

“谁主张谁举证”规则的历史变迁与现代运用

胡东海*

内容提要：在我国对规范说的理论继受和实践继受的过程中，具有实在法依据的“谁主张谁举证”规则遭受了严厉批评。通过统合古典罗马法的两项证明责任规则，优士丁尼时期的法学家抽象出“谁主张谁举证”规则，该规则基于“诉—抗辩”结构分配证明责任。注释法学家将“谁主张谁举证”规则曲解为消极事实理论，但他们完善该理论的方式表现出回归罗马法传统的倾向。“谁主张谁举证”规则在欧陆法典中获得普遍采纳，但“诉—抗辩”结构在主观权利体系下遭到瓦解。规范说是罗马法传统中的“谁主张谁举证”规则的现代运用，因为它的“基础规范—相对规范”结构为“谁主张谁举证”规则提供了新的解释模式。我国证明责任学说应当重构“谁主张谁举证”规则的理论脉络，梳理它与规范说的内在联系，在解释论上化解二者之间的法律适用冲突。

关键词：谁主张谁举证 消极事实理论 规范说 证明责任分配

一、基于规范说对“谁主张谁举证”规则的批判

证明责任分配在法律适用中具有至关重要的作用，故而有“举证责任之所在，败诉之所在”的法谚。1982年民事诉讼法第56条第1款规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。”这项规定被简称为“谁主张谁举证”规则，它在1991年民事诉讼法第64条第1款中得到原封不动的保留。当时主流的民事诉讼法学教科书均认为，“谁主张谁举证”规则是我国证明责任分配的基本规则。^{〔1〕}我国法律实践普遍认可“谁主张谁举证”规则，法院判决书甚至直接援引该规则，如有公报案例提到，“根据我国现行法律的规定，一般的

* 中南财经政法大学法学院副教授。

本文系国家社科基金重大项目（批准号为14ZDC018）的阶段性成果。

〔1〕 参见柴发邦主编：《民事诉讼法学新编》，法律出版社1992年版，第224页（常怡撰写）；王怀安主编：《中国民事诉讼法教程》，人民法院出版社1992年版，第156页；常怡主编：《民事诉讼法学》，中国政法大学出版社1994年版，第166页（常怡撰写）。

证明责任分配原则是“谁主张，谁举证”。〔2〕另外，“谁主张谁举证”规则具有精炼的表达形式和通俗易懂的内容，它是各种普法读物的重点宣传对象之一，〔3〕以至稍有些法律常识的人在谈及举证问题时就能脱口而出该规则。

然而，具有实在法依据且获得实践认可的“谁主张谁举证”规则，在我国学界遭受了持续而严厉的批评。〔4〕批评者认为，“主张”的含义不清，导致无法明确划分证明责任。例如，在原告请求被告返还借款的案件中，如果原告“主张”借款合同成立，而被告“主张”借款合同不成立，那么到底“谁”提出了“主张”，“谁”又应当举证？由于这种原因，李浩指出，“谁主张谁举证”规则“并未能有效解决证明责任分配问题”，〔5〕它根本无力充当证明责任分配的基本规则。在相同意义上，陈刚也认为，“谁主张谁举证”规则“在理论上缺乏逻辑性，不能指导诉讼实践，因而也不能作为证明责任的一般性分配原则”。〔6〕

在这种批评声中，我国学界开始寻求可取代“谁主张谁举证”规则的理论，并最终接受了罗森贝克的“规范说”。〔7〕对规范说的理论继受直接影响了最高人民法院的态度，并最终被转化为一种实践继受。首先，对于2001年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称“证据规定”）第2条第1款〔8〕是否构成对规范说的实践继受，理论与实务有争议。最高人民法院民事审判第一庭明确指出，这项规定是借鉴规范说的产物。〔9〕虽然学说上不乏赞同最高人民法院的观点，〔10〕但否定者认为这项规定仅重复表达了“谁主张谁举证”规则，与规范说相去甚远。例如，张卫平认为，该规定仅是“民事诉讼法第64条的平面展开”，它仍不能被当作证明责任分配的基本规则。〔11〕其次，在这种争议声中，虽然2012年民事诉讼法在同条沿用了1991年民事诉讼法第64条第1款的规定，但是2015

〔2〕 见“张志强诉徐州苏宁电器有限公司侵犯消费者权益纠纷案”，《最高人民法院公报》2006年第10期（总第120期）。再如，最高人民法院在一份有关专利侵权的判决书中也认为，“谁主张，谁举证是……举证责任分配的一般规则”，见最高人民法院（2007）民三监字第46-1号。

〔3〕 例如，李慎宽主编：《案例与普法》，中国民主法制出版社1998年版，第169页（王法撰写）；包庆华等编著：《城市居民法律自助手册》，机械工业出版社2005年版，第48页；郑自文、朱昆主编：《农民工法律援助指南》，中国经济出版社2004年版，第112页。

〔4〕 参见常怡主编：《民事诉讼法学》，中国政法大学出版社1999年版，第201页（田平安撰写）；江伟主编：《民事诉讼法》，中国人民大学出版社2008年版，第213页（刘学在撰写）；李浩：《民事证明责任研究》，法律出版社2003年版，第141页；陈刚：《证明责任法研究》，中国人民大学出版社2000年版，第228页以下；张卫平：《诉讼构架与程式》，清华大学出版社2000年版，第305页以下；毕玉谦主编：《〈最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定〉释解与适用》，中国民主法制出版社2002年版，第15页。

〔5〕 参见前引〔4〕，李浩书，第146页。

〔6〕 前引〔4〕，陈刚书，第232页。

〔7〕 关于规范说的理论继受，可参见前引〔4〕，李浩书，第153页；前引〔4〕，陈刚书，第281页以下；前引〔4〕，张卫平书，第313页以下；毕玉谦：《民事证明责任研究》，法律出版社2007年版，第205页以下。

〔8〕 该款规定：“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。”

〔9〕 参见最高人民法院民事审判第一庭编：《民事诉讼证据司法解释的理解与适用》，中国法制出版社2002年版，第24页。

〔10〕 参见前引〔4〕，毕玉谦主编书，第15页；宋春雨：《〈关于民事诉讼证据的若干规定〉的理解与适用》，《人民司法》2002年第2期，第8页；翁晓斌：《论我国民事诉讼证明责任分配的一般原则》，《现代法学》2003年第4期，第74页，第78页；汤维建、陈巍：《〈关于民事诉讼证据的若干规定〉的创新与不足》，《法商研究》2005年第3期，第158页。

〔11〕 张卫平：《民事诉讼：关键词展开》，中国人民大学出版社2005年版，第256页。李浩采相同观点，他认为，“证据规定”“未设置可适用于整个民事诉讼的证明责任分配原则”。参见前引〔4〕，李浩书，第142页。

年《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91条^[12]再次规定证明责任分配的基本规则。项规定被认为既非民事诉讼法规定的“谁主张谁举证”规则，也非“证据规定”第2条的简单重复，而是完全遵循了规范说的基本理论。^[13]

因此，在改革开放以来的中国法治建设历程中，通过对规范说的理论继受和实践继受，我国证明责任分配的基本规则完成了从“谁主张谁举证”规则（民事诉讼法第64条第1款）到规范说（“民诉法解释”第91条）的发展历程。在这种对规范说的继受过程中，充斥着对“谁主张谁举证”规则的批评甚至否定。事实上，根据下文的研究，“谁主张谁举证”规则与规范说之间被武断割裂的内在关联，成为了我国理论与实践关于证明责任分配基本规则的纷争之源。鉴于此，本文拟考察“谁主张谁举证”规则的历史变迁与现代运用，揭示该规则对规范说的最终形成的影响，梳理二者在证明责任学说中的脉络关联，解决它们在我国实在法体系中的法律适用关系。

二、罗马法中的“谁主张谁举证”规则

毋庸讳言，罗马法传统对现代证明责任理论的形成具有深远影响，欧陆中世纪法和现代法中的证明责任规则均有其罗马法基础。我国学界虽肯定“谁主张谁举证”规则发端于罗马法，^[14]但关于罗马法中证明责任规则的论述多存谬误。^[15]我们知道，在罗马法一千三百余年（公元前753年至公元565年）的发展历程中，先后存在三种不同模式的诉讼程序：法律诉讼、程式诉讼和非常审判。早在法律诉讼时期，就产生了第一项证明责任规则“原告未证明则开释被告（*actor non probante, reus absolvitur*）”。进入程式诉讼时期（公元前17年到公元3世纪中叶），产生了第二项证明责任规则“被告在抗辩中变为原告（*in excipiendo reus fit actor*）”。直到非常审判后期，优士丁尼皇帝的法学家们在这两项证明责任规则的基础上抽象出罗马法中的“谁主张谁举证”规则。

[12] 该条规定：“人民法院应当依照下列原则确定举证证明责任的承担，但法律另有规定的除外：（一）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；（二）主张法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的当事人，应当对该法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的基本事实承担举证证明责任。”

[13] 参见沈德咏主编：《最高人民法院关于民事诉讼法司法解释理解与适用》上册，人民法院出版社2015年版，第316页；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条之述评》，《法律适用》2015年第8期，第48页；胡学军：《我国民事证明责任分配理论重述》，《法学》2016年第5期，第44页。

[14] 参见常怡主编：《民事诉讼法学新论》，中国政法大学出版社1989年版，第322页；前引〔1〕，柴发邦主编书，第223页；前引〔1〕，王怀安主编书，第154页；毕玉谦：《举证责任分配体系之构建》，《法学研究》1999年第2期，第48页；前引〔4〕，李浩书，第113页。

[15] 此种谬误表现在两个方面：其一，关于罗马法中两项证明责任规则的论述有误；其二，关于罗马法中“谁主张谁举证”规则形成的论述有误。其中，我国台湾地区学者的论述，可参见陈荣宗：《举证责任分配与民事程序法》第2册，台湾三民书局1979年版，第5页；骆永家：《民事举证责任论》，台湾商务印书馆1987年版，第69页。我国大陆地区学者的论述，可参见前引〔4〕，李浩书，第112页；张卫平：《证明责任分配的基本法理》，载何家弘主编：《证据学论坛》第1卷，中国检察出版社2000年版，第280页；前引〔7〕，毕玉谦书，第35页；李龙主编：《西方法学经典命题》，江西人民出版社2006年版，第382页（李龙撰写）。此外，甚至现代证明责任理论的权威普维庭依原始文献（D.22.3.2；D.22.3.12；D.22.3.21）对罗马法中的证明责任规则的论述也不准确。参见〔德〕汉斯·普维庭：《现代证明责任问题》，吴越译，法律出版社2006年版，第366页。

（一）基于诉形成的“原告未证明则开释被告”规则

法律诉讼时期产生的“原告未证明则开释被告”规则，是罗马法的第一项证明责任规则。根据该规则，在诉讼中，原告应举证；否则，就开释被告。意大利罗马法和比较法学家普列赛（Pugliese）指出，从这项规则可推导出两项命题：谁是原告，谁就自动地承担证明责任；谁负责提供证据，谁在诉讼中就是原告。^[16]

值得注意的是，“原告未证明则开释被告”规则的适用起初必须以法官对当事人品行的司法评价为前提。根据奥鲁斯·杰流斯（Aulus Gellius）在《阿提卡之夜（Noctes Atticae）》中的记述，在原告向被告要求某物的诉讼中，如果原告未能提供证据，法官应依职权比较双方当事人的品行，并作出有利于品行较好的当事人的判决；如果双方当事人品行相当，则开释被告。^[17]这表明，第一项证明责任规则的准确含义是，如果“原告未证明”且“双方当事人品行相当”，“则开释被告”。在法律诉讼末期和程式诉讼初期，法官不再依职权而仅根据原告的申请来评价当事人的品行。到了程式诉讼中期，虽然法官仍可依申请评价当事人的品行，但这种品行评价已不再具有决定法官判决内容的作用，而仅是影响法官心证的一种次要因素。^[18]从这时起，第一项证明责任规则的含义才是，如果“原告未证明”，“则开释被告”。

具支配地位的学说认为，在法律诉讼时期，“原告未证明则开释被告”规则就可适用于每种对人之诉和对物之诉。^[19]原告提起任何一种对人或对物之诉，都应承担证明责任。在古代罗马法中，诉的原始含义指的是向对方当事人提出的有关权利的“主张”，^[20]“诉”就是原告向被告提出的“主张”。提出诉或主张的原告应承担证明责任的理由在于，根据进攻者原理的基本思想，原告意图改变诉讼双方当事人之间的现存关系，挑战法律秩序保护的占有状态和权利安定性，^[21]所以，“原告未证明则开释被告”规则被认为是一种符合事物本质的具有合理性的规则。^[22]

（二）通过证明主题的分化对“原告未证明则开释被告”规则的完善

在整个法律诉讼时期，“原告未证明则开释被告”规则是唯一的证明责任规则，这种情况一直持续到程式诉讼初期。^[23]惟有在这种意义上，我们才能正确理解古罗马法学家马尔西安的名言，“证明责任总是由提起诉讼的那一方承担”。^[24]

[16] Cfr. G. Pugliese, *L' onere della prova nel processo romano (per formulas)*, in *Scritti giuridici scelti, I, diritto romano*, Napoli, 1985, p. 357.

[17] Gell. 14. 2. 26

[18] Cfr. R. Fiori, *La gerarchia come criterio di verità: 'boni' e 'mali' nel processo romano arcaico*, in *Quid est veritas? a cura di C. Cascione-C. Masi Doria*, Napoli, 2013, pp. 173, 177 - 178; 胡东海:《论古罗马法律诉讼中的证据》,载《私法研究》第19卷,法律出版社2016年版,第119页。

[19] Cfr. G. Falchi, *L' onere della prova nella ' legis actio sacramento in rem'*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, (38) 1972, pp. 247 ss. 不同的观点可参见 L. De Sarlo, *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat-Spunti di storia e di dogmatica sulla regola in diritto romano*, in *Archivio Giuridico*, XIII, 1935, p. 6; G. Pugliese, *Il processo civile romano, I: Le legis actiones (corso di diritto romano, anno accademico 1961 - 62)*, Roma, p. 411.

[20] Cfr. R. Orestano, *Azione in generale (storia del problema)*, voce in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, 1959, p. 786.

[21] 关于进攻者原理的讨论,参见前引[15],普维庭书,第338页以下。

[22] 参见前引[19],De Sarlo文,第5页。

[23] 参见前引[16],Pugliese文,第355页。

[24] D. 22. 3. 21. 关于本文引用的《学说汇纂》第22卷第3章的片段的中文译文,均可参见[古罗马]优士丁尼:《学说汇纂·第22卷:利息、证据、对法的不知》,胡东海译,中国政法大学出版社2015年版。

在法律诉讼时期，仅存在一项证明责任规则的原因在于，法律诉讼中的每种对人之诉和对物之诉的诉讼结构均较为简单，都具有单一的证明主题，^[25] 仅“原告未证明则开释被告”规则就足以解决诉讼中的证明责任分配问题。例如，在对物之诉（对物的誓金之诉）中，单一的证明主题是指“所有权归属”：原告提出所有权主张，并就其主张举证；被告仅单纯地否认原告的主张，未提出自己的主张，无须举证。既然在对物之诉中仅原告承担证明责任，那么仅“原告未证明则开释被告”规则就可以解决证明责任分配的问题。在后续的对物之诉中，即在誓约法律诉讼（*agere per sponsionem*）和程式诉讼时期的返还原物之诉（*rei vindicatio*）中也是如此，仅原告承担证明责任。

与对物之诉不同，对人之诉的诉讼结构和证明主题经历了由简到繁的发展过程。首先，在法律诉讼时期的对人之诉中，证明主题起初也是单一的，即“债的存在”：原告提出“债的存在”的主张，并就其主张举证；被告仅单纯地否认原告的主张，而不负证明责任。单一的证明主题是指“债的存在”，它不仅包括“债的产生”，还包括直到争讼程序时“债未消灭”。^[26] 如果被告提出“债已消灭”，仍只是否认原告的主张，他未提出自己的主张，无须举证。其次，到程式诉讼时期，原告须证明“债未消灭”的做法逐渐被古罗马人认为不合理。为改变这种做法，单一的证明主题（“债的存在”）被分化为双重的证明主题（“债的产生”与“债的消灭”）。^[27] 根据这种证明主题的划分，原告仅须提出“债的产生”的主张，并就其主张举证；为对抗原告的主张，被告可提出“债的消灭”的主张，并就其主张举证。

因此，进入程式诉讼时期，就如杰尔苏所指出的，“某些证据毫无疑问应由被告提出”，^[28] 即有关“债的消灭”的证据应由被告提出。作为“原告未证明则开释被告”规则的补充和完善，被告开始承担证明责任的做法，部分矫正了仅存在一项证明责任规则的不公正，缓和了法律诉讼时期市民法的严苛。

（三）基于抗辩形成的“被告在抗辩中变为原告”规则

在程式诉讼时期，随着商业交往的繁荣和法律技术精确性的要求，仅凭“原告未证明则开释被告”规则越来越不足以解决诉讼中的证明责任分配问题。为完善第一项证明责任规则，在程式诉讼时期，被告不仅应对债的清偿承担证明责任，还应对自己提出的其他抗辩承担证明责任。由于这种原因，保罗将抗辩与债务清偿相提并论，他指出，“根据一般规则，那些主张抗辩或者已清偿债务的人”，应负证明责任。^[29] 在这种背景下，产生了第二项证明责任规则，即“被告在抗辩中变为原告”。

罗马法中的两项证明责任规则之间的关系表现为：第二项证明责任规则以第一项证明责任规则为基础构建。首先，“被告在抗辩中变为原告”规则的构建基础是“抗辩与诉的等同”。抗辩产生于程式诉讼时期，旨在对抗严苛的市民法规则，维护法律公平，它是裁判官

[25] 参见前引 [19]，De Sarlo 文，第 8 页。

[26] Cfr. G. Pugliese, *Regole e direttive sull' onere della prova nel processo romano per formulas*, in *Scritti giuridici in memoria di Pietro Calamandrei, volume terzo-diritto processuale (autori italiani)*, Padova, 1958, p. 596.

[27] 同上书，第 596 页以下。

[28] D. 22. 3. 12

[29] D. 22. 3. 25. 2

赋予被告对抗原告请求 (*intentio*) 以保护其利益的法律工具。^[30] 在程式 (*formula*) 中, 抗辩介于原告请求与判决程式 (*condemnatio*) 之间, 它为审判员判罚被告增加一项限定条件。^[31] 惟有原告请求成立且抗辩不成立时, 审判员才能判罚被告。反之, 原告请求虽成立, 但抗辩亦成立时, 审判员应开释被告。在这种意义上, 抗辩是被告对抗原告的攻击 (诉的提起) 的防御工具。

但另一方面, 古典法学家还从诉讼攻击的角度, 将抗辩看作被告对原告的权利主张或反请求。^[32] 例如, 抵销须以抗辩的方式行使, 即所谓的抵销抗辩 (*exceptio compensationis*)。被告提出这种抗辩, 并非否认原告的债权主张, 而是向原告提出了自己的债权主张或反请求。再如, 简约不产生诉, 仅产生抗辩, 即简约抗辩 (*exceptio pacti conventi*)。合同双方当事人可通过缔结一项简约变更他们原有的合同关系, 如通过“不提出请求的简约 (*pactum de non petendo*)”约定合同债权人放弃对债务人的权利。合同债务人不能依简约所享有的权利提起诉讼, 仅能在合同债权人对他提起的诉讼中提出简约抗辩。此种简约抗辩是合同债务人 (被告) 对合同债权人 (原告) 的权利主张或反请求。因此, 至少在公元1世纪末, 古典法学家就将抗辩与诉视作一对等同的概念。在这种意义上, 乌尔比安指出, 被告提出一项抗辩, “就好像他主张了一项请求一样”;^[33] “提出抗辩者同样被认为提出了诉讼”。^[34]

其次, “被告在抗辩中变为原告”规则的构建基础, 还包括“被告地位与原告地位的等同”。既然抗辩等同于诉, 被告提出抗辩等同于提出诉讼, 那么, 提出抗辩者 (被告) 等同于提起诉讼者 (原告)。在这种意义上, 乌尔比安指出, “对于各种抗辩, 被告应扮演原告的角色”;^[35] “对于抗辩, 抗辩者就是原告”。^[36] 根据第一项证明责任规则, 原告应承担证明责任, 那么提出抗辩的被告在取得原告地位的同时, 也应对抗辩负担证明责任。

因此, 基于“抗辩与诉的等同”以及“被告地位与原告地位的等同”, 第二项证明责任规则以第一项证明责任规则为基础构建, 前者是对后者的补充和完善。此点也表明古罗马法学家强烈的传统或保守意识,^[37] 新的法律规则的产生多是基于旧的规则的续造, 而非另起炉灶式的构建。

(四) 保罗的基于“诉—抗辩”结构的“谁主张谁举证”规则

D. 22. 3. 2 (保罗:《告示评注》第69卷): “证明责任由提出主张的人承担, 而非由否定该主张的人承担。”

保罗的片段在证明责任的发展历史中具有至关重要的作用, 它在不同历史时期被赋予

[30] Cfr. L. Wenger, *Istituzioni di procedura civile romana*, tra. it. di R. Orestano, Milano, 1938, pp. 94 ss.; G. I. Luzzatto, *Eccezione (diritto romano)*, voce in *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milano, 1965, p. 135; A. Palermo, *Studi sulla exceptio nel diritto classico*, Milano, 1956, pp. 26 ss., 31 ss. 由于抗辩制度与法律诉讼的程序的基本原理不相容, 所以它不可能出现在法律诉讼中, 关于此点的详细论述参见 A. Metro, *La “denegatio actionis”*, Milano, 1972, p. 62.

[31] D. 44. 1. 2pr.; D. 44. 1. 22.

[32] Cfr. E. Betti, *Sulla opposizione della “exceptio” all’ “actio”: e sulla concorrenza fra loro*, Parma, 1913, pp. 8 ss.; 前引 [30], Palermo 书, 第98页以下。

[33] D. 22. 3. 19pr.

[34] D. 44. 1. 1

[35] D. 22. 3. 19pr.

[36] D. 44. 1. 1

[37] Cfr. G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1991, p. 23.

不同含义。^[38] 根据德国法学家奥托·勒内尔 (Otto Lenel) 的考证, 该片段出自保罗的《告示评注》第 69 卷“关于抗辩 (*de exceptionibus*)”章节, 旨在解决抗辩的证明责任分配问题。^[39] 保罗在该片段中意在说明, 抗辩是被告提出的主张, 证明责任由提出 (抗辩) 主张的人承担, 而非由否定该 (抗辩) 主张的人承担。^[40] 因此, 该片段在原始含义上表达的不过是“被告在抗辩中变为原告”规则, 保罗根本无意形成证明责任分配的一般规则。^[41]

但保罗的片段在非常审判后期获得了完全不同的含义。根据优士丁尼皇帝的法学家的扩张解释, 保罗片段中的“主张”概念, 不再被限定为“抗辩的主张”, 它还包括“诉的主张”。基于此, 在保罗的片段中, “证明责任由提出主张的人承担”包括两层含义: 提出“诉的主张”的原告, 应就其主张举证; 提出“抗辩的主张”的被告, 也应就其主张举证。^[42] 在这种背景下, 保罗的片段在优士丁尼时期被抽象为“谁主张谁举证”规则。

保罗的“谁主张谁举证”规则构成证明责任分配的基本规则。首先, “谁主张谁举证”规则统合了罗马法时期的两项证明责任规则,^[43] 即基于诉产生的“原告未证明则开释被告”规则与基于抗辩产生的“被告在抗辩中变为原告”规则。由于主张包括诉的主张和抗辩的主张, 所以“谁主张谁举证”规则根据“诉—抗辩”结构来划分证明责任。其次, 古典法学家从未集中讨论证明责任分配问题, 这种情况在《学说汇纂》第 22 卷第 3 章中得到改变。^[44] 而保罗的片段被列于该章开头位置, 这表明“谁主张谁举证”规则在形式体系上被赋予了证明责任基本规则的意义。

三、中世纪法的证明责任分配规则

(一) 消极事实理论的创建及其对“谁主张谁举证”规则的曲解

在中世纪的罗马法复兴时期 (11—15 世纪), 保罗的片段被注释法学家曲解, 它构成中世纪消极事实理论的罗马法基础。注释法学家对保罗的片段断章取义, 他们截取该片段后半句“证明责任不由否定该主张的人承担”, 并将之理解为“否定者不须证明”。与之相应, 该片段的前半句就被理解为“肯定者应证明”。其中, 所谓肯定者指的是“主张肯定事实者”, 否定者指的是“主张否定事实者”。在此基础上, 保罗的片段被曲解为, “主张肯定事实者承担证明责任, 主张否定事实者不承担证明责任”。这就是所谓的消极事实理论。

除曲解保罗的片段外, 注释法学家还提出两条法律格言, 即“主张者而非否认者承担证明责任 (*affirmanti non neganti incumbit probatio*)”与“否认者不承担证明责任 (*negativa non sunt probanda*)”, 但他们竟然信誓旦旦地宣称, 这两条格言都出自保罗之口,^[45] 并将它

[38] 有学者认为, 该片段用语简洁精炼, 但由此导致其内涵模糊以及可塑性强, 而成为证明责任发展史中最著名的片段。Cfr. G. Longo, *L'onere della prova nel processo civile romano*, in *Studi in onore di E. Betti*, vol. 3, Milano, 1962, p. 356.

[39] Cfr. O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis: Iuris consultorum reliquiae quae Iustiniani Digestis continentur*, vol. I, Lipsia, 1889, Paul. n. 774.

[40] 参见前引 [16], Pugliese 文, 第 386 页。

[41] Cfr. G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile-Le azioni, il processo di cognizione*, Napoli, 1965, p. 784.

[42] Cfr. M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1990, p. 374.

[43] 此点在后续的拜占庭法中仍是如此 (Bas. 22. 1. 2), 参见前引 [19], De Sarlo 文, 第 9 页。

[44] 值得注意的是, 《学说汇纂》中既有关于证明责任规则的一般讨论 (第 22 卷第 3 章), 也有关于证明责任的决疑术的讨论, 后者在《学说汇纂》中被置于其所属的法律关系或诉权之下。参见上引 De Sarlo 文, 第 4 页。

[45] 参见前引 [26], Pugliese 文, 第 608 页。

们也解释为消极事实理论的来源根据。另外，戴克里先皇帝的一则批复也被注释法学家曲解了。该批复规定，原告未能证明其主张时，不应强制被告证明相反的事实；这是因为，根据事物的本质，对事实的否认不须举证。^[46]就其原始意义而言，该批复旨在说明，原告应对自己的主张承担证明责任，否认该主张的被告不承担证明责任。该批复仅是罗马法第一项证明责任规则的适用。^[47]但注释法学家同样对该批复断章取义，他们仅关注后句并认为，“对事实的否认不须举证”指的是“主张否定事实者不承担证明责任”。^[48]因此，该批复也构成中世纪的“消极事实理论”的罗马法基础。

消极事实理论的基础在于，根据因果关系法则，消极事实本身不能引发法律效果，对消极事实进行举证也就毫无意义。^[49]对此，我们举例来说明。如在原告依买卖合同要求被告支付价款的案件中，原告主张的“买卖合同成立”是积极事实，他应就该积极事实的发生举证；被告主张的“买卖合同未成立”是消极事实，他不须就该消极事实的发生举证。因此，根据消极事实理论，证明责任的分配取决于“主张的事实性质（积极事实或消极事实）”，主张消极事实者不承担证明责任。而根据罗马法中的“谁主张谁举证”规则，证明责任的分配取决于当事人的“主张的性质（诉或抗辩）”。所以，消极事实理论完全背离了罗马法中的“谁主张谁举证”规则。

（二）消极事实理论的完善及其回归“谁主张谁举证”规则的倾向

在提出消极事实理论时，注释法学家注意到，罗马法中存在大量要求证明消极事实的原始文献。^[50]例如，保罗在《解答集》第9卷中提到，如果某人主张“对方当事人被禁止以特定方式行使一项权利”，或者“脱离父权的行为未被正确地实施”，那么，即使他主张的是消极事实，仍应对此承担证明责任。^[51]再如，保罗在《普劳提评注》第18卷中提到，即使家子主张“他不处于父权之下”，他仍应对这种消极事实承担证明责任。^[52]所以，注释法学家十分清楚，待证事实的消极属性不能绝对地免除证明责任，主张某些消极事实者，仍应承担证明责任。

注释法学家需要寻找理论依据来说明为何提出有些消极事实无需举证，而提出另一些消极事实仍需举证，以此来完善消极事实理论。这项完善工作从注释法学派的奠基人伊尔内留斯（Irnerius）到集大成者巴托鲁斯（Bartolus）从未间断，其中最重要者当属著名的“消极事实的三分法”。^[53]具体来讲，消极事实被分为三类：（1）属性上的消极事实，是指那种“否认某人或物的法律或物理性质”的消极事实，如“否认某人是头脑清楚的”。由于

[46] C. 4. 19. 23

[47] Cfr. L. Mattiolo, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, Volume III, quinta edizione, Torino, 1903, pp. 385 - 386.

[48] 同上书，第385页。

[49] 但此点并非正确，消极事实亦可引发一定法律后果。如有保护义务之人由于其不作为而造成他人权利损害时，应负损害赔偿赔偿责任。此时，不作为这种消极事实就可引发损害赔偿的法律后果，受损害之人主张对方的不作为这种消极事实时，当然应承担证明责任。参见前引〔15〕，陈荣宗书，第9页。

[50] 这类原始文献中比较重要者有 D. 22. 3. 5；D. 22. 3. 8；C. 8. 38. 14；I. 3. 20. 12 等。

[51] D. 22. 3. 5

[52] D. 22. 3. 8

[53] 须注意的是，消极事实的三分法并未被所有的注释法学家所接受。例如，Dino di Mugello 倡导的是消极事实的四分法，参见 G. Micheli, *L'onere della prova*, Padova, 1942, pp. 33 - 34.

法律推定任何人均是头脑清楚的正常人，所以当事人提出这种消极事实，等同于他提出了主张，即提出了“某人并非是头脑清楚的或他是精神病”的主张，他应就其主张举证。^[54] (2) 法律上的消极事实，是指那种“否认某行为的合法性”的消极事实。由于法律推定任一行为均属合法有效，所以当事人提出这种消极事实，等同于他提出“该行为不具有合法性或该行为违法”的主张，他应就其主张举证。^[55] (3) 事实上的消极事实，是指那种“否认某事实的形态或存在”的消极事实。^[56] 例如，在所有权返还之诉中，针对原告的所有权主张，被告提出的“原告不是所有权人”就是事实上的消极事实，他对此无须承担证明责任。

消极事实的三分法通过对不同消极事实的归类，赋予其不同的证明责任分配上的后果。首先，消极事实理论中的“消极事实”仅限于事实上的消极事实。当事人唯有提出这种消极事实，才不须承担证明责任。其次，当事人提出“属性上的消极事实”或“法律上的消极事实”，就如同提出了一项主张，他应对自己的主张承担证明责任。这表明，这两种消极事实实际上适用的仍是罗马法中的“谁主张谁举证”规则。因此，虽然消极事实理论完全偏离了罗马法中的“谁主张谁举证”规则，但注释法学家通过消极事实的三分法，限制了消极事实理论中的消极事实的范围，最终仍部分地适用了罗马法中的“谁主张谁举证”规则。

此外，为完善消极事实理论，注释法学家还提出“否定的二分法”，^[57] 即区分“真正的否定”与“表见的否定”。对此，我们举例来说明。原告已证明一项法律状态的产生，如买卖合同之债的产生。“真正的否定”，是指被告“否定”这项法律状态的产生。根据“真正的否定”，被告提出的消极事实是“买卖合同之债未产生”，他对此无需举证。“表见的否定”，是指被告“否定”这项法律状态继续存在。根据“表见的否定”，被告提出的消极事实是“买卖合同之债未继续存在”，他对此应举证。这其中的原因在于，注释法学家认为，如果已证明一项法律状态的产生，就应推定该法律状态继续存在；^[58] 而这种推定遭到被告的反对，他“否定”这项法律状态继续存在，故而应举证。

通过划分两种类型的否定并赋予其不同的证明责任分配后果，“否定的二分法”实际上仍区分两类消极事实。仅根据“真正的否定”提出的消极事实，才属于消极事实理论的范畴，被告对此不承担证明责任。根据“表见的否定”提出的消极事实（买卖合同之债未继续存在），相当于提出一项主张（买卖合同之债已消灭），被告对此应承担证明责任。也就是说，在“表见的否定”的情形，被告承担证明责任的原因在于，此处不适用消极事实理论，而适用罗马法中的“谁主张谁举证”规则。

（三）消极事实理论的后世影响

消极事实理论在托马斯主义认识论中具有坚实的形式逻辑的正当性，它主宰了整个中

[54] Cfr. C. Lessona, *Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano, parte generale: confessione e interrogatorio*, Firenze, 1895, pp. 131 - 132.

[55] 同上书，第 132 页。

[56] 同上。

[57] 参见前引 [41]，Chiovenda 书，第 785 页。

[58] 但这种推定并非正确。例如，债产生的目的就在于消灭，在法律实践中较可能的是相反的推定，即推定债被清偿而消灭。参见前引 [41]，Chiovenda 书，第 785 页。

世纪的共同法时代。^[59]但即便如此,现代证明责任理论完全抛弃了消极事实理论,^[60]因为它具有三方面的缺陷。^[61]首先,消极事实与积极事实的区分并非绝对。例如,“过失”为积极事实,而“未尽合理注意义务”则为消极事实,但这两者所指并无不同。^[62]其次,虽然消极事实较难证明,但证明难度高并不意味着不能被证明,^[63]也不意味着主张者无须承担证明责任。最后,虽然在一些民法制度中,由于消极事实一般较难证明,法律会尽量避免对消极事实的证明,^[64]但在有些民法制度中,为了实现相应的规范目的,立法者并不回避对消极事实的证明。例如,主张不当得利返还请求权者应证明“没有原因”这项要件,就是对消极事实的证明。

最后须注意的是,在消极事实理论的影响下,产生了诸多证明责任分配理论,如继续事实说、特别例外事实缺乏说、内在事实说等。这些理论被统称为“待证事实分类说”,它对应的是现代证明责任理论中的“法律要件分类说”。待证事实分类说中的各种理论的共同点在于,证明责任的分配取决于待证事实的性质,即当事人主张具有特定属性的待证事实,不负举证责任。^[65]就像消极事实理论一样,待证事实分类说中的其他理论也具有多方面的缺陷,最终均被现代证明责任理论所抛弃。

四、“谁主张谁举证”规则的现代运用

(一) 欧陆法典中的“谁主张谁举证”规则

虽然消极事实理论偏离了罗马法中的“谁主张谁举证”规则,但注释法学家通过多种方法完善消极事实理论,实际上具有回归罗马法中的“谁主张谁举证”规则的倾向。由于这种倾向,消极事实理论并未完全阻隔罗马法的“谁主张谁举证”规则在欧陆法典化过程中对现代证明责任理论形成的重要影响。

多马(Domat)首先抛弃了中世纪的消极事实理论,开启了现代证明责任理论的研究先河。在被誉为现代法学奠基之作的《根据自然秩序而加以论述的市民法》中,多马援引大量罗马法原始文献,讨论了“原告未证明则开释被告”和“被告在抗辩中变为原告”两项规则。在此基础上,多马指出,基于“诉—抗辩”结构的“谁主张谁举证”规则,才是法国法应然的证明责任分配的基本规则。^[66]事实上,多马不仅完全接受了罗马法中的“谁主张谁举证”规则,还以法国法为素材对“谁主张谁举证”规则进行了实践运用。

作为多马的后继者,波蒂埃关于证明责任规则的理论被认为相对守成而较少开创性。^[67]

[59] 参见前引[53], Micheli书,第28页以下。

[60] 英美法系在19世纪就抛弃了消极事实说,事实上在普通法中也存在大量需要证明消极事实的情况。参见黄国昌:《民事诉讼理论之新展开》,北京大学出版社2008年版,第126页。

[61] 参见前引[41], Chiovenda书,第785页。

[62] 参见前引[15], 陈荣宗书,第9页。

[63] 参见[德]莱奥·罗森贝克:《证明责任论——以德国民法典和民事诉讼法典为基础撰写》,庄敬华译,中国法制出版社2002年版,第342页;前引[15], 陈荣宗书,第9页。

[64] 参见前引[63], 罗森贝格书,第344页以下;前引[15], 普维庭书,第342页。

[65] 参见前引[15], 陈荣宗书,第8页。

[66] Cfr. J. Domat, *Le leggi civili disposte nel loro ordine naturale*, tra. it., vol. IV, Firenze, 1834, pp. 119 - 120.

[67] 参见前引[53], Micheli书,第41页。

他发展了多马的“谁主张谁举证”规则的理论，将该规则表述为：“主张债权人，应证明可产生系争债权的事实或协议；与之相应，若债已获得证明，主张债务解除者，应证明债的履行”。〔68〕作为法国民法体系的主要奠基者，就如他的很多其他论述一样，波蒂埃关于“谁主张谁举证”规则的论述被直接转化成法国民法典的内容。〔69〕虽然该规定在字面意义上仅适用于债法领域，但法国学界早已将之扩张解释为民法典的基本规则。〔70〕因此，经过多马和波蒂埃的理论引介，“谁主张谁举证”规则最先获得法国民法典的采纳。

通过比较法考察，普维庭指出，如果不考虑表述方式的差异以及排除权利阻碍要件的问题，世界各国法中的证明责任分配的基本规则之间“存在着惊人的一致性”。〔71〕关于此点，我们只需对照一些范式民法典中的相关规定就可知，如德国民法典第一草案第193条、瑞士民法典第8条、意大利民法典第2697条等。〔72〕这些规定与法国民法典第1315条一样，指向的都是具有深厚罗马法传统的“谁主张谁举证”规则。

值得注意的是，德国民法典第一草案第193条在正式文本中被删除了，因为立法者认为它表达的不过是已得到历史与实践检验的公理。〔73〕这项公理指的是罗马法传统中的“谁主张谁举证”规则，而非日耳曼法律传统中的证明责任规则。在日耳曼法中，证明责任规则的典型特征在于，将举证视作当事人的权利。就如很多其他民事制度一样，这种证明责任规则在非日耳曼民族那里没有任何生命力，它最终被罗马法的证明责任规则取代而消亡。〔74〕虽然该条被删除，德国学界仍认为，立法者在制定具体证明责任规范时是以该条规定的基本规则为前提，所以它有效存在于现行法秩序之中，“是现行民法典的组成部分”。〔75〕

（二）主观权利体系中“谁主张谁举证”规则的“诉—抗辩”结构的瓦解

现代证明责任理论的通说“规范说”正是以德国民法典第一草案第193条为实在法基础而发展其理论。〔76〕由于这种原因，规范说与该条规定所体现的“谁主张谁举证”规则之间具有直接的渊源关系。这种关系具体表现为，规范说重塑了罗马法传统中的“谁主张谁举证”规则。

规范说对“谁主张谁举证”规则进行重塑的原因在于，“诉—抗辩”结构中的诉的概念和抗辩概念，在近现代民法的主观权利体系中，均发生了根本变化。首先，诉的概念被改造为请求权概念。19世纪后半叶，在实体法与程序法分立、诉讼法成为独立部门法的背景

〔68〕 R. J. Pothier, *Trattato delle obbligazioni*, tra. it., 2° ed., Livorno, 1841, p. 344.

〔69〕 法国民法典第1315条规定：“凡请求履行债务者，应证明该债务的存在。凡主张债务已消灭者，应证明已清偿或使债务消灭的事实。”参见《法国民法典》，李浩培、吴传颐、孙鸣岗译，商务印书馆1997年版。

〔70〕 Cfr. M. Taruffo, *Onere della prova*, voce in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, vol. XIII, Torino, 1995, p. 68, nt. 21.

〔71〕 参见前引〔15〕，普维庭书，第378页。

〔72〕 德国民法典第一草案第193条规定：“主张权利者应提供该项权利存在的事实的证据。主张权利消灭或无效者应证明消灭或无效的必然事实”（根据意大利文翻译）。瑞士民法典第8条规定：“如果法律没有相反之规定，主张权利的人应当承担举证责任。”参见《瑞士民法典》，于海涌、赵希璇译，法律出版社2016年版。意大利民法典第2697条规定：“在诉讼中主张权利者，应举证构成权利基础的事实；提出上述事实无效的抗辩者，或者提出权利变更或消灭的抗辩者，应举证抗辩所依据的事实。”

〔73〕 参见前引〔15〕，普维庭书，第380页；前引〔4〕，陈刚书，第188页。

〔74〕 参见前引〔53〕，Micheli书，第5页。

〔75〕 前引〔15〕，普维庭书，第382页。

〔76〕 参见前引〔4〕，陈刚书，第187页。

下,萨维尼、普赫塔等学说汇纂派的作者们,去除诉的程序内容而仅保留其实体内容,提出“私法诉权说”。^[77]在这种意义上,诉权只是主观权利的延伸形式,它是私人享有的通过诉讼实现主观权利的手段。对此,温德沙伊德走得更远,他完全剥离了诉的概念中的程序因素,提出作为纯粹实体法概念的请求权概念。^[78]其次,抗辩概念被改造为抗辩权概念。在温德沙伊德的权利体系中,权利分为两大类型:一类是与他人无关的意思支配的权利,这包括支配权和形成权;另一类是针对他人的意思力,即要求他人为特定行为的权利,这指的是请求权。^[79]此外,作为请求权的反对权,抗辩权旨在阻止请求权的行使。所以,根据实现方式的不同,权利可分为支配权、请求权、形成权和抗辩权。

在主观权利体系下,如果对传统的“诉—抗辩”结构进行权利化改造,那么将形成“请求权—抗辩权”结构,但这种结构有两方面的缺陷。首先,与诉的概念相比,请求权概念的外延较为狭窄。请求权概念仅是权利概念的下位概念,它仅对应给付之诉中的主观权利。根据请求权概念,无法解决确认之诉和形成之诉中的证明责任分配问题。其次,相比于抗辩概念,抗辩权概念的外延十分狭窄。在德国法中,“抗辩权(Einrede)”与“抗辩(Einwendung)”具有不同的指涉对象。^[80]“抗辩权”专指“私法上的抗辩权”,它包括先诉抗辩权、时效抗辩权、同时履行抗辩权等。而狭义的“抗辩”被称作“诉讼上的抗辩”,仅在诉讼法领域有意义,它包括“权利阻碍抗辩”和“权利消灭抗辩”两种类型。前者如被告提出的合同效力瑕疵的抗辩,它可阻碍原告合同请求权的产生。后者如被告提出的债的清偿的抗辩,它使得原告合同请求权归于消灭。除狭义抗辩的两种类型外,广义的抗辩还包括第三种类型,即“权利阻止(受制)抗辩”。被告提出这种抗辩时,并不能阻碍原告请求权的产生或者使其权利消灭,但可阻止原告请求权的实现。这种类型的抗辩实际上指的就是抗辩权。

因此,在主观权利体系下以及公法诉权说的主导下,诉的概念和狭义的抗辩概念均被限定为仅在诉讼程序领域有意义,罗马法传统中的“诉—抗辩”结构不能继续用于说明“谁主张谁举证”规则。另一方面,在主观权利体系中,由于请求权概念和抗辩权概念的外延范围与传统的诉的概念和抗辩的概念相比均较为狭窄,“请求权—抗辩权”结构不能为“谁主张谁举证”规则提供完善的解释方案。

(三) 基于“基础规范—相对规范”结构对“谁主张谁举证”规则的改造

由于“诉—抗辩”结构的瓦解以及“请求权—抗辩权”结构的狭窄外延,现代证明责任理论须寻找其他途径来说明“谁主张谁举证”规则。在主观权利体系中,既然相比于罗马法传统中的诉的概念和抗辩概念,请求权概念和抗辩权概念的外延较为狭窄,那么不妨从其上位概念“主观权利”的角度来构建证明责任分配的理论结构。

[77] 参见前引〔20〕, Orestano文,第794页。

[78] Cfr. B. Windscheid e T. Muther, *Polemica intorno all' actio*, tra. it. di E. Heinitz e G. Pugliese, Sansoni-Firenze, 1954, pp. 5 ss.; B. Windscheid, *Diritto delle pandette*, vol. primo, tra. it. di C. Fadda e P. E. Bensa, Torino, 1930, pp. 121 ss.; [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》上册,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第323页; [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2001年版,第67页。

[79] 参见金可可:《论温德沙伊德的请求权概念》,《比较法研究》2005年第3期,第115页。

[80] 参见前引〔78〕, Windscheid书,第135页以下;前引〔78〕,拉伦茨书,第328页以下;前引〔78〕,梅迪库斯书,第81页以下; [德]迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第158页以下;王泽鉴:《民法总论》,中国政法大学出版社2001年版,第94页以下;朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第502页以下。

主观权利具有四种不同的权利状态：权利产生、权利阻碍、权利消灭、权利受制。后三种权利状态可统称为“权利变动”。在此基础上，从主观权利的视角形成了“权利产生—权利变动”结构。根据该结构，“谁主张谁举证”规则被理解为：主张权利者应对权利产生的事实承担证明责任；反对该权利者，应对权利阻碍、消灭或受制的事实承担证明责任。^{〔81〕}由此可知，主观权利体系中形成的“权利产生—权利变动”结构完全可对应并取代罗马法传统中的“诉—抗辩”结构，因为两种结构中具有对等外延范围的“主张”：提起诉讼的主张的人，相当于提出了“权利产生”的主张；而“权利变动”包括的三种权利状态（权利阻碍、消灭、受制），完全对应了（广义）抗辩概念的三种类型。

与以消极事实为代表的“待证事实分类说”相对应，现代证明责任理论的主流学说是“法律要件分类说”。^{〔82〕}法律要件分类说在表述形式上并未完全采取上述“权利产生—权利变动”结构，而是从“权利要件”的角度构建了“权利产生要件—权利变动要件”的结构：主张权利者，应证明权利产生的要件事实；反对该权利者，应证明权利变动的要件事实。但显而易见，法律要件分类说的“权利产生要件—权利变动要件”结构，与“权利产生—权利变动”结构在本质上是完全等同的证明责任分配标准。

规范说被认为属于法律要件分类说，但从字面含义就可知，规范说的创始人罗森贝克不是从主观权利的视角，而是从法律规范或客观法的角度来构建证明责任分配的基本规则。也就是说，规范说将依主观权利视角形成的“权利产生—权利变动”结构，转化为客观法视角的“基础规范—相对规范”结构。根据规范说，法律规范可分为基础规范和相对规范，前者指权利产生规范，后者包括权利阻碍规范、权利消灭规范和权利受制规范。^{〔83〕}其中，权利产生规范是指能够产生某种权利（主要是请求权）的规范；权利阻碍规范是妨碍权利产生的规范；权利消灭规范是指使已经产生的权利归于消灭的规范；权利受制规范指的是阻止权利实现的规范。由此可知，规范说的四种规范的划分，完全以权利的四不同状态为标准。因此，这种法律规范或客观法出发型的“基础规范—相对规范”结构，与以主观权利为核心形成的“权利产生—权利变动”结构是完全对等的。

基于“基础规范—相对规范”结构，罗森贝克指出，证明责任分配的基本规则是：“每一方当事人均必须主张和证明对自己有利的法规范（=法律效力对自己有利的法规范）的条件”。^{〔84〕}由此可知，罗森贝克的规范说根据“基础规范—相对规范”结构重塑了“谁主张谁举证”规则：谁主张适用基础规范，谁应就基础规范（权利产生规范）的适用条件承担证明责任；谁主张适用相对规范，谁应就相对规范（权利阻碍、消灭、受制规范）的适用条件承担证明责任。

因此，规范说从客观法视角形成的“基础规范—相对规范”结构与主观权利视角形成的“权利产生—权利变动”结构或“权利产生要件—权利变动要件”结构，都具有相同内容的证明责任分配标准，它们与罗马法传统中的“诉—抗辩”结构均是完全对等的证明责

〔81〕 前引〔15〕，普维庭书，第235页，第362页。

〔82〕 参见前引〔15〕，陈荣宗书，第11页以下；前引〔4〕，张卫平书，第283页以下。

〔83〕 值得注意的是，罗森贝克认为，权利受制规范可归入权利妨碍规范，参见前引〔63〕，罗森贝克书，第106页，张卫平序，第6页。

〔84〕 前引〔63〕，罗森贝克书，第104页。

任分配的理论结构。在“诉—抗辩”结构瓦解后，规范说基于“基础规范—相对规范”结构或“权利产生—权利变动”结构，为“谁主张谁举证”规则提供了新的解释模式。在这种意义上，规范说是罗马法传统中的“谁主张谁举证”规则的现代运用形式。

五、中国语境下的“谁主张谁举证”规则

（一）“谁主张谁举证”规则在中外证明责任学说史中的地位

“谁主张谁举证”规则的产生、发展和现代运用构成中外证明责任学说史的主要内容。我国对“谁主张谁举证”规则的继受，可追溯至1907年大清民事诉讼律草案^[85]和1935年中华民国民事诉讼法^[86]的相关规定。1982年民事诉讼法采纳“谁主张谁举证”规则，该规则在此后继受规范说的过程中遭受严厉批评。在继受和批评“谁主张谁举证”规则的过程中，我国的证明责任学说史逐渐形成。在欧陆证明责任学说史中，“谁主张谁举证”规则的产生旨在总结古典罗马法时期的两项证明责任规则，它在中世纪被曲解成消极事实理论，在近现代法中借助规范说获得新的运用形式。

如果比较中外证明责任学说史会发现，在外观形式上，它们呈现出类同的发展轨迹，都实现了从传统的“谁主张谁举证”规则到规范说的转变。然而，在实质脉络方面，中外证明责任学说史经历了完全不同的发展路径。这集中体现在，“谁主张谁举证”规则和规范说之间的关系在中外学说史中各不相同。我国证明责任学说认为，二者是相互抵触的关系：“谁主张谁举证”规则具有诸多缺陷，应当被规范说取代。但在欧陆证明责任学说史中，二者是相容甚至是等同关系：传统的“谁主张谁举证”规则借助规范说的形式，仍得以有效存在于现代法之中。这其中的原因在于，规范说利用“基础规范—相对规范”结构改造了“谁主张谁举证”规则的“诉—抗辩”结构，前者是后者的现代运用形式。我国证明责任学说虽然先后继受作为舶来品的“谁主张谁举证”规则和规范说，却曲解了二者在欧陆证明责任学说史中形成的历史与逻辑关系，最终背离了欧陆证明责任学说史。

（二）中国语境下批评“谁主张谁举证”规则的理由不成立

那么，我国证明责任学说批评“谁主张谁举证”规则的理由是否妥当？该问题是我国证明责任学说不可回避的核心议题，对该问题的回答将决定“谁主张谁举证”规则在我国证明责任规范体系中的地位。

首先，正如文章开头提到的，批评者认为，“谁主张谁举证”规则（民事诉讼法第64条第1款）中“主张”含义不清，不足以作为证明责任分配的基本规则。这其中的原因之一在于，在我们的教科书中，一直不存在关于“主张”概念的明确阐释。^[87]然而，“谁主张谁举证”规则的历史变迁虽然集中表现在“主张”的含义的变化上，但“主张”的含义

[85] 大清民事诉讼律草案第340条规定：“当事人立应证有利于自己之事实上主张。”松冈义正参与起草了该草案，关于该条规定的“谁主张谁举证”规则的评论，可参见[日]松冈义正：《民事证据论》，张知本译，中国政法大学出版社2004年版，第39页以下。

[86] 1935年中华民国民事诉讼法第277条规定：“当事人主张有利于己事实者，就其事实负有举证之责任。”关于该条的评论，参见前引[15]，陈荣宗书，第2页；杨淑文：《民事实体法与程序法争议问题》，台湾元照出版有限公司2006年版，第249页以下。

[87] 参见前引[4]，陈刚书，第229页。

仍是确定的。传统的“谁主张谁举证”规则基于“诉—抗辩”结构分配证明责任，其中“主张”指“诉的主张”与“抗辩的主张”。在近现代法中，“谁主张谁举证”规则的现代运用形式是规范说，它基于“权利产生—权利变动”结构、“权利产生要件—权利变动要件”结构或者“基础规范—相对规范”结构分配证明责任，其中“主张”指“权利产生的主张”与“权利变动的主张”、“权利产生要件的主张”与“权利变动要件的主张”，或者“适用基础规范的主张”与“适用相对规范的主张”。

值得注意的是，“民诉法解释”第91条虽被认为接受了规范说的证明责任分配标准，但在表述形式上另辟蹊径，采“法律关系产生—法律关系变动”结构来划分证明责任。^[88]其中，“法律关系变动”包括三种类型：法律关系阻碍、法律关系消灭、法律关系受制。由于法律关系的核心内容就是权利，“法律关系产生—法律关系变动”结构实质上只是规范说的“权利产生—权利变动”结构的另一种表现形式。“谁主张谁举证”规则也可基于该结构来解释，其中“主张”指的是“法律关系产生的主张”与“法律关系变动的主张”。

关于此点，我们还可再结合文章开头的例子来说明。在原告请求被告返还借款的案件中，由于原告提出“合同成立的主张”以及被告提出“合同不成立的主张”，批评者认为，根据“谁主张谁举证”规则无法决定谁应当承担举证责任。然而，根据对主张的含义的确定，提出主张者显然是原告：根据“权利产生—权利变动”结构，原告提出“权利产生的主张”，其中“权利产生”指要求返还借款的合同权利的产生。根据“权利产生要件—权利变动要件”结构，原告提出“权利产生要件的主张”，其中“权利产生要件”指“合同成立”。在诉讼中，原告提出“合同成立的主张”，实则等同于提出“权利产生要件的主张”。根据“基础规范—相对规范”结构，原告提出“适用基础规范的主张”，即提出适用关于借款返还的请求权基础（合同法第196条）的主张。根据“法律关系产生—法律关系变动”结构，原告提出借款合同“法律关系产生的主张”。

为对抗原告提出的主张，被告须提出“权利变动的主张”、“权利变动要件的主张”、“适用相对规范的主张”或者“法律关系变动的主张”。例如，他可以提出权利受阻的主张（如合同无效的主张）、权利消灭的主张（如已还款的主张）等。但在系争案件中，被告仅辩称合同不成立，这只是对原告的“权利产生主张”的单纯“否认”。也就是说，他未提出任何主张，不承担证明责任。事实上，这是一个在现代证明责任学说中早有定论的问题：被告单纯地否认，不承担证明责任；被告提出抗辩（的主张），应承担证明责任。^[89]

其次，我国证明责任学说还批评“谁主张谁举证”规则仅指主观证明责任，未涉及客观证明责任。^[90]根据现代证明责任理论，证明责任可分为客观证明责任（结果意义上的证明责任）与主观证明责任（行为意义上的证明责任），此即所谓的证明责任的双重含义说。其中，客观证明责任是一种结果责任，它解决的问题是，当案件事实出现真伪不明时应当

[88] “民诉法解释”第91条规定的“法律关系的存在”，在证明责任理论上指“法律关系产生”且“法律关系未消灭”，但从规范目的来看，该条应仅指“法律关系产生”。所以，该条规定的“法律关系存在”的外延过宽，出现隐藏的漏洞，应当采用目的性限缩方法来填补该漏洞（参见[德]拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第268页；黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社2001年版，第397页以下），将“法律关系存在”限定解释为“法律关系产生”。

[89] 须注意的是，在“诉—抗辩”结构瓦解后，此处的抗辩在现代证明责任理论上指的是“权利变动的主张”。

[90] 参见前引[4]，李浩书，第21页。

由谁承担不利后果。主观证明责任是一种行为责任，它涉及在诉讼中特定要件事实应当由哪一方提出证据的问题。由于学说对“谁主张谁举证”规则的这种批评，“证据规定”第2条第2款^[91]明文规定了客观证明责任，即案件事实真伪不明时，由负有证明责任的当事人承担不利后果。该条规定获得了“民诉法解释”第90条第2款^[92]的重复。作为一种裁判规范，客观证明责任规范要求法官在真伪不明时作出不利于负有证明责任的当事人的判决。所以，在我国强调客观证明责任概念，具有防止法官违背证明责任规则恣意裁判的功能，以“证据规定”和“民诉法解释”明确规定客观证明责任概念确有进步意义。

但即便如此，如今仍批评“谁主张谁举证”规则仅涉及主观证明责任，并不妥当。客观证明责任与主观证明责任的区分是19世纪末的证明责任学说的理论成果。^[93]客观证明责任规范涉及的是，法官在真伪不明时进行司法推理（作出不利于承担证明责任一方当事人的判决）的法律方法。然而，实在法很少规定法官推理过程中的法律方法问题，^[94]所以在客观证明责任与主观证明责任相区分之后，立法上仍仅从当事人举证行为（主观证明责任）的角度规定证明责任分配规则。^[95]在立法例中，鲜有如“证据规定”第2条第2款或“民诉法解释”第90条第2款那样明文规定客观证明责任，而学说亦不会以此批评实在法的缺漏。

另外，从法律解释的角度，根据主观解释，应探求立法者在制定民事诉讼法第64条第1款时的主观意思，该条仅指主观证明责任。但如今占主导地位的是客观解释。根据客观解释，应探求该条规范在现今法律秩序中的规范性意义。^[96]如今我国证明责任学说和司法解释普遍接受客观证明责任理论，所以民事诉讼法第64条第1款应当解释为，该条规定的“谁主张谁举证”规则包括双重含义的证明责任。同样地，对于我国台湾民事诉讼法第277条，虽然传统学说仅知主观证明责任，但如今的主流学说已接受证明责任的双重含义说，认为已无必要再限定解释该条，^[97]而应将该条解释为包括双重含义的证明责任。

（三）中国语境下“谁主张谁举证”规则的法律适用

我国证明责任学说对“谁主张谁举证”规则及其与规范说之间关系的曲解，造成法律适用上的诸多冲突问题。不过，我们可基于对“谁主张谁举证”规则的重新解读，在解释论上化解这些法律冲突。

[91] 该款规定：“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。”在“证据规定”中，涉及客观证明责任规范的还包括第73条第2款，“因证据的证明力无法判断导致争议事实难以认定的，人民法院应当依据举证责任分配的规则作出裁判。”不同观点认为，仅第73条第2款涉及客观证明责任，参见周翠：《〈侵权责任法〉体系下的证明责任倒置与减轻规范——与德国法的比较》，《中外法学》2010年第5期，第700页。

[92] 该款规定：“在作出判决前，当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的，由负有举证证明责任的当事人承担不利的后果。”

[93] Cfr. S. Patti, *Prove, Disposizioni generali, Art. 2697 - 2698*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1987, pp. 12 - 18.

[94] 例如，意思表示解释的规则属于此种情形。意思表示解释规则（我国合同法第125条、德国民法典第133条、我国台湾民法第98条）仅指向法官裁判的过程，即要求法官在解释意思表示时应探求当事人的真意等。

[95] 例如，智利民法典第1698条规定：“对债的存在或消灭，主张者负举证责任。”参见《智利共和国民法典》，徐涤宇译，北京大学出版社2014年版。

[96] 参见前引〔88〕，拉伦茨书，第197页以下；梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社1995年版，第205页以下。

[97] 参见姜世明：《举证责任与真实义务》，台湾新学林文化出版事业有限公司2006年版，第16页；姜世明：《民事程序法实例研习（二）》，台湾元照出版有限公司2010年版，第110页。

首先,根据我国证明责任学说,民事诉讼法第64条第1款的“谁主张谁举证”规则具有诸多缺陷应被否定,而“民诉法解释”第91条符合规范说,确立了我国的证明责任分配的基本规则。这种观点引发民事诉讼法第64条第1款与“民诉法解释”第91条的法律冲突,其解决方法只是简单地以后者取代前者,使前者成为具文。然而,“谁主张谁举证”规则的现代运用形式是规范说,“民诉法解释”第91条确立了符合规范说的“法律关系产生—法律关系变动”的证明责任分配结构。该结构同样可以用来解释民事诉讼法第64条第1款的“谁主张谁举证”规则:谁提出“法律关系产生的主张”,谁举证;谁提出“法律关系变动的主张”,谁举证。因此,民事诉讼法第64条第1款与“民诉法解释”第91条实际上规定了内容相同的证明责任分配规则。

其次,我国证明责任学说关于“证据规定”第2条第1款有分歧,有认为该条款重复规定了“谁主张谁举证”规则,不同观点认为该条款确立了规范说的证明责任规则。然而,根据“谁主张谁举证”规则与规范说的等同关系,该条款不论具有哪种属性,都与民事诉讼法第64条第1款具有内容等同的证明责任分配规则。所以,学说上的此一争论并无实际的法律适用方面的意义。

与学说上的观点分歧不同,最高人民法院曾肯定地认为“证据规定”第2条第1款符合规范说,以至于该条款被“民诉法解释”第90条第1款^[98]完全复制。但与此同时,“民诉法解释”第91条也被认为完全接受了规范说。那么,“民诉法解释”第90条第1款与第91条之间关系如何?如果二者均采纳了规范说,又何必在同一解释中重复规定?这种情况表明,司法解释的态度开始变得举棋不定。在司法解释中,新的证明责任规范的制定未建立在对此前相关规范的整合基础之上,导致各项证明责任规范之间体系关系的混乱。其实,根据对“谁主张谁举证”规则的重新解读,“民诉法解释”第90条第1款(“证据规定”第2条第1款)与第91条不论是“谁主张谁举证”规则还是符合规范说,它们均规定了内容等同的证明责任分配规则。法官在裁判文书中,不妨将它们都列为判决的依据。

结 语

在我国证明责任学说中,针对“谁主张谁举证”规则遭遇的批评,不乏学者提出其他应对方法。例如,针对“主张”含义不清的问题,可通过区分否认与抗辩、事实性主张与法律性主张、主张与反驳等方法来界定“主张”的内涵。^[99]但这类研究方法的局限性在于,即便它从规范实证的角度可以厘清“主张”的内涵,但它无法探知“谁主张谁举证”规则与规范说之间的内在联系,也就难以解决该规则在我国遭遇的根本问题。该问题归根结底表现为,我国证明责任学说先后继受“谁主张谁举证”规则与规范说,却割裂了它们在欧陆法律传统中形成的历史与逻辑联系。本文的研究表明,惟有采取“历史—比较—实证”的方法才能有效解决该问题,即首先从“历史—比较”的角度探寻“谁主张谁举证”

[98] 该款规定:“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,应当提供证据加以证明,但法律另有规定的除外。”

[99] 参见前引[4],陈刚书,第232页以下;李秀芬:《反思“谁主张,谁举证”》,《法学》2004年第1期,第113页以下。

规则与规范说之间的关系，再从规范实证的角度解释它们在我国法律体系中的适用关系。

在我国民事审判工作的改革过程中，为减轻法院收集证据的重负，提高当事人举证的积极性，通过立法确立“谁主张谁举证”规则具有重要的法政策功能。^[100]由于欠缺相应成熟的证明责任理论的支撑，该规则起初被简单化理解，经常滋生误会，如原告和被告分别“主张”合同成立和不成立的问题。在这种意义上，我国传统学说批评这种“对该规则的简单理解”，显然具有意义。但问题是，传统学说还将批评集中在“该规则本身”，认为该规则与规范说相比具有诸多缺陷。这种学术研究实际上提出了一个错误的问题。^[101]这不仅因为那些批评“谁主张谁举证”规则的理由均不成立，还因为规范说只是“谁主张谁举证”规则的现代运用形式，二者具有相同的证明责任分配标准。这种以错误问题为对象的学术研究，否定了具有实在法依据的“谁主张谁举证”规则，完全割裂了它与规范说之间的内在联系，引发我国不同证明责任规范之间的法律冲突。我国证明责任学说对作为新理论的规范说的继受，应当注重接续既有的知识传统，梳理它与“谁主张谁举证”规则之间的理论脉络。

Abstract: In the process of doctrinal and practical reception of the Normative Theory in China, the rule “who claims, who proves”, as a substantive law basis, has suffered severe criticism. In Roman law, the first rule on the burden of proof was “*actor non probante, reus absolvitur*” and the second rule was “*in excipiendo reus fit actor*”. By integrating these two rules, the jurists of Emperor Justinian established the “who claims, who proves” rule, which distributes the burden of proof on the basis of the structure of “action-exception”. Through the misinterpretation of this rule, the glossators put forward the Negative Fact Theory, according to which the distribution of the burden of proof is based on the quality of the facts. However, the glossators’ way of perfecting the theory showed a tendency to return to the Roman tradition. Although the rule has been widely adopted in European codes, the structure of “action-exception” disintegrated under the system of subjective rights, and the conceptions of “action” and “exception” have experienced profound changes. The Normative Theory has become the modern application of the rule because its structure of “basic norm-relative norm” provides a new explanation model for the rule. Since the Chinese doctrine of burden of proof has misconstrued the “who claims, who proves” rule, it is necessary to first reconstruct the fundamental theory on the rule, then clarify the relation between the rule and the Normative Theory, and finally resolve the legal conflicts between them in positive law.

Key Words: “who claims, who proves”, Negative Fact Theory, Normative Theory, distribution of the burden of proof

[100] 参见王亚新：《论民事、经济审判方式的改革》，《中国社会科学》1994年第1期，第8页以下。

[101] 根据问题学的基本理论，问题可分为真问题和伪问题，前者可再分为正确的问题和错误的问题。在科研工作中，学术研究的成败经常取决于是否避免了伪问题，以及是否及时地从错误的问题中摆脱出来。参见林定夷：《问题与科学研究——问题学之探究》，中山大学出版社2006年版，第215页以下；林定夷：《科学哲学——以问题为导向的科学方法论导论》，中山大学出版社2009年版，第436页以下。