

黄永 著

证明责任分配 基本理论

以刑事诉讼为参照的研究

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

证明责任分配基本理论：

以刑事诉讼为参照的研究

黄永 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目（CIP）数据

证明责任分配基本理论：以刑事诉讼为参照的研究/黄永著.—北京：中国法制出版社，2019.12

ISBN 978-7-5216-0505-1

I.①证... II.①黄... III.①刑事诉讼-举证责任-研究
IV.①D915.313.04

中国版本图书馆CIP数据核字（2019）第189522号

策划编辑 胡斌 责任编辑 胡斌 潘环环 封面设计
蒋怡

证明责任分配基本理论：以刑事诉讼为参照的研究

ZHENGMING ZEREN FENPEI JIBEN LILUN: YI XINGSHI
SUSONG WEI CANZHAO DE YANJIU

著者/黄永

经销/新华书店

印刷/

开本/880毫米×1230毫米 32开
数/ 304千

印张/ 13.75 字

版次/2019年12月第1版
1次印刷

2019年12月第

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5216-0505-1

定价：69.00元

北京西单横二条2号 邮政编码100031
66031119

传真：010-

网址：<http://www.zgfzs.com>
66066324

编辑部电话：010-

市场营销部电话：010-66017726
66033288

邮购部电话：010-

（如有印装质量问题，请与本社印务部联系调换。电话：010-
66032926）

作者简介

黄永，北京大学法学博士，全国人大常委会法制工作委员会刑法室副主任，长期从事刑法、刑事诉讼法等刑事法律的立法和研究工作，主要研究领域包括刑法、刑事诉讼法、证据法、司法制度等，著有《法律程序改革的突破与限度》（合著）、《人们为什么遵守法律》（译著）等及多篇学术论文。

构建一种统一的证明责任分配规则 (代序言)

本书最初是我的博士学位论文《刑事证明责任分配研究》，曾经出版过一次。这次的版本，是在此前版本的基础上进行一定的增删、调整形成的。经过两次修改，虽然篇幅有了很充足的拓展，但整体框架、最终的结论以及论证过程，自始至终并没有太大的变化。两次调整的一个很大收获，是通过梳理研究，使我对证明责任分配理论基本形成了一个较为清晰的认识，并产生了一些新的想法。当然，我心中也一直有种不确定的感觉，其实是一种意犹未尽但力所不逮的遗憾。我总感觉中国的证明责任分配理论研究还存在更深层的问题，需要更深入的研究。之所以这样说，是因为在研究过程中，我遇到了一些不可回避的问题。而正是这些问题的解决过程，让我对证明责任分配理论有了进一步的认识。这些问题，涉及我国研究证明责任需要处理的几个方面的关系，比如大陆法系和英美法系、刑事诉讼和民事诉讼证明责任理论的关系；一般规则和特殊规则的关系；认识规律和程序规则的关系。

—

在最初选题的时候，证明责任分配已经不是新问题了。在民事诉讼领域，已有学者对民事诉讼的证明责任分配进行了卓有成效的研究，区分了客观证明责任、主观证明责任等一系列概念，论证了民事诉讼领域的分配规则，包括“谁主张、谁举证”以及一些特殊的分配（倒置）规则等。在刑事诉讼领域，对证明责任的分配也有了较为清晰的认识，特别

是随着刑事诉讼价值论的深入研究，对由控方承担证明被告人有罪的责任等问题，达成了广泛的共识并进行了有力的论证。应当说在当时，理论界关于证明责任概念、证明责任分配规则等的认识，已经逐步清晰起来了。

不过，证明责任分配制度研究仍难说已经达到一种理想的状态。起码在刑事诉讼领域，尚无学者进行较为系统的梳理和更为深入的论证。一个现实的原因是，由于研究领域和范式的不同，对于刑事诉讼制度和证明责任制度的研究，存在大陆法系和英美法系两条路径的冲突，并且因为与民事证明责任理论的区隔而变得复杂起来。实际上，无论在大陆法系还是英美法系，民事诉讼都属于典型的当事人主义诉讼模式，这是证明责任分配理论研究的经典而理想的模型。但在刑事诉讼来说，由于法律传统等方面的差距，各国之间存在较大的差异，有的国家属于当事人主义，有的国家则更倾向于职权主义。即使在当事人主义的国家，当事人在不同诉讼阶段所发挥的作用也是不同的，从而导致对事实查明的方式存在较大的差异。一般来说，刑事诉讼中的当事人主义还是针对庭审来说的，对于审判前的侦查和审查起诉阶段，则很难算是当事人主义。因此，用当事人主义的视角来理解刑事诉讼中的证明责任分配，需要首先在理论上进行一定的拟制，将其限定在控辩平等对抗的庭审阶段。

而且，与民事诉讼领域更多地研究借鉴大陆法系的理论体系不同，近几十年来，刑事诉讼领域更多地学习英美法系的理念和制度，因此在概念体系、具体规则及阐释方式上，都与民事诉讼领域存在较大的差别。比如，刑事证明责任使用的是提出证据责任和说服责任的概念，规则上则表述为无罪推定、控方承担证明被告人有罪的责任、被告人不自证有罪等，从而构成了有别于民事证明责任的话语体系。这导致从表面

来看，民事诉讼和刑事诉讼中的证明责任分配规则是不一样的，英美法系和大陆法系的证明责任分配规则也是不一样的。相应地，似乎需要对刑事诉讼中的证明责任进行特殊的研究，建立特殊的分配规则体系。

固然，就刑事诉讼领域而言，大陆法系和英美法系的研究视角和切入点存在一定的差异，大陆法系更注重举证责任和不利后果之间的心理映射关系，英美法系更注重举证的程序运作过程。但是，应当肯定的是，无论在哪个法系，基于何种法律文化，人们参与诉讼，提供证据证明自己主张的心理动因、目的和诉求以及由此而引发的心理机制，应当是相同的。因此，无论采取什么样的视角和方法，证明责任概念和证明责任分配规则的实质含义应当是没有差别的。而且，在我们学习各方面的理论，建立自己的证明责任分配理论体系时，区分刑事、民事、行政诉讼领域，建立各自不同的理论体系，也只是基于研究的需要，都是人为进行的区分，而不是理论本身所内含的本质要求。因此，如果刑事、民事、行政诉讼中分别存在不同的证明责任分配规则，是不可想象的。研究证明责任分配，首先就要突破大陆法系和英美法系、刑事诉讼和民事诉讼的区隔，将两者融合起来。当然，简单地将大陆法系的客观证明责任、主观证明责任与英美法系的提供证据责任、说服众人对应起来，也是不可取的。最实际的做法，应当是借鉴大陆法系的理论成果，以证明责任的心理映射机制为基础，结合英美法系的程序运作特征进行综合考察。因为当事人基于趋利避害的心理，通过证据规则规避事实真伪不明的不利后果，是证明责任分配的最本质基础。在研究中，通过对证明责任分配的内在的心理机制和外在的程序运作机制进行考察，更有利于动态地了解证明过程中双方当事人之间的责任分配、转换和倒置等。这是我进行的第一个方面的工作。

在将大陆法系和英美法系、民事领域和刑事领域的证明责任理论进行衔接的基础上，接着要做的工作，是将刑事诉讼的证明责任分配纳入一个一般规则体系中。仔细考察此前关于刑事证明责任的理论和规则表述，我们会发现，刑事诉讼中关于证明责任分配的表述是明确而具体的，比如，控方承担证明被告人有罪的责任，辩方不承担证明责任；被告人承担证明自己不在现场、未达刑事责任年龄、正当防卫等的证明责任。当然，从刑事诉讼的角度，特别是从刑事诉讼价值观的角度来说，这些证明责任规则是完全正确的。但如果从逻辑的角度来看，这些规则只能是具体规则，而不是证明责任分配的一般规则。因为作为一般规则，其具体的构成要素必须是一般的、抽象的，而不是具体的、明确的、特指的。比如证明的对象、证明的主体等。从这一角度来说，被告人有罪就是一个具体的、特殊的证明事项，在刑事诉讼中还存在其他待证事实，而对证明责任分配规则要素进行了特定化的限定后，在这种情况下就无法适用。

因此，需要提炼一个抽象的、可以普遍适用的证明责任分配规则体系，这样的规则才可以称为一般规则。首先，需要将证明的对象从“被告人有罪”进一步概括抽象为“待证事实”，从而将刑事诉讼中需要证明的事项由被告人有罪扩展到其他有关定罪量刑的事实，将控方抽象为在诉讼中提出主张一方。其次，需要将证明责任分配与否确定作为一种待定状态，即启动证明责任分配规则需要一定的条件，明确证明责任分配规则的要素包括主张、不利后果，明确主张和待证事实之间的关系、待证事实和事实真伪不明之间的关系等。基于这种改变，刑事诉讼和民事诉讼的证明责任分配规则就可以融合，提炼出一个刑事诉讼和民事诉讼中都可以使用的规则——“谁主张、谁举证”。在这一规则的基础上，控方承担证明被告人有罪的责任，则只是一般证明责任分配规则在无罪推定基础上的具体适用问题，而不是刑事证明责任分配规则本身。基于这样

的考虑，我在文中对证明责任的一般要素进行了分析，并提出了构建证明责任分配规则的基本内容。这是我进行的第二个方面的工作。

三

对证明责任的一般要素及证明责任分配一般规则结构的研究，容易让人过分重视认识规律对证明责任分配规则的影响。因此，我需要解决的下一个问题，是证明责任分配的基础是什么。诉讼遵循证据裁判原则，在诉讼中查明案情的过程是一个根据证据认识案件事实的过程，在排除因为非法证据排除等程序因素影响的情况下，这一认识过程总体上是遵循认识论规律的。因此，有的观点认为，作为分配事实真伪不明状态下的不利后果的诉讼机制，证明责任分配规则是以认识论为基础的。然而，稍加推理就可以发现，既然我们无法通过一般的认识手段查明案件的事实，那么根据认识论规律检验使用证明责任方法获得的案件事实是否正确，检验裁判者对案件的处理是否合乎思维逻辑，就是无法实现的。建立证明责任分配规则的目的，就是为了让裁判者在处理案件的过程，不受认识规律的制约，摆脱事实真伪不明状态，从而通过拟制案件事实的方法来处理案件。证明责任制度的目的不是查明案件事实，也根本无法查明案件事实。因此，检验证明责任规则是否合适的尺度应当是合目的性，而不是合理性。证明责任分配规则的基础是人的趋利避害心理，是当事人对利益的诉求，是国家对诉讼中各种利益的考量和选择。也就是说，这些规则必须符合司法制度设计的政策要求，无论是程序正义、诉讼经济、政策考量等。立法机关在构建证明责任分配规则的时候，也不是以认识论为前提的，因为证明责任分配制度立法的实质，是对实体法规则的构建，这种立法活动并不排除立法机关通过改变法律要件，从而改变当事人需要举证证明的事项的范围。立法中并不缺乏通过改变证明责任承担而改变利益平衡的情况，比如沉默权的例外、巨额财

产来源不明罪中被告人对财产来源的说明责任等。这种规则的构建，正是一种政策考量。而且，刑事诉讼中作为证明责任分配前提的实体法上的推定，基本也是根据政策确定的，解决的也是制度的合目的性问题，而不是合理性问题。

我们还可以得出结论：证明责任分配是一个程序规则问题，而不是认识规律问题。因为证明责任的发生是存在一个具体的程序环境的，证明责任分配只有在一个控辩双方平等对抗、裁判者消极中立的诉讼构造中才有意义。另外，证明责任分配是一个动态的过程，在诉讼中必须首先通过当事人积极的主张行为才能确定存在争议，并且只有在经过控辩双方的证明后案件事实仍然真伪不明的情况下，才会进行实质意义的证明责任分配。也就是说，实体法的规则只是设立一个证明的起点，但是对证明的过程是没有意义的。在此基础上，证明责任承担必须符合程序正义的要求。比如在刑事诉讼中必须保证控辩双方平等对抗、裁判者消极中立；基于刑事诉讼的无罪推定原则，在事实真伪不明时作出有利于被告人的裁判等。当然，由于刑事、民事、行政诉讼中对程序正义的具体要求存在差异，在证明责任分配上也有所不同。比如，在民事诉讼中，证明责任存在一个转移的过程，而刑事诉讼中，证明被告人有罪的责任始终由控方承担而不能转移；在刑事诉讼中，证明需达到排除合理怀疑的程度（不同的国家表述不同，比如大陆法系国家更多地使用“内心确信”，我国则表述为“事实清楚、证据确实充分”），但在民事诉讼中则仅要求较低的证明标准，比如优势证据等。这是我进行的第三个方面的工作。

四

刑事、民事、行政诉讼可以建立一个统一的证明责任分配一般规则，并在各自的领域完善不同的特殊分配规则。在这一版中，我对书名

进行了修改。博士论文及第一版使用的是《刑事证明责任分配研究》的名称，这一次出版，则改为《证明责任分配基本理论：以刑事诉讼为参照的研究》。之所以这样修改，是基于我对一种统一的证明责任分配一般规则的构想。我们在阅读证明责任分配理论的一些经典文献时，会发现这些文本都是选定一个特殊的领域进行研究的。比如，罗森贝克的研究是以德国民法典为基础的，汉斯·普维庭教授则以德国劳动法为背景。粗略来看，这些著作似是对民事证明责任分配进行的研究。但仔细阅读则会发现，在任何一个证明责任领域，证明责任分配规则都是一样的，只是由于具体领域的实体法规则差异，导致不同领域的证明责任分配出现一些特殊的规则。也就是说，首先，证明责任分配的一般规则应当是相同的，但在不同领域则存在一些特殊的规则。这也说明证明责任分配规则的复杂性。他们选择这种研究方法，有利于将在特殊领域获得的结论进一步演绎上升为证明责任分配的一般规则。而在刑事诉讼领域，基于刑事诉讼的特殊制度，刑事诉讼领域的证明责任分配规则也具有一定的特殊性。本书实际上是对证明责任分配一般规则的研究，对书名的修改正契合了这种现实。也是基于这一原因，我对本书的结构体例做了一些必要的调整。其次，这些特殊领域的证明责任分配规则并不能否认他们之间存在共同的一般规则。也就是说，在“谁主张、谁举证”规则之外，因为具体领域的不同而构建了一些特殊的规则。比如，在刑事诉讼中，拒绝让被告人承担证明自己无罪的责任，也就是在任何情况下都不允许证明责任的倒置。而在行政诉讼领域，在行政相对人提起的诉讼中，由行政机关承担行政行为合法性的证明责任，实际上是“谁主张、谁举证”的一个整体性倒置。在知识产权、环境保护、消费者权益保护等领域，也存在一些根据特殊情况而确定的特殊的证明责任分配规则。但无论如何，证明责任分配规则中的“谁主张、谁举证”都应当是各种形式的诉讼中普遍适用的一种证明责任分配规则，是各种类型的诉讼中特殊分配规则的前提和基础。从这一角度出发，一种统一的证明责任

分配规则不仅是必要的，也是必然的。

作者

2019年冬至

- 第一编 证明责任制度的概念体系
 - 一、现代诉讼中的证明概念
 - （一）查明式诉讼和证明式诉讼
 - （二）诉讼证明是对抗式证明
 - （三）我国认识案件事实的方式
 - 二、证明对象及其确定
 - （一）案件争议事实是诉讼的证明对象
 - （二）主张和抗辩：确认证明对象的程序机制
 - （三）证明对象的基本内容：案件的争议
 - 三、两种不同的证明责任概念体系
 - （一）大陆法系的证明责任概念
 - （二）英美法系的证明责任概念
 - 四、科学的证明责任概念的要素
 - （一）证明责任概念的一般构成要素
 - （二）两大法系证明责任概念的关系
 - （三）重新界定我国的证明责任概念体系
 - 五、证明标准的概念
 - （一）四个层次的证明标准
 - （二）证明标准的性质
 - （三）证明标准的功能
 - （四）证明标准的体系
- 第二编 证明责任分配制度的程序法性质
 - 一、建构证明责任制度之必要性及其理论切入
 - （一）证明责任制度是解决事实真伪不明的程序制度
 - （二）程序制度：切入证明责任制度研究的新视角
 - 二、诉讼模式和诉讼理念对证明主体的影响

- 三、证明责任规则的程序法性质
 - (一) 证明责任规则随程序规则的变化
 - (二) 从认识论到价值论的反思看证明责任和认识论规则的互补
 - (三) 程序正义理论在证明责任领域的引入
- 第三编 证明责任分配原理 (一)
 - 一、证明责任分配的主要学说
 - (一) 大陆法系的证明责任分配理论
 - (二) 大陆法系刑事证明责任分配的基本规则
 - 二、英美法系的证明责任分配理论
 - (一) 英美法系证明责任分配的一般规则
 - (二) 英美法系证明责任分配的特点——与大陆法系相比较
 - 三、心理映射：证明责任分配的理论基础
 - (一) 心理映射是证明责任制度发挥功能的基础
 - (二) 证明责任的本质是举证义务及其附随的不利后果
 - (三) 心理强制功能实现的条件和失效的可能
 - (四) 一个实例：巨额财产来源不明罪的证明责任
 - 四、证明责任分配的利益基础
 - (一) 利益的概念
 - (二) 诉讼所涉利益的特征
 - 五、证明责任分配规则的基本要素
 - (一) 证明责任分配规则的要素
 - (二) 一种理论分析模型的构想
- 第四编 证明责任分配原理 (二)
 - 一、影响证明责任分配的要素
 - (一) 程序正义

- (二) 诉讼经济 (证明便利)
- (三) 刑事政策
- (四) 实体法规范的建构方式
- (五) 形式依据与实质依据的区分
- 二、“谁主张，谁举证”：证明责任分配的基本原则
 - (一) “谁主张，谁举证”的发展和内容
 - (二) “谁主张，谁举证”作为证明责任分配一般原则的合理性
 - (三) “谁主张，谁举证”的逻辑路线
 - (四) “谁主张，谁举证”原则之检讨
- 三、无罪推定原则在刑事证明中的地位
 - (一) 无罪推定原则概述
 - (二) 无罪推定原则与程序先在
 - (三) 作为刑事证明责任分配前提的无罪推定原则
 - (四) 无罪推定原则与其他争议的证明责任
- 四、犯罪构成要件理论对证明责任分配的影响
 - (一) 英美法系的犯罪构成要件
 - (二) 大陆法系的犯罪构成要件
 - (三) 我国犯罪构成理论对证明责任分配的影响
- 五、证明责任分配的例外规则
 - (一) 证明责任的转换
 - (二) 证明责任的倒置
- 第五编 推定在证明责任分配中的作用
 - 一、推定概述
 - (一) 推定的概念
 - (二) 推定产生的原因
 - (三) 推定的性质

- 二、推定的分类及其对证明责任分配的影响
 - （一）推定的特征
 - （二）事实推定与法律推定
 - （三）可反驳的推定与不可反驳的推定
 - （四）依据经验的推定和依据政策的推定
 - （五）总结：推定对证明责任分配的作用
- 三、对推定的限制
 - （一）对被告人的罪责问题不能推定
 - （二）推定必须遵循“合理性联系标准”
 - （三）不利于被告人的推定应由实体法规定
- 第六编 诉讼各方的证明责任
 - 一、控方的证明责任
 - （一）证明被告人有罪的责任
 - （二）证明犯罪构成要件的责任
 - （三）控方证明的证明标准
 - 二、被告人的证明责任
 - （一）被告人应当承担证明责任
 - （二）被告人对消极抗辩不承担证明责任
 - （三）被告人承担积极辩护的证明责任
 - 三、由控方倒置给被告人的证明责任
 - （一）证明责任倒置的条件
 - （二）证明责任倒置的几种情况
 - （三）证明责任倒置后的证明标准
 - 四、程序性裁判中的证明责任
 - （一）程序性裁判的特点
 - （二）程序性裁判中的证明责任分配
 - （三）程序性裁判的证明标准

- 五、法官在证明中的作用
 - （一）裁判与证明评价
 - （二）法官在诉讼证明中的职权作用
 - （三）我国法官在诉讼中的角色
- 第七编 总结
 - 一、法官消极中立、控辩双方平等对抗的三方构造是建立证明责任分配制度的基础
 - 二、对西方国家的证明责任理论格局的一些看法
 - 三、建立以形式分配规则为主、实质分配规则为辅的证明责任分配原则体系
 - 四、借鉴刑法研究中的犯罪构成理论，分析刑事证明责任的若干问题

第一编 证明责任制度的概念体系

概念、原则、规则是一个完整的法律体系不可或缺的有机组成部分。概念在法律研究中具有重要的意义：概念作为法律事实的抽象概括，虽然不规定具体的事实状态和具体的法律后果，但是每个概念都有其确切的法律意义和应用范围（领域、场合），以便人们把具体的法律事实归于一个概念而可以适用规则和原则。^[1]概念的缺失或混淆会导致原则、规则的含糊不清，并进而引起整个法律体系的失衡或冲突。可以说，整个法律规则 and 理论体系建立的首要工作就是对概念的清理和塑造。

我国迄今为止并没有建立完整的证明责任概念体系，进而也无法确立证明责任的本质含义，并重新规划、建立相关范畴和概念群。外国也存在概念分歧问题，但是他们的分歧不在于概念内涵的差别。他们已经建立了证明责任的概念体系，问题主要是术语不统一、证明责任规范的确切内涵无法界定以及证明责任与相关概念（如主张责任、证明评价、证明尺度、表见证明等）无法划清。^[2]由于我国证明责任概念的混乱且在引入外国证明责任理论的过程中，我国传统证明责任概念与世界各国证明责任概念存在一定差异，导致我们现在的证明责任概念尚存在不统一的情况。

因此，研究证明责任分配的首要任务，是在将审判中心主义和对抗制作为讨论证明责任的前提上，对诉讼证明的内涵进行重新定位，并在此基础上讨论证明对象、证明主体、证明责任、证明标准等概念的意义，同时尝试以此为指导建立程序正义原则支配下的，以法官中立和控

辩双方平等对抗为主要检验准则的证明责任概念体系。