

王洪亮 著

# 请求权基础的 解释与反思

清華法學文叢



清華



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

華法學文叢

王洪亮 著

# 申求权基础的解释与反思



  
法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

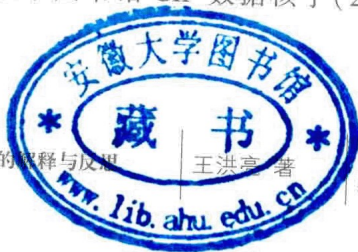
图书在版编目(CIP)数据

请求权基础的解释与反思 / 王洪亮著. —北京:  
法律出版社, 2015. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7290 - 6

I. ①请… II. ①王… III. ①民法—研究—中国  
IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 284142 号



请求权基础的解释与反思

王洪亮 著

责任编辑 刘文科 李峰云

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 19.5 字数 305 千

印次 2015 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-7290-6

定价:60.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 王洪亮

---

清华大学法学院教授，博士生导师。中国政法大学民商法博士，德国弗莱堡大学法学博士，德国洪堡总理奖学金获得者。清华大学法学院房地产法律与政策研究中心执行主任。中国民法学会理事，副秘书长。

主要研究领域是合同法、物权法、消费者保护法、比较法。著有德文专著Grundpfandrecht in China und Deutschland以及中文专著《物上请求权的功能与理论基础》。曾在《法学研究》《中国法学》《比较法研究》《中外法学》《法律科学》《法学》《清华法学》等核心学术期刊发表论文五十余篇。主编系列出版物《中德私法研究》。

---

## 寻找 21 世纪的大学之道和法治精神

——新清华法学 20 周年丛书序

清华大学法学教育最早可以追溯到 20 世纪初庚子赔款的放洋生 (1909—1925), 他们当中有一部分当年远渡重洋学习法律, 是最早一批到美国读法律的中国人, 他们毕业后带着西方法治文明, 回到多灾多难的故土报效祖国。1928 年清华学校改制为大学, 法学院是最早设立的四大学院之一。新中国成立后, 1952 年全国大学院系调整, 清华大学被改造为工科学府, 文科专业并入其他高校。几十年里, 人们对清华工科学府的形象已经固化, 似乎忘记了清华本来就是综合大学, 今天教育部仍然把清华划归“理工”类院校。

1995 年 9 月 8 日, 在那个秋高气爽、天高云淡的早晨, 清华大学校长王大中院士宣布恢复法学教育, 重建法律学系。1999 年 4 月 24 日在法律学系基础上, 清华大学复建法学院。20 年后, 作为亲历这一过程的教师, 我仍然十分佩服清华大学领导当年的远见和果断。

20 年来, 81 位教师前后在这里全职任教, 目前在职 68 位, 还有 20 多位兼职教师曾经传道于此。20 年来, 八千多优秀法治人才从这里毕业, 走向法治建设和各行各业第一线。这是一个高端“移民社会”, 每一位学人的到来都有一个故事, 有一段曲折的道路。有的离开长期执教的学校, 加盟这家新式学堂, 尝试新理念, 探索 21 世纪的大学之道, 希望人生有一个全新的开始; 有的不远万里, 从大洋彼岸来到北京, 耕耘在这片法学新天地; 有的初出茅庐, 踌躇满志, 从世界各地的著名学府直接走入清华园, 开始自己对法学和法治精神的追寻。清华一度成为法学精英心中的“延安”或者说“新大陆”, 带

给人们无限的想象空间。英雄不问出处,无论何种原因“移民”到这里,大家都看上了清华园这块学术沃土和教育重镇,毅然决然迈出人生这关键的一步。一个学生在这里学习几年,称其为校友。这些老师大部分不在清华本校毕业,也许称不上严格意义的“校友”,但他们在清华的时间远远超出任何一个学生,那是十多年、几十年乃至一辈子的承诺、坚守、守望!正是这些老师的到来,才有新清华法学的故事和奇迹。

清华再次与法学相结合,不仅仅是物理上的叠加和积累,更是奇特的化学反应,形成了独特的气派、精神和品格,产生了“新清华法学”这一法学新流派。每一个人都是一个例外。每一个大学、每一个学院也都有自己与众不同的精神特质。大学的精神特质或者说品质特征是由老师、学生、校友在特定的地方、历史和文化背景下创造出来的共同的价值追求。那么,清华大学法学院,或者说清华法律学人具有什么样独特的精神特质呢?

最突出的一点,清华法律学人无论研究理论实务,公法私法,实体程序,国内国际,无不秉承清华大学“自强不息,厚德载物”的校训,具有强烈的家国情怀,承载崇高的责任使命,饱含对人民、对国家深厚的感情。清华大学诞生于多灾多难的旧中国,起源于血雨腥风的战火,可谓民族耻辱的产物。从诞生那天起,清华大学就注定对这个国家、这个世界承担着特殊责任。也许正是戴着“赔款大学”这顶屈辱的帽子,使得一代又一代清华人特别爱国,历代清华师生先天下之忧而忧,以天下为己任,为民族复兴和国家崛起而发奋努力。从1910年第一位赴美国攻读法律的张福运,到1946年参加远东国际军事法庭审判日本战犯的中国法官梅汝璈和检察官向哲浚,以及钱端升、王铁崖、端木正、陈体强、龚祥瑞等等,一直到2010年把生命奉献给清华和国家法治事业、“一切学术为了中国”的何美欢,我们都能感受到一脉相承的清华特质和清华品格:他们精通国际,洞悉世情,又非常爱国,广阔的国际视野和发自内心的对国家的热爱、对事业的执着完美结合在一起。一切学术为了中国,为了人类和平进步事业,为了那比阳光都珍贵的公平正义!这就是清华法律学人一贯的价值追求,也是永恒的大学之道。

清华法学的另一个特质就是对“道”、对真理的不懈追求。法学不仅仅是古代的“律学”或者近现代的法律学,也不仅仅是一套知识体系和技能技巧,而是关于公平正义、治国理政的大学问,终极追求是建构公正和谐的社会

秩序,保障基本人权,实现国家治理体系和治理能力的现代化。法治不仅是按照法律条款治理,更重要、更根本的是追寻法治的真谛,按照理性和法治精神治理。但法律的职业属性很容易走向只重视“术”、而忽视“道”的追求和传承。丧失理想和价值追求的职业是纯粹的技术技巧,是迷失方向的知识传授,是可怕的“术”。因此,法学研究绝非简单的职业技能研究,必须同时也是关于“大道”和真理的研究。只有建立在道德理性和人文关怀基础上的法治,才具有可持续性,因为不道德比非法更可怕。法律人永远不能让知识技巧超越人类美德的底线,不能忘记天上的星空和心中的道德律。古人讲“天理、国法、人情”表达了同样的期望和诉求。大学是文明的灯塔,是讲大道、讲真理、讲理想的地方,要引导社会,而非完全被社会所引导。大学之道,在明明德。1932年清华法学院增设法律学系就提出“本学系宗旨,系对于应用及学理两方面,务求均衡发展,力避偏重之积习,以期造就社会上应变人才,而挽救历来机械训练之流弊”。今日清华法律学人继承了清华法学这一光荣传统,追求法治的大道大德和独立精神,带着崇高的理想和对真理的热切追求开展理论和实务研究。我们为此把“独立之精神,自由之思想”十个大字印在《清华法学》封面上,作为清华法律学人共同的学术座右铭,互勉互励。法学院大楼取名“明理”也有这方面的用意。

历史上的清华法学常常中断,命运多舛,这本身就是中国百年历史的真实写照,反映了法律、法学在中国命运的变迁。这20年来我也常常担心法学院会不会再次关门,这种忧虑曾经长期挥之不去。一直到2014年中共十八届四中全会,在中华民族历史上开启波澜壮阔的法治建设工程,我才坚信清华法学院今后再也不会关门!一个国家坚持开办自己的法学院,一百年、二百年乃至永远不动摇,不信法治建不成!只要有法学院在,法治就有希望。有位清华老领导当年参观百年哈佛法学院,看到十多栋雄伟的大楼屹立在法学院校园中,说了一句意味深长的话:光看哈佛法学院这么多大楼,就知道这个国家建设法治的决心有多大,就知道这是世界一流法学院。

20年来,清华法律学人在学校大力支持下,一方面广筹资源,兴建大楼,让法学院永远扎根清华园沃土和中华大地上,表达对法治建设的坚定承诺;另一方面,在继承清华法学优良传统基础上,锐意改革,推陈出新,极大扩展了法学的内涵和外延,为法治中国建设贡献才智,为中国法学增添新的光彩

和荣誉。这20年既是历史的延续,也是伟大的开端。清华法学的故事时隔多年,不仅延续下来,而且扎根、升华,不断发扬光大,深入人心。在全面推进依法治国新的历史起点上,在决定中华民族前途命运的这场“广泛而深刻的革命”中,清华法律学人没有缺位,也不能缺位,必将发挥更大的作用,扮演更重要的角色。清华法学必将不负众望,不辱使命,焕发出新的生机与活力,再造新的辉煌,“历千万祀,与天壤而同久,共三光而永光”。

在这个特殊的历史时间节点上,在全面推进依法治国元年,为庆祝清华大学恢复法学教育20年,清华法律学人把自己多年的学术成果汇编成册,分批出版,意义非凡。尽管大家研究的具体领域不同,学术理想和观点也有差异,语言风格自然也各不相同,但是透过每篇文章的字里行间,人们仍然能够看到其中的共性,看到新清华法学鲜明的精神特质和价值追求。每一篇文章,每一行文字,都是呕心沥血之作,都是用真心、带着理想和深厚的情感写出来的学术精品。我不善于写序,也无法完全概括同事们取得的学术成就,只是把我所理解的清华法律学人对21世纪大学之道和法治精神的探寻加以初步总结归纳,与诸君切磋共勉,并聊以为序。

王振民

2015年5月5日

于清华园明理楼



# 目 录

## 第一编 请求权一般理论

实体请求权与诉讼请求权之辨 .....	003
物上请求权的诉权与物权基础 .....	023

## 第二编 请求权构成继受与解释

违约金请求权与损害赔偿请求权 .....	047
消费者撤回权正当性基础及其构成 .....	065
原物返还请求权构成解释论 .....	084
论妨害排除与损害赔偿 .....	106
论基于占有的物上请求权 .....	130
交往安全义务基础上的物件致损责任 .....	150
民法中的国家侵权责任 .....	166

## 第三编 请求权构成的反思

论强制履行请求权 .....	189
违约金功能定位的反思 .....	208
原物返还请求权;物上请求权抑或侵权责任方式 .....	231
论登记公信力的相对化 .....	247
不动产抵押物转让规则解释论 .....	269
动产抵押登记效力规则的独立性解析 .....	288

## 第一编 请求权一般理论



# 实体请求权与诉讼请求权之辨

## 目 次

- 一、问题的提出:物权确认请求权之争
- 二、实体请求权的内涵与物权确认请求权的创设
- 三、诉讼上请求权(诉讼标的)与权利确定
- 四、确认之诉独特的制度内容
- 五、结论

### 一、问题的提出:物权确认请求权之争

在《物权法》立法过程中,我国学者曾激烈地讨论过,是否将确认物权的请求权独立于所有物返还请求权进行单独规定的问题。在梁慧星先生的《物权法草案建议稿》中,就将确认物权的请求权规定为独立的实体法上请求权,其理由略谓:“在实践中,对物权确认提出请求的现象是常见的;这种请求权并不是诉讼法上的权利,而是实体法上的权利。”<sup>①</sup>而尹田先生却认为,确认物权的请求权实为诉讼请求权之一种。<sup>②</sup>这种争议与19世纪末德国民事诉讼法立法期间的确认或承认请求权为实体请求权还是诉讼请求权的争议是类似的。但在上述确认物权请求权独立化的争议中,没有谈及其中的核心问题,即实体请求权与程序请求权内涵与本质的区别到底在哪里。

我国《物权法》采纳了梁慧星教授的观点,于第33条规定了物权确认请

---

<sup>①</sup> 梁慧星:《中国物权法草案建议稿》,社会科学文献出版社2000年版,第207页,关于第57条的理由。

<sup>②</sup> 尹田:“论物权请求权的制度价值”,载《法律科学》2001年第4期。

求权,<sup>③</sup>成为与原物返还请求权、排除妨害请求权以及妨害防止请求权之外的第四种物上请求权,在比较法上独树一帜。德国法、奥地利法以及我国台湾地区法律上均无物权确认请求权这一实体权利,反而在程序法上规定确认之诉,以诉的利益替代实体权利界定利益保护范围。两相比较,何种方式更符合事物本身规律,值得深思。

自立法机关的角度而言,之所以规定确认性诉讼,是拟解决如下类型的权利归属与内容的问题:

案型1:权属确定情况,具体如国有资产、集体权利归属确认,向行政机关提出的土地确认类型;

案型2:公房租赁权的确认;

案型3:侵权法上请求权、物上请求权的先行问题基础,最高人民法院法官在对《物权法》第33条确认请求权的解释中认为,确认物权是其他物权请求权和侵权请求权的基础,所以,有必要规定确认物权请求权。<sup>④</sup>如此一来,似乎给付之诉中都有两个请求权基础。

针对这些问题,物权法立法机关选择了通过实体法性质的物权确认请求权思路予以解决,这是否合理呢?要评价此问题,本文拟从请求权本身内涵的梳理,予以阐明;在实体请求权与程序请求权分离的情况下,从程序请求权思路予以处理的方式,展示了新的权利、利益保护模式,其制度内容完全不同于实体请求权的制度内容,解决上述案型,这是否更为合理呢?

## 二、实体请求权的内涵与物权确认请求权的创设

在早期罗马法上,私法秩序只被理解为实体法规则。在古典罗马法时期,出现了诉权思想,程序权利与实体权利并存。而在后古典罗马法时期,私法秩序上又以实体权利为主,将“actio”的概念限定在实体权利上,但实体法与程序法的二元对立体系已被确定。<sup>⑤</sup>对于请求权概念贡献最大的应当是潘

<sup>③</sup> 全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《〈中华人民共和国物权法〉条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2007年版,第33条,第48页。

<sup>④</sup> 最高人民法院物权法研究小组编著:《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2007年版,第135页。

<sup>⑤</sup> W. Recker, *Der materiellrechtliche Anspruchsbegriff. — die historische, normlogische, faktenlogische, intentionale und funktionale Bestimmtheit des Begriffs*, 1974, S. 17 ff.

德克顿法学的理论整理。应当说,现代意义上的请求权制度是一个法律史上比较晚近出现的制度,在19世纪后期经由温德沙伊德(Windscheid)的学说而进入《德国民事诉讼法典》以及《德国民法典》<sup>⑥</sup>。

#### (一) 温德沙伊德请求权学说基础

温德沙伊德的请求权学说是从罗马法上的“actio”的概念出发的,他认为罗马法上的诉有多种含义,如行为、协商、法庭审理等,最后一种含义是到有管辖权的法院起诉或诉讼。<sup>⑦</sup>由此可以推知罗马法上的“actio”包含了诸多要素,无法与现代术语对译。而温德沙伊德所做的工作就是将罗马法的“actio”用现代术语表达出来。他认为“actio”不是诉或诉权,也不是受侵害的权利的保护措施,而是权利或权利请求的表现形式。<sup>⑧</sup>值得注意的是,理解温德沙伊德构建的请求权体系的关键点有两个,一是主观权利概念的形成,二是债权与物权观念的形成。<sup>⑨</sup>

在温德沙伊德时代,出现了(主观)权利观念,权利被理解为对每个人支配范围的分配,在此支配范围内该人之意思对他人而言是一种法律,涉及的是统治的意思与被统治的意思之间的紧张关系。萨维尼对物权与债权等进行形式化抽象,财产权利的价值地位——如权利人享有用益、变价等权利——为一个形式化要素所替代,即意思之力(Rechtsmacht),也就是说,权利是意思之力。

由人的意志之力可能作用的客体出发,萨维尼列举了各种可能法律关系的类型,意思统治有三个客体,一是人格,二是不自由的物(unfreie Natur),三是自由的人或他人(freie Wesen oder fremde Personen),对自身的权利是人天生的原始权利,而在其他客体上的权利则是取得的权利。债权与物权区别的关键点在于,物权客体的非自由之特征,物权是对物的绝对控制,而债权关系则不能被理解为对他人全部整体上的控制,债权关系必须被理解为,另一方

<sup>⑥</sup> B. Windscheid, *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts*, 1856; 关于温德沙伊德对请求权的理解以及对德国民法典立法的影响,参见金可可:“论温德沙伊德的请求权概念”,载《比较法研究》2005年第3期。

<sup>⑦</sup> 金可可:“论温德沙伊德的请求权概念”,载《比较法研究》2005年第3期。

<sup>⑧</sup> Windscheid, a. a. O. S. 6 f.

<sup>⑨</sup> Rimmelspracher, *Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess*, 1970, S. 27.

的自由不能被毁坏。意思力量的向第三人的扩张被萨维尼称为债(Obligation),但这并不意味着对他人整体的控制,而是对他人个别行为的控制<sup>⑩</sup>。一方面是债权人的意思,通过此意思,个人自由被扩展;另一方面是债务人的意思,该自由被履行的必要性以及相应的债权人起诉进行强制所限制。

## (二)温德沙伊德请求权学说

如上所述,“actio”中含有到法院诉讼以实现其意思的权能,用主观权利思想来表述,就是“能向他人要求的权能”。<sup>⑪</sup>该权能与债权是完全一致的,但在物权上,该权能产生于物权权利人地位,根据这一权能,权利人可以向他人要求承认其权利。

温德沙伊德从“actio”的这一含义出发,认为请求权(action)是权利保护手段(Mittel des Rechtsschutzes),存在三层系统,第一层的请求权是主观权利,如物权、债权,对其损害会产生排除妨害之权利,该权利相对人为侵害人,所以,该权利为请求权。第二个层次的请求权体现在权利被侵害时,产生了与法律所意欲的秩序不相适应的状态,此时,权利被转化为损害排除之权利,该权利指向的是侵害人,所以是一种请求权,在侵害债权请求权的情况下,其内容与债权请求权内容相适应;而在侵害物权的时候,由此出现的物权请求权却不同于物权,此时,绝对权转化为针对侵害人的权利。第二个层次的请求权与诉权(Klagerecht)一致,所谓诉权,即为寻求法院救济的权利,通常在请求权未获自愿清偿的情况下,请求权才转化为诉权,包括法院外的主张。第三个层面的请求权是为实现私法上请求而对国家享有公开的请求法院救济的权利,此与第二个层次在某种程度上是重合的,而且在现代民事诉讼法上,只要权利被侵害,而侵权人与被侵权人之间的意思矛盾,即侵权人由于各种原因不履行请求权,就可以请求法庭救济,但这一层含义是罗马上流传下来的内容。<sup>⑫</sup>从这三个层次的体系来看,温德沙伊德并没有将要求国家追诉的因素排除在外,而且,温德沙伊德的请求权概念并不是纯粹意义上的实体

<sup>⑩</sup> Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. I, S. 132.

<sup>⑪</sup> Windscheid, a. a. O. S. 5.

<sup>⑫</sup> 关于三个层次请求权的总结,参见 Rimmelspracher, *Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess*, 1970, S. 19 ff.

法或程序外请求权。<sup>⑬</sup>但温德沙伊德的请求权概念将实体请求权与可诉性等程序问题区别开了。

请求权这一概念中还具有法律地位(Rechtsposition)的内涵,包含当事人所追求的目的,即债务人为一定行为,给债权人一定的给付,由此推出请求权的另一层含义,即作为法律地位的请求权,与主观权利相比,法律地位自身就表明了目的,而主观权利是实现目的的手段。在此含义上,请求权确定债权人应得到什么并同时将之归属给他,所以,该含义中又含有两层含义,首先要确定被保护措施所担保的客体,其次要确定请求权与其主体之间的关系。<sup>⑭</sup>在法律地位中存在价值判断问题,决定是否存在受法律保护的利益及其范围。对此,温德沙伊德的请求权学说中也有所涉及。

在温德沙伊德请求权的概念中,还区分了物权请求权与债权请求权,主观权利功能在于确定归属(Zuordnungsfunktion)客体,并将其分配给权利主体;而在债法领域,这一功能是为请求权概念所承担的。但在物权被侵害时,会产生针对侵害人的、以排除侵害为内容的、转化的物权,即物上请求权,所以,物上请求权含有物权,并与物权一起具有归属功能。<sup>⑮</sup>

但值得注意的是,温德沙伊德只将请求权与权利保护手段关联起来,并没有将其与法律地位内涵联系在一起。其思想基础恰恰是上述萨维尼的主观权利思想,即抽象为意思之力的主观权利思想。温德沙伊德也认为请求权是一种主观权利。

这种意思力一旦丧失或者被移转,意思之力相关的法律地位状况都会相应变化。如在日耳曼法上,“actio”不能脱离作为其基础的权利而被让与,但在温德沙伊德的请求权概念下,请求权是可以被独立让与的,但这原则上只适用于对人之债。<sup>⑯</sup>

温德沙伊德的请求权概念并不以权利之侵害为前提,<sup>⑰</sup>该论点对债权请求权是正确的,但导致的是请求权与债权的重合,但在物权请求权上,该理论

<sup>⑬</sup> Rimmelspracher, a. a. O. S. 23.

<sup>⑭</sup> Rimmelspracher, a. a. O. S. 24.

<sup>⑮</sup> Rimmelspracher, a. a. O. S. 25 f.

<sup>⑯</sup> Rimmelspracher, a. a. O. S. 28 f.

<sup>⑰</sup> Windscheid, a. a. O. S. 2.



则有所不同,因为物上请求权(如所有物返还请求权)是以无权占有为前提的,无权占有本身就是一种权利侵害。对此,在学说上有两种修正观点:第一种是区分债权请求权与物权请求权的观点,物权请求权只是一种保护手段,作为起诉的实体法根据,其产生之前提是权利侵害之存在,其所保护的法律/权利地位与范围在物权请求权之外,法律/权利地位功能广泛,是处分的客体、清偿的客体、给付原因重要因素、附随性担保的关联点;但在债权上,请求权与债权是一致的,债权请求权同时包含保护手段与法律/权利地位两种要素。<sup>18</sup> 第二种观点更为激进,将请求权统一界定在保护手段上,也就是说,采纳的是狭义的请求权概念。物权上可以区分为保护手段以及物权请求权之外的价值(法律/权利地位),这里的法律地位是物权;债权上,也可以区分出保护手段与债权请求权之外的价值(法律/权利地位),这里的法律地位是债权。在这里,只有法律地位是处分的客体、清偿的客体、给付原因重要因素、附随性担保的关联点。<sup>19</sup>

两种观点的区别对于物权法上的不作为/妨害防止请求权具有意义,根据第一种观点,侵害权利之虞是程序法之前提;按照第二种观点,侵害权利之虞是实体法上的诉讼基础,但其实际意义不大,因为在不存在侵害权利之虞的情况下,二者的法律效果都是驳回起诉。<sup>20</sup>

### (三)温德沙伊德请求权学说的贡献

首先,通过温德沙伊德请求权学说,权利主体之间的法律关系上的司法观察方法,即罗马法上的诉权思想退居次要地位,占主导地位的是主观权利及其体系;其次,温德沙伊德请求权的学说证明了不能将法律关系的实现与保障手段排除在实体权利规则之外,温德沙伊德的请求权概念中恰恰具有程序特征。

温德沙伊德认为,权利在先,诉在其后,权利是“制造者”,诉是被制造者,法庭上可追究性是权利的结果。<sup>21</sup> 而程序的任务为:当先于程序已存在之实体权利受侵害或有争议时,排除其疑义并使之实现。在这里,私法权利是

<sup>18</sup> Henckel, *Vorbeugender Rechtsschutz in Zivilrecht*, AcP 174 (1974), 141.

<sup>19</sup> Henckel, AcP 174 (1974), 142.

<sup>20</sup> Henckel, AcP 174 (1974), 143.

<sup>21</sup> Windscheid, a. a. O. S. 3 f. 6.