

民事证明责任研究

毕玉谦 著



Burden
of Proof
in Civil Proceedings

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

民事证明责任研究

毕玉谦 | 著



法律出版社

始创于1954年

www.lawpress.com.cn

好书,同好老师和好学生分享

图书在版编目(CIP)数据

民事证明责任研究/毕玉谦著. —北京:法律出版社,
2007.9

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7618 - 5

I. 民… II. 毕… III. 民事诉讼—举证责任—研究
IV. D915.213.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 127374 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16

印张/36 字数/599 千

版本/2007 年 9 月第 1 版

印次/2007 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939738

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 7618 - 5

定价:49.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



毕玉谦 国家法官学院教授、法学博士，国家法官学院教学部主任、司法审判研究中心主任，中国政法大学兼职教授、诉讼法学研究院兼职研究员，北京仲裁委员会仲裁员；曾被评为有突出贡献的专家，享受国务院政府特殊津贴；曾作为高级访问学者受最高人民法院委派到美国耶鲁大学法学院进行专题研究、学术交流；多年来从事理论法学研究和应用法学研究，多次主持或参与国家社会科学基金、教育部、司法部等重点研究项目及专项研究项目；曾在最高人民法院从事民商事审判业务。

主要著作有：《民事证据法及其程序功能》（专著，获1999年全国第三届中青年诉讼法学优秀科研成果著作类二等奖）、《诉讼证据规则研究》（专著，获2001年全国第四届中青年诉讼法学优秀科研成果著作类二等奖、2002年司法部法学教材与法学优秀科研成果奖二等奖）、《民事证据法判例实务研究》（专著）、《民事证据原理与实务研究》（专著）、《中国司法审判论坛》（主编）、《司法审判动态与研究》（主编）、《民事诉讼法判例实务问题研究》（主编）、《现代民商程序法原理与实务》（主编）、《法官检察官制度与实务》（主编）等，并在期刊报纸上发表论文近百篇。



Burden
of Proof
in Civil Proceedings

民事证明责任问题是当前国内民事诉讼理论界与实务界至为关注的核心问题，本书是作者凭借多年参与审判实践与教学工作的经验，对该问题进行深入研究而形成的最新成果。

本书共分十章，从民事证明责任的基础、历史渊源、客观证明责任、主观证明责任、证明责任的分配与转换、表见证明责任、推定证明责任、特殊侵权证明责任等方面对民事证明责任及其分配规则的相关问题进行了系统而全面的全景式介绍。无论是实体法的原则还是程序法的规范，无论是对理论的探讨还是对实务的分析，无论是确定个案证明标准的方法还是评价法官自由裁量权的不同观点，在本书中均有所体现。全书集理论研究的深度和实例分析的广度于一体，为民事审判工作者和相关学者提供了一个全新的读本。

前 言

民事证明责任问题是民事法律及民事诉讼活动中的核心问题,被学术界和实务界公认为民事诉讼活动的脊梁。民事证明责任及其分配规则,既涉及实体法规范,又涉及诉讼法规范;从跨越的领域来看,既涉及难度极高的理论领域,又涉及层面细微且具体的实务领域;就个案而言,既涉及不同类型案件的证明标准,又涉及法官对有关证据材料的自由评估及对有关证明尺度的认知。

人类社会对于解决纠纷中所涉及的证明责任及其分配理论的思想源远流长。自罗马法时代所开启的具有古典意义的两个著名的有关证明责任及其分配的基本规则形态,成为自近代社会以来对证明责任及其分配理论进行研究的基石和实践指南,人们正是沿着这一历史轨迹不断地进行探索和开拓。法律的发展曾经历过古代罗马法注释时期、近代德国普通法时期以及随后的近现代社会及当代社会这样几个重要的历史阶段,民事证明责任及其分配理论的三大基本类型学说贯穿其中,即待证事实分类说、法规分类说、法律要件分类说。在当代社会历史条件下,大陆法系主要国家或地区虽然在立法、学理和判例实务上仍以法律要件分类说中罗森贝克的规范说或为基础,或为重心,或为侧重点,但是,恰当而准确地说,在总体上处于支配地位的通说应为修正规范说或者修正法律要件分类说。

自现代社会以来,由于社会的经济、文化、政治以及价值观念的多元化形态所致,近代单一性的理论学说占据支配和主导地位的局面成为过去,转而步入了以某一理论学说为重心兼采诸种学说为辅这样一种格局为特征的历史阶段。这种格局在当今社会可被称为“一强多元”模式。就大陆法系而言,证明责任及其分配规则的基本模式,在近代社会条件下,曾经出现过“一枝独秀”或者“一统天下”的独霸格局。这与当时历史背景下社会经济形态、文化特质、法制建构不甚发达、民众的思想不甚开化以及法官的职业化水准较低等因素密切相关。自进入现代社会以来,特别是在当今社会历史条件下,在证明责任及其分配的学说领域,因某一种学说的创设就能够雄踞天下而独霸的格局模式恐将不复存在。若按此逻辑与思维模式来推展历史与未来,随着时间的

推移,目前的“一强多元”模式必将为“同一主题下的多元论”所取代。但是,至少在目前,由于修正规范说的强力推动,使得有关证明责任理论在“一强多元”模式的支配下暂时居于一种稳定状态而难以受到动摇。数十年以来,修正规范说的出现、发展以及所作出的学术贡献,既是对规范说的完善,同时也是对规范说的改造。所谓对规范说的完善,是指在规范说的基础上摒弃其中不符合现实社会发展状态的缺陷,给传统的规范说注入新的生命活力,使其能够不断适应新的历史条件下所涌现出的新类型案件以及因社会的不断发展在解决民事争端问题上所体现的新的价值取向;所谓对规范说的改造,实际上是对正统规范说的背离或者是对传统规范说的异化。

在当前社会条件下,在大陆法系主要国家或地区的立法、司法及学说当中能够就证明责任分配规则起到重要作用的“一强多元”模式而言,其中“一强”与“多元”之间的结构关系主要表现为一种基本规则(或规范)与例外规则(或规范)之间的逻辑关系。所谓“一强”主要指的是罗森贝克的规范说。但是,也不排除系法律要件分类说当中的其他特别说,或者与罗森贝克规范说相结合的一种综合说。所谓“多元”指的是包括公平原则、武器平等(或对等)原则、诚实信用原则、举证难易或者证据距离原则、利益权衡原则、危险领域原则、盖然性原则等理论学说或者价值观念。在实务上,关于“一强”基本规范与“多元”例外规范之间的应用关系是,在通常情况下,应适用基本规范,例外规范只是起到必要的补充作用,但是,当法官在个案当中认为适用基本规范有违社会公平正义时,有权决定改采例外规范。在学理上,通常认为,作为这种一般抽象性基本规范的规范说因符合法律安定性要求,因此具有可预见性、可预测性的特质,包括使得交易行为或社会习惯的主体对证明责任法规能有预见可能性及明确性的期待。只是基于克服和避免其内在的某种僵化性且有利于解决个案的弹性问题,才考虑在必要时采用其他各种新兴学说来解决在个案当中所出现的实质性公平与个别正义问题。可见,尽管传统学说与新兴学说之间存在某种背离的关系,但是,如果从针对不同的具体情形各自所发挥的不同功能角度来观察,这两种类别的学说之间仍有相互协调的余地和空间。

因民事诉讼法一般采用辩论主义,因而证明责任分配的理论向来为各国民事诉讼法所面临的重要课题,但虽经法学者、实务家常年努力,迄今仍难称已有一放诸四海而皆准的证明责任法则。但一般认为,证明责任分配原则仍须学说与实务见解作为补充,包括罗森贝克规范说在内的各种学说,在沿用其相应的方法及观点时,其所努力的目标均系试图为公平正义

地解决实务问题提供一个适当的标准。因此,有关证明责任及其分配规则的设定与解读往往受有关理论学说的支配。从构成当今各国证明责任分配规则的法源来看,它包括实体法、程序法、判例法、司法解释、理论学说,其中,按照实体法的民法条文来判断和寻求证明责任分配规则,不得不依据有关的理论学说,如规范说。而规范说的局限性则表现在,它所主张的证明责任分配规则基本上仅限于对于有关民法条文本身的理解,即主张某一法规范的适用效果的当事人,应当对因适用该法规范所依据的要件事实负担证明责任。因此,规范说所涉及的法律适用规范仅指实体法规范,而与程序法规范无关。然而,当今程序法(主要指诉讼法)规范的发展趋势有与规范说相背离的倾向。

相较而言,德国、日本等国的民法及民事诉讼法均未就证明责任直接设有概括性或通则性的一般规定,故通常均委由学说、判例而作为补充。可见,在实体法、程序法、判例法、司法解释、理论学说均作为证明责任体系当中有关分配规则法源的情况下,从克服规范说的局限性的角度来看,有关实体法规范可以体现证明责任分配的基本规则,而程序法、判例法、司法解释、理论学说则可以体现证明责任分配的例外规则,而这些例外规则之间可以相互协调、互相补充,既能够发挥对规范说进行修正的功能,也能够发挥对规范说进行背离的功能。

曾几何时,德国的实体法或程序法并未就一般性证明责任分配法则作出规定,因而如何建立一种普遍性适用的证明责任法则,被视为德国学者百余年来努力的目标。即使在我国国内,近年来也有学者从系统论的角度提出了“证明责任法”的概念。伴随着科学技术的迅猛发展加速了社会变迁的频率,不断拓展其深度与广度,许多新型的思想观念不断涌现,成为调整有关证明责任及其分配规则的价值杠杆。随着现代社会发展方向的日渐明晰,从立法的角度就证明责任及其分配规则作出统一、抽象而系统规定的可能性显得渐行渐远。

鉴于在现实法律生活及诉讼活动上,对证明责任及其分配规则的法律适用与解读离不开理论学说的支持与辅佐,本书的写作目的除了对大陆法系在历史上曾经出现过的有关证明责任及其分配的主要学说进行概述、研究之外,主要立足于分析、论证和研究当今社会条件下有关证明责任及其分配理论及学说的形成与创设,借以满足立法和实务的现实需要。由于证明责任及其分配理论的博大精深,对其本质特征及其内在规律的认识与把握需要有一个渐进、深入的过程,本书的一些观点及论述出现谬误似将在所难免,恳请学术同

4 民事证明责任研究

仁及有关读者批评指正。

本书在出版过程中受到了法律出版社教育分社社长丁小宣先生及陈慧编辑的大力支持与协助,在此特表谢意。

毕玉谦

2007年7月10日

目 录

第一章 认识证明责任的基础	(1)
第一节 对证明责任含义的基本界定	(1)
一、对证明责任含义进行认识的基本切入点	(1)
二、对证明责任含义进行界定的理论支点	(3)
三、两大法系对此问题之比较与解析	(5)
第二节 主张责任	(7)
一、主张责任的基本含义	(7)
二、主观的主张责任与客观的主张责任	(9)
三、主张责任与证明责任之间的关系	(12)
第三节 证明责任的基本属性	(16)
一、对证明责任基本属性进行透析的前提与视角	(16)
二、诸家学说与评析	(17)
三、本书在此问题上的基本观点	(26)
第四节 案件事实的认定与证明责任问题的产生	(29)
一、裁判事实的认定与法律适用的效果	(29)
二、抽象法规范的具体化	(31)
三、证明责任问题的产生	(33)
第二章 证明责任学说的历史渊源与流派	(35)
第一节 古代证明责任学说的基本观念	(35)
第二节 近代证明责任学说的重要流派	(37)
一、近代史上证明责任学说的开启与学术流派的形成	(37)
二、消极事实说	(40)
三、外界事实说	(50)
第三节 从近代向现代转型时期有关证明责任学说的流派与评析	(52)
一、转型时期证明责任学说的开启与学术流派的形成	(52)
二、推定事实说	(53)

2 目 录

三、基础事实说	(56)
四、通常发生事实说	(67)
五、最少限度事实说	(67)
第四节 现代证明责任学说的流派	(69)
一、现代史上证明责任学说的开启与学术流派的形成	(69)
二、法律要件分类说	(71)
三、规范说	(78)
四、全备说	(78)
五、法官裁量说	(87)
第五节 当代证明责任学说的流派与思潮	(88)
一、当代史上证明责任学说的开启与学术流派的形成	(88)
二、危险领域说	(89)
三、盖然性说	(89)
四、损害归属说	(93)
五、利益衡量说	(97)
六、证明说	(100)
七、特别规范说	(101)
八、消极规则说	(102)
九、操作规则说之一	(103)
十、操作规则说之二	(104)
十一、危险提升说	(105)
第三章 客观证明责任	(106)
第一节 客观证明责任的界定与认识	(106)
一、“客观证明责任”的源流	(106)
二、对客观证明责任在概念上的界定	(107)
三、对客观证明责任在含义及范畴上的基本认识	(108)
第二节 客观证明责任的产生原因及影响	(111)
一、客观证明责任的产生原因	(111)
二、客观证明责任实际发生前对当事人的影响	(113)
第三节 事实真伪不明状态与客观证明责任	(115)
一、对真伪不明状态的界定	(115)
二、导致事实真伪不明状态出现的原因	(116)
三、发生事实真伪不明状态的前提条件	(118)

四、对事实真伪不明现象的认识	(119)
五、案件事实真伪不明状态与法院的自由心证	(121)
六、克服事实真伪不明现象的方法	(122)
第四节 客观证明责任的基本个性与基本属性	(127)
一、客观证明责任的基本个性	(127)
二、客观证明责任的基本属性	(133)
三、客观证明责任与主观证明责任的关系	(138)
第四章 主观证明责任	(142)
第一节 主观证明责任的界定与认识	(142)
一、“主观证明责任”的源流	(142)
二、对主观证明责任在概念上的界定	(143)
三、对主观证明责任在含义及范畴上的基本定位	(145)
第二节 主观证明责任的基本个性及其基本属性	(147)
一、主观证明责任的基本个性	(147)
二、主观证明责任的基本属性	(152)
第三节 主观证明责任架构下的基本问题	(155)
一、主观证明责任的独立性问题	(155)
二、主观证明责任的适用范围与应用空间	(162)
三、主观证明责任的转移	(166)
四、主观证明责任与反证	(172)
第五章 证明责任的分配及其基本规则——以居于通说地位的 规范说为重心	(181)
第一节 规范说的渊源与通说地位之考察	(181)
第二节 规范说的基本解义与主要立论根据	(185)
一、规范说的基本解义	(185)
二、规范说的主要立论根据	(189)
第三节 规范说的基本思想	(190)
一、证明责任发生的成因	(190)
二、当事人的证明责任	(191)
三、证明责任规范的适用及其效果	(193)
四、“不适用规范说”	(195)
五、规范说的基本构成	(197)
六、对法规性质的判明	(199)

4 目 录

七、对不同权利类型的识别	(201)
八、证明责任的分配只能以实体法律规范为依归	(202)
第四节 规范说中的基本规范——权利发生规范	(204)
一、权利发生规范的旨意	(204)
二、权利发生规范的基本表现	(204)
三、权利发生规范的具体形态	(205)
四、民国时期的有关司法判例	(209)
五、我国台湾地区的有关司法判例	(210)
第五节 权利规范说中的对立规范	(210)
一、权利障碍规范	(210)
二、权利消灭规范	(214)
三、权利制约规范	(217)
第六节 规范说的立法及实证分析	(219)
一、各国有关立法的基本模式与成因解析	(219)
二、规范说的实证分析	(220)
第七节 规范说的缺陷与局限性	(226)
一、对规范说的检讨与反思	(226)
二、学术界对规范说存在缺陷和局限性的基本认识	(227)
三、日本学者石田穰与仓田卓次之间关于证明责任分配问题的 论战	(236)
第八节 克服规范说局限性的对策与思考	(242)
一、对克服规范说局限性的对策进行思考的背景	(242)
二、克服规范说局限性的对策与思考	(243)
第六章 证明责任的转换	(259)
第一节 证明责任转换的基本法意	(259)
一、对证明责任转换的界定	(259)
二、证明责任转换的成因	(261)
第二节 证明责任转换的类型	(266)
一、因实体法的特别规定所出现的证明责任转换	(266)
二、因诉讼法的规定所出现的证明责任转换	(268)
三、因法官据情裁量所出现的证明责任转换	(271)
四、因当事人之间的特别约定所出现的证明责任转换	(275)
第三节 特殊侵权民事责任与证明责任的转换	(277)

一、特殊侵权责任的由来及发展趋向与证明责任问题	(277)
二、特殊侵权责任与证明责任的转换	(283)
三、特殊侵权责任的变异——无过失责任、严格责任与证明 责任	(301)
第四节 特殊侵权民事责任中因果关系的推定与证明责任的 转换	(310)
一、盖然性因果关系理论	(311)
二、泛行业责任论(theory of industry-wide liability)	(312)
三、市场份额责任论(theory of market share liability)	(312)
四、对因果关系的推定与证明责任转换的基本解读	(313)
第五节 英美侵权法上的“事实不证自明”(res ipsa loquitur) 对证明责任转换的影响	(316)
一、视觉与语境的定位	(316)
二、“事实不证自明”的源由	(318)
三、“事实不证自明”规则的适用范围	(320)
四、“事实不证自明”的构成要件	(321)
五、因适用“事实不证自明”规则导致证明责任转换	(324)
六、“事实不证自明”与严格责任之间的关系	(325)
第七章 危险领域说的理论支点及其在司法实践中的应用	(327)
第一节 危险领域说的基本创意与思想源泉	(327)
一、危险领域说面世的历史背景与基本创意	(327)
二、危险领域说的立足点及作为思想源泉的基本立论	(328)
第二节 危险领域说的概念与基本含义	(329)
第三节 代表危险领域说不同发展阶段的典型范例	(332)
一、危险领域首次在判例中被划定	(332)
二、危险领域的观念被提升至直接影响证明责任分配规则 设置的程度	(333)
三、将损害原因分配至债务人的危险领域与确认债务人 违反合同义务相联系	(334)
四、损害原因与无过错的证明责任	(335)
五、损害赔偿请求权在侵权行为法上的适用	(337)
第四节 危险领域说的基本观念与民法法意之解明	(338)
一、修正“规范说”的成因	(338)

二、对《德国民法》中危险领域观念的解读	(339)
三、对我国民法中有关危险领域观念及运用规则的解析	(342)
第五节 危险领域说在构建证明责任分配体系中的地位	(347)
第六节 危险领域说的适用范围与应用价值	(351)
一、确立应用范围的基础	(351)
二、危险领域说的适用范围及其争论的焦点问题	(352)
第七节 对危险领域说局限性的认识与评析	(363)
一、认识危险领域说局限性的切入点	(363)
二、来自学术界的消极评价	(366)
三、本书的评析意见与实务论语	(368)
第八章 表见证明与证明责任	(372)
第一节 表见证明的法意	(372)
一、表见证明的基本含义	(372)
二、表见证明的基本功能	(374)
三、表见证明的应用范围	(376)
第二节 有关表见证明的学说及评述	(380)
一、证明责任说	(381)
二、证明评价说	(383)
三、证明标准说	(385)
四、实体法说	(387)
五、推定证明说的立论	(391)
第三节 表见证明的基本应用功能	(392)
第四节 表见证明与事实推定	(396)
第五节 表见证明与证明责任的转换	(398)
第九章 推定与证明责任	(403)
第一节 关于推定的基本法意	(403)
一、推定的基本含义	(403)
二、推定的机理	(408)
三、推定的基本功能	(412)
四、推定的分类	(417)
五、法律上的拟制与推定	(424)
第二节 法律上的事实推定	(430)
一、法律上的事实推定之概述	(430)

二、法律上的事实推定之意旨及特有功能与证明责任的设定	(431)
三、法律上的事实推定之个性特征与证明责任	(433)
四、法律上的事实推定之性质与证明责任的分配规则	(437)
五、法律上事实推定的效果与证明责任问题	(439)
第三节 法律上的权利推定	(451)
一、法律上的权利推定之基本法意	(451)
二、法律上的权利推定之基本个性	(453)
三、权利推定的效果及排除与相关的证明责任问题	(455)
第四节 司法上的事实推定	(462)
一、司法上的事实推定之界定	(462)
二、司法上的事实推定之基本个性	(464)
三、司法上的事实推定与法律上的事实推定之比较	(468)
四、司法上的事实推定与证明责任问题	(471)
第十章 特殊侵权责任中的证明责任	(474)
第一节 产品致人损害中的证明责任	(474)
一、产品责任归责架构的演变及对证明责任的影响	(474)
二、当代产品责任归责模式的形成与证明责任	(477)
三、各国产品责任致人损害的归责模式与证明责任	(479)
四、关于产品责任致人损害的归责要件与证明责任的理论 学说	(483)
五、我国有关产品致人损害归责的立法模式与证明责任	(484)
第二节 高度危险作业致人损害中的证明责任	(488)
一、危险责任的概念与含义的界定	(488)
二、英国历史上有关著名案例所确定的归责原则与证明责任	(489)
三、两大法系有关危险责任归责原则的基本理念及对证明 责任的影响	(490)
四、我国高度危险责任的归责原则与证明责任	(492)
第三节 环境污染致人损害中的证明责任	(494)
一、德国环境污染致人损害的归责模式与证明责任	(494)
二、日本环境污染致人损害的归责模式与证明责任	(496)
三、英美法系环境污染致人损害的归责模式与证明责任	(498)
四、我国现行法上有关环境污染致人损害责任的归责模式与 证明责任	(498)

第四节 物件致人损害中的证明责任	(501)
一、关于物件致人损害的界定	(501)
二、德国法上物件致人损害责任的归责原则与证明责任	(502)
三、法国法上物件致人损害责任的归责原则与证明责任	(503)
四、日本法上物件致人损害责任的归责原则与证明责任	(504)
五、英美法系有关物件致人损害责任的归责原则与证明责任	(505)
六、我国现行法上有关物件致人损害责任的归责原则与证明 责任	(506)
第五节 动物致人损害中的证明责任	(509)
一、两大法系关于动物致人损害归责的原则与证明责任	(509)
二、我国现行法有关动物致人损害责任的归责原则与证明 责任	(513)
第六节 因雇佣关系致人损害中的证明责任	(516)
一、转承责任及基本范畴	(516)
二、雇佣关系致人损害与证明责任的转换	(517)
三、无行为能力和限制行为能力人致人损害中的证明责任	(523)
第七节 道路交通事故致人损害中的证明责任	(528)
一、道路交通事故致人损害证明责任的基本定位	(528)
二、德国法的基本模式	(529)
三、法国法的基本模式	(529)
四、日本法的基本模式	(531)
五、英美法的基本模式	(533)
六、我国相关立法模式与解读	(533)
七、责任保险制度与证明责任问题	(534)
八、关于交通事故致人损害的免责事由	(534)
第八节 医疗侵权行为致人损害中的证明责任	(536)
一、医疗损害赔偿责任的构成要件及与证明责任的关系	(536)
二、医疗纠纷诉讼中证明责任的确定	(539)
三、英美法侵权法上的“事实不证自明”规则与医疗纠纷诉讼	(541)
四、表见证明在医疗纠纷诉讼中的适用	(544)
五、德国医疗纠纷诉讼中证明责任的转换	(547)
六、日本证据法上的大致推定(一応の推定)规则与医疗纠纷诉讼	(553)
七、关于我国医疗事故的界定及证明责任	(555)