

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，认定程序最终会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，但没有任何证据。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

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。

参见《民法典》第2336条第3款，《民事诉讼法》第597条、第598条。

参见《民法典》第179条第1款，第345条、第358条和第442条。

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。

IV、上面的论述表明，证明责任规范是对每一部法律和法律规范的必要补充，这些法律和法律规范被为审判之法官适用于具体的诉案中。因为，法官有可能对在现实事件中的法适用的前提条件是否实现存有疑问，在此种情况下有必要指导法官，如何作出判决。

因此，《民法典》和《民事诉讼法》均是以当事人的证明责任为前提条件的，^① 但没有对证明对象进行全面的規定。《民法典》的第一部草案试图与当时的理论界和判例中的主流观点保持一致，将此等规定在第 193 条 ~ 第 197 条中予以规定。但在该草案二读时又将之删除，因为人们确信，此等具体的规定一方面是多余的，另一方面是冒险的，且在整个法律领域作出这样的法律规定的时机尚不成熟。《民法典》只对很少的情况作出了明确的证明责任规定，主要是指在前面的注释中所提及的条款；此外，还有推定（*Vermutung*），推定也属于证明责任规范，此点将在后面的章节中予以探讨。^② 但是，《民事诉讼法》根本就没有关于实体法律规范的前提条件的证明责任规定。^③

因此，在理论界就产生了弥补这一缺陷的任务。与证明责任的意义相适应，理论界没有逃避这一任务。众多的文献均探讨这一问题；民法典评注、商法典评注、民事诉讼法评注和其他法律的评注，民法教科书、商法教科书和诉讼法教科书，均对证明责任规则作出了一般性的论述，或者与经解释的有关法律规定相联系，阐述了证明责任的分配（*Verteilung der Beweislast*）问题。不同观点之间的争议是很大的；这种争议是如此之大，以至于在许多情况下某些作者尽管在基本观点上一致而得出不同的结论，而其他一些作者虽然出发点不同倒是得出了相同的证明责任规则。

① 参见前面注释中的有关资料；还请参见下文 § 81。

参见下文 § 15 II 1, § 16 I 4。

关于民事诉讼法对诉讼法要件的证明责任规范，参见下文 § 32。

将这种相互对立的情况协调一致在眼下也许是根本不可能的，因为它们所面临的困难太大。其原因一方面在于，证明责任的原则上的问题仍有待解决，因为，例如，对证明责任的概念、意义、在法律制度中的地位及其一般的分配原则仍有争议，另一方面在于，证明责任的分配在具体情况下取决于拟被裁决的实体的法律关系的建立，因此，这里的争议导致了证明责任分配上的意见分歧。

对证明责任问题具有重大影响的论著，意图通过对原则问题的讨论，且在避免任何不必要的论战的情况下，来达成一致意见；这些论著希望能铲除前进道路上的某些对此目标起阻碍作用的绊脚石。

§ 2 法律适用与证明责任

证明责任规范的适用范围

I、法官在法律适用（*Rechtsanwendung*）上有三个任务。首先，他必须了解和认识客观的法律，以便他知道，由他作出的裁决是否能在法律制度的规范中找到根据，以及在何等条件下法律制度给予他命令，而该命令是他应当在判决中对具体案件所运用的命令。其次，他还必须将已掌握的部分事实、具体的案件事实，与客观法律规范联系起来，其方法是，他将诉讼中所提出的事实主张与法秩序所规定的被主张的法律效果的发生所依赖的条件相比较，并确认，是否以及在多大程度上它们是相吻合的。最后，他还必须审核此等主张的真实性，并寻找到的案件事实情况的真实性。只有当他得到这样的结果，即主张的事实情况与那些条件相吻合且这些情况是真实的，他才能支持当事人的权利保护请求。反之，他必须驳回当事人的权利保护请求，如果是这样，如上所述，不仅是不被客观法律所承认，不仅仅是呈现在他面前的案件事实不具备法秩序所规定的作为被请求的法律效果

的条件特征，更主要的是，虽然当事人的主张将那些要素描述成已经具备，但法官还不能对此等主张的真实性获得有根据的心证（Überzeugung）。

II 将一个法律规范（Rechtssatz）适用于具体的案件，^① 而不是指审核法律规范的效果在该案件中能否被认为已经发生，而不是指审核的结果：即确认这一效果被视为已经发生而予以肯定，或者被视为未发生而予以否定。比如《民事诉讼法》就规定这一表述有两种含义，它在上告（Revision）审将“不适用法规或不正确适用法规”（《民事诉讼法》第 550 条）视为违反法律。如果控诉法院没有审核该法规是否可适用，法规即“未被适用”；如果控诉法院（Berufungsgericht）在审核时得出了错误的结论，法规即“被不正确适用”，无论是法规的效果被不正确地作为已经发生被肯定，或者是被作为未发生而被否定，均属于“被不正确适用”。

作为对法规效果的肯定的法律适用，是演绎推理的结果，在演绎推理中抽象的法规范构成大前提（Obersatz），被认定为真实的具体的案件事实构成小前提（Untersatz）。但是，该演绎推理又以许多辅助的演绎推理作为条件，它们作为要素被包含于拟适用的法规的要件当中。法规的每一个要素——可能是一个简单的、在日常交往中经常被使用、在外行们的语言使用中流行的词汇——均会因被纳入法规的抽象的要件中而成为法律概念，该法律概念已经不再需要用一般口语的词汇来表达。在对这一要素存在于具体案件的事实之中予以肯定因而将法规适用于这一案件之前，必须由法官审核并找出这一要素的法律上的含义。^②

参见帝国法院判决，第 93 集第 184 页。

参见卡尔·宾丁（Karl Binding），《刑法和刑事诉讼文集》II，1915 年，第 36 页及以下几页；赫尔曼·曼海姆（Hermann Mannheim），《论刑事诉讼中因违反实体法而上告之文稿》，1925 年，第 68 页及以下几页；厄特曼（Oertmann），《法秩序与交易习惯》第 1 页、第 242 页及以下几页、第 495 页及其他多处；等等。

《民法典》或其他任何一个法律的几乎每一个规范均可作为佐证；在法律评注的每一页和每一段均能找到这样的例子。这里仅列举一个例子，《民法典》第 607 条第 1 款规定：

“……作为借贷受领金钱之人，负有向出借人返还受领金钱……的义务。”

这一非常简明的法律规范包含了至少四个要件特征，它们给予法官同样多的——常常是在不知不觉中进行——辅助演绎推理的理由，这些辅助演绎推理的存在，在具体情况下可能产生疑问。金钱指什么？例如，一战期间和战后及二战期间由许多城镇地方行政部门、国库、商人、工农业企业在全德国发行的所谓的代用货币（Notgeld）也属于这里的金钱吗？什么叫做“作为借贷”？如果对受领金钱的返还没有明确的约定，且如果被要求返还借贷之人主张此等金钱是作为礼物、预付款（Vorschuss）、嫁妆、作为其妻子的“陪嫁”或嫁妆及类似物品收到的，法院又将对这一问题作出多少次裁决？什么叫做“受领”？如果获得的金钱不是作为财产，还是“受领”金钱吗？或者如果金钱不是以现金支付，而是由一个银行账户划转另一银行账户，还是“受领”金钱吗？最后，谁是“出借人”？例如，如果丈夫在妻子的劝说下交给第三人金钱，并经其妻子的同意使用的是妻子的财产，那么，出借人是丈夫还是妻子？

在探讨《民法典》第 607 条第 1 款抽象的大前提之前，我们先来看一下，如果增加一个前提，“原告给予被告 100 马克作为贷款”，就可从中得出与第 607 条第 1 款相适应的结论：“被告负有向原告返还 100 马克的义务”，那么，法官必须审核：第一，在主张的案件事实中是否能够找到第 607 条第 1 款的抽象要素——否则，他将不再进行进一步的审理和取证而直接驳回以第 607 条为依据的诉讼请求（Klageanspruch）——，第二，原告所主张的案件事实，是否是真实的，如果对方当事人对此有争议。前者是所谓的概括（Subsumtion），也可被称为“具体的法律评

价”，是对纯粹的法律问题（*Rechtsfrage*）的判断，后者属于所谓的事实问题（*Tatfrage*）范畴。两者的结果体现在一个统一的小前提之中。

III 证明责任问题仅存在于法官演绎推理的小前提之中；但是，并非整个前提都是证明责任规范的适用范围。在上面两个刚刚描述的法官的工作中——此等工作对于建立小前提来说总是必要的——^① 只有对拟判决案件的事实的真实性审核，属于证明责任规范的适用范围。因为只有在对所谓的事实问题不能确定的情况下，法官才需要一个关于由其判决的内容的指示，即证明责任规范所给予他的指示；对法律问题的裁决，按照规定，有那些在理论界和判例中已经解释的或将要解释的实体法律规范就够了。

因此，如果当事人的主张没有争议，或者如果法院对有争议的主张的真实与否获得了一个特定的心证，不管该心证是调查证据的结果，还是在没有证据的情况下从审理的全过程中得出的，^② 都不会出现证明责任问题。在这样的情况下，如果法院对

在当事人的主张仅限于法律要素情况下，科尔施（*Korsch*），《民事诉讼中证明责任规则的运用和有条件限制的自认》，波恩，1911年，第55页及以下几页认为，法官对要件的“具体的法律评价”，要么全部被消除，要么采用“证明评价”（!）的形式。我认为科尔施的观点是错误的。借助于证明评价对要件的确认和在具体的法定要件情况下对被确认要件的假定（推定），是两个完全不同的活动，它们所要完成的任务是完全不同的，必须在理论上加以区分。

在该点上意见是一致的。请参见黑尔维希（*Hellwig*），《德国民事诉讼法制度》I，莱比锡，1912年，第413页；科尔施，《民事诉讼中证明责任规则的运用和有条件限制的自认》，波恩，1911年，第9页、第10页、第74页及以下几页；库恩（*Kuhn*），《瑞士民法典中的证明责任》，伯尔尼，1912年，第2页；J·W·普朗克（*Julius Wilhelm Planck*），《德国民事诉讼法教科书》II，1896年，第175页；施泰因-约纳斯-徐恩克（*Stein - Jonas - Schoenke*），《民事诉讼法》§ 282，IV I；帝国法院判决，第159集第259页，第105集第7页；第68集第357页，第66集第281页；帝国法院，《法学周刊》，1900年第410页，1904年第549页，1905年第214页，1915年第703页；帝国法院，《莱比希杂志》，1930年第976页，1932年第306页；等等。

证明责任的分配作出了错误的裁决是没有什么不利的，对这个——于判决的内容无足轻重的——裁决提出上告，不可能导致撤销判决的后果。^① 因为如同对认定的事实要得出存在或不存在某种法律关系 (*Rechtsverhältnis*) 一样，无论该法律关系是直接构成诉讼标的 (*Prozessgegenstand*) 的法律关系，还是附条件的法律关系，无论该法律关系是诉讼系属 (*rechtshängig*) 的请求权的前提条件，还是抗辩 (再抗辩) 的前提条件，例如，被争议的质权 (*Pfandrecht*) 担保的债权，同样是将认定的事实概括为一个法律概念 (*Rechtsbegriff*)，比如，当事人的行为是恶意的，还是违反善良风俗的，是有过错 (*Verschulden*)，还是具备解除法律关系的重要原因，是作为履行而接受还是特定内容的意思表示，例如，是要约还是接受要约或者撤销遗嘱等等，这些仅是由法官的思维活动来完成任务。只有当对有争议的法律关系的存在，或对有疑问的法律概念的使用十分重要的事实情况有争议且仍有疑问时，才可能考虑证明责任规则的适用问题。反之，如果作为基础的事实过程没有争议或者已经被完全澄清，法官不得将其内心对法律规范或法律概念的适用的怀疑，作为对事实问题的怀疑来对待，让对法律规范或法律概念的事实条件承受证明责任的当事人承担证明责任，而是，他必须表态，并最终作出一定的裁决。因为，这里同样不得不作出裁决，因为这里只是涉及纯法律问题的解决：法院了解法律规范。^②

但是，在基层法院的司法实践中违反这一点的情况屡见不鲜。特别是当涉及能否从一文书、书信往来或当事人的其他行为中，通过解释来获得特定内容的意思表示时，法院有时试图将纯

帝国法院，《法学周刊》，1905年第214页；还请参见下文§6IV关于事实确认，它是错误的证明责任分配的结果。

还请参见科尔施，《民事诉讼中证明责任规则的运用和有条件限制的自认》，波恩，1911年，第74页及以下几页。

法律问题按事实问题处理，用证明责任裁决来回避对纯法律问题的裁决。如果法院能够对当事人的行为作出特定的解释，或者如果一文书根据交易观（*Verkehrsauffassung*），尤其是根据语言习惯表明一特定的内容，那么，该解释对其不利的当事人必须向法院表明另一种观点是正确的情况，在有争议的情况下必须证明这些情况，^①只要根据诉讼的情况还有时间和机会的话；如果他是以前文书以外的事实情况为依据，尤其应当这么做。但是，法院不得使解释取决于，其诉讼请求以特定内容的表示为条件的当事人提交对其有利的资料，若该当事人提交不出对其有利的资料，就作出不利于他的裁决，仅仅因为他承担证明责任。例如，斯图加特州高等法院（*Oberlandsgericht*）在一个诉讼中干脆驳回了诉和反诉，在该诉讼中，诉和反诉均是以对同一个不明确的合同条款所作的不同解释为依据，因为，每一方当事人均要证明其解释的正确性，但均没有成功。相反，帝国法院（*Reichsgericht*）正确地表明了自己的态度，指出了法院负有的义务和承担的任务，是不依赖于证明责任而作出特定的解释，该解释对所有缔约方具有同等的效力。^②在另外一个案件中，当事人对继承权有争议，原告主张，根据 1904 年 5 月 8 日的自书遗嘱（*privatschriftliches Testament*），仅他们享有继承权（*Erbrecht*），而被告则是根据 1903

帝国法院，*Gruch Beitr.* 49 第 883 页及以下几页；帝国法院，《帝国法院判例》，1920 年第 1302 页，1935 年第 715 页；帝国法院，《法学周刊》，1910 年第 938 页，1914 年第 32 页，1915 年第 500 页 = 《法律》，1915 年第 1937 页；帝国法院，《法学周刊》，1927 年第 514 页 = 《莱比锡杂志》，1927 年第 314 页和第 1311 页；帝国法院，《法学周刊》，1931 年第 2478 页，1934 年第 3128 页；帝国法院，《莱比锡杂志》，1930 年第 828 页；博尔策（*Bolze*），《帝国法院民事案件实践》第 7 集第 1052 页，第 9 集第 765 页，第 12 集第 713 页。还请参见恩斯特·柯尼希（*Ernst Koenig*），《德国法月刊》，1949 年第 664 页及以下几页；等等。

② 帝国法院，《最高法院判决档案》，第 71 期第 106 页 = 《法学周刊》，1915 年第 650 页 = 《法律》，1915 年第 1930 页；还请参见哈亨堡（*Hachenburg*），《法学周刊》，1915 年第 679 页。

年 6 月 9 日的公证遗嘱 (notarielles Testament)，主张他们享有继承权。策勒 (Celle) 州高等法院驳回诉讼，因为对于 1903 年 6 月 9 日的公证遗嘱中所包含的对被告作为继承人的指定，原告必须承担这一指定在后来的遗嘱中被撤销的证明责任，但 1904 年 5 月 8 日的遗嘱对于该点是不清楚和可疑的，在对所有情况进行评价后，对被继承人是否有让原告继承全部遗产、排除被告的继承权的意思仍有怀疑，而原告又不能消除这一怀疑。在此，策勒州高等法院没有作出其有义务作出的解释，尤其是没有对 1904 年 5 月 8 日的遗嘱作出解释是不正确的，将其判决建立在原告证明责任基础之上也是错误的。帝国法院^①对此正确地指出，必须对自己是惟一继承人加以证明的原告，其向法庭提交被继承人的遗嘱，就已经履行了这一解释义务，消除对被继承人的意思的怀疑是控诉法院的任务，法院不能在两个遗嘱之间的关系作出一定的认定的情况下，仅因为原告负有证明责任，就驳回原告的诉讼请求。^②易言之，证明责任仅对那些为解释所需考虑的外在情况的认定有意义——证明责任必须由从特定情况中推导出对意思表示进行特定解释的当事人承担——，但解释本身与此无关，它是一个法律问题，必须由法官自己对它作出解释。^③

上述这些例子表明了证明责任问题的界限；它同时还是事实问题和法律问题的界限。消除事实问题方面的疑问，是证明责任规范的使命，证明责任规范也能够胜任之。

帝国法院，《最高法院判决档案》，第 71 期第 191 页 = 《法学周刊》，1916 年第 405 页 = 《法律》，1916 年第 1555 页。

汉堡州高等法院提供了另一个例子，见《德国法学家报》，1918 年第 264 页，它将对合同要约的“解释怀疑”变成了“有证明义务的原告的负担”。有时候帝国法院本身也陷入这样的错误之中，例如帝国法院判决，第 92 集第 71 页；参见下文 § 16 II 4b。

联邦法院判决，第 20 集第 109 页及以下几页 = 《新法学周刊》，1956 年第 665 页。

§ 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)

I、证明责任理论 (*Lehre von der Beweislast*) 是法律适用理论的一部分,^① 不仅仅证明责任分配原则源自于法律适用的方式, 而且证明责任的具体分配同样源自于法律适用的方式, 但如果明确的证明责任规范或法律推定 (*gesetzliche Vermutung*) 已经对证明责任分配予以说明的除外。

只有当法官对应当得具备法律规范条件的结果的情况, 简言之, 对具备法律规范条件获得了一个积极的心证时, 他才会适用该法律规范, 也就是说, 他才可能确认法律规范的效力已经发生, 因此, 不仅当法官对不具备此等条件形成心证时, 不会适用该法律规范, 而且当法官对是否具备这样的条件存疑时, 也不会适用此等法律规范。这种不确定的不利后果由要赢得诉讼必须要求适用该有疑问的法律规范的当事人承担。因此, 我们得出证明责任的原则: 不适用特定法律规范其诉讼请求就不可能得到支持的当事人, 承担法律规范要素在实际发生的事件中被实现的证明责任, 或者——简单地说——, 对拟适用的法律规范的条件承担证明责任。他之所以承担证明责任, 是因为, 如果该要素的存在未予澄清, 就不适用对其有利的法律规范, 该事实上的不确定性成为他的负担。如同我们所看到的那样, ^② 证明责任的本质就在于对此等疑问的裁决。法官必然会作出不利于该当事人的判决, 但不是因为他承担证明责任, 而是相反: 是因为在对要件特征不确定情况下必须作出对其不利的裁决, 所以, 我们说对此等要素

持该观点的还有亚力山大·普洛斯 (*Alexander Plosz*), 《匈牙利民事诉讼法文稿》柏林, 1917年, 第 34 页: “证明责任分配规则是法律规范适用规则”。

上文 § 1III, 第 2 页及以下几页。

的证明责任由他承担。^① 只有当人们对原因和结果之间的关系作出恰当的评价时，我们的问题与法律适用理论的联系，才可能被正确阐明，选择我们的出发点的正确性才可能被认识。

无论是法官对不存在拟适用的法律规范的条件形成心证，还是既未对其存在也未对其不存在形成心证，对于争讼的结果都是一样的，帝国法院已经多次表明了这一点。例如，帝国法院说，在一个被控诉法院认为没有得到证明的案例中，被请求的权利通过和解而获得，所以，对于提起的上告，帝国法院驳回诉讼：

“在控诉法院未作出相反的确认，即未授予此权利的情况下，如果原告没有履行其举证义务，即可驳回诉讼，因为他负有证明责任，所以他不会成功”。^②

在根据《工商业事故保险法》第 136 条《农业事故保险法》第 147 条）的规定要求给予费用补偿的诉讼中，诉讼的允许取决于该法第 137 条（第 148 条）所规定的关于决定的书面通知。在该诉讼中，控诉法院在错误适用《民事诉讼法》第 138 条的规定情况下，对未通知给予肯定的确认并驳回诉讼。对于上访问题，帝国法院首先注意到，主张和证明具备允许诉讼的法定条件，是提起诉讼的控诉人的事情，帝国法院继续说道：

“如果控诉法院认为有必要对未作法律规定的通知加以积极的确认，那么，控诉法院就判断错了。其实，只要原告没有从她的角度对属于诉讼事由的事实作出陈述，即可驳回诉讼。所以，对违反《民事诉讼法》第 138 条的指责就成了无的放矢，受指责的错误也就没有意义”。^③

在另外一个案例中，争议的是，对于承诺的且转让给原告

^① 参见菲廷（Fitting），《民事诉讼杂志》第 13 期，第 12 页。

帝国法院，《法学周刊》，1896 年第 417 页。持该观点的还有帝国法院，《法律》，1918 年第 113 页“只要能够确认，所主张的买卖合同没有订立，即可驳回诉讼”；等等。

帝国法院，《法学周刊》，1908 年第 14 页。

贷款是否已经支付的证明责任由谁承担的问题，控诉法院对所有情况均作出了没有支付的积极确认，在帝国法院的判决中也是这样：

“此外，有不能证明支付这一点就足够了，正如根据一般的法律原则 这是不容怀疑的一样”。

法官总是只能将一事实主张作为真实或不真实来对待，从来不能作为有疑问来对待，且他一定要将对其真实性不能形成心证的主张视为不真实，正如多次指出的那样，这是不恰当的。^② 如果主张，民事诉讼不得以不予裁决而结束，而总是必须通过判决对有争议的或不清楚的法律关系作出积极的规定，而对事实主张的真实或不真实的积极确认又是必需的，那么，这是一个错误，根据我们过去的讨论不需要过多的解释，其错误的原因在于对法律关系与其事实基础未进行充分的区分。法官不得因为他对案件事实没有进行充分的澄清就拒绝作出判决。他总是必须作出判决。对此，不需要对有争议的主张的真实与否作出积极的确认。

帝国法院判决，第 68 集第 357 页。

持该观点的由冯·巴尔 (v. Bar)，《民事诉讼中的权利与证明》，莱比锡，1867 年，第 5 页；贝青格 (Betzinger)，《民事诉讼中的证明责任》第 3 版，柏林，1910 年，第 38 页；布罗德曼 (Brodmann)，《民事案件实践档案》第 98 期，第 77 页；菲廷 (Fitting)，《民事诉讼杂志》第 13 期，第 16 页注释 a；弗斯特-卡恩 (Foester-Kann)，《民事诉讼法》，§ 282, 4a；格拉泽 (Glaser)，《刑事诉讼中证明理论文稿》，莱比锡，1883 年，第 87 页；黑尔维希 (Hellwig)，《德国民事诉讼法制度》I，莱比锡，1912 年，第 415 页、第 467 页；克雷斯 (Kress)，《民法典中的证明责任理论》，维尔茨堡，1899 年，第 13 页及以下几页；赖因霍尔德 (Reinhold)，《民事诉讼杂志》，第 20 期，第 130 页及以下几页；卡尔·比克迈尔 (Karl Birkmeyer)，《德国刑事诉讼法》柏林，1898 年，第 95 页甚至提出了这样的推断！“如果负有证明责任的当事人没有对其应当予以证明的内容加以证明，那么，应当由他加以证明的事实就是不真实的”；这一不正确的、只能由陈旧的“推定理论”（参见下文 § 15）才能解释的观点不值一驳。请参见上述帝国法院判决以外的正确观点，载 O. 贝尔 (O. Baehr)，《民法教义学年鉴》25，第 394 页、第 398 页；莱昂哈德 (Leonhard)，《证明责任》第 2 版，柏林，1926 年，第 221 页；等等。

对事实问题真假不明并不意味着对法律问题也真假不明。避免这一点恰恰是证明责任规范的任务。因此，一主张的不确定性不是使得判决不可能，而是使法官作出不利于承担证明责任的当事人的判决。《民事诉讼法》第 286 条给法院提出这样的任务，即根据自由心证（freiwillige Überzeugung），对事实主张真实与否作出判断，该条并不是被反对的观点的依据。当然，O·贝尔（O. Baehr）的理由是不正确的，他将“不真实”（“nicht wahr”）理解为否定，即法院对需要证明事实的真实性不能获得心证，但是他并不从积极的意义上将“不真实”（“nicht wahr”）理解为“非真实”（“unwahr”）。^① 这种解释在语言的使用上就已经行不通了，若是说 O·贝尔的解释是正确的话，《民事诉讼法》第 286 条似乎应当以“不认为真实”（nicht fuer wahr）替代“认为不真实”（fuer nicht wahr）。但是，第 286 条并没有表明，法官只能选择这个可能性，或那个可能性；^② 然而，它只是欲说明法官在对实际发生的事件的评判上可以自由心证。但是，如果人们想强制法官，让他将真实性没有得到确认的主张作为不真实来对待，这恰恰是对自由心证的扼杀。这种强制是没有必要的，因为对于我们的问题来说，主张的 Nichtwahrheit（不真实）具有与 Unwahrheit（非真实）相同的意义，即排除法律规范的适用。此外，如果在—诉讼中由被告主张的债权或抗辩，比如为了抵销而提出的相对债权（Gegenforderung）或反诉，是以原告的主张的矛盾的对立面为前提条件的话，那么，将未得到证实的主张作为肯定的非真实

摘引处，第 394 页；对从表示赞同的由斯科尼茨基—盖尔泊克（Skonietzki-Gelpoke），《民事诉讼法》，§ 286，8；不同观点参见菲廷，《民事诉讼杂志》，第 13 期，第 16 页注释 a；科尔施，《民事诉讼中证明责任规则的运用和有条件限制的自认》，波恩，1911 年，第 131 页及以下几页注释 105。

^② 参见韦利（Wehli），《新民事诉讼中的证明责任》，维也纳，1896 年，第 9 页和科尔施，《民事诉讼中证明责任规则的运用和有条件限制的自认》，波恩，1911 年，第 131 页及以下几页注释 105。

对待，将会导致不适当的裁决；例如，出卖人起诉要求支付价款，而被告以所购买的种类物欠缺保证的品质为由提出抗辩，同时提起反诉要求损害赔偿。出卖人必须承担买卖之标的物具备了保证的品质的证明责任；如果他不能证明这一点，那么，是否欠缺此等品质不能确定，因而反诉就该同时被认为是正当的，而被告为了说明损害赔偿请求（*Schadenersatzanspruch*）是正当的，必须从自己的角度证明欠缺这一品质，在不可能澄清的不确定性情况下，就如同原告的诉讼请求被驳回一样，其反诉（*Widerklage*）将被驳回。^①但是，被反对的观点似乎必然会得出——也受到帝国法院的指责——这样的结果，即仅诉讼证明的不成功就会造成反诉成立的后果，该观点好像是让偶然的当事人地位决定争讼的结果。

II、对于产生下列结果的诉讼情况而言，即一个对当事人有利的事实主张（*Tatsachenbehauptung*）不能被认定是真实的，此等不确定性是由于什么原因而产生的，是无关紧要的，^②之所以如此，可能是因为该当事人自己不作为或作为无成效，也可能是因为另一方当事人成功地进行了反证或因为法院的澄清义务没有得出积极的结果。仅是不确定性这一事实本身就使所谓的证明责任规范的干预成为必要；诉讼的方式对此不产生任何影响。在将证据的收集交给当事人，并由当事人对此承担责任的诉讼中，事实的不确定性将导致当事人败诉的这种情况，将会导致立法者所期望的结果，即该当事人努力、也应当努力澄清有争议的要件，以便避免产生对自己不利的诉讼结果。证明责任一词所表示的意思是：一方当事人为了避免败诉，通过自己的行为对有争议的事实

在这样的情况下，帝国法院判决，第 66 集第 279 页（第 282 页、第 285 页）作出了同样的裁决。请参见下文 § 23 II 2b 中的例子。还请参见 O·贝尔，《民法教义学年鉴》25，第 400 页 帝国法院，《法学周刊》，1901 年第 249 页，1903 年第 133 页。

② J·戈尔德施密特（*James Goldschmidt*），《作为法律状况的诉讼》，1925 年，第 341 页注释 1730b 持不同意见。

加以证明的责任（举证责任，*Beweisfuehrungslast*）。^①对于证明责任问题的另一层含义，即不考虑负有证明责任的当事人的任何证明活动，只考虑诉讼活动的结果，以及重要事实的不准确性，我已经在本书的第一版中建议叫做确认责任（*Feststellungslast*）。不仅对称谓，而且对证明责任问题的两个方面的区分，均有反对者。^②

我并不一定坚持这个称谓，谁能提出更好的，我一定会表示同意。因此，我并不反对用刑事诉讼法文献中使用的、但容易使人误解的、且并非无可指责的表述：形式的证明责任和实体的证明责任，^③也不反对用奥地利的诉讼法学家常用的、且也可在此

帝国法院判决，第 128 集第 124 页也区分证明责任和举证义务。

参见黑德曼（Hedemann），《德意志帝国法中的推定》，1904 年第 185 页；基希（Kisch），《民事讼论杂志》第 30 期，第 534 页（1902 年）；克莱因费勒（Kleinfeller），《立法和科学季刊》第 44 期，第 221 页（1902 年）；库恩（Kuhn），《瑞士民法典中的证明责任》伯尔尼，1912 年，第 25 页；莱昂哈德，《证明责任》，第 234 页；R·施密特（R. Schmidt），《民事讼论杂志》第 32 期，第 447 页和《德国民事诉讼法教科书》，1906 年，第 476 页；瓦赫（Wach），《民事讼论杂志》第 29 期，第 362 页及以下几页；J·魏斯曼（Jacob Weismann），《德国民事诉讼法教科书》I，1903 年第 127 页。相反，认为是证明责任概念和命名的有：J·屈佩斯（Joseph Cueppers），《证明责任理论文稿》波恩博士论文 1902 年，第 11 页及以下几页、第 62 页及以下几页；O·菲舍尔（Otto Fischer），《德国民事诉讼法和破产法教科书》，1918 年，第 168 页；科尔施，《民事诉讼中证明责任规则的运用和有条件限制的自认》波恩，1911 年，第 28 页及以下几页、第 47 页及其他多处；E·拉贝尔（Ernst Rabel），《莱茵杂志》第 12 期，第 438 页；等等。

尤其请参见 J·格拉泽（Julius Glaser），《刑事诉讼法手册》莱比锡，1883 年，I，第 364 页及以下几页和《刑事诉讼中的证明理论文稿》，莱比锡，1883 年，第 85 页及以下几页；还请参见贝内克-贝林（Bennecke-Beling），《德意志帝国刑事诉讼法教科书》布雷斯拉夫（今波兰——译注），1900 年，第 329 页、第 379 页；恩斯特·贝林（Ernst Beling）在科勒（Kohler）的《百科全书》V，第 172 页、第 178 页，和《德意志帝国刑事诉讼法》，1928 年，§ 64V，第 320 页及以下几页；格拉夫·多纳（Graf zu Dohna），《刑事诉讼法》，1929 年，第 98 页及以下几页；H·格兰特（Heinrich Gerland），《德国刑事诉讼法》，1927 年，§ 62 I 2c，第 188 页及以下几页，奥古斯特·冯·克里斯（August von Kries），《德国刑事诉讼法教科书》弗莱堡，1892 年，第 341 页及以下几页；E·乌尔曼（Emanuel Ullmann），《德国刑事诉讼法教科书》慕尼黑，1893 年，第 332 页及以下几页；贝克（Beckh），《民法典中的证明责任》慕尼黑，1899 年，第 1 页及以下几页。