

JUZHENGZERENYANJIU

举证责任研究

—— 法理的视角

李 可 / 著

· 贵州人民出版社

举证责任研究

——法理的视角

李 可 著

贵州人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

举证责任研究：法理的视角 / 李可著. — 贵阳：贵州人民出版社，2004 年. 2

ISBN 7-221-06508-X

I. 举... II. 李... III. 举证责任—研究—高等学校—教材 IV. D915.130.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 007995 号

举证责任研究——法理的视角

李 可 / 著

责任编辑 廖小安

装帧设计 唐锡璋

出版发行 贵州人民出版社

社 址 贵阳市中华北路 289 号

印 刷 贵州工业大学印刷厂印制

开 本 850×1168 毫米 1/32

印 张 13.6875 印张

字 数 284 千字

印 数 1060 册

版次印次 2004 年 2 月第 1 版 2004 年 2 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-221-06508-X / D · 329

定 价 28.00 元

序

举证责任的著述,在时下中国,可谓汗牛充栋,而能引人思考,予人思想者,实属凤毛麟角。李可先生的这部著作,别开生面,从法理的视角探析举证责任问题。作者将举证责任分为本体论,分配论和运行论三大块,单就体系而论,在国内尚属首次。作者在书中用宏用微,自然渠成;从制度到观念、从规范到价值,针针织成,新见迭出。在我看来,其中最具创见者,是作者将古往今来的诉讼模式由现行的四分法划为主客体与主体际的两分法,为读者打开了一个全新的理论视界,而其中的主体际思想更是引人入胜。作者研习法律近十载,书中的每一论证之处都足见其深厚的法理功力。

本书是作者实践乃师“创立一门部门法理学”的训导和其本人“博大才能精深”的治学理念。通读全书,我可以说,这是一个极大的成功!因此,该书既可作为一本诉讼法学专著阅读,也可作为一本法理学专著加以研究。

作者少年早慧,而在行文上又兼得乃师风骨,因此该书从整体的立意谋篇到个别的遣词造句上,无不渗透着浓郁的人文关怀。探讨人性、忧心人的存在状态、促进人类美好之生活,始终是作者的切入要点。

东湖之美,不胜收矣!李可调入我校,适逢学校教学科研大发展。我校要从省属大学迈向世界知名高校,亟需李可这样的人才,期待他在今后的研究中多出佳作,为学校争光,为中国法学尽力!

李可是我指导的青年教师,我奇其才,更敬其人,故为之序!

李明华

2003年10月25日于临安东湖畔

举证责任研究——法理的视角

作者 李 可

第一编 举证责任本体论	(1)
第一章 举证责任:从狭义向广义的嬗变	(1)
一、举证责任的名与实	(1)
二、举证责任的广义化	(3)
三、狭义举证责任在我国	(5)
四、广义举证责任论在我国的涌动	(9)
五、新狭义举证责任论分析	(11)
第二章 谁是举证责任主体?	(18)
一、法院是举证责任主体吗?	(18)
二、两种主体两种责任	(21)
三、法院不是举证责任主体	(23)
四、证明与查明的界分	(25)
五、法院查证的背后	(27)
六、查证责任在我国	(33)
七、举证责任主体有哪些?	(37)
八、举证责任主体在前苏联的命运	(40)
九、举证责任中的绝对真实主义批判	(44)
第三章 举证行为与举证后果分析	(49)
一、举证责任:行为与后果的统一	(49)
二、行为与后果相对统一说	(51)
三、心证原则对统一说的影响	(53)
第四章 主张责任	(56)
一、主张责任的独立性	(56)
二、主观主张责任与客观主张责任	(59)
三、主张责任在广义举证责任中	(61)

第五章 主观举证责任	(63)
一、主观举证责任概述	(63)
二、主观举证责任在前苏联与我国	(66)
第六章 客观举证责任与主观举证责任的关系	(69)
一、客观举证责任	(69)
二、提供证据责任表象说分析	(72)
三、主观举证责任与客观举证责任:谁主谁辅?	(75)
四、主观举证责任与客观举证责任的相对统一性	(81)
第七章 举证责任的归属	(83)
一、在举证责任归属上的争议	(83)
二、对几种学说的评价	(86)
三、举证责任规范具有双重品格	(89)
第八章 举证责任的性质	(93)
一、狭义论对举证责任性质的理解	(93)
二、广义论对举证责任的定性	(102)
三、新狭义论在举证责任性质上的观点	(108)
四、举证责任是一种自我责任	(111)
第九章 举证责任的对象	(115)
一、法律适用是两种事实之间的反应	(115)
二、举证的对象是要件事实	(117)
第十章 对真伪不明情形的处理	(123)
一、要件事实的可能状态	(123)
二、真伪不明情形的司法应对	(124)
三、要件事实拟制说评析	(130)
四、要件事实不明时应发现和构造举证责任规范	(136)
第十一章 举证责任的范围与期限	(142)
一、举证责任的范围	(142)
二、举证期限在我国诉讼上的落空	(143)

第二编 举证责任分配论	(146)
第十二章 举证责任的背景依托:主体际诉讼模式 ...	(146)
一、诉讼模式分类法新论	(146)
二、主体际诉讼模式千年不衰	(149)
三、两种诉讼模式的对比分析	(154)
四、我国诉讼模式的更新	(159)
五、诉讼模式转变的突破口:庭前接触制度	(165)
第十三章 举证责任分配的基本规律	(168)
一、举证责任分配概述	(168)
二、举证责任分配上的行为与后果统一原则	(169)
第十四章 推定对举证责任分配的影响	(172)
一、一般意义上的推定	(172)
二、法律意义上的推定	(172)
三、推定的法律性质	(175)
四、推定的种类	(178)
五、推定对举证责任转移的影响	(196)
六、对推定的反证	(200)
第十五章 自认对举证责任的影响	(203)
一、自认概述	(203)
二、自认的主体	(207)
三、自认的种类	(209)
四、自认的撤回	(235)
五、作为证据的自认	(238)
六、自认制度在我国	(240)
第十六章 举证责任分配中的自由心证	(244)
一、法官心证对举证责任分配的影响	(244)
二、自由心证制度的历史之维	(245)
三、绝对自由心证向相对自由心证的嬗变	(247)
四、自由心证制度在前苏联的命运	(249)

五、自由心证制度在我国	(254)
六、自由心证与心证公开	(259)
第十七章 举证责任中的转移与倒置	(261)
一、“转移”与“转换”在举证责任上的区别	(261)
二、举证责任不可转移吗?	(263)
三、举证责任倒置分析	(266)
四、举证责任倒置的情形	(270)
五、妨害举证行为是否引起举证责任转换?	(274)
六、危险领域中的举证责任分配	(278)
七、举证责任中的两类规则	(282)
第十八章 规范说应成为举证责任分配的主要依据 ...	(286)
一、几种举证责任分配学说的评述	(286)
二、两大法系在举证责任分配上的规则	(298)
三、两大法系在举证责任分配上的趋同	(304)
四、英美举证责任分配上的反规范特征	(306)
五、反规范说对规范说的补充作用	(308)
六、普维庭举证责任思想的缺失	(314)
七、规范主义在举证责任分配上的普适性	(317)
八、举证责任分配中的原被告	(324)
九、举证责任规范之间的内部关系	(329)
十、我国的举证责任分配应采用规范补充说	(333)
十一、我国的举证责任分配体系之筹建	(338)
第三编 举证责任运行论	(341)
第十九章 举证责任中的证明标准与证明任务	(341)
一、客观真实能作为证明任务吗?	(342)
二、客观真实绝对不能作为证明任务	(346)
三、证明任务应是法律真实	(354)
四、两大法系上的证明标准	(355)
五、证明标准不能是客观真实	(363)

六、新客观真实说质疑	(369)
七、应选择高度盖然性作为证明标准	(373)
八、提起公诉的证明标准	(376)
九、证明标准对举证责任的影响	(381)
十、表见证明对举证责任的影响	(384)
第二十章 证据制度对举证责任的影响	(387)
一、证据的价值与概念	(387)
二、证据的关联性	(393)
三、证据力概念质疑	(394)
四、合法性应成为证据的根本品格	(396)
五、证据合法性否定说评析	(400)
六、合法性是证据客观性的基础	(403)
七、非法证据排除规则概述	(405)
八、我国应引入非法证据排除规则	(409)
九、非法证据规则的适用及其限制	(410)
十、非法证据排除规则在我国的有限制适用	(414)
引征书目	(417)
一、经典著作	(417)
二、中文专著	(417)
三、外文译著	(419)
四、外文原著	(421)
五、论文	(422)

举证责任研究—法理的视角

第一编 举证责任本体论

第一章 举证责任：从狭义向广义的嬗变

一、举证责任的名与实

举证责任的拉丁文是 *Onus probandi*，德文是 *Beweislast*，英文为 *Burden of proof*。它的一般含义是指“谁主张，谁举证”，即是指在诉讼中，当事人必须为自己的诉讼主张提供证据，如果举不出证据或证据不能证明主张，将承担败诉的风险。例外规则有“举证责任转移或倒置”和“法庭主动或协助收集证据”，前两者是当事人行使诉权所引出的必然规则，最后一点是法庭行使审判权的或然规则。

从理论传承上看，民国以至解放后我们所使用的举证责任一词取自清末沈家本变法时对 *Beweislast* 一词的理解，百年不改。考诸我国的立法史，1910年起草的《大清民事诉讼草案》第230条所规定的“举证责任”援自日本法上的举证责任概念，而后者又导源于德国法上的 *Beweislast* 一词。日本法上的“证明责任”是对德语“*Beweislast*”的日译。^①在日本学界，证明责任、立证责任、举证责任三个术语基本上分享同一含义。

在英文 *burden of proof* 一词中，既有提供证据的含义，也有以证据证明其事实主张的含义。因此，就 *burden of proof* 应译成举证责任，还是证明责任，在学者中存在争议。上个世纪90年代初，刘海东等人提出，将“*burden of proof*”译成“证明责任”

① 参见陈刚：《证明责任法研究》，中国人民大学出版社2000年版，第51页。

更为恰当。^①

但是现实地分析,举证与证明是一个事物的两个阶段,它们之间形成一种手段—目的关系,在长期的理论研究和司法实践中,它们之间浑成一体,几无分别。更有学者认为,举证与证明实为一回事,举证与证明在逻辑上前后联系,在内容上相互重叠。^②在“举证责任”一词中“实际上就包含有证明责任的含义,即不仅指举出证据的行为责任,而且包括说服责任和结果责任。”^③当然,也有部分学者主张,证明责任包含举证责任。例如,李浩教授明确主张,证明责任在外延上包括举证责任。^④

就总体而言,举证责任与证明责任虽然是两个形式上不同的术语,但它们之间在含义上存在重合之处,因此它常被人们不加区分地使用。例如,在我国学者张卫平教授的著述中,举证责任与证明责任交互出现,没有什么严格的区分。廖中洪教授对举证责任与证明责任也是不加区分地使用的,他认为,“举证责任,又称为证明责任。”^⑤锁正杰博士也认为,证明责任与举证责任属于同一概念,可以互换使用。^⑥

因此,我们认为,举证责任与证明责任的含义大体一致,而且在我国大陆和台湾地区,学者也习惯于使用举证责任这一术语来表达证明的内涵。可以说,国内学者对举证责任的含义、外延已大体上达成共识,使用上也约定俗成,再改成证明责任,已无

① 参见刘海东、徐伟群、尤海东:《举证责任和证明责任》,载《法学》1993年第3期,第11页。

② 参见朱云:《浅谈举证责任与证明责任异同问题》,载《法学杂志》1992年第1期,第12—13页。

③ 何家弘:《刑事诉讼中举证责任分配之我见》,载《政治与法律》2002年第1期,第69页。

④ 参见李浩:《英国证据法中的证明责任》,载《比较法研究》1992年第4期,第37页。

⑤ 廖中洪:《民事举证责任概念评说》,载何家弘主编:《证据学论坛》(第三卷),中国检察出版社2001年版,第137、150页。

⑥ 参见樊崇义主编:《证据法学》,法律出版社2001年版,第199页。

太大意义和必要。

二、举证责任的广义化

当然，我们也应看到，在将举证责任与证明责任混同使用的表象下，隐藏着学者在举证责任含义上的歧见。在很长的一段时期内，我国大部分学者将举证责任与证明责任不加区分地使用，并以为其含义是提出证据的责任。^①而一部分将举证责任与证明责任分而论之的学者则将提供证据责任的含义赋予举证责任一词，同时将“要件事实真伪不明时如何在当事人之间分配举证责任”的含义归于证明责任一词，在德国法传统中，前者又被称为主观的举证责任，后者又被称为客观的举证责任，它们之间合称为广义的举证责任。

举证责任的设置，本为促进诉讼的进行，严格举证责任的时效。最早提出举证责任概念的，当为德国刑事诉讼法学者格尔查（又可译为格拉斯）（Julius Glaser）。在所有举证责任的子概念中，以提供证据责任为内容的主观举证责任首先诞生，其为《论民事诉讼之证据提出义务》创造。在 19 世纪初的责任法上，举证责任是指提供证据责任。

在 1883 年，格尔查从实体法与程序法的二元论出发，在其名著《刑事诉讼导论》一书中将举证责任分为“实质上的举证责任”（Materielle Beweislast）与“诉讼上的举证责任”（Prozessuale Beweislast）两层含义。

承接格拉查的举证责任双层含义说，德国人莱昂哈德（Leonhard）对举证责任也作出几乎同样的划分，他将其分为客观举证责任与主观举证责任两类，并且认为，在攻防转换中，客

^① 参见许康定康均心：《论证明责任》，载《法学评论》1991年第4期，第29、32页；邓代红、王映辉：《民事诉讼举证责任倒置的若干问题》，载《法学评论》1993年第6期，第72页；袁启忠：《行政诉讼与民事诉讼证据制度的不同点》，载《政治与法律》1993年第5期，第31页。

观举证责任始终存在于权利主张方，只有主观的举证责任才随着当事人之间的攻防转换发生转移。莱氏强调和发挥了格拉查的客观举证责任中心说，其对后来的普维庭发生了很大的影响。奥地利学者威利（Wehli）和阿得拉（Adler）于 1896 年、1897 年两次提出客观举证责任这一术语，从而使举证责任多义说得以在大陆法系彻底扎根。

但现实地看，在很长一段时期内，举证责任概念仍相当于本文所述的行为意义上的举证责任，这种观念在近邻日本的举证责任领域长期占据统治地位，甚至在 1921 年日本学者雉本朗造引介德国的举证责任理论后才有所改观。雉本朗造于 1917 年发表《举证责任的分配》一文，将德国学者格尔查的举证责任双重含义说介绍到日本。不过，在日本，坚决主张举证责任双重含义说的为斋藤秀夫。主观的举证责任在台湾学者中又称为提出责任。^①

在德国学者普维庭和新近日本学者的一些著述中，证明责任与客观的举证责任语在含义上大体相同。因此，本文取举证责任一语以概括上述两种含义上的举证责任。如前所述，从历史上看，举证责任先是狭义上的举证行为，到近代，德国学者尤利乌斯·格尔查（Julius Glaser）于 1883 年才在其名著《刑事诉讼导论》一书中提出广义上的举证责任。认为（广义的）举证责任还包括举证责任后果（客观上的举证责任）。

在德国学者提出举证责任多义说以前，在学理上确实是将举证责任局限于狭义的层面，即举证责任是指提出证据的责任，但是，这并非排除在司法实践中，举证责任概念实际上包含了客观举证责任的含义。从罗马法上看，以举证责任原则指引法官在事实主张不能被证实和存否不明确定谁接受这一不利后果时，举证责任一词是在广义上被使用的，而且是着重于客观的和本质的方

^① 参见雷万来：《民事证据法论》，台湾瑞兴图书股份有限公司 1997 年版，第 154 页。

面。^①

从法理上分析，诉讼上的举证责任大致应包括三层含义，即当事人为什么要负举证责任、怎样负举证责任、举证不能和证明不能时应负何种法律后果。一般而言，人们着重对前两层含义进行学理上的探讨，而且在实践中争议最多的是也是前两层含义。但是随着现代经济的发展，最后一层含义也愈来愈引起人们的关注，尤其是在特殊侵权案件中，例如医疗事故案件、工业污染案件。

在英美法系，发现举证责任多义性的是美国学者赛叶(Thayer)，他在1890年的《证明责任论》(The Burden of proof)和1898年的《证据理论研究》(A preliminary Treatise on Evince)两篇论著中对举证责任的多义性进行了分析。据赛叶的理解，人们是在三层含义上使用举证责任这一术语：(1)当事人应对不能证明某一论题或主张而承受相应的败诉风险。(2)当事人在诉讼中应对其事实主张承担提出证据的责任。(3)不加区分地使用(1)(2)两种含义。^②

可见，英美法系与大致经历了与大陆法系相同的举证责任含义扩张与细化的过程。如果作一个总结的话，一种是诉讼开始和中间阶段的举证责任行为(即提供证据责任)，另一种是举证不能或证据不能证明主张时的举证责任后果。有时，后一意义上的举证责任被混同于当事人对法庭的说服责任。由此可见，对概念的细化与理论的深化基本是同步的。

三、狭义举证责任在我国

回过头来看，从建国之初到现在的绝大部分时期内，我们学者是对举证责任进行狭义上的理解，并且在到底是使用举证责

^① 参见周枬：《罗马法原论》(下)，商务印书馆1994年版，第900页。

^② 比较[英]罗纳德·沃克：《英国证据法概述》，王莹文、李浩译，西南政法学院诉讼法教研室印，第69—70页。

任，还是证明责任上举棋不定，从而造成了学术研究上的混乱，客观上阻碍了学术的发展与深化。

在上个世纪 80 年代中期，学者多将证明责任等同于提供证据责任。例如，有学者认为，“证明责任是证明主体承担提供、收集和运用证据确认证明对象的责任。”^①可见，该学者是将举证责任等同于证明主体提供证据的责任。^②

可以说，无论是在立法上还是在学理上，上个世纪 90 年代以前我国民事诉讼上的举证责任概念的核心在于提供证据的责任。^③当然，也有少数学者提出，举证责任还应包括当事人举证不能或证据不能证明主张时的举证后果，但这不是学界之主流，并且没有得到立法的实证支持。^④

直至 90 年代中期，人们仍然是在提供证据责任层面理解举证责任一词。例如，有学者认为，“举证责任，是指当事人对自己主张的事实，有提出证据加以证明的责任。”^⑤上述定义显然是将举证责任等同于提出证据的责任。虽然该学者又提出，举证责任还包括当事人提供证据证实其主张的责任。^⑥但是，这都是从行为层面对举证责任内涵的描述，并没有涉及到举证责任的归责实质。

在刑事诉讼领域比较有代表性的观点认为，证明责任是司法机关或当事人提供证据证明事实主张的责任，否则将承担主张不能成立的危险。^⑦很显然，这一定义是以证明就是主体提供证据

① 田平安：《论民事诉讼中的证明责任》，载《政治与法律》1985 年第 6 期，第 31 页。

② 参见赵炳寿主编：《证据法学》，四川大学出版社 1990 年版，第 36、52 页。

③ 参见下列代表性文献，王怀安主编：《中国民事诉讼法教程》，人民法院出版社 1992 年版，第 154 页；柴发邦主编：《民事诉讼法学新编》，法律出版社 1992 年版，第 223 页。

④ 参见杨荣新主编：《民事诉讼法教程》，中国政法大学出版社 1991 年版，第 244 页；王发荣等主编：《民事诉讼法教程》，法律出版社 1992 年版，第 154 页。

⑤ 刘家兴主编：《民事诉讼法学教程》，北京大学出版社 1994 年版，第 182 页。

⑥ 参见刘家兴主编：《民事诉讼法学教程》，北京大学出版社 1994 年版，第 182 页。

⑦ 参见樊崇义主编：《证据法学》，法律出版社 2001 年版，第 198 页。

的责任为认识论基础的。

在将举证责任局限于“提供”证据责任的同时，人们却将“运用”证据的责任推给与诉讼主张毫不相干的法院这一裁判主体，证明主体与裁判主体之间的界限遂变得十分模糊。例如，在相当一部分学者看来，当事人的举证责任主要是一种提供证据的责任，至于对证据的运用和判断，当为法院之职责。^①更有学者将证明责任与举证责任分而论之，认为后者是当事人对其主张提出证据加以证明的责任，即当事人的提供证据责任。此种提证责任是诉讼史上的举证责任，而在社会主义中国，当事人的提证责任得到了法院的查证职责的协助，宜称为“证明责任”。^②此种依不同社会性质对同一法律制度进行人为地分割的做法不利于学术的规范与交流。

当然，也有人在将当事人与法院的提供证据责任统称为举证责任的同时，把当事人的提供证据责任则被称为举证责任，以示在举证责任上的公私有别。例如有学者使用“证明责任”概念来泛指国家机关和当事人在法定程序中的收集证据证明其所认定或主张的事实的责任。对于当事人的“证明责任”，该学者将其称为“举证责任”。^③

由以上分析可见，在上个世纪 90 年代，我国诉讼法学界基本上是在行为层面讨论举证责任一词的，其基本上是对前苏联举证责任概念的沿袭。^④例如前苏联学者克列曼就曾指出，“当事人双方把作为诉讼请求或反驳的根据的事实通知法院就是所谓

① 参见许康定、康均心：《论证明责任》，载《法学评论》1991年第4期，第29页。

② 参见田平安：《论民事诉讼中的证明责任》，载《政治与法律》1985年第6期，第31页。

③ 参见刘金友主编：《证据理论与实务》，法律出版社1992年版，第121页。

④ 代表性著述是：《民事诉讼法讲座》（上），西南政法学院1983年版，第285页；顾培东：《浅析民事诉讼的举证责任》，载《法学季刊》1982年第2期；汪纲翔：《民事诉讼中举证责任问题小议》，载《法学》1982年第8期。

‘举证责任’。”^① 其与我国上世纪 90 年代以前的举证责任狭义说何其相似乃尔！此为举证责任无法广义化在意识形态上的原因。

从另外一方面看，1911 年到 1949 年，我国民事诉讼上的举证责任概念来自日本，其中介载体是 1911 年 1 月 27 日沈家本等人制定的《大清民事诉讼法律草案》，其中间传播者是日本学者志田钾太郎和松冈义正。此时的举证责任的涵义为提出证据的责任，即举证责任是当事人为避免败诉结果，就其事实主张而进行的证明活动。^② 但是建国后，由于意识形态上的阻隔，我们对西方的诉讼理论的学习中断，举证责任未能往多义说的方向发展，在主流学说中，狭义说仍独霸天下。

值得注意的是，我国台湾省的学者承袭和发展了民国时期的诉讼理论，早在上个世纪 70 年代就提出了举证责任概念的行为与后果统一说。^③

笔者以为，在主客体诉讼模式与诉讼观下，举证责任含义长期停留在提供责任层面，举证责任的研究得不到深化，其始终不能突破狭义的范畴向广义层面发展，是有其客观必然性的：在整个诉讼和举证活动中，当事人的主导主体地位始终未能真正确立，主体在主客体思维和权力优位观念的压制下随时有被客体化的危险。实际上，当事人在与法院（有时甚至是检察院）的关系中，始终处于客体地位。主体尚不独立，谈何举证责任研究的深化与广义化？

认识论上的绝对主义既然认为法官对于事实的认知能力是无限的，那么，只需要为法官的认知活动指定一个客观真实的目

① [前苏联]克列曼：《苏维埃民事诉讼》，法律出版社 1957 年版，第 225 页。

② 参见[日]松冈义正：《民事证据论（上）》，张知本译，上海法学编译社 1933 年版，第 54 页。

③ 参见王甲乙、杨建华、郑健才：《民事诉讼法新论》，台湾广益印书局 1983 年版，第 368 页；吴学义编著：《民事诉讼法要论》，台湾正中书局 1979 年版，第 164 页。