



侵权法中 证明责任价值取向研究

Research on the Value Orientation
of the Burden of Proof in Tort Law

王国征 著





侵权法中 证明责任价值取向研究

Research on the Value Orientation
of the Burden of Proof in Tort Law

王国征 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

侵权法中证明责任价值取向研究 / 王国征著. -- 北京: 法律出版社, 2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2193 - 0

I. ①侵… II. ①王… III. ①侵权法—研究—中国
IV. ①D923.74

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 076370 号

侵权法中证明责任价值取向研究
QINQUANFA ZHONG ZHENGMING ZEREN
JIAZHI QUXIANG YANJIU

王国征 著

责任编辑 韩满春
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京虎彩文化传播有限公司
责任校对 晁明慧
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 16
字数 272 千
版本 2018 年 6 月第 1 版
印次 2018 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

上海分公司/021-62071639/1636

西安分公司/029-85330678

深圳分公司/0755-83072995

重庆分公司/023-67453036

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 2193 - 0

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



国家社科基金后期资助项目 出版说明

后期资助项目是国家社科基金设立的一类重要项目，旨在鼓励广大社科研究者潜心治学，支持基础研究多出优秀成果。它是经过严格评审，从接近完成的科研成果中遴选立项的。为扩大后期资助项目的影响，更好地推动学术发展，促进成果转化，全国哲学社会科学规划办公室按照“统一设计、统一标识、统一版式、形成系列”的总体要求，组织出版国家社科基金后期资助项目成果。

全国哲学社会科学规划办公室

基金项目

国家社会科学基金后期资助项目，项目批准号：13FFX029

目录 Contents

导 言 / 1

一、国内外研究现状述评 / 1

二、研究意义 / 2

三、所要解决的问题、重点难点、结构安排和主要观点 / 2

四、研究思路和研究方法 / 5

第一章 侵权证明责任价值取向的基础理论 / 6

第一节 证明责任的概念及其相关理论 / 6

一、证明责任的概念 / 6

二、证明责任倒置——证明责任的二次分配 / 16

三、推定——证明责任的减轻或转移 / 24

第二节 法的价值基本理论 / 31

一、价值和价值取向的一般概念 / 31

二、法的价值和法的价值取向 / 32

三、法的若干价值的内涵 / 35

四、法的若干价值之间的关系 / 47

第三节 侵权法与证明责任 / 50

一、侵权法作为救济法具有程序特征 / 50

二、证明责任规范的实体法属性 / 52

三、侵权归责原则与证明责任——侵权证明责任的特殊性 / 54

四、证明责任应成为一般侵权责任与特殊侵权责任的划分标准 / 54

第四节 侵权法与证明责任的价值取向 / 59

一、侵权法的价值取向 / 59

二、证明责任的价值取向 / 62

三、侵权法中证明责任价值取向的特殊性 / 65

本章小结 / 68

第二章 一般侵权证明责任及其价值取向 / 70

第一节 加害行为证明责任及其价值取向 / 70

- 一、加害行为的概念和种类 / 70
- 二、加害行为的证明责任 / 72
- 三、加害行为证明责任价值取向 / 75
- 第二节 损害证明责任及其价值取向 / 78
 - 一、损害的概念与分类 / 78
 - 二、损害的证明责任 / 81
 - 三、损害证明责任价值取向 / 84
- 第三节 侵权因果关系证明责任及其价值取向 / 88
 - 一、侵权因果关系的概念、学说和形态 / 88
 - 二、侵权因果关系的证明责任 / 93
 - 三、侵权因果关系证明责任价值取向 / 97
- 第四节 过错要件证明责任及其价值取向 / 99
 - 一、过错的概念、分类和判断标准 / 99
 - 二、过错的证明责任 / 102
 - 三、过错证明责任价值取向 / 105
- 本章小结 / 108

第三章 特殊侵权证明责任及其价值取向 / 109

- 第一节 产品侵权证明责任及其价值取向 / 109
 - 一、产品侵权责任概念及其证明责任的特殊性 / 109
 - 二、比较法上的产品侵权证明责任 / 111
 - 三、我国法上的产品侵权证明责任 / 120
 - 四、产品侵权证明责任价值取向 / 128
- 第二节 机动车道路侵权证明责任及其价值取向 / 132
 - 一、机动车道路侵权责任概念及其证明责任的特殊性 / 132
 - 二、机动车道路侵权责任中过错的证明责任 / 135
 - 三、机动车道路侵权责任中因果关系的证明责任 / 139
 - 四、机动车道路侵权证明责任价值取向 / 140
- 第三节 医疗侵权证明责任及其价值取向 / 142
 - 一、医疗侵权责任概念及其证明责任的特殊性 / 142
 - 二、比较法上的医疗侵权证明责任 / 143
 - 三、我国法上医疗侵权证明责任 / 146
 - 四、医疗侵权证明责任价值取向 / 150
- 第四节 环境侵权证明责任及其价值取向 / 150
 - 一、环境侵权责任概念及其证明责任的特殊性 / 151

二、比较法上环境侵权证明责任 / 154	
三、我国环境侵权证明责任 / 156	
四、环境侵权证明责任价值取向 / 163	
第五节 高度危险侵权证明责任及其价值取向 / 167	
一、高度危险侵权责任概念及其证明责任的特殊性 / 167	
二、高度危险侵权责任中行为人过错的证明责任 / 169	
三、高度危险侵权责任中因果关系的证明责任 / 170	
四、高度危险行为人所承担的证明责任 / 173	
五、高度危险侵权证明责任价值取向 / 174	
第六节 饲养动物侵权证明责任及其价值取向 / 177	
一、饲养动物侵权责任概念及其证明责任的特殊性 / 177	
二、饲养动物侵权责任中过错的证明责任 / 179	
三、饲养动物侵权责任中因果关系的证明责任 / 182	
四、饲养动物侵权证明责任价值取向 / 183	
第七节 物件侵权证明责任及其价值取向 / 186	
一、物件侵权责任概念及其证明责任的特殊性 / 186	
二、物件侵权责任中过错的证明责任 / 187	
三、建筑物不明抛坠物侵权责任中加害行为的证明责任 / 194	
四、物件侵权证明责任价值取向 / 198	
本章小结 / 200	
第四章 侵权证明责任价值取向与证明责任一般规则 / 201	
第一节 证明责任一般规则肯定说与否定说 / 201	
一、关于是否存在证明责任一般规则的争议 / 201	
二、证明责任一般规则肯定说的理论与立法例 / 201	
三、证明责任一般规则否定说的主要理论与立法例 / 205	
四、我国关于证明责任一般规则的认识与规定 / 209	
第二节 侵权证明责任规范的差异和变化对证明责任一般规则肯定说的挑战	
——兼评证明责任规范的本质 / 213	
一、侵权证明责任规范的若干差异和变化 / 213	
二、证明责任规范的本质 / 218	
三、作为证明责任解释方法的证明责任理论 / 222	
第三节 侵权证明责任规范的价值取向 / 235	
一、证明责任规范的性质 / 235	

二、侵权证明责任规范的实体法价值取向 / 239

三、侵权证明责任规范的程序价值取向 / 242

本章小结 / 246

结 论 / 247

后 记 / 249

导 言

一、国内外研究现状述评

本书研究内容包括法理学中的法的价值、民法学中的侵权法和民事诉讼法学中的证明责任。法理学界对法的价值的研究,除了法理学教科书和论文,还出版了有影响的学术专著,这些论著一般侧重于理论法学的角度,较少涉及部门法的价值,但为部门法学提供了重要启示。在侵权法方面,1986年我国《民法通则》第六章第三节规定了“侵权的民事责任”;2002年12月侵权责任法作为我国《民法(草案)》中的一编,由全国人大常委会进行初次审议;此后,经过二次、三次审议,最终于2009年12月通过了《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)。2017年3月15日通过的《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)第八章“民事责任”也规定了侵权责任。在《侵权责任法》制定过程中及《侵权责任法》颁布实施以后,侵权法一直是我国民法学界研究的重点和焦点之一。除了学者的侵权法立法建议稿和一些论文,还出版了一些有重要影响的著作及我国学者翻译出版的日本、德国、法国、美国、英国等国家侵权法。对侵权法的研究,多限于民法学者,研究视角多忽视其中的证明责任及其价值。我国民事诉讼法学界对证明责任的研究,除了民事诉讼法教科书和论文,也出版了一些学术专著。民事诉讼法学界关于证明责任的研究,多侧重于一般抽象意义的证明责任概念、证明责任分配的学说和证明责任分配标准,一般不涉及或者较少涉及侵权纠纷证明责任分配。2014年12月18日通过、2015年1月30日公布、2015年2月4日施行的最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(法释〔2015〕5号)(以下简称2015年《民诉解释》)第91条规定了证明责任一般规则;就侵权纠纷证明责任而言,该司法解释与其之前的有关规定相比,并没有新的变化。在《民法总则》制定过程中,也曾经对是否规定民事案件证明责任一般规则问题进行了讨论。尽管我国有学者也对部门法的价值进行了研究,包括侵权法的价值、合同法价值、民事诉讼法价值,还有学者对某类侵权纠纷证明责任进行了研究,但是,仍缺乏系统、全面地研究侵权法中证明责任价值取向的论著。

二、研究意义

从理论上讲,法的价值作为法理学的一个基本论题,受到法理学界的高度关注,甚至出现了以法的价值为研究对象的价值法学。同时,近年来,我国部门法学者也开始对部门法的价值进行研究。法的价值是具体的法律规范的本源和根据,法律规范体现、蕴含着法的价值。不过,不同的部门法甚至同一部门法中的不同法律规范体现着不同的法的价值。作为权利保护法的侵权法,面临着不同价值之间的冲突,而被称为“民事诉讼脊梁”的证明责任,更是关乎当事人胜诉、败诉的切身利益。此外,对侵权法中证明责任价值取向进行研究,涉及法理学、民法学、民事诉讼法学三个学科的知识。因此,对该问题进行研究,不仅有助于确定侵权法中证明责任规范的合理性,而且也是不同学科之间相互渗透、相互交融的一种尝试,具有一定的理论意义。从实践上讲,尽管2015年《民诉解释》第91条规定了证明责任一般规则(2015年6月24日中国法学会民法典编纂项目领导小组和中国民法学研究会组织撰写的、正式提交全国人大常委会法制工作委员会的《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿》也规定证明责任一般规则),但在侵权法中如何根据法的价值取向确定具体的证明责任,直接关系到侵权法的目的能否实现。例如,医疗侵权证明责任是否实行“倒置”,完全是一个法的价值取向问题。因此,对侵权法中证明责任价值取向进行研究,不仅对拓展民事诉讼法学研究领域,丰富民事诉讼法学的研究内容,具有一定的理论意义,而且还使法的价值研究具有时代特色和实践意义,加深对我国《侵权责任法》的理解,对侵权纠纷适用证明责任判决具有指导作用。

三、所要解决的问题、重点难点、结构安排和主要观点

(一)本书所要解决的问题

本书在论述侵权法中证明责任规范的基础上,探求证明责任规范所蕴含的价值取向,并根据法的价值取向对准确理解和完善我国侵权法中证明责任规范提出自己的看法。

(二)本书研究的重点难点

本书研究的重点是将民事实体法中侵权法、法理学中法的价值理论与民事程序法中的证明责任结合起来进行研究,试图发掘隐含在侵权证明责任规范后面的某些价值因素。

研究的难点:一是本书研究对象涉及的许多法律术语本身含义就存在

争议,且有的术语存在较大的争议,甚至可以说是众说纷纭。例如,证明责任、证明责任倒置、推定的效力、价值、秩序、公正、自由、效率、一般侵权责任与特殊侵权责任的划分标准、损害、因果关系、过错等,其中有的术语本身就可以成为专门研究的对象。作为本书中的重要术语,要尽力对相关论著进行梳理,并提出自己的看法,以作为本书研究的前提基础;同时,又要避免对相关术语的论述过多而冲淡了本书的研究主题。二是如何将法理学中的法的价值、民法学中的侵权法与民事诉讼法学中的证明责任三个法学学科的有关知识和理论有机地衔接、整合起来。

(三)本书的结构安排

本书主要内容除导言和结语外,共分为四章:

第一章“侵权证明责任价值取向的基础理论”。具体包括证明责任的概念及其相关理论、法的价值基本理论、侵权法与证明责任、侵权法与证明责任的价值取向四个方面的内容。该章主要是为以后的论述研究提供铺垫,有些内容是后面研究的前提条件,有些内容决定了本书的结构。

第二章“一般侵权证明责任及其价值取向”。分别对一般侵权责任的四个构成要件即加害行为、损害、加害行为与损害之间的因果关系、过错的证明责任及其价值取向进行研究。

第三章“特殊侵权证明责任及其价值取向”。分别对我国《侵权责任法》所规定的七种特殊侵权责任,即产品侵权责任、机动车道路侵权责任、医疗侵权责任、环境侵权责任、高度危险侵权责任、饲养动物侵权责任、物件侵权责任等的证明责任及其价值取向进行研究。

第四章“侵权证明责任价值取向与证明责任一般规则”。具体包括证明责任一般规则肯定说与否定说的理论学说和立法例;在总结归纳第三章中侵权证明责任规范的若干差异和变化的基础上,对侵权证明责任规范本质及其解释提出看法;回应第一章中提出的一些问题,根据前三章尤其第一章、第二章的论述和研究成果,在明确证明责任规范性质的基础上,对侵权证明责任规范的实体价值取向和程序价值取向提出自己的看法。

(四)本书主要观点

证明责任为要件事实真伪不明时在当事人之间进行不利后果的分配,证明责任倒置是证明责任的第二次分配,推定具有减轻或转移证明责任的效果。

法的价值、法的价值取向经常是从不同的角度指向同一个用语,作为法的价值的秩序是指法律关系一致性、连续性、确定性、可预测性和安全性。法的自由价值是指主体在法律允许的范围内按照自己意志进行活动

的权利。公正与公平、正义、平等的含义是不同的;公平、平等是价值中立的概念,要受公正的限制;正义具有理念色彩,公正是正义的制度表现形态。法的效率价值是指在法律资源配置过程中追求社会利益最大化。法的秩序价值是法的自由价值的实现保障,法的自由价值是秩序价值的发展动力。法的秩序价值为公正价值的实现提供条件,法的公正价值为秩序价值的内在规定性。法的自由价值也是价值中立的,应受法的公正价值限制;不当限制自由或者不受限制自由都是不公正的。法的效率价值为公正价值提供物质基础,公正又为效率提供条件和保证;在二者不能兼顾的情形下,应当是公正价值优先,因为效率价值也是中立的。

侵权法首要的价值是秩序,侵权法律制度首先是为维护一定的社会秩序;侵权法还要划定行为人行为自由的范围,体现法的自由价值;侵权法的公正价值主要体现为对受害人损害的补偿,效率价值体现为遏制侵权行为的发生。侵权法具有程序特征,证明责任规范具有实体法属性,侵权法与证明责任具有密切的联系,侵权归责原则与证明责任为同一个问题的两种不同表达方式。法的秩序价值、自由价值、公正价值和效率价值对侵权法与证明责任均适用,侵权法中证明责任价值取向具有特殊性。

一般侵权责任中由权利人对存在侵权责任的四个要件事实承担证明责任,这充分体现了公正尤其是程序公正的价值取向。特殊情形下,存在减轻甚至免除权利人对其中一个或者数个要件事实的证明责任,这些特殊情形,或者体现了法的自由价值取向,或者体现了法的公正价值取向,或者体现法的效率价值取向,或者同时体现多个法的价值取向。但是,无论由谁承担证明责任,都是为了维护或实现一定的法律秩序,实现或体现法的秩序价值取向。

七种特殊侵权责任中,产品侵权责任、机动车道路侵权责任、医疗侵权责任、环境侵权责任、高度危险侵权责任五种特殊侵权责任是因社会经济发展和科学技术进步而产生的突出社会问题,其共同特征是加害人处于优势、强势地位,但其证明责任价值取向也不尽相同。例如,产品侵权责任、机动车道路侵权责任、环境侵权责任、高度危险侵权责任更多地强调公正价值取向、效率价值取向,而医疗侵权责任更多地强调公正价值取向、自由价值取向。同为传统侵权责任类型,饲养动物侵权责任中,将饲养人或管理人的过错排除在证明责任对象之外,既体现了法的公正价值取向,又体现了秩序和效率价值取向;而物件侵权责任中由物件所有人或管理人承担自己不存在过错的证明责任,体现了公正和效率价值取向。

诸多证明责任的理论学说和立法例可划分为证明责任一般规则肯定

说和否定说,侵权证明责任规范的若干差异和变化意味着,侵权证明责任规范与其他法律规范一样也蕴含一定的具体的历史的价值取向,并不存在放之四海而皆准的证明责任一般规范的理论学说和立法例,作为概念法学的规范说是适宜我国目前法治建设实际的,宜将其规定为唯一的证明责任解释方法。

证明责任规范兼具程序法与实体法的性质,决定了侵权证明责任的价值取向包括实体价值取向和程序价值取向。

四、研究思路和研究方法

(一)本书的研究思路

本书主要从立法的视角,运用理论联系实际的方法、中外比较的方法,通过研究我国侵权证明责任的现实问题和借鉴域外有关立法的途径,达到准确理解我国侵权法中证明责任价值取向的目的,并指出我国《侵权责任法》中证明责任的不足,为进一步完善提出建议。

(二)本书的研究方法

价值分析方法。一方面,通过剖析研究现行侵权法中证明责任规范所蕴含的价值因素,揭示其所体现的法的价值取向;另一方面,以一定的法的价值取向为标准,指出现行侵权法中某些证明责任规范的不足和不合理性,提出完善其的建议。

实证分析方法。以我国当前侵权法中证明责任规范与相关司法实践为研究的逻辑起点,在准确理解我国侵权证明责任规范含义的基础上,从理论层面对存在的有关问题进行深入分析并积极寻找解决之策,力求为我国相关法律制度的完善提出建设性意见。

比较研究方法。在分析研究我国侵权法中证明责任规范的同时,考察其他国家和地区的相关法律规定,在此基础上为分析和解决我国侵权法中证明责任价值取向做资料上的准备并提供借鉴。

第一章 侵权证明责任价值取向的基础理论

第一节 证明责任的概念及其相关理论

一、证明责任的概念

(一) 证明责任概念的表述

1. 证明责任在立法中的表述

证明责任尚非我国立法中的术语,其在立法中的表述是举证责任。立法中的举证责任,较早出现在1989年《行政诉讼法》第32条,2017年《行政诉讼法》第34条第1款予以保留,即“被告对作出的行政行为负有举证责任,应当提供作出该行政行为的证据和所依据的规范性文件”。行政机关承担证明责任,体现了法的公平原则。从举证能力来看,在行政程序中,行政机关可以依职权调查搜集证据。行政机关在行政执法活动中,代表国家实施行政行为,有国家强制力的保障及国家财政的支持,在搜集证据方面有优势。而原告由于在行政法律关系中始终处于弱势地位,其取证手段有限,取证较为困难。^①在行政诉讼中由处于强势地位的行政机关承担证明责任,体现了公平原则。^②

2012年《刑事诉讼法》修改,为了尊重和保障人权,保障当事人的诉讼权利,保障无罪的人不受刑事追究,避免冤枉无辜,规范诉讼活动,增加第49条,即“公诉案件中被告人有罪的举证责任由人民检察院承担,自诉案件中被告人有罪的举证责任由自诉人承担”。该法条区分公诉案件和自诉案件,分别规定了其相应的证明责任,与第50条增加规定的不得强迫任何人自证其罪遥相呼应,符合无罪推定原则。依无罪推定原则,推翻这项推定的责任在控诉方,若控诉方向法院提供证明被告人有罪的证据不能达到法定的证明要求,法院应宣判被告人无罪;如果实行有罪推定,证明责任自

① 参见全国人大常委会法制工作委员会编:《中华人民共和国行政诉讼法释义》,法律出版社2014年版,第91页。

② 参见蔡小雪:《行政诉讼证据规则及运用》,人民法院出版社2006年版,第5页;姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社2011年版,第464页。

然落在辩方身上,因为辩方不得不向法院证明被告人是无罪的,否则法院就会认定其有罪。^①

由于民事案件、行政案件、刑事案件中当事人的法律地位不同及处理机制不同,其证明责任分配也不尽相同。综上所述,在行政诉讼中,原则上由被告承担证明责任,原告不承担证明责任;^②相反,在刑事诉讼中,原则上由处于类似原告地位的控诉方或者自诉人承担被告人有罪的证明责任。^③而在民事案件中,既不能规定由原告承担证明责任,也不能规定由被告承担证明责任。

2. 学理上关于证明责任表述的争议

此问题涉及对证明责任与举证责任之间关系的认识。^④

在20世纪80年代,我国大陆民事诉讼法学界对证明责任与举证责任二者之间的关系存在不同认识,大致有三种观点:第一种观点认为,二者是等同的。^⑤第二种观点对二者关系没有明确的表态,其中,有的在相关内容

① 参见何家弘、刘品新:《证据法学》,法律出版社2013年版,第287、288页。

② 该原则存在例外情形,如2017年《行政诉讼法》第38条第2款。

③ 对于刑事案件是否存在证明责任倒置问题,学界存在不同看法。参见何家弘、刘品新:《证据法学》,法律出版社2013年版,第291~295页;陈瑞华:《刑事证据法学》,北京大学出版社2014年版,第286页;何家弘主编:《证据法学研究》,中国人民大学出版社2007年版,第159页;何凌:《论刑事推定的适用——以非法持有国家绝密、机密物品罪为例》,载《江南社会学院学报》2010年第4期,第67页;樊崇义主编:《证据法学》,法律出版社2012年版,第328页;罗猛:《巨额财产来源不明罪举证责任的思考》,载《国家检察官学院学报》2013年第6期,第144、145页;黄维智:《刑事证明责任研究:穿梭于实体与程序之间》,北京大学出版社2007年版,第323、324页;张训:《刑法中的“说明”不等于刑事诉讼中的证明》,载《检察日报》2015年5月20日,第3版。

④ 1982年3月8日中华人民共和国第五届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议通过《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》(以下简称1982年《民事诉讼法(试行)》),自1982年10月1日起试行。此为我国第一部民事诉讼法典。1991年4月9日第七届全国人民代表大会第四次会议通过《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称1991年《民事诉讼法》);2007年10月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议通过《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》(修改后简称2007年《民事诉讼法》),共19个条文,主要涉及再审程序和执行程序;2012年8月31日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议通过《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》(修改后简称2012年《民事诉讼法》),共60条,对《民事诉讼法》进行了全面修改;2017年6月27日第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议通过《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉和〈中华人民共和国行政诉讼法〉的决定》(自2017年7月1日起施行)(修改后简称2017年《民事诉讼法》),就《民事诉讼法》修改而言,第55条增加1款,作为第2款,规定了人民检察院提起和支持民事公益诉讼。

⑤ 一种表述是“证明责任即当事人对自己的主张所根据的事实负有提供证据的责任,也称‘举证责任’”。不过,从该著作的章节标题来看,作者更倾向于使用“证明责任”。参见柴发邦等:《民事诉讼法通论》,法律出版社1982年版,第224页。另一种表述是“举证责任,是指当事人要求人民法院就其主张作出裁判,对主张的事实,承担举出证据的证明责任”。参见周道鸾主编:《民事诉讼法教程》,法律出版社1988年版,第125页。

中仅使用举证责任,而没有使用证明责任;^①有的既没有使用“举证责任”,也没有使用“证明责任”,仅使用的“证据的提供”。^②需要指出的是,在我国第一本民事诉讼法学统编教材中,也仅提及举证责任。^③第三种观点为区别说,认为证明责任的主体包括当事人和法院,举证责任的主体仅限于当事人。^④

在20世纪90年代,我国民事诉讼法学界对证明责任与举证责任二者之间的关系,同样也存在三种不同观点:第一种观点认为,二者是一回事。^⑤第二种观点对二者的关系没有明确的界定。其中,有的仅论述举证责任,未提及证明责任;^⑥有的则相反。^⑦第三种观点认为二者是不同的。^⑧

目前,在我国民诉学界多认为二者是同一概念,但仍有学者对此存有

① “举证责任是指当事人对自己提出的主张,有责任提供证据。”参见常怡主编:《民事诉讼法教程》,重庆出版社1982年版,第149页。

② 刘家兴:《民事诉讼法教程》,北京大学出版社1982年版,第138页。

③ “提出证据的责任,通称举证责任。”参见柴发邦主编:《民事诉讼法教程》,法律出版社1983年版,第213页。该教材的修订本与1983年版相比,将三级标题“提供证据的责任”修改为“举证责任”;而且认为举证责任是指“当事人在诉讼中,对自己的主张,负有提出证据,以证明其主张真实的责任”。参见柴发邦主编:《民事诉讼法学》,法律出版社1987年版,第218、219页。

④ 一种表述是,“证明责任与诉讼史上的举证责任是有区别的。”“诉讼史上的举证责任,是指当事人对有利于自己的主张向法官举出证据加以证明的责任。”而“证明责任是证明主体承担提供、收集和运用证据确认证明对象的责任”。证明主体包含当事人、特殊情况下的无独立请求权的第三人和人民法院。参见田平安:《论民事诉讼中的证明责任》,载《政治与法律》1985年第6期,第31、32页。另一表述是“举证责任与证明责任是不完全相同的。举证责任是就当事人而言的,当事人对自己提出的主张有举出证据加以证明的责任,人民法院在民事诉讼中则没有举证责任。而证明责任不论是当事人还是人民法院都是具有的。当事人履行举证责任的过程即蕴含着其在履行证明责任。人民法院对其判决、裁定中所确定的事实必须加以证明。因此,不宜把举证责任与证明责任视为同一概念”。参见江伟主编:《中国民事诉讼法教程》,中国人民大学出版社1990年版(作者所作的“说明”时间是1989年5月),第188页。

⑤ 具体表述是“证明责任,又称举证责任、立证责任。德语为Beweislast,英语为Burden of Proof。”参见陈刚:《证明责任概念辨析》,载《现代法学》1997年第2期,第32页。

⑥ 这一情况的代表性著作有:柴发邦主编:《民事诉讼法学新编》,法律出版社1992年版,第223、224页;柴发邦主编:《民事诉讼法学》,北京大学出版社1992年版,第189、190页;杨荣新主编:《中国民事诉讼法》,中国政法大学出版社1992年版,第178~181页;常怡主编:《民事诉讼法学》,中国政法大学出版社1994年版,第164~167页;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491~509页;谭兵主编:《民事诉讼法学》,法律出版社1997年版,第296、297页。

⑦ 参见江伟主编:《民事诉讼法》,中国人民大学出版社2000年版,第159~162页;常怡主编:《民事诉讼法学》,中国政法大学出版社1996年版,第174~176页。

⑧ 参见柴发邦主编:《中国民事诉讼法学》,中国人民公安大学出版社1992年版,第334、335页;汤维建:《英美法上的证明责任概念》,载《外国法评译》1993年第2期,第65页;[美]Carmen R. D.:《证明责任》,罗国良译,邬名安校,载《研究生法学》1994年第3期,第77页。