

外国法学名著

docsriver.com
商家本本店

证明责任论

—以德国民法典和民事诉讼法典为基础撰写

(第四版)

[德] 莱奥·罗森贝克 著

庄敬华 译

中国法制出版社



责任编辑/陈学军
封面设计/拓野

D915.213
L07

外国法学名著

- 《英宪精义》 [英] 戴雪 / 著
- 《德国刑法教科书》（总论） [德] 汉·海因里希·耶赛克 / 等著
- 《犯罪人论》 [意] 切萨雷·龙勃罗梭 / 著
- 《证明责任论》 [德] 莱奥·罗森贝格 / 著

ISBN 7-80083-899-4



9 787800 838996 >

ISBN7-80083-899-4/D·864

定价：28.00元

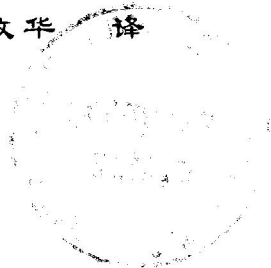
外国法学名著

证明责任论

——以德国民法典和民事诉讼法典为基础撰写

(第四版)

[德] 莱奥·罗森贝克 著
庄敬华 译



中国法制出版社

责任编辑 陈学军

图书在版编目 (CIP) 数据

证明责任论：以德国民法典和民事诉讼法典为基础
撰写 / (德) 罗森贝克著：庄敬华译. —北京：中国法制
出版社，2001.12

(外国法学名著)

ISBN 7 - 80083 - 899 - 4

I. 证... II. ①罗... ②庄... III. 民事诉讼 - 举证
责任 - 研究 IV. D915.213.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 089336 号

外国法学名著

证明责任论

——以德国民法典和民事诉讼法典为基础撰写

ZHENGMING ZEREN LUN

著者 / (德) 莱奥·罗森贝克

译者 / 庄敬华

经销 / 新华书店

印刷 / 河北省涿州市新华印刷厂

开本 / 850 × 1168 毫米大 32

印张 / 15.875 字数 / 384 千

版次 / 2002 年 1 月第 1 版

2002 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7 - 80083 - 899 - 4/D·364

(北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031)

定价：28.00 元

(如发现印装问题请与本社发行部联系 电话：66062752)

作者简介

庄敬华，女，1962年生，安徽省砀山人。1983年毕业于广州外国语学院西语系德语专业。1988年毕业于中国政法大学研究生院民法专业。1991年任中国政法大学讲师，1996年任中国政法大学副教授至今。曾于1998年10月—1999年10月在德国波鸿大学进修民商法。

证明责任：世纪之猜想

——《证明责任论》代译序

张卫平*

我第一次知道诉讼法大师——罗森贝克教授的大名，是在我进入研究生学习的初期（1983年）。我的导师王锡三教授，一位现在似乎不大为学生们知晓，但却是一位资深的民事诉讼法学家，也可以说是那时（八十年代初）大陆惟一的一位通晓大陆法系民事诉讼法学的教授。正是这位治学严谨的老人把我引进了民事诉讼法学理论的殿堂。王教授早年曾就学于日本明治大学，由于这一知识背景使王教授在讲授民事诉讼法学时，常常如数家珍般地介绍外国民事诉讼理论中的各种观点和学说。而在各种著名的学说背后则总是站立着一位法学大师。在这些叙说着如同古希腊哲学般深奥的诉讼理论的大师中，给我影响最深刻的就是德国的莱奥·罗森贝克教授。至今为止，罗森贝克教授也是我认为最令人敬佩的一位大师级学者。罗森贝克教授生于1879年，44岁时成为德国根舍大学的教授。1963年12月18日在德国逝世，终年84岁。罗森贝克也是一个极有天赋的人物，著名的《证明责任论》一书就是在他年仅二十一岁时写成的。^②除了《证明责任论》这部传世名作之外，罗森贝克的《民事诉讼法教科书》也是一部全面阐述民事诉讼原理的经典著作，至今再版近三十次。在这部书中，罗森贝克提出了著名的新诉讼标的理论。

* 清华大学法学院教授、博士生导师、中国法学会诉讼法研究会副会长。

② 参见仓田卓次译《证明责任论》之译者序文，《证明责任论》，第3页，判例时报社，1962。

在民事诉讼法学界，关于民事诉讼法学的著作可谓汗牛充栋，但真正称得上传世名作的并不多，罗森贝克教授的《证明责任论》可以毫不夸张地说是一部真正的名著。尽管在研究生期间就知道了罗森贝克的证明责任理论，以后也从日本和台湾学者的民事诉讼法学著作中读到罗氏的证明责任学说，大陆也有些人介绍过罗森贝克的理论，但限于外语的原因，其介绍仍然是通过间接的资料，难免欠缺全面和误识。1993年我东渡去日本东京大学作访问学者，第一次到东京神保町——有名的书店街，就在法律书店看到了日文版的罗森贝克名著《证明责任论》，真是如获至宝一般。但一看书的价格也着实吓了一跳——4635日元，按照当时的兑换价，人民币应该是400元左右。要知道当时国内同样页码的书只有15元左右，是国内书价的27倍！当时我在国内的工资不到700元。我不知道去看多少次，均是空手而归，但最后还是把它买了下来。此书的确应当买，值得买。得到这部书，就像得到一部武侠小说——《葵花宝典》。

日文版的《证明责任论》由日本学者仓田卓次先生从德文版译成。仓田卓次先生在东京高等法院作过法官，在德国研修期间拜见过罗森贝克教授。仓田卓次的研究方向也是民事诉讼法，尤其对证明责任有深入的研究，因此将罗氏的《证明责任论》一书译得十分到位。他也是罗氏理论的坚定拥护和捍卫者。回国由于教学和研究的需要，我常常捧读罗氏的《证明责任论》，曾经还想过将日文版的《证明责任论》转译成中文，但一想，本身翻译就可能影响本书的学术价值，再一转译岂不再“打折”。现在终于见到了庄敬华女士^①直接根据德文版翻译过来的《证明责任论》，自然是十分欣喜，尽管这本《证明责任论》的中译本比起日译本晚了40年！

如果要论当前我国民事诉讼法学界和实务界最关注的问题是

^① 中国政法大学副教授。

什么的话，则可以不加考虑的回答是民事证据问题。有些学者正在组织起草民间性质《民事证据法》，最高法院也打算推出关于民事诉讼证据问题的司法解释，目前也在紧锣密鼓地进行调研、论证。若要问民事诉讼证据的若干问题中，那一个问题最重要，也同样可以不加思索地回答：是证明责任的问题。证明责任的问题也是民事诉讼中最复杂的问题之一，将证明责任的问题称“猜想级”的问题一点也不过分。首先是由于证明责任问题在实践中的重要意义。罗森贝克就指出“在民事诉讼中，证明责任的分配具有重大的实践意义，是绝大多数人达成的共识。深入的研究表明，这一意义已经超出了人们的想象。”在现代诉讼中，法院对当事人的请求是承认还是否认，必须依赖一定事实，而这些事实的存在与否应当由谁来证明？不能证明时，谁应当承担其相应的法律后果呢？这就涉及证明责任的分配问题。其次，之所以称为“猜想级”问题就是因为问题的复杂性，关于证明责任的问题本身还包含一系列子问题，这些问题不仅在我国没有解决，即使在外国有些问题也没有彻底解决。而在我国，甚至连证明责任的一些基本概念也尚未厘清。在我国，从九十年代开始，民事审判方式改革成了社会改革在审判领域的直接体现在，成了这一领域最大的政治。民事审判方式改革虽然涉及民事审判制度的各个方面，但毫无疑问，民事证据制度改革在民事审判改革中占据了最重要和中心的地位。在民事审判方式改革的整个系统工程中民事证据制度改革的力度最大，改革的进程也最快。尽管民事审判方式改革之初并非以证据制度改革为切入点，现在也仍然有学者将落实公开审判制度作为民事审判方式改革的核心，但由于证据制度在民事诉讼制度中的天然核心地位，因此，关于民事诉讼制度的全面改革就不可能不触及证据制度，并且自然地将证据制度改革置于其改革的核心和中心地位。从审判的逻辑结构来看，民事审判结构的搭建是以证据制度为骨干和基础的。而民事证据制度改革的最初切入点就是证明责任制度，改革的措施就是强化“举

证责任”。证明责任的强化和落实体现在当事人不能证明自己的主张时不利后果的实在化，而不是像过去那样，只是学者们在喊“狼来了”。当事人只能从自己不能证明中去寻找败诉的原由，而无法从法院方面追究败诉的原因。举证责任对中国的律师已不是生僻的法律术语。

与改革的发展模式相同，关于举证责任的实践早已走到理论的前面，当理论界还在探讨举证责任的性质时，不少法院已经将举证责任分配的规则摆在了每一个当事人的面前。借民事审判改革的强劲东风，许多中高级法院都制定了《证据规则》，并作为民事审判方式改革重要的显形成果。该规则中最重要的内容就是证明责任及证明责任的分担。然而，在面临证据规则时，我们还是应当问一下证明责任究竟是何含义，它意味着什么，为什么证明责任要这样分担等等。遗憾是人们在一开始提出强化证明责任时，并没有真正地去追问一番，似乎这是一个人们早就认同的概念和制度，只是人们多年以来一直把它束之高阁而已。仔细思索，其实并非如此。教科书也并没有给我们明晰的说法。因为，在传统的民事诉讼体制下，我们没有真正系统地接纳过证明责任制度和证明责任制度依存的理论。在教科书以及文章中，人们常常提到在我国民事诉讼中证明责任倒置如何如何，但实际上，在我国民事诉讼法中“正置”的证明责任分配原则是尚清楚的情况下，如何知道证明责任“倒置”应当是一种状态呢？人们甚至并不清楚证明责任究竟是什么。

罗森贝克在《证明责任论》一书正确地回答了关于证明责任的若干基本问题，例如，主张和证明是权利、义务还是责任；应当如何理解证明责任；证明责任中的主观证明责任和客观证明责任；法律推定与事实推定等等；但在罗森贝克的《证明责任论》中，份量最重、最核心的部分是关于证明责任分配的理论，罗森贝克在《证明责任论》中用了整整100页的篇幅（德文版）来详尽地论证关于证明责任分配原则的理论，也是罗氏证明责任理论

中最闪光,也是最有争议的部分。罗氏证明责任的分配理论一诞生,就在学术界产生了巨大的影响,并逐渐成为德国的通说,至今仍然是德国、日本、韩国以及我国台湾地区证明责任分配的原则。

证明责任分配的理论学说可以分为两大类,一类是按照证明对象的性质来分析,确定哪些事实应当哪一方来加以证明。例如消极事实说和外界事实说。根据消极事实说,主张消极事实者不承担证明责任。根据外界事实说,则主张外界事实者不承担证明责任。第二类是按照法律构成要件的事实,依据不同的价值标准对证明责任加以分配。这类学说统称为法律要件分类说。其中具有代表性的有因果关系说、通常事实说(或称通常发生事实说)、最低限度事实说、特别要件说。^①罗森贝克的证明责任分配理论被称为规范说(Die Normentheorie),也属于法律要件分类说这一大类。

罗森贝克的证明责任分配原则是,“如果没有一定的法规可以适用,则无法获得诉讼上请求效果的当事人,应就该法规要件在实际上已经存在的事实予以主张和举证。”“简而言之,各当事人应对其有利于自己的规范要件加以主张和举证。”^②罗森贝克的分配理论建立在纯粹的实体法规结构的分析之上。从法律规范相互之间的逻辑关系寻找分配的原则。从对实体法律规范的分析上去寻找证明责任分配的原则,就方法论上讲并不是罗森贝克的首创。但从法律规范相互之间的关系中去发现分配的原则,应当说是罗森贝克的独创。罗氏认为在法律规范中存在着一种补足支援关系和相互对立或排斥的关系。这里的相互排斥或对立并不是说法规相互之间中存在着矛盾。而是指法规中既有关于发生权利的

^① 参见张卫平:《诉讼构架与程式》,第278页—288页,清华大学出版社,2000。

^② (德) L·罗森贝克:《证明责任论》,仓田卓次译,第116页,日本判例时报,1987。

规范，也有妨碍权利的规范或消灭权利的规范，这些规范对权利有着肯定和否定对立关系。例如，德国民法典第 607 条规定，消费借贷的贷与人有请求借用人返还借贷物的权利。同时，德国民法典第 107 条也有关于未成年人意思表示的法律效力的规定。如果借用人未成年时，借贷关系便不能成立。德国民法典第 362 条还规定，借贷请求权因履行而消灭。德国民法典第 119 条规定，表意人意思表示错误的，可以撤销其意思表示。使得原已生效的法律关系从一开始就无效。德国民法典第 222 条规定，时效消灭后，债务人即可以拒绝向债权人给付。民法的该条规定就属于限制其债权实现的受限制性规范。^①

基于上述分析，罗森贝克将所有的实体规范首先分为彼此对立的两大类：一类能够产生某种权利的规范。这些规范被称为“基本规范”（Grundnorm）或“请求权规范”（Anspruchsnorm）、“主要规范”（Hauptnorm）、“通常规范”（Regelnorm）。另一类规范是与产生权利规范相对应的，妨碍权利产生或使已经产生的权利复于消灭的规范。这类规范又可以进一步分为三类：权利妨碍规范（Rechtshindernde Norm）、权利消灭规范（Rechtsvernichtende Norm）和权利受制规范（Rechtshemmende Norm）。上面所谈到的关于借贷人可以请求借用人返还借款的规定就是权利产生规范。关于债权因债务履行而消灭的规定属于权利消灭规范。关于未成年人意思表示的规定就是权利妨碍规范。关于时效的规范则是权利受制规范。^②以后，罗森贝克又将权利受制规范并入权利妨碍规范之，将所有规范只分为三类。

罗氏在对实体法规范作了上述分类之后，便对适用上述规范

①（德）L·罗森贝克：《证明责任论》，仓田卓次译，第 117-118 页，日本判例时报，1987。

②（德）L·罗森贝克：《证明责任论》，日文全订版，仓田卓次译，第 117-118 页，日本判例时报，1987。

所要求的事实的证明进行分配。主张权利存在的人，因为要求适用关于权利产生的规范，因此，应就权利产生的法律要件事实举证。例如，主张对方损害赔偿，就必须满足损害赔偿的法律要件。这些要件是：1. 损害事实的存在；2. 加害人有主观上的过错；3. 损害事实与行为人的行为有因果关系；4. 加害人实施了加害行为；如果赔偿请求权人不能对这些要件事实加以证明，就不能适用关于损害赔偿的法律规范，请求人的请求权也就不能成立。相应的，否认权利存在的人，应对妨碍该权利的法律要件事实举证；主张权利消灭的人，应对权利已经消灭的法律要件事实举证；主张权利受制的人，应对权利受制的法律要件事实举证。依据罗森贝克的观点，之所以要进行这样的划分，是因为法官适用法律时，首先必须确认适用该法律的法律要件事实存在，然后才能适用。主张的当事人如果不能证明该法律要件事实的存在，法官就不能依据该当事人的请求适用该法律，确认其该法律效果的存在。正是由于罗氏立足于实体法律规范的相互关系，分析法律规范用语与内容的关系，以法律条文为证明责任分配的依据，所以，罗氏的分配理论就称为“规范说”。

规范说强有力的逻辑分析，以精细的法律规范分析作依据，具有很强的操作性。所以，该说出台不久，便战胜其他分配学说，成为德国通说，并扩散到日本以及亚洲的其他国家和地区，也成为通说。也许是规范说“统治”的时间太长，人们对规范说太熟悉，规范说的种种问题也不断地显现出来。本世纪60年代中期，首先由德国学者对罗氏的规范说“发难”。主将是德国学者瓦亨道夫（Wahrendorf）和莱伊波特（Leipold）。以后，日本学者也在其“本土”对规范说发起攻击，掀起一场强劲的批判浪潮。^① 领衔学者有石田穰、松本博之、春日伟知郎、加藤雅信、

^① 1971年日本学者柏木邦良教授首次将德国学者对罗森贝克证明责任理论的反思性探讨介绍到日本。部分日本学者也开始了罗森贝克理论的再认识。

陇崎喜助等，阵容强大，将规范说的批判本土化，即结合日本的实体法和诉讼实践分析罗氏的证明责任论。学术争论之“惨烈”，在日本法学界可谓史无前例。这一点恐怕是罗森贝克在著书时绝对没有想到的。规范说的日本“辩护律师”主要有罗森贝克《证明责任论》一书的日文译者——仓田卓次以及伊东乾、贺集唱等人。在日本，为了更进一步地明确双方的观点，日本民事诉讼法学会在1975年组织了双方学者面对面地陈辩自己的观点，就像开庭审理一样，旁听者是民事诉讼法学界的诸多学者，只是没有裁决的法官。1995年笔者在一桥大学学习，虽距双方论战之时已有20年，但似乎仍然能够闻到激战的硝烟味。我当时的指导老师，日本著名的法学家竹下守夫教授谈到当时的情景仍深有感触。诺贝尔经济学奖获得者阿马蒂亚·森就指出，日本人是一个很少争论的民族。^①日本的人文学者对此也有定论，我在日本生活期间对这一点也深有体会。在学术讨论会上学者之间的论证也绝不像国内讨论会那样，双方直接交锋，并言词激烈。日本关于证明责任分配的论战可以说完全是一个例外。批判派与辩护派之间的言词之激烈是罕见的。这也足见罗氏理论和证明责任分配的重要性。

对罗氏规范说的批判主要有以下几点：

1. 规范说以预设的权利产生规范、权利妨碍规范和权利消灭规范为三种标准，然后以演绎推理的方法在具体问题中的引出证明分配的法则。但这样作的前提必须是所有的实体规范能够这样进行逻辑划分，但实际上，权利产生规范与权利妨碍规范无法加以区分。以日本民法第95条为例，该条规定：“法律行为的要素有错误者，意思表示无效。但表意人不得自己主张其意思表示无效。”依照规范说的理论，错误存在的事实就应当是权利妨碍的事实，那么，该条就是关于权利妨碍的规范。问题在于，如果

^① 阿马蒂亚·森：《伦理学与经济学》，第24页，商务印书馆，2000。

立法者将错误存在事实当作权利妨碍事实，这与立法者将错误不存在的事实当作权利产生事实是完全相同的。两者的区别仅在于立法者的表达方式不同而已。^①反对者认为这是罗森贝克理论的一个致命点。

关于这一点，莱昂哈德就曾经在本世纪初，罗氏的《证明责任论》一书出版前，针对当时的通说中关于权利根据事实和权利妨碍事实的划分提出批评，认为这种划分并没有经过证明，是一种任意的划分。因为，一种法律效果的要件既可以是权利根据事实，同时也可以是权利妨碍事实。例如，关于行为能力，如果依照区分权利根据事实和权利妨碍事实的观点，有行为能力为权利根据事实，无行为能力为权利妨碍事实。但事实上有行为能力者对自己的行为负责与无行为能力者不对自己的行为负责是同一个意思。20年以后，罗森贝克对莱氏的这种批评进行回应。认为权利妨碍的法律要件对于实体法仍然有其意义。为了增强说服力，罗森贝克举出了很多例子。其中一个例子是关于车内吸烟的例子。罗氏举例说，关于车内吸烟有两个规定：一个规定是在一等车厢中，只有征得所有乘客的同意时，才能吸烟；另一个规定是如果旅客没有异议就可以吸烟。罗氏认为，这两个规定的实体法效果是不同的。前者是以全体乘客的同意为法律要件，依后者的规定，在没有乘客提出异议之前，吸烟是被许可的。对此，莱氏的反驳是，这个例子不能说明区分权利根据规范和权利妨碍规范的必要性。因为，关于吸烟的两个规定在实质上就是不同的，所以才有不同的实体法效果。不能成为对上述行为能力问题辩护的理由。笔者也注意到，前一个规定，同意是先行的、前提性的，而后一个规定，吸烟是主动和现行的。乘客异议是被动的行

^① (日)石田穰：《证明责任论的现状与未来》，日本，《法学协会杂志》第90卷第8号。

为。^①

2. 规范说在方法论上采用法规不适用原则和法律规范分类方法,并依此对要证进行分类。这种分配的结果与法律上的事实推定矛盾。按照罗森贝克的观点,法律上的事实推定,是指某一法律构成要件事实,受另一事实推定的规定。法律构成要件的事实称为推定事实,另一事实为前提事实。德国民法典第1253条第1款前段规定:“质权人将质物返还于出质人或所有时,其质权消灭。”该条第2款又规定:“质物有出质人或所有人占有时,推定质权人已经返还其质物”。质权人返还质物的事实为推定的事实,出质人或所有人占有质物的事实为前提事实。根据规范说,主张质权消灭的人,应就质权返还的事实举证,因为该条第1款的规定应当是权利消灭的规范。如果主张质权的人不能证明返还质物的事实,使是否返还质物的事实真伪不明状态时,法官就不能作出有利于主张质物消灭的人的判决。但该条第2款已经规定,如果主张质权消灭的人能证明其占有质物的事实,即使质物返还的事实真伪不明,法院也应当适用第1款的规定,作出有利于主张者的判决,而不是罗森贝克所说的法规不适用。^②

3. 对规范说的批判还针对该学说中认为对间接反证的事实也应适用关于客观证明责任分配原则的观点。所谓间接反证,是指负有证明责任的一方当事人借用经验法则(举出事实A、B、C)推导出自己主张的正确性。这种情况下,不负证明责任的对方当事人又通过对与A、B、C不同的事实的证明,动摇了法官前面已经形成的心证,使负有证明责任的当事人应证明的事实又回到了真伪不明的状态。前一当事人的证明称为“间接证明”,后面针对该当事人的间接证明而提出的证明则称为“间接反证”。

① (日)松本博之:《证明责任的分配》,第49页、第50页,日本,信山社,1996。

② 参见陈荣宗:《举证责任与民事程序法》(第二册)第29页,1984。

反规范说的学者认为，罗氏在这里混淆了主观证明责任和客观证明责任的区分，对间接事实不存在客观证明责任负担，只是主观证明责任负担的问题。当间接事实获得证明时，原告虽然应当另外提出事实或证据以推翻法官对间接事实的认定，但并不是原告对推翻间接事实的其他事实负担客观证明责任。客观的证明责任仍然由被告负担。^① 罗氏理论的日本批判者石田教授指出，根据罗氏理论，间接反证理论的目的在于补充证明责任分配，不在于变更证明责任的分配，但实际上罗氏理论所提到的例子大多数都表明间接反证的目的在于变更证明责任的分配，与其理论相悖。例如，日本民法第 588 条（准消费借贷）的规定：“非因消费借贷而承担给付金钱或其他物的义务の場合，当事人约定以该金钱为消费借贷标的时，消费借贷视为成立”。按照罗氏理论，如果当事人之间存在消费借贷的书证时，则可以推定旧债务已经存在的事实即非因消费借贷而承担给付债务的事实，所以债务人对于旧债务清偿事实或就债务不存在的事实，应以间接反证方法加以证明。石田教授指出，因存在书证而事实上推定旧债务清偿事实不存在或旧债务成立，不过是旧债务存在的略式表达而已，两者属同一件事，不是说，前者属于主要待证事实，而后者属于间接事实。因此，债务人如果提出反证推翻旧债务清偿事实不存在或旧债务不成立就足够了，根本没有必要运用间接反证理论。按照债务人应以间接反证对旧债务清偿事实或旧债务不成立加以证明，事实上将证明责任分配加以了变更。^②

4. 对规范说的批判除了集中于该理论自身结构和逻辑之外，批判者还指出该学说的功能缺陷。认为法律要件分类说过于注重法律规定的形式构成，完全不考虑举证难易、对权利救济的社会

① （日）松本博之：《证明责任的分配》，第 51 页，日本，信山社，1996。参见陈荣宗：《举证责任与民事程序法》（第二册）第 30 页，1984。

② （日）石田穰：《证明责任论的再构成》，《判例タイムズ》第 322 号。

保护,使证明责任制度的适用走入教条,从而影响证明责任分配的实质公平与公正。尤其是消费者保护诉讼和环境污染侵权诉讼中,如果按照规范说分配证明责任,则受害人很难有效地维护自己的合法权益。并在批判之中对法律要件分类说进行修正调整,或对其彻底否定以新学说取而代之。

应当说,德日学者对规范说的批判是相当尖锐犀利的。但维护规范说的学者并没有就地缴械投降,挂出免战牌,而是积极应战,对反规范说的种种“指控”进行辩护,并适时给予了批判,同样猛烈地还击。

规范说的拥护者针对反规范说的观点实施了有力的“防守反击”。例如,关于权利产生规范与权利妨碍规范的区分问题。维护者认为,石田穰教授的责难也不够是新瓶装旧酒而已,是莱昂哈德理论的翻版。将某一事实的存在,积极地认为属于权利发生规范,或者将该事实的不存在,消极地认为属于权利妨碍规范是完全可以的。如何区分,关键在于把握立法者的意图,而立法者的意图可以从法条的语言表达和体裁中明了。以日本民法第95条为例,该条中规定的“法律行为的要素有错误时,意思表示无效”,在立法者的意思来看,只能是指法律行为无效时的法律要件,怎么能够理解为是法律行为有效的要件呢?即反驳石田穰所说的,该条规定既可以是权利发生规范,也可以是权利妨碍规范的说法。^①

关于批判者就间接反证问题上的责难,罗氏理论的坚定拥护者仓田卓次针对上述石田的观点反驳指出,间接反证绝大多数是证明过程中及根据证据以及自由心证进行事实认定的过程中所发生的,一般而论,是经验法则在三段论适用上一种现象,而不是法规在三段论适用上的问题。间接反证是法规具有特殊构成要件时所发生的现象。因为法规中的要件是抽象的,所以从具体的事实来看,该要件就往往具有多义性。《日本民法》第588条规定

① (日)仓田卓次:《对证明责任论中通说的拥护》载《判例タイムズ》第318号。

的旧债务存在这一要件，因为是法律状态要件事实，因此要求自身的适用符合法规三段论。间接反证大多数发生在证明责任的情形中，日本民法第 588 条规定属于特殊情形，只有在这一特殊情形下证明责任的分配才存在问题。

我们注意到，由于论辩双方的各种观点都是在特定的环境、法律背景、视角和话语场境中进行的，因此，境外人有时很难对论辩双方观点的正误作出判断。

人们对规范说的批判，其最终目的还是在于推出能够弥补或取代规范说的证明责任分配的新理论。一些学者也正是在批判中提出自己的分配理论的。这些理论（除了罗森贝克理论的修正者外）的基本出发点是摒弃规范说以法律条文的形式分类确定证明责任的“法学形而上学”^①的方法。不再维持统一抽象的形式标准，而考量利益衡量、公平、权利救济等等因素，建立多元的分配标准或体系，灵活地分配证明责任。这些学说可统称为“反规范说”。主要有以下几种理论。主要有“危险领域说”、“盖然性说”^②等等。最值得注意的是危险领域说（Gefahrenkreistheorie）。

危险领域说是一种被认为区别于规范说的有关证明责任分配的新理论。其倡导者是德国学者普霍斯。霍普斯关于危险领域说的发想源于霍普斯对德国一系列判决的研究。这些判决在涉及合同违约的诉讼中，在如何分配证明责任的问题上，有比较特殊的地方。普氏发现，从水源案开始，法院对于来自“涉及危险领域”的损害原因处于真伪不明状态时，则由被告负担证明责任。而不是像过去那样，关于损害原因事实的证明由原告承担。普霍

^① 德国学者莱昂哈德指出，人为地区分所谓权利根据规范和权利妨碍规范是一种“法学形而上学”。见（日）松本博之：《证明责任的分配》，第 51 页，日本，信山社，1996。

^② 关于“盖然性说”的具体内容可参见拙著《诉讼构架与程式》，清华大学出版社，2000 年版，第六章“证明责任分配”。（德）汉斯·普维庭：《德国现代证明责任论》，吴越译，第十七章“危险领域与客观责任的分配”。

斯从这些判决得出一个结论：在危险领域应当适用一种新的证明责任分配的原则。所谓“危险领域”，按照普氏的界定，是指当事人在法律上或事实上能支配的生活领域。在这个“危险领域里”，被害人对于损害发生的主观和客观要件均不承担证明责任。相反，加害人应对不存在损害事实发生的主观和客观要件事实加以证明。这种加重加害人证明责任的分配理论出于以下考虑：1. 被害人难于知道处于加害人控制之下的危险领域里所发生的事件过程，因此，难于提出证据。2. 相反，由于该危险领域在加害人的控制之下，加害人更容易了解有关案件的情况，因此，容易提出证据，证明自己的清白。3. 德国民法中有关当事人民事责任承担的法律规定均在于防止损害发生。要实现这一目的，就应当让加害人在自己控制的危险领域里所发生的事情加以举证，不能证明时就要承担不利的后果。这样有利于预防损害的发生。总之，有加害人承担证明责任是因为损害原因出自加害人能控制的危险领域，而受害人是不能左右。^① 危险领域说认为，证明责任分配的标准在危险领域和没有危险的领域应当是不同的。在这些领域中，如果仍然按照规范说的标准分配证明责任的话，就难以使受害人的权利得到救济。根据规范说的证明责任分配原则，主张权利产生的人就应对权利产生的法律要件事实举证。在损害赔偿的场合，损害赔偿请求权能够成立，就必须证明以下法律要件事实：（1）存在损害事实；（2）加害人有过错；（3）加害行为与损害事实有因果关系；（4）加害行为是侵权行为。如果上述事实由受害人承担，显然加重了被受害人的利益。尤其是加害行为与损害事实的因果关系的证明，对于被害人来讲往往相当困难，特别是在现代工业化时代，因果关系常常不能以人们一般所具备的知识去判断、识别，这就给受害人的权利救济设置了障碍。因

^①（德）汉斯·普维庭：《德国现代证明责任论》，吴越译，第十七章“危险领域与客观责任的分配”。

此，必须反思法律要件分类说，积极考虑如何分配证明责任。危险领域说的最大特点是不拘泥于法律条文对权利规定的形式构成，把证明的难易和有利于防止损害的发生作为证明责任分配的根据。在这一点上，危险领域说似乎是待证事实分类说的回归，但实际上危险领域说并没有完全否定法律要件分类说。不过是主张在某些领域（危险领域）里考虑证明难易和损害救济预防因素。具体地讲，只在不法行为侵权领域和契约关系领域中考量举证难易和损害救济预防等因素。应当说危险领域说在方法论上改变了过去规范说的教条主义，在证明责任的重新分配方面反映了分配公正性的要求。

危险领域说虽然提出新证明责任分配的理论，但其自身也存在问题，有些问题也是相当致命的。主要问题点在于：危险领域概念的模糊性是其首要的理论问题。危险领域说的特色在于首先划定一个领域或空间范围，然后在这一领域实行一种证明责任分配的原则，以此来弥补原来规范说的不足和缺陷。但这一理论的问题点是何谓危险领域并不明确。定义一个抽象的概念似乎并不难，难在能否将这一概念在每一个案件中具体，即能否具体适用。正如汉斯·普维庭教授所言：普霍斯对危险领域的定义太广，几乎债务人的所有行为都被囊括在其中。这一来，他自己为危险领域说设定的空间范围也就完全被抛弃了。按照普霍斯的观点，当某个东西已转移给被告之后，如果发生毁损、丢失时，被告应对免责事实加以证明，因为损害原因，处于“危险领域”。但事实上造成该物毁损的原因有很多，有的损害原因并不在被告的控制当中。例如，被第三者盗窃；在运输过程中，受暴风雨袭击而受损；但按照德国商法的若干具体规定（商法第 560 条、590 条、594 条第 1 款、617 条、第 766、第 786 条），关于免责事由的证明仍然由被告加以证明。当某种危险转移到债务人的责任领域时，就构成债务人危险领域，但是，在这里，法律仍然是将“危险归责”作为证明责任分配的基准，并没有将危险领域作为分配

的标准。而“危险归责”与“控制的可能性”并没有内在的联系。也就是说在这种情况下并没有把当事人的控制和支配作为分配标准。这显然与普氏的观点是不同的。^①

普氏指出，案件事实的变动或变化处于被告的控制之下时，该领域属于被告控制的危险领域，被告应当承担免责证明的责任。所举的典型例子是，患者因手术治疗的过失受到损害时，由于不可能要求医生像机器一样精确地进行手术，因此，也就不能让医生无条件地承担因过失所发生的责任。另一方面，患者在手术中处于被麻醉的状态，对于不具备医疗知识的患者来讲，就不应当让其证明医生的医疗过失。患者只要证明医生的行为与损害的联系就足够了。^②这是因为，医疗过程属于医生控制的危险领域。但在这个例子中却存在这样一个问题，即医生之所以承担无过失证明责任的根据实际上并不是危险领域，而是因为患者无法证明的状态。^③危险领域说虽然也强调了证明的难易是考量证明责任分配的因素，但证明的难易有时与危险领域是冲突的。例如，电影院案（联邦法院判例，《保险法杂志》1996，292）中，原告到被告处（电影院）看电影。由于人多拥挤，原告被挤到电影院的一道门附近。后来才发现原告倒地失去知觉，事故原因不得而知。虽然，按照危险领域的观点，原告处于被告控制的空间，但却不能认为被告就更接近证明有无过错的证据，被告要证明自己无过错同样是很困难的。因此，在这一案件中，德国法院就没有采纳危险领域说来分配证明责任。^④

① 参见（日）松本博之：《证明责任的分配》，第60、61页，日本，信山社，1996。

② Prölse, a. a. O. (N. 85), S. 84 f., S. 78 Anm. 231 转引自（日）松本博之：《证明责任的分配》，第61页，日本，信山社，1996。

③ （日）松本博之：《证明责任的分配》，第60、61页，日本，信山社，1996。

④ 见（德）汉斯·普维庭：《德国现代证明责任论》，吴越译，第十七章“危险领域与客观责任的分配”。

对危险领域的另一批评是，在契约法方面，有关归责事由的证明责任，德国民法在有关条文当中，已运用转换证明责任的方法加以解决。因此，在学理已没有必要再区分危险领域，予以分配。在侵权行为方面，如果对归责事由的证明有困难时，可以通过表见证明或证明责任转换的方法加以解决。立法者也已经注意到证明困难的情形而规定了证明责任转换的情况，因此，依据危险领域说来分配就没有必要。^①

在日本，石田教授在指出罗氏理论不足的同时，也提出关于证明责任分配的新原则。其一，是根据立法者的意图。其二，在立法者意图不明确的情况下，可根据当事人与证据距离的远近为标准进行分配。其三，双方当事人与该证据的距离相同时，可根据举证的难易程度或事实存在与否的可能性高低作为标准。其四，当事人有妨碍举证或违反禁反言的行为时，证明责任的分担实行倒置。^② 反驳者认为石田教授的第一原则与罗氏理论并没有区别，罗氏理论就是在分析立法者的意图基础之上提出。反驳者还对石田所谓的“证据距离”提出质疑。认为固然可以以医疗纠纷中，医生与医疗行为是否存在过失的证据更近，但这只是一种特殊情形，如果以该特殊情形考量一般案件的证明责任分配显然是存在问题的。^③ 笔者也认为，以距离远近来分配证明责任是个问题，与证据距离的远近与地理概念上空间距离的远近是完全不相同的，有时就很难判断哪一方距离该证据更近或更远。石田教授提出的根据举证的难易来分配证明责任的观点与待证事实分类说是同样思路。如果按照这一理论，消极事实的举证因为更难一些，因此主张消极事实的人就无须举证，但问题是，当一方当事

① Vgl. Rosenbergs - Schwabs a. a. O. S. 639f. 转引自陈荣宗：《举证责任与民事程序法》（第二册）第29页台北，台湾大学法律丛书编辑部，1984。另参见（日）松本博之：《证明责任的分配》，第62、63页，日本，信山社，1996。

② （日）石田穰：《证明责任论的再构成》，《判例タイムズ》第322号。

③ （日）仓田卓次：《民事事实与证明论》，第263页，日本评论社，1987。

人主张无过错时，过错作为一种内心事实，按照距离远近的观点本应当由主张无过错的当事人举证，但如果按照主张消极事实的，主张者无须举证的要求来看，主张无过错者就无须就无过错加以举证，导致证明责任分配原则实施的相互矛盾。

至今，在大陆法系，还没有一种关于证明责任分配的理论能够取代罗氏理论，正如上述所提到，即使后来者提出了所谓各种新理论，但这些新的理论所存在的问题往往比罗氏理论的问题还要多。笔者认为，在人们还没有提出不仅看起来很美，而且也很实用的证明责任分配原则之前，我国应当采用法律要件分类说作为证明责任分配的原则。理由有以下几点：

1. 从我国的实体法构成来看，我国的实体法基本上与大陆法系的实体法规范结构相同。各种法律规范的适用要件也比较明确。我国正统的实体法教学也是按照法律要件分析方法教育学生去运用法律的。因此，区分权利发生或根据规范与权利消灭或妨碍规范，并在司法实践中加以运用是有条件的。虽然，还有不少法官没有经过法学的职业训练，难以对法律规范进行正确的分析，但随着法官基本素质的提高，这种状况是能够改变的。尽管国外的反规范说的学者一再指出这种划分的非逻辑性，但一般情况下这种区分是不会发生歧义的。实际上，指责规范说在划分上的非逻辑性多数是在理论层面，实践中由于长期运用已经形成一种定型化的认识，并为人们所接受。

2. 在我国当下的司法环境下，人们对司法人员存在着一定程度的不信任是一个不争的事实。这种环境大大地影响了司法人员司法自由裁量的社会说服力。如同我国的足球职业联赛一样，本来也许只是裁判视角原因或裁判规则理解上的差异而导致误判或判罚争议时，观众仍然是一片“黑哨”的嘘声。任何一个与多数观众的理解或认识不一致的行为都可能与“黑哨”联系起来。这时我们只能请外国的裁判来执哨，以取信于民。这里想要说明地是规范说相对其他学说的一个优点就在于分配证明责任时，没

有给予分配者太大的自由裁量余地。在具体案件的证明责任分配过程中,一旦让分配者考量利益平衡、对权利人利益的维护、举证的难易等等因素,实际上就给予了法官更大的自由裁量余地,这样的分配反而不容易为当事人所接受。当事人会把不满抛给法官。应当说法律规定能够很好地吸收当事人对证明责任分配的不满。

3. 规范说作为证明责任原则的确存在某些不周全的地方,但有些问题是可以通过法律规定或司法解释予以补正的,也可通过例外规定加以修正。对于特殊的侵权案件,如环境侵权案件、医疗侵权案件、产品侵权案件等等,可以通过证明责任倒置使证明责任的分配更符合公平正义的标准。罗森贝克后来也逐步接受了通过证明责任倒置实现公平分配的观点。规范说的有些理论,如认为间接反证事实也适用客观证明责任分配的观点也许的确存在不能自圆的地方,虽然这种理论上的“不圆”,会影响该理论体系的完美和“美观”,但并不影响规范说作为分配原则在实践中适用。

读罗森贝克的《证明责任论》不仅仅是为了了解罗森贝克的观点,更重要地是要了解罗森贝克的研究和论证方法与过程中。有时提出一个观点并不难,难在该观点的论证过程,通过罗森贝克的《证明责任论》,我们可以清晰地看到罗森贝克严密、精致的推论过程,并从中感受到逻辑思维的力量和美,感知民事诉讼法学所特有的理论思辨的魅力。尤其是罗森贝克在研究中将实体法与程序法如此紧密的结合更是我们这些专攻民事诉讼法学的人应当借鉴的。此书的翻译出版无疑将有助于我国民事诉讼法学的发展。作为诉讼法学大师的书值得我们认真一读。读大师级学者的书,其收获往往在其结论、观点之外。

2001年11月26日

于清华大学明理楼

第三版前言

在本版，我保留了作为第二版基础的证明责任分配的基本思想，但作了许多详细的修改。剔除了陈旧的内容，增加了新的内容，并对某些思想作了更加清楚的阐明。自本专著第二版问世以来出版的判决，包括最近出版的在内，被增加进来，同时，有关证明责任问题的为数不多的文献亦被考虑进来。

仍有争议的问题已经不是很多了。但愿这些尚有争议的问题能够按照我的思想来解决。

莱奥·罗森贝克

慕尼黑，1952年12月1日

第四版前言

本专著的第三版很快就销售一空，这是我所没有想到的。这就促使我对全书进行校订，且在顾及新出版的文献、对第三版的批评意见和新的判决、尤其是联邦法院的判决的基础上，对第三版进行必要的补充，出版本专著的第四版。本专著的第三版被翻译成西班牙文，作为欧美司法的一部分，由阿根廷首都布宜诺斯艾利斯的安东尼奥·布什出版社（Verlag von Antonio Bosch）出版。

莱奥·罗森贝克

慕尼黑，1956年10月15日

目 录

第一章 证明责任的概念和意义	(1)
§ 1 证明责任问题概述	(1)
§ 2 法律适用与证明责任·证明责任规范的 适用范围	(5)
§ 3 证明责任与确认责任 (主观的证明责任 和客观的证明责任)	(12)
§ 4 主张责任	(45)
§ 5 主张和证明是权利、义务还是责任?	(56)
§ 6 证明责任在民事诉讼中的意义和价值	(63)
§ 7 证明责任规范在法律体系中的地位	(81)
第二章 证明责任分配的原则	(95)
§ 8 证明责任的分配及其根据	(95)
§ 9 证明责任分配的原则	(103)
§ 10 续·权利消灭和权利妨碍规范	(124)
§ 11 预定的 (假定的) 权利和法律关系、 事实情况	(151)
§ 12 要件的完整性	(159)
§ 13 具体的诉讼对证明责任的影响 (抽象 的和具体的证明责任·当事人角色的 不重要性·事先的主张)	(173)

§ 14 续 (证明责任和证明评价·间接反证)	(187)
第三章 法律推定	(206)
§ 15 事实推定	(206)
§ 16 权利推定或法律状况推定	(232)
第四章 所谓有条件限制的自认对法律行为的成立、效力和内容产生争议情况下的证明责任分配	(251)
§ 17 有条件限制的自认的概念和处理概述	(251)
§ 18 对法律行为的成立和效力产生争议情况下的证明责任的分配	(260)
对法律行为(合同)的内容发生争议情况下的证明责任	(271)
§ 19 基础	(271)
§ 20 原告承担证明责任的情况	(289)
§ 21 主要由被告承担证明责任的情况 首先探讨与任意性法规和解释规则不同的情况	(303)
§ 22 主要由被告承担证明责任的其他情况	(318)
§ 23 根据诉讼合同提出反请求情况下的证明责任	(327)
第五章 一般意义上的具体的证明责任问题	(339)
§ 24 导论	(339)
§ 25 否定的证明	(340)
§ 26 欠缺行为能力	(348)
§ 27 履行·积极的违约、物的瑕疵和权利瑕疵	(353)
§ 28 无过错和有过错	(368)
§ 29 当事人为多人时的证明责任分配	(383)

§ 30 对个人情况尤其是财产情况的证明	(387)
§ 31 诉讼时效和除斥期间届满后的证明责任分配	(395)
§ 32 诉讼法构成要件中的证明责任分配	(401)
引用法律条文对照表	(411)
术语索引	(441)
译后记	(473)

第一章 证明责任的概念和意义

§ 1 证明责任问题概述

I、在任何诉讼中，法官的任务均是如何将客观的法律适用于具体的案件。

客观的法律作为人们彼此之间外在联系的制度，将其规范与外在的假定已经发生的事件相联系。也就是说，法律以一个假定的在其规范中抽象表述的要件为出发点，但是，只有当此等抽象的要件变成了具体的事实之后，易言之，只有当法秩序（Rechtsordnung）规定的作为其法律命令的前提条件的外在事件已经发生，与此相关的命令才可能被执行。是否考虑一法律命令（Rechtsbefehl）已执行了，及是否产生了一法律效果——不管该效果何时发生，针对谁发生——的问题，均必须根据被法律规定为前提条件的事实情况（Tatumstände）的存在或不存在来决定。

II、鉴于我们的认识手段的不足及我们的认识能力的局限性，在每一个争讼（Rechtsstreit）中均可能发生，当事人对事件的事实过程的阐述不可能达到使法官获得心证的程度的情况。法院几乎每天都出现这样的情况，不仅民事法庭、刑事法庭如此，行政法庭也同样如此。因为不管将判决所依据的资料交由当事人提供，还是委托给法院调查，当事人或法院均必须对在诉讼中引用的事实情况的真实性进行认定，并对此负责，认定程序最终受制于所谓的形式真实（formelle Wahrheit）或所谓的实体真实（materielle Wahrheit）的原则——常常会出现这样的情况，即作为争讼基础的事件不可能在每一个细节上均能得到澄清，对于法官

的裁决具有重要意义的事实，既不能被查明已经发生，也不能被查明没有发生。

在这样的情况下法官又将如何为裁决行为呢？

法官因对事实问题怀有疑问而使有关的法律问题不予裁决 (non liquet) 的可能性是不存在的。只要判决的诉讼条件 (prozessuale Voraussetzungen) 基本具备，法官总是要么对被请求的法律效果已经发生予以肯定，要么对该效果未发生予以否定，因此，在民事诉讼中，要么对被告作出判决，要么驳回诉讼。法官的判决不可能包含其他的内容。

用一个例子也许可以有助于对该问题的说明。^① 原告委托被告为其代销生猪，风险由原告承担；被告可以允许顾客赊购，且不对其顾客履行义务承担责任。在为期数年的业务往来中断后，原告对收支差额 (Saldo) 提起诉讼。其中对一笔 6366 马克的款项有争议。被告主张，他将由原告送来的一批生猪以赊购的方式以 6366 马克卖给了 X，X 不久便逃往美国，因而，要款不成；因此，被告主动提出将对 X 的债权转让给原告。但是原告要求被告支付价款；原告否认被告将生猪卖给了 X，没有任何证据。有争议的主张未能得到澄清。但是，法官总不能不对争讼作出裁判就打发当事人回家去；他要么判决被告支付 6366 马克，要么驳回原告支付价款的请求。法官应如何判决并以何等原则来判决呢？因对一事实主张的真实性的怀疑所生之不利后果由哪一方当事人承担呢？

III、证明责任规则 (Regel über die Beweislast) 会给这个问题以回答。尽管事实情况的不确定，它仍会帮助法官对当事人主张的请求权 (Anspruch) 作出肯定的或否定的判决，因为证明责任规则指导法官在这种情况下如何判决。证明责任规范的本质和价值就在于，在重要的事实主张的真实性不能被认定的情况下，它

^① 引自帝国法院民事案件判决，第 10 集第 323 页。

告诉法官应当作出判决的内容。^①也就是说对不确定的事实主张承担证明责任的当事人将承受对其不利的判决，如在上面的例子中，如果认为被告应当承担证明责任，将会作出对被告不利的判决，如果认为原告应当承担证明责任，那么，将会作出对原告不利的判决，正如帝国法院所表明的那样。我认为这是正确的。法律语言和法律科学历来的惯用语是，当事人承担证明责任或者，如同《民法典》通常所规定的那样，^②当事人对有争议的主张承担证明责任。该表述无疑是指，对一事实情况加以证明是当事人的责任，^③或者当事人必须对一事实情况进行证明，^④或者当事人对一事实情况负有证明责任。^⑤如果在诉案中有疑问的事实情况不能得到确认，法官会作出不利于承担证明责任的当事人的判决。

这同时表明，在诉讼结束时，通常情况下是在对无争议的案件事实进行调查和取证（Beweisaufnahme）之后，才对由哪方当事人承担证明责任作出决定。但是，不得从某个案件的结果中推导出证明责任规范（Beweislastnormen），^⑥它必须独立于每一个诉讼，并从拟适用的法律的抽象原则中推知。^⑦

① 参见黑尔维希（Hellwig），《德国民事诉讼法制度》I，莱比锡，1912年，第468页；基普（Kipp）在《F·冯·马蒂茨纪念文集》，柏林，1911年，第218页及以下几页；科尔施（Korsch），《民事诉讼中证明责任规则的运用及有条件限制的自认》，波恩，1911年，第5页、第8页、第9页、第73页；莱昂哈德（Leonhard），《证明责任》，第2版，柏林，1926年，第2页、第128页及以下几页。

② 参见《民法典》第282条、第363条、第542条第3款、第636条第2款。

③ 参见《民法典》第2336条第3款，《民事诉讼法》第597条、第598条。

④ 参见《民法典》第179条第1款，第345条、第358条和第442条。

⑤ 参见《民事诉讼法》第447条。

⑥ 州高等法院委员会的彼得斯（Peters），《德国法月刊》，1949年，第66页及以下几页提出针对证明责任学说的指责是不正确的，他对决定证明责任问题的建议也是错误的；参见鲁道夫·波勒（Rudolf Pohle），《德国法月刊》，1949年，第336页及以下几页。

⑦ 参见下文§3。

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本店

内容不排斥 转载、转发、转卖 行为

但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>

