

举证责任

新论

JUZHENG ZEREN XINLUN
KONGZHIZHE ZIZHENG QI DANGYUANZE

——控制者自证其当原则

龚大春◎著

法学博士



中国政法大学出版社

举证责任

新论

JUZHENG ZEREN XINLUN
KONGZHIZHE ZI ZHENG QI DANGYUANZE

——控制者自证其当原则

龚大春◎著



中国政法大学出版社

2018·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

举证责任新论/龚大春著. —北京:中国政法大学出版社, 2018. 4
ISBN 978-7-5620-8220-0

I. ①举… II. ①龚… III. ①民事诉讼—举证责任—研究
IV. ①D915. 213. 04

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第079409号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)
编辑邮箱	zhengfadch@126.com
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm×1230mm 1/32
印 张	8
字 数	200 千字
版 次	2018 年 4 月第 1 版
印 次	2018 年 4 月第 1 次印刷
定 价	39.00 元

亲爱的读者，如果本书有幸得到您的眷顾，请允许我先表达一下写作本书的基本信念：

事实是科学和价值的共同支点。没有事实，就没有真理和正义，就没有真善美！

一、写作的背景 and 经历

早在 20 世纪 90 年代末，我从事律师职业不久，我就注意到举证责任问题。当时，《民事诉讼法》只是简单地规定“谁主张，谁举证”的举证责任分配原则，即“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据”。而随着国有企业劳动合同制度的推行和医疗事故纠纷的增加，劳动纠纷和医疗纠纷案件逐渐增多。我在代理的几起劳动纠纷和医疗纠纷案件中，明显感觉到举证责任分配原则是存在问题的。员工一方不但要举证证明自己加班了或者遵守单位规章制度，还要举证证明用人单位没有支付加班工资或者违法解除劳动合同，而员工的有关考勤等工作记录或者用人单位对员工的考核记录等，明摆着由用人单位保管，员工一方取证十分困难。医疗纠纷也有类似情况，要证明医院



有过错，必须从医疗过程中分析判断，而反映医疗过程的住院病案都是医生做的，在医院保管，患者很难取得，即使取得了，也可能被医生篡改过。这两类案件给我的印象最深，适用“谁主张，谁举证”原则，员工或患者都很被动和不利。虽然，当时提请法院调查有时能够解决一些问题，但是，总体上的被动和不利并不能解决。而这种在事实调查上的被动和不利是不公平的，我当时就认为，协助法院查明事实是每个人的义务，对当事人而言，只要持有证明案件事实的证据就有提供证据的义务。所以，像劳动纠纷和医疗纠纷这样的案件，必要时应该让用人单位和医院承担举证责任，民事诉讼法应该有这样的制度设计，就像行政诉讼那样由被告举证。自此，举证责任问题一直是我在法律实务和学习研究中的关注重点之一。

研究生学习时期，我有机会接触到举证责任的有关理论学说，开始深入思考举证责任分配的理论问题。2001年底最高人民法院颁布的2002年4月施行的《关于民事诉讼证据的若干规定》（下称《证据规定》），进一步推动了国内诉讼法学界对举证责任问题的研究。学界对两大法系的相关理论和制度的研究越来越深入和系统化，而且，对举证责任研究一向冷清的刑事诉讼法学界也开始关注刑事诉讼举证责任问题。实务界的研究则是不断提出举证责任“倒置”的领域和观点，比如产品致损纠纷、环境纠纷、共同危险行为致损纠纷等。加之一些司法改革措施的实施，一时间，理论界和实务界关于举证责任问题的研究、研讨热闹非凡。与此同时，举证责任学说和规则的适用却出现了更大的混乱。理论上，连最基本的证据的概念和举证责任的概念，乃至它们的名称，都是“百家争鸣”。实务界，一些地方高级法院也纷纷总结实践经验，出台了地方版的“证据规定”。

在我看来，这种理论上的热闹和实务上的混乱既反映了理论与实务的高度关联，也反映了理论的缺陷，说明学界引介和应用到《证据规定》中的学说是严重有问题的。我发现，当时理论研究的一个突出现象是从理论到理论，从大陆法系到英美法系，从西方到中国。无论是学术著作，还是期刊论文，主流进路基本如此。一般都是某某学说怎么说，或者某某学者怎么说，或者某某国家如何规定，笔者认为怎么样，所以，我国应该怎么样。当然，通常也就是待证事实分类说、要件事实分类说或者规范说、危险领域说、盖然性说、利益衡量说（或较量说）等学说，或者罗森贝克、莱昂哈德、普维庭、普霍斯、高桥宏志、石田穰等德日学者，或者德国、日本、英国、美国等国家法律。

这种理论研究方法的最大优点就是能够兼收并蓄，吸收人类法治文明成果，所谓有“历史纵深”和“理论宽度”，但是，最大的缺陷就是脱离实践。既不是从实践问题出发，也不是分析、总结实践经验，更谈不上针对我国的法治国情。糟糕的是，这样的理论研究“结论”还在没有被充分论证和实践检验的情况下，就进入《证据规定》用来指导普遍的司法实践，实务界自然就乱套了。

我认为，证据制度的最基本的功能在于事实发现。举证责任分配制度作为证据制度的核心部分，应该担当事实发现功能的最主要角色，完成事实发现的最主要任务，而不是到“要件事实真伪不明”时分配“败诉责任”。所以，待证事实是什么、有哪些，是案件审理首先要解决的问题，也是举证责任分配理论研究的起点。在这个问题解决后，应当着重解决到哪里获取证据的问题。这在理论研究上就是要解决证据的本质和运动规律问题，并在此基础上确立举证责任分配的原则和规则体系。



经结合办案实践,我很快发现,要件事实分类说的“待证事实”观点是有问题的。司法实践中的待证事实都是基于诉辩双方具体的事实主张,由法官总结具体的争议焦点得出,诉辩双方举证证明的都是具体的事实主张,而不是直接指向实体法的“要件事实”。要件事实的证明都是在具体的事实被证明后才开始,而且是由法官通过逻辑推理来确定要件事实是否得到证明,进而确定实体法规范能否适用。所以,待证事实实际上存在基于主张的“具体的待证事实”和基于实体法规定的“抽象的待证事实”的双层结构。其中,“具体的待证事实”需要证据证明,具有分配举证责任的功能;而“抽象的待证事实”不需要证据证明,不具有分配举证责任的功能。

关于证据的本质和运动规律的研究,我很快认定了证据的信息本质,也初步论证了行为与证据的关系,认为行为和行为对象的控制者一定是证据的控制者,并提出了行为领域的概念。在此基础上,我得出了行为或行为对象的控制者应当证明其行为的正当性的初步结论,认为这应该是举证责任分配的基本原则。在此期间,我参加了一些地方学术会议,发表了一些论文,算是“窥探”或“侦查”了学术圈。

在后来的十多年的法律实务和学术研究中,我也一直关注举证责任分配规则在司法实践中的发展和相关理论的研究,并一遍遍地反反复复地对照、比较和检测自己的思考和研究结论。

我注意到,以规范说为主的“一强多元”的理论格局和立法格局逐渐形成,但是,批判的声音和破局的呼声有增无减。统一的证据立法停滞不前,举证责任“倒置”的规定有增无减。

尤其,在一遍遍的对照、比较和检测中,我对相关主流学说的研究方法和路径缺陷的认识越来越清晰,对自己的思考和研究路径更加坚信。对自己的思考和研究结论根本上的正确性

越来越确信不疑，只是对一些具体诉讼领域需要进一步研究，对支撑结论的最为重要的证据运动规律需要进一步的深入研究。

两年前，受侦查学研究成果启发，以信息论和控制论的基本理论为指导，我发现并论证了证据在当事人之间分布的基本规律——行为控制规律。在对证据运动规律的研究取得突破后，我曾考虑陆续发表一些论文，并做出了一些努力。但是，随着思考具体问题的增加，我感觉论文不能表达清楚一个原则问题的论证过程，单单一篇论文往往只能论证一个问题，不联系其它论文就不能让人明白该文的意义，也不能反映一个原则问题论证的前后逻辑进程，于是，就有了写一本书的想法。在继续思考和准备一些资料后，2017年的元月，我开始正式写作。因为许多基本问题都有思考记录和相关论文，所以，写书的时间并不长。从第一轮写作到第五轮整理结束，前后也就六个多月，平均每天写作约五个小时，中间还有过年和其它事务导致的中断约一个月时间。

都说写书是个苦差事，但是，我在几个月的写作中，基本上一直有种愉悦甚至兴奋感。我知道，这种感觉来自于发现和表达的快乐。我也没有去预料或者评估这本书未来的命运，甚至妻子女儿说要第一个给她们签名赠书的玩笑，我想都没想就嬉笑着答应了。我姑且把书写出来，命运嘛，还是交给实践和历史吧！

二、本书的研究方法和路径

如果举证责任分配的研究可以像肖建国博士这样分类，即“历史上曾出现过形形色色的举证责任分配理论学说，彼此观点各异、歧见迭出，但研究举证责任分配的学者立场，不外乎两种：一是认为举证责任分配可作抽象统一的分配，并力图找到



一种公平合理地分配举证责任的统一原则；二是认为举证责任无法作统一原则性分配，只能是具体情况具体分析，具体案件具体处理、分配，由法官就个别具体事件，进行适当的裁量，决定何人应就何事负举证责任。这两种立场分别采用了逻辑推演法和经验归纳法。”^{〔1〕}那么，毫无疑问，我的主张属于第一类，本书的研究方法当属于“逻辑推演法”。但是，同样是逻辑推演法，逻辑的起点、大小前提、推演路径和检验标准不同，其结论也会大相径庭。

总体而言，本书的逻辑起点是司法实践，是出于解决司法实践中的问题；大前提是当代社会的科学知识、科学世界观和文明价值观；小前提是对证据、举证责任制度价值、司法实践规则和判例的分析结论；推演路径和检验标准都在司法实践的场域中。所以，本书的基本依据是司法实践、法律、法哲学、哲学和当代相关领域的科学成果。本书对现有的理论学说主要是在必要时作为讨论的对象，而不会直接作为本书的理论依据。

在本书的章节中，将循着和反映这样的主要推演路径：①提出和分析要解决的问题，即论证和界定研究对象的核心概念——“举证责任”，论述和分析需要证明的对象——“待证事实”；②论证大前提，即确定举证责任分配原则的主客观依据；③重点论述客观依据，即作为举证行为对象的证据的本质和运动规律；④得出结论，即推演出举证责任分配的基本原则；⑤检验结论，即把举证责任分配原则运用到具体诉讼实践中；⑥继续从理论和规则两个角度运用、检验结论，即对有关主要学说和举证责任分配规则进行评析、比较和解释；⑦总结，即对论证结论进行综合运用，提出基于研究结论的统一的举证责任分配

〔1〕 肖建国：“论民事诉讼举证责任分配的价值蕴含”，载《法律科学》2002年第3期。

规则体系。

其中，在举证责任概念问题上，我先论证了法律概念的界定方法，认为法律概念的定义应当严格依据法律条文进行。基于三大诉讼法的规定，结合诉讼法律关系的理论，认为举证责任这个法律概念的名称应该为“举证义务”，它的定义应该表述为：诉讼各方依法承担的向法官提供证据的义务。

在待证事实问题上，我从诉讼法的规定和判决书事实调查过程的分析中发现并论证了待证事实的双层结构，即“具体的待证事实”和“抽象的待证事实”。二者在形成过程、证明目的和证明方法等方面都是不同的。“具体的待证事实”，也就是诉辩双方主张的事实，具有分配举证责任的功能。而“抽象的待证事实”，也就是实体法规定的要件事实，不具有分配举证责任的功能。

关于举证责任分配原则的主客观依据，我首先论述了原则应当依据行为人的价值选择和行为对象的本质及其规律制定，并具有规范性、普适性和同一维度的唯一性等特征。接着论证制定举证责任分配原则应当以公正效益的价值选择为主观依据，以证据的本质与运动规律为客观依据。在这两个依据中，事实是它们的连接点，是它们共同的起点、归宿和支点。

在论证举证责任分配原则的主观依据时，为了厘清有关价值概念和便于后文的论述，我还不可避免地对正义、正当和公平等价值乃至“公正”等用语作了探讨。认为正义作为人类社会的最高价值，是人类关于作为人的自然生命在结为人类社会的经济、政治、文化生活中的合规律利益平衡状态的观念。正义的内涵包括合理性、正当性和公平性，其中，合理性是合规律性的反映，正当性是人的社会性的反映，公平性是利益平衡的反映。



关于举证责任分配原则的客观依据,我首先结合证据立法,根据认识论、信息论和信息科学的基本理论论证了证据的信息本质。接着从侦查学的基本原理即物质交换原理出发,结合信息论和控制论理论论证了证据在行为人之间分布的基本规律——行为控制规律,即证据的分布与包括行为人、行为、行为对象和行为环境构成的行为领域的控制状态正向相关。并对“控制”作解释性规定,即控制是主体按照自己的意志决定事物运动的过程或状态。“控制”须同时符合主客观两个条件:①客观上,行为人限制着某个事物的运动;②主观上,行为人具有意志自由。

在找到并论证了举证责任分配赖以确立的主客观依据后,我便着手推演举证责任分配的基本原则。首先,根据诉讼法公正效益的价值选择,得出证据的控制者应当提供证据的基本结论;其次,因为证据的控制者并不总是明显的,而且诉辩双方总是会展示对己有利的证据,掩饰隐瞒对己不利的证据,所以,就要根据证据分布的基本规律对证据的控制者作出正确判断,于是,进一步得出了行为领域的控制者应当承担举证责任的结论;最后,又因为我国三大诉讼法确立的是对抗制的诉讼模式,所以,诉辩双方只有证明对其有利的也就是具有正当性的事实主张的义务。于是,最终的结论就是:行为和行为领域的控制者应当承担其具有正当性的事实主张的举证责任,简言之,控制者自证其当。

关于控制者自证其当原则的检验,我首先是让该原则运用到三大诉讼中,以检验其规范性、普适性和同一维度的唯一性;接着通过评析主导我国民事诉讼举证责任分配的三大学说,论证控制者自证其当原则及其理论依据的理论解剖力和解释力;最后通过评析我国三大诉讼的举证责任分配规则,论证控制者

自证其当原则的规范解剖力和解释力。

最后，我以统一的举证责任分配规则体系示例的方式结束本书和控制者自证其当原则的推演，目的在于让理论回到实践。理论的生命在于实践，我想，这应该是控制者自证其当原则的最佳归宿了。

三、本书非理论用语的含义

1. 有关法律或司法解释缩略语。

(1) 《民事诉讼法》指现行《中华人民共和国民事诉讼法》；

(2) 《刑事诉讼法》指现行《中华人民共和国刑事诉讼法》；

(3) 《行政诉讼法》指现行《中华人民共和国行政诉讼法》；

(4) 《民诉法解释》指最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》；

(5) 《刑诉法解释》指最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》；

(6) 《行政诉讼法解释》指最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》；

(7) 《证据规定》指最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》；

(8) 《侵权责任法》指现行《中华人民共和国侵权责任法》。

说明：这些用语是对本书经常提及或引用的法律或司法解释，为了便于引用和识别而采取统一的简化称谓。

2. 有关诉讼主体称谓的含义。

(1) “当事人”指民事诉讼或行政诉讼的当事人，“公诉人”指公诉案件的公诉人，“被告人”指刑事案件的被告人，“自诉人”指刑事自诉案件的自诉人；

(2) “控方”“辩方”“控辩双方”指刑事诉讼中的公诉人或



被告人；

(3) “诉方”“辩方”“诉辩双方”指各类诉讼的起诉方或被诉方。

说明：之所以在不同的地方使用的称谓会有所不同，是出于各类诉讼或个别诉讼论述的需要。在涉及各类诉讼的论述时，统一称“诉方”或“辩方”；在个别诉讼的论述时，则依照有关诉讼法的称谓，这样，也便于读者识别讨论议题所在领域。

3. 有关理论用语，包括笔者新定义的用语和引用的学术用语，请阅读有关章节内容。

龚大春

2017年5月28日于怡然园

序	1
第一章 举证责任概述	1
第一节 举证责任的概念	1
第二节 举证责任与证明责任	10
第三节 主张与举证责任	23
第二章 待证事实	28
第一节 待证事实的形成	28
第二节 待证事实的双层结构	38
第三章 举证责任分配原则的根据	46
第一节 举证责任分配原则概述	46
第二节 “公正”和“效益”是举证责任分配原则的主观 根据	50
第三节 证据的本质和分布规律是举证责任分配原则的客观 根据	61



第四章 证据的本质	66
第一节 证据本质的有关表述和评析	66
第二节 证据的本质是信息	73
第三节 证据信息的特殊性	79
第五章 证据分布的基本规律	82
第一节 证据分布规律的概念	82
第二节 证据分布规律的研究现状	85
第三节 证据分布的基本规律——行为控制规律	88
第四节 待证事实与行为控制规律	106
第六章 控制者自证其当原则	110
第一节 程序价值对举证责任分配的要求	110
第二节 行为控制规律对举证责任分配的指导作用	117
第三节 控制者自证其当原则	119
第七章 控制者自证其当原则的运用	125
第一节 控制者自证其当原则在民事诉讼中的运用	125
第二节 控制者自证其当原则在行政诉讼中的运用	140
第三节 控制者自证其当原则在刑事诉讼中的运用	142
第四节 控制者自证其当原则在几个新热点问题中的运用	162
第五节 控制者自证其当原则的局限性	173
第八章 现行主要举证责任分配学说评析	178
第一节 规范说评析	179
第二节 危险领域说评析	187

第三节 利益衡量说评析	189
第九章 我国现行举证责任分配规则评析	194
第一节 民事诉讼举证责任分配规则评析	194
第二节 行政诉讼举证责任分配规则评析	202
第三节 刑事诉讼举证责任分配规则评析	205
第十章 控制者自证其当原则的立法模式	214
第一节 现行举证责任分配规则立法模式评析	214
第二节 统一立法模式的基本路径	217
第三节 举证责任分配规则统一立法示例与说明	222
参考文献	234

第一节 举证责任的概念

概念是对事物本质规定的语言描述，一般通过内涵和外延两个方面予以界定。概念是人类知识体系的砖石，是人类思维的起点。概念的正确界定对知识体系的科学化和科学研究的深入推进具有十分重要的意义。

一、法律概念的界定依据

法律概念是法律条文中使用的用以指称某个要件要素的名词或术语。为了避免司法实践中的歧义，立法者往往对重要的容易产生不同理解的名词或术语直接定义。这种情况在重要的、相对成熟的法律中比较常见，比如，我国《刑法》对“犯罪”“故意犯罪”“过失犯罪”“正当防卫”“犯罪预备”“犯罪中止”“共同犯罪”“主犯”“从犯”“累犯”“自首”“国家工作人员”“商业秘密”“假药”“贪污罪”等就给出了明确定义，而且，整个分则几乎都是对各个具体罪名的定义。另外，还对很多名词从外延角度进行界定，比如“单位犯罪”“公共财产”“司法工作人员”“重伤”等。《中华人民共和国民法总则》对“法人”“民事法律行为”“物权”等；《合同法》对“要约”“承诺”“格