

|天
Borderless

|下

博
观

**Klagrecht
und
Klagmöglichkeit**

诉权与诉的可能性
当代民事诉讼基本问题研究

[德]康拉德·赫尔维格 著

任 重 译

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

|天
Borderless
|下

博
观

本书受社科基金资助



德意志·赫尔维格 著

伍 重 译

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

诉权与诉的可能性：当代民事诉讼基本问题研究 /
(德) 赫尔维格 (Konrad Hellwig) 著；任重译。——北
京：法律出版社，2018
ISBN 978-7-5197-2342-2

I. ①诉… II. ①赫… ②任… III. ①民事诉讼法—
研究—德国 IV. ①D951.651

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第121117号

诉权与诉的可能性：
当代民事诉讼基本问题研究
**Klagrecht und Klagmöglichkeit: Eine Auseinandersetzung
über die Grundfragen des heutigen Civilprozessrechts**
[德] 康拉德·赫尔维格 著
任 重 译

责任编辑 韩满春
装帧设计 贾丹丹

开本 A5
版本 2018年7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 中煤(北京)印务有限公司

印张 9.25 **字数** 197千
印次 2018年7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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/bwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939792

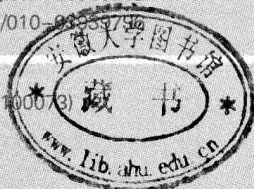
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话：

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995



书号：ISBN 978-7-5197-2342-2

定价：48.00元

(如有缺页或倒装，中国法律图书有限公司负责退换)

|天
Borderless
|下

博 稽 古 今 融 汇 天 下

作者简介

康拉德·赫尔维格 Konrad Maximilian Hellwig, 1856~1913

德国著名法学家，主要研究领域为民事诉讼法学，曾先后任教于莱比锡大学、罗斯托克大学、吉森大学、埃尔朗根大学和柏林洪堡大学。1895年到1896年任埃尔朗根大学副校长。1904年到1905年和1911年到1912年，赫尔维格两度出任柏林洪堡大学法学院院长。赫尔维格将民事诉讼法上的请求权与实体法上请求权区别开来，使民事诉讼法和民事诉讼法学理论体系有了自己的基石。以法律保护请求权理论为基础，赫尔维格构建出了德国民事诉讼理论体系。鉴于他在民事诉讼理论上的伟大贡献，赫尔维格被大陆法系民事诉讼法学界誉为诉讼法学之父。

译者简介

任 重

男，1985年生，德国萨尔大学法学博士，现任清华大学法学院副教授，博士生导师，首批仲英青年学者，入选首批首都“百名法学英才”。曾出版德文专著一部，发表译文两篇，并在《中国法学》《法学研究》《中外法学》《法学家》等刊物上发表学术论文二十余篇。2015年获第四届全国中青年民事诉讼法学优秀成果奖论文类一等奖。2016年获第四届“董必武青年法学成果奖”二等奖。主要研究领域为民事诉讼基础理论，长期关注民事诉讼法与民法的衔接。

序言 基础理论研究：民事诉讼 理论发展的基石

张卫平*

由于当下主流学术评价导向和职称评定的原因,出于功利,人们对翻译著作已经失去兴趣。对学者的学术评价指标更看重的是核心期刊论文的刊发数量,也就是所谓学术产出量。这与我们现实中追求 GDP 的心态大体是相同的。但这显然是不合理的。对于法治建设和法学研究尚处于初级阶段的我国而言,需要进一步开放,学习和借鉴法治发达国家法治建设的经验和法学理论,无论是法治建设,还是法学研究,都需要长期的积累——罗马不是一天建成的。翻译是一种开放的态度,译著是一扇看世界的窗户。通过翻译国外的经典法学理论著作,我们可以不断学习

* 中国民事诉讼法学研究会会长、中国法学会常务理事。

和吸收国外有益的法学知识,我们的法学理论便可处于不断发展之中,其意义自然不可小觑。

一直以来,我特别鼓励我的学生在有条件的情况下尽可能翻译国外的学术著作。我虽能力和精力有限,但也尽可能投身其中。林剑锋博士前些年翻译的《民事诉讼法制度与理论的深层分析》(日本学者高桥宏志著)、《新民事诉讼法》(日本学者新堂幸司著),许可博士翻译的《重点讲义民事诉讼法》(高桥宏志著)都在我国民法学术界产生了较大的影响。在当下重论文轻译著的背景下,任重博士依然甘于在译著上投入大量精力,翻译国外民诉学者的理论著作,着实不易,无有一定学术定力和远识不可能有所成就。任重博士翻译的著作系德国著名法学家赫尔维格教授(日本有学者将其奉为民事诉讼理论之父)的经典作品——《诉权和诉的可能性:当代民事诉讼基本问题研究》。基于本书对民事诉讼基本理论问题的深刻认识,我相信,该译著在我国民诉学界将会产生很大的影响。

民事诉讼法治的发展其“硬件”建设就是制度建构。在相对短的时期内要实现民事诉讼法制度建构就需要移植和借鉴,从而实现制度建构的“弯道超车”。这些年我们也是如此做的。但我们不能忽视一点,域外民事诉讼制度有其特定的理念和理论作为支撑。如果我们没有对其理论,特别是深层的基本理论——对基本原理的认识,我们就不可能真正认识该制度,并科学地应用或运用该制度。另一方面,如果没有真正认识和掌握关于某制度的基本理论,我们也不可能在实质上移植该制度,很可能徒具形式而已。我们以民事判决制度为例,大陆法系国家如德国、日本都有一整套体系化的判决制度和理论。只有厘清了体系化的判决理论,我们才能真正掌握和应用体系化

的判决制度,为我国民事诉讼所用。我们才能认清我国现行的民事判决制度的不足和缺陷,进一步予以完善和补充。

大陆法系国家中的德国、日本等是学界公认的民事诉讼制度最为发达的国家,同时也是民事诉讼理论水平最高的国家。其他国家或地区如韩国和我国台湾地区民事诉讼制度和理论的发展也与德日民事诉讼理论有直接关联。德国民事诉讼法的发达与德国一直重视基础理论研究的传统有关。德国民事诉讼理论的发展又得益于德国民法基础理论研究的厚度和坚实。德国民事诉讼法的大家如赫尔维格、彪罗、罗森贝克、施瓦布等都是基础理论研究的大家,在基础理论研究方面有过卓越的成就。赫尔维格在诉权理论,彪罗在诉讼要件理论,罗森贝克在证明责任、诉讼标的理论,施瓦布在诉讼标的理论等基础理论方面的研究对推动德国民事诉讼理论研究起到非常重要的作用,即使其观点现在已经为后人的观点所取代,也是他人进步的台阶。在日本,兼子一、菊井维大、中村宗雄、松浦馨、三月章、中野贞一郎、小山升等也同样是日本战后奠定日本民事诉讼基础理论研究的大家。其代表人物兼子一教授通过系统化的基础理论研究成就了兼子理论体系。日本民事诉讼法几乎是全盘承继了德国民事诉讼法,日本的民事诉讼理论也是建立在德国民事诉讼理论体系之上。但通过日本学者长期的基础理论研究,日本的基础理论研究也逐渐生发出自己的特色,并结合日本的社会背景和条件形成了诸多不同于德国的制度构造。在民事诉讼制度构建以及理论研究方面后起的韩国和我国台湾地区的民事诉讼理论也是如此,本土特色也在自然长成。可以十分肯定地讲,一旦放弃基础理论研究,其民事诉讼理论就不可能有根本的发展,也不可能形成自己

的理论特色,具有自己特色的诉讼制度和体系也不可能发展和形成。

一个不得不承认的现象是,在我国民事诉讼学界长期以来存在一种较为明显的“实用主义”的倾向。这里的“实用主义”不仅指一种看重法学研究实际应用的价值取向,也包括法学研究对所谓“政策形势”的跟附(也称之为“跟风式研究”)。跟风式研究使学者变为简单的贴金式说明或注释,为政策化妆打扮,作“美图”。我反对“跟风研究”,因为这种“风”往往是一种追求形式主义的、不断变幻的走秀行为,并非是一种真正的纠纷解决实践的需要。过去,有些地方司法机关为了追求出政绩而出台的各种关于司法或审判的“花式”改革,就是如此。前些年兴起的调解之风就是一场在特定时期下的司法政绩秀。为了跟风,我们也将大量学术研究资源投入到这样的秀场之中。然而,一旦风清云散、繁华之后,却只留下一地残叶,理论研究方面一无所有。现在这样的跟风研究似乎还没有结束的迹象,只是形式变换了而已。当然,这与我国社会的特性有内在关系。如何尽量保持学术研究的相对纯洁性,是我们从事理论研究的学者应当注意的。

另一方面,我不反对实用性研究。我们需要将法学理论知识转化为法律技术,并用于法律实践当中。但前提是,我们首先需要厘清和掌握这些理论和知识,尤其是民事诉讼的基本理论。这就需要我们不断深化基础理论的研究。对于我国民事诉讼法学理论的长期发展,并形成我国民事诉讼理论体系而言,基础理论研究是民事诉讼理论发展的基石。因此,民事诉讼的研究实际上也有一个分工细化的问题。与实践联系比较密切,尤其是那些在司法实务部门从事研究的人或者对实用性

研究或理论转化有兴趣的专家和学者适宜从事实用性研究事项,形成理论与实用法律技术的“二传手”。另一些具备理论研究条件的学者(尤其研究型大学的学者)则应更多地进行基础理论的研究。

我们可以大致将法学理论分为基础理论和一般理论,虽然这种界定或彼此的边界有时并不一定那么清晰。所谓基础理论基本特点在于其基础性,对此,我们可以从以下几个方面予以阐释:其一,基础理论是涉及民事诉讼原理的理论;其二,基础理论涉及各种基本诉讼制度的内在关系;其三,基础理论不是直接关系制度实际应用的理论阐释,而是具体应用观点的基础;其四,基础理论因为涉及诉讼制度的基础、原理,因此具有高度的抽象性。例如关于诉权、诉的类型、诉讼标的、当事人适格、证明责任及分配原理、既判力、诉讼与非诉的关系等都涉及基础理论。最后,基础理论通常具有相对的普适性,因为关涉诉讼的基本原理。虽然域外的具体制度或操作规则有所不同,但其原理具有共性。正因为具有普适性,因此,对基础理论的研究才更具有现实性。人们常常谈到民事诉讼中的所谓“猜想级问题”大都可以归为基础理论的问题。正因为其为基础理论问题,所以才会长期处于探讨和争论之中。

诚然,我国民事诉讼法在改革开放之后的几十年里有了长足的发展,但还是应当承认民事诉讼法还有诸多需要完善充实之处。究其原因,一方面是由于建构时间短,缺乏足够的诉讼实践经验的积累;另一方面,还在于我们对民事诉讼基础理论研究的积累和深度不够,还不能充分地认识到制度深层的原理和制度间内在的相互关系。例如关于判决效力的问题,由于没有深入地予以探讨和认识其中判决既判力的性质、作用、范围,

不仅导致我国民事诉讼中判决制度的缺失和制度运用的混乱,也导致我们在相关制度建构中的失误。比较典型的是第三人撤销之诉的构建。基于应对虚假诉讼的表象而设立的第三人撤销之诉,由于没有充分顾及既判力的相对性原理以及第三人制度的结构及原理,从而简单地赋予第三人撤销他人之间判决的权利,使该制度的运用出现尴尬和冲突。第三人撤销之诉制度应当如何设置,涉及和关联诸多基础理论问题——诉的目的、诉、当事人、既判力等。其中一个基础理论问题没有厘清,则必然导致制度设计和运行出现问题。在我国诉讼运行中,刑民诉讼交叉关系的混乱同样与我们没有真正认清诉讼的基本原理有直接关系,其中就涉及判决效力的基本理论问题。

在任何领域,基础理论研究都是尤为艰辛的劳作。基础理论研究需要大量的学习阅读、积累和分析,不可以仅仅凭感觉而发声。基础理论研究往往具有研究成本高,研究周期长的特点,因此需要长期坐冷板凳,需要相当的定力。基础理论要有所创新往往是很困难的。然而在片面强调创新的当下社会,很容易让学者远离基础理论研究,走向有偿的法律服务领域。但基础理论又是如此重要,不可须臾放弃。由此,我们应当鼓励学者们更多地投身于民事诉讼的基础理论之中,为我国民事诉讼理论体系大厦的建构夯实其牢固的基础。当然,政策的支持、扶持也是非常重要的一环。

翻译是一个学习的过程,翻译经典更是一个近观大师思维的过程,虽然有时也伴有些许苦涩。我相信任重博士通过翻译大师赫尔维格的经典著作,也一定有所斩获,不仅获得知识,更重要的是向大师学习研究分析和阐述的方法。故此,在翻译经

典著作方面的投入也是值得的,我也鼓励年轻学者们应该有这样的历练过程。不仅自己有所收获,作为开窗之人,也让更多的人了解国外著名学者关于基础理论问题的思考过程和理论集成。是为善事。

2018年3月于清华大学荷清苑守黑斋

目 录

诉权的体系化价值及其对我国的启示
(代译序) / 1

第一章 导论(问题的现状) / 38

第二章 I. 保全请求权(假扣押) / 51

第三章 II. 执行权(执行请求权) / 55

III. 作为诉权的法律保护请求权 / 65

第四章 1. 诉的可能性 / 65

第五章 2. 诉权概念的法律根据 / 68

第六章 3. 诉权的种类 / 81

第七章	4. 诉权与诉的可能性之相互关系 以及被告的法律保护请求权 / 85
	5. 诉讼要件与诉的前提条件 / 96

第八章	a) 诉讼要件 / 96
-----	--------------

第九章	b) 诉的前提条件 / 102
-----	-----------------

第十章	6. 诉权和诉讼法律关系 / 119
-----	--------------------

附 录

诉和判决:关于私法和诉讼相互关系的 基本问题 / 136

法律保护请求权 / 208

所谓的法律保护请求权 / 247

索 引 / 273

诉权的体系化价值及其对 我国的启示（代译序）

任 重*

一、为何要翻译旧书？

为何要翻译赫尔维格的《诉权和诉的可能性：当代民事诉讼基本问题研究》（1905）一书，并同时翻译彪罗的《诉和判决：关于私法和诉讼相互关系的基本问题》（1903）、瓦赫的《法律保护请求权》（1904）以及科勒的《所谓的法律保护请求权》（1904）三篇论战文章？这与张卫平老师的鼓励和鞭策是分不开的。2013年年初，我开始在清华大学法学院从事博士后研究工作。张卫平老师经常提醒我，

* 清华大学法学院副教授，博士生导师，清华大学首批仲英青年学者，入选北京市法学会首届“百名法学英才培养计划”。本文是国家社会科学基金项目“民事诉权基础理论研究”（项目编号17CFX065）的阶段性成果。

一定要从德国语境转到中国问题,一定要把德国理论真正用来解决中国民事诉讼的真问题,特别是要注意保持与既有研究成果的融合,要站在巨人的肩膀上开展研究,这也将决定研究成果的品位和高度。坦白地讲,这个转换过程是异常痛苦的,我至今也没有完成。虽然在德国取得了博士学位,但我熟悉的也只是《德国民事诉讼法》第138条第1款的部分内容。我对其他内容的了解不过是透过教科书的有限描述得到的。又由于留学经历使我在一段时间内并未真正融入中国的学术讨论,因此,何谓中国民事诉讼的真问题,这对我而言是个猜想级难题。就是在这样的背景下,加之博士后出站的严格要求和对未来职业发展的深度忧虑,我开始了中国民事诉讼真问题的冥想之路。

2015年年初,我幸运地在清华大学开始了自己的教学和研究生涯。我记得是六月的一天,我陪张卫平老师一起走出明理楼。老师一边推着自行车一边提醒我说,融入中国语境固然重要,但是,也必须要坚持你应有的学术担当,应该选择一本德文专著进行翻译。这样做一方面可以锻炼德语阅读水平和中文表达能力,另一方面也能够为基础理论研究做出一些贡献。随着“学术GDP”之风愈演愈烈,翻译作品已经越来越少了,这也会直接影响到中国民事诉讼基础理论的发展。张卫平老师建议,如果要翻译的话,可以找一本基础性和奠基性的专著。大概在这个时候,翻译哪位德国学者的哪一部著作,就成了时刻萦绕在我心头的问题。按照一般的想法,翻译的专著应该越新越好。但是放眼德国,继续专注于传统民事诉讼基础理论研究工作的学者越来越少了,大多数高水平论著集中在强制执行

法或破产法,特别是涉及破产法在公司法层面的影响。^[1]或许可以说,我们还在关心的民事诉讼基础理论问题在德国已经基本得到了解决。由此也可以看出,我国民事诉讼法学发展与德国存在明显错位。这种错位还体现在中国读者对德国民事诉讼法教科书中译本的阅读和理解上。凡是读过中译本的读者,一定不会觉得那是一种愉快的体验。2015年开始,我在清华大学法学院开设了《德国民事诉讼法概论》课程。大多数同学表示很难读懂教科书,甚至一读就瞌睡。本着学术研究的态度,我们自然要追问,为何中译本很难读。可以找到的参照系是日本民事诉讼法教科书中译本。虽然读这些书也绝对不会是一件轻松的事情,但是,其理解难度或许会比德国民事诉讼法教科书中译本小一些。这可能是因为日本法学用语和表达方式与我国更为接近,而法律德语本身就晦涩难懂。当然,原因也可能是译者较多选择直译而没有冒险用意译的方式转化德语表达。^[2]但是,不能被忽视的原因是读者对德国法背景知识的匮乏。经过以张卫平老师和王亚新老师为代表的留日学者的不断努力,^[3]中国读者对日本民事诉讼法学著作的背景性知识有了更为丰富和深入的了解。相较之下,我国学者对德国民事诉讼法理论的研究性成果较少。这或许正是制约德国民事诉讼法学在中国的传播和发展的关键性因素。

[1] 参见[德]施蒂尔纳:《民事诉讼法中法教义学思维的角色》,霍旭阳译,载《复旦大学法律评论》(第2辑),第218页。

[2] 为了解决这一问题,本书的翻译大量选择了意译,大量融入了译者自己的理解,并希望在不产生误解的前提下尽量用中国术语对应德文表达。当然,在这一过程中难以避免的纰漏也构成了这本译著最大的局限。

[3] 包括但不限于[日]高桥宏志:《重点讲义民事诉讼法》,张卫平、许可译,法律出版社2007年版;[日]谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社2002年版;[日]高桥宏志:《民事诉讼法:制度与理论的深层分析》,法律出版社2003年版;[日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,法律出版社2008年版。