

中国证据立法前瞻性问题的研究丛书

主编 江 伟

证据法： 证明负担原理 与法则研究

陈界融 著



D915.13
9

中国证据立法前瞻性问题的研究丛书

主编 江 伟

证据法： 证明负担原理 与法则研究

陈界融 著



 中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

证据法：证明负担原理与法则研究/陈界融著.
北京：中国人民大学出版社，2004
(中国证据立法前瞻性问题的研究丛书/江伟主编)
ISBN 7-300-06221-0

I. 证…
II. 陈…
III. 证据-法律-研究-中国
IV. D925.013

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 131241 号

中国证据立法前瞻性问题的研究丛书

主编 江伟

北京市社会科学理论著作出版基金资助

证据法：证明负担原理与法则研究

陈界融 著

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010—62511242 (总编室)	010—62511239 (出版部)	
	010—82501766 (邮购部)	010—62514148 (门市部)	
	010—62515195 (发行公司)	010—62515275 (盗版举报)	
网 址	http://www.crup.com.cn http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	北京雅艺彩印有限公司		
开 本	787×965 毫米 1/16	版 次	2004 年 12 月第 1 版
印 张	20.5 插页 2	印 次	2004 年 12 月第 1 次印刷
字 数	371 000	定 价	29.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

作者简介

陈界融，男，先后毕业于四川大学法律系（1989年获学士学位）、中国人民大学法学院（1999年获硕士学位；2002年获博士学位），后在中国人民大学财政金融学院应用经济学博士后流动站从事研究工作（2004年出站）。曾在《法学家》、《现代法学》、《台湾月旦法学》等刊物发表论文34篇。著有《民事证据法：法典化研究》。参与教育部人文社会科学重大项目“中国证据法草案及立法理由书”课题，并担任该课题最终成果形式《中国证据法草案（建议稿）及立法理由书》一书的执行主编。曾在基层司法机关任检察官、法官。现为四川大学法学院教师。

题语

司法的功能之一在于断事鞠狱、定分止争，证明负担原理与法则之遵从，乃司法正义之根本所系，否则，司法裁判即无定数，司法公正与文明即难长久实现。胡适先生“有几分证据，说几分话；有七分证据，不说八分话”，其理自明。

传统证据法理论认为，只有在案件事实发生真伪不明时，才有证明负担法则的适用。本书认为，每一个案件的诉讼过程，都有证明负担原理与法则的运用。证明负担自身的内容包括，审前程序中声明证据方法的主张负担、法庭调查程序中提出证据方法的举证负担、法庭辩论程序中运用证据进行辩论的心证负担。本书证明负担原理与法则，包括：（1）证明负担原论。主要涉及的原理与法则有：证明负担历史发展、证明负担内容体系、证明负担分配原理。（2）证明负担转承论。涉及的原理与法则主要有：司法认知法则、推定法则、自认法则和证明妨碍法则。（3）证明负担禁限论。所涉及的原理与法则包括：表见证明法则和口头证据规则。

在培养证据文化理念，造就证据思维逻辑，大力倡行证据裁判主义的今天，研习证明负担原理与法则，无疑久旱逢甘霖。

总 序

江 伟*

证据，是司法正义的基础，没有证据的司法，其正义性、公平性很难得到保障。要使我国司法实现正义与公平，必须夯实司法正义与公平的基础——证据法！这也是确保社会长治久安，建立民主法治型社会的基础。

证据法，简而言之，就是以证据证明待证事实的法律，其内容无非是证据与证明两大块，它们之间的关系即是，证据是证明的基础与手段，证明是证据的必然结果与要求。这些内容，第一，不属于任何一部诉讼法，但是在三大诉讼中能够普遍适用。第二，它与程序法有联系，却并非程序法的内容，而是一个实实在在的有点类似于实体法规范的规范。法官和当事人把它当做实体法规范直接引用。第三，从立法技术上讲，对于证据法规则，任何一部诉讼法都不能把它全部包括进去。所以，证据法与诉讼法的关系也是非常明显的：由于证据具有公开性，决定证据行为必须公开透明，在诉讼环节中，如公安等侦查机关、人民检察院的职权活动具有闭合性，它不符合证据法的本质，故应属于刑事诉讼法调整。再一方面，诉讼法它本身具有程序的不可回转性，即某一程序过去了，就不能重新再来，如公安机关已经将某一案件移送人民检察院审理起诉，不能再行立案侦查；一审法院将案件审判终结，不能再决定重新审理一次。而证据法它本身却具有可回转性，如检察院即使将案件向法院起诉，它仍然可以调查收集有关证据，甚至人民法院审理案件，法庭调查程序或辩论程序已经结束，也可以依职权决定重开法庭调查或法庭辩论。由此，紧紧抓住闭合性（非公开性）、不可回转性来区别诉讼法与证据法之间的关系，就显得清楚明白。特别是将诉讼法与证据法的

* 中国人民大学法学院教授，中国诉讼法学会名誉会长，“中国证据法草案及立法理由书”课题组主持人。

内容区别开来，证据法能够单独制定。

将诉讼法与证据法二者的关系区分开以后，即是证据法的立法模式问题。关于证据法立法模式，是通过修改三大诉讼法，补充完善证据法的内容的方式进行证据立法，还是制定统一的刑事、民事（含行政）证据法，抑或制定单独的民事证据法、刑事证据法、行政证据法，学者间也有争议。这三种立法模式在两大法系国家都有不同的立法例可资参考。但是考虑到，第一，诉讼法和证据法的规范是可以区分的，这就为单独制定证据法提供了规范依据。第二，如果各证据法单独立法，如何处理三大证据法中的共同性问题，如证据方法、证据调查法则、证据评价法则等共同内容？单独制定一部民事证据法后，是不是又要单独制定刑事证据法、行政证据法？这样制定是否有利于法律体系的完整统一？单独制定后，是不是便利于司法操作？比如，一个刑事附带民事案件，要用刑事证据法和民事证据法两套规则来处理，对当事人和法官而言都是痛苦的事，这样根本不利于法制的统一和司法的操作。所以，从长远看，应当制定统一的证据法。

“中国证据法草案及立法理由书”课题，是教育部人文社会科学研究的重点项目，从该项目的立项、报批到项目的进展，中国人民大学法学院副院长、中国民商事法律科学研究中心主任王利明教授做了大量的组织领导工作，这些工作是该项目得以报批及顺利完成所必需的。该项目由中国诉讼法学会名誉会长、中国人民大学法学院教授江伟主持。在江伟教授的主持下，根据研究计划，课题组开展了如下工作：

一是课题组调查收集了全国有关高级人民法院陆续制定的“关于民事诉讼中的证据问题若干规定意见”等资料，对其实施效果和存在的问题进行了专门的调研。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》公布实施以后，课题组对该规则本身的内容进行了专门研究，肯定了有利的一面，对其存在的问题，也进行了分析，并在草拟证据法草稿时做到可取可去。

二是课题组积极搜集参考其他国家和地区证据法立法例，对之进行专门的研究分析，着重关注各有关国家的证据文化背景，这些证据法制度对世界各国证据法的影响，以及我国对之吸收或引进的可能性，做到洋为中用而不是简单地照搬照抄，同时，对我国传统证据文化底蕴进行分析研究，以决定我国现代社会需要什么样的证据法。

三是在前两项工作的基础上，组织专人对证据法的一些主要内容进行研究论证，并对司法裁判中适用证据法制度存在的一些问题进行个案剖析，了解我国证据法制度在司法裁判中适用的程度、需要解决的问题以及一些成功经验。

四是在此基础上，组织专门的人员，草拟证据法草稿，组织专家对之进行专

门的讨论与修改，并与法院、检察院、律师事务所等实际部门的人士进行密切配合，分别听取他们各自对课题组草拟出的证据法草稿的内容、体系、编章结构等内容的看法与意见。通过数次研讨会，对一些基本的证据法制度问题达成了共识，对尚未解决的一些问题或争议较大的一些问题继续进行研究，并引以为本，进行分析论证，最终写出《中国证据法草案及立法理由书》。

与此同时，课题组从一开始，就组织部分国内证据法学者，对证据法的主要理论问题进行专门研究，以期草拟中国证据法提供理论依据，这些专门性问题研究包括：民法与证据法的交错，证据能力与证据方法研究，电子证据研究，专家证人制度研究，证人陈述真实性担保法则研究，书证问题研究，证明负担原理与法则研究，推定法则研究，自认法则研究，证据法理论与实证分析，以及对世界上影响比较大的《美国联邦证据规则（2001）》进行译评和比较研究，等等。其中，对一些专门性问题研究比较成熟的，以“中国证据立法前瞻性问题的研究丛书”的形式，集结出版。我们希望，这些研究成果的发表与出版，不仅对我国的证据立法提供强大的理论支持，而且也能为我国的证据法学科的建设与发展，为全民证据意识与证据思维逻辑的培养，特别是为正义与公平在我国司法裁判中的实现，能够奠定一个理论基础。

当然，我们也要感谢推出本丛书的幕后英雄——中国人民大学出版社法律出版事业部的编辑们，是他们提出了出版本丛书的创意，也通过他们敏锐的社会洞察力，为我们提供了证据法理论需求的信息与交流平台，使我们更加坚定了如下信念：不是我国司法人员和老百姓不需要证据法，不需要证据思维逻辑，而是我们理论工作者，没有能够为社会生产出高质量的证据法精神食粮。为此，我们深感责任重大，也对“中国证据法草案及立法理由书”这一课题有了新的诠释。

是为序。

2003年5月18日

导 论

—

随着我国司法改革的深入，人们把目光集中在证据制度上，认为司法裁判不公，皆因证据制度不健全、司法官员在事实认定方面“无法可依”，导致事实认定明显错误，从而影响司法公信力，所以“证据规则的不合理和不完善很难保障司法的独立、公正以及案件真实的发现”^①。证据为司法正义的基石，逐渐为国人认同。

证明负担，又被称为举证责任，被人们称为民事诉讼的“脊梁”，而证明负担的分配（实为心证负担的分配），又被称为证明负担的“脊梁骨”，是整个证据法的核心所在，足见证明负担原理与法则，在整个证据法中的地位与作用。从法学研究看，一国证据法学研究水平的高低，从证明负担原理与法则研究中即可窥知，因为该原理与法则决定一国诉讼制度的文明与公正。从立法现实看，我国证据立法工作进行数年，以“步履蹒跚”称之，毫不过分，且至今仍无定势，究其原因，主要是学者对证明负担原理与法则研究得不够深入，尚未形成能够令大家都能信服的证明负担原理与法则理论，专家各持己见，难于统一。

证明负担原理与法则，是整个证据法研究与学习的重点和中心，它是民事证据立法的“卡脖子工程”之处，是驾驭民事证据法的“牛耳”所在！从国内对证明负担原理与法则研究现状看，目前只有两本有影响的专著^②，若干部民事证据法方面的著作^③，以及近几年来发表的一些有分量的学术论文。值得注意的是，

① 王利明等主编：《中国民事证据的立法研究与应用》，5页，北京，人民法院出版社，2000。

② 一本是李浩教授专著《举证责任研究》，一本是陈刚教授专著《证明责任法研究》，以及宋世杰教授的《举证责任论》。

③ 如毕玉谦教授的《民事证据法及其程序功能》，叶自强副研究员的《民事证据法研究》等。

由王利明教授等撰写并主编的“证据法研究与适用丛书”系列，既有理论与实践方面的论述，又有各国立法例可供参照，故在证据法学界影响较大，为我国证据立法奠定了理论基础，提供了“他山之石”。证据立法之所以能够在极为艰难的情况下进行到现在这种程度，与这些研究成果是分不开的。

本书正是基于我国证据立法现状、难点、突破口所在，在这些前人成果的基础上，特别是借鉴国内外一些有影响的学术成果，创制出适合我国国情的证明负担原理与法则，以期为我国的民事证据法的制定，以及司法实践提供一点理论帮助。

在我国的证据立法中，建立一个什么样的证据法律制度体系，采用哪种证据立法模式，是证据立法首先要考虑的问题。在法学界，观点主要有：（1）制定统一的民事刑事行政证据法；（2）通过完善各自的诉讼法，分别将民事、刑事、行政证据法律制度尽可能全面地规定进去即可；（3）单独制定民事、刑事、行政证据法；（4）在未来民法典中，以单编或单章规定民事证据法内容。^①我们认为，上述观点都有一定的道理，而且指出了我国证据立法不同的阶段所必须做的工作。如果从保守的角度看，目前，单独制定民事证据法更为妥当，施行一段时间后，再制定统一的证据法。也正是考虑到我国目前证据法总体研究水平不够理想与均衡，特别是刑事证据法研究尚不够发达，甚至还有一些“盲点”或“禁区”，而且刑事证据法的研究与宪法的研究相关联，在一定宪法体制下，单独制定刑事证据法，很难有所突破或创新，只能是刑事诉讼法的重复或较低层次的“深入”。再一方面，目前社会治安问题也令国人关注，严重的治安问题使得人们在保障人权与打击犯罪间很难作出一个理性的、超然的抉择，在这种情况下，很难做到“刑民（证据法）合一”。但是，如果从法治的统一与依法治国的大政方略考虑，制定统一的证据法成本最低，司法最易实行与操作，应当是最为理想的状态。虽然目前一些人，特别是刑事诉讼法的一些专家，认为制定统一证据法简直有点匪夷所思，但是，我们不得不承认，制定统一证据法，代表着证据立法的发展方向。

倒是由于民事证据法多以私人间纠纷的公正与高效率的解决为关注点，更能体现民法所倡导的平等原则，加之民众对法院平等解决纠纷有强烈的需求，制定一个具有时代感的、超前的、大胆引进国外先进立法经验的、更能反映民事诉讼规律的民事证据法，既有现实需求，又有广泛的群众基础；而且还有我国加入WTO的契机，更有近几年来民事证据法的深入研究成果，相信制定后更容易全

① 参见王利明等主编：《中国民事证据的立法研究与应用》，8～14页。

面贯彻执行。

在我们这样一个具有数千年纠问主义传统的国家，制定一个充分反映和保障当事人权利的民事证据法，不仅对保障当事人的权利有积极意义，而且对中国传统司法观念也是一个冲击与挑战。如果我们的民事证据法制定得比较好，能够将国内外较先进的理论研究成果反映进去，定会提高我国的法制现代化水平，更能为刑事证据法的制定奠定群众基础，提供理论依据。

有比较就有鉴别。在对上述制度进行比较论述的过程中，既有两大法系的比较，又有我国制度与英美法系、大陆法系制度的分别比较，以期找出能够适合我国国民素质状态和社会发展的可行之道。本书在对两大法系证据立法模式与体系内容的分析研究基础上，对其深层次的证明负担原理与法则进行比较，特别是对一些具体制度，如证明负担原理制度、证明负担分配制度、表见证明制度、司法认知法则、自认法则、推定法则等进行比较，对我国证据法的同一制度，结合我国的司法实践现实，提出了自己的见解。

历史是一面镜子，也是最好的老师。本书更是倾向于关注证明负担原理与法则的历史与发展。比如，在对证明负担概念的分析中，用历史的方法，本书得出结论：最早仅有主张负担，即主张事实的负担，奉行“民不告，官不究”的原则，只要当事人向官署告发纠纷，调查收集证据、进行论证、决定处罚等皆为官府的责任，这一阶段没有诸如今天的证明负担意义。发展到后来，即有举证负担，即当事人不仅向官府“告发”，主张事实，而且还要提供必要的证据。特别是大陆法系的德国，在1883年古拉色（Julius Glaser）将证明负担一分为二：主观的证明负担与客观的证明负担，将事实真伪不明时的不利后果的承受引入证明负担核心原则或本质所在，导致证明负担法独立。

在证明负担分配的论述上，本书也以历史方法见长。从古罗马法的原告有证明负担而被告没有，肯定的人有证明负担而否定的人则没有，到大陆法系的德国不同阶段，有不同的分配观，如待证事实分类说、法律要件分类说以及现代的盖然性说、多样性说、危险领域说等的形成、发展演变的分析论述，得出结论：我国证明负担分配，应当明确界定在心证负担由原告和反诉被告人承受，举证负担可以在当事人间来回摆动，所谓证明负担分配，实际上是举证负担的分配。

理论可以指导实践，实践又可以检验和发展理论。证据法是实践性很强的法律，太抽象、太深奥的理论可能不利于我国司法的贯彻与执行。本书正是基于我国目前经济、文化、国民法治意识，我国特有的法律传统、人权观，以期把国内外证据法研究的最新成果与我国的国情相结合。比如，自认法则的研究，在英美法系，自认是指诉讼外的承认，作为传闻证据对待，而在我国的自认，应当是指

当事人在诉讼中的承认，因为英美法系实施彻底当事人主义和直接审理主义，一切证据都必须展示在公开法庭上，但英国在1995年以后，传闻证据在民事诉讼中具有证据能力，所以当事人在诉讼外的承认也具有证据能力。我国社会中，诚信欠缺，如果将当事人诉讼外的承认作为自认，在法官整体素质不太理想的我国，可能会使诉讼过分迟延或争点混淆，更不利于案件的公正与效率处断。

二

关于本书的书名，之前我的博士论文题为《证明负担原理与法则研究》，而且，在已经出版的个人专著之作者简介部分，也以《证据法：证明负担原理与法则研究》相称。笔者曾经苦苦思索过这些问题：究竟什么是证明负担原理？什么是证明负担法则或证明法则？其内容究竟有哪些……百思不得其解，在查阅大量国内外证据法著作的基础上，反复与我的导师王利明教授以及江伟教授、杨立新教授、白绿铨教授、汤维建教授、范愉教授等师长探讨，结合本文提出的证明负担动态论内容、体系，对这一问题的理解也逐渐明朗化：证明负担原理应当包括证明负担发展历史、证明负担内容体系原理、证明负担分配原理以及司法认知法则、推定法则、自认法则、证明妨碍法则、表见证明法则和证据能力法则、证明程度法则、证据评价法则，等等，仅“法则”的内容就非常丰富，依本文所述“法则”，实为（法则）沧海中的一粟耳！后经反复推敲并征询有关意见，最终以《证据法：证明负担原理与法则研究》冠之，但这丝毫不影响本书对证明负担动态论原理的阐释。

传统的证明负担论认为，只有当案件事实发生真伪不明时，才有证明负担法（原理）的适用，而由承担证明负担的一方当事人承担此事实真伪不明的不利的诉讼后果，否则，即按照实体法的规范处断（姑且将之自称为证明负担静态论）。但是，在司法裁判中，其一，发生真伪不明的情形非常之少；其二，证明负担分配的原理，在每一个实体法规范中都有体现，在每一个司法裁判中，也必然要面对与解决；其三，证明负担法（制度）的内容非常丰富，非仅有证明负担的分配制度一项耳；其四，证明负担的内容要求，在个案中，也是随着当事人的举证与抗辩的进行而处在不断的变化之中，不是静止不动的……凡此种种，传统的证明负担静态论都无法给出圆满的答案，这也是本书证明负担动态论提出的现实要求与理论所系之处。

本书提出的证明负担动态论认为，一方面，当事人对用以证明自己事实主张所依据的证据方法，必须在法律规定的期限内主张，不主张，可能要导致一定的不利后果，如承担对方一些费用或受到一些处罚等（而不是失权），即主张负担，

它是举证期限的理论基础。另一方面，当事人对自己所主张的证据方法，尽其所能在法庭上提出，如有提出不能等客观情形，应适时向法院申请，由法院依职权提出或依证明妨碍原理处断，这种以提出证据方法对自己主张的事实进行证明的行为负担即为举证负担。最后，基于诉讼之本质要求，当事人必须对自己主张的事实，以提出证据的方式并进行必要的证据辩论，进行证明或释明，以使事实审理者形成有利于自己的心证。自己提出的本证与他方行使抗辩权而提出的反证或否认，其各自的综合证据力（证明力）相互作用的结果，如果使事实审理者对于本证事实的心证程度，不能达到法律所规定的证明程度要求，则作出本证事实不成立的裁判；如果各自的综合证据力（证明力）相互作用的结果，使事实审理者内心发生真假难辨，是非不明时，即有承担证明负担的当事人一方（通常是本证方）负担不能依其主张裁判的危险后果的负担，此即心证负担。

在每一个具体案件中，究竟是先有证明负担的分配，还是先有当事人的主张？也即，是当事人的主张在先，还是证明负担的分配在先？是当事人的主张决定证明负担的分配，还是证明负担的分配决定了当事人的主张？应当承认，在个案中，先有法律关于证明负担分配的具体规定，然后才有当事人证明负担的承受。发生纠纷后，当事人正是依据法律具体规定（证明负担的分配）的要求，结合自己的证据提出可能性（完成举证负担的难易程度），才最终决定自己能够提供什么样的证据，这些证据能够在多大程度上证明什么样的事实，在证明负担分配法则的作用下，决定自己能够提出什么样的主张，最终以诉讼请求的形式，将这些事实主张和法律请求一并向法庭提出。

详言之，当提出这样的诉讼请求后，根据法律对该诉讼请求之请求权基础事实所需的事实要件，由该当事人提出相当证据（本证），他方当事人基于自身的利益需要或本能反映，提出抗辩事实所依据的证据（通常是反证），有时法律可基于诸如公平正义、举证之现实可能性（如证据距离）等公共政策考虑，明文规定一些情形下，提出抗辩的被告方（主要是民事行政诉讼被告方）必须对一定事由存在的情事承担举证负担，不能完成举证负担者，抗辩事实视为不存在，其抗辩主张不成立，在此情形下，本证方的证明负担可能很好完成，从这一立法后果看，对本证方而言，具有证明负担减轻之功效，如在证明负担倒置情形中，按照法律的一般的原则性规定，所倒置的证明负担本应由本证方承担，但因为立法政策上的原因，由提出抗辩的反证方承担，对于本证方而言，当然是证明负担的减轻，使他更容易完成证明负担，更易于实现其诉讼目的。对于反证方而言，一般情形下的只需提出抗辩，甚至只需否认也许就能抗辩成功的情形或事由，却由于法律的规定（证明负担倒置），需要自己额外地再度增加一些事实的证明，证明

不成的，其抗辩事实或事由即视为不存在，对反证方而言，似乎有点不公平，但这毕竟是少数，而且反证事实如果存在的情形下，对反证方而言，完成此举证负担是轻而易举的事。

本证事实的立证负担与反证事实的立证负担完全不同：本证事实的立证负担，是一种确立负担，是法律规定的证明程度要求之所在，是一种“立”的负担（“立”通常是比较困难的），而法律规定的反证事实的立证负担，是一种动摇负担，是一种削弱本证的负担，它没有证明程度的要求，只要能够动摇事实审理者已经形成的确实心证，该负担即算完成或卸除，它是一种“破”的负担（“破”通常比较容易），当然在“破”的过程与方法中，也有“立”的情形，但是它所“立”的事实与本证所“立”的事实，绝对不是同一个，大多数情形是相反的事实。比如，原告起诉被告故意伤害其身体，对此原告应当对被告故意伤害其身存在的事实承担证明负担（“立”的负担），被告否认其没有伤害原告的身体，对此他不承担任何形式的举证负担，但是在否认之后，会有以下几种情形：（1）如果被告抗辩道，是第三人伤害原告的身体。由此，被告要对该第三人伤害原告身体存在的事实，承担举证负担（“立”的负担），不能举证证明的，即产生该举证负担不能卸除的法律后果——抗辩主张事实不成立。（2）如果被告抗辩道，那天我根本不在现场。对此抗辩事实，被告就要承担举证负担（“立”的负担），比如主张其在李四家，以此举证负担不能卸除的，该主张事实法院当然视为不存在。当然，不在现场的事实是消极事实中的一个十分特殊的现象，排除适用“消极事实不能证明”的法则。（3）如果被告只是简单否认，他当然不承担任何形式的举证负担，也就没有“立”或“破”的负担，在默不作声的情形下，也是这样。但是，在反证中，如被告的举证负担（“立”的负担）不能卸除，并不说明原告的证明负担或举证负担就可以卸除或完成，所以，本证事实的立证负担不能完成或卸除，当事人的证明负担即不能完成或卸除，法院一定不会依据当事人提出的本证事实作出裁判，而反证事实的立证负担不能完成或卸除，本证事实不一定就必然成立，当事人的证明负担不一定就必然卸除，能否成立或卸除，还要看证明程度的要求。从中，也可以领略到证明负担动态论（主张负担、举证负担、心证负担）的现实意义，而该现实意义是传统的举证责任或证明责任法原理（证明负担静态论）都不可替代的。

从证明负担原理和各项法则中，我们可以抽象概括出其实质为证明负担动态论。本书内容分为三大部分，对这一理论进行分析、归纳、阐发、论证：证明负担理论、证明负担转承论和证明负担禁限论。证明负担原论，包括证明负担概念本身所具有的内容，如主张负担、举证负担和心证负担，以及证明负担的分配

论。证明负担分配,一般而言,实体法在立法分配时,必须考虑分配的公平、事物发展的盖然性原理、证据的距离、经验法则、证明的可能性等,因为证明负担分配之所在,乃胜诉败诉之所在。任何国家在制定实体法时,在未经充分论证前,不敢轻易决定证明负担的分配,如德国民法典第一草案,曾在第193~198条规定证明负担的分配,后因种种原因未能成文,证明负担分配的重要性也是原因之一。作为一个实体法则,证明负担分配应当是一个国家法律政策的集中体现,而证明负担的倒置,则是这一政策最具体的反映。证明负担的倒置,从证明过程来讲,它可以是证明主题的转换,但从当事人的角度来讲,称它为证明负担的减轻也不为过。

证明负担转承论,即本由提出事实主张者的一方当事人承担的证明负担,法律基于法律政策和其他科学规律的原因考虑,因为发生一定的事由,规定由原本不承担证明负担的当事人一方,承担部分事实的举证负担,举证不能者,该方当事人的抗辩事由即视为不存在,这些法定事由主要包括司法认知、推定、自认、证明负担等。有的学者将司法认知、推定、自认称为免证事由,其实并不是“免证事由”或是“免除证明”,既言是免除证明或不用证明的“事项”或“事实”,为什么在司法认知中,还存在可予认知与应予认知的区分,上级法院可以对下级司法认知事项的撤销?在推定法则中,推定事实为何能够用反证推翻?在自认法则中,自认为何能够撤销或得到追复?这一系列问题,“免证事由论”或“免证实事论”都是无法解决的。

实际上,被一些学者称为“免证事由”或“免证事实”之诸如司法认知之类的事项,本质上是举证负担的转承,即对此等事项的证明,本由主张者承担举证负担,但法律基于经验法则、科学规律等,规定遇有此等事项时,主张者对该事项的举证负担转为对方当事人的反证负担,即提出反证以否定该等事项的成立,因此等事项的特殊性,大多数情形下反证是不成功的,所以人们就简单地认为它是“免证事项”,但不用证明和证明不能毕竟是两个概念。

证明负担的禁限论,所欲“禁止”的是证据方法的提出,所欲“限制”的是法官的自由心证的范围。前者,所禁止的证据方法,如人的证据方法,不是说该证据方法没有证据能力,而是说该证据方法被禁止提出。后者,指法官只能在所限制的范围内进行“自由心证”,如表见证明事由,即限制法官要求当事人提出其他“空白性”证据并以之形成心证。此二法则,是介于证明负担法则与证据评价法则之间的一种法则。证据评价法则,是指法官对证据力的判断与事实认定,包括证据判断与证明标准两部分内容。

在司法实践中,有的当事人特别是律师,在法庭调查与辩论中,已经有意识

或无意识地应用证明负担动态论。如有的律师面对对方当事人提出的事实主张与证据，在自己无证据可以提出的情形下，只是一个劲地削弱或否认对方证据的证据能力或证据力，以达否定其事实主张之功效。但是，这种诉讼技巧或诉讼方法，在刑事诉讼中特别有效，而在民事诉讼中效力要大打折扣。因为在刑事诉讼中，第一，公诉机关或原告要承担犯罪事实的证明负担，被告人不承担任何形式的证明负担，相反，被告人还受有“无罪推定”的恩泽。第二，刑事诉讼法中，有“疑罪从无”原则的规定。第三，刑事案件的证明程度要求比较高，通常必须达到“无合理怀疑”或“证据确实、充分”的程度。所以，在刑事案件中，只要辩护人能够提出合理的理由或证据，否定或削弱公诉方或原告的证据能力或证据力，使其达不到“无合理怀疑”或“证据确实、充分”的证明程度。例如，公诉机关或原告所提出的证据，在法官内心已经有95%的证明度（盖然率），达到刑事诉讼法律所要求的“无合理怀疑”或“证据确实、充分”的程度，如果被告人或辩护人对公诉机关或原告提出的证据，进行有效的答辩，经其否定或削弱本证的证据能力或证据力，使其证明度由原来的95%降至90%或87%或再低一点，法官心证的确信度即有可能远离“无合理怀疑”或“证据确实、充分”的程度，而逐渐向罪疑方向靠近，这样，抗辩或辩护就有可能成功。

而在民事诉讼中：第一，由于“谁主张，谁举证”原则的约束，当事人双方对自己提出的本证事实主张或反证事实主张，原则上都有举证负担（为证明负担的内容之一）。第二，民事诉讼中没有类似于无罪推定的“无事推定”或类似于疑罪从无原则的“事疑从无”原则规定，即使“事疑”，也要看双方本证与反证或其他抗辩事由的证明度，何者为优。第三，民事案件事实证明度要求不高，如优势证据规则等。这样，在民事案件中，就不能完全用刑事诉讼中的抗辩方法，比如，在一方当事人如原告向法院提出的事实主张与证据，在法官内心已经达到60%以上的确信度，被告方在不抗辩的情形下，法院即可判原告胜诉；如果被告只是用刑事抗辩的技巧或诉讼策略，一味地否定或削弱原告的证据能力与证据力，结果使法官对原告的事实主张真实性的内心确信度降至40%或50%，在被告仍没有提出其他事实主张的情形下，根据优势证据规则，二者证明优势比仍为40%或50%比10%或20%，原告的优势度仍优于被告，法院仍应判原告胜诉。相反，被告在积极地否定或削弱原告的证据能力或证据力的前提下，再为其他事实主张与举证，如果发生：（1）反证等其他抗辩事由的证明度优于原告本证的证明度，如原告是40%而被告是50%，则法院应当判被告的事实主张成立；（2）反证等其他抗辩事由的证明度与原告本证的证明度相等，如原告是40%而被告也是40%，这样，就发生了事实真伪不明情形，法院应当根据证明负担分配法

则,判决承担证明负担的一方当事人败诉。可见,掌握证明负担动态论,对司法实践中不同的主体处理不同类型的案件有不同的指导作用的。

三

本书在体例上,采用编章制,上、中、下三编共分八章。上编为证明负担原论,主要对证明负担原理及证明负担分配原理进行论述,共分为证明负担原理论、证明负担分配原理论两章。中编为证明负担转承论,共分四章,分别对司法认知法则论、推定法则论、自认法则论、证明妨碍法则论进行论述。下编为证明负担禁限论,共分两章,分别对表见证明法则论和口头证据规则论进行讨论。

第一章证明负担原理论。主要介绍证明负担内容体系。在本书中,证明负担分为主张负担、举证负担和心证负担。主张负担,是当事人向法院提出事实,主张、声明证据方法的表现形式,如果当事人不主张事实和证据方法,法院即不予考虑,它也是举证期限存在的理论依据。举证负担,即当事人对自己主张的证据方法,在公开法庭上特别是在开庭审理中,有提出的负担。心证负担,即当事人不仅应当提出证据方法,而且还应当为积极的证据辩论,如果自己提出的证据方法和进行的证据辩论,不能使事实审理者产生合理的信赖,就要承担不能依其主张或抗辩裁判的危险负担。在本章中,作者提出了证明负担动态论,即随着当事人的举证行为与结果,在当事人诉讼促进义务和真实诉讼义务作用下,证明负担之举证负担会在当事人之间来回转换,而主张负担与心证负担则不会转换。

第二章证明负担分配原理论。证明负担分配,即依据法律的规定,在当事人之间分配证明负担的一项制度,它所分配的主要是心证负担,其最终落脚点即在于当案件的事实发生真伪不明时,由何方当事人承担不利的裁判后果的问题。本章着重以古罗马法为背景材料,介绍以德国为代表的大陆法系国家的证明负担分配原理,以美国为代表的英美法系国家的证明负担分配原理,并对我国证明负担分配作一概括性总结。

第三章司法认知法则论。司法认知法则,即对一些众所周知的事项,无须当事人再为更进一步的举证证明,法院即可予以直接的司法判断的法则。司法认知事项,上至天文,下达地理,中间有人们日常生活中家喻户晓的事实结果,一般老百姓人所周知,为人之精英的法官更应有所知悉,故在此原理下,法院即可直接予以认定,并以之为裁判的基础。它与表见证明有相同处,都是法院直接作出判断;所不同的是,表见证明主要指较为专业的事项,不是人所周知的,而司法认知事项,则是人所周知的日常生产、生活、科研事项。

第四章推定法则论。任何一项事实,都是从已知的事实、证据,基于事实判