

证明责任配置裁量权之反思

霍海红^{*}

内容提要：《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第7条赋予法官证明责任配置自由裁量权，在我国现阶段并不合时宜。我国尚未确立科学的证明责任配置一般规则，司法实践中的裁量需求更多反映出实体法规则的严重欠缺和对证明责任倒置机制的过度依赖。证明责任配置的规则性和可预见性至关重要，在我国民众对证明责任理念还未形成足够认同的背景下，自由裁量规则可能导致人们以抽象而模糊的公平正义理念冲击和取代证明责任配置的一般规则。司法实践中运用证明责任作出判决还未形成常规，法官准确运用证明责任的能力有待提高，法官运用自由裁量权也亟需规范。

关键词：民事诉讼 证明责任配置 自由裁量 制定法

引言

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称“民事证据规定”）是我国迄今最重要的民事诉讼证据司法解释，它不仅细化了民事诉讼法的证据规则，而且在诸多领域作出了开拓性努力。当然，该规定只是我国民事证据立法的阶段性成果，其能否经得起理论的批判和实践的检验，能否发挥预期作用，是否有进一步细化的余地，司法实践还对哪些规则产生了迫切需求等，都是摆在学术界和实务界面前的重要课题和紧迫任务，也是本文写作的主要动因和背景所在。在民事证据规定之中，证明责任规则的细化与完善是重点之一，而首次赋予法官证明责任配置裁量权更是引人注目（第7条）：“在法律没有具体规定，依本规定及其他司法解释无法确定举证责任承担时，人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则，综合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担”。

美国学者德沃金言及自由裁量权时曾有一个形象比喻：“自由裁量权，恰如面包圈中间的那个洞，如果没有周围一圈的限制，它只是一片空白，本身就不会存在。所以，它是一个相对的概念。”〔1〕因此，本文在阐述证明责任配置的法官自由裁量权问题时，首先必须界定所使用的“自

* 吉林大学法学院讲师。

本文系作者主持的教育部人文社会科学项目“证明责任判决的实证研究”（08JC820021）的阶段性成果。感谢徐昕、吴泽勇、陈虎等师友的批评意见。

〔1〕〔美〕德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，上海三联书店2008年版，第53页。

由裁量权”概念，正所谓“回答首先取决于定义”〔2〕。德沃金阐述了自由裁量权的不同含义：（1）某官员在适用权威机关为他确定的规则时必须适用他自己的判断力；（2）任何人将来不得对他所作的判断进行审查；（3）该官员不受权威机关为他确定的准则的约束。〔3〕按照这一区分，民事证据规定第7条的“自由裁量权”实际上属于第三种含义，即既定规则之外的“造法”行动，本文的分析也指向这一含义。

理论上说，民事证据规定第7条赋予法官证明责任裁量权可能有两种情形：第一，相对于立法明定的证明责任规则，强调法院在适用既定规则导致不公时具有裁量权力，但基于这种裁量权的特性及现实状况，只有最高人民法院实际上有权行使或对下级法院的裁量请示作出决定。〔4〕第二，普遍赋予各级法院法官证明责任配置裁量权，以便应对社会的变迁和克服法律自身的局限。如果是前者，显然没有必要通过制定法方式赋予最高人民法院裁量权，至少在中国语境中是如此。因为最高人民法院常常通过制定司法解释的方式补充和修正既有规则以适应新情况、解决新问题，司法解释也成为制定法律规范的一种方式，并构成中国式司法性立法的主要形态。〔5〕如果是后者，第7条的授权虽然在理论上可能和必要，但在我国现阶段显得不合时宜，它更多体现了对司法自由裁量权的抽象认可，而不是对中国语境的现实考量，因此本文的反思实际上指向后者。本文试图从立法、公众和法官三个视角对民事证据规定第7条展开深入和全面反思，主张在未来全面修改民事诉讼法时放弃该条，对于司法实践中的证明责任倒置需求通过逐级上报最高人民法院决定或纳入司法解释的方式加以解决，并适时纳入民法典或民事诉讼法典；同时强调在上诉、再审中以确定“适用法律是否正确”的名义对实际存在的证明责任自由裁量判决进行严格审查。如果要预先给本文的基调作一个描述，日本学者棚濑孝雄的论断是合适的：“关于审判过程中存在着裁量余地这一点，今天在学者和实际工作者之间基本上已无人表示怀疑，但谈到裁量的程度，问题就变得非常之困难”。〔6〕

一、误解中的确立——立法视角的反思

任何规则的确立都必然建立在某些前提、共识、理念之上，无论我们是否清楚地意识到这一点。本文对制定法赋予法官证明责任配置自由裁量权的反思便从作为第7条预设前提的若干假定、共识甚至是误解着手。

（一）误解之一：已有科学的证明责任配置一般规则

大陆法系国家采用法规出发型诉讼，强调法官在裁判三段论逻辑下的法律适用角色。就此而言，民事证据规定赋予法官证明责任配置自由裁量权显然系针对证明责任配置成文规则的局限，否则自由裁量权就有僭越之嫌。

那么，我国证明责任配置成文规则的确立情况究竟如何呢？民事诉讼法第64条规定：“当事

〔2〕 [美] 萨托利：《民主新论》，冯克利、阎克文译，上海人民出版社2009年版，第19页。

〔3〕 参见前引〔1〕，德沃金书，第54页。

〔4〕 作为民事证据规定“适用指南”的《最高人民法院〈关于民事诉讼证据的若干规定〉的理解与适用》就指出：“举证责任的分配作为一个极为重要的法律问题，在司法裁量时应当由较高级别的法院来决定；为慎重起见，将举证责任倒置的决定权控制在最高人民法院手中或者授权高级人民法院决定或许是解决这一问题的较为妥当的方法。”参见李国光主编：《最高人民法院〈关于民事诉讼证据的若干规定〉的理解与适用》，中国法制出版社2002年版，第114页。即使是承认民事证据规定第7条必要性的学者，也强调“将疑难案件事实证明责任承担的决定权控制在最高人民法院手中”，参见李浩：《民事证据立法前沿问题研究》，法律出版社2007年版，第117页。

〔5〕 参见季卫东：《宪政新论》，北京大学出版社2005年版，第118页。

〔6〕 [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169页。

人对自己提出的主张,有责任提供证据。”该条虽然被总结为所谓“谁主张谁举证”,但实际上对于证明责任的配置既缺乏科学性也缺乏操作性。2002年开始实施的民事证据规定第2条规定:“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的,由负有举证责任的当事人承担不利后果。”一般认为该条的贡献主要有两点:一是首次明确在证明责任概念内部增加了“不利后果”内涵的规定,从而确立了证明责任的双重含义观念;〔7〕二是确立了结果意义证明责任的一般配置规则。然而,民事证据规定第2条也存在明显局限。

首先,第2条更像是民事诉讼法第64条“谁主张谁举证”的行为责任逻辑的延续。陈刚教授指出,我国学者对证明责任双重含义说的解释实际上有两种,即“提供证据责任与证明责任相区别的双重含义说”和“提供证据责任一元论的双重含义说”。前者从提供证据责任属于证明责任派生或“投影”的立场将“证明责任”划分为行为责任和结果责任(或提供证据责任和证明责任)。按照该学说的解释,结果责任和证明责任具有相同的意义,行为责任和提供证据责任同谓一语。后者则从“证明责任”等同于提供证据责任的一元论立场出发,将提供证据责任分为行为责任和结果责任。按照该学说的解释,行为责任是指当事人对自己的主张负有提供证据证明其真实性的责任;结果责任是指当事人对其所提出的主张不实施举证行为或在其主张无法证实时承担的不利益诉讼后果的责任。〔8〕第2条更像是“提供证据责任一元论的双重含义说”的规则化确认。这种被冠以“双重含义”之名的一元论立场实际上只是对传统举证责任概念的内部改造,是试图延续或保持传统举证责任生命力的努力。然而,这种努力只是重新表述了提供证据责任,“双重含义”在这里并无实质意义。因为重要的不是“行为”和“结果”的两分,而是当事人提供证据的“必要”,承担不利后果也只是对行为“必要”的说明。相反,“提供证据责任与证明责任相区别的双重含义说”认为,“行为”和“结果”是两个独立的范畴:提供证据责任是指当事人提供证据行为的必要性,并随着诉讼过程中法官心证的变化而变化,最终的“不利后果”在制度上也不是当事人不能证明的直接后果,而是法官最终心证状态“事实真伪不明”的法定处理结果,这才是“双重含义说”的真正含义和逻辑。

其次,第2条作为证明责任配置的一般规则存在“硬伤”,未能准确贯彻我们声称已经采取的规范说。根据规范说,“原告对请求权发生的事实构成要件承担证明责任,被告对权利消灭规范、权利阻却规范和权利延缓规范承担证明责任。或者简而言之:各方当事人对有利于自己的规范承担证明责任”。〔9〕而第2条和民事诉讼法第64条第1款一样未区分“主张”或“当事人提出的诉讼请求”的性质,带有极大的模糊性,无法承担证明责任配置一般规则的使命。正如有学者所指出的:“《证据规定》关于证明责任分配原则的规定也留下了一些问题。问题之一是仅对合同案件证明责任的分配原则作出规定,未设置可适用于整个民事诉讼的证明责任分配原则。”〔10〕

综上所述,我们一直亟需的是确立科学的证明责任配置一般规则,而不是急切地为规则可能

〔7〕 1991年民事诉讼法修改时,对是否规定证明责任的“不利后果”曾有激烈争论。反对者提出民众(特别是广大农民)法律意识低、提供证据能力弱等理由,立法最终采纳了反对观点。参见柴发邦主编:《民事诉讼法学新编》,法律出版社1992年版,第223页;顾昂然:《立法札记》,法律出版社2006年版,第485页。

〔8〕 参见陈刚:《证明责任法研究》,中国人民大学出版社2000年版,第39页以下。

〔9〕 [德]罗森贝格等:《德国民事诉讼法》下册,李大雪译,法律出版社2007年版,第850页。

〔10〕 李浩:《民事证明责任研究》,法律出版社2003年版,第142页。

具有的局限寻找周全解决之法，设置第7条至少在目前阶段上有“本末倒置”之嫌。^{〔11〕}

（二）误解之二：纯粹作为补充的规范说

民事证据规定第7条的表述反映出对规范说功能的一种误解，即只是将法律对证明责任配置的具体规定视为对抽象的规范说的具体化和实定化（如民事证据规定第5、6条），以至于我们更多是从这些合同纠纷或劳动争议纠纷案件的具体配置规则“间接地”推断出民事证据规定的确采纳了规范说，^{〔12〕}或者将规范说作为对所谓“法律具体规定”的补充性原则，^{〔13〕}而并未将抽象的规范说作为一般规则对待或者直接形成一般规则。这种倾向在民事证据规定出台之前就早已存在，有学者在论及证明责任配置时就将其作为法律具体规定的补充。^{〔14〕}规范说从其创立至今一直是以一般原则的目标和形态存在的，就像被我们奉为圭臬的“谁主张谁举证”一样，将规范说作为补充性原则反映出我们对规范说精神理解的偏差。将规范说置于补充地位还与另一因素有关，即我国民事立法未能在条文结构中体现证明责任配置，而对条文结构的分析正是规范说的基础。这与德国民法典制定者对证明责任的自觉性思维形成了鲜明的对照。在此意义上，民法典制定过程中认真对待证明责任配置已经刻不容缓。

按照规范说的逻辑，所谓“法律没有具体规定，依本规定及其他司法解释无法确定举证责任承担”的情形并不存在。某省高级人民法院对全省法院系统贯彻实施民事证据规定的调研报告中指出了第7条的这种令人困惑之处：“不少法院提出，既然《规定》第2条已经就证明责任的一般分配规则进行了规定，那么除了法律、司法解释明确规定的几种特殊分配情形以外，就都应该适用一般规则，何来‘法律没有具体规定，依本规定及其他司法解释无法确定举证责任承担’的情形，因此，许多法院感到对第2条与第7条之间的关系不好理解。”^{〔15〕}规范说的局限并不在于不周延，而在于其形式化特征可能牺牲特殊案件中的实质正义。换言之，规范说本身就具有解决立法规定不能穷尽证明责任配置这一局限的功能，只是由于纠纷复杂、时代变迁和法律观念转换等原因而无法保障某些特殊案件的公正而已，于是产生了所谓证明责任倒置或转换。

在大陆法系，对规范说长期以来的支持、批判和修正构成了证明责任理论的壮丽画卷。在20世纪，规范说经历了最初的“荣耀无比”、之后的“饱经沧桑”以及目前的“相对平凡”。正是目前这种并不张扬却无法被绕过的状态显示了规范说的真正力量。它不完美但基本公正，它更形式化但并非排斥实质性考量。恰恰相反，规范说中充满了实质性考量（诸如举证能力、事实性质、证据距离等）。只不过如今我们对举证能力等证据法因素以及实体法立法趣旨的关注早已超出了罗森贝克的年代，不仅实质性因素的考量成为检验形式化规则的标准，而且规范说的形式化规则

〔11〕 目前，江伟教授主持的《民事诉讼法典专家修改建议稿》严格坚持了规范说的立场，可作为一般规则（第140条）：“除法律另有规定外，举证责任依照下列原则分配：（一）主张权利或者特定法律关系存在的人应就权利产生或者特定法律关系存在的要件事实承担举证责任；（二）主张他人的权利具有权利受到阻碍或者权利消灭的事实，由该当事人承担举证责任。”参见江伟主编：《民事诉讼法典专家修改建议稿及立法理由》，法律出版社2008年版，第174页。类似的国外立法例有意大利民法典和葡萄牙民法典。前者第2697条规定：“在法庭上提出权利的，必须证明形成该权利基础的事实。主张该事实无效，或者该权利已经改变或者消灭的人，必须证明反驳所依据的事实。”后者第342条规定：“一、创设权利之事实，由主张权利之人负责证明。二、就他人所主张之权利存有阻碍、变更或消灭权利之事实，由主张权利所针对之人负责证明。三、如有疑问，有关事实应视为创设权利之事实。”

〔12〕 这也解释了为什么民事证据规定的制定者将第2、5、6条共同作为证明责任分配的一般规则。参见《最高人民法院民事审判第一庭〈关于民事诉讼证据的若干规定〉的起草说明》（2001年12月2日），载最高人民法院民一庭：《民事诉讼证据司法解释的理解与适用》，中国法制出版社2002年版，第417页。

〔13〕 证明责任配置按照如下顺位进行：法律的明确规定，司法解释，证明责任契约，规范说，法官裁量配置。参见最高人民法院民事诉讼证据法调研小组：《民事诉讼程序改革报告》，法律出版社2003年版，第91页。

〔14〕 参见常怡主编：《民事诉讼法学》，中国政法大学出版社1996年版，第181页。

〔15〕 参见丁巧仁主编：《民事诉讼证据制度若干问题研究》，人民法院出版社2004年版，第456页。

已经不再是不可变更的“绝对命令”。无论如何，证明责任倒置只是在特殊案件中为追求公平正义而对常规配置的例外突破。这种突破常常需要经历长期的历史和斗争，对法官完成的倒置坚持审慎态度始终必要。也许意大利学者卡佩莱蒂的论断是最好的说明：“通过法院的造法是循序渐进、尝试性和缓慢的；法院对法律发展做出的贡献的特色是‘点滴积累’式的和‘试错’式的贡献。”〔16〕

（三）误解之三：将裁量需求完全归于一般性的“立法过时”

赋予法官证明责任配置裁量权的做法虽然看到了司法实践中的裁量需求，但对造成需求的原因却更多是一种抽象概括——一种无可避免的现实。比如，“法官对个案举证责任的分配进行裁量，是与法律制定的滞后性和立法者认识能力的局限性分不开的”，〔17〕“实体法常常是对现实生活中已经出现的社会关系进行抽象，然后上升为法律，这就决定了制定法必然具有滞后性和粗糙性，它不可能穷尽未来出现的一切可能”。〔18〕事实上，裁量需求不能完全归于上述概括，而且仅归于抽象原因也不利于我们从诸多方面堵住漏洞、降低非正常需求。至少还有两个容易被忽视的原因。

第一，实体法规则过于粗糙，特别是不少单行法多宏观、抽象规定，而少具体、精致规则，以至原本应当通过实体法规则解决的证明责任特殊配置问题“无法可依”。换言之，粗线条和缺乏操作性立法造成了自由裁量的诸多非正常空间。民事证据规定出台之前已经在共同危险行为案件审判中出现的“倒置”，被作为法官贯彻公平和诚实信用原则裁量倒置的经典实例和论证前提。〔19〕笔者虽不否认该事实的存在和自由裁量的决定性作用，但却更愿将这一事实作为现行实体法规则严重不足的例证。《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（2003年）第4条规定：“二人以上共同实施危及他人人身安全的行为并造成损害后果，不能确定实际侵害行为人的，应当依照民法通则第130条规定承担连带责任。共同危险行为人能够证明损害后果不是由其行为造成的，不承担赔偿责任。”这是我国民事法律文件第一次正式确认共同危险行为及其规则。如果之前早已存在实体规则，那么针对共同危险行为的所谓法官裁量配置根本不会有存在的余地，甚至民事证据规定关于共同危险行为的倒置规则也是多余的。〔20〕

第二，在制定实体法过程中缺乏证明责任配置的自觉性考量。这种考量不仅有助于实现民事立法的科学化、促进立法的技术构造、增强立法的可操作性，而且有助于降低证明责任配置的裁量需求。目前证明责任配置自由裁量的非正常需求，在某种程度上也反映出我们一直想当然或下意识地将证明责任配置问题归于诉讼法、证据法及其司法解释，忽略了证明责任配置本身是一个实体法问题，是“实体法上的风险分配。……证明责任就像别的实体法一样，实际上必须是通过立法者依法设定的”。〔21〕虽然民事诉讼法或证据法通常会规定证明责任配置的一般规则和某些倒置规则，但本质上属于实体法的任务不能都推给诉讼法或证据法。张卫平教授就曾指出：“最高法院的司法解释只是对当前审判实践中比较突出的一些有关证明责任的问题（如合同纠纷案件、

〔16〕 [意] 卡佩莱蒂：《比较法视野中的司法程序》，徐昕、王奕译，清华大学出版社2005年版，第61页。

〔17〕 前引〔4〕，李浩书，第104页。

〔18〕 前引〔12〕，最高人民法院民一庭书，第65页。

〔19〕 浙江省高级人民法院民一庭：《正确适用举证责任分配规则 合理分配诉讼风险》，载最高人民法院民一庭编：《民事审判指导与参考》2003年第2卷，法律出版社2003年版，第246页。

〔20〕 德、日等大陆法系国家100年前就有共同危险行为规则，如德国民法典第830条就规定：“二人以上以共同实施的侵权行为引起损害的，每一个人都对损害负有责任。不能查明两个以上参与人中何人以其行为引起损害的，亦同。”

〔21〕 [德] 普维庭：《现代证明责任问题》，吴越译，法律出版社2000年版，第30页。

特殊侵权纠纷案件、劳动纠纷案件等)加以规定,是一种权宜之计。”〔22〕只要实体法规则更多关注证明责任的特殊配置,就会发现我们过高估计了实践对法官自由裁量的需求,并对由最高人民法院通过司法解释或作出决定方式解决特殊配置的可行性和有效性估计过低。

(四) 误解之四:证明责任倒置中心主义

当我们急于赋予法官证明责任配置裁量权时,似乎忘记了证据距离、举证能力不对称等问题并非只能通过证明责任倒置技术加以解决,也忘记了证明责任倒置机制本身可能存在矫枉过正的危险,这就在客观上夸大了法官自由裁量的必要性,忽略了其他方案的可能性和实效性。事实上,还可以运用多种方式细致地区分攻击防御能力不对等的不同范围和程度,避免证明责任倒置对“新承担者”过度归责,从而实现更精致的正义。

1. 表见证明。该理论最初由德国学者提出,基本含义是“法官从已被确认的事实事件中推断出依照生活经验通常与之相结合的其他事实”。〔23〕表见证明能够使法官较为容易地形成心证而不需要考虑证明责任,客观上使承担证明责任的当事人可以较为容易地证明加害人存在过失、因果关系等要件,从而大大缓解了举证能力不对等造成的不公平。正是在此意义上,德国学者尧厄尼希认为“证明责任通过表见证据得到缓和”。〔24〕

2. 证明妨害的主张推定规则。所谓证明妨害,是指不负有证明责任的一方当事人通过作为或不作为阻碍负有证明责任的一方当事人对其事实主张的证明。《最高人民法院关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》(1998年)第30条规定:“有证据证明持有证据的一方当事人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。”民事证据规定第75条再次确认这一规则。这一规则在实践中已经发挥了缓解举证能力不对等的功效。〔25〕

3. 充分运用提供证据责任转移理论。虽然诉讼过程中证明责任不会发生转移,但是提供证据责任作为“证明之必要”会随着法官心证的变化而变化。正是在此意义上,提供证据责任的功能被给予特别强调:“结果责任毕竟是由实体法预置的,静态地规范着败诉风险,而诉讼案件都是个性化的、具体的、活生生的,它需要动态地调整,所以对个案而言,提供证据责任完全可以视案情作出对策性反应,完全能够对僵硬、静态的结果责任规范作出个别性评价。提供证据责任规范的差异,可以促进或者阻碍、限制或者扩展结果责任规范作用的发挥,具有对结果责任进行反思和评价的能力”。〔26〕事实上,已有司法解释对提供证据责任转移的运用作出规定。《最高人民法院关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》第11条规定:“案件的同一事实,除举证责任倒置外,由提出主张的一方当事人首先举证,然后由另一方当事人举证。另一方当事人不能提出足以推翻前一事实的证据的,对这一事实可以认定;提出足以推翻前一事实的证据的,再转由提出主张的当事人继续举证。”只是该规定由于以下两个原因未能得到充分理解与运用:一是我国在证明责任问题上术语使用混乱,造成证明责任倒置、证明责任转移等重要问题的混淆;二是我国在摆脱单纯行为意义的“举证责任”的过程中,对结果意义过度强调,以至从“行为偏在”走向另一个极端——“结果偏在”。无论如何强调作为结果责任的证明责任才是本质,认真对待

〔22〕 张卫平:《民事诉讼法》,法律出版社2009年版,第215页。

〔23〕 [德]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269页。

〔24〕 [德]尧厄尼希:《民事诉讼法》,周翠译,法律出版社2003年版,第271页。

〔25〕 参见国家法官学院、中国人民大学法学院编:《中国审判案例要览:2007年民事审判案例卷》,中国人民大学出版社、人民法院出版社2008年版,第568页以下。

〔26〕 肖建国、肖建华:《民事诉讼证据操作指南》,中国民主法制出版社2002年版,第29页。

提供证据责任都是我们不得不面对的重要课题。^{〔27〕}

二、被损害的规则性和可预见性——公众视角的反思

美国学者弗里德曼谈到法律文化时曾有如下表述：“大众文化——更具体讲是大众法律文化——是我们观察的起点，大众法律文化这里是人们关于法律与法律过程的想法、态度以及期待。法律文化产生力量、压力和要求，而这些力量、压力以及要求构成法律制度的环境，并最终型塑法律制度。”^{〔28〕}在此意义上，对任何法律规则的考察，公众视角（包括具体案件当事人和受该规则约束的不特定多数人）都不可或缺。无论是针对规则设计的合理性论证，还是针对规则运行的实践效果检验，均是如此。

（一）规则性之于证明责任机制正当化的意义

现代法治社会的“‘统治’或‘治理’主要靠的是以‘理’服人，靠的是规范化、制度化的理由说服机制——这种机制最大限度地过滤掉了人的主观情感因素——来保证这种‘理由’的‘客观’、‘公正’以及‘有效’”。^{〔29〕}具有浓厚规则色彩的证明责任机制迎合了法治社会的这项基本要求，并因而获得了几乎是不证自明的正当性：在事实真伪不明状态下，法官是按照法律预定的规则将不利益的诉讼后果判决给某一方当事人承担，而不是追随自己在个案中的具体裁量和个别判断，更不是任意或武断。离开了这种规则性特质，就难以确保其公平和值得信赖的外观。证明责任除裁判功能之外，还具有引导功能（指引和塑造人们的行为，引导人们树立和增强证据意识）和预测功能（使当事人可以在诉讼之前或诉讼过程中对诉讼成败进行某种预测，进而实施相应的策略行为）。^{〔30〕}这种引导和预测功能在现代社会的重要性日益凸显，一方面，“法是为普通的人们而设定的、是日常生活的推理结构的一部分”。^{〔31〕}法律决不仅仅是出现纠纷对簿公堂才起作用的裁判规范，更是能够指引人们日常生活的行为规范。法律推理决不是司法裁判中法官的专利，而是每一个普通人普通生活的必需品。另一方面，现代社会对效益问题给予更多关注，法律制度不仅着眼于事后的补救和惩罚，而且更强调事前的预防和激励。

证明责任上述功能的发挥都需要其具有高度的确定性和可预期性，而任何有损于这种特性的做法原则上都应当被禁止。难怪一个世纪前罗森贝克就激烈地批判证明责任的自由分配学说，并坚持认为“证明责任的有规律的和始终如一的分配，是法安全性的先决条件”。^{〔32〕}即使到了20世纪80年代，在法官法已经大大发展了诸多证明责任倒置规则的背景下，学者们对于按照法官自由裁量分配证明责任的学说仍然大加批判。^{〔33〕}在此意义上，通过法官法发展出来的证明责任倒置规则从来都是（也只能是）一种迫不得已的例外。这种最初的例外通过反复出现、检验甚至试错，进而或者得到最高司法机关的判例认可，或者被纳入制定法，从而最终获得了正式规则的

〔27〕 日本学界甚至提出了所谓“反证不提出法则”或“反证提出责任”理论。参见〔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464页。

〔28〕 〔美〕弗里德曼：《选择的共和国：法律、权威与文化》，高鸿钧等译，清华大学出版社2005年版，第5页。

〔29〕 姚建宗：《法治的生态环境》，山东人民出版社2003年版，第287页。

〔30〕 当然，这种预测不可避免有其限度。诉讼本身是一个充满不确定性的过程，最终的胜负结果不仅取决于法官对规则的解释和对证据的心证，而且取决于双方当事人法庭中的对抗效果甚至案件社会特征的影响等。因此，只要不是预先确定结果而徒具形式的审判，任何所谓预测都只具有相对的意义。

〔31〕 季卫东：《法治秩序的建构》，中国政法大学出版社1999年版，第336页。

〔32〕 〔德〕罗森贝克：《证明责任论》，庄敬华译，中国法制出版社2002年版，第68页。

〔33〕 前引〔21〕，普维庭书，第268页以下。

地位。

证明责任的规则特质和要求于中国语境更具特殊意义。在一个习惯于特殊考量、差序格局和超凡个人魅力的国度，在一个由于制度化程度不高、制度化效果较差而使法治建设面临困境的国度，强调对普遍性的遵从和对制度的信仰别具意义。正是在此意义上，本文坚持以往司法实践中将确需证明责任倒置的案件通过层级上报方式交由最高人民法院决定的做法，将证明责任倒置的个案特征和特殊性转换为制度特征和普遍性。正如季卫东教授所言：“中国的问题不是迷信普遍的、以法治为精神的制度形式，而是迷信分殊的、可变的差序格局；不是对于推动现代化的技术精英集团的盲从，而是不能有效地形成这种精英集团地合理结构和社会威信——因此，中国的现代化的几次努力都半途而废，只能批判和破坏旧体制而未能成功地建立新体制。中国人一直习惯于某种超凡的个人魅力，而它恰恰是制度建设的最大障碍。”^{〔34〕}只有曾经陷入对规则的“迷信”才会合理引伸出对规则局限的真正批判和有效克服。在对规则缺乏严格贯彻和真正信仰的背景下，一味指出和批判规则可能具有的局限，反而可能产生破坏作用。

（二）大陆法系对自由裁量的态度及其民众认同

大陆法系与英美法系不同的规则传统特别是对自由裁量的迥异立场，要求我们对制定法赋予法官自由裁量权保持足够的谨慎。在英美法系，由法官发展的判例法是法律的当然组成部分。正如美国学者梅里曼所描述的：“虽然在普通法系国家中立法的作用得到普遍承认，而且也有大量有效成文法规存在，但是，对我们来说，普通法是由法官创造和建立起来的。并且，我们一直认为（或者说是常常相当错误地认为），立法仅起一种辅助的作用。”^{〔35〕}自由裁量权一直是英美法的核心概念，“是普通法的一个特有的特点”。^{〔36〕}

大陆法系则强调司法者忠实适用法律的形象，强调司法与立法的界限。“在作出背离既有法律价值标准的判决前，法官必须考虑基本法所规定的司法判决与立法之间的界限。在原则上，法律共同体必须能够相信，法院是执行法律的。法官受到立法权的制约是民主法治国家的基本原则，作出例外判决必须有完全特定的、严格的前提。只有法官确信即使立法者面对由法官所判断的具体利益状况，也会根据指导性的法律原则和调整目标作出与现有的法律规定不同的判断，这就（才）可以成为法官背离法律的理由。”^{〔37〕}尽管完全排除法官造法只是一个“神话”，但是由于其作为正当化战略的有效性而被有意维持着，只不过会在特殊情形下有所松动。这可以归结为一种“过度化”策略：通过强调“规则—适用”模式而维持民众对司法的传统信任，但并非真的认为可以完全排除法官造法，其后果便是司法实践中的法官造法很少出现，既缓解了制定法相对滞后与社会变迁之间的紧张关系，又确保不至于对规则适用神话构成严重冲击。在我国，也许应当先建立起这种神话，而不是过分“理性”地强调它“只是”一种神话，特别是它与民众对审判的信任密切相关。

考察大陆法系的司法自由裁量时，有一个事实不容忽视，即公认的自由裁量权行使往往指向最高法院。德国学者拉伦茨就指出：“法院事实上经常取向于诸最高审级法院的此等范例性裁判（=判决先例），这有助于维持司法裁判的一致性及其持续性，同时亦有助于法安定性的达成。”^{〔38〕}德国学者魏德士在言及法官法时更是三句不离最高法院：“最高法院判决对一切同类案件并进而

〔34〕 前引〔31〕，季卫东书，第266页。

〔35〕 〔美〕梅里曼：《大陆法系》，顾培东、禄正平译，法律出版社2004年版，第34页。

〔36〕 〔美〕弗莱彻、谢泼德：《美国法律基础解读》，李燕译，法律出版社2008年版，第60页。

〔37〕 〔德〕魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社2005年版，第398页。

〔38〕 〔德〕拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第300页。

对社会和国家具有类似于成文法的效力是毋庸置疑的。……在联邦最高法院作出原则性裁决之前，通常由具有突出的专业素质并且经验丰富的法官集体对需要评价的材料进行预先审查。对于其具备的法律政策上的形成功能以及由此产生的责任，最高法院通常是清楚的。它知道在法律往来中，法的安定性是制度公正性的一部分；也知道在对于法律政策尤为重要的原则性问题上，法的安定性要求最高法院的裁判尽可能保持连续性。因此，交易往来对裁决所具有的稳定性和协调性的信任应当受到适当保护。人们相信最高法院对于同类案件的裁判标准具有相对的持久性和可靠性。”〔39〕另外，可以作为佐证的是，被我们津津乐道的证明责任倒置的法官法规则就是由德国联邦最高法院在医疗损害、交通事故损害、商品瑕疵之损害以及公害之损害等案件中确立的。〔40〕造法式自由裁量指向最高法院这一事实，既证明了大陆法系法官自由裁量的限度，也表明了大陆法系国家在该问题上的真正态度。

（三）补充的必要性还是冲击的可能性

公正是法律事业的基石和继续存在的理由，公正之于证明责任配置何尝不是如此。然而，当我们具体考察何为公正，具体寻求实现公正的方法时，又必须进行更多的权衡。民事证据规定第7条高举“公平正义”的理想大旗，的确给人一种难以抗拒的吸引力，但至少在我国现阶段，这一诱人的条款却更多是“看上去很美”。一方面，“人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则，综合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担”这一规定，更像是一种装饰性条款、指导性要求甚至是良知要求，难以起到真正的规范作用。〔41〕另一方面，在我国现阶段对证明责任配置一般规则缺乏精确规定、民众对一般规则缺乏基本了解的情况下，这种极具伦理性的表述不利于人们树立对证明责任配置一般规则的信任、尊重和认同，反倒有可能导致人们以抽象而模糊的公正理念冲击和取代一般规则。

在现阶段，赋予法官证明责任配置裁量权的另一个危险在于，可能造成民众对于该条款“公正使者”的超常期待和过度想象，进而形成对法官所作正常证明责任判决的怀疑，影响法院判决的可接受性。由于证明责任判决机制本身确实包藏着实际上有理的当事人反而输掉诉讼的危险，法律也不可能在每一条实体规则中都规定出足以使当事人理解的明确规则，于是当事人在不能理解或接受法官的证明责任判决时，可能会寄希望于通过法律提供的这个诱人的兜底条款来改变其自认为不公平的判决，或者将这种不利判决归责于法官怠于运用法律已经明确赋予他们的自由裁量权。如此，对于法官而言，民事证据规定第7条可能从一个“赋权条款”变成一个“危险任务”，这对证明责任机制的实践运作和观念普及都是极为不利的。事实上，规则中体现的精致而具体的公正永远比抽象的公正原则或理念更值得追求，也更能够在司法实践中得到实现。我国目前仍处于大规模立法的法治进程之中，应该特别强调规则提供的精致正义，尽量少一些宏观的口号式规定。只有美好的愿望和公正理念能够通过可操作的规则体现出来时，法律才能不仅在条文中而且在具体实施和日常生活中显示其令人神往的公正。

三、被夸大的必要性与可行性——法官视角的反思

法官是证明责任自由裁量权的行使主体，其行使效果取决于法官的行为，而法官的行为又取决于特定的体制、制度、社会环境以及与之相应的态度甚至潜意识。因此，考察制定法赋予法官

〔39〕 前引〔37〕，魏德士书，第107页。

〔40〕 参见陈荣宗：《举证责任分配与民事诉讼法》第2册，台湾三民书局1979年版，第63页。

〔41〕 参见张卫平：《民事诉讼：关键词展开》，中国人民大学出版社2005年版，第272页。

自由裁量权对法官究竟意味着什么，其态度是什么，面临的压力是什么，这种裁量权会有什么积极或消极后果，面临什么制约条件等问题，有助于我们审慎对待证明责任配置的法官自由裁量问题。

（一）不当行使权力的制约难题

美国法官波斯纳曾指出：“司法裁量权概念是一块空地或一个黑箱，当规则不够时，裁量权并不是解决如何判决案件问题的办法，而只是这个问题的名字。无论你把裁量权想象得多好，裁量权都会令法律职业界不安。”^{〔42〕} 尽管完全否定司法自由裁量权已被证明既不可能，也不合适，人们仍有理由对此担忧，特别是这一提醒出自判例法传统国家的法官之口更是意味深长。也许问题的关键不在于肯定或否定的二元选择，而在于根据特定的传统、环境甚至心理，在多大程度上和在什么问题允许自由裁量以何种方式存在，并且采取何种防范措施。一句话，关键在于语境。在我国语境下，以制定法方式普遍赋予法官证明责任配置裁量权可能为法官不当行使权力留下制度缺口。

一方面，由于长期以来我国证明责任理论研究薄弱、制度设计简陋和司法实践欠缺，法官心目中还未普遍形成科学的证明责任规则。实务部门人士认识到，目前规范说在适用时还存在困难。“考虑到法律要件分类说是以实体法完备化、系统化、科学化为前提的，并以实体法在制定之时，就已充分考虑举证责任问题为理论预设和假说的，而这种预设和假说在我国尚不存在或者说尚不稳固，因此，适用法律要件分类说，可能将有一段较长的摸索期，有待立法、司法以及法理界共同努力。”^{〔43〕} 某省高级人民法院对全省法院系统实施民事证据规定情况的调研报告中指出：“通过调研，我们发现，审判人员在经过初步的学习后，尽管对举证责任的含义有了一定的了解，但遇到具体案件分配时还是感到难以把握。比如说，某人民法庭受理一起债务案件，原告主张被告曾向其借款，逾期不还，故起诉要求被告偿还。原告提供了由被告署名的欠条。被告提出欠条是假的，但未提供任何抗辩证据。故审判人员要求被告证明欠条的真实性，即要求被告申请鉴定。而同样的案件，也有法官认为，应由被告提出证据证明欠条是假的，而不是由原告来证明。简单的案件截然不同的观点，而不同的观点将导致不同的实体判决。由此在一定程度上也反映了我省民事审判人员对举证责任的认知还是模糊的。”^{〔44〕} 对于规范说证明责任配置的一般适用尚且如此，更不用说在疑难案件的证明责任配置中恰当运用自由裁量权了。^{〔45〕}

另一方面，如果证明责任配置规则相对成熟并经长期实践，不仅会提高法官运用证明责任判决的能力，也会极大增强民众的证明责任意识，而这将会构成对法官自由裁量权的有效监督。在这种情况下，当事人可能比较清晰地判断出法官所作的证明责任判决是否符合制定法规则，如果不符合，便会质疑裁量证明责任倒置的合理性，并在认为裁量倒置缺乏足够说服力的情况下，以“法律适用错误”为由提起上诉，甚至是申请再审，寻求更为公正的判决。然而，在目前情况下，一般民众除了大而化之地知道（也许只是听到过）“谁主张谁举证”和“举证责任倒置”这些术语外，往往对证明责任规则缺乏真正的理解和掌握。即使法官并无充分理由甚至是毫无理由地背离了证明责任配置规则，当事人也无法判断法官的裁量是否以及在多大程度上背离了制定法，无

〔42〕 [美] 波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版，第27页。

〔43〕 前引〔19〕，浙江省高级人民法院民一庭文。

〔44〕 前引〔15〕，丁巧仁主编书，第435页。

〔45〕 李浩教授也指出：“正确处理疑难案件事实的证明责任承担，需要法官有相当高的法律素养，在部分法官，尤其是基层法院的法官素质偏低的时期，让每一级法院的法官都享有处理此问题的权力，不能不令人担忧。即便是高素质法官，因认识问题的角度、生活阅历的不同，也会对证明责任的确定作出不同的选择。”参见前引〔4〕，李浩书，第116页。

法判断这种背离是否以及在多大程度上是合理的,进而也就无法形成有效的监督力量。

(二) 证明责任机制运用的常规化与合理化不足

其一,司法实践中存在法官避开证明责任机制而另觅他途的做法。王亚新教授对若干中级人民法院进行的“法官如何看待和运用按照举证责任的分配来决定诉讼胜败”的调查表明,法官们对是否运用证明责任作出判决有不同看法和做法。如有的法官认为应当在事实不清时毫不犹豫地按照证明责任作出判决,有的法官认为应当通过主动调查、多做调解、动员撤诉等方式尽可能避免运用证明责任作出判决,而且法官们在接受问卷调查时有尽量作出模范回答的潜在倾向。^[46]近年来的一个轰动性案件“彭宇案”的一审判决,在事实真伪不明情形下就未运用证明责任,而是勉强运用“情理解说”或“经验法则”认定彭宇是侵权人并判决其承担侵权责任。^[47]

其二,司法实践中存在法官运用证明责任简单化的现象。张卫平教授曾指出:“在我国民事审判实践中,存在着简单地适用证明责任规范的做法,而不是尽量综合考虑案件的证据资料解决主要事实真伪不明的问题。”^[48]徐昕教授的实证研究也表明,证明责任实际上已部分地成为法官“卸责”的借口,只要当事人不能举证便依证明责任判决其败诉,而不愿花时间精力去发现真实,甚至不顾及案件的具体情况。^[49]段厚省教授指出的证明责任对法官证明评价活动的负面作用以及当事人对法官“努力不够”的判断和失望情绪等多少也与此有关。^[50]这种简单化做法忽略了“自由心证用尽”这一前提,不仅有悖于证明责任机制的初衷,而且一旦泛滥,证明责任机制“费力”建立起来的正当性认同必将彻底崩溃。证明责任机制不是允许和鼓励法官逃避本应承担且能够承担的职责,而是要免除事实真伪不明情形下法官根本无力承担的责任,使当事人成为主要的归责主体,使法官摆脱困境。

其三,民众对证明责任运行机制缺乏足够的理解和认同,降低了法官运用证明责任作出判决的勇气,更不用说自由裁量配置证明责任。陈瑞华教授就曾指出:“我到一個地方的中级法院进行调研,法官说现在很多情况下不能按照民事诉讼法的规定办案,因为如果原告无法举证就判他败诉,他会认为‘自己有理却没有打赢官司’,肯定是法院判决不公,甚至认为法院存在着司法腐败现象。有的当事人甚至因此走上申诉、上访之路。面对这种情况,一些地方权力部门出于维护社会稳定的考虑,希望案件不要演变成群体事件,于是会出面干预司法审判。因此,很多法官为了避免这种困境,在办案过程中就会主动进行调查。这种情况在基层法院比较普遍。”^[51]另外,对于所谓“举证责任”,民事诉讼法一直坚持将其与法官调查收集证据作为事实发现两个基本手段的“行为”思路,^[52]而不是强调当事人举证不能承担不利后果的裁判问题,甚至将不利后果排除在证明责任之外。因此,即使民事证据规定已经明确规定了行为和结果两个意义上的证明责任,也很难期待民众能够完全摆脱既有观念,彻底接受结果意义证明责任的逻辑。

[46] 王亚新等:《法律程序运作的实证分析》,法律出版社2005年版,第42页。

[47] 一审判决认定是彭宇撞伤了老太太,但彭宇和老太太均无过错,应按照公平责任原则合理分担损失,故判定彭宇赔偿原告损失的40%。

[48] 前引[22],张卫平书,第213页。

[49] 徐昕:《法官为什么不相信证人?》,《中外法学》2006年第3期。

[50] 参见段厚省:《证明评价影响因素分析》,法律出版社2009年版,第93页。

[51] 陈瑞华:《法律人的思维方式》,法律出版社2007年版,第35页。

[52] 参见柴发邦主编:《民事诉讼法教程》,法律出版社1983年版,第216页;前引[14],常怡主编书,第175页。某种意义上,我们长期以来关注的与其说是如何确立证明责任配置规则的问题,不如说主要是如何正确处理当事人提供证据与人民法院调查收集证据之间关系的问题。民事证据规定首次明确规定“举证不能的不利后果”,也只是进一步强化了当事人的“举证”而已。

（三）中国法官的“个案解决”取向

美国学者夏皮罗在言及“司法造法”时曾指出：“如果法官有意识地寻求创制可适用于未来案件的一般规则，那么他所考虑的因素一定会大大超出双方当事人现在面临的利益冲突。”^{〔53〕}这种“超出本案利益冲突考量”的判断不仅是对司法造法的直观描述，也是对司法造法的基本要求。既要“进入案件”，也要“跳出案件”，只有如此，司法造法才更符合“造法”的称谓和人们对其的期待。毕竟在人们的一般观念中，司法造法只是弥补了立法不能及时补漏的弊端，是立法的“代位物”。虽然我们批评立法的局限，但作为应对之策的司法造法又都是在立法规定的“条件”和“示范”下进行的。也正是在此意义上，英美法系的人们愿意相信：“正如立法机关在创制制定法时要在势均力敌的利益中间进行协调一样，法官们在创设‘法官创制规则’时也是如此。可以说，在制定或修改规则的时候，每个法官实际上是立法大会、国会或者议会的一个缩影”。^{〔54〕}

中国法官总体上更侧重于个案纠纷的解决，甚至“将这些制定法上的规则上看非常齐整但实际处理起来极其复杂的问题尽可能地以某种并不一定符合法律规则和法官的制度角色但能够‘化解纠纷’的方式解决”，^{〔55〕}因而当面对主要是面向未来却可能与个案纠纷解决形成紧张关系的“确定规则”职能，他们可能缺乏足够的视野和动力去考量个案之外的规则性因素。彭宇案的一审判决在某种程度上表明了这一点。也许主审法官忘了进一步追问自己：如果这一判决作为一个制定法规则或者有着指导作用的先例将意味着什么？它可能产生什么样的积极或消极后果？曾做过多年法官的翁子明先生就曾指出：“就目前中国法官不需要独立行使判断权、自由裁量权，司法的功能仅限于比较机械地适用法律解决纠纷而言，也许现有的素质就基本足够了。反之，如果要更好地发挥司法在实现社会正义、规范社会秩序、促进法治国家等方面的作用，如果要将法官的职业定位提高到诸如独立审判、规则创制等层次，则中国法官队伍目前的素质显然还难以胜任。”^{〔56〕}如果民事证据规定第7条的目标在于对法官在司法实践中创制证明责任规则的做法提供合法性支持，使其从“幕后”走向“前台”，那么至少在目前过高估计了法官确定规则的意识 and 能力以及获得的正面效果；如果第7条着眼于允许法官在实践中裁量配置证明责任而更公平地解决纠纷，似乎维持从前谨慎的“默许”更为合适，而不是“大张旗鼓”的认可和鼓励。

（四）中国法官的“社会效果”取向

中国法官一直擅长在民情、政治、传统与法律之间保持圆通与平衡，甚至甘冒“违法”的风险。这种倾向至少源于两个因素，一是中国传统司法的“情理司法”特色，二是新中国司法的“综合治理”特征。苏力教授对基层司法的实证研究表明，基层司法是以“纠纷解决”为中心而不是以“确认规则”为中心，法官们有自己的一套俗成的衡平各种救济后果并最终作出基本能被当事人接受和民众认可的判决的方法。^{〔57〕}吴英姿教授的实证研究表明，司法实践中存在着大量的正式制度的非正式运作、制度规避以及在司法改革话语鼓励下展开的制度创造。^{〔58〕}司法过程中的“政治化”和承载多种治理任务的现实也已得到学者们的关注。^{〔59〕}近些年来，强调“法律

〔53〕 [美] 马丁·夏皮罗：《法院：比较法和政治学上的分析》，张生、李彤译，中国政法大学出版社2005年版，第50页。

〔54〕 [美] 杰罗姆·弗兰克：《初审法院：美国司法中的神话与现实》，赵承寿译，中国政法大学出版社2007年版，第290页。

〔55〕 苏力：《送法下乡：中国基层司法制度研究》，中国政法大学出版社2000年版，第189页。

〔56〕 翁子明：《司法判决的生产方式：当代中国法官的制度激励与行为逻辑》，北京大学出版社2009年版，第197页。

〔57〕 参见前引〔55〕，苏力书，第181页。

〔58〕 参见吴英姿：《法官角色与司法行为》，中国大百科全书出版社2008年版，第223页以下。

〔59〕 参见刘思达：《失落的城邦：当代中国法律职业变迁》，北京大学出版社2008年版，第48页。

效果与社会效果的统一”已经成为我国法院的一项基本司法政策，在我国审判工作指导思想中占有突出地位。^{〔60〕}司法的社会效果取向和政治特征、要求也一再得到国家最高司法机关的确认、强调和鼓励。

正是基于这样的司法现实，我们可以作出如下合理预见：如果出现适用证明责任配置一般规则导致令人难以忍受的不公、而制定法又未明确规定证明责任倒置的特殊案件，法官也会寻求双方当事人都能够接受的方案，包括自由裁量证明责任倒置作出判决，而没有必要在我国证明责任制度各项条件还不具备的情况下，以制定法方式赋予法官自由裁量权。换句话说，我们过高估计了民事证据规定第7条不存在时可能造成的制度真空。恰恰相反，我们倒是应当对实践中早已存在的证明责任倒置自由裁量格外警惕，防止打着公平自由裁量旗号而严重违背现行法规和精神的做法。我们不必过多担心法官没有权力去维护民众普遍认可的实质正义，而是应当担忧以概括性条款赋予法官的自由裁量权力能否被适当的行使。

事实上，近年来法院系统对自由裁量权的合理运用问题给予极大关注。比如原最高人民法院院长肖扬就曾在全国民事审判工作会议上指出：“当前，应当通过积极推动民事立法，及时制定司法解释，建立案例指导制度，建立审判组织之间法律观点协调机制，统一司法尺度，统一裁判标准，尽最大可能地规范法官对案件的自由裁量。广大民事法官更要树立公正司法的信念和品格，秉承司法良知，用好自由裁量权。对法官明显故意违背法律规定或业界公认准则而滥用自由裁量权的行为，要加大惩治力度，切实防止形式合法、实体不公的裁判。”^{〔61〕}在2008年12月20日闭幕的全国高级人民法院院长会议上，规范自由裁量权也已被列为深化人民法院司法改革的十项重要任务之一。自由裁量权的规范问题被提上日程，表明迫切任务不是赋予权力，而是规范权力。

余 论

民事证据规定第7条自颁布以来得到的认可要远大于质疑，^{〔62〕}在这样的背景下，本文最后对核心观点作一集中阐述，并对最有可能遭受的质疑预先作一个说明和回应。第一，本文既不否认“法官法”在证明责任规则发展史上的重要贡献，也非无视各国实践中允许法官有一定裁量权的现实，更不是无视我国转型社会可能出现的新情况、新问题而一味固守僵化的规则，而是试图指出，就我国目前阶段而言，应当对制定法赋予法官证明责任配置裁量权保持足够的谨慎甚至保守，因为那是一个“法官是否以及在什么前提条件下被允许修改和完善现行法律”^{〔63〕}的重大问题。第二，科学的证明责任规则仍有欠缺、民众对证明责任机制缺乏足够认同、法官运用证明责任作出判决还未真正形成常规、其作出证明责任判决的能力有待提高等诸多局限，表明我国还未形成足够的支撑裁量规则运行的环境和条件，还不宜大张旗鼓地赋予法官自由裁量权，谨慎地默许可能更为合适。第三，本文强调通过上报最高人民法院决定的方式解决证明责任配置的裁量需求，对于法官基于公平正义已经作出的证明责任裁量配置，强调上诉审、再审的审查。第四，本文反对制定法赋予法官证明责任配置自由裁量权的观点似乎有违现实，因为证明责任配置的自由

〔60〕 孔祥俊：《司法理念与裁判方法》，法律出版社2005年版，第73页。

〔61〕 肖扬：《建设公正高效权威的民事审判制度，为构建社会主义和谐社会提供有力司法保障——在第七次全国民事审判工作会议上的讲话》，载奚晓明主编：《民事审判指导》2007年第1辑，人民法院出版社2007年版，第23页。

〔62〕 就笔者所见，明确提出质疑的学者有王利明教授和张榕教授。参见王利明：《民事证据规则司法解释若干问题研究》，《法学》2004年第1期；张榕：《事实认定中的自由裁量权》，《法律科学》2009年第4期。

〔63〕 前引〔21〕，普维庭书，第34页。

裁量在司法实践中的确是存在的。但是从立法的角度看，不规定本身更具意义，重要在于它向法官们表明了立法者的立场和倾向，它属于法律的一次“意味深长”的“沉默”。在此意义上，本文并非试图否定现实，而是采取另一种方式面对现实。此时不禁想到了德国学者施瓦布的一句话：“法官对法的发展成为补充和修正制定法的正当理由。对于目前的状况，有人庆贺（‘尊贵威严的法官’，法官是‘社会的工程师’，‘法官的习惯法’），也有人以忧虑的目光注视着这种放松制定法对法院的约束的局势。”^{〔64〕} 本文的立场当属于后者。

Abstract: Discretion on allocating burdens of proof by judges is provided by § 7 of Supreme People's Court's Rules for Civil Evidences. This provision is far beyond the support from our legislation, jurisdiction and concept, which should not be practiced now. Firstly, scientific general rule of allocating burdens of proof has not been established in current China. Demands for the discretion in judicial practice reflect the lack of substantive rules and the excessive dependence on the conversion of burden of proof. So on one hand, § 7 puts too much emphasis on the less important part, on the other hand, it overestimates the normal demands for the discretion on the conversion of burden of proof.

Secondly, the regularity and predictability of allocating burdens of proof is of vital importance. Nowadays, it is acceptable to acquiesce in the discretion on allocating burden of proof by judges and check the discretion with the appealing and retrial process or by reporting to the Supreme People's Court. This can release the tension between the statute and the development of the society and respect the jurisdiction mood of “rule—application”. As the concept of burden of proof has not been accepted by people, the rule of discretion could make people replace the rules of allocating burdens of proof with the abstract and fuzzy idea of fair and justice, which will corrupt the regularity of allocating burdens of proof.

Finally, the facts that it has not formed a routine to use burden of proof to decide on cases in judicial practice, that the capacity of judges to use burden of proof precisely is still to be improved in current China, and that the discretion of judges in allocating burdens of proof needs to be regulated make the rule of the discretion too advanced. Because of the orientation of individual case and social effects of Chinese judges, even there is the case which demands discretion on the conversion of burden of proof while there is no such rule, the judge will still look for discretion. So we should not worry that the judges will stop pursuing justice without § 7, on the contrary, we should worry about whether § 7 will encourage the judges to go too far to be controlled.

Key Words: civil procedure, allocating burdens of proof, discretion, the statute

〔64〕 [德] 施瓦布：《民法导论》，郑冲译，法律出版社 2006 年版，第 78 页。