

探寻举证责任倒置概念的再界定 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E6_8E_A2_E5_AF_BB_E4_B8_BE_E8_c122_483158.htm 举证责任倒置是民事诉讼证据法中的一项重要例外规则，本文从现时对举证责任倒置众说纷纭的观点出发，在评析不同观点的基础上，探讨举证责任倒置概念的合理界定，指出正在讨论的《中华人民共和国民事诉讼法》（草案初拟征求意见稿）的不足，并在此基础上尝试对举证责任倒置作一较合理的界定。

一、举证责任倒置的不同界定

举证责任源于古罗马，早在古罗马法就确立了有关举证责任的两条原则：其一，如果原告不能证明，就应解除被告的责任；其二，证明是主张权利之人义不容辞的责任，而不是否定之人的责任，对举证责任的内涵基本上学者形成了较为统一的观点，即将举证责任视为具备行为责任与结果责任双重意义，尽管在实践中“举证责任倒置”一词已为法学界的学者及司法实践者所普遍使用或认同，但对举证责任倒置内涵界定上的仍然存在明显分歧，甚至有学者对这一提法的合理性提出质疑，由此而映射出来的立法上的不同建议也容易理解了。在此大致可以将这些观点罗列如下：

- 1、举证责任倒置赞同说：从现在国内的著书立说中可以看出支持存在举证责任倒置的人居多但他们对举证责任倒置的定义又各不相同，主要有以下几种定义方法：（1）从举证责任的分配原则的法律要件说来定义，如江伟主编的《证据法学》中对举证责任倒置的定义：证明责任的倒置又称证明责任的分配原则的例外，是指在一定的情形下，不应当按照证明责任的分配原则决定某个案件中的证明责任分配

，而应当实行与该原则相反的分配，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。同时认为“举证责任倒置不是在任何证明责任分配学说下都产生的概念、需要和现象。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。在其他的证明责任分配学说下，所谓倒置是不可能的。”（2）未对举证责任倒置作具体定义，如潘牧天《我国民事诉讼中举证责任问题》中肯定了举证责任倒置在我国民事诉讼中具备法律和实践基础，赞同举证责任倒置的提法但并未对举证责任倒置的概念进行界定。类似的还有李祥琴在其《论民事诉讼中的举证责任》一文中对举证责任倒置的论述。（3）举证责任倒置在司法实践中实现的过程及它对当事人的结果意义上来定义，如王学棉、周凤翱在《民事举证责任倒置浅析》一文中将举证责任倒置定义为：在民事诉讼中，当事人对其提出的主张，在案件事实真伪不明不用自己承担结果责任，而由对方当事人承担结果责任。（4）以现行法律法规的规定为基础，从归责原则的角度对举证责任倒置进行定义，如戚庚生、刘天兴在《论民事诉讼中的举证责任》中阐明：举证责任倒置的情形是我国民法通则及最高人民法院在《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（以下简称《意见》）中明确规定的，它是指在法律规定的一部分侵权诉讼中，对原告提出的侵权事实，被告否认负责任的，应由被告负责举证证明己方无过错或损害系由原告自己及第三人的原因导致，否则即应推定为被告过错并承担责任的一种归责原则。（5）举证责任的一般原则的角度及其分配的公平原则进行界定，如王怀安主编《中国民事诉讼法教程》

中这样定义举证责任倒置：“民事诉讼举证责任的一般原则是谁主张、谁举证，但在有些情况下，提出主张的一方当事人限于客观原因难以或无法提供证据证明自己的主张，另一方当事人负责举证更为适宜。为了平等承担举证责任，在有些情况下，举证责任要由造成侵害的一方当事人承担，这就是举证责任的倒置。”

2、举证责任倒置的反对说：目前国内对举证责任倒置这一提法的非科学性的批判态度最为鲜明的要数西南政法学院的副教授及法学博士陈刚，他在1997年、1999年发表的两篇论文及2000年9月出版的《证明责任法研究》一书中都有立场鲜明的论述，他认为理论界在尚未确定证明责任分配标准“正置”的理论上热火朝天地谈论“举证责任倒置”这纯属一种学术上的失误或不负责任的表现。再如张卫平教授认为，关于举证责任倒置的问题必须正确看待，举证责任倒置是与正置相对应的。单纯的因果关系的倒置是否意味着全部举证责任的倒置，因此用举证责任倒置是不太贴切的。此外，在吴越翻译的德国学者汉斯普维庭著的《现代证明责任问题》的序言中，他也表达了同样的思想。详文为“在司法实践、法学教育和科研中，人们经常将实体法上的特殊证明责任分配称为‘举证责任的转换或者倒置’，这是很不准确的，而且容易引起误解。因为对该具体的规范来说，证明责任已经由立法者事先设定好了，怎么能在诉讼中随意被‘转换或者倒置’呢？除非我们表面上说的是‘转换或者倒置’，而实际上是指立法者没有遵循证明责任分配的基本规则而做了特殊的分配。”

3、第三种观点与前两种都不同，这一观点将前第一种观点举证责任倒置的所指的情形命名为举证责任转换并在此基础上进行论述，并将举证责

任分为客观的与主观的两种，认为只有主观的举证责任才能够转换，客观的举证责任，不能够转换。因为举证责任，以主张责任为前提，而客观的举证责任则与主张责任没有关系。此观点在国内以王锡三教授为代表。从以上对举证责任倒置的认同与反对的分歧，以及认同者对其莫衷一是的内涵界定，我们可以暂且认为：举证责任倒置存在亦或不存在，这是个问题。所以本文当然要从举证责任倒置的概念的合理界定着手。否则所有的论述都将是空中楼阁。

二、举证责任倒置界定评析与思考

举证责任倒置是否存在？这一概念是否科学？如何对其进行合理性的界定？等等与此相关的一系列问题都是在详细论述举证责任倒置之前必须澄清的，我们可以从以上对举证责任倒置纷纭的说法中一一论证。陈刚博士是目前国内举证责任倒置反对说的坚决的摇旗呐喊者，他的观点大致可以这样来概括：第一，所谓的“举证责任倒置”缺乏一个明显的前提何谓举证责任“正置”，在我国诉讼法学界至今尚未就证明责任分配的“正置”理论达成共识的情况下，倒置更无从说起。第二，认为“举证责任倒置”一词是舶来品，源于德国法中有关证明责任分配理论中的修正法律要件分类说而提出的，离开法律要件分类说就没有什么证明责任倒置可言。第三，他还指出“证明责任倒置”的德文愿意是指“反方向行使”，在这个意义上不是说“本来由此方当事人承担的证明责任转换给彼方当事人承担”，而是指“应由此方当事人承担的证明责任被免除，由彼方当事人对本来的证明责任对象从相反方向承担证明责任”……即对“因果关系为不存在”承担证明责任，而不是相反。陈刚博士的论述逻辑性及严密性上几乎无懈可击，但由于在我国无法

探寻到举证责任倒置的根源，便简单地将举证责任倒置的存在及其合理性一并否定有欠妥之处，首先，德国法学界及司法的实践界对证明责任问题的研究与应用非常深入，并形成系统的证明责任理论，对大陆法各国的民诉理论界影响极大，其中被我国学者译为“举证责任倒置”的术语，属证明责任分配理论中修正的法律要件说中才出现的名词，这一学说以德国民诉法学家罗森伯格（Leo Roseberg）为代表，不仅在德国得到进一步的推行和完善，而且对大陆法各国的民诉理论界影响极大，他将民法规范分为对立的两类：一类为基本规范，也称请求权规范，系指那些发生一定权利的法律规范，一类为对立规范，分为三种情况：1，权利妨害规范。即系指那些在权利发生之始，将权利的效果视为妨害，致使权利不得发生的规范。2，权利消灭规范。即指那些在权利发生之后，能使既存的权利予以消灭的法律规范。3，权利制约的规范。系指那些在权利之后，权利人不能实现的法律规范。为此，在法律要件说中，以民事法的实体规范为基础，将举证责任分为“正置”与“反置”这两个相互补充的对立面，但这一理论中所言的“反置”并不能我国的“举证责任倒置”所指向的内容同日而语，例如法律要件说中的特别要件说所阐述的举证责任分配理论类似于我国民事诉讼理论所指的举证责任转移，所以我个人更倾向于推测“举证责任倒置”是中国土生土长的法律术语，是某些不可考的学者为了形象表述我国民事诉讼法所确定的举证责任分配规则中的例外情形而提出的，现已普遍为公众所接受，从根本上而言以“谁主张，谁举证”与“举证责任倒置”这十二个字来高度概括我国举证责任分配规则确实缺乏科学性，不符合法律术语所要

求的严谨及审慎，而我国民法的理论研究也不能与德国相提并论，长期以来薄弱的法律理论根基，以及浓厚的“重实体，轻程序”的观念乃至“程序虚无主义”观念极为盛行的中国，使得诉讼法的研究远落后于其他部门法，彻底地冤枉过正是项浩大的工程，况且什么是绝对的真理又有谁能给出答案呢？对于现行的法律既然要保持其稳定性，不能轻而易举地修改甚至以一部全新的法典取而代之，又要使其在实施的过程中，最大限度地实现权利的救济，切实可行的方法不如是通过对现行的法律注释的办法来弥补，当然这并不是否认理论探讨的必要性；其次，法律尤其是象诉讼法操作性、实务性特征十分突出的法律，同样要给人以最终极的关怀，面对已被普遍接受并对其所指向的内容没什么争议的法律术语，是不是要苛求其完美无缺？从经济学的成本与效益角度来衡量，并没有太大的必要，关键在于我们如何给“举证责任倒置”这一争议颇多的法律术语赋予其应有的内涵，而不是盘旋在如何给她取个精确的名字上。一言以蔽之，对陈刚博士关于“举证责任倒置”的论述，笔者并不完全赞同，认为应更多地关注我国的本土文化及诉讼法在我国实施的现状，使这些法律价值能全面地得以实现，这也是立法者的本意所在。在上述有关举证责任倒置提法的是与非的观点中，赞同说的第二种观点并未对举证责任倒置进行界定，无须多言；第三种观点则对“主张”假设了狭隘的内涵，尽管这与我国现行民事诉讼法第64条：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。”的规定一致，但所谓的“主张”其内涵正如某些学者所言“在诉讼领域，我们对任何一个事物（要件事实）都可以从肯定和否定两个方面提出主张。……‘谁主

张，谁举证’从逻辑上否定了两立性原则，它混同了肯定主张和否定主张抑或诉讼攻击和防御之间的区别，进而得出了在要件事实真伪不明时，当事人双方都要承担证明责任的错误结论。”具体而言，在一般的诉讼过程中原告对其诉讼请求，被告就此提出消极主张，同时原告未举出充分证据由此而导致的案件事实真伪不明的结果责任，依法应由原告承担，而这显然不属于举证责任倒置的情形，由此可以看出赞同说中第三种观点在逻辑上的不严密性；第四种观点的不科学性也是显而易见的，这一观点囿于侵权诉讼的范围，从归责原则角度对举证责任倒置进行界定最终竟然将其视为一种“归责原则”，这样来界定举证责任其不合理性昭然若揭；第五种观点基本上是从现行的举证责任分配原则的角度定义举证责任倒置，严格地说并不是定义而是对出现举证责任倒置情形的“白描”，同样也多次使用了“主张”的概念，与第三种观点存在相同的错误。笔者较赞同江伟先生主编的《证据法学》中对举证责任倒置的界定，由江伟先生主编的《证据法学》中对举证责任倒置的界定应该属较客观并全面的一个。的确举证的责任的“倒置”是相对于举证的责任的“正置”而言的，举证责任的“正置”是基础和原则，由证据法和程序法作出规定；举证的责任的“倒置”是变通和例外，由实体法根据社会的发展而具体规定的。大陆法系立法上的举证责任倒置是建立在举证责任的法律规范要件分类的分配标准之上的。举证责任的倒置是以法律规范要件分类说这一“正置”为基础而产生的概念和例外。而我国立法所规定的和理论所讨论的举证责任倒置没有以法律规范要件分类说为基础，而且我国理论界就何谓“正置”还没有形成一个统一的想法，“倒置”就更难以说

清楚了。举证责任倒置是法律适应现代社会发展的需要，是对弱者和强者利益合理权衡的结果，具有积极意义。对于举证责任倒置应当采取法定主义，因为举证责任倒置毕竟是举证责任分配原则的例外。从《中华人民共和国民事诉讼法》（草案初拟--征求意见稿）来看，存在两个明显的不足，其一，对举证责任倒置的先决概念举证及举证责任的定义，均从行为责任的角度界定，是表述不同的赘述，没有明确举证责任的结果意义；其二，举证责任倒置的条款局限于侵权责任的罗列，忽略了合同违约责任的纳入，难免令人产生误解认为举证责任倒置仅仅是特殊侵权领域的规则，而不适用于合同领域，基于此，笔者认为可以在肯定举证责任倒置存在的合理前提下，在立法过程中，一方面对举证责任倒置的前置概念，诸如举证及举证责任，明确地从行为责任及结果责任的角度定义，另一方面对举证责任倒置适用范围的列举，应考虑合同违约责任与特殊侵权责任的差异性，纳入其罗列的情形，综上所述，笔者暂且将举证责任倒置的概念作如下定义：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。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问
www.100test.com