

澳門特別行政區實體證據法中舉證責任動態分配在未來法的若干備考

Hugo Luz dos Santos* 王薇**

一、澳門和葡萄牙實體證據法中舉證責任的動態分配：在未來法（*de iure condendo*）中，它在民事訴訟程序範疇的重要性，以及實現舉證責任動態分配的各项準則¹

舉證責任的固定或靜態分配模式單純建基於主張的權利所涉及的規範所定的事實所擔負的功能，並因而與衝突所涉的其中一方當事人會否較容易或較困難證明無關。這些不足之處使證明某些事實變成困難得不可接受。²

針對這些困難的第一個反應出現在拉丁美洲，亦即是阿根廷，在裴拉諾（Peyrano）努力下，發展了舉證責任動態分配理論。這個理論是基於利用傑瑞米·邊沁（Jeremy Bentham）所推行的另一分配準則（當然係動態分配的準則），這項準則主張在分配舉證責任時，應關注的不是規範規定事實所擔負的功能（這個元素必然是固定而且靜態的），相反，應關注在具體情況下，對特定事實較困難提出證明的一方當事人。³

* 檢察院司法官。

** 澳門大學法律學院助理教授。

1. 本文的葡文本採用新拼寫協定之前的拼寫規則。

2. Elizabeth Fernandez：“艱難的或不可能的證明”，載於《向José Lebre de Freitas教授致敬的研究報告》第1冊，籌備委員會成員：Armando Marques Guedes、Maria Helena Brito、Ana Prata、Rui Pinto Duarte、Mariana França Gouveia，科英布拉，科英布拉出版社，2013年，第828頁。

3. Elizabeth Fernandez：“艱難的或不可能的證明”，載於《向José Lebre de Freitas教授致敬的研究報告》，同前著作，第828頁。

因此，考慮到證明作為相關舉證責任標的事實的特別困難，倘若每一具體案件基於其特殊性都要求採用證明負擔按主體分配方法，而且每次都要求採用此辦法，這種分配方法將會是混合的，自始就包含着在具體案件中完全可以預見會被撼動的一般和抽象的分配方式。⁴

事實上，正如我們在其他文章⁵曾經提及過，對權利規範的分析不應僅以字面為導向，還每每需注意權利規範是有欠明確，這就是最權威的訴訟法學說爭取諸諾“理性要素”⁶的原因，在以科學知識為基礎⁷的專題領域中較常碰到此要素，當中所涉及的是消費者（較薄弱的一方當事人）的權利，其舉證責任由於難以證明⁸，甚至不可能證明⁹，導致實際司法保護的主要內容被掏空。

這樣，就可以了解最權威的學說究竟基於甚麼原因而推崇在證明特定事實有明顯困難的情況下的舉證責任倒置，或者起碼較為平衡地重新分配舉證責任¹⁰，以及在平衡分配舉證責任方面，基於甚麼原因推行舉證責任的動態分配理論。

舉證責任的動態分配理論現時的設計，一如前文所述，它的先驅就是著名的阿根廷訴訟法學家喬治·裴拉諾（Jorge W. Peyrano）。按

-
4. Elizabeth Fernandez：“艱難的或不可能的證明”，載於《向José Lebre de Freitas教授致敬的研究報告》，同前著作，第829頁。
 5. 循此意義的有雨果·桑托斯：“因應葡萄牙最高法院在2013年12月18日所作最近期的合議庭裁判而為‘舉證責任的動態分配’和‘風險範圍理論’辯護：家庭銀行服務中（奇妙）的‘新世界’？”，載於《法律學刊》第147年，第3冊，2015年，行將付梓。文章有一些專題、學說和司法見解的顯著更新，本節將會緊跟該文章的觀點。
 6. 循此意義的有José Lebre de Freitas：“葡萄牙《民法典》第1380條第一款規定中的相連房地產的所有權一創設事實與阻礙事實”，載於《私法學報》第30期，2010年4月至6月號，法學研究中心，科英布拉，科英布拉出版社，2010年，第24頁，註釋14。
 7. 循此意義的有Elizabeth Fernandez：“艱難的或不可能的證明”，載於《向José Lebre de Freitas教授致敬的研究報告》，同前著作，第810頁至第813頁。
 8. 在阿根廷學說指出各種難以證明事實的有Jorge W. Peyrano：“難以找到的證據（La prueba difícil）”，載於《Debido Proceso-Realidad y debido proceso – El debido proceso y la prueba》論文集，布宜諾斯艾利斯，2003年，第329頁和第330頁。
 9. Elizabeth Fernandez：“權力偏差：是神話還是現實？”，載於《行政司法學報》第93期，2012年5月和6月號，法學研究中心，科英布拉，科英布拉出版社，2012年，第11頁。
 10. 循此意義的有Elizabeth Fernandez：“權力偏差：是神話還是現實？”，載於《行政司法學報》，第93期，1012年5月/6月號，法學研究中心，同前著作，第25頁。

照這個理論，舉證責任的分配並非基於各項事實在訴訟程序中所負起的作用，相反，是按照較容易證明的概念而特定地交由在案件中對證明有關情況而言處於較有利地位的一方當事人負起。¹¹

這樣，每當以及如果在訴訟程序層面上由於事實的性質致使證明生活中的事實變為不可能或出現困難的話，舉證責任的具體分配就應該獨立於各種事實（創設事實或障礙事實）的這種性質以外。¹²

這是很容易理解的。其實，以上闡述舉證責任的分配方式並不考慮如此進行分攤所引起的後果，尤其是舉證責任的分配效果。故此，在不同情況之中，如果將舉證責任分配予與有明顯困難提出證明或幾乎不可能提出證明的一方當事人，這個責任就體現為須證明所述的事實版本曾經發生。¹³

為了應對這個問題，有些著述者¹⁴一直朝着屬於自由評價證據層面的解決方法邁進。因而建議立法者在評價證據時須考慮負有舉證責任者所處的特別難以證明所發生事情的境況，並因而在考慮主要事實是否獲得證實時，應將要求降低，並且低於沒有這些困難的情況時的要求。¹⁵

繼續緊跟Micael Teixeira的想法，基於兩類原因，這種想法是不會獲得支持的。

第一類原因在於應引領評價證據的一般經驗法則不可能涵蓋負有舉證責任的一方當事人在收集證據時遇到或有困難的情節。實際上，如果這一方當事人（縱使遇上各種障礙但仍然）成功提出一些證據的

11. 符合此意義的有Micael Teixeira：“為舉證責任的動態分配作辯解”，AB知識學院：《研究論文集》第二期，Almedina，2014年，第297-298頁。

12. 循此意義且屬最近期的有Jorge W. Peyrano：“難以找到的證據（La prueba difícil）”，載於：《民事訴訟法評論（Civil Procedure Review）》第2冊，第1期，2011年1月/4月，2011年，第86-96頁。

13. Micael Teixeira：“為舉證責任的動態分配作辯解”，同前著作，第302頁。

14. 關於證明消極事實所出現的困難，參看Leo Rosenberg：《舉證責任（La carga de la prueba）》，馬德里，Bosch，2003年，第378頁；Miguel Teixeira De Sousa：《民事訴訟法中的舉證責任》，科英布拉，1998年，第141頁。

15. Micael Teixeira：“為舉證責任的動態分配作辯解”，同前著作，第304頁。

話，就應該像評價其他證據一樣地評價這些證據，並且考慮生活、邏輯、發生的常規性或一般性等的知識，這些準則客觀地指明證據的可信程度。這樣，例如某位證人的說話欠缺內在的連貫性，或者與其他真相的證據方法比較並不連貫，審判人就應該貶低相關證言的價值，不管證明是否困難。¹⁶

除此以外，如果某方當事人遇到證明方面的困難，就極可能無法提出任何證據以證明其主張的且負有舉證責任的事實版本。在此情況下，將不會有用作評價的證據，因此，亦基於這個原因，降低評價證據的要求就完全不起作用。¹⁷

之後，縱使理解因提供證據的困難而應導致審判人降低要求，以便考慮將事實視為既證事實，但我們不能贊同降低要求是正確的意見，至少在私法範疇如是。這是因為，這個範疇所要求證實的程度已是可以想像中的最低限度，也就是，只要求最主要的證據。因此，對證明要求是不可降低的，否則就反而會將本應因證據不足而視為不獲證實的事實視為既證事實，因為，證實的程度就會低於百分之五十。¹⁸

故此，證明方面的困難應該在舉證責任的分配範疇中加以考慮，而非在證據評價的範疇中考慮，可以在這裡為這個問題找到有效的解決辦法。

基於以上所述，一如前文所提及到的，構成舉證責任動態分配運行基礎的理念就是提出證據的便利性，本文將按照以下的大綱脈絡闡述：（1）一般條款一提出證據的相對便利性；（2）接近事實和對事實的控制；（3）作為專業的業務的技術知識與執行；（4）證據方法的獲得。

關於提出證據便利性一般條款方面，當中隱含的就是各方當事人提出證據的能力存在不平衡的情況而且可以辨識¹⁹，以便將舉證責任

16. Micael Teixeira：「為舉證責任的動態分配作辯解」，同前著作，第304頁。

17. Micael Teixeira：「為舉證責任的動態分配作辯解」，同前著作，第304頁。

18. Micael Teixeira：「為舉證責任的動態分配作辯解」，同前著作，第304頁。

19. 關於阿根廷的學說，參看Inés White：《動態舉證責任（Cargas probatorias dinámicas）》，布宜諾斯艾利斯，2012年，第68頁。

交由較容易提出證明當事人承擔。²⁰ 如此，實施這種分配舉證責任方式的前提就是落實提出證據相對便利性的條款。²¹

為了試圖夯實提出證明相對便利的一般條款，會將各類型的情況分為三組，就是上述的（2）、（3）和（4）點所列情況，在這三點之中或可識別能夠確定各方當事人提出證據的能力是否存在不平等的情況。

至於接近事實和對事實控制的準則方面，能較清楚發現相對於對方當事人（負有舉證責任的一方）而言可利用對己有利版本的當事人明顯接近事實和對事實控制的情況，就是因不遵守所謂提供證據方法義務，尤其涉及證明因不法性²²（不遵守）²³、過錯和因果關係²⁴等要

20. 阿根廷學說方面，參看Abraham Vargas：《動態舉證責任及其特點（Cargas probatorias dinámicas. Sus perfiles）》，布宜諾斯艾利斯，2013年，第10頁。

21. Micael Teixeira：「為舉證責任的動態分配作辯解」，同前著作，第307頁。

22. 事實上，如認定醫療活動構成違反相關類別或專科的謹慎專業人員應遵守的專業守則（leges artis）的話，就可以肯定醫療活動存在不法性，然而，如醫生在執行或履行其應負上的義務時，按照中等盡責、熱心或仔細的專業人員應有的盡責、小心或仔細程度行事，就不需再斤斤計較，因為這個判斷或須在過錯的層面加以考慮。歸根究底，不法性體現基於法律秩序命令所發現的客觀上的不符合，而過錯則體現在對侵害人／債務人偏差行為主觀可譴責性的判斷；循此意義的，參看Filipe Albuquerque Matos：「醫療民事責任：醫療民事責任前提簡短的反思」，載於《私法學報》第43期，2013年7月至9月號，2013年，第62頁；雖屬其他專題範疇，仍有提及民事不法行為責任的補充性質不足之處的有Manuel Carneiro da Frada：《信用與民事責任原理》，科英布拉，2004年，第271頁及續後幾頁；德意志學說方面，參看Fikentscher和Heinemann：《Schuldrecht》，13. Auflage，2015年，第736頁及續後幾頁。

23. 葡萄牙上級法院一貫且有系統地遵循的方向就是：倘若未能證明醫生一方不遵守醫療目的的相關義務，就是，未能證明存有不法性，就應該宣告將作為被告的醫生無罪（2007年9月18日葡萄牙最高法院合議庭裁判）；無法證明不法性則醫生無罪，因為，並沒有不遵守專業守則的證據或履行專業守則時存有瑕疵的證據，繼而不能因此而執行《（葡萄牙）民法典》第799條第一款規定的過錯之推定（2008年10月2日和2009年10月15日的兩份葡萄牙最高法院合議庭裁判）。在2010年7月1日的葡萄牙最高法院合議庭裁判中，葡萄牙最高法院認為女原告並不須證明所要求的診斷錯誤與所蒙受的損害加劇之間的因果關係。上述的所有案件均可在www.dgsi.pt網頁內查閱。受害病人的不利處境似乎清楚地導致提出證據固有的困難；循此意義的還有Mafalda Miranda Barbosa：「葡萄牙關於醫療民事責任的司法見解：業務現狀」，載於《私法學報》第38期，2012年4月至6月號，巴拉嘎，法學研究中心，2012年，第17頁。

24. 在比較法之中，有謹慎的論及合同責任和非合同責任的舉證責任的差異。關於德意志的學說，參見Heinemann：《Beweislastverteilung》，2015年，第73頁至第140頁。對相關的差別有所提及的有Rödl：《Die Spannung der Schuld》，Duncker & Humblot，柏林，2014年；Canaris：《Die Behandlung nicht zu vertretender Leistungshindernisse

件而導致損害賠償的一些情況。因此，在這些情況之中，就會提議採用舉證責任倒置以代替舉證責任的動態分配。^{25/26}

這樣，在將義務分類為提供證據方法的義務或達成結果的義務時，採納了Pedro Múrias和Lurdes Pereira²⁷ 的解釋：兩種義務的特點都涉及一項結果²⁸，在提供證據方法的義務中，義務就是適合於造成

nach § 275 Abs. 2 BGB beim Stückkauf》，JZ (2004/5)，第214頁至第225頁；以及Lobinger：《Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten》，Mohr Siebeck, Tübingen, 2014年。英國的學說方面，參見Treitel：《合同法（The law of contract）》第13版，倫敦，Sweet & Maxwell, 2015年，第780-781頁。

25. Micael Teixeira：“為舉證責任的動態分配作辯解”，同前著作，第309頁。
26. 事實上，我們不可以忽視作為外行人的病人為了達成證明醫生的責任的各項前提的重重障礙：由一開始的難以獲取臨床紀錄，以至於召喚專家所共同牽涉的費用。舉證責任的倒置大大地緩解作為賠償債務債權人的病人的處境；循此意義的，參見Filipe Albuquerque Matos：“醫療民事責任：醫療民事責任前提簡短的反思”，載於《私法學報》第43期，2013年7月至9月號，2013年，第65頁。
27. Pedro Múrias和Lurdes Pereira：“提供途徑義務、達到結果的義務與調查證據的成本”，載於《紀念Paulo Cunha教授的研究報告》，科英布拉，Almedina出版社，2012年，第999頁及續後幾頁。
28. 從一些醫療活動可以窺見承擔真正達到結果的義務：美容整形外科和齒科，以及其他情況。美容整形外科方面，現實上，有人以醫生為健康的身體做手術為理由，支持這個範疇所記錄的損害的處理須受到達到結果的一般原則規範，這與重建整形外科的情況相反，重建整形外科則應跟隨有提供途徑義務方面所訂定的一般制度。安裝假器，或者達成目的僅依賴醫生技術能力的某些手術可以將之視為屬於達到結果的義務的範圍。然而，由於並不依賴須嚴格遵守專業守則以外的因素，某些較為複雜的牙科業務應視為屬於須提供途徑義務的類別。基於本文剛才述及的情況，正如某一個學說取向所維護的，必須摒棄醫療行為作為一個整體的觀點是合理的，從而對醫療行為個別部分加以思索，並因而就具有不同性質的類型加以考慮，也許可以區別業務的不同部份的義務和所產生結果不同部份的義務（循此意義的，參見Filipe Albuquerque Matos：“醫療民事責任：醫療民事責任前提簡短的反思”，同前著作，第68頁；同樣符合此路向的有Rute Teixeira Pedro：《醫生的民事責任·關於機會喪失的概念和對受害病人的保護的反思》，科英布拉，科英布拉出版社，2008年，第98-99頁）。總之，上述學說確認作為被告和債務人的醫生在提供途徑義務方面過錯之推定的可接納性（葡萄牙《民法典》第799條第1款或《民法典》第93條第2款—將醫療業務界定為具危險性的業務，參看關於輸血的案件，根據2007年3月13日葡萄牙最高法院合議庭裁判，裁判書製作人係Nuno Cameira，可在www.dgsi.pt網頁內找到）。學說一貫強調，在醫療行為所引起的民事責任範疇中，在提供途徑的義務方面，屬於強制性（in obligatio）的事項就是醫療業務的進行須依照可要求相關類別的專業人員採取的各項措施的標準。按此，如在醫療介入之後病人出現損害或者損害加劇的情況，則推定醫療專業人員有過錯，而不論此專業人員有沒有承諾過會達成治癒的結果。由於債務人並不受到達致某一成果約束，因此，在這些情況之下，不顯得適用過錯之推定的

有關結果的嘗試；在達到結果的義務中，義務就是由於債務人的行徑而導致實際產生有關結果。故此，在第一種義務之中，以曾作出某種嘗試為前提，自然就是要證明此人有過錯致使此嘗試不適合於產生有關結果，而且在不適合於產生有關結果與造成損害之間存在着（自然和恰當的）因果關係，這顯然比在達到結果的義務中證明相同的要素更加困難；在達到結果的義務之中，不遵守就是未成就有關結果的本身，而且，就是因此情況而（假定）導致損害的發生。²⁹

事實上，主要出現以動態分配作為舉證責任分配問題的，就是涉及不遵守提供證據方法義務的案件，而且多數都屬於提供醫療護理範疇。

其實，在醫療服務的提供方面，特別是進行可能會造成嚴重損害的介入性醫療（尤其外科介入）時，出現證明不法性、過錯和因果關係方面的舉證困難，這是由於病人作為負舉證責任的當事人並不接近和不能控制損害事實。相反，醫生則較為接近並且負責介入方面的控制，有時甚至是絕對地控制，而病人尤其在麻醉之後就連親眼目睹都沒有可能。此外，醫療服務提供者顯然可以得到臨床資料和擁有涉及損害事實的技術知識，而就診者卻自始就沒有。³⁰

因此，按照舉證責任動態分配準則，就證實不符合那些要素（不遵守因醫療行為而產生民事責任的要件，具體來說就是不法性、過錯和事實與損害的產生之間的因果關係）的舉證方面，舉證責任應由作為被告的醫生承擔。³¹ 事實上，醫療服務提供者親身經歷外科介入的

說法並不合理。循此意義的，參見Filipe Albuquerque Matos：“醫療民事責任：醫療民事責任前提簡短的反思”，同前著作，第68頁；持相反意見，認為過錯的推定不適用於提供途徑義務方面的，參見Miguel Teixeira de Sousa：“醫療責任訴訟中的舉證責任”，載於《健康與生物倫理法學》，里斯本，里斯本法學院學生會，1996年，第137頁；M. Rosário Nunes：《因醫療行為而產生的醫療民事責任訴訟中的舉證責任》，2005年，第48頁；司法見解方面，參見2007年4月19日埃波拉（Évora）中級法院合議庭裁判，以及2006年波爾圖中級法院合議庭裁判，兩者均可在www.dgsi.pt網頁中找到。

29. Micael Teixeira：“為舉證責任的動態分配作辯解”，同前著作，第310頁。

30. Micael Teixeira：“為舉證責任的動態分配作辯解”，同前著作，第310-311頁。

31. 阿根廷的上級法院一直再三確認這種做法，1997年12月10日國家最高法院（Corte Suprema de Justicia de la Nación）的合議庭裁判（Ana Maria Pinheiro）就是典範。事

過程，操控這過程，對各種程序和外科介入可能產生的結果有更清楚的認識，自然具備更佳的条件提出連貫而有說服力的證據。例子是已經遵守了適用於相關個案的專業守則，已經盡了中等盡責、熱心的醫療專業人員應有盡責、熱心而行事（沒有發現過錯和不法性），及/或所發現的損害並非全屬可預見又或者係因為介入醫療以外的原因所造成（沒有發現因果關係）。如此，醫生在舉證方面的更大便利不會因他負起對一項消極事實的舉證責任而受影響，因為，他可以通過較容易證實的某一積極事實（例如證實已遵守適用於相關個案的全部穩妥的做法）來佐證因果關係並不存在。³²

除了因醫療行為而造成的損害以外³³，還可列舉同樣事宜將舉證

實上，這個涉及因醫療行為（接生）而產生民事責任的裁判，連同前一註釋所述的學說，可以突顯以下的一段論述：“在醫療行為範疇的論題之中，原則上應遵守“由加害人負上舉證責任（*probandi incumbit actore*）”的古老訴訟程序規定，按此，這方面亦適用主觀過錯的規定。然而，由於在這些案件中，大部份都涉及十分難以證明的極端情況，‘舉證責任的動態分配’或‘分擔舉證’的概念就起着莫大的重要性；按照這個概念，具備較佳條件在法庭上提出有利於取得客觀真相的資料者（醫生或醫院，因為他們具有技術知識並曾經直接參與造成損害的事實），負起舉證責任”。

32. Micael Teixeira：“為舉證責任的動態分配作辯解”，同前著作，第311頁。
33. 經過長時間和深入的立法辯論之後，澳門立法會根據《澳門特別行政區基本法》第71條（一）項創制了建立新醫療事故法律制度的第5/2016號法律。在2016年8月12日通過的上述第5/2016號法律將會從公佈日起算180日之後生效（第5/2016號法律第43條）。新醫療事故的法律制度的目的是保障醫患雙方的合法權益（第1條）。然而，醫療事故法律制度規定醫療服務提供者承擔的民事責任的模式（第20條）一因不法行為所生的民事責任一將就診者置於相對於醫療服務提供者而言屬不利的訴訟地位。事實上，由於醫療服務提供者的民事責任受因不法事實所產生的民事責任的法律制度規範（第20條），這就將就診者置於一個脆弱的位置（一開始就是關於不法事實的證明方面），因為就診者必須證明符合非合同民事責任的全部要件，就是：（1）事實屬自願，（2）具有不法性，（3）有過錯，（4）造成損害，以及（5）自願事實與損害的產生之間存在因果關係。基於能夠理解到的，就診者一般都不掌握複雜的醫療工作，這就使證明變得十分困難或（近乎）不可能。澳門《民法典》規定的舉證方式本身就在一定程度上加劇了新醫療事故法律制度交由就診者負責提出證據方面的不平衡，而Leo Rosenberg的規範理論就是訂定相關舉證方式的底蘊。事實上，澳門《民法典》跟隨德意志《民法典》（BGB - Bürgerliches Gesetzbuch）的典範，關注以清晰的方式界定創設權利之事實與障礙事實的分別（澳門《民法典》第335條第1款和第2款）。按照以Leo Rosenberg為主要倡導者的所謂規範理論，必須將實體法的規範區分為“規則規範”和“例外規範”，如果“例外規範”係通過“除外”、“不在此限”、“除非”、“但”等字詞引入時，區分工作是很容易的。例子有澳門《民法典》第493條第3款、第495條、第498條、第502條第1款、第902條第1款、第

責任交由有異於根據1999年澳門《民法典》第342條以及1999年澳門《民法典》第335條第1款和第2款³⁴規定的分配方式須承擔責任的一方當事人的其他不同情況，而這一方當事人亦不是較接近須證明的相關事實或對此事實擁有實際控制權的當事人。在簡單闡明之後，本文可以進一步舉出以下的例子：（1）在第三人旨在獲得虛偽行為無效宣告的司法訴訟中，將行為並非虛偽行為的舉證責任交由作為行為當事人的被訴人（基於較接近事實和對事實的控制）負起³⁵；（2）將舉

904條第1款所載的規定，本文亦不擬盡數列出。縱使在澳門《民法典》作此區別的情況時，解釋者的工作變得容易，然而，在法律沒有區別哪些是“規則規範”，哪些是“例外規範”的情況下，以及，即使作出了區分，但法律最終規定由較薄弱的訴訟當事人（就診者）就其主張的創設權利事實，也就是醫療服務提供者做成的醫療事故（不法事實）負有舉證責任時，基於證明固有的困難，舉證變得十分困難甚至不可能，困難在這時才真正出現。為減輕這種不平衡，澳門的立法者也許已經考慮了比較法所取得的一些成果，尤其涉及簡化受害人在因醫療行為而產生的民事責任方面的證明機制，例如採用從以下規則所獲得經驗的一些概念：意大利的，來源於“*id quod plerumque accidit*”規則；德國的，來自第一表證（*Anscheinbeweis*）；法國的，來自“*res ipsa loquitur*”或過分的損害以及“*graves, précises et concordantes*”推定（法國《民法典（Code Civil）》第1353條；最後就是源自喪失機會理論。

34. 須留意，在文本曾經提及到的所有例子之中，並且緊隨之前幾個註釋所述的學說，與1966年葡萄牙《民法典》第342條第1款和第2款以及1999年澳門《民法典》第335條第1款和第2款所載的舉證責任分配準則比較，舉證責任動態分配理論僅導致在按照1966年葡萄牙《民法典》和1999年澳門《民法典》中的規定查明非屬最容易舉證的一方當事人的主要事實時，才會將舉證責任倒置。跟隨上述學說，我們以醫療行為的作為具體的例子：如果要證明不存在過錯或不法性，又或者損害並非因醫療介入而造成（即是不存在因果關係），基於醫生相對於患者而言比較容易提出證據，按照舉證責任動態分配的概念，須由醫生負起舉證責任，在這方面就出現《民法典》第342條第1款和第2款規定的舉證責任分配倒置的情況。審查自願事實和損害事實的證明方面就有所不同，由於患者比醫生較為容易（接近事實和對事實控制準則），按照上述的想法，須由病人負起舉證責任，在這方面，保持法律規定的分配結果；Micael Teixeira：“為舉證責任的動態分配作辯解”，同前著作，第312頁，註釋112。
35. 上訴人意欲證明其與被上訴人之間曾訂立虛偽合同的意思，虛偽合同係兩人擬通過欺騙手段意圖損害原來的的女原告，此損害體現為用作消費借貸保證的不動產被強制執行，女原告為本身的利益而使用消費借貸的款項，而此事實係被上訴人所知悉的，故此須由其證明曾濫用或踰越女原告通過委託而授予此等權力，否則不能斷定存在虛偽行為（符合此意思且屬最近期的有，Gabriel Catarino大法官為裁判書製作人的2015年10月20日葡萄牙最高法院合議庭裁判，此裁判可在www.dgsi.pt網站找到）。事實上，葡萄牙最高法院佔多數的司法見解一向都認為，如果係由虛偽人援引（葡萄牙《民法典》第394條第2款），同1條第1款所規定的禁止適用於虛偽的合意和隱藏行為；在相對虛偽的情況下，如果表現的法律行為為係以公文書或私人書為依據，則禁止求諸證人以證明虛偽的協議和真實的法律行為。故此，如果並非由虛偽人提

證責任歸責於受益於適用於法人的制度的當事人，尤其是否知悉和有濫用法人的意圖（較接近受益於此制度的當事人），只要這種意圖並非源於具體的法律規定者³⁶；（3）在債權人針對有償行為請求撤銷債務人詐害行為之訴中，基於債務人曾參與此行為而將未出現惡意的舉證責任交由債務人負起（《民法典》第612條第1款）；（4）在旨在取消或轉移互聯網屬葡萄牙網域的域名的訴訟中，將存在域名使用的權利或正當利益以及並非惡意登記網域或惡意使用網域的舉證責任交

出爭辯，則容許求諸證人證明虛偽狀況（葡萄牙《民法典》第394條第3款），此例外情況係基於第三人（正因為此種身份）而難以獲得證明虛偽詭計的文件而變成合理。然而，這種禁止並不具有絕對的性質，因為，如果通過文件發現涉及此虛偽的合意的書面證據，司法見解長久以來都容許採用人證。（循此意義的，參閱Cardoso de Albuquerque大法官為裁判書製作人的2010年5月4日的葡萄牙最高法院合議庭裁判，可在www.dgsi.pt網站找到）。

36. 事實上，在法律為特定的效力而規定不考慮法人的法律人格的情況下（例如，根據《公司法典》第84條第1款和第270 - F條第4款），自始就不要求證明難度高的要件證據。相反，如果法人的法律人格至上係基於較一般的法律規定，一如在濫用法律的情況，就會出現屬於動態分配關注範圍的證明方面的各種困難；Micael Teixeira：“為舉證責任的動態分配作辯解”，同前著作，第312頁，註釋114；西班牙學說方面，參見Carlos Pastor：《動態舉證責任（Cargas Probatórias Dinâmicas）》，布宜諾斯艾利斯，2012年，第419頁及續後幾頁。在此，當不考慮法律人格係基於主要屬學說或司法見解摘要的個案群組（例如：公司和個人財產混合；公司的財產作股東個人用途；股東挪用公司財產；誘發的削減資本等），從舉證責任分配的角度而言，事情就更為複雜：因為，與資本不足有所不同，削減資本在股東提供的一對從事公司業務屬適當和充分的一資源在經營的過程和公司業務發展的過程中蒙受損失時發生，在誘發的資本不足，例如行政管理機關成員作出自願行為的情況下，就會造成“Existenzvernichtung”（公司性質的企業的“毀滅”）或“HaftungsDurchgriff”（“特定公司的股東須因公司債務而向公司的債權負責”）；在這些情況下，舉證責任又如何分配呢？關於不考慮法律人格的論題，在德意志學說方面，參考Jochen Vetter：《Die neue dogmatische Grundlage des BGH zur Existenzvernichtungshaftung》，BB，2007年，第1965頁及續後幾頁；葡萄牙學說方面，參見Maria de Fátima Ribeiro：《有限公司債權人的保護與“不考慮法律人格”》，博士論文，科英布拉，Almedina出版社，2009年，第134頁及續後幾頁；較近期的，參考Diogo Costa Gonçalves：“巴西商法典法案中的不考慮法律人格的我見”，載於：《公司法學刊》第7年（2015年）第2期，Almedina出版社，科英布拉，2016年，第297-325頁；Maria De Fátima Ribeiro：“不考慮法律人格：巴西和葡萄牙的實況”，載於《公司法學刊》，2016年3月，第8年第15期，Almedina出版社，科英布拉，2016年，第29-58頁；澳門的學說方面，參閱Augusto Teixeira Garcia：“澳門的集團公司與法律人格不予考慮”，載於《恆常的對話：葡萄牙法和澳門法論題的近貌》，官樂怡基金會 / 澳門立法及司法見解研究會，STA Lawyers律師事務所，中國·澳門，2016年，第47-68頁。

由被訴人（域名的權利人）負起（《葡萄牙網域登記規章》第43條第二款b) 項、c) 項及獨一分項）；（5）在斷定有否發生不正當競爭行為或不法廣告屬重要的任何司法訴訟中，被訴人就其廣告聲明真實性或競爭效果負有舉證責任，因為被訴人最接近容許證明此真實性的資料³⁷；（6）在由保險合同受益的第三人提起針對保險人（合同的當事人，較接近該合同）的司法訴訟中，由保險人就保險合同不存在或不生效力負起舉證責任³⁸；（7）在根據葡萄牙10月25日第384/88號法令第1380條第1款和第18條第1款的規定提起，並產生此等條文規定效果的法定優先權之訴中，舉證責任應由轉讓的房地產的取得人負起，因為，由於這是個人事實，取得人具備訴訟程序上更佳的条件（較容易證明）證明自己是轉讓房地產相連的房地產的所有人—積極和創設的事實³⁹；（8）在確認水域公產中的私人財產權（葡萄牙第54/2005號法律第15條第1款規定）的訴訟中，不應由主張獲確認其對部份海水或任何可通航或可浮載的海床或邊緣的利害關係人以文件證明係以正當的依據，在1864年12月31日以前成為私產，如為懸崖邊緣則在1868年3月22日以前成為私產；然而，與此相反，應由國家或行政當局證明該等部份在上述日期之前為並非屬於私產而是公產，因為國家或行政當局憑藉着地籍記錄、公證記錄和登記局的記錄，更加接近容許證明事

37. 須指出，在這兩個個案之中，動態分配所主張的舉證責任的分擔建議是西班牙法律體制，即是《民事訴訟法（Ley de Enjuiciamiento Civil）》第217條第4款明文規定的。在葡萄牙亦存在具有相同意義的一些規範（關於具有比較性質廣告的《廣告法典》第16條第5款），然而，一般來說，就被訴人作虛假聲明的舉證責任維持由原告負起（《工業產權法典》第317條和第318條第1款，《廣告法典》第10條）；參考Micael Teixeira：“為舉證責任的動態分配作辯解”，同前著作，第313頁，註釋126。

38. Micael Teixeira：“為舉證責任的動態分配作辯解”，同前著作，第313頁。

39. 在司法見解中通行確認此優先權的要件有：（1）已經履行承諾出售一農用房地產，或計劃出售或履行承諾出售一農用房地產；（2）優先權人係與有關房地產相連房地產的所有人；（3）已轉讓或將出讓的房地產的面積小於耕種單位面積；（4）取得人並非與已轉讓房地產相連的任何房地產的所有人。取得人應該負起證明自己係與出讓房地產相連房地產的所有人，因為，基於消極事實通常出現的情況，如果陳述或舉證責任由優先權人負起，證實取得人並非與出讓房地產相連的任何房地產的所有人這個要件就取決於確定未曾發生任何關於構成與出讓房地產相連的房地產取得人所有權的事實。毫無疑問，由取得人舉證比由優先權人舉證更為容易。這是因為所涉及的主要是取得人的個人事實；取得人比其他人員具備更佳的条件將個人事實帶進訴訟程序；循此意義的，參見José Lebre de Freitas：“葡萄牙〈民法典〉第1380條第1款規定中的相連房地產的所有權—創設事實與阻礙事實”，同前著作，第22頁。

實現況的證明資料^{40/41}，肯定的是，在法律保證其他證據方法（例如人證）可受理的情況下，由於嚴格而言沒有仍然生存的人可以證明該等部份在上述的日期已成為私產，這種證明變為不可能。

至於作為專業的業務的技術知識與執行方面，必須肯定其他類別的理由可以說明涉及提出證據更大的便利性就是獲得對證明某要素屬重要的相關技術知識，縱使受害人受益於涉及屬債務人過錯時的舉證責任倒置（1966年《民法典》第799條第1款以及1999年澳門《民法典》第788條第1款）。這個證明便利性的因素經常與專業業務的執行一同出現（雖然一同出現並非必然），原因是，既然當事人是專業人士，專業人士就應該比較容易、快捷和全面地獲得相關的技術知識和進行此業務的具體方式，這就可能令他處於在證明方面具有優勢的地位⁴²，重要的例子有：在原告主張由於電力裝置欠妥善而引發火災並導致損害的案件之中，作為被訴人的電器技工；在原告認為被告維修欠妥善而導致淹水而被問責的水喉匠。在這兩種情況中，原則上，專業人士證明其所為的適法性都比原告證明對方當事人行為的不法性更具備條件⁴³；再次採用證據方法的例子，就是在由被評估實體或作為信貸風險評估報告收信人的第三人提起的訴訟中，規定由信貸風險評估機構就其行為沒有過錯，沒有不法性和不存在適切的因果關係負起舉證責任。⁴⁴

在作為專業的業務的技術知識與執行的準則方面，事情就較為稍微方便些，除了由於法律已經規定涉及債務人過錯的舉證責任倒置（葡萄牙《民法典》第799條第1款，1999年澳門《民法典》第788條第1款），亦由於從不容許消費者負舉證責任的角度看，舉證責任的動態分配理論正好適用於涉及家庭銀行資訊系統運行不良（葡萄牙《支付系統制度》第70條第1款和第2款），當中，家庭銀行服務的提供者

40. 這個屬類性學的個案可以稱之為證明方法的壟斷或權威準則。然而，由於我們並仍未有機會詳細處理（留待另一個場合分析），我們暫時不會將這種典型狀況獨立處理。

41. 接近此意義的，參考José Miguel Júdece和José Miguel Figueiredo：《認可水資源作為私人財產的訴訟》，科英布拉，Almedina出版社，第2版，2016年，行將付梓。

42. Micael Teixeira：“為舉證責任的動態分配作辯解”，同前著作，第314頁。

43. Micael Teixeira：“為舉證責任的動態分配作辯解”，同前著作，第314頁。

44. Micael Teixeira：“為舉證責任的動態分配作辯解”，同前著作，第314頁。

更容易揭示對其有利的事實版本，也就是家庭銀行服務非因資訊系統不當運行而被欺詐性使用。

家庭銀行服務提供者的個人事實應優先關注的理念強化了這個推論：服務提供者比其他任何人（包括作為原告的消費者）都具備更佳的條件將事實帶入訴訟程序，因為這些都屬於服務提供者“風險範圍”內的事實⁴⁵，被理解為舉證責任分配的補充準則，或者，更貼切地說，都屬於事情發生所在的“生活圈”的事實。^{46/47}

按照這道理，所謂風險範圍理論獲得接納⁴⁸，此理論將舉證責任與提出證據方法的義務／達成結果義務的二分法緊密連繫起來⁴⁹，而且（直至目前）它的施行與醫療行為民事責任連繫着，可以在葡萄牙和澳門民事訴訟法中推行。⁵⁰

至於證據方法獲得準則方面，必須肯定這個準則在舉證責任的動態分配中具有重要性，而各當事人能否獲得對揭示所涉及到的事實屬重要的證據方法的能力亦屬重要，故此，該舉證責任應由相對較容易獲得證據方法的當事人負起⁵¹：這個問題可能會在任何類型的案件之中提出，故此毋須舉例說明。

然而，須指出，這項準則就是已獲立法者普遍承認難以證明方面的唯一要素，並制定了實際上用以保護在提出證明方面有相對有較大困難的當事人和用以發現真相的一項制度，此制度主要載於1966年

45. 循此意義的，參考José Lebre de Freitas：“葡萄牙〈民法典〉第1380條第1款規定中的相連房地產的所有權一創設事實與阻礙事實”，同前著作，第22頁，註釋10。

46. 德意志學說中，循此意義的，參見Baumgärtel：《Beweislastpraxis im Privatrecht》，科隆，Karl Heymanns Verlag，2014年，第218頁。

47. 葡萄牙學者之中，循此意義的有Pedro Múrias：《為舉證責任的有依據分配作辯解》（單行本），碩士論文，里斯本，Lex出版社，2000年，第134頁。

48. 循此意義的有Pedro Múrias：《為舉證責任的有依據分配作辯解》，同前著作，第137頁。

49. 循此意義的，參考Prölss, J.：《Die Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen》，VersR, 33 (A), 1964年，第901頁至第906頁。

50. 似乎擬表達風險範圍理論可以適用於其他論題範疇的有Pedro Múrias和Lurdes Pereira：“提供途徑義務、達到結果的義務與調查證據的成本”，載於《紀念Paulo Cunha教授誕生一百周年的研究報告》，科英布拉，António Menezes Cordeiro，Almedina出版社，2012年，第1012頁。

51. Micael Teixeira：“為舉證責任的動態分配作辯解”，同前著作，第316頁。

《民法典》第344條第2款、1999年澳門《民法典》第337條第2款和2013年葡萄牙《民事訴訟法典》第417條第2款。事實上，結合這兩項法律規定和其他規定，得知如果一方當事人排他地獲得某一證據方法，或者很便利獲得某一證據方法，對方當事人就可以向法官聲請（或由法官依職權）命令有關當事人提交此證據方法（例如：某份文件；提供某一證人的身份資料；提供前赴特定地點的路徑）。如果作為命令對象的當事人拒絕履行，後果會有兩個：首先，法官會在自由評價證據範疇內將拒絕履行視為揭示不利於不履行的一方當事人的事實版本的助力因素而加以考慮（《民事訴訟法典》第417條第2款）；之後，如果不履行命令造成（負有舉證責任的）對方當事人不能證實對自己有利的真實版本，則將舉證責任倒置，改由不履行的一方當事人承擔。⁵²

正如Jorge Morais Carvalho和Micael Teixeira明確肯定，由於這個想法鼓勵提出實在的證據和尋求事實真相，將舉證責任交由較容易證明的當事人負起，並且促進各方當事人的實質平等，使各當事人在法庭上可以恰如其分地獲得更公平的待遇，因此這個想法是合理的。這是因為更容易提出證明的當事人可以實在地揭示對其有利的事實版本，而對方當事人除了更容易獲得證明，如果另一方當事人不能夠提出證明，他就一定可以從舉證責任的裁判中受益。⁵³

因此，一方面，在實體法的層面，只有用這個辦法才可以使重置各方當事人以合同訂定的給付和對待給付之間的主體等值變得可能^{54/55/56}，

52. Micael Teixeira：“為舉證責任的動態分配作辯解”，同前著作，第316頁。

53. 循此意義的，參考Jorge Morais Carvalho和Micael Teixeira：“消費信貸—交付合同樣本的舉證責任與主張無效權利的濫用”，載於《私法學報》第42期，2013年4月至6月號，法學研究中心，科英布拉，科英布拉出版社，2013年，第47頁。

54. 循此意義的，參見Catarina Monteiro Pires：“因不履行而解除合同與不可能原物返還”，載於《法律學刊》第144年，第3冊，2012年，社長：Jorge Miranda，科英布拉，Almedina出版社，2013年，第669頁。

55. 德意志學說中有相同意義的，參見Claus-Willem Canaris：“Äquivalenzvermutung und Äquivalenzwahrung im Leistungsstörungenrecht des BGB”，載於《Festschrift für Herbert Wiedemann》，慕尼黑，Beck，2002年，第4-5頁。

56. 相同意義的，參見Catarina Monteiro Pires：“因不履行而解除合同中以價值返還的給付”，載於《向Miguel Galvão Teles致敬的研究報告》第3冊，Almedina出版社，科英布拉，2012年，第703頁。

另一方面，在程序法層面，保證謀求實效原則⁵⁷、訴訟程序中找尋真相的義務^{58/59}，以及在合理期間內合理解決爭議⁶⁰，這些都是訴訟程序快捷原則⁶¹和訴訟程序經濟性的推論。⁶²

二、舉證責任動態分配理論的運行與使用範圍 以及未來法之路（*de iure condendo*）： 2013年葡萄牙新《民事訴訟法典》 中的舉證責任動態分配與訴訟程序管理原則 （《民事訴訟法典》第6條第1款）

在解釋過舉證責任的動態分配學說在目的方面的依據之後，有必要具體說明這項指導性準則的運行方式及其施行的範圍。

按照前文已提前述及的內容，並將本文的注意力改放在落實舉證責任動態學說的理論運行方面，就是將舉證責任交由可以相對容易地就對其有利的事實版本提出證據的當事人負起方面。

-
57. 循此意義的，參閱Miguel Mesquita：“現代民事訴訟中請求原則的彈性處理”，載於《立法與司法見解學刊》第143年，3983，2013年11月及12月號，社長：António Pinto Monteiro，科英布拉，科英布拉出版社，2013年，第143頁。
58. 循此意義的，參考José Luís Bonifácio Ramos：“關於民事訴訟法典改革的若干問題”，載於《法律學刊》第144年第3冊，2012年，社長：Jorge Miranda，Almedina出版社，科英布拉，2013年，第669頁。
59. 循此意義的，參見José Luís Bonifácio Ramos：“‘新’民事訴訟法典的意圖”，載於《法律學刊》第145年，第4冊，2013年，社長：Jorge Miranda，Almedina出版社，科英布拉，2014年，第814頁。
60. 循此意義的，參閱Miguel Teixeira de Sousa：“新民事訴訟法典中程序管理原則的我見”，載於《私法學報》第43期，2013年7月至9月號，法學研究中心，科英布拉，科英布拉出版社，2013年，第10頁。
61. 循此意義的，參照Isabel Alexandre：“2013年民事訴訟法典中的調查階段和新證據方法”，載於《檢察雜誌》第134期，第34年，2013年4月至6月號，科英布拉，科英布拉出版社，2013年，第21頁。
62. 循此意義的，參考Carlos Lopes do Rego：“處分原則與法官在判決時刻的變換權力”，載於《向José Lebre de Freitas教授致敬的研究特刊》，籌備委員會成員：Armando Marques Guedes、Maria Helena Brito、Ana Prata、Rui Pinto Duarte、Mariana França Gouveia，第1冊，科英布拉，科英布拉出版社，2013年，第833頁。

這種舉證便利性的道理不單植根於將舉證責任交由較容易提出證明的當事人所具備的優點（訴訟程序中的平等），亦主要因為將舉證責任交由在提出證據方面有較大便利性的當事人承擔同時會促使提供實在的證據（接近實質真相），自然地 and 必然地夯實訴訟程序實質公正和公平的原則（《葡萄牙共和國憲法》第20條第1款和第4款，《歐洲人權公約》第6條第1款，澳門《基本法》第36條第1款）。

檢定提出證據便利性是否存在的方式，必須事先（*ex ante*）確定，也就是，主要是在訴訟程序開展以前，尤其在有關事實發生之際及之後，按照上述各項用以具體化的準則，決定哪一方當事人具備提出證據的相對最佳的條件，而不論這一方當事人曾否利用在證明方面的優越地位在調查證據時可以實際處於最佳的條件以證明對其有利的事實版本。⁶³

具體來說，舉證責任動態分配理論的運行模式的耀目之處不單是訴訟程序性質的考慮（基於調查證據的過程而達成的訴訟程序平等），亦有在實質性的考慮，因為基於具體更容易提出證據的可能性，更平衡分配舉證責任，發掘事實真相就變得可能，並由此而使民事訴訟程序可以得到實質更公義和公平的裁判。

至於舉證責任動態學說的理論的施行範圍方面，它的程序性工作範圍反映在與涉及客體的疑問相對的涉及主體的疑問的母體之中。⁶⁴

而涉及主體的疑問因應大量的程序性限制而出現，這些限制在每起案件中都可以感受得到。

故此，這種疑問抽象上是可以避免的，但由於各方當事人（或法官）沒有適當地利用調查證據的各種可能性而發生，原因是沒有提出

63. Micael Teixeira：“為舉證責任的動態分配作辯解”，同前著作，第323頁。

64. 實際上，可能會在訴訟程序中出現外表為確定事實的疑問，就是以“目前的知識水平”來看不可能斷定曾經發生某種事實，縱使各方當事人都同意此為不可能。這是一類較罕見的疑問，這種疑問可以在，例如，證明自然的因果關係方面發現，在這類案件中，證明這個要素顯得特別困難。這就是客觀的疑問。循此意義的，參閱：Pedro Múrias：“為舉證責任的有依據分配作辯解”，同前著作，第31-33頁；Micael Teixeira：“為舉證責任的動態分配作辯解”，同前著作，第324頁；司法見解方面，參照裁判書由Nuno Cameira大法官製作的2007年3月13日的最高法院合議庭裁判，可以在www.dsgi.pt網頁找到。

所擁有的證據或者是沒有在有機會保存或匯集證據時進行保存和匯集。這樣，如果有關疑問屬主觀的疑問，所面對的就是可以提出證明的案件，因此，鼓勵各方當事人保留和提出證據是有用和有利的。而且，由於是可以證明的，其中一方當事人極可能比另一方當事人較容易提出證據，因而，鼓勵這一方當事人提出證據同樣是有用和有利的。故此，應該在這個範疇—主觀疑問的範疇—施行舉證責任的動態分配。^{65/66}

65. Micael Teixeira：“為舉證責任的動態分配作辯解”，同前著作，第324頁。
66. 須指出，舉證責任動態分配學說在阿根廷獲得廣泛接納，阿根廷亦是此學說的搖籃，雖然此學說就像在葡萄牙發生的其他情況一樣，未正式獲納入法律條文。事實上，根據Inés White所言，在日期為1957年6月21日，關於公務人員不法得利案件的國家最高法院（Corte Suprema de Justicia de la Nación）合議庭裁判中，明確提及該名公務人員相對於國家的情況而言，具備更佳的条件證明其致富是適法的（這是我們將之列為舉證責任動態分配因為接近事實和對事實控制而變成合理個案類別的例證），因為國家有更大的困難證明該名公務人員不法致富。須強調，此理論未正式納入法律條文並不妨礙其實施，縱使存在着相當於1966年葡萄牙《民法典》第342條第1款和第2款以及1999年澳門《民法典》第335條第1款和第2款（阿根廷《民事和商事訴訟法典》第377條第1款和第2款）的規定。事實上，關於這方面，司法見解和學說均基於法律並非唯一的法淵源的狀況，無論是為了確保訴訟程序公平公正、尋求實質真相、禁止濫用訴訟權利，抑或是為了維護有異於程序法就舉證責任規定的分配準則亦然。然而，須指出，將舉證責任動態分配納入法律條文，在該國一直獲得鼓勵，甚至獲得載入一些法案，尤其是布宜諾斯艾利斯自治市《民事和商事訴訟法典》草稿第361條第3款。參閱Micael Teixeira：“為舉證責任的動態分配作辯解”，同前著作，第324頁；符合此意思的，參考Beatriz Ruzafa：《舉證責任（Las Cargas Probatorias）》，布宜諾斯艾利斯，2012年，第374頁及續後幾頁；Carlos Carbone：《舉證責任（Cargas Probatorias）》，布宜諾斯艾利斯，2013年，第206頁及續後幾頁；Jorge Peyrano：《學說（La Doctrina）》，布宜諾斯艾利斯，2011年，第88-90頁。在大西洋彼岸的巴西，前一份民事訴訟體系的文本已是1973年的了，雖然經歷數次改革，但從未就修改舉證責任的規則發生過像圍繞第8.046/2010號法律草案在眾議院進行審議時那般激烈的討論，其後，該法律草案成為2015年巴西新《民事訴訟法典》。2010年提交予聯邦參議院的法案文本在同一年獲得通過並送交巴西眾議院，其文本之中，眾議員建議採納混合舉證責任的方式，當中的第357條的行文為：“在不影響法官權力的情況下，舉證責任由以下之人承擔：一、原告，如涉及創設本身權利的事實；二、被告，如果涉及原告的權利是否存在障礙事實或變更或消滅原告權利的事實”；第358條的內文為：“考慮到案件的情節和須證明事實的特點，經遵守辯論原則，法官可以在說明理由的裁判中，以其他方式分配舉證責任，以便規定具備更佳條件的一方當事人提供證據”。這項內容涉及實質證據法的立法修改建議以混合靜態舉證責任、動態舉證責任和舉證責任倒置為特點。事實上，將靜態舉證責任奉為一般規則，以便保護“法律穩定性”，但亦通過法律訂明法官可以基於實質公義的考慮，通過經過適當說明理由的批示，以其他方式分配（之前）屬靜態的舉證責任並將此責任交由具備更佳條

件提出證據的一方當事人負起。這份法律草案曾經受到巴西學術界權威嚴厲的抨擊（而且不一定已經平復）。其實，簡單概括而言，上述學說聲稱有關立法建議存在一些“不適當性”，具決定性的反面論據就是立法技術將靜態舉證責任、動態舉證責任和舉證責任倒置混合。然而，該學說指出，舉證責任倒置屬於作為常規的舉證責任靜態分配的例外情況；當然，舉證責任的動態分配亦表現為“一般性的例外情況”。故此，法官可能會在界定哪種屬主要模式，哪種屬於次要模式（屬於舉證責任倒置模式，還是舉證責任的動態分配模式）方面面對重大的困難，而主要在於如何協調兩種舉證責任的分配方面面對重大困難；巴西理論方面的詳細論述，參見Eduardo Henrique de Oliveira Yoskikawa：“舉證責任的動態分配理論的若干思考”，載於《訴訟程序學刊》第37年，第205冊，2012年3月，2012年，第134-149頁；Marcelo Pacheco Machado：“靜態舉證責任、動態舉證責任與舉證責任的倒置”，載於《訴訟程序學刊》第37年第208期，2012年6月，2012年，行將付梓；João Batista Lopes：“新民事訴訟法典中的舉證責任與動態責任理論”，載於《訴訟程序學刊》第37年，第204期，2012年2月，2012年，第231-214頁。巴西的立法者明顯感受到該學說諸多撼動性批評，因此修改了立法建議，並且於2013年11月提交了另一立法文本，剔除了引起較大爭論的規範性解決辦法，並為此目的而增訂了第380條，內文如下：“在不影響法官權力的情況下，舉證責任由以下之人承擔：一、原告，如涉及創設本身權利的事實；二、被告，如果涉及原告的權利是否存在障礙事實或變更或消滅原告權利的事實”，（一）“在法律規定的情況下或基於案件涉及根據文首而不可能或極度困難履行相關責任，又或涉及較容易取得相反事實證明的特殊性，法官可以以其他方式決定舉證責任誰屬，但須通過經說明理由的裁判而為之。如屬於此情況，法官應給予當事人一方解除承受自己獲交託舉證責任的機會。（二）在（一）項規定的裁判不得造成因解除該責任而使舉證不可能或極度困難”。雖然維持了混合的形式 [這次是：靜態作為常規，舉證責任倒置作為例外情況一符合此意思的，參看Carolina Cristina Miotto：“舉證責任：舉證責任的靜態分配與動態分配簡短分析以及葡萄牙與巴西民事訴訟體系的對象”，載於《法律科學（Scientia Iuridica）—葡萄牙與巴西比較法學刊》2014年9月至12月號第63冊第336期（2015年），第509-530頁]。巴西的立法者至少在表面上打倒了舉證責任的動態處理，並且接納了舉證責任靜態分配在較寬廣範圍內的可以靈活處理。巴西最高法院的司法見解，特別是在勞動法案件方面，一直都差不多沒有爭議地應用舉證責任分配理論；典型的例子就是最高法院合議庭裁判第REsp 1286704/SP號，裁判書製作人係Ministra Nancy Andrighi，當中說明：“縱使未曾獲得明確納入《民事訴訟法典》，我國訴訟程序法律法規，包括憲法規定的系統性解釋，賦予應用舉證責任的動態分配理論寬廣的認受性，依照此理論，舉證責任落在按照每件案件的事實情節而定的，具備更佳條件提供證據之人身上”。另外，雖然受到上列為數眾多的苦澀批評，2015年巴西新《民事訴訟法典》在第373條（一）項還是明文吸納了舉證責任動態分配理論。最後，在鄰國西班牙，《西班牙民事訴訟法典（Ley de Enjuiciamiento Civil Espanhola）》自最近的修訂起就備有一項規定，（縱使係以淡化的方式）推崇上述的舉證責任的動態分配理論。一方面，第217條第1款、第2款和第3款（與葡萄牙1966年《民法典》第342條和第343條以及澳門《民法典》第335條第1款和第2款近似）依照各項事實訴訟程序中所擔負的功能分配相關的舉證責任（舉證責任的規範理論和靜態分配）。而同一條第4款和第5款則制定了舉證責任分配的特別準則，分別適用於聲稱不公平競爭中的不法廣告和性別歧視。在這些具

所以，一如前文所述，舉證責任的動態分配理論實際施行使訴訟程序，一如前文所述，使實質公正和公平裁判的存在變得可能。

為了達到這個目的，法官應該在訴訟程序初期就掌握卷宗所載的事實，以及潛藏於這種事實之下的在法律上屬重要的情況。

因此，舉證責任動態分配理論的施行自然且必然地牽涉到必須預先掌握訴訟程序和在法律上屬重要的事實描述；自始就考慮到法官一當（以及如果）施行舉證責任的動態分配一需要評估訴訟程序中的哪一方當事人具備更佳的條件提出有關證據的需要。

值得一提的是：正如前文所述，葡萄牙和澳門實體證據法中的舉證責任動態分配的明文（和未來的）法律規定的要求法官在最後聽證進行之前（因而亦在作出判決之前）更早的時間作出額外的努力以便對卷宗及時並預先了解；實質上這項法律規定亦是貫穿葡萄牙2013年《民事訴訟法典》的訴訟程序管理原則所蘊含的立法理由（*ratio legis*）。

其實，由於6月26日第41/2013號法律對《民事訴訟法典》所作的改革，葡萄牙的立法者跟隨盎格魯撒克遜模式的訴訟程序傳統，引進了使法官可以預早接觸卷宗的一種訴訟程序機制，名稱正好是訴訟程序管理機制（《民事訴訟法典》第6條第1款）。

故此，（未來的、理想的）舉證責任動態分配的法律規定將可以與訴訟程序管理原則配合，因為，與舉證責任的動態分配相似，經考慮具體案件的特點後，訴訟程序管理原則將反映於謀求在合理的期間內公平解決爭議方面。

體的案件中，立法者事先認定被安排承擔舉證責任的一方當事人有高度困難或甚而不可能提供證明，從而將舉證責任交由被訴人負起，這與實施的一般準則所導致的情況相反。最後，第217條第7項規定，為實施同一條以上幾款蘊含的規則，法院應考慮爭議中各方當事人的可處分性和證明的便利性，就是說，按照每件案件的情況，法院倘若基於特定的事實證明所固有的或本身的困難，又或具體的特定主體證明特定現況有具體的困難而具體認為合理時，就可以糾正法律規定的之前所作出的分配方式；循此意義的，參閱Elizabeth Fernandez：“艱難的或不可能的證明”，載於《向José Lebre de Freitas 教授致敬的研究報告》，同前著作，第830頁。

如此，按照訴訟程序管理原則，法官有義務積極領導訴訟程序，積極為訴訟程序可以迅速進展而採取措施，並為此目的而推動反映於使司法訴訟進行無阻的一系列措施。

為達成此目的，法官將引領審判活動，不批准明顯屬於拖延時間或無關宏旨的程序行為，並行使法律賦予的辯論權，採用可以保證在合理的期間內公平解決爭議的簡化和增強訴訟程序靈活性的機制。

找出訴訟程序管理原則的本源並非難事。

實際上，將管理訴訟程序的權力交給法官是（國際）趨勢，以便以靈活的、簡化的，而且適用於大多數具體案件的程序取代僵化的和主要屬儀式性的程序。

在功能方面，訴訟程序管理等同於盎格魯撒克遜模式的法律秩序中的案件管理（case management）[《民事訴訟程序規則》第1.4.條、第3.1.條和第29.2條（Rule 1.4., 3.1., 29.2 das CPR）]。^{67/68}

訴訟程序管理旨在降低程序的成本、耗時和複雜性。⁶⁹ 這種程序管理的前提是有肩負迅速而公正解決案件的法官，表現為實質層面上⁷⁰—引領訴訟程序—以及工具層面—令形式恰當（葡萄牙《民事訴訟法典》第547條）。據此，訴訟程序管理的義務就是尋求協助為“訴

67. 符合此意思的，參閱Miguel Teixeira de Sousa：“新民事訴訟法典中程序管理原則的我見”，載於《私法學報》第43期，2013年7月至9月號，法學研究中心，科英布拉出版社，科英布拉，2013年，第10頁；關於英美法的學說，參考Andrews：《現代民事訴訟程序（The Modern Civil Process）》，Tübingen，2008年，第48頁及續後幾頁。

68. 關於案件管理（case management）的英國的學說，參考Neil Andrews：“A new civil procedural code for England: party control going, going, gone”，載於《民事司法季刊（Civil Justice Quarterly）》，2000年，1月號，第1-5頁。

69. 司法有着公共服務的特點，因此，至少部份必須以成本的效能、效率和壓縮為導向，但不應讓路子具有（奇怪的）波斯納式監督型經濟主義的各種試探。法國學說之中，符合此意思的，參考E. Severin：“Comment l’esprit du management est venu à l’administration de la justice”，載於《La Nouveau Management de la Justice et l’indépendance des juges》，巴黎，Daloz，2011年，第54頁。

70. 德意志的學說就形式上的管理（formeller Verfahrensleitung）和實質上的管理（materieller Verfahrensleitung）在術語上作出區分，參見Rosenberg/Schwab/Gottwald：《Zivilprozessrecht》，17. Auflage, C.H. Beck, 慕尼黑，2012年，第408頁至第411頁。

訟程序方程式”提出解答：在具體案件中儘可能以較低的成本，更迅速和較低的複雜性作出一個合理的裁判。⁷¹

關於訴訟程序管理原則的實質層面方面，可以突出下列的例子：

(1) 推動使訴訟正常繼續和拒絕無關宏旨或拖延時間行為所必要的措施（《民事訴訟法典》第6條第1款），關於這一點，提及“引領訴訟程序的權力”⁷²或者“訴訟程序的糾正權力”⁷³；(二) 依職權彌補可以補正的涉及訴訟前提不當情事，決定進行使程序正常化所需的行為，或者，當補正取決於應由各方當事人所作的行為時，邀請此等當事人實施此行為（《民事訴訟法典》第6條第2款）；(3) 在聽取各訴訟代理人的意見後，訂定在最後聽證時進行的行為，規定會議的數目和可能需要的時間，並指定相關的日期（《民事訴訟法典》第591條第1款 g）項）⁷⁴；仍然是法院的領導權力方面，法官有權選擇：(4) 合議鑑定（《民事訴訟法典》第468條第1款 a）項）；(5) 以書面的形式作出清理批示（《民事訴訟法典》第595條第2款）；(6) 審理主張文件不真確的附隨事項（《民事訴訟法典》第450條第2款）；(7) 只要各方當事人不反對，將卷宗送交斡旋處理（《民事訴訟法典》第

71. 循此意義的，參閱Miguel Teixeira de Sousa：“新民事訴訟法典中程序管理原則的我見”，載於《私法學報》第43期，2013年7月至9月號，法學研究中心，科英布拉，科英布拉出版社，2013年，第10頁，本文緊跟此文章，甚至行文亦然；關於英美法的學說，參考Zuckerman：《民事訴訟程序改革比較綜述（Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective）》，Torino，2005年，第147-151頁。

72. 西班牙學說其中一門，比法官主動介入和管理介入還要堅定，因而傾向於自由的民事訴訟模式，並以訴訟辨證為優先，故此，各方當事人訴訟技巧或高或低的純熟程度使訴訟程序在形式上的領導權力和義務得以舒緩；循此意義的，參閱Montero Aroca：“Il processo civile come strumento di giustizia autoritaria”，載於《Rivista di Diritto Processuale》，Padova, Cedam，2004年，第562-568頁。巴西的學說方向相反，強調增加司法官在訴訟程序管理和主動領導訴訟程序的權力，朝向加強對各方當事人的訴訟程序保障和程序公義，循此意義的，參考Maíra Galindo：《合作性的訴訟程序》，Curitiba, Juruá出版社，2015年，第73-86頁

73. 從德意志學說中收集的表述，參考Henke：《Juristischen Zeitung (JZ)》，2005年，第1024-1029頁；所用的術語有所不同的，參閱Stürner：《Festschrift für Walter Gerhard》，科隆，2004年，第954-969頁。

74. 在比較法方面，與其他法律制度有明顯的相似之處，尤其法國法律中的訴訟程序合同（contrats de procédure）（新《民事訴訟法典》第764條第3款）的情況相似；令人感興趣的，參考法國的學說：CADIET, RTDPC，第62冊，第3部份，2008年，第15-27頁。

273條第1款)；(8)在訴訟程序的任何狀況下為各方當事人試行調解(《民事訴訟法典》第594條第1款)。⁷⁵

至於訴訟程序管理原則的工具層面方面，其核心焦點圍繞着領導訴訟程序的義務就是賦予法官簡化訴訟程序並使之更具靈活性的權力義務的想法，也就是，這是變更訴訟程序的步驟或訴訟行為的權力義務—案件管理(case management)—，以便推動訴訟程序迅速進展。

訴訟程序的簡化意味導致程序步驟比法律規定的有所減少；而增強訴訟程序的靈活性則牽涉到更容易達成合理解決爭議的方式：在某些案件之中，增強訴訟程序的靈活性可以體現為程序步驟的簡化，但在另一些案件之中，增強訴訟程序的靈活性則牽涉到實施法律未有預計的各項行為。屬程序管理工具性質的例子有：(1)當法官詢問完證人之後，將訴訟程序步驟改得更恰當(《民事訴訟法典》第40條第3款)；(2)由法官決定為起訴狀作初端批示(《民事訴訟法典》第590條第1款)；(3)附入文件，以便批准審議延訴抗辯的案件的實體問題(《民事訴訟法典》第590條第2款c)項)；(4)《民事訴訟法典》第37條第4款和第266條第5款規定了增強訴訟程序靈活性的更極端的一種方式：就是基於這種增強靈活性的方式，使法官可以決定將匯集於唯一的一份卷宗之中的不同案件分案處理。⁷⁶

為了達致簡化或增強靈活性，法官擁有令形式更恰當的權力。法官應該採用合適於案件特點的訴訟程序步驟，並且使訴訟行為的內容和方式配合擬達到的目的，確保訴訟程序公平(《民事訴訟法典》第547條)。⁷⁷故此，法官可以改變案件的法定程序步驟(無論是免除

75. 這些例子收集於Miguel Teixeira de Sousa：“新民事訴訟法典中程序管理原則的我見”，同前著作，第11頁。

76. 這些例子收集於Miguel Teixeira de Sousa：“新民事訴訟法典中程序管理原則的我見”，同前著作，第11頁。

77. 普通宣告訴訟程序的步驟包括，在提出陳述書階段以後的訴訟管理程序。在訴訟管理程序之中，受規範的有初始管理—尤其用以為延訴抗辯之彌補(《刑事訴訟法典》第590條第2款a)項)採取措施和對各方當事人陳述書的控制—，以及續後管理—尤其涉及事先聽證的免除(《民事訴訟法典》第593條第1款)，在利益值不超過中級法院法定上訴利益值的訴訟中揀選一個或多個選項(《民事訴訟法典》第597條)，以及最後聽證日程的編定(《民事訴訟法典》第591條第1款g)項)。作為訴訟程序管理行為的使形式變得適當，可以由法官再按案件的程序步驟的任何時刻安排，但通常

進行法律規定的某些行為，抑或是規定實施法律未有規定的各種行為），而且可以變更訴訟行為的內容和方式⁷⁸；在這方面，使形式適合就是單純程序管理的實際體現。⁷⁹

回到本文擬探討的主題—舉證責任的動態分配與作出實質公平合理的裁決的必要性—，必須搞清楚的就是訴訟程序中，法官在哪一個時刻行使訴訟程序管理權力較為恰當，在具體的案件中，這主要涉及將較適當的舉證責任分配通知訴訟各方當事人的時刻。

葡萄牙2013年《民事訴訟法典》改革自始就通過訴訟程序管理原則，使法官提早和及時了解卷宗和訴訟的法律和事實的輪廓，這樣，有關訴訟程序的時刻就應該是預先聽取陳述階段。

其實，《民事訴訟法典》第591條規範的預先聽取陳述階段對於法官以儘可能妥善的方式管理訴訟程序中關切的事實實屬重要。須留意，法官在預先聽取陳述階段中，一如英國和美國法律中的預先審理（pretrial）階段中，作為首要的人物而出現，開啟與律師對話的途徑，查問是否存在協議或是否可能澄清某些較不明確的情況，同時亦決定哪些事項需要證明。在預先聽取陳述階段完成的過濾工作非常重要，因為它為更和氣地，或者，用其他說法，更有預見性地進行最後聽證鋪平了道路。事實上，在訴訟程序管理的所有行為之中，須強調的是從《民事訴訟法典》第591條第1款 c) 項所得知的：如果沒有疑問表，將訴訟程序管理變成清楚分辨爭議的標的和列舉納入證明範圍的重大基本事實就至關重要。根本的是，通過對話可以界定訴訟中有爭

都是在程序管理階段中決定。事實上，使形式變得適當可以在事先聽證階段之中決定（《民事訴訟法典》第590條第1款e) 項），或者在代替進行此聽證的批示中決定（《民事訴訟法典》第593條第2款b) 項和第597條 d) 項）。如果屬於在代替進行此聽證的批示中決定的情況，需明白的是，尤其因為有關條文準用第6條第1款的規定，如未經事先聽取各方當事人的意見，訴訟程序的靈活處理並非有效。循此意義的，參閱 Miguel Teixeira de Sousa：“新民事訴訟法典中程序管理原則的我見”，同前著作，第13頁。

78. 參閱 Miguel Teixeira de Sousa：“新民事訴訟法典中程序管理原則的我見”，同前著作，第12頁。

79. 符合此意思的，參考 Marco de Cristofaro：“Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo”，載於《Rivista di Diritto Processuale》，Padova，Cedam，2010年，第283頁。

議的事項，使每位律師都明白必須證明的事實（以及，因此而明白哪一些事實不須證明）。這樣，舉個例子說，在一宗以交通事故為依據的訴訟中，法官將其中一台車輛所蒙受的損害及其金額、不能使用車輛所導致的損失、原告因為事故而作出的開支、原告的身體侵害和痛楚等列為需證明的範圍，這些關於十分具體的事實的問題，與舊日的疑問表相去甚遠。跟隨英國法律中的案件管理（case management）的方向，本文認為法官在界定有爭議的重大問題之後，就自己認為對有關案件屬更適合的舉證責任分配情況提醒律師是可以接受的，並且是有用的。⁸⁰

在這裏，提出訴訟程序管理分為三部份（《民事訴訟法典》第6條第1款）、預先聽取陳述（《民事訴訟法典》第591條）和舉證責任的動態分配是合理的。

事實上，正如前文預先談及過，隨着2013年《民事訴訟法典》改革，法官獲賦予一系列的實質性的和程序性的權利義務。

授予法官的這些職能性權力的目的，一方面，從程序的角度看，是為了使訴訟程序迅速且無阻礙地進展；另一方面，從實質的角度看，則是為了在合理期間內公正解決爭議（《民事訴訟法典》第6條第1款）。

按此，既然在功能上等同於英國和美國法律中的案件管理（case management），在目的方面蘊含着一系列容許達成此目的（法律規定已設計或未設計）的可能性。故此，法官應該在預先聽取陳述時，經聽取訴訟各方當事人的意見後（《民事訴訟法典》第6條第1款），提醒訴訟各方當事人，基於具體案件的特殊性而認為較適合和較平衡的舉證責任分配方法，否則訴訟程序玷有無名的無效性（《民事訴訟法典》第195條第1款）。

80. 完全符合此意義且本文跟隨其行文的，參閱Miguel Mesquita：“訴訟程序管理的原則：新民事訴訟法典的“聖杯””，載於《立法與司法見解學刊》，第145年，第3995期，2015年11月至12月號，2016年，第96頁。

故此，在舉證責任動態分配的具體個案中，訴訟程序管理有着明顯的實質或實體的形貌⁸¹，因為，在預先聽取陳述階段，法官掌握着訴訟程序中法律所關切的輪廓，辨別爭議的標的，列舉納入需證明事項的重大基本問題，並隨之就基於訴訟的事實描述而認為屬較適當的，更主要是從證明便利性的角度看較為平衡的舉證責任分配的情況（當中，其中一方當事人必須提出相關證據）通知各方當事人。

因此，一如上文所指出的，無論是在前面（舉證責任的動態分配理論對具體案件的適用性方面），抑或是在這裏（訴訟程序管理，也就是預先聽取陳述階段方面），都要求法官一方面要使訴訟程序適應具體案件的特點，另一方面，既然如此，就要在法律規定的要求法官在最後聽證進行之前更早的一個訴訟程序階段中掌握案情；而且在兩方面都發現與引領葡萄牙2013年《民事訴訟法典》改革相同的立法理由（ratio legis）⁸²：基於朝向所蘊含的實質性的民事訴訟程序而非朝向呆滯且無用的形式主義的民事訴訟程序，在合理的期間公正解決爭議，其在程序上和實質上的功能，從任一方面看，都夯實了對實際的和專門司法管轄的權利^{83/84/85}（《葡萄牙共和國憲法》第20條第1款和第4款，《葡萄牙共和國憲法》第260條第4款，以及澳門《基本法》第36條第1款）。

-
81. 循此意義的，參閱Miguel Mesquita：“訴訟程序管理的原則：新民事訴訟法典的‘聖杯’”，同前著作，第94頁。
82. 涉及法律類推且符合此意思的，參閱José Pinto Bronze：“作為平等與立法學方法之間純理智連結和思考繞道的類推”，載於《立法與司法見解學刊》，第142年，第3979期，2013年3月及4月號，2013年，第231頁及續後幾頁。
83. 基於葡萄牙《共和國憲法》第20條第4款規定公平訴訟程序的憲法保障且“讓‘權力的多樣性’等同於‘司法解決辦法多樣性’”的所涉及的分門別類司法保護；符合此意思的，參考Rui Pinto：“訴訟程序緊急性與民事訴訟法典第382條第1款規定的實質司法保護權—2009年3月31日第9 / 2009號統一司法見解合議庭裁判注釋，第4716/17號擴大抗告”，載於《私法學報》第31期，2010年7月至9月號，法學研究中心，巴拉嘎，科英布拉，科英布拉出版社，2010年，第50頁。歐洲人權法院的司法見解方面，在眾多的裁決中，可參考Frydlander/France（2000年6月27日）；歐洲人權法院Delgado/França（2000年9月14日）。
84. 循此意義且提及“不造成他人損失（alterum non laedere）的一般原則：法律秩序的所有主體均負有的不作出會損害他人任何權利行為的義務”方面，相關單行本可參考Rui Pinto：《保全性保護的實體問題·不干涉的一般義務與民事責任的限度》，博士論文，科英布拉，科英布拉出版社，2009年，第433頁及續後幾頁。
85. 關於這個問題，在“司法解決辦法多樣性”反思的交叉點的意大利學說方面，參考Proto Pizani：《民事訴訟法教程（Lezione di diritto processuale civile）》，第8版，拿破里，Jovene，2014年，第50頁。

