

论民事审判中经验法则的规则化

欧元捷

【摘要】经验法则的识别、效力与推理的困境,源于经验法则与经验的概念混同。经验法则的本质在于规则性,即以普遍适用性为特征,作为法律问题发挥对自由心证的外在制约功能。规则性的法理要求规则化的实践方法:首先,经验法则的识别标准是普遍适用性,规则效力来自主体间的认同,故经验法则由法官依职权提出,在程序内经过主体间的认可而得到确认;其次,被识别出的经验法则对于类案情境具有约束效力,表现在法官依职权主动援引以及负担偏离论证的义务,不同法院确认的经验法则理当具有不同的效力范围;最后,运用经验法则进行推理,是对经验法则在个案中的具体推定力进行主观评价,依其内容的盖然性高低不同而有不同的推理方式。

【关键词】经验法则;经验;自由心证;法律问题;事实推定

【作者简介】欧元捷,中国政法大学民商经济法学院副教授,法学博士。

【原文出处】《华东政法大学学报》(沪),2024.3.110~121

【基金项目】本文系2023年国家自然科学基金青年项目“实体与程序交互视角下的证明责任减轻研究”(项目号23CFX013)和2019年国家法治与法学理论研究中青年项目“民事纠纷解决新形势下的无庭审审判研究”(项目号19SFB3021)的阶段性研究成果。

一、引言

经验法则是指一般生活经验中归纳得出的关于事物因果关系或性质状态的知识,是客观存在的“共识”或者“定则”。一般认为,经验法则在事实推定、证明力评价、法律解释和适用三大领域,可作为法官推理的大前提。近年在裁判说理压力、社会舆情风险和司法错案追究等多重因素的交叠下,我国司法审判中愈加倾向于规避或者隐性适用经验法则,以免引发各方争议。尽管经验法则被期望成为司法判断的有效工具,但这一工具本身存在问题。

经验法则的现实困境包含三个方面:一是识别困境,法官审判中提出的经验认识,能否作为经验法则,往往引发不同的见解。二是效力困境,已经被识别出的经验法则对后续案件有无一般化效

力,还比较令人困惑。三是推理困境,法官基于经验法则能否在具体案件中推导得出特定的认定结论,这种推理过程也容易招致争议。我国司法实践中,法官通常是出于推理目的识别经验法则,识别难题与推理难题往往一并出现。典型的例子是“南京彭宇案”,有观点认为该案存在经验法则识别错误,即低盖然性的经验认识不能够作为经验法则;还有观点认为该案的问题在于推理过程,即基于经验法则及案件中的其他证据,难以推导出事实认定结论。正因为经验法则识别与推理的争议难辨难解,经验法则的一般化效力问题也不得不搁置。

理论上讲,识别困境与推理困境需要区分对待。前者涉及经验法则是什么这一抽象的存在问题,解答这一问题须回到经验法则的概念本质;后

者则是具体评价问题,涉及如何认识已被识别的特定经验法则在个案中推定力的大小,其难点在于法官推理过程的正当化。无论如何,识别问题理当先于推理问题,识别经验法则是解决经验法则能否发挥一般效力,以及该经验法则发挥具体推定力的前提,于是何种经验认识能够构成经验法则,就成为讨论的起点。

现有文献中对经验法则的概念理解存在不同角度:第一种观点认为经验法则包含盖然性程度不一的经验认识,不同盖然性的经验法则对事实推导的价值也不同。^①相关研究广泛援引德国学者普维庭(Prütting)提及的经验法则(Erfahrungssatz)“四分法”,按照盖然性程度的高低,将经验法则区分为经验定律(Erfahrungsgesetz)、经验原则(Erfahrungsgrundsatz)、简单经验(einfach Erfahrungssatz)和纯粹偏见(Vorurteil)。^②第二种观点主张经验法则反映的是事物常态,所以只有具有高度盖然性的知识才能成为经验法则。^③相应地,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》第93条中用以事实推定的“日常生活经验法则”,也被定位为高度盖然的经验。^④第三种观点则认为经验法则具有法规则的属性和效力,应从法则性、规律性或规则性来把握经验法则的内容。^⑤

如何看待经验法则的概念本质,直接影响经验法则的识别与推理适用方法。若是围绕盖然性来认识经验法则,如何促使法官准确把握一项经验认识的盖然性高低,似乎就是化解识别困境的关键;但若是认为经验法则的本质是规则性,那么需要在法律问题而不是事实问题这一逻辑下考虑其规则体系,确立一般化的识别方法。由此可见,为解决经验法则的识别、效力和推理难题,改变现实中法官规避或不当适用经验法则的状况,有必要从理论上澄清经验法则的概念本质,建构一套与经验法则本质相契合的应用方法论。

二、经验法则的规则性本质

经验法则是外来术语,并非为回应我国理论自主发展的需求而生,所以创设这一概念背后的问题意识和目的导向,在我国未得到充分阐明。这导致经验法则时常与经验混为一谈,一概笼统地被视为推定的桥梁中介。^⑥回溯经验法则“原产地”大陆法国家的规范,可发现经验法则在内容、性质和功能方面均有别于经验。司法判断无法脱离法官的经验进行,大陆法在经验的概念之外另行提出经验法则,表明该概念工具瞄准的是“经验”难以解决的问题。因此,经验法则与经验的区分,集中彰显了经验法则概念的特殊性,也即规则性。

(一)以普遍适用性为特征

经验法则的概念由德国学者弗里德里希·施坦因(Friedrich Stein)在1893年提出,^⑦其直接动因是区分社会一般共识与法官私人知识,作此区分概因诉讼法上有“法官在法庭外的私人知识不能直接用于裁判”这一原则。提出经验法则这一术语,就是为了框定那些可以直接用于诉讼裁判的“非私人”知识,使此类共识性的客观知识由法官依职权确定和适用,不受辩论主义拘束。与之相对,辩论主义要求当事人划定事实和证据的范围,经验性的认识本来应当由当事人负责收集和提出,比如当事人需要证明医生未按操作规范手术与患者手术不成功之间存在因果关系;但如果该经验性认识被认为是经验法则,那么法官可以依职权将其作为裁判基础,其内容无须当事人主张和证明,其适用也不受当事人自认的约束。^⑧正因如此,德国民事诉讼理论将经验法则的基本问题置于“证明对象”项下讨论,表明其作为推理的大前提通常不属于证明对象。^⑨

在此意义上,经验法则这一概念是功能性的——为使某些经验认识能像法规则那样用于法官推理过程,而将此类经验认识归为经验法则的范畴,以区别于通常所说的生活经验或常情、常理。按照

德国法的通说,只有当经验能作为一种规则,能够从个案中独立地提取出来,并且可以预计到未来案件也将是同样的走向,我们才能说存在一般化的“法则”(Satz)。^⑩换言之,“法则”代表人们在特定的情境下会有特定的行为表现,意味着未被观察到的事物也将适用这个规则,当然这种适用并不绝对。^⑪由此,经验法则的内容是社会一般共识,社会一般共识以普遍适用性为特征。

以普遍适用性为切入点,可对经验法则与经验作出基本的概念区分:第一,经验法则不包括纯粹的个体化经验,若法官提出的经验法则只是其个人经历、体验中的主观认知,不具备共识意义,则该项经验认识不能作为经验法则。第二,经验法则不是一种个案化的具体经验,个案化的经验观察通常只对个案的事实认定有意义,而经验法则却是抽离于个案背景、具有类案意义的抽象大前提。第三,经验法则要充当论证的大前提,应当在裁判中得到明确的表达,这使其区别于难以言传的理性、良心、直觉等意义上的经验。总而言之,经验可能是私人的,可能依附于具体情境和个案细节,可能是只可意会的内在感受;经验法则却是一般化共识,是能够客观表达、需要明确提出的抽象规则。

(二)法律问题的属性

经验法则概念不清,其性质在我国也存在争议,文献中“事实问题说”“法律问题说”“双重属性说”并立。^⑫经验法则以普遍适用性为特征,应归为法律问题。通常认为,与某种具体事实相关的普遍性规则问题,即为法律问题,是大前提;而由偶然性事件组成的问题,即为事实问题。^⑬或者说,事实问题是关于事实是否存在的纯粹事实判断,而法律问题涉及价值判断。^⑭

更进一步,主流观点对事实问题与法律问题的区分,采用功能主义或者实用主义路径,即从区分的功能目标、实际意义中探讨区分的标准。^⑮主

张经验法则是法律问题主要有两点考虑:第一,在纵向意义上,即上下级法院的分工关系上,区分事实问题与法律问题是明确事实审权限和法律审权限之必须。经验法则的普遍适用性意味着其对后续类案可以发挥规则效力,因此大陆法系主要国家和地区都要求在法律审中检查经验法则的识别是否有误。^⑯第二,在横向意义上,即法院与当事人的分工关系上,法律问题的引入不以当事人提出为必要,法律问题一般不作为证明对象、自认对象。提出经验法则概念,正是为使其排除在当事人的资料责任之外。由此,经验法则的法律问题属性,是内置于概念中的“出厂配置”。在功能主义的视角下,普遍适用性特征与法律问题属性互为映照,是经验法则的一体两面。

需要澄清的是,经验法则虽频繁作用于事实认定过程,辅助法官判断事实存在与否,但这不构成将经验法则定性为事实问题的理由。事实认定过程中所涉问题,并非全然是事实问题。根据德国法的主流认识,经验法则的作用方式有三:一是将法律规范具体化,并且由此成为待适用法律规范本身,即法官三段论中法律大前提的组成部分。比如对侵权法中的过错、因果关系要件的具体化,判例中积累了大量的表见证明规则。二是在证明力评价中,经验法则可以构成不成文的证据规则。三是在事实认定过程中,经验法则也作为判断事实主张的三段论的大前提。^⑰简而言之,经验法则要么构成法律规范的一部分,即要件的具体化,要么作为一种包含证明力评价规则和事实推定规则在内的事实认定规则,无论如何,都是占据了大前提地位的、具有普遍适用性的规则。因此,即使用以认定事实,经验法则也是以法律问题的身份发挥作用,其适用、审查和救济都应在法律问题的轨道上进行。

(三)对自由心证发挥外在制约的功能

经验法则可作为法官事实认定的依据,事实

认定以自由心证为基本原则。就经验法则与自由心证之间的关系,德国法通行观点认为,经验法则的法律问题属性,代表着经验法则身处自由心证的范畴之外,^⑧也就是事实认定的依据与自由心证不同,经验法则实际从外部对自由心证发挥制约功能。

具体来说,法官事实认定的原则是自由心证。事实认定既包括自由的部分,又包括不自由的部分,即自由心证的例外。第一,事实认定中自由的部分,即事实审法官在自由心证范畴内作出的判断。比如在缺乏相应的证据规则时,法官基于辩论全过程所得的信息,依据经验和逻辑对一项证据的证明力大小作出判断,这种判断来自内心确信。如果当事人认为法官的自由心证有误,则按照事实认定错误寻求上诉审救济,上诉审法官依旧是以自由心证再次得出判断结论。第二,在自由心证的范畴之外,是事实认定中不自由的部分,自由心证的例外机制包括法定证据规则、表见证明、当事人合意等。^⑨比如在法律规定了证据规则的情况下,法官的认定结论不得违反法定证据规则。经验法则虽然是不成文的法规则,但也遵循着相似的“例外”逻辑——按照德国理论和判例的通行说法,法官心证原则上自由,但是不允许违反经验法则(nicht gegen Erfahrungssätze verstoßen);^⑩再如我国台湾地区“民事诉讼法”第222条第3项,规定了“法院依自由心证判断事实之真伪,不得违背论理及经验法则”^⑪。

一般认为,经验法则的功能之一是避免自由滑向恣意,其所带来的“不自由”是指既存经验法则对法官的判断有一定的规则效力,从而对自由心证形成外在制约。然而,经验常常用作自由心证的依据,以往误将经验法则当作自由心证的依据,是将经验法则与经验相混同的结果。自由心证之所以给法官以自由的事实判断空间,是因其更有利于接近真实。自由心证下事实的评价,是

一种全过程、综合性的评价(umfassende Gesamtwürdigung),^⑫属于特定情境中形成的个人化确信(persönliche Überzeugung)。^⑬在其中,经验、理性、良心、逻辑等都可促成主观的内心确信,从而成为自由心证结论的依据。但若将经验法则视为自由心证的依据、内化于自由心证的过程,将带来经验法则原初价值的自我消解,在根源上不符合经验法则概念的立意。

(四)总结:从规则性到规则化

综上所述,经验法则之所以构成一个独立于经验的概念,是源于经验法则的规则性本质,其以普遍适用性为特征,作为法律问题发挥对自由心证的外在制约功能。经验法则在应然层面上的规则性,带来了实然层面上将经验法则规则化的需求,包括规则的形式需求和规则的效力需求。因为具有普遍适用性的经验共识如果不具有规则的客观外形,就很难和主观化的内心经验相区分,也无法遵循法律问题的逻辑进行应用、审查和救济;如果客观的规则不具有规则的约束效力,就不能承担起对自由心证的外在制约功能,也偏离了其预想中“反复适用”的类案意义,偏离其作为社会一般共识的定位。由此,可以说,如果不对经验法则进行规则化,那么经验法则和经验在理论上、在应用中便无从分辨,而经验法则的规则性本质也就只是不具现实意义的空谈。

三、经验法则的规则化识别

经验法则的规则化首先要求经验法则应当作为客观规则提出,经验法则是何种经验认识这一概念讨论,最终要转化为如何识别出具有普遍适用性的经验认识这一现实问题。识别问题之所以棘手,是因为经验法则并非个人化的认识,却不可避免地需要由个体率先提出,而个体对一般共识的把握可能符合共识,也可能只是主观偏见。在规则化的逻辑下,经验法则的识别过程可看作一种主体间达成共识的过程,具有法官制造司法裁

判规则的色彩。

(一)识别的标准

识别经验法则以普遍适用性为标准,特定经验认识如果具有普遍适用性,不论盖然性高低均可构成经验法则。普遍适用性的意涵显著区别于盖然性:一方面,高度盖然的事实过程不一定具有普遍适用性。某些事实过程所具有的高度可能,有赖于个案具体细节的支撑,不可推而广之。实际上,由于民事诉讼证据采纳高度盖然性的证明标准,所以法官在具体审判中认定某一事实主张为真,都意味着其认可特定事实经过具有高度盖然性,但这不代表存在或运用了经验法则。另一方面,低盖然性的事实过程未必没有普遍适用性。比如“大额的交易更可能采用转账支付而不是现金支付”,这种表述只代表一种事实相比于另一种事实更可能发生,它不能直接促使法官对“转账支付”达到完全确信。缺乏高度盖然性并不妨碍其具有普遍适用性,也不妨碍其在未来案件中被重复运用。若认可这一经验认识代表着一般共识,那么法官总是可以反复诉诸这种以低盖然性经验认识为内容的经验法则。

经验法则的规则性要求其“从个别的事实中提取出来,但可以应用于新的案件”^⑧。法官的一项经验认识构成经验法则,是因为法官认为其不单单作用于本案,而且可以成为后续审判中的一项规则。比如在民间借贷案件中,法官结合借款人和出借人的身份、交易习惯及借款场景等因素,认为本案所涉的大额交易采用转账支付的可能性极高。不过这一认知有赖于具体案件的细节支持,“大额交易极有可能采用转账支付而不是现金支付”便不具有普遍适用性,故不能成为经验法则。假若法官在判决中将该经验认识作为经验法则,则出现经验法则的识别错误,其错误并非对盖然性的把握不准确,而是依赖于个案情境的认识不具有普遍适用性,故难以成为司法裁判的规则。

(二)识别的方法

过往有关经验法则识别的研究,倾向于关注法官怎样正确把握一项经验认识中的盖然性程度,继而在研究主观认识如何正确反映客观知识时,采用查明事实问题的逻辑来识别经验法则。比如,有观点将经验法则列为需要证据证成的命题;^⑨有观点认为法官需对经验法则本身的盖然性和可靠性进行论证;^⑩还有观点认为经验法则应当作为当事人辩论的对象。^⑪这种对待事实问题的证明路径其实与经验法则的规则性相左,经验法则作为大前提,其内容是一种价值判断而非事实判断。归根结底,认可一项规则与认可一项事实是不同的,规则的正当性来源与事实还原过程的正当性来源是不同的,故确立规则的程序与还原事实的程序也需区别对待。在规则化的框架下,经验法则的识别可从提出规则和确认规则两个阶段来考察。

1. 依职权提出

经验法则在自由心证之外部发挥制约功能,其本身的内容也不是经由自由心证形成的。^⑫在此明确经验法则的识别问题处于经验法则范畴之外而不是之内,具有先决意义,因为自由心证范围之内属于事实审法官的评价权限,自由心证之外则构成法律审的审查范围。具言之,一项事实问题属于自由心证的范畴,意味着法官可以结合案件的审理情况,依据良心、理性、经验等形成心证结论。法官需要在判决中进行心证的公开,通过充实的说理过程来进行自我合理化。在两级法院进行事实审的审级制度下,二审法官可以依上请求在其自由心证的范围内对事实问题进行重新评价,该心证结论即为终审结论,非因法定再审事由不得再次要求法院判断事实问题。相较而言,一项经验法则既然是法律问题,那么其存在与否不属于法官心证的自由,也无须用公开心证的方式去论证其合理性,法官可采用疏明的方式形成

其认知,并依职权提出经验法则。对于该经验法则是否存在,不仅上诉审法院要依职权进行审查,并且由于经验法则识别错误属于适用法律错误,故必要时也需启动再审程序予以纠正。

因此,主张经验法则应由法官依职权提出,首先,提出经验法则的过程不依赖于当事人主张和辩论,并且针对法官提出的经验法则,当事人既不能通过辩论使该问题具备证明的需要,亦不能通过自认或不反驳来使法官获得确信。其次,经验法则的内容并非基于当事人论辩全过程所得出的内心自由判断,法官其实可以通过任何方式形成对经验法则的内容认知,比如自行研究调查或利用其他程序中的鉴定等。^②最后,就如何形成对经验法则的内容认知,法官无须在判决中进行自证式说理。程序内即便给予当事人发表意见的机会,也是出于对当事人的法定听审权(rechtliche Gehör)的保障,^③或者说,法官主持法律讨论是为防止法律适用的突袭。

2. 主体间确认

法官个人提出的认识何以代表了社会一般共识,既不可能寻求一种统计学意义上的多数,也不宜每每诉诸最高权威主体。应当说,规则有效的基础来自主体间的理解与承认。交往共同体的成员把客观世界、主体间共有的社会世界与个人主观世界区分开来。规范比较理想,意味着它得到了所有接受者的承认,因为它解决了他们共同关心的行为问题。规范实际存在,意味着它得到了有关人的承认,这种主体间性的承认奠定了规范的社会有效性基础。^④就经验法则而言,其普遍适用性带有假设意义,需要经由主体间的交互获得验证。毕竟普遍适用性本身被寄予了“屡试不爽”的期待,也预期具有“合理的可接受性”。^⑤

法官在判决中提出经验法则,包含了该规则基本可接受、基本无争议的假设,个人预想中的规则为取得有效性,便需要主体间的验证。验证是

通过程序完成的:判决后如果当事人服判息讼,没有提起救济程序以继续争议,这表明法官提出的经验法则在本程序内获得了程序参与者之间的承认,此时裁判内的经验法则就伴随着裁判的生效得到了确认。如果当事人提起上诉,法院应当对经验法则的存在与否进行审查。若是审查后认可了经验法则的内容,则表示经验法则的普遍适用性在本案审级范围内得到了肯定,此时可以说二审生效裁判内的经验法则是经过确认的经验法则。如果经验法则已经由生效裁判确认,但当事人对裁判申请再审的,法院需要比照适用法律问题来检查经验法则存在与否,从而再次在裁判内确认经验法则,或者确认经过纠正的经验法则。

就此来看,生效裁判是经验法则规则的载体,生效裁判中的经验法则就是得到了确认的经验法则,审查程序的价值不仅仅在于提供救济渠道,也在于正当化经验法则。^⑥即便如此,对经验法则的普遍适用性本不宜作绝对化的理解,避免迷恋唯一正确解而陷入“完美主义谬误”。经验法则的规则有效性源自主体间的认可,而程序内有限主体的认可亦当足以使一项经验法则确定下来,纵使确定后的经验法则仍可能被纠正或废弃,但识别无疑是其接受实践检验的前提条件。

四、经验法则的规则化效力

经验法则最终表现为不同层级法院所确定的判例规则体系,只不过其规则效力在含义上有别于一般判例所具有的效力。此外,在有限范围内验证的共识,理当只在有限范围内获得这种规则效力。可见,经验法则的效力问题与识别问题密不可分,识别经验法则的主体和过程,决定了识别出的经验法则的效力范围。

(一) 规则的客观约束力

首先,经验法则的效力应理解为一种一般化的规则约束力,主要体现为对法官的两点程序要求:一是主动援引,不依赖于当事人提出。在类案

裁判中,法官应主动进行经验法则的检索,并且其主动援引不以证据手段用尽为前提,因为经验法则并非挽救证明困境的最后手段,它实际发挥着指导法官审判方向、当事人主张方向的前端意义。比如“醉酒的机动车驾驶人通常对机动车之间的事故存在过错”作为一项经验法则若得以确认,那么当事人可以在诉讼开始阶段就围绕着前提事实进行主张和举证,即通过证明该规则中的“醉酒”,达到证明“过错”的效果。即便当事人未围绕该经验法则来整理己方的攻击防御,法官也应在注意到“醉酒”的情况下主动引入该规则。二是偏离论证,若是当事人在案件中援引经验法则,法官认为该经验法则不适用于本案的,则有义务在裁判中进行论证。不论经验法则的盖然性程度是高是低,偏离裁判均产生论证义务。比如“大额的交易更可能采用转账支付而不是现金支付”这一低盖然性的经验法则若被确认,处于其效力辐射范围内的法院,在当事人主动援引该规则后就不能对此规则置之不理。法院若想排除该经验法则的适用性,则须说明本案不符合该规则的适用条件,比如说明本案中的交易事实不构成大额交易。

其次,经验法则的一般化效力是客观约束力,而非参考效力、参照效力,这一点使得规则化方法显著区别于仅仅旨在固定规则的类型化方法。为规范经验法则的适用,理论上观点主张通过类型化的提取,将特定案件类型中的经验法则整理、固定下来,为后续裁判提供指引。可判例中提取出的经验法则如果只是供法官自行选择参考或者不参考,允许法官自由地、不加论证地排除规则的适用,那么经验法则所谓的外部制约功能就无从体现,也就背离了规则性的本质。

最后,确立经验法则的规则约束力可能会引起法定证据主义卷土重来的担忧,但经验法则的规则约束力与事实认定领域适用自由心证原则并

不抵触。一方面,经验法则的约束力并不强制法官作出对特定事实的认定结论,其效力主要表现在法官必须考虑既定规则的存在,如果不适用则说明理由。在法官认为应当适用时,当事人也可以对其适用性提出反驳,通常是主张经验法则中的前提事实在本案不存在,故本案案件事实不构成小前提,继而阻却经验法则作为大前提对本案发挥作用。另一方面,从自由心证的产生和发展来看,自由心证原则意在矫正僵化机械,而不是摆脱规则。当“自由”已经成为原则,余下的工作反而是去施加规制,为此大陆法系国家的民事诉讼理论与实践长期耕耘于规则建设,其中,经验法则被认为是正式的证据规范的一种替代选择。在坚持自由心证原则的前提下,规则的细与疏、繁与简,在不同时代环境中应有不同的偏向。自由心证范围与经验法则范围之间的此消彼长,并不存在绝对正确的数值,只能寻求贴近现实的平衡。

(二)效力的范围相对性

不管是要求法官主动援引,还是偏离论证,都是以案件身处经验法则的效力辐射范围之内为讨论前提的。而经验法则效力范围具有相对性,即不同主体确定的经验法则的效力范围是有差异的,同时经验法则的效力范围并非一成不变,在援引和适用中可能发生效力范围的扩张,也可能被纠正、废弃。

1. 效力范围之差异

经验法则的规则,可以说是司法规范体系的一部分,也即“具有可司法性、且能够直接作为司法依据的各种规范的组合”^⑧。人民法院可由生效判决识别经验法则,其隐含的前提是,不同主体所确认的经验法则,在效力范围上是不同的:通常本判决中确定或援引的经验法则,对本院后续同类案裁判具有约束力;上级法院判决中确定或援引的经验法则,以及上级法院遴选发布判例中的经验法则,对下级法院具有约束力;最高人民法

院判决确定或援引的经验法则,以及最高人民法院遴选发布判例中的经验法则,对全国法院具有约束力。

经验法则约束力之所以有边界,首先是因为任何共识实际上都是一种有限度的共识。人们不应该想当然地假定存在绝对化的“认知共识”,在任何社会中,知识库都会随着不同的群体、个体和时间而有所差别。^⑤此外,关于谁能在多大的范围内成为审判共识的代表,不同层级法院所具有的代表性显然不同。有限约束力同时意味着,法官主动援引经验法则的义务也有范围限定,其类案检索并不是无休无止、茫然无序的。

2. 效力的扩张与废止

经验法则的有效性可能发生范围上的扩张或遭废止。一方面,特定经验法则可因为其受认可程度高而发生效力扩张。在经验法则被确认后,处于其约束力范围之外的法院亦可以将之作为认知意义上的参考。特定经验法则如果获得同级其他法院的援引,则该经验法则的效力发生横向扩张,也即该规则借此生效判决在新的地域发挥约束力。如果特定经验法则获得高层级法院的援引,则该经验法则的效力发生纵向扩张,也即该规则因为高层级法院的认可而对其下级法院发生约束力。若是特定经验法则在反复援引中形成稳定的实践确信,则可能具备习惯法的效力地位。另一方面,经验法则亦可能被实践所废弃或修正。典型的情况是,高层级的法院在具体裁判中,对低层级法院确认的经验法则作出否定性的评价,认为既存经验法则并非单纯地不适用于本案,而是自身存在内容错误(比如盖然性程度错误),或者因为落后于社会发展变化而不再适宜作为规则。

经验法则效力范围保持弹性,源于经验法则的效力是在实践中交互验证的,对效力体系的开放性态度,有助于经验法则在实践中不断修正。

在哈贝马斯看来,“主体间性是自发形成的……理性还原成主体间的交往关系,其前提是角色转换过程中的模仿行为,也就是说,自我接受了他者针对自己所提出的行为期待”^⑥。在经验法则的实践中,不交互则不能验证规则的有效性,而交互的过程本身也是经验法则效力取得、效力扩张的过程。据此,一些经验法则被识别后,可能发生效力的扩大;一些被提出的经验法则也可能因为始终不得援引,而在事实上归于消亡。

综上,经验法则的客观约束效力,是与经验法则的规则性本质一脉相承的,只是在识别与推理难题未得解决之际,经验法则的效力很难被提上讨论的日程。事实上,发挥制约功能的经验法则规则,同时也对法官的事实认定和法律适用发挥积极的指导功能,使法官基于规范出发的思维模式“按图索骥”。因此,激发经验法则的规则效力,有益于提高对裁判的确定性预期,减轻司法审判的论证成本。因为法规则存在的技术意义就在于缩短法官判决案件的论证过程,此外作为一般社会观念论证的抽象替代,排除反复溯源重启论证的观念干扰。^⑦在我国,基层人民法院、中级人民法院在事实认定和法律适用上面临结构性压力,结合案件下沉的背景,法院对经验法则的规则化需求将愈加迫切。^⑧

五、运用经验法则规则的推理

如果说规则的识别与效力是一体两面的问题,那么运用规则进行推理则与抽象的本体问题不在一个频道上。运用经验法则进行推理,是以经验法则为大前提,案件事实为小前提,得出待证事实推论的过程。在推理过程中,主要关注的是既已识别出的经验法则在具体案件中发挥多大的作用。

(一) 区分识别问题与推理问题

经验法则的识别问题与推理问题应当区分看待,按德国法的通行观点,经验法则的存在与评价

分属于不同的理论层次:特定的经验认识能不能作为经验法则,这种客观存在性的问题是需要统一对待的法律问题。^⑨前文有关经验法则概念与识别的论述,均立足于客观存在之层次。在客观存在的层次上谈及经验法则的效力,是其规则本身的约束力,属于一般化的抽象效力。而经验法则的个案评价,是指经验法则对具体案件有何种“证明价值”(Beweiswert),评价经验法则在个案中的推理作用力大小,属于事实审法官裁量的范围。^⑩也就是说,经验法则具有多大分量的证明力或推定力,是一种具体的、主观的评价,故不同于经验法则本体层面上的一般约束效力。运用经验法则进行推理,遵循的是事实问题的逻辑,所以法官需要在判决中就推理链条进行心证公开。若有对经验法则的评价错误,也是在纠正事实问题的轨道上予以审查救济,而不像对规则的识别、效力那般走法律审查的路径。

在我国,经验法则的客观存在与个案评价的区分并不十分清晰,所谓的经验法则难题到底是哪个层次上的难题,时常存在混淆。在“南京彭宇案”的例子中,不少观点认为,判决适用的经验法则本身的盖然性过低,是导致事实推定出现漏洞的原因。但是在识别的层面上,相关经验认识即便只有较低的盖然性,也不妨碍其因为具备普遍适用性而构成经验法则。在推理的层面上,若干低盖然性的经验法则叠加,亦可能使法官对相关事实达成内心确信,至于法官如何评价经验法则在本案的推定力大小、叠加的经验法则是否足以使其达到内心确信,则是自由心证范畴之内的论题。因此,“南京彭宇案”的问题不在于经验法则识别错误,不在于经验法则的盖然性较低就不宜作为判决的基础。问题是法官对几项经验法则的推定力的综合评价,是否足以使撞人的事实达到高度可能性,而这本应该是由法官通过判决说理来给出合理化解的。因此,本案的问题主要归

结于判决说理不充实、不妥切。^⑪

实践中,法官不愿明确适用经验法则是比较突出的现象,而隐性适用本就有违经验法则的规则性本质——不管经验法则是决定性的或概率性的,除非被提出,否则效力始终只是在假设意义上。^⑫解决这一问题的突破口,恰恰在于区分经验法则的识别与推理:

第一,区分经验法则的识别与推理,有助于明确法官的权力划分。将法律问题归于法律审查的轨道,事实问题归于事实问题的主观轨道,也就明确划定了法官的不自由领域以及自由的权限范围。经验法则的识别问题是不自由的,识别后对其内容始终开放验证。而推理问题处于事实审法官的裁量范围之内,事实审在审级上的终点,也意味着对推理问题的追究有其终点。

第二,区分经验法则的识别与推理,有助于明确法官的责任承担。经验法则的识别错误与推理错误的性质、后果均不相同,推理错误往往涉及是法官对其心证过程的说理不足、不当,从而使其心证过程欠缺合理性;推理错误表现为法官对证明标准的认识错误,比如在适用高度盖然性标准的案件中适用了优势盖然性标准。而此类个案评价问题其实与经验法则的规则本身关系不大,它往往由法官在司法中具体衡量和纠正。从域外实践来看,实务上很少直接以违背经验法则而废弃判决,废弃判决涉及经验法则的,大多属于判决理由不备、应行使阐明权而未行使或者心证理由未载明。^⑬

(二)运用经验法则推理的方式

正是由于评价问题处于事实审法官的裁量范畴之内,学理进行一般化介入的程度也相对有限,确切来说,经验法则的规则化主要是针对其内容识别和约束效力而言的,推理问题则属于对规则的具体运用。在运用经验法则的规则时,盖然性的分级讨论具有显著意义,是区分表见证明和间

接证明的关键,而表见证明与间接证明的内容差异最终体现为推理过程的差异。^④

第一,所谓表见证明规则,就是判例中提出的、包含了高度盖然性的经验法则,常常表述为“如果存在A事实,则B事实的存在具有高度可能性”。后续审判中只要存在A事实,法官就可以借助既存的表见证明规则,直接得出B事实存在之临时心证。换言之,由于表见证明足以直接使法官对事实存在的评价达到高度盖然性,所以表见证明的推理中基本排除了法官对规则“推定力”的自由评价空间。比如“醉酒的机动车驾驶人通常对机动车之间的事故存在过错”这一经验法则如被确定,后案中第一步要解决的是该规则适用还是不适用于本案,法官认为不适用则带来偏离论证义务,法官认为适用的,当事人也可以反驳前提事实之存在,以排除经验法则的适用。第二步则是适用经验法则之后运用经验法则推理,法官可以直接以“醉酒”这一事实推出“过错”的临时心证,此时具体的举证责任转移到“过错方”,也即当事人可以提出反证动摇法官的临时心证,以推翻结论事实。

第二,运用低盖然性的经验法则进行推理,采用的是间接证明的方式,低盖然性经验法则与其他的证据或者其他的经验法则叠加,使法官得出某一待证事实具有高度盖然性的结论。正因为法官心证的形成需要经验法则与其他间接证据等的配合,特定经验法则在其中的具体推定力如何,是有自由评价的空间的,评价作用力、形成心证的链条成为焦点与难点。比如“大额的交易更可能采用转账支付而不是现金支付”被确认后,在一般化的效力层面上需考虑该经验法则是否适用于本案,而确定适用之后,该经验法则的推理力大小则是个程度问题。在推理的过程中,这一低盖然性的经验法则本身,不足以使法官直接达成“转账支付”为真的临时心证,法官的事实判断还是要综合

全案情况为之。对于最后判断结果的心证链条,法官则要在判决中作出合理论证。

六、结语

在经验法则的议题上,借助判例提出经验法则并赋予其约束力,因为种种障碍而在现实中搁浅。在此背景下,本文以经验法则的规则化为主题,主要讨论了以下三个论点。第一,基于经验法则与经验的区分,可从本源上明确经验法则的规则意涵,其具体内容有三:普遍适用性、法律问题属性与作为自由心证外部制约的功能定位。规则性要求了经验法则需要有规则的形式和规则的效力,它应当被固定为客观规则并且对后续的案件发挥约束性的规则效力。第二,经验法则的识别与效力的问题应当一体化解决,识别以普遍适用性为标准,程序上可拆解为依职权提出与程序化确认两个阶段。既已识别的经验法则规则产生客观约束力,即在特定的范围内要求法官主动援引,并承担偏离论证义务。在判例的自发运用中,通过交互主体性可实现效力的扩张或废止。第三,运用经验法则推理是有别于识别和效力的问题,规则化后的经验法则在具体推理中如何发挥作用,可以分为两种类型来考察,即运用高度盖然性经验法则的表见证明推理和运用低盖然性经验法则的间接证明推理。

总而言之,即便经验法则内容驳杂、数量繁多,但部分经验法则上升为规则的可能性始终是存在的,现今需要的是以判例为依托的方法机制。如果认为我们的处境总是二选一的——要么全部规则化,要么就不予规则化;要么采用成文法方式,要么就无法实现规则化——则陷入了“虚假两难谬误”。建立规则化的机制,就是旨在开启规则积累之门。这种既随着新情况不断发展变化,又保持了一定的稳定性、连续性的司法机制,使得对具体的法官心证进行制度化制约获得了一般意义。^⑤

注释:

①参见王亚新:《社会变革中的民事诉讼》(增订版),北京大学出版社2014年版,第379页;毕玉谦:《论经验法则在司法上的功能与应用》,载《证据科学》2011年第2期,第135-136页;吴洪淇:《从经验到法则:经验在事实认定过程中的引入与规制》,载《证据科学》2011年第2期,第162页;曹志勋:《经验法则适用的两类模式——自对彭宇案判决说理的反思再出发》,载《法学家》2019年第5期,第31页。

②参见[德]汉斯·普维庭:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社2000年版,第147页。

③参见江伟、邵明主编:《民事证据法学》(第3版),中国人民大学出版社2021年版,第117页;刘澍:《论司法裁判中经验法则的地位、局限性及应用规则——对典型案例的实证分析》,载《学术论坛》2012年第7期,第74页;琚明亮:《论经验法则在司法证明中的展开及适用》,载《法制与社会发展》2021年第5期,第209页。

④参见江伟、肖建国主编:《民事诉讼法》(第8版),中国人民大学出版社2018年版,第209页。

⑤参见张中:《论经验法则的认识误区与实践困境》,载《证据科学》2011年第2期,第147页;龙宗智:《刑事证明中经验法则运用的若干问题》,载《中国刑事法杂志》2021年第5期,第58页。也有观点认为经验法制的规律性就是事物之间联系的盖然性程度,参见张卫平:《认识经验法则》,载《清华法学》2008年第6期,第9页。

⑥对此现象的批评,参见张中:《论经验法则的认识误区与实践困境》,载《证据科学》2011年第2期,第147页。

⑦参见[意]Michele Taruffo:《关于经验法则的思考》,孙维萍译,载《证据科学》2009年第2期,第174页。

⑧Vgl. Prütting, in: Münchener Kommentar zur ZPO, § 284 Rn. 44; Saenger, ZPO, 5. Aufl., § 284 Rn. 14; Mark Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismaß — Rationalität und Intuition, 2015, S. 398.

⑨例外的情况,即特殊经验法则(也称“专门经验法则”)是需要加以证明的,因其内容不为一般人所知。由此,经验法则有一般经验法则与特殊经验法则之区分。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375页。也有观点指出,一般经验法则在诉讼上有规范效力,而特殊经验法则没有规范效力,在诉讼上仅为一种事实,参见吕太

郎:《以违背经验法则作为第三审上诉理由》,载《台湾法学杂志》第261期,第88页。鉴于性质和适用上的显著差异,本文所论经验法则均指一般经验法则,而不包括特殊经验法则。

⑩Vgl. Friedrich Stein, Das private Wissen des Richters: Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse, 1893, S. 19 f.

⑪Vgl. Mark Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismaß — Rationalität und Intuition, 2015, S. 368 f; Friedrich Stein, Das private Wissen des Richters: Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse, 1893, S. 21.

⑫参见张亚东:《经验法则:自由心证的尺度》,北京大学出版社2012年版,第32页;陈林林、何雪锋:《论经验法则的司法定位》,载《求是学刊》2017年第3期,第103页。

⑬参见陈学权:《刑事陪审中法律问题与事实问题的区分》,载《中国法学》2017年第1期,第55页。

⑭参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,法律出版社2007年版,第296页。

⑮参见陈杭平:《论“事实问题”与“法律问题”的区分》,载《中外法学》2011年第2期,第328页;魏晓娜:《刑事审判中的事实问题与法律问题》,载《中外法学》2019年第6期,第1587-1588页。

⑯德国法方面,可参见见Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO, 23. Aufl., § 284 Rn. 17; Prütting, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl., 2020, § 284 Rn. 47. 日本法方面,参见[日]三月章:《日本民事诉讼法》,汪一凡译,五南图书出版公司1997年版,第422-423页;[日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第389-390页。我国台湾地区方面,参见姜世明:《证据评价论》,厦门大学出版社2017年版,第42页;雷万来:《经验法则在民事诉讼上的性质与作用》,载《军法专刊》1997年第10期,第8页。

⑰参见[德]罗森贝克、施瓦布:《德国民事诉讼法》,李大雪译,中国法制出版社2007年版,第823页。

⑱Vgl. Gerhard Walter, Freie Beweiswürdigung: Eine Untersuchung zu Bedeutung, Bedingungen und Grenzen der Freien Richterlichen Überzeugung, 1979, S. 327.

⑲Vgl. Zeiss/Schreiber, Zivilprozessrecht, 12. Aufl., 2014, Rn. 454 ff.

⑳Vgl. Mark Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismaß — Rationalität und Intuition, 2015, S. 81, 351; Miebach, Die freie richterliche Beweiswürdigung in der neueren Rechtsprechung des

BGH, NStZ 2021, S. 411.

⑲吕太郎:《以违背经验法则作为第三审上诉理由》,载《台湾法学杂志》第261期,第91页。

⑳Vgl. Miebach, Die freie richterliche Beweiswürdigung in der neueren Rechtsprechung des BGH, NStZ 2021, S. 411.

㉑Vgl. Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Band I, 2016, S. 90.

㉒Vgl. Friedrich Stein, Das private Wissen des Richters: Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse, 1893, S. 21.

㉓参见王星译:《情理推断在刑事证明中的规范运作》,载《中外法学》2022年第1期,第272页。

㉔参见何雪峰:《法官如何论证经验法则》,载《北方法学》2021年第1期,第116页。

㉕参见戴涛、薛子裔:《论民事诉讼中日常生活经验法则不当运用及程序性规制》,载《法律适用》2015年第1期,第21页。

㉖Vgl. Musielak/Voit/Foerste, Zivilprozessordnung, 19. Aufl., 2022, ZPO § 284, Rn. 4.

㉗参见[德]罗森贝克、施瓦布:《德国民事诉讼法》,李大雪译,中国法制出版社2007年版,第823页。

㉘Vgl. Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Band I, 2016, S. 67; Prütting, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl., 2020, ZPO § 284 Rn. 46.

㉙参见[德]尤尔根·哈贝马斯:《交往行为理论:第一卷行为合理性与社会合理化》,曹卫东译,上海人民出版社2018年版,第97页、第118页;童世骏:《没有“主体间性”就没有“规则”——论哈贝马斯的规则观》,载《复旦学报(社会科学版)》2002年第5期,第24-25页。

㉚参见龙宗智:《刑事证明中经验法则运用的若干问题》,载《中国刑事法杂志》2021年第5期,第56页。

㉛Vgl. Mark Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismaß—Rationalität und Intuition, 2015, S. 423f.

㉜顾培东:《我国成文法体制下不同属性判例的功能定位》,载《中国法学》2021年第4期,第6页。

㉝参见[英]威廉·特文宁:《证据理论:边沁与威格摩尔》,吴洪淇、杜国栋译,中国人民大学出版社2015年版,第221-222页。

㉞[德]尤尔根·哈贝马斯:《交往行为理论:第一卷行为合理性与社会合理化》,曹卫东译,上海人民出版社2018年版,第484页。

㉟参见陈甦:《审判中的法条辨析与一般社会观念考量》,载《人民法院报》2014年7月23日,第5版。

㊱有观点认为,由于法律适用者的权威不足,中国的司法证明制度应该从自由证明走向规范证明,从“准自由证明”模式转向“准规范证明”模式,参见何家弘:《司法证明模式的学理重述——兼评“印证证明模式”》,载《清华法学》2021年第5期,第13页。

㊲德国通行理论认为,上告法院审查的是法官判决中经验法则的存在和内容是否有误。参见赵秀举:《德国民事诉讼法慕尼黑评注选译:第284条》,载《民事程序法研究》(第8辑),厦门大学出版社2012年版,第259页;Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, 2016, S. 89.

㊳德国学理上特别强调,法官对经验法则在具体情况下的证明价值的衡量,这种根据第286条(自由心证原则)所进行的法官的评价不可上告。参见赵秀举:《德国民事诉讼法慕尼黑评注选译:第284条》,载《民事程序法研究》(第8辑),厦门大学出版社2012年版,第259页;Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Band I, 2016, S. 28.

㊴参见曹志勋:《经验法则适用的两类模式——自对彭宇案判决说理的反思再出发》,载《法学家》2019年第5期,第32-33页。

㊵Vgl. Helmut Rüßmann, Allgemeine Beweislehre und Denkgesetze, 1982, S. 62-69.

㊶参见曹鸿兰等:《违背经验法则之研究——以事实认定为中心》,载“民事诉讼法”研究会编:《民事诉讼法之研讨(四)》,台湾地区三民书局有限公司1993年版,第117页。

㊷有关表见证明和间接证明这两种推理方式,学术界已有相当的研究,代表性成果参见周翠:《从事实推定走向表见证明》,载《现代法学》2014年第6期,第108-126页;曹志勋:《论民事诉讼中事实的证明方式》,载《苏州大学学报(法学版)》2020年第4期,第132-136页。

㊸参见王亚新:《刑事诉讼中发现案件真相与抑制主观随意性的问题——关于自由心证原则历史和现状的比较法研究》,载《比较法研究》1993年第2期,第141页。