

民事诉讼中的举证责任倒置

曹 晖

[摘 要] 举证责任倒置作为举证责任分配的一种特殊形式,其对平衡当事人之间的利益,维护当事人的合法权益具有重大意义。其目的是维护社会最基本的公正、正义,维护社会弱势方的合法权益。

[关键词] 举证责任;倒置;正置

[中图分类号] DF6 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2009)05-0628-05

举证责任倒置是民事诉讼中重大的理论与实践问题,是相对于证明责任分配的原则及“正置”而言的。作为举证责任分配的一种特殊形式,其对平衡当事人之间的利益,维护当事人的合法权益具有重大意义。从字面上看“举证责任倒置”由“举证责任”和“倒置”两部分组成,本文由此展开分析。

一、对举证责任的理解

举证责任又称“证明责任”,这一术语最早出现于罗马法初期。德国著名诉讼法学家罗森贝克指出证明责任制度是“民事诉讼的脊梁”,足见证明责任制度在民事诉讼中的地位 and 作用^[1] (第 63 页)。在民事诉讼中,证明责任是指应当由当事人对其主张的事实提供证据并予以证明,若诉讼终结时根据全案证据仍不能判明当事人主张的事实真伪则由该当事人承担不利的诉讼后果。这种理解在理论界已经成为一种通说,但对证明责任的认知也存在一个由浅入深的过程,不同时期对其含义也存在不同的理解。

在大陆法系,证明责任起初只有一种含义,即当事人就自己所提出的主张而向法院提供证据的行为责任。1883 年,德国诉讼法学者尤利乌斯·格尔查在其著作《刑事诉讼导论》中首次将举证责任区别为主观举证的举证责任和客观的举证责任。所谓“主观的举证责任”是从举证行为的角度下定义,即当事人为了避免败诉而向法院提出证据的责任;而所谓“客观的举证责任”又被称为“结果责任”,指在案件事实存在与否真伪不明时,由一方当事人承担的受到不利裁判的后果。

英美法系情况也是如此,一开始并未将举证责任作实质上的和形式上的划分。直到 1890 年,美国学者塞耶才在其论文《证明责任论》指出证明责任有两种含义,并在 8 年后的成果中进行论证:第一种含义是指:“提出任何事实的人,如果该事实为对方所争执,他就有承担特殊责任的危险——如果在所有的证据都提出后,其主张仍不能得到证明,他就会败诉。”第二种含义是指:“在诉讼开始时,或是在审判或辩论过程中的任何阶段,首先对争议事实提出证据的责任。”

在我国对证明责任含义的认知也经历同样的过程。除去行为责任说已失去市场外,双重含义说具有其合理因素,现有不少学者持有双重含义说。李浩教授首次在国内发表的论文中提出双重含义说的观点,该观点认为“举证责任”有两个基本含义:一是指谁主张就由谁提供证据加以证明,即行为意义上的举证责任;二是不尽举证责任,应当承担的法律后果,即结果意义上的举证责任的承担。“举证责任既表现为十分具体的诉讼活动,即提供证据的活动;又与一定的法律后果即不提供证据或提供证据不充分

的法律后果相联系。它有主观举证责任和客观举证责任两种含义。”^[2] (第21页)双重含义说使这两种责任成为证明责任的统一又对立的两个方面。

由此观之,无论大陆法系、英美法系,抑或我国目前多数人的观点都认为举证责任包含两重含义,且两层含义的内涵也基本相同,即行为意义上的举证责任和结果意义上的举证责任。

但是,把一些学者的观点加以比较,可否认为举证责任包含三层含义更为合理。一提供证据的责任;二说服责任,即使法官对证据形成初步的心证;三举证不利的结果担当责任。以叶自强研究员的观点为例,按照叶自强研究员的分析,设:举证责任=M,提供证据的责任=S,说服责任=R,则 $M > (S_1 + R_1)(S_2 + R_2)(S_3 + R_3) \dots (S_n + R_n)$ 。在每一次攻击行为中,原告都承担着提供证据的责任和说服责任,即对他所提供的证据加以说明,使法官相信其提供的证据真实、有力、可信。在每一次行动中,提供证据的责任是具体的,说服责任也是具体的。在诉讼中,总的举证责任取决于每次具体的行动,取决于原告是否能够利用每次攻击行动成功地完成说服责任^[3] (第102页)。与别的一些学说相比,这里没有包含“结果责任”即案件事实真伪不明时不利后果的承担。而这对于完整意义上的举证责任来说是不可缺少的。因此,上面的公式可否改为,设:举证责任=M,提供证据的责任=S,说服责任=R,结果责任=T,则 $M = (S_1 + R_1 + T_1)(S_2 + R_2 + T_2) \dots (S_n + R_n + T_n)$ 。当然 T 是隐性的,是依附别的要素而存在的。

二、“倒置”与“正置”

证明责任规范的实质是在案件事实不明的场合,谁最终承担不利的后果。证明责任的分配是证明责任的核心问题,对它的分配直接关系和影响着一方当事人实体权利的实现,比认识证明责任更重要或更具有现实意义,所以,一些学说的代表人物甚至认为研究证明责任就是为了阐明证明责任的分配^[4] (第76页)。

举证责任倒置是证明责任分配的重要组成部分,在民事诉讼规则中具有重要的地位,但也被认为是民事诉讼领域最容易引起歧义的术语之一。没有“正置”来谈所谓“倒置”是没有意义的,那么何谓“正置”呢?或者说举证责任倒置应该在什么语境下来谈呢?所谓“正置”就是指“谁主张谁举证”原则,而举证责任倒置正是相对于这一“正置”原则而提出的,是与“谁主张谁举证”相对应的概念,二者间是相辅相成、互为补充的,构成了完整的举证责任分配体系。

目前,对举证责任倒置存在这样几种观点:(1)从举证责任分配原则的法律要件分类说出发,认为“证明责任倒置”是证明责任分配一般原则的例外,即将原来的由原告负担的证明责任予以免除,而就该待证事实的反面事实由被告负证明责任。(2)认为民事诉讼举证责任的一般原则是“谁主张,谁举证”,但有些情况下,依分配的公平原则,由提出主张的相对方负举证责任。3、从规则的法定主义立场出发,认为举证责任倒置是指在民事诉讼中,基于法律或司法解释的规定,由被告承担举证责任的例外规则^[3] (第101页)。

但多数学者还是认同第一种观点,认为举证责任倒置不是在任何证明责任分配学说下都产生的需要。它的产生有特定的前提,即实行法律要件分类说的证明责任分配原则,更为准确的说,应以罗森贝克的学说为基础,即主张权利存在的人,应就权利发生的法律要件事实负证明责任;否认权利存在的人,应对存在权利障碍要件、权利消灭要件或权利排除要件事实负证明责任。之所以这样说原因如下:

1.在英美法系,举证责任分配的理论主要是利益衡量说。学者们一般认为具体诉讼中的证明责任分配情况各异、错综复杂,举证责任的分配不存在一般性标准,因而事先很难制定出一套分配证明责任的标准,而只能针对案件事实的具体情况个别地做出判断。在确定具体事实的证明责任应由哪一方当事人承担时,需要综合考虑:政策、公平、证据之距离、盖然性等各种相关因素。在遇到证据分布不平衡的状态时,规定了证据开示程序,准许每一方当事人向对方寻求自己所需要的与本案有关的证据,从技术上取代了举证责任倒置的功能。英美法系提出举证责任分配时需综合考虑的这些因素,看似挺周全,但由于考虑因素过多而忽视他们也存在排斥的情形,所以整体来说还是不太圆满。

2.在大陆法系,规范说中以罗森贝克的法律要件分类说占主导地位,并由此衍生出一系列学说。法

律要件分类说的基本理念是依据待证事实符合的法律构成要件的不同进行分配,凡主张法律关系存在的当事人,应就该法律关系发生所须具备的要件负担证明责任;主张法律关系变更或消灭的当事人,应就法律关系变更或消灭所须具备的要件负担证明责任^[5](第 82 页)。该说过于注重法律规定的形式构成,完全不考虑举证的难易,以及对权利救济的社会保护,影响了证明责任分配的实质公平与公正,因而需要对罗氏的法律要件分类说进行修正调整,也就产生所谓“举证责任倒置”。

在大陆法系,以反规范说为背景,认为举证责任倒置也无存在之必要。反规范说应该说是规范说的一种修正,其试图摒弃规范说以法律条文的形式分类确定证明责任的“法学形而上学”的方法^[1](第 60 页)。该说不再维持抽象的形式标准,而考虑到利益衡量、公平、权利救济等实质因素,试图建立多元的分配标准。由于该说在技术上已经考虑到证据分布的不平衡,因而也无须举证责任倒置。

3. 关于举证责任倒置的提法,在理论界争论很大。举证责任倒置从表面上理解是由对方(或己方)举证,举证责任的主体发生了对换。从逻辑上讲,倒置必须以正置为前提,但何为正置呢?我国理论界尚未就正置达成共识,在此情况下,自然无从“倒置”。目前“谁主张,谁举证”还不能成为“正置”,是因为这一口号的术语并不精准。“主张什么,举证什么”没有清晰的表述出来,以此作为“正置”来实行举证责任倒置显然缺乏一个坚实的基础,而从规则的法定主义立场出发来解释举证责任倒置也缺乏科学性。

由此观之,英美法系的利益衡量说或是大陆法系的“反规范说”都不是举证责任倒置产生的土壤,而只有在法律要件分类说的基础上才有举证责任倒置的需要。而事实上,我国作为一个受大陆法系影响深远的国家,在举证责任分配上也深受罗氏法律要件分类说的影响,其作为证明责任分配的一般规则是客观存在的。因此,所谓“正置”就是罗森贝克的法律要件分类说,所谓“倒置”就是对其修正与调整。

三、倒置的对象及其特点

举证责任倒置最早是在德国通过一系列判例确认的规则。德国判例所采取的做法:一是直接利用德国民事诉讼法关于自由心证的规定,由法官根据案件的具体情况进行判断;或是采取表见证明的方法,令妨害证明的当事人负证据提出的责任;二是采取举证责任转换的方法,令妨害证明的当事人负担客观举证责任,而应负举证责任的当事人不负举证责任。但德国判例所确认的规则,缺乏理论上的有力支撑,加上举证责任的多重性,引起倒置的复杂化,难以适用。

有学者认为举证责任分配的对象是结果责任,举证责任的倒置属举证责任分配的范畴,因而在对象上与举证责任分配具有同一性。同时,认为结果责任是一种静态的不会发生转移的责任,而行为责任则是一种动态的会随着诉讼的展开而在双方当事人之间转移的责任。静态的责任可以预先分配,而动态责任的承担须依诉讼中的具体情形而定,无法抽象地进行分配^[6](第 52 页)。我们可以把其观点归纳为:举证责任倒置分配的对象是结果责任,而结果责任具有静态性。

民事诉讼中的证实对象分为三个层次——法律要件事实、间接事实和辅助事实,其中法律要件事实又称“主要事实”。上述三个事实虽属证实对象,但举证责任分配针对的是法律要件事实,是将不同要件事实的败诉风险在双方当事人之间分配。倒置的对象与分配相同,因而倒置是法律要件事实败诉风险的倒置。依照我国的民法理论,一般侵权责任由损害结果、违法行为、因果关系、过错四个要件事实构成,特殊侵权责任主要为无过错责任,由除过错以外的其余三个要件事实构成。实行举证责任倒置,倒置的是因果关系和过错这两个要件事实,实行无过错责任时,倒置的是“因果关系”这一个事实要件。那么,倒置的事实要件与倒置的举证责任之间的关系是怎样的呢?

以特殊侵权为例,在实行过错推定责任时,倒置的是“因果关系”和“过错”两个事实要件,而被告的结果责任正是依附于“因果关系”和“过错”这两个事实要件而存在的,被告提供证据的责任和说服责任也是围绕这两个事实要件而展开的。而在实行无过错责任时,倒置的是“因果关系”,那么被告的结果责任就依附于“因果关系”这个事实要件而存在,被告提供证据的责任和说服责任也就得围绕“因果关系”而展开。由此可见,提供证据的责任和说服责任的内容和范围都是由事实要件来界定的。而结果责任

即败诉风险是隐性的,是一种可能性,它是要依附于前两个责任的内容即事实要件而存在。离开了这些需要证明的事实要件就无所谓结果责任——败诉风险,提供证据的责任和说服责任也无从展开。因此,具有实际操作性的倒置内容乃是需要证明的事实要件。

一般情况下,需要举证的事实要件是事先分配好了的,与此相适应,双方当事人所需承担的结果责任也是确定的。但是应该注意到,诉讼过程中,在举证责任初次分配后,如果出现妨害对方举证而产生的举证责任倒置时,其结果责任会产生二次配置,并不是始终固定不变的。这相对于一般情况下的举证责任倒置具有特殊性,因为在诉讼过程中,妨害对方举证行为的产生具有不确定性,由此产生的后果是结果责任的再次分配。因此,那种认为结果责任是一种静态的不会发生转移的观点是有待商榷的。至少,在因妨害对方举证行为而产生的举证责任倒置时,结果责任是会发生转移的。

综上所述,我们可以认为,举证责任倒置是通过对事实要件的重新分配,所引起的提供证据责任、说服责任和结果责任的重新配置。因此,倒置的对象实质上是事实要件。同时,由于举证责任倒置既可能出现在初次分配当中,也可能出现在再次分配当中,因此结果责任具有动态性。

四、“厘清”倒置”与相关概念的关系

根据以上的分析,我们可以把举证责任倒置定义为:在诉讼过程中,为平衡双方当事人间的利益,通过对事实要件的重新分配,对以法律要件分类说为基础的举证责任分配规则进行修正,把在一般情况下应由原告承担证明责任的部分事实要件,转由被告承担,以体现公平原则。

在实践中,举证责任倒置很多时候容易与“抗辩事由”、“举证责任转移”相混淆,厘清它们之间的关系对于正确理解举证责任倒置,划清其外部界限十分重要。

(一)抗辩事由与举证责任倒置

抗辩事由是指被告针对原告的诉讼请求而提出的证明原告的诉讼请求不成立或不完全成立的事实,包括正当防卫、紧急避险、受害人同意、不可抗力和意外事件等^[7](第38页)。按照罗氏规范说,被告对抗辩事由承担的证明责任不属于举证责任倒置,主要因为:

1. 按照罗氏规范说,正当防卫、紧急避险、不可抗力和意外事件等只是构成权利妨碍、权利消灭或权利排除的事实要件,应当由主张抗辩事由的一方当事人承担证明责任,即由被告方承担,而这只是证明责任分配的一般规则,不涉及举证责任倒置。

2. 抗辩事由一般由被告主张,再由被告加以证明。如在饲养动物致人损害的侵权损害赔偿案件中,如果要以受害人的故意或第三人的行为作为抗辩事由,只能是责任人主张并由责任人证明,受害人无须证明。而举证责任倒置是原告主张并证明部分事实要件的存在,而把另一部分事实要件转由被告承担。

3. 抗辩事由是在不否定侵权、违约民事行为构成要件的情况下,对赔偿责任的对抗与否定。而举证责任倒置是对侵权、违约民事行为构成要件的对抗与否定,即是对行为本身的否定,而不是在行为成立的情况下对赔偿责任的否定。

(二)举证责任转移与举证责任倒置

举证责任转移是在案件的审理中,承担证明责任的当事人提出本证对事实要件予以证明后,相对方基于使该项证明发生动摇的必要性所承担的提供证据的责任^[8](第39页)。二者的区别如下:

1. 举证责任转移并没有减轻主张方的证明责任,其转换的只是当事人提出证据的责任和说服责任,而且随着诉讼的进行,这种转移经常在当事人之间进行。举证责任倒置把在一般情况下应由原告承担的举证责任,通过对事实要件的分配,转由主张相对方承担,从而加重了主张相对方的结果责任一败诉风险。

2. 举证责任转移是以主张方完成提供证据的责任并且使法官形成初步的心证为前提的。如果主张方没有主张和相关证据,或是虽提供了证据但由于无法完成说服责任,不能使法官形成初步的内心确性,就不发生举证责任转移的问题。所以,举证责任转移是在主张方完成提供证据的责任和说服责任后

而发生的。而举证责任倒置是按照法律的规定将在一般情况下应由主张方证明的部分事实要件转由相对方加以证明。如果主张方提供证据的责任和说服责任完成,而相对方不能完成其所承担的事实要件的提供证据的责任和说服责任,则推定主张事实存在。

举证责任倒置的目的是维护社会最基本的公平、正义等价值,维护社会弱势方的合法权益,需要将举证责任进行转移,由对方当事人举证证明因果关系或对于损害结果过错,才能免除责任。实质上是通过诉讼对社会关系的调节,从而达到相对利益均衡的社会良性运行状态。

[参 考 文 献]

- [1] 张卫平:《诉讼的架构与程式》,北京:清华大学出版社 2000 年版。
- [2] 李详琴:《论民事诉讼中的举证责任》,载《法学研究》1990 年第 4 期。
- [3] 叶自强:《民事证据研究》,北京:法律出版社 2002 年版。
- [4] 吴宏耀、魏晓娜:《诉讼证明原理》,北京:法律出版社 2002 年版。
- [5] 张卫平:《证明责任分配的基本法理》,载《证据学论坛》第 1 卷,北京:中国检察出版社 2000 年版。
- [6] 李 浩:《举证责任倒置:学理分析与问题研究》,载《法商研究》2003 年第 4 期。
- [7] 薛永慧:《举证责任倒置刍议》,载《政法论坛》2004 年第 3 期。

(责任编辑 车 英)

Inversion of Burden of Proof in Civil Procedure

Cao Hui

(Department of Investigation, Jiangsu Police Institute, Nanjing 210012, Jiangsu, China)

Abstract: As a special form of allocation of burden of proof, the inversion of burden of proof balances the interests of the parties in the civil procedure and safeguards their legitimate rights. The paper aims to reinterpret the connotation of inversion of burden of proof through the analysis of the concept of “burden of proof” as well as the context and the object of inversion. And by comparing the legal system with related concepts, the paper attempts to clarify the extension of inversion of burden of proof.

Key words: burden of proof; inversion; uprightness