

西南政法大学

诉讼法博士精品文库

田平安 徐静村 主编

民事诉讼证明标准理论研究

吴杰 著

博學篤行
厚德重法



法律出版社
LAW PRESS CHINA

民事诉讼证明标准理论研究

吴杰 著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼证明标准理论研究 / 吴杰著. —北京:法律出版社,2007.5

(西南政法大学诉讼法博士精品文库)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7378 - 8

I. 民… II. 吴… III. 民事诉讼—证据—研究 IV. D915.204

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第066408号

© 法律出版社·中国

西南政法大学诉讼
法博士精品文库

民事诉讼证明标准理论研究

吴杰著

责任编辑 王旭坤
装帧设计 李 瞻

开本 A5

版本 2007年6月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 9.75 字数 255千

印次 2007年6月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版社

经销 新华书店

责任印制 陶松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939840

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 7378 - 8

定价:23.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

诉讼法学研究之路

依稀记得中国古代的大诗人屈原说过：“路漫漫其修远兮，吾将上下而求索”。此句用于探寻中国法学研究之路的运动轨迹似乎是合适的。

中国是一个有五千多年历史的文明古国，她对人类文明做出了伟大的贡献。但由于中国是一个较为封闭的农耕社会，人与人的交往度极其有限，在有限的交往中凭籍的是亲情、族情、人情而不是法则。虽然也曾有过如《唐律》之类的法，但它只是封建社会的点缀。源于此，中国几千年几乎没有法学研究。法学研究的起始与高等法学教育的兴起同步。1904年，中国历史上第一所以法律为教学内容的直隶法政学堂开办；1912年，朝阳大学开学；1927年东吴大学挂牌。自此以后，以法为对象的研究方咿呀学步。就是在咿呀学步的同时，耳边还不时响起枪炮的轰隆声。

1949年新中国成立，本应国泰民安、经济蓬勃、文化昌达、法制更新，但由于众所周知的原因，国人所期望的法学研究并未从咿呀学步的状态中迈步向前。称得上“法学之研究”的事当从上世纪九十年代始。在改革开放的大背景下，国家逐步制定了一系列立法，法学教育得以恢复发展，法学研究也才出现令人高兴的情状。法学刊物由几种而至几十种；法学院、系由十几所变为几百所；民法研究、刑法研究、诉讼法研究、国际法研究、行政法研究、经济法研究方兴未艾；法学文章、教材、读物、专著、译

著摆满了书店的书架。以民事诉讼法学研究为例,经过同仁的劳作与宣传,司法的被动性、公开性、透明性、亲历性、多方参与性及终结性等特点;程序价值与诉讼特殊性相关的直接原则、言词辩论原则、程序安定原则;以及程序自由、诉讼民主、程序保障等时髦而崇高的观念正日益受到社会的认可与接受。一言以蔽之,我们的法学研究正在向前走步。当然,“与其他学科相比,中国当代的法学研究更缺少学术的传统,缺少研究中国实际问题的传统。法学不仅无法与中国传统文史哲学科的深厚相比;而且与社会学相比,也缺少像费孝通先生那一代很有成就的学者,没有《江村经济》、《乡土中国》那样的富有洞察力和有学术支撑的著作;与经济学相比,也缺乏经济学的实证研究传统和较为坚实的学术训练。中国当代的法学研究,尽管在一些法律实践问题上有了不小的进步,但在很大程度上仍然停留在对一些命题、甚至是政治命题本身的分析研究;仍然趋向把法学视为一种普适的知识;仍然对中国当代城市和农村、对中国人因为他们的生产和生活条件而形成的行为方式缺乏关注;仍然更多试图并习惯于用18、19世纪西方学者的一些因然命题来规定生活。法学研究的方法也相当落后,从因然命题到应然命题,缺少对社会的其他学科的了解,缺乏对支撑法学研究的发展的理论和研究,缺乏对司法问题的综合性研究,而往往从部门法出发把活生生的案件简单归纳为民法案件或刑法案件。甚至连基本的学术纪律和规范都还没有形成。”^①

诉讼法学作为法学的一个部门,这样的问题同样存在。而且,诉讼法学的研究问题可能由于这一学术群体缺乏传统与学术积淀而更加突出:在建国之后是生吞活剥地沿用苏联的学术理论,后来又是对苏联理论的“集体反叛”。^② 学术的研究是非常讲究积淀的,这样剧烈的“取”与“舍”导致诉讼法的发育先天不足,而后来的发展又是后天失调。

① 朱苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社。参见“什么是你的贡献”(自序)IV—V页。

② “集体反叛”的提法参照强世功:《迈向立法者的法理学——法律移植背景下对当代法理学的反思》一文,载《中国社会科学》2005年第1期。强氏云:“当代中国法理学中关于‘法律是什么’的追问始于对教条化马克思主义法理学的‘胜利大逃亡’,其结果构成了对马克思主义法理学的集体反叛。”

近些年来,诉讼法学者也开始对自身的研究进行了反思。

那么,什么样的诉讼法学研究才真正是我们需要的呢?

未来的诉讼法学的研究,应该是运用交叉学科的方法进行的研究。社会的发展,使得现代各个学科对各自的研究对象、研究规范、术语形态和学理体系之间严密界定和严格分工,使学术趋于专门化和职业化。这样的分工使得人类的知识在各个领域取得了许多具有突破性,且深刻、透彻、条理整然的成果。韦伯早在 20 世纪初就感叹:“学术已经达到一个空前专门化的阶段,而且这种局面还会一直继续下去”。^① 这样的专业化的分工使得“科学家非但不能兼容不同的科学,而且也无法占据某一科学的全部领域。他的研究只限于固定的某一领域,甚至是单独的一个问题。”^② 这样的学术分工和壁垒森严的学科界限造就了越来越专业化学术的同时,则有可能对人类知识的完整性进行人为的阉割! 因为分工越是专业,从事相应研究的学者就不得不集中更多的精力来训练他从事学术职业直接所需要的能力。这些能力愈是得到强化,其他的能力愈是受到损害,得到强化的这些能力就会愈加局限在一种固定的形式当中,而学者本人,就会逐渐成为这种形式的奴隶。这样,学科之间的人为阉割可能还会因为学科的封闭状态、学术的近亲繁殖、“法律人”这个想象的共同体^③ 的共同利益而得到强化,结果往往是造成各个学科门户的株守,新的思维方式与学术方法受到压抑。现在的诉讼法学的研究亦是过于流连于内部人自己编织的诉讼法学人工孤岛之上。我们迫切地需要补充新鲜的血

① [德]马克思·韦伯:《学术与政治》,冯克利译,三联书店 1998 年版,第 23 页。

② [法]埃米尔·涂尔干:《社会分工论》,渠东译,三联书店 2000 年版,第 3 页。

③ 强世功博士在《中外法学》2001 年第 3 期上面发表的名篇——《法律共同体宣言》,该文如战斗檄文般的行文风格非常类似于耶林的《为权利而斗争》。《法律共同体宣言》中声称:“一个无形的法律共同体。共同的知识、共同的语言、共同的思维、共同的认同、共同的理想、共同的目标、共同的风格、共同的气质,使得我们这些受过法律教育的法律人构成了一个独立的共同体:一个职业共同体、一个知识共同体、一个信念共同体、一个精神共同体、一个相互认同的意义共同体”。另外,“想象的共同体”的提法参见[美]本尼迪克特·安德森:《想象的共同体——民族主义的起源与散布》,吴睿人译,上海世纪出版集团 2005 年版。

液,不断地从这个孤岛上走出来,以便看到更多的风景。^① 我们需要引入经济学的定量分析、社会学的实证调查、人类学的深度个案诠释,甚至是文献计量学的引证分析等方法,而不满足于现在的规则制定和概念法学。诉讼法学是一个独立的学科,但决不是一个自给自足的学科。我们的研究就需要运用交叉学科的研究方法去打破现有的学科之间的隔阂,去拓展新的研究领域。布迪厄就说过:“哪里突破了学科的藩篱,哪里就会取得科学的进展”。^② 所以诉讼法学随着以后研究的深入,诉讼法学的研究越来越专门化的同时,我们同时将会看到诉讼法学与其他学科之间的相互融合与借鉴,这将是两条并行不悖的主线。

未来的诉讼法学的研究,是钱穆先生所说的那种“对本国的历史怀有一种温情和敬意”^③的研究。我们现在的学术研究,存在着对自己的历史有一种妄自菲薄的倾向,“尊西人若帝天,视西籍如神圣”。^④ 近代以来,中国与西方的两个主体,它们之间的文化比较的问题,往往被转换和扭曲为“传统与现代”的单线进化问题,中国为传统,西方为现代,对现代化的渴求使得中国之历史就当然地处于逻辑的劣势,处于被遗忘的角落。在诉讼法学的研究中我们应该关注中国历史,关注我们祖先他们的生产和生活条件而形成的行为方式。只有对历史把握住了,才能具有陈寅恪先生所说的那种对古人的“了解之同情”,而不是一味地咒骂历

① 当然,从诉讼法学的人工孤岛上走出来的目的最终还是为了更好的走回去。王铭铭教授在评价著名人类学家马林诺夫斯基的学术时,用了“在这里”(being here)、“到那里”(being there)、“回到这里”(returning home)三个阶段来形容人类学者的典型人生经历。即是“西方人类学者大多首先在西方的学院式家园中习得一种人文价值观念,接着到了‘那里’(别的地方或非西方世界)的‘异文化’中去体验不同的人文价值可能性,最后回到‘这里’(西方)的学院式家园中对既有的人文价值提出反思性的见解”。参见[美]马歇尔·萨林斯:《甜蜜的悲哀》,王铭铭译,三联书店2000年版,参见王铭铭题为《萨林斯及其西方认识论反思》的序言部分,第5—6页。按照笔者理解,其实这样的论述对于任何一个真正的学者的长成都是成立的。学者的成长先是“在这里”(being here):接受该学科最为基本的学术的规训;然后是“到那里”(being there):跳出这个这个学科的局限,用在接受这个学科的规训时所获得的“获得知识的能力”去获取更为广阔和深邃的知识;最后是“回到这里”(returning home),对自己的所属学科进行反思,对该学科的进行深化研究或是开拓该学科新的领域。所以笔者才一再的说“走出来的目的是为了更好的走回去”。

② [法]皮埃尔·布迪厄,[美]华康德:《实践与反思——反思社会学引论》,李猛、李康译,中央编译出版社2004年版,第197页。

③ 杨义:“现代中国学术方法总综论”,载《中国社会科学》2005年第3期。

④ 余英时:《现代危机与思想人物》,三联书店2005年版,第39页。

史;才能我们更好的理解现在,也才能够如徐朝阳先生一样,写出《中国诉讼法溯源》这种原创性的经典作品来。

未来的诉讼法学研究,应该是关注中国的国情和实践的研究。吉尔兹说:“法律……乃是一种地方性知识”。^① 我们诉讼法学的研究,面对的是中国的国情,是中国的现实,所以在某种程度上说也是“地方性”的,不是普遍性的。英美怎么样、法德又如何的西方经验只是争对解决它们的问题的知识,同样是“地方性的知识”,并不是普适的知识,并不能想当然地适用于中国。现在言必称西方的研究,过分的倚重于域外经验,自觉不自觉地吧西学要解决的西方的问题当成了我们当下要解决的问题,这其中就缺乏对我们的现实和国情的把握和了解。我们的研究应该更多的关注中国的司法实践和中国问题。^② 不能让诉讼法学的研究因为缺乏实证成为抽象的,是大词似的、空洞的,成为知识精英在书斋里的专有物品,使其堕落为脱离大众的、贵族式的、奢侈的、干瘪无味、概念游戏般的研究。

西南政法大学诉讼法学博士点正是基于对未来法学研究的企盼,对自己的博士生提出了严格的要求。要求博士生从入学之日起,“老老实实做人,踏踏实实为学”,严格标准精心管理。学生在校三年期间,有繁重的读书任务、充实的课堂教学、健康多样的师生沟通渠道;还有走出学门的调查要求、培养方案中有导师组的集体训话、严格的开题环节、预答辩程序、淘汰筛选机制;最后还有非常正规的答辩程序。从九十年代以来,诉讼法博士生的质量名列全国前茅。

为总结交流计、也为宣传传播计、更为争鸣批判计,经与同仁徐静村教授商议决定一起主持出版“西南政法大学诉讼法学博士论文文库”,甄选学术质量较高的诉讼法学博士论文结集出版。在文库付梓之际,有二点声明:一是博士论文文责自负;二是刊印之论文是著者在答辩之后根据答辩委员会老师的意见又进行了深度加工和文字扩充。

① [美]克利福德·吉尔兹:《地方性知识》,王海龙、张家瑛译,中央编译出版社2004年第2版,第273页。

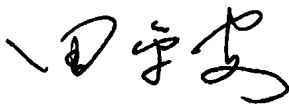
② 缺乏对实践问题的研究并不完全是学者的责任,还与中国现在的制度有关:法院的案例不公开,案例卷宗分为外卷和内卷,学者的研究无法获得足够的司法信息。

末了,我还想衷心感谢为丛书的出版付出了辛劳的茅院生分社长和王旭坤编辑。

《西南政法大学诉讼法学博士精品文库》不求立言以存于后世,只愿能为我西政大之学术振兴,尽一己绵薄之力。诉讼法学研究之路漫漫其修远兮,吾将上下而求索。愿我诉讼法学科层楼更上,愿西政大生生不息!

寥寥数语,权以为序。

西南政法大学教授、博士生导师

A handwritten signature in black ink, appearing to read '闫宇安' (Yan Zhiqi), written in a cursive style.

二〇〇六年七月十一日

于重庆歌乐山下安怡斋

本书序

长久以来,中国的民事审判一直处于半透明或不透明状态。无论对内对外,经常奉行着一种模棱两可的做法。比如法官认定案件,他(她)们到底如何从不知到知?又如何从知到下达判决?遍查各种文件、简报、讲话、总结,人们看到的始终只有四个字:实事求是。就中国的意识形态来说,有谁敢说“实事求是”不对呢?但是,我们如果稍加深思,就会觉得实事求是这种表述是不是太过笼统?科学研究表明,法官对民事案件由不知到知,必须通过一个中介——诉讼证据,没有民事诉讼证据,再高明的法官也不能猜中案情。

法官由知到下达一纸判决,证据材料要达到何种数量?证明主体运用证据材料证明到何种“度”的时候法官才敢下判?才能下判?此即所谓证明标准问题。在我国的司法实践中,民事诉讼证明标准还是一个比较陌生的概念;理论界对该问题的研究也仅仅是在近几年来才蹒跚起步。从目前的研究态势分析,虽然取得了一定进展,但整体上对证明标准还缺乏系统、深入的研究,且很少有人能够对大陆法系与英美法系证明标准及其相关理论问题进行系统、全面的阐述和介绍。而司法实践中极少有调查、总结和提炼出的用以指导、引导和规范法官“知”和“知的度”的可行性规范;从立法层面审视,立法者对证明标准问题缺乏应有的认识与思考,以至于证明标准如何在立法中加以规范、如何利用规范的证明标准去解决司法实践中遇到的难题应当说尚处于盲区。

正是在这种背景下,作者选择了证明标准这一课题作为自己的博士论文题目,并投入了相当的精力加以研究,也取得了初步的成果,应当说

它既具有现实的需求,也具有理论的价值。就笔者观察,本书所涉猎的问题至少有以下几点值得推崇:

第一,书中的观点较为新颖。例如,对证明标准概念的内涵及其相关理论进行了较为透彻的解析。对我国传统意义上的证明标准概念加以解构、分离,对证明标准的概念与内涵进行了明确的定位;又如,在阐释两大法系民事诉讼证明标准理论差异的同时深挖了差异产生的根源。作者大胆地提出了大陆法系接近真实的证明标准(高度盖然性和主观确信)具有不容忽视的程序价值。因此,在民事证明标准的选择上,反对不顾制度背景移植英美法系的盖然性占优的民事证明标准的观点是有价值的。

第二,本书采集的材料丰富。在第二、三、四章中,分别对大陆法系和英美法系有关证明标准的判例、学说及其理论进行了深入细致的介绍,资料来源均为第一手且较为新颖、翔实,具有较强的论证力和说服力。也许其间有挂一漏万之处,但从整体上看,大量的外文资料对于人们今后的研究是有其必然的借鉴意义的。

第三,论述具有一定的深度和广度。证明标准问题是事实认定过程中的关键环节,直接关系到证据的评价和证明责任的适用问题。在具体的司法实践中,从公平正义的角度出发,在坚持原则性证明标准的同时,如何使该价值观在证据评价和证明责任适用中得到充分的体现,对于诉讼领域中的证明标准的调整就成为至关重要的一环。论文并没有孤立地就证明标准问题展开论述,而是拓展了证明标准与自由心证和证明责任等相关问题在理论上的认识深度和广度,从而使民事诉讼证明标准在民事审判实务中能够发挥其应有的作用。

当然,本书也有不足之处。比如在介绍国外资料的同时缺乏对国内相关资料的发掘;在理论观点的创造力方面也有待进一步提升;有的提法尚可进一步推敲。衷心期望作者进一步努力,但瑕不掩瑜。笔者坚信,本书的出版,无疑会推动民事诉讼证据理论研究的深化。此外,从字里行间中我们分明看出一种精神,一种新一代年轻人刻苦钻研、矢志不渝的追求品质与探求精神,而此种精神与品质的发扬光大必将推动我国民事诉讼法学的繁荣与健康发

我衷心祈祷:长江后浪滚滚向前!
廖廖数语,是为序。

田平安

2004年2月18日于山城安怡斋

内容提要

近年来,随着我国民事审判方式改革的逐渐深入,为提高庭审效率,当事人的举证责任得到了强化。原有的职权主义诉讼模式下法官大包大揽的情形已经大为改观。民事审判活动中强调当事人举证责任的同时,还提出了证明责任理论,即当要件事实真伪不明时,由负有证明责任的当事人承担败诉责任。

罗森贝克的规范说是以“法规不适用原则”为证明责任分配的基础,采取“诉讼中法律效果存否应与实体法主要事实存否的证明相结合”为前提,以“法规不适用原则”作为解决诉讼上真伪不明的方法。法官就主要事实存否,只有在抱以积极确信之时,即只有在主要事实被证明之时,才有可能适用该法规。其结果是“法官对主要事实不存在抱有确信时,以及就其存否无法达到确信的情形均不适用法规”,以此作为解决真伪不明的策略,并成为了支配罗森贝克规范说整体的动脉。当规范说适用于某些具体诉讼中时,由于当事人之间证据分布不均匀或证明困难,往往会导致证明责任分配不公,从而在具体案件中无法实现公平与正义之立法主旨。

目前解决该方法通常局限于证明责任分配领域。证明责任的分配属于实体法领域,也属于法律适用问题。民事诉讼中证据分布不均与证明困难则属于诉讼法领域的问题,从实体法领域中寻求解决问题的方法无疑是缘木求鱼。从司法实践来看,往往只能起到治标而不能治本的作用。如果通过司法解释的形式强行改变某一类案件中要件事实分配,显然又会动摇实体法的立法根基(如《最高人民法院关于民事诉讼证

据规则若干规定》中对于几类特殊类型的诉讼采取所谓“证明责任倒置”的规定)。这既无助于问题的解决,同时还可能产生新的证明责任分配不公,从而激化了当事人之间的矛盾与分歧。^①

笔者通过大量的比较法研究与实证调查后发现,解决问题的关键仍应立足于诉讼法领域。即从民事诉讼证明标准问题的研究入手,才是解决上述问题的重要思路与手段。但我国证明标准问题的研究尚处于起步阶段,理论研究成果既不系统,也十分薄弱。研究热点与方向大多只是以介绍英美法系研究成果为主,缺乏对大陆法系民事诉讼证明标准基础理论的研究。我认为应以大陆法系,特别是德、日两国在该领域研究成果以及最新研究方向为基础,结合我国民事诉讼证明标准领域理论与立法上的诸多误区与不足,以弥补我国在该领域研究的空白,从而为我国民事审判立法与实践提供可资借鉴的理论依据。

本文的研究方向主要涉及以下几个领域:

(一)通过对证明标准基本理论的阐述,指出我国证明标准的概念及其理论研究上的诸多误区,其中在证明标准的概念上应注意,“证明度”具有证明标准与证明主题的盖然性双重含义,证明主题的盖然性在证明与疏明中所要求的证明程度是一致的,但在裁判成熟与否的问题上必须符合证明主题的盖然性与审理结果的确实性两个方面的要求。笔者通过引入审理结果确实性图形,对大陆法系“确信”一词采取了动态和立体的分析方式,从而更加形象地阐释和说明了我国民事诉讼证明标准的概念及其相关理论。最后提出我国民事诉讼证明标准研究的现状及其存在的问题,为论文的进一步深入做了一个较好的铺垫。

(二)详细地介绍了大陆法系和英美法系证明标准基础理论的产生与发展,指出了我国理论界对于两大法系民事诉讼证明标准问题上某些不正确的认识与看法。将两大法系民事诉讼证明标准理论进行全方位的比较,指出其差异的根源,通过比较,对于我国在该领域中的错误看法加

① 典型的是医疗过失诉讼中所谓的“证明责任的倒置”,最高人民法院的司法解释在某种程度上激化了医患关系,增加了彼此的不信任感。

以释疑。

(三)概括地阐释了自由心证与证明标准以及证明责任的关系,在德国自由心证原则下,就民事诉讼证明标准不同观点所引发的具体问题详细地予以探讨,最后提出我国民事诉讼证明标准的选择以及所应注意的问题。

(四)在证明标准减轻法理的构建上,通过对德国表见证明理论与日本大致推定理论的介绍与分析后得出结论:因果关系事实的推定就是证明标准的减轻。笔者认为,证明标准减轻所要解决的问题无非就是证据的分布不均匀与证明困难。针对证据分布不均,应根据情况在降低证明标准的同时,科以对方当事人提出反证的义务;而针对证明困难则可以采用英美法系的效用性理论以减轻存在证明困难的当事人的证明标准。

(五)通过对德国医疗过失诉讼中证明标准减轻理论的分析,指出我国民事诉讼证据立法中所谓医疗过失诉讼中的证明责任转换规定的不合理之处。对于具体医疗过失诉讼领域中出现证明责任分配不公的问题,如果单纯从修改实体法的立法规定出发,是不能够彻底加以解决的,必须从诉讼法领域寻求解决问题的手段。因此,从根本上讲,这属于诉讼法领域的问题,应在笔者所构建的证明标准减轻法理中通过证明标准减轻来加以解决。最后,笔者以案件事实的解明义务说为基础,提出了对于最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第75条的修改与完善的意见。

(六)大陆法系证明责任规范否定说和证明责任规范肯定说与证明标准问题有着密切的联系。证明责任规范肯定说所依据的“实体法理解的前提”——法律效果与主要事实的存否相结合,对大陆法系选择高度盖然性的民事证明标准具有理论上的说服力。通过盖然性证明图形能够予以较好的理解和说明的是,证明责任分配的不同学说几乎均是从实体法规范出发,且立足于双方当事人公平的责任分配角度,力求获得一致性的证明责任分配法规范之适用。

以上六个研究方向,基本上涵盖了所有民事诉讼证明标准的问题。该书对属于诉讼领域中法律适用的民事诉讼证明标准问题的详细论述,

目的在于使该理论能够活用于具体诉讼中,从而使民事诉讼证明标准在民事审判实务中能够发挥其应有的作用。该文还可进一步增进对证明标准、自由心证以及证明责任相关问题在理论上的认识深度,使我国事实认定理论更趋于完善,以起到提高和完善我国民事证据立法的作用。

Abstract

In recent years, with the deepening of trial reforms in China, the proof burden on the adversaries has been accentuated as a means to improve working efficiency during court trial. The judges dominating the trial with unchecked power as they used to in the old working model are no longer seen. During the civil trials, the theory of proof burden has been proposed while the proof burden on the adversaries emphasized. That is to say, the adversary of proof burden loses the trial if the necessary factors are not be clarified.

Rosenberg's Rules theory holds that allocation of proof burden is the basis of "inapplicable rules" principle, namely, "inapplicable rules" principle is the method to conduct trials when the necessary factors are not clarified on the basis of idea that "the legal effect in trial is closely related to the proof of main facts in substantial law". The judge can not apply this rule without moral-based certainty, namely all the important facts are proved. The result is "the judge does not apply the rule when he has no moral-based certainty about the nonexistence of main facts or when he has no moral-based certainty about the existence and nonexistence of ther main facts". This idea is used asa method to solve the problem of unclarified facts, and has become the core of Rosenberg's Rules theory. When the rule theory is applied to some trials where the adversaries don't have equal amount of evidence or have difficulty with proof, usually the proof burden is not fairly allocated,