

论法官在民商事案件证明责任分配中的自由裁量权

贾绍军

(焦作市解放区法院,河南 焦作454150)

摘要:充分、有效地与当事人沟通,坚持公平、公正的原则,从而正确运用法官自由裁量权对证明责任进行分配,有利于查清案件事实,促进司法公正。结合审判实际讨论了法官在不同情况下如何坚持一定的原则,根据不同情形,正确运用自由裁量权进行证明责任分配等问题,如在没有法律、法规、及司法解释具体规定的情形下,法官在运用自由裁量权进行证明责任分配时应遵守诚实信用、程序公开透明、公平公正、经验惯例、综合平衡等原则。在双方地位不平等,可能导致显示公平的情形下,法官需要结合具体案情,根据相关原则进行具体证明责任分配。

关键词:审判工作;民商事案件;证明责任;自由裁量权

中图分类号:D915

文献标志码:A

文章编号:1672-8580(2011)06-0084-06

纠纷的解决以证据取胜已经成为大家的共识,尤其是在民商事审判中,证明责任随案件的不同发生着极为复杂的变换,尽管法律和司法解释对此作了规定,但由于社会生活和具体案件的千变万化、丰富多彩,仍然有很多案件由于法律未规定明确的证明责任或根据审理中出现的新情况、新问题,需要由法官根据案件的具体情况运用自由裁量权对证明责任适时转换进行分配。

事实上,笔者所在的法院,大部分案件中都会或多或少存在法官利用自由裁量权进行举证责任分配的情形。下表为笔者所在法院近两年来,法官运用自由裁量权进行证明责任分配的相关数字。

年份	民商事案件结案总数	举证责任倒置案件结案数	涉及法定免除一方举证责任案件结案数	涉及法官需要利用自由裁量权将举证责任转移被告案件结案数
2008	967	116	62	52
2009	954	127	53	45
2010	1264	281	89	68

从上表可以看出,法官运用自由裁量权进行证明责任分配的案件呈增多趋势。实务中由于证明责任的分配不同,可能导致一个案件出现截然不同的判决结果,对当事人的实体权利将会产生重大影响,因此,对证明责任的分配尤其是法官以自由裁量权对证明责任

进行重新分配显得极为重要。

一、民商事案件中证明责任分配

(一)民商事案件中证明责任厘定

关于证明责任的涵义,学术界有着不同的观点。目前的通说是风险负担说,该学说将证明责任分为客观的证明责任和主观的证明责任,主要指作为裁判基础的法律要件事实处于真伪不明的状态下,引起的诉讼上的风险负担,证明不力须承担败诉之结果^①。证明责任的风险负担说的理论来源于古罗马法,罗马法具体规定了主张者负担举证的义务,否认者不负担举证的义务。这一原则至今仍被采用,也是实践证明了的较为公平的原则。

笔者认为民事诉讼中的证明责任,既应遵循延续下来的古老,又应与时俱进,不断创新,以适应当前审判工作的实际要求。概括来讲大致可分为以下四个方面:一是原告对自己提出的主张应该提供基本的证据加以证明。二是被告在特殊的条件下对于原告的诉求也应承担一定的举证责任,如在原告提供证据不足以澄清事实的情况下,被告也可以主动提供证据辨明事实真伪;再如被告具有强势地位、原告处于弱势地位,且被告掌握主要证据,按照规定分配证明责任,可能导致裁判不公,因此法官可以依据自由裁量权要求被告

收稿日期:2011-09-08

作者简介:贾绍军(1968-),男,河南温县人,主要研究方向为民商事法学、民商事案件执行。

承担证明责任。同时,被告对自己的主张即对自己的抗辩应提供基本的证据加以证明。三是负有证明责任的当事人,若不能证明事情真伪,则须承担不利后果。证明责任是在作为裁判基础的法律要件事实处于真伪不明状态时发挥裁判依据的作用的,它只能由一方当事人负责,而不能由双方当事人对同一事实负担证明责任^[2]。四是法官在具体办理案件时,可以根据法律原则、法律规则,将证明责任进行再分配,或者是在缺乏法律依据的情况下,行使自由裁量权进行证明责任分配,以达到公平之效果。

(二)民商事案件证明责任的分配

1.总的分配原则。证明责任分配即对当事人双方应承担的证明责任根据相关规定予以分配。我国民事证明责任分配依据主要有三个顺序层次:一是根据法律、法规进行分配;二是根据司法解释和其它相关规定进行分配;三是根据相关原则由法官运用自由裁量权进行分配。对于前两种分配,由当事人自主完成,法院在必要时应给予指导和提醒。第三种分配则是根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规则》)第7条的规定。民事证明责任分配首先应依据民事诉讼法和民事实体法的有关规定,民事诉讼法和民事实体法没有具体规定的,再参照司法解释的规定。上述依据都无法奏效时,最后才能由法官按照自由裁量权进行裁量^[3]。

2.原被告之间应承担的基本举证责任。第一,原告在不存在特殊情况下应承担的证明责任主要包括:主张事实成立的基本证据,原告履行了相关行为的证据,支持自己诉求的相关证据等。第二,被告在不存在特殊情况下应承担的证明责任主要包括:主张原告诉求不合理、不正确的基本证据,自己提出事实成立的相关证据,举证责任倒置中的因果关系、自身过错等证明责任。

笔者认为:被告可以承认、否认原告的主张,可以对其诉求进行反驳、否认,但被告对原告单纯的反驳、否认不应负举证责任;而被告在承认原告诉求事实的基础上提出相对之事实,则应负举证责任,否则将承担败诉之后果。如原告起诉被告,要求其返还借款5万元,以收条和人证为据,而被告主张原告系将钱赠与被告而非借给被告,那么此时被告的主张系一种间接的反驳和否认,而非在承认原告诉求事实基础上的另外

主张,因此被告无须负证明责任。再如原告起诉被告要求返还借款,被告辩称所借款项是为了给原告孩子治病,那么此时被告首先承认了借款事实,接着就应对其辩称借款花费在给原告孩子治病这一事实进行举证。

3.证明责任移转。举证责任的移转可分为自然移转和法定移转^[4],自然移转是在案件诉讼过程中,随着被告对原告诉求的抗辩,提出抗辩理由后发生的一种自然转移,即被告在抗辩的同时提出了事实和自己的主张,那么被告就应对自己的主张进行证明,否则将承担不利风险。法定移转就是法律规定将应由一方承担的举证责任转由另一方当事人承担,也就是我们常说的举证责任倒置,即基于特殊情况,法律明确规定本应由原告承担的举证责任,转由被告承担举证责任,此规定具有积极的理论意义和实践意义^[5]。

笔者认为证明责任的法定免除也应视为一种法定移转,因为原告事实上不用再承担举证责任,实际上其责任已经移转,而且这种移转系法律规定,因此也应归属于法定移转。

二、证明责任分配中的法官自由裁量权

(一)适用情形

根据《证据规则》第7条规定,法官可以根据公平、公正等原则,在法律、司法解释没有规定或者规定不明的情况下,根据不同的案情,综合当事人举证能力、辨明事实真伪的具体要求等因素进行举证责任初分配或再分配。在实务中遇到的具体情形大致包括以下几类。

1.确定证明对象中的自由裁量权。民事诉讼中,证明对象是证明责任的开始,只有确定了证明对象,才能确定证明责任,并进一步予以分配。如: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75条做出了免于证明的规定,但是具体在什么情况、遇到何种条件下才可以免除当事人的证明责任是法官的自由裁量权,如对自然法则、大家公认事实、交易习惯的认定等。同时按照推定免证的规则,法官可以利用自由心证,来推定事实的存在,以此确定案件事实真相,从而免除相关当事人的证明责任。

2.具体实务操作中的自由裁量权。首先,根据“谁主张,谁举证”原则,来确定或者说是指导原被告双方的主张和具体举证责任。其次,在法律对证明责任分配有所规定,或者根据“谁主张,谁举证”原则情况下进行证明责任分配,可能导致裁判不公现象产生,法官根据

情况进行分配⁶。最后,在遇到新情况、新问题以及法律没有相关规定而出现无法可依情况下,法官则应正确运用自由裁量权进行证明责任分配。

笔者所在法院曾经审理一起这样的案件,在原告李某诉被告王某名誉侵权案件中,被告与某网站网络管理人员系直系亲属关系,如由原告主张已被网管删除的恶意跟帖内容,确实存在较大困难,法院调查也可能存在被告不予配合的现象,此时,法官在咨询相关技术部门得到确定可以找到原始跟帖内容的答复后,根据自由裁量权责令被告提供相关跟帖的原始页面,否则按妨碍举证推定规则,由被告承担不利后果,以此最终查明事实真伪,做出正确裁量。

3.在特殊证明责任规则情况下的自由裁量权。法律明确规定的特殊证明责任规则主要包括证明责任自然转移、证明责任的举证责任倒置和证明责任免除等情况。在上述情况中,虽然法律规定了情形,但是这些都是盖然性规定,在实务操作时,还需法官根据公平、公正、经验等原则,进行具体的再分配⁷。

(二)司法价值

证明责任分配中的自由裁量权是法官根据法律精神和法律原则,在个案中对于特殊情况进行的证明责任初分配或者再分配的权利,以此查明事实、确定败诉后果的承担者,终结诉讼活动。

1.弥补司法不足,有效解决纠纷,推动司法发展。法律具有确定性和滞后性。随着社会的发展和变革,由于法律自身特性无法及时适应新的情况、新的问题,尤其是在出现新类型纠纷、新形式证据、案情复杂的情况下,证明责任分配无法可依,或与审判形势极为不适应,或有可能导致司法不公,此时,只能通过立法精神寻求依据,即由法官发挥合理的自由裁量权来弥补法律本身所具有的缺陷,使案件真实情况进一步显露,案件中的关系逐渐清晰,裁判结果公平、客观,从而避免法律中的漏洞。其能动性作用,不仅能及时有效的解决民事冲突和纠纷,还有助于真正做到案结事了,推动司法发展。

2.保障公平正义,确保个案公正,实现整体公平。证明责任分配系以公平正义为最基本准则。由于立法的滞后性、法律自身的限制,遇到新情况、新问题时立法者也不可能做到随时立法予以弥补,因此,在实务中,赋予法官自由裁量权,使法官能够综合当事人的各

种因素进行利益衡量,合理地分配证明责任,不仅能从实质上实现公平正义的理念,还能有助于程序个别公正的实现⁸。

(三)法官行使自由裁量权的缺陷

1.法律规定不明确,适用情形不明,易导致法官自由裁量权的行使不统一。因法律及司法解释对证明责任分配中法官自由裁量权规定过于简单,适用原则、适用情形、适用方法均未作细致规定,使得在实务操作中,法官无所适从。有的法官不愿意运用自由裁量权进行分配,或者分配不彻底,害怕带来不必要的麻烦;有的法官在进行分配时由于缺乏指导,难免存在这样那样的错误。并且不同的主体差异有可能对自由裁量权行使情况也不同,尤其是在何种情况下适用、如何适用,不同的法官有着不同的做法,导致司法不统一。

2.举证责任分配在具体适用程序中未作规定,易导致法官自由裁量权的滥用。《证据规定》第7条仅从实体方面对举证责任分配的自由裁量规则进行了规定,但对具体适用程序未作规定,在出现新类型、重大疑难复杂案件时,法官既无法律可依,又无实践指导,一旦出现主观上的理念偏差或者司法能力上的偏差,极易导致自由裁量权的滥用。

3.在证明责任的特殊分配规则中,易引发自由裁量权的错用。证明责任特殊分配规则主要表现在:一是举证责任倒置,主要是在专利、高度危险作业、环境污染、建筑物搁置物及悬挂物、饲养动物、产品缺陷、共同危险等侵权诉讼以及合同履行和劳动争议案件中实行举证责任倒置的分配规则;二是举证责任免除;三是举证责任自然转移。关于这些特殊规则在实务中最容易出现的问题,法律、法规还需做出明确规定。如对于某问题原被告双方均称不应由自己举证;再如出现新的、复杂情况时,是否适用特殊规则,当事人双方各执一词,法官举棋不定等。正是由于法律规定的不全面、不具体,因此法官在行使自由裁量权进行证明责任认定与分配时,仅凭办案经验和自己的想法,很有可能导致随心所欲的裁量,具体表现在:一是对证明责任的自然转移情形掌握不足,而进行错误的分配,如要求被告对自己的辩称和否认进行举证,否则要求被告承担不利后果;二是不恰当的将举证责任倒置,主要是不该适用倒置时而适用倒置;三是遇事无法可依时就以调代判,或将案件搁置起来,久拖不决等⁹。

三、法官在证明责任分配中的原则、情形与建议

(一)明确法官在证明责任分配中应掌握的原则

1.诚实信用原则。该原则是法官在行使自由裁量权进行证明责任分配时总的适用原则。诚实信用原则是民法中的重要原则,也是在民商事案件审理过程中当事人双方及法官应当遵守的原则,法官在行使自由裁量权进行证明责任分配时应诚实、信用,不得欺诈、损害双方当事人的合法权益。

首先,法官应明确告知双方当事人诚实守信地进行举证,并严格监督双方当事人是否存在诉讼欺诈行为、恶意毁损证据、胁迫证人作伪证、阻止他人作证的行为,一旦发现,该当事人就应承担不利之风险。其次,法官在进行具体正面责任分配时,也要全面贯彻诚实信用原则,不可主观臆断、不可徇私情、不可损害一方合法权益,在此情况下进行证明责任分配。

2.程序透明、公开原则。该原则适用于法官在进行证明责任分配时的所有情形。因为错综复杂、多种多样的案件大量存在,法律规定不可能涵盖所有,在这种情形下,法官的自由裁量权就尤为重要。实务中由于法官滥用自由裁量权导致案件存在问题的情况屡见不鲜,主要原因是自由裁量权没有公开、透明,不能得到有效的监督,不能得到双方的认可,从而使自由裁量权滥用、错用现象发生,并且致使司法权威受到严重威胁,司法裁判不被当事人认可。

法官在运用自由裁量权进行证明责任分配时,首先应公开分配的根据和原因,告知、明示其自由心证过程,使当事人理解如此分配的公平性和公正性,引导当事人围绕自己的主张、围绕事实真伪进行举证。其次,要将双方的证明责任分配情况、举证责任义务不对等的原委及时与当事人进行沟通,听取当事人的意见,使当事人真正参与到分配的整个过程,感受程序公正的存在。最后,在裁判文书中应强化说理部分,逻辑、层次分明,原因、根据清晰,使每一道程序都公开、透明、有效。

3.公正、公平原则。该原则具体适用于当法律对证明责任没有做出详细规定时,法官在对证明责任分配时应遵守的原则。所谓公平公正,主要是强调双方责任、义务、权利、地位的对等。

法官在个案中进行证明责任分配的时候应注意以下几个方面:一是原告举证难、被告举证容易的不平等

情况下,法官可以根据公平、公正的原则进行证明责任分配,也就是说在地位不对等的前提下,可以根据公平、公正原则考虑举证责任义务的相应调整。二是不可抗力。如果发生不可抗力、不可归责于双方的情形,法官应当根据具体情况,根据公平、公正原则,对证明责任进行调整。

4.经验、惯例原则。该原则具体适用于法律有所规定,但是应做微调,才能辨明事实真伪,并符合双方当事人的合法利益的情形。所谓经验、惯例主要是指日常生活中的经验、真理原理、科学定理、生活习惯、交易习惯等。这些经验、惯例是大家公认和认可的,甚至说是不可违背的。

有的案件虽然法律或司法解释明确规定了证明责任分配,但是根据这些经验、惯例需要进行微调,才能实现法律裁判的应有价值。如《合同法》第61条规定:“对合同没有约定或者约定不明确的事项,按交易习惯确定”,该条款虽然未直接规定双方的举证责任,但是会直接影响到当事人该如何举证,此时法官就应根据具体案情,将交易习惯予以明确,并以此为前提分配举证责任。

首先,法官要分析案情,找出应当适用的科学真理、生活常识、交易习惯等。对于需要进一步求证的,则应进行求证。其次,要将所依据的经验、惯例与双方当事人进行沟通,对当事人意见切实可行的要予以采纳。最后,要根据案件事实真伪查明情况,在具体调整分配时,尤其是在免除一方责任,加重对方责任程度时,掌握必要的程度和尺度,避免公正下的不公正现象发生。

5.综合平衡原则。该原则主要适用于特殊证明责任分配情形。因为特殊分配情形中,原被告双方地位不平等,且在该类型案件中会遇到诸多复杂之关系、疑难之问题,法官难以较好把握,故应规定此原则。具体含义指:证明责任分配虽然法律有所规定,但也要做到综合平衡,不可认为转移、倒置就是顾此失彼,在证明责任转移时要充分考虑当事人双方地位和处境以及其他特殊情况,在所处地位、环境不平衡时,应有所倾斜,以维护当事人的合法权益,甚至在有的时候可以免除一方的举证责任,加重对方的举证责任⁹¹。

首先,应明晰在特殊举证责任情况下,原被告双方的举证事项分别是什么,具体包括倒置的举证责任内容,免除举证责任内容等。其次,在具体列明举证事项

的前提下,必要时指导、告知原被告双方进行补充举证。因为,有时原被告双方对于自己的举证事项并不十分了解。最后,虽然根据法律规定,且已列明了双方应举证内容,但在一方当事人举证十分困难的情况下,另一方地位优势特别明显,可以转移举证,但是转移的前提是法官利用自由心证确信被告能够举证,且其举证内容能够辨明事实真伪,对于要求被告举证事项不过分。

当然上述原则并非只针对某一情形,有时在一个案件中可能所有原则均有涉及。总之,法官在运用自由裁量权进行证明责任分配时,每个原则均需有所考虑,均要有所根据,并根据不同的案情具体把握。

(二)法官自由裁量权在证明责任分配中的具体适用及建议

1.在法律未对证明责任分配时法官自由裁量权的适用。法官自由裁量权大多是在当法律对证明责任分配没有做出具体规定时,且不宜适用“谁主张、谁举证”情况下行使的,如2000年发生在上海的一起“装修工在业主准备用于举行婚礼的新房内上吊自杀”案件,本案中装修公司是否对房屋所有者造成了损害。事实上争议房屋已经贬值,但要求业主就其遭受的财产损失大小、损失程度、损失因果关系进行举证,确实勉为其难。此时法官即可行使自由裁量权从一定程度上免除原告的部分举证责任^[1],并在裁判中将众所周知的事实向双方当事人明确。

此情形建议:法官首先要对本案进行综合评价,对不适用“谁主张、谁举证”的原因进行求证分析,然后由原告对自身损害与起诉原因的基本情况予以说明,再由法官运用自由裁量权根据本文所述的原则、过错责任、因果关系、主张事实等内容进行证明责任分配。

2.在可能导致显示公平的情况下证明责任分配时法官自由裁量权的适用。依据现有的法律规定和司法解释进行证明责任分配可能导致判决结果显示公平。如在原告处于弱势、无法举证,而被告则可以举证,并且被告的举证尤为关键,能够辨明事实真伪,此情况下法官可以适用自由裁量权进行责任分配。

此情形建议:本情形主要牵涉到在不能适用证明责任特殊规则的情况下,证明责任由原告向被告转移。出现此情形时,法官可以做出以下两点考虑:一是依法

而定,《证据规则》第75条规定,有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供,如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人,可以推定该主张成立。二是依案而定,根据案件细节、特殊情况,以及案件起因、进展的一些真实情况,将部分或全面举证责任转移至被告,从而实现案件的程序正义和实体公正。

3.在举证责任倒置情况下法官自由裁量权的适用。我国法律具体规定了举证责任倒置的情形,但是在实务中究竟如何倒置,法律并没有进一步详解。究竟应否倒置,倒置程度如何,若自由裁量权运用不当,不仅有违立法初衷,而且仍然会导致判决不公。在这种情况下,法官应根据法律规定,依照公平、公正、经验、惯例等原则,进行证明责任分配微调,以便做出正确判决。

确定是否适用举证责任倒置,标准有三个:一是举证责任倒置是否符合法律规定、符合双方当事人合法利益、符合案件需要。二是综合考虑细节,根据公平、公正原则,结合具体案情、公序良俗、交易习惯、生活原理等进行分配,即可以不完全倒置、更可以完全免除原告的举证责任,只要有利于案件公正审理、不违背立法即可。三是考虑举证就近的原则,即当事人谁举证更加方便、易行,就由谁举证,通过合理分配举证责任,使案件事实明晰。

四、结语

当前法律并没有对证明责任分配中法官自由裁量权做具体规定。但是随着法制的逐步完善、社会的发展,法制的健全、群众法律意识的提高,法律应对法官对证明责任分配中的自由裁量权加以明确规定,包括适用原则、适用情形、如何规制、如何保障、如何防范滥用、如何判前释法、如何判后答疑等。

证明责任中法官的自由裁量权是一把“双刃剑”,一方面的确具有积极意义,弥补法律不足,促进司法公正,推动司法证据制度发展;另一方面,部分法官的整体素质不高,司法不公、司法不廉现象还大有存在,所以应出台相关法律予以完善和规制,并不断提高我国法官队伍的综合业务水平和道德水准,从制度和观念上不断促进司法公正,使证明责任分配中的自由裁量权在诉讼中充分发挥其应有作用。

参考文献:

[1] 朱玉玲.对民事诉讼证明责任及其分配的思考[J].山东科技

- 大学学报:社科版,2010,(1):122.
- [2] 张建国.论民事诉讼中的证明责任[J].开封教育学院学报,2004,(3):13.
- [3] 卢申玲.对民事诉讼证据责任分配的实证分析[J].政治与法律,2005,(1):122.
- [4] 张建国.论民事诉讼中的证明责任[J].开封教育学院学报,2004,(3):13.
- [5] 杨燕.医疗侵权诉讼举证责任研究[J].四川理工学院学报:社会科学版,2011,(1):53.
- [6] 杨晟.试论法官关于民事证据自由裁量权[J].科技信息,2009,(26):354.
- [7] 崔雪丽,孙光宁.论法律解释方法中的社会学解释[J].燕山大学学报:哲学社会科学版,2010,(3):113-117.
- [8] 王益华.举证责任分配自由裁量权研究[J].山东审判,2003,(5):38-42.
- [9] 张明,孙连朋.论高度危险作业致人损害侵权诉讼的证明责任[J].燕山大学学报:哲学社会科学版,2010,(3):122-126.
- [10] 常淑静,韩玲.举证责任分配自由裁量规则在民事诉讼中的适用[J].司法论坛,2009,(1):79.

责任编辑:陈于后

On the Discretion of a Judge in Burden of Proof Distribution in Civil and Commercial Cases

JIA Shao-jun

(Jiaozuo Jiefang District Court Executive Board, Jiaozuo 454150, China)

Abstract: Fully and effectively communicating with the litigant, adhering to the principles of fairness and justice, and the correct use of discretion of a judge in burden of proof distribution can ascertain the facts of a case and promote the judicial fairness. Based on factual trial judge, this article discusses how to adhere to fairness principles in different situations. According to different circumstances, how a judge should correctly use the discretion in the distribution of the burden of proof and other problems, such as in the absence of laws, regulations and judicial interpretations. A judge, in the use of discretion in the burden of proof distribution, should observe the principle of honesty and credit, open and transparent procedures, experience and practice, comprehensive balance. In case of a unequal status of two parties that may lead to a show fair circumstance, a judge needs to consider the specific case and distribute the burden of proof according to relevant principles.

Key words: trial work; civil and commercial cases; the burden of proof; discretion