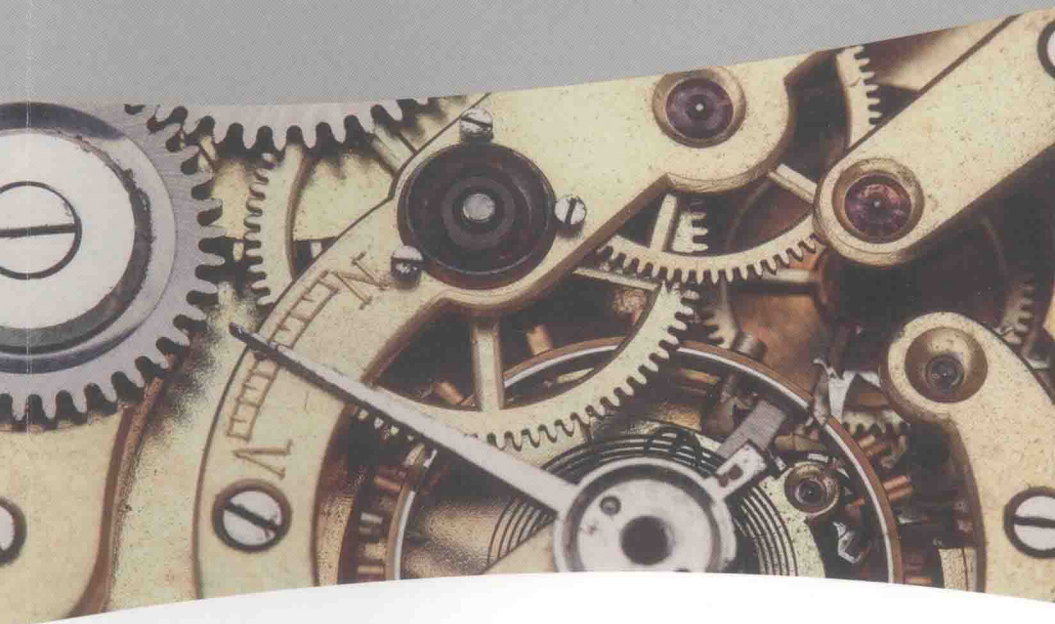




具体举证责任论

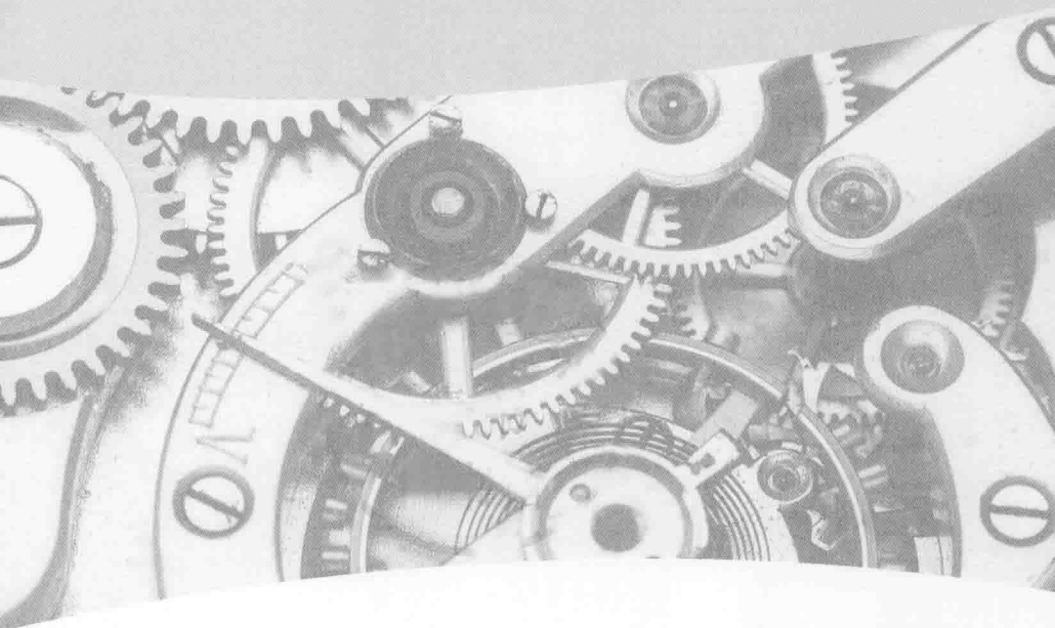
The Concrete Burden of Proof

胡学军 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本研究得到“江西省高校重点学科建设基金”及
“南昌大学社会科学学术著作出版基金项目”（批准号：12XCZ05）的



具体举证责任论

The Concrete Burden of Proof

胡学军 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

D915.130.4
32

图书在版编目(CIP)数据

具体举证责任论 / 胡学军著. —北京:法律出版社, 2014. 11

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7085 - 8

I. ①具… II. ①胡… III. ①举证责任—研究 IV.
①D915.130.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 248129 号

具体举证责任论

胡学军 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2014 年 12 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 北京泰山兴业印务有限责任公司

印张 22.5 字数 318 千

印次 2014 年 12 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

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/010-63939796

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

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 - 5118 - 7085 - 8

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

具体举证责任论

智慧与汗水的证明

——《具体举证责任论》序

张卫平

与本书作者的认识是在多年前的一次讲座活动中。南昌大学法学院的涂书田教授是西南政法大学我本科时期的师弟，讲座之前，涂教授向我介绍了他的同事——年轻教师——胡学军。我的第一印象，学军话不多，言谈之中可以看出他是一个对学术有追求、有理想的人，有志向读博，但并非仅仅为了戴一顶博士帽。后来通过努力学军如愿进了清华，他以后的学习和研究证明我的判断是正确的。

证明责任（举证责任）问题是民事诉讼法学中一大基本理论问题，在最早提出证明责任理论的德国，学者对其的研究已经有上百年的历史。正如经济学家汪丁丁所言：所谓基本问题就是人们长期争论的问题。虽然此话是从结果和现象来定义基本问题，但的确只要是基本问题，由于其“基本性”、“基础性”就一定蕴含极其复杂和深刻的问题。因此，基本问题一定是该学科学术研究的深水区。我也写过关于证明责任的论文，但主要是厘清外国民事诉讼中证明责任的规范和适用，以及学者关于证明责任的理论，谈不上深入研究。一方面因为证

明责任涉及实体法的具体规范,另一方面涉及若干概念的语义界定,弄不好容易陷入语言分析的泥潭之中。这与哲学家卡尔·波普尔不愿涉猎分析哲学系同样的道理,因此,我在学术研究方面总是避免深入证明责任问题。但实践是无法回避的,司法当中也实实在在地面临着用原有证明责任理论难以妥当解释和处理的问题。有的人说中国民事诉讼实践无须复杂、精细的理论,这无疑是一种极大的误识。我国民事诉讼法学界与司法实务界之间确实存在一定的隔阂,但正如以色列原最高法院院长所言:法官需要法律理论,而法律理论也需要法官。证明责任问题在我国需要有学者来深入研究。用现在的一句流行语来讲就是攻坚克难。这些学者必须是有勇气敢于趟深水区的学者。胡学军博士就是这样一位学者,敢于向证明责任这一高难度、高风险的基本问题进发。

在学军博士进入清华之初,我们就讨论过今后博士论文的选题。我也曾提供一些选题,但当时没有确定下来。因为能不能上手进行研究要看研究者自己的感觉,如果没有感觉那就只是导师的命题作文,研究起来往往是很痛苦的,因为问题的语境意识存在于导师的头脑之中。博士论文的主题最好是研究者自己发现的问题,自己发现的问题最有可能加以思考解决。大概半年以后,学军的博士论文的方向大体上确定了——证明责任。证明责任问题的研究需要有很强的思辨能力和习惯。通过初步探索,学军最终确定了具体举证责任这一命题。提出和研究这一命题的意义在于解决抽象证明责任难以解决的问题。我当时有些担心,因为这一研究需要冒相当大的风险。具体举证责任的提出对应的是抽象证明责任,因此必须要充分揭示抽象证明责任的不足和缺陷,界定两者之间的不同内涵和界限。一旦不能证明具体举证责任概念独立存在的必要性,整个论文就要崩盘。大多数法学博士论文选题尤其集中于关于完善原有法律制度,这是比较保险的。因为不涉及基础性的命题,即使论文在某个方面有缺陷也不至于整个架构塌陷而不可救药。证明责任领域的研究,还有一个特点,就是原有理论的破绽、缺陷容易发现,问题容易提出,但却不易解决。往往是提出一个解决其问题的方案和理论,而其自身引发的的问题更多,堵住一个漏洞,却导致更多的破绽。学军是有勇气的青年学者,知道这种风险依然向前。当然他也知道只有付出努力,而且需要有足够

的智慧才可能避免风险、化解风险,走向成功。

从司法实务来看,当事人的举证与证明对于解明案件事实真相,使审判能够达到实质公正具有十分重要的意义。因此,在民事诉讼中,理论界也一直在摸索如何能够促使当事人尽可能举证与证明的机制和规制方法。大陆法系国家和地区的民事诉讼理论在传统上一直使用客观证明责任和主观证明责任的概念和理论来处理关于当事人举证与证明的规制问题。学军的“具体举证责任论”通过分析研究,认为传统的概念框架无论在理论上和实践中都造成了一定混乱,已经不能回答和解决证明行为领域的诸多问题。基于此,其创造性地提出了在内涵上具有一定独创性的具体举证责任概念和理论,从而形成证明责任与具体举证责任的“新二元架构”,并以此对证明活动施以“双层调控”。根据作者的研究,具体举证责任有其不同于抽象证明责任的特有分配根据与法律效果。这一概念理论的提出,有利于促进相关证明行为与事实认定规则的生成,以更好地规范当事人的诉讼证明行为及法官事实认定方面的自由裁量权。在具体举证责任的理论视角之下,摸索证明、事案阐明义务、表见证明、举证妨碍等被视为具体举证责任转换引起的定型化“准规则”。这正是本论文理论的积极意义所在。本论文资料比较充实,虽然限于语种的关系,作者对有些国家相关原文资料的阅读和利用还不够广泛,但在当前已属难能可贵。作者正确地把握了证明责任的传统理论和实际运用,由此,也就能够充分揭示现有理论的不足,并大胆提出自己的设想。在具体证明责任概念和理论体系的论证方面能够做到深入细致,条理清晰。

我认为学军的研究是成功的。通过对具体举证责任概念和理论的研究的确有助于化解实践中事实证明的若干难题,完善和推进证明责任制度及理论的发展。虽然具体证明责任概念发端于德国,但对其性质与功能也一直没有充分予以阐释,学军在这方面有所推进、深化和细化,并且在建构以具体举证责任概念为核心的理论体系方面作出了努力,成功地搭建形成了自己相应的理论框架与体系。具体举证责任理论不是一种理论摆设,在证明责任分配的原则框架之下,通过具体举证责任理论,有助于解决现代诉讼中以证明责任难以解释的问题。具体举证责任成为一般证明责任原则和理论的有效补充。顺着这一思路,可继续深入探讨的是

如何协调具体举证责任的规范性、规则性,同时又能保持其本身所应有的灵活性、针对性,但这也许达到了一个哲学命题的高度。

博士研究生期间,该论文的相关研究成果就已经发表在了法学权威期刊——《法学研究》,及《法学家》、《清华法学》等其他法学核心刊物上,证明了学军在研究方面的付出与收获。由于博士论文的许多内容已经在论文答辩之前发表,因此在博士论文查重时还出现了一个小插曲,学校负责教务的老师质疑论文重合率为何如此之高,因为这在清华也比较少见,并因此需要导师加以解释。这当然没有问题,我们鼓励学生在读期间发表自己的研究成果,由此也可以从一个方面检验论文的价值。博士研究毕业之后,学军又在该研究领域相继发表多篇论文,包括在《中国法学》、《法制与社会发展》、《法律科学》等权威与核心刊物。学军的持续研究也使他正在成为科研产出率很高的青年学者。当然,也是一分付出一分收获。没有艰辛的耕耘,不可能有如此成绩。相信他今后在学术研究方面的目标与成就将更加高远!

《具体举证责任论》一书就是作者智慧与汗水的具体证明,作为导师,作为见证人,需要就此言语一番,是为人证,言之是为序。

2014年于清华大学荷清苑勤斋书房

致 谢

本书是在我的同名博士学位论文的基础上,修改完成的。能够完成本论文并顺利毕业获得清华大学法学博士学位,首先要衷心感谢导师张卫平教授让我实现了博士梦及对本论文写作的精心指导。自2009年进入清华大学法学院以来,他的言传身教使我获益良多。张老师对法治的信仰与对学术的态度使我对“法学家”一词有了更深的认识与感悟。从论文的选题到写作完成,张老师予以了多方面的点拨,甚至经常耳提面命,对我的写作思路有非常大的启发。虽然由于我本身的学术基础浅薄使这一仓促完成的论文实际上很难达到老师预期的高度,但老师仍不时给予鼓励。

清华大学法学院的另一位民事诉讼法学教授王亚新老师对本论文的写作也有非常重要的帮助。同样由于我天资愚钝,论文的完成也很难达到老师的理想要求,但老师的教导我仍然会铭记在心,并将对我今后的研究与学习产生影响。在清华大学法学院三年学习期间及在本论文开题与答辩过程中还得到北京大学潘剑锋教授、中国人民大学肖建国教授、北京师范大学熊跃敏教授、刘荣军教授、清华大学张建伟教授、易延友教授的无私指教与帮助,不胜感激!

本书系国家社科基金一般项目“民事证明责任的

实证考察与制度重构”(编号13BFX069)的前期研究成果,并得到南昌大学社会科学学术著作出版基金、江西省高校重点学科建设基金及南昌大学立法研究中心的支持。

本书大部分章节曾先后在一些刊物发表,包括:《从“抽象证明责任”到“具体举证责任”——德日民事证据法领域研究的实践转向及其对我国的启示》发表于《法学家》2012年第2期;《论具体举证责任与抽象证明责任的二元分立》发表于《厦门大学法律评论》2014年第2辑;《从“证明责任分配”到“证明责任减轻”——论证明责任理论的现代发展趋势》发表于《南昌大学学报(人文社会科学版)》2013年第2期;《证明责任倒置理论批判》发表于《法制与社会发展》2013年第1期;《法官分配证明责任:一个法学迷思概念的分析》发表于《清华法学》2010年第4期;《拥抱抑或拒斥:摸索证明论的中国境遇》发表于《东方法学》2014年第5期;《前进抑或倒退:事案阐明义务论及其对我国的启示》发表于《法学论坛》2014年第5期;《表见证明理论批判》发表于《法律科学》2014年第3期;《具体举证责任视角下举证妨碍理论与制度的重构》发表于《证据科学》2013年第6期;《解读无人领会的语言——医疗侵权诉讼举证责任分配规则评析》发表于《法律科学》2011年第3期;《环境侵权中的因果关系及其证明问题评析》发表于《中国法学》2013年第5期;《论消费欺诈诉讼案件证明难题的化解路径——以一个〈最高人民法院公报〉案例为样本的分析》发表于《证据科学》2010年第5期;《分合之道:两种方法发明专利侵权举证责任的规则变迁评析》发表于《当代法学》2014年第1期,等等。在论文的发表过程中,刊物编辑及匿名审稿人的宝贵意见部分已体现在本书的修改稿中,论文因此得以减少许多错误与矛盾之处。为此我要特别感谢如下刊物及编审人士:《中国法学》及陈贻健;《法学家》及肖建国;《法律科学》及刘克毅;《法制与社会发展》及伊涛;《清华法学》及张卫平;《证据科学》及李训虎;《当代法学》及霍海红;《法学论坛》及吴岩;《东方法学》及吴以扬;《南昌大学学报》及刘雪斌。

本人曾先后以论文有关章节参加多次学术会议,受到有关老师及学友的批评指正与鼓励。特别是中国政法大学证据科学研究院先后承办的2010年“第三届北京市高校证据科学博士生论坛”、2011年“第四届北京

市高校证据科学博士生论坛”及2012年“证据科学全国博士生论坛”。其中论文《举证妨碍救济制度的重构》获证据科学全国博士生学术论坛“优秀论文一等奖”；《具体举证责任新论》获2012年清华大学博士生论坛“优秀论文奖”。在此对所有老师及学友的帮助、批判与鼓励表示感谢！

回顾在清华园的三年，我要感谢当时同为清华大学博士生的王次宝、徐昀、黄新华、许小亮、李文革、冯珂、范智欣、袁中华；清华大学博士后刘哲玮、周洪波；时为德国萨尔大学博士生任重；在与他们的相处尤其是就本文进行的讨论之中受益良多。感谢清华大学博士留学生小林正弘同学在日文资料的收集及翻译方面的大力帮助！还要特别感谢时为清华大学博士生同学现为法律出版社编辑的刘文科先生对本书的出版提供的大力支持。多年以来尤其是在读博期间，我的南昌大学法学院同事涂书田等教授在我的工作和学习上给予了诸多帮助与指点，借此机会亦深表感谢！时为中国政法大学博士生的吴丹波是我们彼此考博、读博和整个“青椒”经历的相互支持者与见证人，谢谢！

最后，还要感谢我已经年迈的父母及夫人胡燕女士、女儿沐恩，在这个物质时代，他们总是容忍甚至鼓励我的安贫乐道，却一直都是我工作的最大动力与精神支柱，并使我得以多年以来总是，并将在此之后继续以淡定从容并且认真的心态面对学术、面对生活。

胡学军

2014年8月于南昌青山湖畔

目 录

智慧与汗水的证明

——《具体举证责任论》序

张卫平 / 001

致 谢 / 001

引 论 / 001

第一章 曲径通幽:具体举证责任概念的提出 及内涵界定 / 028

引言 / 028

一、德国证明责任研究的发展及具体举证
责任概念的提出 / 030

(一)现代证明责任理论的提出与确立:从格
尔查到莱昂哈德 / 030

(二)证明责任理论的绝对统治地位时期:从
罗森贝克到施瓦布 / 032

(三)从证明责任转向具体证明行为场域研究
时期:施蒂尔纳与阿伦斯 / 034

(四)小结与展望:具体举证责任概念的登场
及其前景 / 038

二、日本证明责任理论与具体举证责任相关学说的发展 / 040

(一)作为证明责任补充的举证的必要论 / 040

(二)作为证明责任组成部分的证据提出责任论(主观证明责任论) / 043

(三)作为取代客观证明责任论的行为责任论 / 045

(四)小结与展望:作为与抽象证明责任论平行的具体举证责任论的崛起 / 048

三、德、日民事证据法研究的新动向对我国的启示 / 050

四、现代证明责任理论之前的“举证责任”

概念溯源 / 057

五、与“抽象证明责任”并立的“具体举证责任”概念的界定 / 061

六、具体举证责任与证明责任周边概念的关系 / 067

(一)具体举证责任与抽象证明责任 / 067

(二)具体举证责任与主观证明责任 / 069

(三)具体举证责任与提供证据责任 / 071

七、具体举证责任与抽象证明责任的功能分割 / 073

第二章 另辟蹊径:证明责任理论的传统争议与现代解决方案 / 079

引言 / 079

一、两大法系证明责任分配学说的基本分野 / 080

二、德、日证明责任分配学说的论争及评析 / 083

三、“二元分立”视角下的证明责任理论难题之化解 / 092

- 四、“二元分立”视角下的证明实践难题之化解 / 095
- 五、“证明责任减轻”提出的理论与现实背景 / 099
- 六、证明责任减轻作为证明责任分配原则理论的补充及其缺陷 / 103
- 七、证明责任减轻的内容与范围 / 106
- 八、证明责任减轻的意义与功能 / 110

第三章 歧路徘徊:证明责任分配理论面对证明困境的既有思路批判 / 114

- 引言 / 114
- 一、证明责任倒置理论产生与发展的历史检视 / 116
- 二、我国法律实践中“证明责任倒置”的产生与发展评析 / 120
- 三、证明责任倒置作为解决新型案件中证明困境方法的利弊 / 127
- 四、证明责任倒置与特定案件证明困境的解决不存在必然联系 / 130
 - (一)现代型案件证明责任倒置规范并非来自实践中证明困境的化解经验 / 130
 - (二)新型案件证明困境并非皆可通过证明责任倒置来解决 / 135
- 五、现代型案件证明困境问题解决之替代路径 / 140
- 六、法官分配证明责任的学说定位 / 144
- 七、我国理论及实务上采取了法律要件分类说,因此应排除法官分配证明责任 / 147
 - (一)我国证明责任分配一般原则的司法解释 / 147
 - (二)我国法官分配证明责任的规范及其法

解释 / 151

八、实践中法官分配证明责任概念误识及
两种分析路径 / 155

九、事实认定疑难案件证明困境的解决方
案 / 163

(一)不宜由法官分配证明责任来加以解
决 / 163

(二)亟须建立与证明责任机制配套的举证与
评价规范 / 168

十、对事实认定中自由裁量权的限制符合
进一步司法改革的趋势 / 172

第四章 殊途同归:摸索证明与事案阐明义务对 具体举证责任的双向调控 / 176

引言 / 176

一、摸索证明的内涵及表现形态 / 178

二、摸索证明的法律效果 / 182

三、摸索证明容许性的比较法律实践 / 184

四、摸索证明容许性的制度语境 / 188

五、摸索证明论对我国举证制度的启示 / 191

六、事案阐明义务论的发展脉络 / 196

七、事案阐明义务论的主要理论论争 / 200

八、事案阐明义务一般化趋势及其法律实
践 / 203

九、事案阐明义务论对我国的借鉴与启
示 / 209

第五章 穿越迷雾:表见证明、事实推定与具体举 证责任转换 / 212

引言 / 212

一、表见证明的既有界定 / 215

二、表见证明作为一种证明方式的基本

特征 / 219

- (一) 表见证明是一种简捷证明 / 219
- (二) 表见证明是一种“类似性证明” / 221
- (三) 表见证明是无须证据的“证明” / 222

三、表见证明的法律效果 / 224

- (一) 表见证明不导致证明责任转换 / 224
- (二) 表见证明性质属于临时证明评价 / 225
- (三) 表见证明没有降低证明标准 / 227
- (四) 表见证明转换具体举证责任 / 228

四、表见证明与事实推定的比较 / 231

- (一) 表见证明与事实推定适用范围的宽窄 / 231
- (二) 表见证明与事实推定所基于的经验规则的盖然性高低 / 233

五、表见证明的准确界定及其与事实推定的地位之争 / 237

第六章 回归原点:具体举证责任视角下举证妨碍理论与制度的重构 / 243

引言 / 243

一、举证妨碍的概念及其构成要件分析 / 245

- (一) 关于举证妨碍概念的既有表述 / 245
- (二) 举证妨碍概念界定中几个要素的争议 / 248

二、举证妨碍制度的理论依据探寻 / 252

- (一) 举证妨碍制度理论依据的既有学说举要 / 252
- (二) 举证妨碍制度理论依据的体系化 / 254

三、举证妨碍救济的体系化重构 / 256

- (一) 举证妨碍的制裁与救济的区分 / 256
- (二) 举证妨碍法律效果的既有学说评析 / 258
- (三) 举证妨碍救济效果的体系化重构 / 263

四、举证妨碍制度的立法及我国举证妨碍制度的建构 / 270

第七章 重返正途:具体举证责任理论下现代诉讼事实证明难题之化解 / 275

引言 / 275

一、社会现代化与诉讼证明的现代特征 / 278

(一)信息社会主体之间的举证能力落差 / 278

(二)风险社会中事实证明要求的弱化与事实审理的集中化 / 280

(三)多元社会中作为证明背景知识的文化观念意识形态的冲突加大 / 283

二、现代诉讼中事实疑难案件的三种类型 / 285

三、现代案件证明责任的分配的误区与具体举证责任的引入 / 288

四、现代诉讼中证明难题的解决之道 / 292

五、具体举证责任作为调控诉讼证明行为的基础理论 / 295

结 论 / 301

一、本书所针对和解决的主要问题 / 301

二、具体举证责任作为本论文核心概念的建构 / 303

三、以具体举证责任为核心的诉讼证明理论框架及基本内容 / 305

四、新概念体系与理论在解决现代案件实际问题中的运用 / 307

五、结语 / 308

主要参考文献 / 309

索 引 / 326

后 记 / 336