

论民事诉讼证明责任的分配 PDF转换可能丢失图片或格式，
建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E8_AE_BA_E6_B0_91_E4_BA_8B_E8_c122_484908.htm

摘要：本文从证明责任分配的定义、理论发展现状入手，介绍了以德国为主的证明责任分配的主要学说，分析了我国证明责任分配的理论 and 实践，最后对证明责任分配提出了完善的建议。关键词：

证明责任 分配 学说 立法 完善 一、证明责任分配概述 提到证明责任的分配

1就会有人提出这样的问题：为什么不让原告承担全部的证明责任？（为什么不让原告承担对每个重要事实主张的不确定性的证明责任？）在回答这样的问题之前，我们必须正视这样的现实：如果人们将所有的证明责任均让原告承担，那么，事实上每一个法律诉讼从一开始就可能变得毫无希望，以至于诉讼也就无法进行，因为对于某些构建重要事实的证据而言原告可能根本无法取得，取得证据唯一的希望只能寄托于被告的善良之上，而这样的法律可能是苍白无力，缺乏安全感。因此，在某些情况下让被告分担证明责任就变得十分必要，这种证明责任的承担是为了查明案情的需要，也是法院在真伪不明的情况下作出裁判的必然选择。其实，在某些情况下被告离案件事实可能更近，取证也更容易。所以，“适当的、明确的证明责任的分配属于法律制度最为必要的或最值得追求的内容”。

2在证明责任理论中比认识证明责任更重要或更具实际意义的是证明责任的分配。法院作出裁判的前提是确定有关法律要件事实是否存在，然后才能适用相应的法律规范。但发展变化的世界总是疑云密布，加上人们认识世界的的能力水平有限，有的案件无论

当事人如何举证，法院如何运用职权调查，当事人所主张的事实存在与否仍然无法得到证明，在法院不能拒绝作出裁判的情况下，只能通过证明责任及其分配制度解决。证明责任的分配是指证明责任在当事人之间的分担，也称为举证责任的分担。证明责任的分配决定由哪一方当事人负责收集、提供证据，同时决定在诉讼终结案件事实处于真伪不明时，由谁承担不利的诉讼后果。明确证明责任一方面可以促使承担证明责任的当事人为避免败诉而积极举证；另一方面为法院在案件事实真伪不明时提供裁判的依据。

3 证明责任的分配理论要研究和探讨的正是应当根据什么因素来决定谁应当承担不利的后果，以及为什么要由这一方当事人承担不利后果，而不由相对方承担，并且根据这一因素或这些因素决定谁承担不利后果又是公平、合理和符合理性的。

4 因此，证明责任作为一种裁判规范，公平、正义是对其基本的价值要求和评判原则。如何分配证明责任，长期以来存在争论。这是因为举证责任的分配既要考虑到法律的抽象价值如公平、正义、效率、秩序等，又要考虑到具体案件的差异；既要考虑到证明责任的分配标准的概括性，又要考虑其在诉讼过程中的可操作性。再加上社会总是在不断发展进步的，原有的分配标准总会受到新类型案件的挑战。受大陆法系成文法的影响，大陆法系关于证明责任分配的学说五花八门，各种学说、观点相互补充或者排斥，法学家们忙于唇枪舌战，但理论成果不断翻新，其中德国证明责任的分配学说最完善、最复杂。而英美法系的诉讼法学家更注重实际而不囿于概念和理论，这与英美法系判例的务实性、灵活性有很大的关系。因此，关于证明责任分配的学说其实就是指大陆法系证明责

任分配的学说。在社会主义民事诉讼理论中，是否存在证明责任及其分配（指大陆法系民事诉讼意义上的证明责任）一直存在争论。按照社会主义民事诉讼理论，诉讼是通过发现真实来公正解决争议的，与西方当事人主义的诉讼模式不同，在诉讼中法官不是旁观者，除了当事人积极提供证据外，法院也有权搜集证据并有职责弄清案件真实情况。这样的诉讼格局就必然得出这样的结论：当事人无须提出证据来证明案件事实的存在与否，即使当事人积极主动的提出证据，也只是基于自己对权利主张的关心和对法院搜集证据能力的怀疑。而且理论上存在这样的矛盾：既然法院负有确定义务，那么为什么在法院没有履行该义务时，还把不利的后果强加给当事人呢？因此，一些人得出结论，在社会主义民事诉讼这种独特的诉讼体制中是自然排斥证明责任及其分配的。但西方学者认为：“因要件事实得不到证明所发生的证明责任问题，无论是辩论主义的诉讼程序中，还是职权主义的诉讼中都存在。因此。那种认为只有在辩论主义的基础上有证明责任的见解是不妥当的，至少是不正确的。 5因此，在特定条件下法院的搜集、调查证据是在承担一种义务，而绝不是承担证明责任，与当事人证明责任的承担有着明显的差异和本质区别。我国民事诉讼证明责任分配制度的确立经历了一个发展过程。在20世纪80年代以前，民事诉讼采取高度的职权主义模式，法院承担了搜集调查证据的当然职责，而且在案件事实真伪不明的情况下，调解作为一种解决争端的重要机制，填补了法官无法裁判的困惑，当时没有确立证明责任的概念，因此根本不存在证明责任的分配问题。进入20世纪80年代中后期，法院的高度职权主义审理模式受到批判，

民事审判方式经历了从职权主义到当事人辩论主义的转变，调解的适用也受到限制。1991年制定的《民事诉讼法》有限的确立了举证责任原则，第64条第1款规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据”，即“谁主张，谁举证”，但这只是行为意义上证明责任（主观证明责任）而不是结果意义上的证明责任（客观证明责任）。由于对证明责任认识的模糊性和偏差，再加上没有任何分配标准，法官往往凭个人感觉分配证明责任，将真伪不明的后果让其中一方当事人承担，判决书也常常回避主要事实真伪不明证明责任的分配问题。此时也不存在真正意义上证明责任的分配问题。2001年12月6日《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》中确立了结果意义上的举证责任，即“没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果”，而且对当事人承担的证明责任的分配作出了较为明确的规定。至此，举证责任的分配制度在我国初步建立，但由于我国关于证明责任及其分配的理论研究不足，许多论著只是外国证明责任及其分配的理论介绍和评析，没有具有中国特色的理论思维和体系，因此如何构建中国特色的证明责任分配体系是理论和实务界的当务之急。为此，笔者试图借鉴国外的经验，尝试为我国证据责任分配体系进言献策。

二、国外关于证明责任分配的主要学说

一）证明责任分配理论的起源

现代意义上证明责任分配可以追溯到罗马法时代。在罗马法初期，人们对证明责任的认识仅限于提供证据的责任，即主观上的证明责任，还没有客观证明责任的概念，法官不考虑待证事实真伪不明的情况下，应该由谁来承担不利后果的问题。尽管当时肯定存在事实真伪不明的情况，

但这些问题不是罗马诉讼中的主要问题。7 当时，罗马法学家提出了分担举证责任的两条原则：一是原告有举证的义务，根据这一原则，被告不负证明责任，只有原告对他的主张负证明责任；原告不尽举证义务时，应为被告胜诉的裁判；若原告已尽举证义务时，被告须提出反证，推翻原告的举证。被告提出抗辩时，就该抗辩往往有举证的必要。二是主张的人有证明的义务，否定的人没有证明的义务。即主张积极事实的人有证明义务，主张消极事实的人不承担证明义务。

8 这两个原则在实际运用中，并不是恒定以前一原则为主，后一原则为辅，前者是从当事人的性质来划分的，后者是从主张者与证明责任的关系上来划分的。罗马法的这些原则经过罗马法注释法学家时期、德国普通法时期，逐渐演变成了大陆法系现代证明责任分配的学说、尤其是后一条原则引导出了主张肯定事实（积极事实）的人承担证明责任，主张否定事实（消极事实）的人不承担证明责任的理论，并演变成大陆法系现代证明责任分配学说——待证事实分类说。该学说的基本指导思想是根据证明事实的难易程度来决定证明责任的分配。从这里可以看到罗马法原始的证明责任分担法则对后世的巨大影响。

二）德国证明责任分配学说 德国是目前世界上对证明责任分配理论研究最全面，最复杂也是最权威的国家。其主要的分配理论如下：1、待证事实分类说 该学说的基本思路是根据要证事实证明的难易，决定证明责任的分配。依划分的标准不同可分为消极事实说、外界事实说。

1) 消极事实说 该学说将待证事实分为积极事实和消极事实，主张积极事实的人应承担证明责任，主张消极事实的人则不承担证明责任。主张消极事实说的人认为，积极的事实容

易证明，也能够证明，消极事实则不容易证明，也难以证明，强迫主张消极事实的人承担证明责任必然有失公正。该学说的不足之处在于：首先，消极事实和积极事实界限不明，同一事实有可能用不同的方法表述就在形式上同时表现为消极事实和积极事实，当事人也可以通过表达技巧将积极事实变为消极事实；其次，消极事实并非不可证明，有时可以用间接证据予以证明；第三，消极事实作为法律要件事实时，也可以引起相应的法律后果。

2) 外界事实说 该学说将事实分为外界事实和内界事实两大类，主张外界事实的人应承担证明责任，主张内界事实的人不承担证明责任，因为内界事实的证明是相对困难的。所谓的外界事实是人的五官能够感知的事实，如物的大小、颜色、运动方式等等。所谓内界事实指人的心理状态，如知与不知、故意与恶意、真实与虚伪。此说的缺陷是致命的：人的内心活动通过间接事实仍然能够证明，而且在双方均主张内界事实时，证明责任无从分配。

2、法律要件分类说 该学说是依据实体法规定的法律要件事实的不同类别分配证明责任。它与待证事实分类说的差别在于，法律要件事实分类说不是以待证事实的性质分配证明责任，而是以权利保护的要件分配证明责任。凡是请求法院对一定权利进行保护的，对法律规定的权利保护的要件事实都要负证明责任。因此，法律要件分类说是着眼于实体对权利保护所要求的要件事实分配证明责任。

1) 特别要件说 该学说的开山鼻祖是德国的Weber，他认为：“主张权利存在人，能够证明该权利的重要事实就足够了，相反，不必证明所有权利共同具有的一般要件。”特别要件说的特色是将实体法上的权利发生、变更、消灭的时间，分为特别要件和一般

要件，主张权利存在者，应就权利发生的特别要件事实负证明责任。该权利的一般要件欠缺时，由被告主张并加以证明。主张已发生的权利变更、消灭的，应对主张权利变更、消灭的特别要件事实举证，权利变更、消灭所必需的一般要件事实则由对方举证。 9例如，在租赁案件诉讼中，原告请求被告给付租金的场合、关于契约成立、租金数额的事实由原告负证明责任，该事实属于特别要件事实。当事人的行为能力、意思表示等属于一般要件事实，由被告举证。 2) 规范说

在证明责任分配方面对各国影响最大的学说莫过于著名诉讼法学家罗森贝克的规范说，该学说是在Weber学说的基础上由罗森贝克等学者提出、发展和完善的。在德国、日本、韩国以及我国的台湾地区，规范说一直在实务界具有支配地位。该说认为民法的法律规范本身，已具有证明责任分配的规则，因为立法者在立法时已将证明责任分配问题，在各法条中进行了考虑和安排，只需要将全部民法的法条进行分析，不能发现证明责任分配的一般原则。规范说的主要内容是：各当事人应对其有利自己的规范要件加以主张和举证。罗森贝克的规范理论建立在纯粹的实体法规结构的分析之上，从法律规范相互之间的逻辑关系寻找分配的原则。罗氏认为在法律规范中既有发生权利的规范也有妨碍权利的规范和消灭权利的规范，这些规范对权利有着肯定和否定对立。为此，罗氏将所有的实体规范首先分为彼此对立的两大类：一类是能够产生权利的规范，称为“基本规范”或“权利发生规范”。另一类是与产生权利规范相对应的，妨碍权利产生或使已经产生的权利复于消灭的规范。这类规范又进一步分为两类：权利妨碍规范、权利消灭规范。罗氏在对实体规范作了

上述分类之后，便对适用上述规范所要求的事实的证明责任进行分配。主张权利存在的人，因为要求适用关于权利产生的规范，所以，应就权利产生的法律要件事实举证；否认权利存在的人，应对妨碍该权利的法律要件事实举证；主张权利消灭的人，应对权利已经消灭的法律要件事实举证。罗氏认为，之所以要进行这样的划分，是因为法官在适用法律时，首先必须确认适用该法律的法律要件事实存在，然后才能适用。主张的当事人如果不能证明该法律要件事实的存在，法律就不能依据该当事人的请求适用该法律。正是因为罗氏立足于实体法律规范的相互关系，分析法律规范用语与内容的关系，以法律条文为证明责任分配的依据，所以，罗氏的分配理论就称为“规范说”。

10 规范说强有力的逻辑分析，以精细的法律规范作为依据，具有很强的操作性，所以，出台不久，便战胜其他分配学说，成为德国的通说，并扩散到日本以及亚洲的其他国家和地区，也成为通说。但20世纪60年代后，德国、日本许多学者纷纷向规范说“发难”，对规范说的批评表现在规范说以预设的权利产生规范、权利妨碍规范和权利消灭规范为三种标准，然后以演绎推理的方法在具体问题中引出证明责任分配的法则。这样做的前提是所有的实体规范能够这样进行逻辑划分，但实际上，权利产生规范和权利妨碍规范无法加以区分。

3) 完全性说 该学说为德国学者莱昂哈德创立。莱昂哈德在证明责任理论上的最大贡献在于明确证明责任的两种含意，即主观证明责任和客观证明责任。莱氏在证明责任的分配方面的学说被称为“完全性说”或“全备说”。其主要内容是：凡主张权利发生的法律效果者，就应对权利发生所必需的所有要件事实举证，而不依

一般要件事实与特别要件事实区别对等。莱氏将法律规范分为权利发生规范和权利消灭规范两类，否定将法律规范分为权利发生规范和权利妨碍规范。因为权利妨碍法律要件事实的不存在就是权利发生法律要件的一种事实，并不是两个要件事实或独立的两种规范。按照莱氏的观点，原告不仅要证明权利发生的法律要件事实的存在，还要证明权利妨碍法律要件事实不存在，这样势必加重了原告的证明责任。为了缓和原告的证明责任负担，莱氏提出了“反驳责任”。这种责任根据民事诉讼法上的诚实信用原则和公平原则，课以被告对部分权利发生的法律要件事实加以说明的负担。 11由于莱氏的所谓反驳责任需要考量规范事实以外的因素--诚实信用原则和公平原则，反而使其证明责任分配发生困难。属于法律要件分类说的还有：因果关系说、通常发生事实说、最低限度事实说。这三种学说与罗森贝克的通说没有实质性区别。法律要件分类说与待证事实分类说最大的不同在于，待证事实分类说把举证的难易作为证明责任分配的决定性因素；法律要件分类说不着眼于举证的难易，而是直接从当事人平等原则和事物的盖然性出发设置举证责任的分配原则。根据当事人平等的思想，当事人在诉讼中处于平等的地位，只有适当的分担责任，才能达到法律实现公平、正义的目的，原告和被告都没有必要对全部案件事实予以证明，原告应对权利存在的事实举证，被告应对否定权利存在的事实举证才能实现诉讼的公平。如果让原告就权利存在以及权利变更、消灭的一切要件事实均加以证明的话，原告胜诉的可能性就极少，不利于保护私权。三)证明责任分配理论新说1、危险领域说 该学说是“反规范说”的代表，其倡导者是德国学

者普霍斯。这些学者是在批判传统规范说的基础上提出自己的证明责任分配学说的。这些新说的理论出发点是摒弃规范说以法律条文的形式分类确定证明责任的“形而上学”的方法，而考虑利益衡量、公平、权利救济等因素，建立多元的分配标准或体系，灵活的分配证明责任。霍氏认为：当事人在法律上或事实上能够支配的生活领域叫“危险领域”，在危险领域应当适用一种新的证明责任分配的原则。在这个“危险领域”里，被害人对于损坏发生的主观和客观要件均不承担证明责任。相反，加害人应对不存在损害事实发生的主观和客观要件加以证明。这种加重加害人证明责任的分配理论处于以下考虑：1) 被害人难于知道处于加害人控制之下的危险领域所发生的事件过程，因此，难以提出证据；2) 相反，由于该危险领域在加害人的控制之下，加害人更容易了解有关案件的情况，因而，容易提出证据，证明自己的清白；3) 德国民法中有关当事人民事责任承担的法律规定均在于防止损害发生。要实现这一目的，就应当让加害人在自己控制的危险领域里所发生的事情加以举证，不能证明时就承担不利后果，这样有利于预防损害的发生。危险领域说认为，证明责任的分配标准在危险领域和没有危险的领域应当是不同的。否则就会加重被害人的负担，给受害人的权利救济设置障碍。危险领域说的最大特点是不拘泥于法律条文对权利规定的形式构成，把证明的难易和有利于防止损害的发生作为证明责任分配的根据。在这一点上，危险领域说似乎是待证事实分类说的回归，但在证明责任的重新分配方面反映了分配公正性的要求。该说的缺陷：危险领域概念的模糊性是其首要的理论问题，由于对危险领域的定义太广，几乎债务人的

所有行为都被囊括在其中。这一来，他自己为危险领域说设定的空间范围也就完全被抛弃了。

2、盖然性说 该学说主张依据待证事实发生的盖然性高低，以统计上的原则及例外情况为基础，适当的分配证明责任。对发生盖然性高的事实，主张该事实的当事人不负证明责任，对方当事人应对没有发生该事实负证明责任。

3、损害归属说 该学说以实体法确定的责任归属或损害归属原则为分担证明责任的标准。即通过对实体法条文进行对比、分析，寻找出实体法关于某一问题的损害归责原则，然后由依实体法应承担责任的另一方负证明责任。这一学说认为，证明责任应依据公平正义这一最高的法律原则进行分配。

三、我国关于证明责任分配的立法

一) 我国证明责任的一般分配原则 我国《民事诉讼法》第64条规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提出证据。当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行搜集的证据，或者人们法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查搜集。”从该规定看，当时我国没有建立真正意义上的证明责任分配制度。我国现行《民事诉讼法》是1991年颁行的，当时的立法背景是在改革开放的初期，国家的法制很不完善，人们的法律意识也很薄弱，律师队伍还未形成一定规模，同时也考虑到我国人口中绝大多数是农民，加之法律知识和法律意识相对较差，如果规定证明责任分配制度，其利益便得不到很好保护，再一点，也考虑到法院本身调查取证的审判职能，因此，没有明确规定当事人主张真伪不明时，法院应判断由哪一方当事人负担不利的法律后果。

12 1992年最高人民法院下发了关于适用《民事诉讼法》的若干意见，该司法解释第74规定：在诉讼中当事人对自己提出的主张，有责任提供

证据。但在下列侵权诉讼中，对原告提出的侵权事实，被告否认的，由被告负责举证：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、因环境污染引起的损害赔偿诉讼；4、建筑物或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。该《适用意见》在某些侵权诉讼的证明责任分配上有了具体的规定，突破了民事诉讼法“谁主张，谁举证”的思维，提出了“举证责任倒置”的概念，是对证明责任分配理论的一大突破。2001年最高人民法院出台了《关于民事诉讼证据的若干规定》，该规定第2条规定：“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。”至此，我国才算确立了真正意义上的证明责任及其分配制度。该规定和其他规定一起，明确了我国以法律要件分类说为基础来确定证明责任分配的思路。按照法律要件分类说，最高法院在《民事诉讼证据若干规定》第2条、第5条、第6条中根据待证事实与法律规范之间的关系，确定了合同、侵权等民事案件中一般证明责任分配的规则。1、合同纠纷诉讼中，主张合同关系成立并生效的当事人就合同成立并生效的事实承担证明责任；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证明责任。对合同是否履行发生争议的，由负有履行义务的当事人承担证明责任。2、代理权发生争议的，由主张有代理权的一方当事人承担证明责任。3

、一般侵权诉讼中，主张损害赔偿的权利人应当对损害赔偿请求权产生的事实加以证明。损害赔偿法律关系产生的法律要件事实包括侵害事实、侵害行为与侵害事实之间的因果关系，行为具有违法性及行为人的过错等。

4、劳动争议案件中，因用人单位开除、除名、辞退解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等劳动争议的，由用人单位负证明责任。

13 二) 我国证明责任分配的补充规则 最高法院《民事诉讼证据若干规定》在借鉴“法律要件分类说”的同时，也考虑了具体案件和特殊情况下证明责任分配的特殊性，作为我国证明责任分配原则的补充。

1、证明责任分配的倒置 “谁主张，谁举证” “起诉方负举证责任”是民事诉讼的一般举证规则，但在某些特殊情况下，如采用一般的举证规则，会损害作为原告一方的合法权益，造成事实上的不公平结果，而公正则被视为诉讼上的最高价值取向，在这种情况下，举证责任不由提出事实主张的一方当事人承担，而由否认其主张的相对一方当事人承担，这就是举证责任倒置。举证责任倒置体现了原则性和灵活性相结合的辩证唯物主义的世界观和方法论。法律要件分类说本身固有的缺陷在于，一味地拘泥于法律条文对权利规定的形式要件上，而无法顾及这种形式要件上的硬性责任配置是否完全能体现法律对公平或权利救济上的价值因素。而危险领域说的最大优势在于，它在并不否认法律要件分类说的主要功能的情况下，旨在强调应对一些特殊情况下的侵权行为，参照举证的难易程度、与证据的远近距离以及是否有利于损害的预防和救济作为举证责任配置应当重点考虑的因素。事实上，许多国家的立法者在制定法律时，已顾及到了与法律要件分类一般规则不同

的一些规律应采用相应的例外规定，这就是人们通常所说的举证责任倒置规范。例如，我国《民法通则》第126条关于建筑物或其他设施等有关情形下的过错的举证倒置；最高法院有关《适用意见》第74条所规定的6种情形和最高法院有关《民事诉讼证据的若干规定》第4条规定的特殊侵权案件举证责任分配的规定。在适用举证责任倒置时应注意的问题：1) 要严格掌握举证责任倒置的适用范围，必须有法律明确规定时才适用，不能任意扩大适用。2) 要正确掌握举证责任倒置的内容。在适用举证责任倒置的案件中，当事人所负的举证责任以证明自己没有过错或受害人有过错为内容。当事人提出自己的主张并负责举证的，属于其应承担的举证责任，而不属于举证责任倒置的内容。3) 如果损害的发生是数个责任人造成的，有关责任人要免除其民事责任，都应证明自己没有过错或受害人有过错，适用举证责任倒置的主体可能不是一人，而为共同诉讼人。

2、推定

无论是法律推定还是事实推定，都可以起到分配证明责任的功能。

1) 法律推定

法律推定是指法律规定以某一事实的存在为基础，并直接根据该事实认定待证事实的存在与否。是依据法律从已知事实推论未知事实、从前提事实推论推定事实的结果。在我国的实体法中也存在推定，但往往使用“视为”一词。如民法通则第66条：“本人知道他人以本人的名义实施民事行为而不作否认表示的，视为同意。”《继承法》第25条规定：“受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月内，作出接受或者放弃遗赠的表示，到期没有表示的，视为放弃受遗赠。”合同法第48条：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同，相对人可以催告被代理人

在一个月予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。

” 合同法第78条：“ 当事人对合同变更的内容约定不明确的，推定为未变更。” 最高法院《民诉证据若干规定》第75条和《关于民事审判方式改革问题的若干规定》第30条都规定：“ 有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供的，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人的，可以推定该主张成立。” 这就是关于妨碍举证的推定，属于法律推定。

2) 事实推定 事实推定指法院依据某一已知事实，根据经验法则，推出诉讼中需要证明的另一事实存在或者不存在。事实推定作为整个推定制度中的重要组成部分，是法律推定的必要补充。在条件成熟时，事实推定可以被吸收为法律规则，就成为法律推定。事实推定是建立在严密的逻辑推理和人们日常生活经验的基础之上的，当事人可以提出反证推翻推定。

3、司法者公平裁量 最高人民法院关于《民事诉讼证据若干规定》第7条规定：“ 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承担时，人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则，综合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担。” 证明责任的分配一般是由实体法和诉讼法确定的，不能由司法自由裁量；但鉴于目前案件复杂性和特殊性授予司法裁量权来决定案件的证明责任分配是必要的。

四、关于证明责任分配的不足及完善 一) 证明责任分配存在的不足

1、证明责任分配理论不足，立法不科学 我国审判方式改革已进行了多年，证明责任制度作为审判方式改革的切入点，无疑早成了理论界与实务界的焦点之一。证明责任是证据制度的核心，是民事诉讼的脊梁，不论哪一个诉讼案件，都不能回避证明责任这个问题。虽说这个问题很

重要，最常见，但它却是个学说众多，观点不一的问题，这里有历史的原因，也有学说与制度的原因。我国证据制度一贯坚持“谁主张，谁举证”原则。《民事诉讼法》第六十四条规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据”，这是对“谁主张、谁举证”进行解释的法律依据。从这一原则看似清楚好用，实则错误无法操作。因为它违背了“两立性”原则，它要求双方当事人对相互对立的主张都负有证明责任，都要承担举证不能的败诉风险，而实际上这是不可能的。理论上，民事诉讼可以依据不同的识别标准对当事人的主张进行不同类别的划分。如可以将当事人的主张分为肯定主张和否定主张，权利成立主张和权利消灭主张，等等。证明责任是按照不同的主张为标准进行分配，如：在借贷案件中，如果按照“谁主张谁举证”原则，当事人对借贷关系是否成立之事实分配证明责任，那么，由于原、被告双方对借贷事实从正、反两方面分配分别提出了主张，所以，原、被告双方都要承担证明责任。但是，这种做法无疑是行不通的，因为法院或法官不能在个案中判决双方当事人全面败诉或全面胜诉。另外，在诉讼领域，我们对任何一个要件事实都可以从肯定和否定两个方面提出主张。诉讼制度正是根据这种事物的正、反两立性确定了诉讼攻击和防御之原理。由于判决是对当事人间有争议的权利义务关系作出确定，因此，在逻辑上必须对双方当事人的诉讼结果作出胜败之分。而“谁主张、谁举证”从逻辑上否定了两立性原则，它混同了肯定主张与否定主张之间的区别，进而得出不论是肯定主张还是否定主张都需要承担证明责任的错误结论--在要件事实真伪不明时，当事人双方都要承担证明责任。根据两立性原

则或诉讼攻击和防御原理的要求，对某一事实究竟是让主张肯定者承担证明责任，还是让主张否定者承担证明责任，这属于证明责任分配理论研究的固有课题。但无论作何种分配都必须遵守一条不言自明的原则--不能够叫当事人对同一事物从正、反两个方面都承担证明责任。简言之，确定由肯定者对借贷事实之存在承担证明责任，就不能同时要求否定者对借贷事实之不存在也承担证明责任，这是一条起码的诉讼逻辑。可见，“谁主张，谁举证”原则是违反诉讼逻辑的，我们应当放弃这个原则，并吸收德国先进的证明责任分配理论，建立科学的证明责任分配一般原则，修改相关法律或尽快通过统一的《证据法》。

2、我国证明责任正置与倒置概念不清 作为证明责任分配倒置的理论应当以先设正置理论为前提，但是我国证据法理论尚未建立起正置理论。证明责任倒置是德国证据法概念，它是建立在德国学者罗森贝克的法律要件分配说这一正置理论的前提上，目前我国现行法律未曾采用该学说。但在我国尚未建立正置理论的情况下谈论建立证明责任倒置，是违反理论逻辑的。

3、证明责任分配的自由裁量权受制于法官素质 按照《民事诉讼证据若干规定》，在法律对证明责任的分配没有明确规定时，法官可以根据公平原则和诚实信用原则，综合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担。但实际情况是，相当一部分法官素质较差，对“公平”“诚信”的理解又不到位，法官的这种自由心证往往是“信天游”式的，根本无法形成内心确信，此时证明责任的分配面临极大的法律风险和挑战。

二）证明责任分配的完善

1、坚持两立性分配原则，实现证明责任的科学分配 罗马法在证据学方面体现了诉讼中追求公正合理的结果。

其在证据法上规定了举证责任，并在举证责任的设置上创立了两立性立法原则。这使罗马法的证据内容的规定便于操作。其立法思维值得我们借鉴。我国“谁主张、谁举证”的规定，违背了两立性原则，使得该规定无法操作，形同虚设。因此，应建立明确的证明责任分配制度，确立两立性原则，科学分配举证责任，体现诉讼的公平、正义和效率。

2、坚持法律要件说，建立证明责任分配正置理论 我国属于大陆法系，实行法规出发型诉讼，适宜使用法律要件分配理论。德国罗森贝克是法律要件分配学说的创造者，罗森贝克的学说一问世，很快得到德国法学界的重视与公认，后来先后被大陆法系所采纳。目前，我国正在制定《证据法》，我认为应引进德国的这一证明责任分配理论，结合我国实际情况进行制定证明责任分配的“正置”理论。

3、坚持法律规定优先说，确保证明责任分配合法 证明责任分配事关当事人的实体权利与诉讼权利，是在法律要件事实出现真伪不明的情况下将法律分险分配给何方当事人承担的方法。如果分配给原告承担，原告就要对要件事实真伪不明承担败诉分险。如果分配给被告承担，被告就要承担要件事实真伪不明的败诉后果。因此，分配证明责任就是法律分险分配，就是权利分配或保障。证明责任分配理论是证明责任理论的精髓，由于司法要以事实为根据，不能无法可依，因此，证明责任的分配要做到合法、公正、有效，首先要看是否有法律规定，如果法律有明确的规定，我们就必须严格依法分配。只有法律没有明确规定的情况下，我们才能按照法律要件分配理论或法官自由裁量权进行证明责任分配。

4、提高法官素质，高质量行使自由裁量权 我国是成文法国家，况且各地政治、经济

、文化发展严重不平衡，法律规定再细也无法包括现在所有尤其是未来可能出现的一切情况。当法律没有明确规定，且依法律要件分配理论也无法作出公正分配法律分险的情况时，我们必须发挥法官的理性与智慧，将分配证明责任的权利交给法官。当然，为了防止个别法官过于擅断与盲目，也为公正与效率，当法官行使自由裁量时，必须遵循一定的理性原则，比如，诚信原则，公正原则，效率原则等。另外，从道德与良知上控制法官，使法官的自由裁量不违背基本的道德与法律原则，同时注重不断提高法官素质。

注释及参考文献：

- 1 本文所论证的证明责任是指民事诉讼中的证明责任。
- 2 瓦赫，《民事诉讼杂志》，第29期，365页。
- 3 江伟主编：《民事诉讼法学》，290页，复旦大学出版社，2002。
- 4 张卫平著：《民事诉讼：关键词展开》，228页，中国人民大学出版社，2005年。
- 5 [日]村上博已：《证明责任研究》，10页，日本，有斐阁，1986。
- 6 参见江伟主编：《民事诉讼法学》，292~293页，复旦大学出版社，2002。
- 7 参见陈荣宗：《举证责任分配与民事程序法》，6页，台湾，台湾大学法律丛书编辑委员会，1984。
- 8 谭兵主编、肖建华副主编：《民事诉讼法学》，259页，法律出版社，2004年。
- 9 张卫平著：《民事诉讼：关键词展开》，232页，中国人民大学出版社，2005年。
- 10 [德]罗森贝克：《证明责任论》，庄敬华译，103页~205页，中国法制出版社，2002年。
- 11 张卫平著：《民事诉讼：关键词展开》，234页，中国人民大学出版社，2005年。
- 12 毕玉谦主编：《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》解释与适用，8页，中国民主法制出版社，2002年。
- 13 谭兵主编、肖建华副主编：《民事诉讼

法学》，264页，法律出版社，2004年。（作者：庞红兵，北京九洲律师事务所）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