

司法鉴定概论

(下 册)

郭向东 编著

中国民艺出版社

目 录

民事证明责任“正置”与倒置的划分	259
事实上的推定与法律上的推定	265
举证责任在特殊民事案件中的可分割性	269
论死刑适用的国际标准与国内法的协调	291
对我国建立证据开示制度的思考	312
举证责任倒置的有限性	324
民事证据举证时限制度刍议	328
传闻证据规则研究	334
谈医疗服务中的知情权与决定权	357
浅论最高法“民事证据规则”审前程序设计存在的问题	362
确立人格尊严权，建立有中国特色的反性骚扰法律体系	367
精神病院内医疗纠纷案件的司法鉴定	396
从亲子鉴定问题看标准化 规范化管理的重要性	400
浅议办理个人委托亲子鉴定应注意的问题	406
视神经损伤的电视野检查及其与 LED - VEP 相关性探讨	410
论刑事案件证人“必须”出庭作证	415
从隐私权的角度看以秘密手段获取的证据的效力	421
从举证责任看限制自认的效力	425
关于刑事诉讼证据展示制度有关问题的探讨	429
新证明标准之比较分析	435
举证责任倒置的适用及实践中应注意的问题	444
司法精神鉴定不一致的初步探讨	449
自由心证是程序公正的终点站——关于自由心证 问题研究的理念式大纲	451

法庭上的 DNA.....	462
对射靶残留物定量分析判定射击距离的研究.....	473
精神分裂症患者潜在人格特点分析.....	477
试论人身伤亡精神损害赔偿.....	480
浅谈司法会计侦查.....	485
论知识产权诉讼中科技知识的鉴定.....	490
机械性损伤尸体检验 GA/T.....	498
国家队运动员伤残保险事故程度分级标准.....	505
革命伤残军人评定伤残等级的条件.....	513
职工工伤与职业病致残程度鉴定标准.....	519
职工非因工伤残或因病丧失劳动能力程度鉴定 标准(试行).....	522
家庭装饰工程质量规范.....	528
企业债务重组业务所得税处理办法.....	539
浅析倾向性鉴定结论.....	542
补充鉴定和重新鉴定.....	551
司法鉴定制度运行环境研究.....	552
我国司法鉴定制度发育的法律文化传统.....	554
我国司法鉴定制度成长的法律制度环境.....	556

民事证明责任“正置”与倒置的划分

无论是对我国理论界还是实务界来说，举证责任（实应为证明责任）倒置都不是陌生的术语，尽管对其实质含义有着不同的模糊理解。从逻辑上讲，有倒置，必定有其对称的“正置”，不过现实中只在潜意识里存在或因共同认可而没有明确提出这个字眼罢了。我们认为，确立一个较为合理的“正置”基点，那么倒置才有其存在的合理性，而目前广泛存在不同的倒置说法及不同的适用范围，与没有确立较为合理的“正置”学说有着极大的关系。人们往往是从个人理解的“正置”出发，进而阐发个人的倒置理论的。

要划分“正置”与倒置，首先必须明了“正置”与倒置的对象是什么。这是一个前提问题，这个问题如果现出混乱，“正置”与倒置的划分必然出现混乱。我国立法对倒置范围的界定就是明证。民事举证责任包括两个方面：主观责任和客观责任，或称行为责任和结果责任。（注：李浩：《民事举证责任研究》[M]．北京：中国政法大学出版社，第19页。）结果责任又称证明责任，为统一术语，本文下称证明责任。行为责任是指在具体的诉讼中，当事人为避免承担败诉风险向法院提供证据。这种责任会在双方当事人之间来回移动，它只有先后之分，并无独家承担之果。在实践中一般是原告先提供证据，随后被告提供证据，再接着原告举证，再接着被告举证，依次循环下去，直至双方无证可举为止。证明责任是指法庭辩论结束后，案件事实仍处于真伪不明状态，任何一方都未能说服法官时应当判

谁败诉的问题。在这种情况下，只能有一方败诉，故证明责任不会在当事人之间出现来回移动的现象，它总是存在于一方当事人身上。应当把这种败诉风险依据什么原则放在谁身上便是证明责任分配原则需要解决的问题。由此可以看出，既然行为责任会在当事人之间来回移动，自无倒置一说。证明责任只能存在于一方当事人身上，当其从经常归属的一方当事人身上挪走转移到另一方当事人身上时，便出现了倒置。因此，民事举证责任倒置是指证明责任的倒置。’

其次要知道倒置是相对于正置而言，离开了正置这个参照物，也就无所谓倒置不倒置。由于证明责任的分配只在讼争的相对双方进行，即“提出主张者”和相对方之间，表现在诉讼中即为原告和被告之间。如果一般情况下，由“提出主张者”负担证明责任谓之“正置”，那么例外时由相对方负担证明责任则称为“倒置”，反之亦然。比如，在侵权行为法中，若将一般侵权中的过错归责作为“正置”，过错推定归责、无过错归责就是“倒置”。再比如，若将《合同法》第 107 条和第 120 条确立的严格责任原则作为“正置”那么，第 189、191 条赠与合同、第 303 条客运合同、第 320 条多式联运合同、第 374 条保管合同、第 406 条委托合同采用的过错责任原则就属于“倒置”。首次背叛“正置”的“倒置”，因其反差极大，能给人留下深刻的影响。随着倒置次数的增多，倒置成为一种制度后，再需要时一般就根据已形成的倒置制度下判，此时若不意识与正置进行比较，则难以发现举证责任是否已经倒置。很明显，如果确定了“正置”是什么，那么“倒置”的问题也就容易说清楚了。

我们认为，将“提出主张者负担证明责任”视为举证责任分配的“正置”较为合适。这与“谁主张，谁举证”不同，“谁主张，谁举证”存在歧义，既可以指提供证据，也可以指承担证明责任，既不便于学术交流，也不合学术规范。“提出主张者

负担证明责任”的含义较“谁主张，谁举证”明确。其中，主张指当事人陈述有利于自己的法律效果或主要事实，它包括法律上的主张和主要事实上的主张。对于法律上的主张，在法官知法的条件下，当事人无须对其真实性负担证明责任。对外国法当事人是否要承担证明责任，世界各国存在区别。（注：参见徐卉：《外国法证明问题研究》[A]，《诉讼法论丛》第3卷[M]，北京：法律出版社。）对于主要事实的主张，在辩论主义下，当事人要负担证明责任，即当事人对已主张但没有证明的主要事实或已作了证明但未能说服法官的事实负担因此产生的不利诉讼后果。具体指主张权利或法律关系存在的当事人，须对权利或法律关系发生要件事实负担举证责任；主张权利或法律关系发生存在阻碍的当事人，对存在阻碍权利或法律关系的要件事实负担举证责任；主张原来存在的权利或法律关系已经或者应当变更或消灭的当事人，须对存在变更或消灭权利或法律关系的要件事实负担举证责任；主张不存在阻碍权利或法律关系变更或消灭的要件事实的当事人，对要件事实的存在负担举证责任。仔细一看就可发现，我们确定的“正置”便是以罗森贝克为代表的法律要件分类说。“质言之，举证责任倒置必须以法律要件分类说为基础方能展开，离开这一基础，举证责任倒置将无从谈起。”（注：左卫民 陈刚：《民事诉讼证明责任的法理与反思》[J]，《清华法律评论》，1998.1（总第一辑）. 第181页。）

确立了举证责任分配“正置”这个参照物，再确定“倒置”的含义与范围就容易多了。我们以“提出主张者负担证明责任”作为举证责任分配的“正置”，那么，“免除提出主张者的证明责任而由其相对方来负担”则为举证责任的倒置。但以什么样的标准将举证责任由“提出主张者”倒置给相对方，同样是值得研究的问题。举证责任倒置的标准归根结底要体现“公平、正义”这一法律最高准则，同时还必须与立法的宗旨保持和谐

一致。具体来说，应当考虑：（一）证据距离。如果负担证明责任的“提出主张者”远离证据材料而又缺乏必要的收集证据的条件与手段，而占有或接近证据材料有条件有能力收集证据的相对方却不负证明责任，那就势将造成显而易见的不公平。这种情况下应当考虑证明责任分配的倒置，如有关产品质量方面的诉讼。（二）举证能力。如果负担证明责任的“提出主张者”从人力、物力、财力及专业知识、技术能力、检测手段等方面来说都不如相对方，而相对方收集证据的能力明显地超过“提出主张者”，若拘泥“正置”将显失公正，则应当实行倒置，如有关环境污染方面的诉讼。（三）证据所持。若重要的诉讼证据为负担证明责任的“提出主张者”的相对方掌握或控制时，对方也可能不愿或不能给予应有的善意协助，如因害怕败诉而不提交重要书证、因将物证、书证丢失、损坏而无法提交，或是以威胁、购买等方式阻碍证人出庭作证。此时，导致要件事实真伪不明的责任显然不在负担证明责任一方，若按举证责任“正置”原则处理而由此产生的不利诉讼结果判归由负担证明责任的一方负担，显然与法律“公平、正义”的本质背道而驰。此时应当考虑实行举证责任倒置，如有妨碍对方举证行为方面的诉讼。（四）实体法立法宗旨。如果机械适用“正置”的举证责任分担方式将与实体法（尤其是侵权行为法）的立法意图、价值判断发生冲突，有悖实体法设置的保护经济上弱者的思想，同样应当实行举证责任倒置。应当指出，这种实体法（多为侵权行为法）最初是由程序法创制出来的。非常清楚，初次的以保护经济上的弱者为出发点而实行举证责任倒置的案例绝对不是依据实体法的立法宗旨而实行的，这也应合了谷口安平先生关于“程序法是实体法之母”的理论。“在这里，完整的私法实体并不一定必然存在。”社会仍通过一定程序在不断地解决纠纷，并通过这样的解决过程逐渐地形成了实体法规范。（注（日）

谷口安平著 王亚新 刘荣军译：《程序的正义与诉讼》[M]，北京：中国政法大学出版社，1996.第68页.) (五) 盖然性及经验规则。具体而言，当事实处于真伪不明状态时，根据统计资料或人们的生活经验，如果“提出主张者”证明该要件事实为“真”或“假”远没有相对方证明此事实为“假”或“真”来得容易且更接近客观事实，例如“提出主张者”证明为“真”相当困难而相对方证明为“假”却相当容易，此时相对方仍然不能证明为“假”，则可免除“提出主张者”负担举证责任而实行倒置。(六) 政策。政策是指“国家或政党为实现一定历史时期的路线而制定的行动准则”。(注：《现代汉语词典》[M]。北京：商务印书馆，1983.第1477页。)作为上层建筑重要组成部分的法律，是统治阶段意志的反映，而政策是统治阶级特定历史时期利益指向的反映，两者在维护和实现统治阶级利益方面的作用是相同的。特别是国家建设日新月异的社会，国家或政党为达到维护特定群体利益、构建市场秩序、引导既定方向等目的，也可能通过举证责任的分配来实现。“对这些无论哪一方积极举证都有困难的事实，法律规定其中哪一方负担举证责任，就在适用法律时产生重大差异。”(注：(日)兼子一 竹下守夫著 白绿铨译：《民事诉讼法》(新版)[C]，北京：法律出版社，1995.第110页。)此时，政策的倾斜作用便凸现出来。(七) 公正。公正虽然是个历史的、相对的概念，但人类社会依然存在某些公认的价值取向，而公正性、合理性正是这种崇高价值的内核(注：沈宗灵 主编：《法理学》[M]。北京：高等教育出版社，1994.第47~50页。)作为法律最高准则的公正，不但单独作为举证责任分配标准有其价值，而且它还渗透到其他分配标准当中去。不难发现，上述分配标准除政策外，每个因素中都闪现着“公平、正义”的影子。

现在我们可以看看我国举证责任倒置到底存在什么问题。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见第74条规定：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。这些侵权诉讼包括：(1)因产品制造方法、发明专利引起的专利诉讼；(2)高度危险作业致人损害的侵权诉讼；(3)因环境上污染引起的损害赔偿诉讼；(4)建筑物或者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。国内立法和学理均把这一规定视为举证责任倒置。

(注：王怀安主编：《中国民事诉讼法教程》[M]，第157页。北京：人民法院出版社，1992。常怡主编：《民事诉讼法学》[M]，第167页。北京：中国政法大学出版社，1994。)这种理解存在两个问题：一是把不属于举证责任倒置的误认为倒置。第(2)和第(5)中情形根本就不是倒置。因为这两种情形适用无过错归责，原告除不用证明被告有过错外，其他侵权构成要件仍需证明。证明责任也没有从原告身上转移到被告身上，倒置从何产生呢？第(1)和第(4)种情形因适用过错推定归责，原告不用证明被告存在过错，有被告自行证明自己没有过错。相对于过错归责中由原告证明被告有过错的“正置”，现由被告证明自己没有过错自然就成了“倒置”。在第(3)种情形下，目前立法规定原告仍需按过错归责原则就四个构成要件承担证明责任，自不存在倒置问题，实践中有法院改由被告证明不存在因果关系，相对于立法而言实现了倒置。二是遗漏了其他应适用举证责任倒置的情形。如对方当事人毁灭证据，妨害取证等情形。(注：探讨民事举证责任倒置的相关文章可以参见张卫平《证明责任分配的基本法理》[J]，载《证据法论坛》第一卷；左卫民 陈刚：《民事诉讼证明责任的法理与反思》[J]，《清华法律评论》，1998.1。王学棉：《民事举证责任倒置浅析》[J]，载《华北电力

大学学报》(社科版)2000年第1期.)

此时,我们再对举证责任的二重含义作一反观。就能发现民事举证责任倒置实质上意味着“潜在的不利益”由一方转置给相对方,是一方完全免除而相对方完全负担这种“不利益”的情况。如果其中包含着行为意义上的举证责任,则意味着一方当事人绝对的不再向法院提供证据,而这与诉讼实际显然大相径庭。因此,我们不妨将“行为意义上的举证责任”称为举证行为,并强调个人“对自己的行为负责”。而且,我们注意到,在我国最先提出双重含义说的李浩教授也对他的这种观点作了修正。(注:李浩:《证明责任:民事诉讼的脊椎》[J],《中国律师》,1999年12期。)

事实上的推定与法律上的推定

两种推定及其区别

推定就是根据已经存在的一定事实,假定另一事实的存在。前一事实称为基础事实,后者称为推定事实。推定包括法律上的推定和事实上的推定。

法律上的推定是指,根据法律的规定,当基础事实存在时,必须假定推定事实存在。至于该事实是否合乎逻辑地出自基础事实,在所不问。这种基础事实的确立,在诉讼中或是根据证据所认定,或是根据法则所认定(如由于法院认知)。推定是因该事实的确立,根据法则而作出的关于另一事实的假定。因此,推定本身并非证据,而是一种证据法则。

法律上的推定成立的条件是:没有别的证据与被推定的事

实相冲突。它只能为案件事实提供表面看来确实无疑的证明，这种证明可以被否定它的证据或与它相冲突的更有力的相反的推定所推翻。例如十八世纪美国奴隶制存在的时期，在那些拥有奴隶的各州中，曾经存在过这样一种表面看来不容置疑的推定：每一个黑人或黑白混血儿都是奴隶，除非他能够证明自己是一个自由民。其他实例，如失踪满7年以上的人推定已死亡；父母以子女的名义购置的财产推定为赠与不构成信托。

事实上的推定，本质上属于推论。它是根据经验法则和逻辑规则进行推理而得出的结论。就是说，当事实X在诉讼中已经确立时，则事实Y的存在，可以用一般的逻辑法则推出。例如，当审理事实的人，认定事实X存在时，即得推定事实Y存在。事实X为基础事实，它与事实Y之间，存在着合理的或然性，因而适用逻辑法则推而得之。这种基础事实，在法律上应该是明晰的事实。该事实的确立，不限于以证据证明的事实，其他如法院所认知的事实（显著事实），或职务上已知的事实，均可以作为基础事实而进行推论。

事实推定的内容繁多，如一个人生存这一事实可从他在前一个星期活着、身体健康的事实中推定出来；从一个人隐藏证据这一事实，可以作出该证据对他不利的推定等。英国学理和判例有一个未解决的难题，即可反驳的事实推定是否只影响举证或者其本身具有一定的证据力量。这一问题的重要性在于：如果事实推定本身并没有证据力，那么当对方提出其他证据方式时，法院将根据这些方式作出裁决，该事实推定将不产生任何效果。

事实上的推定是对事实所作的推定，但是法律并不要求审判人员必须作出这种推定，而只是提醒他们可以作出这种推定。因此，事实上的推定与法律上的推定的差别在于：法律在前一种情况下不要求法院适用推定，而在后一种情况下法院不但可

以而且必须适用推定。对事实推定的本质可以作这样的描绘：当事实 X 得到证明时，陪审团就可以作出关于事实 Y 的结论——这是陪审团在每一个案件终结时都要面临的任務。基于以上描绘，我们可以认为，事实上的推定是以间接证据为依据的，因此，这种推定与法律上的推定相比而言，是一种较脆弱的推定。在一个案件中有证明力的间接证据，在另一个案件中可能没有。

对推定的反驳

无论法律上的推定还是事实上的推定，都应该允许反驳。这是由推定的不精确性或盖然性所必然得出的结论。对于两件事实，例如，一件是诉讼中发生的尚待证明的事实，另一件是人们已经掌握的有关案件的证据事实，或者简而言之，一件是待证事实，一件是证据事实，它们之间存在完全相合与不完全相合或根本不相合三种情况。或者说，同时存在真理的相合说与盖然性的相合说两种情况。但是，对于发生在不同场合的不同案件，这两种相合说的概率决不是相同的。特别是在推定的场合，真理的相合的概率肯定要低于盖然性相合的概率，这是由推定的不精确性所决定的。从诉讼意义上来说，允许对推定进行反驳还有另外一种理由，即推定所依据的经验或常识有时沾染了理论，而理论有的是有偏见的，欠公允的。因此，在审判实践中，审判人员依靠经验或常识进行推理尤需慎重。

反驳推定的方式有两种：直接反证和间接反证。例如，对某主要事实 A 负举证责任的原告，证明能推定 A 存在的 a、b、c 三个间接事实，而且根据这些间接事实推定主要事实 A 被得到证明时，被告却直接争执原告所证明的主题 a、b、c 的不存在，并提出其不存在的证据，以阻碍推定 A 的存在，这叫做直接反证。但是，被告为了阻碍 A 被原告证明，也可以用其他的间接事实 d、e 来认定 A 不存在。从这种方法来看，作为不

负举证责任的一方，被告的证明方式是反证，即把主要事实A带到真伪不明的状态。然而，它不是直接争执原告所证明的主题，所以叫做间接反证。直接反证与间接反证的区别在于：在前一种情况下，被告的证明活动是把a、b、c带进真伪不明的状态就可达到其证明目的；但在后一种情况下，法官以确信d、e的存在为基础，适用经验法则来推理A不存在的可能性，其结果使A成为真伪不明的状态，从而达到被告证明活动的目的。那么，是否可以说“直接反证只适用于事实上的推定，间接反证只适用于法律上的推定”呢？否。无论法律上的推定或事实上的推定，都可采用直接的反证。不过，在法律上的推定情况与在裁判上的推定情况不同，不能只满足于达到可疑程度，动摇心证的反证，而是要达到推定事实不存在程度的证明。在日本，法律对推定（包括法律推定和事实推定）的目标要求在日本民事诉讼法中有所体现，而且是把这种要求的程度差别作为区分法律推定和事实推定的标准。不过英美法上无此要求，其法律推定与事实推定的区分标准在于强求法官适用前者，后者之适用与否取决于法官的意志。

显而易见的推定

显而易见的推定是事实推定的一种特别情形，有的学者称之为过错推定。这种推定是指以高度盖然性的经验法则为基础，从侵权行为等客观事实的过程中（如医生剖腹手术把手术刀留在病人腹腔内，或因堆积的木材突然倒塌而使行人受伤等），直接推定具有符合法律所规定的如过失或因果关系等过程要件，无须主张具体事实和证明的理论。虽然没有具体事实的主张和证明，却从外观上认定过失或因果关系已被证明，所以也叫表见证明。在通常情况下，要想认定过失和因果关系的存在，必须主张和证明相应的具体事实。但是，在假如没有那种过失或那种因果关系就不可能发生那样结果的确实性很高的经验法则

成立的情况下，则可以直接推定过失和因果关系，使主张其存在的当事人无须主张和证明相应的具体事实。相反，对方当事人必须主张和证明具体事实，并推断过失和因果关系不存在。

举证责任在特殊民事案件中的可分割性

举证责任倒置理论从工业化时代起诞生至今，已经有 100 年多年的历史。现在它已成为举证责任分配理论体系的一个重要组成部分。但是，在司法实践中，举证责任倒置带来了一个值得注意的问题，迄今依然困惑着人们。按照学界的一般观点，举证责任的倒置意味着被告承担举证责任，原告不承担举证责任；对此，处于审判实践战线的人抱怨说：在特殊民事案件中，将全部案件的举证责任强加给被告承担，对被告过于苛刻。一位作者在谈到方法专利侵权案件时曾经批评了将所有举证责任统统加给被告的错误做法。他写道：“对 1993 年以前申请或者已经授予专利权的制造方法发明专利，发生侵权纠纷时，在举证责任上仍应依照专利法之规定，一律实行举证责任倒置。即由制造同样产品的单位或者个人（被控侵权人）提供其产品制造方法的证明。只要原被告之同制造的产品相同，专利权人认为或者怀疑被控侵权人是使用专利方法制造的产品，就可以提起方法专利侵权诉讼，这时就应当实行举证责任倒置。可见，这一规定对专利方法所制造的产品范围并没有加以限定，对专利权人方法专利的保护于宽泛，对被告的要求过于苛刻。”

这种批评是十分中肯的。那么，在特殊民事案件中，为什么会出现所有举证责任都由被告承担的局面呢？从司法实践上讲，主要是由于在特殊民事案件中举证责任没有被分割。从理论上说，则是由于没有对特殊民事案件中举证责任的可分割性问题作出任何富有成的探讨。在过去的实践中，通常认为，普通的民事案件中，举证责任由原告承担，而在特殊的民事案件中，被告就应当承担举证责任，这就意味着，被告必须对所有的法律要件事实承担举证责任。这种对被告的举证责任范围不加以明确限制的做法，往往会导致不利于被告的诉讼结果。为了防止这种对被告的过于苛刻的举证责任，就需要将举证责任加以分割。

在特殊民事案件中分割举证责任具有重要的意义。第一，可以防止将所有举证责任强加给被告的不当做法，以维护起码的公平原则。第二，有利于原告和被告分别准备各自的诉状和证据资料，以加速庭审的进程。如果不分割举证责任，则原告认为自己无任何举证责任，就会怠于搜集证据，不利于庭审的顺利进行。第三，有利于法官判案的公平性。如果不分割举证责任，审判人员在分配举证责任时，就可能发出错误的指令，即出现本来是原告的举证责任却指令被告承担，或者本来是被告的举证责任却指令原告承担，这样一种“张冠李戴”的不合理情形。

下面我将围绕举证责任的分割问题进行探讨，以期裨益于该领域的司法实践。

二、举证责任被分割后的三种形态及其区别

当举证责任被分割成后，将呈现三种形态，即总的举证责任、原告的举证责任与被告的举证责任。

一是总的举证责任与原告的举证责任之间的区别。

这两种举证责任的差别主要体现在责任程度上。总的举证

责任是十分沉重的，而原告的举证责任相对来说是比较轻的。如果原告履行了这种举证责任，就获得胜诉的判决，那么对他来讲就太便宜了，对被告也不公平。相反，因为这种举证责任并不难于履行，所以，假如他连这种举证责任都履行不了，则明显说明他的诉讼请求难于成立。他只能得到败诉的判决。这对他没有什么不公平。

二是总的举证责任与被告的举证责任之间的差别。

这两种举证责任的区别不在于责任程度，而在于时间的先后。在通常情况下，就总的举证责任而言，当诉讼开始时，就应当有人承担。如果没有人承担举证责任，一个案件就无法审理下去。既然总的举证责任包含原告的举证责任和被告的举证责任，那么应当由发动诉讼机制的原告先承担举证责任为宜。只有到后一阶段，才由被告承担举证责任。在责任的程度上，被告的举证责任与总的举证责任达到了重合，换句话说，总的举证责任的沉重性就由被告的举证责任来体现。

三是原告的举证责任与被告的举证责任的区别。

这两种形态的举证责任之间具有明显的区别。一是时间上的区别。在诉讼过程中，从时向上说，应当先由原告承担举证责任，被告暂时不承担举证责任；当原告胜利地完成了自己的举证责任之后，被告再承担法定的属于自己的举证责任，这时原告不承担任何举证责任。因此，两者在诉讼中分别承担着各自自由法律赋予的举证责任，决不会发生冲突。二是效果上的区别。就原告来说，在他胜利地完成了自己的举证责任之后，他并不必然胜诉，而是由被告承担法定的属于自己的举证责任。如果原告不能完成自己的举证责任，则面临败诉的风险。就被告而言，如果他胜利地完成了自己的举证责任，他即赢得胜诉的判决。反之，他就败诉。由此可见，在特殊民事诉讼中，举证责任被分割成两种不同的形态，在理论上是合理的，对于审

判实践也不存在任何阻碍。这不但解决了英美证明责任分配学说无法解决的问题，而且是符合公认的举证责任原理的。

或许有人担心，举证责任一旦被分割，就可能无法弥合与统一。这种担心是多余的。我们已经看到，举证责任被分割之后，在履行的时间上有先有后，先原告履行后被告承担，不存在两者冲突的可能。因此，到诉讼结束的时候，两种形态的举证责任实际上已经构成一个完整的统一体。这样，在特殊民事案件中，举证责任将经历一个由统一走向分割，再走向统一的过程。

三、举证责任的可分割性与英美举证责任分层学说

这里首先需要考察的是英美证明责任分层学说是不能减轻被告的举证责任？

在特殊的民事诉讼中，实行举证责任倒置后，英美证明责任分层学说能减轻被告的过于苛刻的举证责任吗？我们假定它能做到这一点。假如不分割举证责任，假如特殊的民事案件完全实行举证责任倒置，由被告承担完全的所有要件的举证责任，就会出现下面两种情况：第一，原告在没有对某些法律要件事实进行有效的证明之后，法院依据“提供证据的责任”，判决原告败诉。这与“提供证据的责任”的法律后果是相悖的。第二，原告在没有对某些法律要件事实进行有效的证明之后，法院却依据“被告在本案中承担举证责任”的原则，要求被告继续履行其举证责任，证明某些法律要件事实的不存在。这显然难以服人。被告会说：“既然原告提出的主张和请求的依据都不成立，怎能要求我承担举证责任呢？为什么不驳回原告的起诉呢？”被告的提问是合理而有力的。

因此，在特殊案件中，英美证明责任分层学说在减轻被告的过于苛刻的举证责任方面，显得无能为力。如果将举证责任加以分割，就可以避免适用英美证明责任分配学说所引起的不