

比较民事诉讼法

比 较 民 事 诉 讼 法

2003 年卷

陈刚 主编

比较民事诉讼法

2003 年卷

陈刚 主编

中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

比较民事诉讼法 2003 年卷/陈刚主编.
北京:中国人民大学出版社, 2004

ISBN 7-300-06110-9/D·1147

I. 比…

II. 陈…

III. 民事诉讼法-比较法学-文集

IV. D915. 204-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 111348 号

比较民事诉讼法

2003 年卷

陈刚 主编

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511239 (出版部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京东方圣雅印刷有限公司

开 本 890×1240 毫米 1/32

版 次 2004 年 10 月第 1 版

印 张 11.75

印 次 2004 年 10 月第 1 次印刷

字 数 313 000

定 价 23.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

卷首语

本卷为《比较民事诉讼法》2003年卷，也是总第四卷。

关于本卷的“卷首语”，起先已写就数万言，尚有意犹未尽之感。实际上，欲借“卷首语”来表达编辑本年度《比较民事诉讼法》所经历的快乐与苦楚，几乎是不可能之事。转念之下，我欲借下述三个意思来说明本卷中所包含的公私交错的感情。

一是将本卷献给湘潭大学，以庆祝其取得诉讼法博士学位授予权。其理由是湘潭大学法学院一直将本系列年卷列为其学科建设的一部分，并为《比较民事诉讼法》年卷的可持续性发展提供了良好的生存环境。

二是感谢各位作者一如既往的鼎力支持。不解自明，一部年卷没有稿源将成为“无本之木”。特别是青年作者诸君不仅在成长期向本系列年卷投稿，且在文债累累的今天仍向主编赐稿，实在令人感动。

三是感谢中国人民大学出版社对本系列年卷始终不渝的大力支持。在学术著作缺乏市场价值的今天，如果没有出版社的扶持，想必《比较民事诉讼法》只能深藏闺中。

我深信，惟有大家的成功，才有《比较民事诉讼法》年卷的成功。

陈 刚

法学博士（西南政法大学授予，980001号）

湘潭大学法学院教授、博士生导师

2003年10月28日

目 录

[特别研究]

民事诉讼制度及其理论的法系考察

——罗马法系民事诉讼和日耳曼法系民事诉讼

…………… [日] 中村英郎 翻译: 陈刚/林剑锋 (1)

美国文化的独特性和比较程序研究 …… 赵信会/李 雁 (60)

两大法系民事诉讼当事人审前程序保障之比较

…………… 黄 娟 (78)

论海牙《民商事管辖权和外国判决公约》

(草案) 的商业行为管辖权

…………… [德] 派塔·哥特瓦尔特 翻译: 茅院生 赖玉明 (91)

中日民事诉讼费用制度之比较研究

…………… 廖永安 赵晓薇 (116)

[司法改革]

法国民事裁判制度的现状与未来

…………… [法] 让-路易·贝尔热尔 翻译: 施鹏鹏 李立宏 (133)

2002 年《德国民事诉讼法》修订理由书

…………… 编译: 周 翠 (156)

附录 《德国民事诉讼法》部分修改后的条款…………… (171)

俄罗斯现行民事诉讼法制总体评说 …………… 张家慧 (182)

尼泊尔司法制度的现状及改革

…………… 《亚洲司法制度改革研究》课题组 (199)

[家事诉讼]

英国家事诉讼制度 …………… 陈 刚 赵信会 (222)

德国家事法院管辖制度若干问题考察 蓝 冰 (244)

日本人事诉讼法的改革动向

——兼谈家事审判制度的发展规律 孟 涛 (257)

[证据专栏]

论美国民事诉讼法中推定对证明责任分配的影响

..... 傅贤国 (274)

大陆法系民事证明标准理论的基础 吴 杰 (292)

[法典精选]

俄罗斯司法独立的三大立法保障——代译序

..... 张西安 程丽庄 (312)

俄罗斯联邦关于司法体系的宪法性法律

..... 翻译: 张西安 (314)

俄罗斯联邦法官地位法 翻译: 张西安 (326)

俄罗斯联邦司法警察法 翻译: 程丽庄 (340)

朝鲜民主主义人民共和国民事诉讼法

..... 翻译: 陈 刚 (350)

〔特别研究〕

民事诉讼制度及其理论的法系考察

——罗马法系民事诉讼和日耳曼法系民事诉讼

〔日〕中村英郎

翻译：陈 刚 林剑锋*

引 言

一切制度都是历史的产物，民事诉讼制度亦然。民事诉讼制度及其理论是其昨天的延续和发展。温故而知新，对民事诉讼制度及其理论进行谱系式的考察，必将有助于我们充分地把握现在、展望未来。

当今世界的民事诉讼法制，大致可分为欧洲大陆法系民事诉讼法制和英美法系民事诉讼法制。^①两种民事诉讼法制虽然在法的形

* 本文译自〔日〕中村英郎：《民事诉讼におけるローマ法理とゲルマン法理》，载《民事诉讼论集》，第5卷，东京，成文堂，1986。

中村英郎，日本早稻田大学名誉教授。

陈刚，湘潭大学法学院教授，博士生导师；林剑锋，清华大学法学博士研究生，民事诉讼方向。

① 对既存于世的法系，可以按不同的标准做不同的划分。譬如埃斯曼将它类分为拉丁法系、日耳曼法系、盎格鲁—萨克逊法系、斯拉夫法系和伊斯兰教法系。此外，还有许多学者提出的各种分类。由于大陆法系和英美法系的地域影响力最广，意义也最为重大，因此任何一种分类都非常重视这两大法系。

式、内容以及思维方式上迥然不同，相映生辉，但究其本源，则可以分别溯及罗马诉讼法制和日耳曼诉讼法制。

与今日有别的是，古罗马和古日耳曼的诉讼法制既没有刑事诉讼和民事诉讼之分，法本身也无实体法和诉讼法之别。尽管两种法都是以一种整体形式而存在，但两者的法均是对其各自社会状态的反映，故而两者在存在形式、思维方式上表现出截然不同的一面。在相当于今天的民事诉讼法领域，罗马法和日耳曼法不仅在相关制度、程序等形式方面表现各异；而且还在与法的表里关系方面，就诉讼本身的把握方法，即对诉讼制度的目的、诉讼标的、诉讼当事人之类的实体问题，也有着各自本质不同的观念。关于这种差异的形成原因，可谓众说纷纭。笔者根据过去的研究认为^①，可以将之归结为法的渊源是否属于成文法，或与此相关联，即归结为对于诉讼的认识是以法规为出发点还是以事实为出发点^②，抑或是说在分析诉讼或裁判的问题时，虽然两者都将事实和规范作为基本要素，但罗马的民事诉讼是以成文法为背景，从规范出发考察诉讼；与此相反，日耳曼社会不存在成文法，其民事诉讼属于从事实出发予以把握的诉讼。^③ 两者间差异的根本原因就在于此，故而生成了罗马民事诉讼和日耳曼民事诉讼这两种性质截然不同的诉讼形态。

两种诉讼制度及其思维方式连同各自产生背景的罗马法、日耳曼法一起被后世相传。概言之，罗马的民事诉讼及其思维方式

① 有关新近的研究成果，参见〔日〕中村英郎：《民事诉讼的罗马法理和日耳曼法理》，写于1977年，载《民事诉讼论集》，第1卷，1页以下，东京，成文堂，1977；早前的研究成果，参见〔日〕中村英郎：《“诉讼标的”概念的发展过程》，写于1955年，载《民事诉讼论集》，第1卷，65页以下。

② 质言之，可以理解为由来自于各国的法的存在形式上的差异。但是，法的本质论属于法哲学的重要课题，故在此不予涉及。

③ 如何理解事实和规范之间的关系，属于法哲学的重大课题。与规范没有关系事实的就不能作为法律问题，而与事实没有关联，规范就不能成立。事实和规范是一种相即不离的关系，但关键的问题是从何者出发来分析法。参见〔日〕尾高朝雄：《法与事实》，1页以下。

为欧洲大陆的民事诉讼法（尤其是德意志民事诉讼法）所承继；日耳曼的民事诉讼及其思维方式被英国、美国民事诉讼法所接受。在民事诉讼比较法学方面，学说上一般按大陆法系民事诉讼法和英美法系民事诉讼法的划分进行研究。^①但是，两大法系诉讼法的源头分别在罗马法和日耳曼法。迄今为止，在各自的底流中，罗马法和日耳曼法的制度和思维方式仍在奔腾不息。现在欧洲大陆和英美的民事诉讼法是伴随历史的发展而产生、发展的，当然不能与昔日的罗马法、日耳曼法同日而语。但是首先考察两者底流中仍在奔腾不息的罗马法和日耳曼法这一潜流^②，对于准确地理解现今的制度及其思维方式应谓不可或缺的。因此，笔者追溯大陆法系民事诉讼法的源头为罗马法，欲将其划做罗马法系民事诉讼法；另追溯英美法系民事诉讼法的源头为日耳曼法，将其划做日耳曼法系民事诉讼法。^③

本文基于上述构想展开论证。首先，通过考察罗马的民事诉讼法和日耳曼的民事诉讼法究竟为何物，以阐明两者间的本质差异。其次，概观两种本质不同的制度是经过何种历程以及带着怎样的变容步入现代。最后，围绕着民事诉讼法的若干基本问题，说明罗马法系民事诉讼和日耳曼法系民事诉讼在思维方式上的异同。以上是本文考察的主要内容。笔者试图通过这种考察，来大致勾画出我国（日本）民事诉讼法理论应有的发展方向之轮廓。

① 参见〔日〕斋藤秀夫：《大陆法和英美法的民事诉讼接轨》，载《私法》，第7号。

② 杰克斯将罗马法和英美法列为近代世界的两大法系。See Jenks, A Digest of English Civil Law, Editor's Preface XX (1st ed., Installment 11., 1917).

③ 如本文所述，从宏观上看，德意志民事诉讼法和以该法为蓝本制定的日本民事诉讼法都属于罗马法系的民事诉讼法。但是，由于古时候的德意志曾受日耳曼法的支配，所以在其现代民事诉讼理论中，日耳曼法理也作为一种底流在奔腾不息。在此基础上，有关民事诉讼制度的目的论、诉讼标的论等涉及民事诉讼本质的基本问题方面所产生的学说对立，都可以被视为罗马法理和日耳曼法理的对立。笔者专就上述关系进行分析的论文是《民事诉讼的罗马法理和日耳曼法理》。

一、罗马及日耳曼的民事诉讼

(一) 罗马的民事诉讼

尽管罗马的民事诉讼制度^① 随岁月流逝、辗转变迁,但就其本质而言,因罗马很早就有了成文法^②,故而可以将其视为以法为出发点的诉讼。进而言之,是以法所认可的诉(actio)为出发点的诉讼。

诉之一词,常被多义使用(按使用环境不同,可以理解为原告的行为、诉、辩论以及程式书等)^③,难以为之明确定义。不过,《优士丁尼法学阶梯》的定义较为完整地概括了诉的基本含义,即:“诉,意指以诉讼请求吾人应得之所在的权能。”(actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur.)^④ 在罗马法时代,实体法和诉讼法不分,因而请求权和诉权也尚未分化,诉包含着现代法意义上的请求权和诉权的双重性质。^⑤ 这种诉的表现形式就是依据具体的事实所作出的法的规定(事实和规范尚未分离)。因此,当已发案件符合法所规定的诉时就可以接受救济(有

① Bethmann-Hollweg, Der roemische Civilprozess, Bd. 1~3, 1864~1866, Neudruck 1959; Engelmann, Der Civilprozess, Geschichte und System, Bd. 2, Heft 2, 1891; 此书的日文本,见[日]小野木常、中野贞一郎译:《民事诉讼法概史七——八》,载《大阪法学》,第30~46号。另参见 Wenger, Institutionen des roemischen Zivilprozessrechts, 1925; Kaser, Roemische Rechtsgeschichte, 2. Aufl. 1967; Kaser, Das roemische Zivilprozessrecht, 1966; [日]船田亨二:《罗马法》,第5卷,东京,岩波书店,1968; [日]中村英郎:《民事诉讼的罗马法理和日耳曼法理》,载《民事诉讼论集》,第1卷,8页以下及同处所引文献。

② 关于罗马法的产生及其意义,参见[日]中村英郎:《民事诉讼论集》,第1卷,90页以下。

③ Heumann-Seckel, Heumanns Handlexikon zu den Quellen des roemischen Rechts, 9. Aufl. 1907, S.9.

④ Inst. Pr. 1. de act (4. 6.). 关于该概念解释的汉语文献,参见[意]彼得罗·彭梵得著,黄风译:《罗马法教科书》,85页以下,北京,中国政法大学出版社,1992。在该书中,此条译为“诉讼只不过通过审判要求获得自己应得之物的权利”。

⑤ 参见[日]中村宗雄:《从诉讼法学立场对实体法学的学术方法及其构造提出的质疑》,载《在自然科学中寻求规范型民事诉讼理论的再构成》,81页。

诉才有救济, ubi ius, ibi remedium), 没有诉就不能够接受救济。

以法律规定的诉为基准认识诉讼的态度, 被严格地贯彻于罗马法的初期, 尤其是法律诉讼程序 (Legisaktionverfahren) 时期^①, 法律诉讼程序分为在法务官面前进行的法庭 (in iure) 程序和 in 审判人面前 (apud iudicem) 进行的程序这两个阶段。原告应首先在法务官面前进行的法庭程序中, 依据法律规定, 主张自己对被告享有某诉, 并申请依该诉接受审判的许可。该诉的范围仅限于《十二铜表法》及其之后制定的市民法的规定; 同时还要求原告在法务官面前按照极其严格的形式, 运用公式化语言和象征性行为提出主张, 稍有失误即有可能招致败诉。^② 在盖尤斯的《法学阶梯》中有一段名言, 即: “某人就砍葡萄树一事提起诉讼, 因在其诉 (指诉状——原作注) 中使用的是 ‘葡萄树’ (vites) 这个名词, 结果遭到了败诉。因为作为其诉 (请求) 之根据的《十二铜表法》仅仅笼统地规定了 ‘砍树’, 故而他在诉状中应当使用 ‘树’ (arbores) 这个名词。”^③ 这是关于法律诉讼特征的贴切表述。

原告必须按照法定程序提出请求, 而法务官则对原告的主张是否符合法律规定的诉进行审查。法务官若认定原告的诉不具备法定要件, 就宣布拒绝诉讼 (denegatio actionis), 以切断诉讼; 若认定具备法定要件, 就开始争讼程序 (litis contestatio, 日译 “争点决定”)。据此, 案件将从法务官的手中分离, 随后进入当事人选择的在审判人面前进行的程序。审判人在审理诉的成立要件事实存在与否的基础上作出判决。若认定诉的成立要件事实存在, 将作出肯定该诉的判决; 反之, 将作出原告败诉的判决。

以上是有关法律诉讼程序的介绍。其中所进行的思考是, 当案件已发生时, 首先将讨论该案件是否符合法所规定的诉的要件事

① 关于法律诉讼程序的介绍, 参见 [日] 中村英郎: 《民事诉讼论集》第 1 卷, 14 页以下、74 页以下及同处所引文献。

② Kaser, Das roemische Ziviproze Brecht, S.24; [日] 船田亨二: 《罗马法》, 第 5 卷, 63 页。

③ Grius, IV. 11., [日] 船田亨二译: 《盖尤斯法学提要》(新版), 239 页, 东京, 有斐阁, 1967。

实,从法规出发考察诉讼。

依照法律诉讼程序,法院只对《十二铜表法》及后来制定的若干法律所规定的案件,给予裁判上的救济。但是随着社会的发展以及生活关系日趋复杂化,这种仅对法律规定的案件进行救济的模式将难以适应社会变化的需求。另外,法律诉讼程序受严格的形式主义支配,当事人常因误及该形式而导致败诉,所以为世人所恶。因此,到了共和国中期,与法律诉讼并存,法院开始采用程式书(formula)方式,即一种承认相当自由度的程式书诉讼程序。

程式书诉讼程序^①(Formularverfahren)也分为在法务官面前的法庭程序和 in 审判人面前的审判程序两个阶段。首先在法庭程序中,原告不是通过法定的公式语言,而是以程式书形式,向法务官提示依市民法及依法类推认为自己所具有的诉^②,并请求依照程式书给予在审判人面前进行审判程序的许可^③(诉的申请 Postulatio actionis)。程式书上首先必须记载请求原因(causas actionis)和原告

① 有关程式书诉讼程序参见[日]中村英郎:《民事诉讼论集》,第1卷,16页以下、75页以下及同处所引文献。

② 程式书本来被认为是由法务官制作并交付给当事人的(笔者的旧稿也持这种观点),但后来随着罗马法研究进展,现在,如本文所述的,由原告开示的观点成为通说。参见[日]船田亨二:《罗马法》,第5卷,146页以下。

③ 在当时,罗马市民法是作为罗马市民间的社会规范来实施的,但实际上其同时起着社会规范和裁判规范的作用。人们因某一规范受到侵害而向法院寻求救济。为了进入法庭程序,原告必须传唤被告。原告在传唤被告前或在传唤之际,首先要向被告开示其认为已被法律所认可的诉,然后在法庭程序中,请求法院承认该诉规定的审判程序。兼子一教授的诉讼理论认为,包括罗马法在内,应当仅从裁判规范的立场来把握实体法。作为这一理论的依据就是罗马法中有关当事人只要陈述事实,法务官就会给予相应的程序书这一规定。参见[日]兼子一:《实体法和诉讼法》,72页,东京,有斐阁,1957。但是,如前所述,当时的通例是由原告开示程序书,而教授所举的例子在当时属于例外,故而以此作为程序书诉讼的范例无疑是错误的。另外,教授认为“汝予吾事实,吾赐汝法律”的法谚正好与这种做法相符,但是教授可能忽略了这样一个事实,即该法谚本来就不是罗马的法谚,故在罗马法中不存在着这样的观点。有关罗马市民法具有社会规范和裁判规范之双重性质的观点参见[日]中村宗雄:《从诉讼法学立场对实体法学的学术方法及其构造提出的质疑》,载《在自然科学中寻求规范型民事诉讼理论的再构成》,81、82、175、176页。

主张。其次是一种以“如果上述事实清楚，审判人就进行 A 审判；如果不清楚，则进行 B 审判”形式记载的审判次序书。法务官在审查后，若认定原告存在诉时，就允许依该程式书引起审判程序。接着诉就进入争讼程序（争点决定）阶段，并与法务官相分离。此后是开始在审判人面前的审判程序，审判人通过审理程式书上记载的事实存在与否之后，依程式书宣告判决。^①

程式书诉讼程序是法律诉讼程序发展的产物，在该程序中固然无须像法律诉讼程序那样严格地、形式地适用法律，但诉讼在这里也是从既存的法律出发来加以考察的，而诉就是其出发点。

其后进入了元首制时代。一种从统治者（元首及作为其代理人的官吏）的立场对被统治者（当事人）之间的纠纷进行裁判的程序（非常诉讼程序 *Kognition sverfahren*）^② 异常地发达起来。此种程序废止了法律诉讼程序和程式书诉讼程序（这两者统称为通常诉讼程序）中那种在审判人面前的程序，而采取了由法务官全面进行裁判的方式。整个程式书诉讼程序时代中，法务官受理过何种案件，并许可何种程式书，都通过每个法务官就任年度开始的告示得以明确化、公开化。而对这些告示进行体系化形成的永久告示录（*edictum perpetum*）后来具有了制定法的效力。就来源于法务官告示这一意义而言，这个制定法就具有强烈的裁判规范色彩。然而，法务官是原有市民法的适用者，而且这个告示录也是以市民法为基础的，故告示录应当被看做市民法的延伸。^③ 告示录既是一种裁判规范，同时也作为一种社会规范被通用。在非常诉讼程序时代，人们通过主张该规范上的权利而提起诉讼。法务官对于一个案件，首先审理规范上的权利存在与否，然后宣告判决。现代民事诉讼程序中通用的程序在此时就得以诞生了。

① 当法务官判断诉不存在时，法庭就可以驳回诉，参见〔日〕船田亨二：《罗马法》，第5卷，142页。

② 关于非常诉讼程序参见〔日〕中村英郎：《民事诉讼的罗马法理和日耳曼法理》，载《民事诉讼论集》，第1卷，19页以下及同处所引文献。

③ 有关法务官告示参见〔日〕中村英郎：《民事诉讼的罗马法理和日耳曼法理》，载《民事诉讼论集》，第1卷，18、19页。

此前的通常诉讼程序并未因非常诉讼程序的产生而被全面废止,而是仍然作为普通程序继续存在。这种新程序是作为通常诉讼程序以外的某种特别审理程序(cognitio extra ordinem)而形成的。但是,随着后来的中央权力的强化而逐渐发达起来,到了专制时代这种程序就成了民事诉讼中惟一的程序。

罗马法的诉制度随着时代变化而发展,初期和后来的就变化了若干种形式。但是,上述针对具体案件所规定的请求权加诉权的模型即以诉为基准来考虑诉讼的态度却是贯彻始终的。即开始的法律诉讼时代以《十二铜表法》及其后制定的市民法规定的诉为基准而起诉,并依此进行裁判;在后来的程式书程序中,为了满足社会的需要对传统的法律进行类推、扩张解释,以在比以前更广的范围内认可的诉(程式书)作为基准,再后来的非常诉讼程序主要是以具有制定法性质的永久告示录所认可的诉为裁判的基准。诉是由法律所规定的,故可以说罗马的民事诉讼法的出发点是由诉的规范所构成的。

(二) 日耳曼的民事诉讼^①

日耳曼的诉讼本来具有这样一种性质,即当共同体的法的和平遭到破坏时,对此予以恢复的赎罪程序之性质,故而没有民事诉讼和刑事诉讼的明显区别。^②在此,笔者从现代法立场将对仅仅相当于民事诉讼的部分进行考察。

^① 有关日耳曼民事诉讼参见 Bethmann-Hollweg, Der germanische Civilprozeß, Bd. 1~3, 1868~1874, Neudruck 1959; Engelmann, Der Civilprozeß, Geschichte und System, Bd. 2, Helf 1, 1890; Schwerin-Thieme, Grundzuge der deutschen Rechtsgeschichte, 1950, S.26ff.; Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1, 1954, S.42.; Mitteis-Lieberich, Deutsche Rechtsgeschichte, 15. Auff. 1978, S.34ff. 另参见[日]中村英郎:《民事诉讼的罗马法理和日耳曼法理》,载《民事诉讼论集》,第1卷,21页以下及同处所引文献。

^② Jauernig, Zivilprozeßrecht, 18. Auff. 1977, S.307; Engelmann. a.a.O., S.34. 参见[日]小野木常、中野贞一郎译:《民事诉讼法概史七——八》,载《大阪法学》,第24号,112页。在系属于日耳曼法系的英美法中,至今也没有民事案件与刑事案件的明确区别。

罗马自《十二铜表法》以来,很早就有了成文法。后来以古罗马帝国的权力为依靠更是形成了完备的制定法体系。而同时代的日耳曼却不存在像古罗马那样的国家,故也不存在与古罗马相比较的法律。^①

日耳曼人在公元前1世纪以前,以所谓的 Sippe 的血亲团体(氏族)为单位过着集体农耕生活。几个 Sippe 聚集在一起构成一个 Gull(部落),若干个 Gull 集中起来再构成一个 Civitas(小国家)。^② Gull 内部的小事通过 Gull 成员会议加以解决,而有关 Civitas 全体成员的大事(majores res)则由所谓的 ding 及 thing 或 mahal、mallus 的 civitas 会议(Concilium civitatis),即所谓的民会(Landsgemeinde)来决定。^③ 所谓民会就是由 Civitas 下 Gull 部落民中有武装能力的成年男子组成的会议,这个会议掌握着相当于现代国家中的立法、司法、行政三项权力。

当时日耳曼人的公共(国家)生活大概也就是以 Civitas 为单位营建起来的。而这种 Civitas 是其下所有部落成员的集合体。^④ Civitas 和其成员是一种同等资格的关系,而并非凌驾于成员之上的一种机构,但在罗马,两者则是一种凌驾于全体国民之上的国家与全体国民的关系。这也就是日耳曼不存在像罗马那种国家针对国民的制定法制度之缘由。

虽说如此,在日耳曼社会中依然存在着作为社会关系的法。这种法作为一种习惯法,是从祖先开始代代相传的正义与和平的秩序,并在民族的法律信念中逐渐确立起来的東西。由于是从先祖传下来的东西,故对人们来说这是神圣不可侵犯的“法”(ēwa, reht, lagn)。这也不是人们意识性制定的法规,而是一种被人们发

① 有关罗马和日耳曼中的法的存在状况参见[日]中村英郎:《民事诉讼的罗马法理和日耳曼法理》,载《民事诉讼论集》,第1卷,9页以下、22页以下。

② 有关日耳曼社会的国家体制参照 Schwerin-Thieme, a.a.O., S.22; Conrad, a.a.O., S.23 ff.; Mitteis-Lieberich, a.a.O., S.23 ff.; Mitteis-Lieberich 著, [日]世良晃志郎译:《德意志法制史概说》(修订版),43页以下,东京,创文社,1971。

③ 参见 Schwerin-Thieme, a.a.O., S.22; Mitteis-Lieberich, a.a.O., S.24.

④ 参见 Schwerin-Thieme, a.a.O., S.23, [日]船田亨二:《法思想史》,176页。

现的东西^①，和古代希腊法中所谓的 *nomos*（习惯）^② 是同样的东西。

当这种支配日耳曼社会的习惯法的主权受到侵害时，人们为了恢复秩序而提起诉讼，这和罗马法下行使法律认可的权利具有完全不同的意义。因而诉具有了防止共同体的法的和平遭到侵害，并在其遭侵害时要求恢复的意味。德语中的“诉”（*Klage*）之一词就含有叹息、悲伤的意思，这就形象地描述了此间的事情。

对上述诉具有管辖权的机关是百人会^③（*Hundertschaft*）。欲起诉者首先必须传唤应当成为被告的人，并共同申请法官对此纠纷作出裁决。根据原告、被告之间的这种诉讼契约（*Streitgedinge*）法院才得以开始活动。作为法官的百人会首长只是拥有形式上的裁判指挥权，而实质上的裁判权属于自治性的裁判民团体（*autonome Gerichtsgemeinde*），因为这一团体对当事人进行质问，并针对该案件判断何为正义，最后对裁判进行提案。判决最后由法官来宣告。这种判决具有证据判决的性质，如果被告不能证明一个特定证据，法官可以宣告被告应当给付。^④

这里所说的证明并非现代意义上所说的以澄清过去的某种事实存在与否则为目的的证明。裁判是发现本案中应有规范的行为，而证明则是明确如何处置才能使受侵害的习惯法得以恢复的行为。故此处证明的目的在于作出是否承认原告或被告主张的那种纯人格性的

① 参见 Schwerin-Thieme, a.a.O., S.20; Conrad, a.a.O., S.40ff.; Mitteis-Lieberich, a.a.O., S.13.

② *nomos* 是从希腊语“*nemein*”（为分配之意）转变而来的。其原始的意思为“被分配的物”（Heyes, Fremdworterbuch, 1992, S.579）。自古以来，人们在社会中按照一定的方法进行分配，在对身份、财产及权力等作出规定的规则下生活。*nomos* 指这种社会下的规则、法、习惯及制度。参见〔日〕尾高朝雄：《法思想史序说》，2页；〔日〕船田亨二：《法思想史》，53页；〔日〕中村英郎：《民事诉讼的罗马法理和日耳曼法理》，载《民事诉讼论集》，第1卷，24页。

③ 除百人会以外，*Landsgemeinde* 也对丧失和平的事件拥有管辖权。

④ 有关古代日耳曼诉讼参见 Schwerin-Thieme, a.a.O., S.31ff.; Mitteis-Lieberich, a.a.O., S.34ff.; 〔日〕中村英郎：《民事诉讼的罗马法理和日耳曼法理》，载《民事诉讼论集》，第1卷，25页以下及同处所引文献。

判断。因为当事人（多数情况下是被告）只有满足该判决要求的方式时证明才得以成立，所以为了在形式上使证明的成立与否得以客观明了化，当事人往往在裁判外向对方（多数情况下是原告）进行证明。证明的主要内容是宣誓，在多数时候，当事人和判决所定的数名宣誓辅助人一起进行宣誓。另外这一时代的裁判和宗教观念有很密切的联系，故审判、决斗作为辅助的证明方法来决定证明的成立与否。当时由于国家权力没有充分地发展，不存在法庭强制权，所以通过裁判外的决斗来解决纠纷的方式也被认为是正当的。因此，无论是裁判上的解决还是裁判外的解决在事实上具有相同的性质，并且当事人有权选择采取何种方式来解决纠纷。

上述概观了古代日耳曼民事诉讼。简而言之，在诉讼之前客观上不存在明确的法，法是一种从案件中被发现的东西。于是，可以说此处的诉讼是以事实为出发点来加以考虑的。古代日耳曼民事诉讼的大纲原封不动地传给了中世纪的日耳曼民事诉讼^①，另外，这种思维方式也成为其后日耳曼法系民事诉讼的基本思维方式。

二、民事诉讼法制的发展

（一）罗马法系民事诉讼法制的谱系（大陆法）

公元前5世纪，罗马法以《十二铜表法》形式得以诞生。其后随着罗马帝国势力的不断扩张，至公元5世纪时诞生了集罗马法之大成的《优士丁尼法典》。这部罗马法大全其后随着罗马帝国的没落曾一度消失。进入12世纪，注释法学派的出现，训诂解释的兴起，使之又得以复活。紧随其后的后期注释法学派自觉到有必要将复活的罗马法适用于自己的时代，于是谋求罗马法的实用化。另一方面，当时随着民族的大迁移侵入意大利北部建立国家的日耳曼郎哥巴尔部族的部族法以及随着中世纪教会的兴盛而日益发达起来的教会法均对罗马法产生了很大的影响。教会法本是规范神职人员的

^① 有关中世纪的日耳曼诉讼参见〔日〕中村英郎：《民事诉讼的罗马法理和日耳曼法理》，载《民事诉讼论集》，第1卷，28页以下及同处所引文献。