

民事诉讼法学专著丛书

民事举证责任研究

李 浩 著

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，举证责任问题便产生了。自此以后，作为诉讼制度重要内容之一的举证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，举证责任又是一个充满争议的问题。从学说史上看，关于举证责任的概念、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，不能不归结为举证责任本身所固有的重要性和复杂性。

如果说举证责任是民事证据制度的核心，举证责任分担便是核心中的核心。举证责任的分担横跨民事程序法与民事实体法两大法域，确定举证责任的分担，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，但过份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。分担民事举证责任无疑应符合公平正义与简便迅速的要求,而合理地分担举证责任又有助于实现两者的和谐与统一。

另一方面,分担举证责任又必须考虑到实体法的要求。实体法与民事举证责任分担的关系极为密切,关于这一点,只要浏览一下民事实体法中直接规定举证责任负担的规范便可确信无疑。但实体法对举证责任分担的影响远不止此。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担举证责任的一般规则,就难以在各类具体诉讼中公正合理地分担举证责任。

举证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举证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,举证责任问题更为突出,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,举证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举证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“举证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,举证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。确定举证责任问题常常就是决定谁胜谁负的问题。”^①

^① 伯纳德·施瓦茨:《行政法》,群众出版社,第321页。

鉴于举证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、现代还是当代的著名法典中，都能找到一些有关举证责任的条款。在各国的指导性案件中，或多或少都有一些关于举证责任的判例。从学术领域看，在研究民事诉讼法的著作和论文中，有关举证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，举证责任的内容会有所变化，举证责任的理论会有所更新。如何调整传统的分担举证责任的规则，使之能从容应付当代社会中上述新问题的挑战，已成为当前举证责任研究的热点。

在我国法学界，对举证责任的认识曾经历了一个屈折的转变过程。在解放后相当长的一段时期内，由于受到“左”的思想影响，举证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，对举证责任的误解终于得到澄清，长期被冷落的举证责任逐渐受到了理论界的重视。与10年前相比，我国民事举证责任的研究已取得了长足的进步。许多学者本着科学、求实的态度对举证责任的含义、性质、分担、作用等问题进行了深入的研究，国外学术界一些研究民事举证责任的专著和论文也被翻译出来。随着海峡两岸隔绝状态的打破，台湾一些研究民事举证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举证责任研究已进入了一个新的阶段，而且也必将为将举证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举证责任研究的德、日等国相比，还是相当薄弱的。其主要表现是：

第一，对举证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，仍有不少学者把举证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，举证责任会在双方当事人之间来来回回地转移；对举证责任分担的研究，还未触及到为什么要分担举证责任，举证责任的合理分担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举证责任的本质，未能充分认识举证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举证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举证责任的分担，审判实践中的某些错案，便是办案人员混淆举证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举证责任究竟是权利、是义务还是败诉危险等距离实践比较远的问题上，而对分担举证责任的一般规律、如何公正合理地在双方当事人之间分担举证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，由于对举证责任的理论缺乏深入系统的理解，往往不能自觉地运用举证责任的理论指导审判实践中的证明活动。

第四，目前对举证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现象与举证责任联系起来考察，未认识到举证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，因而未能充分把握举证责任的本质；二是研究视野不够宽阔，对一些与举证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，我对民事举证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成果、博采众长的基础上，立足于中国的国情，但绝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，倒不如将这种特色溶入普遍性之中。

在我看来，以行为责任为基点观察、分析举证责任，实在是我国民事举证责任研究中的一大误区。因此，本书紧扣事实真伪不明与举证责任的内在联系，立足于结果责任，展开举证责任诸问题的论述。

我深知，研究举证责任，尤其是对民事举证责任作全景式阐述，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。

目 录

第一章 举证责任含义研究	(1)
一、国外诉讼理论中举证责任含义的比较.....	(1)
二、我国民事诉讼中举证责任含义的剖析	(14)
三、必须分清两种意义的举证责任	(19)
第二章 举证责任法律性质透视	(31)
一、历史与现状	(31)
二、对既往学说的反思	(35)
三、从结果责任看举证责任的法律性质	(38)
第三章 事实真伪不明与举证责任	(43)
一、事实真伪不明现象存在的理论依据	(43)
二、事实真伪不明现象的实践依据	(46)
三、从神明裁判到举证责任 ——处置事实真伪不明现象的演变	(51)
四、我国处置事实真伪不明现象的实践	(55)
五、减少依举证责任下裁判的对策	(61)
第四章 提供证据责任的理论与实践	(69)
一、当事人负担提供证据责任的理论依据	(69)
二、提供证据责任与诉讼模式	(73)
三、提供证据责任的法律性质	(77)
四、从全面取证到有限取证 ——提供证据责任的复归	(82)
五、履行提供证据责任的方式与期限	(89)

六、当事人举证与法院取证	(96)
七、值得研究的两个问题	(100)
第五章 举证责任分担基本理论问题探讨	(106)
一、为什么要分担举证责任	(106)
二、举证责任分担的立法例	(108)
三、举证责任分担的学说	(109)
四、影响和支配举证责任分担的诸价值	(124)
五、我国民事诉讼中举证责任分担的沿革	(131)
六、我国民事诉讼中举证责任分担的原则	(134)
七、举证责任分担与诉	(149)
八、分清举证责任分担的实践意义	(152)
第六章 举证责任的倒置	(157)
一、倒置举证责任的必要性	(157)
二、倒置举证责任的若干因素	(158)
三、倒置举证责任的途径	(162)
四、我国应实行举证责任倒置的诉讼	(165)
第七章 举证责任的实际发生与免除	(174)
一、举证责任的发生	(174)
二、举证责任的免除	(177)
第八章 推定与举证责任	(183)
一、形形色色的推定	(183)
二、设立推定的理由	(186)
三、法律上的推定与举证责任	(189)
四、事实上的推定与举证责任	(192)
五、法律拟制与推定	(193)
六、证据效力规定与推定	(196)

第九章 当事人的承认与举证责任	(198)
一、承认事实与承认诉讼请求.....	(198)
二、外国法律关于承认效力的不同规定.....	(199)
三、诉讼上承认应具有免除举证责任的效力.....	(201)
四、诉讼上承认与诉讼外承认.....	(206)
五、附加理由的否认与附加限制的承认.....	(207)
六、需要研究的几个问题.....	(211)
第十章 证明要求与举证责任	(219)
一、证明要求之比较.....	(219)
二、对一元证明要求的质疑.....	(223)
三、民事诉讼适用概然性占优势证明 要求的合理性与可行性.....	(226)
四、客观真实、主观真实与法律真实.....	(232)
第十一章 常见民事诉讼中举证责任的分担	(241)
一、离婚诉讼中举证责任的分担.....	(241)
二、继承诉讼中举证责任的分担.....	(244)
三、财产所有权诉讼中举证责任的分担.....	(247)
四、合同诉讼中举证责任的分担.....	(249)
五、侵权诉讼中举证责任的分担.....	(262)
六、不当得利诉讼中举证责任的分担.....	(266)
第十二章 发展与完善我国民事举证责任制度 的若干构想	(271)
一、立法的发展与完善.....	(271)
二、司法的发展与完善.....	(274)
三、理论的发展与完善.....	(277)

第一章 举证责任含义研究

一、国外诉讼理论中举证责任含义的比较

（一）罗马法探源

如同古罗马的私法对后世各国的民法具有重大而深远的影响一样，古罗马的诉讼程序和诉讼制度也对各国的诉讼制度产生了深远的影响。

古罗马的法学家是最早使用举证责任这一术语的。早在罗马法初期，法学家们就提出了如何分担举证责任的学说。该学说为分担举证责任确立了两条原则：一是“原告有举证的义务，原告不尽举证责任时，应为被告胜诉的裁判。”二是“主张的人有证明的义务，否定的人没有证明的义务。”

“举证责任”一词也出现在古罗马的法典中。公元前450年颁布的《十二铜表法》第6表第2条规定：“凡主张曾缔结‘现金借贷’或‘要式买卖’契约的，负举证之责。”在早于或迟于《十二铜表法》的一些古代法典中，虽未使用“举证责任”这一词，但往往也都含有关于举证责任的实质性规定。例如，古代印度的《摩奴法典》第8卷第47条规定：债权人为了索取债务人所欠金额，向其申诉时，可使债权人提供债务证明，令债务人清还。第52条进一步规定：

“在法庭要求债务人还债，债务人否认时，原告可召请借款时在场的人出庭作证，或提出借券等其他证明。”古巴比伦王国的《汉谟拉比法典》第9~11条也对举证责任作出了规定。

在罗马法学家的著述中，尚未发现对举证责任含义的解释。古罗马法学家的兴趣显然不在于如何给举证责任下一个精确的定义，而在于诉讼中如何分担举证责任。

在奴隶社会初期，国家机构处于逐步建立的过程之中，国家还无力干预私人之间的纠纷。那时社会成员之间的民事纠纷是采用“私力救济”的方式，由当事人自行解决，还不存在诉讼，无需由第三者对纠纷的是非曲直进行裁判，当事人无需向谁证明什么，当然也就无所谓举证责任。随着奴隶制经济的发展和奴隶制国家机器的完善，“私力救济”逐步为“公力救济”所取代。实行“公力救济”后，民事纠纷不再允许由当事人采用暴力方式自行解决，而必须以诉讼方式提交作为第三者的国家审判机关裁决。

诉讼具有受自身规律支配的步骤与程序。为了作出合法、公正的裁决，审判机关首先必须弄清有争议的案件事实。争议事实是诉讼前发生的，审判机关事先并不了解，为了准确地认定案件事实，就必须借助各种能够说明案件事实真实情况的材料，这些材料就是诉讼证据。

在古罗马民事诉讼中，承审员不主动调查和收集证据。因此，为了对案件进行审理并作出裁决，他必须解决以下两个问题：第一，当作为裁判基础的重要案件事实发生争议时，应当由哪一方当事人首先提供证据证明；第二，在争议事实因缺乏必要的证据而难以认定时，应当判哪一方当事人败诉。举证责任及其分担学说的提出，正是为了解决审判实践中存在的上述问题。

古罗马民事诉讼中遇到的问题普遍存在于各国民事诉讼中，各

国也都必须从理论和实践上解决这些问题，而罗马法学家又为解决这些问题提供了极富有参考价值的答案。所以，罗马法时期提出的举证责任及其分担的学说，对后世各国的诉讼理论和审判实践产生了极为深远的影响。在国外诉讼理论中，尽管对究竟什么是举证责任，学者间的争论至今尚未平息，但“举证责任”这一法律术语早已被普遍使用。

（二）英美法中的两种责任

在英文中，用“burden of proof”来表示“举证责任”。^①在英美法系中，证据法学是一个独立的法学分支学科。举证责任被作为证据法学的核心问题之一。对举证责任的论述，也都大多集中在证据法著作中，各证据法著作通常在“burden of proof”的标题下展开举证责任诸问题的论述。

英美法学者一般都认为举证责任是个具有多种含义的概念。大多数证据法权威都认为举证责任的主要含义有以下两种：“法定的证明责任”（legal burden of proof）和提供证据的责任（burden of adducing evidence）。早在19世纪末，美国著名法学家塞耶（Thayer）就指出举证责任这一术语的含义有两种：

第一种含义是指：“负有这种特定责任的当事人，对他已主张的任何双方有争议的事实负担着危险——如果最终不能证明其主张，他将会败诉。”^②由于这种意义上的举证责任由哪一方当事人负担，取决于实体法对争议事实的规定，所以，它被称为“法定的证明责任”或“法定的责任”（legal burden）。亦有人干脆称它为“证明责

① burden of proof 也可译为证明责任。台湾学者李学灯认为，将它译为证明责任更为贴切。

② 克罗斯：《克罗斯论证据》，1977年英文第5版，第85页。

任”(burden of proof)。又因为当事人负担这种意义上的举证责任是依据他们在起诉状或答辩状中提出的主张而确定的，所以有的学者又将它称为“依据诉状而发生的证明责任”(burden of proof on the pleadings)。

关于什么是法定的证明责任，英美法系中的解释不完全一致。根据美国 1953 年统一证据规则的规定，它是指根据法律的要求，一方当事人有义务用优势证据证明或是无合理怀疑地证明争议事实。^①而英国学者クロス和威尔金斯(Cross、Wilkins)则认为，它是指“在审查了全部证据之后，如果陪审团或法官对争议事实仍然存在着怀疑的话，因此而败诉的当事人负担的责任”，^②后来，曾为模范证据法典起草委员会首席顾问的美国著名法学家威格莫尔(Wigmore)又把这种责任称为“说不服的危险”(risk of nonpersuasion)或“说服责任”(burden of persuasion)。按照美国一些法学家的解释，说服责任意味着负有这种责任的当事人必须提供充分的证据使审理争议事实的陪审团(在没有陪审团审理的案件中则是法官)相信该事实是真实的。在证据调查结束时，如果陪审团或法官对该争议事实仍处于既不能肯定其为真，又不能断定其为假，即对该事实尚存在着怀疑，还未被说服相信其是真实的，该当事人就要负担因说不服而产生的危险——陪审团或法官因不能认定该事实而作出的对其不利的裁决。

塞耶认为举证责任的第二种含义是指：“在诉讼开始时，或是在审理或辩论过程中的任何阶段，对争议事实提出证据的责任。”^③这

① 陈朴生：《刑事证据法》，三民书局，1979年第3版，第27页。

② クロス、威尔金斯：《证据法概论》，1980年英文第5版，第27页。

③ クロス：《クロス论证据》，第86页。

种意义上的责任后来被称为“提供证据的责任”。美国联邦最高法院认为提供证据的责任意味着负担这种责任的当事人必须“提出表面上充分的证据来证明所主张的每一事实。”^①

在美国，提供证据的责任又被称为“不提供证据的危险”。曾为美国模范证据法典起草委员会主席的摩根（Morgan）教授认为，与其说当事人负担提供证据的责任，倒不如说负担不提供证据的危险更为准确。因为当事人如不能够提供充分的证据，便会招致败诉。^②

在英美法学家看来，尽管负担法定证明责任的一方当事人几乎总是同时也负担提供证据的责任，尽管有时候这两种责任之间的界限不甚清楚，但它们毕竟是具有不同内涵的举证责任。在使用举证责任这一术语时，必须将它们适当地予以区分。英美法学家认为，这两种责任至少存在着以下区别：

首先，针对的职能不同。在有陪审团参加审理的情况下，提供证据的责任是针对法官的职能而言的，因为负有举证责任的当事人是否已提出了表面的证据（*prima facie evidence*），^③是否应当将争议事实提交陪审团裁决，这是法官职权范围之内的事，要由法官来作出决定。法定的举证责任则是针对陪审团的职能而言的。陪审团专司审理事实的职能。在法官将争议事实提交陪审团裁决后，争议事实是否已被证实？根据现有证据能否相信该事实为真实？这属陪审

① 吉弗斯：《法律词典》，1975年英文版，第28页。

② 摩根：《民事诉讼程序判例与材料》，第702页。

③ 又称“初步证据”，是指在没有相反证据的情况下，足以确认某一待证事实的证据。在英美法中，只有当法官认为负举证责任的当事人已提出了表面的证据时，才会把争议事实提交陪审团裁决。

团职权范围内的事，要由陪审团来裁决。^①

其次，发生的时间不同。在实际的诉讼过程中，提证责任的发生要早于法定的证明责任。英国学者克罗斯和威尔金斯形象地将提证责任比作第一道障碍，将法定的证明责任比作第二道障碍。负有举证责任的当事人要想将争议事实提交陪审团裁决，就必须提出足够的证据，以便越过第一道障碍。否则，在事实尚未提交陪审团之前，他就会受到法官的不利裁决。即使越过了第一道障碍，负有举证责任的当事人仍可能在第二道障碍前受阻，因为该当事人提供的证据可能并不足以说服陪审团，在对方当事人提出强有力的反证时更是如此。^②

最后，转移与否不同。提供证据的责任会随着举证活动的进行发生转移。当一方已提出充分的证据后，这种责任就会从他身上暂时消失，转移于另一方当事人。法定的证明责任不发生转移，这种责任一旦确定由某一方当事人负担后，便自始至终由该当事人负担。所以，提供证据的责任有时又被称为“临时性的责任”（provisional burden），法定的证明责任则相应地被称为“固定的责任”（fixed burden）

（三）大陆法系中的主观举证责任与客观举证责任

在大陆法系的民事诉讼理论中，对举证责任含义的理解同样也存在着分歧。这种分歧主要表现为德、日两国诉讼理论中的主观举证责任概念与客观举证责任概念之争。这种理解和解释上的分歧，事实上也导致了举证责任概念的多义性。

主观举证责任概念是大陆法系民事诉讼理论的传统观念。自罗

① 摩根：《证据法之基本问题》，第46—47页。

② 克罗斯、威尔金斯：《证据法概论》，1980年英文第5版，第27页。

马法以来,举证责任一直被解释为主观举证责任。这里所谓的主观举证责任,实际上是从当事人举证活动的角度来观察、分析举证责任,把举证责任看作是当事人就自己的主张向法院提供证据的一种义务或负担。尽管持主观举证责任观点的学者也都看到了负担举证责任的当事人不能举证或举证不充分与承担败诉结果之间具有一定的因果联系,但他们观察、研究举证责任的侧重点,仍然是当事人的举证活动。

变革传统观念的最初尝试是由德国法学家尤利乌斯·格拉查(Julius Glaser)进行的。他于1883年首次提出了客观举证责任概念。后来,这一新概念经莱昂哈得(Leonhard)和罗森伯格(Rosenberg)等人的大力倡导,在德国理论界逐渐占了上风。

尤利乌斯·格拉查等人在研究举证责任时,不再沿袭以当事人的举证活动为基点进行分析研究的旧方法,而是另辟蹊径,将审理终结时争议事实真伪不明状态与法院在此种情况下应如何适用实体法进行处理联系起来,并以此为基点来分析举证责任。他们将争议事实真伪不明看作诉讼中存在的一种客观状态,并认为这种状态的发生,与当事人的举证活动并无必然联系,甚至在完全排除当事人的举证活动,证据完全由法官来收集的情况下,同样也会发生事实真伪不明情形。他们进一步分析说,即使事实真伪不明,法官仍然不可避免地要对案件作出裁决。法官在作出裁决前,必须确定由哪一方当事人负担因事实真伪不明而产生的实体法上的不利后果,以判决其承担不利的诉讼结果。这才是举证责任的实质。

日本近代的法律制度是仿效德国而建立的。自近代以来,日本的法学理论受德国的影响甚大。德国法学理论中的任何新思想、新观念都会迅速传播到日本。1917年,日本的雉本朗造博士发表了长篇论文《举证责任之分配》,首次将客观举证责任概念介绍到日本,