法学研究 Chinese Journal of Law
Vol.43，No.5（2021）

民事诉讼中具体化责任的转移：法理、条件与程度

周　翠 *

内容提要：具体化责任转移，是指在满足一定条件后，将对事实主张的具体化责任从负担证明责任的当事人处转移至对方，其法理基础是真实完整陈述义务。具体化责任转移的目的在于消弭因双方当事人的信息来源存在巨大落差而导致的证明困难，既不导致证明责任或举证责任倒置，也未改变传统的攻击与防御手段。我国未来可借助比较法经验，引入具体化责任转移之概念，统一适用条件为负担证明责任的当事人无能力获取信息且积极主张、不负证明责任当事人可被期待具体化主张，明确不负证明责任的当事人的具体化责任与普遍的阐明义务之区别，并根据个案判断不负证明责任的当事人是否满足积极查证要求及其可以简单争辩的情形，细化拟制自认的成立条件。

关键词：主张具体化　附理由的否认　拟制自认　真实陈述　普遍阐明义务

引　言

在我国民事诉讼领域，具体化责任（Substantiierungslast，Substanziierungslast）的概念相对陌生，为人熟知的是不履行该项责任的后果，即成立拟制自认。拟制自认最早确立于2001年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（法释〔2001〕33号，已修改）第8条第2款，后被规定在2019年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（法释〔2019〕19号，以下简称“证据规定”）第4条之中。依该规定，拟制自认适用于不负证明责任的当事人在法官说明并询问后仍然不明确肯定或者否定对方当事人所主张的事实的情形，而不涉及以“不知道”进行回应的情形。〔1〕但是，“不知道”可能是实情，也可能是搪塞。何种情形下，这样的回应成立拟制自认？

* 浙江大学光华法学院教授。

〔1〕 类似见解参见刘学在：《论拟制的自认》，《法学评论》2005年第5期，第133页；王雪羽：《论拟制自认在我国的扩张适用》，《当代法学》2020年第1期，第140页。

检视我国司法实践可发现，被告对特定的手机号码、[2] 电子邮件地址、[3] 银行账号[4] 是否属于自己、签名是否为本人所签、[5] 是否承揽某项工程、[6] 是否收到对方支付的货款[7] 或运送的货物[8] 表示不知道或不清楚等情形，法官均认为成立拟制自认。更进一步，部分法官在特定案件中甚至还要求不负证明责任的当事人积极查证并详细说明，例如被告作为商场管理者仅否认封锁原告店铺的布条为其悬挂而拒绝回答系何人所为，[9] 或针对接收函件的人是否为自己的员工、[10] 签字人是否为本公司的项目经理、[11] 手机号码是否属于公司的原法定代表人、[12] 公司股东与其他公司的股东是否相识（例如原告所主张的夫妻或同学关系）不予答复、未查到或没有核实的情形，[13] 法院均认为成立拟制自认。

这样的裁判观点表明，尽管我国不存在类似于德国民事诉讼法第 138 条第 4 款的规范，但两国法官秉持相同的思想：涉及自己的行为或者属于个人感知范围内的事实，争辩人不能简单地以“不知道”进行争辩，而是应当具体争辩，也即针对对方当事人的事实主张作出积极说明，[14] 否则成立拟制自认。这一见解亦为我国最高人民法院所赞同。[15] 在此情形，负证明责任的当事人的具体主张责任被减轻，而不负证明责任的当事人的具体争辩责任被增强。自比较法上观之，这样的举证减轻措施与德国判例发展起来的第二位主张责任（sekundäre Darlegungslast，sekundäre Behauptungslast）、瑞士法中增强不负证明责任当事人的具体化责任以及奥地利法中的普遍阐明义务（allgemeine Aufklärungspflicht）均有类似之处。

然而，不负证明责任的当事人的具体争辩责任的法理基础和成立条件何在？该当事人的具体争辩又应当达到何等程度才不会成立拟制自认？这是否意味着其应当毫无限制地披露关于案件的一切信息？由于我国司法实践仅是初露具体化责任转移的萌芽思想，如上问题皆需在探查我国的学说概况和规范体系的基础之上借助比较法经验予以回答。

---

〔2〕 参见刘志军、孟庆禹民间借贷纠纷案，山东省德州市中级人民法院（2016）鲁 14 民终 2895 号民事判决书。

〔3〕 参见江西华纺纺织品有限公司与毕复柏、里奥有限公司买卖合同纠纷案，江西省宜春市中级人民法院（2018）赣 09 民初 141 号民事判决书。

〔4〕 参见易志华与黄德彬民间借贷纠纷案，广东省珠海市中级人民法院（2016）粤 04 民终 2693 号民事判决书。

〔5〕 参见林楚平与广州市黄埔区朝顺五金经营部等买卖合同纠纷案，广东省广州市中级人民法院（2018）粤 01 民终 376 号民事判决书。

〔6〕 参见盛彩城（北京）建筑装饰工程有限公司与北京嘉悦鑫木业有限公司买卖合同纠纷上诉案，北京市第二中级人民法院（2017）京 02 民终 10481 号民事判决书。

〔7〕 参见吉林省兴通酒业有限公司与宋远军买卖合同纠纷案，吉林省长春市中级人民法院（2016）吉 01 民终 3967 号民事判决书。

〔8〕 参见内蒙古金星鸿业电梯技术有限公司与内蒙古帝嘉酒店管理有限公司承揽合同纠纷案，内蒙古自治区呼和浩特市中级人民法院（2019）内 01 民终 1953 号民事判决书。

〔9〕 参见正大新景（厦门）投资有限公司与陈月红房屋租赁合同纠纷案，福建省厦门市中级人民法院（2016）闽 02 民终 2040 号民事判决书。

〔10〕 参见中国联合网络通信有限公司汕尾市分公司与广东盈通网络投资有限公司粤东南分公司、广东盈通网络投资有限公司技术服务合同纠纷案，广东省汕尾市中级人民法院（2016）粤 15 民初 37 号民事判决书。

〔11〕 参见新疆阿拉尔新城建筑有限责任公司与付伟良等公路货物运输合同纠纷上诉案，新疆生产建设兵团第一师中级人民法院（2017）兵 01 民终 135 号民事判决书。

〔12〕 参见徐州大韵商贸有限公司与枣庄盛田汽车贸易有限公司买卖合同纠纷上诉案，山东省枣庄市中级人民法院（2016）鲁 04 民终 1758 号民事判决书。

〔13〕 参见重庆宏彩商贸有限公司与中山市莱卡斯纺织制衣有限公司买卖合同纠纷案，广东省中山市中级人民法院（2017）粤 20 民终 4594 号民事判决书。

〔14〕 Stein/Jonas/Kern, ZPO, 23. Aufl., 2016, § 138 Rn. 30.

〔15〕 参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院新民事诉讼证据规定理解与适用》上册，人民法院出版社 2020 年版，第 104 页。

一、具体化责任转移的法理基础

（一）概念辨析及择取

我国学界虽然很早就对具体化责任的法理基础展开探讨，但围绕其概念使用和理解仍然存在诸多分歧。与许多学者使用的“具体化义务”〔16〕概念有别，有学者在参考日本法的基础上，将不负证明责任的当事人负担的具体争辩责任称为“附理由的否认义务”。〔17〕然而，或许因翻译之故，〔18〕“附理由的否认”在日本法上还具备另一重含义，其与“附限制的自认”相对，是指针对对方当事人所主张的事实在整体上提出争议但对其中一部分予以认可，例如承认收到所给付的金钱，但主张该笔金钱不是借款而是应当收取的货款，〔19〕也即相当于我国《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》（法释〔2020〕17 号）第 16 条第 1 句规定的情形，〔20〕并属于“证据规定”第 7 条、德国民事诉讼法第 289 条第 2 款规定的范畴。虽然德国通说〔21〕在长期争论之后已基本放弃最初所使用的“附理由的否认”（qualifiziertes Bestreiten）的表述，转而使用“附理由的自认”（qualifiziertes Geständnis）来概括第 289 条第 2 款，〔22〕但考虑到“附理由的否认”这一概念在比较法上的理解多元，我国未来在描述事实主张或陈述的具体程度时不宜采用这一表述，而应当使用“具体化责任”这一概念。

不过，围绕“具体化责任”的概念理解亦有争论，尤其表现在德国与瑞士的学说差异上。瑞士通说虽然将具体化责任视为与主张责任、争辩责任（Bestreitungslast）紧密相连的责任，并认为这三项责任均源于辩论原则（瑞士民事诉讼法第 55 条第 1 款）和证明责任规范（瑞士

〔16〕 参见胡亚球：《论民事诉讼当事人具体化义务的中国路径》，《清华法学》2013 年第 4 期，第 36 页以下；陈贤贵：《当事人的具体化义务研究》，《法律科学》2015 年第 5 期，第 181 页；王聪、郑则川：《有序与效率：当事人主张的具体化义务研究——以民事诉讼为视角》，《西南政法大学学报》2012 年第 1 期，第 70 页。

〔17〕 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 106 页以下。

〔18〕 德语概念 substantiiertes Bestreiten 与 qualifiziertes Bestreiten 在日语中均被译为“附理由的否认”。参见 Götze：《独和法律用语词典》，成文堂 2010 年版，第 94 页。

〔19〕 ［日］新堂幸司：《新民事诉讼法》，林剑锋译，法律出版社 2008 年版，第 378 页，边码 493。

〔20〕 针对该规范提出的批评意见，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 186页。

〔21〕 少数学者认为，附理由的否认（qualifiziertes Bestreiten）和积极否认（motiviertes Leugnen）的概念具有误导性，仿佛从中得出不构成自认的结论，但只要当事人所作陈述与对方当事人主张的创设请求权的某项构成要件有重合，均构成自认，因此建议以附理由的自认取代附理由的否认，以附理由的否认取代积极否认。Vgl. Wieczorek/Schütze/Assmann, ZPO, 4. Aufl., 2012, § 289 Rn. 15.

〔22〕 广义的附理由的自认既包括对方当事人所附加的陈述包含一个独立的攻击与防御手段的情形（例如被告承认借贷，但表示已返还），也包括自认的事实主张代表一个独立构成要件的情形（例如被告表示已收到款项，但非借款而是赠与，此时收款一事被自认，就此不存在证明必要，但原告还必须证明双方约定过返还义务）。Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., 2018, § 113 Rn. 12. 但也有学者在狭义范畴上使用附理由的自认，即根据对方当事人是否因附限制的自认从原本负担的证明责任中解脱出来，区分附理由的自认和积极否认，前者对应日本法上的附限制的自认，后者相当于日本法上的附理由的否认：如果所有应当由负证明责任的当事人证明的事实均已被自认，而对方当事人应当证明自己所主张的对自认的限制或者附加内容，这就构成附理由的自认，例如被起诉要求支付买价的买方（被告）承认订立了合同但主张撤销，那么后半部分事实就应当由买方进行证明。相反，如果对方当事人应当对与自认相关联的附加内容或限制部分进行证明，则涉及的是积极的否认，例如被要求支付买价的买方（被告）承认订立合同但对标的物运送有争议，由于后半部分的内容属于创设请求权规范的构成要件，因此该项事实仍应由原告（出售商）证明。Vgl. Stein/Jonas/Thole, ZPO, 23. Aufl., 2018, § 289 Rn. 4; Musielak/Voit/Huber, ZPO, 18. Aufl., 2021, § 289 Rn. 3.

民法典第 8 条），但将具体化责任视为依附于主张责任或争辩责任的相对独立的责任，也即对事实主张或争辩的质量提出要求：所谓具体化，是指将一般的事实主张分解成数项部分主张；为了满足具体化责任，当事人不能仅概括描述某项事实之存在或者概括争辩对方当事人的事实主张，而是需要描述事实的基本特征并将事实分解为细节，否则将导致针对相关事实不进行证据调查的后果。[23] 在相对独立的具体化责任的概念基础上，瑞士学界将在双方当事人的知情来源存在巨大落差的情形下发展起来的举证减轻措施称为“降低负主张责任的当事人的具体化责任”或“增强负争辩责任的当事人的具体化责任”。[24]

相反，德国的判例与学说认为具体化责任包含在主张责任的概念之中。以此为出发点，有学者甚至主张以“具体的主张责任”（konkrete Behauptungslast）取代“具体化责任”的概念，[25] 而德国联邦最高法院亦在判例发展过程中逐渐淘汰此前使用的“具体争辩的义务”（Pflicht zum substantiierten Bestreiten）、“陈述义务”（Erklärungsobliegenheit）、“加强或增强的主张责任”乃至错误的“第二位证明责任”等术语，最终选定“第二位主张责任”（又译为“从属的主张责任”[26]）来描述不负证明责任的当事人在双方信息不对称的情形下增强承担具体化责任的举证减轻措施：“第二位”意在强调这种责任非由初始（primär）负主张责任的当事人承担，而是由对方当事人第二位或次级（sekundär）承担；“责任”实为诉讼负担，而非诉讼义务，缘由在于不负证明责任的当事人可自由决定是否针对对方当事人的概括事实主张进行具体表态，并在不具体表态的情形承担拟制自认的不利后果。[27] 同样，也有学者基于主张责任涵盖具体化责任的概念理解，将上述举证减轻措施称为“主张责任转移”（Verlagerung der Behauptungslast）[28] 或“增强的主张责任”（gesteigerte Darlegungslast）。[29]

然而，究其本质，主张责任并未转移给不负证明责任的当事人，[30] 因为负证明责任的当事人并不因此就可信口开河，而是仍须对裁判重要的事实进行概括主张，毕竟没有初始的主张责任，就谈不上对方当事人的第二位主张责任。转移的只是具体之要求。[31] 从这一层意义观察，德国部分学者[32] 使用的“第二位的具体化责任”（sekundäre Substantiierungslast）的表述

---

〔23〕 Vgl. Hass/Bühler, ZZPInt 22（2017）, 286 f. 由于具体化责任旨在确保证据程序依法进行、实现实体权利以及保障对方当事人获得公平程序，因此其在法律性质上属于诉讼法问题，在涉外程序中适用法院地法（*lex fori*）。

〔24〕 Vgl. Hass/Bühler, ZZPInt 22（2017）, 303; Schweizer, Beweiserleichterungen bei Beweisschwierigkeiten im schweizerischen Recht, in: Fellmann/Weber（Hrsg.）, Haftpflichtprozess 2016, Zürich 2016, 121, 133.

〔25〕 依这些学者的观点，抽象的主张责任（abstrakte Behauptungslast）作为初始主张责任发生作用，但其只能回答当事人在不取决于对方当事人反应的前提下为了实现诉讼目的必须提出哪些事实主张的问题，而无法回答个案中当事人的不同事实主张究竟应当如何具体化的问题，就此需要借助具体的主张责任的概念，其旨在澄清当事人的事实主张在虑及对方当事人的事实主张时应当如何具体才能被法官考虑的问题，并促使每一方当事人都根据对方当事人的事实主张向法院进一步提出更为清楚的事实或新事实。因此，具体的主张责任如同具体的举证责任一样，随着诉讼的推进在当事人之间不断转移，而第二位主张责任属于具体的主张责任的一种特殊表现形式。Vgl. MüKoZPO/Prütting, 6 Aufl., 2020, § 286 Rn. 106, 137; Laumen, MDR 2019, 193; Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, 2009, Rn. 57 ff.

〔26〕 参见姜世明：《民事诉讼法》下册，台湾新学林出版股份有限公司 2014 年版，第 22 页；吴泽勇：《不负证明责任当事人的事案解明义务》，《中外法学》2018 年第 5 期，第 1363 页。

〔27〕 Vgl. Laumen, MDR 2019, 193, 194 mwN.

〔28〕 Laumen, MDR 2019, 193, 197.

〔29〕 MüKoZPO/Fritsche, 6 Aufl., 2020, § 138 Rn. 26.

〔30〕 BGH, NJW 1990, 3151, 3152.

〔31〕 Schultz, NJW 2017, 16, 18.

〔32〕 Pfeiffer, ZIP 2017, 2077, 2078.

更为贴切。这也表明，将具体化责任包含在主张责任之中的概念理解有欠精确，具有一定的误导性，无法清晰描述在双方信息极不对称的情形下，究竟是减轻负证明责任当事人的主张责任，还是减轻其具体化责任。

从这一视角观察，瑞士对具体化责任的概念界定对我国更具有借鉴意义。为了避免误解和保持概念体系的逻辑一致，我国未来亦应将具体化责任从主张责任中剥离出来，也即将其作为相对独立的概念来看待。从起诉条件包含“具体的……事实”（民事诉讼法第 119 条第 3 项）这一要求出发，我国立法者至少认为原告在进行事实主张时负有具体化责任。〔33〕从“证据规定”第 4 条的规范意旨出发，一方当事人应当“对于另一方当事人主张的于己不利的事实”详细发表意见，否则成立拟制自认。这表明，我国最高人民法院承认不负证明责任的当事人承担具体陈述的责任。由此，具体化责任在我国同样依附于主张责任或陈述责任，具备“伴生属性”，〔34〕并与证明责任的分配原则保持一致，也即诉讼之初通常由原告对创设请求权的要件事实负担主张具体化责任，由被告对变更、消灭或妨害请求权的要件事实承担主张具体化责任。负证明责任的当事人一旦完成主张具体化责任，对方当事人原则上负有针对该主张进行具体陈述的责任。随着案情的进展和双方当事人交互进行主张和陈述，具体化责任在当事人之间不断发生转移。

但在例外情形下，如果负证明责任的当事人无能力进行具体的事实主张，而对方当事人离证据更近因而有能力进行具体的回应，具体化责任就与主张责任或证明责任发生分离，也即从负证明责任的当事人处转移至不负证明责任的当事人（即负陈述责任的当事人）。针对这样的举证减轻措施，我国未来不宜采用德国法上含义模糊的“具体的主张责任”或者“第二位主张责任”等术语，而是可以采用“具体化责任转移”、“降低负证明责任的当事人的具体化责任”〔35〕或者“增强不负证明责任的当事人的具体化责任”等表述，以表明发生转移的并非主张责任，而仅是具体化责任。

（二）法理溯源及明确

不仅概念理解存在分歧，法理基础亦多有争论。有瑞士学者认为，具体化责任增强建立在诚实信用原则（瑞士民事诉讼法第 52 条）的基础之上，也即让对方当事人败诉有违诚实信用原则。〔36〕德国的部分判例和学说亦持类似意见，认为第二位主张责任源于诚实信用〔37〕或武器平等原则。〔38〕但有德国学者认为，促进诉讼义务和真实完整义务构成第二位主张责任的基础，被告在原告无法完成主张责任的情形中负有促进诉讼义务，应当如实补全事实资料。〔39〕德国通说则认为，第二位主张责任建立在陈述义务的基础之上，〔40〕部分学者还辅以真实义务：如果对方当事人就初始负主张责任的当事人的概括事实主张掌握或应当掌握详细的信息，

〔33〕 类似见解参见曹志勋：《立案形式审查中的事实主张具体化》，《当代法学》2016 年第 1 期，第 130 页；前引〔16〕，胡亚球文，第 44 页。不同见解参见占善刚：《主张的具体化研究》，《法学研究》2010 年第 2 期，第 120 页。

〔34〕 参见前引〔16〕，胡亚球文，第 45 页。

〔35〕 例如，我国台湾地区学者使用“具体化责任降低”的表述。参见姜世明：《民事诉讼法基础论》，台湾元照出版有限公司 2018 年版，第 173 页。

〔36〕 前引〔24〕，Schweizer 文，第 121 页，第 134 页。

〔37〕 BGH NJW-RR 2009, 1482, 1484 Rn. 34; Wieczorek/Schütze/Gerken, ZPO, 4. Aufl., 2012, § 138 Rn. 26.

〔38〕 Solmecke/Rüthers/Herkens, MMR 2013, 217, 218.

〔39〕 Vgl. MüKoZPO/Fritsche, 6 Aufl., 2020, § 138 Rn. 25.

〔40〕 BGH NJW 2004, 3623, 3625 f.; Ahrens, Der Beweis im Zivilprozess, 2015, Verlag Ottoschmidt, Kap. 11, Rn. 22; Zöller/Greger, ZPO, 30 Aufl., 2014, vor § 284 Rn. 34.

那么他所负担的真实义务就不允许他仅进行简单的争辩。[41] 与此类似，奥地利学者认为不负证明责任的当事人负担的协助义务源自真实完整义务。[42] 我国学者亦认同具体化义务的法理基础在于真实义务。[43]

从上文案例可知，我国法官主要在涉及不负证明责任的当事人控制领域内的事实时要求该方当事人负担具体化责任。这与德国和瑞士联邦最高法院发展出类似举证减轻措施的初衷相同：德国联邦最高法院最早在1961年的一则不正当竞争案件中引入第二位主张责任，[44] 此后逐渐将之拓展适用于几乎所有的案件类型——如果负证明责任的当事人对其主张的事实经过一无所知，就应降低其所负担的具体化责任，而掌握更多信息的不负证明责任的对方当事人不能只是简单争辩，[45] 而是应当承担第二位主张责任，否则对方当事人未充分具体化的事实主张被视为由其自认。[46] 如果不负证明责任的当事人履行了第二位主张责任，则应由负证明责任的当事人对之展开攻击，必要时予以反驳；若最终仍真伪不明，由负证明责任的当事人承担不利后果。[47] 这意味着，第二位主张责任既未导致证明责任倒置，也未导致举证责任倒置，其功能仅是尽量避免作出证明责任裁判。[48] 同样，瑞士联邦最高法院亦在负主张责任的当事人存在证明困难的情形下加强对方当事人在收集资料方面的合作义务，这尤其发生在争辩人离证据更近（例如涉及自己的行为或感知对象）且可期待其予以协助的情形。[49]

由此可见，为了消弭因双方当事人的信息落差引发的证明困难，各国法院均有意识地加强不负证明责任的当事人在事实主张上的协作义务，其不得对自身控制领域内的事实进行简单回应或以“不知道”进行搪塞，而是应当在力所能及的范围内就对方当事人的事实主张如实作出积极说明。之所以持此要求，是因为真实完整陈述义务构成辩论原则的重要补充或限制，其迫使不负主张和证明责任的当事人在对方当事人无能力进行具体的事实主张时负担据实详陈细节的责任。

在我国，真实完整陈述义务首次出现在2019年“证据规定”中。该规定第63条第1款引入了与德国民事诉讼法第138条第1款[50] 内容完全相同的条款：“当事人应当就案件事实作真实、完整的陈述。”虽然从体系解释的视角观察，此处所称的真实完整陈述义务仅针对“当事人的陈述”这一证据种类，并不指向当事人的事实主张，但由于我国立法者一向未对作为证据种类的“当事人的陈述”和作为事实主张的当事人陈述作出明确区分，[51] 故最高人民法院的法条释义拓展了“证据规定”第63条第1款的适用范围，认为该项规范为引入了当事

〔41〕 Gomille, JZ 2018, 711, 713; Laumen, MDR 2019, 193, 195.

〔42〕 Brenn, in: Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetz, 3. Aufl., 2015, § 178 Rn. 26.

〔43〕 前引〔16〕，胡亚球文，第40页。

〔44〕 BGH NJW 1961, 826.

〔45〕 BGH NJW 2005, 2614, 2615 f.; Musielak/Voit/Stadler, ZPO, 18. Aufl., 2021, § 138 Rn. 10a.

〔46〕 MüKoZPO/Fritsche, 6 Aufl., 2020, § 138 Rn. 24.

〔47〕 BGH NJW-RR 2001, 396, 399; Laumen, MDR 2019, 193, 197.

〔48〕 Laumen, MDR 2016, 370, 373; Laumen, MDR 2019, 193, 196.

〔49〕 Vgl. Hass/Bühler, ZZPInt 22 (2017), 299.

〔50〕 德国立法者以奥地利法为蓝本于1933年引入真实完整陈述义务，旨在实现公平实施程序的利益和减轻法官发现正义的工作。参见前引〔14〕，Stein/Jonas/Kern书，第138条，边码1。

〔51〕 批评意见参见翁晓斌、宋小海：《论民事诉讼当事人陈述的功能》，《现代法学》2007年第6期，第108页；王亚新、陈杭平：《论作为证据的当事人陈述》，《政法论坛》2006年第6期，第99页；李浩：《当事人陈述：比较、借鉴与重构》，《现代法学》2005年第3期，第46页；王福华：《当事人陈述的制度化处理》，《当代法学》2004年第2期，第17页。

人的真实陈述义务,[52] 即当事人不仅在作证时，而且在涉及事实主张时亦负有真实完整陈述的义务。

至此，我国对真实完整陈述义务的理解与德国法趋同：真实完整义务主要指向如实义务，即禁止作出对己有利的谎言，而陈述责任[53] 作为辩论原则和促进诉讼义务之补充，要求任何当事人都必须针对对方当事人在诉讼中提交的事实主张进行陈述，以便澄清是否存在证明必要并尽可能完整地收集诉讼资料；陈述的形式既可能是事实主张（Behauptungen），也可能是争辩（Bestreiten），[54] 但仅指向对方当事人主张的事实。[55] 尤其在双方当事人的信息严重不对称以至于负证明责任的当事人无能力进行具体事实主张的情形下，真实完整陈述义务要求不负证明责任的当事人据实描述对立的事实细节，否则即成立拟制自认。由此可见，“证据规定”第 63 条第 1 款规定的真实完整陈述义务构成具体化责任转移以及该规定第 4 条拟制自认规范的法理基础。澄清这一问题，对于设定具体化责任转移的适用条件和明确其具体程度具有基础性意义。

二、具体化责任转移的适用条件

“证据规定”第 4 条仅在法律后果上为法院提供了裁判依据，而未就具体化责任转移的适用条件有所规定。我国目前的司法实践亦只是对具体化责任转移进行了初步探索，尚缺乏系统的观点提炼与梳理。因此，尽管德国学者批评其联邦最高法院在第二位主张责任的适用条件、对负证明责任当事人的概括事实主张的要求以及在哪些情形不可期待不负证明责任的当事人负担第二位主张责任等问题上语焉不详，并建议未来应当出于法安定性和可预测性之要求进行精确描述,[56] 德国的判例见解仍为我国构建具体化责任转移的体系提供了参考。

依照德国联邦最高法院的观点,[57] 第二位主张责任的适用条件为：初始负主张责任的当事人处于其所主张的事实过程之外，既不知道也无法获取相关事实的详情，而该事实处于对方当事人的感知领域因而对方当事人知情并可期待其进一步说明。[58] 此外，如果实体法规定的某项请求权的要件取决于某项消极事实，那么第二位主张责任亦具有重要意义，此时可要求争

〔52〕 前引〔15〕，最高人民法院民事审判第一庭编著书，第 581 页。

〔53〕 与真实完整义务属于真正的诉讼义务相比，陈述义务仅是一种负担，缘由在于当事人并未被迫履行，其仅是在不履行该项义务时承担诉讼上的不利后果，也即拟制其自认对方当事人的事实主张以及法院不再对此收集证据的后果，故德国学者认为将之称为陈述责任（Erklärungslast）更为妥当。详见前引〔37〕，Wieczorek/Schütze/Gerken 书，第 138 条，边码 23；前引〔14〕，Stein/Jonas/Kern 书，第 138 条，边码 1；前引〔45〕，Musielak/Voit/Stadler 书，第 138 条，边码 9。

〔54〕 Bestreiten 在我国台湾地区被译为“争执”（参见前引〔26〕，姜世明书，第 21 页），在日语中被译为“否认”，例如 schlichtes Bestreiten 被译为“单纯否认”（参见前引〔18〕，Götze 书，第 94 页）。本文遵循《新德汉词典》（上海译文出版社 2000 年版，第 180 页）的译法，将 Bestreiten 译为“争辩”，以与抗辩这一防御手段相提并论。

〔55〕 前引〔14〕，Stein/Jonas/Kern 书，第 138 条，边码 3，边码 25。

〔56〕 Laumen，MDR 2019，193，197.

〔57〕 BGH NJW 1990，3151；BGH NJW 2005，2614，2615.

〔58〕 也有德国学者认为，第二位主张责任的适用条件包括：（1）诉正当；（2）涉及对于负证明责任的当事人而言重要的事实；（3）该事实不为负证明责任的当事人知晓且处于他个人感知的范围之外；（4）负证明责任的当事人已尽其所能对该事实作出主张；（5）不负证明责任的当事人知道该事实；（6）可期待不负证明责任的当事人进行反陈述。Vgl. Pfeiffer，ZIP 2017，2077 f.

辩的对方当事人在可能的范围内进一步积极描述该事实。[59] 换言之，第二位主张责任也可在负证明责任的当事人证明消极事实遇到困难时提供帮助。[60] 由此，德国法的第二位主张责任主要适用于双方当事人存在信息落差以及消极事实的主张与证明上，例如涉及对方当事人的私人或业务领域内的事实、不为负主张责任的当事人掌握的特别专业知识、[61] 不当得利请求权中的“欠缺法律根据”要件、违反律师或审计师的咨询义务等。[62]

与此观点类似，瑞士判例认为，在争辩人离证据更近（例如涉及自己的行为或感知对象）且可期待其予以协助的情形下，尤其应当增强该人的具体化责任，这主要指案情处于负主张责任的当事人的领域之外、案情具有推测性质或很难证明（例如涉及不作为与损失之间的因果关系或仅能借助大量的积极事实才能证明的不确定的消极事实），或者法院依据实体法应当对损失数额进行估定等情形。[63]

参考如上判例见解，我国未来可考虑为具体化责任转移设定如下适用条件：首先，负证明责任的当事人处于信息缺失状态以至于无能力进行具体主张；[64] 其次，负证明责任的当事人应当尽其所能对该事实进行主张；再次，不负证明责任的当事人知道或能够获知相关事实，而且要求其积极说明或查证并不违背其本人或相关人的重大正当利益，查证范围和费用亦合理。

（一）证明责任负担人无能力获取信息

负证明责任的当事人无能力获取的信息，必须是待主张和证明的要件事实或重要的辅助事实。如果涉及的并非法院作成实体裁判所依赖的重要的基本事实，也非从中可对基本事实之存在得出充分肯定结论的辅助事实，[65] 就不会产生具体化责任转移的问题。如果负证明责任的当事人能够获知相关事实，例如可以通过公开的途径获悉，或者有能力自行从第三人处获悉，[66] 也不发生具体化责任转移。如果主张之困难系证明责任负担人未采取可期待的记录措施导致，[67] 亦同。

通常而言，负证明责任的当事人无能力获取的信息往往处于其感知或控制领域之外，例如处于对方当事人公司或家庭内部的事实。除此之外，不确定的消极事实例如隐瞒欺诈、“没有法律根据”（民法典第 122 条、第 985 条）亦属于负证明责任的当事人无能力具体主张的事实。实践中，我国法院在不当得利纠纷中会要求不负证明责任的当事人就“有法律根据”为详细主张，例如在被告不能对收取原告多转的分红款项作出合理解释的情形下认为成立拟制自认。[68] 这与德国联邦最高法院的判例见解一致：即便在给付型不当得利纠纷中，债权人亦应对不当得利请求权的消极构成要件也即“没有法律根据”承担完全的主张与证明责任，[69] 但被告就此承担第二位主张责任，即应当陈述其所得基于哪些法律根据，而原告只需排除对方当事人陈述的法律理由即可。[70]

---

〔59〕 BGH NJW 1999, 579, 580；前引〔14〕，Stein/Jonas/Kern 书，第 138 条，边码 35。
〔60〕 BGHZ 216, 245 Rn. 21 ff.
〔61〕 Laumen, MDR 2019, 193, 195.
〔62〕 前引〔25〕，Laumen/Prütting 书，边码 62。
〔63〕 Vgl. Hass/Bühler, ZZPInt 22（2017）, 299.
〔64〕 BGH MDR 2012, 262；BGH MDR 2014, 849；Laumen, MDR 2016, 370, 372.
〔65〕 Pfeiffer, ZIP 2017, 2077, 2079.
〔66〕 BGH NJW 2015, 855；Laumen, MDR 2019, 193, 195.
〔67〕 BGH NJW-RR 2014, 423 Rn. 5；BeckOK ZPO/Bacher, 41. Ed. 1. 7. 2021, § 284 Rn. 85. 13.
〔68〕 参见陈依团、黄德桂不当得利纠纷案，福建省南平市中级人民法院（2019）闽 07 民终 605 号民事判决书。
〔69〕 BGH NJW 1999, 2887；BGH NJW-RR 2007, 488.
〔70〕 BGH NJW 2014, 2275 Rn. 17；BeckOK ZPO/Bacher, 41. Ed. 1. 7. 2021, § 284 Rn. 86. 1.

不过，我国法院在涉及隐瞒欺诈时的观点有待商榷。以汽车销售商违反告知义务构成欺诈为例，最高人民法院民事指导案例 17 号的裁判要旨使用“证明”的表述：销售者不能证明已履行告知义务且得到消费者认可的，构成销售欺诈。[71] 这似乎表明关于隐瞒欺诈的举证责任乃至证明责任转移至销售商。然而，发生转移的仅是具体化责任。就此而言，德国联邦最高法院的表述更为贴切：如果请求权人主张对方当事人未披露特定的事实，那么对方当事人必须陈述何时何地告知了何种内容，而请求权人只需反驳陈述即可，这尤其适用于恶意隐瞒瑕疵和违反律师的咨询义务的情形。[72] 同样，在税务或投资咨询师违反告知或说明义务构成隐瞒欺诈的情形，德国亦要求不负证明责任的咨询师负担第二位主张责任，也即在力所能及的范围内说明如何以及何时何地作出何种内容的说明或咨询。[73] 这样的判例见解为我国法官未来处理类似案件提供了参考。

（二）证明责任负担人尽其所能为主张

尽管信息缺失，负证明责任的当事人仍应尽其所能对相关事实进行概括主张，并至少提供可信的依据。如果负证明责任的当事人对于主张的事实毫无凭据甚至信口开河，将会构成权利滥用从而导致不合法的摸索证明，[74] 也就不会发生具体化责任转移。在此问题上，德国联邦最高法院要求负证明责任的当事人进行的概括事实主张应当具备“一定的根据”、“一定的盖然性”或“充分的间接证明”。尽管这些标准因缺乏可操作性遭到学者的批评，[75] 但仍然为我国的具体化责任转移提供了一个基本的界限参考：仅当负证明责任的当事人主张的事实有可靠依据时，[76] 才可能发生具体化责任转移。如果负证明责任的当事人毫无能力进行概括事实主张，就不会发生具体化责任转移。而且，负证明责任的当事人仅以与对方当事人相比其更难进行事实主张作为理由，[77] 亦不足以发生具体化责任转移。同样，具体化责任转移的目的亦非克服即便不负证明责任的当事人完全负担具体化责任仍会产生的证明困难。[78]

涉及负证明责任的当事人所不掌握的专业知识时，法院不宜对该方当事人的概括事实主张要求过高。例如，德国联邦最高法院在医疗责任诉讼中强调：仅应对患者的具体化责任提出适中要求，缘由在于不能期待乃至苛求患者清楚地知道医疗过程，其对医疗过程缺乏准确的洞察力，欠缺理解和描述争议所必要的专业知识，而且也不负有为了依法进行诉讼去获取医学专业知识的义务，因此患者可以仅主张因其遭遇而推测得出的诊疗过误，其尤其不负有调查和主张感染之可能原因的义务；相反，欲进行有效争辩的医疗方应当依照第二位主张责任针对患者的事实主张进行具体描述。但法院对此所持的要求应当根据个案具体判断，这又取决于患者指摘的诊疗过误的种类以及患者初始主张的具体程度。[79] 如果患者陈述了存在诊疗过误的具体依

〔71〕 参见张莉诉北京合力华通汽车服务有限公司买卖合同纠纷案，北京市第二中级人民法院（2008）二中民终字第 00453 号民事判决书。

〔72〕 BGH NJW 2011, 1279 Rn. 12; BGH NJW 2008, 371 Rn. 12. 而且，如果因恶意隐瞒瑕疵而被起诉的销售商主张瑕疵已经消除，其应详述所采取的消除瑕疵措施。BGH NJW 2016, 2315 Rn. 21.

〔73〕 BGH NJW 2012, 2435 Rn. 23; BGH NJW-RR 2006, 273 Rn. 23; BGH BKR 2009, 471 Rn. 4.

〔74〕 前引〔14〕, Stein/Jonas/Kern 书，第 138 条，边码 4。

〔75〕 BGH NJW 2012, 3774, 3775; BGH NJW 2015, 947, 948; Laumen, MDR 2019, 193, 196.

〔76〕 参见前引〔37〕, Wieczorek/Schütze/Gerken 书，第 138 条，边码 13; Pfeiffer, ZIP 2017, 2077, 2078。

〔77〕 BGH NJW 1997, 128, 129; 前引〔14〕, Stein/Jonas/Kern 书，第 138 条，边码 31。

〔78〕 BGHZ 163, 209; Pfeiffer, ZIP 2017, 2077, 2079.

〔79〕 BGH NJW-RR 2019, 467, 468 Rn. 15, 17.

据，例如医院过迟决定剖腹产、将刚动完手术的患者与伤口外露且腐烂感染的患者安置在同一间病房、伤口感染系入住低于平均卫生水准的病房而引起，那么医生对处于患者感知范围之外的诊疗经过负担第二位主张责任。[80] 参考这一判例见解，我国法官未来亦不应对患者就诊疗过误或因果关系的概括主张或初步陈述要求过高。

（三）可期待对方积极说明

不负证明责任的当事人必须知道或者有能力获知相关事实，而且要求其积极说明或查证并不违背其本人或他人的重大正当利益，查证范围和费用亦合理。而负证明责任的当事人应当向法院提交可以期待对方当事人进行积极说明或查证的理由或依据。如果双方当事人同等程度地置身于事实经过之外，[81] 则不发生具体化责任转移。

“重大的正当利益”在我国主要指商业秘密、隐私权、个人信息保护，法官在必要时应当进行利益权衡。在此问题上，比较法上的判例和学说探讨更为详尽，为我国提供了有益之参考。在奥地利，重大利益主要相当于证据法上规定的拒绝作证的理由；[82] 如果涉及法律保护的商业秘密、信息保护权或者私人领域或隐私领域之保护从而不可期待不负证明责任的当事人披露，那么该当事人的阐明义务就受到限制。[83] 德国联邦最高法院则认为，如果从相关事实的内容中不能明显得出可期待对方当事人进行具体主张的结论，那么负证明责任的当事人必须至少陈述可期待的具体依据。[84]“可期待”一方面指向内容，即不负证明责任的当事人不必披露涉及商业秘密（例如内部预算）、业务秘密（例如银行信用卡的安全方案）或者他人值得保护的利益（例如配偶的财务状况、员工姓名）的信息；另一方面指向范围和费用，即查证的范围和花费不应不合比例。[85] 而且，德国法官在审查是否可期待时要权衡双方当事人的对立利益，并通常考虑双方就信息缺口可能存在的过错、待证事实的盖然程度、不负证明责任的当事人的正当保密利益等。[86] 通常而言，在第二位主张责任的范围内不得强迫不正当竞争诉讼的被告向对手开示商业秘密，[87] 不得强迫投资咨询师说明介绍特定的投资所获得的佣金数额乃至强令其提交相关的销售合同。[88]

在我国目前的相关实践中，隐私权可能引发问题。例如，借贷纠纷的被告不明确回应欠条是否系其妻书写的，我国法官即认为成立拟制自认。[89] 这表明，不负证明责任的当事人在特定情形下负有在家庭内部进行询问并向法院提供信息的责任。这是否构成对隐私权的严重侵犯？类似问题在德国突出表现在利用家庭宽带借助共享软件下载歌曲或游戏导致侵犯他人著作权的案件中。德国联邦最高法院通过一系列判决，[90] 对宽带户主负担的第二位主张责任作出

---

〔80〕 BGH NJW-RR 2019, 17 Rn. 34 f.; BGH NJW-RR 2019, 467 Rn. 19; BeckOK ZPO/Bacher, 41. Ed. 1. 7. 2021, § 284 Rn. 85. 14.

〔81〕 BGH NJW-RR 2013, 536, Rn. 13.

〔82〕 Vgl. Rassi, ZZP 2008, 165, 201.

〔83〕 前引〔42〕, Fasching/Konecny 书，第 178 条，边码 27。

〔84〕 BGH NJW 2014, 149 Rn. 20; BeckOK ZPO/Bacher, 41. Ed. 1. 7. 2021, § 284 Rn. 85.

〔85〕 Vgl. Pfeiffer, ZIP 2017, 2077, 2082 f.

〔86〕 Laumen, MDR 2019, 193, 196.

〔87〕 BGH MDR 1992, 466, 467; Laumen, MDR 2016, 370, 373.

〔88〕 BGH NJW-RR 2011, 913 Rn. 21 f.

〔89〕 参见李儒财、耿振兴买卖合同纠纷案，山东省东营市中级人民法院（2018）鲁 05 民终 1329 号民事判决书。

〔90〕 Vgl. Forch, GRUR-Prax 2015, 49; GRUR-Prax 2017, 4; GRUR-Prax 2017, 522.

如下论述：如果在侵权的时刻其他人不能使用网络，法官即推定宽带户主为侵权人。如果网络在侵权之时未上锁或有意识地让他人使用，就应当推定不排除第三人使用了网络。此时，宽带户主负担第二位主张责任。这种责任不导致证明责任倒置，也不导致该人超出诉讼法上的真实义务和陈述义务负有提供能够使请求权人胜诉的一切必要信息的义务。只要宽带户主陈述是否存在以及另外哪些人拥有独立使用宽带的权限从而可能是侵权人，就完成了第二位主张责任。在这一范围内，宽带户主负有在合理限度内进行查证并告知法院其就可能的侵权行为所获得的信息的义务。主张其他家庭成员在理论上有权使用网络的概括陈述尚不足够。宽带户主应当清楚地主张，哪些人拥有在不被其知道和干预的情况下使用网络的知识、能力和时机。[91] 无论如何，不得强迫宽带户主为了澄清自己不是侵权人而披露其配偶使用网络的情况，[92] 但宽带户主必要时应当说出向其坦陈实施侵权行为的家庭成员的姓名。而且既然并未强迫宽带户主作出陈述，其仅是在未完成该项责任时承担不利的事实评价这一后果，德国联邦宪法法院认为这对家庭关系的侵扰相当轻微，并未违背德国基本法第 6 条第 1 款规定的尊重家庭生活的基本权。[93] 参考如上判例见解，我国法官在涉及家庭内部的事实时亦应在不负证明责任的当事人的隐私权和真实完整陈述义务之间进行权衡，并可在合理范围内要求不负证明责任的当事人就相关事实询问家庭成员，这并非构成对隐私权的严重侵犯。

三、具体化责任转移的程度

（一）具体化责任与普遍的阐明义务之别

发生具体化责任转移后，不负证明责任的当事人应当力所能及地针对原告的事实主张进行详细而具体的陈述。然而，具体应当达到何等程度？不负证明责任的当事人是否应当披露其所知道的一切信息？这一问题是比较法上不同模式的分歧焦点，也触及了事实阐明机制的核心问题：不负证明责任的当事人在事实阐明上究竟负担协助义务还是全面的披露义务？

同为大陆法系国家，奥地利在此问题上的构想与德国、瑞士迥异。奥地利立法者在法律制定之初就有意识地将普遍的阐明与协助义务（allgemeine Aufklärungspflicht und Mitwirkungspflicht）有机地嵌入受“合作共同体”思想影响且以发现实质真实为目的的社会民事诉讼的系统之中，[94] 并清晰地区分阐明义务与协助义务，前者指向事实主张层面，后者指向证据提交方面。[95] 其中，普遍的阐明义务（又译为“一般的事案解明义务”[96]）从奥地利民事诉讼法第 184 条规定的当事人的发问权[97] 以及第 178 条第 1 款规定的真实完整义务中得出。[98] 之

〔91〕 BGH NJW 2018, 68 Rn. 13; BGH NJW 2016, 953 Rn. 37; BGH NJW 2017, 78 Rn. 34.

〔92〕 BGH NJW 2017, 1961 Rn. 26; BGH NJW 2018, 68, 69 Rn. 18.

〔93〕 BGH NJW 2018, 65 Rn. 24; BVerfG NJW 2019, 1510 Rn. 11 ff.

〔94〕 Rassi, ZZP 2008, 165, 201.

〔95〕 与奥地利不同，德国学者使用的阐明义务概念既指向事实层面，也指向举证层面。

〔96〕 参见前引〔17〕，占善刚文，第 107 页；姜世明：《证明责任与真实义务》，台湾新学林出版有限公司 2006 年版，第 110 页。

〔97〕 奥地利民事诉讼法第 184 条第 1 款规定：任何当事人可以为了澄清关于诉讼标的的事实状况或与言词辩论相关的对实施诉讼具有重要意义的事实状况，并尤其是就服务于实施诉讼之目的的书证、物证和勘验标的物的下落与特征，通过审判长向在场的对方当事人或其代理人发问，或经审判长的同意自己直接发问。

〔98〕 Rassi, in: Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetz, 3. Aufl., 2015, § 184 Rn. 3, 12.

所以称为“普遍”，是因为该义务适用于整个民事诉讼。[99] 不负证明责任的当事人承担普遍阐明义务的前提为：对方当事人就其诉讼立场进行了具体的事实主张，或在不知道案情的情形下（例如待主张和证明的案情完全或主要处于不负证明责任的当事人的领域内且举证人缺乏阐明手段从而处于严重的证明困难中）对笼统之事实主张提供了可信的依据。在此情形下，不负证明责任的当事人原则上负有开示一切对诉讼重要的案情的义务，包括对己不利的事实，其必须不仅就法律上重要的事实而且也针对证据手段的存在与获取提供信息。[100] 不过，克莱恩（Franz Klein）提出的拟制自认后果的建议最终未能在法律中实现，因此在奥地利，违反普遍的阐明义务既不成立拟制自认，也不导致证明责任倒置，而是由法官在自由心证的范围内对当事人的行为进行评价。[101]

这一法律后果与德国法和我国法中的拟制自认制度有别，而与瑞士法类似，均采“自由心证说”。瑞士法规定负具体的争辩责任的当事人不能只是进行简单争辩或以“不知道”进行争辩，而是必须说明为何有争议的事实主张不正确，并在必要时提交仅他本人可获得的依据，否则法院将会在证据评价领域对争辩人拒绝进行具体的争辩作出评价。[102] 但如前所述，瑞士学者认为，具体化责任增强这一举证减轻措施仅要求不负证明责任的当事人在对方当事人存在证明困难时承担协助义务，并不要求其承担披露一切信息的义务。德国联邦最高法院亦赞同这一观点：承担第二位主张责任的当事人并不负有提供对方胜诉所需一切信息的义务。[103]

在是否引入普遍的阐明义务这一问题上，德国学者展开了旷日持久的争论。判例与通说持否定态度，但施蒂尔纳[104] 和新一代学者[105] 持赞同观点。这一讨论亦对我国产生较大影响。我国许多学者同样反对引入普遍的阐明义务。[106] 从我国现有的规范体系中确实也无法得出肯定结论，一个重要原因在于我国近年来有关事实阐明机制的改革多与德国法相近，例如与德国民事诉讼法第 142—144 条相似，增设法官命令当事人出庭（《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》第 110 条，法释〔2015〕5 号，经法释〔2020〕20 号修正，以下简称“民诉法解释”）、命令当事人提交书证（“民诉法解释”第 112 条、“证据规定”第 46—48 条）等促进事实阐明的手段。而德国学者就此中肯地表示，即便随着促进事实阐明的手段不断拓展，德国联邦最高法院最初秉持的“任何当事人不应为对方当事人的胜诉输送

〔99〕 Vgl. Rassi, ZZP 2008, 165, 189.

〔100〕 Rassi, ZZP 2008, 165, 190.

〔101〕 Rassi, ZZP 2008, 165, 198 ff.

〔102〕 Vgl. Hass/Bühler, ZZPInt 22 (2017), 303；前引〔24〕，Schweizer 文，第 121 页，第 133 页。

〔103〕 BGH GRUR 2014, 657, 658 Rn. 18.

〔104〕 Stürner, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, Mohr, 1976, S. 85 ff.

〔105〕 例如，有学者批评德国判例迄今未能形成一个服务于法安定性的有效体系，只要涉及他人的企业秘密或者保密义务，不负证明责任的当事人的协助义务即触及界限。参见前引〔45〕，Musielak/Voit/Stadler 书，第 138 条，边码 11。也有学者表示，虽然从德国民事诉讼法第 138 条中尚不能得出不负证明责任的当事人负有依照对方当事人的要求乃至主动开示其所知道的一切对自己不利的事实的义务，但随着社会的进一步复杂多样化，有必要承认不负证明责任的当事人负有诉讼上的阐明义务，毕竟当下的一些做法尤其是特定条件下要求不负证明责任的当事人负担第二位主张责任的做法，孕育着当事人负担普遍的阐明义务的思想。参见前引〔14〕，Stein/Jonas/Kern 书，第 138 条，边码 54。

〔106〕 参见陈杭平：《“事案解明义务”一般化之辨——以美国“事证开示义务”为视角》，《现代法学》2018 年第 5 期，第 168 页以下；前引〔26〕，吴泽勇文，第 1377 页；包冰锋：《现代诉讼构造下的案件事实解明义务研究》，《南通大学学报（社会科学版）》2015 年第 2 期，第 53 页。

弹药”的观念不再正确，[107] 也无法从中得出现有规范引入了普遍的阐明义务之结论，并且引入这样的义务亦不正当，[108] 有可能将立法者通过证明责任规范作出的风险分配侵蚀殆尽。[109] 这样的见解亦适用于我国的规范现状。

简言之，不论是事实阐明机制的整体构想还是具体化责任转移的具体后果，我国的方案均更接近于德国法，而与奥地利的普遍的阐明义务路径有别。这意味着，在双方信息来源存在巨大落差的情形下，负担具体争辩责任的当事人在我国并不负有毫无限制地披露一切信息的义务，而是仅应详细描述与对方当事人的事实主张相对立的事实状态。究其本质，具体化责任转移既未改变主张和证明责任的分配，也未颠覆传统的攻击与防御模式，更谈不上让对方当事人负担普遍的阐明义务；若原告本身有能力进行具体的事实主张，就根本不需对方当事人付出努力；仅当超出原告的能力之时，被告才被迫填补漏洞。[110] 明确这一点，对于明晰不负证明责任当事人的具体化责任的程度有重要意义。

（二）具体化责任转移的程度

1．不负证明责任当事人的积极查证要求

“证据规定”第 4 条在规定拟制自认的同时，并未对不负证明责任的当事人的争辩究竟应达到何种程度提出要求。与之相比，德国的判例更为丰富，相关要求更为具体，被告是否以及多大程度上有必要附加积极之说明，均根据个案进行判断。例如，在专利侵权诉讼中，被告必须针对原告所主张的侵权实施形式具体表态，尤其是对各项技术特征进行具体争辩；如果被告基于自身研发部门的化学或物理分析能够感知相关事实，或在欠缺装备或专业知识的情形下可通过第三人的检查获知相关事实，其不能以“不知道”对专利侵权进行争辩。[111] 在雇主以雇员违反合同旷工为由主张解雇的案件中，雇员不能针对违反合同旷工进行泛泛的争辩，而是必须详细说明阻碍其提供劳务的理由。[112] 如果雇主以一个从过去经常出现的小疾病中得出的消极健康预测为由解雇雇员，雇员就必须通过解除诊疗医生的保密义务等途径说明为何担忧进一步的疾病不正当。[113] 此外，对方当事人对内在事实例如特定的意愿也负有第二位主张责任，故以自我需求为理由终止租赁合同的出租人应当具体和可信地陈述为何在承租人搬出之后自己并未入住，以及终止合同时所声称的个人需求为何事后消失。[114]

这也意味着，不负证明责任的当事人为了履行第二位主张责任可能需要展开调查，[115] 例如在可能且可期待的范围内借助文件资料更新信息。[116] 法定代表人或者业务代表人的行为和感知等同于当事人的行为和感知，当事人亦对此负有提供信息的义务。[117] 如果涉及法定代表

〔107〕 Laumen, MDR 2019, 193, 197；前引〔45〕, Musielak/Voit/Stadler 书，第 138 条，边码 11。
〔108〕 Vgl. Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl., 2004, § 138 Rn. 26 ff.
〔109〕 MüKoZPO/Prütting, 6 Aufl., 2020, § 286 Rn. 133.
〔110〕 Vgl. MüKoZPO/Fritsche, 6 Aufl., 2020, § 138 Rn. 25mwN.
〔111〕 OLG Düsseldorf, BeckRS 2017, 102028 Rn. 94；前引〔22〕, Musielak/Voit/Huber 书，第 138 条，边码 17。
〔112〕 BAG NJW 1977, 167；前引〔14〕, Stein/Jonas/Kern 书，第 138 条，边码 32。
〔113〕 BAG NJW 1990, 2340；前引〔14〕, Stein/Jonas/Kern 书，第 138 条，边码 32。
〔114〕 BGH NJW-RR 2017, 75 Rn. 25；BeckOK ZPO/Bacher, 41. Ed. 1. 7. 2021, § 284 Rn. 87.
〔115〕 BGH NJW-RR 2011, 1181, 1183 Rn. 16；Laumen, MDR 2019, 193, 196.
〔116〕 BGH BeckRS 2019, 13940 Rn. 19f.；前引〔45〕, Musielak/Voit/Stadler 书，第 138 条，边码 17。
〔117〕 参见上引 Musielak/Voit/Stadler 书，第 138 条，边码 17。

人之外的人员的知情情况，当事人负有查证义务，[118] 例如应当从自己领导、监管的现任或前任雇员处获得信息，或查阅企业内部资料。[119] 以“大众汽车尾气排放案”为例，在原告对董事会知情提供了充分依据的前提下，被告仅回答“董事会目前的调查显示，就董事会成员是否参与其中不存在任何知情信息”，而未进一步说明进行了哪些内部调查且获得了哪些结果，德国联邦最高法院认为争辩不具体，成立拟制自认。[120] 同样，机动车保险公司针对原告所主张的事故发生过程不能简单回答不知道，而是负有向被保险人和其他可能涉及事故的被保险人进行查证的义务；如果在查证的基础上仍不能就原告的事实主张是否正确作出回应，就必须充分说明理由。[121] 与此类似，故意或过失丢失货物的运货人负有调查义务，其必须对丢失包裹的地点、涉及人员、组织运输的过程、预防损失的措施以及对包裹的可能下落的调查作出详细说明。[122] 但是，当事人通常并无义务向不属于其负责监管的业务伙伴或者并无特别关系的连带债务人调取信息。[123] 特定情形下，负第二位主张责任的当事人可能负有记录义务，[124] 但其并不负有提交书证、提供证明手段或其他文件资料的义务。[125]

不过，德国联邦最高法院对完成第二位主张责任的查证要求并不高：虽然负担第二位主张责任的当事人应当诚信实施诉讼以对事实阐明作出贡献，但其并不确保查证成功；如果查证未得出明确结论，其只需报告相互矛盾的事实经过即可，随后即可以不知道对该事实进行争辩。[126] 即便为了完成第二位主张责任对调查过程制作了书面材料，其亦不需在诉讼中提交，而只需告知法院调查结果即可，[127] 即仅需陈述根据自己的调查结果可能发生的事实经过，或者陈述可能的事实经过之依据。[128]

参考如上判例中的见解，我国法官在具体化责任转移的条件得到满足的情形中应当释明，给予不负证明责任的当事人针对对方当事人的概括事实主张进行具体争辩的机会。[129] 不负证明责任的当事人为了完成具体争辩的责任，必要时应当在家庭内部进行询问，利用企业内部资料查证，或向现任或前任法定代表人、业务代表、受其雇佣、领导或监管的人员、参与事故的被保险人等进行调查询问，并告知法庭进行过哪些调查、调查的过程以及可能的调查结果。如

---

〔118〕 BGH NJW 1999, 53, 54；前引〔37〕，Wieczorek/Schütze/Gerken 书，第 138 条，边码 44。

〔119〕 BGH NJW 1990, 453；前引〔14〕，Stein/Jonas/Kern 书，第 138 条，边码 43；MüKoZPO/Fritsche, 6 Aufl., 2020, § 138 Rn. 23；前引〔45〕，Musielak/Voit/Stadler 书，第 138 条，边码 17。

〔120〕 BGH NJW 2020, 1962 Rn. 30, 40；Lorenz, NJW 2020, 1924, 1925.

〔121〕 BGH MDR 2019, 1188.

〔122〕 BGH NJW-RR 2011, 1181, 1183 Rn. 16；BGH NJW-RR 2012, 364 Rn. 24. 而且，只要原告以一定的盖然性描述被告有过错或者从无争议的案情中得出过错的依据（例如包裹在运输过程中被打开、部分货物被取出而后包裹又被封上，或者未如期查得货物下落），那么被告在货物丢失或者受损的情形还必须说明其对具体的损失过程掌握哪些信息以及能够调查到哪些损失原因。BGH NJW 2012, 3774 Rn. 18.

〔123〕 在一则垄断纠纷中，德国卡尔斯鲁尔州高等法院认为，可以从合同相对人兼连带债务人处获取信息。OLG Karlsruhe, BB 2017, 398.

〔124〕 OLG München NJW-RR 2002, 1427.

〔125〕 德国的判例与学说一致认为，民事诉讼法上的文书提交义务仅可从德国民事诉讼法第 422 条、第 423 条或者依照第 142 条第 1 款作成的法院命令中得出。Vgl. BGH NJW 2007, 2989, 2991 Rn. 16；BGH NJW-RR 2008, 1269, 1270 Rn. 21；前引〔14〕，Stein/Jonas/Kern 书，第 138 条，边码 33；Saenger, ZZP 121 (2008), 139 (145).

〔126〕 Vgl. Pfeiffer, ZIP 2017, 2077, 2081.

〔127〕 Laumen, MDR 2019, 193, 196.

〔128〕 Pfeiffer, ZIP 2017, 2077, 2079.

〔129〕 Vgl. Laumen, MDR 2016, 370, 373.

果调查没有结果、有矛盾或者结果不明，应当充分说明理由。尤其在“不再知道”（例如忘记）这一问题上，我国未来应当区别情况作出详细规定。

2．不负证明责任当事人可简单争辩的情形

如果不负证明责任的当事人已经在力所能及的范围内完成其所负担的具体化责任，就不成立拟制自认。这尤其发生在“忘记”情有可原的情形。一般而言，不负证明责任的当事人以“尚不知道”或“不再知道”作答，发生与回答“不知道”相同的后果。[130] 因此，针对被告作为用人单位对原告主张的入职时间表示记不清、[131] 作为车主表示记不起是否办理了保险以及保险公司是否已经赔偿事故造成的相关损失、[132] 忘记当时是否收到原告的工程款、[133] 因公司搬家及工作人员离职未找到合同、[134] 因公司人事调整无法在限期内核实是否收到货款[135] 等情形，我国法院均认为成立拟制自认。但是，由于个案情况复杂，未来创设例外亦有必要。

在此问题上，德国联邦最高法院认为，如果不负证明责任的当事人不再能够获得为履行第二位主张责任所必要的信息，例如不知道也不再能够设法问询到相关事实（如所涉及的员工死亡、资料在税法或商法规定的保存期间届满后销毁），其进行简单争辩即可，[136] 但必须阐述相关理由。[137] 在涉及自己的行为或者感知时，仅声称不再记得是不够的，而是应当根据生活经验可信地疏明（Glaubhaftmachung）无法回忆起特定的事实经过，并且也无法通过可用的信息来源（例如记录）再现这些情形。[138] 如果确实时间久远且所主张的事件也没有明显的独特性，当事人的忘记通常可信；如果法定的保存期间已届满，以至于理智的行为人处在其位置无法预料到将来可能发生争议而已经销毁文件，那么销毁文件的说法亦可信；如果唯一接触事实的员工不再有记忆、死亡或以其他方式无法联络到（但单纯更换工作尚不足够），或者所有相关的书面文件均告缺失或丢失以至不能够提供信息，且丢失或者缺失并未违反法定的记录义务或以其他可指责的方式造成，那么被告进行简单争辩即可。[139] 换言之，仅当被告不能进行具体的争辩，而且不知道也不再能够获得相关信息时，才允许其进行简单争辩。[140]

参考如上见解，我国法官在判断不负证明责任的当事人是否完成具体化责任时，应当区别情况对其阐述的不再能够获得必要信息的理由作出评判，并允许其在穷尽可利用的查证手段后仍无法知悉相关事实的情形下进行简单争辩，但该人应当对自己无能力获知信息的理由作出可信的论证。仅当其说明自己的调查确实无结果时（例如唯一知情的员工死亡、丧失记忆、文件资料已合法销毁），才允许其进行简单争辩，此时不成立拟制自认。

---

〔130〕 Vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 75. Aufl., 2017, § 138 Rn. 48.

〔131〕 参见珠海南方园林景观工程有限公司、李连平劳动合同纠纷案，广东省珠海市中级人民法院（2019）粤 04 民终 1170 号民事判决书。

〔132〕 参见黄炳逢、苏权基劳务合同纠纷案，广东省茂名市中级人民法院（2018）粤 09 民终 4 号民事判决书。

〔133〕 参见王亚军与池良安装饰装修合同纠纷案，广东省深圳市中级人民法院（2016）粤 03 民终 13494 号民事判决书。

〔134〕 参见济南亘冠科技有限公司与山东思良置业有限责任公司等合同纠纷案，山东省济南市中级人民法院（2019）鲁 01 民初 1498 号民事判决书。

〔135〕 参见江阴市中立机械工业有限公司与吴江林居间合同纠纷案，安徽省芜湖市中级人民法院（2017）皖 02 民终 483 号民事判决书。

〔136〕 前引〔45〕，Musielak/Voit/Stadler 书，第 138 条，边码 10a。

〔137〕 前引〔40〕，Zöller/Greger 书，第 138 条，边码 14。

〔138〕 BGH NJW 1995, 130, 131；前引〔14〕，Stein/Jonas/Kern 书，第 138 条，边码 42。

〔139〕 Dölling, NJW 2013, 3121, 3125.

〔140〕 BGH NJW-RR 1986, 60；MüKoZPO/Fritsche, 6 Aufl., 2020, § 138 Rn. 22.

结 语

在对具体化责任转移的适用条件和程度进行探讨之后，“证据规定”第4条的规范疏漏也就清晰呈现：不仅拟制自认的适用条件有欠清晰、未对具体争辩的要求有所规定，而且列举的“不争辩”形态亦过于狭窄。拟制自认主要发生在不负证明责任的当事人承担具体化责任而未完成该责任的情形，而该当事人在如下两种情形承担具体化责任：首先，在负证明责任的当事人提出具体的事实主张的情形下，不负证明责任的当事人负有具体陈述的责任，即只要有可能且可期待，就必须通过积极的说明予以回应。[141] 其次，当双方当事人的信息来源存在巨大落差，负证明责任的当事人无法进行具体主张而对方当事人有能力进行具体描述，则具体化责任发生转移。此时，负证明责任的当事人只需进行概括事实主张并对此提供可信依据，而不负证明责任的当事人应当对处于自己控制领域内的事实承担具体争辩的责任，即针对对方的事实主张尽其所能进行积极描述并在必要时进行查证。未来我国有必要修改“证据规定”第4条中有关拟制自认的成立条件，明确具体争辩的要求和例外，并扩充“不争辩”的表现形态，以为具体化责任转移提供清晰的规范基础。

Abstract: The shifting of the burden of specific allegation means that, under certain circumstances, the burden of specific allegation shifts from the party who has originally taken it to the other party. This shifting is based on the duty of truthful and complete statement and aims at overcoming the evidence-producing difficulty resulting from a huge information gap regarding the case between the two parties. This shifting will not lead to the reversion of burden of proof and can be separated from the burden of allegation. The concept of shifting of the burden of specific allegation has been recognized in the judicial practice in China and is conducive to improving the fiction admission system. The condition for applying this shifting should be unified as the following: the party who takes the burden of proof is unable to obtain the necessary information to support his case; and the other party can be expected to take the burden of specific allegation. Meanwhile, the burden of specific allegation of the party who takes no burden of proof should not be confused with the general obligation of clarification. The condition of fiction admission should be specified through deciding whether the party without burden of proof has investigated the facts to his best and whether permits him to argue simply in special circumstances.

Key Words: specific allegation, denial with reason, fiction admission, truthful statement, general obligation of clarification

〔141〕 参见前引〔45〕，Musielak/Voit/Stadler 书，第138条，边码10。