

论统一的过错证明责任分配规则

陈巍*

摘要:过错作为侵权责任诉讼的主要事实以及证明对象,以间接证明方式为主。我国侵权责任法上并无独立的违法性要件,过错要件吸收了违法性要件,侵权法中阻却违法性的抗辩事由与过错构成同一事实的正反两面,不可并立。传统一般侵权责任中“受害人承担过错证明责任、侵权人承担抗辩事由证明责任”的证明责任分配规则存在不可调和的悖论。基于生活经验、理论学说以及司法实践等诸多理由,适宜将过错与抗辩事由一并定位于权利妨碍要件,证明责任统一归于侵权人承担。作为特殊侵权类型的违反法定义务侵权责任以及严格责任,也都可以一并适用过错及抗辩事由的证明责任统一归于侵权人承担的分配规则。

关键词:过错 抗辩事由 证明责任 法定义务 侵权责任法

过错是现代侵权责任法的基石。19世纪过错责任主义成为主流学说,学者多从社会道德观念、社会价值要求以及维护人的尊严角度论证过错责任的必要性。^①侵权责任归责原则围绕过错展开,违法性、抗辩事由、理性注意义务以及管理、保障、监护等法定义务这些侵权责任法上的重要概念,都与过错有着密不可分的联系。长期以来,学界对于《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)和其他法律、司法解释中的各类特殊侵权责任,到底哪些属于过错推定责任,哪些属于无过错责任,哪些构成证明责任倒置,存在不同的学说观点。《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第1165、1166条关于一般过错责任、过错推定责任以及无过错责任的规则基本承继了《侵权责任法》,并未解决这些学理争议。笔者认为,过错、违法性、抗辩事由与违反法定义务四者关系界定不清,是造成我国侵权责任法上过错相关规则陷入纷争的源头,唯有正本清源,界定四者的逻辑关系,明确证明过错要件及相关要件的证明责任分配规则,同时理清特殊侵权纠纷的特殊之处、适用范围以及适用规则,才能建立起一套以过错为轴心的,清晰合理、融贯统一的侵权责任规则体系,满足司法实践对于协调统一、明确合理的实体法律规则的迫切需求。

* 北京航空航天大学法学院副教授

基金项目:国家社会科学基金项目(18VSJ039)

① 参见王泽鉴:《侵权行为法》(第1册),中国政法大学出版社2001年版,第13页。

一、过错要件的证明以及与抗辩事由的关系

(一) 过错事实的间接证明方式

侵权诉讼中,过错需要证明,“证明则是发现事实和建构事实的主要手段和路径,因而也成为整个一审程序乃至成文法国家的二审程序的核心任务”。^①在宏观立法层面,过错是侵权责任的法定要件之一,具有抽象性和宏观性,而具体个案中,过错要件对应的应当是具体的、个别的、可以描述的事实主张,此种事实主张属于诉讼的主要事实或要件事实,^②是个案的证明对象。故意、明知、善意等主观性事实作为证明对象是司法的常见现象。证据法上存在“内在事实”与“外在事实”的区分,外在事实的直接证明在理论上是可行的;而对于内在事实,通常只能经由间接证据来证明。^③“惟行为人之主观状态除其本人外,事实上难以确实掌握。因此,方法上只能借助外界存在之事实或证据推敲之。”^④具有主观性的待证事实可以通过“推定”机制进行间接证明,即通过外在的可观察识别的事实(间接事实、基础事实),借助审判者的社会经验法则,推论出被告事发当时的主观心理状态及客观社会评价(直接事实、待证事实)。原告通过主张并证明被告事发前后的言行举止来证明被告存在过错,典型如交通损害赔偿中原告主张机动车驾驶人存在饮酒、疲劳驾驶等间接事实以证明其存在过错。

过错能否直接证明?鉴定意见作为法定证据形式,可以直接指向被告的过错事实,属于直接证据,法官应用鉴定意见认定过错也属于直接证明。^⑤但涉及过错的鉴定意见本质上也适用间接证明机理,鉴定人也要应用各种间接证据及间接事实推定出侵权人的过错。过错的直接证明与间接证明只是角度不同,并无本质区别。有学者主张鉴于过错的主观性和抽象性,为发挥引导诉讼审理的作用,应把能证明过错的各种具体事实主张作为证明对象,视为这些情形下的主要事实,也称“准主要事实”。^⑥对此观点笔者持有异议。第一,作为证明对象的主要事实或要件事实,是双方当事人主张、举证、反驳、再举证、再反驳的对象,应当保持稳定且明确。如果把这些数量众多且不稳定的间接事实上升为主要事实,那么将使诉讼举证失去准头,也将动摇间接证明的理论根基。第二,间接事实即便达不到法定证明标准,也可能发挥动摇法官对于直接事实心证的实际效果,这属于法官自由心证范畴,而主要事实必须达到法定证明标准才能认定并实现相应法律效果。第三,某些情况下原告无需主张任何间接事实就能证明过错,此时证明对象只能是过错的直接事实。总之,过错事实虽有主观性,但相对于裁判者而言还是可以认知探求的外部待证事实,可以且有必要直接作为证明对象。

原告要证明被告有过错可以通过主张间接事实完成,被告证明没有过错的途径包括消极反驳与积极主张。被告可以举证否定间接事实的真实性,或者主张间接事实即便成立也不构成过错,两者缺乏关联性,这属于被告的被动防御。但这种方式比较危险,因为发生侵权行为是日常生活的例外情形,法官很容易对被告有过错产生合理怀疑,此时被告有必要主张并证明新的事实,用以解释说明侵害行为究竟为何发生。行为人要证明自己没有过错,不能简单地采取喊冤、赌咒、发誓等方式表明自

① 傅郁林:《证明责任的特别规则及其正当性》,《中外法学》2010年第5期。

② 要件事实,是指与实体法规定的权利发生、妨碍、消灭、排除所必需的法律要件相对应的具体事实。参见许可:《民事审判方法:要件事实引论》,法律出版社2009年版,第40~41页。

③ 参见吴泽勇:《论善意取得制度中善意要件的证明》,《中国法学》2012年第4期。

④ 曾世雄:《损害赔偿法原理》,中国政法大学出版社2001年版,第73页。

⑤ 参见李浩:《直接证据真的不存在吗——与纪格非教授商榷》,《中外法学》2017年第1期。

⑥ 参见李浩:《直接证据真的不存在吗——与纪格非教授商榷》,《中外法学》2017年第1期。

己内心的清白,也不能仅仅描述事发当时自己善意的心理状态。“权利人无法抽象地主张‘历史俱在,山河作证’,不能满足于‘得失寸心知’,‘平时就是个实在人’的品格事实,也无法自证当事人诉请的客观真实性。”^①被告要否认过错,通常需要举出新的事实来说明或解释自己为什么会实施(作为或者不作为)损害他人合法利益的行为,这些证明自身清白的事实通常就是抗辩事由。

(二)我国侵权法上过错要件对违法性要件的吸收

《侵权责任法》第三章规定了不承担责任和减轻责任的情形,《民法典》除第180~183条予以保留外,另在第184、1177、1178条新增了紧急救助、自甘风险和自助行为三种情形,成为《民法典》的一个亮点。以上免责或减责情形属于法律明文规定的抗辩事由,也称免责事由、阻却违法性事由。抗辩与主张、否认是不同的法律概念,^②本文的抗辩事由仅指可以免责或减轻责任的情况,不包括民法抗辩权以及各类权利消灭规范。关于抗辩事由的种类,史尚宽先生把阻却违法性事由分为权利之行使、被害人允诺、无因管理、自卫行为四类;^③王泽鉴先生分为正当防卫、紧急避难、自助行为、无因管理、权利行使、被害人允诺六类;^④郑玉波先生分为正当行为、紧急避难、自助行为、无因管理、权利行使、被害人允诺、正当业务七类;^⑤我国通说把抗辩事由分为“正当理由”和“外来原因”两大类。《侵权责任法》起草过程中关于抗辩事由的种类有不少争议。^⑥《民法典》的新增抗辩事由也引发了学说争议。

通常认为,抗辩事由能够发挥阻却违法性的功能。违法性是侵权法的重要理论,学界关于过错与违法性要件关系的研究成果颇为丰富。^⑦有学者主张分区过错与违法性要件,理由是:两者与不同的价值判断相对应;法律对违法但无过错行为进行规范的前提,如妨害预防请求权、妨害排除请求权、正当防卫的权利等;对于权利的预防性保护非常重要,可以实现法律的“信号灯功能”;有利于依据特定立法政策实现特殊侵权责任构成要件精细化。^⑧也有学者对违法性与过错相区分的意义提出质疑,认为《侵权责任法》第6条第1款并没有采纳违法性要件,事实上是以过错要件吸收违法性要件。^⑨我国学界违法性之争的实质并不是要不要对侵权行为做违法性判断,而是违法性要件有无必要独立于过错要件存在,即把侵权责任的四要件改为五要件。我国权威立法解读通常认为没有必要规定独立的违法性要件,^⑩可以说我国理论与实践的通说是过错要件吸收了违法性要件。

(三)抗辩事由对过错的阻却

我国侵权法并未把违法性作为区别于过错要件的侵权责任独立构成要件,既然抗辩事由能够阻却违法性,而过错又吸收了违法性,那么抗辩事由也就能阻却过错。“它们(抗辩事由)可以和过错考

① 王雷:《民法证据规范论》,《环球法律评论》2015年第2期。

② 广义的抗辩是對抗特定权利请求的手段,除了《中华人民共和国侵权责任法》第三章规定的事由外,还包括民法上的抗辩权(如同时履行抗辩、诉讼时效抗辩)以及各种权利消灭事由(如义务已履行、抵消)。参见陈刚:《证明责任法研究》,中国人民大学出版社2000年版,第236~239页。

③ 参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第125~129页。

④ 参见王泽鉴:《侵权行为法》(第1册),中国政法大学出版社2001年版,第232~245页。

⑤ 参见郑玉波:《民法债编总论》,中国政法大学出版社2004年版,第125~126页。

⑥ 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《侵权责任法立法背景与观点全集》,法律出版社2010年版,第27、61、131、172、224、543页。

⑦ 参见程啸:《侵权行为法中的过错与违法性问题之梳理》,《中外法学》2004年第2期。

⑧ 参见周友军:《论我国过错侵权的一般条款》,《法学》2007年第1期。

⑨ 参见王利明:《我国〈侵权责任法〉采纳了违法性要件吗?》,《中外法学》2012年第1期。

⑩ 参见王利明:《中华人民共和国侵权责任法释义》,中国法制出版社2010年版,第3页。

察联系起来,构成过失的阻却,即侵害行为是有权而为之,行为人没有过错的意思。”^①从侵权行为人无过错的具体情形角度看,抗辩事由可以分为三类:其一,谁都没有过错的意外情形,如不可抗力;其二,受害人的过错,包括受害人故意、重大过失、一般过失和轻微过失;其三,第三人的过错。正当防卫属于受害人的过错;紧急避险,如存在引起险情的第三人,属于第三人的过错,如果没有引起险情的人,则是谁也没有过错的意外情形。

从抗辩事由阻断过错的方式看,其可以分为阻断客观层面违法性的抗辩事由以及阻断主观意识的抗辩事由。过错是主观与客观的统一,无过错包括“无主观意识”以及“虽对损害结果有意识但无违法性”两种情形,而无意识又包含了完全行为能力人的暂时无意识侵害行为以及完全行为能力人在外在力量推动或驱使下做出的无意识侵害行为两种情形。^②有些抗辩事由能够阻断意识,如在受害人过错、第三人过错、不可抗力情形下,侵害行为系外在原因引起,发生极为迅速,侵权行为人猝不及防,还没有意识到发生什么,损害就已经产生,此时侵权行为人对侵害并无主观认知,无法预测也无法控制,此类抗辩事由阻却了行为人的主观意识,自然也就无过错可言。有些抗辩事由则是阻断违法性,典型如正当防卫、紧急避险,行为人能清楚意识到自己行为的后果,但出于正当理由还是实施了该侵害行为。不同类型抗辩事由能发挥相似的阻却过错效果,如从阻却行为人意识的角度看,受害人的完全过错与无法控制的第三人过错都具有不可抗力的特征,不一定是独立的抗辩事由。^③但从侵权责任分担角度看,第三人过错与不可抗力的法律后果有着显著区别。

过错和法定抗辩事由毕竟不是同一事实。“抗辩事由与其所分离出来的某个狭义构成要件存在一正一反的关系,但这种关系不是单纯地对于同一事实的肯定与否定,而是各自有着不同的事实涵摄范围。”^④笔者认为,两者通过“拟制”,也即“不可推翻的法律推定”机制加以连接。“拟制是法律规范,由于拟制将要件b等同于要件a,它将为要件a所规定的法律后果转移至要件b,要件b被视为要件a。”^⑤而法律上事实之推定中,“他造当事人得藉由证明‘推定事实之不存在’,以推翻系争法律上事实之推定。相对于此,拟制之规定完全不允许当事人另举反证而推翻”。^⑥法官一旦认定被告主张的法定抗辩事由成立,以此为间接事实(基础事实),就必然推论出被告“无全部过错”。正是通过“拟制”,实现了法定抗辩事由与无过错的无缝衔接,能把法定抗辩事由直接“视为”无过错。

(四)过错与抗辩事由的对立统一性

无过错与法定抗辩事由的一体两面关系,是我国侵权法将违法性要件融入过错要件的自然后果。法院一方面认定存在法定抗辩事由,另一方面认定“被告有全部过错”,这种情况只存在于将过错要件与违法性要件严格区分开来的学理语境。法律规定的诸多抗辩事由,其实就是依据生活经验,把那些常见的、能够合乎情理的解释侵权行为人实施行为的动机、目的与心理状态的情形归纳提炼出来,形

① 于敏:《日本侵权法》,法律出版社1998年版,第138~139页。

② 无意识情形不包括无完全民事行为能力人实施侵害行为。对于未成年人或成年精神病人实施的侵害行为,法律将责任承担主体直接归于法定监护人,这与动物致害由动物所有人或管理人承担侵权责任相似。因此侵权法免责事由不包括“行为人系无民事行为能力人或限制民事行为能力人因而免责”的情形。

③ 参见[德]冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(下卷),焦美华译,法律出版社2001年版,第421页。

④ 冯珏:《论侵权法中的抗辩事由》,《法律科学(西北政法大学学报)》2011年第4期。

⑤ [德]莱奥·罗森贝克:《证明责任论——以德国民法典和民事诉讼法典为基础撰写》(第4版),庄敬华译,中国法制出版社2002年版,第220页。

⑥ 骆永家:《民事举证责任论》,台湾商务印书馆2003年初版,第128页。

成一个个具体事由,这些事由并不会招致公众谴责、也不具有社会危害性,因此可以直接拟制为“无过错”。此外,法律并不限制被告提出其他法律没有明确规定的事由来证明自己没有过错,但非法定抗辩事由属于一般的事实推定,法官即便认定抗辩事由成立,也不一定认定行为人无过错。

需要强调的是,侵权人主张的法定抗辩事由一旦被认定成立,法官就应当认定其“无全部过错”,但不一定是“全部无过错”。法院有权判定是否存在一定比例的过错,即认定侵权人“有部分过错”,可以减轻侵权责任,这也可以理解为“被告主张的无过错事实部分被认定,部分被否认”。侵权人过错、受害人过错、第三人过错、所有人皆无过错的四种情形,每一种都可能独立存在于个案,但数项同时存在于一案、形成混合型的多元过错形态,也是司法实践的常见现象。

《侵权责任法》规定的抗辩事由,有些也能发挥阻却因果关系要件的功能。“民法通则制定后,我国学者在侵权责任构成的理论研究上,逐步形成了把它们从因果关系项下、行为的违法性项下、过错项下剥离出来,冠以免责事由或抗辩事由之标题加以单独研究的做法。”^①“导致该侵害行为发生的原因”与“侵害行为与损害结果的因果关系”是不同的领域,有前后之分。第三人过错、受害人过错以及不可抗力可能阻却了因果关系。本文的抗辩事由仅指侵权人主张的能阻却过错的事由。

二、传统过错证明责任分配的悖论

(一)过错与抗辩事由证明责任分配的通说

证明责任分配存在“法律要件说”与“事实分类说”两大流派。德国著名法学家罗森贝克提出的“规范说”属于法律要件分类流派的代表性学说,受到世界范围内的认可和推崇,^②罗森贝克对德国法学家莱昂哈特的法律规范分类法进行改造,把实体法律规范分为基本规范与对立规范,基本规范是构成权利的必要条件,而对立规范又被具体分为权利妨碍规范、权利消灭规范、权利阻碍规范。^③权利妨碍规范从一开始就发挥阻止权利形成的法律效果,权利自始至终不能成就。^④阻碍规范则是权利已经成立但因阻碍规范的存在而使权利暂时不能行使的规范。

权利妨碍规范与形成规范的界限模糊、区分困难被视为“规范说”的主要缺陷,屡遭批判。^⑤“将一个要件‘T’作为权利形成规范的要件,或是将其反面‘非 T’作为权利妨碍规范的要件,则二者并无区别。”^⑥罗森贝克也承认,两者难以区分,“其原因在于,在权利形成规范的构成要件完全实现之前,权利妨碍规范的前提条件就必须已经存在,所以,人们可以说这两种规范的前提条件在对权利产生具有决定意义的同一时刻出现”。^⑦但区分困难不是否定权利妨碍规范的理由。权利形成规范与权利妨碍规范是一般与例外关系,罗森贝克认为立法上凡是使用“……不在此限”“除外”等类似词语

① 李开国:《侵权责任构成理论研究——一种新的分析框架和路径的提出》,《中国法学》2008年第2期。

② 参见[德]奥特马·尧厄尼希:《民事诉讼法》(第27版),周翠译,法律出版社2003年版,第269页;[德]汉斯·约阿西姆·穆泽拉克:《德国民事诉讼法基础教程》,周翠译,中国政法大学出版社2005年版,第276页。

③ 参见[德]罗森贝克、[德]施瓦布、[德]戈特瓦尔德:《德国民事诉讼法》,李大雪译,中国法制出版社2007年版,第745页。

④ 参见[德]莱奥·罗森贝克:《证明责任论——以德国民法典和民事诉讼法典为基础撰写》,庄敬华译,中国法制出版社2002年版,第106页。

⑤ 参见张卫平:《诉讼构架与程式》,清华大学出版社2000年版,第292页。

⑥ [德]齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第139页。

⑦ [德]莱奥·罗森贝克:《证明责任论——以德国民法典和民事诉讼法典为基础撰写》,庄敬华译,中国法制出版社2002年版,第127页。

的规范一般都是作为例外的权利妨碍规范。^① 笔者认为,权利形成规范与妨碍规范的区分,恰恰是罗森贝克学说的精彩与可贵之处,是对民法规范以及立法者意志更为深入的探究,区分两者的功能在于差异化、精细化的证明责任分配规则。

“规范说”关于证明责任分配的一般规则是:主张权利成立的人对权利形成规范承担证明责任,主张权利不存在的人就权利妨碍规范、阻碍规范和消灭规范承担证明责任。一般认为,我国立法采纳“规范说”。^② 那么抗辩事由属于何种性质的规范?“阻却相关法律效果发生的构成要件要素,即被称为抗辩事由。”^③《德国民法典》第227条以下各条以及第904条构成正当化理由,能够排除该法第823条第1款所涉及的“不法”这一事实构成要素,因而它们被作为“消极事实构成要素”。^④ 我国有学者认为,《侵权责任法》中受害人故意、不可抗力、正当防卫、因自然原因引起紧急避险都属于权利妨碍规范。^⑤ 关于过错要件,从大陆法系各国侵权实体法关于过错的表述看,一般侵权责任中,过错要件皆从正面予以表述,并非但书条款,因此被视为权利形成规范。“在因侵权行为而产生的请求权情况下,过错(故意或过失)属于权利构成规范的规范要件,因此,毫无争议地由原告承担证明责任。”^⑥

(二)传统观点的悖论与矛盾

按照通说,一般侵权责任中侵权人的过错属于权利形成规范,证明责任由受害人承担,而抗辩事由属于权利妨碍规范,证明责任由侵权人承担。但如前所述,抗辩事由与过错一体两面,如果分别视为权利妨碍规范与形成规范,证明责任一分为二,势必陷入悖论。具体而言,原告主张被告有全部过错,被告举证证明存在法定抗辩事由力图否认过错,诉讼即将终结时,法官认为双方的证据虽然有一定的证明效果,但可信度仅在50%左右,没有达到法定证明标准。此时,从原告承担证明责任的角度看,“不能排除被告无过错的可能性”,原告对被告有过错的主张达不到高度盖然性证明标准,过错不能成立;但从被告承担证明责任的角度看,其主张的抗辩事由也达不到法定证明标准,法官应作出对其不利的事实认定结论,过错成立,矛盾由此而生。

关于间接反证的学理争议也可以印证以上悖论。间接反证本是诉讼证明的常见方式,间接事实的主张举证是当事人的自主行为,对其认定也属于法官自由裁量范畴,本无所谓证明责任分配问题。但如果坚持“原告承担被告有过错”的证明责任,被告为否认过错而提出的抗辩事由就属于间接反证,这种“间接反证事实”能直接动摇原告的本证主张,对过错认定有实质影响。当抗辩事由真伪不明进而导致过错真伪不明时,如果由原告承担不利后果,就意味着被告提出抗辩事由但不能证明的不利后果又由原告承担,有失公平,因此罗森贝格才提出此种情况下需要一种“填补”,被告应对间接反证事

① 参见[德]莱奥·罗森贝格:《证明责任论——以德国民法典和民事诉讼法典为基础撰写》,庄敬华译,中国法制出版社2002年版,第136~138页。

② 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第91条被认为完全遵循了“规范说”的基本理论。参见沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》(上册),人民法院出版社2015年版,第316页;胡学军:《我国民事证明责任分配理论重述》,《法学》2016年第5期。

③ [德]迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第163页。

④ 参见[德]齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年,第43~51页。

⑤ 参见李浩:《规范说视野下法律要件分类研究》,《法律适用》2017年第15期。

⑥ [德]莱奥·罗森贝格:《证明责任论——以德国民法典和民事诉讼法典为基础撰写》,庄敬华译,中国法制出版社2002年版,第368页。

实承担客观证明责任。^①“作为间接反证主题的间接事实毋宁说构成了当事人攻击防御的核心,因此应当作为主要事实来予以把握,而将这种主要事实的证明责任赋予对方当事人承担也未尝不可。”^②但这又与“反证者不承担证明责任”的一般原则相背离,由此引发间接反证的理论争论。“本来应作为抗辩的事实却不得不穿上‘间接反证’这件隐形外衣,产生一种‘模糊问题之所在’的危险。”^③梳理间接反证的争议由来,恰好印证了过错与抗辩事由证明责任分而治之的内在矛盾。假如统一由被告证明自己无过错,其主张抗辩事由属于本证,间接事实与主要事实的证明责任承担主体一致,那么过错领域的间接反证理论争议也就迎刃而解。

(三)解决问题的思路

如上所述,我国侵权法中过错与抗辩事由一体两面,互为正反,要么皆为权利形成规范,要么皆为权利妨碍规范,必须择一而定,在证明责任分配上须共同进退,不能分割。过错及抗辩事由须一体证明,这与刑法传统犯罪构成四要件到犯罪构成二阶段论或三阶段论的转型,需要解决的问题以及解决问题的思路相似。传统犯罪构成体系存在自相矛盾之处,一方面认为犯罪构成要件是认定犯罪的唯一依据,但另一方面符合犯罪构成要件的行为也可能没有社会危害性,不一定构成犯罪。^④刑法传统犯罪构成“四要件说”面临两大问题,一是犯罪主观构成要件与阻却违法性事由的关系并不清楚,这与以上分析的侵权责任过错要件与抗辩事由的关系相似;二是可能浪费司法资源,犯罪构成要件需要一一证明,如果一个要件不成立,其他要件的证明就属于浪费。矛盾的根源在于犯罪构成主观要件与违法阻却事由的一体两面关系。为解决矛盾,陈兴良教授引进了德、日由该当性、违法性、有责性三要件组成的理论体系;^⑤张明楷教授主张客观(违法)构成要件与主观(责任)构成要件的两要件阶层体系,违法阻却事由和责任阻却事由,分别被纳入客观要件和主观要件之中一并考虑。^⑥以上学者都主张犯罪主观要件要与阻却违法性事由联系在一起,作为一个问题的对立两面可以分别主张但要一体证明。民事侵权责任面临类似问题,解决思路也大体一致。王泽鉴先生提出侵权责任的三层结构,即行为构成要件、违法性以及过错。在违法性层次上要解决的是违法阻却事由有无问题,侵权人对此应承担举证责任。^⑦如果违法性与过错融合,那么三层结构将变为两层结构。刑事诉讼中犯罪主观要件与抗辩事由的证明责任一并由控方承担,并不会直接产生证明责任分配矛盾,但民事侵权法一分为二,则存在证明责任分配悖论。

三、过错证明责任统一归于侵权人的正当性

过错与抗辩事由证明责任分配的统一,一种可能的选择是把无过错和无抗辩事由皆作为权利形成规范,由原告承担证明责任,这也是以莱昂哈特为代表的“全备说”的立场,即权利人需要对所有构成要件承担证明责任,如果被告提出抗辩事由,那么原告还需要说服法官被告主张的事实是不成立

① 参见[德]莱奥·罗森贝克:《证明责任论——以德国民法典和民事诉讼法典为基础撰写》,庄敬华译,中国法制出版社2002年版,第368页。

② [日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第403~404页。

③ [日]高桥宏志:《民事诉讼法制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第450页。

④ 参见张明楷:《违法阻却事由与犯罪构成体系》,《法学家》2010年第1期。

⑤ 参见陈兴良:《刑法学》,复旦大学出版社2003年版,第34页。

⑥ 参见张明楷:《刑法学》(第3版),法律出版社2007年版,第78页。

⑦ 参见王泽鉴:《侵权行为法》(第1册),中国政法大学出版社2001年版,第87~89页。

的,否则要承担不利后果。^①“全备说”极大加重权利人的证明负担,显然不合理。莱昂哈特的“全备说”成为“最顽固的不允许任何例外的封闭学说”而被抛弃。^②莱昂哈特在其主张屡被批判后又提出相对防御责任的观念,区分提案责任与反驳责任,但终因操作过于灵活,难以实践,没有引起太多学者的注意。^③

笔者主张,在“规范说”的理论框架之内,适宜把“无过错”和“抗辩事由”皆定位于权利妨碍要件。侵权人否认侵权责任成立的,要对是否存在过错,也即是否存在抗辩事由承担证明责任。从立法技术角度看,“侵害他人合法权益的,应当承担侵权责任。但侵权人能证明无过错的,不承担责任”。这一规则可以成为侵权责任法基本规则,普遍适用于所有类型的侵权纠纷。该规则与过错推定责任的证明责任分配规则一致,学界关于过错推定责任的论述很多,本文不再赘述,以下集中论证一般侵权责任适用此规则的正当性。

(一)证明负担的平等分配

侵权人一概承担无过错的证明责任,最大的质疑在于是否对被告施加过重的负担,导致双方利益失衡,损害社会长远利益。被告证明自己无过错并非“有罪推定”。刑事诉讼中抗辩事由最终由控方承担证明责任,被告人仅承担一定的主张责任和初步证明责任,这对于民事诉讼并无必要。“在民事诉讼中,误将原告的赔偿请求驳回所造成的不利益就如同误使被告承担赔偿责任一样。”^④民事诉讼当事人是平等民事主体,原告并不具有类似刑事诉讼公诉方的国家权力和资源,没有必要对民事被告予以倾斜性保护,“无罪推定”的理由在民事诉讼中并不成立。“要求被告承担证明责任并没有什么不公正的,因为他离事件并不比原告更远,他掌握的证据不亚于原告,再者,当事人角色的分配也常常是建立在巧合的基础之上。”^⑤

被告仅承担过错这一个要件的证明责任,而其他三项权利形成要件的证明责任还是归于原告,原告主张的三要件得到证明,被告才有提出抗辩事由的必要。在民事诉讼中,法官如果不能认定权利构成要件事实,就不应当适用权利妨碍或消灭的法律规范。^⑥原告的证明责任负担在前,被告的证明责任负担在后。换言之,被告即便不提出任何关于过错的证据,也可能因为原告对其他要件事实举证不充分而胜诉,这种“不战而胜”对于原告是不可想象的。

过错证明责任归于被告,不承担证明责任的当事人并不是完全消极无为坐视对方举证。当被告提出抗辩事由否认过错时,原告为避免败诉通常会积极主张各种间接性事实以证明被告存在过错,并不会轻易放弃举证。

(二)“事实分类说”的支持

证明责任分配存在“法律要件说”和“事实分类说”两大流派。“规范说”将证明责任分配全部交由立法者在实体法立法中完成,但立法者何以将某项要件作为权利构成要件或者权利妨碍要件?如何

① 参见雷万来:《民事证据法论》,台湾瑞兴图书股份有限公司1997年版,第208页。

② 参见[德]汉斯·普维庭:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社2000年版,第410页。

③ 参见张卫平:《诉讼的架构与程式》,清华大学出版社2000年版,第286页。

④ 黄国昌:《民事诉讼理论之新开展》,北京大学出版社2008年版,第106页。

⑤ [德]莱奥·罗森贝克:《证明责任论——以德国民法典和民事诉讼法典为基础撰写》,庄敬华译,中国法制出版社2002年版,第97页。

⑥ 参见[德]罗森贝克、[德]施瓦布、[德]戈特瓦尔德:《德国民事诉讼法》,李大雪译,中国法制出版社2007年版,第849页。

保证现有实体法规则一定是科学理性的?这都是“规范说”难以涉及的领域。“事实分类说”可以为立法者创设实体法规则时提供有价值的参考和理论支撑;当立法明显存在漏洞,司法者试图行使司法造法功能修订或增设实体法的证明责任分配规则时,“事实分类说”也能提供理论支持。

例如,“盖然性说”,该说主张根据统计资料或者人们的日常生活经验,发生盖然性高的事实主张者不承担证明责任,而由否认盖然性高的事实的当事人承担。^①权利形成规范和妨碍规范的重要标准之一是区分原则与例外、一般与特殊情形,原则与一般情形盖然性更高,例外与特殊情形盖然性更低。^②当侵权行为以及损害结果、因果关系已得到证明时,行为人有过错的概率显然要远大于没有过错,有过错与存在抗辩事由是原则与例外、一般与特殊的关系。无过错的盖然性更低,主张无过错的侵权人更适合承担证明责任。

又如,“危险领域说”,^③该说主张对于侵权人能控制的危险领域发生的侵权行为,被害人对于侵权主观要件不负证明责任,而由侵权人就不存在主观要件举证。“损害原因处于加害人的组织领域或者危险领域的情况下,受害人无法掌握导致损害事故的过程。在损害事故中不能苛求权利人举出有关损害过程的证据,因为这一过程超出了该权利人的危险领域而且通常也超出了其知识范围。”^④“危险领域说”通常适用于特殊侵权的场合,但一般侵权中,侵权人的行为使得受害人遭受损害,受害人处于消极被动地位,受害人一般无法确切知道加害人实施行为时的具体心理状态和前因后果,以上危险领域的分析同样适用于一般侵权。

被告不承担无过错证明责任的一个常见理由是“主张肯定事实者承担证明责任,主张否定事实者不承担证明责任”。这一规则长期被视为源自罗马的证明责任分配一般原则。但有学者指出,这其实是对罗马法的误解,实际上是指当事人单纯否认情形下对否认事实不承担证明责任,这与“否定性事实的证明责任”是两码事。^⑤“无过错”虽然是否定性事实,但通过将否定性事实的内容具体化以及特定化,可以实现有效证明。^⑥司法实践中,侵权人通常是通过主张具体抗辩事由来证明自己无过错。

此外,还有“接近证据说”“多元说”等,都能在不同程度上印证被告承担无过错证明责任的合理性。当然,每种理论都能找到对立解释,这里仅表明,被告承担无过错的证明责任并非不可接受。

(三)符合生活经验与司法实践

司法实践中的一般侵权案件,法院通常对于被告过错的认定非常简单,往往仅凭侵权行为的存在就径行认定侵权人有过错,这相当于法官以侵权行为为间接事实来直接推导出侵权人有过错这一主要事实。这种一带而过、简单证明对于其他责任构成要件是不可想象的。在现实生活中,某人实施侵权行为并导致损害后果,如果一开始就“无过错推定”,假定侵权人是无辜或者善意的,反而违背了生活常识。

对于过错证明存在较大争议的疑难复杂案件,大陆法系通过司法判例发展出了“大致推定”和“表见证明”规则,前者是日本实务上为因应受害人证明加害人有过错时所可能遭遇的证明困难而发展出

① 参见[德]汉斯·普维庭:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社2000年版,第280~281页。

② 参见[德]迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第160页。

③ 参见[日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第400页。

④ [德]汉斯·约阿希姆·穆谢拉克:《危险领域分配证明责任——对联邦最高法院危险范围理论的批判考察》,载[德]米夏埃尔·施蒂尔纳主编:《德国民事诉讼法学文萃》,赵秀举译,中国政法大学出版社2005年版,第271~272页。

⑤ 参见杨建华原著、郑杰夫增订:《民事诉讼法要论》,北京大学出版社2013年版,第243页。

⑥ 参见郑金玉:《论否定事实的诉讼证明——以不当得利“没有法律根据”的要件事实为例》,《法学》2018年第5期。

的理论,后者是在德国出现的理论,以经验法则为基础,判断客观情事是否该当于“定型事象经过”之标准,进而决定待证事实是否获得证明,其初衷是减轻原告关于过错和因果关系的证明负担。^①对于“大致推定”和“表见证明”的法律性质,笔者认为,如果理解为普通的事实推定,属于法官自由裁量范畴,那么就没有必要上升为某种证据规则或者理论学说,只有作为对法官心证有约束力的规则,才能真正实现其本意。证明责任的转换或倒置适宜规定在实体法规范,而不宜由法官通过司法判例确定。因此,笔者倾向于这是对法定证明标准的降低。

本文提出的由被告统一承担过错证明责任,与“大致推定”和“表见证明”规则的制度初衷相似,法律效果相近。如综合案件全部事实,关于被告有过错的可能性在60%左右,尚未达到80%的高度盖然性,此时降低证明标准意味着可以认定被告有过错。如果由被告承担无过错的证明责任,那么也会认定被告过错成立。既然司法实践中可以引入“大致推定”或“表见证明”规则大大缓解原告的过错证明负担,由被告承担过错的证明负担也就只有一步之遥了。

从司法实践看,原告承担过错证明责任的一般原则之所以没太大争议,主要是因为大量侵权案件比较容易认定过错,此时谁承担证明责任并无太大意义。司法实践中法官根据真伪不明情况下的客观证明责任分配规则决定胜负的案件数量其实很少。^②既然如此,过错证明责任统一归属被告这一看似颠覆的规则,并不会引发司法实践的多大波澜,毕竟大多数案件无需援引此规则判案,更多是发挥行为引导功能。那些过错存在激烈争议且证明困难的疑难案件,才是真正检验过错证明责任分配规则正当性的试金石。在疑难案件中会适用过错推定、大致推定、表见证明等诸多规则,无一例外都是加重被告的证明负担。总之,过错证明统一归于被告并不会引起司法实践多大的震动或者混乱。

(四)英美法系过错证明责任分配的比较

英美法系举证责任分为说服责任和证据提出责任两种类型。由主张权利的人承担侵权人过错的说服责任,是英美法系侵权法的一般原则。如果被告不抗辩,法官就可以适用事实自明规则直接认定事实;被告提出抗辩事由的,需承担证据提出责任,但一般并不构成说服责任的转移。^③原告就过错以及被告提出的抗辩事由一并承担说服责任,这是采纳了类似“全备说”的立场,理论上不存在矛盾,但英美法系的证明标准、证明责任分配立法技术以及证据收集制度与大陆法系存在明显差异,即便由原告就过错及抗辩事由一揽子承担证明责任,也不会造成明显的利益失衡。首先,英美法系采盖然性优势的证明标准,“稍稍超过50%这一数值就应该加以认定”。^④该标准既能大大缓解原告证明有过错的负担,也减轻被告证明抗辩事由即无过错的负担,过错事实更容易得到证明,真伪不明的状态更为少见,证明责任分配规则也就更少有用武之地。其次,英美法系有较为发达的证据开示制度和对抗制,确保原告更容易获得关于被告过错的证据资料。有学者提出,英美法系发达的证据开示制度使得当事人具有实质的武器平等地位,并有公平的获取与应用与本案所有相关证据资料的途径,而大陆法系当事人并没有证据开示义务,法律也没有赋予当事人直接向对方收集索要证据的权利,使得双方当事人对于证据资料的获取与应用处于不平等地位。^⑤原告的举证能力更强,得以从实质上减轻证明

① 参见[德]汉斯·普维庭:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社2006年版,第132页;[日]高桥宏志:《民事诉讼法制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第460~464页。

② 参见王亚新等:《中国民事诉讼法重点讲义》,高等教育出版社2017年版,第104页。

③ 参见杨良宜、杨大明:《国际商务游戏规则:英美证据法》,法律出版社2002年版,第682~685页。

④ [美]理查德·A·波斯纳:《证据法的经济学分析》,徐昕、徐昀译,中国法制出版社2001年版,第93页。

⑤ 参见黄国昌:《民事诉讼理论之新开展》,北京大学出版社2008年版,第40页。

负担。最后,英美法系证据法规则的灵活性。英美法系证据规则主要是通过司法案例予以确认并不断发展演变,通常是某些经典判例确认过错证明责任分配的一般原则,而同时又有大量司法判例支持各种例外规则,原则与例外的界限比较模糊。^① 当出现原告证明被告过错有困难的情况时,原告比较容易引用先例主张被告应承担无过错的证明责任,法官也会认真考虑被告承担过错证明责任的正当性。以上三种因素,使得英美法系过错证明责任归属原告的一般原则并不那么重要,更多采纳了具体案件具体分析的实用主义立场。

必须承认,过错作为权利妨碍要件统一由侵权人承担证明责任,学界很少有此观点。王卫国教授提出一般性的过错推定规则,^②主张采用过错责任的一元主义责任体制,即将传统的无过错责任改造为“特殊过错推定责任”,但一元主义责任体制下,是不是在所有侵权纠纷中都适用过错推定机制而由被告承担自己无过错的证明责任?对此,并无明确观点。在笔者看来,过错推定的普遍化适用,就是本文的立论所在。还有学者意识到按照“规范说”由原告承担过错证明责任的缺陷和矛盾所在,提出原告先不用主张和证明侵权人的过错,仅在再抗辩环节承担侵权人过错的证明责任。^③ 笔者虽然不完全认同该文结论,但关于过错事实由被告首先就抗辩事由进行举证证明的思路是深为赞同的。

四、过错与法定义务之违反

(一)法定义务违反与过错的一体两面

《侵权责任法》与《民法典》中对某些特殊侵权责任规定侵权人违反“教育、管理、安全保障、设置明显标志、采取安全措施、高度注意”等法定义务的,应当承担侵权责任。此类侵权责任中,“违反法定义务”与“过错”是何种关系?有学者认为,基于《侵权责任法》第6条第1款的理解,过错侵权责任的基础事实上是“义务违反”,故“过错”就应被解释为“义务违反”,这使得侵权行为具有可归责性。^④ 对一般侵权而言,任何人都尊重并妥善处理他人合法权益的义务,即理性人的一般注意义务,违反该义务即有过错,只是此种义务的范围极为宽泛。而违反法定义务的特殊侵权责任,是侵权人基于其职责或优势地位承担特定的法律义务,这些义务通常来源于特定法律规范,区别于并且通常高于普通人的一般理性注意义务,义务内容更为明确清楚。违反法定义务即为过错,^⑤“尽到法定义务”也就成为侵权人无过错的法定情形,不承担侵权责任。过错与法定义务违反构成一体两面,“已尽到法定义务”发挥着与“存在法定抗辩事由”相似的法律效果,即拟制为“无过错”;而“未尽到法定义务”则推定为“有过错”,只是此种推定为可以推翻的法律推定,并非拟制。

(二)法定义务违反证明责任分配通说及缺陷

与过错难以直接证明不同,违反法定义务具有更为清晰的外观,也更容易识别,可以直接证明。通说认为,此类侵权责任中侵权人的过错与违反法定义务,除非法律有明确规定,否则一并视为权利成立要件由原告承担“被告未尽法定义务”的证明责任,似乎不存在上文提出的证明责任分配悖论。

^① 例如,仅在海商法领域,原告证明过错的一般原则就存在五项例外情形。参见杨良宜、杨大明:《国际商务游戏规则:英美证据法》,法律出版社2002年版,第684~692页。

^② 参见王卫国:《过错责任原则:第三次勃兴》,中国法制出版社2001年版,第189页。

^③ 参见袁中华:《规范说之本质缺陷及其克服》,《法学研究》2014年第6期。

^④ 参见朱虎:《过错侵权责任的发生基础》,《法学家》2011年第1期。

^⑤ 例如,在“银河宾馆案”中,银河宾馆违反了法律规定的安全保障义务,具有过错,故而应当承担责任。参见《中华人民共和国最高人民法院公报》2010年第2期。

但问题在于,第一,此类侵权是否有主张并证明抗辩事由的必要?如果有必要,是否存在证明责任分配悖论?第二,权利人负责证明侵权人违反法定义务,是否实质上公平合理?

此类侵权诉讼,双方当事人皆需紧密围绕“侵权人是否违反法定义务”主张并举证,侵权人主张其他抗辩事由不能取代对其已履行法定义务的证明,即便侵权人成功证明存在抗辩事由,也不表示其履行了法定义务,也就不一定能免除侵权责任。但抗辩事由依然有主张并证明的空间。

一方面,侵权人可主张抗辩事由免责。如侵权人主张虽然自己表面上违反了法定义务,但确有正当理由没有违法性。有一种观点是,对于违反法定义务的不法性,通常不再额外考虑正当化事由,^①但笔者认为,违反法定义务的侵权纠纷并非适用严格责任,依然“遵循无过错即无责任”的归责原则。例如,行为人违反法定义务是因为不可抗力或第三人过错引起,其主观上并无违反法定义务的故意或过失,客观上也不应被批判和谴责,可以免除侵权责任。

另一方面,侵权人可主张抗辩事由减轻责任。法定义务违反的侵权案件很多属于不作为侵权,并且不作为通常不是造成损害的主因。如宾馆、学校发生的故意伤害刑事案件,主要过错还是在于犯罪人,因此宾馆、学校可以主张第三人过错大幅度减轻责任。行为人主张抗辩事由究竟是免除还是减轻责任,取决于抗辩事由能否阻却违反法定义务的违法性。例如,侵权人虽能证明受害人属故意而为,但受害人恰好利用了行为人违反法定义务的机会给自己造成损害,此时侵权人依然要承担一定份额的责任。如果义务人管理职责到位没有漏洞,受害人故意的意图或许就不能实现。

违反法定义务侵权纠纷中,既然抗辩事由的主张和证明确有必要,且由侵权人承担证明责任,那么上文关于证明责任分配的悖论也就可能出现,如被告提出“因受害人过错才导致其未尽法定义务,自己并无过错”,对此虽不能完全证明,但确实动摇了法官关于“被告故意或过失违反法定义务”的心证,过错事实处于真伪不明状态,此时法官从原告承担证明责任角度应判原告败诉,但从被告承担抗辩事由的证明责任角度应判原告胜诉,存在矛盾。如将过错、法定义务违反以及抗辩事由统一归于被告承担证明责任就能避免冲突。

(三)侵权人承担已尽法定义务证明责任的合理性

未尽法定义务的证明责任,还可以从利益均衡的角度进一步分析。对于承担法定义务的机构或个人而言,熟悉理解其法定义务、切实履行该义务并且留存好履行义务的证据材料备查备验,皆在义务人的可控范围之内,并非强人所难或者苛求刁难,在强调权责一致、责任自负的现代法治社会更是应有之义。“可以提出一个完全一般性的原则,即在所有的债务关系中,对任何形式的债权侵害负有责任的债务人,必须证明自己没有过错,或者证明,他违反义务没有造成损害或不是造成损害的原因。”^②由承担义务的侵权人证明自己义务已履行,更为公平妥当,也更符合法理和情理。相反,让受害人举证证明侵权人哪些地方做得不对,哪些地方不符合规定,特别是针对专业性较高、经济实力较强、管理体系较为复杂的机构和个人,难度极大,有失公平。

我国侵权法上对于违反法定义务的证明责任分配差异,背后有价值观念的权衡考量,把某些较重义务违反的证明责任分配给被告承担,减轻受害人的证明负担。但司法可以借助法定义务界定判断的松紧弹性实现利益平衡,而不宜在证明责任分配规则上变换,否则很容易引发理论学说与立法体系

^① 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法分论》,杜景林、卢湛译,法律出版社2007年版,第625页。

^② [德]莱奥·罗森贝克:《证明责任论——以德国民法典和民事诉讼法典为基础撰写》,庄敬华译,中国法制出版社2002年版,第380~381页。

的混乱冲突以及不必要的争执。例如,对于教育机构侵权,《民法典》第 1199、1200 条承续了《侵权责任法》的规定,对不同类型教育机构适用不同的归责原则,无民事行为能力人受到人身损害的,要由教育机构承担“已尽到管理义务”的证明责任,而限制民事行为能力人或完全民事行为能力人受到损害的则主要由权利人承担“教育机构未尽到管理义务”的证明责任,这种证明责任分配差异主要是考虑到不同教育机构承担的法定义务有所不同,但这种差异化考量可以通过法定义务的程度区分来实现。在第三人实施的校园伤害事件中,对于行凶者轻易进入校园这一情形,开放的大学与封闭管理的幼儿园所承担的安全保障义务显然是不同的,学校是否承担侵权责任可能结果迥异,这种差异并不一定要通过不同的证明责任分配规则实现。

又如,对于医疗侵权责任,2001 年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》实施前,由患者承担医疗机构过错的证明责任;实施后则改由医疗机构承担无过错的证明责任;但 2010 年《侵权责任法》回归到由患者承担过错证明责任,同时规定了多项例外规则;《民法典》在承继《侵权责任法》基础上进行修改。事实上,医疗机构的侵权责任依然遵循过错归责原则,并非严格责任,^①可以归入法定义务违反的侵权责任类型,其特殊之处在于“医疗机构法定义务”的界定。医疗机构的合理义务不在于“有求必应、包治百病”,而在于依其专业技术、职业良知以及现有医疗技术采取合理的诊疗措施。如果立法者倾向于保护医疗机构探索新型诊疗技术的热情和勇气,避免责任过重引起的“防御式医疗”“拒绝救治”现象,避免损害患者的长远利益,平衡医患利益,更为妥当有效的做法是把医院的法定义务定位于“不违反法律的禁止性或强制性规定”这一较低标准,赋予医院更大的技术自主权,那么即便患者能证明医院诊疗措施不完全符合常规医疗规程、病历制作不尽规范、诊疗过程有瑕疵等事实,法院也可以不认定医疗机构有过错。在医疗机构没有严重违法违规的情形下,患者损害原因到底是当事人自身特殊体质还是超过了现有医疗技术水平,并非法院必须查明的事实,也不影响责任认定结果。对于医疗机构而言,“过失认定标准”的降低才是真正有效的负担减轻。对于是否“违反法律或医疗规程的禁止性规范”,专业医疗机构理所当然更有能力和条件进行证明,由其承担证明责任更为公平合理。

“侵权人承担已尽到法定义务的证明责任”这一原则保持稳定,而具体何种法定义务以及如何判断法定义务已经履行,则可以随时代发展由立法者与司法者通过法律、司法解释或者指导性案例不断予以调整。

五、严格责任中的抗辩事由及证明责任

侵权法上并不存在完全意义上的无过错责任,即便是最严苛的无过错责任,也存在适用特定抗辩事由而免责或减责的空间。例如,德国很多特别法规定的危险责任的抗辩事由,都有不可抗力这种导致责任免除的事由。^②对于“受害人故意”引起的损害,无论何种侵权责任,行为人都可以主张免责或减责。严格责任之所以特殊,是因为侵权人不能像一般侵权责任那样自由主张各类抗辩事由以追求免责或减责结果,即便行为人因存在某些抗辩事由而“没有过错”,也要承担侵权赔偿责任,这就是“无过错责任”的实质所在。

严格责任的免责事由有两种立法体例,一是规定除特定的抗辩事由不能免责外,其他事由都可以

^① 参见姜世明:《举证责任与真实义务》,厦门大学出版社 2017 年版,第 42~43 页。

^② 参见[德]马克西米利安·福克斯:《侵权行为法》(第 5 版),齐晓琨译,法律出版社 2004 年版,第 260 页。

免责;二是明确规定可以免责的若干抗辩事由,除此之外其他事由皆不能免责。后者对侵权人的要求显然更为严苛。严格责任的宽严程度与法定抗辩事由的多寡成反比例,严格责任越严苛,可适用的法定抗辩事由越少。“风险越大,抗辩的可能越小,其效力也越弱。”^①《民法典》第 1230 条规定:“因污染环境、破坏生态发生纠纷,行为人应当就法律规定的不承担责任或者减轻责任的情形及其行为与损害之间不存在因果关系承担举证责任。”如果把环境污染侵权责任界定为严格责任,那么“不承担责任或者减轻责任的情形”并不是《侵权责任法》第三章的法定抗辩事由,因为如果一致意味着侵权人可以自由主张各种抗辩事由免责,这就违背了严格责任的本意。这里的免责情形特指《侵权责任法》之外的实体法所明确规定的免责事由。^②对于减轻责任情形,除非有法律明确规定,适用严格责任并不排斥被害人或第三人有过错情形下减轻责任,因此不限制侵权人主张受害人或第三人过错的一般抗辩事由以分担减轻责任。

总之,严格责任不是完全不需要认定过错,而是可以理解为一种有限制的过错责任。既然过错及抗辩事由的证明对于适用严格责任至关重要,严格责任诉讼统一由被告就法律规定的可以免责或减轻责任的抗辩事由承担证明责任,显然更为公平妥当。这也与我国侵权法以及其他法律条文中经常出现的“被告应当证明法律规定的不承担责任或减轻责任事由”规则一致。

六、结语

如上所述,所有类型侵权责任皆可适用“被告承担过错以及抗辩事由证明责任”的统一规则,过错推定不是例外而是原则。个案中,关于侵权人有无过错、有无违反法定义务、是否尽到一般注意义务的各种各样的具体事实主张、各种法定或非法定的抗辩事由事实主张,诉讼双方皆可根据案件情况和自身立场尽情主张、否认、反驳并积极举证,待到尘埃落定,诉讼即将终结,若过错真伪已明,法院根据实体规则裁判即可;若过错依然真伪不明,则由被告承担不利后果。对司法实践而言此种规则简单明了,可操作性强。

过错与抗辩事由证明责任的一体化,将使侵权责任的诸多学理争议迎刃而解,实现侵权责任法基础理论的协调统一。侵权人对有无过错、有无法律规定的免责事由以及是否履行法定义务承担证明责任,皆为侵权人对权利妨碍要件的证明,符合证明责任分配一般规则,不构成倒置,真正属于证明责任倒置的只有特殊侵权中因果关系要件以及侵权行为要件证明责任倒置,前者如环境污染侵权人对因果关系要件承担证明责任;后者如专利法中被告就“是否使用涉案专利方法制造同样产品”这一侵权行为要件承担证明责任。

责任编辑 王虹霞

① 欧洲侵权法小组编著:《欧洲侵权法原则:文本与评注》,于敏、谢鸿飞译,法律出版社 2009 年版,第 181 页。

② 《中华人民共和国环境保护法》第 41 条第 3 款、《中华人民共和国水污染防治法》第 42 条、《中华人民共和国大气污染防治法》第 37 条以及《中华人民共和国海洋保护法》第 43 条均规定“不可抗拒的自然灾害”作为免责条件。此外,战争行为、第三人的过错、受害人的过错也可在特定情况下免责。