

如果说“爱和死”是文学作品中永恒的主题，那么，“证明责任”堪称是民事证据制度中永恒的主题。

李 浩/著

民事证明责任研究

BURDEN OF PROOF IN CIVIL PROCEEDINGS

- 证明责任的法律性质与功能
- 事实真伪不明与证明责任
- 提供证据责任的理论与实践
- 证明责任分配基本理论问题探讨
- 证明责任的倒置
- 证明责任的实际发生与免除
- 推定与证明责任

法律出版社



西南政法大學 學子學術文庫

民事證明責任研究

BURDEN OF PROOF IN CIVIL PROCEEDINGS

李 浩/著



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

民事证明责任研究/李浩著. —北京:法律出版社,2003.9
(西南政法大学学子学术文库)
ISBN 7-5036-4441-9

I. 民… II. 李… III. 民事诉讼—举证责任—研究
IV. D915.213.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 069274 号

法律出版社·中国

责任编辑/张琳

装帧设计/曹铖 胡欣

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/莱芜市圣龙印务书刊有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/10.25 字数/263千

版本/2003年9月第1版

印次/2003年9月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

传真/010-63939701

读者热线/010-63939685

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-4441-9/D·4159

定价:22.00元

西南政法大学 学子学术文库

民事证明责任研究

西南政法大学学子学术文库编委会

主 任：梁慧星 龙宗智
委 员（以姓氏笔画为序）：
方 向 王卫国 尹 田 江必新
李 林 李连宁 张广兴 张建田
张新宝 张智辉 青 锋 卓泽渊
贺卫方 顾培东 黄松有 夏 勇
梁治平 景汉朝
秘 书 长：方 向 茅院生

总 序

西南政法大学建校至今已历 50 寒暑，中间虽遭遇“文革”之乱，停办近 10 年，但仍有 10 万之众的莘莘学子前后就学于此，歌乐山魂培育浩然正气，嘉陵江水滋养人文精神。10 万毕业生活跃于神州大地，为国家法治大厦之建设添砖加瓦，贡献才智，已形成法律界广受关注的西南法律人群体，造就了西南法律教育与这里的毕业生独特的品格与精神。

在校庆 50 周年到来之际，西南政法大学北京校友联谊会与法律出版社联合推出“西南政法大学学子学术文库”，这是对我们的母校 50 华诞的献礼，是对这所中国法律教育与学术研究重镇所取得成就的一次检阅，同时，我们也希望这 50 部著作能够成为后来者在法学研究和法律教育的道路上继续跋涉的阶梯，此外，还希望通过这些著作，能够向读者昭示西南政法大学的传统与精神。

体现在西南教育过程中以及学子著述里和行为上的品格与精神首先是强烈的忧患意识。忧患意识是中国知识分子的一种生生不息的传统。“士不可以不弘毅，任重而道远。仁以为己任，不亦重乎？死而后已，不亦远乎？”曾参的话最能够表现中国知识人那种强烈的忧患意识和责任感。不过，近代以降，由于引进了西方的学术与教育制度，知识人有了不同的专业，因此在忧国济世与专业追求之间会有某种紧张关系。但是，对于一种在这个国家的历史上未曾存在过的新专业人士的法律人，他们与其他领域的人相比，在当今的中国注

定要遭遇更多的坎坷。在人民共和国成立之后,法律教育很快就处在受抑制的状态。实际上,20世纪50年代前期如西南政法学院等政法学院的成立与其说是对法律教育发展的起点,不如说是限制法律教育的举措。因为每一所政法学院都是在合并若干所综合性大学法律系的基础上而建立的;政法学院的出现其实大大缩小了中国法律教育的整体规模。比规模更重要的变化是,“政法”这样的概念所预示的法律教育内容与目标与既有传统的断裂。

因此,在政法学院里的人,无论是教师,还是学生,一开始就处在一种压抑的心态之中。我们看当时涉及法律教育的主流话语,完全是排斥法治的。到了20世纪60年代,这种排斥愈演愈烈,终于导致法律教育的完全停滞。教师下放劳动,学校纷纷解散。在这样的情况下,法律界知识分子的忧患真正是刻骨铭心,难以排解。文革浩劫之后,法律教育虽然恢复,法治建设也逐渐提上日程,但是书本上法律理论与社会中的实际状况之间的巨大反差仍然是法律人经常面临的巨大痛苦。尽管位居西南,多少有些“处江湖之远”,但是这种由于专业的特殊性而加剧了的忧患意识却没有须臾少缓,甚至正因为与政治中心距离的遥远而更有所强化。

在法律教育以及法学研究方面,这种忧患意识与理性和开放的精神相结合,形成了西南法律人好学深思、平等讨论的尚智风气和不自从、不迷信的学术品格。尤其是复办后的一段时间,校园里面百家争鸣,学术墙报放言无忌,新论叠出,一些观点或论证,今天读来,或不免稚嫩,但是,在当时的舆论环境下,却颇有石破天惊之感。正是这样的校园风气,培育了西南法律人那可贵的怀疑和批判精神。

怀疑和批判不是一种情绪化的表达,而是建立在广阔而深邃的知识积累基础上的理性论证。最初,设置单科型政法学院的目标正是为了培养偏于技术化或工匠型的法科人员;不在一个综合性大学里,学生以及教师的知识视野就必然受到限制,批判精神便无从发育。然而,西南法律人的独特之处在于,他们意识到了这种教育体制的局限性,并且付出极大的努力,力求突破这样的局限性。图书馆里

的手不释卷,山荫道上的玄思妙想,宿舍卧谈中的唇枪舌剑,无不显示出这所专业略嫌单一的大学中的师生们不拘泥于法学一科、寻求超越的努力。这样的追求在我们的毕业生身上已经有多样化的体现:除了那些从事法律教育和法学研究的人们经常在作品中显示出他们多学科的知识修养之外,不少校友进入政坛,或从事着法律之外的业务而且胜任愉快,一些人甚至成为戏剧作家、旅行(作)家、诗人、哲学家。相信随着母校向综合性大学的不断迈进,我们的毕业生在这个特色方面将更加令人瞩目。

对于人而言,50岁已经是“知天命”的年龄。但是,就大学而言,50岁只能说是世界大学之林中的一颗幼树。尽管我们的母校已经形成了一种独特的精神和传统,在人才培养方面也取得了巨大的成就,但是,我们还需要为建设一所伟大的大学而作出艰巨的努力。作为校友,在献礼的同时,我们也表达对母校美好前景的衷心祝福,祝愿母校的优良传统不断发扬光大,祝愿我们的校园永远桃李芬芳,祝愿我们的校友人才辈出,在不断提升母校地位的同时,也为整个国家法治大业的成就作出更多的贡献。

巍巍学府,在蜀山中。孜孜弘道,惟我学子。

《西南政法大学学子学术文库》编委会

2003年8月6日

前 言

当人类从野蛮步入文明,诉讼逐渐取代“私力救济”,作为排解社会成员之间各种矛盾和冲突的主要手段时,证明责任问题便产生了。自此以后,作为诉讼制度重要内容之一的证明责任就一直受到各国审判机关的重视。同时,它又是各国诉讼法学或证据学中的传统研究课题。在各国的民事诉讼理论中,证明责任又是一个充满争议的问题。从学说史上看,关于证明责任的概念、性质、分配的原则等问题的争论,其学说流派之多,争论时间之久,不亚于诉权。

造成上述情况的根本原因,不能不归结为证明责任本身所固有的重要性和复杂性。

如果说证明责任是民事证据制度的核心,证明责任分配便是核心中的核心。证明责任的分配横跨民事程序法与民事实体法两大法域,确定证明责任的分配,既要考虑到民事诉讼制度的自身规律和内在要求,又要考虑到民事实体法的立法宗旨与具体规定。

理想的诉讼模式应当兼备公平正义和简便迅速这两个基本要素。在设计诉讼程序和确定诉讼程序的具体内容时,公平正义虽然是需要优先考虑的价值目标,但过分强调这一目标而完全忽略诉讼节约的要求,则是违背诉讼自身规律的。诉讼制度的历史发展表明,自从理性的阳光驱散了笼罩着诉讼领域的愚昧与专制的黑雾,诉讼

程序的公平正义与简便迅速就始终成为各国法律工作者追求的目标。的确,理想的民事诉讼模式应当保持两者的和谐与统一。分配民事证明责任无疑应符合公平正义与简便迅速的要求,而合理地分配证明责任又有助于实现两者的和谐与统一。

另一方面,分配证明责任又必须考虑到实体法的要求。实体法与民事证明责任分配的关系极为密切,关于这一点,只要浏览一下民事实体法中直接规定证明责任负担的规范便可确信无疑。但实体法对证明责任分配的影响远不止此。事实上,如果不深刻理解实体法的精神实质,不悉心分析实体法规范的逻辑结构,不仔细研究各类待证事实在实体法中的不同效果,就无法探寻隐藏在形形色色案件背后的分配证明责任的一般规则,就难以在各类具体诉讼中公正合理地分配证明责任。

证明责任问题贯穿于民事诉讼活动的全过程。在诉讼开始时,就需要明确案件事实的证明责任应由哪一方当事人负担,以便当事人及其诉讼代理人收集和准备必要的证据。进入法庭审理后,证明责任问题更为突出,它不仅关系到当事人的举证活动,而且关系到在证据不足时人民法院应当要求哪一方当事人补充证据。在诉讼终结前,如果有争议的案件事实仍处于真实与虚假均未得到证实的状态,证明责任便成为引导法院对案件作出正确裁判的航标。

上述分析充分说明了证明责任在民事证据制度中,乃至在民事诉讼制度中的重要地位。对此,日本学者石田穰曾形象地指出“证明责任是整个民事诉讼的脊椎。”美国著名学者伯纳德·施瓦茨也认为:“在实际诉讼中,证明责任问题的实际重要性甚至比大多数律师认识到的还要大。确定证明责任问题常常就是决定谁胜谁负的问题。”^①

鉴于证明责任问题所具有的特殊重要性,自罗马法以来它就一直受到立法者、法官和法学家的关注。无论是在古代、现代还是当代

^① [美]伯纳德·施瓦茨:《行政法》,群众出版社,第321页。

的著名法典中,都能找到一些有关证明责任的条款。在各国的指导性案件中,或多或少都有一些关于证明责任的判例。从学术领域看,在诸多研究民事诉讼法的著作和论文中,有关证明责任的总是占相当大的比例。

随着时代的发展、社会的变迁,法律变得愈来愈复杂,证明责任的内容会有所变化,证明责任的理论会有所更新。如何调整传统的分配证明责任的规则,使之能从容应付当代社会中上述新问题的挑战,已成为当前证明责任研究的热点。

在我国法学界,对证明责任的认知曾经历了一个曲折的转变过程。在解放后相当长的一段时期内,由于受到“左”的思想影响,证明责任被贴上了旧法观念的标签,被看作旧的民事诉讼制度的产物,在民事诉讼理论研究中长期处于无人问津的状态。

1982年,新中国第一部《民事诉讼法(试行)》颁布后,对证明责任的误解终于得到澄清,长期被冷落的证明责任逐渐受到了理论界的重视。与10年前相比,我国民事证明责任的研究已取得了长足的进步。许多学者本着科学、求实的态度对证明责任的含义、性质、分配、作用等问题进行了深入的研究,国外学术界一些研究民事证明责任的专著和论文也被翻译出来。随着海峡两岸隔绝状态被打破,台湾一些研究民事证明责任的专著也逐渐传入大陆。这一切,不仅标志着我国的民事证明责任研究已进入了一个新的阶段,而且也必将证明责任的研究推向深入奠定了基础。

但是,我国目前关于这一问题的研究还远未令人满意。特别是与一贯注重民事证明责任研究的德、日等国相比,还是相当薄弱的。其主要表现是:

第一,对证明责任理论中的一些基本问题还存在着不同程度的模糊认识。例如,仍有不少学者把证明责任仅仅看作当事人向人民法院提供证据的责任;有部分学者认为随着举证活动的深入,证明责任会在双方当事人之间来来回回地转移;对证明责任分配的研究,还未触及到为什么要分配证明责任,证明责任的合理分配取决于哪些

因素等深层次问题。

第二,仍有相当一部分审判人员未能领会证明责任的本质,未能充分认识证明责任与事实真伪不明状态的内在联系,因而也就不能自觉地运用证明责任去处理那些争议事实无法或难以查明的案件。对情况比较复杂的案件,一些审判人员往往不能正确区分证明责任的分配,审判实践中的某些错案,便是办案人员混淆证明责任的归属而造成的。

第三,理论与实践结合不够紧密。从理论工作者来说,研究的热点还停留在证明责任究竟是权利、是义务还是败诉危险等距离实践比较远的问题上,而对分配证明责任的原则、如何公正合理地在双方当事人之间分配证明责任等与审判实践紧密相关的问题缺乏应有的关注。从实际工作者来说,由于对证明责任的理论缺乏深入系统的理解,往往不能自觉地运用证明责任的理论指导审判实践中的证明活动。

第四,目前对证明责任的研究至少还存在两方面问题:一是未把诉讼中的事实真伪不明状态与证明责任联系起来考察,未认识到证明责任在民事诉讼中的主要功能是处置争议事实无法查清的现象,因而未能充分把握证明责任的本质;二是研究视野不够宽阔,对一些与证明责任有密切关系的问题,如当事人的承认、推定、证明要求等未作专门研究,因而缺乏系统性。

自1983年起,我对民事证明责任产生了浓厚的兴趣。1984年秋至1985年春,在常怡、王锡三教授的悉心指导下,我完成了《论我国民事诉讼中的举证责任》的硕士论文。1991年秋,我开始了本书的写作。

在写作过程中,我力求通过广泛地比较,在鉴别和吸收国内外科研究成果、博采众长的基础上,立足于中国的国情,但决不刻意追求中国特色。因为在处理具有规律性、共同性问题时,与其追求特色,倒不如将这种特色融入普遍性之中。

在我看来,以行为责任为基点观察、分析证明责任,实在是我国

民事证明责任研究中的一大误区。因此,本书紧扣事实真伪不明与证明责任的内在联系,立足于结果责任,展开对证明责任诸问题的论述。

我深知,研究证明责任,尤其是对民事证明责任作全景式阐述,是极为困难和复杂的。我不揣浅薄,在一些问题上提出自己的见解,无非是想以此作为引玉之砖。如果本书能得到法学界同仁的批评指正,能在一些问题上引起争鸣,我就满足了。

1993年2月10日于合肥

修订版序言

为庆贺西南政法大学五十华诞,法律出版社决定出版《西南政法大学学术文库》(以下称《文库》),《文库》首批出50本,书稿范围包括新创著作、修订著作、代表性论文集。接到征稿通知后,我将10年前由中国政法大学出版社出版的《民事举证责任研究》作为选题申报,今年5月,我欣喜地接到编委会的入选通知。

《民事举证责任研究》是我在1991年9月至1993年4月期间写的,该书出版至今已有10年整。或许由于占了中国大陆第一本研究民事证据问题专著的先机,探讨的对象又是被称为“民事诉讼脊椎”的证明责任问题,书出版后,受到学界同仁的关注和读者的厚爱。一些高校将此书列为民事诉讼法专业研究生的必读书目,一些学者撰写民事、行政诉讼证据的专著也把该书作为参考书目。由于出版的时间早,后来又未再版,书店里早已难觅其踪迹。由于买不到,有些研究生只好从图书馆借书来复印。这些年来,我不时接到信件或电话,询问从哪里可以购到这本书。直到今年4月,一位律师还从深圳打电话来,让我帮助购书。这些正是促使我将这本10年前出版的专著作为选题申报的原因。

10年前,我国关于民事证据的研究可以说正处于起步阶段,民

事证据制度中的许多重要问题还未得到深入的研究和探讨。当时在民事证据理论上还存在较多的盲点和误区,在证明责任理论上尤其如此。存在的问题主要是:

(一)对证明责任本质的认识相当模糊

对诉讼当事人来说,负担证明责任究竟意味着什么,仅仅是对所主张的事实提供证据的责任呢?还是承担该事实证明失败时的风险?如果包括这两种负担,究竟哪一种负担才能够真正说明证明责任的本质?对这一事关证明责任制度根基的重大理论问题,当时并未得到应有的关注,以致于人们常常从提供证据的角度来解说证明责任,甚至认为对同一争议事实,由于一方需要提供本证,另一方则需要提供反证,因此双方当事人对该事实均负有证明责任。

(二)对证明责任制度在民事诉讼中的重要性认识不足

证明责任制度自始至终活跃在民事诉讼过程中,对诉讼的开始、进行、发展起着重要的作用。尤其是当证明終了,作为证明对象的法律要件事实仍处于真伪不明状态时,证明责任既成为克服真伪不明的法宝和裁判正当化的依据,又成为裁判的准绳,引导法官作出正确的裁判。然而,由于受原苏联民事证据理论的影响,无论是民诉理论界还是司法实务部门,并未充分意识到证明责任制度的重要作用。一种流行的观点是,在社会主义国家,由于民事诉讼追求客观真实,法院积极参与调查收集证据的活动,事实查不清楚的情形极少发生,法官总是能够依据被查明的案件事实作出裁判,因而,证明责任问题是无足轻重的。这种过于自信和乐观的认识妨碍了对证明责任的研究。

(三)对证明责任分配的理论未进行深入探讨

无论从理论还是实务的角度看,证明责任分配始终是证明责任制度中的核心问题。如何确立证明责任分配的原则,通过哪些方式、途径分配证明责任,疑难案件中证明责任如何分配,这些始终是理论家和实务家关注的焦点。大陆法系国家中德国的学者对此进行了长期的研究,形成了丰富多采的证明责任分配理论。这是一笔宝贵的

理论遗产,但当时尚未得到整理和挖掘。这事实上妨碍了我国民事责任理论的形成和发展。

(四)对民事诉讼证明标准未进行独立研究

长期以来,我国民诉理论界把客观真实作为民事诉讼证明的目的,在证明标准上,亦适用与刑事诉讼相同的证明标准,对证据的要求都必须达到确实、充分。然而民事诉讼在案件的性质、收集证据的主体、当事人的承认与推定的适用等方面明显地不同于刑事诉讼,对这两类诉讼适用相同的证明标准是有疑问的。此外,把客观真实作为民事诉讼的证明目的似也有不妥之处。

文章为时而著,带着上述疑问和困惑,我开始系统地思考证明责任问题,并试图在《民事证明责任研究》一书中提出自己的一些想法。在该书中,我试图说明:

第一,在证明责任所包含的行为与结果两种责任中,真正能够代表证明责任本质的是败诉风险意义上的结果责任,而这一责任又是争议的要件事实真伪不明而法院又不得不以裁判方式解决纠纷引起的,提供证据的行为责任只不过是结果责任在诉讼中的外在表现而已。

第二,在社会主义国家的民事诉讼制度中,证明责任制度仍然具有重要的作用,这不仅是因为事实真伪不明现象的存在具有普遍性,不存在“姓资姓社”的问题,而且也由于虽然作为结果责任的证明责任要到证明失败、事实的真伪无法查明时才突出地显现其重要性,但它的作用却远远不止于此,可以说证明责任在整个民事诉讼过程中都发挥着重要作用,很难想象离开了证明责任民事诉讼制度还能够正常运转。

第三,在成文法国家,尤其是在制定民法典的国家,从学理上寻找分配证明责任的一般原则不仅是必要的,而且也是可能的。在这一问题上,我们完全没有必要强调自己诉讼制度的特色,另起炉灶,从头做起,而应当大胆借鉴与吸收大陆法系国家中德国、日本的分配证明责任的学说,尤其是经德、日两国法院长期采用并被证明为具有

一般妥当性的法律要件分类说中的“多数说”。

第四,发现真实是各国民事诉讼制度共同追求的目标,但如果断言西方国家的民事诉讼制度只能达到形式真实而我国民事诉讼却可以实现客观真实,这至少犯了过于自信的错误。其实,我国民事诉讼遇到的许多困难与西方国家的法院是具有共同性的。如事实是由当事人引入诉讼的,而当事人可能有意或无意地夸大或缩小某些事实,甚至故意将真情隐去;证人可能不理睬法院传唤拒不到庭,也可能故意用虚假证言误导法庭,即便是诚实的证人,也很难保证其证言百分之百与事实相符;即便是被誉为科学证据的鉴定结论,出差错的可能性也是存在的等等。除了这些共有的制约因素外,我国法院在确定案件真实中还面临着一些特殊困难,如国人的证据意识是相当薄弱的,杨良宜、杨大明所著《国际商务游戏规则:英美证据法》一书序言中的第一个小标题就是“中国人不讲证据”,他们认为中国人不讲与不重视证据,中华民族的文化中一向没有对证据深究的传统与习惯。再比如我国民事诉讼法规定了审限制度。据说这在世界上是独一无二的,堪称中国特色。审限的存在虽然有助于防止诉讼拖延和提高审判效率,但有时也确实妨碍了真实的发现。

既然诉讼中发现真实面临着重重困难,宣称我们的诉讼制度能够达到客观真实,甚至断言法院裁判中认定的事实就是诉讼前客观存在的事实,就多少有些底气不足。用法律真实来说明诉讼中的真实或许是一种恰当的选择。

民事诉讼中的证明标准也应当有别于刑事诉讼,具体的说,应当采用低于刑事诉讼的证明标准。证明标准应反映民事诉讼的特点,民事诉讼与刑事诉讼的众多区别既表现了民事诉讼的特殊性,也为确定民事诉讼自身的证明标准提供了依据。高度盖然性的证明标准是符合民事诉讼特点的,也是与法律真实的证明任务相吻合的。

这些观点或多或少的起到了抛砖引玉的作用。在学界同仁持续不断的努力下,情况渐渐发生了变化。证明责任的本质是结果责任而不是行为责任今天已深入人心,审判实务界也已经接受了证明责