



当代大学读本  
法学系列

# 民事诉讼法读本

张卫平等 / 编



上海交通大学出版社  
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

# 民事诉讼法读本

张卫平等 编

上海交通大学出版社

## 内 容 提 要

《民事诉讼法读本》一书精选了德国、法国及日本民事诉讼法学界的著名学者所撰写的文章或著作中的部分内容,并每篇配有我国学者的精彩导读,以期展示这些学者就民事诉讼的基本或前沿问题的不同研究思路、论证过程以及写作风格,从而不仅为我国学生和学者提供有关民事诉讼法的知识,也为其提供了一种研究方法。这无疑有助于深化我们对民事诉讼法理知识的了解,推动我国民事诉讼法的研究和制度建设。

### 图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法读本/张卫平等编. —上海:上海交通大学出版社,2011

(当代大学读本. 法学系列)

ISBN 978-7-313-06135-5

I. ①民… II. ①张… III. ①民事诉讼法—高等学校—教学参考资料 IV. ①D915.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 224824 号

## 民事诉讼法读本

张卫平等 编

上海交通大学出版社出版发行

(上海市番禺路 951 号 邮政编码 200030)

电话: 64071208 出版人: 韩建民

上海交大印务有限公司印刷 全国新华书店经销

开本: 787mm×1092mm 1/16 印张: 24.5 字数: 447 千字

2011 年 1 月第 1 版 2011 年 1 月第 1 次印刷

印数: 1~3030

ISBN 978-7-313-06135-5/D 定价: 45.00 元

版权所有 侵权必究

## 总 序

现在,人们逛书店,会发现书架上出现了越来越多的读本类图书。它们中有些是以某个主题为线索,有些则是以特定人物相号召。从学术史和思想史的角度看,这类书籍有着独特的价值。首先是通过精选的文本,能够让读者一册在手,将特定主题或人物学说中最重要的内容尽览无余。学术如积薪,一代一代的创造叠加起来,成果浩繁,有些题目下的经典文献更是汗牛充栋,阅读非易。于是某种精华的选编本就显得十分重要,好的读本足可成为求知的捷径、学海的指南。

读本虽然是一种精选和提炼,不过,它们还可以有一般专著所不具备的特色,那就是可以在两个方面有所追求,一是可以将某个流派或某种倾向的著述集中选编,从而彰显学术或思想的流派风貌;另一种编选思路则是将不同观点、立场的文章同时呈现出来,体现包容性和多样化,以收兼容并蓄、多闻阙疑之效。这是读本的第二个价值。

通常的读本属于述而不作,而非原创作品,但是选编者在取舍之间却足以表达自己的特定取向和判断。孔子通过编辑《春秋》而表达儒家对社会秩序的追求正是这方面的经典例证;马克思主义在不同国家、不同时

代的各种选本则更是花样百出,甚至表达出完全对立的旨向。从解释学的角度说,特定文本含义上的复杂性给不同倾向的选本提供了空间,所以,选编的权力就变得很重要。如果某种学说具有政治的意义,那么选编和解释几乎就等同于一种政治行为。不妨把这种情况视为读本类书籍的第三个价值。

过去的三十多年间,中国的法律教育和法治建设都有了长足的发展,法学研究也取得了很大成就。“三十年一世”,我们的法治与法学在今天面临着阶段性总结的要求,也面临着某些特殊的困难甚至危机,因为人们在法治的基本路向上正在产生分歧。在这种情况下,梳理文献,温习故典,反思法治的合理路径和法学的未来方向,就变得十分必要。于是,就有这样一套法学读本的问世。

我们希望,这样的读本能够为法律专业的学子以及关注法治和法学的读者提供教科书和专著之外的辅助读物。从内容上说,既体现相关主题经典文献的基本概貌,也包容主持者的某种学术偏好。最重要的,它们既是学术史的梳理,也蕴含着对法治与法学前景的探索和企望。

**贺卫方**

2010年3月

# 前 言

英美法系与大陆法系因法律文化传统的不同,而存在着较大的差异,在法学研究方面也是如此。由于成文法传统与判例法传统的不同,司法的经验主义、实用主义与理性主义、实证主义的差异,使得两大法系的学者在法律的建构和解释方面具有不同的地位。大陆法系国家的法学研究和法学教授在这一方面具有更重要的地位,法学教授们往往扮演着揭示法学真谛的重要角色,尤其是在部门法领域更为突出。判例法传统、司法的实用主义、经验主义使得英美法系国家的法官,在法律解释方面比法学教授们更具有主动性和权威性。不仅如此,两大法系法学家对问题的设定、分析和解读也都有所不同。因此,为了保持本书论证分析的相对统一性,本书选取了大陆法系国家如德国、日本、法国等数位民事诉讼法学家的文章。毫无疑问,这些文章反映了大陆法系学者法学研究思维和民事诉讼理论研究的特点。

我们在选取文章和作者时,适当地考虑了民事诉讼法学的基础性、体系性、问题的典型性和代表性,尤其是在德国和日本方面,这些学者通常是这一国家某个时期民事诉讼法学的代表人物,例如:德国的著名法学家罗森贝克教授、戈特瓦尔特教授、日本的三月教授和新堂教授等。读这些大家的文章,不仅能够使我们了解他们的观点,同时,也能够使我们了解这些法学大家的研究思路、分析方法以及论证过程,这对于那些从事法学学习和法学研究的人而言是非常有意义的。读法学大家的文章,就是接受他们的邀请,与法学家们共享理论的盛宴,重蹈大家们寻觅真谛的路径,在峰回路转、柳暗花明中感受理论跋涉的艰辛与愉悦。

任何理论问题的提出、设定以及对问题的分析和解读都有相应的语境和制度、理论环境、思维习惯,在不同的语境之下,要理解国外学者的思路,对问题认识都会有一定的隔阂感。因此要想正确理解,就需要结合相应法律体系和制度的背景。为了便于读者阅读和理解,我们根据不同的文章撰写了导读,导读除了对作者进行介绍之外,对问题的背景、论证语境和理论脉络也做了相应的交代。当然,要做到对这些问题更深入地了解,还需要广泛地阅读相关的理论书籍,尤其是

教科书。

最后,考虑到本书的容量以及我国读者的阅读习惯和需要,我们对作者的文章进行了适当的删减(尤其是注释部分),特予以说明。

**张卫平**

清华大学法学院民事程序法研究中心

2010年4月

# 目 录

《实体法与程序法》导读·····	赵秀举	( 3 )
实体法与程序法 ·····	[德] 蒂宾根	( 6 )
《程序法规范的正当性》导读·····	赵秀举	( 25 )
程序法规范的正当性 ·····	[德] 亨克尔	( 29 )
《程序的正义》导读·····	林剑锋	( 43 )
程序的正义 ·····	[日] 谷口安平	( 47 )
《私人纠纷的解决方法——民事诉讼》导读·····	林剑锋	( 65 )
私人纠纷的解决方法——民事诉讼 ·····	[日] 三月章	( 68 )
《民事诉讼目的》导读·····	赵秀举	( 87 )
民事诉讼目的 ·····	[德] 高尔	( 91 )
《辩论主义》导读·····	张卫平	( 119 )
辩论主义 ·····	[日] 高桥宏志	( 122 )
《诉权的概念》导读·····	张卫平	( 149 )
诉权的概念 ·····	[法] 塞尔日金	( 153 )
《权利概念的生成与诉的利益》导读·····	林剑锋	( 207 )
权利概念的生成与诉的利益 ·····	[日] 谷口安平	( 211 )
《论诉讼要件》导读·····	张卫平	( 225 )



论诉讼要件 .....	[日] 高桥宏志	(229)
《既判力》导读 .....	林剑锋	(241)
既判力 .....	[日] 新堂幸司	(245)
《永远的证明责任》导读 .....	张卫平	(283)
永远的证明责任 .....	[德] 罗森贝克	(291)
《法官的裁判和理性的论证》导读 .....	赵秀举	(323)
法官的裁判和理性的论证 .....	[德] 戈特瓦尔特	(326)
《诉讼法的法系意义再研究》导读 .....	林剑锋	(343)
诉讼法的法系意义再研究 .....	[日] 小岛武司	(347)

# 实体法与程序法



民事诉讼法读本



# 导 读

赵秀举

沃尔夫冈·策尔纳教授 1928 年 12 月 31 日出生于德国的马克特雷特维茨。1948 年,开始在慕尼黑大学学习法律,1952 年参加了第一次国家司法考试,1953 年获得法学博士学位,博士论文题目为“股份公司转为有限责任公司时的注册资金与出资额”,导师为 Alfred Hueck 教授。他于 1956 年参加了第二次国家考试,在经过短暂的犹豫之后,他选择了学术研究之路,开始在慕尼黑大学担任 Alfred Hueck 教授的学术助手,直至 1960 年完成了大学授课资格论文,其题目为“对私法上的人合协会的成员的表决权的限制”。1963 年,应邀在美因茨大学任教,1966 年转至科隆大学任职,继承 Nipperdey 的职位,担任劳动法和社会法所负责人。自 1969 年起,在蒂宾根大学任教,直至 1997 年退休。在他 75 岁生日到来之际,被希腊的雅典大学授予荣誉博士称号。

策尔纳教授的研究涉猎范围极广,尤其对公司法、资本市场法和劳动法有深入研究,在此领域发表与出版了大量论文、书籍以及法律评论。1973 年至 1981 年期间,他担任德国经济法、公司法和劳动法研究会的专业评论人,此外,长期任德国、奥地利和瑞士法律一体化组织主席一职。他也曾对“宪法对私法的要求”这一题目做过深入研究,后来也对欧洲法律的融合对德国民法的冲击,以及对德国民法不假思索的顺从表示了担忧与批评。他对所谓的债法现代化提出了批评,并建议对“诉讼时效”进行重新规定。在许多文章中,他都对“赋予与承认‘民法上的合伙’有权利能力和当事人能力”提出了警告与批评。

策尔纳教授在本文中的论述以实体法和诉讼法的相互分离这一基本事实为出发点。伯恩哈德·温特沙伊特,在 19 世纪中期有关请求权和诉的分离的论述得到了学术界的认可,在他看来实体权利在先或者说是创造者,而诉讼在后或者说是被创造者。这对德国民法典的制订过程产生了深远影响。实体法上的权利被认为当然地获得法院的权利保护,只有在例外情况下才可以违反常规地拒绝给予这样的权利保护,即当为了保障重要的程序法上的关系而要求拒绝这样的权利保护的时

候。后来也有学者试图扭转这一局面，希望赋予诉讼优先地位，但毫无成效。正是这种分离的观念为诉讼法的独立发展创造了基本条件，但是也带来了一些问题。

在文章第一部分中，作者阐述了实体法因与诉讼法的分离而带来的一些问题。实体请求权与诉的分离使得诉讼的任务发生了转变，它不再被视为创造法律规定，而被理解为具有服务性功能。这使得实体法在诉讼中的实现遇到了一些困难，例如原告的实体请求可能由于被告享有豁免权而被法院驳回。而且诉讼法自身的一些改革有时也会阻碍实体法的实现，例如为加快诉讼而引入的程序集中主义在某些情况下可能会损害裁判的实体公正性。此外，作者还列举了“执行保护”这个出现在诉讼法领域内的具有实体法内涵的例子。由此得出结论认为，在理解实体法与诉讼法的关系上应当将两者视为一个有机的整体，这样可以避免一些根本性的误解。这样的理解在破产法领域内尤为重要。作者因此反对将民事程序法划入公法的范畴，因为这将妨碍从整体上理解实体法和诉讼法。

在文章的第二部分，作者则从诉讼法的角度阐述因实体请求权和诉的分离而带来的问题。这种分离在诉讼法学界引起了强烈的程序自治的尝试。人们针对民事实体法发展起来了大量的似乎完全独立的诉讼法概念，而这当中仅有少数的能够证明程序法和程序有理由独立起来。接下来作者列举了执行异议之诉以及确认之诉由于诉讼法和实体法的分离而面临的一些问题。

作者最后得出结论认为，不仅要通过将实体法和诉讼法放在一起考虑而让实体法变得更加丰富和真实，同时也涉及到通过加强诉讼法与实体法的联系而让诉讼法变得更加丰富和真实。作者从实体法和诉讼法的分离这一基本事实出发，通过举例论证，最终得出了否定性的结论：不应过分强调两者的分离，而是应当将其视为一个整体。

谈到关系，结论无非是两者相互联系或者相互独立。但是在民事实体法和民事诉讼法的关系上，人们则很难轻易地得出一个简单的结论。在作者发表此文的同时期以及此前的很长时间内，在德国存在着大量有关诉讼法和实体法的关系的论述，而且绝大多数都是在论述两者之间的区别，试图通过论述诉讼法的特殊性而为诉讼法获取独立的地位，并进而发展起完全独立于民事实体法研究的民事诉讼法学。作者对于这种发展趋势总体上来说持否定态度，认为由此给实体法和诉讼法分别带来了一些问题，因此强调将两者视为一个整体，而不是分离的个体。这与日本学者兼子一有关实体法和诉讼法的关系的观点相似。我们姑且把对这种观点的评价放在一边，它的确为诉讼法学者、尤其是立法者提供了一个思考的方向。

现代社会司法实践的一个基本事实是为了提高司法效率，减轻司法负担，各国都采取了一系列的措施，小额程序、督促程序、临时性救济措施、审前程序以及集中

审理主义,所有这些发展几乎都是在完全抛开实体法的情况下进行的。程序自身就成了改革的目标,人们几乎无法从实体法中为这些改革寻求正当性依据,因为促进这些发展的动力不是来自实体法,而是来自发生了变化的社会实践。这样的事实使得强调从整体上理解实体法和诉讼法的关系显得有些苍白无力。从历史发展上来看,自从诉讼法被从实体法的枷锁中解放出来之后,它就开始走上了独立的道路。策尔纳教授在本文中为了证明从整体上理解实体法和诉讼法的关系的意义,列举的例子似乎难以动摇很多人坚持诉讼独立的信念。现代社会的立法者在制订和修改诉讼法时要考虑到实体法的问题,但是这种考虑涉及的更多的是一些基本原则性的问题,而决定因素则来自实践需要,毕竟实体法和程序法面对着完全不同的问题。

在我国,很长一段时间内诉讼法并没有获得应有的地位,“重实体、轻程序”是最贴切的描述。但是经过前些年诉讼法界的努力,现在人们基本上都开始接受了有关实体法和诉讼法关系的一些普遍观点,例如诉讼法虽然要承担着实现实体规范的职能,但是诉讼法是独立于实体法的,它并不是实体法的附属物,尽管两者也存在着诸多的联系。但是像策尔纳教授这样能够结合具体制度来详细论证两者关系的还很少,而立法者在立法的过程中又常常忽视两者之间的协调。从这个角度来看,强调从整体上理解实体法和诉讼法具有现实意义。

## 实体法与程序法\*

[德] 沃尔夫冈·策尔纳·蒂宾根<sup>①</sup>

现代法律系统的思维认为实体法和诉讼法是相互分离的，它们在法律性质、调整对象和目标上都存在着根本性的区别。当然，这种首先由奥斯卡·比洛<sup>②</sup>在上世纪后半叶从学术上追求的分离思想并没有消除下面这样的意识：实体法和程序法彼此相互涉及，两个法律领域意义相关，法律概念相似。但是也牢固地树立起了下面这一基本观念：实体法律状况应当被看作是与其诉讼上的实现相分离的存在物<sup>③</sup>。

这一分离显然不是通过突变而产生的，而是长期的（尤其是在罗马法的诉的本质的领域内）发展的结果。我们在今天理所当然地将请求权和诉相互分开，这并不是中欧法律千百年来状态的持续，而是一个在很多细节上没有得到阐释的交替过程的终点。我不想涉及罗马法学者在前古典时期和古典时期关于诉的法律概念进行的复杂的和深奥的争论，也不想涉及在何种程度上可从塞尔苏斯的引语（Celsus-Zitat）中得出分离的观念。不过，我坚持，当特奥菲卢斯——《学说汇纂》的汇编人——将义务看作诉讼之母的时候，实体法无论如何都呈现出了占据主导地位，而且随着新时代的开始——一如至迟可以在多内鲁斯那里得到证明的一样——权利同诉相互分离已经成了法学家的理解中理所当然的一部分，但是这一方面由于对被认为是继续适用的罗马法的尊重而被阻止，另一方面又在接下来的几个世纪里因为自然法的思想<sup>④</sup>而在很多方面得以促进。我也跳过下面这个争议

\* 摘自[德]施蒂尔纳编：《德国民事诉讼法学文萃》，赵秀举译，中国政法大学出版社，2005。

① 于1989年11月10日在汉堡大学为Eduard Bötticher举办的法学专业领域纪念大会上的学术纪念讲座。感谢我的助手Peter Kieß在收集资料和成文过程中的大量帮助。原文载于《民事实践档案》，第190卷（1990）。

② Oskar Bülow：《诉讼抗辩和诉讼前提要件的学说》，1868；Oskar Bülow：“新的诉讼法和民事诉讼法的系统”，载《民事诉讼杂志》，第27卷（1900），第201页。

③ 关于这一分离与它们的法律领域的分离之间的关联在下文中将详述。

④ 对此参见K. W. Nörr：《自然法和民事诉讼》，1976；K. W. Nörr：“民事诉讼法和诉讼法历史上的学派”，载《法律中的传统和进步——蒂宾根法学院成立50周年纪念文集》，1977，第73页以下。

问题:是应当(如同克努特·沃尔夫冈·内尔<sup>①</sup>所认为的一样)将历史上的法律学派以及特别是弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼的诉讼学说解释为是诉讼法律的——当然是相当短暂的——复兴,还是相反也将其解释为普通法律上的“分离思想”的重要的先驱者?<sup>②</sup>

众所周知,请求权(Anspruch)和诉(Klage)的分离是通过伯恩哈德·温特沙伊特<sup>③</sup>而最终在学术上得到确认的,他在1856年作品中表达了下面这一著名的观点:实体权利在先(Prius)或者说是创造者,而诉讼在后或者说是被创造者,这最终改写了自此以后的、现代法律上的流行的观点。《德国民法典》其编纂准备工作,在温特沙伊特的著作之后不到20年的时间开始着手——就是以此为基础而设计的,主要由其可诉性是不言而喻的实体法上的请求权组成的系统。自此之后,人们将实体法的法律状况放在了第一位,而诉讼法应当以实现该实体法律为目标。根据这样的基本观念,实体法上的权利当然地获得法院的权利保护,同时只有在例外情况下才可以违反常规地拒绝给予这样的权利保护:即当为了保障重要的程序法上的关系而要求拒绝这样的权利保护的时候。尤利尤斯·宾德尔希望以一种极端的转变方式重新赋予权利保护以优先地位——明显针对温特沙伊特的观点,即认为诉讼在先,是创造者,而权利在后,是被创造者——的努力毫无成效,近乎是毫无反响。

自此以来牢固地确立了实体主观权利与其诉讼上的实现的相互分离的观念。为了将诉讼法发展成不仅是外在独立的而且也是内在独立的领域,这一分离也许是必不可少的精神基础,至少对诉讼法的这一发展产生了重要的促进作用。因为即使把诉讼视为所谓的技术性的程序过程也还是可以对其进行独立的观察:只要诉权(Klagerecht)在先,是创造者,甚至也许是——一如在很大程度上被罗马的诉所接受的一样——原告的唯一重要的现存的“权利”,那么诉讼法律就不是与当事人双方的“权利状态”相分离的法律,而是(如果允许我这样说的话[sit venia verbo])由“法律主体之间的权利关系的实质内容”所组成的法律部门。

如同任何的分离一样,实体法和程序法的分离意味着被分离的部分必然要失去部分价值。尽管如此,最终的分离却在诉讼法学界带来了意想不到的繁荣。“从私法思想的枷锁中解放出来”——正如奥特马尔·尧尔尼希<sup>④</sup>(与他平时平稳的个

① Savigny:《当代罗马法体系》,第5卷,1841,第204节和第205节。

② Kaufmann(《法学家报》,1964,第488页)认为,Savigny迈出了决定性的一步,他转变了诉讼的含义。就此而言,Kaufmann明显将Savigny视为是实体法和程序法分离的重要的先驱者。

③ B. Windscheid:《从今天的法律的角度看罗马法上的诉》,1856,第5页。

④ Jauernig:《错误的民事判决》,1958,第1页。这样表述明显可以追溯到Kohler,载《民事诉讼杂志》,第33卷(1904),第218页,他提到了“从民法的枷锁中解脱出来”。



性相反)所描述的一样——诉讼法中充满了独立的概念直至对既判力进行独立的诉讼上的阐释。我将回到这一发展线路上并且对其中的部分作特别的论述。

## 第一部分

实体法因为分离而遭受——我这样说的根据是一个一直不固步自封地与诉讼法紧密联系的实体法学者的长期的经验——了重要的损失,并且至今无法弥补这一损失。因为如果不把诉讼和强制执行与实体法放在一起加以考虑,那么就无法从实质上理解主观权利和法律状况。实体法律——就像我向学生所灌输的一样——永远只是真理的一半。

(1) 这种从实体法律状况和诉讼法律状况的分离中得出的价值损失命题首先仅仅可能意味着学术美学上的缺陷,如果人们愿意,那么也可能意味着学术教学法上的缺陷——每个法学家都可能消除这样的缺陷,如果他为此付出了足够的努力——一种对很多的实体法专业的同事来说过高的努力。然而,仅仅是作为教学法上的不足,也本应当极其严肃地对待在我们的学生中因为分离的思想而造成的实体法优先的错误观念。因为在每年离开大学的数千名年轻的法律工作者中,只能有一部分人会在实践的过程中纠正这种错误观念,而且尽管有些人在实践中意识到了诉讼所具有的所谓的服务于实现实体法的职能也常常被诉讼法的大量的独立的目标所阻碍,但是他们也经常没有发现对整体上的理解所必需的精神上的问题距离。

(2) 但是涉及的不仅仅是教学法,而且也涉及在理论上正确理解实体法和依程序来实现实体法之间的关系。这一关系极其复杂,有很多的层面。很多学识渊博的人都为此进行了努力。<sup>①</sup> 爱德华·伯蒂歇尔一生都在致力于研究私法和程序法的融合,尽管他很少特意地而且从来没有完全以此为主题。在实体法和诉讼法的关系——看起来没有人能够对此得出最终的结论——上随时都在出现新的内容,每个对于完整地、全面地理解法律及其法律实现感兴趣的法律工作者都必须面对这一关系。比以对诉的本质的讨论为特征的 19 世纪更为广泛,今天在这个问题上还涉及客观性法律与法院活动之间的关系这一一般性问题。

(3) 由于请求权同诉相互分离,随之出现了诉讼的任务不再被视为是创造法律规定,而是被视为以实现法律规定为目标,并且诉讼因此——如果人们希望——被理解为具有服务性功能。这种只是短暂地遭受了争议的观点今天再次占据了核

<sup>①</sup> 在大量的文献中只提到那些明确以此关系为主题的, Arens: “诉讼法与实体法”, 载《民事实践档案》, 第 173 卷, 1973, 第 250 页以下(由 Henkel 评论)。