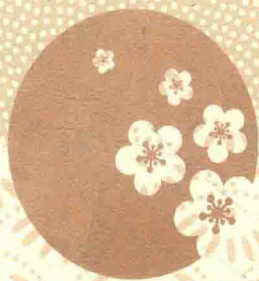


证明责任的 法理与技术



THEORIES AND TECHNICS
ON BURDEN OF PROOF

霍海红 © 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

证明责任的 法理与技术



霍海红 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

证明责任的法理与技术/霍海红著. —北京:北京大学出版社,2018.1
ISBN 978-7-301-29101-6

I. ①证… II. ①霍… III. ①民事诉讼—举证责任—研究—中国
IV. ①D925.113.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第328881号

- 书 名 证明责任的法理与技术
ZHENGMING ZEREN DE FALI YU JISHU
- 著作责任者 霍海红 著
- 责任编辑 李 铎
- 标准书号 ISBN 978-7-301-29101-6
- 出版发行 北京大学出版社
- 地 址 北京市海淀区成府路205号 100871
- 网 址 <http://www.pup.cn>
- 电子信箱 law@pup.pku.edu.cn
- 新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
- 电 话 邮购部62752015 发行部62750672 编辑部62752027
- 印 刷 者 三河市北燕印装有限公司
- 经 销 者 新华书店
- 650毫米×980毫米 16开本 15.5印张 187千字
2018年1月第1版 2018年1月第1次印刷
- 定 价 46.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

序

本书以“证明责任”为主题,内容不仅包括证明责任的“典型”问题,如功能(第1章)、概念(第2、3章)、分配(第4、5章)等,也包括证明责任的“关联”问题,如自认(第6章)、证明标准(第7章)等,甚至包括证明责任的“边缘”问题,如证据意识(附录一)、客观真实理念(附录二)等,是对我近十五年证明责任研究的一个“阶段性”总结,尽管这只是对证明责任这座学术“富矿”所挖的一小锹,而且从“规模”上看本书只是一本“小书”。

本书取名“法理与技术”,有两个考量,一是,本书内容总体上可分为“理念篇”和“制度篇”两个板块,前者如第1~3章及附录,后者如第4~7章,“法理”与“技术”应该能够大致对应这种区分;二是,证明责任的概念、本质、功能、分配等基础问题,仍需进一步增进共识,无论是在理论界内部,还是在理论界与实务界之间。本书也试图借此强调,即使在我国证明责任理论、立法与实践已有较大进步的今天,证明责任的观念普及与制度建设,仍然一个都不能少。

本书在指导思想上有三个基本的“坚持”,这“三个坚持”也是笔者留校任教以来学术研究的基本指针。

第一,坚持“中国问题的解释与解决”的研究立场。《证明责任概念的分立论》着眼于中国法应如何确定和使用“证明责任”概念,如何面对既有的“举证责任”概念;《主观证明责任逻辑的中国解释》试图解释中国法语境下人们(尤其是实务界)为何更多认同主观证明责任的概念和逻辑;《证明责任的功能论》虽然并非完全针对中国问题,但其中许多内容涉及对中国法上观念与制度的反思和建议;《证明责任配置裁量权之反思》《共同危险行为规则中的无因果关系免责》《自认撤销规则的“意思主义”重构》《提高民事诉讼证明标准的理论反思》等四章,均以现行法律或司法解释的具体条文为中心展开,或提供理论解释,或提出制度方案。

第二,坚持“程序法与实体法相结合”的研究方法。《证明责任的功能论》建议重视证明责任的民事立法技术功能,并贯彻于未来民法典制定;《证明责任配置裁量权之反思》对《民事证据规定》等7条的反思之一就是,该规定未将“规范说”作为一般证明责任分配“原则”,而是仅仅作为“补充”,忽视了规范说实际上属于民事实体法中证明责任规范内置之体现和总结的事实;《提高民事诉讼证明标准的理论反思》的使命之一就是回应司法解释制定者提出的“适应实体法要求”之理由;《共同危险行为规则中的无因果关系免责》围绕我国《侵权责任法》第10条引发的无因果关系“免责”与“不免责”争议,从民事诉讼法和民法的双重立场批判“不免责”立场,论证“免责”立场的正当性。

第三,坚持“反思与重构”的研究思路。《证明责任概念的分立论》反思客观(结果)证明责任(举证责任)与主观(行为)证明责任(举证责任)的术语选择,建议以“证明责任”和“提供证据责任”来固定双重含义说的“革命成果”;《证明责任配置裁量权之反思》从立法、公众、法官三个视角,反思《民事证据规定》第7条,主张制定法赋

予法官证明责任配置自由裁量权应“缓行”，建议目前采取“谨慎默许而非大张旗鼓鼓励”的立场；《自认撤销规则的“意思主义”重构》反思《民事证据规定》第8条第4款，认为自认撤销规则有过分加重自认人证明责任、鼓励欺诈和胁迫之嫌，主张以“意思主义”为中心重构；《民诉法解释》第109条将欺诈、胁迫、恶意串通、口头遗嘱等证明标准从高度盖然性提高到排除合理怀疑，《提高民事诉讼证明标准的理论反思》进行系统反思，并建议取消该条文。

本书章节均已有幸发表在《北大法律评论》《社会科学》《法学研究》《中外法学》《法商研究》《中国法学》《清华法治论衡》等学术刊物（按本书中章节顺序排序）。既已先期与读者见面，且基本观点我至今坚持，因此，决定保留期刊发表的面貌，只对个别章节作了个别性文字删减，让观点和论证定格在当初产生它的特定时空和土壤。至于这些文字对今天是否有意义，以及有何种意义，恐怕就只能留待读者评判了。

本书于我而言，不仅是满足“虚荣心”的第一部学术专著，更是学术成长过程一个难得的记录：文字逐步精致，材料逐步丰富，论证逐步充分，思考逐步全面。借用中学时代看过的美国一部著名家庭电视喜剧的名称，这些标注着发表时间和期刊名字的文字，正是属于我的“成长的烦恼”。在此过程中，我得益于证明责任研究前辈著述的引领，得益于师长和领导的提携，得益于朋友的帮助，得益于家人的支持，得益于学生的启发。本书出版要特别感谢北京大学出版社李铎编辑多年前的诚意相邀以及书稿进入出版流程后的辛苦付出和中肯建议。

2017年9月7日

于吉林大学匡亚明楼

目 录

第一章 证明责任的功能论	001
引言	003
一、证明责任的裁判功能——解决事实真伪不明的法律技术	005
二、证明责任的效益功能——成本与激励的视角	017
三、证明责任的批判功能——理念检视与概念重构	022
四、证明责任的归责功能——民事判决正当性证成的平衡	029
五、证明责任的立法技术功能——以民事实体法为中心	033
余论	041
第二章 证明责任概念的分立论	043
引言	045
一、追求理论上的确定和明晰	047
二、促进实践中的理解与沟通	051
三、实现立法中的科学和规范	055
四、分立,从术语选择开始	059
余论	062
第三章 主观证明责任逻辑的中国解释	065
引言	067

一、民事诉讼过程的行为特征	070
二、“举证”汉语表述的行为倾向	075
三、被“省略”的事实真伪不明	078
四、与客观真实理念的“和平共处”	083
五、职权主义模式下的路径选择	086
六、被误识的客观证明责任逻辑	089
余论	092
第四章 证明责任配置裁量权之反思	
——以《民事证据规定》第7条为中心	095
引言	097
一、误解中的确立——立法视角的反思	099
二、被损害的规则性和可预见性——公众视角的反思	110
三、被夸大的必要性与可行性——法官视角的反思	116
余论	125
第五章 共同危险行为规则中的无因果关系免责	
——以《侵权责任法》第10条之解释为中心	127
引言	129
一、不许证据推翻的“推定”	131
二、被夸大的“全体免责”之忧	136
三、“查找加害人”的激励悖论	140
四、被误解的“不能确定具体侵权人”	143
五、把“能够确定具体侵权人”放在合适的位置	145
六、“奇怪”的证明加害人免责事由	149
七、制裁的限度	151
结语	156

第六章	自认撤销规则的“意思主义”重构	
	——以《民事证据规定》第8条为中心	159
	一、成立条件与撤销条件的“双重标准”	163
	二、不彻底的“现实主义”	165
	三、“扭曲”的激励机制	167
	四、“意思主义”的规则建构	172
第七章	提高民事诉讼证明标准的理论反思	
	——以《民诉法解释》第109条为中心	179
	引言	181
	一、民刑证明标准的“混搭”	186
	二、证据不足的“适应实体法要求”理由	192
	三、比较法分析中的误解与误用	200
	四、证明标准的“不能承受之重”	204
	五、制度激励的困境	208
	六、以规则高标准防范操作低标准	211
	余论	214
附录		217
	附录一 证据意识何为	219
	一、“真诚”的风险	219
	二、机会主义的“温床”	221
	三、自由的选择	224
	四、天助自助者	226
	附录二 认真对待“客观真实”	229
	一、世纪末的挑战	230
	二、被夸大的对立	232
	三、必须直面的现实	234
	四、我看见了传统	236

第一章

证明责任的功能论^{*}

通过精巧的程序机制,国家创设了一种“人造的”或“官方的”逻辑,用来解决所有争议问题,甚至是那些通常推理无法解决的问题。^[1]

——[意]克拉玛德雷《程序与民主》

* 原载《北大法律评论》第6卷第2辑,北京大学出版社2005年版,原题目为《证明责任:一个功能的视角》,收入本书时作了个别文字删减。

[1] [意]克拉玛德雷:《程序与民主》,翟小波、刘刚译,高等教育出版社2005年版,第3页。

引 言

证明责任是民事诉讼法、证据法乃至民事实体法中极具实践性的课题,也是近年来引起学界强烈关注的课题。所谓证明责任,即当事人因要件事实真伪不明依法承担的败诉风险负担,它是“先于具体的诉讼而规定在实体法中的规范,从诉讼开始到结束一直由固定的一方当事人在观念上承担,只是当诉讼的结果陷入真伪不明状态时才真正实现”〔1〕。虽然证明责任与民事诉讼相伴而生或者说证明责任一直是民事诉讼中的客观存在,但与真伪不明直接联系的本质被阐明却是比较晚近的事情。〔2〕这一方面是因为,虽然罗马法时期就已经确立了证明责任分配的两条一般性原则,即“原告有举证义务,原告不尽证明义务时,应为被告胜诉的裁判”和“主张的人有证明的义务,否定的人没有证明的义务”〔3〕,但在罗马法及其后相当长的时期内,无论是大陆法系还是英美法系都没有意识到证明责任的本质所在,他们在“证明必要”而非“证明负担”的意义上使用“证明责任”,使证明责任基本停留在提供证据责任的意义上。另一方面,由于生产力发展水平、人的认识能力特别是政治法律制度框架等的限

〔1〕 王亚新:《对抗与判定——日本民事诉讼的基本结构》,清华大学出版社2002年版,第221页。

〔2〕 德国学者 Glaser(《刑事诉讼导论》,1883)和美国学者 Thayer(《证明责任论》,1890)几乎同时阐述了证明责任的双重含义。

〔3〕 参见李浩:《民事证明责任研究》,法律出版社2003年版,第1页。

制,证明责任作为一种裁判机制在特定时空条件下并不具有“语境的合理性”。因为对于事实真伪不明的状况,先辈们有自己的解决方式,即使某些解决方式以现在观点来看是落后的甚至是非理性的。

证明责任是一个古老的概念,也是一个新生的概念。作为证明负担的证明责任虽然已经在19世纪几乎同时得到大陆法和英美法的极大关注并取得重大理论进展,但对于已经是20世纪后半期的我国来说证明责任仍然是一个新鲜事物(因为我们所熟悉的所谓“证明责任”“举证责任”仅仅被我们局限于提供证据责任的意义上),虽然20世纪80年代以来一些学者对于证明责任极力倡导并为观念普及和制度设计作出了重大贡献,但证明责任在中国真正的独立化(观念上的和立法上的)仍然任重道远,证明责任的制度价值尚待多视角多层次的充分挖掘。

分析证明责任的独特功能,揭示证明责任的本质、规范性质以及所蕴涵的多重理念与价值,论证证明责任独立化的必要性和可能性,是一项重要任务。笔者相信,证明责任穿行于诉讼法、实体法、证据法之间的事实,决定了证明责任是一个多重价值和多重功能的结合体;证明责任与提供证据责任本质与规范功能的差异决定了证明责任与提供证据责任的分立,不仅有助于理论上的明晰,也有助于实践中的操作。这种功能视角研究的意义在于,证明责任的本质揭示和独立性重申决不仅仅是一个概念的重新界定问题,更是一个对民事证据制度部分重构、对民事诉讼理念进行审视以及对民事实体立法解释和反思的过程,这对我国的民事实体立法以及目前正在进行的民事证据立法都不无意义。

一、证明责任的裁判功能

——解决事实真伪不明的法律技术

(一) 事实真伪不明与证明责任：“构造性”现实与制度化解决

1. “构造性”现实

按照司法三段论，“确定事实并适用法律就是裁判所呈现的构造”^{〔1〕}，事实与法律构成了法官裁判的两大基础。对于法律问题，“法官知法”是一个基本预设，但对于事实问题却无法作出此种预设。事实问题作为法律适用的前提，往往更会成为问题的关键和争议的焦点所在。由于案件的事过境迁、司法证明的历史证明性质、事实探知成本以及法官的有限理性^{〔2〕}等因素的制约，司法过程中的事实认定并不必然会达到一个确定的二分状态——“真”或“假”，而可能会在真与假之间存在一个模糊状态即“事实真伪不明”的灰色状态。哈耶克在谈到人的有限理性时指出，人的有限理性是一个“构造性”现实，所谓构造性即不能在假设中将其排除。^{〔3〕}而事实真伪不明也可以视为司法裁判中的一个“构造性现实”。所不同的是，人类有限理性的构造性现实既是就人类整体而言，也完全适用于任何具体个人；

〔1〕〔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419页。

〔2〕法官是拥有专业知识的普通人而不是全知万能的神。顾培东教授指出：“从哲学和社会学意义上看，与社会生活中的任何主体一样，法官一方面作为社会统治秩序的特定制定维护者，另一方面同时也是社会生活中的自然人。前者决定了法官的社会组织本质，后者决定了法官的个性自然本质。法官的社会组织本质与个性本质共同构成了法官这一特定社会角色。”参见顾培东：《社会冲突与诉讼机制》，法律出版社2004年版，第114页。

〔3〕参见〔德〕柯武刚、史漫飞：《制度经济学》，韩朝华译，商务印书馆2000年版，第60页。

事实真伪不明作为一种构造性现实是就作为整体的司法裁判而言,而不是就任何个案而言,虽然事实真伪不明只能具体地出现在某些个案中。就绝对意义而言,任何案件的事实都无法确定真与假,但即使是奉行证伪主义的波普尔也让步说,人类的经验还可以获得概率最大的、比较确定的知识。〔1〕

2. 民事诉讼目的与司法机关的裁判义务

事实真伪不明是对司法裁判的一个挑战,因为一般来说,“要件事实真伪不明在法理上意味着由该事实引起的法律后果是否发生也应当处于不明的状态。其结果是使法官陷入既不应该判决适用该条法律,也不应该判决不适用该条法律这样左右为难的境地”。〔2〕但法官是否可以因左右为难而不作出裁判呢?答案是否定的。民事诉讼的目的在于解决纠纷,并通过这种纠纷的解决使当事人由冲突走向和平,从而达成法律和社会生活的秩序目标。纠纷的解决作为民事诉讼的目的是无条件的,即有纠纷就必须予以解决,否则法律与社会的秩序无以达成。正如美国学者埃尔曼所指出的:“任何法律秩序都不能容忍有责任的审判员拒绝审判,因为这种拒绝将使未解决的冲突变成公开的对抗。”〔3〕司法救济作为私权保护的最后一道屏障,作为正义的底线和最后的守护者,也决定了司法机关不得以法律之外的理由拒绝作出裁判。有的国家甚至在法典中明确规定法官的裁判义务和可能导致的刑事责任。〔4〕

〔1〕 参见杨荣馨主编:《民事诉讼原理》,法律出版社2003年版,第49页。

〔2〕 陈刚:《证明责任法研究》,中国人民大学出版社2000年版,第6页。

〔3〕 [美]埃尔曼:《比较法律文化》,贺卫方、高鸿钧译,清华大学出版社2002年版,第139页。

〔4〕 《法国民法典》第4条规定:“法官借口法律无规定、不明确或不完备而拒绝审判者,得以拒绝审判罪追诉之。”法国最高法院在司法实践中更是将这一条款具体化:“法官不得以各方当事人向其提供的证据不足为理由而拒绝审判(最高法院第二民事庭,1993年1月21日)。”参见《法国民法典》(上册),罗结珍译,法律出版社2005年版,第32页。

事实真伪不明不可能不会对法官的裁判义务产生丝毫影响,正如罗森贝格所指出的:“法官因对事实问题怀有疑问而使有关的法律问题不予裁决的可能性是不存在的。只要判决的诉讼条件基本具备,法官总是要么对被请求的法律效果已经发生予以肯定,要么对该效果未发生予以否定,因此,在民事诉讼中,要么对被告作出判决,要么驳回诉讼。法官的判决不可能包含其他的内容。”〔1〕既然司法机关不能因事实真伪不明而拒绝裁判,就必须有某种法律机制能够化解事实真伪不明状态。当然这里的“化解”不是说使事实由“不明”变为“明”,而是说通过某种机制使判决超越事实真伪不明,即通过某种机制使判决虽然仍是在事实真伪不明情形下作出,但通过社会认可的机制或法律装置,能够获得当事人以及社会民众的认同。在我们无法保证可靠性的情形下,我们唯一能够做到的是使这种判决尽可能地获得最大程度的可信赖性。

3. 事实真伪不明解决途径的历史演变

如前所述,司法裁判中的事实作为法官的认知对象,根据被法官认知的最终结果,在逻辑上可分为“真”“假”和“真伪不明”三种状态。与真和假不同,真伪不明在法律发展特别是裁判机制发展的不同阶段具有极为不同的意义(当然,在裁判被正当化这一点上意义大致相同),它经历了由被吸收或附属变为具有独立意义和地位的法律机制的历史演进。

(1) 神明裁判与真伪不明

神明裁判实质上是依神意确定事实,让伪证者遭受天罚,是一种“超凡的发现真实”〔2〕机制。通常是置嫌疑者于一种危险(生命或肉

〔1〕 [德]罗森贝格:《证明责任论》,庄敬华译,中国法制出版社2002年版,第2页。

〔2〕 参见[德]普维庭:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社2000年版,第177页。

体痛苦的危險)的境地,看他是否能够安然无恙。^[1] 单从客观真相角度看,事实真伪不明必然会存在,但在神明裁判时代,真伪不明并未获得独立地位和法律意义。因为神示裁判发现真实的机制是一种“是非”机制或者说“二者必居其一”的机制。将涉嫌犯罪者或被认为主张虚假事实者放入水中,若其没入水中,说明其有罪或不诚实;若其不没入水中,则说明其无罪或诚实。^[2] 由于把人放入水中只有两种结果:沉没和不沉没,因而这种裁判机制不存在中间可能。神明裁判机制通过“程序形式主义”^[3]绕过了真伪不明或者说神明裁判机制排除了真伪不明具有独立法律意义的可能。在不受人类理性支配的意义上,是一种“非合理的决定”^[4]。

(2) 法官“任意”裁判与真伪不明

所谓法官“任意”裁判,是指法官凭其主观意志强行认定事实以决定裁判的结果^[5],是相对于规范指引而言的。与神明裁判相比,法官任意裁判作为一种依法官内心判断进行裁量的法律机制,更有可能使真伪不明取得独立的法律意义和地位。因为与神明裁判相比,法官任意裁判毕竟是一种理性的人取代假定的神的裁判机制,其科学性和准确性是后者所无法比拟的,它是人类文明进步在法律领域

[1] 参见瞿同祖:《中国法律与中国社会》,中华书局2003年版,第270—275页;〔美〕罗维:《初民社会》,吕叔湘译,江苏教育出版社2006年版,第242页;〔美〕霍贝尔:《原始人的法——法律的动态比较研究》,严存生等译,法律出版社2006年版,第242页。

[2] 在现代人看来,这种事实认定过程是一种随机过程,只不过古人并不如此认为,“有大量证据表明,最早的文明使用随机过程的方式和我们今天一样,但是他们的期望不同于我们的。事实上,许多情况下,他们否认存在随机性的同时却使用着随机过程”,“如果人们认为,随机结果实际上是神的意志的表现,那么他不会真正相信行为是完全偶然的。”参见〔美〕塔巴克:《概率论和统计学——不确定性的科学》,杨静译,商务印书馆2007年版,第9—10页,第17页。

[3] 参见〔美〕伯尔曼:《法律与宗教》,梁治平译,中国政法大学出版社2003年版,第27页。

[4] 参见〔日〕棚濑孝雄:《纠纷的解决与审判制度》,王亚新译,中国政法大学出版社2004年版,第15页。

[5] 参见陈刚:《证明责任法研究》,中国人民大学出版社2000年版,第7页。