

证明责任制度本质重述

胡学军*

内容提要：证明责任概念本质所指为客观证明责任，主观抽象证明责任为客观证明责任之表象，而具体举证责任实为证明责任之假象。在“规范说”的方法论下，证明责任既非事实问题，也非纯粹的法律问题，而属将事实与法律连结的“法律适用”问题。证明责任规范应直接来自实体法规范，其本质是一个实体法规范要件的补充规范。现代证明责任是一种作为案件事实真伪不明情形下的一般性克服方法的形式理性制度，其最深层的本质就是以法律价值权衡化解事实认知模糊状态，化消极无解之事实判断为积极的法律价值引导，其性质属于“实质司法权”。

关键词：证明责任 客观证明责任 主观抽象证明责任 证明责任规范

引言

证明责任是民事诉讼理论中一个内涵较为丰富且极富争议的概念。对证明责任的诸多迷思都与我们对该制度本质的认识不深甚或认识有误相关，一个重要表现就是常常不能区分证明责任本质与相关表象甚至其假象。“本质”作为一个哲学范畴，是指事物的根本性质，由事物所包含的特殊矛盾构成，并由其主要矛盾的主要方面决定。现象是本质的外部表现，可以通过感官去感觉。而事物的本质是隐蔽的，不能靠简单的直观去认识。^{〔1〕}因此，对证明责任本质的认识当然会比较困难，需要在不断的探索与实践之中加深。证明责任制度的本质涉及证明责任概念的本质、证明责任方法的定位、证明责任规范的本质、证明责任的实质功能等问题，而这些问题之间无疑又存在密切联系。

很长一段时间以来，我国学界曾将当事人提供证据行为意义上的“行为责任一元论”当成证明责任本位论，^{〔2〕}也有学者将证明责任定位为“事实判断的辅助方法”，^{〔3〕}或者

* 华东政法大学法学院教授。

本文系国家社科基金一般项目“民事证明责任的实证考察与制度重构”（13BFX069）的阶段性成果。

〔1〕 参见〔苏〕罗森塔尔·尤金编：《简明哲学词典》，中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局译，三联书店1973年版，第130页。

〔2〕 参见段文波：《民事证明责任分配规范的法教义学新释》，《政法论坛》2020年第3期，第108页。

〔3〕 参见肖建国、包建华：《证明责任：事实判断的辅助方法》，北京大学出版社2012年版，第1页。

“民事裁判的基本方法”,〔4〕但学界通说基本认同证明责任的本质属诉讼“风险负担”。〔5〕李浩教授作为我国证明责任研究的开拓者,从未停止对该制度本质的探寻。根据其近期发表文章的观点,证明责任仅指涉客观证明责任,主观证明责任只是客观证明责任的投影与假象,并且不一定存在于所有情形之中。〔6〕从语言的角度看,本质对应着名称的含义,现象对应着名称在“各种语境或上下文”中的具体运用。〔7〕证明责任概念内涵的确定显然是探讨这一制度本质的基础与前提。毫无疑问,李浩教授作为中国证明责任研究的权威与代表,完成了其证明责任理论自我反思与修正,〔8〕澄清了现代证明责任概念内涵及其所指的模糊状态,有助于我国学界及实务上对“证明责任”与相关周边概念的区分及不同制度的各自运行。但笔者认为,该文虽开启了对证明责任本质的探索之旅,但其对证明责任制度本质的探讨尚不够全面与深刻,仍不足以彻底澄清证明责任领域的众多误解与迷思,我国证明责任“双重涵义说”的概念体系混乱问题仍未得到彻底解决。

还需要明确的是,证明责任在大陆法系经历了多种学说的论争,最终胜出成为理论通说的是由罗森贝克首创、其弟子施瓦布继承并经再传弟子普维庭修正发展的“规范说”。〔9〕本文对证明责任制度本质的探寻,也是在“规范说”的基本理论框架下展开的。

一、证明责任概念的本质与表象

(一) 现代证明责任“双重涵义说”的理论发展

我国证明责任的“双重涵义说”,以所谓“行为意义上的证明责任”与“结果意义上的证明责任”两个层面的涵义,来界定证明责任的内涵。一般认为,这一理论是对德国更注重哲学思辨色彩的“客观—主观证明责任”理论的通俗化,“行为意义上的证明责任指的是主观的证明责任,结果意义上的证明责任指的则是客观的证明责任”。〔10〕但是,这两种“双重涵义说”其实隐含着重大的差异。

〔4〕 代表性文献参见肖建华、王德新:《证明责任判决的裁判方法论意义——兼评传统证明责任观之谬误》,《北京科技大学学报(社会科学版)》2005年第2期,第44页;周成泓:《证明责任的本质:事实真伪不明时的裁判方法论——以民事诉讼为分析对象》,《学术论坛》2008年第8期,第92页以下;胡学军:《论证明责任作为民事裁判的基本方法——兼就“人狗猫大战”案裁判与杨立新教授商榷》,《政法论坛》2017年第3期,第141页以下。

〔5〕 代表性文献参见常怡主编:《民事诉讼法学》,中国政法大学出版社2005年版,第205页以下;江伟主编:《民事诉讼法》,高等教育出版社2007年版,第179页以下;张卫平:《民事诉讼法》,法律出版社2013年版,第218页以下;刘家兴、潘剑锋主编:《民事诉讼法教程》,北京大学出版社2013年版,第150页以下;谭兵、李浩主编:《民事诉讼法学》,法律出版社2013年版,第201页以下。

〔6〕 参见李浩:《民事证明责任本质的再认识——以〈民事诉讼法〉第112条为分析对象》,《法律科学》2018年第4期,第94页以下。李浩教授在文中指出,这已是中外教材的通说。

〔7〕 参见刘永富:《本质与现象新论》,《河北学刊》2008年第6期,第46页。

〔8〕 李浩教授于1986年发表了被学界认为是我国证明责任研究的开山之作。参见李浩:《我国民事诉讼中举证责任含义新探》,《法律科学》1986年第3期,第43页以下。

〔9〕 罗森贝克创立了证明责任“规范说”,其再传弟子普维庭站在维护“规范说”在新时期的有效性的基本立场上,回击了针对“规范说”的众多批判,也在个别方面修补了“规范说”存在的问题,并称自己的观点可称为“修正规范说”。但站在“规范说”作为证明责任理论通说与其他学说论战的角度,普氏理论当然属于“规范说”,普维庭也自认是追随“罗森贝克—施瓦布观点”。Vgl. Prütting, Beweislast und Beweismaß: Der Einfluss Leo Rosenbergs und Karl Heinz Schwabs auf die Entwicklung eines modernen Beweisrechts, ZfP 123 (2010), 135.

〔10〕 参见李浩:《证明责任的概念——实务与理论的背离》,《当代法学》2017年第5期,第3页。

自德国学者提出“客观—主观”两分的证明责任“双重涵义说”以来，现代证明责任理论即成为民事诉讼法学的核心论题之一。客观与主观是西方近代哲学上的一对基本范畴。当代哲学上，“客观性”在存在论上表征着独立性与自主性、确定性与必然性，在认识论上指示着精确性、普遍性、有效性，在社会影响上意味着正当性与合法性。^{〔11〕}客观证明责任的存在，是由于在特定时期内（如从诉讼开始到诉讼终结）人们对过去发生的案件事实的认识能力具有局限性，总是面临无法完全认识案件真相的困境，但司法却必须对纠纷及时作出裁判。因此，“不管是什么样的诉讼程序，也无无论证明法如何构造，甚至也不管适用什么样的诉讼原则，都可能面临客观证明责任问题”。^{〔12〕}现代客观证明责任概念的提出，反映了人们对诉讼证明活动认识的不断深化。

“主观”一词的涵义与客观正相反，它指被人的意识所支配的一切。凡是受人的意志、行动所支配或影响的，都属于主观范畴。在司法上，由于当事人对于胜诉结果的追求，在事实判断风险客观存在的前提下，其必然基于趋利避害的心理动机而采取必要的行动，这就是主观证明责任。根据辩证唯物主义哲学原理：客观决定主观，主观反映客观并对客观具有能动作用。该原理运用在证明责任理论上，也就是说客观证明责任是证明责任的本质，决定了主观证明责任的存在，但当事人主观证明责任的履行（积极举证证明的行动），可以在一定程度上减少客观证明责任这种风险转化为现实的败诉结果。

从理论层面来看，清晰界定概念的内涵与外延是形式逻辑的基本要求。内涵不清晰的概念，必然无法被准确把握，从而无法与周边概念相区分，其外延也就无法被清楚划定，在实践中也无法形成确定规则并予以严格适用。在德国现代证明责任理论下，证明责任实质上是指案件要件事实真伪不明时的败诉风险。由于现代诉讼不允许法官在事实模糊时拒绝裁判，所以事实真伪不明时的法律适用只能不利于诉讼当事人一方。这种风险是一种客观存在，它不因当事人的诉讼态度或举证行为而改变，根本不是某种行为所附带的“结果”，因此其性质是“客观”的，此即证明责任之所指。但是，当事人对待诉讼的态度或举证行为，对于此种风险是否实际转化为不利裁判，又显然是有影响的，此种因内在风险促使当事人积极举证证明的机制，就是“主观证明责任”。因此，主观证明责任是从主体角度来看待、理解客观证明责任。但应当注意，首先，此处所涉主体不仅是负担败诉风险的一方当事人，而且包括对方当事人及法官。其次，负担主观证明责任的方式是就证明活动整体效果而言的，而不仅仅是提供自己掌握的证据，也包括批驳对方的反证及说服法官相信自己主张的事实。从这一角度来看，主观证明责任是与证明的“结果”相关，而不是决定当事人在诉讼具体情境下的行为。主观证明责任是客观证明责任在诉讼程序下的投影，此种“如影随形”的关系决定了，主观证明责任的负担主体、针对对象及其分配规则与客观证明责任是完全一致的。故此种“双重涵义”内部并不存在逻辑矛盾，并且客观证明责任是居于本质的、主导性的概念，是主观证明责任产生的原因，而主观证明责任是客观证明责任的外在显现与表现形式。

在这一概念体系中，如果说客观证明责任是证明责任的本质，则主观抽象证明责任可

〔11〕 参见田方林：《论客观性》，《四川大学学报（哲学社会科学版）》2012年第4期，第5页。

〔12〕 [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11页。这也是德国学者的共识。

谓证明责任之表现或表象，二者所针对的分配对象都是要件事实，分配规则也是统一的。客观证明责任是诉讼内置的风险，而主观抽象证明责任则是此种内在风险对主体行为产生影响的外在表现（促使当事人尽力举证证明）。此二者可为同一个概念所统摄。当然，主观抽象证明责任概念亦有其相对独立性，经典理论对此早已作了充分论证。如不谈论主观抽象证明责任，就无从区分本证与反证，也不能对不同当事人的事实主张适用不同的证明标准。依据本质与现象的基本原理，本质与现象作为规定分别是“在所有的关系中保持不变的规定”和“在特定关系中确定的规定”。^[13]客观证明责任作为本质存在于所有的诉讼模式下，而当事人的主观证明责任则是客观证明责任在辩论主义诉讼模式下的表现。在职权探知主义诉讼模式下，不存在当事人的主观证明责任。

在辩论主义模式下，当事人不仅在诉讼已至最终阶段但案件事实仍处于真伪不明时负担败诉风险，而且在诉讼过程中对特定案件事实亦负担提供证据的必要或义务。此种在特定情形下提供证据的义务，对当事人来说是更加直观实在的行为负担。从根本上说，这种行为负担是由当事人配合法院的事实调查职能而产生的。无论中外，此种负担都远在现代证明责任理论产生之前即已存在。但现代证明责任理论提出之后，由于概念用语选择上的“不幸”，很长一段时间以来，此种行为责任也被涵盖在“证明责任”概念之下，^[14]但在德国当今理论与实践，其与（客观和主观）证明责任的区分已被越来越清楚地认识到。^[15]

证明责任的本质是客观证明责任，本质主义的思考方式就是注重抽象、注重结果。^[16]诉讼过程中的具体行为责任天然地与客观证明责任相矛盾。很显然，二者针对的对象是不同的，其负担主体与分配规则也根本不同。故虽然被称为“主观具体证明责任”，但其实属于证明责任的“周边概念”或“邻近概念”，是在理论上应当与证明责任之内涵外延区分开来的概念，普维庭认为最好称之为“具体的提供证明责任”。^[17]由于这一概念长期与证明责任概念纠缠不清、难以区分，故可谓证明责任之“假象”。在当代德国理论上，已约定俗成以不同名称（“证明责任”与“举证责任”）来指称二者。而在日本，虽然通说之外也有认同主观证明责任存在必要性的有力说，但往往借助于“证明的必要”或“提出证据的责任”之类的概念，以与客观证明责任概念划清界限。^[18]我国学界也逐渐达成共识，证明责任与在诉讼过程中当事人提供证据意义上的行为责任，应采用不同语词加以区分，但关于

[13] 参见前引〔7〕，刘永富文，第46页。

[14] 选择“证明责任”一词是十分“不幸”的，因为客观证明责任不是关于“证明”行为的，也不是作为违反法律义务的制裁后果的法律“责任”，所以德国众多诉讼法学者认为“我们选择证明责任这一术语是如此不幸”。德国学者包括穆兹拉克、马森、施梅林、瓦亨多夫等对此形成共识，尤其是普维庭对此有反复感慨。参见前引〔12〕，普维庭书，第9页，第25页，第50页。

[15] “（客观和主观）证明责任都应当与诉讼进程中的具体举证责任相区别”，这是德国目前的通说。参见〔德〕罗森贝克、施瓦布、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；MüKoZPO/Prütting, 5. Aufl. 2016, § 286 Rdnr. 99 - 103; Musielak/Voit, ZPO, 14. Aufl. 2017, § 286 Rdnr. 33; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl. 2008, § 286 Rdnr. 48; Saenger, ZPO, 7. Aufl. 2017, § 286 Rdnr. 56.

[16] 参见易小明：《本质的生成与生成的本质——本质主义思维方式与生成主义思维方式比较探究》，《社会科学战线》2005年第4期，第282页。

[17] 参见前引〔12〕，普维庭书，第14页。

[18] 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394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427页。

语词的具体选用,学者尚未达成一致。〔19〕

(二) 我国证明责任“双重涵义”的内部背离

与德国“双重涵义说”下“客观”与“主观”证明责任概念的内在协调一致的理论体系相比,我国“双重涵义说”下的“行为责任”与“结果责任”具有根本不同的内涵,并且系针对不同的主体与客体而言,〔20〕实际上是将两种涵义杂糅在一个概念之中,逻辑缺陷明显。这与德国“客观—主观”证明责任之双重涵义表面类似,但其实有着本质的区别。

在我国本土的“行为责任”与“结果责任”的双重涵义下,结果责任往往被解释为行为责任的后果,即当事人不能履行举证证明的行为责任,将负担败诉的后果责任。这表面上显示了举证行为与败诉结果的直接因果联系,但其实未能揭示客观证明责任与主观证明责任概念间内在统一的逻辑联系,而且颠倒了现代证明责任双重涵义的关系。更重要的是,德国当今“修正规范说”下的主观证明责任其实是抽象意义上的,即当事人对要件事实加以证明的抽象必要性,是从证明活动整体而言的。不负客观证明责任的当事人也不负主观证明责任,具体诉讼进程中对争点事实举证证明的负担转而由实践中产生的属于具体举证责任范畴的概念来调整,这在德国包括“事案解明义务”“摸索证明”“表见证明”等。而在我国,“行为责任”在理论传播过程中被直观地理解为当事人提供证据对争点事实加以举证证明的负担。由于在当事人主义模式下的证明活动具有竞争性,行为责任被认为是可以不断发生转换、倒置或依特定情境由法官裁量的,这就使行为责任的负担被认为不存在统一的规则,从而与客观证明责任概念在内涵与规范上走向了彻底的决裂。如果说“结果责任”的说法尚可基本对应客观证明责任,〔21〕那么将“主观证明责任”置换为“行为责任”,则完全改变了这一概念的性质与内涵,从而使内在统一的“双重涵义”异化成非此即彼的“两种涵义”。

笔者认为,在对证明责任概念的认识上,我国现有理论的问题不仅在于对客观证明责任的本质把握不深,更在于对作为客观证明责任表象的主观抽象证明责任的误认,即误将具体举证责任当成客观证明责任的表象,有意无意忽视了主观抽象证明责任的存在及其意义。〔22〕主观抽象证明责任的功能在于促使负担客观证明责任的当事人尽力举证。在诉讼开

〔19〕 参见陈刚:《证明责任概念辨析》,《现代法学》1997年第2期,第32页以下;霍海红:《证明责任概念的分立论——基于中国语境的考察》,《社会科学》2009年第6期,第95页以下;刘哲玮:《论美国法上的证明责任——以诉讼程序为视角》,《当代法学》2010年第3期,第86页以下;胡学军:《从“抽象证明责任”到“具体举证责任”——德、日民事证据法研究的实践转向及其对我国的启示》,《法学家》2012年第2期,第159页以下;袁中华:《民事诉讼中的文书真伪的“举证责任”问题》,《法学家》2012年第6期,第126页以下;任重:《论中国“现代”证明责任问题——兼评德国理论新进展》,《当代法学》2017年第5期,第19页以下;吴泽勇:《民间借贷诉讼中的证明责任问题》,《中国法学》2017年第5期,第258页以下。

〔20〕 李浩教授最先定义我国的证明责任“双重涵义”,后来学者基本沿袭这一概念体系,有些虽在称谓上稍有不同侧重,但未能从实质上改变这一体系。参见前引〔5〕,常怡主编书,第204页以下;前引〔5〕,江伟主编书,第178页以下;前引〔5〕,张卫平书,第217页以下;前引〔5〕,刘家兴等主编书,第149页以下;前引〔5〕,谭兵等主编书,第201页以下。

〔21〕 当然,结果责任的提法本身也不严谨。“结果”不应解释为当事人举证行为的后果,而是法院整个证据调查的结果。而且,“结果”的提法未能体现证明责任作为预先设置风险分配的属性。

〔22〕 我国学者对主观证明责任概念的涵义很少有界定,尤其是对于主观抽象证明责任的内涵,基本从未论及。少数涉及主观证明责任的研究,也并非讨论主观抽象证明责任。参见霍海红:《证明责任的法理与技术》,北京大学出版社2018年版,第69页;毕玉谦:《关于主观证明责任的界定与基本范畴研究》,《西南政法大学学报》2008年第6期,第43页以下。

始时,如果负担证明责任的当事人消极懈怠而不提供证据,则法院可直接判决该方当事人败诉,其依据就是主观证明责任。因为此时当事人双方尚未充分展开举证,案件事实不属于“真伪不明”,因此不属于客观证明责任裁判。甚至在诉讼之前,当事人为防范将来可能引发诉讼而采取的事前证据预备行为,也只能借助于主观抽象证明责任来解释。但我国“双重涵义说”中的“行为责任”,往往仅关注主观具体或者说动态的举证责任。“主观的证明责任发生在争议事实需要证明的场合”,“客观证明责任只针对要件事实,主观证明责任不局限于要件事实”,“在民事诉讼实务中,法院在说明一方当事人应当承担证明责任时,是指该当事人应当承担提供反证的责任,以及由于未能提出反证要承担败诉后果”。^[23]这些论述所指主观证明责任实为具体举证责任。这样,在我国的证明责任“双重涵义说”中,主观抽象证明责任实际上被忽略了。这一理论盲点导致我国证明责任的双重涵义在负担主体、针对对象、分配标准、是否转换等方面存在巨大差异,以至难以共存于一个概念之中。

主观抽象证明责任是从主体角度把握客观证明责任,主观抽象证明责任与客观证明责任是同一个概念的两个不同方面,因此两者遵循同一个分配规则。普氏认为,“主观抽象证明责任的分配,要完全按照客观证明责任来进行”,“一般来说,同一个证明责任规范既分配了主观证明责任,又分配了客观证明责任”。^[24]而在我国,二者的关系却变成:“分配证明责任只能是分配客观的证明责任,而主观证明责任根本不存在统一‘分配’问题。”^[25]这就显然混淆了主观抽象证明责任与具体举证责任:只有具体举证责任才是随法官临时心证在当事人之间不断转换的,而不存在统一的分配规则。

我国“双重涵义说”中的“行为责任”实际上仅指涉具体举证责任,而忽略了作为客观证明责任真正“投影”的“主观抽象证明责任”,但我们不应对此责备求全。这或许是理论发展的必经阶段。德国曾经的理论状态也是一样,“正是由于很多学说分不清主观的抽象证明责任与主观的具体证明责任概念,才造成无数误解”,^[26]并因此使证明责任整体的性质或本质无法清晰厘定。甚至德国诉讼法学家穆兹拉克似乎也忽视了主观证明责任可以具有抽象性质的道理。^[27]

这种理论认知差异或许也与我国本土实践互为因果。正如李浩教授所指出的,我国司法实践中的证明责任基本上是从主观证明责任(或更准确地说是“具体举证责任”)的角度来使用的。^[28]在德国,经典理论认为证明责任适用的前提是“真伪不明”,而真伪不明是指诉讼在穷尽所有证明手段和法官自由心证后的事实认定状态。但我国司法实践却是在诉讼证明过程中遇到证据短缺导致事实判断困境时使用证明责任手段来化解事实认定困境。在经典理论中,“证明责任转换”或“证明责任倒置”一般是在立法论上解释证明责任分配特殊情形的概念。德国学者认为,因为证明责任分配是一个(完整的)实体法规范的一个

[23] 参见前引〔10〕,李浩文,第10页。

[24] 参见前引〔12〕,普维庭书,第41页。

[25] 参见前引〔10〕,李浩文,第9页。

[26] 参见前引〔12〕,普维庭书,第43页。

[27] Musielak, Die Grundlagen der Beislast im Zivilprozess, Berlin, 1975, S. 36. 转引自前引〔12〕,普维庭书,第14页。

[28] 有关这种理论观点对司法实务的影响与渗透,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》,人民法院出版社2015年版,第310页,第315页。我国所谓动态的主观证明责任,基本可以对应于德国理论中的具体举证责任。

特别法律要件，由此证明责任分配的改变也就意味着实体法的改变。^[29]而在我国司法实践中，因发生特定情形而通过证明责任分配的“司法裁量”或者说“法官分配证明责任”，成为改变证明责任法定分配的灵活方法。国外主要在立法意义上使用的“证明责任倒置”，在我国成为司法上法官依特定情境裁量证明责任承担的方法。实践中的“主观证明责任逻辑”或许正从一个侧面反映了我国实务中尚未完全接纳本质上的现代证明责任制度与理论。

二、证明责任方法的定位与反思

（一）司法裁判中的事实问题与法律问题

证明责任问题在性质上属于事实问题还是法律问题？这其实取决于证明责任解决事实真伪不明困境时采取何种解释方法，这也是理解证明责任时需要明确的一个重要问题。我国学界以往多聚焦于证明责任分配，而对方法论这一抽象问题鲜有深入探讨。随着我国改革进程中司法专业化的推进，包括如裁判理由的公开、事实审与法律审的适度区分及上诉与再审理由和范围的细化，事实问题与法律问题的区分将具有程序法上的重要的现实意义。

大陆法系的司法逻辑（“裁判三段论”）乃基于“法律出发型”的诉讼模式。在这一模式下，观念上存在一个预先储备的、“万能”的法律规范库。法官的思考是从案件拟适用的法律规范中抽象表述的要件出发。法官在法律适用上有三方面任务：首先，是“了解和认识客观的法律”。但是只有当此等抽象的要件变成了具体的事实之后，法律才可适用于现实生活。其次，法官根据证据审核案件事实主张的真实性。最后，法官（根据通常感觉或专业素养）将已掌握的部分事实、具体的案件事实与客观法律规范联系起来。^[30]

在“裁判三段论”中，作为大前提的法律规范被假定是法官在审判具体案件之前绝对知悉的（法谚：“法官知法”）。罗森贝克认为，证明责任问题仅存在于法官演绎推理的小前提之中。^[31]但小前提涉及的问题并非都是证明责任的适用范围，小前提又包括相对独立的两个问题。一是当事人所主张的具体案件事实是否真实。这依赖于诉讼中的证据及其证明力，从法官角度来看即“证据评价”问题。二是在该具体案件事实中能否找到法律规范所规定的抽象要件。这个问题即法学方法论上所谓的“涵摄”，也可被称为“具体的法律评价”，罗氏认为这一问题属于纯粹的法律问题。

涵摄问题显然不同于作为第一步的确定“大前提”的“找法”或“释法”问题。对于法律上抽象要件的含义的阐述，是法官适用法律的一般性前期准备工作。在德国，此项工作一般由各种“法律评注”工作担负。“在法律评注的每一页和每一条均能找到这样的例子”，^[32]因此这项工作一般不成其为具体案件中的适用法律问题。我国有学者认为，证明责任属于三段论的“大前提”问题，主张“证明责任对应法律问题，具体举证责任对应事实问题”的“二元结构”。^[33]对此，德国学者早就提醒过：证明责任问题不是法律问题，

[29] 参见前引〔12〕，普维庭书，第239页。

[30] 参见〔德〕莱奥·罗森贝克：《证明责任论》，庄敬华译，中国法制出版社2018年版，第6页。

[31] 同上书，第9页。

[32] 同上书，第8页。

[33] 前引〔19〕，任重文，第19页。

对于法律问题的裁决,按照规定,有那些在学术界和判例中已经解释的或将要解释的实体法律规范即足矣。^[34]法官不得将其内心对法律规范或法律概念的适用的怀疑,作为对事实问题的怀疑来对待。但即使在德国,“基层法院的司法实践中,违反这一点的情况屡见不鲜”。^[35]这种“用证明责任裁决来回避纯法律问题的裁决”的倾向,混淆了证明责任问题的界限,即事实问题与法律问题的界限。

罗氏认为,只有对拟判决案件的事实真实性审核,才属于证明责任规范的适用范围,只有在不能对所谓的事实问题作出确认的情况下,才需要证明责任制度的指引。罗氏声称:消除事实问题方面的疑问,是证明责任规范的使命,证明责任规范也能够胜任之。^[36]这一论断正是我国学者认定证明责任问题属于事实问题的权威“证据”。但显然,罗氏绝不是指证明责任可以帮助法官对经过诉讼程序最终仍无法证明的事实形成确信,其著作中严格区分了证明责任与证明评价各自的统治领域。对于罗氏的这个判断,必须根据其整体理论语境来理解:罗氏最初构想的是通过证明责任就可以使真伪不明状态下的事实认定在裁判上产生与事实真伪认定同样的效果。但这种看似简洁的解释方法被后来的学者所批判质疑:证明责任为什么能够“修改”法官根据证据已作出的事实认定?对罗氏方法的修正观点认为:在事实真伪不明时,当然不能依三段论直接适用实体法,而是在承认事实真伪不明的状态下适用证明责任规范,继而才能作出一方当事人败诉的判决。故实体法在事实真伪不明时不可能被直接适用,而是通过证明责任规范予以间接适用。

在此需要理解证明责任方法问题与证明责任规范的性质差异:证明责任规范具有法的性质,但证明责任方法不能解决案件事实认定困境本身,也不能解决法律规范的抽象性问题。证明责任是在承认事实认定困境的存在及其独特性的情形下,通过创设此种情形下独特的法律适用方法来解决案件裁判难题。具体来说,证明责任首先作为事实真伪不明时的裁判方法,肯定了事实认定难题之真实存在,再通过证明责任规范解决法律规范不足适用时的法律规范补充问题。

在双方证据证明力势均力敌的情况下,放弃对所谓“事实真相”作非此即彼的判断,这是承认人类“理性有限”原则的结果,本身就是一种理性的选择。同时,这也是作为现代司法标志的“自由心证”原则的要求。如果强迫法官在此种情形下必须作出或真或伪的事实认定,恰恰是对自由心证原则允诺的“依据良心和理性自由判断”的违反。实践中法官确实容易在此种情形下滑入某种或真或伪的事实认定,但却不是根据理性,而可能是出于情感、偏好、感觉等某种不正当考虑。只有现代证明责任理论才能提供一种形式理性的、统一的解决方案。

(二) 事实与法律之间的“法律适用”问题

对于证明责任问题性质认识的混乱,与罗氏学说当时主流的法学方法论有关。罗氏认为,小前提包括两个步骤,但将分别属于事实问题和“纯粹法律问题”的两个步骤归并在一起,这着实让人费解。法学方法论的当代发展不再将“涵摄”置于“小前提”之下。当

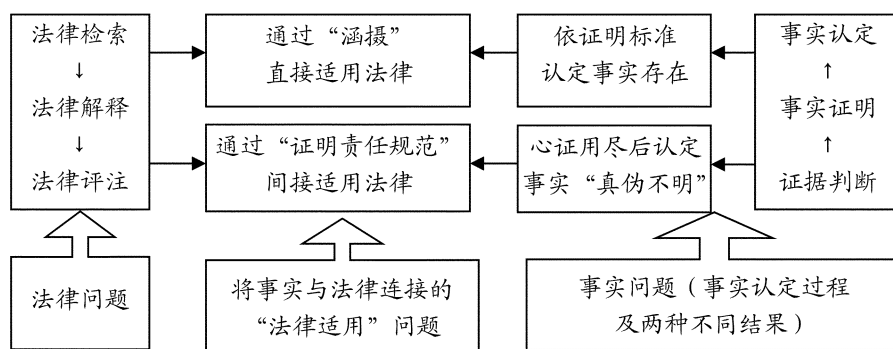
[34] 参见前引[30],罗森贝格书,第10页。

[35] 同上书,第11页。

[36] 同上书,第14页。

代许多学者认为，涵摄与此前的准备过程应当区分开来。^[37]如此一来，证明责任问题就不再属于罗氏所言的小前提问题。我国有学者主张“连接”作为法律规范与法律事实相结合的环节，才是司法三段论重要的、相对独立的环节，也是裁判的中心工作。在三段论中，大前提和小前提都是静态的准备环节，而连接是动态的过程。所谓“目光往返流转”，就属于连接阶段的内容，其既不能归入大前提，也不能归入小前提。^[38]在这种方法论解释下，司法三段论的三个步骤分别对应“大前提”、“小前提”及“结论”之得出。大致来说，实体法规范是司法三段论的“大前提”，案件事实属于“小前提”。将大、小前提“连接”起来进行法律推理才是最关键的“第三步”。连接是一个过程，而连接的理想结果就是“涵摄”：依逻辑推理得出裁判结论。

“连接”实际上是一个寻求裁判结论的过程，也是追求法律适用的过程，以实现立法者的意志。^[39]但证明责任方法不同于通过涵摄直接适用法律，而是在认定案件事实真伪不明的前提下，通过实体法之外的额外规范（补充规范）来弥补演绎推理存在的问题，从而完成法律推理。因此，大致可以说，证明责任属于证明失败时将大、小前提连接起来进行推理的（法律适用）问题。或许这也表明“连接”能提供比“涵摄”更强的解释力。



在日本法学理论下，要件事实才属于证明责任的对象事实。^[40]由于法律要件包括两种类型，即事实性要件与评价性要件，^[41]相应地，“真伪不明”也包括两种情形：事实性要件对应的生活事实因证据短缺而在诉讼最终阶段呈现的“事实不清”，以及评价性要件对社会生活事实的涵盖范围不明，或者说具体生活事实是否可归属于评价性要件之下的“归属不定”。如某案件中的具体案情是否构成法律上的“情节严重”，这在评价性要件的判断上比较普遍。对于这两类法律要件是否得以满足的判断，都不能说是单纯的事实或法律问题，而毋宁说是将事实与法律相“连接”的法律适用问题。

[37] Franz Bydinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien/New York 1982, S. 396.

[38] 在法学方法论中，学者更经常使用“涵摄”而非“连接”一词。但我国学者提倡在法学方法论中使用“连接”一词更妥当，理由一是连接包括了涵摄，是涵摄的上位概念。二是连接强调的是动态的、在事实与法律间建立关联的过程。连接强调过程，涵摄是结果，连接最终是为了实现涵摄。三是涵摄作为一个自然的结果不必形成相对独立的环节，而连接可以成为三段论中的一个环节。四是“目光往返流转”在涵摄理论中始终找不到恰当的位置，而正好属于连接的内容。参见王利明：《法学方法论》，中国人民大学出版社2012年版，第218页以下。

[39] 参见〔德〕卡尔·恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社2004年版，第35页。

[40] 参见〔日〕伊藤滋夫：《日本要件事实的思考方法》，载崔建远主编：《民法九人行》第8卷，法律出版社2016年版，第192页。

[41] 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25页。

证明责任制度可以说是为解决疑难事实问题而生，但并非旨在解决案件生活事实的证明问题。从这一角度来说，证明责任绝不是所谓的“事实判断的辅助手段”。德国学者早已表明：“证明责任的功能永远不可能是去帮助法官形成对某个生活事实的心证。”〔42〕案件事实真伪不明是适用证明责任制度的前提与基础，在真伪不明时仍需解决作为法律适用前提的事实条件成就与否问题，通说认为即通过证明责任规范来拟制事实，从而为适用法律铺平道路。

法律适用一般以确定的事实为前提，事实不确定时则通过证明责任规范来解决事实问题，因此证明责任规范就是一个实体法规范要件的补充规范。正是由于证明责任规范补充实体法，使法律规范能够涵盖事实真伪不明的情形，即填补了法律规范调整生活的漏洞与缝隙，证明责任规范由此具有“法”的性质。〔43〕但证明责任规范不是独立的“法”的规范体系，德国学者莱波尔特理解和设想的“双轨制”是不正确的。〔44〕证明责任法服务于案件所拟适用的法部门，由该法的目的宗旨来指引证明责任分配，也即真伪不明时法适用的方向。证明责任是隐而不显的，但它却是所有的法适用的前提，宜以学理解释来指导法官进行法的适用，是法律适用中的精华部分。

总之，证明责任的方法包括真伪不明的认定及处理。其中，真伪不明的认定属于证据问题或事实问题，而此种状态下的最终裁判结果属于法律适用问题。罗氏最初认为，真伪不明时可仅从形式逻辑得出“法律不适用”的结论，因此他的早期理论是不承认存在“证明责任规范”的。但实际上，事实真伪不明时，如果不适用一方当事人主张的法律依据，就要适用对方当事人主张的法律依据，而根本不可能是“不进行任何法律推理”。〔45〕证明责任裁判不是形式逻辑的结果，其本质是下文将阐释的“实质司法权”的行使。

在任何诉讼中，法官的任务均是如何将客观的法律适用于具体的案件。其实德国经典著作均开宗明义：证明责任是法律适用问题，即将抽象法律适用于案件事实的“连接”问题。法律适用的难点不在于逻辑上的三段论推理，而在于法律与事实的“连接”。因此，证明责任属于透过个案反映出来的规范正当性及其隐含的价值选择问题。

三、证明责任规范的内容与本质

我国理论上对证明责任分配的探讨，基本还停留在案件事实有疑点时通过理论探寻“如何分配”证明责任的阶段，尚未深入到其本质拷问“为何如此分配”，因此不能揭示分配方案背后的正当性及其实质价值考量。要使司法实践真正自觉坚持贯彻依“规范说”分配证明责任，就必须深入理解其本质，并回击对“规范说”的“形式主义”的批判与质疑。

〔42〕 前引〔12〕，普维庭书，第87页。

〔43〕 参见陈刚：《证明责任法研究》，中国人民大学出版社2000年版，第156页。

〔44〕 莱波尔特将证明责任规范视为与实体法规范一样的完整规范，所以证明责任规范在他的体系中根本不与实体法发生联系。在这种“双轨制”下，法律规范的数量会成倍增长。参见前引〔12〕，普维庭书，第238页。

〔45〕 案件事实真伪不明不同于案件事实被证伪，认为事实真伪不明时仍可进行三段论推理，犯了“中项不同一”的“四概念”错误。参见雍琦：《法律逻辑学》，法律出版社2004年版，第193页。罗森贝格本人也意识到对“法律不适用说”的批判是成立的，并且在其著作的后来版本中抛弃了这一方法，正式承认证明责任规范的存在。关于罗森贝格《证明责任论》各版本观点的区别，参见前引〔12〕，普维庭书，第224页。

（一）从分配原则到分配规范

在现代证明责任理论体系中，证明责任方法与证明责任规范是可以分开的两个基本问题。证明责任方法回答事实真伪不明时案件如何处理的问题，而证明责任规范则是解决此种情形下如何分配败诉风险或裁判内容如何作出的问题。证明责任规范的内容，亦即证明责任的分配，与上述证明责任理论采取的方法解释问题无关。对证明责任规范的深化认识，要求区分证明责任规范的表现与本质。

从规范表现形式来看，需要注意的是，存在两种容易混淆的“证明责任规范”。一是关于证明责任分配原则的，或者说是证明责任分配的“公式”。如德国民法典第一草案第193条、^[46]我国《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》（法释〔2015〕5号，以下简称“民诉法解释”）第91条。^[47]但严格说来，此类规则并非在实际案件中分配证明责任的规范，而是据以产生证明责任分配规范的原则性规定，或者说是证明责任规范的产生方法。真正的证明责任规范是与实体法规范紧密相连的，是对分配原则的具体化，从内容上说是对个案中事实真伪不明的风险进行分配的裁判规范。我国司法解释也曾试图依案件类型对某些特定要件事实进行证明责任的分配，^[48]但由于此类规定不是直接从实体法规范而来，因此不是完全正确的或严格的证明责任规范。证明责任分配必须不断地跟随实体法的发展和改进，诉讼法上的“闭门造车”是没有前途的。^[49]我国实体法的不断改进充分体现在侵权责任领域。随着侵权责任法公布施行，2001年“证据规定”第4条实际上就已经失效。^[50]完整的证明责任规范必须是以实体法规范（请求权规范或抗辩规范）为基础，并依证明责任分配原则对要件事实真伪不明的风险进行分配，在各国多是一种不成文规范。

如此看来，真正的证明责任分配规范是依附于实体法规范的，是请求权基础规范或抗辩规范的附属规范，而这一规范是按照证明责任分配原则或分配公式得来的。证明责任分配原则确立了分配的形式标准，因此，具体案件类型下如何分配证明责任，可依“公式”这一形式标准进行推演，而要把握证明责任规范的本质，就应当继续追问证明责任分配原则这一形式标准背后的原因。

证明责任规范不是理所当然地从形式逻辑而来的，因此其背后必然有着实质考虑。“修正规范说”正是着力揭示了证明责任规范形式背后的实质依据。大致来说，证明责任“如何分配”与“为何如此分配”基本反映了证明责任的外在表现与本质的关系。而我国学界

[46] 1888年德国民法典第一草案第193条曾明文规定了证明责任分配的一般规则，但该条后来并未成为正式立法。普维庭分析了众多国家证明责任分配的基本规则，得出德国民法典第一草案第193条的基本规则已经明确或默示地为所有的法律秩序所承认，属于所谓的“世界习惯法”的结论。参见前引〔12〕，普维庭书，第368页以下。

[47] 该条规定：“人民法院应当依照下列原则确定举证证明责任的承担，但法律另有规定的除外：（一）主张法律关系存在的当事人，应当对产生该法律关系的基本事实承担举证证明责任；（二）主张法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的当事人，应当对该法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的基本事实承担举证证明责任。”

[48] 如《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（法释〔2001〕33号，以下简称2001年“证据规定”）第5条对合同纠纷的证明责任分配，第4条对八种特殊侵权案件的证明责任分配。该司法解释已于2019年修订（法释〔2019〕19号，后文称2019年“证据规定”）。

[49] 前引〔12〕，普维庭书，第328页。

[50] 2001年“证据规定”第4条对八种特殊侵权案件的证明责任分配分别作出规定，但侵权责任法对这些侵权行为的构成要件、归责原则及抗辩事由皆有所调整。2019年“证据规定”已删除该条。

尚未清楚认识到证明责任分配的形式标准与实质依据之间的内在统一关系，往往将二者对立起来。^[51]

“修正规范说”并没有否认证明责任分配具有众多的实质性依据，而只是反对将实质依据直接作为证明责任分配的一般性原则。证明责任“规范说”提供了分配的形式化“公式”，便利了司法统一操作，但绝不能将它与形式主义划等号。一旦需要对法定的证明责任分配作出解释，或者在出现法律漏洞时需要为法官提供法律续造的起点，就会呼唤这些隐含的实质性依据出场。^[52]证明责任“分配权”还是应当归立法者，“证明责任分配问题不是正确的实质性依据问题，而是一个立法者抉择取舍的问题”。^[53]形式化规则的背后其实隐藏着“成打的实质性目的和价值”，^[54]但形式标准确立后，毕竟就不同于未被整合进实定法当中的某个实质标准，依形式标准能够产生一种权威的规范依据。这种依据通常排斥、无视或至少是弱化出现在判决或行动过程中的、与之相对抗的实质性依据。^[55]

证明责任分配的实质性依据，不是某一两个“原则”，如果依据某些单个“原则”在个案中进行证明责任分配，甚至可能导致分配方向相左。实质性依据不可能是某个个别的标准，而应当是一个价值体系。这类似于中药的“配伍”，各个不同“原则”在具体情形中分别发挥着“主、使、兼、济”等不同功能。“处方”的开具者并非法官，而应当是深思熟虑的立法者。立法者针对不同情形，在统筹各个立法目的与宗旨及具体利益平衡的基础上，予以综合考量。法官考量的只是个案事实与具体情境下的妥适性，而无权改变法律经反复博弈的价值选择。“修正规范说”对证明责任分配的实质依据有深入系统的分析。^[56]

首先，依“进攻者原则”分配，是证明责任分配的中心原则。这一原则的背后考虑，包括保护占有、权利安定性、社会秩序保护、对现状的维护及禁止私力救济等这些现代“依法治国”的基本原则。这些原则表达的其实就是案件事实真伪不明时所有法律的一般性价值取向，代表了法律旨在稳定人们行为期待的一般立场。但应注意，这种一般性价值取向区别于具体实体法规范对于相冲突价值的倾向性选择。进攻者原则的基础性与中心地位也能解释为什么“谁主张、谁举证”作为证明责任的分配原则，似乎永远具有正确性。^[57]

其次，在进攻者原则之外，抽象意义上的公平、公正、诚信、目的性等原则也是证明责任分配的实质性依据。诸如证明危机、诉讼预防和诉讼威慑、当事人武器平等、证明手

[51] 我国诉讼法学界多数学者主张应采纳“规范说”依形式标准分配证明责任，但较少理解形式标准背后的实质依据；民法学界有学者主张证明责任分配应遵循实质性依据，往往又排斥分配的形式标准。代表性文献参见徐涤宇：《民事证明责任分配之解释基准——以物权法第106条为分析文本》，《法学研究》2016年第2期，第98页；胡东海：《民事证明责任分配的实质性原则》，《中国法学》2016年第4期，第287页。

[52] 前引〔12〕，普维庭书，第356页。

[53] 同上书，第356页。对于我国将证明责任配置裁量权授予法官的批判，参见霍海红：《证明责任配置裁量权之反思》，《法学研究》2010年第1期，第98页。

[54] 同上引普维庭书，第379页。

[55] 参见〔美〕P. S. 阿蒂亚、R. S. 萨默斯：《英美法中的形式与实质——法律推理、法律理论和法律制度的比较研究》，金敏等译，中国政法大学出版社2005年版，第2页。

[56] 参见前引〔12〕，普维庭书，第338页以下。

[57] “谁主张、谁举证”作为现代证明责任分配的原则，严格来说并不具有正确性和实际可操作性。相关批判参见胡学军：《证明责任“规范说”理论重述》，《法学家》2017年第1期，第63页。但如从实质依据角度出发，并加以某些限定，则其仍可与现代证明责任分配通说相通。参见胡东海：《“谁主张谁举证”规则的历史变迁与现代运用》，《法学研究》2017年第3期，第107页。

段获得与保护、一般交易保护和交易促进、权利均衡、预防思想、事物的危险性、危险增加、避免消极性证明、抽象盖然性衡量、证明接近、社会保护等，也都属“有待承认的实质性依据”。这些原则与上述中心原则的区别在于，它们是维护和加强各实体法立法目的的实质性依据。实际上，证明责任分配的实质性依据是无法穷尽的，而且这些依据的概念并不精确，相互之间难免交叉。如果对实质性依据也用一个公式表达，那就是“遇疑问时有利于立法目的”。

最后，具体情形下的公平、公正属于与个案相关的具体情境性因素，包括当事人地位、当事人举证能力、具体盖然性、证明妨碍、经验法则、法官裁量等因素，属于举证困难时转换具体举证责任的依据。如果误将其当成证明责任分配的实质性依据，则属于在这一问题上的不当考量。

而且，不同实质性“原则”在对证明责任分配的“作用力”方向上并不总是一致，实践中如单纯偏重于某一个实质原则，就可能导致丧失对“公正”的平衡把握。特定原则在不同时代或不同社会思潮下，也可能发生不同侧重。如医疗侵权中因果关系与过错、环境法中因果关系等要件的证明责任分配，消费者法中消费者的认定及惩罚性赔偿的适用，如果从特定社会思潮（如医疗促进、消费者运动、环保主义）的立场来看，则总不外乎在“保守”与“激进”之间游移，而通过证明责任分配的技术可实现法律对社会意识形态的相对稳定贯彻。

“规范说”并非否认证明责任分配存在实质标准，但仍坚持形式标准，其好处显而易见：实质标准可以作为决定形式标准的依据，在立法论层面上加以探讨，是学术研究的对象；形式标准是司法层面上法律适用的操作性规则，有利于法律适用的统一与提升司法效率。“规范说”之所以成为我国通说，主要在于其所坚持的形式标准对于我国现阶段的司法实践具有重要的应用价值与现实意义。在观念上不应总是将形式与实质对立起来，二者实际上是可以统一的。

在形式标准与实质标准能够较好地契合统一时，证明责任分配在司法过程中一般不需要特别讨论，而只需进行“识别”。而在形式标准反对或违背实质标准时，证明责任分配的探讨就属于典型的法律问题，并成为由法律实践引发法律议论，从而推动法律成长、变动的契机。例如，侵权法归责原则之从过错责任到过错推定及严格责任（无过错责任）的发展，就是通过实体规范上对构成要件的调整这一立法技术来实现的。过错责任到过错推定，是通过立法层面“过错”要件的证明责任“倒置”来实现的，而到严格责任，则是通过从正面规定“过错”要件到反面规定“免责事由”这一权利妨碍要件，来实现放弃将加害人的心理状态作为构成要件，摆脱对于这一疑难事实的证明与认定，从而实现法律价值取向的悄然调整。

总之，按照证明责任分配之形式与实质标准的统一，立法时充分考量实质标准并依此安排法律规范之要件表述及规范构造，以为司法提供相对清晰的指引；司法时透过形式标准来理解贯彻或反思法律之实质价值选择。

如果抛开实体法规范形式与证明责任分配“公式”，人们可以采用一种更简单的“验算”方法来把握证明责任规范的本质：在证明责任分配存疑时，随时回到证明责任分配问

题的出发点。此种方法也就是通过对案件具体事实情形设立假想的“无知之幕”，^[58]再通过提问案件裁判“此时应倾向于谁”，来检验证明责任分配的正当性。由于个案特定情境性因素完全被屏蔽，此时的考量就更能体现证明责任分配的本质。

（二）证明责任分配规范的本质

只有在对证明责任方法及证明责任分配形式与实质依据之关系的正确认识的基础上，才能更深刻地理解德国学者关于证明责任规范本质的论述。普氏明确阐明：“客观证明责任的本质就是通过法律拟制将实体法扩大适用于真伪不明领域。”^[59]而拟制的具体途径是通过证明责任规范将某个陷于认定困境的要件事实拟制为“不存在”或例外情形下拟制为“存在”。证明责任规范的本质就是在要件事实真伪不明的情况下对于待适用法律规范的补充规范。证明责任规范与这些实体法规范紧密相连并且从中而来，这就是对它的实体评价和衡量。^[60]如果继续追问为何要在真伪不明时扩张适用实体法规范，则答案就是在遇有事实真伪不明情形时，现代司法不允许拒绝裁判，因此必须依实体法的价值取向来应对法律未明确规范的情形，也就是依立法者的价值权衡来处理事实真伪不明的案件。因此，证明责任制度其实为疑难案件架起了一座从事实到法律、从技术到价值的桥梁。从这个角度才能真正理解和把握现代证明责任制度的本质。

从本质上看，证明责任规范不外乎实体法规范的事实构成要件。^[61]这也可支持通说认为的证明责任“乃是关于法律适用问题”这个命题。这同时表明，证明责任系“在真伪不明时不适用法律规范”这个命题已经走到了尽头。^[62]客观证明责任的本质就是通过拟制将实体法扩大适用于真伪不明领域，证明责任规范就是一个法律要件的补充规范。证明责任规范是辅助规范，是不完整的法律规范，因为它不能单独适用。只有将实体法规范要件中的一个真伪不明的生活事实与证明责任规范结合起来，才能从完整的法律规范中得出司法上的法律后果。^[63]证明责任规范对当事人也间接地具有实体法的意义，因而构成了一种次要的实体法归属规范，并也以此辅助性地包含了当事人的行为规范。^[64]

当然，证明责任规范的行为规范功能只是作为本质上的法官裁判规范的反射，但又不能将证明责任规范理解为独立的裁判规范，以为证明责任规范能使法官消灭真伪不明，从而使判决成为可能。克服真伪不明的方法不属于证明责任规范的内容，它的本质是一种“操作规则”。所有证明责任规范只包含证明责任的分配而永远不可能包含方法论问题。^[65]从这一视角来说，“民诉法解释”第108条并不属于证明责任规范，^[66]况且该条规定本身

[58] “无知之幕”（veil of ignorance）本是美国政治哲学家约翰·罗尔斯（John Rawls）在《正义论》中提出的一个著名的思想实验。本文借用这一理论，意在说明证明责任分配时如果屏蔽所有个案情境性因素，则更能体现证明责任分配的实质性依据。参见[美]约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社2009年版，第105页以下。

[59] 前引[12]，普维庭书，第237页。

[60] 同上书，第244页。

[61] 参见前引[15]，罗森贝格等书，第855页。

[62] 前引[12]，普维庭书，第237页。

[63] 同上书，第237页。

[64] 参见前引[15]，罗森贝格等书，第855页。

[65] 前引[12]，普维庭书，第234页。

[66] 该条规定：“对负有举证证明责任的当事人提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，确信待证事实的存在具有高度可能性的，应当认定该事实存在。对一方当事人反驳负有举证证明责任的当事人所主张事实而提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，认为待证事实真伪不明的，应当认定该事实不存在。”

也是值得商榷的，因为并不能总是将真伪不明的案件事实一律视为“不存在”。按照具体证明责任分配的不同，有时是肯定的虚拟，有时是否定的虚拟。^{〔67〕}如在善意取得案件中事实真伪不明时，法官就应对善意要件作积极肯定的虚拟。^{〔68〕}

“修正规范说”的基本观点就是法官必须对真伪不明的要件事实按照法律规范的目的进行修补。证明责任的分配源于实体法，应当将证明责任规范视为实体法规范的必要补充，或者说证明责任的分配是一个实体法规范的一个特别法律要件。因此，证明责任在诉讼过程中根本不可能发生“倒置”或“转换”，因为证明责任分配的改变也就意味着实体法的改变。

在证明责任规范的本质问题上，必须将证明责任规范归入事实真伪不明所联系的要件事实的法律所属的法律领域。证明责任规范决定了法官评价的实质内容，而不是决定了判决的“程序”。^{〔69〕}在实体法的要件事实真伪不明时，通过证明责任判决的风险分配只能来自于实体法，它与诉讼法的“服务功能”完全不一样。证明责任判决不是直接来自于实体法的推理，而是来自于实体法及作为实体法补充与附属规范之所谓“证明责任法”，证明责任判决的本质是与事实状况完全分离的风险判决。^{〔70〕}

由此也可以看出，我国的证明责任研究可能长期存在一种“场域错误”：讨论证明责任分配的方式不应是在个案中（事实认定疑难案件）。在个案中讨论证明责任分配，由于失去“无知之幕”的屏蔽，总是容易被各种特定情境因素所干扰。甚至也不应是基于类案讨论证明责任分配，而应该更为抽象地讨论实体法律规范构造及其规范表达方式。也许恰当的方式就是“法律评注”（从法条出发的抽象层面），而且我国学界已经开始这么做了。近年的法律评注中，证明责任分配是实体法规范评注中比较固定的内容。^{〔71〕}

证明责任分配是实现个案公正与相关法律规范发展的核心议题，是在法律实践过程中，彰显或反思法律价值取向与立法技术的“后视镜”，从而调整法律的方向，使其更好地成长。从这个意义来看，证明责任分配的讨论不仅是法律适用的一部分，也是法律成长的一部分，证明责任在法律理论研究中长期焕发其魅力，并值得成为法学研究的永恒论题。

四、证明责任制度的生成与功能

（一）司法对疑难案件处置办法之比较

证明责任制度既不是自古有之，也并非放之四海而皆准。具有绝对性与普适性的是司法中事实认定困境与法律规范的抽象性导致个案中的法律适用困境。不同时代、不同地区文化背景下对此的处置方法各异。近年来，比较法研究领域有一种日益明显的趋势，即比

〔67〕 前引〔12〕，普维庭书，第231页。

〔68〕 同上书，第232页。对我国善意取得案件证明责任分配的分析，也可以得出同样的结论。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，第149页。

〔69〕 同上引普维庭书，第244页。

〔70〕 同上书，第243页。

〔71〕 《法学家》杂志从2016年起，发表了多篇针对物权法、合同法具体条文的评注类文章。在此类文章中，“举证责任”是针对条文分析评注的一个固定内容。代表性文献参见朱庆育：《〈合同法〉第52条第5项评注》，《法学家》2016年第3期，第153页。

较法研究的重点不应是法律规则,而应是法律话语、法律人对待法律的方式以及采用的推理方法。〔72〕只有透过概念术语的迷雾,从制度功能的实质来把握这些制度与理论的本质,才能看到不同时代、不同民族司法制度的不同做法在比较法意义上的差异与实质相通之处。虽然我国古代直到晚清变法修律引入西方现代法制之前,从未有类似于证明责任的相关概念,但不能说证明责任理论在这里没有生存的土壤。无论古今中外,案件证据短缺、事实难以认定都是司法中一定会遇到的实际困难。对于历史或现实中种种有关“克服真伪不明的道路”或“真伪不明的处置办法”,〔73〕如借用韦伯的“理念类型”分析方法,则可宏观比较其间的路径差异。〔74〕

首先,在韦伯界定的“形式非理性”时期的古代,其司法裁判方法包括“神明裁判”和“决斗”。这种方式下的案件事实认定与法律适用尚未得到清楚界分,事实真伪不明并未获得独立地位与法律意义。这是一种所谓“程序形式主义”的做法,〔75〕显然不受人理性支配,〔76〕将之归于“形式非理性”的方法,当无异议。

其次,现代法治产生之前的各种文化中均存在多种“实质非理性”的处理方法。罗马法上,对案件事实出现争议的,往往根据当事人的品格证据来加以判断。〔77〕作为英国普通法主要程序特征的现代陪审制度,由作为法律外行的陪审团根据常识来对案件事实作出统一的判断,并且确立了所谓“陪审团得藐视现行法律”(Jury Nullification)的原则,〔78〕也体现出其“实质非理性”的特征。

古代中国虽然没有产生过类似“证明责任”的概念,也不存在“当事人主义”诉讼模式,但作为古代司法化解事实认定困境智慧经验的“海瑞定理”,与现代客观证明责任制度在功能方面却也有实质相通之处。〔79〕海瑞作为洞察生活的“清官”,并不拘泥于当时实定法,以其模糊感知的“强劲的经济逻辑”来化解事实认定困境,显然是一种“实质”的

〔72〕 参见〔比〕马克·范·胡克、马克·沃林顿:《法律文化、法律范式与法律学说——迈向一种新的比较法研究模式》,载〔比〕马克·范·胡克主编:《比较法的认识论与方法论》,魏磊杰、朱志昊译,法律出版社2012年版,第93页。

〔73〕 学界对于各种有关“克服真伪不明的道路”或“真伪不明的处置办法”的考察,可参见前引〔12〕,普维庭书,第177页以下;李浩:《事实真伪不明处置办法之比较》,《法商研究》2005年第3期,第104页;张永泉:《论诉讼上之真伪不明及其克服》,《法学评论》2005年第2期,第26页;张其山:《真伪不明时的法律适用》,《法学论坛》2011年第3期,第118页。

〔74〕 韦伯语境中“形式”和“实质”的涵义比较丰富,且随语境多有微妙变化。此处借用这对概念,主要将“形式”(formality)理解为裁判“使用内在于法律体系的决断标准”,而“实质”则是裁判依据不仅限于法律,也考虑法律之外的其他社会规范与价值。而“理性”与“非理性”,则涉及合理性(rationality)的有无及程度。合理性程度是指法律规范能够普遍与广泛地应用到涉及的人与事之程度。参见洪镛德:《法律社会学》,扬智文化出版社2001年版,第186页以下。

〔75〕 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。

〔76〕 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。

〔77〕 罗马法上的“举证责任”制度并非解决事实的真伪不明,而是解决法律规范的不完备。See Alfredo Mordechai Rabello, *Non Liquet: From Modern Law to Roman Law*, 10 Annual Survey of International & Comparative Law 1 (2004).

〔78〕 参见刘为:《为什么是英国:有限政府的起源》,浙江大学出版社2019年版,第76页。

〔79〕 作为中国古代司法官员的代表,明代地方行政官员海瑞对其司法裁判经验的概括有这样一段话:“窃谓凡讼之可疑者,与其屈兄,宁屈其弟;与其屈叔伯,宁屈其姪;与其屈贫民,宁屈富民;与其屈愚直,宁屈刁顽。事在争产业,与其屈小民,宁屈乡宦,以救弊也。事在争言貌,与其屈乡宦,宁屈小民,以存体也。”苏力将之概括为“海瑞定理”。对该定理的代表性分析,参见苏力:《“海瑞定理”的经济学解读》,《中国社会科学》2006年第6期,第116页;桑本谦:《疑案判决的经济学原则分析》,《中国社会科学》2008年第4期,第108页。

方法。由于科举制的官员选任程序加之对精英政治的美德要求就是审慎、缜密、分寸感有时甚至就是保守，^[80]这或许也会促进在处理案件时形成相对统一的司法尺度（而非明文规范），但此种过分依赖裁判者品行与感觉的司法不具有可普遍性，极易滑入实质非理性的轨道。

再次，形式理性的处理机制有一个发展过程。在不同处理方式下，“理性”的表现形式或等级不同。如认识到案件事实当前无法认定从而采取“搁置判决”（包括作出无实质既判力的判决）的方法，相对于之前的神明裁判等完全排除真伪不明情形的处理方法来说，体现了初级的理性；而通过法律规范的特殊安排来化解真伪不明困境，则体现了“有限形式理性”。这种特殊规范既包括程序法律制度上的强制性证明规则，也包括实体法规范上的法律推定、法律拟制或将真伪不明纳入法律要件。即使在现代证明责任理论产生之后，诸多证明责任视野之外的“替代办法”，虽均可归为“形式理性”的方法，但此诸多方法的适用条件往往难以精确界定，各种方法之间互相竞争本身也使得这些方法在“形式理性”上仍然有限，因为这些规范不太可能具有普遍性或普适性。^[81]

相较之下，能够作为真伪不明情形下的一般性克服方法的是现代证明责任理论，但不同证明责任学说对此的解释在合理性上仍有重要区别。莱昂哈特的“证明说”和罗森贝克的“不适用规范说”显然是完全“形式”的，但仍属一种“不完全理性”的方法，因为理性的核心是逻辑，而这种对于真伪不明情形下可以不借助特殊的辅助手段来裁判的方法论解释其实仍然存在逻辑欠缺。^[82]只有在作为现代大陆法系证明责任理论通说的“规范说”下，对于真伪不明的处理方式及其解释方法才完全符合“形式理性”的特征。“规范说”的形式理性不仅表现在其以“完美无缺”的成文法典为其适用的基础，而且其在方法论上填补了真伪不明情形下法律规范存在的司法漏洞。

最后，对“规范说”过分“形式性”的批判，使证明责任理论引入了注重“实质性”的诸种学说，可统称为“反规范说”的证明责任理论，其在方法上的共同点在于主张依据某一个或多个“实质性”原则来分配败诉风险。这些学说包括依法官裁判分配证明责任的“司法裁量说”、依危险领域分配证明责任的“危险领域说”、依事物盖然性分配证明责任的“盖然性说”等。此类“实质理性”的方法所遵循的分配败诉风险的标准，不属于法律体系本身，而是也吸纳了其他社会规范体系的考量。虽然人们确实可以从这些非法律本身的标准出发来较合理地理解这些处理方法，但这种合理理解的程度有限。把体系外的概念转换成法律体系内的规则，常常不易准确掌握，其间的变化与差错可能很大，尤其在非“同质化”的现代社会，更可能失去司法的统一性与可预测性。

综上所述，证明责任制度是近代法律形式理性化的产物与典型体现。案件事实模糊与法律不完备是任何历史时期皆存在的问题，对这个问题的处置办法最能体现不同时代司法的特质。世界上的不同民族在历史上都曾采取形式非理性或实质非理性的处理方式，而形

[80] 参见苏力：《大国宪制——历史中国的制度构成》，北京大学出版社2018年版，第421页。

[81] 这些“替代办法”具体包括法官依经验对案件事实予以认定、对某方当事人课以事实查明义务、由当事人分摊风险、法官估价、降低证明度、对法律的选择性认定、吸收要件、分级关系处理等等。参见前引〔12〕，普维庭书，第189页以下。其实，从产生的时间顺序来看，毋宁说证明责任是之前的诸种方法的统一替代制度。

[82] 对这两种方法的批判，参见上引普维庭书，第200页以下。

式理性的证明责任制度相较而言是最符合现代工商业社会与现代司法规律的。这一制度与理论的发展过程,也就是从拒绝承认真伪不明到承认真伪不明、从不承认证明责任规范的存在到承认证明责任规范、从证明责任规范的形式依据遵循到证明责任规范的实质依据探寻的过程。

(二) 证明责任制度的实质功能

正如李浩教授所言,客观证明责任很难通过法律条文进行规定,因为本质与现象或表象相比,原本就更抽象、更深奥,也更难用文字表达。^[83]相对于本质而言,现象或表象可通过经验感知,是“情境依赖”的。虽然之前有学者从诸多功能角度来认识证明责任制度,但证明责任的“行为指引”功能、“效率促进”功能、“制度与观念批判”功能^[84]及“民事案件裁判方法”功能,^[85]皆只是我国学者在特定时期对现代证明责任制度所能发挥的某方面效用的认识。而事物本质则是“场域永恒”的,更值得我们不断追问与求索。虽然我国此前的证明责任研究者一定程度上揭示了证明责任制度的本质,但证明责任理论与实践在当今中国仍在不断发展之中,对证明责任制度本质的探讨也不应止步。

无论采取何种学说,可以说证明责任制度的本质就是诉讼的风险负担规则,风险的本质是事物的不确定性,证明责任的风险属性包括对案件事实事后认识的不确定性与法律规范调整社会生活的非周延性。证明责任制度解决的是不确定性风险下的确定裁判问题,其方法是以法律的价值取向弥补认知困境与规范漏洞,是通过规范理性挤压此前不合理的自由裁量,以“实质司法权”统一裁判规则,^[86]是现代精致化司法的最精巧的设计。证明责任的本质反映了现代法治国家极力强调的法的安定性、法的可预测性及司法信赖性原则。^[87]证明责任与法治的这种天然联系可能在相当程度上解释了为什么证明责任直到现代才被人们所认识并开始取得独立地位。^[88]

在“规范说”理论下,证明责任制度的本质即通过立法解释权来挤压司法裁量权,是介乎立法与司法权之间的所谓“实质司法权”。通过预定的证明责任分配以统一法律适用,可促进疑案的类型化统一处理。可以说,“规范说”下证明责任制度最深层的本质就是以法律价值权衡化解事实认知模糊状态,化消极无解之事实判断为积极的法律价值引导,从而为社会树立法律的精神引领,彰显或强化法律对社会的抽象规范功能(“教化”功能)。西方近代产生的这一理论与我国差不多同时期出现的“海瑞定理”所体现的根据规范的价值取向来决断事实模糊不清的处理方案,殊途同归。从这一角度来看,证明责任确实可理解为普维庭所谓“在任何诉讼、任何诉讼种类并且在任何国家的法律体系中都可能面临的一

[83] 参见前引〔10〕,李浩文,第6页。

[84] 有学者认为“证明责任的功能,远比我们认识的多”。但其本质只能是其中之一,其他均为派生功能。参见前引〔22〕,霍海红书,第1页。

[85] 参见前引〔4〕,肖建华等文,第44页;前引〔4〕,周成泓文,第92页。

[86] “实质司法权(Materielles Justizrecht)”是德国学者J.戈尔德施密特提出的一种理论,认为国家司法提供的权利保护既不是私法的一部分,也不是诉讼法的一部分,而是介于二者之间的一种司法权。也就是说,实质司法权依据的是一种观念设想中的特别规范,借助于这个特别规范,法官可以把仅仅在个体间有效的实体私法作为公法上的国家权力来应用。只要实体私法规定了公民的义务,那么,法官根据这种司法权就可以帮助公民,作出与私法上的义务相应的判决。参见前引〔12〕,普维庭书,第225页。

[87] 参见前引〔43〕,陈刚书,第9页。

[88] 参见前引〔22〕,霍海红书,第1页。

个基本问题”。〔89〕

证明责任的复杂性在于其多重“跨界”性，既处于“事实”与“规范”之间，又处于“立法”与“司法”之间，还可以说处于“程序”与“实体”之间。对其的进一步准确定位，需要对这些二元对立领域作进一步细分。在德国学者看来，作为典型私法的民法是调整民事主体之间关系的行为规范体系，而私法作为裁判规范的功能不过是其“不成文的镜像”，由此法官可对当事人的行为进行判断，这就是戈尔德施密特与基普所谓的“实质司法权”。正是作为私法伴生现象的裁判法，规定了法官判断的内容。而证明责任正可归于此种“裁判法”。〔90〕在此种观念下，裁判法就是“调整个人与负有权利保护义务的国家之间的关系的法律规则的总称”，其性质由此“脱私人公”。〔91〕国家的权利保护既不是私法的一部分，也不是诉讼法的一部分，而是介于二者之间的一种司法权。实质司法权的一个重要组成部分就是对私法上的有关事实的证明要求，因此证明责任规范也就具备了“裁判法”的本质。〔92〕我国近期有学者提倡复兴由萨维尼提出的“实质诉讼法”理论，在此种法律规范细分的视野下，证明责任属于实质诉讼法规定的诉讼责任，证明责任规范属于实质诉讼法规范。〔93〕

Abstract: The essence of the concept of burden of proof is the objective burden of proof, the subjective abstract burden of proof is the appearance of objective burden of proof, and the concrete burden of proof is the false appearance of burden of proof. Under the methodology of “normative theory”, burden of proof is neither a matter of fact nor a pure matter of law, but a question of “application of law”, which links facts with law. Norms of burden of proof should come directly from the norms of substantive law, and their essences are supplementary norms of the norms of substantive law. Modern burden of proof is a kind of formal rational system aimed at overcoming the difficulties resulting from unclear facts of a case. Its deepest essence is to solve the fuzzy state of fact cognition by weighing legal values and turn negative and unsolved fact judgments into positive legal value guidance.

Key Words: burden of proof, objective burden of proof, subjective abstract burden of proof, norms of burden of proof

〔89〕 前引〔12〕，普维庭书，中文版序。

〔90〕 参见前引〔30〕，罗森贝书，第101页以下。Justizrecht可译为“司法权”，罗森贝书中译为“裁判法”。

〔91〕 参见陈刚：《实质诉讼法的“脱私人公”过程及其复兴意义——以温德沙伊德〈当代法意识下的罗马私法之诉〉的解读为主线》，《法律科学》2020年第1期，第82页。

〔92〕 参见前引〔12〕，普维庭书，第225页。

〔93〕 参见陈刚：《民事实质诉讼法论》，《法学研究》2018年第6期，第128页。