

法治湖北论丛



诉讼法学热点问题研究

主 编◎刘学在

 长江出版传媒
© 湖北人民出版社

法 治 湖 北 论 丛



诉讼法学热点问题研究

主 编◎刘学在

副主编◎郑 涛 寿媛君 梁君瑜

 长江出版传媒

 湖北人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

诉讼法学热点问题研究/刘学在主编.

武汉:湖北人民出版社,2016.8

ISBN 978-7-216-08995-1

I. 诉… II. 刘… III. 民事诉讼法—法的理论—研究—中国 IV. D925.101
中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 208779 号

责任部门:高等教育分社

责任编辑:黄 沙

封面设计:张 弦

责任校对:范承勇

责任印制:王铁兵

出版发行:湖北人民出版社

印刷:湖北新华印务有限公司

开本:787 毫米×1092 毫米 1/16

字数:316 千字

版次:2016 年 8 月第 1 版

书号:ISBN 978-7-216-08995-1

地址:武汉市雄楚大道 268 号

邮编:430070

印张:17.25

插页:2

印次:2016 年 8 月第 1 次印刷

定价:60.00 元

本社网址:<http://www.hbpp.com.cn>

本社旗舰店:<http://hbrmcbs.tmall.com>

读者服务部电话:027-87679656

投诉举报电话:027-87679757

(图书如出现印装质量问题,由本社负责调换)

“法治湖北论丛”编委会

主 任 郑少三

副主任 万学斌 李 龙

委 员 (按姓氏笔画排列)

万学斌	王 龙	王 晨	王亚平	王瑞龙
方世荣	冯 果	吕忠梅	刘大洪	齐文远
许承光	李 龙	李 牧	李长健	李仁真
肖伯符	吴汉东	邱 秋	汪习根	陈小君
周叶中	郑少三	赵 钢	胡兴儒	俞 江
姚 莉	姚仁安	秦前红	徐汉明	曹诗权
康均心	彭方明	彭真明	曾令良	温世扬
雷兴虎	熊 伟	熊世忠		

总 编 万学斌

副总编 王 龙

目 录

第一编 理论前沿

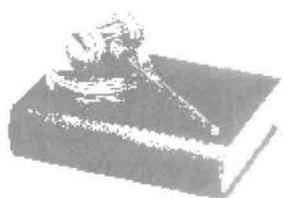
德国民事诉讼证明妨碍制度之判例研究	马 龙	(3)
论交通事故认定书在民事诉讼中的法律属性及审查	倪培根	(18)
论法国环境法上的“三十年诉讼时效期间”	周 迪	(33)
从“审讯”到“审查” ——我国预审制度的重构	寿媛君	(45)
论我国公证的内涵	楚晗旗	(55)
重复供述排除规则在我国的构建	彭 烨	(66)
量刑规范化视角下的刑事和解	汪千力	(75)
论我国检察官之客观义务	赵洪方	(86)

第二编 学术争鸣

民事诉讼举证时限制度之检讨	查道治	(99)
论“以审判为中心”下警察出庭作证的价值与完善	王 娅	(116)
论我国新型律检关系	明 哲	(126)
“程序保障论”下第三人撤销之诉的制度衔接 ——以我国台湾地区立法例为参照	毛田田	(137)
论我国新《民事诉讼法》的第三人撤销之诉制度	李祖业	(148)
民事非法证据排除规则中的利益衡量及边界 ——兼评《〈民诉法〉解释》第一百零六条	王亚萌	(165)
妨害诉讼强制措施的重构	张 博	(180)

第三编 司法实务

新时期刑事审判公开的困境与出路	刘佩瑜	(193)
关于小额诉讼制度的实证研究		
——以岳阳市部分基层法院为调研对象	施 瑶	(204)
我国举证时限制度的现实困境与完善路径	夏先华	(220)
我国公诉案件中起诉书的若干问题研究	郭 航	(231)
论管辖权异议的司法规制	郑若颖	(245)
域外民事诉讼司法认知之适用范围及其启示	吴 静	(259)



第一编

理论前沿

德国民事诉讼证明妨碍制度之判例研究

马 龙*

民事诉讼中的证明妨碍 (Beweisvereitelung), 是指不负证明责任的当事人基于自己的过错造成对方当事人举证困难或无法举证的情形。证明妨碍可以是故意行为, 也可以是过失行为, 可以发生于诉讼前, 也可以发生于诉讼中, 证明妨碍行为会造成曾经存在的证据材料遭到毁灭或被隐瞒。^① 在德国, 其民事诉讼法 (Zivilprozessordnung, 简称 ZPO) 虽然规定了各种形态的证明妨碍及其规制, 但丰富并完善证明妨碍制度的当属德国联邦最高法院 (Bundesgerichtshof, 以下简称 BGH) 及其前身德意志帝国最高法院 (Reichsgericht, 以下简称 RG) 长期以来积累而成的判例, 考察这些判例, 有助于我们进一步了解并借鉴德国先进的证明妨碍制度。

一、证明妨碍中的行为

在德国的民事诉讼中, 证明妨碍既可以作为的形态实施, 也可以不作为的形态实施。积极破坏证据材料, 造成证据灭失的, 即属于作为的证明妨碍; 在保存证据等方面消极不作为, 或拒不提交其所持有的证据, 即属于不作为的证明妨碍。而不论是作为还是不作为, 其在对负证明责任的一方举证造成了干扰性影响这一点上是没有区别的。

(一) 关于积极作为的判例

1. 勘验中的证明妨碍^②

案情简介: 自然人 R 死亡, 原告与 R 订有婚姻与继承契约, 根据前述契

* 马龙, 男, 山西太原人, 武汉大学法学院博士研究生, 主要研究方向为诉讼法学。

① BGH NJW 2006, 434, Rn. 23.

② RGZ 101, 197 (198) .

约 R 亲笔订立了以原告为受遗赠人的遗嘱。但 R 在其死亡前夕秘密焚毁了该份遗嘱。R 死后,作为 R 子女的被告继承了遗产。原告向被告主张遗赠请求权,被告要求原告提出遗嘱。

RG 认为,只有对遗嘱进行勘验才能确认案涉遗嘱是否具备法律规定的形式要件。R 作为被告的前手权利人,其销毁证据方法造成原告无法证明,应当视为被告实施了证明妨碍,在被告无法提出反证的情况下,可以视为原告主张的事实得到了证明。

2. 书证中的证明妨碍^①

案情简介:原告称其因事故而死亡的丈夫与被告订立了人身保险合同,被告作为承保人应当对原告丈夫的死亡事故承担保险责任。被告在制作缩微胶片存底之后销毁投保申请书的原件。原、被告就保险合同关系是否成立存在争议,争议焦点集中于保险合同上的签名是否系原告亡夫亲笔所写以及投保申请书是否在事故前签署。

BGH 认为,微缩胶片存底的投保申请书品质较差,不够清晰,而且只有投保申请书的原件上的签名系亲笔签名,较为可靠,故用于笔记核对以判别保险合同上的签名是否真实的只能是原件。被告销毁原件的行为违反了保险人义务,造成原告无法证明签名的真实性,同时保险人制作胶片并销毁原件对其有利,并且保险公司希望将由于这一操作产生的证明不利转嫁给投保人,则该行为是不合法的矛盾行为,构成了证明妨碍。因此被告应当承担证明困难的不利后果。如果被告无法证明签名系伪造,则可以推定原告的证据是真实的。

(二) 关于消极不作为的判例

1. 勘验中的证明妨碍^②

案情简介:原告与被告系患者与医生之关系。被告在为原告进行第一次手术时将一手术用块状物体遗留在原告体内,在第二次手术时被发现。被告将该物体取出后,没有妥善保存该物体。原告认为被告的行为存在过错,将异物留置于自己体内导致疼痛并受到了严重的身体伤害,请求法院判令被告予以赔偿。

BGH 认为,本案争议焦点在于被告是否存在造成原告伤害的医疗过错,就需要对取出的遗留物进行检查,检查其性状以及大小才能作出判断。被告作为医生理应知道异物对于原告的伤害程度以及异物在可能发生的诉讼中的作

^① BGH Urteil vom 21. 06. 2000 - IV ZR 157/99.

^② BGH Urteil vom 16. 04. 1955 - VI ZR 320/54.

用,故对其负有保存义务。但由于被告在妥善保管异物的事务上有过错地不作为,导致原告举证困难,构成了证明妨碍,其应当对此承担不利后果。

2. 书证中的证明妨碍^①

案情简介:本案系医疗事故诉讼。被告与原告为医患关系。原告认为被告存在医疗错误,导致原告在接受手术后失明。在原告诉诸法院后,法院要求被告提交有关被告为原告实施的外科手术的医疗记录、有关安全保障措施的记录以及有关其他诊疗措施的医疗记录,但被告拒不提交。

RG认为,被告在提交医疗记录方面不作为,造成原告无法举证证明其主张和查明医疗行为过程及责任归属,构成证明妨碍。该证明妨碍的后果就是证明责任转换,由被告承担本应由原告承担的证明责任。

二、证明妨碍与义务之违反

德国学者阿伦茨(Arenz)认为,适用证明妨碍之法理对不负证明责任的当事人施加制裁必须以其违反证据提出义务或协力义务为要件。BGH在司法实务中将证据作成、保管义务作为证明妨碍的构成要件。而这种义务有的是基于法律规定或来自于双方的合同约定,也可能是基于诚信原则而产生的合同上的附随义务。^②

(一) 违反合同义务或其附随义务的判例^③

案情简介:位于E地的德国公司S向中国境内B地发出一批电子设备。S委托K公司进行运输。K公司委托原告将货物由N地空运至S地。原告委托被告将待空运的货物安放在托盘上。被告在货物堆放工作中,一个木箱发生了左偏移,随后从叉车跌落至运输车的横梁。在未经海损理算师鉴定损失的情况下,货物即经由P地空运至S地。后在中国B地的轧钢厂发现,箱内的配电盘严重损坏。原告提起要求被告进行损害赔偿的诉讼并在二审中部分胜诉,被告遂提起上告。

BGH认为,原告基于合同要求被告赔偿损失,因此原告必须阐明和证明下列事实:被告的雇员有过错地违反义务,造成了配电盘损坏。根据表见证明

① RGZ 171, 168 (172)。

② 占善刚:《证据协力义务之比较法研究》,中国社会科学出版社2009年版,第278-279页。

③ BGH Urteil vom 17. 06. 1997 - X ZR 119/94.

归责基本可以认定这一因果关系的存在。但是,原告在本案中有义务参与进行证据保全,这是一项合同的附随义务。在双方合同履行过程中,当被告员工造成损害事实发生之后,该项义务即产生。但是在立即进行损害确认方面,原告认为不能马上做到,没有接受被告的建议在货物还在机场时进行损害鉴定,而继续要求向中国运输该货物,这样就没有保留检验结果。而被告根据木箱表面损害情况轻微,主张其员工行为不是唯一致损原因,跌落之后运输过程中的颠簸以及中国道路状况不佳都是致损原因。然而由于原告没有履行证据保全义务,被告的主张难以获得有效证明。原告在当时的情况就应当预见到损害鉴定结果对于被告在以后可能进行的诉讼中可能具有证据方面的显著性意义,但其行为妨碍了证据手段的形成,过失地不履行阐明义务,从而构成了证明妨碍。由于证明妨碍的存在,动摇了表见证明原则,导致被告证明责任的减轻,同时不能适用表见证明原则。

(二) 违反文档记录义务 (Dokumentationspflicht) 的判例^①

案情简介:原告中风偏瘫后被送至被告经营的医院。经检查,原告还伴有肺水肿、颅内高压及胃出血。原告因病卧床无法移动。2个月后,原告发生褥疮性溃疡,遂诉被告要求赔偿。原告认为被告的医护人员没有采取必要措施防止褥疮性溃疡发生,并且在发现后拖延,没有给予充分治疗。

BGH 认为,被告在原告第一次发生褥疮性溃疡时不作为,没有依法予以记录。同时被告也缺少护理记录。由于被告在病例等方面文档记录不完备,原告能够证明被告没有采取必要措施不可期待。故被告构成证明妨碍。

(三) 违反其他义务的判例^②

案情简介:被告出租房屋并运营一套供水设备,但是没有依照饮用水法 (Trinkwasserverordnung) 第 8 条等的要求每年自行或委托进行水体检测。原告及家人租住被告出租的房屋。原告出生时健康,随后居住在被告出租的房屋并食用被告提供的水调配的婴儿食品,后发生严重紫绀,送医后治愈。再次回到所居住的出租屋后又发生同样病症,造成原告严重脑损伤,导致双腿瘫痪和痉挛性偏瘫。一年之后被告向卫生部门报备,经卫生部门检查,被告供水设备中的水虽然无菌,但是硝酸盐超标,不适合婴幼儿食用。

BGH 认为,被告违反饮用水法规定的以保护原告等饮用水使用者为立法

^① BGH Urteil vom 18. 03. 1986 - VI ZR 215/84.

^② BGH Urteil vom 25. 01. 1983 - VI ZR 24/82.

目的的公法义务，未定期进行水质监测，造成原告无法证明其遭受损害时饮用水中是否存在有害物质以及是否适合婴幼儿食用，构成证明妨碍。

三、证明妨碍的后果

不负证明责任的当事人实施了证明妨碍行为造成对方当事人在诉讼中无法证明（Unmöglichmachen des Beweises）或者证明困难（Erschweren des Beweises），是证明妨碍的最基本特征。此处的无法证明指的是证据手段已经灭失，已经丧失提出的可能性；证明困难指的是必须付出过多金钱、时间和精力去完成举证以至于当事人无法承受。无论是无法证明还是证明困难，都会造成这样的结果：如果法院没有做出适当的反应，则承担证明责任的一方必将由于对方具有妨碍性的作为或者不作为而败诉。无论是造成无法证明还是造成证明困难都将最终导致承担证明责任的一方无法进行证明，特别是证明困难的案件，往往表现为提出证据的方法虽然仍具有理论上的可能性，但实际上要求承担证明责任的一方举证已经变得不合理。

（一）关于无法证明的判例^①

案情简介：原告委托被告处理原告税务方面的事务。被告当时从事税务顾问工作，应当制订所得税缴纳情况说明和资产负债表，并应当进行营业税缴纳预约。但是被告既没有进行缴纳预约，也没有制订资产负债表。原告遂解除委托合同关系。根据两项临时性决定，被告应当退还会计账簿材料并向原告告知会计账簿存于何处的信息。然而在之后的时间里，这些材料原告一直没有收到。原告主张，由于应当由被告独立承担责任的原因，原告无法向信贷机构提供其所要求的资产负债表，因此原告在融资方面失败。由于订单无法履行，原告在收益方面遭受损失，故诉至法院求偿。一审、二审法院均判决原告败诉，原告遂向 BGH 提起上告。

BGH 认为，本案相关证据即相关文书证据本应当由原告针对其主张逐一提交，证明由于被告违反相关合同，造成了已发生的损失。因为如果原告的经济效益并不佳，则仅仅提交资产负债表并不必然能够取得信贷。而对于这一点原告无法具体说明，因为决定性的材料是由被告占有的，并且被告违反合同将这些材料非法扣留不交还给原告。如果一方当事人销毁标的物或者造成标的物

^① BGH Urteil vom 27. 09. 2001 - IX ZR 281/00.

灭失,对标的物而言,则该责任人应承担证明责任,如果他采用其他方法不当地使得对方不可能进行举证,则可以考虑证明责任减轻直至证明责任倒置。在本案中,被诉的税务顾问同样承担责任,即原告委托被告完成其合同关系中的自身义务,为此将文件材料的使用权交予被告,此后原告要求被告返还材料,以实现原告的法律赔偿要求,并需要用于举证,而被告有过错地不予交还而造成原告无法证明。这样的违反义务情节是特别严重的,因为承担合同任务的被告有义务维护其委托人的利益,而被告却违反了这一义务,并且对此至少负有过失责任。法院据此支持上告,将本案发回一审法院重审。

(二) 关于证明困难的判例^①

案情简介:被告驾驶机动车与原告发生交通事故。事故发生后被告就驾车驶离交通事故现场,并将车辆存放于其他地方。

法院认为,被告的行为造成事故发生时的车辆痕迹难以被确认,而此项确认对于确定事故发生过程以及双方当事人的责任分配至关重要,只有事故车辆仍然位于发生事故时的位置上,对其进行勘验才足以释明相关案情。在此情况下,被告的行为使得原告必须依靠其他证据方法尽更大的努力才能还原交通事故的经过,从而证明被告的责任。因此,被告实施的行为构成证明妨碍,证明责任发生转换,由被告承担证明责任。

四、因果关系

证明妨碍中的因果关系,指的是证明妨碍行为与待证事实真伪不明之间存在因果关系。因果关系是连接证明妨碍行为与证明妨碍后果的重要纽带。^②

案情简介:被告是一名牙医。原告来到被告所在医院求医。被告遂对原告的牙齿拍摄X光片并于之后将原告右上颌的一颗牙齿拔除。一年后,原告被拔牙齿的区域发生疼痛。被告再次为原告拍摄X光片并清除了原告的齿根残余部分。半年后,被告再次为原告拍摄X光片。由于右上颌持续疼痛,原告在此后的一年中寻访了多位医生进行治疗,发现其上颌骨发生骨折。原告遂起诉被告,认为被告第一次实施的拔牙手术导致了原告上颌骨骨折,其第二次实施的手术则加重了损害。原告认为被告没有法定资质以牙医身份行医。原告申

^① LG Stade, VersR. 80, 100 (100) .

^② BGH Urteil vom 06. 11. 1962 - VI ZR 29/62.

请被告提交 X 光片，但被告拒不提交，被告称其诊所重建时相关 X 光片已被清理丢弃因而无法提交。

BGH 认为，被告不提交 X 光片不构成证明妨碍。BGH 认为，单纯依据 X 光片不足以认定被告存在医疗错误。第一次拍摄 X 光片是在被告开始对原告进行治疗之前，无法据此判断接下来的诊疗行为是否存在过错。而根据一年后拍摄的 X 光片也不足以判断被告的治疗行为是否与原告上颌骨骨折存在因果关系。根据检验人报告，原告骨折部位，在治疗后 4 到 6 周起最迟一年之后就难以通过 X 光片确认其治疗前状况。BGH 据此认为，治疗与拍摄 X 光片之间的时间间隔过长导致原告凭借 X 光片也不足以证明被告的治疗行为是否与原告上颌骨骨折存在因果关系。对于第二次手术的结果，X 光片也不能提供任何有价值信息，因为之前的两张 X 光片都是在第二次手术前拍摄的。而第三张 X 光片经检查，其上发现的损害类型与原告所主张的被告造成的伤害类型不符。综上，即使被告提交 X 光片，原告仍然无法证明其主张，故被告不提交 X 光片与原告主张事实无法得到证明之间不存在因果关系。BGH 遂认定本案中不存在证明妨碍。

五、证明妨碍中的故意与过失

（一）故意

不负证明责任的当事人明知自己的不当行为会导致举证责任人无法举证而积极追求这样的结果发生或放任这样的结果发生，就构成了故意的证明妨碍。前文所述拒不提交法院要求提交之文书的证明妨碍行为即为书证中的故意妨碍。下文将介绍勘验证据中故意为之的证明妨碍。^①

案情简介：原、被告订立合同共同筹划商业活动，但商业活动并未实施。原告称其给付被告资金总计 533500 马克（包括双方没有争议的支付），超过了被告签字的收据上标示的收到 500000 马克。对于收到总计 533500 马克，被告对此在“债权证书确认书”上签字予以确认。伴随“债权证书确认书”的订立，双方的合作关系也最终终止。被告人对收据和“债权证书确认书”上被告人的签字的真实性提出质疑。

BGH 认为，被告故意将其签名写得具有相当多的形式并且富于变化，以至于其借助于鉴定专家的鉴定意见进行的伪造抗辩无法被反驳。被告故意为

^① BGH Urteil vom 23. 09. 2003 - XI ZR 380/00.

之,使得被告人可以随时将宣称的自身签名的不真实性用以引证,其结果就是造成对方举证不能或者明显的举证困难。因此存在故意的证明妨碍。

(二) 过失

在疏忽大意或过于自信的心理支配下的行为也可能产生证明妨碍的法律后果。前文所述医疗机构医疗记录不完备、保管不当即为书证中的过失妨碍。下文将介绍勘验证据中过失的证明妨碍。^①

案情简介:被告系二手机动车经销商。原告从被告处购买一辆客运机动车供私人使用。不足6个月后,该机动车即发生涡轮增压器故障。被告始终拒绝免费维修。原告另行更换涡轮增压器并诉请判令被告赔偿损失。原告委托的修理厂更换了涡轮增压器并没有保存存在故障的涡轮增压器,因此被告无法证明涡轮增压器故障是否是在向原告交付车辆之前就已经存在。

BGH认为,原告的行为符合疏忽大意造成证明妨碍的前提条件。原告本可以意识到自己的证明妨碍并应当通过相应的指令,从而防止受其委托更换损坏的涡轮增压器的工厂对涡轮增压器不采取保护措施。在替换机器时,原告就应该考虑到针对被告进行的损害赔偿诉讼中,是否需要损坏的涡轮增压器作为证据材料从而有必要对其进行妥善保管。因此,原告构成证明妨碍,对涡轮增压器损害的成因由原告承担证明责任。

六、证明妨碍的法律规制

关于证明妨碍产生的法律后果,德国实务界的观点在BGH判例制度的发展过程中发生了几次转折,而理论界的各流派对这一问题也存在着不同的争议。

(一) 证明责任转换

该观点滥觞于RG的前身——德国帝国高等商事法院(简称OGH)时期,后者为19世纪70年代德国商事诉讼的最高审判机关,其在证明妨碍的法律后果方面基本上持举证责任转换的观点。RG时期以及BGH成立之初,司法实务界依然秉承这一观点,定型判例即为BGH于1951年6月14日作出的IV ZR

^① BGH Urteil vom 23. 11. 2005 - VIII ZR 43/05.

37/50 号判决。^①

但是每个个案在事实构成方面均有不同，证明妨碍恰恰是对每个个案在事实构成方面的特殊之处所作的评判，其在任何情况下都不应当与证明责任转换产生必然的因果关系。同时，诚如前文所示之 ZPO 相关法条的规定，法官在对证明妨碍的作为或不作为适用一定的法律后果时，法条措辞均为“可以（können/kann）”，这就赋予了法官一定程度的自由裁量权，譬如在相对方当事人实施证明妨碍但同时又有证据使得法官对被妨碍人关于勘验对象之主张产生合理怀疑时，则法官需要综合考量各种因素才能作出证据评价，单纯将证明责任转换作为证明妨碍的唯一法律后果则不符合自由裁量的立法意旨，同时也过于机械，不利于法官根据案件的具体事实构成做出具体的处理。此外，这样的认定将会成为非常严厉的制裁，通常会给本来不承担证明责任的当事人造成诉讼损失，因而难以认为此种认定较为合理。^②

（二）证明责任减轻直至证明责任转换

因针对证明妨碍径行适用证明责任转换甚为不妥，BGH 自 20 世纪 60 年代末期以来对证明妨碍法律后果的见解逐步发生了变化，其司法裁判认为应当根据个案之具体情况确定证明妨碍的法律后果为“证明责任减轻直至证明责任转换”。BGH 在 1978 年 6 月 27 日针对一起医患民事纠纷案件作出的判决^③，成为这一观点得以确立的标志。

虽然“证明责任减轻直至证明责任转换”长期以来都是实务领域中的通说，但是，自由心证范围内的证明责任减轻与证据调查范围内的证明责任转换存在原则上的区别。证明责任减轻属于法官在建立内心确信过程中标准的降低，而证明责任转换则是在证据调查过程中举证责任人的变化，在两个范畴之间也不可能实现平稳的过渡。适用这种观点则证明责任与自由心证在范围上原本清晰的区别极易被模糊化。由于存在这样的弊端，BGH 自 2004 年以来已经明确放弃适用这种法律后果了。诚如其在 2004 年之后的几份裁判文书中所述：“BGH 已在判例中确立了相关原则，即相对方当事人妨碍举证人证明或使举证困难的，在何种前提之下可以减轻举证人的证明责任以及证明责任减轻的范围如何。而该原则在具体的个案中究竟是适用证明责任减轻还是证明责任转换，

① BGH Urteil vom 14. 06. 1951 - IV ZR 37/50.

② Prütting, Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Auflage, 2013, Rn. 85, Rn. 88, Rn. 87, Rn. 86, Rn. 89.

③ BGH Urteil vom 27. 6. 1978 - VI ZR 183/76.