BEVISBÖRDAN
OCH
DEN JURIDISKA TEKNIKEN

Akademisk avhandling

som med tillstånd av vittlagfarna juridiska fakulteten i Uppsala
för vinnande av juris doktorsgrad till offentlig gransk-
ning framställes å universitetets lärosal IX
lördagen den 26 maj 1951 kl. 10 f.m.

av

Per Olof Bolding
jur. lic. av Västgöta nation

UPPSALA 1951
APPELBERGS BOKTRYCKERIAKTIEBOLAG

BEVISBÖRDAN

OCH

DEN JURIDISKA TEKNIKEN

E-boken är publicerad av Juridiska fakulteten vid Lunds universitet 2023
eISBN: 9789198899931
DOI: https://doi.org/10.37852/oblu.243

BEVISBÖRDAN

OCH

DEN JURIDISKA TEKNIKEN

Akademisk avhandling

av

Per Olof Bolding

With a Summary in English

Uppsala 1951
Appelbergs Boktryckeri AB

Förord

Min ämneslärare, Professor *Per Olof Ekelöf*, har under loppet av mitt avhandlingsarbete givit mig goda råd i allmänna metodfrågor och i frågor som haft särskild betydelse för mitt ämne. I samband med genomgång av manuskriptet har han gjort betydelsefulla påpekanden som föranlett mig till många preciseringar och korrigeringar. Genom stort tillmötesgående och aldrig svikande intresse har han i hög grad stimulerat mitt arbete.

Professor *Karl Olivecrona* har haft vänligheten att ställa till mitt förfogande manuskriptet till sina föreläsningar över »Civilrätten och processen» och har brevledes givit mig värdefulla anvisningar. Docenten *Jan Hellner* har vid diskussioner framfört synpunkter som jag haft anledning beakta. Rådmannen *Erik Ringenson* och Riksdagsmannen, fil. lic. *Jean Braconier* ha läst avhandlingsmanuskriptet och gjort påpekanden varav jag kunnat dra nytta. Min fästmö har hjälpt mig med kontrollarbete och korrekturläsning.

Till dessa personer samt till ledarna för och deltagarna i de juridiska licentiatseminarierna i Uppsala, där vissa för avhandlingsämnet betydelsefulla problem diskuterats, ber jag att få rikta ett varmt tack.

Uppsala i april 1951.

P. O. Bolding

Innehåll

Förkortningar

FAL = Lagen 8 april 1927 om försäkringsavtal.
FB = Föräldrabalken 10 juni 1949.
FJFT = Tidskrift, utgiven av Juridiska föreningen i Finland.
GB = Giftermålsbalken 11 juni 1920.
GRB = Rättegångs Balk i 1734 års lag enligt dess lydelse omedelbart före ikraftträdandet av nu gällande rättegångsbalk.
HD = Högsta domstolen.
KL = Konkurslagen 13 maj 1921.
NJA = Nytt Juridiskt Arkiv, avd. I.
NJA II = Nytt Juridiskt Arkiv, avd. II.
PLB = Processlagberedningen (s förslag till rättegångsbalk).
RB = Rättegångsbalken 18 juli 1942.
SvJT = Svensk Juristtidning.
TfR = Tidsskrift for Rettsvidenskap.
TSA = Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund.
UL = Utsökningslagen 10 augusti 1877.

Inledning

Vid rättsskipningen måste vissa metoder begagnas, enligt vilka en anknytning kan ske mellan å ena sidan konkreta fakta som inträffat före rättegången[1] och å andra sidan ett uttalande som vid rättegångens slut görs i domen. Domaren ställs ofta inför svårigheter då en sådan anknytning skall verkställas. Dels kan han *icke utan en viss felmarginal med hjälp av processmaterialet skapa sig en korrekt bild av ett händelseförlopp* som inträffat före rättegången, dels *låter sig den konkreta verkligheten icke alltid lätt inpassas* i det regelsystem, innehållande beskrivningar av rättsfakta och till dessa knutna rättsföljder, varav domaren skall hämta ledning vid rättsskipningen.

För avhandlingens ämne är det framförallt den förstnämnda av dessa svårigheter som är av betydelse. Den aktualiserar problemet om *bevisningen,* vilket i sin tur inrymmer skilda delproblem.

Bevisningen har till syfte att »åvägabringa grunder ... för en öfvertygelse om sanningen»[2] av ett påstående.[3] Detta sker

---

[1] Orden »rättegång» och »process» begagnas i avhandlingen såsom synonymer.

[2] Kallenberg, Svensk civilprocessrätt II, s. 528.

[3] Vad som är föremål för bevis är alltid ett *påstående om* ett faktum. Man brukar emellertid ofta, med ett förenklat uttryckssätt, säga t. ex.: »detta faktum är bevisat». Man uttrycker sig alltså såsom om »det påstådda sakförhållandets existens» (Ekelöf, Civilprocessen, s. 336) vore föremål för bevisningen. Detta förenklade uttryckssätt torde i allmänhet icke kunna framkalla missförstånd, och det kommer vanligen att begagnas i den följande framställningen.

i rättegången icke blott genom den processuella verksamhet som i lagen kallas »bevisning» utan även genom annan typ av verksamhet. Exempelvis kan en parts utsaga, även om den icke avges under sanningsförsäkran, innehålla moment som äro av betydelse härvidlag. Klart är dessutom, att även sådana förhållanden, som icke alls bli omnämnda under en rättegång, och som således ej bli föremål för någon *verksamhet,* kunna ha betydelse såsom bevismoment; detta gäller s. k. notoriska fakta.[4]

Det är emellertid att märka, att man icke någonsin genom bevisningen kommer fram till en *absolut* visshet. Man kommer aldrig längre än till »en mer eller mindre hög grad af sannolikhet.»[5] Därför uppkommer det spörsmål som man brukat beteckna såsom problemet om »bevisbördan» (*onus probandi*), »bevisskyldigheten», »beviskravet» eller »frågan om tillräckligt bevis», och för vars lösning man uppställt regler, åt vilka man givit motsvarande beteckningar. Såsom senare skall visas[6] kunna och böra dessa regler — ävensom de regler som man brukar beteckna såsom presumtioner eller bevisvärderegler — ses under gemensamma synpunkter. Det gemensamma och väsentliga för dem alla är att man av dem kan — mer eller mindre noga, alltefter precisionen i deras uttryckssätt — sluta

---

[4] Se härom Kallenberg, Svensk civilprocessrätt, s. 597 ff. Med »bevis» eller »bevisning» (dessa ord begagnas såsom synonymer) åsyftas i det följande, därest ej annat framgår av sammanhanget, alla »övertygelsegrunder» av nu antytt slag. Det bör alltså observeras, att ett faktum kan vara »bevisat», även om alls ingen bevisande verksamhet (vittnesförhör e. d.) ägt rum. (Jfr Ekelöf, Civilprocessen, s. 344.) Jfr, angående betydelsen av den engelska termen »evidence», t. ex. Shaw, s. 1 ff. och Watson, s. 12 ff. I anglosaxisk rätt kompliceras problemet genom de ofta synnerligen invecklade reglerna om »admissability», jfr härom nedan, s. 74 f.

[5] Kallenberg, Svensk civilprocessrätt II, s. 530. Det bör observeras att man aldrig i rättsskipningen *oförmedlat* kan utnyttja en av vetenskapen såsom klart bevisad antagen naturlag. De felkällor som äro förknippade med »den mänskliga faktorn» kunna icke helt elimineras. Jfr, angående sannolikhetsbegreppet, nedan, kap. II.

[6] Nedan, kap. IV, §§ 1 och 2.

sig till *vilken grad av sannolikhet som fordras (räcker) för att man vid ett måls avgörande skall kunna handla såsom om visst faktum förelåge.*[7]

Det bör alltså observeras, då i det följande sådana uttryck som »bevisbörda», »bevisskyldighet», »fråga om tillräckligt bevis» och »beviskrav» begagnas, att de avse att täcka samma realiteter. Exempelvis kunna följande tre satser anses helt synonyma: 1) »A. har bevisbördan.» 2) »Ett beviskrav är riktat mot A.» 3) »En regel om tillräckligt bevis gäller emot A.»

Det ligger nära till hands att betrakta den nu berörda typen av regler endast såsom ett nödvändigt ont: Tybjerg har betecknat det såsom »netop en Slags Retsplejens Fallit-Erklæring, naar Dommeren i en Sag af Mangel paa Bevis for et eller andet væsentligt Punkt maa gribe til Bevisbyrde-Reglerne».[8] Mot en sådan åsikt kunna emellertid betydande invändningar göras.[9] Man skulle kunna uttrycka saken så, att bevisbörderegler behövas dels på grund av att det aldrig är *möjligt* att med fullständig säkerhet rekonstruera verkligheten, dels på grund av att det vore olägligt om man alltid ens skulle behöva *försöka* att så göra. I många fall kan det förhålla sig så att inga större nackdelar äro förbundna med att rätten prövar målet på grundval av ett tämligen ofullständigt processmaterial, och det kan i sådana fall i huvudsak överlåtas åt parterna att bestämma vilken omfattning som detta material skall få. Stora olägenheter vore förbundna med ett system, enligt vilket rätten *alltid* hade att tillse att utredningen i målet bleve så fullständig som möjligt. Med hänsyn härtill brukar man skilja mellan dispositiva och indispositiva mål, ehuru en

---

[7] Det bör observeras att det för bevisbördeproblemet, så definierat, är likgiltigt huruvida den ena eller den andra av parterna infört bevisningen i målet eller om det är fråga om notoriska fakta. Jfr, beträffande olika betydelser av termen »burden of proof», t. ex. Phipson, s. 24 ff.

[8] Tybjerg, s. 1.

[9] Jfr Olivecrona, Bevisskyldigheten, särskilt s. 9 f.

sådan distinktion givetvis icke kan genomföras med fullständig skärpa.

Såsom avhandlingens titel anger är det framförallt bevisbördereglerna som skola studeras. Emellertid torde det vara nödvändigt att inledningsvis beröra även andra typer av bevisregler[10] och att i någon mån undersöka vilken funktion bevisreglerna överhuvudtaget ha att fylla vid rättsskipningen. Detta torde lämpligen kunna ske på så sätt att en översiktlig skildring ges av de olika faserna i en rättegång[11] och att därvid särskild uppmärksamhet riktas på frågan om den betydelse som olika slag av bevisregler kunna ha i dessa olika faser.

Förberedelsen. Före huvudförhandlingen skall »ramen för processen»[12] fixeras. Detta sker i viss mån redan innan »förberedelsen» (i lagens mening) tar sin början. En tämligen noggrann bestämning av målet äger nämligen rum på ett ännu tidigare stadium: vid stämningsansökningens upprättande och vid de överväganden som förekomma i samband därmed.

Då stämningsansökningen upprättas, har käranden att ta ställning till vilka omständigheter, varå han skall grunda sin talan (RB 42: 2). För att kunna göra detta måste han också undersöka rättsreglerna. Han måste konfrontera fakta med rättsregler och därigenom söka vinna klarhet om dels vilka fakta som äro relevanta, dels vilka rättsregler som äro till-

---

[10] Termen »bevisregler» användes här såsom en sammanfattande beteckning för alla rättsregler som på ena eller andra sättet har med bevisning att skaffa.

[11] Den följande framställningen avser närmast dispositiva tvistemål; det sagda torde emellertid i många avseenden bli tillämpligt, mutatis mutandis, även på andra typer av avgöranden som träffas av olika myndigheter. Jfr t. ex. följande uttalande av Stjernquist (s. 188): »De tre utslagsarterna, förvaltning, kvarstad och skingringsförbud, äro avsedda att tillgripas allt efter den visshetsgrad, med vilken överexekutor befarar svarandens åtgärder.»

[12] Gärde, s. 573.

lämpliga. Dessa båda frågor äro ömsesidigt betingande och måste lösas i ett sammanhang.[13]

Låt oss här anknyta till ett exempel, som sedan i den följande framställningen får bidra till att åskådliggöra skilda problem.

En sammanstötning har ägt rum mellan en cyklist och en fotgängare. Fotgängaren har erhållit vissa skador, som erfordrat läkarvård och därigenom medfört kostnader.

Om fotgängaren är en oförvillad lekman, reflekterar han kanske på detta sätt: »På grund av kollisionen har jag fått betala läkararvode. Jag vill ha ut en motsvarande summa av cyklisten.» Lika enkel skulle saken från juridisk synpunkt vara, om det funnes en rättsregel som stadgade att om en sammanstötning ägt rum mellan cyklist och fotgängare så skall cyklisten betala ersättning för fotgängarens ekonomiska skada. Någon så enkel regel finns emellertid inte; för det juridiska bedömandet blir det bl. a. avgörande, huruvida cyklisten gjort sig skyldig till vårdslöshet eller icke. Med hänsyn till rättsreglernas innehåll räcker det följaktligen icke att såsom förprocessuellt faktum hänvisa till sammanstötningen, något ytterligare faktum måste åberopas. Vi kunna antaga, att fotgängaren i stämningsansökningen åberopar följande: Cyklisten visade vårdslöshet genom att färdas på högra delen av körbanan, genom att underlåta att ge signal och genom att bromsa på ett otillfredsställande sätt. Dessa påstådda fakta aktualisera då vissa motsvarande rättsregler, nämligen regeln om vänstertrafik och reglerna om skyldighet att under vissa förhållanden signalera och bromsa.

Sedan käranden sålunda redogjort för de omständigheter, varå han grundar sin talan, skall han precisera sitt yrkande. Även i detta sammanhang måste han göra en jämförelse mellan rättsregler och fakta, men denna gång gäller det icke förprocessuella utan efterprocessuella fakta. Han har att överväga vilka efterprocessuella fakta han önskar se förverkligade och

[13] Jfr Ekelöf, TfR 1945, s. 212.

vilka möjligheter som rättsreglerna därvid erbjuda. Yrkandet kan vanligen icke direkt avse några konkreta fakta, käranden kan t. ex. icke yrka att någon domstolsledamot skall ta en penningsumma ur svarandens plånbok och överlämna denna summa till käranden. Rätten har nämligen ingen befogenhet att befatta sig med verkställighetsåtgärder av sådant slag. Käranden måste alltså, sedan han övervägt vilka efterprocessuella fakta han eftersträvar, uppställa sitt yrkande med hänsyn till de möjligheter inom rättegångens ram, som bäst kunna leda till ett förverkligande av dessa fakta. I det givna exemplet kunna vi antaga, att käranden yrkar, att svaranden (cyklisten) skall förpliktas att betala 100 kronor.

Sedan stämning utfärdats, skall *förberedelse* (i lagens mening) äga rum. Därvid »skall målet så beredas, att det vid huvudförhandlingen kan slutföras i ett sammanhang» (RB 42: 6). Om svaranden bestrider kärandens yrkande, skall han i sin tur angiva »grunden härför med yttrande rörande de omständigheter, varå käranden grundat sin talan, och angivande av de omständigheter svaranden vill anföra» (RB 42: 7). Svaranden ställs alltså inför samma typ av problem som dem käranden haft att ta ståndpunkt till. För att fortfarande anknyta till exemplet med sammanstötningen, kunna vi antaga, att svaranden bestrider kravet och gör gällande följande: Han färdades visserligen på högra delen av körbanan men hade rätt därtill, eftersom han höll på att köra om en annan cyklist. Han gav signal, och han bromsade så snart han fick klart för sig att fotgängaren ämnade ge sig ut i körbanan. Fotgängaren var ensam vållande till sammanstötningen genom att gå över körbanan utan att tillräckligt noga se sig för.

Genom stämningsansökningen och det nu refererade svaromålet har ramen för processen blivit i stort sett fixerad. Parterna ha yttrat sig angående *rättsfakta* (omedelbart relevanta fakta). Emellertid skall parternas talan under loppet av förberedelsen ytterligare preciseras. Även vissa sådana fakta, som icke behöva åberopas i stämningsansökningen eller i svaromå-

let, skola *införas* i processen. Sådana fakta (*bevisfakta*, eller, med annan terminologi, medelbart relevanta fakta) äro fakta, varifrån man kan sluta sig till existensen av rättsfakta.[14] I kollisionsmålet kanske käranden t. ex. gör gällande, att bromsen på cykeln var i olag, för att därmed styrka att inbromsningen icke skedde på tillfredsställande sätt, och svaranden kanske påstår att käranden vid olyckstillfället gick och samtalade med en annan person, detta till stöd för påståendet att käranden varit ouppmärksam.

Under förberedelsen skola parterna vidare »uppgiva de bevis de vilja åberopa och vad de vilja styrka med varje särskilt bevis». (RB 42: 8.) De kunna t. ex. påyrka vittnesmål med personer som åsett händelsen för att därmed styrka den ena eller den andra versionen av vad som inträffat.

Vilken betydelse ha nu bevisreglerna i detta förberedande stadium av processen? — Därom torde i korthet kunna sägas följande.

En part har i regel inte något intresse av att gå till rättegång annat än under förutsättning att han åtminstone delvis vinner i målet. Han har därför behov av att kunna göra en ungefärlig förutsägelse om processens utgång. Om prognosen är dålig avstår han från att processa, även om hans talan materiellt sett[15] vore berättigad. Å andra sidan är det klart att en person kan frestas att utnyttja ett för honom förmånligt

---

[14] Se Ekelöf, TfR 1945, s. 226. Den ifrågavarande terminologien har accepterats i motiven till RB, se särskilt Gärde, s. 166 f. Jfr (t. ex. hos Stephen, s. xiii) uttrycken »facts in issue» och »facts relevant to the issue».

[15] Uttrycket »materiell rätt» användes genomgående i avhandlingen i den betydelsen att därmed åsyftas det läge som skulle gälla för den händelse alla fakta vore fullt klarlagda och rättsreglerna vore tillämpade i enlighet med sina ändamål. Med »materiell regel» åsyftas en regel som uttalar sig om ett faktum, som därvid förutsättes vara fullt klarlagt, men som lämnar öppet huruvida samma regel eller en annan regel skall gälla om detta faktum vore i högre eller lägre grad ovisst. Jfr Eckhoff, Tvilsrisikoen, s. 53. Jfr även nedan, s. 130.

bevisläge till att inleda en rättegång, grundad på falska påståenden rörande fakta.

Redan på det förberedande stadiet aktualiseras tydligen alla de bevisregler som senare under processen kunna få betydelse och som komma att beröras nedan.

Fotgängaren i vårt exempel behöver bl. a. ha kunskap om vilka krav i fråga om bevisningens styrka som i olika avseenden komma att riktas emot honom. Detta kan bli av betydelse för frågorna vilka fakta han bör *åberopa,* vilka fakta han därutöver bör *införa* och vilka åtgärder han bör vidtaga för att *styrka eller motbevisa* de fakta som han själv eller motparten infört i rättegången.[16]

Det nu sagda kräver en närmare utläggning. Vi förutsätta därvid att vår fotgängare är en man som icke vill göra någonting i onödan: han vill blott företa det minimum av processuella åtgärder som fordras för att han skall kunna vinna målet mot cyklisten. Vi förutsätta vidare att cyklisten är en man av samma kynne. Endast under dessa förutsättningar ställas de problem, som nu skola beröras, på sin spets.

När fotgängaren överväger att begära stämning på cyklisten har han, som tidigare påpekats, att söka ledning av en rättsregel. Vi kunna för enkelhets skull formulera denna regel på följande sätt: »Cyklisten skall betala skadestånd, om han genom vårdslöshet var vållande till sammanstötningen.» Denna regel säger ingenting om hur saken ställer sig i bevisningshänseende, man får nämligen härvidlag icke dra några slutsatser av regelns språkliga formulering. Regeln skulle haft alldeles samma innebörd om den haft t. ex. följande lydelse:

---

[16] Strängt taget går det icke att draga någon gräns mellan »införande av fakta» och »styrkande (eller bevisande) av fakta». Den bevisande verksamheten består nämligen just däri, att fakta (t. ex. vittnesutsagor) införas i processen. I juridiskt språkbruk förekomma emellertid dessa uttryck ofta vid sidan av varandra, och några vådor torde knappast vara förknippade härmed.

»Cyklisten undgår skadeståndsansvar, om han icke var genom vårdslöshet vållande till sammanstötningen.»[17] Av regeln kan käranden följaktligen icke dra någon vidare slutsats än att frågan om vållande är av omedelbar relevans i målet. Därmed är emellertid icke sagt att han själv behöver i sin stämningsansökan ens omnämna vållandefrågan.

Låt oss nu återvända till den reflexion som fotgängaren ursprungligen gjorde: »På grund av kollisionen har jag fått betala läkararvode. Jag vill ha ut motsvarande summa av cyklisten.» Antag, att fotgängaren låter endast denna tanke komma till uttryck i stämningsansökningen: såsom grund för sin talan åberopar han med andra ord endast det faktum att en sammanstötning inträffat, och hans yrkande går ut på att han önskar erhålla 100 kronor av svaranden. Antag vidare att svaranden med samma fåordighet endast erkänner att en kollision inträffat och bestrider kravet. Ingen av parterna har åberopat något faktum av betydelse i vållandefrågan och båda vägra att vidare yttra sig i målet. Vilket avgörande skall rätten i detta läge träffa? — Rätten måste ta ställning till frågan: vilken av parterna skall ha nackdelen av att icke något sådant faktum blivit åberopat? (Om käranden skall ha denna nackdel, bör konsekvensen bli att hans talan avvisas redan innan svaranden yttrat sig i målet, nämligen med stöd av bestämmelsen i RB 42: 4). Här behövs alltså en regel, och det ligger nära till hands att säga, att en bevisbörderegel bör få fälla utslaget.

Emellertid kan man invända, att det icke gäller en fråga om bevisning utan en fråga om åberopande och att dessa båda frågor icke nödvändigtvis behöva sammankopplas. Det kan mycket väl förhålla sig så att *käranden har skyldighet att åberopa* ett faktum, med avseende på vilket *svaranden har bevisbördan.*[18]

---

[17] Jfr nedan, kap. IV, § 4, ang. »Satzbaulehre».

[18] Se nedan, s. 112 ff.

För att fortsätta resonemanget kunna vi antaga, att fotgängaren bedömer saken så, att rätten skulle komma att avvisa hans stämningsansökan, om han icke åberopade något faktum som stöd för att cyklisten varit vållande till sammanstötningen. Men saken är icke klar i och med detta. Käranden har nu anledning att åberopa fakta, men endast *i den mån så är behövligt för att han skall vinna i målet.* Antag nu, att han räknar med att kunna göra *antagligt*[19] att cyklisten färdats för långt åt höger och göra *sannolikt* dels att cyklisten underlåtit att ge signal, dels att cyklisten bromsat illa. Samtliga dessa fakta äro moment i rättsfaktum (vållande). Om det nu förhåller sig så, att fotgängaren har bevisbördan beträffande vållande och att rätten kan väntas ta hänsyn till av honom påstådda fakta endast i den mån de äro åberopade, kan han icke nöja sig med att åberopa endast det första av de tre nu nämnda fakta (att cyklisten färdats för långt åt höger). Bevisningen för vållande blir nämligen i så fall otillräcklig och fotgängaren kommer att förlora i målet. Han bör åberopa ytterligare något faktum, eller eventuellt alla tre nu nämnda fakta — beroende på vilket krav på bevisstyrka som skall anses ligga i det uttrycket: att han har bevisbördan. Om det däremot förhåller sig så att cyklisten har bevisbördan i fråga om vållande, kan fotgängaren nöja sig med att åberopa ettdera av nämnda fakta.[20]

Av det nu sagda torde framgå, att frågan om vad som är tillräckligt bevis kan vara av stor betydelse för frågan om vilka fakta som skola *åberopas* i processen. Utan särskild argumentering torde lätt inses att även frågorna om vilka fakta som skola *införas* i processen och vilka åtgärder som erfordras för styrkande eller motbevisande av fakta stå i nära beroende av bevisregler.

---

[19] Denna term användes genomgående i avhandlingen som beteckning för en lägre grad av bevisstyrka. Jfr nedan, s. 170 ff.

[20] Ang. sättet för utförande av sannolikhetsberäkningen i fall sådana som detta, jfr Eckhoff, Tvilsrisikoen, s. 94 ff.

Huvudförhandlingen. Vid huvudförhandlingen skola parterna »utveckla sin talan» (RB 43: 7). Detta sker genom sakframställning och argumentering, d. v. s. genom införande av fakta och angivande av rättsregler. Vilken roll bevisreglerna spela i detta sammanhang har redan blivit berört i det föregående. Härefter skall bevisningen förebringas (RB 43: 8).

Därvid aktualiseras ett flertal regler som avse de processuella arrangemang som ha till syfte att möjliggöra domarens bevisprövning.[21] Hit höra exempelvis de bestämmelser som avse formerna för vittnesförhör och förhör med parter och sakkunniga, om framläggande av skriftliga bevis, om syn, om avvisande enligt RB 35: 7 av bevis, som »ej erfordras eller uppenbart skulle bliva utan verkan» etc. Dessa regler kunna helt allmänt sägas utgöra resultatet av en kompromiss mellan de tre väsentliga krav, som man brukar ställa på rättegången: att den skall vara säker, snabb och billig.[22] Säkerheten söker man tillgodose genom att exempelvis ha sådana former för vittnesförhör att risken för felaktiga utsagor i möjligaste mån eliminera. Snabbheten och billigheten tillgodoser man t. ex. genom att i de flesta fall fordra att ett vittnesförhör äger rum i domstolslokalen, även om man skulle nå säkrare resultat genom att anordna förhöret på en plats, där någon i målet aktuell händelse inträffat, eller i någon lokal, där vittnet skulle kunna känna sig mera fri från hämningar och därför avge en mer nyanserad berättelse.

Reglerna om formerna för bevisningen ha uppenbarligen stor betydelse för rättens möjlighet att komma fram till en säker ståndpunkt vid bevisvärderingen. Utan tvivel kunna de ofta bidra till att rätten får en skev bild av ett faktiskt händelseförlopp. Emellertid kan man naturligtvis icke undvara fasta former, och det blir nödvändigt att vid bevisvärderingen och vid bedömandet av frågan om bevisbördan utgå från det

---

[21] Jfr Ekelöf, Civilprocessen, s. 344.
[22] Kallenberg, SvJT 1940, s. 37.

processmaterial som med stöd av gällande bestämmelser blivit framlagt i målet. Reglerna om bevisföringen bli sålunda icke härvidlag av betydelse och de skola heller icke i det följande beröras annat än i förbigående.

Att märka är emellertid att man även i detta stadium av rättegången — vid framläggandet av bevisningen — har behov av att veta vad som beträffande olika fakta kan anses utgöra tillräckligt bevis. Det är här framförallt den processekonomiska synpunkten som kommer i förgrunden. En part har i allmänhet icke någon anledning att förebringa bevisning i vidare mån än som är nödvändig för att rätten skall anse att ett ur hans synpunkt tillräckligt bevis föreligger och har å andra sidan anledning att visa aktivitet vid varje tillfälle, då motparten har presterat bevis, som kan antagas vara tillräckligt ur dennes synpunkt, och som därför om möjligt bör neutraliseras.[23]

»Efter bevisningens förebringande äge parterna anföra vad de till slutförande av sin talan akta nödigt» (RB 43: 9). De frågor som aktualiseras under denna verksamhet, den s. k. pläderingen, kunna lämpligen upptagas i nästa avsnitt: i skildringen av överläggningen till dom. Pläderingen består nämligen i en diskussion mellan parterna (och rätten) av ungefär samma slag som den diskussion som domstolsledamöterna senare måste föra i enrum. Skillnaden är blott den att i pläderingen parterna äro aktiva och ha möjlighet att tillse att rätten icke förbiser någon aspekt på målet som parterna anse vara av betydelse. Om någon plädering i egentlig mening icke äger rum — t. ex. på grund av att parterna icke ha kompetenta rättegångsombud och icke själva äro i stånd att plädera — måste rätten utan parternas hjälp söka finna alla argument som kunna tala för och emot de olika ståndpunkterna i målet.[24]

---

[23] Jfr nedan, s. 83 ff. och 109 f. ang. den »falska» bevisbördan.

[24] En sak för sig är, att det icke alltid förhåller sig så att pläderingen kommer *efter* bevisningen. Det kan stundom förekomma, att rätten beslutar

Överläggningen till dom. De problem, som i domen måste avgöras, och som följaktligen under plädering och under överläggning till dom böra beaktas, bruka sammanfattas under två benämningar: sakfråga och rättsfråga. Att skilja dessa frågor åt innebär, såsom senare skall visas[25], ofta betydande svårigheter. I detta sammanhang kan det vara tillräckligt att blott i grova drag hålla de båda frågorna isär. En sakfråga kan då karakteriseras såsom ett problem, huru en viss faktisk händelse varit beskaffad. T. ex. följande: Körde cyklisten på högra sidan av körbanan? Gav han signal? Höll han på med omkörning av en annan cyklist? En rättsfråga blir det sedan, huruvida något eller några av dessa fakta kunna anses motsvara den aktuella rättsregelns rättsfaktum eller med andra ord, för att begagna ett vanligt uttryckssätt, kunna subsumeras under regelns rättsfaktum. I exemplet med cyklisten blir sålunda frågan: Kunna de i rättegången framkomna fakta anses vara sådana, att vårdslöshet föreligger? En ytterligare rättsfråga blir sedan: Vilken rättsföljd är anknuten till »vårdslösheten»?

Efter denna antydan om distinktionen mellan sak- och rättsfråga skall med korta ord beröras, hur man kan gå tillväga vid bedömandet av *sakfrågan.* Redogörelsen behöver i denna inledande framställning icke göras alltför djupgående. I senare sammanhang (kap. IV) skall problemet granskas närmare.

Beträffande varje relevant faktum, det må vara ett rättsfaktum eller ett bevisfaktum (eller, för att begagna en annan terminologi: det må vara omedelbart eller medelbart relevant) måste göras en *bevisvärdering.* Det stadgas härom i RB 35: 1:

»Rätten skall efter samvetsgrann prövning av allt, som förekommit, avgöra, vad i målet är bevisat.»

Denna lagbestämmelse fastslår den fria bevisvärderingens

att bevisning skall upptagas efter parternas anföranden, t. ex. att ett vittne skall höras ånyo (PLB s. 449).

[25] Se nedan, kap. I.

princip och innebär att bevisvärderingen icke skall vara bunden av några legala bestämmelser.[26] Det förutsättes att domaren skall kunna vinna övertygelse i fråga om fakta på grund av vilka bevisfaktorer[27] som helst, blott övertygelsen är »objektivt grundad» och sålunda stödjes på skäl »som kunna godtagas av andra förståndiga människor».[28]

Det torde därför i allmänhet icke finnas anledning att göra åtskillnad mellan olika typer av bevis, exempelvis mellan »direkt» och »indirekt» bevisning, mellan »bevis» och »indicier», mellan »verbala» och »reella» bevis etc. Fördelen härav består, såsom Ekelöf påpekat, icke blott i att den juridiska begreppsapparaten förenklas. Distinktioner sådana som de nu nämnda kunna nämligen medföra »vissa risker för att den fria bevisprövningens princip ej kommer att vinna full tillämpning i praktiken».[29]

Bevisvärderingen måste utföras på sådant sätt att man når fram till en ståndpunkt beträffande varje i rättsreglerna angivet rättsfaktum. Man kan sålunda säga att *bevistemat* bestäms av vad som i rättsregeln fixerats såsom rättsfaktum.

Tämligen ofta inträffar det naturligtvis, att rättsfakta i målet icke bli i så hög grad klarlagda, att någon övertygelse kan uppstå hos domaren. Hur skall han då förfara?

Klart är till en början, att domen icke får utmynna i ett *»non liquet»*, d. v. s. ett uttalande om att saken är oklar och att någon dom därför icke kan meddelas. Någon sådan möjlighet erbjuder icke rättsordningen, och goda skäl kunna anföras för denna ståndpunkt.[30] Det må emellertid märkas att rättsordningen icke alltid varit kategorisk på denna punkt.

---

[26] Angående innebörden av den reservation, som gjorts i RB 35: 1, andra stycket, se nedan s. 143.

[27] Termen »bevisfaktor» användes stundom i det följande såsom synonym till »bevisfaktum».

[28] Gärde s. 475.

[29] Se härom Ekelöf, Civilprocessen, s. 343.

[30] Jfr Olivecrona, Bevisskyldigheten, s. 1 f.

Tidigare fanns sålunda möjlighet att förordna om »ställande under framtiden» i sådana fall, då en åtalad person icke kunnat fällas med hänsyn till att bevisningen varit otillräcklig, men då det dock framkommit relativt starka skäl att antaga att han begått brottet.[31]

En annan möjlighet vore att tvisteförhållandet delades[32], att man sålunda exempelvis i ett kravmål utdömde tre fjärdedelar av det yrkade beloppet i sådana fall där det gjorts sannolikt (men ej uppenbart) att försträckning skett. Det ligger i öppen dag, att det vore högst olämpligt att helt generellt lämna möjlighet till ett sådant förfaringssätt. För ett speciellt fall har emellertid RB ett stadgande som verkar i denna riktning,[33] I RB 35: 5 heter det nämligen:

»Är fråga om uppskattning av inträffad skada och kan full bevisning därom icke alls eller allenast med svårighet föras, äge rätten uppskatta skadan till skäligt belopp.»

Om dessa båda möjligheter avvisas, återstår endast möjligheten att låta någon av parterna vinna fullt ut, trots att rätten icke nått fram till övertygelse. Enligt den uppfattning, som varit allmän ända fram till de sista decennierna, bör man i så fall tillgripa en bevisbörderegel som bestämmer vilken av parterna som skall bära nackdelen av att rätten icke kommer till övertygelse beträffande visst relevant faktum. Enligt detta tankeschema skulle man alltså ha att beakta tre möjligheter: 1) Rätten är övertygad om att faktum X föreligger. 2) Rätten är övertygad om att faktum icke-X föreligger. 3) Rätten har stannat i ovisshet, och en bevisbörderegel tillgripes.

En annan uppfattning, som framkommit på senare tid, och som i nordisk doktrin klarast framställts av Eckhoff i hans arbete »Tvilsrisikoen (Bevisbyrden)», hävdar gentemot den klassiska bevisbördeuppfattningen en huvudregel som går ut på att

[31] Se härom Welamson, s. 66 ff. Jfr den nuvarande bestämmelsen i RB 20: 9 om tilltalad persons rätt att påyrka frikännande dom.

[32] Jfr Eckhoff, Tvilsrisikoen, s. 12, och TfR 1949, s. 298 ff.

[33] Jfr Ekelöf, Civilprocessen, s. 360.

»den mest sannsynlige anførsel skal legges til grunn».[34] Enligt denna uppfattning skulle man helt kunna slopa tanken på »övertygelse» och blott söka nå fram till ett avgörande om vilket av två alternativa fakta som är mest sannolikt. En sådan huvudregel måste givetvis förses med betydande modifikationer — den kan t. ex. icke i allmänhet användas inom straffrätten[35], — men under alla förhållanden måste det vara av stor praktisk betydelse om man tillämpar det klassiska betraktelsesättet eller, åtminstone i vissa fall, träffar sina avgöranden enligt den sistnämnda metoden. De fall, där övertygelse icke föreligger men där dock en viss sannolikhetsövervikt kan konstateras, kunna uppenbarligen bli bedömda på olika sätt enligt den ena och enligt den andra metoden.

Den nu angivna princip, enligt vilken man anser sig kunna låta sannolikhetsövervikten bli avgörande, kommer i det följande att benämnas »överviktsprincipen».[36] Det karakteristiska för *överviktsprincipen* är alltså att man enligt densamma *låter varje sannolikhetsövervikt i ena eller andra riktningen bli avgörande för sakfrågans bedömning, övervikten må vara aldrig så obetydlig.* En av huvudfrågorna i avhandlingen kommer att bli att utreda förhållandet mellan den klassiska bevisbördeuppfattningen och överviktsprincipen.

---

[34] Eckhoff, Tvilsrisikoen, s. 64.

[35] Jfr Eckhoff, a. a., s. 108 ff.

[36] En annan tänkbar term vore »sannolikhetsprincipen». (Se Ekelöf, Bevisvärde, s. 16.) Den torde dock få anses mindre lämplig, eftersom uttrycket »sannolik» ofta användes som beteckning för en högre grad av bevisstyrka än t. ex. uttrycket »kan antagas», och eftersom alltså den missuppfattningen lätt skulle kunna uppstå, att man enligt den ifrågavarande principen skulle kräva något mer än en enkel övervikt. Beträffande terminologien bör i övrigt märkas att *överviktsprincipen* betecknar en möjlig lösning av *»bevisbördeproblemet»*. Till förhindrande av missförstånd skall jag emellertid söka undvika att beteckna överviktsprincipen såsom en bevisbörderegel. Med bevisbörderegel skall jag således, där icke annat framgår av sammanhanget, avse en regel enligt vilken ett beviskrav riktas mot den ena eller den andra parten.

Sedan bevisvärderingen gjorts och bevisbörderegler tillämpats har rätten kommit fram till en ståndpunkt angående vilka fakta som skola anses föreligga. Detta innebär icke — eller bör i varje fall icke innebära — att man laborerar med ett specielt sanningsbegrepp: »formell sanning» (eller »juridisk sanning»)[37], utan endast att man vid den fortsatta behandlingen av målet handlar *såsom om* dessa fakta förelåge.

Vid bedömande av *rättsfrågan* gäller det att avgöra vilken innebörd som skall läggas i sådana abstrakta beskrivningar av rättsfakta som återfinnas i rättsreglerna. Detta kan stundom vara enkelt, nämligen i sådana fall där rättsfaktum beskrivits medelst entydiga termer. Några tolkningssvårigheter behöva knappast uppstå ifråga om sådana exempelvis i lagen om arv förekommande ord som »barn», »avkomlingar», »fader» o. s. v. Ofta innehålla emellertid reglerna vaga beskrivningar, vilkas innebörd kan vara svår att fastställa. Ett exempel härpå utgör bestämmelsen i avtalslagens 31 §, första stycket, där det heter:

»Har någon begagnat sig av annans trångmål, oförstånd, lättsinne eller beroende ställning i förhållande till honom till att taga eller betinga sig förmåner, vilka stå i uppenbart missförhållande till det vederlag, som må hava blivit erlagt eller utfäst, eller för vilka något vederlag icke skall utgå . . .»[38]

En rättsfråga utgör också problemet vilken rättsföljd som skall inträda. Även detta problem kan vara enkelt eller komplicerat, beroende på rättsregelns struktur.

Efter denna översikt rörande processen och bevisreglernas uppgifter i densamma skola vissa särskilda påpekanden göras som ha avseende på den följande framställningen.

---

[37] Se härom Olivecrona, Bevisskyldigheten, s. 31 ff.

[38] Jfr Ahlanders kommentarer till denna bestämmelse (Ahlander s. 113 ff.) Jfr även Agges uppsats »Abstrakt norm och konkret verklighet», särskilt s. 12 ff.

Diskussionen kommer huvudsakligen att anknytas till sådana fall, där existensen av *ett* faktum är föremål för tvekan, och där alternativen ställts så, att om detta faktum (X) är i viss grad sannolikt, så är det i motsvarande mån mindre sannolikt att icke-X existerar. Det skulle kunna göras gällande, att framställningen blir på ett oriktigt sätt tillrättalagd genom att problemen ställas på detta sätt. Låt oss studera ett par exempel som kunna utvisa huruvida en sådan invändning är riktig.

Antag att — i en rättegång, där det gäller att fastställa dödsorsak — ena parten påstår självmord och andra parten olyckshändelse men att rätten finner vissa omständigheter peka på mord. Det kan då finnas anledning att se saken i relation till rättsfrågan i målet. Om det t. ex. är en fråga om utbekommande av livförsäkringsbelopp som är föremål för prövning och det i livförsäkringsvillkoren gjorts förbehåll endast för självmord, förhåller det sig tydligen så att den relevanta frågeställningen blir denna: har självmord förekommit eller icke? De omständigheter som peka på mord kunna således sammanföras med de omständigheter som peka på olyckshändelse, och därmed blir det klart att inget särskilt problem här behöver uppkomma vare sig ifråga om bevisvärderingen eller ifråga om beviskravet. Frågan blir här således blott den: hur skall bevistemat formuleras?

Ett annat exempel: En oförsäkrad fastighet har brunnit ned. Ägaren A stämmer hyresgästen B och yrkar skadestånd under påstående att B vållat branden genom att förfara vårdslöst vid eldning i en kamin. B bestrider kravet och påstår att A själv vållat branden genom vårdslöshet vid cigarrettrökning. Rätten finner B:s påstående vara helt och hållet utan grund och finner A:s påstående osannolikt. Den sannolika orsaken till branden utgör enligt rättens förmenande kortslutning i fastighetens elektriska ledningar, en förklaring som parterna icke velat godtaga (och än mindre åberopa), eftersom de båda äro elektriker och själva utfört det elektriska installationsar-

betet, men som dock på grund av utredningen i målet ter sig sannolik. A:s talan mot B måste utan tvivel ogillas i detta mål, eftersom någon bevisbörda icke gärna kan läggas på B, och eftersom A:s påstående t. o. m. är osannolikt. Alla bevisfaktorer som *införts* i målet måste nämligen beaktas, då det gäller att pröva sannolikheten av A:s påstående. Även här blir således problemet enkelt, sedan man blott fastslagit vad som är bevistema, nämligen detta: har B vållat branden eller icke?

Dessa båda exempel torde klart utvisa att inga bärande skäl kunna anföras mot en sådan förenkling som den nyss berörda.

Problemet om bevisbördan är mycket omfattande och har givit upphov till en litteratur, som är av sådan storleksordning att den icke kan helt överblickas. Meningsbrytningar råda i nästan alla detaljfrågor. »Bei den Fragen der Beweislast», säger Leonhard, »ist fast nur das eine sicher, dass sie eine ausserordentlich grosse praktische Bedeutung haben.»[39] Under sådana förhållanden har det varit nödvändigt att ganska snävt avgränsa ämnet för avhandlingen.

Såsom antytts i avhandlingens titel skall undersökningen särskilt avse bevisbördeproblemet såsom tekniskt problem. Detta innebär att sådana spörsmål komma att ställas i förgrunden som kunna ha betydelse för *tillvägagångssättet* inom lagstiftningen, rättsskipningen och doktrinen *då bevisbördeproblem av olika slag skola behandlas.*[40] Avhandlingens tyngdpunkt är avsedd att ligga i sista kapitlet där vissa problem av denna art skola upptagas till särskilt studium.

Emellertid måste det framhållas att avhandlingsämnet trots

---

[39] Leonhard, s. 1.

[40] Ordet »teknik» kan enligt Nordisk Familjebok bl. a. betyda »det praktiska tillvägagåendet vid utförandet af ett arbete, i motsats till det andliga innehållet, idén eller kompositionen; sammanfattningen af de regler samt de särskilda grepp och färdigheter, som härvid komma till användning.»

den nu angivna begränsningen är så vidsträckt att en stark koncentration blivit nödvändig och att vissa spörsmål blivit tämligen knapphändigt behandlade. Jag har dock icke velat tillgripa utvägen att göra en ytterligare inskränkning av ämnesområdet. Bevisbördeproblemet såsom tekniskt problem bör nämligen betraktas såsom odelbart: man måste välja det ena eller det andra tillvägagångssättet, och de skäl som kunna ha betydelse vid detta val böra komma under samlad bedömning.

Beträffande *planen för framställningen* kan i korthet sägas följande. I de första tre kapitlen skall undersökas vid vilka typer av frågeställningar som bevisbörderegler kunna tillämpas. Kapitel I avser det mera omfattande problemet, huruvida reglerna böra ha betydelse endast inom ramen för sakfrågan eller även beträffande rättsfrågan. Kapitlen II och III äro ägnade åt ett studium av bevisbördereglernas funktion inom sakfrågans ram. Kapitel II har fått formen av en speciell studie över sannolikhetsbegreppets betydelse inom rättsskipningen; de i detta kapitel vunna resultaten utnyttjas sedan i kapitel III, där ett försök göres till närmare bestämning av bevisbördeproblemets innebörd och där gränsen uppdrages mellan bevisvärderingsfrågan och bevisbördefrågan. I kapitel IV, slutligen, skola de för ämnet särskilt betydelsefulla tekniska problemen göras till föremål för en särskild undersökning.

Många av de spörsmål som skola beröras äro av synnerligen vansklig natur. Men:

»Without being foolhardy enough to offer an infallible solution to terminate the battle for good and all, we should at least see what all the shooting is about.[41]»

[41] Maguire, s. 184.

KAPITEL I.

Gränsdragningen mellan sakfråga och rättsfråga — dess betydelse för bevisbördeproblemet

Problemet om distinktionen mellan sakfråga och rättsfråga kan ha betydelse i flera olika sammanhang. Exempelvis kan nämnas följande. I vissa länder låter man gränsen mellan sak- och rättsfråga bli, i mer eller mindre hög grad, av betydelse för frågan om tillåtligheten av fullföljd till högre instans.[1] I länder, där jury deltar i den dömande verksamheten, kan distinktionen i viss mån bli av betydelse för frågan om domarens och juryns funktioner[2]. För svensk rätts del kan nämnas stadgandet i RB 50: 21, där det talas om att mål, »vari fråga är om allenast rättstillämpningen», i vissa fall kunna avgöras utan huvudförhandling.[3] Det kan även förtjäna påpekas, att problemet under den äldre rättegångsbalkens tid kunde bli av betydelse för frågan om kvittning av rättegångskostnader[4] och att ett i viss mån likartat problem kan uppstå vid gränsdragningen mellan rättslig och faktisk villfarelse.[5]

Emellertid, även om man skulle kunna generellt dra en gräns mellan en sakfråga och en rättsfråga, så skulle den icke kunna

---

[1] Se härom närmare hos Schlyter.

[2] Se t. ex. Cockle, s. 6 ff.

[3] Jfr Gärde, s. 767.

[4] Se härom Wildte, s. 286 ff. Jfr den nu gällande kvittningsbestämmelsen i RB 18: 3, andra stycket.

[5] Se exempelvis rättsfallet NJA 1948: 244, särskilt adjungerade hovrättsledamoten Conradis yttrande å s. 247 ff.

bli helt avgörande för alla sådana skilda spörsmål som de nyss nämnda. Skilda hänsyn göra sig naturligtvis i olika fall gällande. Marty har yttrat följande:

»Pour définir la compétence de la Cour suprême, il ne suffit pas de dire que cette dernière contrôle la solution des 'questions de droit', les 'questions de fait' étant souverainement résolues par les juges du fond. La 'distinction du fait et du droit' est une formule commode pour éluder le problème, mais peu susceptible de fournir une clarté quelconque lorsqu'on en recherche la solution.»[6]

Icke heller då det gäller problemet om uppdelningen av domarens och juryns uppgifter kan någon generellt uppdragen gräns mellan sakfråga och rättsfråga rimligtvis bli helt avgörande. Många frågor beträffande i målet relevanta fakta falla inom domarens kompetensområde, och juryn träffar avgörandet i många frågor som det otvivelaktigt vore förkonstlat att beteckna annat än såsom rättsfrågor.[7]

Även då det gäller frågan om bevisbördereglernas tillämplighetsområde kommer stundom distinktionen mellan sak- och rättsfråga under debatt. Rosenberg har t. ex. yttrat följande:

»Eine Anwendung der Beweislastregeln kommt . . . stets nur in Frage, wenn ein für das Bestehen des streitigen Rechtsverhältnisses oder für die Verwendung des fraglichen Rechtsbegriffes erheblicher Tatumstand bestritten und zweifelhalt geblieben ist. Wenn dagegen die zugrundeliegenden tatsächlichen Vorgänge unbestritten oder völlig aufgeklärt sind, darf der Richter seine inneren Zweifel über die Anwendbarkeit eines Rechtssatzes oder eines Rchtsbegriffes nicht als Zweifel über die Tatfrage behandeln und der Partei, die die Bürde des Beweises für die tatsächlichen Voraussetzungen des Rechtssatzes oder des Rechtsbegriffes trägt, zur Last legen, sondern er muss Farbe bekennen und sich zu einer bestimmten Entscheidung durchringen. Denn auch hier darf es kein non liquet

---

[6] Marty, s. 363. Beträffande andra, delvis med Martys överensstämmande, delvis mot honom stridande åsikter, se Wunderli, särskilt s. 39.

[7] Se närmare, t. ex. McKelvey, s. 53 ff. Se även Schlyter, s. 8.

geben, da es die Lösung einer reinen Rechtsfrage gilt: iura novit curia.

»Hiergegen wird in der Praxis der unteren Gerichte nicht selten verstossen.»[8]

Eckhoff har deklarerat en åsikt som synes överensstämma med Rosenbergs. Eckhoff uttrycker sig på detta sätt:

»Undertiden kan han (domaren) være i tvil om hva rettssetningene går ut på. I så fall skal han innta det standpunkt han alt i alt mener har mest for seg, etterat han har tatt i betraktning eventuelle lover, sedvanerettsdannelser etc. Bevisbyrderegler blir det ikke snakk om her.»[9]

Även då det gäller problemet om bevisbördereglernas tillämplighetsområde förhåller det sig naturligtvis så att särskilda hänsyn måste tillgodoses och att man därför icke utan närmare övervägande kan hämta ledning av någon generellt dragen gräns mellan sak- och rättsfråga. Å andra sidan synes det mig uppenbart att det är mest klargörande att vid diskussionen av bevisbördeproblemet anknyta till en på rimligt sätt dragen gräns mellan sak- och rättsfråga och att undersöka vilken betydelse bevisbördereglerna böra tillmätas med avseende på var och en av dessa frågor. Detta kapitel skall därför ägnas åt en undersökning av följande spörsmål: Hur bör distinktionen mellan sakfråga och rättsfråga lämpligen utföras då man särskilt vill ta sikte på lösningen av bevisbördeproblemet och vilken betydelse bör tillmätas åt bevisbördereglerna med avseende på var och en av dessa frågor?

En åsikt, för vilken starka skäl kunna anföras, är denna: Frågan om lösningen av bevisbördeproblemet bör lämpligen betecknas såsom en rättsfråga[10], och med hänsyn härtill bör

---

[8] Rosenberg, Die Beweislast, s. 18.

[9] Eckhoff, Tvilsrisikoen, s. 9. Jfr Scheel, s. 6.

[10] Det kan i detta sammanhang förtjäna påpekas, att frågan om bevisbördan kan komma under prövning såväl, enligt fransk rätt, av la Cour de cassation, som, enligt tysk rätt, av dem Reichsgericht, vilka båda domstolar i princip endast pröva rättsfrågor (se Wunderli, s. 20 och s. 61).

sakfrågan strängt taget anses bestå »endast av spörsmål om den grad av sannolikhet varmed olika rättsfakta bevisats i målet».[11] Om detta betraktelsesätt begagnas, kommer bevisbördeproblemet uppenbarligen att helt och hållet falla inom ramen för rättsfrågan.

Mot denna åsikt kan emellertid invändas att den leder till ett opraktiskt resultat såtillvida som begreppet sakfråga i så fall kommer att bli identiskt med begreppet bevisvärdering och att begreppet rättsfråga kommer att få ett mycket stort omfång och kommer att inbegripa moment beträffande vilka det är nödvändigt att i praktiken göra åtskillnad. Man kan således icke med denna terminologi på ett tillfredsställande sätt ge vägledning för problemets lösning utan ställes, om densamma skall begagnas, inför uppgiften att medelst andra termer göra en distinktion inom ramen för rättsfrågan.

En annan åsikt skulle kunna på ett ungefärligt sätt anges i enlighet med följande: Sakfrågan består i spörsmålet vilka fakta som skola läggas till grund för rättens avgörande. Rättsfrågan består i spörsmålet vilka rättsföljder som skola knytas till dessa fakta. Och bevisbörderegler skola tillämpas endast med avseende på sakfrågan, sådan denna nu definierats. Låt oss anknyta till ett par exempel som kunna klargöra innebörden av en sådan åsikt.

Exempel 1.[12] Säljaren stämmer köparen med yrkande att utfå 2.000 kronor, utgörande likvid för en häst, som köparen inropat på en auktion. Köparen medger att han inropat hästen för summan ifråga men invänder att han därvid handlat under inflytande av rubbad själsverksamhet[13] och åberopar som grund för invändningen följande omständigheter: Han är 75 år gammal. Omedelbart före inropet hade han druckit 15 cl.

---

[11] Ekelöf, Civilprocessen, s. 613.

[12] Ett liknande mål avgjordes den 2 maj 1944 av Vättle, Ale och Kullings häradsrätt.

[13] Se lagen den 27 juni 1924 om verkan av avtal, som slutits under inflytande av rubbad själsverksamhet. Jfr NJA II 1924, s. 594.

brännvin. Hästen var värd blott 1.500 kronor. I samtal med två bekanta hade han ett par timmar före auktionen yttrat, att han tänkte inropa hästen, om han kunde få den för ett pris av högst 1.200 kronor. Samtliga dessa omständigheter vitsordas av säljaren. Säljaren gör emellertid gällande att omständigheterna ej bilda tillräcklig grund för ogiltigförklaring av köpet.

Om rätten i detta fall hyser tvekan, huruvida kärandens talan skall bifallas eller ej, synes denna tvekan vara, åtminstone vid första påseendet, helt beroende på att fallet är tvivelaktigt från rättslig synpunkt. Problemet tycks vara ett lagtolkningsproblem: äro fakta i målet sådana att de kunna anses motsvara rättsreglernas rättsfakta? Det förefaller som om man icke skulle kunna ta några bevisbörderegler till intäkt för ett avgörande i ena eller andra riktningen.

Exempel II. Antag, att fallet i övrigt är identiskt med det föregående men att läget beträffande spritförtäringen i stället är följande. Köparen, som höres under sanningsförsäkran, gör gällande att han omedelbart före inropet förtärt 40 cl. brännvin i en närliggande skogsdunge och att han redlöst berusad ropat »tvåtusen» ifrån en plats längst bak i massan av auktionsbesökare, där han icke iakttagits av mer än två personer. I övrigt minns han intet. Säljaren bestrider helt att köparen förtärt sprit och gör gällande att dennes berättelse härom är »ren dikt». De båda närstående auktionsbesökarna höras som vittnen. Den ene säger sig ha iakttagit att köparen luktat sprit, vindat med ögonen, raglat och efter inropet sluddrat: »Som hittat. Bara manen är värd 200.» Den andre har hört köparen prata något för sig själv men har, trots att han noga iakttagit köparen, ej fått intryck av att denne varit berusad. Båda vittnena göra intryck av att vara tillförlitliga personer.

Om i detta fall rätten anser att de av köparna åberopade omständigheterna icke, även om de vore bevisade, skulle motivera tillämpning av 1924 års lag, behöver frågan om faktisk tvivelaktighet ej bli av betydelse. Om däremot rätten anser att säljarens talan borde bifallas under förutsättning att hans version av saken är riktig men ogillas om köparens version

är riktig, så kan det förefalla som om bevisbördereglerna borde bli avgörande för målet.

Preliminärt och något förenklat[14] skulle man kunna ange skillnaden mellan de båda exemplen på följande sätt. I fallet I har rätten att utan hänsyn till några bevisbörderegler bestämma sig för den ståndpunkt till målet som rätten finner riktigast, även om rätten vid detta avgörande känner aldrig så stor tvekan. I fallet II, däremot, kan rätten icke utan vidare taga för gott det alternativ som synes ligga närmast till hands utan måste döma efter en bevisbörderegel, varigenom det mycket väl kan tänkas att det mindre sannolika alternativet kommer att läggas till grund för domen.

Emellertid må man märka, att den nu angivna skillnaden mellan de båda fallen icke behöver uppstå, om man anser att *överviktsprincipen* är tillämplig. I så fall kan man nämligen beträffande båda exemplen nöja sig med att ställa frågan så: vilket alternativ har mest skäl för sig? Om överviktsprincipen begagnas, blir sålunda resonemanget betydligt enklare.

Emellertid kan överviktsprincipen icke alltid tillämpas. I hästexemplet lägger åtminstone icke lagtexten något hinder i vägen för dess tillämpning, eftersom intet stadgande däri finnes angående bevisbördan, men i andra fall kan det finnas lagbestämmelser som göra det helt uteslutet att man skulle kunna begagna överviktsprincipen. Det kan därför vara lämpligt att studera ytterligare två exempel, som kunna komplettera de förra, och som dessutom kunna vara av intresse särskilt ur den synpunkten att de representera en mycket vanlig typ av fall.

Exempel III. En bil kör om en cyklist. Cyklisten märker ej — på grund av att hård motvind råder — att bilen bakifrån nalkas. Just när bilen gör omkörningen, kör cyklisten ut i vägbanan för att undvika en grop vid vägkanten och blir skadad av bilen. Bilföraren har icke avgivit signal. Alla dessa fakta äro ostridiga. Cyklisten yrkar enligt bilansvarighetsla-

[14] Jfr nedan, s. 49 f.

gen[15] skadestånd av bilägaren. Argumenteringen i målet rör frågan, huruvida det var försvarligt att göra omkörning utan att ge signal (omkörning av cyklister på denna väg skedde ungefärligen var 100:e meter).

Exempel IV. Ett liknande fall, men med följande skillnader. Vägen är sådan att föraren ovillkorligen bort ge signal. Föraren och ett vittne påstå, att signal gavs, cyklisten och ett vittne säga, att signal icke gavs.

I Ex. III (liksom i Ex. I) är det synbarligen fråga om rättslig, i Ex. IV (liksom i Ex. II) om faktisk tvivelaktighet.

Enligt 2 § i bilansvarighetslagen skall ägaren ansvara för skadan, såvida det inte »av omständigheterna framgår», att skadan icke »vållats av föraren». Av motiven till lagrummet[16] framgår, att man genom denna formulering velat reglera »bevisskyldigheten» så att »ägaren bleve ansvarig för skada, om han ej kunde styrka, att den icke inträffat på grund av vållande från förarens sida». Beträffande Ex. IV skall en bevisbörderegel således tillämpas och få till följd att ovisshet om fakta — i detta fall huruvida signal gavs eller ej — skall gå ut över bilägaren. Om man intar den ståndpunkt, som Rosenberg förfäktat, synes alltså följden bli att man bör bedöma fallen III och IV på olika sätt: i fallet III bör man tillgripa den lösning som har mest skäl för sig, i fallet IV bör man låta bevisbörderegeln fälla utslaget, vilket får till följd att bilägaren förlorar målet även om en viss, ehuru otillräcklig, sannolikhetsövervikt talar till hans förmån (t. ex. genom att det vittne förefaller trovärdigare, som påstår att signal gavs).

Det är emellertid långt ifrån självklart att Rosenbergs ståndpunkt är riktig. Såsom nyss påpekades blir gränsen mellan sak- och rättsfrågor i nu aktuellt avseende utan betydelse i den mån man följer överviktsprincipen. Man kan nu än vidare ställa det spörsmålet: Finns det anledning att i detta sammanhang

---

[15] Lagen den 30 juni 1916 ang. ansvarighet för skada i följd av automobiltrafik, i det följande kallad »bilansvarighetslagen».

[16] NJA II 1917, s. 84.

överhuvudtaget skilja mellan sak- och rättsfrågan? Kan man icke, när man upprätthåller en bevisbörderegel, låta denna få betydelse även för rättsfrågan på så sätt att även den tvekan, som i detta avseende kan föreligga, får drabba den part som belastas av bevisbörderegeln? Detta spörsmål torde vara av stort intresse, icke minst med hänsyn till sådana mål som gälla den nyss berörda bestämmelsen i bilansvarighetslagen. Dessa mål äro ju synnerligen talrika och gälla ofta relativt stora värden.

För att spörsmålet skall kunna besvaras synes det mig nödvändigt att här beröra den typ av regler som bruka kallas *»in dubio-regler»* och att göra några allmänna anmärkningar om förhållandet mellan dessa regler och bevisbördereglerna.

Uttrycket »in dubio» torde icke förekomma i lagtexten men begagnas ofta i doktrinen. Det kan lämpligen översättas till satsen: »då tvekan föreligger». Meningen med en in dubio-regel är att man skall kunna hämta ledning av densamma i sådana situationer där det föreligger ungefär lika starka skäl för en lösning som för en annan. Sådana regler kunna vara avsedda att reglera såväl rättsliga som sakliga spörsmål. Agge anser exempelvis att principen »in dubio mitius» är en »tolkningsprincip», under det att principen »in dubio pro reo» är en »bevisrättslig maxim». De båda principerna ha dock det gemensamt »att de båda vilja giva individen en viss favör i straffrättsskipningen».[17] Satsen »in dubio pro reo» är tydligen endast en annan formulering av satsen »åklagaren har bevisbördan».[18] För att det närmast följande resonemanget skall bli tydligare skall däri *med in dubio-regler åsyftas endast regler av den förstnämnda typen.* Det göres alltså en åtskillnad mellan in dubio-regler och bevisbörderegler.

Tydligt är att de båda regeltyperna ha mycket gemensamt. Bl. a. är det av vikt att ha klart för sig att intetdera slaget av regler kan få den konsekvensen att varje form av tvekan

[17] Agge, Lärobok, s. 60.

[18] Jfr Welamson, s. 48.

vid rättsskipningen blir undanröjd.[19] Reglerna få endast den konsekvensen att den sektor, där vid rättsskipningen svårigheter inställa sig, blir förflyttad. Om reglerna ej funnes, skulle svårigheter uppkomma i sådana fall, där frågan är: hur skall dömas, då lika goda skäl tala i båda riktningarna? Då reglerna finnas, uppkomma i stället svårigheter i de fall, då något starkare skäl tala för den ena lösningen än för den andra, och då man således kan hysa tvekan huruvida sådant tvivel föreligger som fordras för att reglerna skola kunna tillämpas. Det nu sagda ger vid handen, att man icke bör låta sig föranledas att uppställa vare sig in dubio-regler eller bevisbörderegler endast av det skälet att man vill undvika ett dilemma.

Det må vidare observeras, att både in dubio-regler och bevisbörderegler kunna formuleras så att de innehålla anvisning om ett visst åsyftat mått av övertygelse. Satsen in dubio mitius kan sålunda omformuleras till ungefärligen detta: goda skäl fordras för att en gärning skall kunna anses falla inom ramen för den strängare av två brottsbeskrivningar. På samma sätt kan alltid en bevisbörderegel, t. ex. »ovisshet beträffande faktum X skall gå ut över parten A.», formuleras om till en sats av denna typ: »faktum X skall styrkas för att det skall kunna läggas till grund för domen». Mellan dessa och andra liknande formuleringar kan icke råda någon annan skillnad än att de avse mer eller mindre starka grader av övertygelse och innehålla mer eller mindre ändamålsenliga preciseringar därav.[20]

Efter dessa anmärkningar om förhållandet mellan in dubio-regler och bevisbörderegler är det tid att återgå till huvudproblemet: Är det nödvändigt att inskränka bevisbördereglernas omfång till att endast avse sakfrågan? Kan man med andra ord icke låta en bevisbörderegel samtidigt fungera såsom en in dubio-regel?

---

[19] Jfr, beträffande bevisbördereglerna, Eckhoff, Tvilsrisikoen, s. 66.

[20] Se härom vidare nedan, kap. IV, § 4.

Något generellt svar på denna fråga torde icke kunna ges. I många fall torde det kunna förhålla sig så att det kan vara ganska rimligt att en part får bära risken för tvivelaktighet i rättsfrågan lika väl som i sakfrågan. På andra områden, åter, skulle säkerligen mindre lämpliga konsekvenser uppstå, om man skure problemen över en kam. Till belysning av det nu sagda kan det vara lämpligt att ett ögonblick stanna inför en konkret situation, där problemet ställs på sin spets.

Exempel V. Antag, att en person är åtalad för ett brott, som är belagt med långvarigt frihetsstraff. Den av åklagaren påstådda gärningen faller utan tvivel inom ramen för brottsbeskrivningen, men det har endast kunnat göras sannolikt att gärningen blivit begången.

Exempel VI. Antag, såsom variation till det nu nämnda fallet, att det är fullt klarlagt att gärningen blivit begången men att det är tveksamt, huruvida den faller inom brottsbeskrivningens ram.

I båda dessa fall skall åtalet uppenbarligen ogillas, men det är tydligt att motiveringen härtill icke är ensartad. Skillnaden kan sägas ha sin grund däri att, såsom Michael uttryckt saken: »To issues of law there are just and unjust answers and to issues of fact there are correct and incorrect answers.»[21] I exempel V blir domen odiskutabelt materiellt riktig eller materiellt oriktig[22] — även om detta blott kan konstateras av den tilltalade själv eller, jämte honom, av en begränsad krets av personer. Motiveringen för den frikännande domen kan här i korthet anges så, att man vill tillämpa en princip som till ett minimum reducerar frekvensen av felaktiga fällande domar och att man är beredd att ta den häremot svarande konsekvensen att ett relativt stort antal brottsliga gärningar undgå straff.[23] I exemplet VI, däremot, kan domen icke bli riktig eller oriktig i nyss angiven mening utan endast mer eller mindre

---

[21] Michael, s. 4.

[22] Jfr definitionen av »materiell» ovan å s. 19, not 15.

[23] Jfr nedan s. 86 f.

rimlig, och motiveringen för frikännandet ligger delvis på ett annat plan: det gäller här frågan om innebörden av den straffrättsliga legalitetsgrundsatsen.[24]

Det är därför tydligt att man icke nödvändigtvis behöver låta en in dubio-regel ha lika långtgående betydelse som en bevisbörderegel. Det är för övrigt tveksamt om man ens kan göra en någorlunda objektiv jämförelse mellan de båda reglernas räckvidd. Den slutsatsen synes alltså ofrånkomlig, att man åtminstone i många fall måste dra en gräns mellan sådan form av tvekan, varvid bevisbörderegler skola tillämpas, och tvekan av sådant slag som icke bör ha med dessa regler att skaffa.

Det skulle kunna tyckas som om man kunde lösa problemet genom att säga följande: bevisbörderegler skola komma till bruk endast då det gäller frågan om konstaterande av konkreta fakta och icke då det gäller frågan om dessas rättsliga bedömning.[25] Detta torde emellertid icke vid närmare betraktande kunna anses innebära någon lösning. Det förhåller sig nämligen så att *konkreta fakta också kunna vara av betydelse då man skall söka få kunskap om huruvida en rättsregel gäller och vilken innebörd den har.* Ja, man kan rentav ställa frågan, om icke varje tvekan rörande »rättsfrågan» egentligen är en tvekan som avser existensen av konkreta fakta.[26] Detta spörsmål torde i varje fall vara förtjänt av närmare övervägande.

Först är då att märka, att det onekligen är ett faktiskt spörsmål, huruvida en viss regel promulgerats såsom lag (och

---

[24] Ang. denna, se Agge, Lärobok, s. 38 ff.

[25] Jfr termerna »constatation de faits», resp. »qualification de faits». Se Deschenaux, s. 14.

[26] Ahlander (s. 77) definierar »försöksvis» en rättsregel såsom »en regel, vilken konstruerats *på grundval av juridiska erfarenhetsfakta*, lagregler, praxis, sedvanor o. d. och antagligen kommer att tillämpas av domstolar eller andra rättstillämpande organ.» (Kursiveringen gjord här.)

icke blivit upphävd), huruvida en tidigare dom av visst innehåll givits eller huruvida visst uttalande gjorts i doktrinen. I RB 35: 2 talas det om »bevis om vad lag stadgar», och PLB använder uttrycket »bevisning om tolkningen av gällande lag eller om förefintligheten av sedvanerätt».[27] Man kan därför fråga sig: skola bevisbörderegler tillämpas då det föreligger ovisshet om existensen av sådana fakta som det här gäller?

Detta problem blir icke aktuellt, skulle man kunna mena, såvitt angår *svensk rätt*. Domaren är nämligen skyldig att skaffa sig kunskap beträffande denna i den mån han icke redan tidigare besitter sådan. Emellertid vore det naturligtvis orimligt att tänka sig att domaren skulle kunna ha — eller skulle kunna skaffa sig — *fullständig* kunskap i detta avseende. Det kan exempelvis icke begäras att domaren alltid skall känna till alla rättsfall som kunna vara av betydelse för avgörandet i ett mål.

Emellertid ställs problemet på sin spets då det gäller tillämpning av *främmande rätt*. Om målet angår ett spörsmål, där främmande rätt skall tillämpas, äger rätten enligt RB 35: 2 »anmana part att förebringa bevisning därom». Hur skall man då förfara, om bevisning trots detta icke åstadkommes? — Enligt PLB behöver anmaningen »icke innebära, att rätten tagit ställning till frågan, huruvida partens underlåtenhet att förebringa bevis skall medföra, att hans talan ogillas».[28] Hos Gärde tillfogas den kommentaren, att anmaningen har »mera karaktären av ett varsel till parterna att främmande lag skall tillämpas än av ett bevisbeslut».[29] Tydligt är alltså att tvekan kan uppstå om vilket innehåll domen skall ha i sådana fall då man icke vet huru rättsregeln är beskaffad. Skall man då tillämpa en bevisbörderegel eller skall man, betraktande problemet såsom havande rättslig karaktär, tillgripa en annan lös-

[27] PLB, s. 379.
[28] PLB, s. 380.
[29] Gärde, s. 478.

ning?[30] — Innan något försök göres att besvara denna fråga skola några ytterligare spörsmål beröras som ha betydelse för det uppställda problemet: är icke varje tvekan rörande »rättsfrågan» egentligen en tvekan som avser existensen av konkreta fakta?

Hittills ha berörts sådana fakta som existensen av en lagstiftningsåtgärd, en tidigare meddelad dom, ett i doktrinen gjort uttalande o. d. Avgörandet av en rättsfråga grundas emellertid icke alltid — eller åtminstone icke alltid enbart — på sådana fakta som dessa. Även andra »rättskällor» kunna vara av betydelse. Låt oss göra några elementära iakttagelser beträffande betydelsen av t. ex. »sedvanerätt» och »ändamålssynpunkter».

Antag att en lagregel innehåller den bestämmelsen att viss rättsföljd skall inträda under förutsättning att en person i samband med visst slag av affärstransaktion begagnat ett förfaringssätt som strider mot »gott handelsbruk». Då denna regel skall tillämpas måste domaren söka konstatera vissa fakta beträffande sedvänjor i affärslivet. Visserligen förhåller det sig icke nödvändigtvis så att domaren är alldeles bunden av de just vid domstillfället rådande sedvänjorna, men uppenbarligen kan han icke bestämma rättsföljden helt med bortseende från dessa.[31] Alltså: för att bestämma lagregelns innebörd (innebörden av lagregelns rättsfaktum *såsom abstrakt begrepp*[32]) har han att ta ställning till vissa fakta. Existensen av dessa kan vara oviss. Skall domaren i så fall tillämpa bevisbörderegler?

---

[30] Jfr följande uttalande av hovrätten i rättsfallet SvJT 1950, s. 958: »Tillfyllestgörande utredning rörande innehållet i denna lag har emellertid icke förebragts, men av vad härutinnan förekommit i målet kan icke anses framgå, att den i nu berört avseende skulle vara väsentligen olik svensk lag. Vid dessa förhållanden bör svensk lag tillämpas.»

[31] Jfr Hult, särskilt s. 131 och 138.

[32] I detta sammanhang är det, såvitt jag förstår, av vikt att skilja mellan *abstrakt* och *konkret* rättsfaktum. Jfr Ekelöf, TfR 1945, s. 226, och Ahlander, s. 142 ff.

Antag vidare att domaren resonerar på följande sätt — vilket innebär att han beaktar en »ändamålssynpunkt»: »Även om det för närvarande icke finnes någon fast sedvänja bestående däri att köparen i detta slag av transaktioner omedelbart brukar göra anmärkning beträffande varans beskaffenhet, så är det dock lämpligt att tolka uttrycket 'gott handelsbruk' på det sättet att köparens talan ogillas om han icke så gjort. En dylik tolkning tillgodoser nämligen på bästa sätt de hänsyn som det här gäller att främst beakta.» — Det i den sista meningen gjorda påståendet är onekligen ett påstående som avser konkreta fakta, och påståenden av detta slag kunna vara sanna eller falska. Huru därmed förhåller sig är ofta synnerligen ovisst. Skola bevisbörderegler tillämpas beträffande de fakta som sådana påståenden implicera?

De nu gjorda anmärkningarna torde ha utvisat att man i en fullt rimlig mening kan tala om »bevisning» även när det gäller frågan om den »rättsliga bedömningen» av fakta. Därav följer, såsom också torde ha framgått av det sagda, att man icke a priori kan avvisa tanken att bevisbörderegler skulle kunna tillämpas med avseende på sagda bedömningsfråga. Såvitt jag förstår ligger problemet så till, att konkreta fakta äro av betydelse såväl då det gäller att konstatera riktigheten av ett påstående att en abstrakt rättsregel »gäller» som då det gäller att konstatera riktigheten av ett påstående att ett visst händelseförlopp, varom i målet är fråga, har inträffat. Beträffande alla fakta, till vilken grupp de än må kunna hänföras, gäller att domaren med stöd av de erfarenhetssatser[33] har att ta ställning till frågan om deras existens.

Om det nu sagda är riktigt förhåller det sig så att problemet om den »rättsliga bedömningen» av fakta också är en

---

[33] Jfr exempelvis följande båda erfarenhetssatser: »Det händer ofta att vittnen i god tro lämna oriktiga uppgifter beträffande händelseförlopp som de åsett.» — »Det är ytterst ovanligt att en i 'lagboken' lämnad uppgift är oriktig.» Angående erfarenhetssatsernas betydelse vid rättsskipningen se närmare t. ex. Manigk, s. 123 ff. och Wunderli, s. 70 ff.

fråga som avser fakta, nämligen sådana fakta med stöd av vilka man bilda sig en uppfattning om en rättsregels innehåll. Emellertid kan man fråga sig: har termen »rättslig bedömning» fått en uttömmande förklaring i och med att man angivit detta?

Det skulle kunna göras gällande att termer sådana som »rättslig bedömning» och »rättsfråga» böra åsyfta icke klarläggandet av nyss angivna fakta utan själva den i domen gjorda jämförelsen (subsumtionen) i och för sig. Häremot kan man emellertid invända, att en sådan jämförelse är skäligen enkel, om fakta äro å ömse sidor fullt klarlagda, och att någon särskild beteckning härför knappast erfodras. Det torde också förhålla sig så, att man vanligen med termen »rättsfråga» betecknar just problemet om »rättskällefakta», även om man kanske icke alltid gjort klart för sig att problemet har denna innebörd.[34] Utan tvivel förhåller det sig också så att det vore högst olägligt, om man skulle begagna termen »sakfråga» såsom beteckning för frågan om fastställande av alla typer av fakta som kunna vara av betydelse i en rättegång. Det lämpligaste är utan tvivel att med en term, »sakfråga», beteckna frågan om konstaterande av vissa fakta och att med en annan term, »rättsfråga», beteckna konstaterande av vissa andra fakta. Att exakt definiera dessa båda grupper synes mig vara en hart när olöslig uppgift. Däremot synes det mig icke omöjligt att finna vissa riktlinjer för en ungefärlig gränsdragning. Frågan är emellertid om dessa riktlinjer kunna bli tillräckligt tydliga för att det i praktiken skall vara möjligt att använda den metod som Rosenberg och Eckhoff uttalat sig för[35], den metoden alltså, att låta bevisbördereglerna bli av betydelse endast inom ramen för sakfrågan.

---

[34] Av intresse i detta sammanhang är den meningsmotsättning som vid Det fjortende Nordiske Juristmøde framkom mellan Schlyter och Schjelderup. Se särskilt s. 90, där Schjelderup utvecklar en annan åsikt än den här förfäktade. Han betecknar ett spörsmål såsom ett »faktiskt spörsmål» bl. a. med den motiveringen att den regel, som skall tillämpas på det föreliggande konkreta tillfället, »må ... *på forhånd konstateres*».

[35] Se citaten ovan å s. 34 f.

Låt oss här hopsummera de hittills vunna resultaten. Gränsdragningen mellan »sakfråga» och rättsfråga» bör lämpligen, såvitt angår bevisbördeproblemet, utföras på sådant sätt att båda frågorna komma att avse konstaterande av fakta. Det gäller således att söka finna vissa grunder för en uppdelning av fakta i två grupper, varav den ena skall anses hänförlig till sakfrågan och den andra till rättsfrågan. Kunna dessa grunder klart angivas? Och kan man, om så är fallet, konsekvent begagna metoden att tillämpa bevisbörderegler endast med avseende på sådana fakta som falla inom ramen för sakfrågan? Beträffande dessa vanliga problem skola i det följande vissa antydningar göras.

Först bör då observeras, att gränsdragningens problem lätt kommer helt i skymundan. Detta beror på att det icke vanligen framträder — och knappast kan framträda — expressis verbis i lagtexten eller i regler som vid sidan av lagtexten begagnas. Såsom påpekades i inledningen uttryckas ofta i lagtexten rättsfakta på sådant sätt att man icke utan svårighet kan komma till klarhet om vilka konkreta fakta som kunna åsyftas (t. ex. »vårdslöshet», »god tro», »skada» etc.). Då man nu anknyter en bevisbörderegel till ett dylikt rättsfaktum, så kan det knappast undvikas att formuleringen blir sådan att det ligger nära tillhands att låta bevisbörderegeln få betydelse även för rättsfrågan. Problemen bli så att säga formuleringstekniskt sammanblandade. Man säger exempelvis: vårdslöshet (god tro, skada) skall »visas». Det ligger då nära tillhands att tillämpa denna regel så att man avvisar påståendet om vårdslöshet både i sådana fall, där händelseförloppet i målet (t. ex. hög hastighet, underlåtenhet att ge signal) är oklar och i sådana fall, där händelseförloppet visserligen är klarlagt, men där det är osäkert om det kan subsumeras under rättsfaktum »vårdslöshet».[36] Med andra ord: det ligger nära till hands att tolka regeln »vårdslöshet skall visas» så att den krä-

[36] Jfr, beträffande detta problem, Ekelöf, Civilprocessen, s. 568 och 613, samt SvJT 1948, s. 207 ff.

ver att båda de tidigare berörda slagen av fakta skola vara fastställda.

Det sist sagda torde bli klarare, om det anknytes till exemplen III och IV.[37] Antag att rätten — innan den överväger frågan om bevisbördan — anser fallet vara tveksamt, dock med en obetydlig övervikt till bilägarens favör. Detta skulle i så fall betyda att rätten i Ex. III hade en — visserligen obetydlig — benägenhet för att anse att signal icke varit påkallad, och att rätten i Ex. IV ansåge det vittne en aning mer trovärdigt som påstått att signal gavs. Under sådana förhållanden skall cyklistens talan ogillas i Ex. III, om problemet där uppfattas såsom en rättsfråga, inom vilken bevisbörderegeln är utan betydelse, men i Ex. IV skall rätten med stöd av bevisbörderegeln i stället bifalla hans talan. Det torde emellertid ligga nära till hands att i båda fallen låta domen utmynna i att »det ej av omständigheterna framgår», att föraren varit fri från vållande. Detta har måhända i någon mån sin förklaring däri att det råder ett visst beroendeförhållande mellan lagtext, domsformulering och tankeverksamhet hos domaren. Domaren tänker ofta inte djupare än han behöver för att skriva domen, och domen anknytes ofta direkt till formuleringen i lagtexten.[38]

En annan svårighet består däri, att sakfrågan mycket väl kan vara tveksam även i sådana fall, då alla i målet omnämnda fakta äro *ostridiga* mellan parterna. Parterna kunna mycket väl ha underlåtit att omnämna något bevisfaktum som dock är av så stor betydelse att domen måste grundas på ett ställningstagande till detsamma. I så fall föreligger uppenbarligen en sakfråga. Det är framför allt på denna punkt som man kan ifrågasätta, huruvida icke resonemanget i anslutning till exemplen I—IV härovan blivit något förenklat.[39] Förenklingen består i så fall däri, att det icke kan betraktas såsom

[37] Se ovan, s. 38 f.

[38] Jfr nedan, s. 163 ff. ang. »Satzbaulehre».

[39] Jfr ovan, s. 38.

självklart att endast rättsfrågan är problematisk i exemplen I och III. *Att* i dessa exempel en rättsfråga aktualiseras, därom kan knappast någon tvekan råda, men det kan med skäl diskuteras om icke även sakfrågan är aktuell.

En ytterligare svårighet — den som i praktiken torde vara mest märkbar — består däri, att man i ett sammanhang måste ta ställning till dels vilka rättsregler som äro tillämpliga, dels vilka i målet relevanta fakta som inträffat. Om man hyser rättslig tvekan, kan denna därför få den innebörden att man ifrågasätter, huruvida icke ytterligare fakta, som icke i målet blivit klarlagda, kanske icke ens omnämnda, ha betydelse. Och å andra sidan kan en tvekan om det faktiska händelseförloppet ha till följd att man tänker sig möjligheten av att fakta, om de vore klarlagda, skulle aktualisera en annan rättsregel. Det synes sålunda som om en tvekan beträffande fakta av ena slaget alltid kan tänkas inrymma en tvekan beträffande fakta av andra slaget. En god illustration till detta erbjuder exemplet III (ovan å sid. 38 f.). I detta exempel är problemet: borde bilföraren ha avgivit signal? För lösningen av detta problem är det av betydelse att klarlägga vissa fakta (vägens bredd och beskaffenhet i övrigt, antalet fordon som färdades å densamma etc.), och det blir i sista hand mycket svårt att avgöra om den tvekan, som eventuellt föreligger vid ställningstagandet, är en tvekan rörande omfånget av den regel som föreskriver att signal skall ges vid omkörning eller en tvekan rörande detaljerna av händelseförloppet i målet.

Beträffande detta exempel bör vidare observeras, att käranden (cyklisten) har stort intresse av att en bevisbörderegel blir tillämplig i målet, eftersom en sådan regel enligt bilansvarighetslagen, 2 §, endast kan ge utslag i hans favör. Cyklisten har således intresse av att utveckla sådan aktivitet som kan få problemet i målet att framstå såsom en sakfråga. Han kan därför frestas att göra allehanda oriktiga men icke helt orimliga påståenden rörande faktiska omständigheter: att bilföraren färdats för långt åt vänster och med för hög hastighet, att gropen

vid vägkanten måste varit fullt synlig för bilföraren, som därigenom haft särskild anledning att ge signal etc. Ju större aktivitet cyklisten visar, desto större blir hans utsikter att rätten skall finna sakfrågan oklar.

Man kan rentav fråga sig, om icke en skicklig advokat i praktiskt taget alla mål kan få problemet att framstå, åtminstone i väsentlig mån, såsom en sakfråga. Om detta är riktigt, uppstår en särskild olägenhet genom att man gör en åtskillnad mellan sakfråga och rättsfråga, den olägenheten nämligen, att begränsningen av processmaterialet försvåras.

Det nu nämnda förhållandet bör dock icke kunna föranleda att man skär problemen över en kam; detta är, såsom tidigare utvecklats[40] knappast ens möjligt. Om vi se på exemplen III och IV, visar det sig också att en betydande olikhet dem emellan föreligger. I ex. IV är endast en sakfråga aktuell, i ex. III är det visserligen icke uteslutet att man anser även sakfrågan oklar, men under alla förhållanden är rättsfrågan oklar, och detta måste åtminstone i någon mån påverka bedömandet av målet.

Låt oss emellertid nu, sedan vi haft anledning att i någon mån reflektera över vad som kan menas med sakfråga och rättsfråga, ånyo undersöka vilka skäl som kunna tala för att en skillnad bör göras, beträffande tillämpligheten av bevisbörderegler, mellan sak- och rättsfråga. Låt oss i detta syfte närmare undersöka vilken innebörd som kan läggas i Michaels tidigare återgivna uttalande. Detta löd:

»To issues of law there are just and unjust answers and to issues of fact there are correct and incorrect answers.»

I en rättegång har man att göra med två slag av påståenden: översatsen i den rättsliga slutledningen innehåller ett påstående att en viss regel gäller och undersatsen innehåller ett påstående att vissa händelser inträffat. Men kunna icke båda dessa påståenden sägas, med samma innebörd av detta ord, vara fel-

[40] Ovan, s. 41 ff.

aktiga (incorrect)? Den påstådda regeln kan ju t. ex. vara upphävd, och i så fall är väl påståendet lika felaktigt som ett påstående om en händelse som icke inträffat? Någon logiskt betingad skillnad mellan dessa båda fall synes åtminstone icke vara för handen. Emellertid är det tydligt att det endast relativt sällan förekommer att man *med säkerhet* kan säga att ett påstående om giltigheten av en regel är felaktigt. Rättegångar avse ju mycket ofta just sådana situationer som ligga så att säga på gränsen mellan olika reglers tillämplighetsområden, och då har man ofta ingen eller blott begränsad möjlighet att finna sådana »rättskällefakta» som kunna ge ledning. Då är emellertid att märka, att situationen är likartad i sådana fall, då icke några bevisfakta föreligga, varav man kan dra slutsatser rörande rättsfakta i målet. Ovissheten har sålunda i båda fallen sin grund i att luckor finnas ifråga om fakta. Vari består då skillnaden, ty det kan väl knappast bortresoneras att en skillnad mellan de båda fallen föreligger?

Skillnaden torde bestå däri, att man alltid vet att fakta i målet i grund och botten finnas, även om de äro oåtkomliga: det kan omöjligen föreligga något vacuum. Man kan då ej heller handla såsom om ett vacuum förelåge. Man kan ej alltid välja den lösning som man tycker ha mest skäl för sig utan man måste därjämte resonera på följande sätt: »Vilken lösning jag än väljer — vilket påstående jag än lägger till grund för domen — så kan det tänkas att detta innebär ett materiellt oriktigt resultat. Är ett materiellt oriktigt resultat i ena riktningen, om alla relevanta synpunkter beaktas, mer betänkligt än ett motsvarande resultat i andra riktningen? I så fall kan icke den lösning väljas som har de starkaste skälen för sig, såvida icke dessa skäl ha en så mycket större styrka som motsvarar den ökade nackdelen av en oriktig dom i denna riktning.» Detta innebär ett övervägande, huruvida överviktsprincipen skall tillämpas eller ett beviskrav skall riktas mot ena parten.[41]

[41] Se härom närmare nedan, kap. III, § 2.

Då det gäller rättsfrågan kan man däremot i allmänhet *handla såsom om* ett vacuum förelåge. Om man icke — efter så noggranna studier som man anser behövliga[42] — påträffar några »rättskällefakta», så utgår man ifrån att ett vacuum föreligger och fyller ut detta med en ny regel som man ger ett så ändamålsenligt innehåll som möjligt. Det är då ganska naturligt att man genomgående tillgriper den lösning som har de starkaste skälen för sig, även om dessa skäl endast äro i den allra minsta mån starkare än skälen för en motsatt lösning. Annorlunda kan det förhålla sig i sådana fall, där rätten icke kan anses skyldig att göra efterforskningar och där man vet att ett rättskällefaktum finns men icke känner till hur det är beskaffat.[43] Då blir läget likartat med det läge som råder då händelserna i målet äro oklara, och det ligger nära till hands att använda en regel — den må sedan kallas bevisbörderegel, in dubio-regel eller något annat — som får till effekt att den ena av parterna drabbas av ovissheten. Det bör märkas att en dylik regel icke nödvändigtvis behöver drabba samma part som till äventyrs har en viss bevisskyldighet beträffande de fakta som avse händelseförloppet i målet. Emellertid bör det vidare observeras, att det även inom ramen för rättsfrågan kan finnas skäl att begagna in dubio-regler av t. ex. den art som berörts i anslutning till exemplen V och VI härovan.[44]

Det helt dominerande intrycket av den nu slutförda undersökningen måste nog anses bestå däri att det behandlade problemet är synnerligen svårbemästrat. Därför bör det enligt min mening starkt ifrågasättas om problemet icke bör, åtminstone i många fall, lösas medelst *en metod som möjliggör nyansering*. Att på ett någorlunda tillförlitligt sätt begagna me-

---

[42] Det är ofta ett vanskligt problem att avgöra vilken aktivitet som härvidlag bör kunna fordras av rätten.

[43] Jfr ovan, s. 44 f. angående bevisning rörande främmande rätt m. m.

[44] Se ovan, s. 42 f.

toden »antingen—eller» synes mig knappast möjligt. Vad skulle då en nyanseringsmetod kunna gå ut på?

Den skulle kunna innebära ungefärligen följande. En bevisbörderegel som avsetts att komma till användning inom ramen för en renodlad sakfråga bör kunna mildras, d. v. s. avse ett lägre beviskrav, i samma mån som problemet förskjutes i riktning mot en renodlad rättsfråga. Jag skulle vilja ifrågasätta om icke en sådan metod har mycket starka skäl för sig. Utöver de skäl som framkommit tidigare i detta kapitel bör beaktas att metoden säkerligen är praktisk i så måtto att den kan tillämpas utan alltför subtila och tidskrävande överväganden. Detta är av stor vikt, ty det kan icke gärna tänkas, att de hårt arbetsbelastade domstolarna skulle kunna annat än i undantagsfall offra tid på att gå till grunden med sådana problem som de i detta kapitel berörda.

KAPITEL II.

Sannolikhetsbegreppet och rättsskipningen — några antydningar om frekvensförhållanden och psykologiska förhållanden

Den i föregående kapitel påbörjade undersökningen av bevisbördereglernas tillämplighetsområde skall i det följande koncentreras till sakfrågan. Det problem som därvid kommer i förgrunden är problemet om gränsdragningen mellan bevisvärderingens och bevisbördereglernas områden.

För att detta problem skall få en tillfredsställande belysning torde det emellertid vara av värde att företa en särskild studie angående sannolikhetsbegreppets betydelse vid rättsskipningen. Sannolikhetsbegreppet står nämligen i centrum både för frågan om bevisvärderingen och för frågan om bevisbördan: bevisvärderingen utmynnar i ett ståndpunktstagande till frågan hur stark sannolikhet som *föreligger*, och bevisbördereglerna uttala sig om hur stark sannolikhet som skall *krävas* för att domen skall kunna få visst innehåll. I båda dessa hänseenden kunna mer eller mindre preciserade utalanden göras, och en graderad skala kan komma till användning. Det kan t. ex. sägas att visst faktum gjorts, resp. skall göras, »uppenbart», »sannolikt»[1] eller »antagligt».

[1] Uttrycket »sannolikt» användes *dels* som en generell beteckning, t. ex. då man frågar sig: »vilken grad av sannolikhet föreligger i målet?», *dels* som beteckning för en viss grad på sannolikhetsskalan. I sistnämnda hänseende markerar uttrycket en lägre grad än »uppenbart» men en högre grad än »antagligt».

Den fråga som man nu kan ställa — och som detta kapitel skall ägnas åt att belysa — är denna: vilken innebörd har en dylik sannolikhetsgradering? Det är en fråga av mycket djupgående natur, och de följande antydningarna avse icke annat än att rikta uppmärksamheten på vissa mera påtagliga förhållanden som kunna vara av betydelse för avhandlingens ämne.

Till utgångspunkt för framställningen skola två exempel anföras, det ena hämtat ur rättspraxis, det andra fritt konstruerat.

A. Rättsfallet NJA 1941, not A 218[2] gällde bl. a. frågan, huruvida en avliden, olycksfallsförsäkrad person omkommit genom olyckshändelse eller begått självmord. Han hade avlidit på grund av kolosförgiftning, sittande i sin bil inne i garaget, vars dörr var stängd. Det gjordes av dödsboet gällande, att han satt bilens motor i gång för att värma upp densamma. Temperaturen inne i garaget synes emellertid ha varit över 0 grader, och vattnet i bilens kylare var blandat med kylarvätska. Motiv till självmord fanns: det framkom bl. a. att den avlidne hos en bankinrättning olovligen pantsatt en dotters kapitalräkningsbok och i samband därmed förfalskat hennes namn, något som skulle ha kommit i dagen inom en snar framtid, då dottern skulle ingå äktenskap. Andra omständigheter — upplysningar om den avlidnes hemförhållanden, åtgärder som han vidtagit med hänsyn till framtiden etc. — tydde däremot på att han icke hyst någon avsikt att beröva sig livet. Av domsformuleringarna framgår tydligt, att sakfrågan ansetts vara tveksam. HD fann emellertid, att det »... finge antagas, att H ... icke avsiktligen eller under sinnesförvirring berövat sig livet.»

B. Vid ett tärningskast har en rättsföljd anknutits till det fallet, att ettan kommer upp, och en annan rättsföljd till vilket som helst av de fem övriga alternativen. Tärningen har kastats, rullat och stannat. Ingen särskild utredning står emellertid att vinna om vilken sida som kom upp. Medan tärningen rullade slocknade nämligen belysningen i lokalen, och

[2] Utförligt refererat i Försäkringsjuridiska föreningens rättsfallssamling 1942 s. 13 ff.

innan ljuset tänts hade tärningen rubbats. Frågan är: kom ettan upp eller icke?[3]

I det första fallet måste man — såsom ofta förekommer vid rättsskipningen — bedöma sannolikhetsfrågan med ledning av en mängd olika bevisfakta, av vilka en del ge stöd åt den ena och en del åt den andra slutsatsen. Det brukar då stundom sägas, att sannolikheten skall bedömas »med hänsyn till de individuella omständigheterna i målet». I det senare fallet däremot finns endast en upplysningskälla, och detta en till synes mera abstrakt sådan: »de stora talens lag», som säger att, då tärningar kastas, ettan kommer upp *i genomsnitt* en gång på sex.

Frågan blir nu: Finns det någon orsak att betrakta dessa fall från skilda synpunkter, eller kan man i tärningsexemplet säga, med lika stort berättigande som i rättsfallet, att det »får antagas» att ettan icke kom upp?

Då denna fråga skall behandlas torde man kunna vinna större åskådlighet genom att till en början endast betrakta fallen från renodlade frekvenssynpunkter och att senare (s. 67 ff.) komplettera undersökningen med sådana synpunkter, närmast av psykologisk art, som därjämte kunna vara av betydelse för frågans bedömande.

Det ligger nära till hands att säga, att mellan de båda fallen råder en skillnad, bestående däri att rättsfallet 1941 med alla dess detaljer återger en unik situation, som aldrig kan tänkas tidigare ha förekommit och aldrig kan tänkas ånyo uppkomma, under det att tärningsexemplet återger en typsituation, där man

[3] Exempel med tärningskast användas ofta, då det gäller att illustrera sannolikhetsproblem. Vid en jämförelse mellan ett tärningskast och ett rättsfall torde det vara lämpligt att, såsom här gjorts, konstruera exemplet såsom en händelse i förfluten tid, likartad med ett rättsfall. Det må emellertid märkas, att domstolarna stundom måste göra bevisvärdering även beträffande framtida fakta (t. ex. framtida men) och uppskatta värdet av bevisfakta som peka mot en framtida händelse (t. ex. då bevisning förebringas om att en för stöld åtalad person setts gå i riktning mot brottsplatsen). Jfr, ang. »faits futurs», Deschenaux, s. 17 ff.

till jämförelse kan uppställa ett stort antal likartade fall. Ett sådant resonemang torde emellertid vara förhastat. Frågeställningen skulle icke påverkas därav, att i tärningsexemplet en alldeles speciell tärning med fler än sex sidor endast *en* gång kommit till användning. Det förhåller sig vidare uppenbarligen så, att, ehuru den situation, som en tärningskastare befinner sig i, är i hög grad standardiserad, två tärningskast dock icke kunna utföras på exakt samma sätt.

Skillnaden mellan de båda fallen torde i stället bestå däri, att man i ena fallet har mindre, i andra fallet större möjlighet att få ledning av en klart beräkningsbar frekvenssiffra. Då rättsfallet 1941 skall avgöras kan man, om man anser det behövligt, skaffa sig kännedom om frekvensen av självmord inom Sverige. I tärningsexemplet har man utan vidare klart för sig frekvensen av fall, där ettan kommer upp. Den förra frekvensuppgiften blir emellertid av mindre intresse, eftersom det här är möjligt och nödvändigt att göra en närmare avgränsning av en ur sannolikhetssynpunkt speciell situation. Detta betyder ej att frekvensuppgiften blir helt betydelselös (man skulle ha anledning att bedöma rättsfallet på annat sätt om det t. ex. förhölle sig så att självmord utgjorde orsak till 3/4 av alla dödsfall), men tydligt är, att frekvenssiffran förändras, då situationen kan närmare bestämmas: siffran kan bli högre inom en viss grupp (t. ex. personer som begått brott och hotas av upptäckt), lägre inom en annan (t. ex. personer med lyckligt familjeliv). Den ursprungliga (verifierbara) frekvensen får bilda utgångspunkten, då man söker sig fram till de mera speciella frekvenserna. Ju närmare läget kan bestämmas, dess svårare blir det att finna en tillämplig siffra, och när läget, såsom i rättsfallet 1941, framstår i dess helt individualiserade form, måste man, om man över huvud taget skall medvetet laborera med frekvenssynpunkten, göra ett ungefärligt och hypotetiskt antagande, som kan åskådliggöras av följande tankegång: »Här är saken tveksam. Om man antar att flera mål förelåge, där bevismaterialet hade exakt samma beskaf-

fenhet som i detta mål, så skulle man tydligen ej kunna förmoda att olyckshändelse förelegat i *alla* fallen. Man kan emellertid förmoda att olyckshändelse skulle ha förelegat i *de flesta* av fallen.»

I tärningsexemplet däremot kan man icke, sedan frekvenssiffran angivits, närmare avgränsa situationen. Man kan t. ex. icke säga: »Visserligen kommer ettan i det stora antalet fall upp en gång på sex, men i detta fall kastades tärningen på visst sätt, och då tärningar kastas på detta sätt kommer ettan i stället upp en gång på fem». Tärningsspelet är så konstruerat, att varje möjlighet torde saknas att för viss situation närmare bestämma sannolikheten.

Emellertid är det tydligt, att den nu berörda omständigheten icke kan föranleda till att man gör en åtskillnad mellan de båda exemplen. Det bör nämligen observeras, att, då ett mål skall avgöras, situationen ofta är alldeles likartad med situationen i tärningsexemplet. Antag t. ex. att ett orekommenderat brev avlämnats till postbefordran och att fråga uppstår, huruvida brevet kommit adressaten tillhanda. Man måste då vid bevisvärderingen bl. a.[4] bygga på den allmänna ungefärliga frekvensen av bortkomna brev. (I praktiken gör man detta genom att t. ex. tänka på följande sätt: »Det förekommer ytterst sällan, att brev slarvas bort av posten»). De närmare frekvenserna (felfrekvensen inom visst postdistrikt, hos viss brevbärare, hos viss brevbärare ifrågavarande dag, etc.) äro i allmänhet oåtkomliga. Ja, det förhåller sig rentav så, att varje gång som man är osäker beträffande ett faktum, så beror detta på att man nödgats stanna vid en dylik »grovsållning». Om man t. ex. kunde så noga kontrollera brevbärarens förehavanden att man finge klart för sig huruvida han begick något fel då han ifrågavarande dag avlämnade post vid adressatens dörr, så vore all oklarhet, såvitt på honom ankommer, därmed eliminerad.

[4] Även andra bevisfaktorer äro naturligtvis härvidlag av betydelse, t. ex. adressatens påståenden, vittnesmål av kontorspersonal o. s. v.

Skillnaden mellan de båda exemplen skulle enligt det hittills sagda kunna anges så, att man i ena fallet (tärningsexemplet) kan bygga på en klar frekvensuppgift, under det att i andra fallet (rättsfallet) en motsvarande frekvensuppgift blir ungefärlig.

Av *Heimer* har det emellertid gjorts gällande, att man icke kan likställa en sannolikhet som grundar sig endast på frekvensberäkningar och en sannolikhet som grundar sig på »omständigheter i det särskilda fallet». Om detta vore riktigt, skulle det alltså finnas en djupare skillnad mellan de båda exemplen. Heimer skriver:

»Sannolikheten bestämmes ej av antalet i verkligheten under tidernas lopp inträffade fall, utan sannolikheten bestämmes av omständigheterna i det särskilda fallet. Om vi hålla oss till exemplet med tärningskastet, så är t. ex. sannolikheten för att ettan skall komma upp icke den samma, om man har en tärning med 8 sidor, som om man har en tärning med 6 sidor. På samma sätt kan sannolikheten för att ett givet avtal ingåtts av tillräknelig person, endast bestämmas efter omständigheterna i det särskilda fallet, men icke efter hur ofta avtal äro ingångna av tillräkneliga personer.»[5]

Detta sätt att resonera är, såsom torde framgå av det tidigare sagda, icke hållbart. Då man skall bedöma sannolikheten i ett enskilt fall, måste man i den mån så är möjligt hämta ledning av allmänna frekvensberäkningar. Antalet sidor på en tärning har ingen *särskild* betydelse i det enskilda fallet; betydelsen hänför sig till det stora antalet fall och till de därav aktualiserade frekvenssiffrorna, som i sin tur kunna påverka bedömandet av det enskilda fallet. På liknande sätt förhåller det sig beträffande Heimers avtalsexempel. Om man gjorde det helt verklighetsfrämmande antagandet att det funnes en statistik, varav man kunde bedöma »hur ofta avtal äro ingångna av tillräkneliga personer» och dessutom det lika verklighetsfrämmande antagandet att ett fall aktualiserades, där

[5] Heimer, s. 46.

just de och inga andra omständigheter förelåge som (än) de som statistikfallen förutsatte, så skulle sannolikhetsgraden i det enskilda fallet därmed vara klar. Heimers yttrande synes sålunda endast ge anvisning om det tämligen självklara förhållandet, att man icke kan lägga en frekvenssiffra till grund för bedömningen, om icke siffran gäller just den typ av fall, varom det i den föreliggande situationen är fråga.[6]

Kallenberg har i polemik mot Heimer framhållit att man vid sannolikhetsbedömning måste bygga på erfarenhetssatser, som innefatta sannolikhetsantaganden.[7] Heimer menar, att sådana satsers betydelse »kan ... sägas vara av blott regulativ art; de kunna användas på prov och såsom anvisningar om olika möjligheter».[8] Om erfarenhetssatserna har något talats i föregående kapitel.[9] Det torde emellertid vara av intresse att genom ett par exempel antyda vilken roll de ha att spela i det nu aktuella sammanhanget.

Antag att en åklagare för hundra år sedan kommit på idén att såsom bevis mot en åtalad åberopa ett fingeravtryck från en brottsplats och, till jämförelse därmed, ett överensstämmande avtryck från en av den åtalades fingrar. Ingen aktuell erfarenhet fanns vid denna tid att bygga på i ett sådant läge.[10] Ingen slutsats av betydelse för målet skulle då heller kunnat dragas av detta bevis. Situationen kunde tänkas vara antingen att alla människor ha överensstämmande papillarlinjemönster på fingrarna eller att inga fingrar ha likadana mönster eller

---

[6] Det bör observeras, att kritiken här endast avser Heimers sätt att argumentera. Hans huvudtes, att skillnad bör göras mellan sannolikhet i allmänhet och sannolikhet »i det enskilda fallet», kommer att få ytterligare belysning i det följande.

[7] Kallenberg, Svensk civilprocessrätt II, s. 741 ff.

[8] Heimer, s. 46 f.

[9] Se ovan s. 46.

[10] Fingeravtryck användes visserligen såsom identifikationsmedel redan under forntiden, bl. a. av kineserna, men den moderna daktyloskopien grundades ej förrän i slutet av 1800-talet. (Nordisk familjebok, uppslagsordet »Daktyloskopi».)

ock att åtminstone några fingrar ge likadana avtryck. I ett sådant läge kunde domaren visserligen genom en enkel undersökning förvissa sig om att det första alternativet är uteslutet. Han kunde däremot icke avgöra, huruvida det andra eller det tredje alternativet gäller, och, för den händelse tredje alternativet vore det riktiga, vilken frekvens som kunde antagas för likartade fingeravtryck.

Uppmärksamma, för att se till ett annat exempel, den vanliga situationen, då värdet av ett vittnesmål skall bedömas. Domaren kanske reflekterar på följande sätt: »Detta vittne har anseende som en vederhäftig person och gör ett pålitligt intryck. Vittnet har haft goda möjligheter att göra iakttagelser rörande händelseförloppet och har inget eget intresse i saken. Det är mycket osannolikt att utsagan är oriktig.» Att det är »mycket osannolikt» kan inte ha någon annan mening än att det i liknande situationer mycket sällan förekommer, att felaktiga utsagor avges. Och för att kunna bilda sig en uppfattning härom måste domaren ha riklig erfarenhet. Det är visserligen »en gång för alla ett hopplöst företag» att i detta fall, där så många svårberäkneliga orsaksförhållanden äro av betydelse, söka »få fram en statistik, på vilken man kunde basera en kalkyl»[11], men domaren kan icke undgå att på ett mera ungefärligt sätt ta ställning till vittnets trovärdighet, och detta just med ledning av sin erfarenhet beträffande vissa frekvensförhållanden.

En bevisfaktor torde, såsom dessa exempel ge vid handen, vara fullständigt betydelselös, om den icke kan ses i belysning av ett frekvensförhållande, låt vara ett mycket ungefärligt sådant. Det kan därför icke vara rimligt att, såsom Heimer vill göra[12], tillmäta erfarenhetssatserna en begränsad betydelse.

Kallenberg tycks emellertid i likhet med Heimer, ehuru på annan grund, vilja göra en åtskillnad mellan två fall sådana som rättsfallet 1941 och tärningsexemplet. Han menar att san-

[11] Oxenstierna, s. 17.

[12] Se föregående sida.

nolikheten i rättsfallet är en sannolikhet »a posteriori» under det att sannolikheten för att ettan vid tärningskast skall komma upp en gång på sex betecknas som en sannolikhet »a priori».[13] Möjligheten av att göra en sådan distinktion tycks emellertid bestämt bestridas inom filosofien.[14] Kallenbergs uttalande kan icke ha någon annan rimlig mening än att man i det senare fallet *utan närmare reflexion* kan bilda sig en uppfattning om sannolikhetsgraden.

Resultatet av den hittills förda diskussionen kan sägas i korthet vara följande. Man kan icke ställa en viss typ av sannolikhet i motsats till en annan typ. Och man måste i mesta möjliga mån bygga på beräkningsbara frekvenser. Nu är det emellertid tydligen så, som redan visat sig i det föregående, att man oftast, då man bygger på frekvenser, måste göra mycket ungefärliga antaganden. Det kan därför förefalla omöjligt att — såsom ovan gjorts — vid sannolikhetsgraderingen använda ett entydigt betraktelsesätt och alltid laborera med frekvenssynpunkten.

Russell har belyst svårigheterna i detta avseende. Han skiljer mellan två former av sannolikhet (»probability»). Den ena formen är »mathematical probability, which is numerically measurable and satisfies the axioms of the probability-calculus». Den andra formen kallar han »degree of credibility» — »This sort *applies to single propositions, and takes account always of all relevant evidence.*»[15] Vid rättsskipningen är det tydligen alltid den senare formen — avseende »single propositions» — som man har att göra med. Härvid gäller, att »In some cases the degree of credibility can be inferred from mathematical probability, in others it cannot.»[16] Russell påpekar i annat sammanhang följande: »In applying the results of the mathematical calculus of probability to degrees of credibility, we must be

[13] Kallenberg, a. st.

[14] Se Oxenstierna, s. 48.

[15] Russell, s. 360. Kursiveringen gjord här.

[16] Russell, a. st.

careful to fulfil two conditions. First, the cases which form the basis of the mathematical enumeration must all be equally credible on the evidence; second, the evidence must include all our relevant knowledge.»[17] Detta krav är tydligen tillgodosett i tärningsexemplet, eftersom där ingen annan »relevant knowledge» finnes än den, på vilken den matematiska kalkylen är grundad. I rättsfallet 1941, däremot, ha vi kännedom om ett flertal bevisfakta utöver dem som ligga till grund för varje åtkomlig statistik. Sannolikheten kan således icke här »be inferred from mathematical probability». Man kan emellertid fråga sig: behöver detta nödvändigtvis innebära att det föreligger en *artskillnad* mellan de båda fallen?[18]

Russell har belyst detta problem. Som exempel på fall där sannolikheten icke är »derivable from frequencies» nämner han bl. a. följande: Avloppsledningen är i olag och man tillkallar rörmockaren. Efter reparationen känner man sig till en början säker på att den obehagliga lukten försvunnit, men så småningom, via olika stadier av tvivel, blir man säker på att

---

[17] Russell, s. 406.

[18] Jfr följande uttalande av Hedenius (s. 124): »Den sannolikhet, som kan tillkomma antaganden av det nu exemplifierade slaget (Hedenius åsyftar här påståendena: 'det är sant att Gud existerar' och 'det är inte sant att Gud existerar'), är av en annan art än den matematisk-statistiska sannolikheten. De grader av sannolikhet, som det nu är fråga om, kan inte uttryckas i siffror utan beror helt och hållet på den vetenskapliga valören hos de skäl, som kan anföras till stöd för olika antagandens riktighet.» Jag har emellertid svårt att inse, att det kan vara motiverat att här tala om en artskillnad. Då man gör ett vetenskapligt uttalande om sannolikhetsgraden beträffande »a single proposition» — och då det alltså, enligt Russells terminologi, är fråga om »degree of credibility» — har man att hämta ledning av »all relevant knowledge». Kunskapsstoffet kan vara beskaffat på olika sätt och ge grund för *mer eller mindre preciserade uttalanden.* Exempel: Påståendet om X »har en sannolikhetsgrad av 99 %» — »är i hög grad sannolikt» — »är mer sannolikt än påståendet om icke-X». — Denna omständighet — att uttalandena bli mer eller mindre preciserade — synes mig knappast kunna betecknas annat än såsom en gradskillnad. Jfr vidare i texten.

lukten återkommit.[19] Till detta och några andra exempel gör Russell senare följande kommentar, som måste anses vara av stort intresse och därför citeras utförligt:

»I shall henceforth assume that a datum, in the sense defined at the beginning of this section, may be uncertain in a greater or less degree. We can, theoretically, make a connection between this kind of uncertainty and the kind derived from mathematical probability, if we suppose that an uncertainty of one kind can be judged greater than, equal to, or less than, one of the other kind. For example, when I think I hear a faint sound, but am not sure, I may theoretically be able to say: The occurence of this sound has the same degree of rational credibility as the occurrence of double sixes with dice. In some degree, such comparisons could be tested, by collecting evidence of mistakes as to faint sensations and working out their frequency. All this is vague, and I do not see how to make it precise. But at any rate it suggests that the uncertainty of data is quantitative, and can be equal or unequal to the uncertainty derived from a probability inference. I shall assume this to be the case, while admitting that, in practice, the numerical measurement of the uncertainty of a datum is seldom possible. We may say that the uncertainty is a half when the doubt is such as to leave an even balance between belief and disbelief. But such a balance can only be established by introspection, and is incapable of being confirmed by any sort of test.»[20]

Tydligt är att man vid bevisvärderingen i ett mål stundom måste basera ett omdöme om sannolikheten *både* på bevisfakta, vilkas sannolikhetsgrad är påtagligen »derivable from frequencies», *och* på bevisfakta av ungefär det slag som Russells uttalande avser. Som exempel kan nämnas det fallet, att man har att bedöma sannolikheten av att en man är far till ett barn dels på grundval av en antropologisk undersökning, utmynnande i en tämligen exakt sannolikhetssiffra[21], dels på grundval av parts- och vittnesutsagor beträffande frågan hu-

[19] Russell, s. 410 f.

[20] Russell, s. 412.

[21] Jfr rättsfallet NJA 1949: 144.

ruvida samlag förekommit. Naturligtvis måste man i ett sådant fall ta ställning till samtliga bevisfakta efter en och samma metod. Denna metod måste, såvitt jag förstår, gå ut på att man klargör för sig så tydligt som möjligt vissa erfarenheter rörande frekvensförhållanden och utnyttjar dessa för en beräkning som avser det till bedömande föreliggande fallet. Därvid kan icke göras en artskillnad mellan frekvensförhållanden, som endast kunna ungefärligen bedömas, och frekvensförhållanden som kunna anges i exakta siffror. Om frekvensuppgifterna äro ungefärliga, blir ett motsvarande uttalande om sannolikheten i målet också ungefärligt; om man alls icke har någon kunskap om frekvensförhållandena, finnes alls ingen »relevant knowledge», och man har då ingen grund för att säga att det ena av de båda med varandra oförenliga påståendena i processen är mer sannolikt än det andra.[22]

Som ett ytterligare skäl för att frekvensförhållandena böra ställas i förgrunden kan åberopas följande.

När man vid lagstiftningen och rättsskipningen gör sannolikhetsgraderingar, måste man hämta den djupare motiveringen härför genom överväganden, som angå det stora antalet fall. Man kan icke i det enstaka fallet göra en »gradering av verkligheten».[23] Man kan t. ex. icke ge en i brottmål åtalad person ett lägre straff, då det är sannolikt, men icke till fullo bevisat, att han begått ett visst brott. Personen är skyldig eller oskyldig, något däremellan existerar icke (han kan icke vara exempelvis till 99/100 skyldig till brottet). Då man i ett enstaka mål dömer på grundval av sannolikhetsövervikt, måste man bygga på ett resonemang som — diskursivt — kan utföras så: »I den situation, som genom bevisningen konstruerats, är den beräknade sannolikheten för faktum X större än sannolikheten för faktum icke-X. *Eftersom man tvingas välja* och *eftersom man oftare träffar rätt* genom att välja X, så bör man välja X, om icke, nota bene, en regel om tillräckligt bevis talar däremot.»

[22] Jfr exemplet angående fingeravtrycket ovan å s. 61 f.

[23] Oxenstierna, s. 39.

En regel om tillräckligt bevis är det ur den här anlagda synpunkten lämpligt att upprätthålla, om man vill reducera frekvensen av sådana misstag, rörande sakförhållandet i ett mål, som går ut över ena parten, och samtidigt är beredd ta konsekvensen, att flera misstag komma att gå ut över den andra parten. Genom att välja mellan olika uttryck vid formuleringen av en regel om tillräckligt bevis kan man göra ett sådant resultat mer eller mindre markant. När det gäller brottmål har man t. ex. den grunduppfattningen, att en felaktig fällande dom är en avsevärt större olägenhet än en felaktig frikännande dom. Som konsekvens härav ställer man starka krav på fällande bevis.[24]

Vad som nu är att märka är detta: Förutsättningen för att det åsyftade resultatet skall kunna nås är tydligen att frekvenssynpunkterna vid bevisvärderingen vinna tillbörligt beaktande.

Emellertid måste till det hittills förda resonemanget en väsentlig reservation göras. Problemet har granskats speciellt från frekvenssynpunkter[25], och detta torde i viss mån ha inneburit en förenkling. Det kan nämligen icke utan vidare antas, att ett rationellt resonemang har sådan psykologisk genomslagskraft att det är möjligt eller ens lämpligt att tillämpa det i praktiken.

En berömd engelsk domare har yttrat följande, som synes inrymma en riktig psykologisk iakttagelse: »The mind in doubt ever turns to tangible objects.»[26] Vissa bevisfaktorer kunna ha *större suggestiv kraft* — vara mera ägnade att framkalla en »övertygelse» — och kunna därigenom bli värderade på annat sätt än vad som vore motiverat om man fullt ut skulle tillämpa frekvenssynpunkten.

Till illustration av det nu sagda skall ges ett exempel. Antag att i ett brottmål den avgörande frågan är huruvida den åta-

[24] Jfr Eckhoff, Tvilsrisikoen, s. 110.

[25] Jfr ovan s. 57 angående dispositionen av detta kapitel.

[26] Charles J. Darling, citerad efter Wigmore, The principles, s. 650.

lade besökt viss plats. Antag vidare att såsom enda bevis mot den åtalade finnes ett ofullständigt fingeravtryck, där blott fyra karakteristiska detaljer kunna iakttagas, men där, så långt jämförelse kan göras, fullständig överensstämmelse föreligger med avtrycket från en av den misstänktes fingrar. Statistiken visar, enligt Gorphe, att risken för misstag i ett sådant fall är 1: 256.[27] Den misstänkte förnekar kategoriskt att han begått brottet. Domstolen skulle säkerligen i detta fall frikänna honom. Antag, till jämförelse med nyssnämnda fall, att såsom enda bevis finnas två vittnen, som förefalla trovärdiga och som med bestämdhet påstå sig ha sett den misstänkte på brottsplatsen. Även i detta fall nekar den misstänkte kategoriskt. Här torde det vara långt mer sannolikt att domstolen ger en fällande dom.[28] Men är verkligen risken för misstag mindre än 1: 256?[29]

Om man betraktar de båda i kapitlets början anförda exemplen i belysning av det nu sagda, torde följande kunna framhållas. Då rättsfallet 1941, med alla dess utan tvivel starkt suggestiva bevisfaktorer, bedömes, torde det ligga nära till hands att komma fram till en *övertygelse* om att händelseförloppet varit beskaffat på ena eller andra sättet. Här aktualiseras över huvud taget inte vid ett ytligt betraktande tanken på någon frekvens. Fallet ses såsom ett helt individuellt sådant och dess sannolikhetsgrad uppfattas, då man inte närmare reflekterar över saken, såsom om även den vore en individuell företeelse, anknuten endast till detta fall. I tärningsexemplet däremot är det redan vid ett ytligt betraktande märkbart, att en tämligen stor felmarginal finnes, då man i det enskilda fal-

[27] Gorphe, s. 345.

[28] Vid den tid, då legal bevisprövning var rådande, fanns t. o. m. en lagbestämmelse, som skulle gjort en sådan dom obligatorisk. I 1734 års rättegångsbalk (17: 29) stadgades nämligen: »Tu vittnen äro fullt bevis, där i de sammanstämma.» Se härom närmare Kallenberg, Svensk civilprocessrätt II, s. 638 ff.

[29] Om tillförligheten av vittnesmål se t. ex. Hemming-Sjöberg, särskilt s. 184 ff.

let gör ett uttalande om vilken sida av tärningen som kom upp. Det fordrar en viss tankemöda att finna det berättigat att via ett sådant påtagligt frekvensförhållande som det här gäller göra ett sannolikhetsuttlande för ett enskilt fall.

Beträffande de båda exemplen torde sammanfattningsvis kunna sägas, att det från frekvenssynpunkter icke finns någon anledning att tillämpa olika betraktelsesätt, men att det möjligen kan vara motiverat att med hänsyn till de senast berörda psykologiska förhållandena göra en viss åtskillnad och att sålunda anse ett sannolikhetsantagande i rättsfallet 1941 vara mera rimligt än ett liknande antagande i tärningsexemplet.

Så långt de båda exemplen. Den generella fråga, som de varit avsedda att belysa, torde i enlighet med det tidigare sagda kunna formuleras så: Bör man vid rättsskipningen inrikta sig på att utföra en rationell sannolikhetsgradering i enlighet med frekvenssynpunkten, eller bör man låta sig dirigeras av en övertygelse, grundad, åtminstone delvis, på andra faktorer?

En amerikansk domare har i ett mål gjort ett uttalande som är av stort intresse för denna fråga. Han yttrar:

»It has been held not enough that mathematically the chances somewhat favor a proposition to be proved; for example, the fact that colored automobiles made in the current year outnumber black ones would not warrant a finding that an undescribed automobile of the current year is colored and not black, nor would the fact that only a minority of men die of cancer warrant a finding that a particular man did not die of cancer (citing cases) ... After the evidence has been weighed, that proposition is proved by a preponderance of the evidence if it is made to appear *more likely or probable in the sense that actual belief in its truth,* derived from the evidence, *exists in the mind or minds of the tribunal,* notwithstanding any doubts that may still linger there.»[30]

Är nu denna ståndpunkt rimlig? — Låt oss, innan vi bilda oss en uppfattning härom, ta i betraktande ytterligare ett par

[30] Citerat efter Morgan, s. 59. Kursiveringen gjord här.

konkreta situationer, där frågan kan ställas på sin spets. Antag, att det skall avgöras, huruvida visst faktum gjorts »uppenbart» eller icke, och att prövningen skall ske i ena fallet (a) på grundval av vittnesmål och i andra fallet (b) på grundval av en vetenskapligt utförd frekvensbestämning.[31]

a) Då man prövar värdet av ett vittnesmål, torde det ligga nära till hands att förenkla saken på så sätt att man antingen »tror» eller »icke tror» på vittnet. Man kan med andra ord lätt förbise att det finns en kontinuerlig sannolikhetsskala och att en »tro» knappast kan i verkligheten motsvara — uttryckt i procenttal — siffran 100, och en »icke-tro» siffran 0. Även de mest övertygande vittnesmål äro stundom felaktiga, och även sådana vittnesmål, som göra ett helt otillförlitligt intryck, kunna stundom vara riktiga. Antag nu, att två synnerligen förtroendegivande vittnen lämna helt överensstämmande berättelser och att ingen del av utredningen ger anledning till tvivel på deras ord. I ett sådant fall, om någonsin, ter sig saken uppenbar. Detta kan emellertid icke betyda, att det icke föreligger någon som helst risk för misstag. Att saken säges vara uppenbar måste sålunda ha den innebörden, att risken för misstag är, visserligen inte obefintlig, men utomordentligt liten. Att ange risken i exakta siffror är givetvis omöjligt.

b) Det torde icke vara möjligt att finna något fall, där bevisvärderingen har kunnat grundas *uteslutande* på en vetenskaplig frekvensbestämning. I vissa typer av mål bli dock dylika bestämningar ofta — vid sidan av andra bevisfaktorer — av stor betydelse, bl. a. i mål angående fastställande av faderskap. Rättsfallet NJA 1945: 389 är härvidlag ett gott exempel.

Frågan gällde särskilt, huruvida det fanns så starkt stöd för mannens påstående att han på grund av sterilitet var oförmögen att avla barn att det kunde anses uppenbart att barnet icke avlats av honom. I ett i HD:s utslag särskilt åberopat läkareintyg hette det bl. a.: »... han företer en så utpräglad och höggradig oligospermi (= för lågt antal sädeskroppar) att han

[31] Jfr exemplet ovan å s. 67 f., där frågan preliminärt berördes.

är att anse såsom fullständigt steril (impotentia generandi). Huruvida denna sjukliga förändring av hans sädeskroppar förelegat även i sept. 1942, kan givetvis icke med absolut visshet avgöras efter den nu företagna undersökningen, men då erfarenheten lär, att dylika förändringar antingen äro medfödda eller förvärvade genom sjukdomer i testiklarna, synes det mig uppenbart att, försåvitt Carl Lennart icke sedan sept. 1942 genomgått någon testikelsjukdom, de nu iakttagna förändringarna, som betinga absolut sterilitet, redan vid denna tidpunkt förefunnits.» Mannen förklarade, att han icke visste med sig att han haft någon testikelsjukdom. Medicinalstyrelsens rättsmedicinska nämnd förklarade i utlåtande, att det »på grund av de föreliggande uppgifterna kunde anses vara till en viss grad sannolikt att Carl Lennart vid tiden för barnets avlande varit oförmögen att avla barn men att detta icke kunde med full visshet avgöras.» Häradsrätten yttrade, att det icke kunde anses uppenbart att barnet ej avlats vid samlag med Carl Lennart, och hovrätten fann ej skäl göra ändring i häradsrättens utslag. HD:s majoritet (3 justitieråd) fann däremot, att det med hänsyn till den i målet förebragta utredningen, särskilt det nyss citerade intyget, samt till i övrigt förekomna omständigheter vore uppenbart att barnet icke avlats vid det påstådda samlaget. Minoriteten (2 justitieråd) fann ej skäl till ändring i hovrättens utslag.

Om man i ett sådant fall som detta skall kräva, för att saken skall anses uppenbar, att rätten kommit fram till en »övertygelse», så kan detta knappast innebära annat än att man kräver att det skall kunna sägas, på grundval av en vetenskaplig undersökning, att *icke någon som helst risk* för misstag föreligger. På vilken punkt skulle annars övertygelsen komma med i spelet? — Man skulle då komma fram till den besynnerliga konsekvensen, att, då någon vetenskaplig grund för sannolikhetsberäkningen ej kan ges (fallet a), man kan nöja sig med en lägre grad av sannolikhet, under det att man, då frågan kan vetenskapligt bearbetas, fordrar starkare och starkare bevis ju mer tillförlitliga sifferuppgifter som kan åstadkommas. Detta kan illustreras av en passus i ett yttrande, fällt av en medicinsk expert i rättsfallet NJA 1946: 642:

»... skulle innebära att Davids faderskap hade en sannolikhet av 99,999 % och alltså vore praktiskt taget bevisat...»

Såsom torde framgå av det nu sagda ställs man inför stora svårigheter, om man skall begagna »övertygelse» (»belief») såsom måttstock vid bevisvärderingen. Man torde komma till väsentligt olika resultat, om man därmed åsyftar en psykologisk visshetskänsla eller om man åsyftar en bestämd grad av sannolikhet (enligt frekvenssynpunkten). Detta sammanhänger därmed, att man vid bevisvärderingen ofta når skilda resultat om man bedömer saken intuitivt eller diskursivt, vilket i sin tur beror på att man vid ett intuitivt bedömande svårligen kan undgå att i högre grad låta sig påverkas av suggestiva faktorer.

Låt oss emellertid i största korthet gå in på den frågan, huruvida det är möjligt att ge begreppet övertygelse en någorlunda tillfredsställande precisering utan att ingå på några frekvenssynpunker.

Det blir i så fall nödvändigt att göra en närmare beskrivning av den psykologiska attityd som man vill åsyfta med begreppet. »Belief is produced and persuasion is reached», säger t. ex. Osborn, »only when the hearer understands and is without opposed definite impressions, or prejudice, or when the quality of the evidence presented is sufficiently forceful to counteract any opposed belief.»[32] Klart är emellertid, att en sådan definition ger mycket osäker vägledning, och att den kappast kan avse annat än sådana fall där intuitionen kan få ett visst utrymme. För ett fall sådant som fallet b) härovan ger definitionen, såvitt jag förstår, ingen vägledning alls.

Därtill kommer, att en övertygelse i nu angiven mening kan ha orsaker som äro, olika individer emellan, i hög grad varierande. Frank har därom yttrat följande:

»The judge's belief about the facts results from the impact of numerous stimuli — including the words, gestures, postures and grimaces of the witnesses — on his distinctive 'personality';

[32] Osborn, s. 93.

that personality, in turn, is a product of numerous factors, including his parents, his schooling, his teachers and companions, the persons he has met, the woman he married (or did not marry), his children, the books and articles he has read.»[33]

Det är alldeles tydligt att man skulle hamna i stor godtycklighet, om man läte sig ledas av en övertygelse, oavsett vilka faktorer som låge till grund för densamma. Den psykologiska attityden i och för sig kan med andra ord icke få vara avgörande. Domarens övertygelse måste, såsom det sägs hos Gärde, »vara objektivt grundad och sålunda stödjas på skäl, som kunna godtagas av andra förståndiga människor.»[34] Intuitionen får med andra ord icke bli utslagsgivande — något som Kallenberg uttryckt så:

»... domaren eger icke med stöd af blott ett totalintryck och en hänvisning till ett sådant intryck lägga vissa fakta till grund för domskonklusionen. Det åligger honom att för sig själf och genom domsaffattningen för andra göra reda för de grunder, på hvilka han stöder sin öfvertygelse om sanningen af de faktiska premisserna».[35]

Den metod, som sålunda skall begagnas, kan icke innebära något annat än en närmare prövning av fakta i belysning av erfarenhetssatser, d. v. s. satser som bygga på erfarenhetsmässigt grundade antaganden om frekvenser.[36] Detta synes alltså innebära, att en »övertygelse» icke bör kunna frikopplas från de för saken aktuella frekvensförhållandena, och att *uttrycket övertygelse icke bör kunna begagnas i annan rimlig betydelse än såsom en beteckning för en viss grad av sannolikhet* — och i så fall en tämligen vilseledande beteckning.[37]

Emellertid, även om man icke kan helt frikoppla övertygelsen från frekvensförhållandena, så är det icke därmed

[33] Frank, s. 152.

[34] Gärde, s. 475.

[35] Kallenberg, Svensk civilprocessrätt II, s. 624.

[36] Jfr ovan s. 66.

[37] Jfr undersökningen i kap. IV, § 4, av uttryck, avsedda att markera olika grader av sannolikhet.

givet att en *fullständig* sammankoppling är möjlig eller lämplig. I det nyss intagna citatet från Gärde påpekades, att man vid bevisvärderingen bör stödja sig på skäl, »som kunna godtagas av andra förståndiga människor». Man skulle nu kunna säga ungefärligen följande: »Låt vara, att det mest rationella är att låta frekvensförhållandena bli helt utslagsgivande. Detta skulle dock innebära att man begagnade en metod som de flesta 'förståndiga människor' skulle stå helt främmande för. Man bör, åtminstone i viss mån, ta hänsyn till sådana föreställningar, som äro vanliga hos allmänheten, även om de äro irrationella.»

Klart är att resonemang av denna typ stundom kunna ha sitt berättigande inom juridiken, men det torde vara högst diskutabelt om de böra tillmätas något värde i detta sammanhang. Ur rättssäkerhetssynpunkt är det framförallt av vikt att bevisvärderingen utföres i enlighet med en sådan metod att *resultatet* blir så riktigt som möjligt. Om man vill spetsa till saken, kan man säga följande: För en person, som avtjänar frihetsstraff för ett brott som han ej begått, och för en person, som med orätt förklarats såsom barnafader, torde det vara en ganska ringa tröst att man kommit till detta resultat genom en bevisvärderingsmetod som tagit hänsyn till allmänhetens föreställningar (t. ex. genom att man utan tillräcklig analys låtit avgörandet grundas på några personers till synes helt »övertygande» vittnesmål).

Det bör i detta sammanhang framhållas, att den moderna litteraturen inom bevisvärderingsläran i stor utsträckning sysselsätter sig med djupgående analyser av de faktorer, på vilka en sannolikhetsuppskattning bör vila. Ett utmärkt exempel härpå utgör Gorphes arbete »L'appréciation des preuves en justice».[38] Inom rättsordningar, där sakfrågan ofta avgöres av en självständig, för varje särskilt mål tillsatt lekmannajury, och där man således icke kan med säkerhet påräkna att närmare analyser utföras, har man tvungits att i viss mån eliminera

[38] Jfr Wachtmeisters anmälan i SvJT 1948, s. 585 ff.

suggestiva bevisfaktorer genom särskilda regler, bl. a. avseende tillåtligheten av olika typer av bevismedel. I de anglosaxiska länderna ha dessa regler (regler om »admissability») kommit att bilda ett ytterst invecklat system, som i hög grad sätter sin prägel på processföringen.[39] Brierly har härom yttrat följande:

»The jury system has deeply influenced both the substance and the administration of English law. It has, for instance, given us our elaborate rules of evidence, for judges felt that juries could not be trusted to assess the values of different grades of evidence and should therefore only hear the best. But little can be said for the retention of the jury in civil cases. Jurors are not trained to follow a complicated argument; they are often swayed by prejudices and emotions; and if their finding differs from that which the judge would have reached, his is much more likely to be right.»[40]

Den huvudsakliga slutsats, vartill den i detta kapitel gjorda undersökningen leder, skulle kunna formuleras så: *Ett uttalande om sannolikhet inom rättsskipningen är berättigat endast i den mån man till stöd för detsamma kan åberopa erfarenhetsmässigt grundade antaganden rörande frekvensförhållanden.*

Eftersom denna slutsats innehåller flera abstraktioner och

---

[39] I Wigmores gigantiska arbete »A treatise on the Anglo-American system of evidence» behandlas härmed sammanhängande frågor under rubriken »What facts may be presented as evidence (admissability)». Denna avdelning av arbetet omfattar mer än 5.900 sidor!

[40] Brierly, s, 20. Av intresse i detta sammanhang är även följande yttrande av Sturge i förordet till sjunde upplagan av Cockle, Cases and statutes on the law of evidence (1946): »The development of the English law of evidence has undergone a change of emphasis in recent years, reflecting the altered procedure under which the great majority of civil cases are tried by a Judge sitting alone without a jury. The result has been that whereas formerly the most important topic was the admissability of evidence, the present tendency is to place before the Judge all or most of the available evidence whether strictly admissible or not, and to concentrate most attention on problems relating to the burden of proof.»

därför lätt kan framstå såsom oklar till sin innebörd, torde det vara lämpligt att tillfoga ett avslutande exempel.

Antag att ett vittne har påstått, att vittnet är »nästan säker på» att den åtalade är identisk med den person som vittnet sett på brottsplatsen. Rätten bör naturligtvis då söka förmå vittnet att precisera sig närmare. Hur skall då detta ske? En möjlighet vore att vittnet försökte att så noga som möjligt uttala sig om graden av sin »evidenskänsla».[41] Det skulle innebära t. ex. att vittnet förklarade, att vittnet inte alldeles uteslöte möjligheten av misstag men att vittnet, med denna reservation, vore »så säker på saken som man gärna kan vara». Klart är emellertid, att det icke är lämpligt att söka åstadkomma en precisering på detta sätt. Man bör i stället försöka komma till klarhet om vilka detaljer som vittnet lagt märke till och på vilken grund, således, som vittnet stöder sitt uttalande. Antag nu att vittnet säger, att personen på brottsplatsen var — liksom den åtalade — en lång, ljushårig och kraftigt byggd man i tjugoårsåldern och att han »hade vissa ryckningar för sig med ena mungipan». Då har man genast en betydligt säkrare möjlighet att bedöma sannolikhetsvärdet av vittnesmålet — just med anledning av att man har kännedom om vissa frekvensförhållanden. Långa, ljushåriga och kraftiga tjugoåringar finns det gott om, men endast ett högst begränsat antal av dessa ha ryckningar i mungipan. Risken för misstag är således ytterst liten — men naturligtvis icke obefintlig. Emellertid aktualiseras även andra frekvensförhållanden, då man på grund av vittnesmålet skall ta ställning till sannolikheten av att den åtalade varit på brottsplatsen. Man har t. ex. anledning att överväga hur stor sannolikhet som talar för att vittnet talar medvetet osanning, för att vittnet misstagit sig i sina observationer etc. Även med avseende på dessa frågor gäller det tidigare sagda, att säkra slutsatser kunna dras endast i den mån frekvensantaganden (om mened, om felkällor av olika slag vid iakttagelser etc.) kunna göras. Om man icke kan uttala sig om

[41] Jfr Oxenstierna, s. 42 ff.

frekvensförhållandena, kan man heller icke uttala sig om sannolikheten »i målet», och om man endast kan göra ungefärliga uttalanden om frekvensförhållandena, blir sannolikhetsuttalandet på motsvarande sätt ungefärligt.

De mera speciella slutsatser, som i den följande framställningen komma att hämtas av de i detta kapitel företagna studierna, kunna i korthet angivas på följande sätt.

Man kan *ej göra någon principiell åtskillnad mellan sannolikhet »i allmänhet» och sannolikhet »i det enskilda fallet»* eller över huvud taget mellan olika typer av sannolikhet.[42]

Man bör ha klart för sig att det är av betydelse för bevisvärderingen att *beakta vad som är »vanligt» eller »ovanligt»* på det område som målet gäller. Sådana faktorer böra icke undervärderas i förhållande till sådana faktorer som särskilt framkommit genom den bevisande verksamheten i processen.[43]

---

[42] Se härom nedan s. 78 ff.

[43] Jfr nedan s. 144 ff.

KAPITEL III.

Närmare om bevisbördeproblemets innebörd; om »överviktsprincipen» samt om gränsdragningen mellan bevisvärderingsfrågan och bevisbördefrågan

§ 1. Kunna bevisbörderegler grundas på sannolikhetsberäkningar?

Såsom antyddes i början av föregående kapitel är det av betydelse både för bevisvärderingsfrågan och för bevisbördefrågan vilken ställning man intar till sannolikhetsbegreppet. Bevisvärderingen går ut på att fastställa *vilken grad av sannolikhet som föreligger*[1], och vid lösningen av bevisbördeproblemet gäller det att fastställa *vilken grad av sannolikhet som skall fordras* (som skall vara tillräcklig) för att visst påstående om faktum skall kunna läggas till grund för domen.

Följande fråga skall nu behandlas: kan det vara rimligt att låta sannolikhetsförhållandena få betydelse på så sätt att man *på dem grundar bevisbörderegler?*

En sådan metod tycks ha begagnats av underrätten i rättsfallet NJA 1948: 554, och detta rättsfall torde vara väl lämpat att tjäna såsom illustrationsmaterial till den följande undersökningen. I målet förelåg till bedömande frågan, huruvida i samband med ett pälsköp träffats ett kreditavtal av visst

[1] Termerna »sannolikhetsbestämning» och »sannolikhetsbedömning» användas i det följande såsom synonymer till termen »bevisvärdering.»

innehåll. Den passus i underrättens dom, som närmast är av intresse, lyder:

»Enär de av B... påstådda betalningsvillkoren äro så osedvanligt förmånliga att det måste anses åligga B... att styrka dem,

men uppgifterna om en B... tillerkänd kredittid av minst 10 år icke kunna anses hava blivit ens i viss mån bekräftade genom vad i målet förekommit...»

Här synes man ha låtit en sannolikhetsberäkning av generellt slag (villkor av viss typ äro osedvanliga) bli grund för en bevisbörderegel och sedan prövat frågan, huruvida möjligen just i detta fall omständigheterna äro sådana att bevisskyldigheten är fullgjord.[2] Vid sistnämnda prövning kan man emellertid, såsom i föregående kapitel påvisades, icke undgå att medvetet eller omedvetet låta sig påverkas av de mera generella sannolikhetsförhållandena. Dessa förhållanden komma sålunda att få betydelse två gånger: dels vid uppställandet av bevisbörderegeln, dels vid bestämningen av sannolikheten i målet, något som knappast kan vara riktigt.[3]

Det må emellertid anmärkas, att en tankegång sådan som den nu återgivna skulle kunna ur en synpunkt försvaras. Man skulle kunna hävda följande. De generella sannolikhetsförhållandena bli i allmänhet av psykologiska skäl icke *tillbörligen* beaktade vid sannolikhetsbestämningen i det enskilda målet; det kan då vara lämpligt att tillse att de på en annan väg (då man bedömer bevisbördan) komma till sin rätt. Slutresultatet skulle på så sätt bli rationellt. Detta försvar kan emellertid enligt min mening icke godkännas. Ty om den ifrågavarande metoden begagnas, kan man svårligen dra någon som helst bestämd gräns mellan bevisvärderingen och bedömandet av be-

[2] Om en motsvarande tankegång skulle appliceras på rättsfallet NJA 1941, not A 218, refererat ovan å s. 56, skulle den få, kort uttryckt, följande utformning: »Självmord är mycket ovanligt (generell sannolikhetsberäkning) — det bör därför styrkas att självmord i detta fall förekommit — så har ej skett.»

[3] Jfr Eckhoff, Tvilsrisikoen, s. 88, och Ekelöf, Bevisvärde, s. 13.

visbördan. Och en sådan gräns torde vara alldeles nödvändig, om man icke inom bevisrätten skall komma till ett mer eller mindre kaotiskt tillstånd.[4] Det är vid sannolikhetsbestämningen och icke vid beviskravsbestämningen som alla sannolikhetsfaktorer, både de generella och speciella, böra få inverka. Skälen härför böra emellertid vidare utvecklas.

Låt oss därför något mera ingående undersöka vilket resonemang, som kan ligga bakom underrättens domsformulering i pälsmålet. Det tycks finnas två alternativ. Det första alternativet är, att formuleringen endast är ett uttryck för tanken att en viss sannolikhetsövervikt talar för att något kreditavtal av påstått innehåll icke blivit ingånget. Eller närmare bestämt: Den osannolikhet, allmänt sett, som vidlåder påståenden om dylika kreditavtal, har icke av omständigheterna i just detta fall jävats i så hög grad att sannolikhetsövervikt uppstått. Om meningen är denna, och domskälen således endast avse bevis*värderingen,* måste man invända att formuleringen är åtskilligt oklar och inbjuder till missförstånd.

Det andra alternativet är, att domskälen även avse bevis*bördan* och att meningen är följande: Eftersom det i allmänhet icke förekommer kreditavtal av detta slag, måste köparen för att vinna bifall till sin talan icke blott prestera en bevisning som upphäver denna osannolikhet utan en bevisning som är avsevärt starkare, en bevisning som övertygar domaren om riktigheten av köparens påstående. Då är man emellertid inne på den dualismens väg, varom tidigare talats, och laborerar med två olika typer av sannolikhet, varav den ena på ett mer eller mindre godtyckligt sätt får större betydelse för avgörandet än den andra. Detta innebär, att man rycker ut ett av de moment, som äro avgörande för sannolikhetsfrågans bedömning, och låter detta moment få större betydelse än vad som kan *ur ren sannolikhetssynpunkt* motiveras. Man säger t. ex. i anslutning till pälsmålet: »Huruvida i just detta fall något kreditavtal träffats, är tveksamt, men i allmänhet, d. v. s. i

[4] Jfr nedan s. 121 ff. angående gränsdragningen och dess betydelse.

sådana fall, då det icke föreligger några av de speciella omständigheter som just i detta mål ge en viss styrka åt påståendet om kreditavtal, föreligga icke sådana kreditavtal.» Detta moment, erfarenheten om hur den generella frekvensen av kreditavtal förhåller sig, får då en särskilt stor betydelse och blir utslagsgivande.

Ett sådant förfaringssätt kan icke motiveras annat än genom att man hänvisar till någon *utanför sannolikhetsfrågan* liggande orsak som talar för att det ifrågavarande momentet bör få större betydelse än andra sannolikhetsmoment, men i så fall är det denna särskilda orsak man bör inrikta uppmärksamheten på. Man kan ju nämligen icke låta sannolikheten utgöra motivering för att kräva mera eller mindre sannolikhet. Tankegångens oriktighet torde med särskild tydlighet framträda, om man applicerar ett liknande resonemang på Heimers tärningsexempel.[5] Det skulle i så fall bli: »Vid tärningskast kommer ettan upp en gång på sex, allmänt sett. I just detta fall användes visserligen en åttasidig tärning, och i just sådana fall då åttasidiga tärningar begagnas kommer visserligen ettan upp endast en gång på åtta, men eftersom det är betydligt vanligare att sexsidiga tärningar begagnas, så skall den omständigheten att tärningen var åttasidig icke fullt ut beaktas.»

I och med de nu gjorda konstaterandena skulle man kunna anse att ett klart nekande svar givits på frågan, huruvida det kan anses rimligt att grunda bevisbörderegler på sannolikhetsförhållanden. Emellertid kan det här vara av intresse att granska *den av Odin Augdahl uppställda principen.* Denna princip bygger nämligen på tankegångar, liknande dem som nu kritiserats.

Augdahl menar, att det vore riskabelt att »bygge rettssikkerheten på en løs sannsynlighetsformening hos de enkelte dommere».[6] Avgörande bör därför bli »1. den erfaringsmessige

---

[5] Se ovan s. 60.

[6] Odin Augdahl, s. 61.

erkjennelse av hvad der i slike situasjoner er det sedvanlige[7], og 2. den erfaringsmessige erkjennelse av at adgangen til å få bevist momentets eksistens og adgangen til å få bevist dets ikke-eksistens, ikke har vært like lett».[8]

Augdahl avser tydligen att domaren skall rätta sig efter de frekvensförhållanden som råda beträffande fall som äro *i huvudsak* likartade med det enskilda, till bedömande föreliggande fallet och att domaren skall bortse från eller åtminstone fästa mindre avseende vid sådana bevisfakta som ge det enskilda fallet dess mera speciella egenart. En sådan åsikt träffas uppenbarligen av den kritik som nyss framställts. Dessutom bör beaktas att domaren, om han skall söka sig tillbaka till de mera generella momenten, råkar i en mycket besvärlig situation. Han måste nämligen då fråga sig: »I vilken utsträckning skall jag generalisera? Skall jag med 'slike situationer' avse kreditavtal vid pälsköp, kreditavtal vid köp av lös egendom eller kreditavtal i allmänhet?» Något svar på denna fråga torde inte lätt kunna ges, och uppenbarligen blir resultatet högst varierande i dessa olika fall. Om man går utanför den ram, som det konkreta målet erbjuder, hamnar man sålunda lätt i en godtycklighet som kan bli mycket betänklig. Odin Augdahl har rätt i, att det ur vissa synpunkter kan vara olägligt att låta en konkret sannolikhetsbedömning hos den enskilde domaren bli avgörande för sakfrågans avgörande, men den av

---

[7] Jfr följande uttalande av Alexanderson (Norstedts juridiska handbok, s. 1.000): »Den (bevisskyldigheten) måste i många fall i den ena eller andra punkten läggas på motparten beroende bland annat på att denne kan sägas ha sannolikheten i den punkten emot sig, i genomsnitt räknat...» — Jfr även följande uttalande i kommentaren till den franska Code civil: »...la nécessité de prouver s'impose à celui qui avance un fait contraire à l'état normal et habituel des choses ou bien à une situation acquise, tendant ainsi à modifier l'ordre des relations juridiques existant actuellement entre les parties et qui doit être considéré, jusqu'a démonstration contraire, comme conforme à la vérité et à la justice.» (Code civil s. 11.)

[8] Odin Augdahl, s. 64.

honom föreslagna principen är icke någon lämplig väg bort från denna olägenhet. Olägenheten kan över huvud taget icke helt elimineras inom ett rättegångssystem där fri bevisprövning råder. De fördelar som ett sådant system har att erbjuda måste köpas till priset av en viss risk för att bevisvärderingen ofta bygger på »en løs sannsynlighetsformening».[9]

Om underrättens domskäl i pälsmålet kan sammanfattningsvis sägas, att de äro otillfredsställande, oavsett om det första eller det andra alternativet till tolkning av domens mening är riktigt. Om den första av dessa meningar kan man säga att den är oklar därigenom att man såsom motivering hänvisar till en bevisbörderegel, trots att man i verkligheten blott gör en bedömning av sannolikhetsförhållandena.[10] Om den andra av meningarna kan man säga, att den inte bara är oklar utan även oriktig.

Pälsmålet illustrerar betydelsen av att man icke förväxlar bevisbördeproblemet med problemet om den s. k. *»falska» bevisbördan.*[11] Vad som därmed avses kan emellertid på ett tydligare sätt anges genom att vi övergå till att granska ett annat exempel. Antag att i ett civilmål käranden lyckas under loppet av rättegången prestera en bevisning som är tillräckligt stark för att de av honom påstådda fakta skola kunna läggas till grund för domen. Det sägs då ofta att »bevisbördan överflyttas» på svaranden. Det är nämligen nu han som vid risk att förlora målet måste komma med bevisning som ökar sannolikheten av hans påståenden. Om svaranden nu lyckas förebringa motbevisning som är ur han synpunkt tillräcklig, »åter-

[9] Jfr, angående »torde—rättvisan», nedan, s. 104 ff. Beträffande punkten 2 i Odin Augdahls uttalande se nedan s. 124, not 98.

[10] Det bör anmärkas, att någon motsvarande oklarhet ej föreligger i HD:s dom, vilken till sitt innehåll överensstämmer med underrättens.

[11] Ekelöf, Bevisvärde, s. 6. Kallenberg (Svensk civilprocessrätt II, s. 681) använder benämningen »bevisningsskyldighet». Andra i nordisk doktrin begagnade termer äro »subjektiv bevisbyrde» och »bevisføringsbyrde». (Se Eckhoff, Tvilsrisikoen, s. 17).

går bevisbördan» till käranden o. s. v. — Bevisbördan kan tydligen, om detta betraktelsesätt begagnas, åvila än den ena, än den andra parten, allt eftersom utredningen fortskrider.[12] Även den part som icke har bevisbördan i detta ords vanliga betydelse kan drabbas av den »falska» bevisbördan, nämligen »för den händelse tillräckligt bevis föreligger för motpartens påstående».[13]

Vad som är av särskilt intresse att observera är att *även då utredningen i målet är avslutad* ena parten kan ha den äkta bevisbördan och den andra parten den falska bevisbördan. Antag nämligen att i ett visst mål bevisbördan åvilar käranden i så måtto att han bör göra sitt påstående sannolikt. Antag vidare att han lyckats att med stöd av vittnesmål nå fram till den därmed åsyftade graden av bevisstyrka. Då föreligger tillräckligt bevis, och käranden skall vinna målet. Om man laborerar med den falska bevisbördan kan man emellertid också uttrycka detta på följande sätt: »Mot vad vittnena X och Y yttrat därom att ... har svaranden icke lyckats styrka...»[14] Det kan vara frestande att begagna en sådan formulering, ty den ger ett sken av att man kommit fram till domslutet icke med stöd av en relativt svag bevisövervikt som talar till kärandens förmån utan med stöd av en regel om att svaranden har bevisbördan. Detta är emellertid felaktigt, och formuleringar sådana som den nu berörda måste anses förkastliga. De förlora varje mening om man håller klart för sig att bevisbördeproblemet består i detta: vilken grad av sannolikhet skall fordras för att visst (påstående om) faktum skall kunna läggas till grund för domen? — Om denna sanno-

[12] Mc Kelvey (s. 66 och 69) anser att i ett sådant fall »the burden of proof» är oförändrad men att »the burden of proceeding shifts».

[13] Ekelöf, Bevisvärde, s. 6.

[14] Jfr HD:s yttrande i rättsfallet NJA 1935: 658, där följande passus förekommer: »*Då mot vad Carl Svensson sålunda uppgivit och till stöd därför förekommit icke blivit ådagalagt,* att reversen vid August Svenssons död fanns i behåll, bör Carl Svenssons påstående om den i reversen avsedda skuldens efterskänkande tagas för gott.» (Kursiveringen gjord här.)

likhetsgrad uppnås skall faktum X läggas till grund för domen, om den icke uppnås skall faktum icke-X läggas till grund för domen. Därmed är saken uttömd. En fråga för sig blir sedan hur domskälen böra formuleras. De kunna göras mer eller mindre utförliga och preciserade, men under alla förhållanden böra de icke utformas på sådant sätt att det kan förefalla som om problemet hade en annan karaktär än vad det i verkligheten har.[15]

Slutsatsen beträffande det i denna paragraf behandlade problemet blir följande: *Alla sannolikhetsförhållanden skola beaktas inom ramen för bevisvärderingen. Det är icke rimligt att grunda bevisbörderegler på sannolikhetsberäkningar.*

---

[15] Jfr angående olika sätt att formulera domen, framställningen nedan å s. 177 ff. Några ytterligare anmärkningar om den »falska» bevisbördan göras nedan å s. 109 f.

§ 2. Om bevisbördeproblemet och om lämpligheten av att lösa detsamma med hjälp av överviktsprincipen.

Om man bygger på den nyss angivna slutsatsen, ligger det nära till hands att ställa följande frågor: Om nu alla sannolikhetsförhållanden skola beaktas inom bevisvärderingens ram, och om man således vid bevisvärderingen har att ta hänsyn även till vad som över huvud taget är vanligt eller ovanligt i samhällslivet, är det då nödvändigt att begagna några bevisbörderegler? Kan man icke alltid lägga det påstående till grund för domen som har övervikt i sannolikhetshänseende? *Kan man icke*, med andra ord, *alltid lösa bevisbördeproblemet med hjälp av överviktsprincipen?*[16]

Enligt min åsikt kan detta ske *stundom* men *icke alltid*. Till stöd för denna åsikt skola till en början några enkla exempel anföras och några kortfattade reflexioner knytas till dessa.

En person har åtalats för stöld. I hans bostad har påträffats ett föremål som tidigare funnits på en upplagsplats, belägen omedelbart intill hans arbetsplats. Den åtalade påstår att han köpt föremålet av en för honom okänd person, vars utseende han endast i mycket allmänna ordalag beskriver. Rätten förklarar, att »det icke kan anses med fullständig tillförlitlighet utrett» att han tillgripit föremålet.

Här ligger det uppenbarligen till så, att rätten anser övervägande sannolikhet tala för att den åtalade tillgripit föremålet. Om man skulle ta hänsyn enbart till sannolikhetsförhållandena, skulle alltså en fällande dom ges. Om en sådan metod tillämpades, skulle det emellertid tämligen ofta inträffa, att oskyldiga personer bleve sakerförklarade. En sådan konsekvens kan givetvis ej tolereras. En felaktig frikännande dom

[16] Jfr ang. terminologien ovan, s. 28, not 36.

är i allmänhet inte till någon större våda, en felaktig fällande dom är däremot en allvarlig händelse, allvarligare ju svårare straff som ådömts. Med utgångspunkt från denna värdering — att *en felaktig dom i ena riktningen är till större nackdel än en felaktig dom i andra riktningen*[17] — är det tydligt att överviktsprincipen ej kan tillämpas utan att ett starkt beviskrav måste riktas mot den som påstår att brott blivit begånget.

Som ett exempel från civilrätten kan tas rättsfallet NJA 1949 s. 144: det uppmärksammade målet om barnförväxlingen i Bureå.

I detta mål gjordes gällande, att två barn strax efter födseln blivit förväxlade av personalen vid den sjukstuga, där mödrarna vistats under tiden för förlossningen. En synnerligen ingående vetenskaplig undersökning företogs, och denna, jämte en del andra omständigheter, gåvo starkt stöd åt uppfattningen, att barnen förväxlats. Domstolarna funno det »tillförlitligen utrett», att förväxling ägt rum. De båda barnen hade, då häradsrättens utslag meddelades, uppnått en ålder av närmare fyra år.

Här måste det uppenbarligen krävas starkt bevis för påståendet att förväxling skett. En felaktig dom, varigenom barnen skilts från sina naturliga föräldrar och även från den miljö, vari de sedan födelsen vistats, skulle nämligen varit avsevärt mer betänklig än en felaktig dom av motsatt slag: en dom, alltså, där barnen visserligen fortfarande blivit skilda från sina verkliga föräldrar men i varje fall sluppit ifrån ett i och för sig olämpligt miljöbyte.

Genom att konstruera en variation till detta rättsfall kan man få ett belägg för den tesen att situationer kunna föreligga, där det ej kan anses motiverat att lägga bevisbördan vare sig på den ena eller den andra parten, och där sålunda överviktsprincipen betecknar den enda rimliga lösningen. Antag nämligen — till jämförelse med barnförväxlingsmålet — följande situation.

---

[17] Jfr Eckhoff, Tvilsrisikoen, s. 110.

Omedelbart efter förlossningen är de båda mödrarnas (eller barnens) tillstånd kritiskt, och barnen få vård, skilda från mödrarna. Härvid får personalen plötsligt anledning till misstanke att förväxling skett och vägrar att lämna ut något av barnen innan bördsförhållandena bedömts av domstol. Var och en av mödrarna yrkar, att barnet A. skall förklaras vara hennes.

I detta läge är miljöfaktorn helt eliminerad, och över huvud taget synes icke någon orsak finnas att avgöra målet enligt någon bevisbörderegel. En felaktig dom i ena riktningen synes vara till precis lika stor nackdel som en felaktig dom i andra riktningen. Här bör således en ren sannolikhetsövervikt bli avgörande för målets utgång, även om övervikten är aldrig så obetydlig, och oavsett om den kan framkalla »actual belief»[18] eller icke.

I de båda sista fallen är det tydligen miljöfaktorn som blir avgörande för frågan, huruvida ett starkare beviskrav bör riktas mot någon av parterna eller icke. Denna miljöfaktor kan vara mer eller mindre dominerande, alltefter längden av den tid, varunder barnen vistats i respektive hem.[19] Det kan därför knappast vara rimligt att över hela linjen upprätthålla samma krav i frågan om vad som skall vara tillräckligt bevis. Om barnen varit t. ex. ett halvt år gamla, då domen gavs, borde domstolarna, synes det mig, ha kunnat godtaga påståendet om förväxlingen, även om detta påstående ej stötts av så stark bevisning som den som förelåg i rättsfallet. Beviskravet måste sålunda kunna *nyanseras*. Det kan knappast vara riktigt att säga: *antingen* skall här fordras »fullt bevis»[20] *eller* skall överviktsprincipen tillämpas.

---

[18] Jfr ovan, s. 69 ff.

[19] I barnförväxlingsfallet är det tydligen av vikt att beakta »stabilitetshensynet» (se härom Eckhoff, Tvilsrisikoen, s. 122 ff.): ofta förhåller det sig så att en felaktig dom, varigenom ett bestående tillstånd rubbas, skulle vara mer betänklig än en felaktig dom, varigenom ett dylikt tillstånd bibehålles.

[20] I betydelsen av »stark sannolikhet» eller liknande. (Jfr nedan s. 172.)

Det kan förtjäna påpekas, att de nu angivna fallen icke kunna anses ha någon särskild artificiell prägel genom att de ha anknytning till juridiska frågeställningar. Alldeles likartade problem kunna uppstå då en enskild person i det vardagliga livet ställs inför valet mellan olika handlingsmöjligheter. Detta kan illustreras av följande exempel:

1. Om man promenerar på en stig i skogen mot ett visst mål och stigen delar sig, så följer man den av de båda nya stigarna som man anser med största sannolikhet leda till målet. Även den mest obetydliga sannolikhetsövervikt låter man därvid bli avgörande, ja, man kanske t. o. m. är beredd att spela »krona och klave» om saken. Detta beror på att det är precis lika stor (eller liten) nackdel förbunden med det alternativet att man väljer den vänstra stigen och denna leder vilse som med det alternativet att man följer den högra stigen och denna leder vilse.[21]

2. Antag att man för nöjes skull vill göra en skridskotur och att upplysningarna om isens tjocklek äro sådana att det förefaller ungefär lika troligt att den kommer att bära som att den kommer att brista. Om man icke är speciellt dumdristig, avstår man då från skridskoturen, och den närmare motiveringen är självfallet den, att det inte spelar så stor roll om man avstår från nöjet, trots att isen faktiskt är hållbar, under det att man kan råka mycket illa ut om man ger sig ut på isen och denna brister. Om man skulle i denna fråga låta sig påverkas av sannolikhetsförhållandet *ensamt,* och alltså gåve sig ut på isen så snart det vore något mer sannolikt att den skulle hålla än att den skulle brista, så skulle man utsätta sig för risken att bli klandrad av Svenska Livräddningssällskapet.

Dessa båda exempel erbjuda tydliga paralleller till barnförväxlingsmålet och den därtill konstruerade variationen. Det kan ytterligare tilläggas, i anslutning till exemplet med skridskoturen, att det krav på sannolikhet för att isen skall bära,

[21] Jfr följande uttalande av Russell (s. 357): »When — as is usually the case — I am not certain what is going to happen, but I must act upon one or other hypothesis, I am generally well advised to choose the most probable hypothesis, and I am always well advised to take account of probability in making my decision.»

som man där uppställer, kan variera beroende på särskilda förhållanden.

Om det t. ex. förhåller sig så att man bor på en ö, som genom isbildning blivit isolerad från fastlandet, kan man ha så starka skäl att söka ta sig över isen att man gör ett försök därtill så snart det är sannolikt, eller kanske t. o. m. bara antagligt att den kommer att hålla.

Parallellen täcker tydligen även det förhållandet att »beviskravet» måste kunna nyanseras.

De nu anförda exemplen ge anledning till följande synpunkter, som i vissa hänseenden skola vidare utvecklas i den kommande framställningen:

Bevisbördeproblemet beträffande en viss typ av mål kan lösas med hjälp av överviktsprincipen eller med hjälp av en bevisbörderegel som innefattar ett mer eller mindre starkt beviskrav. Genom att man väljer den ena eller den andra av dessa lösningar åstadkommer man den effekten att *en viss fördelning genomföres av materiellt riktiga och materiellt oriktiga avgöranden*[22] beträffande de fakta, varom i den aktuella typen av mål är fråga (varom de materiella reglerna handla). Detta i sin tur föranleder till att sådana *intressen som äro förknippade med den ifrågavarande typen av mål bli på visst sätt främjade eller motverkade.*[23]

Ett beviskrav bör riktas mot endera parten om och i den mån det med hänsyn till dessa intressen vore mera betänkligt att materiellt oriktiga avgöranden beträffande de fakta, varom i målet är fråga (varom de materiella reglerna handla), i allmänhet ginge i denna parts favör än i motpartens favör.[24]

---

[22] Man bör icke rikta blicken uteslutande på de fall som behandlas inför rätta; se härom vidare nedan, s. 97 f.

[23] Det samband som härvidlag råder har blivit belyst av Olivecrona i hans arbete »Bevisskyldigheten och den materiella rätten».

[24] Jfr Eckhoff, Tvilsrisikoen, s. 63: »Dersom den 'materielle' bestemmelsen er formet slik at en uriktig dom til skade for en av partene vil være en større ulykke enn en uriktig dom i motsatt retning, bør motparten få

Om man vill nå så ändamålsenliga resultat som möjligt måste följaktligen *ett nyanserat betraktelsesätt* begagnas och bevisbördeproblemet lösas på grundval av iakttagelser beträffande »de privaträttsliga förhållanden, som kunna utgöra föremål för rättegång, och de olika lägen, som kunna föreligga i uppkomna tvister».[25]

Klart är att hela bevisbördeproblemet blir ytterst svåröverskådligt, om ett sådant betraktelsesätt skall begagnas. Stundom kan det t. o. m. förhålla sig så att olika beviskrav äro tillämpliga med avseende på samma faktum i en och samma rättegång. Så är exempelvis förhållandet i fall där såväl ansvarstalan som skadeståndstalan föres mot bilägare under påstående att han varit vållande till kollision. Här har åklagaren bevisbördan i ansvarsfrågan, under det att bilägaren jämlikt 2 § i bilansvarighetslagen har bevisbördan i skadeståndsfrågan.[26]

---

størsteparten av tvilsrisikoen.» Jfr även Per Augdahl, s. 102 f. — Att tala om *en enstaka* oriktig dom innebär en viss förenkling. Denna förenkling synes mig emellertid vara fullt godtagbar om man blott håller fast vid att *det enskilda fallets bedömande alltid bör grundas på överväganden som avse ett större antal fall.* Jfr ovan, s. 66 ff. och nedan s. 119.

[25] PLB, s. 379.

[26] Av intresse i detta sammanhang är rättsfallet NJA 1936: 136. Här uppkom bl.a. frågan, huruvida ägaren till ett antal högt försäkrade travhästar själv anlagt den brand, varigenom dessa omkommit. Beviskravet med avseende på en sådan fråga måste uppenbarligen vara helt olika i ett mål, där ägaren står åtalad för brott mot strafflagen, och ett mål, där ägaren yrkar att utbekomma försäkringsbelopp. Att hästägaren — såsom i rättsfallet var förhållandet — blivit frikänd från straffansvar behöver sålunda ej nödvändigtvis innebära att hans civilrättsliga anspråk bifalles. Problemet om beviskravet ställdes emellertid icke i rättsfallet på sin spets. Hästägarens talan mot försäkringsanstalten ogillades nämligen på annan grund. — Av intresse i sammanhanget är även ett uttalande av Einar Holm (SvJT 1949, s. 569). Han anser att »det under alla förhållanden är otillfredsställande att bevisningen rörande samma faktum skall uppskattas olika i två så närliggande mål» som ett faderskapsmål och ett mål rörande ansvar för osann partsutsaga. Denna åsikt är enligt min mening icke hållbar.

Vissa nackdelar äro givetvis förbundna med ett svåröverskådligt regelsystem, och det är fullt naturligt att man ofta i lagstiftningen och i den bevisrättsliga litteraturen sökt uppställa principer som skulle kunna tillämpas generellt eller åtminstone ha betydelse inom ett någorlunda vidsträckt område. Detta har i allmänhet skett på det sättet att man angivit *vilken av parterna* som bör belastas med bevisbördan beträffande en viss typ av fakta. Varje mera omfattande generalisering av detta slag måste emellertid oundvikligen leda till vissa mindre lämpliga resultat[27] och det kan sägas vara väl motiverat att man avvisat tanken på att i RB upptaga en generell regel beträffande bevisbördeproblemet.[28]

Emellertid har man vanligen inom doktrinen gjort en generalisering såtillvida som man utgått ifrån att även om delade meningar kunna råda om vilken av parterna som skall bära bevisbördan så skall dock *någon av dem* belastas med en sådan.

Det bör observeras att en sådan åsikt med nödvändighet måste vara riktig såvitt gäller en rättegångsordning som konsekvent bygger på den legala bevisteorien. Om man t. ex. tänker sig ett system där det alltid skulle krävas två samstämmiga vittnesmål (utöver antalet vittnesmål för ett motsatt påstående) för att ett påstående om faktum skall kunna godtagas, och där följaktligen frågan om sannolikhetsgraden blivit irrelevant genom att ett materiellt kriterium angivits[29], så måste alltid denna fråga uppkomma: till vilket av påståendena (påstående om faktum X — om faktum icke-X) skall denna regel anknytas?

I en rättegångsordning där den fria bevisprövningen gäller

---

[27] Se särskilt Olivecrona, Bevisskyldigheten, där en översikt ges av ett flertal bevisbördeteorier och där starka skäl anföras för ståndpunkten att generella principer ej böra uppställas.

[28] PLB, s. 379. Annan åsikt har utvecklats av Kallenberg i SvJT 1940, s. 506 ff. I finsk rätt har man bibehållit en bevisbörderegel, motsvarande GRB 17: 33. Se närmare Tirkkonen i SvJT 1949, s. 621.

[29] Jfr nedan, s. 132 f.

är en kompromiss möjlig: det är med andra ord icke a priori uteslutet att tillämpa överviktsprincipen.

Beträffande denna princip har det nu uppstått en intressant meningsbrytning. Enligt Eckhoffs åsikt bör denna princip vara »utgangspunktet»[30], och liknande synpunkter ha framförts av Dige.[31] Enligt Ekelöf »torde man i Sverige allmänt anse att det krävs 'fullt bevis', såvida ej lagen stadgar om vilken bevisstyrka som är tillräcklig.»[32]

Ekelöf ställer sig icke för egen del avvisande till överviktsprincipen[33] men anser att man bör »vara försiktig med att eliminera problemet om bevisbördans fördelning» genom tillämpning av densamma.[34]

En åsikstskillnad av detta slag behöver icke medföra att man kommer till olika resultat i fråga om något större antal konkreta problem, men den kan dock ha stor praktisk betydelse, särskilt därigenom att man inom lagstiftningsarbetet och i doktrinen kan få helt olika incitament att uttala sig beträffande bevisbördeproblemen om man ansluter sig till den ena eller den andra meningsriktningen[35]. Sistnämnda förhållande gör att problemet har en viss anknytning till de huvudsakligen tekniskt betonade frågor som ställts i förgrunden i avhandlingen. Problemet bör sålunda icke här förbigås. Å andra sidan är det uppenbart att problemet har en mycket stor omfattning och att det icke kan behandlas på ett ens tillnärmelsevis full-

---

[30] Se Eckhoff, Tvilsrisikoen, s, 64.

[31] Se särskilt Dige, s. 21.

[32] Ekelöf, Bevisvärde, s. 11. »Fullt bevis» avser enligt Ekelöf, a. st., »en högre grad av sannolikhet för rättsfaktums existens».

[33] Se särskilt Ekelöf, Bevisvärde, s. 16 f. och Civilprocessen, s. 390.

[34] Ekelöf, Bevisvärde, s. 16. Det bör märkas att Ekelöf i denna uppsats endast i största korthet ingått på det ifrågavarande problemet.

[35] Jfr följande yttrande av Kallenberg (SvJT 1944, s. 353 f.): »I grunden skilda juridiska teorier ge upphov till olika systembyggnader; rättsstudiet, rättskipningen och till sist även lagskrivningen påverkas därav, och vad som till en början ter sig som en oskyldig, rent teoretisk meningsstrid, kan slutligen visa sig ha betydande praktiska konsekvenser.»

ständigt sätt inom ramen för detta arbete. I det närmast följande kommer jag därför att ställa mig såsom uppgift att ge *ett kortfattat bidrag till denna fråga: vilken betydelse bör tillmätas åt överviktsprincipen?*

Det bör märkas att överviktsprincipen skulle kunna tänkas ha en viss betydelse såsom *utgångspunkt*[36] *för olika slag av bevisbörderesonemang* även om det förhölle sig så att den aldrig borde tillämpas vid rättsskipningen. Den representerar nämligen medellinjen mellan två tänkbara bevisbörderegler (bevisbördan åvilar den som påstår X — bevisbördan åvilar den som påstår icke-X). Emellertid skall den följande undersökningen särskilt avse frågan huruvida icke betydelsefulla argument tala för att överviktsprincipen i vissa fall bör tillämpas även *vid rättsskipningen. Hur ofta* detta i så fall borde ske, det problemet skall icke behandlas — det kan icke dryftas i en kortfattad, allmänt hållen undersökning. Frågan kan således, närmare bestämt, formuleras på detta sätt: *finns det skäl som tala för att överviktsprincipen bör i vissa fall begagnas vid rättsskipningen, eller bör den helt förkastas?*

Det närmast till hands liggande skälet för att icke principen bör helt förkastas består utan tvivel däri, att man har anledning förmoda att den ger *den största chansen till en materiellt riktig dom,* d. v. s. en dom där just de fakta bli lagda till grund för avgörandet som i verkligheten inträffat.[37] Låt oss emellertid närmare granska detta argument, eftersom det måste anses vara av central betydelse.

Argumentet ifråga skulle närmare kunna utföras på detta sätt: Genom att »någon begränsning ej uppställes ifråga om arten av det material eller de kunskapskällor som få användas för sanningens utletande»[38] kan i det största möjliga antalet fall en korrekt bild skapas av den konkreta verklighet

[36] Ang. innebörden härav, jfr nedan, s. 116 ff.

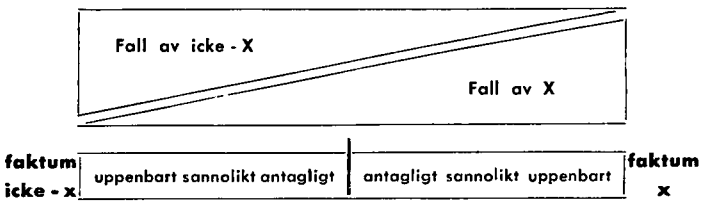
[37] Jfr definitionen ovan å s. 19, not 15, av uttrycket »materiell».

[38] Gärde, s. 475.

varom i målet är fråga. Detta betyder att övervägande sannolikhet i de flesta fall kommer att tala för de påståenden om fakta som överensstämma med verkligheten. Om man då utför bevisvärderingen (sannolikhetsbedömningen) på ett rationellt sätt *och tillämpar överviktsprincipen* använder man den metod som enligt sakens natur ger den största möjligheten till ett materiellt riktigt avgörande.

Det nu sagda kräver emellertid ytterligare precisering i vissa avseenden. Låt oss till en början göra ett antagande som visserligen kan te sig verklighetsfrämmande men som dock torde kunna bidra till att klarlägga problemet. Låt oss alltså antaga att vi ha tusen fall, där faktum X inträffat och tusen fall, där faktum icke-X inträffat, och att alla dessa tvåtusen fall (inga andra fall av motsvarande typ ha inträffat) gå till rättegång. Låt oss vidare antaga att utredningen i alla fallen blir så omsorgsfull som möjligt.

Hur omsorgsfullt utredningen än utföres är det fullt naturligt att det i vissa fall, där faktum X inträffat, kommer att i rättegången te sig som om faktum icke-X inträffat och vice versa: det kan t. o. m. bli så att »fel faktum» ter sig uppenbart, ehuru detta rimligtvis måste vara mindre vanligt. Det rimligaste antagandet synes vara att de tvåtusen fallen skulle fördela sig på ett sätt som kan anges med denna illustration[39]:



Till illustrationen må först anmärkas, att det är av mindre intresse i detta sammanhang om proportionerna äro riktiga, om linjerna ev. borde vara böjda i stället för raka o. s. v. Det

[39] Ang. de i skalan begagnade uttrycken, se nedan s. 170 ff.

väsentliga är om illustrationen till sin grundstruktur är riktig. Detta måste, såvitt jag förstår, vara fallet; tydligt är också att den fria bevisprövningens princip skulle sakna berättigande om det icke förhölle sig så.

Om vi nu anknyta resonemanget till illustrationen så kan bevisbördeproblemet anges på detta sätt: *var skall man dra den vertikala skiljelinje som skall dela upp fallen i två grupper: fall, där faktum X lägges till grund för domen, och fall, där faktum icke-X lägges till grund för domen?*[40] — Om man menar att denna linje skall dras mitt på skalan, menar man, med den terminologi som begagnas i avhandlingen, att överviktsprincipen skall tillämpas.[41]

Av det nu sagda synes man kunna dra två konsekvenser beträffande överviktsprincipen: dess tillämpning medför dels att antalet materiellt oriktiga domar blir så litet som möjligt[42], dels att dessa domar fördelas lika mellan de två kategorier av parter (åklagare—tilltalad; kärande—svarande) som det är fråga om. Sistnämnda förhållande kan också uttryckas så: ingen av parterna blir gynnad på den andras bekostnad.

Emellertid bygger det nu förda resonemanget på ett antagande som icke är verklighetsbetonat: utgångspunkten var att samtliga inträffade fall gingo till rättegång och att utredningen blev så omsorgsfull som möjligt. I verkligheten förhåller det sig naturligtvis så att endast ett mindre antal fall bli föremål för rättegång och att bevismöjligheterna ofta utnyttjas på ett långt ifrån fullständigt sätt. Orsakerna härtill kunna vara mångfaldiga och äro svåra att överblicka, men under alla för-

---

[40] Det bör noga observeras att frågan om domens *motivering* är en sak för sig. Denna fråga upptas till särskild behandling nedan i kap. IV, § 5.

[41] Detta kan man utan risk för missförstånd också ange så att »ingen av parterna har bevisbördan», »ingen särskild bevisbörderegel gäller» e. d. Eckhoff begagnar uttryckssättet »tvilsrisikoen» (tvivelsrisken) är »delad». Denna terminologi synes mig icke helt lyckad, särskilt med hänsyn till att sådana termer som »tvivel», »ovisshet» o. d. ha en mycket obestämd innebörd. Jfr nedan, kap. IV, § 3.

[42] Jfr Dige, s. 21.

hållanden är det uppenbart att det är av stor betydelse vilka regler som gälla för bevisbördeproblemets lösning.[43] Man kan sålunda alltid räkna med att ett relativt stort antal mål komma att uppvisa en sannolikhetsgrad som är av ungefär den styrka som bör krävas i mål av det aktuella slaget. Därav följer också att man icke kan göra något mera bestämt uttalande om att överviktsprincipen eller den ena eller den andra bevisbörderegeln medför det minsta antalet oriktigt *avdömda mål.*

Härvid bör emellertid en omständighet av stor vikt observeras: det kan omöjligen vara lämpligt att i detta sammanhang rikta blicken uteslutande till de fall som läggas fram inför domstolarna. Om en åklagare i brist på tillräckligt bevis avstår från att åtala en misstänkt person eller om en affärsman blir avrådd av sin advokat från att börja en utsiktslös process, så föreligger en situation som ur här relevanta synpunkter är helt jämställbar med en rättegång där ett åtal, resp. en civilrättslig talan, ogillats.[44] Det väsentliga synes därför vara i vad mån reglerna medföra att *förekommande konfliktsituationer* bli — genom rättegång eller annorledes — lösta på ena eller andra sättet. Det är av särskild vikt att denna synpunkt beaktas då man talar om att en viss bevisbörderegel bör upprätthållas av hänsynet att tvister böra förebyggas. Här bör man nämligen skilja mellan två frågor: avser man att regeln skall minska antalet rättegångar eller avser man att den skall minska antalet konfliktsituationer? — Helt olika ändamålssynpunkter bli av betydelse i dessa båda fall, och det är risk för att man hamnar i opraktiska slutsatser om man icke gör skillnaden klar för sig.

---

[43] Denna fråga berördes i inledningen, se s. 19 f.

[44] Jfr följande uttalande som gjorts av Michael (s. 3 f.): »Controversy does not occur exclusively in courtrooms or before official tribunals; it occurs whenever and wherever two individuals disagree and contradict one another. Moreover, its essential nature is the same, whenever and wherever it occurs.»

Ytterligare en reservation måste emellertid göras.

Det kan inträffa att en regel får den effekten att en person *utan att någon som helst konflikt uppstår* lägger »fel faktum» till grund för ett görande eller låtande. Även sådana fall böra tas i betraktande. Till undvikande av alltför omständliga uttryckssätt skola emellertid även sådana fall i det följande inbegripas under termen »konfliktsituationer».

Av det nu sagda framgår att det knappast är riktigt att såsom argument för överviktsprincipen göra gällande att den medför det minsta antalet materiellt oriktiga *domar;* det riktiga är att säga, med nyss angivna reservationer, att den medför det minsta antalet på oriktigt sätt lösta *konfliktsituationer.*

Emellertid är det icke säkert att ens detta sista påstående alltid är riktigt. Det kan nämligen tänkas att man genom att rikta ett beviskrav mot endera parten kan minska antalet konfliktsituationer i så hög grad att de oriktiga lösningarna — trots att de äro fler än de riktiga — bli mindre till antalet än de skulle blivit om överviktsprincipen gällt. Något sådant kan emellertid knappast inträffa annat än i sådana situationer där det är i särskilt hög grad möjligt att påverka handlingsvanorna genom de nyanser i rättsskipningen som det här gäller. Denna invändning kan således icke åberopas som ett skäl av generell betydelse, den riktar endast uppmärksamheten på en ändamålssynpunkt som det ofta kan vara av vikt att beakta då bevisbördeproblemet skall övervägas.[45]

Såsom resultat av det hittills sagda kan följande anföras: *överviktsprincipen gynnar icke någon av parterna på den andra partens bekostnad, och den har i de flesta typer av fall den effekten att förekommande konfliktsituationer bli så ofta som*

---

[45] Jfr Olivecrona (Bevisskyldigheten, s. 126): »Det kan ... mycket väl bestå ett samband mellan en bevisbörderegel och ett visst handlingssätt, utan att den handlande personen tänker på sambandet, ja, utan att han överhuvudtaget någonsin tänkt på det.» Jfr, beträffande det i texten berörda problemet, exemplet nedan å s. 117 ff.

möjligt lösta på ett materiellt riktigt sätt, d. v. s. på sådant sätt att de fakta som i verkligheten inträffat också bli lagda till grund för ett avgörande.[46] Dessa båda argument tala uppenbarligen för att det vore oriktigt att generellt ställa sig avvisande till överviktsprincipen.

Ett ytterligare stöd för principen ifråga har framkommit ovan i kap. I: i den mån överviktsprincipen tillämpas *kommer man ifrån svårigheten att skilja mellan sakfråga och rättsfråga.*[47] Detta innebär utan tvivel en förenkling som är, i och för sig, eftersträvansvärd.

Såsom framgått av det tidigare sagda är emellertid överviktsprincipen knappast förenlig med den klassiska synen på bevisbördeproblemet[48] och om Ekelöfs karakteristik av »det svenska systemet»[49] är riktig, strider den mot det vanliga betraktelsesättet inom svensk juridik.[50]

Är då denna karakteristik riktig? — I en anmälan av Ekelöfs ifrågavarande uppsats har Lassen förklarat att han icke är säker på att Ekelöfs uppfattning överensstämmer med praxis' ståndpunkt.

»Trots vad Ekelöf säger om felaktigheten därav torde det ej ha kunnat undgås att domstolarna uppfattat principen om den fria bevisprövningen innebära även en viss frihet för dem att avgöra hur stark bevisning som krävs i ett givet fall, där regel om tillräckligt bevis ej uppställts. Om detta tar sig den formen att domstolarna anse sig berättigade att känna sig fullt övertygade av en svag bevisning — d. v. s. acceptera denna som 'full bevisning' — eller medvetet nöja sig med 'sannolika

[46] Det kan knappast anses oriktigt att med ett förenklat uttryckssätt ange detta så (jfr ovan, s. 94) att överviktsprincipen ger den största chansen till en materiellt riktig dom. En sådan förenkling är av samma slag som den man begagnar då man talar om en viss grad av sannolikhet såsom hänförlig till det enskilda fallet.

[47] Se ovan, s. 38.

[48] Jfr ovan i inledningen, s. 27 f.

[49] Ekelöf, Bevisvärde, s. 12.

[50] Jfr citatet ovan å s. 93.

skäl' eller någonting mellan 'sannolika skäl' och 'fullt bevis' må lämnas därhän.»[51]

Lassens uttalande kan emellertid icke uppfattas såsom ett påstående att domstolarna skulle vara benägna att tillämpa överviktsprincipen. Det är mycket väl tänkbart att de tillåta sig en viss frihet vid beviskravets bedömande men dock *undvika att förlägga beviskravspunkten på området vid sannolikhetsskalans mitt.* Även denna metod skulle i så fall innebära att överviktsprincipen icke får något utrymme. Jag skulle emellertid vilja sätta ifråga om det kan vara riktigt att tala om ett »svenskt system» ens i nu angiven mening. Till belysning härav skall göras några kortfattade anmärkningar.

I sådana fall där *lagtexten* ger besked i fråga om bevisbördespörsmålet sker det alltid i den formen att ett visst beviskrav av högre eller lägre styrka anges, i mer eller mindre preciserade ordalag.[52] Såvitt på lagtexten ankommer kan det således endast ifrågakomma att tillämpa överviktsprincipen i sådana fall där lagtexten iakttar tystnad, och ingen slutsats kan dras därom, huruvida i dessa fall principen ifråga bör begagnas.[53]

I *motiven till RB* återfinnas uttalanden som möjligen kunna tyda på att man icke velat acceptera en sådan lösning som överviktsprincipen medför. Man tycks utgå ifrån att domaren vid bevisvärderingen skall om möjligt komma fram till en »övertygelse», och det är tänkbart att man avsett att bevisbörderegler skola användas om så icke blir fallet.[54] Emellertid bör det anmärkas, att det knappast kan vara riktigt att i detta sammanhang av motiven till RB dra alltför vittgående slutsat-

[51] Lassen, SvJT 1949, s. 200.

[52] Jfr nedan, kap. IV, § 4.

[53] Jfr ang. »Satzbaulehre», nedan, s. 163 ff.

[54] Se PLB, s. 377 ff. Jfr Kallenberg, som hävdar (Svensk civilprocessrätt II, s. 680) att domaren, bortsett från vissa särskilda fall, »kan bygga sitt domslut allenast på sådana fakta, om hvilkas sanning han är öfvertygad..., m. a. o. på sådana fakta, för hvilka tillräckligt bevis är för handen».

ser om vad dess upphovsmän menat. Processlagberedningen har, såsom tidigare nämnts, intagit den ståndpunkten att bevisbördeproblemet icke generellt sett bör göras till föremål för lagstiftning. Under sådana förhållanden har man icke haft anledning att tränga särskilt djupt ner i problemet.

Ett stöd för åsikten om det »svenska systemet» utgör emellertid det förhållandet att hela den terminologi, varmed man inom doktrinen rör sig då bevisbördeproblem diskuteras, har utformats på sådant sätt som om det alltid gällde ett val mellan ett relativt starkt beviskrav i ena riktningen och ett motsvarande krav i andra riktningen. Det talas ofta om »omkastning» eller »omläggning» av bevisbördan[55] och om »fördelning av bevisbördan» i den meningen att den ena parten tänkes ha bevisbördan med avseende på ett faktum och den andra parten med avseende på ett annat faktum.[56] Det vanligaste synes också vara, då man i doktrinen yttrar sig angående ett bevisbördespörsmål, att man ställer frågan så: vilken av parterna bör ha bevisbördan? Man ingår således i allmänhet icke på den möjlighet som överviktsprincipen innebär. Detta behöver emellertid icke nödvändigtvis innebära att man vill förkasta principen i fråga. Av stort intresse är det här att observera ett uttalande av Olivecrona. Han yttrar — sedan han utvecklat vissa skäl för att »svaranden bör ha bevisbördan för att han betalat, vare sig han påstår sig ha betalat kontant eller vid en senare tidpunkt» — följande:

»En sak för sig är att omständigheterna i det särskilda fallet kunna ge ett så starkt stöd åt svarandens påstående om kon-

[55] Ett uttryck sådant som »justering av beviskravet» är enligt min mening att föredraga om man går med på åsikten att ett nyanserat betraktelsesätt bör begagnas.

[56] Sistnämnda uttryck kan vara missvisande icke blott med hänsyn till att överviktsprincipen kan tänkas vara tillämplig utan även med hänsyn till att endera parten kan ha bevisbördan med avseende på samtliga relevanta fakta, såsom vanligen är fallet i brottmål. Obs. att Eckhoff lägger en annan betydelse i sitt uttryck »fordeling av tvilsrisikoen»; se härom ovan, s. 96, not 41.

tantbetalning, att detta bör tagas för gott, även om man icke kan säga att det i egentlig mening blivit bevisat.»[57]

Det vill av detta uttalande synas som om han granskar det ifrågavarande spörsmålet utifrån den i och för sig diskutabla förutsättningen att det gäller att rikta ett tämligen starkt beviskrav mot den ena eller den andra parten och att han i viss mån lämnar öppet huruvida en kompromisslösning kan vara motiverad. Häremot är naturligtvis intet att erinra: det kan vara av stort intresse att fastslå vilka argument som kunna tala för den ena eller den andra tänkbara lösningen av ett problem. Det bör emellertid observeras att om man väljer denna metod så är det ingalunda säkert att de skäl som man finner tala för en viss bevisbörderegel också kunna åberopas såsom skäl *emot* överviktsprincipen. Överviktsprincipen betecknar ju en kompromiss mellan två tänkbara bevisbörderegler, och om ungefär lika goda — eller lika svaga — skäl tala för den ena som för den andra av dessa båda senare, är ju redan detta ett stöd för den uppfattningen att kompromisslinjen kan vara den riktiga.[58]

Det viktigaste är naturligtvis att söka konstatera hur *rättspraxis* ställer sig till problemet. Det är emellertid, såvitt jag förstår, svårt att göra några säkra konstateranden härom. Ställningstagandena i fråga om bevisvärderingen redovisas i regel i tämligen obestämda ordalag[59], och någon motivering till ståndpunktstagandet i ett bevisbördespörsmål förekommer endast i undantagsfall.[60] Såvitt jag kunnat finna innehåller icke något av de i NJA under rubrikerna »Bevisning», »Bevisningsskyldighet», »Bevisskyldighet(en)», »Bevis» eller »Bevisbörda» refererade rättsfallen någon sådan domsmotivering att man med säkerhet kan säga att domstolarna eller någon av dem begagnat överviktsprincipen. Å andra sidan förekomma stund-

[57] Olivecrona, Bevisskyldigheten, s. 171.
[58] Jfr Ekelöf, Civilprocessen, s. 390.
[59] Jfr nedan, kap. IV, § 5.
[60] Se t. ex. NJA 1948: 675 och 1949: 529.

om formuleringar som, såvitt jag förstår, äro väl förenliga med den hypotesen att rätten låtit ett faktum bli lagt till grund för domen endast av det skälet att ifrågavarande faktum varit något, ehuru obetydligt, mera antagligt än ett alternativt faktum. Detta gäller särskilt den typ av formuleringar som ovan benämnts »falska bevisbördeformuleringar».[61]

Under alla omständigheter finns den uppfattningen representerad att domstolarna ofta godtaga en tämligen svag bevisning såsom tillräcklig.[62]

Redan de antydningar som nu gjorts torde visa att det är synnerligen vanskligt att avgöra om det finns något speciellt »svenskt system» bestående däri att man principiellt kräver »fullt bevis» eller åtminstone en viss tämligen hög bevisstyrka för det ena eller det andra av två med varandra oförenliga påståenden om fakta. I varje fall synes det vara befogat *förutsätta* att ingen fullt stadgad praxis förefinnes och att frågan om överviktsprincipens lämplighet står öppen för diskussion icke blott de lege ferenda utan även de lege lata.

Låt oss då undersöka några av de viktigaste *argument som kunna tala för åsikten att överviktsprincipen bör generellt avvisas.*[63] Det kan därvid vara av intresse att till en början

---

[61] Se ovan, s. 83 ff.

[62] Jfr Rudlings uttalande, nästa sida.

[63] Endast sådana argument komma att beröras som kunna tänkas ha aktuell betydelse. En doktrinhistorisk undersökning — som dock ej direkt tar sikte på det i texten berörda problemet — har gjorts av Olivecrona (Bevisskyldigheten, s. 12 ff.). Olivecrona har även i det angivna arbetet på ett övertygande sätt visat att många uppfattningar rörande bevisbördeproblemet basera sig på ohållbara teoretiska utgångspunkter. Det synes sålunda knappast nödvändigt att här granska t. ex. följande yttrande av Burckhard (s. 119 f.): »Wenn zwischen zwei Parteien Streit entstanden ist und die eine derselben die Hilfe des Staats gegen den ihr Recht Verletzenden anruft und einen Anspruch gegen denselben gerichtlich geltend macht, so muss sie darthun, dass der klagend verfolgte Anspruch ein begründeter ist.» — »... der Richter muss überzeugt sein, wenn er durch seinen Urtheilsspruch etwas an den thatsächlich bestehenden Verhält-

med ett enkelt exempel fastslå den ifrågavarande åsiktens innebörd.[64] Antag att vi ha två processer som röra likartade mål. Antag vidare att i den ena av dessa faktum X göres antagligt (men ej sannolikt) och att i den andra faktum icke-X göres antagligt (men ej sannolikt). Enligt åsikten ifråga skola då dessa båda mål bedömas på samma sätt: antingen skall i båda målen faktum X eller i båda målen faktum icke-X läggas till grund för domen.

Såsom ett argument mot överviktsprincipen kan göras gällande att den är *betänklig ur rättssäkerhetssynpunkt.* Rudling har yttrat följande:

»Denna självtagna befogenhet att på ett ofullständigt material, som icke möjliggör några tillförlitliga slutsatser, gissa sig till att så och så 'torde' det förhålla sig, vilket i domen redovisas med ett 'antagas måste', kan leda till äventyrliga konsekvenser ur rättssäkerhetssynpunkt.»[65]

Mot detta argument finns det emellertid skäl att göra åtskilliga erinringar.

Vilken processordning man än har måste man alltid räkna med att materiellt felaktiga domar komma att meddelas i viss utsträckning. Ju mer fullständigt bevismaterialet är, desto bättre underlag har domaren då han utför bevisvärderingen, och ur denna synpunkt är det naturligtvis ett önskemål att processmaterialet blir så fullständigt som möjligt. Synpunkten blir av större betydelse ju mer angeläget det är att domen blir

---

nissen verändern soll.» — Ej heller synes det vara nödvändigt att uppta till bemötande vissa argument som äro oskiljaktigt förknippade med en för nordisk uppfattning främmande samhällsåskådning. (Se härom Ekelöfs uppsats »Samhällsåskådning och civilprocess», SvJT 1941, där redogörelse lämnas för vissa nationalsocialistiska grundtankar på civilprocessens område; se särskilt s. 113 ff.)

[64] Jfr illustrationen ovan å s. 95.

[65] Rudling, s. 49. Jfr Behm (s. 58 ff.) ang. »torde-rättvisan». Behms kritik avser emellertid särskilt domskälens avfattning och synes icke innefatta något uttalande om överviktsprincipen.

materiellt riktig.[66] Det vore emellertid synnerligen olämpligt att ha en processordning som krävde att *i alla typer av mål* alla kunskapskällor skulle uttömmas.[67] Håller man med om detta, får man också vara beredd ta konsekvensen att bevismaterialet i processerna ofta blir ofullständigt.

Det nu berörda spörsmålet har emellertid icke något nödvändigt samband med problemet om överviktsprincipens lämplighet. En sak är nämligen frågan hur stor aktivitet som skall visas vid hopsamlandet av bevismaterialet, en annan sak är frågan hur det bevismaterial skall bedömas som faktiskt blivit framlagt.[68]

Finns det då några rättssäkerhetssynpunkter som tala för att överviktsprincipen generellt bör avvisas? Klart är till en början, att om det ur rättssäkerhetssynpunkt framstår såsom mer betänkligt med felaktiga domar som drabba den ena parten än med felaktiga domar som drabba den andra parten — jfr brottmålsexemplet ovan å s. 86 — så föreligger ett starkt skäl att rikta ett beviskrav mot ena parten. Då kunna heller icke längre några »torde»-domar meddelas. Frågan skjuts då över till ena sidan av sannolikhetsskalan och får i stället formuleras så: Hur stor övervikt bör krävas? Hur stor övervikt föreligger? Om emellertid en felaktig dom i ena riktningen är ur rättssäkerhetssynpunkt lika betänklig som en felaktig dom i andra riktningen, finns icke någon rättssäkerhetsgrund att åberopa. Det är av vikt att hålla klart för sig att man icke genom att uppställa en bevisbörderegel kan eliminera varje risk för godtycklighet från domstolens sida. Läget förändras endast i så måtto att den sektor blir förflyttad, inom vilken

[66] Jfr NJA II 1950, s. 43: »Då det är ett allmänt intresse att söka utröna sanningen i faderskapsmål, bör det givetvis tillses att alla kunskapskällor som finnas att tillgå också kunna användas för ändamålet.»

[67] Jfr ovan inledningen, s. 15 f.

[68] Ett visst samband mellan de båda problemen föreligger såtillvida som det ofta kan finnas skäl att ge ena parten bevisbördan — och alltså frångå överviktsprincipen — av det skälet att man vill frammana bevissäkrande åtgärder.

svårigheter inställa sig.[69] Men kan då detta vara en fördel ur rättssäkerhetssynpunkt?

Olika betydelser kunna läggas i uttrycket rättssäkerhet, men låt oss förutsätta att därmed skall förstås detta: lika fall böra bedömas lika. Från denna utgångspunkt kan, såvitt jag förstår, icke överviktsprincipen vara mindre lämplig än någon annan princip för bevisbördeproblemets lösning.[70] Jag skulle rentav vilja ifrågasätta om icke ett generellt *avvisande* av överviktsprincipen skulle medföra en särskilt beaktansvärd risk ur rättssäkerhetssynpunkt. Om man nämligen skulle konsekvent avvisa överviktsprincipen och alltså även i sådana fall, då lika goda eller lika svaga skäl tala för den ena som för den andra av två bevisbörderegler, välja endera av dem, så är det att befara att olika bevisbörderegler skulle komma att tillämpas på likartade fall. Följden skulle alltså kunna bli att faktum X blir lagt till grund för domen i ett fall där faktum icke-X är antagligt och att faktum icke-X blir lagt till grund i ett annat fall där faktum X är antagligt. Detta måste anses i hög grad betänkligt ur den nyss angivna rättssäkerhetssynpunkten.

Sammanfattningsvis torde kunna sägas, att *rättssäkerhetssynpunkter icke kunna åberopas såsom skäl för åsikten att överviktsprincipen generellt bör avvisas.*

Nu skulle man emellertid kunna göra gällande följande: detta må vara riktigt i och för sig; det är dock fara värt att allmänheten eller i varje fall sådana personer, som komma i närmare beröring med den processuella verksamheten, kunna ta anstöt av att en sådan metod begagnas som det här är fråga om. Kan en sådan invändning anses motiverad? Naturligtvis är det endast i undantagsfall som *en större allmänhet* får tillgång till något material som kan ge en uppfattning om domstolarnas rättsskipningsmetoder. Det kan dock förekomma att t. ex. ett rättegångsreferat i dagspressen ger besked om hur

[69] Jfr ovan, s. 40 f.

[70] Jfr Eckhoff, TfR 1949, s. 307.

rätten, enligt referentens mening, kommit fram till sitt avgörande. Ett intressant exempel utgör följande passus, avseende ett civilmål och hämtad ur Dagens Nyheters spalt »Hos Justitia»:

»Där stod alltså uppgift mot uppgift, som det så många gånger gör vid rätten. Då gäller det för rätten att avgöra vilkendera parten som verkar trovärdigast. Här var det enligt rättens mening Andersson. Varav följde att rätten ansåg det bevisat att Andersson omedelbart gjort anmärkningar på varans beskaffenhet.»[71]

Jag har svårt att tro att någon större del av läsekretsen kan tänkas reagera mot den rättsskipningsmetod som här skildras. Jag skulle rentav vilja ifrågasätta om icke den uppfattningen är ganska vanligt förekommande hos allmänheten, åtminstone med avseende på civilmål, att domstolarna ha till uppgift att opartiskt avgöra vad som är sant eller, om icke detta är möjligt, vad som är mest sannolikt. Det låter sig emellertid knappast göra att säga något med bestämdhet om allmänhetens attityder; i framtiden blir det kanske möjligt att på denna punkt dra nytta av sociologiska undersökningar.

Ofta är det en ganska stor krets av *personer som på ena eller andra sättet få närmare beröring med en rättegång:* parter, vittnen, parters släktingar o. s. v. Hur kan denna kategori tänkas reagera inför överviktsprincipens tillämpning? — Frågan har desto större betydelse som det ofta händer att en part, ett vittne eller någon annan ur den ifrågavarande kretsen med säkerhet vet — eller tror sig veta — vilka fakta som förekommit, under det att rätten ofta får en skev bild av samma fakta genom bevisningen i målet.

Denna fråga har berörts av Guldberg som skrivit följande:

»Den som förlorar sin rätt i brist på bevis känner sig visserligen kränkt men håller inne med sin olust, eftersom han in-

---

[71] Stapelberg (sign. »Bryll»): »När rätten bedömer trovärdighet.» Dagens Nyheter den 20 juli 1950.

ser att domstolen måste fordra bevis och att han vid sitt ben får binda oförmågan att övertyga domstolen.»[72]

Detta uttalande, som säkerligen bygger på riktig psykologisk iakttagelse, torde närmast utgöra ett stöd för den åsikten att man bör i ett tveksamt fall begagna en bevisbörderegel hellre än att låta en obetydlig sannolikhetsövervikt bli avgörande. Emellertid är det icke säkert att argumentet ifråga bör få bli av dominerande betydelse. Låt oss först undersöka hur den kategori bör avgränsas, på vilken argumentet är tillämpligt.[73] Man torde kunna utgå ifrån att en person som vinner en rättegång endast i undantagsfall känner olust inför domsmotiveringen. Vidare kan man förmoda att en person som förlorar processen, men som har klart för sig att rätten kommit till riktig slutsats, icke kan känna någon större indignation. Inom den återstående gruppen — personer som förlorat en process på grund av att rätten genom tillämpning av överviktsprincipen kommit till felaktigt resultat i sakfrågan — finns det säkerligen många som äro helt ointresserade av domsmotiveringen och många som, även om de ta del av densamma, icke vilja

---

[72] Guldberg, SvJT 1948, s. 86. Jfr följande yttrande av Molin (TSA 1948, s. 256 f.): »...det för förtroendet för våra domstolar och för rättssäkerhetskänslan i samhället är av icke mindre vikt, att domstolarna även i civila mål icke av den fria bevisprövningen låta förleda sig att fordra för litet i bevisningsväg av den bevisningsskyldige parten. Det är dock en väsentlig skillnad mellan att förlora ett mål, därför att man icke anses ha förebringat bevisning rörande ett förhållande, som man själv vet har förelegat, och att förlora ett mål, därför att motparten ansetts ha bevisat ett förhållande, som man själv vet icke har förelegat. I det förra fallet förstår den förlorande parten — eller bör åtminstone förstå — att domstolen, såsom bevisbördan var fördelad och sådan nu bevisningen förelåg, icke gärna kunde döma annorlunda än den gjorde; i det senare fallet däremot kan man svårligen begära någon förståelse gentemot domstolen från den förlorande partens sida».

[73] I det följande talas endast om parterna. Med en viss schematisering torde kunna förutsättas att övriga i processen intresserade personer reagera på samma sätt som den ena eller den andra parten — ehuru måhända mindre starkt.

eller icke kunna förstå det berättigade i någon metod som kunnat leda till en för dem oförmånlig dom. Slutligen måste man även frånskilja en — måhända tämligen liten — grupp av personer som vilja och kunna bedöma domens hållbarhet på objektiva grunder och som kunna förstå det berättigade i att överviktsprincipen kommer till användning i vissa typer av mål.

Om det nu sagda är riktigt skulle den grupp, vartill hänsyn bör tas, bestå av personer, *som* förlorat i en rättegång på grund av att sannolikhetsövervikt kommit att uppstå beträffande ett falskt påstående om fakta, *som* ta del av motiveringen, *som* förstå dess innebörd, *som* reagera mot tillämpningen av överviktsprincipen men icke skulle ha reagerat — eller i vart fall icke lika starkt — mot en för dem ogynnsam dom som byggt på ett mot dem riktat beviskrav. Det synes knappast rimligt att tillmäta så stor betydelse åt reaktionen från denna grupp att man därav föranledes att generellt frångå överviktsprincipen.

Här är det emellertid anledning att åter erinra om den möjlighet som förefinnes att begagna *»falska» bevisbördeformuleringar.*[74] Genom att begagna sådana kan man tillämpa överviktsprincipen och samtidigt formulera domen på sådant sätt att en reaktion av det nyss antydda slaget uteblir — såvida icke parten ifråga är så välorienterad inom bevisbördeläran att han inser vilken innebörd en sådan formulering har. Vad är då att säga om denna metod? Metoden innebär att man låter sannolikhetsövervikten bli utslagsgivande men formulerar domskälen på sådant sätt att detta döljes. Redan detta konstaterande innehåller två enligt min mening avgörande argument mot desamma: den är sakligt oriktig och den försvårar insynen över rättsskipningen. Om metoden skulle tillämpas konsekvent skulle den rentav kunna ge ett sken av att man kunde med hjälp av bevisbörderegler komma ifrån alla svårigheter när det gäller frågan vilka fakta som skola läggas till grund

[74] Se härom ovan, s. 83 ff.

för domen. Detta är en föreställning som, såvitt jag förstår, har en viss utbredning.[75] Det skulle alltså finnas regler, som skulle kunna möjliggöra att man aldrig behövde ställas inför ett dilemma! — Detta är uppenbarligen en stor illusion, och det kan knappast finnas några skäl att söka upprätthålla densamma vare sig inom juristernas grupp eller i förhållande till allmänheten. Allmänheten kan icke fordra av domstolarna att de alltid skola komma till riktigt resultat — detta står säkert klart för varje tänkande medborgare — utan blott, vilket är mycket nog, att de skola använda de lämpligaste rättsskipningsmetoderna och i den dömande verksamheten lägga i dagen största möjliga omsorg. Ur rättssäkerhetssynpunkt måste det vara i hög grad angeläget att rättsskipningsmetoderna komma till klart uttryck i domen. Om domskälen innehålla goda argument för den ståndpunkt som rätten intagit måste det för alla omdömesgilla personer stå klart att någon sakligt grundad kritik för godtycklighet ej kan framställas, även om rätten till äventyrs skulle ha kommit till materiellt oriktigt resultat.[76]

Av det nu sagda ger sig den slutsatsen att *det icke kan vara riktigt att med hänsyn till förmodade reaktioner från en större allmänhet eller från de av processen närmast berörda personerna generellt avvisa överviktsprincipen, ej heller att dölja frågeställningens innebörd genom att tillgripa »falska» bevisbördeformuleringar.*

En annan tänkbar generell invändning mot överviktsprincipen skall nu upptagas. För klargörande av dess innebörd skola först vissa åsikter, som framlagts av Olivecrona, refereras.

---

[75] Jfr nedan, kap. IV, § 3, ang. tanken att bevisbörderegler skola tillämpas i händelse av ovisshet.

[76] Jfr Rudholm (SvJT 1950, s. 437): »För att tilltron till domstolarna skall kunna upprätthållas och stärkas är det nödvändigt att båda parterna lämna domstolen i den förvissningen att målet från domstolens sida handlagts opartiskt och omsorgsfullt och att de verkligen fått framföra till domstolen allt vad de önskat.»

Olivecrona anser — enligt vad han närmare utvecklat i föreläsningarna över »Civilrätten och processen» — att domsreglerna — däribland bevisbördereglerna — måste utformas efter den principen, att rättstvånget skall göras tillräckligt effektivt för att »den sociala civilrätten» i det hela skall bli regelmässigt tillämpad ute i livet. En domsregel innebär att det fordras ett visst processmaterial för bifall till talan av viss natur. Vad domaren har att bygga på är ju nämligen alltid vad som framlägges i processen. De verkligen inträffade rättsfakta äro icke omedelbart tillgängliga för domaren. Denne måste utgå från vad som framlägges i processen och får därifrån »arbeta sig tillbaka till» de verkliga rättsfakta i den mån det går. Men det bör tilläggas: och i den mån det behövs. Det behövs nämligen ingalunda alltid, att han arbetar sig tillbaka till dem.

Vad Olivecrona åsyftar med det sist refererade uttalandet torde framgå av följande passus ur hans arbete »Utsökning»[77]:

»I första rummet fordras för bifall till ett visst käromål ett bestämt *grundrekvisit*. Såsom sådant fungerar t. ex. ett skuldebrev, om äktheten ej ifrågasättes. Handlingens innehåll är i och för sig tillräcklig grund för bifall till käromålet. Men svaranden kan åberopa vissa *motfakta*, d. v. s. fakta som, om de bli erkända eller styrkta, föranleda att käromålet skall ogillas, trots att grundrekvisitet är fyllt. Hit hör sådant som att skuldebrevet utfärdats under inflytande av tvång eller svek, att skulden redan blivit betald o. s. v. Gentemot dessa motfakta kan käranden i sin tur tänkas framföra andra motfakta[78], t. ex. (om tvång har påståtts) att svaranden senare frivilligt erkänt skulden. Vad som realiter föreligger är alltså parternas växelspel med grundrekvisit, motfakta och nya motfakta. Rättighetens existens konstateras aldrig av domstol. Vad som konstateras är grundrekvisit och motfakta. Dessa sammanställas med lagen, och dom ges i den ena eller andra riktningen.»

---

[77] Olivecrona, Utsökning, s. 121. Jfr Bevisskyldigheten, särskilt s. 159.

[78] Motfakta av denna typ betecknar Olivecrona i »Civilrätten och processen» såsom *»motfakta av andra graden»*.

Den tänkbara generella invändningen mot överviktsprincipen är nu denna: För att det av Olivecrona berörda hänsynet skall kunna tillgodoses, och för att man alltså skall kunna företaga en »differentiering bland de materiellrättsligt relevanta fakta»[79] genom att indela dem i grundrekvisit, motfakta av första graden, motfakta av andra graden o. s. v., är det nödvändigt att alltid rikta ett beviskrav mot endera parten.

Denna invändning är emellertid enligt min mening oriktig. Jag kan nämligen icke förstå annat än att man vid den ifrågavarande differentieringen uteslutande har att ta sikte på frågan vilka fakta den ena eller den andra parten har att *åberopa*.[80]

Till en början bör märkas, att det i vissa fall kan förhålla sig så att en part för att vinna bifall till sin talan måste *åberopa ett faktum, med avseende på vilket han icke har bevisbördan*. Antag t. ex. att en fotgängare har blivit skadad vid en sammanstötning med en bil och att han avser att yrka skadestånd av bilägaren.[81] Bevisbördeproblemet är i detta fall reglerat genom lag: bilägaren blir enligt 2 § i bilansvarighetslagen förpliktigad att betala, såvida det ej »av omständigheterna framgår, att skadan varken förorsakats av bristfällighet å automobilen eller vållats av föraren». Om man nu menar att skyldigheten att åberopa alltid skall korrespondera med skyldigheten att bevisa och att indelningen av fakta i grundrekvisit, motfakta o. s. v. alltid skall svara mot dessa skyldigheter, så tvingas man till följande konstruktion: Grundrekvisitet utgöres av sammanstötningen. Motfaktum utgöres av icke-vållande. Detta skulle innebära att käranden — den skadade fotgängaren — kunde avfatta sin stämningsansökan

---

[79] Olivecrona, Bevisskyldigheten, s. 159.

[80] Jag kan således icke dela Olivecronas åsikt, att »Spörsmålet om denna differentiering är vad man kallar frågan om bevisbördan.» (Bevisskyldigheten, s. 159.)

[81] Jfr det liknande exemplet ovan å s. 17 och de därtill anknutna kommentarerna.

i enlighet med följande: »Då och då inträffade en sammanstötning mellan mig och svaranden. Jag yrkar...» En sådan stämningsansökan skulle emellertid mycket illa fylla »sin uppgift att möjliggöra en fullständig och snabb förberedelse av målet»[82], och uppenbarligen är det mest lämpligt att anse käranden skyldig att åberopa vållande trots att svaranden har bevisbördan med avseende på frågan huruvida vållande ägt rum.

Av detta exempel synes framgå dels att man kan åstadkomma en viss differentiering beträffande fakta genom att i första hand ägna uppmärksamhet åt frågan vilken part som har att åberopa desamma, dels att olika ändamålssynpunkter bli av betydelse beträffande denna fråga och frågan hur bevisbördeproblemet bör lösas.

Men än vidare: låt oss bortse från frågan om skyldighet att åberopa och låt oss söka komma till någon klarhet därom, huruvida man genom att tillämpa den ena eller den andra bevisbörderegeln över huvud taget kan åstadkomma olika differentieringar ifråga om relevanta fakta. Låt oss i detta syfte jämföra den nyss citerade bestämmelsen i bilansvarighetslagen med följande tänkta bestämmelse: »Bilägaren skall förpliktas betala skadestånd om det av omständigheterna framgår att skadan förorsakats av bristfällighet å automobilen eller vållats av föraren.»

Enligt det förra alternativet — lagtextens bestämmelse — fordras en betydande sannolikhetsövervikt för påståendet att vållande icke föreligger, enligt det senare alternativet fordras en lika stor sannolikhetsövervikt för det motsatta påståendet. Enligt den fria bevisprövningens princip är det alldeles likgiltigt *vilken typ av bevisfakta* som föreligger såsom stöd för

[82] PLB, s. 428. Stämningsansökningen bör på bästa sätt tjäna syftet att fixera ramen för processen. Käranden bör därför vara skyldig att precisera sin talan genom att åberopa vissa konkreta fakta. Jfr exemplet ovan å sid. 17. Svaranden kan icke utarbeta ett detaljerat svaromål om han ej känner till grunden för käromålet. Jfr Ekelöf, Civilprocessen, s. 449.

det ena eller det andra påståendet; det enda väsentliga är vilken *grad av sannolikhet* som föreligger. Under sådana förhållanden kan jag icke inse att det i någon rimlig mening kan sägas att fakta differentieras olika i de båda olika fallen. Skillnaden mellan de båda fallen kan, såvitt jag förstår, uttömmande anges på följande sätt: I ena fallet fordras (räcker) *en* grad av sannolikhet. I andra fallet fordras (räcker) *en annan* grad av sannolikhet. Vilka fakta som äro relevanta framgår av den materiella bestämmelsen. Inom denna grupp av fakta kan man, om man så vill, urskilja två undergrupper: fakta som tala för det ena påståendet och fakta som tala för det andra. Någon vidare indelning är det meningslöst att söka utföra, eftersom det vid tillämpningen av den ena eller den andra bevisbörderegeln är alldeles likgiltigt genom vilka bevisfakta den avsedda sannolikhetsgraden kommer att framträda.

Om det nu sagda är riktigt, kan man genom regler, avseende *skyldigheten att åberopa*, genomföra en indelning av fakta på sådant sätt att de i en fullt rimlig mening kunna betecknas såsom »grundrekvisit», »motfakta av första graden», »motfakta av andra graden» o. s. v. Däremot kunna icke regler om bevisskyldigheten begagnas såsom medel för en sådan indelning.

Regler av det sistnämnda slaget kunna däremot sägas ha den effekten att något eller några av de fakta, som ingå i en viss av de angivna grupperna, får *större betydelse för avgörandet* än vad som motsvarar dess naturliga sannolikhetsvärde. Antag t. ex. att den bevisbörderegeln (presumtionen)[83] införes att bilisten, om han förtärt sprit inom viss tid före sammanstötningen, skall anses ha vållat densamma, såframt han icke gör sannolikt att han framfört bilen med tillbörlig aktsamhet. Såsom framgår av det tidigare sagda kan det icke rimligtvis sägas att denna regel har betydelse för någon indelning av

[83] Enligt min åsikt är det icke nödvändigt att skilja mellan bevisbörderegler och presumtioner. Se härom nedan, kap. IV, § 1.

fakta i grundrekvisit och motfakta. Rättsfaktum utgöres fortfarande av vållande; med ledning av hela det tillgängliga processmaterialet har rätten att ta ställning till frågan vilken sannolikhetsgrad som föreligger beträffande påståendena om vållande, resp. icke-vållande. Men bland de fakta som stöda påståendet om vållande kommer spritförtäringen att få större betydelse därigenom att rätten, under förutsättning att den kan utgå från att detta faktum inträffat, kan lägga påståendet om vållande till grund för domen även om detta påstående är mindre antagligt.

Det nu sagda torde kunna sammanfattas genom en kommentar till Olivecronas uttalande om att domaren icke alltid behöver »arbeta sig tillbaka till» de verkliga rättsfakta.[84] Detta uttalande är enligt min mening riktigt i så måtto — men endast i så måtto — att domaren i dispositiva mål blott behöver beakta sådana rättsfakta som *åberopats i rättegången.*[85] Beträffande dessa rättsfakta måste han emellertid alltid, *oavsett hur bevisbördeproblemet är reglerat,* arbeta sig tillbaka från processmaterialet till den konkreta förprocessuella verkligheten, i den meningen, nämligen, att han har att ta ställning till parternas påståenden med ledning av *hela materialet.*[86]

Angående den i detta avsnitt behandlade tänkbara invändningen mot överviktsprincipen kan sammanfattningsvis sägas följande. Det är icke nödvändigt att alltid rikta ett beviskrav mot endera parten för att relevanta fakta skola kunna på lämpligt sätt indelas i grundrekvisit samt motfakta av olika

---

[84] Se ovan, s. 111.

[85] Se RB 17: 3.

[86] Ang. problemet om förhållandet mellan skyldigheten att åberopa och bevisskyldigheten se vidare t. ex. Kallenberg, Svensk civilprocessrätt II, s. 700 ff. och Rosenberg, Die Beweislast, s. 55 ff. (»Behauptunglast») Ett problem som har vissa beröringspunkter med det nu berörda, utgör det i anglosaxisk rätt ofta diskuterade problemet om förhållandet mellan »burden of proof» och »right to begin». Se härom t. ex. Cockle, s. 136 ff., Phipson, s. 24 ff. och Wills, s. 28 ff. Jfr även beträffande presumtioner, nedan, s. 132 ff.

grader. *Något skäl föreligger således icke att av hänsyn till nu berörda omständigheter generellt avvisa överviktsprincipen.*

Såsom slutsats av den nu utförda undersökningen beträffande överviktsprincipen skulle jag vilja hävda att *den frihet att välja bevisbörderegel efter de olika fallens beskaffenhet som lagen överlämnar åt rättspraxis bör gälla även vad beträffar området på sannolikhetsskalans mitt.*

Såvitt jag förstår tala vidare starka skäl för att det är mest praktiskt att, i den mån man behöver en utgångspunkt för bedömandet av ett bevisbördespörsmål, välja överviktsprincipen såsom sådan utgångspunkt.[87] Innebörden härav skulle kunna anges på ungefärligen följande sätt.

Då bevisbördespörsmålet skall övervägas bör man i första hand söka klargöra för sig vilka olika hänsyn som det gäller att tillgodose. Dessa kunna vara av vitt skilda slag, och vart och ett av dem kan i och för sig ge skäl för upprätthållandet av ett starkt beviskrav mot endera parten. Det gäller då att göra en helhetsbedömning varvid olika hänsyn på rimligt sätt avvägas i förhållande till varandra. Vid en sådan avvägning synes mig det lämpligaste vara att i första hand undersöka, huruvida överviktsprincipen utgör en ändamålsenlig lösning. Motiveringen härför är dels den, att *överviktsprincipen bildar den minst godtyckliga utgångspunkten,* dels den, att *de skäl, som kunna tala för att ett särskilt beviskrav bör riktas mot endera parten, lättast kunna på ett rimligt sätt värderas, om de formuleras såsom skäl emot tillämpning av överviktsprincipen.* Detta sammanhänger med den omständigheten att man aldrig bör lämna ur sikte följande fråga: hur komma riktiga och felaktiga avgöranden att bli fördelade om man tillämpar den ena eller den andra regeln? — Avslutningsvis skall ges ett exempel som illustrerar innebörden av det sist sagda.

---

[87] Jfr Eckhoff, Tvilsrisikoen, s. 64, och TfR 1949, s. 311.

Antag att vi de lege ferenda skola ta ställning till frågan vilken bevisbörderegel som bör gälla i ett mål om försträckning, där svaranden påstår, men käranden bestrider, att återbetalning skett. Detta problem har naturligtvis många aspekter, men låt oss särskilt granska betydelsen av ett argument som kan formuleras så: man bör av vissa skäl ha en sådan bevisbörderegel att gäldenärer stimuleras att begära kvitto då de likvidera skulden.

Med stöd av detta argument skulle man kunna tänka sig att ställa upp regler, innehållande beviskrav av olika styrka. Man skulle t. ex. kunna föreskriva följande: »Om gäldenären ej kan lägga fram kvitto, skall han förpliktas betala, såframt han icke gör antagligt att betalning skett.» Man skulle också kunna skärpa kravet genom att utbyta orden »gör antagligt» mot »gör sannolikt» eller »gör uppenbart». Man skulle slutligen kunna gå så långt att man uppställde en materiell regel: »Om gäldenären ej kan lägga fram kvitto, skall han förpliktas betala.»[88] Om man håller sig utslutande till det nyss anförda argumentet är det uppenbart att den sista lösningen är den mest rationella. Dock är det klart att den icke utan vidare kan godtagas. Varför icke? — Svaret måste bestå däri att man icke kan köpa den åsyftade fördelen på bekostnad av den automatiskt medföljande konsekvensen att de oriktiga avgörandena — ett stort antal sådana måste det under alla förhållanden här bli fråga om — fördelas på ett alltför ojämnt sätt.[89] Man ställs med andra ord inför *ett avvägningsproblem, där frågan om de oriktiga avgörandenas fördelning icke bör få komma i skymundan.* Låt oss i korthet ingå på detta avvägningsproblem.

---

[88] Jfr, angående skillnaden mellan bevisbörderegler och materiella regler, nedan s. 130.

[89] Jfr följande yttrande av Guldberg (SvJT 1948, s. 89): »När målets utgång endast angår ekonomiska värden, behöver den ena parten icke stå tillbaka för den andra på sätt som gäller beträffande anspråken på straffrättslig sanktion för viss gärning».

Då man skall granska detta problem erbjuder, såvitt jag kan förstå, överviktsprincipen den minst godtyckliga utgångspunkten. Man kan alltså ha anledning att först se till denna fråga: vilka incitament till bevissäkring får en gäldenär genom vetskapen att överviktsprincipen gäller? — Svaret blir att han har anledning tillse att han i en eventuell rättegång kan åstadkomma sannolikhetsövervikt, låt vara av det mest obetydliga slag, för sitt påstående att betalning skett. Man kan fråga sig om icke redan detta är tillräckligt för att »de som verkligen reflektera över vad som är bäst och lämpligast»[90] i tämligen stor utsträckning skola säkra sig bevisning. Det är emellertid rimligt att förutsätta, att nyssnämnda kategori av personer i än högre grad skulle börja förse sig med kvitto (eller andra bevismedel) om man riktade ett skarpare beviskrav mot gäldenären och att kategorien skulle komma att omfatta fler personer. Hur stor förskjutning som skulle uppstå, därom är det emellertid mycket svårt att bilda sig en mening, och under alla förhållanden är det klart att man icke kan gå så långt att man uppställer en materiell regel eller ett beviskrav av speciellt stor styrka (»gör uppenbart»). Detta skulle nämligen medföra en mycket ojämn fördelning av de felaktiga avgörandena och skulle icke kunna medföra sådana fördelar i bevissäkringsavseende att denna fördelning skulle kunna anses försvarlig. Jag skulle vilja ifrågasätta om icke många uttalanlanden i bevisbördespörsmål äro byggda på alltför stor tilltro till de indirekta verkningarna av den ena eller den andra bevisbörderegeln. I själva verket förhåller det sig ju så att det ofta även för en tränad jurist är svårt att uttala sig om vilken regel som domstolarna kunna väntas tillämpa.

Emot det nu sagda vill kanske mången invända att det är felaktigt, förkonstlat eller åtminstone onödigt att tänka sig problemet såsom avseende *ett flertal* fall och att koncentrera uppmärksamheten på frågan om fördelningen av materiellt felaktiga avgöranden. Såvitt jag förstår, är det emellertid av stor

[90] Hellner, s. 209.

betydelse att man gör klart för sig att sådana invändningar äro ohållbara.[91]

Såsom tidigare påpekats[92] är det oriktigt att resonera såsom om det vid bevisvärderingen vore fråga om en »gradering av verkligheten». Den enstaka domen är alltid materiellt riktig eller materiellt oriktig, någon tredje möjlighet ges icke. Om man nu uppställer en bevisbörderegel och sålunda exempelvis säger, att visst faktum skall göras sannolikt, så kan detta icke ha någon annan mening än detta: att man anger en regel för den dömande verksamheten som får den verkan — jämte andra mera indirekta verkningar — att de felaktiga avgörandena av ett visst antal konfliktsituationer komma att fördelas på visst sätt. Det är icke realistiskt att vid diskussion av ett bevisbördespörsmål låta frågan om det enskilda fallets bedömande bli det centrala; man bör icke »betrakta den till bedömande föreliggande situationen på ett abrupt sätt, rycka den loss ur det sammanhang, till vilket den i verkligheten med nödvändighet hör».[93] De fördelar och nackdelar som äro förknippade med den ena eller den andra lösningen av bevisbördeproblemet kunna icke framträda med full tydlighet om icke detta beaktas.

Det kan nu vara lämpligt att hålla fram vissa *slutsatser* som kunna dras av det sagda *beträffande bevisbördeproblemet såsom rättskipningstekniskt problem.*

Det synes mig som om man på enklaste och riktigaste sätt kan avgöra frågan vilka fakta som skola läggas till grund för domen genom att se problemet på följande sätt.

Bevisvärderingen skall utmynna i ett ståndpunktstagande till sannolikhetsgraden beträffande det eller de fakta som äro re-

---

[91] Såsom påpekats ovan, s. 91, kan det anses vara en tillåten förenkling att tala om det enstaka fallet, men blott under förutsättning att man bedömer detta med ledning av överväganden som avse det stora antalet fall.

[92] Se ovan, s. 66.

[93] Lundstedt, s. 95.

levanta. Bevisbördeproblemet består i att fastställa vilken sannolikhetsgrad som fordras (räcker) för att samma fakta skola kunna läggas till grund för domen.

Detta dubbla problem kan man nalkas från två sidor: antingen från bevisvärderingssidan eller från bevisbördesidan. Man kan med andra ord tänka på ettdera av följande båda sätt: »Så och så stark är bevisningen. Räcker det?» — »Så och så stark bevisning krävs. Är bevisningen så stark?»

Det bör vidare märkas att man ofta inte behöver med någon större noggrannhet pröva ens någon av dessa frågor. Det förhåller sig nämligen ofta så att resonemanget kan medvetet eller omedvetet följa någon av dessa linjer. »*Bevisningen* är i varje fall så stark att den räcker.» — »*Beviskravet* är i varje fall icke så starkt att bevisningen är otillräcklig.» *Hur* stor noggrannhet man behöver iaktta, det beror dels på målets svårighetsgrad, dels på dess betydelse.

§ 3. Om gränsdragningen mellan bevisvärderingsfrågan och bevisbördefrågan.

Av det tidigare sagda framgår att man ofta ställs inför svårigheter då det gäller att åtskilja frågan om bevisvärderingen och frågan om bevisbördan. Låt oss nu närmare ingå på problemet om gränsdragningen mellan dessa frågor.

Antag t. ex. att följande, i annat sammanhang[94] berörda fall föreligger.

Ett orekommenderat brev, som är behörigen frankerat och adresserat, har nedlagts i en brevlåda. Adressaten förnekar att brevet kommit fram.

Här blir det, vid bevisvärderingen, fråga om att mot varandra väga två faktorer: sannolikheten av att brevet kommit bort, genom postens förvållande, måste vägas mot sannolikheten av att adressatens uppgift är felaktig. Vid detta vanskliga avgörande kan man lätt frestas att låta sig påverkas av t. ex. endera av följande båda synpunkter: 1) Det vore olämpligt att ha en sådan ordning att brev av detta slag alltid måste rekommenderas; brevet bör därför gå på adressatens risk. 2) De som skriva brev av detta slag böra sporras att tillförsäkra sig bevis om att breven komma adressaten tillhanda; avsändaren får stå risken. — Dessa båda synpunkter äro väl förtjänta av beaktande, men de ha ingen betydelse för frågan om sannolikhetsbestämningen! Det är vid beviskravets bedömande som de böra få inverka. Om man anser, att särskild vikt bör läggas vid den ena av de under 1) och 2) angivna synpunkterna, bör detta föranleda till att man fordrar större mått av bevis antingen för påståendet att brevet icke kommit

[94] Se ovan, s. 59.

fram eller för att brevet kommit fram, och *hur stort mått* av övervikt som bör krävas, blir då beroende på hur stor vikt man lägger vid synpunkten ifråga. Att dessa överväganden skulle kunna ge ledning vid bedömandet, huruvida brevet kommit fram eller icke, är däremot helt uteslutet.

Brevexemplet utgör ett fall, där det visserligen kräves en viss uppmärksamhet för att man icke skall förbise var gränsen går mellan sannolikhetsbestämning och beviskrav, men där det dock icke kan sägas innebära någon större svårighet att finna denna gräns. I många fall torde emellertid stora svårigheter i detta avseende föreligga. Så är särskilt förhållandet, då visst faktum är på en gång bevisfaktum (av vilket man kan dra slutsatser i sannolikhetsfrågan) och grund för beviskrav (förekomsten av faktum utgör förutsättning för tillämpligheten av en regel om beviskrav). Till illustration av de problem som här kunna aktualiseras, skola några reflexioner knytas till frågan om betydelsen av en parts passivitet i rättegången.

I RB 35: 4 stadgas:

»Underlåter part att enligt rättens beslut infinna sig vid rätten eller eljest fullgöra något i rättegången eller att besvara för utredningen framställd fråga, pröve rätten med hänsyn till allt, som förekommit, vilken verkan som bevis må tillkomma partens förhållande.»

Antag att i ett dispositivt tvistemål en part förnekar att han träffat ett visst avtal och påstår att han ifrågavarande dag icke ens vistats på den plats, där avtalet skulle ha tillkommit. Då han tillfrågas, var han vistats vid tidpunkten ifråga, vägrar han emellertid att lämna svar. Denna vägran kan — jämte omständigheterna i övrigt, t. ex. partens sätt att uppträda, då frågan ställs — föranleda rätten till följande slutsats: »Då han vägrar att besvara frågan, är det tydligt att en stark sannolikhet talar för att hans uppgift är felaktig.» Emellertid kan även följande resonemang tänkas: »Av hans vägran kan man inte sluta sig till att han lämnat en felaktig uppgift, men han får skylla sig själv och ta den konsekvensen

att han får en i processuellt avseende förändrad ställning.» Sistnämnda resonemang innebär att man låter partens vägran få större betydelse än vad som kan enbart ur sannolikhetssynpunkt motiveras. Man låter hans vägran bli grund för en presumtion. Man riktar med andra ord ett särskilt beviskrav mot honom i så måtto att den bevisning som talar för hans påstående måste vara i motsvarande mån starkare för att kompensera den nedvärdering som knytes till hans vägran.[95] Och motiveringen till beviskravet är i korthet denna: reglerna böra vara så beskaffade att parterna icke frestas att förhålla sig passiva vid utredningen. — Naturligtvis kan man vidare tänka sig båda de angivna resonemangen samtidigt tillämpliga. Alltså t. ex. följande: »En viss sannolikhet talar för att han lämnat oriktiga uppgifter. Därtill kommer att han — då han vägrat uttala sig — får ta konsekvensen av ett försämrat processuellt läge.»

I exemplet var det fråga om ett dispositivt tvistemål. Antag nu att motsvarande situation inträffar i ett brottmål. Den tilltalade påstår alltså att han ifrågavarande dag icke vistats på den ort, där brottet begåtts, men vägrar att uppge var han befunnit sig. PLB säger i motiven till RB 35: 4:

»I dessa mål (brottmålen) måste emellertid bestämmelsen erhålla en i viss mån annan tillämpning och rätten endast med stor varsamhet tolka den tilltalades tredska som bevis mot honom. Sålunda kan i mål om grövre brott hans utevaro icke i och för sig tilläggas någon egentlig bevisverkan.»[96]

Vad innebär nu detta uttalande? — Innebörden torde bli klarare, om man genomför distinktionen sannolikhetsbestämning/beviskrav.

Ur sannolikhetssynpunkt framträder icke någon mera betydelsefull skillnad mellan tvistemålet och brottmålet. Skälet för vägran kan i båda fallen vara, att uppgiften om bortovaro var oriktig, men kan också i båda fallen vara, att parten

[95] Ang. presumtioner se närmare nedan, s. 132 ff.

[96] PLB, s. 381 f.

vill t. ex. hindra att någon omständighet, som är vanärande för honom själv eller någon närstående, kommer i dagen. Om någon skillnad skulle uppställas, så skulle det väl snarast vara den, att vägran har större sannolikhetsvärde (såsom bevis mot parten) ju större risk parten genom sin vägran utsätter sig för. Men detta kan ju icke åberopas som skäl för att tillämpa bestämmelsen varsammare i brottmål. En sak för sig är, att sannolikhetsvärdet hos partens vägran omöjligen kan vara så stort, att enbart hans vägran blir utslagsgivande i brottmålet. Det beviskrav som belastar åklagaren är nämligen så starkt att det omöjligen kan fyllas av denna omständighet ensam. Men detta innebär icke någon underskattning av omständighetens sannolikhetsvärde utan innebär blott att andra omständigheter måste tillkomma för att bevisningen skall bli tillräcklig.

Om man granskar frågan i vad mån det kan vara motiverat att lägga partens passivitet *till grund för ett beviskrav,* (betrakta den som en presumtion) framträder däremot en tydlig skillnad mellan tvistemålet och brottmålet, och det är detta som påkallar »en i viss mån annan tillämpning» av regeln i den senare typen av mål. I brottmål kan man icke rimligtvis ha en sådan ordning att den tilltalade får med en sakligt felaktig fällande dom sona något så jämförelsevis obetydligt som passivitet i rättegången. Det beviskrav som i brottmålet riktas mot åklagaren kan sålunda icke bli mindre starkt därför att den tilltalade vägrat besvara den framställda frågan.

När PLB säger, att rätten måste »endast med stor varsamhet tolka den tilltalades tredska *som bevis*[97] mot honom», är uttalandet sålunda enligt ordalagen felaktigt. Det är icke vid bevisvärderingen (sannolikhetsbestämningen) utan vid bedömandet av beviskravet som särskild försiktighet är av nöden.[98]

---

[97] Kursiveringen gjord här. Hos Gärde har kommentaren till den ifrågavarande bestämmelsen fått en enligt min mening lyckligare utformning. Se särskilt s. 481 (»med hänsyn till kravet på bevisningens styrka»).

[98] Det skulle föra för långt att ge ytterligare exempel på fall, där den berörda distinktionen kan verka klargörande. Det må emellertid i förbi-

Man kan nu fråga sig: är det verkligen nödvändigt att göra denna hårfina och ofta i praktiken svårgenomförbara distinktion mellan bevisvärdering och bevisbörda? — Frågan synes böra besvaras med ja[99], och tre skäl äro därvid väsentliga.

För det första är det tydligt att de bevisrättsliga problem, som man har att brottas med vid rättsskipningen och inom doktrinen, ofta äro synnerligen vanskliga. Om man rör sig med oklara eller oriktiga begreppsbestämningar kan följden bli att många av dessa problem bli felställda eller lösta på ett otillfredsställande sätt. Denna risk är så mycket mer beaktansvärd som man här har att göra med en grundfråga, av vars lösning många andra frågor äro beroende. Det är av stor vikt att noga undersöka hur långt man kommer med enbart sannolikhetsbedömning, så att man icke uppställer felaktiga bevisbördeprinciper, men också att noga beakta i vilka avseenden bevisbörderegler böra få inverka, så att man icke tror sig kunna träffa avgöranden uteslutande med hjälp av bevisvärderingen.

För det andra bör man observera, att parterna få otillfredsställande besked om hur rätten bedömt målet, därest icke den berörda åtskillnaden göres. Denna fråga skall närmare utvecklas i samband med en allmän studie av frågan hur

---

gående anmärkas, att den i Odin Augdahls uttalande under punkten 2. omnämnda frågan (se ovan s. 81 f.) bör ses på ett motsvarande sätt. Om erfarenheten ger vid handen att tillgången till bevismedel i ett visst fall är begränsad, bör detta få till följd att man vid sannolikhetsbestämningen icke drar några slutsatser av att viss bevisning icke blivit införd i rättegången. Man får här liksom eljest pröva riktigheten av parternas påståenden med ledning av det material som faktiskt finns tillgängligt. (Jfr exemplet å s. 59 ovan: då man icke känner till viss brevbärares felfrekvens, får man nöja sig med att dra slutsatser av en mindre preciserad frekvens, t. ex. postverkets felfrekvens.) Huruvida saken bör få inverka på *bevis-kravet* torde få bero på särskilda överväganden, som t. ex. kunna avse frågan, om det finns anledning att i liknande fall särskilt stimulera någon av parterna till bevissäkring.

[99] En sak för sig är att i många mål avgörandet är så lätt att träffa att man över huvud taget icke har anledning till djupare överväganden.

sannolikhetsbedömningen och beviskravet böra redovisas i domen.[1]

För det tredje gäller — något som står i nära samband med det sist sagda — att domens värde såsom prejudikat blir högst begränsat, därest icke frågorna isolerats från varandra.

Slutligen bör påpekas, att den uppfattning rörande gränsdragningen mellan bevisvärdering och bevisbörda, som nu framlagts, helt går i strid med den ståndpunkt som intagits av dansken Dige i hans arbete »Bevis i Kontraktsforhold» (1945) — den senaste bevisrättsliga monografien inom nordisk doktrin. Spörsmålet om »hvormeget der kræves, for at et Forhold kan siges at være bevist, saaledes at Parten kan siges at have 'opfyldt sin Bevisbyrde'» är enligt Dige »et Spørgsmaal, der alene vedrører Bevisbedømmelsen».[2] Enligt denna åsikt skulle man alltså med »Bevisbedømmelse» avse två så artskilda frågor som dessa: »Hur stark är sannolikheten?» — »Hur stark bör sannolikheten vara?» Detta torde vara föga lämpligt.

Åsikten torde emellertid stå i samband med uppfattningen att man bör skilja mellan frågan om »bevisbördan» och frågan vad som skall utgöra »tillräckligt bevis».[3] Denna uppfattning

---

[1] Se nedan, kap. IV, § 5.

[2] Dige, s. 30 f. Hassler anser (SvJT 1945 s. 623) att Dige häri »träffat det rätta».

[3] Se Dige, a. st. Jfr Scheel, s. 11 f. Jfr även följande yttrande av Olivecrona: »Man behöver icke diskutera det önskvärda däri, att domaren får en så fullständig kännedom som möjligt om de relevanta fakta i målet. Klart är också att det icke ovillkorligen kan fordras 'full bevisning' i gammaldags mening, för att domaren skall kunna räkna med ett faktum såsom fastställt på det sätt, att han kan grunda domen därpå. Men detta är något som faller vid sidan av det förevarande problemet. Man måste i den principiella diskussionen skilja frågan om bevisbedömningen från frågan om bevisbördan, ehuruväl dessa frågor i praktiken bliva sammanflätade med varandra. Det är två skilda frågor, och ingen reda blir möjlig om man ej håller dem isär. Den fråga det här gäller bör alltså icke sammanblandas med den saken, att domaren givetvis genom övervägande av samtliga förebragta fakta om möjligt — men endast om det verkligen

skall närmare granskas i den följande framställningen, vilken torde komma att över huvud taget ge en mera bestämd precisering åt de problemställningar som berörts i det nu avslutade kapitlet.

är möjligt — bör söka komma fram till en uppfattning om det reella händelseförloppet. Vad vi nu diskutera är principerna för avgörandet, när domaren måste stanna i ovisshet angående ett relevant faktum.» (Bevisskyldigheten, s. 132.)

KAPITEL IV.

Bevisbördeproblemet och den juridiska tekniken

I de föregående kapitlen har diskuterats dels frågan hur bevisbördeproblemet bör avgränsas från vissa andra problem, dels frågan om bevisbördeproblemets närmare innebörd. I detta kapitel skall uppmärksamheten särskilt inriktas på sådana *tekniska frågor*[1] *som aktualiseras inom ramen för bevisbördeproblemet.* I samband därmed blir det möjligt att närmare precisera skälen för vissa åsikter som tidigare preliminärt framlagts.

De frågor, som i enlighet med detta syfte skola beröras, komma i huvudsak att angå följande spörsmål: Hur skall man, då man tänker, talar och skriver, handskas med bevisbördeproblemet, om man vill ha ett system, som gör det så lätt som möjligt att finna de väsentliga ändamålssynpunkterna, och som samtidigt är så enkelt som möjligt till sin struktur? — Detta spörsmål har självfallet betydelse både för lagstiftningen, rättsskipningen och doktrinen. Tyngdpunkten i den följande framställningen kommer emellertid att läggas vid undersökningen av rättsskipningstekniken, eftersom rättsskipningsproblemet måste anses vara det centrala: lagstiftaren bör ge regler med sådan teknisk utformning som domaren och parterna äro bäst betjänta av, och doktrinen bör tillämpa en liknande standard.

I inledningen förutsattes, att det är möjligt och lämpligt att under gemensamma beteckningar sammanföra alla regler,

[1] Jfr i inledningen, s. 31.

varav man kan sluta sig till vilken grad av sannolikhet som fordras (räcker) för att man vid ett måls avgörande skall kunna handla såsom om visst faktum förelåge.[2] I enlighet med denna förutsättning ha uttryck sådana som »bevisbörda», »beviskrav» och »fråga om tillräckligt bevis» i hela den tidigare framställningen begagnats utan åtskillnad. Detta förfaringssätt kräver en omsorgsfull motivering. I doktrinen brukar man nämligen i allmänhet göra vissa distinktioner *inom* denna grupp av regler.

Sålunda har Ekelöf i sin uppsats »Bevisvärde, tillräckligt bevis och bevisbörda», vilken bl. a. innehåller en översikt över de »olika slag av rättsregler, som domaren har att tillämpa i processen»[3] skilt mellan »materiella regler», »bevisvärderegler», »regler om tillräckligt bevis» och »bevisbörderegler». Som exempel nämner Ekelöf följande tänkta bestämmelser, som skulle kunna tjäna syftet att eliminera eller minska svårigheterna för person som skadats genom biltrafik att åstadkomma bevisning beträffande bilistens culpa. Man skulle i detta syfte kunna stadga

»1) att om bilisten förtärt sprit omedelbart innan körningen, han skall anses ha vållat olyckshändelsen, såframt ej visas att han framfört bilen med tillbörlig aktsamhet (bevisvärderegel),

2) att den skadelidande endast behöver visa sannolika skäl för bilistens culpa (regel om tillräckligt bevis),

3) att bevisbördan med avseende på bilistens culpa åvilar denne (bevisbörderegel),

4) eller att bilisten svarar för skadeståndet oberoende av culpa (materiell regel).»[4]

Dessa exempel torde vara väl lämpade att bilda utgångspunkt för den följande diskussionen, och det blir anledning att vid åtskilliga tillfällen anknyta till dem.

---

[2] Se ovan s. 14 f.

[3] Ekelöf, Bevisvärde, s. 3.

[4] Ekelöf, Bevisvärde, s. 6.

Frågan blir nu: i vad mån är det rimligt att göra åtskillnader mellan regler av dessa olika slag?

Klart är till en början, att *en tydlig skillnad föreligger mellan materiella regler å ena sidan och de övriga regeltyperna å andra sidan.* Skillnaden består framförallt däri, att en materiell regel gör hela bevisproblemet i fråga om det aktuella sakförhållandet (i exemplet = culpa) irrelevant. I så måtto kan man tala om en artskillnad. Ur en annan synpunkt kan man emellertid tala om en gradskillnad. Detta torde framgå, om man jämför följande båda regelalternativ: »Bilisten skall göra icke-culpa uppenbar.» — »Bilisten svarar för skadeståndet oberoende av culpa.» Den förra regeln är, enligt Ekelöfs terminologi, en regel om tillräckligt bevis; den senare regeln är en materiell regel. Gradskillnaden framträder däri, att den förra regeln medför det resultatet att ett mycket stort antal fall, där culpa faktiskt icke förekommit, komma att bedömas såsom culpa-fall (och ett mycket litet antal fall, där culpa faktiskt förelåg, komma att bedömas såsom fall av icke-culpa), under det att den senare regeln medför den konsekvensen att *alla* (resp. *inga*) fall bli bedömda på motsvarande sätt.[5]

Man torde kunna karakterisera det nu berörda förhållandet så, att det föreligger en *artskillnad ur tillämpningssynpunkt* och en *gradskillnad ur resultatets synpunkt.*

Det är alltså tydligt att en skillnad föreligger mellan materiella regler och regler av de övriga slagen. Däremot är det i hög grad diskutabelt om och i vad mån det är lämpligt att

[5] Såsom tidigare påpekats (se ovan, s. 97) bör man icke i detta sammanhang rikta blicken uteslutande på sådana fall som läggas fram inför domstolarna. Att det endast är fråga om en gradskillnad framgår med än större tydlighet om man beaktar att icke ens en materiell regel kan få till resultat att den materiella rätten (angående detta ord, jfr ovan, s. 19, not 15) *alltid* förverkligas. Det förhåller sig exempelvis ofta så att en person, som lidit viss skada, på grund av okunnighet om rättsreglernas innehåll eller på grund av likgiltighet underlåter att utnyttja sådana ersättningsmöjligheter som stå honom till buds.

göra distinktioner inom den återstående gruppen: bevisvärderegler, regler om tillräckligt bevis och bevisbörderegler. Frågan härom skall behandlas under två rubriker: 1) Är det lämpligt att göra åtskillnad mellan å ena sidan presumtioner (bevisvärderegler) och å andra sidan regler om tillräckligt bevis (beviskrav) och bevisbörderegler? 2) Är det lämpligt att göra åtskillnad mellan regler om tillräckligt bevis (beviskrav) och bevisbörderegler?

§ 1. Är det lämpligt att göra åtskillnad mellan å ena sidan presumtioner (bevisvärderegler) och å andra sidan regler om tillräckligt bevis (beviskrav) och bevisbörderegler?

Beträffande innebörden av begreppet »presumtion»[6] råder stor oklarhet, något som i hög grad torde ha bidragit till att skapa svårigheter inom bevisrätten. Det är sålunda nödvändigt att till en början göra ett försök till närmare precisering av detta begrepp.[7]

Först bör erinras om, att vad Ekelöf kallar *»generella bevisvärderegler»*[8] icke bör inordnas under denna kategori. Ett exempel på en generell bevisvärderegel utgjorde bestämmelsen i GRB 17: 29 om att »tu vittnen äro fullt bevis, där i de sammanstämma». Någon regel av motsvarande slag finnes icke i nu gällande rätt — naturligtvis nog, eftersom den fria bevisprövningens princip godtagits. Det saknar emellertid icke intresse att iakttaga vilken teknisk karaktär en sådan regel har, jämförd med de övriga typer av regler som upptagits i Ekelöfs exempel.

---

[6] I dansk och norsk litteratur begagnas ofta såsom synonym härtill uttrycket »formodning» (Se t. ex. Tybjerg, s. 32 ff., och Eckhoff, Tvilsrisikoen, s. 27 ff.) Jfr det tyska uttrycket »Vermutung». (Se t. ex. Rosenberg, Lehrbuch, s. 508.)

[7] Det kan vara av intresse att observera att uttrycket »presumtion» stundom begagnas även i samband med rättsfrågor. Som exempel kan nämnas följande yttrande av Thornstedt: »Beträffande brott mot SL kan man alltså säga, att en stark presumtion föreligger för att endast dolus är straffbar i de fall, där icke lagtexten uttryckligen stadgar annorlunda.» (Thornstedt, s. 65.) Presumtionen har här samma karaktär som en in dubio-regel. (Jfr ovan, s. 40 f.)

[8] Ekelöf, Bevisvärde, s. 3.

Det väsentliga synes vara, att en dylik regel gör det *överflödigt att ingå på en bedömning av sannolikhetsförhållandet.* I detta avseende företer den en bestämd likhet med de materiella reglerna och en bestämd olikhet i jämförelse med de övriga regeltyperna. Och — såsom torde komma att framgå av det följande — det gemensamma och väsentliga för sistnämnda regeltyper är just detta: att de ge föreskrifter om vilken grad av sannolikhet som fordras (räcker) för att visst faktum skall anses föreligga.

Vidare bör erinras om att s. k. »*præsumptiones juris et de jure*», d. v. s. presumtioner som icke kunna motbevisas, icke kunna anses utgöra presumtioner i någon godtagbar mening av detta ord. Ett exempel på ett stadgande av denna art utgör RB 10: 1, andra stycket, vilket lyder: »Är svaranden mantalsskriven å ort inom riket, anses den orten som hans hemvist.» Det finns här ingen anledning att säga, att mantalsskrivning utgör en »presumtion» för hemvist. Bevisning om att svaranden icke längre bor på mantalsskrivningsorten är nämligen irrelevant, och över huvud taget skiljer sig bestämmelsen icke på något väsentligt sätt ifrån en vanlig materiell regel.[9] Bestämmelsen utgör endast en legal definition av vad som i ett visst fall skall förstås med uttrycket »hemvist», och det i stadgandet förekommande ordet »anses» skulle mycket väl kunna utbytas mot t. ex. »utgör» utan att stadgandet därigenom skulle förändra betydelse.

I och med att dessa erinringar gjorts ha vi nått fram till det brännande problemet inom presumtionsläran: problemet om förhållandet mellan »*præsumptiones hominis*» (eller »*facti*») och »*præsumptiones juris*».[10]

---

[9] Jfr Kallenberg, Svensk civilprocessrätt II, s. 617, och Ekelöf, Bevisvärde, s. 4. Jfr även Wigmore, som bl. a. yttrar (A treatise, IX, s. 292): »In strictness, there cannot be such a thing as a 'conclusive presumption'.»

[10] Jfr Kallenberg, Svensk civilprocessrätt II, s. 571.

Om presumtioner av det förra slaget[11] brukar man stundom tala, då man vill ange, att man av ett visst faktum erfarenhetsmässigt kan med större eller mindre säkerhet sluta sig till ett annat faktum. Innebörden härav torde lämpligen kunna åskådliggöras med ett exempel. Antag att det gäller att avgöra, huruvida en person är ägare till en viss klädespersedel som han bär på kroppen. Man kan då säga: »Den omständigheten att han bär klädespersedeln på sig utgör en presumtion för att han äger densamma.» Stundom begagnas i liknande sammanhang uttrycket »indicium» med samma betydelse som »presumtion».[12] Tydligen kan man emellertid precis lika gärna — och med mindre risk att bli missförstådd — säga: »Vanligen förhåller det sig så att en person är ägare till ett klädesplagg som han bär.» Eller: »Sannolikheten talar för att en person äger klädesplagg som han bär.» Sådana uttryck torde på ett mera korrekt sätt ange vad saken egentligen gäller: det är här icke fråga om en »presumtion» av en viss en gång för alla bestämd styrka utan endast om ett vanligt bevisfaktum, av vilket man med ledning av en erfarenhetssats drar vissa slutsatser.[13] Det förhåller sig exempelvis så, att sannolikheten är

[11] Jfr uttrycken »presumption of fact» (Wigmore, A treatise IX, s. 288), »présomption de fait» (Gorphe, s. 155), »présomption de l'homme» (Barraine, s. 106) och »tatsächliche Vermutung» (Rosenberg, Lehrbuch, s. 513).

[12] Angående dessa båda uttryck, se Kallenberg, Svensk civilprocessrätt II, s. 568 ff.

[13] En särskild fråga, som man noga bör skilja från den som det här gäller, är huruvida man skall låta den ifrågavarande omständigheten (t. ex. besittning) få större betydelse än vad sannolikheten motiverar. Man kommer då över till området för præsumptio juris (varom i nästa avsnitt). Det är nämligen riktigast att såsom præsumptio juris (legal presumtion) beteckna varje sådan omständighet, varav man drar mer vittgående slutsats än vad sannolikheten ger skäl för, dessa presumtioner må sedan vara fixerade i lag eller ej. Systematiken bör nämligen icke grundas på ett sådant förhållande som det huruvida en regel fixerats i lag eller blott gäller i praxis. Det bör märkas, att præsumptiones hominis mycket väl kunna komma till uttryck i lagstiftningen. De få i så fall en begränsad betydelse: de lämna anvisning om att visst bevisfaktum lämpligen kan införas i viss

betydligt större, om det i det berörda fallet är fråga om en vardagskostym än om det är fråga om en frackkostym.

Klart är således, att det ingalunda är *nödvändigt* att i liknande sammanhang begagna uttrycket »presumtion». Men man kanske skulle kunna hävda, att det i varje fall icke kan resas några viktigare invändningar mot ett sådant språkbruk. Härtill är emellertid att observera att det sällan är likgiltigt vilken terminologi man använder, då det gäller frågor av komplicerad natur. »Ordens makt över tanken» kan i detta fall lätt åstadkomma att man tillmätter en bevisfaktor större betydelse enbart genom att man rubricerat den såsom en presumtion, detta på grund av att man är van att tala om presumtioner i betydelsen av legala presumtioner. Man kan med andra ord lätt låta ifrågavarande faktor bli utslagsgivande, såframt den icke kullkastas av andra faktorer av betydligt starkare valör. Detta är felaktigt, ty alla bevisfaktorer skola vägas mot varandra enligt den fria bevisprövningens princip.[14]

»Tout élément de preuve tend à produire une croyance ou un doute. Nous ne devons donc former une conclusion qu'après les avoir envisagés tous et avoir pesé la valeur de chacun.»[15]

Sammanfattningsvis torde kunna sägas att det är *olämpligt att tala om presumtioner i betydelsen av præsumptiones hominis.* Wigmore har uttryckt saken så: »The distinction between presumptions 'of law' and presumptions 'of fact' is in truth the difference between things that are in reality presumptions . . . and things that are not presumptions at all.»[16]

---

typ av mål men låta värdet av detta bevisfaktum bli beroende av rättens värdering.

[14] Jfr ovan, s. 78 ff., ang. det oriktiga i att grunda bevisbörderegler på sannolikhetsberäkningar.

[15] Gorphe, s. 58.

[16] Wigmore, A treatise IX, s. 288. (Det är emellertid diskutabelt, om Wigmore utfört gränsdragningen på ett ändamålsenligt sätt: jfr nedan s. 144 ff.) Samma åsikt som Wigmore har Barraine, vilken bl. a. yttrar

Låt oss härefter övergå till att studera »præsumptiones juris», som i det närmast följande komma att benämnas »*legala presumtioner*».[17]

En legal presumtion bestämmer att visst bevisfaktum skall tillmätas *större*[18] *betydelse än vad som skulle bli följden av en vanlig sannolikhetsuppskattning.* Olika graderingar äro därvid möjliga. Som exempel på en presumtion av relativt obetydlig styrka kan nämnas GB 6: 9:

»Hava makar upprättat förteckning ... skall vid tvist, vilkendera maken egendomen tillhör, förteckningen äga vitsord, *såframt det ej visas eller må på grund av särskilda omständigheter antagas,* att den är oriktig.»

En starkare presumtion återfinnes t. ex. i avtalslagens 30 §, andra stycket, där det stadgas:

(s. 107): »Les présomptions de l'homme sont des éléments de preuve. Aucune controverse n'est possible à ce sujet.»

[17] Såsom nyss påpekades (s. 134, not 13) kunna även »præsumptiones hominis» komma till uttryck i lagtexten, och benämningen »legal presumtion» är därför i viss mån inadekvat. Den är emellertid vedertagen i det juridiska språkbruket och ansluter sig nära till de motsvarande utländska termerna »presumption of law», »présomption légal» (se t. ex. Gorphe, s. 31) och »Rechtsvermutung» (se t. ex. Rosenberg, Lehrbuch, s. 508). Det bör vidare observeras, att undersökningen leder till det resultatet att man kan reservera uttrycket »presumtion» (utan tillägget »legal») för den företeelse som det här gäller; uttrycket »legal presumtion» behöver sålunda endast begagnas i den nu pågående framställningen.

[18] Det ligger nära till hands att fråga sig om icke en legal presumtion kan bestämma att ett bevisfaktum skall tillmätas *mindre* betydelse. Ofta förhåller det sig ju verkligen så att ett visst faktum får mindre betydelse för avgörandet än vad som ur sannolikhetssynpunkt kan vara motiverat. I sådana fall är emellertid beteckningen presumtion språkligt sett mindre lämplig. Den följande framställningen kommer f. ö. att ge belägg för att det är felaktigt att tänka sig saken som om det vore fråga om ett tillägg till eller ett avdrag från det naturliga sannolikhetsvärdet hos ett bevisfaktum. Ett faktum har alltid sitt naturliga bevisvärde; om det får ökad eller minskad betydelse för avgörandet beror på huruvida det av särskilda skäl är motiverat att kräva en högre grad av sannolikhet för ettdera av de påståenden, med avseende på vilka ifrågavarande faktum är av betydelse.

»Har den, gent emot vilken rättshandlingen företogs, svikligen uppgivit eller förtegat omständigheter, som kunna antagas vara av betydelse för rättshandlingen, skall han anses hava därigenom framkallat densamma, *såframt det ej visas*, att det svikliga förfarandet icke inverkat å rättshandlingen.»

Det i GB 6: 9 förekommande ledet ». . eller må på grund av särskilda omständigheter antagas . .» återfinnes icke här. Tydligen fordras sålunda enligt 30 § avtalslagen större sannolikhetsövervikt för den parts påstående, mot vilken presumtionen riktar sig, för att presumtionen skall kunna anses upphävd, detta dock under förutsättning att man inte valt de olika formuleringarna slumpvis. Än starkare presumtioner kunna uppställas, t. ex. genom att man, för att presumtionen skall anses kullkastad, fordrar att det motsatta påståendet göres »uppenbart».

»Bevisvärderegeln» i Ekelöfs ovan (s. 129) intagna exempel utgör tydligen en legal presumtion av det nu angivna slaget.[19] Det är sålunda tydligt, att den i rubriken till detta avsnitt uppställda frågan bör avse förhållandet mellan legala presumtioner å ena sidan och de övriga regeltyperna å andra sidan. I och med att detta fastslagits är tiden inne att närmare granska sagda fråga.

Ekelöf hävdar, med hänvisning till de av honom uppställda exemplen, att en bevisvärderegel »åtminstone ej generellt» kan sägas vara identisk med eller ha samma praktiska betydelse som en bevisbörderegel.[20] Olikheten mellan hans exempel består däri, att en särskild sats inskjutits i bevisvärderegeln: »Om bilisten förtärt sprit omedelbart innan körningen.» Sätter man in en motsvarande sats i bevisbörderegeln, bli exemplen helt analoga. Skillnaden är alltså den, att bevisvärderegeln för sin tillämpning kräver att rätten tagit ställning till ett visst faktum, nämligen spritförtäringen, utöver de fakta (att kollision

[19] Ekelöf påpekar, att man »för de speciella bevisvärdereglerna kunde reservera termen presumtion» (Ekelöf, Bevisvärde, s. 9).

[20] Ekelöf, Bevisvärde, s. 7 f.

ägt rum etc.) vartill bevisbörderegeln är anknuten. Både bevisbörderegeln och bevisvärderegeln måste utgå från visst faktum eller vissa fakta, skillnaden består blott däri att den frågeställning, inom vilken beviskravet skall bedömas, får en mer eller mindre snäv avgränsning. Vid bevisbörderegelns tillämpning skall frågan ställas på detta sätt: »Föreligger, då man nu kan utgå ifrån att en sammanstötning ägt rum, culpa?» Vid bevisvärderegelns tillämpning blir frågan denna: »Föreligger, då man nu kan utgå ifrån att en sammanstötning ägt rum *och att bilisten förtärt sprit*, culpa?» Vid utredningen får man i senare fallet först koncentrera sig på att klarlägga frågan om spritförtäringen — bevisvärderegeln utsäger intet om vilket beviskrav som här gäller — och sedan låta presumtionen påverka avgörandet i fortsättningen. Presumtionen verkar därvid på samma sätt som en bevisbörderegel eller en regel om tillräckligt bevis[21], allt beroende på vilken formulering som givits åt presumtionen. (Exempel på presumtion av sistnämnda typ: »Om spritförtäring förekommit, skall bilisten göra icke-culpa uppenbar.»)

Skillnaden mellan presumtioner och bevisbörderegler hänför sig således uteslutande till frågan om bevistemats omfattning. Det kan måhända vara lämpligt att tala om presumtioner, då man anknyter ett beviskrav till ett mera begränsat bevistema, och att tala om bevisbörderegler, då man låter beviskravet avse ett mera vidsträckt sådant. Jag har emellertid svårt att inse att denna distinktion skall kunna ha någon större betydelse. Inget avgörande hinder synes tala mot att man begagnar samma term i båda fallen. Det bör dock observeras, att termen presumtion möjliggör ett smidigare uttryckssätt. Man kan t. ex. jämföra följande båda satser: »Om bilisten förtärt sprit omedelbart före körningen, har han bevisbördan i culpafrågan.» — »Spritförtäring omedelbart före körningen utgör en presumtion för culpa.»

[21] Denna skillnad är, såsom torde komma att framgå av det följande (§ 2), icke väsentlig.

Det torde sålunda *icke* vara *nödvändigt att göra en skillnad mellan presumtioner och bevisbörderegler.* Däremot torde det vara av vikt att man observerar vad som är gemensamt för reglerna.

Det är tydligt, att *en presumtion bör grundas på samma typ av överväganden som en bevisbörderegel.* Även då det gäller presumtioner blir den springande punkten denna: Är en felaktig dom i ena riktningen mer betänklig än en felaktig dom i andra riktningen?[22] Endast om så är förhållandet finns det anledning att uppställa en presumtion, och presumtionens styrka blir beroende på *hur mycket mer* betänklig det ena slaget av dom kan anses än det andra slaget.

Innebörden av det sist sagda kan åskådliggöras genom en hänvisning till ett vanligt läge i ett mål rörande faderskap till barn utom äktenskap. Antag att kvinnan påstår, men den utpekade mannen bestrider, att mannen är fader till barnet. Av naturliga skäl kommer då samlaget att utgöra ett bevisfaktum av dominerande betydelse. Om ingen legal presumtion funnes, skulle samlagets bevisvärde komma till sin rätt inom ramen för en vanlig bevisvärdering (sannolikhetsuppskattning). Av olika skäl har man emellertid i svensk rätt intagit den ståndpunkten att samlaget bör tillmätas större betydelse än vad som skulle bli följden av enbart en dylik sannolikhetsuppskattning. Denna åsikt måste innesluta värderingen att, *då man kan utgå ifrån att samlag förekommit,* en felaktig dom, varigenom mannen kommer att mot det verkliga förhållandet anses som barnafader, är en mindre olägenhet än en felaktig dom, varigenom en materiellt sett befogad faderskapstalan avvisas. I enlighet härmed har en »faderskapspresumtion» (FB 3: 2) knutits till den förutsättningen att samlag förekommit.

Uppenbarligen är det sålunda samma typ av överväganden som bära upp presumtioner och bevisbörderegler. En annan omständighet som är gemensam för de båda slagen av regler

---

[22] Jfr ovan, s. 90 f.

består däri, att *ingendera regeln rimligtvis kan ha någon betydelse inom bevisvärderingens ram.*

Detta påstående kan synas något överraskande, särskilt med tanke på att presumtionerna stundom betecknas såsom »bevisvärderegler». Emellertid är det ju klart, att ett faktum icke kan bli mer sannolikt därigenom att en rättsregel uppställts, och bevisvärderingen avser ju just detta: att fastställa vilken grad av sannolikhet som föreligger beträffande relevanta fakta. En presumtion anger, alldeles som en bevisbörderegel, ett krav på bevisstyrka som skall gälla inom en viss frågeställning. Den ger, skulle man kunna säga, en omständighet ett större värde genom att föreskriva att omständigheten ifråga skall läggas till grund för domen såvida icke *motbevisningen* är av viss högre styrka.[23]

Emellertid ligger det nära till hands att här komma med följande invändning: Det sagda må vara riktigt såvitt angår *vissa* presumtioner, men det gäller icke generellt. Det gäller exempelvis icke i fråga om en sådan bestämmelse som RB 33: 25, första punkten:

»Intyg av stämningsman gälle som fullt bevis, att delgivning blivit så verkställd, som intyget innehåller.»

Denna bestämmelse *angår*, skulle man kunna mena, *uteslutande bevisvärderingen.*

Låt oss undersöka om denna invändning är riktig, och låt oss i detta syfte söka få klarhet om hur det ifrågavarande lagrummet skall tolkas. Vi ställas därvid, såvitt jag kan förstå, inför tre alternativ: 1) Intyget skall alltid ha just så stor betydelse som är motiverad med hänsyn till dess naturliga sannolikhetsvärde. I så fall utgör bestämmelsen ingen presumtion i den mening, varom nyss talats. 2) Intyget skall alltid tillmätas större betydelse än vad som motsvarar dess naturliga sannolikhetsvärde. I så fall utgör bestämmelsen en presumtion eller, om man så vill, en bevisbörderegel. 3) Intyget skall i vissa fall ha

[23] Jfr, angående motbevisning, nästa sida.

sådan betydelse som angivits under 1 och i vissa fall sådan betydelse som angivits under 2.

Klart är att stadgandet måste tolkas så, att man på grundval av ett delgivningsintyg av vanlig typ skall kunna utgå ifrån att delgivning skett på det sätt som beskrivits i intyget. För att man skall kunna komma till detta resultat är det emellertid icke nödvändigt att bestämmelsen betraktas som en presumtion. Det är nämligen uppenbart att ett delgivningsintyg av vanlig typ i det långt övervägande antalet fall innehåller en korrekt beskrivning av vad som förekommit vid delgivningstillfället. Man kan således nå detta resultat lika väl genom alternativ 1) som genom något av de övriga båda alternativen. Om alternativ 1) är det riktiga har bestämmelsen endast den betydelsen att den ger en anvisning om ett lämpligt bevismedel.[24]

Antag emellertid nu att motbevisning föreligger. Vilken betydelse skall då tillmätas intyget? — Låt oss till en början fastslå vad som här kan avses med motbevisning. Det kan icke vara riktigt att därmed endast åsyfta sådan mot intyget stridande bevisning som framkommer genom ett särskilt bevismedel, t. ex. ett vittnesmål. Varje omständighet, som kan synas peka på att intyget är oriktigt, utgör motbevisning. Om intyget exempelvis innehåller en tvetydig formulering på någon väsentlig punkt, så föreligger motbevisning. Nu är det emellertid klart att det icke går att göra en skarp åtskillnad mellan fall där motbevisning icke föreligger och fall där sådan föreligger. Motbevisning föreligger alltid, i den meningen, nota bene, att det alltid finns *någon* grund till tvivel på att den konkreta verkligheten varit beskaffad på visst sätt, låt vara att denna grund kan vara så svag att det vore alldeles orimligt att ta hänsyn till den. Såvitt jag kan förstå är det därför icke rimligt att resonera på det sättet att intyget skall ha *en* betydelse för den händelse motbevisning icke föreligger och *en annan* betydelse för den händelse sådan har presterats.

[24] Jfr ovan, s. 134, not 13.

Alternativ 3) måste således enligt min mening förkastas, och problemet kan formuleras på följande sätt: »Då nu käranden påstår att det vid delgivningen tillgått på ett sätt och svaranden att det tillgått på ett annat sätt *och då nu ett intyg av stämningsman föreligger,* vilken grad av sannolikhet skall då fordras för att det ena eller det andra påståendet skall kunna läggas till grund för domstolens avgörande?» Anser man att endast intygets naturliga sannolikhetsvärde skall komma till sin rätt, innebär detta att överviktsprincipen skall tillämpas. Anser man däremot att intyget skall ha större betydelse, innebär det att man presumerar intygets riktighet eller, som saken också kan uttryckas, att man riktar ett beviskrav mot (lägger bevisbördan på) den part som påstår att intyget är oriktigt. Enligt min åsikt är således bestämmelsen i RB 33: 25, första punkten, att betrakta antingen såsom ingen presumtion alls eller såsom en presumtion av samma slag som de tidigare berörda bestämmelserna i GB 6: 9 och avtalslagens 30 §. Kommentaren hos Gärde synes snarast peka på att det senare alternativet är det riktiga:

»Ej heller får §n tolkas så att motbevisning icke skulle vara tillåten. Lagrummet utsäger allenast att där avsett intyg eller erkännande skall tagas för gott tills det motbevisas.»[25]

Den nu framlagda uppfattningen skiljer sig från en annan uppfattning som, om jag uppfattat saken riktigt, ofta ligger till grund för åsikter om presumtionernas innebörd. Man synes mena att då lagen uppställt en presumtion, så skall lagens värdering av ifrågavarande faktum *träda i stället för* det naturliga sannolikhetsvärde som detta faktum har. Man skall således i detta fall bortse från faktumets naturliga sannolikhetsvärde. Jag kan emellertid icke finna annat än att man, om detta betraktelsesätt vore riktigt, skulle ställas inför uppgiften att utföra omöjliga tankeoperationer. Hur skulle man exempelvis kunna bilda sig en uppfattning om sannolikheten av

[25] Gärde, s. 464.

att en bilförare varit vållande till skada eller av att en man är fader till ett barn med bortseende från det naturliga sannolikhetsvärdet hos kollisionen, resp. samlaget? Och hur skulle man kunna jämföra ett av lagen värderat bevisfaktum med ett annat bevisfaktum utan att ta hänsyn till *bådaderas* naturliga sannolikhetsvärden? Enligt min mening skall det naturliga sannolikhetsvärdet hos ett faktum alltid uppskattas till dess normala värde. Sedan blir det en särskild fråga vilken sannolikhetsgrad som skall fordras för att ifrågavarande faktum skall kunna läggas till grund för domen. Endast i sistnämnda avseende kunna bevisbörderegler (presumtioner) ha betydelse.[26]

Om min här framlagda uppfattning är riktig, följer med nödvändighet den konsekvensen, att det är *oriktigt att betrakta presumtionerna såsom undantag från principen om den fria bevisprövningen.*[27] De ha icke med bevis*värderingen* att skaffa, och det är mindre lämpligt att beteckna dem som »bevisvärderegler».

En annan konsekvens består däri, att det icke kan vara lämpligt att utrycka sig på exempelvis följande sätt: »Denna ... bevisskyldighet har dock i hög grad underlättats genom uppställande av presumtionen att...»[28] Detta innebär alldeles detsamma som om man skulle säga att bevisskyldigheten underlättats genom att bevisskyldigheten åvilar motparten! Det korrekta är enligt min mening att se saken så att bevis-

---

[26] I anglosaxisk rätt talas stundom om »mixed presumptions», d. v. s. presumtioner som samtidigt äro »presumptions of fact» och »presumptions of law». (Se härom t. ex. Gulson, s. 373.) Enligt min mening är detta tal missvisande: *varje* legal presumtion är, om sådan terminologi begagnas, en »mixed presumption».

[27] Jfr bestämmelsen i RB 35: 1, andra stycket (»Vad om verkan av visst slag av bevis är stadgat vare gällande.») samt kommentarerna härtill hos PLB, s. 377 ff., och Gärde, s. 475 f.

[28] Gärde Widemar, SvJT 1950, s. 561. Jfr Kallenberg, Svensk civilprocessrätt II, s. 754, där den uppfattningen anges, att en part »af presumtionen, om den är tillräckligt stark, har det gagnet, att hans bevisskyldighet anses fullgjord».

bördeproblemet beträffande ett visst faktum, t. ex. faderskap, skall lösas *på ett särskilt sätt* i och med att man kan utgå ifrån att ett visst annat faktum, t. ex. samlag, har förekommit.

Det torde av den nu gjorda undersökningen ha framgått, att presumtionsbegreppet kommer att sakna självständig betydelse, om man noga genomför den i kap. III berörda åtskillnaden mellan bevisvärdering och bevisbörda: »Præsumptiones hominis» äro faktorer, vartill man har att ta hänsyn vid bevisvärderingen, och de »legala presumtionerna» äro till sin natur bevisbörderegler. Det kan därför till sist vara av intresse att observera, att det även i detta sammanhang är av vital betydelse vilken ställning man intar till frågan om sannolikhetsbegreppets innebörd. Några uttalanden av Wigmore kunna illustrera detta.

Wigmore har, såsom tidigare anförts, den ståndpunkten att man bör tala om presumtioner endast i betydelsen av legala presumtioner. Han yttrar bl. a. följande: »There is in truth but one kind of presumption; and the term 'presumption of fact' should be discarded as useless and confusing.»[29] I ett senare sammanhang, där Wigmore gör »A proposal for the future treatment of the rules for presumptions and burdens», förklarar han emellertid, att han avser att syssla endast med »those presumptions which genuinely seek *to assist the tribunal's mind evidentially by inferring probatively the unknown from the known*»[30], och han nämner därvid såsom ett exempel »the presumption of a letter's arrival from its due mailing».[31] Nu kan man fråga sig: drabbas icke presumtioner av denna senare typ av den förkastelsedom som hans först citerade yttrande innebär? Är det med andra ord icke oriktigt, från Wigmores egna utgångspunkter, att beteckna dem som presumtioner?

---

[29] Wigmore, A treatise, IX, s. 289.

[30] Wigmore, a. a., s. 335.

[31] Jfr, angående detta problem, framställningen ovan å s. 59 och s. 121 f.

För att kunna besvara denna fråga måste vi närmare undersöka Wigmores åsikt om innebörden av en presumtion av det berörda slaget. Följande yttrande är då av intresse:

»Where the issue is whether the letter was *received* by the addressee, it often occurs that the addressee's testimony *denies* the arrival and receipt. This being some evidence to the negative of the issue, the binding effect of the presumption ends, and the issue goes to the jury to decide upon the weight of the evidence.»[32]

Det förefaller av detta yttrande som om Wigmore avsåge att, då adressaten förnekat att brevet kommit honom tillhanda, domstolen endast skall beakta det naturliga sannolikhetsvärdet av det förhållandet att vederbörligen adresserade och postade brev endast i undantagsfall komma på villovägar. (Därjämte tycks Wigmore hysa den nyss kritiserade åsikten, att presumtionen ifråga skall ha *en* betydelse för den händelse motbevisning icke föreligger och *en annan* betydelse för den händelse sådan har förebringats.) Om Wigmore verkligen har denna uppfattning om presumtionens innebörd, ligger det nära till hands att anse att han från sina egna utgångspunkter borde ha klassificerat den såsom en »presumption of fact», d. v. s. såsom ingen presumtion alls. Att han icke så gör måste, kan det tyckas, bero på att han gör en ur sannolikhetssynpunkt irrationell uppdelning av bevisfaktorerna. Satsen om att brev sällan komma på avvägar genom postens förvållande är en erfarenhetssats, vars riktighet bör kunna godtagas av domstolen utan att parterna företa några åtgärder i bevisningssyfte. Detta förhållande kan emellertid — såsom torde ha framgått av undersökningen i kapitel II härovan — icke utgöra något skäl för att satsen skall anses falla utom ramen för bevisvärderingen.[33]

[32] Wigmore, a. a., s. 431.

[33] Jfr Cuche, som, sedan han förklarat att det finns »sept modes de preuves légaux», yttrar följande: »Sur ces sept modes de preuve, il y en a un *qui ne donne lieu à aucun incident de procédure,* ce sont les présomptions.» (Cuche, s. 546. Kursiveringen gjord här.)

Nu är det emellertid mycket möjligt att Wigmores uttalanden icke bygga på något förbiseende. I så fall skulle hans åsikt kunna anges på ungefärligen följande sätt. Man bör tala om »presumptions of law» dels i *alla* sådana fall där ett faktum får större betydelse än som svarar mot dess sannolikhetsvärde och dels i *vissa* sådana fall där ett faktum endast får samma betydelse som motsvaras av dess naturliga sannolikhetsvärde, nämligen — i sistnämnda avseende — sådana fall där icke någon bevisande verksamhet behövs.

Kunna då några vägande skäl förebäras för en sådan åsikt? — Denna fråga kan, såvitt jag förstår, icke besvaras med ett bestämt ja eller nej, oberoende av vilket processuellt system som man avser. För svensk rätts del bör frågan enligt min mening besvaras med nej, och detta med stöd av argument som redan tidigare framlagts.[34] Om man åter avser en rättegångsordning *med jurysystem* kan det tänkas att ett jakande svar kan vara motiverat. Det kan nämligen knappast undvikas att en jury blir i högre grad än en domstol med yrkesdomare mottaglig för suggestion, och särskilda åtgärder kunna krävas för att minska de risker som äro förbundna därmed. Det är möjligt att det vore olämpligt att överlåta en sådan fråga som den, huruvida ett vederbörligen postat brev kommit fram, till juryns bedömande utan att ge ett direktiv med på vägen, och det kanske kan vara lämpligt att ge ett sådant direktiv genom att tala om att en »presumption» föreligger. Emellertid: om man betecknar denna såsom en »presumption of law», så synes detta vara ägnat att fördölja det förhållandet att man här har att göra med en faktor som rationellt sett är oskiljaktigt förbunden med bevisvärderingen. Dessutom kan man knappast komma ifrån den nackdelen att hela presumtionsläran blir ytterst svåröverskådlig och gränsen mellan presumptions of law och presumptions of fact tämligen flytande, om det ifrågavarande betraktelsesättet begagnas. Man kan fråga sig om det icke blir lättare att komma fram till ett enkelt och ändamåls-

[34] Se ovan, särskilt s. 135.

enligt bevisrättsligt system, om man först på ett rationellt sätt drar upp en gräns mellan bevisvärderingsproblemet och bevisbördeproblemet (mellan presumptions of fact och presumptions of law) och sedan överväger i vad mån särskilda åtgärder kunna krävas för att tillse att bevisvärderingen utföres på säkraste sätt. Om man då anser att ordet presumption kan ha ett visst värde såsom direktiv inom ramen för bevisvärderingen, kan man knappast ha någon anledning fördölja att det är fråga om en presumption of fact. Om man icke utför ändamålsenliga distinktioner, är det fara värt att man försvårar både bevisvärderingsproblemet — genom att skilja faktorer åt som rationellt sett höra samman — och bevisbördeproblemet — genom att låta det influeras av faktorer som icke rationellt sett böra få inverka på detsamma.

Resultatet av undersökningen rörande presumtionsbegreppet torde kunna sammanfattas så: Man bör med uttrycket »presumtion» åsyfta *en regel som får till följd att visst faktum får större betydelse för avgörandet än vad som motsvarar dess naturliga sannolikhetsvärde* — men icke så stor betydelse, att bevisfrågan blir irrelevant. Det bör noga märkas, att dylika regler äro *av alldeles samma natur som bevisbördereglerna,* och att intet hindrar att man över hela linjen begagnar samma terminologi.

§ 2. Är det lämpligt att göra åtskillnad mellan regler om tillräckligt bevis (beviskrav) och bevisbörderegler?

En regel om tillräckligt bevis bestämmer »styrkan av den bevisning som krävs för att domaren skall utgå från att visst rättsfaktum föreligger».[35] Det kan t. ex. sägas, att detta faktum skall göras uppenbart, sannolikt eller antagligt. En bevisbörderegel åter avgör »vilken av parterna som skall stå risken för att domaren förblir i ovisshet om ett rättsfaktums existens».[36] Det skall nu frågas: är denna skillnad blott en skillnad i form eller har den djupare innebörd? Till besvarande av detta spörsmål skola först två delfrågor ställas: a) fungerar varje regel om tillräckligt bevis samtidigt som en bevisbörderegel? b) fungerar varje bevisbörderegel samtidigt som en regel om tillräckligt bevis?

a) Här kan åberopas ett yttrande av Ekelöf (som hänför sig till de ovan å s. 129 intagna exemplen): »Den ovan under 2 angivna lösningen innebär ju i själva verket icke blott att sannolika skäl utgör tillräckligt bevis för culpa utan även att bevisbördan med avseende på detta sakförhållande åvilar den skadade, ehuru detta är underförstått.»[37] En regel om tillräckligt bevis kan sägas ge föreskrift om hur starkt bevis som kräves för att en bevisbörderegel icke skall behöva användas eller med andra ord vad som kräves för att ovisshet icke skall anses föreligga. Det visar sig emellertid att, såsom Ekelöfs yttrande utsäger, regeln samtidigt bestämmer bevisbördan, ty

---

[35] Ekelöf, Bevisvärde, s. 4.

[36] Ekelöf, a. a., s. 5. Angående viss reservation mot liknande definitioner, jfr nedan, s. 152 ff.

[37] Ekelöf, a. a., s. 7.

uppenbarligen måste den part ta konsekvensen av att saken är tveksam, som enligt regeln har att prestera sannolika skäl. Föreligger vid målets avgörande icke sådana skäl, förlorar parten målet. Den sistnämnda slutsatsen är inte annorlunda beskaffad än vilken som helst av de slutsatser e contrario som man ofta måste begagna inom juridiken. Varje regel om tillräckligt bevis ger sålunda en uttömmande bestämning av bevisbördespörsmålet och gör en kompletterande bevisbörderegel obehövlig.[38]

b) En bevisbörderegel måste rimligtvis ha den innebörden, att det krävs en viss sannolikhetsövervikt för den parts påstående, å vilken bevisbördan vilar. I så måtto är en bevisbörderegel samtidigt en regel om tillräckligt bevis. Det är emellertid karakteristiskt för de regler som man brukar benämna bevisbörderegler att beviskravet i dessa icke blivit preciserat i annan mån än att det säges att ifrågavarande faktum skall »visas», »styrkas» e. d.[39] Detta — den mera obestämda formuleringen — är i så fall den enda skillnad som kan konstateras mellan de båda regeltyperna. Och om man menar, att uttryck sådana som de återgivna skola avse ett bestämt krav (t. ex. ett krav på »fullt bevis» i betydelsen av en högre grad av sannolikhet), så bortfaller även denna skillnad.

Det nu sagda synes ge vid handen, att det icke endast är olämpligt utan rentav omöjligt att göra en åtskillnad mellan de olika regeltyperna — annat än om man därmed avser en distinktion mellan regler av mer eller mindre preciserat innehåll. Det kan emellertid vara av intresse att till ytterligare belysning av frågan jämföra två konkreta lagbestämmelser.

Avtalslagens 17 §, första stycket, innehåller en regel som Ekelöf betecknat såsom en regel om tillräckligt bevis[40] och som lyder så:

[38] Det torde utgöra en onödig komplikation att här säga, att »en bevisbörderegel kombineras med en regel om tillräckligt bevis» (Ekelöf, a. a., s. 7).

[39] Se nästa sida, ang. 6 § köplagen.

[40] Ekelöf, a. a., s. 4.

»*Visar fullmaktsgivaren sannolika skäl,* att handling... förkommit eller att han av annan orsak icke utan dröjsmål kan få den åter, må handlingen, efter ty här nedan sägs, förklaras kraftlös.»

Till jämförelse kan tas köplagens 6 §, som brukar betecknas som en bevisbörderegel[41]. Den lyder:

»Varder vid handelsköp räkning å godset köparen tillställd, och meddelar han ej så snart ske kan säljaren, att det i räkningen upptagna pris icke godkännes, vare han pliktig att det pris gälda, *där det ej visas,* att lägre pris blivit bestämt, eller ock det som fordrats är uppenbart orimligt.»

Den förra regeln fordrar, för rättsföljdens inträde, att sannolika skäl visas, under det att den senare regeln anknyter rättsföljden till det förhållandet att den åsyftade omständigheten *ej* visas. I båda fallen är det emellertid fullt klart vilken slutsats som skall dras e contrario, och därmed återstår blott den skillnaden att beviskravet angivits olika i de båda reglerna.

Det hittills sagda har avsett sådana fall, där frågan reglerats av lagen, och det torde vara ovedersägligt att dessa fall måste betraktas under enhetliga synpunkter. Nu skall emellertid särskild uppmärksamhet ägnas åt frågan om domarens förfaringssätt i sådana fall, då han icke med säkerhet vet hur bevisbördeproblemet skall bedömas.

Strängt taget vore det synnerligen egendomligt om problemet skulle ha en annan karaktär i denna situation än i den förut angivna. Det brukar ju nämligen anses att det förhåller sig så, då någon gällande rättsregel icke synes existera, att domaren får konstruera en ny regel[42], och denna regel kan näppeligen få en annan teknisk karaktär än en gällande rättsregel.

Emellertid, även om det förefaller svårt att tänka sig att det kan vara motiverat att *just i denna situation* göra en åtskillnad mellan regler om tillräckligt bevis och bevisbördereg-

---

[41] Jfr Ekelöf, a. a., s. 5, Almén, s. 91.

[42] Ahlander använder för sådana fall beteckningen »plausibel rättsregel» (Ahlander, s. 129).

ler, så torde det dock vara lämpligt att ägna särskild uppmärksamhet åt densamma. Det är just i denna situation som det finns anledning att ställa problemet under debatt, och när man gjort mera ingående uttalanden i bevisbördespörsmål har man i allmänhet haft denna situation för ögonen.

Heimer har i sin skrift »Om bevisbördan» uttalat sig om begreppen »tillräckligt bevis» och »bevisbörda». Han har den åsikten, att »Hela den traditionella uppfattningen av begreppet bevisbörda måste ... betraktas som en inrotad, en 'mogen' villfarelse».[43] Man borde övergå till »bevisuppskattning utan bevisbörderegler». Heimer menar, att detta »ej är liktydigt med att domaren skall lägga det påstående, som är sannolikast, till grund för domen. Domaren skall endast gå efter de fakta, för vilka föreligger tillräckligt bevis.»[44] Emellertid synes han samtidigt hysa den åsikten att man icke bör »operera med olika grader av övertygelse eller, om man så vill, olika grader på vägen upp mot övertygelse»[45], och därmed synes han ha hamnat i en ohjälplig motsägelse. Om man nämligen menar att »tillräckligt bevis» alltid skall avse en bestämd grad av sannolikhetsövervikt, så kan man icke komma ifrån problemet: till vilket av de båda alternativa påståendena (om att X har inträffat, resp. att icke-X har inträffat) skall denna regel knytas? Detta är ett bevisbördeproblem.

Ett yttrande, som enligt min mening når till sakens kärna, har fällts av Eckhoff:

»Sondringen mellom bevisbyrdeproblemet og spørsmålet om bevisets styrke er ikke heldig. Det er de samme hensyn som bør være avgjørende for løsningen av begge spørsmål. Ja, det er overhodet ikke grunn til å betrakte dem som to selvstendige problemer. De bør sammenfattes slik: Hvilken grad av sannsynlighet må det være for en faktisk anførsel som skal kunne legges til grunn?»[46]

---

[43] Heimer, s. 53.

[44] Heimer, s. 51.

[45] Heimer, s. 50.

[46] Eckhoff, Tvilsrisikoen, s. 16.

Denna åsikt — att bevisbördeproblemet är liktydigt med problemet om vad som skall anses utgöra tillräckligt bevis — är emellertid, såsom torde ha framgått av vad som tidigare anförts[47], svår att förena med det klassiska betraktelsesättet inom bevisbördeläran, och för att åsikten skall få erforderlig genomslagskraft torde det vara nödvändigt att tämligen ingående studera detta betraktelsesätt och precisera den kritik som möjligen kan riktas mot detsamma.

Man torde i allmänhet se saken så, att domaren står inför tre alternativ:

1) Faktum X lägges till grund för domen. Regel om tillräckligt bevis tillämpas.

2) Faktum icke-X lägges till grund för domen. Regel om tillräckligt bevis tillämpas.

3) *Ovissheten* om huruvida X eller icke-X föreligger (eller: det förhållandet att det icke föreligger tillräckligt bevis vare sig för X eller icke-X) lägges till grund för domen. Bevisbörderegel tillämpas.

Ekelöf har uttryckt saken så:

»Finner denne (domaren) tillräckligt bevis föreligga, får frågan om bevisbördans placering sålunda ingen aktualitet. Är bevisningen däremot otillräcklig, skall alls ingen betydelse fästas vid densamma utan domaren skall godta den parts påstående, vilken ej har bevisbördan för ifrågavarande rättsfaktum.»[48]

Här bör emellertid en synnerligen viktig sak observeras: Betraktelsesättet är godtagbart endast *under förutsättning att man på rationella grunder kan tänka sig två regler om tillräck-*

---

[47] Jfr ovan i inledningen, s. 27 ff.

[48] Ekelöf, Bevisvärde, s. 5. Jfr exempelvis följande uttalanden:

Kallenberg (Svensk civilprocessrätt II, s. 684): »Då visshet ej vunnits om en relevant faktisk punkt (t. ex. om betalning egt rum eller ej), bestämmes efter reglerna om bevisbördans fördelning emellan parterna, hvilkendera af dem afgörandet skall gå emot.»

Engströmer (Vittnesbeviset, s. 4): »Att bära bevisbördan för ett faktum innebär just att bära risken af, att domaren ifråga om detta faktum icke

ligt bevis stående bredvid varandra. Alltså t. ex. följande: »Här skall krävas att antingen faktum X eller icke-X gjorts sannolikt.» Frågan är nu, om man någonsin kan tänka sig ett sådant läge existera? — Låt oss, för att vinna klarhet härom, undersöka, till en början, ett par konkreta fall.

Antag att man, med tanke på ett brottmål, gör följande uttalande: »Det bör fordras starkt bevis antingen för att den åtalade är skyldig eller för att han är oskyldig. Kan intetdera åstadkommas, skall den åtalade frikännas, eftersom åklagaren har bevisbördan.» Tydligt är att uttalandet är riktigt såtillvida att starkt bevis bör fordras för att fällande dom skall kunna ges. Detta sammanhänger, som tidigare påpekats[49], med att man gjort den värderingen att en felaktig fällande dom är en avsevärt större olägenhet än en felaktig frikännande dom.[50] Men under sådana förhållanden är det väl alldeles orimligt att samtidigt säga, att starkt bevis bör fordras för att den åtalade är oskyldig! Det nyss nämnda skälet kan ju omöjligen så att säga verka i båda riktningarna, och överhuvud taget

---

bibringas någon bestämd öfvertygelse, vare sig i den ena eller den andra riktningen.»

H. H. Holm (TfR 1941, s. 136) anser att »En Løsning efter Bevisbyrdereglen» kommer att verka »til Udfyldning, hvor Bevisbedømmelsen svigter.»

Palme (FJFT 1945, s. 18) anser att bevisbördeproblemet består i »spörsmålet därom, vilkendera parten i en rättegång, käranden eller svaranden, skall lida den menliga påföljden av, att antingen bevis icke alls eller ej i tillräcklig mån framställts om ett visst relevant faktum.»

Rosenberg (Lehrbuch, s. 509): »Die Lehre von der Beweislast ist daher die Lehre von den *Folgen der Beweislosigkeit* und wird nur dann praktisch, wenn eine tatsächliche Behauptung ungewiss geblieben ist . . .»

Jfr Olivecronas ovan å s. 126 f. återgivna uttalande.

[49] Se ovan, s. 86 f.

[50] Det bör här inskjutas, att regeln om åklagarens bevisbörda icke är helt utan undantag. Beträffande vissa faktiska förhållanden kan man ha skäl att göra en annan värdering än den i texten angivna. Se t. ex. rättsfallet NJA 1948: 675 och där anförda rättsfall (Fråga, i mål om olaga älgjakt, huruvida älgen, innan den föll å annans jaktmark, blivit av den åtalade dödligt sårad å mark, där den åtalade ägde jakträtt).

torde inget skäl kunna anföras för att man skulle kunna ha två skilda regler om tillräckligt bevis stående vid sidan av varandra. De synpunkter som göra sig gällande, då en regel om tillräckligt bevis uppställes, avgöra, skulle man kunna säga, på vilken sida av ovissheten som regeln skall stå, och därmed blir det obehövligt, och i viss mån förvillande, att tala om en bevisbörderegel såsom något självständigt, vid sidan av denna regel, existerande.[51]

Låt oss emellertid granska ytterligare ett konkret fall. Antag att i ett civilmål fråga uppstår, huruvida betalning skett eller icke. Detta exempel är av särskilt intresse därigenom att man skulle kunna hävda, att ett beviskrav bör riktas mot någondera parten, *likgiltigt vilken*, endast av det skälet att man bör stimulera *någon* av parterna till att i förväg säkra bevisning.[52] Det skulle alltså kunna hävdas, att man i detta fall kan tala om två regler om tillräckligt bevis som båda ha en rationell motivering och som stå vid sidan av varandra. Emellertid är det uppenbart att man här måste välja mellan den ena regeln och den andra, låt vara att det måhända är av mindre vikt vilkendera man väljer. Man kan ju inte gärna gå ut på torget och förkunna för affärsmännen: »Domstolen kommer i en eventuell rättegång att kräva starkt bevis av antingen köparen eller säljaren, men vi säger inte vilken.» Då, om någonsin, skulle man tvinga båda parter till bevissäkring.

Det oriktiga i tankegången torde klart framträda, om man besinnar, att det alltid i en sakfråga gäller två med varandra oförenliga påståenden (t. ex. »betalning har skett» — »betal-

---

[51] Såsom tidigare framhållits bör man noga åtskilja två problem: problemet vilket av två med varandra oförenliga påståenden om fakta som bör *läggas till grund för domen* och problemet *hur domen skall motiveras*. Endast det första av dessa problem är nu föremål för diskussion. Beträffande det senare problemet se nedan, § 5.

[52] Jfr Ekelöf, Bevisvärde, s. 17, där följande fråga uppställes: »Medför icke bevisbördans placering på ena parten under alla omständigheter den fördelen att de ej båda belastas med att i förväg säkra bevisning samt prestera sådan under processen?»

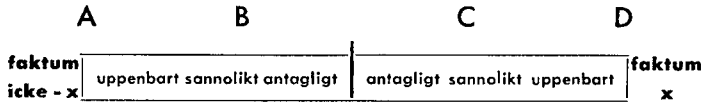
ning har icke skett»), som stå i sådant samband med varandra att om det ena är i högre grad sannolikt, så är det andra i motsvarande grad osannolikt. Att säga, att ett större mått av bevis bör krävas för det ena *eller det andra* innebär därför alltid detsamma som att säga att det ena påståendet skall göras sannolikt *eller osannolikt*, antagligt *eller mindre antagligt*, uppenbart *eller uteslutet* e. d.[53]

Det torde vara av ett visst intresse att på denna punkt ta upp till jämförelse en icke-juridisk situation, där man, fastän man har anledning till tvekan, är tvungen att fatta ett beslut. Sättet att tänka kan ju nämligen knappast vara annorlunda beskaffat i en dylik situation än i den situation som en domare befinner sig i. Påfallande är, att man mycket sällan i utomjuridiska sammanhang möter uttrycket bevisbörda, och någon motsvarighet till den dubbla konstruktionen tillräckligt bevis — bevisbörda synes aldrig aktualiseras utanför juristernas sfär. Låt oss återknyta till exemplet å s. 89 ovan, där det var fråga om att träffa ett val mellan att för nöjes skull göra en skridskofärd på isen eller att avstå härifrån. I ett sådant fall torde det te sig naturligast att göra denna reflexion: »Jag ger mig inte ut på isen annat än om det är säkert att den håller.» Visserligen kan det tänkas att man kläder samma tanke i andra ord (t. ex:.»Jag ger mig inte ut på isen, om det är tveksamt, huruvida den håller eller inte.»), men under alla förhållanden har man endast intresse av den övre gränsen — gränsen mellan en mycket hög och en tämligen hög sannolikhet för att isen skall hålla. Man ställer sig helt likgiltig till varje tänkbar gräns längre ner på sannolikhetsskalan (t. ex. gränsen mellan en mer eller mindre markerad *osannolikhet* för att isen skall hålla).

Man kan nu fråga sig varför en frågeställning, som ter sig så enkel i en icke-juridisk situation kan te sig så komplicerad i en alldeles motsvarande juridisk situation. — Svaret torde bestå däri att man inom juridiken lätt kopplar in på en tanke-

[53] Ang. dessa uttryck, jfr nedan, s. 170 ff.

gång, som emellertid *just i detta sammanhang är alldeles ovidkommande*, den tankegången nämligen, att man principiellt bör kräva »fullt bevis» (i betydelsen av en högre grad av sannolikhet) för det ena *eller det andra* påståendet i rättegången. Om denna uppfattning är riktig eller icke kan här lämnas öppet.[54] Vad som är av vikt att beakta är emellertid följande: Om man har den uppfattningen att en högre grad av sannolikhet principiellt skall fordras, kan man dock icke låta detta få den konsekvensen att man anger *två* regler om tillräckligt bevis. Vid rättsskipningen kan man endast tillämpa *en* regel av detta slag. Problemet består i att avgöra på vilken punkt man skall placera den vassa egg som skall dela upp fallen i två grupper: fall, där X skall anses föreligga, och fall, där icke-X skall anses föreligga. Med hjälp av nedanstående illustration kan på ett tämligen tydligt sätt anges, vari den felaktiga och den riktiga slutsatsen av den nyssnämnda uppfattningen består. *Felaktigt* är det om man säger, att det enligt regler om tillräckligt bevis skall krävas att en bevisstyrka presteras som ligger antingen mellan punkterna A och B eller mellan punkterna C och D samt att, om icke sådan bevisstyrka kan uppnås, bevisbörderegler skola gälla (mellan punkterna B och C). *Riktigt* är det att säga, att beviskravet skall placeras antingen mellan A och B eller mellan C och D (varvid man alltså avvisar tanken på att förlägga beviskravet mellan punkterna B och C).



Mot bevisbördedefinitioner av den nyss angivna typen[55] torde, enligt vad nu framhållits, den reservationen kunna göras, att de äro missvisande därigenom att de ge intryck av att man

[54] Detta problem har behandlats ovan i kap. III, § 2.
[55] Jfr ovan, s. 152 f.

skulle stå inför två problem: dels problemet om vad som skall förstås med »tillräckligt bevis» eller »visshet» e. d., dels problemet om domens innehåll för den händelse icke det därmed åsyftade beviskravet blivit uppfyllt. I verkligheten förhåller det sig i stället så, att endast ett problem finnes: vet man vad som skall förstås med »tillräckligt bevis» eller »visshet», så vet man allt som man kan veta och behöver veta i det sammanhang som det här gäller.

I och med det nu sagda ha de argument presenterats som föranlett mig att se alla de aktuella regeltyperna under enhetliga synpunkter och att betrakta uttryck sådana som »bevisbörda», »bevisskyldighet», »beviskrav» etc. såsom endast utgörande olika benämningar på likartade företeelser. Alla överväganden som angå frågan om beviskravet måste utmynna i uppställandet av en (plausibel) regel som yttrar sig om detta: Vilken grad av sannolikhet *fordras (räcker)* för att faktum skall kunna läggas till grund för domen? Och sammanhanget med bevisvärderingen kommer till synes däri, att denna i sin tur måste utmynna i ett ståndpunktstagande till frågan: Vilken grad av sannolikhet *föreligger?*

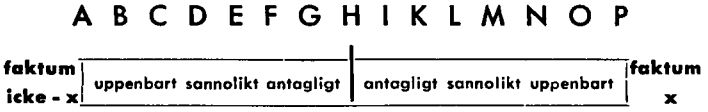
Det är sålunda tydligt, att *det icke erfordras ett komplicerat regelsystem* för att man skall kunna i rent tekniskt avseende komma till rätta med bevisbördeproblemet. Samtidigt är det emellertid tydligt att man icke kan undgå att stöta på stora svårigheter vid tillämpningen av reglerna. Detta ligger i viss mån i sakens natur. Om man uppställer regler — och alltså vill förhindra ett godtyckligt bedömande — måste man ta den häremot svarande olägenheten att stundom stöta på svårigheter vid dessa reglers tillämpning.

En annan konsekvens som följer av den tidigare framställningen består däri, att det icke kan vara riktigt att säga, att bevisbörderegler endast behöva tillämpas i vissa fall. *Bevisbörderegler måste tillämpas i varje process.* Enligt min åsikt är det av största vikt att icke någon oklarhet föreligger på

denna punkt, och det synes mig därför finnas orsak att framlägga ytterligare några skäl som tala för att denna konsekvens måste dragas. Detta torde lämpligen kunna ske i den formen att ett särskilt avsnitt ägnas åt en kritisk granskning av följande påstående: »Bevisbörderegler behöva endast begagnas under förutsättning att ovisshet föreligger.» — Frågan blir nu: Kan uttrycket »ovisshet» ges en sådan bestämning att detta påstående kan ha en rimlig mening?

§ 3. Innebörden av uttrycket ›ovisshet›.

Uttrycket »ovisshet» (»tvekan», »tvivel») kan självfallet ha olika betydelser i olika sammanhang. Den följande undersökningen avser endast uttryckets betydelse i en sats sådan som den nyss återgivna: »Bevisbörderegler skola endast begagnas under förutsättning att ovisshet föreligger.»[56] Kan man *i detta sammanhang* använda uttrycket i en sådan betydelse att satsen får en godtagbar mening? — Frågan skall belysas genom att olika tänkbara åsikter om uttryckets innebörd framställas och diskuteras. Resonemangen skola åskådliggöras genom nedanstående illustration, där bokstäverna A—P markera olika punkter på sannolikhetsskalan.



Då frågan hänföres till illustrationen, kan den formuleras på följande sätt: Vilken lokalisation på sannolikhetsskalan ha de fall, om vilka det kan vara rimligt att säga, att de äro ovissa?

Det naturligaste synes vara att såsom ovissa beteckna sådana fall, där två med varandra oförenliga påståenden äro *ungefär lika sannolika.*[57] Detta innebär att ovisshetsområdet får sitt centrum förlagt till sannolikhetsskalans mitt, och områdets ut-

[56] Jfr citaten ovan, s. 152 f. Jfr även diskussionen mellan Nial och Olivecrona i SvJT 1930, s. 355 ff. och s. 553 ff. samt 1931, s. 50 ff.

[57] Per Augdahl (s. 93 ff.) skiljer mellan »absolutt» och »relativ» ovisshet. Enligt hans åsikt skall den part sägas ha bevisbördan, som »en 'absolutt' uvisshet skal gå ut over» (s. 100). Den relativa ovissheten bör emellertid behandlas på samma sätt som den absoluta ovissheten i vissa fall, nämligen »hvor en uriktig dom i den ene retning vil medføre større

sträckning å ömse sidor om mittpunkten blir beroende av vad man menar med »ungefär». Låt oss utgå från följande åsikt: Ovisshetsområdet sträcker sig från D till M.[58]

Är då denna åsikt godtagbar? — Låt oss, för att vinna klarhet härom, studera läget i ett mål angående ansvar för ett grovt brott. Beviskravet måste där förläggas till en punkt utanför det nyss angivna ovisshetsområdet. Om brottet är = faktum X, kan beviskravspunkten anges med bokstaven O. Hur skall då detta förhållande kunna förenas med den nyss angivna åsikten? — Man ställes inför tre alternativ.

1) Man skulle kunna göra följande påstående: »Ovisshet föreligger endast mellan D och M. Till vänster om D och till höger om M skall visshet anses föreligga (om att brottet icke blivit begånget, resp. om att det blivit begånget), men därmed är det icke sagt att det föreligger tillräckligt bevis! I detta brottmål föreligger visshet om att brottet blivit begånget, men bevisningen är dock otillräcklig.» Ett dylikt påstående kan utan tvekan betecknas såsom halsbrytande, och uppenbarligen måste detta alternativ förkastas.

2) En annan möjlighet vore att man deklarerade följande: Ovisshetsområdet skall alltid ha så stor omfattning att det sträcker sig fram till den yttersta sannolikhetsgrad som någonsin kan krävas för att ett faktum skall kunna läggas till grund för domen. En sådan åsikt är i och för sig rimlig, men den innebär att ovisshet *alltid* föreligger, varav med nödvändighet följer att det ursprungliga påståendet (»Bevisbörderegler skola *endast* begagnas under förutsättning att ovisshet föreligger») är meningslöst.

---

kalamiteter enn en uriktig dom i den annen retning». (s. 102 f.) Den ifrågavarande distinktionen har kritiserats av Eckhoff (TfR 1949, s. 303 ff.) och liksom denne har jag svårt att inse att det kan vara nödvändigt eller ens önskligt att betrakta »absolut ovisshet» såsom en särskild kategori.

[58] Det bör märkas att den kritik som kan riktas mot denna åsikt också träffar t. ex. följande uttalande: »Fullt bevis (i betydelsen av höggradig sannolikhet) skall krävas för det ena eller det andra påståendet. Kan sådan ej åstadkommas, skola bevisbörderegler tillämpas.»

3) Slutligen återstår den möjligheten att man ser saken på detta sätt: Ovisshetsområdet har icke samma omfattning i alla typer av mål. Denna tankegång skulle kunna utföras efter två linjer: a) Ovisshetsområdet har visserligen alltid sitt centrum mitt på sannolikhetsskalan, men dess utsträckning åt ömse håll är beroende av huruvida ett starkt beviskrav föreligger i endera riktningen. I det ovannämnda brottmålet sträcker sig ovisshetsområdet från B till O, i ett lindrigare brottmål kan det sträcka sig från t. ex. C till N. — Denna åsikt får den absurda konsekvensen att ju grövre brott det är fråga om, dess strängare krav gäller för att man skall kunna tala om visshet om den åtalades *oskuld.* b) Man skulle kunna komma ifrån den nu angivna konsekvensen genom att säga att ovisshetsområdet icke alltid har sitt centrum mitt på sannolikhetsskalan. Man skulle med andra ord kunna säga att ovisshetsområdet har större utsträckning i den riktning, i vilken beviskravspunkten är belägen. I fråga om det grova brottmålet skulle detta innebära att området sträcker sig exempelvis från G till O. Därmed har man emellertid glidit över till en annan betydelse av uttrycket ovisshet. Man avser nu icke — eller åtminstone icke enbart — ett läge där två med varandra oförenliga påståenden äro ungefär lika sannolika. Man låter det bli, åtminstone i viss mån, avgörande, huruvida det föreligger *svårighet att avgöra vilket påstående som skall läggas till grund för domen.* Denna svårighet blir naturligtvis störst just i de fall där bevisningen har ungefär samma styrka som beviskravet. Både i fallen a) och b) är det tydligt att man fastställt ovisshetsområdet *efter att ha undersökt* var beviskravspunkten är belägen. I så fall är det orimligt att säga att bevisbörderegler skola begagnas endast *under förutsättning att* ovisshet föreligger.

Av det nu sagda torde ha framgått, att man icke kan ge en sådan betydelse åt ordet ovisshet att någon rimlig mening kan läggas i satsen: »Bevisbörderegler skola endast tillämpas

under förutsättning att ovisshet föreligger.» Denna sats är felaktig; domaren måste alltid — medvetet eller omedvetet — tillämpa bevisbörderegler. I varje rättegång har han att ta ställning till dessa två frågor: Vilken grad av sannolikhet föreligger? — Vilken grad av sannolikhet skall fordras för att det aktuella faktum skall kunna läggas till grund för domen? En sak för sig är, att det i de flesta fall redan vid första anblicken står klart att bevisstyrkan är åtminstone så stor som man rimligtvis kan kräva eller åtminstone så liten att den ej räcker. Detta förhållande kan man möjligen med ett förenklat uttryckssätt ange så, att visshet föreligger. Man bör emellertid ha klart för sig att den distinktion mellan visshet och ovisshet, som man i så fall uppställer, under inga omständigheter kan läggas till grund för någon systematisk åtskillnad mellan olika typer av regler. Det kan sålunda icke vara riktigt att säga, att man i händelse av visshet endast tillämpar reglerna för bevisvärderingen och i händelse av ovisshet endast reglerna för »bevisbördans fördelning».

Talet om ovissheten såsom förutsättning för tillämpning av bevisbörderegler har en särskild olägenhet som det här kan vara skäl att observera. Man kan av detta tal lätt frestas att tro att bevisbördereglerna skulle ha till funktion att förhjälpa domaren ur ett dilemma. En sådan uppfattning är emellertid alldeles felaktig.[59] Bevisbördereglerna ha, såsom torde ha framgått av föregående kapitel, till uppgift att genomföra en viss fördelning mellan materiellt riktiga och materiellt oriktiga avgöranden[60] och att därigenom — i kombination med materiella regler — tillgodose sådana ändamål som bära upp gällande rätt.

[59] Se ovan, s. 41 och s. 109 f.

[60] Jfr ovan, s. 90 ff.

§ 4. Den språkliga preciseringen av beviskravet.

En bevisbörderegel (regel om tillräckligt bevis, regel om beviskrav) anger, såsom nyss berörts, på ett mer eller mindre preciserat sätt vilken grad av sannolikhet som fordras (räcker) för att visst faktum skall kunna läggas till grund för domen. Tydligen måste man, för att bevisbördereglerna skola kunna fylla sin funktion, i viss mån kunna språkligt fixera den bevisstyrka som krävs. Med begagnande av vanligt språkbruk kan detta ske på ett mycket stort antal olika sätt, och även om man inom juridiken företrädesvis brukar röra sig med vissa vedertagna uttryck, är det dock påfallande att stor oklarhet råder om vilka termer som äro lämpliga och vilken bevisstyrka de ange. Detta tillstånd är förenat med vissa olägenheter: Bevisbördeproblemet — liksom även bevisvärderingsproblemet, vilket naturligtvis bör diskuteras i samma termer — kan icke utan risk för missförstånd ställas under debatt om man icke har en fast terminologi att tillgå.

Det terminologiska problemet skall därför nu studeras. I första hand gäller det då att undersöka på vad sätt och i vad mån lagtexten ger ledning då man skall ta ställning till frågan om beviskravet.

Vanligen innehåller lagtexten regler som endast ha materiell[61] karaktär. I dessa fall bör man anse att lagen lämnat frågan om beviskravet öppen. Detta kan synas vara alldeles självklart. Emellertid torde det ha sitt intresse att i korthet beröra innebörden av en särskild lära, den s. k. »Satzbaulehre»[62], enligt vilken man skulle kunna dra slutsatser, med

[61] Ang. betydelsen av detta ord, jfr ovan s. 19, not 15.

[62] Se härom närmare Leonhard, s. 102 ff.

hänsyn till beviskravet[63], av de materiella reglernas språkliga utformning.

Innebörden av denna lära kan åskådliggöras med ett exempel. I FAL, 4 §, stadgas:

»Har vid avtalets slutande försäkringstagaren svikligen uppgivit eller förtegat något förhållande, som kan antagas vara av betydelse för försäkringsgivaren . . . vare avtalet ogiltigt . . .»

Detta stadgande skulle alternativt kunna formuleras på följande sätt:

»För avtalets giltighet kräves att försäkringstagaren utan svikliga uppgifter eller förtiganden lämnar besked om alla sådana förhållanden som kunna antagas vara av betydelse för försäkringsgivaren.»

Om man ville göra gällande att beviskravet borde bedömas efter dessa formuleringar, skulle det ligga närmast till hands att anse, att ett beviskrav riktas mot försäkringsgivaren enligt lagtextens lydelse under det att ett beviskrav skulle riktas mot försäkringstagaren om man införde den alternativa regeln. Det är heller inte uteslutet att man i praxis i viss mån tillämpar en sådan lagtolkningsmetod.[64] Det torde nämligen ligga nära till hands för domaren att koncentrera uppmärksamheten på just det påstående (av två med varandra oförenliga, i rättegången gjorda påståenden) som har samma språkliga form som lagtexten. Om man så gör och om man samtidigt helt ytligt tänker ». . . för att regeln skall kunna tillämpas fordras att vissa fakta styrks . . .», blir följden att man låter formuleringen bli bestämmande för beviskravet. Frestel-

---

[63] Det är icke uteslutet att satsbyggnaden skulle kunna ha en motsvarande betydelse med avseende på *rättsfrågan*. Detta skulle i så fall innebära att man läte den ena eller den andra formuleringen bli orsak till begagnande av en in dubio-regel (angående sådana regler, jfr ovan, s. 40 f.).

[64] Jfr Leonhard (s. 119): »Mir ist es wohl bekannt, dass den meisten Gerichten die Satzfassung als unzweifelhafte Grundlage für die Beweisverteilung gilt.»

sen härtill kan vara så mycket större som det ligger nära till hands att anknyta formuleringen *i domen* till lagtextens formulering och att sålunda förklara det påstående »styrkt» eller »icke styrkt» som svarar mot lagtextens lydelse.

Om vi anknyta det nu sagda till de båda nyss åberopade alternativa lagbestämmelserna, skulle domarens tankegång kunna anges ungefärligen på detta sätt: 1) »Saken är tveksam. I lagen står: 'Har ... försäkringstagaren svikligen uppgivit ...' Det kan i varje fall ej anses styrkt att så skett. Därför ogillas försäkringsgivarens talan.» 2) »Saken är tveksam. Kan det anses styrkt — såsom lagen säger — att försäkringstagaren lämnat sitt besked utan svikliga uppgifter? Nej. Då ogillas försäkringstagarens talan.»

Resonemang av detta slag torde ligga nära till hands särskilt av det skälet att de faktiskt ofta — ehuru måhända icke i det nu berörda fallet — leda till ett ändamålsenligt resultat och därför lätt kunna bli vanemässiga. Det torde nämligen förhålla sig så att de hänsyn som bära upp satsbyggnaden i lagen ofta — även om inget funktionellt samband förefinnes — korrespondera med de hänsyn som göra sig gällande i fråga om beviskravet. I strafflagen, t. ex., har man helt naturligt i allmänhet ej kunnat förfara så att man såsom rättsfaktum angivit ett visst godtagbart beteende och till detta knutit rättsföljden »straffri».[65] Då man gått den motsatta vägen och beskrivit vissa handlingar, till vilka olika typer av straff anknutits såsom rättsföljder, har formuleringen blivit sådan att en intolkning av ett beviskrav kommer att bli liktydig med ett hävdande av den vedertagna principen om att åklagaren har bevisbördan.

Även om det sålunda psykologiskt ligger nära till hands och vid första anblicken kan te sig frestande att låta lagtextens formulering bli i viss mån vägledande för bedömningen av bevisbördeproblemet, är det dock felaktigt att tillåta sig något

[65] Jfr dock t. ex. vissa av bestämmelserna i strafflagens femte kapitel.

dylikt.[66] Det skulle vara försvarligt endast under förutsättning att lagstiftaren alltid hade en motsvarande avsikt med de särskilda formuleringarna eller att en överensstämmelse av nyss antydd art genomgående förefunnes, vilket naturligtvis ingalunda är förhållandet. Lagstiftningsarbetet skulle i väsentlig mån försvåras om man vid den språkliga utformningen alltid skulle nödgas ta ställning till beviskravet. Vidare bör observeras att överviktsprincipen icke skulle få något utrymme, om ifrågavarande »Satzbaulehre» skulle konsekvent tillämpas. Och, såsom torde ha framgått av föregående kapitel, det kan knappast vara riktigt att helt avvisa denna princip.

Låt oss nu övergå till att undersöka vilka uttryckssätt som förekomma i lagtexten i sådana fall där man *avsett* att ge besked i fråga om beviskravet.

Till en början kan konstateras att flera *olika satskonstruktioner förekomma:* a) aktiva satser, där ena parten står som subjekt, t. ex. »... så framt han styrker...»[67] b) passiva satser, där parten eller parterna bli — underförstått — agenter, t. ex. »... där det ej visas...»[68] c) aktiva satser, där det beslutande organet står som subjekt, t. ex. »... där överexekutor finner uppenbart...»[69] d) passiva satser, där det beslutande organet blir — underförstått — agent, t. ex. »Kan det antagas...»[70] e) aktiva satser, där varken någon part eller det beslutande organet stå som subjekt, t. ex. »... framgår ej av omständigheterna...»[71]

Det kan knappast anses vara av någon större vikt vilket av dessa alternativ som lagstiftaren väljer. Möjligen skulle man

[66] Jfr t. ex. Kallenberg, Svensk civilprocessrätt II, s. 745 f. samt Eckhoff, Tvilsrisikoen, s. 42 f.

[67] Växellagen, 16 §.

[68] Köplagen, 6 §. Ang. betydelsen av positiva och negativa formuleringar, jfr nedan, s. 187 ff.

[69] UL, 192 §.

[70] FAL, 5 §.

[71] Köplagen, 12 §.

kunna hävda att uttryckssätten i alternativen a) och b) äro mindre adekvata med hänsyn till att det är likgiltigt om den ena eller den andra parten inför bevisningen i processen eller om det endast är fråga om notoriska fakta, men det är dock uteslutet att uttryckssättet skulle kunna föranleda till något missförstånd på denna punkt. Under alla omständigheter förhåller det sig så att en rationell sannolikhetsgradering är möjlig även om man tillåter sig att fritt välja mellan dessa olika satskonstruktioner.

Det väsentliga är vilket val man träffar bland de ord som — enligt allmänt språkbruk eller enligt en bland juristerna upprätthållen konvention — ange en mer eller mindre noga bestämd grad av sannolikhet. Bestämningen kan ligga i *ett* ord men kan också ligga i en kombination av två eller flera ord. Låt oss studera några exempel och därvid till en början begagna rent språkliga indelningsgrunder.

Stundom anges beviskravet meddelst *ett verb:* »styrker»[72] »visas».[73] Stundom begagnas *två verb:* »förmår styrka»[74], »kan styrka»[75], »gitter visa»[76], »kan antagas»[77], »antagas må»[78], »måste antagas»[79], »kan anses»[80], »må anses»[81], »måste anses».[82]

I andra fall utgöres det väsentliga ordet av ett *adjektiv:* »visst»[83], »uppenbart»[84], »sannolikt»[85], »osannolikt»[86], »syn-

[72] Växellagen, 16 §.
[73] Köplagen, 6 §.
[74] Avtalslagen, 25 §.
[75] GB 8: 5.
[76] FAL, 39 §.
[77] FAL, 4 §.
[78] FAL, 51 §.
[79] Köplagen, 39 §.
[80] Köplagen, 5 §.
[81] Köplagen, 24 §.
[82] FAL, 45 §.
[83] FB 2: 4.
[84] Köplagen, 34 §.
[85] RB 55: 13.
[86] FB 3: 2.

nerliga» (skäl)[87], »fulla» (skäl)[88], »skälig» (anledning att antaga).[89] Vissa av dessa ord kunna även konstrueras såsom *adverb*, t. ex. »uppenbarligen»[90], »skäligen».[91]

Även *substantiv* kunna begagnas i liknande syfte: »anledning» (förekommer).[92]

Dessutom användas ofta mer omständliga uttryck, där ord sådana som de nu nämnda kunna kombineras på olika sätt. Exempel: »skäligen kan antagas»[93], »föreligger anledning till antagande»[94], »må på grund av särskilda omständigheter antagas»[95], »med sannolikhet kan antagas».[96]

Dessa exempel ge vid handen att det icke finnes, för lagstiftningen i dess helhet, något klart system. Det måste nämligen anses uteslutet att alla de förekommande uttrycken äro avsedda att markera olika nyanser. Däremot kan ofta en bestämd gradering iakttas inom ett visst lagkomplex.[97]

Ur estetiska synpunkter kan det vara av värde att det finns möjligheter till variation i språkbruket. Estetiska synpunkter kunna dock knappast i detta fall tillmätas mer än sekundär betydelse. Olika uttryck böra begagnas endast under förutsättning *antingen* att en åtskillnad är önskvärd och kan genomföras medelst de ifrågavarande uttrycken *eller* att uttrycken kunna beräknas verka såsom synonymer *eller ock* att man icke har anledning att ge något noga bestämt direktiv och att man därför kan tillåta sig ett mera fritt språkbruk. — Nå,

---

[87] RB 50: 23.

[88] RB 24: 5.

[89] KL, 29 §.

[90] Köplagen, 20 §.

[91] Köplagen, 22 §.

[92] RB 24: 2. Detta uttryckssätt har kritiserats av Hassler i SvJT 1940, s. 154.

[93] FAL, 63 §.

[94] Sinnessjuklagen, 41 §.

[95] GB 6: 9.

[96] Lagen om skiljemän, 21 §.

[97] Se t. ex., angående terminologien i rättegångsbalken, Gärde, s. 310 f.

vad skall man då säga om de ovan nämnda termerna; i vad mån kunna de anses lämpliga ur de nu angivna synpunkterna?

Innan denna fråga beröres kan det vara skäl att anmärka, att inom rättspraxis och inom doktrinen ytterligare alternativ förekomma, utöver dem som lagstiftningen har att erbjuda. Särskilt påfallande är att man i rättspraxis begagnar ett flertal uttryck som torde ha samma betydelse som orden »styrka» och »visa», t. ex.: »I målet är utrett» — »klarlagt» — »ådagalagt» etc. Man kan emellertid återfinna även mera komplicerade uttryck som icke, såvitt jag kunnat finna, ha någon motsvarighet i lagtexten. Exempel: »... måste för visst antagas...»[98] Om det gäller att utvälja ett mindre antal lämpliga termer torde dock de tidigare nämnda, ur lagtexten citerade uttrycken ge tillräckligt god möjlighet till urval.

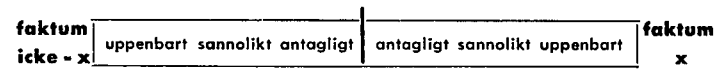
Tydligen har man i vissa fall behov av termer som *på ett ungefärligt sätt* anger beviskravet. Det vore ju nämligen egendomligt om man endast skulle ha två möjligheter: att lämna frågan om beviskravet öppen, eller att ange ett så noga som möjligt preciserat beviskrav. Såsom termer med ungefärlig betydelse torde uttrycken »styrka» och »visa» vara ur språklig synpunkt väl lämpade. De ange ju nämligen icke någon bestämd sannolikhetsgrad, men det faller sig naturligt att åtminstone utläsa så mycket ur dem som att det krävs en viss sannolikhetsövervikt för det faktum som regeln avser. Hur stor denna sannolikhetsövervikt bör vara skulle alltså, enligt denna tanke, rätten få avgöra. Om man uppfattar dessa uttryck så som nu angivits faller det sig också naturligt att man kan tillåta sig att begagna ett flertal olika synonyma termer (»utreda», »klarlägga», »ådagalägga» etc.), något som är av särskild vikt för rättspraxis, där ofta i samma dom uttalanden måste göras beträffande en mängd olika fakta. Det är också uppenbart att man i regel, då man i rättspraxis begagnar liknande uttryck, icke avser att göra något preciserat uttalande om en viss grad av sannolikhet; ofta är väl tankegången unge-

[98] HD:s dom i rättsfallet NJA 1947: 85.

får denna: »Sannolikhetsgraden är åtminstone så stor att tillräckligt bevis föreligger.»

Här måste man emellertid uppta till granskning en betydelsefull invändning som skulle kunna uttryckas så: Då lagstiftaren använder termer sådana som »visar» och »styrker» avser han icke att därmed göra ett uttalande av vag natur, han åsyftar en bestämd grad av sannolikhet: »fullt bevis».[99] Om detta vore riktigt, skulle alltså lagstiftaren tillämpa ett speciellt juridiskt språkbruk, enligt vilket de ifrågavarande orden hade en närmare bestämd betydelse än enligt vanligt språkbruk. Men är detta riktigt? — Möjligt är, att lagstiftaren i många fall haft en sådan avsikt, men det vore ganska djärvt att antaga att så alltid är fallet. Och ännu mera djärvt vore det utan tvivel att förutsätta, att man i rättspraxis alltid, eller ens regelmässigt, uppfattar orden såsom åsyftande en sannolikhetsgrad av bestämt slag. Det må emellertid lämnas öppet hur rättspraxis förhåller sig på denna punkt — att här göra några säkra konstateranden är knappast möjligt. *De lege ferenda* synas i vart fall goda skäl tala för att ord såsom »visa» och »styrka» kunna begagnas då man endast vill ange att sannolikhetsövervikt — vars styrka man vill lämna öppen — bör krävas för ett visst påstående. Därmed råkar man icke i så stark konflikt med det vanliga språkbruket, vilket så långt möjligt bör begagnas även inom den juridiska terminologien.

För sådana fall, där man har anledning att göra *preciserade uttlanden* om beviskravet, bör man ha tillgång till ett antal termer som göra det möjligt att genomföra en gradering. Redan förut i avhandlingen har i detta avseende en konsekvent terminologi begagnats, något som framträtt i den tidigare begagnade illustrationen:



[99] Jfr ovan, s. 93 ff., ang. åsikten att det principiellt bör fordras »fullt bevis» i rättegången.

Illustrationen bör emellertid i ett avseende kompletteras. Man kan nämligen ge beviskravet en positiv eller en negativ formulering, och för sistnämnda fall kunna icke termerna *antagligt, sannolikt* och *uppenbart* brukas. Det behövs med andra ord tre kompletterande termer som göra det möjligt att över hela linjen tala om sannolikheten i relation till faktum X. I stället för att säga att faktum icke-X är antagligt, sannolikt eller uppenbart bör man då möjligen kunna uttrycka saken så att faktum X är mindre antagligt, osannolikt, resp. uteslutet. Den första och den tredje av dessa termer äro emellertid icke helt lyckade, och det är måhända lämpligare att i detta syfte begagna andra uttryckssätt, t. ex. »... såframt det icke är uppenbart, att faktum X icke inträffat...»[1]

Skälen för mitt val av terminologi skola nu i korthet angivas.

Klart är till en början att vissa av de ovan exemplifierade laguttrycken äro mindre väl lämpade att användas såsom standarduttryck. Flera olika omständigheter måste i detta sammanhang beaktas.

Vissa mångordiga uttryck äro antingen onödigt komplicerade, t. ex. »finnes anledning till antagande» (jfr »kan antagas») eller sammansatta på sådant sätt att de icke äro väl lämpade att inordnas i ett enhetligt system, t. ex. »med sannolikhet kan antagas».

Att gradera beviskravet medelst olika kombinationer av verb, t. ex. »kan» — »bör» — »måste» — »antagas», är knappast lämpligt, eftersom man ofta har behov av att låta beviskravet komma till uttryck i adjektiv eller adverb och eftersom inga adjektiv eller adverb finnas som på ett fullt klart sätt motsvara sådana verbkonstruktioner.

Ordet »skäl» (t. ex. i uttrycket »sannolika skäl») är knappast behövligt och är dessutom mångtydigt till sin innebörd.[2]

[1] Det bör observeras, att »faktum icke-X» utgör en beteckning för ett faktum som vanligen kan anges utan negationsprefix.

[2] I RB 43: 11 begagnas orden »skäl» och »bevis» i skilda betydelser. Ang. ordet »skäl», jfr även Kallenberg, Svensk civilprocessrätt II, s. 210 ff. och s. 1641 ff.

Adjektivet »visst» torde icke på ett fullt klart sätt ange någon grad av sannolikhet. Uttrycken »visshet» och »ovisshet» kunna, såsom berörts i föregående §, begagnas i olika betydelser, och det kan ligga nära till hands att tala om (juridisk) visshet i sådana fall då tillräckligt bevis föreligger, även om tillräckligt bevis i många av dessa fall representerar en ganska låg grad av sannolikhet.[3]

En liknande invändning kan riktas mot adjektivet »fullt» (t. ex. i uttrycken »fulla skäl», »fullt bevis»). Detta ord kan uppfattas såsom beteckning för en viss grad av sannolikhet[4] men kan också uppfattas såsom synonymt med »tillräckligt bevis».[5] Uttrycket är således oklart. Emellertid skulle det kunna ha en viktig funktion att fylla, om det förhölle sig så, att man principiellt borde — åtminstone i ett större antal fall — fordra just så stor grad av sannolikhet i rättegången som uttrycket »fullt bevis», i den förra betydelsen av detta uttryck, avser. »Fullt bevis» skulle i så fall utgöra en juridiskt-teknisk term med betydelsen »hög grad av sannolikhet». Enligt min mening — vartill en kortfattad motivering gavs i föregående kapitel — är det emellertid oriktigt att säga att det principiellt bör fordras en högre grad av sannolikhet, och någon särskild term skulle sålunda icke vara nödvändig för att beteckna denna sannolikhetsgrad. I de fall där det kan tänkas vara möjligt och lämpligt att skilja mellan olika grader av

---

[3] Jfr följande uttalande hos Gärde (s. 769): »I detta fall måste... föreligga väsentligt starkare visshet än som i allmänhet erfordras för att en omständighet skall anses som bevisad.»

[4] Ekelöf anser (Bevisvärde, s. 11) att fullt bevis är mer än »sannolika skäl» men mindre än »uppenbart».

[5] Jfr Kallenberg, Svensk Civilprocessrätt II, s. 693: »... att man, under förutsättning af fri bevispröfning, ej med fullt bevis förstår något annat än ett bevis, till hvilket domaren finner sig böra taga den hänsyn, att han låter antagandet af ifrågavarande faktums sanning bestämma sitt dömande, torde vara säkert... Fullt bevis betyder alltså här alldeles detsamma som ett tillräckligt bevis.»

sannolikhet (i detta ords specialiserade betydelse) bör graderingen ske med hjälp av vanligt språkbruk.[6]

Efter denna utgallring kvarstå icke några andra praktiskt tänkbara alternativ än de tidigare begagnade: »antagligt»[7], »sannolikt» och »uppenbart». Inte heller dessa uttryck kunna gå helt fria från invändningar, men de torde dock vara att föredra framför de övriga alternativen. Den viktigaste invändningen består däri att ordet »sannolik» har en dubbelbetydelse som kan verka förvillande.[8] Att av denna orsak utmönstra ordet kan emellertid knappast komma i fråga. I och med att ordet inordnas i en serie, antagligt — sannolikt — uppenbart, är det också fullt klart i vilken betydelse ordet begagnas.

De viktigaste skälen *för* de valda uttrycken torde kunna anges så: De överensstämma väl med vanligt språkbruk och ange, tycks det mig, på ett naturligt sätt en gradering av sannolikheten. De äro vidare enkla till sin struktur och kunna utan betydelseförskjutningar användas i olika satskonstruktioner. Exempel: »Faktum X är antagligt — sannolikt — uppenbart». — »Faktum X skall göras antagligt — sannolikt — uppenbart.» — »Det förhåller sig antagligen — sannolikt — uppenbarligen så att...» Det må emellertid framhållas, att en konsekvent gradering icke kan upprätthållas om man kombinerar orden med andra ord som kunna öka eller minska helhetseffekten; man bör t. ex. icke utbyta »... är sannolikt...» mot »... måste anses sannolikt...» e. d.

En annan omständighet måste noga beaktas. Man bör under inga förhållanden resonera på t. ex. följande sätt: »Här kan vi nöja oss med en lägre grad av bevisstyrka än vad som brukar menas med 'uppenbart'. Således sänker vi kravet på vad som skall anses vara uppenbart.» De termer, varmed man vill beskriva sannolikhetens olika grader, måste alltid användas i en fixerad betydelse, om icke hela systemet skall falla sönder.

---

[6] Jfr nedan, s. 175 f.

[7] Adjektiv, bildat såsom motsvarighet till verbaluttrycket »kan antagas.»

[8] Se ovan, s. 55, not 1.

Visserligen är det klart att var och en av de angivna termerna kommer att täcka ett flertal olika nyanser, men det är icke lämpligt att man låter dem inkräkta på varandras områden. I det nyss anförda resonemanget borde slutsatsen i stället ha varit: »Således skall vi blott kräva att faktumet göres sannolikt.»

Emellertid återstår en viktig fråga: Är det lämpligt att ha just detta *antal* termer? — Man skulle kunna mena å ena sidan att det i praktiken är omöjligt att skilja mellan så många som sex olika grader av sannolikhet och å andra sidan att det stundom är möjligt att differentiera i än högre grad än vad de nämnda termerna medge. Båda dessa invändningar kunna helt säkert, för speciella typer av mål, vara berättigade. Jag föreställer mig emellertid att det, genomsnittligt sett, kan vara lämpligt med en sådan gradering som den här föreslagna. Om man i något speciellt fall icke kan uttala sig med så stor precision som det här gäller, bör man kunna välja mindre preciserade termer, t. ex. »visa», »styrka» e. d. Och om man i något annat fall anser att en närmare differentiering är möjlig, kan man måhända inom den ram som en viss term bildar åstadkomma en ytterligare precisering. Man kan emellertid fråga sig, om det är lämpligt att söka åstadkomma en sådan ytterligare bestämning i fråga om alla de tre ifrågavarande termerna. Det synes mig som om det skulle ligga närmare till hands att skilja mellan olika nyanser beträffande uttrycket »sannolikt» (även i dess specialiserade betydelse) än att göra motsvarande distinktioner beträffande uttrycken »antagligt» och »uppenbart». Det är också ganska troligt att förstnämnda term representerar ett jämförelsevis större område på sannolikhetsskalan, vilket måhända i så fall beror på att man icke helt kan frigöra sig från den mera vidsträckta betydelse som ordet ifråga kan ha i vissa sammanhang, t. ex. då här talas om »sannolikhetskalan». *Om* det förhåller sig så, kan detta möjligen vara en nackdel ur systematisk synpunkt, men det synes mig dock vara diskutabelt om det är lämpligt att söka

åstadkomma en utjämning i detta avseende. Det viktigaste synes mig vara att överhuvud taget vissa termer begagnas i en fixerad betydelse, och lämpligt är givetvis att detta sker i så god överensstämmelse som möjligt med det vanliga språkbruket.

Av intresse för det nu berörda problemet är den meningsbrytning som i samband med tillkomsten av föräldrabalken uppstod angående den s. k. faderskapspresumtionen i FB 3: 2. I propositionen hade föreslagits den sedermera till lag antagna regeln att faderskap skall anses föreligga, om det ej är »osannolikt» att barnet avlats vid samlaget. I motioner hade i stället föreslagits formuleringen »uppenbart osannolikt». Första lagutskottet ansåg emellertid att företräde borde ges åt det förra förslaget, »enär det knappast synes lämpligt att söka i lagtext införa en närmare gradering av det osannolika».[9]

Enligt min mening kan det starkt ifrågasättas om denna åsikt är välgrundad. Till en början bör det fastslås att ordet »osannolikt» måste anses klart korrespondera mot ordet »sannolikt» i detta senare ords specialiserade betydelse. Om man anser att en närmare gradering är möjlig beträffande den ena termen, bör detsamma gälla den andra termen. Under sådana förhållanden uppkommer följande spörsmål: kan man i denna typ av mål bedöma sannolikhetsförhållandena på ett så preciserat sätt att det kan vara någon mening i att genomföra en differentiering inom det område som uttrycket »osannolikt» avser?[10] I viss mån torde så vara fallet. Undersökningar rörande ärftliga egenskaper kunna numera ske i enlighet med sådana metoder att det ofta är möjligt att komma fram till tämligen precisa sannolikhetssiffror[11], och det synes då icke ligga något orimligt i att man även noga fixerar beviskravet.

[9] NJA II 1950, s. 52.

[10] En sak för sig är, huruvida det är lämpligt att sträva efter en sådan fördelning av materiellt oriktiga avgöranden som det i ena eller andra fallet bleve fråga om.

[11] Se härom NJA II 1950, s. 40 ff. och där anförda rättsfall. Se även von Hofsten, SvJT 1950, s. 943 ff. Problemet har även berörts ovan, å sid. 70 ff.

Emellertid kan man ifrågasätta om uttrycket »uppenbart osannolikt» är lämpligt för sådant ändamål. Enligt min mening borde sådana uttryck som »i hög grad osannolikt» eller »synnerligen osannolikt» vara att föredraga. Att ett påstående är »uppenbart osannolikt» kan nämligen betyda icke blott att en hög grad av osannolikhet föreligger utan även att man *har siffermässigt säkra belägg för* sitt påstående att det ifrågavarande sakförhållandet är — icke nödvändigtvis höggradigt — osannolikt. Innebörden kan med andra ord anges så — med hjälp av illustrationen ovan å s. 159 — att »uppenbart osannolikt» kan åsyfta dels en sannolikhetsgrad som ligger någonstans mellan M och N, dels en sannolikhetsgrad som ligger *exakt* vid L.

§ 5. Bevisbördeproblemet och domskälen.

Då domaren skall avgöra vilket av två med varandra oförenliga påståenden om fakta som skall läggas till grund för domen har han, såsom tidigare framhållits, att ta ställning, på ett så preciserat sätt som det enskilda fallets svårighetsgrad nödvändiggör, till två spörsmål: »vilken sannolikhetsgrad föreligger?» (bevisvärderingsproblemet) — »vilken sannolikhetsgrad skall krävas?» (bevisbördeproblemet).[12] Ett särskilt spörsmål, som nu skall behandlas, är detta: I vad mån och på vad sätt bör han i domen lämna besked om och motivering till sitt ståndpunktstagande?[13]

Klart är, att man icke kan komma till rätta med detta spörsmål om man ser bevisvärderingsproblemet isolerat från bevisbördeproblemet eller vice versa; i det följande komma således båda problemen att beaktas, det förra av dem dock mera knapphändigt.

Låt oss först fastslå vilka de teoretiskt tänkbara ytterligheter äro, mellan vilka man har att röra sig. Den enklaste formuleringen vore denna: »Faktum X skall (icke) läggas till grund för domen.» Om man ville gå till motsatt ytterlighet, skulle man låta domskälen innehålla följande fyra moment: 1) motivering för det resultat, vartill man kommit vid bevisvärderingen, 2) angivande, i preciserade ordalag, av detta resultat, 3) motivering för bedömandet av bevisbördeproblemet, 4) angivande, i preciserade ordalag, av den bevisbörderegel som

[12] Av största vikt är att man icke förväxlar bevisbördeproblemet med problemet om den »falska» bevisbördan. Se härom ovan, s. 83 ff. och 109 f.

[13] Denna fråga faller helt och hållet inom ramen för »domskälen», se RB 17: 7 och 30: 5.

man menar vara tillämplig. I ett mål om ansvar för grovt brott, där domslutet kommer att lyda på frikännande, skulle en sådan dom kunna tänkas innehålla följande: »... Vittnet A. har berättat... Vittnet B., vars utsaga var i hög grad oklar, yttrade... Intet avseende kan fästas vid... Med stöd av det nu anförda finner rätten *sannolikt* att... (den tilltalade begått brottet). Med hänsyn till att det ur rättssäkerhetssynpunkt är av synnerlig vikt att icke oskyldiga personer bli bestraffade — detta hänsyn kräver i långt högre grad beaktande än hänsynet att skyldiga personer icke i allmänhet böra undgå påföljd — kan emellertid i mål av denna typ fällande dom icke komma i fråga med mindre det gjorts *uppenbart* att brottet blivit begånget. Bevisningen är således otillräcklig.»

Emellertid bör det vidare observeras — något som ytterligare komplicerar spörsmålet — att det i nästan varje mål är fråga om ett flertal fakta: rättsfakta, moment i rättsfakta, bevisfakta.[14] Och ofta förhåller det sig så att samma faktum har betydelse i två avseenden: dels på så sätt att det ger ökad eller minskad sannolikhet åt ett annat faktum (att en person setts gå i riktning mot brottsplatsen ökar sannolikheten för att han besökt brottsplatsen), dels på så sätt att förekomsten av ifrågavarande faktum är av betydelse ur bevisbördesynpunkt (om man exempelvis i ett faderskapsmål kan utgå ifrån att samlag förekommit, blir beviskravet därigenom förändrat).[15] Av nu anförda skäl uppkommer detta problem: kan det finnas anledning att i domskälen göra uttalanden av tidigare berört slag beträffande alla fakta som bli relevanta i rättegången, eller kan man nöja sig med att göra sådana uttalanden beträffande rättsfakta? Låt oss studera följande exempel där, i fråga om bevisvärderingen, preciserade uttalanden gjorts angående ett flertal bevisfakta:

»Det är *uppenbart*, att den tilltalade besitter sådan teknisk färdighet som gärningsmannen här lagt i dagen... Det är *an-*

[14] Jfr ovan, s. 18 f.

[15] Jfr ovan, särskilt s. 143 f.

tagligt, att den tilltalade haft tillgång till sådana sprängämnen som begagnats vid brottet... Med hänsyn till A:s vittnesmål är det *sannolikt* att den tilltalade passerade Stureplan klockan... Det är, enligt vad den mikroskopiska undersökningen givit vid handen, *i hög grad sannolikt*[16] att den hos svaranden påträffade mejseln begagnats, då kontorsfönstret öppnades... Av nu angivna skäl finner rätten *uppenbart* att den tilltalade begått den av åklagaren påstådda gärningen...»[17]

Klart är, att ett så utförligt skrivsätt kan vara av värde ur flera synpunkter, men lika klart är att man omöjligen kan begära att domstolarna alltid skola gå så omständligt till väga. För övrigt bör det observeras, att bevisvärderingen inte ens i en så detaljerad dom som denna blivit fullständigt beskriven. Man kan t. ex. fråga sig: på vilka bevisfakta stöder sig rätten då det sägs vara »uppenbart, att den tilltalade besitter... teknisk färdighet»? — Det är tydligen verklighetsfrämmande att tänka sig att domskälen skulle kunna göras ens tillnärmelsevis fullständiga: *hur* långt man bör sträcka sig i detta avseende är alltid ett avvägningsspörsmål och ett spörsmål som vi icke här kunna fördjupa oss i.

Beträffande beviskravet innehålla domskälen överhuvud taget sällan några klara besked, och det kan därför synas meningslöst att ens diskutera, om härvidlag besked bör ges icke blott beträffande rättsfakta utan även — då detta kan vara aktuellt — beträffande bevisfakta. Det må emellertid framhållas att detta problem icke är utan praktisk betydelse. Låt oss t. ex. iaktta läget i ett faderskapsmål, rörande barn utom äktenskap, där kvinnan påstår, men mannen bestrider, att samlag förekommit. Samlaget utgör ju här ett bevisfaktum och har dessutom betydelse på så sätt att ett särskilt beviskrav gäl-

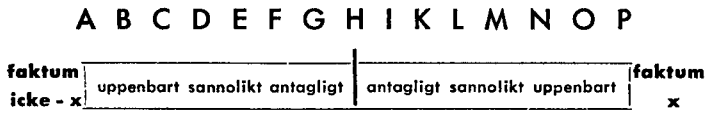
---

[16] Jfr ovan, s. 175 f., ang. möjligheten att i vissa fall göra mera preciserade uttalanden om sannolikhetsgraden.

[17] Jfr Eckhoff, Tvilsrisikoen, s. 94 ff., ang. sättet för hopsummeringen av sannolikhetsgraderna med avseende på ett flertal bevisfakta.

ler, för den händelse man kan utgå ifrån att samlag förekommit. Låt oss nu förutsätta, att det i målet har blivit sannolikt att samlag förekommit, men att en antropologisk undersökning har utmynnat i att det är mindre antagligt (dock icke osannolikt) att mannen är far till barnet. Här är det, såvitt jag kan förstå, av stor betydelse, att man noga klargör för sig vilket beviskrav som bör gälla både i fråga om bevisfaktum och rättsfaktum (= faderskap). Om man nämligen anser att »sannolikt» utgör tillräckligt bevis för samlag, så kan det diskuteras om man icke bör i viss mån lätta på det beviskrav som man uppställt med utgångspunkt ifrån att samlag förekommit. Man måste väl också säga, att om detta problem är av betydelse, så kan det också finnas orsak att låta problemet framträda i domskälen.

Emellertid skall i det följande bortses från den komplikation som nu berörts: i fortsättningen kunna vi således utgå ifrån att bevisvärderingsproblemet och bevisbördeproblemet endast avse *ett* faktum (rättsfaktum). Och vi kunna återgå till huvudproblemet: hur stora krav kan man ställa på domskälen i det sammanhang som det här gäller? Uppmärksamheten skall därvid framför allt inriktas på frågan om vilka metoder som kunna begagnas då det gäller att ange *resultatet* av bevisvärderingen och bedömandet av bevisbördan. Diskussionen kan underlättas genom att den i vissa hänseenden anknytes till den tidigare begagnade illustrationen, där bokstäverna A—P markera olika grader på sannolikhetsskalan.



I) Man kan välja en *formulering som ej ger preciserat besked vare sig i fråga om bevisvärderingen eller i fråga om beviskravet* men som dock kan ge upplysning, i större eller mindre mån, om hur rätten bedömt de båda problemen.

a) Den enklaste — och minst upplysande — formuleringen vore, såsom nyss nämnts, denna: »Faktum X (faktum icke-X) skall läggas till grund för domen.» Därav skulle icke kunna dras några vidare slutsatser än att sannolikhetsgraden ligger på någon punkt till höger (resp. vänster) om beviskravspunkten. Man skulle icke kunna i övrigt veta någonting om var de båda punkterna äro belägna. Antag t. ex. att domen innehölle detta uttalande: »Det skall anses som om svaranden icke levererat varorna.» Den bakomliggande tanken kan här vara, att svaranden borde göra uppenbart att varorna levererats men att denna sannolikhetsgrad icke blivit nådd. Tanken skulle emellertid lika väl kunna vara, att käranden borde göra uppenbart att varorna icke levererats och att han lyckats häri. Mellan dessa båda ytterligheter finnas en hel serie tänkbara alternativ. Formuleringen ger sålunda ytterst obetydlig upplysning om hur rätten sett på problemet. Nu kan man emellertid naturligtvis till en sådan formulering knyta en mer eller mindre utförlig motivering som i och för sig kan innehålla besked om rättens synpunkter. Man kan t. ex. göra kommentarer till vittnesmål och andra bevisfaktorer. Men eftersom slutsatsen i bevisvärderingsfrågan bör bygga på bevismaterialet i dess helhet[18], kan ett fullt tillfredsställande besked ges endast genom att slutresultatet av bevisvärderingen redovisas. En formulering sådan som den här berörda kan således knappast anses godtagbar. I praktiken torde den heller icke komma till användning.

b) Ett i praktiken ytterst vanligt uttryckssätt är att visst faktum blivit, eller icke blivit, »styrkt», »visat», »utrett», »klarlagt», »ådagalagt» e. d. Klart är att man av ett sådant uttryckssätt kan dra något säkrare slutsatser än av en sådan formulering som den under a) berörda, men det är å andra sidan klart att föga besked ges genom detsamma. Det torde vara av intresse att gå på djupet med denna fråga: *vilken*

[18] Jfr ovan, s. 135.

innebörd bör rimligen läggas i ordet »styrka» och dess synonymer då dessa ord begagnas i domskälen?[19]

Ordet kan begagnas i fyra olika sammanställningar, såsom framgår av följande exempel (där faktum X på skissen motsvaras av »leverans har skett»).

1) »Det är styrkt att leverans har skett.»
2) »Det är icke styrkt att leverans har skett.»
3) »Det är styrkt att leverans icke skett.»
4) »Det är icke styrkt att leverans uteblivit.»

Alla dessa uttryck ge besked, ehuru på ett föga preciserat sätt, ifråga om såväl bevisvärderingen som beviskravet. Uttrycket »det är styrkt» anger att sannolikheten är så stor att den kan betecknas med ordet »styrka» samt att denna sannolikhetsgrad är tillräcklig. Uttrycket »det är icke styrkt» anger att en bevisstyrka bör krävas, vars storlek kan betecknas med detta ord, samt att en sådan bevisstyrka icke föreligger.

Avgörande för tolkningen av de ifrågavarande uttryckssätten blir således vilken innebörd rätten avsett att lägga i ordet »styrka». Det vore säkerligen alltför djärvt att antaga, att därmed alltid avses en bestämd grad av sannolikhet.[20] Om icke domskälen i övrigt ger stöd för ett sådant antagande, bör man således lägga en mindre preciserad betydelse i ordet. Emellertid bör i varje fall ett visst minimikrav upprätthållas: det vore exempelvis — för att se till ett flagrant fall — orimligt, om man skulle kunna säga att *leverans blivit styrkt* i ett fall där det är *uppenbart att leverans icke skett.* Vilket minimikrav bör då kunna anses rimligt?

Minimikravet bör enligt min mening vara detta: *ordet »styrka» bör alltid — oavsett om uttalandet mera omedelbart syftar på bevisvärderingen eller beviskravet — avse en sannolikhetsövervikt,* denna må sedan vara mer eller mindre stark, den må med andra ord kunna betecknas med uttrycken antag-

[19] I det följande skall endast talas om ordet »styrka».
[20] Jfr ovan, s. 170.

ligt, sannolikt eller uppenbart. Att gå utöver detta minimikrav vore å andra sidan, tror jag, icke lämpligt. Det skulle nämligen tvinga till en precision som icke alltid är behövlig.[21] Låt oss utgå ifrån att det nu sagda är riktigt — tillsvidare endast de lege ferenda — och ånyo granska de fyra nyss angivna sammanställningarna.

1) »Det är styrkt att leverans har skett.» — Detta uttalande skulle då betyda, att det föreligger sannolikhetsövervikt för att leverans skett och att denna sannolikhetsövervikt — den må vara större eller mindre — utgör tillräckligt bevis. Vad som är tillräckligt bevis (vilken regel om beviskrav som skall gälla) kan man icke i övrigt dra några säkra slutsatser om; det kan mycket väl tänkas att rätten skulle kunnat utgå ifrån att leverans *uteblivit* endast om detta gjorts uppenbart.[22] — Nu kan man emellertid fråga sig om detta är riktigt även de lege lata. Kan man med andra ord lita på att domstolarna alltid anse sannolikhetsövervikt föreligga i sådana fall då de säga att visst faktum blivit styrkt? — Detta är högst tvivelaktigt. Karlgren har fällt ett yttrande, som här är av stort intresse:

»... våra domare av olika skäl ej sällan föredraga att formulera sina avgöranden så, som om de på objektiva grunder blivit övertygade om vederbörande faktas existens, även när en övertygelse, eller dock en objektivt grundad övertygelse, i realiteten ej är för handen utan bevisbördereglerna faktiskt fälla utslaget.»[23]

Det är möjligt att detta uttalande baserar sig på den tidigare[24] diskuterade uppfattningen att bevisbörderegler alltid skola vara avgörande för bedömningen i sådana fall där icke en relativt hög grad av sannolikhet föreligger för det ena eller

---

[21] Jfr ovan, s. 169, ang. behovet av termer med mindre preciserad betydelse.

[22] Jfr Eckhoff, TfR 1949, s. 313.

[23] Karlgren, SvJT 1946, s. 548.

[24] Ovan, s. 152 ff.

det andra påståendet. Karlgrens påpekande kan i så fall tänkas ha denna innebörd: domarna anse ofta faktum X »styrkt» även i sådana fall då detta faktum endast är antagligt eller i lägre grad sannolikt. Och det är möjligt att Karlgren menar att man i ett sådant fall bättre borde uttrycka saken så att faktum icke-X icke blivit styrkt. Gentemot denna tänkbara åsikt kan emellertid invändas, att det i ett sådant fall, lika väl som varje annat, bör vara tillåtligt att i domsmotiveringen hänvisa till ett ståndpunktstagande till bevisvärderingen. Man kan ju nämligen icke komma fram till domslutet utan att ha bedömt *både* var beviskravspunkten är belägen *och* vilken bevisstyrka som föreligger. Om beviskravspunkten befinner sig till vänster om mittpunkten och om faktum X är antagligt är det utan tvivel fullt korrekt att säga: »Enär icke-X icke blivit styrkt...» Därmed har man redovisat vilket resultat man kommit till vid bedömande av beviskravet och även, i viss mån, vilket resultat man kommit till vid bevisvärderingen, nämligen såtillvida som man ju anger att faktum icke-X icke blivit styrkt. Det är emellertid även fullt korrekt att anknyta formuleringen i första hand till bevisvärderingsfrågan och att således göra ett uttalande beträffande faktum X. Detta uttalande kan göras mer eller mindre preciserat. Man kan säga: »faktum X är antagligt», man kan möjligen också säga: »faktum X är styrkt». Huruvida det sistnämnda är lämpligt eller icke, beror på vilka krav som böra ställas i fråga om precisering av bevisstyrka. Man kan mycket väl tänka sig att reservera uttrycket »styrka» och dess synonymer för vissa högre grader på sannolikhetsskalan och begagna speciella termer (t. ex. »antagligt») för de lägre graderna. Jag betvivlar emellertid på förut angivna skäl att detta är lämpligt, och Karlgrens nyss citerade uttalande tyder på att man heller icke i praxis alltid förfar på detta sätt.

Man kan emellertid fråga sig, i anledning av Karlgrens uttalande, om det ens är möjligt att lita på att domstolarna alltid anse sannolikhetsövervikt föreligga beträffande det faktum

som i domen säges vara »styrkt». Man skulle kunna befara att domstolarna stundom begagna en sådan formuleing som den under 1) angivna i ett fall där sannolikhetsövervikten talar för att leverans *icke* ägt rum, nämligen under förutsättning att ett beviskrav av mer än motsvarande styrka kan riktas mot den part som påstår att leverans icke ägt rum. Särskilt ligger en sådan farhåga nära till hands av det skälet att det tycks vara en ganska vanlig åsikt att eventuellt förefintliga presumtionsregler skola ha betydelse inom ramen för bevisvärderingen.[25] Att här komma fram till några säkra slutsatser är emellertid knappast möjligt. Endast så mycket kan utan risk sägas som att den största försiktighet är påkallad då det gäller att tolka ett uttalande om att ett visst faktum är »styrkt».

Under alla förhållanden ligger det i öppen dag att det *de lege ferenda* är olämpligt att begagna den ifrågavarande formuleringen (»det är styrkt att leverans har skett») även med avseende på sådana fall där sannolikhetsövervikt — men otillräcklig sådan — talar för att leverans *icke* ägt rum. Den adekvata — och språkligt sett lika enkla — formuleringen är i sistnämnda fall denna: »Det är icke styrkt att leverans uteblivit.» — Om man vill generalisera det nu sagda och hänföra det till den ovan intagna illustrationen, kan man uttrycka saken så, att om man vid bevisvärderingen och vid bedömandet av beviskravet kommit till samma sida av sannolikhetsskalan, bör man under inga förhållanden begagna ett uttryckssätt som ger ett sken av att någon punkt på den motsatta sidan av sannolikhetsskalan skulle vara av betydelse i målet.

2) »Det är icke styrkt att leverans har skett.» — Detta uttalande skulle under den angivna förutsättningen — att ordet »styrka» bör avse en sannolikhetsövervikt — betyda, att det bör fordras sannolikhetsövervikt, mer eller mindre stark,

---

[25] Jfr ovan, s. 143.

för att varorna levererats[26] och att en sådan sannolikhetsövervikt icke föreligger. Hur stor sannolikheten för leverans eller icke-leverans är, därom kan i övrigt ingenting med säkerhet sägas på grundval av denna formulering; det kan t. o. m. tänkas — ehuru det måhända är ett opraktiskt fall — att det är uppenbart att leverans icke skett.[27] — Nå, hur ställer sig saken här, då man betraktar den de lege lata? — Det förefaller knappast troligt att en domstol någonsin med en formulering av detta slag kan ha avsett att sannolikhetsövervikt bör krävas för påståendet att leverans *uteblivit*; det förefaller alltså rimligt att antaga att de lege ferenda-resonemanget här också kan appliceras de lege lata. Å andra sidan bör man akta sig för att dra alltför vittgående slutsatser beträffande bevisbördan; den ifrågavarande formuleringen kan ofta avse ett beviskrav av obetydlig styrka, och största försiktighet är påkallad vid tolkningen av domskälen. Under alla förhållanden är det mycket djärvt att förutsätta, med stöd av ett uttalande sådant som detta, att domstolen menat att »fullt bevis», i betydelsen av höggradig sannolikhet, bort fordras för påståendet om att leverans ägt rum.

3) och 4) Dessa satskonstruktioner erbjuda inga särskilda problem utöver dem som nu behandlats. Här ligger det blott så till att frågorna om bevisvärderingen och beviskravet ha betydelse på en annan del av sannolikhetsskalan: ordet »styrka» markerar här en sannolikhetsövervikt för det motsatta påståendet, påståendet om att leverans icke ägt rum.

I och med detta ha de fyra olika sammanställningar granskats, i vilka ordet styrka kan ingå. Nu uppkommer emeller-

---

[26] Jfr Herlitz (s. 84), som med avseende på förhållandena inom förvaltningsrätten yttrar följande: »Varje gång som ett utslags motivering bygger på att ett visst faktum icke 'styrkts' eller ett visst förhållande icke 'visats', måste detta tolkas som ett uttryck för den uppfattningen, att bevisbördan beträffande detta faktum eller detta förhållande åvilat den sida som tappat...»

[27] Jfr Eckhoff, TfR 1949, s. 313.

tid ytterligare ett viktigt problem. *I vilka fall bör man välja den positiva formuleringen »det är styrkt» och i vilka fall bör man välja den negativa »det är icke styrkt»?*

Det bör observeras att detta problem endast aktualiseras under förutsättning att den punkt som man kommit fram till vid bevisvärderingen (sannolikhetsgraden) befinner sig på ena sidan av sannolikhetsskalan och beviskravspunkten på den andra sidan. *Om båda punkterna befinna sig på samma sida* är det nämligen självklart, därest man utgår från den här urgerade betydelsen av ordet styrka, vilken formulering man skall välja. Antag t. ex. att man anser det antagligt att leverans skett och att man anser att leverans bör göras sannolik. I så fall är det självklart att man måste skriva:» det är icke styrkt att leverans skett.» Om förhållandet är det motsatta — »antagligt» är tillräckligt bevis, och leverans har gjorts sannolik — är det likaledes självklart att man måste skriva: »det är styrkt att leverans skett.» Tydligt är även, att problemet helt elimineras *om överviktsprincipen är tillämplig*. I så fall bör man nämligen alltid ange det ena eller det andra faktumet såsom »styrkt».

Om de båda punkterna ligga på var sin sida av skalans mittpunkt, uppstår således det problem som nu skall granskas. Antag exempelvis att det bör göras sannolikt att leverans ägt rum och att det befinnes sannolikt att leverans *icke* ägt rum. Då har man två möjligheter: man kan antingen skriva: »det har icke styrkts att leverans ägt rum» eller: »det har styrkts att leverans icke ägt rum». Vilken av dessa formuleringar bör man välja?

Det skulle kunna göras gällande att man bör välja formuleringen »icke styrkts» under förutsättning att man anser ovisshet föreligga och den alternativa formuleringen om man känner visshet. Jag har emellertid svårt att tro att man kan på rimligt sätt lösa problemet genom att söka ledning av sådana vaga termer som »visshet» och »ovisshet».[28] Enligt min åsikt

[28] Jfr ovan, s. 159 ff.

kan följande sägas: I många fall bör man utan närmare överväganden kunna välja den ena eller den andra av de båda aktuella formuleringarna; i många fall, åter, kan formuleringsvalet ha större betydelse, och då har man anledning att ingå på närmare överväganden; dessa böra emellertid icke avse någon tänkbar gräns mellan visshet och ovisshet utan böra inriktas på vissa ändamålssynpunkter.

Till belysning av det sist sagda skola några reflexioner knytas till ett exempel. Antag att vi ha till avgörande ett mål om ansvar grov stöld, där beviskravet kan anges med att åklagaren skall göra sitt påstående uppenbart. Antag vidare att åklagaren icke lyckas prestera detta mått av bevisning. Den åtalade skall naturligtvis då frikännas. Men hur skall man formulera domen? Skall man skriva att det icke styrkts att han begått brottet eller skall man skriva att det styrkts att han är oskyldig? Man skulle kunna hävda, att det avgörande härvidlag bör vara om domaren känner *ovisshet* eller känner *visshet om hans oskuld*. Enligt min mening bör man emellertid, i den mån man menar sig behöva tränga in i problemet, i stället resonera så, att man bör skriva på det senare sättet så snart detta kan ske utan att uttryckssättet blir missvisande.[29] Anledningen till att han frikännes är ju den, att det är fullt tänkbart att han är oskyldig: av etthundra personer, som i liknande fall frikännas, finns troligen åtminstone en som faktiskt är oskyldig, och det är mycket möjligt att denne ende just är vår åtalade. Man bör därför undvika att medelst domsformuleringen utsätta den åtalade för en onödig chikan. Man bör med andra ord välja den domsformulering som — utan att fördenskull ge mindre gott besked om hur rätten sett på målet — är minst ägnad att bereda vederbörande obehag. Man bör därför säga att hans icke-brottslighet är styrkt så snart sannolikhetsövervikt talar härför. Att gå än längre —

[29] Jfr Lindstedt (SvJT 1950, s. 670): »Finnes möjlighet att avsluta bevisprövningen med ett uttalande, att det eller det är styrkt, bör detta föredragas framför ett uttalande, att det eller det icke är styrkt.»

att säga, att den åtalades icke-brottslighet är styrkt även i sådana fall, där det föreligger sannolikhetsövervikt (men icke tillräckligt bevis) för att han begått brottet — anser jag å andra sidan vore olämpligt, och detta av skäl som tidigare utvecklats: ordet styrka skulle, om en sådan terminologi begagnades, få en *alltför* obestämd betydelse.

Om man delar den åsikt som nu framlagts, ligger det nära till hands att anse, att termen styrka och dess synonymer icke böra begagnas i andra fall än sådana, där det är av mindre vikt att domskälen äro tydliga. Emellertid bör det icke förbises, att uttrycken ofta begagnas endast såsom beteckning för *slutsatsen* av ganska utförliga resonemang, och att det ofta är dessa resonemang (yttranden rörande tillförlitligheten av vittnesmål etc.) som ge domskälen ett preciserat innehåll. Ja, man skulle rentav kunna mena att det vore oriktigt att ge det sammanfattande omdömet en mer preciserad form (t. ex. genom att säga att faktum i fråga gjorts eller icke gjorts antagligt, sannolikt eller uppenbart) därför att detta skulle innebära en slags förenkling. Härtill bör emellertid observeras följande. Hur väl en domsmotivering än skrivs är det nästan omöjligt, i de flesta fall, att till domens läsare förmedla ett korrekt intryck av den helhetsbild som bevisningen i målet skapat — och det är ju helhetsbilden som det kommer an på då man skall uttala sig om bevisningens styrka. Det finns anledning att ifrågasätta om det icke vore lämpligt att domstolarna mera ofta än vad som nu är fallet begagnade preciserade uttryck angående grader av sannolikhet då de skola ange vilka fakta som skola läggas till grund för domslutet.

Det skulle föra för långt att här ingå på de allmänna skäl som kunna tala för och emot ett mera utförligt och preciserat skrivsätt.[30] En särskild synpunkt, som förtjänar att understrykas, har emellertid framhållits av processlagsberedningen:

[30] Se härom t. ex. Olivecrona, Domen i tvistemål, s. 120 ff., Ekelöf och Lindhagen i SvJT 1947, s. 241 ff. och 321 ff. samt andra dagens förhandlingar vid Det attende Nordiske Juristmøde i Köpenhamn 1948.

»... kan för närvarande ofta icke utan fog anmärkas, att domstolarnas motivering för sina domar är alltför knapphändig och ej sällan otydlig. Särskilt med hänsyn till fullföljd av talan är både för parterna och för den högre rätten av stor betydelse, att den lägre rättens uppfattning om såväl bevisfrågorna som de rättsliga spörsmålen kommer till klart uttryck i domen.»[31]

Låt oss då undersöka vilka olika möjligheter som stå till buds om man vill göra mera preciserade och för parterna mera klargörande uttalanden i domskälen. Låt oss med andra ord fortsätta den på s. 180 ovan påbörjade uppräkningen av olika tänkbara alternativ.

c) En möjlighet att ge ett mera klart besked — utan att fördenskull tvinga sig till att begagna mera preciserade termer — vore att man uttalade sig om huruvida man endast efter stor tvekan kunnat finna bevisningen tillräcklig (otillräcklig) eller huruvida man ansett ett tydligt överskott (underskott) föreligga.[32] Klart är att parterna kunna ha stort intresse av ett sådant uttalande. En fullt tydlig upplysning kan dock icke förmedlas på detta sätt: fortfarande kunna delade meningar råda om hur rätten bedömt båda de aktuella frågorna, frågan om bevisvärderingen och frågan om beviskravet.

II) Man kan ge ett *klart och preciserat besked beträffande bevisvärderingen och lämna frågan om beviskravet öppen* eller ange en ståndpunkt till densamma i mindre preciserade ordalag. Exempel:

d) »Det har gjorts antagligt att leverans har skett...»

e) »Det har gjorts sannolikt att leverans har skett, och beviskravet är därmed gott och väl tillgodosett...»

f) »Det har gjorts antagligt att leverans har skett, men denna bevisstyrka är långt ifrån tillräcklig...»

III) *Man kan ge klart och preciserat besked ifråga om be-*

---

[31] PLB, s. 218.

[32] Jfr t. ex. det ofta begagnade uttrycket: »Det är (icke) *tillförlitligen* styrkt.»

viskravet och lämna bevisvärderingsfrågan öppen eller blott uttala sig om densamma på ett ungefärligt sätt. Exempel:

g) »Enär det icke gjorts antagligt...»[33]

h) »Rätten anser att överviktsprincipen bör tillämpas. Övervägande sannolikhet talar för att leverans ägt rum.»

i) »För vinnande av bifall till sin talan borde... ha gjort sannolikt... Denna bevisstyrka har ej ens tillnärmelsevis blivit nådd...»

k) »Käranden, som enligt rättens mening borde göra sitt påstående sannolikt, har presterat en bevisning som är gott och väl tillräcklig.»

IV) Man kan ge preciserat besked såväl ifråga om bevisvärderingen som ifråga om beviskravet. Härvidlag kan hänvisas till exemplet ovan å s. 178.

Det nu sagda har givit vid handen att det finns ett stort antal alternativa möjligheter till precisering av domskälen. Här skall icke göras något vidare försök att ange vilka skäl som kunna tala för den ena eller den andra av dessa möjligheter — en undersökning av sådant slag kan knappast bli av värde annat än om den bygger på mera omfattande studier beträffande betydelsen i allmänhet av olika sätt att motivera domen. Avslutningsvis skall emellertid ytterligare en fråga beröras.

Om man icke önskar gå så långt att man ger preciserat besked både i fråga om bevisvärderingen och i fråga om beviskravet — en så ingående prövning, som för detta än-

---

[33] Formuleringar av denna typ böra tolkas med försiktighet. Det bakomliggande resonemanget kan mycket väl tänkas vara ungefärligen detta: »Här bör ett beviskrav riktas mot parten ifråga, hur starkt detta krav bör vara är något osäkert — i varje fall bör han göra sitt påstående antagligt.» Rätten har ju i allmänhet icke någon anledning att pröva frågan om beviskravet i vidare mån än vad som är nödvändigt för att det enskilda målet skall kunna avgöras — det ligger annorlunda till om man vill ge vägledning för framtida praxis — och det är mycket möjligt att rätten, om saken ställts på sin spets, skulle ha uttalat sig för ett starkare beviskrav. Jfr uttrycket: »icke *ens* antagligt».

damål tarvas, är ju icke nödvändig, om man blott önskar på riktigt sätt avgöra det enskilda målet — ställs man ofta inför valet mellan att använda en formulering som hänvisar till bevisvärderingen och att nyttja en formulering som tar sikte på beviskravet.[34] I detta val bör man, såvitt jag förstår, ge företräde åt det förstnämnda alternativet. Detta är av särskild betydelse för den händelse målet blir överklagat. Ekelöf har framhållit, att »Då bevismedelbarhetens fördelar kunna helt utnyttjas endast i underrätten, kommer med avseende på sakfrågan processens tyngdpunkt att ligga i den första instansen.»[35] Med »sakfrågan» torde Ekelöf här avse bevisvärderingen[36]; beträffande frågan om beviskravet ligger det nämligen så till att denna på ett fullt betryggande sätt bör kunna bedömas på grundval av endast handlingarna i målet. Det är således främst i fråga om bevisvärderingen som underrättens ståndpunkt bör på tydligt sätt framläggas. Emellertid må det framhållas, att frågan om bevisvärderingen knappast kan, vid tillämpningen av RB 50: 23[37], helt isoleras från bevisbördefrågan. Antag t. ex. att en underrätt i domskälen angivit att visst faktum genom vittnesmål gjorts »sannolikt» (underförstått: »sannolikt» utgör tillräckligt bevis) och därför lagts till grund för domen. Antag vidare att hovrätten anser att beviskravet bör vara så starkt att ifrågavarande faktum bör göras uppenbart. Kan då hovrätten med stöd av RB 50: 23 utan förnyad bevisupptagning ändra domen? — Detta skulle knappast kunna anses lämpligt, och är väl heller icke lagstif-

---

[34] Jfr härtill utläggningen angående uttrycket »styrka» ovan å s. 187 ff.

[35] Ekelöf, Civilprocessen, s. 566.

[36] Jfr ovan, s. 35 f.

[37] RB 50: 23 har följande lydelse: »Har vid huvudförhandlingen i underrätten rörande viss omständighet vittne eller sakkunnig eller part under sanningsförsäkran hörts inför rätten eller syn å stället hållits och beror avgörandet även i hovrätten av tilltron till den bevisningen, må ändring i underrättens dom i denna del ej ske, med mindre beviset upptagits ånyo vid huvudförhandlingen i hovrätten eller ock synnerliga skäl föreligga, att dess värde är annat, än underrätten antagit.»

tarens mening. Uttrycken sannolikt och uppenbart äro icke så entydiga att man utan vidare kan utgå ifrån att en rubricering i ett sådant fall som detta skall vara utslagsgivande vid prövningen i överinstansen; tänkbart är också att underrätten, om den haft samma uppfattning om bevisbördan som hovrätten, skulle ha visat större aktivitet vid processledningen i målet och att därigenom en högre grad av sannolikhet kommit att framträda. Underrätten kan dessutom mycket väl tänkas ha avsett endast detta: ifrågavarande faktum är *åtminstone* sannolikt. Eftersom underrätten ansett att »sannolikt» markerar tillräckligt bevis, har det nämligen icke funnits anledning att närmare pröva huruvida ifrågavarande faktum möjligen rentav gjorts uppenbart.

Summary

This is a thesis on *burden of proof* and *legal technique*. The problems are regarded particularly from points of view that are of interest under Swedish law.

A few words ought to be said about the Swedish law of evidence. It is of special interest to observe that in Swedish law the rules of admissability are very simple and that hardly any difficulties at all arise in applying them. This is due to the fact that juries take no part — except in some exceptional cases (libel in printed publications) — in the courts of law. When laymen are members of the court they act — together with a lawyer — as judges on the whole issue but cannot influence the verdict unless they are practically unanimous.

This also eliminates the need for making many of the distinctions between questions of fact and questions of law that are important in Anglo-American judicial practice.

In the *introduction* the meaning of the term evidence is explained. It is impossible to have *absolute* knowledge of any fact. Two problems must be examined: how great is the probability for the relevant facts? — How great shall the probability be in order to make it possible for the court to act as if those facts were actualities? The burden of proof as treated in the present work concerns the second of these two questions. A survey is given of various phases of litigation, and the functions the rules of burden of proof may fulfil in these phases are examined. A principle discussed in the following chapters is defined: the preponderance principle. When a

court acts upon this principle it bases its judgement upon those (propositions about) facts which seem most probable, however little the preponderance may seem.

Chapter I concerns the distinction between questions of fact and questions of law so far as this distinction can be of interest when it comes to the burden of proof. It is generally thought that the rules about the burden of proof are to be considered only when questions of fact arise, and that they shall be of no importance when a question of law is at issue. If the preponderance principle is applied within the question of fact it is, however, unnecessary to distinguish between these two questions. In that case the court can decide both questions of fact and questions of law upon what seem to be the best reasons. The preponderance principle cannot, however, be applied in all kinds of cases. For instance, it cannot be applied in criminal cases where it is necessary to acquit the defendant if there is not a very great probability (»beyond a reasonable doubt») of guilt. In many cases, therefore, this problem arises: how is the distinction to be made between questions of fact and questions of law? — It might appear that it would be sufficient to say that questions of fact concern facts and that questions of law concern the legal consequences that are to be given to those facts. But this distinction is not valid unless certain reservations are made. For instance, it must not be overlooked that every decision about legal consequences must be founded on facts (the existence of a statute, a former court decision, a community interest that must be regarded, etc.). There is often uncertainty in these matters and it is fully possible to ask if rules about the burden of proof are to be applied in that case. Various examples are given which seem to show that it is difficult to make a precise and reasonable distinction between questions of fact and questions of law. On the other hand, the impossibility of treating matters of fact and matters of law identically is stressed. It is therefore suggested that it may be possible to modify the rules about the burden of proof

when applied to cases where there is a mixed problem of fact and of law.

Chapter II (as well as the following chapters) takes into consideration only the question of fact. If this question is to be analysed and the rules about the burden of proof investigated , it is necessary first to say a few words about the meaning of probability, particularly in regard to problems which arise in court decisions. In this chapter, therefore, some suggestions are made about the importance of frequencies and of some psychological matters. The conclusion is that an opinion of probability in a court decision is motivated only if, and so far as, it takes into account all relevant knowledge of frequencies. These frequencies are, of course, not always mathematically measurable. We have, for instance, no certain knowledge about the frequency of lying by witnesses in court. But if we can have no opinion at all about frequencies we should not give any opinion about probability. A »belief» about a fact ought to be completely irrelevant if it is not founded upon knowledge of frequencies. Discussion of probability in court decisions is motivated by the fact that the court must act upon one or the other proposition. Acting upon the most probable one means that court decisions will in most cases be founded upon propositions that are actually true.

In *chapter III* the problem of the burden of proof is investigated more thoroughly, the preponderance principle is analysed, and a distinction is made between the problem of the burden of proof and the problem of evaluating the evidence.

§ 1 concerns the following question: is it reasonable to base rules about the burden of proof upon considerations of what is generally probable? This question is answered with no. All knowledge about probabilities shall be considered when an opinion is given about the value of the evidence.

§ 2 concerns this problem: is it ever possible to solve the problem of the burden of proof by applying the preponderance

principle and, if so, in what cases is it reasonable to apply this principle? — By use of examples, it is preliminarily suggested that it would be wrong either to abolish this principle completely or to apply it in all cases. Not always, but in many cases it is necessary to apply a rule specifying that a certain proposition can be taken as true only if it is to some degree more probable than a contrary proposition. This is the case, for instance, when one party says that a certain crime has been committed and the other party that this is not the case. Furthermore, it can not be reasonable to require the same degree of preponderance of probability in all cases of the type cited. It appears that rules about the burden of proof, requiring different shades of preponderance of probability, must be applied if and insofar as one kind of wrong decision about the fact at issue would be — in keeping with all relevant considerations — regarded as more precarious than the other kind. For example, a wrong conviction is more precarious than a wrong decision of »not guilty». — The preponderance principle, however, is perhaps not generally regarded as suitable. It may be criticized from various points of view. Some arguments are, therefore, discussed in greater detail. The principal arguments in favour of the principle seem to be the following. It generally presupposes the best chances for a correct decision (p. 94 ff.). It does not favour one of the parties at the expence of the other party (p. 98). It makes it unnecessary to distinguish — as was pointed out in chapter I — between questions of fact and questions of law. The following arguments may be placed against the preponderance principle. It is dangerous from the point of view of the security of justice (p. 104 ff.). This argument is, however, hardly valid. The preponderance principle can eliminate no risks in this respect but, on the other hand, cannot make them bigger. Another argument of very great importance is this: it is always necessary to apply a rule about the burden of proof in order to make a distinction between different kinds of fact, in such a way that the one party

has to put forward some facts and the other party to put forward other facts (p. 110 ff.). This objection does not, however, concern the problem of the burden of proof as defined in this dissertation. There can, and should in many cases, be different rules about the assertion of facts (in German »Behauptungslast») and about the burden of proof of the facts (in German »Beweislast»). The conclusion in this paragraph is that it would be wrong to make general objections to the preponderance principle.

§ 3 stresses the necessity of distinguishing between the following questions: What is the degree of probability concerning the facts in issue? What degree of probability should be necessary in order to make it possible for the court to act upon the one or the other hypothesis about the facts? The former question concerns only the evaluation of the evidence. The latter is the question of the burden of proof. Some examples show how the distinction should be made.

Chapter IV deals more particularly with the technical questions which arise with the problem of the burden of proof.

In § 1 the following question is put — and answered with no: is it proper to distinguish between presumptions on the one hand and rules about the burden of proof on the other? It is first pointed out that the concensus is that »presumptions of fact» (*præsumptiones hominis* or *facti)* and »conclusive presumptions» (*præsumptiones juris et de jure*) are not to be regarded as presumptions in any applicable meaning of the word. It follows, therefore, that the question concerns those presumptions which are called »presumptions of law». The opinion is registered that there is no difference whatsoever between such a presumption and a rule about the burden of proof, as such rules have previously been defined. A presumption of law can be said to exist when such a rule is upheld that a proposition about a fact can be taken to be true even if it is less probable than an opposite proposition. Certain opinions

about presumptions given by Wigmore in his work »A Treatise on the Anglo-American System of Evidence» are criticized. It seems that he makes an unsuitable distinction between presumptions of fact and presumptions of law. According to the opinion given in this work, a presumption of fact, *i. e.*, no presumption at all, should be said to exist when the court has to take account only of probabilities. For instance, when the question is whether or not a duly mailed letter has arrived to the addressee, it is not necessary to apply a presumption of law in order to make it possible for the court to assume that it has actually arrived. Furthermore, it cannot be reasonable to distinguish between cases where there is and cases where there is not evidence to the contrary of a certain proposition. (Compare citation by Wigmore on p. 145 above.) There is always, to a greater or less degree, evidence to the contrary of every proposition, and no proposition can be said to be true beyond any kind of doubt.

§ 2 concerns a distinction that has been made sometimes between rules about the burden of proof on the one hand and rules about the degree of probability required on the other. This distinction is not valid if the problem of the burden of proof is defined as it is in this thesis.

§ 3 is intended to demonstrate that it is wrong to say that rules about the burden of proof can be of importance only in cases in which there is uncertainty about facts at issue. There is always some degree of uncertainty, and the court has always to apply a rule about what degree is sufficient (what degree should be required). But, of course, cases are often easy to decide, and the judge can often be justified in saying that he feels certain about the facts.

§ 4 concerns the various terms by which a degree of probability can, more or less precisely, be described under Swedish legal practice and according to the suggestions given here.

§ 5 concerns the motivation of court decisions, with parti-

cular attention to problems of evidence. It is argued that the courts should more often state explicitly what degree of probability they use in evaluating the evidence and what they require in applying rules about the burden of proof.

LITTERATUR
som omnämnts i avhandlingen

1. Rättsfallssamlingar, tidskrifter m. m.

Code civil, annoté par Ed. Fuzier-Herman. Nouvelle édition refondue et mis à jour. Tome quatrième. Paris 1938. (Codes annotés contenant sous chaque article l'analyse de la doctrine et de la jurisprudence.)

Forhandlingerne paa det fjortende nordiske Juristmøde i København den 24.—27. August 1928. Udgivet af den danske Bestyrelsesafdeling. København 1928.

Forhandlingerne på det attende nordiske juristmøde i København den 26.—28. august 1948. Udgivet af den danske styrelse. København 1949.

Försäkringsjuridiska föreningens rättsfallssamling. Stockholm.

Nordisk familjebok. Konversationslexikon och realencyklopedi. Andra upplagan. Stockholm 1904—1926.

Nytt juridiskt arkiv. Grundat av G. B. A. Holm. Avd. I och II. Stockholm. (Cit. NJA, resp. NJA II.)

Statens offentliga utredningar 1938: 44. Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk. II. Motiv m. m. Stockholm 1938. (Cit. PLB.)

Statens offentliga utredningar 1946: 69. Förvaltningsförfarandet. Förberedande utredning angående reglering av förfarandet hos förvaltningsmyndigheter i ärenden rörande enskild rätt och därmed sammanhängande frågor. På offentligt uppdrag verkställd av Nils Herlitz. Stockholm 1946. (Cit. Herlitz.)

Svensk juristtidning. Stockholm. (Cit. SvJT.)

Tidskrift för Sveriges advokatsamfund. Stockholm. (Cit. TSA.)

Tidskrift, utgiven av Juridiska föreningen i Finland. Helsingfors. (Cit. FJFT.)

Tidsskrift for Rettsvidenskap. Oslo. (Cit. TfR.)

2. Övrig litteratur

Agge, Ivar, Den svenska straffrättens allmänna del i huvuddrag. Första häftet. Stockholm 1944. (Cit. Agge, Lärobok.)

—— Abstrakt norm och konkret verklighet. Reflexioner kring några lagtekniska spörsmål. (Festskrift tillägnad Gösta Eberstein. Stockholm 1950. S. 7 ff.)

Ahlander, Björn, Är juridiken en vetenskap? Uppsala 1950.

Alexanderson, Nils, Domstolar och rättegång. (Norstedts juridiska handbok. Stockholm 1946. S. 939 ff.)

Almén, Tore, Om köp och byte av lös egendom. Kommentar till lagen den 20 juni 1905. 3 uppl. Förra delen. Stockholm 1934.

Augdahl, Odin, Om bevisbyrden i tvistemål. Oslo 1929.

Augdahl, Per, Norsk civilprosess. Trondheim 1947.

Barraine, Raymond, Théorie générale des présomptions en droit privé. Thèse. Paris 1942.

Behm, Olof, Processreform eller paragrafer? Stockholm 1940.

Brierly, J. L., English law. Oxford och London 1943. (Oxford pamphlets on home affairs No. H. 6.)

»Bryll», se Stapelberg.

Burckhard, Hugo, Die civilistischen Präsumptionen. Weimar 1866.

Cockle, Ernest, Cases and statutes on the law of evidence with notes explanatory and connective presenting a systematic view of the whole subject. 7 ed. by Lewis Frederick Sturge. London 1946.

Cuche, Paul, Précis de procédure civile et commerciale. 9 éd. Paris 1946. (Petits précis Dalloz.)

Deschenaux, Henri, La distinction du fait et du droit dans les procédures de recours au tribunal fédéral. Étude critique de la jurisprudence. Fribourg 1948. (Arbeiten aus dem iuristischen Seminar der Universität Freiburg.)

Dige, Palle Hvass, Bevis i Kontraktsforhold. En Undersøgelse og kritisk Vurdering af de Bevisbyrderegler, som dansk Ret anvender i Kontraktsforhold. København 1945.

Eckhoff, Torstein, Tvilsrisikoen (Bevisbyrden). Oslo 1943.

—— Noen ord om bevisbyrde og bevisbyrdeteorier. TfR 1949, s. 298 ff. (Även tryckt i Norsk forsikringsjuridisk forenings publikasjoner nr 29.)

Ekelöf, Per Olof, Samhällsåskådning och civilprocess. SvJT 1941, s. 106 ff.

—— Juridisk slutledning och terminologi. TfR 1945, s. 211 ff.

—— Sakframställning och domskäl enligt nya RB. SvJT 1947, s. 241 ff.

—— Bevisvärde, tillräckligt bevis och bevisbörda. (Festskrift tillägnad Vilhelm Lundstedt. Uppsala 1947. S. 1 ff. — Uppsala universitets årsskrift 1947: 6) — (Cit. Ekelöf, Bevisvärde.)

—— Omröstning om särskilda omständigheter i tvistemål. SvJT 1948, s. 207 ff.

—— Kompendium över civilprocessen. Del I—III jämte komplement. (Utgivet av Juridiska föreningen i Uppsala. Stencilerat.) Uppsala 1948—1949. (Cit. Ekelöf, Civilprocessen.)

Engströmer, Thore, Vittnesbeviset. Reglerna för dess värdering i svensk ordinär process. Uppsala 1911. (Skrifter utgifna af K. humanistiska vetenskaps-samfundet i Uppsala XIV: 1.)
—— se Gärde.
Frank, Jerome, Courts on trial. Myth and reality in American justice. Princeton, New Jersey, 1949.
Gorphe, François, L'appréciation des preuves en justice. Essai d'une méthode technique. Paris 1947.
Guldberg, Harry, Om bevisprövning och sanningsplikt. SvJT 1948, s. 83 ff.
Gulson, J. R., The philosophy of proof in its relation to the English law of judicial evidence. 2 ed. London 1923.
Gärde, N., Engströmer, Thore, Strandberg, Tore, och Söderlund, Erik, Nya rättegångsbalken jämte lagen om dess införande. Med kommentar. Stockholm 1949. (Cit. Gärde.)
Gärde Widemar, Ingrid, Fastställande av faderskap till utomäktenskapliga barn. (Festskrift tillägnad Natanael Gärde, SvJT 1950, s. 560 ff.)
Hassler, Åke, Några ord om rättegångsbalkens systematik och terminologi. SvJT 1940, s. 151 ff.
—— (Anmälan av Palle Hvass Dige, Bevis i Kontraktsforhold) SvJT 1945, s. 622 ff.
Hedenius, Ingemar, Tro och vetande. Stockholm 1949.
Heimer, Einar Henrik, Om bevisbördan. En processrättslig undersökning. Uppsala 1930. (Uppsala universitets årsskrift 1930. Juridik. I.)
Hellner, Jan, Om obehörig vinst särskilt utanför kontraktsförhållanden. Ett civilrättsligt problem i komparativ belysning. Akademisk avhandling. Uppsala 1950.
Hemming-Sjöberg, A., Några synpunkter på vittnesförhöret och vittnesmålet såsom bevismedel. (Festskrift tillägnad Karl Schlyter. Stockholm 1949. S. 179 ff.)
Herlitz, se Statens offentliga utredningar 1946: 69 (ovan under 1.)
von Hofsten, Nils, En ny tysk metod för biologisk faderskapsprövning. SvJT 1950, s. 943 ff.
Holm, Einar, Några synpunkter på barnuppfostringsmålen. SvJT 1949, s. 567 ff.
Holm, H. H., Bevisbedømmelse—Bevisbyrde (en civilprocessuel Studie.) TfR 1941, s. 135 ff.
Hult, Phillips, Regel, standard och skön. (Festskrift tillägnad Nils Stjernberg. Stockholm 1940. S. 128 ff.)
Kallenberg, E., Svensk civilprocessrätt. Andra bandet. Lund 1927—1939. (Cit. Kallenberg, Svensk civilprocessrätt II.)
—— Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk. Några anteckningar och reflexioner. SvJT 1940, s. 1 ff.

—— Bevisrätten i processlagberedningens förslag till rättegångsbalk. I. SvJT 1940, s. 497 ff.
—— Grundfrågor angående domen i tvistemål. SvJT 1944, s. 353 ff.
Karlgren, Hjalmar, (Anmälan av Kristen Andersen, Norsk kjøpsrett i hovedtrekk) SvJT 1946, s. 546 ff.
Lassen, Bengt, (Anmälan av Festskrift tillägnad Vilhelm Lundstedt) SvJT 1949, s. 197 ff.
Leonhard, Franz, Die Beweislast. 2 Aufl. Berlin 1926.
Lindhagen, Arthur, Om motivering av dom. SvJT 1947, s. 321 ff.
Lindstedt, Anders, Om domars avfattning. (Festskrift tillägnad Natanael Gärde, SvJT 1950, s. 663 ff.)
Lundstedt, A. V., Föreläsningar över valda delar av obligationsrätten. III. Obligationsbegreppet. Förra delen: Fakta och fiktioner. Uppsala 1929.
McKelvey, John Jay, Handbook of the law of evidence. 4 ed. St. Paul, Minn., 1932. (Hornbook series.)
Maguire, John McArthur, Evidence. Common sense and common law. Chicago 1947.
—— se Morgan.
Manigk, Alfred, Die Revisibilität der Auslegung von Willenserklärungen. Mit Beiträgen zur Methodik der Rechts- und Tatfrage. (Die Reichgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts. Sechster Band. Zivilprozessrecht. Leipzig 1929. S. 94 ff.)
Marty, Gabriel, La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de controle de la cour de cassation sur les juges du fait. Thèse. Paris 1929.
Michael, Jerome, The elements of legal controversy. An introduction to the study of adjective law. Brooklyn 1948. (University casebook series.)
Molin, Gunnar, Rättssäkerhet i rättegång. En anmälan av Arvid Rudlings bok. TSA 1948, s. 253 ff.
Morgan, Edmund M. and Maguire, John McArthur, Cases and materials on evidence. 2 ed. Chicago 1942. (University casebook series.)
Nial, Håkan, (Anmälan av Minnesskrift utgiven av Juridiska fakulteten i Uppsala 1929 till hågkomst av dess första doktorspromotion 1629). SvJT 1930, s. 351 ff.
—— »En teori om bevisbördan.» SvJT 1931, s. 50 ff.
Nilsson-Stjernquist, se Stjernquist.
Olivecrona, Karl, Bevisskyldigheten och den materiella rätten. Uppsala 1930. (Cit. Olivecrona, Bevisskyldigheten.)

—— »En teori om bevisbördan.» SvJT 1930, s. 553 ff.
—— Domen i tvistemål. Lund 1943. (Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten i Lund. II.)
—— Utsökning. Föreläsningar. Lund 1945.
—— Civilrätten och processen. (Föreläsningsmanuskript.)
Osborn, Albert S., The problem of proof especially as exemplified in disputed document trials. A discussion of various phases of the proof of the facts in a court of law, with some general comments on the conduct of trials. 6 printing. Albany, N. Y., 1947.
Oxenstierna, Gunnar, Sannolikhetens filosofi. Stockholm 1937. (Studentföreningen Verdandis småskrifter. N:r 395.)
Palme, W. A., Till frågan om bevisbördans fördelning i sakförsäkringsmål. FJFT 1945, s. 18 ff.
Phipson's manual of the law of evidence for the use of students. 6 ed. London 1943. (Cit. Phipson.)
Rosenberg, Leo, Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung. 2 Aufl. Berlin 1923. (Cit. Rosenberg, Die Beweislast.)
—— Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts. 4 Aufl. München 1949. (Cit. Rosenberg, Lehrbuch.)
Rudholm, Sten, (Anmälan av Theodor Petersen, Retsliv og Retspleje i England) SvJT 1950, s. 435 ff.
Rudling, Arvid, Rättssäkerhet i rättegång. Stockholm 1947.
Russell, Bertrand, Human knowledge. Its scope and limits. London 1948.
Scheel, Herman, Grunntrekk av læren om bevisbyrden. Oslo 1938. (Juridiske småskrifter utgitt av Tidsskrift for Rettsvidenskap. N:r 2.)
Schlyter, K. J. D., Rättsfråga och sakfråga i högsta instans. København 1928. (Afhandling til det 14. Nordiske Juristmøde.)
Shaw, William, Evidence in criminal cases. 3 ed. London 1947.
Stapelberg, Eric (sign. »Bryll»), När rätten bedömer trovärdighet. Dagens Nyheter den 20 juli 1950.
Stephen, Sir James Fitzjames, A digest of the law of evidence. 12 ed. London 1948.
Stjernquist, Per Nilsson-, Om handräckningsutslag. Lund 1946. (Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten i Lund. VI.)
Strandberg, se Gärde.
Sturge, se Cockle.
Söderlund, se Gärde.
Thornstedt, Hans, Om företagaransvar. Studier i specialstraffrätt. Akademisk avhandling. Stockholm 1948.
Tirkkonen, Tauno, Några drag ur den nya finska bevisrätten. SvJT 1949, s. 621 ff.

Tybjerg, E., Om bevisbyrden. Kjøbenhavn 1904.
Wachtmeister, Arvid, (Anmälan av François Gorphe, L'appréciation des preuves en justice) SvJT 1948, s. 585 ff.
Watson, C. Sydney, The law of evidence. An inquiry into the basis and development of the principal rules of evidence in English law, with a few suggestions for reform. Thesis. London 1917.
Welamson, Lars, Om brottmålsdomens rättskraft. Akademisk avhandling. Stockholm 1949.
Widemar, se Gärde Widemar.
Wigmore, John Henry, The principles of judicial proof or the process of proof as given by logic, psychology, and general experience and illustrated in judicial trials. 2 ed. Boston 1931. (Cit. Wigmore, The principles.)
—— A treatise on the Anglo-American system of evidence in trials at common law including the statutes and judicial decisions of all jurisdictions of the United States and Canada. 3 ed. in ten volumes. Volume IX. Boston 1940. (Cit. Wigmore, A treatise IX.)
Wildte, Sigurd, Om kostnader i civil rättegång och deras gäldande. Akademisk avhandling. Göteborg 1931.
Wills, on the law of evidence in civil and criminal cases. 3 ed. London 1938.
Wunderli, Ernst, Die Trennung von Tat- und Rechtsfrage bei den zivilrechtlichen Rechtsmitteln oberster Instanz im französischen und deutschen Recht. Diss. Zürich. Zug 1947.