

民事举证责任分配的裁量边界

规范说的本土展开与三阶层控制

赵跃

(安徽国运律师事务所, 安徽 合肥 230000)

摘要: 举证责任的分配看似有《民诉法解释》第九十一条可循, 实则裁量空间广泛存在。本文主张, 规范说提供了分配的基本框架, 却无法独自应对三类情形: 要件事实的识别存在争议、证据偏在于一方、证明标准需要具体化。法官的裁量并非在规范之外另立标准, 而是在三个阶层上展开: 第一阶层是规范解释, 通过目的性限缩或者扩张确定某一事实属于权利发生要件还是权利妨碍要件, 这一阶层的裁量受规范文义与立法目的的约束; 第二阶层是证明妨碍, 依《民事诉讼证据规定》第九十五条, 在控制证据的一方无正当理由拒不提交时调整证明负担, 其性质是制裁而非倒置; 第三阶层是证明标准的具体化, 依《民诉法解释》第一百零八条, 将高度可能性在不同案型中译为不同的盖然率要求。三个阶层各有其界限: 第一阶层不得突破法律明定, 第二阶层须以存在证明妨碍行为为前提, 第三阶层不得降至优势盖然性以下。文章最后提出以释明、心证公开与二审审查三项程序装置控制裁量, 避免举证责任分配沦为结果导向的工具。

关键词: 举证责任; 规范说; 要件事实; 证明妨碍; 证明标准; 心证公开

中图分类号: D925.1 **文献标识码:** A **文稿编号:** WJLT(2021)05-0014-12

The Discretionary Limits of Allocating the Burden of Proof in Civil Litigation

ZHAO Yue

(Anhui Guoyun Law Firm, Hefei 230000, Anhui, China)

Abstract: The allocation of the burden of proof appears governed by Article 91 of the Interpretation of the Civil Procedure Law, yet discretion is pervasive. This article argues that the normative theory supplies the basic framework but cannot alone resolve three situations: where the identification of elemental facts is contested, where evidence lies exclusively with one party, and where the standard of proof requires specification. Judicial discretion operates on three levels. The first is normative interpretation, deciding through teleological restriction or extension whether a fact belongs to the requirements for the creation of a right or to its obstruction, bounded by text and legislative purpose. The second is obstruction of proof: under Article 95 of the Evidence Provisions, where a party controlling evidence refuses without justification to produce it, the burden is adjusted as a sanction rather than a reversal. The third is specification of the standard of proof, translating "high probability" under Article 108 into different degrees of probability for different case types. Each level has its limit: the first may not override express law, the second presupposes an act of obstruction, and the third may not fall below a preponderance. Clarification, disclosure of mental evaluation and appellate review are proposed as procedural controls.

Key words: burden of proof; normative theory; elemental facts; obstruction of proof; standard of proof; disclosure of reasoning

说明: (本文为作者个人研究观点, 不代表所在单位意见)

作者简介: 赵跃, 安徽国运律师事务所执业律师, 研究方向为民事证据法、民事诉讼法学。

民事诉讼的胜负, 多数时候不取决于谁有理, 而取决于谁能证明。这一现实使举证责任成为民事裁判的中枢: 它不仅决定事实真伪不明时的不利后果由谁承担, 更在诉讼开始之前就塑造了当事人的举证行为——知道自己负有举证责任的一方, 会主动收集并保存证据; 知道对方负有举证责任的一方, 则可能选择沉默。

正因如此, 举证责任的分配不能交由个案裁量。若分配标准随时可变, 当事人无从预判自己的诉讼地位, 证据的收集与保存也失去指引。《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》（以下简称《民诉法解释》）第九十一条为此提供了基本框架：主张法律关系存在的当事人，应当对产生该法律关系的基本事实承担举证证明责任；主张法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的当事人，应当对该基本事实承担举证证明责任。

这一框架在学理上被称为规范说。其核心命题是：举证责任的分配不取决于当事人的诉讼角色（原告或者被告），而取决于实体规范的结构——谁主张权利，谁就对该权利发生的要件事实负举证责任；谁主张权利受妨害，谁就对该妨害事实负举证责任。这一命题的优点是价值中立、可操作性强，因而成为大陆法系的通说。

但规范说并非万能。审判实践中，大量案件的分歧不在证据的证明力，而在某一事实究竟属于哪一类要件。被告主张“款已还清”，这是权利消灭事实还是抗辩事实？原告主张“对方承诺过”，这是权利发生事实还是辅助事实？此类问题，规范说只能提供方向，不能提供答案。此外，证据偏在于一方、证明标准如何把握，也都是规范说无法独自解决的问题。

本文的任务，不是否定规范说，而是划定其不及之处，并为这些地方配置可控的裁量规则。以下先讨论规范说的引入与误读，再依次分析三个阶层的裁量空间及其界限，最后提出程序控制方案。

举证责任倒置的法定情形及其与举证责任转移的区别，可参见“什么是举证责任倒置”一文的梳理；本文不重复倒置的具体类型，只讨论裁量在分配中的作用与边界。

一、规范说的引入与三重误读

（一）规范说的基本命题

规范说由德国学者罗森贝克于二十世纪初提出，其出发点是实体法的规范结构。任何一条请求权规范，均由要件与效果构成；主张该规范的效果者，须证明其要件事实存在。与之相对，当事人主张存在妨碍该规范适用的规范（如权利未发生、权利已消灭、权利受妨害）时，须证明该妨碍规范的要件事实。

这一学说的精妙之处，在于把举证责任的分配转化为对实体规范的解读。法官无需在个案中衡量公平、效率或者证据距离，只需识别当事人主张的是哪一条规范，再依该规范的要件分配举证责任。分配的结果因此具有高度的可预见性。

我国《民诉法解释》第九十一条采纳了这一思路，但其表述作了简化。条文两个分句分别对应“权利发生”与“权利变更、消灭或者受妨害”，未进一步区分权利妨碍规范与权利受制规范，也未明确“基本事实”的内涵。这一简化带来了适用上的弹性，也带来了争议。

（二）误读之一：把行为意义上的举证责任当作结果意义上的举证责任

举证责任有双重含义。行为意义上的举证责任，指当事人为支持自己的主张而向法院

提供证据的必要性，其特点是随诉讼进程而转移：一方提供证据后，另一方须提出反证，否则将承受不利的认定。结果意义上的举证责任，指事实真伪不明时由何方承担不利后果，其特点是由实体规范预先分配，不随诉讼进程而转移。

《民诉法解释》第九十条第二款所规定的，是结果意义上的举证责任；第九十一条所规定的，是结果意义上举证责任的分配规则。二者共同构成了裁判的“安全阀”：当审理者用尽一切证明手段仍无法查明事实时，依预定的分配规则作出判决，避免因事实不明而拒绝裁判。

实务中的混淆极为普遍。判决书常表述为“举证责任转移至被告”，实则所指多为行为意义上的举证责任，即被告提出了反证的必要性。此种表述虽不严谨，但若不影响结果，尚无大碍；若将其理解为结果责任的转移，则会导致错误——结果责任既已由规范预定，不因一方提供证据而转移。

（三）误读之二：把举证责任分配当作公平衡量

另一种常见的思路是：谁更容易举证，谁就承担举证责任；谁离证据更近，谁就承担举证责任。这一思路在个案中往往能得出妥当结果，在方法上却混淆了举证责任的分配与证据的调查。

证据距离的远近，影响的是法院调查取证的必要性，而非举证责任的归属。《民事诉讼法》第六十七条第二款规定，当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，人民法院应当调查收集。依此，证据偏在于一方时，正确的做法是由法院依申请调查取证，或者依职权责令持有证据的一方提交，而非改变举证责任的分配。

将公平衡量引入分配，还会带来一个技术难题：公平是相对的，原告与被告各有其“不公平”。若允许以公平为由调整分配，则任何一方均可主张分配不公，分配的确定性荡然无存。规范说之所以强调依规范结构分配，正是为了避免这种无休止的衡量。

（四）误读之三：把倒置当作裁量的产物

举证责任倒置，指法律将本应由一方承担的举证责任，转由对方承担。其典型情形包括：环境污染侵权中，污染者就法律规定的不承担责任或者减轻责任的情形及其行为与损害之间不存在因果关系承担举证责任（《民法典》第一千二百三十条）；医疗损害中，医疗机构就尽到说明义务、取得患者同意等承担举证责任（《民法典》第一千二百一十九条）；产品责任中，生产者就免责事由承担举证责任（《民法典》第一千二百零二条、第一千二百零三条）。

倒置的特点是法定。何种情形倒置、倒置的范围如何，均由法律或者司法解释明定，法院不得在个案中创设。这一点与裁量截然不同：裁量是在规范框架内选择，倒置是改变规范框架本身。混淆二者，将使法定倒置的界限失去意义。

实务中，有判决以“被告掌握全部证据，由其举证更为公平”为由，将本应由原告承

担的举证责任转由被告承担。此种处理名为裁量，实为创设倒置，超出了法院的权限。正确的路径是适用证明妨碍规则，而非改变分配。

二、第一阶层：要件事实识别的裁量

（一）权利发生事实与权利妨碍事实的界分

规范说的适用前提，是能够识别某一事实属于哪一类要件。多数情形下，这一识别并不困难：合同成立属于权利发生事实，履行属于权利消灭事实，时效届满属于权利受制事实。但有些事实处于边界地带，识别结果直接影响举证责任的归属。

典型例子是“意思表示真实”。原告主张合同有效，被告主张受欺诈。受欺诈属于权利妨碍事实（妨碍意思表示的效力），应由被告举证；但欺诈的认定又涉及原告的行为，原告须就自己未实施欺诈承担何种责任？通说认为，被告主张受欺诈，应就欺诈的构成要件——欺诈行为、欺诈故意、因果关系、意思表示的不自由——承担举证责任；原告无需证明自己未欺诈。

再如“款项性质”。原告持转账凭证主张借贷，被告主张系偿还此前债务。依《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》第十六条，被告应就其主张提供证据证明；被告提供证据后，原告仍应就借贷关系的成立承担举证责任。这一安排并非倒置，而是行为意义上举证责任的两次转移，其结果责任始终在原告。

（二）抗辩与否认的区分

在进入识别标准之前，须先厘清一组极易混淆的概念：抗辩与否认。否认是指当事人主张对方所主张的事实不存在，如原告主张借款成立，被告称“从未借过款”。抗辩是指当事人主张一项与对方主张的事实可以并存的新事实，如被告称“借过，但已还清”。二者的区别在于：否认不承担举证责任，抗辩则须就新事实承担举证责任。

区分的实益在举证责任的分配上。若被告仅为否认，举证责任仍在原告，原告须证明借款事实存在；若被告提出抗辩，则须就先前的借款事实与后来的还款事实并存承担举证责任。实务中，被告常以“款项系其他往来”作辩解，此种表述究竟是否认还是抗辩，须结合其是否提出了具体的替代事实判断：仅称“不是借款”的，是否认；称“是货款”或者“是赠与”的，是抗辩。

这一区分在民间借贷案件中尤为重要。原告持转账凭证起诉，被告仅称“该款项不是借款”，属于否认，举证责任仍在原告；被告称“该款项系偿还此前借款”，属于抗辩，须就该主张举证。若将抗辩误作否认，则被告无需举证，原告将因无法证明“不存在其他法律关系”而败诉，显然不当。

否认与抗辩的界限并非绝对。某些情形下，否认须附理由，如被告主张“签名非本人所签”，虽属否认，但因其提出了具体的相反事实，实际上须就该事实承担提供证据的责任。此种情形，学理上称为“附理由的否认”，其举证必要介于否认与抗辩之间。

（三）识别的标准：规范目的与危险领域

当文义无法提供明确指引时，识别的标准有二。其一是规范目的。立法者设置某一要件，意在保护何种利益？将该要件的举证责任分配给哪一方，更能实现该目的？例如，格式条款的提示说明义务，立法目的在于保护相对方，故提供格式条款的一方应就履行提示说明义务承担举证责任（《合同编通则解释》第十条第三款）。

其二是危险领域。若某一事实的发生处于一方控制的范围之内，由其举证更为合理。这一标准在德国法上被称为“危险领域说”，我国实务中亦有运用，如保管合同中保管人对保管物毁损灭失的原因承担举证责任。但危险领域说的适用应严格限制，否则将架空规范说。

本文认为，危险领域只能作为识别的辅助标准，不能作为独立的分配标准。其适用条件有三：该领域完全由一方控制；对方对该领域无任何知情可能；依规范说分配将导致该方几乎无法救济。三者同时具备时，方可考虑调整。

（四）事实推定与举证责任的关系

事实推定与举证责任常被混为一谈。依《民诉法解释》第九十三条第一款第四项，根据已知事实和日常生活经验法则推定出的另一事实，当事人无须举证证明。此处的推定，属于事实上推定，其效果是免除主张者的举证，而非转移举证责任。

区分的实益在于反证的程度。法律上的推定（如第九十三条第一款第三项“根据法律规定推定的事实”），对方须提出相反证据足以反驳，方能推翻；事实上的推定，对方只需提出反证使推定事实陷于真伪不明，即可推翻。前者要求较高，后者要求较低。

审判实践中，事实推定的运用应保持克制。推定依赖于经验法则，而经验法则的盖然性有高低之别：盖然性高的，可直接推定；盖然性低的，只能作为辅助判断。若将低盖然性的经验法则用作推定基础，实质上是以推定替代证明，违背了举证责任的基本分配。

（五）本阶层的界限

第一阶层的裁量，受两条界限约束。第一条是法律明定。凡法律或者司法解释已就某一要件的举证责任作出规定，法院不得再作识别。例如，《民法典》第一千二百五十三条规定的建筑物脱落坠落致害，所有人、管理人或者使用人应就自己没有过错承担举证责任，此为明定，不得反向解释。

第二条是体系一致性。同一要件在不同规范中应作相同识别，除非立法者明示区别。例如，“过错”在侵权责任中通常由受害人举证，在违约责任中则不影响责任成立；这一区别源于归责原则的不同，属于立法者的有意安排，不得以“类似情形应类似处理”为由予以抹平。

三、第二阶层：证明妨碍的裁量

（一）证明妨碍的规范基础

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第九十五条规定，一方当事人控制证据无正当理由拒不提交，对待证事实负有举证证明责任的当事人主张该证据的内容不利于控制人的，人民法院可以认定该主张成立。这一条为证据偏在提供了救济途径。

证明妨碍的正当性基础，在于对违反协力义务的制裁。民事诉讼虽采辩论主义，但当事人负有真实陈述与促进诉讼的义务；控制证据而拒不提交，违反了此项义务，理应承受不利后果。故其性质是制裁，而非举证责任的重新分配。

这一性质定位具有重要实益。若视为重新分配，则一旦认定妨碍成立，举证责任即转移至控制方，其须证明待证事实不存在；若视为制裁，则举证责任并不转移，只是法院可以推定对方的主张成立。二者的区别在于：前者使控制方承担结果责任，后者仅在具体事实上作出不利认定。

（二）适用要件

适用证明妨碍，须具备三项要件。第一，一方控制证据。控制包括直接占有与法律上的支配，如公司对其财务账簿的控制、医疗机构对病历的控制。第二，无正当理由拒不提交。正当理由包括涉及商业秘密、个人隐私、依法不得公开等；当事人主张正当理由的，应说明理由并接受审查。第三，该证据能够证明待证事实。若证据与待证事实无关，纵使拒不提交，亦不产生不利后果。

实务中的难点在第一项要件。当事人往往否认自己控制证据，或者主张证据已灭失。此时，主张妨碍的一方须提供初步证据，使法院确信该证据极可能存在且由对方控制。若连初步证据都无法提供，则不能适用第九十五条。

另一难点是“拒不提交”的认定。法院已责令提交而当事人仍不提交的，构成拒不提交；法院尚未责令，但当事人明确表示不予提供的，亦可构成。若当事人以“需要时间整理”为由拖延，法院应指定期限；期限届满仍不提交的，方可认定。

（三）文书提出命令与证明妨碍的衔接

证明妨碍的事前形态是文书提出命令。依《民事诉讼证据规定》第四十五条至第四十八条，当事人可以申请人民法院责令对方当事人提交其控制的书证；人民法院认为申请有理由的，应作出裁定，责令对方提交；对方无正当理由拒不提交的，人民法院可以认定申请人主张的书证内容为真实。

文书提出命令与第九十五条的关系，是程序与效果的关系。前者是事前的程序装置，后者是事后的制裁后果。当事人欲获得第九十五条的救济，宜先申请文书提出命令；未经申请而直接主张妨碍的，法院应审查其是否有客观障碍。若无障碍而未申请，不宜径行认定妨碍成立。

这一衔接的意义在于保障对方的程序权利。文书提出命令程序中，被申请方有陈述意见的机会，可以主张该书证涉及商业秘密或者与待证事实无关；若省略此程序，直接适用妨碍规则，等于未经听审即作出不利认定。故实务中应强调“先命令、后制裁”的顺序。

但顺序并非绝对。若情况紧急，或者有证据表明对方已着手销毁证据，法院可依职权直接采取保全措施，并在后续审理中认定妨碍。此种例外须有明确的事实基础，不能仅凭申请人的推测。

（四）法律效果的选择

第九十五条用的是“可以认定”，而非“应当认定”。这意味着即使妨碍成立，法院仍有裁量空间：可以认定对方的主张成立，也可以不认定，而依其他证据作出判断。

裁量的依据，是妨碍行为的严重程度与待证事实的重要性。若妨碍行为系故意为之，且待证事实是案件的核心争点，则应认定对方主张成立；若妨碍行为系过失，且待证事实仅为辅助事实，则可不作不利认定，而通过其他证据综合判断。

须注意的是，认定对方主张成立，不等于支持对方的全部诉讼请求。法院仍须审查该主张与诉讼请求之间的关联，以及其他要件是否成立。实践中，有判决因认定妨碍成立而径行支持全部请求，忽略了对其他要件的审查，属于适用不当。

四、第三阶层：证明标准的具体化

（一）高度可能性的规范内涵

《民诉法解释》第一百零八条第一款规定，对负有举证证明责任的当事人提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，确信待证事实的存在具有高度可能性的，应当认定该事实存在。此处的高度可能性，即通常所说的高度盖然性标准。

高度可能性不是一个精确的数值，而是一个区间。学理上通常将其理解为百分之七十五以上；但也有观点认为，应依案件类型作不同要求。本文认为，将其理解为区间更为妥当：立法者设置这一标准，本意是要求法官形成接近确信的心证，而非要求其计算概率。

与高度可能性并列的，还有更高的标准。《民诉法解释》第一百零九条规定，当事人对欺诈、胁迫、恶意串通事实的证明，以及口头遗嘱或者赠与事实的证明，须达到排除合理怀疑的程度。这一标准高于高度可能性，适用于少数特殊事实。

（二）具体化的方向

证明标准的具体化，须在两个方向上展开。第一个方向是向上，即对某些事实适用更高的标准。除第一百零九条明列的情形外，实践中还有若干事实宜采更高标准，如涉及身份关系的事实、涉及公益的事实、可能引发刑事后果的事实。

第二个方向是向下，即对某些事实适用较低的标准。典型情形是程序性事项，如管辖异议中的管辖事实、回避申请中的回避事由，通常只需达到优势盖然性即可。此外，申请

保全时对保全必要性的证明，亦采较低标准。

具体化的边界在于：不得降至优势盖然性以下。优势盖然性意味着事实存在的可能性大于不存在的可能性，即百分之五十以上；低于此线，则意味着法院认定了一个更可能不存在的事实，违背了发现真实的基本要求。

（三）表见证明及其界限

表见证明是介于证明与推定之间的制度。其运作方式是：依经验法则，从某一典型事实推断另一待证事实存在，从而减轻负有举证责任一方的证明负担。典型例子是医疗损害中的“手术刀遗留体内”，依经验法则可径行推断医疗机构有过失，患者无须就过失的具体情节举证。

表见证明在性质上不是举证责任的倒置，而是证明标准的降低。负举证责任的一方仍须证明基础事实（手术、遗留物），只是就推断事实（过失）无须达到高度可能性，只需证明典型事实存在即可。对方若要推翻，须提出反证，证明本案存在例外情形。

我国现行法未明文规定表见证明，但实务中已有运用。最高人民法院发布的典型案例中，有判决依经验法则认定经营者存在欺诈故意，即属此类。运用的前提是经验法则本身具有高度盖然性，且基础事实已经充分证明。

表见证明的界限在于不得替代举证责任。若基础事实本身未经证明，或者经验法则的盖然性不足，则不能适用。实践中，有判决在原告未证明基础事实的情况下，径以“依常理可知”认定待证事实，实为以表见证明之名行免除举证之实，应予纠正。

（四）若干案型的具体把握

民间借贷案件中，原告持借据主张还款，被告抗辩已还款。此时，原告的举证已达到高度可能性；被告主张还款，须就还款事实承担举证责任。若被告仅口头主张而无任何凭证，应认定未还款。若被告提供了转账记录，但原告主张该转账系其他往来，则被告须进一步说明，原告亦可举证反驳。

劳动争议案件中，劳动者主张加班费，须就加班事实的存在承担举证责任；但劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实存在的证据，用人单位不提供的，由用人单位承担不利后果。这一安排体现了证明妨碍的运用，而非举证责任的倒置。

医疗损害案件中，患者须就诊疗行为、损害后果、因果关系承担举证责任；医疗机构须就免责事由及诊疗行为与损害无因果关系承担举证责任（《民法典》第一千二百三十条参照）。实务中，因果关系往往依赖鉴定，鉴定的申请责任由负有举证责任的一方承担，即患者。

消费者权益保护案件中，经营者提供的商品或者服务不符合质量要求的，消费者主张权利时，经营者应就存在法定免责事由承担举证责任。但消费者主张欺诈并要求三倍赔偿的，须就欺诈的故意与行为承担举证责任，且适用排除合理怀疑的标准。

公司决议瑕疵案件中，股东主张决议不成立，须就未召开会议、未表决、出席人数或者表决权不足等事实承担举证责任；公司主张决议已成立，须就会议召开、通知、表决程序承担举证责任。实务中，公司往往掌握会议记录、签到表，股东难以获取，此时应适用文书提出命令，责令公司提交；公司拒不提交的，可认定股东主张成立。

建设工程案件中，承包人主张工程款，须就合同成立、工程完成、验收合格承担举证责任；发包人主张质量不合格或者逾期竣工，须就相应事实承担举证责任。工程量的争议，通常依赖鉴定；鉴定的申请责任由负有举证责任的一方承担，鉴定材料不足导致无法鉴定的，由该方承担不利后果。

租赁合同案件中，出租人主张租金，须就租赁关系成立、房屋已交付承担举证责任；承租人主张已支付租金，须就支付事实承担举证责任；承租人主张房屋存在影响使用的瑕疵并要求减租，须就瑕疵存在及影响程度承担举证责任。此类案件的争点常集中于交付与占有，而占有状态可通过水电费缴纳、物业登记、现场勘验等方式证明，举证难度相对较低，不宜轻易适用妨碍规则。

上述案型的共同点，是举证责任的分配均可依规范说得出，无须借助裁量。裁量只在事实归属存疑、证据偏在或者标准需具体化时介入。审理者应先尝试依规范说解决，确实无法解决时，再进入裁量阶层。这一顺序不可颠倒，否则裁量将从例外变为常态。

五、程序控制

（一）释明的运用

举证责任的分配，当事人未必知悉。尤其在无律师代理的案件中，当事人往往只知道“我有理”，不知道“我需要证明什么”。此时，法院的释明具有实质意义。

释明的内容包括：告知当事人其主张所对应的要件事实、告知其应就哪些事实举证、告知其举证不能的后果。释明的方式应中性，不宜表述为“你若不举证将败诉”，而宜表述为“依法律规定，该项事实应由你方举证”。

释明的边界在于不得代替当事人举证，亦不得暗示当事人如何举证。法院可以告知举证的方向，但不应指导具体的证据形式；可以提示举证的期限，但不应代替当事人收集证据。

（二）真实陈述义务的运用

《民事诉讼法》第十三条第一款规定，民事诉讼应当遵循诚信原则。这一原则在证据领域的体现，是当事人的真实陈述义务。当事人就案件事实作虚假陈述，或者指使他人作伪证，不仅影响事实认定，也构成对司法秩序的妨害。

真实陈述义务与举证责任的关系在于：它不能改变举证责任的分配，但可以影响事实认定的结果。若一方当事人就某一事实作虚假陈述，而该事实本应由对方举证，法院可否因此降低对方的证明标准？本文认为不可。真实陈述义务的违反，应通过罚款、拘留等制

裁措施处理，不应转化为举证责任的调整；否则将形成“谁撒谎谁担责”的逆向激励，与规范说的基本原理相悖。

但在证明妨碍的场合，虚假陈述可以作为认定妨碍的间接证据。例如，一方声称证据已灭失，而对方证明该证据仍在其控制之下，则可认定其陈述不实，进而适用第九十五条。此时，虚假陈述不是独立的制裁事由，而是妨碍认定的辅助事实。

（三）心证公开

《民诉法解释》第一百零五条规定，人民法院应当按照法定程序，全面、客观地审核证据，依照法律规定，运用逻辑推理和日常生活经验法则，对证据有无证明力和证明力大小进行判断，并公开判断的理由和结果。此处的“公开判断的理由”，即心证公开的要求。

心证公开在举证责任领域的具体要求是：判决书应说明为何认定某一事实存在或者不存在，所依据的是哪些证据，这些证据为何足以支撑该认定。若认定事实真伪不明，应说明为何无法查明，以及依何种规则分配不利后果。

实务中，判决书常以“原告未能提供充分证据”一语带过，未说明何为“充分”、为何不充分。此种表述掩盖了心证过程，使当事人无从知晓败诉的真正原因，也使二审无从审查。较妥当的做法是逐项分析证据的证明力，说明采信与否的理由。

（四）二审的审查强度

二审对举证责任分配的审查，应区分两种情形。若一审在规范适用上出错，如错误识别要件事实、错误适用倒置规则，二审应径行纠正，不受裁量余地的影响。若一审在裁量范围内作出选择，如证明标准的把握、妨碍效果的认定，二审应尊重，除非该选择明显失当。

区分的标准在于裁量是否受规范约束。规范适用错误属于法律适用问题，二审可全面审查；裁量属于事实认定与法律适用的交界，二审应保持克制。这一区分与民事诉讼法关于二审审理范围的规定相一致。

值得讨论的是，一审未分配举证责任即径行认定事实的情形。此时，若认定结果正确，二审可维持，但应在裁判理由中指出程序瑕疵；若认定结果错误，二审应撤销原判，发回重审或者查清事实后改判。不宜仅以“未分配举证责任”为由一律发回，以免程序空转。

还有一层价值判断须予说明：举证责任的分配本身即内含实体政策。立法者将某一要件的举证责任配置给一方，往往意味着对该方施加了更高的注意义务。环境污染侵权中由污染者证明因果关系不存在，实质上是立法者对风险分配的判断；消费者权益案件中由经营者证明商品合格，实质上是立法者对信息不对称的矫正。审理者理解这一层，才能明白举证责任不仅是技术规则，也是实体政策的载体。

理解这一点，也就理解了为何裁量必须受限。既然分配本身承载政策，那么个案中的调整就不只是技术操作，而是对立法政策的再衡量。法院无权以“公平”为名推翻立法者的政策选择，只能在立法留白处作补充。这正是本文强调三阶层及其界限的根本理由。

还需说明的是，举证责任的分配并非一成不变。随着证据方法的进步，过去难以证明的事实，如今可能通过电子数据、鉴定技术、数据分析予以查明。此时，原本以“证明困难”为由设置的倒置规则，其正当性基础相应减弱；反之，新兴交易形态产生的证明难题，也可能催生新的倒置需求。立法与司法解释应适时评估既有规则的实效，避免规则的惯性延续超出其本来目的。这一动态视角，是理解举证责任制度时不可忽略的一环。

回到本文开头的命题：举证责任的分配之所以不能交由个案裁量，是因为它承担着为当事人提供行为指引的功能。当事人在交易之初就应当知道，一旦发生争议，哪些事实需要自己证明、哪些只需对方证明。这种预期越清晰，交易的成本越低，诉讼的秩序越稳。裁量的存在不否定这一点，它的作用是在规范无法覆盖的地方提供补充，而不是在规范已经覆盖的地方重新洗牌。

六、结语

举证责任的分配，是民事诉讼中最具技术性也最易被滥用的领域。技术性在于，它要求裁判者熟稔实体规范的结构；易被滥用在于，它可以被用来为任何预设的结论提供形式理由——想让原告胜诉，就说被告负举证责任；想让被告胜诉，就说原告举证不足。

防止滥用的方法，不是取消裁量，而是把裁量限定在明确的阶层与界限之内。第一阶层解决“事实属于哪一类要件”，受规范文义与立法目的约束；第二阶层解决“证据偏在时如何处理”，以存在妨碍行为为前提，以制裁为性质；第三阶层解决“证明到何种程度”，以高度可能性为基准，不得降至优势盖然性以下。三个阶层依次展开，裁量便有迹可循。

对审判者而言，这一构造的实践价值在于：它使举证责任的分配从“感觉”变为“论证”。判决书中写明“该事实属于权利发生要件，依第九十一条应由原告举证”，远胜于“原告应承担举证责任”的空泛表述。前者可被检验，后者只能被接受。

最后须强调，举证责任是裁判的辅助工具，不是发现真实的对立面。它的功能是在真伪不明时提供裁判依据，而非鼓励法院放弃查明。凡能通过调查取证、责令提交、鉴定勘验查明的事实，均应尽力查明；只有在用尽一切手段仍无法查明时，才适用分配规则。这一顺序不可颠倒，否则举证责任将从“最后手段”变为“首选手段”，司法的查明职能随之萎缩。

参考文献

- [1] 《中华人民共和国民法典》第一千二百一十九条、第一千二百三十条、第一千二百五十三条。
- [2] 《中华人民共和国民事诉讼法》第六十七条。

- [3] 《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》第九十条、第九十一条、第一百零五条、第一百零八条、第一百零九条。
- [4] 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（法释〔2019〕19号）第九十五条。
- [5] 《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》第十六条。
- [6] 罗森贝克：《证明责任论》，庄敬华译，中国法制出版社2018年版。
- [7] 张卫平：《民事证据法》，法律出版社2017年版。
- [8] 胡学军：《证明责任分配的中国问题》，《法学研究》2020年第5期。