



举证法律制度 的理论 与适用

◎主编 孟德花 ◎副主编 刘家沂

JUZHENG FALÜ ZHIDU DE LILUN
YU SHIYONG



中国海洋大学出版社

举证法律制度的理论与适用

主 编 孟德花
副主编 刘家沂

中国海洋大学出版社
· 青岛 ·

图书在版编目(CIP)数据

举证法律制度的理论与适用/孟德花主编. —青岛:中国海洋大学出版社,2007. 12

ISBN 978-7-81125-097-8

I. 举… II. 孟… III. 举证责任—研究 IV. D915. 130. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 156276 号

出版发行 中国海洋大学出版社
社 址 青岛市香港东路 23 号 邮政编码 266071
网 址 <http://www2.ouc.edu.cn/cbs>
电子信箱 bingyueye@tom.com
订购电话 0532-82032573(传真)
责任编辑 毕玲玲 电 话 0532-85902121
印 制 淄博恒业印务有限公司
版 次 2007 年 12 月第 1 版
印 次 2007 年 12 月第 1 次印刷
成品尺寸 144 mm×215 mm
印 张 9.125
字 数 244 千字
定 价 25.00 元

前 言

证据问题既是诉讼理论和诉讼立法上的难点问题,也是司法实践中的重点和难点问题。我国的证据法律规范是在诉讼中正确运用证据查明案件真实情况和正确适用法律的前提和保障,可以说证据问题是全部诉讼活动的核心问题。尤其是 20 世纪末中国选择了市场经济作为实现社会全面现代化的契机,为顺应人类社会进步的潮流,我国司法制度进行了成效卓著的变革,反映在证据制度上,就是要确立一个科学的、合理的、实用的诉讼证据体系。而现今在我国民事诉讼法学界和司法界,对民事证据理论的研究刚踏上起跳板,对民事证据实用的研究也显得较为薄弱,至今仍用计划经济时期的价值取向来审视民事诉讼证据制度。因此,可以说编撰出版这部民事证据法律专著,顺应了市场经济条件下民事诉讼证据制度改革的必然要求,抓住了民事证据理论和实用中的突出问题。

作为诉讼制度核心的证据制度的改革与完善,不仅是建立现代司法制度的重要环节之一,也是实现司法公正的重要保证。在司法实践中,法院所作出的任何裁判都必须以事实为根据,但某一事实能否成为裁判依据,最终决定于证明这一事实的证据是否充分、确实,在法律上是否具有证据能力和证明力。所以,规范诉讼证据和证明行为的证据制度不仅对程序公正有着重要意义,而且还决定着实体公正的实现程序。只有通过科学、完备的诉讼证据制度,才能消除诉讼过程中种种随机因素对诉讼结果的影响,最大限度地保证诉讼结果的公正性和公信力。

本书涉及面宽,论题广泛,内容丰富。它把民事证据的理论研究与民事证据的实践研究有机结合起来,融民事立法、司法实践及

理论研究于一体；既将证据的实践经验作为重点研究对象，又将证据的实践经验上升为证据理论，以检验、修正、丰富、发展证据立法，进而正确规范、指导证据的实践；结合证据学的有关理论，具体而详尽地列举了几类常见案件的举证责任问题，如婚姻家庭、继承纠纷案件，合同诉讼案件，财产权诉讼案件的举证责任问题，并具体列举了这几类案件应当提供的证据类型；对民事个案证据，尤其是上述几类案件，提出了一系列运用证据的规律、途径和方法，注重科学性与实践性、普遍性与特殊性的高度统一。

由于时间仓促，加之编者水平和掌握的信息有限，书中肯定存在不妥或谬误之处，恳请读者、同行批评指正。

编者

2007. 12

目 次

第一章 举证责任概述	1
第一节 举证责任的概念和意义.....	1
第二节 举证责任的法律性质.....	8
第三节 举证责任与主张责任的区别	11
第四节 举证责任的分担	14
第五节 当事人举证的法律责任	21
第二章 举证责任的时限性	23
第一节 举证时限制度的概念和意义	23
第二节 在民事诉讼中设立举证时限制度的必要性	29
第三节 我国法律法规关于举证责任时限的有关规定	33
第四节 民事证据失效制度的缺陷	39
第三章 举证责任的分配	42
第一节 举证责任分配的理论依据	42
第二节 举证责任的分配标准	47
第三节 我国民事举证责任分配规则体系存在的问题	54
第四节 我国民事举证责任分配规则体系的构建与完善	57
第四章 证明对象	62
第一节 证明对象概述	62
第二节 证明对象的范围	66
第三节 证明对象的内容	74

第四节	免于证明的事项	80
第五章	证明责任	88
第一节	证明责任的概念和特征	88
第二节	证明责任的法律功能	92
第三节	刑事诉讼中的证明责任	96
第四节	民事诉讼中的证明责任	99
第六章	举证责任倒置	104
第一节	举证责任倒置概述	104
第二节	举证责任倒置的必要性和影响举证责任倒置的 因素	109
第三节	我国实行举证责任倒置的侵权诉讼	114
第四节	举证责任倒置应注意的问题	121
第七章	婚姻家庭、继承纠纷案件的举证责任	126
第一节	离婚纠纷案件的举证责任	126
第二节	继承纠纷案件的举证责任	142
第八章	几类合同诉讼中的举证责任的问题	169
第一节	合同诉讼中的举证责任	169
第二节	民事合同纠纷的举证范围	190
第九章	几类财产权诉讼中的举证责任	214
第一节	财产所有权纠纷类案件的举证责任	214
第二节	财产使用权纠纷类案件的举证责任	236
第三节	财产担保权纠纷类案件的举证责任	253
附录一	中华人民共和国民事诉讼法(节录)	265
附录二	最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定	267
参考文献	282

第一章 举证责任概述

第一节 举证责任的概念和意义

一、举证责任的概念

举证责任,是指在诉讼中,当法官或陪审团无法确定一定法律效果的权利发生、变更或消灭所必要的事实是否存在时,当事人为了得到有利的裁判,对其主张的特定事实,而且是以证据加以证明的事实,应予以证明的责任。

举证责任的发生是由诉讼活动的客观规律决定的。诉讼是一种十分复杂而激烈的对抗性活动,在这种活动中,各个诉讼当事人为了维护自己的权益而展开激烈的角逐,运用证据是他们进行角逐所使用的主要手段。在许多情况下,证据可由当事人自行取得或法院依职权获得,从而为争议的解决铺平道路。但是,在很多情况下,法院对于某些事项必须加以确定才能作出判决,但经过审理却往往因缺乏足够的证据而无法确定,因此,法院就陷入应作出判决却无法作出的矛盾状态。上述情形有时涉及的是法律问题,有时涉及的是事实问题;涉及的事实问题,就是关于判断法律效果所必须依据的主要事实是否存在无法认定的状况。在这种情况下,为了能够作出判决,只能先假定该事实存在或不存在,并以此推论为依据,作出产生或者不产生此种法律效果的判断,这就是所谓的举证责任问题。

(一)民事诉讼举证责任的概念

民事诉讼举证责任,是指在民事诉讼活动中,当事人对自己的主张必须提供相应的证据,从而证明自己主张的权利,以及事实的真实性;反之,将有可能承担败诉风险的责任。

强调当事人“当庭举证”制度,是“保障”民事诉讼、经济诉讼当事人诉讼权利的重要内容。在民事诉讼活动中,当事人对其主张的事实和请求,应当依法举证;举不出证据的,将承担败诉的不利法律后果。因此,当事人承担举证责任,实行“当庭举证”制度,不仅在民事诉讼中占有重要地位,而且对于充分发挥庭审功能、保障诉权和审判权的有效行使、迅速查明案件事实、公正审判案件,都具有非常重要的作用。

民事诉讼中的举证责任,从惯例上讲,一般包括三层含义:第一,“谁主张,谁举证”。当事人提出的主张,即原告提出的诉讼请求和诉讼请求所根据的事实、被告答辩和对原告诉讼请求提出的反驳与反诉所根据的事实、有独立请求权的第三人提出的具有独立请求权的请求与所依据的事实等,都要通过举证来加以证明。第二,举证责任的转移。当事人的举证责任不是固定不变的,往往呈现出随着对案件事实的证明程度导致的对事实证明的转移,使举证责任随着当事人主张的权利和事实,不断地从原告转移到被告,再从被告转移到原告。第三,举证责任的倒置。举证责任的倒置是举证责任的变通规定,也就是当主张某种事实的当事人在客观上难以和无法提供证据的情况下,如一些特殊的侵权案件等,导致举证责任由主张该事实的相对方承担而发生的举证制度,即举证责任的倒置。“谁主张,谁举证”、“举证责任的转移”、“举证责任的倒置”等,也是“辩论式”经济审判方式的“当庭举证”适用的原则。这些原则的运用对于保障庭审的质量、提高审判的水平、扩大审判的社会效果等具有积极的意义。

(二)刑事诉讼举证责任的概念

刑事诉讼举证责任的概念是刑事诉讼的基本理论之一。在刑事诉讼中,刑事被告人不承担举证责任。也就是说,刑事被告人有

证明自己无罪的权利,而没有证明自己无罪的义务。理解刑事诉讼举证责任的概念,应注意以下几个方面的问题:

(1)在刑事诉讼中,举证责任的概念可以援用英美证据法的观点。举证责任,是指诉讼当事人应当向法庭提供证据,证明其特定主张的真实性责任。

(2)在刑事诉讼中,举证责任的主体通常是控诉方,即由检察机关来承担刑事诉讼的举证责任。公安机关既然在诉讼主体之外,当然不可能承担举证责任。在刑事诉讼中,法院居中裁判,也不是诉的意义上的举证责任主体。法院收集、审查、判断证据,不是基于举证责任的要求,而是由于裁判行为的性质所必须从事的一种裁判性活动。它与检察机关所承担的举证责任在性质上是完全不同的。如果认为法院在刑事诉讼活动中也承担着举证责任,那么就会造成逻辑上的混乱。此外,律师也不是举证责任的主体,但他负有“提供证据的责任”。

(3)举证责任是不可以转移的。如果主张举证责任可以转移必然会导致“有罪推定”,从而造成对“无罪推定”原则的彻底否定。在刑事诉讼中,即使在出现阻却性证据的特殊情况下,举证责任也要由控诉方来承担,被告方是不承担举证责任的。认为在出现阻却性证据的情况下,举证责任应当转移给被告来承担,是一种误解。

(4)统一举证责任的概念。刑事诉讼中使用证明责任的概念,民事诉讼中使用举证责任的概念,这种现象不利于诉讼制度的发展和完善,应当将民事诉讼和刑事诉讼中的举证责任统一起来。刑事诉讼中使用的证明责任的概念,与民事诉讼中使用的举证责任的概念,在意义上是完全相同的。按照罗马法的历史习惯,统一为“举证责任”是有必要的。在正确界定举证责任概念的基础上,应当规范、准确地使用举证责任的概念。在刑事诉讼和民事诉讼中,如果笼统地、不分场合地一概使用证明责任或举证责任,要么容易给人造成误解,要么容易造成证明责任分配方面的错误,进而有可能造成错误的裁判。

(5)举证责任概念与诉讼结构存在着极其密切的联系。研究这一问题时,应当同时研究考察诉讼的结构。我国刑事诉讼的结构是职权主义模式,它与当事人主义的诉讼模式确实存在很大差别。现在,这种情况正在逐步发生变化。我国正在实行社会主义市场经济体制,并积极进行司法改革,诉讼结构与国外的区别也正在逐步缩小。在刑事诉讼中,应当注重控辩双方的平衡,要求法院居中裁判。刑事诉讼实践也在积极地进行实践。因此,以往的诉讼结构的本质区别在今天已经转化为非本质的区别。

(三)行政诉讼举证责任的概念

实行和强调当事人“当庭举证”,是“保障”行政诉讼当事人诉讼权利的重要内容。在行政诉讼活动中,当事人对其主张的事实和请求,应当依法承担举证责任;反之,当事人将承担败诉的不利性法律后果。因此,当事人承担举证责任,实行“当庭举证”,不仅在行政诉讼中占有重要地位,而且对于充分发挥庭审功能的作用、保障诉权和审判权的有效行使、迅速查明案件事实、公正审判案件,具有重要的作用。

行政诉讼举证责任,是指在行政诉讼活动中,当事人对自己的主张必须提供相应的证据,从而证明自己主张的权利,以及事实的真实性;反之,将有可能承担败诉的法律责任。

行政诉讼中的举证责任,一般包括三层含义:第一,“谁主张,谁举证”。当事人提出的主张,即原告提出的诉讼请求和该诉讼请求所根据的事实、被告答辩和对原告诉讼请求提出的反驳与反诉所根据的事实、有独立请求权的第三人提出的有独立请求权的请求以及所依据的事实等,都要通过举证来加以证明。第二,举证责任的转移。在行政诉讼中,当事人的举证责任不是固定不变的,往往表现出随着对案件事实的证明程度导致的对事实证明责任的转移,使举证责任随着当事人主张的权利和事实,不断地从原告转移到被告,再从被告转移到原告。第三,举证责任的倒置。举证责任的倒置是举证责任上的变通规定,即当主张事实的当事人在客观上难以和无法提供证据的情况下,如一些特殊的侵权案件等,导致

举证责任由对方承担的责任。“谁主张,谁举证”、“举证责任的转移”、“举证责任的倒置”等原则的适用对于保障庭审的质量、提高审判水平、扩大审判的社会效果具有极其重要的社会意义。

就行政诉讼举证责任的分担而言,有两种情况,一是当事人之间,即原告、被告、有独立请求权的第三人之间,就原告主张的事实、有独立请求权的第三人主张的事实所负有的举证责任分担问题;二是当事人与法院之间,就当事人诉讼请求主张的事实所负有的举证责任分担问题。这里所说的举证责任的分担,即当事人举证与人民法院举证的分工范围。

当事人的举证范围,在案件事实方面,应具体包括:证明争议的行政法律关系发生、变更、终止等事实的证据;证明妨碍争议的行政法律关系发生、变更、终止等事实的证据;证明不履行(或不适当履行)法定或约定的义务及事实的证据;证明日常生活常识、定理等事实的证据。在诉讼程序制度方面,应具体包括:证明案件是否已经调解处理、是否已经仲裁的证据;证明案件是否已由其他法院受理或审理过的证据;证明诉讼主体资格的证据;证明具备申请回避、财产保全、先予执行等司法请求的证据,等等。同时,对有些事实,当事人无需举证,如一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实和提出的诉讼请求,明确表示承认或是众所周知的事实;根据法律规定或已知事实必然能推定出的另一事实或已为人民法院发生法律效力之裁决所确定的事实,以及当事人所持的有效公证书所证明的事实。

人民法院依职权调取的证据范围,在涉及国家秘密方面,具体包括:证明党、政、军秘密和国防情报、科学技术成果、国家的重大政治和经济决策、国家秘密事件或秘密文件等证据。在涉及个人隐私方面,具体包括:证明个人隐私、秘密情况,如个人存款、债务、疾病、夫妻关系、家庭关系等身份、名誉等证据。在涉及专业技术方面,具体包括:证明案件事实或程度的物证和现场勘验、司法鉴定等证据。在其他方面,具体还包括:当事人之间所举的证据相互矛盾、真伪难辨、不能认定的证据;证人因有正当理由不能出庭作

证,而要求当面向法院陈述事实或者法院认为应当询问证人的证据;当事人年迈体弱又无经济能力聘请诉讼代理人的证据;法院认为审理案件需要调取的其他证据。

二、举证责任的意义

举证责任制度是民事、刑事、行政诉讼中的一项非常重要的制度。虽然它包含了由于举证不利而导致败诉的风险,但在整个诉讼过程中,举证责任都发挥着重要的作用。

(一)为法院正确评价当事人的举证情况提供依据

在双方当事人都已就争议事实提出证据后,法官需要对证据进行评价,以确定哪一方当事人在证据方面占优势。在进行评价时,对负举证责任的当事人与不负举证责任的当事人的评价标准是不同的。对于前者,证据的证明力必须达到高度盖然性才能够使法院作出对其有利的认定;而对于后者,只要提出的反证动摇了本质的证明力即可,因为对不负证明责任的当事人来说,只要通过反证使争议事实陷于真伪不明状态,就可以使法院作出对其有利的认定。

(二)使诉权和审判权在诉讼证据制度上的混淆得到解决

《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)第六十四条规定:“当事人对自己提出的主张,有责任提供证据。当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据,或者人民法院认为审理案件需要的证据,人民法院应当调查收集。人民法院应当按照法定程序,全面地、客观地审查核实证据。”该条规定了“谁主张,谁举证”的原则,在“辩论式”审判方式中实行当事人举证、法官听证,该由当事人举证的证据,一律由当事人当庭举出;法律规定由人民法院收集的证据,由主审法官有限度地依职权调取,这解决了法院“包揽查证”的诉权与审判权混淆的问题。

(三)有利于提高审判水平

通过当事人“当庭举证”,使审判效率、庭审质量、诉权行使和处理公正等整体审判水平得到提高。因为当事人对案件事实和真

相最了解,对所需证据和到哪里去收集最清楚,对为证明自己的诉讼请求而举证也最为积极,这不仅保证了当事人举证权利的充分行使,加快了审判速度,提高了审判效率,而且双方当事人彼此之间所举的证据、反驳的证据,从不同角度去认定和否定自己主张的权利和事实,为防止先入为主、主观臆断,使法官客观听证、采信证据、处理公正奠定了基础。法院在查明争议事实的基础上适用相关的实体法规对案件作出裁判。法院为解决纠纷需要对案件作出判决,就要借助举证责任,即处于真伪不明状态的事实如果属于原告负举证责任的,就有原告承担举证不利而败诉的法律后果;如果属于被告负举证责任的,就把败诉的后果判归被告承担。这就是说,在事实真伪不明时,证明责任不仅成为判决正当化的依据,而且决定了法院应当判决哪一方当事人败诉。对法官来说,只有分清了由哪一方当事人负举证责任,才能够对案件作出正确的判决。举证责任的分配一旦颠倒,裁判结果也必然是错误的。

(四)保障律师诉讼代理作用的正常发挥

在传统的审判方式中,由于律师的诉讼代理活动,主要依靠查阅法院“包揽查证”的卷宗,往往出现律师与法官讼争的现象。这种代理权与审判权混淆的状况,影响了律师诉讼代理作用的正常发挥。“辩论式”审判方式,实行当事人当庭举证,把律师诉讼代理行为的主要观点引导和规范到积极为被代理人查证举证上,改变了过去同法院“对峙”的局面,变为与对方当事人之间互相举证、质证及讼争,发挥了律师诉讼代理的作用。

(五)为预测诉讼的结果提供依据

为避免盲目进行诉讼,当事人在提起诉讼前需要对纠纷进行评估。当当事人委托律师代理诉讼时,会要求律师进行这样的评估。律师在决定是否接受当事人的委托时,也会进行这样的评估,看自己对胜诉究竟有多大的把握。举证责任是评估时需要考虑的一项重要因素,当证明对象本身属于难以证明的事实时更是这样。当争议事实难以证明时,无论是主张其存在的一方当事人,还是否认其存在的另一方当事人,都难以提出证据证明自己的主张,事实

真伪不明的可能性非常大。对这类不易证明的事实,证明责任由哪一方当事人负担往往预先决定了诉讼的胜负,负担举证责任的一方当事人很少有胜诉的机会。举证责任的负担是预测诉讼结果时应当考虑的因素,尤其是在事实难以证明的情况下。

(六)有助于增强公民的法制观念

通过实行当事人举证责任制度,特别是“辩论式”民事审判方式中的“当庭举证”庭审规则,强化了当事人的诉讼意识,限制和制约了一些滥用诉权的行为,减少了不必要的讼累,增强了公民的法制观念,扩大了审判的社会影响。

第二节 举证责任的法律性质

关于提供证据责任的法律性质,是学术界存在较大争议的问题,也是我国民事诉讼理论中普通争论的问题。诉讼法学界存在争论,主要有权利说、败诉危险负担说和义务说。目前我国关于举证责任性质的理论见解主要有权利说、义务说和危险负担说。

提供证据的责任既具有权利属性,又具有义务属性,曾一度是我国学术界较为流行的观点。近来,由于相当多的学者认为提供证据是向法院主张事实的当事人的义务,义务说逐步取代权利义务说而成为主流学说。

一、权利说

权利说认为,举证责任是当事人的诉讼权利。权利说在民事诉讼、刑事诉讼和行政诉讼中已很少见到。举证责任主要是一项决定诉讼中何方承担败诉风险的制度,它与当事人提供证据的权利是两个不同的概念。任何当事人都有提供证据的权利,法院有义务保证当事人行使提供证据的权利。这是从当事人从事诉讼、维护自身合法权益这个角度来规定的,着重强调法院对当事人诉讼权利的保护。举证责任是从诉讼后果的角度加以规定的,侧重

强调当事人如果未履行举证责任,将导致案件事实处于真伪不明的状态,在这种情况下,当事人必须承担败诉这种不利的法律后果。尽管提供证据的行为可能以当事人的诉讼权利的形式表现出来,但举证责任作为一种与诉讼法律后果相联系的诉讼制度,却无论如何也不具备权利的属性。所以,举证责任性质的权利说是行不通的,认为提供证据的责任具有权利属性显然是不正确的。举证责任是在肯定它是责任的前提下,来进一步研究这种责任究竟是一种什么样的责任。既然已明确当事人举证是一种责任,又认为它具有权利属性,在理论上就必然会陷入自相矛盾的境地。诚然,就负有举证责任的当事人向人民法院提供证据的行为而言,从不同的角度分析,既是行使诉讼权利的方式,又是履行行为意义上举证责任的手段,同时具有权利和责任两种属性。但必须强调的是,提供证据的责任是从责任的角度来看待当事人举证行为的,这种责任通常是基于结果意义上的举证责任而产生的。由于败诉危险产生的压力,对负担提供证据责任的当事人来说,不是可不可以证明,而是必须提出证据加以证明,否则就有可能要承担不利裁判的风险。

主张提供证据责任具有权利属性的观点是不正确的,主要理由包括以下几点:

(1)权利可以行使,也可以放弃,放弃权利不会招致不利的法律后果。但法律关于提供证据责任的规定不属任意性规范,法律责成当事人举证而不是由当事人选择是否举证,并且不提供证据或者提供证据不充分的当事人通常会招致对其不利的裁判。

(2)根据权利的性质,权利可以由权利人任意放弃,但是不能被他人免除,如果能被免除,那只能是责任或义务。举证责任在一定条件下是可以被免除的,从这一点上来看,提供证据的责任不应当是权利。

(3)根据权利义务的统一性,享有权利,就应当承担义务;承担义务,相应地就可以享有权利。也就是说,权利总是与相应的义务相伴而生的,并且两者是互相对应的,一方的权利就是另一方的义

务。如果把提供证据的责任看做权利,就无法找到与此权利相统一、相对应的义务。

(4)对于诉讼权利,与实体权利一样,当事人依法享有处分权,但当事人不得处分证据资料,对提供证据与否也没有任意处置的权利。

由此可见,提供证据的责任具有权利属性的说法是站不住脚的,是经不起推敲的。

二、义务说

义务说认为,提供证据的责任是当事人的诉讼义务,当事人必须承担提供证据的责任。根据义务说,民事当事人在诉讼过程中之所以要负提供证据的责任,是因为举证责任是民事诉讼法要求当事人履行的诉讼义务;当事人如不履行举证责任的诉讼义务,便会产生相应的法律责任,要承担败诉后果或者广泛意义上的不利益。对举证责任来说,当事人是义务主体,法院是权利主体。将提供证据的责任等同于义务的观点在理论上同样存在着缺陷,这种观点已经受到了反驳。

反驳义务说的学者所持的主要理由是如果提供证据责任是义务,那么当事人违反举证义务就应当受到制裁,但我国民事诉讼法并没有对违反举证义务的当事人规定强制措施。

三、危险负担说

危险负担说认为,举证责任的法律性质,既不是权利也不是义务,仅仅是当事人为取得胜诉判决事实上的需要。也就是说,不主张、不举证将导致承担败诉的风险,如果不想承担败诉的法律后果,就得负举证的责任。对提供证据责任的性质,比较流行的学术观点是举证责任危险负担说。台湾学者骆永家认为,主张及举证活动的法律性质,并非权利也非义务,仅是当事人为胜诉判决之实际上的必要。换言之,不主张、不举证将导致败诉,如不想败诉就必须负举证责任,承担举证责任的负担。