

民事案件事实形成中的方法论命题

王 雷*

内容提要 民事案件中,法律适用的“小前提”案件事实形成环节蕴涵了一个“小司法三段论”,基于此,民事法律适用实质上是一个“双阶层司法三段论”。民法证据规范是“小司法三段论”的“大前提”,不仅限于举证责任规范,还包括民法证据方法规范、民事推定规范以及民法证明标准规范。民法证据规范丰富了民法规范的类型体系,提升了民事权利规范、民事义务规范和民事责任规范的可操作性和价值连贯性。应通过对民法证据规范的发现、归类 and 解释适用促进形成合宜的民法证据思维,实现民事实体法和程序法的沟通和协调。

关键词 案件事实的形成 民法学方法论 双阶层司法三段论
民法证据规范

目 次

- 一、引言
- 二、民事案件事实形成蕴涵“小司法三段论”
- 三、民事案件事实形成中的“大前提”
- 四、结语

* 中国政法大学民商经济法学院副教授,法学博士。本文系 2020 年度国家社科基金一般项目“《民法典》中的参照适用条款研究”(项目批准号:20BFX103)的研究成果。

一、引言

“法学方法论以法律解释、法律适用为对象,以服务于司法案件裁判为目的。”^①“实际上,法律的适用并非简单的三段论推理。”^②我国民法学方法论长期以来更多关注对司法三段论“大前提”法律规范的寻找、解释和完善,着重关注将既定案件事实涵摄到抽象构成要件事实中进行规范调整,相对忽略“小前提”案件事实形成过程中的方法论问题,以致民法学方法论在很大程度上成为“请求权基础分析方法”和“民法解释学”。但事实上,“分析和整理证据的技能,以及对有关事实争议问题的论证进行建构、批评和评价的技能,……它们和关于法律问题的法律分析和法律推理一样,构成了‘法学方法’的基本成分”^③。“对于从事实务工作的法律适用者来说,不能忘记在很多案件中更为重要的‘事实工作’领域,即查明和评价事实的领域。对此,我们的大学明显缺乏这方面的理论教育。”^④实践中司法三段论“小前提”案件事实不同于大学法学教育案例分析中的案件事实,其并非既定的,而是需要法律适用者去发现和证明的。“法律推理的三段论形式也给人造成一种错觉:似乎其小前提是从天上掉下来的。这使法律推理研究出现了忽视证据推理对法律适用的决定作用,无视大多数情况下疑难案件本质上是事实认定的疑难案件的偏向。”^⑤“从今后的发展趋势来看,如何掌握从证据法的角度来认定事实,又如何从方法论上确定小前提,并依法作出公正的裁判,是法官需要掌握的一门司法艺术。”^⑥因此,妥当运用证据规则和证据思维认定案件事实亦是重要的民法学方法论问题。^⑦

法律思维具有规范性和证据性的特征。证据思维是民法思维的应有之义,是法律适用者应当遵循的司法规律,而民法证据思维有助于补足请求权规范思维的缺陷和保障司法公正的实现。“案件的裁判依赖于对争议案件的事实认定,正确的事实认定是公正裁判的前提”^⑧,对司法三段论尤其是“小前提”案件事实形成环节内在规律和本真全貌的发现和阐释,有助于落实党的二十大报告提出的“严格公正司法”和“加快建设公正高效权威的社会主义司法制度,努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”^⑨。

可见,从法律适用角度看,民法学方法论实际上超越了单纯的民法解释学,包含着以

① 王利明:《法学方法论》,中国人民大学出版社2012年版,第7页。

② 梁慧星:《民法总论》(第5版),法律出版社2017年,第294页。

③ [美]特伦斯·安德森、[美]戴维·舒姆、[英]威廉·特文宁:《证据分析》(原书第2版),张保生、朱婷、张月波等译,中国人民大学出版社2012年版,前言第1页。

④ [奥]恩斯特·A. 克莱默:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第4页。

⑤ 张保生:《证据法的理念》,法律出版社2021年版,前言第3页。

⑥ 前注①,王利明书,第180页。

⑦ 参见王轶:《民法原理与民法学方法》,法律出版社2009年版,第265页。

⑧ 张卫平:《民法典与民事诉讼法的连接与统合——从民事诉讼法视角看民法典的编纂》,载《法学研究》2016年第1期,第33页。

⑨ 习近平:《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》(2022年10月16日),人民出版社2022年版,第42页。

司法三段论为核心的更丰富内容。其中,司法三段论小前提案件事实形成环节即蕴含着法学方法论的丰富命题。本文聚焦民事案件事实形成环节,对司法三段论中的学术基本理论、基本问题进行再反思,提炼并论证“双阶层司法三段论”“小司法三段论”“民法证据规范论”等具有解释力、回应力的标识性概念,^⑩以期从民法证据规范的角度发掘案件事实形成过程中的民法学方法论命题,展现司法三段论的全貌,并为民法证据规范的归类、解释和完善提供有益思路。

二、民事案件事实形成蕴涵“小司法三段论”

(一) 案件事实的概念界定与法律特点

维特根斯坦认为:“世界是所有事实的总和,而非事物的总和。”^⑪哲学理论上探讨总结事实的特点,包括可靠性(客观性)、不变性、不可重复性(特殊性)、知识对事实的渗透性等。^⑫事实难被定义但易被分类,无论在哲学还是在法学上,事实都是类型化的、有层次的。纯粹的生活事实无疑具有前述特性,而司法过程中当事人对案件事实的陈述则体现了人们对纯粹生活事实的认识能力,因此,不能将分析生活事实的结论简单套用到作为陈述的案件事实等事实类型之中。从民法学方法论角度,事实特别是案件事实至少可以类型化为如下层次:其一,从民法对现实生活的介入入手,可以将事实划分为生活事实和民事法律事实。并非所有的生活事实都能上升为民事法律事实,在民事法律事实之外,还存在处于“法外空间”的纯粹的生活事实。生活事实要想跻身民法世界、成为民法的调整对象,必须首先能够被解释、描述、想象为某种具体类型的民事法律事实,否则就属于民法不入之地。^⑬其二,从案件事实的动态形成过程入手,可以将事实尤其是案件事实划分为未经加工的案件事实、作为陈述的案件事实和经审理查明认定的案件事实。“‘未经加工的案件事实’逐渐转化为最终的(作为陈述的)案件事实,而(未经加工的)规范条文也转化为足够具体而适宜判断案件事实的规范形式。”^⑭其三,从对案件事实的民法评价入手,可以将案件事实划分为具体的构成要件事实和抽象的构成要件事实。法院会结合当事人争议焦点将经审理查明认定的案件事实对应涵摄到法律规范的抽象构成要件事实之下,这就是一个具体与抽象、特殊与一般、事实与规范的互动过程。将经审理查明的事实条分缕析为各类具体的构成要件事实,是对案件事实的分析、理解和解释,便于根据“法律要件分类说”对应其举证责任分配。具体的构成要件事实和抽象的构成要件事实是评价对象和评价标准的关系。其四,我国民事诉讼法律和司法解释中

^⑩ 笔者在之前的著作中曾提及“双阶层司法三段论”“小司法三段论”,但未及详论。参见王雷:《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,前言第2页,第27、362、363页,后记第389页。

^⑪ [英]路德维希·维特根斯坦:《逻辑哲学论》,王平复、张金言译,中国社会科学出版社2009年版,第28页。

^⑫ 参见彭漪涟:《事实论》,广西师范大学出版社2015年版,第71-80页。

^⑬ 参见王轶:《论民事法律事实的类型区分》,载《中国法学》2013年第1期,第71页。

^⑭ [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第162-163页。

还将案件事实在不同语境下分别表述为待证事实、民事法律关系变动对应的案件基本事实、生效法律文书确认(认定)的事实等主要类型。

由此可见,作为司法三段论小前提的案件事实并不简单等同于纯粹的生活事实,从司法三段论案件事实形成环节看,其具有如下鲜明特点:

第一,案件事实是一个阐释性概念,^⑮具有事实性和规范性的双重特性,案件事实和法律规范需要相互解明,案件事实的形成过程就是法律适用者目光不断往返流转于事实与规范的过程,这也是在解释学循环意义上对案件事实的理解结构。案件事实应当成为解释学的解释对象,尼采甚曾指出:“没有事实只有解释”。^⑯对案件事实的“知道”不等同于“理解”。以事实为根据,并非简单罗列案件事实,摆在法律适用者面前的是有待解释的事实,法律适用者要在查清事实的基础上“赋予事实以价值”,即整理、分析、说明、阐释事实的规范意义。正因如此,有学者建议专门确立“案件事实诠释学”。^⑰案件事实须能够被有效证据证明。为推动案件事实的查清,对案件事实举证责任的规定就不可或缺,法国民法典甚至专章集中规定“债的证据与清偿证据”。有学者也指出:“如何有效地将实体规范与证据规范结合起来,为当事人提供准确的行为指引,为法官裁判提供可操作的规范依据,是未来法教义学发展的重要任务。现有研究对此有所提及,也仍不够细致全面。”^⑱

第二,案件事实并不是现成给定的,案件事实的形成经常对应司法三段论中的最大工作量和复杂疑难问题。美国学者德沃金曾将诉讼过程中可能遇到的“关于法律的争议”分为关于事实的争论、关于法律的争论,以及关于政治道德和忠实的双重争论。但德沃金更看重关于法律是什么的争论,对关于事实的争论并未予以足够重视,他甚至认为“关于事实的争论,似乎非常明确”^⑲。相反,庞德则直面事实认定中的疑难问题:确定案件事实是疑难问题,“事实并不是现成地提供给我们的。确定事实是一个充满着可能出现许许多多错误的困难过程”^⑳。德国学者魏德士也指出:“形象地说,实践当中如果有一千个事实问题,那么真正的法律问题还不到事实问题的千分之一。”^㉑在一定程度上可以说,“法律人的才能主要不在认识制定法,而正是在于有能力能够在法律的——规范的观点之下分析生活事实”^㉒。“法律事实并不是自然生成的,而是人为造成的,它们是根据证据法规则、法庭规则、判例汇编传统、辩护技巧、法官雄辩能力以及法律教育成规等诸如此类的事物而构造出来的,总之是社会的产物。”^㉓传统民法基本未考虑事实认定问

⑮ 参见谢晖:《法律的意义追问:诠释学视野中的法哲学》,法律出版社2016年版,第72-80页。

⑯ 参见陈嘉映:《说理》,华夏出版社2014年版,第238页。

⑰ 参见[德]托马斯·M.J.默勒斯:《法学方法论》(原书第4版),杜志浩译,北京大学出版社2022年版,第758页。

⑱ 许德风:《法教义学的应用》,载《中外法学》2013年第5期,第960页。

⑲ [美]德沃金·R.:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,第3-6页。

⑳ [美]罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制》,沈宗灵译,商务印书馆2010年版,第33页。

㉑ [德]魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2005年版,第290页。

㉒ [德]亚图·考夫曼:《类推与“事物本质”——兼论类型理论》,吴从周译,学林文化事业有限公司1999年版,第87页。

㉓ [美]克利福德·吉尔兹:《地方性知识:事实与法律的比较透视》,邓正来译,载梁治平编:《法律的文化解释》,生活·读书·新知三联书店1994年版,第80页。

题,而主要是针对既定案件事实进行规范调整,但适用法律时却首先需要去认定案件事实,在这个过程中甚至经常发生案件事实真伪不明的情况。“证明是诉讼程序的核心和中心,一般而言,可以说没有证明就没有诉讼。”^{②4}“民事证明责任分配的确是民事审判实践中的难点。在对民事司法近距离的观察中,我们认识到证明责任分配是困扰民事法官和律师的最大问题之一。”^{②5}

第三,案件事实的表现形式具有主观陈述性。作为一种知识形式,案件事实通过语言文字的形式被陈述和理解。“人类对世界的所有认识都是靠语言媒介的”,“一切理解都是语言的理解”,“凡能被理解的,总要进入语言——当然它总要作为某种东西而被觉察”^{②6}。正所谓:“事实通常是指人们对客观存在或发生的事物、现象和过程的真实描述。”^{②7}作为符号的动物,人类通过语言文字沟通彼此、认识世界、想象世界、描述世界、把握世界。事实在语言中成其所是,正如历史学区分历史事件和对历史事件的理解与陈述,^{②8}法律适用者也正是透过当事人的诉称、辩称、举证、质证来拨开案件事实的迷雾。“对于人来说,现实在语词平面上成像,在语词平面上是其所是,因此,我们首要地在语词平面上分辨真伪。”^{②9}历史学理论强调历史事件是死的、解喻中的历史是活的:“历史这一名词联合了客观的和主观的两方面,而且意思是指拉丁文所谓‘发生的事情’本身,又指‘发生的事情的历史’。同时,这一名词固然包括发生的事情,也并没有不包括历史的叙述。”^{③0}“实在的事实是一成不变的,而历史事实的知识则是随时变动的。”^{③1}相似的,纯粹的生活事实本身是可靠的、客观的、无法被更改的、^{③2}不可被捏造的,而“作为陈述的案件事实”则有可能无法真实反映纯粹的生活事实。“作为一种历史事实的案件事实,最终需要通过叙事呈现出来。”^{③3}

第四,案件事实是对生活事实的截取,具有法律规范评价性特点。案件事实描述和反映生活事实,但又不简单等同于本体论意义上纯粹的生活事实,生活事实只是形成案件事实的基础和前提。案件事实表现为对生活事实中有规范意义内容的截取和陈述,对不具有规范意义内容的剪除。生活事实千姿百态、连续而复杂,我们无法也不必在形而上学意义上穷尽对全部生活事实细节的查明和描述。案件事实总是从已经发生的生活事实中截取下来的,以便在当事人之间定分止争。纷争不同,需要截取的案件事实也不

^{②4} 张卫平:《民事证据法》,法律出版社2017年版,第232页。

^{②5} 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,自序第2页。

^{②6} [德] 汉斯-格奥尔格·伽达默尔:《诠释学 II 真理与方法——补充和索引》(修订译本),洪汉鼎译,商务印书馆2007年版,第135、220、403-404页。

^{②7} 董孟华主编:《科学哲学引论》,知识出版社1989年版,第77页。

^{②8} 参见何兆武:《对历史学的若干反思》,载何兆武:《历史与历史学》,湖北人民出版社2007年版,第1页。

^{②9} 陈嘉映:《冷风集》,东方出版社2001年版,第163页。

^{③0} [德] 黑格尔:《历史哲学》,王造时译,上海书店出版社2001年版,第61页。

^{③1} 傅斯年、李守常、朱希祖:《傅斯年史学方法导论 李守常史学要论 朱希祖中国史学通论》,吉林人民出版社2013年版,第219页。

^{③2} 金岳霖将事实的不可更改性称为事实的“硬性”。参见金岳霖:《知识论》,商务印书馆1983年版,第784页。

^{③3} 刘燕:《法庭上的修辞:案件事实叙事研究》,中国书籍出版社2017年版,第132页。

同。“确定事实可以成为一项独立的工作,但我们总是为了某个目的才去确定事实。目的不同,所要搜集的事实也不同。”^{③④}生活事实总是有迹可循,与案件事实相伴的证据也须基于定分的要求具有关联性。“我们当然无法字面上穷尽‘全部事实’。……我们常常需要在纷繁复杂的情况中确定哪些是相关的、重要的事实。”^{③⑤}案件事实决定了应当适用的法律规则,为了保证全面归纳事实,就不能对案件事实进行不当剪辑。^{③⑥}一定程度上,民事法律事实不过是民法对生活事实进行的撷取,生活关系是一个连续统一体,我们从中取出一部分来,对其进行法律观察。^{③⑦}换言之,民事法律事实是在法律评价指引下对生活事实的一部分进行的撷取,“至于哪种生活事实应被评价为有规范上的意义,在性质上属于立法上的政策决定”^{③⑧}。

(二) 从案件事实的形成看“双阶层司法三段论”

案件事实的形成是一个动态的发展过程。未经加工的案件事实处于客观世界中,作为陈述的案件事实和经审理查明认定的案件事实则是主观认识对客观世界的反映。其中,纯粹的生活事实本身是过往的、固定不变的,我们不能将其简单地作为确定的、现成在手的评价对象来对待。作为陈述的案件事实包括原告诉称及陈述的案件事实、被告辩称及陈述的案件事实,但这些都不是案件事实的终局形态,经审理查明认定的案件事实才是终点。司法三段论的大前提法律规范需要我们去寻找、解释和完善,小前提案件事实也不是自动固定呈现在我们面前的,需要我们去举证、质证和认证。一般而言,案件事实的形成需要遵循两条线索:一方面,从纯粹的生活事实上升为民事法律事实,进入民法调整领域。这是一个民法价值判断问题,体现了民法对现实生活的介入程度。并非所有的客观生活事实都具有法律意义、都能上升为可以引起民事法律关系变动的民事法律事实,需要结合情谊行为等民法理论去识别判断。^{③⑨}另一方面,从纯粹的生活事实(未经加工的案件事实)到作为陈述的案件事实,再到经审理查明认定的案件事实,这个过程须以法律规范中的构成要件事实为指导“反复归纳和重新整理案件事实”,^{④⑩}经过举证、质证和认证程序,以逐渐形成事实认定者对民事案件事实高度盖然性的内心确信。经审理查明认定的案件事实是法律适用者对案件实际情况的比较、分析、推理、论证和断定,是互动中抵达的真相,其无法脱离人的认识和经验,因而也就具有了经验性的特点。

客观真实有真伪之分,但对案件事实的认定除有真伪之别外,还可能存在真伪不明的情况。《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》要求“健全事实认定符合客观真相……的法律制度”。“以事实为根据”是一个应然判断,是法律适用者应当

^{③④} 前注^{②⑨},陈嘉映书,第189页。

^{③⑤} 前注^{①⑥},陈嘉映书,第243-244页。

^{③⑥} 参见李红海:《认真对待事实与将常理引入司法——减少争议判决之司法技术研究》,载《法商研究》2018年第5期,第118-120页。

^{③⑦} 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2004年版,第51页。

^{③⑧} 黄茂荣:《法学方法与现代民法》(原书第5版),法律出版社2007年版,第241页。

^{③⑨} 参见王雷:《情谊行为、法外空间与民法对现实生活的介入》,载《法律科学》2014年第6期,第42-51页。

^{④⑩} 参见张明楷:《案件事实的认定方法》,载《法学杂志》2006年第2期,第32页。

尽量追求的目标,^{④①}由此才能形塑司法公正和司法权威。事实的本质特性是经验性,对事实的认定具有盖然性或似真性。^{④②}案件事实认定过程中寻求的并不是仿佛现成地摆在一个与我们无关的世界里的对象化真实,“所有的证据都是盖然性的——并不存在形而上学的确定性”^{④③}。法律真实论和客观真实论的争论仅仅是持论者分别从认识论和本体论的不同论证角度出发而引致的,^{④④}两种观点并无本质差异。案件事实外在于人的主观意识,又离不开人的主观认知,对案件事实的司法判断过程就是一个运用证据对案件事实进行司法重建的过程——法律适用者根据正当程序原则通过证据来认定案件事实,对案件事实的认定以客观真相为依归。

司法三段论小前提案件事实的形成环节实际蕴涵了一个“小司法三段论”。“小司法三段论”这一概念借鉴于而又有别于学界通常所说的“司法三段论”(以下称为“大司法三段论”)——“大司法三段论”是将小前提案件事实涵摄于大前提民事权利规范、民事义务规范或者民事责任规范的构成要件事实之中以得出裁判结论的过程。但案件事实的形成并非单纯的事实判断问题,还具有法律规范评价性特点:法律规范中抽象的构成要件事实是评价标准,对应一种待证事实;处于始点的“作为陈述的案件事实”和处于终点的“经审理查明的事实”均为评价对象。一旦评价对象符合评价标准,“作为陈述的案件事实”就变为作为评价结果的“具体的要件事实”。“具体的要件事实”被包容在“经审理查明的事实”之中,是后者的主体部分,并在第二阶层大司法三段论中再次成为评价对象。从这个角度出发可以看出,整体性的司法三段论实际是“双阶层”的结构,“小司法三段论”是第一阶层,“大司法三段论”是第二阶层:在案件事实形成过程对应的第一阶层小司法三段论中,大前提是举证责任等民法证据规范,小前提是作为陈述的案件事实,得出的结论是经审理查明的事实、案件事实不存在或者案件事实真伪不明;第二阶层大司法三段论的大前提是民事权利规范、民事义务规范或者民事责任规范等民法实体规范,只有当“小司法三段论”完成之后,由此得出经审理查明的事实作为小前提才进入“大司法三段论”的司法裁判环节。概言之,民事法律适用过程就是一个“双阶层司法三段论”。

在第一阶层“小司法三段论”中,“作为陈述的案件事实”一端连接本体论意义上的生活事实,一端连接价值论意义上法律规范的抽象构成要件事实。本体论意义上的生活事实具有客观实在性特点;“作为陈述的案件事实”即待证事实,具有主观性特点;经审理查明的事实则具有认识论上的“主体间性”。^{④⑤}基于时间的一维性,任何事实都是处于特定时空关系之中,两个事实有可能类似,但事实本身不能重演。但从可知论角

④① 参见张继成:《事实、命题与证据》,载《中国社会科学》2001年第5期,第141页。

④② 参见张保生:《事实、证据与事实认定》,载《中国社会科学》2017年第8期,第129-130页。

④③ [美]理查德·A.波斯纳:《证据法的经济分析》(第2版),徐昕、徐昀译,中国法制出版社2004年,第89页。

④④ 参见王敏远:《一个谬误、两句废话、三种学说——对案件事实及证据的哲学、历史学分析》,中国政法大学出版社2013年版,第71-85页。

④⑤ 参见李力、韩德明:《解释论、语用学和法律事实的合理性标准》,载《法学研究》2002年第5期,第3页。

度出发,本体论意义上的客观事实并非“一去不复返”,而是可以通过“作为陈述的案件事实”结合证据经由认定案件事实的正当程序“再现”。

如果“经审理查明”认定了“案件事实”,则标志着案件事实形成过程完成。行为意义上的举证责任规范贯穿于作为陈述的案件事实对应的庭审举证、质证、法庭辩论以及法庭调查核实证据等各环节,发挥着行为规范作用,保障举证质证的充分性;案件事实查明后,结果意义上的举证责任规范就不会发挥裁判规范作用。

如果经审理查明案件事实不存在或者案件事实真伪不明(当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张),一般则须结合举证责任规范判决负担举证责任的当事人败诉,此时,结果意义上的举证责任规范就担当起第一阶层小司法三段论的“大前提”(见下文图1),成为裁判规范。换言之,从小前提案件事实形成环节中司法三段论的展开过程看,举证责任等证据规范的作用领域并非仅限于作为评价标准的法律规范中的抽象构成要件事实,在小前提案件事实不存在或真伪不明时,结果意义上的举证责任可以发挥裁判规范功能。“正当的逻辑应当是基于事实真伪不明状态首先决定事实的存在与否,而后以此为前提决定是否适用法规。该种情形下,决定事实真伪不明时事实是否存在的规范为与实体法规则相区别的独立的证明责任规范。”^{④6}举证责任规范等民法证据规范的适用是案件事实不存在或者真伪不明时法官进行裁判的方法论问题,其本质上是一个价值判断问题,涉及对负担证明责任一方和对方当事人之间自由的保护及限制,不同的规范类型配置反映了不同的利益衡量结论。当然,“证明责任判决始终是‘最后的救济’,或者说‘最后一招’,如果为了使法官达到裁判之目的,就别无选择”^{④7}。

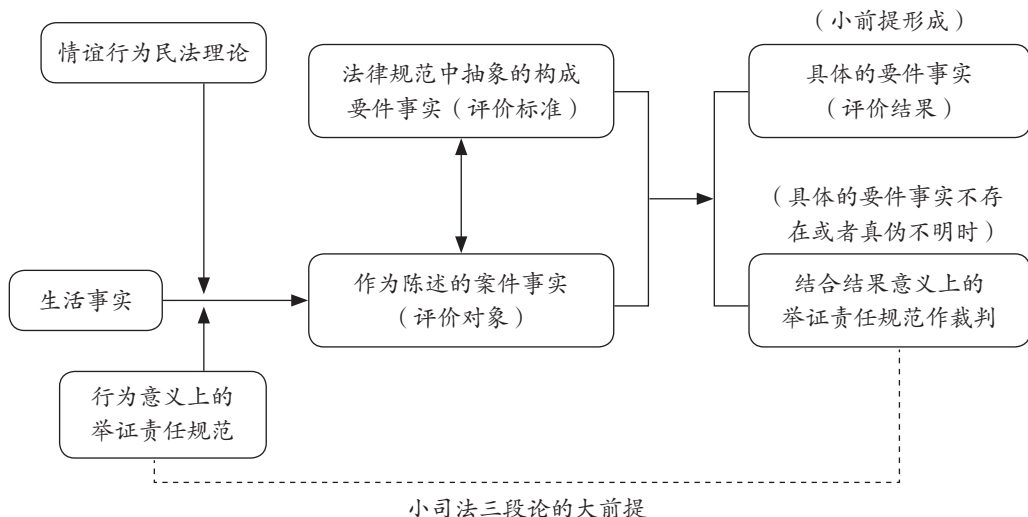


图1 小司法三段论的推理过程

^{④6} [日] 伊藤真:《民事诉讼法》(原书第4版补订版),曹云吉译,北京大学出版社2019年版,第252页。

^{④7} [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28-29页。

第二阶层“大司法三段论”的任务则是把“经审理查明的事实”中的具体的要件事实涵摄（归属）到大前提法律规范的抽象构成要件事实之下，将大前提法律规范的法律效果具体化为个案中的裁判结论。

从裁判文书中小前提案件事实的查清、运用大前提法律规范对案件争点作分析再到总结得出裁判结论的展开顺序上看，司法三段论不是按大前提、小前提和裁判结论依次展开的，而是具有“倒置”的司法三段论特点——先形成小前提具体的要件事实，再将其涵摄到大前提法律规范抽象构成要件事实下，最后通过法律推理得到裁判结论。

当然，在司法三段论小前提案件事实形成环节，除了行为意义上的举证责任规范和结果意义上的举证责任规范发挥作用外，民事权利规范、民事义务规范或者民事责任规范等民法实体规范也有助于指引当事人明晰自己提出的诉讼请求所依据的是哪些基本事实或者反驳对方诉讼请求所依据的是哪些基本事实。在民事实体规范指引下的案件事实形成会更有力的放矢，增强当事人举证、质证与抽象构成要件事实的关联性，引导当事人围绕产生法律关系的基本事实和法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的基本事实展开举证、质证，如此，作为陈述的案件事实能更顺畅转变为经审理查明的事实，这实际上也是法律适用者目光不断往返流转于举证责任规范和民事权利规范、民事义务规范或者民事责任规范等民法实体规范之间的过程。加快形成完备的法律规范体系离不开完备的法律规范理论，举证责任等民法证据规范和民事权利规范、民事义务规范或者民事责任规范等民法实体规范的融合互动，有助于形成完备的法律规范体系，助力中国特色社会主义法律体系的完善。

（三）民法证据规范构成“小司法三段论”的“大前提”

各门学科并没有统一的事实说话方式，例如，除客观性之外，历史学形成的史实还强调对当下的镜鉴；从哲学上看，“事实的可靠性、客观性是事实最根本的特征”^{④⑧}；而规范性则是法律事实的根本特征^{④⑨}。法律案件事实的形成强调其与法律规范的互动、探究案件事实的法律规范性意义指向，并由此发展出取向于法律规范构成要件的事实陈述方式。民事案件事实的规范性体现在：一方面，民事案件事实受“小司法三段论”中民法证据规范的评价，举证责任等民法证据规范构成“小司法三段论”的“大前提”；另一方面，民事案件事实还受民事权利规范、义务规范、责任规范等民法实体规范的终局评价。

案件事实形成环节还具有证据性特点。与历史学区分史料与史实类似，法学区分证据与案件事实。史料是书写形成史实的素材，史料不等于史实。仅仅展示史料或者证据，不过是罗列了过往事件遗留下来的一些碎片。这些史料连接在一起，是要讲述一个什么样的历史故事，发掘何种因果关联，给当下活动提供何种镜鉴，需要历史学者去阐释。类似地，证据是沟通法律适用者和案件事实的桥梁，是法律适用者认定案件事实的根据，但证据也不等同于案件事实。“证据和证明在诉讼中的地位，无论怎样强调都不算过分。

^{④⑧} 前注⑫，彭漪涟书，第80页。

^{④⑨} 参见刘亚丛：《事实与解释：在历史与法律之间》，法律出版社2010年版，第82页。

甚至可以武断地说,裁判的技术实质上就是发现客观事实和建构法律事实的技术,而证明则是发现事实和建构事实的主要(不是唯一)手段和路径。”^{⑤0}

有学者认为,法学方法论的核心问题就是事实问题。^{⑤1}在案件审理过程中,各方当事人陈述的案件事实版本通常会有差别,作为陈述的案件事实实际上包含了“陈述”和“评价”。在案件事实陈述过程中,常常伴随有当事人自己的处境、感受、态度、评价、欲求。“我们有时侧重从我们的感受和评价说到一件事情,有时侧重从事情本身是什么样子说。”^{⑤2}法律适用者应该通过并超越当事人的主观陈述,从举证责任等民法证据规范角度致力于“发现”案件事实的本来面目,从民事权利规范等实体规范角度“评价”案件事实。案件事实的形成以从法律角度实现“定分止争”为目的,对案件事实的历史再现“必须在法律的语境中完成,并积极地、公开地迎合特定的法律目标”^{⑤3}。

三、民事案件事实形成中的“大前提”

“权利的胜利很大程度上依赖于其可证明性”。^{⑤4}作为民事案件事实形成中的“大前提”,民法证据规范丰富了民法规范的类型体系,提升了民事权利规范、民事义务规范和民事责任规范的可操作性和价值连贯性,可实现对民事实体法和程序法在方法论上的融合推进。民法证据规范内部自成体系,包括民法证据方法规范、民法举证责任规范、民事推定规范以及民法证明标准规范。其中,民法证据方法规范指引据以查清案件事实的证据类型,举证责任规范明晰哪方当事人负责提出相应证据证明案件事实以及案件事实不存在或者真伪不明时的法律后果,民事推定规范是对举证责任一般规范的减轻,民法证明标准规范则把关案件事实之“真”应该达到何种程度。为更加有利于民法证据规范之行为规范或裁判规范功能的发挥,实现民法证据规范与民事权利规范、民事义务规范和民事责任规范的良性互动,有必要从民事立法、司法解释中寻找识别出相应民法证据规范,并对之归类、解释和完善。

(一) 民法证据方法规范

案件事实具有主观陈述性特点,民法证据方法可以使当事人避免陷入“空口无凭”的境地。民法中存在大量的证据方法规范,调整诸如出生证明、死亡证明、借据、收据、欠条、转账凭证、书面合同、口头合同、不动产登记簿、结婚证、各种形式的遗嘱等证据方法对应的民事法律关系。

有些证据方法规范体现了民法提倡和引导的调整方法,对应行为规范和倡导性规范,此类民法证据方法规范不属于裁判规范、不是效力性强制性规范,不能将之作为“双

^{⑤0} 傅郁林:《证明责任的特别规则及其正当性》,载《中外法学》2010年第5期,第645页。

^{⑤1} Vgl. Friedrich Müller, Juristische Methodik, 3 Aufl. 1989, Duncker und Humblot GmbH, S.21-22.

^{⑤2} 前注^{⑤0},陈嘉映书,第256页。

^{⑤3} 前注^{⑤3},刘燕书,第43页。

^{⑤4} 德国学者尧厄尼希语,参见李浩:《民事证据制度的再修订》,载《中外法学》2013年第1期,第197页。

阶层司法三段论”特别是第一阶层“小司法三段论”中发挥裁判规范功能的“大前提”。例如,委托代理中的代理权授予属于单方民事法律行为,授权委托书是代理权授予的常见形式,对应着书证这一民法证据方法。授权行为作为单方民事法律行为,从体系解释的角度看,当然适用民事法律行为形式自由规则。因而我国《民法典》第165条规定的“授权委托书采用书面形式的,授权委托书应当载明……”属于倡导性规范,而非强制性规范。该条不仅提倡引导被代理人“采用书面形式”授权,还进一步提倡引导其载明授权委托书“应当载明”的事项。从民法证据方法角度来看,首先,即便没有授权委托书,口头或其他形式证据也具证据能力,但相较于口头或其他形式的证据而言,授权委托书通常更便于举证,且经过公证的授权委托书证明力通常会更大;其次,授权委托书“应当载明”的事项不是“必须载明”,并非缺一不可,而是“最好载明”,通过授权委托书对这些通常记载事项的列明,有助于查清被代理人的真实意思表示,更好地展现被代理人的自治意思,避免动辄陷于授权不明而不得不诉诸意思表示解释规则的境地。由此,不能一概简单赋予《民法典》第165条裁判规范功能:代理事项属于授权委托书的“必要要素”,欠缺代理事项的授权行为不成立;而如果授权委托书中仅是未记载代理的“权限和时间”,又无法通过意思表示解释方法查明,则只是容易被推定为概括代理或者不定期代理。又如,《民法典》第33条规定了成年意定监护制度。成年意定监护的基础法律关系是成年监护协议。有学者主张成年监护协议(监护合同)必须以公证形式订立;^{⑤⑤}有学者则认为,不宜强制要求当事人以公证形式订立监护协议,应参照遗嘱公证的规定,赋予经过公证的监护合同优先效力,而不能把公证作为其成立要件^{⑤⑥}。笔者认为,立法论上可以考虑参考自书遗嘱、代书遗嘱和打印遗嘱的要式性要求,以助于确保成年监护协议的真实可靠性和充分尊重被监护人的本意并督促被监护人谨慎安排成年监护事宜。不同证据方法的证明力有大小之别,经过公证的书证,其证明力“一般大于”其他书证、视听资料和证人证言,但解释论上不宜将公证作为成年监护协议的必需成立要件;同时,正如立法论上不宜继续将公证遗嘱的证明力至上,也不宜将经过公证的成年监护协议的证明力至上,以免妨害被监护人的真实意思表示。

当然,有些民法证据方法规范会直接影响相应民事法律行为的效力,是效力性强制性规定。例如,结婚、离婚、收养、遗嘱、票据行为等均属于要式民事法律行为。这些证据方法规范连同结果意义上的举证责任规范共同构成“小司法三段论”中的“大前提”,违反这些形式要件(如结婚登记、离婚登记、收养登记、遗嘱法定形式等),会导致相应民事法律行为不成立或者无效,也就不会发生当事人预期的法律后果,因而,不能依据这些形式要件之外的其他证据方法证明结婚、离婚、收养或者有效遗嘱等案件事实。

需要特别指出的是,理论和实务上均不宜混淆作为倡导性规范的证据方法和作为效力性强制性规范的证据方法。例如,有学者认为:“婚姻状况必须用结婚证或离婚证予以

^{⑤⑤} 参见李国强:《我国成年监护制度运行中的问题及其立法修改趋向》,载《当代法学》2014年第6期,第79页。

^{⑤⑥} 参见陈甦主编:《民法总则评注》(上册),法律出版社2017年版,第238页,刘明执笔。

证明;保证合同和抵押合同必须用书面合同予以证明”^⑦。此种论述混淆了两种不同类型的证据方法规范。原《担保法》第13条、《民法典》第400条分别规定当事人“应当”采取书面形式订立合同,此处所谓“应当”均为“最好”之意,体现了民法提倡诱导的调整方法:当事人如果采用书面形式订立合同,会更便于证明案件事实;如果没有采取书面形式订立合同,虽然可能导致一定的举证困难,但也并非完全举证不能。

概言之,对倡导性证据方法规范之情形,应允许民事主体对案件事实依法采取各种证据方法加以证明,在没有足够充分且正当理由的情况下,不宜将某种类型案件事实对应的民法证据方法限缩为书面形式等特殊证据类型,否则有碍于民事主体从事民事活动中的形式自由。例如,《民法典》第391条和第409条分别将担保人和其他抵押权人的同意限缩为“书面同意”,这就提高了对该案件事实负担举证责任一方的举证难度,并不妥当。本着民事法律行为形式自由原则(诺成民事法律行为和不要式民事法律行为为原则),在没有足够充分且正当理由的情况下,应该推定民法中的证据方法规范为行为规范、倡导性规范,而非裁判规范、效力性强制性规范。

(二) 民法举证责任一般规范

在诉讼程序中,举证占据着核心地位,^⑧略过举证责任问题的民法是不完整的。民法举证责任规范包括举证责任一般规范和举证责任倒置规范,其均可作为“双阶层司法三段论”中“小司法三段论”的大前提,但都只能是“最后一招”——为了达到裁判目的别无选择时,方有举证责任规范判决功能的发挥。根据举证责任一般规范,除法律另有规定外,主张民事权利、民事义务或者民事责任存在、变更、消灭或者受到限制的,应当就该民事权利、民事义务或者民事责任发生、变更、消灭或者受到限制的要件事实(案件事实)承担举证责任,这也为《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》(以下简称《民事诉讼法司法解释》)第91条所确认。^⑨《民事诉讼法司法解释》第91条规定的“基本事实”即实体法律规范中的构成要件事实。

从民事权利要件事实与举证责任一般规范的对应关系而言,每一个民事权利规范都应该潜在包含相应的举证责任规范,而该举证责任规范需要区分民事权利不同类型的要件事实,如权利发生的要件事实与权利妨害、消灭、受到限制的要件事实。例如,对侵权请求权构成要件事实与侵权抗辩事实,应分别采取原则与例外(“但书”条款)的立法技术,以区分其举证责任的承担。笔者曾建议将2019年12月28日立法机关公开征求意见的《中华人民共和国民法典(草案)》(以下简称《民法典草案》)第235条修改为:“权利人可以请求无权占有不动产或者动产的占有人返还原物,但占有人有占有权利的除外。”在此情形中,物权保护是原则,占有权限作为抗辩事由是例外,因此,占有人应当对自己有占有权利的要件事实承担举证责任。通过此种原则和例外的立法技术,可以明

^⑦ 《民事诉讼法学》编写组编:《民事诉讼法学》(第2版),高等教育出版社2018年,第118-119页,毕玉谦执笔。

^⑧ 参见前注^⑦,托马斯·M.J.默勒斯书,第763页。

^⑨ 《民事诉讼法司法解释》自2015年制定后先后两次修订(法释〔2015〕5号、法释〔2020〕20号、法释〔2022〕11号),但其第91条均作此规定。

确还原物请求权的举证责任,避免混淆权利发生的要件事实和权利妨害的要件事实。

结合举证责任一般规范,民事权利、义务、责任规范体现出请求、抗辩、再抗辩的动态化过程。有学者认为:“在诉讼活动中,需要认定的案件事实都是既成事实。”^{⑥0}的确,司法三段论小前提案件事实主要是积极事实,其发生具有“过去时”特点,举证责任等证据规范有助于帮助我们“还原”过往的既成事实;但少数案件事实具有消极性和发生上的将来性特点,对此有必要探讨举证责任一般规范的妥当适用和适当变通。例如,合同编证据规范的典型体现是合同请求权及对之为抗辩的证据规范。违约可得利益损失不仅具有事实性和规范评价性特点,还具有将来性和由此所导致的天然不确定性,对可得利益损失的赔偿应能让非违约方的状况如同合同被正常履行一样。从实践来看,证据的不确定性是违约可得利益损失得不到圆满赔偿的首要因素——“在实践中,我国法院更偏爱以不具有确定性、缺乏证据为由否定守约方的可得利益诉请”^{⑥1}。因此,违约损害赔偿责任中最为疑难、最具有不确定性的是对“因违约所造成的可得利益损失”的举证。对此,有必要从举证责任、证明标准等角度建构违约可得利益损失赔偿的确定规则。

其一,应当妥当分配违约损害赔偿纠纷中的举证责任。《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》(法发〔2009〕40号)第11条最后一句规定“对于可以预见的损失,既可以由非违约方举证,也可以由人民法院根据具体情况予以裁量”,未能有效解决违约可得利益损害赔偿中的举证责任难题。该条将人民法院对可得利益损失的裁量权规定过于宽松,也违背了原《合同法》第113条第1款、《民法典》第584条“但书”条款的举证责任安排——根据后两者,违约方对非违约方可得利益损失不具有可预见性承担举证责任。司法实践中,对违约可得利益损失赔偿不能过分依赖于举证责任判决,不宜动辄将结果意义上的举证责任规范作为此类案件“小司法三段论”中的大前提,守约方无法证明可得利益的具体数额并不等于可得利益损失不存在,存在由人民法院根据具体情况对违约可得利益损失予以裁量的空间。^{⑥2}

其二,不能要求守约方对可得利益损失的举证达到“确定性”的证明标准。对违约损害赔偿数额对应的要件事实不能适用“全有全无”式的举证责任分配,举证责任分配和证明标准要求需要协同互动,否则就会出现价值判断上的体系违反。“鉴于可得利益的将来性、不确定性,要求违约方在订立合同时预见或者应该预见具体的、准确的额度太过苛刻,‘可预见性’涉及的额度为大概估值已足。”^{⑥3}尤其是对经营利润损失,债权人面临的困难就是如何证明利润损失具有合理确定性。这一问题的复杂与困难曾使其成为学术领域内“人迹罕至”的待开发领域。近些年,美国合同法实践中开始注重运用动态系统论考量个案中非违约方主张的数额大小、非违约方所提供最佳证据的程度、违

⑥0 前注⑫,张保生文,第112页。

⑥1 郭翔峰:《违约损害赔偿中可得利益的司法判定》,载《人民司法·应用》2017年第10期,第61页。

⑥2 参见“浙江淘宝网络有限公司与被告姚莺服务合同纠纷案”,上海市奉贤区人民法院(2017)沪0120民初6274号民事判决书。

⑥3 郝丽燕:《违约可得利益损失赔偿的确定标准》,载《环球法律评论》2016年第2期,第65页。

约方过错行为在道德上的可责难程度、法官能否确定非违约方至少遭受了一定损害（即使该损害数额不确定）等一系列衡量因素，综合判断非违约方所主张的赔偿数额是否达到合理确定的程度。^{⑥4}此外，《德国民法典》第252条也将非违约方对所失利益的证明标准降低到盖然性（可能性）的程度。笔者认为，不仅要从程序上降低证明标准（如适用合理确定性标准、区分损害事实与损害数额的证明标准），扩大证据的范围，而且要从实体上类型化计算标准（如抽象损害计算与具体损害计算等），以增强可得利益损失制度的操作性和确定性。^{⑥5}

其三，对违约可得利益损失这一要件事实可以再类型化，并区分其中的事实问题和法律问题，只有对相应事实问题才存在举证责任规范的适用问题。违约可得利益损失经常表现为生产利润损失、经营利润损失、转售利润损失、溢价利益损失、租金利润损失、利息损失等不同类型的损失。其中，经营利润损失和转售利润损失是对合同标的交换价值的替代计算；生产利润损失是对合同标的使用价值的替代计算。金钱债务迟延履行情形下的利息损失也属于守约方常见的可得利益损失类型，根据最高人民法院《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（法释〔2020〕6号）第28条和《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2020〕17号）第18条第4款，民间借贷或者其他金钱债务中，既未约定借期内利率，也未约定逾期利率，守约方有权要求违约方自逾期还款之日起参照当时一年期贷款市场报价利率标准计算的利息承担逾期还款违约责任，买卖合同中还要加计30%—50%计算逾期付款损失。依此，应将金钱债务违约情形下的利息损失作为法律适用问题，而非事实认定问题，不宜将举证责任苛加给守约方。

与违约可得利益损失这一案件事实类似，侵害他人人身权益造成财产损失的案件事实也具有事实性、规范评价性、不确定性等特点，被侵权人同样须遵循举证责任一般规范，对其财产损失事实承担举证责任。就此，可以从举证责任角度对《民法典》第1182条作如下分析：第一，根据举证责任一般规范，作为权利发生对应的要件事实，无论是“被侵权人因此受到的损失”还是“侵权人因此获得的利益”都须由被侵权人承担举证责任。该条所规定的侵权人获利返还制度力图缓解被侵权人所受损失难以确定的司法难题，^{⑥6}避免损害数额“差额说”的僵化，然而，由于人身权益对应财产价值的不确定性，以及侵权人因此获得利益的证据多由侵权人自身掌握、被侵权人证明侵权获益难度高，导致侵权获益赔偿在实践中遭到冷遇，^{⑥7}因此，对被侵权人的举证责任应该予以缓和。但不宜通过“侵权人因此获得的利益”举证责任倒置来缓和被侵权人的举证负担，这是一

^{⑥4} See Robert M. Lloyd, *The Reasonable Certainty Requirement in Lost Profits Litigation: What It Really Means*, The Tennessee Journal of Business Law, Vol.11:12, p.12-62 (2010).

^{⑥5} 参见刘承睦：《违约可得利益损失的确定规则》，载《法学研究》2013年第2期，第84-101页。

^{⑥6} 《民法典》第1182条在继承原《侵权责任法》第20条基础上有所发展，但二者在缓解被侵权人所受损失难以确定的司法难题上是一脉相承的。参见王若冰：《论获利返还请求权中的法官酌定——以〈侵权责任法〉第20条为中心》，载《当代法学》2017年第4期，第65页。

^{⑥7} 参见岳业鹏：《论人格权财产利益的法律保护——以〈侵权责任法〉第20条为中心》，载《法学家》2018年第3期，第86页。

种“全有全无”式的举证责任思维,也不符合适用举证责任倒置的法定性要求。更符合利益平衡的做法是降低被侵权人对“侵权人因此获得的利益”事实的证明标准,只要提供相应初步的、表面的证据即可,不要求达到高度盖然性证明标准。第二,“侵害他人人身权益造成财产损失”不单纯是一个事实问题,而是兼具事实性和规范性特点,当被侵权人难以完成举证责任时,也不能径行将民法举证责任一般规范作为“小司法三段论”的大前提作未履行举证责任败诉的判决。难以证明损失或者获利的数额,不当然等同于客观上没有损失或者获利,此时人民法院应当根据实际情况确定赔偿数额。第三,“由人民法院根据实际情况确定赔偿数额”时,作为考量因素的“实际情况”仍应由被侵权人承担举证责任。人民法院须对个案中经查实的“实际情况”作类型归纳和论证力强弱分析。司法实践中,“实际情况”主要包括:侵权行为的情节(侵权行为持续时间、侵权产品规模、侵权产品市场销售情况、侵权行为公开范围等)、侵权人过错程度、侵权后果及其影响程度、被侵权人知名度、被侵权人代言合同对应的行业许可使用费标准等。类似地,“对某些非财产上的损害,如精神损害,尤其是一般程度的精神损害,则无法要求原告方进行举证和证明,而可采取一种法律上的推定方式。即法律推定这种损害在事实上存在,无需当事人举证和证明”^⑧。

总之,结果意义上的举证责任规范作为“小司法三段论”的大前提发挥裁判规范功能,始终是“最后一招”。疑难民商事案件中,对举证责任一般规范的适用不能陷入“全有全无”式的过度僵化,也不能作“非此即彼”式的矫枉过正,而应本着利益平衡,从待证案件事实的性质出发,结合当事人距离证据的远近,妥当考虑通过降低证明标准以缓和举证负担。当立法授予法官对相应案件事实认定的自由裁量权时,对该自由裁量权的行使也须谨慎、理性、节制,须运用利益动态衡量方法将自由裁量中的考量因素及其论证力大小揭示出来,增强裁判的说服力,避免裁判恣意。

(三) 民法举证责任倒置规范

民法举证责任倒置规范是案件事实认定过程中对当事人利益平衡的法定特别方法。我国《民法典》侵权责任编中的证据规范即具有鲜明的举证责任倒置规范之特色,包括对侵权过错要件事实、对因果关系要件事实的举证责任倒置。

目前,学界对《民法典》第1230条(原《侵权责任法》第66条)规定的环境污染责任因果关系举证责任倒置规范存在较大争议。有学者曾指出:“经利益衡量并参酌比较法经验,宜采取一种实质解释观,将第66条视为对法官降低受害者说服责任的提示性规定。”^⑨基于当事人之间的利益平衡,防止诉权滥用,不宜绝对排除被侵权人对因果关系要件事实的举证责任,只是对因果关系证明标准的要求较为基础。该证据规范在司法实践中同样遭到冷遇。司法实践中通常要求环境污染损害的被侵权人对污染行为与损害

^⑧ 张新宝:《侵权责任构成要件研究》,法律出版社2007年版,第149页。

^⑨ 张宝:《环境侵权诉讼中受害人举证义务研究——对〈侵权责任法〉第66条的解释》,载《政治与法律》2015年第2期,第129页。另参见胡学军:《环境侵权中的因果关系及其证明问题评析》,载《中国法学》2013年第5期,第163-177页。

事实之间存在初步因果关系（证明因果关系存在的可能性）承担举证责任，被侵权人只有完成此种初步举证责任之后，才会发生针对侵权人适用举证责任倒置。^⑩

环境污染侵权责任要件事实具有专业性、技术性、潜伏性、多因性、渐进性、不可逆性、地域广阔性、扩散性、复杂性、潜在受害人不确定性、社会公共利益受损的广泛性、私益侵害性等特点。环境污染责任因果关系要件事实具有客观性、不确定性、科学技术性、规范评价性等特点。最高人民法院《关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》（2020年修正）第6条、《关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》（2020年修正）第8条、《关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定（试行）》（2020年修正）第6条均没有像原《侵权责任法》第66条、《民法典》第1230条那样将环境污染责任因果关系举证责任完全倒置给污染者承担。在“曲忠全诉山东富海实业股份有限公司大气污染责任纠纷案”中，最高人民法院在适用因果关系举证责任倒置原则的同时，要求被侵权人对污染行为、损害事实以及污染行为与损害结果之间具有关联性承担举证责任。^⑪被侵权人对此种初步因果关系/关联性/疫学因果关系的举证责任实际上体现了对因果关系证明标准的降低，与从高度盖然性标准（事实极有可能或者非常可能如此）降低到较高程度的盖然性标准（事实可能如此）殊途同归。^⑫“如果法官从证据中获得的心证为事实存在的可能性大于不存在的可能性，该心证就满足了较高程度盖然性的要求。”^⑬我国司法实践中不刻意区分依据举证责任裁判与依据证明标准裁判，^⑭因此，证明标准的降低不仅可以缓解民法举证责任一般规范的僵化，实质减轻举证责任，还可以缓解“全有全无”“非此即彼”式举证责任倒置规范的失衡，这也代表了民法举证责任一般规范和举证责任倒置规范的发展方向。^⑮比较法中，对环境污染侵权因果关系要件事实的举证责任通行做法也非举证责任倒置，而是采用盖然性证明标准、间接反证说和疫学因果关系说等因果关系推定规则。^⑯基于上述，笔者曾建议将《民法典草案》第1229条修改为“被侵权人提供证据证明污染环境、破坏生态与损害之间

⑩ 参见“孙大年诉新沂市通力氨基酸厂环境污染损害赔偿纠纷案”，载最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》2007年第3辑，人民法院出版社2008年版，第149-153页；“浙江省平湖师范农场特种养殖场与嘉兴市步云染化厂等五单位水污染损害赔偿纠纷案”，载最高人民法院审判监督庭编：《审判监督指导与研究》2001年第3卷，人民法院出版社2002年版，第220-230页。

⑪ 该案为2015年12月29日最高人民法院发布的十起环境侵权典型案例之一。参见《十起环境侵权典型案例》，载《人民法院报》2015年12月30日，第3版。

⑫ 也有学者采取其他解释选择进路，认为此时被侵权人负担事案解明义务。参见吴泽勇：《不负证明责任当事人的事案解明义务》，载《中外法学》2018年第5期，第1373-1374页。

⑬ 李浩：《民事诉讼法学》，法律出版社2011年版，第231页。

⑭ 参见胡学军：《中国式举证责任制度的内在逻辑——以最高人民法院指导案例为中心的分析》，载《法学家》2018年第5期，第101、103页。

⑮ 王亚新教授也认可司法实践中减轻当事人举证负担的种种做法相互之间存在内在关联，极端一点设想的话，用降低证明标准这一种方法就足够涵盖其他所有方法的作用。参见王亚新：《民事诉讼中的举证责任》，载《证据科学》2014年第1期，第126页。

⑯ 参见汪劲：《环境法学》（第3版），北京大学出版社2014年，第308-311页；吕忠梅主编：《环境法原理》（第2版），复旦大学出版社2017年，第152-153页；张新宝：《侵权责任法》（第4版），中国人民大学出版社2016年，第273-274页。

存在关联性的,侵权人应当承担侵权责任”或者“被侵权人提供初步证据证明污染环境、破坏生态与损害之间存在因果关系的,侵权人应当承担侵权责任”。但遗憾的是,《民法典》第1229条对举证责任配置未作安排。

如果立法上不妥当配置举证责任倒置规范,用举证责任倒置规范代行本应由降低证明标准解决的案件事实认定,或者用举证责任倒置规范代行举证责任一般规范的调整,会导致价值判断上的体系违反。以《民法典》第897条为例,该条前段规定了有偿保管中举证责任一般规范,后段规定了无偿保管中举证责任倒置规范。相对比于原《合同法》第374条,《民法典》第897条后段在保管人的免责事由中增加规定“没有故意”的情形,但这只是对本来可以通过举轻以明重解释方法解决的问题进行立法弥补,没有解决该条因为错误配置举证责任倒置规范所带来的体系违反。从民事责任角度看,该条提高无偿保管中保管人的归责要件,体现了立法对无偿保管人的宽容,但这一立法优待被举证责任倒置规范抵销了,导致了价值判断问题上的体系违反。在有偿保管中,保管物毁损、灭失时,寄存人须对保管人保管不善的构成要件事实承担举证责任;但在无偿保管中,要求保管人对自己没有故意或者重大过失这一消极要件事实承担举证责任,导致无偿保管人的举证责任反倒更重,这种显失公平的做法不利于鼓励无偿保管人无私利他。在无偿保管中,保管物毁损、灭失时,寄存人须对保管人存在“故意或者重大过失”之构成要件事实承担举证责任,才能实现无偿保管人的宽容。宜将《民法典》第897条修改为:“保管期间,因保管人保管不善造成保管物毁损、灭失的,保管人应当承担损害赔偿责任;但保管是无偿的,除非寄存人证明保管人存在故意或者重大过失的,保管人不承担损害赔偿责任。”

总之,民法应对举证责任一般规范采取原则与例外的立法技术,区分不同民事权利规范、民事义务规范和民事责任规范的构成要件事实,以便于法官从中识别不同要件事实的举证责任分配。民法对举证责任倒置规范、民事法律事实推定规范和民事权利推定规范均应采取法定化的立法技术,在实定法中对之一一明示。民法举证责任一般规范、举证责任倒置规范、民事法律事实推定规范和民事权利推定规范均可以作为案件事实形成中“小司法三段论”的大前提。但在没有足够充分且正当理由的情况下,应该坚持民法举证责任一般规范,而非径行作举证责任倒置、事实推定、权利推定。

(四) 民事法律事实推定规范与民事权利推定规范

“被法律所推定的法律要件可以是一个事实(法律对事实的推定),也可以是一种权利状态(法律对权利的推定)。”^⑦其中,民事法律事实推定规范致力于对民事权利发生对应的要件事实进行推定,实现从生活事实到权利发生的要件事实的飞跃,如我国《民法典》婚姻家庭编及其司法解释中的亲子关系推定规范与夫妻共同债务推定规范等。民事权利推定规范则直接推定民事权利本身,实现从生活事实到民事权利的飞跃。民事法律事实推定规范和民事权利推定规范都属于对相应案件事实举证责任的法定减轻措施之规范。

^⑦ 前注⑪,汉斯·普维庭书,第74页。

民事法律事实推定规范最能体现案件事实的规范评价性特点——经由基础事实推定出的案件事实属于立法认可的法律真实,可以直接作为司法三段论中具体的要件事实。因而,民事法律事实推定规范同样发挥了“小司法三段论”中大前提的功能。

主张推定事实存在之人,无需就该推定事实本身承担举证责任,但仍须就“基础事实”承担举证责任。“推定”是在无直接证据的情况下,根据间接证据对事实作出的判断,是根据经验法则从已知的基础事实推断未知事实的存在。推定实质上是一个举证责任承担问题,将总体的要件事实拆分为基础事实和推定事实两部分,主张该总体要件事实存在之人只需举证基础事实的存在即可,这就在客观上减轻了该当事人的举证责任。“推定是证明过程的中断。……其本质特征是在基础事实与假定事实之间创设某种法律关系。”^⑧民事法律事实推定规范典型体现于《民法典》总则编中,如对自然人出生和死亡时间、对宣告死亡制度中死亡时间配置的民事法律事实推定规范;对自然人住所配置的民事法律事实拟制规范;基于法人外观原则,当法人住所、法定代表人等实际情况与登记事项不一致的,对善意相对人善意事实的推定规范;等等。

《民法典》总则编中争议最大的民事法律事实推定规范当属第143条规定的民事法律行为有效要件。该规定与第136条民事法律行为自成立时推定生效规则冲突。根据第136条,民事法律行为只需要具备成立要件即可推定其成立并生效,不必单独论证有效要件。从立法技术上看,民法典只需要规定民事法律行为效力存在瑕疵的情形即可,不必正面重复规定民事法律行为的生效要件。^⑨本着最大善意来理解实定法条文,《民法典》第143条应该主要发挥行为规范功能,而非裁判规范功能。只有针对我国现行民事立法对民事法律行为效力瑕疵规定不完善之处或者存在体系违反之处,方有必要援引第143条作为裁判规范,在一定程度上发挥民事法律行为效力瑕疵制度的漏洞填补功能。如《民法典》第146条仅规定了基于通谋虚假意思表示实施的民事法律行为效力规则,未规范单方虚假意思表示实施民事法律行为的效力,此时可根据第143条第2项,以当事人意思表示不真实为由,判定当事人基于单方虚假意思表示实施的民事法律行为无效。如果不妥当定位《民法典》第143条的规范性质,就会出现在案件事实认定过程中动辄援引该规定认定民事法律行为有效的冗余判文。如民商事合同裁判文书中,如下表述已经成为裁判惯行:“本案所涉合同为当事人的真实意思表示,不违反法律、行政法规的强制性规定,不违背公序良俗,该合同合法有效”。

又如,北京市高级人民法院审判委员会2018年第9次会议通过的《北京市高级人民法院关于审理继承纠纷案件若干疑难问题的解答》(现行有效,以下简称《解答》)第23项内容如下:“遗嘱真实性举证证明责任承担的原则。鉴定不能情况下举证证明责任如何分配?继承纠纷中,原则上应由持有遗嘱并主张遗嘱真实一方承担遗嘱真实性举证证明责任。”《民法典》第136条规定民事法律行为自成立时推定生效,遗嘱的真实性

^⑧ 张保生:《推定是证明过程的中断》,载《法学研究》2009年第5期,第175页。

^⑨ 参见王轶:《民法总则法律行为效力制度立法建议》,载《比较法研究》2016年第2期,第176-177页。

和有效性不同,但遗嘱本身的真实性和有效性都可以被推定。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第92条第2款规定:“私文书证由制作者或者其代理人签名、盖章或捺印的,推定为真实。”《解答》第23项没有意识到对遗嘱这一单方民事法律行为同样应该坚持民事法律事实真实性和有效性推定规则,否定遗嘱真实性或者有效性之人则须承担举证责任。至于被继承人死亡作为遗嘱的特别生效要件,则是遗嘱属于死因行为的当然要求。

民事权利推定规范的典型体现是我国《民法典》物权编中的物权推定规范,如不动产登记簿的权利推定规范、动产占有的权利推定规范以及不可反驳推翻的物权推定规范。物权公示方法的权利推定力也构成了推定善意取得中“善意”要件事实的逻辑前提。笔者曾建议《民法典》将原《物权法》第16条第1款修改为:“不动产登记簿是物权归属和内容的根据,但有相反证据证明的除外”,以明确本条的规范性质的可反驳推翻的不动产物权推定规范,但《民法典》第216条坚持了原《物权法》第16条的内容。

(五) 民法证明标准规范

“证明活动达到何种程度才能使法官对该证明的对象事实予以确信,属于证明标准的问题。”^⑧证明标准规范与举证责任规范存在关联互动、衔接配合——证明标准解决法律适用者对案件事实须达到何种最低“确信”程度,也即负担举证责任的当事人对案件事实提供证据所要达到的证明程度。“从事实认定的角度来看,只有证明达到了必要的证明程度(证明标准),法院才能认定该要件事实存在。如果没有达到证明标准的要求,那么不论差距有多小,也无法认定该事实存在。”^⑨我国现行民事证据规范将证明标准类型化为高度盖然性证明标准、排除合理怀疑证明标准和提供初步证据(盖然性)的证明标准。《民事诉讼法司法解释》第108条和第109条分别规定了高度盖然性的证明标准和排除合理怀疑的证明标准。理论上对第109条的质疑颇多,有学者认为该规定抑制了对受欺诈、受胁迫权益保护的机会,纵容了实施欺诈、胁迫或者恶意串通的行为人,且不符合民事诉讼中降低证明标准的趋势,并建议取消该条文。^⑩具体到实践中,以《解答》中关于打印遗嘱的性质与效力的内容为例,其第18项内容为:“继承案件中当事人以打印遗嘱系被继承人自己制作为由请求确认打印遗嘱为有效自书遗嘱的,人民法院不予支持。但确有达到排除合理怀疑程度的证据表明打印遗嘱由被继承人全程制作完成,并具备自书遗嘱形式要件的,可认定为有效自书遗嘱。……”由于《解答》制定时,打印遗嘱尚未被立法明定为法定遗嘱形式,该项将打印遗嘱证明标准提高到了排除合理怀疑程度。但在《民法典》第1136条认可打印遗嘱作为遗嘱法定形式后,如果《解答》继续坚持提高打印遗嘱的证明标准,则无疑是从实体法上“开了一扇窗”、从程序法上又“堵上了一道门”。

笔者认为,在许多领域的民事诉讼中,宜积极降低证明标准,以更好地保护民事主体

^⑧ 前注②,张卫平书,第232页。

^⑨ [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26页。

^⑩ 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179-216页。

的权益。例如,在消费合同领域,应该通过妥当的规范配置加强对消费者的倾斜保护,宜适当降低消费者对经营者“欺诈”要件事实的举证责任,以使得惩罚性赔偿责任真正“落地生根”。在《消费者权益保护法》《食品安全法》惩罚性赔偿制度的理论和实务中,均存在降低消费者对欺诈要件事实证明标准的现象。在普通消费合同诉讼中,消费者主张经营者承担惩罚性赔偿责任,“欺诈”事实属于消费者惩罚性赔偿请求权权利发生的要件事实,但消费者对此仅须承担初步举证责任,证明存在欺诈的可能性即可。笔者认为,在此,应对《民事诉讼法司法解释》第109条欺诈事实“排除合理怀疑”证明标准的适用范围作目的性限缩解释,不宜提高消费合同诉讼中“欺诈”要件事实的证明标准,否则就会抬高对消费者救济的门槛,使得惩罚性赔偿制度对消费者倾斜保护的立法目的落空。提高欺诈等要件事实的证明标准,表面上看有利于维持民事法律关系的安定性,避免动辄基于此类事由否定交易行为,但若不作类型区分地一概而论,却恰恰违反了立法在价值判断问题上的一贯性。是否构成“欺诈”取决于经营者是否对消费者尽到告知义务以满足消费者的知情权,经营者已经履行告知义务的事实是消费者权利消灭的要件事实,应当由经营者承担举证责任,经营者不能举证证明已尽告知义务时,即可推定其构成欺诈行为。^⑧实践中,食品安全领域惩罚性赔偿也存在举证责任缓和的趋势,经营者销售过期食品等不符合安全标准的食品则推定其为“明知”,不必另由消费者就经营者的主观故意承担举证责任。

事实上,民事立法和司法解释层面也出现一些值得肯定的、将证明标准降低为“提供初步证据”“提供必要证据予以证明”“存在较大可能性”的现象。民事立法方面如《民法典》第831、1195、1196条等对“初步证据”的规定;《电子商务法》第42条规定知识产权人的侵权通知应当包括构成侵权的“初步证据”,第43条规定平台内经营者的声明应当包括不存在侵权行为的“初步证据”。在司法解释层面,最高人民法院《关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》(2020年修正)第6条规定环境侵权责任纠纷案件中的被侵权人应当提供证据材料证明“侵权人排放的污染物或者其次生污染物、破坏生态行为与损害之间具有关联性”;《关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》(2020年修正)第8条规定,提起环境民事公益诉讼应当提交“被告的行为已经损害社会公共利益或者具有损害社会公共利益重大风险的初步证明材料”;《关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定(试行)》(2020年修正)第6条规定,原告主张被告承担生态环境损害赔偿责任的,应当就“被告污染环境、破坏生态的行为与生态环境损害之间具有关联性”承担举证责任;《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉婚姻家庭编的解释(一)》第39条规定,请求确认或者否认亲子关系一方只需“提供必要证据予以证明”(这实际上回答了何为《民法典》第1073条亲子关系推定规范中的“正当理由”);《关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》(法释

^⑧ 参见“张莉诉北京合力华通汽车服务有限公司买卖合同纠纷案”,北京市第二中级人民法院(2008)二中民终00453号民事判决书。该案是2013年最高人民法院指导案例17号。

〔2020〕12号)第3条第1款要求侵害专利权纠纷的原告只需举证证明“被告制造的产品经由专利方法制造的可能性较大”。另如《最高人民法院关于办理人身安全保护令案件适用法律若干问题的规定》第6条对“申请人遭受家庭暴力或者面临家庭暴力现实危险的事实存在较大可能性的”的规定等。

需要特别说明的是,我国《民法典》中多处条文(如第527、614、925条)出现“有确切证据证明”的表述,许多条文(如第217、220条)采用了“有证据证明……确有错误”的表述,其中的“确切”“确有”等程度副词易使人误以为立法提高了对相应要件事实的证明标准。而实际上,立法的本意是提示民事主体慎重、避免滥用,^{⑧4}并无提高证明标准之意。高度盖然性的法定证明标准是原则,更高或者更低的证明标准是例外,除非立法特意提高或者降低某类要件事实的证明标准,否则不必特别明示。

总体上,民法证明标准规范在案件事实形成中可以发挥“小司法三段论”的“大前提”功能。但除非有足够充分且正当的理由,不得提高对相应案件事实的证明标准,而应当坚持《民事诉讼法司法解释》第108条高度盖然性的证明标准。从分配正义出发,基于证据偏在、对消费者等社会弱势群体的倾斜保护或者对公共利益的实现与维持,可以适当降低相应要件事实的证明标准——有初步证据证明即可。

四、结 语

现代法学方法论的视野不能局限于通常的司法三段论中大前提的寻找、解释和完善,案件事实形成环节也蕴含了丰富的民法学方法论命题,应该被广义民法学方法论所关注。有学者曾提出:“最为紧要的即是发展出确立事实的方法以及案件诠释学。”^{⑧5}司法三段论实际上是一个“双阶层司法三段论”,小前提案件事实形成过程本身包含着一个“小司法三段论”。民法证据规范是“小司法三段论”的“大前提”,其中,结果意义上的举证责任等民法证据规范还可作为案件事实不存在或者真伪不明时法官进行裁判的大前提。厘清案件事实的法律特点是我们还原“双阶层司法三段论”本真面目的逻辑起点,也是推动我们对民法证据规范发现、归类、解释适用的本源。

当然,对民法中证据规范的类型化和体系化并不是目的,更重要的是要遵循证据裁判原则对应的司法规律,矫正法律适用者民法证据思维的偏误,使其形成合宜的民法证据思维,在“双阶层司法三段论”中妥当运用民法证据规范,增强认定案件事实的能力。民事权利、民事义务和民事责任规范中的不同构成要件事实对应不同的举证责任,构成要件事实中的积极事实和消极事实、本证和反证之举证责任也有不同。基于案件事实的动态发展性,不同公权力机关、不同诉讼阶段对案件事实的举证责任和证明标准会有差

^{⑧4} 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编释义》,法律出版社2020年版,第150、353、879-880页;黄薇主编:《中华人民共和国民法典物权编释义》,法律出版社2020年版,第23、45页。

^{⑧5} 前注①7,托马斯·M.J.默勒斯书,第759页。

别。应注意结合纠纷解决的不同方式、诉讼的不同阶段、审判的不同进程,对民法证据规范作类型化、精细化、动态化解释适用。

在解释适用民法证据规范、确定如何发挥其“小司法三段论”的“大前提”功能的过程中,应该坚持两项论证规则:一是,没有足够充分且正当理由的情况下,应该将民法证据方法规范作为行为规范、倡导性规范,而非裁判规范、效力性强制性规范。要式民事法律行为是推翻该论证规则的足够充分且正当的理由。二是,在没有足够充分且正当理由的情况下,应该坚持民法举证责任一般规范、证明标准一般规定,而非径行作举证责任倒置、事实推定、权利推定、提高证明标准或者降低证明标准。

并非所有案件事实都是既成事实、易得事实,基于某些案件事实的未来性、不确定性和证据偏在性,适当降低证明标准可以缓解民法举证责任一般规范和举证责任倒置规范的僵化与失衡,这也体现了这两类证据规范解释适用和立法完善的方向。立法者有意识地、体系化地配置民法证据规范,有助于从立法技术上实现民法典和民事诉讼法的协调,避免立法缺漏或者体系违反。法律适用者和法学研究者同样需要有意识地、体系化地发现、归类、解释和适用民法证据规范,以真正提升民事权利规范、民事义务规范和民事责任规范的可操作性和价值连贯性,在新文科背景下实现对民事实体法和程序法在方法论上的沟通交流、融合推进。

Abstract: The formation of civil legal facts during the ‘minor premise’ of law application implies a ‘minor judicial syllogism’. The formation of facts shows that the application of civil law is essentially a ‘two-tier judicial syllogism’. The civil evidence norms are the ‘major premise’ of ‘minor judicial syllogism’. The norms of evidence in civil law are not limited to the norm of the burden of proof, but also include the norm of evidence method, civil presumption and standard of proof in civil law. Civil evidence norms enrich the type and system of civil law norms, and enhance the operability and value consistency of civil rights norms, civil obligations norms and civil liability norms. The discovery, classification, interpretation and application of civil evidence norms promote the formation of appropriate civil law evidence thinking, and realize the communication and coordination between civil substantive law and procedural law.

(责任编辑:任彦)