

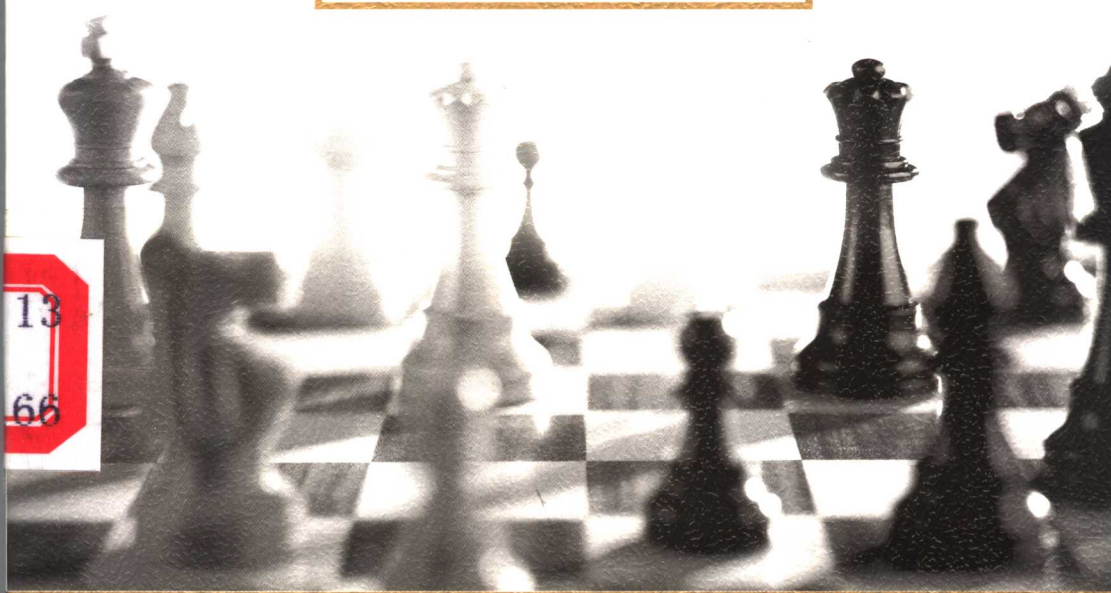
■ 叶自强 / 著

举证责任 及其分配标准

JUZHENGZEREN
JIQI
FENPEIBIAOZHUN



法律出版社



■叶自强 / 著

举证责任 及其分配标准

JUZHENGZEREN
JIQI
FENPEIBIAOZHUN



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

举证责任及其分配标准/叶自强著. —北京:法律出版社,
2005.6

ISBN 7-5036-5619-0

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 048868 号

©法律出版社·中国

责任编辑/肖逢伟	装帧设计/胡欣
出版/法律出版社	编辑统筹/法律应用出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京北苑印刷有限责任公司	责任印制/陶松
开本/A5	印张/7.5 字数/198千
版本/2005年6月第1版	印次/2005年6月第1次印刷
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	咨询电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-63939622
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)	
销售热线/010-63939792/9779	传真/010-63939777
全国各地中法图分、子公司电话:	
第一法律书店/010-63939781/9782	西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636	北京分公司/010-62534456
深圳公司/0755-83072995	苏州公司/0512-65193110
书号:ISBN 7-5036-5619-0/D·5336	定价:18.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

谨以此书纪念我的父亲

作者简介

叶自强,湖北仙桃人。现任中国社会科学院法学研究所教授、中国诉讼法学会理事、全国民事诉讼法专业委员会委员。主要研究方向为诉讼法和证据法。主要著作有:《现代公证制度应用研究》(中国民主法制出版社 1996)、《民事证据研究》(法律出版社 1999 年第一版、2002 年第二版)、《民事诉讼制度的变革》(法律出版社 2001)、《中国民事诉讼法》(法律出版社 2004)、《中国特色社会主义法制通论》(合著,社会科学文献出版社 1999)、《依法治国与法律体系建构》(合著,中国法制出版社 2001)、《民事诉讼法通论》(合著,中国政法大学出版社 1999)。1995 年以来,先后在《法学研究》、《法律科学》、《检察理论研究》(现名《中国刑事法杂志》)、《法学家》、《环球法律评论》、《民商法论丛》、《诉讼法论丛》、《政治与法律》、《证据法论坛》、《中国法学》等刊物上发表专业论文三十余篇。其中,《民事证据研究》(第一版)获得中国社会科学院第四届优秀科研成果二等奖(2002)。

序

十年来,我围绕着“举证责任及其分配理论”这个课题进行了不懈研究,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,个别观点甚至前后矛盾,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,我常常感到不安。我早有一个夙愿,那就是把这些论文加以系统地归纳和整理,形成一部比较完善的著作。2003年初,我开始着手实施这种设想。经过一年多的努力,终于形成了目前的文稿。我掩卷沉思后得出结论:总的来看,我对这个课题的看法已经基本成熟。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。

与以往的研究相比,我在如下方面作出了巨大的富有成效的努力:

一是深入研究了自罗马法以来的举证责任的各种学说,尤其是充分揭示了法律要件分类说,以及修正后的规范说存在的严重缺陷。具体表现为:(1)方法上存在错误,它从德国民法典出发来总结出一套理论,方法上极为繁琐;(2)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阐明举证责任理论;(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。这些发现使我修正了大陆诉讼法学界(包括我本

人)以前的认识。大陆诉讼法学界长期以来一直认为德国学者罗森伯格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由此得到启迪。

二是深入地发掘了现代英美法系证明责任分层理论,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。我由此得出了一个结论:那就是“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,它更便于理解和传授。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。

三是提出并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。我国主流诉讼法学界从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,我在他人观点的基础上论证了举证责任的不可转移性,使得举证责任的性质由“一元论”变为“二元论”,从而能够成功地从理论上解释司法实践中发生的问题。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的问题。

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,但是有一些很重要的原则阐述得并不清楚。在本书中,我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,取名为“**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纠纷,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),从证据学的理论和技术层面上,提供了充分的支持理论和方法支持,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、深刻领会西方分析哲学家们的思想和方法,并竭力运用其分析方法。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,用材料说话,并在理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,我的论证方式是严格的而不是粗糙的,我所得出的结论是十分谨慎的而不是草率马虎的。

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,也具有重大的实用价值。

叶自强

2004年10月

目录

序	1
第一章 导论	1
第二章 举证责任分配理论的历史演变	6
一、罗马法上的举证责任分配原则	6
二、中世纪的举证责任分配原则	8
三、消极事实说	9
四、推定事实说	11
五、基础事实说	12
六、法律要件分类说(罗森伯格的规范说)	14
七、普维庭的修正规范说	17
八、兼子一和竹下守夫的举证责任观点	24
九、行为责任与结果责任说	30
十、修正后的行为责任与结果责任说	33
十一、英美证据法上的举证责任分层学说	35
十二、结论	45
第三章 举证责任的概念和性质	47
一、举证责任的概念和意义	48
二、举证责任的法律性质	49

三、举证责任与举证责任分配的区别	52
第四章 举证责任的不可转移性	55
一、引言	55
二、“举证责任转换理论”的矛盾及产生根源	58
三、举证责任与提供证据责任之间的区别	62
四、举证责任倒置与“举证责任转换”的区别	71
五、结论	75
第五章 举证责任与法律真实理论	78
一、问题的根源	78
二、事实真实的定义和特征	79
三、法律真实的定义和特征	81
四、事实真实与法律真实的关系	85
五、举证责任与法律真实理论的关系	89
第六章 举证时限制度	91
一、举证时限制度的历史沿革	91
二、近年来举证时限制度的实践及存在的问题	94
三、举证时限制度的含义和特征	98
四、举证时限对举证责任性质的影响	100
五、举证时限的弹性幅度	101
六、合理的举证时限	102
七、举证期间中止	104
八、举证时限与法医学鉴定的事实真实	105
第七章 举证责任与既判力的关系	110
一、举证责任原则和既判力原则的区别与联系	110
二、举证责任原则应当从属于或服从于既判力原则	112

第八章 推定对举证责任分担的影响	114
一、引言	114
二、举证责任的确定是否要依赖于推定	116
三、证据法学界关于“推定是否可以转移举证责任”的争论	119
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	126
五、结论	130
 第九章 英美证明责任分层理论与我国证明责任概念	 132
一、引言	132
二、刑事诉讼中的证明责任具有不可移转性	134
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	139
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	141
五、刑事诉讼的证明责任倒置	145
六、证明责任分层理论与证明责任主体的识别	147
七、证明责任分层理论与我国举证责任制度的改革	149
八、结论	153
 第十章 举证责任的分配标准	 155
一、引言	155
二、确立举证责任分配标准的依据	156
三、各个主体分配举证责任的形式及其任务	159
四、举证责任分配标准在司法实践中的运用	161
五、《关于民事诉讼证据的若干规定》的举证责任分配问题	176
六、合理划分当事人的举证责任与法院的查证责任	182

第十一章 举证责任的倒置与分割	185
一、关于举证责任倒置问题的意见分歧及其根源	185
二、举证责任倒置后所引起的复杂问题	192
三、普维庭对举证责任倒置规则的探索及其启示	196
四、举证责任分割的理论框架	200
五、举证责任分割与英美举证责任分层学说的统一	204
六、特殊民事案件中法律要件的具体分割	207
七、特殊刑事案件中举证责任的分割	209
八、举证责任分割不会导致举证责任的转移	211
九、结论	212
 第十二章 总的结论	 214
 主要参考书目	 222
后记	226

第一章 导论

证据是诉讼的核心内容。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。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、朝着什么方向进行的根本问题。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人们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,刑事诉讼上的举证责任问题与民事诉讼是有所区别的。具体地说,相对于民事诉讼而言,刑事诉讼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。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,它一直继承着古罗马法的传统,是罗马法传统的

正统继承者。然而,自从 20 世纪 50 年代以后,举证责任理论已经发生了重大变化,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势态,有助于开阔我们的视野,有助于我们对我国诉讼实践中的问题作出全面的、深入的思考,有助于我们的民事诉讼立法现代化。

除了上述原因之外,我选择“举证责任分配”作为研究课题,最直接的原因有如下几个方面:

首先,在我国现实的审判实践中,诉讼迟延问题极其严重。这种情况之所以发生,很大程度上是由于迟延提交证据造成的,例如:(1)原告或者被告、或原被告双方不在规定的时间内提交证据;(2)原告或者被告、或原被告双方在一审中故意隐匿证据而拖延到二审中提交;(3)在终审之后的再审过程中提交所谓新证据,等等。从理论上讲,这些当事人迟延提交证据的行为显然是不妥当的。但是,它们却符合我国现行民事诉讼法的有关规定,是“合法的”民事诉讼行为。那么,我们应该如何看待这种合法但不合情理的行为呢?我们是否有必要检讨民事诉讼法的有关规定的合理性并作出适当的改进呢?要解决这些问题,首先涉及到如何认识举证责任的基本性质和基本功能的问题。然而,从我国目前关于举证责任的学术研究成果来看,缺乏系统性、科学性,因而,必须加以切实的、深入的研究,以解决我们面临的迫切问题。我认为,上述合法但不合情理的行为违反了举证责任的时效性原理。举证责任的时效性有何意义?举证责任的功能之一就在于保障民事诉讼提出证据的时效性和整个诉讼的时效性;在于保障在法律真实的前提下及时地结束案件。对此,我们必须有深刻的认识。时效性要不要遵守?不遵守有何后果?如何追求这种后果?这些问题,我国的民事诉讼法都是空缺。实践中人们对此有什么反应?回答是各行其是。因此,举证责任的改革中,许多人就提出强化举证责任以保障及时结案的主张,这是有客观的现实依据的。但是,必须用理论来进行指导。这种理论就是举证责任基本性质的学说和举证责任的功能学说。

其次,举证责任基本性质的学说认为,一方在终审中败诉的,由其承担败诉的后果。如果在终审后发现新证据的,应按“实事求是、有错必纠”的原则进行处理,以保证认定案件事实的正确性和判决结果的公正性,达到“客观真实”的境界。那么,这种“实事求是、有错必纠”原则对举证责任及其分担有什么影响呢?我们知道,从20世纪30年代起,“实事求是、有错必纠”就成为中国共产党领导的人民司法工作一贯坚持的工作原则。它在纠正冤假错案、密切党同人民群众的血肉联系、保障人民司法工作的民主性和公正性方面,都起到了重要作用,因此,它现在仍然是我国司法工作的一项重要原则。在现实的民事审判工作中,这项原则同具体的具有普遍性的法律制度——举证责任制度之间存在一些令人惶惑的问题:(1)维护“实事求是、有错必纠”原则、追求“客观真实”在民事诉讼中的权威地位,是否会削弱甚至消除举证责任制度呢?如果绝对地一味地强调“客观真实”,那么,“败诉方承担举证不能的责任”的制度如何得到保障?如果维护“实事求是、有错必纠”原则,追求“客观真实”确实是至高无上的司法原则,那么,在因规定的时间内举证不能而作出判决之后,又发现新证据的场合,是不是要以牺牲举证责任的基本性质为代价?(2)如果软化或消除举证责任制度在民事诉讼中的影响力,那么,维护“实事求是、有错必纠”原则、追求“客观真实”在民事诉讼中的权威地位还有何种意义?(3)什么叫做客观真实?它的标准是什么?难道尊重举证责任的基本性质就不能保证查明案件的客观真实吗?(4)如果回答是否定的,那么,是维护举证责任的基本性质重要,还是维护“实事求是、有错必纠”、追求“客观真实”更重要?两者孰轻孰重?(5)它们之间的关系到底应按什么原则进行处理?难道我们就不能采取一种办法,求得两者之间的和谐的平衡关系,或者说是在两者之间求得一种折衷呢?

再次,上述两个问题常常是密切联系在一起的。然而,这两个具有密切联系的问题在一个案件中同时发生的时候,从目前所发表的文章来看,人们往往只是从时效性上看问题。他们认为,在案件终审

后发现新证据的情况下,如果按照“实事求是、有错必纠”的原则进行处理,必然会破坏在规定时间内提出证据的制度,造成诉讼拖延。至于按照“实事求是、有错必纠”原则处理上述问题,是否会影响到举证责任的根本性质——“承担败诉后果的风险”问题,他们并不给予重视或者讨论。这无疑存在认识上的片面性。或许他们并没有意识到这种认识的片面性,但是,很显然,这种片面的思想方法不可能圆满地解决上述问题。

第四,举证责任的不可转移性常常是被人们所忽视的问题。事实上,在举证责任理论中,举证责任是否可以转移的问题涉及举证责任的基本性质是否稳定、公平原则在举证责任分配阶段能否得到落实的根本问题。尤其是在刑事诉讼中,举证责任是否可以转移对于被告的权利是否能够得到切实保障,具有特殊的现实意义。然而,这些问题似乎并没有引起我国诉讼法学界的重视。长期以来,由于受前苏联法学的影响,在我国民事诉讼法学教科书中,“举证责任转移理论”早已成为学者们的共识,几乎没有人对此提出反对意见。因此,可以说,举证责任转移理论实际上是存在于我国诉讼法学中的一个盲区,对于司法实践具有消极的影响。这是必须加以澄清的。

第五,从国际范围来看,举证责任分配问题是一个具有普遍性的问题。例如,在美国,发现程序被认为是民事诉讼发展史上一个具有划时代意义的里程碑。但是,由于发现程序的启用,在当事人之间分配举证责任的必要性明显地弱化了,举证责任的分担在当事人之间的界限变得模糊了。在某些民事案件中,由于不懂专业的陪审团进行审判,在需要利用举证责任衡量当事人双方所提供证据的分量的场合,举证责任的价值并不能得出突出的显现,举证责任有时显得可有可无;是否强调举证责任似乎无足轻重。在这种情况下,对于采用美国民事诉讼的发现程序的主张来说,是否应当对发现程序的利弊、发现程序与举证责任的关系、发现程序的采用是否真正能够带来公平的审判等问题作出更深入的全面的思考?

我认为,对于上述问题,只有通过全面地、深入地研究举证责任

分配问题,才能获得圆满的答案。而这样的答案无论对我国举证责任分配理论的完善,还是对我国审判实践提供正确的理论指导,都具有十分重要的现实意义。