

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

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。如果借用人作为未成年人时，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”。