举证责任的确定性

叶 自 强*

内容提要:在民事诉讼中,举证责任是由案件的性质所决定的。当案件的性质确定之后,举证责任即被确定。它在诉讼过程中是不可能转换的。具体地说就是,在一般民事案件中,举证责任由原告承担;在特殊民事案件中,举证责任由被告承担。不可能出现原本是原告的举证责任转换到被告的情形;也不可能出现原本是被告的举证责任转移到原告的情形。

关键词:民事诉讼　举证责任　确定性

一、引　　言

在我国举证责任理论体系中,"举证责任转移理论"作为一个重要的组成部分,是广泛存在的客观现实。一部当今很有影响的教科书这样写道:"在民事诉讼程序进行中,举证责任并非自始至终地由一方当事人来承担。相反,举证责任是可以转换的。举证责任既可能从原告方转移到被告方,也可能从被告方转移到原告方。在一般情况下,当事人如果已对自己主张的事实提出证据加以证明,就可以不再举证。另一方当事人如果否认这种主张,就应提出证据加以证明。至此,举证责任已经发生了转移。如果他也有足够的证据加以证明,也可不再举证。如果对方当事人再以事实反驳,他就应当对其主张再提出证据加以证明。这时,举证责任又一次发生转换。……通过当事人之间这种举证责任的转移,可以帮助人民法院查明事实,分清是非。"[1] 有的著作虽然没有明确使用"举证责任转换"的语词,但在内容上却体现了同样的思想。[2]

从上面可以看到,"举证责任可以转移"的观点,在我国民事诉讼法学界实际上占有支配地位,并在高等学校法学专业广泛传播。

诚然,有人曾经对"举证责任转移理论"表示怀疑,提出了"举证责任的不可转移性"的主张,指出"举证责任实属不可转移。……当事人承担举证责任针对的是其应当提出的事实主张,无事实主张便无举证责任。而在具体的诉讼中,当事人双方分别为何种事实主张,由实体

---

* 中国社会科学院法学所副研究员。

〔1〕 柴发邦主编:《中国民事诉讼法学》,中国人民公安大学出版社 1992 年版,第 337 页。

〔2〕 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 页以下。另参见谭兵主编:《民事诉讼法学》,法律出版社 1997 年版,第 302 页。

法和程序法决定,诉讼过程中不发生转移问题,不可能出现原告主张并证明被告应当主张的事实,或被告主张并证明原告主张的事实的情形。”但是,由于这种主张所持的论据有的不尽完善,甚至存在一些矛盾之处,妨碍了它自身的传播,因此没有被民事诉讼学界所接受。[3]

关于举证责任是否可以转移的问题,国外学者也有不同的看法。多数学者认为,举证责任是不可转换的。但也有少数人认为举证责任可以转移。例如,日本学者田口守一教授写道:“即使是对被告人有利的事实,检察官认为这种事实不存在时负有客观的举证责任(这是大陆法国家的称谓,相当于英美法上的举证负担或举证责任 ——笔者注)。但是,在例外的情况下,客观的举证责任可以转换给被告人。例如,(1) 证明不属于刑法第 207 条同时伤害事实;(2) 证明刑法第 230 条中有关损害名誉的揭发事实的真实;(3) 证明不知道儿童福利法第 60 条第 3 款中儿童年龄方面无过错;(4) 证明不存在爆炸物品取缔法罚则中的犯罪目的;(5) 证明各种法人和企业的两罚规定中违反必要的注意义务,等等。被告人的证明事项从其他方面也可以合理地推认,而且由被告人举证更为方便时,可以转嫁举证责任。在被告人承担客观举证责任的情况下,被告人不必证明到无合理怀疑的程度,达到证据优势的程度即可”。[4] 英国一些学者认为,当一方提出法律推定时,就把举证负担转移到对方身上。例如,如果一个当事人主张他作为婚生子女对父母的财产应有的权益,他就必须证明自己是婚生子女。如果他能证明自己是在合法的婚姻关系中出生的,婚生子女的推定就告成立,除非对方能以确实的证据反驳此项推定。在这种情况下,一般认为推定起着转移举证负担的作用。[5]

那么,举证责任到底能不能转移呢?准确地澄清这种认识,不仅对于完善我国的举证责任理论体系,传播科学的民事证据理论,而且对于正确地指导民事审判实践,避免司法人员陷入无法作出判决的泥潭,都具有不可低估的意义。

二、“举证责任转换理论”的矛盾及产生根源

现在,让我们假定存在两个当事人:原告 A 和被告 B。按照举证责任转移理论,当诉讼开

〔3〕 单云涛:《举证责任的免除、举证命题的变更与举证责任的不可转移性》,《法学研究》1991 年第 5 期。在该文中,单云涛先生曾经对“举证责任转移理论”明确地表示怀疑,有力地澄清了举证责任转移理论的错误观点。例如他指出,举证责任转移理论“忽视了举证责任的分担法则。哪些事实该由哪方当事人主张和证明,由举证责任的分担法则确定。按举证责任的分担法则,被告对‘权利不存在’这一事实不负举证责任。既无举证责任,行为责任又从何而来?”这是对举证责任转移理论的有力否定,基本上确立了“举证责任的不可转移性”,为我国举证责任理论作出了重要贡献。这是值得肯定的。但是,有必要指出的是,单先生的观点仍然存在瑕疵。例如,他认为在原告承担举证责任的同时,被告负有举证责任。“而被告所主张的事实于最后真伪不明时,被告承担败诉后果。”只是“被告所承担的举证责任并非由原告转移而来,而是由于他有了新的主张。”他还认为,“不同的事实主张所伴随的不同的举证责任,是分别独立存在的”。这里有两个错误。第一,没有弄清“举证责任”与“提供证据责任”或举证必要的界限。在我看来,当案件的性质确定之后,如果依照法律的规定,举证责任由原告承担,那么就不存在被告负担举证责任的问题。即便被告有了新的主张也不承担举证责任。他所承担的责任叫做“提供证据的责任”(英美)或者“举证必要”(德日)。第二,在原告承担举证责任的前提下,认为被告“承担举证责任”与被告承担败诉后果之间具有必然的联系。事实上,由于我所阐明的前一个理由,即被告并不承担“举证责任”,所以“被告所主张的事实于最后真伪不明时”,被告并不必然承担败诉后果,而且不存在“承担败诉后果”的高度盖然性,即两者之间并不存在必然的联系,而是一种或然的联系,即在这种情况下对被告可能产生不利的影响。

〔4〕 [日]田口守一:《刑事诉讼法》,刘迪、张凌译,法律出版社 2000 年版,第 226 页以下。这里“举证责任的转换”很可能是误译。因为这里所叙述的转移内容与“倒置”的内容完全一样。

〔5〕 参见沈达明编著:《比较民事诉讼法初论》上册,中信出版社 1991 年版,第 274 页。

始后,就会出现如下情形:首先,A 作为原告必须向法庭提供证据对被告 B 进行攻击,证明被告存在法律规定的过错行为,使法庭相信其诉讼请求成立。针对原告的攻击,被告通常要提出证据进行反驳。倘若本案情形比较复杂,需要提供大量的多方面的证据,那么围绕这些证据而展开的证明活动就会显著增加。在这种情况下,A 与 B 之间交替提供证据的行为就会随之增加。按照"举证责任转换理论",在本案中"举证责任转移"的情形也会随之增加。我们从诉讼过程"举证责任转移"的情形可以看到,原告负有举证责任,被告也负有举证责任。如此下去,将会产生两个后果:

其一,举证责任将不具有确定性。假如原告负有举证责任,被告也负有举证责任,那么"原告的举证责任"与"被告的举证责任"之间的界限将会变得模糊,不容易把握。就是说,法官将无法从总体上确定该案件的举证责任到底在何方。

其二,在举证责任不断地在双方当事人之间轮流"转移"的情况下,举证责任游移不定,因此,当诉讼中发生某事实处于真伪不明的状态时,法官将不能依照举证责任进行判决。可见,举证责任转换理论具有使案件无法了结的潜在危险。这与举证责任的基本功能是相悖的。因为,民事诉讼法设定举证责任制度的目的,就是为了在诉讼发生某事实处于真伪不明的状态时,法官依照举证责任法则,判负担举证责任的一方当事人败诉,从而结束纷争,了断案件。

那么,举证责任转移理论是怎样产生的呢?它是否基于一种纯粹的"错觉"呢?不完全是。根据现有的资料,这种理论产生于德国 19 世纪末 20 世纪初的工业革命时期。在这一时期,出现了大规模的环境污染问题、医疗事故引起的伤害赔偿问题等案件,对此,如果沿用旧的举证责任分配原则,对受害者显失公平。但又缺乏新的原则。因此,法官们束手无策。然而,一种神圣的使命感,使一些法官进行了大胆的创造活动。他们在法律没有规定的情况下,根据司法实践中的新情况,借助法律赋予自己的司法自由裁量权,将举证责任转移给加害人承担。"德国法院对于执行专门职业者违反一定的执业义务时,经常利用举证责任转换的方法,使加害人对其行为无故意、过失的事实及其行为与损害之间无因果关系的事实负举证责任。例如在医疗行为中,如果医师发生失误,导致病人的身体受到损害。在这种情况下,根据一般侵权行为原则,受害者请求医师给予损害赔偿时,应就加害人有故意、过失及该行为与损害的发生之间有因果关系进行举证。但德国最高法院 60 年代以来对于医师在执业中加害病人的损害有许多判例,均认为如果医师的行为有重大失误,造成病人身体遭受重大损害,应由加害人就其失误行为为无故意、过失及该行为与损害之间无因果关系进行举证。之所以采取这种做法,主要是因为,医师因其治疗失误行为,致使故意过失及因果关系的状态不明,故医师就此种事实存否不明的状态,负担举证的危险。"[6] 从上面可以看到,"举证责任转换"的产生是在法律出现空缺的情况下,法官基于法律赋予的自由裁量权而进行的"发明"。由于开始时人们对这种现象没有使用恰当的称谓,而暂且叫做"举证责任转换",时间一长,人们也就习以为常了。

到了后来,由于环境污染案件、产品质量致人伤害案件、医疗事故案件等大量发生,引起了社会公众的强烈不满,从而引起了立法机关的重视,于是立法者将这类案件的举证责任明确规定由加害人承担,成为明文规定的"举证责任倒置"。但是,"举证责任转移"的称谓已经成为习惯,也就没有再特意强调它们之间的区别之必要。或许正是这种想法,反而使得一些人将两者混同,造成了后来的一些误解。事实上,正如我们已经看到的那样,弄清两者的差别是很有

〔6〕 拙著:《民事证据研究》,法律出版社 1999 年版,第 169 页以下。

必要的。

在我国,“举证责任转移”理论之所以为许多人接受,除了与有些学者的观察失误有关外,还与我国民事诉讼法的有关规定存在一定的关系。

民事诉讼法第 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。”依有关学者的解释,该条文设定了举证责任分担的一般原则,即:1. 当事人双方都应负担举证责任;2. 谁主张事实,谁举证。就是说无论是原告、被告,还是第三人,谁主张一定的事实(包括肯定事实和否定事实),谁就有责任提供证据证明该事实。[7] 民事诉讼法第 64 条第 1 款规定及其有关学理解释,没有就何人应就何种事实负责举证,以及在事实存在与否不明的场合,法院应对何人作出败诉判决的问题,为法官提供判决的标准。因此,它们对于解决举证责任分配问题到底有什么帮助,是有疑问的。例如,在一起遗嘱继承案件中,当事人双方就遗嘱是否存在的事实负担举证的责任。但主张遗嘱不存在的另一方当事人,因其主张的事实于己有利,就该遗嘱不存在的事实也负担举证的责任。其结果是,就同一件事实,一方当事人就其事实存在负举证责任,另一方当事人就其不存在事实负举证责任,因而出现了双方当事人必须同时就该事实进行举证的情况。

由于双方都负担举证责任和举证责任的这种不确定性,在诉讼中就很可能发生举证责任“转移”的问题,使得本应由原告负担的举证责任,法官误以为由被告承担,或者本应由被告负担的举证责任,法官误以为由原告承担。同时,由于举证责任的这种非确定性,在事实存在与否不明的场合,法官将无法依据该条文作出其中一方当事人败诉的判决。如果一定要求法官对该诉讼作出判决(这是法官的职责),那么法官只得任意指定其中一方当事人先进行举证,在其无法举证,而人民法院又不能调查到有关证据的情况下,则作出该当事人败诉的判决。尽管这是不公正的。在司法实践中,原告因其固有的诉讼地位,往往受法官的命令,先负担举证的责任。在其无法举证时,法官即作出其败诉的判决。这种判案方法带有很大的盲目性,并非基于明确的理论指导。之所以发生这种情况,主要是因为民事诉讼法上的举证责任的分配问题,尚没有形成完整的理论体系。假如认识到了举证责任的确定性和不可转移性,自然就会避免盲目性,合理地利用举证责任分配法则解决案件。[8]

或许有人认为,在司法实践中举证责任转移的可能性还会存在。这是因为,当案件开始时,法官没有准确地把握案件的性质,而将举证责任错误地分配给一方,待后来发现了自己的错误,采取措施纠正时,便将举证责任转移给另一方。其实,严格说来,这不是举证责任的转移,而是举证责任的适当归位或正确分配。

三、举证责任与提供证据责任之间的区别

(一)如何识别“原告提出主张并加以证明,或者被告提出抗辩并加以证明”的行为之性质

或许有人要问,如果认为“举证责任转移理论”不成立,那么如何解释如下现象:在法律规定原告承担举证责任的情况下,为什么被告要积极地寻求证据,驳倒原告的主张?因为按照一般的逻辑,既然被告不承担举证责任,他本来就可以高枕无忧,不会积极地寻求证据的。还有,

〔7〕 前引〔1〕柴发邦主编书,第 335 页。

〔8〕 参见前引〔6〕,拙著,第 170 页。

在法律规定被告承担举证责任的情况下,为什么原告要积极地寻求证据,驳倒被告的主张?

我认为,要合理地解释上述问题,关键是要准确地把握"被告要积极地寻求证据,驳倒原告的主张",或者"原告要积极地寻求证据,驳倒被告的主张"这种责任的性质。

我们知道,按照举证责任分担的一般原则,在通常情况下法律规定原告承担举证责任,同时允许被告否认原告所主张的事实,或者提供证据对原告的事实主张予以反驳。但是这种否认或反驳,并不意味着原告的举证责任转移给了被告。在法律规定的举证责任倒置的情况下,被告承担举证责任,同时允许原告否认被告所主张的事实,或者提供证据对被告的事实主张予以反驳。但是这种否认或反驳,并不意味着被告的举证责任转移给了原告。

在通常由原告承担举证责任的情况下,如果认为被告承担举证责任,就会模糊"本案的举证责任应当由原告承担"这一重要的法定前提。同样,在举证责任倒置的情形下,被告承担举证责任,这是法律所规定的。这时,如果认为原告承担举证责任,就会模糊"本案的举证责任应当由被告承担"这一重要的法定前提。如果我们对此缺乏清醒的认识,就把握不住举证责任的性质,就会迷失解决问题的大方向。

在法律规定了举证责任或举证责任倒置的情况下,如果仍然认为举证责任会发生转移,就会与法律规定发生冲突。特别是在法律规定举证责任倒置的情况下,如果仍然认为举证责任会发生转移,那就会对这种规定造成很大误解。因为正是由于原告缺乏收集证据的方法和手段,法律为了公平起见,才作出其免于承担举证责任,而由被告承担举证责任的规定的。而现在,如果举证责任由被告转移给原告,则又使原告陷于无法收集证据的困惑境地,是显失公平的,有悖立法的宗旨。

那么,这种责任的性质是什么呢?我认为,这是一种"提供证据的责任"(德日学者称之为"举证必要")。这是一种来自原告或被告自身的责任,是一种在诉讼中求胜的本能使然,并非法律的强加,不具有强制性。

在通常的情况下,民事诉讼的原告承担举证责任;在举证责任倒置的情况下,由被告承担举证责任。在这两种情况下,举证责任是一定的、确定不变的。但是,"提供证据的责任"则可以在准许提供证据的诉讼阶段,在原告和被告之间进行转移。正是由于"提供证据的责任"的这种特殊性质,所以迷惑了一些人的视野,使他们错把"提供证据的责任"当作"举证责任",把"提供证据的责任"在原告与被告之间的游移识别为"举证责任"的转移。[9]

(二)美国民事诉讼中的"提供证据责任"

关于举证责任是否可以转移的问题,美国学者曾经做过研究。在美国民事诉讼中,举证责任和提出证据的责任被区别为两个不同的概念。举证责任是指当事人所主张的争点未被证明时负担败诉的责任,亦称说服责任。其含义是负有举证责任的人证明的结果,能够说服审判者作出有利于他的决定。在诉讼中,原告负担证明其主张的诉讼原因的证明责任(即举证责任),而被告负担证明其反对原告主张的抗辩事实的责任。因此,这里所说的举证责任不论对原告还是对被告来说,都是从证明的最终结果能否说服法官作出有利于举证责任人的判决而言的,所以在诉讼过程中这种责任是不可能在当事人之间转移的。

---

〔9〕 例如,有人认为,原告对其主张的法律关系存在的事实已尽行为意义上的举证责任,如被告不主张其他抗辩事实,原告即可胜诉;但如果被告提出该法律关系已经消灭,则被告应对此负举证责任。这是就出现了"举证责任转移"的现象。参见前引〔8〕,单云涛文。

提出证据的责任是指不管是哪一方对争执的事实负担举证责任,即在法庭审理过程中当事人均有提出证据的义务。就是说,不管审判官最后判断负担举证责任的证明的结果如何,原告提出证据之后,被告必须提出证据加以反驳,或证明自己所提出的抗辩事实。如果其中任何一方不提出证据同对方争辩,那就表明他对所争辩的争点事实无异议。在这种情况下,法官把这种无争执的事实作为法律问题,可以对不提出证据一方当事人作出败诉决定。所以,这种提出证据责任在当事人之间是转移的,即原告提出证据证明之后就转移到被告;被告也要提出证据表态。[10]

然而,有的学者认为,"提供证据责任"是一种与陪审团同法官之间职权分工密切相关的、特殊的证明责任制度。这种看法是有待商榷的。虽然从美国民事诉讼的对抗制的实际运作来看确实有其特殊性,但是这并不能完全否认"提供证据责任"在英美诉讼对抗制之外的其他诉讼制度中存在的可能性。因为这种责任的产生并非仅仅基于独特的美国式对抗制,而是基于诉讼当事人双方的一种"求胜的心理或本能"。只要有诉讼存在,这种"求胜的心理或本能"就存在。因此,无论一国的司法实践是否存在着陪审团和法官之间的职权分工,原告和被告都负担着"提供证据责任"。诚如兼子一、竹下守夫所说:在诉讼中,"对当事人一方有利的事实是对对方当事人不利的事实,因此,诉讼上就有争执。双方当事人就都想证明自己陈述的事实是真实的。但对负担举证责任的当事人来说,所主张的事实未被完全证明时就达不到其目的。与此相反,对方当事人所主张的事实即使未达到确信真实的程度,只要能阻碍当事人的证明,使之陷于真假不明的举证责任的范围内,也同样能达到目的,这点与负担举证责任的当事人的证明是不区别的"。[11] 他们还指出:"在具体的诉讼过程中则不可能出现本来是原告的举证责任转移到被告的情形。不过,原告对负有举证责任的事实一旦提出有力的证据,被告就应提出反证,也有人把此种情形说成是举证责任转换。但是,举证责任与谁提出什么样的证据毫无关系,并且只有在审理到最终阶段法官仍达不到心证的情况下,举证责任才起作用。在此情况下,根据原告的举证,法官只要对其所主张的事实得到心证,就不会发生举证责任的问题,就此辩论终结,就等于原告所主张的事实得到认定。因此,被告为了动摇法官对其事实的确信程度,则有必要提出反对其事实的反证,并不是因为举证责任转移到被告。"[12]

(三)英国法上的总的举证负担、特定负担和证据负担

英国学者曾反复讨论举证负担的各种涵义。认为"举证负担"是指证明一项或几项事实的义务。它包含三层意义:一是诉讼当事人证明其事实之法律依据的总的义务,即所谓"总的负担";二是指证明与争讼有关的某项个别争执点或事实的特定义务,即所谓"特定负担";三是指当事人为支持有争论的事实提出证据的义务,即所谓"证据负担"。它与美国的"提出证据责任"是同一个意思。

我们以汽车肇事造成的伤害案为例来说明三者之间的差异。第一,在该案件中,原告须对被告的过失负担总的举证责任。第二,原告还须证明被告一方构成过失的具体行为。这是所谓特定负担。比如,关于被告存在驾驶汽车超速、不遵令交通信号行驶、汽车没有适当维修等

[10] 参见白绿铉:《美国民事诉讼法》,经济日报出版社 1998 年修订本,第 139 页以下。

[11] [日]兼子一、竹下守夫:《民事诉讼法》,白绿铉译,法律出版社 1995 年版,第 110 页。

[12] 同上书,第 112 页以下。

等行为,是原告必须证明的。[13] 第三,原告还须提供证据以支持这些事实中的每一件事实。这是所谓证据负担。假如被告在同一案件中主张原告有其自身的过失,被告有证明原告有过失的负担,以及为支持主张提供证据的负担。

可见,总的举证负担是由一定数量的特定负担组成的,至于应由哪些特定负担构成总的负担,应参照实体法的规定加以确定。因此总的负担和各项特定负担总称为"法定举证负担"。[14] 既然"法定举证负担"由法律所规定,当然是不可转移的。

英国学者认为,证据负担一般落在承担法定负担者的身上,但并不总是这样。一般认为证据负担在诉讼程序进行中可能转移。[15] 按照正统的意见,当一方提出法律推定时,就把举证负担转移到对方身上。但英国人诺克斯不同意这种看法:"尽管否认当事人为婚生子女的一方有特定的举证负担,但这项特定的举证负担是与原告的特定举证负担不相同的。原告有证明一系列事实的义务,被告则有提出不同事实的证据的义务。例如,已付款的证据。转移负担是指甲放下他的担子,乙则捡起了另一个担子,甲从未把他的担子交给乙,乙也没有把担子退还给甲。所转移的义务实际上是指证明不同事实的义务。"[16] 总之,举证负担是不能从一方转移到另一方的。只有证据负担可以转移。这里的"证据负担",与美国法的"提供证据责任"具有完全相同的性质。

(四)我国个别学者的观点

我国个别学者曾经注意到了"举证责任"在原告与被告之间的程度上的差别,只可惜没有准确地把握这种差别的性质。一位作者写道:"在民事诉讼实践中,举证责任通常由处于'攻击'地位的原告承担。但这并不意味着对方当事人不承担举证责任。如果原告已尽举证责任或者被告提出相反的事实进行'防御',被告应当承担举证责任。不过在这种情况下,对原告和被告举证证明其主张的事实所达到的证明程度并不相同。原告应当举证证明自己主张的事实是客观存在的,而被告如果要达到防止原告胜诉的目的,只需举出反证使原告主张的事实处于真伪不明的状态即可。……此时举证责任由原告方转移到了被告方。因此,当事人对自己主张的事实和抗辩的事实,都应举证证明。"[17]

在这里,该作者准确地观察到原告和被告对各自主张的事实,在"证明程度"上并不相同;但是作者仍然认为被告所负担的"反证"责任是一种"举证责任",从而得出了错误的结论——在被告承担这种"反证"责任时,举证责任由原告方"转移"到了被告方。这样就失去了把握真理的机会。实际上,在如上条件下,被告施行反驳的方式主要有两种,要么使用新证据,要么运用推理的方法。无论采用哪一种方式进行反驳,它们都不能动摇一个案件开始时所确立的举证责任,即只能由一方承担举证责任,要么是原告,要么是被告。决不可能双方都承担举证责任。否则,就会导致"举证责任"分担的混乱和矛盾。

---

[13] 实际上,原告还必须证明其他要件,如原告受汽车伤害的事实;受害事实与被告行为之间的因果关系等(汽车交通事故致人损害多适用无过错责任或严格责任,原告一般无须对肇事者的过错进行证明——编者注)。

[14] 前引[5],沈达明编著书,第273页。

[15] 有人认为,特定负担在诉讼程序进行中可能转移。这种看法值得商榷。如果特定负担转移,则肯定会影响到总的负担的确定性,即总的负担可能发生转移,因为总的举证负担是由一定数量的特定负担组成的。因此我认为特定负担是不可转移的。参见前引[5],沈达明编著书,第274页。

[16] 前引[5],沈达明编著书,第274页。

[17] 谭兵主编:《民事诉讼法学》,法律出版社1997年版,第303页。

(五) 举证责任与提供证据的责任的区别

在一般民事案件中,被告反驳原告的主张,是为了维护自己的利益,避免败诉而进行的本能的行为,这是对他自己所负的责任。这种责任不是法律强加的,也不是原告强加的。即便他不反驳,也未必败诉。如果因为他不反驳而当然败诉,显然与举证责任的性质不合。因此,不能认为他"提供证据进行反驳的责任"是一种举证责任。

具体来说,在民事诉讼中,"提供证据的责任"与举证责任存在如下区别:

一是责任的主体不同。在一般民事案件中,承担举证责任的主体是原告;在举证责任倒置的情形下,承担举证责任的主体是被告。无论一般民事案件,还是特殊民事案件,提供证据责任的主体既可以是原告,也可以是被告。

二是责任的来源或依据不同。提供证据的责任来源于原告或被告的内在的取胜欲望;而举证责任来源于法律的强制性规定。提供证据的责任属于任意性的规定,取决于主张者或反驳方的自由意志,他可以行使主张权或反驳权,也可以放弃主张权或反驳的权利。

三是后果不同。原告或被告"提供证据展开攻击或予以反驳"这种责任如果履行不能,并不必然导致败诉的后果,而负担举证责任的一方如果没有尽到自己的举证责任,则必然会导致败诉的风险。可见,两者在承担责任的主体、责任的依据和后果方面,都是不同的,不可混淆。

我国有的学者也曾经指出了举证责任与大陆法上的"举证必要"的区别,指出举证责任与举证必要概念上的区别为德国和日本的通说。[18] 举证必要是指在具体的诉讼状态下,一方当事人如不提出证据将招致不利后果。没有举证责任的当事人也有举证必要,这种举证必要的作用在于妨碍法院对对方当事人所证明的事实形成确信。而行为责任则不同,它必须依附于结果责任。可见,被告的举证行为属于举证必要,而非行为责任的表现。举证必要当然存在转移的问题。这里"举证必要"与提出证据责任"基本上是同一个意思。

(六) 本证、反证与提供证据的责任的区别与联系

一位学者在质疑"举证责任转移"观点时曾经写道:"主张行为责任可以转移的学者认为,在一个案件中,原告提出某权利的存在,被告予以否认,此时证明权利存在的事实由原告负担举证责任,原告提出证据初步证明了权利存在的事实后,就可以不再举证,行为意义上的举证责任暂时转移给被告,被告负担证明此权利不存在的责任,否则被告可能败诉。在被告提出反证后,原告本证的证明力已经削弱,须进一步补充证据证明,因而,又重新负担其行为意义上的举证责任。从而导出'行为意义上的举证责任不断往复地加在双方当事人身上'的结论。"[19]

---

[18] 有的日本学者将举证责任分为客观的举证责任和主观的举证责任。客观的举证责任(实质的举证责任)是指,事实真相真假不明时,在法律判断上处于不利地位的当事人承担的责任,也叫劝说责任。主观的举证责任(形式的举证责任)是指当事人负责证实事实的责任,是当事人希望审理某种事实时提出一定的责任。这也叫当事人设定争点责任。这是与英美法所说的证据提出责任相对应的。这种主观的举证责任随着诉讼的进展,随时可以从一方当事人转移到另一方当事人身上。但客观的举证责任是不可转换的。

对证据的证明力不能作出肯定或否定的判断时,应当说是事实不清。在这种情况下,检察官不举证时,根据"疑罪从无"的原则认定无罪。因此,在刑事诉讼过程中,原则上检察官负有客观的举证责任,但这种客观的举证责任不能转嫁给被告人。在不存在违法阻却事由和责任阻却事由的情况下,检察官也有举证责任(通说)。但是,被告人有责任形成上述事由存在的争点(这是主观的举证责任。当然要等待被告人的主张,但认为这些事由存在时,即使被告人不提出主张也可以形成争点)。例如,检察官主张杀人的事实,而被告人主张正当防卫的事实,检察官的客观举证责任就是论证不存在正当防卫事由。另外,检察官对诉讼条件的事实也有客观的举证责任(通说)。

[19] 前引[5],单云涛文。

作者认为,上述观点"没有搞清本证与反证的根本区别"。他认为"本证是负担举证责任的当事人提出,反证是无举证责任的当事人提出。无举证责任的当事人的举证行为并非是履行行为意义上的举证责任的表现,仅是一般诉讼行为而已。"

这里首先应当肯定,上述观点基本上是正确的。它基本上区分了本证、反证与举证责任的不同点。但是,我还必须进一步指出,实际上无论是本证还是反证,都属于"提供证据的责任"的范畴。它们与举证责任有着根本的区别。只有在确定举证责任的前提下,才发生本证与反证的问题。例如,在一般情况下,举证责任在原告一方。此时,本证由原告提出,反证则由被告提出。在举证责任倒置的情况下,举证责任在被告一方,这时本证由被告提出,反证则由原告提出。虽然本证是履行其举证责任的一种表现,反证却不是"一般诉讼行为",而是履行"提供证据的责任"的一种表现,是"举证必要"。

四、举证责任倒置与"举证责任转移"的区别

(一)举证责任倒置与"举证责任转移"的界限

在有些论著中,作者错误地将举证责任倒置的情形识别为"举证责任的转移"。这是需要澄清的。例如,拙著《民事证据研究》曾经写道:

"在普通侵权案件中,受害人应就加害人有故意过失的要件事实、及侵权行为与损害事实之间存在因果关系的事实进行举证,这是根据一般举证责任原则所作的分配。然而在特殊的侵权案件中,这种方法存在局限性。例如我国民法通则规定了动物所有人或占有人的侵权行为责任。为加强动物所有人或占有人特别注意义务,民法规定,动物加害于他人者,由其所有人或占有人负损害赔偿责任,但依动物的种类及性质,已为相当注意的管束或即使为相当注意的管束而仍不免生损害者,不在此限。从该条文规定的形式来看,加害人必须就其对动物管束已为相当注意进行举证。即就其对动物管束无故意或过失的事实负担举证责任,受害人对于加害人的故意过失及因果关系不必进行举证,只就加害人占有动物的事实及动物加害的事实进行举证。从我国民法关于举证责任分配的规定可以看出,故意过失及因果关系的要件事实,在一般侵权行为的情形,归受害人举证;在动物占有人的侵权行为之情形,改由加害人举证。这种现象,就是举证责任的转换。"[20]

现在看来,假如存在"举证责任转移"的情形,那么,上述看法也混淆了举证责任倒置与"举证责任转移"的界限。

首先是涵义不同。所谓举证责任的转移,是指把原来由当事人一方所负担的举证责任转移给对方当事人承担。这种"转移",既可能是原告的举证责任向被告方转移,也可能是被告的举证责任向原告方转移。在这里,"转移"是双向的。所谓举证责任的倒置,是指在法律规定的特殊案件中,法官依法把通常由原告所负担的举证责任分配给被告承担。在这里,"倒置"是单向的,不是双向的。在一个案件中,当举证责任从原告倒置给被告负担之后,就不能采用"暗渡陈仓"的办法,再从被告"转移"给原告。在我国,自从1991年4月颁布新的民事诉讼法以来,最高人民法院通过司法解释,明确规定在普通的侵权案件中适用举证责任分担的一般原则,即

[20] 参见前引[6],拙著,第169页(我国民法学界一般认为动物致人损害之责任为无过错责任,被告不得以证明自己在管束方面没有过错而主张免责,原告也无须对被告的过错进行证明——编者注)。

由受害人(原告)承担举证责任。同时规定,在特殊情况下,例如在民法无明文规定的医疗损害、交通事故损害、商品瑕疵损害以及环境公害等事件中,被告(即加害人)就自己的过错要件事实及因果关系事实,负举证责任。[21] 这是举证责任倒置的运用。

其次是频率不同。如果存在举证责任转移的话,那么这种转移在民事诉讼过程中是经常发生的。而举证责任倒置在诉讼开始时就已经确立,在诉讼过程中不会发生任何变化。即便举证责任倒置是在诉讼过程中依法官职权采取的,那么针对同一种性质的案件来说,只能是一次性的,不会再来第二次。

在日本,有的学者也是将举证责任倒置与"举证责任转移"加以混用的。如兼子一、竹下守夫先生在对"举证责任转移"一词下定义时写道:"把这一词作为抽象的法规之间的关系来使用时,一般是指规定有过失的举证责任在于原告一方,在特别规定的情况下无过错的举证责任在于被告一方。"[22] 他们还指出:"就理论上的一般原则来说,对于当事人一方负举证责任的事实,考虑到当事人之间负担证明的公平性,在特殊情况下,可以理解为允许另一方当事人负担举证责任(妨碍对方证明的情况)"。[23] 实际上,这里的"举证责任转换"就是举证责任倒置的全部涵义。

(二)在出现"妨害证明"的情况下是否会发生举证责任转移

在民事诉讼中,有时会发生对查明案件真相有重要意义的证据遭毁灭或伪造的情况。例如,有的诉讼当事人故意制造虚假证据,歪曲案件事实真相,使法官在认识案情上发生偏差或错误;有的诉讼当事人运用非法手段使证据不复存在,阻碍法官使用该证据;还有人以暴力、胁迫或贿赂方法阻止证人作证或者指使、贿赂胁迫他人作伪证。假如当事人一方因过错将该诉讼唯一的证据灭失或伪造证据或作伪证,致使双方当事人就有争执的待征事实,无证据或无真实的证据可用,形成待证事实存否不明的状况。那么在这种情况下,就该待证事实,就由哪一方当事人负担举证责任,从而负不能举证的败诉危险?这是一种棘手的问题。由于这种问题是因证据遭受当事人妨害而发生的,故学者称其妨害证明。如果证据的灭失或作伪是由于负举证责任的当事人自己的行为所致,其举证责任不会变动。如果证据的灭失或作伪是由于应负举证责任的相对人所致,则发生相对人是否因而就其证据灭失行为所致的待证事实不明、负举证责任的问题。

对此,德国判例采取了两种解决方法。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。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方法,令妨害证明的当事人负担客观举证责任,而应举证的当事人不负举证责任。[24]

对上述法院的判例,德国学术界持有不同的看法,大致分为三种:(1)德国多数学者认为,

[21] 参见前引[6],拙著,第 169 页。

[22] 前引[11],兼子一、竹下守夫书,第 112 页。

[23] 前引[11],兼子一、竹下守夫书,第 113 页。

[24] 我认为,在采用上述两种方法的情况下,也不会发生举证责任转移的问题,只是举证责任倒置的问题。在采用表见证明方法时,是法官依职权将举证责任倒置;在采取所谓"举证责任转换"方法时,也与举证责任倒置的涵义完全相同。因此,如果说这是举证责任的转移,那么也与通说所主张的"举证责任转移"在意义上是完全不同的,正象竹下守夫先生所说的举证责任转换的定义就是举证责任倒置的定义一样。对于在出现证明妨害的情形,不管该证据是诉讼中唯一的证据,不管出现证明妨害的情形多少,都可以通过法律的强行性规定或者法官依职权,实行举证责任倒置,由妨害的一方承担。

法院应当就证明妨害的行为以自由心证作出评价,从而就个别具体情形进行适当的判断,属于被告的证据提出责任问题,并非举证责任分配问题。在被告遗失证据时,法院应当令被告提出证据以证明其无过失。如果被告无法证明,法院得以心证判断被告过失的有无。换言之,法院可以作出被告过失的认定,也可作出无过失的认定,法院并不一定作出被告过失的认定。(2)有的学者认为,该判例属于举证责任转换的问题。主张该说者认为,被告既因证据妨害行为形成待证事实不明的状态,原应就待证事实负客观举证责任的原告(被害人),即因被告的证据妨害行为而免于举证,其举证责任转归被告负责。所以,在被告就待证事实不能为举证,而法院就待证事实亦因状态不明无法进行判断时,应依举证责任分配原理,当然作出被告败诉的判决,不产生法院依自由心证进行判断的问题。(3)还有的学者认为,除上述利用举证责任分配原理及自由心证进行评价的方法之外,应就个别情形选择举证责任转换或者表见证明为之,不必一律将证据妨害的问题归为举证责任转移问题或表见证明问题进行解决。

在我看来,第一种主张是正确的,比较令人信服。因为,举证责任随着案件性质的确定而确定。案件的性质是从诉讼开始时就被确定的,因为举证责任由哪一方负担也是这时确定的,中途不会发生转换的问题。同样的道理,举证责任倒置也是开始被确定的。在原告负担举证责任的情况下,如果在诉讼过程中出现了因被告妨害证明而形成待证事实不明的状态,法院应当令被告提出证据以证明其无过失,如果被告无法证明,则是没有尽到"提供证据的责任",并负担由此带来的不利后果。但这种后果与原告"举证不能"的后果是不同的,有着层次上的差别。

至于第二种看法,是值得商榷的。这种观点的要害在于把"提供证据的责任"与举证责任等同。其实,正如我在前面所论述的那样,这两种责任是完全不同的。"如果在被告就待证事实不能为举证,而法院就待证事实亦因状态不明无法进行判断时,应依举证责任分配原理,当然作出被告败诉的判决",显然是将举证责任作为一种对被告施行惩罚的手段。如果被告无法对自己的过失进行合理的证明,课以其举证负担可能是公平的。但是,如果被告能够对自己的过失进行合理的证明,课予其举证负担就是不公平的。因此,如果采用这种方法,在适用上会很不方便,而且法官掌握着很大的负有弹性的自由裁量权,其结果不一定就是公平的。另外,退一步说,即便举证责任由原告转归被告负担,这也不是"举证责任转移",而是举证责任倒置。

五、结　论

最后,让我们对以上讨论作一个总结。

第一,举证责任具有不可转换性。就是说,在诉讼过程中,举证责任是不可能转换的。正如兼子一、竹下守夫所说,"而在具体的诉讼过程中则不可能出现本来是原告的举证责任转移到被告的情形。"[25]

第二,举证责任倒置不等于"举证责任转换"。举证责任倒置是由法律规定或法官依职权确定的举证责任分担的一种特殊情形。

第三,在诉讼过程中原告的主张责任或者被告的反驳责任,可叫做提供证据的责任。这种责任可以在原告和被告之间进行转移。这种转移与"举证责任的转移"是不同的。无论原告的

[25] 前引[11],兼子一、竹下守夫书,第112页。

主张责任或者被告的反驳责任,它们与举证责任之间不能划等号。那么“举证责任与谁提出什么样的证据之间毫无关系”[26]的论断是否成立呢?这里须具体分析。在民事诉讼开始时,案件的性质已经被确定,此时,举证责任的分担情况已经十分明显。就是说,在一般民事案件中,举证责任通常是由原告来承担的。在特殊的民事案件中,举证责任要由被告承担。无论在哪一种状态中,举证责任都必须与案件的性质相一致。举证责任是不转换的。当案件的性质确定之后,举证责任由哪一方承担就被法律所确定了。当举证责任被确定之后,负担举证责任者应提出本证,不负担举证责任者可提出反证。因此,当举证责任确定之后,就决定了谁可以提出本证,谁可以提出反证。但这也不是绝对的。因为人们所处的角度不同,赋予本证与反证的涵义可能不一样。例如,在一般民事案件中,原告承担举证责任,但被告可提出反证。这种反证可以用被告的“一个正面的主张”来表达。这种主张对被告来说就是一个本证。原告可以反驳这个主张,从而构成“反证”。在举证责任倒置的情况下,也会发生这种情形。因此,“举证责任与谁提出什么样的证据之间毫无关系”这种论断是成立的。

第四,举证责任是随着案件的性质确定之后,才被确定的。它在诉讼过程中不会发生变化。它象一盏明亮的航标一样,指导着诉讼的前进方向。不过,只有在案件审理到最终阶段,案件事实仍处于真伪不明状态的情况下,举证责任才起决定性作用。正如美国学者哈泽教授所说:“证据可能或多或少势均力敌,在这种情况下,需要有一种规则来指引作出决定。各个法律体系均有在此情况下引导法院的辅助性规则——有关举证责任的规则。举证责任规则的效力为,如果法院查明有关特定事实问题的证据旗鼓相当,负有举证责任的一方当事人将在该问题上失利。换个稍微不同的说法,如果法院不能根据证据查明事实,则该问题在解决时就不利于负有举证责任的一方当事人。原告通常对被告过错的主要方面负有举证责任。”[27]

Abstract: This paper thinks that burden of proof in a civil cases is decided by the nature of the case. In the course of the dispute burden of proof is stable and unchangeable. The author explains that, in the ordinary cases, the plaintiff is given the burden of proof by the civil law; in the special cases, the defendant is given the burden of proof. It is impossible that burden of proof belonged to the plaintiff previously is afterwards given to the defendant; It is impossible that burden of proof belonged to the defendant previously is afterwards given to the plaintiff, too.

[26] 前引[11],兼子一、竹下守夫书,第 113 页。

[27] [美]杰弗里.哈泽德等著:《美国民事诉讼法导论》,张茂译,中国政法大学出版社 1998 年版,第 80 页。