

MINSHI JU ZHENG ZEREN GAINIAN YANJIU

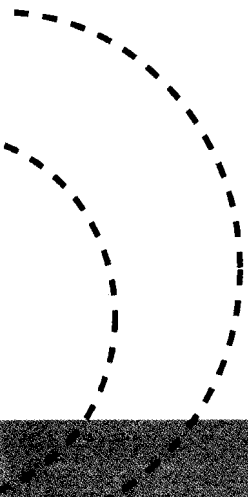
民事举证责任概念 研究

民事责任，对民事法律责任的简称，是指民事主体在民事活动中，因实施了民事违法行为，根据民法所承担的对其不利的民事法律后果或者基于法律特别规定而应承担的民事法律责任。民事责任属于法律责任的一种，是保障民事权利和民事义务实现的重要措施。

季桥龙◎ 著



中国政法大学出版社



民事举证责任概念研究

图书在版编目 (CIP) 数据

民事举证责任概念研究 / 季桥龙著. —北京: 中国政法大学出版社,
2011. 5

ISBN 978-7-5620-3874-0

I. 民… II. 季… III. 举证责任-研究 IV. D915.130.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第035690号

- 书 名 民事举证责任概念研究
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034 分箱 邮编100088 fada.sy@sohu.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908524(编辑部) 58908325(发行部) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880×1230mm 32 开本 7.625 印张 160 千字
- 版 本 2011 年 4 月第 1 版 2011 年 4 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-3874-0/D·3834
- 定 价 24.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

序



法律由事实而生。历史已经跨入 21 世纪的第二个十年，民事诉讼法的全面修改指日可待。长期以来，举证责任被誉为诉讼的“脊梁”。在中国，民事举证责任问题是民事司法改革关注的重点问题之一。举证责任理论体系比较复杂，这种复杂性首先体现在概念上。我们应当承认，举证责任的概念，是各国立法者或研究者基于本国的实际情况而总结概括，包括本国特定的政治、经济、社会文化、传统习惯等一系列的全面价值考虑。

近几十年来，随着对国外一些举证责任理论的引进，我国传统的举证责任概念受到一些学者的挑战。总体上看，由于概念认识的不统一，导致理论研究的共识很难达成。更为严重的是，立法和司法实务中，受外国学者举证责任概念的影响，在举证责任的法律适用方面存在模糊认识，导致在实践中出现了许多莫须有的“错案”。对此，理论和实务界已经展开反思。

本书是季桥龙同志博士论文的研究成果，以中国自身的法律文化传统和现有法律司法解释及司法实务案例为背景，批判案件事实的认定存在真伪不明，否定了客观举证责任的概念提法。这种批判性思维方法，彰显了一定的学

术勇气，体现了博士论文的价值。文章考察了中国的传统及现实国情，提出将理论回归传统，突出否定之否定的学术发展规律。文章的观点和论证方法符合中国传统的认知情感，也符合中国当今法制社会发展的需要。作者长期关注审判实务，文章的写作风格贴近实际，得出的结论也是务实且可行的。

我认为，中国民事诉讼法学理论发展到今天，再次研究民事举证责任的概念，意义重大。在中国，从古至今，在举证责任的概念认识上，从来都是以主观举证责任的角度展开的。在审判实践中，不排除由当事人承担举证义务，但是法官应当尽力查明案件事实，必要时应当依职权调查取证。查明案件事实，本身就是法官的职责。这一点，是毫无疑问的。从法律本身来看，在中国现行三大诉讼法和证据规定中，根本看不到客观举证责任的任何痕迹。这一点，我们必须保持高度清醒。事实上，赞同客观举证责任理论体系的学者也承认，客观举证责任的功能“永远不可能是去帮助法官形成对某个生活事实的心证”，它是法官遇到无法获得心证时依据真伪不明作出客观举证责任判决的托词，其借口是法官不得拒绝裁判。这种解决问题的思路是非常消极的，在中国很难得到认可。倘若运用在中国本土的司法实践，将会出现严重的问题。那将只会是真伪不明判决的泛滥，法官急于职守，造成更大范围的司法不公。客观举证责任概念的出现，只能说明该概念是其本国特定国情及其语言、思维习惯等综合情景下的产物。客观举证责任概念，即使在它的发源地，从其诞生那天起，就不无争议。客观举证责任概念，并不具有普世意义。

还有一点应当予以澄清。《民事诉讼法》第六十四条，以及最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二条的规定仅仅是关于民事举证责任的概念的规定，与举证责任的分配无关。此前有关对法律及司法解释的解读尚需再斟酌，对法条解释的方法还可以再全面些。实践证明，上述两条规定是符合中国实际的。

在中国社会，是否应当否认案件事实认定存在“真伪不明”，我期待有更多的学者和实务界人士参与这一关键问题的讨论。

中国人民大学法学院教授
中国法学会民事诉讼法学研究会名誉会长

江伟
2011.1.3

内容摘要



民事举证责任被学者公认为是民事诉讼的“脊梁”(backbone),民事举证责任的概念问题成为民事诉讼“脊梁”中最为基本的问题。法律是一套规则体系,也是一套概念体系。由于举证责任概念认识的不统一,导致实践中举证责任分配等法律适用极为混乱。20世纪80年代以来,随着民事审判方式改革的深入,德国的客观举证责任理论介绍到我国民事司法领域后,许多人感叹“狼来了”。我国《民事诉讼法》第64条以及最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第2条是关于民事举证责任概念的规定,如何解释并适用,关涉案件实现公正判决的路径和方式问题,受到各界普遍关注。本文研究举证责任的概念这一基础问题,提出在我国否定德国客观举证责任概念通说的大胆假设,并始终小心求证,试图总结中国语境下的举证责任概念内涵,得出的结论是回归主观举证责任概念。本文关注审判方式改革以来的司法实践,以中国法律文化为背景分析理论界、立法和司法对德国现代证明责任理论的误读,指出在比较法上进行法律移植应当立足的国情因素,力求找准本国理论创新的着力点。本文坚持对概念采用法律解释学方法的立场,指出不同观点之间不存在对和错的区分,而只是合理性以及与本土法律文化、

传统吻合程度的不同。本文始终注意将举证责任的概念与举证责任的分配的研究截然区分,以求概念研究的纯化。

全文的主体部分共分6章,其内容简要如下:

第一章考证举证责任的缘起。分析罗马法时代以及我国历代诉讼中的举证责任制度特点,指出我国自古以来在举证责任制度上的独特之处。

第二章分析举证责任概念的历史演变过程。展现德国、英美、日本以及我国举证责任概念发展的全貌。

第三章对“真伪不明”现象展开剖析。分析“真伪不明”概念及其形成条件,指出真伪不明现象的本质,总结现代社会克服真伪不明问题的各种尝试。

第四章否定客观举证责任概念。阐述举证责任概念解释的方法,分析德国客观举证责任概念解释的路径,研究各国否定客观举证责任概念的学说和实践。

第五章论证主观举证责任概念的回归。分析客观举证责任概念在我国属于伪命题的成因,指出“证明责任法”的解体与我国主观举证责任概念的回归和“逆动”。

第六章举证责任概念之运用。指出以主观举证责任为核心的概念解释在中国本土的价值提升,突出中国公正判决要求下的法官调查取证与当事人履行举证责任共存,总结举证责任概念适用的要点。

本文在学术观点上的创新是:充分考虑司法认知理念及法律规定前提,结合我国立法与司法实际,提出将举证责任概念回归传统的观点。指出具有狭隘应用空间的客观举证责任概念在中国属于伪命题,在认识论、法律规定要求、司法体系和习惯融通等方面均不可行。

本文在论证方法上的创新有:从认识论和实践论出

发，总结得出主观举证责任概念是认识论和法律制度运行的本质要求。强调认识论中的事实可知以及实践论中的司法可行，要求举证责任概念的回归。采用语境的分析方法，法律体系的解释方法，比较法分析和历史分析相结合，论证了中国本土举证责任概念的应然价值内涵及其适用方法。

本文的研究方法主要有：比较研究的方法、规范分析的方法、法律系统分析的方法、历史国情考察的方法、哲学认识论、知识论以及政治学的分析方法。

C 目录

CONTENTS

序	1
内容摘要	1
引 论	1
第一节 问题的提出及选题意义 / 1	
第二节 举证责任与证明责任两个概念的限定 和说明 / 10	
第三节 本文的研究路径 / 15	
第一章 举证责任概念的缘起考证	18
第一节 罗马法时代的举证责任 / 19	
一、罗马法时代的举证责任概述 / 19	
二、“原告应当承担举证责任”原则 / 22	
三、“主张者负担举证的义务，否认者不负担 举证的义务”原则 / 23	
第二节 中国诉讼制度中的举证责任缘起 / 24	
一、中国古代诉讼的举证 / 25	
二、中国近代诉讼的举证 / 27	
第三节 小 结 / 28	

第二章 举证责任概念的历史演变 31

第一节 德国举证责任概念的发展 / 32

一、德国普通法时代的举证责任 / 32

二、德国民事诉讼法制定时期的举证责任 / 34

三、德国当代民事诉讼举证责任 / 39

第二节 英美举证责任概念的发展 / 41

第三节 日本举证责任概念的发展 / 47

第四节 我国举证责任概念的发展 / 50

第五节 小 结 / 56

第三章 “真伪不明” 问题剖析 57

第一节 案件事实“真伪不明” 的现象 / 57

一、真伪不明的概念 / 57

二、研究真伪不明的意义 / 59

第二节 案件事实“真伪不明” 的本质 / 60

第三节 各国克服“真伪不明” 的举措 / 64

一、非既判力原则下的驳回起诉和搁置
推迟裁判 / 65

二、依照法律对“真伪不明” 情形的明文
规定处置 / 66

三、不负举证责任当事人的事实阐明义务 / 66

四、表见证明和大致推定 / 67

五、反证提出责任 / 67

六、法律上的推定 / 69

七、通过比例判决 / 69

八、法官自由裁量 / 71

九、证明妨碍 / 72

十、强制法官（陪审团）认定和法官促进和解 / 73	
十一、降低证明标准 / 75	
十二、举证责任的转移解释 / 75	
十三、罗森贝克的法规不适用说理论 / 76	
十四、借助辅助手段之一 ——莱波尔特的特别规范理论 / 76	
十五、借助辅助手段之二 ——穆兹拉克的消极规则说 / 78	
十六、借助辅助手段之三 ——施瓦布、普维庭的操作规则说 / 79	
十七、直接运用行为意义上的举证责任 / 81	
第四节 证明标准实现下的举证责任 / 82	
一、证明标准的定义 / 82	
二、有关证明标准的法律规定 / 85	
三、证明标准与举证责任的关系 / 87	
第五节 我国审判方式改革以来的认识和实践 / 90	
一、我国理论界对真伪不明问题的认识 / 90	
二、我国司法实践的尝试 / 93	
第六节 小 结 / 97	
第四章 客观举证责任概念之否定	99
第一节 举证责任概念解释的方法论 / 102	
一、法学概念的规范方法 / 102	
二、法律解释学视野下的举证责任概念 / 108	
三、证明过程视野中的举证责任概念 / 111	
四、比较法视野下的举证责任概念 / 113	
五、德国客观举证责任概念的解释方法 / 114	

第二节 客观举证责任概念否定之实践 / 118	
一、莫大的“优势盖然性说” / 120	
二、莱昂哈德的“证明说” / 123	
三、我国台湾地区否定说观点 / 125	
四、日本否定说观点 / 126	
第三节 小 结 / 129	
第五章 主观举证责任概念之回归 133	
第一节 客观举证责任在我国本土系属伪命题 / 134	
一、当事人举证视角下的举证责任 / 135	
二、法官裁判视角下的举证责任 / 136	
三、法律文本对客观举证责任判决的禁止 / 138	
四、中国法制要求下的主观举证责任之坚持 / 142	
五、中国特色法律纠错体系对“真伪不明” 的各阶段克服 / 145	
六、客观举证责任概念伪命题的构成 / 147	
第二节 “证明责任法”的解体与主观举证责任的回归 “逆动” / 152	
一、“真伪”证明二分法的回归 / 152	
二、法律移植视野中的举证责任内涵 / 159	
三、本土归属意义上的举证责任内涵 / 164	
四、举证责任概念的回归与“逆动” / 168	
第三节 小 结 / 172	
第六章 举证责任概念之运用 177	
第一节 举证责任概念价值之提升 / 177	
第二节 举证责任履行之保障 / 184	

第三节 举证责任概念之运用 / 192

结 语

——主观举证责任概念是认识论和司法运行的

本质要求 197

感想之一——认识论中的事实可知 / 199

感想之二——实践论中的司法可行 / 201

余 论 207

参考文献 209

致 谢 225

引 论

工欲善其事，必先利其器。

——孔子^{〔1〕}

法无精确之定义，而委诸善良人之判断（Lex non exacte definit, sed arbitrio boni vivi permitet）。

——法谚

优秀的法官能够拓展正义的疆域（A good judge can extend the boundary of justice）。

——法谚

第一节 问题的提出及选题意义

考察民事诉讼法学的基础理论，一般认为有四个：一是诉讼目的论；二是诉权论；三是既判力本质论；四是举证责任论。其中举证责任被学者公认为是民事诉讼的“脊梁”（backbone）。民事举证责任的概念问题，就成为民事诉讼“脊梁”中最为基本的问题。

举证责任理论从诞生之日起，一直是诉讼法学界高度

〔1〕《论语·魏灵公》。

重视的核心课题，人们对这一问题的研究已经有几千年的历史。举证责任在诉讼领域的地位至关重要，举世瞩目。在浩如烟海的诉讼法学著作中，学者们论述得最多的就是举证责任。但是纵观世界各国法律史，在法学概念上，从未有哪个概念像举证责任概念这样混乱并且难以统一；而在内容体系上，也从未见过比举证责任理论体系更为复杂的理论。多少年来，无数哲学家、思想家、法学家和实务精英都为之倾情。尤其是近一个多世纪以来，随着人类社会文明步伐的加速，对举证责任问题的研究更是如火如荼，从未间断。就像日子必须一天一天过一样，诉讼中举证责任问题也必须一件一件的解决，它首先是具体的，其次才是共通的。

本文对举证责任的研究，主要在民事诉讼视野中展开。在民事诉讼、行政诉讼、刑事诉讼这三大传统诉讼类型中，笔者持民事诉讼是其他诉讼类型的母法观点。由于举证责任问题在三大诉讼形态中普遍存在，对于民事诉讼举证责任的研究，一方面可以用行政诉讼、刑事诉讼中举证责任的研究成果来辅助理解和论证；另一方面，也可以用民事诉讼举证责任的研究成果来验证和解决行政诉讼、刑事诉讼举证责任领域中的设想和困惑。换言之，本文关于民事诉讼举证责任概念的研究，应当而且必然对于行政诉讼、刑事诉讼中举证责任概念的研究具有指导意义。民事诉讼举证责任概念的研究，应当在放眼民事诉讼、行政诉讼、刑事诉讼这三大传统甚至所有诉讼形态背景中展开。总而言之，研究民事举证责任，应当对人类有诉讼制度以来的所有事实认定类型的举证责任制度有全面认识和了解。

举证责任制度的设计和完善，仍然是当前民事诉讼法修改的重中之重。举证责任在我国轰轰烈烈的民事审判方式改革过程中，具有特别重要的意义。民事司法改革的实践表明，举证责任既是民事审判方式改革的起点，又是民事审判方式改革的归属之一。

总体上看，举证责任论由三个部分组成：概念论、分配论和免证论。其中，概念论无疑应当是民事举证责任的基石。由于概念认识的极不统一，导致理论研究的共识很难达成，学者之间经常是自说自话。更为严重的是，立法和司法实务中，因为概念的根基不牢、思路不定，以致在举证责任的概念、分配、免证及倒置等方面时左时右、纠缠不清、混乱不堪。反映在各种案件的判决中，形成各种方法和解说的排列组合，理论和实践已经群龙无首、五花八门。为此，举证责任概念在中国本土的解释统一，必然成为解决当前理论和实务混乱局面的首要任务。

法律是一套规则体系，也是一套概念体系。适用范围、构成要件和法律效果，都是通过法律概念来表述的。法律是一套概念、原则、制度和理论的体系，其基础是一整套有严密逻辑关系的概念，掌握了这套概念，就掌握了法律思维的框架。实践表明，法官在裁判中、律师在处理案件中、学者在分析案例中，如果出现失误，往往源于没有掌握好这套概念体系或者发生了概念混淆。工欲善其事，必先利其器。概念是人类的发明，是用文字表述的，是科学思维的工具。因此，概念性是文义解释的根据，解释法律，必须先从文义解释入手。概念有其内涵、外延，概念有其模糊边界，即概念具有模糊性，这就决定了文义解释可能得出多个解释结果。当采用文义解释，得出两种