



外国法学名著

ZIVILPROZESSRECHT

德国民事诉讼法

16.Auflage

上

Rosenberg/Schwab/Gottwald

[德] 罗森贝克
施瓦布 / 著
戈特瓦尔德
李大雪 / 译

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



- I. 论犯罪与刑罚
[意]贝卡里亚
- II. 犯罪人论
[意]切萨雷·龙勃罗梭
- III. 英宪精义
[英]戴雪
- IV. 德国刑法教科书
[德]耶赛克 / 魏根特
- V. 证据法的经济分析
[美]理查德·A. 波斯纳
- VI. 证明责任论
[德]莱奥·罗森贝克
- VII. 民法法系的演变及形成
[美]艾伦·沃森
- VIII. 德国民事诉讼法
[德]罗森贝克 / 施瓦布 / 戈特瓦尔德

本书在德国法学界使用80载，历经16次修订而经久不衰，被誉为“伟大的教科书”和“市场上最好的图书”。

上架建议 外国法·诉讼法

ISBN 978-7-5093-0181-4



9 787509 301814 >

责任编辑：周文娟 封面设计：王志平

D951.651/3
:1
2007



ZIVILPROZESSRECHT

德国民事诉讼法

16.Auflage 上

Rosenberg/Schwab/Gottwald

[德] 罗森贝克
施瓦布 / 著
戈特瓦尔德
李大雪 / 译

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

译者的话

本书于1927年第一次面世，最初由莱奥·罗森贝克编撰，书名为《德国民事诉讼法教科书》。作者去世以后，本书由其学生卡尔·海因茨·施瓦布续写（1969年，第10版），并更改为现在的书名——《民事诉讼法》。自1993年（第15版）开始，戈特瓦尔德教授根据最新的判例和法律状况继续对本书进行修订，目前呈现在大家面前的是2004年修订后的第16版。

在德国，本书的价值在法学界尽人皆知。在民事诉讼法领域，本书具有里程碑作用，它第一次系统、全面地论述了民事诉讼法理论，并对各个时期的判例进行了分析，是一本既有完整体系，又深入地研究了具体问题和细节问题的标准教科书。无论是学生、候补文官、法官、律师和教授都会查阅、引用和分析本书的观点。从学术性和全面性来说，目前还没有一本教科书可以与其比肩，从系统性来说，也没有一本法律评注可以与其媲美。本书不仅具有悠久的传统，并且总是结合最新的学术成果和判例对民事诉讼法的理论问题进行论述，可以说，任何深入的学术研究都离不开这本书，学习、考试、实习和法院工作实际上也离不开它。第16版面世以后，有人称它是浮躁的图书市场中“伟大的教科书”和“市场上最好的图书”。

与德国其他学术著作不同，本书不仅系统全面，而且循序渐进，完全符合中国读者的阅读习惯，因而无需译者的导读，无论是初学者，还是资深研究人员，都能从中各取所需。

需要说明的是，原书的每一节开始都有详尽的参考文献，文

2 德国民事诉讼法

中有主要为判例出处的脚注，书后附有法律条文索引和术语索引。出版社和译者一致认为，从中国读者的角度来看，上述内容并非一定必要，故此略去。如果读者需要进一步查阅相关资料，可以与译者联系。至于文中的部分注解，译者保留了德文，其含义参见下文的图解。

翻译作品偶尔会遭遇译文不如原文易懂的尴尬，译者序中也常包含“囿于水平，错误在所难免”或者“不妥或疏漏之处，祈请指正”之类的话。在独立承担本书的翻译之后，我深深体会到这些话并非自谦之辞，而是肺腑之言。欢迎同行们批评指正。

本书的翻译始于西南政法大学常怡教授的提议，同时得到了中国法制出版社，尤其是祝立明社长和周文娟编辑的大力支持，在此，我对他们的帮助、鼓励和理解表示衷心的感谢。最后，感谢本书作者戈特瓦尔德教授在翻译过程中提供的无私帮助。

李大雪

2007年9月24日于柏林洪堡大学



中译本前言

中国向市场经济的开放明显导致了民事诉讼领域对传统民事诉讼争议解决方式的重新思考。在第二次世界大战之前，中国曾经有过以德国民事诉讼为蓝本的民事诉讼法（1921年版本和1935年版本），然而，最近几十年世界发生了改变，尽管如此，中国法学界仍然关注当前德国民事诉讼法的具体内容，这让我由衷地高兴。

“罗森贝克”是一部特别的教科书。1927年，也就是在80年之前，莱奥·罗森贝克推出了第一版，该书因其清晰的体系、对教义性基本思想的总结以及在仔细考虑法院实际的情况下提出了合理的、利于法律保护的解决方案而在德国获得了巨大的成功。我的尊师——卡尔·海因茨·施瓦布从1963年至1986年续写了罗森贝克教科书的第一编审判程序，并将其扩展为德国最全面的教科书和参考书。

由我在2004年修订的第16版被译为中文，并以这种方式将其包含的思想展现给所有中国读者，我认为这是莫大的荣耀和承认。我十分感谢重庆的常怡教授，是他提议并努力实现了这一伟大的翻译计划。我还要特别感谢李大雪先生，他尽心尽力、不辞辛劳，将此煌煌巨著译为中文。

如果本书的基本理念能够在中国这样一个有着丰富文化和传统的国家生根发芽，我将倍感欣喜。

彼得·戈特瓦尔德
2007年10月于雷根斯堡

第 16 版前言

在急剧变革的年代里，编撰一本全面、系统的现行法教科书成了一项西西弗斯的劳动。1997 年至 2001 年之间，德国民事诉讼法发生了许多根本性的转变，这使原计划重新修订本书的时间大大推迟，本书也因此直到今天才以崭新的面貌呈现在读者面前。

从前一版修订至今，立法机关广泛地变革了德国民事诉讼法。仲裁程序法在 1997 年完全改变了面貌。1997、1998 年亲子关系法和子女抚养费的改革、1998 年结婚法的改革、2001 年生活伴侣法的改革以及 2001 年暴力防止法的改革使家庭程序法在很大程度上实现了现代化，并新引入了未成年子女抚养费的简化程序。送达法在 2001 年被更新，2001 年的民事诉讼改革法对整个上诉制度和一审程序的重要细节问题进行了全新规定。此外，新的欧盟条例（“布鲁塞尔 1 号”、“布鲁塞尔 2 号”、送达条例和证据条例）以及大量其他的、部分涉及程序法的法律都不容忽视。作为这一改革洪流的后果，我对本书的许多章节进行了全新撰写、对其他部分进行了全面更新、对部分材料进行了重新梳理、将实践中的新问题纳入了本书的论述，并且在不少地方对原来的问题进行了重新思考。

2003 年的司法现代化法已经被纳入立法轨道，同样，欧洲证据调查实施法也正在制定之中。

与以前一样，本书尽量完整地收集了判例和文献，时间截止 2003 年 7 月底，此后的材料在部分地方也有引用。

2 德国民事诉讼法

为了方便阅读和简化引用方式，本书加入了边码。书内引用转化为边码体系。

尽管进行了如此众多的修改，本书仍然忠于莱奥·罗森贝克的基本构想。由他与他那一代人所创造的、在前几版中由卡尔·海因茨·施瓦布所继续发展的学术基本概念如今一如既往地有效。

在文献的整理中我获得了安内玛丽·毛特纳、坦娅·汉内尔、托莫科·胡弗斯基、希尔科·拉克和卡特丽娜·雷茨科多年的支持，法律条文索引和术语索引由马尔库斯·韦德曼、弗兰克·赫尔戈特和多米尼克·摩泽尔完成，在此我对他们的帮助一并致谢。我尤其要感谢的是克里丝蒂娜·舍尔鲍姆女士，她对文稿中似乎没有尽头的大大小的修改进行了忠实的、不厌其烦的处理，直至本书付梓为止。

彼得·戈特瓦尔德
2003年11月于雷格斯堡



目 录

导论 民事诉讼和民事诉讼法	(1)
第一节 民事诉讼和民事诉讼法的概念	(1)
第二节 诉讼作为法律关系	(10)
第三节 司法请求权和法律保护请求权	(15)
第四节 帝国司法法律制定之前的民事诉讼法 历史	(18)
第五节 帝国司法法律及其改革	(30)
第六节 德国民事诉讼法的效力范围	(36)
第七节 民事诉讼法律规范的种类及其解释	(40)
第八节 民事诉讼法的文献资料	(44)

第一编 总 论

第一部分 普通争讼民事审判	(51)
第一章 普通争讼民事审判的概念与界定	(51)
第九节 司法权	(51)
第十节 普通争讼民事审判和刑事审判	(60)
第十一节 普通争讼民事审判和非讼民事审判	(63)
第十二节 普通争讼民事审判和特别争讼民事 审判	(70)
第十三节 普通争讼民事审判和劳动审判	(73)

2 德国民事诉讼法

第十四节	民事审判和行政审判	(77)
第十五节	普通争讼民事审判和社会审判	(88)
第十六节	普通争讼民事审判和财税审判	(90)
第十七节	普通争讼民事审判和宪法审判	(92)
第十八节	普通民事审判与欧洲联盟的审判	(100)
第十九节	豁免	(107)
第二章	普通争讼民事审判的机构	(114)
第二十节	法院	(114)
第二十一节	法院活动的外部情形	(128)
第二十二节	司法协助	(136)
第二十三节	法官	(140)
第二十四节	法官的依法回避和申请回避	(148)
第二十五节	司法助理员和书记官	(156)
第二十六节	执达员	(160)
第二十七节	行政机关	(162)
第二十八节	律师	(164)
第三章	管辖	(175)
第二十九节	管辖的概念、种类和意义	(175)
第三十节	职能管辖,尤其是审级秩序	(179)
第三十一节	国际管辖	(184)
第三十二节	事物管辖	(195)
第三十三节	商事法庭	(206)
第三十四节	地域管辖概述	(211)
第三十五节	普通审判籍	(213)
第三十六节	特别审判籍	(214)
第三十七节	当事人行为产生的管辖权	(225)
第三十八节	法院指定产生的管辖权	(231)

第三十九节 管辖权的审查和没有管辖权的后果	(236)
第二部分 当事人、代理人和辅助人	(245)
第一章 当事人	(245)
第四十节 当事人的概念	(245)
第四十一节 当事人的确定	(252)
第四十二节 当事人的更换	(257)
第四十三节 当事人能力	(264)
第四十四节 诉讼能力	(275)
第四十五节 自我代理能力	(283)
第四十六节 诉讼实施权	(286)
第四十七节 公益诉讼	(296)
第二章 多数当事人	(301)
第四十八节 普通共同诉讼	(301)
第四十九节 必要共同诉讼	(307)
第三章 第三人参加诉讼	(319)
第五十节 辅助参加	(319)
第五十一节 诉讼告知	(334)
第五十二节 主参加	(342)
第四章 代理和辅佐	(349)
第五十三节 代理的合法性和必要性	(349)
第五十四节 法定代理人	(354)
第五十五节 意定代理人	(359)
第五十六节 无权代理人	(370)
第五十七节 辅佐	(375)
第三部分 诉讼行为	(377)
第一章 法院的诉讼行为	(377)

4 德国民事诉讼法

第五十八节 法院的诉讼行为概览	(377)
第五十九节 判决的种类	(379)
第六十节 裁判的作出	(397)
第六十一节 裁判的拘束力	(407)
第六十二节 法院行为的缺陷及其补正	(419)
第二章 当事人的诉讼行为	(426)
第六十三节 当事人诉讼行为的概念	(426)
第六十四节 单方当事人诉讼行为的种类	(431)
第六十五节 单方当事人诉讼行为的规定	(436)
第六十六节 诉讼合同	(452)
第六十七节 当事人行为的瑕疵及其补正	(457)
第六十八节 当事人行为的迟误	(461)
第六十九节 回复原状	(474)
第三章 期日、传唤、期间和送达	(489)
第七十节 期日和传唤	(489)
第七十一节 期间	(493)
第七十二节 送达的概念、必要性和种类	(499)
第七十三节 受送达人和送达受领人	(502)
第七十四节 送达的实施	(508)
第七十五节 送达的完善和瑕疵	(518)
第四部分 程序原则	(522)
第七十六节 处分原则	(522)
第七十七节 提出原则	(524)
第七十八节 法官的诉讼领导	(538)
第七十九节 书面审理和言词审理	(544)
第八十节 程序的直接性	(563)
第八十一节 程序的加快与集中	(565)

第八十二节 法定听审请求权	(569)
第五部分 诉讼费用、担保、诉讼费用救助	(576)
第八十三节 诉讼费用	(576)
第八十四节 费用裁判和费用偿付请求权	(582)
第八十五节 费用确定	(598)
第八十六节 担 保	(609)
第八十七节 诉讼费用救助和诉讼费用资助	(616)

第二编 判决（裁判）程序

导论 起诉和判决	(643)
第八十八节 起诉和判决概述	(643)
第八十九节 给付之诉和给付判决	(646)
第九十节 确认之诉和确认判决	(655)
第九十一节 形成之诉和形成判决	(665)
第九十二节 诉讼标的和诉讼请求权	(669)
第九十三节 诉讼前提条件和诉讼障碍	(675)

上编 普通判决程序

第一部分 一审程序	(684)
第一章 诉	(684)
第九十四节 起诉	(684)
第九十五节 诉的追加、反诉和中间确认之诉	(695)
第九十六节 客体上诉的合并	(705)
第九十七节 诉讼系属	(713)

第九十八节 诉的变更	(722)
第九十九节 涉讼标的的转让	(731)
第二章 被告的应诉行为	(741)
第一百节 被告可能采取的行为方式	(741)
第一百零一节 抗辩和抗辩权	(744)
第一百零二节 诉讼抵消	(748)
第三章 程序进程	(758)
第一百零三节 进程概览	(758)
第一百零四节 缺席程序	(770)
第一百零五节 根据案卷状况裁判	(786)
第一百零六节 独任法官的管辖权	(791)
第一百零七节 初级法院程序	(803)
第四章 信息获取和证据	(808)
第一百零八节 为民事诉讼获取信息	(808)
第一百零九节 证据法的基本概念	(813)
第一百一十节 证明的对象	(821)
第一百一十一节 证明的必要性	(825)
第一百一十二节 自由证据评价	(835)
第一百一十三节 损失估量	(843)
第一百一十四节 证明责任	(847)
第一百一十五节 证据调查	(859)
第一百一十六节 独立证明程序	(870)
第一百一十七节 勘验证据	(876)
第一百一十八节 书 证	(881)
第一百一十九节 证人证据	(892)
第一百二十节 鉴定人证据	(908)
第一百二十一节 官方答复	(922)

第一百四十二节	附带上告	(1108)
第一百四十三节	上告程序	(1110)
第一百四十四节	上告法院的裁判	(1115)
第四章 抗 告	(1123)
第一百四十五节	抗告的法律性质、种类和合 法性	(1123)
第一百四十六节	抗告程序和裁判	(1129)
第一百四十七节	法律抗告	(1136)
第三部分 既判力及其消除	(1143)
第一章 既判力	(1143)
第一百四十八节	判决的效力	(1143)
第一百四十九节	形式既判力	(1147)
第一百五十节	实质既判力	(1151)
第一百五十一节	裁判的既判力能力	(1156)
第一百五十二节	裁判作为实质既判力的标的	(1157)
第一百五十三节	既判力的客观范围	(1165)
第一百五十四节	既判力的时间范围	(1170)
第一百五十五节	既判力的主观范围	(1174)
第一百五十六节	外国裁判的承认	(1181)
第二章 既判力的限制	(1196)
第一百五十七节	变更之诉	(1196)
第一百五十八节	程序的再审	(1206)
第一百五十九节	再审理由	(1210)
第一百六十节	再审程序	(1218)
第一百六十一节	实体补偿请求权击破既判力	(1227)



下编 特殊诉讼种类和仲裁程序

第一部分 证书诉讼、票据诉讼和支票诉讼	(1232)
第一百六十二节 证书诉讼、票据诉讼和支票 诉讼	(1232)
第二部分 督促程序	(1242)
第一百六十三节 督促程序	(1242)
第三部分 家庭案件程序	(1257)
第一百六十四节 婚姻案件程序	(1258)
第一百六十五节 其他家庭案件的程序	(1274)
第一百六十六节 离婚案件和后续案件的合并	(1290)
第一百六十七节 家庭案件中的暂时命令	(1305)
第四部分 亲子关系案件的程序	(1321)
第一百六十八节 亲子关系案件	(1321)
第五部分 关于抚养费的程序	(1331)
第一百六十九节 抚养费纠纷的一般规定	(1331)
第一百七十节 未成年人抚养费的程序	(1336)
第六部分 生活伴侣关系案件的程序	(1349)
第一百七十一节 生活伴侣关系案件	(1349)
第七部分 公示催告程序	(1351)
第一百七十二节 公示催告程序	(1351)
第八部分 仲裁程序	(1359)
第一百七十三节 私人仲裁	(1359)
第一百七十四节 仲裁合同	(1365)

第一百七十五节	合同之外的仲裁庭·····	(1374)
第一百七十六节	国家法院和仲裁庭之间的法律 保护权限·····	(1376)
第一百七十七节	仲裁庭·····	(1382)
第一百七十八节	仲裁程序·····	(1390)
第一百七十九节	仲裁裁决和程序终结·····	(1399)
第一百八十节	仲裁裁决的撤销·····	(1407)
第一百八十一节	仲裁裁决的可执行宣告·····	(1412)
第一百八十二节	国家法院的协助·····	(1420)
第一百八十三节	国际仲裁·····	(1425)



文献目录

AK - ZPO	《民事诉讼法评注》(替代性评注系列丛书, R. Wassermann 编写, 1987 年)
Bassenge/Herbst/Roth	《非讼事件法/司法助理员法评注》, 2002 年第 8 版
Baumgärtel	《私法证明责任手册》, 第 1 卷至第 4 卷, 1981/88 年版; 第 1 卷, 1991 年第 2 版; 第 2 卷, 1999 年第 2 版
Baumbach/Lauterbach	《民事诉讼法》(Albers 和 Hartmann 修订), 2003 年第 61 版
Blomeyer	《民事诉讼法 审判程序》, 1985 年第 2 版
Bruns	《民事诉讼法》, 1979 年第 2 版
Bülow/Böckstiegel	《民商事案件中的国际法律交往》(Böckstiegel、Geimer 和 Schütze 编写), 2002 年第 4 版
Bumiller/Winkler	《非讼事件法》, 1999 年第 7 版
Eyermann	《行政法院诉讼法》, 2000 年第 11 版
Geimer	《国际民事诉讼法》, 2001 年第 4 版
Geimer/Schütze	《欧洲民事诉讼法》, 1997 年
Germelmann/Matthes/ Prütting/Müller - Glöge.	《劳动法院法》, 2002 年第 4 版
Grunsky	《民事诉讼法》, 2003 年第 11 版
Hdb. IZVR	《国际民事程序法手册》(马克斯 - 普朗克国际私法和外国私法研究所编写), 第 1982 年第 1 卷
Heintzmann	《民事诉讼法》, 第 1 卷, 1997 年第 2 版; 第 2 卷, 1986 年

2 德国民事诉讼法

Jauernig	《民事诉讼法》,2002 年第 27 版;2003 年第 28 版
Kleidel/Kuntze/Winkler	《非讼事件法》,2003 年第 15 版
Kissel	《法院组织法》,2000 年第 3 版
Kropholler	《欧洲民事诉讼法·欧洲管辖和执行条例评注》,2002 年第 7 版
Linke	《国际民事诉讼法》,2001 年第 3 版
Lücke	《民事诉讼法 审判程序 强制执行》,2003 年第 8 版
MünchKomm, BGB	《慕尼黑评注·民法典》,2000 年第 4 版
Münchkomm	《慕尼黑评注·民事诉讼法》,2000/2001 年第 2 版与 2002 年更新单册
Musielak	《民事诉讼法基础教程》,2002 年第 6 版
Musielak	《民事诉讼法评注》,2002 年第 3 版
Nagel/Gottwald	《国际民事诉讼法》,2002 年第 5 版
Palandt	《民法典评注》,2003 年第 62 版
Paulus	《民事诉讼法》,2000 年第 2 版
Rahm/Künzel	《家庭法院程序手册》,1994 年第 4 版
Redeker/v. Oertzen	《行政诉讼法》,1997 年第 12 版
Rosenberg/Gaul/Schilken	《强制执行法》,1997 年第 11 版
Schack	《国际民事诉讼法》,2002 年第 3 版
Schelhammer	《民事诉讼法》,2003 年第 10 版
Schilken, GVR	《法院组织法》,2003 年第 3 版
Schilken	《民事诉讼法》,2002 年第 4 版
Schlosser	《欧洲民事诉讼法》,2003 年第 2 版
Schlosser	《民事诉讼法》(第 1 卷,审判程序),1991 年第 2 版

Schwab/Walter	《仲裁审判》,2000 年第 6 版
Stein/Jonas	《民事诉讼法评注》,1994 - 1999 年第 21 版;2002 年第 22 版
Thomas/Putzo	《民事诉讼法评注》,2003 年第 25 版
Wieczorek	《民事诉讼法》,1993 年第 2 版,1994 年第 3 版
Wolf	《所有程序部门法院组织法》,1987 年第 6 版
Zeiss	《民事诉讼法》,1997 年第 9 版
Zimmermann	《民事诉讼法评注》,2002 年第 6 版
Zöller	《民事诉讼法》,2004 年第 24 版



导论 民事诉讼和民事诉讼法

第一节 民事诉讼和民事诉讼法的概念

一、民事诉讼是法院程序

诉讼 (processus, von procedere) 指的是一种行动, 一种向着某种目标的行进, 或者某种“过程”。人们说化学过程、发展过程和痊愈过程就是指的这种意思。 1

在法学中, 诉讼一词是中世纪 (最早见于教会法) 才开始使用的。它最初经常和法院 (iudiciarius) 或者司法 (iudicii) 连在一起使用, 意思是在法院主张权利和实现权利的程序。罗马人不熟悉诉讼这个词, 他们使用的是辩论 (lis), 裁判 (iudicium) 或争吵 (iurgium)。

民事诉讼是解决“民事法律纠纷”的法院程序 (《法院组织法》第13条)。与此相适应, 民事诉讼法则在于规范国家民事法院的法律进程, 并规定调解机构和仲裁法庭等非国家程序的法律框架。其他程序有非讼程序、刑事诉讼程序和行政诉讼程序等。 2

二、民事诉讼是具体程序

诉讼一词也可以用来表示双方当事人之间就某一法律关系发生的单个的、具体的程序。 3

1. 多个标的的程序

2 德国民事诉讼法

诉讼和程序在这种意义上不需要完全等同，因为在一个程序中可以解决多个诉讼，如本诉、反诉或者中间确认之诉（《民事诉讼法》第 256 条第 2 款）、根据《民事诉讼法》第 147 条被合并审理的诉讼和共同诉讼人的（独立）诉讼（参见下文第 48、49 节）。

2. 当事人没有争议的诉讼

- 4 法律经常称单个的诉讼为“法律争议”、“争议案件”或者“法律纠纷”（《法院组织法》第 13 条；《民事诉讼法》第 88、91 和 261 条等）。但我们不能就此得出每一个民事诉讼都必须以当事人之间的法律争议为前提条件的结论。当事人之间没有发生“争议”时也可能存在诉讼，比如一方当事人（原告）声请法官对另一方当事人（被告）做出裁判，被告“立即”认诺了原告的请求（《民事诉讼法》第 93 条）并且法院“依照认诺作出判决”（《民事诉讼法》第 307 条），或者被告没有参加言词辩论而承受法院对自己作出缺席判决（《民事诉讼法》第 331 条）。此外，当事人之间的民事“法律争议”也可以通过庭外约定（和解、免除和认诺，《民法典》第 779 条、第 397 条和第 781 条），或者通过仲裁程序（《民事诉讼法》第 1025 - 1066 条）和非讼审判行为得到解决。因此，存在没有法律争议的诉讼，也存在无需诉讼的法律争议，两者不是同一概念。

三、民事诉讼的目的

1. 权利保护

- 5 私法赋予每个人各种权利，同时规定了相应的各种义务。通常，权利通过义务的自觉履行得以实现。大多数债务人自觉履行义务，或者出于法律意识，或者是为了保持自己的信誉和社会声望，或者是由于害怕国家的强制力。但是，如果一项请求权发生争议，或者（即使没有争议时）债务人不愿意、不能够、不积极履行，以及在权利（所有权、专利权等）受到损害、法律关

系发生疑问时，要么权利人自己救济，要么国家给他帮助。没有一部私法、没有一种私权能够不借助强制实现手段而存在。

自力救济是最直接的、历史较为悠久的和野蛮时代唯一的救济手段。但是自力救济很不完善，因为权利人并不总是强者。自力救济常常以武力来实现权利，在权利人不仅仅为了要求给付的情况下，自力救济不能发挥作用。因此，为了维护内部的和平，每个国家都必须限制自力救济，除了极少的例外情形之外，国家禁止自力救济。超越这个界限，就会面临丧失权利或者赔偿损失以及受到惩罚的危险。 6

《民法典》也坚持这一立场，对自力救济的情形作了明确的规定（参见第 227 - 231 条，第 562b 条，第 859 条，第 904 条，第 962 条），其他情形则一律禁止。狭义上的自助（《民法典》第 229 条）并不会立即实现被危及的请求权，而只是通过强制执行的途径得以清偿或者通过假扣押得到担保（《民法典》第 230 条第 2 款）。

不过，国家只有在通过自己的机关为当事人提供了保障时，才能禁止自力救济。这一点国家是通过民事诉讼来实现的。国家以此实现了它一项最重要的任务，即真正意义上的教化任务。因此，民事诉讼的目的在于确定和实现权利。 7

2. 保护公共利益

民事诉讼也能有助于保障公共利益，这主要体现在根据《反不正当竞争法》第 3 条和《不作为之诉法》第 1 条以下所规定的团体诉讼情形中（见下文第 47 节）。 8

3. 维护法律

民事诉讼通过帮助当事人实现其权利，在法律发展中同时也维护了法律。但这不是权利保护之外的独立的诉讼目的。维护法律和保护权利只是同一事实构成的两个方面，因为它们都是以生效法院判决为终结的民事诉讼程序的结果。 9

4. 保障法律和平

- 10 通过生效判决，法律和平得以重新恢复。这是权利确认的结果，而不是与权利确认平行的、独立的诉讼目的。即使在不正确判决的情况下，也没有理由将“平息”视为民事诉讼的目的。不正确的判决是例外情形，它不能作为确定诉讼目的的标准。

5. 解决私法纠纷

- 11 纠纷解决说与认为民事诉讼的目的是“平息”的观点相近。它们都考虑到这样一个事实，即法官不仅被要求裁决法律争议，他也通过调解来解决实体法的冲突（第 278 条第 1、2 款）。纠纷解决说同时强调，理想的民事诉讼与对话程序或合理讨论的规则在很大程度上是一致的，这是对的，但由于争议（在必要时）由国家作出裁决，民事诉讼的目的就不仅仅限于保障对话程序。

四、庭外争议解决

- 12 国家的司法垄断并非无限有效。正式的民事诉讼越来越被视为争议解决的最后手段。因此，诉讼外替代性纠纷解决近来越来越广泛地得到宣传。

（1）对于初级法院的一部分案件，各州现在可以强制性地规定起诉之前在庭外试行调解（参见下文第 107 节边码 2 以下）。

- 13 （2）法律规定了私人仲裁（参见下文第 172 节以下）。

- 14 （3）在竞争法案件中，《反不正当竞争法》第 27a 条规定了合意处的程序，对于代理公司的佣金纠纷，《版权使用法》第 16 条规定了仲裁程序。此外，在某些法律领域，通过设立调解处，当事人的和好解决得到促进，或者通过鉴定处，事实得以可靠而简单地阐明（参见下文第 172 节边码 8 以下）。

- 15 （4）最后，在法院程序的前期或者与法院程序平行地与当事人进行问题讨论，这促使纠纷得到了澄清或者解决。如果第三人只进行居间调停或者阐明事实，而不具有裁判权限，人们就称之为调解。调解在社会纠纷或者经济纠纷、包括在家庭案件中发

挥了越来越重要的实际作用，如在关于父母照顾的争议中。

五、民事司法的任务

在强制实现之前，请求权或者其他权利必须按规定进行确认。由于在诉讼中以起诉、言词辩论及其准备、证据调查等进行的这种确认需要时间，但案情又经常要求司法机构立即介入，以避免权利受到危及和侵害，因此临时性法律保护就非常必要。从这里可以得出三项任务和三种不同的民法程序：审判程序或判决程序、执行程序 and 临时性法律保护程序。 16

1. 审判程序

裁判程序、审判程序或审判诉讼的目的在于裁判、判决，它确认起诉状主张或者否定的权利（法律关系）存在或者不存在，并与下列法律后果相联系：获胜的给付之诉（判令之诉）赋予要求被告为或者不为什么的请求权，获胜的形成之诉重新架构系争的法律关系，而在确认之诉和驳回诉讼的判决中则是确认单独的判决内容（参见下文第 91 节至第 94 节）。 17

裁判程序通常是普通程序，但也可能是特别程序（证书诉讼、票据诉讼、婚姻诉讼等，参见下文第 161 节以下）；它们在初级法院前（家庭法院例外）是当事人诉讼，因为当事人允许自己实施诉讼，在州法院或者更高级的法院前是所谓的律师诉讼，因为必须由律师强制代理（《民事诉讼法》第 78 条）（参见下文第 53 节边码 10 以下）。 18

2. 执行程序

执行程序旨在使被确认的请求权通过强制执行事实上得以实现。 19

审判程序和执行程序都是独立的，互不依赖。

3. 临时法律保护程序

假扣押诉讼原则上只是通过假扣押或者假处分对受到威胁的权利（法律关系）进行暂时保全，它根据单纯的释明进行，不 20

对需要担保的权利进行确认。如果这种简单的担保不能满足权利人的合法利益，他甚至可以暂时性地要求给付，如在家庭案件中通过暂时命令（参见下文第 166 节）或者通过暂时处分。

六、民事诉讼法和民法

21 以上论述表明，民事诉讼法和民法应当相互区分。

1. 民法规定法律关系的产生和权利的取得，但它对法律关系的确认和权利的实现或者担保却没有任何作为。它针对当事人（给与他们行为罚则、权利和义务）并给与法官指示。通过《法院组织法》第 1 条，民法成为确定判决的裁判规范（《基本法》第 97 条第 1 款），这条规定使法官受制于法律，也就是说，法官有义务适用法律。

22 与此相反，民事诉讼法的内容则是规定民事司法的设立和前提条件，法律保护的种类、形式和效力以及获得法律保护的程序。

23 2. 民事诉讼法和实体法的区分不仅具有理论意义，而且具有实际意义。两个法律部门具有不同的目标和不同的思维方式。它们的概念是不同的，即使这些概念具有相同的名称；例如请求权（参见下文第 93 节），抗辩（参见下文第 102 节），认诺和舍弃（参见下文第 130 节边码 39、71），它们在诉讼法中的内容与在民法中的内容有很大不同。因此，原则上民法的观念和规范不能纳入民事诉讼中。这一点在法院行为和当事人行为有瑕疵时尤其重要，它们与民事法律的瑕疵引起的后果完全不同（参见下文第 62 节、第 67 节）。而且在州法的合法性、规范适用的时间和地点（参见下文第 6 节）、能否上告（参见下文第 140 节边码 12、20）等方面，诉讼法遵循的原则都与民法不同。

24 这种区分以法律规范的标的为标准，而不是以该规范根据其合法性和关联性应当被纳入《民法典》还是《民事诉讼法》为标准。《民法典》毫无疑问也包含诉讼法规范，例如第 407 条第

2 款、第 2039 条。在《民事诉讼法》中也有民法规范，如第 76 条第 2 款、第 302 条第 4 款第 3 句、第 600 条第 2 款、第 717 条第 2 款和第 3 款、第 806 条、第 815 条第 3 款、第 819 条、第 945 条等等。

七、民事诉讼法作为公法

民事诉讼法是公法。它与私法的界定关键不在于民事诉讼法是确定公共利益的，而私法是确定个人利益的。因为私法也促进法律和平的维护并以此促进公共利益，而民事诉讼则主要在于保护私人利益。这种对立的原因毋宁是在于私法与公法的标的。私法规定平等层面上的个体法律主体与另一法律主体的关系，而公法则规定国家活动与其他公共团体的活动、它们相互之间的关系和它们与处于隶属关系中的国家公民之间的关系（参见下文第 14 节边码 14 以下）。据此，民事诉讼法是公法的组成部分；它以国家司法、国家司法机构的设立、管辖和活动以及被它们适用的程序与在它们面前适用的程序为标的；裁判的效力和执行措施、担保措施的效力都是基于当事人受制于它的国家公权力。简而言之，所有一切都有公法的烙印。但在解释民事诉讼法时应当注意，它的目的是为了实实现实体民事权利。 25

八、民事诉讼法和宪法

《基本法》和《欧洲人权公约》对《法院组织法》和法院程序有广泛的影响。 26

1. 法院组织法

例如管辖规则和业务分配必须满足法定法官的要求（《基本法》第 101 条第 1 款第 2 句）。在法院面前每个人都有法定听审请求权（《基本法》第 103 条第 1 款）（参见下文第 82 节）。这一点也部分地包括法官的阐明义务，例如防止作出突袭裁判（参见下文第 82 节边码 15 和第 77 节边码 27 以下）。《基本法》 27

第 97 条保障法官的独立性。与此不可分离的是法官中立性的保障，它要求法官自行回避和可以申请有不公正之虞的法官回避（参见下文第 25 节）。根据《基本法》第 92 条，司法权被赋予法官。

2. 程序保障

1) 武器平等

28 其它的程序保障从一般的基本权利和法治国家原则中推导出来。如从《基本法》第 3 条和《欧洲人权公约》第 6 条中推导出诉讼上的武器平等原则。武器平等有时也可以通过恰当的法官提示（第 139 条）实现（参见下文第 77 节边码 15；第 78 节边码 25）。《基本法》选择了社会法治国家，这就要求一个能够保障社会机会平等的程序，在此，提供诉讼费用救助就是宪法上一个核心的要求。处分原则（参见下文第 76 节）也可能通过《基本法》第 2 条第 1 款得到保证。

2) 提供司法请求权

29 此外，联邦宪法法院还发展了其他的诉讼基本权利。提供司法的请求权得到宪法上的保障（参见下文第 3 节边码 1 以下），它从内容上被架构为要求提供有效率（有效力）的法律保护的權利。与《欧洲人权公约》第 6 条一样，这一权利禁止周期过长的程序。同时，法治国家原则要求提供一种可预见的程序。

3) 要求公平程序的权利

30 该权利直接受到《欧洲权利公约》第 6 条第 1 款的保障。而且对于《基本法》，联邦宪法法院也联系法治国家原则和社会国家原则，从相关基本权利中推导出一般条款式的公平程序保障。这一保障主要在刑事程序中具有重要意义，但在民事诉讼中也应当结合自身特点适用。公平程序请求权的范围在学术界有争议。一些人将其理解为全面的诉讼基本权利，然而它应当被视为兜底性的基本权利，在具体情形中，如果没有侵犯具体的程序法或者实体上的基本权利，但从法治国家的角度看（《基本法》第

20 条第 3 款) 该程序又是不能忍受的, 这时就适用公平程序请求权。

4) 实体基本权利保护

在很多情形中, 从实体性基本权利中也可以出现诉讼后果。如拒绝诉讼费用救助可能侵犯《基本法》第 14 条第 1 款规定的基本权利。对《住房解约保护法》第 2 条程序性规定的操作如果使出租人不能实现法律所允许的提高租金, 则与所有权保障相矛盾。《基本法》第 12 条要求, 对作为诉讼代理人的律师进行诉讼能力审查必须在一个保障律师充分听审和有效保护其权利的程序中进行。从《基本法》第 6 条中可以得出, 没有参加婚姻撤销诉讼的父亲具有法定听审请求权。 31

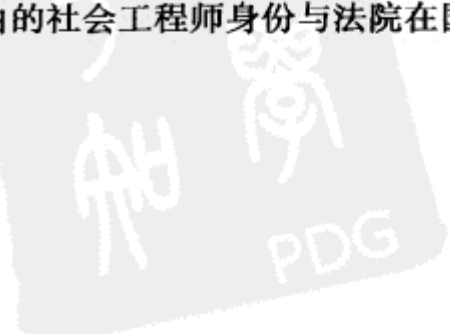
九、民事诉讼的社会意义和经济意义

本书所探讨的民事诉讼法旨在在具有通常社会、经济和政治困难的背景下, 以令人满意的方式解决具体诉讼当事人的私人冲突。因而, 对作为一种社会现象的民事诉讼进行评价, 取决于以理论解决为基础的价值体系以及技术解决的实用性。 32

其中, 应当注意法院强制解决对于当事人和其他参与人的心理效果和经济效果、程序的满足效力、争议裁判对类似案件的间接效果、整体法律制度以及律师和法官的自我利益。争议解决对于当事人的经济价值和诉讼实施对于当事人和司法财政的整体费用也应当纳入考虑之中。 33

传统的个人权利保护、程序的公共利益和司法作为“国家福利设施”(弗兰兹·克莱恩)之间的张力关系, 由国家强制实施社会道德与原则性问题在法律规定的框架内得到令人满意解决之间的紧张关系在民事诉讼法的解释和发展中也应当注意。 34

尽管如此, 在法律框架内提供权利保护仍然是法院第一位的任务; 自由的社会工程师身份与法院在国家中的地位不相符。 35



第二节 诉讼作为法律关系

一、诉讼法律关系的概念和意义

1. 诉讼作为有序的程序

- 1 诉讼可以从两个方面来看：一方面是程序，即相继完成的法院行为和当事人行为的总和，每一个行为都以前一行为为前提，以后一行为为后果，但所有的行为都是为了引起法院的法律保护行为，它们被这一共同的目的联结在一起；另一方面是法律关系，即所有发生在法院和当事人之间的诉讼法律关系的总和。

2. 作为法律关系的诉讼

- 2 每一个诉讼都是法律关系，即诉讼主体之间受法律调整的关系。

使用诉讼法律关系，可以统一地理解由众多裁决和法律状况组成的诉讼。把实施诉讼引起的各种法律关系综合为一个法律概念具有很大的学术价值。这在主观和客观的诉的合并理论中可以体现出来，通过假定诉讼关系是复数，诉的合并理解起来就更加容易（参见下文第96节边码28以下；第48节边码12以下；第49节边码38以下）。统一法律概念的重要性尤其体现在，只有以这种方式，诉讼的继受才构成一个整体过程（见下文第42节边码2以下）；因为行为的继受是不能想象的（继受人不能进入已经完成的行为，从他参加时起就自己实施行为）。认为诉讼是法律状况的观点假定诉讼中出现的大量法律状况是可以继受的，如果认为诉讼在整体上是一个法律状况，它与诉讼是一个法律关系的观点就没有什么区别。

- 3 另一方面，诉讼法律关系并不具有它的提出者——奥斯卡·比洛（*Oskar Bülow*）原本想赋予它的重要意义。诉讼前提并不是诉讼法律关系的前提，其本身已经是诉讼标的（参见下文第

93 节边码 1 以下)。

二、诉讼法律关系的内容

诉讼法律关系的内容是诉讼法所调整的、国家（法院作为它的机关）为一方、当事人为另一方之间的关系，也包括当事人相互之间的关系。 4

1. 诉讼法律关系的主体

诉讼法律关系的主体是国家（法院）和双方当事人。当事人的一方为复数，诉讼法律关系就是复数。 5

有争议的是，诉讼法律关系存在于何种主体之间。一种观点（科勒 *Kohler*）认为它只存在于当事人之间，另一种观点（黑尔维希 *Hellwig*）认为它只存在于国家（法院）和当事人之间，还有一种所谓的三方说（比洛 *Bilow*，瓦赫 *Wach*）认为诉讼法律关系也存在于当事人之间。

正确的观点是，最重要的法律关系是国家为一方、当事人为另一方之间的关系；重要的诉讼行为不是当事人向对方当事人，而是向法院完成的（参见下文第 65 节边码 5 以下），法院的行为也是针对受制于其裁判权的当事人的。不过，诉讼也是当事人相互之间的法律关系，当事人一系列的行为也是直接向对方当事人作出的（参见下文第 65 节边码 4）。 6

2. 法律性质

诉讼法律关系是一种公法关系，要与在诉讼中裁判的私法关系完全区别开来。私法关系不对法院产生，它是客体，而不是诉讼法律关系的内容，它无需存在，就像无理由的给付之诉和有理由的（消灭权利的）确认之诉所表明的一样。私法关系的继受并不一定会引起诉讼法律关系的继受（依据第 265 条），诉讼法律关系的继受也可以在私法关系继受的情况下发生（如《支付不能条例》第 179 条第 1 款；关于单纯将诉讼实施权转让给另一方，参见下文第 42 节边码 11，第 46 节边码 46 及其下）。 7

3. 诉讼法律关系的整体性

- 8 1) 诉讼构成统一的法律关系，这种法律关系始于起诉状递交（参见下文第 97 节边码 4 以下），终于诉讼被争议性地（以判决的既判力）或者无争议地（通过撤诉、和解等）终结（参见下文第 126 节以下）。
- 9 2) 在诉讼进行中，诉讼法律关系保持同一，不管发生什么变更，包括法院方面的变更（如根据第 281 条进行移送）、当事人变更（参见下文第 42 节）或者诉的变更（参见下文第 98 节）。
- 10 3) 诉讼法律关系是在诉讼进行中通过诉讼行为的实施不断向前发展的一种法律关系。发展过程中的每一个阶段被称为法律状况。它没有独立的法律意义或作用，而仅仅是作为程序中后续发展的前奏，为法院裁判打基础。只有通过裁判和裁判的效力，诉讼状况才在诉讼之外产生作用。如果在诉讼中没有取得裁判，诉讼状况充其量作为其他程序的间接证据而具有一定的意义。

三、诉讼法律关系中当事人的地位

1. 当事人的负担

- 11 原则上，当事人没有作为的义务。撇开少数的例外情形不谈，[当事人] 既没有向法院的作为义务，也没有向对方当事人的作为义务。法院在没有当事人作为的情况下，也可以借助缺席的后果（参见下文第 68 节）作出终结程序的裁判；而在一方不作为、因而也一定不想实施某一行为的情形下，对方当事人没有要求其实施某一行为的权利。法律为此规定当事人可以自由随意地行为。各方当事人只受自己利益的驱动进行作为，因为如果他不作为就有输掉官司的危险。因此，人们不再使用行为强制或者行为义务，而是说行为负担。
- 12 与此相适应，如今被告不存在答辩义务和诉讼实施义务，而只有答辩负担和诉讼实施负担，而当事人也不存在主张义务、证

明义务和陈述义务等，而只有相应的负担。不过，《民事诉讼法》的用语不是一贯的。该法第 239 条第 5 款、第 266 条第 1 款第 1 句、第 447 条、第 448 条提到继续法律争议的义务和负有证明义务的当事人等。

针对国家承担费用的义务（参见《诉讼费用法》第 49 条及其下）¹³，针对对方当事人的费用偿付义务（《民事诉讼法》第 91 条及其下）和返还义务（第 135 条第 2 款）以及提交文书的义务（第 422、423 条）都具有实体法的特征。

2. 当事人的义务

在例外情形中，行为与否不能由当事人随意决定，而是抽象地规定在法律中。如果法院在具体情形中要求当事人为一定的行为，并否认其他的任何行为，而且当事人不能进行变通，当事人则有作为的义务。如果当事人需要法院保护其权利并参与到程序之中，无论如何原告就有诚实地、不刁难地行为的义务。也就是说，他有义务完整地陈述事实、不提出不真实的主张、不否定真实的主张（真实义务，《民事诉讼法》第 138 条第 1 款，参见下文第 65 节边码 33 以下）、通过积极参与推进而不是拖延程序的发展，简而言之，就是适当谨慎地实施诉讼的义务（第 282 条）。¹⁴

当事人的诉讼促进义务是 1933 年的修订法引入的，通过 1977 年的《简化修订法》得到加强，2001 年的《民事诉讼法改革法》再次强化了这一义务（参见下文第 68 节边码 26，第 81 节边码 14 以下）。¹⁵当事人也有根据法院的命令亲自到场的义务（第 141 条、第 613 条）和提交文书的义务（第 142 条、第 421 条）。这些义务不仅相对于法院，而且也相对于对方当事人存在。不过，违反该义务不会导致具体的诉讼后果（关于真实义务参见下文第 65 节边码 67 以下）。

四、诉讼法中的诚实信用

- 16 《民事诉讼法》包含了大量禁止当事人在民事诉讼中进行欺诈和不法行为的规定。除了第138条列举的当事人的真实义务之外（参见下文第65节边码67以下），还包括第114条第1款第1句关于滥诉时拒绝提供诉讼费用救助的规定，以及第93条，即起诉并非因为被告的行为所引起、法律争议的费用由胜诉的原告负担。此外，言词辩论以后，诉之变更和撤回变得更加困难（第263条、第269条）、逾时提出诉之合法性责问（第296条第3款）以及其他攻击防御方法时的制裁（第296、530条及其下）也可算作此类规定。
- 17 这些具体规定表明，民事诉讼法并非没有对诉讼中诚实行为的规定，而是试图以各种方式实现这一规定。因此，民事诉讼法对欺诈行为的禁止并不是漠不关心。
- 18 然而，上述民事诉讼法的具体规定并没有穷尽所有可能的欺诈行为。由于诉讼法中没有与《民法典》第242条类似的一般条款，绝大部分的学说和判例就在诉讼法中类推适用诚实信用原则。这种类推可以在法制的统一中找到理由。关于诚实信用原则在诉讼行为中的适用参见下文第65节边码47以下。

五、危害性权利伸张的责任

1. 声请法院的责任

- 19 在声请法院、提起上诉或者事实上不真实的表示中都可能存在侵权行为，使对方或者第三人受到危害。

但是，赔偿请求权不仅仅是侵权行为的结果（《民法典》第823条、第826条），它也可能基于《民法典》第280条、第241条第2款、第311条第2款产生，因为诉讼法律关系被视为准债权关系，在这一关系中，当事人对自己的履行辅助人的行为负责（《民事诉讼法》第85条第2款；《民法典》第278条）。

只有在与既判力不矛盾时，才存在对于对方的责任，因而权利追诉合理与否只能根据诉讼结果来判断。只有在主债权被视为存在时，被告才承担迟延损害责任（《民法典》第 280 条第 1 款、第 2 款，第 286 条）。只有原告的诉讼最终被驳回时，他才承担不合法执行的责任。 20

2. 附随损害的责任

相反，附随损害（名誉损害、健康损害等）则根据一般侵权法来确定对方和第三人的责任。不过，从诉讼的权利保护功能推知，当事人应当对每一个过失性错误提起的诉讼、对该诉讼造成的威胁或者对每一项过失性错误的诉讼主张进行损害赔偿。证人的过失性错误陈述和过失性错误的鉴定亦同。这一行为的违法性经常由于正当的利益（类推适用《刑法典》第 193 条）而被否定，或者责任一般限于重大过失甚至故意。但是，将《民法典》第 276 条第 2 款的注意义务具体到程序之中，并且在具体案件的利益权衡中肯定责任似乎显得更为恰当，只要当事人不引发附随损害就能够恰当地争取自己的权利并向第三人履行自己的陈述义务。 21

3. 当事人有损名誉之表示的责任

在程序进行之中，对于当事人有损名誉的表示，只有当它是轻率的主张时或者与伸张权利没有事物关联时，才允许提起专门的撤回之诉或者不作为之诉。 22

第三节 司法请求权和法律保护请求权

一、司法请求权

根据国家法和诉讼法，法院有行使司法的义务。当事人有权要求法院实施司法行为，这种权利可以称之为要求司法服务的请求权或者要求提供司法的请求权，简称司法请求权。这种请求权 1

是针对作为司法管辖主体的国家的一种权利，国家通过自己设立的行使司法的机关，主要是法院，来满足这种权利，并且对当事人负有满足其权利的义务。国家不仅保障向法院申请的可能性，而且赋予每个参与人有要求得到实际有效的保护权利的请求权，包括小额债权。

2 司法请求权不保证绝对正确的判决，而只是使国家负有让独立的法官在法治国家的程序中解决纠纷的义务。法院应当受理诉讼，合法地推进程序，从事实和法律方面审查案件并在裁判成熟时作出判决。因此，司法保障请求权保证有效的、公平的程序，但不保障进入某一审级。宗教团体和社团也享有要求提供裁判的请求权，即使是为了澄清其内部规定的一些前问题。

3 但对于依据性质或目的属于宗教团体内部事务的事件，国家没有针对宗教团体的措施提供裁判权的义务。

4 如果法院违反这种义务以及拒绝或者迟延提供法律保护，人们可以通过违宪之诉由联邦宪法法院强制其依法办事。联邦宪法法院在多个裁判中已经处理过司法请求权的问题，但对于根据《基本法》的哪些条款可以提起这种违宪之诉却存在疑义。最初，联邦宪法法院自己选择了《基本法》第101条第1款第2句为依据。不过，一些学者则认为司法请求权的根据是《基本法》第103条第1款，该款规定了法定听审请求权。笔者同意司法请求权来自我国宪法内在的法治国家原则的观点。当然，也有人援引《基本法》第1条第3款、第19条第4款、第20条、第28条和92条。司法请求权在《欧洲人权公约》第6条第1款中也得到了承认。

二、法律保护请求权

1. 法律保护请求权的历史沿革

5 在温德沙伊德（Windscheid）将诉分为（抽象的）诉权和实体请求权之后，瓦赫（Wach）首先试图通过实体权利来定义

法院对当事人的义务。根据他的观点，只要客观上存在有利于原告的法律状况，他在诉讼开始之前就已经具有针对法院和被告的要求得到利己判决的请求权。

比洛（Bülow）反对这种观点，他的理由是，法院是在程序结束时才根据当时存在的实体和诉讼状态作出裁判的，与此相应，只有在此时才可能产生原告或者被告要求作出利己判决的请求权。这两种观点的讨论占据了一战前后的时间。比洛的观点最后取得了胜利，与此相联系的观点是，根据诉讼状态而享有的对法院的请求权没有实际意义。 6

60年代，法律保护请求权有了新的追随者。从法治国家原则和法院受法律约束中人们推知，作为提供司法请求权的后果，双方当事人不仅享有获得正确裁判的希望，而且还享有要求国家作出正确裁判的真正公法权利。人们还援引《基本法》第34条、《民法典》第839条第2款规定法官枉法裁判时产生的国家责任作为这种请求权存在的例证。 7

2. 评价

法律保护请求权以法治国家为出发点，这一点值得肯定，尽管如此，笔者不同意采用法律保护请求权。 8

作为实体法和诉讼的桥梁，法律保护请求权不是必需的。在可以强制法院作为的范围内，已经存在司法请求权。虽然根据法律约束的原则，法院必须依照实体法进行司法活动，但是从法院的法律拘束中派生出一种针对国家的、要求其根据实体法作出正确裁判的请求权是没有什么意义的。因为这种请求权的对象只可能是法院，没有其他任何一个机构可以对其作出裁判或者满足这种请求权，在上诉审中也同样如此。

假设这个只能由对方自己实现的请求权是没有意义的。此外，当事人对诉讼标的的处分权也不允许将诉讼标的在内容上与法律保护请求权相提并论。最后，可诉性和法律保护需要也是一般的诉讼前提条件，它们不需要用法律保护请求权对其进行解 9

释。

第四节 帝国司法法律制定之 前的民事诉讼法历史

- 1 现今的德国民事诉讼法有两个历史根源：罗马教会法和日尔曼法。中世纪在意大利北部发展起来的诉讼被德国所继受，这种诉讼主要受到城市章程、教会的立法以及世俗和宗教审判实务的影响，传到德国以后，被帝国以及邦国，尤其是萨克森，改造成为所谓的“普通诉讼”。18世纪，在开明的专制主义下开始了一场改革运动。
- 2 帝国民事诉讼法历史上第二次较大的改革运动发生在19世纪初。这一运动受到法国诉讼的影响，虽然法国的民事诉讼和德国民事诉讼本来具有同样的根源，但是通过法国皇帝的立法，尤其是《法国民事诉讼法》（1806年），法国民事诉讼具有了自己的鲜明特征，它也成为了一个历史阶段的总结。
- 3 德国最近的一些改革受到了奥地利《民事诉讼法》的影响，奥地利《民事诉讼法》和德国《民事诉讼法》在关键问题上大部分相同，但也具有自己的独特之处。
- 4 这一历史显示了言词主义与书面主义、快捷和彻底、程序的自由和拘束、当事人主导和法官主导不断反复的斗争；每一次改革总是在经过或长或短的时间之后，又倾向甚至回归到以前被放弃的原则之中。

一、罗马民事诉讼法

1. 法定诉讼和程式诉讼

- 5 在最初的诉讼中，法院的形式为陪审制，司法官作为陪审团的主席亲自审案，后来他的任务仅仅限于受理案件，而将案件的

审理和裁判委托给陪审团。这就是法定诉讼和程式诉讼的起源。诉讼案件由法官（承审员）进行裁判，非讼案件则由仲裁员负责审理。法官由当事人共同选定，或者由司法官在年初制定的法官名单中为原告指定，法官名单最初只包括元老院的议员。在前述的两种情况下，法官都只有在得到了司法官的司法命令之后才获得授权，从而有义务进行裁判。这种法律审理和事实审理相分离的程序的结果是，司法官没有裁判权，而法官没有司法权。

1) 在法律审理程序中，被告由原告私人传唤到庭，然后由法官审理他是否符合权利保护的前提条件。在法定诉讼中，审理是通过法官向双方当事人庄严宣告的、一种产生于法律或者习惯法的裁判形式完成的，而在程式诉讼中，司法官通过对双方当事人的程序（法律保护能力等）和请求权的实体条件（诉的种类、接受命令、例外等）进行口头审理，向原告签发程式书的形式来进行的，原告再将该程式书交给被告，被告接受后即完成法律审理。这一过程叫做声请证人诉讼的开始。由于在法定诉讼中，原告可以让自己的随行人员证明被告已经接受诉讼，这一过程因此得名（参见 *Kaser S. 218ff.* ; *Jahr*, *Litis contestatio*, 1960; *J. G. Wolf*, *Die litis contestatio im römischen Zivilprozess*, 1968）。在程式诉讼中虽然没有声请证人，但被告接受法律审理的程式书以后必须接受诉讼，因为司法官不能将自己的职权让渡给承审员。通过自认，被告可以避开声请证人的诉讼。通过被告的接受行为，争议被固定下来，诉讼得以确立。如果被告无正当理由不到庭，司法官可以采取没收其财产的方式强迫他接受诉讼。如果司法官驳回了原告的诉，诉讼就不能开始。

2) 裁判只能由法官根据口头或者书面的令状作出。法官审理双方提交的诉讼材料，然后对照令状中确定的获胜条件，如果原告要求的赔偿数额大于令状中严格规定的数额，法官就只能驳回他的请求。裁判之前需对双方当事人进行口头审理，审理完全按照当事人主义进行。如果需要，还可以直接由法官进行取证，

6

7

对于调查取得的证据法官可以自由采信，无需遵照一定的证据规则和证明责任分配规则。裁判总是表现为一定的金钱数额，被告的责任都必须转换为一定的金钱数额。承审官的判决具有形式上和实质上的法律效力。

- 8 3) 如果判决在 30 天内没有得到自动履行，原告可以向司法官申请强制执行，在程式诉讼中可以通过既判之诉（*actio iudicati*）请求保护。如果被告不提出抗辩，司法官通常会立即发出执行令状，如果被告提出抗辩，就会引起新的争讼程序，抗辩败诉的，该被告要受到双倍于初判的处罚。
- 9 4) 除了国家司法机构，早在古罗马时期就已经存在真正的私人仲裁机构（参见 Ziegler, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*, 1971）。

2. 非常程序

- 10 这种个人审理被所谓的非常程序所代替。这种程序完全由裁判官审理，而无须将证据程序（事实程序）交给承审员进行。这一程序来源于行政诉讼，最初在罗马只适用于个别的法律案件，在各行省，由于地方长官享有更多权利，该程序发展得更加迅速和广泛。在向纯粹非常程序过渡期间还出现了一种中间阶段，在这一阶段中，书面的程式书具有在程式诉讼中相同的作用，即作为诉讼的纲领和法律证明的手段，但是法官则由司法官直接指定，不必征得当事人的同意。纯粹的非常程序是古罗马帝国日益强大和中央集权日趋强化的产物。它不再区分法律审理和事实审理，尽管法官的个别功能被转移给承审官行使。被告的同意已经不再是判决的必要条件，因为被告经过法院传唤拒不到庭的，法院可以根据原告的单方面陈述和事实调查进行判决。诉讼令状作为诉讼开始的文书只保留了其名称。与通常程序由当事人进行不同，非常程序主要实行职权进行主义。法官职权的强化使调查证据越来越成为法官的事情。受东方国家的影响，在证据调查中书证的地位尤其重要。证据的采信和证明责任的分配都纳入

了法律调整的范围。口头审理和公开审理销声匿迹，取而代之的是书面审理和秘密审理。诉讼的过程被记录下来，在优士丁尼时期，起诉需要递交书面的起诉状，起诉状的副本须送达给被告，还要制作书面判决。除了判决支付金钱外，此时也准许进行其他的给付判决。从申请皇帝作为主审法官的制度中，可以撤销判决的上诉制度和审级制度发展起来。

二、日尔曼诉讼

1. 最初程序

日尔曼诉讼是从和解程序或者调解程序中发展起来的，其最初的目的为了达成和解协议。如果原告因自己受到伤害或者氏族的其他成员遭到杀害而没有得到公正的解决，程序就会启动。原告没有法院的帮助而自己正式传唤被告，然后在由部落首领召开的百人大会上公开提出诉讼，原告的主张必须用准确的词语进行正式的表述，被告必须对此逐一地进行回答，而没有提出抗辩的机会。判决最初是由民选团（Umstand）根据知晓法律的社团成员的建议作出，后来才由特定的人员作出判决，从卡尔大帝开始出现了陪审员（Schöffen）。在法兰克王国时期，陪审团的主席即所谓的法官由国王或者侯爵担任，他们的任务只是“保护”法庭，即宣布审判开始和指挥诉讼进行，最后宣告由民选团做出的判决。如果被告否认原告的主张，并提出证据，他就会决定证据程序的展开。在这种情况下，判决就是“双簧”的，一面是对原告主张的判决，一面是证据判决。如果被告提供的证据不能洗清对自己的指控，他就会被要求做出庄严的宣誓并处以罚款。这种判决不能被撤销，当事人和利害关系人只能对判决建议进行指责，但是他必须同时提出改善意见，在他和第一个建议者之间通过决斗来进行判决。由此便产生了审级制度，在法兰克王国时期，上诉向国王法庭提出。证据由一方当事人向另一方当事人提出，而不是向法院提出，收集证据只是当事人的事情，正因为收

集证据是以法定的形式进行的，并且具有法定的效力，所以当事人可以自己收集证据。当事人不能进行相反的证明，证明的对象是权利主张，因此法官不再需要进行法律适用。被告通过证人进行证明，但主要还是通过宣誓，宣誓时通常有宣誓辅助人参加，他们是被告的同伴，由被告或者原告指定或者双方各指定一部分，这样做的原因和价值在于，宣誓辅助人必须相信被告是没有责任的。无人身自由的人通过神誓证据（火证、水证、决斗）来证明，后来这一点也适用于自由民。如果被告不能证明自己，判决的第二部分，即满足原告要求的宣誓就生效。执行是由私人提供担保进行的，不到场的被告可以被处以罚款，再次不到场或者拒绝宣誓履行判决，就会被宣布取消公民权。

- 12 这一程序是口头和公开的，实行辩论主义，具有很强的形式主义；法院的作用被限制在最小的程度。

2. 后期程序

- 13 法兰克王国及以后的时期，随着王权的加强，在此基础上发展起来了法官具有更高权威的诉讼，传唤由法院实施，证据调查由法官进行。在王权法庭和后来的民众法庭上，调查证据更加自由，而无须依照习惯法的证据规则。当事人在法庭上相互质询的情形结束了，取而代之的是当事人的主张和请求向法院提出。证据程序发生了变化，宣誓辅助人单个进行宣誓，允许对方提供相反的证人，书证越来越广泛。裁判所需的重要事实都要通过证据程序的固定规则进行证明，证明的结果当事人可以请求法院通过判决予以确定。对当事人的每一项请求，法官都要求陪审员作出判决，对于已经判决的事项也可以提出新的询问，这样一来，在同一程序中就会出现多个同等的判决。在与对方没有争议时当事人也可以要求作出判决。私人提供担保的执行需要征得法院的同意，并逐步被法官的执行程序所代替。



三、意大利教会的民事诉讼

对于德国民事诉讼发展最为重要的是北意大利城市的诉讼和教会的诉讼。 14

在北意大利的伦巴底王国发展起来了一种日尔曼-罗马的混合诉讼。在这种诉讼中，按照日尔曼法设置的诉讼机构受到一直活跃在意大利的罗马法的极大影响，日尔曼诉讼中的民选团被取消，组织判决的仅仅是国王的官员，先是元首，后来是侯爵和国王指派的其他人员。他们都要咨询常设的法律专家并将诉讼进行、判决和执行统一起来。对他们的判决，当事人可以通过类似罗马法的上诉向国王法庭声请予以撤销。该诉讼从日尔曼法借鉴了当事人的权利主张和反主张，证据则通过可以撤销的中间判决被固定下来，但证据调查又是由法院实施的，它通过单个讯问证人、被告宣誓和书证等方式进行，允许提供相反的证据，证据的结果一并包含在最后的判决中。

教会最初只负责宗教事务的审判，后来也管辖世俗的纠纷，最初是神职人员的纠纷，后来也介入私人的婚姻、家庭、捐赠和遗嘱纠纷，于是就产生了源于罗马法和受到日尔曼法影响的北意大利法的意大利-教会诉讼。意大利北部城市的自治章程、宗教的立法和世俗、宗教法庭的司法实践推动了这种诉讼的进一步发展。这种诉讼的特征是官员诉讼，它可以和优士丁尼诉讼接轨，由于它是书面的，一方面可以避免法官的恣意擅断损害当事人，另一方面使人更加容易审查宗教裁判。 15

该诉讼的程序如下：根据原告的请求和法官的命令被告由一个低级官员传唤到庭。在首次期日里法院正式将诉状的副本交给他，诉状是根据日尔曼法制作的，只包含权利主张，没有事实。被告必须对程序的合法性提出抗辩或者同样提交正式的、须制作成公证书的反主张。将当事人的争议主张制作成公证书是教会法中新生的东西，没有公证书就不能进行判决，因此，对于拒绝和 16

缺席的被告可以通过宣布其不受保护或者逐出教会而强制他履行。法院对原告陈述的过程进行逐一审查，因此，原告必须将关于诉求和抗辩等的主张逐个地、简明扼要地写清楚（该程序被称为安置程序），以便被告可以逐一承认或者反驳。有争议的主张必须由当事人提供证据进行证明，证据的采信有严格的规则。举证结束后当事人必须表示没有其他东西提交法庭。为了不因为多个争点而产生混淆，法院实行顺序原则，即每一个过程都有独自の、严格规定的期日。即使被告没有进行实质的抗辩，这么多的期日依然是必要的，如果被告提出主张或者做出答复，期日还会相应的增加。顺序原则的对立面是同时提出原则，根据该原则，每一方当事人将所有同样的主张，即涉及诉的理由、抗辩、回答和证据等，只要他认为必要，不管该主张的提出是否有意义，一并同时提出，否则不允许再提出。这种人为造成的诉讼资料的增加使得法院必须配备专门人员进行记录，这就叫做“卷宗里没有的东西，就不予考虑”。最终判决和每一个中间判决都可以通过上诉撤销，此外，还可以因为诉讼瑕疵提起无效抗告。

- 17 这一程序由于其严格的规则和强制彻底解决每一个争点而广为流行，但是正是它的繁琐导致了拖延，因此在很早的时候，城市里就已经采取促进程序快速进行的措施。1306年引入了后来所谓的简易程序，最初只是在小额案件中，后来也出现在普通程序中，因为法官可以简单快捷地裁判、无须严格遵循规则并且可以随意压缩期日。

四、继受与德国普通民事诉讼

1. 教会诉讼法的继受

- 18 14、15世纪发生的法律继受也将意大利教会诉讼带入了德国。在德国，宗教法庭在婚姻、订婚、遗嘱和捐赠案件中行使管辖权的情况早就长期存在，并且在这些案件中是按照意大利-教会诉讼的规则进行审理的，因而意大利教会诉讼在德国的继受比

较容易。大量广为流传的撒旦诉讼，即撒旦诉耶稣的诉讼文书也促进了意大利教会诉讼在德国法的接受。而直接的推动力量却是来自国内蓬勃发展的土地主关于自己遗产的诉讼。这些法院排斥了原来的陪审法庭，因为后者不能转变为专业的法庭。它们被在波伦亚接受过培训的法学博士所领导，对他们而言，在那里传授的意大利教会程序才是真正的程序，在实践中他们会理所当然地适用这些程序。

2. 神圣罗马帝国的法院

1495年，神圣罗马帝国在美因河畔的法兰克福（1693迁至韦茨拉尔）设立了帝国最高法院作为常设的最高审判机关，对于在帝国最高法院进行的诉讼，帝国法院根据大量的帝国最高法院规则和几个帝国条例引入了新的程序，其中最重要的是1555年和1631年的规则。这一程序和帝国最高法院的审判实践成为帝国其他法院的榜样，从而直接适用于全国。只在萨克森法适用的地方遇到了阻力，因此人们就区分出了皇家诉讼和萨克森诉讼。在两种诉讼中都有知名的法学家。在萨克森诉讼中有约阿希姆·闵辛格和安德列亚斯·盖尔，在帝国法院的诉讼中有本尼迪克特·卡普措夫和皇帝等。萨克森诉讼反过来又影响了帝国法院的诉讼并促成了帝国法院诉讼的改革，其中最重要的是1654年的改革。

1549年设立了第二个常设性的皇家最高法院——帝国皇家咨询院，该法院主要管辖在帝国最高法院败诉后的申诉，它的程序同样类似于皇家诉讼。

3. 帝国最高法院的诉讼

帝国最高法院的诉讼是书面的和不公开的，起诉、抗辩、答复和证人审理等都必须都是书面的（1500帝国最高法院规则），执政官应当将所有的诉讼材料和行为记录在案（1507年帝国最高法院规则）。在帝国最高法院进行的上诉必须全部进行书面审理（1555年帝国最高法院规则）。起诉必须采用书面形式，被告被

传唤到庭以便告知诉讼的情况，如果不是原告此前已经选择了诉讼可能需要的证据，法院通过押金和剥夺公权的手段强迫被告参加诉讼。通过被告对起诉的书面答复，争议就被固定下来，但只有在双方宣誓以后才进行诉讼和抗辩事实的调查，尤其对于某些双方都必须回答的地方或条款。各方当事人都必须在一定的期限内证明自己的主张。在证据程序中，宣誓和反宣誓以及法官的宣誓具有重要的意义，讯问证人时，当事人不能在场。在每一个分别进行的证据调查（起诉的证据、防御的证据）之后还可以进行三次书面交换，一共有六个期日。之后审理结束，法院根据联系和相互联系作出判决，然后向当事人公布。判决理由是针对业内人士写成的。由此可见，这种程序没有分阶段，也没有强制当事人结束自己的行为，因此非常繁琐，造成诉讼的拖延。

4. 萨克森诉讼

- 22 萨克森诉讼程序的渊源是奥古斯特一世侯爵的 1572 年宪法和 1622 年的萨克森法院规则。这种程序中没有等级体系和诉讼宣誓，起诉必须是连贯的过程描述，被告必须一个一个地回答。从 1622 年开始，他必须同时提出自己的抗辩（所谓特殊的法院受理或者争议固定），对没有审理的被告也可以作出判决。不过，通过可以上诉的证据判决，程序被分为主张阶段和证据阶段，证据判决将需要证明的主张明确下来，规定举证责任，责成被告在一定的举证期限内（6 周零 3 天）提供证据。证据的判断遵循法定的规则，主张和证据的提出都严格按照同时提出原则。

5. 最高帝国法院程序的改革

- 23 最新帝国敕令（1654 年）借鉴萨克森诉讼对帝国法院的诉讼进行了重大的改革。改革放弃了安置程序和诉讼宣誓，要求原告在起诉中简明扼要、客观清晰地陈述事实，被告在第一次期日里就对诉状中所有的地方做出确定的答复，并提供担保进行抗辩，抗辩不实将被处以没收担保，如果被告不按照要求进行，法庭可以根据原告的证据作出裁判，而不剥夺被告的公权，改革还

引入了同时提出原则，并严格实行。

6. 普通诉讼

在此改革的基础上，法院的实践和法学家的学说构成了普通诉讼（gemeiner Prozess），普通诉讼包含了帝国法院诉讼和萨克森诉讼的元素，它在属地法院规则之外从属性地一直适用至19世纪。普通诉讼是非公开的、书面的，借助可上诉的证据判决程序被分为两段，即主张程序和证据程序，这样一来，新的主张就被排除在证据程序之外。普通诉讼中实行辩论主义和同时提出主义，证据的判断不是自由的，而是必须遵循固定的规则（即所谓的法定证据理论）。诉讼从递交诉状开始，诉状中必须列明所有的诉讼主张。如果被告对程序的合法性不提出异议，就必须在法院规定的期限内提出答辩状。答辩状必须包含被告准备反驳的事实和抗辩的事实，接下来在其他的期限内进行答辩、第二次答辩、第三次答辩，每次答辩都必须提出所有的主张。程序的第一阶段以可声明不服的证据判决结束，判决中载明需要证明的事实和规定举证责任。根据这一判决进行的证据程序又分为两个阶段：提出证据阶段和进行证明阶段。程序结束后作出最终判决，对最终判决可以上诉，如果违反程序还可以提起无效抗告。从最新帝国敕令开始，被告并不强制性地参与诉讼，被告缺席视为他消极地参与了诉讼，原告可以根据单方的举证要求法院作出缺席判决。

普通诉讼的程序进行得艰难而缓慢。歌德在《诗与真》（第3部分、第12篇，1816年）中对帝国最高法院程序的评价广为人知：“杂乱无章的案卷堆积如山，年复一年还在不断增加，因为17个文员根本不能将每年的案件处理完毕，总共已经累计积压了2万件诉讼。每年可以处理掉60件，但是又会有一倍的新案件遗留下来……此外，一些滥用诉权的行为也是造成案件积压的原因”。

五、德意志各邦国的改革

1. 普鲁士民事诉讼

- 26 最先进行改革的是普鲁士。普鲁士早在威廉一世就准备修改普通诉讼的程序，但到了弗里德里希大帝才成功。由帝国首相卡摩尔在1781年4月26日编写的《弗里德里希法律大全》被修订为《普鲁士国家通用法院规则》（1793年7月6日），该规则的程序虽然还有普通法的痕迹，比如该程序是书面的，但取消了僵化的辩论主义以及同时提出主义。取而代之的是，法官通过直接与当事人交流，以便了解真实的案件情况。法庭先记录单个的审理，然后记录对质的情况，这就是所谓“诉讼的指导”。律师被取消，当事人可以选择作为官员的“司法经纪人”作为自己的代理人或者辅助人。根据对双方当事人的审理，报告法官制作出书面的意见，合议庭根据这个意见决定进行证据调查，但是并不作出证据判决。法定证据理论仍旧保留了下来。这种程序没有一直延续下来，因为当事人对报告法官和作为官员的代理人不能产生信任感。通过1833年关于委托人诉讼、简易诉讼和小额案件诉讼的条例和1846年7月21日的条例，辩论主义和同时提出主义又被重新采用，并且在书状交换结束后进行言词辩论，但在言词辩论中只允许陈述书面材料中已经包含的主张和证据。

2. 法国法的影响

- 27 普鲁士1833年和1846年的条例已经受到法国法的影响，而这两个条例正是现代德国诉讼的主要渊源之一。从根本上讲，法国和德国的法律发展是相同的，都继受了国外的法律，但是法国的政治发展和德国相反。从中世纪以来，德国的分裂主义倾向就占据了上风，最终导致了帝国同盟的分裂，而在法国，皇权取得了胜利，形成了强有力的中央集权，皇帝的立法非常丰富且有效，特别是专制主义者路易十四的法令。1667年4月的民法法令就已经在很大程度上改造了意大利教会法诉讼，它引进了口头

审理，取消了同时提出主义，没有证据判决。沿着这一道路，该程序最终在 1806 年的《法国民事诉讼法》中固定下来。它是一种公开的、口头的审理（以书面材料为基础），不实行同时提出主义，但是规定了证据合并和自由判断制度。诉讼的进行完全由当事人掌握（保持法官职务的纯洁），当事人可以自由决定诉讼行为的顺序和代理人，交换没有向法庭出示过的书面材料，决定随便什么时候将案件提交到诉讼名册（“目录”），而只有此时，法庭才能对案件进行处理。案件按照目录的顺序进入日期名单，然后法院对它进行审理。在第一个期日，原告宣读和提交请求，并附简短的事实理由，当事人在此后的期日里才对此展开辩论。

1819 年的《日内瓦诉讼规则》和 1869 年 4 月 29 日的《巴伐利亚诉讼规则》就是依照法国民事诉讼法制订的。 28

因此，德国在 19 世纪上半叶主要分为三大法律地区： 29

(1)（辅助性适用）普通诉讼的地区，包括南部德国、萨克森、萨克森侯国、两个梅克伦堡、石勒苏益格-荷尔斯泰因、布伦瑞克、奥尔登堡、汉诺威、黑森侯国、拿骚、黑森-达姆施塔特莱茵河右岸城市和自由城市。

(2) 普鲁士诉讼地区。

(3) 法国诉讼地区。该地区包括莱茵普鲁士、莱茵黑森、莱茵巴伐利亚，从 1809 年开始包括威斯特法伦，从 1811 年开始包括当时的贝克大公国。

3. 德国各邦国的改革

19 世纪中期，一些邦国先后制定了自己新的诉讼法，法律的分割进一步加剧。其中重要的有汉诺威和不伦瑞克（1850），奥尔登堡（1857），卢卑克（1862），巴登（1864），符腾堡（1868）和巴伐利亚（1869）。黑森和萨克森也准备制订自己的民事诉讼法，后来由于德国统一而未能实现。在这些法律中，最重要的是《汉诺威民事诉讼法》，后来成为普鲁士司法部长的阿道夫·莱昂哈特（Adolf Leonhardt）对这部法律的制订起了至关 30

重要的作用。这部法律是按照法国法的模式、在口头原则和直接原则的基础上制定的，同时也保留了普通诉讼的一些做法。裁判仅仅根据有书面材料准备的言词辩论为基础作出，所有不同的和补充的表示都被记录在案；该法仍然保留了证据判决，主张和证据因此而被分离。

第五节 帝国司法法律及其改革

一、统一诉讼法的产生

- 1 法律的分割使人们对统一诉讼法的需求非常强烈，这种需求甚至超过了对统一私法的需求。

1. 汉诺威草案

原德国议会早在 1862 年就组建了“德意志联邦国家统一民事诉讼法”制订委员会，委员会于 1862 年 9 月在汉诺威开会，以《汉诺威民事诉讼法》为基础，1866 年向联邦参议院提交了草案，该草案称为“汉诺威草案”，由于普奥战争爆发，草案没有成为正式的法律。

2. 普鲁士草案

- 2 由于与奥地利的争斗，普鲁士没有派人参加这个制订委员会，而是以法国法为蓝本自己起草了一个草案，称为 1864 年“普鲁士草案”。

3. 北德草案

- 3 在打败奥地利之后，普鲁士成立了北德联盟，根据其宪法第 4 条第 14 项，联邦享有制订司法程序的权利。1867 年北德联盟就组建了民事诉讼法制订委员会，他们本应以普鲁士草案为基础，但实际上在主要制度中都采用汉诺威草案为蓝本，1870 年完成了所谓“北德草案”。这一草案采用了汉诺威草案的原则，只是汉诺威草案的一个翻版，但也因为 1870/1871 年的战争而未

能生效。

4. 《民事诉讼法》的多个草案

1871年德国统一后成立了德意志帝国。根据帝国宪法，法院的程序法属于帝国的立法权限。普鲁士的司法部长莱昂哈德，也就是汉诺威草案的制订者，曾经担任汉诺威制订委员会的负责人和北德制订委员会的主席，在没有特别授权的情况下就开始在司法部内部修订“北德草案”，并于1871年夏天公布，人们称之为第一草案或者司法部草案。 4

后来，帝国成立了以莱昂哈德为主席、有南部各邦国参加的新的制订委员会，他们在1872年公布了第二草案，但该草案只是一些细小的地方有别于第一草案。经联邦参议院讨论后，1874年产生了第三草案。同年秋天，该草案与《法院组织法》、《破产法》和《刑事诉讼法》的草案一起被提交帝国议会讨论通过。德国议会成立了以米克尔（Miquel）为主席的特别司法委员会，对这四个法案的审理一直到1876年才结束。1876年12月21日，帝国议会通过了这四部法案并相继公布，这四部法律连同各自的实施法统一被称为《帝国司法法》，于1879年10月1日施行。 5

二、帝国司法法的修订

在长期的适用中，帝国司法法律经常进行修订，其中最近的修订尤为重要。 6

1. 二战以前重要的修订

二战以前进行的、对今天仍有重要意义的修订有：

1) 1898年5月17日的修订，这次修订目的在于适应《民法典》和《商法典》的制订，它与《民法典》和《商法典》一起于1900年1月1日施行。

2) 1924年2月13日的修订。 7

这次被称为“埃明格尔修订法”的修订使一直以来实行的纯粹自由主义原则得到根本性的改变：限制了当事人的控制权，

以增强法官的权力，引入了集中审理原则、依案卷状况裁判，在州法院实行独任法官程序，在初级法院实行调解程序，上诉必须说明理由等。此外，州高等法院大审判庭的组成人员由5人降为3人，帝国法院的大审判庭由7人变成5人。

- 8 3) 1933年10月27日的修订大大完善了民事诉讼程序，规定了当事人的真实义务，采取措施遏制诉讼拖延，用讯问当事人代替归责的宣誓或者法官规定的宣誓。1931年准备对民事诉讼法进行的彻底重新修订未能实现。

2. 联邦德国时期

- 9 为了恢复法院组织、民事司法、刑事程序和费用法方面的统一，联邦德国在1950年9月29日颁布了《法律统一法》(BGBl. I 455)，并同时重新公布了《宪法组织法》，《民事诉讼法》和《刑事诉讼法》。

自此以后，《民事诉讼法》又经过了多次修订，迄今为止仍有重要意义的修订有：

- 10 1) 1976年6月14日的《婚姻家庭法第一改革法》(BGBl. I 1421)，该法创立了家庭法院并为家庭案件制订了全新的程序。
- 11 2) 1976年12月3日的《简化和加快诉讼程序的法律》(BGBl. I 3281)。修订法按照所谓的斯图加特模式对第一审和第二审的审理进行了修改，新引入了督促程序和假执行制度。
- 12 3) 1980年6月13日的《诉讼费用救助法》(BGBl. I 677)用诉讼费用救助代替了《穷人法》。
- 13 4) 1990年8月31日《德意志联邦共和国与德意志民主共和国关于实现德国统一的法律》(统一条约)(BGBl. II 889, 921)。它使西德的司法法适用于原东德，据此制订了一些过渡措施。
- 14 5) 1990年12月17日《重新调整行政诉讼的法律》(第四次行政诉讼修改法)(BGBl. I 2809)简化了关于法律途径和诉讼途径援引的裁判。

- 6) 1990年12月17日《司法简化法》(BGBl. I 2847)对很多细节进行了简化,使程序更加简单和合乎目的,证人证据和鉴定人证据的规定更加详尽,引入了独立的证明程序,简化了督促程序。 15
- 7) 1997年12月16日《亲子法改革的法律》(BGBl. I 2942),使亲子身份程序适应了新的亲子关系法。 16
- 8) 1997年12月22日《重新调整仲裁程序的法律》(BGBl. I 3224),按照1985年《联合国国际贸易法委员会商事仲裁示范法》对仲裁程序做出了全新的修订。 17
- 9) 1998年4月6日《统一未成年人抚养法的法律》(BGBl. I 666),它对抚养案件的事实阐明实行新的统一的规则,并引入了未成年抚养的简化程序。 18
- 10) 1998年8月6日《修改司法助理员法的第三法律》(BGBl. I 2030)对诉讼费用的担保做出了新的规定。 19
- 11) 2001年6月25日的《改革诉讼程序的送达程序的律》(BGBl. I 1206, 3138)对整个送达制度做出了新的规定,从2002年7月1日起施行。 20
- 12) 2001年7月13日《关于使私法和其它法律中的形式规定适应现代法律行为交往的法律》(BGBl. I 1542)规定了当事人和法院之间电子法律交往的基础。 21
- 13) 2001年7月27日《民事诉讼法改革法》(BGBl. I 1887, 3138)将调解程序引入民事案件,改革了一审程序的部分规定,对整个上诉制度做出了新的规定。 22

三、现行法律

1. 联邦法

- 1) 现行的民事诉讼联邦法律是1877年编纂的,重要的法律有: 23

——制订于1877年1月27日的《法院组织法》(GVG),

现行法律采用的是 1975 年 5 月 9 日的文本，此外还有施行法 (EG)；

——制订于 1877 年 1 月 30 日的《民事诉讼法》(ZPO)，现行法律采用的是 1950 年 9 月 12 日的文本，此外还有施行法 (EG)；

——制订于 1897 年 3 月 24 日的《强制拍卖和强制管理法》(ZVG)，现行文本是 1898 年 5 月 20 日的；

——制订于 1953 年 9 月 3 日的《劳动法院法》(ArbGG)，现行文本为 1979 年 7 月 2 日的；

——制订于 1969 年 11 月 5 日的《司法助理员法》(RPfG)，后经多次修改；

——制订于 1959 年 8 月 1 日的《联邦律师条例》(BRAO)，后经过修改，尤其是 1994 年 9 月 2 日《新修订律师职业法的法律》的修订；

——制订于 1961 年 9 月 8 日的《德国法官法》(BRiG)，现行文本为 1972 年 4 月 19 日的；

——制订于 1975 年 12 月 15 日的《法院费用法》(GKG)；

——制订于 1957 年 7 月 26 日的《联邦律师费用条例》(BRAGO)，后经修改，尤其是 1986 年 12 月 9 日的修改 (BGBl. I 2326) 和 1994 年 6 月 29 日《费用法修改法》(BGBl. I 1325) 的修订；

——制订于 2001 年 4 月 19 日的《法院执达员费用法》(GvKostG) (BGBl. I 623)；

——制订于 1994 年 10 月 5 日的《支付不能条例》(InsO) (BGBl I 2866) 和

——制订于 1994 年 10 月 5 日的《关于在支付不能程序之外撤消债务人法律行为的法律》(两部法律都从 1999 年 1 月 1 日开始施行)。

诉讼上的个别规定也存在于其他联邦法律中，如《民法

典》、《商法典》、《专利法》等。

2) 国际民事诉讼法在这些法律中仅仅偶尔有一些规定。优先适用的特别规则越来越多地规定在欧盟的条例以及国际条约之中（参见下文第6节边码5以下）。尤其应当遵守的是国际裁判管辖的规定（参见下文第20节）、承认和执行外国裁判的规定（参见下文第155节）、国际司法协助、尤其是外国送达的规定（参见下文第21节边码8以下）、在外国进行证据调查和查明外国法的规定（参见下文第109节边码14以下）。对于没有规定的事物领域、包括对于法律规定的解释和具体化，判例几乎起到了法律渊源的作用。

2. 州法

只要没有自己引用州法或者明确地保留州法的效力（《民事诉讼法施行法》第14条、第15条、第15a条），作为联邦法法典的《民事诉讼法》使所有州法的规定都不生效力。

州民事诉讼法大部分包含在《民事诉讼法》和《法院组织法》的施行法中。如果联邦法规定以州司法行政机关的命令为前提条件或者准许州司法行政机关的命令（例如《法院组织法》第93条、第154条），则可以通过行政规范进行调整。

四、改革计划

2001年民事诉讼法做了重大的修改，为了实现程序更加贴近民众、高效和透明的政治要求，整个复审制度（包括控诉、上告和抗告）进行重新架构，以凸显一审的重要意义。此外，送达制度也进行了彻底的改革，尽管如此，民事司法还是不能完全满足当今的经济和服务社会的需求和期待。

虽然当事人已经可以使用电子技术实施法律诉讼行为，但是还缺乏一部《电子法律交往法》对此做出详尽的规定，以便法院自己也可以全面地使用电子数据交往的技术。

关于在司法中推行现代化的财政经营及其对法院自律范围的

影响的法律政策讨论还没有达成一致意见。

- 29 推广替代性纠纷解决机制，以实现小额程序比普通程序更加快捷、廉价的目标，还没有完成。《民事诉讼法施行法》第 15a 条的规定还不能全面令人信服。
- 30 第一审程序应当加以改造，以实现在法官审理案件之前，当事人之间就已经进行了全面的信息交换，案件应当在进行了答辩之后或者答辩期间届满没有取得成果时才提交给法官处理。只有在了解被告的立场之后才能有目的地推进程序、准备期日或者进行和解等等。
- 31 家庭法院程序是一个诉讼程序和非讼程序的混合，该程序的规定很混乱，应当使之更加简单明了。
- 32 此外，涉外案件的增长虽然缓慢，但是每年都在持续上升。在这类案件中，应当使国际合作更加有效。最后，欧盟内部的新规定也迫使纯国内性的规定与之协调、相适应。

第六节 德国民事诉讼法的效力范围

一、诉讼法的时间效力

- 1 诉讼法的时间效力是对于以下问题的回答，即在立法变更时仍然适用旧法还是该适用新法。只要新法没有规定过渡条款或者没有以其他方式（“默示地”）做出不同的规定，诉讼法作为国家规定其法院如何运作的规则，原则上也涵盖悬而未决的程序，即按照旧法开始、按新法结束的审判程序和执行程序。这一原则也适用于关于上诉合法性的新规定，这些规定对于那些在新法施行后应当提起的上诉是有效的。已经提起的上诉原则上是合法的。对裁判作出时就已经存在的撤销可能性的信赖不予保护，关于管辖的新规定也应当从其施行之时才开始遵守，不论是应当适