



On the Burden of Proof

举证责任

叶自强 著

本书在第一版的基础上增加了五章，包括“我国举证责任概念的模糊性”、“举证责任倒置情形下举证责任概念的模糊性”、“本证与反证的概念问题”、“举证责任倒置规则的构成要素与适用”、“举证责任倒置规则的发展模式”。还增加了大量的案例分析。对于纠正错误的认识和实践，具有十分重要的现实意义。



法律出版社
LAW PRESS • CHINA



On the Burden of Proof

举证责任

叶自强 著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

举证责任 / 叶自强著. —北京:法律出版社,
2011.1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1579 - 8

I. ①举… II. ①叶… III. ①举证责任—研究 IV.
①D915.130.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第247439号

举证责任

叶自强 著

责任编辑 潘洪兴

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787 × 1092 毫米 1/16

版本 2011年1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 保定市中国画美凯印刷有限公司

印张 15.75 字数 248 千

印次 2011年1月第1次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张宇东

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 - 1579 - 8

定价:36.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

叶自强简介

叶自强,湖北省仙桃市人。1994年5月进入中国社会科学院法学研究所工作,长期研究民事诉讼法和证据法,学术上有所建树,是我国著名的民事诉讼法学者和证据法学者。现任中国社会科学院法学研究所研究员、中国社会科学院研究生院教授。兼任中国法学会民事诉讼法学研究会常务理事、全国民事诉讼法专业委员会委员、中国行为法学会执行行为研究会常务理事。

内容简介

《举证责任》一书从马克思主义唯物论立场出发,紧密结合我国司法实际,综合运用多种学术方法(历史方法、比较方法、系统方法和辩证方法),在批判地借鉴前人理论的基础上,创造性地提出了举证责任的“两重性”观点(“非转移性和败诉风险性”是举证责任这一事物的两个基本性质,缺一不可)。

以此为基本点,作者重新深入分析了古今中外有影响的举证责任诸学说,充分揭示了德国、日本和我国台湾地区所流行的“法律要件分类说”在方法上的重要缺陷,即该学说概念繁多,且概念之间的关系非常混乱、运用起来极为烦琐等,提出了必须予以放弃的观点;重新检讨了英美法系国家的证明责任分层理论,并做出了高度评价;科学分析和解释了举证责任与推定的关系,提出了“推定不能转移举证责任”的观点;对举证时限制度作了精确的分析和完善;清晰地划分了举证责任与既判力的界限,恰当地说明了两者之间的联系;重新解释和设定了举证责任的分配标准;在深入研究国内司法实践和国外举证责任法律要件理论的基础上,提出了“在特殊的民事诉讼中举证责任可以被分割”的观点,等等。上述成果显著地填补了我国举证责任基础理论的空白,拨开了举证责任实践中的重重迷雾。

在研究和发 展我国举证责任基本理论的过程中,作者还对证据法的以下基本概念作了细致的分析和甄别:举证责任与举证责任分配、本证与反证、举证责任转移与举证责任倒置、举证责任与提供证据责任、举证责任与说服责任、说服责任与提供证据责任,等等。通过对这些互相对应的基本概念的精确分析和科学解释,奠定了逻辑一致的牢固的概念框架,从而消除了以往学术界各自使用不同术语、彼此无法沟通和辩论的混乱状况,为进一步研究和发 展我国证据法理论提供了便捷的理论工具。

总之,与以往的理论相比,本书所提出的以“两重性”为核心的举证责任理论体系,具有比较系统而不零碎、逻辑上前后一致而不是自相矛盾等显著的优点,是科学分析和解释举证责任及其相关现象的有效理论工具。

本书可供法律专业大学生、研究生、法学教学和研究人员,以及司法实际部门的同志参考。

第二版序言

2005年,我完成了《举证责任及其分配标准》一书,同年由法律出版社出版。这次再版有如下三个特点:第一,保留了第一版的基本内容和观点,只是就个别错误做了改正。第二,对举证责任的研究范围作了显著的拓展,并将取得的成果编成五章,包括“我国举证责任概念的模糊性问题”、“举证责任倒置情形下举证责任概念的模糊性”、“本证与反证的概念问题”、“举证责任倒置规则的构成要素与适用”、“举证责任倒置规则的发展模式”。第三,考虑到举证责任理论与司法实践的密切联系,为了便于读者准确地理解举证责任的理论,分清司法实践中的错误认识与做法,我花了不少时间研究民事案件和刑事案件,编写了“举证责任案例分析”部分,作为附录一。对这些案例的分析,一方面比较充分地暴露了审判人员对于举证责任的理论和观念何等贫乏与错乱;另一方面亦说明了旧的举证责任理论对司法实践造成了何等消极的影响,纠正这些乱象又是何等迫切!与第一版相比,本书拓宽了举证责任的理论研究范围,获得了新的认识成果,同时也密切关注举证责任的实践。为了与这些特点相符合,也为了将来研究的更广泛和更深入,故更名为《举证责任》。

我在多年的研究中深知,我国举证责任的理论与实践存在许多弊端,原因是多方面的。首先是理论的贫困。毫无疑问,理论创新是非常艰难的,需要研究者长年累月的付出和高深的才智。这在举证责任领域也是如此。其次是立法的简单和错误,这是理论准备不充分所导致的。最后是司法实践的错乱。造成这种现象的直接原因首先来自立法和司法解释的不足,甚至误解。此外是理论解释的非科学性。上述几方面的原因往往互相交织,互相影响,从而结下了令人苦涩的果实。现在,我们应当按照党中央提倡科学的

发展的要求,对举证责任的理论和实践给予重新认识。

谨以此书献给我那终生务农、辛勤耕耘的母亲!

叶自强

2010年2月5日于北京

第一版序言

自从 1995 年以来,我围绕着“举证责任及其分配理论”这个课题进行了深入探索,先后写作了一系列论文,分别发表在《外国法译评》、《民商法论丛》、《法学研究》、《环球法律评论》、《中国法学》、《公法》、《证据法论坛》以及《湘江法律评论》等刊物上。这难免显得零散而不系统,有些观点甚至前后矛盾,不能完整地、前后一贯地体现我对这个课题的基本认识。为此,我有时感到不安。我心头常有一种强烈的思绪在涌动,即把这些论文加以适当地归纳和整理,并注入一些新的思想,形成一部系统的著作。2003 年初,我开始着手实施这种设想。经过两年多的努力,终于形成了目前的文稿。我掩卷沉思后觉得,总的来看,它基本上体现了我对这个课题的研究水平,虽然我不敢妄言我已经达到了这个课题的国内或国际的最高研究水平。可以说,它是我对“举证责任及其分配理论”课题进行长期研究后的一个基本总结。

与以往的同类研究相比,我在如下方面作出了艰苦的努力:

一是充分揭示了法律要件分类说(又称规范说)及修正后的规范说所存在的严重缺陷。其缺陷具体表现为:(1)它们的研究方法存在错误。它们是从德国民法典出发总结出来的一套举证责任理论,不仅违反了举证责任理论发生、发展的基本规律,而且在方法上极为烦琐,适用起来也很不方便。(2)它们所包含的概念繁多,且概念之间的关系非常混乱。因此用这些概念无法清晰地、前后一贯地、准确地阐明举证责任及其分配理论。(3)规范说主张举证责任可以转移,修正后的规范说认为举证责任不可以转移,但是不能说明其依据何在,而且按照现有的修正后的规范说,举证责任无法做到不可转移。这些缺陷的发现,使我修正了大陆诉讼法学者(包括我本人)以前的认识。近一个世纪以来,大陆诉讼法学界许多学者认为,德国学者罗森伯格所创立的法律要件分类说是比较

完善的,现在看来并非如此。我希望那些对法律要件分类说抱有幻想的人们能读一读这本书。

二是深入地发掘了现代英美法系的举证责任分层理论,并将这种理论与罗森伯格的法律要件分类说进行了细致比较。由此我得出了一个结论:“英美举证责任分层理论”在理论上更为系统和完善,在方法上更便于审判人员操作。对于教师和学生来说,更便于理解和传授。因此,在制定证据法的时候,我国应该以这种理论作为制定举证责任及其分配的有关条款的基础。

三是充分论证了举证责任的不可转移性。德国、日本诉讼法学界通常认为,举证责任只具有一种性质:败诉风险性,即所谓举证责任的一元性。我国诉讼法学界从1990年以来一直持有这种观点。但这种观点在现实中遇到许多挑战,它难以解释现实中发生的问题。为此,我详细论证了举证责任的不可转移性,使得举证责任的性质由“一元”变为“两元”,从而能够比较合理地从理论上解释司法实践中发生的问题。我认为,这项成果发展了我们对于举证责任性质的认识,具有显著的学术价值,同时也能够解决司法实践中发生的许多问题。

四是深入分析了推定与举证责任之间的关系。由此我得出了两点重要结论。第一,举证责任的一般原则是在推定的基础上产生或确定的。在每个具体案件中,在案件的性质及其举证责任确定之后,推定规则不可能对该案件的一般性举证责任的分担发生影响,更不可能导致这种举证责任分担的转移。第二,任何推定都不能使既已分配的举证责任发生转移。但是,推定的效果之一是转移“提供证据的责任”,而不是转移举证责任或者说服责任。

五是对举证时限制度作出了精确的分析和完善。这对于解决诉讼拖延问题或许很有益处。

六是清晰地划分了举证责任与既判力之间的界限,恰当地说明了两者之间的联系。这项成果解决了司法实践中有时会发生的一个棘手问题,即当举证责任与既判力相冲突时,根据何种标准来处理该冲突。

七是重新解释了举证责任的分配标准。过去大陆诉讼法学界的一些学者(包括我本人在内)都阐述过举证责任的分配标准,但是,由于对这个问题的认识并不十分深入,因而有一些很重要的原则阐述得并不清楚。在本书中,我在深入研究的基础上,竭力用通俗易懂的笔调,清晰地说明每一项分配标准及其分配方法,从而更加便利人们使用。

最后,我在深入研究国内司法实践和国际举证责任学说的基础上,提出了一种新的理论,我命名为“举证责任分割理论”。我认为,在特殊的民事案件、刑事案件中,举证责任是可以分割的。我不仅比较充分地、完整地论证了这种观点,而且对分割的方法及其分割后可能出现的种种问题,都进行了细致分析,提出了解决的方法,形成了一种比较系统的理论和方法。它对于处理诸如医疗事故、环境污染事故等特殊民事领域中的举证责任问题,以及行政诉讼和特殊的刑事案件(如巨额财产来源不明案件)的举证责任问题,从证据学的理论和技术层面上,提供了充分的理论支持和方法支持,解决了我国司法实践中的一大难题。

在研究过程中,我十分注意论证方式的健全性。为此,我反复学习、深刻领会辩证唯物主义的思想和方法,并竭力加以运用。无论是评论历史上各家举证责任学说,还是讨论我国司法现实中的举证责任问题,我始终恪守用事实说话、用资料说话的原则,并在弄清历史脉络的基础上作出严格的分析和恰当的综合,因此,我认为,我在本书中所使用的论证方式是严格的,我所得出的结论是十分谨慎的。

另外,由于举证责任是任何一个案件都不可能回避的问题,因此,本书所进行的论证及其结论,对于推动司法公正、提高审判效率,也具有一定的实用价值。

叶自强

2005年2月24日

目录 / CONTENTS

内容简介	1
第二版序言	1
第一版序言	1
 第一章 导论	 1
 第二章 举证责任分配理论的历史演变	 5
一、罗马法上的举证责任分配原则	5
二、中世纪的举证责任分配原则	7
三、消极事实说	7
四、推定事实说	8
五、基础事实说	10
六、法律要件分类说(罗森伯格的规范说)	11
七、普维庭的修正规范说	13
八、兼子一和竹下守夫的举证责任观点	18
九、行为责任与结果责任说	22
十、修正后的行为责任与结果责任说	25
十一、英美证据法上的举证责任分层学说	27
十二、结论	34

第三章 举证责任的概念和性质	36
一、举证责任的概念和意义	36
二、举证责任的法律性质	37
三、举证责任与举证责任分配的区别	40
第四章 举证责任的不可转移性	42
一、引言	42
二、“举证责任转换理论”的内在矛盾及产生根源	44
三、举证责任与提供证据责任之间的区别	47
四、举证责任倒置与“举证责任转换”的区别	54
五、结论	57
第五章 我国举证责任概念的模糊性问题	60
一、三种假设所引出的问题	60
二、概念模糊的理论根源:法律要件分类说	61
三、举证责任概念不清晰导致的种种错误实践	63
四、结论与建议	63
第六章 举证责任倒置情形下举证责任概念的模糊性	64
第七章 本证与反证的概念问题	67
一、日本民事诉讼法学界关于“反证”的观点与争论	67
二、从举证责任分层理论来看“本证”和“反证”	68
第八章 举证责任与法律真实理论	70
一、问题的根源	70
二、事实真实的定义和特征	71
三、法律真实的定义和特征	73
四、事实真实与法律真实的关系	75
五、举证责任与法律真实理论的关系	78

第九章 举证时限问题	80
一、举证时限制度的历史沿革	80
二、近年来举证时限制度的实践及存在的问题	82
三、举证时限制度的含义和特征	86
四、举证时限对举证责任性质的影响	87
五、举证时限的弹性幅度	88
六、合理的举证时限	88
七、举证期间中止	90
八、举证时限与法医学鉴定的事实真实	91
第十章 举证责任与既判力	95
一、举证责任原则和既判力原则的区别与联系	95
二、举证责任原则应当从属于或服从于既判力原则	97
第十一章 推定对举证责任分担的影响	98
一、引言	98
二、举证责任的确定是否要依赖推定	99
三、证据法学术界关于“推定是否可以转移举证责任”的争论	102
四、初步证据推定与说服力推定：它们与举证责任之间的关系	107
五、结论	110
第十二章 英美证明责任分层理论与我国证明责任概念	112
一、我国证明责任概念中的理论问题	112
二、刑事诉讼中的证明责任具有不可移转性	114
三、如何识别“控诉方提出主张并加以证明,或者被告进行辩解”的行为性质	118
四、在被告提出“犯罪阻却事由”的情况下,证明责任仍由控诉方承担	120
五、刑事诉讼的证明责任倒置	123
六、证明责任分层理论与证明责任主体的识别	124
七、证明责任分层理论与我国举证责任制度的改革	126
八、结论	129

第十三章 举证责任的分配标准	131
一、引言	131
二、确立举证责任分配标准的依据	132
三、各个主体分配举证责任的形式及其任务	134
四、举证责任分配标准在司法实践中的运用	136
五、《关于民事诉讼证据的若干规定》的举证责任分配问题	147
六、合理划分当事人的举证责任与法院的查证责任	152
第十四章 举证责任的倒置与分割	154
一、关于举证责任倒置问题的意见分歧及其根源	154
二、举证责任倒置后引起的问题	159
三、普维庭对举证责任倒置规则的探索及其启示	162
四、举证责任分割的理论框架	165
五、举证责任分割与英美举证责任分层学说的统一	168
六、特殊民事案件中法律要件的具体划分	170
七、特殊刑事案件中举证责任的分割	174
八、举证责任分割不会导致举证责任的转移	175
九、结论	176
第十五章 举证责任倒置规则的构成要素与适用	178
一、在设置举证责任倒置规则时需要考虑哪些要素	178
二、农民工讨薪案件是否应当实行举证责任倒置	181
三、举证责任倒置规则的特征及适用中应注意的问题	182
第十六章 举证责任倒置规则的发展模式	184
第十七章 总的结论	187
附录一：举证责任案例分析	194
附录二：主要参考书目	229

附录三:图示索引

图一	31
图二	45
图三	71
图四	107
图五	115
图六	165
图七	166
图八	166
图九	166
图十	170
后记	232

第一章 导论

在人类社会,自从有了诉讼,就同时产生了如何取证、质证、认证和采证的问题。按照公正原则的要求,任何诉讼都不能回避其中的哪一个环节。证据在诉讼中的这种普遍作用,使它成为诉讼的核心内容之一。在诉讼开始之后的首要环节——取证问题上,必然要首先遇到举证责任及其分担问题。它决定了诉讼如何进行、朝着什么方向进行这种根本性问题。从某种意义上说,它预示甚至决定了诉讼结果有利于哪一方。因此,从很早的历史时期,它就引起了诉讼法学家们的重视。无论国内还是国外,在任何关于民事诉讼法学、刑事诉讼法学和证据法学的教科书中,举证责任及其分担都是必须讨论的课题。在这些学科尤其是证据法学科中,它是一个基础问题,是证据法学的理论支柱之一。由于这个原因,举证责任及其分担成为经久不衰的研究课题。古罗马法时期的举证责任理论、欧洲中世纪时期的举证责任分配理论、20 世纪初期的法律要件分类说等,就是关于该课题的主要研究成果。

在诸法合体、民刑不分的年代,法官在处理诉讼的过程中,通常采用罗马法的传统理论来确定和分配举证责任。这种传统甚至保持到“民刑分离”之后的很长时期。然而,从方法论的角度来说,举证责任在刑事诉讼与民事诉讼中是有所区别的。具体地说,在刑事诉讼中,立法者要求法官从人道主义和人性的立场出发,将举证责任“绝对地”赋予控诉方承担。这与民事诉讼一贯坚持的“谁主张,谁举证”(原告承担举证责任)的原则有着根本区别。从这个意义上来说,民事诉讼中仍旧保持着举证责任的原始风貌,它一直保持着古罗马法的传统,是这一传统的真正继承人。然而,自从 20 世纪 50 年代以后,随着人类工业化进程的迅速深入,导致了一些重大社会问题的出现,传统的举证责任理论有些力不从心,举证责任理论亦因此发生了重大变化,学者们对于举证责任的性质和功能有了新的看法。研究举证责任的历史变化和新的发展态势,有助于开阔我们的学术