

# 德国表见证明理论在家庭暴力民事诉讼中的适用

石春雷

(厦门大学 法学院,福建 厦门 361005)

**摘要:** 家庭暴力民事案件在我国大量存在且逐年上升,但由于证明规则的不完善,特别是受到规制评价模式的制约,导致法院认定率低下,家庭暴力受害者没有得到有效保护。德国法上的表见证明以基础事实为前提,以经验法则为依据,通过特殊情况下的事实推定帮助法官克服证明困难,形成临时心证。作为一种证明评价规则,表见证明可以为我国家庭暴力民事诉讼的妥善解决提供有益经验。我国立法可以借鉴该制度,在完善证据立法中关于经验法则规定和总结司法实践中经验法则适用的基础上,从适用范围、适用程序和适用保障等方面构建我国表见证明制度,解决司法实践中的证明难题。

**关键词:** 家庭暴力;民事诉讼;表见证明;经验法则;证据评价

**中图分类号:** DF72

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1008-407X(2018)06-0045-09

在我国,家庭暴力已经成为一个广受关注的社会问题。全国妇联和国家统计局第三期中国妇女社会地位调查显示,在整个婚姻生活中曾遭受过配偶不同形式家庭暴力的女性占 24.7%<sup>[1]</sup>。家庭暴力危害社会治安、家庭和谐以及妇女儿童身心健康,需要立法部门、执法部门、社区、群众组织、社会团体等各方面综合干预。在法治中国建设的大环境下,法律手段应当成为预防和惩治家庭暴力的主要措施。然而,近年来的家庭暴力案件审判实践却不乐观。北京一中院 2011 至 2013 年审结的离婚案件中有 19 件当事人主张存在家庭暴力,但法院经审理认定存在家暴的仅为 5 件,占案件总数的比例不足 27%<sup>[2]</sup>。广西北流中院 2015 年审结的离婚案件中,当事人提出存在家庭暴力主张的案件为 93 件,法院最终认定存在家暴获得赔偿的案件仅为 5 件,占案件总数的 5.3%<sup>[3]</sup>。北京顺义区法院 2015 年审结的离婚诉讼中,与家庭暴力相关的案件占 10%左右,这些案件中法院审理后认定夫妻一方存在家暴并判决离婚的仅为 11.5%<sup>[4]</sup>。可见,虽然家庭暴力民事案件在我国大量存在,且数量在逐年上升,但法院认定率低下,家庭暴力受害者并没有得到有效保护。之所以出现这样的结果,与我国家庭暴力民事诉讼证明规则的不完善有直接的关系。本文所探讨的德国证明理论上的表见证明在我国家庭暴力民事诉讼中的适用问题就是症结之一。通过对比研究可以发

现,德国表见证明理论可以为我国家庭暴力民事诉讼的妥善解决提供有益经验。虽然表见证明理论在司法实践中具有广泛的应用空间,但我国证据法上却缺乏这一制度的构建,理论界的研究也相对缺乏,而且大多停留在基础理论的介绍层面,没有与具体的案件类型相结合,不能有效指导实践。本文希望通过剖析我国家庭暴力民事诉讼证明评价规则存在的缺陷,进而分析德国表见证明的基本理论及适用价值,以期构建我国表见证明制度并有效化解上述问题提供借鉴。

## 一、我国家庭暴力民事诉讼证明规则质疑

证明评价与证明责任、证明标准共同构成我国证明规则体系,三者证明活动中功能不同,分属不同领域,但在实践中存在互动与制约的关系。证明评价是我国证据法学理论上的一个概念,也有学者将其称为证据评价。证明评价概念来源于德国,德国学者莱奥·罗森贝格指出:证明评价是一种认定事实情况的方法,“法官根据其自由的、有根据的心证,能够并应当将一主张认为是真实的。不再履行特定的形式,而是以法官的心证来认定这一主张是真实的。”<sup>[5]187</sup>德国学者汉斯·普维庭认为,证明评价是检验证明是否成功的一项活动,亦即“法官要检查某项事实主张是否需要证明;具体情况下一项事实主张是否已经得到证

收稿日期:2016-12-26; 修回日期:2017-03-06

基金项目:国家社科基金项目:“法治中国视阈下的司法与政治关系研究”(14BFX002)

作者简介:石春雷(1988-),男,湖北红安人,厦门大学法学院博士研究生,主要从事民事诉讼法学研究,E-mail:scl3510@163.com。

明”<sup>[6]89</sup>。本文要讨论的证明评价是指法官在个案中依据当事人提供的证据资料,以自由心证的方式评价当事人主张的案件事实是否已经被证明的一种活动。法官在认定事实的过程中总是不断调整发现真实与抑制主观随意性这对矛盾,因此,证据评价领域就形成了自由评价(自由心证主义)与规制评价(法定证据主义)两种方法。自由评价基于人类社会的经验法则与逻辑法则,原则上不受僵硬规则的限制,同时又适当约束法官的心证。规制评价以法的明文规定将不同的证据的不同价值加以绝对化,强制法官无视具体情况对证据进行机械的、划一的评价<sup>[7]</sup>。证明评价规则与本文讨论的表见证明理论有着特殊关系,下文将详细论述,此处对我国家庭暴力民事诉讼证明规则的质疑,主要从分析家庭暴力民事诉讼证明责任规则和证明标准出发。

证明责任的实质是当某个要件事实最终无法查明时由何方负担不利后果的问题,其功能在于诉讼结束时真伪不明的存在而且在无法消除时使法官的裁判成为可能。依照最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民诉法解释》)第 91 条的规定,我国民事诉讼证明责任分配规则为:主张权利存在的当事人,应当就权利形成规范的前提性要件事实承担证明责任;主张权利妨碍、消灭、受制的当事人,应当就妨碍、消灭、受制规范的前提性要件事实承担证明责任<sup>[8]</sup>。负有证明责任的当事人没有证据或证据不足以证明其事实主张的,就要承担不利后果。家庭暴力案件不属于最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规定》)所列举的适用“证明责任倒置”原则的类型,受害人如果提出自己曾遭受家庭成员暴力侵害的诉讼请求时,就必须提供相应证据,证明自己的主张是真实的。

具体而言,家庭暴力民事诉讼中,受害人首先要提供曾受到家庭暴力侵害的证据。然而,家作为具有一定私密性的场所,家庭成员特别是夫妻之间的行为,外人一般无从知晓。这样一来,对于是否存在家庭暴力,双方当事人通常各执一词,没有证人提供证言。此外,基于家庭成员之间的特殊感情,鲜有受害人会在首次遭遇家庭暴力时即向司法机关寻求法律帮助,更不会想到要收集保存相关证据,而等到最后无法忍受时才会选择向法院起诉,此时很多证据早已遗失或遭到破坏,法院认定存在家庭暴力事实就会出现困难。当然,如果受害人遭受家庭暴力后曾到医院诊治,诊疗记录就成为重要证据。相对而言,这类证据是比较容易获得的,但即使受害人掌握了这类证据,也只能证明自己

曾经受到过伤害,而伤害是如何造成的以及是否由其家庭成员所致,这才是证明的难点。

要证明家庭暴力受害人遭受的侵害与家庭成员的施暴行为之间存在因果关系,司法实践中大多还是依赖证人证言和司法机关的文书。证人既有家庭成员,也有知道真相的邻居或其他目击者。我国民事诉讼中,证人除存在法定特殊事由,均需出庭作证。家庭暴力民事诉讼中的证人,通常都不愿出庭作证,一方面是顾虑“家丑”被外人说道,另一方面是考虑到在熟人社会中邻里之间“低头不见抬头见”,不宜伤害和气。如此,在没有证人出庭作证的情形下,法院很难支持受害人的主张。公安机关是最常也是最先接触到家庭暴力事件的公权力部门,其出具的出警记录、告诫书和伤情鉴定意见等司法文书是法院认定家庭暴力事实存在的重要证据。可现实中,发生家庭暴力的当下,受害人难以向公安机关报警求救,而事后报警或即使及时报警,警察出警赶往现场时家庭暴力行为可能早已结束,在没有相关证人而施暴者又极力否认的情况下,警察单凭受害人的陈述,也很难对事件准确性,自然也就不会出具相应的司法文书,法院在认定是否存在因果关系时就缺乏必要的证据。

证明标准是法律规定的衡量什么时候证明成功的一种尺度,决定着法官的心证是否完成。理论界通说认为,《证据规定》第 73 条确定了我国民事诉讼采用“高度盖然性”的证明标准。高度盖然性是一种客观化的证明标准,通过对比双方当事人现有证据证明力,判断出一方当事人提供的证据具有明显优势,从而认定案件事实。《民诉法解释》第 108 条进一步承认自由心证,强调“内心确信”这一具有主观性、开放性的证明标准。“内心确信”直接诉诸法官的内心感受,从而避开了从外部视角界定证明标准的难题<sup>[9]86</sup>。结合两个司法解释,可以概括出我国民事诉讼采用的证明标准应该是客观化的高度盖然性和主观化的内心确信相结合的标准。法官既要判断证明力大小,也要形成内心确信,即“从证据中虽未形成事实必定如此的确信,但内心形成事实极有可能或非常可能如此的判断。”<sup>[10]</sup>

从上文对证明评价模式的划分以及我国证据法上关于证明责任规则和证明标准的规定来看,我国家庭暴力民事诉讼涉及证明问题时,主要采用的是规制评价模式。该模式下,证明规则和证明标准都必须由法律事先预设,只有通过立法或是司法解释才能作出变更,法官不能在具体案件中突破这一模式。家庭暴力民事诉讼属于家事诉讼范畴,与其他财产性民事诉

讼相比有其独特性,家庭暴力受害人在证明其所主张的事实成立时存在一定难度,证明活动时常陷入困难。大部分家庭暴力民事诉讼,受害人掌握的证据都不占优势,法院严格依照证明责任规则和通常案件的证明标准,都难以认定家庭暴力事实的存在。然而,很多情况下,法官凭借经验法则都能形成一定的内心确信,只是对于具体事实缺乏必要证据支撑。虽然我国现行证据立法中的证明责任规则和证明标准要求不能妥善解决家庭暴力民事诉讼中的证明难题,甚至可以说造成了该类案件证明上的困难,但通过改变证明责任分配规则或降低证明标准来解决上述问题均有违现行法律的规定,合法性和可行性都存在疑问,短期内难以实现。既然无法从规制评价上找到突破口,那就只有转向自由评价,在不违背现行法律规定的前提下,对立法中的自由评价规则予以完善。我国证据立法上关于事实推定的规定与德国法上的表见证明相关联,属于对证明活动的自由评价范畴,是解决家庭暴力民事诉讼证明困难的一剂良药。

## 二、德国法上表见证明理论的基本范畴

### 1. 德国法上表见证明的本质

表见证明是德国证明法学上的一个非常重要的理论,是由司法判例中提炼而来。对于表见证明的概念,学界一直没有找到非常合适的解释。关于表见证明的本质,在德国法学界至少存在4种独立学说。

第一,证明责任说。持这一观点的学者把表见证明视为证明责任的组成部分,认为经验规则不但可以克服因证据证明力无法判断导致争议事实难以认定的困难,而且借助表见证明可以修正证明责任分配的不足,纠正不公正的证明责任分配。这一学说现在已经很少出现在判决中,但并没有销声匿迹<sup>[6]141-142</sup>。

第二,证明评价说。该观点是目前德国通说,其主张表见证明是证明评价的一部分,它可以使法官获得对某个事实主张的全面心证<sup>[6]142</sup>。该观点认为“表见证明依据的是‘定型现象的经过’,推论基础的前提事实为一般的定型事实。”<sup>[11]</sup>同时,该观点还认为表见证明可以通过反证予以推翻,法官错误适用表见证明可以构成上诉事由。

第三,证明标准说。证明标准也称证明尺度,该观点认为表见证明属于证明标准范畴,是降低证明标准的一种手段<sup>[6]143</sup>。依据该学说的理解,法官对某一待证事实要形成完全的心证需要达到高度盖然性,而表

见证明正是为了避免因证明困难导致无法裁判,适当降低认定事实时对事实盖然性的要求。

第四,实体法说。该观点主张表见证明是实体法的组成部分,这是想借此为降低证明标准寻找合法依据。盖黑格的理论支持这种说法,他认为表见证明本身已经具备实体法本质属性,是某个表见责任的一个单独要件,只要出现在判决及研究中借助于表见证明降低证明标准的情况,那就意味着相应的某个实体法要件已经被修改了<sup>[12]</sup>。

以上4种学说都存在无法回避的问题,难以准确概括表见证明的本质。首先,虽然表见证明直接起到了克服证明困难的作用,但不能将它的这种功能等同于证明责任的功能。与证明责任分配的标志不一样,表见证明不能脱离具体案情一般而抽象地对风险进行分配。此外,要推翻表见证明只需反证就够了,而不是像要求负有客观证明责任的当事人那样提供本证或者反面证明<sup>[6]145</sup>。其次,在德国的司法判例中,有些事实认定所依据的经验法则的盖然性并没有达到很高的程度,法官也适用了表见证明,这与证明评价说所主张的一般程度的盖然性经验法则不能构成表见证明出现了不一致。再次,虽然有些案件法官是通过对比多个不同盖然性经验法则后达成心证,此时依据相对占优的盖然性经验法则的确没有达到一般证据法上的要求,证明标准在个案中被降低了。但这种情形只存在于少数个案中,不能以偏概全地认为表见证明和证明标准降低之间存在着必然的因果关系。最后,如果每一次的表见证明都是对实体法规范的改变,其方法论和内容上的合法性又该如何保证呢。

既然上述学说都存在一定瑕疵,那表见证明的本质究竟为何?按照汉斯教授的说法,“表见证明从其本质上看是证明评价的一部分。它既不改变证明责任,也不改变证明尺度。它更不是实体法上的制度。”<sup>[6]162</sup>当然,这种说法也不是完全正确,特别是认为表见证明是证明评价的一部分,上文已经提出了“反证”。至于上文中提到的证明评价说无法解释表见证明与一般证明的区别,汉斯教授给出的答案是:在理论上,表见证明与一般证明相比并无特别之处,二者的结果是一致的,不过从完全实用的角度看,二者还是有一定区别。因为在表见证明中,法官经常借助于经验基本原则的证明从而抛弃了对具体事实的证明,最终形成了“相似性”认定<sup>[6]157</sup>。在承认各种学说均有其利弊的前提下,本文认为证明评价说最接近表见证明的本质。所谓表见证明,实质上就是法官在个案中以当事人提供的客

观证据资料所形成的基础事实为支撑,依据具有高度证明力的经验法则判定待证事实,对当事人所主张的案件事实是否得到证明进行评价并形成心证的证明方法。表见证明是在证明评价过程中对经验规则的运用,其最终的作用在于,当事实证明过程中出现危机时,克服证明困难,帮助法官排除疑点并形成临时心证。

## 2. 德国法上表见证明的构成要件

德国司法判例中,法院适用表见证明必须具备典型事实过程和经验规则两个要件。其中,典型事实过程是指一般的、定型化的、一再重复出现的事实经过,也称基础事实;经验规则是指一般生活经验归纳出的、有共同基础的、能反映事物之间内在必然联系的、可验证的规则。两者相结合,就构成诉讼法上的表见证明。

基础事实是表见证明的前提。有学者认为基础事实就是一项证据,或因证物而确立,或因证书而确立,或因证人而确立<sup>[13]</sup>。实质上,基础事实是一项证据性事实,是用以推定未知事实的在法律上已经被确认的已知事实。基础事实是事实推定的小前提,与推定事实存在着常态联系。通常情况下,如果基础事实存在,那么推定事实的存在就具有高度的盖然性,如果基础事实不存在,推定事实出现的盖然性就很低,也就是说二者是相随共现或不共现的。基于二者的这种特殊关系,基础事实的查证就显得非常重要,因为它决定着推定事实能不能得到确认。基础事实并不具有天然真实性,对基础事实的认定需要通过法官加以判断,认定的标准就是是否达到法律真实,但不可以通过表见证明来认定,否则就会陷入循环推定的漩涡。表见证明中的基础事实必须真实可靠,否则推定事实就会变得非常脆弱。德国证据法上并没有明确哪些事实可以作为基础事实,但从司法判例中可以大致作出归纳。一般认为,以下几种情形可以作为基础事实:众所周知的事实、审判上的认知、诉讼上已知的事实、经充分证据证明的事实、原被告共同认可的事实。

经验法则是表见证明的依据。德国学者认为,“经验法则是指从结果总数抽离而得出抽象规则,其在观察典型事象经过时,始终一直被确认。”<sup>[14]</sup>经验法则依其适用强度区分为一般经验定律和特殊可信之经验定律<sup>[15]</sup>。汉斯教授进一步将经验法则从理论上分为 4 类:生活规律(亦即自然、思维和检验法则)、经验基本原则、简单的检验规则和纯粹的偏见。这 4 类经验法则的盖然性是由高到低排列的。生活规律不可能存在反证,在“度”上足以构成表见证明;经验基本原则不能

排除例外,但具备高度证明力,法官可以据此形成完全心证;简单的检验规则盖然性较低,不能独立地帮助法官形成完全心证;纯粹的偏见不具备盖然性,不能在判决中引用<sup>[6]155-160</sup>。经验法则具有类似法条的功能,但不具有规范上的约束力。法官借助于经验规则,尤其是在不收集证据的情况下,可从具体的没有争议或得到证实的事实中,推断出其他有争议事实的真实性<sup>[5]188</sup>。法官可以依据自己的社会经验,或者在一些法学的注释书中找到可供适用的经验法则。一旦司法裁判承认了某一经验法则,只要还没有相反的经验法则出现,以致动摇前述经验法则,法院就会一直维持这个见解。作为经验法则,其正确性取决于:相应的经验继续存在。只要这点发生疑义,法官就不能再依赖它们,而必须依据法定的评价观点,重新评断原来经验法则的基础事实<sup>[16]</sup>。

## 三、表见证明制度在我国家庭暴力民事诉讼中的构建

在我国家庭暴力民事诉讼中构建表见证明制度,首先要梳理我国现行法律和司法实践涉及表见证明的相关规定和做法,总结出构建这一制度的理论意义和实践价值,然后规划出具体的适用程序和保障制度。考虑到立法成本和可行性,在我国家庭暴力民事诉讼中构建表见证明制度,应当结合《反家庭暴力法》运行实践,适时出台“关于适用《反家庭暴力法》若干问题的解释”,以司法解释的方式将表见证明纳入制度规范,指导审判实践。

### 1. 表见证明制度在我国的缺失

#### (1) 我国证据法上与表见证明相关的规定

我国证据法上,也有运用经验法则进行事实推理的相关规定。《证据规定》第 9 条第 1 款第(三)项规定,根据法律规定或者已知事实和日常生活经验法则能推定出的另一事实,当事人无需举证证明;《民诉法解释》第 93 条第 1 款第(三)、(四)项也确认了上述内容。以上就是我国现行证据法上对法律推定和事实推定的规定。即使我们在上文分析中承认德国法上的表见证明是一种评价事实推断的方法,而我国证据立法上已经明确规定了事实推定,这也不能得出我国已经建立起表见证明制度的结论。首先,从《证据规定》的内容来看,立法者似乎混淆了法律推定和事实推定的界限,将二者共同规定在一个条文中,这显然是不合理的。法律推定是一种会导致实体法律后果的规范,是

对证明责任的分配,属于证明责任规范,本文所探讨的表见证明显然是在进行事实推定。《民事诉讼法解释》摒弃了《证据规定》的上述做法,将法律推定和事实推定分别加以规定,这无疑是在立法上的进步。我国证据法上的事实推定与德国表见证明中对待证事实的推定是否等同,本身是存在疑问的。即使可以将二者等同看待,但我国仅仅规定事实推定而没有规定相应的适用程序和规制措施,这不仅会导致司法实践上的滥用,也会破坏民事诉讼“权利平等”的原则。在缺乏具体适用规范的情形下,法官或者因害怕出现错误而不敢适用,或者因理解不一而随意适用,无论是出现哪一种结果,都不利于事实查证,都会影响判决的公平性和公正性。

另外,我国证据法上事实推定运用的经验法则,是否存在与德国表见证明理论中事实推定所采用的经验规则一致的问题,从汉斯教授对经验规则的分类来看,答案当然是否定的,但从德国适用表见证明的判例来看,答案又是肯定的。在我国,“所谓经验法则是人们在长期生产、生活以及科学实验中通过对客观外界普遍现象与通常规律的一种理性认识,在观念上它属于不证自明的公认范畴。”<sup>[17]</sup>对比上述德国法上基础事实的范畴可以看出,我国证据法意义上的经验法则其实是等同于汉斯教授经验规则中的经验基本原则,这类规则既具有高度盖然性,也存在例外情形。申言之,“我国的经验法则和德国汉斯教授的经验规则中的基本经验原则与表见证明是相通的概念”。<sup>[18]98</sup>虽然我国立法并没有对经验法则作出详细界定,而是由裁判者结合自身经验和知识来归纳和判断,但这种理论认识无疑为我国表见证明制度的构建奠定了一定基础。总体而言,我国立法上可以看到表见证明的“影子”,但却没有构建起表见证明制度。

## (2)表见证明在我国司法实践中的适用情况

一方面,法官运用经验法则作出事实推定,得出的结论使当事人和社会公众难以接受。在 2007 年的“彭宇案”一审判决中,主审法官在认定原、被告是否相撞的问题上,依据“日常经验”“常理”“社会情理”等经验法则,在被告不能提供反证排除与原告相撞可能性的情形下,得出被告与原告相撞的可能性较大及被告在事发当天支付给原告的 200 多元钱属于赔偿款而非借款的结论。判决作出后,法院运用经验法则对案件事实作出推定的做法引起社会各界广泛关注,从媒体的报道可以看出,“人们似乎在心理上不能认同该案主审法官对事实的认定,最终也就导致了对其判决结果正当性的质疑”<sup>[19]</sup>,虽然《证据规定》第 9 条第 3 款和《民

诉法解释》第 93 条第 4 款均明确规定“日常生活经验法则”可以作为事实推定的根据,当事人无需举证。但日常经验法则的具体范围包含哪些,日常经验法则的构成要件是什么,日常经验法则的运用规则如何,法官是否可以单凭日常经验法则形成完全的心证,上级法院凭什么以及在多大程度上可以对原审法院依据日常经验法则对事实的认定进行审查,这一系列问题的存在正是由于我国表见证明制度的缺失,导致了这种事实推定方法在实际适用上的困难。

当然,司法实践中,也有法官成功运用表见证明进行事实推定的案例,只不过很多情况下,法官在推定事实时,并不知道这种证明评价方法叫做表见证明。这种成功的经验只有在制度化背景下,才有可能被复制、被推广。从发生于河北石家庄的一起因家庭暴力要求离婚的案件中,可以看到表见证明制度的运用。

在一起离婚诉讼中,身高 170cm 的妻子称丈夫对其实施家庭暴力,将开水瓶中的开水泼到了自己身上导致受伤。庭审中,丈夫否认,称是不小心所致。判决中,法官支持了妻子的诉求,认定被告对原告实施了家庭暴力。其依据是:如果被告辩称的理由成立的话,那么只有桌子有 170cm 左右的高度时,不小心将水瓶碰倒才可能烫伤到原告的面部和脖子,但是事实上桌子并没有那么高,所以被告的理由不成立<sup>[20]</sup>。

上述案例中,对于是否存在家庭暴力,原告只提供了身体受到侵害的事实,对于侵害是否由被告造成,原告并没有提供相应证据。被告否认了原告的事实主张,不承认对原告有家庭暴力的行为。纯粹从证据上来看,原、被告各执一词,均没有提供可以支持自己主张的其他证据,法官认定案件事实出现困难。此时,法官并没有机械适用规制评价的证明方法,而是依据“开水瓶打翻溅到 170cm 的高度需要将开水瓶放在 170cm 的桌子上才有可能出现这种情况”这一具有高度盖然性的日常生活经验法则作出了事实推定,这其实就是表见证明在事实认定上的适用。由于表见证明制度的缺失,这种成功破解证明困难的实践少之又少,而且难以作为审判经验广泛传播。

## 2. 表见证明在家庭暴力民事诉讼中的制度价值

从表见证明理论在我国民事诉讼中的适用情况可以看到,无论是法官的裁判、当事人权益的保护、诉讼进程的推进还是司法权威的实现,都表现出对构建表见证明制度的迫切需求。家庭暴力民事诉讼因其案件类型的特殊性,在事实认定上存在诸多困难,在该类诉讼中引入表见证明理论,现实意义更加突显。

### (1) 帮助法官形成完全心证

西方有法谚“法官不能拒绝裁判”,对于每一个起诉到法院的家庭暴力民事案件,法官都必须作出裁判。庭审中,法官的首要任务就是查明案件事实,而且要尽可能地还原案件事实,只有以正确的事实作为前提,法官才能正确适用法律,作出正确裁判。司法实践中,很多情况下仅仅依靠当事人提供的证据难以认定案件事实,此时,如果直接适用证明责任分配原则,由负有举证责任的一方当事人(家庭暴力民事诉讼中往往是作为受害者的原告)承担不利后果,作出对其不利的判决,就会有失公平、公正。而运用表见证明,就可以有效克服因当事人举证出现困难导致案件事实难以查明的僵化局面。虽然事实证明出现困难,但法官仍然可以通过当事人提供的表面证据和已经获得的基础事实,根据社会公众普遍认可的、经得起检验的经验法则作出推定,形成临时心证。此种证明方法以高度盖然性经验法则为支撑,所得出的结论具有普遍的社会认可度和公信力,在此基础上进行裁判比简单的遵循法定证明评价规则得出的结论更具公正性。

### (2) 帮助当事人克服证明困难

家庭暴力民事诉讼中,受多方面因素的影响,一些案件事实特别是家庭暴力受害人所遭受的侵害与施暴人的行为之间的因果关系事实很难证明。对于受害人而言,收集、保存证明因果关系事实存在的具体证据存在很大困难,有时甚至无法证明。如果法官不主动介入事实查明,受害人很可能会面临败诉的风险,其诉讼目的就无法实现。此时,如果引入表见证明制度,当事人就只需提供表见证据证明基础事实,然后由法官在此基础上查证待证事实。这样一来,受害人的证明负担明显减轻,败诉风险降低,有效化解了证明困难的难题。表见证明的适用并不是只考虑家庭暴力受害人的利益而忽视对施暴人的保护,因为表见证明改变的是证明评价规则,并不具备改变证明责任,施暴一方当事人的证明负担并没有因此加重。而且,即使法官适用表见证明进行事实推定并形成了心证,另一方当事人只需要提出反证,举出能使法官对当事人主张产生怀疑的情况即可推翻。

### (3) 推进诉讼进程

追求程序效率是民事诉讼的价值目标之一。“在讨论审判应有的作用时不能无视成本问题,因为无论审判能够怎样完美地实现正义,如果付出的代价过于昂贵,则人们往往只能通过放弃审判来实现正义的希望。”<sup>[21]</sup>民事案件的审理应当以最小的司法消耗,实现

最大的程序利益,家庭暴力案件更该如此。如果在诉讼过程中,当事人无法提供实质性证据,庭审始终围绕着原、被告各自的说法僵持不下,这无疑会拖延诉讼进程,增加法院的裁判负担。况且,作为家庭成员的原、被告,也不适宜长久陷入针锋相对的状态,必须快速解决纠纷,使整个家庭恢复平静。适用表见证明,采取直通车式一站到底的证明方法,对具体待证事实不需要进行充分证明,在法定范围内省却了当事人对推定事实的证明责任,也免去了法官对推定事实的审查义务,在保证诉讼公正的前提下,有效推进了诉讼进程。

### (4) 维护司法权威

司法权威的本质是司法权力行使的合法性与司法裁判所具有的公信力,具体而言,就是法官在适用法律规则和法律原则、进行法律推理的过程中所表现出的权威,集中体现在司法权的自治与控制上<sup>[22]</sup>。家庭暴力民事诉讼中,受害一方当事人常常是忍无可忍才被迫选择法律武器维护自己的权益,当然会将全部的希望寄托在法院身上。当事实认定出现困难时,如果法官迫于必须作出裁判的压力让受害人承担证明责任,受害人必然要面临败诉的结果,其合法权益没有得到维护,本人和周围的群众都会对司法机关产生不满。如果案件事实无法查明,当事人陷入证明困难,案件久拖不决,法官没有办法及时维护正义,其权威性也会受到质疑。如果法官不遵循或者说没有可供遵循的规则,滥用职权,凭主观臆断作出自由心证,更容易引起当事人的不满。出现证明困难时,适用表见证明,既能帮助受害一方当事人化解败诉危机,又能摆脱事实难以认定的尴尬局面,促使纠纷迅速、妥善、公正的解决。表见证明所采用的经验法则,具有广泛的社会基础,能被公众认同和接受,所形成的事实推定符合一般社会标准,所作出的裁判能得到信服。也就是说,表见证明能解决家庭暴力民事诉讼可能遭遇的各种动摇司法权威的难题,维护司法形象,树立司法权威。

## 3. 表见证明在家庭暴力民事诉讼中的具体适用

### (1) 表见证明的适用范围

探讨表见证明的适用范围,也就是要明确这种证明评价方法可以用于何种要件事实的证明。从表见证明在德国司法判例中的适用情况可以总结出,其主要用于解决涉及主观过错事实的认定和因果关系事实的认定,而且不只适用侵权请求权,债权请求权中也有适用的可能,但在前一领域适用得更为普遍。也就是说,只要案件事实的查明有赖于依据具有高度盖然性的经验法则加以推定,表见证明就有适用的空间。本文所

关注的,仅涉及表见证明在家庭暴力民事诉讼中的适用,也就是关于侵权行为要件。侵权要件具体包括主体、行为、违法性、可归责性、因果关系及损害结果等,但从立法对家庭暴力的界定来看,受害人欲证明家庭暴力事实存在,只需证明存在侵害行为和因果关系两个要件。综合表见证明主要涉及的领域和家庭暴力民事诉讼出现证明困难的领域,可以得出的结论是:我国家庭暴力民事诉讼中表见证明主要适用于家庭暴力责任成立因果关系事实的证明。

为了保证表见证明适用上的准确性和正确性,德国学者对其适用范围作了类型化划分。就责任成立因果关系而言,盖黑格将表见证明的运用分为两类:一类是加害人违反相关法规并主张即使未违反也会发生该损害;一类是对医学、物理、化学领域的困难或完全难以理解过程的评价<sup>[23]</sup>。海密勒对此则分为3种类型:一是对于存在一定瑕疵行为时所发生损害;二是对存在一典型结果中的实际经验;三是从多种可能性中选择一个特定损害<sup>[15]230</sup>。参考上述分类,可以将我国家庭暴力民事诉讼适用表见证明的范围予以类型化,这样法官在具体案件中就可以依据实际情况快速作出判断。本文建议分为以下3类:第一,单纯凭借客观的基础事实就能推定因果关系的成立;第二,存在足以引起损害的先行原因行为,以此作为推论基础;第三,存在多个引起损害的原因行为,只要待证事实符合其中之一即可认定。表见证明所依赖的经验法则的高度盖然性是作出上述类型化划分的主要依据,如果民事诉讼法在制度设计时笼统地将表见证明的适用领域设定在过失和因果关系认定上,势必造成操作上的困难,这种做法远没有将表见证明适用领域类型化的制度设计科学合理。法官从具体案件出发,将其归类到3种类型中的某一种,判断适用表见证明所依据经验规则的盖然性程度,帮助法官形成自由心证。这样不仅能为法官心证的形成提供一个“度”的参考,也能更好地保护当事人的合法权益,真正实现双赢<sup>[18]108</sup>。

## (2)表见证明的适用程序

第一,充分保障对方当事人对表见证明的反驳机会。表见证明所依据的“定型现象的经过”是一种“常态”存在,在此之外不能排除有“非常态”“例外”情形。立法赋予受推定不利影响的当事人以反驳的机会,可以保证在运用推定化解证明困难难题的同时,避免小概率潜在风险的出现。对表见证明的反驳包括两个方面:基础事实和表见证明结论。对前者的反驳要求受表见证明不利影响的当事人提供足够证据证明基础事

实不存在,直接导致表见证明不能适用,这种方式被称为直接反证。对后者的反驳要求受表见证明不利影响的当事人提出间接证据,动摇法官依据表见证明所形成的心证,这种方式被称为间接反证。

直接反证与间接反证在证明标准上有所区别。前者是对被法院视为已经得到证实的主张的反驳,如果它使得这一主张重新受到怀疑,就被视为已经提出了反证;对不真实的完全证明并不是它的目的。后者是指不改变证明责任规则,但是具有补充证明责任规则效果一种证明。间接反证不是想直接反驳被视为已经得到证实的主张,而是借助于其他的事实,得出那个已经证明的主张是不真实(或至少是有疑问)的结论,或者得出不具备法定的要件特征的结论。直接反证与间接反证之间的对立,受本证的对象的支配,也就是说根据本证的对象来决定对本证是应该直接予以反驳,还是以从其他事实中推定的方式予以反驳<sup>[5]201</sup>。

一般情况下,家庭暴力民事诉讼中,受表见证明不利影响的当事人采取直接反证比间接反证难度高很多。因此,从公平、公正的角度考量,立法上要保障的主要是对表见证明结论的反驳,也就是要保障对方当事人提出间接反证的权利。法官如果适用表见证明,由基础事实推出待证事实,对方当事人要反驳这一结论,无需证明待证事实不存在,而只需证明由基础事实并不必然推出待证事实即可。

第二,以指导性案例统一适用尺度。既然表见证明理论是从德国判例中发展而来,那德国司法实践中表见证明的运用必然要受判例法的约束。经过反复考察正是验证经验法则的重要途径,也就是说判例可以“比较稳固而准确地确认一个表见证明”<sup>[18]112</sup>。我国借鉴德国法上的这一理论,自然也应当以判例形式指导其适用。我国是成文法国家,没有判例制度,判例不具有法源地位,但我国建立了案例指导制度,虽然在效力上与判例存在差别,但其功能具有类似性,也能给审判实践提供参考。

受地域发展不平衡、审判人员能力差异以及具体适法环境等影响,我国长期存在“同案不同判”现象。家庭暴力民事诉讼中,表见证明的适用要涉及到事实推定和法官心证,这些都包含着主观心理因素,容易受到法官个人认知、经验、情感的影响。为了统一法官裁判尺度,提高审判质量,维护法院公信力,有必要通过典型案例来规范、指导、评价、引领法官的证明评价活动,“确保同类案件的法律适用基本统一,裁判尺度基本相同,处理结果基本一致”<sup>[23]</sup>。最高人民法院可以



专门针对家庭暴力民事诉讼遴选出一批典型案例,精心编纂,统一发布,有效规范和限制法官自由裁量权。

第三,公开法官心证过程。表见证明是从已知事实通过演绎、归纳等方法推理出待证事实从而判断证据本身的真实性和证明力,也就是法官形成内心确信的过程。法官的心证虽然要受到经验法则的约束,但在具体运用时主观因素也非常明显。经验法则所具有的高度盖然性在程度上是有一定的范围,而不是一个具体的点。此外,经验法则是从日常生活中总结而来,并没有法律明文规定,适用何种经验法则,何时适用,其内容为何,都完全由法官主观裁量<sup>[24]</sup>。为了促使法官审慎作出心证,必须要求法官在裁判文书中公开心证过程。

《证据规定》第 79 条和《民诉法解释》第 105 条均要求法官在裁判文书中公开证据判断的过程和理由,这是我国心证公开的法律依据。家庭暴力民事诉讼中,如果法官运用了表见证明,就必须在裁判文书中公开作出证据评价所依据的基础事实、由基础事实推出待证事实的过程、所采用的经验法则、所达到的盖然性程度以及进行上述推理的理由等。将法官的推定过程公开,使当事人清楚认识到案件审理过程,让正义以看得见的方式得到实现。

### (3) 表见证明的适用保障

以上 3 点既是表见证明制度设计的要求,也是规范表见证明适用的重要措施。除了这 3 项措施以外,民事诉讼制度设计还可以从以下方面保障表见证明制度的正确适用。

第一,发挥合议制对表见证明的制约作用。正如黑格尔所言,任性和偏见就是个人主观的意见和意向,个人的认识总会有局限。在表见证明中,法官对经验规则的认识,很容易参杂个人的主观因素,导致推定结果的准确度有所下降。当法官个人的主观能动性过大时,合议制就能起到抑制作用,防止法官滥用裁量权,肆意进行证据判断。实践中,法院正承受着“案多人少”的压力,合议制并没有严格遵循法律规范运行。很多案件中,通常都是承办法官个人负责案件的审理,无论是庭前准备、审判中对事实和证据的调查还是案件的裁判,发挥作用的都只有承办法官一人,合议庭其他成员只在开庭时参与庭审,不实际发挥作用。为了防止家庭暴力民事诉讼中表见证明的适用出现偏差,必须强调合议庭集体的智慧,各法官独立形成心证,然后与其他法官相互印证和检讨,抑制法官独断,确保证明评价尽可能接近真实。

第二,发挥审级制度对表见证明的约束作用。除了对法官审理案件过程中主观恣意评价证据进行事前预防外,也应当赋予当事人在公开心证后对法官适用表见证明产生质疑,也就是允许当事人对初审结果提出上诉。上诉是一项纠正初审法院可能出现裁判错误的程序性权利。遭遇不利判决的当事人提起上诉,得到上一级法院的再次审理,基于上级法院的权威性,当事人有理由认为他们会更加妥当地发现真实,从而对上级法院的判决更加信赖。而且,在进一步上诉过程中,当事人的不满得到再次发泄和吸收,更能心平气和地接受判决。此外,由于审级制度的存在,受到上级法院审查的可能性无疑会对一审法官的心理产生影响,使他们不敢随心所欲地进行证据评价<sup>[24]510</sup>。因此,审级制度对于防止和抑制法官运用表见证明时的主观恣意具有不可忽视的作用,立法应当明确规定违反规定或错误适用表见证明可作为上诉理由。

第三,提升法官的业务素质。法官的素质在审判活动的各个环节都能得到体现,法官的业务素质和道德素质对审判质量起着关键性作用。表见证明的运用对法官个人素质提出了很高要求,表见证明是否能得到正确适用,与法官业务素质息息相关。只有具备较高业务素质的法官,才能在出现证明困难时,准确把握证明评价方法,认定案件事实,作出正确裁判。经过长期的法治建设和一系列司法改革,我国法官整体素质得到很大提升,但仍然存在问题,特别是在基层法院。表见证明在家庭暴力民事诉讼中的顺利、准确适用,有赖于法官队伍业务素质的进一步提升。

## 四、结 语

表见证明具有减轻当事人举证责任的功能,并且能帮助法院及时认定事实,节约诉讼成本。其性质可以界定为一种特殊的证明评价,其要件包含典型事实过程和规则。在我国家庭暴力案件大量出现,而法院基于证明规则制约导致司法认定率底下的背景下,引入德国法上表见证明理论具有重大的实践价值。本文以我国现有立法规定和司法实践为基础,从表见证明的适用范围、适用程序和适用保障 3 方面着手,为表见证明制度的具体构建提出建议,以期解决家庭暴力民事诉讼中的证明问题。

### 参考文献:

[1] 全国妇联,国家统计局. 第三期中国妇女社会地位调查主



- 要数据报告[EB/OL]. (2011-10-21)[2016-11-20]. [http://www.china.com.cn/zhibo/zhuanti/ch-xinwen/2011-10/21/content\\_23687810.htm](http://www.china.com.cn/zhibo/zhuanti/ch-xinwen/2011-10/21/content_23687810.htm).
- [2] 钟家正,钱媛媛. 家庭暴力案件缘何难获赔偿[EB/OL]. (2014-10-15)[2016-11-20]. <http://www.chinacourt.org/article/detail/2014/10/id/1459939.shtml>.
- [3] 谢文杰. 北流法院分析离婚案件家暴维权的问题及对策[EB/OL]. (2016-04-20)[2016-11-20]. <http://bl.gxcourt.gov.cn/info/1030/4410.htm>.
- [4] 李想. 各地家暴犯罪立案数上升罪名集中 反家暴法“管用”有待细则支撑[N]. 法制日报,2016-02-25(03).
- [5] 莱奥·罗森贝克. 证明责任论[M]. 庄敬华,译. 北京:中国法制出版社,2002:187-201.
- [6] 汉斯·普维庭. 现代证明责任问题[M]. 吴越,译. 北京:法律出版社,2000:89-162.
- [7] 张卫平. 外国民事诉讼制度研究[M]. 北京:清华大学出版社,2003:399-400.
- [8] 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[J]. 法律适用,2015(8):47-52.
- [9] 吴泽勇. 中国法上的民事诉讼证明标准[J]. 清华法学,2013(1):73-88.
- [10] 霍海红. 提高民事诉讼证明标准的理论反思[J]. 中国法学,2016(2):258-279.
- [11] 吴杰. 德国的证明责任减轻理论之研究——以表见证明为中心[A]. 田平安. 比较民事诉讼论丛[M]. 北京:法律出版社,2005:273.
- [12] REINHARD G. Beweis und Wahrscheinlichkeit[M]. Berlin:Heymann,1978:172.
- [13] 裴苍龄. 再论推定[J]. 法学研究,2006(3):119-127.
- [14] 毕玉谦. 论经验法则在司法上的功能与应用[J]. 证据科学,2011(2):133-143.
- [15] 姜世明. 表见证明之研究[J]. 政大法学评论,2008(104):183-276.
- [16] 卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥,译. 北京:商务印书馆,2003:169.
- [17] 毕玉谦. 证据责任分配体系之构建[J]. 法学研究,1999(2):48-61.
- [18] 肖建国,李婷婷. 论表见证明制度[A]. 何家弘. 证据学论坛[M]. 北京:法律出版社,2008:98-112.
- [19] 张卫平. 认识经验法则[J]. 清华法学,2008(4):6-24.
- [20] 夏吟兰. 家庭暴力防治法制度性构建研究[M]. 北京:中国社会科学出版社,2011:356.
- [21] 棚濑孝雄. 纠纷的解决与审判制度[M]. 王亚新,译. 北京:中国政法大学出版社,1994:266.
- [22] 季金华. 司法权威论[M]. 济南:山东人民出版社,2004:169-170.
- [23] 周强. 充分发挥案例指导作用 促进法律统一正确实施[N]. 人民法院报,2015-01-04(01).
- [24] 张卫平. 民事证据制度研究[M]. 北京:清华大学出版社,2004:499-500.

## Applying the Anscheinsbeweis Theory in Civil Suit Against Domestic Violence

SHI Chunlei

( Law School, Xiamen University, Xiamen 361005, China )

**Abstract:** The civil cases of domestic violence exist in China and increase year by year. However, due to the imperfection of the proof rules, especially the restriction of the evaluation model, the victims of domestic violence have not been effectively protected. The German Anscheinsbeweis takes basic facts as premise, and uses the rule of thumb as the basis to presume facts under special circumstances to help the judge to overcome the difficulties of getting proof, which functions as temporary evidence. As a proof evaluation rule, the Anscheinsbeweis may shed some light on civil litigation against domestic violence in China. To improve the regulations on the rules of thumb and review the judicial experiences, China may consider drawing from the German Anscheinsbeweis to formulate its Anscheinsbeweis laws in terms of scope, procedure and security in order to solve the difficulties in the judicial practice.

**Key words:** domestic violence; civil litigation; Anscheinsbeweis; rule of thumb; evaluation of evidence