

# 统一的诉讼举证责任

李汉昌 刘田玉\*

**内容提要:** 举证责任的实质在三大诉讼法上都是将某些法律要件事实的举证义务分配给一方当事人,如果该当事人不能举证或不能证明该法律要件事实,裁判者则做出与该当事人利益相反的“事实拟定”,并以此为基础做出判决。从罗马法到现代,只有两条举证责任的分配原则:原告作为主张的肯定者,负有举证责任,被告作为主张的否定者,不负举证责任;原告作为主张的肯定者,不负举证责任,被告作为主张的否定者,负有举证责任。两条原则分别适用于不同的诉讼领域。

**关键词:** 民事诉讼 举证责任 分配

---

关于举证责任的概念、内涵和本质等问题,我国诉讼法学界已经进行了大量的研究与探讨,人们对举证责任概念的认识也已达相当的高度。但是笔者认为,迄今为止关于举证责任涵义的研讨有两个特点:一是孤立地、单一地解释举证责任的涵义,将其多重含义化约为其中的某一层意思,并且导致民事举证责任和刑事举证责任及行政举证责任三个概念之间存在明显的差异;二是对举证责任分配原则和标准的理论学说,只限于抽象而空泛的规则介绍,缺乏深入细密的逻辑分析,不能揭示其实质涵义。这两个特点在一定程度上妨碍着人们对举证责任概念作更深入的理解和把握。本文拟对三大诉讼法的举证责任概念及其分配规则作统一的界定和理解,旨在沟通三者之间的联系,建立适用于三大诉讼法举证责任的普遍概念。

## 一、举证责任的内涵

作为三大诉讼法的共同概念,举证责任可表述为:“所谓举证责任,乃当事人请求依其主张为裁判,须就其主张待证之事实,有举证证明之负担。详言之,乃当事人凡欲依其主张为裁判,须就其主张之特定,必要而有关联之待证事实,举证证明之。如不能举证证明,则负担不能依其主张内裁判之危险”。<sup>[1]</sup> 据此,我们认为,诉讼举证责任包含四个方面的内涵:

第一,主张责任。诉讼主张是一切诉讼活动的起点和归宿,全部诉讼活动都围绕主张而进行。尤其在当事人主义的民事诉讼模式中,当事人的主张是法院审判的对象和范围。当事人就案件中的“主张”实施攻击防御之手段,法官就“主张”听取双方当事人之辩驳,形成心证,并对诉讼主张做出判决。

---

\* 李汉昌,中南财经政法大学法学院教授;刘田玉,中南财经政法大学法学院讲师。

[1] 李学灯:《证据法比较研究》,台湾五南图书出版公司1981年版,第356页。

因此,主张责任是举证责任的基础,当事人在诉讼中有提出诉讼主张的责任。由于诉讼主张对案件的基础意义是那么地自然,所以主张责任并未引起太多的注意,在我国学者关于举证责任的论述中,通常没有对主张责任加以特别的阐述。但是,罗森贝克在其《证明责任论》一书中专门论述了主张责任,认为“在一个以辩论原则为主导的诉讼中,当事人不仅必须证明为判决所需要的事实,而且还要通过提出主张来参与诉讼,并使自己的主张成为判决的基础。主张责任的概念正是建立在这一基础之上的”。<sup>[2]</sup>我国台湾亦有学者注意到,“主张与举证,立于不可分离之关系,离主张,即无所谓举证,言举证,必先有主张。举证责任之分配原则系以主张责任之分配原则为基础,此二者结合而归于当事人一方”。<sup>[3]</sup>日本学者认为,“如果当事人不提出于己有利的主要事实,那么就会因法院不适用与该事实相对应的法律而导致自己承受不利的裁判,这种不利益或危险就被称为主张责任”。<sup>[4]</sup>

第二,提供证据责任。这就是我国民事诉讼法学界所说的行为意义上的举证责任,在国外诉讼理论中一般称为主观的举证责任。提供证据责任也同样存在于任何诉讼案件中。但不同的诉讼模式对此有较大的影响。在职权主义的诉讼模式中,法官承担着一定的提供证据职责,可依职权主动调查案件事实和收集证据。而在当事人主义诉讼模式中,法官受辩论原则约束,不主动调查和收集证据,因此当事人需要真正地承担起提供证据的责任。

第三,说服责任。说服责任是名副其实的“证明”责任、论证责任,指负有举证责任的一方当事人承担的运用证据对案件事实进行说明、论证,使法官形成对案件事实的内心确信的责任。在英美国家,说服责任被称作“令人信服的责任”。<sup>[5]</sup>说服责任是举证责任的重要组成部分。实际上,诉讼的整个庭审活动都是围绕说服法官这一目的而进行的。在此过程中,双方当事人可以反复陈述、质证、辩论,对证据之间的关系以及证据与案件事实之间的逻辑联系进行说服、论证,也就是运用证据证明自己所主张的事实和请求,使法官形成有利于自己的“心证”。说服责任对举证责任的重要性还表现在:不利后果负担的发生与否,必须以说服责任的实际履行为前提条件。只有在当事人实际承担了说服责任,案件事实仍然真伪不明的情形下,才发生不利后果的负担问题。

第四,不利后果负担责任。这就是我国民事诉讼法学界所指的危险负担责任,或称客观的、实质的、结果意义上的举证责任。<sup>[6]</sup>不利后果负担责任是一种潜在的风险,只有在案件事实经过一系列证明过程仍处于真伪不明状态时,才会实际发生。这是不利后果负担责任与前三种含义的责任最重要的区别。不利后果负担责任被我国民法学者界定为民事举证责任的实质含义和本质,因而被推崇到无以复加的地位。相反,在刑事诉讼和行政诉讼中,人们却认为并不存在不利后果的承担问题。“罗马关于证明责任的概念与含义并不存在于我国的刑事诉讼证明活动中……因为对公、检、法机关来讲不存在遭受不利裁判的问题”。<sup>[7]</sup>而笔者认为,在民事诉讼中,不利后果负担责任离不开主张责任、提供证据责任和说服责任;在刑事诉讼中,同样存在诉讼法意义上的“不利后果”。刑事诉讼中的控告方与被告方的立场和目标是指锋相对的。控告一方的目标就是证明自己与被告的指控罪名成立,使被告受到刑事处罚。为达此目标,控告方必须提供证据并进行说服论证。如果控告方不能提供证据或提供的证据不能证明犯罪事实,则被告的罪名不能成立,控告方的目标就无法达到。从诉讼的意义上讲,这一结果就是刑事控告一方的“不利后果”。行政诉讼中,行政机关举证不能和证明不能亦

[2] [德]莱奥·罗森贝克:《证明责任论》,庄敬华译,中国法制出版社2002年版,第45页。

[3] 连银山:《民事举证责任之研究》,载杨建华主编:《民事诉讼法论文选集》下册,台湾五南图书出版公司,第628页。

[4] [日]高桥宏志:《民事诉讼法——制度与理论的深层分析》,林剑峰译,法律出版社2003年版,第431页。

[5] 参见叶自强:《民事证据研究》,法律出版社1999年版,第137页。

[6] 在我国诉讼法学界,究竟是用“举证责任”还是“证明责任”来指称诉讼中有关证明的责任,也存在着长久的争论。这与人们对举证责任的含义作不同的界定有关。采用“证明责任”的学者实际上指的是狭义的不利后果责任,也称客观证明责任。而“举证责任”的含义一般包括本文所指的四个方面的责任。笔者认为,从广义上说,两个名称的内涵应该是一致的。

[7] 参见樊崇义主编:《刑事诉讼法学研究综述与评价》,中国政法大学出版社1991年版,第262页。

将遭受类似的不利裁判。所以,在刑事诉讼和行政诉讼举证责任的涵义中,都包含着不利后果负担责任。

举证责任是上述四种责任的统一体,四种责任紧密相连不可分割,它们之间呈现出一种层层递进的关系,后者以前者为基础和前提。同时它们又相辅相成,互为条件。不利后果负担责任必须以它前面的三种责任为前提条件:首先,案件事实真伪不明只有在当事人就自己的主张提供证据并实施论证说服活动之后才有意义。依照德国法学家汉斯·普维庭的观点,构成“真伪不明”的条件是:1.原告已经提出有说服力的主张。2.被告也已提出实质性的对立主张。3.对争议事实主张需要证明(自认的事实、众所周知的事实、没有争议的事实不在此限)。4.所有程序上许可的证明手段已经穷尽,法官仍不能获得心证。5.口头辩论程序已经结束,上述第3或第4项状况仍然没有改变。<sup>[8]</sup>其次,在一般情况下,主张责任的承担主体和不利后果责任的承担主体是一致的,所以一旦出现事实真伪不明的状态,应将不利后果分配给负有提出主张、提供证据、说服等责任的当事人承担。这就要求必须预先规定在各类诉讼案件中,应该由谁负责提出主张、提供证据并进行说服证明活动,也就是说,不利后果负担的承担主体也离不开主张责任、提供证据责任和说服责任,只有先确定了后者的主体,前者的主体才能确定。反过来看,主张责任、提供证据责任和说服责任也离不开不利后果负担责任。正是由于不利后果责任的潜在“危险”,才迫使当事人为了自己的胜诉结果,主动地提出主张,收集证据并力图说服法官。“就逻辑性和时间性而言,主张均是在提出证据和收集证据之前发生……在一个建立在辩论原则基础之上的诉讼中,人们首先发问,什么必须被主张……关于主张责任的对象和范围问题,必须以与证明责任分配问题一样的方法来回答,主张责任和证明责任并非两个不同的问题,而是一个问题的两个方面。”<sup>[9]</sup>

在我国诉讼法学界,大多是孤立地研究民事举证责任和刑事举证责任。其主要表现是,在民事举证责任概念上,孤立地理解“危险负担责任”,认为危险负担与行为意义上的提供证据责任和说服责任相互排斥的,从而主张民事举证责任只包含危险负担责任。在刑事诉讼举证责任的研究中,只注意行为意义上的提供证据责任和说服责任,对不利后果负担责任避而不谈,甚至认为根本不存在这种不利后果。如此一来,就把民事举证责任和刑事举证责任变成了两个相去甚远的概念而无法统一。如果我们将行为意义上的主张责任、提供证据责任和说服责任引入民事举证责任的内涵之中,将不利后果负担责任赋予刑事诉讼举证责任和行政诉讼举证责任的内涵之内,三大诉讼中的举证责任概念就会成为一个统一和谐的概念,具有广泛的广延性和包容性,其基本要旨是:要求诉讼案件中的当事人或公诉人对案件事实履行行为意义上的举证义务,以证明案件事实。如果不能证明案件事实,则由负有提供证据义务的一方当事人承担不利后果。由于承担举证责任的主体(当事人或公诉人)不同,具体的案件事实的差别,以及不利后果的表现形式各异,就分别形成刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼中的举证责任。德国的诉讼法学家通常都将刑事诉讼的举证责任纳入证明责任的一般概念中来讨论,与民事举证责任进行对照和比较。罗森贝克认为,“根据我们的观点,刑事诉讼中的公诉人对被控犯罪行为整体构成要件承担客观证明责任。这同样也是大多数刑事司法学家的观点。”<sup>[10]</sup>

在举证责任理论发达的国家和地区,举证责任的内涵都是完整和周全的。我国台湾学者李学灯先生认为,举证责任包含两种负担:“举证责任,如依原本可译为证明之负担,此为其本来之意义。然而达到证明之结果,细加分析,可得开始阶段之另一意义,则为举证之负担。此在较早之著作内,尚多未能予以分辩。最初于司法裁判上由法官首先指出两种意义,其后由学者于选集判例时略予辩明,

[8] [德]汉斯·普维庭:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社2000年版,第22页。

[9] 前引[2],罗森贝克书,第51页。

[10] 同上第37页。

续予学说上详加分析,均系起于19世纪”。<sup>[11]</sup>在德国,诉讼法学家尤利西斯·格尔查1883年首次将举证责任区分为客观的举证责任和主观的举证责任。1898年,美国学者塞耶提出举证责任有两种含义,第一种含义是指:“提出任何事实的人,如果该事实为对方所争执,他就有承担特殊责任的危险——如果在所有的证据都提出后,其主张仍不能得到证明,他就会败诉”。第二种含义是指:“在诉讼开始时,或是在审判或辩论过程中的任何阶段,首先对争议事实提出证据责任”。即当事人在诉讼中要承担两种责任:举证的负担(Burden of Producing evidence)和说服的负担(Burden of Persuasions),并认为“举证不能”和“说服不能”都会导致败诉结果。

以上表明,国外和我国台湾学者关于举证责任所谈论和关注的对象是提供证据责任和说服责任。这是他们研究举证责任的出发点。而危险负担责任则在提供证据责任和说服责任的结果之一当中——它是“举证不能”和“说服不能”的逻辑结果。据此,笔者得出三点看法:第一,国外学者的举证责任概念包括民事举证责任和刑事举证责任,是一个统一的概念,不像我国诉讼法学者那样将两者截然区分;第二,他们关心的重点和研究的出发点是提供证据责任和说服责任,即在诉讼案件开始时,如何确定当事人各自就哪些事实要件提供证据并说服法官;第三,在民事举证责任概念中,他们从来就没有将危险负担责任与行为意义上的举证责任割裂而论,更无在民事举证责任概念中排除后者的丝毫表示和倾向,亦无在刑事举证责任中不谈危险负担责任的“避讳”。

## 二、举证责任的基本属性

### (一)作为诉讼裁判机制的举证责任制度

诉讼证明过程和裁判机制概括地讲就是:当事人及公诉人提起诉讼,围绕实体法上的请求,就案件事实提出主张,提供证据,并对证据和事实进行论证。通过这一系列诉讼行为,大多数案件的事实得到证明,少数案件的事实得不到证明。从诉讼证明的要求来说,案件事实的结果只能有两种情况:得到证明(真)和得到否定(伪),两者必居其一,不允许所谓的“真伪不明”的第三种状态存在。“法官总是只能将一事实主张作为真实或不真实来对待,从来不能作为有疑问来对待”。<sup>[12]</sup>因此法官必须根据案件的实际情况,将真伪不明拟定为“真”或“伪”。这是一种制度上的安排,因为真伪不明对诉讼案件的判决是一种妨碍,必须在法律制度上将这种状态设定为“真”或“伪”。唯其如此,法官的判决才符合证据裁判主义的诉讼原理。

现代诉讼以证据裁判主义作为裁决案件的基础。这一原理要求任何案件判决的做出,都必须有适当和足够的证据。然而由于人类认识的有限性,在诉讼中案件事实无法查明的现象是不能完全避免的。在早期的诉讼制度中,裁判者或依人格的优劣以定胜负,或对不提出证据者作不利判决,也出现过回避裁判的现象。在德国民事诉讼法制定之初,依然残存着依宣誓制度以断是非的现象。<sup>[13]</sup>后来,人们发展了举证责任的理论,法官依据举证责任的规范,将某一事实主张作为真实或不真实来对待,判决某一方当事人败诉。所以说,诉讼上的举证责任是一个裁判机制。对此,罗森贝克认为,“证明责任规范是对每一部法律和法律规范的必要补充……因为,法官有可能对在现实事件中的法适用的前提条件是否实现存有疑问,在此种情况下有必要指导法官如何做出判决”。<sup>[14]</sup>“法律效果的发生与否,不在于事实的存在或不存在,而在于事实之获得证明或不能获得证明”。“在审判上,并不产生法官不能判断的情形。因主张权利的人,如果不能证明事实,则视为该事实不存在”。“法官不得因

[11] 前引[1],李学灯书,第359页。

[12] 前引[2],罗森贝克书,第14页。持该观点的德国诉讼法学者包括莱昂哈德(Leonhard)、赫尔维希(Hellwig)、布罗德曼(Brodmann)、冯·巴尔(v. Bar)等。

[13] 参见汤维建:《论民事举证责任的法律性质》,《法学研究》1992年第3期。

[14] 前引[2],罗森贝克书,第4页。

为他对案件事实没有进行充分的澄清就拒绝做出判决。他总是必须做出判决。对此,不需要对有争议的主张的真实与否做出积极的确认。对事实问题真假不明并不意味着对法律问题也真假不明。避免这一点恰恰是证明责任规范的任务。因此,一主张的不确定性不是使得判决不可能,而是使法官做出不利于承担证明责任的当事人的判决。”<sup>[15]</sup>

上述诉讼证明和判决原理不仅是罗马法上的诉讼思想和法律规定,即使在举证责任理论已经非常精细化的近代德国,这种原理仍没有被推翻。诉讼案件开始时,首先就必须确认谁应该承担主张责任、提供证据责任以及说服责任。只在当事人不尽这三种责任或尽责之后案件事实仍不能获证明的少数情形下,才涉及到不利后果的承担。正因为如此,在罗马法中,在近现代国外的举证责任理论上,都没有将“真伪不明”和“不利后果”强调到至高无上的地位,而是从提供证据责任和说服责任出发,把承担败诉风险看成案件事实不能获得证明所导致的结果。

## (二) 举证责任规范的法律性质

在我国诉讼法学界,对举证责任规范的法律性质向来众说纷纭,主要有权利说、义务说、负担说、需要说等观点。<sup>[16]</sup>笔者认为,作为一个涵义丰富的概念,举证责任规范的性质很难笼统地用权利、义务还是责任来加以概括。从当事人追求胜诉的角度看,提出证明主张和提供证据以及进行诉讼辩论,都可以看作当事人的诉讼权利。然而,如果法官可以不依证据而依别的标准对当事人的实体请求做出判决,那么当事人就不会愿意去“享受”这些诉讼权利。例如在德国,“因为古日尔曼诉讼中的正式的证明制度,仅允许一方当事人加以证明,排除另一方当事人进行反证,所以,证明被视为被允许加以证明的当事人的权利。因为实体的证明制度使得双方当事人都举证,今天,人们正是基于同一理由,将反证说成是一种权利……但是由于不进行本证——如同一旦本证开始而不加以反证一样——将会导致败诉,所以,人们不得不将之称为证明义务,或者今天称为反证义务”。<sup>[17]</sup>因此在实质意义上,上述诉讼“权利”都是诉讼义务,它们具有“法律义务”概念的完整涵义。

反对诉讼义务说的学者提出了几条理由:第一,将举证责任理解为义务是职权主义民事诉讼模式的产物,在这种模式中,法官有收集证据的权利,当事人提供证据的行为被看作是与法官权利相对的义务。现在,既然职权主义受到了批判,我国的诉讼模式应当向当事人主义转化,那么举证责任义务论也理应被放弃。<sup>[18]</sup>第二,没有与举证责任义务相对的对方当事人的某种权利。第三,义务必须履行,不履行就要受到法律的强制。而在当事人主义诉讼模式中,法官不能强制当事人提供证据。<sup>[19]</sup>笔者认为,上述三条理由都不充分。第一,正是在当事人主义诉讼模式之下,当事人提出主张、提供证据、进行说服的行为才是真正的义务,因为法官原则上不能代替当事人的举证行为,当事人必须履行举证义务,否则,诉讼结果对他不利。第二,在诉讼中,存在着与举证义务相对的诉讼权利,就是当事人的实体权利保护请求权,即程序意义上的诉权。权利义务可以在互相对立的双方当事人之间形成对应关系,也可以在单独的一方当事人身上形成对应关系。在诉讼中,任何当事人都有权请求法院保护自己的合法权益,公诉人也有权力请求审判机构对犯罪行为做出判决,但同时都负有就自己的合法权益举证的义务。第三,不利后果承担责任正是对举证义务的强制。在当事人主义模式下,法官不必直接强制当事人举证,但法官根据举证责任规则,将诉讼的不利后果判给应当举证而未举证的当事人,就是对该当事人的一种间接强制。所以,我们认为,举证责任中的主张责任、提供证据责任和说服责任,本质上是诉讼义务。在任何类型诉讼,尤其是当事人主义诉讼模式中,当事人都必须履行这种

[15] 前引[2],罗森贝克书,第14页。

[16] 王振河、奚玮:《民事证明责任法律性质新论》,载陈光中主编:《诉讼法理论与实践——民事行政诉讼卷》,人民法院出版社2001年版,第325页。

[17] 前引[2],罗森贝克书,第61页。

[18] 参见廖中洪:《民事举证责任概念评说》,载何家弘主编:《证据学论坛》第3卷,中国检察出版社2001年版,第142页。

[19] 参见肖建国:《论民事举证责任的法律性质》,《河南省政法管理干部学院学报》2002年第1期。

义务,否则,其诉讼请求就不会得到法官的承认。

举证责任中的不利后果负担责任是一种名副其实的“责任”,是当事人没有履行或不能履行举证义务所导致的责任。责任是指负有法律义务的当事人没有或不能履行该义务的情况下所应承担的不利法律后果。在诉讼中,当事人负有主张责任、提供证据责任、说服责任(其实都是义务),如果当事人没有履行这些义务或者由于客观因素导致案件事实真伪不明,都要将由此产生的不利实体后果判决给该当事人承担。因此,民事举证责任这一诉讼制度的作用机制是:对民事诉讼当事人课以提出主张、提供证据、说服法官的诉讼义务,以求案件事实得到证明;在案件事实得不到证明的情形下,拟定为应当举证的一方当事人没有履行法律义务,判决该当事人承担由此引起的法律责任(即诉讼中的不利后果)。可见,举证责任是一项诉讼法上的证据制度。这项制度包含法律义务和法律责任两方面的内涵,由法律义务的不履行导致法律责任的承担,从而实现了该项制度的“自我圆满”和逻辑自治。

关于举证责任规范的性质,还涉及到它的法域属性,即举证责任规范属于诉讼法规范还是实体法规范。在国外法学界这是一个长期未决的理论课题,我国诉讼法学界对此少有深入的研究和探讨。目前,国外有关举证责任属性的代表性学说主要有:诉讼法说、实体法说、实体司法法说、适用法律所属法域说。<sup>[20]</sup>我们认为实体司法法说的解释是比较合理的。

举证责任这一制度实际上涉及到三个不同层次的问题。第一,在诉讼中必须由当事人和公诉人提出主张,提供证据并说服论证案件事实。这是由证据裁判主义的诉讼原理和当事人主义的诉讼模式共同决定的。法官的任何裁判都必须依据事实和证据,受辩论原则的约束,证据必须由当事人或公诉人提供,并对案件事实进行论证。第二,当案件事实无法得到证明时,法官将其拟定为不存在,并将不利后果分配给负有举证义务的当事人。这一规则的依据是法治国家原则和诉权学说中的司法行为请求说,认为法官在裁判所依据的事实处于真伪不明状态时,无权对本案拒绝做出裁判。<sup>[21]</sup>第三,在各种各样的具体诉讼案件中,对于形态各异的诉讼请求,谁应该负有举证义务,并在案件事实未得证明时承担不利后果。为解决第一、第二层次的问题所形成的规则是两条裁判规则。作为裁判规则,它只能是司法法、诉讼法性质的,体现着司法最终解决和证据裁判主义等司法原则。在立法体例上,许多国家或地区都将这种意义上的举证责任规范规定在诉讼法中。譬如,法国民事诉讼法第9条规定:应当由每一当事人对其诉讼请求之胜局所必要的事实依法证明之。我国民事诉讼法第64条第1款规定:当事人对自己提出的主张,有责任提供证据。我国台湾民事诉讼法第277条规定:当事人主张有利于己的事实,就其事实有举证责任。第三个层次的问题实质上是:具体而论,什么情况下当事人对怎样的法律要件事实负有举证证明义务。这就是举证责任的分配标准,通常只能由实体法来规定,因为只有实体法才能针对不同的调整对象对各种法律行为和事实的法律构成要件及相关的证明义务做出规定,而诉讼程序法是无法对包罗万象的法律要件事实及证明义务一一做出规定的。“总而言之,证明责任的分配取决于实体法律关系,而不随原告与被告地位的变动而发生变化。”<sup>[22]</sup>实际上,正是许多实体法原则的发展变化,引起了诉讼举证责任分配的改变,尤其是侵权责任法中归则原则的演变,几乎直接改变着举证责任的分配状况。很多国家也是在民商法等实体法中对举证责任做出规定。例如,德国民法典第282、第345、第363、第442、第542、第636、第912、第2336、第2356、第2358条都是有关举证责任分配的规范。法国民法典第1315条规定:凡请求履行债务者,应证明该债务的存在,凡主张债务已消灭者,应证明已清偿或使债务消灭的事实。因此,作为举证责任第三层次的分配标准,就具有实体法的性质,当属于实体法领域。

[20] 参见陈刚:《论证明责任法》,载《诉讼法论丛》第3卷,法律出版社1999年版,第695页。

[21] 参见前引[20],陈刚文,第671页。德国法学界一般依据法治国家原则和诉权学说中的司法行为请求说,主张法官在裁判依据的事实处于真伪不明状态时,无权对本案拒绝做出裁判。

[22] 前引[4],高桥宏志书,第425页。

### (三) 举证责任的功能取向

当今比较流行的观点认为,设定举证责任的目的是为了法院在遇到事实存否不明的情况下如何做出判决的问题。<sup>[23]</sup>这种观点当然是正确的,但也是偏颇的,它无法解释诉讼举证责任及整个诉讼制度发展的历史。“在罗马法初期,人们对证明责任的认知仅限于提供证据的责任,即主观上的证明责任,还没有客观证明责任的概念,法官不考虑待证事实真伪不明的情况下,应当由谁来承担不利后果的问题。尽管当时肯定也存在事实真伪不明的情况,但这些问题不是罗马法诉讼中的主要问题”。<sup>[24]</sup>直到近代的民事诉讼法,都没有明确地提出事实真伪不明和败诉风险等概念。造成这种发展状况的原因有两个方面:第一,设立举证责任的初衷本来就在于强制当事人对案件事实提供证据,以便裁判者发现案件真实,并以此作为裁判的事实依据;第二,提供证据的责任中已经包含着不提供证据和证明不能将导致败诉的推理判断。因为提供证据是一种义务,不履行就会自然地造成一定的法律后果,即承担败诉的结果。古代的民事诉讼制度根据这种规则,大致可以对一般的民事案件做出判决。当然,在古代粗糙的法律技术和诉讼制度下,案件事实真伪不明的现象并没有引起人们的注意,因此没有明确提出危险负担责任的概念,毕竟案件事实真伪不明不是民事诉讼所要追求的目标。到了近代社会,随着人们的认识和思维的精细化,民事诉讼中案件事实真伪不明的现象得到重视,由此引起的诉讼不利后果也引起了关注。虽然在某些情况下,举证责任的“终点”落在“不利后果的承担”上,但“不利后果的承担”并不是举证责任制度设计所要追求的价值目标。设立举证责任制度是由诉讼的目的决定的,其功能在于发现案件真实,实现权利保护。真伪不明及不利后果的发生,只是这一制度的少数例外结果。所以,笔者认为,那种主张“危险负担说”反映了举证责任的本质,设定举证责任的目的是为了法院在事实真伪不明的情况下如何做出判决的流行观点,是片面的。

## 三、举证责任的分配

举证责任分配的法则起源于罗马法。在19世纪末20世纪初的德国,待证事实分类说、法规分类说、法律要件分类说三大学说各领风骚数十年。但是,仔细考察它们的实质内涵,可以发现,它们与罗马法上关于举证责任分配的原则有着深厚的渊源关系,其分配原则并没有完全背离罗马法的分配原则,前者是后者的延续和深化。到了20世纪中叶,在某些特殊领域,关于民事举证责任分配的规则有别于罗马法。但是,在一般领域里,举证责任的分配仍然以法律要件分类说为要旨,与罗马法上之分配原则并不相违。因此,尽管关于举证责任的理论学说众多,然而万变不离其宗。罗马法上关于举证责任的概念内涵及分配原则都是后世理论的起点和基础。

### (一) 民事举证责任的分配

#### 1. 罗马法关于举证责任分配的原则

对于举证责任的分配,罗马法尚未形成具体的标准,而是提出了一些具有高度包容性的原则。关于举证责任的很多规范由罗马法学家在法学文献和论著中加以论述,例如:

“D. 22, 3, 2 举证的责任由提出主张的人承担,而不是由否定该主张的人承担”。

“C. 4, 19, 23 当原告承认证明不了自己的主张时,不得要求被告做与其立场相反的证明。因为按照事物的本性来说,否认某一事实的人所给予的证明是无效的”。<sup>[25]</sup>

上面这组表述中,出现了两对主体概念:原告、被告和肯定者、否定者。把各种表述综合起来,罗马法上关于举证责任的分配原则可以概括为:原告作为诉讼主张的肯定者,应承担举证责任;被告作

[23] 参见江伟主编:《民事诉讼法学原理》,中国人民大学出版社1999年版,第493页。

[24] 张卫平:《诉讼架构与程式民事诉讼的法理分析》,清华大学出版社2000年版,第279页。

[25] [意]桑德罗·斯奇巴尼选编:《民法大全选译 司法管辖权 审判诉讼》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第57页。

为诉讼主张的否定者,不负举证责任。从这里我们可以看出,罗马法上的举证责任是由一方当事人来承担的,而且固定由处于肯定者地位的原告承担。因此,其分配原则完全是一个关于诉讼证明的诉讼法性质的概念,与实体法规范没有联系。无论原告主张怎样的实体请求,只要进入诉讼程序,作为主张的肯定者,原告就得负举证责任。这就是罗马法上举证责任分配原则的实质。至于原告要在多大范围内负举证责任,即对哪些要件事实须举证,对哪些要件事实无须举证,罗马法还没提出明确的概念和标准。

### 2. 近代德国的举证责任分配原则

19世纪末的德国,民事实体法的发展已经形成了较完善的体系,为诉讼法与实体法的综合研究提供了条件。正是在这些条件的基础上,近代德国的民事举证责任的研究已经转向了实体法的角度。关于民事举证责任分配的三大传统学说,都是从分析实体法规范或要件事实的结构(依据法律条文在形式上的构造)和类别开始,以此为标准对举证责任进行分配,其中最重要的是规范说。规范说的创始者是德国诉讼法学家罗森贝克,他的举证责任分配原则可以概括为:“每一方当事人均必须对其有利的法律规范的前提条件加以证明”,<sup>[26]</sup>与自己的主张对抗的法律规范的前提条件,不需证明,而由对方当事人承担举证责任。罗氏的分配原则与罗马法的分配原则的区别有两点:第一,前者要求各当事人都应主张及举证,后者只要求原告举证;第二,前者只要求当事人就其有利之规范要件举证,后者对原告的举证范围没有作明确的划分和限制。

罗马法上,举证责任的承担主体是单一的。在近代德国的举证责任学说与司法实践中,举证责任由原告双方分别承担。这是基于民事诉讼的目的性要求和公正性要求。因为“如果人们将所有的证明责任均让原告承担,那么,事实上每一个法律诉讼从一开始就会变得毫无希望,因此,诉讼也就无法进行。如果使法律取决于义务人的善意,那么,将会发生法不安定性,这种法不安定性就等于缺乏任何法律保护一样。被告可以通过随意的争议和主张,使得原告无证据、无任何权利”。<sup>[27]</sup>为了使诉讼公正地保护双方当事人的利益,必须设计一定的标准,对原告被告的举证责任范围加以适当的划分,规定原告只对其中一部分要件事实举证并承担不利后果,被告对另外的事实承担举证责任。这种标准就是近代民事举证责任的分配标准,这种分配标准只能从实体法的规范或事实中去寻找,不同的学者选择了不同的划分标准,就形成了关于民事举证责任分配标准的不同学说。

在民事诉讼中,原被告双方都承担举证责任,有可能引起一个问题:在某一个民事案件中,支持原告主张的要件事实不能获得证明,支持被告主张的相反的要件事实也不能获得证明,这时法官应该判决不利后果该由谁承担?在德国的分配理论学说中,原告的举证责任和被告的举证责任在逻辑顺序上存在一种先后、主次或主从的关系。原告的举证责任是主动的,先于被告的举证责任而发生,只有当原告的举证责任得到免除(即原告证明了其主张)之后,被告的举证责任才实际发生。“如果对其主张承担证明责任的当事人,没有提出该主张是真实的任何证据,而对方当事人提出了该主张是不真实的证据,法官不得调查该证据,这是得到承认的公理。因为不管这一证明的采纳会产生什么后果(无论该证明是成功还是不成功),在任何情况下总是要做出对承担证明责任的当事人不利的判决,因为……只有当有争议的主张的真实性得到证明和确认时,才会做出对其有利的判决”。<sup>[28]</sup>

在实际的民事诉讼案件里,原被告的举证行为几乎是同时展开的,原被告双方都在竭尽全力地举证,反复展开多回合的、激烈的攻防搏击。在此过程中,提出证据的义务会多次发生转移,只要一方当事人的主张得到了“适当”的证明,另一方当事人就有义务提出新的反驳证据,阻止该主张的成立。在现象上,原被告的举证行为是同时的,因此我们说原被告举证责任之间的先后或主从关系是逻辑上

[26] 前引[2],罗森贝皮书,第173页。

[27] 同上书,第96页。

[28] 同上书,第23页。

的,而不是时间上的。原告的举证责任在结构上处于主导、优先或重要的地位。这样,原告不能对自己的主张做出肯定证明,被告也不能对原告的主张做出否定证明时,就应该推定原告的主张不能获得证明,判决原告败诉。

我们再来分析民事诉讼中的证明过程和可能的结果:原告应该提出并证明于己有利的要件事实,这些事实一般表现为积极事实、外界事实、原则规定事实、特别要件事实;被告则会针锋相对地提出并证明与原告相对立的要件事实,通常是消极事实、内界事实、例外规定事实、一般要件事实。在正常情况下,不可能出现两者都被证实的结果,因其本身是矛盾和冲突的。这样,典型的证明结果有如下几种可能:1.原告的事实被证实,被告相反的事实被否认;2.原告的事实获得证实,被告的事实真伪不明;3.原告的事实真伪不明,被告的事实获得证实;4.原、被告的事实都真伪不明。按照罗马法的举证责任分配原则,只有在第一种情况下,原告才能获得胜诉判决,而按照近代的举证责任分配原则和标准,原告只对自己主张的事实承担举证责任,只要自己主张的事实获得证明,就免除了不利后果负担责任。因此,除了第一种情况,在第二种情况下,原告也能获得胜诉判决,这是两个时期分配原则的不同之处。所以,相对于罗马法上的分配原则,近代的举证责任分配原则减轻了原告的举证责任。

### 3. 举证责任理论新说

20世纪50~60年代,德国一些学者对处于通说地位的规范说进行了批判和反思,提出了一些新的学说。这些学说的基本出发点是摒弃规范说以法律条文的形式分类确定举证责任的“法学形而上学”的方法,不再坚持抽象的形式标准,而是考虑利益衡量、公平、权利救济等因素,建立多元的分配标准或体系,灵活地分配举证责任,这些学说可统称为“反规范说”,主要有以下几种理论:

(1)危险领域说。该说依据待证事实属哪一方当事人控制的危险领域为标准,决定举证责任的分配。如在高度危险的侵权赔偿诉讼中,损害原因、主观过错均属侵害人所能控制的危险领域,所以应当由侵害人就不存在因果关系、主观上无过错负举证责任。如果证明的结果是因果关系和主观过错的事实处于真伪不明的状态,则由侵害人(诉讼中的被告人)承担不利后果,也就是要推定存在因果关系和主观过错。而在一般的侵权赔偿诉讼中,根据罗马法的分配原则,情况正好相反。危险领域说认为,举证责任的分配标准在危险领域和没有危险的领域应当是不同的。在这些领域如果仍然按照规范说的标准分配举证责任,就难以使受害人的权益得到救济。危险领域说的最大特点是不拘泥于法律条文对权利规定的形式构成,把证明的难易和有利于防止损害的发生作为举证责任分配的根据,应当说它在方法论上改变了过去规范说的教条主义,在举证责任的重新分配方面反映了分配公正性的要求。我国的举证责任理论也受到危险领域说的影响,并在有关证据立法中得到了反映。如2001年最高人民法院颁布的《关于民事诉讼证据的若干规定》第4条第2款规定:高度危险作业致人损害的侵权诉讼,由加害人就受害人故意造成损害的事实承担举证责任。

(2)盖然性说。该说主张以待证事实发生的盖然性的高低,作为分担举证责任的依据。即当事人处于真伪不明状态时,如根据统计资料或人们的生活经验,该事实发生的盖然性高,主张该事实发生的当事人不负举证责任,而由对方当事人对该事实未发生负举证责任。例如,德国民法典第130条第1款规定,如果撤回承诺的意思表示和承诺的意思表示同时到达相对人,撤回承诺的意思表示不生效。主张盖然性的学者认为,按照一般的生活经验,承诺的意思表示的盖然性远比撤回承诺的意思表示要高,故主张承诺者不负举证责任,而由主张撤回者举证。盖然性说对于一部分举证责任分配问题可以成为解决的标准,但是并非所有的事项均能依此标准进行分配。因为许多事项在性质上无法利用科学的方法或生活经验来判断其盖然性的高低。盖然性高低的考虑,不能绝对地作为分配举证责任的标准,更何况有若干法律规定的事项,立法者原有一定的保护目的,这些事项,即使其发生的盖然性不高,在解释上也不因此而科以举证责任。

(3)损害归属说。该说认为,举证责任的分配应当以公平正义为基本的原则。在实际运用中,该原则具体化为盖然性原则、保护原则、担保原则、信赖原则、惩罚原则、社会危险分担原则。其具体内

容是:以实体法确定的责任归属或损害归属原则作为分配举证责任的标准,通过对实体法各条文进行对比、分析,找出实体法关于某一问题的损害归属原则,然后由依实体法应当承担责任的一方当事人负举证责任。例如,在雇员因雇主违反义务受损害而提起诉讼的案件中,依据盖然性原则和保护原则,应由雇主就损害发生与违反义务两者之间的因果关系负举证责任,不由雇员举证,雇员只就发生损害事实进行举证。又如,在因产品质量缺陷致人损害的侵权诉讼中,应由产品的制造者承担举证责任。我国最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第4条第6款的规定就是基于这样的原理。其实,早在这一规定颁布之前,我国民事审判实践中就产生了类似的案例:1993年9月13日清晨,林某乘坐一辆日本三菱吉普车由莆田去福州,行驶中林某前面的挡风玻璃突然爆破致使其昏厥,被送往医院后因抢救无效死亡。医院诊断为因暴震导致呼吸和心跳骤停。林某的家属向北京市朝阳区法院提起诉讼,要求三菱公司赔偿损失。此案的焦点集中在三菱吉普车的玻璃有无质量问题,三菱公司抗辩称,挡风玻璃破碎的原因不在于玻璃质量,而是因外力撞击所致。事故发生后,三菱公司将破碎的玻璃运回日本声称进行鉴定,但是并没有以该玻璃为鉴定对象,而是以正在生产的玻璃进行了测试。在一审中三菱公司主张自己生产的玻璃如果没有外力的强烈撞击,是不会自行爆破的,但是并未就破碎的玻璃是否存在质量问题提出确凿的证据。一审法院采纳了三菱公司的主张,认为“本案查明的事实不能证明被告三菱公司在林某死亡问题上有过错,林某的死亡与三菱公司无必然的因果关系”,判决原告败诉。原告上诉至北京市第二中级人民法院。二审法院认为:死者单位多次要求被告将封存的玻璃交中国的“质量鉴定中心”鉴定,但三菱公司擅自将玻璃运回日本,致使无法对玻璃的强度和爆破原因进行分析,“三菱公司举证不能,理应承担法律责任”,最终判决三菱公司败诉。<sup>[29]</sup>此案的关键是如何分配产品质量缺陷的举证责任,一审法院依据规范说将此举证责任分配给原告,由于原告不能证明产品有质量缺陷,所以判决原告败诉;而二审法院根据损害归属说的有关原则,将该举证责任分配给被告,由于被告不能证明产品无质量缺陷,因而判决被告败诉。

与三大传统学说相对立,三大新说的方法和结论都与前者有明显的区别。传统学说的思路是:先对实体法规定的要件事实进行分类,然后确定作为肯定者的原告应当对自己有利或与其主张相关的要件事实承担举证责任,与之相反的要件事实则由被告承担举证责任。因此,它们基本上承袭了罗马法的举证责任分配原则。三大新说不从原被告的角度分配举证责任,而是根据利益衡量、公平价值、法律趣旨等原则直接决定举证责任的分配,因此,很多情况下,往往将许多主要的和困难的法律要件事实的举证责任分配给诉讼中的被告,由被告负责举证。这样,三大新说就基本上背离了“原告应负举证责任,被告不负举证责任”的罗马法原则。

从一般证明方法上看,对一个命题的成立与否,有两种证明方式:一种是“证实”,即从正面对其作肯定的证明;另一种是“证伪”,即从反面对其作否定的证明。无论“证实”还是“证伪”,都能使“真伪不明”的命题变得明确:要么成立,要么不成立。在民事举证责任的发展历史上,在第一阶段的罗马法时期,对案件事实的证明同时要求“证实”和“证伪”,即原告不仅要证明自己主张的事实,还要证明不存在相反的事实。在第二阶段的近代德国时期,对案件事实的证明主要采取“证实”的方式,只要求原告对自己主张的事实做出正面的肯定证明并承担不能证明的不利后果。到了第三阶段的“新说”时期,其证明方式基本上是“证伪”,即要求否认者做出反面的否定证明,同样需承担不能证明的不利后果。

在英美法系,情况与此大不一样。英美法系民事诉讼的思维方式是从事实出发来把握诉讼,被日本学者概括为事实出发型诉讼。<sup>[30]</sup>英美法系的通说认为,举证责任分配不存在一般性标准,只能在综合若干要素的基础上就具体案件进行具体的分配。在对具体案件进行举证责任分配时应该考虑的

[29] 参见张卫平:《证明妨碍及其对策探讨》,载何家弘主编:《证据学论坛》第7卷,中国检察出版社2004年版,第166页。

[30] 参见[日]中村英郎:《新民事诉讼法讲义》,陈刚等译,法律出版社2001年版,第20页。相应地,大陆法系的民事诉讼被该书作者称为规范出发型诉讼。

要素包括:政策、公平的信念、证据所持、举证的方便、盖然性、经验规则等。英美法系的法官在综合考量这些因素的基础上,对各种诉讼利益做出衡量,以实证的方式来具体地分配诉讼上的举证责任。“英美法系的举证责任分配原则表现为多元要素的集合,具有灵活性、司法对策性强的特点,但也存在着任意性、不同一性的缺点。”<sup>[31]</sup>

民事举证责任分配的实质标准的确是一道恒久的法律难题,各种标准都有其合理性和适用性,但都存在无法克服的缺陷。我们认为,无论学者们对分配标准作怎样细致入微的划分和界定,都离不开“提出主张的人有举证责任,否定的人没有举证责任”、“根据事物的性质,否定无须证明”<sup>[32]</sup>这一古老的诉讼证明规则。这一规则在现代社会,仍然是一条普遍适用的原则性规则。但是,在高风险、高概率的现代社会,要求所有的权利主张者对案件事实作肯定的“证实”证明,在有些情况下是非常不科学、不公正的。因此,要求特殊领域里的“否定的人”对案件事实做出否定的“证伪”证明,是符合科学规律和公正价值的合理选择。在此,我们可以深深地体悟到,民事诉讼中的举证责任的分配不是一个纯客观的证明问题,而是一个关涉到事物本性、价值选择和利益衡平的复杂的法律和政策问题。

## (二) 刑事诉讼和行政诉讼举证责任的分配

古代的诉讼刑事和民事没有严格的区分,在举证责任上也适用同样的原则。近代以来在国外的诉讼发展史上,民事诉讼和刑事诉讼逐渐分离,其举证责任的分配原则也有了一定的差异。现代刑事诉讼举证责任的分配原则是:举证责任由控诉方(包括公诉人和自诉人)承担,被告作为犯罪事实的否定者不承担举证责任。根据无罪推定的基本要求,控方举证一直是指导各国刑事举证责任制度立法及司法的一条黄金定律。<sup>[33]</sup>这一分配原则和罗马法的举证责任分配原则在实质上是一致的。在举证责任的范围和程度上,其举证责任是全面的,控诉方必须就所有的犯罪要件事实举证证明,而且还要证明不存在阻却犯罪构成的事实。被告人提出了解除可罚性或避免刑事追诉的事实——例如时效届满、犯罪中止、真诚悔悟、已经在外国服过刑等等,法官“如果对此存有疑虑一定会做出被告人无罪的判决,也就是说公诉人对不存在此等事实的情况承担证明责任”。<sup>[34]</sup>

刑事诉讼证明上的要求也是非常严格的,其证明标准必须达到排除合理怀疑的程度,远远高于民事诉讼的盖然性占优势标准。从这里,我们可以发现,举证责任的范围和程度,与诉讼证明的标准是互为因果、密切相关的。一般而言,证明标准越严格,法官获得心证的概率愈低,真伪不明的状况越容易出现,适用举证责任规范做出判决的机会就越多。相反,如果允许自由的诉讼证明,法官就能更多地形成心证,根据“证实”的案件事实进行判决。德国有的学者认为,举证责任的意义会“由于自由的证明评价原则而有一定程度的减弱”,“由于自由的法官的证明评价,‘证明责任的意义等于零’,证明责任是‘一个法学的古玩’及类似物”。但罗森贝克认为,自由的证明评价和证明责任统治着两个领域,自由的证明评价教导法官根据自己的生活经验,对在诉讼中提出的有争议的主张的真实与否,从诉讼的整个过程中获得自由的心证;证明责任则教导法官如果自由的证明评价使自己一无所获,就根据证明责任的规范做出判决。“自由的证明评价王国停止之时,正是证明责任的统治开始之时;如果法官游历自由的证明评价王国,未能做出判决,那么,证明责任会给予他自由的证明评价所不能给予的东西”。<sup>[35]</sup>可见,举证责任既与自由证明的要求相联系,两者又各自分离,有着独立的作用领域。

与罗马民事诉讼中的被告类似,刑事被告人在案件审判中也会提出一系列否认和反驳犯罪指控的证据。“但是这种否认或反驳,并不意味着控诉方的证明责任转移给了被告”。<sup>[36]</sup>被告人提供反驳

[31] 谷晓峰:《论我国民事举证责任之分担》,载前引[16],陈光中主编书,第374页。

[32] 参见前引[24],张卫平书,第279页。

[33] See Glanville Williams, *The Proof of Guilt*, Stevens and Sons Limited, 1963. p184.

[34] 前引[2],罗森贝克书,第39页。

[35] 参见前引[2],罗森贝克书,第63页以下。

[36] 叶自强:《英美证明责任分层理论与我国证明责任概念》,《环球法律评论》2001年秋季号,第348页。

证据行为不是一种法律义务,因此不能被理解为举证责任。相反,这正是被告的权利。被告提出反驳证据的目的是使控诉方的指控不能成立,其本身并无一种法律上的举证责任需要免除。所以,在犯罪事实真伪不明的情况下,不能判决被告有罪。

“在我国刑事诉讼中,证明责任的承担主体首先是控诉机关和负有证明责任的当事人,即公诉人和自诉案件中的自诉人,只有他们才应依据法定程序承担证明犯罪事实是否发生和犯罪嫌疑人或被告人有罪、无罪以及犯罪情节轻重的责任,这是证明责任中‘谁举张、谁举证’的古老法则在刑事诉讼中的直接体现。此外,根据‘否定者不负举证责任’的古老法则和现代无罪推定原则的要求,犯罪嫌疑人、被告人不负证明自己无罪的责任。这表明,从整体上看,刑事诉讼中的证明责任是一个专属于控方的概念”。<sup>[37]</sup> 由于在刑事诉讼中,原则上几乎所有的犯罪要件事实都由控诉方举证并承担不利后果,实际上也就不存在具体的如何分配举证责任的问题。正因为这样,在刑事诉讼法学中没有产生如民事诉讼法那样复杂的关于举证责任分配标准的理论学说。从证明方法上看,在刑事诉讼中,要求控诉方对犯罪要件事实兼采“证实”和“证伪”两种方式,既要证明肯定的、积极的犯罪要件事实,又要对阻碍犯罪成立的对抗事实或情节做出否定的证明。这两方面只要任何环节出现“合理的怀疑”,就会导致控诉方“败诉”的危险负担。

行政诉讼中的举证责任法定由被告人承担。我国行政诉讼法第32条明确规定:被告对做出的具体行政行为负有举证责任。这与民事诉讼的危险领域中的举证责任的承担主体是类似的。行政诉讼中的举证责任由被告承担,是一项基本原则,也是一种分配标准。这一分配原则与民、刑事诉讼举证责任设定的原理和价值取向不同。<sup>[38]</sup> 它实际上是对“提出主张的人负举证责任,否定的人不负举证责任”这一原则的倒置和例外。当然,在行政诉讼中,主张责任仍然由原告承担,原告在起诉时必须提出明确的主张。这种主张概括起来就是:被告做出的具体行政行为是非法的。对于这一主张,原告不负举证责任,由被告对此主张作否定的证明,要求被告证明其做出的具体行政行为是合法的。由于行政诉讼的特殊性,原告、被告的诉讼地位是固定的,不能互换,所以,这一原则也就“一劳永逸”地解决了在各种行政诉讼案件中,谁应当对主张进行证明(否定的证明,即证伪)这一举证责任的具体分配问题,因此,这一原则又是行政诉讼中举证责任分配的标准。

当然,随着诉讼形态的复杂化和司法政策的多样化,现代刑事诉讼和行政诉讼都产生了一些举证责任分配的例外情形。在各国刑事立法和司法实践中,以下几类事实的举证责任一般由被告方承担:(1)被告方在抗辩中主张存在“正当辩护理由”,如主张其行为属于正当防卫、陷入警察侦查陷阱、行为出于激愤。(2)被告方主张行为人存在不可归责的事由,如被告人系未成年人,患有精神病或神经错乱,受到强制或胁迫。(3)如果某项制定法规定,在没有特殊规定、例外情况、某种理由或合法授权的情况下,实施某种行为是非法的,这时被告方就有责任证明其实施该行为存在合法授权、正当理由、特殊情况或例外情况,例如英国1953年预防犯罪法第1条规定“未经合法授权或没有正当理由而在公共场合持有进攻性武器即为犯罪”,如果被告要为其持枪行为辩护,就有责任证明其行为取得合法当局的授权或同意,或者有其它的特殊理由或例外情况。(4)如果被告方为了摆脱其责任,援用足以使犯罪实际上不可能存在之事实,或者拟推翻制定法对某项事实的推定,或拟引用法律条文中的但书、例外或豁免。(5)有些国家的法律规定,被告方对其所主张的程序法事实负有举证责任,如对于认定本方请求调查的证据具有证据能力的事实负有举证责任。<sup>[39]</sup> 根据我国刑法的有关规定,有两种情形需要被告人承担举证责任,即巨额财产来源不明罪及非法持有属于国家绝密、机密文件、资料、物品罪。在行政诉讼中,被告承担举证责任是一般原则,但是在不同类型的行政诉讼案件中,原告有可能

[37] 卞建林:《刑事证明理论》,中国人民公安大学出版社2004年版,第204页。

[38] 江伟主编:《证据法学》,法律出版社1999年版,第97页。

[39] 参见陈永生:《论刑事诉讼中控方举证责任之例外》,《政法论坛》2001年第5期。

就一定事实分担不同程度、不同层次的举证责任。<sup>[40]</sup>刑事诉讼和行政诉讼中举证责任的例外情形通常是由实定法予以规定的,数量较少,适用范围也有明确的限制,因此它们的出现并不足以改变举证责任分配的基本原则。

#### 四、结 语

任何诉讼从结构上分析,都是原告方(包括公诉人和自诉人)对被告人违法犯罪行为和侵权事件等行为的控告。原告方必须提出一定的事实主张和证据,以证明其控诉赖以成立的事实依据。伴随着诉讼类型的发展,举证责任并不局限于由原告方承担,根据某些类型诉讼案件的性质,将举证责任分配给被告方在现代诉讼中是很常见的现象。诉讼上举证责任的实质是:将某些法律要件事实的举证责任分配给一方当事人,如果该当事人不能证明该要件事实,裁判者则做出与该当事人利益相反的“事实拟定”,并以此为基础进行判决。“在这样的情形下,举证责任就开始发挥把这种决断所带来的利益和不利在当事者之间进行适当分配的作用。”<sup>[41]</sup>诉讼举证责任的分配在内涵上包括两层含义:第一,谁应当承担举证责任,即举证责任的主体是原告方还是被告人,或者说是肯定者还是否定者。对这一问题的回答,形成举证责任的分配原则;第二,原告方或被告人在多大范围和程度内负举证责任,即对哪些法律要件事实须承担举证责任,对哪些要件事实无须承担。这个问题主要是在近代德国民事诉讼法学中明确提出来的概念,其实质就是举证责任的分配标准。

在现代法律,举证责任的分配有两条原则。第一原则是:原告作为主张的肯定者,负有举证责任,被告作为主张的否定者,不负举证责任。这一原则发轫于罗马法。普通民事诉讼案件,实际上都是适用着这一分配原则。在刑事诉讼中,一直就遵循该原则来分配刑事举证责任。即普通的民事诉讼和刑事诉讼一直以来就适用着同一举证责任分配原则。第二原则与第一原则正好相反:原告作为主张的肯定者,不负举证责任,被告作为主张的否定者,负有举证责任。此处的“举证责任”是针对案件中主要的、关键的要件事实而论的,因为提出主张的责任依然要由原告先行承担。这一原则主要适用于前述特殊领域中的民事诉讼和所有行政诉讼。在现代诉讼中,第一原则是主要的、普遍的,第二原则是对第一原则的补充和例外。从第一原则逐渐过渡到第二原则的发展过程中,原告一方的举证责任逐步减轻,原被告方双方的举证责任逐渐得到合理的分担。

---

**Abstract :** The essence of the burden of proof is the same in three procedural laws. If the party , on whom the burden of proof is imposed , did not fulfill the duty , the judge would determine the case against him. From ancient Rome to the contemporary era , there have been two principles for the allocation of burden of proof : the accuser should prove what he claims to be true , but the defendant needs not to prove the accuser 's claim is false ; the accuser need not prove what he claims to be true , but the defendant should to prove the accuser 's claim is false. The two principles apply respectively to different procedural area.

**Key words :** civil procedure , burden of proof , allocation

---

[40] 刘善春:《行政诉讼举证责任分配规则论纲》,《中国法学》2003年第3期。

[41] [日]谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新等译,中国政法大学出版社1996年版,第235页。