

规范说之本质缺陷及其克服

——以侵权责任法第79条为线索

袁中华*

内容提要：通过解读侵权责任法第79条，不难发现受害人需要就加害人“违反管理规定，未对动物采取安全措施”这一要件承担证明责任。这种不合理分配证明责任的原因，在于解释者自觉或者不自觉地采用“规范说”理论。该理论在解释方法上以文义解释为主（偶尔采体系解释）。这一方法论上的局限引发了其他诸多问题，当被视为该理论的本质缺陷。当该理论被用于未考虑证明责任问题的实体法规范时，必然导致不合理的证明责任分配。对此的解决之道是，克服方法论上的局限，引入以规范目的为导向的体系解释方法，重新解读法条之间的意义关联，以确定法规范应然的“请求原因—抗辩—再抗辩”要件。这不仅有利于恰当解决证明责任问题，而且有助于证明责任理论的发展以及法解释学的进步。

关键词：动物致害 证明责任分配 规范说 修正规范说

自20世纪初罗森贝克提出规范说以来，该理论以其判断标准明确、可操作性强的优点，迅速成为德国法上的通说，并对日本及我国（尤其是台湾地区）的法学理论与司法实践产生了深远影响。但是，对该理论的基本原理和具体观点也一直不乏批评。^{〔1〕}诸种批评中，笔者认为，最根本者在于普维庭所指出的规范说在解释方法上的重大缺陷，即规范说主要采用文义解释（偶尔采体系解释）而忽视了其他解释方法的应用。^{〔2〕}鉴于该缺陷关涉规范说的基本方法论，并可被用来解释其他许多缺陷之所以存在的原因，因此当被视为规范说的本质缺陷。但是，对于该缺陷，目前我国学界尚缺乏清醒的认识，更未意识到它对

* 中南民族大学法学院讲师。

本文系国家社科基金青年项目“合同法上的证明责任问题研究”（批准号：14CFX034）的阶段性研究成果。本文写作过程中，上海交通大学凯原法学院庄加园博士提出了许多批评和建议，小林正弘博士提供了日文资料及其翻译稿。在此一并致谢。

〔1〕 参见陈荣宗：《举证责任分配与民事程序法》，台湾大学法学丛书编委会1984年版，第24页以下。

〔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410页以下。

中国法上证明责任问题的特殊意义。就此,笔者试图通过分析侵权责任法上某一具体法条的证明责任问题,具体细致地展现这一本质缺陷及其可能导致的严重后果,并在此基础上尝试引入规范说的相关修正学说来克服其本质缺陷。本研究的目的不仅在于恰当解决所关涉的证明责任问题,从而有助于相关司法实务问题的妥善解决,更重要的是揭示在中国法语境下克服规范说这一本质缺陷的必要性与可能性,推动证明责任理论的发展以及本土法解释学的进步。

一、一个法解释学上的难题

侵权责任法第79条(以下简称“第79条”)规定:“违反管理规定,未对动物采取安全措施造成他人损害的,动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任。”在整个侵权责任法体系中,这似乎是一个极其平常的法条。但该条隐含着一个法解释学上的难题:学理解释的结果显示,受害者应当就加害人“违反管理规定,未对动物采取安全措施”这一要件承担证明责任,但这种分配方案不合理地加大了受害人的证明负担,很难让人信服。

(一) 第79条的证明责任问题

民事诉讼中的证明责任分配问题,尽管被视为“民事诉讼的脊梁”,而且在国内一般也被视为诉讼法问题,并主要由诉讼法学者研究,但正如罗森贝克所言,它归根到底是实体法问题,即如何解释实体法。^[3]因此,就第79条的证明责任分配问题,实际上需要民法解释学来回答。

以文义解释方法并结合民法上关于规范构造的相关基本知识来审视第79条,法条前半句“违反管理规定,未对动物采取安全措施造成他人损害的”应为构成要件(也即事实构成);满足该前提性要件后,则发生后半句的“动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任”的法律后果(也即法律效果、法效果)。鉴于第78条在侵权责任法第10章“饲养动物损害责任”中为起始条文,并通常被视为动物致害责任的一般条款,而第79条在第78条的构成要件基础上又增加了“违反管理规定,未对动物采取安全措施”这一要件,^[4]因此,以体系解释来审视法条之间的意义关联,则第79条无疑应被视为动物致害责任的特殊条款,与第78条构成特殊与一般的关系。基于上述考虑,有学者认为,第79条应当和第78条一样也适用无过错责任,甚至比第78条更为严格。^[5]因此,就第79条的侵权责任的承担而言,不仅要满足第78条的动物致害责任的一般构成要件,还要满足特殊构成要件,即“违反管理规定,未对动物采取安全措施”。^[6]

依据上述民法解释学上的认识,第79条的证明责任分配并不复杂。当事人如果适用该条而要求实现相应的法律后果(即对方承担侵权责任),则不仅需要证明第78条的动物致害责任的一般构成要件(同时这也是第79条的构成要件,即“饲养的动物造成他人损

[3] 参见[德]莱奥·罗森贝克:《证明责任论》,庄敬华译,中国法制出版社2002年版,第81页以下。

[4] 侵权责任法第78条(正文中简称“第78条”)规定:“饲养的动物造成他人损害的,动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任,但能够证明损害是因被侵权人故意或者重大过失造成的,可以不承担或者减轻责任。”

[5] 参见王利明:《我国〈侵权责任法〉归责原则体系的特色》,《法学论坛》2010年第2期,第10页。

[6] 参见周友军:《我国动物致害责任的解释论》,《政治与法律》2010年第5期,第48页。

害”)，而且应当证明第79条增加的特殊构成要件（即“违反管理规定，未对动物采取安全措施”）。有学者就认为，“如果依据第79条提起诉讼，被侵权人除了要履行无过错责任的一般证明责任之外，还要证明动物饲养人或者管理人‘违反管理规定’，且‘未对动物采取安全措施’。这种证明责任的履行，是以存在相关的管理规定为前提的，而且还必须对‘未对动物采取安全措施’进行证明。”〔7〕

（二）证明责任分配结果的合理性存疑

“违反管理规定，未对动物采取安全措施”的要件，依笔者看来，几乎可以等同于动物保有人违反合理注意义务，从而可被视为对客观化过错的表达。因此，为表述方便，笔者暂将其简称为“加害人的过错”要件。〔8〕针对上述由原告承担证明责任的观点，存在的疑问是：如此分配是否合理？

鉴于一般认为第79条是第78条的特殊条款，而实际生活中动物侵权往往发生在动物保有人“违反管理规定，未对动物采取安全措施”的情况下，因此，对于上述两个条款，当事人常常可以择一适用。我们可简单对比二者的证明责任分配问题。根据第78条的规范表达，并结合学者对危险责任一般构成要件的分析，〔9〕该条规定的损害赔偿请求权的构成要件可被解释为：动物的特殊危险实现、损害后果、危险实现与损害后果之间的因果关系。由此，援引第78条主张对方承担侵权责任的受害人（一般为原告），就需要承担对上述三个要件的证明责任。由于第79条增加了加害人的过错要件，所以受害人援引该条要求对方赔偿，不仅需要就前述三个要件承担证明责任，还需就加害人的过错要件承担证明责任。

一方当事人在诉讼中就某法律要件承担证明责任，意味着：（1）需要主张符合该要件的生活事实的存在，否则在辩论主义原则之下，法院不能对该事实进行裁判，只能判定该当事人败诉。这就是所谓主张责任的意涵。〔10〕（2）需要就该要件提出证据加以证明，否则法官可以作出“未证明”的处理而判其败诉。此即所谓主观证明责任的意涵，而主观证明责任与客观证明责任的分配方式并无差别。〔11〕（3）尽管提出了证据，但提供的证据不充分，以致辩论终结时该要件依然处于真伪不明的状态，此时法官裁判该当事人败诉。这是所谓客观证明责任的意涵，即败诉风险的负担。〔12〕也就是说，原告如果就加害人（被告）的过错承担证明责任，则当其未主张该事实，或虽主张了但未证明，或虽证明了但无法让法官形成心证（达到证明标准）时，都将败诉。可以看出，受害人若援引第79条，其承担的证明责任明显较之第78条要重，由此遭致败诉的可能性也明显较之第78条要高。

而且，在受害人选择适用第79条时，加害人（一般为被告）可以通过对加害人过错的

〔7〕 参见王竹：《比较法孤例——饲养动物致害的三个无过错责任条款》，《中国社会科学报》2010年6月22日第10版。

〔8〕 当然，也有相反观点指出该要件并非过错，但笔者不欲陷入纯粹的概念之争。实际上，无论该要件是不是过错，均对本文所要讨论的证明责任分配问题无任何影响。

〔9〕 依朱岩之见，危险责任的一般条款的构成要件可被概括为：危险实现、损害以及二者之间的因果关系。参见朱岩：《危险责任的一般条款立法模式研究》，《中国法学》2009年第3期，第46页以下。

〔10〕 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307页。

〔11〕 与我国学说相区别的是，无论德国还是日本的通说都认为这两种证明责任的分配方式是一致的。参见前引〔3〕，罗森贝克书，第44页；上引新堂幸司书，第396页。

〔12〕 参见张卫平：《民事诉讼法》，法律出版社2004年版，第201页。

成立进行反证（即证明自己没有过错）来否定对方所主张的损害赔偿请求权。^{〔13〕}对此，杨立新就指出：“按照逻辑推论，既然本条已经规定了对此责任的要求是违反管理规定未对动物采取安全措施，那么，未违反管理规定已经对动物采取安全措施的，就不应当对该动物造成的损害承担侵权责任。如果可以这样理解，实际上就是动物饲养人或者管理人能够证明自己没有过错可以免除责任。”^{〔14〕}与此相反，如果受害人援引第78条请求赔偿，则因该条本身就是无过错条款，加害人并不能通过证明自己无过错而免责。因此，第79条较之第78条实际上增加了加害人在诉讼中进行防御的方法，从而更不利于被害人。

通过上述分析可以看出，即使加害方存在“违反管理规定，未对动物采取安全措施”的情节，遭遇动物侵权的受害人（原告）为避免因承担过重的证明责任而导致败诉，其更为合理的选择也是援用第78条而非第79条。如果当事人普遍选择第78条而抛弃第79条，则第79条有沦为纯粹“纸面上的法律”之虞。由此，如何更恰当地解释第79条以使其证明责任问题合理化，就成为一个法解释学上的难题。

（三）可能的解决途径及其问题

就如何理解第79条，全国人大法工委民法室认为：“由于有些养犬人素质比较低，因此使社会上无序养犬、违规养犬的情况日益突出……基于此问题的严重性，为维护百姓的人身和财产安全，侵权责任法对动物致人损害的侵权责任作了严格的规定……这一条并未规定免责事由，即使被侵权人对损害的发生有过失，动物饲养人或者管理人也不能减轻或者不承担责任。”^{〔15〕}据此，第79条并未设置抗辩事由，加害人难以免责。假如认可这种解释，则解决上文难题的一条途径是：尽管第79条较之第78条增加了（积极）构成要件从而不利于受害人，但该条取消了消极构成要件（即加害人的抗辩事由，如受害人故意或者过失），因而对受害人是更为有利的；法条如此处理的结果是在证明责任上达到了一种平衡，并未过于偏袒加害人。

这种平衡论的思路似乎有一定道理，学术界也不乏支持者。^{〔16〕}但这一思路能否在诉讼中实现其初衷？对此，我们需要引入程序法的视角进行观察。在诉讼进程中，原告提出请求在先而被告提出抗辩在后，法官也是先审查请求而后审查抗辩。当原告的请求所依据的事实无法被证明或者陷入真伪不明时，被告无需进行任何抗辩（或者，尽管提出了抗辩但法官无需审理该抗辩）就可以胜诉。由此，假如受害人（原告）在诉讼中依据第79条提出赔偿请求，则需要全面证明第79条前半句“违反管理规定，未对动物采取安全措施造成他人损害”所包含的所有要件。如果原告对其中的“违反管理规定，未对动物采取安全措施”要件未作证明或未作充分的证明，则必然败诉（除非对方自认），此时被告根本无需提出任

〔13〕 此点尚存疑问，即被告证明自己无过错到底是反证还是本证（对于抗辩的证明）。如果法规范将过错作为法律要件，则在传统学说中过错一般被视为主要事实。但较新的学说将过错视为事实，而推论过错存在的具体事实为主要事实。如果按传统学说，则对无过错的证明为反证。而按新的学说，推论过错和无过错的事实（分别为评价根据事实和评价妨碍事实）都构成主要事实，对其进行的证明均为本证。目前日本的要件事实论者大多坚持新说。参见〔日〕小林正弘：《要件事实与民事审判——以买卖合同纠纷为例》，清华大学2013年博士论文，第5章第2节。

〔14〕 杨立新：《〈中华人民共和国侵权责任法〉精解》，知识产权出版社2010年版，第303页。

〔15〕 全国人大常委会法制工作委员会民法室：《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2010年版，第324页。

〔16〕 参见前引〔6〕，周友军文，第48页；前引〔7〕，王竹文。

何抗辩即可胜诉。在这种情形下，法条是否减少了被告的抗辩事由，对诉讼结果不会产生任何影响。^[17] 因此，诉讼进程中请求与抗辩被提出和审查的先后顺序决定了，增加作为请求权成立前提的积极构成要件，同时又减少对抗请求权的消极构成要件（抗辩事由），实际上并不能实现证明责任分配的平衡；证明责任被不当分配的危险依旧存在。

二、法律解释方法的革新

已如上述，由对第 79 条进行学理解释所得到的证明责任分配结果无法让人信服。由此引发的思考是，到底是该条在立法技术上存在无法克服的致命缺陷，还是学理解释自身出了问题？从法解释学的立场出发，除非穷尽所有法解释学上各种可能的途径依然无法解决问题，否则不能武断地否定现行法规范的有效性，因此，笔者对这一问题的回答更倾向后一种选择。反省学理解释意味着一种前提性思考，即为什么要如此解释，或者说这种解释的前提何在。这就涉及所谓解释者的“前见”，即理解和解释的角度、方式、切入口。^[18] 在本文涉及的问题域中，主要是指法律解释方法问题。

（一）从规范结构到规范说

在上文提到的所有民法学者的解释中，几乎都涉及以下思路：“违反管理规定，未对动物采取安全措施”是第 79 条的构成要件之一；这一要件与第 79 条前半句的其他构成要件（动物的特殊危险实现、损害、二者之间的因果关系）组合在一起，共同构成了一种特殊的基于动物侵权的损害赔偿请求权的前提；当上述要件全部被满足时，请求权方可实现。这种思路我们并不陌生，它就是来源于德国法学的关于法律规范结构的“构成要件（T）→法律效果（R）”思维方法。它的基本思路是：“法律规范的基本形式即是使一定的法律后果（R）与一个抽象的事实构成（T）相联系。谁如果对于法律后果 R 有利害关系，就必须考察相应的法律事实构成 T 是否已经实现。而这一事实构成往往是由一系列个别的事实构成要素所组成（t1 + t2 + t3……）……如果经过考察判定这些事实构成要素都已经实现，即发生相应的法律后果。”^[19] 具有上述“T→R”结构的法条，我们可以称之为完全法条，^[20] 主要包括请求权基础规范及其对立规范。在我国民法学界，经过对德国法学持续多年的继受，这种关于规范结构的思维方法几乎已经被常识化了。

这种“构成要件→法律效果”思维方法也可以用来确定民法规范的证明责任分配规则，罗森贝克的规范说正是这样一种学说。规范说认为，如果主张某规范法律效果的当事人对相应构成要件事实的证明陷入真伪不明，则该事实不能被视为存在，该规范不能对其适用；此即所谓“法不适用理论”。由此推论出的证明责任分配原则是：主张某一法效果的当事人需要就作为该法效果前提的构成要件事实承担证明责任。^[21] 整部德国民法典实际上是围绕

[17] 当然，还存在另一种可能性，即原告证明了所有要件，而被告根据法律的规定无法提出任何抗辩。这种情形毫无疑问对原告更为有利。但鉴于“违反管理规定，未对动物采取安全措施”本身常常是难以证明的要件，因此，这种可能性尽管存在，但实际意义不大。

[18] 参见 [德] 伽达默尔：《真理与方法》上卷，洪汉鼎译，上海译文出版社 1999 年版，第 341 页以下。

[19] [德] 齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，法律出版社 2009 年版，第 43 页。

[20] 参见 [德] 拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 132 页以下。

[21] 参见前引 [3]，罗森贝克书，第 104 页。

请求权建立的,由此,民法上的主要规范可以分为对立的两种:(1)基本规范,也被称为原则规范(Regelnormen)或者权利形成规范;这种规范的法律效果是使请求权得以产生。^[22](2)相对规范,也被称为例外规范(Ausnahmennormen);这种规范的法律效果是对请求权的否定。^[23]由此,主张请求权的一方(一般为原告)应当就基本规范的构成要件事实承担证明责任,否定请求权的一方(一般为被告)应当就相对规范的构成要件事实承担证明责任。而如何区分某一民法法条到底属于原则规范还是例外规范,罗森贝克认为,主要通过对该规范进行文义解释(即区分主文和但书)来判断。^[24]

在“构成要件→法律效果”这种规范结构的思维之下,民法学者借助文义和体系解释方法,将“违反管理规定,未对动物采取安全措施”要件识别为第79条的损害赔偿请求权的前提,并进一步得出结论:受害人应当就该要件承担证明责任。这种解释路径可以说是规范说的典型应用。易言之,学者在解释第79条时已经自觉或者不自觉地运用了规范说。

(二) 规范说之本质缺陷

规范说自产生之后就以其分配标准明确、可操作性强的特点而被德国司法实践广为接受,成为证明责任领域当之无愧的通说。而且通过学说继受,该理论进一步影响了日本和我国台湾地区,并在我国大陆的法律规范(包括司法解释)和学术研讨中逐步得到承认和运用。2002年《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》”)中关于证明责任的第2条与第5条一般被认为体现了规范说的核心原则;甚至普遍认为规定了证明责任倒置的第4条,其实也有部分条款契合于规范说。^[25]在学术界,规范说也是拥戴者众,被认为是解决证明责任问题最恰当的选择。^[26]近年来,更有不少学者直接运用规范说对中国民法上具体的证明责任问题进行解释与批评。^[27]但是,在本文的语境下,采用这种主流学说解释第79条,为何带来了并不合理的证明责任分配结果?究其原因,必须反思规范说自身的理论缺陷。

规范说尽管自问世以来成为德国法上的通说,但学者对此不乏检讨与批评。各种批评

[22] 参见前引[3],罗森贝克书,第105页。中译本并未明确表达出此处“权利形成规范”中的权利就是请求权,实际上原文“rechts (anspruchs) begründende oder erzeugende Norm”对应的中文应为“权利(请求权)形成或产生规范”。Vgl. Leo Rosenberg, Die Beweislast, 5. Aufl., München 1965, S. 100.

[23] 具体又包括权利妨碍规范、权利消灭规范和权利阻碍(排除)规范这三种。参见上引罗森贝克书,第105页以下。

[24] 同上书,第129页以下。

[25] 参见最高人民法院民事审判第一庭:《民事诉讼证据司法解释的理解与适用》,中国法制出版社2002年版,第23页;宋春雨:《〈关于民事诉讼证据的若干规定〉的理解与适用》,《人民司法》2002年第2期,第8页;翁晓斌:《论我国民事诉讼证明责任分配的一般原则》,《现代法学》2003年第8期,第79页以下;张卫平:《民事诉讼:关键词展开》,中国人民大学出版社2005年版,第266页以下。

[26] 参见李浩:《证明责任与不适用规范说——罗森贝克的学说及其意义》,《现代法学》2003年第4期,第86页;毕玉谦:《“一强多元”模式下的证明责任学说——以克服“规范说”局限性为中心》,《政法论坛》2011年第2期,第52页以下。

[27] 参见徐涤宇、胡东海:《证明责任视野下善意取得之善意要件的制度设计——〈物权法〉第106条之批评》,《比较法研究》2009年第4期,第54页以下;张江莉:《不当得利中“无法律上原因”之证明》,《政法论坛》2010年第2期,第167页以下;胡东海:《论合同生效要件之证明责任分配》,《法律科学》2011年第4期,第123页以下;张心恬、王文军、陈蔚如:《不当得利“没有合法根据”要件的证明责任分配》,《政治与法律》2011年第6期,第107页;吴泽勇:《论善意取得制度中善意要件的证明》,《中国法学》2012年第4期,第151页。

指出的缺陷主要集中在以下几个方面：1. 规范说过于注重法条的外在形式，不能顾及双方当事人之间的实质公平正义；2. 规范说无法应对昔日立法者从未考虑过的当今的特殊法律问题，如公害医疗纠纷、交通事故、产品责任等损害赔偿法上的证明责任分配；3. 权利形成（产生）规范与权利妨碍规范之间并无实质区分标准；4. 间接反证理论并不正确；5. 规范说以德国民法典第一草案第193—194条为依据，但这些条文在立法时已被删除；瓦亨多夫就认为，其原因在于立法者以公平、合目的性等作为证明责任分配原则；6. 规范说的理论基础“法不适用说”难以成立。^[28]在这些批评之外，普维庭认为：规范说仅仅使用文义解释和在少数情形下采用体系解释，在解释方法上存在重大缺陷。他指出：“由于规范说完全以法律文义和规范构造为基础，因此它有时也被称为‘规范构造说’……这种将证明责任的分配严格限制在实体法的文义之内的思想，就是规范构造说局限于法律文义的方法论根源。但是……将证明责任的分配仅仅限制在法律文义和规范构造之内的做法，不能走的太远”。^[29]

笔者认为，普维庭指出的规范说的方法论缺陷，可被用来说明规范说的其他绝大部分缺陷之所以存在的原因，试分析如下：

其一，规范说在方法论上主要使用文义解释，因此，它必然“注重法条的外在形式”而陷入证明责任分配的僵化，无法通过目的性解释等方法缓解法条文字表达所可能存在的合理之处，从而也就无法“顾及双方当事人之间的实质公平正义”。

其二，对于立法者未曾考虑到的各种新型纠纷（尤其是其中涉及的评价性要件，如因因果关系、过错）的证明责任问题，这本身就属于法律漏洞，因此，需要借助其他解释方法或者依据某些实质性依据（如举证难易、照顾弱者）来予以填补，从而减轻甚至倒置某些要件的证明责任。如果解释方法仅仅局限于文义解释，则无法进行恰当的漏洞填补。^[30]

其三，就权利形成规范和权利妨碍规范的问题，如果仅采用文义解释方法，将一个要件“T”作为权利形成规范的要件，或是将其反面“非T”作为权利妨碍规范的要件，则这二者并无区别。如果对基于履行迟延的损害赔偿请求权，我们可以规定“可归责（Vertretenmüssen）”作为该请求权产生的前提，则也可以将其反面“不可归责”（Nichtvertretenmüssen）作为妨碍该请求权产生的前提。由此，一个法规范既能表达为权利形成规范（ $T \rightarrow R$ ），也能表达为权利妨碍规范（非 $T \rightarrow$ 非 R ），这两种规范表达形式之间似乎无法进行实质区分。^[31]但考虑到立法目的并非试图使债权人的债权难以实现或者是保护恶意的债务人，则后一种规范表达形式更为可取。由此，即使法条作前一种表达，也可以基于立法目的而被解释为后一种表达形式。^[32]对此，普维庭也指出，“现在的学术研究越来越承认，从法的目的性角度来看，权利妨碍要件应当保留”。^[33]

其四，规范说的间接反证问题实际上也是文义解释的产物。间接反证是指，对某主要事实（如过失）承担证明责任的当事人，从经验法则出发，通过间接事实对该主要事实进

[28] 参见前引〔1〕，陈荣宗书，第24页以下。

[29] 参见前引〔2〕，普维庭书，第412页。

[30] 法律漏洞的填补，必然要超越法条之文义而进行。参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，法律出版社2007年版，第445页。

[31] 具体的分析，参见前引〔19〕，齐佩利乌斯书，第139页。

[32] 参见前引〔13〕，小林正弘文，第4章第4节。

[33] 前引〔2〕，普维庭书，第418页。

行了充分的证明,此时对方当事人为阻止该推定的成立,而对新的间接事实进行证明。规范说认为,这种情形下间接反证者也应承担证明责任。例如,对于返还不当得利请求权,罗森贝克基于德国民法典第812条的规定,将“无法律上的原因”解释为由原告承担证明责任,但同时具体的案件中,又认为“由被告对挖掘和取款的正当原因承担证明责任是正确的”。^[34]反证者无需承担证明责任,间接反证者却并非如此,这就构成了规范说的自相矛盾。之所以出现这种问题,在于罗森贝克仅仅从文义解释出发,将某些评价性要件(比如“无法律上的原因”)识别为请求权的前提性要件事实,即所谓“请求原因(Klagegrund)”事实;由此,被告提出具体事实对该要件事实进行的反证就成了间接反证。而实际上,这些评价性要件并非主要事实,真正在诉讼中构成主要事实的是支撑这种评价或者对抗这种评价的具体事实,即所谓评价根据事实或评价妨碍事实。^[35]被告提出评价妨碍事实来对抗原告主张的要件(如“无法律上的原因”),其行为应当被识别为抗辩,其进行的证明实际上就是本证,而非所谓间接反证。^[36]

其五,上述第五和第六个缺陷的确并非解释方法上的局限所致,但这两种批评本身其实很难成立。其谬误之处,普维庭、陈荣宗等已论证,此处不赘。^[37]

由上述分析可以看出,规范说的绝大部分缺陷,均植根于解释方法上的局限。因此,其理当被视为规范说的本质缺陷。

(三) 超越规范说

这种本质缺陷来源于规范说的时代局限。罗森贝克的规范说诞生于20世纪初,其最终修订于20世纪60年代。这期间德国法学的主流思潮是法律实证主义。对此可以作为例证的是,在20世纪上半叶,尽管德国帝国法院进行了颇为频繁的民法续造,但原则上还是严守法律忠诚的要求,即尊重法律文义。^[38]因此,规范说坚持从文义出发来解释证明责任分配规范也就可以理解了。但正如普维庭所言,“为什么系统的、历史的和目的性解释就不能用来解决证明责任问题呢?其实并不能找到拒绝这些依据的理由……有时对某一个别的具体的规范来说,不按照该规范的文义,而应按照相应的情势,按照系统的、体系的、或者目的性解释来分配证明责任也是可能的”。^[39]在遵从规范说基本原理的基础上,普维庭提出了改良学说即“修正规范说”,试图综合运用多种解释方法来确定民法乃至劳动法的原则规范和例外规范的构成要件,从而确定证明责任的分配。

无独有偶,日本学者基于日本民法立法之时未考虑证明责任问题的特殊国情,^[40]在批

[34] 参见前引[3],罗森贝克书,第203页以下。

[35] 具体分析,参见王倩:《论侵权法上抗辩事由的内涵》,《现代法学》2013年第3期,第90页以下。

[36] 间接反证理论,如高桥宏志所言,实际上是“将本应作为抗辩对待的事实却置于间接反证的地位来予以把握”。[日]高桥宏志:《民事诉讼法——制度与理论的深层次分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第450页。

[37] 参见前引[2],普维庭书,第387页;前引[1],陈荣宗书,第45页。

[38] 参见[德]弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史》下,陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2006年版,第508页以下。

[39] 前引[2],普维庭书,第412页以下。

[40] 高桥宏志认为,“从日本民法立法当时的资料来看,关于条文的书写方式,法典起草者也表明,即使牺牲证明责任的分配,也要在民法条文中采用使国民易于理解的方式。换言之,起草者自身也承认,日本的法律条文表述方式(书写方式)也难以以证明责任分配为基准来做出。”前引[36],高桥宏志书,第444页。

判和反思规范说缺陷的基础上,也提出了“修正法律要件分类说”和“要件事实论”这两种基于规范说的改良学说。其中,前者为日本学术界的主流学说,后者则更具体系性和冲击力,对实务界影响较大,为当下的有力说。^[41]限于篇幅以及与本文的关联,笔者仅就后者的代表伊藤滋夫的“裁判规范之民法”理论进行介绍。该理论将民法规范的要件按照诉讼进程进行了全新的解释甚至是重构,组成了“请求原因、抗辩、再抗辩、再再抗辩……”这样的体系。请求原因指导致法律效果(也即诉讼法上的诉讼标的)发生的本质且必要的事实,也即权利产生事实;抗辩指权利的妨碍、消灭事实,指与请求原因不矛盾(可并存)但又可以排斥请求原因发生法律效果的事实;再抗辩指抗辩的妨碍、消灭事实,原告可以针对被告的抗辩提出与此不矛盾的新事实(再抗辩事实),从而回溯性地支持本方所主张的法律效果。^[42]各个要件之间是原则和例外的关系,即“任何前后相继的两个要件之间都是以前者为原则、后者为例外”,^[43]后者若“有理由”则妨碍或消灭前者所发生的法律效果。这种解释不仅需要考虑实体法规范的表达,还需要考虑证明责任的公平负担,但最终的决定标准是民法的规范目的。^[44]

无论修正规范说,还是要件事实论的“裁判规范之民法”理论,其立足点依然是规范说的基本思想。具体而言,包括“有利者举证”原理(主张某法效果的当事人应当就其前提性事实,也即构成要件事实,承担证明责任)、原则(基本)规范与例外规范的区分、请求原因、抗辩、再抗辩的区分等等。这两种学说的改良之处,主要在于解释方法上对规范说的革新。这种革新的意义,对日本和我国当下的证明责任问题尤为关键。就文字表达上已经考虑到了证明责任分配的法条(如德国民法典的绝大部分法条)而言,规范说在解释方法上的缺陷一般并不构成问题。但如果法条在文字表达上未考虑或未充分考虑证明责任分配时就直接采用规范说,则这种解释方法上的局限将导致规范说对法条的解读成为误读,并最终导致证明责任的不合理分配。显然,我国的许多民法规范常常属于后一种情形。因此,运用规范说的原理分析第79条却得到不合理的证明责任分配结果,就是必然的。对此,我们需要借鉴上述两种改良学说的进步之处,综合运用各种解释方法,通过重新解读法条来达到证明责任的公平、恰当分配。

三、法规范的重新解读

(一)“再抗辩”的引入

从第79条的文字表达解读其背后的规范目的,其应当是对受害人的合法权益予以较之

[41] 日本法科学生毕业并且通过司法考试之后,在参加工作之前需要在司法研修所接受为期一年的培训,而司法研修所目前对于证明责任问题采用的学说即要件事实论。尽管要件事实论内部学说林立,但就基本学术思想和大部分结论而言,各种学说之间并无本质差别。要件事实论的介绍,参见段文波:《要件事实的基础——民事裁判构造论》,重庆大学2007年博士论文,第13页以下;许可:《民事审判方法——要件事实引论》,法律出版社2009年版;前引[13],小林正弘文。

[42] 例如,基于买卖合同的价款请求权,请求原因为合同成立,而抗辩可以是存在支付期限的合意,针对此的再抗辩则是期限已经届满。此为日本学者住田尚之2010年10月19日在清华大学法学院所作题为“要件事实论”的学术报告中所举之例。

[43] [日]伊藤滋夫:《要件事实讲义》,商事法务2008年版,第218页。

[44] 同上书,第224页。

第78条更强的保护,并敦促动物保有人对动物采取安全措施,遵守管理规定。而根据前述全国人大法工委民法室的解读,第79条并未规定免责事由,也即在加害人存在过失的情形下,即使受害人有过失,加害人也不能免责。通过法条未规定抗辩事由来推断该条并无抗辩事由,这种解释路径当属文义解释。这种解释限制了加害人的抗辩事由范围,总体而言有利于受害人的权利保护,契合规范目的,因此从整体上应予以坚持。但这种解释一方面认为在受害人对损害的发生存在过失时加害人无法免责,由此推论,受害人有故意时加害人应当可以免责,则“受害人故意引发危险实现”当被认定为第79条的抗辩事由;另一方面,它又认为第79条并无任何抗辩事由。对这一自相矛盾的观点,笔者认为恰当的化解之道是,应当将前一观点视为后一观点的例外,即原则上第79条不设抗辩事由,但受害人故意的例外。理由在于,如果在受害人故意引发危险实现的情况下也不允许加害人进行抗辩,则有可能引发如受害人偷盗、抢劫、虐杀他人饲养的动物而遭致损害时还能得到赔偿这样的荒谬结果。综合上述观点,可对第79条进行补充,其完整表达应当是:“动物饲养人或者管理人违反管理规定,未对动物采取安全措施造成他人损害的,即使受害人存在过失,也应当承担责任。”简言之,在动物侵权中,当加害人存在过失时,即使受害人有过失,也不能免除加害人的责任。

在确定第79条的规范意涵后,我们可以将其结合第78条一并予以解读。一种从文义上完全可行并且符合规范目的的解读是:“饲养的动物造成他人损害的,动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任,但能够证明损害是因被侵权人故意或者重大过失造成的,可以不承担或者减轻责任(第78条)。但即使被侵权人存在重大过失,如动物饲养人或者管理人违反管理规定,未对动物采取安全措施,亦不得免责(对第79条的重新解读)。”如果引入由规范说创立但由要件事实论等学说发展创新的“请求原因、抗辩、再抗辩……”的体系思维方法,重新解读上述语句,则第79条的“加害人过错”应当是对抗第78条但书的抗辩事由(受害人重大过失)的再抗辩事由。因此,第79条并非请求权基础规范(基本规范),而应当是再抗辩规范。第79条并非独立的动物侵权类型,也就是说,并不存在一般动物侵权和“违反管理规定,未对动物采取安全措施”的特殊动物侵权之间的区别。实际上,第78条与第79条一起,共同构成了相对完整的对一般动物侵权的规整:第78条前半段“饲养的动物造成他人损害的,动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任”为请求原因规范;第78条但书“但能够证明损害是因被侵权人故意或者重大过失造成的,可以不承担或者减轻责任”为权利妨碍规范(也即抗辩规范),根据该规范,受害人的故意或者重大过失是对抗损害赔偿请求权的抗辩事由;而第79条的“加害人过错”是对抗第78条受害人重大过失抗辩的再抗辩事由。

由此,第78条、第79条的证明责任分配亦可得以明晰:原告需要就第78条、第79条的请求原因(动物的特殊危险实现、损害、两者之间的因果关系)承担证明责任,被告则就其抗辩(受害人故意或重大过失)承担证明责任;而针对被告的受害人重大过失的抗辩,原告可以提出再抗辩(加害人的过错)并对此承担证明责任。

(二) 证明责任的分层

尽管作了这样的解释,但不难发现,就加害人的过错这一要件,依然是由原告承担证明责任,证明责任公平负担的问题似乎并未得到根本解决。但实际上,笔者的解释方案与

前述其他解释方案之间的最大差别在于证明责任分配的层次不同。其他方案主要采用文义解释方法解读法条，由此，第79条被视为请求权基础规范（基本规范），因此原告在起诉时就应当对该规范的诸种构成要件（包括加害人的过错）承担证明责任。当下法解释学的主流观点以规范目的作为法律解释的基准^[45]——尽管其中存在主观说与客观说的分野——这实际上同样适用于对证明责任问题的分析。在思考德国劳动法上的证明责任问题时，普维庭的修正规范说就时常通过分析法条规范目的来进行解释和论证。^[46]伊藤滋夫的“裁判规范之民法”理论则更加旗帜鲜明地主张，规范目的是解释证明责任问题时的终极判断标准。^[47]以是否契合规范目的而论，鉴于第79条的规范目的应当在于敦促动物保有人守法以及保护受害人的合法权益，则前述其他解释方案与该目的明显相背离，理当放弃。

相反，笔者的方案从规范目的出发，借助“请求原因、抗辩、再抗辩……”（或“原则、例外、例外之例外……”）的体系思维方法，重新解读了第78条、第79条的意义关联，从而重新确定证明责任的分配。具体而言，前述两条的证明责任被划分为三个具有逻辑先后顺序的层次（参见下图）：第一个层面为请求原因，如果无法满足（即未证明或者证明不足）则无需进入下一个层面；第二个层面为抗辩，如果无法满足则无需进入下一个层面；第三个层面为再抗辩，在这一层面，仅仅在被告提出受害人有重大过失的抗辩的情形下，原告才需要就再抗辩事实（加害人的过错）承担证明责任。这种逻辑的先后也意味着证明责任分配的轻重不同：在先的层面的证明责任重于在后的层面的证明责任。由此，迥异于其他分配方案的是，原告在起诉之时无需主张和证明加害人的过错要件，而仅仅在再抗辩的环节就加害人的过错承担证明责任。这种处理的结果并未加重受害人（原告）的证明负担，反而使其在自身有重大过失时，也可以通过主张和证明加害人的过错而实现损害赔偿请求权。而借助规范目的来判断，这种方案毫无疑问更能实现保护受害人权利和敦促动物保有人守法的规范目的。因此，它理当是恰当、公平的证明责任分配方案。

Kg（请求原因）	E（抗辩）	R（再抗辩）
动物造成损害	受害人重大过失	违反管理规定，未对动物采取安全措施
	受害人故意	

这种思路也恰恰契合了普维庭所指出的证明责任的分层：“按照法律的结构，实体法被分解为不同层面……它体现了法律的结构原则，除了法律语言的表达方式之外，还可以通过系统的、历史的和目的性解释去发现这些法律结构”；“法律对要件做不同层面的分层和由此产生的对基本规则的例外规定并非意味着我们又发现了证明责任特别规范的新方法论，它只不过是对所有实质性依据和方法论的高一级处理，从而避免了将证明责任作一边倒的分配或者避免从平面规定原则—例外关系”。^[48]

[45] 参见[德]伯恩·魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，法律出版社2003年版，第319页以下；前引[19]，齐佩利乌斯书，第71页；前引[20]，拉伦茨书，第207页以下。

[46] 参见前引[2]，普维庭书，第421页，第459页，第479页，第506页。

[47] 前引[43]，伊藤滋夫书，第224页。

[48] 前引[2]，普维庭书，第415页，第417页。

四、本文可能具有的意义

（一）“再抗辩”的意义

通过引入“再抗辩”这一我国学界尚有些陌生的术语，笔者对第79条的证明责任分配作了一种全新的阐释。而引入“再抗辩”的意义，绝非仅限于这一个条文。实际上，侵权责任法乃至整个民法的许多条文的证明责任问题，都可以尝试引入这一新术语而进行思考。

首先，以文义解释为限，这一视角可被用来识别民法规范中的再抗辩规范，从而明确证明责任分配。比如，侵权责任法第30条规定：“因正当防卫造成损害的，不承担责任。正当防卫超过必要的限度，造成不应有的损害的，正当防卫人应当承担适当的责任。”该条第1句为抗辩规范，后一句则为再抗辩规范。同理还有侵权责任法第31条第3句关于紧急避险过当的规定。此外，如民法通则第139条关于时效中止和第140条关于时效中断的规定，则均是时效抗辩（第135—137条）的再抗辩规范。合同法第95条关于解除权消灭的规定，在被告提起合同解除的抗辩时，可以成为第94条规定的解除权的再抗辩规范。凡此种种，不一而足。上述法规范仅仅是例证，随着民法解释学的发展和对法规范之间意义关联的认识逐步深入，我们还能找到更多的再抗辩规范，甚至是再再抗辩规范。而正确识别某些民法规范为再抗辩规范，毫无疑问将加深和细化对于民法规范证明责任分配的认识。

其次，对于通过文义解释无法识别的再抗辩规范，可以借鉴上文的思路，引入其他解释方法进行识别，从而重新确定证明责任分配。例如，侵权责任法第80条规定：“禁止饲养的烈性犬等危险动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任。”如果按照规范说的思路，对该条仅作文义解释，从而确定其证明责任分配，则原告需要就“禁止饲养的烈性犬等危险动物”承担证明责任；这容易导致证明责任的不合理分配，从而使该条有沦为具文的危险。而如果采用笔者的思路，“禁止饲养的烈性犬等危险动物”可被解释为再抗辩事由，由此，第80条也并非新的动物侵权类型。而在证明责任分配上，原告尽管需要就“禁止饲养的烈性犬等危险动物”要件承担证明责任，但这种责任是在再抗辩而非请求原因的层面上承担，因此，证明责任不当分配的风险可被消除。但需要注意的是，尽管第79条、第80条都不设抗辩事由，但适用第79条时，加害人的过错仅可以针对受害人的过失而无法针对受害人的故意成立再抗辩，而适用第80条时，“禁止饲养的烈性犬等危险动物”既可以针对受害人的过失，也可以针对受害人故意成立再抗辩。这种处理符合“风险越大，抗辩的可能越小”^[49]的法理。

（二）立法技术缺陷的克服

上文借助对规范说解释方法的革新，对第79条进行了全新解释，从而将第79条解释为再抗辩规范，实现了证明责任的合理分配。从这种解释也可以看出第79条在立法技术上的一个重要缺陷，即对于证明责任问题考虑不足。法条的理想状态应当是以合理的文字表达表现证明责任的分配，这样法条的适用者仅作简单的文义解释或者在某些情形下再辅以适度的体系解释，就可对法条所蕴含的证明责任分配规范进行较为直观的解读，从而达到证

[49] 参见欧洲侵权法小组：《欧洲侵权法原则——文本与评注》，于敏、谢鸿飞译，法律出版社2009年版，第181页。

明责任的合理分配。显然，第79条并未达到这样的理想程度。

这种未合理考虑证明责任问题的缺陷，在侵权责任法上并非仅仅体现于第79条。正如上文分析，第80条也具有这种缺陷。除此之外，侵权责任法第15条规定了八种承担侵权责任的方式，这可被视为关于侵权行为的法律效果的规定，即受害人可以向加害人提出上述八种请求。但显然，受害人几乎不可能同时提出这八种请求，而至于到底哪一种侵权行为对应哪一种责任类型，法条并未区分，即从“构成要件→法律效果”的规范结构来看，法律未明确何种构成要件对应何种法律效果。何种情况（构成要件）下可以要求对方停止侵害，何种情况（构成要件）下可以要求对方赔偿损失，依据法条均无法确定。^[50]在构成要件与法律效果的关系模糊不清的情况下，可能产生的问题就是证明责任分配上的模糊不清。^[51]

侵权责任法之外，其他民事法律中也存在大量对证明责任问题考虑不够充分甚至可能是根本未加考虑的规范。以民法通则第55条^[52]为例，依通说该条规定的三个要素是民事法律行为生效的前提。而《证据规定》第5条也把合同的生效作为证明主题而由主张之人（一般即原告）负担证明责任。但是，就合同的效力问题，罗森贝克认为：“当事人尤其不需要证明，存在其他的前提条件，即法律行为由于缺乏它就无效的前提条件。相反，主张法律行为无效的对方得对该法律行为无效的要件特征承担证明责任。《民法典》以下列方式对该证明责任规范作出了规定，即法律从来没有将法律行为的效力，而总是将法律行为的无效作为规范的对象。”^[53]因此，为了实现更合理的证明责任分配，更为合适的方式不是去规范何为法律行为的有效或者生效，而是直接规定法律行为在何种情况下无效。以物权法第106条为例，若对该条文作文义解释，则善意为善意取得的请求原因，由此，应当由主张善意之人证明。但这种分配不利于该制度之规范目的即保护交易安全的实现，因此，理当废弃这种解释。该条更为合适的立法表达应该是将恶意规定为消极的构成要件。^[54]此外，以合同法为例，该法第107条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”如此则“当事人一方不履行合同义务”为积极的构成要件，似乎应当由原告证明。但是，对此更为合适的做法是将“已履行合同义务”视为合同履行请求权的消极构成要件，并由债务人证明之。此即如罗森贝克所言，“对履行的证明责任在任何情况下均由债务人承担”。^[55]类似情形还有很多，限于本文主旨，笔者不再一一列举。尽管我们不能由此得出结论说，我国的民法规范都未考虑证明责任分配，但至少应该是较为普遍的现象。

（三）方法论上的革新

正如前文所指出，当民法规范自身未考虑证明责任问题时，直接应用规范说去分析，

[50] 对此的具体评论，参见崔建远：《论归责原则与侵权责任方式的关系》，《中国法学》2010年第2期，第50页。

[51] 当然，这并不意味着否定侵权责任立法者所作的努力。恰恰相反，笔者认为，较之以往的民事立法，侵权责任法在表达证明责任分配的立法技术上更为优秀。应该说，大量的法条都可以通过较为直观的解读而明确其证明责任分配，而且这种分配并不违背立法希望达到的规范目的。

[52] 民法通则第55条规定：“民事法律行为应当具备下列条件：（一）行为人具有相应的民事行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违反法律或者社会公共利益。”

[53] 前引〔3〕，罗森贝克书，第268页。

[54] 具体分析，参见前引〔27〕，徐涤宇等文，第64页以下。

[55] 前引〔3〕，罗森贝克书，第354页。

将可能导致证明责任的不合理分配。对于较普遍存在的民法规范未考虑证明责任问题这一缺陷,其解决方法存在以下几种可能:

其一是依靠法官的自由裁量。例如,《证据规定》第7条规定:“在法律没有具体规定,依本规定及其他司法解释无法确定举证责任承担时,人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则,综合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担。”在笔者看来,这可能是最好的方法,但也可能是最坏的方法:考察个案的特殊情况,灵活决定证明责任分配,无疑是最能实现个案正义的方法;但赋予法官过多的裁量权,也可能导致法官随意裁量,司法不统一。该条在证明责任问题上放纵了法官的裁量权,对法的安定性和可预测性毫无疑问是极大的伤害,学术界对此也多有批评。^[56]而正如罗森贝克所指出:“证明责任的有规律的和始终如一的分配,是法安全性的先决条件”。^[57]赋予法官极大自由裁量权的方法并不足取。

其二是立法者在修订民法或制定民法典时克服这种缺陷。此处可以借鉴的是日本法上的经验。日本民法典于2004年修订时,立法者对第109条、第478条、第543条等条文,按照“原则/例外”的表达方式进行了修改,从而明确了其证明责任分配。不过,这种修改也仅限于少量法条,而未能扩及整个民法典。^[58]应当说这是一种更为彻底也更为有效的方法,但鉴于证明责任问题似乎并未引起民法学界和立法者的充分重视,短期内几乎看不到实现这种方法的可能。

其三则是借助法解释学克服这种缺陷,这应当是最为现实、最具可操作性的方法。但是,传统民法解释学常常未将证明责任问题纳入视野,实际上也无力承担如此重任。以合同履行请求权为例,梅迪库斯就认为,肯定该项权利需要满足的条件有:当事人达成合意、行为不存在无效事由、合同尚未结束、请求权并未消灭、不存在相应的抗辩权。^[59]我国台湾学者王泽鉴也持类似观点。^[60]但按照“裁判规范之民法”理论,产生合同履行请求权仅需合同成立(当事人达成合意)这一要件,并应当由主张请求权者承担证明责任;而其他多个要件的反面要件(即合同无效、合同解除等等)均被处理为抗辩,由否定请求权者承担证明责任。^[61]显然,后一种民法解释学理论考虑到了证明责任问题,更适合作为解决法条缺陷的方法。当然,这种对比并非意味着否定传统民法解释学。实际上,两者结论的差别仅仅源于思维方式的差异。传统学说常常将积极和消极的构成要件综合进行考虑,是一种法官最终裁判的思维,其并未考虑证明责任问题(只考虑要件事实的有和无的情形)。而与此相区别的是,考虑到证明责任问题的民法解释学采取的是“原则/例外”思维,是一种攻击防御思维;它考虑到了证明责任问题,即使在要件事实真伪不明时也能适用。当然,这并不意味后者优于前者或者是仅仅需要后者而无需前者。实际上,后者必须以前者为基础,其发展也依赖于前者的发展。

同时必须指出的是,这也绝非主张“裁判规范之民法”理论或修正规范说而否定其他证明责任学说(如修正法律要件分类说)。本文所主张的是在坚持规范说基本理论内核的基

[56] 参见霍海红:《民事证明责任研究》,吉林大学2008年博士论文,第97页以下。

[57] 前引[3],罗森贝克书,第68页。

[58] 参见前引[43],伊藤滋夫书,第252页。

[59] 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《请求权基础》,陈卫佐等译,法律出版社2012年版,第30页以下。

[60] 参见王泽鉴:《民法思维:请求权基础理论体系》,北京大学出版社2009年版,第62页以下。

[61] 参见前引[41],许可书,第163页以下。

基础上，克服其在解释方法上的本质缺陷，从而可以更灵活、更能动地解释法条自身所蕴含的证明责任分配规则。正是在这个意义上，规范说才不是死板的教条，而是能适应时代发展与变化的理论。正如普维庭所言，“所有的解释方法都是值得考虑的。如果这样理解罗森贝克的规范说，那么规范说将是有生命力的。”〔62〕证明责任理论的关键不在于评判各种学说的高下优劣，而在于必须对各种学说的解释力及其射程有清醒的认识和把握。唯有如此，方能超越对西方法治国家各种法律理论泛泛而谈的介绍和评价，将这些理论真正灵活应用于具体的中国法规范和细节性的中国法问题，从而促进司法实践和立法技术的进步，为形成和发展本土自有的法教义学打下坚实的基础。

Abstract: An analysis of Article 79 of the Chinese Tort Liability Law shows that it is the victim who has to shoulder the burden of proving that the keeper or manager of animals “fails to take safety measures against animals in violation of management rules”. This unreasonable allocation of burden of proof results from the interpreters’ conscious or unconscious use of the Norm Theory, which mainly takes the literal interpretation (and occasionally the systematical interpretation) as its interpretive method. This methodological limitation leads to many other problems and therefore should be regarded as the essential defect of the Norm Theory. When applied to substantive norms that take no consideration of allocation of the burden of proof, this theory will inevitably lead to unreasonable allocation of the burden of proof. The solution to this dilemma of burden of proof is to overcome the methodological limitation by adopting the objective-oriented method of systematical interpretation, so as to re-interpret the internal relations in these norms and determine the essential elements of the “the cause of claim—defense—new defense” process on the basis of these norms. The above analysis is important because it is conducive not only to the appropriate solution of the problem of burden of proof, but also to the development of the theory of burden of proof and legal hermeneutics.

Key Words: harms caused by domestic animals, allocation of burden of proof, Norm Theory, Modified Norm Theory

〔62〕 前引〔2〕，普维庭书，第516页。