

# 民事证明责任分配的实质性原则

胡东海<sup>\*</sup>

---

**内容提要** 民事证明责任分配的实质性原则问题是当代证明责任理论的中心议题,但学界至今未提出令人信服的解决方案。当代证明责任理论的各种学说所提出的盖然性原则、证明危机原则和消极事实原则等,均不是证明责任分配的实质性原则,不能为证明责任分配提供正当性理由。既然证明责任是民法概念,那么就应当从民法价值理念的角度探寻其实质性原则。由于证明责任概念的功能仅在于实现相关民法概念的功能,所以它的实质性原则就是相关民法概念背后的民法基本原则。对民事证明责任分配的实质性原则的厘清,有助于我们从实质性原则出发,对具体制度中的证明责任分配进行目的论解释。

**关键词** 民事证明责任分配 实质性原则 表见代理 善意要件

---

## 一、问题说明

我们知道,在每个法律部门中都存在关于证明责任分配的问题。在有些部门法中,基于某个实质性原则,证明责任仅由特定一方当事人承担。例如,在刑事诉讼中,证明责任分配的实质性原则是存疑有利于被告原则或疑罪从无原则,根据该原则,证明责任总是由原告(检察机关或自诉人)承担《刑事诉讼法》第49条)。<sup>①</sup>再如,在行政诉讼中,证明责任分配的实质性原则是依法行政原则,根据该原则,证明责任主要由被告(行政

---

\* 中南财经政法大学法学院讲师,法学博士。本研究受中央高校基本科研业务费专项资金资助(项目批准号:31541510609)。

① Cfr. G. Sabatini, *Del «favor rei» come principio generale del diritto*, in *Giustizia penale*, 1955(3), p. 1; 德莱奥·罗森贝克《证明责任论——以德国民法典和民事诉讼法典为基础撰写》(第4版),庄敬华译,中国法制出版社2002年版,第39页。在刑事诉讼中也存在由被告承担证明责任的例外情况,如巨额财产来源不明罪和非法持有属于国家秘密、机密文件、资料、物品罪,参见陈永生《论刑事诉讼中控方举证责任之例外》,载《政法论坛》2001年第5期;陈光中、陈学权《中国语境下的刑事证明责任理论》,载《法制与社会发展》2010年第2期。

机关) 承担《行政诉讼法》第34条)。<sup>②</sup>与之不同,民法中的证明责任规则显得十分复杂,证明责任并不是简单地仅由特定一方当事人承担。这就如意大利民事诉讼法之父基奥文达(Chiovenda)所言,在民事诉讼中,由于分配正义原则和当事人平等原则的要求,证明责任必须在原告和被告之间进行分配。<sup>③</sup>然而,这两项法哲学原则仅表明应当在当事人之间进行证明责任的分配,而未解决证明责任如何分配的问题,故而它们不能作为民事证明责任如何分配的实质性原则。

事实上,关于民事证明责任分配的实质性原则问题早已是当代证明责任理论的中心议题。首先,作为证明责任理论的通说,规范说基于法条的规范结构和法条之间的相互关系,对证明责任的分配问题采形式标准:主张权利者应就权利产生要件承担证明责任,而对方当事人应就权利阻碍要件和权利消灭要件承担证明责任。<sup>④</sup>由于这种原因,规范说忽略了“隐藏于民法各种法律规范中之实质价值与实质公平问题”<sup>⑤</sup>,故而未涉及民事证明责任分配的实质性原则问题。其次,对于规范说的这种缺陷,当代证明责任理论的各家学说纷纷提出了尖锐批评,并试图借助某个实质性原则(如盖然性原则、证明危机原则、消极事实原则、危险领域原则、进攻者原则、损害归属原则)直接分配证明责任,并为此种证明责任分配提供正当性说明<sup>⑥</sup>,这就像在刑事诉讼和行政诉讼中分别依据疑罪从无原则或依法行政原则来分配证明责任那样。此种理论倾向被施瓦布称为“当代证明责任理论对规范说的背离”<sup>⑦</sup>。然而,当代证明责任理论中各家学说所提出的民事证明责任分配的实质性原则,并未取代规范说的证明责任分配的形式标准而成为主流学说。由此可见,关于民事证明责任分配的实质性原则问题,学界仍未提出令人信服的解决方案。

当代证明责任理论中关于民事证明责任分配的实质性原则问题,在我国表见代理制度中善意要件的证明责任分配中体现明显。根据《合同法》第49条的规定,表见代理的构成要件有两项:存在代理权的权利外观;合同相对人善意且无过失。前一项构成要件应由合同相对人承担证明责任,理论和实务上均无疑义,有争论的是第二项构成要件

② 参见刘善春《行政诉讼证明责任分配规则论纲》,载《中国法学》2003年第3期。须注意的是《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第27条规定了在行政诉讼中原告承担证明责任的具体事项。由于这种原因,我国部分行政法学者认为,在行政诉讼中也应依罗森贝克的规范说来分配证明责任。参见朱新力:《行政诉讼客观证明责任的分配研究》,载《中国法学》2005年第2期;成协中《中国行政诉讼证明责任的分配模式与规则重构》,载《北大法律评论》2008年第1期。

③ Cfr. G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile - Le azioni, il processo di cognizione*, Napoli, 1965, p. 787.

④ 参见前引①, [德] 莱奥·罗森贝克书,第95页以下; [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363页。

⑤ 参见陈荣宗《举证责任分配与民事程序法》(第2册),我国台湾地区三民书局1979年版,第51页。

⑥ 参见前引④, [德] 汉斯·普维庭书,第16-19章;前引⑤,陈荣宗书,第51-59页。

⑦ 参见施瓦布《当代证明责任理论对规范说的背离》,载《献给布鲁斯文集》,1978年,第505页,转引自前引④, [德] 汉斯·普维庭书,第1页。

中“善意”的证明责任分配问题。<sup>⑧</sup>首先,对于该争论,我们无法根据规范说的形式标准解决善意要件的证明责任分配问题。这是因为,如果我们以合同相对人向被代理人所主张的合同权利为基点,那么,根据规范说的证明责任分配的形式标准,我们既可以从积极构成要件的角度理解善意,将善意要件解释为(合同)权利产生要件,由合同相对人就自己的善意承担证明责任,也可以从消极构成要件的角度将恶意要件(非善意)解释为(合同)权利阻碍要件,由被代理人证明合同相对人的恶意。<sup>⑨</sup>其次,对于此种解释上的难题,2009年《最高人民法院关于当前形式下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》(以下简称《指导意见》)与我国民法学说基于不同的证明责任分配的实质性原则(盖然性原则与证明危机原则、消极事实原则),获得了关于善意要件的不同的证明责任分配。

基于此,下文不妨以表见代理制度中善意要件的证明责任分配为个例,首先探讨《指导意见》与我国民法学说立论的三种不同的证明责任分配的实质性原则的妥当性,再从民法的基本价值理念的角度分析民事证明责任的实质性原则问题。

## 二、根据盖然性原则分配证明责任的可能性

### (一)《指导意见》第13条的政策考量

虽然依据规范说的形式标准,我们不能获得关于《合同法》第49条中善意要件的证明责任分配的指示,但《指导意见》第13条<sup>⑩</sup>针对此种解释难题给出了明确规定,即在表见代理案件中,主张表见代理的合同相对人应就自己的善意承担证明责任。在检讨此种证明责任分配的妥当性之前,我们先来分析该条规定背后所蕴含的立法动机和政策考量。

首先,根据《指导意见》第12条<sup>⑪</sup>,在特定类型(国家重大项目和承包租赁行业等)的合同案件中,人民法院在实践中应当严格认定表见代理。该条规定的原因在于——就如最高人民法院民二庭负责人就《指导意见》答记者问时所强调的——“表见代理属

<sup>⑧</sup> 例如,有学者认为,应由合同相对人就自己的善意承担举证责任,参见吴泽勇《论善意取得制度中善意要件的证明》,载《中国法学》2012年第4期;另有学者认为,合同相对人无需证明自己的善意,善意是被推定的,而应由主张相对人恶意的被代理人承担举证责任,参见杨代雄《表见代理的特别构成要件》,载《法学》2013年第2期。

<sup>⑨</sup> 参见前引<sup>⑧</sup>,杨代雄文。

<sup>⑩</sup> 《指导意见》第13条第2句规定“合同相对人主张构成表见代理的,应当承担举证责任,不仅应当举证证明代理行为存在诸如合同书、公章、印鉴等有权代理的客观表象形式要素,而且应当证明其善意且无过失地相信行为人为具有代理权。”

<sup>⑪</sup> 《指导意见》第12条规定“当前在国家重大项目和承包租赁行业等受到全球性金融危机冲击和国内宏观经济形势变化影响比较明显的行业领域,由于合同当事人采用转包、分包、转租方式,出现了大量以单位部门、项目经理乃至个人名义签订或实际履行合同的情形,并因合同主体和效力认定问题引发表见代理纠纷案件。对此,人民法院应当正确适用合同法第四十九条关于表见代理制度的规定,严格认定表见代理行为。”

于市场交易法则中极其例外的情形”<sup>⑫</sup>,所以应当严格认定其构成要件。此种判断并不缺乏理论与实践的依据,有学者指出,“我国民法理论与法院判决一向认为,表见代理是无权代理的一种例外规则”<sup>⑬</sup>。因此,从《指导意见》第12条的规定可知,在市场交易实践中,以他人名义从事法律行为(即广义的无权代理)的情形,多属狭义的无权代理,仅在例外情况下构成表见代理,故而应从严认定表见代理,防止将狭义无权代理的情形误认作表见代理。

其次,正是在《指导意见》第12条的基础之上,第13条规定合同相对人应证明自己的善意。不过,在这两个条文之间隐藏着逻辑上的过渡:(1)在特定合同领域中,仅在极其例外的情形构成表见代理(第12条);(2)该条表明,表见代理的构成要件仅在极其例外的情形才满足,那么,合同相对人也仅在极其例外的情形才是善意的,而在一般情况下则是恶意的(第12条与第13条之间的逻辑过渡);(3)既然相对人的恶意是实践常态,那么,主张与此不同的人就须举证,即主张自己善意的合同相对人负证明责任(第13条)。由此可知,《指导意见》第13条关于善意的证明责任分配的规定,其背后的政策考量在于,由于表见代理是极其例外的情形,以及合同相对人的善意也是极其例外的情形,所以,相对人应证明自己的善意。

## (二) 盖然性原则之批评

从当代证明责任理论的角度来看,《指导意见》第13条基于实践中善意发生的概率来确定其证明责任的分配,这属于依据盖然性原则分配证明责任。值得注意的是,此处仅指立法上的盖然性,即作为制定民事证明责任规范的政策考量标准的盖然性,<sup>⑭</sup>它显然不同于通常所理解的在诉讼中作为证明标准的盖然性(如高度盖然性的标准)。<sup>⑮</sup>根据此种盖然性,首先,《指导意见》第12条规定了表见代理的盖然性极低,即表见代理在实践中是极其例外的情形。其次,与此相应,合同相对人的善意也是极其例外的情形,即善意的盖然性极低。最后,根据《指导意见》第13条的规定,应由主张极低盖然性的善意的合同相对人,对善意承担证明责任。因此,立法者将所要调整的法律事实(善意)出现的盖然性作为证明责任分配的标准:将盖然性低的对象(善意)作为证明责任分配

<sup>⑫</sup> 参见《妥善审理合同纠纷案件,维护市场正常交易秩序——最高人民法院民二庭负责人就〈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〉答记者问》,载《人民法院报》2009年7月14日第3版。

<sup>⑬</sup> 朱广新《信赖保护原则及其在民法中的构造》,中国人民大学出版社2013年版,第203页。

<sup>⑭</sup> 在当代证明责任理论中,盖然性可分为具体的盖然性、抽象的盖然性和立法上的盖然性。参见前引④,〔德〕汉斯·普维庭书,第262页以下。关于作为证明责任标准的盖然性的一般性探讨,还可参见前引⑤,陈荣宗书,第54-55页;李浩《民事证明责任研究》,法律出版社2003年版,第133页;张卫平《诉讼构架与程式》,清华大学出版社2000年版,第300页以下;陈刚《证明责任法研究》,中国人民大学出版社2000年版,第194页以下。

<sup>⑮</sup> 关于此种盖然性在表见代理中的运用,有学者基于盖然性标准认为在所谓“有权表见代理”与“无权表见代理”两种不同情形中,当合同相对人与本人所提供证据的证明力相当时,应作出成立或不成立表见代理的不同认定。参见周林彬、文雅靖《表见代理实务问题分析:商事代理的视角》,载《人民司法》2012年第9期。关于民事诉讼中作为证明标准的盖然性的一般性研究,参见毕玉谦《试论民事诉讼证明上的盖然性规则》,载《法学评论》2000年第4期;李浩《证明标准新探》,载《中国法学》2002年第4期;吴泽勇《“正义标尺”还是“乌托邦”?——比较视野中的民事诉讼证明标准》,载《法学家》2014年第3期。

的对象(由合同相对人证明),而非将盖然性高的对象(恶意)作为证明责任分配的对象(由被代理人证明)。然而,根据盖然性原则来分配证明责任存在以下两方面的问题。

第一方面的问题表现在,能否从表见代理的盖然性推导出善意的盖然性?《指导意见》第12条规定的是表见代理的盖然性,即在无代理权时构成表见代理的概率极低,而第13条规定善意的证明责任分配的前提是善意的盖然性。但问题是,从第12条的表见代理的盖然性并不能必然推导出善意的盖然性。首先,这是因为表见代理的概率极低仅表明,只要欠缺表见代理的任一构成要件,就不存在表见代理。其次,善意仅是要件之一,不构成表见代理既可能是由于相对人的恶意的情形,也可能是由于不满足其他要件的情况。实践中完全可能出现善意的概率极高,仅由于不满足其他要件导致表见代理的概率较低的情况。因此,从《指导意见》第12条关于表见代理的盖然性标准并不能必然推导出关于相对人主观善意的盖然性标准,表见代理中的善意在实践中的概率未必很小。

第二方面的问题是,即使在实践中善意的盖然性极低,那么,善意的极低盖然性是否可决定其证明责任分配?关于该问题,普维庭指出,德国民法中的善意(如表见代理和善意取得制度中的善意)的证明责任分配,“是否真正能够用盖然性解释尚有疑问”<sup>①⑥</sup>。应当说,善意的证明责任分配并不取决于善意在实践中发生的盖然性,立法者也未将这种盖然性作为证明责任分配的决定因素。值得注意的是,与《指导意见》第13条的规定不同,最高人民法院的其他司法解释在分配证明责任时却完全排除了对盖然性原则的考虑。例如,对于相互有继承关系的数人在同一事件中死亡,且不能确定死亡先后时间的,根据《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第2条的规定,首先推定没有其他继承人的人先死亡;均有其他继承人的,推定长辈先死亡,晚辈后死亡;辈分相同的人推定同时死亡,相互之间不发生继承。此种推定规范(特殊的证明责任规范),显然不是(也不可能是)基于对客观情况的统计或者基于盖然性标准而制定的,其规范目的仅在简化法律关系,确定继承顺序。

事实上,民法中的很多规定事项在性质上“无法利用自然科学方法,裨以判断其盖然性之高低”。另外,对于有些规定事项,影响证明责任分配的重要因素不是盖然性的高低,而是法律条文的规范目的,这是因为,立法者原已定有一定之保护目的……即使其发生之盖然性不高,于解释上亦不因而课以举证责任。<sup>①⑦</sup>因此,即便我们认为《指导意见》第12条的规定隐含着对善意的盖然性的考量,但善意的盖然性并不能决定善意的证明责任分配,故而它仍然不能作为第13条规定(善意的证明责任分配)的充分理由。盖然性原则只是证明责任规范的立法动机和政策考量标准<sup>①⑧</sup>,而非民事证明责任分配的实质性原则。

<sup>①⑥</sup> 前引④, 德 汉斯·普维庭书,第279页。

<sup>①⑦</sup> 参见前引⑤,陈荣宗书,第55页。

<sup>①⑧</sup> 前引④, 德 汉斯·普维庭书,第288页。

### 三、根据证明危机原则或消极事实原则分配证明责任的可能性

与《指导意见》第13条的规定不同,我国民法学说普遍持相反观点:在表见代理制度中,合同相对人不必证明自己的善意,而应由被代理人证明合同相对人的恶意。<sup>①</sup>有必要提及的是,此种观点并不缺少比较法上的依据,各国(地区)民法均认为合同相对人不必对自己的善意承担证明责任。<sup>②</sup>但即便如此,问题的关键仍是此种观点的正当性理由,即此种证明责任分配的实质性原则的问题。根据本文的观察,我国民法学说采纳的是当代证明责任理论中的证明危机原则和消极事实原则,来说明表见代理制度中善意要件的证明责任分配的正当性问题。

#### (一) 证明危机原则的缺陷

在当代证明责任理论中,所谓证明危机原则,是指根据证明的难易决定证明责任的分配,免除证明困难一方的证明责任,并将之交由对方承担。<sup>③</sup>我国有学者在论证表见代理制度中善意要件的证明责任分配时,采纳证明危机原则。例如,杨代雄认为,对于善意要件究竟是权利产生要件还是权利阻碍要件有疑问时,“应该考虑该事实究竟由原告证明更为容易还是由被告证明更为容易,以决定证明责任的分配。”<sup>④</sup>然而,证明危机原则存在以下两方面的缺陷。

首先,不可否认的是,民法中的某些证明责任规范,如我国《侵权责任法》中有关过错推定责任的规定,就考虑了受害人的证明危机问题,即由于过错是主观心理状态,且碍于专业知识所限,受害人证明侵权行为人的过错较为困难<sup>⑤</sup>,故而不要求受害人证明侵权行为人的主观过错。但即便如此,证明危机也仅是制定这种推定规范(特殊的证明责任规范)的立法动机之一,而非侵权责任法规定过错推定责任的决定性因素。也就是,侵权责任法规定过错推定责任的目的在于,对特殊领域的侵权行为人课以较重的法律责任,而过错推定这种证明责任规则仅是达到此种目的的一种手段。

<sup>①</sup> 例如,叶金强《信赖原理的私法结构》,北京大学出版社2014年版,第97页;吴国喆《善意认定的属性及反推技术》,载《法学研究》2007年第6期;前引⑧,杨代雄文;徐国栋《民法基本原则解释——诚实信用原则的历史、实务、法理研究》,北京大学出版社2013年版。与之相同,我国通说认为在善意取得制度中,“对于第三人的善意,首先推定其存在,然后由主张该善意不存在者举证推翻该推定。”参见中外法学编辑部《中国民法学发展评价(2012—2013)——基于期刊论文的分析》,载《中外法学》2015年第2期。

<sup>②</sup> 关于德国法的规定,可参见C. W·卡纳里斯《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第148页;关于法国法的规定,可参见罗瑤《法国表见代理构成要件研究——兼评我国〈合同法〉第49条》,载《比较法研究》2011年第4期;关于瑞士法的规定,参见[瑞]贝蒂娜·许莉蔓·高朴·耶尔格·施密特《瑞士民法:基本原则与人法》,纪海龙译,中国政法大学出版社2015年版,第128页;关于意大利法的规定,参见G. Cassano, *L'apparenza del diritto fra dottrina e giurisprudenza: i principi*, in *Contratti*, 2002, p. 1171;关于日本法的规定,参见[日]山本敬三《民法讲义I总则》(第3版),解亘译,北京大学出版社2012年版,第270、280页;关于我国台湾地区“民法”的规定,参见王泽鉴《债法原理(第一册)·基本理论、债之发生》,中国政法大学出版社2001年版,第322页。

<sup>③</sup> 参见前引④, [德]汉斯·普维庭书,第351页。

<sup>④</sup> 前引⑧,杨代雄文。

<sup>⑤</sup> 参见王胜明主编《中华人民共和国侵权责任法释义》,法律出版社2010年版,第45页。

其次,“一方当事人的证明危机并不必然意味着另一方当事人对证明的接近。”<sup>②④</sup>例如,在表见代理制度中,我们并不能从合同相对人的证明危机(证明自己的善意较为困难)当然地推导出被代理人的证明接近(被代理人证明相对人的恶意较为容易)。关于表见代理制度中善意的证明问题,不只是合同相对人会遇到证明危机问题,被代理人也会遇到证明危机的问题,因为要求被代理人证明合同相对人的恶意这种主观状态,也非易事。

事实上,立法者对于负有证明责任的当事人的证明困难问题,一般通过表见证明、赋予证明困难一方询问权等诉讼手段来解决。例如,针对善意取得制度中的善意要件,有学者认为,通过间接证据的运用、经验法则的援引和对方当事人事实主张责任的加重,善意要件完全可以被证明。<sup>②⑤</sup>此种证明方法显然也可适用于对表见代理制度中善意要件的证明,但这些诉讼手段的规定,并不会改变法律规定的证明责任分配。因此,不论如何,证明危机原则根本不可能是证明责任分配的实质性原则,它也不能为表见代理制度中善意要件的证明责任分配提供正当性说明。

## (二) 消极事实原则的缺陷

除证明危机原则之外,我国还有学者从消极事实原则的角度说明表见代理制度中善意要件的证明责任分配:作为消极事实的善意(不知情)不是证明的对象,合同相对人无须就自己的善意承担证明责任;相反,作为积极事实的恶意(知情)才是证明的对象,被代理人应就合同相对人的恶意承担证明责任。例如,在论及善意要件的证明责任时,叶金强认为,“由于信赖者不知真实信息为一消极事实,要求信赖者证明其不知,在逻辑上难以成立。”<sup>②⑥</sup>吴国喆认为,“从可能性的角度而言,当事人要证明消极事实绝非易事……对于消极事实,通常都规定由主张相反事实的一方承担举证责任。”<sup>②⑦</sup>

虽然消极事实理论主导了整个共同法时代,且其间众多学者对该理论进行了完善<sup>②⑧</sup>,但现代证明责任理论完全抛弃了“消极事实理论”<sup>②⑨</sup>。事实上,根据消极事实理论来分配表见代理制度中善意要件的证明责任,并无充分说服力。首先,消极事实与积极事实的区分并非绝对。<sup>③⑩</sup>对于表见代理制度中的善意要件,我们既可从语词的表面意义出发认为善意是积极事实,非善意则是消极事实;也可从善意的内含的角度认为,善意

<sup>②④</sup> 参见前引④, [德] 汉斯·普维庭书,第351页。

<sup>②⑤</sup> 参见前引⑧,吴泽勇文。关于如何证明消极事实的一般性讨论,可参见杨剑、窦玉梅《论消极要件事实的证明——以法律要件分类说为基础》,载《法律适用》2007年第7期。

<sup>②⑥</sup> 前引⑩,叶金强书,第97页。

<sup>②⑦</sup> 前引⑩,吴国喆文;吴国喆《权利表象及其私法处置规则——以善意取得和表见代理制度为中心考察》,商务印书馆2007年版,第330-331页。

<sup>②⑧</sup> Cfr. G. Micheli, *L' onere della prova*, Padova, 1942, p. 33-34.

<sup>②⑨</sup> 参见前引④, [德] 汉斯·普维庭书,第349页;前引⑤,陈荣宗书,第8-10页。英美法系在19世纪也抛弃了消极事实理论,参见黄国昌《阶段的举证责任论——统和实体法政策下之裁判规范与诉讼法观点下之行为规范》,载黄国昌:《民事诉讼理论之新展开》,北京大学出版社2008年版,第126页。

<sup>③⑩</sup> Cfr. G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, cit., p. 785. 对此,陈荣宗举例说明“过失”为积极事实,而“未尽合理注意义务”则为消极事实,但这两者所指并无不同,参见前引⑤,陈荣宗书,第9页。

(不知情)是消极事实,非善意(知情)是积极事实。其次,在表见代理制度中,即便我们认为善意是消极事实,较难证明,但证明难度高不意味着不能被证明<sup>③①</sup>,也不意味着主张者无须承担证明责任。最后,虽然在一些民法制度中,由于消极事实一般较难证明,立法者会尽量避免对消极事实的证明<sup>③②</sup>,但在有些民法制度中,为了实现相应的规范目的,立法者并不回避对消极事实的证明。例如,主张不当得利返还请求权者应证明“没有原因”这项要件,就是对消极事实的证明。<sup>③③</sup>因此,我们不能仅根据善意的消极事实属性就认为合同相对人不承担证明责任,消极事实原则不能为这种证明责任分配提供正当性说明,它也不可能是证明责任分配的实质性原则。

## 四、民事证明责任概念的功能

### (一) 研究进路的转变

在表见代理制度中善意要件的证明责任分配问题上,《指导意见》与我国民法学说虽有分歧,但二者的共同点在于,它们均属于所谓“当代证明责任理论对规范说的背离”,即都面临根据“规范说”解释善意要件的证明责任分配的难题,而最终寻求某个实质性原则(盖然性原则、证明危机原则或消极事实原则)来分配证明责任。然而,这三项原则由于其本质缺陷,均无法为表见代理制度中善意要件的证明责任分配问题提供正当性说明。此外,这三项原则还具有不同程度的非规范属性和程序属性:它们最多只能为我们说明立法者在确定善意要件的证明责任分配时的立法动机,故而具有非规范属性;它们均从证明接近或证明难易的角度解释善意要件的证明责任分配,故而具有程序属性。事实上,不只是盖然性原则、证明危机原则和消极事实原则,当代证明责任理论的其他学说(如危险领域原则、损害归属原则、进攻者原则)<sup>③④</sup>在探究民事证明责任分配的实质性依据时,均未能足够重视证明责任的规范属性和实体属性,故而都存在研究进路上的错误。

根据现代证明责任理论,证明责任分为客观证明责任与主观证明责任。客观证明责任是一种结果责任,它涉及的是,对于特定事实出现真伪不明(事实既非“被证明”,也非“未证明”)的不利风险,民事法律如何规定此种风险的负担问题,即究竟应由主张权利者还是抗辩权利者负担该不利风险。例如,根据《指导意见》第13条的规定,如果法官对合同相对人是否善意既未形成肯定的确信,也未形成否定的确信,而出现了善意

③① 前引①, 德 莱奥·罗森贝克书,第342页。

③② 前引①, 德 莱奥·罗森贝克书,第344页以下;前引④, 德 汉斯·普维庭书,第342页。

③③ 关于此点,学说上有争议。有学者认为,主张不当得利返还的请求权人应证明“没有合法根据”;与之相反,有学者主张,受益方应证明“有合法根据”;还有学者认为,在给付型不当得利中,应由请求权人证明“没有合法根据”,在非给付型不当得利中,应由受益方证明“有合法根据”。关于该问题的详细讨论,可参见张江莉《不当得利中“无法律上原因”之证明》,载《政法论坛》2010年第2期。

③④ 关于这些实质性原则的详细探讨,参见前引④, 德 汉斯·普维庭书,第245页以下。



要件的事实真伪不明的情况,这种真伪不明的不利风险(客观证明责任)应当由合同相对人承担。主观证明责任是一种行为责任,它涉的是,在诉讼中哪一方当事人应就特定要件事实负责举证的问题。客观证明责任的分配直接决定了主观证明责任的分配。例如,根据《指导意见》第13条的规定,合同相对人不仅应当承担客观证明责任(善意要件事实的真伪不明的风险),还应承担主观证明责任(在诉讼中就善意要件事实负责举证)。

正是由于客观证明责任的分配决定了主观证明责任的分配,客观证明责任在现代证明责任理论中具有核心地位,它也是现代证明责任理论的研究重点。下文也仅指客观证明责任,即民事法律中规定的证明责任概念,而不涉及具体诉讼中的那种行为意义上的主观证明责任。在这种限定意义上,民事证明责任具有民事实体法的属性,民事证明责任就是一个民法概念。基于此,在探讨证明责任分配的实质性原则时,应主要以“实体法的趣旨”和“实体法的价值判断”为主要考量因素,而不能以“举证的难易”和“证据距离的远近”等程序标准为考量因素。<sup>⑤</sup>例如,关于意思表示的错误,由于错误的构成将影响相对方对意思表示外观的信赖,并进而有害交易安全,所以,主张错误的当事人应当承担证明责任。由此可知,在意思表示错误的问题上,证明责任分配的决定标准或实质性依据,不是“距离证据远近”这种证据法上的范畴,而是民法上“交易安全”这种实体价值理念。<sup>⑥</sup>

既然证明责任是民法概念,那么就应当从民法的基本价值理念或民法基本原则的角度探寻民事证明责任分配的实质性原则。我认为,惟有循着这种进路,才能获得民事证明责任分配的实质性原则。

## (二) 证明责任的抽象概念与功能概念

在探究民事证明责任分配的实质性原则之前,有必要区分证明责任的抽象概念和功能概念。民法中的任一概念既表现为一种抽象概念(或技术概念),也表现为一种功能概念。其中,抽象概念是指在民事法律条文中被运用的概念,它是根据逻辑法则以提取公因式的方式所获取的概念。由于每种抽象概念都服务于特定的规范目的,故而它同时也表现为一种功能概念。这种功能概念,意指依附于民法的基本原则,且其内容可直接表达与其背后的基本原则之间的意义脉络关联的概念。<sup>⑦</sup>例如,法律行为概念既表现为法律行为的抽象概念,也表现为法律行为的功能概念。其中,法律行为的抽象概念旨在从构成要素的角度将之定义为为获得某种法效果的意思表示;法律行为的功能概念旨在说明法律行为是私人自治的工具,具有实现私人利益的自我安排的功能。<sup>⑧</sup>

<sup>⑤</sup> 参见 [日] 高桥宏志《民事诉讼法:制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第445页。

<sup>⑥</sup> 参见前引<sup>⑤</sup>, [日] 高桥宏志书,第446页。

<sup>⑦</sup> [德] 卡尔·拉伦茨《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第355页以下。关于此点,黄茂荣认为,“在法律概念的构成上‘必须’考虑到拟借助该法律概念来达到的目的,或实现的价值。”参见黄茂荣《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第46页。

<sup>⑧</sup> 前引<sup>⑦</sup>, [德] 卡尔·拉伦茨书,第358-359页。

民法中的抽象概念和功能概念在民法体系中处于不同的地位。其中,各种抽象概念,如法律行为的抽象概念,是民法外部体系的构成要素。作为法律思想表达形式的各种法律原则,如私人自治原则、信赖保护原则、诚实信用原则等,构成了民法的内部体系。而各种功能概念,如法律行为的功能概念,则是沟通抽象概念与法律原则之间的桥梁。也就是,功能概念(如法律行为的功能概念)将抽象概念(如法律行为的抽象概念)与法律原则(如私人自治原则)联系起来。<sup>③⑨</sup>因此,对民法概念的澄清不应局限在抽象概念的层面,还应从功能概念的角度探讨其规范目的,并且,规范目的将最终决定该抽象概念的内容和形式。<sup>④⑩</sup>

同样,作为一种民法概念,证明责任概念也有两种不同的面相:它既表现为证明责任的抽象概念,也表现为证明责任的功能概念。首先,证明责任的抽象概念是指,某一要件事实出现真伪不明时的风险应由哪一方当事人负担。此种概念存在于民事立法中两种不同的证明责任规范之中:一是证明责任分配的基本规范(如《民事诉讼法》第64条、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第2条的规定、《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91条);二是证明责任分配的特殊规范(如民事立法中的各种推定规范、证明责任倒置规范、《指导意见》第13条有关表见代理制度中善意要件的证明责任规范等)。其次,证明责任的功能概念旨在说明证明责任分配所要实现的规范功能,它本身蕴含着一定的规范目的,具有实现民法基本价值的目的论性质。

因此,我们探讨证明责任分配的实质性原则,并不能直接在证明责任的抽象概念与实质性原则之间建立起意义脉络的关联,而应通过证明责任的功能概念,探寻其背后的实质性原则。与其他民法概念一样,发现证明责任概念与民法基本原则之间的意义脉络,也是民法学最重要的任务之一。

### (三) 证明责任概念的从属性功能

民法中的抽象概念大体可分为两类:一类是可自成独立制度的概念,如法律行为概念、人格权概念等;另一类是需要与其他概念一道才能构成特定民法制度的概念,如违法性概念、过失概念、善意或恶意概念<sup>④⑪</sup>,其中,“善意”与其他概念共同构成表见代理、善意取得、时效取得等制度。<sup>④⑫</sup>证明责任概念属于第二种类型,它不是一种自身可独立构

<sup>③⑨</sup> 事实上,在法律行为的理论发展史中,法律行为的主观理论均是从概念结构的角度,将法律行为定义为一种“意思表示行为”。在功利主义和利益法学的推动下所产生的法律行为的客观理论,均是从规范功能的角度将法律行为描述为“实现私法自治的行为”,或者“实现个人利益自我调整的行为”。Cfr. N. Irti, *Itinerari del negozio giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Vol. 7, Milano, 1978, pp. 395-398; G. B. Ferri, *Il negozio giuridico*, seconda edizione, Padova, 2004, pp. 31 ss.

<sup>④⑩</sup> 前引<sup>③⑨</sup>, 德 卡尔·拉伦茨书,第357页。

<sup>④⑪</sup> 参见曾世雄《民法总则之现在与未来》,中国政法大学出版社2001年版,第227页;拉伦茨将此等概念称之为“纯粹规范性概念”,参见前引<sup>③⑨</sup>, 德 卡尔·拉伦茨书,第356页。

<sup>④⑫</sup> 此外,善意概念在民法中的运用还包括很多其他情形。通过对文献的梳理,徐国栋指出,我国学者对22种涉及善意的法律制度作了研究,参见前引<sup>④⑩</sup>,徐国栋书,第57-58页。

成某项民法制度的概念,而必须与与其他概念共同构成一项民法制度,即一项证明责任规范。例如《指导意见》第13条规定的是表见代理制度中善意要件的证明责任分配,这条证明责任规范是由证明责任概念与善意概念共同构成的。

与两种不同类型的抽象概念相对应,民法中的功能概念也存在两种类型:(1)单一功能的概念。例如,法律行为概念的功能在于实现私人自治;人格权概念的功能在于“对外保障人的固有范围的权利”<sup>④③</sup>;(2)多重功能的概念。例如,违法性概念、善意或恶意概念在不同的私法制度中具有不同的功能。针对多重功能的概念,我们必须结合相关民法制度才能确定其特定的功能。例如,拉伦茨认为“违法性”分别在侵权责任和正当防卫制度中具有两种不同的功能:在侵权行为法中,一般侧重从行为取向的角度来界定违法性概念,由于成立侵权损害赔偿义务“既要求行为的违法性,也要求有责任”,所以违法性概念的功能在于对一项行为作出“暂时性的无价值判断”。相反,在正当防卫制度中,一般更侧重从结果意义上观察违法性概念,所以此处的“违法性概念的功能在于划分,对于哪些侵害可以为正当防卫或为防卫的主张,哪些侵害在法律上则须接受”<sup>④④</sup>。

从证明责任的功能概念来看,证明责任概念具有多重功能。证明责任概念在与不同的民法概念共同构成证明责任规范时分别具有不同的规范功能。例如,“证明责任”概念既可与“合同成立要件”概念结合构成“合同成立要件的证明责任规范”,也可与“合同生效要件”概念结合构成“合同生效要件的证明责任规范”。然而,证明责任概念并不具有独立的规范功能,其功能均从属于相关民法概念的功能:在“合同成立要件的证明责任规范”中,“证明责任”概念的功能从属于“成立要件”概念的功能,即实现私人自治的功能;在“合同生效要件的证明责任规范”中,“证明责任”概念的功能从属于“生效要件”概念的功能,即贯彻国家管制的功能。<sup>④⑤</sup>因此,证明责任概念具有多重功能,且其功能均具有从属性,从属于相关民法概念的功能。

综上,由于证明责任是一项民法概念,所以,证明责任分配的实质性原则就是民法基本原则。但我们无法直接在证明责任的抽象概念与民法基本原则之间建立意义脉络的关联,而必须通过证明责任的功能概念将这二者连接起来。由于证明责任概念具有从属性功能,即从属于相关民法概念的功能,所以,在一项证明责任规范中,证明责任概念的功能在于实现相关民法概念的功能。

## 五、民事证明责任分配之目的论解释

### (一) 善意要件的证明责任分配的实质性原则

<sup>④③</sup> 前引③, [德] 卡尔·拉伦茨书,第355页。

<sup>④④</sup> 参见前引③, [德] 卡尔·拉伦茨书,第356-357页; Karl Larenz, *Antigiuridicità e concetto di atto nel diritto civile*, tra. di L. Di Nella, in *Rassegna di diritto civile*, (2) 2001, pp. 460 ss.

<sup>④⑤</sup> 参见胡东海《论合同生效要件的证明责任分配》,载《法律科学》2011年第4期。

将证明责任概念划分为抽象概念与功能概念,对于解释表见代理制度中善意要件的证明责任分配具有前提作用。首先,从证明责任的抽象概念来看,《指导意见》第13条包括一条由善意概念和证明责任概念构成的“善意要件的证明责任分配规范”。学说上对该项证明责任规范多持批评态度。对该项证明责任规范的合理性的探讨,必须回溯到善意要件的证明责任分配的实质性原则。这是因为,作为一种民法概念,证明责任的功能概念也“具有目的论的特质,……在有疑义时即应回归到隐含其中的评价上,质言之,回归到相应的原则上去。”<sup>④6</sup>不过,我们无法从《指导意见》第13条规定中的证明责任的抽象概念直接推导其背后的实质性原则,而必须借助证明责任的功能概念来回答实质性原则的问题。其次,从证明责任的功能概念来看,《指导意见》第13条中善意要件的证明责任,并无独立功能,其功能从属于善意要件的功能。那么问题是,表见代理制度中善意要件具有何种功能?

无代理权而以他人名义从事法律行为,构成无权代理,它属于效力待定的行为。对此,如果被代理人拒绝追认,那么由无权代理人对合同相对人承担责任(《民法通则》第66条第1款第2句与《合同法》第48条第1款)。<sup>④7</sup>如果无权代理人拥有代理权外观,足以令合同相对人相信其有代理权,则构成所谓的表见代理。此时应对合同相对人提供积极的信赖保护<sup>④8</sup>,使无代理权所为法律行为具有相当于有权代理的效力,而被代理人纵使未授予代理权仍应负代理之责。表见代理制度的规范目的在于,通过对合同相对人的保护,维护交易安全,贯彻信赖保护的原则。所以,表见代理的根本问题并非其是否具有正当性的问题,而是如何进行正当化的问题,即如何将无权代理的风险在被代理人与合同相对人之间进行分担。<sup>④9</sup>此种正当化的难题具体体现为,在表见代理制度中,如何从法技术构成上协调私人自治原则与信赖保护原则之间的冲突。

一般认为,表见代理制度通过被代理人的可归责性要件与合同相对人的善意要件来协调私人自治原则与信赖保护原则之间的冲突。首先,在立法例上,各国(地区)民法均承认被代理人的可归责性是表见代理的构成要件。<sup>⑤0</sup>我国《合同法》第49条未明文规定

<sup>④6</sup> 前引<sup>④5</sup>,【德】卡尔·拉伦茨书,第356页。

<sup>④7</sup> 对于无权代理人的责任形式,学说上认为应区分无权代理人的善意或恶意而有不同的责任承担形式:善意的无权代理人负消极信赖利益的赔偿责任,恶意的无权代理人负履行利益的赔偿责任。参见前引<sup>④0</sup>,王泽鉴书,第306页;朱庆育《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第351-352页。

<sup>④8</sup> 关于积极信赖保护与消极信赖保护的区分,可参见前引<sup>④9</sup>,叶金强书,第171-172页;前引<sup>④3</sup>,朱广新书,第93页。

<sup>④9</sup> 参见前引<sup>④3</sup>,朱广新书,第195页。

<sup>⑤0</sup> 关于德国法的规定,参见【德】卡尔·拉伦茨《德国民法通论》(下),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第890-891页;关于法国法的规定,参见【法】雅克·盖斯旦、吉勒·古博《法国民法总论》,陈鹏等译,法律出版社2004年版,第782页;关于日本法的规定,参见前引<sup>④0</sup>,【日】山本敬三书,第280-281页;关于我国台湾地区“民法”的规定,参见孙森森《民法债编总论》(上),法律出版社2009年版,第86-87页。

可归责性要件,学说上对此存在争议<sup>⑤①</sup>,但目前具支配力的学说采肯定观点。<sup>⑤②</sup>被代理人的可归责性是指,在满足代理权外观与合同相对人善意的情况,惟有被代理人对该代理权外观的产生具有可归责性,他才依表见代理承担责任,也就是,他对此种于己不利的法律后果的产生并非没有关系。<sup>⑤③</sup>这表明,可归责性要件实际上是自己责任的典型体现,而自己责任则是私人自治的应有之义。这是因为,根据私人自治,个人可通过其自由的行为取得权利承担义务,他也仅对其自由的行为所产生的后果承担责任。所以,可归责性要件旨在从被代理人的角度维护其私人自治,以防被代理人对于己无关的行为承担责任。<sup>⑤④</sup>其次,惟有合同相对人对代理权表象是善意(不知情)的,法律才对其提供积极的信赖保护,非善意的相对人则被排除出表见代理的保护范围。所以,在表见代理制度中,善意要件通过对无代理权的权源补正,旨在表达信赖保护原则的要求。

由此可知,在表见代理制度中,可归责性要件与善意要件具有不同的规范功能,分别“守护着不同的价值”:归责性要件旨在维护被代理人的私人自治,“守护的是最低限度的静的安全,避免被代理人无辜受到意思之外的约束”<sup>⑤⑤</sup>;善意要件旨在为合同相对人提供信赖保护,守卫的是动态的交易安全。既如此,由于证明责任的功能具有从属性,所以,“可归责性要件的证明责任”的功能从属于“可归责性要件”的功能,即维护静的安全,该证明责任分配的实质性原则是私人自治原则。“善意要件的证明责任”的功能从属于“善意要件”的功能,即维护动态的交易安全,该证明责任分配的实质性原则是信赖保护原则。

## (二) 善意要件的证明责任分配之目的论解释

在表见代理制度中,鉴于善意要件的证明责任分配的实质性原则是信赖保护原则,我们再从该实质性原则出发对善意要件的证明责任分配问题进行目的论解释,以此判断《指导意见》第13条的合理性。

关于表见代理制度中善意要件的证明责任分配,《指导意见》第13条与我国民法学说采不同观点,而这两种观点反映了不同的价值倾向。首先,《指导意见》第13条规定,善意是权利产生要件,应由合同相对人证明自己的善意;该规定将证明责任交由合同相对人承担,这表明此种证明责任分配的功能在于,侧重保护本人的利益,维护静态的财产安全,强调的是对私人自治原则的保护。其次,我国民法学说认为,恶意是权利阻碍要件,应由被代理人证明合同相对人的恶意。该观点将证明责任交由被代理人承担,这

<sup>⑤①</sup> 其中否定的观点,可参见胡康生《中华人民共和国合同法释义》,法律出版社2009年版,第85-86页。

<sup>⑤②</sup> 参见尹田《论表见代理》,载《政治与法律》1988年第6期;李开国《民法基本问题研究》,法律出版社1997年版,第256页;叶金强《表见代理构成中的本人归责性要件——方法论角度的再思考》,载《法律科学》2010年第5期;前引<sup>⑤③</sup>,杨代雄文;前引<sup>⑤④</sup>,朱庆育书,第359-361页。

<sup>⑤③</sup> 参见[德]海因·克茨《欧洲合同法》(上卷),周忠海等译,法律出版社2001年版,第341页;前引<sup>⑤②</sup>,叶金强文;孙鹏《民法上信赖保护制度及其法的构成——在静的安全与交易安全之间》,载《西南民族大学学报》(人文社科版)2005年第7期。

<sup>⑤④</sup> 参见前引<sup>⑤③</sup>,吴国喆书,第270-272页。

<sup>⑤⑤</sup> 叶金强《表见代理中信赖合理性的判断模式》,载《比较法研究》2014年第1期。

表明此种证明责任分配的功能在于,侧重保护合同相对人的信赖利益,强调对信赖原则的贯彻。

如果我们再结合表见代理制度中善意要件的证明责任分配的实质性原则(即信赖保护原则),那么上述两种观点的合理性就高下立判了。也就是,由于有关善意要件的证明责任分配的实质性原则是信赖保护原则,所以,《指导意见》第13条将证明责任交由合同相对人承担,不利于对合同相对人信赖利益的保护,该条证明责任规范不利于实现(有关善意要件的)证明责任分配的功能,违反了证明责任分配的实质性原则(信赖保护原则)。与之相反,我国民法学说关于善意要件的证明责任分配观点,虽然在证明责任分配的正当性或实质性依据方面(证明危机原则和消极事实原则)存在缺陷,但其结论“由被代理人就合同相对人的恶意承担证明责任”,相比于《指导意见》第13条的证明责任规定,更符合善意要件的证明责任分配的规范功能,有利于对合同相对人的信赖保护。

关于善意要件的证明责任分配的此种解释,即由被代理人对合同相对人的恶意承担证明责任,这首先表明,“法律把相关当事人不知悉权利缺陷以及因此缺少不法意识,作为出发点。”<sup>⑤6</sup>换言之,在无代理权而为法律行为的场合,法律不是以合同相对人的恶意为出发点,要求合同相对人对自己的善意承担证明责任,而是以合同相对人的善意为出发点,要求被代理人证明合同相对人的恶意。其次,善意要件的此种证明责任分配还表明,在表见代理制度中,私人自治原则与信赖保护原则的冲突不仅应通过“可归责性要件”与“善意要件”来调和,而且此种调和的法技术方法最终还将通过这两项构成要件的不同证明责任分配来进一步落实。也就是,被代理人的可归责性要件代表的是私人自治原则的回归,其证明责任应由合同相对人承担;而善意要件旨在贯彻信赖保护原则的精神,其(非善意=恶意)证明责任由被代理人承担。此项结论也回应了前述证明责任概念仅具有从属性功能的论断,即仅从属于相关民法概念的功能。

对表见代理制度中善意要件进行目的论解释还表明,不应将善意作为权利产生要件交由合同相对人承担证明责任,而应将恶意作为权利阻碍要件交由被代理人承担证明责任。然而,众所周知,权利产生要件与权利阻碍要件的划分是规范说经常遭受诘难的关键问题之一。<sup>⑤7</sup>对此,首先须说明的是,权利阻碍要件“不具有实体法上的性质”<sup>⑤8</sup>,权利产生要件与权利阻碍要件的区分,对于民法制度的构成没有实质影响。例如,在表见代理制度中,不论将善意作为权利产生要件,还是将恶意作为权利阻碍要件,都不能改变表见代理的法效果的产生必须以相对人的善意为前提的事实。再如,关于合同的效力要件,究竟是以当事人具有行为能力为(合同)权利产生要件,还是以当事人欠缺行

<sup>⑤6</sup> 前引②, 德 贝蒂娜·许莉蔓·高朴·耶尔格·施密特书,第128页。

<sup>⑤7</sup> 参见前引⑭,陈刚书,第190-191页。

<sup>⑤8</sup> 前引⑮, 日 高桥宏志书,第442页。

为能力为(合同)权利阻碍要件,都不能改变行为能力的具备才产生合同效力的事实。<sup>⑤⑨</sup>

虽然如此,权利阻碍要件却具有指导证明责任分配的意义<sup>⑥①</sup>,并有助于在证明责任分配层面实现民法的规范目的,贯彻民法的基本价值理念。所以,从民法的规范目的来看,权利阻碍要件有其存在的实际意义,它是对民法规范进行目的性分析中的一个概念。<sup>⑥①</sup>例如,在表见代理制度中,将善意作为权利产生要件与将恶意作为权利阻碍要件,虽然并无民事实体法上的意义,但它们代表了不同的证明责任分配,并具有不同的规范功能。当我们对于此项证明责任分配有疑问时,即究竟是将善意作为权利产生要件,还是将恶意作为权利阻碍要件产生疑问时,我们必须借助证明责任的功能概念,回溯到证明责任分配的实质性原则,再以该实质性原则为依据进行目的论解释,就可判断究竟应规定权利产生要件还是权利阻碍要件。经过这种推理我们发现在表见代理制度中,惟有将恶意作为权利阻碍要件交由被代理人承担证明责任,才符合证明责任分配的实质性原则(信赖保护原则)。

综上可知,对于表见代理制度中善意要件的证明责任分配产生疑问时,我们必须首先通过证明责任的功能概念回溯到证明责任分配的实质性原则,并以此实质性原则为基础对证明责任分配问题进行目的论解释,就可获得问题的答案,即被代理人对合同相对人的恶意承担证明责任。

最后,还有必要说明的是,本文的这项研究结论并非一个简单的善意推定的一般规则(如瑞士民法典第3条第1款)就可解释。事实上,在私法领域的特定情形,就存在“不推定善意”的规定。例如,根据《德国商法典》第15条第2款的规定,应当在商业登记簿中登记的事实,如果已经被登记和公告,原则上对第三人产生法律效力;在对该事实进行公告的15日之内,第三人可证明自己的善意(对该事实的不知悉),来排除该事实对自己产生法律效力。<sup>⑥②</sup>此处的善意要件的证明责任分配,就不是所谓的善意推定规则,它不同于表见代理制度中善意要件的证明责任分配。至于为何会出现善意要件的不同证明责任分配,本文以为,对该问题的回答仍应借助不同制度中的善意要件的规范功能以及由此决定的证明责任分配的规范功能,回溯到证明责任分配的实质性原则来解决。也就是,两种情形的善意要件的规范功能不同,这进一步导致两种情形的证明责任分配的规范功能也不同,并最终表现为善意要件的不同证明责任规则。

## 结 语

通过对证明责任的功能概念的分析,可将证明责任与民法基本原则之间的意义脉

<sup>⑤⑨</sup> 参见李浩《民事行为能力的证明责任——对一个法律漏洞的分析》,载《中外法学》2008年第4期;前引<sup>④⑤</sup>,胡东海文。

<sup>⑥①</sup> 参见前引<sup>④</sup>,[德]汉斯·普维庭书,第364页;前引<sup>⑤</sup>,[日]高桥宏志书,第442页。

<sup>⑥②</sup> 参见前引<sup>④</sup>,[德]汉斯·普维庭书,第394、485页。

<sup>⑥③</sup> 参见前引<sup>②①</sup>,C. W·卡纳里斯书,第96-97页。

络关联起来,证明责任分配的实质性原则就是民法基本原则,它包括私人自治原则、信赖保护原则、诚实信用原则、公序良俗原则等。此表明,首先,民事证明责任分配的实质性原则是复数的,这与刑法或行政法中的证明责任分配的单一的实质性原则不同。其次,民事证明责任分配的内容和形式是由其规范目的所决定的,而这种规范目的又是以民法的基本价值理念为导向。针对规范说的形式标准的缺陷,当代证明责任理论中众多学说寻求某个(程序性和非规范性的)原则来直接分配证明责任的学术努力,是没有出路的。

在当代证明责任理论中,还有学者提出所谓“修正规范说”,即规范说的缺陷在于仅依赖文义解释来确定证明责任的分配,所以应借助其他解释方法,尤其是目的解释来完善规范说。<sup>⑥</sup>但修正规范说遭遇的问题则是,在产生证明责任分配的疑义时,证明责任分配的规范目的是什么?如何进行目的解释?本文的研究表明,应首先通过分析证明责任的功能概念来探求证明责任分配的实质性原则。其次,再以该实质性原则为价值导向,对特定要件的证明责任分配进行目的论解释,以此得出合目的性的证明责任分配规则。应该说,与修正规范说相比较,本文关于民事证明责任分配的实质性原则以及对有疑义的证明责任分配规则进行目的论解释的探讨,具有方法论上补足的意义。

---

**Abstract:** The substantial principle of civil burden of proof distribution is a central issue in contemporary theory. The principles proposed by various theories, such as probability principle, principle of proof crisis, negative fact principle etc., are not substantial principles of burden of proof distribution. These theories can't provide legitimate foundation for the distribution of burden of proof. Since the burden of proof is a concept of civil law, its substantial principles should be discussed from a perspective of value idea of civil law. And, because the purpose of the burden of proof is to realize the function of related concepts in civil law, its substantial principles are the basic principles of civil law. The clarification of substantial principles for the burden of proof distribution will assist us to conduct a teleological interpretation of the distribution of burden of proof in concrete institution from a perspective of substantial principles.

---

(责任编辑:朱广新)

---

<sup>⑥</sup> 参见前引④, [德] 汉斯·普维庭书,第458页。