

民事诉讼法学精粹译丛

傅郁林 主编

德国民事诉讼法学文萃

米夏埃尔·施蒂尔纳 编

赵秀举 译



中国政法大学出版社

民事诉讼法学精粹译丛

德国民事诉讼法学文萃

米夏埃尔·施蒂尔纳 编

赵秀举 译

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

德国民事诉讼法学文萃/(德)米夏埃尔等编;赵秀举译. —北京:

中国政法大学出版社, 2005.9

ISBN 7-5620-2815-X

I.德... II.①米...②赵... III.民事诉讼法-法的理论-德国

IV.D951.651

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 112220 号

书 名 德国民事诉讼法学文萃

出 版 人 李传敢

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 西安华明印刷厂

开 本 787×960 1/16

印 张 51.25

字 数 945 千字

版 本 2005 年 10 月第 1 版 2005 年 10 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-5620-2815-X/D·2775

定 价 58.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088

电 话 (010)62229563(发行部) (010)62229278(总编室) (010)62229803(邮购部)

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)

☆ ☆ ☆ ☆

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题, 请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

民事诉讼法学精萃译丛

总 序

民事司法制度研究在法治社会的意义以及在中国方兴未艾的司法改革进程中的突出地位已勿庸赘述，但民事司法制度改革的展开和逐步深化对于民事诉讼法研究需求的骤然增加，并没有使中国的民事诉讼法学脱离“弱势学科”的地位。由于在长期奉行“重刑轻民”、“重实体轻程序”的法律文化背景中，中国民事诉讼法学的积累严重不足，特别是在外国民事诉讼法和比较民事诉讼法方面起步较晚，无论在研究资料收集、研究人员知识储备，还是研究手段和方法上，都显得明显不足和落后。这种状况严重局限了学术视野和学术品位，无法适应法制变革和学科发展的需要。因此，尽管在原版信息渠道发达、其他学科的翻译文献已汗牛充栋的今天，介绍一批权威的、体系化的、原理性强的国外民事诉讼法学的学术作品，仍为必要而迫切。特别是在民事訴訟法典修订之前，对于我国学界常常引为权威支持的现代西方国家民事诉讼法制度的全面了解，可能减少盲人摸象似的无谓争论和法律移植的断章取义；对于这些制度背景、功能、原理、价值目标的深入考察，有助于形成以问题为对象、以语境为依托、立体和动态的比较研究氛围，避免在法律移植中出现拾人的状况。“民事诉讼法学精萃译丛”正是基于这些背景和需求应运而生的。

本套丛书在选题方面，充分考虑我国读者的法律文化背景和正在进行的司法改革的需要，追求法域范围的全面性、题材的多样性、原著的经典性，并尽量避免与国内已有的翻译作品重复。在入选的美国、德国、英国、法国、日本、俄罗斯著作中，分别突出了各自民事程序制度的特色。目前国内已有的以“美国民事程序法”为题的美国作品实际上仅仅介绍了美国的初审程序，而上诉程序在美国立法、实务及整个司法结构和理念中都是独立于初审程序的单独系列，因此，本套丛书选择了三本美国著作，分别介绍了初审法院和初审程序、上诉法院

和上诉程序、最高法院及其特殊的上诉程序。德国民事诉讼法教材在我国已有译本，因此我们仅选取了一本在德国反响较好的简洁教材，另一本则是由德国学者根据本丛书的要求专门收集的对于德国现行民事诉讼制度形成产生过深远影响的学术论文，同时附录了美国学者关于借鉴德国民事诉讼法的一场著名的大讨论，从中可以看到德国民事诉讼法变革的背景、思路和评价。英国民事诉讼法尽管在1998年修订后已具有强烈的现代性，但由于英国皇家文化中形成的民事诉讼制度无论在理念和结构上与我国都相去甚远，加之国内已有介绍这次改革的译本和专著，因此本套丛书所选取的英国作者的两本书都是比较法意义上的民事诉讼法作品，其中一本是经典的理论著作，侧重于从文化视角比较了欧洲三大诉讼法系列即英国、法国和德国诉讼制度，另一本则从制度层面上介绍了当代世界各国民事司法制度所面临的危机和回应。法国民事诉讼制度无论从其作为三大模式之一的重要性，还是对于我国的可借鉴性（包括经验和教训），都应当作为重点介绍给我国研究者，但法国的法学作品在我国不仅稀少，而且译本的可信度也不高，希望本套丛书所选择的法国著名的国际型民事诉讼法学者的这本教材能够弥补这一缺憾。对于日本现行民事诉讼制度的介绍在国内已较为充分，因此本套丛书选取了两个边缘主题，一是日本民事诉讼发展史，从中可以透视日本现行制度形成的历史、文化、政治、经济基础，并把握大陆法系民事诉讼法发展的大致脉络；另一本是对日本审判外纠纷解决途径（ADR）的介绍。俄罗斯作为与我国法学发展史上有着相同或相似血脉的国家，无论对于探寻我国现行司法制度的成因，还是基于借鉴或反思并建构转型时期的民事诉讼制度的目的，在比较民事诉讼法研究中都是不可或缺的一枝，因而当然地列入了本套丛书。此外，随着欧洲一体化进程的迅猛发展，欧盟司法制度对于成员国乃至周边国家民事诉讼制度的影响之深，已使得我们在介绍和研究欧洲各国诉讼程序制度时不可忽略的一部分，这种影响也受到本套丛书的关注。

法学翻译的意义、艰辛和方法已有无数翻译家进行过多种精辟论述。在担任这套丛书的翻译、审校和翻译组织工作的过程中，我不断想起其中一位翻译家的话：“谁要想下地狱，就让他去做翻译吧！”当我们以“我不下地狱，谁下地狱”的淡泊完成这份工作时，我们已经能够以平静的心情等待读者的宣判了，因为每一位译者和审校者都已倾尽了自己的“储蓄”。如果这份勤勉耕耘能够在民事诉讼法学的园地里播种几粒健康的种子，那么欣慰就不仅来自于译者和审校者从字斟句酌中的受益了。而这种欣慰也是我们回馈那些在本套丛书制作中给予过关注

和帮助的同道者的唯一方式——在这些尊敬的同行中不能不提的是，共同主持本项目的张志铭教授，以及为本项目奠定基础的“民事诉讼法学者国际研讨班”和“比较民事诉讼法研讨会”项目的主持人江伟教授和课题组全体成员。

傅郁林 谨识
2005 年 7 月 15 日

序 言

这本翻译成中文的论文集反映了德国诉讼法学从 20 世纪 60 年代中期到目前的发展。这些文章代表性地体现了民事诉讼法系统的、学术理论上的渗透——世界上几乎没有哪个国家像德国这样促进了这种发展。在这一过程中值得注意的是人们关注重心的转移：截止 20 世纪 80 年代学术文献主要是探讨德国民事诉讼法同其他法律之间的关系，尤其是同宪法之间的关系，而在 20 世纪的最后 20 年里——尤其是受欧洲法律一体化的影响——人们则更多地关注国家间规范对内国诉讼法的影响。

感兴趣的读者将会发现，在这本文集的 7 个主题、22 篇论文中清楚地勾画出了德国的学术界是站在何种立场上来观察德国诉讼法的核心问题的。有些作品在今天已经成了经典作品，另一些在过去曾经对立法产生过重要的影响，还有一些则清楚地向我们复述了特定的诉讼法领域的发展状况。在论文的选择过程中难免受主观偏好的影响，但是决定性的因素终归是确信每篇文章都属于优秀的学术作品。

在《德国民事诉讼法》于 1897 年 10 月 1 日生效之后，诉讼关系问题在很长一段时间里一直是从事民事诉讼法研究的学者的话题。尽管诉讼法的缔造者创设了一部适用当事人主义原则的法律，但是随着时间的发展越来越多的人开始批评这种自由主义的苗头。在 20 世纪上半叶就已经引入了当事人诉讼促进义务，在此之后人们更加宣扬强化法官的角色，以便平衡当事人之间的社会差异。实体法与诉讼法的关系以及民事诉讼目的问题也成了有关诉讼的长期的主题。

1949 年《德国基本法》的颁布对诉讼法的发展影响甚大。尤其是宪法上确定的法定听审权导致了对民事诉讼法进行大量的修订。最新的修订涉及引入所谓的听审责问——一种在侵犯法定听审权的情况下的审级内部法律救济。其作用主要在于减轻联邦宪法法院的负担，因为在过去由于侵犯法定听审权这种基本权利而向联邦宪法法院提起的宪法抗告数量很大。

在审判程序领域内，人们讨论的问题主要集中在诉讼标的、证据以及当事人的阐明义务上。在最后这个问题领域内，人们的意见分歧很大，从以英美法为依据而赞成无证明责任的当事人承担协助义务和阐明义务到坚决否定当事人有义务必须协助对方当事人去赢得诉讼。在此期间，立法和判例不再完全拒绝阐明义务。

对于理解民事诉讼制度具有核心意义的是法官同当事人之间的关系。自由主义的民事诉讼法最初主要是让当事人来推动诉讼的进展，然而随着时间的发展，法官的地位则日益增强。形象一点儿来说，诉讼从当事人在作为中立的裁判者的法官的领导下进行的权利斗争转变成了所有的诉讼参与人共同努力来和好一致地解决争议。但是如果将其首要任务是解决冲突的法官定义为“社会的工程师”则走得太远了。民事诉讼依然是对立的程序，在所有的和解努力失败后最终要作出一个法律上具有拘束力的判决。

近几年来，上诉手段改革问题成了学术界和实践关注的重点。控诉审最初被塑造成了第二个事实审级，而上告审则被塑造成了法律监督审。2002 年生效的《民事诉讼法改革法》则突出了审级之间的职能差异。控诉现在更多地扮演法律监督审的角色；而上告则承担了较以前更多的法律统一任务。应当尽可能在一审中对各种诉讼作出终局性的判决，以便维持低廉的诉讼费用，让一审法院的裁判能够更多地约束上级法院的工作。

最后要提一下有关德国民事诉讼欧洲化的两篇较新的论文。欧盟内部的持续的法律一体化是以下面这一观点为基础的：各个成员国内的诉讼法之间差异阻碍了跨境商业往来，因为它增加了交易成本。内国的民事诉讼法律规范将在中长期内丧失意义，以便实现欧洲范围内的统一规范，这在国际管辖和判决承认的领域内已经变成了现实。

这本文集对于处于变革时代的法律将会有所裨益，它向人们展示了不同的选择道路，并且有助于避免误入歧途。但是这些文章首先是向我们提供了高度发达的诉讼法学文化的概貌。也许读者由此会对学术界在法律发展中所扮演的角色形成自己的观念。

米夏埃尔·施蒂尔纳博士

于波恩

译者序

禁止私力救济使得国家有义务创设程序来保证公民的权利。接下来的问题就是，应当如何创设这种程序。这又涉及到两个方面的问题：内容方面（即什么问题）与时间方面（即多久的问题）。当然，这两个方面并不是截然分开的，而是紧密联系、相互制约的。一定的程序塑造决定了相应的程序运转时间，而对于程序运转时间的特定要求又限制了程序塑造上的选择。

在程序的内容方面，在大的原则、方针相同的情况下，各国的立法者依然有很大的选择空间，可以针对本国国情选择切实可行的制度、措施。在这个问题上，德国民事诉讼法是以辩论主义、处分主义为基调的，但是随着“社会法治国家观念”的兴起，人们日益强调诉讼合作的观念，甚至提出了所谓的“合作主义”。法官要承担阐明义务、指示义务和责问义务，要向当事人提供帮助。因此也就塑造了新的法官形象。而当事人则要承担阐明义务、协助义务、诉讼促进义务、真实义务等一系列义务。人们希望在当事人双方平等对立的前提下尽量创造出合作式的诉讼关系，希望实现真正的平等，从而实现实体公正。在这个方面上，德国基本法对民事诉讼法的影响是显著的。在具体塑造程序时，必须保证宪法上所要求的平等对待原则，必须保障参与人的人格尊严、法定听审权并且保障当事人获得有效的权利保护。也就是说，基本法为诉讼法上的程序保障确定了最低的底线。

在程序的时间方面，多数国家面临的一个紧迫的任务就是加速程序。德国民事诉讼实践也不例外，人们甚至认为，整个德国民事诉讼法的发展历史就是简化和加速的历史。尤其是最近十多年来，德国接连颁布了多部简化民事诉讼程序的法律。为了减轻法院的工作负担，立法者一再提高上诉数额，强化失权的规定。而这又反过来限制了程序保障的程度，甚至可能会出现“削减”程序保障的危险。

与德国的民事诉讼制度相比，我国民事诉讼改革更加侧重于程序的时间方

2 译者序

面，例如强化举证时限、加强繁简分流。当然，近些年来人们也对辩论主义和处分主义这些程序塑造的基本原则进行了探讨。但在程序的具体塑造上，为了纠正以前过度的职权主义，人们甚至一度倡导“程序真实”，而否定“客观真实”，认为在诉讼中能够达到的只能是程序真实。如果按照这样的指导思想来改革民事诉讼，那么损失的必将是程序的最高目标：实体公正。

迟到的正义就是非正义。但是不以实体公正为目标的程序，根本就没有存在的价值。立法者必须妥善地处理好两者之间的矛盾。

这本论文集集中并没有过多地涉及我国民事诉讼法学界前几年所讨论的热门话题，例如诉权、既判力、诉讼标的、诉讼法律关系等，而是将重点放在了具体制度上。当然，这也给读者在阅读过程中造成了一定的困难。因为，为了选择那些在各个方面具有代表性的文章，米夏埃尔·施蒂尔纳博士所选择的作品时间跨度比较大；而且，这些文章多以《德国民事诉讼法》为基础，因此要求读者在阅读时随时翻阅《德国民事诉讼法》的法条。

最后，衷心感谢师姐傅郁林女士、施蒂尔纳博士。特别感谢 ZC。

赵秀举

于拜罗伊特

2005 年 3 月

目 录

对于民事程序的理解

程序法规范的正当性	沃尔弗拉姆·亨克尔 (3)
民事诉讼目的问题	汉斯·弗里德黑尔姆·高尔, 波恩 (15)
民事诉讼法百年——自由主义法典 的命运	卡尔·奥古斯特·贝特曼, 汉堡 (46)
社会的民事诉讼——社会法治国家的民事诉讼理论 与实践	鲁道夫·瓦瑟尔曼 (76)
实体法与程序法	沃尔夫冈·策尔纳, 蒂宾根 (100)

宪法与民事诉讼

宪法与民事诉讼

..... 卡尔·海因茨·施瓦布, 埃朗根/彼得·戈特瓦尔特, 雷根斯堡 (125)	
基本法对民事诉讼裁判权的影响	埃克哈德·舒曼 (202)
在民事诉讼中引入听审责问	马克斯·福尔考默 (240)

事实和证据

危险领域分配证明责任——对联邦最高法院危险范围理论的批判考察

..... 汉斯·约阿希姆·穆谢拉克, 科隆 (271)	
民事诉讼中无证明责任当事人的阐明义务	彼得·阿伦斯, 弗莱堡 (291)
证明权	瓦尔特·哈布沙伊德, 维尔茨堡/日内瓦 (313)

民事诉讼中案件事实阐明时的当事人义务——兼论证明

妨碍理论 罗尔夫·施蒂尔纳, 康斯坦茨 (340)

法官与当事人及其律师的角色

从辩论主义到合作主义 鲁道夫·瓦塞尔曼 (361)

当事人的诉讼促进义务与法官的责任 迪特尔·莱波尔德, 弗莱堡 (386)

法官的积极角色——司法能动性的实体

和程序 罗尔夫·施蒂尔纳、阿斯特里德·施塔德勒 (412)

作为诉讼主义的合作 赖因哈德·格雷格 (442)

律师在德国民事诉讼中的角色

..... Dagmar Coester - Waltjen and Adrian A. S. Zuckerman (451)

判决

法官的裁判和理性的论证 彼得·戈特瓦尔特, 雷根斯堡 (473)

上诉手段

声明不服和撤销——对于民事诉讼法中的法律救济的

正确理解 卡尔·奥古斯特·贝特曼, 汉堡 (491)

控诉审中的事实和证据手段 布鲁诺·里梅尔施帕赫尔, 慕尼黑 (561)

上诉条件 布鲁诺·里梅尔施帕赫尔 (598)

民事诉讼法的欧洲化

改革压力下的民事诉讼建构和欧洲的趋同 汉斯·普吕汀 (625)

欧洲诉讼法融合的最新视点 布克哈德·赫斯 (639)

附：德国民事程序制度的美国视角

德国民事诉讼程序的优越性 约翰·H·朗本 (665)

法律制度：对《德国民事诉讼程序的优越性》

- 的贬损 约翰·H·朗本 (705)
- 法律制度：一种理想化和漫画式的比较法研究 罗纳德 J. 艾伦 (727)
- 司法冲突——在美国和德国的审前证据开示程序、证据收集和调查以及
 诉讼费支付规则的经济分析 米彻尔·亚当斯 (750)
- 为什么美国可能无法接受德国民事程序中的优点 约翰·莱兹 (790)

对于民事程序的理解

程序法规范的正当性

沃尔弗拉姆·亨克尔*

新任大学校长以自己专业领域的学术报告来向大学及客人进行自我介绍这一习惯，是大学自我认知的标志，但是因此同时也成了衡量大学在现代科学发展中的地位的一个标准。对于法学家来说，很容易想到去追溯这一行为的法律基础。根据《大学条例》第44条，大学校长在庆典事务中代表大学。如果人们将大学校长的演讲理解为是代表大学行为，则它标明了一种并没有丧失现实意义的传统：代表大学的形式是在代表活动中所介绍的作品。有问题的仅仅是下面这个要求：仅仅通过唯一的一个专业报告来代表作为整体的高度专业化的科学。倘若这一要求只不过是“大学依赖于科学的统一的思想”的那个时代的忧伤的回忆，那么，如果大学校长做一个高等院校政策演讲，谈论自己对大学扩建和大学财政的关心，也许更加合适。因为在这些问题上各个大学以及专家们也许会有同感。

但是如果我们坚持学术庆典的上述形式，那么，它就不是形式上的传统了。高度专业化的科学依赖于相互交流结果。专业化程度越高，科学的发展就越是需要相互帮助和合作。因此，对某一专业领域内的科学研究结果进行通告是合乎时代的交流形式的。它表达了当代大学的自我认知。

考虑到我选择这个题目，在我看来本人的行为具备了这种正当性，因为我要谈论诉讼的形式同内容的联系，所以专家之间对话所不可或缺的诚实性要求将今天在这里所提出的形式的实体内容的问题包含进去。

诉讼的形式和内容之间的联系的问题指向了程序法规定的正当性，因为最终只能根据法律思想来衡量法律规范的内容。法律思想是标准，具体的法律规范要在法律思想中寻找自身的正当性。因此如果人们希望不受时间约束来谈论程序规范的正当性，则必须定义法律思想的内涵。但是这样确定法律思想的内涵是否与

* 选自沃尔弗拉姆·亨克尔：《程序规范的正当性》，1966年。——译者注。

法律思想的概念及其不受时间限制的功能相符，是存在疑问的，就如同尝试表述一种既适合于我们这个多元化的社会同时又对解决当前的现实问题有意义的法律思想的内涵一样。但是我们的研究不会受阻于这一障碍。对于我们的研究的目标而言，只要确定了，当法律规范指向了（我们希望将其称为法律思想的）目标而无需先行决定其实质和内容时，法律规范才名副其实，那么这就足够了。因为当我们提出程序法规范的正当性问题的时候，涉及到的仅仅是，在被我们归入到了程序法中的那部分法律规范同法律思想之间能否产生有价值的联系。为了回答这一问题，我们不需要确定法律思想的内涵。相反，如果我们根据被我们列入到法律制度的基本组成部分中的实体法律原则来衡量程序法规范，那么就已经达到了目的。这些原则经受住了历史的变迁，其针对变化的社会和经济条件所具有的适应性及其在不同的法律制度中的再生，这些就为我们的目标提供了足够的安全保证。如果成功地将程序规范归追溯到这些实践中的法律道德^{〔1〕}基本原则，则至少证明了，我们的程序规范如同实体法律原则一样以同样的方式遵循了法律思想。

在能否根据法律思想来衡量程序规范这一简单的问题中已经隐藏了值得人们深思的问题。在我们这个世纪的学术文献中，我们看到的只是德高望重的诉讼法学者们令人失望的答案。弗里德里希·施泰因^{〔2〕}写道：“对我来说，诉讼在其全部最深刻的特征上都体现为是‘技术性法律’，被变幻不定的实践需要所统治，缺乏永恒性价值。”詹姆士·戈尔德施密特^{〔3〕}坚决反对形而上学——用他的话语——的诉讼法学。他由此所指的是下面这种观察方式：超出诉讼范围，在整个法律制度中探询诉讼目的问题，探询诉讼对实体法律关系的影响。存在着大量的对诉讼法的描述，但是只是简单地重复了什么是诉讼法，而没有提出更没有回答“为什么法律后果是适当的”这一问题。^{〔4〕}

外行的本能在实体法中对于法律后果的正当性问题而言常常是很有价值的刺激剂，然而针对民事诉讼法来说通常是毫无用处的。也许诉讼中败诉的当事人偶尔也认识到了，他错误地判断了实体的诉讼前景，例如不能将他必然遭受的损害归因于被告，因此倘若出于程序上的理由而令其败诉，那么他通常会认为这是根本无法理解的。他可能认识不到，仅仅因为耽误了期间，没有及时提出能够保证

〔1〕 此处参看 Franz Wieacker:《自然法讨论的现实状态》，1965 年，第 7 页以下。

〔2〕 《民事诉讼法和破产法概要》，第 1 版前言，1921 年。

〔3〕 《作为法律基础的诉讼》，1925 年，第 150 页、第 187 页。

〔4〕 例如 Leo Rosenberg 的《德国民事诉讼法教科书》，第 9 版，1961 年。