

由谁承担举证责任应该适用法律规定--兼谈法官在举证责任分配问题上的自由裁量权 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E7_94_B1_E8_B0_81_E6_89_BF_E6_c122_479746.htm 基本案情：从2003年7月开始山杏塑胶有限公司（以下简称山杏公司）向新凯塑胶有限公司（以下简称新凯公司）购买钙塑底盒，到2004年9月，山杏公司业务员从新凯公司共提走价值234327.56元的钙塑底盒，新凯公司已对此开出227040.50元增值税发票，此货款经新凯公司多次催讨，山杏公司一直未付。新凯公司向法院起诉，要求山杏公司支付货款及利息。在开庭审理过程中，新凯公司提供了山杏公司提货的证据，山杏公司称已以现金形式支付部分货款，只下欠货款7287.60元，但未能提供证据。原审法院认为：原被告买卖合同合法有效，应受法律保护。在买卖合同的履行过程中，原告全部履行了给付义务，而被告提货后，未及时履行给付货款义务，应承担相应的民事责任。在庭审中，被告只承认欠原告货款7287.60元的事实，由于原告举不出被告未付货款227040.50元的确凿证据，原告要求被告支付227040.50元货款的理由缺乏事实和法律依据，故本院不予支持。判决如下：一、被告向原告支付7287.60元；二、驳回原告的其他诉讼请求。判决生效后原告向检察机关申诉，请求检察机关抗诉。分歧意见：检察机关在审查该案时有两种不同意见。第一种意见认为：此案不宜抗诉，因为根据《人民检察院民事行政抗诉办案规则》第三十三、三十四、三十五条的规定，法官运用自由裁量权裁定当事人之间的举证责任分配问题不属于抗诉范围；第二种意见认为：

法律对举证责任分配已有明确规定时，法官无权再就此作出自由裁量，如违反这一原则，应当属于《人民检察院民事行政抗诉办案规则》第三十四条规定的“适用法律错误的其他情形”，应该提起抗诉。笔者同意第二种意见。先撇开本案原审法院对案件事实的认定及判决的结果不谈，单就法官对本案的举证责任的分配问题展开探讨。法官在此案对举证责任的分配中无疑是运用了自由裁量权，那么，法官能否在此对举证责任分配作出自由裁量？“官自由裁量权”词是后来引进西方法律文化的结果，依牛津法律大辞典，法官自由裁量权是指（法官）酌情做出决定的权力，并且这种决定在当时情况下应是正义、公正、正确、公平和合理的。法律常常授予法官以权力或责任，使其在某种情况下可以行使自由裁量权。有时是根据情势所需，有时则仅仅是在法规定的限度内行使这种权力。国内有学者认为法官的自由裁量权，就是法官在适用法律过程中，可以在尊重立法原意的基础上，运用自由意志来发现社会中的“活的法”，自由地运用法律来解决具体法律问题。也有学者认为，法官的自由裁量权是法官在处理个案时依法对事实作出的推断。从以上定义，可以得出法官自由裁量权具有以下特征

- 第一、主体的确定性。自由裁量权的主体是法官与法院。
- 第二、权力的有限性。法官自由裁量权不是一种绝对自由的权力，它有外部和内部的限制。就外部而言，它受合法性原则的限制，有法律规定时，它受法律的可能文义之限制，一般不得逸出；无法律规定或法律规定不完全时则受立法目的、立法精神、社会公正等抽象原则的限制。就其内部而言，它受合理性原则的限制，法官自由裁量权即使在其“框”内行使，也不能为所欲为、反复

无常或出于不正当目的。自由裁量意味着，根据合理和公正的原则而不是根据个人的意志做某事；据法律而不是根据个人好恶做某事。

第三、与案件事实的关联性。法官自由裁量权的范围广泛，但都体现在对个案的处理上，即是说，法官仅在审理个案时才可行使自由裁量权。无论法官自由裁量解决的是实体问题还是程序问题，都是针对个案中出现的问题，所以，法官自由裁量权的效力只及于特定个案，不具有普遍约束力。就本案来说，法官对买卖合同双方在是否支付货款问题上的举证责任作出了自由裁量，即不是由买方山杏公司来举证证明已完全履行付款义务，而是要求卖方新凯公司来举证证明买方未能履行支付货款的义务，这一自由裁量权的运用是否得当，我们可以以下几个方面来考察，一是法律和司法解释是否对此已有明确规定，二是是否符合自由裁量权的运用原则。

根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七条之规定，法官确定和分配当事人举证责任的前提和条件是：第一，案件的法庭调查和辩论已经结束，待证事实真伪不明。举证责任有形式意义与结果意义之分。结果意义上的举证责任与形式意义上的举证责任不同，它是在案件事实真伪不明时才由负有举证责任的一方当事人承担不利后果。因此，案件事实的真伪不明是适用结果意义上举证责任的前提条件。同时，结果意义上的举证责任一般由实体法预置，它只是潜藏在诉讼过程的背后，故在法院立案过程中它不作为诉的要素而接受审查，只是在案件事实出现真伪不明时才得以显现。判断案件事实发生真伪不明有两个基本的条件，其一，在时间上必须是法庭调查和法庭辩论已经结束。其二，在证据的收集和运用上必须是穷尽了一切能够证

明案件事实的可能性。案件事实真伪不明的前提是当事人或至少当事人一方已穷尽了其证明的一切可能性，所有能够证明其事实主张的证据都已在法庭上展现，这些证据经过双方在法庭调查阶段的质证和法庭辩论阶段的辩驳确实无法证明案件事实，且法官在法庭辩论结束后根据现有证据和证据规则仍无法确认案件事实，也无法发现法律意义上的真实。第二，现行法律没有对该类案件设定举证责任的负担。结果意义上的举证责任作为案件事实真伪不明时由一方来承担不利后果的责任，它不能在当事人之间转移和换位，而应当在诉讼开始前即由实体法来确定和预置。因此，当案件的待证事实出现真伪不明时，首先应当从现行的制定法中寻找预先设置的举证责任负担的原则。现行法律没有对该类案件设定举证责任的负担，是人民法院确定当事人举证责任的必要条件。第三，依据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》及其他司法解释无法确定该案件的举证责任。司法解释作为缩小制定法与司法实践之间相互距离的手段，在指导法官正确理解和适用法律的过程中发挥着异常重要的作用。因此，除制定法之外，司法解释也是确定当事人举证责任的重要依据。只有根据现行法律和司法解释均无法确定举证责任的负担时，才能启动人民法院对当事人举证责任负担的裁量权。回到本案，由于本案是买卖合同纠纷，双方的举证责任分配是相当明确的。我国《合同法》明确规定，买卖合同中，卖方有履行提供货物的义务，而买方则有支付货款的义务，显然，双方应当根据自己的义务来举证证明自己履行了义务，卖方有证明自己交付货物义务，买方的付款义务由买方证明。在最高人民法院《关于民事诉讼证据若干问题的规定》

中，明确规定买卖合同的付款义务由买方承担举证责任，在上述案例中，卖方新凯公司已有充分证据证明其履行了供货义务。山杏公司是否支付全部货款，应该由山杏公司承担举证责任，而不应该卖方新凯公司来证明未能履行全部付款义务。在本案中，山杏公司声称仅仅下欠新凯公司7287.60元，但不能举出已经实际支付的证据，应该依法承担举证不能的法律后果，因为在此案中不存在举证责任的倒置和转移的情形，法官根本无需也无权行使自由裁量权。由于本案的法官毫无根据地运用了自由裁量权，违背法律明确的规定，任意分配法定举证责任，显然是适用法律错误的情形，由于这一错误，必然导致错误的判决结果。所以，对这一错误判决，检察机关应当依法提起抗诉。编辑：汤昊 haot@acla.org.cn
100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问
www.100test.com