

【民事诉讼法学】

民事诉讼中的疏明标准适用之新进展

——以德国、瑞士的实践为中心

柴永旺

【摘要】近年来,以优势盖然性为判准的疏明的证明度评价,在德国和瑞士的实务运用中取得了新的突破和发展。在研究与实践证明标准和证明评价的固有传统的基础之上,民事司法程序以解决盖然性判准的界定与呈现难题为目标,建构层次化的弹性疏明标准评价体系。立足于对盖然性判断的规范性评价,实践中通过裁判的预期错误成本最小化原则对适用疏明的案件进行类案区分,使疏明的评价标准得以层次化,同时在个案中利用比例原则、利益平衡原则对疏明的证明度评价进行调整与修正,使疏明标准具有弹性运用的可能。

【关键词】疏明;疏明标准;优势盖然性;比较法

【作者简介】柴永旺,南京大学法学院博士研究生,德国哥廷根大学法学院联合培养博士研究生。

【原文出处】《西部法学评论》(兰州),2021.1.74~89

【基金项目】本文系教育部留学基金资助“国家高水平大学公派研究生项目”(No.201806190059)的阶段性研究成果。

作为大陆法系民事程序立法上的重要概念,疏明(Glaubhaftmachung)在德国、瑞士、日本等国家以及我国台湾地区的运用非常广泛,除了规定在(狭义的)民事诉讼法中,在强制执行法、破产程序法和家事事件程序法乃至民事实体法中都有所涉及。尽管管理论上将疏明纳入证明评价和证明标准的范畴加以阐释并建构系统,但因制度适用的目的、适用对象和评价标准的不同,疏明具有相对独立的地位。近年来,比较法上以疏明的证明度标准(下文简称“疏明标准”)为切入,开始重新直面和省思该制度在适用过程中的一些难题与争议。其中,尤以德国和瑞士为典型,两国的学界和司法实践从法规范的目的和体系解释出发,对疏明的主观盖然性基准进行解构与重塑,不仅在证明标准与证明评价的研究和实践的固有传统中有所发展和超越,也为其他国家的疏明制度研究与实践提供了可供参照和借鉴的样

本,值得关注与研究。

一、德国、瑞士法上的疏明标准实践的缘起

(一)疏明标准的一般性确定:优势的盖然性

关于事实认定活动的证明标准,即法官认定事实所达到的内心确信的程度,乃立足于民事诉讼追求真实的理念与司法传统。《德国民事诉讼法》第286条第1款前段规定,法庭应当考虑言词辩论的全部内容以及已有的证据调查结果,经过自由心证以判断事实上主张是否可以被认定为真实。一般认为,这一规定将德国证据程序中的证明评价和证明度设定为“非常高度盖然性”标准(eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit)。^①高度盖然性作为德国民事诉讼中一般的证明标准,也为其他大陆法系国家所承继。相较于英美法上的“优势证据”规则,利用高标准的证明评价可以实现程序法上追求真实的制度目的,亦即,司法藉由维持一个高标准的证明度可以提

高其裁判在外观和实质上的正当性与合法性。^②

有别于民事诉讼的普通程序能够提供全面和完善的程序保障,疏明的适用对象属于程序性事项,疏明的运用情境通常具有权利保护的临时性、紧迫性和程序适用的简易性等特征,并且要求法官在较短的审限内做出认定和裁判。加之,程序性事项的认定通常不直接关涉实体争议,当事人疏明相关事实和理由并不能对诉讼标的产生具有既判力的判决,对当事人权利状况的影响相对较小。因此,从规范目的和体系解释来看,对应疏明的事实与理由适用低于一般的证明标准是毋庸置疑的。

然而,德国和瑞士都未在法规范中明确和疏明标准。就疏明而言,《德国民事诉讼法》第294条只规定了涉及疏明时的举证方式,而并未对疏明的内涵作出进一步的说明,也未明确疏明标准。但是,从立法理由以及对相关规范的解释论来看,疏明标准的界定借鉴了英美法系中“优势证据”的概念而得以形成大致统一的规则;但凡涉及要求当事人疏明事实和请求的相关法律规定,从这些规定的规范目的中可以推导出其证明标准应降低到优势盖然性的程度(Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit)^③。在瑞士,苏黎世大学的Guldener教授最先将“优势盖然性”的概念纳入对疏明标准评价的解释论之中。Guldener认为,当法官基于一定的客观基准点对相关事实之存在获得“一定程度的可能性之印象”,而无须放弃其对法律关系可能是他种存在的心证,则一项事实主张便得以疏明。^④这一见解在瑞士联邦最高法院的判例中得到认可,并将疏明标准的

盖然性判断基准界定为“简单的可能性”(la simple vraisemblance),这与一般意义上的高度盖然性标准不同,后者要求的盖然性层次显然更高。^⑤

(二)疏明标准的具体界定:盖然性的评价与表达难题

证明及疏明标准的评价、界定与呈现是十分棘手的实践难题。对于证明评价(包括疏明中的证明评价),因法官对客观真实的发现手段极为有限,诉讼中实际也难以做到发现客观的真实,因此,大陆法系国家的学界和实务已经普遍采纳了法官“认为其真实”或“信实”的主观标准,^⑥或主张客观化的主观标准,而以“一定程度的盖然性评价”或“要求所谓根据生活经验相信其为真实所必要的盖然性评价”作为对法官自由心证的拘束。^⑦以德国为例,学界和实务上所建构和归纳出来的“证明度评价体系”(Beweismaßsystem,见表1)为法官提供了盖然性基准点的指引和参照,使得法官可以根据不同的规范类型和目的,对待证事实的盖然性在一定的百分比范围内获得不同层次的主观确信,并以此作为是否应将一项事实主张视为真实(或不真实)的依据。^⑧

然而,尽管心证标准通过证明标准评价体系得以外化,但实际上并未从实际解决证明及疏明标准的界定与呈现难题。原因在于:

第一,证明度评价体系只是对法官心证标准的(事后)描述与说明,而非法官作出裁判必须遵循的路径和方法。事实认定往往取决于法官基于证据和经验所获致的主观确信,而非可以量化的盖然性评价。诚然,证明度评价体系以其严谨的逻辑和精确

表1 德国法上的证明度评价体系

要件事实存在	盖然性	规范类型
确凿无疑	x=100%	——
显而易见	x > 90%	应当提高证明标准的规范。例如,给付确定之不生效力(§ 319 BGB)
高度盖然性	x > 75%	通常的证明标准(§ 286 ZPO)
优势盖然性	x > 50%	应当降低证明标准的规范。例如,申请回避(§ 44 ZPO)、临时性权利保护(§ 920,936,940 ZPO)、独立证据调查(§ 487 ZPO)
真伪不明	x=50%	根据实体法规范适用证明责任裁判
并非没有可能	0 < x < 50%	应当尽可能降低证明标准的规范。例如,所失利益的计算(§ 252 BGB)
绝无可能	x=0	——

的数字分析而在客观证明标准的语境之下获得应然的正当性,同时,用语言和逻辑上的标准对证明及疏明程度加以呈现,可以避免法官心证失据。但是,在主观证明标准的语境下,所谓的盖然性标准并不是事实存在或不存在的一种客观的概率说明,而是充当法官形成确信的指引和参考。^⑨更何况,以具体的百分比值来确定证明及疏明程度,不仅理论上无法做到精确,而且事实上也无法验证。

第二,从规范目的的解释论中只能得出不同法规规范的要件事实应适用不同的证明或疏明标准,以及不同标准之间在盖然性层次上的差异,而并不能直接得出具体的、量化的盖然性标准。加之,法官的自由心证通常难以脱离影响诉讼进程的各种因素和实际状况而孤立存在,事实认定过程中的盖然性评价并不总是遵循机械的、量化的严格标准,毋宁需要法官基于诉讼中的各种情境与需求去考量辩论的全部趣旨和自由心证过程中可能的证据提供进行幅度上的判断和取舍。在具体案件中,通常缺乏准确衡量盖然性的手段,起决定作用的还是理智裁判者的确信形成,在模棱两可的情形中由法官的主观估量来决定。^⑩法官对证明及疏明标准的评价固然应当受到盖然性判断的拘束,但更为重要的是,法官应当将关注的重心从盖然性评价转向影响盖然性判断的各种条件和因素之上,如是,盖然性判断才有意义。

第三,以模拟数据分析的方式拘束法官自由心证,不能从根本上解决法官误判和恣意的风险。甚者,严苛的证明及疏明标准多将法官误判的风险归于原告(或申请人),进而产生抑制诉权的不当结果。^⑪因此,根据自由心证主义的要求,以及立足于程序对当事人的平等保护和风险的平等分配的立场,法官有必要在特定情形中(至少在个案中)根据案件的类型和规范目的对证明及疏明的盖然性要求作出适当调整和修正。

第四,以优势盖然性为判准的疏明制度缺乏严格的程序保障,疏明应当追求真实但更应当注重效率。民事诉讼以高度盖然性作为证明标准和采信基准,以当事人主义和辩论原则为基础并提供严格的程序保障,可以最大限度避免错误判决,以提高民众

对司法的接纳度和信服度。但是,以优势盖然性为判准的疏明因缺乏完备而严格的证据程序,在证明评价中应当具有相对独立的地位,对证明标准评价体系的拘束以及严格的当事人主义理应有缓和。

综上,民事诉讼中的证明评价如果严守证明度评价体系中的盖然性标准,难免会陷入法官自由心证与盖然性拘束之间的对立与循环论证。基于诉讼追求真实的理念以及纠纷解决效率的诉讼目的论之立场,如何在既有的证明标准评价体系中不拘泥于严苛的盖然性判断,让法官能够以“量体裁衣”(而非只能“选择成衣”)的方式,通过考量实质影响盖然性判断的事实和法规范,做出既无悖事实认定的固定路径,又符合规范目的的裁判,显得更为重要。

二、实务界与学界对疏明标准的论争与互动

(一)统一疏明标准与弹性疏明标准

统一标准说认为,疏明应当确定一个统一的、能够一般性地适用于所有案件中的判断边界,为学理上通说。在德国,理论上将优势盖然性标准界定为“超过50%而不到75%”,^⑫或者“事实存在的盖然性(至少)大于其不存在”(超过50%)。^⑬瑞士学者也认为,尽管联邦最高法院的判例中所谓“简单的盖然性”并未明确具体的、一般性的疏明标准及其边界,并非有意通过此种模糊的方式让法官可以根据具体案件的具体情况来决定盖然性判准,所谓灵活的疏明标准是不存在的。^⑭从法的安定性角度来看,确定一般性的、统一的疏明标准有利于保障法律适用的可预见性和权利的平等保护,避免法官的自由心证对当事人造成突袭。同时,确定统一标准对保障程序公正、防止法官恣意也具有积极意义。

弹性标准说源于司法实践对传统的证明标准理论的批评和突破。该说认为,在适用疏明的一系列规范中,可以根据不同的适用情形来决定不同的疏明标准,法官可以对采信基准进行调整。实践中法官根据案件的具体情况提高或降低疏明标准的现象时有发生,并非总是将优势盖然性标准固定在特定的数值界限或范围之内。尤其是近年来因裁判的预期成本最小化原则(于后文阐述)的运用逐渐受到人们的关注,法官为尽可能避免当事人的权利状态因错误裁判而受到不利影响,通常会通过考量预期的

裁判结果而对疏明的采信基准作出调整。例如,从临时性权利保护程序的很多判例来看,疏明标准的盖然性界定往往取决于被申请的临时性措施对当事人权利状态造成的不利程度,具体来说,疏明标准在假处分程序中会有所提高,而在假扣押程序中的要求则会降低。同时,学界对《德国民事诉讼法》第294条的解读也有不同见解,认为立法者设定疏明所追求的规范目的本不尽相同,盖然性的基准在具体的应用场合中也应该是多样性的,尤其是在临时性权利保护程序中,疏明的标准应当取决于当事人具体所申请的保护措施的类型和内容。^⑮

(二)疏明的最低盖然性标准之争

持肯定说者认为,疏明标准应满足“优势的盖然性”要求,始终具有最低盖然性标准的底线,即法官对盖然性的评价至少要高于50%,才能就应疏明的事实存在获致确信。普维庭指出,争议的事实要得以疏明,至少应表明待证事实存在的可能性大于其反面(的可能性)。^⑯同样的观点,瑞士《关于强制执行和破产法的联邦法律合集(卷一)》(SchKG I)中也明确指出,法官必须对主张之案件事实存在,较其反面不存在进行更高的盖然性评价,此时才能说该事实已被疏明。^⑰同时,在联邦最高法院新的判例中更进一步明确了“疏明标准至少存在一个50%的主观盖然性之固定下限”。^⑱

否定说从判例发展而来。持否定说者认为,在特定情形中,即使法官的心证标准未超过50%的盖然性也可以获致疏明。实践表明,对盖然性的最低要求并不是一以贯之的,法官“踩过界”的现象时有发生。相较而言,否定说并不关注法官形成内心确信的形式,而是更注重裁判的最终结果对当事人权利状态的影响以及误判的风险。从严格意义上来说,持否定说论者在绝大多数情形中并不是在根本上否定优势盖然性的最低标准拘束,而仅仅只是在个案中对强调“法官确信”的主观证明度理论进行修正。疏明所追求的法官确信仍然以“真实”或“信实”为对象,而非“并非没有可能”或“可信为大概如此”。^⑲因法官的主观确信难免受到非理性因素的介入,若任由法官在个案中形成确信,可能有恣意裁决的危险。正因如此,突破优势盖然性的最低标准的情况

在很长一段时间内只是个案现象。

三、层次化的弹性疏明标准评价体系

(一)理论基础:盖然性的规范性评价

在大陆法系国家,诉讼中的事实关系和司法上的证明评价长期以来就有关于“客观真实说”与“法律真实说”之间的角力,对于同属证明评价范畴的疏明制度也影响甚深。从现有文献来看,证明评价中关于事实关系的“客观真实说”与“法律真实说”之间的争论,在德国和瑞士的疏明制度中则表现为对盖然性的说明性评价和规范性评价的不同效果之间的比较。从量化的盖然性标准出发来判断待证事实是否得到疏明,是对盖然性的一种说明性评价(die deskriptive Entscheidungstheorie)。这种心证判断所依循的进路合乎逻辑和客观真实,旨在描述法官获致心证的过程以及心证所依据的事实基础的解明程度。同时,通过确定严苛的盖然性标准,可以借此制约审判权的行使并抑制诉讼以减少诉讼所附随的公共及私人支出。^⑳甚至于,有学者认为,大陆法系国家司法中的统一而相对严苛的盖然性标准具有抑制诉讼的效果,反映了一个普遍对企图改变既有的法律权利现状的原告的“敌视”的司法传统。^㉑

与说明性评价相对应的是对盖然性的规范性评价(die normative Entscheidungstheorie)。规范性评价并不关注法官裁决的过程和盖然性依据,而是直接以法规范目的指示法官应当如何正确、合理地作出判决。^㉒一方面,盖然性不能被客观地确定,因此主观的盖然性评价不必苛求证明和疏明事实关系以客观真实为目标,只有在极少数案件中,尤其是涉及科学证据的案件中,客观的盖然性标准才能直接发挥作用。例如婚生子女否认之诉中通过DNA鉴定意见可以获得概率上的客观数据;同样,在植物新品种权侵权诉讼中通过DNA指纹鉴定法、DUS田间观测法等也能进行客观的盖然性评价。另一方面,取决于诉争事实状况真实与否的法官裁判,在对盖然性的规范性评价视域内被看作是一种“风险下的决定”,法官不仅要对其预期的误判风险进行评价和控制,而且必须兼顾个案中的当事人利益以及其他利益之间的平衡。^㉓诉争事实的认定取决于法官的自由心证,而采信基准的盖然性判断必须考量拟适用法律的规

范目的,否则盖然性评价没有意义。

对盖然性的规范性评价并非从根本上背离证明度评价体系,而是将证明标准的盖然性呈现转化为一种法官可以灵活运用的、并可以通过逻辑和语言加以呈现的标准。规范性评价方法使适用法律更加灵活,法官不拘泥于事实关系的盖然性判断,而是强调其基于证据、辩论的全部趣旨和经验获得主观确信。同时,规范性评价也使法官在解释论的范畴内对法律漏洞填补以及超越规范体系的法律续造(即法官造法)成为可能。^②

(二)层次化标准:基于误判成本最小化原则的类案区分

由于人们在作出决定时很难摆脱内心的主观倾向,因此,在不确定状态下的“获知”往往都会产生谬误:要么拒绝了实际上成立的、正确的假设(拒真错误),要么采信了实际上不成立的、错误的假设(存伪错误)。同样,法官将不存在的事实状况视为存在或将存在的事实状况视为不存在的情况在审判活动中也极为典型,实践中称为“认定事实错误”,须以事实改判加以纠正。尽管事实存在与否的盖然性评价是避免错误决定的最为直接和有效的方式,即盖然性越高,则错误的可能性就越小,但是,正如前文所述,仅以盖然性分析来获致结论难免会陷入自由心证与盖然性拘束之间的对立与循环论证,难言有效。

为了尽可能避免不确定情况下的错误或不当决策,美国宾夕法尼亚大学心理系教授Jonathan Baron率先将决策过程中的盖然性评价与统计学上的“效益-成本”理论相结合,提出了“不确定状态下的决策理论”(Theory of choice under uncertainty)。该理论旨在确定如何从所有可能的备选方案中,选择一个能够最好地实现所追求的目标和价值的方案。具体而言,决策的规则由一个优先功能和一个优化准则构成。优先功能不仅要求对备选方案的单个结果进行评价,并进行价值判断和位阶排列;优化准则指向决策结果的效益最大化或成本最小化(或称为风险最小化)。^③这种分析方法导致决策者在做决定时不再追求将错误决策的数量(概率)最小化,而是将决策的预期成本最小化。换言之,决策所造成的成本或风险越小,决策就越科学。而在不确定状态下,科学的

决策才是正确的决策。例如,如果警方接到举报人电话报案说某学校里藏有一颗炸弹,那么在任何情况下,警方都应当让人撤离那所学校。尽管在大多数情况下,这种类型的报案只是一种恶作剧(即盖然性极低),但哪怕存在极小的可能性,错误的撤离命令也有足够的正当性和合理性,也没有人会因此责难警方。^④如果事实上真的有炸弹,那么不撤离学校的决定的成本就要比没有炸弹而做出撤离学校的决定的成本要高出太多。当然,在具体的司法程序中当事人之间的利益差异通常并不明显,加之当事人的利益必须兼顾,因此较为复杂。

相应的结果评价对于法官而言也至关重要。因此,源于“决策理论”的裁判的预期错误成本最小化原则(Minimierung der erwarteten Fehlerkosten)在德国和瑞士逐渐受到关注。前述关于疏明标准的诸多争议,几乎都要求法官预先以裁决的结果来检视疏明标准的盖然性判断,在很大程度上正是由于受到这一原则的影响。预期的误判成本最小化原则对解决疏明标准的边界不能精准“锚定”的问题具有重要意义,其核心要义在于:事实认定和自由心证不能脱离规范适用(及不适用)的结果考量,法官必须预先考虑(尤其是错误地)适用或不适用法规范可能对当事人的权利状态会造成的影响。^⑤

裁判成本最小化原则以结果评价为本位,包含两个方面的内容:其一,要求法官对法规范所追求的制度目的进行考量(即优先功能);其二,要求法官对规范的适用或不适用对所有当事人权利状态造成的影响进行比较,并立足于制度目的选择其中错误成本最小的方案(即优化功能)。^⑥法规范所追求的目的及其适用(或不适用)对当事人造成的结果显然是不一样的。例如,临时性权利保护措施的制度目的在于保障执行,但是错误裁判导致的成本在不同的保护措施中不尽相同。错误地拒绝假扣押申请可能会导致强制执行的落空,不利于申请人实体权利的最终落实。而同意假处分申请则会导致申请人给付请求的暂时满足,对相对人的不利影响较其它临时措施要大得多,更遑论错误裁判带来的不利影响。再如,对回避申请的裁决导致的成本也有差异,同意回避申请的错误裁定会导致诉讼的拖延,有违诉讼经

济和效率；而错误地拒绝申请会直接导致审判程序的不合法，与其制度目的背道而驰。

因此，误判成本最小化原则要求疏明标准应当在不同的案件类型和适用情形中进行不同界定，不宜对盖然性评价作出“一刀切”的认定，而是使其有区分评价的可能。如是，疏明标准应该是一种层次化的标准，受制度目的和规范适用结果的影响。

瑞士的司法实践最先尝试将裁判的预期错误成本最小化原则纳入疏明标准界定的评价因素，并在临时权利保护措施的运用中加以阐释。

首先，裁判的结果（同意或拒绝申请）及其对当事人造成的不利影响的大小，取决于主请求权存在的盖然性判断。由于临时权利保护措施的申请和裁判适用简易程序，法官获致心证的方法和时间极为有限，法官在裁判的时候通常并不确信申请人是否存在实体法上的请求权。如果法官作出拒绝临时性权利保护申请的裁判，则申请人将在一定程度的盖然性下面临不利；当申请人事实上不存在实体法上的请求权时，此时并未产生源于实体法的权利地位及其旨在免遭纯粹经济上不利的保护利益，这些不利结果就可以忽略不计。反之，如果法院作出同意的裁判，则相对人在一定盖然性下面临不利，但若存在实体法上的请求权时，则这种不利益将显得微不足道。因此，法律规定在临时性权利保护程序中申请人仅需疏明即已足够，但原则上仍然应当受到优势盖然性标准的拘束。^②

其次，在不同的临时性权利保护措施中，可能的错误裁判导致当事人遭受的不利益也有所不同，因此，对于实体请求权存在的疏明，其盖然性标准应当不同的保护措施下进行层次上的区分。^③具体而言，对临时性权利保护措施的错误的拒绝裁判对申请人造成的不利，与错误的同意裁判对相对人造成的不利，两者在不同的权利保护措施中是有区别的。在假处分、定暂时状态等临时性权利保护程序中，同意申请的错误裁判对“所谓的”债务人的权利状态的伤害显然要比保全担保措施严重得多，因为前者将直接导致主请求权的暂时满足。因此，为了使误判成本最小化，也即风险最低化或伤害最小化，在假处分的情形中对申请人疏明实体法上的请求权

的盖然性要求必然提高，在保全担保程序中则相对降低。此外，实践表明，这种基于预期错误成本考量的层次化盖然性评价方法也可以运用于回避、预先举证等其他适用疏明的程序之中。^④

再次，当法官对实体请求权的存在获得确信时，作出同意申请的裁判对相对人所造成的明显的不利益，不能成为法官拒绝当事人申请的理由。^⑤换言之，在特殊情况下，如果因立即可用的证据方法可以确定实体请求权已经产生，则无须再考虑相对人遭受的不利益。这也与《瑞士民事诉讼法》第257条的规范意旨相符。根据该条规定，若一个需要快速处理的案件呈现出清晰的权利义务关系，则法官可以直接作出认定，而无须考量对当事人产生的不利影响。

（三）弹性标准：以利益平衡原则进行个案修正

利益平衡原则（Interessenabwägung）的理论基础在于，诉讼中的事实认定、疏明事实关系应当依法公平且合理地决定某社会生活上的特定利益归属及分配，证明活动的界限设定也应当取决于应分配利益之性质及价值。另一方面，与证明评价和证明责任的分配类似，疏明及其标准的界定也应当在当事人可期待的疏明活动的合理范围内予以确定。同时，以利益平衡原则取代比例原则（合理性审查原则），将作为疏明对象的合理性要件转化为影响疏明标准的界定因素，可以避免解释上的障碍。从现有的判例来看，法官透过利益平衡原则在个案中对疏明标准的修正，其目标和进路可大致归纳为三个方面：其一，以疏明标准的一般要求排斥无理由的申请或单纯的主张，防止当事人滥用诉权或拖延诉讼。这在申请回避和人身保护令的过程中较为常见。^⑥其二，当申请人一方举证困难或因证据偏在的情况而导致申请人一方疏明困难时，可以适当降低疏明标准。^⑦其三，适当调整疏明标准，防止私权的司法救济损害社会利益。例如，在定暂时状态程序中，对定期出版的媒体造成人格权伤害的疏明，必须设置非常高的条件，因为在一个民主的社会里，传媒在舆论形成中应扮演一个特殊的角色。因此，“通常的”疏明标准是不够的，申请人须要用“几乎可以肯定”（Quasi-Sicherheit）的标准来证明不法的人格权伤害，

定暂时状态的保护措施才能实施。^⑤

四、疏明标准在具体程序中的运用

(一)临时性权利保护程序

如果当事人能够疏明其应有的权利已被侵害或者有被侵害之虞,而且其权利因侵害而面临事后不易再次补救的不利境地,则法庭根据法律规定采取必要的临时性权利保护措施(Verfahren des einstweiligen Rechtsschutz)。临时性权利保护措施根据其种类通常分为保全措施、定暂时状态措施和处分措施。若以申请的同意或拒绝所带来的结果来看,亦即从法规范的制度目的和适用(或不适用)法规范对当事人权利状态的影响来看,疏明标准在临时性权利保护程序可以类案层次化的方式予以评价:以是否导致申请人权利的满足为标准,可将临时性权利保护措施分为处分型措施和非处分型措施两类案,并以不同的盖然性要求作为界定疏明标准的判断基准点。

1. 假处分与定暂时状态处分

处分型的临时性权利保护措施包括给付假处分(Leistungssverfügungen)和定暂时状态处分(Regelungsverfügung)。给付假处分服务于非金钱请求权的暂时满足,而且通常是消极义务的暂时执行。例如,合同上的竞业禁止,或者从知识产权法中发展出来的停止侵权请求权。同时,根据德国和瑞士的法律规定,金钱给付仅在法律有明确规定的情况下才能进行。定暂时状态处分规范持续性法律关系(如劳动关系、合伙关系和租赁关系)的当事人的行为,直至法庭作出最终的本案判决。《德国民事诉讼法》第940条规定的定暂时状态假处分,其理由是“为了避免重大损害、防止威胁的暴力或者出于其他理由显得有必要定暂时状态”,例如,为了保护人身权在主诉讼裁判既判力之前不作一定的声明,或临时除去某个合伙人的业务领导权限或代理权限,或命令暂时停止特定的不正当竞争行为,等等。其他典型案例还包括:为保障公司解散之诉或者诉之变更所追求的成果而确定暂时状态,以及持续的离婚诉讼期间的抚养费的确定等,其制度目的都是为了实现法律关系的暂时确定和维持。

如前所述,由于处分型临时性权利保护措施将

导致主请求的最终满足,会对相对人的权利状态造成严重影响,因此疏明标准必须有所提高。至少相对于非处分型的保护措施而言,疏明标准的层次区分是极其有必要的。在一个定暂时状态处分的判决中,瑞士法院认为,如果要作出一个可令申请人主请求得到最终满足的处分措施的裁定,因其不能再恢复原状,因此仅在限制性条件之下方能允许,这种限制不仅与有关事实的存在与否有关,而且与采取有关措施的所有必要条件和应考虑的因素有关,特别是取决于对申请人和被申请人各自不利境地的评估结果。^⑥在另外一个新的判决中,法院认为,当事人所申请的一项有限期的竞业禁止将要持续到通常的诉讼程序终结时,申请人所主张的事实仅仅具有“一般的合理性”(eine gewisse Plausibilität)是明显不够的。^⑦前述对定期出版的媒体造成人格权伤害定暂时状态时须提高疏明标准,亦是如此。

从结果上区分给付假处分和定暂时状态假处分相当困难,因为两者都会导致申请者(请求)的暂时满足,因此,在处分型临时性权利保护程序内部并没有类案区分之必要。穆泽拉克认为,德国的实务并不关注给付假处分与定暂时状态假处分之间的区分,而是经常将规定这两种措施的法规范并列作为法律基础,实务上一致认为,即使定暂时状态假处分也不允许达到最终清偿的目的。假处分创造的权利状态的暂时性可以通过“是否在撤销该假处分时又自动恢复到以前的权利状态”这一标准进行衡量。^⑧这种区分在瑞士也没有实际意义,尤其是,二者并不是根据对相对人权利领域的侵犯的严重程度进行区分的,毕竟两者都能导致申请人相对方相同程度的负担,对疏明标准的要求也无须再作层次上的调整。^⑨

2. 假扣押和保全担保措施

非处分型的临时性权利保护措施是指《德国民事诉讼法》第916-934条规定的假扣押程序(Arrest)和《瑞士民事诉讼法》第261条及以下规定的保全担保措施(Sicherungsmaßnahmen)。非处分型的临时性权利保护旨在维持权利的存在状态,使一项未经既判力确定的主观权利在将来的执行成为可能。通过这些措施本身不导致实体请求权的暂时满足,以对

物和权利处分的禁令为例,这种程序为了迅速起见,降低了对作为法院裁判基础的事实的证明要求,仅需疏明即已足够。^④

从预期的误判成本考量来看,一个错误的非处分型措施对(所谓的)债务人的权利领域的侵害要小得多,而且这种侵害只是暂时性的。相应地,如果在诉讼期间发生的原有权利状态之改变最终阻碍了实体权利的落实,那么一个同意申请的错误裁判的成本要比一个错误的拒绝裁判的成本要低得多。因此,一般情况下,申请非处分型临时性权利保护时,申请人对主请求权存在的疏明需要达到优势的盖然性;如果现有权利状态改变的危害性变大,那么即便小于50%的给付请求之盖然性也因此变得合理,唯有如此才能保证误判风险的最小化。^⑤在一个确认增资无效的诉讼中,针对申请人申请商业登记冻结的指令,苏黎世商事法院的独任法官认为股权登记的冻结指令只能确保股权结构在登记之前的状态(status quo ante),当事人仍然可能通过他种途径对权利状态进行变更,故对冻结登记的申请理由之疏明可以采用相当低的标准来获得,而无须超过一般的优势盖然性标准。^⑥联邦最高法院的判决进一步明确,适用《瑞士民事诉讼法》第261条第1款时对疏明的要求根据所申请的临时性权利保护措施的类型(保全、处分还是定暂时状态措施)而有所不同,从裁判的预期错误成本的意义考虑,特定情况下低于50%的盖然性也能满足疏明保全担保权所必要的条件。^⑦

此外,若因错误同意临时性权利保护措施申请而对相对人可能造成损害的,可以通过诸如要求申请人缴纳保证金(《瑞士民事诉讼法》第264条)或者以提供担保的方式撤销或置换扣押(《德国民事诉讼法》第925条)等途径加以弥补。因此,在保全程序中,申请人和相对人之间的程序利益分别由不同的规范加以调整,预期的误判风险与成本的分配也是不同的。

值得注意的是,以是否导致申请人权利的暂时满足为区分标准时,这里的“权利”必须是作为诉讼标的的实体请求权。这在申请保全抵押权登记的过程中显得尤为重要。根据《瑞士民法典》第839条第

2款规定,建筑手工业者保全抵押权必须在完成不动产工作后的四个月内土地登记簿中登记,否则将最终丧失该权利。申请登记时,申请人必须疏明保全抵押权已满足登记的条件。实际的状况表明,如果保全抵押权所担保的债权存在争议,那么法院实际上是不可能在此期间作出有既判力的判决的。因此,建筑手工业者保全抵押权的特征决定了其一开始就要被登记,这种临时性登记从形式上来看是一个假处分,此时“主请求”就是为了保障工薪债权的索偿而对抵押权进行登记的申请,同意登记申请似乎将会使主请求得到暂时的满足。^⑧

然而,建筑手工业者保全抵押权旨在保障其从属的主债权之实现,主债权不会因担保权的临时性登记而得到满足。因此,临时登记也属于《瑞士民事诉讼法》第261条及以下的临时性权利保护措施。担保权从属于实际的争议标的,即来源于承揽合同的付款请求之状态,争议标的不会因预防性登记而得以预先判定,对申请人所针对的“所谓的”债务人的权利领域造成的侵害是很小的。联邦最高法院认为,尽管担保权的预防性登记并非毫无(实质性)结果,因为这种登记会妨碍将来的不动产权利之获得,甚至完全阻断其获得不动产的可能性,但是,登记的(负面)影响必然要比事实上最终拒绝保全担保要小得多。因此,建筑手工业者的保全抵押权之登记根据其效力是一种典型的非处分型措施。对其申请登记的条件之疏明要设置更低的(盖然性)要求,这种疏明程度与《瑞士民事诉讼法》第261条的保全担保措施也契合。^⑨

(二)证据保全

根据《德国民事诉讼法》第485条规定,证据方法有灭失或难于使用的可能时(如即将倒塌的房屋或濒临死亡的证人)得进行独立之证据调查程序(Selbständiges Beweisverfahren)。被申请保全的证据方法仅限于检证、询问证人和鉴定人鉴定;第487条则要求申请人只需对适用审前证据调查程序的合法性事实和被申请法院存在管辖权的理由事实予以疏明。原则上,疏明采用优势盖然性标准。但如果相对人在法定期间届满后,未就申请人之独立证据程序申请提出异议,则根据第487条第4项的规范意

旨,就不应要求申请人就申请的合法性事实和管辖权事实进行疏明。^④此外,实务中认为,如果双方当事人就案件的所有必要事实(即关涉诉讼标的之要件事实)之间没有争议,那么,即使就独立之证据调查的合法性事实的疏明未达到优势盖然性标准,也可以启动独立之证据调查程序。^⑤

与德国的实践相比,瑞士的理论和实践在证据保全中对疏明标准的要求则更显灵活。根据《瑞士民事诉讼法》第158条第1款的规定,申请人疏明拟利用的证据方法面临危险,或者疏明其就申请之事项享有法律上的利害关系时,法庭得随时进行预先举证(vorsorgliche Beweisabnahme)。所谓“预先”,是指只能在正式的证据程序开始之前,即主请求之程序系属之前或系属后申请举证,这与德国的独立证据程序相同。设置疏明法律上的利害关系作为前提条件,使得预先举证程序脱离了传统的保全担保措施的范畴,并创造了澄清诉讼前景的方法。理论上认为,对于“法律上利害关系”的疏明,申请人只须单纯主张即可,并不要求必须疏明其所涉证据所指向的实体请求权的存在。原因在于,如果主请求权的存在得以疏明,则申请人本身就拥有了十分有利的诉讼前景,而无须通过进一步的预先举证程序来判断他的诉讼机会。更何况,要求疏明请求权存在的做法将提高证明度标准,反而不利于诉讼前景的澄清,会导致预先举证制度的规范目的落空。^⑥

然而从实践上来看,申请人单纯的主张是不够的,而是必须以疏明实体法上的请求权存在作为预先举证的前提,实质性主张必须借助其预先举证所涉及的证据方法来证明。毕竟,单纯的主张对法规范所要求的疏明如果没有盖然性要求,这从文义和体系上都无法解释。^⑦只不过,根据瑞士联邦最高法院的观点,虽然诉前预先举证的条件是申请人必须疏明主请求权的要件事实,但不要求疏明经由该证据方法恰好必须能证明该事实。^⑧

主请求权须以何种程度的主观盖然性存在才能同意预先举证,这一问题在实务中经常提及。学说上对此的回应是:仅当主请求权“看起来明显不存在”(Offensichtlich)的时候,才能拒绝预先调查举证申请。^⑨司法实务虽不采纳单纯主张的观点,但对于这

种弱化主观盖然性标准的评价进路是认可的。在一个因预先举证可能涉及商业秘密的判例中,伯尔尼商事法院指出,申请预先调查举证时对疏明“法律上利害关系”的要求必须比假处分中对疏明的要求低。一方面,对相对人而言,法官肯认一项(事后证明)本不存在实体法上请求权的预先举证申请,很难称之为是一种损害,于此,即便实体请求权要件事实的存在低于50%的主观盖然性,也是合理的。另一方面,相对人的利益能够通过其他的程序措施得到保障。例如,根据《瑞士民事诉讼法》第156条的规定,如果取证将损害了一方或第三方的合法利益,尤其是涉及商业机密时,则法院将采取必要的措施。反之,如果(错误地)拒绝预先调查举证的申请,则对申请人而言,其依法享有的预先调查举证的权利通常都无法落实。^⑩

因此,根据预期的裁判错误成本最小化原则,实践中不再强调疏明实体请求权存在必须获致优势盖然性标准,而是通过个案修正的方式,在实体请求权存在的低盖然性条件下也能够认定满足疏明的盖然性要求而进行预先的调查举证。学说上反复强调的仅拒绝那些明显无理由的预先调查举证申请,也正反映了这种要求。

(三)反家庭暴力与人身保护令

《德国国家事事件程序法》第51条第1款第2句规定,在家庭暴力案件中原则上适用职权探知主义进行证据调查,申请人身保护令无须提供证据证明,仅须疏明申请的合理性。疏明标准采用优势盖然性,疏明的标准可以通过多种方式获致,最为常用的方式为代宣誓保证,也可以通过提交医疗证明、警察报告和证人证言的方式来疏明其申请的合理性。从制度目的和结果考量的立场出发,对申请人身保护令的合理性的疏明需要考量两方面的利益平衡:第一,反家庭暴力法旨在防止家庭暴力行为及保护被害人权益,人身保护令的申请和执行具有紧迫性和必要性,因此,实践中认为应以更低的证明度(Geringere Beweismaß)作为疏明的证明度标准,举证及证明的程序适用“存在的盖然性大于不存在的盖然性”规则,^⑪第二,人身保护令的发布会对相对人的名誉权和自由权造成强烈的干预,因此,法官因申请人疏明

获致的心证也能通过相对人的反疏明(Gegenglaubhaftmachung)动摇,相对人提出实质的异议(而非纯粹的否认)之后,即可以动摇法官的心证。^⑤

(四)回避申请及理由

《德国民事诉讼法》第44条第2款要求申请人对申请回避的原因予以疏明。受该法第294条的限制,即不能即时调查的证据不得作为疏明的方式,因此并不接受当事人代宣誓保证。《瑞士民事诉讼法》第49条第1款规定,让法官回避的原因必须在回避申请中疏明。法官对回避申请误判的后果是非常严重的。如果在程序中没有发现这种错误,则会最终剥夺相关当事人对公正司法的请求权,这种权利属于宪法和人权法范畴。如果在有既判力的程序终局后才发现这种错误,则必须对全部程序进行推翻和重审。当然,错误批准回避请求的后果也不能忽视,因为这样通常会导致诉讼拖延,只不过,错误地同意回避申请造成的不良后果要比错误拒绝小得多。因此,对于回避理由的疏明,即便明显小于50%的主观盖然性(法官确信程度)也已足够。^⑥

五、疏明标准适用之新进展对我国的启示

我国《民事诉讼法》《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》(以下简称《民诉法解释》)、《最高人民法院关于人民法院办理财产保全案件若干问题的规定》(以下简称《保全规定》)以及其它相关司法解释中均未直接采用“疏明”这一概念,也未明确规定疏明标准。但《民事诉讼法》及相关司法解释中不乏对程序性事项予以澄清和说明的规定,比如当事人“应当说明理由”的事项,以及申请财产保全和证据保全过程中关于申请理由的主张等。从这些规范的目的来看,程序事实关系的解明与澄清有别于通常的证据程序中对实体权利要件事实的证明,因为其结果并不能直接导致当事人实体权利的确定和落实。正因如此,对程序性事项的证明标准应当与对实体权利要件事实的证明标准有所不同。更何况,诉讼实务中对程序性事项的证明评价适用优势盖然性标准,已是不争的事实。^⑦

然而,另一方面,我国的立法工作和程序法研究长期以来均面临重实体轻程序的问题,程序法学的贫困化和轻视程序的制度惯性,导致疏明制度在我

国的理论与实践并未受到应有的重视,比较法上的继受与本土化在很长一段时期内停滞不前。^⑧因学理阐释的缺位,疏明制度并没有像证明制度那样,完成了制度在理论上的体系化建构和精细化论证。^⑨因此,观念认知上的不足和制度供需之间的不平衡,导致在制度继受过程中被广泛采纳的优势盖然性评价标准在实践中未能发挥其应有的作用。

第一,适用疏明标准的程序价值在我国并未得到应有的重视,因此压缩了疏明制度的适用空间。疏明制度是澄清和认定程序性事实的通常方式,其以低于高度盖然性的证明评价标准迎合了程序性事项对效率的要求,对促进程序、防止当事人消耗过多的诉讼成本具有重要的意义,体现了明显的当事人主义的特点。然而,实践中往往忽视疏明的这种程序价值,而是通过增加程序适用的条件以确保当事人申请的真实性和程序不被当事人滥用。最为典型的就是在财产保全过程中对强制担保制度的过分依赖。尽管我国《民事诉讼法》和司法解释对于是否要求申请人提供担保的态度是“可以责令提供”(《民事诉讼法》第100条第2款,《保全规定》第3条),对担保的数额要求是“可以酌情处理”(《保全规定》第5条),但因当下被广为诟病的社会失信、滥用诉权以及执行难等问题,法院迫于压力,在具体操作过程中对担保的要求和审查都极为严格,几无裁量的余地。实务中,当事人申请财产保全时,法院通常会向其送达《责令提供财产担保通知书》,而保全申请的同意或驳回几乎完全依赖当事人能否提供担保,以及其提供的担保是否为法院所接受。至于法律所规定的“因当事人一方的行为或者其他原因”(原因事实)和“可能使判决难以执行或者造成其他损害”(必要性事实),亦即对保全申请的要件事实的认定,也因强制担保制度而在实践中显得毫无必要。因此,法院同意或驳回申请的裁定通常无视保全的原因事实和必要性事实的疏明,在裁判理由中也并不提及。^⑩这与设定过高的证明标准的后果一样,通过增加程序适用的条件,将会对当事人的权利落实制造程序上的障碍。

第二,实践中对疏明标准的要求过于严苛,甚至对程序性事实的证明适用高度盖然性标准予以评

价。我国《民事诉讼法》并未对证明标准作出明确规定,而《民诉法解释》第108条第1款则将证明标准的设定置于“高度可能性”,与大陆法系通说的“高度盖然性”在本质上并无二致。因优势盖然性标准在实证法上的失范,加之审判中重实体轻程序、过分追求“真实”的制度传统,导致实践中对程序性事实的证明适用高度盖然性评价标准的现象经常出现。这种状况在申请回避的程序中尤为典型,当事人除了根据法律规定说明申请回避的理由之外,法官还要求当事人对构成回避的原因事实提供证据加以证明,对回避申请的驳回裁定多以当事人“未能提供证据证明”“证据不足”或“无证据证实”作为理由。^④尽管在裁判理由中并未明确当事人提供的证据要使法官达到何种程度的主观确信,但从实际状况来看,这种盖然性要求与通常的证据程序中对实体性要件事实的证明标准的要求,并无不同。对疏明标准要求过高的现象在财产保全中也较为常见。根据《保全规定》第1条的规定,当事人、利害关系人申请财产保全,应当向人民法院提交申请书,并提供相关证据材料。实践中法官以此作为依据驳回保全申请的,通常不是因为当事人未提交证据,而是其未能“提交证据证明”。^⑤然而,从文义和体系解释的角度来看,条文中所规定的“提供相关证据材料”与《民诉法解释》关于证明标准的要求明显不同;以合目的性解释来看,要求当事人提供证据材料是为了排除当事人纯粹的主张,防止其因滥用权利而造成诉讼的拖延。因此,财产保全的申请应当适用疏明和优势盖然性标准,实务中的做法并不符合规范意旨,也有违诉讼经济和纠纷解决的效率。

第三,在裁判理由中未充分说理和公开心证,对疏明标准的判断难以呈现。心证公开的规范目的在于缩小当事人的举证预期偏差并防止诉讼上的突袭。根据《民诉法解释》第228条的规定,法官应公开其归纳争点的心证并征求当事人的意见,即事实争点公开。同时,该法第105条规定法官应当按照法定程序,全面、客观地审核证据,依照法律规定,运用逻辑推理和日常生活经验法则对证据有无证明力和证明力大小进行判断,并公开判断的理由和结果,即证据力和证明标准(采信基准)公开。对此,实践中法官

已经做到了对事实争点的归纳与心证公开,这是我国民事司法发展的重要成果。然而,对程序性事实的疏明及其证明评价的心证公开则在裁判中几近空白。从涉及疏明的相关程序的裁判文书来看,法官几乎完全不在裁判理由中公开其心证。即便在裁判理由中有所涉及,也较为简略。例如,以“未能提供证据证明”驳回回避或保全申请,^⑥或者以“无事实和法律依据”驳回保全申请,^⑦以及以“经查明申请不符合《诉讼费用交纳办法》的有关规定”驳回缓免交诉讼费申请。^⑧

综上可知,作为构成疏明制度两大支柱的疏明对象和疏明标准,在我国尚有规范外化的必要。首先,“说明理由”以及其他程序性事项的要件事实的规范表达,是否都能被大陆法系中的疏明的概念及其内容所涵盖,尚有待司法解释的明确乃至立法上的填补,仅仅从解释论中无法满足纷繁复杂的实践状况,而且也不利于法律适用的统一。其次,应确定何种程度之盖然性标准才能达到程序性事项的证明要求,也应当确定一般性的优势盖然性基准。与其他大陆法系国家和地区一样,尽管优势盖然性标准在我国尚未明确规定,而是从规范目的和体系解释中获致的。但考虑到我国重实体轻程序和对“真实”过分追求的司法传统,以明确的规范在程序法上确定优势盖然性标准仍有必要。此外,根据《民诉法解释》第108条第3款的规定,法律对于待证事实所应达到的证明标准另有规定的,从其规定。可见,立法已通过参引性规范的方式将证明标准的盖然性评价作出开放性的规定,为解释和立法留有余地。

在立法尚未填补之前,可以从解释论层面解读《民事诉讼法》及相关司法解释中对程序性事项的要件事实,并系统建构程序性事项的疏明及其标准。一方面,应当把当事人在诉讼中主张的、与诉讼标的无关的程序性事实作为疏明的对象。^⑨另一方面,以《民诉法解释》第108条第1款规定的“高度可能性”作为实体权利要件事实的证明标准,并据此构建与比较法上一致的证明标准二元结构,使程序性事项的证明标准低于“高度盖然性”,而只需达到优势盖然性标准即可。至于在个案中能否将优势盖然性标准降低至50%以下,从当下的社会和司法状况来看,

尚无必要。但比较法上的层次化疏明标准和个案修正的路径和方法仍值得借鉴。尤其是在财产保全案件中,应将法官同意或驳回保全申请的前提条件重新置于当事人是否疏明程序的要件事实的基础之上,并通过适当提高疏明标准的要求以防止申请的恣意,并以此调整当前过分依赖强制担保的现状。

在适用疏明的案件中,司法裁判应当尽可能落实司法决策公开制度和裁判文书说理制度,增强司法公信力和程序保障。尽管我国在司法公开方面做了大量工作,取得了显著的成果。但从已公开的裁判文书来看,法官对程序性事项的裁定的心证公开和说理远远不及判决。疏明标准的心证公开和充分说理是法官行使审判权的应有之义,也是保障程序公正、防止法官心证失据和恣意的必然要求。同时,通过心证公开和充分说理,可以使疏明制度作为一种“看得见的正义”在实践中得到有效贯彻,从而为当事人提供优质的司法服务和充分的法制保障。

注释:

① Vgl. Prütting/Gehrlein, Kommentare zur ZPO, 7. Aufl., Luchterhand Verlag, 2015, § 286 Rn. 23 ff.

② Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., C. H. Beck Verlag, 2018, S. 686.

③ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, 77. Aufl., C. H. Beck Verlag, 2019, § 294 Rn. 1.; s. a. Musielak/Voit, Grundkurs ZPO, 14. Aufl., C. H. Beck Verlag, 2019, S. 295, Rn. 826.

④ Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Schulthess Verlag, 1979, S. 323.

⑤ BGE 130III 321E. 3. 3. 判例所确定的评价标准在理论上被称为确定证明度判断的“范式”(Formulierung),作为一般的疏明评价的进路与标准。Vgl. Mark Schweizer, Das Beweismass der Glaubhaftmachung, ZZZ 2015, S. 3.

⑥ Vgl. Greger/Reinhard, Beweis und Wahrscheinlichkeit, Heymann Verlag, 1978, S. 82.

⑦ BGHZ 53, S. 245.

⑧ Michael Huber, Grundwissen-Zivilprozessrecht: Beweismaß, JuS 2016, S. 982.

⑨ Vgl. Rosenberg, a. a. O.(Fn. 2), S. 838.

⑩ Vgl. Rosenberg, a. a. O.(Fn. 2), S. 839.

⑪ 参见姜世明:《证明度之研究:举证责任与证明度》,新学林出版股份有限公司2014年版,第211-212页。

⑫ Grundsky/Jacoby, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., Franz VahlenVerlag, 2018, S. 183.

⑬ MüKoZPO/Drescher, 5. Aufl., C. H. Beck Verlag, 2016, § 294 Rn. 28 ff.

⑭ Isabelle Berger-Steiner, Das Beweismass im Privatrecht, JuS 2018, S. 144.

⑮ Vgl. Franz Hasenböhler, Die provisorische Verfügung nach basellandschaftlichem Zivilprozessrecht, BJM 1976, S. 20.; s. a. Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Stämpfli Verlag, 2010, S. 119.

⑯ Prütting, a. a. O.(Fn. 1), § 294 Rn. 28.

⑰ SchKG Band I, 1997, § 82 Rn. 28.

⑱ BGE 132 III 140 E. 4. 1. 2.

⑲ Vgl. Kellermann-Schröder: Gerichtliche Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutz nach der ZPO, JA 2018, S. 535.

⑳ Vgl. Elena Burmistrova-Jüttner, Subjektive Wahrscheinlichkeitstheorie und rationale Entscheidungstheorie in Anwendung auf die Rechtspraxis, München, 1987, S. 240 f.

㉑ 参见黄国昌:《民事诉讼理论之新开展》,元照出版股份有限公司2005年版,第112页。

㉒ Vgl. Burmistrova-Jüttner, a. a. O.(Fn. 20), S. 242 f.

㉓ Vgl. Schweizer, a. a. O.(Fn. 5), S. 5.

㉔ Vgl. Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Springer Verlag, 1983, S. 352 ff.

㉕ see Jonathan Baron, Thinking and Deciding, 4. edition, 2006, 3.

㉖ see Jonathan Baron, Thinking and Deciding, 4. edition, 2006, 49.

㉗ Vgl. Schweizer, a. a. O.(Fn. 5), S. 3.

㉘ Vgl. Schweizer, a. a. O.(Fn. 5), S. 6.

㉙ Vgl. Demian Stauber, Das Verhältnismässigkeitsprinzip bei superprovisorischen Massnahmen und seine Auswirkungen auf die besondere Dringlichkeit, sic! Verlag, 2010, S. 604.

㉚ Vgl. Schweizer a. a. O.(Fn. 5), S. 5.

㉛ BGE 138III 232E. 4. 1. 1.; BGE 138 III 76 E. 2. 4. 2. s. a. Schweizer a. a. O.(Fn. 5), S. 5.

㉜ Vgl. Schweizer a. a. O.(Fn. 5), S. 6.

- ③FamRZ 2019, S. 532.; BGE 133 I 1 E. 5. 5S. 5; 130.
- ④LG Dresden ZIP 2014, S. 1033.
- ⑤BGer, Urteil 5A_641/2017E. 7. 1.
- ⑥Oskar Vogel/Karl Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Stämpfli Verlag, 2005, S. 200, 208.
- ⑦BGE 138 III 378 E. 6. 4.
- ⑧Vgl. Musielak, a. a. O.(Fn. 3), S. 484, 485, Rn. 1373 ff.
- ⑨Vgl. Vogel, a. a. O.(Fn. 36), S. 208.
- ⑩Vgl. Musielak, a. a. O.(Fn. 3), S. 480, Rn. 1360.
- ⑪Vgl. MüKoZPO/Drescher, 5. Aufl., C. H. Beck Verlag, 2016, § 920, Rn. 16.
- ⑫HGer Zürich, Urteil HE 120205-O vom 26. Juli 2012, E. 7.
- ⑬Vgl. Schweizer, a. a. O.(Fn. 5), S. 4.
- ⑭在瑞士,参与建设的手工业者只要进行了建筑工作,都可以要求在物业的土地登记簿进行临时登记。这也适用于承揽人的分包商,且分包商无须与业主签订合同。相较于瑞士的规定,德国的手工业者只能向相应的客户请求预付款抵押 (§ 648a BGB)。这意味着在一些特殊情况下,仅有分包商本人有机会在土地登记簿中登记,不能及于多层合同关系中的承揽人。
- ⑮Vgl. BGE 137 III 563 E. 3. 3.
- ⑯Vgl. ZöllerKoZPO/Herget, 32. Aufl., Schmidt/Otto Verlag, 2018, § 487 Rn. 6.
- ⑰OLG Oldenburg, 03. 02. 1995, 2 W 15/95.
- ⑱Vgl. Mark Livschitz/Oliver Schmid, Beweisausforschungsstrategien und ihre Abwehr, AJP/PJA 2011, 739, 742 f.
- ⑲Laurent Killias/Michael Kramer/Thomas Rohner, Gewähr Art. 158 ZPO eine pre-trial discovery nach USamerikanischem Recht? in: Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander, Zürich, 2011, S. 933, 940.
- ⑳BGE 138 III 76 E. 2. 4. 2.
- ㉑Vgl. Killias, a. a. O.(Fn. 49), S. 942.
- ㉒HGer Bern, Entscheid HG 11 13vom 5. Mai 2011, E. 2d.
- ㉓OLG Brandenburg, 16. 02. 2005-4 U 129/04; s. a. OLG Saarbrücken, 19. 05. 2010-6 UF 38/10.
- ㉔OLG Brandenburg, 19. 02. 2013-3 UF 43/12.
- ㉕ZöllerKoZPO/Zöller, 32. Aufl., Schmidt/Otto Verlag, 2018, § 294 Rn. 6.
- ㉖参见李浩:《民事诉讼法学》,法律出版社2016年版,第187页;江伟、肖建国:《民事诉讼法》,中国人民大学出版社2015年版,第213页;张卫平:《民事诉讼法》,法律出版社2016年版,第233页。
- ㉗参见张卫平《对民事诉讼法学贫困化的思考》,载《清华法学》2014年第2期。
- ㉘我国学界对疏明制度的研究非常有限,而且较为零散。从现有文献来看,仅有黄海涛法官曾在疏明对象、疏明责任和疏明标准等方面对该制度进行过体系性的梳理。除此以外,学界通常是将疏明置于具体的适用对象(如保全制度)中进行有限探讨的。参见黄海涛:《民事诉讼中的疏明责任初探》,载《法学家》2008年第4期。
- ㉙广东省湛江市中级人民法院(2014)湛中法立民终字第55号民事裁定书;山西省稷山县人民法院(2020)晋0824民初722号民事裁定书;最高人民法院(2014)民申字第1149-1号民事裁定书。
- ㉚最高人民法院(2014)民申字第934号民事裁定书、(2014)民申字第802号民事裁定书、(2013)民申字第1188号民事裁定书、(2014)民提字第102号民事裁定书、(2014)民申字第221号民事裁定书、(2014)民申字第502号民事裁定书。
- ㉛河北省高级人民法院(2012)冀民二初字第13号民事裁定书;湖北省宜昌市中级人民法院(2018)鄂0684民初634号之四号民事裁定书。
- ㉜最高人民法院(2020)民申2307号民事裁定书。
- ㉝最高人民法院(2020)民终719号民事裁定书。
- ㉞最高人民法院(2020)民终578号民事裁定书。
- ㉟此类程序性事实包括:回避申请及其原因(《民事诉讼法》第45条第1款),逾期提交证据(《民事诉讼法》第65条第2款,《民诉法解释》第101条、第387条第2款),撤回事实和证据之认诺(《民诉法解释》第229条),二审中推翻一审诉讼行为(《民诉法解释》第342条第2款),说明公文书的真实性(《民诉法解释》第114条),申请实现担保物权时对担保财产状况的说明、被申请人的异议权(《民诉法解释》第367条、368条第2款)等。