

证明责任倒置的方法论问题

——以善意取得的证明责任之争为例

吴泽勇

【摘要】严格意义上的证明责任倒置是指法官对立法确定的证明责任分配方案的偏离。证明责任倒置在实体法上转移要件事实真伪不明时的败诉风险,在程序法上重塑事实审的结构,与证明困境缓解存在本质区别。立法确定的证明责任分配可通过法律解释被发现,但是证明责任倒置逾越了规范的文义边界,在方法论上只能被理解为法律续造。因此,证明责任倒置的建议者需要证明现行法在证明责任分配上存在漏洞,并且这种漏洞无法通过证明困境缓解策略化解。然而,在我国,无论是学者还是司法解释起草者关于善意取得证明责任倒置的论述,都远远没有达到这种要求。澄清证明责任倒置的法律续造性质并明确其论证负担,旨在强调证明责任分配的规范性特征,捍卫民事实体法的安定性。

【关键词】证明责任倒置;证明困境缓解;法律续造;法律解释;善意取得

【作者简介】吴泽勇,华东师范大学法学院教授、博士生导师。

【原文出处】《法制与社会发展》(长春),2024.1.164~181

【基金项目】本文系国家社会科学基金一般项目“《民法典》实施中的证明责任疑难问题研究”(22BFX050)的阶段性成果。

引言

在证明责任理论中,最具实务重要性的非证明责任分配莫属。在有关实体法规范证明责任分配的讨论中,“证明责任倒置”是频繁出现的关键词。但凡一个要件事实看上去不容易被证明,或其证明责任分配在司法实践中出现争议,就会有论者建议倒置其证明责任。一个典型的例子是善意取得制度中善意要件的证明责任。就该问题,有民法学者认为,我们不应拘泥于规范说的解释结果,而应从善意取得制度的规范目的出发,将善意要件的证明责任分配给所有权人。与之相对,民事诉讼法学者则认为,《物权法》第106条通过其文义表达,已经清晰分配了证明责任,我们没有必要也没有理由作上述调整。^①

如果我们用“文义说”归纳诉讼法学者的立场,那么实体法学者的观点不妨被表达为“倒置说”。因为对于诉讼法学者从立法文本中提炼出来的证明责任分配方案,实体法学者的观点无非就是建议倒置善意要件的证明责任。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释(一)》(法释[2016]5号)(以下简称《物权法解释(一)》)第15条似乎采纳了“倒置说”的立场。^②然而,令人困惑的是,《民法典》第311条几乎原封不动地继受了《物权法》第106条。^③基于《民法典》的该选择,“文义说”支持者在最新发表的论文中认为,既然立法者无意改变善意要件的证明责任分配,那么我们仍应坚持善意要件由受让人证明的立

场。^④该结论是否成立或可被讨论,但是一个不争的事实是,对该问题的教义学争论仍未终结。

本文的重点不是对上述议题展开新一轮的讨论,而是反思这类讨论中的一个方法论问题。正如文章开头提到的,证明责任倒置的建议在我国经常出现,不仅出现在学术著作中,而且出现在司法解释中。如果我们认为证明责任分配在实体法上很重要,那么倒置一个权利构成要件的证明责任自然也很重要。面对这样一个法学领域的重要操作,我们需要关注它的性质、条件和论证规则。基于这种认识,本文依次讨论三个问题:首先,什么是证明责任倒置?证明责任倒置的后果是什么?其次,证明责任倒置在方法论上的定位是什么?定位应该遵循怎样的标准?最后,善意取得证明责任“倒置说”是否完成了必要的论证?基于这样的问题意识,本文虽然围绕善意取得展开,但是不打算为该制度的解释提供更多论据。^⑤本文的核心议题毋宁是:若在教义学上主张一种证明责任倒置的观点,究竟应当承担什么样的论证负担?笔者认为,这一议题的澄清对我国的证明责任研究具有普遍的方法论意义。

一、证明责任倒置的内涵界定

证明责任倒置是什么?证明责任倒置会产生哪些法律后果?证明责任倒置与证明困境缓解是什么关系?对于这些议题,国内学界迄今缺乏必要的讨论。没有对这些问题的澄清,从方法论上对证明责任倒置展开讨论是不可能的。

(一)“证明责任倒置”的多样面孔

法律人经常使用“证明责任倒置”这一概念,但是使用方式不尽相同。证明责任倒置可能是指,与证明责任基础规则(Grundregel)不同的证明责任特殊规则(Sonderregel);它也可能是指,法官在特定案件类型中,对立法确定的证明责任分配方案的偏离;它还可能是指,法官根据个案情形,在裁判中适用与立法规定不同的证明责任分配方法。^⑥

按照第一种使用方法,在《民法典》中适用过错推定原则的那些侵权类型中,过错要件的证明责任均被“倒置”。在环境侵权中,因果关系要件的证明责任也被“倒置”。这种使用方法相当普遍,却不严谨。因为证明责任作为实体法的风险分配机制,本来就是由立法者决定的。根据立法者的决定,由权利人证明行为人有过错,还是由行为人证明自己无过错,在方法论上并无“本末”之分。第一种使用方法的证明责任倒置表达的意思无非是,某个规范规定的证明责任分配方法“与大多数情况不同”,但仅此而已。

第三种使用方法的证明责任倒置一般被禁止。这是因为证明责任裁判在性质上属于法律适用,法官作为法律适用者不能因为个案改变规则。在法治国家,基于司法权与立法权的分野,第三种使用方法的证明责任倒置不被允许。^⑦

第二种使用方法与第三种使用方法的区别是,第二种使用方法的证明责任倒置不针对个案,而针对类案,即针对所有同类情况,确定一个与现行法不同的证明责任分配方案。像所有的法律适用活动一样,证明责任的分配不是机械的。如果法官发现实体法确立的证明责任分配规范在实践中明显不公,那么法官有权通过特定法律适用方法的运用,作出偏离立法文本的证明责任分配决定。因为涉及对现行法的背离,^⑧第二种使用方法的证明责任倒置才是方法论上真正需要被讨论的。

本文讨论的就是第二种使用方法的证明责任倒置。我们认为,在关于善意取得的证明责任的讨论中,主张由所有权人证明受让人非善意的观点就是这种意义上的证明责任倒置。

(二)证明责任倒置的后果

1. 实体法后果

证明责任是实体法的风险分配机制,倒置证明责任的主要影响当然就是风险分配的改变。一个要

件事实的证明责任从由一方当事人负担,到由对方当事人负担,最根本的影响是该要件事实真伪不明时的败诉风险发生了转移。以善意取得制度为例,如果善意要件由受让人证明,那么当该要件真伪不明时,善意取得无法成立;反之,如果由所有权人证明受让人非善意,那么当该要件真伪不明时,善意取得成立。要件事实真伪不明时的败诉风险转移,是证明责任倒置的直接后果,也是讨论证明责任倒置问题的出发点。

一个要件事实的证明责任被倒置,还意味着该要件的性质发生了改变。仍以善意取得为例,在受让人证明自己善意的情况下,善意是善意取得的权利成立要件;在所有权人证明受让人非善意的情况下,非善意是善意取得的权利妨碍要件。在这个意义上,建议倒置善意要件的证明责任,其实就是建议将善意要件由善意取得的权利成立要件变为权利妨碍要件。

2. 程序法后果

作为实体法上的裁判规范,证明责任只在事实审终结但是要件事实真伪不明的场景中发挥作用。然而,如果我们认为证明责任制度的影响仅限于审理终结的那一刻,就失之片面了。通过与自由心证、证明标准等制度结合,证明责任分配实际上决定了整个事实审的结构。以善意取得制度为例,如果受让人对善意要件负证明责任,那么当“其是否知道处分人没有处分权”成为案件的争点时,受让人需要首先举证。这种证明至少需要达到让法官初步相信受让人不知道处分人无权处分的程度,否则所有权人不需要举证。此时所有权人的证明活动作为反证,只需要让法官认为受让人不知情这一事实真伪不明即可。如果所有权人的证明达到这种程度,那么提供证据的责任将再次回到受让人一方。提供证据的责任也许要经历多轮转换,直到诉讼终结时,法官才需要根据全部证据和事实,对受让人是否知情这一

争点作出判断。如果法官认为该事实没有达到高度盖然性,那么法官就会拒绝受让人的善意取得主张。可见,作为负证明责任的当事人,受让人在整个事实调查中处于“攻击方”的角色;作为相对方的所有权人,则处于“防御方”的角色。一旦善意要件的证明责任倒置,双方的角色就将互换,所有权人作为证据调查中的“攻击方”,将要证明受让人知道处分人没有处分权的事实达到高度盖然性。这意味着,负责事实审的法官评价的客体由“对善意的证明”变为“对非善意的证明”;同时也意味着,在事实调查中承担主要举证负担的人由受让人变为所有权人。

证明责任倒置的程序法后果不限于此。如上文所述,证明责任倒置的实体法后果是将一个要件由权利成立要件变为权利妨碍要件。在一个以判定权利存否为目标的审理活动中,权利成立要件和权利妨碍要件的地位不同,审理的顺序也不同。权利成立要件对一个权利效果的发生具有基础性意义,因此在任何时候都必须被首先审理;权利妨碍要件不具有这种基础性,只需要在权利成立要件已经确定成立,但是相对方提出抗辩时,才需要被启动调查。^⑧这种观点就是日本学者伊藤兹夫提出的“开放理论”,^⑨我们不妨用非单调逻辑^⑩或可废止性推理^⑪来解释该观点的逻辑特征。该观点的正当性根源则在于民事审判的合理性和效率性。基于上述原理,在善意要件作为善意取得权利成立要件的情况下,当受让人主张善意取得时,法官必须首先审理其是否为善意。如果这一事实未得确认,那么善意取得就无法被认可。在善意要件的证明责任被倒置给所有权人的情况下,法官不需要首先审理这一要件。为了判断善意取得是否成立,法官只需要审理不动产是否登记、动产是否交付,以及受让人是否支付了合理对价。当这两个事实被确认,法官就可以初步认定善意取得成立。对于受让人是否为善意这一事实,只有当前述事实已经确定,并且所有权人提出受

让人非善意的抗辩时,法官才需要审理。换言之,此时的善意要件已经由成立善意取得的必备条件,变为例外情况下善意取得法律效果的免除条件。

(三)证明责任倒置与证明困境缓解的区分

一个流传甚广但很少经受检验的认识是,倒置某个要件的证明责任,可以避免该要件难以被证明的尴尬处境。这是许多证明责任倒置建议被提出的动因。然而,由上文分析可知,证明责任倒置的直接后果是改变了实体法的风险分配结构,间接后果则是重塑了事实审的结构。那么,证明责任倒置可否被用于缓解要件事实的证明困境?对此我们尚需进一步讨论。

德国联邦最高法院一度认为,对于处于证明困境的证明责任人,可以采用“证明减轻直至证明责任倒置”的策略保护。该观点最早出现在医疗侵权纠纷领域,^③后来逐渐扩展到行政机关安置无家可归之人时的文件管理义务(Dokumentationspflicht)、^④医疗以及产品责任领域的检查结果保全义务(Befundsiicherungspflicht),^⑤尤其在证明妨碍领域被一般性地采用。^⑥按照该观点,证明责任倒置与各种证明困境缓解策略没有本质区别,前者就是后者的“最高版本”。^⑦然而,该观点在民事诉讼法学界遭到广泛批评。^⑧学者认为,诸如表见证明、事实推定之类的证明困境缓解策略属于证据法上的制度,该制度的目的在于帮助法官对待证事实形成心证。证明责任是实体法上的裁判规范,证明责任倒置属于对实体法规范的改变。因此,证明减轻可能改变具体举证责任的分配,即以让本证被视作已完成的方式,将具体举证责任“倒置”给对方当事人,但是绝不可能倒置客观证明责任。^⑨从2004年的“骨盆骨折案”^⑩开始,德国联邦最高法院放弃了“证明减轻直至证明责任倒置”的观点。^⑪

本文认为,从性质上看,证明困境缓解与证明责任倒置确有不同。前者的任务是在疑难案件中为法

官提供技术性手段,让法官更容易形成心证,避免大量案件陷入真伪不明的状况;后者改变了真伪不明时的裁判规则。理论上,无论我们在诉讼中采用多少证明困境缓解策略,都不可能完全避免要件事实真伪不明的现象出现。例如,在善意取得制度中,如果我们认为善意要件难以被证明,那么我们当然可以建议法官采用表见证明、事实推定等证明困境缓解策略。然而,这些策略只会减少善意要件真伪不明出现的频率,不会改变善意要件真伪不明时的裁判结果。能改变这类案件结果的只有证明责任倒置。因此,证明困境缓解与证明责任倒置在方法论上有重大区别,不宜混淆。“证明减轻直至证明责任倒置”的说法并不恰当,因为沿着证明困境缓解的道路走再远,我们都不会到达证明责任倒置的终点。

二、证明责任倒置的方法论定位

作为法律适用者或解释者对“立法确定的证明责任分配方法的偏离”,证明责任倒置在方法论上应被如何定性?换言之,证明责任倒置究竟是属于狭义法律解释的一种,还是已经超越法律解释,成为法律续造?我们需要在中国法的语境中作出对此问题的回答。

(一)确定证明责任的方法

从语义上看,“倒置”是对“正置”的背反。既然证明责任倒置是对立法确定的证明责任分配方案的偏离,那么在讨论证明责任倒置的方法论之前,我们首先要明确立法如何确定证明责任分配。

1. 通过特别证明责任规范明示证明责任分配

在《民法典》中,直接规定证明责任的法条并不罕见。例如,《民法典》第832条规定:“承运人对运输过程中货物的毁损、灭失承担赔偿责任。但是,承运人证明货物的毁损、灭失是因不可抗力、货物本身的自然性质或者合理损耗以及托运人、收货人的过错造成的,不承担赔偿责任。”类似的还有第352条、第

406条第2款第2句、第527条、第614条、第687条第2款第3项、第823条、第832条、第897条、第1064条第2款、第1199条、第1237—1240条、第1242—1245条、第1248条、第1252—1258条等。这些法条的共同特征是,明确规定当事人只有证明了特定的事实,才能援引特定的规范效果。

2. 通过规范构造和文义表达证明责任分配

实体法通常不会直接规定证明责任,但是根据规范类型,我们仍然可以判断出证明责任分配。按照罗森贝克提出的、亦为《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[2022]11号)(以下简称《民事诉讼法解释》)采纳的规范说,^②民法规范大致可以分为四类,即权利成立规范、权利消灭规范、权利妨碍规范和权利受制规范。主张特定规范效果的当事人应当就该规范效果的构成要件事实负证明责任。权利成立规范、权利消灭规范和权利受制规范的识别比较简单,争议较少。权利妨碍规范一般可以通过权利成立规范的例外或者但书被识别。^③在罗森贝克的论述中,权利妨碍规范作为一种单独的规范类型,被纳入证明责任基础规则。^④然而实际上,这类规范与明示证明责任分配的特别证明责任规范并无本质区别。例如,如果我们将《民法典》第832条第2句改写为“但是,货物的毁损、灭失是因不可抗力、货物本身的自然性质或者合理损耗以及托运人、收货人的过错造成的,承运人不承担赔偿责任”这种但书规范,则规范效果没有任何不同。同样,如果我们将《民法典》第311条这种例外规范改写为“……除法律另有规定外,受让人能证明下列情形的,取得该不动产或者动产的所有权……”这种特别证明责任规范,则规范效果不会有任何变化。正是在这个意义上,莱波尔德正确地指出,权利妨碍规范的唯一功能就是分配证明责任,故将权利妨碍规范视作特别证明责任规范的简称未尝不可。^⑤

3. 通过法律解释发现证明责任分配

规范类型的确定本来就需要解释,这种解释在某些时候可能引发争议。此类情形有两个例子。第一个例子是《民法典》第143条,该条规定:“具备下列条件的民事法律行为有效:……(三)不违反法律、行政法规的强制性规定,不违背公序良俗。”第二个例子是《民法典》第1197条,该条规定:“网络服务提供者知道或者应当知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益,未采取必要措施的,与该网络用户承担连带责任。”

在第一个例子中,根据《民法典》第143条的文义,主张民事法律行为有效的当事人应当对民事法律行为“不违反法律、行政法规的强制性规定,不违背公序良俗”负证明责任。然而,根据《民法典》第153条,主张民事法律行为无效的当事人需要对民事法律行为“违反法律、行政法规的强制性规定”或者“违背公序良俗”负证明责任。在这种情况下,解释者就要在两种证明责任分配方案中作出选择。考虑到私法自治在民法中的基础性地位,学说一般认为,已经成立的民事法律行为推定有效。^⑥基于这种观念,显然将“违反法律禁止性规定”和“违背公序良俗”作为民事法律行为有效的例外情形更妥当。因此,当两个法条冲突时,我们应根据《民法典》第153条分配证明责任。对于《民法典》第143条,我们不妨将其理解为没有裁判指引作用的倡导性规范。

在第二个例子中,根据《民法典》第1197条的文义,“未采取必要措施”似乎应当作为网络服务提供者承担连带责任的权利成立要件,由权利人负证明责任。然而,这种定性经不起推敲。理论上,一旦网络服务提供者知道了直接侵权,我们就应认为其与直接侵权人发生了消极的意思联结,其帮助侵权责任已然成立。网络服务提供者采取必要措施,意味着“帮助”行为终止,相应地,帮助侵权责任当然随之终止。可见,采取必要措施发生在网络服务提供者

连带责任成立之后,它与“直接侵权存在”“网络服务提供者知道或应知直接侵权”不是并列关系,也不是一般和例外的关系。因此,法律对采取必要措施及其法律后果的规定是网络服务提供者帮助侵权责任的权利消灭规范,而非该责任的权利成立规范或权利妨碍规范。^②基于这种理解,权利人请求网络服务提供者承担连带责任,只需证明直接侵权存在以及网络服务提供者知道或者应知直接侵权。网络服务提供者如果能够证明自己采取了必要措施,那么可对此后发生的损害免责。

以上例子说明,即便实体法规范存在模糊之处,通过解释发现其证明责任分配方法依然是可能的。由于证明责任分配取决于规范类型,所以这种解释过程很大程度上就是规范类型的确定过程。权利成立规范与权利妨碍规范可以通过分析实体法的评价分层被发现;^③权利成立规范与权利消灭规范则可以通过规范效果在时间上的先后关系被区分。^④在具体解释过程中,文义解释、体系解释、目的解释都可以被运用。在方法论上,发现证明责任分配方法的民法解释与其他场合的民法解释并无二致。^⑤

(二)倒置证明责任的方法

上述操作都应被理解为法律解释,但是证明责任倒置不同。证明责任倒置在性质上只能被理解为法律续造,应当遵循法律续造的方法展开。

1. 作为法律续造的证明责任倒置

在上文两个例子的解释中,解释者没有超出现行法可以容纳的范围。在第一个例子中,将违法和背俗理解为法律行为有效的权利妨碍要件,是在不同解释方案中作出选择;在第二个例子中,将“采取必要措施”理解为网络服务提供者责任的权利消灭要件,是根据该事实的性质,澄清网络服务提供者责任的构成要件类型。两个解释操作都没有超越现行法的文义边界,因此这种解释不妨被看作对立法技术缺陷的修正,解释结论一般不会引起太大争议。

然而,证明责任倒置与此显著不同。我们仍以善意取得为例。我国法对善意取得的规定明确,没有任何文义模糊之处。无论是在《物权法》第106条中,还是在《民法典》第311条中,“受让人受让该不动产或者动产时是善意的”均是“以合理的价格转让”“转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记,不需要登记的已经交付给受让人”并列作为受让人善意取得所有权的权利成立要件被规定的。对此,哪怕是持“倒置说”的学者,也没有异议。^⑥在承认这一点的前提下,如果我们想要将善意要件的证明责任分配给所有权人,那么就必须修改现行法。修改后的法律文本是“……符合下列情形的,受让人取得该不动产或者动产的所有权:(一)以合理的价格转让;(二)转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记,不需要登记的已经交付给受让人。但是受让人受让该不动产或者动产时非善意的除外。”^⑦但这还是法律解释吗?按照拉伦茨的被广为接受的观点,狭义法律解释的边界是可能的文义范围的极限。超越这一边界,但是仍然在立法者原初计划、制定法自身目的范围之内的,就构成漏洞填补,即制定法内的法律续造;超越这一边界,但是仍然在整体法秩序的框架和主导原则的范围内的,则是超越制定法的法律续造。^⑧与现行法相比,修改后的规范版本删除了一个权利成立要件,增加了一个权利妨碍要件。增删之间,这种修改显然超越了现行法的文义边界。从现行法的文义出发,我们无论如何都解释不出修正后规范的内涵。基于公认的区分标准,^⑨这种修改在方法论上已经不是狭义的法律解释,只能被视作漏洞填补,即制定法内的法律续造。

2. 证明责任倒置作为法律续造的意义

正如拉伦茨所言,虽然在解释与续造之间我们很难划出泾渭分明的界限,但是这种区分仍然必要。因为解释与续造“各自都有自己典型的方法”。^⑩

在德国法上,证明责任倒置被普遍认为是一种法律续造。^⑤因此,主流学者认为,证明责任倒置应当被限制在极少数案件。^⑥第一,证明责任分配属于立法确立的抽象规则,基于立法对司法的约束,以及对法律安定性和平等适用的追求,证明责任不应被理解为在法官的自由裁量空间之内。^⑦因此,个案中的具体情形、某个当事人的特殊处境在什么时候都不能被视为证明责任倒置的恰当理由。^⑧第二,证明责任倒置在背离现行法的同时创造了新的法律规范,因此它必须遵循法律续造的条件和方法。^⑨例如,法律适用者要说明,为何偏离法律确定的证明责任分配是迫切的和必要的。^⑩

可见,强调证明责任倒置是法律续造的主要意义在于,明确建议证明责任倒置者的论证负担。^⑪为了证成证明责任倒置的建议,建议者首先需要确认现行法在证明责任问题上存在漏洞。按照权威的观点,所谓法律漏洞就是“法律违反计划的不完整性”。^⑫为此,建议者需要证明,被讨论的规范因为对证明责任设置不当,无法实现立法者预设的目标。在此基础上,建议者才能通过类推、目的性限缩、目的性扩张或者目的性改造等方法,重塑原有的法律规范。^⑬

正如前文提到的,一方当事人的证明困境经常被作为证明责任倒置的理由。然而,这样的论证多数时候没有说服力。一方面,证明困境的出现有很多原因。有些要件事实难以被证明,是因为证据偏偏在对方当事人的控制之下;有些要件事实难以被证明,是待证事实本身的特点所致。例如,对涉及行为主观状态的“内部事实”,无论谁都很难证明。那些与科学上的不确定性相伴的事实,例如医疗侵权、环境侵权中的因果关系,就是如此;知识产权侵权、人格权侵权、个人信息侵权中的损害数额,也是如此。对于因自身特点而难以被证明的事实,倒置证明责任对缓解证明困境并无任何帮助。另一方

面,证据法上有多种证明困境缓解策略。对于基于不同策略解决问题的不同逻辑,我们大致可以将它们分为两类:一类是督促证据持有人承担更多的信息提出责任,例如事案解明义务、文书提出义务和证明妨碍制度;^⑭另一类是降低要件事实的证明难度,例如事实推定、表见证明。^⑮前一类多适用于证据偏偏在对方当事人的控制之下的案件,后一类则多适用于事实本身难以被证明的案件。^⑯在制度层面,如果我们通过这些策略可以解决证明困境,那么就没有必要考虑证明责任倒置。^⑰各国民事诉讼法通常会规定这些策略中的一部分,例如文书提出义务、证明妨碍制度。另一些策略,例如事案解明、表见证明,则可通过法官法的形式被论证,并在实务中逐步推广。鉴于这些证明困境缓解策略同样具有抽象性,通过“法官法”形成此类制度的做法应归入法律续造。^⑱然而,这种法律续造显然更温和,法官需要承担的论证负担也轻很多。因为所有这些策略都不改变实体法的风险分配机制,在自由心证原则之下,法官本来就有义务穷尽一切手段,尽可能发现案件真实。在这样的背景下,这类证据法策略只要不影响诉讼中的公平对抗,不冲击法官的中立地位,一般不会遭遇太多质疑。

(三)证明责任倒置在中国法的定位

我们一般认为,不同于《德国民法典》,我国《民法典》在起草时未充分考虑证明责任分配。^⑲承认这一点是否意味着,当在中国法语境中提出证明责任倒置的建议时,我们可以将证明责任倒置理解为常规的法律解释,不一定强调证明责任倒置作为法律续造的性质?本文对此持否定态度。

第一,我国法同样采纳规范说作为证明责任分配的基本原则。这一点在《民事诉讼法解释》第91条及最高人民法院的表态中,已经被表达得非常清楚。^⑳虽然第91条在行文上与规范说的经典表达有些出入,^㉑但是民事诉讼法学界普遍认为,这一规定

确认了规范说的通说地位,代表我国证明责任制度的巨大进步。^③根据该条司法解释,我国民事诉讼法中证明责任分配的确定应当以当事人争议的法律关系性质为基础,也就是以当事人援引实体法规范的类型为基础。规范说的最大优势是,它在证明责任分配与实体法规范之间建立关联,从而让证明责任分配真正成为法律适用问题。这一学说清楚界定了立法者与法官在证明责任问题中的权限,极大提升了实体法适用的安定性。与《民事诉讼法解释》相适应,最高人民法院于2019年修改《民事诉讼证据规定》时,删除了旧规定中多条明文规定证明责任分配的条文,同时删除了第7条关于法官自由裁量证明责任的条文。值得注意的是,修改者在阐释性论文中明确表示,随着第7条的删除,“实践中如果出现按照实体法律规定确定举证责任分配可能导致明显不公平情形的,由于涉及《民事诉讼法解释》第91条适用问题,可以通过向最高人民法院请示、由最高人民法院批复的方式解决,而不能在个案中随意变更法律所确定的举证责任分配规则”。^④这一表态再次强调了证明责任分配“由实体法确定”的特征。如果我们抛开实体法的规范表达,自由解释证明责任,那么《民事诉讼法解释》第91条将被架空,司法实务也将重回法官自由裁量证明责任的时代。没有任何学者主张这种观点。

第二,《民法典》没有充分考虑证明责任分配,不是可以随意倒置证明责任的理由。如前文所述,证明责任分配并不排斥法律解释。即使我们承认《民法典》较少考虑证明责任,也只能提醒我们在解释相关规范的证明责任分配的时候,不能过分拘泥于规范表达,尤其是不能局限于单一法条的表达。换言之,在这种解释中,体系解释、目的解释以及理论通说应当被更多地运用。然而,这并不意味着论者可以忽略解释与续造的边界,更意味着,对于文义明确、不存疑义的法条,论者能通过所谓“解释”改变证

明责任分配。

事实上,只要我们认为法律中的每个表达都有意义,我们就要承认,将一个构成要件作为权利成立要件规定,与将其反面作为权利妨碍要件规定,在法律上是不同的。“A、B、C成立,则法律后果D产生”与“A、B成立,则法律后果D产生,但是C的反面成立时除外”所传达的规范训诫并不完全相同。对法官来说,在前一个规范表达中,只要A、B、C中有一个存疑,法律后果D就不能产生。在后一个规范表达中,只要A、B成立,法官就不妨考虑法律后果D。如果C的反面也成立,那么法官再将法律后果D排除即可。制度逻辑上的这种区别,意味着论证负担的不同配置。在后一个规范表达中,证成法律后果正当性需要的基础事实减少,主张法律后果者的论证负担减轻了;^⑤与之相对,否认法律后果正当性需要的例外事实增加,否认法律后果者的论证负担加重了。在实在法上,这就是我们所说的“实体法的风险分配机制”。否认两种表达的区别,无异于否认立法者可以通过证明责任分配风险,继而就等于否认了证明责任作为一种制度存在的必要性。

综上所述,并不存在什么因素足以让中国法上的证明责任倒置被理解为狭义法律解释。在我国关于证明责任的讨论中,证明责任倒置的建议同样应被界定为法律续造。

三、证明责任倒置的论证检验

从论证形式上看,法律续造包含漏洞发现和漏洞填补两个逻辑阶段。然而,在具体的论证过程中,二者经常同时进行。^⑥对这种论证形式的描述不是本文的任务,也不是评价一个证明责任倒置的建议是否妥当的重点。真正重要的是论证内容是否妥当,即论者提出的论据是否成立,对于证成证明责任倒置的建议是否充分。下文从论证内容的角度,检验法律界关于善意取得证明责任倒置的论述。

(一)学者的论述

徐涤宇在论文《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》(以下简称“徐文”)中,从目的解释出发,讨论善意取得的证明责任问题。^⑤然而,“目的解释”和“法律续造”只是一种“名分之争”,真正需要检验的是“倒置说”的论证过程就其论证目的而言是否具有可接受性。徐文的论证大致包含三个要点:第一,对证明责任的解释应当遵循现代法解释学以目的解释为核心的方法论;第二,我国善意取得制度的规范目的是保护交易安全;第三,由受让人证明善意要件阻碍了善意取得制度的规范目的的实现,我们应将善意要件的证明责任倒置给所有权人。第一个要点属于关于方法论的讨论,本文并无异议。事实上,如果不认同立法目的在(广义)法律解释中的关键性地位,那么诸如类推解释、目的论限缩、目的论修正之类的法律续造方法根本就无从谈起。从法律续造的角度来看,第二个要点旨在探讨善意取得制度的立法计划。第三个要点旨在揭示现行法对立法计划的偏离,即现行法具有“违反计划的不完整性”。本文重点分析后两个要点。

1. 善意取得制度的规范目的

徐文认为,善意取得制度的规范目的应当是优先保护交易安全,而非优先保护所有权。就此立场,徐文主要提出了两点理由:第一,从体系解释的角度来看,基于广泛接受的物权公示原则,善意取得制度应优先保护交易安全。第二,从历史解释的角度来看,多位参与立法的学者认为,我国善意取得制度的目的是保护交易安全。对于第一点理由,徐文已经指出,权利推定并非善意取得的基础,权利推定和善意取得都是服务于保护交易安全的制度。^⑥因此,即便权利推定在我国被广泛接受,该论据对于论证善意取得的证明责任倒置也作用有限。鉴于下文讨论司法解释时还要重点分析这一点,这里暂且搁置。

第二点理由有两个明显问题:第一,方法论上的一个基本共识是,参与立法讨论的学者的观点不能等同于立法者的观点。^⑦第二,更关键的是,善意取得制度服务于保护交易安全,不等于在该制度的证明责任分配中我们要优先保护受让人,二者之间存在本质的区别。徐文列举的那些论述最多表明,论者认为出于保护交易安全的考虑,我国应当设立善意取得制度。严格说来,这与证明责任分配根本没有关系。^⑧

在考虑证明责任分配的情况下,实体法的风险分配分为两个阶段。^⑨在第一次风险分配中,立法者需要解决的问题是要不要设置一个制度。如果答案为肯定的,那么立法者需要通过构成要件和法律效果的组合,就该制度设计一个规范表达。在第二次风险分配中,立法者需要考虑这些构成要件的证明责任问题。为此,立法者可能需要通过原则与例外、一般与但书的规范构造,配置每个要件真伪不明时的风险。在关于善意取得证明责任的讨论中,我们关心的问题是第二次风险分配。没有人反对在我国设立善意取得制度,有争议的只是,在《物权法》第106条、《民法典》第311条规定的三个构成要件中,是否要调整其中一个要件的证明责任。一般地论证善意取得制度偏重保护交易安全,对澄清这一争议并无帮助。要从规范目的的角度批评现行法确立的证明责任分配方案,论者必须证明,我国善意取得制度不仅偏重保护交易安全,而且偏重到了“将善意要件的证明责任倒置给所有权人”的程度。“倒置说”的论者并未就此提供论据。相反,孙宪忠披露,《物权法》第106条之所以将善意取得作为取回权的例外规定,是因为立法者担心,直接规定善意取得会给人一种“放弃保护所有权的印象”。^⑩在这种背景下,立法者将善意要件规定为善意取得的权利成立要件,恰恰难说是偶然。^⑪

对于“文义说”论者从规范表达出发提炼规范目

的做法,徐文认为有“倒果为因”之嫌。然而,这种分析进路在证明责任讨论中实属正常。因为立法者基本上不会从证明责任的角度表达立法目的。在这种情况下,从规范表达中反推立法目的不仅具有必要性,而且具有正当性。法律适用者不应轻易质疑从规范表达中提炼出来的立法目的,^④“存疑时尊重立法表达”本来就是法律解释的基本原则。

2. 善意要件的证明难度

对“由受让人证明善意要件阻碍了善意取得制度的规范目的的实现”这一论点,徐文主要提出了三个理由:第一,善意作为评价性事实,很难被证明;第二,两种证明责任表达在行为规范上等值,但是由所有权人证明非善意更符合善意取得制度的规范目的;第三,法律可区分善意要件涉及的具体事实,并分别交由所有权人和受让人证明。然而,这三点并不能证明现行法具有“违反计划的不完整性”。

关于第一点理由中善意难以被证明的判断,^⑤“文义说”论者已有反驳。^⑥善意要件是不是评价性事实取决于我们对“善意”内涵的理解。根据《〈民法典〉物权编司法解释(一)》第14条,我国善意取得制度中的善意是指“不知道转让人无处分权,且无重大过失”。其中,“不知道”不是评价性事实,而是典型的描述性事实。受让人要么知道,要么不知道,法官对此并无抽象评价的可能。在诉讼中,虽然该事实可能需要通过间接证明的方式被认定,但是这是因为“不知道”是内部事实,一般很难通过直接证据被证明。根据《〈民法典〉物权编司法解释(一)》第15条,重大过失是指当事人不知道但是应当知道转让人无处分权。在具体场景中,重大过失通常会转化为受让人对其注意义务的违反。因为这涉及当事人注意义务的设定,以及对当事人行为是否尽到此种义务的评价,故不妨被视作评价性事实。因此,我们不能一概而论地说善意要件是评价性要件。固然,知道与否很难被直接证明,判断是否尽到注意义务

也需要结合交易场景具体分析;然而,这种证明上的困难并不限于受让人。我们可以反问:所有权人证明受让人知道出让人无权处分就容易吗?所有权人证明受让人未尽注意义务,难道比受让人证明自己尽到了此种义务更容易?

对于第二点理由中两种证明责任表达在行为规范上等值的判断,本文并无异议。然而,关于证明责任的争论本来就与行为规范无关。证明责任是典型的裁判规范。如果在证明责任分配的讨论中,我们视权利成立规范与权利妨碍规范等值,那么讨论就不必进行下去了。证明责任研究者如果不能通过规范类型讨论一个规范的证明责任分配,那么还能讨论什么?

第三点理由或许反映了论者观点的游移。按照徐文的设计,所有权人应当证明“推定受让人为恶意的具体事实”,受让人应当证明“推定受让人为善意的具体事实”,两种证明都是本证。^⑦这等于说,对于善意要件,双方当事人都要承担证明责任。这显然违背了证明责任的一般原理。论者之所以会得出这种结论,或许是因为没有意识到“善意”在不同语境中的语义变迁。徐文就此提出了《奥地利民法典》第367条、第368条作为论据。^⑧然而,这两个法条的真实意图也许不是要求双方当事人从正反两面证明善意要件,而是先对善意(知道)的认定作出一般规定,再对过失(应知)的认定作出例外规定。换句话说,主张善意取得的受让人,应当根据《奥地利民法典》第367条第1款、第368条第1款证明其合法且善意地占有了动产;所有权人拒绝善意取得,则可以根据第368条第2款,证明受让人对自己不知道转让人无处分权是有过失的。^⑨这恰恰表明,善意要件由所有权人一体证明并非通例,立法上完全可能存在多样化的处理方案。

(二) 司法解释起草者的论述

在最高人民法院民事审判第一庭编写的《最高

人民法院《物权法司法解释(一)》理解与适用》中,作者提到了学界关于善意取得证明责任的争论,但是没有表态。^⑩然而,在别的地方,作者对由所有权人证明善意要件的立论作了正面阐释。核心理由是,不动产登记和动产占有公示的权利状态,具有初步的推定力。基于这种推定力,不动产登记人或动产占有人无须证明自己为善意。相反,主张不动产登记人或动产占有人为非善意的当事人,应当就受让人受让物权时存在主观恶意承担证明责任。^⑪

本文认为,基于登记或者占有的推定力论证善意要件的证明责任,实际上混淆了善意取得和权利推定两种不同的制度。^⑫权利推定在性质上是证据法规则,即法律上的事实推定。^⑬法律设置这一制度的目的在于避免表面权利人陷入证明其权利来源的困境,进而减少财产交易过程中的调查成本。作为一种法律上的事实推定,权利推定可能因为基础事实(登记或占有)的动摇而陷入真伪不明的状态,也可能因为相反事实(占有人无所有权)被证明而被推翻。例如,如果有人证明自己才是物的真实所有权人,那么权利推定就不能被继续适用。在善意取得的语境中,真实所有权归属、出让人无权处分恰恰是无争议的前提。只有这两点被确认,善意取得才有可能被提出。^⑭因此,权利推定无论如何都不能作为论证善意取得制度的基础。^⑮二者确实共同服务于保护交易安全,但是发挥作用的场景和方式完全不同。^⑯

(三)如何论证一个证明责任倒置的建议

出于对法律安定性的坚守,严格控制证明责任倒置是完全必要的。然而,与此同时,成功的证明责任倒置并非不可能。即使在“充分考虑了证明责任问题”的《德国民法典》的语境下,通过法律续造调整现行法的证明责任分配,也不乏成功的例子。例如,在产品责任纠纷中,德国联邦最高法院就通过法律续造,将《德国民法典》第823条中过错要件的证明责

任倒置给了生产者。在1968年的“鸡瘟案”判决中,德国联邦最高法院清晰地知道自己在从事法律续造活动,并从多个方面展开了论证。首先,判决类推适用了《德国民法典》第836条;^⑰其次,判决引入了危险领域理论,并通过考察证明接近、证明风险、证明可能等因素,调整现行法确立的证明责任规范;再次,判决扩张了生产者交往安全义务在实体法中的适用范围;最后,判决还从企业风险与企业收益相适应的角度,论证了证明责任倒置的正当性。^⑱这一证明责任倒置被视为成功的范本,^⑲并以法官法的形式,在德国法中稳定地发挥作用。然而,医疗侵权领域的证明责任倒置,尽管已经通过《德国民法典》第630h条入法,却一直饱受争议。^⑳正如学者指出的,对方当事人对事件经过的控制,以及由此导致的负证明责任的当事人的证明困境,不足以证成证明责任倒置的正当性。论证一个证明责任规范的法律续造,需要整体评估该规范涉及的法律制度。其中尤其重要的是,要在充分考察该制度表达的各种价值的基础上,衡量相关利益。^㉑

在我国关于善意取得证明责任倒置的论证中,自始至终,我们只看到了三个论据,即善意的证明困境(消极事实难以被证明)、权利推定的法理(占有或登记的推定力)以及善意取得制度的规范目的(倾斜保护交易安全)。其中,证明困境的存在本身缺乏论证支持,而且证明困境可以通过证据法上的策略被缓解;权利推定是与善意取得并列的制度,无法作为善意要件证明责任倒置的论证基础;善意取得制度旨在保护交易安全,与善意要件由谁证明无关。虽然“倒置说”的论者不约而同地诉诸目的解释,但是现有论述既没有从主观目的论的角度证明,立法者有将善意要件分配给所有权人的“计划”,也没有从客观目的论的角度证明,现行法已经呈现出严重的“不完整性”。

归根结底,善意取得制度是在所有权与交易安

全之间权衡的结果。^⑤我们如果要论证我国善意取得制度中善意要件应由所有权人证明,可以设想的论据有三个:第一,现行法严重阻碍了善意取得制度的运行。换言之,现行法对善意要件的证明责任分配让法官经常无法认定善意取得,但是拒绝认定善意取得的裁判在许多案件中明显不公平。第二,随着社会生活的变迁,立法者当初的利益衡量已经无法适应当下的需要。现行法体现的价值判断是设置善意取得制度,但是同时较多考虑所有权人的保护。如果这种价值判断已经明显落后于时代,那么启动法律续造就是正当的。第三,前述问题通过常规的证明困境缓解策略无法被解决。换言之,即使我们充分运用证据法上的事实推定、表见证明等证据法策略,也不能让善意取得制度正常运行,或者无法提供符合时代需求的交易安全保护。在三个论据中,前两个论据支持必要性,第三个论据支持紧迫性。论者至少要在证明第一个或第二个论据的基础上同时证明第三个论据,“倒置说”才能成立。在关于“倒置说”的迄今为止的论述中,我们只看到了关于第二个论据的片段表达,^⑥但是这对于一个法律续造的论证来说当然是不够的。

结语

需要说明的是,本文无意一般地反对“善意要件应由权利人从反面证明”。^⑦本文只是在法教义学的语境中,反对以该观点为前提,分析我国善意取得的证明责任。即使这一证明责任分配方案已经通过司法解释的加持,成为法官实际上适用的“法”,笔者也要强调司法解释同样没有经过恰当的论证。这让本文看上去像在与一个既成事实对抗,或者像在“抬杠”。这并非笔者的本意。笔者为自己设定的任务是讨论证明责任倒置应遵循的论证规则,以期引起法律界关注该问题。在我国,证明责任倒置的建议被如此频繁地提出,但是从未得到与之匹配的论证。如果我们认为证明责任分配是法律适用问题,

那么这种现象就应被警惕。法律适用应当遵循起码的安定性,法学方法论的讨论是我们捍卫安定性的手段。

本文也无意反对“规定善意要件由权利人负证明责任”的可能立法。要不要善意取得制度,善意取得制度包含哪些构成要件,这些构成要件的证明责任被如何分配,说到底都是价值判断问题。要求所有权人证明受让人非善意,意味着立法者要给予交易中的受让人更多保护。立法者如果认为需要保护交易安全到这样的程度,当然可以这样立法。然而,如果解释者提出这样的建议,那么解释者就应当承担法律续造的论证负担。^⑧此类建议作为法律续造的性质,并不会因为披上了“证明责任解释”的外衣而有任何变化。^⑨

最后要补充的是,证明责任分配尽管重要,却没有重要到在每个案件中决定审理结果的程度。例如,虽然我国法对善意取得的规定包含三个构成要件,但是法官一般不会孤立地调查每个要件。如果受让人在公开、正规的市场上以合理对价买受了动产,那么法官通常会推定其为善意。这种推定是基于日常生活经验作出的事实推定。只要所有权人没有其他证据让法官产生怀疑,法官就会认定受让人为善意。这是自由心证式的事实认定方式,每个法官对此都不陌生。理解了这一点,我们就不会对善意要件的证明责任分配过分敏感,真正因为善意要件真伪不明而需要法官作出证明责任裁判的案件,本来就不应该太多。

注释:

①争议主要发生在两位民法学者(徐涤宇、胡东海)和两位民事诉讼法学者(郑金玉、吴泽勇)之间。相关文献参见徐涤宇、胡东海:《证明责任视野下善意取得之善意要件的制度设计——〈物权法〉第106条之批评》,《比较法研究》2009年第4

期,第52-66页;郑金玉:《善意取得证明责任分配规则研究》,《现代法学》2009年第6期,第111-118页;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149-164页;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98-113页;胡东海:《“谁主张,谁举证”规则的法律适用》,《法学》2019年第3期,第92-105页;郑金玉:《论民事证明责任的文义解释原则——以〈民法典〉第311条及其司法解释的适用为例》,《法学评论》2022年第6期,第71-82页。

②该条第2款规定:“真实权利人主张受让人不构成善意的,应当承担举证证明责任。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉物权编的解释(一)》(法释[2020]24号)(以下简称《〈民法典〉物权编司法解释(一)》)第14条第2款维持了这一规定。

③唯一变化是删去了“(一)受让人受让该不动产或者动产时是善意的”中的“的”。

④至于《〈民法典〉物权编司法解释(一)》第14条第2款,郑金玉认为,将该款“理解为仅限于举证规则的解释,而不包含客观证明责任的解释更为恰当”。郑金玉:《论民事证明责任的文义解释原则——以〈民法典〉第311条及其司法解释的适用为例》,《法学评论》2022年第6期,第82页。

⑤既有研究对于这类论据已有较为充分的阐述。当然,伴随着思考的深入,本文会调整既有研究的某些阐述。

⑥Vgl. Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Band I, 4. Aufl., 2019, §25 Rn. 2. 略有不同的归纳,参见陈刚:《证明责任法研究》,中国人民大学出版社2000年版,第246、247页。

⑦随着《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(法释[2019]19号)(以下简称《民事诉讼证据规定》)废除旧规定第7条关于法官裁量证明责任分配的规定,法官在个案中改变证明责任分配的做法在我国实际上被禁止了。

⑧陈刚称此为“造法”,参见陈刚:《证明责任法研究》,中国人民大学出版社2000年版,第246、247页。

⑨参见吴泽勇:《表见代理的证明责任问题》,《现代法学》

2023年第5期,第22-35页。

⑩参见[日]伊藤滋夫:《要件事实的基础:民事司法裁判结构》,许可、[日]小林正弘译,法律出版社2022年版,第263页。

⑪许可对此作了初步阐述。参见[日]伊藤滋夫:《要件事实的基础:民事司法裁判结构》,许可、[日]小林正弘译,法律出版社2022年版,序言第7-10页。

⑫“可废止性”概念最早由哈特提出,是为了表达“某些概念的初显(prima facie)适用,会在例外情况出现时被终止”这一现象。See H. L. A. Hart, “The Ascription of Responsibility and Rights”, Proceedings of the Aristotelian Society, Vol. 49, No. 1 (Jun., 1949), p. 175. 参见[荷]亚普·哈格:《法律与可废止性》,宋旭光译,载舒国滢主编:《法学方法论丛》(第3卷),中国法制出版社2016年版,第7-28页;宋旭光:《论法学中的可废止性》,《法制与社会发展》2019年第2期,第125页。运用这一概念分析证明责任的尝试,参见吴泽勇:《表见代理的证明责任问题》,《现代法学》2023年第5期,第22-35页。

⑬BGH NJW 1972, 1520; BGH NJW 1978, 2337.

⑭BGH NJW 1996, 315(317).

⑮BGH NJW 1986, 59(61); BGH NJW 1998, 79(81).

⑯BGH NJW 1988, 2611.

⑰在严格意义上的证明责任倒置案件中,例如在严重医疗处置错误案件中,德国联邦最高法院沿用了这种观点。Vgl. BGH NJW 1981, 2513; BGH NJW 1983, 333(334); BGH NJW 1988, 2303(2304); BGH NJW 1997, 796(797).

⑱Vgl. Laumen H W, Die Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr— Ein beweisrechtliches Phänomen, NJW 2002, S.3739 ff.; Thole, in: Stein & Jonas, Kommentar zur ZPO, 23. Aufl., 2018, §286 Rn. 202; Prütting, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl., 2020, §286 Rn. 91; Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Band I, 4. Aufl., 2019, §10 Rn. 13. 中文的介绍,参见任重:《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31页。

⑲Vgl. Laumen H W, Die Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr— Ein beweisrechtliches Phänomen, NJW 2002,

S.3739 ff.

⑳BGH NJW 2004, 2011.

㉑关于这一过程的详细介绍,参见周翠:《〈侵权责任法〉体系下的证明责任倒置与减轻规范:与德国法的比较》,《中外法学》2010年第5期,第709-712页。

㉒参见最高人民法院修改后民事诉讼法贯彻实施工作领导小组编:《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316页。

㉓参见[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152-158页。

㉔参见[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123-125、160-175页。

㉕Vgl. Dieter Leipold, Beweislastregel und gesetzliche Vermutung insbesondere bei Verweisungsn: zwischen verschiedenen Rechtsgebieten, 1966, S.38 ff; Thole, in: Stein & Jonas, Kommentar zur ZPO, 23. Aufl., 2018, §286 Rn. 109; Prütting, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl., 2020, §286 Rn. 116. 参见吴泽勇:《规范说与侵权责任法第79条的适用——与袁中华博士商榷》,《法学研究》2016年第5期,第55、56页;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29、30页。

㉖参见朱庆育:《民法总论》(第2版),北京大学出版社2016年版,第121页;王雷:《民法证据规范论——案件事实的形成与民法学方法论的完善》,中国人民大学出版社2022年版,第82、83页。

㉗类似的例子是,《民法典》第311条关于善意取得的规定,应被理解为原所有权的权利消灭规范,而非权利妨碍规范。参见胡东海:《“谁主张,谁举证”规则的法律适用》,《法学》2019年第3期,第92-105页。

㉘实体法的评价分层(Wertungsschichten), Vgl. Dieter Leipold, Besprechung von Reinecke, Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe, AcP179(1979), S. 503f. 参见吴泽勇:《规范说与〈侵权责任法〉第79条的适用——与袁中华博士商榷》,《法学

研究》2016年第5期,第49-66页。

㉙权利受制规范的范围相对明确,一般很少出现争议。

㉚参见吴泽勇:《规范说与〈侵权责任法〉第79条的适用——与袁中华博士商榷》,《法学研究》2016年第5期,第57、58页;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30、31页。

㉛参见徐涤宇:《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106、107页。这篇文章只是认为这种理解完全建立在规范说立场上,忽略了《物权法》第106条的规范目的。

㉜关于法律文本的两种可能的表达的讨论,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108页。

㉝参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(全本·第6版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第461页。

㉞参见[德]托马斯·M.J. 默勒斯:《法学方法论》,杜志浩译,北京大学出版社2022年版,第327页。

㉟参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(全本·第6版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第405、406、461-463页。

㊱Vgl. Dieter Leipold, Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß, 1985, S.22; Hans-Jürgen Ahrens, in: Egon Lorenz(Hrsg.): Karlsruhe Forum 2008: Beweislast, Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, 2009, S.25; Thole, in: Stein & Jonas, Kommentar zur ZPO, 23. Aufl., 2018, § 286 Rn. 125; Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Band I, 4. Aufl., 2019, § 9 Rn. 21, § 25 Rn. 8; Prütting, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl., 2020, § 286 Rn. 122.

㊲Vgl. Thole, in: Stein & Jonas, Kommentar zur ZPO, 23. Aufl., 2018, §286 Rn. 181(Zurueckhaltung in Betracht); Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Band I, 4.Aufl., 2019, § 25 Rn. 8; Prütting, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl., 2020, § 286 Rn. 125.

㊳Vgl. Thole, in: Stein & Jonas, Kommentar zur ZPO, 23. Aufl., 2018, § 286 Rn. 125.

③⑨ Vgl. Thole, in: Stein & Jonas, Kommentar zur ZPO, 23. Aufl., 2018, § 286 Rn. 125; Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Band I, 4. Aufl., 2019, § 25 Rn. 8; Prütting, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl., 2020, § 286 Rn. 126.

④⑩ Vgl. Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Band I, 4. Aufl., 2019, § 25 Rn. 9.

④⑪ Vgl. Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Band I, 4. Aufl., 2019, § 25 Rn. 9; Prütting, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl., 2020, § 286 Rn. 126.

④⑫ 参见陈坤:《法律解释与法律续造的区分标准》,《法学研究》2021年第4期,第21-38页。

④⑬ 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(全本·第6版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第469页;[德]克劳斯-威廉·卡纳里斯:《法律漏洞的确定:法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》(第2版),杨旭译,北京大学出版社2023年版,第2页。

④⑭ 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(全本·第6版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第478-492页。

④⑮ 这类措施常被纳入“证明协力义务”当中讨论。关于这类措施的基本法理,参见占善刚:《证据协力义务之比较法研究》,中国社会科学出版社2009年版,第6-17页。

④⑯ 表见证明与事实推定在适用上有重合。参见周翠:《从事实推定走向表见证明》,《现代法学》2014年第6期,第113-116页。

④⑰ 广义的“证明责任减轻”(Die Beweiserleichterung)还包括实体法上的信息请求权、证明标准降低、损害赔偿数额酌定等。概括性的讨论,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38-41页。Vgl. Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Band I, 4. Aufl., 2019, § 12 Rn. 20 ff.

④⑱ Vgl. Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Band I, 4. Aufl., 2019, § 25 Rn. 9.

④⑲ Vgl. Dieter Leipold, Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß, 1985, S. 22; Hans-Jürgen Ahrens, in: Egon Lorenz(Hrsg.):

Karsruhe Forum 2008: Beweislast, Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, 2009, S.25; Thole, in: Stein & Jonas, Kommentar zur ZPO, 23. Aufl., 2018, § 286 Rn. 125; Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Band I, 4. Aufl., 2019, § 12 Rn. 4.

⑤⑩ 这方面的例证,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,第7-9页。袁中华、徐涤宇都认为,规范说的分析结论,在日本和我国这种民法没有充分考虑证明责任的国家,缺乏说服力。参见袁中华:《规范说之本质缺陷及其克服——以侵权责任法第79条为线索》,《法学研究》2014年第6期,第155、158、159页;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107页。对这一说法的质疑,参见任重:《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24、25页;胡东海:《“谁主张,谁举证”规则的法律适用》,《法学》2019年第3期,第103页。

⑤⑪ 参见最高人民法院修改后民事诉讼法贯彻实施工作领导小组编:《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316页。

⑤⑫ 参见袁中华:《证明责任分配的一般原则及其适用——〈民事诉讼法〉司法解释第91条之述评》,《法律适用》2015年第8期,第47-52页;郑金玉:《论民事证明责任的文义解释原则——以〈民法典〉第311条及其司法解释的适用为例》,《法学评论》2022年第6期,第81页。

⑤⑬ 集中的讨论,参见任重:《罗森贝克证明责任论的再认识——兼论〈民诉法解释〉第90条、第91条和第108条》,《法律适用》2017年第15期,第18-28页。

⑤⑭ 郑学林、刘敏、宋春雨、潘华明:《关于新〈民事诉讼证据规定〉理解与适用的若干问题》,载王利明主编:《判解研究》(2019年第4辑),人民法院出版社2020年版,第12页。

⑤⑮ 这正是可废止推理的功能。参见[荷]亚普·哈格:《法律与可废止性》,宋旭光译,载舒国滢主编:《法学方法论论丛》(第3卷),中国法制出版社2016年版,第14页。

⑤⑯ 这主要体现在目的性漏洞的确定和填补中,参见[德]克

劳斯-威廉·卡纳里斯:《法律漏洞的确定:法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究》(第2版),杨旭译,北京大学出版社2023年,第149、150页。

⑤在早期论文中,徐涤宇、胡东海曾经指出,《物权法》第106条在证明责任上的问题“显然已非解释论上的努力所能弥补……在法学方法论层次上须借助超越法律的法的续造”。参见徐涤宇、胡东海:《证明责任视野下善意取得之善意要件的制度设计——〈物权法〉第106条之批评》,《比较法研究》2009年第4期,第64页。然而,在2016年的论文中,徐涤宇放弃了这一立场。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98-113页。这里的检验以徐涤宇2016年的论文为主要对象,兼及其他学者的相关论述。

⑥参见徐涤宇:《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105页。

⑦参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(全本·第6版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第414、415页。

⑧胡东海正确地指出,在绝大多数情况下,立法者不会关注民法规范的证明责任属性,因此历史解释在证明责任分析中的作用有限。参见胡东海:《“谁主张,谁举证”规则的法律适用》,《法学》2019年第3期,第103页。

⑨参见吴泽勇:《表见代理的证明责任问题》,《现代法学》2023年第5期,第22-35页。

⑩参见孙宪忠:《〈物权法司法解释(一)〉与交易中的物权确认规则》,《法律适用》2016年第11期,第59页。

⑪崔建远同样承认,从主观目的论看,这是“全国人民代表大会及其常务委员会的立场所致”。参见崔建远:《司法解释对善意取得制度完善的影响度》,《华东政法大学学报》2017年第5期,第8页。关于善意取得制度立法目的的最新讨论,参见郑金玉:《论民事证明责任的文义解释原则——以〈民法典〉第311条及其司法解释的适用为例》,《法学评论》2022年第6期,第74、75页。

⑫Vgl. Hans-Jürgen Ahrens, in: Egon Lorenz(Hrsg.): Karlsruhe

Forum 2008: Beweislast, Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, 2009, S. 24.

⑬参见崔建远:《司法解释对善意取得制度完善的影响度》,《华东政法大学学报》2017年第5期,第8页。

⑭参见吴泽勇:《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156-161页。

⑮参见徐涤宇:《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110、111页。

⑯参见徐涤宇:《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109、111页。

⑰具体条文,参见《奥地利普通民法典》,戴永盛译,中国政法大学出版社2016年版,第77页。

⑱参见杜万华主编:《最高人民法院〈物权法司法解释(一)〉理解与适用》,人民法院出版社2016年版,第357页。

⑲参见杜万华主编:《最高人民法院〈物权法司法解释(一)〉理解与适用》,人民法院出版社2016年版,第361页。

⑳持有这种误解的文献相当常见,例如王利明:《试述占有的权利推定规则》,《浙江社会科学》2005年第6期,第58-64页;程啸、尹飞:《论物权法中占有的权利推定规则》,《法律科学》2006年第6期,第105-112页;梁慧星:《〈物权法司法解释(一)〉解读》,《法治研究》2017年第1期,第3-19页。

㉑参见庄加园、李昊:《论动产占有的权利推定效力——以〈德国民法典〉第1006条为借鉴》,《清华法学》2011年第3期,第123-141页。

㉒最高人民法院释义书在《物权法解释(一)》第14条的“审判实务”部分,首先讨论了“无权处分”和“真实权利状况”两个要件。参见杜万华主编:《最高人民法院〈物权法司法解释(一)〉理解与适用》,人民法院出版社2016年版,第365-373页。

㉓类似的观点,参见朱广新:《论物权法上的权利推定》,《法律科学》2009年第3期,第103-105页。

㉔徐文意识到了这一点,但是同时写道:“……难道去超

市买一瓶矿泉水还需要对方提供发货凭证和相关合同?去跳蚤市场买一个台灯还需要对方提供原始购物凭证?如此一来,物权法第106条所欲实现的保障交易安全的规范目的也势必落空。”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108页。这些反问适合用来论证权利推定的必要性,而不是论证善意取得中善意要件证明责任倒置的正当性。

⑦《德国民法典》第836条是关于建筑物倒塌、脱落侵权责任的规定。根据该条,建筑物占有人尽到必要注意义务的,不承担损害赔偿責任。

⑧BGH NJW 1969, 269.

⑨Vgl. Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Band I, 4. Aufl., 2019, §25 Rn. 21; Prütting, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl., 2020, §286 Rn. 131.

⑩Vgl. Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Band I, 4. Aufl., 2019, §25 Rn. 33, 以及尾注 Fn. 84 引用的大量文献。

⑪产品责任证明责任倒置中的利益衡量, Vgl. Baumgärtel/

Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Band I, 4. Aufl., 2019, §25 Rn. 17.

⑫参见[德]鲍尔、施蒂尔纳:《德国物权法》(下册),申卫星、王洪亮译,法律出版社2006年版,第397-399页。

⑬例如,崔建远认为,在越来越注重交易安全的大背景下,法律应将受让人善意取得的要求稍微放宽一些。参见崔建远:《司法解释对善意取得制度完善的影响度》,《华东政法大学学报》2017年第5期,第9页。

⑭学者经常指出,在比较法上,善意要件多数时候由相对方从反面证明。这一多数事实自然是有原因的。

⑮这种论证负担可能比立法建议的论证负担更重。立法建议的论证只需要证明新规范的优越性,但是这种论证除了需要证明新规范更优越,还需要证明问题已经如此严重和紧迫,以至于我们等不及立法修改就必须作出改变。

⑯任重认为,这类观点多数时候是“在实体法一时难以修订的无奈下,希望在证明责任论中找到寄托”。参见任重:《罗森贝格证明责任论的再认识——兼论〈民诉法解释〉第90条、第91条和第108条》,《法律适用》2017年第15期,第25页。

Methodological Issues on the Reversal of the Burden of Proof:

Taking the Debates on Burden of Proof for Good Faith Acquisition as an Example

Wu Zeyong

Abstract: In a strict sense, the reversal of the burden of proof refers to judges' deviating from the allocation of the burden of proof established by legislation. The reversal of the burden of proof, in substantive terms, transfers the risk of losing a lawsuit when essential facts are non liquet, and in procedural terms, reshapes the structure of factual trial. Therefore, this is fundamentally distinct from the alleviation of the difficulties of proving. The allocation of the burden of proof established by legislation can be discovered through legal interpretation; however, the reversal of the burden of proof goes beyond the literal boundaries of the law and can only be understood as legal renewal. Therefore, proponents of the reversal of the burden of proof should demonstrate that there are loopholes in the law regarding the allocation of the burden of proof, and these loopholes cannot be resolved through alleviating strategies of the difficulties of proving. Nevertheless, in China, both scholars and drafters of judicial interpretation have not met this requirement in their arguments of the reversal of the burden of proof in good faith acquisition. Defining the reversal of the burden of proof as legal renewal and clarifying its argumentative requirements contribute to emphasizing the normative features of the allocation of the burden of proof and safeguarding the stability of civil substantive law.

Key words: Reversal of the Burden of Proof; Alleviation of the Difficulties of Proving; Legal Renewal; Legal Interpretation; Good Faith Acquisition