳诉讼请求还是反诉的问题,目前随着《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》(2012年7月1日施行)的出台,这一争议才在法律层面上算是告一段落。该司法解释第44条规定,对于原告的支付货款请求权主张,被告以货物存在质量问题为理由,主张减少货款数额的,此种主张属于抗辩;被告主张退货的,则应当视为反诉。

如前所述,在苏联法理中,*возражение* 与反诉是两种泾渭分明的被告的诉讼攻击防御方法。苏联学者也就 *возражение* 和反诉的适用关系有所争议,但其争议的焦点是,法官能否依职权将 *возражение* 视为反诉,抑或是否允许被告以 *возражение* 方式提出反诉。如是,虽然中苏法理都在反驳诉讼请求(*возражение*)和反诉的适用关系认识上存在争议,但两者争议的焦点及问题意识完全不同。前者的争议焦点是,以什么作为反驳诉讼请求和反诉的识别标准;后

[43] 张金浪:“被告对质量有问题的主张是反诉还是反驳”,“110 法律咨询网”,<http://www.110.com/ziliao/article-245327.html>,最后访问日期:2014年1月11日。

[44] 钱军、王坚:“从本案谈被告的反驳与反诉”,“中国法院网”,<http://old.chinacourt.org/html/article/200407/08/122660.shtml>,最后访问日期:2014年1月11日。

者的争议焦点是,被告能否以 возражение 方式提出反诉。具体而言,前者所要解决的问题是反驳诉讼请求与反诉的划分标准问题,而后者恰好是以 возражение 和反诉已有明确划分为前提所产生的问题,其问题意识在于如何协调和处理辩论原则、处分原则与职权主义之间的关系。这里的问题是,为何在我国民事诉讼实践中会发生反驳诉讼请求与反诉的识别标准问题,而在苏联的法理及实务中却不会发生类似问题呢。对此稍作分析如下。

首先,苏联民事诉讼法学是一门理论体系自恰的法律科学。科学是知识的体系化,其本身并不等于真理,但它是我们探索真理所不可或缺的方法(科学的方法)。作为苏联民事诉讼法学之一部,возражение 和反诉都有着体系化的法理,并且与相关诉讼制度的法理融会贯通。就 возражение 而言,其法理体系由实体 возражение 和程序 возражение 构成,进而涉及民事诉讼全般理论,亦即关涉 возражение 的识别标准及适用与民事诉讼原则尤其是处分原则、辩论原则的关系,возражение 与证明责任分配一般原则的关系,以及与法院的裁判方式的关系等等。而我国民事诉讼法理至今连反驳诉讼请求的确定标准甚至其概念本身都没有达成共识,遑论反驳诉讼请求法理体系的确立。因此,在反驳诉讼请求理论毫无科学化构成的背景下,民事诉讼实践中出现反驳诉讼请求与反诉的划分标准不明问题,可谓在所难免。

其次,苏联具有完备的民事实体法律体系,能够保障民事诉讼得以正常运行。苏联法理主张民事诉讼是司法保护民事权利的形式。在立法上,苏联民法规定了民事权利和义务的发生根据(《苏俄民法典》第4条)和民事权利的司法保护方法(《苏俄民法典》第6条),而作为诉讼制度与实体法的对接配套措施,苏联民事诉讼法规定了当事人的司法保护请求权(《苏俄民事诉讼法》第3条),以此强调和保护民事诉讼的规范化、法制化运作。按照苏联法理的解释,被告必须以法律为依据主张 возражение,而完备的民事实体法律体系为被告利用 возражение 保护自己的诉讼权利提供了充分保障。反观我国试行《民事诉讼法》在规定反驳诉讼请求制度之时,不仅民事实体法律体系尚未建立,甚至连《民法通则》也还处于制定之中。在民事权利以及请求权发生根据都缺乏明确规定的背景下,针对民事权利及请求权主张(诉讼请求)之反动的反驳诉讼请求,其法律依据更是无从谈起。因而,在我国民事审判实务中出现反驳诉讼请求与反诉的识别标准之不明问题,应当属于意料之中。

四、结 语

近年来,随着民事诉讼规范化意识一定程度的提高,科学地建设民事诉讼抗辩体系业已成为实体法学者和诉讼法学者的共识。然从法系意识上考察,现行民事诉讼法在制度构建及其法理上深受苏联法及其法理的影响,今天我们在反驳诉讼请求制度的设计、实践及法理上直面的诸多问题,几乎皆与不了解或者有违苏联法理相涉。可以预计,在我国民事诉讼的反驳及反驳诉讼请求制度之建设与发展过程中,苏联法研究仍是一个不可逾越之前提,此乃法系意识使然。

(责任编辑:傅郁林)