

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

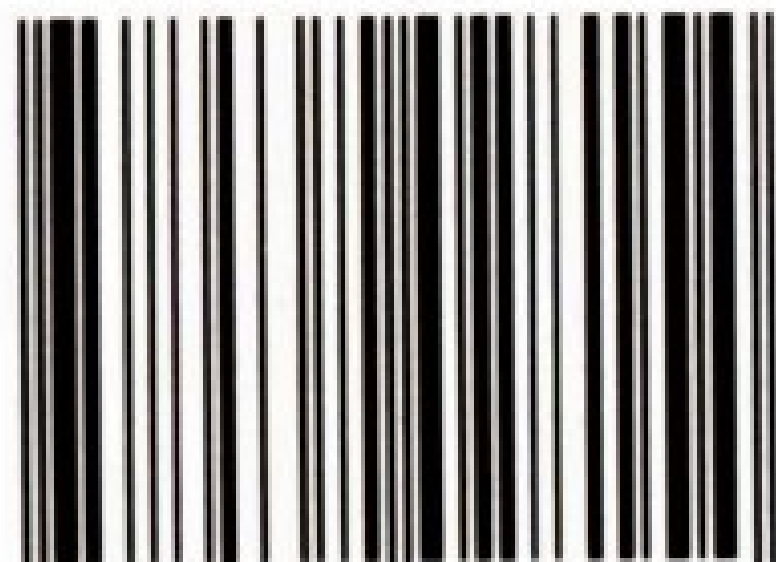
德国民事诉讼法学文萃

米夏埃尔·施蒂尔纳 编



项目编辑 张越 汤强
文稿编辑 胡清福 高巍菁
封面设计 沈飏

ISBN 7-5620-2815-X



9 787562 028154 >

ISBN 7-5620-2815-X/D · 2775

定价：58.00元

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。特别是在民事诉讼诉讼法典修订之前，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

2 总序

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。

2 序 言

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（即什么的问题）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·贝特尔曼, 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)

2 目 录

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·贝特尔曼, 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学分析	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。

胜诉的证据，错误地表述了一个申请或者是仅仅因为被视为是错误的判决是不可声明不服的，他就不得不因此而丧失其权利。仅仅告诉他在诉讼中必要遵守规则似乎很难安慰他。

即使是对法官来说，出于程序上的理由而终结他还没有对其实体正当性形成心证的诉讼，常常也是一件可怕的事情。因此，回复原状申请（Wiedereinsetzungsgesuch）作为针对被耽误的诉讼期间的救济手段在低级法院常常受到比立法者本意更加慷慨的待遇。为了加快诉讼而驳回迟延的当事人陈述，这要求优秀的法官具有极大的克制力。但是如果将诉讼法仅仅理解为技术性法律，遵循实践需要，那么谁还会为此而责怪法官呢？在实体正确的正当裁判与程序塑造的单纯的实用性考虑之间的冲突中，一个优秀的法官的抉择是明确的。如果要在两者之间作出选择，法官更愿意对案件事实进行全面的阐明和讨论而不是遵循程序运转的法定规则。

最后，律师界强烈地反对僵化的诉讼期间。他们提出了自己的要求，认为仅当当事人或其律师具有重大过错时^[5]才可以拒绝针对被耽误的期间来回复原状。这种要求不应当仅仅被理解为是将诉讼风险和控诉风险社会化——即转嫁给其他人——的努力。相反，这些建议从下面这种观念中得到了正确的阐释：即将诉讼期间仅仅理解为追求实用性的规范的组成要素。只是为了规范的缘故就让律师的职业留下污点——即由于耽误了期间无法履行自己的职责而使委托人丧失了权利——这看起来很难说是适当的。

通过很多其他的例子也能证明有关程序规范的正当性问题具有现实意义。但是也已经变得很清楚的是，最后总是涉及到正当判决的标准问题。具有决定意义的是：如果程序规范排除了进行全面的实体审查，认为实体审查的结果不重要或者阻止纠正对实体法的错误适用，然而判决却依然以该程序规范为基础，那么该判决是否正当？为什么？必须让我们的问题经受上面这种极端的形式，这从程序规范的目的上能够得到解释。程序规范自身并没有承载其目的。在诉讼中并不涉及为了证据调查而庄重地举行完美的证据调查或者是完美地安排辩论期日。辩论和证据调查只是作为判决的基础才有价值，它们应当为判决做准备。因此，一个规范是否对诉讼案件事实进行了正当的调整，总是在终结了诉讼的裁判中得到显示。由此可以得出一个很重要的中间结论：程序规则本身不是目的，而只是实现程序目标的手段。为了自身而存在的形式主义不具有任何的法律价值。有充分的

[5] Fritz Ostler: “诉讼中的律师义务和律师界义务”，载《新法学周刊》，1965年，第1785页以下、第2081页以下。

理由认为违反目的地坚持形式概念是一种诡计，在其后面隐藏的只能是很不正当的目的。

但是，这一认识虽然很重要，却还远远不够。因为它展示的仅仅是具体的程序规范同判决之间的关系。因此当在诉讼中具有决定意义的仅仅是根本上作出了裁判而不是裁判的内容如何时，我们才能满足于上面的结论。但是这样的话，当程序规范仅仅保证了让法官能够作出裁判时，就充分地说明了程序规范的动机。然而这样理解的程序规范并无法保障裁判是正确的。

不过，对程序法给予如此有限的评价却是戈尔德施密特^{〔6〕}所强烈要求的。戈尔德施密特的纯粹的诉讼的思维方式——它没有超越诉讼范围并且故意排斥了根据诉讼之外的标准来衡量判决正当性的问题——建立在下面这一假设的基础上：即程序法和实体法是彼此截然分开的。但是，仅当人们只是观察法律效力并且将视野限制在特定的方式上时，这一假设条件才是正确的。判决肯定具有不同于塑造了实体法律关系的合同的效力。判决不应当改变实体的法律状况，而应当只是对其作出确定。但是这样的区别甚至并不对所有的判决都适用。解散公开的商事合伙的变更判决并不比同意停止合伙的合伙人协议具有更多的效力。在这里，仅当人们完全不考虑判决对合伙命运的影响，并且仅将发生既判力的裁判的诉讼上的拘束力理解为判决效力时，人们才能谈到独立的诉讼上的效力。

但是当人们观察诉讼法律规范的要件时，认为诉讼法同实体法可以分离的理论则站不住脚。我们可以找到大量的诉讼法律后果的实体法事实构成要件。谁可以在诉讼中提出请求，取决于实体法律关系。权利承继的实体法事实构成要件同时也是诉讼担当这一诉讼后果的基点。程序的塑造依赖于有争议的实体法律关系的类型。对于离婚诉讼适用与财产诉讼不同的程序规则。在刑事诉讼或者行政诉讼中适用的程序规则也不同。

但是如果我们提出“程序规范是否适合于作出正当裁判”这一问题，那么，我们就要评价事实构成和法律后果之间的关系，即规范的假定和制裁之间的关系。因此我们不能以诉讼的思维方式将自己仅仅限制在法律后果上。

当人们超出诉讼效力的范围而着眼于诉讼对当事人的生活关系产生的后果时，这将变得更加清晰。违背了实体法律状况的判决只是确定了被主张的权利不存在。一旦它发生既判力，原告就丧失了实现被取消了的权利的任何可能性。他实际上成了败诉者。禁止质疑这一判决的正当性的诉讼思维方式必须以法律之外的理由来证明该判决的实际效力的正当性。诉讼思维方式将判决同实体正义原则

〔6〕《作为法律基础的诉讼》，1925年。

之间的矛盾解释为是法官权力行使的结果。法律使权力得以正当化，一旦法律的效力失灵，权力将创造第二个（具体的）规范——该规范与法律规范并存，并且在彼此相互冲突的情况下根据社会学的权力原则要优先于法律规范。^{〔7〕}

如果人们想要避免这样的灾难性的超法律的结果，那么，除了放弃孤立的诉讼思维方式外别无选择。这种思维方式将诉讼规范的正当性问题视为是形而上学的，从而将其从法律中排除出去，因此它只能通过权力原则来证明诉讼效力的正当性。它将诉讼法从法律体系中孤立出来，以社会学的观察取代了法律上的评价。

诉讼的思维方式的的要求——即将诉讼法和实体法彼此分开——在学术界几乎找不到始终如一的支持者。尽管人们在很大的范围内遵循这一要求，只要其目标是分离民事诉讼法和民事实体法律。但是令人高兴的是今天依然统治着我们的诉讼法的公法上的实体评价已经被束之高阁。这始于在国家的法院面前实施诉讼这一事实。如果人们给这一事实披上司法的结构外衣，那么将可以确定，在诉讼中在当事人和法院之间将创造出属于公法范畴的法律关系。但是仅当在整个公法中适用统一的评价观点时，才能由此为我们的问题推导出直接的结论。

民事诉讼法学长久以来一直反对这种统一的趋势。以核心的学术概念来理解和巩固其地位与诉讼法学的方法上的原则相吻合。亦即人们将当事人要求正确判决的主观权利视为民事诉讼中公法关系的实质要素。被人们称为权利保护请求权（Rechtsschutzanspruch）^{〔8〕} 的这项权利在今天已经很少吸引我们了。我们将权利保护请求权看成是自由法治国家的公民的自由激情和自我意识的标志。这项请求权将国家置于服务者的地位。公民可以要求国家提供服务，以便帮助实现个人利益。但是，权利保护请求权不仅以当事人在诉讼中提出的权利主张的正当性为条件，而且也受当事人在诉讼中的行为的影响。这意味着，当事人在很大程度上自行对诉讼结果负责而且可以在相应的范围内自由安排诉讼的进展。简而言之：公民针对国家所享有的、要求在具体的诉讼中作出公正判决的请求权是以负责任地使用诉讼法为寻求救济的公民提供的自由为条件的。

因此，权利保护请求权保障了诉讼法针对其他公法的独立性。在这里，公民不是臣民，而是有自我意识的、可以提出要求的自由的法律主体。虽然对于自由

〔7〕 James Goldschmidt:《作为法律基础的诉讼》，1925年，第213页。

〔8〕 Adolf Wach:“确认请求权——兼论权利保护请求权理论”，载《Bernhard Windscheid 纪念文集》（1888年12月22日）；Adolf Wach:“权利保护请求权”，载《民事诉讼杂志》，第32卷，第1页以下。

法治国家的行政法来说，主观公法权利的概念也不陌生，确切地说，这一概念直接源于国家法和行政法并且从那里被移植到民事诉讼中；但是，主观权利作为对抗国家侵犯自由和财产的防御性权利在行政法中具有重要地位。相反，权利保护请求权保障了个体的公民要求国家给予积极保护的权力，即要求国家通过其司法机构提供服务的权利。但是权利保护请求权同时也保证了民事诉讼法同民事实体法律之间的联系。因为当事人在诉讼主张和诉讼答辩中提出的实体的法律状况被吸收到权利保护请求权中。权利保护请求权以权利主张的正确性为前提，因此它将民事实体法律同公法上的诉讼法律关系结合在一起。

因此，在权利保护请求权中，主观公法权利的抽象的结构形式中被添加上了具体的职能内容。由此保障了司法任务对于国家行政行为的独立性，并且防止了将一般的公法评价标准不加批判地移植到诉讼法中。

权利保护请求权学说遭受了强烈的批评是诉讼法进一步发展的一种标志。权利保护请求权在今天仅仅是一个历史的回忆，* 这不仅仅意味着诉讼法发生了形式上的结构变化。这一点在下面这一论证中得以显示：从一开始就将要求作出对其有利的判决的请求权给予一方当事人与法院针对当事人的〔中立〕地位相矛盾。人们以此为由而反对权利保护请求权。^{〔9〕} 国家在诉讼中履行的是一般性的权利保护任务，而不是针对个体公民的专门的权利保护义务。诉讼法要求法官在一定的诉讼情况下驳回本身有理由的诉讼，例如当原告缺席或者没有及时提出攻击手段时。因此，权利保护请求权的学说必须承认，〔在一定条件下〕诉讼法要求国家侵犯权利保护请求权。因为同一个权利不能命令法官同时既现实又侵犯权利保护请求权，所以必须放弃权利保护请求权的学说。

在这一论证中反映了有关公民同国家之间的法律关系发生了改变的观点以及

* 在德国，关于权利保护请求权的概念，一般认为最初由 Wach 所创设，意指当事人有权请求国家保护其权利，而裁判请求权以及执行请求权均为其下位概念。但是对于该概念存在理论上的争议，很多人对此持否定态度（参见 Büllow，载《民事诉讼杂志》，第 31 卷，第 191 页；Rosenberg/Schilcken/Gottwald：《民事诉讼法》，第 15 版，1993 年，第 3 节，III，第 13 页；Othmar Jauernig，《民事诉讼法》第 27 版，2002 年，第 36 节，I 2，II，第 147 页）。罗森贝格等人认为司法请求权——即法院在宪法和诉讼法上有义务实施司法，而当事人有权要求该司法或司法保障，司法请求权不仅保证了当事人求助法院的可能性，同时赋予了每个当事人要求实际有效的司法保障的请求权——这一概念更为合理；尧厄尼希认为，应当区分权利保护请求权和司法保障请求权，后者扎根于法治国家的原则，而前者无实际意义应当予以否定。总体上来说，德国法学界现在已经很少使用权利保护请求权的概念了。

〔9〕 只引证 Leo Rosenberg（《德国民事诉讼法教科书》，第 9 版，1961 年，第 90 节，第 433 页以下）的阐述作为例子，这一阐述在该教科书的第一版（1927 年）第 89 节，IV 中就已经存在。

对国家的权利保护义务的全新的理解。据此，在民事诉讼中居于核心地位的不再是对个体公民利益的保护，而是为了公共利益而保障法的和平的国家的秩序职能。在法律修订和改革草案抑制程序中的当事人主义并且限制当事人对其权利行使的责任从而增强法官的指挥权力的同时，出现了权利保护请求权的攻击，这绝非偶然。^[10]

随着告别权利保护请求权，传统的诉讼法概念中的自由主义成分也就消失了，只剩下了国家的秩序任务。自由主义的法治国家变成了单纯的法治国家和秩序国家。将诉讼法列入到公法的范畴因此获得了另外一种意义。国家的司法任务被置于与行政管理职能同等的地位上。因为两者都需要以同样的方式创造受法律拘束的秩序，其间的界限变得模糊不清。从行政法中发展起来的公法的原则被移植到诉讼法中。如果人们将国家的权利保护任务理解为与具有命令和保护职能的行政管理相并列的秩序职能，那么，诉讼的法律后果将从国家的权威和公民的服从义务中得到解释。对国家权威的唯一限制是法律上对国家侵犯自由和财产持保留态度。但是如果侵犯由于诉讼法的规定而变得正当，那么，当事人在诉讼中遭受的任何以法律为基础的不利都将被视为是国家权威对被扰乱的秩序的回应。发生既判力的判决拘束当事人，因为它作为以法律为基础的国家行为要求被遵守。

法院可以不考虑实体法律状况而以缺席判决驳回缺席原告的诉讼，或者是以未经证明的主张为基础而对缺席被告作出缺席判决。这样的缺席判决被解释为是对不服从国家权威的惩罚。从这个角度看，诉讼上的惩罚显得与民事实体法律相矛盾。人们不再能够从当事人双方之间的法律关系上为其找到合法性，而仅能从公法领域，即从国家的秩序职能和安全职能中为其找到合法性。

这一观点并不完全错误，但是不够全面。形成和维护秩序肯定是诉讼的任务，而对国家权威的服从则是一种制约着国家的法律义务，只要人们不将权威和恣意的暴力相混淆。但是，秩序、权威和安全单独并不具有法律价值。秩序必须是受法律约束的，法的安全需要以法律思想为导向，而权威以承担责任为前提。

根据字义，权威意味着“威信”。今天我们将它理解为以威信为基础的效用要求。因此，受法律拘束的权威是有前提的：权威的承载者根据法律的标准获得并且保持着威信，并且因此承担法律上的责任。但是责任的内容根据其所必须履行的任务来决定。如果法律不应当被僵化地视为是脱离现实的、因此最终是不正当的抽象概念，那么，必须根据任务和责任领域对其进行区分。国家的任务无法

[10] 1924年和1933年对《德国民事诉讼法》的修订，1931年草案。

统一起来——即使要求国家保证安全和秩序的、法律上空洞的形式也不能实现统一。即使是自由主义法治国家也没有这样理解其任务。安全和秩序不是它的目标，而只是保护自由和财产的、并且为个人的创造性和工业社会的繁荣提供空间的手段。但是，所谓形式上的法治国家^[11]——即并不将对安全和秩序的追求作为目标，没有根据法律的价值来追求这样的目标——实际上根本不是法治国家，因为它缺乏据此可以衡量其秩序追求的标准。

如果国家的权威需要经受得住向其提出的任务，那么，我们有理由怀疑希望根据统一的法律标准来衡量国家行为的制度。一如现代行政法在寻求一种新的、可以根据行政职能领域来对其进行划分的制度^[12]一样，必须防止诉讼法学不加批判地移植所谓的普遍的公法原则——如果仔细观察则可以发现，这些原则甚至对国家法和行政法都不具有普遍的效力。因为它们只是下面这一领域内的概念：即国家在世纪之交将其法律上的责任集中于此领域内。

上面所要求的职能上的思考无疑将迫使也在诉讼法内部进行区分。对所有的诉讼类型都适用的一般性的诉讼法理论仅在下面这一要件下才是可能的：人们完全放弃正当性的问题——就像所谓的诉讼思维方式所做的一样——或者是根据安全和秩序的概念抽象地理解正当性的标准，以至于使其丧失了正当性内容。民事诉讼与刑事诉讼的共同性仅仅在于，两者都在国家法院前实施，在两者中都创造了公法的法律关系。但是如果人们提出有关其内容的问题，则看到的只是差异。不仅看一下不同的诉讼法就可以证明这一点，在社会职能以及相应的——国家在两个领域内都承担的——责任上，也至少存在同样明显的差异。检察官是否起诉杀人犯以及出租人是否要求承租人给付所欠的租金，这是根本不同的事情。

因此，关于程序规范的正当性问题变成了专家的问题。因此我必须将自己限定在自己的专业上，只想谈论民事诉讼，即公民在其中解决彼此间私人争议的诉讼。

民事诉讼的特殊之处在于，程序的结果直接影响到参加诉讼的当事人的私法关系。在与诉讼外的实体法律状况相冲突的判决中，人们能最清楚地看到这一点。如果诉讼被发生既判力地驳回，那么，原告将无法再找到任何国家审级来实现其已经被剥夺的权利。他的处境就好像是自己已经丧失了该权利。

因此，判例国家以判决创造了一种对当事人的私法关系具有拘束力的规范。

[11] 对此参看 Herbert Krüger: 《一般的国家理论》，1964年，第776页以下。

[12] 参看 Peter Badura 的就职演讲，“在自由法制国家和在社会法治国家中的行政法”，载《法律与国家》，第328卷，1966年，第22页以下。

国家借此来平息当事人之间的利益冲突。在民事诉讼中相互冲突的利益通常情况下并不与国家的利益相一致。为了满足其实体上的利益而对一方当事人或者另一方当事人作出有利判决，在这上面并不存在国家利益。相反，国家所希望的是，在当事人的利益之间寻找正当平衡。因此，在民事诉讼中国家的参与程度比在刑事诉讼中要少。国家并不强迫当事人进行民事诉讼，而是仅当他们要求帮助时才作出反应。因为当事人是为了自己的利益而发生争议，所以国家可以期待当事人在实现其权利的时候发挥自己的积极性。

民事诉讼法的立法者由此得出结论：国家在民事诉讼中的任务实质上仅在于，对当事人提出的证据进行评价以及对当事人证明的事实情况适用法律。国家具有的只是帮助性的、服务性的职能。它只是履行它对当事人负担的义务，一如在权利保护请求权概念中所恰当地表达的一样。

这种观念的前提是，当事人在诉讼中同样可以使用其塑造自由（*Gestaltungsfreiheit*）。但是，这一前提在今天对我们来说是存在疑问的。它建立在下面这种思想的基础上：当国家给予所有的人以同样的机会时，自由就已经得到了保障。然而它却没有认识到，仅当人们能够同等地利用机会时，同等的机会才能带来同等的自由。具体地说，如果认为当允许当事人对矛盾的事实阐述自由地进行陈述和证明时能够使得对裁判重要的事实得到最好的阐明，那么这种设想的条件是：当事人对于诉讼机会的复杂制度有全面的了解，他在利用机会时不会因为社会方面的限制而受阻，一方当事人不会为了给对方当事人造成不利而滥用机会。因此，在现代诉讼中法官要承担更加全面的任务。法官应当致力使得当事人能够利用其机会，提出有益的申请，充分地陈述事实，提出证据并且不会为了给对方当事人造成不利而故意说谎。因此，利益上的平衡不仅仅发生在将实体法律适用到案件事实上这一过程中，而且也发生在诉讼机会的平衡上。

国家对这种被扩展的任务领域承担责任。它应当在下面的范围内——而且也只在此范围内——对于不正确的判决承担责任：法官错误地评价了证据，错误地适用了法律或者没有能够实现他有义务实现的程序机会的平衡。通过创设与其任务相符的诉讼法，设立多个级别的审级以便减少任何人无法避免的错误，通过让法官受法律和正义的约束并且由此使其免受任何其他形式的约束，最后通过严格地培训法官而且根据严格的考试标准在候选人中挑选法官，国家就可以胜任这种责任了。

但是即使有这些保障也无法排除，在诉讼中所有审级都没有完成其任务。无法彻底避免错误的判决。但是如果人们要是认为只有正确的判决才具有拘束力，那么，国家将无法胜任其任务。因为当事人去法院并不是为了让其在法院外无法

解决的争议在法院那里无休止地继续下去。他们希望在适当的时候作出结束争议的判决。这并不是为了公共安全和秩序的缘故，也不是为了避免当事人之间你死我活的冲突，而是因为他们要寻求一种清楚的关系——这一关系能够作为他们进一步实施处分的基础，并且因此最终是自行负责作出决定的前提。并不是为了规范而创造规范，相反，规范作为（负责任的）自由的前提证明了下面这种判决的正当性：即尽管为了作出正确的判决提供了各种保障并且尽了所有努力但是依然没能实现正当的利益平衡。

实践经验证明了这一点。在促使当事人到私人仲裁庭去寻求救济从而排除了国家的审判权的动机中可以看出，人们是在何种程度内信任司法。并不少见的是，仲裁协议源于对职业法官的法律适用和程序指挥的不信任。如果这不仅仅是出于偏见，那么，应当将其严肃地视为是对法官的遴选、培训、专业知识等的批评。但是更常见的是，当事人的脚步迈向了仲裁庭是希望更迅速地结束争议。大多数的仲裁程序一裁终局。亦即对当事人来说，快速地终结争议常常比国家的审级所提供的保障更加重要。

但是，在民事诉讼中出现不利的法律后果的原因不仅仅在于法院会犯错误。只要当事人自行对程序的结果负责，那么，就必须将诉讼不利归结到其自己的行为上。

当事人有义务陈述事实，标明所要使用的证据手段。当事人没有陈述的实际的事件在判决中不被考虑。当对方当事人未对其争议时，被陈述的事实不需要证明，应当将其视为是真实的。如果证据只能通过证人的形式提出，而负有证明责任的当事人没有提出任何的证人名称，那么，应当将需要证明的事实视为是无法证明的。如果原告在期日未出庭，则应当驳回其诉讼。如果被告缺席，则应当假定原告的事实陈述是真实的，并且当原告的诉讼主张能够证明所追求的法律后果时，要针对被告作出判决。诉讼的思维方式将此解释为是主张责任（Behauptungslast）、证明责任（Beweislast）以及出庭责任（Erscheinungslast）的结果。这些概念虽然正确地描述了现象，但是没有解释任何东西。但是在对诉讼进行公法解释时，这些结果是作为对不服从的处罚、作为惩罚或者秩序措施（Ordnungsmaßnahme）出现的。这种解释也与事实不符。因为基于惩罚或者秩序的概念并不能证明下面这种现象的正当性：即有过错的当事人所遭受的不利益给对方当事人带来了利益。

当要求当事人对诉讼结果承担部分责任的时候，为了赋予当事人决定是否以及如何诉讼中实现其权利的自由，就将发生这样的情况。这种诉讼上的塑造自由是保障当事人实体主观私权的法律权力（Rechtsmacht）的相应后果。一如当

事人可以在法律的范围内根据自己的意愿决定使用或者不使用财产——当事人由于实体主观私权而拥有该财产——可以处分权利并且因此可以放弃权利，在民事诉讼中当事人也同样可以自行决定权利行使的形式和程度。谁也不能阻止原告放弃法律后果或者让法院针对其宣布缺席判决。谁也不能强迫被告对原告的主张来防御自己的权利。如果被告没有进行争议而被法院裁判，那么，这也是他的事情。这里谈不到惩罚或者秩序措施。当事人所遭受的不利是正当的，因为他希望如此而且法律规范尊重了他的意愿。如果对没有行使自由权利给予惩罚，那么，也就废除了自由本身。

但是诉讼中的不利后果不仅仅涉及到愿意或者是故意要获得这一后果的人，也涉及到有过错的人。这种后果的正当性在于我们在任何的法律规范中都能碰到的、与自由权利相关的法律原则。没有行使自由权利的人将丧失自由。因为依法被保障的自由不是恣意的，而是要承担相应责任的自由。这一责任源自于一方当事人的自由对另一方当事人的自由进行了限制。任何一方当事人都可以自由作出决定，双方当事人的处分都应当受到尊重。但是，仅当一方当事人可以信任对方当事人的行为时，他才能作出决定。如果他作出了决定，那么，他就改变了情况并且因此剥夺了对方当事人自由决定的机会。这些考虑是（在民事实体法律中一直被视为是权利行使的界限的）权利丧失的基础。如果认为权利丧失的观念在诉讼中不适用，那将令人感到奇怪。在法院的程序——权利行使的最重要的地点——中，权利丧失的观念具有特殊的现实意义。谁不使用诉讼上的塑造的可能性，谁就将丧失自由塑造诉讼的机会，他的权利行使将变得不合法。在诉讼中要在很短的严格确定的期间内得出这种后果，其原因在于，在诉讼中人们可以期待当事人行使自己的权利，因为在诉讼中当事人必须在很短的时间内对是否行使权利作出决定。仅当另一方的作为或者不作为是有拘束力的时候，才可能作出这样的决定。因此，不能将诉讼上的处罚理解为纯粹出于实用性考虑的措施——这种措施将导致错误的判决并且为了规范的原因而排斥正义。诉讼上的处罚虽然导致了与实体法律相矛盾的判决，但是这些处罚是正当的结果，因为它们被对诉讼法和实体法同样有拘束力的法律原则所支持。

在民事诉讼中能否让针对被耽误的期间来回复原状变得更容易一些这一现实问题，因为上面的考虑而获得了一个迄今从来没有被考虑过的视角。对被耽误的期间给予任何的放纵都是对对方当事人依法获得的地位的侵犯。律师界追求仅当存在重大过错的情况下才可以拒绝回复原状的努力因此并不与形式上的规范原则相冲突，而是与对方当事人值得保护的利益相冲突。对期间耽误的惩罚并不是秩序处罚，而是利益平衡。它涉及到是否应当让一方当事人为另一方当事人的过错

承担后果的问题。对这一问题的回答应当以在实体法中演变为权利丧失原则的内容的基本原则为导向。根据这些原则，权利丧失的结果并不以过错为前提。仅当所涉当事人为了提出请求已经竭尽全力的时候，才不会出现权利丧失的结果。^[13] 这些基本原则与有关回复原状理由的现行规定相一致。

我的结论是：在这里只能就民事诉讼的部分领域阐述诉讼法规范的正当性问题。在这一狭窄的范围内对该问题可以给予肯定的回答。诉讼上的法律后果从被我们列入到我们的法律规范的基本组成部分范围的法律原则中得到了解释。因此就像实体的法律原则一样，程序法的规范同样以法律思想为导向。

但是，这让我再次回到了起点。关于形式和内容的关系的问题不仅仅是诉讼的问题，人们也针对大学提出这个问题。因此，我想尝试在这篇专业报告的有限的基础上得出一些对大学的形式问题有意义的结论。我必须将自己局限在少数的原则上：

1. 组织形式和程序形式本身不是目的，而是实现确定了该形式的、实体上特定的目标的手段。

2. 与陈旧的实体内容相协调的形式以及不能与其实体内容相适应的新的形式，是无价值的，作用很小。

3. 服务于特定的任务的形式模式不能被移植到其他的功能上。不加批判地接受不适当的形式将会扼杀精神实质。

4. 仅当实体任务与改革对象的实体本质需要对形式革新时，对组织和程序的改革才有意义。任务和实体本质不能因新的形式而被改变。

5. 最后可以肯定地说：并不能通过组织和程序的改变而实现高等院校的改革。大学本身为了其改革所做的和正在做的一切，不应从外在的形式中来观察，而应当从填补了形式的、并且给新的形式打下烙印的精神实质中来观察。高校改革要考虑大学日常工作任务和大学的本质。因为大学完成其任务的工作以其本质的了解为前提，并且对该本质产生影响。只要大学能够运转，那么，它作为一个生动的实体就总是自我更新，赋予其形式以新的意义，并且根据自己的本质自行寻找新的形式。在它的工作中，而不是在它的形式中，它表现了自我。它的形式服务于它的工作。

[13] Soergel - Siebert: 《民法典》，第9版，1959年，第242条，评注186。

民事诉讼目的问题*

汉斯·弗里德黑尔姆·高尔，波恩

在民事诉讼法的教科书或者注释作品（Kommentar）中先用一部分来讨论民事诉讼的“目标”、“目的”或者“任务”，这在今天已经变成习以为常的事情了。^{〔1〕}同样，在专著^{〔2〕}中引论部分对诉讼目的加以考察也不少见：维护客观法律、保证和实现主观权利、查明当事人权利以及维持法的和平从根本上决定了诉讼目的，在大量的代表性观点中占据着突出地位。同时，人们有时让这些目的彼此并列存在，而有时却将其表述为是彼此尖锐对立的。

一、问题的缘起

要提出关于诉讼目的的问题，尤其关于民事诉讼目的问题，就必须首先弄清楚原则性的疑问。诉讼法的特点原则上是否允许人们提出某个完全特定的诉讼目的的问题？这样一个普遍性的问题是否基本上具有学术研究意义？它对于理解整个诉讼法或者是诉讼法中的具体制度是否会有所帮助？

（一）受制于学术历史的成见

首先人们可能对弗里德里希·施泰因^{〔3〕}所说的令人十分悲观的、恶名昭著的话语感到反感。众所周知的这句话的内容是：“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

* 原文载于《民事实践档案》，第168卷（1968年）。——译者注。

〔1〕 教科书式的文献的代表：Schönke - Schröder - Niese：《民事诉讼法》，第8版，1956年，第1节，V；注释作品的代表：Stein - Jonas - Pohle：《民事诉讼法》，第19版，1964年，第1条之前的导论，C1。

〔2〕 参看最新的 Rimmelspacher：《民事诉讼中的依职权审查》，1966年，第10页以下。

〔3〕 参看其《民事诉讼法和破产法概要》，第1版前言，1921年，第14页。

恒性价值。”也许没有哪一句话能像这位名声显赫的诉讼法学家的这句名言那样给民事诉讼法学界带来如此的不快，而又令一些嘲讽者如此地满意。人们认为这倒退到了那个年代：即人们根本不谈论民事诉讼法，通常只是偶尔谈论民事诉讼，而内特尔布拉特^[4]更是将诉讼定义为“制作文件和熟练地处理文件的艺术。”^[5]

实际上，直到19世纪后半叶在民事方面人们给予诉讼法学说的还只是很狭窄的领域。翁格尔^[6]用一个简单的公式对此进行了说明：诉讼法学讲授的是“如何”实现私权的“诉讼的形式”，而“什么”——即诉讼中提出的标的内容——则保留给民法去调整。这意味着，例如所谓的形式既判力归属于诉讼法，而所谓的实体既判力——现在被表述为“既判力如何影响将来的诉讼”这一问题——则归属于实体法。后一种观点甚至确实影响了1877年《德国民事诉讼法》的缔造者以及《德国民法典》第一个草案的起草者。^[7]根据韦策尔的描述，民事诉讼理论大部分依赖于“借贷”：诉讼（Klage）的概念移植于民法，被源于国家权力的裁判权所承袭，而且“只有从其在实践中的适用这方面来看”这两个概念才属于诉讼法。^[8]

此前，萨维尼就已经将“以‘消除被扭曲的法律状态’为目标的形式确定为诉讼法的内容”，^[9]但是还附加了“诉讼和诉讼法”彼此之间的“联系如此紧密”，“以至于必须听凭一个或者另一个学科的修订者来判断，为了全面地发展其思想需要在多大程度上占有整个领域”。^[10]但是除此以外，萨维尼已经很清楚地看到，诉讼法很可能在学术上得到独立的法律学科的地位，而且也需要得到这样的待遇。他甚至认为将民事诉讼和刑事诉讼归到“公法”这一共同概念之下是适当的，尽管他离现代的普遍的诉讼法学说可能还很遥远。^[11]

我们从冯·贝特曼·霍尔韦格那里得知，不是别人而是他的老师萨维尼指示

[4] 《论实践法学》，1764年，第8节。

[5] 在Jhering看来诉讼就像一个“机械装置”，在这里仅仅涉及到实用性的问题。参看达姆施塔特：《罗马法的精神》，III 1，再版，1954年，第15页、第18页。

[6] 《奥地利整体私法的体系》，II，1859年，第112节，第5项。

[7] 这里对此不进行详细的介绍。至少还可以参看《德国民法典》第一个草案第191条的建议。

[8] 参看Wetzell：《奥地利民事诉讼制度》，第3版，1878年，第31节，以及Degenkolb：《强制答辩和判决的尺度》，1887年，第2页。

[9] 《现代罗马法的体系》，V，1841年，第204节（第2页）。

[10] Puchta（《莱茵法理学博物馆》，第二个年度[1828年]，第251页）还抱怨“由于民法和诉讼的分离”诉讼法只能居于两者之间。

[11] 参看Savigny：《现代罗马法的体系》，I，第9节，第26页以下。

他对作为“一个落后的并且需要成功修订的学科”的民事诉讼进行修订。^[12]这样就完成了在伟大的老师和他的重要的学生之间的令人向往的任务分工。在冯·贝特曼·霍尔韦格^[13]所完成的关于“普通法的民事诉讼”的宏篇巨著的前言中可以找到值得注意的话语：“把法院的程序视为纯粹外在的东西——例如像邮政设备一样，只是由对实用性的考虑来决定的东西——是不正确的，因为诉讼和法院也是法哲学所要普遍使用的法律概念，是任何民族的成文法都需要发展的概念。因此，当近来的诉讼法学者只描述当事人和法院的行为的形式却由民法学家抢占了作为基础的或者是由此所产生的法律——所谓的实体的诉讼法，理解程序的细节（例如诉讼、抗辩、证据等等及其相互关系）的关键就存在于这个法律之中——的时候，那是一个错误的概念。”对冯·贝特曼·霍尔韦格来说同时涉及到了“根据作为诉讼的基础的思想”来发展诉讼。^[14]此外，他还以黑格尔对“诉讼程序”的解释为出发点。根据该解释，诉讼程序使得当事人可以提出其证据手段和法律理由，使得法官可以了解案情。“这些进步甚至是正确的。”^[15]以此为起点，冯·贝特曼·霍尔韦格在比洛之前就已经将诉讼视为“有机性质的法律关系”，它“根据其所赖以生存的法律而产生，自行向前发展和消灭”。^[16]

但是在不完全遵循兰茨贝格的观点的情况下，今天尤其应当将功劳归于比洛，通过他有关公法诉讼法律关系的全面的学说终止了所谓的描述性的诉讼艺术，开启了所谓的现代的、创造性的德国诉讼法学。^[17]此外，比洛本人也认为

[12] v. Bethmann - Hollweg: 《家庭——新闻》，第1部分（手稿印刷），波恩，1876年，第376页。

[13] 参看《在历史发展中的普通法的民事诉讼》，I, 1864年，前言，第9页。

[14] 出处同上（N. 13）I, 第11页。

[15] 持有这样观点的 Hegel: 《法哲学》，1821年，第222节（这里引用的是 A. Baeumler 的版本，《Hegel 有关社会哲学的作品》，第1部分，精神的哲学和法哲学，耶拿，1927年）。

[16] v. Bethmann - Hollweg, 出处同上（前注13）I, 第22页。

[17] Goldschmidt 对此特别肯定（《作为法律基础的诉讼》，1925年，第1页和第146页）；Niese: 《诉讼行为的双重功效》，1950年，第15页、第21页；Friedrich Weber, Studium Generale, 1960年，第184页、第187页。

在 Stintzing - Landsberg 那里（《德国法历史》，III, 2, 1910年，第954页）是这样说的：“但是‘十分具有建设性的、概念法学的思潮’开启了一个过渡时期，它让人想起很早以前的 Puchta 的最后时期和 Jhering 的最初时期以及不久以前的 50 年代的民法学建构倾向。这导致了人们对民事诉讼性质的深入研究以及全新的问题的出现。作为这个即将出现的洪流的第一个最强的波浪，Oskar Bülow 于 1868 年出版了《诉讼抗辩和诉讼要件的理论》……。”

与 Goldschmidt 对 Landsberg 所表达的意见的解释相对，v. Hippel（《民事诉讼杂志》，第65卷，第462页 [脚注8]）以及最近 Simshäuse（《自 Savigny 时的实体法和诉讼法的关系的发展》，1965年，第89页）对此持批评态度。

这一功劳应当是自己的。^[18] 如果比洛认为由此第一次实现了“以真正法律科学的方式对待民事诉讼”，那么，这肯定有些夸大。^[19] 人们考虑的只是萨维尼的既判力理论以及后来同韦策尔在裁判理由的既判力资格问题上的分歧。^[19] 如果说比洛并没有因此也直接要求“将其实质内容归还给”诉讼，^[20] 但是下面这一情况也的确是学术历史上的一个事实：在公法的诉讼法律关系的背景下诉讼法才第一次获得了一定的法律结构和一定的广度，超出了单纯的程序技术性规范的狭窄领域。同时，由此也就开始了“将诉讼法从民法的枷锁中解放出来”。^[21] 对诉讼思维的所谓的经验阶段的超越，从单纯的“诉讼”（*procédure* 或者 *procedura*）到诉讼法的进步，在今天还被我们的罗马法的邻居称赞为“德国人最伟大的发现”，倘若在此范围内人们可以将 Carneluttis^[22] 的令人激动的描述看作是具有代表性的。但是比洛以他的那个时代的“概念法理学”的整体工具带来了突破，而且就此而言，人们绝对可以说他开启了“民事诉讼法学的建设性时代”。即使是在今天，“民事诉讼法律关系”还属于所有学说阐述中不可动摇的部分，尽管（夸张一点儿说）它拥有的似乎并不比“议会制国家中统治者的地位——即人们

[18] Bülow, 载《民事诉讼杂志》，第27卷，第201页以下（第202-204页、第207页、第223页）。

[19] 最近 Simshäuse 也对 Bülow 进行了正当的批评，出处同上（前注17），第57页、第89页。

[19] 对此参看新近的 Konstantin D. Kerameus, 载《民事实践档案》，第167卷，第240页以下，但是在这个争论中他并没有正确评价 Wetzell（《奥地利民事诉讼制度》，第2版，1864年，第518-520页、第532-539页）（这只是被顺便提一下）以及（尤其是）Unger（出处同上 [N. 6]，第132节，第615-649页）（这根本没有被引用！）的地位，虽然《民事诉讼法草案》第283条（现在的《德国民事诉讼法》第322条）的理由明确地支持了 Wetzell 和 Unger 的立场而反对 Savigny 的立场（参看 Hahn:《民事诉讼法材料汇编》，第1部分，1880年，第290页以下）。——如果对 Kerameus 而言明显涉及到，“也应当从历史的角度出发”支持 Zeuner 对既判力客观界限的有益的研究（出处同上，第267页），那么，必将引人注意的是，作者甚至对动因的决定性理由——该理由导致人们（相对于 Savigny 的要诉说）更加偏爱中间确认之诉（现行《德国民事诉讼法》第280条）——进行了深入讨论，即“不应当是法律而应当是当事人的意志决定”“通过延伸到诉讼之外的既判力应当对什么进行裁判”（Hahn, 出处同上，第292页，原稿中强调的部分）。Kerameus 的下面这一结论，无论如何看起来都很独特：根据“法律的语境”来确定既判力的范围也与“立法者的意图相吻合”。

[20] 持这一观点的 Degenkolb, 出处同上（前注8），第2页。

[21] 这一现代社会的流行语在 Kohler 那里就已经出现了，载《民事诉讼杂志》，第22卷（1904年），第218页。新的见解的代表例如 Jauernig（《错误的民事裁判》，1958年，第1页）。

[22] 《民事诉讼杂志》，第64卷，第28页以下（第32页、第39页、第44页、第45页）。

向他鞠躬致敬，但是他却什么也不需要说——”更多。^[23]

但是考虑到当事人学说、诉讼行为学说或者既判力学说，今天谁还会说这里涉及的只是由纯粹的外在实用性考虑所决定的技术性法律呢？即使表面上看来只是规定了程序的形式规范也不是单纯的实用性考虑的结果——这样的考虑将把诉讼法定性为纯粹的事务规则——^[24] 而是隐藏于其后的法律观点、国家观点和社会观点的体现——这些观点在所谓的程序主义中得以体现，并且近来导致了将程序法定性为“被适用的宪法”。^[25] 如果对于诉讼法的立法者而言，涉及到的仅仅是如何从根本上使得可以依照程序进行裁判，那么我们就无需关注程序的具体塑造了。然而程序本身并没有承载其目的，程序的正当性仅仅在于它是一种可以实现尽可能公正地裁判这一程序目标的手段。^[26]

弗里德里希·施泰因在其前面所引用的话语中真的是想向我们讲授与此相反的事实吗？实际上到目前为止人们一直是这样误解的。然而人们必须根据上下文来理解施泰因的话语，原文中的第一个半句所表达的是：他只是希望从其阐述中

[23] Hegler (“民事诉讼法体系的构建”，载 Rümelin/Schmidt:《Heck 纪念文集》，1931 年，第 227 页) 在考虑到了 Rosenberg 教科书中的论述的情况下持有这样的观点。——“诉讼法律关系”的概念肯定——尤其是在同时强调当事人与法院的关系上——促进了对诉讼的公法特征以及法律上统一体的特征的理解，并且使得某些诉讼现象——例如诉讼担当——得到了更好的解释，但是也不可以过分夸大它的意义。参看 Nakona，载《民事诉讼杂志》，第 79 卷（1966 年），第 99 页以下。

在我看来，Berges（《新法学周刊》，1965 年，第 1505 页以下）近来的结论无论如何可能走得太远了，他再次陷入了实体法的观念之中。在那里以了“作为连接点的债务关系”的概念为基础并且将这一概念移植到作为“当事人之间的辩论关系”的诉讼中，从而对下面的情形产生了错误的认识：即使“诉讼无法总是回溯到实体的法律关系上”，也还是可以实施诉讼，例如在无理由的诉讼的情况下就会经常发生这种现象。在不全面考虑的情况下，下面这一推论体现了诉讼的特征：“当事人由于特殊的关系而在合同成立阶段就要承受的拘束力并不会因为诉讼就丧失了意义。”（第 1508 页）这可能是正确的，只要这种实体法上的“拘束力”在诉讼开始之前就已经存在了；但是从这里面并不能得出有关当事人诉讼义务的一般性结论，必须抛开在诉讼中要澄清的实体法律状况来证明当事人诉讼义务的正当性。这是一种和 Titze（“诉讼中的真实义务”，载《Schlegelberger 纪念文集》，1936 年，第 165 页以下、第 169 页以下）所犯的错误的思考方式，Titze 将真实义务理解为是“源自于私法的义务”，是“直接继续适用私法上的规定”，与“缔约过失”（culpa in contrahendo）情况下的“特殊关系”相似。

[24] Bülow 的用语，载《民事诉讼杂志》，第 27 卷，第 203 页。

[25] 参见 Schönke - Schröder - Niese，第 13 页，明显是将受 Heinrich Henckel（《刑事诉讼法》，1953 年，前言，第 5 页、第 98 页）所影响的定性方式移植到了民事诉讼中。Forsthoff 近来对将程序法视为是“被适用的宪法”的论点提出了批评，参见《第 45 届德国法学家大会文集》，1964 年，第 41 页以下（第 43 页），以及此外 Gaul，载《民事诉讼杂志》，第 80 卷（1967 年），第 151 页。

[26] 对此参见 Wofram Henckel 最近所做的大学校长任职演讲，“程序法规范的正当性”，1966 年，第 9 页。

排除“法哲学的考虑”。^[27] 即他牢记的仅仅是萨维尼的话语：“如果不想涉及哲学，那么就把它放在一边。对哲学的研究需要的不仅仅是半年的时间，而是整个一生。”^[28] 施泰因并不想通过这种表述将诉讼目的问题排除到诉讼思考之外，这一点从原文的前几行文字中就可以得出。那里是这样写的：“尝试将诉讼法的部分理解为一个大的整体的部分……努力澄清每一个具体的实践目标的法律政策理由，而这些实践目标服务于正义的道德目的和社会目的，而不仅仅是为了自身的缘故而存在。”^[29] 施泰因后来也是这样定义的：“从其目的上来看，民事诉讼是……这样的（国家）行为，即它应当为了一个法律主体针对另一个法律主体的利益而（主要）通过裁判私权并且以强制方式实现私权来保护私法秩序。”^[30] 此外，不是别人而正是施泰因（例如）通过其基础性的作品《强制执行的基本问题》（1913年）而为强制执行法创建了内部结构和制度上的形式，而这一点使得人们（像埃瑟尔^[31]一样）在今天可以确定：“可以说，今天适用的德国强制执行法并不是1877年的那部，而是出自于施泰因的那部。”因此施泰因本人绝不是他那句恶名昭著的评述的捍卫者。

（二）在今天的诉讼法学说中的疑虑

但是近来弗里茨·冯·希佩尔宣称反对从目的上考察诉讼。在其有关“真实义务”的作品中他就将民事诉讼“目的”的问题贬为“伪形而上学的统一教义”。^[32] 他的论战在其对尼泽有关“双重功效的诉讼行为”的作品的评论中达到了高潮。尼泽在这部著作中将明显是不言而喻的定理——即实体判决是“法律实现的工具”——解释为“科学地理解整个诉讼的核心”，并且要求“以任务为方向标”，即以“诉讼目的：实现真实和正义”为导向。^[33] 冯·希佩尔将尼泽的著作评价为“袖珍形式的诉讼法律哲学”，（听起来可能自相矛盾）认为它

[27] 参见 Friedrich Stein, 出处同上（前注3），前言，第14页。最近 Friedrich Weber 也正确地指出了这一点，载 *Studium Generale*, 1960年，第183页，脚注1。

[28] 参见 Savigny: 《法学方法论》，G. Wesenberg 出版，1951年，第50页。

[29] 参见 Friedrich Stein, 出处同上（前注3），前言，第14页。

[30] 出处同上，第2-3页。

[31] 《法官发展私法的基本原则和准则》，1956年，第312页。

[32] 参见 Fritz v. Hippel: 《民事诉讼中当事人的真实义务和阐明义务》，1939年，第170页以下。

[33] Niese, 出处同上（前注17），第106页，还有第19页。此外还参见 Stratenwerth: 《责任和服从》，1958年，第127页（脚注1）——在这一点上 Niese 原则上遵循了 Stratenwerth 的观点。近来 Eberhard Schmidt（《刑事诉讼法和法院组织法的注释》，第1部分，第2版，1964年，前言，第10页）对 Niese 的著作给予了超乎寻常的评价。

倒退到了 19 世纪晚期的僵化的实证主义中——那个时期人们试图通过一般性的“基本概念”来控制“整个”诉讼法。^[34] 这样的“目的”定义无法令人满意，因为它或者是过于“片面和狭隘”或者由于同不谐调的建议结合在一起而显得“矛盾重重”，或者是如此的“抽象和空洞”以至于它虽然“正确”“但是严格说来根本既没有表达出什么是义务性的也没有表达出什么是可以适用的”。^[35]

如果人们要问冯·希佩尔本人为了解决民事诉讼中的真实义务问题使用了何种手段，则需要提到下面这些话语：真实义务“是单纯的‘逻辑’推理的后果”，属于“超成文的领域”。如果要在我们这个世界上制定一部没有矛盾的法律，而且在该法律中不可避免地要使用法院和诉讼程序，那么就不可能一方面要求权利人遵守该法律，而另一方面又同时允许他们违背该法律根据自己的判断来确定在诉讼中实施何种行为并且用谎言来对付“正确的诉讼程序”。^[36] 但是“逻辑”需要前提，而冯·希佩尔也是以“正确的诉讼程序”为前提，并且认为诉讼从任务上看是“一个维护和实现良好的实体法的场所”。^[37] 换句话说：对冯·希佩尔而言，也是以对民事诉讼目的的特定观点为方向标的，他甚至毫无争议地同意了黑尔维希的观点：“真实义务必然是源于诉讼目的的，而诉讼的目的就是‘司’法。”^[38]

尽管如此，到目前为止人们依然对冯·希佩尔的警告没有给予足够的重视。人们尝试从作为基础的民事诉讼目的中推导出细节的建构并且以此来解决诉讼问题的危险是很大的，而只有为数不多的民事诉讼法核心问题才直接同诉讼目的相关，例如判决的既判力、对发生既判力地终结的诉讼进行再审的制度。^[39] 但是越是具体地提出所出现的诉讼问题，就越是不得不灾难性地从一般性的诉讼目的中进行推导。在判例和文献中都能够找到这方面的清晰的材料。但是错误并不在于诉讼目的问题本身。“这与我们的目的论式的研究绝对吻合……，首先提出目

[34] 参见 F. v. Hippel, 载《民事诉讼杂志》，第 65 卷（1952 年），第 424 页以下、第 431 页以下、第 434 页。

[35] F. v. Hippel, 载《民事诉讼杂志》，第 65 卷，第 432 页。

[36] F. v. Hippel, 出处同上（前注 32），第 154 - 155 页以及第 38 页。

[37] 出处同上（前注 32），第 332 页。

[38] F. v. Hippel, 出处同上（前注 32），第 155 页，脚注 9，参引了 Hellwig 的《德国民事诉讼法教科书》，第 2 部分，1907 年，第 44 页。——此外也参见 Rimmelspacher, 出处同上（前注 2），第 16 页以下。

[39] 对此参见 Gaul:《再审法律的基础以及再审理由的扩充》，1956 年，第 48 页以下。

标问题，然后审查是否正确地选择了实现该目标的手段。”^[40] 具有决定意义的仅仅是，在解决具体的法律问题时看清楚这种程序的界限。

二、在立法、判例和科学研究中以诉讼目的为出发点

诉讼目的问题在法律中以三种方式出现，彼此之间有时 would 存在重叠：它作为每个诉讼立法者都要面对的法律政策问题出现；它出现于法院实践中适用诉讼法的过程中；最后它作为一个法律理论问题推动着学术界。

（一）在立法中对诉讼目的的考虑

每一个希望制定诉讼法的立法者都要以一定的指导目标为出发点，要根据该目标来衡量所要制定的规则。为了这一目标——就像韦尔策尔^[41]所说的一样——立法者习惯于将特定的“方向因素”添加到法律中，例如法官的阐明义务或者当事人的真实义务，“它们自始至终——即从程序的目标是发现真实和正义出发——决定着程序的过程。”普鲁士的弗里德里希·威廉甚至还在其有关1793年《一般法院法》(AGO)^[42]的著作中明确地表达了期望法律能够“完全实现全面的、迅速的司法”。在《一般法院法》第10条中将“法官的义务”规定为“以最可靠的、最简捷的途径探究和查明作为基础的事实的真相。”在第34条中似乎确定了一般性的解释原则：“所有其他的详细确定了法官的指示程序的规定以及法官在此过程中需要采取的步骤都应被视为仅仅是实现目标的手段，必须服从于彻底地、全面地、尽可能迅速地查明真相这一目的”。但是，在法律本身中规定立法的主要动因，这并不是现代的立法模式。通常情况下只有立法材料才对此给予说明。在1877年《德国民事诉讼法》的立法动因中只能找到相对中性的、作为对当时的诉讼状况的回应的容易理解的内容：“可以将诉讼法的最高要求说成是：诉讼法应当是适合于实践的、具有实用性的，它使得可以通过最简单的、最简捷可靠的途径对诉讼作出裁判。”^[43]与此相对，1895年《奥地利民事诉讼法》的材料则用了好几页来解释民事诉讼的目的，这其中包含了引人注目的内容：“通过法院来伸张权利从某种意义上说只是行使权利的一种方式，是

[40] 参见 de Boor: “德国和意大利诉讼法中的诉之概念”，载《Boehmer 纪念文集》，1954年，第99页以下（第107页）。

[41] 《民事诉讼中的真实义务》，1935年，第14页。

[42] 《普鲁士国家一般法院法》，第1部分，诉讼法，柏林，1855年（毫无改动地再版了1816年的版本），第5页。

[43] 参见 Hahn: 《材料汇编》，出处同上（前注19a），第115页。

实现法律利益的手段，因此应当这样构建这一过程以至于可以尽可能少地缩减所要实现的利益并且总是能够正确地理解法律利益的确切价值。”或者说：“一如诉讼整体上要与其实践中的权利保护任务相适应一样，诉讼内部所有的具体规定和制度也必须与下一个诉讼目的保持一致：确定有争议的私权。”〔44〕在1931年《民事诉讼法草案》的理由中详细地说明了这种法律政策目标，〔45〕在今天还常常被人们引用的1933年修订法的前言中是这样写的：司法并不仅仅为当事人服务，“而且同时（并且主要）服务于整个国家的法的安定性”……“通过正当的、谨慎的诉讼实施来减轻法官的法律发现这一义务是与（任何人都有权利要求的）权利保护相符的。”〔46〕在1961年由联邦司法部提交的《关于民事法院裁判权改革准备的委员会报告》中也有整整一章专门规定了关于“诉讼的权利保护任务”的内容，几乎没有哪个教科书能够对此进行更加详细的说明。〔47〕人们明确地说明了这一行为的动因。“因为有关诉讼目的的观点迫使人们得出了有关程序塑造的结论。如果人们将诉讼的主要目的视为是维护法律规范，那么将会得出下面这样的结论：在法院的裁判中必须不问当事人行为而考虑法律规范；另外这也将导致法院的职权调查优先于（当事人的）提出原则（Beibringungsgrundsatz）。相反如果人们强调将权利保护的观念作为诉讼目的，那么就必须为当事人提供可以对诉讼进行处分的自由空间。”〔48〕这里明显是从作为基础的诉讼目的中得出了引人注意的立法结论。

（二）在判例中以诉讼目的作为根据

虽然从性质上来看一般性地研究诉讼目的问题并不是判例的事情，但是帝国法院似乎已经针对诉讼目的而创造了普遍适用的解释原则。在1922年12月8日的判决中第一次确立起来的规则——后来还重复了这一规则或者进行了类似的表

〔44〕 参见《新奥地利民事诉讼法律材料汇编》，司法部编辑，第1卷，维也纳，1897年，第187页以下、第190页，涉及到对政府建议的解释性评论。也参见第739页以下，涉及到全体委员会的报告，包含了下面这些特殊内容：“……但是同时绝不应当忘记，民事诉讼除了服务于在具体案件中实现实体法这一直接目的外，还应当遵循更高的目的：通过诉讼中的指导使得人民能够尽可能多地理解法律，提高法律意识。”

〔45〕 参见《民事诉讼法草案》，由帝国司法部出版，1931年，第251-252页、第255页以下。

〔46〕 1933年10月27日《民事诉讼程序修订法》的序言（《帝国法律公报》，I，第780页），以及Rosenberg:《德国民事诉讼法教科书》，第9版，1961年，第1节，VI。

〔47〕 参见《民事法院裁判权改革准备委员会报告》，联邦司法部编辑，1961年，第166页以下，也参见第23页。

〔48〕 参见《委员会报告》，出处同上，第166-167页。

述——的内容是：民事诉讼法的规定不应当使得人们伸张权利变得更加困难，不得设置将造成当事人的实体权利无法实现的障碍，相反应当引导程序以最实用的、最迅速的方式对诉讼作出公正的裁判。“实体权利不应当（并且不允许）在诉讼规定占统治地位的情况下遭受损失，或者说应当将这种损失控制在最小的范围内。”^[49] 在1921年6月14日的判决^[50]中帝国法院已经回顾性地评论了自己的判例，认为判例越来越倾向于将民事诉讼法作为实用性规范来对待而且也对其中的程序规定和强制性规定进行任意解释。同时联邦最高法院在继续发展帝国法院判例的情况下也多次声明：“民事诉讼以实现实体权利为目标；对民事诉讼适用的规定本身不是目的，而是实用性规范，其目的是对诉讼作出公正的裁判”。^[51]

在学说中，这个判例找到了一个引人注意的有益的例外情况，在这里它经常

[49] 参见《帝国法院民事裁判的官方汇编》，第105卷，第421页，关于在《德国民事诉讼法》第496条第3款的意义上的“期限保障和迅速的送达”。《帝国法院民事裁判的官方汇编》，第150卷，第537页（第563页）几乎完全同意（关于违反《德国民事诉讼法》第516条第2款中的送达规定）。《帝国法院民事裁判的官方汇编》，第106卷，第264页（第265页）实质上持类似的观点（关于《德国民事诉讼法》[旧法条]第516条第2款的解释）：“也不得利用重要的诉讼规定来损害当事人的财产权利，或者妨碍当事人在法院面前伸张权利。”类似的还有《帝国法院民事裁判的官方汇编》，第123卷，第204页（第206页）（关于《德国民事诉讼法》第187条的解释）：“程序规定应当服务于对实体权利的保护而不应当妨碍对实体权利的保护。”最后《帝国法院民事裁判的官方汇编》，第154卷，第299页（第302页）（关于《德国民事诉讼法》第36条第3项）：“具有决定意义的首先是客观的、公正的裁判，而且程序规定的适用不应当阻碍正当权利的迅速实现，这是与今天的法律观点相一致的。”

[50] 《帝国法院民事裁判的官方汇编》，第102卷，第276页（第278页），关于《德国民事诉讼法》第70条第1款第2项；持同样观点的还有《帝国法院民事裁判的官方汇编》，第141卷，第347页（第350页），关于根据《德国民事诉讼法》第340条针对缺席判决提起“异议”的必要性。——但是《帝国法院民事裁判的官方汇编》，第147卷，第313页（第316页）“至少在1933年修订法的新规定界限内”在某种程度上“回到了严格适用程序规定”的路上。

[51] 《联邦最高法院民事裁判的官方汇编》，第10卷，第350页（第359页）=《新法学周刊》，1953年，第1826页（第1828页），关于《德国民事诉讼法》第565条第3款的解释；《联邦最高法院民事裁判的官方汇编》，第18卷，第98页（第106页）持同样的观点，但是使用的表述不是“公正的裁判”而是“正确的判决”；类似的还有《联邦最高法院民事裁判的官方汇编》，第34卷，第53页（第64页），关于《德国反限制竞争法》第87条第1款（赋予卡特尔法上的请求权以诉讼途径）；也参见《联邦最高法院民事裁判的官方汇编》，第15卷，第142页（第144页），关于《德国民事诉讼法》，第170条。

被看作是目的论解释方法的典范。^[52]之所以出现这样的情况，其原因可能在于，在明确的案件中裁判通常能够实现令人可以接受的结果。尽管如此，使用这样的一般性的话语来论证是危险的。在特定的诉讼规定之后绝对可能存在不同的目的，而且根本性的问题在于针对对于任何规范都至关重要的评价因素进行正确的衡量。^[53]同时，应当被摒弃的“空洞的形式主义”并不总是会存在疑问。相反——为了同埃伯哈德·施密特进行商榷——程序在一定程度上“司法形式化”是不可避免的。^[54]只有这样才能保证当事人在诉讼中获得平等的对待，即在具体的诉讼中保证武器平等的原则以及程序的可预见性。^[55]耶林曾经说过：“形式是专断的死敌，是自由的孪生姐妹。”这句话在今天依然值得人们注意。^[56]

另一个方面如果人们考虑到下面这一问题：即如果相反在具体的案件中坚持程序规定则将如何论证前面的判例，那么，该判例中所有的疑问都将披露无遗。因此帝国法院大民事委员会^[57]在1936年5月15日的裁定（联邦最高法院也认可了这一裁定）^[58]中证明了律师在特定书状中亲笔签名的必要性。该裁定中写道：“即使民事诉讼法的规定本身不是目的，而是为了能够发现和实现实体法律而制定，为了公共的福祉而维护法的和平和法的安定也是比在具体的案件中实现实体法律的任务更高的目标。然而如果诉讼程序不存在一定的严格形式，是无法实现这一目标的。”因此当帝国法院为了克服被视为是形式主义的程序规定而指出了实现实体法律以及实现当事人主观权利这一诉讼目的时，它是为了维持看起来重要的程序规定而完全改变了诉讼目的，并且将“维护法的和平和法的安定”解释为是更高的程序目标。此时主观目的论被证明是很不稳定的理论，完全取决于实际需要。

[52] 例如参见 Rosenberg, 第8节, 2; A. Blomeyer: 《民事诉讼法, 审判程序》, 1963年, 第2节, IV; Stein/Jonas/Schönke: 《德国民事诉讼法》, 第18版, 1953年到1960年, 第1条前的序论 F I 2; Pohle 现在持保留态度, 第19版, 1964年, 序论 M III 2 c; 相反 Karl Blomeyer 持批评态度, 载《民事诉讼杂志》, 第66卷 (1953年), 第158页 (第161页), 关于 Schönked 的教科书的评论; 近来 Friedrich Weber 也持批评态度, 载《Studium Generale》, 1960年, 第193页。

[53] 参见 Pohle, 载 Stein/Jonas, 第19版, 序论 M III e。

[54] 参见 Niese, 载 Schönke/Schröder, 第12页, 承接了 Eb. Schmidt 的观点, 参见 Eb. Schmidt: 《刑事诉讼法注释》, 第1部分, 第2版, 第44页以下。

[55] 参见 Bötticher: 《法官面前的平等》, 大学校长任职演讲, 1954年, 第6-7页。

[56] 参见 Jhering, 出处同上 (前注5), II 2, 第471页。Baur (《法官权力和程序法的形式主义》, summum ius summa injuria [过于严格适用法律可能导致最大的非正义], 1963年) 最近提醒人们注意 Jhering 的这句话。

[57] 《帝国法院民事裁判的官方汇编》, 第151卷, 第82页 (第85页)。

[58] 联邦最高法院, 载《联邦最高法院的工具书》, Nr. 3, 关于《德国民事诉讼法》第518条第1款。

就联邦最高法院对权利保护必要 (Rechtsschutzbedürfnis) 提出了质疑而言, 它再次对诉讼目的作出了不同的规定。此时联邦最高法院将诉讼目的视为是不仅要“保证法的和平”而且要“通过保护在客观法律的基础上产生的主观权利来维护客观法律。”^[59] 联邦最高法院显然是尝试通过这个包罗万象的观点让当事人对实体判决享有的主观利益从属于 (在上面经过双重定义的) 司法的客观目标。

在帝国法院和联邦最高法院的判例中根据诉讼目的来论证“既判力和善良风俗”这一问题尤其可能产生灾难性的影响。此时, 联邦最高法院认为, 服务于“法的和平和法的安定的既判力基本原则”必须向司法的最高目标——即实现正义——妥协, 所以突破既判力是正当的。^[60] 当人们不加思索地谈到“在法的安定和正义之间存在冲突”的时候, 人们就将问题挂到了“闪闪发光的法哲学”的星空中了, 以便帮助 (像人们所认为的一样) “公正的事实”获胜——尽管存在“形式上的”既判力。此时是在谋求我们的法律规范中最高的善——但是在此之前还没有澄清“正义”到底站在哪一边, 而是从一开始就接受了判决的“不正确性”以及“不公正性”问题, 以至于好像涉及到一个绝对存在的“更重要的东西”。相反, 法律的现实看起来是空的: 只要原告以善良风俗为依据, 就要重新进行诉讼。如果此时原告通过单纯地主张违反了善良风俗而将案件提交到联邦最高法院, 那么, 他必须说明: 他无法阐明“[裁判]明显不正确”或者证明对违反风俗的攻击是有理由的“特殊情况”。因为到目前为止联邦最高法院的判例给人的印象是, 在所裁判的关于恶意诉讼的全部 13 个案件中这种证明基本上都不成功。^[61] 判例的错误在于: 它忽视了一些评价因素, 而立法者则根据这些评价因素来衡量《德国民事诉讼法》第 580 条、第 581 条第 1 款中的再审法律规定, 而且人们能够以关键词的形式将这些评价因素标明为“证据保全”的回复原状原则和“动摇裁判正确性的显著性”。因为只有在灵活的证明的光线下才能折射出法的安定同正义的对立, 才能看清楚两种利益之间的“冲突”, 才

[59] 《联邦最高法院民事裁判的官方汇编》, 第 10 卷, 第 333 页 (第 336 页), 关于原告在被告实施了《德国民事诉讼法》第 307 条意义上的认诺后坚持要求根据争议进行裁判的案件。

[60] 参见“联邦最高法院的终局裁判”, 载《新法学周刊》, 1951 年, 第 759 页, 通过该裁判它继承了帝国法院对针对既判力所提起的恶意诉讼所作的裁判。

[61] 对此参见 Gaul: “对联邦最高法院的评论”, 载《法学家报》, 1964 年, 第 514 页以下 (=《联邦最高法院民事裁判的官方汇编》, 第 40 卷, 第 133 页) 以及那里对联邦最高法院判例的总结。参见当时的联邦最高法院, 载《新法学周刊》, 1964 年, 第 1277 页, 再次将根据《德国民事诉讼法》第 826 条针对既判力提起的诉讼的合法性作了“这样的解释”, 以及联邦最高法院, 载《新法学周刊》, 1964 年, 第 1672 页 (第 1673 页), 第一次裁判针对既判力的恶意诉讼由于《德国民事诉讼法》第 581 条而败诉并且因此遭到了大量的批评。

能区分正义和非正义，才能谈论“明显不正确的判决”。^[62] 因此最近拉伦茨^[63] 在这方面正确地谈论到了“失败的法官法律发展”。

联邦最高法院在针对既判力而适用《德国民法典》第 826 条的情况下不断地求助于司法的最高目标，即正义，然而它首先在解释再审规定时恰恰相反认为既判力所保证的法的安定和法的和平的利益优先于对正义的追求。联邦最高法院因此支持严格的法律解释。这是一个明显的评价矛盾。^[64] 在 1962 年 12 月 12 日的判决中联邦最高法院才找到一条中间路线，承认了前面所提到的回复原状原则——该原则首先通过证明的“灵活性”和“显著性”的标准为衡量法的安定和正义提供了尺度。^[65] 但是在 1966 年 12 月 14 日的最后一个判决中^[66] 联邦最高法院再次改变了基调，它现在解释说：“程序再审的法律制度应当防止由于错误裁判而使得法院最终在很大程度上丧失其权威以至于诉讼无法或者无法完全实现其目的：维护法的和平。”人们很容易想到的下面这一想法完全被排斥了：就回复原状之诉的原告而言，涉及的是要求作出一个符合案件事实的裁判来代替明显不正确的判决。^[67] 赋予配角以主角的身份，当事人成了国家专断的对象！很明显，联邦最高法院希望通过下面的方式为限制回复原状的权利寻找新的合法性基础：它将既判力所特有的、维护法的和平的目的同诉讼本身的目的混淆在一起，并且完全排斥了权利保护的概念。将既判力目的和诉讼目的这样混淆在一起在很大程度上存在疑问。

但是所谓的诉讼经济的基本原则是对权利保护概念的一个不小的威胁，而人们经常在判例中将这一基本原则作为论据。^[68] 但是这样一个模糊的概念几乎不适合被用来解决民事诉讼的问题。^[69] 它最终不仅将导致有秩序的、可预见的程

[62] 相关细节参见我的评论，出处同上。

[63] 《成功的法官法律发展的标志》，1965 年，第 11 页。也参见 Esser 的批评，“今天的利益法学”，载《司法报》，第 1 卷（1960 年），第 111 页以下（第 113 页）。

[64] 对此参看 Gaul，出处同上（前注 39），第 25 - 26 页、第 30 页以下。

[65] 《联邦最高法院民事裁判的官方汇编》，第 38 卷，第 333 页 = 《联邦最高法院的工具书》，Nr. 15，关于《德国民事诉讼法》第 580 条，以及 Johannsen 的评注 = 《整体亲属法杂志》，1963 年，第 177 页以下，Gaul 的评注。

[66] 《联邦最高法院民事裁判的官方汇编》，第 46 卷，第 300 页（第 302 页） = 《新法学周刊》，1967 年，第 630 页 = 《整体亲属法杂志》，1967 年，第 142 页。

[67] 还是同一个委员会的判决，载《联邦最高法院民事裁判的官方汇编》，第 39 卷，第 179 页（第 181 页）。

[68] Walsmann (RheinZ, 12 (1922/23), 第 414 页 [第 423 页以下]) 就已经在诉讼目的的范围内赋予了诉讼经济的基本原则过多的意义。

[69] Schwab (《新法学周刊》，1959 年，第 1824 页) 近来正确地指出了这一点。

序过程的瓦解,^[70] 而且——更加严重的是——将导致缩短权利保护。如果法律为获得权利保护提供多种途径,那么当事人通常会选择不受形式拘束的、更加简单的、快捷的和廉价的那种;当事人因此也将付出相应的代价,他将无法获得立法者最先规定的程序途径所具有的较高的权利保护保障。^[71] 但是在司法实践中存在着有据可查的例子,例如联邦最高法院 1958 年 6 月 4 日的判决——在该判决中为了臆想的诉讼经济的缘故而使当事人完全丧失了自己的权利。^[72] 值得对下面这个问题进行一次判例方面的研究:即诉讼经济这一口号给有秩序的诉讼程序造成了何种损害?

(三) 诉讼目的问题在学术研究中的兴起——以权利保护请求权为例阐述

也许是阿道夫·瓦赫第一次明确地在学术上提出了民事诉讼目的这一问题,他于 1885 年在《德国民事诉讼法教科书》中以一个章节的内容对“诉讼目的”进行了阐述。当时作为基础的论点是:“诉讼的目的是通过提供权利保护来维护私法规范。”^[73] 今天人们依然将此视为民事诉讼的典型目标。这并不意味着普通法上的学说还没有为诉讼目的找到合适的表述。根纳、黑夫特尔以及韦策尔^[74] 都曾经相应定义过诉讼目的,而且当萨维尼谈到国家应当在民事诉讼中“为权利受到侵害的个体提供针对这种侵害的保护”时,也是在谈论民事诉讼的任

[70] 例如通过在上告审级中许可回复原状的理由, Gaul 对这个判例持批评态度,载《整体亲属法杂志》,1960 年,第 320 页(第 323 页以下);最近 Lent/Jauernig (《民事诉讼法》,第 13.版,1966 年,第 74 节,IV A 1) 认为这一判例存在疑问。

[71] 对此尤其参看 Pohle:“权利保护必要的学说”,载《Lent 纪念文集》,1957 年,第 195 页(第 202 页)。

[72] 参见联邦最高法院,载《民事诉讼杂志》,第 72 卷,第 234 页以下 = 《整体亲属法杂志》,1958 年,第 316 - 317 页 = 《联邦最高法院的工具书》,Nr. 10,关于《德国民事诉讼法》第 515 条以及与此相对的 Gaul 的论文,载《民事诉讼杂志》,第 74 卷,第 49 页以下(第 79 页以下)。

[73] 参见 Wach:《德国民事诉讼法手册》,1885 年,第 1 节,第 3 - 12 页。

[74] 参见 Gönner:《德国普通诉讼教科书》,第 1 卷,第 2 版,1804 年,第 120 页:“所有法院程序的最终目的都是它所提供的保护”;Heffter:《罗马和德国民事诉讼法的体系》,第 2 版,1843 年,第 2 页:司法的任务是“赋予个体应有的权利,并且让个体能够得到该权利……它应阻止无权限的变更,保证或者恢复正当的关系。”Wetzell, 出处同上(前注 8),第 2 页:作为法律规范的维护者的国家权力是通过法院的强制行使的,“目的是为了保护权利受到侵害者”;参见 Wetzell, 出处同上,第 36 页:“民事诉讼作为在法院面前提起受到侵害的私权的学说……。”

务。^[75] 但是普通法上关于诉讼目的的表达还明显地受——今天存在争议的^[76]——所谓的塞尔苏斯的诉的概念的束缚，《学说汇纂》44. 7. 51 中写道：“诉讼只不过是通过对审判获取应得之物的权利。”* 它们更多地从原告的主观立场出发来观察诉讼，因此与其说描述的是诉讼目的，不如说描述的是诉的目的。这更多地体现为民法的思考方式而不是诉讼法的思考方式。因为此时不知不觉地将原告看成了毫无疑问的权利人，而将被告看成了恶意的侵权者。^[77] 因此瓦赫强调说：“诉讼法学的建设应当遵循客观的（诉讼）目的而不是主观的（诉讼）目的。”^[78]

人们可以将瓦赫视为是民事诉讼法中的目的论的方法的奠基人。但是他本人误以为自己的观点是“形而上学的思考方式”。^[79] 这让他遭受了很多批评。^[80] 他从西格瓦特的逻辑出发强调说：“因此我们不应当为教义学寻找来自于经验的、从结果中抽象出来的概念，而应当寻找同诉讼的理念、诉讼的本质相符的概念，即所谓形而上学的概念。”^[81] “因为所有的法律形成过程都是目的论式的，是目的创造的，即使它同时也适应手段的需要以及存在局限性。制度的‘理念’是同样具有承载能力的、具有贯穿性的目标。”^[82] 如果人们考虑到瓦赫选择了诉讼的“权利保护目的”作为其对诉讼目的的思考的出发点，那么将会显示对于

[75] 参见 Savigny:《体系》，第1部分，第23-24页，在那里他直接与“国家的目的”联系在一起对此进行了论述。但是在那里也说道：“我不希望将国家限制在法律的目的上，理论决不应当不自量力地希望通过终极的国家行为目的来限制个体发展的自由。”

[76] 对此参见 Fritz Schulz:《罗马法原则》，1934年，第31页，脚注24；近来的还有 Kaser:《罗马民事诉讼法》，1966年，第32节，脚注13。

* 参见黄风编著：《罗马法词典》，法律出版社2001年版，第185页。

[77] 参见 Stein, 出处同上（前注3），第1节，V，第3页，他将现行督促程序中单方面强调债权人利益看成是塞尔苏斯的定义的有危害性的影响。

[78] 参见 Wach, 出处同上（前注73），第5页。

[79] 参见 Wach, 出处同上，第7页，脚注7，以及 Wach, 载《民事诉讼杂志》，第32卷，第1页（第5-6页）。

[80] 尤其参见 Bülow, 载《民事诉讼杂志》，第31卷，第227页，脚注2；Kohler, 载《民事诉讼杂志》，第33卷，第221页（第214-215页）；J. Goldschmidt, 出处同上（前注17），第150-151页。

[81] 参见 Wach, 出处同上（前注73），以 Sigwart 的观点为依据（《逻辑》，第1版，第1卷，第271-272页、第41-42页）。后者将形而上学的概念理解为对真实的客体的相应表述。此外也参见 Bley:《诉权和法律利益》，1923年，第14页。——当时国家法上的文献也习惯于以 Sigwart 的逻辑及其阐释为依据，例如参见 Georg Jellinek:《主观公法的体系》，第2版，1905年，第21页，脚注1以及第24页，脚注1。——完全与 Wach 在同一意义上进行论述的还有 W. Sauer:《诉讼法的基础》，第2版，1929年，第15页：“我们应当首先探询意义、内在的目的和任务问题，在此之后才能研究表现的特征是否以及在何种程度上存在偏差。”

[82] 参见 Wach, 载《民事诉讼杂志》，第32卷，第5页。

瓦赫而言实质上涉及到的是从与实体法的功能联系方面来观察诉讼，与“形而上学”没有什么关系。

在此期间，目的论的方法在民事诉讼学说中得到了很大程度的认可。^[83] 舍恩克在研究权利保护必要时将其作为基础的观点可能具有代表性：“必须以诉讼制度的目的为出发点，此后必须让具体的部分、规定和制度在功能上依赖于目的。”^[84] 此外黑格勒以拉德布鲁赫所论证的法学系统形成的形式为出发点勾画出了一个以民事诉讼的目的整体为基础的、以“作为诉讼法目的的权利保护的概念为导向的”舶来的目的论体系，它不仅满足了外部体系的要求而且也满足了内部体系的要求。^[85] 实际上，目的论上的方法以特殊的方式与民事诉讼法相适应。针对特别是由比洛所创建的概念法学的、所谓的建设性的诉讼法学而言，目的论的方法无疑是一大进步。但是它还没有战胜前者。因此，起决定作用的不仅仅是人们如何理解诉讼目的本身，更加重要的是人们如何运用以这一目的为基础的目的论的方法。此时——如前面对判例的回顾所显示的一样——还存在很多很糟糕的问题。

这在瓦赫那个时期就开始了，为了推导出“权利保护请求权（Rechtsschutzanspruch）”他借助了目的论的思维方式。“权利保护请求权在逻辑上被视为是理所当然的，因为在禁止私力救济的情况下民事诉讼必须致力于为私法的利益提供权利保护。”^[86] 此时瓦赫不仅突然从对“权利保护”的客观的解释转变成了进行主观解释，而且通过逻辑演绎的方式从“权利保护”的目的中推导出了“权利保护请求权”的建设性概念。显然存在方法上的融合。^[87] 恰恰相反，比洛明显是以瓦赫作为自己的武器来反对“权利保护请求权”，他解释说：“民事诉讼制度的任务不是帮助个体实现私权，而是帮助全面维护和实现私法规范——即客观的私法。”^[88] 显而易见下面的情况对“权利保护请求权”在最初阶段的

[83] 参见最近的 Rimmelpacher，出处同上（前注2），第10页：“在今天（对民事诉讼法而言），目的论的观察方式不再需要特殊的正当性理由。”

[84] 参见 Schönke：《权利保护必要》，1950年，第12页；Schönke 在其《民事诉讼法教科书》中持同样的观点，第7版，1951年，第5页；此外还有 Stein/Jonas，第18版，1953—1960年，《德国民事诉讼法》第1条前的序论 C。

[85] 参见 Hegler，出处同上（前注23），第216页以下、第242页，以 Radbruch 的“犯罪学系统”（《Frank 纪念文集》，第1卷，1930年，第158页以下）为出发点。

[86] 参见 Wach，载《民事诉讼杂志》，第32卷，第5页。

[87] 也参见 Bley 的批评，出处同上（前注81），第12页和第14页。

[88] 参见 Bülow，载《民事诉讼杂志》，第27卷，第221页，参照 Wach，出处同上（前注73），第4—5页。

胜利起到了很大的作用：人们当时是根据自由法治国家的观点从个体的角度出发来观察民事诉讼的，而在诉讼中所涉及到的是为了实现个人利益而要求国家提供相应的服务的个体的自由领域及其权利保护。随着进一步的发展，权利保护请求权逐渐从人们的视觉中消失了。德·波尔——一位不知疲倦的诉讼法思维的反对者——认为出现这样的现象的原因主要并不在于权利保护请求权存在理论上的弱点，而在于“我们不再从当事人的立场出发将诉讼视为是个别现象，相反至少在很大程度上更加重视诉讼作为整体现象的社会意义及其功能：实现客观法律规范”。^[89]

最初被视为权利保护请求权的一个要素的权利保护必要则毫无争议地（脱离了权利保护请求权）一直保留到现在，一些人将此视为有关权利保护请求权的学说所作出的为数不多的贡献之一。^[90]当舍恩克从纯粹客观的诉讼目的出发构建有关权利保护必要的学说时，再一次表明了这一点。舍恩克的出发点是：“对于民事诉讼而言，公共利益占据了核心位置，因为民事诉讼的目的就是维护法律和保障法的和平。”^[91]但是实际上就像无法从诉讼目的中推导出权利保护请求权一样，也无法从诉讼目的中推导出权利保护必要。^[91a]有关权利保护必要的学说——就像波勒^[92]所正确地强调的一样——相反却将导致对权利保护的限制，因此是为次要的目的服务的。但是如果暂时将所谓的以公共利益为导向的纯粹客观的司法目的^[93]解释为权利保护的目的是之后，在现代法治国家和诉讼途径国家的标志中将映现出权利保护请求权学说的某种复兴，那么，可以将其视为在某种程度上证明了这里展示的对国家的权利保护任务的理解与假定权利保护请求权之间的相互关系。阿尔韦德·布洛迈尔和波勒再次成了权利保护请求权的新的捍卫

[89] 参见 de Boor，出处同上（前注40），第104页。——最近 Wolfram Henckel 也做了给人留下了深刻印象的论述，出处同上（前注26），第13页以下。

[90] 相关证明参见 Simshöuse，出处同上（前注17），第130页，脚注85，他转而反对这种观点。

[91] HT6] 参见 Schönke：《权利保护必要》，出处同上（前注84），第13页。

[91a] 但是近来 Stephan（《权利保护必要》，1967年，第21页以下）再次主张可以从“诉讼目的中推导出权利保护必要”，其理由是“方法上的简洁”、“诉讼上的逻辑”以及“令人高兴的结果：即通过这种方式可以最终同模糊不清的权利保护请求权的概念脱离关系。”但是十分明显，作者绝对没有自行确定诉讼目的，而是在这方面直接借助了 Schönke 的阐述。

[92] 出处同上（前注71），第198-199页、第204页、第234页。

[93] 对此参见 de Boor：《民事诉讼的松动》，1939年，第12页以及第29页以下（第35页），在那里因此建议在“新的国家中”以“司法目的”代替“诉讼目的”。

者。^[94] 但是就像人们可能会依然坚持权利保护请求权一样，从像以前一样理解的诉讼目的中既无法必然得出权利保护请求权存在的结论也无法必然得出权利保护请求权不存在的结论。

三、诉讼目的和民事诉讼的结构

1. 在我看来，对于到底应当将维护客观的法律规范还是实现主观私权看作是民事诉讼目的这个古老的争议，在今天只能从“不但一而且”这一意义上来决定。因为两者怎么能是相互对立的呢？^[95]

1877年《德国民事诉讼法》的（自由主义的）立法者无疑是单方面地从个体利益的角度来观察诉讼的。在他们看来，诉讼是“私事”，根据瓦赫的经典的论述，诉讼是由“国家对争议案件不享有利益这一基本原则”决定的。^[96] “自由放任”（Laissez Faire Laissez Aller）的观念使得诉讼法看起来像是在法院面前进行自由的力量角逐的当事人的斗争规则，它为那些熟练的、聪明的、狡猾的当事人提供了最好的机会。耶林以一种我们今天几乎很少谈论的方式美化了这种“有关权利的斗争”，将诉讼描述为道德的“教养院”，在其中与其说涉及到真理问题：公正或者不公正，还不如说涉及到“品性问题：人格的维持或者背弃”。^[97]

但是在《德国民事诉讼法》生效20年后受奥地利人弗朗茨·克莱因——1895年《奥地利民事诉讼法》的缔造者^[98]——的影响，人们开始抛弃了自由主

[94] 参见 Arwed Blomeyer, 第1节, III; Pohle, 载 Stein/Jonas, 序论 E 13, 《德国民事诉讼法》第1条前。在 Pohle 的论述的影响下 Habscheid (载《整体亲属法杂志》, 1964年, 第479页) 再次修订了自己对“权利保护请求权的抛弃”(《民事诉讼杂志》, 第67卷, 第189页以下)。

[95] de Boor (出处同上 [前注40], 第107页) 最终也持有这样的观点。但是他在以前曾经更多地强调“司法目的”, 例如参见 de Boor, 出处同上 (前注93), 第12页以及尤其是第35页: “我们将诉讼看成是……维护法律规范。因此只要权利保护对公共利益而言是必要的, 那么我们首先不是将诉讼看作为个体提供的权利保护制度, 而仅仅是将此视为次要目的。”参见前注93以及 de Boor: 《法院保护和法律规范》, 1941年, 第51页。

近来 Baur (出处同上 [前注56], 第103页) 认为对于确定诉讼目的起决定作用的仅仅是服从于法律的个体, 他将——有些夸大——“维护实体法律”仅仅视为是“诉讼的副产品”。

[96] 参见 Wach: 《关于帝国民事诉讼法的演讲》, 第2版, 1896年, 第2页、第53页。

[97] 参见 Jhering: 《为了权利的斗争》, 第37页以下、第60页以下, 也参见1874年的第4版的再版, 达姆施塔特, 1965年, 第19页以下、第40-41页, 但是文字上有所改变。——也参见 Franz Klein 对 Jhering 的评价: 《诉讼中的时代潮流和精神潮流》, 1901年, 第27页。

[98] Franz Klein 将新的奥地利诉讼同“普鲁士的诉讼”进行了比较, 参见 Klein/Engel: 《奥地利民事诉讼》, 1901年, 第27页。

义的诉讼观点。克莱因反对孤立地观察诉讼——以至于“诉讼当事人似乎是毫无社会关系的独立存在似的”强调诉讼作为“普遍现象”、作为“国家的福利设施”的“社会意义”。这促使对奥地利的范例持保留态度的施泰因后来将1877年《德国民事诉讼法》称为是一部“大的鲁滨逊漂流记”^[99] 甚至瓦赫最终也使用了“福利概念”。但是瓦赫早期曾经强调过：“民事诉讼法中允许当事人推动诉讼的程度很难与诉讼的逻辑一致。”；当事人推动诉讼的程度是有限制的，不可以导致否定国家对公正的、实用性的司法所享有的利益。^[100] 因为在此期间为了强化法官的诉讼指挥和引入真实义务而通过修订法以限制当事人主义的形式将上面这些观念引入到了法律中来，所以今天人们对下面这一观点几乎不再存在什么疑问了：民事诉讼同时也服务于维护客观法律。此外，上告制度表明，这个方面对我们的民事诉讼法来说并不是完全陌生的。^[101] 此时法官的具体裁判同整个法律规范的联系是明显的。^[102]

但是当克莱因将“整个法律规范”视为是国家的权利保护的善而让具体的法律关系分享“仅仅作为该整体的一部分”的保护时，这显然是片面的。当克莱因因此将民事诉讼视为是“管理措施规则”并且认为它与其他“国家设施——从公立学校到宪法——”不相上下时，^[103] 那么这肯定不是在宣扬民事诉讼。当舍恩克将对主观权利的保护仅仅当作是借助于诉讼来维护客观法律所产生的后果时，同样是片面的。^[104] 此时存在着将寻求救济的当事人降为单纯的程序客体的危险。^[105] 这种纯粹客观的观察方式使民事诉讼丧失了根基。与此相反，在刑事诉讼中也许实际上仅仅涉及到实现客观法律。^[106] 舍恩克甚至提到了“民

* 即沉船遇险故事。——译者注。

[99] Friedrich Stein 作为在1920年由帝国司法部组成的改革委员会的成员表达了这样的观点，参见：《民事诉讼法草案的说明》，1931年，第242页、第256页。

[100] 参见《第26届德国法学家大会鉴定》，第2卷（1902年），第3页以下，提到了他的《有关帝国民事诉讼法的演讲》，第2版，第52页以下、第66页；也参见 Wach：《民事诉讼的基本问题和改革》，1914年，第99页。

[101] 参见 Pohle：《第44届德国法学家大会鉴定》，第1卷，第3部分，B册，1962年，第9页以下。

[102] 对于法官的具体裁判同整个法律规范之间的联系也参见 Flume：《税的本质和法律规范》，1952年，第44页。

[103] 参见 Klein/Engel，出处同上（前注98），第188页、第190页、第202页。

[104] 参见 Schönke：《权利保护必要》，出处同上（前注84），第12页。

[105] Stein 已经提到了这种危险，参见 Stein/Juncker：《概论》，第3版，1928年，第64-65页。

[106] 对此也参见 Flume，出处同上，第24-25页。

事诉讼日益刑事化”，^[107] 这对我们更是一个告诫！

2. 但是另一方面如果人们认为在民事诉讼中仅仅应当实现（与据说只应当在刑事诉讼中实现的“实体真实”相对的）“形式真实”，那么这将极大损害民事诉讼作为权利保护制度的威信。瓦赫说过，确定真相并不是民事诉讼的目标，而仅仅是“偶然的后果”，只有在职权主义诉讼程序中才可以考虑将实体真实作为诉讼目的。^[108] 这完全否定了民事诉讼是权利保护制度，因为倘若没有一个以发现真实为目标的程序那么法官怎么能对当事人作出裁判呢？形式真实这一概念是中世纪学者诉讼——在该诉讼中法官受严格的证据规则和宣誓规则的约束^[109]——的经院哲学的遗留物。随着引入直接审理原则以及法官的自由证据评价，这一概念已经失去了意义。^[110] 但是其惯性作用一直影响到现代社会，并且导致在耶林的定义中对诉讼的否定性描述：“诉讼是一种增加伸张权利的困难的制度，它将程序上的形式问题添加到了争议关系的实体问题中；它限制和阻碍法官对真相的调查，并且常常强迫法官作出与其心证相矛盾的裁判；它增强了不正当的对正当的反抗力，并且在形式规定中设置了网和陷阱，而捕捉到的经常是最正当的东西。”^[111] “说谎的诉讼”这个词直到1933年修订法中引入了真实义务才消失。^[112] 但是人们一直将辩论主义理解为所谓的形式真实的原则，并且因此歪曲其实质性内容。因为为民事诉讼选择辩论主义恰恰是以下面这一心理学上的经验为基础的——“通过双方当事人之口表达的”真相要比由对案件事实陌生的法官进行调查的真相更胜一筹。^[113] 倘若不是这样，则必须废除辩论主义。而且辩论主义的棱角早就被磨平了，在证据收集方面〔当事人的〕提出原则（Beibringungsgrundsatz）几乎是在朝着自己的反面发展，因为现在法官可以依职权收集除人证之外的所有证据。——因此并不是在发现真实这一目标上而是（通常情

[107] 参见 Schönke:《民事诉讼法》，第7版，第6页；也参见 Sauer:《一般诉讼法学说》，1951年，前言，第8页。

[108] 参见 Wach:《演讲》，第1版，1897年，第149页。

[109] 参见 Klein, 出处同上（前注96），第12页。

[110] Wach 在其“基本问题”（出处同上〔前注100〕，第24页）中甚至说道：“我们抛弃了阻碍发现真实的诉讼形式结构，将法官的直接审理上升为原则，放弃了普通法律上的形式证据理论。”

[111] 参见 Jhering, 出处同上（前注5），III 1, 第16页。

[112] 例如 E. Fuchs（《法律和真实》，1908年，第228页）谈到了“彻头彻尾地说谎的”民事诉讼；但是也参见与此相对的 Hellwig 的观点，载《法学周刊》，1908年，第665页以下。

[113] 参见 Wesselsky:《论形式真实》，维也纳，1900年，引自 Rosenberg, 第63节，I。

而且我们早就知道了，辩论主义同真实义务并不是相互对立的，而是与当事人对事实材料的责任相对应的。当 Gönner 于1801年提出了辩论主义这一概念时，他就已经对上面这些深信不疑了。参见 Gönner, 出处同上（前注74），第316页。

况下) 在发现真实的手段上, 民事诉讼同刑事诉讼截然相对。只存在一个真相。同时在客观的诉讼事实调查中不需要引入有关真实概念的认识论上的争论。^[114] 而且在诉讼中涉及到的不是历史性的真相本身, 相反查明真相仅仅是实现权利保护的目的是手段, 裁判的对象从一开始就在法律上被确定。例如如果法律认为根据已被放弃的侵权法理论对于非婚生子女的抚养请求权而言仅仅证明共同居住就足够了, 那么法官在作出判决时就无需形成“被请求人实际上也是孩子的父亲”的心证。

当然, 目的并不为手段辩护。具有决定意义的不仅仅是发现真实, 相反在法治国家的程序中如何发现真实同真实本身一样重要。此时存在一定的界限, 而今天人们在这方面的法律意识变得更加敏锐了。这里只提到有关非法获得的调查结果、录音以及类似的问题的最新讨论, 或者关于所谓的摸索证据 (Ausforschungsbeweis) 问题。^[115] 发现真实作为民事诉讼的目的同样并不意味着要不惜一切代价地发现真实。

3. 人们也在考虑在适用所谓的处分主义的情况下一再地认为将民事诉讼看作调查真相的程序是有问题的。因为当事人可以有拘束力地向法官提出事实, 可以导致针对自己的缺席后果, 原告可以舍弃已经提出的请求权, 而被告可以认诺该请求权。这里所表达的当事人对其诉讼命运的广泛的自决权利以及程序法上的处分原则与实体法上的私法自治的原则相对应, 两者之间体现的是实体与形式之间的逻辑——目的论的联系。^[116] 此时只是在诉讼中添加了权利的自我维护的成分——一如在日常的法律交往中通常无需法官的强制而实现权利一样——并且让它在诉讼中发挥有益的作用。这只能对民事诉讼程序适用, 而无法对为实现刑事法律所必不可少的刑事诉讼程序适用。但是人们必须抛开下面这样的偏见: 似乎这里总是要强迫法官为其心证找到一个牺牲者。相反所涉及到的诉讼法规范被证明仅仅是被适用的心理学, 以下面这一经验法则为基础: 法律后果通常是以遭受

[114] 参见 Döhring: 《诉讼中案件事实的调查》, 1964 年, 第 6 页; 以及 Esser: “民事法官在案件事实阐明中的自由和限制”, 载《比较法文集》第 30 卷, 1966 年, 第 13 页。

[115] 对于问题例如参见 Dilcher, 载《民事实践档案》, 第 158 卷, 第 469 页以下; E. Peters, 载《民事诉讼杂志》, 第 76 卷, 第 145 页以下; 针对录音问题的例如: Pleyer, 载《民事诉讼杂志》, 第 69 卷, 第 321 页以下; Lang: 《声音和图像载体》, 1960 年; Roggemann: 《程序法中的录音带》, 1962 年; 针对今天尤其存在争议的摸索证据的例如: Kuchinke: 《民事法官的自由和限制》, 出处同上 (前注 114), 第 15 页以下、第 40 页以下; Lüderitz: 《伸张私权时禁止摸索和答复请求权》, 1966 年; E. Peters: 《民事诉讼中的摸索证据》, 1966 年。

[116] 参见 Engisch: “法学中的形式和内容”, 载《Fritz v. Hippel 纪念文集》, 1967 年, 第 63 页以下 (第 72 页以下)。

不利的人对其表示承认这种方式存在的。如果试图从当事人主义的消极影响中推导出民事诉讼的目的仅仅是“形式”真实的结论，那么，这在方法上存在根本性错误，因为这样做的结果是否定诉讼规定。此外，通过这样的诉讼上的处分当事人甚至会牺牲其权利保护利益，只要它包含在确定真实的权利状况上存在的利益。但是对广泛地遵循目的的必要性的否定并没有对目的本身提出质疑。

4. 自从诉讼也作为社会的普遍现象出现在人们的视野中之后，人们就常常在“确定性先于正确性”这一公式的意义上误解与此紧密相联的追求程序集中和加速的努力。^[117] 人们认为，与未得到解决的冲突中令人苦恼的不确定性相比，当事人更可能忍受不是那么精确的、带有错误的判决。^[118] 克莱因列举了源自于帝国高等法院的一个可怕的案例，在该案例中直到需要被抚养的“儿童”60岁时，抚养诉讼才终结。^[119] 人们对普通法诉讼的印象记忆犹新，沙夫拉特的定义描述了这一诉讼的拖沓的过程：“‘诉讼’（Prozeß）一词来自于‘前进’（procedere），即一步步地前行，非常缓慢而且很庄重，就像送葬队伍一样。”^[120] 这样的记忆显然无法让我们平静下来，然而在今天还涉及到一个需要我们严肃对待的问题：迟延的权利保护不是真正的权利保护。它与拒绝司法等同。而后者因为对双方当事人都不公正，所以尤其显得有问题。^[121] 在今天越来越多的寻求法律救济的人选择了假处分中的简易程序，^[122] 特别是在商业案件中人们不仅仅是出于让内行的专家进行裁判的缘故更是为了迅速地作出裁判而越来越多地选择了仲裁，这些都向我们展示了民事法院裁判权所处的窘境。尽管“逃进仲裁”这个口号被证明有些夸张，^[123] 但是在诉讼加速后也决不当让正当的债权付出正确

[117] 参见 Wach:《鉴定》，出处同上（前注100），第8页，但是在那里只是将“正确性同确定性的关系”作为问题提出来了。M. Rümelin（《民事司法中的法律政策和理论》，1926年，第48页）也对“确定性”对“正确性”的侵入进行了批评；此外还有 W. Kisch:《民事诉讼的社会意义》，Judicium 1, 5。

[118] 参见 Klein, 出处同上（前注97），第22页。Vierhaus（《民事诉讼立法的社会任务和经济任务》，1903年，第68页）也表达了类似的观点：“在很多情况下”“从经济上看权利的确确定性比判决的绝对正确对当事人还重要”。尽管如此 Vierhaus（第61页）将诉讼的主要目的视为实现正义。

[119] 参见 Klein, 出处同上（前注97），第24页。

[120] Schaffrath:《普通德国民事诉讼和萨克森诉讼的基本研究》，莱比锡，1839年，引自 Bülow, 载《民事诉讼杂志》，第27卷，第225页，脚注12。Klein/Engel（出处同上〔前注98〕，第244页）也谈到了这方面的问题。

[121] 参见 Schiedermaier, 载《整体亲属法杂志》，1955年，第282-283页。

[122] 参见 Baur:《集中言词辩论的途径》，1966年，第3页以及最近的 Baur:《临时性权利保护研究》，1967年；此外还有 Jauernig, 载《民事诉讼杂志》，第79卷，第321页以下。

[123] 参见委员会报告，出处同上（前注47），第182页以下。