

不负证明责任当事人的事案解明义务

吴泽勇*

摘要 考察德国事案解明义务的实践与理论可以发现,事案解明义务是解决民事诉讼信息—证据偏在问题的有效手段;但德国联邦最高法院和学界主流并未采纳施蒂尔纳倡导的一般性事案解明义务,而是将其限制在例外情形,即通过从属的主张—证明责任来解决问题。考虑到事案解明义务的自身特点,引入该制度有助于解决我国民事诉讼证据调查的空洞化问题,也不会对辩论主义的确立造成重大冲击。我国未来民事诉讼应在例外性事案解明义务的基础上引入这一制度,同时将事案解明义务的设计和推进纳入我国民事诉讼证明责任的制度体系,以免带来意料之外的负面效应。

关键词 事案解明 证明责任 证明困境 证据 偏在

一、问题的提出

按照我国台湾地区学者的定义,所谓不负证明责任当事人的事案解明义务(Die Aufklärungspflicht),即在负证明责任当事人无法具体陈述其主张或证据主题、证据方法时,对方当事人负有的陈述相关事实、提出证据资料以及忍受勘验的义务。^[1]这一概念最初由

* 华东师范大学法学院教授。本文是笔者主持国家社科基金项目“中国民事诉讼法中的法定证据规则研究”(项目编号:16BFX095)的阶段性成果。以本文初稿为基础,笔者曾在上海财经大学法学院、南京师范大学法学院做了学术报告,并得到多位师友的批评指点。陈承哲、莫嘉慧、张安玲等同学为论文提供了研究协助,胡学军博士阅读过论文初稿,《中外法学》的编辑就论文提出了中允的修改意见。在此一并致谢。

[1] 参见姜世明:《证明责任与真实义务》,新学林出版公司2006年版,第110页。学理上,事案解明义务的主体也包括负证明责任的当事人,但一般讨论事案解明义务,主要针对不负证明责任当事人的事案解明义务展开。因为就负证明责任的当事人而言,这种义务完全可以被主张责任、证明责任所涵盖。

德国学者根据司法判例归纳提出,旨在回应民事诉讼中负证明责任当事人远离纠纷事实而无法进行具体化陈述时的证明难题。上世纪 70—80 年代,该主题经施蒂尔纳(Rolf Stürner)系统阐述,^{〔2〕}在德国民事诉讼法学界引起热议。不过,不同于施蒂尔纳倡导的一般性事案解明义务,德国联邦最高法院的实务见解和民事诉讼法学界的主流观点均反对将该义务界定为当事人的一般义务,而是宁愿将其视作当事人基本主张—证明责任的例外和补充。^{〔3〕}这一讨论在日本和我国台湾地区亦有回响。日本的判例和学说均不赞成一般性事案解明义务。争论主要发生在“有限的事案解明义务说”与“具体事实陈述义务说”之间,但据我国学者研究,二说实际上并不存在特别尖锐的对立。^{〔4〕}在我国台湾地区,姜世明曾撰文介绍德国事案解明义务的理论。他本人赞同例外性事案解明义务,但也指出,一般性事案解明义务并非完全不可接受。^{〔5〕}许仕宦则认为,在诉讼资料、证据资料偏在型案件中,为保证当事人平等接近事实,具有诉讼上重要资讯的当事人负有协力解明事案的义务。^{〔6〕}沈冠伶认为,台湾“民事诉讼法”经由 2003 年修订,已经承认一般性事案解明义务,其中新法 227 条、228 条之一即为其一般规定。^{〔7〕}

我国大陆民事诉讼法学界对于事案解明义务也不陌生,特别是近年来,颇多研究涉及这一议题。比如,占善刚介绍了德国和日本学界关于事案解明义务的讨论,主张“在情报偏在性的事件中,基于诚实信用原则并求当事人武器平等之实质贯彻,不负证明责任的当事人在对方当事人所为的抽象的事实主张在可期待的范围内应作出具体的陈述。”^{〔8〕}其观点类似德国实务上采纳的例外性事案解明义务。胡学军在梳理德国事案解明义务相关争论的基础上认为,在我国目前以辩论主义为基石、以证明责任为脊梁的对抗式民事诉讼结构并未完全确立的背景下,应对事案解明义务这样的“后现代”理论保持充分警惕;但他同时也承认,该理论在特定案件类型中具有弥补证明责任分配之弊端的积极意义。^{〔9〕}包冰峰认为,我国应当确立不负证明责任当事人的积极否认义务,并且认为,出于促进争点形成、审理集中化以及缩短证据调查事件的考虑,应当将其确立为一种一般性义务。^{〔10〕}袁琳在一篇关于民间借贷证明责任的法解释学论文中提出,可以将《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第 17 条理解为被告的事案解明义务。^{〔11〕}考虑到民间借贷并非任何意义上的证据偏在型案件,这一观点看上去相当接近施

〔2〕 Vgl. Rolf Stürner, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, J.C.B. 1979.

〔3〕 详见本文第二部分。

〔4〕 参见占善刚:“附理由的否认及其义务化研究”,《中国法学》2013 年第 1 期,第 109—110 页。

〔5〕 参见姜世明:《证明责任与真实义务》,新学林出版公司 2006 年版,第 180 页。

〔6〕 参见许仕宦:《证据搜集与纷争解决》,新学林出版公司 2005 年版,第 547—548 页。

〔7〕 参见沈冠伶:《民事证据法与武器平等》,元照出版公司 2007 年版,第 7—18 页。

〔8〕 占善刚,见前注〔4〕,第 113 页。

〔9〕 参见胡学军:《具体举证责任论》,法律出版社 2014 年版,第 211 页。

〔10〕 参见包冰峰:“论民事诉讼中当事人的积极否认义务”,《证据科学》2015 年第 4 期,第 449 页。

〔11〕 参见袁琳:“证明责任视角下的抗辩与否认界别”,《现代法学》2016 年第 6 期,第 192 页。

蒂尔纳倡导的一般性事案解明义务。此外,陈贤贵、^[12]柯阳友^[13]主张在我国引入例外性的事案解明义务,庞小菊^[14]则对一般性事案解明义务抱有较多认同。

由以上介绍可见,对待事案解明义务的态度无外乎三种,即一般性拒绝、一般性接受和例外性接受。虽然事案解明义务尚未进入我国现行法,但其针对的问题在我国一样存在。实际上,通过颁布司法解释,最高法院频繁运用证明责任倒置、法律推定、证明标准降低、证明妨碍等策略来应对民事诉讼中的证据偏在问题。这些策略是否足以解决所有问题?事案解明义务是否有资格加入其中?如果答案是肯定的,在何种范围、以何种方式引入这一制度较为妥当?在笔者看来,回答这些问题之前,首先应当回到德国法。事案解明义务最早出现在德国,日本、我国台湾地区以及大陆对此问题的讨论很大程度上可以视作德国法学界相关讨论的延续。为了完整理解事案解明义务的来龙去脉,不仅需要了解德国法学界对该制度的支持性观点,而且需要了解反对观点;不仅需要梳理事案解明义务的理论争论,而且需要考察德国法院在这方面的实践选择。其次,还应对中国法在相关领域的制度实践进行考察。正如前文所言,尽管我国没有正面承认事案解明义务,但许多司法解释,甚至实践案例面对的问题,正是事案解明义务所要回应的。我们需要考察现有策略的实践效果,并且尝试分析,如果引入事案解明义务,是否有助于问题得到更好的解决。

基于以上考虑,论文第二部分考察德国法上事案解明义务的理论 and 实践,梳理事案解明义务的理论争点;第三部分整理我国相关立法及司法解释,并在深入分析典型案例的基础上,展示事案解明义务在我国民事诉讼中可能具有的价值,提示我国未来事案解明义务制度设计的基本框架。结语部分归纳论文主要观点,并对事案解明义务引入我国的路径稍作讨论。

二、德国法上的事案解明义务:从实践到理论

《德国民事诉讼法》中没有关于事案解明义务的专门规定。对于不负证明责任当事人在证据调查中的协助义务,德国现行法的基本做法是诉诸实体法上的信息请求权,^[15]同时辅以诉讼上的陈述义务和文书提出义务。^[16]而在无法适用这类规定的情况下,如何应对“负证明责任当事人因为身处事件经过之外而无法对事件作出具体化陈述”的困境,就成了司法实务必

[12] 参见陈贤贵、林志杰:“论不负举证责任一方当事人的事案解明义务”,《河南财经政法大学学报》2015年第6期,第111页。

[13] 参见柯阳友、严洁:“不负举证责任当事人的事案解明义务初探”,《河北工业大学学报(社会科学版)》2011年第2期,第5页。

[14] 参见庞小菊、徐英倩:“不负证明责任当事人的事案解明义务”,《国家检察官学院学报》2015年第3期,第124—130页。

[15] 《德国民法典》规定了广泛的信息请求权。这些规定除了通过《德国民事诉讼法》第138条第2款、第4款及第445条之后几条规定的陈述义务,第422条规定的文书提出义务得到实现外,还可以经由第254条规定的阶段诉讼(Stufenklage)得到实现。

[16] 陈述义务主要规定在《德国民事诉讼法》第138条第2款、第4款;文书提出义务规定在《德国民事诉讼法》第420—432条。

须面对的问题。

(一) 司法实践：从属的主张—证明责任

为了回应上述问题，德国联邦法院经由系列判决，创制了一种被称为“从属的主张—证明责任”(Die sekundäre Behauptung—und Beweislast)的制度。就其针对的问题以及处理问题的逻辑而言，不妨把从属的主张—证明责任看作事实查明义务的一种表现形式。其内涵和特征，可通过以下案例瞥得一二。

1. 虚假价格比较不正当竞争案^[17]

原告起诉被告，主张被告通过虚假宣传进行不正当竞争，理由是，被告在其钟表广告中声称以一较低定价取代之前的较高定价，而该较高定价实际上从未使用过。控诉法院认为，对于原告这一主张，被告不应保持沉默。因为原告处于事件经过之外，而被告可以毫不费力地对争议事实进行查明；基于民事诉讼中的诚实信用原则，也应该是被告就其何时提供过广告中提及的较高定价进行阐明并提供证据。由于被告未就此作出可期待的说明，法院只能适用《德国民事诉讼法》第138条第3款，^[18]认为被告自认其从未提供过该价格，并据此认定被告行为构成《反不正当竞争法》第3条意义上的虚假广告。被告不服判决，上告到联邦最高法院。理由之一是：控诉法院不应要求被告就其实际提供过被删去的价格负担说明和证明义务。联邦最高法院在判例中确立了一个原则：当原告处于事件经过之外，缺乏对法律上重要信息的清晰了解，而被告掌握这种信息并且可以很容易的进行查明时，可以在不改变《反不正当竞争法》第3条确立的原则性证明责任分配的前提下，在具体案件中将说明—证明责任分配给被告。上告人不反对这一原则，但认为该原则在本案中并不适用，因为被告的商品公开销售，就其商品广告，普通人随时都可以审查。因此，原告至少应就争议价格从未被索要过提供事实证据。最高法院驳回了这一上告理由。最高法院认为，不能期待原告这样的经济团体在某种具体事由出现之前，就对被告某一钟表的价格进行监控。本案中，争议广告就是这种具体事由，而当该事由出现时，外部人已经无法从公众空间获知该钟表之前是否、以何种价格以及在多长时间内销售过。据此，最高法院驳回了被告的上告。

2. 因无正当理由旷工解雇雇员案^[19]

被告以原告非法旷工为由解雇原告，原告提起解雇保护诉讼，主张其旷工有正当理由。诉讼在初级劳动法院被驳回，在州劳动法院被认可，被告不服，上告到联邦劳动法院(BAG)。联邦劳动法院认为，根据《解雇保护法》第1条第3款(§ 1 II 3 KSchG)，在该类案件中，被告就原告无正当理由旷工负主张和证明责任。被告应就原告违反工作进行充分的陈述和证明，在被告以无理由旷工为由解雇原告而原告主张其系因病无法工作的情况下，也不例外。但这并不是说，被告要一一排除原告所有可能的正当旷工事由，被告负担说明—证明责任的范围取决于原告对被告解雇理由进行反驳的具体化程度。根据《德国民事诉讼法》第138条第2

[17] BGH NJW 1974, S. 1822 f.

[18] 按照《德国民事诉讼法》138条第3款，“没有明显争议的事实，如果从当事人的其他陈述中不能看出有争议时，即视为已经自认的事实。”此即所谓的“拟制自认”。

[19] BAG NJW 1977, S. 167 f.

款,本案原告要在解雇诉讼中就导致其无法完成工作的理由给出更清晰的说明。像本案中这样,雇员主张其当时欠缺工作能力却没有援引医疗证明,他就必须足够具体化的说明他为什么生病,以及为何因此无法上班。但联邦劳动法院通过分析认为,本案原告已经履行了这种义务,因此驳回了被告的上告。

3. 请求变更抚养费案〔20〕

原告起诉被告要求增加抚养费,理由是生活费用增加,而且被告收入大幅度提升;被告提起反诉,请求撤销其抚养义务,理由是原告从社保局申请了救济金。初级法院驳回了原告请求;对于反诉则判定,自1983年11月之后,被告不再对原告负有支付抚养费的义务。原告上诉,州高等法院部分改变了一审判决,判定被告自1983年10月起支付高于之前数额、但低于原告申请数额的抚养费。双方都提起上诉,其中被告的上诉理由是控诉法院违反了《德国民事诉讼法》第138条第3款。联邦最高法院认为,在变更抚养费诉讼中,事关抚养费数额的重要事项变化的说明和证明责任当然应由原告负担。但是,对于原告提出的被告收入增加的主张,被告不能简单否认,而是要有针对性的,就相反事实作出正面说明。这种具体化否认责任并非任何时候都存在,但根据联邦最高法院的判例,当负说明义务的当事人处于他应当说明的事件经过之外,不掌握关键事实的具体信息,而对方当事人掌握这些信息,并且可期待其进行说明时,这种责任就应当被承认。

联邦最高法院最终认为,本案中被告作为相对方的事实陈述是充分的,因此,不能根据上述条款认定被告收入发生变化,也不能依此认定构成原判决基础的情况发生了改变。依此判断,联邦最高法院支持了被告的上诉。

4. 欺诈转移公司财产案〔21〕

原告作为R和B的法定继承人,以被告在1958—1971年期间将R与B名下公司收益非法转移到另一家公司为由,请求判定被告赔偿损失41000马克。初审法院驳回了原告请求,控诉法院支持了原告请求。控诉法院认为,尽管原告不能提出足以证明其指控的具体事实,但它阐述了一系列的间接事实和线索,从而使得一种具体、重大的财产转移行为的存在具有了可能性和可信性。由于在当前这类案件中,主张请求权的当事人对重要事实典型的缺乏认知,无法广泛的提出具体化事实,作为例外,应该认为原告此时已经履行了说明责任。在这类案件中,主张请求权当事人的具体化义务通过强化被告的事案解明义务得到缓和,因为这种扩张的事案解明义务对被告而言是可期待的。控诉法院认为,被告没有满足这种可期待的事案解明义务。被告不服,上诉到联邦最高法院。联邦最高法院认为,控诉法院上述论述是以诉讼上的一般性事案解明义务为基础的。就此理论,施蒂尔纳晚近作出了全面阐述。他认为,在当事人不了解其负有说明和证明义务的具体化事实的典型案件中,该当事人只要提出可作为一般性法律主张之推定基础的事件线索就够了。联邦最高法院认为,并不存在一般性的事案解明义务。按照辩论主义,首先应由当事人提出必要的事实主张,并且列明证据手段。民事诉讼的主张和证明责任规则也建立在此基础上。民事诉讼毋宁仍然坚持这样的原则,即

〔20〕 BGH NJW 1987, S. 1201 ff.

〔21〕 BGH NJW 1990, S. 3151 ff.

不要求当事人为了对方的诉讼胜利而提供对方没有指名的诉讼资料。但联邦最高法院同时也指出,在特定案件中,主要是在负说明义务当事人处于他应当说明的事件经过之外,不享有相关事实的具体信息的案件中,判例赋予负原初主张—证明责任(Die primär Behauptungs und Beweisbelast)当事人的对方当事人从属的主张责任。在当时的诉讼状态下,不排除被告没有充分尽到其诉讼推进义务的可能。基于以上理由,联邦最高法院撤销二审判决,将案件发回控诉法院重新审理。

5. 破产债权确认案〔22〕

原告起诉作为破产管理人的被告,请求在破产债权列表中确认 23714755.10 马克的债权。原告主张,其为(后来的)破产企业履行了作为该笔债权之基础的具体给付。州法院部分支持了原告请求,确认 12356944.80 马克进入破产债权列表。原、被告均提起上诉。控诉法院部分支持了原告的上诉,将进入债权列表的金额提高到 16483267.57 马克,同时驳回了被告的上诉。被告上告到联邦最高法院。联邦最高法院在判决中指出,就控诉法院认为被告未就原告主张的债权提出诉讼上有意义的争执,被告就此提出的上告理由很大程度上成立。本案不仅不存在《德国民事诉讼法》第 288 条上的自认(明示自认),也不存在第 138 条第 3 款上的自认(拟制自认)。被告在第二审中对债务的理由和数额提出争执,却没有就此给出具体理由,但他在法律上没有这样做的义务,因为这里并不存在不被允许的笼统争执。对方当事人的具体化争执只有在这种情况下是必要的;主张不可能证明或者不能期待被证明,而对方当事人掌握相关知识并且可期待其进行具体的陈述。当负说明义务的当事人处于其提出的事件经过之外,不掌握关键事实的具体信息时,才能这样要求。本案不存在这种情况。原告主张其向宣告破产人给付借款以及履行担保责任,该主张所涉及的交易完全处于应该证明该事实的原告的认识范围。鉴于以上理由,被告对借款和银行贷款的清偿进行笼统争执在诉讼法上是允许的。联邦最高法院在此基础上撤销二审判决,并将案件发回控诉法院重审。

上述案例中,案例 1、2、3、4 反映了从属的主张—证明责任在竞争法、劳动法、婚姻家庭法和侵权法上的运用。其中,案例 1 在认可存在从属的主张—证明责任的前提下,判定责任人未履行这一责任,并据此推定对方当时主张的事实成立;案例 2、案例 3 则判定责任人已经履行了这一责任,败诉风险仍由负证明责任的当事人负担。案例 4 表达了德国联邦法院对一般性事案解明义务的否定立场,展示了一般性事案解明义务与从属的主张—证明责任在实务适用上的差别。案例 5 否定了从属的主张—证明责任的适用,一定程度反映了该制度的适用边界。通过上述案例,并结合其他相关案例,大致可以归纳出德国联邦最高法院处理事案解明义务的基本思路:

首先,适用事案解明义务的条件是负证明责任当事人处于争议事件经过之外,无法进行具体化的事实陈述,而不负证明责任当事人可以很容易的陈述相关事实,且其为此种陈述具有可期待性。就此需要注意两点。第一点是,上述条件的成就源自案件自身的特点,而不仅仅是存在事实上的证明难度。正如莱波尔德(Dieter Leipold)所言,“总是需要存在某种特殊情况——要么是不负证明责任当事人的过去作为,要么是其与对方的关系;仅仅是负证明责任当

〔22〕 BGH NJW1999, S. 579 f.

事人陈述某一事实明显更难,并不构成适用事案解明义务的充分理由。”^[23]第二点是,上述条件是否成就,取决于法官在具体个案中的分析。这种适用策略决定了事案解明义务在适用范围上的开放性。事实上,这一制度最初出现在竞争法纠纷中,现在已经扩张到了劳动法、婚姻家庭法、不当得利法等其他领域。

其次,事案解明义务通常被纳入主张一否认具体化的框架内进行讨论。在通常案件中,负证明责任的当事人首先要对案件事实作尽可能具体化的主张;在其完成这种具体化主张后,由对方当事人对该主张加以否认。一般来说,被告否认的具体化程度主要取决于原告主张的具体化程度。^[24]而在符合事案解明义务适用条件的案件中,负主张责任的当事人主张事实的具体化程度可根据情况适当降低,即允许其作概况性主张;不负证明责任一方当事人对该主张的否认,则需要更加具体化。换言之,不同于通常案件中双方对等的具体化义务,这里减轻了负证明责任当事人的具体化主张义务,加重了不负证明责任当事人的具体化否认义务。事案解明义务的适用当然也会导致义务人提出证据责任的加重,但这只是义务人具体化义务加重的间接后果,其本身并没有独立的理论意义。

第三,事案解明义务的范围和限度以具体案情下的可期待性为限。这意味着,如果不负证明责任当事人完成了可期待的说明,那么进一步的提出证明责任和真伪不明时的客观证明责任仍由请求权人负担。上述案例2、3均属此类情况。至于这一标准是否达到,则交由法官在具体诉讼过程中进行判断。实践中,这通常是判决书事实说理的重点。

第四,判例多从诚实信用原则(《德国民法典》第224条)出发来论证不负证明责任当事人的事案解明义务。^[25]但也有运用当事人诉讼促进义务(民事诉讼法第138条第2款)来进行论证的案例。^[26]但这只是学理上的分歧,实务中关于事案解明义务的适用条件和适用后果的把握,似乎并未受到太多影响。

第五,违反事案解明义务的结果是援引《德国民事诉讼法》第138条第3款,对不负证明责任一方当事人适用拟制自认。^[27]即义务人没有对原告主张进行有效争执,视为其就该主张进行了自认。自认的后果是自认事实被排除在证据调查之外,直接成为法院裁判的基础。

最后,不承认一般性的事案解明义务。尽管施蒂尔纳关于一般性事案解明义务的论述在德国法学界引起相当范围的回应,但德国联邦最高法院并未接受这种理论。在上述案例4中,最高法院明确指出,法院不能以施蒂尔纳的理论作为法律适用的出发点,而只能以最高法院此前系列判决中发展的从属的主张一证明责任为基础,来讨论不负证明责任当事人的陈述和证

[23] Dieter Leipold, in: Stein/ Jonas, *Kommentar zur ZPO*, 22. Aufl., 2008, § 138, Rdn.37.

[24] Dieter Leipold, a.a.O., § 138, Rdn. 36.

[25] 比如上述案例1、案例4、案例5。

[26] 比如上述案例2,以及 BAG 1990, S 553。理论界也存在类似观点,比如普维庭(Hans Prütting)就不赞成从诚实信用原则来论证事案解明义务,而主张基于与真实一完全义务相联系的程序促进义务来理解这种义务。Vgl. Hans Prütting, In: Rauscher/ Wax/ Wenzel, *Münchener Kommentar zur ZPO*, 3. Aufl. 2008, § 138, Rdn 22.

[27] 比如上述案例1、案例3。但也有判决认为,应由法官依自由心证作出判断。比如 BGH 1960, S 821; BGH 1963, S. 389。

明责任。这意味着,不负证明责任当事人并非当然地有义务为查明案情而主张自己知道的事实和证据资料,他只是在根据本案具体情形,符合从属的主张—证明责任适用条件的情况下,才需要这样做。^[28]这一态度在联邦最高法院后来的判决中再次得到宣示。^[29]

(二)理论之争:一般性事案解明义务?

与实务上适用的例外性事案解明义务不同,理论界关于该制度的研究主要围绕一般性事案解明义务展开。在冯·希佩尔(Fritz Von Hippel)、^[30]吕德里茨(Alexander Lüdriz)^[31]和皮特斯(Egbert Peters)^[32]的基础上,施蒂尔纳在其教授资格论文中系统提出了引入一般性事案解明义务的学术观点。出于篇幅考虑,这里简单介绍施蒂尔纳的观点。

1.施蒂尔纳的一般性事案解明义务理论

施蒂尔纳通过考察《德国民事诉讼法》第138、第422、第423等条,认为德国法在促进当事人澄清案件事实方面存在重大缺陷。他倡导引入一种程序上的一般性事案解明义务,以弥补现行法的缺陷。施蒂尔纳认为,一般性事案解明义务的理论基础可以从《德国宪法》对于旨在发现真实的司法程序的保障中推导而出,同时,《德国民事诉讼法》“在发现真实的基础上保护个人权利”的目的也支持这一义务。^[33]在他看来,《德国民事诉讼法》中关于当事人事案解明义务的那些条文,比如第138条第1款及第2款、第423条、第445条、第372a条、第654以下诸条,不应理解为例外性质的规定,而是《德国民事诉讼法》一般理念的反映。通过类推适用这些条文,可以为一般性事案解明义务确立法教义学的基础。^[34]

在施蒂尔纳看来,不应将不负证明责任当事人事案解明义务的成立条件孤立起来,而应将其作为在诉讼中进行事实阐明的一般条件来讨论。通过整理既往判例,他认为,这种条件就是负证明责任当事人的具体化陈述,这种陈述要阐明,为何承认对其有利的事实主张是理性的。如果涉及他人业务或者人格权领域,则应负证明责任当事人只需提出可供可信性审查的线索,这种可信性审查与经验法则相互作用,足以说明当事人的主张符合理性、而非恣意猜测即可。^[35]对于法院而言,这种“可信性”审查只要求一种很低的盖然性,即将“尚有可能”从“完全不合情理”中区别出来即可。这种盖然性标准远低于法官内心确信所需的盖然性,与表见证明、间接证明所需标准也有明显不同。^[36]

[28] 参见上述案例5, Vgl. BGH NJW 1990, S. 3151 ff.

[29] Vgl. BGH NJW 1992, S. 1819. 联邦劳动法院持同样的立场, Vgl. BAG 2004, S. 2851.

[30] Vgl. Fritz Von Hippel, *Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht*, Vittorio Klostermann, 1939.

[31] Vgl. Alexander Lüdriz, *Ausforschungsverbot und Auskunftsanspruch bei Verfolgung Privater Rechte*, C. B. Mohr, 1965.

[32] Vgl. Egbert Peters, *Beweisvereitelung und Mitwirkungspflicht des Beweisgegners*, ZZZ 82 (1969).

[33] Rolf Stürner (Fn.2), S. 29 ff.

[34] Rolf Stürner (Fn.2), S. 92 ff.

[35] Rolf Stürner (Fn.2), S. 132 f.

[36] Rolf Stürner (Fn.2), S. 123.

施蒂尔纳认为,一旦上述条件成立,即可导致不负证明责任当事人广泛的信息提供义务。^[37]对系属诉讼而言,这种事案解明义务包括公开尚不知道的事实和证据资料、提供勘验物、容忍对不动产及本人身体的检查,以及一般性的文书提出义务。^[38]此外,施蒂尔纳还花大量篇幅讨论了事案解明义务在诉讼系属前的适用可能。^[39]他首先认可了诉前的信息义务。^[40]在此基础上,他通过类推适用实体法上的信息义务,认为存在一种可诉、可执行的独立信息请求权。基于该请求权,如果一方当事人非因自己责任而缺少必要知识或者必要资料,他可以要求对方当事人提供书面信息、提出文书以供审阅,以及允许对事实进行现场勘验。^[41]

就违反一般性事案解明义务的后果,施蒂尔纳主张,对于违反事案解明义务的当事人,在法院没有形成相反心证的情况下,拟制被主张事实为真实;如果法院已经形成心证,则以心证为准。^[42]这种拟制可以被相反陈述推翻,但前提是,相反陈述足以让法官形成原初主张不真实的完全确信。就实际效果而言,这与证明责任倒置并无二致。除了这种一般情形,如果负证明责任当事人滥用事案解明义务惩罚机制具有较高盖然性,或者当事人仅仅轻微违反事案解明义务而原初主张不真实具有较高盖然性,则上述惩罚机制不适用。至于是否存在滥用事案解明义务惩罚机制的风险、义务违反究竟严重还是轻微,留给法官裁量。^[43]

2.对施蒂尔纳理论的回应

施蒂尔纳的观点得到了亨克尔(Wolfram Henkel)、^[44]施洛瑟(Peter Schlosser)、^[45]施达德勒(Astrid Stadler)^[46]等人的支持,但德国学界主流一直拒绝承认一般性事案解明义务。莱波尔德在其执笔的《施泰恩/约纳斯民事诉讼法评注》中认为,从《德国民事诉讼法》第138条不能推出一般性事案解明义务。确认真相本身并非独立的目标,而只是实现“通过尽可能妥当的判决来保护权利”之目标的手段。无论发现真实,还是法治原则,都不阻止立法者在民事诉讼法中确立辩论主义,即将必要事实主张的提出和证明手段的指名首先交给当事人。实体法并未确立一般性的信息义务,引入这种义务也不是诉讼法的任务。^[47]普维庭(Hans Prütting)在其执笔的《慕尼黑民事诉讼法评注》中同样认为,不存在对方当事人的一般性事案解明义务。如果原告本来可以提出具体化的陈述,就不能要求被告作出任何贡献。如果原告不能作出这种陈述,则被告有义务

[37] 在有些学者看来,施蒂尔纳归纳的事案解明义务在范围上类似美国的证据开示义务。Vgl. Astrid Stadler, *Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses im deutschen und U.S. amerikanischen Zivilprozess und im Rechtshilfeverfahren*, 1989, S. 106.

[38] Rolf Stürner (Fn.1), S. 134 ff.

[39] 参见施蒂尔纳著作的第二编(第17—22章)。Vgl. Rolf Stürner (Fn.1), S. 261—377.

[40] Rolf Stürner (Fn.2), S. 269 ff.

[41] Rolf Stürner (Fn.2), S. 287 ff.

[42] Rolf Stürner (Fn.2), S. 242 ff.

[43] Rolf Stürner (Fn.2), S. 249 ff.

[44] Wolfram Henkel, *Buchbesprechung*, ZfP 92 (1979), S100, S. 104 ff.

[45] Peter Schlosser, *Die lange deutsche Reise in die prozessuale Moderne*, JZ 1991, S. 599, S. 606 ff.

[46] Astrid Stadler (Fn.37), S. 80 ff.

[47] Dieter Leipold (Fn.23), § 138, Rdn.26 f.

填补空白。程序促进义务配合真实—完全义务,为此提供了积极的理由。^[48]哥特瓦尔德(Peter Gottwald)续写的罗森贝克经典教科书也认为,不存在作出详尽正面说明的义务,但在否定性证明和反驳人精确了解或者主张自己精确了解并且能够指望他作出更详尽说明、而主张者缺乏这种精确了解的事实时,不能只是作出简单的反驳。^[49]

阿伦斯(Peter Arens)撰写专文批评了施蒂尔纳的观点。在他看来,宪法规定的司法保障权、民事诉讼对发现真实的重视,所有这些都与一般性事案解明义务之间并没有必然的逻辑关系。正如施蒂尔纳自己承认的,是否承认一般性事案解明义务首先是一个价值判断问题。真正重要的是事案解明义务的条件、内容和违反义务的后果。而施蒂尔纳关于事案解明义务的成立条件的界定并不清晰,很大程度上需要法院来裁量。由于事案解明义务的成立条件并不清楚,内容异常丰富,对于是否构成违反义务的审查实际上非常困难。实践中,人们只能根据案件的具体情况来回答这一问题。这将导致法院地位和职权的大幅度加强,而这是以牺牲当事人的权利为代价的。在他看来,对于施蒂尔纳考虑的大多数案件,实体法上的说明义务已经可以很好的解决。对于实体法无法解决的问题,判例和学说已经发展出来证明妨碍的理论。而在这两者之间,联邦最高法院在判例中发展出了从降低证明标准直到证明责任倒置的系列制度。在阿伦斯看来,相对于施蒂尔纳的一般性事案解明义务方案,这种处理方法对法官的限制更加安全可靠。^[50]

(三)小结

由以上考察可知,通过司法实务的发展,德国民事诉讼法已经形成独具特色的事案解明义务制度,其表现形式就是从属的主张—证明责任。其基本理念是在不改变客观证明责任分配的前提下,通过具体化主张责任的调整,让不负证明责任一方当事人在特定条件下负担更重的事实陈述和证据提出义务,从而使得证据调查能够更加公平、高效的推进。

施蒂尔纳倡导的一般性事案解明义务反映了从实务案例出发,对相关理论进行整理、提炼,形成系统化方案,再反过来引领未来法律实践的理论旨趣。这一理论未被司法实务和学界主流接受,主要有两个原因。一个原因是,这一理论有可能改变辩论主义关于当事人与法官之间、双方当事人之间权利分配的基本格局,难免引起法律界主流的警惕和拒斥。毕竟直到今天,德国法律界的主流仍然坚持以辩论主义作为民事诉讼的基础理念。另一个原因是,作为一种为了统一实务操作而提出的理论方案,一般性事案解明义务理论本身存在比较严重的操作性问题。施蒂尔纳的方案将事案解明义务涉及的一些关键标准交给法官去裁量,这一方面有可能导致恣意,另一方面也给法官带来了额外的压力。这或许可以解释,为何不仅学界主流反对施蒂尔纳的理论,司法实务界也不欢迎一般性事案解明义务。

[48] Hans Prütting(Fn.26), § 138, Rdn.22.

[49] 参见(德)罗森贝克、施瓦布、哥特瓦尔德:《德国民事诉讼法》,李大雪译,法律出版社2007年版,第830页。

[50] 参见(德)彼得·阿伦斯:“民事诉讼中无证明责任当事人的阐明义务”,载米夏埃尔·施蒂尔纳编:《德国民事诉讼法学文萃》,赵秀举译,中国政法大学出版社2005年版,第291页以下。

三、事案解明义务在中国:价值与前景

(一)从司法解释看事案解明义务的特殊价值

不同于《德国民事诉讼法》尚有几条可供讨论的规定,中国民事诉讼法对不负证明责任当事人的证明协力义务完全没有涉及。联系《民事诉讼法》第64条关于当事人证明责任的规定,可以认为,就立法者视野所及,并没有不负证明责任当事人事案解明义务的观念,稍有关联的规范出现在司法解释中。比如,2001年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《民事诉讼证据规定》)第75条、2015年《最高人民法院关于适用〈民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民事诉讼法司法解释》)第112条,这两条解释分别确立了我国法上的证明妨碍制度和“文书提出义务”,考虑到这两个制度都旨在平衡当事人举证能力、促进法院查明案件真实,它们与本文讨论的事案解明义务在功能上有所重合。但《民事诉讼证据规定》第75条的适用条件是“有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供”,这显然是非常苛刻的条件。《民事诉讼法司法解释》第112条一方面将其适用范围限制于书证,另一方面规定,只有申请理由成立,对方的文书提交义务方才产生。两个规定都没有涉及的问题是:如果当事人根本不了解其应证明事实的具体细节——当然更不可能指名证据,这时对方当事人需要承担什么样的义务?或者说,这种情况下,什么样的制度安排对于平衡当事人双方利益格局,促进案件事实查明是必要和可欲的?

视野放宽,我们发现,上述场景可以说是我国立法者和司法解释起草者经常面对的。在医疗侵权、环境侵权、专利侵权、消费者权益保护、劳动争议、反垄断纠纷、保险法争议,甚至婚姻家庭纠纷等领域,最高法院都在自觉的制定规则,回应“负证明责任当事人缺乏证明手段”的难题。这种回应大致有以下四种模式:第一种模式是证明责任倒置。最典型的是《侵权责任法》第66条。这条规定将污染行为与损害后果之间不存在因果关系的证明责任分配给了污染者,属于对侵权案件原则性证明责任的倒置。第二种模式是法律推定。最典型的是《侵权责任法》第58条。该规定的实质是改变了证明客体,即将需要证明的要件事实由“医疗机构有过错”转化为三种具体的医疗违法行为。第三种模式是证明标准减轻。比如2013年《最高人民法院关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》第5条第2款,^[51]按该解释,消费者对损害与食品或者药品适用之间的因果关系只须提供“初步证明”,这实际上降低了该要件的证明标准。第四种模式是证明妨碍。比如2010年《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》第9条、^[52]2015年《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第13条。^[53]这二条解释的共同原理是,在被告因为法律或者事实上的原因应提供证据但却没有提供时,适用证明妨碍法理,推定原告主张的事实成立。此外,不乏综合运用多种原理的解释例,比如2016年《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案

[51] 参见《最高人民法院关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》。

[52] 参见《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》。

[53] 参见《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》。

件应用法律若干问题的解释(二)》第 27 条。^[54] 这一规定首先降低了权利人对损失数额的证明标准,其次确立了侵权人对相关账簿、资料的文书提出义务,最后在侵权人拒不提供相关证据资料时,赋予法官对侵权所获收益的酌定权,可谓综合运用多种手段调整双方当事人证明能力的范例。

上述机制是否足以解决负证明责任当事人远离关键事实和关键证据的难题?看上去并不乐观。首先,证明责任倒置的立法本身风险很大,需要极其谨慎。比如,就环境侵权而言,将因果关系要件倒置给被告证明,并非比较法上常见的立法例。^[55] 证明难度本身并不是证明责任倒置的充分理由。在环境侵权纠纷中,固然原告很难证明损害与污染之间的因果关系,但被告同样很难,甚至更难证明损害与污染之间没有因果关系。我国司法实践中,“法院普遍拒绝在原告未对因果关系存在的可能性进行初步举证的前提下直接适用举证责任倒置规则”,因为这会导致关于因果关系的认定结果“在客观性和可靠性方面无法接受实践的检验”。^[56] 为此,《最高人民法院环境侵权责任司法解释》第 6 条中规定,“被侵权人根据《侵权责任法》第 65 条规定请求赔偿的,应当提供证明以下事实的证据材料:…(三)污染者排放的污染物或者其次生污染物与损害之间具有关联性”;第 7 条规定,“污染者举证证明下列情形之一的,人民法院应当认定其污染行为与损害之间不存在因果关系:(一)排放的污染物没有造成该损害可能的;(二)排放的可造成该损害的污染物未到达该损害发生地的;(三)该损害于排放污染物之前已发生的;(四)其他可以认定污染行为与损害之间不存在因果关系的情形。”^[57] 前者加重了被侵权人的证明负担,后者减轻了侵权人的证明负担,二者的共同效应是大大缓解了侵权人的证明压力。这些规定改变了《侵权责任法》第 66 条确立的风险分配机制,可以说在一定程度上宣告了环境侵权诉讼证明责任倒置条款的失败。

其次,法律推定的设定需要一些条件。我们看到,对于《侵权责任法》第 58 条提到的三种情形,法律上其实都以医疗机构义务的方式做了明确规定。基于《侵权责任法》第 55 条对患者知情权的规定、第 61 条对医疗机构诊疗资料保管义务的规定,以及其他法律法规关于诊疗规范的规定,医疗机构在医疗活动中遵循相应的规程、标准和惯例,已不仅仅是可能影响法官判断其有无过错的经验法则,而早已上升为医疗机构必须遵守的法律义务。这些法律义务的存在,是立法者就这三种情形设定法律推定的基本依据。而在不存在类似法律义务的场景中,是否也可以运用法律推定来缓解证明难题?显然存疑。

再次,证明标准降低在实践中较难把握。在最高法院的司法解释中,一方当事人负担初步举证责任,另一方当事人负担相反事实的举证责任的规定可谓屡见不鲜。就其初衷而言,这类规定体现了对争议事实分阶段证明的思路,作为对双方当事人证明负担的一种更加具体的分配,本身无可厚非,甚至值得赞赏。但问题是,什么叫“初步证明”?对方当事人对相反事实证

[54] 参见《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释(二)》。

[55] 参见胡学军:“环境侵权中的因果关系及其证明问题评析”,《中国法学》2013 年第 5 期,第 163—177 页。

[56] 参见沈德咏主编:《最高人民法院环境侵权责任纠纷司法解释理解与适用》,人民法院出版社 2016 年版,第 87 页。

[57] 参见《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》。

明又是一种什么样的责任?在起草者没有严格区分客观证明责任、主观证明责任,也没有严格区分否认与抗辩、本证与反证的情况下,这种表述在司法实践中的理解可以说五花八门。解决这个问题的根本当然是在明确界定相关概念的基础上,对双方当事人的证明负担作出合理划分。但即便如此,考虑到证明标准适用上的主观性,^[58]通过证明标准降低的司法解释来调节双方当事人的证明负担,依然充满风险。

最后,证明妨碍的适用范围非常有限。《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》第9条以有证据证明被告持有某一证据作为适用前提,这意味着,如果原告无法证明被告持有某一证据,则该条无法适用。同样的情况也出现在《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第13条,该条的适用以法律规定被告应当持有或者有证据证明被告持有相关信息为前提。如果法律没有规定,原告也不能证明被告持有相关信息,该条就无法适用。这种情况并不少见。实践中更常见的是,原告可能根本就不知道被告掌握什么信息和证据材料,更别说要证明被告掌握这些信息和材料了。

至于专利侵权纠纷中法官对于侵权收益的酌定权,尽管在某些时候确属必要,但同时也存在着有可能过分依赖法官职权判断的风险,而且判决书对酌定数额的论证也相当困难。笔者无意否定上述制度的价值。这些制度对于特定案件类型中的证明困境缓解具有重要意义,我国未来的民事诉讼依然离不开这些制度。可以纳入这个范围的,还有表见证明、文书提出义务等等。但上文讨论显示,这些证明困境缓解策略的适用都受到这样那样的限制,仅靠这些策略,并不足以解决所有证明难题。

而与上述策略相比,事案解明义务有一些特殊的优势。因为这些优势,事案解明义务可能对化解我国民事诉讼证据调查领域的某些困境具有重要价值。在我国民事诉讼中,普遍存在着证据调查空洞化和证明责任裁判滥用的现象。^[59]这固然可以理解为法官在不合理的司法责任机制之下的自我保护,却也与法官没有完整掌握现代证明责任理论有着密切关系。具体言之,法官或者缺乏对自由心证的完整理解,不明白证明责任只是自由心证穷尽之后的无奈之举;或者缺乏对证据调查技巧的充分掌握,不知道如何在具体证据调查过程中引导双方当事人充分举证;或者缺乏事实说理的技巧,即便形成了内心确信,也不懂得如何在裁判文书中进行妥当的说理。这种情况下,证明责任常常变成法官的避难所,证据调查稍一受阻,就转而诉诸证明责任裁判。在证据偏在的情况下,则倾向于“倒置”双方当事人的证明责任,判决不负证明责任的一方当事人败诉。^[60]这种现象的弊端显而易见:过早适用证明责任裁判,让民事诉讼

[58] 参见吴泽勇:“‘正义标尺’还是‘乌托邦’?——比较视野中的民事诉讼证明标准”,《法学家》2014年第3期,第145—162页。

[59] 胡学军研究发现,实践中大量证明责任判决并非源于严格意义的证明不能,而是当事人举证手段和法官自由心证尚未用尽,并指出,“自由心证尚未用尽,就简单适用证明责任裁判,这实际上是一种规避事实判断的精细作业而‘向一般条款逃逸’的惰性行为。”参见胡学军:“论具体举证责任与抽象证明责任的二元分立”,载《厦门大学法律评论》总第二十四辑,厦门大学出版社2014年10月版,第83—84页。

[60] 在我国民事诉讼法并未严格区分客观证明责任与主观证明责任,司法实务经常以后者取代前者的大背景(就此参见李浩:“证明责任的概念——实务与理论的背离”,《当代法学》2017年第5期,第3—10页)下,这种“倒置”实现起来几乎没有难度。

发现真实的功能大打折扣,而诉讼结果不能建立在充分事实调查的基础上,其正当性堪忧,当事人不能服判息讼也不令人意外;在法律规定之外贸然启用证明责任倒置,实际上破坏了实体法确立的风险分配体系,使得实体法规范作为社会行为预期基础的功能落空。面对这种状况,事案解明义务作为一种保证证据调查顺利推进,促进法官内心确信形成的策略,具有上文其他策略所不具有的优势。首先,事案解明义务不改变实体法确立的证明责任分配方法,保证了证明责任规范作为裁判规范的安定性。其次,事案解明义务主要是一种程序法上的义务。对法官来说,它可以被理解为一种证据调查推进技术,而不是指导法官认定事实的标准。考虑到我国法官对自由心证较为忌惮的心态,事案解明义务可能比证明标准降低、表明证明之类的策略更容易被接受。最后,事案解明义务的适用依据是事实陈述和证据提出的可期待性。作为一种证明推进技术和事实说理工具,它给法官的指引更为清晰明确;与功能相近的文书提出义务、证明妨碍制度相比,其适用方式又更加灵活,适用范围也更广。

(二)从典型案例看事案解明义务的适用方式

事案解明义务对于我国实务界还是相当陌生的概念,法院自然不可能在裁判文书中直接运用这一概念来说理。但正如上文提到的,中国的法律家对于事案解明义务所要解决的那些问题并不陌生。这里分析三个典型案例,以进一步阐明事案解明义务在中国民事诉讼实践中适用的可能性和具体方式。

1. 环境侵权损害赔偿案

原告 C 某起诉被告 Z 公司,主张被告开采煤矿引起地下水水位下降,导致原告苗圃内的苗木死亡,请求被告赔偿因此造成的损失。案件经过一审、二审,Z 公司败诉后向最高法院申请再审。最高法院认为,根据《侵权责任法》第 66 条和《最高人民法院关于环境侵权责任司法解释》第 6 条,被侵权人应就生态破坏行为与损害结果之间是否存在因果关系承担举证责任,在被侵权人尽到该举证责任后,则应由侵权者对生态破坏行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任。在一、二审中,原告作为被侵权人已经就 Z 公司的开采煤矿行为与其苗圃苗木损害之间存在关联性尽到了举证责任。此后,关于开采煤矿行为与苗木死亡之间不存在因果关系的举证责任应当转由被告承担。Z 公司提交的证据至多只能证明 C 未尽到妥善灌溉义务是造成损失的原因之一,并不能完全排除地下水下降是导致苗木干旱死亡的原因。因此,二审判判决认定 Z 公司开采煤矿与 C 的苗木死亡之间存在因果关系并酌定 Z 公司承担 180 万元的补偿款并无不当,最高法院予以维持。^[61]

本案判决结果或无不当,事实说理却相当混乱。考虑到就同一个要件事实只可能有一方当事人负客观证明责任,必然只有一方当事人是在本证的意义上负担提出证据责任,而另一方当事人则是在反证的意义上负担提出证据责任。按照判决书的说理逻辑,似乎原告要负担本证的证明责任,而被告则要对原告已经完成的证明提出反证。^[62] 这种逻辑与《侵权责任法》第 66 条明显不符,因为按照该条,环境侵权纠纷中因果关系要件的客观证明责任被明确分配给了侵权人,而非被侵权人。进一步分析,判决书中的混乱很大程度来自于司法解释本身的逻辑

[61] 参见《最高人民法院(2015)民申字第 3423 号民事裁定书》。

[62] 首先举证的当事人通常是负客观证明责任的当事人,其证明自然为本证。

辑混乱。按照《最高人民法院环境侵权责任司法解释》第6条,“被侵权人根据《侵权责任法》第65条规定请求赔偿的,应当提供证明以下事实的证据材料:…(三)污染者排放的污染物或者其次生污染物与损害之间具有关联性。”〔63〕最高法院的释义书认为,原告这里只需要就污染行为与损害结果之间存在因果关系提供初步证明材料;原告只需证明污染与损害之间具有因果关系的可能性,而非确定性。〔64〕这种设计体现了最高法院着力应对环境侵权案件证明难题的一片苦心,但在理论上却相当模糊。一方面,按照证明责任的一般理论,在诉讼中首先提出证据的应该是侵权人,而非被侵权人。侵权人就因果关系承担客观证明责任,并因此负担主观证明责任。基于这种证明责任分配方法,要求原告首先举证的理论依据何在?另一方面,什么是“关联性”?它与因果关系有何区别?什么又是“可能性”?它与“盖然性”有何区别?无论在最高法院的司法解释中,还是在最高法院为适用司法解释编撰的释义书中,这些概念都没有得到澄清。而没有这种澄清,法官在实践中的把握必定五花八门。〔65〕

实际上,无论哪一方当事人负证明责任,实践中都可以通过配套制度的引入来缓解证明困难,平衡当事人的诉讼风险。就现行法而言,完全可以在《侵权责任法》第66条的框架中,通过强化被侵权人的具体化责任来降低侵权人对因果关系的证明难度。被侵权人不能笼统地说“污染行为与损害后果之间有因果关系”,他应当指出能够建构这种因果关系的具体事实。比如,被侵权人可以通过描述损害的具体性状和形成过程,来阐明被告的污染行为为何有可能导致损害后果的发生。一般而言,这类事实是侵权人不掌握的,而没有这种具体事实的限定,侵权人对因果关系的否定性证明就像大海捞针。这种具体化的陈述义务,大体可以归入不负证明责任当事人的事实查明义务。这种义务与《最高人民法院环境侵权责任司法解释》第6条的区别在于:其内容首先不是提出证据,而是主张具体事实;原告无需证明因果关系存在,他只需为被告的举证划定范围即可。与《最高人民法院环境侵权责任司法解释》第6条相比,这种处理方案与《侵权责任法》第66条更和谐,在实务中也更好把握。这个例子进一步说明事实查明义务对于缓解证明责任分配的严苛性,调整双方当事人利益格局所具有的独特价值。

2. 专利侵权损害赔偿案

M公司以L公司侵犯其对7款监护仪产品的专利权为由提起系列诉讼,要求后者赔偿损失。诉讼中,双方除了其他争议外,还就损失数额产生了争执。由于M公司因侵权所受到的实际损失难以确定,M公司主张以2009年4月至2011年4月期间7款被诉侵权产品的营业利润来计算侵权损害赔偿额。基于M公司的申请,一审法院委托S市某会计师事务所对2009年4月至2011年4月期间被诉侵权的多参数监护仪的平均营业利润进行审计。由于L公司拒不提供审计所需的财务账册资料,审计机构依据L公司的招

〔63〕 参见前注〔57〕。

〔64〕 参见沈德咏,见前注〔56〕,第93页。

〔65〕 有实证研究表明,即便在《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》颁行后,法院对于环境侵权案件因果关系证明责任的法律适用仍难言统一。参见叶峰:“新司法解释视域下环境侵权责任因果关系的反思与重构——以120份民事判决书为分析样本”,《法律适用》2016年第4期,第50—55页。

股说明书、(2011)深证字第某号公证书、L公司2011年《年度报告》以及L公司网站信息等材料披露的数据进行审计,确定2009年4月至2011年4月期间L公司监护仪系列产品的总营业利润为3857.80万元。考虑到L公司生产销售的监护仪产品共有12款,平均每款营业利润为321.48万元,初审法院以“监护仪系列产品的总营业利润÷监护仪系列产品的款数×被诉侵权产品的款数”的计算方法,认定本案中的7款侵权产品的营业利润为2250.36万元。被告不服,提起上诉。上诉法院认为,“L公司作为上市公司,按照相关公司法律法规及会计准则,财务账册应当是相当完备的,其有义务按照原审法院的要求提交相关财务账册资料。……L公司无正当理由拒不提供原审法院要求其提交的相关财务账册资料,已构成举证妨碍。”基于这一认识,上诉法院认可初审法院关于专利侵权损害数额的计算方法,只是基于对被告经营监护仪产品的总款数(改为14款)以及原告请求范围的重新认定,对被告赔偿数额作了调整。^[66]

本案中,虽然二审判决特别提到了证明妨碍,但就判决书中交代的事实,似乎很难认为本案构成了《民事诉讼法司法解释》第112条意义上的证明妨碍。^[67]固然,按照《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释(二)》第27条,侵权人无正当理由不提供财务账册资料的,“法院可以根据权利人的主张和提供的证据认定侵权人因侵权所获得的利益。”但倘若我们追问,为什么可以根据权利人主张来确定,法官酌定的理由何在、标准又是什么,无论司法解释制定者,还是援引这一解释的法官,看上去都不能给出令人满意的回答。

笔者认为,就本案中的侵权数额争议,应当先由权利人申请审计。因为权利人对侵害数额的确定负证明责任,相应地,它应该为此主张证据手段。在原告申请这种审计之后,被告应当提供审计所需的财务账册。当被告拒绝提供时,原告应当提供L公司的招股说明书、年度报告等公开批露的数据信息,并申请依照这些信息进行审计。考虑到更直接信息因为被告的原因无法获取,法院应当允许根据这些二手资料进行审计。在被告12款产品的总收益确定后,也应该首先由原告提出被告销售7款被侵权专利产品所获收益的推算方法,并解释其合理性。对这种推算方法,如果被告加以否认,要对其否认提出具体事实。这种具体化否认义务,可以看作被告的事案解明义务。假如被告拒绝履行这种义务,则法官推定该推算方法成立。按照这样的原理,双方当事人证据调查中的权利、义务一目了然,而法官的职权(包括损害数额酌定权)则受到严格限制。就诉讼程序的正当性(尤其是与辩论主义的吻合性)而言,这显然优于本案中大量的法官职权介入;就事实说理的可接受性而言,这也优于判决书目前对于证明妨碍法理和法官酌定权的简单援引。

3. 请求加班费争议案

原告X公司向法院起诉被告Z,请求之一是判令原告不承担支付被告加班费5227.78元

[66] 参见《广东省高级人民法院(2014)粤高法民三终字第878、879、936、937、938、1033号民事判决书》。

[67] 按照该规定,原告作为书证申请人,“需要提供证据证明书证被对方当事人控制的事实,或者提出理由或证据揭示对方当事人负有法定、约定或者依习惯保存、保管证据的义务。”参见沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第372页。但在判决书中,并未看到任何关于原告提供这种证明的论述。

的连带赔偿责任。原审法院认为,劳动者主张加班费的,应当就加班事实的存在承担举证责任。被告Z称其有加班,提供了值班表、加班时间统计表,但均为打印件,没有单位印章及签字;提供了值班表照片,但为拍摄的电脑屏幕照片;提供了证言,但证人未出庭;提供了加班照片,但照片不显示拍摄时间。故被告称其有加班证据不足,原告不应对加班费承担连带责任。被告不服判决,提起上诉。二审法院认为,一审庭审中,Z提交了值班表、值班表照片、加班时间统计表、证人赵淑敏证言、加班活动照片,已就加班事实的存在承担了其应当承担的举证责任。一、二审中,作为用工单位的L市分公司及用人单位X公司,未提交客观记录劳动者日常出勤情况、用工单位为劳动者发放劳动报酬的考勤资料、工资发放表等均由用人单位掌握的直接证据,应当承担不利后果。故对上诉人Z主张的加班事实、加班费数额,依法予以认定。遂判决用工单位L公司应支付上诉人Z加班费5227.78元,X公司对上述加班费的支付应负连带责任。〔68〕

本案中,一审法院对证明责任的适用是正确的,但仅仅因为被告所提证据无法完全证明加班事实就支持原告请求,显然过于草率。对主张加班费案件而言,要求被告在事前保留每次加班的证据是不现实的。而对于原告而言,在一段时间内保留考勤资料、工资发放表等资料则属于合理期待。原告在这种情况下的事实陈述和证据提出义务,可以理解为不负证明责任当事人的事实查明义务。二审法院以原告未提交这类直接证据为由判定其承担不利后果,实际上适用了事实查明义务。本案直接相关的规范依据是《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》第9条,但有意思的是,一审判决援引了该条解释,二审判决却没有援引。笔者揣测,主要原因是该规定要求以“劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实存在的证据”,而劳动者实际上很难提供这类证据。这一案例反映了事实查明义务与文书提出义务的区别,以及这种区别对于处理证据偏在型案件所具有的实践价值。

因为篇幅和目前研究所限,这里无法列举更多案例。可以想见,适于运用事实查明义务处理的案件类型远远不止环境侵权、劳动争议、专利侵权几类。在竞争法、公司法、消费者保护法、婚姻法,甚至不当得利法等领域,同样会出现负证明责任当事人因为客观原因远离争议事件经过,而不负证明责任当事人可以很方便的主张案件具体事实的情形。在笔者看来,对于这类案件,完全可以在证明责任倒置、证明标准降低、证明妨碍之外,将事实查明义务作为一个替代性的制度选项予以考虑。

(三)未来中国民事诉讼中的事实查明义务

相信通过此前的论述,已经展示了事实查明义务对我国民事诉讼可能具有的价值。但正如许多学者指出的,鉴于事实查明义务强化了不负证明责任当事人的证明协力义务,这一制度的引入实际上意味着对传统辩论主义的修正。与辩论主义在德国民事诉讼中早已根深蒂固不同,我国民事诉讼从1980年代的职权主义模式出发,时至今日,仍不能说辩论主义已经牢固确立。这种背景下引入事实查明义务,是否会对我国尚未完全确立的辩论主义原则构成冲击?笔者理解这种担忧,但却认为,我国司法实务中的最大问题早已不是法官过分积极的介入证据调查,而是法官缺乏对各种证据调查技术的完整理解和充分运用,经常过于轻易地作出了证明

〔68〕 参见《河南省郑州市中级人民法院(2014)郑民一终字第628号民事判决书》。

责任裁判。证明责任制度本身是一个完整的体系,这个体系包括实体法确立的证明责任分配规范,也包括实体法、诉讼法确立的证明责任缓解规范,还包括诉讼法、甚至司法实务确立的证据调查推进规范。事案解明义务兼具证明责任缓解和证据调查推进的功能,其引入将会让我国民事诉讼证明责任制度体系更加完整和充实,不仅不会阻碍,而且会促进我国辩论主义的确立和巩固。至于这一制度中可能导致法官职权扩张的那些因素,则可以通过恰当的制度设计予以规避。

至于事案解明义务的具体设计,既要考虑不同制度方案的实质性差异,也要结合我国民事诉讼当下以及未来一段时间的具体场景和发展趋势。在此基础上,笔者的建议是:

首先,我国目前不宜引入一般性事案解明义务。除了这种理论本身尚不完善外,反对这一理论的最重要理由是,它的确有可能对我国民事诉讼正在确立的辩论主义带来冲击。无论施蒂尔纳如何辩解,一般性事案解明义务可能削弱辩论主义基本上是学界的共识。就我国民事诉讼而言,一方面,考虑到一般性事案解明义务本身欠缺操作性,引入这一理论难免赋予法官更多裁量权。另一方面,在我国法官群体尚未系统掌握证明责任分析工具的情况下,一般性事案解明义务很容易滑入证明责任倒置的陷阱。笔者认为,这两个结果都与我国民事诉讼改革的方向背道而驰。

其次,事案解明义务应作为我国证明责任制度建设的一环来设计和推进。尽管证明责任早已进入我国民事诉讼立法和司法解释,法官在司法实践中也经常援引证明责任理论作出判决,但仍有许多法官并未完整掌握证明责任理论。混淆客观证明责任与主观证明责任、对本证和反证不加区分、误判否认与抗辩,凡此种种,不仅出现在司法裁判中,甚至反映在某些司法解释中。^[69]这表明我国证明责任制度体系还有颇多漏洞,适用也尚不稳固。而没有一套完整、稳定的证明责任制度,作为矫正证明责任分配机械性的事案解明义务,也就失去了发挥作用的基础;贸然引入,甚至会加剧实践中的混乱。为了避免这种风险,应将事案解明义务纳入我国证明责任制度体系的建构当中,作为后者的有机组成部分来推进。

再次,可考虑以德国最高法院采纳的从属的主张—证明责任作为我国设计这一制度的基本模型。笔者认为,这一模式的主要特点是“类案出发,个案说理”。类案出发是指,作为一种诉讼上的制度,事案解明义务应当稳定的适用于某些案件类型。需要考虑的是待适用案件的类型化特征,而不是具体个案的个性化特征。这意味着,因为当事人个人原因或者某种案外因素导致的证明困难,任何时候都不能成为适用事案解明义务的理由。个案论证是指,作为一种例外性的证明协力义务,事案解明义务的适用必须以个案中的具体论证为基础。这意味着,法官一旦准备适用这一义务,就要具体考察本案是否符合该义务适用的所有要件,尤其要在具体场景中对双方当事人主张、举证的可期待性进行中允分析,并在此基础上判断原告主张是否已经足够具体化,被告是否已经需要作出具体化的否认。反映在判决书中,则要结合事案解明义务的要件和内容,对双方当事人的主张和举证情况进行具体的、有针对性的说理分析。在笔者看来,这是例外性事案解明义务与一般性事案解明义务的关键区别,也是这一制度不被滥用的

[69] 以民间借贷为例的理论梳理,参见吴泽勇:“民间借贷诉讼中的证明责任问题”,《中国法学》2017年第5期,第258—278页。

基本保证。

第四,事案解明义务的内容以事实陈述为主,证据资料提出为辅。理论上,事案解明义务常常可以转化为当事人否认义务的强化,即所谓“积极否认”或者“具体化否认”义务。因此在内容上,主要以对负证明责任当事人应当主张、但因为案件具体情况而无法主张的事实进行可期待范围内的说明和澄清为主。不过,一旦不负证明责任当事人的说明和澄清涉及特定证据资料,基于诉讼推进义务的要求,法官当然有理由期待其提交这些证据资料。而在不负证明责任当事人基于法定义务或者基于特殊诉讼类型而被期待掌握某些证据资料的情况下,这种义务就更无法推卸了。

第五,在适用范围上,我国的事案解明义务可以比德国司法实务中的适用范围稍宽。德国司法实务界和学界主流反对一般性事案解明义务的一个重要原因是,德国实体法规定了非常广泛的信息请求权,由于这些规定的存在,因为证明责任分配而导致的诉讼资源不平等很大程度上已经得到矫正。与德国法相比,我国民法关于信息请求权的规定仅仅出现在消费者保护法、保险法、合同法等几个领域,而且内容和行使方式也受到限制。这意味着,在我国,调整诉讼中资源分配的任务可能主要落到了诉讼法的肩上。考虑到这种法律状况的差异,我国法官可能会更经常面对证据偏在背景下的证明困境,相应地,更频繁的适用事案解明义务应是事物发展的正常结果。

最后,不履行事案解明义务的法律后果以推定原告主张事实成立为原则,以法官自由心证判断为补充。如果法官认为有充分理由期待被告对其不负证明责任的事实进行解明,而被告没有正当理由拒绝解明,应推定原告主张的事实成立。如果原告本身对其主张事实的具体化未达期待,或者被告就其不履行事案解明义务作出了具有说服力的解释,这时就需要法官根据自由心证判断原告主张事实是否成立。^[70]表面上看,这似乎会带来法官权利的扩张,但实际并非如此。一方面,在民事诉讼中法官根据自由心证判断事实真伪,这是其本来就有的权限。^[71]在适用事案解明义务的背景下,随着双方当事人的证明义务分配被细化,法官自由心证权限的行使空间实际上是限缩了。^[72]另一方面,即使是这种被限缩的自由心证权限,也还要受到判决书事实说理的约束。^[73]因此,并不需要太过担忧。

四、结 语

基于以上研究,本文认为,事案解明义务对处理信息—证据偏在型证明疑难案件具

[70] 这里借鉴了施蒂尔纳的观点,即对于违反事案解明义务的当事人,一般情况下拟制对方主张的事实成立,但在法官已经形成自由心证的情况下除外。

[71] 胡学军也指出了这一点,不过他使用了“自由裁量权”的概念。参见胡学军:“从‘抽象证明责任’到‘具体举证责任’——德、日民事证据法研究的实践转向及其对我国的启示”,《法学家》2012年第2期,第173页。

[72] 上文分析的案例实际上已经展示了这一点:与证明标准降低、赋予法官酌定权相比,事案解明义务对法官的约束实际上更加清晰明确,在说理上也更易于操作。

[73] 还要注意的,相较一般性事案解明义务,特殊性事案解明义务本来就伴随着更高的说理义务。

有特殊价值。这种价值表现在,它可以在不改变实体法的风险分配机制、不增加法官心证负担的前提下平衡双方当事人诉讼地位,促进案件争议事实的查明。而与同样具有这种价值的文书提出义务、证明妨碍制度相比,事案解明义务的适用方式更灵活,适用范围也更广。只要设计妥当,考虑周全,引入事案解明义务并不会对我国确立辩论主义带来冲击。考虑到我国民事诉讼所处的背景,未来事案解明义务的设计可以德国司法实务中采纳的例外性事案解明义务作为模型。

就引入事案解明义务的路径,笔者认为,目前并不需要专门立法。事实上,对于证明责任制度的大多数内容,修订立法或者制定司法解释均非必须,^[74]作为证明难题化解策略的事案解明义务同样如此。实践中完全可以通过诚实信用原则、发现真实理念以及当事人诉讼推进义务的援引,推导出不负证明责任当事人在具体诉讼中说明争议事实以及提供必要证据的义务。考虑到最高法院司法解释在我国经常承担着为类案确立证明规则的任务,事案解明义务不妨作为这类司法解释的一个备选方案;但更关键的,可能还是法官立足于个案的适用和论证。法官在实务上作出探索,学者从理论上进行归纳,再以概念化、体系化的理论方案推进实务发展,这才是自由心证主义之下证据调查制度的通常发展路径。^[75]这也是为什么,本文对我国未来事案解明义务制度的展望只是框架性的,并没有过多涉及细节。因为,在实务界自觉运用这一制度并形成相当数量的判例之前,关于制度细节的讨论实际上很难展开。倘若法官通过本文了解了事案解明义务的主要方面,并在面对证明疑难案件时将其作为一个备选方案加以考虑,本文撰写的主要目的也就达到了。

Abstract: Practice and theory of the obligation to clarify in Germany indicates that it is an effective way to solve the problem of information and evidence asymmetry in civil procedure. However, the German Federal Supreme Court and the academic community have not adopted the general obligation to clarify proposed by Rolf Stürner. It is limited to exceptional cases in which the problem is solved by subordinate burden of allegation and proof. Taking into account the characteristics of the obligation to clarify, its introduction to China could help solve the problem of ineffectiveness of the evidence investigation, and will not shake the ground of establishing an adversary system in China's civil procedure. China's future civil procedure should introduce this system on the condition that the obligation to clarify is limited to exceptional cases. Meanwhile, incorporating the design and promotion of the obligation to clarify in the institution of burden of proof in China civil procedure would avoid unintended negative effects.

Key Words: Obligation to Clarify; Burden of Proof; Difficulty of Proof; Evidence; Asymmetry

(学术编辑:刘哲玮)

(技术编辑:刘译矾)

[74] 吴泽勇,见前注[69],第277页。

[75] 正如本文之前介绍的,在德国,事案解明义务也是通过司法判例发展起来的。