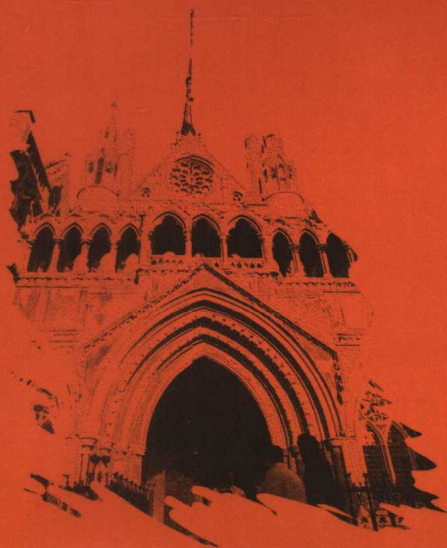


民事诉讼法学译丛

现代证明责任 问题



田平安★主编

〔德〕汉斯·普维庭/著
吴越/译

本书甚至被称作德国证明责任理论研究的休止符

也是国内第一部德国民事诉讼法学的译著

本书中严谨的逻辑思维和翔实的实定法论证

体现了德国学者固有的治学方法

可以断言

本书将为我们带来许多新鲜的见解

并消除现实中存在着的诸多误解

法律出版社

民事诉讼法学译丛

现代证明责任问题

田平安/主编

【德】汉斯·普维庭/著
吴越/译



法律出版社

图字:01-2000-2648号

经德国贝克出版公司授权本社享有本书中文版出版发行权
图书在版编目(CIP)数据

现代证明责任问题/(德)普维庭(Pruetting, H.)著:

吴越译.—北京:法律出版社,2000.9

(民事诉讼法学译丛/田平安主编)

ISBN 7-5036-3191-0

I. 现… II. ①普…②吴… III. 举证责任—
民事诉讼法—研究—德国 IV. D951.652

中国版本图书馆CIP数据核字(2000)第68563号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/张宇东

责任校对/杨昆玲

印刷/北京宏伟胶印厂

开本/850×1168毫米 1/32

印张/20.25 字数/496千

版本/2000年9月第1版

2000年9月第1次印刷

印数/0,001-4,000

社址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3191-0/D·2910

定价:38.00元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

总 序

《民事诉讼法学译丛》

《民事诉讼法学译丛》在同行们的企盼下终于问世了。

众所周知,长期形成的“重刑轻民”、“重实体轻程序”、“重刑事诉讼,轻民事诉讼”的陋习,加之其他主客观原因,以致我国民事诉讼法学没有得到应有的发展。即使在拨乱反正之后,民事诉讼法学也是法学百花苑中一枝稚嫩的小花。对历史资料还没有进行系统地梳理,对国外文献尚缺乏系统地介绍。虽然本世纪70年代后期,法学高等教育恢复之后,作为民事诉讼法学研究力量比较强的西南政法大学,也曾译介过一些前苏联和东欧社会主义国家的民事诉讼法学研究成果,翻译了一些西方国家的民事诉讼法学文献,但这些成果多采用内部发行方式,在一定程度上影响了其合理使用和效能的充分发挥。

进入90年代之后,尤其是随着中国社会法制化进程的不断深入发展,民事诉讼法学理论的滞后性已开始在一定程度上影响了建立和完善社会主义市场经济体制下的民事诉讼体制及民事审判改革的客观需要。为了适应社会转型及社会进步与发展的需要,与学术界共同振兴民事诉讼法学事业,我于1996年下半年联系了

一部分热心于比较民事诉讼法学研究的同志在西南政法大学成立了《民事诉讼法学译丛》编委会,开始了有组织、有计划地译介外国民事诉讼法学的工作。同时,编委会还为《民事诉讼法学译丛》确定了宗旨,即翻译出版本译丛的目的,是为了繁荣我国民事诉讼法学研究的内容,提高我国民事诉讼法学的研究水平,促进中外民事诉讼法学的交流,为理论界、司法界探讨建立与完善社会主义市场经济体制下的民事诉讼体制提供参考性资料。

《民事诉讼法学译丛》在中国民事诉讼法学界是一项史无前例的学术基本建设工程,在我们的设想中,这是一项只有开始而没有结束的伟大事业。我们的翻译计划得到了国外同行的大力支持,例如德国和日本的相关学术机构和学者为我们寄来了数十种科研成果,并免费提供翻译许可证书,以及邀请翻译者去这些国家进行讲学和商谈翻译事宜。为了解决翻译出版过程中出现的涉外事宜,如交涉版权、受领原著、翻译信息交流等,扩大选题范围和所选项目的权威性,以及加强与国外同行们的交流与合作,本人自任所长于1998年12月在西南政法大学成立了中国第一个比较民事诉讼法学研究所。该研究所的宗旨是以繁荣中国民事诉讼法学为己任,促进中外民事诉讼法学的交流,服务于社会主义法治建设的需要。《民事诉讼法学译丛》为本所推出的首批成果。

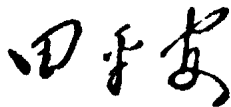
本译丛的选题范围主要分为四大类:一是经典名著,其中包括影响近现代国外民事诉讼法学发展的专著、论文选集;二是立法文献,其中包括外国民事诉讼法典以及立法资料;三是有价值的国际性学术会议的资料;四是具有学术代表性、权威性的教材、讲义等。从一定意义上说,只要是有利于促进我国民事诉讼法学事业发展的作品,都属于《民事诉讼法学译丛》的选题范围。选题工作由编委会负责,采取编委会指定和个人申报加编委会确定的方式。个人申报包括翻译者申报和作者申报,前者是指翻译者向编委会申请翻译出版外国民事诉讼法学的作品;后者是指原著作者向编委

会申请汉译出版自己的作品。我们热忱欢迎海内外的学者参与翻译工作,及时向我们提供优秀的作品,或对我们的译介工作提供有益的帮助。

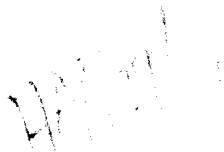
在目前的条件下,出版《民事诉讼法学译丛》是一件异常辛苦、费时费力的事情。由于翻译作品缺乏市场价值,译者经常因出版困难而面临劳而无获的尴尬。也许正因为如此,我们更能感受到并由衷钦佩参与《民事诉讼法学译丛》的学者们的学术奉献精神。这些翻译和参与翻译工作的人员,有不少在国外深造多年,具有较为扎实的专业外语功底和翻译国外法学文献的经验,凭着一腔尽心竭力于繁荣中国比较民事诉讼法学的赤忱完成译介工作。我们应当深深地感谢他们。此外,还应当感谢法律出版社及其总编和具体办事人员,尤其是茅院生同志,如果没有他们的支持,丛书是难以问世的。

钱钟书先生曾经说过:翻译是“媒”,它在文化交流中起着居间者和联络员的作用(见《钱钟书散文》,浙江文艺出版社,1997年7月版,第272页。)我们希望通过《民事诉讼法学译丛》架起中外民事诉讼法学交流的桥梁,起到抛砖引玉的作用,同时为使译作能够日臻完善,敬祈同行们不吝赐予斧正。

西南政法大学校长 法学教授 博士生导师



1999年9月1日于歌乐山下书斋



序

证明法学从其成长时期就赢得了较高的学术声誉。而目前围绕证明责任产生了诸多方面的问题(自由证明评价、法官对损害的推定、证明尺度、证明减弱与表见证明、当事人在诉讼上的释明义务)。概念上的混乱导致理论与实践存在着堆积如山的问题。最近八年来我对上述问题展开了大量的研究,其中已有五篇教授资格论文。然而这些研究多系在同一时间内进行,故无法做到相互取益。

本文将着手研究上述有关的证明责任的现代各家学说,研究的重点将放在证明责任与证明评价、证明尺度、表见证明以及其他与证明责任相关的现象之间的有机联系。本文尤其要试图阐明,依据罗森贝克的“规范说”理论所建立的证明责任分配学说,倘若赋予其新的形式,在今天依然有其适用空间:即在民法典、劳动法和其他私法原则主导的领域。

本文系1981年夏向埃朗恩·伦伯格大学法学系提交的教授资格论文,于1981年3月完稿,文中所引文献与案例截止于1983年1月。

本论文得以出版归功于多方面的帮助。在论文的写作当中,我最敬仰的老师、法学博士卡尔·梅因兹·施瓦布教授曾给我极大

的帮助和鼓励,对此我深表感谢。他对我在学术上的影响将在本文中得到再现。

我还要感谢博士马可思·福尔科默教授、博士沃尔夫冈·布罗梅尔教授以及博士底特·莱波尔特教授颇有见地的指导,鸣谢博士郝伯特·威德曼教授所在的研究所将本文纳入其系列文集和德国学术研究会所赐予的出版资助。

最后请允许我特别感谢我的夫人以及我的老师对本文的极大关注。

汉斯·普维庭

1983年3月1日于萨尔布吕肯

序

中文版

本文于1981年在埃郎恩·伦伯格大学法学系完稿。它由慕尼黑的C.H. 贝克出版公司首次出版发行。

本文所涉及的是在任何诉讼,任何诉讼种类,并且在任何国家的法律体系中都可能面临的一个基本问题。其核心问题是,当诉讼基于的事实问题再也无法查明时,法官(同样包括当事人)如何对法律问题进行评价。现在一般认为,尽管出现了事实方面的真伪不明,仍然必须对当事人之间的法律问题进行裁决。也就是说,只要起诉成立,法官就有义务作出裁决,即使有关争议的事实不能查明。克服这种困难局面的手段,今天我们概括地称之为“证明责任”。不过,对证明责任要作多层面的划分。首先我们可以将主观证明责任(即提供证明责任)和客观证明责任(即事实认定责任)二者区别开来。在经历了一百多年的争论之后,人们认识到,各种诉讼中均可能出现的客观证明责任具有核心意义。因此本文将注意力集中在客观证明责任方面,但是对与客观证明责任相邻和相关的现象,尤其是表见证明、推定、证明度以及自由证明评价,本文也进行了研究。本文在研究中主要涉及的是德国的法律规范和案

例,但是读者可以发现,本文并非研究的是某一个国家的法律体系中的特殊现象,可以说,它的结论原则上对每个国家的法律体系都有效。

令我非常高兴的是,我的同仁吴越先生将本文翻译成了汉语,为此我感谢他为本文所付出的极大努力。本文迄今在德国和欧洲引起了注意。我盼望本文在世界现代法学的发展中,包括在中华人民共和国的法制进程中得到认同。

汉斯·普维庭

一九九九年九月于科隆

代译序

从举证责任到客观证明责任的跨越

一、“谁主张,谁举证”置疑

“证明责任乃诉讼的脊梁”,形象的法谚一语道出了证明责任的重要。证明责任不仅体现在每一个诉讼之中、影响着诉讼结果,而且早在诉讼开始之前它已经在指挥着人们的行为,不然,律师为什么总是叮嘱他的当事人要随时保存好法律文书,而且在必要时早早作好诉前证据保全呢?何以兵马未动,偏要粮草先行?在利益攸关的诉讼之战中,决定成与败的法则又在哪里?

也许人们会说,答案就在“谁主张,谁举证”之中,因为我要“主张”,所以我要“举证”。诚然,对这种类似谚语的简便易记的说法,原本无可厚非;而且我国民事诉讼法第64条对此已经有明确规定,似乎要对举证责任发起攻击就等于违背现行法的规定。然而我们的法学研究不能回避的与此相关的一系列问题则是:为什么谁主张,谁就得举证呢?如果双方当事人同时主张同一事实,而法院直到审判结束都无法查明该事实(假设法院认为该事实为真或者为假的概率各为百分之五十),应当判哪一方当事人承担不利后

果呢？究竟是什么把主张责任和举证牵扯到一起？在主张责任和举证责任的背后，有没有一个更大的概念将二者统一起来呢？按照人们一般的理解，“谁主张，谁举证”只是对诉讼，更准确地说是民事诉讼（广义）的形象描写，而刑事诉讼和行政诉讼中并不存在类似的表达。更为重要的是，我们能不能说，只有在打官司的时候，当事人的“举证责任”（暂且借用这个提法）才存在，而不打官司的时候，“举证责任”就消失了？如果我们承认，人们即使在日常生活中，类似“举证责任”的某个事物依然在影响着人们的行为，在无形地指挥着人们的决定，那就意味着，这个通常来形容当事人诉讼行为的说法至少是不准确的。事实上，在人们的日常生活和经济往来当中，生活经验告诉人们要签订合同，记载交易行为，保存具有法律意义的资料和物品等，因为人们要么清楚地知道，或者要么只是感觉到，忽视交易安全将对他产生某种不利后果，将面临某种风险，尽管绝大多数人从来没有而且将来也很可能不会上法庭。这就意味着，只对民事诉讼（广义）有约束力的“谁主张，谁举证”和相应的举证责任概念，不能更好地说明问题。对前面所提出的一系列问题，举证责任自身是无法回答的。而只要法学研究仍然停留和满足于“谁主张，谁举证”（包括“举证责任倒置”）的认识水平上，我们的证明法学就无法取得实质性的突破。

二、关于客观(抽象的)证明责任

如果我们暂且不拘泥于“谁主张，谁举证”的提法，沿着本文作者的思路走下去，就会发现，其实有一个更大的超越了民事诉讼的概念已经将举证责任囊括其中，而且这个概念直接指向我们的实体法，举证责任不过是这个概念及其所揭示的理论体系在诉讼上的体现而已。这个概念正是客观证明责任（简称证明责任或者证明风险，下同）。以客观证明责任概念为核心的证明法学研究的对象是，法院对当事人所提出的支持（或者消灭）请求权的事实由于

各种原因无法查明时,也即诉讼终止时事实处于真伪不明状态的前提下,如何按照法律(主要是实体法)的预先设置在当事人之间分配这种因为真伪不明所带来的风险的问题。

客观证明责任与举证责任的联系和区别是:首先,客观证明责任(在绝大多数情况下,但不是完全)决定着当事人的具体的举证责任,举证责任则是证明责任在程序法中的体现。其次,客观证明责任(主要)属于实体法,对某个具体的请求权的前提要件来说,其客观证明责任的分配(即真伪不明时将败诉的风险分配给哪一方当事人)已经事先由法律设置好了,因此它是不能被转换或者倒置的。而当事人在具体的诉讼中,依据当事人主张的事实和举证阶段的不同以及法院对事实的评价不同,会出现一会儿是原告举证,一会儿轮到被告举证的情况,因此举证责任可以在同一个诉讼中多次被“转换或者倒置”。显然,举证责任属于诉讼法的范畴。第三,客观证明责任是一种抽象而一般的实体法上的风险分配,它不但体现在诉前准备、诉讼进行中和诉讼结果当中,而且在诉讼之外也有一般而抽象的前置作用,对人们的日常生活和经济生活产生深远的影响。而举证责任总是具体的,也就是说,只有对某个具体的请求权的具体要件来说,这时候应当由谁提供证据才是有意义的。

这就表明,从理论上说,立法者在立法阶段为人们表达实体权利的同时,也必须对该请求权规定客观证明责任。然而实体法上的法律规范和相应的请求权浩如烟海,要在规定每一个法律规范请求权时同时用另外一段文字来规定其(客观)证明责任,这从立法成本、立法效益以及其他方面来看都是不可行的。因此各国的法律都选择了理智的做法,即在实体法或者诉讼法中先规定一个分配请求权的客观证明责任的基本规则,如果没有特别说明,则该基本规则自动适用于对实体法中的请求权规范的客观证明责任的分配。只有在立法阶段立法者认为对某个请求权的证明责任应

当作特殊分配时,立法者才用法律语言另行规定其证明责任的分配;或者借助于语言学和法律规范构造学,用经济的语言同时表达请求权和其相应的证明责任的分配两个不同的内容。这两种情况都属于法律规定的特殊证明责任分配的情况。前者可以称之为法律明定的特殊证明责任,后者可以称之为法律暗含的特殊证明责任。在我国的现行法中,这种特殊的证明责任分配规范也是不乏其例的。在司法实践、法学教育和科研中,人们经常将实体法上的特殊证明责任分配称为“举证责任的转换或者倒置”,这是很不准确的,而且容易引起误解。因为对该具体的规范来说,证明责任已经由立法者事先设定好了,怎么能在诉讼中随意被“转换或者倒置”呢?除非我们表面上说的是“转换或者倒置”,而实际上是指立法者没有遵循证明责任分配的基本规则而做了特殊的分配。

三、客观证明责任分配的基本规则

从以上分析可以得知:我国法律也应当与其他许多国家的法律一样,其中必然存在着一条分配客观证明责任的基本规则。这个基本规则是建立在法律要件分类说的基础上的。法律要件分类说的基本内容是:按照请求权的发生、发展和消灭的时间顺序,将该请求权的各种不同的要件分别分为权利之成立要件、权利之妨碍、阻碍或者消灭要件。当然,也可以简单地将请求权的要件分为权利成立要件和权利不成立要件(妨碍,消灭)要件两个大类。法律要件说体现在诉讼中,一般是原告作为进攻方主张其请求权成立的事实,被告作为防御方主张原告的请求权的阻碍、妨碍或者消灭的事实。因此,不管文字上如何表达,这个分配客观证明责任的基本规则应当包含的内容是:“请求权人承担权利形成要件的客观证明责任,请求权人的对方当事人承担权利妨碍要件、权利消灭要件和权利阻碍要件的客观证明责任”。有的国家将类似的文字直接写进了其民法典或者民事诉讼法之中,因而在这些国家,基本规

则就是一个成文法规范,与其他法律规范具有同等的法律效力。而有的国家虽然没有将基本规则的内容写进法律,但是立法界、司法界和学术界都将其视为众所周知的客观规律或者习惯法,因而事实上承认其有效性,因此它仍然是在现行法上有效的规则,至于将其称为习惯法或者客观规律并不重要。我国的民法通则和民事诉讼法中虽然没有类似文字,但是至少立法者在立法过程中是以有意识或者无意识地承认该基本规则为前提的。否则的话,立法者就无法区分何者为“一般”的证明责任分配,何者为“例外”了。

为了进一步澄清问题,有必要提到我国民事诉讼法第64条。该条第1款规定,“当事人对自己提出的主张,有责任提供证据”。客观地说,这个规定是不完备的。首先,它只是从诉讼角度规定了当事人在具体诉讼中的提供证据责任,从而使人们完全忽视了客观证明责任在实体法上已经事先存在这个事实。这也是我们的证明法学一段时间以来不能突破的原因之一。其次,该规定中“主张”概念也是极为不准确的。因为“主张”并不必然地等于请求权。至少可以将主张分为权利主张和事实主张两大类。而从请求权的发生过程的角度看,有形成权利的主张,也有消灭权利或者阻碍请求权实现的主张。也就是说,并非所有的“主张”当事人都有责任提供证据。只有那些关系到权利的形成、阻碍或者消灭的主张,当事人原则上才承担客观证明责任。由此可见,这一方面说明我们的诉讼法学者已经意识到了规定举证责任的必要,这比不作出规定毫无疑问是一大进步;但另外一方面这个规定有使人们轻易忽视客观证明责任的存在的可能。其后果是,我们的证明法学无法更进一步,正确的做法应当是从单纯研究具体的证据提供责任中解脱出来,把目光对准大量的实体法规范,展开客观证明责任的研究,因为客观证明责任和与此相关的举证责任问题的主战场不在民事诉讼和民事诉讼法自身,而在实体法领域。这对繁荣我国的证明法学研究和提高立法质量,避免司法中出现不必要的证明责

任分配问题具有重要意义。

四、关于“实事求是”与“悬案”现象

为了更好地使法律为社会服务,发挥其在社会主义市场经济中应有的作用,也为了给对客观证明责任的研究创造前提条件,还有必要澄清一个理论认识的误区。从认识论上说,我们长期奉行“实事求是”的原则,反映在司法领域,就是要求人民法院“保证查明事实”(我国民事诉讼法总则第2条)、“全面地、客观地审查核实证据”(我国民事诉讼法第六章证据第64条第3款)。本文无意对人民法院实事求是地客观审查核实证据进行指责。相反,在法律许可的范围内尽量查明事实的真相,为正确适用法律创造条件,这不仅是我国法律对法院的要求,也是世界上几乎所有法制国家的要求。

然而问题的关键在于,力求查明与当事人主张有关的案件事实并找到事实的客观真相是一回事,而法院能不能保证在所有情况下对所有事实查个水落石出则是另外一回事。换句话说,我们到底应不应当承认,在司法实践中有因为各种原因而出现的“悬案”现象。这不仅是一个重要的实践问题,也是一个法学理论、甚至认识论和方法论上的问题。倘若不从理论上证明“悬案”现象的存在(西方民事诉讼法学一般称之为“真伪不明”现象,参见下面论述),那么客观证明责任将毫无意义可言,因为客观证明责任的本质恰好在于,在法院用尽了所有的法律许可的办法,而当事人所主张的事实仍然真假难辨的情况下对当事人诉讼风险作出分配(即败诉)。

从认识论和方法论上说,由于实践是检验客观真理的标准,因此从人类认识的时间长河和人类认识世界的方法的不断改进来看,只要人类不断地实践和探索,人类总有一天能够发现客观真理。然而认识论和方法论同时告诉我们,由于所处的具体历史条

件的限制,人类永远也不可能穷尽客观真理。这不仅意味着我们所掌握的真理只能是相对的,而且在认识的某个阶段和某个方面,甚至连相对真理都无法得到。换句话说,在人类认识的所有领域都存在着未知领域。

把上述结论运用到审判实践当中就意味着,从理论上讲,人民法院虽然能够在绝大多数情况下查明与当事人请求权有关的事实主张的真假,而且当今科学技术的发展也为法院运用现代化的技术手段查明事实创造了更好的条件,从而使得留下令人遗憾的“悬案”现象越来越少。但是,世界上尚没有一个法院,也没有一个法官敢于断言,他们受理的案件的^{所有}事实都被核查清楚,没有留下任何疑点。造成“悬案”的主要原因在于:

首先,从当事人角度看,当事人不能将事物发生的全部过程记载下来。如果没有明确的可以记载的证据,当事人在回忆事件的发生过程时可能出现遗漏。而且由于当事人认识能力的限制,可能产生对事实的误认或者误解。第二,从法院和法官角度看,由于法官受所处时代的限制和认知能力的限制,以及法院的司法鉴定装备的限制,法院和法官并不能够在评价某个事实时做到百分之百的确信。甚至对同一事实,不同的法官进行评价时可能得出相反的结论,也可能得出不同的认定结论。在这种情况下,法官只能根据自己的生活经验和常识进行判断。而有时,法院或者法官无法判断某一事实到底为真或者为假。第三,法律对采纳证据的限制(参见民事诉讼法第64条第3款)。有时候,虽然法院或者当事人完全有能力去查清事实,但由于法律对收集证据的限制,使得本来可以查明的事实无法作为法定证据,从而也可能导致悬案。

以上充分表明,“悬案”现象是不以人的意志为转移的客观存在。“悬案”一词究竟是何时出现在汉语中,没有办法考证,也不是本文能说清楚的。但是在古罗马法中则早以存在悬案现象和相应的处理办法。在拉丁语中,悬案现象被称为“真伪不明”(non-