


西方民事诉讼法学丛书之二

# 民事举证责任 著作选译

王锡三译



西南政法学院法律系  
诉讼法教研室

西方民事诉讼法学丛书之二

# 民事举证责任著作选译

王 锡 三 译

西南政法学院法律系

诉讼法教研室

## 译者的说明

民事举证责任是民事诉讼中的一个很重要的问题，同时也是一个很难的问题。这个难的焦点，是关于举证责任的分配，从古以来就是德日诉讼法学者间争论不休的问题。

在社会主义国家诉讼法学者间关于民事举证责任这个重要问题，并没有给予应有的重视，在民事诉讼法的著作中特别是在我国的民事诉讼法著作中，关于举证责任问题的论述很简单，给教学科研工作带来困难，为此特选译日本著名诉讼法学者雉本朗造博士《举证责任的分配》；中岛弘道博士《举证责任的研究》石田穰《举证责任论的再构成》三篇论著，供我院攻读民事诉讼法专业硕士研究生，法律本科学生和科研工作者的参考。

译文在保存作者原意的基础上，尽量作到通俗易懂。但是由于译者日语水平不高，译文不当之处在所难免，敬希读者指正。

译者

1987年2月

# 目 录

- 一、举证责任的分配..... ( 1 )
- 二、举证责任的研究..... ( 77 )
- 三、举证责任论的再构成..... ( 231 )

# 一、举证责任的分配

雉本朗造博士

有斐阁



## 绪 言

辩论主义，因为必须以获得证据原因为其主要内容，当事人没有陈述的事实，法院在裁判的时候就不得斟酌；当事人没有提出的证据方法，法院就不能进行调查。但是，当事人已经陈述的事实就不问是负主张责任的人的陈述与相对方的陈述，法院在裁判的时候，都可以斟酌；如果当事人已经提出证据方法，就不问是负举证责任的人提出的证据方法与相对方提出的证据方法，法院都可以进行调查，根据调查证据的结果，采为证据原因。事实的真伪，须斟酌辩论的全部趣旨及调查证据时调查证据的全部结果，以自由心证判断（**民诉第二一七条**），所以不能承认举证责任分配的原则有太大的效力。

但是，法院尽管斟酌当事人辩论的全部趣旨及原被告双方提出的证据方法进行调查证据的结果，在裁判时，关于重要的事实是真实的，或者虚伪的，仍然有不能够得到心证的时候，即真伪不明的时候，在这种情况下，不外是根据举证责任分配的原则，对该待证事实，负举证责任的当事人，负担因为真伪的确定，所发生的不利益。这在我民事诉讼法之下，举证责任分配原则，所以仍然有明确的必要。

关于举证责任的分配，开始于罗马法注释家。在德国普通法时代，以及现代的学说，尽管有各种各样的学说，但

是，仔细观察的时候，对分配原则本身，一般是承认的。关于分配的法则虽然也承认，但是，承认其原则的理由，则所见不同。本篇着眼于说明举证责任分配的原则，先说明举证责任的对象及举证责任的概念。



# 目 录

第一款 总论	( 7 )
第一项 举证作用的对象	( 7 )
第二项 举证责任的概念	( 10 )
第二款 举证责任分配的原则	( 13 )
第一项 举证责任分配学说的沿革	( 13 )
第二项 举证责任分配的现代学说	( 17 )
第一目 待证事实分类说	( 17 )
第二目 法律要件分类说	( 22 )
第一段 通说	( 22 )
第二段 莱昂哈德 ( Leonhard ) 的学说	( 35 )
第三款 个人见解 ( 作者的意见——译者注 )	( 52 )
第一项 举证责任分配的原则	( 52 )
第一目 举证责任分配的本则及分配的根据	( 53 )
第二目 举证责任分配的细则	( 60 )
第三目 结束语	( 70 )
第二项 举证责任分配原则的适用	( 72 )



## 第一款 总 论

### 第一项 举证作用的对象

一、在日耳曼法的神断或本国固有法的探汤承认所谓形式的证据法的诉讼法，当事人主张的当否？换句话说，关于权利或其他法律上效果的主张，虽然可以直接作为举证作用的对象，但是承认所谓实质的证据法的现代诉讼法，举证作用的对象，则只限于事实。关于请求者其他法律上效果的陈述，不能够直接作为举证作用的对象。

二、根据我国诉讼法的规定，在当事人有举证作用的必要时，从而，应该认为：为了有明确举证责任关系范围的必要时，应该大概的明确举证作用对象的事实是什么？因此，必须明确诉讼法上所谓的请求，法律上及事实上陈述的关系，原告及被告对它的诉讼法上的关系。

（一）原告（1）在诉状记载提出的一定的请求，以及该请求的一定的标的物及原因，并且须为一定的申请（民事诉讼法第一九〇条第二项）；（甲）上面所说的“提出的请求”，是说的关于诉讼标的的权利或法律关系存在不存在的主张，毕竟是说诉的请求，是要求判决的权利或法律关系存在不存在的主张；（乙）上面所说的请求的一定的标的物及原因，在给付之诉称为诉讼标的请求权标的的给付及该请求权的发生要件（原因），作为诉状要素记载的法意，在于根据诉状的记载，使

诉讼标的请求权与其他的权利或法律关系相区别，认识其同一。换句话说在于表示诉讼标的的法律关系。至于表示提出的请求有理由的法律上及事实上的陈述，必须在言词辩论时进行，只有在言词辩论的陈述，才能够为判决的基础（民诉一一〇条第二项）。从而，诉状出于这种目的所为的记载，其记载不过是准备言词辩论的陈述，换句话说，作为准备书面的诉状，不外是根据准备书面的规定（民诉第一〇五条第三号第一〇六条）记载（民诉第一九〇条第三项）。从而，如物权或其他支配权，为了其认识同一，必须表示主体，标的物及权利的种类，并以此为满足。如根据主体，标的物及权利的种类，能够认识其同一，关于权利发生的要件，就没有表示的必要。假如表示诉讼标的的权利作为诉状的要素，就必须充分的记载。该支配权的发生要件，关于该支配权存在的主张，即表示请求理由的目的，则应该记载于作为准备书面的诉状（民诉第一九〇条第三项及第一〇五条第三号）。

诉的声请，是对诉讼标的的法律关系，要求为一定内容的判决。这个判决，是对原告有利的本案判决，即承认原告的主张或诉讼标的的权利或法律关系存在不存在的判决，自不待论。

（2）在言词辩论期日，（甲）原告应当提出声请，首先，一般应该与诉状的记载一致，自不待论。

其次，（乙）原告根据其声请表示的理由，所为的法律上及事实上的陈述，必须是真实的完全的。

民事诉讼法第一一〇条第二项，所谓“当事人的陈述，应该包含事实上及法律上的诉讼关系”，不外是要求为真实的，完全的法律上及事实上的陈述。（a）所谓法律上的陈

还，就是关于特定的权利或法律关系存在不存在的陈述，即关于特定的法律关系存在不存在的具体的陈述，被适用的条文的效力，解释论等，不是民事诉讼法第一〇六条第二项所说的“法律上的讨论”。法律上的陈述还必须与下面这几种陈述：（甲）关于诉讼标的或先决问题的法律关系存在不存在的陈述，与（乙）要求本案审理及裁判的诉讼法上的陈述以及（丙）要求诉讼标的的法律关系的审理及裁判的诉讼法上权利存在的陈述相区别。

（b）事实上的陈述，不外是表示所主张的法律上效果的发生，必要的法律要件、构成要素存在的事实陈述。在构成发生要件的要素中，必须陈述什么要素存在的事实并举证，恰好是举证责任分配原则所规定的。

## （二）进一步看被告在诉讼法上的地位

被告在言词辩论期日缺席的时候，原告作为请求理由陈述的事实，看作自认，其请求看做有争执（民诉第二四八条）。

反之，被告在言词辩论期日出席，进行辩论时

（1）被告在法律上的陈述，必须对原告的请求进行陈述。其陈述，或者是

（甲）认诺原告的请求，或者是

（乙）争执原告的请求，其争执，或者是

（a）对原告受本案审理及裁判诉讼法上的权利有争执；或者是对诉讼标的的法律关系，受审理及裁判诉讼法上的权利有争执，即对具备诉讼要件，或者对原告及被告，具备当事人的适格有争执；或者对原告应受本案判决的法律上利益有争执，或

(b) 对原告主张的诉讼标的的法律关系存在不存在有争执。

(丙) 在被告主张抗辩权存在时，该抗辩权存在的主张，或者是

(a) 对“受本案审理及裁判的权利”，主张反对权存在（诉讼法上的抗辩权）或者是

(b) 对诉讼标的请求权，主张抗辩权存在（私法上的抗辩权）。

如上所述，被告对原告的法律上陈述有争执，或者主张诉讼法上的抗辩权或私法上的抗辩权存在时，必须陈述什么事实，并举证，恰好是举证责任分配的原则所规定的。

## 第二项 举证责任的概念

一、关于诉讼进行裁判的重要事实，真实或虚伪，不能够得到心证时，规定真伪不明的结果，由当事人哪一方负担责任，就是举证责任。换句话说，就是在一定的事实真伪不明的时候，该事实虽然不得发生成为法律要件的法律上效果，但是，明确这种不利益，由当事人哪一方负担的责任，即举证责任。

(一) 举证责任的概念，以对诉讼进行裁判时，重要事实真伪不明为前提。

(1) 关于对诉讼进行裁判的重要事实，或者对本案请求是重要的，或者对本案或者对诉讼标的的法律关系的审理，或者为表明受裁判的权利存在是重要的事实，自不待论。

(2) 举证责任的概念，以上述事实真伪不明为前提。

从而，关于真伪已经确定的事实，不发生举证责任的适用。

民事诉讼认为：事实真伪的确定，在法院显著的事实的真伪，不必根据证据确定（民诉第二一八条）。裁判上自认的事实及不争执的事实，也不必根据证据确定（民诉第一一〇条第二项）。除此以外的事实的真伪，应该根据言词辩论的全部趣旨及调查证据的结果，以自由心证确定，是民事诉讼法第二一七条所规定的。（甲）言词辩论的全部趣旨，包括当事人在言词辩论时的陈述如举动，言词辩论的全部趣旨与事实真伪的确定，有重大的关系，根据莱昂哈德（Leonhard “陈述反对事实的义务”及“质问义务”的论述，（后述第二项，莱昂哈德的学说），可以明瞭其概要。（乙）基于调查证据结果的确定，如果当事人已经提出证据方法，对该待证事实，不问是负担举证责任的当事人提出的证据方法与相对方提出的证据方法，法院认为证据方法有价值的时候，就可以命调查证据根据调查证据的结果，采取为证据原因。法院以自由心证（即根据理论及经验法则）判断一定的事实，是真实的或虚伪的时候，根据该事实考虑法律上的效果，所以不发生举证责任的适用。

（二）举证责任是规定在一定的事实真伪不明的时候对其不明的结果，应该由当事人哪一方承担责任。

法文规定，在一定的法律要件存在的时候，发生一定的法律上的效果，而构成法律要件的分子，乃是行为，不行为或者是事实，或其他法律上的效果。而法律要件的构成分子发生其他法律上效果时，又还原为该法律上效果的构成分子，结局应该归纳为行为或事实。这是因为现代的证据法举证作

用的对象只限于事实的缘故。

构成一定的法律效果发生要件要素的一定事实真伪不明时，规定其不明的结果所发生的不利益，是归主张法律上效果发生的当事人或者归相对方，这是规定举证责任原则应该解决的问题。换句话说，构成一定的法律上效果发生的法律要件的事实，举证责任属主张其效果发生的当事人时，对其效果不发生必须进行裁判；反之，对该事实反对的事实的举证责任属相对方时，必须为承认法律上效果发生的裁判。

二、举证责任的概念必须与举证的必要及举证作用相区别。

辩论主义，凡是当事人没有主张的事实，在裁判的时候就不得斟酌；当事人没有提出的证据方法，就不得进行证据调查，采为判决的主要内容。但是，如果当事人已经陈述事实就不问是哪个当事人陈述的事实；如果当事人已经提出证据方法，就不问是哪个当事人，是负担举证责任的当事人提出的证据方法与相对方提出的证据方法，都可以进行调查，采为证据原因，已如前述。所以，各当事人对自己有利的事实就必须陈述，或者提出对自己有利的证据方法，就必须提出为有利益（举证的必须）。（甲）关于自己负举证责任的事实（即其事实在真伪不明的时候，不承认该事实是发生法律上效果的法律要件的事实），不用说，不仅提出适当的证据方法，而且还有证明的必要；（乙）关于相对方负举证责任的事实，证明其虚伪或者其反对事实为真实，提出证据方法也有利益。法院虽然应该根据言词辩论的全部趣旨及当事人提出的证据方法进行证据的结果，以自由心证判断事实的真伪，但是，限于事实真伪仍然不明时，应该根据举证责任



的原则解决,所以举证作用与举证责任,不能够混同,自不待论。举证作用,应该认为是当事人以证明一定事实的虚伪或真实为目的,提出适当的证据方法,使法院取得证据的行为;反之,举证责任,是规定在事实的真伪不明时,是否承认付与该事实作为法律要件的一个构成要素的法律上的效果。

## 第二款 举证责任分配的原则

### 总 论

举证责任,应该使原告及被告双方分担,这是原则。罗马法的注释家,试图根据罗马法源证明举证责任分配的原则。这个原则,在裁判上、实际上实行几个世纪之久。然而,关于分配原则的内容,试图进行具体的研究还是从德国普通法时代瓦希,特别是贝特曼——赫尔维希(Bernman——Houweg)开端。以后的学说,只是敷衍其说,而现在所倡导的,也没有超出这个范围。我民事诉讼法间接承认的原则,也是参照德国普通法以来的学说。但是,莱昂哈德(Leonhard)氏则持异论,对这个问题,给与新刺激。

我们在下面,先观察举证责任分配学说沿革一斑来透视莱昂哈德(Leonhard)的学说,最后论述的个人的私见。

### 第一项 举证责任分配学说的沿革

在罗马法,规定解决举证责任的分配有二个原则,一个