



外国法学名著

# Die Beweislast

## 证明责任论

(第五版)

[德] 莱奥·罗森贝克 / 著

庄敬华 / 译

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



外国法学名著

**Die  
Beweislast**

**证明责任论**

(第五版)

[德] 莱奥·罗森贝克 / 著  
庄敬华 / 译

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

## 图书在版编目 ( CIP ) 数据

证明责任论 / (德) 莱奥·罗森贝克 (Leo Rosenberg) 著; 庄敬华译.  
—北京: 中国法制出版社, 2018. 8

ISBN 978-7-5093-9670-4

I. ①证… II. ①莱…②庄… III. ①民事诉讼—举  
证责任—研究 IV. ①D915.213.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 182980 号

北京市版权局著作权合同登记: 图字 01-2015-7689

策划编辑 袁笋冰

责任编辑 李璞娜

封面设计 蒋怡

---

## 证明责任论

ZHENGMING ZEREN LUN

著者 / (德) 莱奥·罗森贝克 (Leo Rosenberg)

译者 / 庄敬华

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 880 毫米 × 1230 毫米 32 开

印张 / 16.75 字数 / 400 千

版次 / 2018 年 8 月第 1 版

2018 年 8 月第 1 次印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-9670-4

定价: 55.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码: 100031

传真: 010-66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 010-66066627

市场营销部电话: 010-66033393

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社印务部联系调换。电话: 010-66032926)

## 第五版前言

罗森贝格于1963年12月18日谢世于慕尼黑。证明责任论是其法学处女作，该部伟大的著作问世时（1900年），罗森贝格尚不满21岁，在布雷斯劳大学的奥托·菲舍尔（Otto Fischer）教授处刚被授予博士学位。该著作的第二版于1923年问世，这期间罗森贝格在吉森大学任正教授，第三版和第四版分别于1953年和1956年出版。由于该部著作已经售罄，出版社决定再出一个新的版本。现在呈现在读者面前的第五版是修订版，修订基本上是由罗森贝格亲自完成的。愿修订后的第五版依然能够在证明责任的疑难问题上提供建议和帮助，同时也愿读者时刻铭记为德国法制建设做出巨大贡献的该部著作的作者罗森贝格先生。

卡尔·海因茨·施瓦布

埃尔兰根，1965年4月1日

## 第四版前言

本专著的第三版很快售罄，完全出乎我的预料。这促使我对全书进行校订，并结合新出版的文献、对第三版的批评意见和新的判决，尤其是联邦最高法院的判决，对第三版进行必要的补充，出版了本专著的第四版。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·布什出版社出版。

莱奥·罗森贝克

慕尼黑，1956年10月15日

## 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裁判，包括最近出版的在内，已添加进来，同时，有关证明责任问题的为数不多的文献亦被添加进来。

仍有争议的问题已经不是很多了。如果人们能毫无成见地铭记由我建议的证明责任规则正当化的理由，我期望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

## 缩略语

- Beckh 赫尔曼·贝克:《民法典中的证明责任》,慕尼黑,1899年。
- Betzinger B. 贝青格:《民事诉讼中的证明责任》,第3版,柏林,1910年。
- Bolze A. 博尔策:《帝国法院民事案件实践》,第25集,莱比锡,1886年~1901年。
- Guldener 马克斯·古尔德纳:《瑞士民事诉讼法中的证明责任和证明评价》,苏黎世,1955年。
- Hedemann Vermutung 尤斯图斯·威廉·黑德曼:《德意志帝国法中的推定》,耶拿,1904年。
- Hellwig System 康拉德·黑尔维希:《德国民事诉讼法体系》,莱比锡,第一部分,1912年,保罗·厄特曼编著的第二部分,1919年。
- Korsch 卡尔·科尔施:《民事诉讼中证明责任规则的运用及限制自认》,波恩,

- 1911年。
- Kress 胡戈·克雷格:《民法典中的证明责任论》,维尔茨堡,1899年。
- Kuhn 汉斯·库恩:《瑞士民法典中的证明责任》,伯尔尼,1912年。
- Leonhard 弗朗茨·莱昂哈德:《证明责任》,第2版,柏林,1926年。
- Meyerhofer 恩斯特·迈尔霍费尔:“附条件和附期限合同的证明责任”,载于《瑞士法学杂志》,第44期第313~378页(1903年)。
- Stölzel Schulung 阿道夫·施特尔策尔:《民法实训教程》,第1卷,第9版,柏林,1913年。
- Warneyer 瓦内尔:《瓦内尔裁判年鉴》,增补卷,内容包含帝国法院在民法领域的判例。
- Wehli 阿尔伯特·韦利:《新民事诉讼中的证明责任》,复印本,《法学家年报》,1896年第39、40、41期,维也纳。

有关民法典、商法典、刑事诉讼法和民事诉讼法的教科书和评注,只是罗列了上述作者的最新版本的著作。

缩略语符合德国法学家大会(Juristentag)的建议。

# 目 录

第五版前言 / 001

第四版前言 / 001

第三版前言 / 001

缩略语 / 001

## 第一章 证明责任的概念 和意义

第 一 节	证明责任问题概述 .....	001
第 二 节	法律适用与证明责任 证明责任规范的适用范围 .....	006
第 三 节	证明责任与确认责任 .....	014
第 四 节	主张责任 .....	054
第 五 节	主张和证明是权利、义务还是 责任? .....	067
第 六 节	证明责任在民事诉讼中的意义和价值 .....	075
第 七 节	证明责任规范在法律体系中的地位 .....	095

## 第二章 证明责任分配的 原则

第 八 节	证明责任的分配及其根据概述 .....	111
第 九 节	证明责任分配的原则 .....	120
第 十 节	续——权利消灭和权利妨碍规范 .....	146
第 十 一 节	先决的（预设的）权利和法律关 系、事实状态 .....	175
第 十 二 节	构成要件的完整性 .....	185
第 十 三 节	具体诉讼对证明责任的影响 .....	201
第 十 四 节	续 .....	217

## 第三章 法律推定

第 十 五 节	事实推定 .....	240
---------	------------	-----

	第十六节	权利推定或权利状态推定 .....	271	
第四章 所谓限制自认	第十七节	限制自认的概念及讨论概述.....	292	
	第十八节	对法律行为的成立和有效性产生 争议时的证明责任分配 .....	303	
	第十九节	对法律行为(合同)的内容发生 争议时的证明责任基础 .....	314	
	第二十节	原告承担证明责任的情况 .....	336	
	第二十一节	主要由被告承担证明责任的情况 首先探讨与任意性法律和解释规 则不同的情况.....	353	
	第二十二节	主要由被告承担证明责任的其他 情况 .....	369	
	第二十三节	基于诉争合同提出反请求时的证 明责任 .....	380	
		第二十四节	导论 .....	393
		第二十五节	否定的证明 .....	394
		第二十六节	欠缺行为能力.....	404
第五章 一般意义上的具 体证明责任问题	第二十七节	履行·积极的违约、物的瑕疵和 权利瑕疵 .....	410	
	第二十八节	无过错和有过错.....	427	
	第二十九节	当事人为数人时的证明责任分配...	444	
	第三十节	对个人情况尤其是财产情况的证明.....	449	
	第三十一节	诉讼时效和除斥期间的证明责任 分配 .....	459	
	第三十二节	诉讼法的构成要件中的证明责任 分配 .....	466	

术语索引 / 478

翻译说明 / 515

译后记 / 519

# 第一章 证明责任的概念和意义

## 第一节 证明责任问题概述

一、在任何诉讼中，法官的任务均是将客观的法（objektives Recht）如何适用于具体的案件。

客观的法，作为人们彼此之间外在联系的规则（Ordnung），将其规范与假定已经发生的外在的事实相联系。也就是说，客观的法以一个假定的、在其规范中抽象表述的构成要件（Tatbestand）为出发点。只有当此等抽象的构成要件得以具体实现时，才知相关命令已被执行。易言之，当法秩序（Rechtsordnung）规定的、作为其法律命令（Rechtsbefehl）的前提条件的事实已经发生时，才知相关命令已被执行。法律命令是否已被执行，以及是否产生了法律效果（不管该效果何时发生，针对谁发生），均须根据被法律规定为构成要件的事实（Tatumstände）的存在与否来决定。

二、鉴于我们的认识手段的不足以及认识能力的局限性，在每个诉讼（Rechtsstreit）中均可能发生当事人对事件真实过程的阐述（Darstellung）不能达到使法官获得心证的程度的情况。这种情况在法院几乎每天都会发生，不仅民事法庭、刑事法庭如此，行政法庭也同样如此。因为不管判决所依据的材料是由当事人提供的，还是委托法院调查的，当事人或者法院均必须对在诉讼中采

用的事实情况的真实性进行确认 (Feststellung), 并对此负责, 所以, 不管确认程序 (Feststellungsverfahren) 最终是受制于所谓的形式真实 (formelle Wahrheit) 还是受制于所谓的实体真实 (materielle Wahrheit), 都常常会出现这样的情况: 作为诉讼基础的事件不可能在每个细节上均能得到澄清 (aufgeklärt), 对于法官的裁决具有重要意义的事实, 既不能查明已经发生, 也不能查明没有发生。

在这样的情况下法官又将如何裁判呢?

法官不可能因对事实问题 (Tatfrage) 怀有疑问而使相关法律问题真伪不明 (non liquet)。只要作出判决的程序上的前提条件 (prozessuale Voraussetzungen) 基本具备, 法官总是要么对所请求的法律效果 (Rechtswirkung) 已经发生予以肯定, 要么对该法律效果的发生予以否定, 因此, 在民事诉讼中, 要么对被告作出判决, 要么驳回起诉。法官的判决不可能包含其他的内容。

下面这个例子或许有助于解释该问题<sup>[1]</sup>。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, 而且被告不对顾客履行义务承担责任。在为期数年的业务往来中断后, 原告为索要到期应付款项 (Saldo) 提起诉讼。双方对其中一笔 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用赊购的方式以 6366 马克卖给了 X, X 不久便逃往美国, 因而, 要款不成。于是, 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。没有证据方法 (Beweismittel) 可供使用。有争议的主张未能得以澄清。但是, 法

[1] 引自帝国法院民事案件判决 (RGZ), 第 10 集第 323 页。

官总不能不对诉讼作出裁判就打发当事人回家；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？因对事实主张（tatsächliche Behauptung）的真实性的怀疑所生之不利后果由哪方当事人承担？

三、证明责任规则会给这个问题以回答。尽管构成要件不确定，证明责任规则仍会帮助法官对当事人提出的请求（Anspruch）作出肯定或者否定的判决，因为证明责任规则可以指导法官在这种情况下如何作出判决。证明责任规范（Beweislastnormen）的本质和价值就在于，在重要的事实主张（Tatsachenbehauptung）的真实性不能被确认的情况下，指引法官作出何种内容的裁判。<sup>[1]</sup>也就是说，谁对不能予以确认的事实主张承担证明责任，谁将承受对其不利的裁判。如在上面的例子中，帝国法院表明，如果控诉法院（Berufungsgericht）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。帝国法院所表明的这一观点，我认为是正确的。对此，法律语言界和学术界（Wissenschaft）历来习惯这样表述：当事人承担证明责任，或者，如同《民法典》通常所规定的那样，<sup>[2]</sup>当事人对有争议的主张承担证明责任。该表述无疑是指，对

[1] 参见黑尔维希（Hellwig），《德国民事诉讼法体系》第一部分，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限制自认》，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。

事实情况 (Tatumstand) 加以证明是当事人的责任,<sup>[1]</sup> 或者当事人必须对事实情况进行证明,<sup>[2]</sup> 或者当事人对事实情况承担证明责任。<sup>[3]</sup> 如果在争诉 (Streitfall) 中有疑问的事实情况未能得到确认, 法官不得作出不利于承担证明责任的那一方当事人的裁判。

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 (Sachverhalt) 进行审查 (Prüfung) 以及证据调查 (Beweisaufnahme) 之后, 才对由哪一方承担证明责任作出裁判。但是, 不得从某个案件的结果中推导出证明责任规范,<sup>[4]</sup> 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。<sup>[5]</sup>

四、上面的论述 (Ausführung) 表明, 为审判之法官在具体的诉讼中所适用的证明责任规范, 是对每部法律和法规 (Rechtssatz) 的必要补充。因为法官有可能对在现实事件中的法律适用 (Rechtsanwendung) 的前提条件是否实现存有疑问, 所以, 有必要指导法官如何作出判决。

《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,<sup>[6]</sup> 但两者均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, 将此等内容在第 193 ~ 197 条中予以规定。但在该草案二读时又将

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

[2] 参见《民法典》第 179 条第 1 款、第 345 条、第 358 条和第 442 条。

[3] 参见《民事诉讼法》第 447 条。

[4] 州高等法院委员会的彼得斯 (Peters), 在《德国法月刊》, 1949 年第 66 页及以下几页提出的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 (Ludolf Pohle), 《德国法月刊》, 1949 年第 336 页及以下几页。

[5] 参见下文第三节。

[6] 参见前面注释中的有关资料; 还请参见下文第八节一。

之删除，因为人们确信，此等具体的规定一方面是多余的，另一方面也是冒险的，而且在整个法律领域作出这样的具体规定的时机尚不成熟。《民法典》仅针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*），如后文所述，推定也属于证明责任规范。<sup>[1]</sup>但是，《民事诉讼法》在对证明责任进行规定时根本就没有顾及实体法的前提条件（*Voraussetzung*）。<sup>[2]</sup>

因此，在理论界就产生了弥补这一缺陷的任务。鉴于证明责任意义重大，学术界没有逃避这一任务。众多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，或者根据已经评注过的法律规定，对于个案的证明责任分配进行了阐述。不同观点之间的矛盾是很大的；这种矛盾如此之大，以至于在许多情况下有些作者尽管在基本观点上一致却得出了不同的证明责任规则（*Beweisregelung*），而另一些作者尽管出发点不同却得出了相同的证明责任规则。将这种相互对立的阵营协调一致，在眼下也许是根本不可能的，因为面临的困难太大。其原因一方面在于，证明责任的基本问题仍有待澄清（*Klärung*），如对证明责任的概念、意义、在法律体系中的地位及其一般的分配原则仍有争议，另一方面在于，个案中的证明责任的分配取决于待裁决案件所涉及的实体法律关系的结构，因此，这些争议也导致了证明

[1] 参见下文第十五节二、1，第十六节一、4。

[2] 关于民事诉讼法对诉讼法的构成要件之证明责任规范，参见下文第三十二节。

责任分配上的意见分歧。

本文对证明责任问题进行专门研究，意图针对原则问题进行讨论，避免任何不必要的论战，以便于沟通交流；本文旨在铲除前进道路上对此目标起阻碍作用的绊脚石。

## 第二节 法律适用与证明责任

### 证明责任规范的适用范围

一、法官在法律适用方面有三个任务。首先，他必须了解和熟悉客观的法，以便他清楚，由他作出的裁决是否能在法秩序的规范中找到根据，以及在何等条件下法秩序给予他一个命令，该命令是他在具体案件的判决中可以重复运用的。其次，他还必须将已掌握的为裁判所需的事实、具体的案件事实，与客观的法的规范联系起来。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、当事人所要求的、法律效果的发生所依赖的前提条件相比较，并确认，是否以及在多大程度上该事实主张和该前提条件是相吻合的。最后，他还必须审查此等主张的真实性，并试图查清该案件事实（Tatsächlichkeit）的真实情况。只有当他得出结论认为主张的事实情况与那些前提条件相吻合且是真实的，他才能支持当事人的权利保护请求（Rechtsschutzgesuche）。反之，他必须驳回当事人的请求。如果出现这样的结果，如上所述，不仅仅是因为该请求未被客观的法所承认（anerkennen），不仅仅是因为呈现在他面前的案件事实不具备法秩序所规定的、当事人所请求的法律效果的前提条件的特征（Merkmale），更主要的是因为，虽然当事人主张的那些特

征已经具备，但法官仍不能对此等主张的真实性获得有根据的心证（Überzeugung）。

二、将某一法律规范适用于具体案件，<sup>[1]</sup>时而是指审查该法律规范的效果在该案件中可否被认为已经发生；时而是指审查的结果，即确认这一效果已经发生而予以肯定，或者未发生而予以否定。比如《民事诉讼法》使用这一表述用来表达两层含义，一是在上告（Revision）审意义上，“不适用法律规范（Rechtsnorm）或者适用法律规范不当”（《民事诉讼法》第550条），被视为违反法律。二是在控诉审意义上，“不适用法律规范”是指，控诉法院没有审查该法规范的可适用性（Anwendbarkeit）；“适用法律规范不当”是指，控诉法院在审查时得出了错误的结论，无论是该法规范的效果被不当地作为已经发生予以肯定，还是被作为未发生而予以否定，均属于“适用法律规范不当”。

对某一法律规范的效果予以肯定的这种法律适用，是三段论（Syllogismus）的产物。在三段论中，抽象的法律规范构成大前提（Obersatz），被确认为真实的具体案件事实构成小前提（Untersatz）。但是，该三段论又以许多辅助三段论（Hilfssyllogismen）作为条件，这些辅助三段论作为要素（Merkmale）被包含于拟适用的法律规范的构成要件当中。法律规范的每个要素——可能是一个简单的、在日常交往中经常使用、在外行们的用语习惯中流行的词汇——均会被纳入法规范的抽象的构成要件中，因而成为法律概念，而该法律概念不需要与大众的一般口语的用词相一致。在对这一要素存在于

[1] 参见帝国法院判决，第93集第184页。