

深研基础理论 开启证明责任新篇章

品鉴

□任重

在华东政法大学法学院教授胡学军所著《证明责任重述》一书中,作者首先从证明责任概念的文字表述上存在的“所指”与“能指”的错位入手,分析了这一理论之所以在我国长期纷争不定的原因,可谓抓住了问题的症结。概念内涵与外延的清晰厘定是理论科学性的首要要求,这也是法教义学的基础。证明责任在我国虽然可谓是民事诉讼基本理论中引入较早、讨论比较充分深入的一个领域,但其由于我国传统诉讼模式下欠缺这一制度生长的环境,加之这一术语学上的模糊性,实际上对这一制度存在诸多理论上的误读与实践运用上的误解,因此确实需要在理论正本清源的基础上进行一次基于本土语境与本土实践观照下的理论与制度重述。

证明责任研究在中国的学术传承

改革开放之初,当时西南政法学院的王锡三老师即将日本的证明责任理论重新引入我国大陆。王老早年留学日本明治大学,因此很早就为我国第一民事诉讼法学研究生班讲授日本的证明责任理论。作为王老的弟子,李浩教授和我的导师张卫平教授都是较早接受现代证明责任理论的研究者。改革开放以后,随着国际学术交流的展开,国人能够更方便地接触到国外理论研究的最新动态。但基于对我国当时司法制度以及民事诉讼制度环境的认识,证明责任制度在我国的运用并不被看好,这既有规范原因,更受到当时司法理念的制约。在规范层面,我国较早是在立法中确立“谁主张,谁举证”这一证明责任的间接根据,1982年民事诉讼法(试行)第56条第1款规定,“当事人对自己提出的主张,有责任提供证据”,这为证明责任研究在改革开放之后的腾飞奠定了规范基础。与此同时,该条第2款又规定“人民法院应当按照法定程序,全面地、客观地收集和调查证据”。与法院全面收集和调查证据相结合,“谁主张,谁举证”只能侧重在行为意义的举证责任。作为结果意义证明责任的适用前提,“要件事实真伪不明”不仅在规范层面难以证成,也无法得到司法理念的支撑。这尤其体现在民事诉讼法(试行)第5条前段“人民法院审理民事案件,必须以事实为根据,以法律为准绳”。穷尽所有证据手段后的“要件事实真伪不明”显然与法院全面收集和调查证据的明确要求以及“必须以事实为依据”的基本理念相悖。

李浩教授敏锐地意识到了证明责任制度和理论对民事诉讼制度现代化的意义,认为证明责任制度是现代民事诉讼制度的突破口与重要内容。随着民事审判方式改革的提出及持续推进,证明责任理论一度成为民事诉讼理论中的“显学”,有相当一批学者投入到



了证明责任理论的研究中,形成了民事诉讼基础理论研究的一个高潮。应该看到,证明责任研究的浪潮至今仍未停歇。不仅如此,德国现代证明责任理论的经典著作也被系统翻译引进,尤其是罗森贝克的《证明责任论》与普维庭的《现代证明责任问题》这两本经典著作的引进使我们作为证明责任通说的“规范说”有了更精细化的认识,这也推动了我国证明责任理论研究的纵深发展。

总体而言,我国证明责任研究取得了瞩目成就。作为例证,2001年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》在第2条将“谁主张,谁举证”与当事人的权利主张相挂钩,为举证责任从具体事实向构成要件的层次跃升吹响了号角。2015年颁布实施的《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》在第90条明确规定了行为和结果双重含义的证明责任,在此基础上于第91条明确证明责任分配的一般规则,即原则上“主张法律关系存在的当事人,应当对产生该法律关系的基本事实承担举证证明责任”“主张法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的当事人,应当对该法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的基本事实承担举证证明责任”。可以说,我国已经建立起以“规范说”为一般原则,以实体法、诉讼法上的特殊规定为“证明责任倒置”的证明责任法体系。“规范说”甚至被该司法解释起草者明确为第91条的理论根据。这是民事诉讼基础理论研究中的学术佳话。

在证明责任研究浪潮中,胡学军教授无疑是新近证明责任研究者中的杰出代表。在清华大学就读期间,作者以具体举证责任问题这个证明责任理论中的“猜想级”难题作为博士论文的选题。我也得以幸运地多次向胡老师请教探讨证明责任的基础理论和具体制度问题。于我心中一直有疑问的是,作为证明责任研究者可能作出的贡献何在?证明责任是否已经因为此前研究者的突出贡献而从理论问题推进至实务问题,即在基础理论框架既定情况下的具体落实?继续推进证明责任研究的理论贡献何在?

在胡学军教授所著《证明责任重述》这本十年磨一剑的重磅著作中,上述疑问被逐一解开。在我看来,胡学军教授不仅进一步拓宽了证明责任研究的范畴,而且夯实了证明责任在我国正当性的基础,在某种意义上开启了中国民事证明责任现代化的新格局和新篇章。作者虽然对发轫于西方的证明责任及其现代理论了然于心,但《证明责任重述》并不

是对西方理论的重述,更不是对西方理论的搬运,而是极具工匠精神且负有家国情怀地认真理解和总结中国式民事证明责任是什么?为什么?这也是著作上编“证明责任制度的实证考察”的问题意识。在民事证明责任的“中国式”之问中,作者毫无避讳地指出证明责任在我国司法实践中的困境(第一章)、误读(第二章)、误操(第三章)以及证明责任理论对司法实践需要的有效回应(第四章到第七章)。在为实践“把脉问诊”的基础上,作者“寻方问药”,在中篇“证明责任制度的理论重述”中对证明责任的诉讼功能(第八章)、适用前提(第九章)、分析框架(第十章)、作用对象(第十一章和第十二章)以及理论和实践挑战(第十三章到第十六章)进行坦诚且富有成效的理论回应。在下编“证明责任制度的本土重构”中,作者旨在提出更具有可操作性的应用型证明责任理论,这一理论模型不仅要充分体现历史底色(第十七章),而且要蕴含实践理性(第十八章)和规范理性(第十九章)。

《证明责任重述》基本思路与观点

作者对证明责任的重述建立在证明责任与举证责任或说具体举证责任概念二分的基础上。实质上的证明责任即所谓客观证明责任或抽象证明责任,是指指定当事人负担的、在案件事实真伪不明时引导法官作出败诉裁判的风险。而举证责任则完全可从字面上来把握:当事人在诉讼中对其主张的具体生活事实负担的提供证据加以证明的责任。具体举证的负担是现代当事人主义诉讼模式下的自然产物,因此比证明责任制度更具有普遍性、可接受性。我国实践中对证明责任的一些误用均可以这这两个概念的混淆为线索来理解。因此,作者先分析了在传统审判方式下,我国司法实践中证明责任基本处于闲置状态,证明责任判决在实际裁判中缺失的种种表现;接着聚焦于这些误解的集中体现即所谓“证明责任转换”现象,指出了虽然民事诉讼法教义学上证明责任作为败诉风险的性质决定了其不可转换性,但由于对证明责任概念的误识,实践中“证明责任转换”问题也变得异常复杂,理论和实践中存在误解。然后,作者进一步结合典型案例指出,我国司法实践中仍在根据“谁主张,谁举证”的一般情理或常识期待证事实的举证责任,并可能在诉讼中出现证据短缺导致事实疑难判断的情况下“转换举证责任”,继而根据此种举证责任负担来对案件事实作出有利于某一方当事人的认定的做法。这种实际做法与现代经典证明责任理论及我国现行法律规范之间存在矛盾冲突,却也有着其自身在逻辑与实践合理性。作者还进一步从典型案例中提炼到类案,指出关于证明责任理论运用中存在的问题比较集中地体现在所谓现代型案件类型中,并选择了消费欺诈案件、产品制造方法发明专利侵权案件、医疗侵权案件、环境侵权案件四类典型案件进行分析解读。上述由点到面、由表及里的逐层分析使本书对于我国在证明责任制度的理解与运用上的现状与问题有了扎实的实证把握,从而为后文针对

本土现实问题的批判及重述现代证明责任理论打下了坚实的基础。

在对我国理论与实务中关于证明责任的认知与制度运行现状进行分析评估之后,本书对现代民事证明责任理论与制度进行了重述与重构的尝试,并系统地就证明责任的理论地位、性质、适用的基础前提、对象、理论功能、分配依据、制度本质等几乎所有证明责任的所有方面重述了这一理论与制度的全貌。本书令人信服地论证了证明责任概念本质所指为客观证明责任,主观抽象证明责任为客观证明责任之表象,而具体举证责任实为证明责任之外观,由此深刻地指出了证明责任制度最深层的实质就是以法律价值权衡解决事实认知模糊状态,化消极无解之事实判断为积极的法律价值引导,其性质属于“实体裁判法”。作者在重述这一理论与制度时,显然以通晓德国学者对于现代证明责任的理论建构的经典论著为基础,但并不完全囿于域外经典著述中的表象、理论与论断,对于我国前辈学者的相关理论观点亦多有商榷与超越,从而体现了本书在观点上的新颖性与鲜明的反思与批判色彩,并形成了自己基于中国司法实践与中国文化观念和思维方式下的独特理解与表述。

作者在对我国有关证明责任的规范解读与制度设置上,认为我国证明责任规范,既不能仅从文本字面进行孤立分析,也不能仅以国外相关理论学说为主案进行简单比附解读。作者沿袭了其第一部著作《具体举证责任论》的思路,仍坚持“证明责任”与“具体举证责任”分立论,主张两个概念应具有不同侧重与区分:举证责任针对的对象是具体生活事实的“模糊不清”,而证明责任针对的是作为裁判前提条件的法律构成要件“真伪不明”。具体举证责任与证明责任性质不同,并基于不同的分配与承担的规则。“谁主张,谁举证”“举证责任转换”“举证责任倒置”等这些我国本土产生的概念表述如从现代证明责任理论角度来看可能都属于所谓“迷思概念”或“误解”,但在实践中又不可能完全清除,其实是符合对具体举证责任承担规则的描述的;而在证明责任分配层面,则依据“规范说”理论,应从拟适用的实体法规范出发,依“要件事实的一般规定”“法律要件的特别规定”及对规范漏洞的“法律续造”形成证明责任分配不同层面的规范根据。证明责任与具体举证责任概念二元分立之后,便可能使二者各自形成对于司法裁判与诉讼证明行为的调控规则,促进案件事实的查明与生产的准确适用。

本书是作者深耕民事证据法领域十几年取得的重要成果,是作者宏大的学术蓝图下的阶段性总结。当然,本书中有些具体的观点与对观点的论证仍存在可商榷之处,但其从中国实践与中国语境下重述现代证明责任理论,主张证明责任与具体举证责任分立这一基本立论可以说在学界已基本获得公认并产生了深远的影响力。希望不仅对作者本人还是对我国民事诉讼法学界,本书在现代证明责任课题上能够成为继续推进这一领域研究的铺路石。(作者为清华大学法学院院长聘副教授)

集萃

中国人民大学法学院教授田宏杰:完善网络暴力刑法治理化解“法不责众”困境



网络暴力刑法治理中最核心、最重要的问题是“法不责众”困境,其比传统犯罪更为复杂,体现在“法”“责”“众”三个方面。在“法”的层面,法律规则的相对缺失导致特定情况下的无法可依;在“责”的层面,因果联系的薄弱导致结果归责的困难;在“众”的层面,归责对象繁多造成法律执行的障碍。因而网络暴力的刑法治理,应在价值理念层面重点关注以下三个问题:一是理性认识刑法的作用与功能,在实质解决方案尚未确定的情况下,仅在形式上制定“反网络暴力法”并不足以解决该问题;二是将网络平台作为规制重点,同时注意应对网络平台的责任规避现象;三是注意保持网络暴力治理和言论自由保护之间的平衡。相应地,网络暴力刑法治理完善的措施包括:一是在技术层面为网络平台设置网络安全义务,激活拒不履行信息网络安全义务罪的司法适用;二是在立法层面保留追究网络暴力一般参加者刑事责任的可能性,而将出罪途径放在个案的司法裁量之中;等等。

中国政法大学民商经济法学院教授吴香:物权合同“独立+内在无因+外在无因”的适用优势



目前,我国理论与实践中的物权变动模式的争议要点有四:其一,物权合意是否必要(必要性);其二,是否需要物权合意,该合意是否独立于作为基础关系的债权合意(独立性);其三,物权合意是否为合同的履行作出,是否以清偿意思为其内在要素(内在无因性);其四,物权合同效力是否受产生清偿原因的债权合同影响(外在无因性)。这四层问题构成了不同立场阵营的坐标系。我国民法典的物权二分体系与法律行为架构,为物权合同提供了逻辑前提,且可容纳双重无因物权合同的解释可能。物权合同“独立+内在无因+外在无因”的适用范式,有其接续物债区分、匹配公示公信、呼应不当得利、延伸自治空间、优化举证分配等解释优势,是可期待的解释方向。

西南财经大学法学院教授胡东飞:明晰非法采矿罪的保护法益与违法性认定



非法采矿罪的保护法益包括国家对矿产资源的占有权、矿产资源的完好性及生态环境。其中,矿产资源的完好性与生态环境可谓选择性法益。行为人取得采矿许可证而开采的,原则上排除非法采矿罪的违法性,但特殊情况下也可能构成非法采矿罪;未取得采矿许可证而开采的,原则上构成非法采矿罪,特殊情况下也可能排除非法采矿罪的违法性。采矿许可证(正)属于解禁性许可,行为人通过贿赂、欺骗等不正当手段取得采矿许可证而开采矿产资源的,并不阻却违法性,应构成非法采矿罪。但是,基于具体行政行为的公定力,在程序上应当由作出采矿许可证决定的行政机关或其上级行政机关撤销许可后,司法机关方可认定为非法采矿罪。

南京工业大学碳中和法律与政策国际研究院教授杨解君:内外交互完善我国“双碳”涉外法律体系



“双碳”包含“碳达峰”与“碳中和”两个子概念,与“碳”的排放紧密关联。参与全球气候治理,实现“双碳”目标,是中国主动承担应对全球气候变化责任的重要体现,须在法治层面积极、主动完善中国的“双碳”法律体系。“双碳”涉外法律体系主要体现在两方面:一是在气候治理国际合作中需要涉外法增强对外交往的话语体系,打破以往由发达国家甚至是霸权主义左右的气候治理秩序;二是“双碳”涉外实务问题需要涉外法保护我国公民、企业在外的合法权益。同时,优良的气候环境也可吸引更多国外企业来华投资,将资金和技术引入国内。目前,我国“双碳”法律体系与涉外法律体系处于同步建设期,两者融合性较弱,难以以为“双碳”涉外事务提供足够的法治支持。为使“双碳”与“涉外”事务顺畅结合,应当使用“外化”国内法与“内化”国际法两种涉外法工具:一方面,在进行国内“双碳”立法时嵌入涉外条款,增加“双碳”法的涉外效力;另一方面,以国际规则转化的方式将“双碳”国际法融入国内立法,达成两者的良性交互。

(以上依据《法学杂志》《中国法律评论》《政治与法律》《求索》,张宁选辑)

作为新生事物,虚拟人物也应当处于法律的监管之下,躲在虚拟人物表象背后滥用虚拟技术者应对虚拟人物所导致的损害结果承担法律责任。

“真实、准确与合规”:虚拟人物运营基本准则

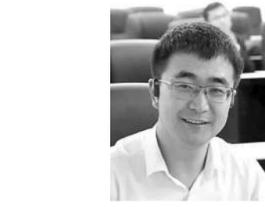
视角

□孙山

近年来,随着人工智能、虚拟现实等技术的发展,虚拟人物频繁出现在公众视野中。作为新生事物,虚拟人物也应当处于法律的监管之下,躲在虚拟人物表象背后滥用虚拟技术者应对虚拟人物所导致的损害结果承担法律责任。近期,有相关网络平台发布《关于不当利用AI生成虚拟人物的治理公告》,针对不当使用AI技术生成虚拟人物发布内容的账号进行严厉处置,并重申在生成式人工智能技术时应遵循五项行为规范,以此来应对技术滥用的挑战。

虚拟人物的商业化应用,主要在以下三个领域:虚拟偶像、虚拟主播、数字员工。相比于真人,虚拟偶像运营者免于形象管理的困扰。通过定期在视频网站、社交平台上投稿和在线互动,虚拟主播也能够收获一定的流量。数字员工则高效快捷,借助机器人流程自动化、人工智能、大数据三大核心技术,实现业务流程自动化,大幅降低成本,提升政府和企业管理与运营效率。根据2024年度《中国虚拟数字人影响力指数报告》,2023年度“数字人、虚拟人”相关企业达99.3万余家,其中,2023年1月至12月新增相关企业41.7万余家,与2022年同期相比上涨超三成,主要分布在广东、浙江、山东、江苏、福建五省;数字人企业中,六成以上为200万以下注册资本的小企业,成立一年内的占40.6%。可见,虚拟人物的商业化应用有着强劲的增长势头和巨大的商业前景。

不同领域的虚拟人物对运营者的商业模式,也催生了针对社会大众的迥异法律风险。虚拟偶像的法律风险,主要源于著作权和人身权。虚拟偶像存在的目的是通过表演来获得直接的经济收益。虚拟偶像表演各类作



品,应当征得著作权人的许可。部分虚拟偶像所表演的作品,来自粉丝的投稿,基于该产业的商业逻辑,粉丝投稿的行为应被视为商业使用的默示许可。如果虚拟偶像的构成要素中包含各种可识别的人格要素,如姓名、肖像、声音等,那么也应当获得该自然人的许可。虚拟主播的法律风险,与知识产权、物权、人身权和个人信息保护都有一定关联。在所谓的才艺展示过程中,虚拟主播会表演他人的作品,同样需要征得著作权人的许可。当虚拟主播在直播过程中涉及他人人身权利时,必须以不侵权为运营前提。而在直播带货过程中,虚拟主播运营者如果没有仔细审核供货渠道,就可能因为所推销产品或服务本身的质量瑕疵问题而侵犯他人的知识产权。如果权利也存在侵权,造成他人人身、财产损害,还要因此承担侵犯他人人身权、财产权的法律风险。在与网络用户进行互动的过程中,虚拟主播有机会获取大量的个人信息,包括用户偏好、行为习惯等在内的个人信息的搜集与处理会导致对用户的精准画像,使其深陷信息茧房,适当的隐私政策由此成为网络用户个人信息保护的重要保障。数字员工是智能软件机器人形象化的称呼,其实质是一种机器人流程自动化。数字员工应用于企业内部,通常不会与社会公众发生直接关联,没有讨论相应法律风险的必要。

对于虚拟人物运营中违背科学常识、诚实信用和公序良俗的行为,也应予以规制。在运营过程中,虚拟人物会生成大量内容。除法律规范中的禁止性规则之外,诚实信用和公序良俗原则同样是内容合法性的底线要求,是社会主义核心价值观的法理表述。科学是现代国家的文明根基,也是现代国家得以持续进步的智力保障。崇尚科学,反对迷信,这既是立法的价值追求,也是政策的积极导向。科学本身处于永不休息的演进中,科学知识也不是一成不变的、不可置疑的,而科学常识则构成了特定时间段内人类智识方面的共识。因此,科学常识与诚实信用、公序良俗一样,都是虚拟人物运营中生成内容合法性的底线要求。虚拟人物运营中一旦生成违背科学常识、诚实信用和公序良俗的内容,在互联网、算法推荐、受众分辨能力不足等各种因素的叠加作用下,将会产生破坏性的影响力,引发人群撕裂、信息茧房、电信诈骗等现象。

对虚拟人物法律风险的治理,需要区分“运营前—运营中—运营后”三个阶段。虚拟人物是由运营者在特定平台上,借助该平台所提供的深度合成服务创设的数字化人物形象。在运营的不同阶段,运营者和深度合成服务提供者所应履行的义务是有明显变化的。运营前,深度合成服务提供者应当制定平台层面的登记与注册的管理规则,建立登记与注册的实施机制。运营者进行后台的实名认证,完成虚拟人物的登记。运营前的登记和实名认证,是为了明确可能的责任主体。运营中,深度合成服务提供者应保证所提供信息的真实、准确、合规,审核使用该服务合成的内容,建立和完善违法、虚假及悖俗内容的技术识别机制。运营者需对人工智能生成内容进行显著标识,确保生成内容的真实性与合法性,确保未侵犯他人人身权和知识产权等。运营过程中虚拟人物生成的内容,需要符合《互联网信息服务深度合成管理规定》《生成式人工智能服务管理暂行办法》和《网络直播营销管理办法(试行)》等规范性文件关于内容合法性、深度合成信息标识、安全评估等义务的规定。运营后,深度合成服务提供者应当建立健全辟谣机制,及时采取辟谣措施,保

存有关记录,并向网信部门和有关主管部门报告。此外,深度合成服务提供者还应当采取积极措施防止虚拟人物运营者对用户信息的过度获取与处理,也要建立针对个人信息获取与处理的合规机制。运营者既要应对虚拟人物推销产品或服务的质量承担责任,又要对运营过程中生成的明显不当信息及时采取辟谣措施。

虚拟人物运营者应当对经由虚拟人物发布的内容承担法律责任。根据内容生成中自然人的参与程度,可将虚拟人物生成内容分为有“中之人”参与的生成内容和完全由人工智能完成的生成内容。“中之人”在运营过程中提供包括声音、动作等在内的人身性质元素,根据合同或行业惯例,“中之人”的行为可被定性为职务表演,此前已有法院作出过此类定性的判决,理论上也无争议。按照著作权法中关于职务表演的规定,对于有“中之人”参与的表现,如果经由虚拟人物发布的内容包含违法、虚假及悖俗内容,那么应当由虚拟人物运营者承担法律责任。对于完全由人工智能完成的生成内容,根据“权利—义务—责任”相一致的原理,也应当由虚拟人物运营者承担法律责任。人工智能自身无法成为法律主体,拥有可视化形象的虚拟人物也不具备上升为法律主体的条件,穿透技术宰制的表象,揭开虚拟人物的面纱,是我们化解虚拟人物法律风险的方向指引。

未来已来,虚拟人物已经通过智能手机等终端设备进入了大众的日常生活,我们应当针对虚拟人物法律风险治理的规范性文件。虚拟人物有广阔的适用空间,使用不当则会经由互联网传播而产生巨大的破坏性影响。虚拟人物的类人外形不是法律责任追究的挡箭牌,运营者和深度合成技术提供者应对虚拟人物发布的内容承担法律责任。发布内容的真实、准确、合规,是虚拟人物商业化运营的必要前提,也是数字技术研发的价值导向,虚拟人物法律风险治理规范性文件的制定应以此为基本原则。(作者为西南政法大学民商法学院副教授)